

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4542/02

בפני : כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המישרנה לנשיא (בדימי) מי חשין  
כבוד השופט א' א' לוי

העותרים : 1. עמותת "קו לעובד"  
2. מוקד הסיוע לעובדים זרים  
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל  
4. עמותת רופאים למען זכויות אדם  
5. מכון אדווה  
6. עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי

נגד

המשיבים : 1. ממשלת ישראל  
2. שר הפנים  
3. שר העבודה והרווחה  
4. התאחדות הקבלנים והבונים  
5. איגוד מגדלי פרחים אגודה חקלאית שיתופית בע"מ

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרים : עו"ד עינת אלבין  
בשם המשיבים 1-3 : עו"ד ענר הלמן ועו"ד אורית קורן  
בשם המשיבה 4 : עו"ד גבריאל זליגסון  
בשם המשיב 5 : מר דניאל אברהם

### פסק-דין

השופט א' א' לוי:

מעסיק ישראלי המבקש להעסיק בעסקו עובדים שאינם אזרחי ישראל או תושביה, נדרש לקבל היתר לכך מאת יחידת הסמך לעניין עובדים זרים שבמשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה. העובדים המגיעים לישראל – על-פי היתר זה שניתן ביד המעסיק – מקבלים רישיון לישוב בה. שר הפנים – מכוח הסמכות הנתונה לו על-פי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל) – נוהג להתנות את רישיונות הישיבה הניתנים בידי עובדים זרים בתנאי כי העובד המגיע לישראל יועסק בידי המעסיק המסוים שהזמינו. המעסיק אף מתחייב, מצדו, להבטיח את יציאתו של העובד מישראל בתום יחסי-העבודה. שמו של המעסיק מוטבע בדרכונו של העובד, וחל

עליו איסור לעבוד אצל מעסיק אחר זולתו או לעבוד בעבודה נוספת. הפרת תנאים אלה שברישיון מוביל לפקיעתו, ולהפיכתו, כתוצאה, של העובד הזר לשוהה שלא כחוק (להלן: הסדר הכבילה למעסיק). האם הסדר זה כדין הוא? זוהי השאלה המרכזית הנדרשת להכרעתנו בגדריה של עתירה זו.

#### העתירה

1. העותרים הנם ארגוני זכויות-אדם. עתירתם הובאה בפני בית-משפט זה בשנת 2002. כרקע להגשתה עמדה החלטת הממשלה 1458 מיום 17 בפברואר 2002, במסגרתה אושרה הבאתם של 6000 עובדים זרים מתאילנד לישראל לצורך העסקתם בענף החקלאות. זאת, חרף מדיניות "שמיים סגורים" עליה החליטה הממשלה, ושבמסגרתה נקבע כי אין לאפשר עוד כניסתם של עובדים זרים נוספים לישראל. העותרים ביקשו להורות למשיבים בצו-ביניים להימנע מהבאתם של עובדים נוספים כל עוד הסדר הכבילה למעסיק על מכוננו עומד, בטוענם כי הסדר זה פוגע פגיעה חמורה בזכויותיהם של העובדים הזרים.

בהחלטתו מיום 29 במאי 2002, קבע השופט ריבלין כי אין מקום להורות על מתן צו-ביניים כאמור, והעתירה נשמעה בפני הרכב. ביום 22 במאי 2003 ניתן בעתירה צו על-תנאי. למן הגשת העתירה ועד היום – עת הגיע מועד הכרעה בה – הכניסו המשיבים שינויים שונים בהסדר הכבילה למעסיק. שינויים אלו עוגנו בהנחיות פנימיות של משרד הפנים, ולאחר מכן בהחלטת ממשלה. לטענת העותרים, שינויים אלו אינם משביעי-רצון. התמורה אותם מתיימרים הם לחולל בהסדר הכבילה למעסיק אינה תמורה של ממש, והם מותירים על כנן רבות מהבעיות המתעוררות בעטיה. נפנה, אפוא, לבחינת טענות העותרים ועמדת המשיבים באשר להן, ונמשיך לבחינת השינויים שהוכנסו בהסדר הכבילה למעסיק.

#### טענות העותרים

2. לשיטת העותרים, המדיניות הנקוטה בידי המשיבים ביחס להעסקתם של עובדים זרים בישראל הנה בלתי-סבירה באורח קיצוני. היא מביאה לפגיעה חמורה בזכויות-האדם של העובדים הזרים – בכבודם, בחירותם ובזכויותיהם על-פי משפט העבודה – והופכת אותם לרכושם של מעסיקהם. היא מאיינת את זכותם לחופש עיסוק במובנו הבסיסי-גרעיני. היא מביאה למיסודו של מעמד עובדים נחות, שמצבו משול

לעבודות מודרנית. ביסודה מונחת התפישה כי העובד אינו אלא קניינו של מעסיקו, ולא ישות אוטונומית לה זכות טבועה לכבוד אנושי.

טענה מקדמית בפי העותרים הנה, כי הסדר הכבילה למעסיק מופעל אגב חריגה מסמכות. זאת, מאחר שאין בסעיף 6 לחוק הכניסה לישראל – הקובע כי שר הפנים רשאי "לקבוע תנאים למתן אשרה או רישיון ישיבה" וכן "לקבוע באשרה או ברישיון ישיבה תנאים שקיומם יהיה תנאי לתקפם של האשרה או של רישיון הישיבה" – כדי לאפשר לשר הפנים להתנות את אשרות הכניסה ורישיונות הישיבה הניתנים בידי עובדים זרים בישראל בעבודה עבור מעביד מסוים בלבד. פגיעתו הקשה של הסדר הכבילה למעסיק בזכויות היסוד של העובדים הזרים – כך העותרים – מובילה למסקנה כי נדרשת הסמכה חוקית מפורשת וחד-משמעית לבצעה, ואין די בהסמכה כללית זו שניתנה בידי שר הפנים על-פי חוק הכניסה לישראל.

3. עיקר טיעונם של העותרים נסב, כאמור, על פגיעת הסדר הכבילה למעסיק בכבודו ובחירותו של העובד הזר, ובתוצאותיו הקשות ככל שהדבר אמור בהחלשת כוחו בשוק העבודה הישראלי. יצירתה של זיקה בין חוקיות שהייתו של העובד הזר בישראל לעבודה עבור מעסיק מסוים, טוענים העותרים, נותנת ביד המעסיק את היכולת – באמצעות האקט הפשוט של פיטורי העובד – להפקיע את תוקף רישיון הישיבה שבידו, ולהפכו באחת לשוהה שלא כדין, שדינו שימה במעצר וגירוש מישראל. בכך הופכת התלות שבין העובד הזר לבין מעסיקו למוחלטת, ופוערי-הכוח המאפיינים ממילא חוזי-עבודה להם צדדים עובדים זרים ומעסיקים ישראלים – מתעצמים.

עובדים זרים המגיעים לישראל בתורם אחר עבודה, מטעמים העותרים, הנם, ככלל, אנשים נורמטיביים הנתונים במצוקה כלכלית קשה. הגעתם מתאפשרת – במרביתם המכריעה של המקרים – באמצעות הסתייעות בחברות כוח-אדם ובגורמים מתווכים אחרים. במסגרת תיווך זה נגבים מהעובד, לא אחת, סכומי-כסף גבוהים, אותם מתחייב הוא להחזיר מתוך עבודתו בישראל, לעיתים תוך משכון רכושו בארץ-מוצאו. על רקע זה, ברי כי לאבדן רישיון הישיבה בישראל – תוצאה לה, כאמור, יכול כל מעסיק להביא בנקל – משמעות קשה במיוחד. בכוחה להמיט על העובד הזר כליה כלכלית מוחלטת. בכוחה להביא לאבדן רכושו, ולחיים בצל חוב עצום שלעולם לא יהא בידו להשיב.

כוח עודף זה שבידי המעסיק, טוענים העותרים, משמש כר-גידול נוח לתופעות קשות כנטילת דרכונים מעובדים, כליאה, אי-תשלום שכר, אלימות, ניצול ונהיגה

בעובדים מנהג לא-אנושי – תופעות להן נאלצים עובדים זרים רבים להסכים, בהיותם מונעים מתוך רצונם שלא לאבד את רישיון הישיבה בישראל. מאידך, עובדים אשר בוחרים לעזוב את מעסיקיהם על רקע תופעות קשות אלו – מוצאים עצמם אסורים ומגורשים. בכך נוצר מצב בלתי-סביר, בו עובדים המבקשים לממש את חירותם הטבועה להשתחרר מחוזה-עבודה – וכפרט בנסיבות של עושק והתעמרות מטעם המעסיק – הופכים עבריינים החשופים למעצר בכל עת. באופן זה, הזכות היסודית להשתחרר מחוזה עבודה – זכות הנתונה לכל עובד – נפגעת. למציאות העסקה קשה זו, טוענים העותרים, השפעה ניכרת אף על תנאי-עבודתם של מועסקים ישראלים בענפים בהם מועסקים עובדים זרים.

הסדר הכבילה למעסיק, מוסיפים העותרים וטוענים, פוגע בחופש ההתקשרות בחוזה – זכות החלה ביתר מקום שמדובר בחוזה-עבודה, המשמש בהבטחת זכויותיו הסוציאליות היסודיות של העובד. הוא מאיין את כוח המיקוח הכלכלי – הדל ממילא – הנתון לעובד הזר בשוק-העבודה הישראלי, ועל כן חוזי-העבודה הנוצרים בצילו סותרים במובהק את תקנת-הציבור, ומערבים כפיה כלכלית אסורה.

4. ועוד טוענים העותרים, כי בפעמים רבות העובד כלל אינו יודע כי בעבודתו עבור מעסיק מסוים הוא נמצא כמי שמפר את תנאי רישיונו. זאת, בעיקר במצבים בהם העובד (ובעיקר בענף הבניין) "מנויד" מפרויקט אחד לאחר על-פי הוראות מעסיקו או חברת כוח האדם – לעיתים למעסיק שמעולם לא קיבל היתר להעסקת עובדים זרים. באופן זה, העובד הזר הופך בניגוד לדיעתו, ומבלי שביצע אקט רצוני כלשהו – לעברייין.

הסדר הכבילה למעסיק אף פוגע, כנטען, בזכות העובד הזר לביטוח רפואי, פגיעה הנגרמת כתוצאה מכך שהפסקת העבודה אצל המעסיק – מרצון או מאונס – פירושה אבדן הביטוח הרפואי אותו מחויב המעסיק לשלם בעד העובד; זכות הגישה לערכאות של העובד נמצאת נפגעת אף היא, שכן סביר כי עובד המבקש לתבוע את מעסיקו יעשה כן רק לאחר שיתפטר מעבודה אצלו. משמשמעות עזיבת העבודה אצל המעסיק הנה אבדן רישיון הישיבה בישראל, הרי שיש להשקיף על הסדר הכבילה למעסיק כשולל מעובדים זרים אפשרות ממשית להביא את עניינם בפני ערכאה שיפוטית.

5. לטענת העותרים, על העסקתם של עובדים זרים בישראל להתבצע באמצעות היתרי-העסקה ענפיים, באופן שרישיון הישיבה יינתן בידי העובד הזר (ולא בידי

המעסיק), ויותנה בעבודה בענף מסוים, ולא בעבור מעסיק מסוים. כתוצאה, המעסיקים באותו הענף יאלצו להציע לעובדים שכר ותנאים סוציאליים שיעמדו בתחרות עם מעסיקים אחרים. כך תתאפשר תחרות-שוק, וינתן בידי העובדים הזרים כוח-מיקוח אלמנטארי. במקביל, הסדר זה יאפשר למעסיקים להעסיק עובדים אחרים תחת אלה שעזבו, ואילו אינטרס הפיקוח והמעקב מטעם המדינה על עבודת העובדים הזרים בישראל יוגשם באמצעות הקמת מרשם אליו ידווחו העובדים הזרים על מקום עבודתם. הסדר זה, טוענים העותרים, מאזן כראוי בין השיקולים והאינטרסים השונים, ותואם את ההסדרים הנוהגים במדינות רבות.

#### עמדת המשיבים 1-3

6. עמדת המשיבים 1-3, הם הממשלה ושרי הפנים והתעשייה, המסחר והתעסוקה (להלן: המשיבים), היא כי המדיניות הנקוטה בידיהם ביחס לאופני העסקת עובדים זרים בידי מעסיקים ישראלים הנה סבירה ואינה מגלה עילת-התערבות.

בתשובתם, תיארו המשיבים את האילוץ בפניו עומדת המדינה, בניסיונה להתמודד עם תופעת ההגירה הבלתי-חוקית לתחומיה. בשנים האחרונות, נטען, אזרחים זרים רבים שכניסתם לישראל הותרה לתקופה מוגבלת ולצרכי עבודה מסוימת בלבד, קבעו את מושבם בה בלא היתר, וזאת – תוך עזיבת העבודה עבודה ניתן להם רישיון ישיבה לכתחילה. על רקע זה, מטעימים המשיבים, מתחדד הצורך שבפיקוח על כניסת עובדים זרים לישראל ושהייתם בתחומיה.

אף עצם העסקת אזרחים זרים בישראל, טוענים המשיבים – במנותק משאלת חוקיות שהייתם – הנה מדיניות שמחיר מכביד בצדה. העסקה מעין זו אוצרת, אמנם, יתרונות כלכליים מידיים למעסיקים ולמשק, אך בראייה רחבה שטווחה ארוך, נטען, נודעות לה השלכות שליליות ומזיקות. כך למשל, העסקת עובדים זרים עלולה לגרום לשינוי במבנה התעסוקה והשכר, לפגיעה בשכבות חלשות המתחרות בעובדים זרים על מקומות עבודה, לאבדן מטבע זר, ליצירת תלות ב"יבוא" כוח-אדם זול ולבעיות חברתיות שונות. נוכח השלכות שליליות אלו ולאור ממדי התופעה של שהות בישראל ללא היתר, טוענים המשיבים, ברי כי נדרשים הגבלה ופיקוח – הן על עצם התרת כניסתם של עובדים זרים לישראל והן על ייחוד עבודתם אצל מעסיקים מסוימים. כן נדרשת – כך המשיבים – נקיטתם של אמצעים שמטרתם להבטיח כי העובדים יצאו את ישראל עם פקיעת רישיון הישיבה שלהם.

7. המשיבים דוחים את טענת העותרים ולפיה התניית רישיון הישיבה הניתן בידי העובד הזר בעבודה עבור מעסיק ספציפי מסכלת את האפשרות לעזוב את המעסיק. בתשובתם הראשונה לעתירה, שהוגשה ביום 28.11.2002, הודיעו כי מנהל האוכלוסין שבמשרד הפנים הוציא נוהל חדש המסדיר את מעברם של עובדים זרים בין מעסיקים. נוהל זה, נטען – "נוהל מעבר ממעסיק למעסיק" – דווקא מאפשר לעובדים לעזוב את המעסיק ששמו נקוב ברישיונם ולתור אחר אחר, בכפוף לתנאים ולדרישות הנקובים בו. בתשובתם ציינו המשיבים עוד, כי הנוהל האמור הופץ ללשכות מנהל האוכלוסין ברחבי הארץ, וכי הוא עתיד להיות מתורגם לשפות השגורות בפניהם של עובדים זרים. עם השלמת מלאכת התרגום, נאמר, יופץ הנוהל אף לידי העובדים הזרים עצמם. המשיבים הוסיפו וטענו, כי המדינה פועלת למציאת הסדר חלופי בתחום העסקתם של עובדים זרים בישראל, אשר לא יתבסס על כבילת העובדים למעסיקהם הישירים. יחד עם זאת, עד לגיבושו של הסדר חלופי זה – מלאכה בה עמלה ועדה מקצועית שהוקמה על-פי החלטת ממשלה – אין אפשרות לשנות את ההסדר הנוהג, נוכח חיוניות הפיקוח על שהייתם ועבודתם של עובדים זרים בישראל.

נוהל מעבר ממעסיק למעסיק, טוענים המשיבים, משמיט את היסוד תחת הטענה כי מעבר עובדים זרים בין מעסיקים נמנע, וכי כתוצאה מכך נפגעות זכויותיהם לכבוד ולחירות. ואילו אשר לפגיעה בחופש עיסוקם של העובדים הזרים, הרי שזכות זו, כך על-פי הטענה, שמורה אך לאזרחי ותושבי מדינת ישראל. ברם, מדגישים המשיבים, אף אם ימצא כי הגבלת המעבר בין מעסיקים פוגעת בזכויות-היסוד של העובד הזר לכבוד ולחירות, הרי שפגיעה זו חוקתית היא. היא נעשית על-פי חוק, שהרי החובה לקבל את אישורו של משרד הפנים להחלפת מעסיק מעוגנת כדבעי בחוק הכניסה לישראל; תכליתה – פיקוח על העסקתם של עובדים זרים – ראויה היא; כמו כן, נוהל מעבר ממעסיק למעסיק מביא בחשבון די הצורך את "האינטרס האנושי והציבורי" שלא לכבול אדם למעסיקו והוא מבטא איזון ראוי בינו לבין אינטרסים מתחרים לו. המשיבים מדגישים, בהיבט זה, אף את האינטרס הנוגד של המעסיקים ב"כבילת" עובדיהם אליהם, אשר לא אחת – ובעיקר בענף הסייעוד – נמנים אף הם על מגזרים חלשים באוכלוסיה, באופן המצדיק למנוע בעד עובדיהם הזרים מ"לעזבם בשרירות".

8. המשיבים דוחים את טענת העותרים בדבר התקנתו של הסדר הכבילה למעסיק שלא בסמכות. לשונו הברורה של סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל, נטען, שוב אינה מותירה מקום לספק כי שר הפנים רשאי – כך כפשוטו – להתנות תנאי למתן אשרה או

רישיון. מכל מקום, טוענים המשיבים, להווה ידוע כי שיקול-דעתו של שר הפנים על-פי חוק הכניסה לישראל רחב-מכלל-רחב הוא, דבר שאינו מתיישב עם הפרשנות המצמצמת לה טוענים העותרים.

