

הטיעון המשפטי

מבוא

113. עניינה של עתירה זו הוא בחוקיות החלטותיהם של המשיבים 1-3 בדבר הרחבת התכנית המתוכננת, ובדבר תוכנו של מודל התגמול הכלכלי במסגרתה. כן טוענת העתירה נגד חוקתיות מסירתן של סמכויות שלטוניות במסגרת התכנית לידי תאגידים למטרות רווח.
114. מטרתה המוצהרת של התכנית, כפי שנוסחה בסעיף 36 להוראת השעה, בוודאי מבורכת, ולו אכן הייתה מיושמת באופן כן ותואם מטרה זו, לא הייתה באה עתירה זו לעולם. אך פרטיה של התכנית, הסמכויות שנמסרו במסגרתה לידי פקידי החברות למטרות רווח, לצדו של מודל התגמול הכרוך בשלילת גמלאות הבטחת הכנסה, הפכו את מטרתה של התכנית, הלכה למעשה, למכוונת להקטנת מספרם של מקבלי גמלת הבטחת הכנסה, לא רק בדרך של שילובם בעבודה, ובוודאי לא כדי להובילם בכך ל"עצמאות חברתית וכלכלית".
115. תכליתה המוצהרת של הוראת השעה וחוק הבטחת הכנסה מבוססת על זכאותו של אדם ומשפחתו לקצבת קיום. התכנית, לפחות כפי שהוצגה בפני המחוקק, לא באה לקעקע את עצם הזכאות. ולכן הדיון בתכנית חייב להיות לאורה של זכאות זו, המוסיפה להיות כתובה עלי ספר, ואין בית המשפט מתבקש לעסוק כאן בשאלת הזכאות, או בעניינים אחרים של כלכלה פוליטית.
116. כפי שיפורט, עומקה של ההפרטה במסגרת התכנית פוגע בזכויותיהם של אלפים לכבוד, לקיום בכבוד, לחירות, לקניין ולפרטיות, ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
117. התכנית המתמשכת, וההרחבה המתוכננת, יוצרות שתי קבוצות מובחנות לצורך אותה זכאות לקצבת קיום. כל עוד היה זה ניסוי מבוקר בזמן ובתחולה גיאוגרפית, ניתן היה לקבל הבחנה זו, אך משהוא מתמשך כל כך, וחל על אחוז גדל והולך של תובעי הבטחת הכנסה, ההבחנה בין קבוצות מקבלי הבטחת ההכנסה יוצרת אפליה פסולה, שאינה חוקתית.
118. כמו כן, פסול מודל התגמול במסגרת התכנית, גם לאור ניגוד העניינים החרף שבו. ובנוסף, ההרחבה המתוכננת אינה חוקית, מונעת משיקולים זרים, פוגעת בעצמאות שיקול הדעת של הגוף המחליט, יוצרת אפליה קשה של האוכלוסיה הערבית וחורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

א. פגיעה בזכויות חוקתיות

119. לעותרים ברורות נסיבותיו הייחודיות של בג"צ 2605/05 חטיבת זכויות האדם ואח' נ' שר האוצר ואח' (19/11/09) (להלן: בג"צ הפרטת בתי הסוהר). עם זאת, ובמלוא הזהירות, סבורים העותרים, כי קיימים רכיבים בהפרטת הסמכויות שנעשתה במסגרת הניסוי ההופכים אותה ללא פחות חמורה מזו שהתגלתה בהפרטת בתי הסוהר, ובוודאי ליותר מוכחת באי חוקתיותה:
- א. בנסיבות העתירה דנן, הונחה כבר שאלת ההשפעה של ההפרטה למבחנה של המציאות, ואף "יימים הגידוי" (על משקל מילותיו של השופט לוי, בפסקה 11 לפסק דינו בבג"צ הפרטת בתי הסוהר):

הוכחה אי יעילותה במימוש תכליתה הראויה, הוכחה הפגיעה במסגרתה בזכויות חוקתיות, והוכח שאין בפיקוח כדי ליתן מענה לכשליה המבניים.

ב. במסגרת התכנית הועברו לידי חברות למטרות רווח סמכויות רחבות יותר מאלו שהיו אי פעם בידי השירות הציבורי.

ג. במבט השוואתי, עומקה של ההפרטה בתכנית בישראל קיצוני ויוצא דופן.

ד. ניגוד העניינים המובנה בתכנית לא רק שלא נוטרל, אלא אף עוגן וחוזק במסגרת מודל התגמול של החברות למטרות רווח.

120. כפי שפורט בפרק העובדתי, הסמכויות שהועברו לידי עובדים של חברות למטרות רווח, לצד קביעה מנדטורית של השתתפות בתכנית משך 30-40 שעות שבועיות, ולצד מודל כלכלי המחזק ומעצים את ניגוד העניינים המובנה, ממשטרים את חייהם של אלפי תובעי וזכאי גמלת הבטחת הכנסה, והלכה למעשה יוצרים תחושה קשה של היותם "מעין נתיניו" של גורם פרטי זה" (כמילותיו של השופט גיבראן, בבג"צ הפרטת בתי הסוהר).

121. לגורמים הפרטיים שליטה עמוקה על כל היבטי חייהם של אלפי המשתתפים בתכנית, ואף נמסרה להם הסמכות לשלול גמלת קיום. במובן זה מדובר "בקפיצת מדרגה מבחינת ההפרטה של שירותים חברתיים בישראל" (אבישי בניש "יישום תכנית ויסקונסין בישראל – היבטים משפטיים" עבודה, חברה ומשפט יא (2005) 121, 127).

122. הסמכויות הנתונות לזכיינים הפרטיים אינן סמכויות טכניות בלבד, אלא מדובר בסמכויות שלטוניות, פוגעניות, הכרוכות באופן שגרתי בהפעלת שיקול דעת מצד עובדי הזכיינים, שבידיהם שליטה על התנהלות שגרת החיים היומיומית של המשתתפים בתכנית. במרכזן שלוש הסמכויות הבאות:

א. **הכנת תכנית אישית** – למתכנן, עובד החברה למטרות רווח, ניתנה הסמכות להכין למשתתף, מקבל הגמלה שאינו עובד או העובד בשכר נמוך, תכנית שהיקפה השגור הוא **30-40 שעות שבועיות** (סעיפים 42-43 להוראת השעה).

ב. **עריכת אישור השתתפות, בתום כל חודש, עבור כל מקבל גמלה** - למתכנן, עובד החברה למטרות רווחה, ניתנה הסמכות לקבוע באישור השתתפות חודשי אם סירב המשתתף לקבל עבודה אליה הופנה, ואם ביצע את מלוא התכנית האישית שהוכנה עבורו (סעיף 45 להוראת השעה). מכאן שעל פי קביעתו יכולה להישלל זכאותו של משתתף בתכנית ושל משפחתו לקצבה למשך חודשיים או למשך חודש אחד.

ג. **חיוב המשתתף במסירת מידע ועמידה לבדיקות גם מטעם מרכז התעסוקה** – משתתף חייב, לפי דרישת המתכנן, למסור לו ידיעה או מסמכים שברשותו או שבאפשרותו לקבלם, לעמוד לבדיקה רפואית או לבדיקה של פסיכולוג מטעם מרכז התעסוקה, וכן לעמוד לבדיקה של מומחה תעסוקה או כל מומחה אחר מטעם מרכז התעסוקה. אם לא קיים משתתף דרישה כזו מאת המתכנן, יראו אותו כמי שסירב להשתתף בתכנית האישית (ס' 53 להוראת השעה), ומכאן שגם בהיבט זה בכוחו של המתכנן לשלול את קצבת מקבל הבטחת ההכנסה.

123. את אישור ההשתתפות, על פי סעיף 45 להוראת השעה, מעביר המתכנן בתום כל חודש למל"ל. על כן, אישור ההשתתפות מהווה אסמכתא בלעדית לעמידתו של משתתף במבחן התעסוקה. אם קבע המתכנן שמשותף לא ביצע את תכניתו האישית או שסירב לעבודה אליה הופנה, תישלל ממנו וממשפחתו בהכרח קצבת הבטחת ההכנסה. קביעת המתכנן, באישור ההשתתפות, כי משותף לא קיים את תכניתו מעל יומיים, אף אם קיימה בכל שאר הימים ואף אם בן זוגו קיים אותה במלואה, תוביל לשלילת קצבת הקיום המשפחתית למשך חודש (על פי סעיף 2(א)(2)(ב) סיפא, 3(ב) סיפא לחוק הבטחת הכנסה), וקביעתו כי אדם סירב לעבודה שהופנה אליה, תוביל לשלילת קצבת הקיום המשפחתית למשך חודשיים (סעיף 3א(ב) לחוק הבטחת הכנסה).

124. אמנם, אף אם עמד המשותף במבחן התעסוקה, יהא עליו להוסיף ולעמוד במבחנים האחרים כדי להיות זכאי לגמלת הבטחת הכנסה, אך אם קבע המתכנן שמשותף לא ביצע את תכניתו האישית או שסירב לעבודה אליה הופנה, תישלל ממנו וממשפחתו בהכרח קצבת הבטחת ההכנסה. רישום של המתכנן באישור ההשתתפות כי משותף סירב להצעת עבודה יביא לשלילתה של גמלת הקיום המשפחתית לחודשיים, ורישום של המתכנן כי משותף "לא ביצע את תכניתו האישית" יביא לשלילתה של גמלת הקיום המשפחתית לחודש אחד.

125. אישור ההשתתפות הנו האישור היחיד והבלעדי עליו מסתמך המל"ל, לעמידתו של משותף בתכנית במבחן התעסוקה. כך אף מודה המל"ל, במענה לפניית העותרים בעניין עוד בינואר 2006:

"חובותיו של המוסד לביטוח לאומי בהתאם להוראות חוק הבטחת הכנסה - ... על המוסד לבחון את זכאותו של תובע לגימלה אך בהסתמך על הדיווחים שניתנים לו על ידי שירות התעסוקה או מרכז התעסוקה. אין המוסד רשאי להשיג על קביעותיו של מתכנן היעדים התעסוקתיים... וזאת לאור לשון החוק המפורשת..." (בעמ' 3).

