עיוני משפט נ
39–1 ,2026

זכויות מעוררות: קוגנטיות ואוניברסליות טריטוריאלית במשפט העבודה של עובדים לא־ישראלים

מאת
חני בן ישראל והילה שמיר*

תקציר

בסיסו הנורמטיבי של משפט העבודה המגן נטוע בשני עקרונות יסוד: קוגנטיות, עיקרון המגדיר זכויות שאינן ניתנות לוויתור, ואוניברסליות טריטוריאלית, עיקרון שמכוחו דיני העבודה מוחלים על כל העובדים המצויים בתחום שיפוטה הטריטוריאלי של המדינה. מאמר זה בוחן כיצד שני עקרונות יסוד אלה מתערערים במשפט העבודה הישראלי כאשר מושאי ההגנות הם עובדות שאינן אזרחיות ועובדים שאינם אזרחים (להלן: עובדים שאינם אזרחים).

הספרות העוסקת בקוגנטיות ממקדת את מבטה בשלושה מנגנונים ״פנימיים״ לדיני העבודה שהם חריג לתחולתו: סעיפי הפחתה בחקיקה; פשרות בתביעות עבודה בעידודם של בתי הדין לעבודה; יישום עקרון תום הלב ביחסי עבודה. לצידה, הספרות העוסקת באוניברסליות טריטוריאלית מצביעה על דפוסים של החרגות קטגוריאליות מתחולתם של דיני העבודה, אך נוטה לראות בהן חריגים מצומצמים או נקודתיים. מאמר זה מבקש להרחיב את הדיון בשני התחומים גם יחד ולחשוף תצורות נוספות של החרגה מהגנות קוגנטיות – ובעקבותיה פגיעה

* ד״ר חני בן ישראל היא עמיתת מחקר בקבוצת המחקר ChainGE Lab (ERC) באוניברסיטת תל אביב ועמיתת פוסט־דוקטורט בבית הספר לסוציולוגיה, פוליטיקה ולימודים בין־לאומיים באוניברסיטת בריסטול. מחקרה נתמך במענק פוסט־דוקטורט בין־לאומי מטעם האקדמיה הבריטית שמספרו IF25\101106; פרופ׳ הילה שמיר היא פרופ׳ למשפטים באוניברסיטת תל אביב ועומדת בראש קבוצת המחקר ChainGE Lab (ERC). המחברות מבקשות להודות לפרופ׳ גיא מונדלק ולחברות וחברי מערכת עיוני משפט על הערותיהם, ולעופרי בירן על הסיוע במחקר ובעריכת הערות השוליים. מחקר זה נכתב כחלק מקבוצת המחקר ChainGE Lab (ERC) (https://perma.cc/7BY5-5M93) במימון האיחוד האירופי במסגרת מענק Horizon ERC מסוג ERC-2022-COG (מס׳ פרויקט 101088188, חוקרת ראשית: הילה שמיר). הדעות והעמדות המובעות בו הן של המחברות בלבד ואינן משקפות את עמדות האקדמיה הבריטית, האיחוד האירופי או את עמדות סוכנות המועצה האירופית למחקר (ERCEA) (״הרשות המממנת״), והם אינם נושאים באחריות לתוכן זה.

מעמיקה באוניברסליות הטריטוריאלית של דיני העבודה – הייחודיות לעובדים שאינם אזרחים. תצורות אלו אינן נובעות בהכרח מהגיונות משפט העבודה שבמרכזם אסדרה של פערי כוחות או כשלים בשוק העבודה. תחת זאת, הן משקפות הגיונות ממערכים נורמטיביים וביורוקרטיים חיצוניים לדיני העבודה ולמוסדותיו.

המאמר מזהה שלושה טיפוסים מרכזיים של אינטרסים העומדים בבסיס החרגות אלו: (1) ריבונות בגבול ומשילות הגירה; (2) אינטרסים חברתיים־כלכליים של אזרחים; (3) אינטרסים הנוגעים למשילות במסגרת הכיבוש. המאמר מתחקה אחר האופנים שבהם קידומם של אינטרסים אלו הוביל לא רק לשחיקה נמשכת של זכויות – כי אם לטרנספורמציה יסודית של בסיסו הנורמטיבי של משפט העבודה, המעמיד לעובדים שאינם אזרחים הגנות חלקיות, מותנות ושבריריות. המאמר נחתם בניתוח ההחרפה הבולטת של תהליכים אלה בעקבות אירועי 7 באוקטובר והמלחמה שפרצה בעקבותיהם.

