

בשנים האחרונות התחוללה טרנספורמציה משמעותית במשפט העבודה בישראל ובתפיסת תפקידו בנוגע למהגרות ולמהגרי עבודה המועסקים במסגרת תוכניות של הגירת עבודה זמנית. לאחר מספר שנים שהתאפיינו בהכרה מתרחבת בזכויות מסוימות הנתונות למהגרות ולמהגרי עבודה, החלה מתפתחת מגמה נגדית של כרסום משמעותי בהן. טרנספורמציה זו מתבטאת, בין היתר, בהעמקת כבילתם של מהגרות ומהגרי עבודה למעסיקיהם, בהחרגתם מנדבכים בחקיקת המגן ובהצרת גישתם למנגנוני אכיפה של זכויות עבודה. במאמר מוצע להבין תמורות אלו כביטוי להפנמתם של ההגיונות המארגנים ומערכת ההנחות של דיני ההגירה לתוך דיני העבודה, שתוצאתה היא דעיכת המתח האינהרנטי בין שתי מערכות נורמטיביות אלה.

בתפיסה המסורתית באשר לתכליתם, דיני העבודה נועדו להעצים עובדות ועובדים כצד החלש במערכת יחסי העבודה, לבצע חלוקה מחדש של כסף, כוח ומשאבים אחרים ממעסיקים לעובדים ולהגן על גרעין של זכויות מינימליות מכוחות השוק. מנגד, על פי מערכת ההנחות המפורשת והמשתמעת, של דיני ההגירה – בפרט דיני הגירת עבודה, שבהם המאמר מתמקד – דינים אלו נועדו לשרת את רווחתם של אזרחים, והם מבוססים על מידה אינהרנטית של אינסטרומנטליזם כלפי מהגרים; תכליתם היא למנוע חלוקה מחדש ל"זרים" (באמצעות דחיית כניסתם כליל או באמצעות התרת כניסתם בתנאים המבוססים על היררכיה פנימית ועל הרחקה מיתרונותיה הסמליים והחומריים של חברות פוליטית), והגיונם מאפשר להתנות בפועל

* עורכת דין ותלמידת מחקר לתואר שלישי, מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים ופרויקט המחקר TraffLab – גישת עבודה לסחר בבני אדם (ERC), הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. המאמר מבוסס באופן חלקי על עבודה שקולה לתזה שנכתבה בפקולטה למשפטים בשנים 2017-2018 במסגרת השלמות לתואר שלישי בהנחייתה של פרופ' הילה שמיר. תודתי העמוקה שלוחה לה על הנחיה חכמה, נדיבה ומעוררת; על קריאה סבלנית של טיוטות רבות מדי ועל החממה האינטלקטואלית והחברית שהיא TraffLab. תודתי העמוקה שלוחה גם לעו"ד מיכל תג'ר על הערותיה וסיועה הרב, על שנים של עבודה משותפת בעמותת קו לעובד ועל שעות ארוכות של שיחה וחשיבה משותפת על הגירה ועבודה, שהזינו רבות מהתוכנות המוצעות במאמר. תודתי הרבה שלוחה גם לפרופ' גיא דוידוב, לפרופ' גיא מונדלק, לד"ר מעין ניזונה ולשופטת האנונימית על הערותיהם מאירות העיניים לטיוטות קודמות של המאמר, וכן לצוות המערכת על הערותיהן ועבודתן המאומצת. המאמר נכתב בתמיכתו של פרויקט המחקר TraffLab (www.trafflab.org) וקיבל מימון ממועצת המחקר האירופאית תחת ה־ European Union's Horizon 2020 Research and Innovation Program (הסכם מענק מס' 756672). כעורכת דין בעמותת קו לעובד (בין השנים 2006-2015) ייצגתי את העמותה ואת לקוחות העמותה, או שהייתי מעורבת בדרך אחרת, בחלק ניכר מן ההתדיינות בבתי המשפט ובהליכי החקיקה בוועדות הכנסת הנדונים בחלקו השני של המאמר.

על זכויות אוניברסליות באמצעות הסכמה. למערכת הנחות זו היסטוריה מעצבת הכוללת מטען גזעי, אתני, מגדרי ומעמדי שסימן בעוצמה גבולות של חברות פוליטית, ושמוסיף להגדיר את יישומם של דיני ההגירה בהווה. טיעונו העיקרי של המאמר הוא כי מערכת הנחות זו הופנמה באופן חלקי לתוך דיני העבודה, תוך שחיקת מחויבויותיו המסורתיות לשוויון חברתי ולצדק חלוקתי.

המאמר מורכב משני חלקים עיקריים. בחלקו הראשון המאמר משרטט בכליות את המתח שבין דיני העבודה לדיני ההגירה לאורך שלושה צירים עיקריים, המייצגים את ה"מי", את ה"מה" ואת ה"איך" של שתי מערכות נורמטיביות אלו. הצירים מתארים, בהתאמה, מתח בתפיסת מוטבים; מתח בשאלת תכליתם החברתית-כלכלית של הדינים ומתח הנוגע לעמדה כלפי מסחור.

חלקו השני של המאמר מציע חקר מקרה מעמיק של ענף הסיעוד הביתי – הענף הגדול ביותר שבמסגרתו מועסקים מהגרות ומהגרי עבודה בישראל – שבאמצעותו מודגם הטיעון הכללי. בחינת התמורות שחלו באסדרת ענף הסיעוד הביתי על פני שני עשורים מלמדת על תנועה שהתרחשה לאורך תקופה זו בין הגיונות דיני עבודה להגיונות דיני הגירה באסדרת הענף, הנוטה כיום במובהק לכיוון הגיונות דיני הגירה. ניתוח השינויים שחלו ביחס למגבלות על כוח השוק של עובדות סיעוד מהגרות וביחס לתחולתה של חקיקת המגן על עבודתן ולאכיפתה חושף תהליך שבמסגרתו הגיונות והנחות שמקורם בדיני ההגירה הופנמו בעוצמה לתוך דיני העבודה, תוך דלדול מעמדם של דיני העבודה כמסגרת נורמטיבית מחייבת לעבודת הסיעוד הביתי.

מבוא

בשנים האחרונות התרחב במידה ניכרת העניין המחקרי בתוכניות של הגירת עבודה זמנית, שעד לא מכבר זכו לתשומת לב מחקרית מוגבלת. התרחבות זו נובעת במידה רבה מפנייה גלובלית מחודשת לתוכניות של הגירת עבודה זמנית, לאחר עשורים של נסיגה מהן,¹

1 להתרחבות ההישענות על תוכניות של הגירת עבודה זמנית בארה"ב ראו Jennifer Gordon, *Regulating the Human Supply Chain*, 102 IOWA L. REV. 445, 446–447 (2016) ובקנדה: Judy Fudge & Fiona MacPhail, *The Temporary Foreign Worker Program in Canada: Low-skilled Workers as an Extreme Form of Flexible Labour*, 30 IMMIGR. & NAT'LITY L. REV. 843, 849 (2009). אסופות מאמרים מרכזיות מהשנים האחרונות שבמקורן אסדרה של הגירת עבודה זמנית כוללות את MIGRANTS AT WORK: IMMIGRATION AND VULNERABILITY (הספר להלן: IN LABOUR LAW (Cathryn Costello & Mark Robert Freedland eds., 2014) TEMPORARY LABOUR MIGRATION IN THE GLOBAL ERA: THE REGULATORY (MIGRANTS AT WORK TEMPORARY CHALLENGES (Joanna Howe & Rosemary Owens eds., 2016) (הספר להלן: LABOUR MIGRATION IN THE GLOBAL ERA).

ומהתפיסה, שהפכה רווחת בשיח המדיניות הבינלאומי בשנים האחרונות, כי יש לעודד הגירת עבודה זמנית כאסטרטגיה עיקרית, מועדפת ואפקטיבית של פיתוח במדינות הדרום הגלובלי.² בעוד שהכתיבה הנרחבת על מהגרים לא מתועדים עמדה על הקורלציה בין פגיעות לניצול בשוקי עבודה לבין היעדר מעמד הגירה מתועד,³ הכתיבה על מהגרות ומהגרי עבודה בתוכניות הגירת עבודה זמנית החלה להפנות את המבט לפגיעות הלא פחותה הטמונה, באורח פרדוקסלי, במעמד הגירה מתועד: אותו סטטוס נחשק ונדיר של "חוקיות".⁴ להשגתו של סטטוס הגירה מתועד נדרשים לעיתים תכופות מומן ומאמץ ניכרים – תוצאת הפערים העצומים בין הביקוש להזדמנויות הגירה חוקיות ממדינות הדרום הגלובלי להיצע שלהן – והוא אמור לאפשר תקופה לא מבוטלת של גישה לשוק העבודה של מדינת היעד ולהקנות למחזיקים בו הגנה מפני מעצר וגירוש. הפניית המבט להשלכות מעמד ההגירה המתועד נובעת מהתנאים הנלווים האופייניים למעמד זה, המובנים כיום בספרות ענפה כמשיאים תרומה מבנית מכרעת להתפתחות תופעות של ניצול חמור בשוקי עבודה.⁵

2 התפיסה כי הגירת עבודה כשלעצמה היא פיתוח ("migration as development") רואה בשכר שמהגרות ומהגרי עבודה שולחים למשפחותיהם מנוע חסר תחליף של צמיחה כלכלית ופיתוח במדינות מוצא בדרום הגלובלי, כזה המספק הכנסה יציבה ליחידים ולמשפחות, מסייע בהפחתת עוני, מאפשר התמודדות עם אבטלה ומוביל לפיתוח של תשתיות. תפיסה זו שנויה במחלוקת ועומדת במרכזו של ביקורת נרחבת – הן ביקורת החולקת על המידה שבה הגירת עבודה אכן מובילה, כעניין אמפירי, לפיתוח במדינות המוצא, והן ביקורת הנוגעת להתעלמות מההשלכות השליליות מרובות הפנים הנובעות מהישענות על הגירת עבודה כאסטרטגיה עיקרית של פיתוח. עם אלו נמנות, בין היתר, תלותן החריפה של מדינות הדרום הגלובלי בהכנסות מהגירה (ודחקתן, כתוצאה, של הצורך בהתמודדות עם גורמי דחיפה מבניים להגירה) וכן המחירים האישיים, המשפחתיים והקהילתיים העמוקים שהגירה גובה, שכמעט אינם זוכים להכרה. לניתוח התבססות התפיסה בדבר "הגירה כפיתוח" בשיח המדיניות הבינלאומי והזיקה בינה לבין תצורות חדשות של משילות הגירת עבודה בינלאומית ראו Janie A. Chuang, *Preventing Trafficking Through New Global Governance over Labor Migration*, 36 Ga. St. U. L. Rev. 1027 (2020).

3 ראו למשל Chantal Thomas, *Immigration Controls and "Modern-Day Slavery"*, in REVISITING THE LAW AND GOVERNANCE OF TRAFFICKING, FORCED LABOR AND MODERN SLAVERY REVISITING THE LAW AND GOVERNANCE: 212 (Prabha Kotiswaran ed., 2017) (OF TRAFFICKING).

4 "פרדוקס החוקיות", בניסוחה הקולע של הילה שמיר. ראו Hila Shamir, *The Paradox of "Legality": Temporary Migrant Worker Programs and Vulnerability to Trafficking*, in REVISITING THE LAW AND GOVERNANCE OF TRAFFICKING, 471 שם.

5 שם. כן ראו Bridget Anderson, *Migration, Immigration Controls and the Fashioning of Precarious Workers*, 24 WORK, EMPLOYMENT & SOCIETY 300 (2010), Fudge & MacPhail; לעיל ה"ש 1; גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית והרפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כז 423 (2003). לצד הפגיעות הטמונה בתנאי המעמד המתועד, כותבות שונות הצביעו אף על קוצר ידו של המשפט הבינלאומי להבטיח הגנות עבודה בסיסיות למהגרות ולמהגרי עבודה. קוצר ידו של המשפט הבינלאומי מיוחס בכתיבה לגורמים שונים, בהם הסתירות הנורמטיביות והדוקטרינריות באסדרה בינלאומית של עבודת מהגרים בין גופי משפט כמשפט

מטרתו של מאמר זה היא להפנות את המבט לתפקיד שממלא המשפט בעיצובם ובהצדקתם של תנאי העבודה והשהייה של מהגרות ומהגרי עבודה בתוכניות של הגירת עבודה זמנית בישראל. המשפט והכלכלה הפוליטית ברקע הגירת העבודה לישראל מובנים במסגרתו כשדות אוטונומיים למחצה, והמשפט מוכן בו כשדה המשקף, ובה בעת מכונן, תנאי עבודה ושהייה אלו.⁶

אלא ש"המשפט", חרף לשון היחיד, אינו פרויקט קוהרנטי וחרף ממתחים. בתפיסת הגישה הביקורתית, הליברליזם המשפטי נתון בקונפליקט עמוק, קבוע ובלתי פתיר בין מחויבויות נורמטיביות סותרות.⁷ הוא אף עומד בפני שורה של אתגרים חיצוניים מתעצמים בשנים

העבודה הבינלאומי, דיני סחר, דיני זכויות אדם והדינים העוסקים בהברחת מהגרים ובסחר בכני אדם – ואי הוודאות, הנובעת מכך, כאשר לתחולתם של סטנדרטים שונים ראו Chantal Thomas, *Convergences and Divergences in International Legal Norms on Migrant Labor*, 32 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 405 (2010); היעדר הסכמה בינלאומית על סטנדרטים בסיסיים – כביטוי, למשל בשיעור האשור הנמוך של האמנה על זכויות מהגרי עבודה ובני משפחותיהם INTERNATIONAL CONVENTION ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES (1990), שהצטרף אליה עד היום מספר מצומצם של מדינות, ובעיקר מדינות שולחות. בניתוחה של ג'ודי פארג', גם סטנדרטים אלו (כביטויים באמנה על זכויות מהגרי עבודה ובני משפחותיהם ובאמנות ארגון העבודה העולמי) אינם מאתגרים באופן עמוק את עקרון ריבונות המדינה ואף מכשירים, הלכה למעשה, כמה מהתנאים המבניים הפוגעניים ביותר של תוכניות הגירה זמנית ראו Judy Fudge, *Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers*, 34 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 95 (2012).

6 לדיון בתפקידו הקונסטיטוטיבי של המשפט בשוקים ראו Simon Deakin et al, *Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law*, 45 J. COMP. ECON. 188 (2017). לתפקידו הקונסטיטוטיבי של המשפט בהקשר של הגירה ראו Jaya Ramji-Nogales, *Migration Emergencies*, 68 HASTINGS L. J. 609 (2016) והמבט ככוח יוצר של משברי הגירה ופליטות, ולא רק תגובה מאוחרת להם). כן ראו Hila Shamir & Guy Mundlak, *Between Intimacy and Alienage: the Legal Construction of Domestic and Carework in the Welfare State*, in *MIGRATION AND DOMESTIC WORK: A EUROPEAN PERSPECTIVE ON A GLOBAL THEME* 161 (Helma Lutz ed., 2008) (דיון בתפקידו הדואלי של המשפט, המשקף והמכונן, בהקשר של עבודת הסיעוד הביתי).

7 להמשגה קלאסית של מתח זה ראו Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV. L. REV. 1685 (1976). המשפט, על פי קנדי, נטוע במתח נצחי בין "התמקמות טרוריות הופכיות", שאותן כינה "אינדיבידואליזם" ו"אלטרואיזם": "שני הזונות בלתי ניתנים ליישוב זה עם זה עבור האנושות ועבור החברה, [ו]שאיות מנוגדות באופן קיצוני לעיתידנו המשותף". שם, בעמ' 1685. מהות האינדיבידואליזם, על פי קנדי, הוא עריכת הבחנה חדה בין האינטרסים שלי לאלו של הזולת, הרעיון המרכזי בו הוא הסתמכות עצמית והבסיס ליחסים החברתיים במסגרתו הוא חליפין. שם, בעמ' 1718. אינדיבידואליזם אינו "אגואיזם טהור" – התפיסה כי אין זה אפשרי או רצוי להטיל כל מגבלה על קידום האינטרס העצמי – שכן לרעיון ההסתמכות העצמית תוכן מוסרי רב עוצמה, והוא הרדישה לכבד את זכויותיו של הזולת. שם, בעמ' 1713-1715. אף שהאטיקה האינדיבידואליסטית שולטת באופן עמוק בשיח המשפטי

האחרונות, העומדות בסימן תגובת נגד לגלובליזציה, שחיקה דמוקרטית וליברלית ועלייתם של פוליטיקאים ושל תנועות ימין פופוליסטי. תהליכים אלו הובילו להחרפה ניכרת של קיטוב חברתי ומתחים פנימיים במדינות רבות בצפון הגלובלי, בפרט בסוגיות הנוגעות להגירה, לגבולות ולמדיניות כלפי מהגרים.

הגישה שמפותחת במאמר זה מציעה – בהשראת תוכנות ביקורתיות ותיקות לצד מבט על התפתחויות עכשוויות – לתאר את מערך האסדרה שגובש עבור מהגרות ומהגרי עבודה בתוכניות של הגירת עבודה זמנית כנטוע במתח בין קטבים מנוגדים. טענה עיקרית המפותחת במסגרתו היא כי שתי המערכות הנורמטיביות העיקריות החולשות על שהות ועל עבודה של מהגרות ומהגרי עבודה בישראל – דיני העבודה ודיני ההגירה⁸ – מצויות בקונפליקט יסודי. הבחירה בתפיסה תורת-משפטית המדגישה קונפליקט ומתח נובעת מהקושי לתאר באופן משכנע את אסדרת העסקתם של מהגרות ומהגרי עבודה בתוכניות של הגירת עבודה זמנית דרך הליברלים המשפטי, על מושגי היסוד שלו.⁹ הבחנה זו עשויה להיראות טריוויאלית, אולם דומה כי חשוב להדגישה נוכח המידה שבה הגירת עבודה נתפסת, בשיח המדיניות הגלובלי הנוכחי, כאקט עתיר בסוכנות ובבחירה מצד מי שעתידיים לשפר באמצעותה באופן דרמטי את מצבם היחסי, וכן נוכח הדומיננטיות של הצדקות ליברליות ("הסכמה", "בחירה") בשיח הציבורי והמשפטי על הגירת עבודה זמנית ואסדרתה.

מבלי לשלול לרגע את הסוכנות והבחירה – או את היוזמה והתושייה – ברקע רבות מההחלטות שמקבלים בני אדם להגר לצורך עבודה, או את היתרונות הכלכליים שהיא עשויה להצמיח, התנאים המבניים של תוכניות הגירת עבודה זמנית, שייסקרו ביתר הרחבה בפרק הבא, מטשטשים בפועל באופן עמוק את ההבחנה הליברלית בין הסכמה לכפייה כקטגוריות הפוכות לחלוטין.¹⁰ קושי לא פחות עם הנרטיב הליברלי מעורר גם הגירעון הדמוקרטי המאפיין תוכניות של הגירת עבודה זמנית,¹¹ וכן תצורות דרקוניות ומפלות

ובחברה, היא מצויה בתחרות, טוען קנדי, עם זרם עומק נגדי, שהוא אלטרואיזם: האמונה שאין לערוך הבחנה חדה בין האינטרס העצמי לאינטרס של הזולת, וכי יש להקריב קורבנות, לחלוק ולגלות חמלה כלפי הזולת. הבסיס ליחסים החברתיים באתיקה האלטרואיסטית אינו חליפין, כי אם הקרבה וחלוקה. אף שקנדי עומד על בסיסם האינדיבידואליסטי של מרבית ענפי המשפט הפרטי וכן דיני העונשין, הוא מראה כי גם את מערכות הדינים האינדיבידואליסטיות ביותר ניתן לתאר כנטועות בנקודת מבט אלטרואיסטית. שם, בעמ' 1719, וכי למעשה כל מערכת נורמטיבית אינה חפה מקונפליקט יסודי וקבוע בין אינדיבידואליזם לאלטרואיזם.

8 ב"דיני הגירה" כוונתי לדינים העוסקים בהגירת עבודה זמנית. "דיני הגירה" ו"דיני הגירת עבודה" משמשים במאמר לסירוגין.

9 ראו, בין היתר בכרך זה, ג'וליה אוקונל דיווידסון "צרות של חירות: הגירה, חוב ועבודות מודרנית" משפט, חברה ותרבות ו: סחר בבני אדם 23 (הילה שמיר, חני בן ישראל ומעין נייזנה עורכות 2023). קושי מקדמי מסדר אחר עניינו עצם הגדרתה של ישראל כדמוקרטיה ליברלית נוכח משטר השליטה הצבאי הממושך בשטחים הכבושים. המאמר מתמקד במשפט בגבולות הקו הירוק.

10 שם.

11 על הגירעון הדמוקרטי ראו מונדלק, לעיל ה"ש 5.

רווחות של משילות הגירה בתוכניות אלו, שרחוקות מלהתיישב עם מחויבויות ליברליות לזכויות אוניברסליות ולמגבלות על כוחה הכופה של המדינה.¹²

בה בעת, הבחירה בתפיסה המדגישה קונפליקט ומתח נובעת מקושי לא פחות ליישב את מערך האסדרה עם תפיסה הפוכה, הרואה במשפט כלי חד-כיווני של הדרה, הזרה ואלימות. מצבם של מהגרות ומהגרים מהדרום הגלובלי מובן בחלקים נרחבים מהכתיבה הביקורתית על משטרי הגירה עכשוויים (בעיקר זו העוסקת במהגרים לא מתועדים ובמבקשי מקלט) כמצב של החרגה טוטאלית מהסדר הפוליטי והמשפטי הרגיל בדמוקרטיות ליברליות וכהכפפה אלימה וגורפת לכוח ריבוני חסר גבולות. פרדיגמה דומיננטית המשמשת בניתוח תפקידו של המשפט בפוליטיקה של ההגירה בכתיבה זו שואבת השראה מכתיבתו של הפילוסוף האיטלקי ג'ורג'ו אגמבן על מצב החרגה מן הכלל (state of exception) כיסוד מכונן של הריבונות המודרנית. במצב החרגה מן הכלל, פרטים מסוימים מוגלים מהסדר הפוליטי-משפטי הרגיל, וחשופים לאלימות ריבונית בלתי מרוסנת. "חיים חשופים" אלו מגולמים בדמותו של ההומו סאקר (homo sacer), שקיומו הוא קיום אנושי ערום משייכות חברתית ופוליטית, המיוצרת בידי כוח ריבוני.¹³

גוף רחב של כתיבה נשען על רעיונותיו של אגמבן בהקשר של מדיניות הגירה, מעצר וגירוש לתיאור מצבם הסמלי והממשי של מהגרים, בעיקר מהגרים לא מתועדים ומבקשי מקלט.¹⁴ גם מצבם של מהגרי עבודה בתוכניות של הגירת עבודה זמנית תואר לעיתים בשפה דומה.¹⁵ אעיר כי מעבר לקושי, שאני סבורה שמתעורר, בתיאור המשפט כמכשיר חד-כיווני של הדרה ואלימות, הדגש על המדינה ועל כוח ריבוני ישיר עלול לטשטש את המידה שבה משילות של הגירת עבודה מבוססת במידה לא פחותה על כוח פרטי. בדומה, הדגש על שלילה של זכויות פוליטיות מזניח ממדים של כפייה כלכלית ושל יחסי כוח בשוק – סוגיות קרדינליות לניתוח של תוכניות הגירת עבודה זמנית.

כחלופה לשתי תפיסות מנוגדות אלו, מאמר זה מציע שאסדרה של תוכניות הגירת עבודה זמנית משקפת, ובה בעת מכוננת, מתח שמקורו במחויבויות סותרות, שאותן אתאר במאמר

12 קושי זה מאפיין ביתר שאת את המקרה של ענף הסיעוד הביתי – שמאתגר באופן עמוק שורה של דיכטומיות ליברליות כמעט בכל היבט – ואשר ייבחן בחלקו השני של המאמר. לניתוח מוקדם ומצוין של מגבלות הליברליזם המשפטי כפריזמה להבנת מצבן של עובדות טיפול ומשק בית ראו BRIDGET ANDERSON, DOING THE DIRTY WORK? THE GLOBAL POLITICS OF DOMESTIC LABOUR 2-5 (2000).

13 בכתיבתו המוקדמת של אגמבן מחנה הריכוז משמש דוגמה פרדיגמטית לאתר המייצג חלל משפטי שבו מתקיימת הכלה בסדר המשפטי באמצעות הדרה ממנו. ג'ורג'ו אגמבן "הומו סאקר – הכוח הריבוני והחיים החשופים" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 395 (שי לביא עורך 2003).

14 Prem Kumar Rajaram & Carl Grundy-Warr, *The Irregular Migrant as Homo Sacer: Migration and Detention in Australia, Malaysia, and Thailand*, 42 INT'L. MIGRATION 33 (2004); Nicholas De Genova, *Spectacles of Migrant 'Illegality': The Scene of Exclusion, the Obscene of Inclusion*, 36 ETHNIC & RACIAL STUD. 1180 (2013).

15 Adriana Kemp, *Labour Migration and Racialisation: Labour Market Mechanisms and Labour Migration Control Policies in Israel*, 10 SOC. IDENTITIES 267, 271 (2007).

באמצעות דיני העבודה ודיני ההגירה. למסגרת הניתוח המוצעת כוח הסברי לא מבוטל: ראשית, בכוחה להסביר מה שעשוי לפרקים להיחזות כהתפתחות נורמטיבית "מזוגגת" ועתירה בסתירות. אם ניטול לדוגמה את ענף הסיעוד הביתי, שייבחן ביתר הרחבה בחלקו השני של המאמר, הרי שההידלדלות במעמדו של משפט העבודה כמסגרת נורמטיבית לעבודת מהגרות בענף התרחשה דווקא לצד מפנה נגדי של משפט העבודה הבינלאומי להכרה מתרחבת בזכויות של עובדות במשקי בית.¹⁶ היא אף התרחשה לצד סדרה של תקדימים פרוגרסיביים שניתנו בבית המשפט העליון שהוחלט בהם על התערבויות במשטר הזכויות של מהגרות ומהגרי עבודה בישראל, לרבות כאלו הנוגעות במיוחד לעובדות סיעוד מהגרות.¹⁷ לצד כוחה התיאורי, בכוחה של המסגרת המוצעת להסביר גם את הפרדוקסליות שדומה כי מאפיינת לעיתים תכופות את השיח הציבורי והמשפטי על מהגרות ומהגרי עבודה. במסגרת שיח זה, פגיעתן של תוכניות הגירת עבודה זמנית במחויבויות ליברליות (למשל, שלילת זכויות אוניברסליות ממהגרות וממהגרי עבודה) מוסברת באמצעות מחויבויות ליברליות אחרות, בעיקר הנחות בדבר הסכמה, היעדר כפייה ורצון חופשי.¹⁸

המאמר בנוי משני חלקים עיקריים. בחלקו הראשון אסקור את העקרונות הכלליים של תוכניות הגירת עבודה זמנית (פרק 1), ואבחן עקרונות אלו בראי המתח שבין דיני העבודה לדיני ההגירה (פרק 2). את המתח אשרטט לאורך שלושה צירים עיקריים, המייצגים את ה"מי", ה"מה" וה"איך" של שתי מערכות נורמטיביות אלו – מתח בתפיסת מוטבים; מתח בשאלת תכליתם החברתית-כלכלית של הדינים ומתח הנוגע לעמדה כלפי מסחור (פרק 2.1). בחלקו השני של המאמר יוצע חקר מקרה מעמיק של אסדרת ענף הסיעוד הביתי לצורך הדגמת הטיעון הכללי, המקיף כשני עשורים של אסדרה משפטית (פרק 3). לאחר פרישת רקע קצר על ביטויים מובחנים של המתח בין דיני העבודה לדיני ההגירה בתחום הסיעוד הביתי (פרק 3.1) ועל היבטים ייחודיים באסדרתו בהשוואה לענפים אחרים המסתמכים על הגירת עבודה (פרק 3.2), אפנה לבחון את התמורות שחלו במערך האסדרה בשנים האחרונות, בעיקר בהיבטי כוח השוק של עובדות סיעוד מהגרות ותחולתה של חקיקת המגן בעבודה על עבודתן (פרק 3.3). בעוד שתמורות אלו מוסגרו בשיח המשפטי כ"איון" בין תביעותיהן של קבוצות חברתיות מוחלשות (עובדות סיעוד מהגרות ומעסיקהן המטופלים), מסקנת המאמר היא כי הן משקפות בפועל שינוי עמוק בתפיסת דיני העבודה; שינוי המקרב את הגיונם הפנימי להיגיון המדיר, האינסטרומנטלי והמסחר של דיני ההגירה. המתח האינהרנטי בין שתי מערכות נורמטיביות אלו מצוי, אם כן, במגמה של דעיכה.

בפרק 4 אסכם במחשבות הנוגעות להשלכותיו הפרקטיות האפשריות של הטיעון הכללי על המתח שבין דיני העבודה לדיני ההגירה באסדרה של תוכניות הגירת עבודה זמנית הנפרש בחלקו הראשון של המאמר. עוד אציע מחשבות באשר לצורך בהרחבת הדמיון

16 הכרה שהגיעה לשיאה עם אימוצה של אמנה על זכויות עובדות משקי בית בידי ארגון העבודה הבינלאומי בשנת 2011. ILO DOMESTIC WORKERS CONVECTION, 2011 (No. 189). האמנה לא אושררה אומנם בידי ישראל, אולם הנחתי היא כי לאמנה כזו, על התהליך הממושך וההיוועצות שהוביל לקבלתה, עשויות להיות השפעות על התודעה המשפטית של שחקנים מוסדיים שונים.

17 לדיון מפורט בהתפתחויות סותרות אלו ראו בפרק 3.3 להלן.

18 לניתוח מרכזיותו של טיעון ההסכמה בהצדקת משטר הזכויות של מהגרות ומהגרי עבודה ראו מונדלק, לעיל ה"ש 5.

הפוליטי שלנו מעבר לגבולות השיח המשפטי שהתהווה סביב המקרה של אסדרת עבודתן של מהגרות עבודה בענף הסייעוד הביתי, הממופה בחלקו השני.

חלק ראשון

1. תוכניות של הגירת עבודה זמנית: רקע ומאפייני אסדרה

תוכניות של הגירת עבודה זמנית – "צומת שבו נפגשות הכלכלה הפוליטית של הניאו ליברליזם והגיאופוליטיקה המוצקה של מדינות לאום מודרניות"¹⁹ – הן תוכניות שבמסגרתן מהגרות ומהגרי עבודה ממדינות בדרום הגלובלי מוזמנים למדינות עשירות יותר לצורך עבודה זמנית בענפים מסוימים, שאינה מיועדת להפוך להשתקעות של קבע.²⁰ ההסתמכות עליהן החלה לאפיינ שוקי עבודה במדינות עשירות מאז מלחמת העולם השנייה, ובשנים האחרונות היא מצויה במגמת התרחבות ניכרת.

בתמצית, תוכניות של הגירת עבודה זמנית נועדו לאפשר למדינות להיענות לביקוש מצד מעסיקים לכוח עבודה זול שניתן למשטר באינטנסיביות. בניגוד לתפיסה שרווחה בעבר שלפיה התנאים להגירת עבודה והביקוש לה מצד מעסיקים נוצרים מתוך גורמים שוקיים גרידא – מחסור בעובדים כתוצאה מזניחתם של ענפי עבודה מסוימים בידי עובדים מקומיים, או צורך בעובדים עם כישורים או תכונות שנטען כי חסרים לכוח העבודה המקומי – כיום מובן כי דפוסים של אסדרה מדינתית, בשוק העבודה ומחוצה לו, משפיעים על הביקוש להגירת עבודה מצד מעסיקים, ולהפך: גם האסדרה מושפעת עמוקות מהביקוש בענפים השונים, ומהצרכים שמעסיקים טוענים להם. דפוסים של אסדרה מדינתית מעצבים גם את צד ההיצע, כלומר את הכישורים או התכונות המיוחסים למהגרות ולמהגרי עבודה, והחסרים, על פי הטענה, לעובדים מקומיים.²¹

עיקרון מארגן מרכזי של תוכניות הגירת עבודה זמנית, בישראל ובמדינות נוספות, הוא חציצה בין השתתפותם של מהגרות ומהגרי עבודה בשוק העבודה, מצד אחד, לבין

19 אדריאנה קמפ ורבקה רייכמן עובדים זורים: הכלכלה הפוליטית של הגירת עבודה בישראל 14 (סדרת הקשרי עיון וביקורת מכון ון ליר בירושלים 2008).

20 Daniel Costa & Philip Martin, *Temporary Labor Migration Programs: Governance, Migrant Worker Rights, and Recommendations for the U.N. Global Compact for Migration*, ECONOMIC POLICY INSTITUTE (2018).

21 Bridget Anderson & Martin Ruhs, *Migrant Workers: Who Needs Them? A Framework for the Analysis of Staff Shortages, Immigration, and Public Policy*, in WHO NEEDS MIGRANT WORKERS? LABOUR SHORTAGES, IMMIGRATION AND PUBLIC POLICY 15 (Martin Ruhs & Bridget Anderson eds., 2010); Judy Fudge & Joo-Cheong Tham, *Dishing Up Migrant Workers for the Canadian Food Services Sector: Labor Law and the Demand for Migrant Workers*, 39 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 1 (2017) (הכישורים שמעסיקים טוענים שמהגרי עבודה מביאים עימם, כגון מוסר עבודה גבוה, נכונות לעבודה פיזית אינטנסיבית ותפוקה גבוהה משקפים ומעוצבים בידי מערכת של אילוצים והתניות המוצבות בפני מהגרות ומהגרי עבודה, פרי אסדרה מדינתית, בהם למשל כבילה למעסיק, חוב והיעדר תמיכה סוציאלית מחוץ לשוק העבודה).

