

העותרות:

1. "קו לעובד"
2. מוקד הסיוע לעובדים זרים
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל
4. עמותת רופאים למען זכויות אדם
5. מכון אדווה
6. עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי (ע"ר 5580327021) - מפעילת מוקד זכויות מובטלים

ע"י ב"כ עוה"ד ע. אלבין ו/או ד. רוני ו/או נ. זיו ו/או ק. חרבון ו/או ד. ספיבק ו/או ד. סייף ו/או ע. בן-דור ו/או א. הרמלין ו/או ד. פיש ו/או ל. גולן ו/או מ. אהרוני  
מהתוכנית למשפט ורווחה באוניברסיטת תל-אביב  
טל: 03-6405235 פקס: 03-6407422

**נגד**

המשיבים:

1. ממשלת ישראל
  2. שר הפנים
  3. שר העבודה והרווחה
- ע"י ב"כ פרקליטות המדינה - מחלקת בג"צים  
רחוב צלאח א-דין 29 ירושלים
4. התאחדות הקבלנים והבונינים  
רחוב מקווה ישראל 18 תל-אביב 61000 ת.ד. 37502
  5. איגוד מגדלי הפרחים  
רחוב בן אביגדור 2 תל-אביב

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת לזמן את המשיבים ולחייבים ליתן טעם בנושאים הבאים:

- א. מדוע לא יימנעו מהבאת עובדים זרים לישראל באשרות אישיות למעסיק, הכובלות את העובד למעסיק ספציפי ומונעות ממנו לעבור ממעסיק למעסיק באותו ענף בתקופת תוקף האשרה.

ב. מדוע לא ישתמש המשיב מספר 3, שר העבודה והרווחה, בסמכותו הקבועה בסעיף 6א לחוק עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), התשנ"א-1991 (להלן: "חוק עובדים זרים") ויתקין תקנות אשר יאפשרו מעבר חופשי של עובדים בין מעסיקיהם.

ג. מדוע לא יעניקו המשיבים לעובדים הזרים אשרות עבודה ענפיות שיאפשרו להם חופש תנועה בין מעסיקים שונים בענף.

## להלן נימוקי העתירה:

### נושא העתירה

עתירה זו מוגשת על רקע סיום מדיניות "השמים הסגורים" וקבלת החלטה ממשלתית המאפשרת הבאתם של כ- 6000 עובדים זרים חדשים לתגבור כוח העבודה בענף החקלאות, ועוד 5000 עובדים לתגבור בענף הבניין, והכל על בסיס ההסדרים הקיימים שבראשם "הסדר הכבילה למעסיק ספציפי" (להלן: "הסדר הכבילה") המתנה את תוקף האשרה אך ורק בעבודה עבור מעסיק מסוים ששמו נקוב באשרה, והופך עובד, המתנתק ממעסיקו לשוהה בלתי חוקי שדינו מעצר וגירוש.

תוצאותיה של מדיניות הכבילה חותרות תחת אושיות המשפט ועקרונות יסוד בשיטתנו המשפטית, זאת הואיל והסדר הכבילה הופך את העובד הזר לרכושו של המעסיק. תפיסה מעין קניינית זו גוררת עמה תוצאות הרות אסון כגון: פגיעה מהותית בכבוד האדם, סחר בעובדים, ניודם, תעשיית כספים הנבנית על חשבון העובד, פגיעה בגופו, בזכויות המגן, זכויות עובדים ועוד.

הסדר הכבילה נעשה לפי סעיף 6 בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "החוק") לפיו רשאי שר הפנים "לקבוע באשרה או ברשיון-ישיבה תנאים שקיומם יהיה תנאי לתקפם של האשרה או של רשיון-הישיבה". העותרות טוענות כי הסדר זה הנו בטל שכן הוא פוגע בכבוד האדם וחירותו, חורג מהסמכות שהוקנתה לשר הפנים במסגרת החוק, הוא אינו סביר ואינו מידתי וכן נוגד הוראות מדיני החוזים החלים ביחסי עבודה.

עד היום לא הועלתה בפני בית המשפט הנכבד שאלת מדיניות הכבילה בנוגע לכל העובדים הזרים בישראל והשפעת העסקתם על המשק הישראלי. כיום מתנהלות בבית המשפט שתי עתירות - בבג"צ 6883/00 בקטיטה דייווה ואח' נ. שר הפנים ואח' ובבג"צ 2442/02 סוסאנה קיסוס ועמותת "קו לעובד" נ. השר לביטחון פנים ואח' המתייחסות לאספקטים שונים ומצומצמים יותר של הסדר הכבילה.

### הצדדים

1. העותרות הן ארגוני זכויות אדם הפועלות בתחומים שונים בהגנה על אוכלוסיית העובדים הזרים בישראל.

2. העותרת מספר 1 שמה לה למטרה את ההגנה על זכויותיהם של עובדים חלשים המועסקים בישראל, ובכללם העובדים הזרים.

3. העותרת מספר 2 פועלת במטרה להגן על זכויותיהם של העובדים הזרים בכלל, והמועמדים לגירוש בפרט. העמותה מסייעת בכל דרך אפשרית לזרים עצורים המועמדים לגירוש מישראל, על מנת שיוכלו לממש את זכויותיהם מול מעבידיהם ומול הרשויות השונות.
4. העותרת מספר 3 היא גוף הפועל למען הגנה על זכויות האדם בישראל לרבות הגנה על זכויות העובדים הזרים.
5. העותרת מספר 4 הנה ארגון זכויות אדם הפועל לקידום הנגישות והשוויון לשירותי בריאות, במיוחד לקבוצות חלשות, ובין השאר מייצג עובדים זרים בסוגיות הקשורות לבריאות וכן מעניק להם טיפול רפואי.
6. העותרת מספר 5 היא גוף העוסק בניתוח המדיניות הציבורית מנקודת ראות של שוויון וצדק חברתית. במסגרת זו עסקה העותרת במחקר ובסנגור בתחום של העובדים הזרים והעיוות שיוצרת העסקת עובדים זרים בשוק העבודה הישראלי.
7. "מוקד זכויות מובטלים" של העותרת מספר 6 הוא מרכז ארצי המסייע לדורשי עבודה בישראל ופועל למניעת האבטלה במשק הישראלי. בין השאר ניתנים ייעוץ משפטי לדורש העבודה, הכוונה, פנייה לרשויות, סיוע בכתיבת כתבי ערר וייצוג בועדות ערער של שירות התעסוקה ובבתי משפט.
8. המשיבה מספר 1 הנה ממשלת ישראל אשר קיבלה את ההחלטה לאפשר הבאתם של כ-7000 עובדים זרים חדשים לישראל לענפי החקלאות ובניין, וזאת על אף קיומו של הסדר הכבילה, ונכונותם של אלפי עובדים ישראלים וזרים השוהים בישראל ללא היתר לעבוד.
9. המשיב מספר 2 הנו שר הפנים, אשר בשל מדיניותו מוחל הסדר הכבילה, וזאת על בסיס סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל.
10. המשיב מספר 3 הנו שר העבודה והרווחה אשר לו נתונה הסמכות לפי סעיף 6א לחוק עובדים זרים להתקין תקנות אשר יאפשרו מעבר של עובד זר בין מעסיקים.
11. המשיבים מספר 4 ו-5 צורפו לעתירה הואיל ובפרסומים שונים הוצגו כגופים העלולים להיפגע מהסעד המבוקש בצו הביניים.

## רקע

12. על כל עובד זר המגיע לישראל מוחל הסדר הכבילה במסגרתו העובד רשום על שם מעביד מסוים, הוא אינו יכול לעבוד במקביל בעבודה נוספת, וכן מנוע מלעבור ולעבוד אצל מעסיק אחר. במסגרת הסדר זה מחויב המעסיק לדאוג ליציאתו של העובד הזר מן הארץ בתום יחסי העבודה ביניהם.
13. בשנה האחרונה הוציא משרד הפנים נהלים אשר כותרתם מעבר של עובדים זרים בין מעסיקים. ואולם יצוין כבר כעת, כי אין המדובר בנהלים רשמיים, אשר תורגמו ופורסמו כנדרש על פי הדין, אלא זוהי פיקציה חסרת כל בסיס אשר לא שינתה את מציאות שוק

העבודה בכלל ושוק העסקת העובדים הזרים בפרט כך שבפועל נמשכת מדיניות הכבילה, כפי שהיתה מוכרת מימים ימימה.

**הנהלים מצורפים בזאת ומסומנים נספחים א' ו- ב'.**

14. מכאן, על אף קיומם של נהלים אלה המציאות הנה כזו בה ממשיך לחול הסדר הכבילה והשלכותיו. תוצאותיה החמורות של הכבילה למשק הישראלי יתוארו בהרחבה בעתירה זו, אולם יצוין כבר עתה כי אין לאפשר הבאתם של עובדים זרים נוספים לישראל כל עוד מתקיימת מדיניות הכבילה, הן בשל הפגיעה המהותית בזכויות יסוד הצפויה להיגרם לכל עובד המועסק במסגרת ההסדר והן בשל השלכותיו של הסדר הכבילה על שוק העבודה הישראלי.

15. ביום 17.2.02 התקבלה החלטת ממשלה שמספרה 1458 בה הוחלט על הבאת עובדים זרים נוספים לענף החקלאות. עד ליום זה החלטה זו לא יושמה, ואולם ביום ה- 26.5.02 הורה ראש הממשלה לבצע מיידית את ההחלטה ולאשר את הבאתם של 6000 עובדים תאילנדים לענף החקלאות. כן דרש ראש הממשלה כי יוצגו בפניו לוחות זמנים להגעתם של עובדים אלו באופן מידי.

**החלטת הממשלה מצורפת בזאת ומסומנת נספח ג'.**

**הוראת ראש הממשלה למנכ"ל משרד העבודה והרווחה מצורפת בזאת ומסומנת נספח ד'.**

להלן נפרט בקצרה את מנגנוני הבאת העובדים הזרים לישראל ודפוסי העבודה הקיימים :

16. מעסיק המעוניין לקבל עובדים זרים ולהעסיקם מגיש בקשה להיתר העסקת עובדים זרים לשירות התעסוקה. הגורמים המוסמכים בשירות התעסוקה בודקים את הבקשה לפי קריטריונים ומעניקים למעסיק מספר היתרים.

