מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות כלפי מהגרי-עבודה

עופר סיטבון*

הגעתם לישראל של מאות אלפי מהגרי־עבודה, החל בתחילת שנות התשעים, מאתגרת את משטר ההגירה הישראלי. תופעה זו, שהינה אחד מביטוייו של תהליך הגלובליזציה, מחוללת שינויים רבים. מאמר זה מנתח חלק מהשינויים הללו על־ידי בחינת השפעתם של בתי־המשפט – על ערכאותיהם השונות (החל בבתי־הדין למשמורת ועד לבית־המשפט העליון) – על עיצובה של המדיניות הממשלתית כלפי אוכלוסיית מהגרי־העבודה. פסיקת בתי־המשפט משקפת את התלבטותם המתמדת של השופטים בין שאיפתם לעסוק בתחום מומחיותם – הגנה על זכויות האדם, ובפרט על קבוצה מוחלשת ופגיעה כמהגרי־העבודה – לבין רתיעתם מפני עימות חזיתי עם המדיניות הממשלתית הנוקשה כלפי מהגרי־העבודה ועם הנחות־היסוד האתניות שבבסיס משטר האזרחות הישראלי. המאמר משווה בין פסיקה זו לבין יחסם של בתי־המשפט בצרפת אל מהגרי־העבודה. בצרפת, המייצגת טיפוס אידיאלי מנוגד של אומה "אזרחית", מהגר־העבודה נתפס כאזרח פוטנציאלי עתידי, על כל המשתמע מכך. המאמר מצביע על הצורך בהגמשת היחס למהגרי־העבודה בישראל – הן מצד בתי־המשפט והן מצד הרשויות – בכיוון "אזרחי" יותר.

* דוקטורנט למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. מאמר זה מבוסס בחלקו על עבודת תזה שכתבתי באוניברסיטת תל־אביב. אני מודה לד"ר אדריאנה קמפ ולפרופ' איל בנבנשתי על הנחייתם הנדיבה והנבונה. אני מודה גם למורן סבוראי, ליגאל מרזל, לנעמי לבנקרון ולאילן סבן על הערותיהם המועילות והמחכימות על גרסות קודמות של המאמר. כמו־כן תודה לקורא האנונימי ולחברי מערכת **משפט וממשל** על שעזרו לי לחדד ולהבהיר חלק מטיעוניי. האחריות לתוכן הדברים רובצת כולה עליי.
מאמר־ביכורים זה מוקדש באהבה רבה לילדיי יאיר ותהילה.

א. מבוא. ב. הגירת־העבודה: 1. השפעתם של תהליכי הגלובליזציה; 2. הגירת־העבודה בישראל. **ג. בתי־המשפט ועיצובה של מדיניות הגירת־עבודה. ד. פסיקתם של בתי־המשפט בישראל**: 1. מבוא; 2. בית־המשפט העליון; 3. בתי־המשפט לעניינים מִנהליים; 4. בתי־הדין לעבודה; 5. בתי־הדין למשמורת; 6. מגמות הפסיקה בישראל. **ה. ישראל וצרפת — מבט השוואתי**: 1. אומה ״אזרחית״ ואומה ״אתנית״; 2. על ״צרפתיות״ ו״יהודיות״; 3. הגירת־עבודה בצרפת — רקע היסטורי־פוליטי; 4. פסיקתה של מועצת המדינה. **ו. במקום סיכום**.

א. מבוא

למן הקמת המדינה היוותה עלייתם־הגירתם של יהודים לישראל את אחד היסודות הבולטים של האתוס הציוני, הרואה בכך את חזרתם של היהודים למולדתם ההיסטורית. מבחינה סטטיסטית, אחד מבין כל שלושה אנשים החיים בישראל כיום הוא מהגר או בן של מהגר (הנתון המקביל בארצות־הברית הוא אחד מכל עשרה). בהתאם, זהותה של ישראל כחברת מהגרים (יהודים) עומדת לא־פעם במרכז השיח הציבורי. אלא שמשטר ההגירה הישראלי[1] והנחות־היסוד הלאומיות והאתניות שבבסיסו מאותגרים בעשור האחרון משני כיוונים, שהמשותף לשניהם הוא הופעתם המסיבית, לראשונה, של מהגרים לא־יהודים: *האחד* — הגעתם לישראל של מאות אלפי לא־יהודים ממדינות ברית־המועצות־לשעבר, ובמספרים קטנים יותר גם מאתיופיה.[2] ממדיה של הגירה זו הופכים את השינוי הכמותי הזה — הנובע מהפעלתו של סעיף 4א לחוק השבות (״סעיף הנכד״) — לשינוי איכותי.[3] *הכיוון האחד* — שבו אתמקד במאמר זה — הוא הגעתם לישראל של מאות אלפי מהגרי־עבודה,[4] מתועדים ובלתי־מתועדים.[5] עובדים אלה

---

[1] לסקירה מפורטת על־אודות היבטיו המשפטיים של משטר האזרחות בישראל ראו: Ayelet Shachar, *Citizenship and Membership in the Israeli Polity*, *in* FROM MIGRANTS TO CITIZENS: MEMBERSHIP IN A CHANGING WORLD 386 (T. Alexander Aleinikoff & Douglas Klusmeyer eds., 2000).

[2] על עולים לא־יהודים ראו: Ian S. Lustick, *Israel as a Non-Arab State: The Political Implications of Mass Immigration of Non-Jews*, 53 MIDDLE EAST JOURNAL 417 (1999).

[3] יפעת וייס ״הגולם ויוצרו, או איך הפך חוק השבות את ישראל למדינה מולטי־אתנית״ **תיאוריה וביקורת 19**, 45 (2001).

[4] במאמר זה אעשה שימוש בביטוי ״מהגרי־עבודה״, ולא בביטוי השגור ״עובדים זרים״. ככל שתחדור ההכרה כי מדובר ב״מהגרי־עבודה״ — כלומר, באנשים המהווים חלק חשוב מהמשק ומהחברה בישראל מעצם היותם בני־אדם, מעצם שהייתם הממושכת בארץ ומעצם תרומתם לכלכלה הישראלית — ולא ב״עובדים זרים״ (ביטוי בעל קונוטציה שלילית חזקה בשפה העברית), יהיה צורך בנימוקים נוספים להחלטות ולמעשים, שנעשים כיום כלאחר־יד. ראו יוסי לוס ״מבוא: מהגרי העבודה בישראל והחוק — היישום, האכיפה וההפרה״ **בול — בימת ון ליר לשיח ציבורי** 5, 8 (2001). אני מודע לביקורת אפשרית על

גויסו על־ידי ממשלת ישראל החל בתחילת שנות התשעים,[6] בעיקר כדי למלא את מקומם של העובדים הפלסטינים בעקבות ההתדרדרות במצב הבטחוני ואימוץ מדיניות הסגָרים, אך גם בשל הביקוש הגדל לעובדי בניין לנוכח העלייה המסיבית מברית־המועצות־לשעבר.

שינויים אלה באופייה האתני של ההגירה לישראל מחדדים את הוויכוחים סביב אופייה של הדמוקרטיה הישראלית, אשר התפתחו בשנים האחרונות בשתי גזָרות מרכזיות: הפולמוס ביחס למודל המתאים לאפיון המשטר השורר בישראל וביחס למקומו של היסוד האתני בו;[7] והדיון שעוררה – בקהילה המשפטית ומחוץ לה –

החלטה סמנטית זו, שלפיה הואיל והמונח "הגירה" טומן בחובו בדרך־כלל החלטה בדבר השתקעות או מעבר למגורי־קבע במדינה הקולטת, קיים לכאורה ספק, בהקשר של העסקת מהגרי־עבודה בישראל, אם מונח זה, במשמעותו האמורה, תואם את מערכת הציפיות הממשית או המשתמעת של שני הצדדים – המהגרים והמדינה. חיזוק לעמדה זו ניתן לכאורה למצוא בעמדה השיטתית והעקבית שמדינת־ישראל מביעה ביחס לזמניות ההעסקה. עם זאת, אני מוצא לנכון להתמיד בשימוש במונח זה משני טעמים עיקריים: האחד הוא טעם סמנטי – זה התרגום לעברית של המונח migrant workers, המקובל בספרות הסוציולוגית העוסקת בהגירת־העבודה; והאחר הוא טעם מהותי – שימוש בביטוי זה ממחיש את מגבלות השימוש בגישה "חוזית" ביחס למהגרי־העבודה, כפי שהוא מתגלה בבחינה היסטורית וסוציולוגית של תופעת הגירת־העבודה. ראו: STEPHEN CASTLES & MARK J. MILLER, THE AGE OF MIGRATION 229 (2nd ed., 1998). ראו עוד להלן ה"ש **31**.

5 במאמר זה אעשה שימוש במונחים "מתועד" ו"בלתי־מתועד", המהווים תרגום של המונחים המקובלים באנגלית – documented/undocumented. בכך אני צועד בעקבותיו של גיא מונדלק, שבחר לסטות מן המונחים "עובד חוקי" ו"עובד לא־חוקי" – שנעשו שגורים במיוחד מאז החלה מִנהלת ההגירה בפעילותה ההסברתית – משום שמעצם ההגדרה, אדם שעובד אינו יכול להיות "לא־חוקי" רק בשל כך שהוא עובד. השימוש במונח "לא־חוקי" ביחס לפעולה המהווה חריגה מנוהלי המדינה, ולא עבֵרה פלילית, אינו ראוי. ראו גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? 'חוזה התשתית' והדפיציט הדמוקרטי" **עיוני משפט** כז 423, 425, הערת־שוליים 4 **(2003)**.

6 David Bartram, *Foreign Workers in Israel: History and Theory*, 32 INTERNATIONAL MIGRATION REVIEW 303 (1998). לניתוח היסטורי וסוציולוגי מקיף של הגירת־העבודה בישראל ראו אדריאנה קמפ ורבקה רייכמן **עובדים וזרים: הכלכלה הפוליטית של הגירת עבודה בישראל** (עתיד להתפרסם).

7 ראו: Sammy Smooha, *Minority Status in an Ethnic Democracy: The Status of the Arab Minority in Israel*, 13 ETHNIC AND RACIAL STUDIES 389 (1990); Oren Yiftachel, *The Concept of "Ethnic Democracy" and Its Applicability to the Case of Israel*, 15 ETHNIC AND RACIAL STUDIES 125 (1992); יואב פלד "זרים באוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל" **תיאוריה וביקורת** 3, 21 (1993); סמי סמוחה "שסעים מעמדיים, עדתיים ולאומיים ודמוקרטיה בישראל" **החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים** 172 (אורי רם עורך, 1993); סמי סמוחה "דמוקרטיה אתנית: ישראל כאב טיפוס" **ציונות** – **פולמוס בן זמננו** 277 (אבי בראלי ופנחס גינוסר עורכים, 1996); Gershon Shafir & Yoav Peled, *Citizenship and Stratification in an Ethnic*

השאלה בדבר מהותה של ״מדינה יהודית ודמוקרטית״.[8] ברם, השינויים במאפייני ההגירה לישראל נובעים גם מתהליכי גלובליזציה מואצים. ברור שאחד מיסודותיה המרכזיים של מדינת הלאום – מוסד האזרחות – מושפע באופן דרמתי מהשינויים הכמותיים והאיכותיים בתהליכי ההגירה: ניידות גוברת של אנשים בין מדינות, בעיקר מ״הדרום״ העני אל ״הצפון״ המתועש והעשיר,[9] מגדילה את ההטרוגניות החברתית ושוחקת את ריבונותה של מדינת הלאום[10] ואת שאיפתה ההיסטורית להומוגניות

Democracy, 21 ETHNIC AND RACIAL STUDIES 408 (1998); Assad Ghanem, *State and Minority in Israel: The Case of Ethnic State and the Predicament of Its Minority*, 21 ETHNIC AND RACIAL STUDIES 428 (1998); Asad Ghanem, Nadim Rouhana & Oren Yiftachel, *Questioning* "*Ethnic Democracy*"*: A Response to Sammy Smooha* 3 ISRAEL STUDIES 253 (1998); Alan Dowty, *Is Israel Democratic? Substance and Semantics in the* "*Ethnic Democracy*" *Debate*, 4(2) ISRAEL STUDIES 1 (1999); אורן יפתחאל ״'אתנוקרטיה', גיאוגרפיה ודמוקרטיה: הערות על הפוליטיקה של ייהוד הארץ״ **אלפיים 19**, 78 **(2000)**; אורן יפתחאל, אסעד גאנם ונדים רוחאנה ״האם תיתכן 'דמוקרטיה אתנית'? יהודים, ערבים והמשטר הישראלי״ **ג'מעאה** ו 58 **(2000)**; סמי סמוחה ״המשטר של מדינת־ישראל: דמוקרטיה אזרחית, אי־דמוקרטיה או דמוקרטיה אתנית?״ **סוציולוגיה ישראלית** ב 565 **(2000)**; GERSHON SHAFIR & YOAV PELED, BEING ISRAELI: THE DYNAMICS OF MULTIPLE CITIZENSHIP (2002).

8 ראו רות גביזון ״מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט״ **עיוני משפט** יט 631 (1995); **מדינה יהודית ודמוקרטית** (דפנה ברק-ארז עורכת, 1996); דן אבנון ״ההיבט הלא דמוקרטי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם״ **פוליטיקה** 2, 53 (1998); רות גביזון **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים** (1999); **מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – רב־שיח ומקורות נלווים** (רון מרגולין עורך, 1999); שולמית אלוני ״חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו״ **חמישים לארבעים ושמונה** 367 (עדי אופיר עורך, 1999); Ruth Gavison, *Jewish and Democratic? A Rejoinder to the* "*Ethnic Democracy*" *Debate*, 4 ISRAEL STUDIES 44 (1999); אייל גרוס ״דמוקרטיה, אתניות וחוקתיות בישראל: בין 'המדינה היהודית' ו'המדינה הדמוקרטית'״ **סוציולוגיה ישראלית** ב 647, 651 **(2000)**; אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין **ישראל ומשפחת העמים – מדינת לאום יהודית וזכויות האדם** (2003); אמנון רובינשטיין ״ישראל ומדינות הלאום החדשות״ **תכלת 16**, 47 **(2004)**. הדיון על אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית התעורר בשנים האחרונות גם בפסיקת בית־המשפט העליון. ראו רע״א 7504/95 **יאסין נ' רשם המפלגות**, פ״ד נ(2) 45 (1996); רע״א 2316/96 **איזקסון נ' רשם המפלגות**, פ״ד נ(2) 529 (1996); א״ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה נ' טיבי**, פ״ד נז(4) 1 (2003).

9 על־פי האתר של מחלקת האוכלוסייה של האו״ם, גל ההגירה הבין־לאומי הנוכחי מונה כיום יותר ממאה ותשעים מיליון מהגרים – esa.un.org/migration.

10 אחד הביטויים לכך הוא, למשל, הגידול המרשים במספר המדינות המאפשרות כעת לאזרחיהן להחזיק באזרחות כפולה – עניין שנתפס בעבר כ״טבו״. עם זאת, עדות לסמליותו של נושא זה ולאמוציות שהוא מעורר עדיין ניתן לראות בגרמניה, אשר למרות הרפורמה המקיפה שערכה בשנת 2000 בחוקי האזרחות שלה, הותירה בעינו את התנאי כי על מתאזרחים לוותר על אזרחותם השנייה – www.fnstusa.org/immigrationgermany.pdf.

תרבותית.[11] נראה כי על רקע זה יש להבין גם אמירות של אנשי רשויות שלפיהן "ישראל איננה מדינת הגירה".[12] אף שאמירות אלה אינן נכונות כאמור מבחינה סטטיסטית, ואף אינן משקפות את האתוס הציוני, הן מלמדות על מבוכה בקרב מקבלי ההחלטות ועל צורך בעיצובה של מדיניות הגירה עדכנית.[13]

מאמר זה מבקש לבחון את השינויים שהגירת־העבודה לישראל מחוללת מבעד לפריזמה צרה יחסית: אופן טיפולם של בתי־המשפט בישראל באוכלוסיות מהגרי־העבודה, והשפעתם על עיצובה ועדכונה של מדיניות ההגירה. כפי שאראה, לבתי־המשפט בישראל יש תפקיד פוטנציאלי חשוב בהחדרתו של שיח זכויות אדם ביחס למהגרי־העבודה בישראל ובהובלת שינוי ביחס המוסדי כלפיהם. עם זאת, הרתיעה מפני עימות חזיתי עם המדיניות הממשלתית הנוקשה כלפי מהגרי־העבודה, כמו־גם עם היסוד האתני החזק שבבסיס משטר האזרחות הישראלי, מעידה כי קיים עדיין מקום לשיפור ניכר בהקשר זה. ניתן במידה רבה לומר כי פסיקת בתי־המשפט משקפת את התלבטותם המתמדת של השופטים בין שאיפתם לעסוק בתחום מומחיותם – הגנה על זכויות האדם – לבין שאלת תחולתן של הזכויות על מי שאינם משתייכים לקולקטיב הלאומי־האזרחי. במאמרי אבקש להנגיד עמדה זו עם פסיקתה של מועצת המדינה בצרפת ביחס למהגרי־עבודה. הניסיון הצרפתי המורכב ורב־השנים בהתמודדות עם מהגרי־עבודה יכול להוות מעין "קריאת־כיוון" באשר לאופן שבו יש לעצב מחדש את משטר האזרחות לנוכח הגירת־העבודה. זאת, למרות ההבדלים ההיסטוריים הרבים בהתהוותה של תנועת הגירת־העבודה לצרפת ולישראל, ולמרות השוני החלקי ביניהן בהקשרים הפוליטיים, החברתיים, הכלכליים והתרבותיים.

בפרק ב אסקור ביעף את תופעת הגירת־העבודה בהקשר הגלובלי, וכן את התפתחותה ההיסטורית בישראל. בפרק ג אתאר בקצרה גישות תיאורטיות רווחות ביחס למקומם של בתי־המשפט בעיצובה של מדיניות הגירה. בפרק ד אנתח בהרחבה את פסיקתם של בתי־המשפט בישראל, על ערכאותיהם השונות, בכל הנוגע לזכויותיהם של מהגרי־העבודה, ואבחן את השפעתה של פסיקה זו על עיצובה של מדיניות ההגירה. בפרק ה אסקור בקצרה את אופיו של משטר האזרחות הצרפתי וכן את התפתחותה ההיסטורית של תופעת הגירת־העבודה בצרפת. עיקר הדיון בפרק יוקדש לניתוחן של פסיקות מרכזיות של מועצת המדינה ביחס למהגרי־עבודה. בפרק ו והאחרון של המאמר אעמוד

---

11 CHRISTIAN JOPPKE, IMMIGRATION AND THE NATION-STATE: THE UNITED STATES, GERMANY AND GREAT BRITAIN 2-3 (1999).

12 זאב רוזנהק "מהגרי עבודה במדינת הרווחה הישראלית: מגמות הדרה והכלה" **ביטחון סוציאלי** 56, 97, 107 (1999).

13 ראוי לציין כי באחרונה החלה לעסוק בכך ועדה ציבורית שמינה שר הפנים לשעבר, אופיר פינס־פז. ראו שחר אילן "סוגרים את השער: לראשונה בתולדותיה עומדת ישראל לגבש מדיניות הגירה מסודרת מחמירה" **הארץ** 11.5.2005. הוועדה, בראשות פרופ' אמנון רובינשטיין, הגישה דוח־ביניים בפברואר 2006 – ראו להלן את הטקסט שליד ה"ש 275.

על המגמות השונות העולות מן הממצאים, ואציע כיוונים אפשריים להמשך פיתוחה של המדיניות כלפי מהגרי־העבודה במישור השיפוטי ובמישור החקיקתי.

בפתח הדברים – "הערת־אזהרה" חשובה: זכויות משפטיות "על הנייר" אינן משקפות על־פי־רוב את המציאות כפשוטה. בעניינם של מהגרי־העבודה הסיבות לפער שבין "Law in the Books" לבין "Law in Action"[14] עשויות להיות מגוונות: החל בהתדלדלות אמצעיהם של גופי הפיקוח והאכיפה בעידן של תפיסות כלכליות ניאו־ליברליות;[15] המשך באכיפה בִּרְירנית (סלקטיבית) ומפלה מצד הרשויות, הנגזרת תכופות מדעות קדומות; וכלה בחוסר מודעות של נושאי הזכויות – הנובע ממעמדם החברתי־הכלכלי הנמוך – לעצם קיומן.[16] מכאן שמחקר הנסמך באופן בלעדי על ניתוחם של פסקי־דין עלול להיות חלקי. עם זאת, אי־אפשר – וגם לא ראוי – לבטל את ערכו ואת כוחו של ההליך המשפטי, הן מבחינת אפשרויות הפעולה שהוא מקנה בכל־זאת בידיהם של פרטים לממש את זכויותיהם, הן מבחינת מקומו הסמלי בהתווייתו ובעיצובו של המימד האזרחי בזהות הקולקטיבית,[17] והן מבחינת כוחו הנורמטיבי ויכולתו לסמן נורמות חברתיות שראוי לשאוף אליהן. בסופו של דבר, היחס בין הנורמה המשפטית לבין הפרקטיקה הוא דיאלקטי ומזין את עצמו, וניתן לקוות כי ככל שתחלחל ההכרה כי זכויותיהם של מהגרי־העבודה מגיעות להם בדין, כן ישנו הן הרשויות והן הציבור את יחסם כלפיהם. יחס זה מבוסס כיום על תפיסה חוזית־מסחרית, שלפיה הסכמתם של מהגרי־העבודה לקבל על עצמם את "כללי המשחק" מכשירה את הכללים.[18] תפיסה פרוגרסיבית ודמוקרטית יותר של יחסי עבודה בכלל ושל מהגרי־עבודה בפרט עשויה להוציא בהדרגה את היחסים בינם לבין המדינה מן התחום הבלעדי של שוק הסחורות (דה־קומודיפיקציה), ולהוביל לראיית היחסים מבעד למשקפיים שאינם חוזיים גרידא; במילים אחרות – לראיית מהגרי־העבודה כסובייקטים של ממש.

---

14 Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910).

15 ביחס לישראל ראו דפנה ברק־ארז "מדינת הרווחה בישראל – בין החקיקה לביורוקרטיה" **עבודה, חברה ומשפט** ט 175 (2002); זאב רוזנהק "גלובליזציה, פוליטיקה מקומית ושינויים במדינת־הרווחה: תוכנית ביטוח האבטלה בישראל" **עבודה, חברה ומשפט** ט 155 (2002).

16 כל זאת, כמובן, בצד הביקורת הידועה של גישות ביקורתיות למשפט בדבר עקרותו של שיח הזכויות. ראו למשל: Marc Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 TEX. L. REV. 1363 (1984).

17 שמואל נח אייזנשטדט "ההבניה של הזהות הקולקטיבית: כמה אינדיקציות אנליטיות והשוואתיות" **סוציולוגיה ישראלית** א 13 (1998).

18 מונדלק מכנה זאת "חוזה התשתית". ראו מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 427 ואילך.

ב. הגירת־העבודה

1. השפעתם של תהליכי הגלובליזציה

הגירת־העבודה מלווה את האנושות משחר ימיה. הרצון להבטיח את הקיום הפיזי באמצעות פרנסה ומזון היה כרוך לא־פעם בעזיבת מקום המגורים ובהשתקעות בארץ חדשה, בתקווה לעתיד טוב יותר. תהליך זה הואץ בדורות האחרונים, עם התפתחותה של הכלכלה הקפיטליסטית ומיסוד הסחר הבין־מדינתי באמצע המאה התשע־עשרה, ועם התגברותם של תהליכי ההגירה הגלובליים הנוכחיים, שהחלו כבר בתחילת המאה העשרים, עם ההגירה הגדולה של יהודי מזרח אירופה לארצות־הברית.[19] מקובל לראות בסיומה של מלחמת־העולם השנייה את קו פרשת־המים בהיסטוריה של הגירת־העבודה, שלאחריו החלו תהליכים גלובליים בעלי מאפיינים ייחודיים, המגיעים לשיא כיום במה שמכונה "עידן הגלובליזציה". סויסל (Soysal) מונה בהקשר זה ארבע התפתחויות מרכזיות: הראשונה – פיתוחן של תוכניות גיוס יזומות למהגרי־עבודה באירופה, שהובילו ל"בְּנאוּם" שוק העבודה שלה ולהגירה מסיבית אליה, בעיקר ממדינות ה"דרום"; השנייה – תהליך הדה־קולוניזציה, שהוביל למודעות גוברת ל"זכויות" ול"ריבוי תרבויות"; השלישית – הופעתן של תצורות פוליטיות על־לאומיות חדשות, דוגמת האיחוד האירופי; והרביעית, והחשובה ביותר – עליית שיח זכויות האדם כעיקרון הגמוני מארגן ברמה העולמית ועיגונו במשטרים משפטיים של אמנות בין־לאומיות.[20]

תהליכים מואצים אלה מחוללים טרנספורמציה במדינת הלאום, וגורמים ללחצי שינוי באחד מיסודותיה המרכזיים – מוסד האזרחות. לחצים אלה באים לידי ביטוי בשני אופנים מרכזיים:[21] האחד קשור להגדרתה הטיפוסית של המדינה המודרנית כדמוקרטיה ליברלית – עם הגידול בגיוון התרבותי של האוכלוסייה גדֵל גם מספר הפרקטיקות התרבותיות הלגיטימיות וגוברת גם הדרישה להכרה ציבורית בזכויות המיעוטים ובשונות תרבותית. האופן האחר נובע מההתפתחויות הטכנולוגיות והתחבורתיות – הואיל וההגירה אינה עוד "כרטיס בכיוון אחד", נוצרות במדינה הקולטת קהילות מהגרים טרנס־טריטוריאליות שנכונותן להיטמע מועטה יותר, לנוכח הקשר הנוח והמהיר יחסית עם המרכז הסמלי שלהן המצוי בארץ־המוצא שלהן. כך נוצרות זהויות קולקטיביות נוספות, "ממוקפות" (ישראלי־רוסי, סיני־אמריקאי ועוד), אשר פורמות אף הן את הקשר הקלסי בין מגורים לבין השתייכות וסודקות סדק נוסף

---

19 ראו לעניין זה: SASKIA SASSEN, GUESTS AND ALIENS 77-79 (1999).

20 Yasemin Nuhoglu Soysal, *Changing Citizenship in Europe: Remarks on Postnational Membership and the National State*, *in* CITIZENSHIP, NATIONALITY AND MIGRATIONS IN EUROPE 17, 18-20 (David Cesarani & Mary Fulbrook eds., 1996).

21 JOPPKE, לעיל ה"ש 11, בעמ' 2-3.

אף הן את הקשר הקלסי בין מגורים לבין השתייכות וסודקות סדק נוסף בהומוגניות של מדינת הלאום.[22]

ניידותם הגוברת של בני-האדם משתלבת לכאורה היטב בתהליך הגלובליזציה, שבו הון, סחורות ומידע אינם מתחשבים עוד בגבולות פיזיים בין מדינות. ברם, הגבול הפיזי נותר אולי מבצרה האחרון של מדינת הלאום, והוא מציין את המתח ההולך וגובר שבין המחויבות הליברלית לחופש היציאה מהמדינה לבין הלגיטימיות המוקנית להטלת הגבלות נוקשות – שהחמירו למן מתקפת ה-11 בספטמבר – על חופש הכניסה אליה. מתח זה שבין קיומה של "זכות יציאה" (the right to emigrate) לבין העדרה של "זכות כניסה" (the right to immigrate) מצוי כבר בהכרזה האוניוורסלית על זכויות האדם משנת 1948,[23] וראשיתו בהפרדה ההצהרתית שנעשתה בזמן המהפכה הצרפתית בין "אדם" לבין "אזרח".[24] מצב-דברים זה מבטא כמובן את ניגוד האינטרסים, המתעורר לא-פעם בסוגיות של הגירה בין-לאומית, בין היחיד המהגר לבין החברה הקולטת.[25] ניגוד אינטרסים זה, בביטוייו העכשוויים, חושף גם את ה"סכיזופרניה" המתקיימת לטווח ארוך בין אינטרסים כלכליים קפיטליסטיים – הדוחפים "למוטט את חומות סין", כמאמרם הנבואי של מרקס ואנגלס במניפסט הקומוניסטי – לבין אינטרסים לאומיים המבקשים לשמר את הגבולות, בעיקר לשם הבטחתה של הומוגניות תרבותית.[26]

---

22 במקביל לאתגור "פנימי" זה, הגלובליזציה מאתגרת את מדינת הלאום גם "מבחוץ", בעיקר מבחינת יכולתה לשלוט בכלכלה ובמיוחד בשירותי הרווחה. את התהליך הזה מובילים הגידול בהשפעתם של התאגידים הרב-לאומיים על עיצוב מדיניותן הכלכלית של מדינות (הקלות מס, הקמת אזורי סחר חופשי ועוד) וכן התעצמות יכולתם של ארגונים על-לאומיים, דוגמת קרן המטבע הבין-לאומית והבנק העולמי, להכתיב למדינות מדיניות פיסקלית ומוניטרית. נוסף על אלה, הליברליזציה הכלכלית, שהסירה את ההגבלות שהקשו מעבר הון וסחורות, גרמה לשינוי כוללני במבנה השווקים המדינתיים והגלובליים. לניתוח מצוין של עליית כוחם בזירה הבין-לאומית העכשווית של "שחקנים" פרטיים, על-חשבונן של מדינות, ראו: SUSAN STRANGE, THE RETREAT OF THE STATE: THE DIFFUSION OF POWER IN THE WORLD ECONOMY (1996).

23 Thomas Kleven, *Why International Law Favors Emigration over Immigration*, 33 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 69 (2002).

24 הוגים קוסמופוליטיים, תומכי "הקהילה הגלובלית", מערערים כיום על מידת הלגיטימיות של הפרדה זו. לדוגמה בולטת ראו: Linda Bosniak, *Citizenship Denationalized*, 7 IND. J. GLOBAL STUDIES 447 (2000).

25 JOPPKE, לעיל ה"ש 11, בעמ' 2-3.

26 כביטוין של אדריאנה קמפ ורבקה רייכמן במאמרן "'עובדים זרים' בישראל" **מידע על שוויון** 13, 2 (מרכז אדווה, 2003) www.adva.org/ivrit/equality_migrant_heb.pdf. מן הראוי לציין בהערת-אגב כי במקביל להקשחת הפיקוח על הכניסה למדינה, אנו עדים בשנים האחרונות גם לתופעה אחרת (שהתשובה לשאלה אם היא מנוגדת לתהליך ההקשחה או משלימה אותו תלויה כנראה בנקודת-מבטו של המתבונן) שבה מדינות "הצפון" אינן מקשות את כניסתם של *כל* המהגרים, אלא נוטות בהחלט לעודד הגירה של

תהליכי הגלובליזציה יצרו מתח בין תפיסות של חברות לאומית לבין תפיסות אוניוורסליות של "היות אדם" (personhood). לטענת חוקרים שונים, מתח זה הפך את ההגירה מ"סטייה" זמנית, ש"תתוקן" בתהליך שסופו קבלת אזרחות מלאה,[27] לצורת חברות חדשה וקבועה, או במילותיה של סויסל – לאזרחות "פוסט־לאומית", המבטאת פרימה של הקשר הסימביוטי בין הזכויות (האוניוורסליות) לבין הזהות הלאומית (הפרטיקולרית), תוך טשטוש הבינריות הקלסית שבין אזרח ללא־אזרח.[28]

היבט זה בולט במיוחד בכל הנוגע להגירת־העבודה. בניגוד למהגרים "רגילים", רוב מהגרי־העבודה אינם מתעניינים בהכרח בקבלת אזרחות של המדינה המארחת, הן משום ששהייתם בה נתפסת בעיניהם כזמנית והן משום שעיקר מעייניהם נתונים לתנאי שכרם ולזכויות הסוציאליות הנלוות.[29] הקשר של הגירת־עבודה לדיון ב"אזורי הגבול" של האזרחות נעשה ברור כאשר מחלחלת ההכרה שהתופעה שנתפסה בתחילה כתופעה זמנית נהפכת, כמו על־פי חוק־ברזל,[30] למציאות של קבע.[31] ביטוי יפה לכך

מהגרי־עבודה "חזקים" בעלי כישורים מקצועיים גבוהים וייחודיים. גרמניה, למשל, הקלה בשנת **2000** את חוקי ההגירה שלה בכיוון זה, בעיקר כדי למשוך אליה עובדי היי־טק – ראו: Ralph Fucks, *Reform of the Citizenship Law – The Debate over Dual Citizenship in Germany*, *in* CHALLENGING ETHNIC CITIZENSHIP – GERMAN AND ISRAELI PERSPECTIVES ON IMMIGRATION 78 (Daniel Levy & Yfaat Weiss eds., 2002). גם שר הפנים לשעבר, אברהם פורז, הצהיר על רצונו להקל את השתקעותם של מהגרים הבאים ממדינות מבוססות, אשר "מקדמים את החברה בישראל", להבדיל ממהגרים המגיעים ממדינות העולם השלישי, שאת השתקעותם, לדבריו, יש למנוע. ראו דיאנה בחור ואפרת וייס "המפד"ל זועמת על תוכנית האזרחות של פורז" **ynet 20.5.2003**. www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-2627995,00.html מובן שכל ניתוח נבון של סוגיה זו יהיה חייב להביא בחשבון גם את ההיבטים האתניים, המגדריים ואף הגזעניים העומדים בבסיסה, שכן השאלה "מי נכנס", ובעיקר "מי לא נכנס", נהפכת מהר מאוד לשאלה על "צבע". ברם, דיון סוציולוגי זה, שהינו מרתק כשלעצמו, חורג כמובן מגדריו של מאמר זה. לדיון בנושא ראו, למשל: Etienne Balibar, *Is There a "Neo-Racism?"*, *in* RACE, NATION, CLASS: AMBIGUOUS IDENTITIES 17–28 (Etienne Balibar & Immanuel Wallerstein eds., 1991); RACISM AND MIGRATION IN WESTERN EUROPE (John Wrench & John Solomos eds., 1993).

27 Rogers W. Brubaker, *Introduction*, *in* IMMIGRATION AND THE POLITICS OF CITIZENSHIP IN EUROPE AND NORTH AMERICA 27 (William Rogers Brubaker ed., 1989).

28 Soysal, **לעיל ה"ש 20**.

29 Elsa Chaney, *Migrant Workers and National Boundaries: The Basis for Rights and Protection*, *in* BOUNDARIES: NATIONAL AUTONOMY AND ITS LIMITS 37 (Peter G. Brown & Henry Shue eds., 1981).

30 יעקב קונדור **עובדים זרים בישראל – הבעיה ופתרונה הכלכלי מדיני 60 (1997)**.

31 קונדור כותב כי קוצר־ראייה גורם לאימוץ תפיסה הרואה במהגרי־העבודה "בולמי־זעזועים" שמוכנסים לשוק העבודה בעת גאות ומסולקים ממנו בעת שפל. תפיסה זו נכשלה, בין היתר, בשל הוותק שרכשו המהגרים בעבודה, שהקשה על המעסיקים לוותר

הוא המכתם המפורסם המתייחס להגירת-העבודה באירופה, אשר מיוחס למחזאי השווייצי מקס פריש – "הבאנו עובדים וקיבלנו בני-אדם".[32] כאשר ה"מהגר" או ה"עובד" נהפכים ל"אדם", צפה ועולה שאלת היחס בין החברות בקהילה הפוליטית לבין החברות בקהילה החברתית והכלכלית,[33] או במילים אחרות, מתחדדת שאלת המעמד המשפטי של מהגר-העבודה ומעמדו ביחס לאזרחי המדינה.

2. הגירת-העבודה בישראל

הגירת-העבודה המסיבית לישראל החלה לאחר כיבוש הגדה המערבית ורצועת-עזה בשנת 1967, עם הגעתם של פועלים פלסטינים לעבודה בישראל. עם זאת, הגירה זו לא הצריכה בחינה מחודשת של משטר ההגירה הישראלי, שכן עובדים אלה היו עובדי-גבול – יוממים (commuters) – שחזרו מדי ערב למקום מגוריהם, מבלי להשתקע בישראל.[34] בתחילת שנות התשעים נוצר מצב חדש: בעקבות ההתדרדרות במצב הבטחוני ואימוץ מדיניות הסגָרים, שהובילה להפסקת הגעתם הסדירה של הפועלים הפלסטינים, וכן לנוכח הביקוש הגדל לעובדי בניין בשל העלייה ההמונית ממדינות חבר-העמים, החליטה ממשלת ישראל לגייס לשוק העבודה המקומי עשרות אלפי מהגרי-עבודה ממדינות העולם השלישי.[35] בצד מהגרי-העבודה המתועדים – שקיבלו אשרת עבודה[36] – נכנסו לישראל גם עשרות אלפי מהגרי-עבודה בלתי-מתועדים, נטולי אשרה, שעקפו את מערך הפיקוח של משטר ההגירה.[37] ההערכות בדבר מספרם המדויק, המתאפיינות ב"ניפוח" מניפולטיבי ואינטרסנטי, הן ביטוי למה שקמפ ורייכמן

עליהם, בשל התפתחותה של "רשת מהגרים", ובשל סירובם של העובדים המקומיים לעבוד בעבודות הפיזיות הקשות. קונדור מציין, עם זאת, כי בצרפת, למשל, הייתה ההתייחסות אל המהגרים מלכתחילה כאל אזרחים פוטנציאליים, ככל שיסכימו "להתבולל". ראו שם, בעמ' 14-15.