העתק תשובתו של מנכ"ל המל"ל בעניין מצורף ומסומן ע/19.

126. כפי שכבר נאמר, העובדה שהמשתתפים מחויבים להשתתף בתכנית, והשילוב בין שיקול הדעת הרחב המסור לחברות למטרות רווח ולמתכננים עם הסמכויות המשמעותיות הנתונות בידיהם מעידים על כך שזו אינה רק הפרטה של ביצוע טכני אלא גם הפרטה של עצמה ושיקול דעת שלטוניים (בניש, לעיל משפטים, בעמ' 300).

"תיתכן פגיעה מזערית, כשהגורם הפרטי מפעיל סמכויות שלטוניות "טכניות-ביצועיות"... ותיתכן פגיעה חמורה, כאשר הגורם הפרטי מפעיל את סמכויותיה העיקריות והפוגעניות של המדינה שיש עמן שיקול דעת רחב".

בג"צ הפרטת בתי הסוהר, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת נאור.

127. הסמכויות שנמסרו לידי עובדי החברות למטרות רווח אינן רק סמכויות שהועברו מידי השירות הציבורי. מדובר בסמכויות רבות נוספות שנמסרו לידיהם, שלא היו קודם אף בידי השירות הציבורי, שמשליכות ישירות על מימוש זכאותם של תובעי זכאי גמלת הבטחת הכנסה לקצבת קיום משפחתית. כך הסמכות לקבוע את מסגרת פעילותם של תובעי זכאי גמלת הבטחת הכנסה למשך 30-40 שעות שבועיות, והסמכות לקבוע כי מילאו באופן מלא את חובתם זו.

128. בנוסף לכך, רק במסגרת התכנית ניתנה הסמכות לפקידי החברות למטרות רווח לקבוע כי משתתף לא קיים את תכניתו בגין "אי שיתוף פעולה", עילת סל רחבה מבית מדרשה של התכנית בלבד (ראו על כך עוד באבישי בניש, משפטים לעיל, בעמ' 301-300).
129. עצם מסירתן של סמכויות מרחיקות לכת בידי פקידים של חברות, הפועלות למטרות רווח, פוגעת קשות בזכויותיהם החוקתיות של משתתפי התכנית ומבטאת חוסר כבוד למעמדם של המשתתפים, שהנם לרוב עניים, כבני אדם. פגיעה זו אף אינה תלויה במידת הפגיעה בזכויות אדם המתרחשת בפועל (כנלמד מבג"צ הפרטת בתי הסוהר, פסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש), אך במקרה של התכנית הדבר אף הוכח במסגרת שנות הפעלתו של הניסוי.
130. במהלך הניסוי התרחשו פגיעות פוגעת קשות בזכויותיהם החוקתיות של אלפים לכבוד, לחירות אישית, לקניין ולשוויון, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
131. **פגיעה בזכות החוקתית לכבוד ולקיום בכבוד** – הזכאות לגמלת הבטחת הכנסה נקבעה בחוק הבטחת הכנסה והיא רשת הביטחון הקיומי האחרונה עבור מקבלי גמלה ומשפחותיהם. הזכות לקיום בכבוד, ואף בהקשרה של גמלת הבטחת הכנסה, קיבלה הכרה חוקתית כחלק מהזכות לכבוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, (2005) (להלן: בג"צ 366/03).
- "כבודו של האדם כולל בחובו... הגנה על מינימום הקיום האנושי ... אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיר, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע"
- רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו פ"ד נה(3) 360, 375-376.
132. לכאורה, אין התכנית באה לקרוא תגר על עצם הזכאות לגמלה זו, אלא לבדוק, באמצעות ניסוי תחום בזמן וגיאוגרפית, האם ניתן באמצעותה להוביל לשילוב ראוי של מקבלי הגמלה בעבודה, כמנוסח במטרתה שבסעיף 36 להוראת השעה. אך בפועל, בהעבירה את הסמכות לאשר את מבחן התעסוקה לידיים פרטיות, לצד המודל הכלכלי, תוצאתה היא צמצום משמעותי, חד וגורף של מספר מקבלי הגמלה.
133. כאמור, עצם מסירתן של סמכויות מרחיקות לכת בידי פקידים של חברות, הפועלות למטרות רווח, מבטא חוסר כבוד למעמדם של המשתתפים.
- "ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" (בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, אתר נבו, פסקה 35 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)).

134. וכפי שתואר ברקע העובדתי ובתצהירים המפורטים, הפגיעה בכבוד האדם של המשתתפים אף הוכחה ונגלתה במלוא עצמתה בעת הפעלת הניסוי. הפגיעה בכבוד נגרמת באווירת האיום, ההשפלה וההפחדה שמשרים המתכננים על המשתתפים בתכנית. הפגיעה בכבוד נגרמת כאשר נאלצת אם להתחנך בפני פקיד של חברה פרטית על זכותה להיעדר בגין מחלת ילדה כדי שלא תיגזל קצבת הקיום של משפחתה; כאשר נאלץ עולה מבוגר שעבד עד לאחרונה לשוב ולהוכיח לפקידת החברה הפרטית שהוא לא מנסה להתחמק מלעבוד לאחר שעוד מקום עבודה דחה אותו מפאת גילו; כאשר אם חד הורית לחמישה ילדים נדרשת להשאיר את ילדיה בידי משתתפת אחרת, שאין לה כל הכשרה כמטפלת; כאשר אם נאלצת להשאיר את ילדיה בפתח החצר הריקה של גן הילדים, ללא כל השגחה, כי עליה להתייצב בעבודה רחוקה בשעה מוקדמת אחרת מאימים כי תישלל קצבתה; כאשר לא מאפשרים לאשה לשבת בעת "שירות בקהילה" למרות סחרחורות שידוע שהיא סובלת מהן, והיא אף מואשמת בהתססה מכיוון שהעזה לכתוב תלונה על כך; כאשר ניתן לשלול ממשתתף את קצבתו גם בשם העילה הרחבה של "אי שיתוף פעולה", כי העז למחות על יחס כלפיו. ואין המדובר רק בפגיעה סובייקטיבית שחשים המשתתפים.

"רבות מאלפי הפניות שהגיעו אלינו במהלך השנים, כללו תלונות על יחס שרירותי ומשפיל מצד המתכננים כלפי המשתתפים. פניות אלו נגעו לדיבור גס רוח מצד פקידים, עד כדי איומים, שאף מומשו, בשלילת גמלה, בגלל שמשתתף 'העז' לקבול על תכניתו האישית, או מכיוון ששב מספר פעמים וביקש הבהרה לגבי תכניתו האישית. הדוגמאות הן רבות ופרטיהן מצויים בידינו, והן נעות מהטחת האשמות בפני רבים מהמשתתפים כי הם "שקרנים", "פרזיטים", חדירה גסה לפרטיותם, למשל תוך הערות בוטות על מספר ילדיה של משתתפת זו, סגנון לבושה של משתתפת אחרת, מיהות חבריו של משתתף שעלה לארץ לפני מספר שנים, וחיוב משתתפים ליטול חלק בסדנאות מעורבות, גם אם הדבר נוגד את תרבותם."

[סעיף 5 לתצהירה של גב' גרוס].

135. להמחשה, מובאות מספר עדויות, המייצגות רבות אחרות, כפי שהן מפורטות בתצהירה של גב' גרוס, הממונה על התחום אצל העותרת 3:

"משתתף חרדי, שעבד חלקית, סיפר כי היועץ כל הזמן לגלג על אמינותו, דיבר אליו בזלזול ולגלג על אמונתו הדתית, והוביל בסופו של דבר לעזיבתו את התכנית. וכך מתוך עדותו שהופיעה בחוברת שהפקנו, "עדויות בגוף ראשון" (מרץ 2009), בעמ' 4 (ההדגשות אינן במקור):

"...בכל פעם שהגעתי לפגישה עם היועץ שלי במרכז, הוא דיבר אלי בזלזול: "כן כבוד הרב, מה יש לך היום?" "מה בשבילך, כבוד הרב?". ההתנהגות הזו עצבנה אותי ופגעה בי, אך לא אמרתי כלום כי פחדתי להסתבך... אחרי חודש, כאשר הגעתי לפגישה עם היועץ ולתת לו את הדיווח של השעות, ישב היועץ שלי יחד עם ראש צוות היועצים. היועץ שלי שאל את ראש הצוות "מה את אומר על הזמנים שלו?" וראש הצוות ענה "אתה מאמין לו?" אמרתי להם שאני לא בא לשקר, אני לא משחק ואני רוצה לעבוד. זו ההרגשה שהם נותנים כל הזמן – שכולם משקרים, עצלנים שלא רוצים לעבוד ולכן היועצים מתנשאים... וניגשתי להגיש ערר על החלטת היועץ. כאשר

אמרתי ליועץ על החלטתי תשובתו הגסה הייתה "תרוץ כמה שיותר מהר לערר". בפעם אחרת שהגעתי, הייתה לפני בתור משתתפת וחיכיתי ליועץ. כאשר נכנסתי לפגישה היועץ אמר לי "כבוד הרב, אולי ניקח את הכסא למקווה כי ישבה עליו אישה לפניך? אתם החרדים מקפידים...". התכנית מכניסה את המשתתפים למתח, דבר שאחר כך נכנס ומשפיע על אורח החיים בבית. ההרגשה היא שצריך מרפקים ועור של פיל כדי לשרוד את ההשתתפות בתכנית הזו בשלום. לנו אין כוחות לזה. אשתי ואני החלטנו לוותר על ההשתתפות בתכנית (ועל הקצבה) ולהמשיך לחפש עבודה בכוחות עצמנו."