1. הקדמה 2
2. מבוא: בין אוניברסליות טריטוריאלית לקוגנטיות בדיני העבודה 6
2.1. מפרויקט מגן למנגנון שליטה 8
2.2. דה־קוגנטיזציה – שחיקת עקרון הקוגנטיות בדין הישראלי 9
2.3. עקרון הטריטוריאליות האוניברסלית בדין הישראלי 12
3. העסקתם של עובדים שאינם אזרחים בישראל – רקע 14
3.1. עובדים פלסטינים מהשטחים הכבושים 15
3.2. מהגרי עבודה 16
3.3. מבקשי מקלט 18
4. דה־קוגנטיזציה ושלילת תחולה אוניברסלית ביחס לעובדים שאינם אזרחים – הצעה לטיפולוגיה של אינטרסים 19
4.1. אינטרסים של משילות הגירה 20
4.2. הצדקות הנוגעות לאינטרסים חברתיים וכלכליים של אזרחים 25
4.3. אינטרסים של משילות במסגרת הכיבוש 30
5. סיכום 34

1. הקדמה

מאמר זה עוסק בהגנות קוגנטיות, כלומר זכויות שאינן ניתנות לוויתור, בדיני העבודה וכן בתחולה הטריטוריאלית־אוניברסלית של דיני העבודה ביחס לעובדים שאינם אזרחים. מטרת המאמר כפולה: ראשית, אנו מבקשות לתאר את מעמדם של שני עקרונות אלה בדיני העבודה ואת תהליכי שחיקתם בעשורים האחרונים. מטרתו השנייה של המאמר היא להציע מסגרת הסברית לשחיקה זו ביחס לעובדים שאינם אזרחים ישראלים.

ההתרופפות מוסברת במאמר באמצעות אבחון שלושה טיפוסי אינטרסים, שאותם אנו מבינות כחיצוניים לאינטרסים העיקריים שדיני העבודה מבקשים באופן מסורתי

ליישב. סוג האינטרסים הראשון נוגע לריבונות ולמשילות בגבול, השני נוגע לאינטרסים כלכליים־חברתיים של אזרחים (שאינם מצטמצמים למעסיקים בלבד, אלא כוללים ציבור רחב יותר של בעלי עניין) והשלישי נוגע למשילות במסגרת הכיבוש הישראלי בשטחים. באמצעות העמדתם של אינטרסים אלו במרכז הניתוח אנו מבקשות להסביר את תהליכי השחיקה והטרנספורמציה של משפט העבודה המגן בהיבטים הנבחנים במאמר מעבר לעדשה המסורתית של הקונפליקט שבין עובדים להון, כי אם דרך מערך רחב יותר של אינטרסים ולחצים, חלקם ייחודיים להעסקתם של עובדים שאינם אזרחים.

בלב המאמר עומדים שני עקרונות המעצבים את אופיים של דיני העבודה: קוגנטיות ואוניברסליות טריטוריאלית. עקרון הקוגנטיות נועד להבטיח כי זכויות יסוד בעבודה לא יהיו ניתנות לוויתור, גם בהסכמת הצדדים, וזאת מתוך הכרה בפערי הכוחות המובנים ביחסי העבודה ובתפקידו של משפט העבודה המגן כמכשיר של הגנה על עובדים בתנאים אלו של פערי כוחות מבניים.[1] האוניברסליות הטריטוריאלית, כביטוי לריבונותה המשפטית של המדינה בשטחה, מבססת תחולה גורפת של דיני העבודה בתחומיה הטריטוריאליים. כפועל יוצא, תחולת משפט העבודה, ובתוכו גם משפט העבודה המגן, נובעת מקיומם של יחסי עובד־מעביד בתחומי שיפוטה של המדינה, ולא בהכרח מאזרחות או מתושבות בה. ה״אתיות הטריטוריאלית״ של משפט העבודה בנוגע לעובדים שאינם אזרחים מייחדת אותו במידה ניכרת מתחומי משפט אחרים, שבהם נוכחות טריטוריאלית כשלעצמה אינה בסיס מספק להגנה על זכויות חברתיות־כלכליות באופן בלתי תלוי בסטטוס הגירה או אזרחות.[2]