17. רוב המעסיקים אינם מטפלים בעצמם באיתור העובדים בארצות מוצאם ובהסדרת הגעתם לארץ, אלא נותנים את ההיתרים לחברות כוח-אדם הפועלות בענף. זהו ביטוי לאופן בו עובד שוק העובדים הזרים בישראל.

18. בפועל נוצרים דפוסי עבודה שונים בין העובדים לבין מעסיקים: יש מקרים בהם מנוידים העובדים בין פרוייקטים על פי הוראת המעסיק או הוראות נציגי חברת כוח האדם, וזאת לאו דווקא בהתאם לרישום הפורמלי המצוי באשרת העבודה שהונפקה לעובד, ויש שהעסקת העובד נעשית על ידי המעביד הרשום.

19. הבאת העובדים אשר בסופו של דבר מנוידים בצורה "קבלנית" בין פרוייקטים נעשית לרוב באמצעות חברות המאותרות אותם בארצות מוצאם והשגרירות מנפיקה להם ויזה קבוצתית והיא אשר מוצגת בביקורת הגבולות. התוצאה הנה כי העובד אינו יודע כי הוא משויך בלעדית למעסיק הרשום בדרכונו, ומבחינתו יש לו אשרת חוקית להגיע לעבוד בישראל. יצוין כי אפילו אם העובד היה מקבל לידי את מסמך הויזה הקבוצתית, ספק רב אם מבין את מהותו ותוכנו, ובדאי את הסדרי ה"כבילה" שבבסיסו.

20. ברוב רובם של המקרים, נלקח הדרכון מהעובד לאחר שעבר את ביקורת הגבולות ואינו מוחזר לו עוד. כך, אם נעצר העובד על ידי המשטרה, הוא אינו יכול להציג את הדרכון. מכיוון שבמקרים רבים מנויד העובד למעסיק אחר, לעיתים למעסיק שמעולם לא קיבל היתרים להעסקת עובדים זרים, עבודתו עומדת בניגוד לתנאי האשרה ונחשבת כ"עבודה בלתי חוקית". מכאן, אף אם היה מציג את דרכונו לא היה בכך כדי להועיל לו.

21. כך, עקב הסדר הכבילה, הופך העובד לשוהה בלתי חוקי, שכן אינו מקיים את תנאי רשיון הישיבה הכובל אותו למעסיק מסוים. העובד הופך - בניגוד לרצונו, בניגוד לידיעתו ומבלי שביצע אקט רצוני כלשהו - לעבריין.

22. לאחרונה טיפלה העותרת מספר 2 ב-18 עובדים של חברת דניה סיבוס (להלן: "החברה") אשר נעצרו בטענה כי הם שוהים ללא אשרה בישראל, וזאת על אף שלא עזבו את המעסיק שעל שמו רשומה אשרת שהייתם. העובדים סברו, בתום לב, כי הם עובדים באופן חוקי בישראל, כאשר הם לא יכלו לדעת את מועד סיום אשרת שהייתם הואיל ודרכונם הוחזק על ידי המעסיק. מהדיון בבית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין עלה, כי הואיל ומדיניות הממשלה הנה שלא להאריך אשרות שהיה של עובדים, המשיך המעסיק להעסיקם, לאחר שפג תוקפה של אשרת שהייתם ומבלי שזו הוארכה וחמור מכך המעביד לא הביא זאת לידיעת העובדים. זוהי דוגמא קלאסית של עובדים המוצאים עצמם שוהים שלא כדין בישראל **ללא ידיעתם וללא רצונם**. יצוין כי בית הדין קבע בנוגע לכל העובדים כי הם **ישוחררו בערבות, לא יעבדו עד לצאתם מן הארץ ויעזבו את הארץ בתוך חודשיים**.

#### פרוטוקולים מדיוני בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין רצ"ב ומסומנים נספחים ה'10-1.

23. אף כאשר ישנם יחסי עבודה חוקיים, לכאורה, בין המעסיק לעובד הזר, דהיינו כאשר העובד מועסק אצל המעביד הספציפי הרשום בדרכונו, הסדר הכבילה מעצים את פערי הכוחות שבין העובד למעביד ומאפשר פגיעה מהותית של המעביד בעובד הזר מבחינה כלכלית, פיסית ומעמד משפטי כל זאת בנוסף לפגיעה בכבודו של העובד הנובעת מעצם היותו כבול למעסיקו.

24. הפגיעות מתבטאות בהפרות של חוקי עבודה, בכליאות של עובדים על מנת שלא "יברחו" מהמעסיק שאמור "להזדכות" עליהם בסיום יחסי העבודה, בלקיחת דרכונם, הלקאות, תנאי מחייה ירודים ועוד פגיעות כאלה ואחרות בזכויות אדם בסיסיות.

#### רשימת עובדים שדרכונם הוחזק ע"י מעסיקם רצ"ב ומסומן נספח ו'.

25. כתוצאה ממצב דברים זה נאלצים העובדים לעזוב את מקום עבודתם, ואין הם עושים זאת בקלות, הן בשל החשש מהפיכתם לשוהים ללא אשרה בישראל והן בשל החובות הכספיים שצברו עקב סכומי העתק שנדרשו לשלם תמורת הגעתם לארץ.

26. מעבר לכך, הרווחיות שבעצם הבאתו של העובד הזר הביאה ליצירתם של אינטרסים לייבוא עובדים מבלי שיש כוונה להעסיקם, וכך משהגיעו העובדים הזרים לישראל ולא השתלבו אצל המעסיק הרשום הופכים הם אוטומטית לשוהים שלא כדין ודינם כליאה וגירוש.

הסדר הכבילה **כשלעצמו** הנו הסדר הפוגע בנורמות בסיסיות של כבוד האדם, חירות הפרט וחופש החושים ביחסי עבודה. בנוסף, הוא מתערב בשוק העבודה החופשי שכן הוא מונע את האיזונים והבלמים הטבעיים הקיימים בו על ידי החלשת כוחו של העובד. **הסדר הכבילה מתערב בצורה בוטה ביחסי העבודה בין המעסיק לבין העובד, על ידי חיזוק המעסיק והחלשת העובד.** החלשת כוח העובד הזר משליך באופן טבעי על כוחו של העובד הישראלי, שכן שניהם שחקנים באותו שדה עבודה ועל כן הוא מוביל לפגיעות קשות אף בעובדים אלה.

התערבות זו גוררת עמה פגיעות רבות לעובדים הזרים, אשר חלקן תוארו לעיל וחלקן יבוארו להלן:

### 27.1 הפיכת העובדים הזרים לרכוש מעסיקהם:

- א. הסדר הכבילה הנו הסדר רכושי - העובד אינו יכול לעבור למעסיק אחר ועל כן הוא רכוש של המעסיק שהביא אותו. הרגולציה המדינית יוצרת תפיסה מעין קניינית זו, על ידי הסדר הכבילה, ומעגנת אותה ברישומי משרד הפנים הקובעים את שיוכו של עובד מסוים למעסיק שעל שמו הוא רשום.
- ב. הביטוי המעשי למימוש "זכותו הקניינית" של המעסיק את העובד ניכר בלקיחת דרכונים, כליאת העובדים, נידום שלא כדין, פגיעה בתנאי שכרם ועוד כהנה וכהנה פגיעות חמורות בכבוד האדם ובחירותו.
- ג. כתוצאה מכך, כאשר עובד זר נאלץ לעזוב את מעסיקו, למשל בשל אי תשלום שכר או התעללות פיסית, קמים להם "ציידי ראשים" אשר תרים אחר "הרכוש" ש"ברח" להם. כך למשל לפני כשנה נמצאה בדרום תל-אביב כרזה בה הוצעה תמורה כספית של \$3000 לכל המוסר מידע על מקום הימצאם של עובדים אשר תמונותיהם פורסמו בכרזה, ואשר לפי הכתוב ברחו ממעסיקם החוקי. כך, בישראל של שנות ה-2000 מוצע פרס כספי על ראשי אנשים.

#### הכרזה מצורפת בזאת ומסומנת נספח ז'.

- ד. המדינה אינה מפעילה את סמכויותיה על פי הדין ואינה דורשת מן המעסיקים למלא אחר דרישות החוק ו/או אינה נוקטת כנגדם בצעדים שימנעו חזרה על מעשים אלה. כך למשל, עד היום לא שלל שירות התעסוקה ולו היתר אחד להעסקת עובדים זרים על פי סמכותו בסעיף 34(ב) לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט - 1959 ואותו מעסיק, אשר פגע בעבר בעובד זר, יכול לקבל עובד אחר תחתיו. העדר האכיפה מצד המדינה משקף את תפיסתה בכל הנוגע לשוק העסקת העובדים הזרים.

מכתבו של עו"ד עמנואל וייל, עוזר ליועץ המשפטי של שירות התעסוקה נוגע להעדר האכיפה רצ"ב ומסומן נספח ח'.

## הפרה של חוקי המגן וביניהם חוק שכר מינימום המחייבים גם את מעסיקי העובדים הזרים:

א. כתוצאה מהסדר הכבילה מתקשה העובד לעמוד על זכויותיו על פי דין, שכן הסדר הכבילה מתערב ביחסי העבודה תוך מתן כוח עודף למעסיק על חשבון העובד. באופן טבעי כתוצאה מכך נחלשות זכויות העובד, ובין השאר זכויותיו על פי חוקי המגן. על פי דו"ח מבקר המדינה משנת 1999, 68.5% מהעובדים הזרים לא השתכרו שכר מינימום בשנת 1997 ובמחצית הראשונה של 1998. בדו"ח נכתב כי:

*".. העובדים הזרים הם המגור הפגיע ביותר, מבחינת ההפרה של חוק שכר מינימום. ניצול העובדים הזרים בידי מעסיקים עולה גם מסקר של הרשות לתכנון כוח אדם מ-1998 על העובדים הזרים ללא היתר בישראל. כ-70% מהמרוואיינים השתכרו פחות משכר המינימום לשעה, כ-40% לא קיבלו את שכרם במועד המוסכם, ומהם שלא קיבלו את מלוא שכרם".*

ב. הדו"ח מוסיף וקובע כי הסדר הכבילה הוא הסיבה המרכזית למצב זה. כמו כן, מדו"חות המחלקה לאכיפת חוקי עבודה, במשרד העבודה והרווחה עולה תמונה עגומה אף יותר: בשנת 1998 כ-78% מהעובדים הזרים לא השתכרו שכר מינימום! בשנת 1999 חלה "הטבה מסוימת" ו"רק" 69% מהעובדים הזרים לא קיבלו שכר מינימום. הצפי לשנת 2000 היה כי 80% מהעובדים הזרים לא יקבלו שכר מינימום!

