

העותר:

זנהיי ג'יאנג  
דרכון סיני P 151290960  
מס' מוחזק: 61211  
במעצר בכלא "מעשיהו", אגף 5

ע"י ב"כ עוה"ד יונתן ברמן ו/או אורי שדה  
ו/או נעמי לבנקרון  
ממוקד סיוע לעובדים זרים  
רח' החשמל 33, תל-אביב 65117  
טל': 5602530 - 03; פקס: 5605175 - 03  
טל' נייד: 3008035-054

נ ג ד

המשיבים:

1. שר הפנים
2. שר התעשייה, המסחר והתעסוקה

ע"י פרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)

**עתירה מינהלית**

בית המשפט הנכבד יתבקש להורות למשיבים לבטל את צו ההרחקה וצו המשמורת, שניתנו על העותר, להחיל על העותר את הוראות נוהל "שמיים סגורים" ולאפשר השמתו מחדש בתאגיד כוח אדם מורשה בענף הבניין.

## **מבוא**

עניינה של עתירה זו בסירוב המשיבים להחיל על העותר, העומד בכל התנאים הקבועים בנוהל "שמיים סגורים", את הוראות הנוהל ולאפשר השמתו מחדש בתאגיד כוח אדם מורשה בענף הבניין. הרקע לסירוב המשיבים הוא הוראות הסדר ההעסקה החדש החל בענף הבניין, שיתוארו ביתר פירוט בהמשך. לכאורה, על פי הצהרות המשיבים בבית משפט זה ועל פי הבטחותיהם ל"מוקד סיוע לעובדים זרים" ממשיך לחול נוהל "שמיים סגורים" על עובדי ענף הבניין במקביל להסדר החדש באופן, שבו מתאפשר לעובדים, אשר עזבו את מעסיקם ואיבדו את רישיון הישיבה והעבודה שלהם בישראל, להיות מושמים מחדש אצל תאגיד כוח אדם בענף הבניין. אף על פי כן בעניינו של העותר מסתבר, כי המשיבים מתכחשים להצהרותיהם והבטחותיהם, ומעדיפים לגרש את העותר מישראל ולהביא תחתיו עובד חדש מחו"ל בניגוד למדיניותה המוצהרת של הממשלה.

## **בקשה לקיום דיון דחוף**

1. בית המשפט הנכבד יתבקש, חרף יומנו העמוס, ליתן קדימות לדיון בעתירה זו ולקבוע את הדיון בה למועד קרוב ככל שניתן.
2. עניינה של העתירה בהחלטתם השרירותית של המשיבים שלא להחיל את נוהל "שמיים סגורים" על עובדי ענף הבניין לאחר המעבר לשיטת ההעסקה החדשה באמצעות תאגיד כוח אדם, וזאת בניגוד להצהרותיהם המפורשות, כי הנוהל בעינו עומד.
3. פעילי עמותת "מוקד סיוע לעובדים זרים", המייצגת את העותר, נתקלו בשבועות האחרונים במספר מקרים, בהם החליטו המשיבים להימנע מהחלת הנוהל על עובדים, אשר עזבו מסיבות שונות את מקום עבודתם, וזאת חרף העובדה שבכל אותם מקרים, כמו בעניינו של העותר, הם עומדים בכל תנאיו של נוהל "שמיים סגורים".
4. השפעת עמדת המשיבים בעתירה זו, כמו גם הכרעת בית המשפט, חורגים בהשלכותיהם מענייניו האישי של העותר, ויש בהם כדי להשפיע על קבוצה רחבה של עובדי בניין, העומדים בתנאי נוהל "שמיים סגורים". חשוב לציין, כי רבים מחברי אותה קבוצה אינם

יכולים להרשות לעצמם ייצוג משפטי ואין בידי ארגוני זכויות האדם לייצג את כל אלה ללא תמורה, כפי שמייצג "מוקד סיוע לעובדים זרים" את העותר דכאן, ולפיכך כל עיכוב בקיום דיון זה עשוי להיות בעל השלכות קשות על כל חברי אותה קבוצה, אשר יוסיפו להיעצר ולהיות מגורשים.

5. לכל זאת, יש להוסיף את העובדה, כי העותר מצוי במועד הגשת העתירה במשמורת בכלא "מעשיהו".

6. לפיכך, ובכפוף למגבלות יומן בית המשפט, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע את הדיון בעתירה בהקדם האפשרי.

## הרקע העובדתי

פרק זה נתמך בתצהירו של העותר מיום 3.11.2005, המצ"ב ומסומן ע/1, וכן בתצהירו של העותר שנחתם לצורך תמיכה בבקשתו למתן פטור מאגרה, המצ"ב ומסומן ע/2.

7. העותר, אזרח סין, הגיע לישראל באשרת עבודה (רישיון מסוג ב/1) לפני 48 חודשים ביום 11.11.2001. רישיונו חודש מפעם לפעם, ורישיונו הנוכחי תקף עד ליום 31.12.2005.

