

העותרות:

1. האגודה לזכויות האזרח בישראל
2. "קו לעובד"
3. מוקד סיוע לעובדים זרים

כולן ע"י ב"כ עוה"ד מיכל פינצ'וק ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או לימור יהודה ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 5608185-03; פקס: 5608165-03

נגד

המשיבים:

1. הממונה על יחידת הסמך לעובדים זרים - משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה
רח' בן יהודה 34, ירושלים
2. שר התעשייה מסחר ותעסוקה
משרד התמ"ת, רחוב אגרון 30 ירושלים 94190

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המופנה למשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא יפעיל המשיב 1 (להלן: "המשיב") את הסמכות המוקנית לו בסעיף 1טו לחוק עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), התשנ"א-1991 (להלן - חוק עובדים זרים), כך שהיתר להעסיק עובדים זרים יבוטל עת נמצא, ע"י פקחיו או בתום הליך משפטי, כי המעסיק הפר זכויות ע"פ דין של עובדים זרים המועסקים על ידו.
2. מדוע לא ייקבע ב"נוהל ביטול היתרים למעסיקי עובדים זרים" מיום 26.10.2003 (להלן - הנוהל), כי הפרה של זכויות ע"פ דין של עובדים זרים תגרור ככלל ביטול ההיתר, בכפוף להליך ראוי והוגן. העתק הנוהל מצ"ב ומסומן ע/1

ואלה נימוקי העתירה

מבוא

1. עניינה של עתירה זו הוא מדיניות המשיבים, לפיה נמנע המשיב מלהפעיל את סמכותו, מכוח סעיף 1טו לחוק עובדים זרים, לשלול היתרים ממעסיקי עובדים זרים, אלא במקרים חמורים וחריגים בלבד וזאת באופן שאינו עולה בקנה אחד עם לשון חוק עובדים זרים ועם תכליתו. ואמנם, המשיב כמעט ואינו מבטל היתרים, וזאת אף במקרים מובהקים של הפרת חוקי המגן וזכויות היסוד של עובדים זרים.
2. ע"פ נתונים, אשר הועברו לעותרות ע"י ממונה חוק חופש המידע במשרד המשיבים, בשנת 2003 בוטלו ע"י המשיב 2 היתרים בלבד; בחודשים ינואר-אוגוסט 2004, 14 היתרים, ובמהלך ששת החודשים מאוגוסט 2004 ועד פברואר 2005, 40 היתרים. להמחשת השימוש הנדיר בסמכות לשלילת היתרים נציין, כי בתקופה מקבילה, מינואר 2004 ועד פברואר 2005, הוטלו, ע"פ נתוני ממונה חוק חופש המידע, 12,303 קנסות מינהלים על מעסיקים בגין הפרת הוראות חוק עובדים זרים, כמחציתם בגין פגיעה בזכויות העובדים.
- מכתבי ממונה חוק חופש המידע במשרד המשיבים מתאריכים 15/8/04 ו-27/2/05 מצורפים בזאת כנספחים ע/2 ו-ע/3 בהתאמה.
3. ההעדפה המוחלטת של מסלול הקנסות המינהלים על פני מסלול שלילת היתרי העסקה בעייתית במיוחד נוכח אחוזי הגבייה הנמוכים של קנסות אלו. כך, ע"פ נתונים שפורסמו בדו"ח השנתי של מבקר המדינה מפי המשיב, בפרק הזמן שבין ינואר 2003 ובין ספטמבר 2004 שיעור גביית הקנסות המינהליים ממעסיקים שכבר הוטל עליהם קנס היה כ-17% בלבד (עמ' 392 לדוח).

העמוד הרלוונטי מדו"ח מבקר המדינה מס' 55ב מצורפים בזאת כנספח 4/ע.

4. חוסר האפקטיביות שבהטלת קנסות מינהלים ידוע אם כן למשיבים, ולמרות זאת הם ממשיכים להשתמש באמצעי אכיפה זה, באופן בלעדי כמעט, אף שבידיהם אמצעי אכיפה בעל יכולת הרתעה רבה הרבה יותר. בחירת המשיבים צורמת במיוחד נוכח התופעות הקשות, המוכרות היטב למשיב ולאנשיו, של ניצול עובדים זרים ופגיעה בזכויותיהם ע"י מעסיקים.

5. סעיף 1טו לחוק עובדים זרים (סעיף 34(ב) לחוק שירות התעסוקה - במקור) הוסף כנדבך נוסף בהסדרת תחום העסקת העובדים הזרים בישראל. הסעיף משתלב עם תיקון מס' 2 לחוק עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים), אשר תוקן ונכנס לתוקף באותו מועד, ובו הוספו, גם כן, שורה ארוכה של עבירות ועונשים שיחולו על מעביד המפר את הוראת החוק.

6. הסעיף הנו ביטוי לרצון המחוקק להסדיר את התחום של העסקת עובדים זרים ולהגביר את הפיקוח על המעסיקים, ומשקף את מודעותו לתופעות הקשות של ניצול עובדים זרים ע"י מעסיקים ולפגיעה בזכויותיהם, ואת הכרתו בצורך בכלים נוספים לאכיפת החוק על מעסיקים.

7. מדיניותו המצמצמת של המשיב, אשר הנוהל אינו אלא ביטוי לה, פוגעת אנושות בתכליתו החברתית הברורה של החוק. מדובר במדיניות הסוטה מהוראות החוק ונגועה בחוסר סבירות קיצוני. חומרה מיוחדת יש לייחס למדיניות זו של המשיב נוכח מחדליו הקשים בהגנה על זכויות העובדים הזרים וכשלונו הצורם באכיפת החוק על המעסיקים.

8. מדיניות המשיב, להקל עם מעסיקים מפירי חוק ולהמנע מביטול היתרים, יחד עם מדיניות האכיפה הרופפת ממילא של זכויות עובדים בכלל ועובדים זרים בפרט, יוצרת אווירה של זלזול בזכויותיהם של עובדים זרים מצד רשויות האכיפה ומצד המעסיקים, וגורמת, במישרין ובעקיפין, לפגיעה קשה בזכויותיהם על פי חוק ובזכות היסוד שלהם לקיום בכבוד.

הצדדים לעתירה

9. העותרות הן עמותות ציבוריות, הפועלות כארגוני זכויות אדם במישורים שונים להגנה ולקידום זכויות העובדים הזרים בישראל.

10. העותרת 1 היא עמותה, הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים הכבושים, ובכללן זכויות העובדים הזרים.
11. העותרת 2 הנה עמותה, הפועלת למען זכויות עובדים מוחלשים בישראל, ובכללם עובדים זרים.
12. העותרת 3 הנה עמותה, הפועלת למען זכויות העובדים הזרים, בפרט בהליכי מעצר וגירוש.
13. המשיב הנו הממונה על יחידת הסמך לעובדים זרים, האחראית על הקצאת וביטול היתרים למעסיקי עובדים זרים. המשיב 2 הנו השר האחראי על יישום חוקי העבודה בכלל וחוק עובדים זרים בפרט והוא המתווה את מדיניות רשויות האכיפה כלפי מעסיקים.

הרקע העובדתי

העסקת עובדים שאינם ישראלים

א. מדיניות הממשלה

14. מזה קרוב ל-40 שנה נסמך המשק הישראלי על עובדים שאינם ישראלים. היתרים להעסקת עובדים מהשטחים ניתנו החל מיולי 68' והביאו במהלך השנים להעסקתם של עשרות אלפי פלסטינים בישראל עד לכדי שיא של כ-116 אלף עובדים בשנת 1992. מאז, במקביל לתהליך אוסלו ולהטלת הסגר הקבוע על השטחים, ירד בהדרגה שיעור הפלסטינים שהועסקו בישראל. במקומם החלה ממשלת ישראל יוזמת ומעודדת גיוס מהגרי עבודה בינלאומיים (להלן: "עובדים זרים").
15. ב-1991 הורה שר הבינוי והשיכון דאז, אריאל שרון, להנפיק 3,000 היתרים להעסקת עובדים זרים לבניין. מנקודה זו ואילך עלה בהתמדה שיעור ההיתרים שניתנו למעסיקים, כאשר בשנת 1996 זינק מספר ההיתרים למעל 100 אלף.
16. אולם, בשנים האחרונות, אנו עדים לשינוי במדיניות הרשמית של ממשלות ישראל. אלו שבות ומצהירות, כי מטרתן לצמצם את שיעור העובדים הזרים במשק לטובת "שילובם של עובדים ישראלים בשוק העבודה".

17. במסגרת מדיניות זו התקבלו מספר החלטות מרחיקות לכת ושנויות במחלוקת, אשר כללו גירוש של עשרות אלפי עובדים זרים, ו"עידוד" עזיבתם של רבים נוספים ביחד עם בני משפחותיהם. הצידוק הרשמי שניתן להחלטות אלה, הבא לידי ביטוי בהצהרות של אישי ציבור ובתשדירי מנהלת ההגירה באמצעי התקשורת, הוא כי העסקת עובדים זרים מסיבה נזק רב למשק הישראלי, לכלכלה ולחברה, מאמירה את האבטלה ומדירה ישראלים משוק העבודה.

18. גישה זו הייתה אף נחלתה של הוועדה הבין-משרדית בנושא עובדים זרים והקמת רשות הגירה, בראשות הממונה על השכר באוצר, יובל רכלבסקי, אשר הגישה את המלצותיה לממשלה ביולי 2002. הממשלה בחרה לאמץ את המלצות הוועדה.

וראו לעניין זה :

דו"ח הוועדה הבין-משרדית בנושא עובדים זרים והקמת רשות הגירה, מוגש לשר העבודה והרווחה ולסגן רוה"מ ושר האוצר, יולי 2002 (להלן: דו"ח רכלבסקי), עמ' 7.

החלטה מס' 2327 של הממשלה מיום 30.7.2002 בדבר קבלת דו"ח ועדת רכלבסקי מצ"ב ומסומנת ע/5.

19. לאור תפיסתה זו, החליטה הממשלה ביולי 2002 לגרש מישראל 50,000 עובדים זרים "בלתי חוקיים" תוך שנה. באוגוסט 2002 החליטה הממשלה להקים לשם כך את "מנהלת ההגירה". העסקת עובדים זרים הוצגה אפוא מאז ראשיתה, וביתר שאת מאז הכריזה הממשלה על מדיניות הגירוש, כדבר מה שאינו רצוי, הנושא עמו השלכות קשות וחמורות על המשק הישראלי.

החלטה מספר 2328 של הממשלה מיום 30.7.2002 בדבר גירוש 50,000 עובדים זרים מצ"ב ומסומנת ע/6.

החלטה מספר 2469 של הממשלה מיום 18.8.2002 בדבר הקמת מנהלת ההגירה מצ"ב ומסומנת ע/7.

20. הכרזה נוספת בדבר מדיניות הממשלה לצמצום העסקתם של עובדים זרים באה לידי ביטוי בהחלטת הממשלה באוקטובר 2002, עת החליטה על נוהל "שמייס סגורים". ההחלטה כללה מספר רכיבים: **הראשון**, הפסקה מוחלטת של הבאת עובדים חדשים לישראל. **השני**, המשך גירושם של עובדים השהים שלא כדין או אלה "שאינם נחוצים עוד למעבידיהם ולשוק

העבודה בישראל". השלישי, על מנת שלא להותיר ללא עובדים מעסיקים בעלי הקצאות לעובדים כדין, הוחלט על מילוי המכסות להם זכאים מעסיקים בעזרת עובדים זרים שכבר נמצאים בארץ.

21. החלטה זו הצטרפה אפוא להחלטות בדבר הגירוש והקמת מנהלת ההגירה, ובישרה "מאבק" של ממש מצד הממשלה בהעסקת עובדים זרים. בינואר 2003 עוגנה החלטת הממשלה בנוהל מאת משרד הפנים.