ממדים נוספים של השתתפות פוליטית ואזרחית, מצד שני.²² מהגרות ומהגרי עבודה נחזים כמי שהגיעו למלא צורך קונקרטי בשוק העבודה של המדינה המארחת באופן זמני, שאין להתיר את הפיכתו להשתקעות ארוכת טווח ולחברות פוליטית מלאה. עיקרון מרכזי זה הוא שעומד ברקע כמה בחירות מדיניות אופייניות וחוצות גבולות ביחס למהגרות ולמהגרי עבודה בתוכניות הגירת עבודה זמנית.²³ אלו כוללות, בין היתר, שלילה או הגבלה של חופש התקשרות וכוח שוק באמצעות הסדרי הגירה המבוססים על כריכה בין חוקיות השהייה במדינה לבין עבודה עבור מעסיק ספציפי או בענף מסוים, על מנת להבטיח את הזיקה שבין שהותם של מהגרות ומהגרי עבודה במדינה לצורך המשקי שלשמו הותרה שהות זו לכתחילה.²⁴ על פי ההסדר בגרסתו הראשונה (כבילה למעסיק יחיד), שכונה בפסיקת בית המשפט העליון הסדר הכבילה למעסיק,²⁵ רישיונות עבודתם של מהגרות ומהגרי עבודה מותנים בהמשך עבודה רציפה אצל המעסיק המזמין. סיום יחסי העבודה עימו פירושו אובדן המעמד המתועד; אובדן העלול, בתורו, להוביל למעצר ולגירוש.

עיקרון מרכזי נוסף של תוכניות הגירת עבודה זמנית הוא התרת שהייה ארעית ותחומה בזמן, ולצידה תחלופה קבועה של עובדים. בישראל, חוק הכניסה לישראל יוצר את התנאים לשהייה ארעית באמצעי פשוט: הגבלת שיקול דעתו של שר הפנים בכל הנוגע לשהות המקסימלית המותרת לעבודה בישראל עבור מהגרות ומהגרי עבודה – שהות מקסימלית העומדת כיום על חמש שנים,²⁶ שלאחריה שיבה לישראל ברישיון עבודה אסורה לצמיתות.²⁷ הגבלה זו נועדה להבטיח תחלופה קבועה של עובדות ועובדים ולמנוע שהות ממושכת במדינה. הרצון להבטיח את הגשמתן של שתי התכליות שתוארו לעיל – הן שהייה ארעית, והן הגבלתה לצורך המשקי שעומד ביסוד ההגעה – הוביל גם לקביעת מגבלות חמורות על חיי המשפחה של מהגרות ומהגרי עבודה. מגבלות אלו, המאפיינות במידה מסוימת תוכניות של הגירת עבודה זמנית ברחבי העולם, קיבלו ביטוי דרקוני במיוחד בישראל. תפיסת מדיניות דומיננטית שהתפתחה ביחס לזכות למשפחה של מהגרות ומהגרי עבודה היא כי לצד הגבלת משך השהות המקסימלית ברישיון עבודה, מניעה של הקמת משפחות וכפיית פירוד משפחתי הן דרכים לגיטימיות, אם לא הכרחיות, למנוע השתקעות ארוכת טווח של מהגרות ומהגרי עבודה במדינה. החשש מפני השתקעות – חשש ה"מוביל לפוביה המופנית כלפי כל סממן של חיים אנושיים נורמליים של מי ששהותם במדינה נועדה להיות זמנית"²⁸ – הפך את

- 22 קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 37-30.
- 23 לדיון במאפייניהן המבניים של תוכניות הגירת עבודה זמנית ראו שמיר, פרדוקס החוקיות, לעיל ה"ש 4.
- 24 לדיון בשלילת כוח השוק של מהגרות ומהגרי עבודה ראו מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 440-442.
- 25 בג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006) (להלן: בג"ץ הסדר הכבילה). לדיון בפסק הדין ובתהליך הסבוך ורב הסתירות של הטמעתו שאפיין את השנים לאחר שניתן ראו בפרק 3.3 א.1. "כבילה", להלן.
- 26 ס' 3א(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח 111 (להלן: חוק הכניסה לישראל).
- 27 לפרשנות זו של חוק הכניסה לישראל ראו ע"מ 6745/06 קון טנסה נ' משרד הפנים (נבו 24.8.2006).
- 28 יונתן ברמן המבוכ: הגירה, מעמד וזכויות אדם 27 המוקד לפליטים ולמהגרים, האגודה לזכויות האזרח בישראל ורופאים לזכויות אדם (2015).

חיי המשפחה של מהגרות ומהגרי העבודה בישראל לזירה של פיקוח וענישה, חריגה ביותר
בפרספקטיבה השוואתית.²⁹

עיקרה של המדיניות הוא כי למהגרות ולמהגרי עבודה אסור לקיים קשרים זוגיים עם
מהגרות ומהגרי עבודה אחרים, או להינשא להם, בעודם בישראל. המדיניות הנוהגת מורה
כי יש לבטל או לסרב להאריך את רישיון הישיבה של מהגרות ומהגרי עבודה החשודים
בקיום קשר זוגי או שקיים לגביהם חשד כי נישאו, ולהתנות את הארכת רישיונו של אחד
מבני הזוג ביציאתו מישראל לצמיתות של בן הזוג האחר.³⁰ אף לידת ילד בישראל עלולה
להוביל לאובדן רישיון הישיבה, למעצר ולגירוש – של האם והאב כאחד.³¹

תוכניות של הגירת עבודה זמנית מבוססות עוד במידה ניכרת על הפרטה ועל משילות
המבוססת על מגננונים שוקיים וכוח פרטי. אלו מתבטאות בהימנעותן של מדינות קולטות
מנטילת תפקיד ישיר בהבטחת תנאי השהייה והעבודה של מהגרות ומהגרי העבודה, ובהותרת
סמכויות ואחריות משמעותיות בידיהם של שחקנים בשוק הפרטי, בעיקר מעסיקים, מתווכים
וחברות כוח אדם.³² הסמכויות והאחריות המוטלות על שחקנים שוקיים כמעסיקים ומתווכים
בתוכניות של הגירת עבודה זמנית פירושו גם הפקדת כוח אדיר בידיהם, המאפשר כפייה,
שליטה חריגה וניצול חריף. כך, למשל, הסדר הכבילה למעסיק, שהפריט במידה רבה את
הפיקוח על שהייתם ועבודתם של מהגרי עבודה בישראל לידיהם של מעסיקיהם,³³ הוביל
כפועל ליצירתו של כוח עבודה לא חופשי, ושימש כר פורה לפגיעות חמורות בזכויות
בסיסיות.³⁴

בדומה, הפרטת גיוסם של מהגרות ומהגרי העבודה לעבודה בישראל משירות התעסוקה
ולשכות התעסוקה הממשלתיות לשוק הפרטי הביאה ליצירתה של תעשייה כלכלית נרחבת
של גביית תשלומי עתק ממהגרות ומהגרי העבודה בתמורה להסדרת בואם לישראל.³⁵

- 29 לסקירה כללית ראו חני בן ישראל ועודד פלר אין מדינה לאהבה: פגיעות בזכות למשפחה
של מהגרי עבודה בישראל קו לעובד והאגודה לזכויות האזרח בישראל (2006).
- 30 שם, בעמ' 3. כן ראו עת"מ (ת"א) 2485/04 אופיר נ' שר הפנים (נבו) 2.8.2005.
- 31 לדיון במדיניות זו ובשינויים שחלו בה ראו להלן בפרק 3.3.2 תחת סעיף ב.
- 32 שמיר, "פרדוקס החוקיות", לעיל ה"ש 4, בעמ' 478.
- 33 לאורך שנים ארוכות הייתה ההפרטה המגולמת בהסדר הכבילה אף עמוקה יותר, שכן נלוותה
לה חובה מפורשת, שהוטלה על מעסיקים, להיות אחראים ליציאתם של מהגרי עבודה מישראל
עם תום עבודתם אצלם. חובה זו עוגנה, עד לביטולה בשנת 2010, בתקנה ה(5) לתקנות הכניסה
לישראל, התשל"ד-1974 (התקנה בוטלה במסגרת התדיינות בבג"ץ 3025/07 קו לעובד נ' שר
הפנים (נבו) 30.5.2011).
- 34 מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 442-443.
- 35 עד לשנת 1991 שימש שירות התעסוקה כמתווך עבודה לאומי ומונופוליסטי. מאז נחקק בשנת
1959 ולאורך עשורים ארוכים אסר חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959, על תיווך עבודה
פרטי ועל פעילות של לשכות עבודה פרטיות שאינן "של הציבור". התרת פעילותן של לשכות
עבודה פרטיות נעשתה בתיקון חקיקה משנת 1991 במסגרת חוק ההסדרים (חוק הסדרים במשק
המדינה (יצירת תנאים לצמיחה ולקליטת העליה), ס"ח 1351, התשנ"א-1991). תופעת גבייתם
של דמי תיווך מופקעים ממהגרות ומהגרי עבודה בידי לשכות עבודה פרטיות, שפעילותן הותרה
באופן רשמי בראשית שנות התשעים (אך למעשה עסקו בתיווך עבודה, חרף האיסור, עוד

תשלומים אלו, הנגבים שלא כחוק, מצויים במגמת עלייה ניכרת וקבועה, וכפועל יוצא מכך אף פרק הזמן הדרוש לשם פריעת החוב מתארך תדיר.³⁶ לחוב השפעה מבנית עמוקה על כוח המיקוח של מהגרות ומהגרי עבודה, וכפועל יוצא מכך על תנאי העסקתם. מהגרות ומהגרי עבודה המצויים בחוב נוטים לחשוש יותר מאוּבְדוֹן פרנסתם, ולפיכך פגיעים פי כמה לניצול בידי מעסיקים.³⁷ אף שבענפי החקלאות והבניין נחתמו בשנים האחרונות הסכמים דו־צדדיים בין ישראל לבין מדינות המוצא של העובדים בענפים אלו, המאפשרים גיוס מפוקח לעבודה בישראל במעורבות ממשלתית דו־צדדית וללא גבייה של דמי תיווך מופקעים, השנים האחרונות מתאפיינות בנסיגה מהישגים תקדימיים אלו, ובהתפתחות של תצורות גיוס והעסקה עוקפות־הסכמים בענפי הבניין והחקלאות, המבוססות על דמי תיווך וחוב.³⁸

הרבה לפני כן, תועדה באופן נרחב, ובין היתר במחקר האקדמי, ברוחות מדינתיים ובפסיקת בתי המשפט. ראו למשל רבקה רייכמן ונונה קושנירוביץ' גיוס עובדים זרים בענפי החקלאות והבנייה בישראל: השפעת הסכמים בילטרליים (2012); בג"ץ הסדר הככילה, לעיל ה"ש 25, פס' 27 לפסק דינו של השופט לוי.

36 על פי דו"ח משנת 2016 של עמותת קו לעובד, המבוסס על סקר שנערך בקרב עובדות ועובדי סיעוד שפנו לעמותה, סכום דמי התיווך הממוצע שנגבה ממהגרות ומהגרי עבודה בתחום הסיעוד נכון לשנת 2016 עמד על כ־\$10,688 לנשים ו־\$13,104 לגברים. רבות מעובדות הסיעוד מימנו את דמי התיווך דרך הלוואות בריבית גבוהה, אשר אמורות היו להיפרע באמצעות שכר העבודה בישראל. ראו עידית לבוביץ' וזהבית פרידמן כסף שחור, עבודה שחורה: גביית דמי תיווך ממהגרי עבודה בסיעוד בישראל קו לעובד (2013). ממחקרן של רייכמן וקושנירוביץ' משנת 2017 עולה כי סכום דמי התיווך הממוצע ששילמו מהגרות עבודה מסרי לנקה המועסקות בתחום הסיעוד תפח בכ־50% בחמש השנים שבין 2011 ל־2016. במחקרן נמצא עוד כי בעוד שבשנת 2011, כ־17 חודשים (בממוצע) משהות בת חמש שנים בישראל הוקדשו להחזרת החוב, ב־2016 עלה פרק זמן זה במידה רבה ועמד על כ־27 חודשים (בממוצע) משהות בת חמש שנים. ראו רבקה רייכמן ונונה קושנירוביץ' השפעתם של הסכמים בילטרליים על הגירת עבודה בישראל: השוואה בין מהגרי עבודה שהגיעו לפני ולאחר החלת הסכמים הבילטרליים (2017).

37 לדיון בתופעה בהקשר הקנדי ראו Judy Fudge, *Global Care Chains, Employment Agencies, and the Conundrum of Jurisdiction: Decent Work for Domestic Workers in Canada*,

23 CAN. J. WOMEN & L. 235 (2011). לדיון בחוב ראו אוקונל דייווידסון, לעיל ה"ש 9.

38 לסקירה ערכנית של תצורות גיוס והעסקה עוקפות־הסכמים בילטרליים ראו מיכל תג'ר ואלעד כהנא בתחבולות תעשה לך עבדים: חתירתה של מדינת ישראל תחת מאמצייה שלה למניעת עבדות וסחר בבני אדם (קו לעובד (2022)). לניתוח השפעות ההסכם הבילטרלי בענף החקלאות ראו אבינעם כהן ויהל קורלנדר "ענף החקלאות כאתר של סחר בבני אדם למטרות עבדות ועבודה כפיה: בין גיוס מהגרים לזכויות עובדים" משפט, חברה ותרבות ו: סחר בבני אדם 239 (הילה שמיר, חני בן ישראל ומעין ניינה עורכות) 2023. בכל הנוגע לתחום הסיעוד הביתי, בשנת 2018 נחתם הסכם ראשון על גיוס מהגרות עבודה לענף הסיעוד הביתי עם הפיליפינים, ובשנת 2020 נחתם הסכם בילטרלי גם עם סרי לנקה. יישומם בפועל של ההסכמים התעכב, ועל כן עוד מוקדם להעריך את השלכותיהם. נכון למועד כתיבת המאמר לא התקשרה ישראל בהסכמים בילטרליים עם מדינות מוצא מרכזיות אחרות שמהן מגיעות מהגרות עבודה לענף הסיעוד הביתי.

תוכניות של הגירת עבודה זמנית מתאפיינות עוד בהפרות נרחבות של זכויות עבודה מינימליות. מציאות זו נטועה במידה רבה בגורמים המבניים שנסקרו לעיל, המעצבים את יחסי העבודה בין מהגרי העבודה למעסיקהם על בסיס של תלות עמוקה וכפייה מבנית אינהרנטית. ההפרות הנרחבות מיוחסות לעיתים גם לקשיים שבאכיפת זכויותיהם של עובדות ועובדים מוחלשים המועסקים בענפים עתירי הפרות; קשיים שמקורם בגורמים כמיעוט משאבים ותקנים לרשויות אכיפה, וכן בהימנעות מעשיית שימוש אפקטיבי בסמכויות קיימות.³⁹ לצד זאת, כפי שמונדלך מציין, פערי האכיפה הניכרים מסגירים, ברובד עמוק יותר, את האמביוולנטיות החברתית בנוגע לעצם הזכאות של מהגרות ומהגרי עבודה לזכויות עבודה בסיסיות.⁴⁰ אמביוולנטיות זו הפכה מודגשת יותר בשנים האחרונות, והתרחבה, במקרים מספר, מהיעדר אכיפה – לשלילת עצם תחולתן של נורמות עבודה מינימליות לכתחילה.⁴¹ כתוכניות המבוססות על שהייה ארעית, תוכניות של הגירת עבודה זמנית כוללות גישה מוגבלת להסדרי ביטוח בריאות וביטחון סוציאלי. בישראל, מהגרות ומהגרי עבודה אינם מבוטחים בחוק הביטוח הלאומי זולת שלושה ענפים המעניקים כיסוי ביטוחי חלקי בעניינים הקשורים לעבודה: ביטוח נפגעי תאונות עבודה, ביטוח למקרה של פשיטת רגל או פירוק המעסיק וביטוח אימהות למהגרות שילדו בישראל.⁴² ביטוח בענפי ביטוח אחרים, שנועדו לשמש רשת של ביטחון סוציאלי במצבים של היעדר הכנסה מעבודה כגון ביטוח תאונות שלא במסגרת העבודה, ביטוח זקנה, ביטוח אבטלה ועוד, מותנה במעמד תושבות. ככל הנוגע לביטוח בריאות, מהגרות ומהגרי עבודה אינם מבוטחים בכיטוח בריאות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, אלא בכיטוח בריאות פרטי שנרכש בידי המעסיק.⁴³ על הביטוח הפרטי שהמעסיק רוכש להבטיח כיסוי לכל שירותי הבריאות שנקבעו בצו על ידי שר הבריאות.⁴⁴ אף שהצו מחייב כיסוי לטיפולים, תרופות ושירותים הקרובים לאלו שקבועים בחוק ביטוח בריאות ממלכתי,⁴⁵ ישנם הבדלים ניכרים בין ההסדרים הנובעים ממתכונת

- 39 ראו חני בן ישראל "חקיקת מגן בדיני העבודה" תוכנית אלטרנטיבית למאבק בסחר בבני אדם: מודל מוצע לפי גישת העבודה לסחר מסמך מדיניות – קבוצת פרויקט המחקר TraffLab טראפלכ, אוניברסיטת תל אביב 62-63 (הילה שמיר ומעין ניזנה עורכות 2020).
- 40 מונדלך, לעיל ה"ש 5, בעמ' 461.
- 41 לסקירת דוגמאות ראו בן ישראל, חקיקת מגן בדיני העבודה, לעיל ה"ש 39, בעמ' 63-64. כן ראו את הדיון בהחרגתן של עובדות סיעוד מהגרות מהגנות עבודה קוגנטיות בפרק 3.3.2, להלן.
- 42 ס' 40, 75(א), 181 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, ס"ח 1522 (להלן: חוק הביטוח הלאומי).
- 43 על פי ס' 1א ו-1ד לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991, ס"ח 1349, כתנאי להעסקת עובד זר על המעסיק להסדיר על חשבונו לעובד הזר, למשך כל תקופת עבודתו אצלו, ביטוח רפואי שיכלול סל שירותים שקבע שר הבריאות לעניין זה בצו.
- 44 צו עובדים זרים (סל שירותי בריאות לעובד), התשס"א-2001, ק"ת 6100.
- 45 שם, בס' 2.

הביטוח (ביטוח באמצעות ספק פרטי במימון המעסיק), ומבחרות מדיניות נוספות שבאות לידי ביטוי בצו. הבדלים אלו מובילים לפערים דרמטיים בהיקפה של הזכות לבריאות הנתונה למהגרות ולמהגרי עבודה וביכולת לממשה בפועל. אחד מפערים אלו הוא ההסדר שמעגן הצו שלפיו הביטוח הרפואי של מהגרות ומהגרי עבודה פוקע במקרה של מחלה קשה או פציעה שהובילה לאובדן כושר עבודה ממושך. במקרה של חולי או פציעה המוביל לאובדן כושר עבודה העולה על תשעים ימים, מהגרות ומהגרי עבודה אינם זכאים אלא לשירותי חירום לשם ייצוב מצבם הרפואי לצורך הטסתם מישראל.⁴⁶ הסדר זה מלמד על המידה שבה יש לזכות לבריאות בהקשר של הגירת עבודה זמנית תכלית אינסטרומנטלית. זכות זו, במילותיו של מונדלק, "אינה נובעת מהיותו של העובד הזר אדם או חבר חלקי בקהילה, אלא רק משום שהזכות לבריאות נדרשת להבטחת תפקודו הרפואי כעובד".⁴⁷

לאסדרתה של הגירת עבודה זמנית נלווה, במקרה הישראלי, גם רציונל אתני ולאומי דומיננטי: ישראל אינה רואה עצמה כמדינת הגירה אלא כמדינת שבות שבה מתממשת זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית. משטר ההגירה בה מבוסס על העדפה על פי מפתח לאומי-דתי, שבמסגרתו מוענקות זכויות הגירה נרחבות ליהודים ולבני משפחה של יהודים,⁴⁸ ואילו יכולתם של מי שאינם יהודים להגר לישראל ולשהות בה (שלא ברשיון לישיבת ביקור הניתן לתיירים) מוגבלות באופן משמעותי. בחירות המדיניות האופייניות של תוכניות הגירת עבודה זמנית המבוססות, כאמור, על שהייה ארעית, הדרה חברתית ופוליטית ומגבלות דרקוניות על חיי משפחה – מאפשרות, אפוא, "ליישב" את כניסתם של עשרות אלפי מהגרות ומהגרים לא יהודים עם אופייה האתנו-לאומי של ישראל כמדינה יהודית.

2. תוכניות הגירת עבודה זמנית בראי המתח שבין דיני העבודה לדיני ההגירה

מעצם היותן תוכניות המשלבות הגירה ועבודה, תוכניות של הגירת עבודה זמנית נשענות בו בזמן על דיני ההגירה ועל דיני העבודה. מה מניבה ההצטלכות בין שתי מערכות נורמטיביות אלו? כיצד ניתן לאפיין את הקשרים ביניהן?

באחת מאסופות המאמרים המרכזיות מהשנים האחרונות שהוקדשו לבחינתן של שאלות אלו, קתרין קוסטלו ומאראק פרידלנד מאבחנים כי דיני ההגירה מפצלים הן את המטרות והן את הכיסוי של דיני העבודה. בכל הנוגע למטרות, דיני ההגירה מעצימים את הפיצול האידאולוגי הפנימי המאפיין את דיני העבודה – בין מטרותיהם הנוגעות להגנה על עובדים מצד אחד, למטרותיהם הנוגעות להגנה על אינטרסים של מעסיקים והבטחת היצע של עובדים, מצד שני. הכיסוי של משפט העבודה מפוצל אף הוא – נוכח מעמד ההגירה בתוכניות של הגירת

46 שם, בס' 4(א)(3).

47 מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 475.

48 ביטוייה הנורמטיבי של העדפה זו מצוי בס' 1 לחוק השבות, התש"י-1950, ס"ח 51, הקובע כי "כל יהודי זכאי לעלות ארצה". ס' 2 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, ס"ח 95, מייסד הסדר של התאזרחות אוטומטית ומיידית לעולים לפי חוק השבות. בפסיקת בית המשפט העליון פורשה הזכות לשבות כ"כמעט זכות אבסולוטית". ראו בג"ץ 3648/97 טטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, פס"ד 7 (1999).

עבודה זמנית, המגביל את המוביליות השוקית של עובדים דרך הסדרי כבילה, ומכונן, באופן זה, יחסי עבודה מבוססי-סטטוס בין עובדים-מהגרים למעסיקהם.⁴⁹ הנחתם של קוסטלו ופרידלנד באשר לקשר שבין דיני העבודה לדיני ההגירה היא הנחה בדבר השפעה חד-כיוונית: בתפיסתם, דיני ההגירה, וכן הגירת העבודה כשלעצמה, משפיעים באופן עמוק על דיני העבודה ועל שוק העבודה, אך דיני העבודה, מצידם, אינם מהווים כוח משפיע נגדי על דיני ההגירה.⁵⁰ הנחה אחרונה זו משותפת לחלק ניכר מהכתיבה על מהגרות ומהגרי עבודה בתוכניות של הגירת עבודה זמנית. תפיסה רווחת היא כי דיני העבודה, וההגנות הניתנות מכוחם על זכויות עבודה, נסוגים בתוכניות אלו – הן מפני לחציהם של מעסיקים להפחתת עלויות והעצמת שליטה (לחצים המעצבים, כאמור, את מערך האסדרה) והן מפני העדיפות הנורמטיבית שעקרון הריבונות במדינות לאום טריטוריאליות זוכה לה, והפררוגטיבה הרחבה הנתונה למדינות, כתוצאה מכך, לקבוע באופן חד-צדדי את תנאי שהייתם ועבודתם של מהגרים. דיני העבודה אינם מובנים ככוח מרסן פוטנציאלי משמעותי של דיני ההגירה.⁵¹

מטרה עיקרית של מאמר זה היא להעמיק את החשיבה על ההצטלבות שבין דיני העבודה לדיני ההגירה, ובמידה רבה להציע קריאה חלופית שלה. אני סבורה שההבחנות, הנכונות כשלעצמן, בדבר פיצול הכיסוי של משפט העבודה והטיית מטרותיו לטובת מעסיקים במסגרת אסדרה של תוכניות הגירת עבודה זמנית עדיין אינן מספרות משהו ספציפי דיו על

Mark Freedland & Chathryn Costello, *Migrants at Work and the Division of Labour* 49
Law in MIGRANTS AT WORK, לעיל ה"ש 1, בעמ' 8-11. ל"סטטוס" כבסיס יחסי העבודה תחת
 הסדרי כבילה ראו גם מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 442-443.

Freedland & Costello, שם, בעמ' 2-1 “[T]he fact [is] that, whereas there is no very strong reason to regard labour law as having a distinctive or non-obvious impact upon migration law, there is every reason to regard labour migration and its regulation as having a major and under-appreciated impact upon labour law” עוסקת
 בהשפעות הדדיות בין היקף הגירת העבודה להיקף ההגנה על זכויות עבודה, כי אם ביחסים
 שבין דיני ההגירה לדיני העבודה כמערכות נורמטיביות. לדיון משפיע בסוגיה הראשונה ראו
 MARTIN RUHS, *THE PRICE OF RIGHTS: REGULATING INTERNATIONAL LABOR MIGRATION* (2013).
 התפיסה שפותחה בכתיבה על עיצובם של משטרי הגירה בדמוקרטיות ליברליות היא כי
 כוח מרסן עיקרי בהקשר של מדיניות הגירה במדינות לאום ליברליות הוא ביקורת שיפוטית
 שמקורה במחויבויות לזכויות אדם אוניברסליות או במחויבויות חוקתיות פנימיות להגנה על
 כמה זכויות יסוד. ביקורת שיפוטית חוקתית, ותפקידם המסורתי של בתי המשפט בדמוקרטיות
 ליברליות כמגיני מיעוטים, מובנים כמגבלה מוסדית עיקרית, אם לא יחידה, על כוח רובני
 בהקשר של זכויות מהגרים. ראו למשל SASKIA SASSEN, *LOSING CONTROL? SOVEREIGNTY IN AN AGE OF GLOBALIZATION* (1996); Christian Joppke, *Why Liberal States Accept Unwanted Immigration*, 50 *WORLD POL.* 266 (1998)
 שיפוטית בענייני הגירה בהקשר האמריקני ראו Stephen H. Legomsky, *Fear and Loathing in Congress and the Courts: Immigration and Judicial Review*, 78 *TEX. L. REV.* 1615
 (2007). לתפיסה שונה, המדגישה את המתח בין זכויות מהגרים לתפיסת התחולה הטריטוריאלית
 של זכויות אדם אוניברסליות, ראו Moria Paz, *Between the Kingdom and the Desert Sun: Human Rights, Immigration, and Border Walls*, 34 *BERKELEY J. INT’L L.* 1 (2016).

השפעותיהם של דיני ההגירה על דיני העבודה. הבחנות אלו מובילות למסקנה כי האתגר שתוכניות של הגירת עבודה זמנית מגלמות למשפט העבודה הוא ביסודו אתגר נאו-ליברלי, ואינו אתגר הנובע דווקא מהגירה או מדיני הגירה.

ברמת הפשטה גבוהה, משברי הכיסוי והערכים של משפט העבודה בעידן הפוסט-פורדיסטי, כפי שקוסטלו ופרידלנד מתארים אותם, אינם מאפיינים ייחודיים של תוכניות הגירת עבודה זמנית.⁵² אין, אפוא, סיבה לראותם כתוצאות מובחנות של דיני הגירה דווקא. גם התעצמותה הניכרת של הפררוגטיבה של מעסיקים והתפתחות תצורות של שליטה עמוקה בעובדות ובעובדים אינם מאפיין ייחודי של הגירת עבודה זמנית (אף על פי שדיני ההגירה אכן מאפשרים ורסיה מובחנת אחת של שליטה אינטנסיבית בעולם העבודה, כזו המבוססת של שליטת המעסיק במעמדו החוקי של העובד). מקורם של שינויים אלו במשפט העבודה במפנה אידאולוגי נאו-ליברלי ובתמורות חברתיות-כלכליות וטכנולוגיות דרמטיות שהתחוללו בעולם העבודה כולו, ומחוצה לו, בעשורים האחרונים; תמורות שנודעו להן השפעות מופלגות גם על עובדים מקומיים.⁵³

אני מבקשת להציע קריאה חלופית של ההצטלבות בין דיני העבודה לדיני ההגירה. קריאה זו אינה מזהה את ההשפעות של דיני ההגירה על דיני העבודה רק עם המפנה האידאולוגי הנאו-ליברלי והתמורות שהתחוללו מכוחו במשפט העבודה. למעשה, תוכניות של הגירת עבודה זמנית אינן מחויבות כלל באופן עקבי לסדר יום נאו-ליברלי. הקריאה המוצעת על ידי מדיניות מערכת נוספת של הנחות, הצדקות והגיונות מארגנים המגיעים מדיני ההגירה, על המטענים שמקופלים לתוכם בהיבטי מגדר, גזע, אתניות, מעמד ועוד. בקריאה זו, דיני ההגירה אינם רק מעצימים את הפיצול הפנימי של דיני העבודה בין מחויבות לאינטרסים ולפררוגטיבה של מעסיקים לבין הגנה על זכויות עובדים, אלא מחדירים לדיני העבודה הגיונות מארגנים חיצוניים מובחנים. השפעתם על דיני העבודה, בתפיסה זו, עמוקה וגורפת יותר. אסביר: את הפיצול האידאולוגי הפנימי של משפט העבודה בין הגנה על זכויות עובדים לבין מחויבות לאינטרסים ולפררוגטיבה של מעסיקים ניתן לאפיין – בהכללה שתשורטט בקווים גסים מאוד לצורך הטיעון – כפיצול בין תפיסה חברתית-כלכלית שמאלית לתפיסה חברתית-כלכלית ימנית. הראשונה מבוססת על מחויבות גבוהה לשוויון חברתי ולחלוקה מחדש ועל מעורבות מדינתית עמוקה באסדרת שוק העבודה לצורך קידום מטרות אלו. האחרונה מבוססת על מחויבות נמוכה לשוויון חברתי ולחלוקה מחדש ועל תפיסה של עליונות אינהרנטית של השוק על פני המדינה, תפיסה המחייבת את צמצום מעורבותה של המדינה בשוק למינימום. לו היו אכן דיני ההגירה אך מעצימים את הפיצול הפנימי של משפט העבודה בין קטבים אלו, לנסיגה מהגנה קוגנטית על זכויות עבודה מינימליות הייתה אמורה

52 מודל העבודה הפורדיסטי התאפיין בתעסוקה רצופה של עובדים במקום עבודה אחד לכל אורך חייהם בתאגיד המבוסס על אינטגרציה אנכית, בשיעורים גבוהים של חברות עובדים באיגודים מקצועיים ובמציאות חברתית וכלכלית שבה שימשו גברים מפרנסים עיקריים. מעבר להיותו מודל העסקה, הוא ביטא תפיסה רחבה יותר של הקצאת סיכונים במדינת הרווחה. ראו לילך לוריא דיני עבודה ורווחה במאה העשרים ואחת 39 (2013).

53 לניתוח ההשלכות מרובות הפנים של הגלובליזציה והמפנה הנאו-ליברלי על שוק העבודה ראו Kerry Rittich & Guy Mundlak, *The Challenges to Comparative Labor Law in a Globalized Era*, in *COMPARATIVE LABOR LAW* 80, 83–99 (Finking & Mundlak eds., 2015).

להתלוות העצמה של האתוס הנגדי והנאו-ליברלי של דיני העבודה, המדגיש את עליונות השוק על המדינה ואת חופש החוזים האינדיבידואליסטי כבסיסן הרצוי של התקשרויות בין פרטים בשוק העבודה. בתפיסת עולם נאו-ליברלית עקבית, אם כן, העצמה זו הייתה אמורה להוביל גם לליברליזציה של משטרי תנועה וניידות: הן תנועה חוצת גבולות לצורך עבודה, והן ניידות בתוך שוק העבודה (כלומר, בין ענפים ומעסיקים) לאחר הכניסה.⁵⁴ בפועל, תוכניות של הגירת עבודה זמנית מבוססות על גריעה ב־זמנית משתי הנטיות האידאולוגיות המתחרות של משפט העבודה: הן מתפיסה נאו-ליברלית של שוק חופשי והן מתפיסה של הגנה מדינתית קוגנטית על זכויות מינימליות. במילים אחרות, תוכניות הגירת עבודה זמנית הן אולי נאו-ליברליות ביחס לנסיגה מהגנות עבודה קוגנטיות, אך אינן נאו-ליברליות ביחס למוביליות חוצת גבולות ולמוביליות שוקית. כך, במקרה של ענף הסייעוד הביתי שייבחן בהמשך, להחרגתן של עובדות סיעוד מהגרות מחוק שעות עבודה ומנוחה – בין היתר, מנימוקים נאו-ליברליים המדגישים את ההסכמה והבחירה של העובדות בנוגע לתנאי העבודה המוצעים בישראל⁵⁵ – נלוותה, בו בזמן ממש, הקשחה של הסדרי כבילתן למעסיקים ומגבלות דרקוניות מתעצמות על כוח השוק שלהן.⁵⁶ אסדרה של הגירת עבודה זמנית חורגת, אפוא, מהמתח בין תפיסה חברתית-כלכלית ימנית לתפיסה חברתית-כלכלית שמאלית (או בין "אינדיבידואליזם" ל"אלטרואיזם", במילותיו של דנקן קנדי), ואינה מוגדרת באמצעותו. היא אינה רק תוצר של מתחים פנים-ליברליים, ולכן גם המפנה הנאו-ליברלי והתמורות שחולל במשפט העבודה אינם מספקים לה הסבר מלא. אסדרה של הגירת עבודה זמנית קרובה יותר למה שקנדי מכנה "אגואיזם טהור", ושאינו אכנה אינסטרומנטליזם; הסמן הימני השוכן מעבר ל"אינדיבידואליזם", החף, לגבי קנדי, מ"תוכן מוסרי": התפיסה כי אין זה אפשרי או רצוי להטיל כל מגבלה על קידום האינטרס העצמי.⁵⁷ כפי שנראה בהמשך, מקורו של אינסטרומנטליזם זה במשפט הוא בהגיונות מדיני ההגירה, ובעיקר בהנחתם המשתמעת שלפיה מהגרות ומהגרי עבודה הם פחות מסובייקטים פוליטיים מלאים, הנחה הקשורה באופן עמוק להבניות חברתיות של גזע, תפקידים מגדריים ומעמד. על פי הנחה זו, תכלית שהותם של מהגרות ומהגרי עבודה, והסיבה שבגינה הותרה כניסתם לכתחילה, היא לשמש אמצעי בשירות מטרה חיצונית להם: רווחתה או האינטרסים הכלכליים של קהילת האזרחים.