8. עובר להגעתו לישראל שילם העותר סכום של \$15,000 לחברת כוח האדם הסינית, אשר גייסה אותו, ולשם כך נטל הלוואות. ההלוואות הוחזרו בשנתיים וחצי הראשונות לשהותו של העותר בישראל מתוך משכורתו. כל משכורתו של העותר נשלחת לאשתו שבסין, ובמשך השנתיים וחצי הראשונות לשהותו בישראל העבירה אשתו את מרבית הכסף, שנשלח אליה, לכיסוי החוב.

9. העותר תומך באמצעות המשכורת אותה הוא מרוויח בישראל באשתו ובשני ילדיו.

10. מאז הגיע לישראל ועד לחודש ספטמבר 2005 לא הפר העותר את התנאים שברישיון הישיבה שניתן לו. עם הגעתו לישראל הוצב בעבודה באתר בנייה של חברה קבלנית בשם "ניטה" בעיר מודיעין. לאחר כשנה, כשהסתיימה העבודה בעיר מודיעין, הונחה העותר על ידי מעסיקיו לעבוד באתר בנייה ברמת החייל בעבור חברה קבלנית בשם "אלפי טולה". לאחר כשנה וחצי נוספות הסתיימה אף העבודה באתר זה, ומעסיקיו הורו לו לעבור לעבוד באתר בנייה באשדוד עבור חברה קבלנית בשם "י.ב. ניר".

11. לאחרונה, בעקבות המעבר לשיטת העסקה באמצעות תאגידי כוח אדם, שיטה שמאפייניה ומשמעותה יפורטו בהרחבה בהמשך, רשמו מעסיקיו של העותר בחברת "י.ב. ניר" את

רישיונו של העותר על שם תאגיד כוח האדם "י.ח. דמארי". מעסיקתו בפועל של העותר הוסיפה להיות החברה הקבלנית "י.ב. ניר".

12. במהלך השנה, בה עבד העותר עבור חברת "י.ב. ניר", הוחסר סכום של כ-100\$ לערך ממשכורתו החודשית מידי חודש. תלונותיו של העותר לא הועילו. לבסוף, בחודש ספטמבר 2005, החליט העותר לעזוב את העבודה בחברת "י.ב. ניר" בעקבות הקיזוז הקבוע של סכומים ממשכורתו החודשית.

13. יצויין כבר עתה (ראו הרחבה בעניין זה בהמשך), כי בהתאם לשיטת ההעסקה החדשה בענף הבניין, תאגיד כוח אדם, המעסיק עובד זר, מחוייב לאפשר לו לעבור לקבלן בניין אחר, שהתקשר עם אותו תאגיד כוח אדם, לבקשתו של העובד. דא עקא, שכל שידע העותר הוא, כי בתאגיד כוח האדם "י.ח. דמארי" אדם בשם קובי אחראי לטיפול בענייניו. העותר לא ידע כיצד ניתן ליצור קשר עם תאגיד כוח האדם או עם קובי, שכן עובדי תאגיד כוח האדם לא טרחו ליידע אותו בדבר דרכי יצירת קשר עם, ואף מעסיקיו בפועל בחברת "י.ב. ניר" נמנעו מלמסור לו מידע זה.

14. במהלך החודש וחצי שחלפו מאז עזב העותר את מעסיקו, הוא אינו עובד.

15. ביום 30.10.2005 נעצר העותר על ידי מינהלת ההגירה. המשיבים סירבו להחיל עליו את הוראות נוהל "שמיים סגורים" אף על פי שהוא עומד בכל תנאי הנוהל. ביום 31.10.2005 הובא העותר בפני בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן – בית הדין). בית הדין אישר את צו המשמורת והוסיף, כי "מאחר והמדובר בנטישת תאגיד – לא ניתן להחיל על המוחזק את נוהל 'שמיים סגורים'".

העתק החלטת בית הדין מיום 31.10.2005 מצ"ב ומסומן ע/3.

## הפניות לרשויות

16. ביום 1.11.2005 פנה הח"מ אל עו"ד תמי שחף ממדור אזרחי בפרקליטות מחוז תל אביב, אשר שימשה באותו יום פרקליטה תורנית, והביא לידיעתה את עניינו של העותר, תוך איזכור הצהרות המשיבים, לפיהן ימשיך לחול נוהל "שמיים סגורים" על עובדים בענף הבניין (ראו להלן פסקאות 38-40).

העתק הפניה אל עו"ד שחף מצ"ב ומסומן ע/4.

17. במקביל נשלחה פנייה אל עו"ד ענת פישר-צין, היועצת המשפטית של יחידת האכיפה במשרד הפנים, אליה צורפה הפנייה אל פרקליטות המחוז.

