

- העותרים: 1. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ע"ר 580312247
2. קו לעובד, ע"ר 580175545
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל, ע"ר 580011567

ע"י ב"כ עוה"ד מיכל תג'ר ואחרים
מקו לעובד, נחלת בנימין 75, ת"ד 2319 תל אביב 61022
טל' נייד: 054-5600536; פקס: 03-5251215
דוא"ל: Michal.tadjer@kavlaoved.org.il

וכן ע"י עוה"ד סאוסן זהר ואחרים
מעדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טל': 04-9501610; נייד: 052-6399147; פקס: 04-9503140
דוא"ל: Sawsan@adalah.org

וכן ע"י עוה"ד עודד פלר ואו רוני פלי ואחרים
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417
טל': 03-5608185; נייד: 052-2547163; פקס: 03-5608165
דוא"ל: oded@acri.org.il

נ ג ד

- המשיבים: 1. שרת המשפטים
2. היועץ המשפטי לממשלה
ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא תבוטל תקנה 117א לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין) התשנ"ו-1991, אשר הוספה במסגרת תקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין)(תיקון), התשע"ו-2016.

מבוא לעתירה ובקשה לצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צו ביניים, ולפיו לא תופעל תקנה 117א לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ו-1991 (להלן: "התקנה") עד להכרעה סופית בעתירה. ואלה טעמי הבקשה:

1. עניינה של עתירה זו בתקנה, **המחייבת** רשם או שופט בית הדין לעבודה, להורות על הפקדת ערובה של תובע שאינו תושב ישראל ואינו אזרח אחת המדינות בעלת האמנה לפי תקנות לביצוע אמנת האג 1954 (סדר הדין האזרחי), התשכ"ט-1969. זאת, זולת אם הראה התובע ראשית ראייה להוכחת תביעתו, או הראה כי הנתבע יוכל להיפרע את הוצאותיו ממנו אם תידחה התביעה. בכך מטילה התקנה נטל כספי וכלכלי כבד על קבוצת עובדים שהינה הקבוצה המוחלשת ביותר בשוק העבודה בישראל, ומכשילה ומגבילה את גישתם לבתי הדין לעבודה, שהם בעלי הסמכות הייחודית לדון בהפרת זכויותיהם בעבודה.
2. תקנה זו יש לבטל. היא אושרה בחריגה מסמכות בהעדר חוק המסמיך את המשיבה 1 (להלן: "המשיבה") לאשר אותה או לקבוע הסדר כלשהו בעניינה. חוק בתי הדין לעבודה, התשכ"ט-1969 (להלן: **חוק בתי הדין לעבודה**) אשר נטען כי הוא מקור הסמכות לאישור התקנה, אינו מתייחס לסמכות קביעת תקנות המחייבות הטלת ערובה, ולכן אינו מעניק סמכות זו למשיבה. חיוב בעל דין בהפקדת ערובה אינו עניין טכני של מה בכך אלא עניין מהותי, העלול, כפי שנראה להלן, להשפיע לשלילה הן על עצם הפנייה לערכאות, הן על האפשרות לקיים את ההליך המשפטי, הן על הקביעה מי יזכה ומי ינצח בהליך, והן על הזכויות של כלל בעלי הדין המעורבים בהליך. בשל ההשלכות המהותיות של סוגייה זו השתרשה ההלכה בבית הדין הארצי לעבודה, ולפיה אין לחייב עובד, גם אם הוא אינו תושב ישראל, בהפקדת ערובה, אלא במקרים חריגים, כמו למשל שעה שהתנהגות בעל הדין מעידה על התחמקות מביצוע פסק הדין.
3. סוגיית חיוב בעל דין בהפקדת ערובה הינה מהותית כדי כך שרק חוק יכול להסמיך את בית המשפט לדון בה, לפי שיקול דעתו, או את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים בעניינה. כך הוא סעיף 90 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 המעניק סמכות לרשם לדון בבקשת חיוב בעל דין להפקיד ערובה לאחר ששמע את הצדדים, ומותיר בידו שיקול דעת להחליט בדבר. נדגיש: החוק מקפיד להותיר את שיקול הדעת בידי הרשם, ואינו שולל אותו כפי שעושה התקנה מושא עתירה זו.
4. התקנה, אם כן, חורגת מסמכות; היא קובעת הסדר מהותי שהוא בסמכותו של המחוקק מבלי הסמכה מפורשת בחוק להסדרתו בחקיקת משנה. לכך יש לצרף את הפגיעה בזכויות החוקתיות: זכות הגישה לערכאות ואיסור הפליה של עובדים שאינם תושבים. מעבר לכך, התקנה אינה לתכלית ראויה

שכן בבסיסה עומדים שיקולים פוליטיים וזרים; על פי הפרסומים בתקשורת מטעם סיעתה של המשיבה, "הבית היהודי", אשר לא הוכחו על ידי המשיבים, כוונת התקנות לפגוע בעובדים הפלסטינים "המרבים", לפי טענת המשיבה, לפנות אל בתי הדין לעבודה לצורך מימוש זכויותיהם. המטרה, כפי שנוסחה על ידי סיעתה של המשיבה בכנסת, היא לסכל "אינתיפאדה משפטית של תביעות" – שם פוליטי ומגמתי לתיאור מספר זניח של תביעות שגרתיות לגמרי בעבודה, שהוגשו על ידי עובדים פלסטינים בגין הפרת זכויותיהם בעבודה בחקלאות עבור מעסיקים ישראלים בהתנחלויות בבקעה. התקנות מושא העתירה זכו משום כך לכינוי "תקנות הבקעה".

5. התקנה גורמת להפרת שיווי המשקל של ההליך השיפוטי אך ורק ביחס לעובדים שאינם אזרחים או תושבי ישראל – עובדים פלסטינים, מהגרי עבודה ומבקשי מקלט. עובדים רבים מקרב אלה יתקשו להציג, בתחילת ההליך השיפוטי, "ראשית ראייה", כפי הנדרש בתקנה כדי שלא תוטל עליהם ערובה. ראשית ראייה זו אינה בהכרח מצויה בידיהם, אלא נמצאת – על פי חקיקת העבודה – בחזקתו של המעביד. כך, למשל, שעה שמדובר בחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, הנטל על המעסיק שלא ניהל פנקס עבודה כדין להוכיח כי גרסתו של העובד אינה אמת; שעה שמדובר בחוזה עבודה, שחובה לתיתו על פי חוק הודעה לעובד, התשס"ב-2002, הנטל על המעסיק לסתור את גרסתו של העובד ביחס לימי העבודה, לגובה השכר וכיו"ב; שעה שמדובר בתלושי שכר, שחובה לתיתם לפי חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, הנטל על המעביד להוכיח שגרסת העובד אינה אמת. נטלי ההוכחה הללו משקפים את תודעת המחוקק ביחס לחבות המוגברת על מי שמעסיק עובד לנהל את העסקתו לפי הדינים החלים עליו. משמעות הדבר לעניין התקנה היא כי שיווי משקל זה מתהפך; מעתה על העובד שאינו אזרח או תושב ישראל להוכיח כבר בתחילת ההליך את שחקיקת העבודה מטילה על המעסיק להוכיח בהמשכו.

6. כפי שנראה בעתירה, תקנה זו חותרת תחת יסודותיה של ההלכה, לפיה יש לעודד את מי שאינו תושב ישראל, וחשוף ממילא להפרות חמורות של זכויות המגן שלו, להגיש תביעות לבתי הדין לעבודה. היא סוגרת בפני מי שאינם תושבי ישראל את דלתות בית הדין לעבודה, לאחר שנקבע כי אלה צריכות להישאר פתוחות בפניהם. היא חותרת תחת העקרון הקבוע בהלכה, לפיו יש להקל על עובדים אלה בפנייתם לערכאות. היא עומדת בסתירה לעקרון לפיו יש ליתן משקל של ממש לפערי הכוחות בין העובד החלש לבין מעסיקו.

