

- א. 1. מוקד סיוע לעובדים זרים
2. קו לעובד
נגד
1. ממשלת ישראל
2. שר הפנים
ב. 3. שר התעשייה, המסחר והתעסוקה
4. יילמזלר אינטרנשיונל חברה לבניה תיירות
וטקסטיל בע"מ
5. התעשיה הצבאית לישראל בע"מ (תע"ש)

ג. בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[19.9.2007, 1.3.2006]

לפני המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטים א' א' לוי, א' חיות

ה. בהסכם להשבחת טנקים, שנחתם בין המשיבה 5 לבין משרד ההגנה הטורקי, נכללה התחייבות של מדינת ישראל לבצע רכש גומלין מטורקיה. הוסכם כי חלק מן ההתחייבות לרכש גומלין תמומש בדרך של מתן היתר למשיבה 4, חברה הרשומה בישראל שבעליה טורקים, להעסיק בישראל עובדים מטורקיה בענף הבנייה. ההסכם האמור עוגן בהחלטת הממשלה, שלפיה תקבל המשיבה 4 היתר להעסקת 800 עובדים זרים מטורקיה. ההיתר שקיבלו העובדים האמורים הגביל אותם לעבודה אצל המשיבה 4 בלבד. בגין החלטה זו הוגשה העתירה.

העותרות מבקשות להחיל על עובדי המשיבה 4 את נוהל "מעבר עובד ממעסיק למעסיק" ואת נוהל "שמיים סגורים". נוהל "מעבר עובד ממעסיק למעסיק" קובע תנאים המאפשרים לעובד לעזוב את המעסיק ששמו נקוב ברישיונו ולעבור למעסיק אחר, כפוף לתנאים ולדרישות הקבועים בו. נוהל "שמיים סגורים" מאפשר, בנסיבות מסוימות, לעובד שנעצר בגין שהייה שלא כדין להשתחרר ממעצר ולקבל עבודה אצל מעביד אחר, שנוצר לו מחסור בעובדים בשל מדיניות השמיים הסגורים. העותרות טוענות, אפוא, כי החלטת הממשלה – הקובעת כי על עובדי המשיבה 4 לא יחולו הנהלים האמורים – הינה החלטה בלתי סבירה הפוגעת בזכויות היסוד החוקתיות של העובדים. לשיטתן של העותרות, פסק הדין בבג"ץ 4542/02 [1] מחזק את עתירתן

והדברים האמורים בו יפים, מקל וחומר, ככל שמדובר בהסדר הכבילה הספציפי של עובדי המשיבה 4.

בית המשפט העליון (מפי השופט א' ריבלין) פסק:

א

א. (1) הסדר שבין ממשלת טורקיה לבין המשיבה 5 מערב אינטרסים ציבוריים חשובים של מדינת ישראל. קבלת העתירה, תוך חיובה של המדינה להחיל על עובדי חברת המשיבה 4 את ההסדרים החלים על כלל העובדים הזרים בענף הבנייה, ככל שהדבר נוגע למעבר ממעסיק למעסיק, עלולה לגרום לפגיעה קשה באינטרסים חיוניים של המדינה (139ב-ג).

ב

(2) החשש לפגיעה באינטרסים חשובים של המדינה הוא כבד משקל. אולם, בנסיבות דנן, דין העתירה להידחות לא משום חשש זה, אלא מפני שהעתירה לגופה אינה מוצדקת וזכויותיהם של העובדים הזרים, שעליהם מבקשות העותרות להגן, אינן נפגעות במידה המצדיקה התערבות (140ב-ג).

ג

ב. (1) מצבם של עובדי המשיבה 4 שונה לאין ערוך ממצבם של עובדים זרים אחרים. הם אינם נדרשים לשלם סכומי עתק לגורמים מתווכים או לחברות כוח אדם כדי להגיע לישראל ולעבוד אצל המשיבה 4. היפוכם של דברים הוא הנכון: המשיבה 4 היא שנושאת בהוצאות הבאתם של העובדים לישראל, לרבות בעלויות הבדיקות הרפואיות, ההטסה לישראל וביטוחיהם הרפואיים (141ד-ה).

ד

(2) בנסיבות דנן, עובד של המשיבה 4 שאינו מרוצה מתנאי העסקתו רשאי לסיים את יחסי עבודתו עם החברה, לשוב למדינת מוצאו, אף זאת על חשבון המשיבה 4 (למעט בנסיבות חריגות שבהן העובד פוטר בשל נזק והפסד שגרם לחברה בכוונה וביודעין), בלא שרובץ על גבו חוב מכביד (141ה-ו).

ה

(3) לעובד הזר, שנכנס לישראל מכוח ההסכם, אין זכות קנויה לעבוד בישראל. קל וחומר שאין לו זכות קנויה לעבוד בכל מקום עבודה שבו יחפץ או אצל כל מעביד שבו יבחר (141ז-ז).

ו

(4) בנסיבות דנן, ההסדר נושא העתירה הוא הסדר חריג ומיוחד. לא ניתן יהיה, בעתיד, לעשות הסדר נוסף להבאת עובדים זרים או להעסקתם כחלק מעסקאות רכש גומלין, ללא אישורה של הממשלה. במצב דברים זה, בהתחשב באינטרסים של חוץ וביטחון של המדינה המוטלים על הכף, כמו גם בכך שההסדר הנדון אמור לבוא על סיומו וכי תנאי ההעסקה של העובדים הוכתבו על ידי ממשלת טורקיה, מתוך דאגה כנה לתנאי העסקתם של אזרחיה – אין מקום להעניק את הסעד המבוקש (143ד-ה).

ז

ג. (1) לא ניתן לבחון את יחסי העבודה הפרטניים שבין הצדדים – העובד הזר מזה והמעביד מזה – במנותק ממכלול הגורמים המעורבים בהתקשרות שביניהם.

הסכם העל שבין הממשלות מעצים את כוחם של עובדי המשיבה 4. השמירה על זכויות עובדי המשיבה 4 אינה נתונה לחסדי המעביד גרידא, אלא היא שלובה באינטרסים פוליטיים בינלאומיים, הנובעים מיחסי שתי המדינות (144-ד-ו).

(2) בנסיבות דנן, קבלת העתירה משמעה ביטול ההסכם וכפועל יוצא מכך – שלילה מוחלטת של האפשרות, שניתנה בידי עובדי המשיבה 4, להרוויח את מטה לחמם בישראל. בהתחשב במצבו הקשה של שוק התעסוקה הטורקי, תהא פגיעתה הממשית של החלטה כזו בעובדי המשיבה 4 קשה ביותר (145-ב-ג).

א

ב

ד. דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

(1) ההלכה העקרונית בדבר בטלותו של "הסדר הכבילה" היא שרירה וקיימת גם אם טרם יושמה כל צורכה. היא יצרה מצב משפטי חדש, שבגדרו שוב אין הדין מוכן להשלים עם קביעתם של הסדרים שרוחם דומה. היא משמשת נדבך מרכזי במסגרת הנורמטיבית שמכוחה מועסקים מהגרי עבודה בישראל. היא צופה פני הווה ועתיד כאחד. היא מחייבת את רשויות השלטון כולן, ובפרט את הממשלה. כל עוד תקפה היא, נדרשים לה גם בתי המשפט (146-ב-ג).

ג

(2) אימוץ הגישה, שלפיה מדובר, בנסיבות דנן, בהסדר פרטני ומיוחד, אשר אינטרסים ביטחוניים, כלכליים ופוליטיים כבדי משקל משמשים לו מצע, אין פירושו אלא הסגתה של המציאות הנורמטיבית אחר, וחזרה למצב משפטי קודם שנמצא בלתי ראוי (146-ה).

ד

(3) אין לקבל את הגישה כי הפגיעה הטמונה בכבילתם של עובדי המשיבה 4 לאו פגיעה היא, בהיותה ניתנת לתיקון בכל עת באמצעות פעולה פשוטה – שובו של העובד למולדתו. ואם בחר שלא לעשות כן, על יסודו של חשבון רווח-והפסד שבסופו בא לכלל מסקנה כי העבודה בישראל היא משתלמת, מה לו כי ילין על משטר עבודה שאליו משתייך הוא מרצון (152-ז – 153-א).

ה

(4) מן ההיבט העקרוני, גישה זו לא תוכל לעמוד, שכן אין היא מתיישבת עם מושכלות יסוד במשפטנו, וראשית, עם עקרון-ליבה שבדין, הוא עקרון תקנת הציבור (153-ג).

(5) מקום שמבקש מאן דהוא להיאחז בטיעון ההסכמה על מנת להצביע על השלמה, לכאורה, עם מצב דברים, הנתפש כפגום בהיבט הערכי, כי אז מוסמך בית המשפט שלא לעצור בטיעון זה, אלא להעמיק ולבחון את התשתית המוסרית שבבסיס הדברים, ובמידת הצורך – להשיבה למקומה הראוי. כך הוא בדין הכללי, כך הוא במשפט העבודה, אשר זה מכבר אינו רואה בחוזה סוף פסוק בבחינתו של מערך היחסים בין עובד למעבידו (154-ב-ג).

ו

(6) "עובד זר" – קודם שהוא זר, עובד הוא. רוחו של משפט העבודה, הפורשת עליו כנפיה, שוב אינה מאפשרת להביט על יחסיו עם מעסיקו, כמו גם עם המדינה, מבעד לחרך הצר של הסכמה-מדעת גרידא (154-ד).

ז

ה. (דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

- (1) אין לקבל את הטענה כי את החשש מפני תוצאותיה הרעות של כבילת העובדים משככת ההגנה המוקנית להם במשפט העבודה, ובפרט מדיניות המוצהרת של ממשלות ישראל וטורקיה, שלפיה תהא העסקת העובדים נתונה לפיקוח ממוסד ולביקורת הדוקה. ניסיון החיים במרבית מדינות העולם, כמו גם בישראל, מוכיח כי על פי רוב אין בכוחן של רשויות האכיפה לספק מענה לחשש מפני תוצאותיה הרעות של כבילת העובדים (158-א-ב).
- (2) בנסיבות דנן, חרף משפט העבודה המפותח במדינת מוצאם של עובדי המשיבה 4, ההגנה המשפטית שזוכים לה בפועל עובדים בטורקיה לוקה בחסר. בהיעדר אפיק ממשי לפעולה במישור הדין, משנה תוקף נמצא למסקנה כי עובד המסרב להשלים עם כבילתו ניצב בפני קושי ממשי להגן על זכויותיו (161-ב-ד).
- (3) הקושי להגן על זכויותיהם של עובדים זרים מתעצם נוכח מאפיין נוסף הטבוע בהגירת העבודה, והוא יכולתם המוגבלת של עובדים זרים להתאגד ולגבש הגנה קולקטיבית (161-ד-ה).

ו. (דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

- (1) בנסיבות דנן, אף שהתמונה העובדתית אינה נהירה עד תומה, די בחשש הממשי הקם ועולה מן הדברים כי זכויותיהם של עובדי המשיבה 4 עלולות להימצא נפגעות מהיבטים שונים. ממילא, בית משפט זה אינו המסגרת המתאימה לבירורן של שאלות שבעובדה (163-ב).
- (2) מוקד הדברים הוא במצב הנורמטיבי שיצרה החלטת הממשלה. זה האחרון פותח פתח – ורחב הוא עד מאוד – לפגיעה בעובדי המשיבה 4 כמו גם בעובדים זרים אחרים בעתיד. ובמקום שם בו מצוי השער, מלמד ניסיון החיים, לעולם יימצא המבקש לעבור בו. עם כך אין להשלים (163-ג).
- (3) בנסיבות דנן, אין לשעות לטענה, כי ההסדר כולו עומד בפני פגיעה. מתן גושפנקה חוקית להחלטת הממשלה במקרה דנן יוליד החלטות דומות בעתיד. אכן, הפסול הנורמטיבי שבהחלטה הוא העיקר, ואותו אין להלום – יהא משך תוקפה כאשר יהא (163-ד-ו).

ז. (דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

- (1) הסוגיה של שעבוד חוב היא בעלת נפקות אקוטית בהקשרם של מהגרי עבודה ואבן יסוד בגורל האכזר האורב לחלקם במדינות מארחות. בתמצית, פירושה הוא כי עובד המבקש לקבל אשרת תעסוקה במדינה זרה, נדרש פעמים רבות לשלם סכומי עתק לסוכנויות ולמתווכים למיניהם, האמונים על הסדרתה (164-א-ב).
- (2) משעה ששתי הגזירות – שעבוד החוב והכבילה למעסיק – נחתות על ראשו של עובד בצוותא-חדא, מועצם שיעור הפגיעה בו באורח ניכר. בהיעדר כוח

שוק, לא זו בלבד שמתקשה הוא להשתכר את שווייה האמיתי של עבודתו (ששיעורו גבוה בדרך כלל מזה המשולם לו) ולפרוע את חובו, אלא שאותו עובד ייחנך בדעתו פעמיים ושלוש בטרם יעז לקבול על תנאי ההעסקה, מחשש לפיטוריו, שפירושם – בהיעדר אפשרות לתעסוקה חלופית – הוא סתימת הגולל על יכולתו להחזיר את החוב (164-ה-ז).

א

(3) כבילה בלא חוב – כבילה היא ופגיעה רבה. אין לקבל כי ייחודם של עובדי המשיבה 4 – שאין חוב לתשלום נשך מאחוריהם עם הגעת לישראל – הוא בכך שכבילתם אינה מסבה להם פגיעה ממשית. פגיעה זו, שיסוד מוסד בה הוא הפשט העובד מכוחו, אינה תלויה בקיום החוב ואינה נובעת ממנו. עומדת היא על רגליה שלה (165-א-ג).

ב

ח. דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

(1) בחיפוש אחר תכליתה הדומיננטית של פעולה מינהלית, יש להידרש לאותם היבטים, הקולעים קרוב ככל הניתן למהותה של הפעולה והמשקפים לאשורם את המציאות ואת ההקשר שבהם מוקמה (167-ג-ד).

ג

(2) בנסיבות דנן, תכלית עיקרית להחלטת הממשלה היא יצירתו של מנגנון יעיל לסילוק מקצתו של החוב לרכש גומלין, באמצעות הבטחת קיומו של כוח אדם זר וזמין כל העת בידיה של המשיבה 4 (167-ד-ה).

(3) קיימת תכלית נוספת למנגנון הכבילה, המשרת מטרה נוספת. החשש המקנן בלב הרשויות מפני פריצת הסכרים, שהוקמו במאמץ לא-מבוטל בשנים האחרונות ומנעו לדידן את הצפת הארץ במהגרי עבודה חוקיים ובלתי חוקיים כאחד, הוא שהניען לפעול לכך שמספרם של עובדי המשיבה 4 יהא שקול ומדוד כל העת (167-ה-ו).

ד

(4) בהידרש לתכלית הראשונה, ניתן לקבוע, באורח שאין ברור ממנו, כי זו אינה ראויה. היא אינה מתיישבת, מניה וביה, עם התשתית הערכית שעליה מיוסדת מדינת ישראל. מנגנון הכבילה, ההופך את העובד הזר לאובייקט, שוב לא יוכל להתקבל בסביבה נורמטיבית המבקשת להדגיש – אגב יישומם של תהליכים של גלובליזציה ופתיחות – את ערכו של אדם, כל אדם, כסובייקט (168-ב, ה, 169-ה-ז).

ה

(5) פסילת תכליתה הדומיננטית של פעולה מינהלית די בה כדי לפסול את הפעולה עצמה אך מסקנה דומה קמה ועולה בעקבות בחינתה גם של התכלית השנייה. אמנם, מניעת פריצתה של מסגרת ההעסקה בישראל עשויה, ככלל, להיתפש כמטרה ראויה, וצולחת היא את חלקה הראשון של הביקורת השיפוטית. אולם, אין הצעדים שננקטו להגשמתה עומדים במבחנו של החלק השני של הבדיקה, הוא יסוד המידתיות (170-א-ב).

ו

(6) בנסיבות דנן, אין קשר רציונלי בין התכלית לבין האמצעי שנקט בהגשמתה – שהרי הכבילה לא זו בלבד שאינה תורמת לצמצומו של שוק העבודה הבלתי חוקית, אלא שנמנית היא עם יוצריו. מסקנה נוספת היא, שהכבילה

ז

פוגענית יותר מאמצעים אחרים שנקיטתם אפשרית לצורך הגשמתה של התכלית שבה דובר, ובראשם הבטחת זכויות הוגנות לעובדים (171ב-ג).
 (7) בנסיבות דנן, גם מבחן המידתיות במובנו "הצר" אינו מתקיים, שכן הפסול שבכבילה עולה על התועלת הגלומה בה. הנכונות להתעלם מן הערך שבקיומם של יחסי עבודה הוגנים במשק אינה אלא חרב פיפיות, שלסופו של יום תכה גם בעובדים המקומיים. עבודה זולה אף שוללת את התמריץ לפיתוחן של טכנולוגיות חדשות ושל תעשיות עתירות ידע, ומביאה תחת זאת להתמקדות יתר בענפים עתירי עבודת כפיים המגבילים את התפתחות המשק (171ג, ו-ז).

ב

ט. דעת מיעוט – השופט א' א' לוי):

(1) מדינת ישראל חייבת ליטול על עצמה אחריות מתוך השתייכותה לקהילת המדינות הנאורות ועל יסוד מחויבותה לערכים אוניברסליים של צדק ושל מוסר. אלה אינם מאפשרים את המשך החלתו של משטר הכבילה (172ב-ג).
 (2) אפילו אין לעובד הזר זכות קנויה לעבוד בישראל, יש לה, למדינה, חובה שלא להרע עמו מעת שבא בתחומיה, ובפרט לאחר שהיא עצמה הזמינה אותו לעשות כן (172ג-ד).

ג

י. (אליבא דשופטת א' חיות):

(1) בנסיבות דנן, ניתן להשלים עם הסדר הכבילה כחריג, בין היתר, בשל היותו קצוב בזמן. אולם, אם דחיית העתירה תוליד החלטות דומות בעתיד, כי אז יהיה צורך לשוב ולבחון את חוקיותן של החלטות אלה, ולא מן הנמנע כי תידרש לגביהן מסקנה שונה (174א).
 (2) בנסיבות דנן, לנוכח המגבלה המוטלת על עובדי המשיבה 4 בהיותם בישראל לעבור למעסיק אחר, קיימת חובה מוגברת ומיוחדת לשמור על זכויותיהם של עובדים אלה, ויש לצפות כי המשיבים יקפידו בכך ויתמידו בקיום פיקוח שוטף והדוק על תנאי העסקתם (174א-ב).

ה

חקיקה ראשית שאוזכרה:

— חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959.
 — חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, סעיף 30.
 — חוק החברות, התשנ"ט-1999, סעיף 2.
 — חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951.

ו

חקיקת משנה שאוזכרה:

— תקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993, תקנה 8.