העתק הפנייה אל עו"ד פישר-צין מיום 1.11.2005 מצ"ב ומסומן ע/5.

18. כמו כן, נשלחה במקביל פנייה אל עו"ד תהילה לוגר-פרימן מן הלשכה המשפטית של משרד התמ"ת, אשר מסרה בעבר לח"מ, כי נוהל "שמיים סגורים" בעינו עומד ביחס לעובדי בניין (ראו להלן פסקה 38).

העתק הפנייה אל עו"ד לוגר-פרימן מצ"ב ומסומן ע/6.

19. בהמשך פנה הח"מ טלפונית אל עו"ד תמי שחף מפרקליטות המחוז. עו"ד שחף מסרה, כי העבירה את הפנייה לתגובת הלשכה המשפטית של משרד הפנים, אולם לא זכתה למענה כלשהו. ניסיונותיו של הח"מ ליצור קשר טלפוני עם עו"ד פישר-צין ממשרד הפנים ועם עו"ד לוגר-פרימן ממשרד התמ"ת לא צלחו.

## הטיעון המשפטי

20. נוהל "שמיים סגורים" בנוסחו הנוכחי נועד לחול על עובדים האוחזים ברישיון ישיבה ועבודה בישראל (רישיון מסוג ב/1), אשר נכנסו לישראל לצורך עבודה בענפי הבנייה והחקלאות (ואף בתחום הסיעוד, בסייגים מסויימים), עזבו את מעסיקיהם, ונעצרו כשהם עובדים בענף שלשם עבודה בו הגיעו לישראל. הנוהל חל על עובדים השוהים בישראל תקופה שאינה עולה על 51 חודשים.

העתקו של נוהל "שמיים סגורים" (תיקון 1.6.2004) מצ"ב ומסומן ע/7.

21. נוהל "שמיים סגורים" נולד על רקע מדיניות המשיבים להימנע ככל שניתן מהבאת עובדים חדשים מחו"ל ולנצל את כוח האדם הנמצא כבר בישראל למילוי צרכי המעסיקים בענפי הבניין והחקלאות (ראו, למשל, עת"מ (ת"א) 1230/04 קיוהוה גיאנג נ' משרד הפנים, פסק דין מיום 15.2.2004). מדיניות זו, העומדת בבסיס הנוהל, אושרה בסדרה של החלטות ממשלה.

22. הנוהל, אף על פי שמטרתו המוצהרת הינה מציאת פיתרון למעסיקים ולא לעובדים, נועד, בין השאר, לרכך, ולו במעט, את תוצאותיו הקשות של "הסדר הכבילה", העומד בבסיס העסקתם של מהגרי עבודה בישראל. עמד על כך גם בית המשפט בעת"מ 1230/04 הנ"ל.

כידוע, נתינים זרים המגיעים לישראל על מנת לעבוד בה מיועדים מלכתחילה לעבודה עבור מעסיק ספציפי, ועזיבתם את אותו מעסיק משמעה אובדן רישיון הישיבה והעבודה שלהם בישראל. לא נפרט בעתירה זו את כל הרעות החולות שיצר ההסדר, אולם באופן טבעי נלוות לו תופעות לוואי קשות, כמו ניצול עובדים, הימנעות מתשלום שכר מינימום, החזקת דרכוני העובדים בניגוד לדין, עבודה בתנאים לא הולמים ואף בלתי חוקיים ועוד. המעסיקים יודעים, כי העובדים לא ימהרו להתפטר מעבודתם, בידעם כי התפטרות כזו משמעה אובדן רישיון הישיבה בישראל. מתוך הכרה בבעייתיות שבהסדר הנוכחי, מבקש הנוהל להתמודד עם הקשיים שנוצרו בעטיו, ולאפשר במקרים מסויימים "הלבנה" של מי שאיבדו את רישיונות הישיבה שלהם בישראל עקב התפטרות.

23. נגד "הסדר הכבילה" תלויה ועומדת עתירה בבית המשפט הגבוה לצדק (בג"צ 4542/02 קן לעובד ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'). במסגרת עתירה זו חזר משרד הפנים והציג את נוהל "שמיים סגורים" ונוהל נוסף שכותרתו "מעבר עובד ממעסיק למעסיק", תוך שהוא מנסה לשכנע את בית המשפט, כי ההסדר, לפיו עובד שעזב את מעסיקו יאבד את רישיונו, הוא הסדר סביר נוכח קיומם של שני נהלים אלה.

24. על רקע תוצאותיו הקשות של "הסדר הכבילה" הוחלט לבחון מחדש את שיטת העסקתם של מהגרי העבודה בישראל. ביום 30.4.2002 מינה שר האוצר צוות בינמשרדי לבחינת שיטת העסקתם של מהגרי עבודה בישראל. הצוות, בראשות גב' יעל אנדורן, הגיש דו"ח מפורט ביום 5.8.2004, ובו המליץ על שינוי שיטת ההעסקה (להלן – דו"ח אנדורן).