7. אשר על כן, יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו ביניים כמבוקש. סיכויי העתירה גבוהים ומאזן הנוחות נוטה במובהק לטובת מתן צו ביניים. הנזק מאי מתן צו ביניים לעובדים פלסטינים, למהגרי עבודה ולמבקשי מקלט – העובדים המוחלשים ביותר בשוק העבודה – ברור מאליו. התועלת, שמבקשת המשיבה להשיג (צמצום תביעות "סרק" של מי שאינם תושבי ישראל, אף שמעולם לא הוכח שישנן כאלה), יכולה להיות מושגת גם באמצעות שימור המצב הקיים עד להכרעה בעתירה. כלומר, בית הדין לעבודה יוכל להוסיף ולהורות על הפקדת ערובה במקרים המתאימים, וזאת על פי שיקול דעתו, ובהתאם להוראות הדין הנוהגות ולשיקולים לקביעת ערובה שנקבעו בפסיקה.

הצדדים לעתירה

8. העותרים 1-3 הינם ארגוני זכויות אדם העוסקים, בין היתר, בקידום זכויות העובדים ובהגנה עליהן.
9. המשיבה, שרת המשפטים, אישרה את התקנה מושא העתירה ופרסומה נעשה אחר אישור היועץ המשפטי לממשלה, המשיב 2.

המסגרת העובדתית

10. ביום 2.8.2016 פורסמו ברשומות תקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין) (תיקון), התשע"ו-2016 במסגרתן הותקנה תקנה 117א לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ו-1991, שכותרתה "ערובה לתשלום הוצאות". תקנה זו מחייבת שופטים בבתי הדין לעבודה להורות לתובעים – עובדים שאינם תושבי ישראל – להפקיד ערובה לצורך כיסוי הוצאות המשיבים, וזאת עוד עם פתיחת ההליך המשפטי. היא מותירה שיקול דעת לשופט רק כאשר התובע הינו תושב ישראל. תקנה 117א כפי שהותקנה קובעת כדלקמן:

"(א) שופט בית הדין או הרשם רשאי, אם נראה לו הדבר, לצוות על תובע לתת ערובה לתשלום כל הוצאותיו של נתבע.

(ב) היה התובע מי שאינו תושב ישראל ואינו אזרח אחת המדינות בעלת האמנה לפי תקנות לביצוע אמנת האג 1954 (סדר הדין האזרחי), התשכ"ט-1969, יורה שופט בית הדין או הרשם לתובע, לבקשת נתבע, להפקיד ערובה לתשלום הוצאותיו של הנתבע, זולת אם הראה התובע ראשית ראייה להוכחת תביעתו או שהוא הראה כי הנתבע יוכל להיפרע את הוצאותיו ממנו אם התביעה תידחה או ראה שופט בית הדין או הרשם לפטור את התובע מטעמים מיוחדים שירשמו.

(ג) הורה שופט בית הדין או הרשם על הפקדת ערובה ולא הופקדה ערובה בתוך המועד שנקבע, תימחק התובענה, זולת אם הורשה התובע להפסיקה."

- לפי סעיף 3 לתקנות שפורסמו, נכנסה תקנה 117א לתוקף 30 ימים מיום פרסום התיקון, היינו ביום 2.9.2016.

** העתק התקנות מצורפות ומסומנות ע/1.

11. רשימת המדינות החברות לאמנת האג מצומצמת, והיא אינה כוללת את המדינות שמהן מגיע לישראל הרוב המוחלט של מהגרי העבודה, מבקשי המקלט והעובדים הפלסטינים. כך, בין היתר, לא חברות לאמנה הפיליפינים, תאילנד, הודו, וייטנאם, סרי-לנקה, נפאל, סודאן ואריתריאה. לרשימת המדינות החברות לאמנה ראו: <http://bit.ly/295VQSv>. לכן, במבחן התוצאה, חלה התקנה על

מרבית מהגרי העבודה ומבקשי המקלט העובדים בישראל או בהתנחלויות וכן על העובדים הפלסטינים תושבי הרשות הפלסטינית.

12. כיום מועסקים בישראל כ-170,000 עובדים שאינם תושבי ישראל, הכוללים עובדים פלסטינים, מהגרי עבודה ומבקשי מקלט. מדובר במי שעובדים בעבודות מסוג שלוש ה-D's (Dirty, Dangerous and Difficult) בשוק עבודה רצוף הפרות שיטתיות וגורפות מצד מעסיקים בהעסקה משולשת ומרובעת, מיקור חוץ כעניין שבשגרה, אי תשלום שכר מינימום, הלנות שכר תדירות, אי מתן תלושי שכר, ועוד ועוד. עובדים אלה, ככלל, חיים בעוני ובדחק, ולמעטים מהם, שמעזים לפנות לבתי הדין לעבודה למימוש זכויותיהם, מצפים הליכים לא פשוטים. הם סובלים מחסמים של שפה וידע, חוששים מאוד מפני אובדן מקום עבודה, גם אם מדובר במקום עבודה פוגעני, ולרוב לא ייטו לפנות למימוש זכויותיהם. בבג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006) (להלן: עניין "קו לעובד") התייחס בית משפט נכבד זה לנסיבות העסקתם של עובדים אלה בישראל, ושם צויין:

"בחינת מציאות העסקתם של עובדים זרים בישראל במהלך שנים אלו מגלה תמונה קשה ומכבידה [...]. השכר המשתלם לעובדים זרים הנו, על-פי רוב, נמוך, תכופות אף משכר-המינימום [...]. אף תנאי העבודה והמחייה המוצעים לעובדים זרים – ירודים, ונמצא כי רבים מהם מתגוררים בצפיפות רבה ובתנאי-דיור קשים [...]. הם אינם נהנים מהגנתה האפקטיבית של חקיקת המגן [...]. הם חשופים להתעמרות, ניצול ועושק [...], ומתקשים – בין היתר בשל היעדר הידע והממון הנדרשים לצורך ניהול הליך משפטי, והתלות הרבה במעסיקיהם – להביא את עניינם לפתחן של ערכאות." (פסקה 27 לפסק דינו של השופט לוי).

א. השלכת התקנה על העובדים הפלסטינים המועסקים בישראל

13. נכון לשנת 2015 הועסקו בישראל כ-55,000 עובדים פלסטינים במקצועות ובענפים שבהם אין היצע של עובדים ישראליים, עקב היותן של עבודות אלה מסוג שלוש ה-D's, כגון חקלאות, בניין, תעשייה, שירותים ותיירות. על העסקתם של עובדים פלסטינים חלים כל חוקי העבודה וההסכמים הקיבוציים, וזאת הן מכוח הפסיקה והן מכוח החלטת ועדת השרים לענייני ביטחון מיום 8.10.1970, שמספרה ב/1 (להלן: "החלטת הממשלה").

** העתק החלטת הממשלה מצורף ומסומן ע/2.

14. על תכליתה של החלטה זו עמד זה מקרוב מבקר המדינה, בדוח שנתי 65א לשנת התשע"ה-2014:

"החלטה זו שמה לה למטרה למנוע העדפה של עובדים פלסטינים על פני עובדים ישראלים, להגן על תנאי העסקתם של העובדים הפלסטינים ולהביא להשוואתם

לתנאי העבודה של עובדים ישראלים. [...] הסדרים אלו בענין תנאי העסקת עובדים פלסטינים בישראל נועדו להבטיח את יישום עקרון השוויון שהוא מעקרונות היסוד של מדינת ישראל. [...] מובן שעקרון השוויון חל גם בתחום של יחסי העבודה ומחייב שמירה על זכויות העובדים הפלסטינים והשוואת תנאי העסקתם לתנאים של עובדים אחרים באותו הענף." (עמ' 514).