שני עקרונות אלה — האחד מעניק הגנה לעובד ביחסים מול המעסיק, והאחר נוגע להגדרתה של תחולת ההגנות — ניצבים כעמודי תווך המעצבים את דיני העבודה כזירה שבה ״העבודה אינה מצרך״,[3] ואת מחויבותה של המדינה להבטיח רף מינימלי של זכויות לכל העובדים המצויים בשטחה. הם משקפים גם את מחויבותו של משפט העבודה לתפיסה קולקטיבית של שוק העבודה: הגנה שניתנת לעובד יחיד אינה עניין אינדיווידואלי בלבד, אלא מבטאת תפיסה של סולידריות מבנית שביסודה מניעת מרוץ לתחתית.[4]

אלא שבפועל, כאשר מדובר בעובדים שאינם אזרחי המדינה, שני עקרונות יסוד אלה מתגלים כפגיעים וכשבריריים.[5] במאמר זה אנו מבקשות להתבונן על משפט העבודה של עובדים שאינם אזרחים באופן החורג מניתוח דוקטרינרי גרידא ושמתעניין באופן מיוחד

1 Guy Davidov, *A Theory of the Contract of Employment*, INDUS. L.J. (forthcoming Sep. 2025).

2 Linda Bosniak, *Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants*, 8 THEORETICAL INQUIRIES L. 389 (2007).

3 INT'L LABOUR OFF., INT'L LABOUR ORG., RECORD OF PROCEEDINGS: INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE 26TH SESSION. PHILADELPHIA, 1944, at 350 (1944).

4 אלישבע ברק־אוסוסקין ״הלעולם קוגנטי? דרכו של בית הדין בנתיבי ההגמשה לאור עקרון תום הלב״ **ספר אליקה ברק־אוסוסקין** 59 (סטפן אדלר ואח׳ עורכים 2012).

5 חני בן ישראל ״אתגר ההגירה של משפט העבודה״ **משפט, חברה ותרבות** ו 177 (הילה שמיר, חני בן ישראל ומעיין נייזנה עורכות 2023).

במשמעויות הנודעות לחיצוניותם של העובדים, שהמאמר עוסק בהם, לקהילה הפוליטית הישראלית. חיצוניות זו גוררת מערכות לחצים חיצוניים להגיונות דיני העבודה ביחס להעסקתם בישראל – ובהן כאלה שנובעות מאינטרסים מדינתיים במשילות הגירה והבטחת רוב יהודי, מאינטרסים מאורגנים של מגזרים שונים של אזרחים המרוויחים מעבודתם של עובדים שאינם אזרחים ומשיקולים שבמרכזם משילות במסגרת הכיבוש. יחד, מערכות לחצים אלו מחוללות שינויי עומק בדיני העבודה ומשפיעות על יכולתם להגשים את תכליותיהם.[6]

בניגוד לניתוחים קלסיים של משפט העבודה, המניחים קהילה פוליטית משותפת שבתוכה מתקיים מאבק בין עבודה להון, הניתוח שלנו מניח שהיררכיה פוליטית מעמיקה את אי־השוויון המעמדי וכי היא מוסיפה ויוצרת צירים נוספים של הירכיה ואי־שוויון בשוק העבודה. ביטוים החריף של הלחצים על משפט העבודה ניכר בשלוש קבוצות מרכזיות של עובדים שאינם אזרחי ישראל: פלסטינים מהשטחים הכבושים המועסקים בהיתר בתחומי ישראל בגבולות 1967; מהגרות עבודה ומהגרי עבודה (להלן: מהגרי עבודה) בענפים שונים כסיעוד, חקלאות ובניין המועסקים במסלולי הגירת עבודה זמנית; מבקשות מקלט ומבקשי מקלט (להלן: מבקשי מקלט) החיים בישראל תחת היתרי שהייה מתחדשים, שאינם מקנים מעמד יציב או גישה לזכויות. אף שהקבוצות שונות זו מזו מבחינת מעמד משפטי, מסלולי כניסה והיסטוריה פוליטית ורגולטורית, כולן כפופות למשטרים של רישוי, היתרים ומגבלות ופיקוח על תנועה ועבודה, המשפיעים במישרין על תנאי עבודתן, על מערכות היחסים עם מעסיקיהן ועם צדדים שלישיים אחרים ועל מעמדן בשוק העבודה.