העתק עמ' 1-15 לדו"ח אנדורן, הכוללים את עיקרי המלצות הצוות ואת הרקע הרלוונטי, מצ"ב ומסומן ע/8.

לדו"ח המלא ראו: <http://www.mof.gov.il/budget/2004-7211.pdf>

25. בין הנימוקים השונים לשינוי שיטת ההעסקה לא נפקד מקומן של זכויות מהגרי העבודה והצורך להגן עליהם מפני ניצול. בעמ' 11 לדו"ח אנדורן מציין הצוות הבינמשרדי כדלקמן:

"כבילת" מהגר עבודה למעסיק מסוים, עקב העובדה שרשיון העבודה בישראל שניתן לו מאפשר לו לעבוד רק אצל מעסיק זה, מגבירה את אפשרות הניצול של העובד הזר ומונעת תחרות על שכרו. כתוצאה מכך, עובדים זרים רבים מעדיפים לעזוב את מעסיקיהם החוקיים, חרף העובדה שבכך הופכת שהייתם בישראל ללא חוקית, ולעבור לעבוד אצל מעסיק שאין לו היתר להעסיקם תמורת שכר גבוה יותר.

על כך יש להוסיף, כי הרווח הגלום בעצם הבאת העובדים הזרים מחו"ל (הנובע מתשלומים שהעובדים הזרים מוכנים לשלם בארץ מוצאם בתמורה לזכות לעבוד בישראל) מניע מתווכים שונים להביא מהגרי עבודה לישראל במספרים גדולים ככל שניתן, בין אם יש להם מקום עבודה בישראל במסגרת מגבלת מכסות

העסקת העובדים הזרים שקבעה הממשלה ובין אם לאו, תוך הפעלת לחצים בלתי פוסקים להגדלת המכסות שקובעת הממשלה.

26. וועדת אנדרון המליצה לשנות את מסגרת יחסי העבודה על ידי ניתוק יחסי ה"כבילה" בין מהגרי העבודה למעסיקיהם בפועל, ו"כבילתם" במקום זאת לתאגידי כוח אדם. ממשלת ישראל החליטה לאמץ את העקרונות, שהתווה דו"ח אנדרון להעסקת מהגרי עבודה, בהחלטה מס' 2446 מיום 15.8.2004.

העתק החלטת הממשלה מס' 2446 מצ"ב ומסומן ע/9.

27. עקרונות ההסדר, שהומלצו בדו"ח אנדרון, אומצו רק ביחס למהגרי עבודה בתחום הבניין, ובשנת 2005 הותקן נוהל, שכותרתו "נוהל העסקת עובדים זרים בענף הבניין על ידי קבלני כוח אדם", אשר נכנס לתוקף במחצית שנת 2005.

העתק הנוהל מצ"ב ומסומן ע/10.

28. הנוהל, המשתרע על פני 20 עמודים, כולל הסדר מפורט ביחס להעסקתם של מהגרי עבודה בתחום הבניין. חשוב לחזור ולהדגיש, כאמור, כי הנוהל אינו מבטל את "הסדר הכבילה", אלא משנה אחדים ממאפייניו. מעתה עובדים בענף הבניין אינם מועסקים עוד ישירות על ידי קבלני בניין, אלא על ידי תאגידי כוח אדם, שקיבלו רישיונות להעסקת מהגרי עבודה. כל אחד מתאגידי כוח האדם מתקשר עם קבלני בניין שונים, והנוהל מאפשר לעובדים לעבור מקבלן בניין אחד למשנהו באישור התאגיד, ובלבד שמדובר בקבלן בניין, שהתקשר עם אותו תאגיד כוח אדם. אחת לרבעון רשאי העובד לעבור לעבוד עבור תאגיד כוח אדם אחר.

29. ואולם, בכל אלה אין כדי למנוע את האפשרות לנצל את שיטת ההעסקה החדשה, ואין כדי ליתר את נוהל "שמיים סגורים". גם במציאות החדשה, ובמיוחד שעה שאנו מצויים בחודשים הראשונים ליישומו של הנוהל וטרם הפקת הלקחים הדרושים, לא מן הנמנע שעובד ייקלע למצב, בו עליו לעזוב את תאגיד כוח האדם, עבורו הוא עובד. וכי מה יעשה עובד שתאגיד כוח האדם מסרב לשלם את שכרו? האם עליו להוסיף ולעבוד משך שלושה חודשים, עד תום הרבעון, עבור אותו תאגיד כוח אדם על מנת שלא יאבד את רישיונו? ומה על עובד בניין לעשות, שעה שחברת כוח האדם מסרבת לאפשר לו לעבור מקבלן בניין אחד למשנהו בניגוד לאמור לנוהל? האם עליו להמשיך לעבוד באתרי הבנייה של אותו קבלן משך שלושה חודשים, גם כאשר אותו קבלן מתעלל בו, עושק אותו או אינו דואג לתנאי בטיחות נאותים?