נוהל מעבר ממעסיק למעסיק ועמדות הצדדים באשר לו

9. בהחלטת בית-משפט זה מיום 1 בדצמבר 2002, נקבע כי נוכח גיבושו של נוהל מעבר ממעסיק למעסיק – שנקבע, כאמור, לאחר הגשתה של העתירה שבפנינו – ראוי לברר כיצד מיושם הוא בפועל. שמיעת העתירה נדחתה בארבעה חודשים, ובעלי-הדין נתבקשו להמציא הודעות משלימות בדבר אופן יישומו של הנוהל האמור.

באופן כללי ביותר ייאמר, כי אותו נוהל מעגן את האפשרות לעבור ממעסיק למעסיק, ומנחה את פקידי לשכת מנהל האוכלוסין בדבר אופן הטיפול בבקשות מסוג זה. הנוהל מתנה קבלת בקשה של עובד לעבור ממעסיק אחד לאחר בדרישות שונות, ומסייגה בסייגים שונים. ואלה הם עיקרי התנאים, המעוגנים בסעיפים ב' ו-ג' לנוהל זה:

”ב. תנאים ודרישות

1. על מגיש הבקשה להגיש בקשה עוד קודם לעזיבתו את המעסיק הנוכחי.

2. עובד שפוטר או עובד שמעסיקו הקודם נפטר או עובד שנאלץ לעזוב את מעסיקו הקודם, ללא אפשרות לפנות טרם העזיבה ללשכת מנהל האוכלוסין – ניתן לקבל את בקשתו ובלבד שהגיע ללשכה מייד לאחר עזיבת המעסיק הקודם.

יודגש כי נוהל זה אינו חל על עובד אשר יתפס כשאינו עובד אצל מעסיקו הרשום ו/או כשוהה בלתי חוקי ורק לאחר מעצרו יבקש לעבור למעסיק אחר.

3. על מגיש הבקשה להגיש בקשה לרישיון ישיבה מסוג ב/2. היה ולעובד כבר יש מעסיק חדש, העומד בכל התנאים הנדרשים לשם העסקת עובדים והלשכה מצאה מקום לאשר מיידית את ההעברה, הרי שהעובד יוכל להגיש ישירות בקשה לרישיון ישיבה מסוג ב/1.

[...]

5. על מגיש הבקשה להציג דרכון זר בתוקף ל-6 חודשים מעבר לתקופת הרישיון הנדרשת (בהנחה שיינתן רישיון מסוג ב/1 לשנה).

[...]

7. יש לבקש מהעובד הסבר מדוע מעוניין להפסיק את עבודתו עובר מעסיקו הנוכחי...

[...]

ב.8 אם יש לעובד גם מכתב מהמעסיק, הרי שיש לקבלו. במידה ואין לעובד מכתב כאמור, יש לקבל את המידע ישירות מן העובד וניתן להיעזר במקרה הצורך בשיחת טלפון לחברת כוח האדם אשר העובד הועסק דרכה ו/או המעסיק הקודם.

[...]

ג. עובד העומד בכל התנאים האמורים לעיל יקבל רשיון ישיבה מסוג ב/2 לחודש ימים, אלא אם כן יתקיים בו אחד או יותר מהסייגים המפורטים להלן:

- ג.1 יש בשהותו כדי לסכן את שלום הציבור ובריאות הציבור.
- ג.2 עבר על חוקי מדינת ישראל עבירה שבגינה אין לאשר את הבקשה.
- ג.3 מדובר בעובד שעובד בישראל ברשיון תקופה של 4 שנים ומעלה ועל כן אין לאשר את בקשתו למעבר (ניתן לאפשר לו לסיים את תקופת העסקתו על ידי המעסיק הנוכחי).
- ג.4 מדובר בעובד שעבר מספר פעמים ממעסיק למעסיק ונמצא כי אין מקום לאשר את בקשתו למעבר נוסף, הכל תוך הפעלת שיקול דעת ובכפוף לנסיבותיו של כל מקרה.
- ג.5 יש הגבלה כלשהי למתן השירות (במערכת אביב – תיק זר).
- ג.6 בני משפחתו מדרגה ראשונה: בן/ת זוג, אם, אב, בן בת – נמצאים בישראל.
- ג.7 סיבה אחרת אשר בגינה היתה מסורכת בקשת העובד להאריך את רשיון הישיבה שלו אצל מעסיקו הנוכחי."

בהודעתם המשלימה מיום 4.5.2003, טענו העותרים כי יישומו של נוהל מעבר ממעסיק למעסיק נתקל בקשיים ניכרים. הודעה זו נתמכה בתצהיריהם של שבעה-עשר אזרחים זרים אשר עבדו בישראל בענפי הסיעוד, התעשייה והבניין. על-פי הנתען בהודעה המשלימה, נוהל מעבר ממעסיק למעסיק לא פורסם, לא תורגם ולא הופץ בין לשכות מנהל האוכלוסין השונות, וכתוצאה מכך הוא אינו מיושם על-ידן בפועל.

10. לגופם של דברים טוענים העותרים, כי אף לו נוהל מעבר ממעסיק למעסיק היה מיושם כהלכה, עדיין לא היה בו כדי לרפא את הפגמים המונחים ביסוד הסדר הכבילה למעסיק. לגישתם, הכלל החל בהעסקת עובדים זרים עודו כי הם מוצמדים למעסיק ספציפי, ונוהל מעבר ממעסיק למעסיק אינו יותר מפתח מילוט צר ובלתי-אפקטיבי. הנוהל מעמיס על העובדים קשיים ביורוקרטים ומכשולים בלתי-עבירים ולמעשה אין כל אפשרות לעובד לעבור ממעסיק למעסיק בכוחות עצמו, אלא רק באמצעות סיוע של גורמי חוץ וארגוני זכויות-אדם; הוא מערב בתהליך ה"שחרור" מהמעסיק את המעסיק עצמו וחברות כוח-אדם, גורמים שלהם אין כל אינטרס לסייע ביד העובד לעבור



ממעסיק אחד לאחר; הוא אינו ערוך להתמודד עם תופעת "ניודם" של עובדים זרים בידי מעסיקיהם וחברות כוח-אדם, שמשמעותה הפיכת העובד לשוהה שלא כדין שלא מרצונו ושלא בידיעתו. ההסדר עודו מותיר בידי המעסיק תמריץ להחרים את דרכוניהם של העובדים המועסקים אצלו – מאחר שהוא מחויב לדאוג ליציאתם מן הארץ כתנאי להעסקת עובדים חדשים תחתיהם – באופן שמונע בעדם מלפעול בכוחות עצמם על-מנת להסדיר את המעבר למעסיק אחר באורח חוקי. אין, אפוא, בנוהל כדי לפתור את בעיית הפיכתם של העובדים הזרים לשוהים שלא כדין על-כורחם. בנוסף, הנוהל מחריף את התלות – הרבה ממילא – שבין העובדים הזרים לבין חברות כוח-האדם עימן הם קשורים בכל האמור למציאת מקום עבודה חלופי, ובפרט בענף הסייעוד. דא עקא, לחברת כוח-האדם – אשר דמי התיווך הקשורים בהגעה וקבלת אשרת הכניסה ורישיון הישיבה השתלמו לה זה מכבר – אין כל אינטרס במציאת תעסוקה חלופית לעובד או בשיפור תנאי-עבודתו, והיא אף עשויה – מטעמים שונים – להפנות עובדים לעבוד במקומות אליהם לא יועדו על-פי הרישיון שניתן בידם, ובכך הופכים עובדים אלו שוהים שלא כדין שלא בידיעתם וכבר למן יומם הראשון בישראל. אין תימה, אפוא, כי חברות כוח-האדם אינן מיידעות את העובדים בדבר הנוהל ואינן פועלות על-פיו. זאת ועוד: ההסדר עודו מותיר בידי המעסיק כוח רב, שכן התלות הראשונית בין חוקיות שהייתו של העובד בישראל לבין זהות המעסיק נותרה על מכונה. נטען, כי תלות זו הופכת בידי מעסיקים רבים קרדום לחפור בו. כך, למשל, מהתצהירים שצורפו להודעתם המשלימה של העותרים עולה כי במקרים אחדים עובדים אשר הגיעו לישראל נתבקשו לשלם למעסיקם סכום גבוה בעבור העסקתם, כנגד התשלום ששילם המעסיק לחברת כוח-האדם.

11. המשיבים דוחים טענותיהם אלה של העותרים. לגישתם, מרבית הקשיים עליהם מלינים העותרים נובעים ממערכת-היחסים שבין העובדים הזרים לבין חברות כוח-האדם, ואין בהם כדי להעיד על בעייתיות כלשהי הטבועה, כביכול, בנוהל מעבר ממעסיק למעסיק. המשיבים מכירים בטבעה המורכב של מערכת-היחסים שבין העובדים הזרים לבין חברות כוח-האדם, ומאשרים את טענות העותרים באשר לגבייתם של כספים רבים מן העובדים תמורת הבאתם לישראל. אלא שלטענת המשיבים, הזיקה אשר נוצרת בפועל בין העובד הזר לחברת כוח-האדם ולמעסיק הישראלי עקב אותם הסדרים כספיים, עולה בעוצמתה על הזיקה הנוצרת בין הצדדים כתוצאה מנוהל מעבר ממעסיק למעסיק. לבסוף טוענים המשיבים, כי בעצם העובדה שחברות כוח-אדם אינן נוהגות בהתאם לדין – כגון באמצעות הפנית עובד לעבוד עבור מעסיק אשר אין בידו היתר להעסקת עובד זר – אין כדי להשליך על סבירותו של הנוהל עצמו.

אשר לסוגיית ידיעת העובדים הזרים באשר לקיומו של הנוהל ותוכנו, טוענים המשיבים כי הנוהל הופץ בחודש פברואר 2003, וכי אף שייתכן כי היו "חריקות ביישומו", הרי שכיום הוא מיושם כדבעי – ובגמישות רבה – בידי פקידי לשכות מנהל האוכלוסין.

משיבים נוספים

12. משיבים נוספים לעתירה הנם התאחדות הקבלנים והבוונים (להלן: ההתאחדות) ואיגוד מגדלי הפרחים – ארגונים המאגדים מעסיקים בענפים בהם מועסקים עובדים זרים. עמדתה של ההתאחדות באשר להסדר הכבילה למעסיק הנה כי אין פגם כלשהו הטבוע בו, וכי מרבית הפגיעות שנפגעים העובדים הזרים בזכויותיהם יסודן במערכת-היחסים שבין העובדים לבין חברות כוח-האדם. לטענת ההתאחדות, בעובדת קיומם של מיעוט מעסיקים הפוגעים בזכויות עובדיהם – עמם יש למצות את הדין ולחייבם בנורמות הקבועות בחקיקת המגן – אין כדי להשליך על כלל המעסיקים. מעבר להסדר של כבילה ענפית, טוענת ההתאחדות, לא יביא לשיפור בתנאי-העסקתם של העובדים הזרים, ויפר את האיזון העדין שבין צרכי המשק, צרכי המעסיקים וצרכי העובדים באופן שיסב פגיעה קשה לענף הבניה. לטענת ההתאחדות, קיים מחסור מכוון של עובדים זרים בענף הבניה – מחסור שתכליתו הנה עידוד עובדים ישראלים להשתלב בענף זה – ועל כן קיומה של תחרות בין מעסיקים על העסקת עובדים זרים יפגע במעסיקים שאין ביכולתם להציע תנאים טובים כתנאים המוצעים בידי מעסיקים אחרים. אמנם, מוסבר, ייתכן כי יהיה בכך כדי לשפר את מצבם ותנאי העסקתם של העובדים הזרים, אך החלטת הממשלה לאפשר הבאתם של עובדים זרים לא נועדה, על-פי תכליתה, להיטיב עם עובדים אלה, כי אם למנוע את קריסתו של ענף הבניה. כמו כן, בהסדר הכבילה הענפית לא יהיה כדי לתת פתרון למעסיקים שעובדיהם "נוטשים" אותם, ועל כן פתרון ראוי לבעיות המועלות בעתירה הנו הבטחת אכיפתם של חוקי המגן על מעסיקים הפועלים בניגוד להם.

13. איגוד מגדלי הפרחים הציג אף הוא את עמדתו באשר לסוגיות אותן מעוררת העתירה – ובעיקר באשר להסדר העסקתם של עובדים זרים באמצעות תאגידי-הסדר שאומץ באחרונה בהחלטת ממשלה ביחס לענף הבניין. משנדרש לנוהל זה בהמשכם של דברים – נעיר אף אודות עמדתו של איגוד מגדלי הפרחים באשר לו.

14. על סוגיית כניסתם של עובדים זרים לישראל לצורך תעסוקה חולשים חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991 (להלן: חוק עובדים זרים) וחוק הכניסה לישראל. סעיף 1(א) לחוק עובדים זרים קובע כי העסקת עובד זר טעונה היתר בכתב מאת הממונה (עובד המדינה שמונה כמנהל היחידה הממשלתית שהוקמה לפי החלטת הממשלה מס' 2327 מיום 30 ביולי 2002, היא יחידת הסמך לעניין הטיפול בעובדים זרים שבמשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה), וכי על היתרים להעסקה כאמור להינתן בשים-לב למאפייני שוק העבודה בענפי העבודה ובאזורי ההעסקה השונים (סעיף 1(ב) לחוק עובדים זרים).

15. על-פי חוק הכניסה לישראל, כניסתו לישראל של מי שאיננו אזרח ישראל תהיה על-פי אשרה, וישיבתו בישראל תהיה על-פי רישיון ישיבה (סעיף 1 לחוק הכניסה לישראל). שר הפנים – הוא השר המופקד על ביצועו של חוק הכניסה לישראל (סעיף 15(א) לחוק הכניסה לישראל) – מוסמך ליתן אשרות ורישיונות כאמור (סעיף 2 לחוק הכניסה לישראל). כן מוסמך השר לקבוע בהם תנאים. סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל – הוא הציר המרכזי עליו ייסוב ענייננו – מורה כך:

#### שר הפנים רשאי -

(1) לקבוע תנאים למתן אשרה או רישיון ישיבה ולהארכה או החלפה של רישיון ישיבה, לרבות קביעת המצאת עירבון כספי, ערבות בנקאית או ערובה מתאימה אחרת להבטחת תנאים כאמור, ודרכי מימושה או חילוטה של הערובה;

(2) לקבוע באשרה או ברשיון ישיבה תנאים שקיומם יהיה תנאי לתקפם של האשרה או של רשיון הישיבה.

כאמור, מכוח סמכותו הכללית להתנות בתנאים אשרות ורישיונות ישיבה, נוהג שר הפנים להתנות את האשרות והרישיונות (ובקיצור: הרישיון) הניתנים בידי עובדים זרים בעבודה עבור מעסיק ספציפי ששמו מוטבע ברישיון, באופן שהעובד מקבל הרישיון רשאי לעבוד עבור מעסיק זה בלבד. העובד אינו רשאי לקבל על עצמו עבודה נוספת, וככל שמבקש הוא לעזוב את מעסיקו – עליו לפנות ללשכת מנהל האוכלוסין בבקשה להחלפת מעסיק ותיקון הרישיון בהתאם. המעסיק נדרש, מצדו, לחתום על כתב-התחייבות, ובו הוא מתחייב, בין השאר, שהעובד הזר יועסק רק בעבודה עבורה קיבל את ההיתר וכי לא יועסק אצל מעסיק אחר, אלא באישור שר הפנים. המעסיק אף

אחראי ליציאתו של העובד מישראל עם תום עבודתו אצלו (סעיף 5(ה) לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, להלן: תקנות הכניסה לישראל). הפרת התנאי בדבר עבודה עבור המעסיק ששמו נקוב ברישיון – כגון באמצעות התפטרות או מעבר לעבודה אצל מעסיק אחר – גוררת עמה את פקיעת תוקפו של רישיון הישיבה (תקנות 10(א)(4), 11(א)(4) לתקנות הכניסה לישראל).

16. בקשות של עובדים להחלפת מעסיק ולתיקון הרישיון נשלטות בידי "נוהל מעבר ממעסיק למעסיק", שנקבע בידי משרד הפנים, ושהוצג לעיל. לצורך השלמת התמונה יצוין, כי לנוהל מעבר ממעסיק נלווה ניהול נוסף, הוא "נוהל שמיים סגורים", אשר נקבע על רקע החלטת הממשלה שלא להתיר עוד הגעתם של עובדים זרים נוספים לישראל. ניהול שמיים סגורים מאפשר, בנסיבות מסוימות, לעובדים שנעצרו בגין שהייה שלא כדין להשתחרר ממעצר ולקבל עבודה אצל מעסיק אחר, ככל שהם שוהים בישראל מיום 1 בינואר 2001 ואילך בלבד, וככל שלא "נטשו" את מעסיקיהם הקודמים (כלומר, עזבו את עבודתם מבלי שהודיעו על כך מראש או שקיבלו את אישור משרד הפנים לכך), וזאת במטרה למצוא "פתרון למעסיקים, שנוצר להם מחסור בעובדים, נוכח המדיניות החדשה".

הסדר העסקת עובדים זרים באמצעות תאגידי כוח-אדם מורשים ועמדות הצדדים באשר לו

17. ביום 30 באפריל 2002 מינה שר האוצר צוות בין-משרדי שתפקידו לקבוע עקרונות להסדר חדש בתחום ההעסקה של עובדים זרים בישראל. הצוות הבין-משרדי הגיש את המלצותיו ביום 15 באוגוסט 2004 (להלן: המלצות הצוות הבין-משרדי), והן אומצו בהחלטת ממשלה 2446 שנתקבלה באותו היום, וביחס לענף הבניין בלבד.