[32] מוזכר אצל קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 2.

[33] Rogers W. Brubaker, *Membership Without Citizenship: The Economic and Social Rights of Noncitizens*, *in* IMMIGRATION AND THE POLITICS OF CITIZENSHIP IN EUROPE AND NORTH AMERICA 145, 160–161 (Rogers W. Brubaker ed., 1989). לביקורת על הפרדה זו משיקולים של לגיטימיות דמוקרטית, ראו: RUTH RUBIO-MARIN, IMMIGRATION AS A DEMOCRATIC CHALLENGE (2000).

[34] לתיאור ההתפתחות ההיסטורית של עבודת הפלסטינים בישראל למן שנת 1967 ראו: MOSHE SEMYONOV & NOAH LEWIN-EPSTEIN, HEWERS OF WOOD AND DRAWERS OF WATER – NON-CITIZEN ARABS IN THE ISRAELI LABOR MARKET (1987). כן ראו את הדיון בספרן של קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 6.

[35] קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 26; Bartram, לעיל ה"ש 6.

[36] על מנגנון הגיוס של עובדים "מתועדים" בישראל ראו יוסי דהאן "כבלי החוק של העובדים הזרים" **משפט נוסף** 1, 38 (2001).

[37] Bartram, לעיל ה"ש 6; זאב רוזנהק ואריק כהן "דפוסי הכללה של 'עובדים זרים' ומשטר ההגירה בישראל: ניתוח השוואתי" **סוציולוגיה ישראלית** ג 53 (2000); רוני בר-צורי **עובדים זרים ללא היתר בישראל, 1999** (2001).

מכנות "הפוליטיקה של המספרים".[38] מכל־מקום, ממשלות ישראל השונות לכודות מאז בצבת סבוך של אינטרסים ולחצים של קבוצות בעלות השפעה פוליטית חוצת־מפלגות, הדוחפות להמשכת "ייבואם" של מהגרי־עבודה לישראל.[39] אין לבטל, כמובן, גם את השפעתה של המדיניות הכלכלית הניאו־ליברלית, הרואה בהוזלת עלות העבודה יעד מרכזי, ולפיכך רואה בעין חיובית את הגירת־העבודה, המאפשרת את פיצולו של שוק העבודה לשוק ראשוני ולשוק שניוני,[40] את "משמועם" של העובדים הישראלים ואת שחיקת שכרם, תוך צמצום כוחה של העבודה המאורגנת.[41]

---

[38] קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 9. לבעייתיות שבסטטיסטיקות של הגירה בכלל, ראו קונדור, לעיל ה"ש 30, בעמ' 4.

[39] שר העבודה והרווחה לשעבר, שלמה בניזרי, אמר בפברואר 2002, בתוכנית "חשיפה" של ערוץ 1, כי:

> לצערי הרב, זה מתחיל מלמעלה. יש אנשים בעלי אינטרסים בגופים הממשלתיים הבכירים ביותר, בכנסת, מחוצה לה, אנשי עסקים... יש אנשים רבים כל־כך שקשורים לכל המערכת הזו... מהבכירים ביותר – אני אומר לך שזה כסף גדול מאוד. להביא עובד זר היום זה העסק הכי משתלם... .
>
> (מצוטט בדף המידע של "קו לעובד" לחודש יולי 2002).

קמפ ורייכמן העריכו ש"תעשיית הייבוא" של מהגרי־עבודה מגלגלת כ־880 מיליון ש"ח בשנה – קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 14. לפי קונדור, נזקיה של הגירת־העבודה פוגעים ישירות רק באוכלוסייה החלשה וחסרת הקול, או מפוזרים על־פני כלל הציבור ומורגשים רק לאחר זמן רב, בעוד התועלת הנובעת מההגירה היא מיידית ומרוכזת בידי בעלי השפעה מועטים, בעיקר מעסיקים. בשל כך המאפיין הטיפוסי של פוליטיקת הגירה הוא היותה פוליטיקה "קליינטליסטית" המופעלת על־ידי קבוצות־לחץ קטנות וסמויות – ראו קונדור, לעיל ה"ש 30, בעמ' 21-22. דוגמות בולטות לכך בישראל הם החקלאים והקבלנים, המאוגדים באמצעות קבוצות־לחץ חזקות המקורבות למפלגות השלטון (Bartram מציין את הקשר ההיסטורי שבין החקלאים לבין מפלגת העבודה ובין הקבלנים לבין הליכוד – לעיל ה"ש 6, בעמ' 321).

[40] תיאוריית שוק העבודה המפוצל מחלקת את ענפי הכלכלה למגזר ראשוני ולמגזר שניוני. המגזר הראשוני מורכב בעיקר מאזרחים שנמנעים מלעבוד בעבודות בעלות מיצב נמוך, ואשר נעזרים לשם כך ברשת הביטחון הסוציאלי. המגזר השניוני מורכב בדרך־כלל בעיקר ממהגרים, מתאפיין בביטחון תעסוקתי רעוע ובשכר נמוך, ומתייחס בעיקר ל"עבודות שלושת המ"מים" – מלוכלכות, מסוכנות ומפרכות (או "עבודות שלושת ה־D" – dirty, dangerous and difficult). חלוקה זו מקבלת בדרך־כלל תווי־זיהוי אתניים מחזקים, ולכן גם תמריץ כספי לא יניע בדרך־כלל את האוכלוסייה המקומית לעבוד בעבודות "נחותות" אלה. לדיון כללי ראו: Douglas S. Massey, Joaquin Arango, Graeme Hugo, Ali Kouaouci, Adela Pellegrino & J. Edward Taylor, *Theories of International Migration: A Review and Appraisal*, 19 POPULATION AND DEVELOPMENT REV. 431 (1993).

[41] ראש אגף התקציבים לשעבר, אורי יוגב, היה כן דיו להצהיר בריאיון עיתונאי כי ההישג הגדול של תקופת כהונתו היה שבירת העבודה המאורגנת בישראל. ראו מירב ארלוזורוב "צריך לפרק את המינהל ולמכור את קרקעות המדינה'" **הארץ** 5.5.2004. ראו גם עמירם

להבדיל מתוכניות "העובדים האורחים" (guest workers) באירופה שלאחר מלחמת-העולם השנייה, שבהן ניתן למדינה תפקיד מרכזי בהכוונתם של מהגרי-העבודה ובשילובם בשוק העבודה המקומי, אימצה ישראל מדיניות מתנערת של הפרטת הטיפול במהגרים והעברתו לידי השוק – מתווכים, חברות כוח-אדם ומעסיקים[42] שהוגדרו כאחראים הבלעדיים לסיפוק הצרכים הבסיסיים של העובדים (דיור, ביטוח בריאות ועוד).[43] מדיניות זו נבעה למעשה מן החשש מפני ההשלכות שיהיו לקביעתה של מדיניות רשמית ביחס לזכויותיהם של מהגרי-העבודה: ראשית, תהיה בכך הכרה, מפורשת או משתמעת, במעמדם כקבוצה חברתית נפרדת ובחובות המדינה כלפיהם; שנית, תינתן לגיטימציה לצמיחתה העתידית של "פוליטיקה של זכויות" ולדרישה לחברות בקולקטיב הישראלי; ושלישית, הדבר יהפוך את ישראל ליעד הגירה נחשק למהגרים לא-יהודים.[44] ביטוי ברור לכך ניתן לראות, למשל, בסירובה של ישראל (בניגוד לצרפת, לגרמניה, לשווייץ ולמדינות אחרות) לחתום עם המדינות ה"מייצאות" את הגירת-העבודה על אמנות דו-צדדיות שיסדירו באופן פורמלי את הנהלים לגיוסם ולהעסקתם של מהגרי-העבודה.[45] גיא מונדלק הצביע על כך שבכל הנוגע לזכויות הביטחון הסוציאלי – אשר נתפסו באופן היסטורי כזכויות שהאחריות המדינתית להן אינה ניתנת להפרטה – ישראל נוקטת צעדים אקטיביים כדי "לשלול סממנים של

גיל ויוסי דהאן "בין ניאו-ליברליזם לאתנו-לאומיות: תיאוריה, מדיניות ומשפט ביחס לגירוש מהגרי-עבודה בישראל", בחוברת זו.

42 קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 14-15. על תהליכי המיסוד של תופעת חברות כוח-האדם ראו לאה פילובסקי "'נוכחים נפקדים': חקר תפקודם של ארגוני כוח אדם לטיפול בעובדים זרים בישראל והקשר בינם ובין הרשויות" **הפועלים החדשים – עובדים ממדינות זרות בישראל 41** (רובי נתנזון ולאה אחדות עורכים, 1999).

43 תקנות עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (מגורים הולמים), התשס"ס-2000, ק"ת 775; צו עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (סל שירותי בריאות לעובד), התשס"א-2001, ק"ת 729; רוזנהק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 104.

44 רוזנהק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 106; אורי ינאי ואלן בורובסקי "עובדים זרים בישראל: זכויות ונגישות למערכות רווחה" **ביטחון סוציאלי** 53, 59, 65, 75 (1998).

45 רוזנהק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 103-104. יצוין כי ביולי 2005 החליטה הממשלה לאמץ את יוזמתו של משרד התמ"ת, ולקבוע הסדר שלפיו גיוס עובדים זרים לעבודה בישראל ייעשה תחת פיקוחו של ארגון ההגירה הבין-לאומי (IOM), במטרה להחליף את ההסדר הקיים, שבמסגרתו מהגרי-העבודה מובאים באמצעות חברות תיווך פרטיות, הגובות מהם אלפי דולרים לשם הגעתם לישראל. ברם, החלטה חשובה זו לא יושמה, ובימים אלה תלויה ועומדת בבג"ץ עתירה בעניין, המופנית גם נגד עמדתה העקרונית של הממשלה, אשר מתנגדת לחתימה על אמנות בין-לאומיות בענייני עבודה בכלל ובענייני מהגרי-עבודה בפרט – בג"ץ 2405/06 **קו לעובד נ' מנהל יחידת הסמך לעובדים זרים – משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה** http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/06024050-c01-et.doc (אני מודה לנעמי לבנקרון ולסיגל רוזן על ההפניה).

אחריות חברתית" כלפי מהגר־העבודה.[46] כך, מהגר־העבודה אינו יכול, פשוטו כמשמעו,[47] להיכנס לגדריה של הגדרת ה"תושב" — שער הכניסה הראשי למערכת הביטחון הסוציאלי. אם מצרפים לכך את יחסם הנוקשה והנצלני של רבים מן המעסיקים הישראלים, מתגלה מציאות החיים הקשה שמהגרי־העבודה נאלצים לתפקד בה.[48]

למן 1996 הצהירו ממשלות ישראל על כוונה לצמצם באופן חד את מספרם הגבוה של מהגרי־העבודה, בעיקר באמצעות גירוש עובדים בלתי־מתועדים.[49] במשך שנים אחדות לא צלחה משימה זו, וניתן אף לקבוע כי במקביל לבלימת הגידול (להבדיל מצמצום) במספרם של העובדים המתועדים, המשיך מספרם של העובדים הבלתי־מתועדים לצמוח,[50] בראש ובראשונה בשל מדיניות ה"כבילה" של מהגרי־עבודה.[51] על־פי ההסדר הישראלי, שדומה להסדרים שנקבעו במדינות המפרץ הפרסי, ואשר ביקש להבטיח פיקוח מרבי על מהגרי־העבודה,[52] כל עובד בעל אשרה "מוצמד" אך ורק למעביד ש"ייבא" אותו. לכן כל עובד העוזב את מעסיקו בטרם פג תוקפה של אשרת העבודה — אם בשל הפרת זכויותיו, אם בשל פיטורים ואם בשל פשיטת־רגל או אף פטירה של המעסיק[53] — מאבד אוטומטית את אשרת העבודה שלו ונהפך ל"לא־חוקי",

---

46 מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 476-477.

47 ראו סעיף 24(2) לחוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג-2002, ס"ח 150, אשר הגדיר במפורש מי יכול להיות "תושב". ראו גם את העמדה שהביע היועץ המשפטי לממשלה בתביעתה של בֶּת תורס, עובדת פיליפינית המתגוררת בישראל יותר משבע שנים, להכיר בה למעשה כתושבת לעניין ביטוח הבריאות הממלכתי. היועץ התייצב בבית־המשפט והודיע כי עובד זר אינו יכול לקבל תושבות — ריאיון במשרד המשפטים (18.8.2003).

48 ראו גם אצל גיל ודהאן, לעיל ה"ש 41.

49 מספרם של מהגרי־העבודה, יחד עם העובדים הפלסטינים מהשטחים, עמד בשנת 2001 על כ־12% מכוח העבודה — אחוז גבוה בהשוואה למדינות "צפוניות" אחרות. מבין מדינות ה־OECD, רק בלוקסמבורג ובשווייץ היה אחוז מהגרי־עבודה גבוה יותר. ראו קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 4-6. נתונים אלה משתנים עתה לנוכח מדיניותה התקיפה של מִנהלת ההגירה.

50 ראו, לדוגמה, מבקר המדינה **דו"ח שנתי 49 לשנת 1998 ולחשבונות שנת הכספים 1997** 272-284 (1999). להצעה לשיפור האכיפה ביחס למספר העובדים הזרים, בין היתר באמצעות "הפרטת" האכיפה והעברתה לידיהם של עובדים ומעסיקים, ראו עמרי ידלין "עבודה זרה בישראל" **ספר מנחם גולדברג — לקט מאמרים בדיני עבודה וביטחון סוציאלי** 337 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן ישראל, יצחק אליאסוף ונחום פינברג עורכים, 2001).

51 דהאן, לעיל ה"ש 36.

52 רוזנהק וכהן, לעיל ה"ש 37. לתיאור ההסדרים במדינות אסיה והמפרץ הפרסי ראו CASTLES & MILLER, לעיל ה"ש 4, בעמ' 147-149; קונדור, לעיל ה"ש 30, בעמ' 8.

53 **מינהלת ההגירה או יחידת גירוש?** (קו לעובד והמוקד לסיוע לעובדים זרים, מאי 2003) www.hotline.org.il/hebrew/pdf/Hotline_and_Kav_Laoved_paper_on_Immigration_Police_May_2003_Heb.pdf (להלן: הדוח המשותף).

ועל-כן גם לבר-גירוש.[54] על-פי הערכות, יותר ממחצית מהגרי-העבודה ה"לא-חוקיים" ששהו בישראל בשנת 1999 היו "חוקיים" בעבר, קרי, הגיעו לישראל עם אשרת עבודה. "הסדר הכבילה" היה אפוא גורם משמעותי בגידול בכוח העבודה ה"לא-חוקי" בישראל.[55] יוער כי ממש לאחרונה הצהיר בג"ץ על אי-חוקיותו של "הסדר הכבילה", והורה למדינה לגבש הסדר חדש בתוך שישה חודשים.[56]

בחודש יולי 2002, בעקבות דוח של ועדה בין-משרדית בראשות הממונה על השכר במשרד האוצר, הקימה הממשלה את מִנהלת ההגירה.[57] על-אף השם הניטרלי שניתן לה – באופן אירוני הייתה זו הפעם הראשונה שבה נעשה בישראל שימוש רשמי במונח "הגירה" ביחס לגוף מדינתי – תפקידה המרכזי של המִנהלת החדשה, שלשמו הוקצו משאבים ניכרים, היה גירושם של מהגרי-עבודה בלתי-מתועדים.[58] אכן, בעקבות פעילותה הנמרצת של משטרת ישראל, עזבו עד עתה את ישראל יותר ממאה וחמישים אלף מהגרי-עבודה.[59] אולם במקביל לקו הפעולה הנוקשה הזה ניתן להצביע גם על

---

[54] ענף הסיעוד הוא היחיד שבו הייתה אפשרות לניידות של עובדים ממעסיק למעסיק, אך גם היא הוגבלה על-ידי התנאי של הצגת "מכתב שחרור" מהמעסיק הקודם. בעקבות עתירה לבג"ץ שהגישה עמותת קו לעובד, הוציא משרד הפנים נוהל הפוטר את העובדים ממכתב כזה, אך בפועל הוא לא נאכף. לעיתים המעסיק או חברת כוח-האדם דיווחו למשרד הפנים כי העובדים "ברחו" מהם, והמשרד קיבל את הטענה ללא כל בירור עם העובדים עצמם, והסגיר לידי מִנהלת ההגירה את העובדים שבאו כדי להסדיר העברה חוקית למעסיק חדש. ראו הדוח המשותף, שם.

[55] קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 14.

[56] בג"ץ 4542/02 **עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל**, תק-על 06(1) 4336 (2006). דיון בפסק-הדין ובהשלכותיו ראו להלן בטקסט שליד ה"ש 94 ואילך (להלן: פרשת **קו לעובד**).

[57] לתיאור נסיבות הקמתה של מִנהלת ההגירה ראו מבקר המדינה **דו"ח שנתי 55ב לשנת 2004 ולחשבונות שנת הכספים 2003** 376-377 (2005).

[58] משרד האוצר הקצה למִנהלת החדשה סכום עתק של כ-200 מיליון ש"ח. ראו הדוח המשותף, לעיל ה"ש 53. בשנת 2004 היה תקציבה של מִנהלת ההגירה 146 מיליון ש"ח, שמתוכו רק 400,000 ש"ח (כשליש אחוז) הוקצו למאבק בפשיעה נגד זרים. ראו מכתב מרפ"ק לינדה (ג'רבי) מלכה, יועצת משפטית וקצינת תלונות ציבור במִנהלת ההגירה, לשבי קורזן מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" (21.4.2005) (אני מודה לנעמי לבנקרון על ההפניה, עותק נמצא בידי המחבר). לסקירה ולניתוח מפורטים של מדיניות הגירוש ראו גיל ודהאן, לעיל ה"ש 41.

[59] ב-7.5.2006 דיווחה מִנהלת ההגירה כי עד כה גורשו 152,880 מהגרי-עבודה – www.hagira.gov.il/ImmigrationCMS. לפי משרד האוצר, בשנת 2003, לראשונה זה ארבע-עשרה שנה, היה מספרם של מהגרי-העבודה העוזבים את ישראל גדול ממספרם של אלה הנכנסים אליה. ראו מוטי בסוק "ב-2003, לראשונה מזה 14 שנה, מספר העובדים הזרים יקטן" **הארץ** – **מוסף כלכלה** 29.9.2003. מעניין, אם כי לא מפתיע, שממדי אכיפת החוק על המעסיקים צנועים בהרבה: על-פי הנתונים של מִנהלת ההגירה נבדקו אומנם 116,366 מעסיקים ונפתחו 28,774 תיקי חקירה (נכון ל-22.9.2004), ובשנת 2002 אף הוטלו על מעסיקים קנסות בסך 26 מיליון ש"ח, אך רק 12 מיליון ש"ח מתוכם נגבו,

ניצנים של מגמה שונה בקרב הרשויות: שר הפנים לשעבר, אברהם פורז, הצהיר מייד עם כניסתו לתפקידו, בתחילת 2003, על כיווני מחשבה ופעולה ליברליים, דוגמת כוונה להעניק אזרחות לילדיהם של מהגרי־עבודה עם הגיעם לגיל שמונה־עשרה;[60] עידודה של הגירת־עבודה "חזקה" ו"מועילה";[61] הארכתן של אשרות העבודה לתקופות של עד חמש שנים; וכן "הלבנה" של חלק מהמהגרים הבלתי־מתועדים, בין היתר באמצעות אימוץ מדיניות של "שמים סגורים".[62]

ג. בתי־המשפט ועיצובה של מדיניות הגירת־עבודה

באופן טיפוסי, עיצובה של מדיניות הגירה נתון בידיהן של ממשלות. השליטה בזרם הנכנסים למדינה נתפסת כאחת הפררוגטיבות המרכזיות של הריבונות המדינתית. כפי שכתב בית־המשפט העליון באחת הפרשות:

ומתחילת שנת 2003 הוטלו קנסות בסך 8 מיליון ש"ח בלבד, שמתוכם נגבו רק 2 מיליון ש"ח. ראו שרה ליבוביץ דר "אז מי יעשה ספונג'ה" **הארץ** – **מוסף שבועי** 19.9.2003.

60 נורית פלתר "פורז מציע: אזרחות לילדי עובדים זרים" **ynet** 4.5.2003 www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-2606554,00.html.

61 בהקשר זה בולטת הענקת האזרחות המהירה יחסית לספורטאים זרים בולטים. דוגמה בולטת ומתוקשרת שאירעה לאחרונה היא הענקת האזרחות לכדורסלן ג'יימי ארנולד.

62 ב־3.10.2002 החליטה הממשלה על אימוץ מדיניות של "שמים סגורים", שלפיה לא יינתנו היתרי עבודה לעובדים חדשים. במקביל הוחלט לנסות לנייד עובדים מתועדים שמצויים בתחום התקופה החוקית של אשרת העבודה שלהם, ואשר אין להם "מעבידים כדין" (בהתאם ל"הסדר הכבילה"), למעביד אחר בעל היתר להעסקת זרים. ברקע ההחלטה עמדה, בין היתר, כתבה סנסציונית שפורסמה ב**הארץ** על־ידי רותי סיני – "למה משקיעה המדינה מאתיים מיליון שקלים בגירוש 50 אלף עובדים זרים? כדי לפנות מקום למאה אלף עובדים חדשים שיכניסו למאכערים מיליארד שקלים" **הארץ** – **חלק מאמרים** 2.10.2002. הנוהל שעליו הוחלט לא הופעל תחילה על עובדים "חוקיים" אשר נטשו את מעסיקיהם ובחרו לעבוד אצל מעסיק אחר ובכך נהפכו לבלתי־מתועדים. ברם, ב־25.8.2003 תוקן הנוהל, ונקבע כי מעסיק בעל היתר בתוקף להעסקת עובדים זרים, שהמכסה שהוקצתה לו אינה מלאה, יוכל להעסיק מהגרי־עבודה שמיועדים לגירוש ואשר עומדים בכמה תנאים (בעלי אשרה ורישיון, בעלי דרכון תקף, ומדובר בהמשך עבודה בתחום שלשמו הובאו, אף אם עזבו את מעסיקיהם המורשים). נקבע כי גם במקרים כאלה לא יוארך רשיון השהייה אל מעבר לשלושים ושישה חודשים מיום כניסת העובד הזר לישראל. לאחר קבלת הסכמתם של המעסיק והעובדים והסדרת כל הטפסים הנדרשים, ישוחרר העובד הזר, וצו הגירוש נגדו יבוטל. ראו גם רותי סיני "העובדים הזרים הבטיחו לקבלנים: נחליף מקצוע, העיקר שלא נגורש מישראל" **הארץ** – **חדשות** 18.9.2003. עם זאת, הממשלה עודה ממשיכה להתיר "ייבוא" של מהגרי־עבודה נוספים, בעיקר בתחומי הסיעוד והחקלאות. היה אפשר לפטור זאת בחיוך, בבחינת "יד שמאל אינה יודעת מה יד ימין עושה", אך דומה שאת הקולר למדיניות הפכפכה זו יש לתלות, בראש ובראשונה, בקיומם של אינטרסים כלכליים כבדי־משקל. התפתחויות עדכניות נוספות במדיניות הממשלתית כלפי מהגרי־עבודה ראו להלן בטקסט שליד ה"ש 275 ואילך.

> מדינה, כל מדינה, מוסמכת ורשאית לקבוע אלו זרים יבואו בשעריה, [ו]אלו מהם ישהו בתחומה, ומוסמכת ורשאית היא להרחיק מתחומיה זרים שאינם רצויים לה...[63]

בדומה לתחומים אחרים, גם בתחום זה המשפט הבין-לאומי מכרסם בריבונות המדינתית, באמצעות קיומן של אמנות בין-לאומיות שונות העוסקות בזכויותיהם של מהגרים.[64] אך בזירה זו קיים שחקן נוסף: בתי-המשפט.

ככלל, כוחם של בתי-המשפט בעיצובה של מדיניות ציבורית הינו מוגבל. שופטים, שאינם נבחרי ציבור, אינם נהנים מאותה לגיטימציה דמוקרטית שיש למחוקק לקבוע הסדרים חברתיים בעלי משמעות ערכית. לבתי-המשפט חסרה גם ראייה רחבה של מכלול השיקולים החברתיים, הכלכליים והפוליטיים המצויים בתחום מומחיותה של הרשות השלטונית. מאידך גיסא, מהגרי-העבודה הם פרטים, ותביעותיהם נוגעות לרוב במימוש זכויות יחידניות. הכרעה בסכסוכים – בין הפרט לבין השלטון או בין פרטים לבין עצמם – היא באופן מסורתי לחם-חוקו של בית-המשפט. כאן גם נהנית פעולתו מלגיטימציה מרבית. ההגנה על מהגרי-העבודה, שכוחם הפוליטי זעום, מתיישבת היטב גם עם אחד מתפקידיו החשובים של בית-המשפט – הגנה על מיעוטים שקולם לא נשמע.[65] על כך יש להוסיף גם את העובדה שבית-המשפט, בדמוקרטיה חוקתית, מהווה גורם בקרה מרכזי על פעולתן של רשויות השלטון.

ג׳ירודון (Guiraudon) הראתה כי הרחבת היקף הזכויות וההטבות המוענקות למהגרי-עבודה במדינות אירופה נעשתה בעבר הרחק מאור הזרקורים של הזירה הפוליטית הציבורית, כאשר מקבלי ההחלטות (מעצבי המדיניות) היו מצויים בבידוד יחסי מן הציבור. לצד פורומים ממשלתיים פנימיים, גם בתי-המשפט, ובפרט ערכאות נמוכות, היוו אתרים בולטים להרחבת נגישותם של שירותי הרווחה לזרים. אלא שככל שהשאלות הנוגעות במהגרים הבליטו היבטים סמליים יותר של הזהות הלאומית והתרבות הלאומית, הן יצאו מצנעתה היחסית של הביורוקרטיה המדינתית אל עבר הזירה הפוליטית הפומבית. זירה זו היא באופן טיפוסי ״זירת וטו״ (veto point) בכל הנוגע להענקת זכויות למהגרים, שכן האהדה הבסיסית שניתן למצוא בה כלפי מהגרים היא מצומצמת. זאת, הן בשל חישובים אלקטורליים של פוליטיקאים; הן בשל סיקור תקשורתי רגשני ושלילי, המזין סטריאוטיפים ודעות קדומות ביחס לזרים; והן בשל

---

63 בג״ץ 4370/01 **לפקה נ׳ משרד הפנים**, תק-על 03(2) 1713 (2003).

64 האמנה בדבר ההגנה על זכויותיהם של כל מהגרי-העבודה ובני משפחותיהם (להלן: אמנת מהגרי-העבודה) שנחתמה בשנת 1990 ואשר נכנסה לתוקפה ב-1 ביולי 2003, הינה המסמך הרשמי המעודכן ביותר בתחום זכויותיהם של מהגרי-העבודה – www.ohchr.org /english/law/cmw.htm.

65 איל בנבנשתי ״ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי-המשפט״ **עלי משפט** ג 463, 465-467 **(2004)**.

היות זירה זו נגישה לקבוצות־שוליים (הימין הקיצוני, למשל), שעמדותיהן מקצינות את הדיון הציבורי.[66]

הרשויות הממשלתיות נהנות אומנם ממרחב תמרון רב יחסית – בלא צורך בדיון ציבורי רחב – בעיצוב המדיניות כלפי מהגרי־העבודה,[67] אולם הפעולה הממשלתית כפופה כידוע למשפט המִנהלי והחוקתי. מכאן שככל שהרגולציה של ההגירה גדֵלה, אף אם בצנעה, כן מתרחב הצורך לכניסת הביקורת השיפוטית, ועימה הגדרתם ועיצובם של סטנדרטים בתחום זכויות המהגרים.

היוקרה המוסדית ואי־התלות שבתי־המשפט נהנים מהן, והישענותם על ״מסורת שיפוטית״ ולא על ״רוחות שעה״ אלקטורליות או אחרות, מאפשרות להם, לפחות בכוח, לשמור על ריחוק ובידוד מן האינטרסים הפוליטיים והלאומיים המיידיים. ריחוק זה מאפשר הגנה רבה יותר על מיעוטים וקבוצות חלשות שאינם מצליחים להגן על זכויותיהם ולממשן בזירה הפוליטית. למעשה, הפנייה לבית־המשפט היא ברוב המקרים מפלטם היחיד של מהגרי־העבודה: קולם אינו נשמע כמעט בדיון הציבורי, הן בשל השפעתם הפוליטית האפסית (מהגרי־עבודה אינם קהל בוחרים שצריך לרַצותו) והן בשל העדר כוחם הארגוני במסגרת שוק העבודה, לנוכח אופי העסקתם היחידני, ובעיקר אל מול התחרות מצד העובדים המאוגדים. נוסף על כך, אפשרויות הגישה שלהם אל הרשויות הממשלתיות הן מועטות, ושליטתם בשפה הדומיננטית היא מוגבלת לרוב. מצב־דברים זה מעניק לבית־המשפט הזדמנות לממש את ייעודו ה״אנטי־רובני״, ולהגן על מהגרי־העבודה מפני כשליו של ההליך הפוליטי.[68] ניתן אם כן לצפות שאופן פעולתו של בית־המשפט בתחום זה יהיה שונה מזה של זירות פעולה אחרות – ממשלתיות ופרלמנטריות.

ג׳ייקובסון (Jacobson) מציג טיעון מרחיק־לכת יותר, בכיוון ״פוסט־לאומי״, ביחס לתפקידם של בתי־המשפט. לדבריו, בתי־המשפט – הלאומיים והעל־לאומיים – עומדים בחזית השינויים הפוליטיים העכשוויים, ואלה באים לידי ביטוי, בראש ובראשונה, בהופעת השיח הטרנס־לאומי המשפטי החדש של זכויות אדם. מצב־דברים זה מרחיב את טווח הפעולה של יחידים ושל ארגונים חוץ־ממשלתיים, ומאפשר להם לתבוע את הרשויות, באמצעות בתי־המשפט, בהסתמך על משפט זכויות האדם הבין־לאומי. בתי־המשפט, בתורם, מרחיבים את גדרי פעולתם (״אקטיביזם שיפוטי״)

---

66 Virginie Guiraudon, *Citizenship Rights for Non-Citizens: France, Germany and the Netherlands*, *in* CHALLENGE TO THE NATION-STATE 272 (Christian Joppke ed., 1998).

67 חוזרי מנכ״ל והנחיות פנימיות, פרשנות מרחיבה של חוקים ניטרליים מבחינת לאום, ואפילו חוקים בעייתיים, דוגמת ״חוק ההסדרים״, אשר ריבוי השינויים והרפורמות החקיקתיות הכלולים בהם מאפשר להסיח את הדעת מן ההטבות המוענקות במסגרתם גם לזרים.

68 בנבנשתי, לעיל ה״ש 65, בעמ׳ 465-466.

ומעבירים תחת שבט הביקורת גם פעולות שנתפסו בעבר כפרוגטיביות שלטוניות בלתי-מעורערות. תשומת-הלב הגוברת שהם מייחסים למשפט הבין-לאומי ולשיח זכויות האדם מאלצת את הרשויות המדינתיות להביא שיקול זה בחשבון שיקוליהם. יופקה (Joppke), להבדיל מג'ייקובסון, טוען כי ההגנה על זכויות האדם – וכפועל יוצא מכך גם על זכויותיהם של מהגרי-העבודה – אינה בגדר אילוץ חיצוני שנכפה על-ידי שיח זכויות האדם הגלובלי, אלא מהווה מרכיב אינהרנטי במשפטה הפנימי של מדינת הלאום המערבית, הנגזר מן האופי הליברלי-החוקתי שלה. יופקה מזכיר כי שורשיה של ההגנה האוניוורסלית על זכויות האדם נעוצים במהפכה הצרפתית, הרבה לפני חקיקתן של האמנות הבין-לאומיות. לשיטתו, לבתי-המשפט שמור תפקיד מרכזי בהבטחת ההגנה על זכויות המהגרים, וזו נשענת, בראש ובראשונה, על שימוש בכובעם כפרשניה המוסמכים והבלעדיים של החוקה. זוהי – ולא המשפט הבין-לאומי – הערובה העיקרית להבטחת זכויותיהם.[69]

אני עצמי נוטה להסכים עם יופקה, אבל כך או אחרת, מוסכם על החוקרים השונים כי "ההון השיפוטי"[70] שבתי-המשפט נהנים ממנו – כמוסד בעל עצמאות ויוקרה בחברות הדמוקרטיות, אשר נתפס ותופס את עצמו כמגן המיעוטים – מקנה להם תפקיד חשוב וייחודי בהגנה על זכויותיהם של מהגרי-העבודה.

ד. פסיקתם של בתי-המשפט בישראל

1. מבוא

בראשית הדברים ראוי לציין כי על-פי התרשמותי, מספר הפניות לבתי-המשפט בישראל בעניינים הנוגעים במהגרי-עבודה אינו רב. זאת, במיוחד לנוכח מאפייניה של אוכלוסייה זו, אשר מונה מאות אלפי בני-אדם בישראל, ואשר מהווה אוכלוסייה מוחלשת שזכויותיה אינן נשמרות. נראה כי סיבה מרכזית לכך היא ההסבר הקלסי מתחום הסוציולוגיה של המשפט בדבר קיומו של פער בין עצם קיומה של זכות לבין אופן מימושה.[71] למשל, באשר לנגישותן של הערכאות השיפוטיות למהגרי-עבודה, רלוונטית במיוחד ההבחנה הידועה בין שלב ה-Naming (היכולת "לכנות בשם" את חוויית הפגיעה ולזהותה כראויה לתיקון, ולא לראותה כחלק ממהלך החיים הרגיל), שלב ה-Blaming (נכונותו של הנפגע לעמוד מול הפוגע כדי להאשימו, למרות הסיכונים והקשיים הכרוכים בכך) ושלב ה-Claiming (הפנייה למערכת המשפטית,

---

[69] DAVID JACOBSON, RIGHTS ACROSS BORDERS 13 (1996); Christian Joppke, *Immigration Challenges to the Nation-State, in* CHALLENGE TO THE NATION-STATE 5, 25-29 (Christian Joppke ed., 1998).

[70] Guiraudon, **לעיל ה"ש 66, בעמ' 301.**

[71] לדיון עדכני בשאלת נגישותה של מערכת המשפט בישראל, ראו יובל אלבשן **זרים במשפט – נגישות לצדק בישראל (2005).**

הכרוכה גם בעלויות כלכליות, בתביעה למימוש הסעדים, תוך הסתייעות במתווכים מקצועיים – "שומרי־סף" (gatekeepers) – המסייעים בתרגום החוויה האישית לשפה המשפטית).[72] בשלב ה־Naming מודעותם של מהגרי־העבודה לזכויותיהם – בדרך־כלל בתחום דיני העבודה והביטחון הסוציאלי – היא מועטה, ותלויה, בין היתר, במשכה של תקופת שהייתם בישראל, במידת שליטתם בעברית ובמידת הקשר שלהם עם אוכלוסייה של מהגרים ותיקים יותר, בני קהילתם. גם בשלב ה־Blaming מצבו של המהגר אינו משתפר: עימות עם מעסיק – כל מעסיק – עלול להוביל לסנקציות ולפגיעה בתנאי העבודה; קל וחומר שכך הדבר לגבי מהגר־העבודה, שאינו מאורגן, ואשר מרחב התמרון שלו מול המעסיק מוגבל מאוד לנוכח "הסדר הכבילה" וחרב הגירוש המתנופפת מעליו באופן תדיר. זאת ועוד, מהגרים לא־מעטים השקיעו כספים רבים כדי להגיע לישראל, וברור שהם יהססו מאוד בטרם יפנו למאבק משפטי. מהגרי־העבודה הספורים שכבר יגיעו לשלב ה־Claiming יעשו זאת, בדרך־כלל, באמצעות "שומרי־הסף" הייחודיים לאוכלוסייה זו, ובראשם ארגוני זכויות האדם. להבדיל מתביעות או עתירות המוגשות על־ידי עובד יחיד, באמצעות עורך־דין פרטי, הארגונים מתייחדים בכך שהם מנסים בדרך־כלל – גם כאשר הדבר נעשה באמצעות עותר יחיד – לקדם סוגיה בעלת אופי כללי ועקרוני, הנוגעת בכלל מהגרי־העבודה או ברובם, ולפרוש לפני בתי־המשפט את התמונה הרחבה.

פן סוציולוגי נוסף שמחליש בוודאי את כוחם של מהגרי־העבודה במאבקיהם למימוש זכויותיהם המשפטיות, הן מול רשויות המדינה והן מול מעסיקים חזקים, היא העובדה שמהגרי־העבודה – אפילו במקרה הטוב שבו הם כבר מגיעים לבית־המשפט – הם "שחקנים חד־פעמיים" (one shotters) בשדה המשפטי, בעוד המעבידים, ובעיקר הרשויות, הם בדרך־כלל "שחקנים חוזרים" (repeat players), אשר אופן פעולתה של המערכת המשפטית מעצים לא־פעם את יתרונותיהם הטבועים.[73]

למרות היבטים אלה, אפשר להצביע על מספר נאה של פסקי־דין שניתוחם מאפשר להגיע לתובנות מעניינות באשר לתפקידם של בתי־המשפט בישראל בעיצוב המדיניות כלפי מהגרי־עבודה. להלן אבחן את תפקידה של הפסיקה בהקשר זה בהתאם לערכאות השיפוטיות השונות – בית־המשפט העליון, בית־המשפט לעניינים מִנהליים ובתי־הדין לעבודה. כמו־כן אתייחס בקצרה גם לבתי־הדין למשמורת.