עקרון הקוגנטיות בדיני העבודה נועד להגביל את חופש החוזים של הצדדים באמצעות קביעה של רף מינימלי להתקשרויות בשוק העבודה, ואילו מעקרון האוניברסליות הטריטוריאלית נובע משטר תחולה המבוסס בעיקרו של דבר על קיומם של יחסי עבודה בתחום שיפוטה של המדינה. בהקשר של עובדים שאינם אזרחים, לאוניברסליות טריטוריאלית זו משמעות אתית עמוקה, היות שהיא מנביעה שוויון (למצער בנוגע לזכויות ממשפט העבודה המגן) עם עובדים שהינם אזרחים. אלא שבפועל שני עקרונות אלו התערערו בעקיבות בכל הנוגע לעובדים שאינם אזרחים. אנו מציעות במאמר להבין התערערות זו, שתיסקר לפרטיה בפרקים הבאים, לא כמקבץ של כשלים נקודתיים או ״חריגים״, אלא כטרנספורמציה מבנית של משפט העבודה עצמו. בניגוד להבנה המקובלת של התערערות הקוגנטיות בספרות המשפטית, המתמקדת בהתערערות שנובעת בעיקר מחריגים חוזיים ומוסדיים – סעיפי הפחתה, דחיפה לפשרות, ועקרון תום הלב,[7] טענתנו היא שביחס לעובדים שאינם אזרחים התרחשה שחיקה עמוקה בהרבה מזו

6 Jonathan Preminger & Assaf S. Bondy, *Conflicting Imperatives? Ethnonationalism and Neoliberalism in Industrial Relations*, 76 ILR REV. 646 (2023); ראו גם בן ישראל, לעיל ה״ש 5.

7 ברק־אוסוסקין, לעיל ה״ש 4; ראו גם Guy Davidov, *Non-Waivability in Labour Law*, 40 OXFORD J. LEGAL STUD. 482 (2020) (להלן: Davidov, *Non-Waivability*); עידית צימרמן, יובל טוכמן ועומר רוזנוקס ״שלילת פיצויי פיטורים במשפט הישראלי – קריאה לשינוי הדין״ **מעשי משפט** יד 311 (2023).

המוכרת: שחיקה שבכוחה לעקוף, ואף לאיין כליל, הגנות שככלל נתפסות במשפט העבודה כבלתי ניתנות לוויתור.[8]

כדי להסביר תהליך זה אנו מציעות טיפולוגיה של אינטרסים המשמשים להצדקת נסיגה מעקרונות של קוגנטיות ואוניברסליות כלפי עובדים שאינם אזרחים. לאינטרסים אלו נלווים לעיתים מבנים ביורוקרטיים של רישוי, פיקוח, היתרים ומנגנוני ביטחון, המשמשים במימושם. הפניית המבט אל הביורוקרטיה חשובה במיוחד בהקשר של עובדים שאינם אזרחים, זאת נוכח הדומיננטיות של הביורוקרטיה בתיווך המפגש בין עובדים שאינם אזרחים ובין המדינה[9] וחשיפתה העמוקה ללחצים קליינטליסטיים של קבוצות מרוויחות מאורגנות[10] – לחצים שאינם מאוזנים באמצעות השתתפות דמוקרטית ולחצים מאורגנים נוגדים מהסוג שעשויים להפעיל לטובתם עובדים שהנם אזרחים.

כפי שנראה בהמשך הדברים, הטיפולוגיה המוצעת במאמר מאפשרת להציע השערות על אודות הפערים בתגובה המוסדית של בתי המשפט לשחיקת העקרונות. דומה כי כאשר האינטרסים ברקע השחיקה נוגעים לשיקולי ריבונות כלליים, בתי המשפט נוטים לראות בחיוב התערבות, להירתע ממנה כאשר הסוגיה נוגעת לאינטרסים של קבוצות אזרחים מאורגנות ולהתקשות לקיים ביקורת שיפוטית על הפרת זכויות המשוקעת באופן נרחב במשילות ובכלכלה הפוליטית של הכיבוש. עובדה זו מצביעה על המגבלה ההסברית של ניתוח משפטי דוקטרינרי ומבליטה את הצורך במבט מוסדי, ריאליסטי ורחב על שוק העבודה, בפרט על מאבקים שבמרכזם משאבים, שליטה וחלוקה מחדש הנוגעים לעובדים שאינם אזרחים כפריזמה להבנת משפט העבודה.