קביעה נוספת שדומה כי ראוי להרהר אחריה היא הקביעה שלפיה מערכת היחסים בין דיני העבודה לדיני ההגירה מתמצית בהשפעה חד-כיוונית של האחרונים על הראשונים. חרף השפעותיהם העמוקות של דיני ההגירה על דיני העבודה, אני סבורה שהשפעות אלו אינן חד-כיווניות. אדגים הבחנה זו באמצעות חקר המקרה של אסדרת עבודת מהגרות בתחום הסייעוד הביתי, שיוצג בפרק השלישי. מבט על התפתחויות באסדרתו המשפטית של ענף

54 למידה שבה תפסות צדק ליברטריאניות מחייבות ליברליזציה עמוקה של משטרי תנועה חוצת גבולות ו"גבולות פתוחים" ראו Joseph H. Carens, *Aliens and Citizens: The Case for Open Borders*, 49 REV. POL. 251 (1987).

55 בג"ץ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סג(3) 209, 235-240 (2009) (להלן: בג"ץ גלוטן).

56 לדיון מורחב בסוגיה ראו להלן בפרק 3.3, תחת סעיף א, חלק 1.

57 Kennedy, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1714-1715.

הסיעוד הביתי לאורך שני עשורים חושף מה שניתן לאפיינו יותר כתנועה בין הגיונות דיני עבודה להגיונות דיני הגירה. אומנם אין מדובר בתנועה סימטרית בין שני קטבים שווים במשקלם, והדומיננטיות של הגיונות מדיני הגירה במערך האסדרה ברורה. לצד זאת, עדיין ניתן לזהות השפעות נגדיות ברורות, למצער בתקופות או ברגעים מסוימים, של דיני העבודה על דיני ההגירה.

2.1 דיני העבודה ודיני ההגירה: שלושה צירים של מתח

פרק זה מתאר את המתח שבין דיני העבודה לדיני ההגירה באסדרה של הגירת עבודה זמנית לאורך שלושה צירים עיקריים. אף שמסגרת הניתוח המוצעת רלוונטית לאסדרה של הגירת עבודה זמנית במדינות נוספות המסתמכות על הגירת עבודה זמנית, טעמים הנוגעים לבהירות ולרצון להימנע מהכללות יתר לאורך הקשרים חברתיים-כלכליים ולאומיים שונים הובילו אותי להשעין את ניתוח היחסים בין דיני העבודה לדיני ההגירה בעיקר מתוך מבט על המקרה הישראלי. במיפוי מערך האסדרה, הפרק מתמקד בדיני העבודה וההגירה כביטויים במשפט הישראלי הפנימי. בחירה זו נובעת מכך שהמסגרת המדינתית של המדינה קולטת ההגירה, במקרה זה ישראל, עודה משמשת גורם מאסדר עיקרי של עבודה והגירה בתוכניות של הגירת עבודה זמנית. מציאות זו נותרה בעינה גם נוכח המפנה להסכמים בילטרליים עם מדינות המוצא של מהגרות ומהגרי עבודה, המהווים כיום חלק ממערך האסדרה.⁵⁸ הבחירה לתאר את המתח באסדרה של תוכניות הגירת עבודה זמנית באמצעות הנגדה של דיני העבודה ודיני ההגירה מחייבת הבהרות מקדימות אחדות באשר לתפיסת התכלית וההיסטוריה של מערכות נורמטיביות אלו, המנחות את הניתוח.

הערה חשובה ראשונה נוגעת ליחסים בין דיני הגירת עבודה לגזע ולאתניות. שווקים להגירת עבודה מאורגנים – ובמידה רבה חצויים – לאורך קווים גזעיים ואתניים בולטים; בכואה רבת עוצמה למורשות של עבדות וקולוניאליזם.⁵⁹ סטראוטיפים גזעיים ואתניים – והצלבניותיהם עם זהויות אחרות, כגון מגדר ומעמד – ממלאים תפקיד לא מבוטל בהבניית

58 מצב זה מאפיין מדינות קולטות הגירת עבודה רבות. לניתוח אסדרתה של הגירת עבודה בירי מדינות קולטות ותפקידים של הסכמים בילטרליים במערכת יחסים שהיא ביסודה חד־צדדית ראו Jennifer Gordon, *People are Not Bananas: How Immigration Differs from Trade*, 104 Nw. U. L. Rev. 1109, 1137–1142 (2010). לניתוח המניעים של מדינות שולחות ומדינות יעד באסדרה של הגירת עבודה באמצעות הסכמים הבילטרליים ראו Yuval Livnat & Hila Shamir, *Gaining Control? Bilateral Labor Agreements and the Shared Interest of Sending and Receiving Countries to Control Migrant Workers and the Illicit Migration Industry*, 23 THEORETICAL INQ. L. 65 (2022).

59 ADELLE BLACKETT, *EVERYDAY TRANSGRESSIONS: DOMESTIC WORKERS' TRANSNATIONAL CHALLENGE TO INTERNATIONAL LABOR LAW* 19 (2019); Ben Rogaly, *Commentary: Agricultural Racial Capitalism and Rural Migrant Workers*, 88 J. RURAL STUD. 527 (2021). התנאים של אסדרת עבודת הגירת זמנית, המבוססים על יצירת כוח עבודה זול, לא חופשי וממושטר באינטנסיביות של עובדות ועובדים מוגזעים, מאפשרים להבחין בהמשכיות של תבניות ניצול קולוניאליות, וזאת גם מבלי שלישראל עצמה היסטוריה דומה בהקשר זה לאלו של מעצמות אימפריאליות ותיקות.

הביקוש למהגרות ומהגרי עבודה בענפים שונים,⁶⁰ והם אף נקראים, לא אחת, לתוך מערך האסדרה וממלאים תפקיד בשיח ההצדקות סביבו.⁶¹ חרף כל אלו, וכפי שאובחן בכתביה, הדיון המשפטי בדיני הגירה נוטה להתכחש לבידול הגזעי והאתני העמוק שביסוד תצורות אסדרה עכשוויות של הגירה, ונסוב על שאלות ניטרליות לכאורה לסוגיות של זהות.⁶² דיון מעין־דוקטרינרי בדיני הגירה מהסוג המוצע במאמר עשוי להיחזק כמהלך המשעתק טשטוש זה. מתוך כך חשוב לחדד כי תפיסתי את דיני ההגירה היא תפיסה המניחה מראש את תפקידם ההיסטורי והעכשווי כמכשיר של בידול גזעי ואתני. בהתאמה, הדיון המוצע במאמר בדיני הגירה בהקשר של אסדרתן של תוכניות הגירת עבודה זמנית אינו מניח מהגר עבודה אבסטרקטי, המוגדר אך ורק באמצעות עובדת היעדרה של חברות פוליטית או "זרות" כללית. הוא נשען על הכרה מקדמית בכך שכל דיון בסוגיות העומדות בליבו של מאמר זה – הדרה, חלוקה מחדש ומסחר – הוא ביסודו דיון בהבניות חברתיות וכלכליות של גזע ואתניות (כמו גם של מעמד, מגדר וזהויות נוספות).

Anna Romina Guevarra, *Supermaids: The Racial Branding of Global Filipino Care Labour*; in MIGRATION AND CARE LABOUR 130 (Bridget Anderson & Isabel Shutes eds., Rogaly 2014); שם, בעמ' 529.

61 בחינת הפסיקה מגלה מופעים רבים, מעודנים יותר ופחות, של סטראוטיפיזציה אתנית של מהגרות ומהגרי עבודה, בפרט של מהגרות העבודה המועסקות בסיעוד. כך, למשל, בפסק הדין בבג"ץ גלוטן ציין השופט ריבלין את "מזגם הטוב" ואת "מסירותם המופלאה" של מהגרות ומהגרי העבודה המועסקים בטיפול סיעודי. לעיל ה"ש 55, בפס' 27; התייחסות המהדהדת סטראוטיפים אתניים ומגדריים שעל פיהם נשים מוגזעות נתפסות כמטפלות "טבעיות" (על כך ראו למשל ברידג'ט אנדרסון "סתם עוד עבודה? הקומודיפיקציה של עבודת הבית" *האישה הגלובלית: מטפלות, עוזרות ועובדות מין בכלכלה החדשה* 136, 141–142 (אנררייך והוכשילד עורכות 2006)). בפרשה אחרת נפסק כי ההסדר הייחודי החל בעניין משך שהותם של מהגרות ומהגרי עבודה המועסקים בטיפול סיעודי "מושפע גם מההכרה בדבר האיכויות המיוחדות של הטיפול הסיעודי, שמביאים עמם עובדי הסיעוד הזרים המגיעים לישראל, בעיקר מארצות המזרח הרחוק, ומהקושי הרב הקיים במציאות הישראלית למצוא כוח עבודה באיכות דומה בתחום גבולות הארץ". עע"מ *Bueno* 2190/06 נ' *מדינת ישראל*, פס' 31 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 15.5.2008). בפרשה נוספת התייחס השופט רובינשטיין בנימה מבודחת לעוצמת השתרשותם של סטראוטיפים אתניים בענף הסיעוד, וציין כי "בתחום הסיעוד הפך 'פיליפיני או פיליפינית' לשם גנרי" – "יש ל'לה' פיליפינית/מסרילנקה". בג"ץ 2405/06 *קו לעובד נ' מנהל יחידת הסמך לעובדים זרים – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה* (נבו 2.8.2016).

62 Inés Valdez, *Socialism and Empire: Labor Mobility, Racial Capitalism, and the Political Theory of Migration*, 49 POL. THEORY 902 (2021); Tendayi E. Achiume, *Racial Borders*, 110 GEO. L. J. 445 (2021); Antje Ellermann, *Discrimination in Migration and Citizenship*, 46 J. ETHNIC & MIGRATION STUD. 2463 (2020). יש, כמובן, מידה של פרדוקסליות בפרובלמטיזציה של הבחנות כאלו בדיני ההגירה במשפט במדינה שמשטר ההגירה שלה מושתת על זכויות יתר על בסיס אתני כנקודת מוצא.

הערה נוספת נוגעת לתפיסת התכלית של דיני העבודה המשמשת ברקע הדין. ההנחה כי דיני העבודה ודיני ההגירה מונעים בידי הגיונות מנוגדים מבוססת על התפיסה המסורתית באשר לתכליתו של משפט העבודה. על פי תפיסה זו, משפט העבודה נועד לקדם שוויון חברתי וצדק חלוקתי ולהגן על עובדות ועובדים מפני מסחור לא מרוסן של עבודה.⁶³ בקריאת תכלית זו, משפט העבודה מצוי במתח אינהרנטי עם כמה מההגיונות המארגנים העיקריים של דיני ההגירה, אשר נשענים על תפיסה שונה של מוטבים, על תכלית חברתית שונה ועל עמדה אתית אחרת בתכלית כלפי מסחור. בתמצית, דיני ההגירה נועדו לקדם את רווחתה של קהילת האזרחים, ובפרט מעסיקים;⁶⁴ לדיני ההגירה תכלית מבצרת ומגדרת שנועדה להרחיק "זרים" – שלאחרותם, כאמור, יש לעיתים קרובות ממד גזעי, אתני, מגדרי או מעמדי – באמצעות דחיית כניסתם או באמצעות התרתה בתנאים המבוססים על היררכיה פנימית ועל הרחקה מיתרונותיה הסמליים והחומריים של חברות פוליטית (תכלית אנטי-חלוקתית); לבסוף, הגיונם של דיני ההגירה – שמקורו בעקרון הריבונות ובפרווגטיבה החד-צדדית הרחבה, הנובעת ממנו, לאסור או להתנות את כניסתם ושהותם של זרים – מאפשר בפועל התניה על זכויות אוניברסליות באמצעות הסכמה משתמעת.⁶⁵ מתקיים, לכן, מתח אינהרנטי בין כובען של מהגרות העבודה כ"מהגרות" לבין כובען כ"עובדות", המסגיר את המתח שבין דיני ההגירה לבין דיני העבודה כמערכות נורמטיביות.

אלא שהעמדה זו, המשורטטת בשלב זה באופן גורף מאוד, היא בבירור הכללה גסה וחד-ממדית. העמדתם של דיני העבודה כניגודם ההחלטי של דיני ההגירה היא העמדה פשטנית למדי – בראש ובראשונה משום שדיני העבודה אינם פרויקט נורמטיבי קוהרנטי, הרמוני ונטול מתחים פנימיים.⁶⁶ אף אם מקבלים את העמדה המסורתית בדבר תכליתו של

PAUL DAVIES & MARK FREEDLAND, *KAHN-FREUND'S LABOUR AND THE LAW*, 18 (Stevens & Sons eds. 3rd ed. 1983) 63

ביטוי לתפיסה זו נתן תומר מוסקוביץ', כיום מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה: "החוק בישראל מכיר בעובדים זרים, וכך קרוא החוק: 'חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991'. החוק אינו מכיר בביטוי מהגרי עבודה, ולטעמי לא בכדי. מהגר הוא אדם העובר מארץ לארץ כדי להיטיב את מצבו, והמדינה המארחת קולטת אותו מתוך רצון לסייע לו בהשגת מטרה זו. מהגר עבודה הוא, אם כן, מי שנכנס לארץ כדי לשפר את מצבו התעסוקתי; ובהרשותה לו לבוא בשעריה, מציבה המדינה את עצמה כמי שמוכנה לסייע לו בכך. כניסתם של עובדים זרים לישראל, לעומת זאת, נעשית כדי לפתור את מצוקתם של מעסיקים בענפים מסוימים כפי שהוכרה על ידי הממשלה; ולא מתוך מטרה של הממשלה לשפר את מצבם של העובדים הזרים. זאת בשונה למשל מפליטים המקבלים בארץ אשרת עבודה כללית שכן הם אכן מעין 'מהגרי עבודה', היינו בני אדם שכניסתם לארץ מורשית מתוך רצון של המדינה להיטיב את מצבם" (מכתב מתומר מוסקוביץ', יועץ משפטי, משרד התמ"ת, ליובל לבנת, עו"ד בעמותת קו לעובד (8.6.2006)).

לדיון בטיעון ההסכמה בהקשר של הגירת עבודה ראו מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 428-432. 65

גם דיני ההגירה בכללותם אינם פרויקט לכיד ונטול מתחים פנימיים. מבט על מלוא הקורפוס של דיני ההגירה היה מחייב דיון בהעמדות אפשריות נוספות של דיני ההגירה ודיני העבודה, הנגזרות במידה רבה מתפיסה עקרונית כלפי עצם הלגיטימיות של המגבלות הנרחבות שמשילות מדינות לאום טריטוריאליות על תנועה חוצת גבולות ומתפיסות של צדק גלובלי. עבור מי שסבורים כי למגבלות על תנועה חוצת גבולות הצדקה אתית מטעמים קהילתניים, או עבור מי

משפט העבודה שלפיה משפט העבודה נועד לקדם שוויון חברתי וצדק חלוקתי, תפיסה זו עדיין אינה מספרת את מלוא הסיפור על תכליותיו – שכוללות יעדים נוספים ובהם הגברת יעילות דרך הפחתת עלויות עסקה והקטנת פערי מידע⁶⁷ – ובוודאי לא על ההיסטוריה של יישומו בפועל. למשפט העבודה שורה של מחויבויות מסורתיות סותרות: לזכויות הקניין של המעסיק ולפרודגטיבה הניהולית שלו,⁶⁸ לתהליך הייצור ולהיררכיה.⁶⁹ ההתמקדות בתכלית החלוקתית של דיני העבודה לא נועדה, אם כן, לכפור בקיומה של נטייה נגדית וסותרת המובילה למיסוד ולהעצמת כוחם העודף של מעסיקים. ההנחה היא כי נטיות סותרות אלו דרות יחד, ומשקפות מתח אידאולוגי אינהרנטי לפרויקט הרגולציה של העבודה.⁷⁰ העמדתם של דיני העבודה כניגודם ההחלטי של דיני ההגירה עשויה אף לעורר התנגדות מצד מי שרואות את הרמיון בין דיני העבודה ודיני ההגירה כמכשירים חברתיים משותפים של הדרה. טענה ברוח זו עשויה להיות כי הן דיני העבודה והן דיני ההגירה מניחים סגירות כלפי חוץ וקהילה פוליטית מגודרת (המוגדרת במידה רבה לאורך קווים גזעיים ואתניים). המסגרת המדינתית וקהילות פוליטיות מגודרות (בין היתר באמצעות דיני ההגירה) הן שמאפשרות – והן שמאז ומעולם אפשרו – את דיני העבודה במתכונתם הנוכחית; דינים שמבוססים ביסודם על דחיית התחרות של עובדים חיצוניים (ומגוזעים) זולים יותר ועל הגנות מובחנות לשוק המקומי (protectionism), שהשתרעו בעיקר על עובדים לבנים.⁷¹

שסבורים כי מגבלות על הגירה מגבירות שוויון כלפי פנים, דיני העבודה ודיני ההגירה עשויים להיתפס כמכשירים משותפים של הכלה. בתפיסה הראשונה, שעם מבטאיה המרכזיים נמנה הפילוסוף מייקל וולצר, מידה של סגירות כלפי חוץ היא תנאי יסודי לקיומה של קהילה שאינה אך אוסף של אינדיבידואלים, ראו MICHAEL WALTZER, SPHERES OF JUSTICE A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (1983). התפיסה השנייה מדגישה את הסתירה שבין פתיחות להגירה לבין קיומה של מדינת הרווחה והסדרים של חלוקה מחדש בתוך קהילות פוליטיות, ראו למשל Han Entzinger, *Open Borders and the Welfare State*, in MIGRATION WITHOUT BORDERS 119 (Antoine Pecoud & Paul de Guchteneire eds., 2007). בחירתי להתמקד בדיני הגירת עבודה הופכת במידה רבה דיונים אלו לבלתי רלוונטיים. דיני הגירת עבודה אינם מבוססים על סגירות, אלא על הכלה מכפיפה במעמד ארעי ועל היררכיה פנימית קבועה. גם לגבי מי שמצדיקים הגבלות על הגירה מטעמים של שוויון כלפי פנים ושמצדדים במה שלעיתים מכונה "גבולות אתיים", ברור כי תוכניות של הגירת עבודה זמנית אינן מייצגות גבולות אתיים ובוודאי אינן מגבירות שוויון כלפי פנים. התייחסותו הידועה של וולצר עצמו לתוכניות של הגירת עבודה זמנית היא כאל "משפחה עם משרתים" (שם, בעמ' 62).

- Stewart J. Schwab, *Law-and-Economics Approaches to Labour and Employment Law*, 67
33 INT'L J. COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 115 (2017)
- Gali Racabi, *Abolish the Employer Prerogative, Unleash Work Law*, 43 BERKELEY J. EMP. & LAB. L. 79 (2022)
- Judy Fudge, *Labour as a 'Fictive Commodity': Radically Reconceptualizing Labour*, 69
.LAW IN THE IDEA OF LABOUR LAW 120, 123 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2011)
- Guy Mundlak, *Generic or Sui-generis Law of Employment Contracts?*, 16 INT'L J.
.COMP. LAB. L. & INDUS. REL. 309, 313 (2000)
- Diamond Ashiagbor, *Race and Colonialism in the Construction of Labour Markets and Precarity*, 50 INDUS. L. J. 506 (2021)

אתיחס להעמדה אפשרית זו – ולהבדלים הניכרים שאני בכל זאת סבורה שקיימים בין שתי מערכות נורמטיביות אלו גם שעה שמביאים בחשבון את תפקידם ההיסטורי המקטב של דיני העבודה – בהמשך.

אחד עוד כי בהדגשת מחויבותם של דיני העבודה לחלוקה מחדש ולדה-קומודיפיקציה, מטרתי אינה להאיר את דיני העבודה באור ורוד מדי, או לטעון שהם גילומו של החזון המושך ביותר לצדק חלוקתי בין עבודה להון – וודאי שלא בין הצפון הגלובלי לדרום הגלובלי.⁷² לצד זאת, כפי שמזכיר דוידוב, ההכרה החשובה במגבלות ההתערבות שמייצרים דיני העבודה בשווקים אינה מבטלת את תפקידם כמכשיר חלוקתי.⁷³ לדלדולם כמסגרת נורמטיבית עבור מהגרות ומהגרי עבודה השלכות עמוקות ונרחבות כמעט בכל היבט, שאין זה רצוי להתעלם מהן. מקורן בחוסר התחליפיות של משפט העבודה, במציאות הנוכחית, כאמצעי של עוצמה ושל הגנה שוקיים. הגנות עבודה קוגנטיות הן אמצעי כמעט יחיד של חלוקה מחדש במדינות רווחה לגבי מהגרות ומהגרי עבודה, שמוחרגים במובנים חשובים מהסדרים אחרים של חלוקה מחדש, כהסדרי ביטחון סוציאלי ומיסוי פרוגרסיבי.⁷⁴ גם אם אכן מדובר במעט, על המעט הזה ראוי לשמור – בפרט במציאות שבה, כך דומה, לא פוסקות התביעות להעמיד את המינימום המזערי ביותר לבחינה מחדשת.⁷⁵

2.1.1. מתח שעניינו מוטבים: עובדים לעומת אזרחים

הרעיון המארגן היסודי של דיני הגירת עבודה הוא מחויבות כמעט בלעדית לעניינם של אזרחים.⁷⁶ מחויבות זו נלמדת בראש ובראשונה מהיקפו של עקרון הריבונות של מדינות על גבולותיהן במשפט הבינלאומי. על פי פרשנותו המקובלת של עקרון הריבונות, מדינות אינן חייבות להתיר את כניסתם של מי שאינם אזרחיהן, ונתונה להן פררוגטיבה חד-צדדית כמעט מלאה לעצב את הסדרי הכניסה אליהן והשהייה בהן כרצונן.⁷⁷ מדינות – וישראל

72 בין היתר משום שלהגירת עבודה השלכות מורכבות, ממושכות, רב-ממדיות ובין-דוריות על יחידים, קהילות, משפחות ומדינות שהעסקה צודקת והוגנת במדינות היעד, חרף חשיבותה הרבה, אינה מפצה עליהם.

73 Guy Davidov, *The (Changing?) Idea of Labour Law*, 146 INT'L LAB. REV. 311, 314 (2007).

74 לעניין מיסוי ראו בג"ץ 8421/14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' שר האוצר (נבו) 7.3.2017. לעניין הסדרי ביטחון סוציאלי ותחולתם החלקית על מהגרות ומהגרי עבודה ראו הדיון בפרק 1 לעיל.

75 לאחרונה מתגברות הקריאות מצד גורמים ממשלתיים להחריג כליל קבוצות של מהגרי ומהגרות עבודה מהגנות עבודה בסיסיות, לרבות הזכות לשכר מינימום ולפנסיה בענפי הסיעוד והחקלאות. לסקירה ראו בן ישראל, חקיקת מגן בדיני העבודה, לעיל ה"ש 39, בעמ' 64.

76 לא למותר יהיה להזכיר כי מוסד האזרחות נוצר כנחלתם וברמותם של גברים לבנים בעלי רכוש. גבולות החברות הפנימית בקהילות פוליטיות הוגדרו באופן היסטורי על בסיס של מגדר, גזע, מעמד וכן זהויות נוספות שנתפסות כאנטיתטיות לחברות פוליטית מלאה. ראו למשל Achiume, לעיל ה"ש 62.

77 ככלל, זכות הכניסה למדינה שמורה לאזרחים, ואילו הפררוגטיבה לקבל החלטות חד-צדדיות על התרת כניסתם או דחייתם של מי שאינם אזרחים למדינה נחשבת לחלק אינטגרלי מריבונותן של

אינה חריגה מבחינה זו – נוהגות לעצב הסדרי הגירה אלו על פי תפיסות בדבר טובתם או האינטרסים של אזרחיהן.⁷⁸ הבחירה להתיר כניסה או שהות של מהגרים אינה נעוצה מבחינה נורמטיבית בשיקולים הנסובים על צורכיהם או זכויותיהם של המהגרים עצמם (להוציא כמה חריגים מצומצמים ומובחנים).⁷⁹ מקורה באינטרסים או בזכויות של אזרחים. הדינים העוסקים בהגירת עבודה ממחישים זאת היטב. התרת כניסתם של מהגרות ומהגרי עבודה לענפים עתירי עבודה נועדה לשרת אזרחים המבקשים להעסיק מהגרים, בדרך כלל מטעמי מחסור נטען בעובדים מקומיים. מהגרי ומהגרות העבודה עצמם אינם נתפסים כחברים מלאים בקהילה שבה הם עובדים. ניתן להם מעמד ארעי שמאפשר להתנות את שהותם באופנים הנתפסים כמועילים להגשמת המטרות העומדות ביסוד ההחלטה להתיר את כניסתם, ואשר יאפשר גם את גירושם בקלות יחסית במידה שיפרו תנאים אלו. דיני הגירת עבודה מבוססים, אם כן, על מידה אינהרנטית של אינסטרומנטליזם כלפי מהגרים. תכלית התרת כניסתם ועבודתם של מהגרים היא לקדם מטרה חיצונית להם. הם

מדינות. המשפט הבינלאומי מכיר בזכותו של "כל אדם" לעזוב כל מדינה, כולל מדינת-ישלו, אולם לא מוטלת מכוחו חובה מקבילה על מדינות לקלוט "כל אדם"; זכות הכניסה למדינה מיוחדת למי שהמדינה שאליה הם מבקשים להיכנס היא מדינתם. ראו ס' 13 (2) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 1948; ס' 12 (2) ו-12 (4) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966). ראו גם ס' 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

78 בניסוחו הלאקוני של אריק פוזנר, "פוליטיקאים מקדמים את האינטרסים של מצביעים, וזרים אינם מצביעים". לכן, "הבסיס הנורמטיבי של דיני ההגירה הוא מקסום רווחתם של אזרחים אמריקניים" (Eric A. Posner, *The Institutional Structure of Immigration Law*, 80 U. Chi. L. Rev. 289, 290 (2013)). הסתייגות מתבקשת נוגעת לתפיסתם של אזרחים כקבוצה הומוגנית. קיימים הבדלים משמעותיים בתוך קבוצת האזרחים באשר למידה שבה דיני ההגירה מקדמים את רווחתם או את האינטרסים שלהם. דיני ההגירה אינם מחויבים לרווחתם של כלל האזרחים במידה שווה. משטר ההגירה בישראל מבוסס על העדפה על פי מפתח לאומי-דתי מכוח חוק השבות, ובנוסף על הפליה חמורה של אזרחי ישראל הערבים לעומת אזרחי ישראל היהודים בכל הנוגע לזכויות משפחה, ראו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 11.1.2012). בהיבט זה, דיני ההגירה הם מכשיר להדרה נוספת של קבוצת מיעוט לאומי פנימית מגבולות האזרחות.

79 הכולט בהם הוא משטר ההגנה הבינלאומי על פליטים, שאוסר על מדינות להחזיר או לגרש פליט למדינות "שבהן יהיו חייו או חירותו בסכנה מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכותו לקבוצת חברתי או להשקפה מדינית" (ס' 33 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 65, 3 (נפתחה לחתימה ב-1951)); עקרון ה-Non-refoulement מייצג את הסייג הנורמטיבי המשמעותי ביותר למשטר התנועה הגלובלי המבוסס על סגירות ועל ריבונות כמעט מוחלטת בגבול. עיקרון זה, והזכות למקלט באופן כללי, התערערו במידה ניכרת בעשורים האחרונים. ראו למשל Jessica Schultz, *An End to Asylum?: Temporary Protection and the Erosion of Refugee Status, in WAITING AND THE TEMPORALITIES OF IRREGULAR MIGRATION* 170 (Christine M. Jacobsen et al., eds., 2020)

אינם נתפסים כסובייקטים במלוא זכויותיהם או כחברים מלאים בקהילה שבה הם חיים ועובדים, אלא כאמצעי למימוש זכויותיהם או צורכיהם של אחרים.⁸⁰ לעומת דיני ההגירה, דיני העבודה הם קורפוס נורמטיבי שבמרכזו תפיסת מוטבים שונה. דיני העבודה חלים בתחולה טריטוריאלית מתוקף קיומם של יחסי עבודה, ולא מתוקף מעמד אזרחי. תחולתם אומנם מוגדרת ותחומה על פי גבולותיה של המסגרת המדינתית, אך החלתם כלפי פנים לא נועדה באופן אקסקלוסיבי להגנתם של אזרחים, כי אם להגנתם של עובדים. ההבחנה בין "אזרחים" ל"זרים" – אחת ההבחנות הבסיסיות של דיני ההגירה, ומקורן של אינספור השלכות נורמטיביות – אינה מופיעה כלל בחוקי העבודה המרכזיים, ואף אינה רלוונטית לעניין שמכות השיפוט של בתי הדין לעבודה. היא אינה נושאת, לפחות ברמה התאורטית, משמעות מדירה דומה במשפט העבודה, אשר תחולתו כמערכת נורמטיבית נקבעת בעיקר על פי שאלת קיומם של יחסי עובד-מעביד.

לתפיסת המוטבים השונה של דיני ההגירה ודיני העבודה היבט נוסף. בעוד שדיני ההגירה מעדיפים מבחינה נורמטיבית אינטרסים וזכויות של אזרחים, דיני העבודה מבטאים מידה של העדפה נורמטיבית לעובדים. תכליתם העיקרית היא להגן על עובדים ולחלק מחדש כסף, כוח ומשאבים אחרים ממעסיקים לעובדים. תכלית זו מוצרדת על יסוד תפיסתם של עובדים כצד החלש ליחסי העבודה; חולשה המצדיקה התערבות במישורים שונים: הן במישור של זכויות מינימליות (הגנות עבודה קוגנטיות) והן במישור של הגנות ייחודיות על הזכות להתארגנות ולמשא ומתן קולקטיבי.⁸¹

כפי שכבר צוין, ניתן להרהר אחר ההנגדה ההחלטית המוצעת כאן בין דיני העבודה לדיני ההגירה. מעבר לתפקידים המשותף כמכשיר של סגירות כלפי חוץ, מבט על התפתחות אסדרתה של העבודה, בישראל ובמקומות נוספים, מלמד שדיני העבודה לא הוחלו מעולם בפועל באופן אוניברסלי כלפי פנים. הם אומנם אתגרו, אך בה בעת גם מיסדו ואכפו פרגמנטציה וקיטוב בשוק העבודה, ומילאו תפקיד לא מבוטל ביצירה של ריבוד ואי-שוויון, וכן בהדרה של קבוצות חברתיות שנתפסו כמצויות מחוץ לגבולות האזרחות.⁸² המסקנה מכך עשויה להיות

80 על הגיונם האינסטרומנטלי של דיני ההגירה (ובתוכם דיני הגירת עבודה) הצביעו רבים. ראו למשל עודד פלר "מושא לזכויותיהם של אחרים: המהגרת ודיני ההגירה" (דברים בכנס "הן כאן אינן – נשים, מעמד והגירה", אוניברסיטת תל אביב, 3.4.2012); Tally Kritzman-Amir, *The Methodology of Immigration Law*, 60 VA. J. INT'L L. 651, 691 (2019). היגיון אינסטרומנטלי זה מאפיין גם את גישת דיני ההגירה לבני משפחה מהגרים של אזרחים, שהצדקה לשהותם מצויה בזכויותיהם של אזרחים לחיי משפחה.

81 ההגנה הייחודית שמעניקים דיני התארגנות קיבוצית (ברקע דיני ההגבלים העסקיים, האוסרים על קרטליזציה ביחסים מסחריים) משרתת את שתי תכליותיו המרכזיות של משפט העבודה: צמצום פערים בכוח המיקוח של עובדים מול מעבידים ומטרה חלוקתית (ההנחה שעובדים מאוגדים ישיגו תוצאות חלוקתיות טובות יותר). ראו Guy Davidov, *The Goals of Regulating Work: Between Universalism and Selectivity*, 64 U. TORONTO L. J. 1 13, 14 (2014).