ז

פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא (1) 346 (2006).
- א [2] בג"ץ 8155/03 א. ארנסון בע"מ נ' הממונה על יחידת הסמך לעניין הטיפול בעובדים זרים במשרד התעשייה, המסחר, התעסוקה והתקשורת (לא פורסם, ניתן ביום 10.11.2003).
- ב [3] בג"ץ 3541/03 א. דורי חברה לעבודות הנדסיות בע"מ נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 17.5.2004).
- [4] בג"ץ 1963/04 רסידו פי.בי בע"מ נ' שר התמ"ת (לא פורסם, ניתן ביום 5.7.2004).
- [5] בג"ץ 10692/03 פלטים חברה לפיתוח ולבניין בע"מ נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 19.1.2005).
- ג [6] ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא (3) 310 (2006).
- [7] ע"פ 11196/02 פרודנטל נ' מדינת ישראל, פ"ד נז (6) 40 (2003).
- [8] ע"פ 7757/04 בורשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד נט (5) 218 (2005).
- ד [9] רע"א 267/06 יילמזלר אינטרנשיונל, חברה לבנייה תיירות וטקסטיל בע"מ נ' יגל מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 9.1.2006).
- [10] בג"ץ 4999/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (לא פורסם, ניתן ביום 10.5.2006).
- ה [11] בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו (3) 640 (2002).
- [12] ע"א 10078/03 שתיל נ' מדינת ישראל, פ"ד סב (1) 803 (2007).
- [13] בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא (1) 619 (2006).
- ו [14] בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח (6) 481 (2004).
- [15] ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז (5) 189 (1993).
- [16] ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009 (1963).

י

פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שאוזכרו:

- א [17] בר"ע (מחוזי ת"א) 2782/05 יילמזלר אינטרנשיונל חברה לבנייה
תיירות נ' יגל מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ (לא
פורסם, ניתן ביום 4.1.2006).

פסקי דין של בתי משפט השלום שאוזכרו:

- ב [18] ת"א (שלום רמלה) 2992/05 יגל נ' נומדר ו-Yilmazlar (לא פורסם,
ניתן ביום 4.9.2005).

פסקי דין קנדיים שאוזכרו:

- [19] Dunmore v. Ontario (Attorney General) [2001] 3 S.C.R. 1016.

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- ג [20] אריסטו פוליטיקה א (חיים י' רות מתרגם, 1950).
[21] עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות (שמשון שטין
עורך, משה שפי מתרגם, מהדורה שנייה, 1950).
[22] יהודה עמיחי "משלשה או ארבעה בחדר" שירים 1948–1962 (2002).

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- ה [23] עמירם גיל, יוסי דהאן "בין ניאו-ליברליזם לאתנו-לאומיות:
תיאוריה, מדיניות ומשפט ביחס לגירוש מהגרי-עבודה בישראל"
משפט וממשל י 347 (2006).
ו [24] אדריאנה קמפ, רבקה רייכמן "'עובדים זרים' בישראל" מידע על
שוויון גיליון 13 (2003).
[25] שרון אסיסקוביץ "הכלכלה הפוליטית של הגירות עבודה לישראל
ומדיניות ההגירה כלפי עובדים זרים בשנות התשעים" עבודה, חברה
ומשפט י 79 (2004).
ז [26] עופר סיטבון "מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה
של המדיניות כלפי מהגרי-עבודה" משפט וממשל י 273 (2006).
ח [27] גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? 'חוזה התשתית' והדפיציט
הדמוקרטי" עיוני משפט כז 423 (2003).

[28] עמרי ידלין "עבודה זרה בישראל" ספר מנחם גולדברג 337 (אהרן ברק, סטיב אדלר, רות בן-ישראל, יצחק אליאסוף, נחום פינברג עורכים, 2001).

א

ספרים זרים שאוזכרו:

[29] KEVIN BALES, DISPOSABLE PEOPLE: NEW SLAVERY IN THE GLOBAL ECONOMY (1999).

מאמרים זרים שאוזכרו:

ב

[30] Kate Roberts, *An Important Progressive Response to Globalisation is About to Be Reversed*, COMPASS (May 22nd 2007).

[31] Stuart Rosewarne, *The Globalisation and Liberalisation of Asian Labour Markets*, 21 WORLD ECONOMY 963 (1998).

ג

[32] Nandita Sharma, *On Being Not Canadian: The Social Organization of "Migrant Workers" in Canada*, 38 CANADIAN REVIEW OF SOCIOLOGY AND ANTHROPOLOGY 415 (2001).

ד

[33] Hassan M. Fattah, *In Dubai, an Outcry from Asians for Workplace Rights*, THE NEW YORK TIMES (March 26th 2006).

[34] Mark Krikorian, *Slave Trade – Permitting Guest Workers Sounds Like the Perfect Solution to the Immigration Imbrolio: Look Again*, NATIONAL REVIEW (September 14th 1998).

ה

[35] Norman Matloff, *On the Need for Reform of the H-1B Non-Immigrant Work Visa in Computer-Related Occupations*, 36 U. MICH. J. L. REFORM, 829 (2002–2003).

ו

[36] David Bacon, *Be Our Guests*, THE NATION (September 27th 2004).

ז

- [37] Nasseem Ackbarally, *Foreign Workers in Mauritius Face Torrid Time*, MAIL & GUARDIAN ONLINE (November 28th 2006).
- א [38] Nandita Sharma, *Mexican Standoff – Canadian "Guest Workers"*, THE GLOBE AND MAIL (March 29th 2006).
- [39] Peter Mares, *Workers for All Seasons*, THE DIPLOMAT (July-August, 2006).
- ב [40] Stuart Rosewarne, *Globalization and the Recovery of the Migrant as Subject: 'Transnationalism from Below'*, 15(3) CAPITALISM, NATURE, SOCIALISM (2004).
- [41] Ivan G. Alvarado & Hilda Sánchez, *Migration in Latin America and the Caribbean: A View from the ICFTU/ORIT*, 129 LABOUR EDUCATION 101 (2002/4).
- ג [42] Michael J. Piore, *Illegal Immigration to the U.S.: Some Observations and Policy Suggestions*, in ILLEGAL ALIENS: AN ASSESSMENT OF THE ISSUES 26 (1976).

ד

שונות:

- [43] מוקד סיוע לעובדים זרים וקו לעובד כבילת מהגרי עבודה לתאגידים 11 (מארס 2007).
- ה [44] מוקד סיוע לעובדים זרים וקו לעובד (יונתן ברמן ואח') חירות בע"מ – כבילת מהגרי עבודה לתאגידים 14, 38 (אוגוסט 2007).
- [45] דו"ח מבקר המדינה, דו"ח שנתי 49 לשנת 1998 ולחשבונות שנת הכספים 1997 (1998).
- [46] דו"ח מבקר המדינה, דו"ח שנתי 55 לשנת 2004 ולחשבונות שנת הכספים 2003 (2004).
- ו [47] John Wrench, *Migrants and Ethnic Minorities at the Workplace – The Interaction of Legal and Racial Discrimination in the European Union*, Papers, Migration No. 9 (1997).
- [48] Southern Poverty Law Center, *Close to Slavery – Guestworker Programs in the United States* (2007).
- ז

- [49] Alex H. Choi, *Migrant Workers in Macao: Labour and Globalisation* (2004)
- [50] Human Rights Watch (Hadi Ghaemi), *Building Towers, Cheating Workers – Exploitation of Migrant Workers in the United Arab Emirates* (2006) א
- [51] Human Rights Watch, "Bad – Dreams": *Exploitation and Abuse of Migrant Workers in Saudi Arabia* (2004)
- [52] World Bank, *Turkey Labour Market Study*, Report No. 33254-TR 12 (April, 2006) ב
- [53] Stuart Rosewarne, *Globalisation and the Valorisation of Migrant Labour: Recasting the Migration-Development Nexus* (Paper presented to the Regional Conference on Institutions, Globalisation and their Impacts on Labour Markets in Pacific Island Countries, October, 2006) ג
- [54] World Bank, *Pacific Islands at Home & Away – Expanding Job Opportunities for Pacific Islanders Through Labor Mobility*, Report No. 7715-EAP (2006) ד
- [55] Human Rights Watch, *Unfair Advantage: Workers' Freedom of Association in the United States under International Human Rights Standards* (2000)
- [56] יורם עידה הגורמים המשפיעים על מעבר עובדים זרים להעסקה בלתי חוקית (מדינת ישראל, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, מינהל תכנון, מחקר וכלכלה, 2004). ה
- [57] Malsiri Dias & Ramani Jayasundere, *Sri Lanka: Good Practices to Prevent Women Migrant Workers From Going Into Exploitative Forms of Labour*, 9 GENPROM Working Paper (ILO, Geneva, 2000) ו

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים. העתירה נדחתה ברוב דעות של המשנה לנשיאה א' ריבלין והשופטת א' חיות, נגד דעתו החולקת של השופט א' א' לוי.

ז

- נעמי לבנקרון, יונתן ברמן – בשם העותר 1 ;
יובל לבנת – בשם העותר 2 ;
א ענר הלמן, סגן בכיר א' וממונה על ענייני הבג"צים בפרקליטות המדינה – בשם
המשיבים 1-3 ;
טל בננסון – בשם המשיבה 4 ;
ראובן וולף – בשם המשיבה 5 .

ב

פסק דין

ג

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

הרקע לעתירה וטענות הצדדים

ד

ה

1. בשנת 2002 נחתם בין התעשייה הצבאית לישראל (להלן: תע"ש) לבין משרד ההגנה הטורקי הסכם להשבחת 170 טנקים של צבא טורקיה, בהיקף של כ-700 מיליון דולר. ההסכם כלל התחייבות של מדינת ישראל לבצע רכש גומלין מטורקיה בסכום של כ-200 מיליון דולר במשך עשר שנים, לאמור: בכ-20 מיליון דולר בשנה. התחייבות מסוג זה לרכש גומלין, המכונה "הסדר אופסט", נועדה, ככלל, לתת פיצוי לתעשייה המקומית בגין הוצאת מקורות הכנסה ועבודה אל מחוץ למדינה, כמו גם ליצור איזון כלכלי, כך שבמקביל לרכש מגורם חיצוני למדינה יעבור מטבע זר גם בכיוון ההפוך, ובמקרה דנן – מישראל לטורקיה. אין חולק, אפוא, כי ללא התחייבות לרכש גומלין, לא היה משרד ההגנה הטורקי מאשר את העסקה בכללותה.

ו

ז

בשנת 2003 הוסכם בין תע"ש לבין משרד ההגנה הטורקי כי חלק מהתחייבות האופסט שנטלה תע"ש על עצמה ימומש בדרך של מתן היתר למשיבה 4 – יילמזלר אינטרנשיונל חברה לבניה תיירות וטקסטיל בע"מ (להלן: חברת יילמזלר), חברה הרשומה בישראל שבעליה טורקים, להעסיק עובדים מטורקיה בענף הבנייה. נקבע בהסכם כי שכרם של עובדי חברת יילמזלר, בניכוי סכומי הכסף שהעובדים ישאירו לעצמם לצורך מחייתם בישראל, יועבר ישירות לטורקיה וינוכה מחוב האופסט. על מנת להבטיח שמרבית הסכומים שיקבלו

עובדי יילמזלר אכן יועברו לטורקיה וינוכו מהתחייבות האופסט, נקבע כי לפחות 90% מהעובדים הטורקים שיועסקו על ידי חברת יילמזלר על פי ההסכם יהיו בעלי משפחות.

א

ההסכם האמור עוגן בהחלטת הממשלה מס' 2222 מיום 11.7.2004 (להלן: החלטת הממשלה). בהחלטה נקבע כי חברת יילמזלר תקבל היתר מיוחד להעסקת 800 עובדים זרים מטורקיה בענף הבניין לשנים 2004–2007, וזאת – בלי שהדבר יביא להגדלת המספר המירבי הכולל של עובדים זרים בענף הבניין. בגין החלטה זו הוגשה העתירה שלפנינו.

ב

2. העותרות שלפנינו – מוקד סיוע לעובדים זרים ועמותת קו לעובד – יוצאות נגד החלטת הממשלה האמורה. בעתירתן הן מפרטות כי על עובדי חברת יילמזלר אין חלים הנהלים החלים על שאר העובדים הזרים בענף הבנייה בישראל לעניין מעבר ממעסיק אחד למשנהו, אלא מוחל עליהם ההסדר שהיה קיים לפני גיבוש הנהלים. על פי הסדר זה, עובד רשאי לעבוד אך ורק אצל אותו מעסיק אשר למענו הגיע לארץ. עם סיום ההתקשרות בין העובד לבין אותו מעסיק, פוקע תוקף אשרת הכניסה ורישיון הישיבה של העובד בישראל. כפועל יוצא מכך, "כבולים" עובדי חברת יילמזלר למעסיקתם. לאור האמור, מבקשות העותרות כי המשיבים 1–3 (להלן: המשיבים) יחילו על עובדי חברת יילמזלר את ההסדרים החלים על שאר העובדים הזרים בענף הבנייה בישראל. בפרט מבקשות העותרות להחיל על עובדי יילמזלר את נוהל "מעבר עובד ממעסיק למעסיק" ואת נוהל "שמיים סגורים". נוהל "מעבר עובד ממעסיק למעסיק", זאת יש להבהיר, נועד לאפשר לעובד להגיש בקשה להחלפת מעסיק בטרם עזב את מעסיקו החוקי, או מיד לאחר עזיבתו, אם הוכיח כי נבצר ממנו להגיש בקשה כאמור לפני העזיבה. הנוהל קובע תנאים המאפשרים לעובד לעזוב את המעסיק ששמו נקוב ברישיונו ולעבור למעסיק אחר, כפוף לתנאים ולדרישות הקבועים בו. נוהל "שמיים סגורים" מאפשר, בנסיבות מסוימות, לעובד שנעצר בגין שהייה שלא כדין להשתחרר ממעצר ולקבל עבודה אצל מעביד אחר, במטרה למצוא פתרון למעסיקים שנוצר להם מחסור בעובדים לנוכח מדיניות השמיים הסגורים. העותרות טוענות, אפוא, כי החלטת הממשלה – הקובעת כי על עובדי יילמזלר לא יחולו הנהלים האמורים – הינה החלטה בלתי סבירה הפוגעת בזכויות היסוד החוקתיות של העובדים.

ג

ד

ה

ו

ז

3. העותרות מפרטות בעתירתן מקרים מספר שבהם עובדים של חברת יילמזלר ביקשו, בשל תנאי עבודה ושכר קשים ובלתי חוקיים, על פי הנטען, לעבור למעסיק אחר על פי נוהל "שמיים סגורים". בקשות העובדים האמורים נדחו, כך נטען, תוך שהמדינה נסמכת על החלטת הממשלה נושא העתירה. העותרות טוענות כי עובדי חברת יילמזלר סובלים מתנאי עבודה ושכר קשים ובלתי חוקיים. הן מפרטות כי עובדי יילמזלר מגויסים לעבודתם בטורקיה ונדרשים לחתום על אתר על הסכם בן כמה עמודים, בלי שניתנת להם אפשרות לקרוא את ההסכם ובלי שנמסר להם העתק ממנו. שכרם של העובדים ללא שעות נוספות, כך נטען, נמוך משכר המינימום הקבוע בחוק. העובדים נדרשים לחתום על שטר חוב פתוח שנותר בידי חברת יילמזלר והמאפשר לה לעקל כספים ורכוש של העובד ללא כל תנאי ובסכום שתמצא לנכון למלא בשטר החוב. העותרות מוסיפות וטוענות כי עם הגיעם של העובדים לישראל נלקחים מהם דרכונים; כי בחודשיים הראשונים לעבודתם, חברת יילמזלר אינה משלמת להם את שכרם; כי הם עובדים שעות רבות מדי יום, ובמקרים נדירים הם אף נדרשים לעבוד קרוב ליממה ברציפות; כי אין משלמים לעובדים תמורת שעות נוספות; כי בחלק מן המקרים נאסר על העובדים לצאת מן האתר לאחר שעות העבודה ללא אישור של מנהל העבודה או שנדרש מהם לחזור למגורים לא יאוחר מן השעה 22:00; כי בחלק מן האתרים נאסר על העובדים להחזיק טלפון סלולרי; כי במקרים של תלונה מצד עובדים, הם נקנסים על ידי החברה ומאוימים כי יפוטרו ויישלחו לטורקיה וכי החברה נוהגת לקיים מדי פעם "כנסי איומים". העותרות טוענות כי מדיניות המשיבים, שלפיה אין מאפשרים לעובדי יילמזלר לעבור למעסיק אחר, נותנת בידי יילמזלר כוח מוחלט כלפי עובדיה ואלה נאלצים לסבול כל תנאי וכל גזרה שמוטלים עליהם. עוד מציינות הן כי עתירתן מוגשת כעתירה ציבורית וכי לא נמצא ביניהן עובד יילמזלר שנפגע באופן אישי ממדיניות החברה. זאת, לטענת העותרות, משום שיילמזלר השכילה לנצל את כוחה המוחלט כלפי העובדים כדי לדכא כל אפשרות ל"התקוממות" נגד תנאי העבודה אצלה, כמו גם נגד ההגבלה על מעבר למעסיק אחר.

- העותרות מעלות שורה של טענות נגד החלטת הממשלה. בין השאר, טוענות הן כי החלטת הממשלה בדבר הסדר הכבילה נתקבלה בחריגה מסמכות והיא עומדת בניגוד להוראות חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959, ובניגוד להחלטת

ממשלה קודמת; כי מדובר בהסדר כבילה הפוגע בכבוד עובדי יילמזלר ובחירותם, בחופש העיסוק, בחופש החוזים ובחופש ההתקשרות שלהם; כי ההחלטה עומדת בניגוד לתקנת הציבור ובניגוד לעקרון השוויון והיא לוקה בחוסר סבירות. לבסוף, סבורות הן כי מן הראוי לקבוע כי עסקת האופסט שנחתמה בין ממשלת ישראל לבין ממשלת טורקיה אינה אלא סחר בבני אדם.