המאמר מבוסס על ניתוח של פסיקה, חקיקה ונהלים, על סקירה של ספרות משנית וכן על מחקר ארכיוני מקורי. בהתבסס על גישת הריאליזם המשפטי, אנו מתבוננות במשפט לא רק כטקסט נורמטיבי אלא כמערכת מוסדית הפועלת בתוך הקשרים של יחסי כוח ושליטה, ובוחנות את האופן שבו הקשרים אלו מעצבים את גבולות ההגנה על זכויות עובדים שאינם אזרחים בפועל.

המאמר נפתח במבוא תאורטי ומושגי, שבו אנו בוחנות את מערכת היחסים בין עקרון הקוגנטיות לעקרון האוניברסליות הטריטוריאלית בדיני העבודה, את ההתנגדות שמעורר יישומם על עובדים שאינם אזרחים ואת המסגרת התאורטית הכללית שבתוכה נטוע המאמר; הפרק השלישי סוקר בקצרה את משטרי העבודה וההגירה החלים על עובדים שאינם אזרחים בישראל – עובדים פלסטינים מהשטחים הכבושים, מהגרי עבודה ומבקשי מקלט; הפרק הרביעי מפתח טיפולוגיה של אינטרסים ביחס לשחיקת ההגנות

8 במאמר משותף קודם פיתחנו את ההבנה של הגמשת עקרון הקוגנטיות מעבר לזו המקובלת בספרות, באופן המדגיש התניה על קוגנטיות באמצעות ייחוס של ״הסכמה״ לעובדים מהגרים. ראו Hanny Ben-Israel & Hila Shamir, *The Cost of Admission: Consent, Non-Waivability, and the Governance of Migrant Labour*, 45 COMPAR. LAB. L. & POL'Y J. 879 (2025).

9 ראו, בהקשר של עובדים פלסטינים, יעל ברדה **הביורוקרטיה של הכיבוש: משטר היתרי התנועה בגדה המערבית** (2012).

10 אדריאנה קמפ ורבקה רייכמן **עובדים וזרים: הכלכלה הפוליטית של הגירת עבודה בישראל** (2008); Gary P. Freeman, *Modes of Immigration Politics in Liberal Democratic States*, 29 INT'L MIGRATION REV. 881 (1995).

הקוגנטיות והתחולה הטריטוריאלית של הגנות אלו עבור עובדים שאינם אזרחים – אינטרסים של ריבונות ומשילות הגירה, אינטרסים כלכליים וחברתיים של אזרחים ושיקולי משילות במסגרת הכיבוש. נוסף על כך, פרק זה מדגים את האופן שבו מנגנונים ביורוקרטיים משמשים להתנאה עמוקה בפועל על זכויות, גם בהיעדר שלילה ישירה של תחולת החוק. הפרק החמישי מסכם, אגב התייחסות להשלכות המתהוות של אירועי 7 באוקטובר על הסוגיות הנבחנות במאמר.

כרך זה מוקדש לפועלה של הנשיאה (בדימ׳) חיות. בכמה מפסקי הדין המרכזיים הנבחנים במאמר ישבה הנשיאה חיות לדין והשיאה תרומה חשובה לחשיבה המשפטית על תחולתם של דיני העבודה על עובדים שאינם אזרחים. בפסקי דין מרכזיים, שבהם לעיתים נותרה במיעוט – ובהם הדיון הנוסף בעניין **גלוטן** ופסקי הדין בעניין **צ׳באנו וגרסגהר**, שייבחנו ביתר הרחבה בהמשך הדברים – השמיעה הנשיאה חיות קול עקיב ביחס לתחולתו של משפט העבודה המגן והתנגדות להסגתו מפני שיקולים מתחרים, ובהם שיקולים של משילות הגירה, מעמד ההגירה של העובדים או אינטרסים מגזריים של אזרחים. בדעת המיעוט הנכוחה שנכתבה על ידיה בדיון הנוסף בעניין **גלוטן** הדגישה חיות כי החרגת עובדות מוחלשות כעובדות סיעוד מהגרות מהגנות החוק משמעה הפקרתן לכוחות השוק, וכי האחריות להבטחת זכותם לטיפול של אלה הזקוקים לטיפול סיעודי מוטלת על המדינה ואין להסכין להטלתה על העובדות עצמן. מעבר לתרומתם במישור דיני העבודה, חשיבותם של פסקי דין אלו טמונה גם במחויבות המבוטאת בהם לתפקידו המוסדי של בית המשפט בחברה דמוקרטית כמגינם של מיעוטים ושל קבוצות מוחלשות שאינן נהנות מזכויות של השתתפות פוליטית. תרומתה זו משמשת נקודת ייחוס חשובה לדיון הנורמטיבי שמציע המאמר.