נוהל "שמיים סגורים" של משרד הפנים מיום 7.1.2003 מצ"ב ומסומן ע/8.

22. והנה, למרות עמדתה הרשמית של ממשלת ישראל לפיה העסקת עובדים זרים פוגעת במשק הישראלי, ממשיכה המדינה להעניק היתרים להעסקת עובדים זרים. דואליות זו אינה חדשה, אלא מלווה את מדיניות הממשלה ביחס להעסקת עובדים זרים מזה זמן רב.

23. היתר להעסקת עובדים זרים הנו הטבה כלכלית מרחיקת לכת, וזאת מכמה סיבות: ראשית, בשל הפרשים בין השכר המקובל בארצותיהם לבין זה המקובל בישראל, מסכימים עובדים זרים להשתכר שכר הנמוך בהרבה מזה הנדרש ע"י עובדים ישראלים בעבור עבודה זהה, שכר השווה לא פעם לשכר מינימום.

24. שנית, אוכלוסיית העובדים הזרים הינה אוכלוסייה מוחלשת הנמנעת על פי רוב מלעמוד על זכויותיה ע"פ דין. עובד זר אינו דובר את השפה, אינו מכיר את מערכת החוק ואינו מודע לזכויות העומדות לו כנגד מעסיקו. גם משמתבררות לעובד זכויותיו, הרי הוא מתקשה לפעול לאכיפתן בכוחות עצמו. הגשת תלונה לרשויות האכיפה הכפופות למשיבים ובירורה אורכים זמן רב, כך גם פניה לערוץ המשפטי, הכרוכה בנוסף בהוצאות כספיות רבות - כל אלו מונעים לא פעם הזדקקות יזומה של העובד לגורמים אלו.

25. גם מדיניות הממשלה תורמת להחלשת העובד הזר ומגדילה את כדאיות העסקתו. כתוצאה מהסדר ההעסקה החל היום, "הסדר הכבילה", תלוי מעמדו החוקי של העובד בישראל בהמשך עבודתו אצל המעסיק הרשום בדרכונו. מעבר בין מעסיקים אפשרי בהתאם לנוהלי משרד הפנים, אולם בפועל כמעט ואינו מתבצע בשל אי הכרת הנוהל והעדר שיתוף פעולה מצד מעסיקים חלופיים, אלו מעדיפים להעסיק עובד שזה עתה הגיע לישראל על פני עובד בעל ותק המודע לזכויותיו. בנסיבות אלו בהן תלוי עובד במעסיק לא רק כמקור הכנסה אלא גם כתנאי למעמד חוקי בישראל, אין לצפות מעובד לעמוד על זכויותיו ולצאת כנגד מעסיקו.

26. מדיניות המשיבים לאורך השנים להסתפק באכיפה רופפת, אם בכלל, של חוקי המגן, ולהקל עם מעסיקים מפרי חוק, ממלאת גם היא תפקיד מרכזי בהעלאת כדאיות העסקת עובדים זרים על פני עובדים ישראלים. מדובר באלמנט מרכזי המשפיע על כדאיות העסקה, שכן כאמור לעיל, יכולת עובדים זרים לעמוד על זכויותיהם ע"פ דין מוגבלת ביותר והעדר אכיפה מצד פקחי המשיבים מותירה תחום זה פרוץ לחלוטין.

27. נמצא אם כן, כי מתן היתר העסקת עובדים זרים הינו הטבה כלכלית משמעותית ביותר הניתנת למעסיקים, הנדרשים ככלל, לפי המדיניות המוצהרת של הממשלה, לחדול מהעסקת עובדים זרים. הטבה זו מוצגת כ"כורח", וזאת לנוכח ה"תלות" שפיתחו, לכאורה, מעסיקים בענפים השונים בעובדים זרים, והצורך לצמצם את העסקתם באופן "הדרגתי".

28. היות ומדובר בהטבה משמעותית הניתנת למעסיק ע"י המדינה, הטבה המהווה חריג למדיניות הכללית לפיה יש לחדול מלהעסיק עובדים זרים, הרי קבלתה מצריכה ניקיון כפיים ועמידה בתנאים בסיסיים המתחייבים מאופי ההטבה. כפי שיפורט להלן, בתחום יחסי העבודה דורשת המדינה מהמעסיק, כתנאי לקבלת ההטבה והמשך ההנאה ממנה, כיבוד חוקי המגן, בכללם חוקי העבודה הכלליים וחוק עובדים זרים.

29. מדובר בדרישות בסיסיות, מינימליות, שאין לראותן אלא כ"ייהרג ובל יעבור" לשם קבלת היתר להעסקת עובד זר והמשך החזקתו. נוכח ההטבה המשמעותית הניתנת למעסיק, מתחייבת מדיניות לפיה מעסיק המפר את הוראות החוק כלפי עובדים זרים יאבד את ההיתר שניתן לו.

ב. ההסדרים המשפטיים בתחום העובדים הזרים

30. ההסדרים המשפטיים והבירוקרטים, החולשים על תחום מתן ההיתרים להעסקת עובדים זרים, הנם תולדה של ההסדרים אשר פעלו במשך שנים רבות בתחום העסקת עובדים פלסטינים. כאז כן היום מספר היתרי העסקה נקבע ע"י המשרד האחראי על תחום העבודה (בזמנו משרד העבודה וכיום משרד התמ"ת), רשיונות העסקה מונפקים בהתאם לבקשות המעסיקים ומותנים בעבודת העובד אצל המעסיק הספציפי אשר ביקש להעסיקו (זהו הסדר הכבילה, אשר עניינו תלוי ועומד בפני בית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ 4542/02 "קו לעובד" ואח' נ' ממשלת ישראל ואח').

31. עם פתיחת המשק הישראלי בפני כוח עבודה פלסטיני התעורר חשש כי המעסיק הישראלי יעדיף העסקת עובדים פלסטינים "זולים" ונטולי זכויות על פני עובדים ישראלים. על מנת למנוע פגיעה קשה בשוק העבודה הישראלי ומתוך רצון להגן על זכויות העובדים הפלסטינים

והכרה בקושי הרב העומד בפני עובדים שאינם תושבי המדינה לעמוד על זכויותיהם באופן עצמאי, נקבע בספטמבר 1970, ע"י ועדת השרים לענייני בטחון, מנגנון ייחודי לגביית השכר והזכויות הסוציאלית המגיעים לעובדים.

32. ע"פ מנגנון זה, מדור התשלומים של שירות התעסוקה במשרד העבודה והרווחה הופקד על גביית השכר והזכויות הסוציאליות המגיעים לעובדים, ולאחר שקיבלם מהמעסיקים ביצע את הניכויים המתחייבים (למס הכנסה, לביטוח לאומי וכיוצא בזה) והעביר את התשלומים לעובדים. טרם קבלת היתרי העסקה נדרשו מעסיקים להתחייב בכתב, כי ישלמו לעובדים מהשטחים שכר וזכויות סוציאליות שווים לאלו של העובדים הישראליים.

33. כניסת עובדים זרים לשוק העבודה הישראלי הגבירה לכאורה את הצורך במנגנון פיקוח על תנאי העסקת העובדים. כפי שפורט קודם לכן, אי-ידיעת השפה, העדר היכרות עם שוק העבודה ועם נוהגי המקום, חוסר מודעות בסיסי לזכויותיהם על-פי חוק, וקיומו של פחד קיומי מפני מעצר וגירוש לארץ המוצא - כל אלו הגבירו, כאמור לעיל, את פערי הכוחות שבין העובדים למעסיקים ופתחו פתח רחב עוד יותר לניצול העובדים ע"י מעסיקיהם.

34. למרות זאת מנגנון דומה אינו מופעל עת מדובר בעובדים זרים, ועל זכויותיהם מגנה, או שמא עדיף היה לומר, נכשלת בהגנה, מערכת האכיפה הכללית עליה אחראים המשיבים.

35. כשלון מערכת האכיפה בהגנה על זכויות העובדים הזרים הינו כיום בגדר עובדה ידועה לכל. אוכלוסיית העובדים הזרים הינה האוכלוסייה המוחלשת ביותר בחברה הישראלית. רבים מהם מנוצלים על ידי מעסיקיהם. שכרם של רבים מולך, רבים מקבלים שכר הנמוך משכר המינימום הקבוע בחוק ודרכוניהם של רבים מוחזקים שלא כדין ע"י מעסיקיהם.

36. בדו"ח מבקר המדינה משנת 1998 מצוין כי 68.5% מכלל העובדים הזרים השתכרו בשנים 1997-1998 פחות משכר המינימום, וכי "העובדים הזרים הם המגזר הפגיע ביותר, מבחינת ההפרה של חוק שכר מינימום". עוד נכתב כי "ניצול העובדים הזרים בידי המעבידים עולה גם מסקר של הרשות לתכנון כוח אדם... כ-70% מהמרוויינים השתכרו פחות משכר המינימום לשעה; כ-40% לא קיבלו את שכרם במועד המוסכם, ומהם שלא קיבלו את מלוא שכרם" (דו"ח מבקר המדינה מספר 4 לשנת 1998, עמ' 279; לעניין זה ראו גם דניאל גוטליב, קרנית פלוג וניצה קסיר, "הצעה לשינוי המדיניות בנושא שכר מינימום", נייר עמדה, בנק ישראל, יולי 2000, עמ' 4-5).

העמוד הרלבנטי מתוך דו"ח מבקר המדינה מספר 4 לשנת 1998 מצ"ב ומסומן ע/9.

העמודים הרלבנטיים מתוך נייר העמדה של בנק ישראל משנת 2000 מצ"ב ומסומנים **ע/10**.

37. הדברים האמורים נכתבו לפני שנים ספורות, ומותר לציין כי מאז מצביעים דו"חות ומחקרים שונים על החמרת המצב. בנוסף לניצולם של העובדים הזרים בכל הנוגע לתנאי שכר הרי, שרבים מהם מועסקים לאורך שעות נוספות רבות ללא תמורה, במיוחד בענפי הסיעוד והחקלאות; תנאי המגורים, המזון והמחייה של עובדים בענפי הבניין והחקלאות הנם ירודים ביותר, ולעתים אינם ראויים לבני אדם; דרכוניהם של העובדים מוחרמים עם הגעתם לישראל, ולעתים מוחזקים כערובה ומשמשים לסחיטת תשלומים, ויתור על זכויות וכפייה על עובדים לצאת מן הארץ; חרב הגירוש, המונפת תדיר מעל צווארם של העובדים, מובילה להורדה בשכרם, ולאפשרות זמינה וקלה עבור המעסיק לפטרם ללא פיצויים וללא כל מחויבות.

לנתונים בדבר מצבם של מהגרי העבודה בשוק העבודה ובחברה ראו:

א' קמפ ור' רייכמן "עובדים זרים בישראל, מידע על שוויון" מרכז אדווה, דו"ח מס' 13, 2003, עמ' 12-13.

"כי גרים הייתם", דו"ח מוקד סיוע לעובדים זרים, אוקטובר 2002, עמ' 21-23.

העמוד הרלבנטי מתוך דו"ח מרכז אדווה מ-2003 מצ"ב ומסומן **ע/11**.

העמוד הרלבנטי מתוך דו"ח מוקד סיוע לעובדים זרים מ-2002 מצ"ב ומסומן **ע/12**.

38. בניסיון לתקן ולו במעט מצב עגום זה החליט המחוקק בשנת 2000 להסדיר את תחום העסקת העובדים הזרים בישראל, תוך החמרת מערכת הפיקוח והאכיפה על מעסיקים. כך במסגרת חוק ההסדרים הוכנסו במקביל תיקון מס' 9 לחוק שירות התעסוקה, לימים סעיף 1ט"ו לחוק עובדים זרים - הוא התיקון אשר על אופן יישומו נסבה עתירה זו, ותיקון מס' 2 לחוק עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים). במסגרת תיקונים אלו קבע המחוקק, לראשונה בחוק, שורה של תנאים בהם נדרש מעסיק המבקש להעסיק עובד זר כדין לעמוד, ועונשים בגין הפרתם. על הסדרים אלו והמשמעות שיש ליתן לרקע לחקיקתם יורחב בחלק המשפטי של עתירה זו.