4. המדינה טוענת בפתח תשובתה כי לאף אדם זר אין זכות קנויה לעבוד בישראל, ובוודאי אין לאדם זר זכות קנויה לעבוד בכל מקום עבודה שבו יחפון או אצל כל מעביד שיבחר. כל מדינה, כך נטען, רשאית להתנות את עצם נכונותה להתיר לאזרח זר להיכנס ולעבוד בתחומיה בכך שיעבוד רק אצל מעביד מסוים שלטובתו הונפקה אשרה בעבור העובד. לגופו של עניין, סבורה המדינה כי החלטת הממשלה אינה פוגעת בזכויות מוקנות כלשהן של עובדי החברה וכי ישנם טעמים ענייניים וסבירים המצדיקים את אי החלתם של נוהל "שמיים סגורים" ושל נוהל "מעבר עובד ממעסיק למעסיק" על עובדי חברת יילמזלר. המדינה טוענת כי קיימים הבדלים ניכרים בין עובדי חברת יילמזלר לבין עובדים זרים אחרים. ראשית, מציינת המדינה כי עובדי יילמזלר אינם משלמים, בעת ההתקשרות עם החברה, סכומי כסף גדולים בעד עצם העסקתם בישראל. זאת, להבדיל מעובדים זרים אחרים המשלמים סכומי עתק לחברות כוח אדם או לגורמים מתווכים אחרים תמורת עצם העסקתם בישראל, והם נתונים בשל כך לאפשרות ניצולם לרעה על ידי המעביד. לאור האמור, כך טוענת המדינה, עובד שאינו מרוצה מתנאי העסקתו בחברת יילמזלר ומבקש לסיים את עבודתו בה, רשאי לשוב לטורקיה בלי שהדבר יגרום לו לנזק כלכלי כבד, ואין כל עילה או טעם המצדיקים לאפשר לו להישאר בישראל ולעבוד בה. שנית, כך טוענת המדינה, עובדי יילמזלר נבדלים מעובדים זרים אחרים בישראל בכך שהם מועסקים בישראל מכוח הסכם שנעשה בחסות ממשלת טורקיה וזוכים להגנתה של ממשלת טורקיה על זכויותיהם כעובדים. שלישית, מוסיפה המדינה וטוענת, יש למדינת ישראל אינטרס מיוחד מובהק כי זכויותיהם של העובדים הטורקים תישמרנה, כי הם ירוויחו שכר ראוי וכי משכורותיהם תשולמנה במועד. מדינת ישראל, כך מודגש, מייחסת חשיבות רבה לקיום ההתחייבויות לאופסט במסגרת ההסכם עם טורקיה – הן בשל ההשלכות הכלכליות החמורות העשויות להיות להפרת ההתחייבויות והן בשל התוצאות השליליות העלולות להיות להפרת ההתחייבויות במישור יחסי החוץ של ישראל וטורקיה. המשיבים מציינים לעניין

זה כי משרד ההגנה הטורקי וממשלת ישראל בודקים את תנאי העסקתם של עובדי חברת יילמזלר. כך, משלחת מטעם משרד ההגנה הטורקי ביקרה בישראל על מנת לבחון את תנאי העסקתם של העובדים ביילמזלר. נוסף לכך, הממונה על יחידת הסמך לעובדים זרים במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (להלן: משרד התמ"ת) הורה על עריכת בדיקה מקיפה של תנאי העסקת עובדי יילמזלר באתרים השונים של החברה ברחבי הארץ. ממצאיה של הבדיקה, כך נטען, העלו כי, ככלל, מועסקים עובדי החברה בתנאים נאותים, שכרם אינו נופל משכר המינימום הקבוע בחוק וכי תנאי המגורים שלהם באתרי החברה הם סבירים. במקומות שבהם נמצאו ליקויים, כך מבהירה המדינה, נערכה ביקורת חוזרת שהעלתה כי מרבית הליקויים תוקנו. מכל מקום, כך מוצהר, יחידת הסמך תמשיך ותבחן נקיטת אמצעים בהתאם לסמכויותיה לפי חוק למניעת ליקויים נוספים בעתיד. לבסוף, טוענת המדינה כי העותרים לא הצליחו לבסס מבחינה עובדתית את טענתם בדבר פגיעה שיטתית בזכויותיהם של עובדי חברת יילמזלר וכי, מכל מקום, גם אם יש ממש בטענותיהם, דבר אינו מונע מן העובדים שאינם מרוצים מתנאי העסקתם לעזוב את עבודתם ולחזור לטורקיה.

5. חברת יילמזלר, המשיבה 4, מבקשת בתשובתה לדחות מכל וכל את העתירה נגדה. יילמזלר טוענת כי העותרות בתמימות נפלו קרבן לבעלי אינטרסים כלכליים – מעבידים וקבלני כוח אדם – המבקשים לייצר נתיב כניסה של עובדים זרים למדינת ישראל שיפעל ללא פיקוח ותוך עקיפת מדיניות "השמיים הסגורים" של ממשלת ישראל. יילמזלר מצרה על כך שהעותרות כלל לא פנו אליה בבקשה לקבל את הפרטים הרלוונטיים ולברר את אמיתות הטענות שהועלו נגדה. החברה טוענת כי המסמכים שבידיה – תלושי השכר, אישורי תשלום השכר בהעברות בנקאיות, אישורי תשלום ישירות לעובדים וכן הסכמי העבודה – מלמדים על עמידה מלאה שלה בחוקי העבודה וכן בביקורות שנערכו אצלה, הן על ידי הרשויות הממשלתיות הטורקיות הן על ידי הרשויות בישראל. יילמזלר מבקשת לפסול את תצהיריהם של שלושת העובדים הזרים אשר העתירה מבוססת עליהם. היא טוענת כי מהשוואת תצהירים אלה לתצהירים אחרים, שהגישו אותם עובדים בעתירות מינהליות בעניינם, עולות סתירות רבות וכי רבות מהעובדות הכלולות בהם אינן נכונות. בין השאר, מציינת יילמזלר כי דרכוני העובדים הטורקים נשארים בידיהם, דבר שהוכח, על פי הנטען, בביקורת

שערך משרד התמ"ת; כי העובדים, ובכללם המצהירים, מגיעים לישראל לאחר שחתמו על הסכמי עבודה עם יילמזלר בפיקוח משרד העבודה הטורקי ובאישורו; כי התנאים שבהסכמים עימם, לרבות העלאת שכרם, מכובדים על ידי יילמזלר בדווקנות; כי משרד התעסוקה הטורקי חולש על הגעת העובדים הטורקים לארץ ומפקח על ההליך באופן קפדני; וכי העובדה שרבים מהעובדים שחוזרים לטורקיה, ובהם אחד המצהירים מטעם העותרות, מבקשים לחזור לארץ ולשוב ולהיות מועסקים על ידי יילמזלר דווקא, היא הנותנת כי מדובר בתעסוקה הוגנת ובהכנסה הולמת וכדין. יילמזלר טוענת כי הסכם האופסט מהווה מתן הזדמנות פז כלכלית לעובדים הטורקים וכי קבלת העתירה וביטול ההסכם יביאו לפגיעה אנושה במאות עובדים טורקים המועסקים על ידי החברה.

6. תע"ש, שצורפה בשלב מאוחר לעתירה, סבורה אף היא כי יש לדחותה. היא טוענת כי דין העתירה להידחות על הסף בגין שיהוי בהגשתה, הן משום שהוגשה למעלה מארבעה חודשים לאחר מועד קבלתה של החלטת הממשלה, הן משום שהיא עצמה צורפה להליכים ארבעה חודשים נוספים לאחר מכן. תע"ש מפרטת כי מימוש ההתחייבויות לרכש גומלין – בהיקפים של עשרות מיליוני דולרים ולפי לוחות זמנים המוכתבים מראש – כרוך בתכנון ממושך ומורכב. ביטול החלטת הממשלה, כך נטען, יגרום לתע"ש נזק ממשי וחמור, שכן היא תתקשה – ואולי לא תוכל כלל – לעמוד בהתחייבויותיה לרכש גומלין בלוחות הזמנים החלים בעניין. תע"ש מציינת כי טורקיה היא אחד השווקים האסטרטגיים החשובים שלה. אי עמידה בהתחייבויות שנטלה תע"ש על עצמה, כך היא טוענת, עלול לגרור הטלת קנסות בשיעור של מיליוני דולרים; פגיעה בסיכוייה לזכות בהזמנת המשך לפרויקט; הכללת תע"ש ב"רשימה השחורה" של רשויות הביטחון הטורקיות; מניעת השתתפותה במכרזים נוספים בטורקיה בתחום הצבאי-ביטחוני; פגיעה בפרויקטים נוספים של תע"ש בטורקיה; פגיעה בפרויקטים משותפים אחרים של ישראל וטורקיה ובמערכת היחסים האסטרטגית של המדינות.

החלטה של ועדת השרים מס' ענ/3 והחלטה מס' 4024 של הממשלה

7. בטרם נפנה לדון בעתירה לגופה, יש לעמוד על כמה התפתחויות, שאירעו מאז החל בירורה של העתירה בבית משפט זה. ראשית, ביום 7.9.2005 הגישה

המדינה הודעת עדכון, ובה היא הודיעה כי ביום 7.6.2005 קיבלה ועדת השרים לעניין העסקת עובדים זרים החלטה הנוגעת לעובדי חברת יילמזלר (להלן: החלטת ועדת השרים מס' עז/3), הקובעת כדלקמן:

א

1. א. בהמשך להחלטת הממשלה מס' 2446 מיום 15.8.2004

והחלטה הממשלה מס' 222 מיום 11.7.2004 [ההחלטה

נושא עתירה זו – א' ר'], לקבוע כי ההיתרים שינתנו

ב

ליילמזלר [...] להעסיק 800 עובדים זרים עד לסוף שנת

2007, לא יהיו כפופים לנהלים בדבר העסקת עובדים זרים

באמצעות תאגידים מורשים, וכן להורות לשר התמ"ת

לפטור את חברת יילמזלר מתשלום דמי היתר בעד העסקת

אותם עובדים. כמו כן, להורות לשר הפנים כי אין להחיל

ג

את נוהל הניוד ונוהל המעבר בין המעסיקים על עובדי

חברת יילמזלר, בכפוף להחלטת בית המשפט העליון

בעתירה בבג"צ 10843/04, ובמקביל, להנחות את הממונה

על יחידת הסמך לעובדים זרים במשרד התעשייה, המסחר

והתעסוקה לבצע פיקוח תקופתי מיוחד לגבי תנאי העסקתם

ד

של עובדי החברה, לצורך הבטחת תשלום שכר ותנאים

נלווים לעובדים בהתאם לחוק.

ב. מובהר כי רק לממשלה הסמכות לאשר, במקרים חריגים

ה

ביותר, הסדר נוסף להבאת או להעסקת עובדים זרים כחלק

מעסקאות רכש גומלין".

שר האוצר הגיש ערר על החלטת ועדת השרים עז/3 הנ"ל, וביום 31.7.2005,

כך הובהר בהודעה המעדכנת, קיבלה הממשלה את החלטה מס' 4024 (להלן:

ו

החלטה 4024), שבה הוחלט, בין היתר, לאשר את סעיף 1 שלעיל, העומד

במרכזה של עתירה זו, אשר עניינו הסדר העסקתם של העובדים הזרים על ידי

יילמזלר. המדינה מדגישה, אפוא, כי הן ועדת השרים הן הממשלה עצמה נדרשו

באופן ישיר לעניין העומד במרכזה של העתירה, והחליטו, בנסיבות העניין, כי

הסדרי הניוד והמעבר בין מעסיקים לא יחולו על 800 העובדים הזרים המועסקים

ז

על ידי יילמזלר. מתחם שיקול הדעת הנתון לממשלה, כרשות המבצעת של

המדינה, בנוגע למדיניות העסקתם של עובדים זרים בישראל – כך על פי הנטען – הינו רחב ביותר. לאור האמור, טוענת המדינה, נמצאת החלטה 4024 של הממשלה בתוככי מתחם הסבירות ואין עילה משפטית כלשהי להתערב בה.

א

8. העותרות מצידן הגישו תגובה להודעת העדכון ובה הבהירו כי הן עומדות על כל האמור בעתירתן ועל הסעדים המבוקשים בה. העותרות טוענות כי החלטתה של ועדת השרים והחלטה 4024 של הממשלה אינן משנות את מצבם של עובדי יילמזלר. יתרה מזו. העותרות מדגישות כי עובדים זרים אחרים העובדים בענף הבניין אינם מועסקים עוד על ידי חברות בניין, אלא באמצעות תאגידים מורשים המספקים כוח עבודה לחברות הבניין. עובדים אלה כפופים, כאמור, לנוהל "שמיים סגורים" ולנוהל "מעבר עובד ממעסיק למעסיק", המאפשרים מעבר של עובדים מחברת כוח אדם אחת לאחרת אחת לרבעון. ואילו יילמזלר – כך טוענות העותרות – נותרה חברת הבניין היחידה בישראל שבידיה היתרים להעסיק עובדי בניין לא-ישראלים באופן ישיר, ואשר עובדיה סובלים מכבילתם המוחלטת ומהמשך הפגיעה בזכויותיהם.

ב

ג

9. ביום 8.2.2006 הגישו העותרות בקשה לצירוף מסמכים, אשר יש בהם, על פי הנטען, כדי לשפוך אור על תוצאותיו הקשות של ההסדר נושא העתירה ועל פגיעתו בזכויות עובדי חברת יילמזלר. המסמכים שמבקשות העותרות לצרף הם החלטות של שלוש ערכאות שיפוטיות בתביעה שהגיש מושב יגל נגד חברת יילמזלר. בתביעה, נדרשה חברת יילמזלר לפנות מבנה במושב שבו שיכנה את עובדיה. נטען כלפיה כי שיכנה בבית המיועד למגורי משפחה אחת כמאה מעובדיה תוך פגיעה בזכויותיהם. בית משפט השלום, בית המשפט המחוזי ולבסוף בית משפט זה, כך טוענות העותרות, קיבלו את טענותיו העובדתיות של מושב יגל בעניין זה.

ד

ה

יילמזלר טוענת בתגובתה כי תנאי שיכונם של עובדיה כלל אינם חלק מהעתירה, והם, אם בכלל, נושא לבירור עובדתי בהליכים אחרים. הציטוטים מפסקי הדין שאותם מבקשות העותרות לצרף, כך נטען, הם בבחינת אמרות אגב שנאמרו במהלך הדיון בצו הזמני, בטרם נתבררה התביעה עצמה. לבסוף, טוענת יילמזלר כי פקחי משרד העבודה והרווחה – האגף לאכיפת חוקי העבודה ערכו ביקורת על מגורי העובדים ששוכנו במושב יגל. מן הדו"ח שנערך עולה, כך על

ו

ז

פי הנטען, כי תנאי מגוריהם של העובדים הם בהתאם לנדרש וכי יילמזר עברה את הביקורת לאחר שתוקנו ליקויים מינוריים. יילמזר מבקשת, אפוא, לצרף מטעמה את דו"ח הביקורת בדבר מגורי עובדים זרים של משרד העבודה והרווחה, האגף לאכיפת חוקי עבודה מיום 8.11.2005, וכן את דו"ח ביקורת תיקון הליקויים, על מנת להוכיח כי אין יסוד לטענות העותרות.

פסק הדין בבג"ץ 4542/02 [1]

10. ביום 30.3.2006 ניתן על ידי בית משפט זה פסק הדין בבג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל [1] (להלן: בג"ץ 4542/02). העתירה בבג"ץ 4542/02 [1] הוגשה, בין השאר, על ידי העותרות שלפנינו. נטען בה כי הסדר הכבילה למעסיק, שחל על העובדים הזרים בישראל, פוגע פגיעה חמורה בזכויותיהם של עובדים אלה. בית המשפט העליון קיבל את העתירה. בפסק דין מקיף (שנכתב על ידי השופט א' א' לוי, שאליו הצטרפו בהסכמה הנשיא א' ברק והמשנה לנשיא מ' חשין), עמד בית המשפט, תחילה, על מציאות העסקתם של העובדים הזרים בישראל. מצבם של העובדים תואר (בסעיף 27 לפסק הדין) כדלקמן:

ד "בחינת מציאות העסקתם של עובדים זרים בישראל במהלך שנים אלה מגלה תמונה קשה ומכבידה. כמתברר, הגעתם לישראל של עובדים ממדינות זרות מתאפשרת לכתחילה לאחר שאלה משלמים סכומי כסף גבוהים – לעתים תוך מישכון רכושם ונטילת הלוואות – למתווכים ולסוכנויות כוח אדם. סכומי כסף אלה מתחלקים בין חברת כוח האדם במדינת המוצא לבין מתווכי כוח האדם בישראל (מבקר המדינה – דוח שנתי 53 ב53 [...], עמ' 656–656; ע"ב (אזורי חי') 1565/05 רוזנר נ' משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה [...]). 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 הבינ-משרדי, עמ' 11).

השכר המשתלם לעובדים זרים הינו, על פי רוב, נמוך, תכופות אף משכר המינימום. דו"ח מבקר המדינה לשנת 1999 מצא כי:

א' 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% מהמוראיינים השתכרו פחות משכר המינימום לשעה [...] '(דוח שנתי 49 [...], עמ' 278–279).

ג' אף תנאי העבודה והמחיה המוצעים לעובדים זרים – ירודים, ונמצא כי רבים מהם מתגוררים בצפיפות רבה ובתנאי דיור קשים (ראו דוח שנתי 46 [...], עמ' 476, 493; ת"פ 9 (מחוזי י"ם) 106/03 מדינת ישראל נ' מרדכי אביב מפעלי בניה בע"מ [...]). הם אינם נהנים מהגנתה האפקטיבית של חקיקת המגן (ראו עמרי ידלין 'עבודה זרה בישראל' [90 פנחם גולדברג [...], והאסמכתאות שם; ע"ב (אזורי ב"ש) 1347/03 אצובה נ' 'סנסרה' ניהול מועדוני בריאות בע"מ [...]); הם חשופים להתעמרות, ניצול ועושק (ראו רע"פ 10255/05 חננה נ' מדינת ישראל [...]); וראו גם בדוח משרד המשפטים, משרד העבודה והרווחה ומשרד החוץ 'יישום האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות' [...], בעמ' 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 קיניאנג'י נ' אוליציקי עבודות עפר [...]).

ל' על רקע מציאות קשה זו, בא בית המשפט לכלל מסקנה כי הסדר הכבילה למעסיק פוגע בזכויות היסוד של העובדים הזרים לכבוד ולחירות. בית המשפט פירט כי לנוכח הסכומים הגדולים שמשקיע העובד ברכישת האפשרות לעבוד בישראל, הרי שהזיקה בין רישיון הישיבה בישראל לבין עבודה עבור מעסיק אחד פוגעת פגיעה קשה באוטונומיית הרצון של העובד הזר, המהווה היבט

מהותי של זכות האדם לכבוד. הסדר הכבילה למעסיק, כך נקבע, כורך בין אקט ההתפטרות – פעולה לגיטימית וזכות יסוד הנתונה לכל עובד, לבין סנקציה חמורה – אבדן רישיון הישיבה בישראל של אדם המבקש לסיים את יחסי העבודה. זאת, תוך פגיעה בזכותו של העובד לפעול בשוק העבודה כאדם חופשי. "כריכתו של אקט ההתפטרות בפגיעת לוואי קשה" – כך הובהר בפסק הדין – "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 שהינו 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), התשל"א-1970). בכך ניטלת מהעובד היכולת הבסיסית ביותר לשאת ולתת אודות התמורה שיקבל בעבור כוח העבודה שלו, אודות תנאי העסקתו וזכויותיו הסוציאליות" (שם [1], בסעיף 32).

הסדר הכבילה למעסיק, כך הוסיף בית המשפט וקבע, אינו עומד גם במבחן המידתיות. לאור האמור, הורה בית המשפט למשיבים "לגבש הסדר העסקה חדש – מאוזן ומידתי – באשר 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".

11. בעקבות פסק הדין בבג"ץ 4542/02 [1] נתבקשו הצדדים להודיע לבית המשפט את עמדתם בנוגע להשלכות פסק הדין הנ"ל על העתירה שלפנינו. מהודעות הצדדים עולה כי העותרות, כמו גם המשיבים, אוחזים בעמדתם. לשיטתן של העותרות, פסק הדין בבג"ץ 4542/02 [1] מחזק את עתירתן והדברים האמורים בו יפים, מקל וחומר, ככל שמדובר בהסדר הכבילה הספציפי של עובדי יילמזלר. ההסדר נושא עתירה זו, כך סבורות העותרות, צריך שיתבטל אף הוא, בהיותו הסדר ייחודי ונוקשה אף יותר מן ההסדר שחל על כלל העובדים הזרים בישראל. המשיבים מצידם סבורים כי אין בבג"ץ 4542/02 [1] כדי לשנות מתגובתם. לשיטתם, קיים שוני מהותי ורלוונטי בין עובדי חברת יילמזלר לבין העובדים הזרים האחרים, אשר נדרשו לשלם סכומי כסף גבוהים בעבור הגעתם

לישראל. המשיבים סבורים כי בהתחשב בהסדרי העסקתם המיוחדים של עובדי יילמזלר, בפיקוח המוגבר על העסקתם, בכך שמדובר בהסדר חריג ומיוחד ובכך שההסדר אמור להסתיים בסוף שנת 2007 – יש להבחין בין הסוגיה הקונקרטית נושא עתירה זו לבין הסוגיה הכללית שנדונה בבג"ץ 4542/02 [1].