15. חרף האמור, סובלים העובדים הפלסטינים בישראל משורה של הפרות מבניות ושיטתיות של זכויותיהם בעבודה, מן הסיכון להיפגע ואף למות בעבודה (62% מכלל תאונות העבודה הקטלניות במהלך שנת 2015 אירעו באתרי בנייה) ומקושי עצום בגישה לערכאות. הדברים מצטרפים למסעו של העובד הפלסטיני לעבודה מדי יום, בדיקות קפדניות במחסומים ובמעברים, שלילת היתרי כניסה על-ידי הצבא והמשטרה, הוצאת רישיונות עבודה על שם המעסיקים (ולא על שם העובדים), והיעדר אפשרויות תעסוקה ראויות בשטחי הרשות הפלסטינית. כל אלה יוצרים תלות של ממש של העובד במעסיקו. התלות הזו יוצרת כר נרחב להפרות של זכויות עובדים בלא שיש להם אפשרות של ממש לעמוד עליהן.

16. אחת הדוגמאות להפרה שיטתית של זכויות העובדים הפלסטינים היא תנאי עבודתם בחקלאות בהתנחלויות בבקעה. בשנת 2014 פרסם העיתון "דה מרקר" תחקיר אשר חשף את חומרת ההפרות כלפי העובדים הפלסטינים העובדים בענף החקלאות אצל מעסיקים ישראלים בבקעת הירדן. בעקבות התחקיר נערך ביום 27.5.2014 דיון מהיר בוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת אשר דנה בסוגיית ההפרות הקשות של זכויותיהם של עובדים אלה לרבות אי תשלום שכר מינימום. הדברים הובילו להגשה של מספר זניח של תביעות עבודה, וכתוצאה לפעילות נמרצת בסיעתה של המשיבה, "הבית היהודי", ליצירת חסמים בפני העובדים לניהול תביעות. כך נולדו "תקנות הבקעה" מושא עתירה זו.

** העתק התחקיר של עיתון דה מרקר מיום תחת הכותרת "8 שָׁ בִשְׁעָה, 16 שעות ביום, 7 ימים בשבוע – בלי תנאים סוציאליים" מצורף ומסומן ע/3.

** העתק פרוטוקול ישיבת וועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת מיום 27.5.2014 מצורף ומסומן ע/4.

** ראו גם דו"ח מבקר המדינה, דוח שנתי 65א התשע"ה-2014, בעמ' 491-492, המצורפים ומסומנים ע/5.

** עוד ראו תצהירו של עו"ד חאלד דוחי מקו לעובד, המפרט את הקשיים בהם נתקלים העובדים הפלסטינים בפניי לערכאות, גם אלמלא התקנה נשוא העתירה. התצהיר מצורף ומסומן ע/6.

ב. השלכות התקנה על מהגרי העבודה בישראל

17. מהגרי העבודה בישראל מצויים בה במספרים משמעותיים מאז שנות ה-90 של המאה העשרים, ועליהם מתבססים ענפי תעסוקה שלמים בשוק העבודה. כיום נמצאים בישראל כ-75,000 מהגרי עבודה, אשר הוזמנו בידי הרשויות לעבודה בישראל. על ההפרות השיטתיות מהן סובלים מהגרי

העבודה הנכנסים לישראל ועל הקושי במימוש זכויותיהם בעבודה (לרבות קשיים בגישה לערכאות) עמד מבקר המדינה לאחרונה בדוח מבקר המדינה 65ג לשנת התשע"ה-2015 :

"עו"ז [עובדים זרים] מגיעים לישראל לרוב על רקע מצוקה כלכלית קשה בארצותיהם ובשל הרצון לפרנס את עצמם ואת משפחותיהם. פעמים רבות נשללות מעובדים אלה זכויות סוציאליות, תנאי מחייתם קשים לעתים, והם חשופים להתעמרות ולניצול. לא אחת מדווח על פגיעה בזכויותיהם של עו"ז על ידי מעסיקיהם תוך ניצול מעמדם החלש. עו"ז אף מתקשים למצות את זכויותיהם ולפנות לערכאות משפטיות בעת הצורך." (עמ' 1100).

18. גם בית משפט נכבד זה התייחס לסוגייה, ופסק כי מהגרי העבודה הם מהקבוצות החלשות ביותר בישראל, וזו הזקוקה יותר מכל להגנתן של הערכאות :

"בהגיעם למדינת-היעד, נוטים מהגרי-העבודה להתרכז בתחתית סולם העבודה, והם מועסקים בעיקר בעבודות הנחשבות לקשות והמסוכנות ביותר – עבודות המכונות עבודות שלוש ה-D's – Dirty, Dangerous and Difficult – אשר משעה שהפכו להיות עבודות "של מהגרים", נוטות להישאר כאלה... [...] חלק ניכר מביניהם סובלים מתנאי-חיים ועבודה ירודים, תכופות – ירודים במידה ניכרת בהשוואה לתנאי העבודה המקובלים במדינת היעד, ולעיתים אף מתיוג שלילי ועוינות חברתיות.

[...]

אף תנאי העבודה והמחיייה המוצעים לעובדים זרים – ירודים, ונמצא כי רבים מהם מתגוררים בצפיפות רבה ובתנאי-דיור קשים [...]. הם אינם נהנים מהגנתה האפקטיבית של חקיקת המגן [...] ומתקשים – בין היתר בשל היעדר הידע והממון הנדרשים לצורך ניהול הליך משפטי, והתלות הרבה במעסיקיהם – להביא את עניינם לפתחן של ערכאות... "עניין "קו לעובד", פסקאות 24 ו-27 לפסה"ד של השופט לוי).

19. בעניין אחר עמד בית הדין הארצי לעבודה, בהקשר של הטלת ערובה על קבוצת מהגרי עבודה מקניה, על הכשלים האינהרנטיים הניצבים בפני מהגרי העבודה בפנייתם לערכאות :

"בפני העובדים הזרים ניצב מגוון מכשולים המקשים על גישתם אל מערכת בתי-הדין. על מכשולים אלה ניתן למנות את מחסום השפה, המחסור באמצעים כלכליים ואי-הכרת המערכת המשפטית על כלליה. לאמור, יש להוסיף את העובדה שהעובדים הזרים תלויים במעסיקם לא רק כמקור פרנסה, אלא גם כמי שמחזיק ברישיונות שהייה שלהם בארץ. כתוצאה מכך, עמידתו של עובד זר על זכויותיו עלולה להוביל להפסקת עבודתו ולגירושו מהארץ. משכך, יש להימנע ככל הניתן מהערמת מכשול נוסף על דרכם של עובדים זרים במימוש זכויותיהם בבית הדין."

(ע"ע 1064/00 קיניאג'וי נ' אוליצקי עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פד"ע לה 625 (2000), פסקה 14 לפסה"ד של השופט אדלר; להלן: עניין קיניאג'וי).

עוד על הקושי הרב הטמון ממילא בהגשת תביעות של מהגרי עבודה נגד מעסיקיהם ראו תצהירהן של גב' נועה שאואר, רכזת עובדים בחקלאות ב"קו לעובד"; גב' עידית ליבוביץ-שקד, רכזת עובדי הסיעוד ב"קו לעובד"; ותצהיר של עובדת סיעוד המתעתדת להגיש תביעה בבית הדין לעבודה.