הליך מתן ההיתר

39. הליך קבלת ההיתר להעסקת עובד זר משקף מתחילתו ועד סופו את התפיסה, הרואה בהיתר משום הטבה הניתנת למעסיק, אותה יש ללוות בפיקוח צמוד, במעקב ובבדיקה דקדקנית שתכליתם לוודא עמידה בתנאים בסיסיים ומפורטים, כמפורט להלן.

40. ההליך לקבלת היתר נפתח בפנייה למדור התשלומים במשרד התמ"ת. "נוהל פתיחת תיק", שגובש במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, קובע כי מעסיק יידרש להמציא שורה של מסמכים בטרם ייפתח תיק בבקשתו להעסיק עובדים זרים, ביניהם צילום תיק ניכויים במס ההכנסה, צילום תיק ניכויים בביטוח הלאומי, ועוד. כמו כן, מדור התשלומים מחתים את המעסיק הפונה על הצהרת מעסיק (טופס 5251 - ר' להלן) ובקשה לקבלת היתרים (טופס 5864 - ר' להלן).

"נוהל פתיחת תיק" מצ"ב ומסומן ע/13.

41. **הצהרת המעסיק** מפרטת את התחייבויות המעסיק בפני משרד התמ"ת לשם קבלת היתר להעסקת עובדים זרים.

סעיף 1 להצהרה קובע:

"... כן ידוע לי והנני מסכים כי אי מילוי תנאי מתנאי כתב הצהרה זה ו/או תנאי האשרה ו/או הוראות חוק עובדים זרים עשוי להוות עילה לביטול ההיתר ואף יהווה שיקול לעניין היענות לבקשות נוספות בעתיד מצדי להעסקת עובדים זרים."

סעיף 2 להצהרה קובע:

"ידוע לי כי החלטות ממשלת ישראל ואישורי שירות התעסוקה בעניין התרת העסקתם של עובדים זרים תלויים בשיקולי מדיניות, העשויים להשתנות מעת לעת וכי אין לי ולא תהיה לי לעניין זה זכות קנויה כלשהי להעסקת העובדים הזרים המסוימים או אחרים ו/או טענה כלשהי לעניין הבטחה שלטונית ו/או התחייבות כלפי ו/או הסתמכות מצדי ו/או מצד הצדדים השלישיים ו/או שינוי מצבי לרעה וכי הרשויות המוסמכות רשאיות לבטל בכל עת את אישור עבודתם ושהייתם של העובדים הזרים בישראל, כולם או מקצתם."

42. הנה כי כן, הצהרת המעסיק כוללת הכרה מפורשת בכך, שהעסקת עובדים זרים הנה הטבה, ולא זכות, הכפופה לשיקולי מדיניות העשויים להשתנות מעת לעת. ואמנם, ברי כי מתן

היתרים להעסקת עובדים זרים אינה זכות, לא כל שכן זכות קנויה, כי אם פריבילגיה הניתנת למעסיק בכפוף לעמידה בקריטריונים ולהגבלות.

43. זאת ועוד: סעיפים 5 ו-6 להצהרת המעסיק כוללים התחייבויות מפורשות בדבר קיום חוקי המגן, תשלום שכר וזכויות סוציאליות, הסדרת תנאי מגורים הולמים, ביטוח רפואי וכיוצא באלה. יתר סעיפי ההצהרה כוללים התחייבות לאפשר פיקוח ומעקב ממלכתיים על העסקת העובדים הזרים, להשאיר את דרכוני העובדים בידיהם, לקיים את אחריות המעסיק אף אם ערך התקשרות עם לשכת תעסוקה פרטית, להסדיר את בדיקותיהם הרפואיות של העובדים עובר להגעתם לישראל ועוד.

"הצהרת המעסיק" מצ"ב ומסומנת ע/14.

44. הבקשה לקבלת היתרים הנה טופס המשתנה לפי ענף התעסוקה. כך, למשל, בענף הבניין נדרש המעסיק להצהיר בסעיף 4:

"כמו כן, הנני מאשר ומתחייב בזאת כי כל עובד זר שאעסיק על פי היתר העסקה מיחידת הסמך יועסק על ידי עד תום תקופת ההיתר, וכי במשך כל תקופת ההיתר אשלם לעובד מידי חודש שכר שלא ייפול משכר המינימום שהינו בתוקף בעת התשלום, ואספק לו תנאים נלווים כדין כולל ביטוח רפואי ומגורים הולמים במשך כל התקופה האמורה.

...

הנני מבין כי קיום התחייבות זו הינה תנאי לתוקף היתר העסקה שינתן לי, וכי אי קיומו יהווה עילה לביטול ההיתר ו/או לסירוב למתן היתר בעתיד."

(ההדגשה אינה במקור - מ"פ').

יצוין, כי טפסים דומים בדבר בקשות לקבלת היתרים להעסקת עובדים זרים מצויים בענפי התעשייה, הסיעוד, החקלאות, המלונאות והמסעדנות. לפירוט ראו אתר האינטרנט של משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה:

<http://www.moit.gov.il/NR/exeres/CD43B31B-E4AE-4EBA-BDF8-8910BDAF437F.htm>

45. יוצא אפוא, שמעסיק הבוחר לפתוח בהליך העסקת עובדים זרים, ולהגיש בקשה לקבלת היתרים, נדרש לעמוד בשורה ארוכה של הצהרות, התחייבויות ומילוי תנאים בפני המדינה. שלבים אלה נועדו, בין היתר, להעמיד את מבקש ההיתר על חובותיו ע"פ דין, ולשכנע את המשיב כי אכן מדובר במעסיק ראוי ומתאים לקבל את אותה הטבה בדמות העסקת עובדים

זרים. לכל אורך התהליך מודגש שוב ושוב בפני מבקש ההיתר, כי הפרת החובות המוטלות עליו על פי הדין צפויה להוביל לביטול ההיתר, סירוב לתת היתרים בעתיד וביטול ההקצאה לעובדים זרים.

הליך ביטול ההיתר - "נוהל ביטול היתרים למעסיקי עובדים זרים"

46. הסמכות לבטל היתר עקב הפרת תנאיו הנה בגדר סמכות טבעית הנתונה לרשות המוסמכת בכל עת (ראו לעניין זה סעיף 15 לחוק הפרשנות). למרות זאת, ככול הנראה בשל חומרת מצבם של עובדים זרים, תנאי העסקתם הקשים וההפרות התכופות של חוקי המגן, מצא המחוקק לנכון לציין סמכות זו באופן מפורש, במסגרת הסדרת התחום בחוק שירות התעסוקה (ובהמשך בחוק עובדים זרים). על ההשלכות הפרשניות של עובדה זו נפרט בהרחבה במסגרת הפרק המשפטי.

47. רק במרץ 2002, למעלה משנתיים לאחר תיקון החוק, הוציא שירות התעסוקה נוהל לטיפול בביטול היתרים ולסירוב למתן היתרים.

העתק הנוהל מצ"ב ומסומן ע/15.

48. באוקטובר 2003 הוציא המשיב נוהל חדש. בדומה לקודמו, ביטא נוהל זה מדיניות מצמצמת, לפיה "שלילת היתר העסקה או סירוב למתן היתר בעתיד צריך להיות עונש מיוחד אשר יופעל בעיקר במקרים חמורים וחריגים" (סעיף 3 לנוהל).

49. כך לדוגמא, לפי הנוהל, לא די בהפרת חוק שכר מינימום על מנת להצדיק שלילת היתר, אלא יש צורך ב"תשלום שכר הנמוך באופן משמעותי משכר מינימום". באופן דומה, לא די בהגשת כתב אישום כנגד המעסיק או בהרשעתו אלא נדרש כי אלו יהיו "בעבירות חמורות" בלבד.

50. הפעלת הסמכות במקרים חמורים וחריגים בלבד מכשירה מיניה וביה את הישנות החלק הארי של מקרי הניצול שבהם מופרים חוקי המגן כלפי עובדים זרים ונרמסות זכויותיהם. פגיעות קשות אלו משליכות על שוק העבודה ועל המרקם החברתי כולו.

51. זאת ועוד, הנוהל כלל אינו מתייחס לסיטואציה המוכרת עד זרא, בה עובר המעסיק פעם אחר פעם על הוראות החוק ופוגע באופן שיטתי ולאורך זמן בזכויות עובדיו. הדרך המתבקשת להתמודד עם מעסיקים "מועדים" אלה היא באמצעות שלילת היתרים ממעסיק, אשר הוטלו עליו מספר פעמים קנסות מנהליים. ואולם, על-פי הנוהל, "הטלת קנס מנהלי לכשעצמה לא תהווה עילה לביטול או סירוב למתן היתר" - עילה לביטול היתר מתגבשת רק עם אי תשלום

הקנס. משמע, כל עוד משלם המעסיק את הקנס המוטל עליו, אין הנוהל מונע כי ימשיך לקבל היתרים אף אם נקנס מספר פעמים בגין הפרת זכויות עובדיו.

52. וכך, למרות שביכולת המשיב לאתר ללא כל מאמץ מעסיקים אשר נקנסו מספר פעמים ע"י פקחי מחלקת האכיפה, ואף כאלו אשר הורשעו בפלילים בגין הפרת חוק עובדים זרים וחוקי מגן אחרים, נמנע המשיב מלעשות כן, ומעסיקים עבריינים ממשיכים לקבל פעם אחר פעם היתרים להעסקת עובדים.

53. למיטב ידיעת העותרים, הורשעו עד כה בפלילים למעלה מ-150 מעסיקי עובדים זרים, אשר הפרו, כאמור, את הוראות חוקי המגן כלפי עובדיהם. קרוב ל-100 מביניהם הועמדו לדין לאחר שכבר הוטל עליהם קנס מנהלי פעמיים בעבר. כבר היום, אם כן, ניתן לאתר ללא כל מאמץ למעלה מ-100 מעסיקים אשר נמצאו עוברים על החוק שלוש פעמים או יותר.

54. למרות זאת, על פי הנתונים שנמסרו לעותרים על ידי הממונה על חוק חופש המידע במשרד המשיבים, בשנת 2003 נשללו שני היתרים בלבד, ובמהלך שמונת החודשים הראשונים של שנת 2004 נשללו ארבעה עשר היתרים נוספים ובמהלך ששת החודשים הבאים, מאוגוסט עד פברואר 2005, נשללו עוד 40 היתרים בלבד.

55. פרוט נימוקי החלטות הביטול מעלה תמונה עגומה עוד יותר, בדבר אופן הפעלת הסמכות. בארבעה מתוך 14 המקרים שבהם בוטלו היתרים במהלך שמונת החודשים הראשונים של שנת 2004, מדובר היה בביטול היתרים אשר ניתנו בטעות - אם בשל הצהרה כוזבת של בעל מסעדה בדבר היות מסעדתו מסעדה אתנית, אם בשל חוסר מימוש בפועל של ההיתרים שניתנו. בשני מקרים אחרים, למרות שנמצא כי הופרו "תנאי העסקה" (תיאור כולל לפגיעה בזכויות העובד) הוחלט לצמצם את מספר העובדים בלבד. כך גם בחודשים אוגוסט עד פברואר 2005, ב-16 מתוך 40 מקרים, מדובר היה בביטול חלקי בלבד.