82 הסדרי העסקתם של עובדים פלסטינים והסדרים היסטוריים של העסקת עובדות ועובדים מזרחיים מספרים היטב את תפקידם זה של דיני העבודה בהקשר הישראלי. לדיון בהעסקת עובדים פלסטינים ראו מעין ניזונה **כיבוש העבודה: העסקת עובדים פלסטינים בישראל** קו לעובר (2016). לדיון בהסדרי העסקה מקטבים של עובדות ועובדים מזרחיים ראו שושנה מריומה-

כי אין זה ראוי להפריז בתיאור המתח הקיים בין דיני ההגירה לדיני העבודה בכל האמור לתפיסת מוטבים. כך בוודאי לגבי טיפול ועבודת משק הבית, שההבחנה החדה בינה לבין עבודה "יצרנית" בשוק היא שהגדירה במידה רבה את גבולות תחולתם של דיני העבודה.⁸³ הסתייגות זו היא כמובן מוצדקת, והטעון במאמר זה ודאי מאשש אותה. חשוב, אפוא, לחדד שתיאור מחויבותם של דיני העבודה לתחולה אוניברסלית כלפי פנים לא נועד לכפור בהיסטוריה (ובהווה) של הדרה, בדרך כלל לאורך קווים אתניים, לאומיים ומגדריים. הוא נועד להצביע על הרעיון ועל האידאולוגיה של דיני העבודה, גם אם אלו מומשו לפרקים בפועל באופן חלקי, לכל היותר. במילים אחרות, גם אם דיני העבודה ודיני ההגירה שימשו בפועל בתקופות שונות כמכשיר דומה של הדרה, עדיין קיים שוני חשוב: במקרה של דיני ההגירה הדרה ותפיסת מוטבים סלקטיבית היא תכלית נורמטיבית עיקרית, ואילו במקרה של דיני העבודה ההדרה במידה רבה נתפסת כאנומליה שיש לתקן. תפיסה זו משתקפת בהתפתחותו ההיסטורית של משפט העבודה, שבחינתה מגלה דינמיות ותנועה מתרחבת בתפיסת הכיסוי שלו ובהיקפו.⁸⁴

2.1.2 מתח שעניינו מטרות: חלוקה מחדש ושוויון לעומת מניעתה של חלוקה מחדש והיררכיה

בתפיסה המסורתית כאשר לתכליתו החברתית-כלכלית, משפט העבודה נועד לקדם שוויון חברתי וצדק חלוקתי כלפי פנים, שביטויים העיקריים הוא חלוקה מחדש של משאבים, כוח וסיכונים בין מעסיקים לבין עובדות ועובדים.⁸⁵ תפיסה זו משמשת כ"בסיס מוסרי ונרטיב

-
- מרום עבודות הדחק כמרכיב במדיניות החברתית-תעסוקתית של ישראל 1950–1970 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים) (2007); Assaf S. Bondy, *The (Dis)Advantages of Sector-Level Bargaining: Outsourcing of Cleaning Work and the Segmentation of the Israeli Industrial Relations System*, 60 J. INDUS. REL. 691 (2018)
- 83 לדיון בהבניות המגדריות והכלכליות-פוליטיות שברקע הבחנה זו ראו Judy Fudge, *Feminist Reflections on the Scope of Labour Law: Domestic Work, Social Reproduction, and Jurisdiction*, 22 FEM. LEG. STUD. 1 (2014)
- 84 Guy Davidov, *Setting Labour Law's Coverage: Between Universalism and Selectivity*, 34 OXF. J. LEG. STUD. 543, 551 (2014)
- 85 כפי שדוידוב מסביר, לאי-שוויון בכוח המיקוח של עובדים ומעסיקים מאפיינים ספציפיים – במישור הארגוני, הכלכלי והפסיכולוגי-חברתי – המייחדים אותם ממופעים אחרים של אי-שוויון ביחסים חוזיים. במישור הארגוני, יחסי העבודה כולם מאפיינים בגירעון דמוקרטי, שכן הרעיון הדמוקרטי מחייב שמי שמושפע מהחלטות יוכל להשתתף בתהליך קבלתן, ואילו במקום העבודה, עובדות ועובדים נתונים למרות חד-צדדית, ואינם משתתפים בהחלטות הנוגעות לניהול העבודה. במישור הכלכלי והפסיכולוגי-חברתי, אי-השוויון בין עובדים למעסיקים נובע מהתלות הרבה של העובד במעסיק במובן כלכלי – תלות שמשמעותה היא גם חוסר היכולת של העובד (בניגוד למעסיק, או לקבלן העצמאי) לפזר סיכונים – ובמובן אי-חברתי, נוכח חשיבותה מרובת הפנים של העבודה בשכר בחיים האנושיים. Guy Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection*, 52 U. TORONTO L. J. 357 (2002)

מכונן" של משפט העבודה.⁸⁶ כפי שניסח זאת בית הדין הארצי לעבודה לפני כמה עשורים, "משפט העבודה הוא משפט של 'אי שוויון', שמטרתו לפצות [על] חולשתם של העובדים מול המעבידים".⁸⁷

בטרם אפנה לבחינת נטייתם הנגדית של דיני ההגירה, אבקש לעדן את התיאור לעיל בהערות אחרות. ראשית, כפי שכבר הוזכר, דיני העבודה מתאפיינים במתח ובפיצול פנימיים בין נטייתם החלוקתית לנטייה נגדית, והדיון בנטייתו החלוקתית של משפט העבודה מניח עובדה זו כנתון. הערה שנייה נוגעת לעצם אפיונו של משפט העבודה כקורפוס שתכליתו העיקרית היא צדק חלוקתי. ספרות מהשנים האחרונות מציעה לחשוב מחדש על תכליתו של משפט העבודה, נוכח התמורות המורכבות והדרמטיות – כלכליות, פוליטיות, חברתיות, טכנולוגיות ואחרות – שהתחוללו בעולם העבודה ומחוצה לו, ואשר הובילו לדעיכתו של מודל העבודה הפורדיסטי, שעל בסיסו עוצב משפט העבודה המסורתי המדינת-טריטוריאלי.⁸⁸ לעומת ספרות זו, הדיון המוצע כאן נשען על הנרטיב המסורתי בדבר תכליות משפט העבודה, אשר על פיו משפט העבודה נועד לצמצם אי-שוויון ולקדם צדק חלוקתי. מקורה של בחירה זו בתמימות דעים עם גישתו של דוידוב, הגורס כי המשבר של דיני העבודה בעידן הפוסט-פורדיסטי אינו משבר של מטרות, משום שמטרותיו המסורתיות של משפט העבודה עודן רלוונטיות מתמיד. לגישתו, הבנה עדיפה של המשבר היא כמשבר של כיסוי, או של התאמה בין דיני העבודה לבין מטרותיהם.⁸⁹

לעומת דיני העבודה, דיני ההגירה של מדינות הצפון הגלובלי משרתים במידה רבה תכלית הפוכה, אנטי-חלוקתית. גבולות משרתים כמה מטרות עיקריות, ואחת מהן היא למנוע חלוקה מחדש ל"זרים"; מי שממלאים תפקיד סמלי קרדינלי בהגדרת מדינת הלאום, במילותיה של ברידג'ט אנדרסון, כ"קהילה של ערך" (community of value).⁹⁰ קשה להפריז בחשיבות המיוחסת לתפקידם זה של דיני ההגירה בעידן הנוכחי. יש בו כדי להסביר מדוע מדינות נתבעות מבחינה ציבורית, ואכן משקיעות בפועל, משאבים ואמצעים נרחבים בביצור סמיי-צבאי של גבולותיהן ובהגנה, ממשית ומדומיינת, על ממדיה הסמליים והחומריים של האזרחות.⁹¹

Brian Langille, *Labour Law's Theory of Justice in The Idea of Labour Law* 110 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2011) 86

תב"ע (ארצי) שם/2-35 קוזלוביץ נ' "אורדן" בע"מ, פד"ע י"ב(1) 200, 208 (1981). 87

ראו את אסופת ההצעות בספר *The Idea of Labour Law*, לעיל ה"ש 69 ו-86. 88

Guy Davidov, *Re-Matching Labour Laws with Their Purpose in The Idea of Labour Law* 120 (Guy Davidov & Brian Langille eds., 2011) 89

BRIDGET ANDERSON, *US AND THEM?: THE DANGEROUS POLITICS OF IMMIGRATION CONTROL* 2 (2013) 90

לדיון במיליטריזציה הגוברת של גבולות, ובעלייתו של היגיון ביטחוני כפרדיגמה מרכזית בתעשיית ניהול הגבול, ראו Didier Bigo, *Security and Immigration: Toward a Critique of the Governmentality of Unease*, 27 *ALTERNATIVES* 63 (2002); JEF HUYSMANS, *THE POLITICS OF INSECURITY: FEAR, MIGRATION AND ASYLUM IN THE EU* (2006); Elizabeth Vallet & Charles-Philippe David, *Walls of Money: Securitization of Border Discourse* 91

תכליתם זו של דיני ההגירה מוגשמת בראש ובראשונה באמצעות דחיית כניסתם של זרים כליל. אולם, היא מוגשמת גם באמצעות מה שמכונה לעיתים "הכלה מכפילה" (subordinate inclusion). כאלו הן תוכניות של הגירת עבודה זמנית: הן מבוססות על התרת כניסתם של מהגרות ומהגרים בתנאים של היררכיה עמוקה וקבועה בין מהגרים לאזרחים, מבוססות על משטור ופיקוח אינטנסיביים של שהותם ועבודתם ועל הרחקה מיתרונותיה הסמליים והחומריים של חברות פוליטית.

ניתן, לכאורה, להעלות את הטענה כי כערוץ כניסה מתועד כמעט יחיד לשוקי העבודה במדינות עשירות, תוכניות של הגירת עבודה זמנית הן למעשה אמצעי חלוקתי שמכוחו מתאפשרת העברה משמעותית של הכנסות מהצפון הגלובלי לדרום הגלובלי.⁹² אף שמדובר במישור אחר של דיון בחלוקה מחדש יש לחדר כי אף בהנחה – שגם עליה ניתן לחלוק עמוקות – כי תוכניות של הגירת עבודה זמנית מקדמות חלוקה מחדש מהצפון הגלובלי לדרום הגלובלי, הן בוודאי אינן מקדמות חלוקה מחדש בין עבודה להון. זאת, בין היתר, נוכח ההדרה הדרסטית של מהגרי העבודה בתוכניות אלו מתנאי המינימום המקובלים בשוק העבודה המקומי, והמידה שבה האסדרה של תוכניות הגירת עבודה זמנית בכללותה מוטה באופן עמוק לטובת אינטרסים כלכליים של מעסיקים. כפי שאוונס והאו מאבחנות, אינטרסים אלו הם שמגדירים במידה רבה את התפקיד והתכלית של תוכניות אלו, והם שמזינים את התפיסה שלפיה אין להכפיף תוכניות אלו לאסדרה "נוקשה" אלא להתאימן בעיקר לצרכים ולאילוצים שוקיים.⁹³

2.1.3 מתח שעניינו קומודיפיקציה

דיני העבודה הם מכשיר של דה קומודיפיקציה חלקית. מטרתם היא להגן על עובדים מפני ההיגיון הכלכלי שבמסחור העבודה, והם שוללים, לפיכך, את הרעיון בדבר גריעה בהסכמה משורה של זכויות מינימליות קוגנטיות. התפיסה שפותחה בהקשר זה היא כי "אופי ציבורי-קוגנטי זה של ההוראות המגניות [...] מביא לידי כך שאין הן יכולות לשמש נושא להסכם בין הצדדים. הצדדים לא יצרו את הזכות, והצדדים אינם יכולים להסכים עליה ולשנותה. הזכות היא פרי החוק, הנותן ביטוי למדיניות סוציאלית שבישומה עניין לציבור כולו".⁹⁴ דיני ההגירה, לעומת זאת, אינם מצייתים להיגיון דומה. למעשה במידה רבה הגיונם הפוך, כפי שמונדלך מסביר:

משמחליטה המדינה, משיקוליה שלה, להתיר כניסתם של עובדים זרים, היא עושה זאת תוך הגדרת זכויות מסוימות לעובד הזר. מערך זכויות זה נלווה לסטטוס של "עובד זר" [...] הזר יכול להחליט אם הוא רוצה לקבל על עצמו

and Militarization of Markets, in BORDERS, FENCES AND WALLS: STATE OF INSECURITY

143. כן ראו אילת שחר "התמורה הגדולה במשטר האזרחות" *הזמן הזה* 3 (2021).

92 למעשה, כפי שצוין בפתח המאמר, מדובר בתפיסת מדיניות מרכזית ביותר בזירת משילות ההגירה הגלובלית, שבה הגירת עבודה מובנת כ"פתרון" עיקרי לפיתוח כלכלי במדינות מוצא.

93 Joanna Howe & Rosemary Owens, *Temporary Labour Migration in the Global Era:*

The Regulatory Challenges in TEMPORARY LABOUR MIGRATION IN THE GLOBAL ERA

ה"ש 1, בעמ' 4-5.

94 בג"ץ 760/79 דיינ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לרד (3) 820, 823 (1980).

את הסטטוס שישראל מציעה ולעבוד בה על-פי תנאיה, לבחור בסטטוס מתחרה שמדינה אחרת מציעה או להישאר במדינתו. עצם נכונותו של זר להיכנס למדינה בסטטוס המוצע מעידה על הסכמתו לתנאים הנלווים המוצגים לפניו. משניתנה הסכמה זו, היא מהווה את הביסוס המוסרי לכל מערך הזכויות שהמדינה מציעה. אם מערך הזכויות הנגזרות מהסטטוס יהיה חסר או לא אטרקטיבי דיו, תצטרך המדינה לשנות את תנאי ההצעה עד למילוי מכסת העובדים הזרים שהיא רוצה למלא. אך אם ימלא מספרם של הזרים המעוניינים לאמץ סטטוס זה, על תנאי הנלווים, את המכסה, משמע שתנאים אלה הינם הוגנים. עצם הסכמת הזרים לקבלם על עצמם היא חותם הכשרות להגיונותם.⁹⁵

את ההבניה דמוית החוזה של הקשר בין המדינה לבין מהגרות ומהגרי העבודה מונדלק מכנה "חוזה התשתית". "חוזה התשתית" מייצג את מכלול התנאים שהמדינה מעמידה בפני מהגרות ומהגרים כתנאי לכניסה אליה ולעבודה בה.⁹⁶ עצם הבחירה של מהגרי העבודה להגר לישראל בתנאים המוצעים נתפסת כהסכמה משתמעת לתנאים אלו.⁹⁷ הגיונו של הקשר בין מהגרות ומהגרי עבודה לבין המדינה הוא, לכן, היגיון של מסחור מוחלט.⁹⁸ ניתוח זה מחדר את המידה שבה דיני העבודה ודיני ההגירה מקפלים לתוכם עמדות אתיות מנוגדות בבסיסן כלפי מסחור.⁹⁹

הניתוח עד כה ביקש לשרטט בקווים עקרוניים ממדים של קונפליקט אינהרנטי בין דיני העבודה לדיני ההגירה לאורך שלושה צירים, המייצגים את ה"מי", את ה"מה" ואת ה"איך" של שתי מערכות נורמטיביות אלו: מתח בתפיסת מוטבים; מתח בשאלת תכליתם החברתית של הדינים ומתח הנוגע לעמדה אתית כלפי מסחור. הפרק הבא פונה ליישומו של הניתוח העקרוני על המקרה של אסדרת עבודתן של מהגרות עבודה בענף הסיעוד הביתי בישראל, והתמורות שחלו בו לאורך כשני עשורים. בכללותו, הניתוח חושף מגמה של דעיכה ניכרת של המתח שבין דיני ההגירה לדיני העבודה באסדרת תחום הסיעוד הביתי. דעיכה זו מתבטאת בהפנמתו לדיני העבודה של הבידול בין זרים לאזרחים, להיפוך בתפיסת מושא התפקיד החלוקתי של דיני העבודה ולהענקת לגיטימציה נורמטיבית להתניה מבוססת-הסכמה על זכויות אוניברסליות.

95 מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 428.

96 שם, בעמ' 428-432.

97 שם, בעמ' 429.

98 לדיון במסחור מכוחה של רגולציה מדינתית, ולא רק כתופעה המוגבלת לשוק, ראו צילי דגן וטליה פישר "על שווים ושווים יותר: הרגולציה של האימוץ" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 93 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים) (2016).

99 למתחים הנוגעים למסחור ממד מגדרי עמוק; הוא יידון ביתר הרחבה בפרק 3 שבו ייבחן ענף הסיעוד הביתי.

חלק שני

3. חקר מקרה: אסדרת ענף הסיעוד הביתי

3.1 מבוא

מהגרות עבודה מועסקות בישראל בענף הסיעוד הביתי מזה כארבעה עשורים.¹⁰⁰ על פי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה, נכון לחודש מרץ 2021 הועסקו בישראל כ-54,000 מהגרות עבודה מתועדות בתחום הסיעוד,¹⁰¹ ומספרן צפוי, על פי כל ההערכות, לעלות באופן חד בעתיד.¹⁰² עבודתן של עובדות סיעוד מהגרות הפכה לתו היקר מרכזי של שוק שירותי הטיפול בקשישים ובאנשים עם מוגבלות, וההישענות עליה הגדירה מחדש את תפקידיהם של המדינה, המשפחה והשוק באספקת טיפול סיעודי לקבוצה הולכת ומתרחבת של נזקקים.¹⁰³ אף שהמתח בין דיני העבודה לדיני ההגירה מאפיין את אסדרת השהייה והעבודה של מהגרי עבודה באופן כללי, למתח זה ביטויים מובחנים בתחום הסיעוד הביתי. אלו נובעים במידה רבה מהמטען המגדרי של עבודת הטיפול וממיקומה הלימינאלי, וכן מתפיסות הנוגעות לצורכיהם ולאינטרסים של מעסיקהן של עובדות סיעוד מהגרות, המטופלות

100 האופן שבו ראוי להגדיר את עבודת משק הבית, ואת עבודות הסיעוד והטיפול באופן ספציפי, שנוי במחלוקת ונדרן בספרות ענפה (ראו למשל Fudge, *Feminist Reflections on the Scope of Labour Law*, לעיל ה"ש 83). מאמר זה אינו מבקש להתערב בספרות זו, ולצרכיו אסתפק בהגדרת אמנת ארגון העבודה העולמי על עובדי משק בית משנת 2011. ILO DOMESTIC (WORKERS CONVECTION, 2011 (No. 189)). האמנה מגדירה בס' 1 שלה את עבודת משק הבית כ"עבודה שנעשית בתוך או עבור משק הבית או משקי בית". עבודה זו כוללת בדרך כלל את "עבודתה המסורתית של עקרת הבית: בישול, ניקיון וטיפול בבני משפחה תלויים". ראו Hila Shamir, *What's the Border Got to Do with it? How Immigration Regimes Affect Familial Care Provision – A Comparative Analysis*, 19 AM. U. J. GENDER & SOC. POL'Y & L. (2011) 601. מהגרות עבודה המועסקות בתחום הסיעוד הביתי מכונות לצורך הקיצור במאמר גם "עובדות סיעוד" או "מהגרות עבודה".

101 רשות האוכלוסין וההגירה נתוני זרים בישראל (2021). על פי דו"ח זה, מהגרות העבודה המתועדות בתחום הסיעוד מהוות כ-60% מכלל מהגרי העבודה המתועדים ששהו בישראל נכון לאותו מועד. בנוסף, שהו בישראל במועד זה כ-15,000 מהגרות עבודה לא מתועדות, אשר כניסתן לישראל נעשתה ברישיון לעבוד בענף הסיעוד, ואשר ייתכן שמועסקות בענפים אחרים. בענף הסיעוד שיעור העובדות הלא מתועדות הוא הגבוה ביותר בהשוואה לענפים אחרים שמועסקים בהם מהגרי עבודה, כגון בניין וחקלאות.

102 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה חוזה שבשני העשורים הקרובים צפוי בישראל שינוי דמוגרפי משמעותי, שביטוי בגידול ניכר בשיעור הזקנים והזקנות (בני 65+) באוכלוסייה. לפי תחזיות הלמ"ס, עד סוף שנת 2030 יגיע מספר הזקנים בישראל ל-1.367 מיליון נפש, והם יהוו 13.7% מכלל האוכלוסייה. הוועדה לתכנון המערך הגריאטרי הלאומי ל-2010-2020 ו-2020-2030 דין וחשבון הוועדה והמלצותיה 17 (2011).

103 לדין בקשרים בין התפתחויות במדיניות הרווחה, העבודה וההגירה בהקשר של הגירת עבודה לסייעוד בישראל ראו Hila Shamir, *Migrant Care Workers in Israel: Between Family, Market, and State*, 28 ISR. STUD. REV. 192 (2013).

והמטופלים הסיעודיים.¹⁰⁴ ביטויים מובחנים אלו של המתח ייסקרו בקצרה בפרק זה, כרקע נחוץ לדיון שיוצע בהמשך בתמורות הקונקרטיות שחלו במערך האסדרה.

דוגמה אחת לאופיו המובחן של המתח שבין דיני העבודה לדיני ההגירה באסדרת ענף הסיעוד הביתי נוגע למסחור. המטען ההיסטורי שעבודת הסיעוד נושאת, כמלאכתן הלא מתוגמלת של נשים במסגרת הבית והמשפחה, מעניק ממד חשוב נוסף לדיון במסחור, החורג מהמתח ה"רגיל" שעל ציר זה בין דיני העבודה לדיני ההגירה. כפי שאבחנו כותבות פמיניסטיות, מסחורה של עבודת הטיפול, כלומר הפיכת תפקידיה ה"טבעיים" של הרעיה לעבודה בתשלום, מלווה במה שכונה חרדת מסחור (commodification anxiety): הרתיעה החברתית מהמרת ערכם האינטרינזי של פעילויות או היבטי חיים במחיר שוק, ומהכפפת "חלוקתם" להיגיון שוקי.¹⁰⁵ חרדת מסחור היא גורם מסביר חשוב הן של תנאי העבודה והשכר בשוקי טיפול והן של תפיסה דומיננטית שהתגבשה ביחס לאסדרת עבודת הטיפול, שעל פיה עבודת הטיפול היא עבודה יוצאת דופן הזקוקה לאסדרה ייחודית.¹⁰⁶

כפי שהציע הניתוח בפרק הקודם, הגיונם של דיני ההגירה מתיר בפועל מסחור בלתי מוגבל מכוחו של "חווה התשתית". חרדת המסחור המאפיינת את היחס לעבודת טיפול בשכר מולידה תביעה מקבילה, לכאורה סותרת, להגבלתו ולצמצומו של מסחור; ביטוי לרתיעה ממסחור כבסיס יחסי העבודה בענף הסיעוד.

תפיסות מנוגדות אלו כלפי מסחור ניכרות היטב במערך האסדרה של ענף הסיעוד הביתי, המשקף, באספקלריה של זכויות עבודה, את הרע משתייהן: חרדות סביב מסחור הובילו להקשחת הסדרי כבילה למעסיקים, במטרה להגן על מעסיקים מתחרות שוקית על עובדות – אך לא להעצמה של הגנות עבודה קוגנטיות, שאמורות לספק גם לעובדות הגנה מינימלית מכוחות השוק. בדומה, שלילתן של הגנות עבודה קוגנטיות מעובדות סיעוד מהגרות מנימוקים המושתתים על "הסכמה" ו"בחירה" לא הובילו להתרופפות מקבילה של משטר הכבילה למעסיק מנימוקים ממסחרים דומים.

דוגמה נוספת לאופיו המובחן של הדיון במתח בין דיני העבודה לדיני ההגירה במקרה של ענף הסיעוד הביתי נוגע לזהות מעסיקהן של עובדות הסיעוד, המטופלות והמטופלים הסיעודיים. כפי שנראה, זהותם של המעסיקים העצימה את המתח העקרוני שבין דיני העבודה לדיני ההגירה על ציר המוטבים. העצמתו של המתח התרחשה על רקע תפיסות

104 הנחה רווחת בשיח המשפטי ובחלקים מהכתיבה על ענף הסיעוד היא כי לעבודת הסיעוד מהות מוקדמת ואופי ייחודי, וכי אלו מסבירים (ואף מחייבים) את תנאי העבודה החריגים שהתבססו בענף. זו התפיסה הניכרת, למשל, מבג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 55 ("ההתייחסות לסוגיה שבפנינו כאל סוגיה 'רגילה' של יחסי עובדים ומעסיקים עושה עוול ל'עובדים' ול'מעסיקים' כאחד [...]). ההסדר המתבקש צריך שייבא בחשבון את המציאות החורגת מן המסגרת הרגילה של יחסי העבודה". שם, בעמ' 244-245). לעומת גישה זאת, הנחה יסודית המשמשת בניתוח כאן היא כי המהות והאופי של עבודת הסיעוד אינן "עובדות" שקודמות למשפט, אלא מכוונות במידה רבה גם באמצעותו.

105 JOAN WILLIAMS, UNBENDING GENDER: WHY FAMILY AND WORK CONFLICT AND WHAT TO DO ABOUT IT 118 (2000).

106 Guy Mundlak & Hila Shamir, *Bringing Together or Drifting Apart? Targeting Care Work as "Work Like No Other"*, 23 CAN. J. WOMEN L. 289, 295-297 (2011).

בדבר מוחלשותם החברתית-כלכלית של מטופלים סיעודיים, שהובילו להבנייתם כמושאים ראויים יותר להתערבות חלוקתית מיטיבה במסגרת יחסי העבודה.

בחנינת מגמות בהתפתחותם של דיני העבודה החלים על עובדות סיעוד מהגרות מלמדת, אפוא, לא רק על מתח בין מחויבויות סותרות למוטבים שונים, אלא על היפוך של ממש שחל בתפיסת המוטבים של דיני העבודה; היפוך שבו הצד החלש המזוהה כזקוק להגנה מוגברת ולהתערבות חלוקתית מיטיבה במסגרת יחסי העבודה אינו עוד העוברת, אלא המעסיק. היפוך זה העצים את ההטיה האנטי-חלוקתית המוקדמת של דיני ההגירה כלפי עובדות סיעוד והעניק לה גוון דומיננטי נוסף. תפיסה שהחלה מתבססת היא כי חובות משפט העבודה – שבאופן רגיל נתפסות כנורמות מינימליות וקוגנטיות – מהוות פגיעה בזכויותיהם של מטופלות ומטופלים סיעודיים. בשיאה, הגיעה תפיסה זו למסגור החרגתן של עובדות סיעוד מהגרות מהגנות עבודה מינימליות כמעשה של צדק חלוקתי כלפי קשישים ואנשים עם מוגבלות.

3.2 היבטים של אסדרה ייחודית בענף הסיעוד: פיקציית הזמניות והקשחה פרדוקסלית של תנאי שהייה ממושכת

בפרק הראשון של המאמר תוארו העקרונות המרכזיים המשמשים בהעסקה של מהגרי ומהגרות עבודה בתוכניות של הגירת עבודה זמנית. תיאור זה תקף, באופן כללי, גם לגבי העסקתן של מהגרות עבודה בענף הסיעוד הביתי. לצד זאת, עבור עובדות סיעוד מהגרות גובשו בהדרגה דינים פרטיקולריים; דפוסי אסדרה ייחודיים של תנאי השהייה והעבודה בישראל כמהגרות עבודה זמניות. להתפתחות הדינים הפרטיקולריים נלווה גם שיח הצדקות ייחודי המתבסס, כפי שכבר הוזכר, על ראייתו של תחום הסיעוד הביתי כענף יוצא דופן. התפתחות זו בידלה מכמה בחינות חשובות את ההסדרים החלים על עובדות סיעוד מהגרות מאלו החלים על מהגרי עבודה המועסקים בענפים אחרים, כגון בניין וחקלאות. בעוד שבפרק הבא – הבוחן את מערך האסדרה בענף הסיעוד הביתי בראי המתח שבין דיני העבודה לדיני ההגירה – יסקרו מרביתם של הסדרים ייחודיים אלו כחלק מיישומו של הניתוח שעניינו המתח שבין דיני העבודה לדיני ההגירה, פרק זה מבקש להציג בקצרה היבט חשוב אחד של שוני במערך האסדרה, המהווה רקע חיוני לדיון, שעניינו אופק השהייה האפשרי של עובדות סיעוד מהגרות בישראל.

כזכור, שהותם של מהגרות ומהגרי עבודה בישראל מוגבלת באופן עקרוני, על פי חוק הכניסה לישראל, לחמש שנים לכל היותר. הגבלות טמפורליות כאלו, שנועדו להבטיח את אופייה הארעי של השהות ולמנוע את הפיכתה להשתקעות ממושכת, הן מאפיין שכיח של תוכניות הגירת עבודה זמנית. אלא שבמקרה של ענף הסיעוד הביתי, הגבלות טמפורליות אלו נקלעו למתח חריף עם הביקוש הקבוע והמתרחב למהגרות עבודה ובעיקר עם הדרישה, מצד מטופלים ובני משפחותיהם, לאפשר לעובדות סיעוד מהגרות שהות ממושכת ברישיון עבודה. דרישה זו התבססה על הטענה שתחלופה גבוהה אינה עיקרון המתאים לקשר של טיפול, המבוסס על מערכת יחסים אישית, ועל הפגיעה שגדיעתו של הקשר הטיפולי האישי מסכה למטופלות ולמטופלים. הגבלות טמפורליות על שהותן של עובדות סיעוד מהגרות, שבה ועלתה הטענה, אינן עולות בקנה אחד עם צורכיהם הבסיסיים של מטופלות ומטופלים סיעודיים.

דרישותיהם של מטופלות ומטופלים סיעודיים נפלו על אוזניים קשובות. בסדרה של תיקוני חקיקה מותנו, ובמידה רבה הוסרו כליל, המגבלות הטמפורליות על משך שהייתן המקסימלי בישראל של עובדות סיעוד מהגרות.¹⁰⁷ כתוצאה, הקשר שבין התכלית המוצהרת בכסיס הגעתן של מהגרות עבודה לישראל – הגעה זמנית לשם עבודה התחומה לשנים בודדות – לבין ההסדר הנורמטיבי שאמור לשקפה ולקבע אותה, הלך והתרופף.

המצב החוקי בעת כתיבת המאמר הוא שניתן להאריך – למעשה ללא כל הגבלה של שהייה מקסימלית – את רישיונות העבודה של עובדות סיעוד מהגרות, בתנאי שהן מועסקות באופן קבוע אצל אותו מעסיק לפני שמלאו ארבע שנים לשהייתן בישראל, ושחוות דעת מקצועית קובעת שהפסקת עבודתן אצל המטופל תגרום לפגיעה קשה בו.¹⁰⁸ הסרת המגבלות על משך השהייה המקסימלי הובילה לכך שחלק משמעותי ומתרחב של עובדות סיעוד מהגרות עובדות בישראל תקופות ארוכות מאוד; תקופות הנמדדות, במקרים ההולכים ומתרבים, בעשורים – ולא בשנים בודדות.¹⁰⁹

בעבר הובעה הדעה שהמשך הארכת שהותן של מהגרות עבודה בסיעוד תחייב הכרה בעוברת היותן תושבות דה פקטו, ולא שוהות זמניות.¹¹⁰ אלא שחרף הסדרים מאוחרים

107 ראו חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 11), התשס"ג-2003, ס"ח 1900; חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 13) (הארכת אשרה לעובד זר), התשס"ד-2004, ס"ח 1944; חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 20) (הארכת רישיון לעובד זר בתחום הסיעוד), התשע"א-2011, ס"ח 2291. על רצינות ההבחנה בין מהגרות העבודה בתחום הסיעוד למהגרי עבודה בתחומים אחרים לגבי משך השהות המותר בישראל עמד יו"ר ועדת הפנים ואיכות הסביבה דאז, ח"כ יורי שטרן: "ההתיקון באמת מבדיל באופן ברור בין עובדי סיעוד לשאר העובדים הזרים, שרובם בחקלאות ובבניין, דבר שהוא בטבעו שונה בתכלית מעבודה סיעודית. פה מדובר במשהו שאינו נכנס למסגרת הרגילה של יחסי עובד מעביד ויחסים של מטפל ומטופל. יש שם דינמיקה וחוקים משלהם, ואנחנו חייבים להתחשב בזה. החקיקה הזאת היא לטובת החולים והמטופלים הסיעודיים במדינת ישראל. אני חושב שבאישור התיקון הזה נעשה הקלה משמעותית למאות אם לא אלפי אנשים" (פרוטוקול ישיבה 217 של ישיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-16, 3 (7.6.2004)).

108 ס' 3א(ב) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ס"ח 111.

109 על פי נתונים שמסרה המדינה במסגרת התייגויות משפטיות, בשנת 2008 עמד מספר מהגרות העבודה המתועדות ששהו בישראל מעל 17 שנים על 22 בלבד. לעומת זאת, בשנת 2017 עמד מספר מהגרות העבודה המתועדות ששהו בישראל מעל 16 שנים על 559. ראו, בהתאמה, תצהיר של ממונה אשרות וזרים מיום 14.5.2008 בעת"מ (ת"א) 1708/07 אמונ' נ' שר הפנים (נבו 25.9.2008); תגובה מטעם המשיבים 1-2 מיום 3.10.2017 בבג"ץ 9971/16 קו לעובד נ' שר הרווחה (נבו 16.4.2019). יצוין כי אין שוני משמעותי במספרן הכולל של מהגרות עבודה שהועסקו בסיעוד בשנים אלו.