30. כך, למשל, בעניינו של העותר, ניתן לראות, כי קבלן הבניין המעסיק בפועל קיזז שלא כדין סכומים ממשכורתו, והעותר, שמעולם לא נמסר לו כיצד ניתן ליצור קשר עם תאגיד כוח האדם אצלו נרשם, עזב את קבלן הבניין, מבלי שהייתה בידי אפשרות להסדיר את העברתו לקבלן בניין אחר במסגרת אותו תאגיד כוח אדם.

31. ניתן לראות, כי בפועל, אף על פי שהעובד רשום כעובדו של תאגיד כוח אדם, הרי שמבחינתו מעסיקו הוא קבלן הבניין אצלו הוא עובד.

32. מעבר לכך, ייתכנו מקרים, בהם עובד "ינוייד" על ידי תאגיד כוח אדם ויועבר על ידי לתאגיד כוח אדם אחר שלא בתום הרבעון וללא קבלת האישורים הנדרשים, לעיתים בלי ידיעתו של העובד, ופעמים אחרות בידיעתו אך בלי שיש לו אפשרות כלשהי להתנגד. במקרים אלה הופך העובד לשוהה שלא כדין על לא עוול בכפו, אך בהעדר אפשרות להחיל עליו את הוראות נוהל "שמים סגורים", הוא ייעצר ויגורש. עמד על כך מבקר המדינה בדו"ח השנתי, שפורסם ביום 8.5.2005 (דו"ח 855):

**"שלילת החירות של העובד הזר בשל ניווד לא חוקי שעשה המעסיק:**  
כאמור, המדינה קבעה, שהעובד הזר כבול למעסיק מסוים, כלומר אסור למעסיק להעבירו למעסיק אחר או למקום עבודה אחר שלא על פי תנאי ההיתר. אף על פי כן, בשל שיקולים כלכליים, מעבירים מעסיקים עובדים זרים שלהם למעסיק אחר, וכך נעשים אלה עובדים זרים לא חוקיים שאפשר להרחיקם. כלומר, רוב העובדים הזרים שמעסיקיהם מניידים אותם נעשו לא חוקיים בשל נסיבות שאינן תלויות בהם: יכולתו של העובד הזר להתנגד למעסיקו המנייד אותו מועטה, ויש להניח, כי לעתים הוא אינו יודע כלל שמניידים אותו בניגוד לחוק." (שם, עמ' 379).

העתק עמ' 379-380 לדו"ח 555 מצ"ב ומסומן ע/11.

33. מעתה אמרו: "הסדר הכבילה" בענף הבניין לא פס מן העולם, אלא שינה עורו. בעוד שבעבר היה העובד "כבול" אל קבלן הבניין, הרי שכיום הוא "כבול" אל תאגיד כוח האדם. ומשכך, הצורך באפשרות להשמה מחדש בהתאם לנוהל "שמיים סגורים" בעינו עומד.

34. לאור כל האמור, ביטול תחולתו של נוהל "שמיים סגורים" על עובדי הבניין, תוך ביטולה המוחלט של האפשרות להשמה מחדש של עובד שעזב את מעסיקו, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה, היא החלטה בלתי סבירה בעליל, הפוגעת קשות בזכויותיהם של מהגרי העבודה ובאוטונומיה שלהם, ומכפיפה אותם למעסיקיהם במשטר בעל אופי קנייני.

35. החלטת המשיבים לוקה בחוסר סבירות קיצוני, שכן היא מתעלמת כליל, ולמצער אינה נותנת את המשקל הראוי, לכלל השיקולים הרלוונטיים, בהם הצורך להבטיח את זכויותיו של העובד ואת מניעת ניצולו על ידי תאגיד כוח האדם המעסיק אותו ועל ידי קבלן הבניין, המעסיק בפועל. התעלמות המשיבים משיקולים רלוונטיים ומרכזיים אלה או מתן משקל בלתי הולם לאותם שיקולים, די בהם כדי להביא לבטלות ההחלטה (דנג"צ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195, 209).

36. יצוין, כי המשיבים מעולם לא ביטלו את נוהל "שמיים סגורים". הנוהל עודו קיים, הוא עדיין מציין בסעיף 19.א., כי הוא חל על עובדי בניין, ולא הוסף לו כל תיקון או כל סייג הנוגע לעובדי בניין. ככל שהמשיבים יהיו מעוניינים לשנות או לבטל את הנוהל בעתיד, יהא צורך להכריע בשאלה האם בנסיבות הקיימות, המתוארות בעתירה זו, החלטה לבטל את הנוהל או להימנע מלהחילו על עובדי בניין היא סבירה. ואולם מובן, כי ביטול או שינוי עתידיים של הנוהל לא יחולו באופן רטרואקטיבי בעניינו של העותר דכאן (ראו והשוו עת"מ (ת"א) 2790/04 רוזנברג נ' שר הפנים, פסק דין מיום 29.12.2004, פסקה 17).