2. בית־המשפט העליון

עד לפסק־הדין שניתן לאחרונה, במרס 2006, בסוגיית "הסדר הכבילה", ניתן לומר כי

---

[72] William L.F. Felstiner, Richard W. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming…*, 15 LAW AND SOC. REV. 631 (1980).

[73] Marc Galanter, *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW AND SOC. REV. 95 (1974).

בית-המשפט העליון טרם כתב "פסק-דין מכונן" (landmark case) בעניינם של מהגרי-העבודה בישראל. יתר על כן, נראה שתקופה ארוכה הוא אף התחמק מכך.[74] ברור שניתן לפרש מדיניות של אי-התערבות של בית-המשפט כמתן לגיטימציה-שבשתיקה למדיניות לא-ראויה, אולם לדעתי ניתן לומר שגם לפני פסק-דין זה – שיידון בהמשך – הייתה לבית-המשפט גם השפעה *חיובית* על עיצובה של המדיניות שנקטה המדינה ביחס למהגרי-העבודה שבקרבה. עם זאת, כפי שיתברר, ה"מאזן" של פעולת בית-המשפט העליון אינו חד-משמעי.

את העובדה שרוב-רובם של פסקי-הדין שלו בעניינם של מהגרי-עבודה הם קצרים ולקוניים, ולא-אחת מסתיימים במחיקת העתירה המקורית, ניתן להסביר בכך שבית-המשפט העליון חושש מלעסוק בסוגיה זו ונוטה בדרך-כלל לקבל את עמדת המדינה. יש בחשש זה גרעין של אמת, הקשור לזכותה של המדינה לעצב בעצמה את משטר ההגירה שלה. בשורה של פסקי-דין נטה בית-המשפט העליון להתייחס בחיוב לזכותה זו של מדינת-ישראל, בדומה ל"מדינות העולם המערבי". הוא הדגיש לא-פעם שהותרת הסמכות לקבוע את מדיניות ההגירה בידי הרשויות היא לגיטימית,[75] והתייחס בחיוב אל הרצון *למנוע* את פתיחת הארץ ל"זרים",[76] קרי, למנוע את הנהגתו של משטר הגירה "רגיל" שבו ההגירה היא "תחנת-ביניים" בדרך לקבלת האזרחות.[77]

---

[74] Ronen Shamir, *'Landmark Cases' and the Reproduction of Legitimacy: The Case of Israel's High Court of Justice*, 24 LAW AND SOC. REV. 781 (1990). עע"מ **1847/02 שר הפנים נ' לין**, תק-על 04(2) 3228 (2002), מהווה דוגמה להתחמקותו של בית-המשפט העליון מכתיבת אותו "פסק-דין מכונן". בפסק-דין זה נידונה עתירת המדינה נגד החלטתו של בית-המשפט לעניינים מִנהליים, שקיבל בחלקה את עתירתם של שלושים וחמישה מהגרי-עבודה נגד צווי הגירוש והמעצר שהוצאו נגדם (עת"מ (מנהלי י-ם) **420/02 לין נ' שר הפנים**, תק-מח 02(1) 4930 (2002)). בית-המשפט סירב לטפל בשאלות "בעלות חשיבות כללית" שהועלו הן על-ידי הארגונים שייצגו את המהגרים והן על-ידי המדינה.

[75] "כל מדינה שומרת לעצמה את הכוח המוחלט לשלוט על זרם הנכנסים אליה" (בג"ץ **1031/93 פסרו נ' שר הפנים**, פ"ד מט(4) 661, 705 (1995)); "אין מדינת ישראל יוצאת דופן, וזכותה של כל מדינה היא לקבוע לעצמה את מדיניות ההגירה הנראית לה תואמת את האינטרס הלאומי" (בג"ץ 7890/95 **גוראל נ' שר הפנים**, תק-על 97(2) 172 (1997)); "ישראל, כיתר מדינות העולם המערבי, מטילה סייגים על כניסת זרים והגבלות נוספות על מי שמבקש להפוך תושב או אזרח בה. הגבלות אלה נועדו לשמור על הזהות המייחדת את החברה הישראלית ותרבותה, כמו גם להגן על אינטרסים כלכליים ובטחוניים של המדינה" (בג"ץ 9723/01 **לוי נ' מנהלת מחלקת תעשיה ושירותים למתן היתרים לעובדים זרים**, פ"ד נז(2) 87 (2003)).

[76] למעשה, בדומה לעמדה המאפיינת בדרך-כלל גם פסקי-דין הנוגעים באוכלוסייה הערבית-הפלסטינית בישראל, אין כמעט התייחסות להיבט האתני המייחד את הדמוקרטיה הישראלית. דוגמה ל"עיוורון" האתני של בית-המשפט אפשר למצוא בציטוט הבא: "אין לשום אדם שאינו אזרח ישראל או עולה לפי חוק השבות, התש"י-1950, כל זכות להיכנס

יתר על כן, לפחות בשני מקרים סייע בית־המשפט העליון בצורה פעילה *להחדפת* הבעייתיות במשטר הגירת־העבודה הישראלי. במקרה אחד, במסגרת תביעת נזיקין שגרתית, קבע השופט אור כי אדם שנפגע בתאונה ונזקק לעזרה סיעודית, ואשר תובע את חברת הביטוח שלו, נדרש להעסיק – כדי לעמוד בדרישה להקטנת הנזק שדיני הנזיקין מציבים – עובד סיעוד זר, ולא ישראלי, בשל עלותו הפחותה ונגישותו הרבה יותר.[78] בכך הכיר למעשה השופט בקיומו ובנחיצותו של שוק עבודה שניוני של מהגרי־עבודה, ולמעשה החריף את פיצולו של שוק העבודה בתחום הסיעוד.[79] השלכותיו של פסק־הדין הן נרחבות, כמובן, שכן פסק־דין של בית־המשפט העליון משמש כידוע תקדים מחייב לערכאות הנמוכות יותר.[80]

במקרה אחר קיבל בית־המשפט העליון את עתירתו של ארגון מגדלי ההדרים, שדרש "לספק" לו באופן מיידי "מכסה" של שלושת אלפים מהגרי־עבודה. הטעם לקבלת העתירה היה הסתמכותם של החקלאים על מדיניותה הקודמת של הממשלה והצורך הדחוף ב"ידיים קוטפות", אשר הקימו, לפי קביעת בית־המשפט, חובה לממשלה לספק "דרישה מוצדקת זו".[81] הבעייתיות בהחלטה זו נובעת מכך שהיא הגבירה את הלחץ התומך בהמשכת "ייבואה" של עבודה זולה, במקום לבחון אפשרויות מדיניות אחרות (דוגמת "הלבנה" של מהגרים בלתי־מתועדים, עידוד עובדים מקומיים באמצעות הגדלת השכר ועוד). ניתן לראות ברטוריקה של בית־המשפט סוג של עצימת־עיניים מצידו ביחס למציאות הפוליטית הקיימת, שכן לנוכח סירובה המתמשך של הממשלה "להלבין" מהגרים בלתי־מתועדים, משמעותה המעשית של החלטתו הייתה מתן "אור ירוק" ל"ייבואם" של מהגרי־עבודה נוספים, על כל ההשלכות

לישראל או לשהות בה ללא אשרה כדין..." (בג"ץ 740/87 **בנטלי נ' שר הפנים**, פ"ד מב(1) 443, 444 (1988)), אשר מבטא את תפיסת משטר ההגירה הישראלי כ"טבעי".

77 בבג"ץ 1689/94 **הררי נ' שר הפנים**, פ"ד נא(1) 15 (1994), נידונה החלטת שר הפנים לדחות בקשה לאיחוד משפחות של בניה הבגירים של אזרחית בורמזית אשר נישאה בישראל לאזרח ישראל ונהפכה עקב כך לאזרחית ישראלית. ההחלטה אושרה שכן "מדיניותו של שר הפנים כלפי זרים (שחוק השבות אינו חל עליהם) אינה ייחודית למדינת ישראל", וכי "כנגד האינטרס של העותרים לגור בצוותא בארץ, עומד... השיקול לא לפתוח פתח לכניסתם של זרים רבים, שמצבם כמצב העותרים, המתדפקים אף הם על שערי המדינה".

78 ע"א 3375/99 **אקסלרד נ' צור־שמיר חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נד(4) 450 (2000).

79 בקשה לדיון נוסף בשאלה זו נדחתה (דנ"א 6702/00 **אקסלרד נ' צור־שמיר חברה לביטוח בע"מ**, תק־על 00(4) 288 (2000)). לביקורת על פסק־הדין ראו עמי פרנקל "בית־המשפט העליון מעניק הכשר לפיצולו של שוק העבודה בישראל" (מרכז אדוה, ספטמבר 2000) www.adva.org/ivrit/foreignworkers.htm.

80 ראו, למשל, ת"א (מחוזי חי') 1738/95 **רז נ' צור**, תק־מח 00(3) 370 (2000), שבו נדחתה עמדתו של קיבוץ עין־חרוד, אשר סירב, מתוך עמדה עקרונית, להעסיק מהגרי־עבודה שיטפלו בתובעת שהתגוררה בקיבוץ.

81 בג"ץ 8901/01 **ארגון מגדלי ההדרים בע"מ נ' שר העבודה**, תק־על 02(1) 81 (2002).

הנובעות מכך. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי בהחלטתו זו דווקא הפעיל בית-המשפט לחץ על הממשלה "להלבין" מהגרים בלתי-מתועדים (ואכן, הוא אף העלה את האפשרות הזו במפורש בפסק-דינו), וכי את האחריות לאי-אימוצה של מדיניות זו יש להטיל על הממשלה. מכל-מקום, בפסקי-דין מאוחרים יותר דחה בית-המשפט עתירות של מעסיקים שדרשו כי יוקצו להם עובדים, תוך קבלת עמדת המדינה באשר למכסות שנקבעו.[82]

ברם, מבט מעמיק יותר מגלה תמונה מורכבת: בדרך-כלל בית-המשפט העליון אכן אינו רוצה "לכתוב פסק-דין", כלומר, נמנע מלכתוב "שחור על-גבי לבן" כי המדינה מפֶרה זכויות כאלה או אחרות של מהגרי-עבודה כאלה או אחרים. בכך הוא חוסך בוודאי מהרשויות הפוליטיות מבוכה ציבורית (ואולי מונע מעצמו יוקרה מקומית ובין-לאומית). עם זאת, אף שפסקי-הדין בעניינם של מהגרי-העבודה אינם מתובלים באמירות חוקתיות מהדהדות או באזכור האמנות הבין-לאומיות השונות שישראל מפֶרה ביחס למהגרי-העבודה, אמירותיו הזהירות והמסויגות של בית-המשפט, פניותיו אל הרשויות בבקשה לשקול מחדש את מדיניותן וכן קיומו המתמיד של "שוט" העתירה לבג"ץ – שהיועצים המשפטיים במשרדי הממשלה[83] (ובוודאי במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה) מודעים לו היטב ומכלילים אותו כל העת במסגרת שיקוליהם – כל אלה מהווים בסופו של דבר גורמים ממתנים בעלי השפעה מצטברת, המשליכה באופן קונקרטי הן על פתרון בעיותיהם של עותרים ספציפיים והן על עיצובה של מדיניות ביחס למהגרי-עבודה. אראה זאת באמצעות ארבע דוגמות שונות,[84] שאליהן אצרף דיון קצר בפסק-הדין החדש בעניין "הסדר הכבילה".

---

[82] למשל, בבג"ץ 1798/02 **מידן נ' שר העבודה והרווחה**, תק-על 02(2) 323 (2002) נדחתה עתירתם של מפטמי אווזים להרחבה משמעותית של "הקצאת" העובדים. בית-המשפט קיבל את עמדת המדינה, שלפיה קיימת מכסה כוללת של עובדים זרים שמותר להעסיק, המחייבת הגבלה של מספר העובדים שכל חקלאי רשאי להעסיק.

[83] דוגמה למצב שבו "השוט" לא פעל לכאורה היא סירובו של משרד הפנים להתיר את כניסתו של הזמר הניגרי פיטר שינא (בג"ץ 6214/01 **הלר נ' שר הפנים**, תק-על 01(3) 659 (2001)). אולם דומה כי זהו היוצא-מן-הכלל המעיד על הכלל, שכן הדברים שבג"ץ כותב במקרה זה בולטים בחריפותם, במיוחד על רקע הזהירות והמתינות הכללית שלו בעניין מהגרי-העבודה:

> מניעת כניסתם של אומנים, אך בשל כך שלעובדים זרים השוהים בישראל שלא כדין עשוי להיות עניין מיוחד באומנותם, אינה יכולה להיחשב כאמצעי לגיטימי להתמודדות עם תופעת העובדים הזרים. **יש להצטער שבית המשפט נאלץ לעסוק בעניין אלמנטארי, שיכול וצריך היה למצוא את פתרונו במתן ייעוץ משפטי ליחידה במשרד הפנים המופקדת על בדיקתן של בקשות מסוג זה.**
>
> (ההדגשה שלי – ע' ס').

[84] הדוגמות המובאות להלן עוסקות בהשפעתו של בית-המשפט על עיצוב המדיניות כלפי מהגרי-העבודה. עם זאת, השפעה זו קיימת גם ביחס לעיצוב מדיניותם של בתי-המשפט כלפי המעסיקים. בבג"ץ 2836/98 **לרנר נ' שר העבודה והרווחה**, תק-על 98(3) 1216

1. פרשת **ססאי**[85] — פרשה זו, שבה נידונה שאלת החזקתם במעצר ממושך של מהגרי־עבודה שחששו לחזור לסיירה־לאונה בשל מלחמת־האזרחים שהתחוללה בה, הבליטה את הצורך בעדכונו של חוק הכניסה לישראל לנוכח המציאות החדשה שבה מהגרי־עבודה צובאים על שעריה של מדינת־ישראל. סביר להניח שהתיקון לחוק משנת **2001**[86] — שהיה כמובן פרי עבודתן של הממשלה ושל הכנסת, ואשר יצר הסדר חקיקתי משופר, אם כי לא נטול בעיות — לא היה יוצא לפועל אלמלא הלחץ שהפעיל בית־המשפט העליון על המדינה באותה פרשה. כתיבתו של פסק־הדין (הקצר) התעכבה במשך תקופה ארוכה שכן בית־המשפט בחן בכל פעם את מידת התקדמותה של החקיקה.

2. פרשת **לבריק**[87] — בפרשה זו התעוררה שאלת מעצרם הממושך של מהגרי־עבודה מיועדים לגירוש שאין ביכולתם לממן את טיסתם בחזרה לארצם. הלחץ שהפעילו השופטים על המדינה הביא לידי כך שבסופו של דבר ניתן תוקף של פסק־דין להסדר שהושג — מחוץ לכותלי בית־המשפט — בין האגודה לזכויות האזרח לבין משרד הפנים. בהסדר זה התחייבה המדינה לממן את טיסותיהם של מגורשים שלא יוכלו לעשות כן תוך ארבעה־עשר יום. כמו־כן הוסכם כי עצור שלא יגורש תוך ארבעה־עשר יום יובא לפני ועדה מְנהלית. הבנות אלה, שזכו כאמור בגיבויו של בית־המשפט העליון, השפיעו אף הן על ניסוחו המחודש של חוק הכניסה לישראל.[88]

3. פרשת **פרדיננד**[89] — עתירה זו עוררה את שאלת היהפכותו האוטומטית של מהגר־עבודה ל״לא־חוקי״ מרגע שמסתיימת העסקתו. בג״ץ דחה את העתירה במקרה הספציפי, אך איתר מתוכה ״בעיה כללית״, והציע למדינה — הצעה שהינה למעשה בגדר הנחיה נורמטיבית — לקבוע כללים ברורים בעניינם של עובדים אלה. בעקבות פסק־הדין פרסם משרד הפנים ״קריטריונים להסדרת מעבר עובד זר ממעסיק

(1998), למשל, אושרו אומנם אמות־המידה החדשות שקבעה המדינה לעניין העסקת מומחים זרים במסעדות אתניות, אולם המדינה התחייבה לבחון בחיוב מקרים חריגים. פסק־דין זה ממחיש יפה כיצד הדינמיקה של דיון בבית־המשפט יכולה לסייע בשינוי מדיניותה של הרשות, אף אם מבחינה פורמלית העתירות נגד מדיניותה נדחות.

85 בג״ץ 4963/98 **ססאי נ׳ שר הפנים**, תק־על 00(3) 1434 (2000). במקביל לעתירה זו ראוי לאזכר גם את עתירתו יוצאת־הדופן של שר הפנים נגד החלטתו של שופט בית־משפט השלום, דוד רוזן, להידרש לבקשת שחרור ממעצר שהוגשה על־ידי מי שהוצא נגדו צו מעצר לקראת גירוש מכוח חוק הכניסה לישראל. שר הפנים טען כי סמכות זו נתונה רק בידי בג״ץ. ראו בג״ץ 7715/98 **שר הפנים נ׳ השופט דוד רוזן**, תק־על 98(4) 263 (1998). בסופו של דבר נמחקה העתירה בהסכמה, על־ידי הרשם עודד שחם, ביום 5.12.2001.

86 חוק הכניסה לישראל (תיקון מס׳ 9), התשס״א־2001, ס״ח 1804 (להלן: חוק הכניסה לישראל).

87 בג״ץ 199/98 **לבריק נ׳ שר הפנים** (לא פורסם, 2.3.1998).

88 בסעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל נקבע כי ״לא תעוכב הרחקתו של שוהה שלא כדין רק מהטעם שאין בידו לשאת בהוצאות ההרחקה״, ובסעיף 13יד(א) לחוק נקבע כי ״מוחזק במשמורת יובא לפני בית הדין בהקדם האפשרי ולא יאוחר מתום 14 ימים מיום תחילת החזקתו״.

89 בג״ץ 8088/01 **פרדיננד נ׳ שר הפנים**, פדאור 01(2) 264 (2001).

למעסיק״, שהיו כרוכים אומנם ב״כיתות רגליים״ ביורוקרטי, אולם היו אמורים לאפשר ניידות וגמישות רבות יותר של מהגרי־העבודה. אולם נראה כי קריטריונים אלה לא יושמו כמעט בשטח,[90] מה שממחיש כמובן שוב את מגבלות כוחו של בית־המשפט. עם זאת, בעקבות עתירה נוספת, קבע בית־המשפט כי על משרד הפנים להוציא נהלים ברורים בנושא, מבלי לעשות שימוש בסמכות המעצר הקיצונית ביחס לעובדים שהתפטרו מעבודתם אצל מעסיקיהם.[91]

4. פרשת **האגודה לזכויות האזרח**[92] – ארגוני זכויות אדם שונים עתרו נגד התיקון לחוק הביטוח הלאומי, שהתקבל במסגרת חוק ההסדרים של שנת 2003, ואשר שלל מאנשים השוהים לא־כדין בישראל את גמלאות הביטוח הלאומי המשולמות ללא תלות בתושבות. אף שמבחינה פורמלית נמחקה העתירה, חשוב להבין את השפעתו של בית־המשפט העליון במקרה זה על עיצוב המדיניות באזור הסָפר המטושטש שבין מדיניות *הגירה* (העוסקת בזכויות מהגרים בכלל) לבין מדיניות *הגירת־עבודה* (הממוקדת בזכויות *עובדים*). יש להניח שהפרשנות הליברלית שנתן המוסד לביטוח לאומי להוראת החוק החדשה, שעל־פיה המעבידים חייבים לשאת בתשלום דמי הביטוח הלאומי גם בעבור עובדים בלתי־מתועדים, נבעה – בצד המודעות החברתית הידועה של אנשי המקצוע העובדים בגוף זה – מן הידיעה שפרשנות אחרת, נוקשה יותר, תיתקל בביקורת מצד בית־המשפט העליון. במצב־דברים כזה לא היה לארגונים קושי לקבל את ״המלצת״ בית־המשפט ולמשוך את העתירה. כך יצאו כל הצדדים כשמלוא (או לפחות מרבית) תאוותם בידם: בית־המשפט לא נאלץ להיזקק למעשה הקונסטיטוציוני הרגיש הכרוך בביטול הוראת חוק של הכנסת, אך מילא את תפקידו ושימר את יוקרתו בתחום ההגנה על זכויות האדם; המוסד לביטוח לאומי זכה ב״הכשר״ למדיניותו מצד בית־המשפט העליון; והארגונים הצליחו לגרום לצמצום הפגיעה בזכויותיהם של מהגרי־העבודה, אף שלא זכו בכתיבת פסק־דין ״מכונן״ ביחס לאותן זכויות.[93]

---

90 קמפ ווייכמן, לעיל ה״ש 26, בעמ׳ 16.

91 בג״ץ 2442/02 **קיסס נ׳ השר לבטחון פנים**, תק־על 02(2) 1834 (2002).

92 בג״ץ 1911/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ שר האוצר**, תק־על 03(3) 445 (2003).

93 בבג״ץ 6535/02 **מוקד סיוע לעובדים זרים נ׳ שר הפנים**, תק־על 06(1) 118 (2006), תקפו ארגוני זכויות האדם את חוקתיותם של סעיפים שונים בחוק הכניסה לישראל הנוגעים במעצרם של מהגרי־עבודה בלתי־מתועדים המיועדים לגירוש. אף שאני שותף לביקורת שמותחים גיל ודהאן, לעיל ה״ש 41, על התחמקותו של בית־המשפט מלדון בסוגיות החוקתיות שהונחו לפתחו, כמו־גם על התמשכות ההליכים, אני סבור כי גם במקרה זה הייתה לבית־המשפט השפעה חיובית וחשובה על הדו־שיח המתקיים בין ארגוני זכויות האדם לבין המדינה: בעקבות העתירה והדיונים בבית־המשפט נערכו ״שינויים מערכתיים משמעותיים״, ביניהם: העברת בית־הדין למשמורת מאחריותו של משרד הפנים לאחריותו של משרד המשפטים; פתיחת מקומות משמורת מיוחדים, המאפשרים להחזיק חלק גדול מהעצורים בתנאים מיוחדים, ולא בבתי־כלא; קיצור התקופה המִרבית עד להבאת מוחזק במשמורת לפני בית־הדין; קיצור משמעותי של משך הזמן הממוצע החולף עד ליציאתו של שוהה לא־כדין המוחזק במשמורת; וקביעת נוהל של מתן הודעה בכתב למוחזק בדבר

פסק־דין ״מכונן״ ניתן לבסוף במרס 2006, למחרת יום הבחירות לכנסת, כאשר בית־המשפט העליון פסל, בפסק־דין דרמתי ומנומק (53 עמודים), את ״הסדר הכבילה״ שלפיו שר הפנים רשאי להתנות מתן רשיון עבודה למהגרי־עבודה המגיעים לישראל בעבודה בעבור מעסיק ספציפי, והורה למדינה לגבש הסדר חדש בתוך שישה חודשים.[94] פסק־הדין העיקרי, שאותו כתב השופט לוי בלשון אמפתית ואנושית, סקר בפירוט את תופעת הגירת־העבודה בעולם בכלל ובישראל בפרט, וקבע באופן חד־משמעי כי למרות השינויים וההקלות שהכניסה הממשלה, ״הסדר הכבילה״ פוגע באופן בלתי־מידתי בזכויות־היסוד לחירות ולכבוד של מהגרי־העבודה. עם זאת, לא נענה השופט לוי לבקשת העותרים לחייב את המדינה ליצור הסדר של ״כבילה ענפית״, אשר יתנה את רשיון הישיבה בעבודה בענף מסוים, ולא בעבודה בעבור מעסיק מסוים.

המשנה לנשיא (בדימוס), השופט מישאל חשין, הצטרף (יחד עם הנשיא בדימוס ברק) לחוות־דעתו של השופט לוי, והוסיף כדרכו ניסוחים ציוריים, אך גם בוטים ונדירים בחריפותם, ביחס ל״הסדר הכבילה״:

> אכן, אין להימנע ממסקנה — מסקנה כואבת ומבישה — כי העובד הזר הפך צמית של מעסיקו; כי הסדר הכבילה על כל שלוחותיו סגר על העובד הזר סביב־סביב; כי הסדר הכבילה יצר מעין־עבדות בגירסה מודרנית. בהסדר הכבילה שהיא עצמה קבעה והשליטה, רצעה המדינה את אוזנם של העובדים הזרים למזוזת ביתם של מעסיקיהם, וכבלה את ידיהם ואת רגליהם באזיקים ובנחושתיים למעסיק ש״ייבא״ אותם ארצה... על־פי הסדר הכבילה היו העובדים הזרים למכונות־עבודה — בייחוד כך שהמעבידים התירו לעצמם, בניגוד לחוק, להעבירם מיד־אל־יד — והפכו להיותם כעבדים של ימי־קדם, כאותם בני־אנוש שבנו את

זכויותיו בשפתו. בית־המשפט ציין כי השאלות החוקתיות מצדיקות דיון ממוקד בעתירה נפרדת. העתירה עצמה נמחקה לבסוף, אך לנוכח תרומתה לשינויים המערכתיים, חִייב בית־המשפט את משרד הפנים בתשלום הוצאות העותרים.

94 פרשת **קו לעובד**, לעיל ה״ש 56. העתירה הוגשה בשנת 2002 על־ידי שישה ארגוני זכויות אדם שונים. במאי 2002 סירב בית־המשפט להוציא צו־ביניים בעתירה, ובמאי 2003 הוצא צו על־תנאי. מאז הכניסה הממשלה שינויים שונים ב״הסדר הכבילה״, שעוגנו בהנחיות פנימיות של משרד הפנים, ובית־המשפט ביקש מפעם לפעם דיווח על מידת יישומם של שינויים אלה. השינוי האחרון נעשה בעקבות דוח של צוות בין־משרדי, בראשות סגנית הממונה על התקציבים במשרד האוצר יעל אנדורן, שהמליץ, בין היתר, לבסס את שיטת העסקתם של מהגרי־עבודה בישראל על מודל חדש של העסקה באמצעות תאגידי כוח־אדם מורשים. על־פי מודל זה, שהומלץ כי יישום רק בענפי הבניין והחקלאות, היתרים להעסקת מהגרי־העבודה לא יינתנו עוד למעסיקים על בסיס פרטני, אלא רק לתאגידים, אשר יורשו להעסיק בין חמש מאות לאלפיים מהגרי־עבודה תמורת תשלום דמי רישיון לאוצר המדינה, שגובהם אמור לשקף את הפער שבין עלות העסקתו של עובד זר לבין עלות העסקתו של עובד ישראלי. לדוח ראו: www.mof.gov.il/budget/2004-7211.pdf.

> הפירמידות או שחתרו במשוטים להסיע ספינות של האימפריה הרומית
> אל המלחמה...
> גם אם נכונים הם העובדים הזרים להיכנע לגורלם, אנו לא נסכים כי
> תופעת הסדר הכבילה תמשיך ותשרור בקהלנו.[95]

אף שמוקדם עדיין להעריך את השפעתו של פסק־הדין בפרשת **קו לעובד** על המציאות בשטח, אין ספק שמדובר בנקודת־ציון מרכזית בהתייחסותם של בתי־המשפט אל מהגרי־העבודה בישראל. עם זאת, ראוי לציין כי פסק־הדין לא ניתן בחלל ריק: הקרקע שעליה נכתב פסק־הדין ״נחרשה״ על־ידי הערכאות הנמוכות, ובראשן בתי־הדין לעבודה, באמצעות כמה וכמה פסקי־דין חשובים. כמו־כן יהיה נכון לומר שהדו־שיח שניהלו בתי־המשפט — בג״ץ, כמובן, אך גם בתי־המשפט לעניינים מִנהליים (ראו להלן) — עם הרשויות, ובראשן משרד הפנים, תרם לניסוחן של הנחיות פנימיות שהיטיבו, ולו במקצת, את מצבם של מהגרי־העבודה, מחד גיסא, והכשירו לבבות בדרך לפסילתו של ״הסדר הכבילה״, מאידך גיסא. בהקשר זה נודע כמובן תפקיד חשוב גם לארגוני זכויות האדם, אשר נוסף על הגשת העתירה ״הציפו״ את הנושא למודעות הציבורית.

ובכל־זאת, תמיהה מסוימת מתגנבת אל לב: אף שהפרקטיקה השיפוטית הִרגילה אותנו לא־פעם — בעיקר בעתירות בטחוניות — לכך שעתירות עקרוניות צריכות ״להבשיל״ ושיש לאפשר לרשויות להציג ״מקצי שיפורים״ למדיניותן, משהו בניסוחים הנחרצים בדבר אי־החוקיות של ״הסדר הכבילה״ גורם אי־נוחות: אם אכן נהפכו מהגרי־העבודה ל״מכונות־עבודה״ ו״הסדר הכבילה״ אכן יצר ״מעין־עבדות בגירסה מודרנית״ — קביעות יוצאות־דופן כאשר הן באות מצד גוף האמון על שימוש בניסוחים מדודים וזהירים — אזי מדוע נדרשו לו לבית־המשפט העליון *אלבע* שנים תמימות כדי להכריז על אי־חוקיותו? התמיהה גוברת אם זוכרים שמקרה זה שונה, למשל, מ״גרירת הרגליים״ של בית־המשפט בנושאי דת ומדינה, הנובעת מרצונו — שאינו עולה תמיד יפה — להותיר בידי הכנסת את הטיפול בסוגיות המשסעות את החברה הישראלית במשך שנים ארוכות. העתירה בעניינו עסקה בזכויותיה של אוכלוסייה מוחלשת, נטולת ייצוג פוליטי וחסרת כוח כלכלי משמעותי, אשר הגנה עליה מהווה לכאורה את מימוש תפקידו הקלסי של בית־המשפט.

3. בתי־המשפט לעניינים מִנהליים

לאחרונה, כידוע, הוקמו בתי־המשפט לעניינים מִנהליים, בעקבות קבלת חוק שהעביר מבג״ץ תחומי אחריות מרובים. אלה הם בתי־המשפט המחוזיים בשבתם כבתי־משפט

[95] פרשת **קו לעובד**, לעיל ה״ש 56, בפסקות 4-5 לפסק־דינו של השופט חשין.

לעניינים מִנהליים.[96] תחום מרכזי שהועבר לסמכותם הוא תחום מִנהל האוכלוסין, המוגדר בתוספת לחוק כ״החלטה של רשות בעניני אשרות כניסה ורישיונות ישיבה ועבודה, לרבות עניני הרחקה, משמורת ושחרור בערובה, לפי חוק הכניסה לישראל, התשי״ב־1952״. אף שהעניינים המתבררים בו מעוררים מטבע הדברים הד ציבורי מצומצם בהשוואה לעניינים הנידונים בבג״ץ, נהפך בית־המשפט לעניינים מִנהליים לערכאה העוסקת *בפועל* בעיצובה של מדיניות הגירת־העבודה.[97] מכאן החשיבות בניתוח מגמות אחדות העולות בפסיקותיו.

גם בבתי־המשפט לעניינים מִנהליים רווחת מגמה משמעותית המאשררת את זכותה של המדינה לעצב בעצמה את משטר ההגירה וכן את מדיניותו של משרד הפנים להגביל את השהייה המותרת לזרים בישראל לחמישים וארבעה חודשים (באחרונה הוארכה התקופה לשישים ושלושה חודשים).[98] בתי־המשפט לעניינים מִנהליים חוזרים ומדגישים בהקשר זה כי הסמכות לעצב את מדיניות ההגירה נתונה לממשלה, ולא לבתי־המשפט.[99] אין זה מפתיע, אפוא, שבחלק מפסקי־הדין קיימת נטייה לאמץ אוטומטית את עמדת הרשויות באשר למדיניות הגירת־העבודה. הדוגמה הבולטת אירעה במקרה שבו הובא מהגר־העבודה לפני בית־הדין למשמורת לאחר יותר מארבעה־עשר יום, בניגוד מפורש לאמור בחוק הכניסה לישראל. למרות ההזדמנות לכתוב פסק־דין נוקב על־אודות חשיבותה של הזכות לחירות, למשל, לא התערב בית־המשפט לעניינים מִנהליים בהחלטת בית־הדין למשמורת, מן הטעם שהמהגר היה צפוי להיות מגורש ממילא ומתוך מתן משקל ל״אינטרס הציבורי לביצוע צווי הרחקה כסדרם״.[100] החלטתו, אגב, אושרה גם בבית־המשפט העליון.[101] במקרה אחר סירב

---

96 חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש״ס־**2000**, ס״ח **190**. לניתוח החוק ראו מני מזוז ״רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש״ס־**2000**״ **משפט וממשל** ו 233 (**2001**).

97 התחומים הנוגעים במהגרי־עבודה שנותרו בסמכותו הבלעדית של בית־המשפט העליון, בשבתו כבג״ץ, הם בעיקרו של דבר עניינים של עיצוב מדיניות כללית (דוגמת העתירה לביטול ״הסדר הכבילה״).

98 סעיף 3א לחוק הכניסה לישראל, כפי שתוקן בחוק הכניסה לישראל (תיקון מס׳ **11**), התשס״ג־**2003**, ס״ח **229**. כך, למשל, בעת״מ (מנהלי י־ם) **632/03 ינקו נ׳ שר הפנים** (טרם פורסם, **12.5.2003**) www.nevo.co.il/Psika_word/minhali/mm03632.doc, נידונה עתירתו של מהגר־עבודה ששהה בישראל כשבעים חודש. משרד הפנים סירב לחרוג מהנוהל שקבע, ועמדתו אושרה על־ידי בית־המשפט. בעת״מ (מנהלי ת״א) **1310/03 Titor נ׳ שר הפנים**, דינים מחוזי לד(**3**) **696** (**2003**), אושרה פרשנותו של משרד הפנים שלפיה יש למנות את תקופת השהייה המותרת (חמישים וארבעה חודשים) מכניסתו הראשונה של העובד הזר לארץ, ולא מכניסתו האחרונה, מכיוון שאתחול הספירה עם כל כניסה תסכל את מדיניותו של משרד הפנים.

99 ראו, למשל, עת״מ (מנהלי ת״א) **1344/03 צ׳ין נ׳ שר הפנים**, תק־מח **03**(**2**) **4842** (**2003**); עת״מ (מנהלי ת״א) **1513/03 זהואנג נ׳ שר הפנים**, תק־מח **03**(**3**) **1103** (**2003**).

100 עת״מ (מנהלי ת״א) **206/02 הונג נ׳ שר הפנים** (טרם פורסם, **11.11.2002**).

בית-המשפט לעניינים מִנהליים למנוע את גירושו של מהגר-עבודה מרומניה ששהה בישראל מעבר לשישים ושלושה החודשים המותרים, ואשר היה מצוי בעיצומו של טיפול פיזיותרפי בגין פגיעה בתאונת-עבודה. בית-המשפט קבע כי הואיל והעותר אינו שב ל״מדינת עולם שלישי נחשלת ומפגרת״, אלא למדינה אירופית עם מערכת רפואית תקינה, החלטת משרד הפנים לפעול בהתאם למדיניותו – קרי, לא לתת אשרות לצורך טיפולים רפואיים ופיזיותרפיים שגרתיים או לצורך תביעות משפטיות – היא החלטה סבירה.[102] למעשה, נראה כי עמדתם הכללית של רבים מבין שופטי בתי-המשפט לעניינים מִנהליים בעתירות הנוגעות בגירושם של מהגרי-עבודה היא נוקשה ותקיפה.[103]

בצד גישה כללית זו, חלק מהשופטים המִנהליים מנסים לעיתים לצמצם את הפגיעה בזכויותיהם של מהגרי-העבודה, במיוחד בהליכי הגירוש, וזאת בעיקר באמצעות שימוש בעקרונות מן המשפט המִנהלי והחוקתי, כגון עילת המידתיות. כך, למשל, נקבע כי אם ניתן לנקוט צעד קיצוני פחות ממעצר, יש לעשות כן, וכי ככלל, מעצר לתקופה של ארבעה-עשר יום ייעשה רק ״במקרים יוצאי דופן״.[104] במקרה אחר נקבע כי בטרם יגורש מהגר-עבודה שעבד בארץ במשך תקופה לא-קצרה (באותו מקרה דובר בתקופה של שנה וחצי), מן הראוי לקבוע נוהל שיאפשר לו תקופת התארגנות לפני גירוש, שתימשך ארבעה-עשר יום, וזאת אף אם לא ביקש זאת במפורש (כנדרש בסעיף 13(ד) לחוק הכניסה לישראל).[105] במקרה נוסף הורה בית-המשפט על שחרורו בערבות של מהגר-עבודה בלתי-מתועד שהובא לפני בית-הדין למשמורת לאחר שחלפו יותר משבעים ושתיים שעות, כנדרש על-פי חוק הכניסה לישראל. בתוך כך ביקר בית-המשפט את הפרשנות הרחבה שנתן המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לחוק הכניסה לישראל.[106]

---

[101] בית-המשפט העליון קבע כי מכיוון שמהגר-העבודה כבר גורש, נהפכה השאלה ל״אקדמית״ – ראו בר״מ 9595/02 **הונג נ׳ שר הפנים**, תק-על 02(3) 11 (2002).