המלצות הצוות הבין-משרדי הנן, כי יש לבסס את שיטת העסקתם של עובדים זרים בישראל על מודל חדש של העסקה באמצעות תאגידי כוח-אדם מורשים. על-פי מודל זה – שהומלץ כי ייושם ביחס לענפי הבניין והחקלאות בלבד – היתרים להעסקת עובדים זרים לא יינתנו עוד למעסיקים על בסיס פרטני. תחת כך, העובדים הזרים שיורשו לעבוד בישראל יועסקו בידי תאגידי המורשים להעסיק עובדים זרים בענף מסוים. מספרם של תאגידי אלה יהיה מוגבל, והם יורשו להעסיק מספר מוגדר של עובדים זרים, שינוע בין 500 ל-2000. מתן הרישיון לתאגיד יותנה בתשלום דמי-רישיון לאוצר המדינה, שגובהם אמור לשקף את הפער שבין עלות העסקת עובד זר לבין עלות העסקת עובד ישראלי. התאגידי המורשים הם אלה שיישאו בחובה לשלם לעובדים את

שכרם, ולהעניק להם את התנאים הסוציאליים להם הם זכאים על-פי דין. בסוגיה אחרונה זו הוצע כי תיקבע חובת תשלום שכר-מינימום לעובד הזר לפי היקף עבודה של 236 שעות בחודש (הכולל 50 שעות נוספות על-פי תחשיב של שכר-מינימום). יחד עם זאת, נקבע כי על המעסיק תוטל החובה לנהל רישום של שעות עבודתו של העובד, וכי ככל שהאחרון עבד בהיקף רב מכך, המעסיק יהא חייב לשלם לו שכר שאינו פחות משכר-מינימום להיקף העבודה בפועל.

18. ועוד הומלץ, כי התאגיד יחויב להפריש מדי חודש סכום השווה לסכום המרבי שניתן להפקיד בקרן לעובדים זרים, על-פי הוראת סעיף 1יא לחוק עובדים זרים, תוך מתן אפשרות לתאגיד לנכות משכר העובד חלק מאותו סכום. הסכום שייצבר בקרן זו יינתן לעובד בעת שיעזוב את ישראל עם תום תקופת עבודתו בה כדין, ובכך ישמש תמריץ ליציאת עובדים זרים מישראל. ועוד הומלץ, כי לעובדים תהא נתונה הזכות לעבור בין מעסיקים בפועל וכן בין התאגידים המורשים, ככל שהעבודה הנה בענף בו הורשה העובד לעבוד, באופן שיבטל את הכבילה של העובד למעסיקו. הוועדה הוסיפה וציינה, כי לאחר שקלא וטריא, לא ראתה להמליץ על ביטולו המוחלט של הסדר הכבילה למעסיק:

“הוועדה קיימה דיון מעמיק באפשרות לביטול מוחלט של הסדר ה'כבילה' ומתן אפשרות לעובדים לעבוד ישירות אצל המעסיקים בפועל ולא אצל תאגידים מורשים. הוועדה סבורה כי מתן חופש מוחלט לעובדים הזרים לא יביא להעלאה מספקת בעלות העסקתם של העובדים הזרים ולהפחתת ניצולם, שכן העובד הזר, כעובד בלתי מאורגן הפועל בסביבה שאינה סביבתו הטבעית, לא יוכל לדרוש מחיר גבוה תמורת כוח העבודה שלו. ברור גם שלא ניתן יהיה לקיים פיקוח אפקטיבי על שמירת זכויותיהם של העובדים הזרים, כמו גם על מספרם ועל תשלומי האגרות וההיטלים בגינם, כאשר יהיו בארץ אלפי מעבידי עובדים זרים ותתקיים תנועה בלתי פוסקת של עובדים ממעביד למעביד. מעבר חופשי של עובדים זרים בין מעסיקים גם ימנע באופן מעשי את האפשרות לצבור עבור העובד הזר סכומים שיינתנו לו רק עובר לעזיבתו את ישראל, ובכך יימנע שימוש באחד מהתמריצים היעילים להוצאת עובדים זרים מישראל” (ע' 36 להמלצות הצוות הבין-משרדי).

יצוין, בהקשר זה, כי הצוות הבין-משרדי לעניין רישוי תאגידי כוח-האדם אף

המליץ להתנות את הרישיון שיינתן בידי התאגיד באלה:

1. התאגיד יאפשר מעבר חופשי של כל עובד זר הרשום אצלו בין מעסיקים בפועל בענף שלגביו ניתן הרישיון, ככל שהעובד הזר יחפוץ, בהינתן שהמעסיק בפועל אליו מעוניין העובד לעבור אכן מוכן להעסיק בפועל את העובד.

2. התאגיד לא ימנע מעבר של עובד זר שהוא מעסיק לתאגיד מורשה אחר באותו ענף, אם העובד חפץ בכך והתאגיד האחר הסכים לכך...

3. התאגיד ישלם לכל אחד מן העובדים במועד את שכרו וכל תשלום נלווה...

4. התאגיד ישלם לכל אחד מן העובדים את התנאים שהוא מחויב להעניקם לפי כל דין...

5. התאגיד ימסור לכל עובד חדש שיועסק אצלו מידע לגבי זכויותיו של העובד, בשפה שהעובד מבין.

6. התאגיד יתחייב לא לנקוט כפי עובדים זרים באמצעים לא חוקיים, כגון אלימות, כליאת שווא, או עיכוב דרכון, ולא לבקש מן המעסיק בפועל לנקוט באמצעים כאמור או לגרום למעסיק בפועל לעשות זאת בדרך אחרת.

7. התאגיד יאתר עבוד העובד הזר מקומות עבודה שהוא מבקש להציע לו; התאגיד יציע לעובד את מקומות העבודה שאותרו, לרבות מידע על זהות המעסיק בפועל, מקום העבודה, סוג העבודה, שכרו של העובד, תנאי העבודה, תקופת העבודה ומקום המגורים; לאחר שיוצגו לעובד מקומות העבודה כאמור, יבחר העובד היכן הוא מעוניין לעבוד בפועל ויופנה לאותו מקום עבודה. [...]. (ע' 39 להמלצות הצוות הבין-משרדי).

יחד עם זאת, הצוות הבין-משרדי ראה לקבוע – לעניין מעבר עובדים בין מעסיקים – כי נוכח היותו של מעבר כאמור כרוך בהתחשבנות בענין דמי הרישיון ובהליכים ביורוקרטים נוספים, הרי שמעבר בין מעסיקים "לא יוכל להיעשות בתדירות בלתי מוגבלת, אלא שייקבע, בתיאום עם היועץ המשפטי לממשלה, פרק זמן סביר ממועד תחילת עבודתו של העובד הזר אצל אותו תאגיד מורשה, שרק בסופו יוכל העובד לעבור לעבוד בתאגיד מורשה אחר" (ע' 47 להמלצות הצוות הבין-משרדי). בהמשך לכך נקבע, במסגרת סיכום-דברים בין משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה ומשרד האוצר לבין התאחדות הקבלנים והבונים, כי מעבר בין תאגידי מורשים יתאפשר אחת לרבעון (הודעה מעדכנת מטעם משיבים 1-3 מיום 21.2.2005).

19. אשר לחובות בהן יחוב המעסיק בפועל כלפי העובד, המליץ הצוות הבין-משרדי לאמץ את המודל הקבוע בחוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987, המטיל על מעסיקו בפועל של העובד חבות להעניק לעובד את תנאי העבודה להם הוא זכאי. ועוד הומלץ, כי מדיניות הממשלה לעניין איסור הבאת עובדים זרים נוספים לעבודה בישראל (היא מדיניות "שמיים סגורים") תיוותר על כנה, וכי ביחידת הסמך שבמשרד התעשייה,

המסחר והתעסוקה ימונה נציב תלונות לעובדים זרים, אליו יוכלו עובדים לפנות בתלונות שעניינן פגיעה בזכויותיהם.

20. דעתם של העותרים אינה נוחה מהסדר ההעסקה באמצעות תאגידי כוח-אדם (להלן: "הסדר התאגידי"). לעמדתם, הסדר זה יוליד דפוס חדש של כבילה, שהשלכותיו עלולות להיות קשות משל קודמו. ראשית, טוענים העותרים, הסדר התאגידי אינו חל על עובדים בענף הסיעוד, אשר ימשיכו להיות מועסקים על-פי ההסדר הקודם, ואילו הצלחתו תלויה בהמשך מדיניות "שמייס סגורים", הואיל וכוח-השוק של העובד הזר יפחת באורח משמעותי ככל שתתאפשר כניסתם של עובדים זרים נוספים לישראל. לגופם של דברים טוענים העותרים, כי הסדר התאגידי מתיימר ליצור שוק-עבודה מלאכותי של עובדי חברות כוח-אדם, אשר על-פיו העובד הזר יהיה כבול לחברת כוח-האדם, תחת הכבילה למעסיק בפועל. מאחר שחברות כוח-האדם הן חברות שמטרתן עשיית רווח, טוענים העותרים, הרי שיש לצפות כי תערמנה מכשולים על מעבר עובדים מתאגיד אחד לאחר באמצעים כהימנעות ממסירת מידע על אפשרות כאמור, נטילת דרכונו של העובד, וכיוצא באלו. בנוסף, נוכח העובדה ששכרם של העובדים משולם בידי התאגיד ולא בידי המעסיק בפועל, הרי שאין כל משמעות להצעות שכר גבוהות יותר מצד מעסיקים בפועל, ויש לצפות כי תוספת שכר – ככל שתוצע כזו – לא תמצא את דרכה לכיסו של העובד. בנוסף, רישוי מספר מוגבל של חברות כוח-אדם מגלה חשש ליצירת קרטל, באופן שחברות כוח-האדם תתאמנה בינן לבין עצמן את גובה שכר העובדים ואת תנאי העסקתם. תיאום מסוג זה יהפוך את אפשרות המעבר בין חברות כוח-האדם לפיקציה חסרת משמעות, וכך גם את הרציונל בדבר הגברת התחרות בשוק העסקת עובדים זרים.

העותרים מלינים אף על גובהם של דמי הרישיון שנדרש התאגיד לשלם בגין העסקת כל עובד. סכום גבוה זה, נטען, ייצור תמריץ לעובדים ולמעסיקים בפועל להתקשר מחוץ להסדר התאגידי, באופן שיקשה על אכיפה יעילה של חקיקת המגן על מעסיקי עובדים זרים. בנוסף, גובהם של דמי הרישיון מגלה חשש כי אלה "יגולגלו" על העובדים ועל המעסיקים בפועל.

21. איגוד מגדלי הפרחים, הוא משיב 5 בעתירה (להלן: האיגוד), ביקש להציג אף הוא את עמדתו באשר להסדר חדש זה. לגישתו של האיגוד, כפי שהובעה בתצהיר שהוגש לבית-משפט זה ביום 29 בינואר 2004, אין בהסדר התאגידי כדי לפתור את הבעיות אותן מעוררת העתירה. האיגוד ציין כי הוא תומך בעמדת העותרים ולפיה ראוי לקיים כבילה ענפית בלבד, באופן שהעובד לא ייכבל למעסיקו הספציפי ויתאפשר

מעבר עובדים בין מעסיקים. אימוץ הסדר התאגידים, טוען האיגוד, יכול את העובדים לתאגידים – תחת ביטול הכבילה למעסיק – באופן שעשוי להחמיר את מצבם של העובדים הזרים בהשוואה למצבם כיום. לטענתו, אין זה ראוי להעניק היתר בלעדי למספר תאגידים – תוך מניעת אפשרות כזו מהמעסיקים – ובכך לכפות על שוק העבודה את תיווכן של חברות כוח-האדם. הסדר זה נותן בידי חברות כוח-האדם כוח רב, שעלול להיות מנוצל לרעה; הוא מגביר את תלותם של העובדים הזרים בתאגידים ומחליש עוד יותר את כוח המיקוח שלהם; הוא מעוות את מערכת יחסי-העבודה, באמצעות יצירת ריחוק מלאכותי בין העובד לבין מעסיקו הישיר.

22. המשיבים דוחים טענות אלה. אשר לטענות העותרים ביחס לענף הסיעוד, עמדתם העקבית של המשיבים הנה כי ענף הסיעוד שונה מהענפים האחרים שבהם מועסקים עובדים זרים. ראשית, נטען, אין אפשרות לקיים "שוק חופשי" בענף הסיעוד, וזאת על רקע הצורך שבבדיקת זכאות ספציפית לכל מטופל סיעודי. שנית, כאמור, עמדת המשיבים הנה כי קיים קושי רב בביטול הזיקה שבין העובד למעביד בענף הסיעוד, נוכח כך שתוצאת הדבר תהיה כי נזקקים מסוימים לשירותים סיעודיים לא יוכלו להעסיק עובד זר. לגופו של הסדר התאגידים מבהירים המשיבים כי יחידת הסמך לטיפול בעובדים זרים תקפיד הקפדה יתירה בשמירת חופש המעבר של עובדים בין התאגידים המורשים, וכי תאגידים שלא יאפשרו לעובדיהם מעבר כאמור יהיו חשופים לסנקציות חמורות, ובכללן שלילת רישיונם. עוד מציינים המשיבים, כי הערכת העותרים ולפיה ההסדר המוצע אינו יוצר תמריץ להעברת רווחי תאגיד כוח-האדם לעובד הזר אינה מקובלת עליהם במלואה, שכן יש לצפות שחופש המעבר בין התאגידים המורשים יביא להעלאת שכרו של העובד. מכל מקום, מטעמים המשיבים, התכלית העומדת ביסוד ההסדר אינה העשרת העובד הזר, אלא ייקור עלות עבודתו.

על חששם של העותרים ביחס להיווצרותו של קרטל תאגידים, עונים המשיבים שהערכתם הנה כי יפעלו, בשלב ראשון, כ-30 תאגידים מורשים – מספר שמפחית את החשש מפני יצירתו של קרטל – וכן כי הממונה על ההגבלים העסקיים נתבקש לעקוב אחרי פעילותם של תאגידי כוח-האדם, במטרה לוודא זאת. כן מציינים המשיבים כי דמי הרישיון שנקבעו לכתחילה הופחתו, וכי נוכח הסיכונים להם נחשפים העובדים והתאגידים המבקשים להתקשר מחוץ להסדר התאגידים, אין החשש מפני עבודה מחוץ להסדר כה גדול.



23. לא נבין את העתירה כראוי אלא אם נעמוד על טבען המורכב של הנסיבות העומדות ברקעה. נאמר, אפוא, דברים אחדים על אודותן, ולאחריהם נפנה לבחינת ענייננו-שלנו.

הגירת בני-אדם לצורך עבודה הנה תופעה עולמית המצויה במגמת עלייה מתמדת. מדי שנה, כך על-פי הערכות, מיליוני גברים ונשים נודדים אל מחוץ לארצם בתורם אחר תעסוקה וביטחון אישי וכלכלי (ראו International Labor Office "Towards a Fair Deal for Migrant Workers in the Global Economy", International Labor Conference, 92<sup>nd</sup> Session, 2004, p.3, hereinafter: Migrant Workers in the Global Economy; R. Cholewinski "Migrant Workers in International Human Rights Law – Their Protection in Countries of Employment" (1997), p. 17, hereinafter: Cholewinski). הגירת בני-אדם ממדינה למדינה לצורך עבודה הנם רבים ומורכבים. הם כוללים נסיבות כעוני נרחב, מלחמות אזרחים, אסונות טבע, פערי-שכר ורמת-חיים בין מדינות, תיעוש גובר, הוזלת עלות התחבורה והתקשורת, ועוד (Migrant Workers in the Global Economy, p. 3, 8; Cholewinski, p. 13-14, 18-21). עבודה נוטלים עובדים בלתי-מקצועיים או חצי-מקצועיים, המוזמנים לעבודה במדינות מפותחות בתחומים שמובטלים מקומיים מסרבים לעבוד בהם (ר' בן-ישראל צדק חברתי בעידן בתר-העבודה: צדק חלוקתי בחלוקת העבודה במאה העשרים ואחת, צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר, עורך, 2000), ע' 322, להלן: בן-ישראל, צדק חברתי בעידן בתר-העבודה; Cholewinski, p. 19). האילוץ הכלכלי העומד ביסוד הגירתם של עובדים אלו – שמוצאם, על-פי רוב, במדינות מתפתחות בהן רמת החיים נמוכה ביותר – הביא מלומדים אחדים לטעון בזכות הגמשתה של קטגוריית ה"פליט" במשפט הבינלאומי, באופן שיתאימה למציאות העולמית המשתנה (ראו P.H. Schuck "Citizens, Strangers, and In-Betweens – Essays on Immigration and Citizenship" (1998), p. 287, hereinafter: Schuck; Cholewinski, p. 14 and text by footnote 3; S. Sivakumaran "The Rights of Migrant Workers One Year On: (Transformation or Consolidation?" 36 Geo. J. Int'l L. 113, 114

24. בהגיעם למדינת-היעד, נוטים מהגרי-העבודה להתרכז בתחתית סולם העבודה, והם מועסקים בעיקר בעבודות הנחשבות לקשות והמסוכנות ביותר – עבודות המכונות עבודות שלוש ה-D's – Dirty, Dangerous and Difficult – אשר משעה שהפכו

להיות עבודות "של מהגרים", נוטות להישאר כאלה (Migrant Workers in the Global Economy, p. 10) חלק ניכר מביניהם סובלים מתנאי-חיים ועבודה ירודים, תכופות – ירודים במידה ניכרת בהשוואה לתנאי העבודה המקובלים במדינת היעד, ולעיתים אף מתיוג שלילי ועוינות חברתיות (ראו Schuck, p. 4).

25. מקומה של ישראל לא נפקד אף הוא מהמפה העולמית של הגירה למטרת עבודה. זה למעלה משני עשורים מועסקים בישראל עובדים ממדינות זרות בענפי-משק שונים, ובעיקר בענפי החקלאות, הבניין, הסיעוד והתעשייה. עד לתחילת שנות ה-90, היוו עובדים אלו (מבלי הבאתם בחשבון של עובדים פלסטינים תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה) גורם שולי בשוק-העבודה הישראלי. לעומת זאת, למן שנות ה-90 המוקדמות – ולנוכח התגברותם של לחצים מצד גורמים מעוניינים שונים להגדלת המכסות לעובדים זרים בענפי הבנייה והחקלאות – הגדילה הממשלה, בסדרה של החלטות, את המכסות למתן היתרים להעסקת עובדים זרים בענפים אלה (ראו מבקר המדינה – דוח שנתי 46 לשנת 1995 ולחשבונות שנת הכספים 1994, להלן: דוח שנתי 46, ע' 478-479; ח' פישר "עובדים זרים – תמונת מצב, מסגרת פורמלית ומדיניות ממשלתית" הפועלים החדשים – עובדים ממדינות זרות בישראל (ר' נתנון, ל' אחדות, עורכים, 1999), ע' 15).