דוגמא נוספת מהתצהיר:

"משתתף אחר אושפז בבית חולים עקב בעיות אסתמה, אך בשל איום המתכננת נאלץ לצאת מאשפוזו כדי להביא לה מייד את אישור מחלתו. שוב כעדותו במסמך "עדויות בגוף ראשון" לעיל, בעמ' 14:

"...עוד בזמן שהייתי מאושפז, העברתי את אישורי המחלה שלי בעזרת קרוב משפחה, אולם האישורים לא התקבלו. היועצת התעסוקתית שלי התקשרה אלי ואיימה שאם אני לא אגיע בעצמי להביא את אישורי המחלה, תישלל ממני הקצבה החודשית בתואנה של היעדרות לא מאושרת. מתוך פחד שישללו את הקצבה, שהיא מקור ההכנסה היחיד לפרנסת משפחתי, נאלצתי לצאת מבית החולים במהלך ימי האשפוז, ובעודי מחובר לעירווי הגעתי למשרדי חברת אמין בכדי לתת להם במו ידיי את אישורי המחלה. בשלב זה קיבלתי קוצר נשימה, נזקקתי לחמצן באופן בהול, והיה צורך לפנות אותי באמבולנס לבית החולים."

ודוגמא נוספת, קיצונית בתוצאתה אך לא בנסיבותיה, שבה:

".. חזר ואיים היועץ על משתתפת בשלילת גמלתה. זאת, לאחר שלא הצליחה למצוא מסגרת לילדתה בת ה-6 בשעות אחר הצהריים באמצע השנה כדי שתוכל להשתתף בתוכנית. היועץ דרש שהיא תשלח את ילדתה לצהרון של תינוקות בשכונה. לאחר שלא הסכימה, הוא שלל את גמלתה החודשית. בעקבות זאת, ביצעה המשתתפת ניסיון התאבדות עקב אי יכולתה לעמוד בלחץ הנפשי וכן מהפחד הממשי שלא יהיה לה ממה לקיים את המשפחה במשך החודש."

(סעיף 9 לתצהירה של גבי גרוס).

136. בית המשפט הנכבד גם מופנה לסרט תיעודי בן שעה, שהופק על ידי יס דוקו, ומלווה חלק ממשתתפי התכנית: <http://yes.walla.co.il/?w=2/7844/1654639>. אין תחליף לצפיה במלוא הסרט כדי לחוש באופן עמוק את הפגיעה הקשה בכבודם של המשתתפים, אך למען נוחות בית המשפט, יכוונו העותרים לקטעים מרכזיים בתוכו:

א. בדקות 15:42 – 23:45 – ניתן לראות כיצד עדינה, אם חד הורית, בת 42, העובדת לפרנסתה, מתנדבת בזמנה האישי במשמר האזרחי ומגדלת את ילדיה בגאווה, מתפרקת עם קבלת שיחת טלפון קשה מהמתכננת שלה. כיצד טון האיום שבשיחת הטלפון הקצרה מטלטל אותה, ומוביל

אותה מייד למרר בבכי. שם, מכיוון שהיא עובדת 18 שעות שבועיות, הם מבקשים לחייב אותה בהשלמת 4 שעות שבועיות. אך במקום לקבוע את השלמת השעות באופן אפשרי עבודה, הם רוצים לפצל את השעות על פני כל השבוע. וכך תידרש להגיע בכל פעם לזמן קצר, ותידרש להיערך במקביל לשעות שמרטפות ארוכות כדי שתוכל להגיע למרכז התעסוקה.

ב. מהדקה ה-35:57 – קורס על כתיבת קורות חיים. למרות שיושבים בקורס אנשים מבוגרים, מטופחים, מסודרים, נסבה השיחה על כיצד להתלבש בצורה הנכונה כדי להצליח בקבלה לעבודה, כיצד "לבחור את הצבעים בצורה נכונה, שיינתנו לנו להיראות יותר חיים. **כלומר שעות הפנים שלנו יהיה בהיר יותר ובריא יותר**".

ג. בדקות 35:40-36:23 – סיור של נציגים מחו"ל של החברה בחדרה מגיע לביקור במרכז תעסוקה לגמלאים באור עקיבא. בעלי החברה מתפארים בשליחת משתתפי התכנית למקום זה (וקודם לכן גם לבתי תמחוי, ולהכנת שלטים מחוץ לבית ספר). מתברר שמשתתפי תכנית נשלחים לשם פעם אחר פעם, ל"שירות בקהילה", כלומר אין הם מקבלים שכר לעבודה זו. אנשי החברה בוחרים להתעלם מטענת אשה שם, שהיא נשלחה למקום כבר פעם שלישית, למרות שהיא רוצה לעבוד ולמרות שברור שהשירות הזה לא מקדם אותה בעבודה, אך מאפשר עובדי חינוך לאותו מקום.

137. הפגיעה בכבוד המשתתפים העניים נוגעת בקיומם הפיסי, הראשוני, הגרעיני, שלהם ושל משפחתם. קיומם זה הופקר בידיים פרטיות. המדינה כמעט ונעלמה מהזירה שתקבע את יכולתם, ללא מליצה, אף להניח לחם על שולחן המשפחה.

"... אתמול הייתי, התייצבתי במרכז אורות לתעסוקה בחדרה. קודם כל, אין שם שלט 'אורות לתעסוקה', יש שם שם של חברה קבלנית, אין שום זכר לאורות לתעסוקה, לא לוויסקונסין, שום דבר..."

יו"ר ועדת העבודה, הרווחה והבריאות, פרוטוקול ישיבה, עמ' 24 (13.1.2010),
<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/avoda/2010-01-13.rtf>

138. **פגיעה בזכות החוקתית לחירות** – בסמכותו של עובד החברה למטרות רווח לקבוע את מסגרת פעילותו של תובע או זכאי גמלת הבטחת הכנסה למשך 30-40 שעות שבועיות. ושעות אלו אינן כאמור לרוב במימוש אמיתי של מטרת התכנית, ואין זה מפתיע. שהרי, כפי שנשמע מספר פעמים על ידי קברניטי התכנית, קביעת מסגרת השעות הנוקשה נבעה מרצון "לתפוס את העובדים בשחור". וכך, במקום לאכוף את החוק, כמתבקש, הפכו באמצעות קביעה זו את כל תובעי זכאי קצבת הבטחת הכנסה לחשודים במרמה ו'כלואים' רק לשם כך במרכז תעסוקה.

139. בידי תובע הגמלה אין יכולת אמיתית לוותר על מסגרת פעילות זו, וכפי שתואר ברקע העובדתי, פעמים רבות הוא יאלץ לכן לשבת משך שעות, חסר מעש, רק כי כך נקבע, ולא משום הכשרה מקצועית או אחרת שניתנת לו. ואם ייעדר מהתכנית יותר מיומיים, ללא אישור, או 'לא ישתף פעולה' עם המתכנן יותר מפעמיים, תישלל ממשפחתו קצבת הקיום.

"בפתח מרכז התעסוקה מוצבים באופן קבוע מאבטח ואף שוטר, ככל הנראה במימון המרכז. למשתתפים ברור כי כל הרמת קול, כל מחאה, ולו קטנה, תגרור מייד תגובה חריפה של

השוטר, שתמיד תופנה רק כלפי המשתתף, ולא כלפי המרכז המממן, ותכלול הוצאה מהמרכז, הרחקה, הזמנת ניידת, ואפילו מעצר. וכך, לא רק הפחד מפני שלילת הקצבה שורה עליהם, אלא גם הפחד מהיחס הפוגעני של המשטרה.

לא אחת אומרים לנו המשתתפים, אף כאלו שהיו אסירים בעברם, כי הם מרגישים אווירה קשה יותר אף מזו שהייתה בכלא בו שהו. כי בכלא בו שהו גם רגעים של בחירה, של זמן פנוי, ואילו בתוך התכנית האווירה, מרגע הכניסה, היא של מעקב צמוד, חודרני, וקבוע ששולט על כל צעד ושעל שלהם.

ככלי בידי המתכננים, בכל רגע נתון חייבים המשתתפים להיענות ומייד לכל דרישה, קביעה בכל דקה היכן עליהם להיות, כיצד עליהם לנהוג, וכיצד גם עליהם להגיב. הידיעה ששלילת הגמלה יכולה להיות גם בגין עילת "אי שיתוף פעולה", שנוצרה רק במסגרת התכנית, משמשת כלי איום בידי פקידי החברות באופן קבוע לשם כך. המשתתפים יודעים כי כל התנהגות שאינה מוצאת חן בעיני הפקיד, עד כדי צורת דיבור, צחוק וחוסר נימוס, יכולים להביא בסופו של דבר לשלילת הגמלה. "

(תצהירה של גב' גרוס, סעיפים 6-8).

140. כפי שגם מודה מר שלמה קרמר, שהיה מיוזמיה של התכנית בישראל מטעם המשיבים, בתום הסרט התיעודי (סעיף 136 לעיל):

"תכנית ויסקונסין כפי שהיא איננה עובדת. זאת תכנית שאין לה את ארון התרופות שצריך שיהיה לה, אין לה את הגמישויות שחייבות להינתן לה... מה שנשאר זו רק הדרישה שיהיו 30 שעות שם. וזה גומר אותם, זה הורס אותם... שולחים אותם לכל מיני קורסים... נדחקים כאלה, הכל דחוק כזה" (מהדקה ה-30: 47).