** התצהירים מצורפים ומסומנים ע/7, ע/8, ו-ע/9 בהתאמה.

ג. השלכות התקנה על מבקשי המקלט המועסקים בישראל

20. בישראל מצויים כיום כ-41,000 מבקשי מקלט, חלקם הגדול מאריתריאה ומסודן (נתוני זרים בישראל, יולי 2016, רשות האוכלוסין וההגירה: <http://bit.ly/2bSeVJH>; במסמך מכונים מבקשי המקלט בשם המבזה והפוגעני שהודבק להם על ידי הרשויות – "מסתננים"). על העסקתם של אלה חל הסדר אנומלי, הפוגע קשות בזכויותיהם בעבודה. לפי ההסדר, שאושר לכתחילה כהסדר זמני, לעובדים אסור לעבוד ולמעסיקים אסור להעסיק, אך אין אוכפים את איסור ההעסקה. הסדר "זמני" זה הפך למאפיין קבוע של שוק העבודה של מבקשות ומבקשי המקלט בישראל, שקשה להפריז בהשפעותיו השליליות על אוכלוסייה זו (ראו בהקשר זה: בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (פסק דין מיום 6.1.2011)). הזמן חלף, ומדיניות שהוצגה כעניין זמני לתקופה של חצי שנה לכל היותר, נכנסה זה מקרוב לשנתה השישית (לביקורת על התמשכות המדיניות ראו, למשל, פסק דינה של השופטת חיות בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פסק דין מיום 16.9.2013)); וראו עוד דוח מבקר המדינה 64 התשע"ד-2014 בעמ' 99-101: "מנקודות ראותו של מעסיק בכוח, הסדר אי האכיפה שעליו התחייבה המדינה לבג"ץ הוא עמום ובלתי מובן. [...] הסדר זה אשר טומן בחובו סתירה, מיושם, כאמור, כבר כמה שנים [...] באופן המערים מגוון קשיים [...]. לדעת משרד מבקר המדינה היות שהסדר אי האכיפה נועד לאפשר לזרים שאינם בני הרחקה להתפרנס ולקיים את עצמם בכבוד, הרי נקיטה בפעולות שיש שבהן לפגוע במימוש ההסדר עלול[ה] להוביל לפגיעה ביכולתם של זרים רבים לעבוד, להתפרנס ולספק את צורכיהם הבסיסיים".

21. בחסות מדיניות אי-האכיפה התפתח שוק עבודה אפור למבקשות ולמבקשי מקלט; שוק מצומצם ופוגעני, שרובו ככולו עבודות דחק בשוק העבודה השניוני שבצדן שכר ותנאים נחותים במידה משמעותית מתנאי המינימום הקבועים בחוקי המגן. כך נראה שוק העבודה של מבקשי מקלט בישראל: רצוף הפרות שיטתיות וגורפות מצד מעסיקים בהעסקה משולשת ומרובעת, מיקור חוץ כעניין שבשגרה, אי תשלום שכר מינימום, הלנות שכר תדירות, אי מתן תלושי שכר, ועוד ועוד. מבקשי המקלט בישראל חיים בעוני ובדוחק, ולמי שמעזים לפנות לבתי הדין לעבודה מצפים הליכים לא פשוטים. גם הם, כמו העובדים הפלסטינים ומהגרי העבודה סובלים מחסמים של שפה וידע, חוששים מאוד מפני אובדן מקום עבודה, גם אם מדובר במקום עבודה פוגעני, ולרוב לא ייטו לפנות למימוש זכויותיהם. כבר כיום מנצלות מעסיקות-ענק את העמימות בדבר מעמדם של מבקשי המקלט

בישראל, בבקשות תדירות להטיל עליהם ערובה להבטחת הוצאות הנתבעת. תביעות אלה חוזרות ונדחות על שום הלכת בית הדין הארצי לעבודה (עליה נעמוד בהמשך), אולם התקנות צפויות לסכל באופן ממשי את זכאותם של מבקשי המקלט לפנות לבתי הדין לעבודה.

** על מצב העסקתם של מהגרי העבודה ראו תצהירה גב' נועה קאופמן, רכזת עובדים מבקשי מקלט ב"קו לעובד", המצורף ומסומן ע/10.

** תצהיריהם של מבקשי מקלט העומדים בפני הגשת תביעות לבית הדין לעבודה מצורפים ומסומנים ע/11-ע/12.

הרקע לאישור התקנה ומיצוי הליכים

22. על היוזמה לאישור התקנה ומניעי המשיבה ניתן ללמוד מכתבות בודדות שפורסמו באמצעי התקשורת. לפי פרסומים אלו, התקנה נועדה להתמודד ואף להדוף את "גל" התביעות המוגשות על-ידי העובדים הפלסטינים המועסקים בחקלאות בהתנחלויות בבקעת הירדן, ומכבידות על המעסיקים הישראליים, לפי טענותיהם. סיעתה של המשיבה בכנסת, "הבית היהודי", נתגייסה כדי לסכל את "האינתיפאדה המשפטית של התביעות" – שם פוליטי ומגמתי לתיאור המספר הזניח של התביעות השגרתיות שהוגשו. כך נולדו התקנות.

23. המשיבים לא בחנו את המציאות המשפטית הקיימת כיום והשלכות התקנה החדשה על ההלכה הקיימת שהשתרשה שנים בבית הדין לעבודה; הם לא בחנו את המציאות המצדיקה הגשת תביעות מעין אלו וגם לא את תנאי ההעסקה של עובדים הפלסטינים, של מהגרי עבודה ושל מבקשי מקלט שיפגעו מהן; הם לא בחנו את התשתית הראייתית והעובדתית המצדיקה את התקנה, אם בכלל. כל שניתן להסיק הוא שלמשיבה היו מניעים פוליטיים לאישור התקנה, וזאת על מנת לרצות את ציבור בוחריה.

24. בעקבות הפרסום בתקשורת, פנתה העותרת 1 למשיבים בבקשה למנוע את התקנתה של התקנה ואת פרסומה. הפנייה לא נענתה עד להגשת העתירה.

** העתק הפנייה מיום 21.7.2016 ותשובה ראשונית מטעם ראש לשכת היועץ המשפטי לממשלה מיום 24.7.2016, מצורפים ומסומנים ע/13 – ע/14.

הטיעון המשפטי

התקנת התקנה אינה בסמכות

25. דין התקנה להתבטל בראש ובראשונה בשל חריגה מסמכות. אין כל חוק המסמיך את המשיבה להתקין תקנה הנוגעת לחיוב בהפקדת ערובה, ודאי כל חוק המסמיך את המשיבה להתקין תקנה הפוגעת בזכויות החוקתיות לגישה לערכאות ולשוויון. בתקנה נקבע, כי המשיבה הוסמכה, לכאורה, להתקין אותה מכח סעיף 43(ב) לחוק בתי הדין לעבודה. אולם, עיון בסעיף זה מעלה שהוא אינו כולל כל הסמכה למחוקק המשנה להסדיר בתקנות חיוב בהפקדת ערובה. החוק הסמיך את המשיבה להתקין תקנות בעניין תשלומים טכניים הנוגעים לאגרות, הוצאות משפט, תשלומים עבור רישום פרוטוקולי דיון וכו'. הסדרת הפקדת ערובה לא נכללה בחוק המסמיך. סעיף 43(ב) קובע:

43. (ב) שר המשפטים רשאי, לאחר התייעצות עם שר התעשייה המסחר והתעסוקה, להתקין תקנות בדבר סדר הדין בבית הדין, לרבות תקנות בדבר ערעורים וכן תקנות בדבר –

- (1) מועדים לשיבות הרגילות של בית הדין;
 - (2) פרסום פסקי דין;
 - (3) אגרות בית דין ופטור מהן;
 - (4) הטלת הוצאות משפט, הערכתן וקביעת שכר טרחה של עורכי הדין ששופט או רשם רשאים להקציב להם בעד פעולותיהם לפני בית הדין;
 - (5) סעד משפטי;
 - (6) תשלום לנציגי ציבור;
 - (7) דמי נסיעה, אוכל ולינה ושכר בטלה של עדים;
 - (8) הארכת מועדים לעשיית דבר שבסדרי דין או שבנוהג, אף אם נקבעו בחיקוק;
 - (9) קביעת שיעורי התשלומים שרשאי בית דין או רשם לחייב בהם בעל דין בהליך אזרחי עבור רישום פרוטוקול הדיון, בין ידנית ובין במכשיר הקלטה או באמצעים אחרים (להלן - התשלומים), לרבות –
- (1) סוגי ההליכים בהם ניתן להטיל את התשלומים;
 - (2) דרכי גביית התשלומים;
 - (3) מועדי הטלתם של התשלומים, תוך מתן אפשרות להטילם לפני ההליך, במהלכו או עם סיומו וכן לשנות עם סיום ההליך החלטה שניתנה קודם לכן לענין זה;
 - (4) התחשבות ביכולתו הכספית של בעל הדין;
 - (10) קביעת אגרה מיוחדת שתיועד למימון רישום פרוטוקולים כאמור בפסקה (9), ותשלום על-ידי בעל דין בדרך שתיקבע בתקנות;

(11) בית הדין שתהא נתונה לו הסמכות המקומית לדון בבקשה בעניין פרסום שם חשוד לפי סעיף 70(1ד)(2)(א), (ה) או (ה1) לחוק בתי המשפט, לרבות בקשה כאמור המוגשת לאחר שעות העבודה הרגילות של בית הדין, על אף האמור בסעיף 70א(א) ו-ב(ב) לחוק בתי המשפט.

26. יוצא, אם כן, כי המשיבה פעלה בחריגה מסמכות. בית המשפט ביטל לא אחת הסדרים משניים שנקבעו על ידי הרשות המבצעת בשל העובדה כי הותקנו ללא הסמכה, ואף הסדרים משניים שנקבעו על ידה אשר הסדירו סוגיות שאמורות היו להיות מוסדרות בחקיקה ראשית. בעניין **וועדת המעקב העליונה** ביטל בית משפט נכבד זה החלטת ממשלה אשר סיווגה אזורי עדיפות לאומית תוך הפליית היישובים הערבים בשל החריגה מסמכות ביצירת הסדר משנה שאמור היה להיות מעוגן בחקיקה ראשית. נקבע, כי סיווג היישובים המוביל להקצאת תקציבי עתק ליישובים אמור להיות מוסדר בחוק ולא בהסדר משנה או בהחלטת ממשלה ובוודאי שאין הוא בגדר הסמכות השיוריות שהוענקה לממשלה מכח סעיף 29 לחוק יסוד: הממשלה (בג"ץ 11163/03 **וועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 1 (2006)). באותו עניין הרחיב המשנה לנשיא חשין בסוגיית הסמכות לקבוע הסדרים משניים והאבחנה בינם לבין הסדרים ראשיים תוך התייחסות לפסיקה ענפה בתחום (ראו: בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הבטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 2740/96 **שנסי נ' המפקח על היהלומים משרד המסחר והתעשייה**, פ"ד נא(4) 481 (1997); בג"ץ 2918/93 **עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(5) 832 (1993)). בכל המקרים הנ"ל נקבע כי הסדר משנה שנקבע בחוסר סמכות, ומתיימר לעגן הסדר שאמור היה להיות מעוגן בהסדר ראשי, בטל. חריגה מסמכות כזו פוגעת בעקרונות מהותיים של הפרדת הרשויות ועקרון ביזור סמכויות, שהם פנים שונות לאותו מטבע: עקרון שלטון החוק במובנו המהותי. כך סיכם המשנה לנשיא חשין את הסוגיה:

"כללם של דברים: עקרון ההסדרים הראשוניים ועקרון הפרדת הרשויות וביזור המסכויות, השניים אינם – הלכה למעשה – אלא פנים שונות של אותה תפיסת-יסוד. ותפישת היסוד המזינה את שהשניים בשורשיהם אינה אלא זו, שהסדרים ראשוניים אמורים שייקבעו בחוק הכנסת – דווקא בחוק – וכי הרשות המבצעת, הממשלה, אינה מוסמכת לקבוע הסדרים ראשוניים מכוחה –שלה אלא אם הותרה לכך בחוק. נוסף עוד ונאמר, כי חרף זאת שעקרון הפרדת הרשויות וביזור הסמכויות מחיל עצמו בעוצמה שווה, לכאורה, הן על הרשות המחוקקת הן על הרשות המבצעת, הנה בעיקרו "יסודו של עקרון הפרדת הרשויות בשאיפה להגביל את כוחה של הרשות המבצעת" (רובינשטיין ומדינה, 159). טעם הדבר הוא, שבשונה משתי חברותיה עוסקת הרשות המבצעת במעשה ובביצוע, ביישום של החוק ובאכיפתן של נורמות התנהגות על האזרחים." (פסקה 31 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין בעניין **וועדת המעקב העליונה**).

27. ומדוע חיוב בהפקדת ערובה הוא עניין להסדר ראשי? חיוב תובע בהפקדת ערובה להבטחת הוצאות הנתבע הוא עניין מהותי להליך המשפטי, במיוחד בתביעה המוגשת לבית הדין לעבודה בגין הפרת זכויות בעבודה. על הסוגיה המהותית הכרוכה בחיוב בהפקדת ערובה ניתן ללמוד מההלכה

שנקבעה בבית הדין לעבודה עובר להתקנת התקנה מושא העתירה. לפי הלכה זו הפקדת ערובה להבטחת הוצאות המשפט הינה חריג שבחריג אשר יש להחילו במקרים "נדירים ומעטים", וזאת גם כאשר התובעים אינם תושבי ישראל. בתי הדין לעבודה שבו וחזרו על הלכה זו, מקום שמעסיקים ביקשו הפקדת ערובה ממי שאינם תושבי ישראל, ולא סטו ממנה אלא אם דובר בתובע שכבר הוכח שלא פרע הוצאות משפט (הלכה המתקיימת גם בעניינם של תושבי ישראל). ראו, למשל, החלטתו של הנשיא פליטמן בבר"ע (ארצי) 1093-11-15 **קפלן את לוי בע"מ נ' Salih Mohamed Ibrahim** (החלטה מיום 8.11.2015), שם אף נדחתה הטענה בדבר קיום "מגיפה" בתביעותיהם של מבקשי מקלט. הנשיא פליטמן דחה טענה זו על "מגיפה", וחזר על הלכות קודמות שנקבעו בהקשר זה לפיהן הכלל הוא שרק במקרים מועטים ונדירים ביותר תחול על תובע שאינו תושב ישראל חובת הפקדת ערובה.