א

בחינת ההסדר החל על עובדי יילמזלר

12. אין חולק כי הסדר האופסט שבין ממשלת טורקיה לבין התעשייה הצבאית, העומד ברקע עתירה זו, מערב אינטרסים ציבוריים חשובים של מדינת ישראל. קבלת העתירה, תוך חיובה של המדינה להחיל על עובדי חברת יילמזלר את ההסדרים החלים על כלל העובדים הזרים בענף הבנייה, ככל שהדבר נוגע למעבר ממעסיק למעסיק, עלולה לגרום לפגיעה קשה באינטרסים חיוניים של המדינה, שכן משמעה אחת משתיים: מתן אפשרות לחברת יילמזלר להעסיק עובדים חדשים מטורקיה, במקום עובדים שיעזבוה ויעברו למעסיקים אחרים. דרך פעולה זו תפתח פתח להבאת עובדים זרים חדשים לישראל ללא אפשרות הגבלה, בניגוד מוחלט למדיניות "השמיים הסגורים" שנוקטת הממשלה במטרה לצמצם את מספר העובדים הזרים ולעודד ישראלים להשתלב מחדש בשוק העבודה. מדיניות זו, כך הבהירו המשיבים, הביאה בשנתיים האחרונות לכניסתם לענף הבניין של אלפי עובדים ישראלים חדשים. היא אף אושרה בכמה החלטות של בית משפט זה, תוך שנקבע כי לא נפל בה פגם וכי אין עילה להתערב בה (בג"ץ 8155/03 א. ארנסון בע"מ נ' הממונה על יחידת הסמך לעניין הטיפול בעובדים זרים במשרד התעשייה, המסחר, התעסוקה והתקשורת [2]; בג"ץ 3541/03 א. דורי חברה לעבודות הנדסיות בע"מ נ' ממשלת ישראל [3]; בג"ץ 1963/04 רסידו פ"ב בע"מ נ' שר התמ"ת [4]; בג"ץ 10692/03 פלטים חברה לפיתוח ולבניין בע"מ נ' ראש ממשלת ישראל [5]).

ב

ג

ד

ה

האפשרות השנייה העומדת לפני המדינה היא שלא להתיר ליילמזלר להביא עובדים חדשים מטורקיה במקום עובדים שיעברו למעסיקים אחרים. ודוק – העסקתו של עובד שיעבור למעסיק שאינו חברת יילמזלר – אשר, כאמור, בעליה טורקים – לא תיחשב כמימוש התחייבות רכש הגומלין, זאת בהיעדר אישור של משרד ההגנה הטורקי לגבי זהות המעביד. כיוון שכך, דרך פעולה זו תגרום להפרתו של הסכם האופסט עם טורקיה ועלולה להביא, כך הצהירו המשיבים,

ו

ז

לפגיעה קשה בתעשייה הצבאית בפרט, וביחסי החוץ והביטחון של ישראל בכלל. לעניין זה, הודגשה חשיבותה הרבה של מערכת היחסים האסטרטגית של מדינת ישראל עם טורקיה ואת היותה של טורקיה אחת מבעלות בריתה החשובות של ישראל.

13. אכן, החשש לפגיעה באינטרסים חשובים של המדינה הוא כבד משקל. אולם, במקרה דנן, הגעתי למסקנה כי דין העתירה להידחות לא משום חשש זה, אלא מפני ששוכנעתי כי העתירה לגופה אינה מוצדקת וכי זכויותיהם של העובדים הזרים, שעליהם מבקשות העותרות להגן, אינן נפגעות במידה המצדיקה את התערבותנו.

מצבם של עובדי חברת יילמזלר שונה לאין ערוך ממצבם של העובדים הזרים שעניינם נדון בבג"ץ 4542/02 [1], בשל צירופם של כמה גורמים שחברו זה לזה בענייננו. ראשית, אין מחלוקת כי עובדי חברת יילמזלר אינם נדרשים לשלם סכומי כסף גבוהים בעבור הגעתם לישראל לצורכי עבודה בשירותה של יילמזלר. בפסק הדין בבג"ץ 4542/02 [1] הדגיש בית המשפט כי "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 שבעטיין 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 וחברות כוח האדם הפועלות בגדרי שוק עבודה זה" (שם [1], בסעיף 28 לפסק הדין. ההדגשות הוספו – א' ר'). ואמנם, בהמשך דבריו עומד בית המשפט על מציאות זו:

"עובדים זרים המגיעים לישראל לעבוד בה" – כך מובהר – "עושים כן על רקעם של מצוקה כלכלית ושל רצונם לפרנס את משפחותיהם. בתהליך הגעתם נגבים מהם, לא אחת, סכומי כסף גבוהים – לעתים סכומי עתק במושגים המקובלים בארצות מוצאם – בתמורה להסדרת נסיעתם ושהייתם כאן. מטעמים אלה, גירוש

מישראל בטרם היה סיפק ביד העובד להשתכר סכום כסף – למצער, כזה שיש בו 'לכסות' את חובו – הוא פעולה הכרוכה בפגיעה כלכלית אנושה בעובד ובתלויים בו" (סעיף 28 לפסק הדין. ההדגשות הוספו – א' ר').

א

ובמקום אחר נאמר:

על פי הסדר הכבילה למעסיק, רישיון הישיבה שניתן בידי העובד הזר המגיע לישראל מותנה בעבודה בעבור מעביד מסוים ששמו נקוב ברישיון הישיבה. הפסקת העבודה בעבור מעסיק זה – ויהא הטעם לכך אשר יהא – פירושה פקיעת רישיון הישיבה בישראל. לנוכח הממון והמאמץ שמשקיע העובד הזר ב'רכישת' האפשרות לעבוד בישראל לתקופה קצובה, ברי כי זיקה זו שבין תוקף רישיון הישיבה לבין עבודה למען מעסיק יחידי פוגעת פגיעה קשה באוטונומיית רצונו [...] (סעיף 31 לפסק הדין. ההדגשות הוספו – א' ר').

ב

ג

מסקנתו של בית המשפט בבג"ץ 4542/02 [1] ה"ל נגזרה, אפוא, במידה רבה מן הרקע העובדתי המתואר. במקרה שלפנינו, כאמור, שונים הם פני הדברים: העובדים הטורקים אינם נדרשים לשלם סכומי עתק לגורמים מתווכים או לחברות כוח אדם כדי להגיע לישראל ולעבוד אצל יילמזלר. היפוכם של דברים הוא הנכון: יילמזלר היא שנושאת בהוצאות הבאתם של העובדים לישראל, לרבות בעלויות הבדיקות הרפואיות, ההטסה לישראל וביטוחיהם הרפואיים. לאור האמור וכפי שמציינים המשיבים בתגובותיהם, ובצדק, עובד חברת יילמזלר שאינו מרוצה מתנאי העסקתו רשאי לסיים את יחסי עבודתו עם החברה, לשוב למדינת מוצאו, אף זאת על חשבון יילמזלר (למעט בנסיבות חריגות שבהן העובד פוטר בשל נזק והפסד שגרם לחברה בכוונה וביודעין), בלא שרובץ על גבו חוב מכביד. אכן, לעובד הזר, שנכנס לישראל מכוח הסדר האופסט, אין זכות קנויה לעבוד בישראל. קל וחומר שאין לו זכות קנויה לעבוד בכל מקום עבודה שבו יחפוץ או אצל כל מעביד שבו יבחר. עם זאת, עובד שחזר לטורקיה יוכל, אם יחפוץ בכך, לנקוט את ההליכים הדרושים לשם העסקתו על ידי מעביד ישראלי חלופי, ככל אזור זר המבקש להיות מועסק בישראל.

ד

ה

ו

ז

14. זאת ועוד. שוכנעתי כי קיים שוני של ממש בין עובדי יילמזלר לבין עובדים זרים אחרים, המוצא את ביטויו בשורה של פרמטרים נוספים. כך, הליך ההתקשרות עם עובדי יילמזלר נעשה בחסות ממשלת טורקיה ובפיקוחה: הסכם העבודה עם העובדים מנוסח ונערך על ידי משרד העבודה הטורקי ביחד עם משרד ההגנה הטורקי; ההסכם מנוסח בטורקית, שפת אימם של העובדים, ועותק ממנו נשמר בתיק שבהנהלה המחוזית של לשכת התעסוקה הטורקית; הסכם העבודה נחתם בטורקיה, כהסכם משולש – על ידי העובד, חברת יילמזלר וכן נציג משרד העבודה הטורקי; ההסכם מקנה לעובדי יילמזלר זכות תביעה נגד יילמזלר גם בטורקיה. אף בכך שונה מצבם מעובדים זרים אחרים, שגירושם מישראל לארץ מוצאם עלול לסתום את הגולל על יכולתם לעמוד על זכויותיהם מול מעבידם הישראלי. אשר לתנאי העבודה של עובדי חברת יילמזלר – העסקתם של עובדים אלה מחייבת עמידה בתנאים קפדניים ביותר, שנקבעו על ידי הרשויות הטורקיות. המשיבים מצהירים כי העובדים זוכים לתנאי עבודה טובים, לרבות קבלת שלוש ארוחות ביום, מגורים וביטוח רפואי המשולמים כולם על ידי יילמזלר. פעילותה של חברת יילמזלר, ככל שהיא נוגעת לשמירה על זכויות העובדים הטורקים המועסקים על ידיה בישראל, נתונה לפיקוח ממוסד ולביקורת הדוקה של מספר גופים, הן מן הצד הטורקי הן מן הצד הישראלי: משרד העבודה הטורקי מגייס את העובדים, עורך את הסכם העבודה עימם וחותם עליו, כאמור, כצד שלישי, יחד עם העובד ועם חברת יילמזלר. באופן זה מתאפשר מעקב של הרשויות הטורקיות על תנאי העסקת העובדים. עוד הוצהר כי משלחת מטעם משרד ההגנה הטורקי ביקרה בישראל על מנת לבחון את תנאי העסקתם של העובדים ביילמזלר; רשות הפיקוח הטורקית על הסדר האופסט מפקחת על העברות הכספים והתשלומים לעובדים. הכספים (לפחות 75% ממשכורת העובדים) מועברים לחשבון מרכזי המתנהל בבנק בטורקיה ומאותו חשבון מועברים הכספים לחשבונות הפרטיים של העובדים. מן הצד הישראלי מתקיים פיקוח הדוק לא פחות: תע"ש מעבירה לרשויות הטורקיות העתקים של כל ההעברות הכספיות לחשבונות העובדים, ובתמורה נהנית מזיכוי בגין רכש גומלין בסכום הכולל של העברות אלה; משרד התמ"ת הישראלי, האחראי על קיום הסכם האופסט, מקיים ביקורות אצל חברת יילמזלר. כפי שפורט בתגובת המדינה, עורכת יחידת הסמך לעובדים זרים במשרד התמ"ת בדיקות באתרים השונים של החברה ברחבי הארץ. בבדיקה

האחרונה שנערכה נמצא כי כלל עובדי החברה מועסקים בתנאים נאותים, כי שכרם אינו נופל משכר המינימום הקבוע בחוק וכי תנאי מגוריהם באתרי החברה סבירים. עוד הצהירה המדינה כי במקומות שבהם נמצאו ליקויים נערכה ביקורת חוזרת, שהעלתה כי מרביתם תוקנה. המדינה הוסיפה והצהירה כי יחידת הסמך תמשיך ותבחן נקיטת אמצעים בהתאם לסמכויותיה לפי חוק למניעת ליקויים נוספים בעתיד. כזכור, בהחלטת ועדת השרים מס' 3/עז, שאושרה בהחלטה מס' 4024 של הממשלה, נקבע כי יש "להנחות את הממונה על יחידת הסמך לעובדים זרים במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה לבצע פיקוח תקופתי מיוחד לגבי תנאי העסקתם של עובדי החברה, לצורך הבטחת תשלום שכר ותנאים נלווים לעובדים בהתאם לחוק"; נוסף לכך, משרד העבודה והרווחה הישראלי עורך אף הוא באופן קבוע ביקורות בנוגע להתנהלות יילמזלר עם עובדיה.

15. מן המקובץ ולאחר שעיינו בכל המסמכים הנוספים שצירופם נתבקש עולה כי מצבם של עובדי חברת יילמזלר שונה באופן מהותי ממצבם של העובדים הזרים, שעניינם נדון בבג"ץ 4542/02 [1] הנ"ל. בנסיבות המתוארות, נחה דעתי כי זכויותיהם של עובדי יילמזלר נשמרות הודות לפיקוח הקפדני המופעל הן מן הצד הטורקי הן מן הצד הישראלי. אכן, ההסדר נושא העתירה הוא הסדר חריג ומיוחד. נציג המדינה הדגיש לפנינו את החלטה מס' 4024 של הממשלה, שלפיה לא ניתן יהיה, בעתיד, לעשות הסדר נוסף להבאת עובדים זרים או להעסקתם כחלק מעסקאות רכש גומלין, ללא אישורה של הממשלה. במצב דברים זה, בהתחשב באינטרסים של חוץ וביטחון של המדינה המוטלים על הכף, כמו גם בכך שההסדר הנדון אמור לבוא על סיומו בתום שנה זו, וכי תנאי ההעסקה של העובדים הוכתבו על ידי ממשלת טורקיה – מתוך דאגה כנה לתנאי העסקתם של אזרחיה – אין מקום להעניק סעד לעובדים, סעד שספק אם הם חפצים בו. הייתי מציע לחבריי לדחות את העתירה.

16. קראתי בעיון את פסק דינו המקיף של חברי, השופט א' א' לוי, ואת פסק דינה של חברתי, השופטת א' חיות. מסכים אני מבחינה עקרונית עם כל האמור בהם. אכן, אין ולא יכול להיות חולק כי הסדר הכבילה למעסיק הוא בבחינת רעה חולה ופגיעתו בעובדים הזרים קשה היא ביותר.

בפסק דינו רחב היריעה, הקדיש חברי כעמוד ומחצה לבחינת "הפגיעה בפועל" בעובדי יילמזלר. בדונו בביטוייה הקונקרטי של הפגיעה בעובדים מגיע הוא למסקנה כי "התמונה העובדתית אינה נהירה עד תומה", אך קובע כי, מבחינתו, די לו "בחשש הממשי הקם ועולה מן הדברים, כי זכויותיהם של עובדי יילמזלר עלולות להימצא נפגעות מהיבטים שונים". מוקד הדברים לדידו הוא, אפוא, "במצב הנורמטיבי שיצרה החלטת הממשלה" (סעיפים 19 ו-20 לחוות דעתו. ההדגשה במקור). ודוקו – כאן טמון סלע המחלוקת בינינו: סומך אני ידי על ההלכה שנפסקה בבג"ץ 4542/02 [1], כמו גם על רוב רובו של הניחוח המשפטי שערך חברי בחוות דעתו הנוכחית. עם זאת, סבור אני כי אין בית משפט זה יכול לערוך את הדיון המשפטי במנותק מן המסכת העובדתית המתקיימת בפועל. בענייננו, מדובר בקבוצת עובדים ייחודית, ובנסיבות המיוחדות שהובאו לפנינו – כך הדגשתי וכך חוזר אני ומדגיש – אין מקום לקבל את העתירה.

17. במקרה שלפנינו, לא ניתן לבחון את יחסי העבודה הפרטניים שבין הצדדים – העובד הזר מזה והמעביד מזה – במנותק ממכלול הגורמים המעורבים בהתקשרות שביניהם. במקרה שלפנינו, התקשרות העובדים הזרים עם יילמזלר חוסה תחת ההסכם שבין ממשלות ישראל לטורקיה, על מנגנוני הפיקוח ההדדיים הכלולים בו והמהווים מעין "הגנה קיבוצית" לעובדי יילמזלר. הסכם העל שבין הממשלות מעצים את כוחם של עובדי יילמזלר; עובדים אלה נהנים מלכתחילה ממעמד שונה מזה של עובדים זרים אחרים, שכן ממשלת טורקיה היא המייצגת אותם, היא שניהלה את המשא ומתן על תנאי עבודתם והיא שאמונה על הבטחת התנאים שנקבעו. במקרה הנדון, השמירה על זכויות עובדי יילמזלר אינה נתונה לחסדי המעביד גרידא, אלא היא שלובה באינטרסים פוליטיים בינלאומיים הנובעים מיחסי שתי המדינות. הנה כי כן, עובדי יילמזלר מועסקים על פי הסדר ממשלתי, מכוח הסכם מדיני, המשיית על קבלן המשנה הפרטי (יילמזלר) חובות שאינן חלות ככלל על קבלני כוח האדם הפרטיים. אין להתעלם מן המטרה הברורה של הסכם האופסט הבין-מדיני העומד ברקע העסקתם של העובדים. בעוד שההנחה היא, ככלל, שמעביד, המונע מאינטרסים כלכליים, עשוי לגרוע מתנאי עובדיו, הרי שבמקרה הנדון האינטרס של ממשלת טורקיה הוא שיזרום אליה כסף זר – שכר העובדים. בנסיבות אלה, חזקה על

ממשלת טורקיה שתעמוד על כך ששווה הערך הכלכלי שעליו הוסכם יעבור בפועל, שהרי זו תכליתו העיקרית, המוצהרת והמוסכמת של ההסכם.

א. 18. לבסוף, אציין כי בחינת נפקותה האופרטיבית של חוות דעתו של חברי מעלה את השאלה אם אמנם תתקבל התוצאה המוצעת האם יוטב מצבם של עובדי יילמזלר. מאחר שביטול מדיניות השמיים הפתוחים אינו עומד עוד על הפרק, קבלת עמדתו של חברי משמעה ביטול הסכם האופסט, וכפועל יוצא מכך – שלילה מוחלטת של האפשרות, שניתנה בידי עובדי יילמזלר, להרוויח את מטה לחמם בישראל. דומני, בהתחשב במצבו הקשה של שוק התעסוקה הטורקי, שעליו עמד גם חברי בחוות דעתו, כי פגיעתה הממשית של החלטה כזו בעובדי יילמזלר תהא קשה ביותר ותעלה עשרות מונים על החששות התיאורטיים שמעלה חברי בחוות דעתו. עניינם של העובדים הזרים וטובתם הם שעומדים בראש מעייניה של החלטתי. מצטרף אני בכך אף לדבריה של חברתי השופטת א' חיות כי מדובר בהסכם קצוב בזמן הנתון לפיקוח מיוחד וכי כל שינוי יצדיק בחינה מחודשת של בית משפט זה.