החלק הרלוונטי מדו"ח מבקר המדינה מצורף בזאת ומסומן נספח ט'.

ג. ויודגש, על אף שידוע לכל כי זכויות העבודה של העובדים הזרים נפגעות מדי יום ביומו, הרי שיחידת האכיפה של משרד העבודה והרווחה ממעטת לפעול כדי לאכוף את חוקי המגן על העובדים הזרים. העדר האכיפה, יחד עם הסדר הכבילה, יוצרים את התשתית הנוחה למעסיק לעשות ככל העולה על רוחו לעובד.

ד. ניסיון של העותרות מלמד כי פגיעה בהיקף גדול יותר נעשית בכל הנוגע לחוקי מגן אחרים להם מחויבים המעסיקים - חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951; חוק חופשה שנתית, התשי"א-1951; חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; חוק עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), התשנ"א-1991.

## כליאה וגירוש של העובדים:

א. במסגרת טיפולן בנושא נתקלו העותרות באין ספור אירועים בהם עובדים זרים, אשר נאלצו לעזוב את מעסיקם בשל התעללות כלכלית ו/או פיסית נאסרו וגורשו מן הארץ. זוהי אחת התוצאות הקשות ביותר של הסדר הכבילה.

ב. חשוב להדגיש כי אוכלוסיית העובדים הזרים הנה אוכלוסייה נורמטיבית של אנשים קשי יום שכל רצונם הוא לעבוד לפרנסתם ולפרנסת משפחתם ואשר הגיעו לישראל כדין, על פי הזמנת המדינה. הסדר הכבילה גורם לכך שאנשים אלה הופכים לעבריינים **בשל ניתוק יחסי עובד מעביד בכלל ובנסיבות של עושק והתעללות מצד המעסיק בפרט** ומושמים מאחורי סורג ובריא.

ג. זאת ועוד, כאשר העובד מנוייד בין פרויקטים הוא לרוב אינו עובד אצל המעסיק אשר על שמו רשומה אשרת שהייתו בישראל. כך, אף בעת עבודתו צפוי עובד זה למעצר ולגירוש למרות שהוא ממשיך לעבוד במקום בו הושם. כפי שנאמר, עובדים אלה לרוב אף אינם יודעים מיהו המעסיק שעל שמו רשומה אשרת שהייתם ועל כן בתמימות רבה הם נמצאים שלא כחוק בישראל.

ד. חלקם הגדול של העובדים ממשכנים את עתידם בגייסם את סכומי העתק שהם נדרשים לשלם כדי לעבוד בישראל, המגיעים עד כדי \$13,000. ניתוק יחסי העבודה, וגירושו של העובד טרם שחלפה לה התקופה שבה היה אמור העובד לשהות בישראל וגירושו לארץ המוצא, מעמידה את העובד במצב שבו לא יוכל להחזיר את חובותיו על כל המשמעויות הנובעות מכך.

#### פגיעה בזכות הנגישות של העובד הזר למערכת המשפט:

27.4

א. כאמור, ברגע בו עוזב העובד את המעסיק שעל שמו רשומה אשרת שהייתו הוא הופך לשוהה בלתי חוקי בישראל. כך, עובדים המבקשים לתבוע את מעסיקם על תשלומי עבודה, המגיעים להם על פי דין, מוצאים עצמם פונים לבתי הדין לעבודה רק כאשר הם עזבו את המעסיק או כאשר הם צפויים לסילוקם מהעבודה לאחר שהמעסיק יגלה שנתבע על ידם.

ב. המציאות מוכיחה כי כמעט 90% מהעובדים המנהלים תביעות שכר מצויים ללא אשרת עבודה תקפה. לפיכך, הם אינם יכולים להישאר בישראל ולנהל את ההליך המשפטי, שכן הם צפויים לכליאה וגירוש.

ג. אומנם קיים הסדר לפיו מוסר העובד הזר עדות מוקדמת בבית הדין לעבודה אולם הסדר זה אינו מספק ואינו מאפשר לתובע לשהות באופן חוקי לאורך כל ההליך המשפטי שהוא מנהל בישראל. ביטול הכבילה היה מאפשר לעובד לעבור לעבוד אצל מעסיק אחר ובמקביל לנהל את תביעתו כנגד מעסיקו הקודם.

ד. כך למשל לעותרת מספר 1 הגיעו כארבעה עובדים אשר עבדו על בסיס אשרה במפעל מתכת על מנת לברר את זכויות עבודתם. לאחר שהוברר להם כי הם זכאים להפרשי שכר וזכויות סוציאליות ביקשו לעכב את הפנייה למעסיק בשל חששם שעבודתם תפסק והם יהפכו לשוהים ללא אשרה חוקית בישראל. ואכן, לאחר שהוגשה תביעת העבודה פוטרו העובדים לאלתר



ממקום העבודה ונאלצו להתפשר על זכויות עבודתם כיוון שחששו מהמעצר והגירוש.

## 27.5 פגיעה בזכותו של העובד לביטוח רפואי:

א. חוק עובדים זרים מחייב את המעסיק שעל שמו רשומה אשרת שהייתו של העובד, לבטח את העובד הזר בביטוח רפואי, אך זאת כל עוד מתקיימים יחסי עבודה ביניהם.

ב. הכבילה, אשר יוצרת מציאות בה לעיתים נאלץ העובד לעזוב את מעסיקו, גוררת עמה פגיעה בזכותו של העובד לביטוח בריאות, שכן בעת העזיבה אין המעביד עוד מחויב בתשלום פוליסת הביטוח והעובד אינו יכול לעבור למעסיק אחר אשר ישלם עבורו את הפוליסה האמורה, בצורה חוקית.

28. כאמור, אלו הן דוגמאות מעטות לתוצאות הקשות הנובעות מהסדר הכבילה, כאשר מציאות עגומה זו הנה מנת חלקם של רוב העובדים הזרים המגיעים לישראל.

29. כפי שצוין, להסדר הכבילה ותוצאותיו הנלוות השפעה ניכרת על תעסוקת ישראלים במשק:

29.1 כפי שיפורט בהמשך, גורמים רבים במדינה התריעו על כך שהעובדים הזרים מחליפים עובדים ישראלים בענפי עבודה שונים, זאת בשל העלות הנמוכה של עבודתם, אשר כאמור נובעת בעיקר בשל הסדר הכבילה ואי אכיפת חוקי העבודה על המעסיקים.

29.2 ביום 28.2.02 פרסם צבי אקשטיין כתבה בעיתון "הארץ" - **עובדים זרים מחליפים ישראלים, והקבלנים נהנים**, בה נאמרו הדברים הבאים:

*"כיצד קרה שאבטלת הישראלים עלתה, ובאותו זמן גדלה תעסוקת העובדים הזרים? התשובה לכך היא שעובד זר עולה למעביד פחות מעובד ישראלי, עד כדי הפרש של 40%... חישוב פשוט מראה שמי שמעסיק עובד זר בענף הבנייה זוכה ברווח סמוי (רנטה כלכלית) של 400 דולר לחודש או 4,800 דולר לשנה... יש במה להתחלק עם הפקידים, ויש גם מספיק בשביל מודעות ענק בעיתונים. זהו מקור אדיר לשחיתות, אבל מעל לכל - גורם מרכזי לירידה בתעסוקה ובשכר של אוכלוסייה רחבה של ישראלים בעלי השכלה נמוכה" (הדגשה לא במקור - ע.א.).*

**הכתבה מצורפת בזאת ומסומנת נספח י'.**

29.3 מניסיוןן של העותרות, העובדים הזרים פגעו בצורה מהותית בשכבת אוכלוסייה אשר עסקה בעבר במקצועות בהם מועסקים העובדים הזרים, וכיום איננה מועסקת עוד על ידי המעסיקים המעוניינים ברווח הכלכלי שבהעסקת זרים. דברים אלה נאמרו מפורשות בדו"חות של בנק ישראל ומבקר המדינה אשר מצוטטים בהמשך.

29.4 ואכן, ניסיונה של העותרת מספר 6 מלמד כי לעובדים ישראלים רבים הפונים למקומות עבודה מוצע שכר הנמוך משכר המינימום, כאשר המעסיקים טוענים כי אין טעם שישלמו שכר גבוה לישראלים כאשר הם יכולים להשיג עובד זר בשכר הנמוך בהרבה.

מכתב בעניין זה שנשלח על ידי עו"ד אמיר פוקס, היועץ המשפטי לשעבר של העמותה מצורף בזאת ומסומן נספח יא'.

30. בקצרה נציין עוד, כי אף למעסיקים נגרמת פגיעה כתוצאה מהסדר הכבילה, שכן כיום הם אינם יכולים לקבל עובדים אחרים תחת אלה שעזבו אותם. ביטול הכבילה ישנה מצב זה ויטיב אף עם המעסיקים.

**דומה כי אין גורם במדינת ישראל אשר סבור כי יש להמשיך ולקיים את הסדר הכבילה. לעומת זאת קיים קונצנזוס בין גופים רבים על הצורך בביטולו או בשינויו:**

31. בדו"ח מבקר המדינה מספר 49 נאמר:

*"הפער בין עלות העסקתו של עובד זר לעלות העסקתו של עובד ישראלי מושפע, במידה רבה, מהתנאי שבהיתר העבודה לזר, לפיו הוא ניתן אך ורק לעבודתו אצל המעסיק הנקוב בהיתר. זר העובד בהיתר, שעזב את מעסיקו ועובד אצל אחר, הופך להיות לעובד בלתי חוקי הצפוי לגירוש, גם אם טרם פג מועד היתר העבודה שניתן לו. עובדה זו מגבירה את התלות של העובד הזר במעסיקו, ומונעת תחרות בין המעסיקים על שירותי העובדים הזרים." (הדגשה לא במקור - ע.א.).*

החלק הרלוונטי מדו"ח מבקר המדינה מצורף בזאת ומסומן נספח ט'.