141. אמנם, על פי רוב, יש חשיבות רבה לפן ה"שלילי" של חירות, למידה בה קיימות (או נעדרות) הגבלות חיצוניות על יכולתו של הפרט לפעול כפי רצונו. ברם, הסתפקות בפן זה נראית "משונה וריקה" (62) (1989) "Autonomy and Perfectionism in Raz's Morality of Freedom" Jeremy Waldron (1989). Southern California L. Rev. 1097, 1104. כפי שהסביר ישעיהו ברלין, במאמרו החשוב:

"The first of these political senses of ... liberty ..., which ... I shall call the 'negative' sense, is involved in the answer to the question 'What is the area within which the subject - a person or group of persons - is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons?' The second, which I shall call the 'positive' sense, is involved in the answer to the question '**What, or who, is the source of control or interference that can determine someone to do, or be, this rather than that?**'"

Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty" (1958), In Isaiah Berlin Four Essays on Liberty (Oxford, 1969).

(ההדגשה אינה במקור).

142. אכן, הלגיטימיות של שלילת החירות תלויה במידה רבה בזהות הגורם המוסמך לשלול את החירות ובאופן בו נעשית שלילת החירות.

"השאלה האם הגורם השולל את החירות פועל בראש ובראשונה על מנת לקדם את האינטרס הציבורי (יהא אשר יהא), או שמא בראש מעייניו עומד אינטרס פרטי כלשהו היא שאלה קריטית הניצבת בגרעין הקשה של הזכות לחירות אישית."

בג"צ הפרטת בתי הסוהר, פסקה 22 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

143. חירות זו מאופינת ביכולת של אדם "לתכנן את חייו בהתאם לתוכניתו שלו" (John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), p. 408). לפי יוסף רוז, אנשים חופשיים, או בלשונו – אוטונומיים, הם אלו אשר בכוחם:

"To adopt personal projects, develop relationships and accept commitments to causes, through which their personal integrity and sense of dignity are made concrete". (*Morality of Freedom* (1986), p.387).

144. לפי הוגי האמנה החברתית, האזרחים הסכימו לוותר על מרכיבים מסוימים בזכותם לחירות בתמורה לטובין משמעותיים המוענקים להם על ידי שלטון אשר נבחר על ידם. היגיון זה מתערער כאשר אותו כוח להגביל את חירותו של אדם מועבר לתאגיד פרטי, אשר אינו חב באחריותיות (accountability) לאדם הכפוף לו, כבמקרה של התכנית.

145. **פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות** - במסגרת התכנית, נקבעה חובתם של תובעי זכאי גמלת הבטחת הכנסה למסור לידי המתכננים, עובדי החברה למטרות רווח, ידיעות ומסמכים שיש ברשותם, אחרת הם מסתכנים באיבוד קצבת הקיום המשפחתית שלהם. אותו מתכנן גם יכול לדרוש מהם לעמוד לבדיקה רפואית, לבדיקת מומחה תעסוקה, לבדיקה של פסיכולוג, ואף לבדיקה של כל מומחה אחר מטעם מרכז התעסוקה. דרישת המסמכים ואף הבדיקות הגופניות והנפשיות, על ידי עובד של חברה למטרות רווח, פוגעת בפגיעה קשה בפרטיותם של משתתפי התכנית ובצנעת חייהם.

"המידע אשר חשיפתו מבוקשת על ידי המשיבים הינו מידע רפואי הנוגע לאשפוזה של המבקשת על רקע מצבה הנפשי. מידע ממין זה הינו מן הרגישים ביותר שיש לאדם ואין חולק כי חשיפתו, ולו בגדר המשפט, יש בה כדי לפגוע ממשית בזכותו לפרטיות."

פסקה 35 לפסק דינו של השופט גיבראן ברע"א 8019/06 ידיעות אחרונות בע"מ נ' לוי (13.10.2009).

146. ודוקו, הפגיעה בפרטיות נגרמת מעצם הצורך להביא את המסמכים ולבצע את הבדיקות הגופניות והנפשיות בפני גורמים פרטיים. בנוסף לכך, נגרמת הפגיעה גם מכך שהצגת המסמכים וביצוע הבדיקות לא כרוכה רק ביוזמת המשתתף, אלא נובעת היא מדרישתו של המתכנן. למשל, אף אם אדם מוכן לבצע כל עבודה, גם אם ייתכן שיש לו מוגבלות נפשית, יכול מתכנן על פי הוראת השעה להכריח אותו לחשיפת אותה מוגבלות.

147. **פגיעה בזכות החוקתית לקניין** – שלילת גמלתם של זכאי הבטחת הכנסה, כתוצאה מקביעת מתכנן או כתוצאה מנשירה של משתתפים מהתכנית שחשים שכבר אינם מסוגלים לעמוד בה (ראו למשל את עדותו של המשתתף, בסעיף 135 לעיל), פוגעת בזכותם החוקתית לקניין (בדומה לקצבת זקנה, בג"צ

5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט (1) 729, פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא ברק; ראו גם עע"מ 4848/04 בכור נ' ראש עיריית חולון, פסקה 10 לפסק דינו של השופט חשין (2007).

148. **פגיעה בזכות החוקתית לשוויון** - הוראת השעה נועדה לחול על ציבור חלקי, כניסוי מדגמי, משך תקופה מוגבלת. עתה כבר גדלה השפעתה, והיא חלה כבר על יותר מ-40,000.

149. משך יותר מארבע שנים וחצי בהן היא מופעלת, יצרה הוראת השעה הבחנה ברורה בין שתי קבוצות של תובעי ומקבלי הבטחת הכנסה: קבוצה אחת בהנהלת תאגידי מוטי רווח, וקבוצה שניה תחת שירות התעסוקה. הקבוצה הראשונה מצויה בנחיתות ביחס לקבוצה השנייה, כיוון שהגורם הפרטי מוטה הרווח אינו כפוף "לאתוס של השירות הציבורי הממלכתי במובנו הרחב של מושג זה" (בג"צ הפרטת בתי הסוהר, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת נאור), ומופלית בכך לרעה.

150. ולא רק זאת. כאמור, במסגרת התכנית גם הוחמרו התנאים לזכאות לקצבת הקיום. מבחן התעסוקה, רק במסגרת התכנית, כולל חובת השתתפות של 30-40 שעות שבועיות, שהיעדרות לא מאושרת ממנה מעבר ליומיים בחודש, תוביל לשלילת הזכאות למשך חודש. מבחן התעסוקה תחת השירות הציבורי כולל התייצבות לכל היותר אחת לשבוע, ורק אי התייצבות כזו תוביל לשלילת הגמלה לחודש. פער זה מגולם גם במספר השלילות הרב של קצבאות הקיום במסגרת התכנית, כפי שהובא ברקע העובדתי, שרובן המכריע בגין עילות שאינן קיימות כלל במבחן התעסוקה שבשירות הציבורי.

151. ייתכן שהמשיבים יבקשו לטעון, כי דווקא במסגרת התכנית זוכים תובעי הבטחת הכנסה ליתרונות, כשירותים תומכי עבודה בדמות סיוע לטיפול בילדים, או מענק התמדה בגין רצף בעבודה. לכך, יקדימו וישיבו העותרים, כי לא הייתה כל סיבה למתן יתרונות אלו, בנהלים פנימיים של המשיבים, רק למשתתפים בתכנית, וראוי היה שיינתנו לכלל תובעי וזכאי הגמלה.

ההתניות שבתכנית מובילות לריקונה מתוכן של הזכות לקיום בכבוד

152. בפסק דינו בעניין הפרטת בתי-הסוהר, התייחס בית המשפט הנכבד באופן מקיף לאמנה החברתית כמערך מכוון וכמטפורה הולמת לתיאור מארג היחסים, הנהוג בין האזרחים לבין המדינה ובין האזרחים לבין עצמם. לפיכך יתייחסו גם העותרים בקצרה לתפישה התיאורטית בדבר היחסים שבין האזרחים למדינה בהקשר העתירה, כתימוכין לפרשנותן של הזכויות החוקתיות הנפגעות, ויבהירו כי בשינוי המסגרת החוקית של הטיפול במחוסרי עבודה יש משום "מסגור מחדש של האזרחות החברתית" (ראו פיטר טיילור-גובי "מסגור מחדש של האזרחות החברתית: אמון, אי-שקט ורפורמת מדינת הרווחה" ביטחון סוציאלי (2008) 79, עמ' 11, בעמ' 20-23).

153. הסכנה המשמעותית ביותר, המשותפת לכלל הפגיעות החוקתיות שפורטו כאן, היא שהתכנית הופכת את הזכות לקיום בכבוד, המהווה "רשת מגן אחרונה מפני עוני ומחסור" (בג"צ 5578/02 מנור לעיל, בעמ' 737-738) לזכות מותנית או "חוזית" (להרחבה ראו: Amir Paz-Fuchs Welfare to Work: (Conditional Rights in Social Policy (Oxford University Press, 2008).

154. הזכות לקיום בכבוד הופכת להיות תלויה יותר ויותר במילוי חובות נוספות המוכתבות על ידי קובעי המדיניות.

155. הכרה בזכות אינה מחייבת לראותה כזכות שלעולם לא ניתנת להגבלה (שהרי, למעט חריגים, זכויות ככלל אינן מוחלטות). אך חשוב להדגיש שהחובות שחייבים משתפי התכנית לקיים אינן מגבילות את הזכות אלא מהוות תנאי מקדמי לה. בעיצוב הזכות כתלויה בחובה (להבדיל ממצב בו היא מוגבלת על ידה) יש כדי לרוקן את הזכות ואת תפקידה החברתי מתוכן. כפי שצוין בהקשר אחר, במקרה זה "זכויות תהפוכנה לאשליות ... שכן פריסתן תתאפשר רק עד לנקודה בה תיפסק תרומתן לפרויקט הקולקטיבי"¹. המשמעות היא, במלים אחרות, שאם הזכות עצמה תלויה במילוי חובות, הרי שכל הגבלה על הזכות תיחשב ללגיטימית וחוקית.