השופט א' א' לוי:

ד. 1. בתאריך 30.3.2006 פסק בית משפט זה כי נוהל אשר התנה את זכאותו של עובד זר לרישיון שהייה ועבודה בישראל בדבקתו במעסיק אשר שמו מוטבע ברישיון, בטל מחמת פגיעתו המופרזת בזכויות יסוד (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל [1]). הנוהל, כך נקבע, עמד בניגוד חריף לעיקרון מהותי במשפט העבודה – זכותו של אדם לחדול מעשייה בשירותו של מעסיק שאין הוא חפץ עוד בקשר עימו, בלא שהדבר יהא כרוך בסנקציה כה חמורה, עד שאל-מולה שוב אין סיומם של יחסי העבודה נדמה כדאי. נטלת מאדם את זכותו זו – ועימה יסוד-מוסד בעקרון התחרות בין מעסיקים – גדל במידה ניכרת הסיכון להפרת זכויותיו כעובד. הפרה זו, יודעים אנו, מגעת לא אחת כדי ניצול קשה. שוללת היא מן העובד את המגן הממשי האחד שעוד נותר לו – כוח השוק שלו. וכך, בהיעדר תחושה של אחריות מוסרית, אשר דומה כי זה מכבר נשתכחה מלב רבים, כמו נשמט המתנס האחרון בפני השתלטותה של השקפה החותרת לטשטוש דמותו של העובד כאדם ולצמצום הווייתו, משל לא היה הוא אלא זוג ידיים עובדות, מכשיר בשימושו של המעסיק. וכלשון הפילוסוף

האתונאי – "קנין חי, כלי המבוכר על שאר הכלים" (אריסטו פוליטיקה [20], בעמ' 21)

- א ההלכה העקרונית בדבר בטלותו של "הסדר הכבילה" היא שרירה וקיימת גם אם טרם יושמה כל צורכה (ראו בג"ץ 4542/02 [1] הנ"ל, החלטות מן החודשים אוקטובר-דצמבר 2006, וכן: מוקד סיוע לעובדים זרים וקו לעובד כבילת מהגרי עבודה לתאגידים [43]; יונתן ברמן (ואח') חירות בע"מ – כבילת מהגרי עבודה לתאגידים [44]). היא יצרה מצב משפטי חדש, שבגדרו שוב אין הדין מוכן להשלים עם קביעתם של הסדרים שרוחם דומה. היא משמשת נדבך מרכזי במסגרת הנורמטיבית שמכוחה מועסקים מהגרי עבודה בישראל. היא צופה פני הווה ועתיד כאחד. היא מחייבת את רשויות השלטון כולן, ובפרט את הממשלה. כל עוד תקפה היא, נדרשים לה גם בתי המשפט – תהא זו הערכאה דנן, יהיו אלה בתי המשפט לעניינים מינהליים, ערכאות העבודה או בתי הדין למשמורת.
- ב
- ג

2. טרם יבשה הדיו על אותה הלכה, והנה שבה שאלת הכבילה ומונחת לפתחנו כבראשונה. הפעם, נטען, עוטה היא לבוש חדש המבקש להבדילה מן הסוגיה שהוכרעה. מביאה היא לפנינו הסדר פרטני ומיוחד אשר אינטרסים ביטחוניים, כלכליים ופוליטיים כבדי משקל משמשים לו מצע. הסדר זה תחום בהיקפו ונוגע, לכאורה, לעניינם של כמה מאות עובדים לכל היותר. חריפותו מוקהית – הכול על פי הטענה – לנוכח עוצמתה הנמוכה של הפגיעה המוסבת בפועל. בכל אלה מצא חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, טעם לחרוג מן ההלכה שנפסקה. עמדתי שונה. אימוץ גישתו של חברי אין פירושו אלא הסגתה של המציאות הנורמטיבית אחור וחזרה למצב משפטי קודם שנמצא בלתי ראוי. לו נשמעה דעתי, עושים היינו צו מוחלט הקובע כי מרכיב הכבילה בהחלטת הממשלה לא יוכל לעמוד, באשר אין הוא עולה בקנה אחד עם הוראות הדין הקיים.
- ד
- ה
- ו

הכבילה – פנים רבות לה, אך תוצאתה אחת

3. בפרשת "קו לעובד" [1] הנ"ל עמדנו, חברי ואני, בקצירת האומר על השפעותיה השליליות של כבילת עובדים זרים למעסיקהם, בעולם בכלל ובישראל בפרט (ראו, בין היתר, שם [1], בפסקאות 24 ו-38, והמובאות
- ז

המוזכרות). ביני לבין עצמי תהיתי אם לא די היה ביריעה הנורמטיבית שנפרשה באותה פרשה. על דברים שכתבתי אני – לא אעיד, אך כלום יימצא קורא לפסק הדין ולא תהדהד באוזניו שאלתו הנוקבת של המשנה לנשיא מ' חשין אשר הקשה: "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?" (שם [1]), בפסקה 4 (לדבריו).

נדרשים אנו אפוא, והפעם הזו במשנה תוקף, לחזור ולהדגיש עד מה רעה היא פגיעתם של מנגנוני הקשירה למעסיק ומה עמוק העוול שמסבה ההשלמה עימם. ומתוך שנעמוד על אלה, מענה יימצא לנו גם לטענות שבהן מתייחדת פרשה זו שלפנינו.

4. בארבע קצות תבל ניצבים מהגרי עבודה בפני הסדרים, אשר חרף לשונותיהם הרב-גוניות, האמצעים ההטרוגניים המשמשים בהם וענפי העבודה השונים שהם נוגעים להם, חולקים כולם מטרה דומה – כבילתו של עובד למעסיקו. בנוטלה מן המועסק את ההגנה הטבועה ברעיון השוק החופשי, חושפת אותו הכבילה לפגיעות בהיבט השכר, לרבות תשלומו של גמול נמוך מן הקבוע בחוק וקיזוז אסור מן השכר המשולם, לקביעתן של שעות עבודה ממושכות הרבה מעבר למותר, לתפיסת מסמכי המסע בידי מעסיקים כערובה להמשך קיומו של קשר העבודה, למגורים בתנאים ירודים, לשלילתו של טיפול רפואי נאות, לניוד כפוי, ולא אחת – אף לפגיעות מיניות ולכליאה של ממש. דמיון רב, מפתיע ובה במידה מצער, מתגלה בין מדינות הרחוקות מילין רבים האחת מרעותה ובין עמים זרים בתכלית זה לזה, עת מדובר ביחס למהגרי עבודה.

5. בביטוין של מקצת תופעות אלה בישראל עסק מבקר המדינה בדו"חות שיצאו תחת ידו (מבקר המדינה דו"ח שנתי 49 לשנת 1998 ולחשבונות שנת הכספים 1997 [45]; מבקר המדינה דו"ח שנתי 55 לשנת 2004 ולחשבונות שנת הכספים 2003 [46]). כתבו עליהן גם מלומדים (ראו, בין היתר, עמירם גיל, יוסי דהאן "בין ניאול-ליברליזם לאתנו-לאומיות: תיאוריה, מדיניות ומשפט ביחס לגירוש מהגרי-עבודה בישראל" [23], בעמ' 361; אדריאנה קמפ, רבקה רייכמן

א "הסדר הכבילה' הוביל לתופעות נרחבות וקשות של ניצול ופגיעה בזכויות האדם של העובדים הזרים. מעסיקים רבים ניצלו עובדים זרים בצורות שונות. 'מגלגלים' על העובדים אגרות ומיסים שעל [המעסיקים] לשלם למדינה, מנכים ממשכורות העובדים הזרים תשלומים גבוהים בתואנות שונות ומשכנים את העובדים בתנאי דיור עלובים. חלק גדול מהמעסיקים אינם משלמים לעובדים הזרים בעבור כל שעות העבודה שלהם, משלמים פחות משכר-המינימום ואינם משלמים בעבור שעות עבודה נוספות. מעסיקים רבים אינם משלמים ביטוח רפואי בעבור עובדיהם, ומתנערים מהם כאשר הם נפגעים בתאונות-עבודה וזקוקים לטיפול רפואי" (שרון אסיסקוביץ "הכלכלה הפוליטית של הגירות עבודה לישראל ומדיניות ההגירה כלפי עובדים זרים בשנות התשעים" [25], בעמ' 90).

ישראל בלבד. בבריטניה, הובילה ההכרה בפגיעה הקשה שנגרמה בעטייה לעובדים זרים במשקי בית לתיקונו בשנת 1998 של החוק ולביטול הכבילה (באחרונה מזהירים ארגוני זכויות אדם מפני חזרתה, דה-פקטו, בעקבות מדיניות הממשלה. ראו: Kevin Bales, Disposable People: New Slavery in the Global Economy [29], at p. 28; Kate Roberts, *An Important Progressive Response to Globalisation is About to Be Reversed* [30]). באיטליה, נאלצים עובדים זרים להשלים עם יחס קשה מצד מעסיקיהם, הואיל וניסיון להחליף מעסיק גורר הרחקה מיידית מן המדינה ואיסור לחזור ולעבוד בה במשך שלוש שנים (John Wrench, *Migrants and Ethnic Minorities at the Workplace* – The interaction of Legal and Racial Discrimination in the European Union [47]). בארצות-הברית, משמשת כבילתו של מגזר שלם – מהגרים עונתיים שעיסוקם העיקרי בחקלאות – גורם מפתח בניצולם הקשה בידי מעבידיהם. דו"ח מקיף, שפרסם השנה ארגון אמריקני לזכויות עובדים, עמד על זיקה זו בין הכבילה לבין הפגיעה במהגרים הזמניים, שהיחס אליהם הוא לעתים כמעט כאל סחורה עוברת לסוחר:

"Unlike U.S. citizens, guestworkers do not enjoy the most fundamental protection of a competitive labor market – the ability to change jobs if they are mistreated. Instead, they are bound to the employers who "import" them. If guestworkers complain about abuses, they face deportation, blacklisting or other retaliation [...] They are the foreseeable outcomes of a system that treats foreign workers as commodities" (Southern Poverty Law Center, *Close to Slavery – Guestworker Programs in the United States* [48], at pp. 1,2, 33–40).

א

ב

7. יש הרואים בכבילה אמצעי המשמש מדינות מארחות להדרתם ולניכורם של מהגרי העבודה מן הכלל, ולהפיכתם לכוח עבודה זול וזמין, שאין בכוחו להשתלב אלא בעיסוקים הקשים והבלתי מושכים. הזיקה הישירה שבין קשירה למעביד לבין הפחתה בשכר המשולם, ודחיקתו של הזר אל תחתית סולם העבודה, הודגמו היטב בנעשה בשוקי העבודה במזרח אסיה ובדרומה (Stuart Rosewarne, *The Globalisation and Liberalisation of Asian Labour Markets* [31], at p. 973; כמו גם בקנדה (Nandita Sharma, *On Being Not Canadian: The Social Organization of "Migrant Workers" in Canada* [32], at pp. 425, 433). עסק בכך גם חיבור המתייחס לטריטוריה של מקאו (סי), אשר מושכת אליה מדי שנה שיעור ניכר של מהגרי עבודה:

ג

ד

"[Scholars] have gone a long way to expose the role of the state in keeping the migrant workers 'cheap' and 'flexible'. The state has constructed a regulatory system in managing this category of foreigners. Many of these mechanisms are legislated into laws. Typically, migrant workers are denied the right to change employers. Since the ability of foreign workers to switch employer is severely curtailed, they are forced into a status of bonded labour and thus allow their employers to pay them a rate below that of the local workers" (Alex H. Choi, *Migrant Workers in Macao: Labour and Globalisation* [49], at p. 6).

ה

ו

ז

באמירות המפרץ הפרסי נאסר על זרים, המשמשים עיקר כוח העבודה, לעבור בין מעסיקים במהלך השנתיים הראשונות, ולאחריהן מותנה הדבר בהסכמת המעסיק. תוצאה חריפה במיוחד יש לדבר בענף הבניין, שם מוצאים את מותם מדי שנה עשרות מהגרי עבודה בשל תנאי בטיחות ירודים. עשרות נוספים נוטלים, במצוקתם, את חייהם בידיהם. אחרים אינם מקבלים את השכר במועד, חיים בתנאים קשים ונאלצים לעבוד שעות ארוכות. כל זאת – בשל כך שמעבידים רואים עצמם פטורים מתחרות על כוח השוק של העובד (Hassan M. Fattah, *In Dubai, an Outcry from Asians for Workplace Rights* [33]. עמד על כך ארגון זכויות האדם הבין-לאומי Human Rights Watch, בדו"ח מקיף שפרסם אשתקד:

“In most other places, a worker faced with hazardous working conditions and unpaid wages, in a free market economy that has an extreme shortage of labor, would move to a different job. But this is not an option for the migrant construction workers of the UAE, who like all other migrant workers in the country are contracted to work only for a specific employer” (Human Rights Watch (Hadi Ghaemi), *Building Towers, Cheating Workers – Exploitation of Migrant Workers in the United Arab Emirates* [50], at p. 13).

8. אך לא רק כבילה ישירה מוכרת מן הנעשה בעולם. לעתים, עלולים הסדרים שבדין לעטותה מלבוש עקיף, עד כי נדמה שאין מקורה אלא בבחירתם החופשית של עובדים – ולא כך הוא. ארצות-הברית מספקת דוגמה גם לכך. לפני מספר שנים לא רב, בשנת 2000, עמד המחוקק האמריקני על הפסול שבכבילתם מכוח הדין של עובדים זרים בעלי השכלה או ניסיון מקצועי (skilled workers), וביטלה מן העולם (S. 2045 American Competitiveness in the Twenty-first Century Act of 2000, Pub. L. 106–313, title I, § 105, Oct. 17, 2000 (8 USC § 1184(n)). עובדים אלה מורשים אפוא לעבור בין מעסיקים אך מעטים מנצלים זאת, שכן נאמנותם למעסיק יחיד – כמעט לעולם היא תנאי הכרחי להכרה בזכאותם לאשרת הגירה קבועה (“גריין-קארד”). הרצון העז לזכות באשרה זו גורם למרבית העובדים לכבול עצמם למעביד למשך שנים ארוכות.

התוצאה הישירה והמובהקת של אילוץ זה – הנדמה כאמור כאקט רצוני שבבחירה חופשית יסודו – היא צמצום התחרות על לב העובדים, ובעקבות כך פגיעה ניכרת בתנאי העסקתם. הנתונים מראים כי אף שמדובר בעובדים בעלי כישורים – לרבות מהנדסים, אנשי תוכנה והיי-טק (ובהם, אגב, ישראלים לא מעטים) – השכר המשולם להם נמוך באופן ניכר מזה של מקביליהם האמריקנים, הם נאלצים לעבוד מספר רב מן המקובל של שעות ונפגעים מבחינות נוספות (Mark Krikorian, *Slave Trade – Permitting Guest Workers Sounds Like the Perfect Solution to the Immigration Imbroglio: Look Again* [34], וכן: Norman Matloff, *On the Need for Reform of the H-1B Non-Immigrant Work Visa in Computer-Related Occupations* [35]).

9. היבטים נוספים לכבילה עקיפה, שתוצאתה היא הימנעותם של עובדים מלעבור בין מעסיקים והשלמתם עם קיפוח ושליה של זכויות בסיסיות, אפשר שיימצאו עוד בשניים אלה: ראשית, בהחתמתם של עובדים על שטרי חוב ששיעורם גבוה או שהם ריקים, באופן המאפשר למעסיק לתבוע מן העובדים סכומי כסף גבוהים על פי חפצו ומכל עילה שבה יבחר. על שטרי חוב כאלה הוחתמו, לטענת העותרים, עובדים של יילמזלר; ושנית, בקיומן של "רשימות שחורות" (black lists), שבהן רושמים מעסיקים, במתואם, עובדים המעזים לקבול על תנאי העסקתם. פגיעתו של הרישום היא קשה, שכן לא זו בלבד שהתלונה גוררת במקרים רבים הפסקה מיידית של העבודה וסילוק מן המדינה, הרי שגם לעתיד לבוא, ואף אם עומדת לאותם עובדים זכות עקרונית לשוב ולעבור לאשרת עבודה, הם יתקשו למצוא מי שיהא מוכן להעסיקם.

הכבילה וטיעון ההסכמה

10. רק עמידה על מורכבותה של סוגיית הכבילה, על מגוון המצבים המשמשים לה פנים, מאפשרת הבנה של הקושי הממשי שבפניו ניצבים מהגרי עבודה, שקשירתם – הגלויה או הסמויה, הרשמית או המהותית, הכפויה בעליל או הנחזית כפרי בחירתם החופשית – היא מקור עיקרי לפגיעה בזכויותיהם. לכל ברור כי אלמלא נכונותם של מהגרי העבודה להשלים עם הכבילה, בחינת חוסר ברירה, לא הייתה זו קורמת עור וגידים. לו התנו העובדים את הגעתם למדינה המארכת ביכולת להחליף מעביד, לו פנו השכם והערב לעזרתם של בתי המשפט

ושל גורמי האכיפה במשרדי הממשלה ונענו, לו חדלו מעבודה תחת משטר הכבילה – כי אז ספק אם היה מאריך ימים. זאת, כשם שלו סירבו לתנאי ההעסקה הירודים, נאלצים היו המעבידים להטיבם.

א

כלום מתבקשת מכך מסקנה כי יש לפקוד את עוון הכבילה על אלה הסובלים מפגיעתה? האם מהגרי העבודה הם הממיטים על ראשיהם את העוול הכרוך בה, בכך שמוסיפים הם לתור אחר תעסוקה חרף ידיעתם אודותיה? האין להם להלין על עצמם על שבחרו להגר ולעבוד בגדרה? כך, ולא אחרת, יש להבין את טענתם של המשיבים שלפנינו. כך עולה גם מגישה אשר, למרבה הצער, קנתה לה אחיזה בשיח הציבורי אודות הגירת עבודה בישראל. היחס לעובדים זרים, נכתב באחד המחקרים, "[...] מבוסס כיום על תפישה חזית-מסחרית, שלפיה הסכמתם של מהגרי-העבודה לקבל על עצמם את 'כללי המשחק' מכשירה את הכללים" (עופר סיטבון "מקומם של בתי-המשפט בישראל ובצרפת בעיצובה של המדיניות כלפי מהגרי-עבודה" [26], בעמ' 278). היטיב לתאר זאת פרופ' ג' מונדלק:

ב

ג

ד

ה

ו

"אחת הטענות העולות בדיון הציבורי היא שהדיון בזכויות העובד הזר אינו חשוב, שכן אין מוטלת על המדינה חובה לקלוט לתוכה עובדים זרים [...] הזר יכול להחליט אם הוא רוצה לקבל על עצמו את הסטטוס שישאל מציעה ולעבוד בה על-פי תנאיה, לבחור בסטטוס מתחרה שמדינה אחרת מציעה או להישאר במדינתו. [על פי טענה זו] עצם נכונותו של זר להיכנס למדינה בסטטוס המוצע מעידה על הסכמתו לתנאים הנלווים המוצגים לפניו. משניתנה הסכמה זו, היא מהווה את הביסוס המוסרי לכל מערך זכויות שהמדינה מציעה. [...] אם ימלא מספרם של הזרים המעוניינים לאמץ סטטוס זה, על תנאיו הנלווים, את המכסה, משמע שתנאים אלה הינם הוגנים. עצם הסכמת הזרים לקבלם על עצמם היא חותם הכשרות להגינותם (גיבא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? 'חוזה התשתית' והדפיציט הדמוקרטי" [27], בעמ' 428).