56. גם במקרים הנופלים לגדר אותן נסיבות מצומצמות בהן ניתן ע"פ הנוהל לשלול היתרים, בוחר המשיב שלא לעשות כן. כך, לדוגמא, ב-2.11.2003 פנתה עורכת הדין נעמי לבנקרון, היועצת המשפטית של העותרת 3, לעורך הדין תומר מוסקוביץ', היועץ המשפטי במשרד התמ"ת, בבקשה לברר אודות החקירה המתנהלת כנגד חברת "פרץ בוני הנגב" בגין תלונות שהוגשו נגדה, ובדרישה שלא להעניק לה - כמו גם לחברות אחרות אשר מתנהלת חקירה בעניינן - היתרים להעסקת עובדים זרים עד לסיום החקירה.

מכתבה של עו"ד לבנקרון בשם העותרת 3 מיום 2.11.2003 מצ"ב ומסומן ע/16.

57. ב-30.12.2003 השיבה עורכת הדין שושנה שטראוס, מהלשכה המשפטית בתמ"ת, וכתבה כי בעקבות הטענות כנגד החברה ביקשה הלשכה המשפטית לקבל לידיה את חומר החקירה כדי "לברר באם יש מקום להתחיל הליך של שלילת היתרים". לדבריה, לאחר עיון בחומר וקבלת החלטה בנושא תודיע על כך הלשכה. ואולם, עד היום טרם התקבלה הודעה או תשובה כלשהי.

מכתבה של עו"ד שטראוס ממשד התמ"ת מיום 30.12.2003 מצ"ב ומסומן ע/17.

58. דוגמה קיצונית לרתיעת המשיב מלשלול היתרים נמצא בפרשת חברת הבניה א. דורי. ב-18.11.2003 פנתה למשיב הגב' חנה זהר, מנהלת העותרת 2, בבקשה לבטל את היתרי ההעסקה שניתנו לחברת "א.דורי" בעקבות פסק הדין שניתן בעניינה בע"ע Xue Bin 1218/02 ואח' נ' א.דורי [פדע-אור (לא פורסם) 03 (1) 805]. בפנייתה עמדה הגב' זהר על הקביעות בפסק הדין בנוגע לעסקה הסיבובית שביצעה החברה בכדי לא לשלם שכר כחוק לעובדים, בנוגע לתנאי המגורים והמזון המחפירים להם זכו, ובנוגע להפרות הקשות והגורפות של חוקי הגנת השכר, שכר המינימום, שעות עבודה ומנוחה וחוק עובדים זרים.

מכתבה של גב' זהר בשם העותרת 2, מיום 18.11.2003 מצ"ב ומסומן ע/18.

59. ב-25.11.2003 השיבה עורכת הדין שושנה שטראוס, מהלשכה המשפטית במשרד התמ"ת, כי הממונה שקל את הממצאים החמורים של פסק הדין, שמע את טענות החברה "בדבר הפסקת כל קשר עם חברות סיניות, תיקון הליקויים שנמצאו, והעובדה... כי בעיני החברה ובעיני בית הדין האזורי היתה מחלוקת של ממש לגבי עצם החוב לעובדים" (הניסוח במקור - מ'פ'). כמו כן, השיבה עו"ד שטראוס כי מדובר ב"הפעלה משמעותית ראשונה של הסמכות לביטול היתרים". לפיכך, ציינה עו"ד שטראוס, החליט הממונה להפחית ב-5% את כמות ההיתרים לחברה לתקופה של שנה. כמו כן, נטען במכתב כי הממונה דרש מהחברה להעביר לידי אגף האכיפה מדי שלושה חודשים אישור רואה חשבון לפיו החברה ממלאה את חובותיה כלפי העובדים, ואינה מקיימת קשרים עם גוף "הרשאי לנכות סכומים מחשבונות העובדים". לבסוף צוין כי הממונה הנחה את אגף האכיפה "לקיים פיקוח הדוק על החברה", ותוקף היתרי ההעסקה שלה "הותנה בשיתוף פעולה מלא".

מכתבה של עו"ד שטראוס ממשד התמ"ת מיום 25.11.03 מצ"ב ומסומן ע/19.

60. תמונה עגומה זו עולה גם בנוגע לעבריינים הנמנעים מלשלם את הקנס המנהלי שהוטל עליהם - עילה המצדיקה ע"פ הנוהל שלילת היתרים. על-פי נתונים, שהוצגו בישיבת ועדת הכנסת לעובדים זרים, בשנים 2003-2004 הוטלו קנסות מנהליים בסך 73 מיליון ש"ח, אך מתוכם

נגבו כ-23 מיליון ש"ח בלבד. מה עלה אפוא בגורלם של היתרי ההעסקה, המצויים בידי המעסיקים שלא שילמו את הקנסות? למשיב פתרונים.

ראו לעניין זה פרוטוקול ועדת הכנסת לעובדים זרים מיום 11.1.05 בעמוד 19, מתוך :

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/zarim/2004-04-20.html>

61. יוצא אם כן, כי מעסיק עבריין יכול להמשיך ולפגוע בזכויות עובדיו מבלי לחשוש מפני עונש כלשהו. היתר העסקה אשר בידי, אותה הטבה כלכלית שניתנה לו ע"י המדינה, אינו נמצא בסיכון כלשהו. לכל היותר, יוטל עליו לשלם קנס מינהלי, אותו אין הוא חייב לשלם שכן סביר להניח, כי עד שיגיעו אליו רשויות הגביה יחלפו מספר שנים, במהלכן יוכל להמשיך ולהעסיק עובדים תוך פגיעה בזכויותיהם.

ג. פניות העותרים למשיבים

62. ב-30.4.2002 פנתה ב"כ העותרות בשם העותרת 1 לעורך-הדין עמנואל וייל, עוזר ליועץ המשפטי בשירות התעסוקה, בעניין הנוהל שפורסם באותה תקופה, לביטול היתרים למעסיקי עובדים זרים מכח סעיף 34(ב) לחוק שירות התעסוקה (להלן - הנוהל הישן). במכתבה עמדה ב"כ העותרות על ליקויים בנוהל הישן, וביניהם ההנחה שהייתה גלומה בו, ולפיה שלילת היתר פוגעת בעובד הזר עצמו; הקביעה כי שירות התעסוקה יפעל רק על סמך חומר ממשרד העבודה והרווחה; סיווג החומר על-פי סוגי העבירות וסוגיית הקמת מאגר מידע בדבר מעסיקים עבריינים. ואולם, הפנייה לא נענתה עד יום זה ממש.

מכתבה של ב"כ העותרות בשם העותרת 1 מיום 30.4.2002 מצ"ב ומסומן ע/20.

63. ב-30.10.2003 פנתה ב"כ העותרות בשם העותרת 1 לעורך-הדין תומר מוסקוביץ, היועץ המשפטי במשרד התמ"ת, ומחתה על כך, שחרף קיומו של סעיף 1טו לחוק עובדים זרים מעולם לא בוטל ולו היתר העסקה אחד להעסקת עובדים זרים. ב"כ העותרות שבה ופירטה את הסתייגות העותרת 1 מהנוהל הישן, ועמדה על הפגמים היסודיים הגלומים בו: ההטעה, לפיה ביטול היתר פוגע בעובד הזר עצמו; העדר האבחנה בין השיקולים לביטול היתר לבין השיקולים לאי-חידוש ולסירוב לתת היתר; ההתחשבות היתרה במעסיק ובנסיבותיו האישיות, וההסתמכות על אגף האכיפה שבמשרד התמ"ת כמקור המידע היחיד בנושא. לאור זאת ביקשה שוב ב"כ העותרות לתקן את הנוהל הישן.

מכתבה של ב"כ העותרות בשם העותרת 1 מיום 30.10.2003 מצ"ב ומסומן ע/21.

64. ביום 12.11.2003 השיבה עורכת-הדין שושנה שטראוס, מהלשכה המשפטית במשרד התמ"ת, כי אושר נוהל חדש (הנוהל נשוא העתירה), ובו תוקנו אחדים מהליקויים עליה הצביעה ב"כ העותרות בפנייתה. עו"ד שטראוס ציינה במיוחד את ההסתמכות על מקורות מידע נוספים, ובהם פסקי דין אזרחיים, כתיקון שהתווסף לנוהל. עם זאת, עו"ד שטראוס ציינה כי בשלב זה אין רואים מקום לעשות שימוש בסמכות הביטול בכל מקרה בו מפר מעסיק את הוראות החוק, אלא הסמכות תופעל במקרים חמורים בלבד. עו"ד שטראוס הוסיפה וציינה כי מדובר בנוהל "ראשוני וניסויי", וייתכן שלאור הנסיון שיצטבר יהיה מקום "לשפרו ולתקנו". בסיום מכתבה בקשה עו"ד שטראוס מב"כ העותרות להביא לידיעת משרד התמ"ת מקרים של הפרת זכויות עובדים, לרבות פסקי דין בהליכים אזרחיים, העשויים לשמש בסיס לביטול היתרים.

מכתבה של עו"ד שטראוס מיום 12.11.2003 מצ"ב ומסומן ע/22.

65. ב-18.11.2003 פנתה חנה זהר, מנהלת העותרת 2, לעו"ד שטראוס, והעלתה את הסתייגויותיה מהנוהל. בדבריה התייחסה גב' זהר לקביעות בנוהל, כי לא ייפתח הליך ביטול היתר על סמך תלונה חיצונית, וכי הטלת קנס מנהלי אינה כשלעצמה עילה לביטול היתר. המכתב מעולם לא נענה.

מכתבה של גב' זהר בשם העותרת 2 מיום 18.11.2003 מצ"ב ומסומן ע/23.

66. ב-22.12.2003 פנתה ב"כ העותרות בשם העותרת 1 לעו"ד שטראוס בעניין הליקויים בנוהל. בין היתר, ציינה ב"כ העותרות את העדר ההתייחסות ל"מעסיק המועד", המפר שוב ושוב את זכויות עובדיו, ואשר לשם הרתעתו יש לבטל היתרים למעסיקים, אשר הוטלו עליהם שני קנסות מנהליים ויותר. כמו כן, ולאור הכשלים בתפקודו של אגף האכיפה, דרשה ב"כ העותרות להסתפק בעניינם של מעסיקים אלה בממצאי חקירה ראשוניים. כן, העלתה ב"כ העותרות את הבעיה הנוצרת כתוצאה מכך, שפקחי אגף האכיפה מתמקדים בעבירת ה"העסקה שלא כדין" בלבד, ואינם בוחנים עבירות נוספות - בראש ובראשונה בנוגע לחוקי המגן.

מכתבה של ב"כ העותרות בשם העותרת 1 מיום 22.12.2003 מצ"ב ומסומן ע/24.

67. ב-27.1.2004 השיבה עו"ד שטראוס כי המשיב מתנסה כעת במקרים ראשוניים של סמכות הביטול (קרי, קרוב ל-4 שנים לאחר שהוקנתה לו הסמכות לעשות כן בחוק), וכי צפוי שבעתיד יתוקן וישופר הנוהל. עם זאת, עו"ד שטראוס מדגישה בתשובתה כי ביטול ההיתרים יינקט רק במקרים חמורים במיוחד כמפורט בנוהל. כמו כן, השיבה עו"ד שטראוס כי לא יישללו היתרים במקרה של "הפרשים קטנים בלבד" ששולמו על-ידי המעסיק לעומת שכר המינימום הנדרש על-פי חוק. עוד

נמסר כי איתור פסקי הדין האזרחיים בידי המשיב הוא "בעייתי", והמשיב יודה בעד כל מידע, שיהא בידי העותרת 1 בנושא זה.

מכתבה של עו"ד שטראוס מיום 27.1.2004 מצ"ב ומסומן ע/25.