110 ראו פרוטוקול ישיבה 62 של ועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-16, 6 (29.7.2003). בהתייחס לאפשרות שתבקש בעתיד הארכה נוספת של משך השהייה המותר של מהגרות עבודה בתחום הסיעוד אמר שר הפנים דאז, אברהם פורז: "נצטרך לתת תושב ארעי. יש באיזושהו מקום אבסורד פנימי. אדם לא יכול להיות במעמד ביקור לעד. המילה ביקור, כשלעצמה היא קצרת מועד. מי שמבקר פה תקופות ארוכות – ויכולים להיות מקרים סיעודיים קשים מאוד – לא תהיה ברירה אלא לטפל בהם, לתת להם תושב ארעי. אחרת זה לא מסתדר אפילו עם הסמנטיקה [...]". גם ועדה מייעצת לבחינת מדיניות ההגירה של ישראל, שהוקמה על פי

שהרחיבו במידה ניכרת את אופק השהייה של עובדות סיעוד מהגרות, דעה זו לא התקבלה. התיקונים שהוסיפו והסירו מגבלות מעל משך שהותן של מהגרות עבודה המועסקות בסיעוד לא לוו ברוויזיה הנוגעת לסוג המעמד שניתן לעובדות או לתנאיו. מעמדן של עובדות סיעוד מהגרות נותר רישיון של הגירת עבודה זמנית (רישיון לשיבת ביקור מסוג ב/1) לאורך כל שנות השהייה, ללא אפשרות לקבל, בנקודת זמן כלשהי, מעמד תושבות.

כפי שראינו, המעמד הניתן בתוכניות של הגירת עבודה זמנית אינו מקנה זכויות סוציאליות מקיפות לפי חוק הביטוח הלאומי או ביטוח במסגרת חוק ביטוח הבריאות הממלכתי; אינו מאפשר להתאחד עם בני משפחה שנותרו במדינת המוצא או להקים משפחה בישראל עם מהגרי עבודה אחרים; אינו מקנה זכות להשתתפות פוליטית (גם לא ברמה המוניציפלית), ופוקע מייד בהסתיים יחסי העבודה עם המטופל, בדרך כלל כתוצאה מפטירתו. במצב כזה, גם מי ששוהות בישראל כדין שנים ארוכות ואף עשורים תהפוכנה, כמעט מייד, לשוהות שלא כדין החשופות למעצר ולגירוש.

כך אירע שבאופן פרדוקסלי, משטר ההגירה שחל על שהייתן של עובדות סיעוד מהגרות הופך לקשוח ולמגביל יותר דווקא ככל ששהותן החוקית במדינה מתארכת. כאמור, תנאי להארכת רישיון העבודה של עובדות סיעוד מהגרות מעבר לארבע שנים הוא המשך עבודה אצל אותו מטופל. המשמעות היא שהחל מנקודת זמן זו הן אינן רשאיות עוד לעבור בין מעסיקים, והמשטר החל על שהותן בישראל הוא משטר של כבילה כמעט אבסולוטית למעסיק אחד.¹¹¹ במידה שנולדו להן ילדים בישראל ואלה נותרו עימן לאחר לידתם עליהן לשלוח אותם אל מחוץ לישראל כתנאי לחידושו של רישיון עבודתן.¹¹²

חרף הבעייתיות הרבה הטמונה בה וחריגותה בפרספקטיבה השוואתית, מדיניות "הארעיות הנצחית" אושרה בפסיקת בתי המשפט.¹¹³ גם לזו המדיניות שעניינה שלילת גישתן של

החלטת ממשלה משנת 2005 (החלטה 3805 של הממשלה ה-30 "ההגירה לישראל והשפעתה על חוק האזרחות והכניסה לישראל" (26.6.2005)), המליצה על הענקת תושבות למהגרות ומהגרי עבודה העובדים בישראל שנים ארוכות: "חלק קטן מן העובדים שאינם תושבי המדינה, במיוחד בתחום הסיעוד, שוהים בישראל כדין ומועסקים בה במשך שנים רבות. עובדים כאלה תרמו לישראל את מיטבם, התערו בארץ ובחלקם אף הקימו בה את משפחתם. חלקם אף הגיעו לגיל שבו יקשה עליהם למצוא עבודה במדינת אזרחותם. הפקעת זכותם להתגורר ולעבוד בישראל וגירושם למדינת אזרחותם עלולים לגרום להם עוול, ויש בה מידה של נצלנות וחוסר מוסריות. שיקולים אלה צריכים, כמובן, להכריע את הכף רק במקרים של שהייה חוקית ממושכת מאוד בישראל, להבדיל משהייה לא חוקית או שלא נמשכה שנים רבות, שלא תוכל להקנות זכות להמשיך לשבת בארץ. הוועדה ממליצה כי עובדים שאינם תושבי המדינה, ששהו בה ברציפות כדין במשך 10 שנים לפחות, יהיו זכאים לקבלת מעמד של תושבי קבע. זכות זאת תורחב, במקרים המתאימים, גם לבני-הזוג ולילדיהם של העובדים. במקביל, עובדים ששהו בישראל שלא כדין במשך 15 שנים לפחות – לא יגורשו מהארץ". ראו הוועדה המייעצת לבחינת מדיניות הגירה למדינת ישראל דו"ח ביניים 14 (2006).

- 111 סוגיה זו תידון בהרחבה בפרק הבא. ראו להלן פרק 3.3.1 תחת סעיף א.
- 112 לדיון במדיניות כלפי מהגרות עבודה שהרו וילדו בישראל ראו להלן פרק 3.3.2 תחת סעיף ב.
- 113 בשנת 2007 ניסתה זנן אמון, מהגרת עבודה ששהתה כדין בישראל במשך 17 שנים עד לפטירתם של זוג המטופלים שסעדה, לאתגר את ההכניה הארעית של שהותה הממושכת בישראל, ועתרה

עובדות סיעוד ותיקות לזכויות מבוססות-תושבות לביטחון סוציאלי (ביטוח לפי חוק הביטוח הלאומי) ולבריאות (ביטוח בריאות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי) נותר על כנו ללא שינוי, חרף קבלתה החלקית של עתירה שתקפה הסדרים אלו.¹¹⁴

לקבל תושבות קבע לאחר פטירתם של המטופלים שאותם סעדה ראו עת"מ (ת"א) 1708/07 אמונ' נ' שר הפנים (נבו 25.9.2008). אמונ' טענה בעתירה כי ישראל הפכה בפועל לביתה ב-17 שנות עבודתה בה, שנים שבהן התמסרה לטיפול במעסיקה, לא הקימה משפחה משלה, וקשריה עם משפחתה וקרוביה בפיליפינים התרופפו לאחר קרוב לשני עשורים של היעדרות מהמדינה. שם, פס' 4, 9 לפסק הדין. העתירה נדחתה, ובפסק הדין הודגשה הסכמתה של אמונ' לתנאים שנקבעו ביחס לשהייתה ("העותרת הגיעה לארץ באשרת עבודה לתקופה קצובה שהוארכה מפעם לפעם, והיא המשיכה את שהייתה, ביודעה כי עם מות מעסיקתה, או הפסקת הטיפול בה, יהיה עליה לעזוב את הארץ. היא אף נתנה הסכמתה המפורשת לתניה זו". שם, פס' 8). להשלמת התמונה יצוין שערעור שהגישה אמונ' על פסק הדין לבית המשפט העליון, ראו עע"מ 8947/08 אמונ' נ' משרד הפנים (נבו 1.7.2010), נמחק, בהמלצת בית המשפט. בהחלטת המחיקה בית המשפט העיר כי "המלצתנו [...] לחזרה מן הערעור אין בה משום הבעת עמדה השוללת ברמה העקרונית את האפשרות כי הגורם המוסמך יבחן בעתיד, בלא קשר למקרה הקונקרטי, קביעתו של נוהל או הסדר לעניין עובדים זרים המועסקים בתחום הסיעוד והשוהים כדין בישראל לאורך תקופה ארוכה העשויה להגיע לעיתים כדי עשרות בשנים. זאת, בלא שאנו נוקטים עמדה בעניין זה". שם, פס' 3 לפסק הדין. נוהל או הסדר כאמור מעולם לא נקבעו.

114 בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (נבו 22.6.2014) (להלן: בג"ץ קו לעובד נ' שר הרווחה). במקרה זה התקבלה באופן חלקי עתירה שתקפה את הסדרי הביטוח הסוציאלי וביטוח הבריאות של מהגרות עבודה השוהות בישראל כדין שנים ארוכות. פסק הדין דחה את חלקה של העתירה הנוגע לזכויות ביטחון סוציאלי, וקיבל אותה באופן חלקי לגבי זכויות בריאות. נפסק כי יש "לקרב" את הסדרי הבריאות החלים על מהגרות עבודה השוהות בישראל כדין שנים ארוכות לאלו החלים על תושבים. בפרמטרים טוריים ובמישור ההבניה הנרטיבית פסק הדין נחזה כציון דרך חשוב. הוא ביטא הכרה במציאות התערותן של מהגרות עבודה העובדות בישראל תקופות ארוכות בחברה הישראלית, ובהכרח להפנים גם את הזכויות והאינטרסים שלהן לתוך התחשיב התועלתני והאינסטרומנטלי בעיקרו שהמדינה מנהלת על בסיסו את מדיניותה כלפיהן. אלא שקבלתה החלקית של העתירה לא הובילה לשינוי ממשי בהסדרי הבריאות שנתקפו במסגרתה. הטעמים העיקריים לכך הן תקופת האכשרה החריגה שנקבעה בפסק הדין (עשר שנים), ובעיקר העובדה שפסק הדין לא חייב את החלתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי על מהגרות עבודה ותיקות אלא אפשר להותיר את המשך מתכונת הביטוח הפרטי על כנה, לרבות ההסדר שלפיו הביטוח הרפואי פוקע כליל בנסיבות של אובדן כושר עבודה. למעשה, בסופו של דבר תוצאתו היחידה הייתה תיקון לצו סל שירותי הבריאות שבמסגרתו התווסף לביטוח הפרטי כיסוי לפיצויי חד-פעמי במקרה של אובדן כושר עבודה, תוך השתת מלוא הפרמיה על עובדות הסיעוד עצמן. ניסיונות מאוחרים לטעון כי תיקונים אלו אינם עולים בקנה אחד עם החובה שהותוותה בפסק הדין "לקרב" את הסדרי הבריאות החלים על מהגרות עבודה השוהות בישראל כדין שנים ארוכות לאלו החלים על תושבים נדחו בידי בית המשפט, ראו בג"ץ 9971/16 קו לעובד נ' שר הרווחה והרווחה (העתירה נמחקה ביום 16.4.2019); בג"ץ 987/21 קו לעובד נ' שר הבריאות (העתירה נמחקה ביום 27.6.2022).

3.3 התערערות יסודותיו המסורתיים של משפט העבודה לגבי עובדות סיעוד מהגרות

פרק זה מתחקה אחר הטונספורמציה שהתחוללה במשפט העבודה ובתפיסת תפקידו לגבי עובדות סיעוד מהגרות. טונספורמציה זו, אבקש להראות, היא ביטוי להפנמה של ההיגיון המארגן ומערכת ההנחות של דיני ההגירה לתוך דיני העבודה, ותוצאתה היא דעיכת המתח האינהרנטי – שקווים לדמותו שורטטו בפרק הקודם – בין שתי מערכות נורמטיביות אלה. הניתוח המוצע בפרק מתמקד בשינויים שחלו ביחס למגבלות על כוח השוק של עובדות סיעוד מהגרות וביחס לתחולתה של חקיקת המגן (לרבות אכיפתה). במילים אחרות, הפרק מתמקד בשניים מתוך שלושת יסודותיו המסורתיים של משפט העבודה: חופש התקשרות וסטנדרטים מינימליים לעבודה.¹¹⁵

3.3.1. חופש התקשרות

א. כבילה

האלמנט המרכזי שמכוחו נשלל, או הוגבל במידה ניכרת, כוח השוק של עובדות סיעוד מהגרות הוא הסדר הכבילה למעסיק. הסדר זה מבוסס ביסודו על עיקרון של תלות במעסיק לצורך שימור המעמד החוקי, ומהווה מאפיין שכיח, בתצורות שונות, של העסקה במסגרת תוכניות להגירת עבודה זמנית ברחבי העולם.¹¹⁶ בישראל, גרסתו המוקדמת של הסדר הכבילה (שהוחלה עד לראשית שנות האלפיים) הכתיבה שרישיון הישיבה והעבודה שניתן בידי מהגרות ומהגרי עבודה שבאים לישראל יותנה בעבודה עבור מעסיק יחיד – המעסיק שהזמינם לעבודה, באופן שסיום יחסי העבודה עם המעסיק המזמין יהווה תנאי מפקיע אף ביחס לתוקפו של הרישיון. במילים אחרות, עובדת שפוטרה או שהתפטרה או שמעסיקה נפטרה, הפכה משום כך אף שוהה שלא כדין, שדינה מעצר וגירוש.¹¹⁷ במרוצת השנים, מדיניות זו התרככה במידה מסוימת והותר, מכוח נוהל של משרד הפנים, מעבר מוגבל ומותנה של מהגרות ומהגרי עבודה בין מעסיקים לאורך חלק מתקופת השהות בישראל.¹¹⁸ חוקיותו וחוקתיותו של הסדר הכבילה נדונו בבג"ץ הסדר הכבילה. טענתם המרכזית של העותרים בהליך, ארגונים לא ממשלתיים, הייתה כי הסדר זה מוביל לפגיעה עמוקה בזכויות יסוד: בכבודם, בחירותם ובזכויותיהם על פי משפט העבודה של מהגרות ומהגרי

115 לדיון ביסוד השלישי של משפט העבודה, הזכות להתארגנות, בהקשר של עובדות סיעוד מהגרות בישראל, ראו Guy Mundlak & Hila Shamir, *Organizing Migrant Care Workers in Israel: Industrial Citizenship and the Trade Union Option*, INT'L. LABOUR REV. 93, 100 (2014) 153.

116 שמיר, פרדוקס החוקיות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 484-486.

117 הסדר הכבילה למעסיק יוסד על סמכותו הכללית של שר הפנים מכוח ס' 6 לחוק הכניסה לישראל, המתיר לשר הפנים "לקבוע תנאים למתן אשרה או רישיון ישיבה ולהארכה או החלפה של רישיון ישיבה [...]". וכן סמכות "לקבוע באשרה או ברשיון ישיבה תנאים שקיומם יהיה תנאי לתקפם של האשרה או של רישיון הישיבה".

118 לתיאור הסדר זה ("נוהל מעבר ממעסיק למעסיק") שנקבע בשנת 2002 ראו בבג"ץ הסדר הכבילה, לעיל ה"ש 25, פס' 7, 9-11 לפסק דינו של השופט לוי.

עבודה, וכי הוא מאיין את היסוד ההסכמי שאמור לשמש בבסיסם של יחסי עבודה. הם עתרו להחליפו במודל של כבילה ענפית שבמסגרתו תוגבל עבודתם של מהגרות ומהגרי עבודה בישראל לתחום עיסוק מסוים, אך לא למעסיק יחיד.¹¹⁹

מקץ ארבע שנות התדיינות אימץ בית המשפט חלק ניכר מטענותיהם של העותרים. בפסק דין דרמטי, שמייצג עד היום, בישראל ואף מחוצה לה, שיא של התערבות שיפוטית פרוגרסיבית למען מהגרי עבודה בתוכניות של הגירת עבודה זמנית, מצא בית המשפט שהסדר הכבילה למעסיק פוגע פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכויותיהם של מהגרי העבודה, בייחוד בזכות לחירות ובחופש ההתקשרות החוזי. בכך, נפסק, הוא יוצר מציאות נורמטיבית חריגה שאינה עולה בקנה אחד עם העקרונות הבסיסיים שמשפט העבודה מושתת עליהם ועם ערכו המוסרי ותכליתו של חוזה העבודה.¹²⁰ המשנה לנשיא חשין תיאר את ההסדר – בפסקה שלימים הפכה לאחת המצוטטות ביותר מפסק הדין – כ"מעין עבדות בגרסה מודרנית".¹²¹ ענף הסיעוד נדון ישירות בפסק הדין. טיעונה של המדינה במסגרת ההתדיינות היה כי קיים הכרח באסדרה ייחודית שלו, וכי יש להבדילו, לגבי הצורך בכבילה למעסיקים, מיתר ענפי העסקה שמהגרי עבודה מועסקים בהם. טענת המדינה הייתה כי בתחום הסיעוד קיימת הצדקה לקיים משטר העסקה והגירה מבוסס כבילה, שאחרת "נזקקים מסוימים לשירותים סיעודיים – אשר אף הם אוכלוסייה חלשה – לא יוכלו להעסיק עובד זר, בין מחמת הקושי המיוחד בטיפול בהם יחסית לנזקקים אחרים לטיפול סיעודי, בין מחמת חסרון כיס ובין מחמת מקום מגוריהם בארץ".¹²² עמדה זו נדחתה ברובה בפסק הדין, ואשוב אליה, ולהתייחסות הקונקרטית בפסק הדין לענף הסיעוד הביתי, בהמשך הדברים.

פסק הדין בעניין הסדר הכבילה התבלט בסביבה הנורמטיבית שאפיינה את התקופה שבה ניתן בכמה היבטים מרכזיים.¹²³ אחד החשובים שבהם, לצורכי הדיון כאן, הוא האופן שבו הנכיח בית המשפט – למעשה העמיד בלב הניתוח המשפטי – את המתח שבין דיני העבודה לדיני ההגירה שמעורר הסדר הכבילה למעסיק. השופט לוי, כתב חוות הדעת העיקרית, מצא כי הסדר הכבילה מכונן "משטר משפטי ייחודי שהנו זר על-פי טבעו לעקרונותיו היסודיים של משפט העבודה, לערכו המוסרי של חוזה העבודה, ולתכליתו הבסיסית של חוזה העבודה בהבטחת קיומו הכלכלי של העובד, כבודו וחירותו"; כי הוא נותן "בידי מעסיקו של העובד הזר כלי-אכיפה בלתי-מוכר במשפטנו – שדחה מעליו את הרעיון בדבר אכיפת חוזה-עבודה" וכן כי הוא נוטל מהעובד את "היכולת הבסיסית ביותר לשאת ולתת אודות התמורה שיקבל בעבור כוח-העבודה שלו, אודות תנאי העסקתו וזכויותו הסוציאליות".¹²⁴

119 שם, פס' 2-5 לפסק דינו של השופט לוי.

120 שם, בפס' 32, 37-39 לפסק דינו של השופט לוי.

121 שם, בפס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

122 שם, פס' 59 לפסק דינו של השופט לוי.

123 לניתוח חדשנות הפרדיגמה וההבניה הנרטיבית של פסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה ראו חני בן ישראל "החוס השברירי אל החיים עצמם": עבודה הגירה וטיפול בין אלטרואיזם לאינסטרומנטליזם 41-43 (עבודה שקולה לתזה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב (2018).

124 בג"ץ הסדר הכבילה, לעיל ה"ש 25, פס' 32 לפסק דינו של השופט לוי.

מפסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה הצטיירה בכירור, אפוא, קריאה להחייאת הגיונות מדיני העבודה (דה־קומודיפיקציה, חלוקה מחדש) והפנמתם לתוך מערך האסדרה שחל על מהגרי עבודה. את הסדר הכבילה, נקבע בפסק הדין, אין לבחון רק ככלי של אכיפת מדיניות הגירה, אלא יש לבחון את השלכותיו על שוק העבודה ואת התאמתו הנורמטיבית למשפט העבודה. גישה זו הובילה את בית המשפט לקבוע כי לעומת ההיגיון מדיני ההגירה של "חווה התשתית", הגיונו של משפט העבודה שולל מסחור מלא של הקשר בין מהגרות ומהגרי העבודה לבין המדינה, ומחייב גבול לכוחה של ההנחה בדבר הסכמתם לתנאי שהייה והעבודה בישראל.¹²⁵

החייאה של הגיונות דיני עבודה באה לידי ביטוי גם בתפיסת המוטבים העולה מפסק הדין. כפי שראינו, דיני הגירת עבודה מבוססים על מידה אינהרנטית של אינסטרומנטליזם כלפי מהגרים, אשר תכלית התרת כניסתם ועבודתם היא לקדם מטרה חיצונית להם. תפיסה אינסטרומנטלית זו באה לידי ביטוי מודגש בטיעוני המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ הסדר הכבילה, שהוזכרו לעיל; טיעונים שהדגישו את הצורך המיוחד בכוח עבודה לא חופשי בענף הסיעוד הביתי, נוכח צורכיהם של מטופלות ומטופלים סיעודיים.¹²⁶ בית המשפט דחה בהחלטיות תפיסה זו מדיני ההגירה, וקבע כי יש להעריך את השלכותיו של מערך האסדרה גם על מהגרות ומהגרי העבודה עצמם – ולא רק כאמצעי בשירות מעסיקיהם.¹²⁷ חרף חשיבותו, פסק הדין מימש באופן חלקי בלבד את התחזיות האופטימיות שנתלו בו בשעתו,¹²⁸ בעיקר ככל שהדברים נוגעים לעובדות בתחום הסיעוד הביתי. כפי שנראה,

125 שם, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. השופט לוי שב וחידר את המתח שבין דיני ההגירה לדיני העבודה בפרשה מאוחרת יותר שנגעה לחוקתיות הסדר כבילה של עובדי בניין טורקים למעסיקתם, חברה בבעלות טורקית הפועלת בישראל; פרשה שבה נותר בדעת מיעוט ("גישה, ולפיה די בהסכמה כדי להכשיר חוזה למתן שירות, יהא תוכנו אשר יהא, אינה עולה בקנה אחד עם הבנתנו את דיני העבודה ותכליתם – להקיף, בגדרות נטועים היטב של הוגנות ומוסר, אינטראקציות בין מעסיק ומועסק. עומדת היא בניגוד מובהק גם לרציונל שבבסיסם של חוקי מגן, אשר למגינת הלב נמצאנו משלימים פעמים כה רבות עם הפרתם הבוטה. 'עובד זר' – קודם שהוא זר, עובד הוא. רוחו של משפט העבודה, הפורשת עליו כנפיה, שוב אינה מאפשרת להביט על יחסיו עם מעסיקו, כמו גם עם המדינה, מבעד לדרך הצר של הסכמה מדעת גרידא". ראו בג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, פס' 12 לפסק דינו של השופט לוי (נבו 10.9.2007).

126 בג"ץ הסדר הכבילה, לעיל ה"ש 25, פס' 59 לפסק דינו של השופט לוי.

127 שם, פס' 60 לפסק דינו של השופט לוי.

128 לתחזיות אופטימיות כאלו ראו עמירם גיל ויוסי דהאן "בין ניאור־ליברליזם לאתנו־לאומיות: תיאוריה, מדיניות ומשפט ביחס לגירוש מהגרי עבודה בישראל" משפט וממשל י 347, 382 (2006). המחברים הציעו כי פסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה מייצג "התפתחות חסרת תקדים בכיקורת השיפוטית על מדיניות הגירת־העבודה בישראל", המבשרת "עידן חדש ומתקדם בגישתו של בית־המשפט העליון – ובעקבותיו גם בגישתם של בתי־משפט בערכאות נמוכות יותר – כלפי מהגרי עבודה בישראל". לצד קביעה זאת, גיל ודהאן גם סיגנו את החשיבות שראוי לייחס לפסק הדין. לגישתם, בג"ץ היה נכון להתערב "רק לאחר שהגל הגדול של הגירוש שכך, ועשרות אלפי מהגרי־עבודה כבר גורשו מכוח הסדר הכבילה. רק במצב־דברים זה יכלה החלטתו של בג"ץ להתקבל בשוויון נפש יחסי הן על־ידי המדינה והן על־ידי המעסיקים, שכן

הבשורה הנורמטיבית רבת העוצמה שקיפל לתוכו פסק הדין בעניין הסדר הכבילה אכן הובילה להישגים משפטיים עוקבים. העקרונות, הניתוח וההבניה הנרטיבית של פסק הדין התגלו כיסודות הבנייה של הכרעות תקדימיות בפרשות חשובות מאוחרות. אלא שבמובנים עיקריים אחרים שייבחנו ביתר הרחבה בהמשך, מגמות התפתחות של מערך האסדרה החל על עבודה מהגרות בתחום הסיעוד הביתי מאז שניתן פסק הדין בעניין הסדר הכבילה היו רגרסיביות.¹²⁹

כאמור, עמדת המדינה שלפיה יש הכרח בהסדר כבילה של עובדות סיעוד מהגרות (מטעמי טובתם של מטופלות ומטופלים סיעודיים) נדחתה ברובה בפסק הדין. אף שביט המשפט הכיר בחשיבות הרבה הטמונה בעבודת הסיעוד עבור המטופלים, והוסיף ומצא כי על המדינה מוטלת חובה פוזיטיבית "להבטיח שקשישים ונכים בישראל יזכו לקיום בתנאים שאין בהם כדי לבוזת את אנושיותם, ואשר שומרים על כבודם כבני-אדם",¹³⁰ הוא דחה את הטיעון שעל פיו "הגשמתה של חובה זו מצדיקה את כבילתו של אדם למעסיקו, תוך כפייתו, הלכה למעשה, להעניק שירות אישי מאונס".¹³¹ בלשונו החריפה של פסק הדין:

גישת [המדינה] הנה שיש להבטיח כי כל נזקק סיעודי באשר הוא יוכל להעסיק בשירותו עובד זר – בהתעלם משאלת השכר ותנאי העבודה שברצונו ובאפשרותו להעניק לעובדו – וזאת באמצעות כריכה בין התפטרות המטפל מעבודה בשירותו של הנזקק, לבין סנקציה חמורה כאבדן המעמד בישראל. גישה זו, כאמור לעיל, אינה עומדת במבחן חוקתי, משעקרון המידתיות אינו מתקיים בה. היא אף אינה עומדת במבחן מוסרי, שהרי בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא.¹³²

מדברים אלו עולה כי עמדתו של בית המשפט ביחס לתחום הסיעוד הביתי עולה בקנה אחד עם עמדתו הכללית באשר לפסול העקרוני שבהסדר הכבילה. ואולם, דומה שעדיין ניתן לזהות גם בה את ניצניה של האמביוולנטיות והשניות כלפי תחום הסיעוד הביתי. מסקנה זו נלמדת מכך שאת אמירותיו על תחום הסיעוד הביתי הקפיד בית המשפט להקדים בקביעה מסייגת שעל פיה מקובלת עליו ההשקפה שבתחום הסיעוד "נקודת האיזון" בין האינטרסים

השפעתה על השינויים מרחיקי-הלכת שהובילו שחקנים אלה למן שנת 2002 נידונה להיות מוגבלת ביותר". שם, בעמ' 383. נקודת מבטי על פסק הדין שונה מזו של גיל ורהאן. אני סבורה שפסק הדין היווה אתגר אידאולוגי עמוק לגישה הרווחת לאסדרה של תוכניות הגירת עבודה זמנית, ואף לא התקבל בשוויון נפש על ידי מעסיקים מטעם זה. רחוק מכך: השנים שלאחר פסק הדין התאפיינו בתגובות נגד משמעותית (שביטוייה ייסקרו להלן), ושהובילה לכך שעקרונות פסק הדין, בפרט בכל הנוגע לענף הסיעוד, אינו במידה ניכרת.

129 למעשה, גם המידה שבה הובילו הכרעות תקדימיות מאוחרות לפסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה לשינוי ממשי במציאות ו"היתרגמו" להשפעה קונקרטיית משמעותית בעולם המעשה, מוטלת בספק. ראו הדיון להלן בזכויות מהגרות עבודה שילדו בישראל (פרק 3.3.2 תחת סעיף ב), וכן פרשת בג"ץ קו לעובד נ' שר הרווחה, לעיל ה"ש 114.

130 בג"ץ הסדר הכבילה, לעיל ה"ש 25, פס' 59 לפסק דינו של השופט לוי.

131 שם, פס' 60 לפסק דינו של השופט לוי.

132 שם, שם.

הנוגדים של המעסיק, מחד, והעובד הזר, מאידך, שונה היא מתחומים אחרים בהם מועסקים עובדים זרים.¹³³ קביעה זו – שבית המשפט אינו מפתחה בפסק הדין אל מעבר לשורה קצרה אך קרדינלית זו – היא למעשה התשתית הקונספטואלית והאידיאולוגית שתעמוד בבסיס מהלכי ההחרגה העתידיים של עובדות סיעוד מהגרות מנורמות אוניברסליות, ואכן, סתירה פנימית זו בין שני חלקיו של הניתוח תלך ותעמיק בשנים שיחלפו. הרתיעה, שקיבלה ביטוי נה נחרץ בפסק הדין, מתפסת המוטבים של דיני הגירה ומהאינסטרומנטליזם החריף המקופל לתוכה תלך ותקרה, עד שתזכה, לבסוף, בלגיטימציה מחדשת.

האמירה הנורמטיבית רבת העוצמה של פסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה איבדה מכוחה במהירות יוצאת דופן. היא התקשתה לעמוד אל מול התביעה, שהלכה והתגברה מאז שניתן פסק הדין, ובמידה רבה כתגובת נגד לו, לאסדרה פרויקטורית של עבודת הסיעוד, להחרגתה מהנורמות האוניברסליות של משפט העבודה – ומהעקרונות החדשים בנוגע לכבילה למעסיק שנבקעו בפסק הדין – ולשיבה לתפיסה אינסטרומנטלית יותר של עובדות סיעוד מהגרות. בעקבות פעילות סנגור של יחידים וארגונים הפועלים למען מטופלות ומטופלים סיעודיים, פעילות אשר במסגרתה גם הוגשה עתירה לבית המשפט העליון בסוגיה,¹³⁴ נהפך פסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה כמעט כליל לגבי עובדות סיעוד מהגרות באמצעות תיקונים שהוכנסו לחוק הכניסה לישראל במאי 2011 – חמש שנים בלבד לאחר מתן פסק הדין.¹³⁵ ההליך בעתירת המטופלים חשף תפנית חדה בעמדתו של בית המשפט העליון כלפי הסדר הכבילה, שהניעה במידה רבה את תיקוני החקיקה האמורים. העמדה החדשה גרסה כי הכרחי לסייג את קביעותיו של פסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה באשר לתחום הסיעוד, על מנת להתמודד עם מה שהוגדר בהליך כ"סוגיה כאובה של נטישת מעבידים בתחום הסיעוד על ידי עובדים זרים באופן פתאומי, תוך הותרת המעביד – קשיש או אדם בעל מוגבלות בדרגה גבוהה – חסר אונים".¹³⁶

מכוח התיקונים האמורים לחוק הכניסה לישראל, אשר יושמו באמצעות תקנות בשנת 2014, מהגרות עבודה המועסקות בסיעוד יוזמנו לבירור מנהלי, שתוצאתו עלולה להיות החלטה על שלילת רישיון ישיבתן, מעצרן וגירושן מישראל, במקרה שהתפטרו מעבודתן אצל שלושה מעסיקים סיעודיים לפחות בתוך תקופה של שנתיים. זאת, במטרה לברר האם המעברים מהווים "ניצול לרעה של האשרה ורישיון הישיבה" שניתנו להן.¹³⁷ משום שהסדר מניח הימצאותו של תיעוד ברשות ההגירה בדבר מעבר בין מעסיקים (שכן הוא אשר אמור לשמש עילה להזמנה לבירור מנהלי), משמעותו היא שהוא משתרע על מי שעברו ממעסיק למעסיק כדין, ולא הפרו בהכרח את תנאי רישיון ישיבתן או שהו שלא כדין בישראל. עיגון התפיסה שלפיה עצם ההתפטרות עלול להיחשב, כשלעצמו, ל"ניצול לרעה" של רישיון הישיבה של עובדת הסיעוד, ממחיש את השינוי הפרדיגמטי שמגלמות התקנות ביחס לעקרונות פסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה.

133 שם, פס' 59 לפסק דינו של השופט לוי.

134 בג"ץ 1834/09 דורון נ' שר הפנים (נבו) 26.5.2012. (להלן: עניין דורון).

135 חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 21), התשע"א-2011, ס"ח 2298.

136 עניין דורון, לעיל ה"ש 134, פס' א.

137 תקנות הכניסה לישראל (אמצעי בקרה על מעבר עובדים זרים בענף הסיעוד), התשע"ד-2014.

נוסף על כך, על מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הוטלו מגבלות גאוגרפיות. מכוחן של תקנות הכניסה לישראל (קביעת אזורים גאוגרפיים להעסקת עובדים זרים בענף הסיעוד),¹³⁸ המדינה חולקה לשלושה אזורים העסקה לגבי עובדות בענף הסיעוד: אזור מרכז, אזור פריפריה ואזור תל אביב, תוך הגבלת המוביליות בין אזורי העסקה השונים. עובדות שהגיעו לישראל לעבודה אצל מעסיק באזור הפריפריה לא תוכלנה, ככלל, לעבור לעבוד עבור מעסיק המתגורר באזור אחר, נוכח טענות על קושי למצוא ולהעסיק עובדות סיעוד באזורי הפריפריה. החלוקה הגאוגרפית הוסיפה וצמצמה את האפשרויות הריאליות העומדות בפני עובדות סיעוד מהגרות לעבור בין מעסיקים, וכפועל יוצא מכך את כוח המיקוח שלהן. חוק הכניסה לישראל מורה כי על התקנות בעניין אמצעי הבקרה והאזורים הגאוגרפיים להיקבע "בשים לב לחירותו של העובד, כך שלא ייכפה עליו לעבוד עבור מעסיק".¹³⁹ לשון זו נועדה ככל הנראה לאותת כי התיקונים עולים בקנה אחד, לגבי מנסחיהם, עם פסק הדין.¹⁴⁰ אלא שבבחינה מהותית, הסדר הכבילה החדש לעובדות סיעוד מהגרות חמור מהסדר שפסל בית המשפט העליון בשנת 2006. הוא כולל הגבלה על מספר המעסיקים שעובדות הסיעוד רשאיות לעבור ביניהם – עניין שזוהה במפורש בפסק הדין בעניין הסדר הכבילה כפסול,¹⁴¹ וכן תוחם מהגרות עבודה, לראשונה, לאזורים גאוגרפיים תחומים שרק בהם תותר העסקתן. על פי דיווחיהם של ארגוני חברה אזרחית, הסדר הכבילה החדש (לצד היבטים נוספים של כבילה בענף הסיעוד, שייבחנו להלן) יצר אפקט מצנן משמעותי לנכונותן של מהגרות עבודה לעבור בין מעסיקים – גם כשהן לכאורה רשאיות לעשות כן. רבות מבכרות להשלים, בליט ברירה, עם מצבים של העסקה פוגענית, מחשש למיצוי מכסת המעעברים המותרת.¹⁴² הסדר הכבילה שתואר עד כה אף אינו ממצה את מלוא האופנים שעובדות סיעוד מהגרות ככולות בהם למעסיקהן בפועל. בעוד שלאורך שנות העבודה הראשונות בישראל נתונה לעובדות סיעוד מוביליות מסוימת, אף אם מוגבלת, כמתואר לעיל, בין מעסיקים – מוביליות זו מצטמצמת במידה ניכרת, המגיעה במצבים מסוימים כדי כבילה מוחלטת, בתום חמש שנות שהייה בישראל.