11. לדידם של המשיבים, הפגיעה הטמונה בכבילתם של עובדי ילמזלר לאו פגיעה היא, בהיותה ניתנת לתיקון בכל עת באמצעות פעולה פשוטה – שובו של העובד למולדתו. ואם בחר שלא לעשות כן, על יסודו של חשבון רווח-והפסד

ז

שבסופו בא לכלל מסקנה כי העבודה בישראל היא משתלמת, מה לו כי ילין על משטר עבודה שאליו משתייך הוא מרצון? גישה דומה משתמעת גם מעמדתו של חברי, המסנה לנשיאה א' ריבלין, בקובעו: "עובד חברת ילמזלר שאינו מרוצה מתנאי העסקתו רשאי לסיים את יחסי עבודתו עם החברה [ו]לשוב למדינת מוצאו" (פסקה 13 לפסק דינו). לא זו אף זו, כך לגישת חברי, עומדת למועסק זכותו לחזור ולעתור, עם שובו לטורקיה, להיתר עבודה בישראל. זאת, כאילו לא היו השמיים סגורים, כאילו לא היה היצע המשרות מוגבל וכמו סמוכים היו העובדים ובטוחים שלא יבולע להם רע עקב עזיבתם בראשונה.

להשקפתי, עמדה זו לא תוכל לעמוד – ראשית לכל, מן ההיבט העקרוני. אין היא מתיישבת עם מושכלות יסוד במשפטנו. כוונתי היא, ראשית, לעקרון-ליבה שבדין, הוא עקרון תקנת הציבור. היה זה חברי, המסנה לנשיאה א' ריבלין, שראה בעיקרון זה: "אחד הכלים המשפטיים שנועדו לשמור על ערכי היסוד הגרעיניים של השיטה ולכוון את הפעלת כללי המשפט בדרך שתהלוס אותם ערכי יסוד" (ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ [6], בעמ' 332). אכן, כל כולה של תקנת הציבור מיוסדת על ההכרה בעליונותם של ערכים חברתיים, שבכוחם להכריע אפילו הסכמה חוזית חופשית ומרצון. לאורה, מוסמך בית משפט לפסול חוזה שתוכנו נוגד את המוסר (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973); נשללת זכות ההתאגדות של אדם בחברה שמטרתה אינה ראויה (סעיף 2 לחוק החברות, התשנ"ט-1999); רשאי מגשר לקטוע את הליך הגישור מקום שסבר כי הסדר שאליו הגיעו הצדדים הוא פסול (תקנה 8(4א) לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג-1993), ועוד.

12. הנה כי כן, השקפה הרואה בהסכמה את חזות הכל היא רעיון זר למשפטנו. ביטוי בולט לדבר סיפקו בשעתן ההלכות שעסקו בסוגיה הקשה של סחר בבני אדם – אשר, חרף ההבדלים הברורים, משיקה ביותר מנקודה אחת לזו שבה עוסקים אנו היום. בכמה פרשות שבאו לפניו, הדגיש בית משפט זה את מוגבלותו של טיעון ההסכמה באותו הקשר. בע"פ 11196/02 פרודנטל נ' מדינת ישראל [7], בעמ' 46, הטעימה השופטת ד' ביניש כי הסכמתו של קרבן-סחר לנעשה בו אינה מעלה ואינה מורידה. "אין משמעות לשאלת הסכמתו או אי-הסכמתו של האדם לעבוד בזנות; הסכמה אינה מפחיתה מחומרתה של העבירה, ואין היא משמשת הגנה לסוחר" – קבע גם המסנה לנשיא מ' חשין בע"פ 7757/04

א בורשטיין נ' מדינת ישראל [8], בעמ' 233. בגבולותיה התחומים לפנינו, אמנם אין הפרשה דגן משיקה לאחריות בפלילים. אך האיסור הפלילי הוא אחד מתוך כמה מיני כלים לביטוי של חוסר הנכונות להשלים עם קיומם של עיוותים מוסריים, הפוגמים במארג הערכי שעליו מיוסדת חברתנו. מקום שמבקש מאן דהוא להיאחז בטיעון ההסכמה על מנת להצביע על השלמה, לכאורה, עם מצב דברים הנתפש כפגום בהיבט הערכי, כי אז מוסמכים אנו – שמא אומר: חייבים על פי דין – שלא לעצור בטיעון זה, אלא להעמיק ולבחון את התשתית המוסרית שבבסיס הדברים, ובמידת הצורך – להשיבה למקומה הראוי.

ב כך הוא בדין הכללי, כך הוא במשפט העבודה, אשר זה מכבר אינו רואה בחוזה סוף פסוק בבחינתו של מערך היחסים בין עובד למעבידו. גישה, ולפיה די בהסכמה כדי להכשיר חוזה למתן שירות, יהא תוכנו אשר יהא, אינה עולה בקנה אחד עם הבנתנו את דיני העבודה ותכליתם – להקיף, בגדרות נטועים היטב של הוגנות ומוסר, אינטראקציות בין מעסיק למועסק. עומדת היא בניגוד מובהק גם לרציונל שבבסיסם של חוקי מגן אשר, למגינת הלב, נמצאנו משלימים פעמים כה רבות עם הפרתם הבוטה (ראו גיל ודחאן [23], בעמ' 363). "עובד זר" – קודם שהוא זר, עובד הוא. רוחו של משפט העבודה, הפורשת עליו כנפיה, שוב אינה מאפשרת להביט על יחסיו עם מעסיקו, כמו גם עם המדינה, מבעד לחרך הצר של הסכמה-מדעת גרידא.

ה ערכי יסוד של הדין, כמו גם עיקרים של מוסר, לא יוכל אפוא מקומם להיפקד מן המסגרת הנורמטיבית המקיפה את הגירת העבודה. על הטענות שהציג לראשית הדברים, משיב עתה מונדלק בדברים כה קולעים, עד כי מוטב אקבעם ואביאם כלשונם:

א "גם אם מקבלים את ההנחה כי הגעתו של הזר לעבוד בישראל מבוססת על הסכמה, ישנם גבולות למידת ההסכמה שניתן לייחס לחוזה שבו התחייב הזר בעת כניסתו לעבוד בישראל, ראשית, יש זכויות אוניוורסליות שאינן תלויות השתייכות מקדמית לקהילת הלאום ואשר שלילתן בחוזה הכניסה של הזר אינה תופשת. [...] עצם נוכחותם של עובדים זרים בישראל אינה יכולה להיות התשובה לשאלה מהו היקף הזכויות שהם ראויים לו. בבסיסו, טיעון ההסכמה

מעניק לגיטימציה שאינה תלוית-תוכן, אלא תלוית-פרוצדורה (מעין הצעה וקיבול). אך הצעה וקיבול אינם הפרוצדורה הראויה. [...] יש מקום להכפיף את ההסכמה הלכאורית שבחוזה התשתית לנורמות של תקנת-הציבור, לרבות הגנה על זכויות-אדם ונורמות דמוקרטיות" (מונדלק [27], בעמ' 430, 432, 480).

א

ואף כי ב"כוח שוק" דובר בהרחבה לעיל, לעולם נזכור כי זו נקודת המוצא אך לא תחנת הסיום, ולמרכיב חשוב זה מן הדין כי ייתוספו יסודות אחרים אשר בכוחם להגן גם על עובדים – זרים ומקומיים כאחד – שכוח השוק שלהם נמוך.

ב

13. העמדה שאימץ חברי אף אינה מביאה די הצורך בחשבון מאפיינים הטבועים בהגירת העבודה מעצם מהותה. ראש וראשון להם מצוי בסוגיית המניע. כמעט לעולם תר העובד הזר אחר אפשרויות תעסוקה מחוץ לארץ מוצאו בשל הרצון להיטיב את מצבו הכלכלי. לעתים, דלות ועוני – הניכרים בנקל לעין מערבית – וקושי לכלכל את משפחתו הם הדוחפים אותו לכך. אותו קושי כלכלי הוא גם אשר מביא עובדים זמניים לשוב פעם אחר פעם למדינות שבהן נוצלו בשנים עברו, בתקווה – לרוב נכזבת – כי זו הפעם הם יזכו לתנאים טובים יותר. *אכן – "Propelled by desperate economic circumstances in their home – countries, and perhaps misplaced naive optimism, they returned a second or third time to the kingdom with hopes of better conditions, only to experience salary reductions again" Human Rights Watch, "Bad-Dreams": Exploitation and Abuse of Migrant Workers in Saudi Arabia [51], Ch. 2*

ג

ד

ה

במקרים אחרים, ואפשר שכזה הוא גם המקרה שלפנינו, הרקע שממנו מגיע מהגר העבודה הוא טוב יותר. אולם, באילוצים הכלכליים, שבפניהם הוא ניצב ושהניעוהו לתור אחר מקור פרנסה חלופי, אין להקל ראש. לא אחת עומדת ההזדמנות לתעסוקה במדינה המארחת אל מול שיעור אבטלה גבוה בארץ המוצא, המעיב על סיכויו של אדם למצוא פרנסה במולדתו. גם שכר העבודה המשולם במדינה המארחת – והוא לעתים גבוה במידה ניכרת מזה שבמדינת המוצא – כוחו רב לו בדרכונה של הגירה לצורכי עבודה. הפיתוי הכלכלי הוא גבוה ופעולתו ניכרת. אינך מתקשה לשער מהו אשר מניע אדם המשתכר בארצו

ו

ז

א שכר זעום באופן יחסי, לעתים מספר בודד של דולרים ליום, לעקור עצמו מביתו וממשפחתו ולשאת עיניו אל עבר הבטחה בדבר גמול גבוה מאות מונים. הבטחה זו, בין אם התממשה ובין אם לאו, כוחה כביר והשפעתה ניכרת. לא אחת גוברת היא על החשש מפני קשיים ואף על ידיעה מפורשת בדבר סכנת ניצול ושלילת זכויות. גם בכך עסק הדו"ח האמריקני, אשר הקשה ושאל:

ב "This raises the question: Why do workers choose to come to the United States under these terms? The simple fact is that workers from Mexico, Guatemala and many other countries often have very few economic opportunities [...] Where jobs exist [in those countries], the pay is extremely low; unskilled laborers can earn 10 times as much, or more, in the United States as they can at home. So even though they risk being cheated, many workers are willing to take that chance. Most perceive the guestworker program as their best chance get to the United States and provide a better life for their families. These desperate workers are easily deceived [...]" (Southern Poverty Law Center report [48], at p. 20).

ג 14. טורקיה היא מדינה מתקדמת בהשוואה לרבות מן המדינות שמהן יוצאים עובדים לתעסוקה בישראל. המשק הטורקי עבר בשנים האחרונות תמורות ניכרות, כלכלתה של מדינה זו מצויה במגמת צמיחה ומאמץ מושקע בהרחבתן של אפשרויות התעסוקה. עם זאת, דו"ח מטעם הבנק העולמי, שחובר בשנת 2006, מצביע על כך שהגידול במקומות העבודה שם עודו מפגר במידה ניכרת אחר ריבוייה הטבעי של האוכלוסייה. בעוד ששיעור התושבים בגיל העבודה האמיר – בין השנים 1980–2004 הצטרפו לשוק כ-23 מיליון מועסקים פוטנציאליים – רק שישה מיליון מקומות עבודה חדשים נוספו (World Bank, Turkey Labour Market Study, Report No. 33254-TR 12 [52]). בשל כך, קובע הבנק העולמי, שיעור התעסוקה בטורקיה הוא מהנמוכים בעולם (שם). מוסיף הדו"ח ומגלה, כי בעקבות משברים כלכליים שחוותה מדינה זו בשנים 1994 ו-2001, חלה ירידה ניכרת בשיעור המשכורת הממוצעת המשולמת בה,

ורק לאחרונה נרשמה התאוששות-מה במדד זה (שם [52], בעמ' 21). לשם המחשה, בשנת 2004 – השנה שבה החל מיושם ההסדר נושא העתירה שלפנינו – עמדה המשכורת החודשית הממוצעת לעובד בטורקיה על סכום שווה ערך לכ-3,600 שקלים. בישראל היה שיעור המשכורת בעת ההיא כפול – כ-7,000 ש"ח (www.databasece.com/international.htm).

א

ועוד, דווקא בשל חקיקת-מגן ענפה המעטרת את קובץ החוקים הטורקי, וההופכת את פטוריו של עובד שם ליקרים במיוחד למעסיקו, לא זו בלבד שקטן התמריץ למעבידים הטורקים ליטול על עצמם את הסיכון שביצירת מקומות עבודה חדשים, אלא שעולה ופורח שוק של מועסקים בלתי פורמלים, שאינם נהנים כלל מהגנתם של דיני העבודה (World Bank report [52], at pp. iii, 21). גם חלקם הארי של העובדים הפורמלים אינו זוכה להגנה ראויה, בשל כך שאינו שותף להסדרים קיבוציים פרי משא ומתן קולקטיבי (שם [52], בעמ' 26). טורקיה היא, כידוע, "יצואנית" ותיקה של מהגרים לחו"ל, ותודעת ההגירה בה, לרבות זו שלצורכי עבודה, מפותחת למדי. לפי נתונים רשמיים של משרד העבודה הטורקי, בחודש יוני 2005 חיו במדינות העולם למעלה משלושה מיליון וחצי בעלי אזרחות טורקית (כ-5% מאוכלוסיית המדינה באותה עת), ומתוכם לקחו חלק בשוק העבודה הזרים קרוב למיליון וחצי אנשים (www.csgeb.gov.tr/ birimler/yih/bulten/ingilizce/ing2005_2.pdf).

ב

ג

ד

15. למקרא כל אלה מתחוויר על נקלה מה מניע נמצא למועסקים כעובדי יילמזלר לתור אחר פרנסה מחוץ למולדתם, על אף הקשיים אשר אפשר שילוו את עבודתם בישראל, לרבות היעדר אפשרות לבחור את מעסיקם כאן. חשובה אף יותר היא ההבנה כי לא בחירתם המושכלת, ברירה מועדפת בין כמה אפשרויות טובות, היא הבסיס להשלמתם עם יסוד הכבילה. קושי ומצוקה הם המצויים בשורש הדברים. חששם מפניו של גורל כלכלי קשה, רצונם הטבעי לשפר את תנאי המחיה של משפחותיהם, שאיפתם לנצל הזדמנות שפתח לפניהם הכפר הגלובלי של ראשית המאה ה-21, הם המניעים עובדים אלה להסכים לשלילה ממוסדת היטב של כוח השוק שלהם. כלום ראוי הוא לבוא עימם חשבון על כך?

ה

ו

ז

הטיעון בדבר אכיפה

16. יטען הטוען, ונימוק זה משמש גם הוא בעמדתו של חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, כי את החשש מפני תוצאותיה הרעות של כבילת העובדים משככת ההגנה המוקנית להם במשפט העבודה, ובפרט מדיניות המוצהרת של ממשלות ישראל וטורקיה שלפיה תהא העסקת העובדים נתונה ל"פיקוח ממוסד ולביקורת הדוקה" – כך לשון חברי. אומר תחילה כי איני יכול שלא לתהות כלום בפועל כה הדוקים הם צעדי הפיקוח הננקטים, ועל כך בהמשך. אך עוד קודם לכן אטעים כי ניסיון החיים במרבית מדינות העולם, כמו גם בישראל, מוכיח כי, על פי רוב, אין בכוחן של רשויות האכיפה לספק מענה לחשש המתואר.

לא אחת קיים ניגוד עניינים מובנה, גם אם לא מדובר, בין מערכת הדינים שעליהם נשענת מדיניות שתכליתה העיקרית היא אספקת כוח עבודה זול ויעיל לענפים שונים במשק, לבין אותו חלק של שיטת המשפט הנדרש לזכויות עובדים. אכן,

"If supplying this labor force is a primary goal of immigration policy, then legal protections for guest workers cannot be guaranteed, since they contradict its essential purpose" (David Bacon, *Be Our Guests* [36]).

שנית, ההגנה על זכויותיהם של זרים, המצויים בשולי החברה, מדורגת לרוב נמוך בסדר העדיפויות של ממשלות ומושקעים בה משאבים מצומצמים בלבד. כפועל ישיר, במדינות רבות המארחות עובדים זרים מתקשה מערכת האכיפה למנוע פגיעה בזכויותיהם. ויוטעם: אין כוונתי לזכויות שמקורן ערטילאי או חיצון, כאלה הנשענות על אדנים עמומים של מוסר אוניברסלי או על עקרונות כלליים, שספק אם ניתן להם ביטוי במשפטה של המדינה המארחת. אפילו אותם עקרונות, המעוגנים במפורש בדיני המדינה ואין המפקפק ביסודותיהם המוצקים – כמו גם בתחולתם לא רק על המועסקים המקומיים כי אם גם על אורחים – לשעה בשוק העבודה – אינם נאכפים די הצורך. פעמים רבות, אף אם על הנייר כללים אלה מפותחים למדי, הרי שבשעת מבחן נותרים הם ככלי ריק ונטול השפעה של ממש (סיטבון [26], בעמ' 278). כך הוא בכל העולם, ובין השאר בארצות-הברית (Southern Poverty Law Center Report [48], at pp. 1, 7),

במרח אטיה (Rosewarne [40], at p. 22), באפריקה (Nasseem Ackbarally,)
[37] *Foreign Workers in Mauritius Face Torrid Time*, ובמדינות המפרץ
הפרסי (Human Rights Watch, report regarding UAE [50], at pp. 9, 13,)
(48).

א

גם מדינות שמהן יוצאים מהגרים לעבודה בחו"ל אינן רואות תמיד עין בעין
את עניינן עם זה של אזרחיהן שמעבר לים. אף אם בחלק מן המקרים ננקט
מאמץ לקידומן של זכויות העובדים, לרבות בהסכמים עם מדינות מארחות, הרי
שאל מול מאמץ זה ניצב – לעתים, בהתנגשות חזיתית – האינטרס של מדינת
המוצא בפיתוח הכלכלי של משקה באמצעות הכנסות ממקור חוץ וייבואם של
ידע ושל שיטות עבודה. כשידו של אינטרס זה על העליונה – ראשונים להיפגע
הם העובדים (Stuart Rosewarne, Globalisation and the Valorisation of)
Migrant Labour: Recasting the Migration-Development Nexus [53], at p.
(4).

ב

ג

17. המקרה של עובדי יילמזלר, אשר, על פי טענת המדינה לפנינו – ואותה
ראה חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, לקבל – נהנים גם מהגנתם של נציגי
הרשויות הטורקיות, דומה להפליא לעניינם של עובדים זמניים בקנדה,
המועסקים בענפי החקלאות והכבולים למעסיק יחיד במשך כל חודשי שהותם
במדינה (Sharma [32], at p. 423). ייחודה של הגירת העבודה לקנדה הוא בכך
שרובה ככולה מיוסדת על הסכמים בי-לטרליים, שלהם משמשים צד הממשלה
הפדרלית, מחד גיסא, ושלטונותיהן של מדינות המוצא – מאידך גיסא.
בהסכמים אלה מעוגנים מנגנונים בין-מדינתיים לפיקוח על אכיפתם של תנאי
העסקה ראויים. כל טענה שיש לעובד זר באשר לאיזה מבין ההיבטים של
עבודתו – רשאי הוא להעלות לפני נציגי מדינתו. אלה, בתורם, אמורים להביא
את הדבר לטיפול השלטונות הקנדיים. בפועל, אותם נציגים של מדינות המוצא
מצויים בקונפליקט: מחד גיסא, חבים הם נאמנות לעובד, ומאידך גיסא –
לאינטרסים של מדינתם, לרבות ליחסיה הדיפלומטיים התקינים עם קנדה. אין זה
מפתיע לגלות כי בתחרות עניינים זו מוצאים עצמם העובדים וידם על התחתונה.
הם מועסקים בתנאים קשים ביותר ובמשכורת זעומה ואין כתובת אמיתית
לתלונותיהם. מחשש פן יגורשו, נאלצים הם להשלים עם תנאים שלא היו
מתקבלים על דעתם של עובדים מקומיים (Nandita Sharma, *Mexican Standoff*)

ד

ה

ו

ז

א [38] *Canadian "Guest Workers"* –). בית המשפט העליון של קנדה עמד על כך בפסק דין משנת 2001, שבו בוטלה הוראת חקיקה האוסרת על עובדים זרים להתאגד (Dunmore v. Ontario (Attorney General) [19], at paras. 41,102). מציאות פוגענית זו מתוארת גם בדו"ח שפורסם בשנה שחלפה, וסקר את הניסיון הקנדי שהוא כה גרוע עד כי יש שכינוהו "Canada's shameful little secret". וכך נכתב שם:

ב "[...] [T]he consular liaison officers [of the sending nation] appointed to look out for the workers suffer from a conflict of interest: maintaining good relations with Canada and the smooth operation of the scheme versus taking up the fight on behalf of individual workers.