[102] עת״מ (מנהלי ת״א) 1866/03 **קוג׳גרו נ׳ שר הפנים** (טרם פורסם, 22.12.2003) www.nevo.co.il/Psika_word/minhali/mm03001866-6.doc.

[103] לפירוט ולניתוח ביקורתי של מדיניות זו, ראו גיל ודהאן, לעיל ה״ש 41.

[104] עת״מ (מנהלי י-ם) 398/03 **קר נ׳ שר הפנים**, תק-מח 03(1) 2183 (2003).

[105] עת״מ (מחוזי י-ם) 998/02 **Trinidad נ׳ בית הדין למשמורת שוהים שלא כדין** (טרם פורסם, 23.1.2003), www.nevo.co.il/Psika_word/minhali/mm02998.doc.

[106] עת״מ (מנהלי ת״א) 2111/03 **דרקואה נ׳ שר הפנים**, תק-מח 03(4) 3263 (2003):

> הפרשנות שמנסה הפרקליטות ליתן לכך שאין המדובר בשוהה חוזר אלא בשוהה ובמוחזק 'חדשים', – הינה יצירתית, אבל כשהמדובר בחירות הפרט, – היצירתיות יכולה ל'עבוד' רק לקולא ולא לחומרא... חוק הכניסה לישראל אינו מטפל בעבריינים פוטנציאליים המזיקים לחברה ועשויים לפגוע בה. הוא מטפל בדר״כ באנשים קשיי יום, שכדי להיות עם משפחתם, בני זוגם ולהתפרנס, עוברים

תחום חשוב שבו הייתה ללא ספק לבתי־המשפט לעניינים מִנהליים השפעה על עיצובה של מדיניות הגירת־העבודה היה שאלת אופן יישומו של נוהל "שמים סגורים". במסגרת נוהל זה הופסק "ייבואם" של מהגרי־עבודה חדשים, ונעשה ניסיון לשלב עובדים מתועדים – אשר מצויים בתחום התקופה החוקית של אשרת העבודה שלהם אך אין להם "מעבידים כדין" (בהתאם ל"הסדר הכבילה") – בתעסוקה אצל מעביד אחר בעל היתר להעסקת זרים.[107] משרד הפנים סירב להחיל את הנוהל על עובדים מתועדים ש"נטשו" מיוזמתם את מעסיקיהם ובחרו לעבוד אצל מעסיק אחר – ובכך נהפכו לבלתי־מתועדים – שכן נוהל זה לא נועד לטענתו להכשיר בדיעבד שהייה "לא־חוקית". בנושא זה נוצר דו־שיח בין בית־המשפט לבין הממשלה: מחד גיסא, אישר בית־המשפט, אף אם בחוסר־נחת, את סבירותו של הנוהל;[108] אולם מאידך גיסא,

---

עבירות. אמת, אין לזלזל בעבירות אלה שיכולות לשבש את הסדר הציבורי התקין במדינה, ברם להשוותם לעבריינים 'מקומיים', זו דרך ארוכה.

עם זאת, אליה וקוץ בה: לאחר פסק־דין מרשים כל־כך הטילה השופטת דרורה פלפל על מהגר־העבודה הוצאות משפט בסך **20,000** ש"ח "מאחר והוא הטריח בהתנהגותו פעמיים לריק את מוסדות המדינה". ברם בעע"מ **223/04 דרקואה נ' משרד הפנים – ממונה ביקורת הגבולות**, פ"ד נח(3) 354 (2004) ביטל בית־המשפט העליון, בדעת רוב, את ההחלטה לשחרר את המהגר, אך קיבל גם את ערעורו וקבע כי חיוב בהוצאות משפט אינו אמור לשמש כסנקציה עונשית בגין הפרת חוק הכניסה לישראל. ראוי לאזכר גם פסק־דין שניתן לאחרונה בבית־משפט השלום, שבו נפסקו פיצויים לשני מהגרי־עבודה בלתי־מתועדים מאתיופיה, בסך **77,000** ש"ח לכל אחד, בשל החזקתם במעצר במשך 77 יום בטרם הובאו לפני בית־הדין למשמורת – ת"א (שלום ת"א) **25213/04 באון נ' מדינת ישראל – משרד הפנים**, תק־של 05(2) 419 (2005). כנגד זה ראוי לציין גם פסק־דין אחר המבטא את מגבלותיו של הֶסדר שהינו אך ורק יציר הפסיקה: השופטת מיכאלה שידלובסקי־אור פסקה כי על עובד סיני – שנעצר זמן קצר לאחר הגשת תלונה בגין הלנת שכר ממושכת – להפקיד, כתנאי לעיכוב גירושו, סכום של חמשת אלפים שקל "לכיסוי הוצאות שנגרמו עקב גירושו". הואיל ולא היה ביכולתו של העובד לגייס את הסכום, הוא גורש מבלי שמיצה את זכות הגישה שלו – ראו עת"מ **502/03 Cao Wenkui נ' שר הפנים** (טרם פורסם, **30.3.2003**). ראו גם עת"מ (מנהלי י־ם) **586/03 Yangul נ' שר הפנים** (טרם פורסם, **27.3.2003**) www.nevo.co.il/ Psika_word/minhali/mm03586.doc, העוסק בעובד שגורש בניגוד מפורש לפסק־דינו של בית־המשפט לעניינים מִנהליים, וכן עמ"נ (מנהלי ב"ש) **17/04 ג'יפון נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, **23.12.2004**) www.nevo.co.il/Psika_word/minhali/mm04000017-14.doc, שבו קבע השופט יוסף אלון כי אשפוזו של בנו בן החמש של מהגר־עבודה בלתי־מתועד מגאנה אינו מהווה עילה לדחיית גירושו.

107 ראו לעיל ה"ש 62. ניתן לטעון כי מדובר בביטוי ראשון לנכונות של הממשלה "להלבין" מהגרים "לא־חוקיים", אף שברור כי המונח "הלבנה" הוא בעייתי במקרה דנן, שכן "אי־החוקיות" של העובדים הללו נוצרה כתוצאה מ"הסדר הכבילה" הבעייתי, ולא בשל הסתננות למדינה.

108 עת"מ **1513/03**, לעיל ה"ש 99:

> התשובות הללו [שנתן משרד הפנים] לא סברו את דעתי באורח מלא. נראה לי נכון וראוי שבמקום שניתן למלא מכסות חסרות באמצעות עובדים חוקיים שלא נטשו אך

בפרשת **התאחדות הקבלנים**, קרא לממשלה להתוות מדיניות ברורה ושקולה שתאזן בין אינטרס המדינה בצמצום מספרם של מהגרי־העבודה בישראל ובהבטחת הפיקוח עליהם לבין השמירה על כבודם של מהגרי־העבודה המובאים ארצה.[109] דברי בית־המשפט בפרשה זו הם נכוחים ומפוכחים:

> הבאת עובדים זרים מחו״ל מעשירה במקרים רבים את כיסם של קבלני כוח אדם על חשבונם של העובדים, שמצבם קשה ממילא, ועדיף לנהוג בהתחשבות ובהגינות כלפי מי שכבר נמצאים בארץ, במקום להעצים את התופעה ואת התוצאות השליליות הכרוכות בה, על־ידי הבאת עובדים חדשים מחו״ל... יש לזכור, כי מדובר באנשים שהם למעשה כמעט בבחינת חסרי ישע, שעזבו משפחות ומדינות כדי לבוא למדינה זרה בתנאים קשים, ולעבוד עבודה מפרכת יומם ולילה עבור שכר נמוך, כל זאת כדי להביא לחם למשפחותיהם. יש לנהוג בהם בהגינות ובכבוד, ולהשתדל למזער, עד כמה שאפשר, את הפגיעה בהם.[110]

יתרה מזו, הערות מצד בתי־המשפט באשר לצורך לנסות להחיל את הנוהל גם על עובדים ש״נטשו״[111] — לרבות פסקי־דין *שמייבו* את משרד הפנים, בכמה מקרים ספציפיים, להפעיל את הנוהל גם כלפי עובדים בלתי־מתועדים דוגמת אלה, אשר ״נטשו״, בין היתר, בשל התנהגות לא־תקינה של המעסיק[112] — לא נפלו על אוזניים

מיועדים להרחקה מאחר שהצורך בהם במקום עבודה קיים בטל, תינתן עדיפות לעובדים אלה על פני עובדים שהיו לשוהים בלתי חוקיים. אולם במקום שאין אפשרות למלא מכסות בדרך זו האם אין זה עדיף למלאן בעובדים שמעיקרה היתה שהותם חוקית והיא הפכה ללא חוקית בשל נטישת המעביד, יתר על פני הבאת עובדים זרים מחו״ל?...

ודוק: עמדת השופט עודד מודריק מבקשת אך לשפר את ההסדר הקיים, ואינה יוצאת חוצץ נגד ״הסדר הכבילה״ ש״מייצר״ מצבים דוגמת אלה.

[109] עת״מ (מנהלי י־ם) 760/02 **התאחדות הקבלנים והבונים בישראל נ׳ שר העבודה והרווחה**, תק־מח 03(2) 2662 (2003).

[110] דברים אלה של השופטות מרים נאור, מוסיה ארד ויהודית צור צוטטו בהסכמה בכמה מקרים, כגון עת״מ (מנהלי ת״א) 2254/03 **בנדינג נ׳ שר הפנים**, תק־מח 04(1) 2936 (2004).

[111] בעת״מ (מנהלי י־ם) 420/02 **Lin נ׳ שר הפנים**, תק־מח 02(1) 4930 (2002), הורה בית־המשפט למדינה לנסות לשלב עובדים כאלה בעבודה.

[112] עת״מ 1344/03, לעיל ה״ש 99; עת״מ (מנהלי י־ם) 735/03 **הו נ׳ משרד הפנים** (טרם פורסם, 14.7.2003) www.nevo.co.il/Psika_word/minhali/mm03735.doc. מקרה מעניין אירע בעת״מ (מנהלי ת״א) 1853/03 **בינג נ׳ שר הפנים**, תק־מח 03(4) 3249 (2003), שבו הורתה השופטת דרורה פלפל על שחרורו של מהגר־עבודה ממעצר ועל החלת נוהל ״שמים סגורים״ לגביו, לאחר שדחתה את עמדת משרד הפנים שביקש לגרשו בשל כך שנחשד בהתעללות בכלב (המשטרה מצאה באתר הבנייה חתיכות של בשר כלב בתוך דלי), ול״נוכח

ערלות. משרד הפנים החל לפעול בכיוון של הגמשת הנוהל,[113] וגם בפרשת **פנג צ'ין**, שבה אושר כאמור הנוהל, ריככה המדינה את עמדתה במהלך הדיון — מן הסתם בלחץ בית־המשפט — וניאותה להחיל את הנוהל, בסייגים מסוימים, גם על עובד ש״נטש״ ואשר יועד להרחקה.[114] בפסק־דין שניתן לאחרונה ביקר השופט עמירם בנימיני בחריפות את גישתו הפורמליסטית והנוקשה של משרד הפנים ביחס לנוהל, וציין כי:

> כאשר שוקלים לחובת העובד הזר את העובדה שלא הסדיר את מעמדו כחוק מיוזמתו, יש גם להביא בחשבון את הרתיעה הטבעית של העובדים הזרים מפנייה למשרד הפנים, ואת העובדה שמדובר בנוהלים שאינם מפורסמים ברשומות ואינם בהכרח בידיעתם של העובדים הזרים, וזאת לצד קשיי השפה וחוסר־האונים של העובדים הזרים בישראל.[115]

עם זאת, ראוי לציין כי לצד נטייה אוהדת זו של חלק מהשופטים קיימת גישה אחרת, רווחת יותר, המקבלת ללא סייג את עמדת המדינה שלפיה נוהל ״שמים סגורים״ נועד למעסיקים, ולא לעובדים, וכי אין לעובדים זכות קנויה להשתלב בנוהל זה.[116] ברוח זו, למשל, נפסק לאחרונה כי אין להיעתר לבקשת ניוד שנייה של מהגר־עבודה שכבר נויד

חשיבות ההגנה על בעלי חיים והאינטרס הציבורי למנוע בכל מקרה פגיעה בהם״. השופטת פלפל קבעה כי לא הוכח כלל כי העותר אכן ביצע את המעשה.

[113] ראו לעיל ה״ש 62.

[114] עת״מ **1344/03**, לעיל ה״ש 99. הסייגים שקבעה המדינה הם: (1) יימצא מעסיק שמכסתו לא התמלאה, המוכן לקבל לתעסוקה עובד שנטש מעביד חוקי; (2) המעסיק הקולט יהיה נכון להצהיר כי לא תהיה לו תביעה להשלמת מכסה אם העובד הנקלט ינטוש אותו; (3) העובד יצהיר כי הוא מודע לכך שההיתר שיינתן לו יפקע עם נטישתו (לא־כדין) את המעביד הקולט, ושלא תהיה שום אפשרות לשוב ולנייד אותו.

[115] עת״מ (מנהלי ת״א) **3139/04 פולאו נ' מדינת ישראל — משרד הפנים**, תק־מח 05(1) 8304 (2005). בפסק־דינו הורה השופט בנימיני למשרד הפנים לשקול מחדש את החלטתו לגרש את העותרת, מהגרת־עבודה מתאילנד, בשל ארבעה נימוקים, המבטאים כולם את האמפתיה שחש בית־המשפט כלפי העובדת וכן את מורת־רוחו מן המצב המשפטי הקיים:

> **ראשית**, העותרת שילמה סכום כסף גדול (20,000 ש״ח) כדי לקבל את הזכות לעבוד בעבודה סיעודית בישראל. **שנית**, קיים אדם שמעוניין ואף רוצה להעסיק את העותרת בתחום הסיעודי שלשמו הובאה לישראל, לאחר שכבר הכיר אותה, ועל־פני הדברים אין כל תכלית בהרחקת העותרת מן הארץ והבאת עובד סיעודי אחר תחתיה. **שלישית**, שהייתה של העותרת בארץ הפכה להיות בלתי־חוקית שלא לרצונה, שכן לדבריה המעסיק האחרון סירב להאריך את העסקתה אצלו. **רביעית**, העותרת היא אזרחית תאילנד, כאשר ידוע שמדינה זו נפגעה קשות באסון הצונאמי שפקד אותה לאחרונה, דבר שלא יקל על העותרת לפרנס את עצמה ואת ילדיה.

[116] ראו, למשל, עת״מ (מנהלי ת״א) **1076/04 Zheng נ' שר הפנים**, תק־מח 04(1) 1290 (2004); עת״מ (מנהלי ת״א) **2229/03 Guo Mu נ' שר הפנים**, תק־מח 04(1) 1006 (2004); עת״מ (מנהלי ת״א) **2222/03 לובאשקו נ' מדינת ישראל — משרד הפנים**, תק־מח 04(1) 995 (2004).

על-פי הנוהל.[117]

היבט מעניין נוסף בהקשר זה הוא הרטוריקה האנושית והאמפתית שחלק מהשופטים נוקטים. מובן שבלא בדיקה אמפירית מקיפה ראוי לסייג את הדברים, אך דומה כי רטוריקה זו מבטאת את התקוממותם של השופטים נגד מצבם של מהגרי-העבודה, מחד גיסא, ואת רצונם "לחנך" את הרשויות והציבור, מאידך גיסא. דוגמה יפה לכך ניתן למצוא בדבריה של השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור:

> ... העובד הזר אינו עבד, הוא גם אינו סחורה העוברת לסוחר. העובד הזר הוא אדם בעל תבונה, כבוד וזכויות וכך יש לנהוג בו...[118]

בתי-המשפט לעניינים מִנהליים נהפכו למעשה לערכאה העוסקת בעיצוב המדיניות השיפוטית השוטפת, היומיומית, כלפי מהגרי-העבודה. פסיקתם משקפת לא-פעם את המתח המתגלה בין המדיניות הממשלתית הנוקשה, שרבים מבין השופטים מזדהים עימה עקרונית, לבין האמפתיה האנושית שנוצרת אצלם כתוצאה מהתייחסות-הגומלין הבלתי-אמצעית עם מהגרי-העבודה – האנשים ה"שקופים" של דרום תל-אביב.

4. בתי-הדין לעבודה

האפיק השיפוטי המרכזי השני שמהגרי-העבודה פונים אליו הוא כמובן בית-הדין לעבודה. ערכאה זו – אשר באחרונה, כחלק מן הגל הניאו-ליברלי השוטף את ישראל, נעשה ניסיון (שכשל) לבטלה – היא, מעצם הגדרתה כמעט, ערכאה נוחה יותר לעובדים, בהיותה אמונה על אכיפתם של דיני העבודה, אשר נועדו ביסודם לצמצם את פערי המיקוח שבין עובדים לבין מעסיקים. לכן, אף שפניותיהם של מהגרי-העבודה לערכאה זו נעשות בכובעם כ"עובדים", דווקא ההבנה של בית-הדין כי "עובד" הוא מעמד שאי-אפשר להתנות עליו באופן חוזי מניעה אותו לא-אחת להתייחס אל מהגרי-העבודה באופן אנושי, כאל "בני-אדם".

בתי-הדין לעבודה מהווים זירה משפטית נוחה למהגרי-העבודה מכמה טעמים: זהו פורום שיפוטי אוהד בבסיסו;[119] עלויות ההתדיינות בו נמוכות;[120] הבולטות הציבורית הנמוכה (בעיקר של בתי-הדין האזוריים) עשויה, ברוח טיעוניה של ג'ירודון,[121] לאפשר

---

[117] עת"מ (מנהלי ת"א) 1605/05 **פרומאווה נ' שר הפנים** (טרם פורסם, 24.5.2005).

[118] עת"מ 735/03, לעיל ה"ש 112. דוגמה אחרת ניתן למצוא בדברי השופטת יהודית צור בעת"מ 398/03, לעיל ה"ש 104: "אסור בשום פנים ליצור מצב דברים בו ישמש העובד הזר בן ערובה אצל המעביד ולא יהיה לו החופש לממש את זכותו כאדם וכעובד לעבוד בתנאים מקובלים ואנושיים."

[119] השופטים כוללים גם נציגי ציבור, וביניהם נציג עובדים.

[120] האגרה בגין הגשת תביעה בבית-הדין היא בגובה 1% מהסכום הנתבע, לעומת 2.5% בבתי-המשפט האזרחיים.

[121] לעיל ה"ש 66.

פסיקה פרוגרסיבית יותר; וכמובן – אופיים הייחודי של דיני העבודה. נתונים אלה מאזנים, ולו במקצת, את הקושי המבני שאוזכר לעיל ביחס לנגישותם של בתי־המשפט לאוכלוסיות מוחלשות. אין פלא, אם כן, שבתי־הדין לעבודה היו אלה שהדגישו באופן בולט את הצורך להבטיח את זכות הגישה של מהגרי־העבודה לערכאות. פסק־הדין ה״מכונן״ בעניין זה ניתן בפרשת **קיניאנג'וי**, שבה קיבל בית־הדין את ערעורו של מהגר־עבודה נגד דרישת המעביד להפקיד ערבות להבטחת הוצאות המשפט. קבלתה של דרישה זו – שלא הייתה מוטלת במצב דומה על עובד ישראלי – הייתה עלולה לפגוע בזכות הגישה של מהגרי־העבודה לערכאות, ולהפר בכך את התחייבותה של ישראל, באמנה 97 של ארגון העבודה הבין־לאומי, לא להטיל על זכות זו הגבלות הקשורות לאזרחות. הנשיא אדלר ציין כי לנוכח המכשולים הרבים הניצבים בפני מהגרי־העבודה בבואם לממש את זכויותיהם המשפטיות:

> יש להימנע ככל הניתן מהערמת מכשול נוסף על דרכם של עובדים זרים במימוש זכויותיהם בבית הדין. במידת הצורך, אף ייטיב בית הדין אם ״יפתח דלת״ בפניהם בהגשת תביעה למימוש זכות בין בעצמם ובין באמצעי גופים ציבוריים הרואים לנכון ולטוב להיחלץ לעזרתם...[122]

אכן, ניתן לומר שמבחינת הבטחת נגישותן של הערכאות למהגרי־העבודה, חלחלה השפעתה של המדיניות שעיצב בית־הדין הארצי לעבודה לבתי־הדין האזוריים, וניכר ניסיון למנוע מצב שבו קשיים פרוצדורליים ימנעו ממהגרי־העבודה, שכבר אזרו עוז ופנו לערכאות, מלממש את זכויותיהם. לדוגמה, מהגר־עבודה שלא היה יכול, בניגוד לעובד ישראלי, להמציא אישור מלשכת הרווחה המקומית, קיבל פטור מתשלום אגרה לבית־הדין;[123] במקרה אחר אושרה תביעתם של מהגרי־עבודה שלא התייצבו למשפט

---

[122] ע״ע (ארצי) 1064/00 **קיניאנג'וי – אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע״מ**, פד״ע לה 625, 638-639 (2000). בפסק־דין אחר הוזכרה אמנת האג, האוסרת הטלת ערובה על תושב חוץ של מדינה החתומה על האמנה רק בשל היותו זר – ע״ע (ארצי) 1155/00 **ג'ונג'נו – אם.אי.סי.אס כוח אדם, הנדסה ובנייה בע״מ**, תק־אר 00(4) 27 (2000).

[123] בש״א (אזורי ת״א) 1080/01 **נ.א. נס בניה (1992) בע״מ – אנדרקה** (2001) www.nevo.co.il/Psika_word/avoda/L-AA-YN-2-156-L.doc. בית־הדין קבע גם כי ראוי להפנות בעתיד את מהגרי־העבודה ללשכה לסיוע משפטי של משרד המשפטים, המעניקה שירותים גם למי שאינו אזרח או תושב. (השוו זאת לפסק־דין מוקדם ובעייתי מאוד שנתן בית־המשפט המחוזי בירושלים, שבו נשללה זכאותו של תושב מזרח ירושלים לסיוע משפטי רק מן הטעם שהוא אינו תושב ישראל – ראו ע״ש (מחוזי י־ם) 7072/99 **אבו לבדה נ' הלשכה לסיוע משפטי מחוזות ירושלים והדרום** (לא פורסם, 1.7.1999) www.nevo.co.il/Psika_word/mechozi/d00707299n.doc. אני מודה לנעמי לבנקרון על ההפניה.) בפרשה אחרת נדחה מועד תשלום האגרה של מהגרת־עבודה, מן הטעם שדחיית הבקשה רק משום שלא הומצא אישור מאת לשכת הסעד המקומית תהיה בגדר ״יצירת אי צדק חברתי והפרת זכות חוקתית של אותו עובד לחופש הגישה לבית הדין״ –

ולמתן עדות, אלא יוצגו על-ידי מיופה-כוח;[124] ובמקרה נוסף עוכב גירושו של מהגר בלתי-מתועד בשל משקלה החוקתי של זכות הגישה לערכאות, שכן באותה עת התקיים לגביו בירור משפטי בבית-הדין.[125]

חשוב לציין גם שבית-הדין הארצי לעבודה עיצב את מדיניותו בתבונה רבה, מתוך ראיית מהגרי-העבודה כקבוצה מוחלשת בעלת מאפיינים מוגדרים, ולא רק כאוסף מקרי של יחידים. לצד הדגשת חשיבותה של זכות הגישה לערכאות, יתרונם הגדול של בתי-הדין לעבודה מבחינתם של מהגרי-העבודה הוא, כאמור, המָטְרִיה שבה הם עוסקים: משפט העבודה מבוסס על ההכרה כי כוח המיקוח של העובד ושל המעביד אינם שקולים, וכי יש להתערב באופן פעיל לשם יצירת איזון בין שני הצדדים. חולשתם האינהרנטית של מהגרי-העבודה – זרותם, ארעיותם, עוניים – מבליטה את חשיבות התפקיד שיש לבית-הדין לעבודה בהגנה עליהם.[126]

ראו בש״א (אזורי חי') 612/03 **איברטה – וייסברג** (טרם פורסם, 1.4.2003) www.nevo.co.il/Psika_word/avoda/aa03612.doc. מימוש זכות הגישה של מהגרי-העבודה לערכאות זכה בעידוד נוסף בפסק-דין שבו הוחזרה לתובעים מחצית מאגרת בית-המשפט ששילמו, וזאת אף-על-פי שהושג הסכם פשרה וכבר נשמעה עדות מוקדמת – ראו בש״א (אזורי ב״ש) 3193/02 **נשרי – היועץ המשפטי לממשלה**, תק-עב 03(1) 408 (2003).

124 ע״ע (ארצי) 1127/00 **אורסאץ' – דניה סיבוס**, פד״ע לז 305 (2002). למעשה, פסק-דין זה פותח לפני מהגרי-עבודה אפשרות לתבוע את מעסיקיהם ב״שלט-רחוק״, באמצעות מיופי-כוח, גם לאחר שגורשו בחזרה לארצות-המוצא שלהם.

125 בש״א (י-ם) 15291/03 **ולריו – ארנסון בע״מ** (טרם פורסם, 19.2.2003) www.nevo.co.il/Psika_word/minhali/mm03735.doc. ברם, החלטה זו בוטלה על-ידי בית-הדין הארצי לעבודה, בפסק-דין שהיה ״אקדמי״ במידה רבה, שכן העובד גורש למרות החלטתו של בית-הדין לעכב את הגירוש! בית-הדין הארצי קבע כי החלטת הרשות המוסמכת בדבר הוצאת צו גירוש לשוהה בלתי-חוקי אינה פעולה הנעשית על-ידי המדינה במסגרת יחסי עובד-מעביד, ומכאן שהעניין מצוי בסמכותו הייחודית של בית-המשפט לענייני מִנהליים. בית-הדין הדגיש כי אין זכויותיו הדיוניות והמהותיות של אותו עובד מקופחות, וכי הן נשמרות במסגרת הדין, ולכן לפני ביצוע צו הגירוש תינתן לו, ככל האפשר, אפשרות למיצוי זכויותיו בבית-הדין לעבודה, בין היתר באמצעות החשת הדיון וגביית עדות מוקדמת תוך ארבעים ושמונה שעות מהגשת התביעה. במקרים ״יוצאים מן הכלל״ ישקול בית-הדין הוצאת צו ארעי שלא יעלה על ארבעים ושמונה שעות, שבמהלכן תישמע כאמור עדותו המוקדמת של מהגר-העבודה, ותינתן לו אפשרות לפנות לממונה על ביקורת הגבולות בבקשה לדחיית גירושו בהתאם לסעיף 13(ד) לחוק הכניסה לישראל – ראו עא״ח (ארצי) 6/03 **מדינת ישראל – ולריו**, תק-אר 04(1) 64 (2004).

126 לעניין זה יפים דבריו של בית-הדין הארצי לעבודה בפרשת **אורסאץ'** (ע״ע 1127/00, לעיל ה״ש 124):

> מבין אוכלוסיית העובדים הנזקקת לבתי-הדין לעבודה, העובדים הזרים הם החלשים ביותר. הם זרים, הם אינם שולטים בשפה, הם נמצאים בארץ בחסדי המעסיק ורשויות השלטון ואורחות החיים כאן אינן נהירות להם. המציאות היום היא שבית-הדין לעבודה

אכן, בתי־הדין לעבודה הרימו לא־אחת את הכפפה שנזרקה אליהם. אחד התחומים הבולטים בהקשר זה הוא תחום *הביטחון הסוציאלי*. במקרה אחד נקבע כי זכויות מכוח הסכם קיבוצי בענף בתי־המלון, המוקנות ל"כל עובד", חלות גם על מהגרי־עבודה. בית־הדין לא התייחס כלל בפסק־דינו לשאלת מעמדו ה"חוקי" של התובע (שהיה באותו מקרה מהודו, ועל־כן ייתכן שהיה בלתי־מתועד), וזו דוגמה יפה להפנמת המעמד הייחודי של "עובד", מתוך תפיסה מוסרית (הציווי המקראי בדבר היחס לגר) ומשפטית (מחויבותה של ישראל לאמנה של ארגון העבודה הבין־לאומי שעליה חתמה בשנת 1954) כאחת.[127] במקרה אחר נקבע שגם מהגרי־עבודה בלתי־מתועדים זכאים ליהנות מזכויות לפי חוקי־המגן. גם כאן, ההנמקה שנתן בית־הדין מעניינת משום שהיא מבליטה את העובדה כי "אי־חוקיותו" של עובד אינה יכולה לבטל את העבודה שעשה, וכי הוא זכאי בגינה למלוא השכר והזכויות.[128] בפסק־דין בולט אחר נפסקו פיצויים בסך כשלוש מאות אלף ש"ח למהגר־עבודה מניגריה שהועסק מדי יום אחת־עשרה שעות לפחות, שלוש מאות שישים וחמישה יום בשנה במשך שלוש שנים וחצי, תמורת חמשת אלפים ש"ח לחודש.[129] לבסוף, לאחרונה בוטלה למפרע תניה בהסכם הקיבוצי בענף המלונאות בדבר חובת הרישום של מהגרי־עבודה כתושבי אילת כתנאי לזכאותם ל"תוספות אילת". נקבע כי מדובר בתניה מפלה הנוגדת את תקנת הציבור, בין היתר משום שהיא מנוגדת לאמנה של ארגון העבודה הבין־לאומי שעליה חתמה מדינת־ישראל. בית־הדין גם ביקר בחריפות רבה את ההסתדרות, אשר נתנה ידה לאפליה בין עובדים ישראלים לבין מהגרי־עבודה.[130] מעניין לציין שכל פסקי־הדין הללו ניתנו על־ידי בית־הדין האזורי לעבודה בבאר־שבע.

בפרשת **קסיו בין**[131] הדגיש בית־הדין הארצי לעבודה גם את חשיבותה של זכות ההתאגדות, אלא שאופן מימושה של זכות זו בהקשר של מהגרי־העבודה בישראל ממחיש בזעיר־אנפין את הפער הגדול שבין "Law in the Books" לבין "Law in Action". באופן מבני, יכולת ההתארגנות הקיבוצית של מהגרי־העבודה בישראל היא נמוכה מאוד, הן בשל האופי הייחודי של העסקתם – העסקה באמצעות חוזים אישיים,

---

הוא המוסד היחיד אליו יכולים העובדים הזרים לפנות ולשטוח טענותיהם בקשר לשכרם ותנאי עבודתם...

ראו גם עב (ארצי) 110015/99 **צ'אנג – אליהו פבר חברה לבנין והנדסה אזרחית בע"מ** (טרם פורסם, 1.3.2001) www.nevo.co.il/Psika_word/avoda/aa99110015-31.doc.

127 עב (אזורי ב"ש) 2595/01 **קומר – ג. ויסטה מלונות ותיירות בע"מ**, תק־עב 05(4) 2170 (2005).

128 ד"מ (אזורי ב"ש) 1040/01 **טומסנג'ה – מלון אמבסדור בע"מ**, עבודה אזורי כרך יב 183 (2002).

129 עב (אזורי ב"ש) 1347/03 **אצובה – "סנסרה" ניהול מועדוני בריאות**, תק־עב 05(1) 3314 (2005).

130 עב (אזורי ב"ש) 6042/04 **מונטילו – ישרוטל בע"מ**, תק־עב 05(2) 4273 (2005).

131 ע"ע (ארצי) 1218/02 **קסיו בין – חברת א. דורי בע"מ**, פד"ע לח 650 (2003).

כוח מיקוח חלש, פיזור גיאוגרפי, חשש מתמיד מפני גירוש ואי-הכרת השפה; והן משיקולים של פוליטיקה ויחסי חוץ – מעורבותם של גורמים ממשלתיים בחלק מהמדינות ש"מייצאות" את הגירת-העבודה יוצרת לא-אחת אינטרס משותף להם ולמעסיקים בישראל "למנוע צרות" מצד מהגרי-העבודה. פרשה זו, שבה הפעילו גורמים ממשלתיים מסין לחץ כבד – שהיה כרוך באיומים במאסר – על עובדים סינים שפתחו בשביתה במחאה על אי-תשלום שכרם ועל תנאי עבודתם הירודים אצל הקבלן א' דורי, היא דוגמה לקוצר-ידו של המשפט הישראלי במצב כזה. למרות דבריו הנחרצים של בית-הדין נגד הפרקטיקות הממשלתיות הסיניות,[132] אפשר להניח שרוב העובדים – אשר שילמו הון עתק תמורת הזכות לעבוד בישראל, תוך הותרת משפחתם מאחור, ואשר מורגלים בחיים תחת משטר הפוגע בזכויות בסיסיות – "התיישרו" לפי הדרישות הממשלתיות ויתרו על זכותם (הפורמלית) להתארגן.

פן כללי אחר של ההגנה הפוטנציאלית שבית-הדין יכול לספק למהגרי-העבודה בא לידי ביטוי בפסק-דין חשוב של בית-הדין הארצי לעבודה,[133] שאישר לאחרונה, ברוב דעות, את פסק-דינו של בית-הדין האזורי,[134] וקבע כי יש לבית-הדין לעבודה סמכות

---

[132] וכך כתב הנשיא סטיב אדלר, שם:

> מעמדה החוקתי של חירות השביתה נובע מחופש ההתאגדות, שאף הוא זכות יסוד במשפט הישראלי – זכות יסוד בעלת מעמד חוקתי שווה לזכויות חוקתיות אחרות, דוגמת זכות הקניין... בסין העממית אין פני הדברים כך וזהו, ככל הנראה, ההסבר למכתב האמור שנשלח לעובדים הסינים השובתים. נדגיש, כי האמור במכתב, ככל שהוא משקף את הנהוג בסין, אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל ואינו מתיישב עמן. אין להשלים עם הלחצים הקשים שהופעלו על העובדים השובתים, אף לא לגלות 'הבנה' להליך מחשבה ממין זה במקומותינו...

ראו לעניין זה גם את הדוח של "קו לעובד" – **עובדים סיניים בישראל 1995-2000** (דף מידע ספטמבר **2001**), www.kavlaoved.org.il/katava_main_heb.asp?news_id=56&sivug_id=9.

דוגמה אחרת לרטוריקה נחרצת של בית-הדין, שיישומה נתקל אף הוא בקשיים, ניתנה בע"ע (ארצי) 1459/02 **בוצ'ימן – בסט ייזום ובניה בע"מ**, פד"ע לח 824 (2003), מפי השופטת נילי ארד:

> ראש לכל, יש לעקור מן השורש התייחסות אל העובדים הזרים הנוטשים את מקום עבודתם – כ'ברחנים'. דרך התבטאות זו המעלה על הדעת תקופות אפלות בבחינת 'אוהל הדוד תום', דינה להיעקר ולא תישמע עוד במקומותינו...

[133] ע"ע 23/03 **משרד הפנים – הו יונג זן**, תק-אר 05(2) 252 (2005). מעניין שבית-הדין דן בשאלה אף-על-פי שהיא נהפכה לתיאורטית, לנוכח היעלמותם של מהגרי-העבודה הסינים, ונענה לבקשה – הנדירה – של המדינה כי ייכתב פסק-דין עקרוני בסוגיה, שכן הדבר עשוי למנוע התדיינויות עתידיות. השוו לעמדת בית-המשפט העליון, לעיל ה"ש 74.

[134] בש"א (אזורי ת"א) 2332/02 **מדינת ישראל – משרד הפנים – הו יונג זן** (טרם פורסם, **11.11.2002**) www.nevo.co.il/Psika_word/avoda/aa022332a.doc. בית-הדין הארצי לעבודה לא התייחס כלל לקביעה המעניינת של בית-הדין האזורי שלפיה חוזה העבודה של המהגר אינו דו-צדדי, רק מול המעסיק, אלא מדובר ב"משולש" יחסים שגם שירות

לדון בתביעה נזיקית של תשעה מהגרי־עבודה סינים נגד שירות התעסוקה על כך שהשירות הפר את חובת הפיקוח שלו על המעסיקים. בכך נדחתה עמדת המדינה שלפיה אין זו חובתה להבטיח את מימוש חובות המעביד כלפי מהגר־העבודה, וכי מכל־מקום מדובר בפעולה שלטונית שאינה מצויה בסמכות השיפוט של בית־הדין לעבודה. כדאי להמתין ולראות אם לפסק־דין זה יהיו השלכות מעשיות באשר לגישה המדינתית הרווחת, המתנערת מן הטיפול במהגרי־העבודה ומעבירה אותו לידי המעסיקים.

תחום נוסף שהיה לבתי־הדין חלק מכריע בעיצובו הוא סוגיית תחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה על מטפלים סיעודיים המתגוררים בבתי מעסיקיהם. בפרשת **טודוראנג'אן**[135] פסק בית־הדין הארצי לעבודה, בדעת רוב, כי בשל קשיי ההוכחה והרישום של שעות העבודה במצבים מעין אלה, אין להחיל עליהם את חוק שעות עבודה ומנוחה, וכי יש לחשב את שכרם של מהגרי־העבודה באופן גלובלי, בשיעור של 30% מעל לשכר־המינימום. יצוין, עם זאת, כי עמדתה זו של סגנית הנשיא השופטת אלישבע ברק, שכתבה את דעת הרוב, נתמכה (ללא הנמקה) על־ידי שני נציגי הציבור בבית־הדין, ונדחתה על־ידי שני השופטים האחרים — הנשיא סטיב אדלר והשופט שמואל צור. בפסיקה מאוחרת יותר התקבל המבחן שהציע השופט צור, שלפיו אם יוכיח העובד את "מתכונת העבודה בכללותה", יהיה בכך כדי להוכיח את זכאותו לתשלום בגין שעות נוספות.[136] בפרשה זו גם דחה בית־הדין הארצי בתוקף את עמדתו של בית־הדין האזורי שלפיה קיימת תופעה המונית של מעבידים הננטשים על־ידי מטפליהם הזרים, אשר תרים אחר חוזי עבודה משופרים, ובכך הופכים את המעבידים בענף הסיעוד לצד החלש במערכת היחסים.[137]

היבט מעניין שהתעורר פעמים אחדות הוא היחס בין מהגרי־העבודה לבין הפלסטינים העובדים בישראל.[138] זאת, בהקשר של חיובו של תובע שאינו תושב ישראל

התעסוקה — ידה הארוכה של המדינה — הוא צד לו, ועל־כן מוטלת עליו החובה לפקח על מימוש התחייבויותיו של המעסיק כלפי מהגר־העבודה.