138 התשע"ד-2014.

139 ס' 2(ג) רג"ג לחוק הכניסה לישראל.

140 לשון התיקונים מצביעה גם על מה שבילסקי ובלוך מכנות "רסיגניפיקציה": שימוש במושגים ליברליים המציגים חזות של הפנמת הביקורת, תוך עיקורה בפועל של הביקורת מתוכן ממשי והותרת הפרקטיקות הקודמות על כנן. ראו ליאורה בילסקי ועופרה בלוך "הפליה ניאורליברלית: בחזרה אל המסה 'מחשבה ביקורתית בצל המשפט' תיאוריה וביקורת" 50, 175 (2018).

141 כפי שכבר הוזכר, פסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה לא עסק לכתחילה במצב שבו מוטלות מגבלות אבסולוטיות על החלפת מעסיקים. למעשה, ערב מתן פסק הדין אפשר הסדר הכבילה למעסיק מעבר מוגבל בין מעסיקים, שהוסדר על פי "נוהל מעבר עובד ממעסיק למעסיק". נוהל זה אפשר מעבר בין מעסיקים, אולם הקנה לפקיד משרד הפנים שיקול דעת להגביל את המעבר ולסרב לבקשה של עובד לעבור בין מעסיקים – כך אם, למשל, התחורר כי העובד עבר פעמים רבות בין מעסיקים. בית המשפט התייחס באופן ספציפי לסוגיה זו ומצא כי מדובר בהגבלה בלתי חוקית (ראו בג"ץ הסדר הכבילה, לעיל ה"ש 25, פס' 42 לפסק דינו של השופט לוי).

142 ריאיון טלפוני עם מיכל תג'ר, עו"ד בעמותת קו לעובד (3.1.2022).

כפי שהוזכר, תנאי להארכת שהותן של מהגרות עבודה בענף הסיעוד בישראל מעבר לחמש שנים הוא המשך עבודה אצל אותו מטופל. מהגרות עבודה אלו – שניתן להעריך כי מונות כיום קרוב למחצית מכלל עובדות הסיעוד מהגרות¹⁴³ – מועסקות, אפוא, במסגרת משטר של כבילה כמעט אבסולוטית למעסיק אחד. מוצא יחיד ממנה (הפתוח אך בפני חלק מתוך העובדות) הוא העסקה ברישיון מטעמים הומניטריים מיוחדים, קטגוריית העסקה שהוחלט לראשונה על יצירתה לפני כעשור.¹⁴⁴ רישיון זה מיועד למעסיקים המבקשים להעסיק עובדת השוהה בישראל מעל חמש שנים (ולפיכך, בהתאם לכלל הרגיל, אינה יכולה עוד לעבור בין מעסיקים) מ"טעמים הומניטריים מיוחדים וחרגיים המתקיימים במטופל הסיעודי והקשורים למורכבות או לייחודיות הטיפול הסיעודי הנדרש לו או לנסיבות אישיות אחרות של המטופל".¹⁴⁵

קטגוריית העסקה זו, שהשימוש בה התרחב במידה ניכרת בשנים האחרונות,¹⁴⁶ לכאורה התירה במידה מסוימת את הכבילה של עובדות סיעוד מהגרות בתום חמש שנות עבודה בישראל – באמצעות יצירת אפשרות לעבודה עבור מעסיק נוסף. אלא שבד בבד היא העמיקה ושכללה את הכבילה בענף הסיעוד. ראשית, מדובר באפשרות חד-פעמית ויחידה להעסקה לאחר מיצוי תקופת השהייה המותרת. היא מבוססת, לכן, על כבילה מוחלטת למעסיק יחיד. שנית, לקטגוריה זו נלווית מערכת של תמריצים וסנקציות שנועדה הן לנתב עובדות המבקשות להוסיף ולעבוד בישראל לעבודות סיעוד קשות במיוחד, אשר יש קושי מובנה לאיישן בהיעדר הסדר כבילה הרמטי לחלוטין,¹⁴⁷ והן להניא עובדות מהתפטרות לאורך כל שנות השהייה בישראל – גם בשנים שבהן הדבר מותר. כחלק מכך, מתן רישיון מטעמים

143 על פי נתונים הנכונים לסוף שנת 2021, מתוך 57,509 מהגרות ומהגרי עבודה מתועדים שהועסקו במועד זה בענף הסיעוד הביתי, 23,623 שהו בישראל מעל חמש שנים (כלומר 41% מכלל העובדות). הנתונים מתוך רשות האוכלוסין וההגירה נתוני זרים בישראל 14 (פברואר 2022) ומתוך מכתב ממלי דודיאן, ממונה חוק חופש המידע, רשות האוכלוסין וההגירה לעו"ד אלעד כהנא, עמותת קו לעובד (21.2.2022).

144 חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 20) (הארכת רישיון לעובד זר בתחום הסיעוד), התשע"א-2011, ס"ח 2291.

145 ס' 3א(ב) לחוק הכניסה לישראל.

146 בשנים הראשונות שלאחר התיקון, המכסות השנתיות המרביות שנקבעו מכוח תיקון זה היו נמוכות. כך, למשל, בשנה הראשונה והשנייה שלאחר התיקון המכסות השנתיות המרביות שנקבעו היו 100 ו-200, בהתאמה, ראו צו הכניסה לישראל (מכסה שנתית מרבית של רישיונות שיינתנו מטעמים הומניטריים מיוחדים), התשע"א-2011, ק"ת 7012 וצו הכניסה לישראל (מכסה שנתית מרבית של רישיונות שיינתנו מטעמים הומניטריים מיוחדים), התשע"ב-2012, ק"ת 7099. בשנת 2016 טיפסה מכסת הרישיונות ל-2,000: צו הכניסה לישראל (מכסה שנתית מרבית של רישיונות שיינתנו מטעמים הומניטריים מיוחדים), התשע"ז-2016, ק"ת 7743, ובשנת 2021 הועמדה על 4,800. ראו צו הכניסה לישראל (מכסה שנתית מרבית של רישיונות שיינתנו מטעמים הומניטריים מיוחדים) (מס' 2), התשפ"א-2021, ק"ת 9596.

147 על פי ההסדר, עובדות השוהות בישראל מעל שמונה שנים ועד 13 שנים תוכלנה לעבוד רק אצל מטופלים צעירים ברמת המוגבלות הגבוהה ביותר, שהטיפול בהם מורכב ותובעני במיוחד (חוק הכניסה לישראל, ס' 3א(1)(א)). עובדות השוהות בישראל עד שמונה שנים תוכלנה לעבוד אצל קבוצות אחרות של מטופלים שמתקיימים בהם "טעמים הומניטריים מיוחדים".

הומניטריים מותנה בקיומן של אינדיקציות למוביליות מועטה בין מעסיקים במהלך שנות העבודה הראשונות בישראל,¹⁴⁸ ובכל מקרה לא ניתן לקבלו במידה שהעובדת חזרה להתפטר ממעסיקה האחרון (מתן הרישיון אפשרי רק בנסיבות של פטירת המטופל או מעבר שלו למסגרת מוסדית).¹⁴⁹ על פי דיווחיה של עמותת קו לעובד, יש קשר מובהק בין מקרים של העסקה פוגענית במיוחד וניצול חמור להעסקה ברישיון הומניטרי.¹⁵⁰

משמעותם המצטברת של ההסדרים שנסקרו עד כה היא שבניגוד חריף לעקרונות שנקבעו בפסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה, כבילה למעסיק, בתצורות שונות, וההולכת ומעמיקה עם הזמן, שבה והתבססה כמאפיין יסודי של ענף הסיעוד הביתי. חלק משמעותי ומתרחב תדיר של העובדות בענף כבול באופן אבסולוטי או כמעט אבסולוטי למעסיק אחד. בחינת התמורות שחלו בעיצובו של הסדר הכבילה על פני שני עשורים מלמדת, אפוא, על תנועה שהתרחשה בתקופה זו בין הגיונות דיני עבודה לדיני הגירה. התנועה לעבר הגיונות של דיני עבודה, שאותה ביטא בבירור פסק הדין בעניין הסדר הכבילה, התבררה כשבירית וכקצרת מועד. היא נסוגה במהירות מפני הגיונות דיני הגירה, שכינון מחדש כבסיס האסדרה נתבע בעוצמה בידי קבוצות הנהנות מהשפעה פוליטית רבה לאין שיעור מזו של עובדות סיעוד מהגרות.

ב. התערבויות כופות אחרות בהתקשרות שבין עובדות הסיעוד למעסיקיהן ביטוי נוסף לצמצום כוח השוק וחופש ההתקשרות של עובדות סיעוד מהגרות הוא הגבלת יכולתן לשאת ולתת על תנאי עבודה בסיסיים ביותר. תניות מהותיות בחוזה העבודה שבין מהגרות העבודה למעסיקיהן מוחרגות מגדרי משא ומתן שוקי, אלא נקבעות בידי המדינה. תניות אלו נועדו הן לעצב את קשר העבודה באופן שנחזה כמקדם את טובתם ואת האינטרסים של מעסיקים סיעודיים, והן לקדם תכליות של מדיניות הגירה, חיצוניות לקשר העבודה. עם הבולטות שבתניות האמורות נמנה איסור על העסקה של מהגרת עבודה בטיפול סיעודי במשרה חלקית, או למשך שעות ספורות ביממה בלבד. על המעסיק מוטלת חובה להעסיק את עובדת הסיעוד המהגרת "במשרה מלאה לפחות".¹⁵¹ כמו כן, חל מכוח נוהלי הרשות איסור על מגורים עצמאיים של עובדות סיעוד, והן מחויבות לגור בבית המטופל.¹⁵²

מקורן של התערבויות אלו בהגיונות אינסטורמנטליים מדיני ההגירה: חובת המגורים נועדה להבטיח זמינות מרבית למטופלים וכן לכפות אחידות במתכונת ההעסקה באופן שנועד למתן ככל האפשר אפשרויות מגוונות של העסקה בענף. האחדת תנאי העבודה בענף נחזית כצעד המדכא את המוטיבציה לעבור ממעסיק למעסיק, שכן בתנאים של אחידות יחסית, מעבר בין מעסיקים אינו צפוי להוביל לשיפור של ממש בתנאי העבודה. בנוסף,

148 ס' 3א(1)(ב) (א) לחוק הכניסה לישראל (לגבי עובדות השוהות בישראל עד שמונה שנים).

149 שם, בס' 3א(1)(ב) (ב).

150 ריאיון עם עו"ד מיכל תגר, לעיל ה"ש 142.

151 ס' ד 4, ד 7. ג. לנהול רשות האוכלוסין וההגירה 9.2.0002 "נוהל הטיפול בבקשה לקבלת היתר חדש/הארכת היתר להעסקת עובד זר בענף הסיעוד" (1.9.2021).

152 שם, ס' ד 5.

קביעת חובת מגורים בבית המטופל נתפסת כהגבלה חשובה על האפשרות של מהגרות ומהגרי עבודה לקיים חיי משפחה (כלומר להשתקע) בישראל.¹⁵³ השפעותיו של החיוב לגור בבית המטופל כתנאי לחוקיות העבודה בישראל חורגות, כמובן, מצמצום כוח השוק של עובדות סיעוד. מדובר במאפיין המשליך עמוקות על מתכונת ההעסקה, ומתוכה גם על תפיסות של זמינות, פנאי ונפרדות, ועל המידה שבה העובדות נתפסות כסובייקט עצמאי הזכאי לפרטיות, למרחב אישי, לקשרים חברתיים ולחיי משפחה. אין תמה שבספרות מתועדת הערפה גורפת ועקבית של עובדות במשקי בית למגורים נפרדים, ורתיעה עמוקה מעבודות הכוללות מגורים בבית המעסיק בהיבטי פרטיות, גבולות על שעות העבודה, שכר נמוך ובודדות.¹⁵⁴ החיוב לגור בבית המעסיק והחיוב להעסיק "במשרה מלאה לפחות" מחמירים את הבעיות המאפיינות את ההעסקה בתחום הסיעוד הביתי, ובראשן הקושי לתחום את יום העבודה ולאבחן בין עבודה לפנאי. הם שוללים בפועל במקרים רבים יכולת ממשית להגביל את משכו של יום העבודה, מכוננים את עבודת הסיעוד על בסיס של זמינות בלתי מוגבלת וחושפים את העובדת לפיקוח ומשטור אינטנסיביים ולבידוד חברתי ומשפחתי אינהרנטי.

בשני ההיבטים שנסקרו עד כה כדוגמאות מרכזיות למגבלות על חופש ההתקשרות של עובדות סיעוד, לתנועה להגיונות של דיני הגירה מטען עמוק הנוגע לתפקידים מגדריים ולחירת מסחור. הסדרי כבילתן של עובדות סיעוד למעסיקיהן והניסיון להגביל את יכולתן לנהוג כסוכנות כלכליות בשוק מבטאת, בבסיסה, שאיפה לדה־קומודיפיקציה של הטיפול. שאיפה לשוב ולהשתית את הטיפול, גם כשהוא ניתן בשוק, על בסיסה של אתיקה כמו־משפחתית: אתיקה שבה נשים מטפלות במנותק משאלה של תגמול ותנאים, שבה טיפול אינו עניין לבחירה או לתחרות שוקית ושבה הוא מבוסס על אהבה והתמדה נוכח כל קושי (ולמצער, על מחויבות מוסרית לטיפול) ובמידה רבה על הקרבה עצמית. את המגבלות המתעצמות על חופש ההתקשרות של עובדות סיעוד מהגרות ניתן, אפוא, לראות גם כתרגומן לכללים משפטיים של ציפיות חברתיות מגדריות להתמסרות ללא תנאי. כך, בעוד שהגיונם של דיני ההגירה

153 ביטוי לתכליות אלו ראו בנוהל רשות האוכלוסין וההגירה 9.2.0009 "טיפול בבקשות מטעם מטופלים סיעודיים המעסיקים שני עובדים זרים בקורת גג אחת לפטור מחובת הלנת עובד זר לגבי אחד מהעובדים" (16.4.2015). על פי הנוהל, "חובת הלינה בבית המטופל מבטיחה שמתן השירותים למטופל אכן יתקיים בכל השעות שהמטופל נדרש להן. בנוסף [...] מתן אפשרות לעובד זר שלא ללון בביתם של מטופלים מסוימים עלולה להוביל לפגיעה קשה במטופלים סיעודיים אחרים, ובמיוחד אלו הזקוקים לטיפול אינטנסיבי בשעות הלילה, נוכח העדפתם של חלק מהעובדים הזרים לעבוד בבתי מטופלים סיעודיים מבלי להתגורר איתם [...] אפשרות זו גם מאפשרת לעובד הזר לעבוד בשעות הערב או הבוקר המוקדמות בעבודות פרטיות אחרות בניגוד לתנאי רישיון עבודתו, או להתגורר בתאים משפחתיים, דבר המעלה חשש להשתקעות".

154 ראו BLACKETT, לעיל ה"ש 59, בעמ' 65-68. סוגיה זו קיבלה ביטוי באמנת ארגון העבודה העולמי על עובדי משק בית, הקובעת כי על המדינות החברות "לנקוט אמצעים על מנת להבטיח כי עובדים בהעסקה ביתית יהיו חופשיים להגיע להסכמה עם מעסיקיהם או עם מעסיקיהם הפוטנציאליים בשאלה האם להתגורר בבית המעסיק" (ס' 9(a), התרגום שלי).

מתיר בפועל מסחור בלתי מוגבל מכוחו של "חוזה התשתית", חרדת המסחור המאפיינת את היחס לעבודת טיפול בשכר מולידה תביעה מקבילה, לכאורה סותרת, להגבלתו ולצמצומו.

3.3.2. חקיקת המגן

לצד חופש התקשרות מוגבל וכוח שוק הולך ומצטמצם, גם מעמדה של חקיקת המגן בעבודה כמסגרת נורמטיבית מחייבת לעבודתן של עובדות סיעוד מהגרות התערער במידה ניכרת. תהליך זה, והמידה שבה הוא משקף תנועה מהגיונות של דיני עבודה להגיונות של דיני הגירה, הוא שעומד במרכזו של פרק זה.

בפתח הדברים יש לחדר, כי בתיאור התנועה מהגיונות של דיני עבודה להגיונות של דיני הגירה איני מבקשת לשרטט עבר מדומיין שבו אכן שימשו סטנדרטים מינימליים של עבודה מסגרת מחייבת ונאכפת בהעסקה של מהגרות ומהגרי עבודה. המציאות היא כי תמיד שרר פער עמוק בין דיני העבודה על ספר לבין מציאות העסקתם של מהגרות ומהגרי עבודה. במקרה של עבודת הסיעוד המצב חריף עוד יותר, נוכח היעדרם המוחלט, בתחומים מסוימים, של סטנדרטים מינימליים.¹⁵⁵ אלא שחרף פערים אלו, עודה נשמרת מחויבות בסיסית – הגם שפורמלית, במידה רבה – לעצם תחולתן של נורמות עבודה מינימליות מסוימות, ולשויון עקרוני בין מהגרות ומהגרי עבודה לבין עובדים ישראלים.¹⁵⁶ מצב דברים זה השתנה במידה ניכרת בשנים האחרונות. דוגמאות מרכזיות לתהליך זה ייבחנו בפרק זה, בהן כאלו הנוגעות לזכויות לפי חוק שעות עבודה ומנוחה, לזכויות עובדות בהיריון ולידה, ולאכיפה ציבורית של זכויות עבודה.

155 דוגמאות בולטות להיעדר זה כוללות סוגיות של בטיחות בעבודה ושל חובת המגורים בבית המעסיק. חרף הדימוי הנפוץ של עובדות הסיעוד כעובדות המבצעות עבודות ביתיות קלות, או כמי שמשמשות אך "בנות לווייה" לקשישים ולאנשים עם מוגבלות, בפועל, העבודה בתחום הסיעוד היא עבודה פיזית קשה, לעיתים מפרכת, ואף עלולה לגרום לפגיעות פיזיות ונפשיות. חרף כך, הסכנות הבריאותיות הטמונות בעבודת הסיעוד אינן זוכות להכרה. כפועל יוצא מכך, מעולם לא נקבעו סטנדרטים בסיסיים של בטיחות וגיהות בתחום הטיפול הביתי (או לגבי עבודת משק הבית באופן כללי), כפי שנעשה ביחס לענפי עבודה אחרים. דוגמה אחרת להיעדר סטנדרטים נוגע למגורים. בניגוד לתחומים אחרים שבהם מועסקים מהגרי עבודה, כגון תחומי הבניין והחקלאות, הכוללים מערכת נורמות ברורה – הגם כי כזו שאינה נאכפת באופן מספק – בנוגע לתנאי המגורים שאמורים להיות מסופקים למהגרי העבודה, בתחום הסיעוד אין כל סטנדרטים ברורים בעניין טיב המגורים שעל המעסיק לספק. זאת, על אף קיומה של חובת מגורים בבית המעסיק. חוק עובדים זרים אומנם מטיל חובה על מעסיקים להעמיד למהגרי עבודה "מגורים הולמים", אך בתחום הסיעוד אין הסדרים, בדומה לקיים בענפים אחרים, הפורטים את המינוח הכללי לשורה של חובות ישימות. למעשה, החובה להעמיד מגורים הולמים בתחום הסיעוד אינה כוללת כל סטנדרט קונקרטי, אפילו לא חובה מינימלית להקצות לעובדת הסיעוד חדר משלה או אפילו מיטה משלה. המציאות בענף היא כי עובדות לנות לעיתים עם המעסיק או המעסיקה באותה מיטה, או במיטה נפרדת באותו חדר, או שהן לנות במקומות מאולתרים במסדרון או בסלון.

156 ראו למשל ע"ע Xue Bin 1218/02 – חברת א. דורי, חברה לעבודות הנדסיים בע"מ, פד"ע לח 650, 691-693 (2002).

א. זכויות מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה
 אחת המייצגות הבולטות של מגמת הידלדלות חקיקת המגן בעבודה כמסגרת מחייבת לעובדות סיעוד מהגרות היא פסיקתו של בית המשפט העליון מלפני למעלה מעשור בפרשת גלוטן (התוצאה אושרה בדעת רוב בדיון נוסף בשנת 2013).¹⁵⁷ מכוח פסיקה זו הוחרגו מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הביתי, באופן קטגורי וגורף, מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה. פרשת גלוטן נסבה על זכאותה של יולנדה גלוטן, מהגרת עבודה מהפיליפינים, לתגמול על עבודה בשעות נוספות מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה עבור עבודתה כמטפלת סיעודית בקשישה בביתה. בית הדין האזורי לעבודה,¹⁵⁸ ולאחריו בית הדין הארצי,¹⁵⁹ מצאו כי לחוק אין תחולה בעניינה של גלוטן, ולפיכך היא אינה זכאית לגמול עבור עבודה בשעות נוספות. עבודתה, נפסק, באה בתחולת החריגים לחוק, המחריגים מתחולתו עובדים בתפקידי הנהלה או עובדים בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי,¹⁶⁰ וכן בעובדים שתנאי עבודתם ונסבותיהם אינם מאפשרים למעביד כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם.¹⁶¹ החלתם של חריגים אלו על עניינה של גלוטן לא עלתה בקנה אחד עם הפרשנות המסורתית שניתנה להם עד לאותה עת בפסיקת בתי הדין לעבודה. חריג האמון האישי פורש בפסיקת בתי הדין כחריג שעניינו עובדים בכירים בשכר גבוה,¹⁶² ואילו חריג הפיקוח פורש כחריג הנוגע לעובדים "בעבודות שבהן הקשר של העובד עם 'מקום העבודה' במובן הפיסי הוא אקראי או שאינו קיים כלל",¹⁶³ או לעובדים ב"עבודות שדורשות ניידות, שכדי ליצור עימם קשר יש צורך במנגנון פיקוח מיוחד".¹⁶⁴ בהתאם לפרשנות ששררה ערב מתן פסק הדין, אם כן, עובדות סיעוד, המועסקות בשכר נמוך והמבלות את כל עיתותיהן במקום העבודה (בית המעסיק) לא נתפסו כנמנות עם העובדות אשר להן נועדו חריגים אלו.
 בית המשפט העליון, שאליו עתרה גלוטן על פסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בעניינה, דחה את עתירתה. פסק הדין, שנועד להוות דין זמני עד לגיבושו של הסדר העסקה חקיקתי ייחודי לעובדות סיעוד (אך נותר הלכה תקפה עד היום), נומק בידי בית המשפט העליון באופן חריג, והוביל לתוצאה חריגה, במידה רבה חסרת תקדים: החרגתן באבחה, ומכוח פרשנות שיפוטית, של עשרות אלפי עובדות מנדבך עיקרי של חקיקת המגן. פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת גלוטן הועמד על שתי קביעות עיקריות: הראשונה היא כי יש להחריג את עובדות הסיעוד מתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה גם בהיעדר חריג לחוק החל על עניינן בבירור (פסק הדין לא הגיע להכרעה החלטית באשר

157 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 55; דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (נבו 18.3.2013).

158 ע"ב 2237/01 גלוטן נ' יעקב (נבו 19.3.2003).

159 ע"ע (ארצי) 157/03 גלוטן נ' יעקב (נבו 01.1.2007).

160 ס' 30(א)(5) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, ס"ח 204.

161 שם, ס' 30(א)(6).

162 ראו למשל תב"ע לא/2-66, וקסברג – חברת מלון הולילנד בע"מ, פד"ע ג 38 (1972); ע"ע 1113/02, טודורנג'אן – מעייץ, פד"ע לט 409 (2004) (להלן: עניין טודורנג'אן).

163 רב"ע לג/2-4, רון – מועצה מקומית מצפה רמון, פד"ע ד' 386 (1972).

164 רב"ע מט/2-7, רבות – הורמן שירותי אחזקה (אילת) בע"מ, פד"ע כא 117 (1989).

לתחולת חריג האמון האישי וחריג הפיקוח).¹⁶⁵ הסיבה לכך, לגבי בית המשפט, היא כי מתכונת ההעסקה של עובדות סיעוד מהגרות, המבוססת על מתן טיפול מסביב לשעון, ממילא מנוגדת לחוק שעות עבודה ומנוחה. משכך, לא ניתן לחייב מעסיקים בתשלום עבור עבודה בשעות נוספות מכוח החוק, שכן לא ניתן לאכוף את החוק לשיעורין. נקבע כי "הלגיטימיות או היעדר הלגיטימיות של מתכונת ההעסקה של העובדים הסיעודיים, משליכה באופן ישיר גם על האפשרות לחייב את המטופלים בתשלום שעות נוספות בעניינם".¹⁶⁶ חריגותה של הנמקה זו בכך שהיא סותרת פסיקה ותיקה ומושרשת שלפיה עצם ההעסקה במתכונת בלתי חוקית אינה שוללת מהעובד את הזכות לשכר או לגמול על עבודה בשעות נוספות.¹⁶⁷ הנמקתו השנייה של פסק הדין חריגה עוד יותר. היא נטועה כולה בשיקולי מדיניות חיצוניים לחוק שעות עבודה ומנוחה ולפרשנותו, ובראשם החשש מהתייקרות עבודת הסיעוד הביתי, ומהשלכותיה של התייקרות זו על מטופלים הזקוקים לטיפול סיעודי. על מרכזיותם של שיקולי מדיניות אלו ניתן ללמוד מההצהרה הדרמטית שבה נפתח פסק הדין ועל פיה קבלת העתירה פירושה "לשפוך במדקרת חרב את דמם של חלשים".¹⁶⁸ לו תתקבל העתירה, קבע בית המשפט, רבים מהזקוקים לטיפול סיעודי, "אוכלוסייה מוחלשת במיוחד", לא יוכלו לעמוד בעלות העסקתן של מטפלות.¹⁶⁹

התייקרות זו תפגע, לגבי בית המשפט, גם בעובדות, שכן היא תביא בהכרח לצמצום ניכר בביקוש להעסקתן בישראל.¹⁷⁰ מטעם זה נקבע כי החרגתן של עובדות הסיעוד מחוק שעות עבודה ומנוחה ושמירה על עלויות שכר נמוכות משרתות אף את טובתן שלהן. תנאי ההעסקה בישראל עודם עולים על התנאים בארצות מוצאן של העובדות, נקבע בפסק הדין, ומתכונת ההעסקה, אף שספק אם היא עולה בקנה אחד עם החוק, עודה רצויה עבור מהגרי עבודה רבים".¹⁷¹ אומנם ההחרגה מחייבת סטייה מ"העמדה המקובלת ביחס לחוקי מגן", אך מדובר בסטייה מוצדקת:

165 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 55, פס' 14.

166 שם, פס' 22.

167 "מטרתו היסודית של חוק שעות עבודה ומנוחה היא להבטיח לעובד שבוע עבודה שלא יעלה כששת ימי המעשה על 47 שעות עבודה, וכך מנוחה בימי שבת ומועד, ולהעניק לו תשלום מיוחד בנוסף לשכרו הרגיל עבור שעות עבודה נוספות ועבודה בימי חג ומועד, כשהוא מועבד כך בהתאם לחוק, ולא כל שכן כשהוא מועבד בניגוד לחוק". ראו ע"א 309/63 החברה להנדסה חקלאית לישראל בע"מ נ' נאג'י, פ"ד י"א(3) 290, 296 (1964). בפרשה מוקדמת אחרת, שעסקה בהעבדה שלא כדין לפי חוק עבודת הנוער, פסק בית המשפט העליון כי "המעביד נער בשעות נוספות ונתבע לשלם את שכרו אינו יכול להשמע בטענה, שמאחר והוראות 'הגמול' לשעות נוספות שבחוק [...] אינן חלות על העבדת נער, שוב אינו חייב לשלם גמול כאמור [...] פשיטא שאין אדם רשאי לטעון להגנתו את חטאיו שהוא חטא. מאידך, נער התובע שכר שעות הנוספות שעבד, שומעים גם שומעים לו: החוק אינו אוסר עבודת נער בשעות נוספות, כי אם רק העבדתו על ידי מעביד". ראו ע"א 150/63 מזרחי נ' ווינשטוק פ"ד י"ז 1361, 1367 (1963).

168 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 55, פס' 1.

169 שם, פס' 25-26.

170 שם, פס' 24.

171 שם.

אנו חיים במציאות מורכבת ובלתי אידיאלית ויש להתחשב בכך כאשר ניגשים לבחינת אפשרות החריגה מהוראות חוקי המגן כשזו נדרשת לשם הגנה על האינטרסים של העובדים הזרים עצמם. אינטרסים אלה והמציאות הייחודית של העבודה בתחום הסיעוד, עשויים לשמש בסיס לעמדה כי כינונו של הסדר שונה בעניינם נובע מהבחנה מותרת ולא מאפליה אסורה. יש לזכור כי המדינה יכולה לפקח על שוק העבודה המקומי אך אין לה כל אפשרות לפקח על שוק העבודה העולמי ועל תנאי העבודה הצפויים לעובדים הזרים בארצות מגוריהם. חובה עליה להביא לתוצאה המיטבית מבחינת עניינם של העובדים הזרים ובעניין הזה יש להתחשב גם במבחן התוצאה ובמתן האפשרות לעובד לבחור בתנאי העבודה המיטיבים בהשוואה לכל אופציה אחרת [...] יישום חוקי המגן באופן הגורע בפועל מרווחתם של המועסקים הוא יישום שיש בו ממידת האבסורד.¹⁷²

פרשת גלוטן, על תוצאתה והנמקותיה, מבטאת כחריפות את דעיכתו של המתח הבסיסי בין דיני העבודה לבין דיני ההגירה, והפנמה של ההגיונות המארגנים של דיני ההגירה לתוך דיני העבודה. בראש הגיונות דיני ההגירה שאומצו בפסק הדין ניצבת התפיסה, שמקורה בחוזה התשתית ובתפיסה של מסחור בלתי מוגבל, כי גם על זכויות קוגנטיות ניתן להתנות באמצעות "הסכמה" מיוחסת – תפיסה שנדחתה על ידי בית המשפט לא אחת בעבר.¹⁷³ להפנמת הגיונות מדיני ההגירה לתוך דיני העבודה ביטויים נוספים הנוגעים לתפיסות המתחרות של דיני העבודה ודיני ההגירה על צירים של מוטבים ותכלית. כפי שראינו, הגיונם של דיני הגירת עבודה הוא היגיון אינסטרומנטלי. מוטביהם הם אזרחים, ומהגרי עבודה נתפסים במסגרתם, במידה רבה, כאמצעי למימוש זכויותיהם או צורכיהם של אזרחים. בהיבטי תכלית, אחת ממטרותיהם העיקריות של דיני ההגירה היא למנוע חלוקה מחדש ל"זרים". פסק הדין בפרשת גלוטן הפנים את תפיסת התכלית ותפיסת המוטבים של דיני ההגירה, תוך דחיקת תפיסותיהם המתחרות של דיני העבודה. בעוד שהמוטבים של דיני העבודה הם עובדים, המוטבים בפרשת גלוטן הם מעסיקים אזרחים, שלרווחתם ולא אינטרסים שלהם (או למצער, לאופן שבו בית המשפט מבינם) ניתנת עדיפות מובהקת, ובעוד שלדיני העבודה תכלית עיקרית של חלוקה מחדש לעובדים, פרשת גלוטן רוחה תכלית זו. פסק הדין מזהה את המעסיקים כצד החלש ליחסי העבודה, ולפיכך כמושאים בלתי ראויים להטלה של חובות מכוחו. במילים אחרות: כמו דיני ההגירה, דיני העבודה בפרשת גלוטן אינם עוד מכשיר לחלוקה מחדש ממעסיקים לעובדים, אלא מכשיר הרתום לתכלית בדבר רווחתם של אזרחים המעסיקים מהגרים. החרגת עובדות הסיעוד מחוק מגן מנימוקי טובתם ורווחתם של מעסיקים מטופלים מייצגת, אפוא, מטמורפוזה עמוקה בתפיסת תכליתם של דיני העבודה; מטמורפוזה המקרבת את הגיונם הפנימי לזה של דיני ההגירה.¹⁷⁴

172 שם, פס' 26.

173 לדחיית טענות בדבר הסכמה לויתור על זכויות קוגנטיות ראו למשל בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד נו(6) 663, 695 (2002) (להלן: בג"ץ ניב).