2. מבוא: בין אוניברסליות טריטוריאלית[11] לקוגנטיות בדיני העבודה

בליבה של חקיקת המגן במשפט העבודה מצויים שני עקרונות: קוגנטיות ואוניברסליות טריטוריאלית. בשניהם יש משום ביטוי לאופיו הציבורי של משפט העבודה ולתפקידו כפרויקט של הגנה ושוויון במסגרת השוק. עקרון הקוגנטיות נועד להבטיח לעובדות ולעובדים רף תחתון של זכויות ולהגן עליהם מפני ויתור – אף אם וולונטרי – על רף זה.[12] הקוגנטיות מבטאת נכונות להתערב ביחסי הכוחות שבין עובדים למעסיקים מטעמים חברתיים של שוויון, הגינות וצדק חברתי ומשקפת היבט פטרנליסטי של דיני העבודה, הנטוע בהכרה בפערי הכוח המבניים בין מעסיקים לעובדים. פערי

11 אוניברסליות היא מושג רחב, העשוי להתייחס, בהקשר של משפט העבודה, להיבטים שונים: אוניברסליות במובן הנורמטיבי (״זכויות אוניברסליות״); אוניברסליות כהרחבת הכיסוי של משפט העבודה, באמצעות הבנה של מערכות יחסים נוספות שבמרכזן עבודה כ״יחסי עבודה״ במובן המשפטי; אוניברסליות טריטוריאלית, כלומר תחולה מלאה בתוך סמכות שיפוטה של המדינה. במאמר אנו עוסקות באוניברסליות בעיקר במובן האחרון – אוניברסליות טריטוריאלית על כל מי שנכנס בגדר יחסי עובד־מעביד בשטחי המדינה. ראו Bosniak, לעיל ה״ש 2.

12 ראו Davidov, *Non-Waivability*, לעיל ה״ש 7.

כוחות אלה מצדיקים קביעה של תנאי מינימום במנותק מהסכמת הצדדים.[13] זכויות קוגנטיות הן אפוא ביטוי מרכזי למגבלות על חופש החוזים של המשתתפים בשוק העבודה שיסודן בשיקולי מדיניות.

עיקרון שונה אך משלים לקוגנטיות הוא עקרון האוניברסליות הטריטוריאלית. במקרה של דיני העבודה, עיקרון זה מוביל לנטייה כלפי החלה של דיני העבודה בתחומי השיפוט של המדינה על כל אדם שעובד בשטחה, ללא קשר לאזרחות, סטטוס הגירה או חוקיות השהות במדינה. מונדלק מתאר את התפתחות דיני העבודה כפרויקט טריטוריאלי מובהק, שבו המדינה מגדירה את גבולות הקהילה המשפטית באמצעות הטריטוריה ויוצרת זיקה הדוקה בין עבודה, ריבונות וגבולות.[14]

עניינם של עובדים שאינם אזרחים, העומדים במרכזו של מאמר זה, הוא דוגמה מורכבת לבחינת תחולתו של משפט העבודה. מחד גיסא, ככלל, משפט העבודה המגן חל באופן טריטוריאלי, ולפיכך אזרחות ואף היעדר מעמד חוקי אינם אמורים לשלול את תחולתו. דיני העבודה נועדו להגן על עובדים, ולא על אזרחים דווקא. ההבחנה בין ״אזרחים״ ל״זרים״, אבן היסוד של דיני ההגירה, אינה מופיעה כלל בחוקי העבודה המרכזיים ואינה רלוונטית אף לעניין סמכות השיפוט של בתי הדין לעבודה. לפחות ברמה התאורטית אין אפוא בהבחנה זו כדי להוביל להדרה מתחולת משפט העבודה, שתחולתו נקבעת לפי קריטריונים אחרים.[15]