135 ע"ע (ארצי) 1113/02 **טודוראנג'אן — מעיין**, פד"ע לט 409 (2004).

136 ע"ע (ארצי) 1511/02 **לאחאטו — עזבון המנוחה ויקטוריה בן־בנימין ז"ל**, תק־אר 05(1) 233 (2005).

137 עב (אזורי חי') 4118/01 **לאחאטו — בן־בנימין** (טרם פורסם, 11.11.2002) www.nevo.co. il/ Psika_word/avoda/aa014118.doc.

138 מאמרי אינו עוסק בסוגיה המרתקת של יחסה של מערכת המשפט בישראל למהגרי־העבודה הפלסטינים. זאת, הן בשל היריעה המוגבלת העומדת לרשותי במאמר זה, והן בשל רצוני להתמקד דווקא בתופעה החדשה של מהגרי־העבודה שהחליפו, החל בשנות התשעים, את העובדים הפלסטינים בשוק העבודה השניוני. מהגרים אלה מציבים את הרשויות מול אתגר חדש, לנוכח ההיבטים השונים של מגורי־הקבע הכרוכים בהימצאותם בישראל, להבדיל מהיוממות שאפיינה את דפוס העבודה של הפלסטינים בישראל. מכל־מקום, ברור שעל רקע הסכסוך הישראלי־פלסטיני המתמשך, ולנוכח היחסים הטעונים בין

להפקיד ערובה לכיסוי הוצאות הנתבע. בעבר נקבע כי אין לחייב תושבי שטחים להפקיד ערובה רק בשל היותם תושבי שטחים.[139] הלכה זו השתנתה בפרשת **אל-הדיה**,[140] שבה נקבע כי לנוכח הסכמי אוסלו ניתן לאמץ ביחס לתובעים תושבי הרשות הפלסטינית אמת-מידה זהה לזו של תובע המתגורר בחוץ-לארץ ואשר אין בידיו להצביע על נכסים הנמצאים בארץ שמהם יוכל הנתבע להיפרע, אם כי תוך התחשבות ב״מיוחד שבמשפט העבודה״. בעקבות הלכה זו ניתנו כמה החלטות שחייבו תובע בהפקדת ערובה מן הטעם היחיד של היותו תושב השטחים. עם זאת, בשנים האחרונות קיימת נטייה לבחון החלטה זו מחדש, על-מנת לא להגביל את זכות הגישה לערכאות, שחשיבותה התחדדה עם הופעת מהגרי-העבודה בשעריהם של בתי-הדין.[141] ה״חיבור״ בין העובדים הפלסטינים לבין מהגרי-העבודה נעשה באמרת-אגב של בית-הדין הארצי לעבודה בפרשת **קיניאנגי'וי**,[142] שצמצמה עוד יותר את תחולתה של הלכת **אל-הדיה**, ואשר עוררה את השאלה אם יש בכלל מקום להבחין בין מהגר-עבודה לבין עובד שהוא תושב הרשות הפלסטינית.[143] עם זאת, לפחות במקרה אחד עמד בית-משפט השלום על ההבדל בין שתי הקבוצות – העדרה של סכנה בטחונית מצד מהגרי-העבודה, להבדיל מתושבי הרשות הפלסטינית – ואף ביקר את הניסיון לייחס סיכון בטחוני למהגרת-עבודה שסייעה בכניסתם לישראל של עובדים פיליפינים ללא היתר.[144]

שתי האוכלוסיות, ניתן לצפות ליחס מורכב לפחות מצידם של בתי-המשפט. לדיון מעמיק בנושא ראו את ספרן של קמפ ורייכמן, לעיל ה״ש 6.

[139] דב״ע (ארצי) לג/31-3 **סבאח – פרץ בן גיאת בע״מ**, פד״ע ד 309, 310 (1973). בית-הדין ציין כי ״אין זו דרכו של בית הדין לעבודה לחייב תובע במתן ערובה ועל-ידי כך להכביד על מימוש זכויותיו״.

[140] דב״ע (ארצי) נה/218-3 **אל הדיה – שרפן דוד בע״מ**, פד״ע כט(2) 37 (1996).

[141] ראו, למשל, דב״ע (ארצי) 9-390/97 **סטרפלאסט תעשיות (1967) בע״מ – נזאל** (לא פורסם, 20.4.1998); בש״א (אזורי ב״ש) 1116/00 **כהן – אסמא** (לא פורסם, 14.8.2000). עמדה זו אומצה גם בבתי-המשפט האזרחיים – בר״ע (מחוזי י-ם) 1052/99 **טמיזי נ' מדינת ישראל**, תק-מח 99(2) 3664 (1999).

[142] בית-הדין הארצי לעבודה ציין כי:

> המדיניות הנוהגת לגבי עובדים הבאים מן הרשות הפלסטינית יפה ונכונה גם לגבי העובדים הזרים. לשון אחר, עובד יחויב בהפקדת ערובה באותם מקרים בהם הושתו על העובד הזר בעבר הוצאות משפט או חיובים אחרים אותם לא פרע, או שעל פניו הוכיח המעסיק כי יגרם לו נזק של ממש כתוצאה מהגשת התובענה, או שתובענתו מופרכת על פניה. (ע״ע 1064/00, לעיל ה״ש 122, בפסקה 15).

[143] ראו בש״א (אזורי י-ם) 2338/02 **מסגרית תומר אבישי – עבד רבו** (טרם פורסם, 10.11.2002) www.nevo.co.il/Psika_word/avoda/aa022338.doc; בש״א (אזורי י-ם) 1460/02 **קרוואני – רשאידה** (טרם פורסם, 10.7.2002) www.nevo.co.il/Psika_word/avoda/aa021460.doc.

[144] ב״ש (שלום ת״א) 1067/03 **מדינת ישראל נ' בנין** (טרם פורסם, 6.3.2003) www.nevo.co.il/Psika_word/shalom/s031067.doc. לאחרונה נפסק כי אין לגזור גזֵרה שווה, בהקשר של מדיניות ענישה, בין כל השוהים הבלתי-חוקיים, שכן תושבי חוץ שאינם

5. בתי־הדין למשמורת

תיקון משנת 2001 לחוק הכניסה לישראל הקים את בתי־הדין למשמורת, המהווים מנגנון בקרה מִנהלי שנועד לפקח על צווי המשמורת שהממונה על ביקורת הגבולות במשרד הפנים מוציא נגד מהגרי־עבודה לפני גירושם מהארץ. החוק מהווה דין מיוחד, lex specialis, אשר הוציא במפורש[145] את סוגיית מעצרם של "שוהים בלתי־חוקיים" מגדר תחולתם של דיני המעצרים הכלליים, שמצויים כידוע בסמכותם של בתי־המשפט, ואשר נועדו להבטיח הגנה מְרבּית על חירות הפרט. לפיכך, מבחינת הדין הפנימי, אין בתהליך הגירוש תחולה לאמנות הבין־לאומיות העוסקות בזכויותיהם של עצירים ואסירים *פליליים*, והוא כפוף לכללי המשפט המִנהלי החלים על הרשויות. מצב־דברים זה פוגע כמובן בזכויותיהם של מהגרי־העבודה, אשר בניגוד לעצורים אחרים – אפילו אלה המואשמים בפשעים החמורים ביותר – אינם זכאים שמעצרם ייבחן על־ידי שופט מקצועי. בתי־הדין למשמורת מופעלים כיום על־ידי חמישה עורכי־דין בלבד, עובדי משרד המשפטים,[146] והדבר יוצר עומס בלתי־נסבל.[147]

ודוק: בית־הדין למשמורת אינו מוסמך לבטל צווי גירוש – סמכות הנתונה רק לבתי־המשפט לעניינים מִנהליים – אלא רק לאשרם, לשנותם או להורות על שחרור עצורים בערבות. מצב־דברים זה משחק לא־אחת לידיה של מִנהלת ההגירה, אשר מעוניינת בזירוז הגירוש, ולא־פעם היא פועלת לעקיפת השימוע שהעובד המגורש זכאי לו.[148] דומה, אפוא, כי להבדיל ממקרים אחרים, הבּולטוּת הנמוכה של פעילות

מהשטחים אינם נחשבים לסיכון בטחוני – ראו ת"פ (שלום ב"ש) 1046/05 **מדינת ישראל נ' Yucel**, תק־של 05(1) 4947 (2005).

145 סעיף 13ט לחוק הכניסה לישראל, לעיל ה"ש 86.

146 עד לאחרונה היו בתי־הדין למשמורת מצויים באחריותו של משרד הפנים, אשר גם מימן אותם. ארגוני זכויות האדם מתחו ביקורת על כך, וטענו כי הדבר פוגע בעצמאותם של בתי־הדין, שאמורים לפקח על ביצוע צווי הגירוש של מִנהלת ההגירה. ראו רותי סיני "החצר האחורית של מערכת המשפט" **הארץ** – **חלק מאמרים** 18.1.2004. הלחץ הציבורי הועיל, וביוני 2004 עברו בתי־הדין לאחריותו של משרד המשפטים, שם הם פועלים כתת־יחידה המשויכת מבחינה ארגונית ליועץ המשפטי של המשרד.

147 מבקר המדינה קבע כי:

> היה ראוי שעם הקמת מינהלת ההגירה יבחנו אגף התקציבים במשרד האוצר, משרד הפנים ומינהלת ההגירה את התקנים והמשאבים הדרושים לבית הדין כדי לפעול כראוי, אך בפועל הם לא עשו זאת והתקנים והמשאבים הדרושים לא הוקצו. בשל כך, פעל בית הדין כשנתיים בתנאים שגרמו לזילות בית הדין והקשו עליו לתפקד, ביניהם דיונים שהתקיימו בכלי רכב במגרש חניה. רק בעקבות פנייה לבג"ץ והתערבות היועץ המשפטי לממשלה החלה המדינה בתיקנון להתנהלותו של בית הדין ובתקצובו בהתאם.
>
> דו"ח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 57, בעמ' 374.

148 הדוח המשותף, לעיל ה"ש 53.

בית-הדין, לרבות העובדה שהחלטותיו אינן זוכות בפרסום מסודר,[149] פועלת במקרה זה לרעתם של מהגרי-העבודה.

6. מגמות הפסיקה בישראל

דומה כי מהגרי-העבודה נתפסים במידה רבה כאורחים לא-קרואים בישראל. בעצם, מוטב לדייק: נוכחותם כ"עובדים" משרתת אינטרסים כלכליים ופוליטיים מסוימים, ועל-כן אין להניח שהיא תיפסק בזמן הקרוב, אולם היהפכותם הפוטנציאלית ל"מהגרי-עבודה" – להבדיל מ"עובדים זרים" – חותרת תחת משטר ההגירה הישראלי הקיים, שחסר את "התשתית האידיאולוגית"[150] לשילובם האזרחי בחברה. מונדלק מתאר זאת כמצב "אנדרוגני", המתבטא במתח המתמיד שבין תפיסת מהגרי-העבודה כ-outsiders (הבאה לידי ביטוי בהסדרים מוסדיים מדירים המעצבים את מעמדם הזמני) לבין תכלית כניסתם לישראל (*איוש כוזב* של ענפי כלכלה שונים), אשר ממחישה את הרצון להפוך את הזמני לקבוע, ומהווה ביטוי מסוים לראייתם כ-insiders. מצב זה יוצר "גירעון דמוקרטי" בעייתי, המתבטא בדחיקת מהגרי-העבודה מהשתתפות דמוקרטית במכלול הספֵרות החברתיות.[151]

מכל-מקום, הטענה כי "ישראל אינה מדינת הגירה" מתחילה לאבד מתוקפה ברמה הסוציולוגית, במובן זה שהיא מתעלמת מפרק-זמן של יותר מעשור של הגירת-עבודה מסיבית; מן העובדה שישראל – כאחת ממדינות "הצפון" המפותחות – מהווה בעידן הקפיטליזם הגלובלי של ימינו יעד הגירה אטרקטיבי למהגרים ממדינות "הדרום"; ומכך שכל זמן שיתקיים בה ביקוש – שייתפס כלגיטימי[152] – לשוק עבודה שניוני, וכל עוד בשוק העבודה עצמו ישלטו תפיסות הדוגלות בהגמשה ובהוזלה של עלות העבודה, יהיה גם מי שידאג לשמר את היצע העבודה הזולה.[153]

פסיקת בתי-המשפט בישראל ביחס למהגרי-העבודה אינה עקבית. לצד פסקי-דין חשובים ולצד רטוריקה אמפתית למצוקתם, במקרים לא-מעטים בתי-המשפט מאמצים את עמדת הרשויות באופן לא ביקורתי דיו, בעיקר ביחס לגירושם של מהגרי-עבודה בלתי-מתועדים. אומנם, המגע הבלתי-אמצעי של השופטים עם מהגרי-העבודה אשר מופיעים לפניהם ונחשפים במלוא חולשתם – קשיי שפה, העדר ייצוג, העסקה בתנאי

---

[149] המצב השתפר קמעה מאז הועברו בתי-הדין לאחריותו של משרד המשפטים. על-פי אתר המשרד (www.justice.gov.il/MOJHeb/Mishmoret/), עד כה ניתנו על-ידי בתי-הדין כארבעים אלף החלטות, ובאתר מובאות החלטותיהם של בתי-הדין החל בשנת **2002**. עם זאת, ההחלטות באתר מעודכנות רק עד לחודש מאי **2005** (נבדק לאחרונה ב-**8.9.2006**). על-פי האמור באתר, בעתיד יעודכנו ההחלטות באתר באופן רציף ובסמוך לנתינתן.

[150] קמפ ורייכמן, **לעיל ה"ש 26, בעמ' 3.**

[151] מונדלק, **לעיל ה"ש 5, בעמ' 432-439.**

[152] ברוח עמדת בית-המשפט העליון בפרשת **אקסלרד**, **לעיל ה"ש 78.**

[153] כזכור, הפוליטיקה המאפיינת את שאלת הגירת-העבודה היא לרוב קליינטליסטית – ראו Guiraudon, **לעיל ה"ש 66, בעמ' 288-289.**

ניצול וכדומה – מעורר אצל שופטים רבים אהדה כלפיהם, במיוחד בערכאות הנמוכות יותר. אולם מן הראוי שבתי־המשפט, על ערכאותיהם השונות, לא יסתפקו באמפתיה, אלא ימשיכו בהחדרתו של שיח זכויות ביחס למהגרי־העבודה בישראל, ויהוו ראש־חץ שיוביל את שינוי הגישה המוסדית כלפיהם. גם בהקשר זה, פסק־הדין הנחרץ והתקיף בפרשת **קו לעובד**[154] עשוי להתגלות כנקודת מפנה חשובה.

ה. ישראל וצרפת – מבט השוואתי

1. אומה "אזרחית" ואומה "אתנית"

ראוי לבחון את יחסם של בתי־המשפט בישראל להגירת־העבודה במשקפיים השוואתיים. ההשוואה במאמר זה מתמקדת בצרפת. השוואה כזו יכולה להתגלות כפורייה במיוחד, דווקא לנוכח העובדה שצרפת וישראל מייצגות טיפוסים אידיאליים – במובן הוובריאני – של שתי תפיסות קלסיות שונות במובהק של לאומיות ואזרחות:[155] מחד גיסא, "מדינת כל אזרחיה" אוניוורסלית, שמשטר האזרחות שלה נשען על "דין האדמה" ואשר רואה את האומה כ"קהילת אזרחים" שניתן להצטרף אליה (צרפת);[156]

---

[154] פרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש 56.

[155] בכך אני צועד בדרך שהתווה הסוציולוג האמריקאי רוג'רס ברובייקר, אשר במחקר פורץ־דרך הנגיד בין משטרי האזרחות של צרפת ושל גרמניה כ"טיפוסים אידיאליים": ROGERS BRUBAKER, CITIZENSHIP AND NATIONHOOD IN FRANCE AND GERMANY (1992). בהקשר זה היה כבר מי שעמד על קווי הדמיון המרובים בין משטרי האזרחות של ישראל ושל גרמניה: CHALLENGING ETHNIC CITIZENSHIP – GERMAN AND ISRAELI PERSPECTIVES ON IMMIGRATION, לעיל ה"ש 26.

[156] לשם השלמת התמונה ראוי לציין כי למרות ההגמוניה של שיח האזרחות ה"מרחיב" בצרפת, תפיסות אתנוצנטריות יותר של לאומיות – שאוהדות בבסיסן את תפיסת הלאומיות כ"קהילת־מוצא" המבוססת על "דין הדם" – מעולם לא נעלמו מן הדיון הציבורי בצרפת. ההתפרצויות האנטישמיות סביב פרשת דרייפוס היו ביטוי בולט לכך, אך ה"סטייה" המרכזית מן המודל האסימילטורי של האזרחות התרחשה, כמובן, בשנות האפֵלה של משטר וישי. בראשית שנות השמונים, עם כניסתה לזירה הפוליטית של מפלגת "החזית הלאומית" בראשות מנהיגה ז'ן מרי לה־פן, שבה ועלתה הקריאה לביטול "דין האדמה", ועלתה הטענה כי "כדי להיות צרפתי – יש להיות ראוי לכך" (Être Français – Cela se Mérite). מעניין, עם זאת, שהביקורת המרכזית של לה־פן – טענתו כי האוכלוסייה הצרפתית־המוסלמית אינה ניתנת להטמעה לתוך ה"צרפתיות" המערבית – יצאה בדרך־כלל מתוך הנחות־המוצא של שיח האזרחות ה"לגיטימי", הרואה את הצרפתיות כעניין "נרכש". מכל־מקום, אין ספק שהופעת לה־פן גרמה להקצנת עמדות ולתזוזה ימינה של המערכת הפוליטית. הביטוי הבולט לכך היה "פרשיות הרעלה" השונות – תחילה בסוף שנות השמונים, ולאחרונה עם חקיקת החוק האוסר נשיאת רעלות בבתי־ספר ציבוריים. זה גם אחד ההקשרים שדרכם ראוי לבחון את המהומות שאירעו לאחרונה בפרוורי פריז. לדיון בהיבטים אלה של המודל הצרפתי ראו BRUBAKER, לעיל ה"ש 155, בעמ' 112-113; MIRIAM FELDBLUM, RECONSTRUCTING CITIZENSHIP: THE POLITICS

ומאידך גיסא, מדינת הגירה אתנית ופרטיקולרית שנשענת על "דין הדם" ואשר רואה את האומה כ"קהילת-מוצא" שנולדים לתוכה (ישראל).[157]

שתי תפיסות אלה זכו במשך השנים בחלוקות אנליטיות מרובות המתאפיינות בהנגדה בינרית ביניהן: רצונית/אורגנית, אסימילטורית/דיפרנציאלית, סובייקטיבית/אובייקטיבית, ליברלית/לא-ליברלית, ואפילו מערבית/מזרחית. עם זאת, ההבחנה המקובלת ביותר כיום היא ההבחנה בין אומה "אזרחית" לבין אומה "אתנית". נוסחה שהציע ברוביקר (Brubaker) עשויה לסבר את האוזן: המודל ה"אזרחי" מבקש להפוך את כל אזרחי אוטופיה לדוברי אוטופית, בעוד המודל ה"אתני" מבקש להפוך את כל דוברי האוטופית לאזרחי אוטופיה.[158]

תופעת *ההגירה* – כניסתם של "זרים", לא-אזרחים, לתוך הקהילה הפוליטית – מאתגרת ביסודה את תפיסות האזרחות. היא מאתגרת במיוחד את האומה ה"אתנית", המבקשת להכליל בתוכה – תוך שמירה על קשר עם ארץ-המוצא האתנית – רק את בני "קהילת-המוצא", קרי, את בני הקהילה האתנית-התרבותית שההשתייכות אליה "מולדת" בהיותה מבוססת על קשר-דם ועל מאפיינים הנתפסים כ"אורגניים": שפה, גזע, דת, היסטוריה, תרבות ופולקלור. כנגד זה, אפשרות ההצטרפות אל האומה – ההתאזרחות – פשוטה יותר באומה "אזרחית", שהחברות בה נתפסת כ"נרכשת", כתוצר של התאגדות וולונטרית.[159] גם על-פי תפיסה זו, ההגירה היא סוג של "רעש",

---

OF NATIONALITY REFORM AND IMMIGRATION IN CONTEMPORARY FRANCE (1999) (להלן: פלדבלום); PATRICK WEIL, LA FRANCE ET SES ETRANGERS 97–134 (1991) (להלן: וייל I); PATRICK WEIL, QU'EST-CE QU'UN FRANCAIS? HISTOIRE DE LA NATIONALITE FRANCAISE DEPUIS LA REVOLUTION 54–75 (2002) (להלן: וייל II).

[157] ברור ש"טיפוסים אידיאליים" כשמם כן הם, ואין בנמצא משטרים שמאמצים באופן בלעדי את אחד המודלים הללו. בפועל, משטר האזרחות בכל מדינה מבוסס על מינונים שונים באשר לאופני רכישתה. נכון יותר לדבר בהקשר זה על מודלים מעורבים, בעלי קִרבה כזו או אחרת לאחד מן "הטיפוסים האידיאליים". לביקורת על ההבחנה בין שני הסוגים הללו של משטרי האזרחות ראו: Ayelet Shachar, *Children of a Lesser State: Sustaining Global Inequality through Citizenship Laws*, *in* JEAN MONNET WORKING PAPER No. 2/03, www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030201.html. בהקשר זה ראוי להזכיר גם את הצעתה של גרינפלד, שהבחינה בין "לאומיות אינדיווידואליסטית", הרואה את האומה כקולקטיב שנוצר כתוצאה מהתאגדות של יחידים, לבין "לאומיות קולקטיביסטית", שבה האומה נתפסת כ"אינדיווידואל קולקטיבי". הבחנה זו אפשרה לה להבחין בין שלושה סוגי לאומיות: (1) **אינדיווידואליסטית-אזרחית** – מזוהה באופן היסטורי עם העולם האנגלו-אמריקאי; (2) **קולקטיביסטית-אזרחית** – מזוהה באופן מובהק עם צרפת; (3) **קולקטיביסטית-אתנית** – מזוהה באופן היסטורי עם רוסיה, אך מיוצגת באופן המיטבי על-ידי המודל הגרמני (וקרוב לוודאי גם הישראלי). לדיון כללי ראו: LIAH GREENFELD, NATIONALISM – FIVE ROADS TO MODERNITY (1992).

[158] BRUBAKER, לעיל ה"ש 155, בעמ' 8.

[159] מעמד המהגר – על הזכויות הנלוות אליו – נתפס כמעין "תחנת-ביניים" בדרך אל היעד הסופי המוגדר של אזרחות, הנתפסת כחופפת את ההשתייכות הלאומית. שנפר דיברה

אלא שהוא עתיד להתקהות ולהתפוגג עם הזמן בעקבות ההשתלבות אל תוך ההומוגניות התרבותית.[160] קל לראות זאת אם בוחנים את הביטוי "Naturalization": הכנסת מימד "טבעי" לתוך הגדרה פוליטית ביסודה מבהירה את הקשר ההדוק שבין גבולות פוליטיים ותרבותיים, ואת הפיכת האזרחות – ועימה את מדינת הלאום – לחלק מסדר הדברים הרגיל, ה"טבעי", של העולם המודרני.[161]

האופן שבו שתי תפיסות שונות אלה של לאומיות ושל אזרחות מקרינות על מידת הפתיחות ומידת הנכונות לשילוב אפשרי של "זרים" במסגרת הקהילה הפוליטית, ועל ההסדרים המשפטיים הנגזרים מכך, בא לידי ביטוי בולט בסוגיית היחס למהגרי־עבודה. ככלל, ניתן לצפות כי ככל שהלאומיות "פתוחה" יותר כן תגבר הנכונות – שיכולה לבוא לידי ביטוי גם בהענקת זכויות – לשלב בתוכה מצטרפים חדשים, אף אם ארעיים, בדמות מהגרי־עבודה.

2. על "צרפתיות" ו"יהודיות"

הקישור הידוע, והמקרי ככל הנראה, שערך בזמנו נשיא בית־המשפט העליון לשעבר, מאיר שמגר, בין ישראל לבין צרפת – "קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי אינו שולל את אופיה הדמוקרטי, כפי שצרפתיותה של צרפת אינה שוללת את אופיה הדמוקרטי"[162] – רימז לכאורה על הקִבְּלה ודמיון בין המדינות. ככל שהטענה מתייחסת לכך שלשתי המדינות יש יסוד תרבותי־פרטיקולרי המתבטא בשפה, בתרבות ובהיסטוריה, וכי אין סתירה הכרחית בין יסוד זה לבין היותן דמוקרטיות, אכן ניתן לקבל את תקפותה של האנלוגיה, אלא שזו אינה ייחודית לשתיהן. כאמור לעיל, ראוי לעמוד דווקא על הניגוד שבין "צרפתיות" לבין "יהודיות".

קיומה של הפרדה חוקתית בין הדת לבין המדינה בצרפת מאפשרת ללאום הצרפתי לקבל לתוכו בני דתות שונות, שכן הדת עוברת "הפרטה",[163] ואמורה, לפחות באופן

בהקשר זה על השתייכות ל"קהילת אזרחים": DOMINIQUE SCHNAPPER, LA COMMUNAUTÉ DES CITOYENS – SUR L'IDÉE MODERNE DE LA NATION (1994).

160 שפיר עומד על כך שאף שאין הסכמה בין שני המודלים השונים של הלאומיות לגבי הדרך, הם חולקים מטרה משותפת, והיא יצירתה של אומה הומוגנית – ראו: Gershon Shafir, *Introduction: The Evolving Tradition of Citizenship*, *in* THE CITIZENSHIP DEBATES – A READER 1, 17 (Gershon Shafir ed., 1998).

161 בהקשר זה מעניין שבשפה העברית המונח "התאזרחות" משמר את המימד **הפוליטי** של מעשה ההצטרפות אל קהילת האזרחים. האירוניה שבעובדה זו מזדקרת לעין משום שדווקא בישראל – להבדיל ממדינות אחרות, וביניהן צרפת – פרקטיקת ההתאזרחות היא נדירה מאוד, ואינה קיימת כמעט דה־פקטו.

162 ע"ב 1/88 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד מב(4) 177, 189 (1988).

163 רות גביזון "דת ומדינה – הפרדה והפרטה" **משפט וממשל** ב 55 (1994).

אידיאלי, להישאר במסגרת ד' אמותיו של היחיד, מבלי שלמדינה יהיה עניין בכך.[164] משמעותה המעשית של ההפרדה בין הדת (ו/או המוצא האתני) לבין הלאום יוצרת חפיפה בין *הלאומיות* (nationality) לבין *האזרחות* (citizenship), שנתפסת כיסוד מאחד המבטא את שייכותה של המדינה לכל אזרחיה, ללא הבדל דת או מוצא אתני. באופן אידיאלי, אם כן, ההצטרפות לאומה הצרפתית מבוססת על נכונותה להטמיע אל תוכה פרטים המוכנים לקבל על עצמם את הזהות התרבותית והפוליטית הצרפתית, וקיומה של האומה הוא על־כן ״משאל־עם יומיומי״, כפי שכתב בשנת 1882 ארנסט רנן (Renan). יסוד וולונטרי זה משוקע במסורת הרעיונית הרואה בכל זר – ובכלל זה בכל מהגר־עבודה – שותף, ובסופו של יום גם אזרח פוטנציאלי.[165]

בישראל, לעומת זאת, דתו של אדם הינה יסוד חשוב בכל הנוגע לקביעת לאומיותו ולזכאותו לאזרחות. הסימביוזה בין הדת היהודית לבין הלאום היהודי מצויה לכל אורך

---

[164] לדיון היסטורי ורעיוני בהתהוותו של ״המודל הצרפתי״ ובעקרונותיו ראו, למשל, BRUBAKER, לעיל ה״ש 155; פלדבלום, לעיל ה״ש 156; וייל I, לעיל ה״ש 156; וייל II, לעיל ה״ש 156; EUGEN WEBER, PEASANTS INTO FRENCHMEN: THE MODERNIZATION OF RURAL FRANCE, 1870–1914 (1976); יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה״ש 8, בעמ' 375-386; אבנר בן־עמוס ״בית ספר לדמוקרטיה: זכויות אדם וחובות למולדת בחינוך הצרפתי״ **זמנים** 50-51, 100 (1994); עזמי בשארה ״בין לאום לאומה: הרהורים על הלאומיות״ **תיאוריה וביקורת** 6, 19 (1995). מן הראוי עם זאת לסייג במעט את הדברים, שבבסיסם עומדת למעשה ראיפיקציה של הדמוקרטיה הליברלית: הפרדה מלאה ומוחלטת בין דת למדינה התקיימה ככל הנראה רק במסגרת המודלים האנליטיים של אנשי מדע המדינה, ועל־כן העובדה שישראל אינה ״דמוקרטיה ליברלית״ מושלמת אינה באמת כה ייחודית, שכן אין כנראה בנמצא דמוקרטיה כזו. אפילו בצרפת החילונית אין הדרה מלאה של הדת מן המרחב הציבורי: די להזכיר בהקשר זה את החגים הרשמיים בעלי האופי הנוצרי המובהק, דוגמת חג המולד וחג הפסחא, וכן את העובדה שטקסי הקבורה של נשיאי הרפובליקה נערכים בכנסיית נוטרדם. מכל־מקום, אף אם כך מצב־הדברים, העניין המידתי משמעותי עדיין, ותכופות משמעותי מאוד. להרחבה בעניין היחסים המורכבים בין דת ומדינה ראו עופר סיטבון ״רב־גוניותם של ההסדרים הדתיים במדינת הלאום״ **בול – בימת ון־ליר לשיח ציבורי** 7, 19 (2003); שלמה אבינרי ״'התקווה' לא תמות״ **הארץ – חלק מאמרים** 20.10.1995. עוד ראוי לאזכר כאן גם את קיומה של ספרות ענפה אשר יוצאת נגד תֵזת החילון של המודרניות הליברלית וגורסת כי מדובר במצב־דברים שמעולם לא התקיים למעשה: JOSE CASANOVA, PUBLIC RELIGIONS IN THE MODERN WORLD (1994); **מערבולת הזהויות – דיון ביקורתי בדתיות ובחילוניות בישראל** (יוסי יונה ויהודה גודמן עורכים, 2004) והמקורות המובאים שם.

[165] ביטוי לדברים אלה מצוי בדבריו של טליין (Tallien), משנת 1795, שלפיהם ״הזרים היחידים בצרפת הם האזרחים הרעים״; וכן בהחלטה משנת 1792 להעניק אזרחות צרפתית לאישים זרים בולטים שלא התגוררו או נולדו בצרפת – ביניהם ג'ורג' וושינגטון, ג'רמי בנת'הם ותומס פיין – וזאת כהוקרה על ש״[סייעו] בהבשלת התבונה האנושית וסללו את דרכי החירות״ – ראו וייל II, לעיל ה״ש 156, בעמ' 20-21.

ההיסטוריה של התנועה הציונית.[166] ביטוי בולט לכך במשטר המשפטי הישראלי ניתן למצוא בחוק ההגירה המרכזי – חוק השבות.[167] ״המפתח המיוחד״[168] שחוק השבות מעניק ליהודי העולם מיתוסף על חוקים אחרים בתחומים נוספים[169] שמקנים משקל

---

166 הדיון על־אודות הסימביוזה בין דת ולאום ביהדות נוגע בעצביה הרגישים ביותר של החברה הישראלית, והוא מצוי כיום בליבן של מחלוקות מרכזיות בשיח הפוליטי־החברתי בישראל. ברור אפוא שדיון מעמיק בכך חורג מגדריו של מאמר זה. עם זאת, דוגמה קטנה לייחודיות ולמורכבות רוויית הסתירות של הנושא אפשר למצוא דווקא בכתיבתו הלא־אקדמית של איש חסידות בעלז, הרב ישראל אייכלר, במאמרו ״שברונם של ביאליק ואחד העם״:

> היהדות היתה, הינה ותהיה אמונה ודת בלבד. הדת הזו קובעת... שכל מאמיניה מהווים חטיבה אחת לה' אלוקי ישראל, וכולם בני עם אחד. יהודי כל העולם הם בני עם אחד... העם היהודי עומד מעל למקום, למרחב ולזמן כיצירת נצח...אין עם יהודי. זהו עם לא נורמלי... (**פנים 1, 48 (1997)**).

167 כדבריו של ראש הממשלה דוד בן־גוריון בפתח הדיון על החוק בכנסת בשנת 1950:

> חוק השבות הוא מחוקי־השתיה של מדינת ישראל. הוא מכיל ייעוד מרכזי של מדינתנו, הייעוד של קיבוץ גלויות. חוק זה קובע, שלא המדינה מקנה ליהודי חוץ־לארץ זכות להתיישב במדינה, אלא זכות זו טבועה בו באשר הוא יהודי, אם רק יש ברצונו להצטרף ליישובה של הארץ... חוק השבות אין לו דבר עם חוקי הגירה, זהו חוק ההתמדה של ההיסטוריה הישראלית, חוק זה קובע את העקרון הממלכתי, אשר בכוחו הוקמה מדינת ישראל. זכותו ההסטורית של כל יהודי באשר הוא לשוב ולהתיישב בישראל... (ד״כ 6, **2037-2035 (התש״י)**).

אף שחוק השבות הינו החוק המרכזי במסגרת משטר ההגירה בישראל, באופן פרדוקסלי למדי הוא לא־רלוונטי בעליל לעניין שאלת מקומם של מהגרי־העבודה בגדריו של משטר האזרחות הישראלי, שכן הוא חל, בהגדרה, אך ורק על יהודים ועל בני־משפחותיהם הלא־יהודים. חשיבותו של חוק השבות לענייננו של מאמר זה נעוצה, אם כן, בהיותו אחד הביטויים הסמליים המרכזיים ביותר לאופייה היהודי של ישראל. לדיון מעמיק במשמעותו של חוק השבות ובביקורות האפשריות עליו ראו: Asa Kasher, *Justice and Affirmative Action: Naturalization and the Law of Return*, 15 ISRAEL YEARBOOK ON HUMAN RIGHTS 101 (1985); CHAIM GANS, THE LIMITS OF NATIONALISM 124–147 (2003); יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה״ש 8; נעמה כרמי **חוק השבות – זכויות הגירה וגבולותיהן (2003)**.

168 כדברי הנשיא בדימוס ברק בבג״ץ 6698/95 **קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ״ד נד(1) **258, 281-282 (2000)**.

169 חוק־יסוד: מקרקעי ישראל, למשל, קובע שמקרקעי המדינה מצויים בבעלות המדינה ואינם ניתנים להעברה. מקרקעי ישראל כוללים, בין היתר, גם את אדמות הקק״ל, אשר מיועדות, לפי תזכיר ההתאגדות של הקק״ל, ליישובם של יהודים בלבד: DAVID KRETZMER, THE LEGAL STATUS OF THE ARABS IN ISRAEL 60–65 (1990). כפי שהראו קדר ויפתחאל, אופן התהוותו של משטר המקרקעין בישראל מהווה ביטוי בולט לאופייה היהודי של המדינה – ראו סנדי קדר ואורן יפתחאל ״הקרקעות החקלאיות בישראל לקראת סוף האלף: היבטים היסטוריים, משפטיים וחברתיים״ **צדק חלוקתי בישראל 149 (מנחם מאוטנר עורך, 2001)**.

משמעותי להשתייכותם האתנית של הפרטים, ואשר מקשים על מי שאינו משתייך לדת או ללאום של הרוב להצטרף וליהנות מזכויות. הזהות דה־פקטו בין הלאום לבין הדת היהודית באה לידי ביטוי גם בכך ש״יהודי״ לפי לאומו אינו יכול לא להיות ״יהודי״ לפי דתו.[170] לדת בישראל יש גם מקום מרכזי בפרהסיה הציבורית, ולהשתייכותו הדתית של הפרט יש נפקות משפטית מרכזית בתחום דיני הנישואים והגירושים, המוסדר על־פי הדין הדתי. גם הגדרת ישראל כ״מדינתו של העם היהודי״ אינה מתחשבת בהשתייכותם הלאומית של רוב יהודי העולם, ובכך, לכאורה, משייכת את המדינה לידיה של קבוצה דתית־אתנית אחת, במקום לשייכה לכלל אזרחי ישראל, שמיעוט ניכר מקרבם אינם יהודים.[171] מקומה המרכזי של הדת וזיקתה המיוחדת אל הלאום מייחדות את ישראל מרוב מדינות המערב, וצרפת בראשן, שבהן היסודות האתניים הם משניים ואינם נוגעים במהותה של המדינה. ברור לפיכך שבמצב־דברים כזה יכולת ההשתלבות וההיטמעות בישראל של מהגרי־עבודה לא־יהודים ממדינות העולם השלישי היא מועטה ביותר, אם בכלל.