26. החל משנת 1996, החליטה הממשלה לפעול לצמצום מספר העובדים הזרים בישראל. בהחלטת ממשלה מיום 16 ביוני 1997 נקבע כי "מספר העובדים הזרים במשק יופחת באמצעות תכנית רב שנתית מתוך גישה אסטרטגית כוללת הרואה בהיקף הנרחב של העובדים הזרים תופעה בלתי רצויה מהיבטי חברה, כלכלה וביטחון" (מבקר המדינה – דוח שנתי 49 לשנת 1998 ולחשבונות שנת הכספים 1997, להלן: דוח שנתי 49, ע' 273), ובסדרת החלטות מאוחרות לה, אומצו מספר קווי-פעולה שביקשו להגשים מטרה זו: כך, למשל, הוחלט להפחית את כמות היתרי העבודה הניתנים למטרת העסקת עובדים זרים, ולבסוף – שלא להתיר עוד כניסתם לישראל למטרות עבודה של מי שאינם "מומחי חוץ", היא מדיניות "שמיים סגורים" (החלטת הממשלה 2328 מיום 30 ביולי 2002). בנוסף, הוחלט להפעיל אמצעים כלכליים המייקרים את עלות העסקתו של העובד הזר, ולהגדיל את היקף פעילות האכיפה כנגד מי שמעסיקים עובדים זרים שלא כדין (החלטת ממשלה 2327; החלטת ממשלה 1784 מיום 4 באפריל 2004). אומצו החלטותיה של ועדה בין-משרדית בנושא עובדים זרים ורשות הגירה, ובהן ההמלצה להקים רשות הגירה שתרכז את כל הסמכויות של משרדי הממשלה בכל הקשור לנושא ההגירה ויחידת סמך לעניין הטיפול בעובדים זרים במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (החלטת ממשלה 642 מיום 2 בספטמבר 2001; החלטת ממשלה

2327; וראו גם מבקר המדינה – דוח שנתי 2004 ולחשבונות שנת הכספים 2003, להלן: דוח שנתי 2004, ע' 376). כן הוחלט להקים מנהלת הגירה זמנית שתפעל למעצרו וגירושם של עובדים זרים השוהים בישראל שלא כדין, על-פי מכסות ייעודיות.

27. בחינת מציאות העסקתם של עובדים זרים בישראל במהלך שנים אלו מגלה תמונה קשה ומכבידה. כמתברר, הגעתם לישראל של עובדים ממדינות זרות מתאפשרת לכתחילה לאחר שאלה משלמים סכומי-כסף גבוהים – לעיתים תוך משכון רכושם ונטילת הלוואות – למתווכים וסוכנויות כוח-אדם. סכומי-כסף אלה מתחלקים בין חברת כוח-האדם במדינת המוצא לבין מתווכי כוח-האדם בישראל (מבקר המדינה – דוח שנתי 2004, ע' 655-656; עב (חיפה) 1565/05 רוזנר נ' משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, טרם פורסם, 14.7.2005). באופן זה, "הרווח הגלום בעצם הבאת העובדים הזרים מחו"ל (הנובע מתשלומים שהעובדים הזרים מוכנים לשלם בארץ מוצאם בתמורה לזכות לעבוד בישראל) מניע מתווכים שונים להביא עובדים זרים לישראל במספרים גדולים ככל שניתן, בין אם יש להם מקום עבודה בישראל... ובין אם לאו" (המלצות הצוות הבין-משרדי, ע' 11).

השכר המשתלם לעובדים זרים הנו, על-פי רוב, נמוך, תכופות אף משכר-המינימום. דוח מבקר המדינה לשנת 1999 מצא כי:

"התמריץ הכלכלי העיקרי להעסקת עובדים זרים הוא עלותם הנמוכה מעלות העובד הישראלי, ונכונותם לעבוד ללא זכויות סוציאליות ובתנאים שאינם מקובלים על העובד הישראלי... העובדים הזרים הנם המגזר הפגיע ביותר, מבחינת ההפרה של חוק שכר מינימום. ניצול העובדים הזרים בידי המעסיקים עולה גם מסקר של הרשות לתכנון כוח אדם, ב-1998, על עובדים זרים ללא היתר בישראל. כ-70% מהמרוויינים השתכרו פחות משכר המינימום לשעה...". (דוח שנתי 2004, ע' 278-279).

אף תנאי העבודה והמחייה המוצעים לעובדים זרים – ירודים, ונמצא כי רבים מהם מתגוררים בצפיפות רבה ובתנאי-דיוור קשים (ראו דוח שנתי 2004, ע' 476, 493; תפ (ירושלים) 106/03 מדינת ישראל נ' מרדכי אביב מפעלי בניה בע"מ, טרם פורסם, 5.12.2005). הם אינם נהנים מהגנתה האפקטיבית של חקיקת המגן (ראו ע' ידלין "עבודה זרה בישראל" ספר מנחם גולדברג (א' ברק, ס' אדלר, ר' בן-ישראל, י' אליאסוף, נ' פינברג, עורכים, תשס"ב-2001), ע' 350 והאסמכתאות שם; עב (באר

שבע) 1347/03 אצובה נ' "סנסרה" ניהול מועדוני בריאות בע"מ, טרם פורסם, 3.3.2005; הם חשופים להתעמרות, ניצול ועושק (ראו רע"פ 10255/05 חננה נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, החלטה מיום 7.11.2005; וראו גם בדוח משרד המשפטים, משרד העבודה והרווחה ומשרד החוץ "יישום האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות" (1997), ע' 27), ומתקשים – בין היתר בשל היעדר הידע והממון הנדרשים לצורך ניהול הליך משפטי, והתלות הרבה במעסיקיהם – להביא את עניינם לפתחן של ערכאות (ראו ע"ע 1064/00 קיניאנגוי נ' אוליציקי עבודות עפר, פד"ע לה 625, 638).

דיון

פגיעה בזכויות-יסוד

28. תחילתה של דרכנו בשאלת פגיעתו של הסדר הכבילה למעסיק בזכויות-יסוד, נוכח המחלוקת הנטושה בין העותרים למשיבים בסוגיה מקדמית זו. הדיון שלהלן יתייחס מעיקרו להסדר הנוהג בענפי הסיעוד, החקלאות והתעשייה – ענפי-עבודה הנשלטים בידי הסדר הכבילה למעסיק במתכונתו הקודמת.

בטרם נרד לעומקה של בחינה, רואה אני להעיר את הדברים הבאים: שאלת פגיעתו של הסדר הכבילה למעסיק בזכויותיו של העובד לכבוד ולחירות אינה יכולה להיבחן בחלל ריק. עליה להיבחן בנתון למציאות העסקתם של עובדים זרים בישראל. עליה לגלות רגישות לנסיבות המורכבות בעטיין מתאפשרת הגעתם לישראל של עובדים זרים לכתחילה. עליה להביא בחשבון את מעמדה המיוחד של קבוצת העובדים הזרים בשוק-העבודה הישראלי – קבוצה המורכבת מעובדים חלשים, "ארעיים", עניים ובלתי-מאורגנים. עליה להביא בחשבון את פערי-הכוחות האדירים שבין העובד הזר לבין המדינה הקולטת אותו – בתנאיה – לשוק-העבודה שלה, ולבין סוכנויות התיווך וחרות כוח-האדם הפועלות בגדרי שוק-עבודה זה. כאמור – ועל סוגיות אלו הרחבנו את הדיבור – עובדים זרים המגיעים לישראל לעבוד בה עושים כן על רקעה של מצוקה כלכלית ורצונם לפרנס את משפחותיהם. בתהליך הגעתם נגבים מהם, לא אחת, סכומי-כסף גבוהים – לעיתים סכומי-עתק במושגים המקובלים בארצות מוצאם – בתמורה להסדרת נסיעתם ושהייתם כאן. מטעמים אלו, גירוש מישראל בטרם היה סיפק ביד העובד להשתכר סכום כסף – למצער כזה שיש בו "לכסות" את חובו – הנה פעולה הכרוכה בפגיעה כלכלית אנושה בעובד ובתלויים בו.

29. על רקע מציאות זו – האם אכן ניתן לקבוע, כטענת המשיבים, כי הסדר הכבילה למעסיק אינו פוגע בזכויות-היסוד של העובדים הזרים ולחירות? תשובתי לשאלה זו בשלילה. הסדר הכבילה למעסיק פוגע בזכויות-היסוד של העובדים הזרים. הוא פוגע בזכות הטבועה לחירות. הוא פוגע בחופש הפעולה של האדם. הוא מאיין את האוטונומיה של הרצון החופשי. הוא רומס את הזכות היסודית להשתחרר מחוזה-עבודה. הוא שולל כוח-מיקוח כלכלי בסיסי מצד חלש ממילא ליחסי-העבודה. בעשותו את כל אלו, פוגע הסדר הכבילה למעסיק בכבודו ובחירותו של האדם כמוכנס היסודי ביותר.

30. כבוד האדם הנו הערך המרכזי הניצב במרכזו של משפטנו החוקתי. הזכויות הנובעות ממנו "מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין" (סעיף 1 לחוק היסוד). הוא נתון לכל אדם באשר הוא אדם (סעיף 2 לחוק היסוד) בגרעין ההכרה בו כזכות חוקתית מונחת התפישה כי האדם – כל אדם – הוא יצור אוטונומי וחופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו, והכותב את סיפור חייו על-פי בחירתו (בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812, 827; ע"פ 161 115/00, טייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 289, 329). עמד על כך פרופ' ברק, בצינו:

"כבוד האדם הוא חופש עיצוב האישיות של כל אדם. כבוד האדם הוא האוטונומיה של הרצון הפרטי, וחופש הבחירה. כבוד האדם הוא הערך של האדם, קדושת חייו והיותו בן-חורין. כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי להשגת מטרות של אחרים. ביסודם של אלה עומד חופש ההכרעה של האדם, שאינו מהווה אמצעי אלא הוא מטרה בפני עצמו. מתפיסה זו של כבוד האדם וחירותו, הקושרת אותו עם האוטונומיה של הרצון הפרטי, יש להסיק כי כבוד האדם הוא חופש הפעולה (הפיזית והמשפטית) של הפרט" (א' ברק, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), ע' 421).

והיטיב לבטא זאת השופט אור:

"...לכל אדם זכות יסודית לאוטונומיה. זכות זו הוגדרה כזכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה... זכותו זו של אדם לעצב את חייו ואת גורלו חובקת את כל ההיבטים המרכזיים של חייו – היכן יחיה; במה יעסוק; עם מי יחיה; במה יאמין. היא מרכזית להווייתו של כל פרט ופרט בחברה. יש בה ביטוי להכרה בערכו של פרט ופרט כעולם בפני עצמו. היא חיונית להגדרתו העצמית של כל פרט, במובן זה שמכלול בחירותיו של כל פרט

מגדירות את אישיותו ואת חייו של הפרט... " (ע"א  
 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" פ"ד נג(4) 526,  
 (570)

31. הזכות לאוטונומיה, לחופש פעולה ולחופש התקשרות הנן, אפוא, היבטים מרכזיים של זכות האדם לכבוד. מימושן מותנה ביכולת הנתונה לו, לאדם, לקבל החלטות בנוגע לחייו ודרכו, ובאפשרויות העומדות בפניו לפעול על-פיהן. הסדר הכבילה למעסיק פוגע – פוגע אנושות – בזכויות אלו. כאמור, על-פי הסדר הכבילה למעסיק, רישיון הישיבה שניתן בידי העובד הזר המגיע לישראל מותנה בעבודה עבור מעביד מסוים ששמו נקוב ברישיון הישיבה. הפסקת העבודה עבור מעסיק זה – ויהא הטעם לכך אשר יהא – פירושה פקיעת רישיון הישיבה בישראל. נוכח הממון והמאמץ שמשקיע העובד הזר ב"רכישת" האפשרות לעבוד בישראל לתקופה קצובה, ברי כי זיקה זו שבין תוקף רישיון הישיבה לבין עבודה עבור מעסיק יחידי פוגעת פגיעה קשה באוטונומיית רצונו. היא מחלישה – אפשר מאיינת כליל – את כוח המיקוח הנתון לו. היא מותירה בפניו בחירת אין-ברירה שבין המשך עבודה מאונס, בשירותו של מעסיק שאפשר כי פוגע בזכויותיו, מלין את שכרו ומתעמר בו לבין התפטרות – בחירה שפירושה אבדן רישיון הישיבה בישראל. בכך מצמצם הסדר הכבילה למעסיק את חופש הפעולה הנתון לעובד לכדי בחירה יחידה בין אלטרנטיבה רעה לרעה-יותר. על "איכותן" של האלטרנטיבות מהן יכול האדם לבחור כתנאי יסודי בהגשמתה של הזכות לאוטונומיה אישית עמד המלומד רז:

"If having an autonomous life is an ultimate value, then having a sufficient range of acceptable options is of intrinsic value, for it is constitutive of an autonomous life that is lived in circumstances where acceptable alternatives are present... a person whose every major decision was coerced, extracted from him by threats of his life, or by threats that would make the life he has or has embarked upon impossible, has not led an autonomous life... the ideal of personal autonomy... requires not merely the presence of options but of acceptable ones" (J. Raz "The Morality of Freedom" (1986), p. 205)

32. הסדר הכבילה למעסיק כורך, אפוא, בין אקט התפטרות – פעולה לגיטימית וזכות-יסוד הנתונה לכל עובד – לבין סנקציה חמורה. לכך לא תוכל להימצא הצדקה. הטלת סנקציה בדמות אבדן רישיון הישיבה בישראל על אדם המבקש לסיים יחסי-

עבודה משולה לאיונה האפקטיבי של החירות להתפטר. כריכתו של אקט ההתפטרות בפגיעת-לוואי קשה כמוה כשלילת האפשרות של היחיד לבחור עם מי להתקשר בחוזה-עבודה, וכפייתו של האדם לעבוד בשירותו של אחר שלא לפי רצונו. באופן זה לא אך הזכות לחירות נמצאת חסרה, אלא נוצר משטר משפטי ייחודי שהנו זר על-פי טבעו לעקרונותיו היסודיים של משפט העבודה, לערכו המוסרי של חוזה העבודה, ולתכליתו הבסיסית של חוזה העבודה בהבטחת קיומו הכלכלי של העובד, כבודו וחירותו. בכך ניתן בידי מעסיקו של העובד הזר כלי-אכיפה בלתי-מוכר במשפטנו – שדחה מעליו את הרעיון בדבר אכיפת חוזה-עבודה (ראו סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970). בכך ניטלת מהעובד היכולת הבסיסית ביותר לשאת ולתת אודות התמורה שיקבל בעבור כוח-העבודה שלו, אודות תנאי העסקתו וזכויותיו הסוציאליות. על פגם מוסרי זה שבשלילת כוח-השוק של העובד הזר עמד ג' מונדלק, בציינו:

"משנשמטת יכולתו של העובד לפעול בשוק כאדם חופשי, נשמטת גם מוסריותו של השוק עצמו... הפגם המוסרי שבבסיס הסדר הכבילה מתחדד לנוכח ההשלכות של הסדר זה על דפוסי ההעסקה וחיפוש העבודה של העובדים הזרים בישראל. מבחינה של דפוסי העסקה, הסדר הכבילה מאפשר הפרה של זכויות העובדים הזרים, שכן המעסיק מודע לכך שהעובד אינו יכול לעבוד למעסיק אחר, או שמעבר כזה יהיה קשה ומסורבל... כמו-כן, מעסיקים, ובעיקר חברות כוח-אדם משעבדים נכסים של עובדים על-מנת להבטיח שהעובד לא יעזוב את מעסיקו. אמצעים כגון אלה מתוספים לדרישה של חברות כוח-האדם שהעובדים הזרים ישלמו סכומים גבוהים בארץ-מוצאם בעד קבלתם של אשרת השהייה בישראל והיתר העבודה... התוצאה המצטברת של אמצעים אלה היא שהעובד הזר נאלץ להמשיך לעבוד אצל מעסיקו, אף אם תנאיו פחותים מאלה שנקבעו בחוק, עד אשר יוכל לפחות להחזיר את החובות אליהם נקלע. בנסיבות אלה, אובדן מקום העבודה והיתר השהייה הנלווה לו מהווים סנקציה קשה מזו המוטלת על עובד מקומי המאבד את מקום עבודתו. הבדל זה אינו הבדל של מידה בלבד. החוב הצבור יוצר תלות קשה של העובד מעל ומעבר למה שמתחייב בדרך-כלל מקשר חוזי גרידא בין עובד למעסיק, ויש הרואים בו כמייצר זיקה מעין-קניינית בין המעסיק לעובד" (ג' מונדלק "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כז 423, 442).

33. בבג"ץ 8111/96, 922/97 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481 (להלן: פרשת רמת"א), נדרש בית-משפט זה לשאלת מעמדם וזכויותיהם של עובדים אשר המפעל בו הם עובדים נמכר למעביד אחר. בפרשה זו, ביקשה התעשייה האווירית לישראל בע"מ להעביר את אחד ממפעליה

לבעלותה של חברה אחרת – חברת רמת"א בע"מ – כחלק משינוי מבנה הארגוני של החברה וכהכנה להליך של הפרטה. שאלה שעלתה מלפני בית-משפט זה היא, האם במצב-דברים זה עומדת לעובד הזכות להיוותר עובדו של המעסיק המקורי – חרף השינוי בזהות המעסיק – באופן שמעמיד בפני המעסיק את הברירה לסיים את חוזה ההעסקה עמו על-פי הוראות הסכמי העבודה להם הוא צד, להמשיך להעסיקו או להגיע עמו להסכם, או שמא הופך הוא להיות עובדו של המעביד החדש, באופן שמותיר בפני העובד את הברירה להתפטר ממקום עבודתו.