מאידך גיסא, כאשר שאלת הכיסוי נבחנת לא רק דרך עדשת חקיקת המגן, אלא גם ביחס לעמודי התווך הנוספים של משפט העבודה – חופש החוזים וכוח קיבוצי – להיעדר אזרחות נודעת השפעה מכרעת.[16] לעובדים שאינם אזרחים עומדת מידה מוגבלת, ולעיתים מוגבלת מאוד, של חופש חוזי ושוקי, בשל מגבלות שמקורן בדיני ההגירה ומשטרי היתרים. הם כפופים למשטרי רישוי המבוססים לרוב על כבילה למעסיק מסוים, לענף מסוים או לאזור גאוגרפי מוגדר, באופן המצמצם את יכולתם לבחור את מקום עבודתם, לנהל משא ומתן על תנאים או לנוע בחופשיות בשוק.[17] גם כוחם הקיבוצי

13 ראו למשל Guy Davidov & Cynthia Estlund, *Non-Waivability in Labour Law: A Foundational Principle in Transition*, 45 COMPAR. LAB. L. & POL'Y J. 689 (2025); Davidov, *Non-Waivability*, לעיל ה״ש 7; Leah F. Vosko, Eric Tucker & Rebecca Casey, *Enforcing Employment Standards for Temporary Migrant Agricultural Workers in Ontario, Canada*, 35 INT'L J. COMPAR. LABOUR L. & INDUS. REL. 227 (2019). לדיון במאפיינים הספציפיים של אי־השוויון בכוח המיקוח של עובדים ומעסיקים במישור הארגוני, הכלכלי והפסיכולוגי־חברתי ראו Guy Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection*, 52 U. TORO. L.J. 357 (2002).

14 Guy Mundlak, *De-Territorializing Labor Law*, 3 L. & ETHICS HUM. RTS. 189–222 (2009) (להלן: Mundlak, *De-Territorializing*).

15 בן ישראל, לעיל ה״ש 5.

16 שם.

17 Maayan Niezna, *Paper Chains: Tied Visas, Migration Policies, and Legal Coercion*, 49 J.L. & SOC'Y. 362, 362–84 (2022). גם עקרון הקוגנטיות מצמצם, מעצם טבעו, את חופש

מוגבל, אם בשל החרגה פורמלית מחברות בארגוני עובדים ואם בשל היעדר היתכנות פוליטית לגיוס הארגונים הקיימים להגנה אפקטיבית ונחושה על עניינם של עובדים שאינם אזרחים.[18] חופש חוזי וכוח קיבוצי משקפים, כל אחד בדרכו, מערכות יחסים מוסדיות רחבות יותר מהזיקה הישירה שבין עובדים למעסיקים. מגבלות על החופש השוקי של עובדים שאינם אזרחים מבטאות את הפרוגוטיבה של המדינה בתחום ההגירה ואת יחסי הכוח שבין המדינה למהגרי העבודה. בה בעת, מגבלות על כוחם הקיבוצי של עובדים אלה משקפות מבנים של תחרות, הדרה והירוכיה בינם לבין עובדים מקומיים, לרוב אזרחים, בתוך שוק העבודה.

חקיקת המגן, לעומת זאת, פועלת בעיקרה במסגרת קונפליקט שונה – הקונפליקט הקלסי שבין עבודה להון.[19] בהקשר זה, עובדים רבים שאינם אזרחים ממוקמים דווקא בלב הקונפיגורציה שמשפט העבודה המסורתי נשען עליה: הם כפופים למעסיק אחד, מצויים ביחסי עבודה ברורים ומועסקים בתחומי השיפוט של המדינה שהמעסיק ועסקיו פועלים בה. חקיקת המגן – ובפרט עקרון הקוגנטיות – אמורה אפוא לשמש עבורם עוגן מרכזי של הגנה, ושאלת תחולתו אמורה להיות פשוטה. ואולם, כפי שיתברר בהמשך הדברים, גם כאשר אין מחלוקת בשאלת קיומם של יחסי עבודה וביחס לתחולה הטריטוריאלית של הדין, ההגנות הקוגנטיות נשחקות בפועל. תופעה זו מלמדת, אנו סבורות, על שינוי עמוק במבנהו הנורמטיבי של משפט העבודה.