ג As one former contract worker from Mexico puts it, a complaint to a consular official 'enters in one ear and goes out the other'. Union organizer Stan Raper says that It is simpler for consular officials to replace workers who raise concerns in the workplace than to address the root cause of their complaints" (Peter Mares, *Workers for All Seasons* [39]).

ד ראו גם: World Bank, *Pacific Islands at Home & Away – Expanding Job Opportunities for Pacific Islanders Through Labor Mobility*, Report No. 37715-EAP [54], at p. 117.

ה לא זו אף זו: פנייה יזומה לרשויות האכיפה, שהיא לעתים קרובות דרכם האפקטיבית של עובדים שנפגעו להביא את דבר הפגיעה לידיעת הרשויות, אינה ישימה בשל החשש, המעוגן היטב במציאות חייהם של מהגרי העבודה, כי תביא לשבירת מטה לחמם. דו"ח נוסף מטעם Human Rights Watch, שעסק בשוק העבודה האמריקני, מצא כי מהגרי עבודה באותה מדינה ממאנים, בדרך כלל, לעתור לקבלתם של סעדים משפטיים שהם זכאים להם על פי דין פן יוביל הדבר לגריעתם ממצבת המועסקים. ובלשון הדו"ח:

ו "[...] found widespread fear and evidence of blacklisting

against workers who speak up about conditions, who seek assistance from Legal Services attorneys, or who become active in [Labor Organizations]" (Human Rights Watch, Unfair Advantage: Workers' Freedom of Association in the United States under International Human Rights Standards [55], at p. 202).

א

18. לכל אלה מיתוספת ההכרה בכך כי, חרף משפט העבודה המפותח במדינת מוצאם של עובדי יילמזלר, ההגנה המשפטית, שזוכים לה בפועל עובדים בטורקיה, לוקה בחסר. קבע זאת הבנק העולמי, בציינו: "Compliance with labor law is weak in Turkey. Many workers are not receiving the protection that is the intent of the laws" (World Bank Report [52], at p. Xi). לנוכח האמור, שוב אינך יכול שלא להתייחס בספקנות להבטחה הנלווית לצעדי האכיפה בידי הרשויות, בישראל ובטורקיה כאחת. בהיעדר אפיק ממשי לפעולה במישור הדין, משנה תוקף נמצא למסקנה כי עובד המסרב להשלים עם כבילתו ניצב בפני קושי ממשי להגן על זכויותיו.

ב

ג

להשלמת התמונה אעיר כי קושי זה אך מתעצם לנוכח מאפיין נוסף, הטבוע בהגירת העבודה, והוא יכולתם המוגבלת של עובדים זרים להתאגד ולגבש הגנה קולקטיבית. במקומות רבים אין ארגוני העובדים המקומיים מוכנים לקבל לשורותיהם זרים, ויש שהחוק מונע זאת ואף אוסר על הקמתן של מסגרות חלופיות. טבע הדברים הוא, נוסף לכך, כי עובדים זמניים אשר מקורם במדינות אחדות והם דוברים שפות שונות ומחזיקים לעתים באינטרסים מנוגדים (למשל, בשל תחרות על מספר מצומצם של משרות או רצון להיטיב את תנאי עבודתם על חשבונם של עובדים אחרים) יתקשו להתאגד. לאלה יש להוסיף את הקושי הידוע, המובנה בהגירה זמנית, וכוונתי היא לריחוק מן הסביבה המוכרת, מן המערכת הנורמטיבית שבה רגילים העובדים ומן התא המשפחתי, ריחוק שיש בו כדי להחליש את כוחם ולהציב משוכות בדרכם להתאגדות אפקטיבית.

ד

ה

ו

ז

על פגיעה בפועל ועל פגיעה-בכוח

19. מהו ביטויים הקונקרטי של הדברים במקרה של עובדי יילמזלר? הצדדים חלוקים ביניהם בשאלה זו. מחד גיסא, העידו עובדים בחברה, בתצהירים שצורפו לעתירה שלפנינו, על תנאים קשים שבהם הועסקו, על יחס נוקשה שזכו לו, על החתמה על חוזים שתוכנם – הדרקוני לעתים – לא היה נהיר להם, על הלנות שכר מתמשכות, על החרמת דרכונים, על תשלום שכר נמוך משכר המינימום הקבוע בישראל, על אי מילוי הוראותיו של חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, ועל תלות מוחלטת במעסיק – השוללת כל אפשרות לשיפור המצב. מנגד, עומדת יילמזלר על טענתה ולפיה כל האמור בתצהירים אלה הוא שקרי ומופרך. להוכחת הדברים, הציגה החברה תצהירים מפי עובדים אחרים, ובמספר גבוה לאין שיעור, המעידים על תנאי העסקה נאותים ועל תשלום שכר במועדו. דא עקא שתצהירים אלה נוסחו כולם בלשון זהה, משל היו העתק מדויק האחד של רעהו. כל שאוכל לקוות הוא כי אין זה אלא חשש שווא שמאן דהוא ביקש להחתים עובדים על הצהרה שאינה משקפת נאמנה את מצבם. מכל מקום, תצהירים אלה אינם מתייחסים כלל לשיעור השכר המשולם לעובדים, לתוכנו של חוזה העבודה, לטענה בדבר החתמה על שטר חוב ריק, לשאלת תלותם של העובדים בחברה לרבות לטענה בדבר הפקעת דרכונים, לנאותות המגורים המסופקים ולסוגיית החופשות וימי המנוחה.

- בשטח, ביקורות שקיים משרד התעסוקה באתרי עבודה שבהם פועלת יילמזלר בתאריכים 8.11.2005 ו-23.11.2005 לא העלו ממצאים לחובת החברה. כך היה גם בביקור שערכו בישראל נציגיו של תת-המשרד לתעשיות ביטחוניות במשרד ההגנה הטורקי (SSM). מנגד, בהליך משפטי שהתנהל לא מכבר נגד יילמזלר בבית משפט השלום ברמלה, נדון מקרה שבו שוכנו עשרות מעובדיה בצפיפות רבה בבית מגורים במושב במרכז הארץ. לבקשת המושב, ציווה בית משפט השלום על החברה לתקן את הדבר לאלתר (ת"א (שלום רמלה) 2992/05 יגל נ' נומדר ו- Yilmazlar [18]). בהחלטתו לדחות בקשה לרשות ערעור שהגישה יילמזלר, קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט ש' דותן) כי "אם בזכויות העובדים עסקינן אין לך הפרה בוטה יותר של זכויותיהם מאשר שיכונם בצפיפות בלתי אנושית כמתואר לעיל" (בר"ע (מחוזי ת"א) 2782/05 יילמזלר אינטרנשיונל חברה לבנייה תיירות נ' יגל מושב עובדים להתיישבות חקלאית

שיתופית בע"מ [17]. לאותה מסקנה הגיע בית משפט זה, שאישר את הדברים והוסיף (מפי השופטת ע' ארבל): "מצטרפת אני להערות בית המשפט המחוזי בעניין התנאים הקשים בהם היו נתונים העובדים – מאה בני אדם בבית אחד בצפיפות" (רע"א 267/06 יילמזלר אינטרנשיונל, חברה לבנייה תיירות וטקסטיל בע"מ נ' יגל מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ [9]).

א

20. אף שהתמונה העובדתית אינה נהירה עד תומה, די לי בחשש הממשי הקם ועולה מן הדברים כי זכויותיהם של עובדי יילמזלר עלולות להימצא נפגעות מהיבטים שונים. ממילא, בית משפט זה אינו המסגרת המתאימה לבירורן של שאלות שבעובדה (בג"ץ 4999/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה [10]), בפסקה 2 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). מוקד הדברים הוא, על כן, במצב הנורמטיבי שיצרה החלטת הממשלה. זה האחרון פותח פתח – ורחב הוא עד מאוד – לפגיעה בעובדי יילמזלר, כמו גם בעובדים זרים אחרים בעתיד. ובמקום שם מצוי השער, מלמדנו ניסיון החיים, לעולם יימצא המבקש לעבור בו. עם כך לא אוכל להשלים.

ב

ג

הטיעון בדבר פקיעתו הקרובה של ההסדר

ד

21. אוסיף ואדגיש כי אל להם למשיבים להיבנות מן הטענה כי ממילא עומד ההסדר כולו בפני פקיעה – בתום שנת 2007. אומר, ראשית לכול, כי לא אופתע אם מאן דהוא יבקש להאריכו עוד. שנית, אף כי בהחלטתה של ועדת השרים לענייני עובדים זרים, מס' עז/3 מיום 7.6.2005, נקבע כי "רק לממשלה הסמכות לאשר, במקרים חריגים ביותר, הסדר נוסף להבאת או להעסקת עובדים זרים כחלק מעסקאות רכש גומלין", דומה כי לא אטעה אם אעריך שמתן גושפנקה חוקית להחלטת הממשלה במקרה דנן יוליד החלטות דומות בעתיד. אכן, הפסול הנורמטיבי שבהחלטה הוא העיקר, ואותו אין להלום – יהא משך תוקפה כאשר יהא.

ה

ו

הכבילה ושעבוד חוב

22. את עיקר יהבו משליך חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, על היעדרו של שעבוד חוב בעניינם של עובדי יילמזלר. על כך מיוסדת, רובה ככולה, ההבחנה

ז

שמבקש הוא לערוך בין הפרשה שלפנינו לבין ההלכה שנפסקה בעניין "קו לעובד" [1] הנ"ל.

- אכן, הסוגיה של שעבוד חוב (debt bondage) היא בעלת נפקות אקוטית בהקשרם של מהגרי עבודה ואבן יסוד בגורל האכזר – כך ולא פחות – האורב לחלקם במדינות מארחות. בתמצית, פירושה הוא כי עובד המבקש לקבל אשרת תעסוקה במדינה זרה נדרש פעמים רבות לשלם סכומי עתק לסוכנויות ולמתווכים למיניהם, האמונים על הסדרתה. לשם המחשה, תעריף התיווך הממוצע שנדרש לשלם עובד זר, המשתכר בישראל שכר ממוצע של 500–1,000 דולרים בחודש, הוא כ-10,000 דולרים ואף למעלה מכך (כבילת מהגרי עבודה לתאגידים [43], בעמ' 23; חירות בע"מ [44], בעמ' 12, 26). מרבית העובדים לווים בשל כך כספים במדינות מוצאם, והופכים באחת לבני חוב הנושא ריבית גבוהה. פעמים רבות, מובטח להם כי יוכלו לעבוד בישראל למשך שנים מספר, אף שאשרת השהייה שלהם בארץ תקפה רק לאותה שנה ואין ביטחון כי תחודש. עיכוב, ולו הקל ביותר, בקבלת השכר – למשל, בשל אי התייצבות לעבודה עקב מחלה או מסיבה אחרת – עלול להביא למצב שבו חוב זה גדל ותופח, עד כי שוב אין הוא בר פירעון כלל. מציאות קשה זו, המאיימת להמיט אסון כלכלי כבד על ראשיהם, היא נחלתם של עובדים זרים בכל רחבי העולם. אפשר שהיא אם-הבעיות בהגירת העבודה של העת המודרנית. בבית משפט זה תלויות כיום ועומדות שלוש עתירות העוסקות בה (בג"ץ 2405/06; בג"ץ 1193/07; בג"ץ 2768/07).

- אף אין לכתוד כי משעה ששתי הגזרות – שעבוד החוב והכבילה למעסיק – ניתנות על ראשו של עובד בצוותא-חדא, מועצם שיעור הפגיעה בו באורח ניכר. בהיעדר כוח שוק, לא זו בלבד שמתקשה הוא להשתכר את שווייה האמיתי של עבודתו (ששיעורו גבוה בדרך כלל מזה המשולם לו) ולפרוע את חובו, אלא שאותו עובד יחכוך בדעתו פעמיים ושלוש בטרם יעז לקבול על תנאי ההעסקה, מחשש לפיטוריו, שפירושם – בהיעדר אפשרות לתעסוקה חלופית – הוא סתימת הגולל על יכולתו להחזיר את החוב. אכן, עובד שאינו גורר עימו חוב, אך הוא כבול למעסיק, מצבו טוב משל רעהו החייב והכבול גם יחד.

23. אולם, בכל אלה אין כדי לצרור את השניים – החוב והכבילה – בצרור אחד שאינו ניתן להפרדה. עניין לנו כאן, זאת יש להטעים, בשני רכיבים שונים אשר אינם תלויים זה בזה, אף שכל אחד מהם עלול לפעול את פעולתו הרעה מתוך זיקה לשני. כבילה בלא חוב – כבילה היא ופגיעתה, כמתואר בהרחבה לעיל, רבה.

א

ברור, אפוא, כי אין כל שחר לטענת המדינה כי ייחודם של עובדי יילמזלר – שאין חוב לתשלום נשרך מאחוריהם עם הגעת לישראל – הוא בכך שכבילתם אינה מסבה להם פגיעה ממשית. פגיעה זו, שיסוד מוסד בה הוא הפשטת העובד מכוחו, אינה תלויה – אשוב ואדגיש – בקיום החוב ואינה נובעת ממנו. עומדת היא על רגליה שלה. וכי ייטען ברצינות כי די בסילוקן של יסוד החוב, ומעסיקים יהיו נכונים לשלם לעובדיהם שכר ההולם את שווי עבודתם, יקפידו בשעות ההעסקה, יחדלו מנטילת הדרכונים או יציעו תנאי מגורים ראויים? כלום יש בהיעדרו של חוב כדי לרפא את הליקוי המוסרי הנלווה למנגנון הכבילה? נדמה כי התשובה לשאלות אלה ברורה מאליה.

ב

ג

24. היבט אחר של הטענה, אם ירדתי לסופה, הוא כי בהיעדר חוב לא יימנע עוד דבר מעובד, שאינו שבע רצון מן התנאים המוצעים לו, לעזוב את ישראל. והנה שבה טעות על מכונה – שכן, כפי שהבהרתי קודם, פעמים רבות העזיבה, ועימה הוויתור על מקום העבודה, היא אופציה גרועה הן לנוכח החלופה במדינת המוצא הן לנוכח ההסתמכות שכבר צמחה. מקל וחומר הוא כי אם מצויים עובדים – רבים הם, רבים לאין שיעור – המוכנים לעבוד תחת משטר של חוב וכבילה כאחד, על מגרעותיו הכפולות, על אחת כמה וכמה שיימצאו אלה המוכנים לעבוד בכפיפות לכבילה בלבד, תוך כדי ספיגת הפגיעה שהיא מסבה. על חולשתו של טיעון ההסכמה עמדתי קודם, ואיני רואה להוסיף על כך מילים.

ד

ה

חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, תומך יתדותיו בדברים שנכתבו בפרשת "קו לעובד" [1]. גם בעניין זה סברתי כי יש להעמיד דברים על דיוקם. שעבוד חוב הוזכר שם כאחד הגורמים שבעטים פגיעתה של הכבילה היא כה רעה, אך לא כיסוד בלעדי בה, ולא בהכרח כגורם הדומיננטי. "הפגיעה הקשה באוטונומיות הרצון של העובד הזר" – כמאמר חברי בפסקה 10 לפסק דינו דלעיל – אין

ו

ז

א קיומה נזקף לחובתו של שעבוד החוב בלבד. כך כתבתי בעניין "קו לעובד" [1]:
"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 אלה, פוגע הסדר הכבילה למעסיק בכבודו ובחירותו של האדם במובנם היסודי ביותר" (בפסקה 29 לפסק דיני). פגיעות אלה, למרבה הצער, נותרות על מכונן אף בהיעדרו של שעבוד חוב.

ב כל האמור מראה כי אין במאפייניה המיוחדים של העסקה הטורקית כדי לשמוט את הקרקע מתחת לטענה בדבר פגיעתה הרעה של הכבילה בזכויות העובדים. על השאלה, כיצד מתיישבת פגיעה זו עם האינטרס הציבורי, אעמוד עתה.

ג

האינטרס של הציבור ותכלית הפעולה המינהלית

ד 25. החוזה עם משרד ההגנה הטורקי חשוב למשיבים. הוא חשוב למדינת ישראל. באי כוחם הטעימו את משקל האינטרסים שהוא משרת, בהיבט כלכלי ומדיני כאחד. בראש ובראשונה, נראה – ומוכן אני להניח זאת כעובדה – כי בלא מאפיין האופסט לא היה ההסכם נרקם. המשק הישראלי, ובעיקר משיבה 5 – חברת תע"ש, היו מפסידים אז הכנסה ניכרת במטבע זר. כושרה של תע"ש להיקשר בעסקאות עתידיות עם גורמים טורקיים היה נפגע. נדרשת הייתה היא לשאת בתוצאותיה של הפרת חוזה. נרשמות היו השלכות על עובדי התעשיות הביטחוניות, ואפשר שכך – על מצב התעסוקה במשק בכללותו. אפשר שבטווח הארוך, היה הדבר מכביד אף על חוסנה הביטחוני של ישראל. לא זו אף זו, אין להתכחש לכך שההסכם משמש נדבך במערך הקשרים עם טורקיה – בת-ברית חשובה מאין כמותה, שקשה להפריז בתועלת שבשמירה על יחסים טובים עימה. וכלל שיש בהסכם, על מרכיביו השונים, כדי להועיל לענייניה של אותה מדינה, אף דבר זה קולע בעקיפין לרצונה של ישראל, ידידתה. אכן, "תופעת הגירת העבודה היא חלק בלתי נפרד ממערכות היחסים הבין-לאומיות" ומן "האינטרס ההדדי של ממשלות לטפח יחסים" (קמפ ורייכמן [24], בעמ' 10).

ה

הגשמתו של אינטרס זה באמצעות מימושה של העסקה הטורקית מטילה על ישראל חבות, ולא קלה בעליל. נדרשת היא לקיים את חלקה במנגנון האופסט, ולצורך כך היה עליה ליטול על עצמה התחייבויות בנות שווי כספי ניכר. דעה יצירתית במיוחד הצמיחה את הרעיון כי ניתן לעשות שימוש בבני אדם לצורך כיסוי מקצתה של חבות זו. כמוסבר בתשובת המדינה לעתירה (בסעיף 9 לתשובה המקדמית), מתוך 200 מיליוני הדולרים שנדרשת ישראל "להשיב" לטורקיה, כ-28 מיליון דולר צפויה להניב העסקתם של העובדים הטורקים (כ-14% בלבד מן הסכום הכולל). כבילתם של העובדים למעסיקתם מקילה מאוד על היכולת לעמוד ביעד זה. היא מבטיחה כי חלק הארי של שכרם יעבור באורח סדיר לטורקיה. היא חיונית במיוחד במצב שבו נטל על עצמו משרד ההגנה הטורקי את מלאכת הפיקוח על יישום ההסכם, והוא ממאן לקיים שיג ושיח עם מספר מעסיקים שונים, ומוכן – סיבותיו עימו – לפעול מול יילמזלר בלבד.