32. ביום 18.12.00 פרסם בנק ישראל המלצות בכל הנוגע להעסקת עובדים זרים בישראל. תחת הכותרת **המלצות מדיניות** נכתב:

*"יש לשנות את שיטת האישורים לעובדים זרים ובמקום לתת אותו למעסיק, לתת אותו במישרין לעובד, שכן צמידות זו למעסיק יחיד מאפשרת תשלום שכר לא תחרותי והעסקה בתנאים בלתי סבירים. יכולתם של עובדים זרים לעבור ממעסיק למשנהו תתרום להעלאת שכרם ולקירובו לרמה תחרותית. הקטנת מספר העובדים הזרים שתנבע מצעדים אלה תתרום להגדלת תעסוקת הישראלים" (הדגשה לא במקור - ע.א.).*

החלק הרלוונטי מהודעת בנק ישראל מצורף בזאת ומסומן נספח יב'.

33. המלצה דומה ניתנה בדו"ח בנק ישראל כבר בשנת 1997.

34. בשנת 1998 הוציא המכון הישראלי לדמוקרטיה מסמך הודן בהעסקת עובדים זרים. בין השאר נקבע בדו"ח: **"ההסדר הקיים לפיו העובד הזר מוצמד למעביד שהביאו ארצה ואינו יכול לעבור לעבוד אצל מעסיק אחר, מונע תחרות בין מעסיקים וגורם לשכר העובדים הזרים להיות נמוך ממה שהיה נקבע בתנאי שוק תחרותי"**.

35. ההמלצה היתה חד משמעית - לבטל את הסדר הכבילה. המלצה זו אף ניתנה על ידי ועדה שהקים שר העבודה והרווחה, הרב שלמה בניזרי, לבחינת היקף העסקת זרים במשק הישראלי. בעמ' 23 לדו"ח נכתב: "הועדה ממליצה שבמסגרת שינוי שיטת הקצאת ההיתרים והמעבר למכרז **יבוטלו הסדרי הכבילה ותובטח ככל שניתן ניידות העובדים הזרים לשם הגברת התחרות**".

החלק הרלוונטי מהמסמך של המכון הישראלי לדמוקרטיה רצ"ב ומסומן נספח יג'.  
החלק הרלוונטי מדו"ח הועדה לבחינת היקף העסקת זרים במשק הישראלי מצורפת בזאת ומסומנת נספח יד'.

36. מזה שנה ומחצה פועלת ועדה בין-משרדית אשר הוקמה על מנת לשנות את הסדר הכבילה. הועדה היתה אמורה להעביר מסקנותיה לפני כשנה, אולם עד ליום זה, על אף מספר מכתבים שנשלחו על ידי העותרות בהן ביקשו לקבל את מסקנות הועדה, לא ניתנו המסקנות והסדר הכבילה עדיין מונהג על ידי משרד הפנים.

המכתבים שנשלחו על ידי העותרות מצורפים בזאת ומסומנים נספח טו' 1-5.

37. הנה כי כן, ניתן לראות כי הצורך בביטולו של הסדר הכבילה והיותו גורם הרסני למשק ולחברה בישראל אינו שנוי במחלוקת אמיתית, ורק אוזלת ידם של הרשויות הנובעת מחולשתו של מגזר העובדים הזרים והתערבותם של מעסיקים ובעלי קשרים, היא שמונעת את שינויו.

38. אומנם בשנה האחרונה הוציא משרד הפנים שני נהלים אשר כותרתם מעבר עובדים זרים בין מעסיקים (אשר צורפו לעתירה זו כנספחים א' ו- ב') ואולם המציאות מראה כי נהלים אלה הנם פיקציה חסרת כל בסיס.

39. כך למשל, הנהלים מעמיסים קשיים בירוקרטיים ומכשולים על העובדים הזרים, וביניהם דרישה למכתב מהמעסיק הקודם (בנוהל הראשון), דרישה לתשלום ערבות (הנוהל הראשון), בדיקות רפואיות, בדיקת מצב משפחתי ועוד כהנה וכהנה הליכים, אשר העובד לא היה נדרש להם במידה והיה נשאר אצל מעסיקו הקודם.

40. דוגמא מובהקת לתפיסת המדינה את נהלי המעבר נמצאת בתשובת המדינה לבג"צ 2442/02 סוסאנה קיסוס ועמותת "קו לעובד" נ. השר לבטחון פנים ואח'. בתשובתה נכתבה על ידי המדינה הפסקה הבאה: "עוד יודגש, כי בכל מקרה וגם על-פי הנוהל החדש לא יאושר מעבר עובד זר ממעסיק למעסיק רק בשל רצונו של העובד הזר להשתכר יותר מכפי שסוכם עמו מראש". על כן, לגישת המדינה, במידה וסוכם עם העובד כי ישתכר פחות משכר המינימום הרי שאין מקום לאפשר לו לעבוד למעסיק אחר!

תשובת המדינה מצורפת בזאת ומסומנת נספח טז'.

41. בפועל, נוהל זה אך ורק מקשה על המעבר ולעותרות לא ידוע על מקרה אחד של עובד אשר הצליח לעבור בין מעסיקים במסגרת הנוהל בכוחות עצמו, והמעברים אשר בוצעו בעקבות סיוע של גורמי חוץ, כגון העותרות או חברות כוח אדם, היו בתחום הסייעוד בלבד.

42. ויודגש, הואיל ונהלים אלה אינם מטפלים בבעיה מן השורש הרי שאין בהם כדי להביא לפתרון אמיתי לכל התופעות אשר תוארו בעתירה זו.

43. ביום 1.1.02 שלחו העותרות 1-3 יחד עם התוכנית למשפט ורווחה באוניברסיטת תל-אביב מכתב בו העלו את הקשיים הכרוכים בנוהל המעבר. כמו כן העלה המכתב את הצורך בהליך ליגליזציה של העובדים הזרים השוהים בישראל ללא אשרת שהייה. ביום 10.4.02 התקבלה תשובת שר העבודה והרווחה למכתב.

**המכתב מצורף בזאת ומסומן נספח יז'.**

**תגובת שר העבודה והרווחה מצורפת בזאת ומסומנת נספח יח'.**

44. ביום 15.5.02, בעקבות ההודעה על הגעתם של 2000 עובדים נוספים לענף החקלאות, הוציאה העותרת מספר 1 מכתב לשר הפנים ולשר העבודה והרווחה בו התריעה על בעיית הכבילה והביעה התנגדותה להבאת העובדים כל עוד עומד הסדר הכבילה בתוקף. עד ליום זה לא התקבלה כל תגובה לפנייה זו.

**המכתב מיום 15.5.02 מצורף בזאת ומסומן נספח יט'.**

45. בשלב זה, ולאחר שמוצו כל ההליכים בעשרות מכתבים שנשלחו במהלך השנתיים האחרונות על ידי העותרות, ולאור הגעתם המיידית של אלפי עובדים זרים חדשים לישראל לא נותרה בידי העותרות כל ברירה אלא לפנות לבית משפט נכבד זה.

#### **ההסדר הרצוי**

46. לטענת העותרות, הפתרון לבעיית הכבילה הנו הוצאת היתרי עבודה ענפיים, כאשר ההיתר יינתן על שם העובד ולא המעסיק ("הכבילה הענפית"). זהו פתרון ראוי המתמודד הן עם בעיות העובדים אשר פורטו לעיל והן עם הצורך לספק למעבידים נגישות לעובדים הזרים.

47. כך, העובדים יקבלו אישור עבודה בענף מקצועי מסוים, למעבידים לא תהיה מכסת אשרות להעסקת עובדים זרים, אלא יהיו מוגבלים במספר העובדים שהותרו להעסקה בתוך הענף. המעסיקים יצטרכו להציע לעובדים תנאי עבודה ושכר שיעמדו בתחרות עם מעסיקים אחרים באותו ענף. פתרון זה יגדיל את תחרות השוק והוא תואם את הפתרון שהוצע על ידי כל הגורמים שאוזכרו בעתירה זו - בנק ישראל, מבקר המדינה, המכון הישראלי לדמוקרטיה והועדה לבחינת העסקת זרים במשק הישראלי. מצב זה יביא לשיפור כוח המיקוח של העובדים הזרים, ויבטיח כי יזכו לתנאי עבודה מינימאליים השומרים על כבודם האנושי. במקביל, הפתרון יאפשר למעסיקים להעסיק עובדים אחרים תחת אלה שעזבו.

48. מעבר לכך, אחת האפשרויות הנה שהפתרון של הכבילה הענפית ייפתח את שוק העסקת העובדים הזרים בפני כל המעסיקים באותו הענף. כך, מעסיקים קטנים, אשר היום בשל היקף עבודתם ו/או העדר קשרים אינם מקבלים היתרים להעסקת עובד זר יוכלו להשתתף בשוק החופשי במסגרת הענפית. בכך לא תהיה העדפה למעסיק מסוים על פני רעהו ותתוקן האפליה הקיימת היום לבעלי עסקים קטנים.