68. ב-13.5.2004 השיבה עורכת הדין שושנה שטראוס מהלשכה המשפטית של משרד התמ"ת, לפניו מר עדי לקשר רכז מהגרי עבודה בעותרת 2, בנושא ביטול היתרי העסקה בענף הסייעוד למעסיקים אשר הפרו את החוק ופגעו בזכויות העובדים, כי על פי הנוהל, "הממונה ינקוט בסנקציה של ביטול היתרי העסקה במקרים חמורים במיוחד של אלימות כלפי העובדים הזרים או הפרת זכויותיהם". עוד מוסיפה עו"ד שטראוס כי "כאשר מדובר בהיתרים שניתנו לצורך מתן טיפול סיעודי לאדם נכה או חולה, הממונה ינקוט ביתר זהירות קודם הפעלת הסנקציה המנהלית האמורה, ובדרך כלל הוא לא יפעל לבטל היתרי העסקה במקרה של מחלוקת בין הצדדים אשר תוכל לבוא על פתרונה במסגרת תביעה אזרחית או על ידי הטיפול הפלילי הרגיל של אגף האכיפה". ואמנם, בנסיבות העניין קבעה עו"ד שטראוס כי לא יבוטלו ההיתרים במקרים שתוארו בפנייתו של מר לקשר.

מכתבה של עו"ד שטראוס מהלשכה המשפטית של משרד התמ"ת מיום 13.5.2004 מצ"ב ומסומן ע/26.

69. בתאריך 17.1.05, במהלך ישיבת הוועדה לעובדים זרים בכנסת הודיע המשיב, כי בחודשים האחרונים נעשה שימוש רב בסמכות לבטל היתרים וכי בפועל בוטלו 486 היתרי העסקה. כפי שצויין קודם לכן נתון זה מציג באופן מטעה את המצב לאשורו שכן ע"פ נתונים אשר הועברו לידי העותרות ע"י ממונה חוק חופש המידע במשרד המשיבים, במהלך החודשים ינואר 2004 עד פברואר 2005 נשללו מ 54 מעסיקים בלבד היתרי העסקה.

70. בעקבות הצהרת המשיב, וטרם קבלת הנתונים הסותרים מידי ממונה חוק חופש המידע, פנה ביום 30.01.05 מר עמירם גיל בשם העותרת 1, אל היועץ המשפטי במשרד המשיבים וביקש כי יתקן את הנוהל כך שיתאפשר שימוש נרחב יותר בסמכות לביטול היתרים.

מכתבו של מר עמירם גיל מיום 30.1.05 מצ"ב ומסומן ע/27.

71. ב-14.3.05 השיבה הגב' תהילה לוגר מהמחלקה המשפטית של משרד התמ"ת, כי עמדת התמ"ת היא שאין לסטות מהקבוע בנוהל ויש לשלול היתרים רק במקרים חמורים וחריגים. בעקבות קבלת התשובה הוחלט על הגשת עתירה זו.

הטיעון המשפטי

כללי

72. מדיניות המשיבים, כפי שבאה לידי ביטוי בנוהל ביטול היתרים מאוקטובר אשתקד, היא ש"דרך המלך לטיפול במקרים של הפרת חוקי העבודה הינה על ידי הטלת קנס מינהלי או הגשת כתב אישום. שלילת היתר העסקה או סירוב למתן היתר בעתיד צריך להיות עונש מיוחד, אשר יופעל בעיקר במקרים חמורים וחריגים" (סעיף 3 לנוהל).
73. במציאות הקיימת, כפי שתוארה בפרוטרוט בחלק העובדתי של עתירה זו, מציאות בה נכשלים המשיבים באופן עקבי באכיפת חוקי המגן על מעסיקי עובדים זרים, מהווה המדיניות שלא לבטל היתרי העסקה אלא במקרים חמורים, פגיעה על דרך מחדל בזכויותיהם החוקתיות של העובדים הזרים, ובקוגנטיות של חוקי המגן. בהעדר אכיפה של חוקי המגן מותירים המשיבים במודע את העובדים הזרים נטולי הגנה כלשהי מפני פגיעה בזכויותיהם הבסיסיות ומכשיר הלכה למעשה את ניצולם.
74. כתוצאה ממדיניות המשיבים אין בנמצא כל הרתעה אפקטיבית כלפי מעסיקים: לא הרתעה פלילית - לאור אחוזי הגביה הנמוכים של הקנסות המוטלים והמספר הקטן של כתבי האישום המוגשים, לא אזרחית - לאור חולשת העובדים הזרים וחוסר מודעותם לזכויותיהם ולכלים העומדים לרשותם לשם מימושן, ולא מנהלית. בפועל אם כן ממשיכים מעסיקים להפר את זכויות עובדיהם הזרים ללא כל חשש.
75. מדיניות המשיבים, ביוצרה מצב של העדר הרתעה אפקטיבית, תורמת לאווירה שבה זכויותיהם של עובדים זרים הן הפקר, כבודם ותנאי מחייתם הבסיסים נרמסים כעניין של יום יום, והדבר משתקף כאמור בדו"חות המתפרסמים מדי פעם על תנאי עבודתם של עובדים זרים. המשיבים מחויבים לתת לעובדים הזרים הגנה אקטיבית, ע"י אכיפה פלילית ואכיפה מינהלית. בהימנעותם מלעשות כן הרי הם מעצבים ומכשירים פגיעה קשה בזכויות העובדים הזרים ע"י מעסיקהם.

76. לא זו אף זו, מדיניות המשיבים מנוגדת לתפיסת היסוד, העולה מהצהרות הממשלה ומנוהלי קבלת ההיתר, ולפיה היתר להעסקת עובדים זרים הנה הטבה. קבלתה של הטבה זו מותנת בעמידה בקריטריונים בסיסיים, שעיקרם - כיבוד החוק ושמירה על זכויות המגן של העובדים הזרים בפרט. נוכח עמדה זו יש לראות בביטול היתרים תגובה מתחייבת במקרה בו הופר אמון המדינה במעסיק ונמצא כי זה אינו עומד בחובות הבסיסיות המוטלות עליו.

77. העותרים יטענו כי מדיניות המשיבים הינה בלתי סבירה באופן קיצוני שכן היא מרוקנת מתוכן את הוראות החוק ואת הסנקציה שבחר המחוקק להשית על מעסיק שלא עמד בדרישות החוק המינימליות לכיבוד זכויות העובדים הזרים. מדובר במדיניות החותרת תחת כוונתו המפורשת של המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בלשון החוק ובנסיבות חקיקתו.

א. סעיף 1טו לחוק עובדים זרים

78. סעיף 1ט"ו קובע כדלקמן :

"(א) לא קיים מעביד תנאי שנקבע לפי סעיף 1 יד או הוראה לפי חוק זה או חובה החלה עליו כלפי עובדיו, או עיכב תחת ידו שלא כדין מסמך זיהוי או דרכון של עובד זר, רשאי הממונה, לאחר שנתן למעביד הזדמנות להשמיע את טענותיו בפניו, לבטל את ההיתר שניתן למעביד להעסקת העובדים הזרים, כולם או חלקם, וכן לסרב, מטעם זה בלבד, לבקשת המעביד לאשר העסקתם של עובדים זרים למשך תקופה שלא תעלה על שנה אחת.

(ב) בוטל היתר להעסקת עובדים זרים כאמור בסעיף קטן (א), רשאי הממונה ליתן למעביד אישור זמני להמשך העסקתם במשך תקופה מסוימת שקבע ושלא תעלה על שלושה חודשים, אם נוכח שהדבר דרוש לשם הגנה על העובדים ובהתחשב בנסיבות ביטול ההיתר."

79. הסמכות לבטל היתרים להעסקת עובדים זרים התווספה לחוק שירות התעסוקה במסגרת חוק ההסדרים לשנת 2000, בו נכלל פרק שענינו עובדים זרים. בנוסף לתיקון לחוק שירות התעסוקה כלל הפרק תיקון מקיף לחוק עובדים זרים, העוסק בתנאי העסקה ומחייה לעובדים זרים, ותיקון לחוק הכניסה לישראל, העוסק בהליכי מתן היתרים ורשיונות לשהייה בישראל, מעצר וגירוש.

80. בהמשך, בעקבות הקמת יחידת הסמך בראשה עומד המשיב, החליט המחוקק כי תחום היתרי העסקת עובדים זרים יועבר מחוק שירות התעסוקה. כך, במסגרת חוק ההסדרים לשנת 2003 בוטל סעיף 34 לחוק שירות התעסוקה ובמקומו נחקק סעיף 1טו לחוק עובדים זרים (להלן: "הסעיף").

81. סעיף 1טו כולל עילת ביטול נוספת לעילות שהופיעו בסעיף 34 המקורי: "עיקוב שלא כדין של מסמך זיהוי או דרכון". כידוע, נטילת דרכון העובד ע"י המעסיק הינה תופעה שכיחה. למרות שמדובר בעבירה פלילית (סעיף 376 לחוק העונשין), נמנעה משטרת ישראל מלפעול כנגד המעסיקים העבריינים. משטרת ההגירה החלה לפעול כנגד המעסיקים העבריינים אולם נוכח היקף התופעה מדובר בפעילות זניחה יחסית. ציון מפורש של עבירה זו כעילה לשלילת היתר מבטא פעם נוספת עמדה נחרצת כנגד נוהג פסול זה, הכרה בכשלון התמודדות המנגנון הפלילי, ויצירת כלי נוסף, מינהלי, למיגור התופעה.

82. כרקע לרפורמה בחוקים המסדירים את תחום העובדים הזרים, אשר נערכה במסגרת חוק ההסדרים לשנת 2000, ניתן להצביע על הגידול המשמעותי במספר העובדים הזרים אשר הועסקו בישראל באותה עת, ועל תנאי העסקתם המחפירים, אשר היו בשלב זה בגדר עובדה ידועה לכל, ממנה לא יכל המחוקק להתעלם עוד (ראו לעניין זה דו"ח מבקר המדינה מספר 4 לשנת 1998, עמ' 279).

83. יפים לענייננו דברי ההסבר בחוק ההסדרים לתיקון המסיבי לחוק עובדים זרים: "בשנים האחרונות גדל מספר העובדים השוהים בישראל ובהם רבים המועסקים בישראל בלא היתר כדין... במקרים רבים תנאי המחיה של העובדים הזרים אינם הולמים מדינה נאורה. העובדים הזרים ובני משפחותיהם מתגוררים בצפיפות, לעיתים במכולות שאינן ראויות למגורי אדם כאשר הם נעדרי זכויות וגישה לשירותים הרפואיים שהמדינה מספקת לאזרחיה. נוסף על כך, רבים מהעובדים אינם זוכים לתנאי שכר הוגנים ולזכויות סוציאליות. במציאות כזו יש כדי לפגוע בתדמיתה של המדינה כמדינת חוק... התיקון המוצע מסדיר שורה של הגנות לעובדים הזרים... ההסדר המוצע מתחייב לנוכח קשייו האובייקטיביים של העובד הנובעים בעיקר מאי ידיעת השפה ומחוסר הכרות המערכת ותנאי הארץ... למען קיום יעיל של הוראות החוק באופן משמעותי, מוצע להחמיר את הענישה החלה על אותם מעבידים המפרים את הוראות החוק" (דברי ההסבר לתיקון חוק עובדים זרים-הצעות חוק 2824, ט"ו בחשוון התש"ס, עמ' 99-100).

84. ככל הנוגע לתיקון חוק עובדים זרים נאמר בקליפת אגוז, כי אם בנוסחו המקורי עסק החוק בעיקר בהיבטים הפליליים של העסקת עובד ללא היתר, הרי שבשנת 2000 הורחב החוק באופן משמעותי עת התווספו לו שלושה פרקים עיקריים: האחד ענינו תנאי העסקה. לפיו, להעסקת עובד זר נדרשים אישור רפואי; חוזה עבודה בכתב, אשר עותק ממנו נמסר לעובד בשפה אותה הוא מבין; ביטוח רפואי; מגורים הולמים; החזקת מסמכים רלבנטיים במקום העבודה. השני ענינו חיוב המעביד כלפי הרשויות. לפיו, העסקה כאמור מחייבת הפקדת ערובה בנקאית או ערובה מתאימה אחרת להבטחת מילוי חובות המעביד כלפי העובד הזר; חובת דיווח לשירות התעסוקה אודות התשלומים לעובד; אגרה שתשולם תמורת העסקתו של כל עובד זר. הפרק

השלישי עניינו קרן לעובדים זרים. לפיו, עובדים ומעסיקים יפרישו אחוז מסוים מהשכר לקרן אשר תעמוד לעובד שלושה חודשים לאחר שעזב את ישראל.