37. ככל שהתקבלה החלטה כלשהי על ביטולו של הנוהל או סיוג תחולתו על עובדים בענף הבניין, הרי שהיא נתקבלה ללא כל פרסום ומבלי שהובאה לידיעת הציבור הרלוונטי. ממש כהתקנתו של נוהל חדש, כך גם ביטולו של נוהל קיים או שינוי של התנאים, שנקבעו בו, אינם יכולים להיעשות במחשכים, ועליהם לזכות לפרסום אפקטיבי ולהיות מובאים לידיעת הגורמים המעוניינים על מנת שהפרט והכלל יוכלו לכלכל צעדיהם בהתאם (ראו והשוו בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, 513).

38. מעבר לכך, החלטת המשיבים בעניינו של העותר עומדת בניגוד מוחלט להצהרותיהם, הן בבית המשפט והן באוזני "מוקד סיוע לעובדים זרים", המייצג את העותר. לאחר שהח"מ פנה בכתב אל משרד התמ"ת והציג מספר שאלות בנוגע לשיטת ההעסקה החדשה, מסרה בכתב עו"ד תהילה לוגר-פרימן מן הלשכה המשפטית של משרד התמ"ת, כי אף ביחס לעובדי הבניין, עליהם חל ההסדר החדש, "נוהל שמיים סגורים בעינו עומד".

ראו סעיף 11 למכתבה של עו"ד לוגר-פרימן מיום 19.9.2005, שהעתקו מצ"ב ומסומן ע/12.

39. התנהלות המשיבים ביחס לעותר אף עומדת בניגוד בוטה להצהרותיהם בבית משפט זה. במסגרת ההליכים בעת"מ (ת"א) 1790/05 דינג קסינגפינג ואח' נ' משרד הפנים ואח', הצהירו המשיבים בחודש יוני 2005, כי נוהל "שמיים סגורים" בעינו עומד, גם לאחר המעבר לשיטת ההעסקה החדשה, ובלשונם:

"המכתב ניתן על רקע המעבר לשיטת ההקצאה החדשה. ענייננו הוא בשינוי שיטת ההעסקה ולא בשינוי התנאים המהותיים להשמה מחדש במסגרת נוהל שמיים סגורים. המכתב אינו משנה את התנאים להשמה מחדש, וממילא לא היה בכוחו לשנות תנאים אלה. נוהל שמיים סגורים ממשיך לחול לצד המכתב האמור, והקצאתם (השמתם מחדש) של עובדי הבניין ממשיכה להעשות על פי נוהל שמיים סגורים, באשר למדינה יש אינטרס להשים מחדש עובדים שהובאו לעבוד בענף הבניין וטרם מיצו את מלוא תקופת האשרה על פי החוק (או קרוב לכך), וזאת על פני פתיחת השמייים מחדש לצורך הבאתם של עובדים חדשים לענף. נוהל זה חל על עובדים שנתפסו באותו תחום במסגרתו קיבלו אשרת עבודה בישראל."

פסקאות 69-70 לתגובת המשיבים בעת"מ 1790/05 (ההדגשות הוספו).

40. לתמיכה באמירה זו צורף תצהירו של מר יוסי אדלשטיין, סגן מנהל יחידת האכיפה במשרד הפנים.

העתק העמוד הרלוונטי מתוך תגובת המשיבים בעת"מ 1790/05 מצ"ב ומסומן ע/13. העתק תצהירו של מר יוסי אדלשטיין, התומך בעובדות המובאות בפסקאות הנ"ל, מצ"ב ומסומן ע/14.

41. החלטת המשיבים אף מתעלמת ממדיניות הממשלה להימנע מהבאת עובדים חדשים לישראל, כאשר ניתן למלא את צרכי המעסיקים באמצעות העסקת עובדים הנמצאים בישראל וטרם סיימו את התקופה המקסימלית, בה ניתן להעניק להם רישיון ישיבה ועבודה בישראל בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

42. יצוין, כי בדו"ח אנדורן הנ"ל, אשר על בסיס המלצותיו גובשה שיטת ההעסקה החדשה, עמד הצוות הבינמשרדי על כך שמדיניות "השמיים הסגורים" היא מדיניות ראויה, אשר צריכה להוסיף ולחול במקביל לשיטת ההעסקה החדשה:

"בהקשר זה מוצאת הוועדה להדגיש, כי ההמלצה דלעיל גובשה לנוכח המדיניות הנוכחית לעניין איסור הבאת עובדים זרים נוספים מחו"ל (מדיניות הידועה כמדיניות "שמיים סגורים"), שהוועדה מוצאת אותה כמדיניות הראויה בהקשר זה, שכן כל שינוי ממנה יביא לקשיים ממשיים בשינוי השיטה המוצעת" שם, עמ' 45 (וראו גם עמ' 51 לעניין זה).