עם זאת, ראוי להוסיף הסתייגות מתודולוגית, שהיא גם מהותית: למרות נחיצותה, הדגשת ה״ייחודיות״ של כל אחת משתי המדינות – צרפת וישראל – אינה נקייה מדו־ערכיות. כך, למשל, דומה שמהומות המהגרים שאירעו באוקטובר 2005 וכן ״פרשיות הרעלה״ שקדמו להן[172] מבליטות את מגבלותיו של ״המודל הרפובליקאי״ הצרפתי,

---

[170] בג״ץ 72/62 **רופאיזן נ׳ שר הפנים**, פ״ד טז(4) 2428 (1962).

[171] אך ראו את עמדתם של יעקובסון ורובינשטיין, השוללת פרשנות זו – לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 207-198, 242. עם זאת, ראוי לציין בהקשר זה כי ההתבוננות על הלאומיות מבעד למשקפי הגישות ה״אזרחיות״ מתעלמת מתפיסות ״אתניות״ של לאומיות השוררות גם בדמוקרטיות שנחשבות ליברליות ומתקדמות, דוגמת גרמניה. במילים אחרות, אין קשר הכרחי בין משטר האזרחות הנוהג במדינה מסוימת לבין הגדרתה – או אי־הגדרתה – כ״דמוקרטיה ליברלית״.

[172] באוקטובר 2003 פרצה מחדש ״פרשת הרעלה״ בצרפת. בדומה למקרה שאירע כארבע־עשרה שנה קודם לכן, החליט מנהל בית־ספר ציבורי בפרוור פריזאי לסלק מבית־הספר תלמידות מוסלמיות שהגיעו ללימודים עטויות רעלה, ואשר סירבו להיענות לדרישה להסירן בשל הפגיעה באופייה החילוני של הרפובליקה הצרפתית. האירוע עורר ויכוח ציבורי נוקב סביב שאלת חילוניותה של הרפובליקה הצרפתית. הנשיא ז׳ק שירק מינה ועדה ציבורית (ועדת Stasi) לבחינת הסוגיה, וזו הגישה המלצה לאסור בחוק ענידת ״סמלים דתיים״ – רעלה, כיפה וצלבים גדולים – בבתי־הספר הציבוריים. במקביל הציעה הוועדה להעניק מעמד של חג רשמי ליום הכיפורים ולחג הקורבן המוסלמי. הנשיא שירק אימץ את המלצות הוועדה, והצעת החוק בעניין ענידת הסמלים הדתיים התקבלה ברוב גדול באספה הלאומית ובסנט. מאידך גיסא, ההצעה בדבר החגים הרשמיים עוררה מחלוקת והוסרה מעל סדר־היום. לתיאור הפרשייה הקודמת משנת 1989 ראו, למשל: Miriam Feldblum, *Paradoxes of Ethnic Politics: The Case of Franco-Maghrebis in France*, 16 ETHNIC AND RACIAL STUDIES 52 (1993). לתיאור הפרשייה משנת 2003 ראו קתרין פילד ״חילוניות היסטרית״ **הארץ** – **חלק מאמרים 13.10.2003**. לדוח של ועדת Stasi ראו: lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/cgi-bin/brp/telestats.cgi?brp_ref=034000725&brp_file =0000.pdf. לדוח רשמי מקיף על

הדוגל בהיטמעות המהגרים.[173] במקביל, חלק מהפרקטיקות המשפטיות בישראל ביחס למהגרי־העבודה, הנשענות בעיקר על שיח זכויות האדם, עשויות להצביע על סדקים שניבטים במודל האתנו־לאומי ה"טהור" שאפיין אותה בעבר.

3. הגירת־עבודה בצרפת – רקע היסטורי־פוליטי

כפי שראינו, ניתן לתאר את תפקידה של המדינה בשוק התעסוקה של מהגרי־העבודה בישראל כתפקיד "נסוג", אם כי בוודאי לא כסביל. בצרפת, מאידך גיסא, על־פי מיטב המסורת היעקובינית, למדינה יש מקום פעיל ומרכזי בהסדרת שוק העבודה. עם זאת, היחס הפוליטי והמשפטי למהגרי־העבודה מתאפיין בתנודתיות מסוימת, המשקפת, בין היתר, את התנודות הפוליטיות.

החל בשנת 1945 נטלה המדינה את המונופול על גיוס כוח עבודה זר באמצעות המשרד הלאומי להגירה (הקרוי כיום המשרד להגירה בין־לאומית). כפי שאירע במקומות רבים, הצרכים הכלכליים גברו בקלות יחסית על המסגרות המוסדיות, ועד לסוף שנות השישים הייתה ההסתננות של מהגרי־העבודה לצרפת פשוטה ונפוצה, ו"הלבנתם" הייתה חיזיון נפוץ. נוסף על כך, קבוצות הולכות וגדלות של מהגרי־עבודה "חמקו" ממשטר ההגירה הראשי בעזרת משטרים ספציפיים.[174] עם תחילת הופעתו של משבר תעסוקתי, התקבלה החלטה לבלום את "ההגירה הספונטנית", ונעשה ניסיון לצמצם את מדיניות ה"הלבנה" של עובדים שנכנסו לצרפת ללא חוזה עבודה. כך החלו מאבקיהם הראשונים של "חסרי הניירות" (Sans Papiers), שהניעו את הממשלה

---

173 מקומו של האיסלאם ברפובליקה הצרפתית ראו: lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/cgi-bin/brp/telestats.cgi?brp_ref=014000017&brp_file=0000.pdf. Michael Hanagan, *Recasting Citizenship: Introduction*, 26 THEORY AND SOCIETY 397, 400 (1997); Yasemin Nuhoglu Soysal, *Changing Parameters of Citizenship and Claims-Making: Organized Islam in European Public Spheres*, 26 THEORY AND SOCIETY 509 (1997). לסדרת מאמרים המנתחים את קשייו העכשוויים של "המודל הרפובליקאי" ראו: citoyen.eu.org/index.php/modele/republicain.

174 עובדים איטלקים נהנו מהסכמי הקהילייה האירופית, עובדים אלג'ירים נהנו מחופש תנועה שהבטיחו להם הסכמי השלום (הסכם אוויאן משנת 1962), וכך גם עובדים מן המושבות הצרפתיות באפריקה. ברם, למרות מצב־דברים זה, המנגנון המשפטי הקיים התגלה כלא־מעודכן, ולא יושם בפועל. יש לציין שהדינמיקה המתירנית באופן יחסי כלפי כניסת מהגרי־עבודה נבעה בעיקרה מטעמים דמוגרפיים, לנוכח הזדקנות האוכלוסייה ושיעורי הילודה הנמוכים, וזאת להבדיל מהדינמיקה בגרמניה, אשר הנהיגה תוכנית מפורשת לגיוס מהגרי־עבודה – אומנם באיחור יחסית לשאר מדינות אירופה – מתוך דינמיקה כלכלית שהוכתבה על־ידי שוק העבודה ולנוכח רצון המדינה להוזיל את עלות העבודה בענפים שונים. ראו: James F. Hollifield, *Immigration and Republicanism in France: The Hidden Consensus*, *in* CONTROLLING IMMIGRATION – A GLOBAL PERSPECTIVE 143, 145–154 (Wayne A. Cornelius, Philip L. Martin & James F. Hollifield eds., 1994).

לסגת מן התוכנית ולהסכים לבחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה. במקביל הוטלו בשנת 1973 הגבלות מסוימות על איחודי משפחות, שזכו עד אז בעידוד מצד המדינה.[175] ב־2 ביולי 1974 החליטה צרפת, בדומה לרוב מדינות אירופה, למנוע את כניסתם של מהגרי־עבודה נוספים, בשל המיתון הכלכלי שגרם משבר הנפט. החלטה זו סימנה את תחילתה של תקופה חדשה – הנמשכת למעשה עד היום – אשר מתאפיינת בהקשחת הפיקוח על כניסתם ויציאתם של זרים מצרפת, ובהתפתחות של שיח המחדיר גוני ״קרימינליזציה״ להגירה ולמהגרים.[176]

בשנת 1981, בעקבות נצחונו של פרנסואה מיטרן בבחירות לנשיאות, חל מפנה דרמתי, אם גם קצר־מועד, ביחסה של צרפת למהגרי־העבודה. השינוי התבטא, בין היתר, בביטולן של החלטות גירוש תלויות ועומדות, במקביל לצמצום רדיקלי של סמכות הגירוש (לרבות הטלת איסור גורף על גירוש קטינים וכן איסור מוחלט כמעט על גירושו של אדם בעל קשרי משפחה בצרפת); בהגמשת אמות־המידה לאיחוד משפחות; בהפסקת עידוד העזיבה של מהגרים; ובעיקר ב״הלבנה״ מסיבית של מהגרים בלתי־מתועדים (כמאה ושלושים אלף נפש). בשנת 1984, בצעד בעל השלכות סמליות ומעשיות גם־יחד, בוטלה הזיקה שנדרשה בין השהייה בצרפת לבין הצורך בהוכחת קיומו של חוזה תעסוקה, ונוצרה ״תעודת תושב״ – אשר תקפה למשך עשר שנים וניתנת לחידוש אוטומטי – שכל מי ששהה במדינה כדין במשך שלוש שנים וכל מי שהיו לו בה קשרים משפחתיים היה זכאי לקבלה וליהנות מחופש עיסוק מלא. צעד זה נתפס כמסמן מעבר מהתייחסות למהגרי־העבודה כאל כוח עבודה גרידא לראייתם כחלק מן החברה הצרפתית.[177]

---

[175] JACOBSON, לעיל ה״ש 69, בעמ׳ 29.

[176] Daniele Lochak, *Introduction*, *in* LE GUIDE DE L'ENTRÉE ET DU SEJOUR DES ETRANGERS EN FRANCE (GISTI, 2000); Balibar, לעיל ה״ש 26.

[177] Lochak, שם. ראוי לציין גם כי בצרפת, בדומה למדינות אחרות באירופה, קיימת נטייה לתפיסה ״מכילה״ יותר של הספֵרה הפוליטית ביחס למהגרי־העבודה. כך, שאלת זכות הבחירה למהגרים בבחירות לרשויות המקומיות עולה תדיר בדיון הציבורי בצרפת זה יותר מעשרים שנה. לפני בחירתו לנשיאות, בשנת 1981, התחייב פרנסואה מיטרן להעניק למהגרים השוהים בצרפת יותר מחמש שנים זכות בחירה לרשויות המקומיות. זאת, הן משום שמדובר בתושבים המשלמים את מיסיהם המקומיים, ועל־כן יש לאפשר להם להשפיע על השימוש בהם, והן מתוך ציפייה שהשתתפותם בבחירות תְזַפֶּה אותם ביחס טוב יותר מצד הרשויות עצמן. באוגוסט 1981 הצהיר שר החוץ קלוד שייסון, עם חזרתו מביקור באלג׳יריה, כי הממשלה הסוציאליסטית שוקלת ברצינות להעניק למהגרים זכות בחירה בבחירות לרשויות המקומיות שהיו אמורות להתקיים בשנת 1983. ההצהרה עוררה סערה ציבורית, שהניעה את הממשלה לסגת מן התוכנית, בין היתר בשל ההכרה כי ההצעה מחייבת שינוי של החוקה הצרפתית. אולם הרעיון עצמו לא גווע, והוא ממשיך לעלות מפעם לפעם. בשנת 2000, למשל, חסמה ממשלתו הסוציאליסטית של ז׳וספן את ניסיונם של ״הירוקים״ לקדם הצעת חוק ברוח זו. באוקטובר 2002 הועלתה היוזמה מחדש על־ידי צירים גוליסטיים דווקא, אך ראש הממשלה דאז, הגוליסט ז׳ן פייר רפרין, הורה לא לקדמה

ברם, החל בשנת 1983 גרמה עליית כוחה של "החזית הלאומית", בראשות ז'ן מרי לה־פן, להקצנת היחס כלפי המהגרים בזירה הפוליטית כולה.[178] בשני העשורים האחרונים נמשכת ה"נדנדה" הפוליטית בין הימין והשמאל, וככלל ניתן להצביע על יחס "נדיב" יותר למהגרים מצד ממשלות השמאל, לעומת תקיפות וחשדנות מצד ממשלות הימין.[179] עם זאת, לטענת וייל (Weil), נוצרו עקרונות קונסנזואליים חוצי־

לעת עתה – ראו וייל I, לעיל ה"ש 156, בעמ' 242-250; וייל II, לעיל ה"ש 156, בעמ' 170-171. במקום אחר מביע וייל חשש מכך שההתמקדות בשאלת זכות הבחירה של המהגרים מאפשרת להנציח את אי־השוויון החומרי שבו הם חיים – ראו: Patrick Weil, *Nationalities and Citizenships: The Lessons of the French Experience for Germany and Europe*, *in* CITIZENSHIP, NATIONALITY AND MIGRATION IN EUROPE 74, 84 (David Cesarani & Mary Fulbrook eds., 1996).

178 הנשיא מיטרן, למשל, קרא להבחין בין המהגרים התושבים, שהם חלק מ"המציאות הלאומית" ואשר יש לשלבם במדינה, לבין המהגרים ה"מסתננים", שאותם "יש לסלק". ראש הממשלה לורן פביוס הצהיר כי הימין הקיצוני מציע "תשובות מוטעות לשאלות נכונות". כתוצאה מכך אימצו רשויות ההגירה מחדש מדיניות נוקשה כלפי הזרים הבלתי־מתועדים, והקשיחו שוב את התנאים לאיחוד משפחות. במקביל נשמעו בימין קריאות לתיקון חוקי האזרחות, ואף לביטולו של "דין האדמה". ראו באופן כללי את הדיון אצל פלדבלום, לעיל ה"ש 156, וכן אצל BRUBAKER, לעיל ה"ש 155, בעמ' 138-165.

179 בשנת 1986, בעקבות נצחון הימין בבחירות וכינונם של "המגורים המשותפים" (Cohabitation) בין הימין לבין השמאל, נחקק "חוק פסקואה" (Pasqua), אשר הקשיח מחדש את כללי הכניסה לצרפת וביטל רבות מההקלות שהנהיג השמאל. במסגרת זאת חודשה מדיניות הגירוש וצומצמה הזכאות לקבלת תעודת תושב. בעקבות סדרת פיגועי טרור בפריז החליטה הממשלה גם לחייב את כל הזרים בקבלת אשרת כניסה, ובסופו של דבר נותרה הדרישה על כנה רק ביחס לאזרחי המדינות שלגביהן קיים "חשש הגירה". לאחר נצחון השמאל בבחירות 1988 נעשה ניסיון לחזור לרוח החוקים שביטל פסקואה ("חוק ז'וקס" (Joxe)), אך כנגד זה הוחמרו תנאי הכניסה לצרפת, הוחמרה ענישתם של המסייעים ל"שוהים בלתי־חוקיים", וכן הוקמו "אזורי המתנה" בנמלים ובשדות־התעופה, שנועדו למעצר זרים שכניסתם לא אושרה. בשנת 1993 שב הימין לשלטון ונקט מהלך כפול: מצד אחד, רפורמה של חוקי האזרחות, ומן הצד האחר, הקשחה נוספת של מנגנון הגירוש וההרחקה של זרים, לרבות צמצום הביקורת השיפוטית, והחמרת אמות־המידה לאיחוד משפחות ולקבלת תעודת תושב, בצד הכפפת הזכאות לזכויות הביטחון הסוציאלי לדרישת התיעוד ("חוק פסקואה" השני). בשנת 1997 נחקק "חוק דברה" (Debré), שהקנה אשרת שהייה זמנית לאותם זרים ש"חוק פסקואה" השני שלל מהם את הגישה לתעודת תושב. עם זאת, חוק זה המשיך גם את המגמה ה"שיטורית" – נטילת טביעות־אצבע ממבקשי אשרת שהייה, צמצום בהגנות הפרוצדורליות וחיזוק כוחן של רשויות ההגירה. כנגד זה, בעקבות מחאות עזות של ארגוני זכויות אדם, נסוגה הממשלה מהצעתה לחייב כל מי שהלין בביתו זרים לדווח על עזיבתם לרשויות. בהמשך השנה שבו הסוציאליסטים, בהנהגת ליונל ז'וספן, להנהגת המדינה, והחליטו, בין היתר, "להלבין" מחצית מקרב מאה וחמישים אלף "חסרי הניירות", וכן להגמיש במקצת חלק מחוקי הכניסה – ראו Lochak, לעיל ה"ש 176. ביולי 1997 מינתה הממשלה ועדה בראשות חוקר ההגירה פטריק וייל, שהתבקשה להציע כללים "פשוטים, מציאותיים והומניים" ביחס

מפלגות – אם גם לא תמיד גלויים – ביחס למדיניות ההגירה הצרפתית, בעיקר בשל פעילותה של הפקידות המדינתית העוסקת בנושא, שהשפעתה רבה למרות חילופי השלטון התכופים יחסית.[180] מגמות אלה של הקשחת מדיניות הגבולות וההגירה התחזקו גם בעקבות כינון האיחוד האירופי כישות פוליטית ותביעתו להרמוניזציה חקיקתית.[181]

בשנת 2003, שנה לאחר ששב הימין לשלטון, יזם שר הפנים ניקולה סרקוזי רפורמה של פקודת הכניסה לצרפת,[182] שהמשיכה בחלקה את מגמות ה״קרימינליזציה״ של ההגירה,[183] בצד דרישה לחיזוק השתלבותם של המהגרים. כך, למשל, הוארכה תקופת השהייה הרצופה הנדרשת לשם הענקת תעודת תושב (משלוש לחמש שנים), ונוספה דרישה להוכחת ״אינטגרציה רפובליקאית״ בחברה הצרפתית (המתבטאת בעיקר בהכרת השפה הצרפתית והעקרונות הרפובליקאיים). נוסף על כך בוטלה הזכאות האוטומטית לתעודת תושב של הורים לילדים שנולדו בצרפת וכן של מי שהצטרף לבן־זוגו (או להורהו) התושב במסגרת איחוד משפחות, וכעת יש צורך בשהייה של שנתיים בצרפת ובהוכחת ״אינטגרציה רפובליקאית״. בסוף יוני 2006 התקבל באספה הלאומית ובסנט תיקון מקיף נוסף – השני בתוך פחות משלוש שנים – לפקודת הכניסה לצרפת,

לכניסתם ולשהייתם של זרים בצרפת, במסגרת ״מדיניות הגירה תקיפה ומכובדת״. הדוח הציע עדכון של חוקי האזרחות וכן המלצות לשיפור מדיניות ההגירה, אשר כללו, בין היתר, פישוט והקלה של הדרישות האדמיניסטרטיביות השונות; שיפור ההליכים לאיחוד משפחות; שיפור נגישותן של קצבאות הביטוח הלאומי למהגרים (תוך הקפדה שהן יוענקו רק למהגרים מתועדים); שיפור וייעול של הליכי הגירוש של מהגרים בלתי־מתועדים; הגברת המאבק במעסיקים ובמבריחים של עובדים בלתי־מתועדים; שיפור היחס לסטודנטים ולחוקרים זרים; וכן עידוד הגעתם של מהגרי־עבודה ״חזקים״. ההמלצות אומצו, ורובן יושמו על־ידי הממשלה. בשנים 1999-2000 נערכה רפורמה בתחום ביטוח הבריאות, שנועדה להרחיב את תחולת הכיסוי המדינתי על מהגרי־עבודה. לדוח במלואו ראו: www.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/994001043/0000.pdf. לביקורת על הדוח ראו: www.gisti.org/doc/plein-droit/41-42/consensus.html.

180 וייל II, לעיל ה״ש 156, בעמ' 19-38, 314-318, 478-496.

181 הד לכך הוא הכינוי ״Fortress Europe״, שהארגונים ההומניטריים מצמידים למדיניות ההגירה של האיחוד האירופי. ראו, למשל, www.united.non-profit.nl/pages/info14.htm.

182 Loi 2003-1119, 26 Novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, www.legifrance.gouv.fr/WAspad/VisuNav?cidNav=6662&indiceNav=1&tableNav=CONSOLIDE&ligneDebNav=1. המועצה החוקתית אישרה את חוקתיותם של רוב סעיפי החוק החדש – Décision n° 2003-484 DC, 20.11.2003, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003484/2003484dc.htm.

183 כך, למשל, נוספה, בצד הסמכות ליטול טביעות־אצבע, גם סמכות לצלם זרים המבקשים אשרות שהייה וכן מהגרים בלתי־מתועדים העומדים לפני גירוש (אם האשרה ניתנת, נטילת הטביעות והצילום נהפכים לחובה). כמו־כן הוארך משך הזמן שבו ניתן לעצור מועמד לגירוש במעצר מִנהלי; חודשה הדרישה, שנדחתה בעבר, המחייבת אזרחים לדווח לרשויות על עזיבתם של זרים שהתגוררו בבתיהם; הועמק המאבק בזיופים ובנישואים פיקטיביים; והוחמרה ענישתם של המסייעים לשהייה ״לא־חוקית״ של זרים בצרפת.

תיקון מקיף נוסף – השני בתוך פחות משלוש שנים – לפקודת הכניסה לצרפת, שגם אותו יזם שר הפנים סרקוזי. על פני הדברים מדובר בתיקון רדיקלי למדי: הוא מבחין בין הגירה "טובה" (או הגירה ש"נבחרה" ("immigration "choisie) בלשונו של סרקוזי) – כשהכוונה היא לחידוש "ייבוא" מבוקר של מהגרי־עבודה וכן לעידודה של הגירה "חזקה" ומועילה כלכלית – לבין הגירה "רעה" (או הגירה ש"נכפתה" ("immigration "subie)), שהכוונה לגביה היא להקשיח את אמות־המידה לאיחוד משפחות וכן לבטל את האפשרות "להלבין" "חסרי ניירות" השוהים בצרפת במשך יותר מעשר שנים. החוק החדש – שחוקתיותו אושרה על־ידי המועצה החוקתית[184] – עורר ביקורת נוקבת מצד ארגוני זכויות האדם, שראו בכך ביטוי לגישה המתייחסת אל ההגירה כאל "השתמש וזרוק" (immigration jetable) ולתפיסה מחודשת של מהגרי־העבודה כ"עובדים" גרידא.[185]

על רקע הדברים נפנה עתה לבחינת הביקורת השיפוטית של בתי־המשפט בצרפת.

4. פסיקתה של מועצת המדינה

(א) מבוא

הפסיקה הצרפתית בנושא הגירת־עבודה היא ענפה מאוד, ונבדלת מן הפסיקה בישראל בכמה היבטים: היא עוסקת במספרים גדולים בהרבה של מהגרים,[186] ועל־כן גם במגוון נושאים רחב יותר; היא משתרעת על־פני תקופה ארוכה יותר; והיא נידונה בערכאות רבות יותר – ברמה המקומית, ברמה הארצית וברמה העל־מדינתית. יוער, עם זאת, כי נקודת המוצא המשותפת לשתי המדינות משקפת את התפיסות הקלסיות בדבר מקומן של הריבונות והאזרחות בעידן מדינת הלאום. כך, למשל, בדומה לבתי־המשפט בישראל, הכירה המועצה החוקתית בצרפת (Conseil Constitutionnel) – גוף שיפוטי עליון המהווה מעין בית־משפט לחוקה[187] – בזכותה של המדינה לשלוט בזרם הנכנסים אליה, וקבעה כי "שום עיקרון ושום כלל בעל ערך חוקתי אינו מבטיח לזרים זכויות

---

184 Décision n° 2006-539 DC, 20.7.2006, http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006539/2006539dc.htm.

185 להצעת החוק, שהתקבלה ב־30 ביוני 2006, ראו ameli.senat.fr/publication_pl/2005-2006/413.html. לניתוח ביקורתי שלה ראו www.contreimmigrationjetable.org/article.php3?id_article=251.

186 על־פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה הצרפתית, התגוררו בצרפת בשנת 1999 כ־4.3 מיליון מהגרים (קרי, אנשים שמתגוררים בצרפת ואשר נולדו מחוץ לה), המהווים 7.4% מהאוכלוסייה – www.insee.fr/fr/ppp/comm_presse/comm/hcdplmmfra05.pdf.

187 גוף זה מורכב ממשפטנים ומאנשי ציבור, ומופקד על בחינת חוקתיותם של כל החוקים הנוגעים בהיבטים חוקתיים מוסדיים. כמו־כן ניתן לפנות אליו בבקשה כי יבחן את חוקתיותם של חוקים "רגילים", אולם אך ורק בטווח הזמן שבין קבלתם כחוק באספה הלאומית לבין אשרורם על־ידי נשיא הרפובליקה. להרחבה ראו באתר המועצה החוקתית – www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/ang4.htm – ובמקורות הרבים המובאים שם.

בעלות אופי כללי ומוחלט של כניסה ושהייה [לצרפת]״,[188] וכי מצבם המשפטי של זרים שונה בהגדרה מזה של אזרחים.

הניתוח שלהלן מתמקד בעיקר בפסיקותיו של גוף אחר, הוא *מועצת המדינה* (Conseil d'Etat). זהו גוף בעל שני ״כובעים״ מרכזיים: האחד, ייעוצי – בחינה משפטית וחוקתית של הצעות חוק, מתן חוות־דעת לממשלה והגשה של דוח שנתי בדבר רפורמות חקיקתיות מוצעות;[189] והאחר, שבו אתמקד להלן,[190] שיפוטי – כערכאה המִנהלית העליונה, שבה ניתן לערער על החלטותיהם של כל בתי־המשפט לענייני מִנהליים.[191]

יצוין כי בראש מועצת המדינה עומד ראש הממשלה; כי עצמאותה השיפוטית היא עניין שבנוהג, ולא של הוראה חוקתית; וכי חברי המועצה מתמנים רובם ככולם מקרב השירות הציבורי. מאפיינים אלה, לצד ״כובעה״ הייעוצי של מועצת המדינה, מלמדים על הפן ה״ממסדי״ שלה, אשר ניכר, ככלל, במדיניות פרו־ממסדית.

ההתמקדות בפסיקתה של מועצת המדינה נובעת ממרכזיותה כערכאה המִנהלית העליונה. לרוב הנושאים הנוגעים במעמדם של מהגרי־העבודה – אלה הנכללים תחת הכותרת ״ענייני מִנהל אוכלוסין״ (בדומה להגדרת סמכותו של בית־המשפט לענייני מִנהליים בישראל) – יש היבטים מִנהליים מובהקים, ולפיכך הכרעות מרכזיות בתחום מתקבלות בערכאה זו. נוסף על כך, התמקדות בפסקי־הדין ה״מכוננים״ של ערכאה מרכזית אחת, על־פני תקופה ארוכה יחסית ובמגוון של נושאים, מנהירה את תפקידם של בתי־המשפט בצרפת בעיצובו של משטר האזרחות הצרפתי לנוכח תופעת ההגירה. ההשוואה יכולה לשמש מפת ניווט ומקור השראה לפסיקה הישראלית המתעצבת, אשר נאלצת להתמודד בשנים האחרונות עם בעיות שמשטר האזרחות הישראלי מעולם לא הביא בחשבון.

---

[188] Décision n° 93-325 DC, 13.8.1993, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325dc.htm.

[189] תפקיד זה מזכיר במידת־מה היבטים חשובים בעבודתו של היועץ המשפטי לממשלה בישראל.

[190] מטבע הדברים, גם בכובעה ה״ייעוצי״ עסקה מועצת המדינה בשאלות הנוגעות בענייננו – ראו להלן וכן את הדיון אצל וייל I, לעיל ה״ש 156, בעמ׳ 184-193.

[191] למועצת המדינה יש גם תפקיד של פיקוח וניהול אדמיניסטרטיביים של טריבונלים. להרחבה ראו: L. Neville Brown & John S. Bell, French Administrative Law (1998) 89–44. לצד מועצת המדינה קיים גם בית־משפט עליון לערעורים (Cour de Cassation), שמהווה את ערכאת הערעור העליונה בכל הנושאים הלא־מִנהליים.

(ב) רקע משפטי

עד סוף שנות השבעים התאפיין הטיפול המשפטי הצרפתי במהגרים ב"משפטיות־חֶסֶר" (Infra-Droit) ובהפעלת כוח שרירותית מצד הרשויות, שבאה לידי ביטוי, בין היתר, בהעדר פיקוח שיפוטי על גירושים ועל סירובי כניסה; בעיכובים בטיפול בבקשות התאזרחות; ובערפול ביורוקרטי שאפף את הסדרת הטיפול במהגרים.[192] במקביל אימצו הממשלות השמרניות, תחת נשיאותו של ולרי ז'יסקר ד'סטן, מדיניות נוקשה, אשר כללה, בין היתר, את ביטול המשטר שהעניק חופש תנועה לתושביהן של רוב המושבות הצרפתיות לשעבר; אי־"הלבנה" של זרים השוהים כבר בצרפת; מתן אפשרות לסרב לתת אשרות עבודה משיקולים הנוגעים במצב שוק התעסוקה; ועידוד עזיבה של מהגרי־עבודה, לרבות באמצעות תשלום מענקי "סיוע לעזיבה" ובאמצעות אי־חידוש שיטתי של אשרות עבודה, שהוביל לאיבוד זכות השהייה. בצד הסנקציות ה"כלכליות" של מדיניות הימין, הוקשחו מאוד גם האמצעים ה"שיטוריים", בין היתר באמצעות החמרת תנאי הכניסה למדינה, הפיכתה של שהייה לא־כדין לעילת גירוש ואפשרות לעצור כל "שוהה בלתי־חוקי" שאינו יכול לעזוב את צרפת באופן מיידי ("חוק בונה" (Bonnet)). ברם, למרות צעדים אלה, נתקלה המדיניות המגבילה הזו בקשיים לא־מבוטלים: ההגירה הבלתי־מתועדת נמשכה, באופן לא־מפתיע, למרות סגירת הגבולות; הביקוש לכוח עבודה זול במגזרים מסוימים לא פחת; ובעיקר – משטר ההגירה הצרפתי נאלץ לעבור טרנספורמציה ככל שהלכה וגברה האינטגרציה האירופית, שכן בבסיסה עמד עקרון חופש התנועה של האזרחים האירופים. מצב זה חִייב את רשויות ההגירה בצרפת לצייר מחדש את "קו הגבול", ולאמץ, במקום ההבחנה הרגילה בין אזרחים לזרים, חלוקה (הנמשכת עד היום) המבחינה בין זרים אירופים זכאי כניסה לבין זרים לא־אירופים שכניסתם מוגבלת וכפופה לשיקולים של שוק העבודה וכן לשיקולים של זכויות אדם.[193]

כפי שנראה להלן, במקביל לשינויי המדיניות שיזמו רשויות ההגירה, ביטלה מועצת המדינה החלטות מִנהליות מרכזיות, בסדרת החלטות שיפוטיות שניתנו משנת 1978

---

[192] בין השנים 1977 ו־1978 הוצאו לא פחות משלושים ושבעה צווים מסדירים, הנחיות ומזכרים בנושא – ראו Guiraudon, לעיל ה"ש 66, בעמ' 297-298 והמקורות המובאים שם.

[193] יש הטוענים כי השינוי באופייה של אוכלוסיית הזרים בצרפת והגידול הניכר של הלא־אירופים בקרבה הם בין הגורמים שהובילו להופעתו של שיח קסנופובי בזירה הציבורית, הנסמך על "הבדלים תרבותיים". ראו: Katryn Gorjanicyn, *Citizenship and Culture in Contemporary France: Extreme Right Interventions*, *in* CITIZENSHIP AND DEMOCRACY IN A GLOBAL ERA 138 (Andrew Vandenberg ed., 2000). מספר הזרים הכללי בצרפת מונה כיום כ־6% מהאוכלוסייה. מחציתם הגיעו מאפריקה, כ־40% ממדינות אירופה וכ־10% ממדינות אסיה – ראו וייל II, לעיל ה"ש 156, בעמ' 554-560. בהתאם לאמנת אמסטרדם משנת 1999, נהפכה מדיניות ההגירה לסוגיה המצויה באחריותו המלאה של האיחוד האירופי. להרחבה ראו europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/immigration /wai/fsj_immigration_intro_en.htm.

ואילך. הרחבת ההתערבות השיפוטית במצב המהגרים הגדילה את מרחב הפעולה של ארגוני זכויות המהגרים, שיכלו עתה לאמץ אסטרטגיית התדיינות משפטית תקיפה יותר. בשנות התשעים כבר היוו ההחלטות הנוגעות במהגרים כ-15% מבין כעשרת אלפים התיקים המגיעים לטיפולה של מועצת המדינה מדי שנה.[194] ניתוח פסיקתה של מועצת המדינה ייעשה להלן באופן נושאי.

(ג) הפסיקה

(1) אשרות שהייה ותעודת תושב

הפסיקה הנוגעת בהיבטים השונים של הכניסה והשהייה בצרפת מתאפיינת בדרך-כלל בהדגשת ההגנה על זכויות המהגרים. למשל, בשני פסקי-דין חשובים שניתנו בשנת 1992, באותו יום, ואשר נגעו בסוגיה של איחוד משפחות, נפסק כי ניתן לתקוף סירוב למתן אשרת כניסה[195] ולמתן אשרת שהייה[196] בטענה של פגיעה בזכות לחיי משפחה, המוגנת בסעיף 8 לאמנה האירופית בדבר ההגנה על זכויות האדם, וכי על הרשויות לדאוג לכך שהפגיעה בזכות זו תיעשה באופן מידתי ביחס למטרות הסירוב. בשנה זו ביטלה מועצת המדינה גם הנחיה של שר הפנים שהוצאה בעקבות פיגועי הטרור שאירעו בפריז בשנת 1986, אשר חייבה זרים המתגוררים בצרפת כחוק לקבל אשרת יציאה. מועצת המדינה פסקה כי ההנחיה פוגעת בחופש היציאה, שהוא זכות-יסוד מוכרת של כל אדם על-פי האמנה האירופית בדבר ההגנה על זכויות האדם ועל-פי האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.[197] יוער, עם זאת, כי כדי להגיע לפסק-הדין ה״פשוט״ (והקצרצר) הזה נדרשו למועצת המדינה לא פחות משש שנים. פסק-הדין היה לצנינים בעיני הרשויות הצרפתיות, והן ניסו לעוקפו באמצעות החלפת הדרישה מזרים לקבל אשרת *יציאה* בהנחיה שחייבה זרים המתגוררים בצרפת לקבל אשרת *חזרה* עם שובם מחוץ-לארץ. מועצת המדינה ביטלה כמובן גם הנחיה זו, והפעם במהירות יחסית – תוך שלוש שנים (בשנת 1997).[198]

במקרה אחר נפסק כי בהתאם לאמנה הדו-צדדית בין צרפת לבין אלג׳יריה, ולנוכח עקרון ההגנה על הזכות לחיי משפחה הקבועה בה, אי-אפשר לסרב לחדֵש אישור שהייה לאזרח אלג׳ירי ששהה בצרפת באופן סדיר במשך עשר שנים לפחות, בטענה כי הוא מהווה ״סכנה לסדר הציבורי״. המועצה קבעה כי אחרי שהייה כה ארוכה, מותר לסרב לחדֵש את האשרה אך ורק כאשר קיים ״הכרח דחוף הקשור לבטחון המדינה״.[199]

---

194 Guiraudon, לעיל ה״ש 66, בעמ׳ 297-298 והמקורות המובאים שם.

195 *Aykan* CE 10.4.1992.

196 *Marzini* CE 10.4.1992.

197 *GISTI* CE, n° 87.043, 22.5.1992.

198 *GISTI* CE 21.4.1997. בשנת 2002 ניתנה פסיקה ברוח דומה שלפיה זר המחזיק באשרת שהייה אינו נדרש לבקש אשרת כניסה בשובו לצרפת אם נסע לחוץ-לארץ במהלך התקופה שבה אשרתו הייתה בתוקף – *M. H.* CE, n° 226419l, 22.2.2002.

199 *Belmehdi* CE, n° 206914, 14.2.2001.