49. ויודגש, אין בכוונת העותרות לקבוע כמה מכסות של עובדים זרים יינתנו על ידי המשיבים. זוהי מדיניות ממשלתית שאין העותרות מלינות עליה, כל עוד תבוטל הכבילה והשלכותיה.
50. על מנת לסייע לרשויות המדינה לפקח ולעקוב אחרי מקום הימצאם של העובדים הזרים, מציעות העותרות לנהל מרשם אליו ידווחו העובדים הזרים על מקום עבודתם.
51. למותר לציין, שאימוץ הסדר הכבילה הענפית יסייע בהקטנת מספרם של העובדים הנמצאים ללא אשרה בישראל, ואף יקרין על תנאי העבודה של העובד הישראלי. כאמור, מסמכי העמדה של בנק ישראל והמכון הישראלי לדמוקרטיה הדגישו את הצורך לשפר את תנאי העבודה של העובדים הזרים על מנת להפחית את כדאיות העסקתם, הליך אשר יוביל להעדפה של כוח עבודה ישראלי.
52. מעבר לכך, העותרות סבורות כי אימוץ הסדר זה יפחית את עלויות המדינה, שכן ידרוש הפעלת מנגנון פשוט בהרבה ביחס לזה הקיים כיום. כמו כן הכבילה הענפית תמנע את מעשי השחיתות הנעשים כיום סביב הכבילה ואשר נועדו לעקוף אותה, כמו הסחר הבלתי חוקי בעובדים.
53. ויודגש, הפתרון המוצע לעיל הנו ההסדר הנוהג במדינות מערביות רבות, ובין השאר בפינלנד, הולנד וניו-זילנד, כאשר הסדר דומה מצוי בארה"ב, קנדה, אוסטרליה, איטליה ושוויץ.
- 54.
- Dennis Campbel, Joy Fisher (Eds.) *International Immigration and Nationality Law (Release 6)* Center for International Legal Studies (Strasbourg, 1999).
55. עוד יוסף, כי פתרון זה איננו חדש למשיבים, שכן הוא הוצע על ידי העותרות באין ספור תכתובות, אשר צורפו לעתירה זו.

#### הטיעון המשפטי

56. למען הנוחות, יעסוק הטיעון המשפטי באי חוקיות הסדר הכבילה. הטיעונים המנהליים מהעדר הסמכות רלוונטיים אף לנהלי משרד הפנים. כמו כן הואיל ולטענת העותרות, הנהלים לא שינו דה-פקטו את הכבילה, אלא הציבו קשיים ומכשולים אשר בפועל מונעים את מעבר העובדים בין מעסיקים, הרי שהפגיעות החוקתיות שידונו רלוונטיות אף הן לנהלים אלה.
57. לטענת העותרות יש להכריז על הסדר הכבילה כבטל, הואיל והוא פוגע בזכויות המוגנות במסגרת חוקי היסוד ובנורמות יסוד חקיקתיות, כגון כבודו של הפרט וחירותו, חופש ההתקשרות וחופש החוזים, אוטונומיית הפרט, חופש הבחירה והפעולה וחופש העיסוק, והואיל ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה, ובעיקר בדרישת המידתיות;

לחילופין יציינו העותרות כי הסדר הכבילה בטל בשל אי קיום תנאי מנהל תקין, ובכללם פעולה שלא על פי סמכות קבועה בחוק, בחוסר סבירות ומידתיות, שקילת שיקולים בלתי רלוונטיים תוך התעלמות מהפגיעה בזכויות האדם;

לחילופין חילופין ידגישו העותרות את פסלות ההסדר, בשל היותו נוגד את הנורמות הקבועות בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ובעיקר את תקנת הציבור ואת דרישת העדר הכפייה.

### הסדר הכבילה - פוגע בזכויות יסוד

58. במהותו, מונע הסדר הכבילה מעבר חופשי של העובד בין מעסיקים שונים. יש בו, אם כן, פגיעה בכבוד האדם במובנו הצר, שכן הוא מנציח את התלות של העובד במעביד, ומאפשר דה פקטו את המשך קיומם של תנאי עבודה בלתי חוקיים ובלתי אנושיים עבור העובד. בנוסף, הסדר הכבילה פוגע בזכותו של אדם לכבוד במובן הרחב - יש בו כדי לפגוע באוטונומיית הפרט, בחופש ההתקשרות וחופש החוזים, חופש הבחירה וחופש הפעולה. זכויות אלה מעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כמו כן יש בו פגיעה מהותית בחופש העיסוק.

### חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

59. הפגיעה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו קיימת הן במובנו הצר והן במובן הרחב. כבוד הנשיא ברק בספרו **פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית**, ע' 318-320 ציין כי:

*"במרכזו של כבוד האדם מונחים קדושת חיי האדם וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון האישי, וחופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם. ביסוד כבוד האדם מונחת ההכרה באנושיות של האדם, ובערכו כאדם, בלא כל קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים. כבוד האדם היא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו...כבוד האדם מניח אדם בן חורין, המהווה מטרה בפני עצמה... כבוד האדם מניח סובלנות, הערכה, הכרה בייחודו של כל פרט, בכושר הבחירה שלו, ובשוויון בין פרטים"*

60. במילים אחרות, *"בבסיסו של מושג זה [כבוד האדם] עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו וזאת במסגרת החברתית עמה הוא קשור ובה הוא תלוי"* (בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מז (2) 812).

### פגיעה בכבוד ובחירות

61. כאשר העובדים המועסקים אצל המעביד הרשום, יוצר הסדר הכבילה מצב בו העובד הנו רכוש של המעסיק. כאשר העובדים מנוידים בין מעסיקים, מנביע הסדר הכבילה תפיסה רכושית שכזו. תפיסה זו, אשר יש הטוענים שהיא מגיעה עד כדי עבדות מודרנית, נוגדת את ההכרה בעובד כישות אוטונומית הזכאית לכבוד אנושי, ובעיקר נוגדת היא את הרעיון לפיו לכל אדם קניין בגופו ובישותו (self-ownership), המונח בבסיס הזכות לאוטונומיה

ולכבוד אנושי. תוצאות הקומודיפיקציה של העובדים הזרים, אשר פורטו לעיל בהרחבה בסעיף 28.1 לעיל הם בהפרות חוזרות ונשנות של זכויות עבודה בסיסיות, שלילת חירותו של העובד (אשר נכלא לעיתים על ידי מעסיקו), לקיחת דרכונו של העובד, פגיעה פיזית בו, ותאני מחייה ירודים, אשר יש בהם כשלעצמם פגיעה בכבוד האדם.

62. הסדר הכבילה אשר מונע את מעברו החופשי של העובד הזר למעסיק אחר בצורה חוקית, פוגע בזכותו הבסיסית של העובד לחירות. פגיעה זו מתעצמת במקרים בהם העובד נאלץ להישאר אצל מעסיק אשר פוגע באופן יומיומי בזכויותיו כאדם וכעובד. גם בנסיבות קשות אלה העובד **מנוע** מחירותו לקום ולעזוב את מעסיקו.

#### פגיעה בחופש החוזים ובחופש ההתקשרות

63. כאמור, הסדר הכבילה אף פוגע בחופש ההתקשרות וחופש החוזים של העובדים שכן הוא מתערב בצורה בוטה בחוזה העבודה בין המעסיק לעובד. חופש החוזים הוגדר *כ"עקרון החשוב ביותר בדיני החוזים בישראל. זה מכבר תיאר בית המשפט העליון את עקרון חופש החוזים כאחד מעקרונות היסוד בתפיסתנו המשפטית והחברתית, וכבעל מעמד של זכות יסוד חוקתית"*. (גבריאלה שלו **דיני חוזים** (מהדורה שניה, ירושלים, 1999) עמ' 25). חופש החוזים פורש כנובע מהזכות לקניין, הקבועה בס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו גם נגזר מן האוטונומיה של הרצון הפרטי, שהיא נגזרת של כבוד האדם.

64. עקרון חופש החוזים חל ביתר שאת ככל שמדובר בחוזה עבודה, *"משום שמדובר בהתקשרות לרכישת פעולת האדם וכוח פוטנציאלי הטמון בו, ולא ברכישת חפץ"* (י' לובוצקי **חוזה עבודה וזכויות העובד** פרק 3 בעמ' 4).

65. חופש ההתקשרות כולל שני נדבכים: חופש ההתקשרות והחופש לעיצוב החוזה. וכך ציינה פרופ' שלו בהקשר זה: זהו *"החופש לבחור את סוג החוזה הרצוי לצד המתקשר והחופש להחליט אם בכלל להתקשר בחוזה ועם מי להתקשר"* (שלו, **דיני חוזים** (מהדורה שניה, ירושלים, 1999) עמ' 25).

66. חופש ההתקשרות הוכר כזכות יסוד חוקתית. ראה לעניין זה:

רע"א 5248/90 אנטין נ' פרנקל, פ"ד מה (5) 139, 143; ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 508, 533.

67. הסדר הכבילה פוגע בחופש של העובד לעצב את חוזה העבודה עם המעסיק שלו. כאשר עובד מועסק על ידי המעסיק הרשום שלו, הפגיעה בחופש החוזים מתבטאת בהעדר מתן אפשרות לעובד להביא לידי סיומו של החוזה, והוא הופך להיות לנתון בידי המעביד. כיוון שהעובד אינו יכול להפסיק את העבודה אצל מעבידו, הוא אף אינו יכול להשפיע על תוכן החוזה שכן הוא משולל כוח מיקוח מול המעביד. כך נוצר מצב אבסורדי מבחינת יחסי העבודה: התועלת שהמעסיק מפיק מן העובד הזר עולה לעין שיעור מן התגמול אותו מקבל העובד הזר עבור עבודתו, כיוון שעקרון חופש הרצון וההתקשרות לא מבטאים כפי שראוי היה בשוק חופשי וליברלי. קיבוע מצב תת-אופטימלי זה פוגע בשוק העבודה של העובדים הזרים בפרט ובשוק העבודה בישראל בכלל.

68. במקרה של עובד המועבר בין פרויקטים שונים לפי החלטת חברת כוח האדם, ברור כי הוא משולל יכולת לעצב את חוזה העבודה שלו מול מעסיקו, שכן הוא מועבר ממעסיק למעסיק, ולעיתים אינו יודע מיהו מעסיקו הפורמלי או מי מעסיקו בפועל. עובד כזה מצוי אף הוא בעמדת נחיתות אל מול המעסיק.