בבואם לענות בשאלה זו, נחלקו שופטי ההרכב בדעותיהם. הסוגיות שבהן דרשו בגדריהן אינן ממין ענייננו הישיר בפרשה שבפנינו, ויחד עם זאת – מעיון בחוות-דעתם של שופטי ההרכב שוב אין ספק כי בשאלה היסודית, שהסבה עצמה על חירותו של העובד ועל זכותו הטבעה שלא להיכפות – להיכבל – בחוזה-עבודה למעסיק שלא לפי רצונו, לא נתגלעה מחלוקת אמיתית. כאלו היו דברי המשנה-לנשיא (בדימ') אור:

"פררוגטיבת הניהול של המעביד... מקנה לו חופש פעולה בניהול עסקיו ובביצוע פעולות שונות הנוגעות לו... אולם למותר לומר כי העובדים אינם בגדר 'קניינו' של המעביד... לעובדים הזכות לבחור את זהות המתקשר, שהוא הצד לחוזה עמם. זכות זו היא זכות יסוד חוקתית... והיא מעוגנת כיום בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות יסוד זו כוללת בחובה גם את חירות העובד לבחור את מעסיקו. האופי המיוחד של השירות האישי שהעובד מעניק למעביד מצריך הגנה יתרה על האוטונומיה של העובד ועל זכותו לבחור, בחירה אמיתית, עם מי יתקשר בחוזה, לרבות בחוזה עבודה, ועם מי לאו". (ע' 541, ההדגשה הוספה).

דברים דומים נאמרו מפי חברי השופט חשין:

"דומני שלא ניתן לחלוק על מסקנתו של חברי השופט אור כי על-פי הדין הכללי – עיקרי היסוד, הדוקטרינות והכללים הספציפיים – אין מעסיק רשאי ומוסמך 'להעביר' את עובדיו למעסיק אחר. כך על-פי דיני חוזים, כך על-פי דיני המחאת חיובים – משפט חרות והלכה – וכך כמשתמע מזכויות היסוד של היחיד... חפץ דומם – וכמותו בעל-חי – רשאי הבעלים לטלטלו כרצונו ממקום למקום, להעבירו מיד-אל-יד ואין מכהים בו. לא כן הוא האדם, שאין עושים בו, ואין הוא עובר ממעסיק למעסיק אלא לרצונו. על-כך – דומה – יסכימו הכל אין יוצא". (ע' 574).



והוסיף על כך השופט ריבלין:

"חירותו של העובד לבחור את המעביד הורתה אינה בחופש העיסוק במוכן המצומצם שלו. הורתה בחופש של האדם ובכבודו. אכן, הזכות לקניין היא זכות יסוד, ואין מחלוקת בדבר זכותו של המעביד לקניין. אלא שאין להביא בגדר הזכות החשובה הזו גם את הכוח להחזיק בעובד, ולו רק כנקודת מוצא. כנקודת מוצא אמרתי – שהרי אין חולקים כי בידי העובד נתון תמיד הכוח להיפרד ממעבידו החדש, כמו הכוח להיפרד ממעבידו הקודם. אולם לא הרי פרידה זו מקום שבו נקודת המוצא היא חירות העובד, כהרי פרידה מן המעביד מקום שבו נקודת המוצא היא הפרוגטיבה של האחרון. נקודת המוצא יכולה להיות רק אחת – זו הראשונה – אם נסכים כי זכות הקניין של המעביד לעולם לא תכלול גם שליטה על חירותו של העובד. זאת ועוד, גם הזכות הקניינית למכור עסק כ'עסק חי' אינה כוללת את הזכות להעביר את העובדים החיים והנושמים המועסקים בו. חירותו של העובד לבור לו את מעבידו נגזרת מן הזכות לחירות, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומן הערך של כבוד האדם, המונח ביסוד חוק היסוד האמור.

[...]

חירות זו של העובד נגזרת באופן ישיר מתפיסת האדם כמטרה ולא כאמצעי. היא מהווה בסיס לחופש הבחירה של העובד, לאוטונומית הרצון שלו ולחירותו לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו... חיוב העובד לעבור למעביד החדש – ולו כהנחת עבודה – אינו עולה בקנה אחד עם זכות היסוד של העובד לבחור את מעבידו ולא להיות מועסק על-ידי מעביד שאותו לא בחר באופן חופשי... אכן, בין שננקוט את הגישה המרחיבה את 'גבולות ההקרנה' של כבוד האדם ובין שנצמצמם – החירות של האדם שלא להיות כקניין זה המועבר מיד ליד מצויה בגרעין של הערך הזה. וגם אילו סברנו כי החירות הזו גורעת משהו מזכות הקניין של המעביד – וספק רב בלבנו אם כך הוא הדבר – הרי שבהתנגשות בין שתי הזכויות האלה, יד החירות על העליונה.

[...]

החירות מצויה במקרה זה 'קרוב' יותר לגרעין ערך כבוד האדם, ומגשימה אותו ביתר. לפיכך יש ליתן לה עדיפות. כל נקודת מוצא אחרת לא תתיישב עם המשטר החוקתי במדינת ישראל". (ע' 597-595).

האומנם, אפוא, ייטען ברצינות כי התנית רישיון הישיבה שבידי העובד הזר בעבודה עבור מעסיק אחד ויחיד, באופן שכורך התפטרות מעבודה אצלו באבדן רישיון הישיבה בישראל – אינה פוגעת בזכותו של העובד לכבוד ולחירות? הכיצד זה ניתן לומר כי שלילה כה בוטה של האוטונומיה החוזית מאת האדם, ובפרט ביחס לעניין כה

מהותי ביחסי-העבודה – זהות המעסיק – אינה כרוכה בפגיעה בזכותו לאוטונומיה ולחופש פעולה?

34. רואה אני להעיר, בהקשר זה, כי המשנה-לנשיא (בדימו') אור, שדעתו נקבעה כדעת-רוב בפרשת רמת"א, התייחס בדבריו להיעדר הבחירה, בנסיבות העניין, שבחלופת ההתפטרות, ודברים שאמר יפים – יפים ביתר – אף לעניינינו-שלנו:

“... אני מתקשה לקבל את עמדת חברי, המשנה לנשיא השופט מצא שלפיה האפשרות שניתנת לעובד להתפטר, מאיינת את הטענה שלפיה, מעשית, תוצאת פסק-דין הרוב כופה על העובד חוזה עבודה חדש עם מעביד שהוא לא בחר בו. נראה לי שחלופת ההתפטרות, הגודעת את מקור פרנסתו של העובד, אינה יכולה להיחשב כמאפשרת לו בחירה אמיתית... הזכות לחופש עיסוק מאפשרת לאדם לבחור היכן ישקיע את הונו האנושי. בחירה זו מושפעת משיקולים מגוונים, ובהם גם זהות המעביד... אילוץ עובד לבחור בין מעבר למעביד החדש לבין התפטרות (גם אם דינה כפיטורים), כאשר קיימת החלופה להיוותר עובדו של מעבידו המקורי, יש עמה פגיעה בחופש העיסוק שלו. פגיעה בחופש העיסוק מתקיימת לא רק כאשר נמנעת מהעובד לחלוטין הזכות לבחור את מעבידו, אלא גם כאשר זכות הבחירה שלו נפגעת, ואפילו בעקיפין” (ע' 542).

ואם כך הוא ביחס לאילוץ הגלום בבחירה שבין התפטרות (שדינה כפיטורים) לבין מעבר לעבודה בשירותו של מעסיק חדש, בנסיבות בהן מקום-עבודתו של העובד עובר לבעלותו של מעסיק אחר, כי אז על אחת כמה וכמה נכונים הדברים מקום שההתפטרות לא אך גודעת את מקור-פרנסתו של העובד, אלא כורכת עצמה בתוצאה קשה פי כמה: אבדן רישיון הישיבה במדינה, שהגעה אליה כרוכה בתשלום ממון רב, ושעבודה בה הנה תוצאתו של אילוץ כלכלי קשה.

35. לא למותר יהיה לציין, כי זכותו של הפרט לקבל על עצמו עבודה מרצון ומחופש מעוגנת אף במשפט הבינלאומי. כך מורה האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (כתבי אמנה 31, 1037, ע' 205), שנחתמה ואושרה בידי ישראל ביום 3 באוקטובר, 1991, בסעיף 6:

“א. מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות לעבודה, הכוללת את זכותו של כל אדם להשיג אפשרות להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי, והן ינקטו צעדים מתאימים כדי להבטיח זכות זו.”

לזכות לבחור עבודה "באופן חופשי" ראו גם: ההצהרה האוניברסאלית על זכויות האדם, סעיף 23(1); האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, סעיף 8; הצ'רטר החברתי האירופי, חלק 1, סעיף 1; ההצהרה האמריקנית בדבר זכויות האדם וחובותיו, סעיף 14. על משמעותה של הזכות לקבל עבודה "באורח חופשי" עמדה בן-ישראל, בציינה:

"לחופש בבחירת העיסוק שלוש משמעויות: משמעות ראשונה מתבטאת בכך שלכל אחד יש זכות לבחור באורח חופשי את תעסוקתו. משמעות זו של חופש בבחירת העיסוק משלימה את המתחייב מהחופש מעבודה כפויה. משמעות שנייה משתקפת בקביעה כי אין למנוע מאדם מלעסוק בכל עיסוק או משלח יד שהוא בעל כישורים התואמים למילויה... משמעות שלישית מעגנת את זכותו של כל אדם לקבל הזדמנות שווה בתעסוקה (בן-ישראל, צדק חברתי בעידן בתר-העבודה, ע' 329).

סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מוסיף וקובע כי:

"מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכותו של כל אדם להנאה מתנאי עבודה צודקים ונאותים, אשר יספקו במיוחד:

א. תשלום המבטיח לכל העובדים, בחינת מינימום:

(1) שכר הוגן ותשלום שווה תמורת עבודה בעלת ערך שווה, בלא הפליה מכל סוג שהוא...

(2) קיום נאות לעצמם ולמשפחותיהם בהתאם להוראותיה של אמנה זו;

ב. בטיחות ובריאות בעבודה

ג. הזדמנות שווה לכל אדם להתקדם בעבודתו לשלב מתאים גבוה יותר, בלא להתחשב בכל שיקול אחר לבד משיקולי ותק וכושר;

ד. מנוחה, עתות פנאי, הגבלה סבירה של שעות העבודה וחופשות תקופתיות בתשלום, וכן תשלום בעד ימי פגרה כלליים."

בנוסף על כך, אמנה 97 בדבר עובדים-מהגרים (כתבי אמנה 4, ע' 37) של ארגון העבודה הבינלאומי (להלן: האמנה בדבר עובדים-מהגרים), אשר נחתמה ואושררה בידי ישראל ביום 30 במרץ, 1953, קובעת בסימן ו' כך:

1. כל חבר שלגביו עומדת אמנה זו בתקפה מתחייב לנהוג במהגרים הנמצאים בהיתר בתחומי ארצו, ללא

הפלייה מטעמי אזרחות, לאום, דת אן מין, יחס שלא  
 יהא נופל מזה שהוא נוהג באזרחיו שלו בענינים הבאים:  
 (א) במידה שענינים אלה מוסדרים בחוק או בתקנות או  
 כפופים לפיקוחן של רשויות מנהליות –  
 (1) שכר, לרבות תוספות משפחתיות – מקום שתוספות  
 אלה מהוות חלק מהשכר – שעות עבודה, הסדרים של  
 שעות עבודה נוספות, חופשה בשכר, הגבלות על עבודת  
 בית, גיל תעסוקה מינימאלי, שוליאות והכשרה, עבודת  
 נשים ועבודת נערים.  
 (2) חברות באיגודים מקצועיים והנאה מן היתרונות של  
 משא-ומתן קולקטיבי;  
 "...

36. אמנות אלה לא נקלטו במשפטנו הפנימי באמצעות חקיקה. לכאורה, אפוא, הן  
 אינן יוצרות חיוב במישור זה. ברם, אפשר כי חיובים שבאמנות אלו הפכו בעלי אופי  
 מנהגי (ראו י' שני "זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות במשפט הבינלאומי: איזה  
 שימוש יכולים בתי-המשפט הישראליים לעשות בהן", זכויות כלכליות, חברתיות  
 ותרבותיות בישראל (י' רבין, י' שני, עורכים, 2004), 297, 342, והאסמכתאות שם;  
 בג"צ 2587/04 בוכריס נ' פקיד שומה חדרה, טרם פורסם, בפסקה 15 לפסק-הדין, שם  
 מותיר חברי הנשיא את שאלת מעמדה המנהגי של האמנה בדבר עובדים-מהגרים בצריך  
 עיון), וכי הם, לפיכך, בבחינת "חלק ממשפט הארץ, וזאת בכפיפות לדבר חקיקה  
 ישראלי הקובע הוראה סותרת" (בג"צ 785/87 עפ"נ נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(2)  
 4, 35). ברם, משלא מיקדו העותרים טענותיהם במשפט הבינלאומי ובמידה בה יש  
 להחילו על השאלה הנצרכת להכרעתנו, ומשלא נתבקשנו להכריע בדבר מעמדם של  
 חיובים אלה, לא נקבע מסמרות בסוגיה זו (למעמדם של עובדים זרים במדינות  
 הקולטות על-פי הדין הבינלאומי ראו: L.M. Hammer "Migrant Workers in Israel:  
 Towards Proposing a Framework of Enforceable Customary International  
 Human Rights" *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 17, No. 1, 10;  
 (Cholewinski, p. 47; Sivakumaran, p. 119).

37. בין כך ובין כך, מקובל על הכל כי מכוחה של "חזקת ההתאמה" שבין הדין  
 הפנימי להוראות המשפט הבינלאומי, מצווים אנו לפרש דבר-חקיקה – כמוהו כסמכות  
 שקנתה רשות שלטונית – באופן העולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי  
 (ראו ע"פ 131/67 קמיואר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 112; דנ"פ 7048/97  
 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 721, 742, והאסמכתאות שם; בג"ץ 2599/00 יתד –  
 עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 846). מכאן, כי  
 סמכות שקנה שר הפנים "לקבוע תנאים למתן אשרה או רשיון ישיבה" תחומה ומסויגת

– כך בין היתר – בזכות הנתונה לכל אדם "להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי"; בזכות שקנה כל יחיד להנאה מ"תנאי עבודה צודקים ונאותים", וכן בעיקרון אי-ההפליה שבין עובדים-אזרחים לעובדים ממדינות זרות, המעוגן באמנה בדבר עובדים-מהגרים (לעיקרון אי-ההפליה בנוגע למגבלות על תעסוקת מהגרים ראו גם בהמלצה 86 של ארגון העבודה הבינלאומי הנלווית לאמנה בדבר עובדים-מהגרים (Migration for Employment Recommendation (Revised) (1949, סעיף 16).

38. ועל "דברי-תורה והילכות-דוקטרינה" (בלשונו של חברי, השופט חשין בדנ"פ 6008/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מח(5) 845, 870), מבקש אני להוסיף ולדבר מעט אף בדברי-המציאות והילכות היום-יום. דומה כי אין כבממצאים שהעלה דו"ח מבקר המדינה האחרון, כדי להמחיש מה רעה פגיעתו של הסדר הכבילה למעסיק בזכויותיהם הבסיסיות של עובדים זרים בישראל. המבקר מאשש את טענות העותרים בדבר "ניוד" עובדים שלא בידיעתם בידי מעסיקיהם – מעשה המוביל לפגיעתו המיידית של רישיון ישיבתם:

"... המדינה קבעה, שהעובד הזר ככול למעסיק מסוים, כלומר אסור למעסיק להעבירו למעסיק אחר או למקום עבודה אחר שלא על פי תנאי ההיתר. אף על פי כן, בשל שיקולים כלכליים, מעבירים מעסיקים עובדים זרים שלהם למעסיק אחר, וכך נעשים אלה עובדים זרים לא חוקיים שאפשר להרחיקם. כלומר, רוב העובדים הזרים שמעסיקיהם מניידים אותם נעשו לא חוקיים בשל נסיבות שאינן תלויות בהם: יכולתו של העובד הזר להתנגד למעסיקו המנייד אותו מועטה, ויש להניח, כי לעיתים הוא אינו יודע כלל שמניידים אותו בניגוד לחוק. הביקורת העלתה, שעובדים זרים אלה נכלאו במשמורת, אולם מינהלת ההגירה לא פעלה במקרים רבים כנגד המעסיקים". (דוח שנתי 2005, ע' 379).

בהמשך הדברים מתאר המבקר דוגמא מוחשית לאופן בו פראקטיקה מתוארת

זו פועלת בחיי היום-יום:

"במארס, 2004, למשל, נעצרו באתר בנייה אחד 11 עובדים זרים מסיין. שבעה מהם נעצרו כשלושה שבועות לאחר שהגיעו לישראל, עובד אחד נעצר לאחר כחמישה שבועות בארץ, ושלושה עובדים נעצרו לאחר כשבעה שבועות בארץ. שניים מהעובדים אמרו לממונה ביקורת הגבולות ששילמו 10,000 דולר כדי להגיע לעבוד בישראל. עובדים אלה הגיעו לארץ בהיתרי העסקה

שהעניקה מדינת ישראל למעסיקיהם לתקופה של שנה לעבודה בענף התעשייה. על-פי עדות העובדים לפני ממונה ביקורת הגבולות, הפרו מעסיקיהם את תנאי ההיתר וניידו אותם למעסיקים אחרים בענף אחר, ענף הבנייה, ועבדו כרצפים. בפועל, שהו ארבעה מתוך 11 העובדים במתקן המשמורת 78 יום עד שנמצא מעסיק שהיה מוכן להעסיקם. שאר העובדים – שבעה במספר – הורחקו מישראל – ארבעה מהם לאחר שהייה של 32 יום במתקן המשמורת; שניים מהם לאחר שהייה של 17 יום במתקן המשמורת; ועובד אחד מיד לאחר שנכנס למשמורת. גם במקרה זה, שילמו העובדים בשלילת חירותם ובהרחקה מישראל בשל עבירות שעשו המעסיקים. המעסיקים לעומת זאת לא נענשו כלל". (שם, ע' 380).