85. תיקון חוק עובדים זרים משקף אפוא את התפיסה לפיה מאפייניו הייחודיים של העובד הזר מטילים על המעסיק חובות נוספות לאלו המוטלות עליו עת הוא מעסיק עובד ישראלי. מעסיק המעדיף העסקת עובד זר על פני עובד ישראלי נדרש לעמוד בשורת דרישות, חלקן מקדמיות חלקן מתמשכות, הן כלפי העובד והן כלפי הרשויות, ומתן ההיתר ילווה בצעדי פיקוח ומעקב משמעותיים.

86. נדבך נוסף בהגנה על העובד הזר נמצא בתיקון נשוא עתירה זו. העילות המנויות בסעיף לשלילת היתר העסקה נבחרו בקפידה: הפרת התנאים למתן היתר להעסקת עובד זר, הפרת הוראות חוק עובדים זרים, הפרת האיסור הפלילי בדבר נטילת דרכון ותעודת מעבר, והפרת חובות המעסיק כלפי העובדים - קרי, הפרת חוקי המגן. מכאן, שסעיף 1טו נועד לשמש כאמצעי נוסף ורב-עוצמה לפיקוח על יחסו של המעסיק לעובד הזר.

87. מדובר בניסיון נוסף מצד המחוקק להתמודד עם מוחלשותם המובנית של מהגרי העבודה בשוק העבודה ובחברה הישראלית. החסמים העומדים בפניהם, חלקם אינהרנטיים להיותם עובדים בארץ זרה וחלקם מובנים כתוצאה ממדיניות העסקה אשר קבעה הממשלה (הסדר הכבילה) ואשר פורטו בחלק העובדתי של עתירה זו, מונעים מהם לא אחת את הנגישות למערכת המשפט, וחוסמים אותם מלעמוד על זכויותיהם מכוח משפט העבודה וחוקי המגן.

88. בית משפט נכבד זה ובתי הדין לעבודה עמדו זה מכבר על פגיעותם הרבה והמיוחדת של מהגרי העבודה. לא אחת הושיטו בתי המשפט סעד לעותרים בהסתמך על מוחלשותם המיוחדת, ועל היותם אוכלוסיה הנתונה מדי יום ומדי שעה להפרת זכויות וניצול. כך למשל קובעת השופטת פרוקצ'יה:

”חומרה יתירה נלווית לעבירות אלה משמדובר בעובדת זרה שאינה מודעת לאמצעי ההגנה העומדים לרשותה וחשופה לניצולם לרעה של גורמים שונים כפי שארע כאן. באופן רגיל, יש הצדקה להחמיר את הענישה לגבי מעשים שיש בהם פגיעה בחירותו ובכבודו של הזולת ובמיוחד כלפי זר המצוי בעמדת חולשה מיוחדת בארץ לא לו.”

(ע"פ 7988/01 אבי גורן נ' מדינת ישראל (לא פורסם))

89. בעניינם של שבעה עובדים מסין, אשר לא קיבלו שכר כלל והועסקו בתנאים מחפירים בכל הנוגע למגורים ומזון, קבע נשיא בית הדין הארצי לעבודה, כבוד השופט אדלר, בקבלו את ערעורם:

"ככלל, בשל טיב היחס שביניהם, תלוי העובד לכיסוי הוצאות מחייתו בתשלום שכרו על ידי מעבידו. בשל כך קם הציווי המקראי של איסור הלנת שכר עד בוקר. אולם, ככל שהעובד בן המקום תלוי כאמור במעבידו, הרי שהעובד הזר, שהובא למעבידו בישראל מארץ נכר, מהווה שונה לחלוטין ושאינו דובר את שפת המקום ואינו יכול לתקשר עם תושביו, תלותו במעבידו כפולה ומכופלת. תלותו אינה מתמצית בהיזקקות לתשלום שכר למחייה, אלא נוגעת לתנאי המחיה עצמם, לכל אותם תנאי יסוד לקיום, שבעינינו כתושבי הארץ הזאת הם מובנים מאליהם, תנאי יסוד כמו: קורת גג, מזון ראוי וביטוח בריאות. ואכן, בשל אותה תלות מוגברת של העובד הזר במעבידו, חייב חוק עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) התשנ"א-1991, את המעביד, לדאוג לכל אלה לעובד הזר, על מנת שיקוים הציווי המקראי של "תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכם ולגר הגר אתכם".

(ההדגשות אינן במקור - מ'פ').

ע"ע 02 / 1218 Xue Bin ואח' נ' א. דורי - חברה לעבודות הנדסיים בע"מ
(פדע-אור (לא פורסם) 03 (1) 805] 44)

וראו לעניין זה גם:

ע"ע 1459/02 בוצ'מן נ' בסט ייזום ובנייה (טרם פורסם). ניתן ב-19.12.2002.
ע"ב 2197/99 וע"ב 2198/99, (עניין א. ארנסון), (טרם פורסם). ניתן ב-4.9.2003.

ב. פרשנות סעיף 1טו נוכח חוקים אחרים העוסקים בנושאים זהים או משלימים

1. סמכותה הכללית של הרשות המנהלית לבטל היתר

90. הסמכות הכללית הנתונה לרשות מנהלית לשנות, לתקן ולבטל את החלטותיה קבועה בסעיף 15 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981 הקובע, כי "הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקן, לשנות, להתלותן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה".

91. בבסיס הסעיף עומדת התפיסה כי שיקול דעת שאינו נתון לעיון מחדש ולביקורת אינו עולה בקנה אחד עם טובת הציבור. יוצא כי אף קודם לחקיקת סעיף 1טו יכול היה המשיב לבטל היתר שניתן למעסיק משגילה כי זה מפר את תנאי ההיתר ועובר על החוק. ואולם, נוכח ההפרות היומיומיות

של זכויות עובדים זרים בחר המחוקק שלא להסתפק בהסמכה כללית זו. סעיף 1טו הינו אם כן ראשית לכל הצהרה מאת המחוקק בדבר החומרה היתרה שבהפרת תנאי היתר להעסקת עובדים זרים ובפגיעה בזכויותיהם.

92. אולם תפקידו של סעיף 1טו אינו הצהרתי בלבד. ברבות השנים הגבילה הפסיקה את הסמכות הכללית הנתונה לרשות מנהלית לשינוי ותיקון ונקבע, כי המקרים של עיון מחדש בהחלטה שניתנה חייבים להיות מקרים חריגים ביותר, שכן כרגיל זכותו של אזרח לדעת אם בידי החלטה סופית או מחייבת, ואין להטרידו שוב באותו נושא.

93. מטרת הסעיף אם כן הינה להבטיח, כי בהתקיים העילות המנויות בו, ובמיוחד אלו המהוות עבירה מפורשת על החוק ופגיעה בזכויות העובדים, ניתן יהיה לשלול את היתר המעסיק. זאת על אף שאין מדובר במקרים חריגים אלא בתופעה נפוצה.

94. העובדה כי העסקת עובדים זרים איננה זכות יסוד הנובעת מחופש העיסוק אלא הטבה כלכלית, הניתנת ע"י המדינה למעסיקים בודדים יחסית; הטבה, אשר קבלתה מחייבת את אמון המדינה ושמירה על דרישות החוק המינימליות - עובדה זו היוותה גם היא ללא ספק שיקול ביצירת הסנקציה הקשה. שימוש לרעה בהטבה הניתנת ע"י המדינה, מהווה הפרת אמון אשר ראוי כי יוביל לשלילתה, בכפוף להליך ראוי.

95. החומרה שבהפרת האמון, כמצדיקה שלילת היתר למעסיק עובד זר, הודגשה ע"י כבוד השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 9723/01 לוי נ' מנהלת מחלקת תעשייה ושירותים, פ"ד נז(2) 87, 96:

"העותר הפר את האמון שניתן בו, והוא הראה יחס של זלזול לקיום התנאים המחייבים שהוטלו עליו. גם בדיון בעתירה נמנע העותר מהעלאת הצעה ממשית שיש בה כדי להבטיח מפני הפרה נוספת מצדו אם יינתנו לו היתרים נוספים. בנסיבות אלה צדקו המשיבים בסרבם ליתן היתר לעותר ובהפנותם לסעיף 34(ב) לחוק שירות התעסוקה (העיגון הקודם לסעיף 1טו הנוכחי- מ"פ), שעולה ממנו כי אם הפר מעביד תנאי בהיתר להעסקת עובדים זרים רשאי שירות התעסוקה לסרב לבקשתו הנוספת לאשר לו העסקת עובדים זרים למשך תקופה שלא תעלה על שנה אחת".

2. פרשנות סעיף 1טו נוכח סעיף 20 לחוק העבירות המנהליות, התשמ"ו-1985

96. עבירה על הוראות חוק עובדים זרים, בדומה לעבירה על הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, וחוק שכר מינימום, הינה עבירה מנהלית בגינה ניתן להטיל קנס מנהלי ובנסיבות מסוימות אף להגיש כתב אישום פלילי.

97. עוד בטרם חוקק סעיף 1טו ניתן היה לשלול היתר העסקת עובדים ממעסיק, אשר הפר את החוק ונמנע מלשלם את הקנס המנהלי אשר הושת עליו. זאת, מכוח סעיף 20 לחוק העבירות המנהליות, התשמ"ו-1985 (להלן - חוק העבירות המנהליות) הקובע כדלקמן:

"הוטל על אדם קנס מינהלי בשל עבירה מינהלית הקשורה בעיסוק או בפעולה הטעונים על פי דין רישום בפנקס, רישיון או היתר, ולא שולם הקנס המינהלי במועדו, רשאי בית המשפט, על פי בקשת התובע, לצוות על מחיקת רישומו של אותו אדם בפנקס או על שלילת הרישיון או ההיתר שניתנו לו, או על אי חידושם או אי הארכת תקפם והכל עד לתשלום הקנס או עד תום שנה אחת לפי המוקדם."

98. והנה, במסגרת הרפורמה הכללית שערך המחוקק בתחום העסקת העובדים הזרים, החליט שאין להסתפק בסמכות הקיימת לשלילת היתר מכוח סעיף 20 לחוק העבירות המנהליות. זאת היות ומדובר בהליך ממושך, המתחיל רק לאחר שנמנע המעסיק העבריין לשלם את הקנס אשר הוטל עליו, הליך הכרוך בפנייה לבית המשפט ומצריך לעיתים אף התדיינות בפניו.

99. הליך ממושך זה אינו מתאים למציאות המוכרת לנו מתחום ההעסקה של עובדים זרים. מציאות בה אמנם מוטלים על מעסיקי עובדים זרים קנסות מנהליים אך בפועל אין הם משולמים ותופעות הניצול נותרות בעינן (ר' הנתונים שבפסקה 3 לעיל בדבר הפער בין הטלת קנסות לבין הסכומים שנגבו בפועל); מציאות בה עבירה על חוק עובדים זרים, שיכון עובדים בתנאי מגורים מפירים, הלנת שכר ואי תשלום שכר מינימום הינן תופעות שכיחות; מציאות בה מעמדם המעורער של העובדים הזרים משפיע על שוק העבודה כולו ופוגע גם במעמד העובד הישראלי.