28. ההלכה הנ"ל מבוססת על תפיסה שבבסיסה עומד עקרון משפט העבודה והביטחון הסוציאלי, לפיו אין להכביד על עובד, לרבות עובד זר, במימוש זכויותיו. החריג של חיוב עובד בהפקדת ערובה אליו התייחסה הפסיקה קשור להתנהגות התובע, ככל שהיא מעידה על התחמקות מביצוע פסק הדין לטובת הנתבע. בעניין **אבו נסאר** הרחיב בית הדין הארצי בהקשר לתכלית שביסוד העקרון האוסר חיוב עובדים בהפקדת ערובה אלא במקרים חריגים בלבד:

"כלל הוא, שנקבע בפסיקת בית דין זה, כי עצם היותו בעל דין תושב יו"ש, רצועת עזה או עובד זר אין בו, לכשעצמו, טעם לחייבו להפקיד ערובה. מדיניות זו מעוגנת בעקרון במשפט העבודה והביטחון הסוציאלי, שאין למנוע עובדים, שרבים מהם דלי אמצעים, לממש את זכויותיהם. חיוב בהפקדה מונע, במקרים רבים, את המשך המשפט ומימוש זכויותיו של העובד הזר. פגיעה ביכולתם לממש זכויותיהם אינה תואמת את עקרונות חברה מתקדמת ובין תוצאותיה תהיה הורדת תנאי עבודתם של כלל העובדים בארץ.

חריג לכלל זה הוא המקרה בו התנהגותו של אותו בעל דין מצביעה על התחמקות מביצוע פסק דין או החלטה ו/או הטרדת בעל הדין השני. על כן, כאשר תביעתו של פלוני תושב יו"ש נמחק תוך פסיקת הוצאות לטובת המעסיק והעובד לא שילם ההוצאות אלא הגיש אותה תביעה פעם נוספת, נפסק שהיה מקום לחייבו להפקיד ערובה.

לדידי, הערכת סיכויי העובד לזכות בתביעתו אינה מבחן נכון לחיוב להפקיד ערובה. הערכה כזו אינה מבוססת על מכלול חומר הראיות וניתנת, בדרך כלל, מבלי לשמוע את העדים ולהתרשם מעדותם. יתרה מזו, אפילו אם לתושב יו"ש רק 20% סיכויים לזכות במשפט, עדיין זכאי הוא לדיון הוגן. בית הדין יכול להפעיל את שיקול דעתו בעניין חיוב הפקדת ערובה רק במקרים הלא רבים, בהם תביעתו של העובד מופרכת על פניה. עם זאת, על בית הדין לזכור, כי היו מקרים, בהם בית הדין חשב כך, אולם בסופו של דבר העובד זכה בחלק מתביעתו ואף בכולה. זאת ועוד, האם בית הדין היה שוקל חיוב בהפקדת ערובה במקרה שהגנתו של המעסיק מופרכת וייתכן

שמעוגנת ברצון להתחמק מחובותיו שהוטלו עליו בחוקי עבודה המגן? אף מעסיק
כזה זכאי ליומו בבית הדין.

בסיכום, **מעטים ונדירים המקרים בהם יוטל על בעל דין להפקיד ערובה כדי לקבל
את יומו בבית הדין** (עע (ארצי) 1424/02 **אבו נסאר נ' סיינט פיטר אין גליקנטו**
(פסק דינו של הנשיא אדלר מיום 6.7.2003) (להלן: **עניין אבו נסאר**). ההדגשה
הוספה).

29. **ובעניין קיניאג'וי**, שנגע לתביעת קבוצת מהגרי עבודה מקניה אשר בית הדין האזורי לעבודה
הטיל עליהם ערובה להבטחת הוצאות התביעה, קבע בית הדין הארצי לעבודה כדלקמן:

"... במידת הצורך, אף ייטיב בית-הדין אם "יפתח דלת" בפניהם בהגשת תביעה
למימוש זכות בין בעצמם ובין באמצעי גופים ציבוריים הרואים לנכון ולטוב להיחלץ
לעזרתם.

זאת ואף זאת, לאור מאפייני שוק העבודה הישראלי, כפי שתוארו לעיל, המדיניות
הראויה שעל בית-הדין ליישם היא הקלה על עובדים זרים המבקשים לממש את
זכויותיהם בבית-הדין. כך, נוהגים בתי-הדין ליתן עדיפות לדיון בהליכים שמוגשים על-
ידי עובדים זרים, בפרט לעניין קבלת בקשות לגביית עדות מוקדמת; קביעת מועדי
דיונים קרובים ורצופים וסיום ההליכים בהקדם האפשרי, וככל שניתן בטרם גירושם
של העובדים הזרים מהארץ.

בבואנו לאזן בין זכויות העובדים הזרים ובין זכויות מעסיקיהם הגענו לכלל מסקנה כי
המדיניות הנוהגת לגבי עובדים הבאים מן הרשות הפלסטינית יפה ונכוחה גם לגבי
העובדים הזרים. לשון אחר, עובד זר יחויב בהפקדת ערובה באותם מקרים שבהם
הושתו על העובד הזר בעבר הוצאות משפט או חיובים אחרים שלא פרע, או שעל פניו
הוכיח המעסיק כי ייגרם לו נזק של ממש כתוצאה מהגשת התובענה, או שתובענתו
מופרכת על פניה.

בהתוויית המדיניות הראויה, כאמור, הבאנו בכלל חשבון את זכותו של המעביד לגבות
את הוצאות המשפט שייפסקו לטובתו ואת הקושי לגבות הוצאות משפט מעובד זר
לאחר עזיבתו את הארץ. עם זאת הגענו לכלל מסקנה, כי הזכות לגבות הוצאות משפט
נסוגה מפני זכותו של העובד לזכויות, דוגמת שכר מינימום, ומפני החשיבות המוסרית,
חברתית וכלכלית שנודעת להגנה על עובדים זרים והימנעות מהעמדת מכשולים בדרכם
למימוש זכויותיהם בבתי-הדין. זאת ועוד, במרבית ההליכים מעידים העובדים הזרים
בבית-הדין, ומכאן, שלבית-הדין ניתנת ההזדמנות להתרשם מסיכויי התובענה ולקבוע
אם היא מופרכת על פניה טרם גירוש או עזיבתו של העובד את הארץ. בנוסף, ייחסנו
משקל מיוחד לעניין הציבורי במימוש זכויות מתחום משפט העבודה הבאה לידי ביטוי,
בין היתר, בקביעת שיעור הוצאות נמוך בהליכים המתנהלים בפני בתי-הדין; לפער
הכוחות בין העובד הזר לבין מעסיקו ובקשיים הניצבים בדרכו של העובד הזר המבקש
לממש את זכויותיו בבית-הדין. (שם, בפסקה 15 לפסק דינו של הנשיא אדלר).

30. בעניין **קינאג'וי** הוסיף בית הדין הארצי לעבודה, כי בבוא בית הדין לקבוע מדיניות ראויה הנוגעת למימוש זכויות מהגרי העבודה יש להתחשב גם במשפט הבינלאומי לרבות אמנה מס' 97 בדבר עובדים-מהגרים משנת 1949 (אשר נחתמה על ידי ישראל ואושרה ביום 30 במרץ 1954), ואוסרת על הפליית מהגרי עבודה בגישה לערכאות (ראו גם סעיף 16 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים (1951); סעיף 16 לאמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות (1954); סעיף 15(1) לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית (1965); סעיף 14 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966)).