עוד עמד המבקר על הקלות בה מאבדים עובדים את מעמדם בישראל על-פי טענות מעסיקים, ועל הקלות הדומה בה נשללת חירותם על-פי טענות אלו:

"... בהתאם להסדר הכבילה, עובד זר חייב לעבוד אצל מעסיקו למשך תקופת ההיתר. עובד זר, שעזב את מעסיקו, הופך לעובד לא חוקי, ומוגדר על ידי משרד הפנים כ'ברחן', ומיועד להרחקה. בסוף אוגוסט 2004, היו רשומים במערכת הממוחשבת של משרד הפנים... כ-1850 עובדים זרים שהוגדרו 'ברחנים'. הביקורת העלתה, שדי במכתב מהמעסיק המודיע לרשויות שהעובד הזר עזב את מקום עבודתו כדי שמשרד הפנים יגדיר את העובד הזר כ'ברחן'. מהמסמכים עולה, שהיו מקרים בהם דיווח המעסיק שהעובד הוא 'ברחן', ובבדיקה שעשתה מינהלת ההגירה אחר כך התברר, שהעובד כלל לא עזב את מעסיקו. גם במקרים האלה לא נענשו המעסיקים... לעיתים מודיעים מעסיקים שעובדים הם 'ברחנים' ומסגירים אותם למינהלת ההגירה, לאחר שהעובדים התלוננו (בעיקר לפני ארגוני זכויות אדם) שהמעסיקים מנצלים אותם. הנחת המעסיק במקרה זה היא, כי אם יורחקו העובדים הזרים מהארץ או ינוידו למעסיק אחר בהסכמת משרד הפנים, תזוכה מכסת היתרי ההעסקה שניתנה לו (למעסיק המתלונן) והוא יכול להעסיק עובד זר אחר במקום ה'ברחן'". (שם, ע' 380. ההדגשה במקור).

וראו גם: עת"מ (תל-אביב-יפו) Niang Quijan 2036/04 נ' שר הפנים,

13.7.2004.

על הפגיעות שפוגע הסדר הכבילה למעסיק בזכויות-יסוד עמדה אף הועדה המייעצת לבחינת מדיניות הגירה למדינת ישראל, שראתה להמליץ על ביטולו:

"כיום "מוצמד" העובד למעסיק מסוים. עם תום עבודתו אצל אותו מעסיק פוקעים אשרת הכניסה לישראל ואישור העבודה בה, והעובד נדרש לצאת מן הארץ. זה המצב גם אם העובד לא מיצה את משך התקופה שבה היה אמור לעבוד בארץ, אלא פוטר לפני כן על-ידי המעסיק. הסדר זה אינו הוגן, ולעיתים קרובות אף אכזרי. שכן, רבים מן העובדים משקיעים את כל רכושם הדל ואף נוטלים הלוואות כדי לשלם למתווכים המקשרים בינם לבין המעסיקים ודואגים להנפקת האשרות והאישורים הדרושים לצורך עבודה בישראל. המשמעות של אילוץ עובד שפוטר בטרם עת לעזוב את הארץ לפני שהספיק לכסות את ההוצאות שהוציא לצורך השגת היתר העבודה היא אפוא קשה ביותר. ההסדר הקיים אף נותן כוח עצום למעסיקים, ולעיתים אף מנוצל לרעה. העובד הופך לא אחת למשועבד למעביד. מוצע, כי אשרת הכניסה לישראל והיתר העבודה שינתנו לעובד יהיו לתקופה שלא תפחת משלוש שנים (וזאת גם אם העובד הפסיק את עבודתו אצל המעסיק המקורי)...". (הועדה המייעצת לבחינת מדיניות הגירה למדינת ישראל, דוח ביניים – פברואר 2006, ע' 13).

39. סופם של דברים, מסקנתי היא שהסדר הכבילה למעסיק פוגע בזכות האדם לכבוד וזכות האדם לחירות, המעוגנות בחוק-היסוד. כבוד האדם נמצא חסר מחמת פגיעתו של הסדר הכבילה למעסיק בחופש הפעולה של הפרט, ובאוטונומית רצונו. הזכות לחירות, מצדה, נמצאת נפגעת מחמת שלילת האפשרות מאת הפרט לבחור את זהות המתקשר עמו בחוזה-עבודה, ומחמת כפייתו של האדם – באמצעות כריכתו של אקט ההתפטרות בפגיעת-לוואי קשה – לעבוד בשירותו של אחר שלא לפי רצונו. תוצאות קשות אלה זרות מכל וכל לעיקרי היסוד המונחים בבסיסה של שיטתנו המשפטית.

40. ודוק: אף אם מערכת-היחסים שבין העובדים לחברות כוח-האדם מגלה היבטים בעייתיים רבים, כטענת המשיבים, עדיין אין בכך כדי להוציא את הבעייתיות הגלומה בהסדר הכבילה למעסיק, או את הפגיעה – העצמאית – שפוגע הוא בזכויות-היסוד של העובדים הזרים. אעיר, בהקשר זה, כי דומה שאף דעתם של המשיבים אינה נוחה מהסדר הכבילה למעסיק, וניכר כי אף הם שותפים לחלקן של השגות העותרים באשר לו (ראו מכתבה של סגנית הממונה על התקציבים מיום 29 בדצמבר, 2003, מ/ש 3/ לכתב התשובה מטעם המשיבים מיום 1 בינואר 2004; המלצות הצוות הבין-משרדי, ע' 5, 11).

41. משנמצא כי הסדר הכבילה למעסיק פוגע בזכויות העובדים הזרים לכבוד ולחירות, אינני רואה להידרש למחלוקת הנטושה בין העותרים למשיבים בסוגית זכותם של עובדים זרים בישראל לחופש עיסוק, המעוגנת בחוק-יסוד: חופש העיסוק. רואה אני להעיר, עם זאת, כי עמדתם הלאקונית והגורפת של המשיבים, ולפיה עובדים זרים בישראל אינם נהנים – כך כפשוטו – מן הזכות החוקתית לחופש עיסוק, נוכח לשונו של חוק יסוד: חופש העיסוק, מגלה, להשקפתי, קשיים – וזאת לנוכח ההכרה ההלכתית בזכות לחופש העיסוק כזכות הנתונה ל"כל אדם", הכרה הלכתית שקדמה לחוקי היסוד (ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80; בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337; וראו גם עמדתו של פרופ' ברק באשר לחופש העיסוק כזכות "חוקתית" לעומת חופש העיסוק כזכות "הלכתית", ולזיקה שבין חופש העיסוק לכבוד האדם: פרשנות חוקתית, ע' 585, 598); נוכח מעמדה של הזכות בדין הבינלאומי, ובעיקר נוכח מהות הפגיעה הנטענת בזכות לחופש עיסוק במקרה שבפנינו – פגיעה המסבה עצמה על ערכי-הליבה היסודיים ביותר עליהם מבקשת הזכות לחופש עיסוק להגן.

היש בכוחו של "נוהל מעבר ממעסיק למעסיק" כדי לאיין את פגיעת הסדר הכבילה למעסיק בזכויות-יסוד?

42. מסקנתי בדבר הפגיעה שפוגע הסדר הכבילה למעסיק בזכויות-יסוד מחייב לבחון אם, כטענת המשיבים, יש ב"נוהל מעבר ממעסיק למעסיק" – נוהל המבקש לאפשר, בנסיבות מסוימות, מעבר עובדים בין מעסיקים – כדי לאיין פגיעה זו. דעתי הנחרצת היא, שאין בכוחו של נוהל זה כדי לאיין את פגיעת הסדר הכבילה למעסיק בזכויות-יסוד. טעם הדבר כפול. טעם ראשון הנו כי נוהל מעבר ממעסיק למעסיק אינו משנה מהותית מהכוח העודף שבידי המעסיק. הכריכה הראשונית שבין חוקיות שהייתו של העובד הזר בישראל לבין זהות המעסיק עלולה להביא למצב בו העובד – אף שהגעתו לישראל בדין היא – יימצא שוהה שלא כדין עוד למן יומו הראשון בישראל בנסיבות המצויות מחוץ לשליטתו, ולעתים קרובות – מחוץ לידיעתו. כך הוא, למשל, מקום שהמעסיק מנצל כריכה ראשונית זו ומתנה את תחילת עבודתו של העובד בתנאים, כגון בתשלום סכומי-כסף נוספים, או מקום בו המעסיק מורה לעובד לעבוד אצל מעסיק אחר, או בפרויקט אחר ("ניוד"). ועוד: בקשה להחלפת מעסיק כורכת עצמה, על-פי הנוהל, באבדן רישיון העבודה בישראל לתקופה בלתי-ידועה: הנוהל קובע כי בתקופת-הביניים שבין סיום העבודה אצל המעסיק המקורי ומעבר למעסיק החדש, יקבל העובד רישיון ישיבה מסוג ב/2. רישיון זה הוא רישיון ישיבה זמני (הניתן, בדרך-כלל, לצורכי ביקור תיירותי), ואינו מאפשר עבודה כדין. לא ברור, אם



כן, כיצד אמור העובד לכלכל עצמו בתקופת-ביניים זו, ובעיקר מדוע יש לכרוך את בקשתו הלגיטימית להחליף מעסיק, באבדן לתקופה בלתי-ידועה של רישיון העבודה בישראל (שהרי סד-זמנים מחייב לטיפול בבקשה להחלפת מעסיק אינו קבוע בנוהל). לא נראה עוד כי נוהל המאפשר לדחות בקשת עובד להחליף מעסיק בנימוק ש"מדובר בעובד שעבר מספר פעמים ממעסיק למעסיק ונמצא כי אין מקום לאשר את בקשתו למעבר נוסף" או כי "יש הגבלה כלשהי למתן השירות במערכת אביב" (סעיפים ג.4, ג.5 לנוהל מעבר ממעסיק למעסיק) מביא בחשבון די הצורך – אם בכלל – את הזכות הטבועה הנתונה לכל אדם לסיים יחסי-עבודה בהם התקשר.

43. טעם שני – ובו, להשקפתי, העיקר – הנו כי נוהל מעבר ממעסיק למעסיק מניח – כהנחת יסוד – כוח להחזיק בעובד. הנחת היסוד הגלומה במבנה הנורמטיבי הנוצר בעטיו של הסדר הכבילה למעסיק, מבנה נורמטיבי שממנו הנוהל אינו משנה – הוא כי המעסיק רשאי להחזיק בעובדו, תוך שהאחרון רשאי, בנסיבות מסוימות בלבד, להשתחרר כדין מחוזה העבודה עמו. מבנה נורמטיבי מעין זה אינו מתיישב עם מעמדן החוקתי של הזכות לחירות, לכבוד אנושי, לאוטונומיה ולחופש פעולה. אכן, "לא הרי פרידה ממעביד מקום בו נקודת המוצא היא חירות העובד, כהרי פרידה מן המעביד מקום בו נקודת המוצא היא הפררוגטיבה של האחרון" (השופט ריבלין בפרשת רמת"א, ע' 595). משטר משפטי המעניק הגנה חוקתית לזכויות-האדם אינו יכול להשלים עם נקודת מוצא נורמטיבית המניחה שלילתן של זכויות-יסוד ככלל מנחה. לא ניתן לקבל, כי בשיטה שקבעה את כבוד האדם כערך חוקתי מוגן יורשה היחיד לקיים את זכויותיו היסודיות במקרים "חריגים" בלבד. אין זאת אלא, כי נוהל מעבר ממעסיק למעסיק מתיימר להפוך זכויות-יסוד שקנה לו היחיד – כל יחיד – סוגיה "מנהלית" לפקידים לענות בה. היא ולא אחרת. ומתוך שמתיימר הוא לעשות את שלא ניתן לעשות – ולכל הפחות, בשיטת-משפט חוקתית המעלה על נס את זכויותיו של הפרט – נדע גם כי אין בו, בניגוד לטענת המשיבים, כדי לאיין את פגיעת הסדר הכבילה למעסיק בזכויות-יסוד.

שיקול-הדעת המנהלי ועיקרון המידתיות

44. הסדר הכבילה למעסיק כורך בין העסקתם של עובדים זרים בישראל לבין שהייתם בה, והוא מתגבש, אפוא, מתוך צירופם זה לזה של מקורות-סמכות מתחומים אלה. הסמכות הנוגעת להעסקתם של עובדים זרים היא הסמכות הנתונה בידי יחידת הסמך לעניין עובדים זרים שבמשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה ליתן היתרים להעסקת עובדים זרים למעסיקים המבקשים זאת, וזאת על-פי חוק עובדים זרים, ואילו

הסמכות הנוגעת לשהייתם של עובדים זרים בישראל היא הסמכות הנתונה בידי שר הפנים להתנות את רישיון הישיבה שניתן בידי עובדים זרים בתנאים, על-פי חוק הכניסה לישראל. הגבלת אפשרות המעבר בין מעסיקים מתאפשרת מכוח סמכות אחרונה זו הנתונה בידי שר הפנים. מטבע הדברים, בחינתנו תתמקד באופן-הפעלתה של סמכות זו.

45. סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל מסמיך במפורש את שר הפנים להתנות רישיון ישיבה הניתן בידי אדם הנכנס לגבולות ישראל בתנאים, בקובעו כי "שר הפנים רשאי לקבוע תנאים למתן אשרה או רישיון ישיבה". התקשיתי, אפוא, לקבל את טענת העותרים ולפיה שר הפנים "נעדר סמכות" להתנות תנאים ברישיונות הישיבה של עובדים זרים המגיעים לישראל. ויחד עם זאת ראיתי להעיר, כי מידה רבה של אי-נחת מעוררת העובדה שכל הפגיעות הרעות שפוגע הסדר הכבילה למעסיק בזכויות-יסוד, מבססות עצמן על אותה סמכות שקנה לו שר הפנים על-פי חוק הכניסה לישראל, סמכות שנועדה, על-פי תכליתה, להיות מופעלת במקרים קונקרטיים, ולא לשמש מנוף לקביעת הסדרים כלליים. מדיניות כללית מעין זו, כך אני סבור, ראוי לה שתמצא את עיגונה בהסדר ראשוני, ובפרט לנוכח פגיעתה בזכויות-יסוד (ראו והשוו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 515).

46. הלכה וותיקה היא עמנו, כי לשר הפנים נתון שיקול-דעת רחב בהפעילו סמכויות שניתנו לו על-פי חוק הכניסה לישראל. בייחוד כך, מקום שדבר-החקיקה המסמיך – בענייננו חוק הכניסה לישראל – אינו כולל אמות-מידה וקריטריונים באשר לאופן הפעלתו של שיקול-הדעת השלטוני. אלא שרוחב שיקול-הדעת הנתון לשר הפנים, או היעדרם של קריטריונים מנחים אין פירושה, כי לשר הפנים נתון שיקול-דעת מוחלט (בג"צ 431/89, 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, פסק-דינו של השופט חשין). משמעות הדברים אינה, כי שיקול-דעת שמפעיל שר הפנים בהפעילו סמכויות שהוקנו לו על-פי חוק הכניסה לישראל, מופטר מביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק. אדרבא: רוחב שיקול-הדעת – דווקא הוא – מחייב זהירות ושימת-לב מיוחדות בהפעלתו; נפקדותם מן החוק המסמיך של קריטריונים ואמות-מידה להפעלת הסמכות השלטונית, מחייב הקפדה מיוחדת בעקרונות הכלליים הגודרים והמצמצמים את סמכות-הפעולה המנהלית.

47. בקביעה כי שר הפנים פועל בגדרי הסמכות שהוקנתה לו על-פי חוק הכניסה לישראל לא סגי, כמובן. חוקיות שיקול-הדעת השלטוני נבחנת בנתון לעיקרון המידתי (בג"צ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות, פ"ד מט(5) 1, 11).

עיקרון זה מורה, כי על פעולה שלטונית, המכוונת להגשמתה של תכלית ראויה – בענייננו, פיקוח על שהייתם והעסקתם של עובדים זרים בישראל – להינקט במידה הנאותה, ולא מעבר לנדרש (שם). הוא מורכב משלושה מבחני-משנה. מבחן-המשנה הראשון דורש קיום קשר רציונלי של התאמה בין המטרה לבין האמצעי השלטוני שנבחר לשמש בהשגתה. מבחן-המשנה השני דורש כי פגיעתו של האמצעי השלטוני בפרט תהא במידה המועטה ביותר. מבחן-המשנה השלישי דורש כי פגיעת האמצעי הנבחר בזכות תקיים יחס פרופורציונאלי לתועלת הצומחת ממנה (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 436; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385, להלן: פרשת לשכת מנהלי השקעות).

48. דעתי היא, כי האמצעי שנבחר בידי המשיבים – התניית רישיון הישיבה שניתן ביד העובד הזר בעבודה עבור מעסיק יחיד – אינו מקיים קשר רציונאלי לתכלית בדבר פיקוח על שהייתם והעסקתם של עובדים זרים בישראל. פגיעתו של אמצעי זה בפרט אינה במידה המועטה ביותר. היא אף אינה מקיימת יחס פרופורציונאלי לתועלת הצומחת ממנה. אבאר את דברי להלן.