174 בשנת 2015 נפסק כי דינו של עובד סיעוד אזרחי ישראל המועסק כמלווה לנכה צה"ל להיות מוחרג גם כן מתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה, שכן "דין אחד חייב להיות למלווה הנכה ולמטפל הזר הסיעודי אשר בתוכנו". ראו ע"ע (ארצי) 47114-03-13 מור נ' נתיב 2 בע"מ, פס' 5. א לחוות דעתו של הנשיא פליטמן (נבו 5.11.2015). ניתן לטעון כי פסיקה זו, שהרחיבה את

דבקות עקבית במערכת ההנחות של פרשת גלוטן – המדגישה, בין היתר, את הבחירה ואת ההסכמה של העובדות לתנאי עבודתן ואת הצורך, המשותף, לכאורה, לעובדות ולמעסיקים, בליברליזם שוקי – אמורה הייתה להוביל לשינוי מהותי גם בהסדר הכבילה ובתפיסת חופש ההתקשרות הנתון לעובדות. כפי שראינו, מה שהתרחש בפועל הוא ההפך: להחרגתן של עובדות סיעוד מחוק שעות עבודה ומנוחה נלוותה הקשחה משמעותית של הסדרי כבילתן למעסיקים. כפי שכבר צוין, עובדה זו מקשה להסביר את אסדרת ענף הסיעוד הביתי באמצעות אחת ההטיות האידאולוגיות המתחרות של משפט העבודה, וממחישה את השפעות ההיגיון ותפיסתם האינסטרומנטלית המובחנים של דיני ההגירה על דיני העבודה. כאמור, דיני ההגירה מתאפיינים במחויבות חד-צדדית לרווחתם ולאינטרסים של אזרחים. פרשת גלוטן, על מעגלי השפעה המתרחבים שלה,¹⁷⁵ היא ביטוי רב עוצמה להפנמה של מחויבות זו לתוך דיני העבודה.

ב. זכויות בעת היריון ולידה

תכלית מדיניות עיקרית של תוכניות הגירת עבודה זמנית היא מניעת השתקעות ארוכת טווח. כאמור בפרק הראשון, כחלק מהגשמתה של תכלית זו, חל איסור על מהגרות ומהגרי עבודה להגיע לישראל עם בני משפחה מדרגה ראשונה. כן חל איסור על קשירת קשרים זוגיים עם מהגרי עבודה אחרים במהלך השהות בישראל, ובמידה רבה גם על לידת ילד בישראל. יישום היבטה האחרון של המדיניות כרוך בהשעייתם דה-פקטו של הדינים הקוגנטיים האוסרים על הפליית נשים מחמת היריון ולידה.

על פי המדיניות שנהגה לאורך שנים ארוכות, לידת ילד בישראל על ידי מהגרת עבודה הובילה לביטולו המידי של רישיון עבודתה. מהגרת העבודה היולדת הצטוותה לעזוב את ישראל עם תינוקה מייד בתום חופשת הלידה, או לשלוח את תינוקה אל מחוץ לישראל עד לתום חופשת הלידה שלה (כלומר, במלאות שלושה חודשים לתינוק לכל המאוחר) כתנאי

ההחרגה מכוח בג"ץ גלוטן לעובדים ישראלים המועסקים בטיפול, מלמדת שההיגיון המניע את התפתחות הדין אינו בהכרח היגיון מדיני ההגירה. במענה לטענה אפשרית זו ראוי לחדד, כי בנוסף ליתר הפערים שבין מתכונת ההעסקה של עובדות סיעוד מהגרות לזו של מלווים ישראלים לנכי צה"ל, פסק הדין בפרשת מור הבהיר כי מסקנת ההחרגה מבוססת גם על כך שמלווים לנכי צה"ל מקבלים תגמול מיוחד, המפצה אותם באופן מלא ואף מעבר לכך, לגישת בית הדין, על אי תחולת החוק. שם, פס' 5.ב לחוות דעתו של הנשיא פליטמן. בנוסף, החרגה זו מותנה במידה ניכרת בפסיקה מאוחרת שהבהירה כי אין מדובר בהחרגה גורפת (ע"ע 29613-18 צ'רניצ'נקו נ' א.א.ר.אס שירותי רפואה (נבו 18.3.2020); ת"צ (ת"א) 17-10-26111-17 ציון חזוט ואח' – מדינת ישראל (נבו 12.1.2021)).

175 בשנת 2016 אישר בית הדין הארצי לעבודה כי עובדות סיעוד קיפחו מכוח הלכת גלוטן לא רק את זכותן הקוגנטית לגמול עבור עבודה בשעות נוספות, אלא אף זכותן למנוחה שבועית בת 36 שעות כקבוע בחוק ע"ע 12-47576-10 זלטמן נ' פטרובה (נבו 7.7.2016) (להלן: פרשת פטרובה). לדין בפרשנויות אפשריות אחרות להלכת גלוטן בהקשר הזכות למנוחה שבועית, שלא אומצו בפסיקה, ראו חני בן ישראל ומיכל תג'ד "באה מנוחה ליגעה? עבודה ומנוחה בהעסקתן של מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הביתי בישראל" מעשי משפט ז 69 (2015).

לחידוש רישיון הישיבה והעבודה בישראל.¹⁷⁶ מכוחה של מדיניות זו – שנועדה "ליצור חיץ בלתי עביר בין הפונקציות הרפרודוקטיביות של העובדות הזרות כיצרניות של שירותי סיעוד וטיפול ובין הרפרודוקטיביות שלהן כאימהות וכבעלות משפחה משל עצמן"¹⁷⁷ – מהגרות עבודה שהרו וילדו בישראל הועמדו בפני ברירה אכזרית: להיפרד מתינוקן בהגיעו לגיל שלושה חודשים ולהמשיך לעבוד בישראל לבדן, או לעזוב את ישראל עם תינוקן, ולוותר על האפשרות להמשיך ולעבוד בה. לידה הפכה עילה לפקיעתו של רישיון העבודה בישראל בעטייה של המדיניות, ולפיקח התירה למעסיקים – למעשה, חייבה אותם – לפטר את העובדת שילדה או לא לאפשר לה לשוב לעבודתה בתום חופשת הלידה.

כך, המדיניות עמדה בסתירה ישירה להוראות משפט העבודה, האוסר על פיטורי עובדת בתקופת הלידה וההורות וכן במהלך 60 ימים אחריה,¹⁷⁸ ובאופן כללי על הפליה בעבודה מחמת הורות.¹⁷⁹ היא מייצגת, לכן, דוגמה לאופן שבו הגיונות דיני עבודה נדחקים מפני הגיונות דיני הגירה (מסחור מוחלט, אינסטרומנטליזם) באסדרתה של הגירת עבודה זמנית. בחינת שיח ההצדקות ברקע המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל מחזק מסקנה זו. המדיניות הוצדקה לאורך השנים בהתאם לתפיסת המסחור של דיני ההגירה, המתירה התניה מבוססת-הסכמה על זכויות אוניברסליות,¹⁸⁰ והן על בסיס תפיסת המוטבים של דיני ההגירה, המחויבת בראש ובראשונה לטובתם של מעסיקים-אזרחים. במסגרת ההיבט האחרון, נטען לא אחת כי הגנות משפט העבודה על נשים שהרו וילדו פוגעות במטופלים סיעודיים,

176 נוהל משרד הפנים בסוגיה זו, שנקבע בשנת 2004 ושעמד בתוקפו במשך שנים מספר, קבע כי "עד לתום 12 שבועות [מיום הלידה] צריכה העובדת להחליט אם לעזוב את ישראל יחד עם תינוקה או שמא לשלוח את תינוקה מישראל ולהמשיך לשהות בישראל לברה" (בהנחה שעפ"י הנהלים באפשרותה לעשות כן). הנהל בנוסחו המקורי צורף כנספח למכתב מיובל רויטמן, עו"ד בפרקליטות המדינה, ליובל לבנת, עו"ד בעמותת קו לעובד (22.10.2004). לנוסחו הערכני של הנהל כיום ראו: נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.3.0023 "נוהל טיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל" (20.5.2013).

177 סיגל גולדין ואריאנה קמפ "זרות ופוריות: הביורופוליטיקה של הגירת עבודה, גוף ומגדר" בתוך **גזענות בישראל** 258, 259 (יהודה שנהב ויוסי יונה עורכים) (2008).

178 ס' 6(ב)(1), 9(א), 9(ג)(א) לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, ס"ח 160.

179 ס' 2(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, ס"ח 1240. אף שחוק הזדמנויות בעבודה לא חל על אדם המעסיק פחות משישה עובדים, האיסור על הפליה עורר עומד מכוח עקרון השוויון הכללי במשפט, ראו בג"ץ ניב, לעיל ה"ש 173. לעיגונן של הוראות אלו בדין הבינלאומי ראו למשל ס' 11(2) לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 1035, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979); ס' 2, 8 לאמנת העבודה בדבר שוויון הזדמנויות ושוויון היחס לעובד ולעובדת: עובדים בעלי אחריות משפחתית (מספר 156) (נפתחה לחתימה ב-1981).

180 התבטאויותיהם של גורמים רשמיים לאורך השנים מלמדות על עוצמת ההישענות על רעיונות בדבר "הסכמה" ו"בחירה" כהצדקה לה. כך, לדוגמה, קצינה בכירה במשטרת ההגירה טענה בישיבת הוועדה לבחינת בעיית העובדים הזרים בכנסת כי "הנשים האלה עושות בחירה [...] הן לא חסרות ישע, הן לא קטינות [...] והבחירה היא לעזוב את המשפחה ולבוא לעבוד כאן. עכשיו, אם את מחליטה להיכנס להריון זה סוג של בחירה, ואז יש לך בחירה לקום וללכת". ראו פרוטוקול ישיבה 39 של הוועדה המיוחדת לבחינת בעיית העובדים הזרים, הכנסת ה-16, (3.11.2004) 22.

וכי אימהות לתינוקות רכים תתקשנה בכיצוע עבודתן כמטפלות סיעודיות, באופן העלול להביא לפגיעה במטופל.¹⁸¹ אופיין של הצדקות אלו מלמד על היפוך בתפיסת מושא התפקיד החלוקתי של דיני העבודה, וממחיש את המידה שבה התבסס הרעיון שלפיו מצבם של מטופלות ומטופלים סיעודיים מחייב את שלילת זכויותיהן הקוגנטיות של עובדות הסיעוד. בשנת 2011 פסק בית המשפט העליון בשאלת חוקתיותה של המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל, בעקבות עתירה שבה נתקפה מדיניות זו בידי ארגונים לא ממשלתיים שונים. בפסק הדין בעניין המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל, שבו התקבלה העתירה, מצא בית המשפט כי אף שבבסיס המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל ניצבו שיקולים ענייניים ורלוונטיים – בראשם האינטרס במניעת השתקעות ארוכת טווח של מהגרות עבודה¹⁸² – שיקולים אלו אינם ממצים את מלוא השיקולים שהיה מצופה כי המדינה תשקול, ובהם הפגיעה הקשה שמסבה המדיניות לזכויות היסוד של מהגרות העבודה.¹⁸³ בית המשפט פסק כי המדיניות פוגעת בזכות החוקתית להורות, העומדת למהגרות עבודה במשפט הישראלי. אף שהמדיניות אינה כופה, כפשוטה, על העובדת להיפרד מילדה לאחר לידתו, היא עודה כופה "בחירה בין שתי גזירות: האחת – לעזוב את הארץ עם ילדה, בשל לידתו, ולהחמיץ בכך תקופת עבודה נוספת בישראל שהותרה לה ברישיון, אשר קיימת אפשרות פוטנציאלית להארכתה, ולהיפגע עקב כך פגיעה כלכלית קשה; השנייה – לחזור לישראל להמשך העבודה בלא הילד ולהותירו לטיפול בידיים אחרות במדינה שמעבר לים".¹⁸⁴ בית המשפט ציין כי הגעתן של מהגרות עבודה לישראל כרוכה בתשלום דמי תיווך גבוהים, וכי ציפיותיהן הכלכליות הטבעיות הן כי יצליחו להשיב את החוב, ולאחר מכן להשתכר למחייתן ולתמוך במשפחותיהן שנותרו במדינות המוצא.¹⁸⁵ על רקע זה נפסק כי "כפייתה של אישה לבחור בין המשך תעסוקה, תוך הגשמת ציפיותיה הכלכליות הלגיטימיות, לבין הגשמת זכותה לאמהות אינה מתיישבת עם התפיסות הערכיות והמשפטיות-חוקתיות

181 בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, 143 (2011) ("המדינה מציינת כי התרת שהותה של העובדת הזרה בישראל עם ילדה, עלולה ליצור קשיים בלתי מבוטלים הן מבחינת טובת המעסיק, הן מבחינת טובת הילד. אשר למעסיק, עולה חשש כי העובדת לא תהא מסוגלת לעמוד בדרישות העבודה בשל צורכי הטיפול בילד. בתנאים אלה, מעסיק לא יסכים בהכרח להעסיק עובדת המטופלת בילד, ובמיוחד כך בתחום הסיעוד. אשר לטובת הילד, קיים ספק אם העובדת תהא מסוגלת לטפל בו כראוי עת מוטלות עליה מטלות עבודה אינטנסיביות. יש להניח כי הישארותה בארץ עם התינוק תעלה גם סוגיות נוספות באשר לתנאים סוציאליים ולביטוח רפואי לה ולתינוק") (להלן: בג"ץ המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל). טיעונים אלו חזרו על עצמם בעתירת המדינה לדיון נוסף בפסק הדין: "מטבע הדברים, עובדת זרה שאך זה ילדה, תתקשה בכיצוע מטלות המוטלות עליה במסגרת עבודתה כמסייעת למעסיקה הסיעודי בעוד היא מטופלת בעולל רך בימים". ראו בקשה לדיון נוסף מטעם המדינה מיום 19.5.2011 בדנג"ץ 3860/11 משרד הפנים נ' קו לעובד, פס' 79.

182 בג"ץ המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל, שם, פס' 29 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

183 שם, בעמ' 155, 159.

184 שם, בעמ' 164.

185 שם, בעמ' 165.

של החברה בישראל".¹⁸⁶ מסקנת פסק הדין הייתה כי אף שהתכלית בדבר מניעת השתקעות, העומדת ביסוד המדיניות, היא תכלית ראויה,¹⁸⁷ האמצעי שנבחר לשמש בהגשמתה של מדיניות זו אינו מידתי, ועל כן עליו להתבטל:

העמדת שיקולים של הקלה על אמצעי אכיפה ופיקוח בראש סולם הערכים והעדיפויות, גם על חשבון זכויות היסודיות של האישה – באשר היא – להרות, להביא ילד לעולם ולגדלו, אינה יכולה שתתקבל. הפער בין תכלית המדיניות, הניתנת להשגה באמצעים שונים שאינם כרוכים בפגיעה כה חריפה בזכויות אדם, לבין דרך הגשמתה בנוהל תוך כדי גרימתה של פגיעה מהותית בזכויות, אינו סביר, אינו מידתי ואינו יכול שיוותר על כנו. לא האופציה של עזיבת הארץ עקב הלידה, תוך כדי פגיעה קשה באינטרס הכלכלי, ולא האופציה של חזרה לעבודה בלא הילד כשהוא מטופל בידי אחרים, תוך כדי פגיעה בזכות להורות, יכולות שיוותרו בעינן. הוראות הנהלה בעניין זה אינן מתיישבות עם עקרונות יסוד של המשפט החוקתי הישראלי, ולכן דינן להתבטל.¹⁸⁸

בדומה לפסק הדין בעניין הסדר הכבילה, גם פסק הדין בעניין המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל נחזה בשעתו כהישג חשוב. חלקו הארי של הניתוח בפסק הדין נסב, אומנם, על הפגיעה בזכויות חוקתיות כגון הזכות להורות, אולם בחלקו האחר ניתן לזהות גם מפנה להגיונות של דיני עבודה בהיבט של שלילת מסחור מלא ומחויבות לזכויות עבודה קוגנטיות.¹⁸⁹ אלא שחרף חשיבותו הרטרית, הפוטנציאל הטמון בפסק הדין לא מומש במציאות, ולא הצליח להשפיע עליה במידה ניכרת. בחינת הנחות היסוד שאימץ בית המשפט כנקודת מוצא להתערבות שערך, והיקפה של ההתערבות שהוכתבה מכוח הנחות מוצא אלו, עשויה לסייע בחשיפת חלק מהסיבות שהובילו לכישלון.

הבחינה החוקתית שקיים בית המשפט בפסק הדין בעניין המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו היא הבחינה החוקתית הסטנדרטית הנהוגה בבית המשפט העליון בנוטה להתרכז, במסורת הניתוח הדומיננטית של נשיא בית המשפט העליון לשעבר, אהרן ברק, בשאלת המידתיות כליבה של הבחינה החוקתית. כפי שאבחן מדינה, שאלת המידתיות מנקזת אליה את רוב ההכרעות החוקתיות, שנוטות לצלוח את המסננות ה"גסות" יותר, כביכול, שקודמות לה (כגון שאלת התכלית הראויה או הלימת האמצעי עם ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית).¹⁹⁰ כך אירע גם בפסק הדין בעניין המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל, שבו נקבע כי התכלית בדבר מניעת השתקעות של מהגרות עבודה בישראל היא

186 שם, בעמ' 160-167.

187 שם, בעמ' 174-175.

188 שם, בעמ' 178-179.

189 שם, בעמ' 172: "הוראות הנהלה 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 הפליה בין גבר לבין אישה בעבודה ועל הפליה מטעמי הורות ומשפחה".

190 ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתיות ועל 'תכלית' ראויה": בעקבות ספרו של אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) "משפט ועסקים" טו 281, 310 (2012).

תכלית ראויה; קביעה שפינתה את הדרך לדיון בשאלה האם המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל מקיימת את מבחני המידתיות.

הפרדוקסליות והסתירה הפנימית שמאפיינות את תכלית "מניעת ההשתקעות" לגבי מהגרות עבודה בענף הסייעוד הביתי לא נדונו בפסק הדין. כפי שראינו, מזה שנים ארוכות אין כמעט הגבלה טמפורלית על משך שהותן של עובדות סיעוד מהגרות בישראל במידה שהן מוסיפות לסעוד את אותו מעסיק (ולאחר מכן אף עשויות לעבור לתקופת העסקה נוספת ברישיון מטעמים הומניטריים). במילים אחרות, התכלית בדבר מניעת השתקעות הוצגה בידי המדינה, והתקבלה על דעתו של בית המשפט, כתכלית לגיטימית, חרף העובדה ש"השתקעותן" הפיזית של עובדות סיעוד בישראל, ולאורך פרקי זמן ממושכים, אינה אלא עובדה מוגמרת.

משמעות הדבר היא כי התכלית בדבר מניעת השתקעות אינה נושאת עוד את משמעותו האינטואיטיבית של צירוף מילים זה: הגבלה טמפורלית על משך שהותן. השהות כשלעצמה, כפי שהודגם, עשויה להיות ממושכת מאוד, ולהשתרע על שנים ארוכות ואף עשורים. ב"מניעת השתקעות" הכוונה היא, אפוא, להכפפתה של השהות למשטר קיצוני באופיו של פיקוח; משטר המצמצם במידה רבה את חייהן של עובדות סיעוד מהגרות בישראל לפונקציית הטיפול הסייעודי, שאותה הן ממלאות כעובדות בשכר נמוך. הרעיון בתכלית כ"מניעת השתקעות" – ללא שנלוות לה הגבלות על משכה המקסימלי של השהות – הוא כי אין לאפשר חיי אנוש מלאים, ובכלל זה הקמת משפחה או חיים במחיצתה, משום ההנחה שהאיסור יכריע את הכף, בסופו של דבר, לטובת עזיבה.¹⁹¹ קביעתו של בית המשפט כי תכלית "מניעת ההשתקעות" צולחת את מבחן התכלית הראויה – חרף האינסטרומנטליזם והמסחור הבלתי מרוסנים שבאים בה לידי ביטוי – נדמית, לכן, כהחמצה של מה שאמור היה להיות מוקד ביקורת עיקרי.

פסק הדין קבע עוד כי במידה שהמדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל תוחל החל מהשנה החמישית לשהותה של העובדת בישראל (בהתאם למגבלה המקורית שקבע חוק הכניסה לישראל ביחס למשך השהייה המקסימלי של מהגרי עבודה בישראל), מדיניות זו ככל הנראה תהא מידתית.¹⁹² בית המשפט סבר כי פרק זמן של חמש שנים משקף את הציפייה הלגיטימית שיכולה להיות לעובדת סיעוד להישאר בישראל ברישיון, וכי לא ניתן לחייב את המדינה להאריך את רישיון עבודתן של מהגרות עבודה שילדו בישראל מעבר לכך יחד עם ילדן. עוד נקבע כי הארכת שהותה של עובדת לאחר הלידה "כפוף ליכולתה המעשית לשלב בין חובות עבודתה לבין צורכי הטיפול בילד, ולקיום תנאים מתאימים לשילוב כזה במקום עבודתה".¹⁹³ שתי קביעות אלו המיטו כליה סופית על כוחו הטרנספורמטיבי הפוטנציאלי של פסק הדין.

191 עם ההצדקות שהוצגו בידי המדינה למדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל נמנתה גם ההצדקה ש"קיומו של בן משפחה נוסף בארץ מקל על בדידותו של העובד הזר, ומקל מבחינה נפשית ולעיתים גם כלכלית על השתקעותו כאן". ראו בג"ץ המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל, לעיל ה"ש 181, בעמ' 151.

192 בית המשפט ציין בפסק הדין כי ניתנה הסכמה מטעם העותרים להגבלה זו במסגרת ההליך, ראו שם.

193 שם, בפס' 70 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

אישורו של בית המשפט להגבלת האפשרות לשהות בישראל יחד עם הילד עד למקסימום של חמש שנים לאחר הלידה – הגבלה שאומצה על ידי המדינה בנוהל המתוקן שגובש לאחר מתן פסק הדין¹⁹⁴ – פירושה, לגבי עובדות ששוהות בישראל מתחת לחמש שנים, רק דחייתה הזמנית של הפרידה מתינוקותיהן ולא מניעתה. בהשלימן חמש שנות עבודה, עובדות אלו תידרשנה לשלוח את תינוקן אל מחוץ לישראל תוך שלושה חודשים מיום הלידה כתנאי להמשך חידושו של רישיון עבודתן.¹⁹⁵ בכך לא הצליח פסק הדין להתערב באופן ניכר במציאות שעמדה בלב הביקורת שלו – כפייתה של אישה לבחור בין "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" ובין "לחזור לישראל להמשך העבודה בלא הילד, ולהותירו לטיפול בידיים אחרות במדינה שמעבר לים".¹⁹⁶

קביעתו השנייה של פסק הדין כי הארכת רישיון העבודה לאחר הלידה תהא כפופה "ליכולתה המעשית (של העובדת) לשלב בין חובות עבודתה לבין צורכי הטיפול בילד, ולקיום תנאים מתאימים לשילוב כזה במקום עבודתה",¹⁹⁷ העמידה אף היא משוכה גבוהה בפני מהגרות עבודה המועסקות בסייעוד הרוצות להישאר בישראל יחד עם תינוקן. מבנה ההעסקה הנוכחי בתחום הסייעוד הביתי, שבמסגרתו הטיפול ניתן "מסביב לשעון" ומחייב מגורים בבית המטופל, אינו יכול, במרביתם המכרעת של המצבים, לאפשר שילוב בין עבודה לאימהות. עניינים נוספים המשליכים על היתכנותו של שילוב זה אינם מצויים כלל בשליטתה של העובדת, כגון קיומו של מקום פיזי בבית המטופל למגורי התינוק או הסכמתו למגוריה יחד עם התינוק בביתו. קביעתו של בית המשפט כי על העובדת להראות יכולת מעשית לשלב בין חובות עבודתה לבין צורכי הטיפול בילד, וכן לבסס קיום תנאים מתאימים לכך במקום עבודתה – אך ללא התערבות במבנה ההעסקה שבמרבית המצבים אינו מאפשר לא את זה ולא את זה – סתם את הגולל סופית על האפשרות שלפסק הדין תהא משמעות החורגת מניצחון סמלי.

ג. החרגה ממנגנוני אכיפה של זכויות עבודה

מגמת הידלדלות משפט העבודה כמסגרת מחייבת לעבודת הסייעוד קיבלה אף ביטוי מוסדי מפורש. גילומו הוא בהחרגתן של עובדות סיעוד מהגרות ממנגנון אכיפה של זכויות עבודה. בשנת 2011 הוקם מוסד "הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה" במשרד התמ"ת (כהגדרתו אז; כיום משרד הכלכלה והתעשייה).¹⁹⁸ הקמת המוסד התבצעה כחלק מרוויזיה במערך הסמכויות ותקני כוח האדם שהוקנו למשרד הפנים, מצד אחד, ולמשרד הכלכלה

194 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.3.0023 "נוהל טיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל" (5.9.2018).

195 שם, בס' א.5.

196 בג"ץ המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל, לעיל ה"ש 181, בפס' 40 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

197 שם, בפס' 70 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

198 הקמת מוסד הממונה התבצעה במסגרת תיקון לחוק עובדים זרים – ראו פרק 3ד' לחוק.

והתעשייה, מצד שני, בתחומי פעילותם הנוגעים למהגרי עבודה. במסגרתה, סמכויותיה של יחידת הסמך לעובדים זרים עברו ממשד הכלכלה והתעשייה לרשות האוכלוסין וההגירה.¹⁹⁹ הקמתו של מוסד הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה במשרד התמ"ת נועדה "לאזן" את העברת סמכויותיה של יחידת הסמך לעובדים זרים מזרוע העבודה במשרד הכלכלה והתעשייה לרשות ההגירה. תפקידו והאוריינטציה הארגונית המרכזית של הגוף ראשון הם אכיפת חוקי העבודה על מעסיקים, מתווכים וקבלני כוח אדם, ואילו השני הוא גוף שתפקידו והאוריינטציה הארגונית המרכזית שלו הם מעצר וגירוש שוהים שלא כדין. החשש מטשטוש ההבחנה בין גורמי האכיפה השונים, ומזיהוי של הממונים על אכיפת חוקי המגן בעבודה עם מנגנון המעצר והגירוש, הם שעמדו ברקעה של ההחלטה הן להרחיב את תחומי פעילותו של מוסד הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה במשרד התמ"ת,²⁰⁰ והן לחזק את מעמדו באמצעות הגדרתו בחקיקה ראשית והרחבה ניכרת של תחומי עבודתו וסמכויותיו.²⁰¹

במסגרת התיקון לחוק הוגדרו תפקידיו של הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה והוקנו בידי סמכויות רבות ורחבות מבעבר. תפקידו על פי החוק הוא "לפעול כלפי מעבידים, מעסיקים בפועל, מתווכי כוח אדם, וקבלנים [...] לאכיפת זכויות העובדים הזרים לפי דיני העבודה ולקידום ההכרה בזכויות אלה".²⁰² דרכי הפעולה שהועמדו לרשות הממונה כוללים חינוך, הדרכה והסברה; התערבות בהליכים משפטיים בעניינים שבתחומי תפקידו וטיפול בתלונות מטעם עובדים זרים נגד מעבידים, מעסיקים בפועל, מתווכי כוח אדם וקבלנים. סמכויותיו כוללות את הסמכות לדרוש מכל גוף מבוקר כל ידיעה, מסמך או דין וחשבון²⁰³ ואת הסמכות להורות למעביד, למעסיק בפועל, למתווך כוח אדם או לקבלן למסור לו נתונים

199 החלטת 3434 של הממשלה ה-31 "הקמת רשות האוכלוסין וההגירה ומעברי הגבול במשרד הפנים" (13.4.2008) שמכוחה הוקמה רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול במשרד הפנים. רשות זו נועדה להחליף את מנהל האוכלוסין במשרד הפנים, ולהפוך לגוף ריכוזי הנושא בעיקר האחריות ליישום מדיניות הממשלה בתחום ההגירה לישראל, הישיבה בה והגירוש ממנה. עד לאותו מועד שימשה יחידת הסמך לעובדים זרים במשרד התמ"ת כגוף הממשלתי המרכזי האמון על אכיפתם של הדינים הנוגעים למהגרי עבודה על מעסיקים, מתווכי כוח אדם וקבלנים, באופן ששמר על הפרדה יחסית בין האורגנים האמונים על אכיפת חוקי עבודה לבין האורגנים האמונים על מעצר וגירוש בגין שהייה או עבודה בישראל שלא כדין מכוח חוק הכניסה לישראל.

200 עד למועד שבו תוקן החוק פעל במשרד התמ"ת ממונה על זכויות עובדים זרים בתחום הבניין בלבד, מכוח הסדר מנהלי פנימי, ובידיו ניתנו סמכויות פעולה מצומצמות.

201 על הרציונל המתואר לעיל בדבר הצורך בהרחבת מוסד הממונה על זכויות עובדים זרים ובחזיון עמד יועצו המשפטי של משרד התמ"ת, מר מיכאל אטלן, בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה שבה נדונה הצעת החוק. במענה לשאלת יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה, ח"כ דוד אזולאי, מדוע "לא היה כדאי פעם אחת ולתמיד לרכז את [הטיפול במהגרי עבודה] בידי גורם אחד, ולא לפצל אותו בין שני משרדים", השיב אטלן כי "אפשר להמשיך לשמר את זה במשרד התמ"ת, אבל ההחלטה נפלה שצריך לחזק את רשות ההגירה, אז עניין של דאגה לזכויות העובדים לא יכול להיות מזוהה עם מי שמזוהה בציבור כאחראי בעיקר להרחקת עובדים. הם יחששו להתלונן, ואנו יודעים את זה מרשויות אחרות". פרוטוקול ישיבה 94 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18 (9.11.2009).

202 ס' 1(א) לחוק עובדים זרים.

203 שם, בס' 1(ב)א).

בעניין קיום חובותיו לפי דיני העבודה כלפי עובד זר.²⁰⁴ בנוסף, החוק קובע מנגנון להגשת תלונות לממונה²⁰⁵ ומוסיף וקובע את הדרכים העומדות לרשות הממונה לטיפול בתלונות, עימן נמנות הסמכויות לדחות את התלונה על הסף, להפנותה לבירור על ידי גוף אחר הפועל על פי דין, להעבירה, בהסכמה, לגישור, לקיים בירור כדי לקבוע האם יש מקום להגיש תביעה אזרחית ולהגיש תביעה אזרחית או בקשה לצו כללי לשם אכיפת זכות נשוא התלונה. בחוק נקבע כי הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה לא יהיה רשאי להפעיל את מלוא סמכויותיו בנוגע למטופלים המעסיקים מהגרות עבודה בענף הסיעוד אלא במקרים שבהם קיים חשש לסחר בכני אדם, החזקה בתנאי עבודת או עבודת כפייה, עבירת מין או אלימות והטרדה מינית.²⁰⁶ הרציונל שמאחורי ההחרגה של עובדות הסיעוד ממרבית סמכויותיו של מוסד הממונה מהדהד במידה רבה את רציונל ההחרגה של עובדות סיעוד מחוק שעות עבודה ומנוחה בפרשת גלוטן: עובדת חולשתם של המעסיקים הסיעודיים, חולשה אשר בגינה נסבר כי "אין לערב גורם ממשלתי נוסף כדוגמת הממונה על זכויות עובדים זרים, במחלוקת שבין העובד הזר המועסק בענף הסיעוד למעסיקו הנכה או הקשיש אלא במקרים חמורים".²⁰⁷ בפועל, החרגות אלה אינן את מוסד הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה מרוב משמעותו המעשית כלפי ענף הסיעוד הביתי.²⁰⁸

עתירה שהוגשה נגד התיקון נדחתה.²⁰⁹ נפסק כי אין פגיעה בשוויון בין עובדות סיעוד מהגרות לבין מהגרי עבודה אחרים אשר הממונה רשאי להידרש לעניינם ללא מגבלות דומות, נוכח השוני הרלוונטי המתקיים בין מהגרות עבודה בענף הסיעוד למהגרי עבודה

204 שם, בס' 1 כה(א).

205 שם, בס' 1 כו(א).

206 שם, בס' 1 לא.

207 מכתב מבנימין בן אליעזר, שר התמ"ת, לחני בן ישראל, עו"ד בעמותת קו לעובד, עורך פלר, עו"ד באגודה לזכויות האזרח בישראל ויונתן ברמן, עו"ד במוקד סיוע לעובדים זרים (1.6.2009).

208 הסמכויות שיהא הממונה רשאי להפעיל ביחס לעובדות סיעוד מהגרות הינן הסמכות לדחות את תלונתן על הסף (ללא שיש לו סמכות מקבילה לקבל את התלונה ולפעול על פיה בהתאם לסמכויות שהוקנו לו); הסמכות להפנות את התלונה לבירור על ידי גוף אחר הפועל על פי דין והסמכות להפנות את הצדדים, בהסכמה, לגישור. החרגי ההחרגה, הקובע כי במקרים שבהם קיים חשש לסחר בכני אדם, מעשה המהווה עבירת מין או אלימות והטרדה מינית, יהיה הממונה על זכויות עובדים זרים רשאי לעשות שימוש במלוא תפקידיו וסמכויותיו, הוא חריג זניח. החרגי עוסק בסיטואציות פליליות קיצוניות אשר ממילא אינן מתאימות, ואין לשער כי יפנו, לטיפול של הממונה – מי שניתנו בידיו סמכויות פעולה במישור האזרחי – כי אם לטיפול במסגרת הדין הפלילי (יצוין עוד כי עבירות פליליות טיפוסיות אחרות לענף, במדרג חומרה פחות, כגון עיכוב דרכון, עושק ואיומים, לא הוכללו בתחום טיפולו של הממונה). לתלונות השכיחות בענף הסיעוד, הנסכות בדרך כלל על עניינים כגון אי תשלום שכר מינימום, תנאי מגורים לא נאותים, אי מתן מנוחה שבועית, אי מתן חופשה שנתית, אי הסדרת ביטוח רפואי וכדומה לא יוכל הממונה להידרש. בנוסף, קורבנות סחר בכני אדם ממילא זכאים לייצוג משפטי ללא תשלום על פי חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972 (ס' 1 לתוספת), ואף מטעם זה אין משמעות מיוחדת לקביעה כי הממונה יהא רשאי להידרש לעניינם.