31. סוגיית הפקדת ערובה הינה עניין מהותי במערכת המשפט בכלל ולא רק בבתי הדין לעבודה. לא במקרה קובע סעיף 90 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 הסמכה מפורשת לרשם "לדון ולהחליט ולהורות ככל שיראה לנכון בבקשות בכל ענין הנוגע לניהולו של הליך, לרבות [...] (1) מתן ערובה לתשלום הוצאות המשפט, על-פי בקשה של תובע, נתבע, מערער או משיב, או של הבא מטעמם". דוגמה אחרת ניתן לשאוב ממערכת בתי הדין הרבניים; תקנות הדיון בבתי דין רבניים בישראל, התשנ"ג קובעות בסעיף קיט שכותרתו "הוצאות משפט", כי "בית הדין מוסמך לפסוק הוצאות המשפט. הוצאות המשפט כוללות אגרות, הוצאות העדים, תרגום, שכר טרחתו של המורשה וכל הוצאה אחרת שתיראה לבית הדין". בהקשר זה נקבע מפורשות בבית הדין הרבני האזורי בנתניה בעניין **פלונית נ' פלוני** (תיק מספר 873249/3 (פסק דין מיום 25.2.2016)), כי מסעיף קיט, המסמך בית הדין לקבוע אגרות, "עדיין לא ניתן להסיק מכך ולהרחיב את ההוראה שבית הדין יורה על הפקדת ערבות מראש גם בבית הדין האזורי".

32. הנה כי כן, לצורך חיוב בהפקדת ערובה דרוש חוק המסדיר מפורשות עניין זה. סמכות זו נתונה אך ורק למחוקק ולא למחוקק המשנה, אלא אם זה הוסמך במפורש לקבוע כללים בעניין. לא כך בענייננו. סעיף 43 לחוק בתי הדין לעבודה הסמך את המשיבה להתקין תקנות בעניין האגרה ולא בכדי לא העניק סמכות דומה בעניין חיוב בערובה. האבחנה בין אגרה לבין ערובה אינה עניין של מה בכך ואין הדבר נוצר עקב חוסר כלשהו בחוק. התכליות של אגרה ושל ערובה שונות זו מזו ובאופן מהותי. האגרה נוגעת להיבט טכני הנוגע לכיסוי הוצאות הקופה הציבורית הנובעות מההליך המשפטי. לעומת זאת, חיוב בערובה משליך על ההליך עצמו, על בעלי הדין, על זכויותיהם ועל הזכייה או ההפסד של מי מהם. להמחשת מהות האבחנה בין אגרה לבין ערובה ראו פסק הדין בעניין **ורנר**, שם נקבע:

"שמנגנון השיקולים השונים בפטור מאגרה שונה מזה שבפטור מערבון. שוני זה מקורות בתכליות השונות הטמונות ביסוד הסדרי תשלומי האגרה והערבון. האגרה נועדה להשיג מספר תכליות שהעיקריות בהן הן: סיוע במימוןם של שירותי המשפט שהמדינה נותנת לאזרחיה והרתעה מפני תביעות סרק ומפני הגשת תביעות מנופחות בהיקפן, היוצרות עומס על המערכת ומכבידות על ניהולם של הליכים משפטיים ראויים, וסיומם תוך פרק זמן סביר. בכך, פניה של האגרה מופנות לתכלית ציבורית כללית, שעניינה אינטרס כלל-מערכתי מובהק.... השוני האמור בין האגרה לערבון מביא עמו הבדל מסויים בדרך האיזון בין השיקולים הנוגדים בענייני פטור מאגרה ופטור מערבון. **ההבדל מתמקד במשקל שיש לתת לעוצמת סיכוייו של ההליך השיפוטי הנדון, וביחס בינו לבין זכות**

הגישה לערכאות. בעוד בעניין האגרה, די בסיכוי כלשהו להצליח בהליך כדי להצדיק פטור, לעניין פטור מערבון נדרש סיכוי בעל ממשות גדולה יותר כדי להצדיק פטור. " (בש"א 1528/06 ורנר נ' **כונס הנכסים הרשמי** (פסק דין מיום 17.10.2007). ההדגשה הוספה).

33. יוצא אם כן, כי בין יתר השיקולים המונחים בבסיס חיוב בערובה או פטור ממנה עומדת הזכות הגישה לערכאות. על מנת לפגוע בה או להגבילה דרושה הסמכה מפורשת בחוק. הסמכה שכזו לא ניתנה למשיבה, ועל כן התקנה שהתקינה בטלה מעיקרה.

התקנה אינה חוקתית ומנוגדת לפסקת ההגבלה

34. אפילו היתה למשיבה סמכות (ולא היא) הרי שהתקנה אינה חוקתית. בשורות הבאות נתייחס לכך, אף אם למעלה מן הצורך.

35. נקודת המוצא הינה כי חוקי היסוד חלים על כל מי שנמצא בתוך ישראל ובמיוחד כאשר מדובר בזכות הגישה לערכאות (ראו בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הבטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006) (להלן: **עניין עדאלה**). לכך יש להוסיף את ההלכה הקובעת כי חוקיות תקנה בוחנים על פי מבחניה של פסקת ההגבלה המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715 (2008); בג"ץ 2651/09 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים** (פסק דין מיום 15.6.2011)).

הפגיעה בזכות הגישה לערכאות

36. התקנה פוגעת בזכות הגישה לערכאות של עובדים שאינם תושבי ישראל. חובת הפקדת הערובה עבור עובדים אלו, שכאמור הם הקבוצה המוחלטת ביותר מבין העובדים בישראל, תציב בפניהם מכשולים רציניים ואף תחסום כליל את גישתם לערכאות בשל כובד הנטל הכלכלי שיוטל עליהם. חלקם הארי לא יצלח את המשוכה הזו, ועלול לוותר לכתחילה על הגשת תביעתו.

37. זכות הגישה לערכאות כוללת את זכותו של כל אדם לפנות אל בית המשפט ולקבל סעד, ללא סירוב, ללא עיכוב וללא משוא פנים (אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" **ספר שלמה לוי**, אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים (2013)). הזכות הוכרה בשורה ארוכה של פסקי דין עוד בטרם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומעמדה התחזק גם לאחר מכן (למעמדה המיוחד של זכות זו ראו ע"א 733/95 **ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ**, פ"ד נא(3) 577 (1997), פסקה 31 לפסה"ד של השופט חשין)).

38. בעניין **עדאלה** נדונה חוקתיות התיקון לחוק הנזיקין האזרחיים, אשר הגביל את זכות הגישה לערכאות של תושבי השטחים הפלסטינים הכבושים במקרים של תביעות פיצויים לנזקים שנגרמו להם בעקבות פעילות מלחמתית. נפסק, כי הגישה לערכאות הינה בעלת מעמד חוקתי וכי התיקון לחוק שהגביל את גישת הפלסטינים לערכאות הינו בלתי חוקתי. באותו עניין בוטלה הגבלה על הזכות לגישה לערכאות שעוגנה בחקיקה ראשית. מקל וחומר בענייננו יש לבטל את ההגבלה שעוגנה בחקיקת משנה.

39. כך גם בעניין **יעקב** (ע"א 3115/93 **יעקב נ' מנהל מס שבח מקרקעין חיפה**, פ"ד נ(4) 549 (1997)), בו נדונה פרשנות של הוראת חוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963 אשר הובילה להגבלת הזכות לגישה לערכאות באמצעות הטלת נטל כספי על המערער. גם באותו עניין קבע בית המשפט, כי יש להעדיף פרשנות של הוראת החוק המקיימת את הזכות ולא מגבילה אותה. עוד נקבע כי לצורך מימוש זכות זו אין להעמיד בפני אדם מכשול, לרבות הגבלות פיזיות או נורמטיביות המתבטאות בהטלת נטל כספי על המבקש לפנות לערכאות, וכי יש להבטיח כי דרכו של אדם לא תיחסם מפני הפנייה לערכאות. בנוסף הדגיש בית המשפט, כי נדרשת הוראת חוק ברורה וחד משמעית כדי להגביל את הזכות. אין ספק, כפי שיפורט גם בהמשך, שתנאי זה אינו מתקיים בענייננו.