69. מעבר לכך, בע"ע 164/99 דן פרומר ואח' נ' רדגארד בע"מ, פד"ע לד 294, קבע הנשיא אדלר בע"ע 312 כי:

*"ככלל, עובד עובר ממקום עבודה אחד למשנהו במטרה להתקדם ולשפר את תנאי עבודתו. האדם חופשי לעבוד במקום בו יחליט ואם לדעתו המעבר למקום עבודה חדש מיטיב עמו, זכותו לעשות כן".*

70. כך, לגבי עובדים המועסקים על ידי המעסיק הרשום שלהם, גם אם העובד מימש את חופש ההתקשרות שלו בהתקשרות עם מעסיקו הראשון, זכותו היא לממש חופש זה בשנית לשם שיפור תנאי עבודתו. ויודגש, לטענת העותרות הדיון בחופש החוזים צריך להיות מושפע מן האופי האישי המיוחד של חוזה העבודה, ומהיות העבודה אמצעי לפרנסתו, לקידומו ולמימושו האישי של העובד. מכאן, שניתן לגזור מחיבורן של הזכות לעבוד ומחופש החוזים זכות וחירות להתנתק מחוזה, **שהלא אחרת תנוצר עבודת כפיה**. בייחוד יש להכיר בחירות להתנתק מחוזה עבודה ובזכות לחתום על חוזה חלופי כאשר יחסי העבודה כרוכים בקיפוח או באי מתן תנאים סוציאליים או תנאים מוסכמים לעובד.

71. עם הגישה לעיל מתיישבת הלכת בתי הדין לעבודה בה נקבעה הגנה מיוחדת על עובדים שסובלים מקיפוח במתן תנאים סוציאליים או מוסכמים. בעניין זה מציין י. לובוצקי בספרו **סיום יחסי עבודה** בעמ' 136-137:

*"בדרך כלל, ייראו הפסקת הענקת תנאים סוציאליים, המתחייבים על פי חוקי המגן, או שלילת תשלומים, המגיעים מכוח הסכם אישי או קיבוצי, כהרעה מוחשית של תנאי העבודה, המצדיקים התפטרות במעמד של מפוטר או כנסיבות שבהן אין לדרוש מהעובד להמשיך בעבודתו... נסיבות שבהן אין לדרוש מן העובד כי ימשיך את עבודתו- בהקשר של קיפוח במתן זכויות- הוא מצב שבו מלכתחילה לא שולמו לעובד מלוא זכויותיו על פי החוק או על פי ההסכם חל על הצדדים"*

#### פגיעה בחופש העיסוק המוגן על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

72. כפי שיפורט בהמשך, הסדר הכבילה פוגע בחופש העיסוק של העובדים. הואיל ואין רואים את העובדים הזרים כתושבים או אזרחים של מדינת ישראל, אין הם זכאים להגנה של חוק יסוד: חופש העיסוק, אולם כבוד השופט ברק קבע כי חופש העיסוק, מלבד היותו זכות עצמאית, העומדת על רגליה היא, מהווה: **"ביטוי מיוחד לעיקרון הכללי של כבוד האדם, וחירות המחשבה והפעולה... באמצעות העיסוק האדם מעצב את אישיותו ואת מעמדו החברתי. טול מהאדם את חופש העיסוק ונטלת ממנו צלם אדם. טול מאדם את החופש לבחור מקצוע ונטלת ממנו את טעם החיים. מכאן הערך החוקתי הגבוה של חופש העיסוק נגזר מכבוד האדם ומיכולתו לפתח את אישיותו תוך שמירת כבודו"** (ברק **פרשנות במשפט- פרשנות חוקתית** (ירושלים, 1994), 582-583). לפיכך, פגיעה זו זוכה אף



היא להגנת חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.

73. לאחר שהוכחה פגיעה בזכויות יסוד המעוגנות בחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, יש לבחון האם הסדר הכבילה עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

#### פסקת ההגבלה

74. הסדר הכבילה מהווה פגיעה בערכים המוגנים שאינה בחוק או לפי הסמכה מפורשת. כמו כן הסדר הכבילה אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כמדינה דמוקרטית, מדינת ישראל צריכה להיות מחויבת לשמירת כבודו של האדם ומתוקף כך ליתן לו לפעול תוך התערבות מינימלית להגשמה עצמית, תוך ניידות וחופש התקשרות. כמדינה יהודית, מדינת ישראל צריכה לפעול לפי ערכים הומניים המגולמים בכתבי היהדות, בדגש על ההלכות הנוגעות לטיפול נאות בגרים ובאיסורים על עשיקתם. מניעת יכולתם של העובדים הזרים להתניידות בין מעסיקים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בהסדר הכבילה, היא במקרים רבים גזירה הנצחה דה-פקטו של הישארותם במצב של עושק מצדו של המעביד. על כך נאמר במקורות: "וגר לא תונה ולא תלחצנו כי גרים הייתם בארץ מצרים" (שמות כב, 20). לעניין זה ראה גם: ויקרא כה, 35; דברים י, 18; דברים כז, 19; ירמיה ז, 6; זכריה ז, 6; מלאכי ג, 5; ירמיה כב, 3; יחזקאל כב, 7, 29; דברים כד 19-21 וכו'.

75. הסדר הכבילה אף אינו מגשים תכלית ראויה, שכן קשה להצביע על תכלית ראויה המוגשמת על ידי הפגיעות הרבות בזכויות המוגנות של העובד הזר. אף אם אחת ממטרותיו של הסדר הכבילה הנה יצירת מנגנון של פיקוח על שהיית העובדים הזרים בישראל ויציאם מן הארץ, הרי שתכלית זו איננה התכלית הבלבדית שיש לשאוף אליה וכן היא אינה מושגת באמצעות הסדר הכבילה הקיים שכן הוא מוביל לכך שעובדים רבים נאלצים לעזוב את מעסיקיהם והם שוהים ללא אשרה חוקית בישראל.

76. עיקר טענותיהן של העותרות נסבות סביב היות הנוהל בלתי מידתי. בית המשפט העליון קבע שלושה מבחני משנה למבחן המידתיות, אשר נראה כי שלושתם אינם מתקיימים לענייננו (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ. מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221):

76.1 **קיום קשר רציונלי של התאמה בין האמצעי למטרה** - תטענה העותרות, כי אין קשר בין המטרה של החוק המסמיך, "לקבוע תנאים למתן אשרה או רשיון-ישיבה ולהארכה או החלפה של רשיון-ישיבה" ו"לקבוע באשרה או ברשיון-ישיבה תנאים שקיומם יהיה תנאי לתקפם של האשרה או של רשיון-הישיבה" לבין האמצעי של הטלת מגבלות על מעבר של עובדים בין מעסיקים למי שכבר אושרה שהייתו בארץ.

מעבר לכך, באם מטרתו של הסדר הכבילה הנו פיקוח על העובדים הזרים, הרי שאף מטרה זו אינה מושגת על ידי הסדר הכבילה. כפי שצוין בהרחבה, אחת התוצאות של הסדר הכבילה הנה הפיכתו של העובד, בעל כורחו, לעובד בלתי חוקי. ברור כי על עובדים אשר עזבו את המעסיק אשר על שמו רשומה אשרת שהייתם או נידו לעבוד אצל מעסיק אחר אין יכולת פיקוח ובקרה וכיום לא ברור כמה עובדים זרים נמצאים בישראל עם אשרה חוקית ולכמה אין אשרה

בתוקף. כמו כן ההסדר יוצר פגיעה בשוק העבודה הטבעי וברור שאין זו אחת ממטרותיו.

76.2 **העדרו של אמצעי פוגע פחות**- העותרות הצביעו על האפשרות של מעבר לשיטת הכבילה הענפית תחת שיטה הכבילה האישית הנהוגה כיום. כאמור הצעת העותרות כוללת מרשם והעובד יידרש לדווח על מקום עבודתו. זהו אף ההסדר הנהוג במדינות אחרות. אין ספק כי הפגיעה בעובד הזר במסגרת הכבילה הענפית שולית ביחס לזו המצויה כיום ונראה כי כוחות השוק ימנעו את הניצול, הסחר והפגיעה בעובדים הזרים.

76.3 **היחס בין הפגיעה בזכות לבין הגשמת התכלית הוא ראוי** - ההכבדה על המעבר בין מעסיקים גורם לכך שהעובד מנוע בפועל מלהחליף מעסיק, ולכן נדון לחיי דלות, סחר וניצול כבדים כל משך שהייתו בארץ. פגיעה זו אינה פרופורציונית למידה שבה התכלית מושגת, בין היתר משום שלא תביא להגשמה יעילה של התכלית, ובין אם משום שהתכלית של החוק המסמיך אינה נוגעת לדבר או לחצי דבר מן הנדון בהסדר.

77. לאור כל האמור לעיל יש לראות את הסדר הכבילה כבטל שכן הוא אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

#### הזכות לחופש עיסוק:

78. כידוע, הזכות לחופש העיסוק הוכרה כזכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר עוד בטרם נחקק חוק יסוד: חופש העיסוק שעיגן את הזכות בכתובים והקנה לה מעמד חוקתי על-חוקי. הזכות עוגנה בפסיקה כזכות קנויה וטבעית שעומדת **לכל אדם, קרי, לא רק לתושב או אזרח**, להם מוקנית הזכות בחוק היסוד. הלכה זו הוכרה לראשונה בבג"צ 1/49 סלומון בז'רנו נ. שר המשטרה, פ"ד ב, 80.

לעניין זה ראה גם:

בג"צ 144/50 ישראל שייב נ. שר הבטחון, פ"ד ה 399, 407.  
בג"צ 337/81 שלמה מיטרני נ. שר התחבורה, פ"ד לו (3) 337, 353.

79. לזכות היסוד יצירת הפסיקה הוענק על ידי בית המשפט "מעמד בכורה משפטי" (בג"צ 337/81 שלמה מיטרני נ. שר התחבורה פ"ד לו (3) 337, בעמ' 355). זכות זו הפכה לאחת הזכויות "שבית המשפט הכיר בהן בפסיקתו כנותנות עילה להתערבות במעשי המנהל" (בג"צ 292/78 אולפני הרצליה בע"מ נ. שר האוצר פ"ד לג (2) 739, 747).

80. ההלכה המכירה בחופש העיסוק כזכות אדם ממשיכה לחול אף לאחר חקיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק, דהיינו אף שהעובד הזר אינו מוכר כאזרח או כתושב עדיין יש לראותו כבעל זכות לחופש עיסוק מכוח הפסיקה. לעניין זה ראה בג"צ 2918/93 עיריית קריית גת נ. מדינת ישראל, פ"ד מז (5) 832, ע' 847.