156. פרופ' רונלד דבורקין התריע על כך שמודל הזכויות המותנות (negotiated claims), הנבדל מהמודל המוכר של העמדת זכות מול זכות אחרת או מול אינטרס ציבורי חשוב, אינו בר-הגנה כיוון שהוא "מאיים להרוס את המושג של זכויות האדם"². כשבית הדין האירופי דן בטענה שלעיתים זכויות תלויות במילוי חובות, הוא דחה אותה בלשון חריפה, באמרו כי קבלתה תוביל ל"שחיקת זכויות באופן שיצמצם את מהותן הגרעינית וישלול מהן את האפקטיביות שלהן"³.

157. התכנית מהווה מהלך משמעותי בקידום מודל שגוי זה, של, כדברי אנתוני גידנס, "הגדרה מחודשת של זכויות ושל חובות"⁴. קבלת החוקתיות שבהתניית הרבות שנוספו בתכנית על הזכות לקיום בכבוד עשויה להוביל לריקונה מתוכן. אין זה מקרי כי בדוגמא היחידה שסיפק גידנס להתניה פסולה של זכויות בחובות דובר בסיוע למובטלים.⁵ שהרי המובטלים אינם מאורגנים, במקרים רבים הם אינם מודעים לשינויים בתנאי זכאותם, ויש קושי אפילו לגייס אותם למאבק עבור זכויותיהם. כך גם במקרה שלפנינו, בו בחרו המשיבים לפגוע דווקא בקבוצה חלשה זו ולרוקן את זכותה החוקתית לקיום בכבוד מתוכן על-ידי התנייתה במילוי חובות.

ניגוד העניינים, המובנה והקיים, מעצים את הפגיעה

158. העברת הסמכויות מן המדינה לגורמים שתכליתם המרכזית, מעצם הגדרתם, בהשאת רווחיהם, פותחת פתח לשילובם של שיקולים זרים ובלתי רלוונטיים במערך השיקולים שנסקל על-ידי הגורמים בעלי הסמכות לפגוע בזכויות יסוד של המשתתפים; שיקולי יעילות כלכלית ורווחיות, שאינם עולים בקנה אחד עם הצורך להבטיח את זכויות תובעי הבטחת הכנסה ואת רווחתם. בכך הופך יעדה העיקרי של הפעלת הסמכויות, באופן מוצהר וגלוי, ליעד עסקי. תובעי הבטחת הכנסה הופכים למעשה אמצעים להגשמתו של יעד זה.

¹ Nigel Simmonds "Rights at the Cutting Edge" in Matthew Kramer, Nigel Simmonds and Hillel Steiner A Debate Over Rights (Clarendon Oxford 1998) 113, 145. Also: Joseph Chan 'Raz on Liberal Rights and Common Goods' (1995) 15 Oxford J. of Legal Studies 15.

² Ronald Dworkin Taking Rights Seriously (Duckworth, London, 1977) 199; also p. 92.

³ Hirst v. United Kingdom (No. 2) 2004 38 European Court of Human Rights 40, para 62

⁴ A. Giddens The Third Way (Policy, 1998) 65.

⁵ שם. ראו גם Alan Gewirth The Community of Rights (1996) p. 223, 231-235.

"הזכיין הפרטי מונחה על ידי שיקולי כדאיות חיצוניים, המכתימים מעצם טיבם את שיקול הדעת הענייני שיש להפעיל..." (בג"צ הפרטת בתי הסוהר, פסקה 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

159. כפי שכבר נפסק, אין זה הכרחי כי ניגוד עניינים זה יתממש בפועל או כי יבוא לידי ביטוי מעשי, ואין הוא נסתר אף אם עשויה ההפרטה לשאת עימה גם תוצאות חיוביות. שיקולי כדאיות ועשיית רווח פרטי הנם זרים בעת הפעלת סמכויות הנוגעות לקצבאות קיום ואף מקוממים. בעוד המשתתפים צריכים להוכיח את זכאותם לגמלת קיום משפחתית מדודה במשורה, פועלים המתכננים להשאת רווחי המיליונים של החברה בה הם עובדים.
160. מנסיון העולם נצברות גם עדויות רבות לתוצרו של ניגוד העניינים המובנה. יש דוגמאות רבות במחקר השוואתי לכך שניגוד העניינים המובנה מוביל להנשרתם של משתתפים הקשים להשמה מהתכנית, ולטיפול מפלה בין משתתפים על בסיס ה"כדאיות הכלכלית" שלהם.
161. יש גם עדויות לכך שניגוד העניינים המובנה מעודד תופעות של דיווחי שקר או פיתוח פרקטיקות מלאכותיות לעמידה ביעדי הביצוע (ראו אבישי בניש, משפטים לעיל, בעמ' 303 וההפניות שם, וכן אבישי בניש, עבודת הדוקטורט לעיל, בעמ' 219). עדויות לכך גם בהפעלת הניסוי בישראל פורטו בחלק העובדתי (סעיפים 109-100 לעיל).
162. מעבר לניגוד העניינים המובנה, העקרוני, שמצפים היינו מהמשיבים לעשות כל שאל ידם כדי לבטלו לחלוטין (דוגמת האיסור המפורש על התליית התגמול במספר האסירים, שנקבע בחוק במקרה של הפרטת בתי הסוהר), הרי במודל התגמול הכלכלי בתכנית בישראל אומץ ועוגן ניגוד העניינים. על כך, בהמשך, בפרק המודל הכלכלי.
163. למען הזהירות יוסיפו העותרים, כי לא יהיה פתרון לניגוד העניינים גם במסירת הסמכויות הנדונות לידי עמותות ללא כוונת רווח. ידוע כי כדי לעמוד ביעדים תחרותיים, מאמצים לרוב גם מלכ"רים את הפרקטיקות הבעייתיות של הגורמים העסקיים (אבישי בניש, עבודת הדוקטורט לעיל, בעמ' 263, וההפניות שם).

העמוד הרלוונטי מתוך עבודת הדוקטורט מצורף ומסומן ע/20.

הפגיעה בהוראת השעה אינה מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה

164. התכנית, על עומקן של הסמכויות שהועברו לידי החברות למטרות רווח, אינה מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ומכאן שאינה חוקתית.
165. **התכלית הנגלית מפרטי התכנית אינה ראויה** - תכליתה המוצהרת של התכנית היא ראויה. אך לא כך תכליתה האחרת, המתגלה מתוך פרטי התכנית, של הורדת מספר מקבלי הקצבאות בישראל. הורדת מספר זה אינה ראויה כאשר היא תכלית העומדת בפני עצמה: כלומר, הורדת מספר מקבלי הקצבאות ולא רק בדרך של שילוב בעבודה. תכליתו של חוק תיחשב לתכלית ראויה, כאשר הוא נועד להגן על זכויות אדם או להגשים מטרה ציבורית או חברתית חשובה. ואילו כאן, המדובר רק בתכלית כלכלית שאינה לגיטימית, המנוסחת כמיועדת להוביל לשלילת מימושן של זכויות חוקתיות. מסירת הסמכויות

הרחבות בידי חברות למטרות רווח כדי שאלו יפעלו להורדת מספר מקבלי הקצבאות ולא רק בדרך של שילוב בעבודה, וקביעת מסגרת השעות המלאכותית של 30-40 שעות "כדי לתפוס את העובדים בשחור", אינן תכלית ראויה.

166. הפגיעות החוקתיות בהוראת השעה גם אינן מידתיות, לפי שלושת מבחני המשנה של מידתיות: לא מתקיים קשר רציונאלי בין התכנית ומאפייניה לבין המטרה אותה מבקשים להשיג; קיימים אמצעים אחרים פוגעניים פחות שיש בהם כדי להגשים את התכלית שבבסיס התכנית; והנזק שנגרם כתוצאה התכנית, על עומק הפרטה שיש בה, אינו מידתי ביחס לתועלת שתצמח ממנה בכלל, ובוודאי בהשוואה להפרטה חלקית.

167. **אי קיום מבחן המשנה הראשון של המידתיות** - לא מתקיים קשר רציונאלי בין מסירת הסמכויות השלטוניות וקביעת סד הזמנים הנוקשה של 30 שעות שבועיות, לבין המטרה כפי שנוסחה בהוראת השעה, של שילוב אמיתי של תובעי הגמלאות במעגל העבודה.

168. מסירת הסמכויות השלטוניות לחברות למטרות רווח וקביעת סד הזמנים נועדו בעיקרם לצמצם באופן ניכר את מספר מקבלי הגמלה. יעד זה, שאינו קשור לתכלית הראויה המוצהרת של התכנית, אף נתמך במודל התגמול הכלכלי של החברות למטרות רווח. צמצום מלאכותי בדרך זו של מספר מקבלי הגמלאות, ולא בגין אי הזדקקותם לקצבת הקיום, אינו תואם את מטרת החוק.

169. מטרתה של הוראת השעה היא גם לאפשר למקבלי הגמלאות מעבר מתלות בגמלאות לעצמאות חברתית וכלכלית. אך כידוע, עצמאות חברתית וכלכלית אינה נרכשת רק מכוח שילוב בעבודה, אלא משילוב בעבודה ראויה. כפי שתואר ברקע העובדתי, גם אלו ששולבו בעבודה לא שיפרו את מצבם הכלכלי, וסביר אף שנתרו בעוניים.

"מדיניות הרווחה התמקדה בשנים האחרונות בתמרוץ ההשתלבות בשוק העבודה (בעיקר דרך קיצוץ משמעותי בקצבאות), אולם עצם ההשתתפות בשוק העבודה לא היה בה כדי לחלץ מעוני. "

עמ' 1 לפרק "עובדים עניים" מתוך דוח בנק ישראל לשנת 2009, כפי שפורסם באתר הבנק: <http://www.bankisrael.gov.il/press/heb/100406/100406.pdf>

170. במקביל להפעלתה של התכנית, לא רק שלא פחתו ממדי העוני, אלא אף התרחבו, ובקרב עובדים, ואף הורע מצבם:

"העלייה של מספר העובדים העניים, על רקע צעדי המדיניות שעודדו את השכבות החלשות להצטרף לכוח העבודה, מעלה את השאלה אם אכן הורע מצבם של העובדים, כלומר אם הם הפכו עניים יותר..." (עמ' 1 לדוח בנק ישראל לשנת 2009 לעיל).