התאמתו של האמצעי למטרה

49. כאמור לעיל, גישת המשיבים הנה, כי בשל ההשלכות השליליות הנלוות להעסקת עובדים זרים בישראל "נדרשת הטלת מגבלות על עצם התרת הכניסה לישראל, הקפדה על ייחוד עבודתם של העובדים הזרים אצל אותם מעסיקים אשר לדעת המשיבים ראוי לאפשר להם העסקה מוגבלת של עובדים זרים, ויצירה של מנגנונים שונים שמטרתם הבטחת יציאת העובדים מישראל בתום תקופת רישיון הישיבה שלהם". האמנם האמצעי הנקוט בידי המשיבים מוביל, באורח רציונאלי, להשגתן של תכליות אלו?

50. נזכור: הסדר הכבילה למעסיק נוהג בישראל זה למעלה מעשור – למן המועד בו הוחלט להתיר כניסתם של עובדים ממדינות זרות לישראל. על-פי הערכת הרשות לתכנון כוח-אדם שבמשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (הוא, כאמור, משיב 3), מספר העובדים הזרים השוהים בישראל הגיע בשנת 1996 ל-161,000 – 89,000 בלבד מתוכם, שהו בישראל בהיתר. בתחילת 1998 הגיע מספר העובדים הזרים לכ-170,000, בעוד ש-90,000 מתוכם שהו בישראל בלא היתר. בשנת 2001, קפץ מספרם של העובדים הזרים השוהים בישראל והגיע ל-243,000. מרביתם, כך נמצא, שהו בישראל

בלא היתר. מהערכות אלה עלה עוד – ואין כבמספרים ללמד – כי מספר העובדים הזרים בהיתר הולך וקטן בעוד שמספר העובדים הזרים שלא בהיתר גדל (דוח שנתי 49, ע' 274-275; דוח שנתי 55, ע' 373). הנה כי כן, אף שהמדיניות הנקוטה בידי המשיבים נוהגת מזה מספר שנים, ולמעשה למן המועד בו הוחלט להתיר את העסקתם של עובדים זרים בישראל, כלל לא הוכח כי היא מאפשרת קיומו של פיקוח נאות על שהייתם והעסקתם של עובדים זרים בישראל – היא, נזכור, תכליתה המרכזית. ההיפך הוא הנכון: במהלכן של שנים אלה, מספרם של העובדים השוהים בישראל שלא כדין תפח בהתמדה. הכיצד זה ייטען, אפוא, כי הסדר הכבילה למעסיק מקיים קשר רציונאלי של התאמה לתכלית בדבר פיקוח על שהייתם והעסקתם של עובדים זרים בישראל?

51. נתונים אלו מצרפים עצמם לנתונים נוספים, שמקורם אף הוא במחקר שנערך מטעמו של משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה. מחקר זה ביקש לבחון – בין השאר – את השפעת הסדר הכבילה למעסיק על מעבר עובדים זרים להעסקה שלא כדין (י' עידה הגורמים המשפיעים על מעבר עובדים זרים להעסקה בלתי חוקית (2004) מדינת ישראל, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, מינהל תכנון, מחקר וכלכלה), מסקנות המחקר היו כי הסדר הכבילה למעסיק מעודד עבודה שלא כדין, מקשה לפקח על העסקת עובדים זרים בישראל, וכי תנאי העבודה הקשים שנוצרים בעטיו פוגעים אף בעובדים ישראלים:

“... הרקע להסדר הכבילה היה חשש קובעי המדיניות מפני השתקעות העובדים בארץ... וכדי להגן על העובדים המקומיים מפני התחרות מצד העובדים הזרים על מקומות עבודה. אך האם באמת השיג 'הסדר הכבילה' מטרות אלו? לגבי מניעת השתקעות בארץ – לא נראה שההסדר מונע השתקעות בארץ, להפך, הוא מעודד עבודה באופן בלתי מוסדר, מגדיל את מספר העובדים הזרים הלא חוקיים ומקשה עוד יותר לפקח על העסקת זרים. לגבי הגנה על אוכלוסיית העובדים הלא מיומנים המקומיים מפני תחרות מצד העובדים הזרים – קרוב לוודאי שרמת השכר הנמוכה ששולמה לעובדים הזרים החוקיים בהסדר הכבילה, הקרינה על כל שוק העובדים הלא מיומנים, כולל מקומיים, הנאלצים להסתפק בשכר נמוך או להידחק החוצה למעגל האבטלה... מי שהרוויח בפועל מההסדר היא דווקא קבוצת המעסיקים, המשלמת שכר נמוך יותר הן לעובדים הזרים והן לעובדים המקומיים. כלומר, סביר להניח שהסדר הכבילה דווקא פגע בעובדים הלא מיומנים המקומיים במקום להגן עליהם” (ע' 67-68).

הלכה עמנו זה מכבר היא, כי "עד אשר מחליטה רשות החלטה האוצלת על זכויות הפרט – החלטה אינדיווידואלית או החלטת-מדיניות כללית – שומה עליה לאסוף את הנתונים שלעניין, לבור את הבר מן התבן, לנתח את הנתונים, לשקול אותם, לעמוד על משמעות ההחלטה המוצעת ועל תוצאותיה המשוערות, ורק אז לעשות מעשה" (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 776, להלן: פרשת סטמקה). והנה, מהנתונים שנאספו בידי המשיבים-עצמם עולה כי המדיניות הנקוטה בידיהם לא זו בלבד שאינה מקדמת את התכלית שלשמה נועדה, אלא חותרת תחתיה. מסקנה אפשרית יחידה בנסיבות אלה, היא כי לא ניתן לקבוע שהסדר הכבילה למעסיק מקיים קשר של התאמה לתכלית המונחת ביסודו.

פגיעה במידה המועטה ביותר

52. השקפתי היא, כי הסדר הכבילה למעסיק איננו בבחינת אמצעי שפגיעתו היא המועטה ביותר. מכאן, כי הוא אינו עומד במבחן-המשנה השני שבדרישת המידתיות. כידוע, מבחני המידתיות מופעלים "בהתחשב במהות הזכות שעל הפרק, הטעמים שביסודה והערכים והאינטרסים הנפגעים במקרה הספציפי... כשמדובר בזכות יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המזערית, וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת" (פרשת לשכת מנהלי השקעות, ע' 418; ראו גם בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 262).

53. על מעמד-העל של הזכויות הנפגעות בעטיו של הסדר הכבילה למעסיק ועל חומרתן של פגיעות אלו, עמדתי בהרחבה בדברי לעיל (ראו פסקאות 28-39). אינני רואה להוסיף על דברים אלה. מעמדן של הזכויות ועוצמת הפגיעה בהן מחייבים – כמו מאליהם – בחירה באמצעי חלופי, שפגיעתו פחותה, ושעודו נאמן לתכלית אותה מבקשים המשיבים לקדם. נתקשיתי לקבל כי כפייתו של אדם לעבוד בשירותו של מעסיק יחיד, דרך יחידה ואין בלתי היא בהגשמת התכלית בדבר פיקוח על עבודתם ושהייתם של עובדים זרים בישראל. ייתכן כי היא הדרך הפשוטה ביותר – שהרי "גלגול" הפיקוח אל כתפי המעסיקים, אשר נדרשים להבטיח את יציאת עובדיהם מישראל עם תום תקופת רישיונם – מסיר מנטל הפיקוח המוטל על המדינה. אפשר, מטעם זה, כי היא אף הדרך הזולה ביותר. אלא שאין היא הדרך שפוגעת בפרט במידה הפחותה ביותר, וממילא אין בעובדות אלה, שלעצמן, כדי להצדיק נקיטה באמצעי קשה ככבילת אדם למעסיקו (השוו פרשת סטמקה, ע' 782).

54. אמצעים פוגעים- פחות עשויים להימצא בדמותן של פעולות כאכיפה מוגברת של האיסור על שהייה שלא כדין בישראל או הגברת הפיקוח על מעסיקי עובדים זרים. קיומן של דרכי-פעולה חלופיות ביחס להעסקתם של עובדים זרים עולה אף מדוח הצוות הבין-משרדי, אשר ראה להמליץ על יישומו של מודל העסקה חדש עבור עובדים זרים, מודל אשר יושם, זה לא מכבר, בענף הבניין. מדוח הצוות הבין-משרדי עלה עוד, כי ניתן לקבוע הסדר חלופי תחת הסדר הכבילה למעסיק אף בענפי-עבודה אחרים. אלא שהמלצות אלה לא הגיעו לכדי יישום. הנימה המסויגת בה לוו דברי באת-כוח המשיבים בדיון שנערך בפנינו, אף לא הותירה רושם כי קיים תכנון, בטווח-זמן סביר, ליישם המלצות אלה, או לנקוט באמצעי-פעולה ממזער-פגיעה אחר. בנסיבות אלה, מסקנתי היא כי הסדר הכבילה למעסיק איננו בבחינת אמצעי שפגיעתו פחותה.

#### מידתיות במובן הצר

55. הסדר הכבילה למעסיק אינו מקיים אף את מבחן המידתיות במובן הצר. הנזק שנגרם בעטיו אינו עומד ביחס ראוי לתועלת שנסבר כי נצמחת ממנו. "נסבר", באשר כאמור בדברי לעיל, הסדר זה רחוק מלהביא לתוצאות שלהגשמתן הוא מכוון. משכך, אותה "תועלת" הצומחת מן הפגיעה שוב אינה אלא תועלת "ספקולטיבית ובלתי-מוכחת" (פרשת סטמקה, ע' 783). ואולם גם אם לא אלה היו פני הדברים – ונמצא כי הסדר הכבילה למעסיק מביא תועלת בדמות הקלת הפיקוח על שהייתם ועבודתם של עובדים זרים בישראל – ספק רב בעיני אם הפגיעה הקשה שפוגע הסדר זה בזכויות-יסוד, תוכל להיחזות כעומדת ביחס ראוי לתועלת – כל תועלת – שניתן להפיק ממנו.

56. ודוק: לא יימצא חולק על כך כי זכויות שנושא עמו הזר בצקלונו וחובות שמתחייבת המדינה כלפיו – כבתמונת ראי – אינן תואמות בתכניהן והיקפן לזכויות שנושא עמו בצקלונו מי שהנו אזרח בישראל, או לחובות שמתחייבת המדינה כלפיו (כך למשל, אזרח ישראלי נהנה מהזכות לבחור ולהיבחר; נתונה לו חסינות מפני גירוש מהמדינה, וכיוצא באלה זכויות שאינן נתונות למי שאינם אזרחים); כי אין לו לפרט שאינו אזרח ישראל זכות קנויה להיכנס בשערי המדינה (סעיף 6(ב) לחוק-היסוד) או לקבל היתר עבודה בה, וכי רשאית וחייבת המדינה לווסת את שוק העבודה ולפקח על העסקת זרים בו, וזאת על-פי צרכיו המשתנים של המשק. למדינה, זאת נדע, פררוגטיבה רחבה-מכל בתחומים אלה, ורשאית היא להחליט מי ייכנס בשעריה – ובאלו תנאים – ומי יותר מחוצה לה. אלא שכוחם של טיעונים אלה יפה עד לגבול מסוים בלבד, שהרי ברי כי אין לגזור מאותו היתר כניסה לצורך עבודה שנתנה המדינה בידי העובד הזר, הרשאה בלתי-מסויגת לפגוע בזכויותיו. העובד הזר אינו נכנס בשערי

המדינה ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותיו היסודיות. אף העובדה שאין מוטלת על המדינה חובה לקלוט לתוכה עובדים זרים, אין פירושה כי משמחליטה היא לעשות זאת – רשאית היא לעשות זאת בכל תנאי. לכן, אף אם נקבל כי זכויותיו של העובד הזר אינן כזכויות הנתונות לאזרח, רבותא מעטה בלבד בכך לענייננו, שהרי הזכויות שנפגעות בעטיו של הסדר הכבילה למעסיק, נובעות מאנושיותו של הפרט, וממילא אינן משל המדינה לתת או לשלול. בודאי כך הוא מקום שנעשה הדבר באותו אופן גורף ובלתי-מידתי כבענייננו.

57. על יסוד הדברים אלה, מסקנתי היא כי הסדר הכבילה למעסיק – הסדר שביטויו בהתניית רישיון הישיבה שניתן בידי העובד הזר בעבודה עבור מעסיק יחידי – אינו עומד במבחן המידתיות.

ענף הסיעוד וייחודו

58. המסקנה אליה הגעתי בדבר היעדר המידתיות בה מתאפיין הסדר הכבילה למעסיק, יפה גם ביחס לכל ענפי-העבודה עליהם חל הסדר זה, הם ענף החקלאות, ענף התעשייה וכן ענף הסיעוד. אינני סבור כי דינו של ענף הסיעוד שונה מדינם של יתר ענפי-העבודה בהם מועסקים עובדים זרים. ואולם, נוכח טענות המשיבים באשר לטבעה המיוחד של ההעסקה בענף זה, אוסיף דברים אחדים בנוגע לו.

59. כאמור לעיל, בכל הנוגע לענף הסיעוד עמדתם של המשיבים הנה כי למעסיקים אינטרס כבד-משקל ב"כבילת" עובדיהם אליהם, נוכח הפגיעות בה מתאפיין מגזר-מעסיקים מיוחד זה. פגיעותם של המעסיקים, טוענים המשיבים, מצדיקה הערמת מכשולים על דרכם של העובדים בשירותם מלהתפטר מעבודתם אצלם. כך המשיבים בתשובתם:

"דווקא בתחום הסיעוד... ישנו קושי של ממש בביטול הזיקה בין העובד הזר למעסיק המסוים הזקוק לשירותיו וביישום כבילה ענפית כמוצע על-ידי העותרים. נקיטה בצעד זה עלולה להוביל לכך שנוזקים מסוימים לשירותים סיעודיים – אשר אף הם כאמור אוכלוסיה חלשה – לא יוכלו להעסיק עובד זר, בין מחמת הקושי המיוחד בטיפול בהם יחסית לנוזקים אחרים לטיפול סיעודי, בין מחמת חיסרון כיס ובין מחמת מקום מגוריהם בארץ" (סעיף 16 להודעתם המשלימה של המשיבים מיום 21.5.2003).

מקובלת עלי ההשקפה, כי בתחום זה של סיעוד "נקודת האיזון" בין האינטרסים הנוגדים של המעסיק, מחד, והעובד הזר, מאידך, שונה היא מתחומים אחרים בהם מועסקים עובדים זרים. חרף זאת, סבורני כי אותו נימוק שבפי המשיבים לאו נימוק הוא. אבהיר את עמדתי.

אכן, הקשר שבין העובד הסיעודי למעסיקו המטופל הסיעודי, אינו קשר רגיל שבין עובד למעביד, אופיו האישי של השירות שניתן, אינטנסיביות העבודה בשירותו של המעביד, והתלות שקיימת בין המעביד לעובד בשירותו, מגבשים יחסי-עבודה שאופיים ייחודי. עוד מקובל עלי – וכיצד אפשר אחרת – כי הנזקקים לשירותי הסיעוד, וביניהם קשישים ונכים, הנם קבוצות-אוכלוסיה המתאפיינות בפגיעות מיוחדת, וכי על גיבושה של תכנית-פעולה שלטונית העשויה להשפיע על חייהם ורווחתם, להיעשות בשים-לב להשפעות אפשריות אלו.

כידוע, תכליתם של שירותי הסיעוד הנה לסייע ביד הנזקקים להם לבצע פעולות בסיסיות, ולאפשר להם – במסגרת הניתן – לקיים מהלך-חיים תקין. שירותי הסיעוד מאפשרים אף השגחה על הנזקק להם במהלך שעות היממה, מקום שהשגחה רציפה מסוג זה נחוצה. נקל להבין, כי חשיבותם של שירותי הסיעוד עבור מקבליהם רבה היא. יש בהם כדי להקל על תנועתו של הנזקק הסיעודי ולאפשר לו איכות-חיים סבירה. יש בהם כדי לאפשר לו ליטול חלק מעורה בסביבתו, וליהנות, כתוצאה, מתפקוד חברתי סביר בחברה בה הוא חי. זיקתן של יכולות אלו לכבוד האדם הדוקה היא (ראו בג"ץ 888,366/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר, טרם פורסם, פסק-דין מיום 12.12.2005). לא יימצא חולק, על כן, כי חובה היא המוטלת על המשיבים להבטיח שקשישים ונכים בישראל יזכו לקיום בתנאים שאין בהם כדי לבזות את אנושיותם, ואשר שומרים על כבודם כבני-אדם.

60. ואולם, מכאן ועד למסקנה כי הגשמתה של חובה זו מצדיקה את כבילתו של אדם למעסיקו, תוך כפייתו, הלכה למעשה, להעניק שירות אישי מאונס – ארוכה היא הדרך. להלכה, גישת המשיבים הנה שיש להבטיח כי כל נזקק סיעודי באשר הוא יוכל להעסיק בשירותו עובד זר – בהתעלם משאלת השכר ותנאי העבודה שברצונו ובאפשרותו להעניק לעובדו – וזאת באמצעות כריכה בין התפטרות המטפל מעבודה בשירותו של הנזקק, לבין סנקציה חמורה כאבדן המעמד בישראל. גישה זו, כאמור לעיל, אינה עומדת במבחן חוקתי, משעקרון המידתיות אינו מתקיים בה. היא אף אינה עומדת במבחן מוסרי, שהרי בני-אדם לעולם עומדים כתכלית וערך בפני עצמם. אין



לראות בהם אמצעי בלבד ולא מוצר לסחור בו – תהא המטרה נאצלת ככל שתהא (השוו בג"צ 7357/95 ברקני פטה המפריס (ישראל) נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, ע' 783).

תכלית שהציבו המשיבים לעצמם – הבטחת רווחתם וכבודם של קשישים ונכים הנזקקים לשירותים סיעודיים – תכלית ראויה היא. למשפט נועד תפקיד בהגשמתה. אלא שזכותו של אדם לכבוד אין פירושה שלילתה הגמורה של זכות זו מהאחר. אין היא הזכות להעסיק אדם אחר בכפייה, בשכר נמוך וללא תנאים סוציאליים. היא איננה הרשאה בלתי-מסויגת לפגוע בחירותו של האחר. מימושה אינו מצריך כלל כי אדם אחר יכפה להעניק שירות אישי – ואיזהו השירות שאופיו "אישי" יותר מטיפול סיעודי – מאונס.