במקרה אחר באותה שנה עתרה אזרחית מרוקאית, שנכנסה לצרפת באופן לא־חוקי בהיותה קטינה, נגד הרשויות על כך שבקשתה לאישור שהייה (ולו זמני), שאותה הגישה בגיל שמונה־עשרה, עוכבה במשך שנתיים וחצי, וזאת אף שנמסרה לה תשובה חיובית עקרונית. מועצת המדינה הדגישה את זכותו של מי שמבקש כדין אשרה בפעם הראשונה לקבל מן הרשויות אישור שהייה זמני, וקבעה כי אין לראות את שהייתה של המבקשת במהלך תקופת היותה קטינה כשהייה בלתי־מתועדת. נפסק כי פעולת הרשויות פגעה באופן קשה בחופש התנועה שלה וגרמה לה ל״ארעיות מִנהלית״ (précarité administrative), ובשל כך הורתה המועצה לרשויות לסיים את הטיפול בבקשה באופן מיידי, תוך קביעת קנס בגין כל יום איחור נוסף.[200]

בשנת **2002** נפסלה הנחיה של שר הפנים שהבחינה בין מבקש אשרת שהייה שבן־זוגו צרפתי או אירופי, אשר נדרש להוכיח חיים משותפים במשך שלוש שנים, לבין מבקש אשרה שבן־זוגו אינו אירופי, שנדרש להוכיח חיים משותפים במשך חמש שנים. מועצת המדינה קבעה כי החוק אינו מתיר שום הבחנה בין מבקשי אשרת שהייה בהתאם ללאום של בני־זוגם.[201]

עוד ראוי לציין בנושא זה את ביטולה של אגרה שנגבתה בגין בדיקת רופא שכל זר המבקש לראשונה אשרת שהייה מחויב בה. נפסק כי הואיל ומדובר בפיקוח שנועד להגן על בריאות הציבור, על המדינה לשאת בעלות התשלום.[202]

לבסוף, ראוי לאזכר גם חוות־דעת שנתנה בשנת **1996** מועצת המדינה בכובעה ה״ייעוצי״, שלפיה, ככלל, אין עומדת למהגרים בלתי־מתועדים זכות ל״הלבנה״, שכן מדובר לשיטתה בתרתי דסתרי – הסמכות ״להלבין״ נתונה לשיקול־דעתן של הרשויות, וזכותם של המהגרים היא רק שכל מקרה ייבחן לגופו. עם זאת, הרשויות אינן יכולות לסרב לבקשה מקום שיהיו לכך ״השלכות שחומרתן יוצאת־דופן״ ביחס למצבו האישי של המבקש – למשל, כאשר הדבר נוגע במצב בריאותו. כמו־כן הדגישה המועצה את הזכות לחיי משפחה סדירים (איחוד בין בני־זוג וכן בין ילדים להוריהם) – הקבועה בסעיף **8** לאמנה האירופית בדבר ההגנה על זכויות האדם, ואשר הוכרה גם במבוא לחוקת **1946** – ואת הצורך לשקול את מידתיות הפגיעה בה לאור מטרת הצעדים הננקטים.[203]

---

[200] *B.* CE, n° 239794, 12.11.2001. ראוי עם זאת לתת את הדעת לכך שקריטריון ״הארעיות המִנהלית״ לא נשמר דיו על־ידי מועצת המדינה עצמה – זאת בעת שהיא עצמה מעכבת פסקי־דין גורליים במשך שנים ארוכות.

[201] *GISTI et autres* CE, n° 231158, 29.7.2002.

[202] *GISTI* CE, n° 205266, 20.3.2000. מאידך גיסא, בפרשה אחרת נפסק כי מותר למדינה לגבות ממהגרים דמי השתתפות לשם מימון פעילותו של המשרד להגירה בין־לאומית בכל הנוגע לאיחוד משפחות – *GISTI* CE, n° 227746, 10.4.2002.

[203] CE, Section de l'interieur, n° 359622, 22.8.1996 *Avis* "*Etrangers non ressortissants de l'UE*".

לצד פסקי־דין אלה, שהגנו על זכויות המהגרים, ראוי לאזכר גם פסק־דין חשוב משנת 1986, שאישר את תוקפו של צו שהוציא שר הפנים, אשר קבע כי הענקתה של תעודת תושב תהא כפופה לכך שהמבקש הוכיח כי *נכנס* לצרפת באופן חוקי. חשיבותו של פסק־הדין נובעת מכך שמועצת המדינה הוסיפה, אף שהדבר לא נדרש להכרעתה, כי הפרשנות הנכונה של הצו היא שכדי להיות זכאי לתעודת תושב, על המבקש להוכיח גם כי *שהה* בצרפת באופן חוקי.[204] בכך הרחיב למעשה בית־המשפט את הצו של שר הפנים באופן שתאם את מדיניותן של הרשויות, שאכן עשו שימוש בפסק־הדין לשם החמרת הפיקוח על ההגירה.[205]

(2) גירוש

כבר בשנת 1977 קבעה מועצת המדינה כי הרשעה פלילית של מהגר אינה מקימה עילת גירוש אוטומטית.[206] בשנת 1985 ביטלה המועצה את החלטת שר הפנים להתיר לגרש זרים שכניסתם לצרפת סורבה, עוד בטרם חלף המועד הקבוע לכך בחוק, אלא אם כן הם הגישו בקשה מנומקת בכתב לעיכוב הגירוש. מועצת המדינה פסקה כי השר חרג בכך מסמכותו, שכן הוא קבע בהנחיה דרישה החורגת מן החוק, אשר קובע עיכוב אוטומטי של הגירוש כדי לאפשר זכות שימוע.[207] ראוי לציין בהקשר זה כי אף שמדובר לכאורה במקרה ״פשוט״ של חריגה מסמכות, נדרשו למועצה לא פחות משלוש שנים עד שנתנה את החלטתה.

במקרה אחר נידונה החלטה לגרש אלג׳ירי בן שלושים ושלוש, יליד צרפת, בגין עבֵרות גנֵבה שונות שביצע. מכיוון שכל משפחתו של המיועד לגירוש התגוררה בצרפת, נפסק כי ההחלטה פוגעת בזכותו לנהל חיי משפחה, המוגנת בסעיף 8 לאמנה האירופית בדבר ההגנה על זכויות האדם, באופן החורג מהמידתיות הנחוצה לשם שמירה על הסדר הציבורי.[208] בדומה לכך נפסק כי ניתן, כעיקרון, לבקש את ביטולה של החלטת גירוש בטענה שהיא פוגעת בזכות לחיי משפחה המוגנת בסעיף 8 לאמנה האירופית בדבר ההגנה על זכויות האדם, וכי על הרשויות לדאוג לכך שהפגיעה בזכות זו תיעשה באופן מידתי ביחס למטרות הסירוב.[209] כן נפסק שאין די בהחזקת תעודת תושב מזויפת

---

[204] CE 26.9.1986 *GISTI*.

[205] www.gisti.org/doc/plein-droit/53-54/j6.html. הדרישה להוכיח שהייה כחוק בוטלה בשנת 1988 (״חוק ז׳וקס״) אך הוחזרה מחדש בשנת 1993 (״חוק פסקואה״ השני).

[206] CE, 21.1.1977 *M. Dridi*. וייל מציין עם זאת שלמרות פסק־הדין, קיומה של הרשעה נותר בפועל אמת־המידה העיקרית שהרשויות משתמשות בה להערכת יכולתו של המועמד לגירוש להתאים את עצמו לנורמות חברתיות של התנהגות נאותה – ראו וייל I, לעיל ה״ש 156, בעמ׳ 407.

[207] CE 27.9.1985 *Groupe d'information et de soutien des immigres (GISTI)*.

[208] CE, n° 107470, 19.4.1991 *M. Belgacem*. להחלטות ברוח דומה ראו: CE, n° 223461, 10.4.2002 *M. B.*; CE, n° 245346, 30.7.2003 *M. Brahim B.*.

[209] CE 10.4.1992 *Minin*.

להצדיק קביעה ששהייתו של מהגר בשטח צרפת היא בגדר ״סכנה לסדר הציבורי״ שיכולה להקים עילת הרחקה.[210]

בסדרה של החלטות שהתקבלו בשנים 2000-2001[211] ביטלה מועצת המדינה החלטות שהורו ״ללוות לגבול״[212] זרים שלא החזיקו באשרת שהייה תקפה, אף שהיו זכאים על־פי החוק לקבלה (למשל, מהגר בלתי־מתועד שהוכיח מגורים סדירים בצרפת במשך עשר שנים זכאי לאשרת שהייה). מועצת המדינה קבעה, באופן כללי, כי הסמכות להורות על ״ליווי לגבול״ של זר קיימת רק אם הזר נחשב ״בלתי־מתועד״ על־פי הכללים הנוגעים בכניסה ובשהייה בצרפת, ובכך קבעה, במשתמע, כי יש מהגרים ״חסרי ניירות״ שהינם מתועדים, או במילים אחרות, שיש מהגרים ״לא־חוקיים״ שהינם חוקיים.[213] בפרשה אחרת נקבע כי ההחלטה ״ללוות לגבול״ מהגר רק כדי למנוע אותו מלהינשא עולה כדי חריגה מסמכות,[214] ובשנת 2003 נפסק כי תקופת מאסר עוצרת את ״מירוץ״ תקופת החודש שבסיומה ניתן ״ללוות לגבול״ זר שבקשתו לאשרת שהייה נדחתה.[215]

לבסוף, ראוי לאזכר סדרה של פסקי־דין חשובים, שניתנו כולם באותו יום, שבהם נקבע – בהתבסס, בין היתר, על האמנה האירופית בדבר ההגנה על זכויות האדם – כי שר הפנים, שר המשפטים והשר לעניינים חברתיים חרגו מסמכותם בכך שבהנחיות שהסדירו את הקמתם של ״מרכזי המעצר״ ושל ״אזורי ההמתנה״ לזרים לא נקבעה

---

210 CE, n° 235902, 13.11.2002 *M. Douga C.*.

211 CE, n° 213584, 23.6.2000 *M. D.*; CE, n° 215874, 28.7.2000 *M. L.*; CE, n° 211741, 18.10.2000 *Mlle A.*; CE, n° 218469, 6.11.2000 *M. S.*; CE, n° 208664, 17.11.2000 *M. M.*; CE, n° 220268, 20.11.2000 *M. L.*; CE, n° 222020, 15.1.2001 *B.*. פסקי־הדין שמו קץ לסתירה שהתקיימה בין סעיף bis12(3) לפקודת הכניסה, שלפיו כל תושב זר המתגורר בצרפת באופן סדיר במשך יותר מעשר שנים זכאי לקבל אשרת שהייה, אף אם הוא אינו מתועד, לבין סעיף 25 לפקודה, שלפיו אין לגרש או ״ללוות לגבול״ זרים המוכיחים כי חיו בצרפת במשך חמש־עשרה שנה, בין אם באופן סדיר ובין אם לאו. הסתירה התבטאה בכך שהיו זרים – למשל, מהגר בלתי־מתועד השוהה בצרפת באופן סדיר במשך שתים־עשרה שנה – שהיו גם בני־גירוש (מכוח סעיף 25) וגם זכאים לקבלת אשרת שהייה (מכוח סעיף bis12(3)).

212 הדין הצרפתי מבחין בין ״ליווי לגבול״ (Reconduite à la Frontière) – שהוא הליך מִנהלי המופעל כלפי שוהים לא־חוקיים – לבין ״גירוש״ (Expulsion du Territoire) – שהוא הליך שיפוטי המופעל כלפי זרים אשר הורשעו בעבֵרה חמורה או מהווים סכנה חמורה לסדר הציבורי.

213 www.gisti.org/doc/actions/2001/eloignement/index.html.

214 CE, n° 237832, 29.7.2002 *Prefet du Languedoc-Roussilon, Prefet de l'Herault*.

215 CE, n° 252383, 12.12.2003 *M. K.*.

זכאותם של העצורים לגישה בכל עת לעורכי-דין ולמתורגמנים, וכן לא הוקצה מקום שבו יתאפשר לעצורים לשוחח בדיסקרטיות עם עורכי-דינם.[216]

(3) איחוד משפחות

איחוד משפחות מהווה שלב חשוב בהיהפכותו של מהגר מ"עובד" ל"אדם", שכן הוא מבשר בדרך-כלל על התיישבות של קבע ועל היהפכותם של מהגרי-העבודה ל"צרכנים" של השירותים החברתיים במלואם, ובכך מסמל את התמוטטותו של הרציונל הכלכלי המנסח את הגירת-העבודה רק במונחים של ביקוש והיצע כלכליים.[217] אין זה מפתיע, אפוא, שכאשר הוחלט על פעולה להגבלת ההגירה, בתקופת נשיאותו של ז'יסקר ד'סטן, נעשה ניסיון לצמצם את תופעת איחוד המשפחות. בשנת 1977 החליטה הממשלה להשעות למשך שלוש שנים איחוד משפחות של מהגרי-עבודה אם הללו לא היו מוכנות להתחייב לא לעבוד. החלטת הממשלה התקבלה כשנה וחצי לאחר שהיא עצמה הכירה בזכות לאיחוד משפחות. ההחלטה הובאה לפתחה של מועצת המדינה, וזו ביטלה אותה בשנת 1978 בפסק-דין "מכונן",[218] שבו קבעה – בהסתמך על סעיף 8 של האמנה האירופית בדבר ההגנה על זכויות האדם ועל "מגילת הזכויות" המופיעה במבוא לחוקת 1946 – כי קיים "עיקרון משפטי כללי" שלפיו למהגרים מתועדים, בדומה לאזרחים, יש זכות לנהל "חיי משפחה רגילים", הכוללת את הזכות לאיחוד משפחות. המועצה הוסיפה כי אף שהממשלה רשאית לקבוע את התנאים למימוש הזכות לאיחוד משפחות, כדי להתאימם לצורכי הסדר הציבורי ולצורכי הביטחון הסוציאלי של המהגרים, אין היא רשאית לאסור באופן גורף על בני המשפחה לעבוד.[219] החלטת המועצה התקבלה שנה בלבד לאחר החלטת הממשלה, פרק-זמן שנחשב מהיר מאוד ביחס למקובל. פסק-דין חשוב זה מבליט את הקשר – ההכרחי בעיני המועצה – בין איחוד משפחות, המהווה היבט קלסי של מדיניות ההגירה, לבין מימוש זכותו של המהגר לעבוד, הקשורה למדיניות הגירת-העבודה.

עמדתה של מועצת המדינה בדבר זכותם של זרים לאיחוד משפחות נגעה בשאלת היקף סמכותן *המִנהלית* של הרשויות להגביל את הזכות לאיחוד משפחות. בפסק-דין

---

[216] CE, n° 236016, 30.7.2003 *Syndicat des avocats de France*; CE, n° 247940 30.7.2003 *Syndicat des avocats de France*; CE, n° 247987, 30.7.2003 *Association Nationale d'Assistance aux Frontieres pour les Etrangers et autres*.

[217] JACOBSON, לעיל ה"ש 69, בעמ' 37.

[218] פסק-הדין מופיע באתר האינטרנט של מועצת המדינה ברשימת פסקי-הדין החשובים ביותר שניתנו על-ידיה – www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la00.shtml.

[219] *GISTI, CFDT, CGT* CE, 8.12.1978. לדיון בחשיבותו של פסק-הדין ראו וייל I, לעיל ה"ש 156, בעמ' 265-266. יוער כי פסק-דין זה הוזכר על-ידי הנשיא בדימוס ברק בפסק-דינו בעניין חוקתיותו של התיקון לחוק האזרחות – ראו בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פסקה 38, תק-על 06(2) 1754 (2006).

חשוב, שבחן את התיקון לחוק הכניסה לצרפת משנת 1993, הקנתה המועצה החוקתית מעמד *חוקתי* לזכותם של זרים, המתגוררים באופן רגיל וחוקי בצרפת, לנהל חיי משפחה רגילים – זכות שממנה נגזרת הזכות לאיחוד משפחות. נפסק כי כל הגבלה של הזכות לאיחוד משפחות חייבת להיעשות אך ורק באמצעות חוק שמיועד להגן, באופן מידתי, על מטרות בעלות אופי חוקתי. על־כן נפסל סעיף בחוק שאסר על סטודנטים זרים לממש את זכותם לאיחוד משפחות, וכן נפסק כי חוקתיותו של סעיף המציב דרישה לשהייה חוקית של שנתיים כתנאי לאיחוד משפחות מותנית בכך שניתן להתחיל בתהליך הגשת הבקשה עוד בטרם חלפו שנתיים.[220]

לבסוף, במקרה אחר נקבע כי סירוב להעניק אשרת כניסה לילד ולאמו המבקשים להצטרף לאביו, בתואנה שהנישואים בין בני־הזוג אינם תקפים על־פי הדין הצרפתי וכן שאין לאב מספיק משאבים לכלכל את משפחתו, נוגד את הזכות לחיי משפחה הקבועה בסעיף 8 לאמנה האירופית בדבר ההגנה על זכויות האדם.[221]

(4) התאזרחות

נושא ההתאזרחות הוא מרתק ומורכב, והוא נוגע, כפי שראינו, בשורשיהן של תפיסות האזרחות השונות. במסגרת יריעה קצרה זו ראוי לאזכר שני פסקי־דין שנוגעים בשאלות התאזרחות של מהגרים, ואשר מלמדים על מורכבות העניין, בפרט בכל הנוגע להתערותה של הקהילה המוסלמית בצרפת.

בשנת 1997 נפסק כי העובדה שמהגר המבקש להתאזרח מעיד על עצמו כי הוא מוסלמי אדוק, ועובדת היותו נשוי למוסלמית צרפתייה הנושאת רעלה, אינן, כשלעצמן, טעם מספיק לא להיענות לבקשתו בעילת "חוסר היכולת להיטמע" בחברה הצרפתית.[222] מאידך גיסא, בשנת 1998 נדחה ערעורו של אלג'ירי הנשוי לצרפתייה, שהיה פעיל בתנועה איסלאמית קיצונית בהפצת מסרים הנוגדים את "ערכיה הבסיסיים של החברה הצרפתית", נגד ההחלטה לא להיענות לבקשת ההתאזרחות שלו מחמת אותה עילה.[223]

---

[220] Décision n° 93-325 DC, 13.8.1993. גם פסק־דין זה הוזכר בפסק־דינו של הנשיא בדימוס ברק בבג"ץ **7052/03**, לעיל ה"ש **219**, בפסקה **38**.

[221] CE, n° 250921, 15.10.2003 *M. Selvam R. et Mme Uma Maheswari S.*.

[222] CE, n° 169368, 19.11.1997 *Ben Halima*. על־פי סעיף **21-4** לקוד סיביל, המדינה רשאית לסרב להעניק אזרחות צרפתית לבן־זוג זר של אזרח צרפתי משני טעמים: **(1)** קלון פלילי או מוסרי; **(2)** חוסר יכולת להיטמע. העילה האחרונה מתייחסת לבני־זוג אשר חיים בשולי החברה או מפיצים מסרים הנוגדים את ערכי הרפובליקה (www.mrap.asso.fr/droit/conjoints). יצוין כי בדוח־הביניים שהגישה ועדת רובינשטיין לבחינת מדיניות ההגירה למדינת־ישראל נכתב כי מדינות רבות באירופה מציבות תנאי־סף תרבותיים הכרחיים כתנאי להגירה ולהתאזרחות בשל נישואים. הוועדה אינה מציעה הצבתם של תנאים כאלה ביחס להגירת־נישואים לישראל, אך היא מציעה לאכוף את איסור הפוליגמיה.

[223] פסק־דין ברוח דומה ניתן גם בשנת **1999**: CE, n° 178449, 7.6.1999 *Ben Mansour*.

(5) אשרות עבודה

פסק־הדין המרכזי הנוגע ישירות במדיניות הממשלתית כלפי מהגרי־עבודה ניתן על־ידי מועצת המדינה בשנת 1978. בשנת 1974 החליטה הממשלה להפסיק ״לייבא״ מהגרי־עבודה. מדיניות זו יושמה, בין היתר, באמצעות הנחיה של שר העבודה לא לאשר עוד חוזי עבודה למהגרי־עבודה חדשים, ובאמצעות הנחיה של שר הפנים, אשר הורה לפקידי משרדו לדחות, למעט במקרים בעלי אופי הומניטרי, את כל הבקשות לקבלת אשרת שהייה של זרים שאין בידיהם חוזה עבודה, לרבות בקשות של אלג׳ירים ושל אזרחי מושבות צרפתיות לשעבר, שהיו כפופים ברגיל למשטר של אמנות דו־צדדיות בין המדינות. כמו־כן הנחה השר לא להתיר עוד איחודי משפחות של מהגרי־עבודה המתגוררים בצרפת. מועצת המדינה פסקה כי שני השרים חרגו מסמכותם, בכך שביטלו למעשה, באופן חד־צדדי, הסכמים בין־לאומיים שצרפת חתומה עליהם. מועצת המדינה ציינה כי לאמנה בין־לאומית יש עליונות על כל החלטה מִנהלית של שר.[224] ראוי עם זאת לציין שההחלטה התקבלה רק ארבע שנים לאחר הוצאת ההנחיה הממשלתית.

(6) ביטחון סוציאלי

נקודת המוצא של החוקה הצרפתית היא כי הרפובליקה הצרפתית, לצד היותה חילונית, היא גם רפובליקה ״סוציאלית״. החוקה משנת 1958 אינה כוללת אומנם ״מגילת זכויות״, אולם המבוא שלה מפנה להצהרת זכויות האדם והאזרח משנת 1789 ולמבוא לחוקה משנת 1946, ובתי־המשפט התייחסו לכך כאל חלק מהעקרונות החוקתיים. חוקת 1946 שמה את הדגש בעיקר בזכויות החברתיות – החינוך, הבריאות, התעסוקה, ההתארגנות – ומכאן שלזכויות אלה יש מעמד חוקתי, והן זכו בחקיקה ענפה ומקיפה מאוד. בהקשר זה יוער כי מהגרי־העבודה המתועדים נהנים ככלל מזכויות חברתיות ואזרחיות מלאות, ביניהן הזכות לביטחון סוציאלי (זכאות למכלול קצבאות הביטוח הלאומי ולפנסיה ממלכתית) והזכות לבריאות.[225] על רקע זה ראוי לבחון את הפסיקה הנוגעת בזכויות הביטחון הסוציאלי של מהגרי־העבודה. בשל אופיין המורכב של זכויות אלה, המשלבות היבטים חוקתיים, מִנהליים וביטוחיים, אין פלא שהן נידונו, ביחס למהגרי־עבודה, בערכאות שונות.

ראוי לאזכר תחילה פסק־דין חשוב של המועצה החוקתית שפסל הוראת חוק שהרחיבה באופן מוטה את הזכאות לקצבת נכות – אחת הקצבאות בעלות האופי ה״לא־ביטוחי״ (שממומנות מכספי מיסים, ולא מן התשלומים לביטוח לאומי) –

---

[224] CE, 24.11.1978 *CGT, GISTI*.

[225] לפירוט ראו עופר סיטבון **יהודיותה של ישראל כצרפתיותה של צרפת? משטרי האזרחות בישראל ובצרפת בראי זכויותיהם של מהגרי העבודה** 33–90 (עבודת־גמר לתואר ״מוסמך במשפטים״, אוניברסיטת תל־אביב – הפקולטה למשפטים, 2004).

והחילה אותה רק על אזרחים צרפתים ואירופים. המועצה החוקתית קבעה כי משטר ״ההעדפה הלאומית״ – שביסס את הענקתן של קצבאות אלה על עיקרון של סולידריות, הכולל, במשתמע, רק את הקולקטיב הלאומי – מנוגד לחוקה, שכן הוא שולל את ההטבות ממהגרים שאינם אזרחים אירופים.[226]

בשנת 1989 אסרה מועצת המדינה על עיריית פריז לשלול ממהגרים ״קצבה מוניציפלית בגין חופשת לידה בעבור ילד שלישי״, בטענה כי אין להפלות בין מקבלי הקצבה על בסיס לאום.[227] במקרה אחר, לעומת זאת, דחתה מועצת המדינה את הטענה כי חוק שקבע דרישת תיעוד כתנאי לזכאות לזכויות הביטחון הסוציאלי פוגע בזכויות הסוציאליות המוגנות בחוקה ובאמנה מס׳ 118 של ארגון העבודה הבין־לאומי. נפסק כי אין סתירה בין דרישת התיעוד שבחוק לבין הזכויות הללו, וכי האמנה הבין־לאומית בדבר זכויות הילד, שגם עליה הסתמכו העותרים, מטילה אומנם חובות על המדינה אך אין לה תחולה ישירה במשפט הפנימי הצרפתי, ואין היא יכולה לשמש מהגרים בלתי־מתועדים המנסים להסתמך עליה בבתי־משפט צרפתיים.[228] קביעה זו נהפכה באופן חלקי בהמשך השנה, בפרשת *Cinar*, שבה התקבל ערעורה של מהגרת תורכייה, אם חד־הורית בעלת תעודת תושב, על ההחלטה לא להתיר את כניסתו של בנה הפעוט (שאותו הבריחה לצרפת בניגוד לחוק) במסגרת איחוד משפחות. מועצת המדינה קבעה, באופן תקדימי, כי להבדיל מן הדרישה הרגילה לאימוץ האמנות במשפט הפנימי כתנאי לתחולתן, לסעיף 3.1 לאמנה הבין־לאומית בדבר זכויות הילד, הקובע את קדימותו של עקרון ״טובת הילד״, יש תחולה ישירה במשפט הצרפתי, וכל הרשויות כפופות לו.[229]

במקרה אחר נפסק כי זרים זכאים לקבל דמי אבטלה רק אם יש ברשותם אישור בדבר עבודה מקצועית שכירה אצל מעסיק מוגדר, וכי אין די באישור עבודה זמני בלבד.[230] במקרה נוסף אושרה הדרישה לשהייה מתועדת בצרפת כתנאי לזכאות לקצבת נכות, ונקבע כי אין די באישור שהייה זמני. נפסק כי מדובר בדרישה המבוססת על אמת־מידה אובייקטיבית ורציונלית, התואמת את מטרות החוק ואת מחויבויותיה הבין־

---

[226] Décision n° 89-269 DC, 22.1.1990. ברם, למרות הפסיקה, רק בשנת 1998 ביטלה הממשלה הסוציאליסטית את דרישת האזרחות כתנאי לזכאות לקצבאות הלא־ביטוחיות.

[227] פסק־הדין מאוזכר אצל Guiraudon, לעיל ה״ש 66, בעמ׳ 298.

[228] CE, n° 163043, 23.4.1997 *GISTI*.

[229] CE, n° 161364, 22.9.1997 *Cinar*. מועצת המדינה קבעה כי בנסיבות העניין, חיובה של האישה להיפרד מבנה הפעוט, ולו לחודשים ספורים, אינו נוגד אומנם את הזכות לחיי משפחה, בהיותו מוגבל בזמן, אולם פוגע בעקרון טובת הילד המוגן על־ידי האמנה, וזאת לנוכח העדרה של משפחה קרובה בתורכיה שתוכל לגדל את הפעוט במקום האם. עמדה זו, המאפשרת תחולה ישירה של האמנה בדבר זכויות הילד, אומצה בשנת 2005 גם על־ידי בית־המשפט העליון לערעורים בכמה החלטות – ראו www.gisti.org/doc/actions /2005/prestations-familiales/jurisp_cide.pdf.

[230] CE, n° 210231, 29.12.2000 *GISTI*.

לאומיות של צרפת. המועצה הדגישה כי אין היא בוחנת, בנסיבות המקרה, את חוקתיותו של חוק הביטחון הסוציאלי שמכוחו הוצא הצו.[231]

בשנת 1996 פסק בית-המשפט העליון לערעורים כי ילדים שנכנסו לצרפת במסגרת איחוד משפחות זכאים לקבל למפרע קצבאות ילדים החל ביום כניסתם לצרפת, ולא רק מן המועד שבו קיבלו את האישור מן המשרד להגירה בין-לאומית.[232] בשנת 2000 ביטל בית-משפט זה הנחיות פנימיות שדרשו ממהגרים בעלי אפוטרופסות על ילדים להוכיח את אי-המסוגלות ההורית של ההורים הביולוגיים כתנאי לקבלת קצבאות ילדים.[233]

לבסוף, ראוי לאזכר שתי פסיקות של בית-הדין לענייני הביטוח הלאומי, המהווה גוף שיפוטי שדומה במובנים מסוימים לבתי-הדין לעבודה בישראל:[234] במקרה אחד נפסק כי מהגרי-עבודה שמקבלים דמי אבטלה, ואשר מדינתם חתמה על אמנה דו-צדדית עם צרפת, זכאים למימון טיפול רפואי לבני משפחותיהם (אף אם אלה שוהים בחוץ-לארץ) מכוח הזכות ליחס שווה הקבועה באמנות הבין-לאומיות;[235] ובמקרה אחר נפסק כי סירוב לשלם קצבאות ילדים לילדיהם של מהגרים בלתי-מתועדים נוגד את עקרון ״טובת הילד״ המוגן באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד.[236]

(ד) מגמות בפסיקתה של מועצת המדינה

ההכרעות השיפוטיות שנסקרו לעיל משרטטות כמה מגמות חשובות במישור הצורני ובמישור התוכני כאחד.

במישור *הצורני*, פסקי-הדין המתוארים לעיל מצטיינים בשפה לקונית ו״פורמליסטית״, כמיטב המסורת הקונטיננטלית, הרואה את השופט כ״פה של המחוקק״, כמי שתפקידו ליישם את הנורמות והחוקים מבית-היוצר של בית-המחוקקים. לפיכך פסקי-הדין נעדרי פתוס ויש להם מבנה קבוע, גם כאשר יש להם השלכות-רוחב משמעותיות, דוגמת הביטול משנת 1978 של החלטת הממשלה להשעות איחוד משפחות. ברור, עם זאת, שלשימוש בשיח ״מקצועני״ יש (בצד האוטונומיה היחסית שבית-המשפט נהנה ממנה ככלל) יתרונות ניכרים מבחינת ״ההון השיפוטי״[237] העומד לרשותה של מועצת המדינה באימוץ מדיניות ״אקטיביסטית״ היכולה לקדם זכויות של מיעוטים, ובכלל זה של מהגרים. הנוסחות הצורניות המוכרות

---

231 CE, n° 235234, 12.12.2003 *M. Mokrane A. et Mme Beatrice B.N.*.

232 Cass. Soc. 4.4.1996 *Raoul Zoba Dia Sambi*.

233 Cass. Soc. 23.11.2000 *Epoux Drief*.

234 בית-הדין האמור כולל בקרב חבריו גם נציגי עובדים ונציגי מעבידים, בדומה לבית-הדין לעבודה בישראל. יש לציין, עם זאת, כי מדובר בערכאה נמוכה שהערעור על החלטותיה נעשה לבית-המשפט לערעורים, אשר כפוף בתורו לבית-המשפט העליון לערעורים.

235 TASS (Saone et Loire) 31.5.1990 *Chetiti et Zenasni*.

236 TASS (Vienne) 13.3.2000 *Epoux Rahoui c. CAF de Vienne*.

237 Guiraudon, **לעיל ה״ש 66, בעמ׳ 301**.

– המקצועניות, הקצרות ונטולות הפתוס – מסוות לעיתים החלטות בעלות משקל וחשיבות פוליטית.[238]

היבט ״צורני״ נוסף הנושא חשיבות מהותית רבה הוא פרק־הזמן הארוך החולף ממועד הגשת העתירה או הערעור ועד למתן פסק־הדין. כפי שראינו, גם כאשר ההחלטות המותקפות הן בגדר חריגה ״פשוטה״ מסמכות (דוגמת הוצאת הנחיה מִנהלית אשר סוטה מלשון החוק או סותרת אמנה בין־לאומית), לעיתים תכופות נדרשות לה למועצת המדינה שנים ארוכות – בין שלוש לשש שנים – כדי להצהיר על כך. פסק־הדין המנחה בעניין איחוד המשפחות, שניתן כשנה ״בלבד״ מיום הגשת העתירה, הוא בגדר חריג המעיד על הכלל. מצב־דברים זה משרת כמובן את הרשויות, שהרי החלטותיהן – הלא־חוקיות – עומדות בתוקפן במשך שנים ארוכות, ומגבילות בכך את זכויותיהם של מאות ואלפי מהגרים, שהינם מטבע הדברים קבוצה מוחלשת. מציאות זו מאששת את הגישות בסוציולוגיה של המשפט המדגישות את קשיי הגישה של אוכלוסיות חלשות לבתי־המשפט לשם מימוש זכויותיהן, וכן את היתרונות המובָנים הנעוצים בהליך השפיטה לטובתם של גופים מוסדיים ובעלי יכולת, וביניהם רשויות המדינה, שהינם ״שחקנים רב־פעמיים״ (repeat players).[239] אומנם, בפרשיות רבות הגופים העותרים הם ארגונים לא־ממשלתיים הפועלים למען זכויות מהגרים (בראש ובראשונה ארגון GISTI, שאחראי לרבים מפסקי־הדין ה״מכוננים״ של מועצת המדינה ביחס למהגרי־העבודה), שגם אותם ניתן לראות כ״שחקנים רב־פעמיים״, במובן זה שהם ניחנים ב״אורך־רוח״ ושואפים להשיג פסיקות עקרוניות בעלות השלכות כלליות. עם זאת, ״אורך־רוח״ זה אינו בלתי־מוגבל, שהרי ארגונים אלה הם גם ״שומרי־הסף״ (gatekeepers), וייעודם המרכזי הוא לאפשר את כניסתם של מהגרי־העבודה – ״שחקנים חד־פעמיים״ (one-shotters) קלסיים – אל טרקליניו של בית־המשפט. על־כן חייב להיות להם עניין גם בזירוז ההליכים.

במישור *התוכני* נראה כי ניתן לאתר שני כיווני פעולה עיקריים בפסיקת המועצה בכל הנוגע להכרה בזכויותיהם של מהגרי־העבודה בצרפת: שיח זכויות חוקתיות ורטוריקה מִנהלית.

ברוב פסקי־הדין שבדקתי מאוזכרות אמנות בין־לאומיות – בדרך־כלל האמנה האירופית בדבר ההגנה על זכויות האדם משנת 1950, אך בשנים האחרונות גם האמנה הבין־לאומית בדבר זכויות הילד משנת 1990. כמו־כן קיימת בהם הסתמכות על ״מגילת הזכויות״ המופיעה בחוקת 1946, ובראשן על הזכויות החברתיות שהיא מבטיחה. הסתמכות זו על שיח הזכויות נעשתה כדי להגן על שורה של זכויות (חופש

---

[238] מצב־דברים זה מעיד אולי כי רטוריקה שיפוטית נחרצת נחוצה דווקא בתרבות פוליטית שהדמוקרטיות שלה ״מתנדנדת״, כאשר בית־המשפט מבקש בפעולתו להניעה אל מחוזות דמוקרטיים יותר (אני מודה לאילן סבן על שהאיר את עיניי בעניין זה).

[239] לעיל הטקסט שליד ה״ש 73.

התנועה, הזכות לחיי משפחה, הזכות לעבוד, הזכות לייצוג, הזכות למתורגמן ועוד) ואינטרסים (טובת הילד) חשובים של המהגרים, תוך ניסיון לאזנם עם האינטרסים הציבוריים שהמדינה מתיימרת לפעול בשמם. ברור, כמובן, שככל שההגנה על זכויות המהגרים נעשית במסגרתו של שיח בעל אופי חוקתי כן יכולתן של הרשויות לפגוע בהן קטֵנה.[240] בהקשר זה בולטת במיוחד ההגנה על הזכות לחיי משפחה, שכן עצם השימוש בשיח זכויות — הנסמך, בצד האמנות הבין-לאומיות, גם על קביעת ״עיקרון משפטי כללי״ על-ידי המועצה שלפיו יש למהגרים מתועדים זכות לניהול ״חיי משפחה רגילים״ — מקנה לגיטימציה לתביעה מן המדינה לאפשר איחוד משפחות. תביעה זו מעבירה במידה רבה אל כתפי המדינה את הנטל להראות את תקפותם של האינטרסים הציבוריים שבשמם היא מתנגדת לכך. מובן שגם המעמד החוקתי שהוקנה לזכות זו בפסיקתה של המועצה החוקתית פועל בכיוון זה.

לצד השימוש באמצעים החוקתיים, מרבה מועצת המדינה, כראוי לתפקידה כערכאה מִנהלית עליונה, להשתמש בטכניקות קלסיות של המשפט המִנהלי. כידוע, להבדיל מביקורת חוקתית על חקיקת הפרלמנט, הביקורת השיפוטית על מעשי המִנהל אינה שנויה כמעט במחלוקת. במצב כזה השימוש במשפט המִנהלי נתפס כ״ניטרלי״ וכ״מקצועי״ יותר, ומרחיב את בסיס הלגיטימציה של מועצת המדינה לפעול נגד ההגבלות המִנהליות השונות המוטלות על זכויות המהגרים, במבודד מלחצים ומשיקולים פוליטיים.

״דרך-המלך״ שמועצת המדינה מאמצת היא, כמובן, הקביעה כי הרשות המִנהלית חרגה מסמכותה ופעלה באופן החורג מן המִדרג הנורמטיבי המקובל — למשל, על-ידי התקנת חקיקת-משנה שחורגת מחקיקה ראשית, מהסכמים בין-לאומיים או מעקרונות חוקתיים כלליים. זו כמובן הדרך הנוחה ביותר — ובמידה רבה גם הראויה ביותר[241] — מבחינתה של המועצה, שכן היא מאפשרת לה להתמקד בפן הפרוצדורלי של הפרקטיקות השלטוניות מבלי להיכנס לוויכוח ערכי על-אודות הלגיטימיות שלהן. דרך פעולה נוספת שבה עשתה המועצה שימוש הייתה דרך הפרשנות. זו אפשרה לה, למשל, לפרש באופן צר עילות הרחקה/גירוש[242] או סמכות להטלת אגרה.[243] במקרים כאלה הפרשנות המצמצמת משמשת אמצעי להתמודדות עם מצב-דברים שבו התגברה הרשות לכאורה על מכשלת הסמכות על-ידי פעולה מכוח חוק מסמיך. טכניקה דומה אחרת היא השימוש בעילת המידתיות לשם מיתון הפגיעה בזכויות הנעשית לכאורה בסמכות ובשמו של אינטרס ציבורי. במקרים אלה קבעה המועצה כי על הרשות, במסגרת הפעלת סמכותה, לפעול באופן מידתי המאזן את האינטרס הציבורי כנגד הפגיעה בזכויות.