171. ואין הדבר מפתיע, כי הרי גם מחקר השוואתי על התכניות האחרות בעולם גילה כי לתכניות מסוג התכנית הנדונה כאן אין השפעה על מעגל העוני (דוח יערי לעיל, בעמ' 44-43).

172. **אי קיום מבחן המשנה השני של המידתיות** – מבין האמצעים האפשריים המגשימים את תכליתה של הוראת השעה, בוודאי לא נבחר האמצעי שפגיעתו בזכויות החוקתיות המוגנות היא הפחותה ביותר.

173. הניסוי שבוצע עד עתה מוכיח חד משמעית, כי ניתן היה לקדם את תכליתה טוב יותר ובעלות נמוכה יותר באמצעות השירות הציבורי. בהסתמך על תוצאות התכנית עד כה, יחסית לתוצאות ההשמה של שירות התעסוקה, כפי שפורט בפרק העובדתי, ביצועה של התכנית על ידי השירות הציבורי, בתקציבים נמוכים יותר, היה מוביל לתוצאות שילוב בעבודה טובות לאין שיעור. אולם המשיבים בשום שלב לא ניסו לבחון את קידום התכלית של הוראת השעה באמצעות השירות הציבורי.
174. ניתן היה גם להעביר לידי חברות למטרות רווח את אותן סמכויות בביצוע התכנית, שאין בהן מרכיב דומיננטי של הפעלת כוח שלטוני. כפי שתואר ברקע העובדתי, כך נהגו גם ברוב המודלים הקיימים בעולם לביצוע תכניות "מרווחה לעבודה". סמכויות שלטוניות אלו היו נותרות בידי השירות הציבורי, ולא הייתה נפגעת בכך כלל תכלית התכנית.
175. ניתן היה גם לקבוע כי התכנית תהא בהתאם להכשרה המקצועית הנדרשת למשתתף, ולא על פי סד קבוע ומלאכותי של 30-40 שעות שבועיות. כאשר אין בידי מרכזי התעסוקה כל תכנית ראוייה ומפורטת לקידום שילובו של משתתף בשוק העבודה, כמטרתה המוצהרת של התכנית, משמש סד זמנים מלאכותי זה לחיובם של אלפים לשבת חסרי מעש שעות ארוכות בתוך מתחם המרכזים, תוך פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, כפי שהודגם בפרק העובדתי.
176. קביעת שעות התכנית על פי ההכשרה המקצועית הנדרשת למשתתף, ולא על פי סד מלאכותי של שעות, היתה גם מובילה להפחתת הוצאות בגין מעקב ומילוי שעות מלאכותי ולהתמקדות במימוש אמיתי של כושר השתכרותו של המשתתף.
177. ועוד. בתכנית בישראל גם לא נקבע כל מודל של תחרות. וידגישו העותרים, שבעצם פתיחת תחרות בין גורמים שונים להפעלת התכנית לא יהא כדי להתגבר על אי חוקתיות העברת הסמכויות לידי גורמים פרטיים, אך באי קיומה יש כדי להעיד עוד על בחירתם של המשיבים בחלופה הפוגענית ביותר.
178. **אי קיום מבחן המשנה השלישי של המידתיות** – מטרת מסירת הסמכויות בידי חברות למטרות רווח נועדה לכאורה להוביל למימוש אופטימלי של מטרת התכנית. סביר כי ביקשו בכך המשיבים להוביל להורדה דרסטית של מספר מקבלי הקצבאות.
179. היחס בין התועלת החברתית המיועדת, מהשימוש בזכיינים פרטיים, לבין עוצמת הפגיעה בזכויות האדם הנגרמת על ידי התכנית, אינו מידתי.
180. עצם התועלת החברתית בתכנית מוטל בספק. בדוח ה-OECD OECD Economic Surveys: Israel (Supplement No. 3) (Vol. 2009/21 – January 2010), 2009, בעמ' 118, מובהר כי נותרה אי ודאות משמעותית בנוגע ליעילותה של התכנית. [גם דוח זה התפרסם בספר עב כרס, ולכן לא צורף. דוח זה גם אינו ניתן לצפיה באינטרנט, אלא לרכישה בלבד. ככל הידוע לעותרים, בידי המשיבים מצויים העתקיו, וככל שיתבקשו יציגו העותרים גם את העתקו בפני בית המשפט].
181. אף אם ניתן היה להראות, כי הפקדת הסמכויות השלטוניות, במסגרת התכנית, בידי חברות פרטיות למטרות רווח יש בה כדי להביא לשיפור בהשמה בעבודה, אין שיפור זה עומד ביחס ראוי לתוספת

הפגיעה המתמשכת בכך בזכויות החוקתיות - להלכה, על פי סעיפיה של הוראת השעה, ולמעשה, כפי שהובא בפרק העובדתי.

182. והפגיעה היא הקשה ביותר באוכלוסיות המוחלשות ביותר במסגרת התכנית, כפי שעולה מהנסיון העולמי, וגם מהניסוי בישראל. הניסיון העולמי הראה כי "סנקציות מופעלות יותר דווקא כלפי משתתפים בקרב אוכלוסיות מוחלשות במיוחד, כמו נשים הסובלות מחסמים רבים בכניסה לשוק העבודה, ולפיכך לא תרמו הסנקציות לשינויים במקרים אלו ואף הביאו להרעה במצבן" (ועדת יערי לעיל, בעמ' 125). המחקר המלווה את התכנית בישראל מצא כי התכנית לא הועילה כלל לבעלי השכלה מועטה. מבקר המדינה מצא פגיעה דווקא באלו שזקקו לתכניות שיקום (דוח מבקר המדינה לעיל, בעמ' 32-36). התכנית הובילה דווקא להדרת-יתר של אלו הזקוקים לעזרה יותר מכל (Joel Handler *Social Citizenship and Workfare in the United States and Western Europe – The Paradox* (at 235 of *Inclusion* (Cambridge University Press, 2003).

אין באמצעי הפיקוח כדי להביא לאיזון מידתי

183. אין באמצעי הפיקוח על התכנית כדי להסיר את הפגיעה בזכויות האדם הכרוכה בהעברת הסמכויות השלטוניות לידי תאגידים הפועלים למטרות רווח, וכדי להסיר את החשש שמא שיקול הדעת בהפעלת הסמכות יבטא אינטרסים עסקיים או אחרים של הגורמים הפרטיים באופן שיפגע בזכויות תובעי הגמלה.

184. בפיקוח בתכניות מסוג "מרווחה לעבודה" קיימות מגבלות מבניות, הקשורות ליכולתו של המשיב 1 לקיים פיקוח, ולנכונותו לקיימו, בהיותו רגולטור שבוי, המחויב להצלחתה (ראו במאמרו של אבישי בניש, משפטים לעיל).

185. שיקול הדעת הרחב הכרוך בהחלטות של המתכנן מסכל כמעט לחלוטין אפשרות לבחון את החלטותיו באמצעות מערכת בקרה חיצונית, במיוחד בתחומים הרגישים ביותר הקשורים בקביעת הזכאות לגמלת קיום. כך, למשל, ההחלטה בשאלה אם המשתתף עשה "מאמץ סביר" כדי להתקבל לעבודה או למלא אחר התכנית האישית שנקבעה לו היא בעלת מאפיינים סובייקטיביים משמעותיים, והיא מתקיימת רובה ככולה בראשו של המתכנן. כדברי אבישי בניש: "מתכנן יעדים מתוחכם קמעא יכול פעמים רבות – אם הוא רוצה בכך – לנמק את החלטתו באופן שיקשה מאד על היכולת לבקר אותה בביקורת חיצונית" (משפטים לעיל, בעמ' 323).

186. גם במנגנון העררים אין לראות מנגנון פיקוח ראוי ויעיל. זאת, לאור הקושי לערוך ביקורת חיצונית על שיקול הדעת של המתכנן, וגם לאור העובדה שמנגנון זה תלוי בהפעלתו על ידי המשתתפים, המתקשים בכך בשל חסמים שונים, וגם בשל החשש הגדול שלהם שערר כזה יביא בהמשך להתנכלות מצד המתכננים.

"... הכלי של ועדות הערר מתאים בדרך כלל למשתתפים האסרטיביים יותר, היודעים את זכויותיהם ומוכנים לשאת בטרחה הכרוכה בהגשת הערר ובסיכון העלול להיות כרוך בו ליחסיהם עם מתכנני היעדים. זהו כלי שיכולת ההפעלה שלו על ידי אלו השייכים לקבוצות המוחלשות ביותר בתכנית – אשר הם גם החשופים ביותר לפגיעה בזכויותיהם – הוא נמוך

יחסית. משתתפים אלו עשויים שלא להגיש עררים גם לאחר נקיטת כל הצעדים שפורטו, במיוחד בשל חששם ממתכנני היעדים. על כן, יש מקום לחזק מנגנוני בקרה משלימים... מערכות כאלו קיימות כבר במידה מסוימת בתכנית, אך הן אינן ממוסדות ורמת ההסדרה של תחומי ואופן פעולתם נופלת בהרבה לעומת פעולתן של ועדות הערר."

אבישי בניש "מאפייני השימוש בוועדות ערר על ידי משתתפי "תכנית ויסקונסין" בתוך נגישות לצדק חברתי בישראל (מרכז טאוב, 2009), 255, 289.

ראו עוד על כך בתצהירה של גבי גרוס, בסעיפים 31-33.

187. כפי שפורט בחלק העובדתי, והודגם דרך העדר הפיקוח על איכות ההכשרות המקצועיות, הניתוח התיאורטי של מגבלות הפיקוח המבניות עולה בקנה אחד עם הניסיון המצטבר מהשטח.