אשר להסדר התאגידים

61. מהודעתם המעדכנת של המשיבים מיום 21 בינואר 2005, למדנו כי כוונתם הנה להפעיל את הסדר התאגידים, שאומץ, כאמור, בהחלטת ממשלה, ביחס לענף הבניין, וזאת מחודש מאי, 2005. בהודעה צוין עוד, כי יישומם של חלקים נרחבים מהסדר ההעסקה באמצעות תאגידים, כרוך בהליכי חקיקה ראשית וחקיקת משנה וכן בעריכתם של הסדרים מנהליים שונים. בנסיבות אלה, וכן לנוכח מיעוט הזמן שחלף למן המועד בו הודע כי יוחל ביישומו של ההסדר, נראה כי טרם בשלה השעה להכריע בדבר חוקתיותו.

על-פני הדברים, טענות העותרים באשר להסדר התאגידים – טענות של ממש הן. חלקן מיוסדות על קשיים הנובעים מטבעה של תבנית ההעסקה המעוגנת בו – היא תבנית העסקה הכופה תיווכו של גורם שלישי על יחסי-העבודה (לקשיים שמגלה מודל העסקה זה ראו דברי חברי הנשיא בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות נ' אלי ישי, פ"ד נב(2) 433, 442). חלקן האחר כולל טענות המצריכות בחינת יישומו של ההסדר בפועל, על-מנת לעמוד על התממשותן (כך, למשל, היא הטענה באשר להיווצרותו של קרטל). מטבע הדברים, אין בידינו לבחון טענות אחרונות אלה משטרם יושם ההסדר לאורך תקופת-זמן מספקת.

בנסיבות אלה, אינני מוצא לבחון את הסדר התאגידים – החל כיום בענף הבניין בלבד – גופו. דרכם של העותרים פתוחה, אפוא, לשוב ולפנות לבית-המשפט, בחלוף תקופת-זמן מספקת, וככל שיהיה בדבר צורך. חזקה על המשיבים, מצדם, שיקיימו פיקוח הדוק על אופן הפעלתו של ההסדר החדש, וכי יתנו דעתם בעיקר

לשמור על חופש המעבר של עובדים בין תאגידים מורשים, ובין מעסיקים בפועל, כאמור בתשובות מטעמם. בכפוף לדברים אלה רואה אני לומר, כי סברתי שיש מקום לשקול כבר כעת מקצת מתנאיו של הסדר זה – ובראשם התנאי הקובע כי מעבר בין תאגידים מורשים יתאפשר אך אחת לרבעון – לאור העקרונות שהתוו בפסק-דין זה, ולאור מעמד-העל של הזכויות הנפגעות בעטייה של מגבלה זו. אינני סבור כי עובדת היות מעבר כאמור "כרוך בהתחשבות בענין דמי הרישיון ובהליכים בירוקרטים נוספים" יש בו להצדיקה. יפה יעשו המשיבים אם ישקלו בדבר כבר כעת, בטרם ישוב ההסדר לבחינה שיפוטית, וככל שישוב.

הטעם

62. נמצא, כי הסדר הכבילה למעסיק, שביטויו בהתניית רישיון הישיבה שניתן ביד העובד הזר המגיע לישראל בעבודה עבור מעסיק ספציפי, ואשר חל – במתכונתו הנוהגת כיום – בענפי החקלאות, הסיעוד והתעשייה, פוגע בזכויות-יסוד. פגיעתו של ההסדר אינה מידתית. ביטויה האופרטיבי של מסקנה זו הנו, כי שר הפנים אינו רשאי להתנות את רישיון הישיבה שניתן בידי עובדים זרים בתנאי האמור. חובתם של המשיבים, כמסקנה הנגזרת מכך, הנה לגבש הסדר העסקה חדש – מאוזן ומידתי – ביחס לעובדים זרים בענפי-עבודה אלה, אשר לא ייסד עצמו על כבילת העובד המגיע לישראל למעסיק יחיד, ויימנע מכריכת פעולת ההתפטרות בסנקציה כלשהי, ובכלל זה אבדן המעמד בישראל.

בשים-לב לחומרת הפגיעה בזכויות העובדים הזרים ובהינתן משכה, אציע לחברי כי נקבע שהמשיבים יחויבו להשלים את גיבושו של הסדר חדש בתוך ששה חדשים מיום מתן פסק-הדין.

63. ראשו האחר של הסעד לו עתרו העותרים, הנו כי נורה למשיבים לקיים הסדר של "כבילה ענפית", תחת הסדר הכבילה הקיים. לתביעה זו לא נוכל להיעתר. בית-המשפט אינו קובע את תכנית הפעולה השלטונית. לא-לו להחליט מה היא מדיניות ההעסקה הרצויה ביחס לעובדים זרים בישראל. גיבושו של הסדר העסקה חדש וקביעת פרטיו אינו סעד עליו יוכל הוא להורות. כל שיוכל בית-המשפט לקבוע הוא, כלום הפעולה השלטונית – בענייננו הסדר הכבילה למעסיק – חוקית היא. האם – כפעולה שלטונית – מקיימת היא את תנאיה של פסקת ההגבלה, ובעיקר את עיקרון המידתיות. כזאת אמרנו לעשות – ועשינו. נמצא, כי מדיניות העסקה של עובדים זרים על דרך כבילת העובד למעסיקו, פוגעת באורח בלתי-מידתי בזכויות-יסוד, וככזו היא אסורה.

כעת, גיבושה של מדיניות העסקה חדשה עניין הוא למשיבים לענות בו. עליהם מוטלת החובה – לאחר שקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים – לגבש הסדר שקול ומאוזן, אשר יהיה בו כדי להבטיח את תכלית הפיקוח על שהייתם והעסקתם של עובדים זרים בישראל, מחד גיסא, ואת התכלית בדבר שמירת זכויותיהם היסודיות, מאידך גיסא. תכליות אלה אינן מנוגדות זו לזו. ראוי להן כי תדורנה בכפיפה אחת. ראוי למשיבים כי יגבשו את ההסדר שימש עבורן אכסניה משותפת.

אחרית דבר

וְכִי-יָגוּר אֶתְךָ גַּר בְּאַרְצְךָם לֹא תוֹנוּ אֹתוֹ. כְּאֶזְרַח מִמֶּם יִהְיֶה לְכֶם הַגֵּר הַגֵּר אֶתְכֶם, וְאֶתְכֶם לֹא כְמוֹן כִּי-גֵרִים הָיִיתֶם, בְּאַרְצְךָ מִצְרָיִם (ויקרא י"ט, לג-לד).

64. הפרטים שעל עניינם נסבה העתירה שבפנינו – העובדים הזרים – הוזמנו בידי המשיבים להגיע לישראל ולעבוד בה, באותם ענפי-משק שסברו כי העסקתם בהם נחוצה. הכל יידעו מה טעם עומד ביסוד הגעתם הנה – והיא עובדת היותם נכונים לעבוד בעבודות קשות, שנזנחו בידי כוח-העבודה המקומי, בעבור שכר מועט, ללא תנאים סוציאליים, ולעתים בתנאי העסקה פוגעניים ממש. זהו עיקר ה"אטרקטיביות" הגלום בהעסקתם. אך אל לה למצוקתם של עובדים אלה מלהפוך עבורנו קרדום לחפור בו. חלילה לנו מהפיכת עוניים מנוף לפגיעה בלתי-מבוקרת ובלתי-מידתית בזכויות-יסוד. אנו, בעיקר אנו – שטעמה המר של גלות אינו זר לנו – הלוא ידענו את נפש הגר, שגרים היינו בארץ מצריים (שמות כ"ג, ט).

אציע לחברי כי נקבל את העתירה ונעשה בה צו מוחלט, באופן המפורט בפסקה 62 לחוות-דעתי. עוד אציע כי המשיבים 1-3 ישאו בהוצאות העותרים בסך 40,000 ש"ח.

ש ו פ ט

קראתי את חוות-דעתו של חברי השופט לוי - אטול היתר לעצמי ואוסיף: חוות-דעת יפה ורגישה - ואני מסכים לדברים שנבעו מעטו. ואם אמרתי אוסיף מעט משלי, אין זאת אלא משום שהמערכת האנושית אשר הציגה עצמה לפנינו וחוות-דעתו של חברי עוררו בי תחושות ורגשות עזים שביקשתי לתת להם ביטוי.

2. תחנת המוצא למסענו תימצא בהוראת סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, שלפיה רשאי שר הפנים "לקבוע תנאים למתן אשרה או רשיון ישיבה ולהארכה או החלפה של רשיון ישיבה..." (סעיף 6(1)), ולהוסיף ו"לקבוע באשרה או ברשיון ישיבה תנאים שקיומם יהיה תנאי לתקפם של האשרה או של רשיון הישיבה" (סעיף 6(2)). שר הפנים עשה שימוש בסמכויותיו אלו בעניינם של עובדים זרים, והיתנה שהותם בארץ בהסדר שקשר אותם למעסיק פלוני. חברי מכנה הסדר זה בתואר הסדר כבילה למעסיק (או: הסדר כבילה), ואני אלך בדרכו. לימים הקל השר בהסדר העברתם של עובדים זרים ממעסיק למעסיק, ואולם כפי שהראה חברי, לא היה בהסדר זה כדי למעט ולחסר באורח ממשי מהסדר הכבילה או כדי להקל על העובדים הזרים לעבור ממעסיק למעסיק.

3. סמכותו של שר הפנים האמורה בסעיף 6 לחוק הכניסה לישראל נחזית על-פניה כסמכות שגוון של מוחלטות משוך עליה: סמכות ללא גבולות, סמכות הפורצת אל כל עבר עד-בלי-די. ואולם כפי שכבר נקבע בפרשת קנדל (בג"ץ 758/88, קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 527 ואילך) אין בו במשפט ישראל שיקול דעת "מוחלט", וגם שיקול דעת המכונה שיקול דעת "מוחלט" אין הוא שיקול דעת מוחלט כל עיקר. כך הוא גם שיקול דעתו של שר הפנים בהוראת סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל: טובל הוא עד לשפתו במיגבלות המשפט הטבועות בכל סמכות וסמכות שהשילטון מחזיק בה; קד ומשתחוה הוא לכל עיקרי היסוד והדוקטרינות של שיטת המשפט; וזכויות היסוד של היחיד - בהן, ובראשן, אותן זכויות החרותות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק - מהוות חלק בלתי-נפרד במירקם הצופן הגנטי שלו.

4. עיון בהסדר הכבילה שיצרה המדינה והשליטה אותו על עובדים זרים - עלובי-נפש שנפרדו ממשפחותיהם לחודשים, אף לשנים - מעלה תמיהה מהולה ברוגז, כיצד זה שבעלי-סמכות בארצנו כך רואים לנהוג בנשים ובגברים שכל רצונם אינו אלא להביא פת-לחם למשפחתם. לא נכחד כי נגד עיניהם של בעלי הסמכות ניצבו שיקולי-נגד כיבדי-מישקל - שיקולים של סדר טוב ושל הצורך למנוע ניצול לרעה של ההיתר

לשהות בארץ - ואולם כיצד זה שנעלם מעיניהם כי בהסדר שהם קובעים חורצים הם עמוקות בכבודם של העובדים הזרים כבני-אנוש? והרי כל אדם - גם אם זר הוא בקהלנו - זכאי לכבודו כאדם. כסף ניתן לחלוקה. כבוד אינו ניתן לחלוקה בגרעינו. כך הוא בכבודם וכך הוא בחירותם של העובדים.

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 למזוות ביתם של מעסיקיהם, וכבלה את ידיהם ואת רגליהם באזיקים ובנחשתיים למעסיק ש"יבא" אותם ארצה. לא פחות מכך. העובד הזר הפך מהיותו נושא למשפט - בן-אדם שהמשפט מעניק לו זכויות ומטיל עליו חובות - להיותו מושא במשפט, כמו היה מיטלטל בין מיטלטלין. ההסדר פגע באוטונומיה של העובדים כבני אדם, והלכה למעשה שלל מהם את חירותם. 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 הפירמידות או שחתרו במשוטים להסיע ספינות של האימפריה הרומית אל המלחמה.

מה היה לנו שכך נוהגים אנו בעובדים הזרים, באותם בני-אנוש המרחיקים מביתם ונפרדים מיקיריהם כדי לְחַיֹּת את נפשותיהם ואת נפשות משפחותיהם. כלימה תכסה את פנינו בראותנו כל אלה, וכיצד נחריש. כיצד זה שנשכחה מאיתנו הילכת הגר והרי טבועה היא בגוף תורת ההומניזם של היהדות בכל הדורות: "וְגֵר לֹא תוֹנֶה וְלֹא תִלְחָצֶנּוּ כִּי גֵרִים הָיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם." (שמות כב, כ). ופירש רש"י: "כל לשון גר, אדם שלא נולד באותה מדינה אלא בא ממדינה אחרת לגור שם". הכינון רש"י דבריו לענייננו? וכפירושו של א.ש. הרטום: "וגר" - איש נוכרי השוכן בתוך עם ישראל שאין לו יידיים וקרובים אשר יבואו לעזרתו בשעת הצורך. "השיווה הכתוב נגד עיניו את העובדים הזרים? ועוד הורתה אותנו התורה: "וְגֵר לֹא תִלְחָצֶנּוּ וְיָדַעְתֶּם אֶת נַפְשׁ הַגֵּר כִּי גֵרִים הָיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם." (שמות, כג, ט). "ואתם ידעתם את נפש הגר", כך מודיעה אותנו התורה. ופירש רש"י: "את נפש הגר - כמה קשה לו כשלוחצים אותו". האמנם ידענו את נפש הגר? אתמהה.

5. אני נכון להניח כי העובדים הזרים - רוב שבהם - נכונים לשאת את הפגיעה בכבודם ובחירותם; וגם אם אין הם מקבלים פגיעה זו באהבה, מקבלים הם אותה בהכנעה שבדלית-ברירה. אפשר אף כי דרך חיים זו היא הנורמה המקובלת

במקומותיהם, ומכל מקום מקבלים הם עליהם את גורלם ובלבד שיוכלו לשלוח למשפחותיהם את המנה החודשית לקיומן. ואולם גם אם נכונים הם העובדים הזרים להיכנע לגורלם, אנו לא נסכים כי תופעת הסדר הכבילה תמשיך ותשרור בקהלנו. אכן, שפר גורלם של העובדים הזרים, החלשים והפגועים שבקירבנו, ונחלצו לעזרתם אנשים טובים, מתנדבים בעם - אלה הם העותרים שלפנינו - ובזכותם של אוהבי-חסד אלה נתמזל מזלנו ונתגלגלה זכות לידינו להגן על צלם האנוש של אותם עובדים. ואנו נגן עליהם, על העובדים הזרים, הגם שלא ביקשו זאת מאיתנו.

6. ראיתי מעשה שנעשה במקומנו ונזכרתי הלכה שנפסקה מעבר לים. היה זה בפסק-הדין המפורסם שנפסק בארה"ב בפרשת *Lochner v. New York*, 25 S.Ct. 539 (1905). באותה פרשה הגבילה מדינת ניו-יורק שעות עבודה במאפיות לשישים שעות בשבוע ולעשר שעות ביום. אלא שהיתה זו, כמסתבר, חקיקה סוציאלית שנעשתה קודם זמנה. בית-המשפט פסל ברוב דעות את החוק (השופט הומז (HOLMES) ושלושה מחבריו היו במיעוט), בקובעו כי בהגבלת מספר שעות העבודה התערב המחוקק באורח שרירותי בחופש החוזים המוקנה בתיקון הארבעה-עשר לחוקה, קרא, בזכותם של אנשים לעבוד כרצונם (The right... to sell labor...). לימים נהפכה הלכה זו על-פיה, וכך ראוי היה לה. יש זכויות שנועדו להגנתו של עובד, וגם אם ירצה בכך, אין עובד רשאי ויכול לוותר עליהן. תקנת הציבור אוסרת עלינו להכיר בויתור. וכשם שאין אדם יכול, לרצונו, למכור עצמו לעבדות, כן לא נכיר בהסדרים שאמנם אין הם עבדות במשמעותה הקלסית, בכל-זאת נגלים בהם קווי אופי שאיפיינו את העבדות בזמנה. ראו עוד: בג"ץ 6845/00 ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 695. לא נסכים לקיים הסדרים שיש בהם כדי לפגוע בכבוד האדם, בצלם האנוש שבאדם, גם אם לכאורה נבראו הם מעיקרם - למיצער בחלקם - לטובתו של אותו אדם. כך על דרך הכלל וכך בענייננו-שלנו. אדם זכאי לחיות חיים הראויים לחיים.

7. ולבסוף הערה: חברי השופט לוי מצביע בחוות-דעתו, פעם ועוד, על מעבידים שנטלו היתר לעצמם - בניגוד לחוק - "להעביר" עובדים שהיו צמודים אליהם למעבידים אחרים, ובדרך זו קיפחו את זכותם של העובדים להמשיך ולשהות בארץ. אין לי אלא להביע תמיהה על-כך שראובן חטא ושמעון יישא בעונשו. ראוי להן לרשויות כי תקפדנה עם מעבידים שכך הם נוהגים, והסנקציה הראויה כי תוטל עליהם היא פשוטה בתכלית: לשלול את זכותם לקבל עובדים זרים לשירותם. כך ייעשה למפרי חוק, ומשנצא הקול כי כך נוהגות הרשויות, חזקה על מעבידים כי ישמרו את צעדיהם.

המישנה לנשיא (בדימ')

הנשיא א' ברק:

מסכים אני לפסק דינו של חברי השופט א' א' לוי ולהערותיו של חברי,  
המישנה לנשיא השופט מ' חשין.

ה נ ש י א

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' א' לוי.

ניתן היום, א' בניסן תשס"ו (30.3.2006).

ש ו פ ט

המישנה לנשיא (בדימ')

ה נ ש י א

---

עכב/

02045420\_O28.doc. חתימה וניסוח.  
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il)