הפגיעה בשוויון

40. הזכות לשוויון על מכלול מאפייניה מהווה יסוד מוסד במשפט העבודה וביחסי העבודה, כזכות חקיקתית המעוגנת בחוקים שונים במשפט העבודה, ופרשנותה תיעשה לאור הערכים החוקתיים-אובייקטיביים של הכבוד והשוויון (ע"ע 90/08, 312/08 **איסקוב נ' מדינת ישראל** (פסק דין מיום 8.2.2011)). התקנה פוגעת בזכות החוקתית לשוויון. היא עורכת אבחנה בלתי רלוונטית בין עובדים בישראל, בני קבוצת שוויון אחת, ומפלה לרעה עובדים שאינם תושבי ישראל (ראו בג"ץ 7245/10 **עדאלה נגד משרד הרווחה** (פסק דין מיום 4.6.2013); בג"ץ 4124/00 **ארנן יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד סד(1) 142 (2010)). היא מפלה לרעה בין עובדים על בסיס מעמד, לאומיות וארץ מוצא – עילות שנכללו כולן במסגרת עקרון איסור ההפליה בסעיף 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988. הערובה תוטל על בסיס מעמדו של העובד, לאומיותו וארץ מוצאו ותייצר על יסוד זה בלבד משטר משפטי נחות לעובדים פלסטינים, למהגרי עבודה ולמבקשי מקלט. זה בתורו יוביל לאי אכיפת החוק ביחס לקבוצות אלה ואף לרתיעה מפני דרישת אכיפתו.

41. התקנה מנוגדת להלכה של בית משפט נכבד זה, הקובעת כי אין להפלות בין העובדים בתחולת דיני העבודה. בית המשפט הנכבד פסק, כי אסור להפלות עובדים פלסטינים מהשטחים הכבושים בתחולת משפט העבודה. השופט ג'ובראן פסק בעניין **קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה**, כי עצם האבחנה בין קבוצת העובדים הפלסטינים לבין קבוצת העובדים הישראלים העובדים בישראל בכל הנוגע להחלת דיני העבודה עליהם, מהווה הפליה אסורה ופגיעה בעקרון השוויון (ראו: בג"ץ 5666/03 **עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד סב(3) 264 (2007), פסקאות 4 ו-8 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

42. עקרון איסור ההפליה במשפט העבודה נקבע גם בהקשר למהגרי עבודה. בעניין **קו לעובד**, אשר דן בחוקתיות הסדר הכבילה של מהגרי עבודה, חזר בית המשפט הנכבד והדגיש את תחולתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והעקרונות החוקתיים על מהגרי עבודה השוהים בישראל. בית המשפט הנכבד חזר על כך גם בפרשת "נוהל עובדת זרה בהיריון", שעסקה בהפקעת רישיון העבודה של מהגרות עבודה בגין היריון ולידה, וקבע כי זכויות היסוד בישראל עומדות לכל אדם, אפילו הוא נכנס לישראל שלא כדין (ראו בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פ"ד סד(3) 122 (2011), פסקה 36 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; וראו עוד בעניין החובה לנהוג עם מהגרי עבודה בשוויון: בג"ץ 1105/06 **קו לעובד נ' שר הרווחה** (פסק דין מיום 22.6.2014), פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ארבל).

התקנה אינה לתכלית ראויה

43. תכליתה של התקנה פורסמה בתקשורת; מטרתה לחסום "גל" תביעות נטען מצד עובדים פלסטינים נגד מעסיקיהם. מדובר בשיקול זר, פוליטי, של מניעת תביעות מעובדים פלסטינים, דווקא על שום היותם פלסטינים. תכלית כזו הינה בלתי ראויה.

44. התקנה אינה לתכלית ראויה גם משום שהיא שוללת את שיקול הדעת השיפוטי בקשר לצורך בהטלת ערובה, תוך פגיעה בעצמאות השפיטה. פגיעה שכזו על ידי גורם מינהלי הינה התערבות גסה בעיקרון הפרדת הרשויות, ויש בה, לעצמה, להבהיר כי מדובר בחקיקת משנה בלתי חוקתית (ראו: אהרן ברק **שופט בחרה דמוקרטיה** (אוניברסיטת חיפה, נבו, 2004) 112; וראו גם בג"ץ 222/68 **חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה**, פ"ד כד(2) 141, 172 (1970)).

הפגיעה בזכויות אדם אינה מידתית

45. התקנה, אם כן, פוגעת בזכויות חוקתיות לתכלית שאינה ראויה. די בכך כדי לקבוע כי אינה חוקתית. ואולם, אפילו היתה התכלית הפסולה עומדת במבחן החוקתי, הרי שהתקנה בלתי מידתית משום פגיעתה החריפה בזכויות אדם.

46. ראשית, אין קשר בין התכלית לבין האמצעי. התקנה אושרה ללא בחינת התשתית העובדתית הרלוונטית. למיטב ידיעת העותרות, לא קדם לאישור התקנה הליך מינהלי של בדיקה ממשית של התביעות המתנהלות על ידי מי שאינם אזרחי מדינת ישראל בבתי הדין לעבודה; של מספר "תביעות סרק" שהוגשו בידי מי שאינם אזרחי ישראל; ושל מספר הפעמים בהן לא היה לנתבעים אפשרות להיפרע על הוצאותיהם אך משום שמדובר במי שאינם אזרחי ישראל או תושביה. הליך התקנת התקנות לווה בקמפיין ציבורי, שעניינו "תביעות סרק" של פלסטינים, אשר לא גובה בכל בדיקה אמיתית, אלא היווה כלי שרת של גורמים אינטרנצטיים כגון חקלאים המעסיקים פועלים פלסטינים, למנוע הגשת תביעות נגדם בבתי הדין לעבודה.

47. שנית, לא נבחן אמצעי שפגיעתו פחותה. נטילת שיקול הדעת השיפוטי שוללת מהשופט את האפשרות לבחון באופן פרטני כל מקרה לגופו, וזאת בניגוד להלכה הפסוקה האוסרת על פגיעה בזכות חוקתית באופן גורף ומחייבת בדיקה פרטנית של כל מקרה לגופו (ראו בהקשר זה עניין עדאלה).

48. שלישית, הפגיעה אינה עומדת במבחן המידתיות הצר. התועלת – חסימת דרכם של עובדים פלסטינים בבקעה אל בית הדין לעבודה – נופלת מן הנזק הגורף והבלתי הפיך שנגרם למאות אלפי עובדים פלסטינים, מהגרי עבודה ומבקשי מקלט. התקנה תעודד את המעסיקים להפר את חוקי העבודה ולהעסיק את העובדים בתנאי ניצול מחפירים עוד יותר.

49. התקנה מושא עתירה זו מהווה דוגמה לחקיקת משנה מפלה, זחוחה ומסוכנת, אשר נבעה מלחצים של קבוצות מעסיקים, המעוניינות להמשיך ולהפר את זכויות עובדיהם החלשים באין מפריע. היא תשנה את פני המציאות עבור מאות אלפי עובדים בישראל, המועסקים בעבודות הנחותות ביותר והקשות ביותר, וסובלים ממילא מתת-אכיפה של זכויותיהם בעבודה. בית המשפט הנכבד יתבקש להורות על ביטולה.

מכל הטעמים האלה מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש.

7.9.2016

מיכל תג'ר, עו"ד

סאוסן זהר, עו"ד

עודד פלר, עו"ד

רוני פלי, עו"ד

באי כוח העותרים