26. בתורנו אחר תכליתה הדומיננטית של פעולה מינהלית כמו זו שנקטה ממשלת ישראל בעניינם של עובדי יילמזלר, נדרשים אנו, כידוע, לאותם היבטים הקולעים קרוב ככל הניתן למהותה של הפעולה והמשקפים לאשורם את המציאות ואת ההקשר שבהם מוקמה (ראו והשוו: בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת [11], בעמ' 665; ע"א 10078/03 שתיל נ' מדינת ישראל [12], בפסקה 26 לפסק דיני). לאור האמור לעיל, ניתן לקבוע ללא קושי, כי תכלית עיקרית להחלטת הממשלה הנן היא יצירתו של מנגנון יעיל לסילוק מקצתו של חוב האופסט, באמצעות הבטחת קיומו של כוח אדם זר וזמין כל העת בידיה של יילמזלר.

אולם אין זו תכלית יחידה למנגנון הכבילה, המשרת מטרה נוספת. החשש המקנן בלב הרשויות מפני פריצת הסכרים, שהוקמו במאמץ לא-מבוטל בשנים האחרונות ומנעו לדידן את הצפת הארץ במהגרי עבודה חוקיים ובלתי חוקיים כאחד, הוא שהניען לפעול לכך שמספרם של עובדי יילמזלר יהא שקול ומרוד כל העת, ולא ייעשה שימוש במסלול הגישה הצר שנכבש בעבור מעטים, לצורך חדירתם למשק הישראלי של מאות ושל אלפים אחרים.

אלה הן, אם כן, שתי תכליותיה הדומיננטיות של ההחלטה נושא עתירה זו. הן חותרות להגשמתם של אינטרסים חשובים, שבשםם נטלה לעצמה ממשלת

ישראל חירות להצר את זכויותיהם של עובדי יילמזלר. על מנת לקבוע אם את זאת עשתה הממשלה כדן, נדרשים אנו – ממש כשם שנעשה בפרשת "קו לעובד" [1] – לבחון את הדברים במשקפיהן של נוסחאות, שאותן שאלנו מפסקאות ההגבלה שבחוקי היסוד.

הביקורת השיפוטית

27. שלב ראשון בהליך הבדיקה מבקש לעמוד על נאותותן של המטרות. בהידרש לתכלית הראשונה שבה דיברתי לעיל, סבורני כי ניתן לקבוע, באורח שאין ברור ממנו, כי זו אינה ראויה. המביט נכוחה על עובדותיה של הפרשה שלפנינו אינו יכול, להשקפתי, שלא להתקומם על השימוש שנעשה באותם עובדים ככלי שרת וכאמצעי לקידום ענייניהן של ממשלת ישראל ושל חברות מסחריות. שהרי מה לו, לעובד הטורקי, וליחסים בין-מדינתיים? מה לו עם הצלחתן של תעשיות ביטחוניות בישראל? מה לו עם השבחתם של טנקים בעבור צבא מדינתו? מהו מקור החיוב שעל יסודו נדרש אותו עובד לשלם בחירותו, בכבודו, בכושר השתכרותו ובתקוותיו לעתיד טוב יותר למשפחתו, לשם קידומם של אינטרסים אלה? מהו אשר מצדיק כי יופעל עליו כוחה הכופה של הכבילה? (השוו לבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל [13], בפסקה 6 לפסק דיני). מהו המצדיק כי זולת התמורה שלה נדרש, כמקובל, בגדרה של התקשרות חופשית והוגנת עם מעסיק, ייתבע הוא לשאת במחיר נוסף שמפירותיו לא יטעם ושעל פשרו וטיבו לא נשאל מעולם?

28. תכלית זו אינה מתיישבת, מניה וביה, עם התשתית הערכית שעליה מיוסדת מדינת ישראל. עקרונות בסיס של מוסר ליברלי לימדונו כי לעולם יהא האדם מטרָה ולא אמצעי גרידא בהגשמתה. "האדם וכל יצור בעל תבונה בכלל", כתב קאנט, "ישנו בתור תכלית לעצמה: לא רק אמצעי הוא שרצון זה או אחר יוכל להשתמש בו כחפצו. אסור להשתמש בו שימוש אמצעי בלבד, והוא מגביל אפוא במדה זו את שרירות הרצון והוא מושא להכרת כבוד" (עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות [21], בעמ' 92–93) ואף אם לכתחילה, זאת אוסיף אני, יידרש אדם לשמש בהשגתה של תכלית איזו שהיא, עליה להיות כזו שהוא עצמו, ולו בעקיפין, משמש מושא לה. גישה אחרת אין פירושה אלא התייחסות לאדם כאל חפץ, ובמקרה דגן – כאל קניינו של המעסיק. "חפץ

דומם", קבע השופט מ' חשין, "וכמותו בעל-חי – רשאי הבעלים לטלטלו כרצונו ממקום למקום, להעבירו מיד-אל-יד, ואין מכהים בו. לא כן הוא האדם, שאין עושים בו אלא לרצונו" (בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ [14], בעמ' 574). והטעימה השופטת ד' ביניש: "חלפו הימים האפלים שבהם ניתן היה לראות באדם כלשהו קניינו של אדם אחר" (ע"פ 11196/02 פרודנטל [7] הנ"ל, בעמ' 47). במיוחד הולמים לכאן דברים שכתב חברי המסנה לנשיאה בפרשת הסתדרות העובדים:

"[...] אין להביא בגדר הזכות החשובה הזו [זכות הקניין של המעביד] 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 הפרורוגטיבה 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. [...] 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" (בג"ץ 8111/96 [14], בעמ' 594–595).

דברים אלה נכתבו, אמנם, בהתייחס לעובדים ישראלים. מה יסוד מוסרי יימצא להבחנה בינם לבין מקביליהם הזרים? לא אדע. אין זאת אלא שהרעיון, שלפיו ישמשו עובדי יילמזלר מכשיר להשלמת מקור החיוב בעסקה מסחרית בין צדדים שלישיים, אינו מוסרי ולא יוכל לעמוד. מנגנון הכבילה, ההופך את העובד הזר לאובייקט, שוב לא יוכל להתקבל בסביבה נורמטיבית המבקשת להדגיש – אגב יישומם של תהליכים של גלובליזציה ופתיחות – את ערכו של אדם, כל אדם, כסובייקט (Stuart Rosewarne, *Globalization and the Recovery of the Migrant as Subject: 'Transnationalism from Below'* [40], וכן: Ivan G. Alvarado & Hilda Sánchez, *Migration in Latin America and the Caribbean: A View from the ICFTU/ORIT* [41], at p.104, סביבה כזו,

שעל דגלה חרותם אוטונומיית הרצון של אדם וכבודו, לא תוכל לעמוד מנגד בראותה, כמאמר המשורר, "כיצד אנשים שִׁיָּצְאוּ שְׁלָמִים מִחֲזָרִים בְּעָרְבֵי קְמִטָּפוֹת עֶדְף לְבִיתָם" (יהודה עמיחי "משלשה או ארבעה בחדר" שירים 1948–1962 [22], בעמ' 97).

29. עשוי הייתי לחדול כאן, והלא פסילת תכליתה הדומיננטית של פעולה מינהלית די בה כדי לפסול את הפעולה עצמה. אך משמסקנה דומה – בדבר פסלות הפעולה – קמה ועולה בעקבות בחינתה גם של התכלית השנייה שבה דיברתי, ראוי להוסיף עוד את זאת: אמנם, מניעת פריצתה של מסגרת ההעסקה בישראל עשויה, ככלל, להיתפש כמטרה ראויה, וצולחת היא את חלקה הראשון של הביקורת השיפוטית. אולם, דעתי היא שאין הצעדים שננקטו להגשמתה עומדים במבחנו של החלק השני של הבדיקה, וכוונתי היא ליסוד המידתיות.

30. מתקשה אני לשער מה מניע נמצא היה לעובד זר, הזוכה לתנאי העסקה הוגנים התואמים את כוח השוק שלו, לחדול מעבודה בשירות מעסיקו. אם התמונה היא כה ורודה ומשקפת – בלשונו של בא כוחה של יילמזלר – את "היתרון העצום הגלום לעובדים התורכיים בהסכם האופסט", שבלעדיו "כלל לא היו יכולים להגיע לעבוד בישראל" (עמ' 7–8 לכתב התשובה), מה צורך קיים בכבילה? על כורחך נמצא אתה תוהה: האין בכוחו של "יתרון עצום" זה להבטיח את הדבקות במעסיק? שמא אין היתרון העיקרי מונח אלא בחיקה של יילמזלר דווקא, שבכוח השליטה שמקנה לה מנגנון הכבילה יכולים מעסיקים אחרים אך להתקנא?

דווקא הכבילה, המאיימת לשלול מן העובד תנאים הוגנים, עלולה – ועיקר הוא לענייננו – לספק תמריץ לעובדים לנטוש את מעבידיהם ולהביא בכך להרחבת היקפו של שוק המועסקים הבלתי מורשים ולהתרופפות הבקרה על הנעשה בתחום זה. כפי שצינתי בפרשת "קו לעובד" [1], נתונים שאסף משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה מצביעים על קשר זה שבין כבילה לבין עבודה בלתי חוקית, בהיות האחרונה "אקט רציונלי ומחויב המציאות" במאמציו של העובד הזר לשפר תנאיו (יורם עידה הגורמים המשפיעים על מעבר עובדים זרים להעסקה בלתי חוקית [56], בעמ' 57). באותו מחקר נמצא כי המעבר לעבודה בלתי חוקית של עובדים זרים בישראל אין מקורו, בדרך כלל, בכך שהעובד

קיבל הצעה כספית משתלמת יותר ואף לא בסיום תוקפה של אשרת השהייה שלו. עיקרו נובע מרצונו של העובד להיחלץ מן המצוקה אשר המיטו על ראשו תנאי העסקה בלתי נאותים שכפה המעסיק (שם [56], בעמ' 64, 74. ראו גם Malsiri Dias & Ramani Jayasundere, Sri Lanka: Good Practices to Prevent Women Migrant Workers From Going Into Exploitative Forms of Labour [57], at p. 26). מכאן אתה למד על היעדרו של קשר רציונלי בין התכלית לבין האמצעי שננקט בהגשמתה – שהרי הכבילה לא זו בלבד שאינה תורמת לצמצומו של שוק העבודה הבלתי חוקית, אלא שנמנית היא עם יוצריו. מסקנה נוספת היא שהכבילה פוגענית יותר מאמצעים אחרים שנקיטתם אפשרית לצורך הגשמתה של התכלית שבה דובר, ובראשם הבטחת זכויות הוגנות לעובדים.

31. גם מבחן המידתיות במובנו "הצר" אינו מתקיים, שכן, להשקפתו וכמתואר קודם, הפסול שבכבילה עולה על התועלת הגלומה בה. באותו עניין ראוי להוסיף אף את זאת: קשה לחלוק על תרומתה של הגירת עבודה לשגשוג כלכלי במדינה המארחת ולהבטחת קיומם של ענפים שבלעדיה מתקשים היו לגייס עובדים, והכוונה במיוחד לענפי הבניין והחקלאות. יוכיחו זאת היטב גרמניה שלאחר מלחמת העולם השנייה, שוקיהן של ארצות-הברית וקנדה, והנעשה במדינות נוספות (ראו, למשל, Michael J. Piore, *Illegal Immigration* [42] *to the U.S.: Some Observations and Policy Suggestions*). ברם, לא רק תרומה חיובית יש לו, לשוק העבודה הזרה. האינטרס הציבורי אינו עשוי עור אחד ויש מבין היבטיו העלולים להימצא נפגעים – אף בראייה כלכלית צרה של טובת המשק – בעקבות השלמה עם מציאות שבה מקופחות זכויותיהם של עובדים זרים. כך, בין היתר, קם חשש מפני העמקת האבטלה בקרב עובדים מקומיים ומפני פגיעה בשכרם, ששיעורו "נגרר" מטה בידי מגזר שלם של עובדים זרים ששכרם אינו הולם את הקבוע בדין. הנכונות להתעלם מן הערך שבקיומם של יחסי עבודה הוגנים במשק אינה אלא חרב פיפיות, אשר, לסופו של יום, תכה גם בעובדים המקומיים. עבודה זולה אף שוללת את התמריץ לפיתוחן של טכנולוגיות חדשות ושל תעשיות עתירות ידע ומביאה תחת זאת להתמקדות-יתר בענפים עתירי עבודה כפיים המגבילים את התפתחות המשק. על הדעת עולים היבטים שליליים נוספים (ראו והשוו עמרי ידלין "עבודה זרה

א בישראל" [28], בעמ' 342). מכל אלה, המועצמים שעה שמנגנון של כבילה פועל את פעולתו, אין להתעלם. ועוד יש לתת את הדעת על סיכון אפשרי שבפגיעה במעמדה הבין-לאומי של מדינת ישראל כמו גם בדמותה הנשקפת מבעד לעיניה של אוכלוסיית עובדים מנוצלת, אשר שבה, בסופו של יום, למדינתה וחולקת את רשמיה עם אחרים.

על החברות בקהיליית האומות בנות התרבות

ב 32. בהקשר אחרון זה אוסיף עוד היבט מהותי אחד אשר אפשר שנתר, ולא בצדק, בצילו של הדיון במרכיביה הטכניים של הכבילה. כוונתי היא לאחריות שמדינת ישראל חייבת ליטול על עצמה מתוך השתייכותה לקהילת המדינות הנאורות ועל יסוד מחויבותה לערכים אוניברסליים של צדק ושל מוסר (ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית [15], בעמ' 206). אלה אינם מאפשרים, להשקפתי, את המשך החלתו של משטר הכבילה. אפילו אין לעובד הזר זכות קנויה לעבוד בישראל, יש לה, למדינה, חובה שלא להרע עמו מעת שבה בתחומיה, ובפרט לאחר שהיא עצמה הזמינה אותו לעשות כן. רוחה של המאה ה-21, רוח של פתיחות ושיתוף פעולה חוצה גבולות, לא תוכל להשלים עם כך. צירוף מוקשה ומוזר של גלובליזציה, מחד גיסא, ודבקות בדיני-עבר של צמיתות ושעבוד, מאידך גיסא – לא ניתן להלום. אכן, בחלקם הראשון של דבריי הובאו דוגמאות – רבות ומטרידות – לפגיעתם של הסדרי כבילה בעובדים זרים לאורך התבל ולרוחבה, ובכלל זה בדמוקרטיה מערבית מתקדמות ונאורות. איני סבור כי המסקנה הצומחת מכך היא שעלינו להכיר בכבילה ככרע הכרחי או, גרוע מכך, ככתופעה רצויה ומקובלת. מניסיונם הרע של אחרים נוכל אנו ללמוד, מתוך שלא ניחפז לאמץ אל שיטתנו אלא את שראוי לאמצו. כמאמרו של השופט א' ויתקון: "ייתכן שבשאלה זו או אחרת תהיה לציבור [הישראלי] השקפה משלו, שאינה מזדהה עם השקפתם של עמים אחרים, ואין צריך לומר שבמקרה כזה נהיה מודרכים אך ורק על-ידי השקפת הציבור שלנו" (ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון [16], בעמ' 1026). זכויותיו של האדם החלש טבען שאין הן נישאות על גלים של פופולריות ואהדה, כי אם נטועות בהשקפה ערכית מוצקה ומבוססת. את זו יראנו מצפוננו החברתי, ומי ייתן ואורו יקרינ גם על אחרים זולתנו.

א

בהתייחסו להגירת העבודה באירופה של שנות ה-70, טבע הסופר והמחזאי השווייצרי מקס פריש אמרה אשר מרבים לצטטה. "קראנו לזוג ידיים עובדות", הוא אמר, "ובאו בני אדם" (Wir riefen Arbeitskräfte, und es kamen Menschen). אכן, עובדי ילמזלר, קודם שמשמשים הם זוג ידיים, בני אדם הם. בכך ראוי כי נכיר. על הדבר להשתקף בהסדרינו המשפטיים. זה היחס שבו נזכה את העובד הזר הבא בשערנו.

א

השופטת א' חיות:

ב

חברי השופט א' א' לוי שב ופרש בחוות דעתו המקיפה את עקרונות היסוד שעליהם עמד בית משפט זה לאחרונה בבג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל [1] (להלן: פרשת קו לעובד). מכוח עקרונות אלה, נפסל בפרשת קו לעובד נוהל שנהג בענפי החקלאות, הסיעוד והתעשייה ולפיו הותנה רישיונם של עובדים זרים לשהייה ולעבודה בישראל בכבילתם למעסיק ספציפי. על אותו נוהל אמר חברי השופט א' א' לוי שם (בפסקה 29 לפסק דינו):

ג

"הסדר הכבילה למעסיק פוגע בזכויות היסוד של העובדים הזרים. הוא פוגע בזכות הטבועה לחירות. הוא פוגע בחופש הפעולה של האדם. הוא מאיץ 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 אלה, פוגע הסדר הכבילה למעסיק בכבודו ובחירותו של האדם במובנם היסודי ביותר".

ד

ה

דברים נכוחים אלה אומצו על ידי הנשיא א' ברק ועל ידי המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין שהוסיף משלו באותה פרשה, ובעקבותיהם נפסלו כאמור הסדרי כבילה של עובדים זרים למעסיקיהם. דומה כי אין – ולא יכולה להיות – מחלוקת בין חבריי באשר לעקרונות היסוד העומדים בבסיס ההלכה שנפסקה בפרשת קו לעובד [1], אך חבריי חלוקים באשר ליישומה של הלכה זו בנסיבות המיוחדות של המקרה שלפנינו.

ו

במחלוקת זו דעתי כדעתו של חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין וכמוהו ומטעמיו סבורה אף אני כי הסדר האופסט הוא הסדר חריג בעל מאפיינים

ז

א ייחודיים, המצדיק את החרגתה של החלטת הממשלה נושא העתירה מן הכלל הפוסל הסדרי כבילה. עם זאת, ברצוני להדגיש כי בעיניי ניתן להשלים עם הסדר זה כחריג, בין היתר, בשל היותו קצוב בזמן. אך אם יתממש החשש שמעלה חברי השופט א' א' לוי ודחיית העתירה דנן "תוליד החלטות דומות בעתיד", כי אז יהיה צורך לשוב ולבחון את חוקיותן של החלטות אלה, ולא מן הנמנע כי תידרש לגביהן מסקנה שונה. עוד ברצוני להדגיש כי לנוכח המגבלה המוטלת על עובדי יילמזלר בהיותם בישראל לעבור למעסיק אחר, קיימת בעיניי חובה מוגברת ומיוחדת לשמור על זכויותיהם של עובדים אלה, ויש לצפות כי המשיבים יקפידו בכך ויתמידו בקיום פיקוח שוטף והדוק על תנאי העסקתם.

ג הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין.
ניתן היום, ז' בתשרי התשס"ח (19.9.2007).

ד

ה

ו

ז