209 בג"ץ 4007/11 ליאנג'ני' הכנסת (נבו) 6.10.2011. (להלן: בג"ץ ליאנג'ני).

בתחומים אחרים, שעיקרו ההבדל בין מעסיקים סיעודיים למעסיקים בענפים אחרים.²¹⁰ תכליתו של התיקון – לחזק את ההגנה על מהגרי העבודה – אינה מתקיימת, על פי בית המשפט, "כאשר מדובר בשני צדדים חלשים".²¹¹ נפסק כי "הצורך להגן על קבוצת העובדים הזרים אין משמעו מכל וכל פגיעה בקבוצה חלשה אחרת, ואין משמעו כי הגנה על זכויות תיעשה תוך כיסוי עיניים אל מול אינטרסים ציבוריים ואנושיים נוספים".²¹² כן עמד בית המשפט על הגורמים הממתנים של ההחרגה.²¹³

אף שמוסד הממונה על עובדים זרים בעבודה, על ערוצי האכיפה המשלימים שהוא מעמיד לרשותם של מהגרי עבודה, אינו חלק ממערך חוקי העבודה הקוגנטיים, הוא נועד לשמש כלי מרכזי באכיפתם. הצורך בו הוכר על ידי המחוקק, והוא מתבלט על רקע גרעון האכיפה העמוק המאפיין את העסקתם של מהגרות ומהגרי עבודה. החרגתן של עובדות הסיעוד מסמכויותיו המשמעותיות של המוסד מהווה אף היא עדות למגמת הכרסום בתפיסת משפט העבודה כמסגרת נורמטיבית מחייבת לעבודת הסיעוד הביתי. היא מספרת את התרחבות הלגיטימציה שהחרגתן ממשפט העבודה זוכה לה, ושקיבלה כעת ביטוי מוסדי מפורש: החרגתן ממנגנון המשמש באכיפת דיני העבודה. ההצדקות למהלך מספרות אף את המידה שבה חדרה תפיסת המוטבים של דיני ההגירה לתוך דיני העבודה. לבסוף, ובדומה למקרים אחרים שנסקרו, גם במקרה זה בולטת דחיקת תכליתו החלוקתית של משפט העבודה. המחויבות החברתית לעובדות סיעוד מהגרות מצומצמת מבחינה סמלית ומוסדית מחלוקה מחדש ושוויון חברתי – תכליתו המסורתית של משפט העבודה – לסוגיות קיצון של מניעת פגיעות פליליות חריפות (עבירות כגון סחר בבני אדם ועבירות מין).

סיכום

טיעונו העיקרי של מאמר זה הוא כי דיני ההגירה ודיני העבודה נתונים במתח אינהרנטי באסדרה של תוכניות הגירת עבודה זמנית. ביטוי של המתח בתפיסות מתחרות של מוטבים, בתכליות חברתיות-כלכליות מנוגדות ובעמדות אתיות סותרות כלפי מסחור. טיעון זה הודגם באמצעות חקר מקרה מפורט שבמרכזו אסדרת ענף הסיעוד הביתי. המקרה של ענף הסיעוד הביתי מצביע על כך שהמתח האינהרנטי שבין דיני העבודה לדיני ההגירה מצוי במגמת דעיכה, ומסגיר טרנספורמציה משמעותית שאירעה במשפט העבודה ובתפיסת תפקידו ביחס לעובדות סיעוד מהגרות. דעיכתו של המתח הובילה להפנמתו בעוצמה לדיני העבודה של

210 שם, בפס' י' ("עולה בבירור, כי מתקיים בנדרון דידן שוני רלבנטי בין עובדים זרים בענף הסיעוד לבין אלה שבענפים אחרים. הטעם להחרגת העובדים הסיעודיים [...] עיקרו בהבדל מהותי ואמיתי בין המעסיקים בענף הסיעוד לבין מעסיקים בענפים אחרים. בענף הסיעוד מועסק העובד הזר על ידי אדם שהוא לרוב מבוגר, או מוגבל, או חולה התלוי בו לצרכיו הבסיסיים ביותר, וללא עזרתו לעתים אין ביכולתו לתפקד כלל. מצב זה מותיר את המטופל פגיע וחושף אותו, חלילה, לניצול. בכך שונה המצב בענף הסיעוד מענפים אחרים, בהם העובד הזר הוא בבירור הצד החלש").

211 שם (ההדגשה במקור).

212 שם, בפס' י"ב.

213 שם, בפס' י"ג.

הבידול בין זרים לאזרחים, להיפוך בתפיסת מושא התפקיד החלוקתי של דיני העבודה ולהענקת לגיטימציה להתניה מבוססת הסכמה על זכויות אוניברסליות. בעוד שבאופן מסורתי דיני העבודה נועדו להעצים עובדות ועובדים כצד החלש למערכת יחסי העבודה, למזער את השלכות פגיעותם האסימטרית של הצדדים ליחסי העבודה, להבטיח תוצאות חלוקתיות הוגנות יותר ולהגן על גרעין קשה של זכויות וחסינויות מכוחות השוק, מערך האסדרה שעוצב עבור עובדות סיעוד מהגרות משרת מטרות שונות. הוא אינו רק ביטוי למפנה אידאולוגי נאו-ליברלי, אלא מבוסס על גריעה משתי ההטיות האידאולוגיות המתחרות של משפט העבודה. בעטיים של דיני ההגירה – לצד חרדת מסחור בנוגע לטיפול כעבודה בשכר הנקנית בשוק – משפט העבודה הולך ומשנה את פניו: מכלי חלוקתי לכלי שמטרתו השאת רווחתם של מעסיקים-אזרחים; ומכלי שמטרתו צמצום הדרה חברתית – לכלי נגדי. הטענה שנפרשה לאורכו של המאמר בדבר המתח שבין דיני העבודה לדיני ההגירה אינה טענה להשפעות הדדיות שוויוניות. התנועה שבין דיני העבודה לבין דיני ההגירה אינה תנועה סימטרית בין שני קטבים שווים במשקלם. הטענה אינה גם שהיכולת של מהגרות ומהגרי עבודה לתבוע את הגנתם של דיני העבודה ולהשפיע על מצבם באמצעותם זהה ליכולתם של אזרחים – בתוכם קבוצות אינטרס מאורגנות ורבות השפעה של מעסיקים ומתווכים – לתבוע את הפעלתם של דיני ההגירה, וכמובן להשפיע באופן מקדמי על עיצובם באמצעות השתתפות פוליטית ופוליטיקת לקוחות.²¹⁴ ואולם חרף כל אלו, וחרף מסקנה פסימית במידת מה בנוגע לרגע הנוכחי באסדרתה של הגירת עבודה זמנית לישראל, הניתוח עורו מצביע על רגעים חשובים של תנועה ושל השפעה נגדית באמצעות דיני העבודה. המקרה של תחום הסיעוד הביתי, שנדון בחלקו השני של המאמר, מצביע על כך שההצטלבות בין דיני העבודה לדיני ההגירה נתונה במשא ומתן קבוע, וכי זה הניב לפרקים, ובתוך מציאות לכאורה מעוטת סיכוי, מידה של השפעות הדדיות. בכך, אני סבורה, יש כדי ללמד דבר מה רחב יותר על הוויטליות של משפט העבודה (ולמצער, על הוויטליות של הרעיונות, המטרות והאידאולוגיה של משפט העבודה) גם בתוך המשבר שבו הוא שרוי.

ברצוני להציע בקצרה שתי תובנות העולות מהניתוח העקרוני שהוצע במאמר, ואשר השלכותיהן חורגות מהמקרה של תחום הסיעוד הביתי. תובנה ראשונה נוגעת למקום השולי באופן יחסי שדיני העבודה וזכויות עובדות ועובדים תופסים בקהילת השינוי החברתי בישראל. מרביתם של הארגונים לשינוי חברתי בישראל, לרבות מי שפועלים בעניינם של מהגרות ומהגרי עבודה, פועלים מתוך מסגרת עיקרית של זכויות אדם. ההכרה בפוטנציאל

214 בניתוחו של פרימן, "פוליטיקת לקוחות" – פוליטיקה שבה קבוצות קטנות ומאורגנות המעוניינות במדיניות מסוימת מפתחות קשרים הדוקים עם הגורמים האחראים לה – היא שמעצבת מדיניות הגירה בדמוקרטיות ליברליות. בניתוחו של פרימן, מדיניות הגירה מתעצבת מתוך פוליטיקת לקוחות משום שהיא מניבה תועלות מרוכזות (למשל – למעסיקים בענפים עתירי עבודה, לעסקים שמרוויחים מגידול באוכלוסייה, לבני משפחה של מהגרים) ועלויות מבוזרות (שבהן נושאת האוכלוסייה הכללית), כמו גם עלויות ישירות לקבוצות החסרות את המשאבים הנדרשים להשפעה פוליטית, כגון עובדים מקומיים לא מיומנים. ראו Gary P. Freeman, *Modes of Immigration Politics in Liberal Democratic States*, 29 INT'L. MIGRATION REV. 881 (1995). לניתוח עלייתה של פוליטיקת הלקוחות ככוח מניע של הגירת העבודה לישראל ראו קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 72-79.

המרסן של דיני העבודה, ובאתגר האידאולוגי הלא פחות שהם מעמידים בפני דיני ההגירה, מצדיקים לשקול הסטה משמעותית של משאבים ופעילות בחברה האזרחית לפרדיגמה של עבודה ולתמיכה בתנאים שיאפשרו התארגנות עובדות ועובדים. הוואקום העמוק שהותירה, ושעודה מותירה, הסתדרות העובדים הכללית, ארגון העובדים הגדול בישראל, בייצוג עניינם של עובדות ועובדים מוחלשים כמהגרות ומהגרי עבודה, אך מעצימה צורך זה. תובנה שנייה עניינה הצורך בהערכה זהירה וביקורתית של קריאות, הנשמעות מעת לעת, להרמוניזציה נורמטיבית של משטרי הגירת עבודה. אף שחלק מקריאות אלו מונעות מדאגה לזכויות מהגרים, ומהנחה שהרמוניזציה נורמטיבית תוביל לכהירות בסוגיות של סטנדרטים ותסייע בשיפור תנאי עבודה ובאכיפתן של זכויות,²¹⁵ יש סיבה טובה לסבור כי הרמוניזציה אינה פרויקט נטול חסרונות. התחקות אחר ההגיונות המארגנים המתחרים של דיני העבודה ודיני ההגירה מעוררת כמו מאליה את השאלה האם חתירה להרמוניה אין פירושה בפועל מונופול להגיונות ולאתיקה של דיני הגירה, תוך דחיקתם של אתוסים מתחרים. במילים אחרות, בהיעדר שינוי מהותי של האופן שבו אנו תופסים את הפרוגנוזטיקה של מדינות לאום טריטוריאליות, ונוכח העוצמה הפוליטית של קבוצות התובעות להשתית את מערך האסדרה על בסיס הגיונות מדיני ההגירה, יש סיבה טובה לחשוש מהרמוניזציה נורמטיבית של משטרי הגירת עבודה (הרמוניזציה שממילא, בגישה הביקורתית, אינה בת השגה). כחלופה לחזון זה, מאמר זה מציע מבט אוהד על פלורליות, ועל החיוניות חסרת התחליף שבקונפליקט.²¹⁶ דעיכתו, שתוארה במאמר זה באמצעות חקר המקרה של ענף הסיעוד הביתי, היא סיבה לדאגה.

על בסיס המבט הממוקד והממושך בענף הסיעוד הביתי אבקש להציע מחשבות מסכמות אחרונות הנוגעות להיבטים ספציפיים בשיח המשפטי שהתהווה בנוגע לעובדות סיעוד מהגרות ומטופליהן; שיח המעוצב גם באמצעות בחירות הליטיגציה של ארגונים לשינוי חברתי הפועלים בענף.

הטיעון שפותח את חלקו השני של המאמר הוא כי חלו תמורות עמוקות בשני העשורים האחרונים במערך האסדרה של תחום הסיעוד הביתי, וכי תמורות אלו הן ביטוי לטרנספורמציה יסודית של דיני העבודה ולשינוי עמוק בתפיסת התכלית, המוטבים והמטרות של דיני העבודה, בהשפעת תפיסתם המתחרה של דיני ההגירה. אלא שבמסגרת השיח שהתפתח, בעיקר בפסיקת בית המשפט העליון, התמורות שהתחוללו באסדרת התחום מוסגרו והוצדקו באופן אחר: כ"איזון" ששומה על בית המשפט לערוך בין תביעותיהן הסותרות של שתי קבוצות חברתיות חלשות. כך, בפסקה הפותחת את פסק הדין בעניין גלוטן הובהר כי אף שהעתירה "מבקשת להיטיב עם קבוצה חלשה וראויה להגנה", קבלתה פירושה "לשפוך במדקרת חרב את דמם של חלשים".²¹⁷ בעניין ליאנגי, שבו אושרה החרגתן של מהגרות העבודה בתחום הסיעוד הביתי ממרכיב סמכויותיו של מוסד הממונה על זכויות עובדים

215 ראו תומס, לעיל ה"ש 3.

216 השווו, בהקשר שונה: הילה שמיר "גישות פמיניסטיות לרגולציה של הזנות: מבט אוהד על הפער שבין המשפט עלי ספר לבין המשפט בפעולה" מסדירים רגולציה: משפט ומדיניות 121 (ישי בלנק, דוד לוי-פאור ורועי קרייטנר עורכים 2016).

217 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 55, בפס' 1.

זרים בעבודה, נכתב כי "אכן, קבוצת העובדים הזרים הם קבוצה חלשה המועדת לפגיעה ולניצול", אלא ש"הצורך להגן על קבוצת העובדים הזרים אין משמעו מכל וכל פגיעה בקבוצה חלשה אחרת".²¹⁸ בעניין דורון נכתב כי "מצוקתם של המטופלים ברורה, ונדרש איוון בין זכותו היסודית של העובד לחירות לבין זכויותיהם היסודיות ביותר של המטופלים הסיעודיים".²¹⁹ גם בדיון הנוסף בגלוטן חזרה הבניה נרטיבית זו על עצמה: "ההתמודדות עם הסוגיה שעלתה בהליך דנא מציבה את בית המשפט בפני דילמה, שכן מדובר במאבק בין שתי קבוצות מוחלשות, הנואשות לתמיכת החברה ולהגנתו של החוק".²²⁰

כפי שמקבץ ציטוטים זה ממחיש, הנרטיב שלפיו נדרש "איוון" בין זכויותיהן המתחרות של קבוצות מוחלשות הפך לקריאה דומיננטית של תחום הסיעוד הביתי בפסיקה. הוא אומץ באופן בלתי ביקורתי בידי רבים, לרבות ארגונים לשינוי חברתי. אני סבורה שמדובר בנרטיב שגוי ומזיק, שהניע בחירות ליטיגציה בעייתיות – ושראוי, לכן, לתשומת לב ביקורתית. עניין ראשון שיש להבחין בו הוא הבעייתיות הטמונה בדגש הנרטיבי על "חולשה". בהכרעות השונות שבמרכזן עמדו היבטים באסדרת עבודתן של עובדות סיעוד מהגרות, אפיוןן של שתי הקבוצות – העובדות מצד אחד, והמטופלות והמטופלים הסיעודיים מצד שני – כ"חלשות", מוצג כמצב עניינים נתון ומוכן מאליו. כמעט שלא מוצעים לו הסברים או הקשרים מבארים. בהיעדרם, החולשה המיוחסת למטופלים סיעודיים ולעובדות הסיעוד מובנת ומוכנת כגזרת גורל בלתי נמנעת; המשמעות הטבעית של "להיות" עובדת סיעוד או להזדקק לטיפול סיעודי.

ייתכן שהקביעה שקשישים ואנשים עם מוגבלות וכן עובדות סיעוד מהגרות הן קבוצות חברתיות "חלשות" נראית כה טריוויאלית ומוכנת מאליה עד שבית המשפט אינו רואה צורך להסבירה או לבארה. אלא שבכך בדיוק טמונה הבעיה: בחירה זו מפשיטה את החולשה מהקשריה החברתיים והכלכליים ומבנה אותה כעובדת חיים טבעית. בפסק הדין בבג"ץ גלוטן, למשל, אבחן השופט ריבלין כי "האוכלוסייה שמעסיקה ברגיל את העובדים הסיעודיים היא אוכלוסייה מוחלשת במיוחד וכוללת ברובה קשישים ובעלי מוגבלויות מסוגים שונים, לרבות נכות פיננסית קשה".²²¹ הבחירה לתאר עוני כ"נכות פיננסית" היא בחירה רטורית יוצאת דופן. העוני שבו חיים חלק ממי שזקוקים לטיפול סיעודי הוא, בקריאה זו, "נכות"; כלומר, מצב קבוע ובלתי הפיך, ולא תוצר של מבנים חברתיים וכלכליים שניתן, לכן, לשנות באמצעות בחירות מדיניות.²²² גם חולשתן של עובדות סיעוד מהגרות היא עובדה שאינה

218 בג"ץ ליאנגי, לעיל ה"ש 209, בס' י"ב.

219 עניין דורון, לעיל ה"ש 134, בס' י"ג.

220 הדיון הנוסף בעניין גלוטן, לעיל ה"ש 157, בפס' 17 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס. אך ראו, מנגד, את חוות דעתה של השופטת חיות, שם, בפס' 5-6.

221 בג"ץ גלוטן, לעיל ה"ש 55, בפס' 23.

222 קצרה היריעה מלתאר את שורת הגורמים המובילים לעוני בגיל זקנה. דוגמאות בולטות כוללות את העובדה שעד לפני שנים ספורות לא חלה חובה חוקית על מעסיקים להפריש לחיסכון פנסיוני, וכתוצאה, רק לכשליש מכלל הזקנים בישראל יש פנסיה תעסוקתית (דורון 2013, 90-91), וכן קיצוצה העמוק של קצבת הזקנה (בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004)). בנוסף, כפי שמלמדים אותנו לימודי המוגבלות, גם המוגבלות, המכוננת בפסק הדין בפרשת גלוטן (ובהכרעות נוספות) כגזרת גורל טראגית, היא הבניה חברתית; תהליך

זוכה להסבר בחלק גדול מפסקי הדין, למצער לא להסבר מלא.²²³ כפי שהטיעון שפותח במאמר הראה, גם חולשה זו רחוקה מאוד מלהיות עובדת חיים טבעית, והיא במידה ניכרת תוצאתן של בחירות אסדרה ומדיניות.

כדומה לחולשה, גם הדגש החוזר על הצורך ב"איזון" בין עובדות הסיעוד למטופליהן ראוי לתשומת ליבנו הביקורתית. מה, בעצם, מאוזן כאן, ומול מה? אף שהצורך "לאזן" שב ומוזכר, תכניו המדויקים של האיזון שנערך נותרים מעורפלים, ונעדרים ממנו היבטים של הניתוח המשפטי הסטנדרטי בתחום זה. פרשת גלוטן ממחישה באופן בולט נקודה זו. מהות הזכויות שעמדו על הפרק בפרשה זו לגבי עובדות הסיעוד היה ברור – אך אילו זכויות או אינטרסים של המטופלים הסיעודיים עמדו, מבחינת בית המשפט, על הפרק? מול מה איזון בית המשפט זכויות עבודה קוגנטיות?

למען הסר ספק, הטענה אינה שלא קשר בין טיפול סיעודי נגיש מבחינה כלכלית לבין שורה ארוכה של זכויות בסיסיות. הטענה היא שבית המשפט אינו מפתח דיון באף אחת מזכויות אפשריות אלו. אני סבורה שהימנעות זו מדיון מעמיק אינה מקרית. נרטיב "האיזון" נעדר בסיס משפטי כמעט מכל בחינה, וכל ניסיון רציני לנמקו צפוי להיתקל בבעיות קשות: ביסוס ההצדקות להטלת החובה לממן את הטיפול באזרחי ישראל הנזקקים לו על עובדות סיעוד מהגרות;²²⁴ התמודדות עם העובדה שעל הפרק עומדות זכויות קוגנטיות המייצגות רף מינימלי, וככאלה אינן אמורות להיות מושא ל"איזון" בשום נסיבה, וכמובן – העובדה שאין מדובר כלל ב"איזון", כי אם בגריעה דרסטית וחד-צדדית מזכויותיה של קבוצה אחת. מעבר לבעיות יסודיות אלו שבנרטיב האיזון, העיקר הוא שהסוגיה שעל הפרק – זו שנדונה בפרשת גלוטן, למשל – איננה איזון בין זכויות מתנגשות של פרטים. היא נסובה על שאלה מסדר אחר, שעניינה מימון ציבורי ומדיניות רווחה.

את הדיון המתבקש במימון ציבורי ובמדיניות רווחה מחליף בפסקי הדין עיסוק ב"חולשה". בהיעדרו דומה כי החולשה, כשלעצמה, הופכת מקור לזכויות. ראוי שנזקקים לטיפול סיעודי יקבלו טיפול בעלות נגישה מבחינה כלכלית משום שהם חלשים, ולא משום שנתונות להן זכויות יסוד שאת היקפן ואת נאותותם של המימון והמדיניות שנועדו להגשימן ראוי לברר. אף שפרטים בעלי עניין וגופים ציבוריים שונים הפועלים בעניין זכויות קשישים ואנשים עם מוגבלות תמכו בשלילת תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה על עובדות סיעוד מהגרות במסגרת ההתדיינות בפרשת גלוטן, קשה לראות במסגרת הדיון ובהבניה הנרטיבית של ההכרעות בפרשה – ששבו והשתכפלו בהכרעות מאוחרות – משום ניצחון לזכויות קשישים או אנשים עם מוגבלות.

בניגוד לפסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה, שהשתית את הדיון באסדרת הגירת עבודה על בסיס של זכויות ועל בסיס החייאת הגיונות של דיני עבודה, שיח החולשה מבוסס על תפיסה

שבו "שוני גופני ונפשי מעוצב לכדי משמעות והיררכיה כלכלית, פוליטית ואף מוסרית" (רוני הולר "לימודי מוגבלות: אתגרים וסוגיות" תיאוריה וביקורת 475 50 (2018)).

223 את ההתייחסויות השלמות ביותר למצבן של מהגרות העבודה בשוק העבודה בישראל ניתן למצוא בדעות המיעוט שנכתבו בדיון הנוסף בעניין גלוטן, לעיל ה"ש 55. ראו למשל בפס' 36-37 לחוות דעתה של השופטת ארבל.

224 ראו בהקשר זה את חוות דעתה במיעוט של השופטת חיות בדיון הנוסף בעניין גלוטן, לעיל ה"ש 157, בפס' 6.

של צדקה. זכויותיהן של שתי הקבוצות מנותקות ממקורותיהן הנורמטיביים וממוסגרות מחדש ברוח נאו-ליברלית כסוגיה של חמלה כלפי "חלשים". לצד היתרונות הכלכליים הטמונים לגבי מטופלים סיעודיים בהחגרת עובדות סיעוד מהגרות ממשפט העבודה הקוגנטי, חשוב להבחין בכך שגם מהמטופלים נשלל בהכרעות אלו דבר מה: דיון – וממילא הכרה – בבסיסה הנורמטיבי והפוליטי של תביעת הזכות שלהם; תביעה העוברת רדוקציה לפרטי ומופשטת כליל מממדיה הציבוריים והחלוקתיים. תחת דיון במקורותיה הנורמטיביים של הזכות לטיפול, בחובות הקולקטיביות שהיא אוצלת ובמימון ציבורי, הדילמה שדומה כי בית המשפט מתחבט בה היא, אם להתנסח בכוטות, מי מסכן יותר; מצבו של מי מעורר יותר רחמים וחמלה: מהגרות העבודה בתחום הסיעוד שעלולות "לכרוע תחת הנטל" ועובדות "מעל ומעבר"²²⁵ או המטופלים, המתוארים כמי ש"מוטלים במיטתם ותלויים כל כולם בעובר הסיעודי",²²⁶ וכמי "שגם כך חיהם עמוסי סבל ולא אחת קשיים כלכליים".²²⁷

למרבה הצער, לפרויקט דלדולו של משפט העבודה כמסגרת נורמטיבית מחייבת לעבודתן של עובדות סיעוד מהגרות ולנרטיב המאבק/איזון בין קבוצות מוחלשות נמצאו שותפות ושותפים מפתיעים. כך, לאחר שניתן פסק הדין בעניין גלוטן, התעוררה שורה של שאלות פרשניות הנוגעות לתחולתן של זכויות עבודה קוגנטיביות נוספות המעוגנות בחוק על עובדות סיעוד מהגרות, בראשן הזכות למנוחה שבועית. סוגיית הזכאות למנוחה שבועית הוכרעה בידי בית הדין הארצי לעבודה, ובמסגרת ההתדיינות בפניו הצטרף להליך ארגון חברתי (עמותת "המשפט בשירות הזיקנה"), מיוצג על ידי קליניקה משפטית (הקליניקה לזכויות זקנים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה), כידיד בית המשפט. העמדה שהוגשה מטעם העמותה על ידי הקליניקה גרסה כי יש לקבוע שהזכות למנוחה שבועית נשללה כליל מעובדות סיעוד מהגרות בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בעניין גלוטן (עד לקביעת הסדר חקיקתי אחר).²²⁸ עמדה זו הייתה קיצונית אף יותר מזו שהובעה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בגדרי אותו הליך; על פיה, יש להפחית את המנוחה השבועית של עובדות סיעוד מהגרות מ-36 שעות ל-25 שעות – אך לא לשלול אותה כליל.

דוגמה אחרת למעורבות של ארגונים לשינוי חברתי בפרויקטים משפטיים בעייתיים היא פסק דין שניתן לאחרונה בעתירה של עמותת "כן לזקן – לקידום זכויות הזקנים", שנדונה בבית המשפט העליון בפני הרכב מורחב, ושבמסגרתה ביקשה העמותה לכטל את ההסדר שנקבע בחוק הכניסה לישראל הנוגע להעסקת עובדות סיעוד מהגרות השהות בישראל תקופות ארוכות מטעמים הומניטריים, מחמת האפליה מחמת גיל שנטען כי כרוכה בו כלפי מטופלים סיעודיים קשישים.²²⁹ ביטויה של האפליה שעל יסודה התבקש בית המשפט לכטל את ההסדר הוא בקביעת תנאי סף מקילים יותר למטופלים סיעודיים צעירים (מתחת לגיל פרישה) להעסקת עובדת סיעוד ברישיון מטעמים הומניטריים: מטופלים מתחת לגיל פרישה

225 שם, בס' ג' לחוות דעתו של השופט רובינשטיין.

226 שם.

227 שם, בס' י"ד לחוות דעתו של השופט רובינשטיין.

228 פרשת פטרובה, לעיל ה"ש 175. ראו גם פס' 15-29 לעמדת ידידת בית הדין שהוגשה במסגרת ההליך, "עמותת המשפט בשירות הזיקנה" מיום 25.5.2015.

229 בג"ץ 4343/19 כן לזקן – לקידום זכויות הזקנים נ' כנסת ישראל (נבו) 16.3.2022.

יוכלו להעסיק עובדות סיעוד מהגרות ברישיון מטעמים הומניטריים שנמצאות בישראל עד 13 שנים, ואילו מטופלים מעל גיל פרישה יוגבלו לעובדות סיעוד מהגרות שנמצאות בישראל עד 8 שנים.

אף שעתירתה של "כן לזקן" לא נועדה – בניגוד בולט לדוגמה הקודמת – להביא לשלילת זכויות בסיסיות מעובדות סיעוד מהגרות (למעשה, לו התקבלה העתירה הייתה התוצאה עשויה ככל הנראה להיטיב גם איתן), דומה כי עדיין ניתן להרהר אחר הבחירה להעמיד לכיקורת שיפוטית את הסדר הרישיונות ההומניטריים בענף הסיעוד הביתי על יסוד טענה שהפגם בו הוא הפליה מחמת גיל של מטופלים מעל גיל פרישה.

העתירה, ובעקבותיה גם פסק הדין, מתעלמים כליל מהעובדה שהשוויון הנתבע על ידי "כן לזקן" אינו אלא שוויון בגישה להסדר שהייה ועבודה בעייתי וחריג. כפי שראינו, המדובר בהסדר המבוסס על כבילה אבסולוטית למעסיק יחיד והמקיים קורלציה להפרות חריפות של זכויות עבודה. תכליתו המוצהרת היא להשתית את הטיפול הסיעודי במקרים הקשים והתובעניים ביותר על כוח עבודה לא חופשי, מתוך תפיסה שרק כך ניתן יהיה להצליח לאייש את העבודות הקשות, השוחקות והבלתי מתגמלות ביותר בענף. כפי שראינו עוד, מדובר בהסדר המאפשר שהייה ממושכת כדין של מהגרות המצויות במצב פרמננטי של פגיעות, שוליות וארעיות; כוח עבודה לא חופשי החי בשולי החברה, אשר ההישענות עליו כפתרון קבוע לאתגרים מעמיקים של רווחה וטיפול מצויה במגמת התרחבות מתמדת. הבחירה להעמיד את הדיון בהסדר הרישיונות ההומניטריים על השאלה האם הסדר זה מפלה מטופלים מחמת גיל, והיעדרו המצער של עניין – מצד העותרים או בית המשפט – במושאותיו, עובדות הסיעוד, הוביל לפסק דין בעייתי ביותר מנקודת ראותן. תנאי העבודה הגרועים, השוחקים ולעיתים המסוכנים ממש, המאפיינים חלק ניכר מההעסקה בענף הסיעוד הביתי – תנאים שהלוא הם שהולידו את הצורך בהסדר "הומניטרי" לכתחילה; הסדר שנועד לאפשר גישה לעובדות חסרות כוח מיקוח, כאלו שאין להן כל אלטרנטיבה אחרת להעסקה חוקית – מוצגים בפסק הדין באופן ניטרלי כ"אתגרי גיוס". על "אתגרי גיוס" אלו, נפסק, ראוי להתגבר באמצעות עוד כפייה ועוד הגבלות, ובפרט באמצעות הרחבת הגישה של מטופלים שהעבודה בשירותם קשה ושוחקת במיוחד לכוח עבודה לא חופשי. ככל הנראה בהיעדר טיעונים או תשתית עובדתית המתייחסים לעניינן של עובדות הסיעוד עצמן, בית המשפט פסק כי כפייה והגבלות אלו מהוות – בניגוד חריף לפסק הדין בבג"ץ הסדר הכבילה – "תכלית הומניטארית ראויה"²³⁰.

דומה כי יש מי שסבורים שדלדולו של משפט העבודה כמסגרת נורמטיבית מחייבת לעבודת הסיעוד הביתי היא התפתחות רצויה מנקודת ראותם של מטופלות ומטופלים סיעודיים. עמדה זו קצרת רואי. הטרנספורמציה שהתחוללה במשפט העבודה לגבי עובדות סיעוד מהגרות רחוקה מלבטא מחויבות ציבורית רחבה להגנה על הזכות לטיפול של קשישים ושל אנשים עם מוגבלות. פחות ערכו הכלכלי של הטיפול הוא בהכרח גם פחות בערכו החברתי. קידום הזכות לטיפול סיעודי בר השגה מבחינה כלכלית אינו יכול להיות פרויקט לשלילת זכויות עבודה בסיסיות מעובדות סיעוד, ולו מהטעם שהפוליטיקה של פרויקט כזה מזיקה גם למטופלות ולמטופלים עצמם. הדרת עובדות הסיעוד ממשפט העבודה היא

230 שם, בס' 26 לפסק הדין.

בחלקה תוצר של אותן מגמות נאו-ליברליות שמכוחן התחוללה נסיגה גם מראיית צורכיהם של מטופלות ומטופלים סיעודיים באספקלריה של זכויות חברתיות מוצקות; זכויות שיש לממשן באמצעות שירותים חברתיים נאותים ורשת ביטחון סוציאלית. כפי שהניתוח שהוצע עד כה מעלה, טיפול אינו מובן בשיח האסדרה של ענף הסיעוד הביתי כטובין ציבורי.²³¹ הדיון בו אינו ממוקם בעולם הזכויות, כי אם ב"פרטי". הוא ממוסגר בו כסוגיה של "חולשה", חמלה וצדקה. מימון שירותי טיפול חיוניים באמצעות זכויותיהן הקוגנטיות של עובדות מהגרות מוחלשות מעניק, ללא ספק, יתרונות כלכליים מידיים למטופלות ולמטופלים. אך כשהאחריות – והעלויות – מגולגלות לפתחן של העובדות, המשמעות היא גם שטיפול אינו מובן עוד כסוגיה של אחריות ציבורית וקולקטיבית.

231 לדיון בטיפול כ"טובין" ציבורי ראו שירי רגב-מסלם "בעקבות תיאוריית האחריות הציבורית של פיינמן: ניתוח משטר הסיעוד הישראלי" מעשי משפט ה' 27 (2013).