100. במציאות זו, כך סבר המחוקק, יש צורך ביצירת סנקציה חריפה אשר תהווה איום ממשי על המעסיק, סנקציה אשר הליך הוצאתה לפועל מהיר ויעיל יותר. וכך קבע המחוקק, כי בכול הנוגע להיתרי העסקת עובדים זרים די באי-שמירה על הוראות החוק - יהא זה חוק עובדים זרים, חוק העונשין או אחד מחוקי המגן - בכדי לבטל את היתר ההעסקה. מדובר בסנקציה מנהלית, העומדת לרשות המבצעת, נוסף על הסנקציות אשר היו קיימות בחוק קודם לכן, בדמות קנסות מנהליים וכתבי אישום.

101. מובן אם כן, כי מדיניות המשיבים, לפיה הטלת קנס מנהלי אינה מהווה עילה לשלילת היתר העסקה, אך אי תשלום קנס כאמור יכול להוות עילה, הפוכה לכוונת המחוקק, שכן היא מייתרת את סעיף 1טו. כאמור לעיל, אף בטרם נחקק סעיף 1טו ניתן היה לשלול היתר בשל אי תשלום קנס מנהלי.

ג. סעיף 1 ט"ו - אמצעי אכיפה ראשון במעלה של חוקי המגן

102. כמתואר לעיל, חוקי המגן הפכו במידה רבה לאות מתה בכל הנוגע לעובדים זרים. זכויותיהם הבסיסיות של העובדים הזרים מכוח משפט העבודה מופרות באופן גורף, מדי יום ומדי שעה. אף כי בידי המשיב אמצעים רבים ומגוונים לאכוף את חוקי המגן, המציאות מורה כי פעילותו בתחום זה רפה, אם בכלל. על רקע מציאות זו החליט המחוקק לתת בידי המשיב אמצעי נוסף יעיל ודרמטי.

103. המסר העולה מסעיף 1טו אינו משתמע לשתי פנים: מי שכשל ולא עמד בדרישות המינימליות של שמירה על זכויות העובדים הזרים, אינו ראוי להמשיך וליהנות מההטבה הכלכלית של העסקתם. בכך משרת הסעיף את האינטרס הציבורי הברור באכיפת חוקי המגן, במניעת ניצולו של כוח עבודה זול באשר הוא ובמניעת אפלייתם של זרים בשוק העבודה, תוך גרירת כל השוק מטה ופגיעה ברמת השכר גם של העובדים הישראליים.

104. העותרים יטענו, כי את הסנקציה הגלומה בסעיף 1טו יש להפעיל במקביל לסנקציות האחרות העומדות בידי המשיבים כנגד מעסיק עבריין, או לכל הפחות, לאור האפקטיביות הגלומה בה - במקומן.

105. מדובר בסנקציה מנהלית הדומה, אם מבחינת הרקע לחקיקתה ואם מבחינת הרציונל בבסיסה, לסנקציה המנהלית של הוצאת צווי הריסה מנהליים מכוח סעיף 238א לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה 1965. יפים לעניין זה דברי השופט זמיר בנוגע לרקע לחקיקת סעיף 238א:

"הסמכות להוציא צווי הריסה מינהליים לא הוענקה על ידי המחוקק אלא בשנת תשמ"א-1980... עת נתברר כי בניה בלתי חוקית פשתה כנגד ברחבי הארץ. כדי שניתן יהיה להילחם בנגע זה ביעילות העניק המחוקק את הסמכות הקיצונית של הריסת בנין - סמכות שחוק התכנון והבניה בנוסח המקורי לא העניק אלא לבית המשפט - ליושב ראש הוועדה המקומית לתכנון ובניה. אכן, עדיין נזהר המחוקק והגביל את הסמכות בתנאים, קבע לה סייגים, והכפיף אותה לביקורת שיפוטית, כדי שלא תופעל בטעות או

בשרירות. עם זאת, ניכר הדבר מתוך הוראות החוק כי תכלית ברורה היתה לנגד עיני המחוקק: שבמקרים המתאימים, בהם נתקיימו התנאים והסייגים שנקבעו בחוק, ניתן יהיה להפעיל סמכות זאת במהירות וביעילות." (רע"פ 5635/93 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה תל-אביב-יפו נ' רפאל עורקבי, פ"ד מח(2) 397, 403).

106. כשם שבמקרים של עבריינות בתחום הבנייה מקפידה הרשות האחראית בשלב הראשון להוציא צו להריסת המבנה הבלתי חוקי, על מנת למנוע ביצוע עבירה בפרהסיה, כך במקרים של עבריינות בתחום העסקת העובדים הזרים צריך המשיב בשלב הראשון לבטל את היתרי העסקה שבידי המעסיק. וכשם שביצוע צו הריסה מנהלי אינו פוטר מאחריות פלילית לעבירה לפי חוק התכנון והבניה (סעיף 238א(ב) לחוק), אלא מדובר בשני הליכים מקבילים בהם נוקטת הרשות כנגד עבריין הבניה, כך ביטול ההיתר ע"י הרשות המנהלית אינו פוטר מאחריות פלילית לעבירות המעסיק, וראוי כי במקביל להליך המנהלי יערך גם הליך מכוח חוק העבירות המנהליות, בו יידרש העבריין לשלם על מעשיו אם בדרך של קנס מנהלי ואם בדרך של משפט פלילי.

107. נזכיר שוב כי במקרה דנן, בניגוד לתחום הבנייה והתכנון, אין חשש כי ההחלטה המינהלית תפגע בזכות כלשהי של הפרט. היתר להעסקת עובדים זרים הינו הטבה כלכלית הניתנת ע"י המדינה למעסיקים ספציפים, ובשום אופן אין לראות בשלילתו פגיעה בזכות יסוד.

108. לכל היותר תפגע ההחלטה המינהלית בהסתמכות המעסיק על הבטחה מינהלית, הבטחה אשר ממימושה הותנה מלכתחילה בעמידה בתנאים מוקדמים מינימליים, בהם קיום הוראות החוק ושמירה על זכויות העובד הזר. תנאים להם היה המעסיק מודע ובהם לא עמד.

ד. מדיניות המשיבים פוגעת בזכויות יסוד של עובדים זרים

109. מדיניות המשיבים להקל עם מעסיקים מפירי חוק ולהימנע מביטול היתרים על רקע מדיניות האכיפה הרופפת ממילא של זכויות עובדים בכלל ועובדים זרים בפרט, פוגעת בזכות העובדים הזרים לכבוד האדם, המנויה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

110. מדיניות זו, המעלימה עין מפגיעות שיטתיות, יומיומיות, בזכויות העובדים תוך ידיעה כי אין ביכולתם לעמוד על זכויותיהם בכוחות עצמם זאת, מעודדת ומכשירה פגיעות אלו.

111. למעשה מכשירה מדיניות המשיבים את מרבית המקרים היום-יומיים, הגורפים ושאינם בהכרח "חמורים" - ולבטח לא "חריגים" - של ניצול העובדים הזרים בשוק העבודה: שלילת תנאיהם מבחינת שכר, תנאי מחייה, מגורים ומזון, נטילת דרכונם, ומובילה להדרתם החברתית אל מתחם

העוני והמצוקה. כבוד הנשיא ברק כותב בספרו פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית, (ירושלים, 1994), ע' 318-320 :

"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".

112. מדיניות המשיבים פוגעת אף בזכות העובדים הזרים לקיום בכבוד. לאור הנתונים שהובאו לעיל בדבר מצבם של העובדים הזרים בשוק העבודה בכל הנוגע לתנאי השכר, כמו גם לתנאי ההעסקה כולם (שיכון, מזון וכיוצא באלה) ניתן לקבוע, כי מדיניות המשיבים גוזרת בפן הציבורי על העובדים הזרים קושי רב - עד כדי חוסר יכולת - להתפרנס, להרוויח את לחמם, להחזיר את סכומי העתק ששילמו כדמי תיווך תמורת הבאתם לישראל, ולחיות בכבוד אנושי. על כן, העדר האכיפה של זכויותיהם הבסיסיות, עליו מצהיר המשיב בריש גלי בקובעו כי יתיר את המשך העסקתם וניצולם כל עוד אין הדבר עולה לכדי מקרה "חמור וחריג", וכשהדבר נעשה כחלק ממצבם העגום של העובדים הזרים בשוק העבודה, מהווה אפוא פגיעה בזכותם לקיום אנושי בכבוד.

הזכות לקיום אנושי בכבוד הוכרה כחלק מכבוד האדם, המנוי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כבוד הנשיא ברק קבע בהקשר זה:

"כבודו של האדם כולל בחובו הגנה על מינימום הקיום האנושי ... אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".

רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה (3) 375, 360.

וראו לעניין זה:

בג"צ 161/94 אליהו אטרי נגד מ"י תק-על 194(1), 1283.

אהרן ברק, פרשנות במשפט, פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 422.

פרופ' א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט, מא (תשנ"ד) 271, 280.

ה. מדיניות המשיבים בלתי סבירה

113. העותרים יטענו, כי מדיניות המשיבים הינה בלתי סבירה באופן קיצוני. מדיניות זו מרוקנת מתוכן את הוראות החוק ואת הסנקציה שבחר המחוקק להשית על מעסיק שלא עמד בדרישות המינימליות להן נדרש בכל הנוגע לכיבוד זכויות האדם של העובדים הזרים. מדובר במדיניות החותרת תחת כוונתו המפורשת של המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בלשון החוק ונסיבות חקיקתו.
114. בבואם להתוות מדיניות בתחום אכיפת החוק על מעסיקי עובדים זרים, על המשיבים לשקול ולאזן בין האינטרסים הרלבנטיים העומדים על הפרק, תוך מתן משקל ראוי לכל אינטרס ואינטרס. האינטרסים העומדים על הפרק במקרה דנן מגוונים הם ונוגעים לעובדים הזרים, למעסיקים, ולציבור בכללותו.
115. ראשית ישנו האינטרס של העובד הזר, כי הזכויות העומדות לו כנגד מעסיקו יאכפו ע"י המשיב. נשוב ונזכיר כי נוכח מוחלשותו הברורה של העובד הזר, תלותו במשיב לשמירה על זכויותיו גדולה לאין שעור מתלותו של העובד הישראלי. מדובר אם כן באינטרס ברור ומובהק.
116. אינטרס נוסף העומד על הפרק הוא כמובן האינטרס הציבורי שבאכיפת חוקי המגן בכלל וכלפי מעסיקי עובדים זרים בפרט. חוקי המגן, העומדים בבסיס משפט העבודה, הנם קוגנטיים, ואינם ניתנים לוותר, להסכמה או התניה. הרציונל העומד בבסיסם הוא ההכרה בפערי הכוחות המובנים בין המעסיק לעובד והצורך בהסדרה ולו מינימלית של שוק העבודה לשם הבטחת זכויות בסיסיות, שמירה על רמת שכר ותנאי העסקה הוגנים ומניעת תחרות שתמשוך את השוק כולו כלפי מטה. מובן כי גם לאינטרס זה יש לתת משקל רב במסגרת איזון האינטרסים השונים.
117. המצב כיום, בו אנו עדים מחד, לפגיעות חוזרות ונשנות בזכויות עובדים זרים, ומאידך לאחוז גביה נמוך ביותר של קנסות מינהלים בגין הפרת החוק, מצביע על הצורך לנקוט באמצעי אכיפה נוספים לשם הגנה על שני האינטרסים הללו.
118. אינטרס ציבורי נוסף הנכלל בגדר השיקולים שעל המשיבים לשקול הינו הגבלת היקף המעסיקים הנהנים מההטבה הגלומה בהעסקת עובדים זרים, לאלו הראויים ליהנות מהטבה זו בלבד. זאת במיוחד נוכח עמדת הממשלה לפיה יש לצמצם את מספר העובדים הזרים במשק, לאור השפעתם השלילית, כך עמדת הממשלה, על שוק העבודה. כפי שפורט בהרחבה בחלק העובדתי, נוכח עמדה זו מהווה מתן היתר להעסקת עובד זר הטבה כלכלית משמעותית הניתנת למתי מעט הנדרשים לעמוד בשורה של תנאים מקדמיים, ביניהם התנאי הבסיסי של שמירה על הוראות חוקי המגן ביחסים בינם ובין עובדיהם.