81. חופש העיסוק ככל זכות יסוד איננו זכות מוחלטת, אולם ההלכה מקדמת דנא קובעת כי הגבלה על זכות מזכויות היסוד צריכה להיעשות בצמצום המרבי ובאופן שישמור עד כמה שניתן בחופש העיסוק.

ראה לעניין זה :

בג"צ 75/76 הילרון בע"מ נ' מועצת הפירות, פ"ד ל (3) 645, 653).  
בג"צ 144/72 ליפסקי-חליפי נ' שר המשפטים, פ"ד כג (1) 723, 719 ;  
בג"צ 338/87 מרגליות נ' שר הפנים, פ"ד מב (1) 112, 114 ;

82. הסדר הכבילה פוגע בחופש העיסוק של העובד הזר בצורה רחבה שאינה תואמת את ההלכה הדורשת צמצום ומידתיות **שכן הוא שולל חופש זה בצורה מוחלטת**. לעומתו, ההסדר אשר הוצע על ידי העותרות אמנם אינו מעניק חופש עיסוק בלתי מוגבל לעובד הזר, שכן לפיו העובד רשאי לעבור לעבוד אך ורק בין מעסיקים באותו הענף, אולם הכבילה הענפית משקפת נכונה את האיזון והצמצום הנדרש בפגיעה בחופש העיסוק.

83. מעבר לכך, כפי שיצוין בהמשך, אין כל דבר חקיקה המסמך את שר הפנים בלשון מפורשת להגביל את חופש העיסוק של העובדים הזרים ולפיכך דין ההסדר בטלות לפי הלכת בית המשפט העליון בבג"צ 337/81 שלמה מיטרני נ. שר התחבורה, פ"ד לו (3) 337. אף אם סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל יוכר כסעיף אשר ניתן לפרשו בדרך המאפשרת פגיעה בחופש העיסוק, הרי שעל פי הלכות בית המשפט העליון, כאשר ישנם שני פירושים אפשריים לסעיף חקיקה יש להעדיף את הפירוש המקיים את חופש העיסוק על פני הגבלתו (בג"צ 189/85 ורדים חברה לגידול וייצוא פרחים בע"מ נ. המועצה לייצור ושיווק צמחי נוי, פ"ד לט (4) 626 ; ע"א 762/90 מדינת ישראל נ. סלוק איזידור, פ"ד מה (5) 807).

#### הסדר הכבילה - שלא על פי סמכות קבועה בחוק

84. עקרון חוקיות המנהל מורה כי רשות מנהלית רשאית לפעול אך ורק בתוך דלת אמותיו של החוק המסמך- עיקרון מושרש זה, נקבע בפסיקה עוד בבג"צ 36/51 חת נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד ה, 1557, 1553. ראה גם בג"צ 3786/90 ברון נ' שר הבריאות, פ"ד מו (1) 661, ע" 672. יפים לעניין זה דבריו של כבוד נשיא בית המשפט העליון, השופט ברק בע"א 324/82 עיריית בני ברק נ' ברוד רוטברד, פ"ד מה (4) 102, בע" 129, כי"אין לו לגוף שלטוני, אלא מה שהוענק לו". בהעדר חוק מסמך - משוללת פעולת הרשות סמכות ואין תוקף לפעולתה.

85. כאמור, הסעיף לפיו מפעיל משרד הפנים את מדיניות הכבילה הנו סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל. הסעיף קובע כדלקמן :

"שר הפנים רשאי -

(1) לקבוע תנאים למתן אשרה או רשיון-ישיבה ולהארכה או החלפה

של רשיון-ישיבה ;

(2) לקבוע באשרה או ברשיון-ישיבה תנאים שקיומם יהיה תנאי

לתקפם של האשרה או של רשיון-הישיבה."

86. סעיף 6 לחוק אינו מקנה לשר הפנים סמכות להגביל מעבר של עובדים בין מעסיקים. מכאן שהנהגת הסדר הכבילה איננה חוקית. מעבר לכך, הואיל והסדר הכבילה פוגע בצורה חמורה בזכויות אדם מתחזקת דרישת ההסמכה המפורשת והחד משמעית לפגוע בזכות, כפי שנאמר בסעיף 80 לעיל.

87. גם בחינת תכלית החקיקה מובילה למסקנה כי חוק הכניסה לישראל איננו מאפשר את מניעת מעבר העובד בין מעסיקים; מטרת חוק הכניסה לישראל הנה לאפשר למדינת ישראל לפקח על הנכנסים בשעריה, כאשר משרדי ממשלה אחרים הם האמונים על שמירת הסדר הפנימי והפיקוח על העובדים. תפקיד זה נתון בידי משרד העבודה והרווחה ובידי המשרד לביטחון פנים.

88. דוגמא לכך שתחום זה איננו מצוי בסמכותו של משרד הפנים הנה סעיף 6א לחוק עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), התשנ"א-1991 אשר קובע כי: *"השר בהתייעצות עם שר הפנים, רשאי לקבוע בתקנות כללים, תנאים וסייגים בדבר מעבר של עובד זר בין מעסיקים.."* (הדגשה לא במקור- ע.א.). כך, הסמכות להסדיר את מעבר העובדים ועל כן גם את מניעת מעברם נתון לשר העבודה והרווחה כאשר עליו לקבוע זאת **בתקנות**. ברור הוא כי הסמכות לא הוקנתה לשר הפנים. יצויין כי עד ליום זה לא השתמש שר העבודה והרווחה בסמכות זו.

89. אחת הדוגמאות לקשיים הקיימים בנהלי משרד הפנים היא העדר סמכותו של משרד הפנים לבחון קריטריונים כדוגמת הבדיקות הרפואיות וחשדות פליליים כלפי האדם. כך גם אין הוא מוסמך לבדוק את מצבו המשפחתי של העובד. על כן ברור הוא כי הנהלים, אשר אינם עומדים במבחן הסמכות דינם בטלות.

### **הסדר הכבילה - איננו סביר, איננו מידתי, שוקל שיקולים בלתי רלוונטיים ומתעלם מחלק מהעובדות הרלוונטיות**

#### מבחן הסבירות

90. אף אם קיימת סמכות למשרד הפנים להפעיל את הסדר הכבילה, הרי שעליו, כרשות מנהלית, החובה המתמדת והמתמשכת לבחון את הצורך בהפעלתו. מתן סמכות לרשות פירושה בחינה מתמדת האם מתקיימות נסיבות המצדיקות או מצריכות את הפעלת הסמכות דנן. שיקול דעת הוא הכוח הניתן לרשות מנהלית לבחור בין הסדרים אפשריים שונים. כוח זה מוגבל לבחירה בין חלופות כדין. לקביעת אי חוקיות הפעלת הסמכות קבע ביהמ"ש כללים ומבחנים אשר סטייה מהם תביא להתערבות בית המשפט.

91. בבג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 קבע כבוד השופט ברק:

*"על הרשות הציבורית להפעיל את שיקול דעתה... על פי "אמות המידה המקובלות לפי עקרונות המנהל התקין"... דהיינו על פי הנורמות המשפטיות החלות על הפעלתו של כל שיקול דעת מנהלי. אמות מידה אלה הן כי על הרשות המנהלית לפעול בהגינות וביושר. אסור לה לפעול מתוך שרירות, הפליה, משוא פנים, ניגוד עניינים,*

חוסר תום לב או חוסר סבירות. עליה לשקול את כל השיקולים  
הנוגעים לעניין ושיקולים אלה בלבד".

92. במסגרת דרישת הסבירות על הרשות המנהלית לשקול ולאזן בין האינטרסים הרלוונטיים, תוך מתן משקל מתאים ונכון לכל אינטרס ואינטרס והימנעות משקילת שיקולים שאינם למן העניין. החלטה מנהלית תהא נגועה בחוסר סבירות, כל אימת שהאזון שנעשה בין הגורמים הרלוונטיים להחלטה הוא כה פגום, עד כי ההחלטה איננה מצויה עוד בדלי"ת אמותיו של מתחם הסבירות.

ראה לעניין זה:

בג"צ 6163/92, 6177 אייזנברג נ. שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229;  
בג"צ 680/88 שניצר נ. הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4), 617;  
בג"צ 935/89 גנור נ. היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513.

93. במקרה דנן על הרשות מוטלת החובה לאזן בין השיקולים הבאים: מחד, הצורך ברגולציה של שוק העובדים הזרים - שמירה על הסדר הציבורי ועל רמת אבטלה סבירה, צמצום ההגירה הבלתי חוקית לישראל וכן דאגה לכך שעובדים המגיעים לעבוד בישראל ייצאו ממנה לאחר פקיעת הרשיון והאשרה שלהם. מנגד, קיים הצורך להגן על זכויותיהם של העובדים הזרים כאנשים וכעובדים, לרבות כבודם, חירותם וחופש העיסוק וההתקשרות שלהם. על מדינת ישראל, אשר אפשרה את כניסתם של עובדים זרים רבים לתחומה חלה החובה לדאוג לכך שחוקי העבודה יבוצעו על ידי המעסיקים, כי העובדים לא ייפגעו מבחינה כלכלית ופיסית, שלא יבוצע סחר בעובדים ו**שחוקיה שלה יקוימו על ידי המעסיקים**. נראה כי שיקולים אחרונים אלה לא היו לנגד עיני המדינה בבואה לקבוע את הסדר הכבילה. להפך, ההסדרים הקיימים כיום בכל הנוגע לעובדים זרים, והסדר הכבילה ביניהם, יוצרים מצב לפיו אין כל מניעה שמעסיקים יעברו על החוק הפלילי ועל דיני העבודה.

94. העותרות סבורות כי הפתרון המוצע על ידן מאזן כראוי בין השיקולים דלעיל.