---

240 בנבנשתי, לעיל ה״ש 65, בעמ׳ 490-491.

241 שם, בעמ׳ 488 ואילך.

242 פרשת *M. Douga C.*, לעיל ה״ש 210.

243 לעיל ה״ש 202.

ו. במקום סיכום

המושגים "דמוקרטיה", "אזרחות" ו"זכויות אדם" מזינים ומשלימים זה את זה. באופן סכֶמתי ביותר ניתן לומר שדמוקרטיה באה לידי ביטוי בהשתתפותם של האזרחים בעיצובה באמצעות מימוש הזכות לבחור ולהיבחר (הפן הפורמלי), אך גם, ואולי בעיקר, בכיבוד זכויות האדם – זכויותיהם של אזרחים, תושבים, תושבים ארעיים ובני־אדם אחרים שהמדינה משפיעה או עשויה להשפיע עליהם (הפן המהותי של הדמוקרטיה). העניין שסוגיית מהגרי־העבודה מעוררת נובע, בין היתר, מכך שהיא מחדדת את שאלת הזיקה בין הצלעות השונות הללו של הדמוקרטיה המודרנית. למעשה, ניתן לטעון שהסדקים והחרכים שזכויות האדם מרחיבות בצימוד הקלסי של דמוקרטיה ואזרחות הם אלה שדרכם מהגרי־העבודה מבקשים להיכנס.

כל עוד בשוק העבודה הישראלי שולטות תפיסות הדוגלות בהגמשה ובהוזלה של עלות העבודה, יהיה גם מי שידאג לשמר את היצע העבודה הזולה, המבוסס לא־מעט על עבודתם של מהגרי־העבודה. אומנם, אפשר ואף ראוי להיאבק במגמה זו באמצעות נקיטת צעדים כלכליים־פוליטיים שונים, ביניהם חיזוק העבודה המאורגנת, העלאת המיסוי על ייבוא עובדים, החמרת הענישה של מעסיקים סוררים ואכיפת חוקי העבודה – בראש ובראשונה חוק שכר־מינימום. מהלכים אלה יצמצמו את כדאיות העסקתם של מהגרי־עבודה, יַיצבו מחדש את שוק העבודה הישראלי, ויפעלו לביצור כוחם וסמכותם של חוקי העבודה המתקדמים שעודם קיימים בישראל. אולם לצד אימוצם של צעדי מדיניות נחוצים אלה, מן הראוי לחדול מלהתייחס להגירת־העבודה לישראל כאל תופעה ארעית, ומלראות את מהגרי־העבודה כבני־אדם ל"שימוש חד־פעמי" (disposable). ההיסטוריה של הגירת־העבודה באירופה מלמדת כי משלב מסוים, במיוחד עם התהוותם והתמסדותם של קשרים בעלי אופי משפחתי בקרב המהגרים, השהייה שנתפסה כזמנית (כפי שמצביע יפה המונח הגרמני "עובדים אורחים") נהפכת להשתקעות של קבע. ראשית התהוותם של דפוסים מעין אלה בישראל מלמדת כי למרות משטר ההגירה ה"אתני" הישראלי, המגביל והמחמיר, ולמרות השוני בינו לבין רוב משטרי ההגירה ה"אזרחיים", וזה של צרפת בראשם, יש מקום להתחיל להסכין לנוכחותה העתידית בישראל של קבוצת אוכלוסייה "מהגרת" לא־יהודית. בצד הרצון הלגיטימי – בוודאי בעולם שמורכב ממדינות לאום – לשמר את הזהות והמורשת התרבותיות של הרוב במדינה, בין היתר באמצעות משטר הגירה בִּרירני,[244] נדרשת

[244] לעמדה בולטת התומכת בכך ראו רות גביזון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" **משפט וממשל** ו 25 (2001). ברור, עם זאת, שמדובר במים עמוקים מאוד שמאמר זה כלל אינו מתיימר לשחות בהם. ראוי להזכיר, על קצה המזלג, חלק קטן מהכתיבה הענפה המבחינה בין זכויות פרט לבין זכויות קיבוציות, וכן בין ילידים לבין מהגרים: WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS (1995); אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי־פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו 241 (2002); חסן ג'בארין "ישראליות 'הצופה פני עתיד'

נכונות פוליטית לאפשר סטייה, מטעמים הומניטריים, מאמת-המידה האתנית-הדתית שמשטר זה מבוסס עליה.

השוואה בין פסיקותיהם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת ביחס למהגרי-העבודה מעלה כמה תובנות חשובות: *ראשית*, ניכרת רתיעתם של בתי-המשפט, בשתי המדינות, מפני עימות חזיתי עם המדיניות הממשלתית בתחום הגירת-העבודה. רתיעה זו אינה מפתיעה, ואף מובנת, לנוכח רגישותה של המָטְרִיה, הנוגעת בליבת הריבונות של המדינה המודרנית, קרי: הפיקוח על גבולותיו הפיזיים (כניסה למדינה ויציאה ממנה) והפוליטיים (אזרחות) של הקולקטיב. רתיעה זו מתבטאת באופנים שונים, אך בראש ובראשונה באמצעות עיכוב ממושך בכתיבת פסקי-דין ״מכוננים״. גם כאשר בית-המשפט מבטל בסופו של דבר את מדיניותה של הרשות, אין בכך כדי למחות לחלוטין את הלגיטימציה שבשתיקה שניתנה במשך שנים למדיניות זו על-ידי התמשכותם של ההליכים המשפטיים.

שנית, אין ספק של״הון השיפוטי״ של בתי-המשפט, ובפרט לזה של הערכאות העליונות, יש השפעה ממתנת על עיצוב המדיניות הממשלתית כלפי מהגרי-עבודה. יחס דיאלקטי זה בין רתיעת בתי-המשפט לבין ריסונן העצמי של הרשויות מעמיד את בתי-המשפט בצומת חשוב שבו מוטלת עליהם אחריות רבה, ומן הראוי שהם יעשו שימוש בסמכותם – המשפטית והמוסרית כאחת – כדי להגן על קבוצה חברתית אשר קולה אינו נשמע כלל.

שלישית, ההבדל התוכני המרכזי בין פסיקותיהם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת ביחס למהגרי-העבודה נעוץ בשימוש הנרחב שמועצת המדינה עושה בשיח זכויות האדם הטרנס-לאומי. בישראל, לעומת זאת, בתי-המשפט מאמצים שיח שהינו רובו ככולו ישראלי-פנימי. ייתכן שניתן להסביר זאת בכך שבתי-המשפט בישראל עודם עסוקים בעיצובה ובייצובה של ״המהפכה החוקתית״ השנויה במחלוקת, כמו-גם בהפצת ״בשורתה״, ופנייה למשפט הבין-לאומי במצב זה עלולה להיתפס כנושאת מחירים בלתי-צפויים ועל-כן נעשית במשורה, עקב בצד אגודל. עם זאת, בשנים האחרונות ניכרת בכל-זאת מודעות גוברת לשיח המשפטי הטרנס-לאומי בדבר זכויות האדם, בעיקר בקרב שופטי בית-המשפט העליון, המפנים יותר ויותר את מבטם כלפי חוץ.[245] סביר להניח שהדיאלוג עם המשפט הבין-לאומי (שניתן לדמותו ל״חישוק״ חיצוני) יימשך בישראל ואף יתחזק, בדומה למה שאירע בצרפת, ויוביל לחלחול הדרגתי

של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני״ **משפט וממשל** ו 53 (2001); אמל ג׳מאל ״על מוסריות הזכויות הקולקטיביות של הערבים בישראל״ **גליון עדאלה האלקטרוני** 12 (אפריל 2005) www.adalah.org/newsletter/heb/apr05/ar2.pdf.

[245] אם כי עד עתה הדבר בולט בעיקר בפסיקות בעניינים בטחוניים. קרוב לוודאי שאחד הגורמים המדרבנים לכך היה הקמתו של בית-הדין הפלילי הבין-לאומי בחודש יולי 2002. ראו את הסימפוזיון בנושא ״ישראל והגלובליזציה של המשפט הבינלאומי הפלילי״ **המשפט** 15 (2003).

שלו אל תוך המשפט המקומי (ה"חישוק" הפנימי, הכולל בצרפת גם את המשפט האירופי). בכך תשתפר ההגנה המשפטית על מהגרי־העבודה בישראל.[246] מן הראוי לציין בהקשר זה כי בפסק־הדין בפרשת **קו לעובד**[247] ביסס השופט לוי את עמדתו, בין היתר, גם על המשפט הבין־לאומי. הוא הותיר אומנם בצריך עיון את שאלת תחולתן בדין הפנימי של האמנות הבין־לאומיות השונות המגינות על זכויותיהם של מהגרי־העבודה, לנוכח העובדה שהן טרם נקלטו בחקיקה, אך ציין (בפסקה 36) כי אפשר שחיובים על־פי אמנות אלה כבר נהפכו למשפט בין־לאומי מנהגי. כמו־כן הסתמך השופט לוי (בפסקה 37) על "חזקת ההתאמה" שבין הדין הפנימי לבין המשפט הבין־לאומי. דומה כי עמדה זו – שהייתה, כזכור, על דעתם של הנשיא בדימוס ברק ושל המשנה לנשיא (בדימוס) חשין – עשויה לרמז על הרחבה עתידית של השימוש של בתי־המשפט בשפת המשפט הבין־לאומי. ככל שכך אכן יקרה כן יהיה סביר לצפות לרטוריקה שונה, ובעיקר לעשייה שיפוטית שונה, בעניינם של מהגרי־העבודה.

לבסוף, הבדל חשוב נוסף בתוכן הפסיקה בין שתי המדינות נעוץ בהכרה של בתי־המשפט בצרפת בזכותו של מהגר־העבודה לאיחוד משפחות ובקשר ההדוק של זכות זו לשאלת זכותו של המהגר לעבוד.[248] לגיטימציה זו, הנשענת על הזכות המוכרת לחיי משפחה, אינה קיימת בישראל משתי סיבות: *ראשית*, משום שכחלק מהמאמצים למנוע התיישבות־קבע של מהגרי־עבודה, ישראל נוקטת מדיניות מחמירה ביחס למהגרי־עבודה מתועדים אשר מונעת הגעה של העובד עם משפחתו ואוסרת באופן מוחלט איחוד משפחות בקרב מהגרי־עבודה; *שנית*, משום שגם על איחוד משפחות של אזרחים ישראלים עם בני־זוגם הזרים מוטלות הגבלות לא־קלות. שיאן של הגבלות אלה בא לידי ביטוי בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג־**2003**, שחוקתיותו אושרה במאי **2006** על־ידי הרכב מורחב של בג"ץ ברוב דחוק של שישה נגד חמישה (פרשת **עדאלה**),[249] ואשר שולל באופן מוחלט כמעט את יכולתו של בן־זוג פלסטיני להיכנס לישראל ולחיות עם בן־זוגו הישראלי.

---

[246] לדיון בדרכים להטמעת המשפט הבין־לאומי במשפט המקומי ראו מיכאל ספרד "ליטיגציה בינלאומית בבית המשפט המקומי: בין דילול משפטי לבדלנות שיפוטית – תמונת מצב" **המשפט** 15, 73 (**2003**). להשפעה ה"דיפוזית" של המשפט הבין־לאומי על המשפט המדינתי באירופה ראו: Virginie Guiraudon, *European Courts and Foreigners' Rights: A Comparative Study of Norms Diffusion*, 34 INTERNATIONAL MIGRATION REV. 1088 (2000).

[247] פרשת **קו לעובד**, לעיל ה"ש **56**.

[248] ראוי לציין כי בשנת **2003** קיבל גם האיחוד האירופי דירקטיבה חשובה המכירה בזכות לאיחוד משפחות – Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, OJ L 251, 3.10.2003, p. 12–18.

[249] בג"ץ **7052/03**, לעיל ה"ש **219**. יוער כי גם עתירה זו, בדומה לעתירות "מכוננות" דוגמת העתירה נגד "הסדר הכבילה", התעכבה בבית־המשפט העליון במשך שנים אחדות. לדיון ביקורתי מאוד בחוק, ולטענה כי הוא אינו חוקתי, ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן

עם זאת, התפתחויות פסיקתיות שחלו לאחרונה מצביעות אולי על סדקים מסוימים שנבקעים בחומה הבצורה למדי שמשטר האזרחות הישראלי מציב בפני זרים, ובכלל זה בפני מהגרי־עבודה. במשך זמן־מה התחבטו בתי־המשפט לעניינים מִנהליים בעניין חוקיותו של הנוהל של משרד הפנים שחִייב אזרח זר השוהה בישראל לא־כדין, ומבקש להסדיר את מעמדו מכוח היותו "ידוע בציבור" של אזרח ישראלי, לצאת מהארץ בטרם תיבחן בקשתו להסדרת כניסתו לישראל ומעמדו בה. בחלק מהמקרים נשללה חוקיותה של דרישת היציאה מן הארץ. פסק־הדין הבולט בהקשר זה ניתן על־ידי השופט עוזי פוגלמן, שקיבל את עתירתו של אזרח ישראלי נגד דרישת משרד הפנים מבן־זוגו, אזרח קולומביה ששהה בישראל לא־כדין, לצאת מהארץ בטרם תיבחן בקשתו להסדרת מעמדו כ"ידוע בציבור", וזאת בטרם נפתחו הליכי הרחקה נגד בן־הזוג הזר.[250] אולם בשורה של מקרים אחרים קבעו שופטי בתי־המשפט לעניינים מִנהליים כי דרישת היציאה מן הארץ לפרק־זמן קצוב, שבמהלכו תתברר הבקשה להסדרת מעמדו של בן־הזוג הזר השוהה בישראל לא־כדין, הינה דרישה סבירה ומידתית.[251] במרס 2006 הכריע בית־המשפט העליון בסוגיה, ופסק כי "נוהל הטיפול בהסדר מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים, לרבות בני אותו מין" של משרד הפנים סותר את הלכת **סטמקה**[252] ואינו עומד בדרישת המידתיות, ועל־כן דינו להיפסל.[253] בין היתר נפסק כי רק כאשר מתעורר חשש ממשי בדבר פיקטיביות הקשר, או כאשר ניכר בבירור כי הקשר אינו עולה לדרגת יחסי "ידועים בציבור" כבר לאחר בחינה ראשונית ופרטנית של בקשה

ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג־2003" **משפט וממשל** ח 643 (2005). עוד יוער כי דוח־הביניים של ועדת רובינשטיין לבחינת מדיניות ההגירה למדינת־ישראל המליץ להטיל הגבלות על הגירת־נישואים של מהגרים ממדינות אויב ומ"אזורי סיכון".

250 עת"מ (מנהלי ת"א) 2790/04 **רוזנברג נ' שר הפנים** (טרם פורסם, 29.12.2004) www.nevo.co.il/Psika_word/minhali/mm04002790-34.doc. עמדה זו אומצה בפסקי־דין נוספים. ראו, למשל, עת"מ (מנהלי ת"א) 1145/05 **פרי נ' שר הפנים** (טרם פורסם, 27.1.2005) www.nevo.co.il/Psika_word/minhali/mm05001145.doc ועת"מ (מנהלי חי') 1009/05 **פוחולוק נ' משרד הפנים** (טרם פורסם, 28.3.2005).

251 עת"מ (מנהלי ת"א) 2817/04 **נאוי נ' שר הפנים**, תק־מח 05(1) 1680 (2005); עת"מ (מנהלי ת"א) 1161/05 **לשקרוב נ' משרד הפנים** (טרם פורסם, 4.5.2005) www.nevo.co.il/Psika_word/minhali/mm05001161-32.doc; עת"מ (מנהלי ת"א) 2948/04 **וסקר נ' משרד הפנים**, תק־מח 05(2) 5277 (2005); עת"מ (מנהלי ת"א) 1441/05 **גרסימובה נ' שר הפנים**, תק־מח 05(3) 11358 (2005).

252 בג"ץ 2355/98 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728 (1999).

253 עע"מ 4614/05 **מדינת ישראל נ' אורן**, תק־על 06(1) 3756 (2006). פסק־הדין ניתן בערעורו של משרד הפנים על שתי פסיקות של בתי־המשפט לעניינים מִנהליים שדחו את מדיניותו – עת"מ (מנהלי ת"א) 1163/05 **אורן נ' משרד הפנים**, תק־מח 05(2) 9116 (2005), ועת"מ (מנהלי ת"א) 1470/05 **פשנקו נ' משרד הפנים** (טרם פורסם, 8.6.2005) www.nevo.co.il/ Psika_word/minhali/mm05001470.doc.

כאמור, רשאי משרד הפנים לדרוש את הרחקת בן־הזוג הזר קודם שתושלם בדיקת בקשתו, כפוף למתן זכות טיעון. כן נקבע כי מקום שבן־הזוג הזר שוהה בארץ לא־כדין, רשאי משרד הפנים להטיל על בני־הזוג נטל ראייתי גבוה מהרגיל להוכחת כנות הקשר ביניהם.

הרחבתה והעמקתה של המגמה החיובית הניכרת בפסק־דין זה, כמו־גם בפסק־הדין התקיף שניתן בפרשת **קו לעובד**, אינה משימה פשוטה: המשטר המשפטי הישראלי עודנו מבוסס על "הנחת־עבודה" בעלת גוון אתני – שיש לה גם תוקף חוקתי על־חוקי למן הופעתו של המונח "מדינה יהודית ודמוקרטית" בחוקי־היסוד של שנת 1992 – באשר לאופייה היהודי של המדינה בכלל ואופייה של האזרחות הישראלית בפרט. הנחה זו סויגה ועוּדְנה בפסקי־דין חשובים, דוגמת **קעאדן**[254] **וטיבי**,[255] אך נושאת עדיין נופך מעורפל משהו. במובן זה ניתן לטעון כי המשפט הישראלי אכן ממלא את "ייעודו" כרכיב מרכזי בעיצוב הקולקטיב הישראלי, באופן שמתחֵם היטב את היקף התפרשותו של "משאב" האזרחות. עמדה זו באה לידי ביטוי בולט ברטוריקה של חלק מהשופטים בפסק־הדין האחרון בפרשת **עדאלה**. מכל־מקום, נדמה שהדבר מבטא דפוס חזק של התנגדות לשינוי העומד בפתח, על השלכותיו האידיאולוגיות מרחיקות־הלכת, קרי: הפיכת נוכחותם של מספר משמעותי של "זרים" לנוכחות של קבע בחברה הישראלית. זה גם ההקשר שבו יש להבין את קיומם של מנגנוני הפיקוח ההדוקים והמגוונים שישראל מפעילה לשם מניעת התיישבות־קבע של מהגרי־עבודה,[256] כמו־גם את הדו־ערכיות ביחס לעצם זכאותם לזכויות, המתבטאת באכיפה מועטה ובִרירנית של זכויותיהם בשוק העבודה.[257]

למרות דברים אלה, ראוי לא להתעלם מחלחולו האיטי של שיח זכויות האדם הטרנס־לאומי אל תוך המשפט הישראלי. לכן, אף שהיה אפשר אולי לצפות כי משטר ההגירה הישראלי הנוקשה כלפי לא־יהודים ימנע לחלוטין ממהגרי־עבודה את הכניסה בשערי מדינת הרווחה, מסתבר שבצידן של פרקטיקות הדרה נוקשות מתקיימות כלפיהם גם פרקטיקות חלקיות של הכלה, וזאת מצידם של גופים רשמיים שונים ובכל הנוגע למימוש חלק מזכויותיהם החברתיות והאזרחיות,[258] שהן הזכויות החשובות והדוחקות מבחינתם של מהגרי־עבודה.[259] אף אם ניתן להציע הסברים מוסדיים

---

254 פרשת **קעדאן**, לעיל ה"ש 168.

255 פרשת **טיבי**, לעיל ה"ש 8.

256 רוזנהק וכהן, לעיל ה"ש 37.

257 מונדלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 457 ואילך. בהקשר זה ראוי לראות את "הפרטת" הטיפול במהגרי־העבודה, שאוזכרה לעיל, כאחת הדרכים שבהן המדינה מבקשת להתנער ממחויבותה להבטיח את זכויותיהם וכאמצעי להקלת אימוצה של מדיניות הגירה מגבילה. ראו Guiraudon, לעיל ה"ש 66, בעמ' 302-303. ראו גם גיל ודהאן, לעיל ה"ש 41.

258 רוזנהק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 103.

259 Chaney, לעיל ה"ש 29, בעמ' 39; BRUBAKER, לעיל ה"ש 33, בעמ' 146.

להטרוגניות התפיסתית בקרב הרשויות השונות (משרדי ממשלה, רשויות מקומיות),[260] דומה שמן הראוי להדגיש כאן גם את הפן האוניוורסליסטי הנעוץ ביחסה של ישראל כלפי מהגרי־העבודה. כפי שקמפ ורייכמן מראות, התהוותה של תפיסה ״מכילה״ כלפי מהגרי־העבודה בעיריית תל־אביב־יפו, למשל, מצביעה על ניצנים של ״ייבוא״ שיח זכויות האדם הטרנס־לאומי אל המרחב הציבורי הישראלי, באופן המשליך גם על חלק מהפרקטיקות המוסדיות ביחס למהגרים.[261] ייתכן שהשינוי בא לידי ביטוי גם בנכונותם ההולכת וגדֵלה של בתי־המשפט — כפי שנבחנה במאמר זה — לבקר הסדרים קיימים ולהרחיב את ההגנה המשפטית על מהגרי־העבודה, לעיתים מתוך הסתמכות על שיח זה, באופן המפעיל לטובתם ״לחץ מוסדי״.[262] בניסוח שונה במעט ניתן לטעון כי משטר האזרחות הישראלי אינו הומוגני עוד באופיו המדיר כליל מהגרי־עבודה, וכי הוא מצוי בתהליך דינמי של שינוי, המתבטא, בין היתר, בהופעתם של שחקנים לא־מדינתיים חדשים[263] — תל־אביב כ״עיר גלובלית״,[264] ארגונים לא־ממשלתיים מקומיים וארגונים טרנס־לאומיים — בזירה שנשלטה עד עתה באופן בלעדי על־ידי המדינה.[265] ייתכן שגם היקפה הגדול של קבוצת העולים שעלו מכוח חוק השבות ואשר אינם יהודים על־פי ההלכה מרחיב את קטגוריית הקולקטיב היהודי בכיוונים לא־דתיים;[266] זאת, באמצעות הישענות על פרקטיקות חברתיות שחלקן ננקטות גם על־ידי מהגרי־העבודה — רכישת השפה העברית, חינוך ילדים בבתי־ספר בעברית והשירות הצבאי.[267]

נותר לראות, אפוא, אם כניסתו של שיח ״פוסט־לאומי״ באופיו אל תוך ״זירת״ האזרחות של מדינת הלאום היהודית — שיח המערער על בלעדיותה של מדינת הלאום

---

260 רוזנהק, לעיל ה״ש 12, בעמ׳ 103.

261 קמפ ורייכמן, לעיל ה״ש 26. לדיון במדיניות העירונית של תל־אביב־יפו כלפי מהגרי־העבודה ראו גם יצחק שנל ומיכאל אלכסנדר **מדיניות עירונית כלפי מהגרי עבודה: לקחים מתל־אביב־יפו** (2002).

262 קונדור משתמש בביטוי זה כדי לציין גורמים נוספים המפעילים בדרך־כלל לחץ כזה למען מהגרים — ארגונים חוץ־ממשלתיים, אינטלקטואלים, מוסדות דת, ארגונים בין־לאומיים. ראו קונדור, לעיל ה״ש 30, בעמ׳ 18.

263 אך גם שחקנים מדינתיים זרים — ראו, למשל, את הדוח שפרסמה מחלקת המדינה האמריקאית בחודש יוני 2003 (www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2003/21276.htm), אשר הייתה לו, מטבע הדברים, השפעה חשובה על הרשויות בישראל. בדוח נמתחה ביקורת חריפה על מידת החירות המוענקת למהגרי־עבודה בישראל.

264 לדיון כללי בתופעת ״הערים הגלובליות״ ראו: SASKIA SASSEN, THE GLOBAL CITY: NEW YORK, LONDON, TOKYO (2001).

265 אדריאנה קמפ ורבקה רייכמן ״זרים׳ במדינה יהודית — הפוליטיקה החדשה של הגירת־עבודה בישראל״ **סוציולוגיה ישראלית** ג 79, 82 (2000).

266 אשר כהן מכנה תהליך זה ״גיור סוציולוגי״ — ראו אשר כהן ״גיור בהכשר הלמ״ס״ **הארץ — חלק מאמרים** 11.9.2003.

267 אני מודה לאילן סבן על שהסב את תשומת־ליבי לנקודה זו.

– מעידה על פוטנציאל לשינוי עתידי והדרגתי של משטר ההגירה הישראלי. ברור, מכל־מקום, כי למימד הזמן יש כאן חשיבות רבה.[268]

ראוי לזכור גם את ניתוחה של ג'ירודון שלפיו הניסיון האירופי מלמד כי אימוצן של תפיסות פרוגרסיביות ביחס למהגרי־עבודה מתאפשר רק כאשר הוא נעשה ״מאחורי הקלעים״ – במשרדי הממשלה או בבתי־המשפט. כאשר העניין ״גולש״ אל המרחב הפוליטי ומועלה אל סדר־היום הציבורי – בדרך־כלל כאשר עולה על הפרק שאלת הענקתן של זכויות פוליטיות המבטאות כניסה של ״זרים״ אל תוך הקהילה הפוליטית – העמדות מתחדדות והמטען הסמלי של הסוגיה מאפיל על השאלות המטריאליות.[269] בישראל, שבה יהדותה של המדינה היא סוגיה טעונה המועלית תדיר בשיח הציבורי, אם כי לרוב בהקשר של היחסים בין יהודים וערבים, סביר להניח שיימצאו גורמים פוליטיים שמרניים שיפעלו לטרפוד תוכניות גלויות וכלליות לשיפור מעמדם של מהגרי־העבודה בישראל, ככל שהללו ייתפסו כמאיימות על אופייה היהודי של ישראל. אכן, חלק מהתגובות על התוכניות למתן אזרחות לילדיהם של מהגרי־עבודה שנולדו בישראל מצביעות על כך. במצב כזה ייתכן שכבר שתתרחב שאלת זכויותיהם של מהגרי־העבודה, יירתע גם בית־המשפט, הנוטה ככלל להזדהות עם ״האתוס הציוני״,[270] מלהגיש להם סעד. מאידך גיסא, הואיל ושאלת זכאותם של מהגרי־העבודה בישראל לזכויות פוליטיות עודנה בגדר אוטופיה רחוקה, והמאבק הנוכחי – שזכה דווקא בבולטות ציבורית יחסית במקרה של ״הסדר הכבילה״ – מתמקד עדיין ברמה ה״אנושית״, המאיימת פחות, של אפשרויות הגישה לשירותים חברתיים ושל המאבק נגד היבטי ה״עבדות״ שבהעסקתם, אפשר לקוות לשינוי הדרגתי במעמדם החברתי והמשפטי.

הקבוצה ההטרוגנית של מהגרי־העבודה, המורכבת ממהגרים בני לאומים רבים, אינה צפויה להיות מזוהה כ״מיעוט״ הזכאי, על־פי ההגדרות המשפטיות הבין־לאומיות, להכרה בזכויות קולקטיביות שונות. יתר על כן, ראוי לזכור כי כוחו של המשפט – שהוא לא־פעם, כמובן, גם מקור חולשתו – נעוץ תכופות דווקא ביכולתו לתת סעד *לייחידים* הפונים אליו. ייתכן אפוא ששימוש באסטרטגיה ליברלית המדגישה זכויות אוניוורסליות *יחידניות* באופיין של מהגרי־העבודה, ברוח התפיסה ה״פוסט־לאומית״, תוכל לסייע לשופטים להתגבר על חששותיהם מכך שפסיקתם תיתפס כפוגעת באופייה היהודי של המדינה,[271] ולשרת את בית־המשפט ב״משחק הכוחות״ המוסדי, תוך שימור הלגיטימיות הציבורית שלו. ברם, בשל מגבלות כוחו הידועות של

---

[268] JACOBSON, לעיל ה״ש 69.

[269] Guiraudon, לעיל ה״ש 66, בעמ' 289.

[270] דפנה ברק־ארז **משפטי מפתח – ציוני דרך בבית המשפט העליון** 122-129 (2003).

[271] כפי שאירע בעקבות הפסיקה בפרשת **קעדאן**, לעיל ה״ש 168, שעוררה דיון ציבורי נוקב, שבו לא נפקד גם מקומה של האקדמיה – ראו גביזון, לעיל ה״ש 244; ג'בארין, לעיל ה״ש 244.

המשפט ביצירת שינוי חברתי,[272] כמו-גם בשל טעמים של לגיטימציה דמוקרטית,[273] ברור שבית-המשפט אינו יכול להישאר סוכן השינוי היחיד. כפי שראינו, בתי-המשפט עצמם הדגישו לא-אחת כי עיצוב משטר ההגירה הוא בגדר פררוגטיבה של המדינה, וכי אין מקום להתערבות משמעותית של בית-המשפט בהיבט זה.[274]

שינוי אמיתי של היחס למהגרי-העבודה מחייב אפוא גם עדכון וריכוך מסוים של משטר האזרחות הישראלי, וראוי כי הדבר ייעשה בעיקרו במישור *הפוליטי*. במשך שנים עוצבה מדיניות ההגירה – או למעשה אי-ההגירה – של לא-יהודים באופן בלעדי על-ידי רצונן של ממשלות ישראל לדורותיהן לשמר את זהותה היהודית של המדינה. ברם, בשנים האחרונות ניתן לאתר ניצנים של שינוי בכיוון של מדיניות מרחיבה יותר בפעולותיהם של שרי הפנים אברהם פורז ואופיר פינס-פז.[275] הדבר מוכיח כי השינוי הנדרש יכול להיעשות, בראש ובראשונה, בעזרת נחישות פוליטית שתניע את הדרגים הממשלתיים המקצועיים – ובראשם המוסד לביטוח לאומי ומשרד הבריאות – שבקרבם פועלים לא-מעט כוחות פרוגרסיביים. ככל שהטיפול בזכויותיהם של מהגרי-

---

[272] Galanter, לעיל ה"ש 73; GERALD ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE – CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (1991); Yehezkel Dror, *Law and Social Change*, *in* SOCIOLOGY OF LAW 90 (Vilhelm Aubert ed., 1969).

[273] השוו לעמדתו של בנבנשתי באשר לצורך שהסדרים בעניין מעמדה של השפה הערבית בישראל ייקבעו על-ידי הכנסת – בנבנשתי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 493-494.

[274] ראו לעיל ה"ש 75.

[275] התפתחות חיובית נוספת אירעה ממש לאחרונה: מייד עם כניסתו לתפקיד שר הפנים, בחודש מאי 2006, הודיע השר רוני בר-און כי ילדיהם של מהגרי-עבודה יוכלו להתאזרח אף אם לא נולדו בישראל, ובלבד שחיו בה חמש שנים לפחות, וכי הגיל המינימלי להתאזרחות הורד מגיל עשר לגיל שש – ראו ראלי סער "שר הפנים הודיע על הקלות לילדי הזרים: גם מי שלא נולדו בארץ יוכלו להתאזרח" **הארץ** 9.5.2006. בטקס חילופי השרים הצהיר ראש הממשלה אהוד אולמרט כי "איני נלהב לסלק מפה ילדי עובדים זרים. יש ילדים שנולדו פה ולמדו פה, אוהבים את הארץ ובגלל הנסיבות הקשות של הוריהם אנו עוקרים אותם ממקומם הטבעי" – ראו ראלי סער "אולמרט: איני נלהב לסלק ילדי עובדים זרים" **הארץ** 7.5.2006. הממשלה אישרה את ההצעה – החלטה מס' 156 של הממשלה השלושים ואחת "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים בלתי-חוקיים, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל – תיקון החלטה" (18.6.2006). משרד הפנים נדרש לגבש אמות-מידה בנושא זה בעקבות צו-ביניים שהוצא בדצמבר 2005, בתגובה על עתירה (בג"ץ 11937/05 **דלאמיני נ' ממשלת ישראל** www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/05119370-p01-et.doc), שהוגשה להורדת גיל-הסף של ילדי העובדים הזרים המועמדים להתאזרחות בישראל מעשר לשש שנים, שבו אסר בג"ץ את מעצרם וגירושם של ילדים אלה. יוער, עם זאת, כי בעקבות חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה התנתה הממשלה מתן מעמד אזרחי להורי הילדים בכך שנכנסו כדין לישראל, וזאת מתוך מטרה מוצהרת למנוע ממשפחות וילדים פלסטינים מעמד בישראל – ראו ראלי סער "מזוז: לא תיתכן סתירה בין הצעת בר-און לחוק האזרחות" **הארץ** – **חדשות** 20.6.2006.

העבודה ייעשה במסגרות אלה, עשויה גם להישמר הבולטות הציבורית הנמוכה של הסוגיה.

ביולי 2005 מינה שר הפנים דאז, אופיר פינס־פז, את "הוועדה המייעצת לבחינת מדיניות הגירה למדינת ישראל", בראשותו של פרופ' אמנון רובינשטיין. בפברואר 2006 הגישה הוועדה את דוח־הביניים שלה.[276] הדוח עצמו ראוי להתייחסות נפרדת ומעמיקה יותר, אולם ראוי להזכיר בקצרה את המלצותיו בעניינם של מהגרי־העבודה. ההמלצה המרכזית שבו קובעת כי ילדיהם של מהגרי־עבודה – מתועדים או בלתי־מתועדים – אשר נולדו בישראל והגיעו לגיל שבע יזכו בתושבות־קבע בישראל, ועם הגיעם לבגרות יוכלו אף לעתור לקבלת אזרחות. המלצה חשובה נוספת קובעת כי עובדים שאינם תושבי המדינה, ואשר שהו בה ברציפות כדין במשך עשר שנים לפחות, יהיו זכאים לקבלת מעמד של תושבי־קבע. זכות זאת תורחב, במקרים המתאימים, גם לבני־הזוג ולילדים של העובדים. במקביל הומלץ כי לא יגורשו עובדים ששהו בישראל במשך חמש־עשרה שנים לפחות, אף אם שהו בה לא־כדין. לבסוף, הוועדה הציעה לצמצם את תחולתו של "הסדר הכבילה", הביעה "אי־נחת עמוקה" מקיומה של משטרת הגירה "שאינה הולמת מדינה יהודית", והציעה להחליפה ברשות הגירה.

חלק מההתפתחויות שנסקרו לעיל פותחות פתח להגמשתו של משטר האזרחות הישראלי, ועשויות להוות ניצנים ראשונים של התייחסות מצד הרשויות השלטוניות למהגרי־העבודה כאל "בני־אדם", ולא רק כאל "עובדים". שינוי כזה, אם יתעצם, עשוי להוות צעד ראשון במעבר של משטר האזרחות הישראלי מפרדיגמה "אתנית" לפרדיגמה "אזרחית" יותר, בכיוון זו הקיימת בצרפת. כפי שראינו, משטר ההגירה הצרפתי נגזר בבסיסו מתפיסה של אזרחות המבוססת על גישה מטמיעה כלפי המהגרים, ואשר רואה כעיקרון את האזרחות כעניין "נרכש", ולא "מורש",[277] תוך התייחסות אל המהגרים באופן יחידני, ולא כאל חברים בקהילה אתנית. נוסף על הפן ה"סוציולוגי" הזה של האזרחות (או נכון יותר – באופן משלים לפן זה), אין בצרפת מניעה משפטית לכאורית לקיומו של יחס הכלה כלפי מהגרי־העבודה. זאת, הן לנוכח עליונותו המשפטית של שיח זכויות האדם *הלאומי* ("חישוק" פנימי המגולם באתוס של "מולדת זכויות האדם", הרווח למן המהפכה הצרפתית, וכן בקיומה של חוקה נוקשה) *והבין־לאומי* ("חישוק" חיצוני המתבטא בעליונות – הקבועה בסעיף 55 לחוקה – של האמנות הבין־לאומיות על החוק המקומי), והן לנוכח קיומה, מאז תמה מלחמת־העולם השנייה, של "מורשת" של מדינת רווחה, שזכתה אף היא בעיגון חוקתי. עם זאת, המאבקים המתחוללים בימים אלה סביב שאלת ההגירה המוסלמית מהווים צומת חשוב שמשטרי האזרחות וההגירה הצרפתיים ניצבים בפניו.

---

[276] ראו לעיל ה"ש 13.

[277] BRUBAKER, לעיל ה"ש 155, בעמ' 21-35.

המחירים המוסריים, הפוליטיים, הכלכליים והחברתיים הכרוכים בקיומה של אוכלוסייה הולכת וגדֵלה החיה מחוץ לקהילה הפוליטית, ובשולי הקהילה הכלכלית והחברתית, מערערים ושוחקים את הלגיטימיות של משוואת ״המדינה היהודית והדמוקרטית״, על שני צדדיה. לפיכך, חרף הקשיים הייחודיים של אוכלוסיית המהגרים היהודית הוותיקה בישראל לקבל לקרבה אוכלוסיית מהגרים חדשה וזרה, ולמרות החשש מפני פגיעה באופייה היהודי של המדינה, נראה כי ראוי להמשיך בשינוי מדיניות ההגירה הקיימת של ישראל, תוך למידה זהירה ממדינות אחרות שעסקו ועוסקות בעדכונם של משטרי ההגירה והאזרחות שלהן.