כאמור, נוסחו המלא של הדו"ח מופיע באתר האינטרנט:  
<http://www.mof.gov.il/budget/2004-7211.pdf>

43. אף מבקר המדינה חיווה דעתו בעניין זה בדו"ח השנתי מיום 8.5.2005 (דו"ח 55ב), וצוין, כי החלטת נוהל "שמיים סגורים" לצורך צמצום מספר העובדים החדשים המובאים מחו"ל היא ראויה, ואף עמד על הצורך ליישמו באופן יעיל יותר. על הרציונל העומד בבסיס הנוהל, כותב מבקר המדינה:

"מדיניות "שמים סגורים" נועדה להקצות למעסיקים בעלי היתרי העסקה עובדים זרים שכבר נמצאים בארץ ואינם מועסקים על פי ההיתר שניתן להם מלכתחילה. מדיניות זו נועדה בראש ובראשונה לצמצם את כמות העובדים הזרים השוהים בארץ, ובכך גם חוסכת את עלות הבאתם של עובדים זרים חדשים ארצה, ואף חוסכת את זמן ההסתגלות של עובד זר חדש בארץ. משרד הפנים מבצע מדיניות זו של "שמים סגורים" על פי נוהל שהוא קבע (להלן - הנוהל), המחייב מעסיקים לבקש להעסיק עובדים זרים מתוך מאגר העובדים הזרים הנמצאים במשמורת ועומדים בתנאי הנוהל, במקום להביאם מחו"ל."

שם, עמ' 399.

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך דו"ח 55ב מצ"ב ומסומן ע/15.

44. גם בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים חיווה דעתו בהרכב שלושה, כי יש להעדיף "הלבנתם" של מי שהגיעו לישראל באשרת עבודה ואיבדו מסיבות שונות את רישיונותיהם על פני הבאת עובדים חדשים מחו"ל:

אך מובן הוא, שאין זה סביר כלל להתיר מצד אחד, כניסתם של עובדים חדשים עם כל התופעות השליליות הנגזרות מכך, ומצד שני, לא לאפשר לעובדים זרים שהגיעו ארצה כחוק, ומסיבות שונות לא הוארחה אשרת השהיה שלהם בארץ, לקבל היתר ולמצות את התקופה הסבירה בה הם יכולים לעבוד בארץ. יש לזכור, כי מדובר באנשים שהם למעשה כמעט בבחינת חסרי ישע, שעזבו משפחות ומדינות כדי לבוא למדינה זרה בתנאים קשים, ולעבוד עבודה מפרכת יומם ולילה עבור שכר נמוך, כל זאת כדי להביא לחם למשפחותיהם. יש לנהוג בהם בהגינות ובכבוד, ולהשתדל למזער, עד כמה שאפשר, את הפגיעה בהם. לכן, כל פתרון צריך לקחת בחשבון גם את עניינם של העובדים הזרים ולהטיב עמם, במיוחד עם אלה שכבר נמצאים כאן, עד כמה שאפשר.

עת"מ (י-ם) 760/02 התאחדות הקבלנים נ' שר העבודה, פסק דין מיום 26.5.2003.

45. במניעת הבאתם של עובדים חדשים קיים אינטרס מובהק של המדינה לא רק בכל הנוגע לצמצום מספר מהגרי העבודה בישראל, אלא גם ביחס לתופעות נוספות הנלוות להבאתם של עובדים חדשים מחו"ל. התופעה של הבאת עובדים חדשים תוך גביית סכומי עתק מהם עבור הזכות לעבוד בישראל (וראו בהקשר זה עניינו של העותר בפסקה 8 לעיל), כאשר סכומים אלה מתחלקים בין המתווכים בחו"ל והמעסיקים בישראל (וכעת גם בין תאגידי כוח האדם בישראל) היא כמעט בבחינת ידיעה שיפוטית של בית משפט זה, הדן מידי יום בעתירותיהם של מהגרי עבודה. אף לעניין זה אין לנו אלא להפנות אל הדו"ח השנתי של מבקר המדינה מיום 30.4.2003 (דו"ח 53ב), בו תוארה תופעה זו:

העובד הזר משלם, בארצות מסוימות, סכומים שבין 3,000-10,000 דולר כדי לעבוד בישראל. סכום זה מתחלק בין חברת כוח האדם בארץ המוצא לבין מתווכי כוח אדם בארץ. גביית עמלה על ידי מתווכי כוח האדם בארץ, הנעה בין 1,300 דולר ל-3,000 דולר לעובד, מנוגדת לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959. האפשרות לגבות עמלות מעובדים זרים בחו"ל תמורת היתרי

העבודה, יוצרת פיתוי להגשת בקשות לקבלת היתרי ההעסקה בהיקף גדול יותר מצורכי המבקשים, ולסחר בהיתרי העסקה בניגוד לתנאי קבלת ההיתר. שם, עמ' 649.