119. אינטרס רביעי שעל המשיבים לקחת בחשבון, הוא אינטרס ההסתמכות של המעסיק אשר קיבל רשיון בעבר ומעוניין להמשיך ולקבלו בעתיד - מדובר באינטרס כלכלי מובהק הנובע ממכלול ההטבות הכלכליות הניתנות במישרין ובעקיפין למעסיק הבוחר להעסיק עובדים זרים. לעניין זה יש להבחין בין אינטרס ההסתמכות על רשיון קיים לבין אינטרס ההסתמכות על רשיון אשר צפוי להינתן בעתיד.
120. העותרים יטענו כי אינטרס המעסיק בנסיבות דגן הנו חלש יחסית. כפי שפורט בחלק העובדתי של עתירה זו, הליך קבלת רשיון העסקת עובדים זרים כולל בשלביו השונים הצהרות והבהרות רבות בדבר היות הרשיון להעסקת עובד זר הטבה, המותנית בין היתר בשמירה על זכויות העובדים. מעסיק עבריון אשר הפר את הוראות החוק ונמצא פוגע בזכויות עובדיו אין לו אלא להלין על עצמו עת נשלל היתרו, קל וחומר עת נדחית בקשתו להעסיק עובדים עתידים.
121. והנה למרות קיום אינטרסים כבדי משקל, המטים את הכף לכיוון מדיניות נוקשה כלפי מעסיקים עבריינים, מבטאת מדיניות המשיב העדפה מובהקת של אינטרס המעסיקים.
122. נציין כי אין זה המקרה הראשון בו נמצאו המשיבים מאזנים באופן לקוי בין האינטרסים השונים העומדים על הפרק, תוך מתן העדפה פסולה לאינטרס המעסיקים. כך לדוגמא, בדו"ח מבקר המדינה 54ב לשנת 2003 נמתחה ביקורת חריפה על שיקול הדעת שהפעילה ועדה שמינה המשיב (בניגוד להנחיית היועץ המשפטי לממשלה), ואשר דנה בנושא ביטול הקנסות המנהליים אשר הושתו על מעסיקים עבריינים.
123. בין נימוקי הוועדה לביטול הקנסות, אשר זכו לביקורת בדו"ח, נמצאו שיקולים המופיעים גם במסגרת הנוהל במקרה דגן: היות העבירה עבירה ראשונה, מצבו הכלכלי הקשה של המעסיק, הבעת חרטה והתחייבות שלא לחזור על העבירה. (ר' בעמ' 17 לדו"ח)
124. חוסר הסבירות במדיניות המשיבים עולה גם מהנימוקים המובאים בגוף הנוהל לביסוס מדיניותו המצמצמת. הנימוק הראשון: ההשלכות החמורות האפשריות של הביטול על המעסיקים והמועסקים גם יחד, והשני: המשאבים הניכרים שיידרשו לצורך שימוש בסמכות הנ"ל לגבי כלל המעסיקים החוקיים שעברו עבירות.
125. בכל הנוגע לנימוק הראשון, הרי שזה מבטא העדפה ברורה של אינטרס המעסיק על פני הגנה על זכויות היסוד של העובדים הזרים ועל פני האינטרס הציבורי המובהק בשמירה על זכויותיהם. אכן לביטול היתרים צפויות להיות השלכות קשות על המעסיק - שהרי הרצון להרתיע את המעסיק הוא העומד בבסיס יצירת הסנקציה כסנקציה נוספת על הסנקציות הקיימות. מתן

משקל מכריע לפגיעה באינטרס המעסיק, כשיקול נגד שלילת ההיתר, מנוגד לרצונו המפורש של המחוקק כפי שעולה מהרקע העובדתי והמשפטי לחקיקת הסעיף.

126. זאת ועוד, את החשש לכאורה מפני השלכות ביטול ההיתר על העובדים ניתן לפתור בקלות רבה ע"י הפנייתם למעסיק חלופי, אם במסגרת נוהל מעבר בין מעסיקים ואם במסגרת הליך אחר שימצא המשיב לנכון להפעיל בסיטואציה זו. בדרך זו לא רק שלא יהיו לביטול ההיתר השלכות קשות על העובדים אלא נהפוך הוא - לאחר רמיסת זכויותיהם על-ידי המעסיק העבריין יזכו להיושע ממעסיקים העבריין, ומהניצול שהיה מנת חלקם. נציין כי החוק מאפשר להשהות את ביטול ההיתר וע"י כך מבטיח פרק זמן ראוי לאיתור מעסיק חלופי לעובד הנפגע.

127. בכל הנוגע לנימוק השני, בדבר המשאבים שיידרשו, יטענו העותרים בשני מישורים. במישור העקרוני, מדובר בנימוק אשר מקומו לא יכירונו עת מדובר בפגיעה ולו עקיפה בזכויות יסוד. לא פעם נקבע ע"י בית משפט נכבד זה, כי חברה המעמידה את זכויות היסוד בראש שמחתה מחויבת להקצות משאבים נאותים לשם הגנה על זכויות אלו (ר' לעניין זה בג"צ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות, פ"ד נ (1) 19, 27; בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט (4) 94; בג"צ 1113/99 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות פ"ד נד(2) 164, 172; בג"צ 2599/00 יתד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון, נ' משרד החינוך, פ"ד נו (5) 834, 848).

128. במישור העובדתי יטענו העותרים, כי נקיטת הסנקציה בדבר ביטול לא תצריך משאבים נוספים על אלו הנדרשים כיום לשם הטלת קנס מנהלי או הגשת כתב אישום. כבר היום, טרם נקיטה בסנקציה עונשית כנגד מעסיק עבריין, נערך ברור עובדתי מקיף הכולל קבלת גרסתו של המעסיק כפי שאכן ראוי שיעשה. מפקחים מטעם המשיב יוצאים לשטח על מנת לבדוק קיומן של הוראות החוק במקומות העבודה. הפקחים גובים עדויות מעובדים וממעסיקים, תופסים מסמכים ומחליטים באם לפתוח בתיק חקירה אם לאו. תיקי החקירה מועברים לטיפולם של מפקחים המשמשים כחוקרים היושבים במשרדי אגף האכיפה, אשר תפקידם להמשיך ולגבות עדויות מהמעסיקים ולגבש את תיק החקירה עד להעברתו ללשכה המשפטית. בשלב זה מועברים התיקים לתובעים בלשכה המשפטית, ואלו בוחנים אם יש מספיק ראיות לצורך הגשת כתב אישום או הטלת קנס מנהלי. (ראו תאור תהליך אכיפת חוקי העבודה בדו"ח מבקר המדינה 54ב שצוין בפסקה 91 לעיל, בעמ' 13)

129. כבר היום, אם כן, מדובר בהליך ברור מקיף ויסודי בו ניתנת למעסיק הזדמנות להשמיע את טענותיו בפני פקחי המשיב. ההחלטה להעדיף הטלת קנסות מינהלים על פני הסנקציה של ביטול ההיתר איננה נובעת אפוא מרצון לחסוך במשאבים אלא מסיבה אחרת, אשר הסברים אפשריים לה, דוגמת ההטיה הבלתי סבירה לטובת המעסיקים, פורטו לעיל.

130. לבסוף, נשוב ונזכיר את אחוזי הגביה הנמוכים של הקנסות המינהלים המוטלים על מעסיקי עובדים זרים ואת ההשלכות המשחיתות שיש לכך על מוסר הציות לחוק של האזרח הישראלי ועל מצב זכויות העובדים הזרים. דוגמא מובהקת לכך נמצא במקרה של מר אלפסי יוסי ממושב תל מונד. בתאריך 15.4.04 פנתה עו"ד ענת גונן, מהמחלקה המשפטית של העותרת 2, אל מחלקת האכיפה של המשיב במחוז מרכז, והתלוננה כנגד חקלאי בשם יוסי אלפסי ממושב תל מונד בשם 28 עובדים תאילנדים. עו"ד גונן פרטה במכתבה כי מר אלפסי מלין את שכר עובדיו, אינו משלם שכר מינימום ונוטל את דרכונם.

מכתבה של עו"ד גונן מיום 15.4.04 מצ"ב ומסומן כנספח ע/29.

131. בתאריך 2.5.04 נענתה עו"ד גונן כי הנושא ייבדק ע"י האגף לאכיפת חוקי עבודה. למרות זאת בתאריך 30.8.04 נאלצה עו"ד גונן לפנות פעם נוספת אל המשיב ולהביע תרעומת על כי למרות תלונתה הקשה לא נעשה כנגד מר אלפסי דבר והוא ממשיך לקבל היתרים להעסקת עובדים זרים כמקודם. בתשובה נמסר לה כי הנושא עדיין בטיפול.

מכתבה של עו"ד גונן מיום 30.8.04 מצ"ב כנספח ע/30.

מכתבה של עו"ד בתיה ליפשיץ מצ"ב כנספח ע/31.

132. למרות הזמן הרב שחלף מאז תלונת עו"ד גונן ועל אף חומרת התלונה ממשיך מר אלפסי לקבל היתרים להעסקת עובדים זרים עד היום. בהעדר הפעלת סנקציה חש מר אלפסי חופשי להמשיך ולפגוע בזכויות עובדיו, וכך אין זה מפליא, כי בתאריך 15.5.05 התייצבו במשרדי העותר 2 עובדיו הנוכחיים של מר אלפסי, 53 במספר, והתלוננו כי הלה מלין את שכרם, משלם שכר הנמוך משכר מינימום ומוסר מידע כוזב בדבר זכויותיהם ע"פ דין. עו"ד גונן שבה ופנתה אל עו"ד שושנה שטראוס מהמחלקה המשפטית במשרדו של המשיב ביום 16.5.05, ודרשה בחינת שלילת היתריו של מר אלפסי.

מכתבה של עו"ד גונן מיום 16.05.05 מצ"ב ומסומן ע/32.

133. יפים לענייננו דברי יו"ר ועדת עובדים זרים בכנסת בנוגע להשלכות הקשות של המצב הקיים על מוסר הציות לחוק של הציבור הישראלי: "בעצם במידה רבה מאוד זה מחדל שבעיני הוא מחדל משחית משום שהוא גורם לכך שיותר ויותר גורמים יהיה להם כדאי לבצע עבירות פליליות, ולהעסיק עובדים בתנאים שנוגדים את החוק, נוגדים את המדיניות של הממשלה ונוגדים את הרצון הציבורי שבענין הזה ברור לחלוטין". ראו פרוטוקול מס' 51 של הוועדה המיוחדת לבחינת בעיית העובדים הזרים, עמ' 12.

134. במציאות קשה זו, הימנעות המשיב מלהפעיל את סמכותו ע"פ דין, ולנקוט באמצעי אכיפה חלופיים העומדים לרשותו הינה בלתי סבירה בעליל.

סיכום

מדיניות המשיב לפיה אין לשלול היתרים ממעסיקי עובדים זרים אלא במקרים נדירים וחמורים בלבד יוצרת אוירה של זלזול בשלטון החוק ובזכויות עובדים זרים. מדובר במדיניות הסוטה מרצונו המפורש של המחוקק כפי שעולה מלשון סעיף 1טו לחוק עובדים זרים ומהרקע לחקיקתו. חוסר סבירות מדיניות המשיב צורמת במיוחד נוכח שכיחות הפרות זכויות העובדים הזרים ומחדלי המשיב במיגורן. מחדלו של המשיב פוגע לא רק בזכויות העובדים הזרים אלא משליך על שוק העבודה כולו ועל השמירה על זכויות העובדים הישראלים בו.

לאור כל האמור בעתירה זו מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשות את הצו על תנאי למוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבה בהוצאות עתירה זו.

מיכל פינצ'וק, עו"ד
ב"כ העותרות