ב. הסעד החוקתי – השבת הסמכויות העיקריות לידיים ציבוריות וביטול סד השעות

188. ייתכן כי אין מנוס מלהכריז על בטלותה של הוראת השעה בכללותה. עם זאת, יסתפקו העותרים גם בביטול הסעיפים בהוראת השעה שפורטו (סעיף 122 לעיל), והשבת הסמכויות השלטוניות שהופרטו לידי השירות הציבורי.

189. ובכל מקרה, בביטולה של הוראת השעה, אין המחוקק חייב לחזור למצב שהתקיים טרם חקיקתה, אלא באפשרותו לעשות זאת על ידי חקיקת חלופה, בה לא תיקבע מסגרת נוקשה של 30-40 שעות שבועיות, ובה לא יימסרו לידי המתכננים סמכויות שיש במסירתן לגורמים פרטיים משום פגיעה לא-חוקתית בזכויות אדם מוגנות, כפי שפורט בעתירה. ולכן, גם קביעה כזו תהא מתונה יחסית בהותירה ברירה בפני המחוקק (אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני ומידתיות: ההיבט התורתי" בתוך ספר ברק עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009), 39, 63).

ג. המודל הכלכלי – ניגוד עניינים ופגיעה בזכויות יסוד

190. פגיעה בזכויות חוקתיות נעשתה, כאמור, על ידי המשיבים 1-2 גם במהלך המינהלי של קביעת מודל התגמול הכלכלי של החברות בחוזה שנחתם עימן (ראו בע/13).

191. קביעת רכיבי התשלום לחברות על בסיס מספר התחלתי של משתתפים, מספרם ביום חתימת החוזה ולא מספרם בפועל, מדרבן את החברות למנוע בכל דרך את עליית מספר זה. על כך מוסיף ומחמיר "מנגנון האחריות האזורית", שמטיל על החברות אחריות למניעת גידול במספר מקבלי הגמלאות באזור בו הן פועלות. בכך הואצל לחברות שלא כדין כוח שלטוני.

192. שיטת תגמול זו, על כל רכיביה, שממריצה את החברות להנשיר משתתפים מהתכנית, להוביל לייאושם, ולשלילת קצבתם, מובילה לפגיעה קשה בזכויות החוקתיות של משתתפי התכנית, וזאת אף ללא הסמכה מפורשת בהוראת השעה, ובניגוד למטרתה המנוסחת.

193. מודל התגמול הכלכלי לא עוגן בהוראת השעה, ואף לא בסיס עקרונית. הסעיף היחיד המתייחס לתקציב מרכזי התעסוקה המופעלים על-ידי החברות, סעיף 39 להוראת השעה, נוגע רק ברכיבים שמטרתם לשפות את החברות בגין הוצאותיהן.
194. ניגוד העניינים בו נמצאות ויימצאו החברות המפעילות הוא ניגוד עניינים בין רצון (המובן והמובנה) למקסם את רווחיהן לבין סמכותן לקבוע את זכאותם של תובעי הגמלה לגמלה. ב"במנגנון האחריות האזורית" נמסר בידי החברות הפועלות למטרות רווח תפקיד של "שומרות סף". אלו ידאגו, מכוח המנגנון החוזי המופעל עליהן, שלא יעלה מספר מקבלי הבטחת הכנסה בישראל על מספר נתון התחלתי, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה. כשומר בריון בפתחו של מועדון, היודע כי עלול הוא לשלם במשכורתו על כניסתם של אורחים לא רצויים, נדרשים התאגידים על ידי המדינה למנוע את עליית מספרם של מקבלי הבטחת הכנסה, וזאת כשנמסרה להם עצמם הסמכות לקבוע הזכאות לאותה קצבה.
195. אצילת סמכות שלטונית המעוררת גם חשש סביר לניגוד עניינים דינה פסלות (בג"צ 4884/00 עמותת "תנו לחיות לחיות" ואח' נ' מנהל השירותים הווטרינריים בשדה במשרד החקלאות, פ"ד נח(5) 202 (212-213)).

ד. אי חוקיות צו ההרחבה

196. אי חוקיותו של צו ההרחבה נדון גם לאורן של הפגיעות בזכויות יסוד חוקתיות, כפי שפורטו קודם. צו ההרחבה הנו מהלך מנהלי אסור של העברת סמכויות שלטוניות הפוגעות פגיעה קשה ולא מידתית בזכויות חוקתיות, ואף בניגוד להוראת השעה.
197. **הרחבה מנוגדת לחוק** - הוראת השעה נקבעה כניסוי תחום בזמן ובמקום, ויצרה מנגנון מפורט לקביעת תחומי הגיאוגרפי של הניסוי.
198. קביעת ארבעת האזורים להפעלת הניסוי נקבעה בהתאם לסעיף 59 להוראת השעה:
- "59. (א) פרק זה יחול באזור שיקבע השר בהסכמת שר האוצר ובהתייעצות עם שר הרווחה; הודעה על קביעת אזור תפורסם ברשומות.
- (ב) מספר האזורים לא יעלה על ארבעה והם ייקבעו מבין האזורים שעליהם תחליט ועדת מומחים שהוקמה לפי הוראות סעיף קטן (ו); בהחלטתה תתחשב ועדת המומחים, בין השאר, בייצוגן ההולם של מגוון קבוצות האוכלוסיה, במאפיינים שונים של שוק העבודה ובמעורבותה הצפויה של הרשות המקומית בפעילות לשם השגת מטרתו של פרק זה.
- (ג) השר רשאי, בהסכמת שר האוצר בהתייעצות עם שר הרווחה ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, לקבוע כאמור בסעיף קטן (ב) יותר מארבעה אזורים.
- (ד) בכל אזור יוקם מרכז תעסוקה אחד בלבד.
- (ה) השר יקבע בדרך האמור בסעיף קטן (א), בצו, את המועד שהחל בו יחולו הוראות פרק זה באזור שהודעה לגביו פורסמה לפי הוראות סעיף קטן (א), ושמורכז תעסוקה יוקם בו לפי סעיף קטן (ד).
- (ו) (1) ועדת המומחים תוקם בידי השר בהסכמת שר הרווחה ושר האוצר ואלה חבריה:
- (א) עובד משרד התעשייה המסחר והתעסוקה המומחה בתחום התעסוקה;
- (ב) עובד משרד האוצר האחראי על תחום התעסוקה או על תחום

הגמלאות;

(ג) עובד המוסד לביטוח לאומי שהוא מומחה לתכנון ולמחקר;

(ד) נציג הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה;

(ה) נציג ציבור שהוא מומחה לשוק העבודה.

(2) הועדה תקבע את סדרי עבודתה."

199. המנגנון שנקבע, אם כן בהוראת השעה, לקביעה של ארבעת האזורים בהם יחול הניסוי, הוא קביעתם מתוך אזורים עליהם תחליט ועדת מומחים המוקמת שם.

200. ועדת מומחים הוקמה על פי סעיף 59(ו) להוראת השעה עוד בטרם החלה התכנית, וקבעה כבר במאי 2004 תשעה אזורים, מהם בחר שר התמ"ת את ארבעת האזורים להפעלת הניסוי.

201. המחוקק קבע בהוראת השעה גם מסגרת ברורה להרחבה אפשרית של התכנית. רצו בכך המשיבים 1-3 יכלו לעשות זאת רק בדרך של קביעת יותר מארבעה אזורים (על פי סעיף 59(ג) להוראת השעה). אך לא במקרה הם לא בחרו בדרך זו, כי גם אז היו נדרשים הם להסכמתה של הכנסת. לכן בחרו הם בדרך "יצירתית", עוקפת מחוקק.

202. ועוד. כפי שנאמר כבר בפתח המלצותיה של ועדת המומחים החדשה, הבסיס להקמתה החוזרת היה אישורה של הכנסת את הפרישה הארצית: "ביום 31 ביולי 2009, האריכה הכנסת את הוראת השעה מכוחה פעלה התכנית עד ליום 31 בדצמבר 2009. עד יום זה אמור להסתיים תהליך החקיקה לפרישה ארצית של התכנית. בכפוף לאישור הכנסת, הפרישה הארצית צפויה להתחיל ברבעון הראשון של שנת 2011" (בחלק הכללי של ע"1, עמ' 2). אם כן, משלא ניתן אישור זה, נשמטה סמכותה של הוועדה.

203. **שיקולים זרים** - המטרה של הרחבת האזורים הקיימים, כפי שנוסחה בהמלצות ועדת המומחים החדשה מגלה את השיקולים הזרים שביסוד החלטת ההרחבה:

"מטרת הרחבת האזורים הקיימים: המספר הקטן של המשתתפים הפעילים אינו ממצה את השקעת הממשלה בתשתיות ובתחזוקת התכנית. הרחבת האזורים נועדה להוסיף משתתפים שיאפשרו את תחזוקת התכנית ביעילות ומיצוי השקעות הממשלה עד לפרישה ארצית." (ע"1, עמ' 3).

204. סמכותה של ועדת המומחים חוסה תחת המטרה הכללית של הוראת השעה הקבועה בסעיף 36 להוראה. הרכבה ומהותה של הוועדה מעידים על כך שמדובר בוועדה שרשאית לשקול שיקולים מתחום שוק העבודה, תחום התעסוקה ותחום הגמלאות. השיקול בדבר "תחזוקת התכנית ביעילות ומיצוי השקעות הממשלה" אינו מתייחס כהוא זה לטובתו של מקבל הגמלה ומטרת שילובו בעבודה, אלא לאינטרסים חיצוניים הקשורים ליעילות ותחזוקת התוכנית עצמה. משל היו תובעי גמלת הבטחת הכנסה כלי בידי הממשלה ובידי התאגידים למטרות רווח למיצוי השקעה ורווחים.