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך דו"ח 53ב מצ"ב ומסומן ע/16.

46. במצב דברים זה מובן, כי לתאגידי כוח האדם אינטרס מובהק להעדיף הבאתו של עובד חדש מחו"ל, אשר ישלשל אל קופת התאגיד סכום כסף נכבד, תחת קבלת עובד, הנמצא כבר בישראל במסגרת נוהל "שמיים סגורים". הימנעות מהחלתו של הנוהל על עובדי בניין לאור הסדר ההעסקה החדש, פירושו מתן תמריץ לתאגידי כוח האדם "להיפטר" מעובדים באמצעים שונים, על מנת שיתאשר להם להביא עובדים חדשים לישראל.

47. מעבר לכך, ההימנעות מהחלתו של נוהל "שמיים סגורים" על עובדים בענף הבניין מספקת לתאגידי כוח האדם שוט, המונף מעל ראשיהם של העובדים. לצורך הדגמת הטענה נפנה אל החלטת בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין מיום 27.10.2005 בעניינו של עובד סיני אחר, מר הא זנגאו, אשר אף בעניינו סירבו המשיבים להחיל את נוהל "שמיים סגורים". בהחלטתו מציין בית הדין:

עיון בתיקו [של המוחזק, י.ב.] העלה את המכתב הבא מחברת כ"א, אשר דומני כי הוא מסכם את היחס כלפי המוחזק ודומיו:  
"מאחר שהנ"ל הפר את תנאי העסקתו ואף נחשב מבחינתנו כברחן אני דורשת את הרחקתו המיידית מהארץ.  
**כמובן שלא נרצה שתכלאו אותו ע"מ להעביר אותו לתאגיד אחר.**  
**חייבים להראות לשאר העובדים כי לא ניתן לקבל אשרת עבודה בתאגיד, ולקבל שכר ולעבוד בעבודות שחורות"**.  
(ההדגשות הוספו, י.ב.)

העתק החלטת בית הדין מיום 27.10.2005 מצ"ב ומסומן ע/17.

48. זאת ועוד – באתר האינטנט של משרד התמ"ת, בדף שכותרתו "עובדים זרים ופלשתינים" מציין המשיב 2 במפורש, כי "עובד שפוט על ידי מעסיקו רשאי להירשם לעבודה אצל תאגיד מורשה אחר בכל עת" (ההדגשות הוספו).

ראו: <http://www.moit.gov.il/NR/exeres/58F29CA4-BEBB-4D14-B815-440DE6A06912.htm>

49. במצב אליו נקלע העותר, אשר סכומי כסף קוויזו ממשכורתו דרך קבע ללא כל הצדק, יש לראות את עזיבתו את מעסיקו כפיטורין. זאת ניתן ללמוד על דרך האנלוגיה לסעיף 11(א) לחוק פיצויי פיטורין התשכ"ג-1963, הקובע כי:

התפטר עובד מחמת הרעה מוחשית בתנאי העבודה, או מחמת נסיבות אחרות שביחסי עבודה לגבי אותו העובד שבהן אין לדרוש ממנו כי ימשיך בעבודתו, רואים את ההתפטרות לענין חוק זה כפיטורים.

50. חוק הכניסה לישראל אינו מעניק למשיבים שיקול דעת מוחלט כלל ועיקר. כללי היסוד של המשפט המנהלי מכתיבים את האופן בו עליהם להפעיל את שיקול הדעת המוענק להם בדין, וזכויות היסוד ועקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית מקרינים על היקף סמכויותיהם. שיקול הדעת "נתון לביקורת של בית המשפט כשיקול דעתה של כל רשות אחרת" (בג"צ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים פ"ד נא(4) 525, 522; בג"צ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 527, 505; בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 770, 728).

51. בענייננו, החלטת המשיבים להימנע מהחלת נוהל "שמייס סגורים" על העותר הינה בלתי סבירה בעליל. היא מתעלמת ממכלול הנתונים, שעמדו בבסיס המדיניות שגובשה, מתעלמת ממדיניותה המוצהרת של הממשלה להעדיף השמה מחדש של עובדים הנמצאים בישראל על פני הבאת חדשים מחו"ל, ומתעלמת מהצורך להבטיח את זכויותיהם של העובדים בענף הבניין. משכך, החלטתם אינה יכולה לעמוד.

52. לאור כל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים להחיל על העותר את נוהל "שמייס סגורים" כמבוקש בראש עתירה זו, ולחייב את המשיבים בהוצאות הליך זה ושכר טרחת עורך דין.