#### חובת המידתיות

95. כחלק ממבחן הסבירות, חלה על המשיב, כרשות מנהלית, חובת המידתיות. בבג"צ 3477/95 בן עטייה נ. שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 נאמר על ידי כבוד הנשיא ברק:

"שיקול-דעת מנהלי הוא כדין רק אם הוא בוחר, להגשמת המדיניות, באמצעי המקיים את דרישות המידתיות. שיקול-דעת הבוחר באמצעי שאינו במידה הראויה הוא שיקול-דעת פסול. .. העילה בדבר מידתיות קובעת, כי החלטה שלטונית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, לשם הגשמת התכלית השלטונית, הוא במידה הראויה, ולא מעבר לנדרש. עילת המידתיות מתרכזת אפוא ביחס שבין התכלית לבין האמצעים להגשמתה (ראה סגל, במאמרו הנ"ל, הפרקליט לט, בעמ' 513). היא בוחנת אם האמצעים שנקט השלטון לשם הגשמת

התכלית הראויה עומדים ביחס ראוי למטרה שאותה מבקשים להגשים. עילת המידתיות קובעת כי האמצעים השלטוניים צריכים להתאים להגשמת המטרה, ולא מעבר למה שנדרש לשם הגשמתה של המטרה. עקרון המידתיות נועד להגן על הפרט מפני השלטון. הוא נועד למנוע פגיעה יתרה בחירותו של היחיד. הוא קובע כי האמצעי השלטוני צריך להיגזר בקפידה כדי להלום את הגשמתה של תכלית. בכך בא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק וחוקיות השלטון. " (הדגשה לא במקור - ע.א).

96. כאמור, במקרה דנן ניתן להשיג את המטרות אותן מעמיד משרד הפנים נגד עיניו אף ללא כבילה של העובד הזר למעסיק הספציפי, אלא על ידי כבילה ענפית, שתאפשר שוק חופשי בתוך הענף - תחרות בין מעסיקים על עבודת העובדים הזרים וכמובן מעבר חופשי של עובדים בין מעסיקים במסגרת זו.

97. כאמור, זו גם המידה שראו לנגד עיניהם גופים חשובים ושונים בממשל בישראל, וביניהם מבקר המדינה, בנק ישראל וועדה אשר הוקמה על ידי משרד העבודה והרווחה. כמו כן זו המידה אשר אומצה במדינות רבות בעולם, כפי שצוין בחלק העובדתי.

לעניין אימוץ עקרון המידתיות על ידי בתי המשפט ראה גם:

בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ. שרת התקשורת פ"ד מח(5) 412 ;  
בג"צ 4275/94 הבורסה לניירות ערך בתל-אביב בע"מ נ. א' ת' ניהול מאגר הספרות התורנית  
בע"מ, פ"ד נ(5) 485 ;  
בג"צ 4330/93 פריד גאנס עו"ד נ. לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221.

אי לקיחה בחשבון של כל השיקולים הרלוונטיים

98. טיעון נוסף עליו מבססות העותרות את העדר חוקיות המעשה המנהלי הנו אי לקיחתם בחשבון של כל השיקולים הרלוונטיים בעת קבלת ההחלטה על הסדר הכבילה. הדרישה שרשות מנהלית תשקול את כל השיקולים הרלוונטיים נכנסת אף היא למסגרת שאלת הסבירות. במקרה דנן, משרד הפנים לא התחשב בפגיעות המתוארות של זכויות העובדים הזרים בשל הסדר זה וההשכלות החמורות של ההסדר על חייהם, גופם וכספם.

99. בבג"צ 341/81 מושב בית עובד נ. המפקח על התעבורה פ"ד לו(3) 349 קבע כבוד השופט ברק, כתוארו אז, בפסקה 9 לפסק הדין:

"בקביעת גבולותיו של "מתחם סבירות" יש להתחשב, בין השאר, בשאלה, אם הרשות הציבורית נתנה משקל ראוי לגורמים הרלוואנטיים השונים שבהם עליה להתחשב. החלטתה של רשות מנהלית תיפסל בשל חוסר סבירות, אם המשקל שניתן לגורמים השונים אינו ראוי בנסיבות העניין. אכן, שקלול ואיזון זה הם מעיקרי תפקידיה של הרשות הציבורית, והביקורת על אופן ביצועם נתונה לבית המשפט".

100. הסדר הכבילה נקבע בשירותיות. שרירות זו עולה מקריאת הנהלים הקובעים קריטריונים למעבר עובד בין מעסיקים, אשר צורפו כנספחים ז' ו- ח' לעתירה. הנהלים הם שמעידים על הלך הרוח של משרד הפנים והשיקולים שהנחו את מתן אפשרות המעבר. עצם העובדה שהנהלים מציבים תנאים נוקשים לקבלת אישור מעבר מעידים שביסודם עמדו מטרות זרות, השונות ממטרתם המוצהרת. גם הדרישות בנוגע לבדיקת מצבו הרפואי של העובד, לקבלת עמדתו של מעסיקו הקודם, בחינת הסטטוס המשפחתי וכד', מעוררות חשש כי בפועל מנסה משרד הפנים לנצל את מעמד החלפת המעסיק לבדיקת קריטריונים מסוימים בכל הנוגע לעובד הזר, אשר אינם נתונים לסמכותו. כל עוד משרד הפנים יודע היכן שוהה העובד בישראל, וכל עוד שהייה זו נעשית במסגרת פרק הזמן שאושר לו באשרת השהייה, אין למנוע את המעבר. משרד הפנים, אשר שוקל שיקולים הזרים מאלו להם הוסמך במסגרת החוק פועל בניגוד לכללי המנהל התקין בהם הוא מחויב.

#### העדר תשתית ראייתית מספקת

101. יוסיפו העותרות ויטענו, כי כל אקט מנהלי צריך להיות מבוסס על תשתית ראייתית מספקת לעשייתו. בבג"צ 2013/91 עיריית רמלה נ. שר הפנים פ"ד מו(1) 271, קבע בית המשפט בע' 279 :

*"הלכה היא, שעל מנת שרשות ציבורית תמלא תפקידה כהלכה, עליה לדאוג תחילה שכל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין יהיו לפנייה. באין תשתית עובדתית הולמת, לא כל החשוב ודרוש להכרעה בעניין יהיו לנגד עיניה של הרשות".*

102. ספק אם בידי משרד הפנים היתה מונחת התשתית הראייתית הדרושה להחלטה בנוגע להסדר הכבילה עת שהתקבלה לראשונה. אף אם תשתית מעין זו היתה מונחת בזמנו בפני משרד הפנים, הרי שהפעלת הסדר הכבילה גרמה לשינוי מהותי במבנה שוק העבודה וחייבה בחינה מחודשת של ההסדר.

#### **הסדר הכבילה - נוגד את תקנת הציבור**

103. בדב"ע נג/17-3 טוני טועמה נ' טכנו גומי בע"מ, פד"ע כ"ה 227, הכיר בית הדין בדרישה כי מגבלות על אפשרות המעבר של עובדים בין מעסיקים תהיינה ברורות, תחומות בזמן, במקום ובתחום העיסוק. בית הדין לעבודה לא הכיר בזכות למגבלה גורפת על יכולת המעבר. כמו כן הכיר בית משפט נכבד זה בכך שתניות חוזיות המגבילות מעבר למקום עבודה אחר נוגדות את תקנת הציבור ודינן בטלות.

ראה לעניין זה :

ע"ע 164/99 דו פרומר ואח' נ' רדגארד בע"מ פד"ע לד, 294 ;  
ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' משה סער פ"ד נד (3), 850.

104. אין ספק כי הסדר הכבילה נוגד את הלכות בתי המשפט בפסקי דין אלו. זהו הסדר

המגביל בצורה גורפת את יכולתו של העובד לעבור ולעבוד אצל מעסיק אחר. הואיל ולאור הפסיקה הסדר זה נוגד את תקנת הציבור, הרי שלפי ס' 30 ו-19 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, דינו בטלות.

#### הסדר הכבילה - בבחינת תניה שיש בה משום כפייה כלכלית

105. הואיל והסדר הכבילה מציב בפני העובד הזר שתי אלטרנטיבות: האחת- להישאר לעבוד אצל מעסיקו ולקיים את תנאי אשרת הכניסה שלו, גם במחיר של פגיעה בזכויותיו ובחירויותיו; השנייה- להפסיק לעבוד אצל מעסיקו זה, תוך הפרת תנאי האשרה שלו, הרי שניתן לראותו כהסדר שיוצק לתוך חוזה העבודה של העובדים הזרים תניה שהיא בבחינת כפייה כלכלית.

106. בית המשפט ראה לחץ כלכלי כנכנס למסגרת סעיף 17 בחוק החוזים, העוסק בכפייה, במספר פסקי דין, ובין השאר בע"א 8/88 שאול רחמים בע"מ נ' אקספומדיה בע"מ, פ"ד מג(4), 95 ובע"א 1569/93 יוסי מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ פ"ד מח (5) 705, בפסקה 11 לדברי כבוד השופט חשין. בתי המשפט הבחינו בין לחץ שהוא לגיטימי ללחץ שאינו כזה, כאשר במקרה האחרון יפנה בית המשפט ליתן סעד לאדם הנפגע.

107. בפס"ד יוסי מאיה קבע בית המשפט כפייה פסולה כ"כפייה או בלחץ שיש בהם פסול מוסרי-חברתי-כלכלי, ואשר חיי עסקים ומסחר תקינים והוגנים לא יוכלו לשאתם" (פסקאות 11 ו-12 לדברי כבוד השופט חשין). נראה כי כזו היא הכפייה בה מדובר בעניין הסדר הכבילה, שכן משמעה המוסרי והחברתי הוא אפשרם של יחסי צמיתות הכרוכים לעיתים בקיפוח זכויות העובדים הבסיסיות.

108. בית המשפט קבע כי לחץ לא יוכר ככפייה כלכלית "אם היתה לצד התם חלופה מעשית וסבירה שלא להיכנע לאותו לחץ" (פסקה 14 לדברי כבוד השופט חשין). במקרה דנן ברור כי כל עוד הסדר הכבילה קיים אין לעובדים הזרים כל חלופה מעשית שלא להיכנע ללחץ זה, אשר כאמור פעמים רבות הם אינם יודעים עליו ואת מהותו.

109. מן הדין ומן הצדק לקבל את העתירה.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית עתירה זו ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשות את הצו החלטי. כמו כן מתבקש בית המשפט לחייב את המשיבים בהוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

עינת אלבין, עו"ד

דן רוני, עו"ד

עתירה זו נכתבה בסיוען של הסטודנטיות טלי קריצמן ודנה שוורץ מהתוכנית למשפט ורווחה באוניברסיטת תל-אביב.