205. אף אם רשאית הוועדה לבחון שיקולים תקציביים, השיקולים צריכים להיות קשורים לתחום התעסוקה או הגמלאות, ולא יכול להיות להם משקל כמעט בלעדי. משהתבססה ועדת המומחים על השיקול הזר כשיקול הדומיננטי שעמד ביסוד החלטתה, די בכך כדי לפסול את ההחלטה (בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1), 1, 20).

206. **פגיעה בעצמאות שיקול הדעת** – בתחילה, בהוראת השעה, התבקשה ועדת המומחים לקבוע את האזורים תוך התחשבות בין היתר בייצוגו ההולם של מגוון קבוצות האוכלוסיה, ובמאפיינים שונים של שוק העבודה. עתה התבקשה היא בכתב המינוי מאת המשיב 1 (ע/7) לגבש המלצותיה "בדבר הרחבת ארבעת האזורים בהם מוחל החוק". נלקח מהוועדה כל שיקול דעת בעצם קביעת הצורך בהרחבה, והוכתבה לה מראש הקביעה בדבר הרחבת האזורים.
207. גם בהקשר זה ראוי לשוב ולהתייחס להרכב הפרסונאלי של הוועדה, כפי שנקבע בסעיף 59(ו) להוראת השעה. מדובר בוועדת מומחים בה חברים נציגים בעלי תחומי מומחיות שונים המביאים כל אחד את הידע והמומחיות של משרדו. הרכבה הייחודי של הוועדה משקף איזון של אינטרסים ושל מומחיות ומאותת על החשיבות שהעניק המחוקק לשיקול הדעת העצמאי של הוועדה. אך בפועל, בידי הוועדה לא נותר כל שיקול דעת ולא היתה לה כל ברירה, אלא להחליט בדבר הרחבת ארבעת האזורים.
208. **אפליה** – תוצאת ההרחבה, אם תבוצע, תהיה גידול חד ולא סביר של שיעור הערבים בתכנית. גידול הנובע מהמגבלות הגיאוגרפיות הקיימות, והנסיון המלאכותי להגדיל את גבולות האזורים הקיימים. וכך יצא כי בישובים המוצעים להרחבה שיעורם של הערבים הוא 64% מול שיעור של 37% בלבד בקרב כלל תובעי הבטחת הכנסה. עקב ההרחבה יעלה שיעורם של הערבים בתכנית באופן ניכר על שיעורם בקרב תובעי הבטחת הכנסה. מ-39% בתכנית בטרם ההרחבה, בדומה לשיעור של 37% בקרב תובעי הבטחת הכנסה, יעלה שיעורם במסגרת התכנית ל-47% לאחר ההרחבה (ע/1, עמ' 6). גם אם אין החלטת המשיבים 1-3 נובעת מכוונה להפלות, די בכך, שתוצאתה של ההרחבה היא מפלה.
209. אפליה האוכלוסיה הערבית כתוצאה מהרחבת התוכנית פסולה מעיקרה שכן היא אינה מבוססת על נימוקים ענייניים. הרחבת התוכנית נועדה, כהנמקת המשיבים, "להוסיף משתתפים שיאפשרו את תחזוקת התכנית ביעילות ומיצוי השקעות הממשלה עד לפריסה הארצית". שיקול זה אינו ענייני, אינו מתחשב בצרכיה של קבוצה זו, והופכת אותה לכלי להשגת יעדים כלכליים ולא להשגת מטרתה המוצהרת של התכנית, והיא טובתו של דורש העבודה.
210. לא זו בלבד שהאפליה אינה מותרת, אלא שהמחוקק אף התכוון באופן מפורש למנוע תוצאה כזו כפי שעולה מסעיף 59(ב) להוראת השעה, הקובע את השיקולים שעל ועדת המומחים לשקול בהחלטתה לבחירת האזורים עליהם תחול התוכנית: "בהחלטתה תתחשב ועדת המומחים, בין השאר, בייצוגן ההולם של מגוון קבוצות האוכלוסיה, במאפיינים שונים של שוק העבודה...".
211. שיקול הייצוג ההולם של האוכלוסיה הערבית בתוכנית מחייב את התאמתו של אחוז הערבים בתוכנית לשיעורם בקרב תובעי הבטחת הכנסה. הגדלת השתתפות אחוז הערבים בתוכנית ב-10% מעל לשיעורם בקרב תובעי הבטחת הכנסה, כך שיהוו קרוב למחצית מכלל מקבלי הקצבה המחויבים להשתתף בתכנית, יוצרת אפליה.
212. אפליה זו פסולה במיוחד לאור חולשתו של המיעוט הערבי בשוק העבודה. נוצרת כאן אפליה על גביה של אפליה – לא רק שחלקם של ערבים בין כלל המובטלים הוא גבוה מחלקם באוכלוסיה, כתוצאה בין השאר מאפליה שקיימת נגד ערבים בשוק התעסוקה, אלא שהם מופלים פעם נוספת בחיובם, בשיעור גבוה במיוחד, להשתתף בתכנית ניסויית הפוגעת פגיעה קשה בזכויות אדם כפי שפורט לעיל.

213. **חוסר סבירות קיצוני** – המשיבים 1-3 פועלים בחוסר סבירות בהחלטתם להרחיב את היקף תחולתה של התוכנית הניסויית, היות שהחלטה אינה בוחנת את השיקולים הרלוונטיים לתכלית החקיקה ומפלה, כאמור, את האוכלוסיה הערבית. השיקול היחיד שניתן לו ביטוי בהחלטה הוא שיקול זר למטרת התכנית. המשיבים 1-3 נמנעו כליל מביצוע איזון בין הערכים, שאמורים היו להנחות אותם לאור התכלית החקיקתית, ופעלו מתוך מטרה שנקבעה מראש.

”רשות מנהלית שמפעילה את שיקול הדעת שלה ללא בירור העובדות הנוגעות לעניין, ומחליטה על יסוד תחושה בעלמא, או **שדעתה נחושה להגיע לתוצאה מסוימת ללא תלות בעובדות המקרה**, אינה מפעילה שיקול דעת כנדרש בחוק. במקרה זה ניתן לומר על הרשות כי היא פועלת בשרירות. שרירות היא סוג של שחיתות. יש בה חומרה קיצונית. היא עילה לפסול כל החלטה מנהלית”

יצחק זמיר, הסמכות המנהלית (1996) כרך ב', בעמ' 733 (ההדגשה אינה במקור).

214. ההחלטה להרחיב את התכנית אינה סבירה גם לאור תוצאות הניסוי, וגם לאור החלטה באופן לא פרופורציוני על אוכלוסיה ערבית. כאמור, ידוע כי אוכלוסיה זו סובלת מאפליה קשה בשוק העבודה, וכי צריך היה לנקוט בצעדים משלימים רבים, קודם להחלת התכנית עליה (ראו בדוח המועצה הלאומית לכלכלה, משרד ראש הממשלה, אג'נדה כלכלית חברתית לישראל 2008-2010, כפי שפורסם באתר משרד ראש הממשלה: <http://www.pmo.gov.il/NR/rdonlyres/F65A7177-542F-40BF-92C5-DF766F23314/0/Agenda.doc> בעמ' 66-62).

215. כמחצית מהעובדים העניים הם ערבים (פרק עובדים עניים בדוח בנק ישראל לשנת 2009 לעיל). כלומר, עבודה אינה משפרת את מצבם. וכך, במקום לטפל בגורמים בשוק העבודה שיש להם השלכה קשה על מצבה של האוכלוסיה הערבית, ההרחבה המתוכננת תוסיף ותדחק אותם לתוך אותן שוק עבודה מפלה וחסר. במקום לבצע את הצעדים המוצעים בדוח המועצה הלאומית לכלכלה במשרד ראש הממשלה, להגברת הנגישות של האוכלוסיה הערבית לשוק העבודה, מחמירה התכנית את תנאי זכאותם לקצבת קיום, בהעדר עבודה ראויה.

216. ועוד. ממחקרים שבוצעו בעולם ידוע, כי מפעילים בתכניות "מרווחה לעבודה" המתוגמלים על פי ביצוע, כמו בישראל, ייטו לפרקטיקה של "גריפת השמנת" (creaming) – השקעת משאבים באלו הדורשים את ההשקעה המינימאלית כדי לחזור לשוק העבודה, וכך יגרפו מהר ובקלות רבה יותר את התשלומים להם. בנוסף לכך מפעילים גם נוקטים ב"החניה" (parking) של 'משתתפים קשים': כדי להימנע מ"בזבוז" כספים בטיפול בהם, הם שוללים את זכאותם להכשרה מקצועית או לשירותים אחרים, אשר עשויים לשפר את סיכוייהם לחזור לשוק העבודה.

217. והנה ההרחבה המתוכננת נשענת ומחזקת דווקא פרקטיקות פסולות אלו. אם אכן, כדברי הממשלה, נועדה התכנית לאוכלוסיה, המהווה את הגרעין הקשה של המובטלים בישראל, הרי לשיטתה של הממשלה, נותרה כעת בידי התאגידים מלאכה חשובה של טיפול באלו שנותרו במסגרת התכנית ולא הושמו בעבודה, ובה הם צריכים להוסיף ולהתמקד.

218. **הרחבה לא מידתית** - כפי שכבר תואר ופורט לעיל, הנזק שייגרם לאלפים נוספים של תובעי וזכאי גמלת הבטחת הכנסה עולה לאין שיעור על כל תועלת שתיגרם, אם בכלל, מהרחבת התכנית. אין כל מקום להוסיף ולהרחיב את התכנית, כך שייקל על התאגידיים להוסיף ולגרוף את רווחיהם, תוך פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות של עוד אלפים.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.

היום, 25 באפריל 2010

ד"ר אמיר פז פוקס, עו"ד

אשרת מימון, עו"ד

ב"כ העותרים