2.1. מפרויקט מגן למנגנון שליטה

בעידן של מדינת הרווחה, שאפיין את העשורים לאחר מלחמת העולם השנייה, הקוגנטיות והאוניברסליות הטריטוריאלית בדיני העבודה פעלו כפרויקט משולב. הקוגנטיות הגבילה את חופש החוזים כדי לצמצם פערי כוח מבניים בין עובדים למעסיקים, ואילו האוניברסליות הטריטוריאלית הבטיחה כי הגנות אלו יחולו על כלל העובדים המצויים בתוך גבולות המדינה. יחד, עקרונות אלו יצרו משטר משפטי שמיקם את משפט העבודה בלב הפרויקט של מדינה הרווחה. כפי שמראה בוסניאק, עקרון הטריטוריאליות הליברלי היה, באופן היסטורי, ״קשה מבחוץ ורך מבפנים״ – פתוח ושוויוני כלפי אלה שכבר בתוך הטריטוריה, אך שומר בקנאות על גבולות הכניסה אליה.[20] ברם, במציאות המאופיינת בהתרחבות ההגירה ובהישענות נרחבת על עובדים

החוזים של עובדים, ולעיתים אף פוגע בהם. עם זאת, פגיעה זו נתפסת במשפט העבודה כחלק מהמתח המובנה בין אוטונומיה חוזית לבין הגנה מפני אי־שוויון מבני, והיא פועלת בתוך מסגרת נורמטיבית שמכירה בעובדים כנושאי זכויות ושואפת לחזק את מעמדם. לעומת זאת, הפגיעה בחופש החוזים של עובדים שאינם אזרחים כתוצאה של הסדרי כבילה למעסיקים עמוקה בהרבה באופייה (היות שהיא נוגעת לעצם חירות ההתקשרות בשוק וליכולת לנוע בו) ומעוצבת מתוך תכליות אחרות, חיצוניות ליחסי העבודה, שבמרכזן פיקוח ושליטה.

18 שם; ראו גם Valerio De Stefano, *Non-Standard Workers and Freedom of Association*, 46 INDUS. L.J. 185 (2017).

19 אך גם בין עובדים לעובדים – הגנה על קולקטיב העובדים מפני עובד ספציפי. ראו חני אופק־גנדלר ״זכויות יסוד, חקיקת מגן ותום לב – הרהורים חוקתיים על משפט העבודה״ **משפטים** לז 63 (2007).

20 Bosniak, לעיל ה״ש 2.

שאינם אזרחים, ההבחנה החדה בין ה״פנים״ ל״חוץ״ מיטשטשת: מנגנוני הגבול אינם נותרים עוד בשערי הטריטוריה אלא מופעלים, בדרכים שונות, גם בתוכה ומפקיעים בפועל את ההבטחה של הגנה טריטוריאלית.[21]

דינמיקה זו באה לידי ביטוי ביתר שאת במרחב הישראלי־פלסטיני ומתבטאת בזכויות עבודה דיפרנציאליות לעובדים פלסטינים.[22] כבר לפני כרבע מאה הראה מונדלק שבהקשר הישראלי, דינמיקת התחולה של משפט העבודה הישראלי על עובדים פלסטינים נושאת מאפיינים קולוניאליים מובהקים:[23] ממערכת נורמטיבית שנועדה במקורה לצמצם פערי כוח בין עובדים למעסיקים היא הופכת לכלי שמעצים פערים אלו ואף משמשת כאמצעי של שליטה וניהול אוכלוסייה.

בטרם נפנה לבחינה שיטתית של האינטרסים המלווים את הטרנספורמציה של משפט העבודה ביחס לעובדים שאינם אזרחים, נבקש להתעכב על עקרונות הקוגנטיות והאוניברסליות במשפט העבודה הישראלי. נציג תחילה את הבנתם המקובלת בספרות, ולאחר מכן נסביר מדוע אנו סבורות שראוי להרחיב את גדר הדיון בהם.

2.2. דה־קוגנטיזציה – שחיקת עקרון הקוגנטיות בדין הישראלי

הספרות העוסקת בקוגנטיות במשפט הישראלי זיהתה שלושה מנגנונים עיקריים המייצגים חריג לעיקרון זה: סעיפי הפחתה בחקיקה; הגעה לפשרות בתביעות עבודה בעידודם של בתי הדין לעבודה; יישום של עקרון תום הלב ביחסי העבודה.[24] במסגרת מנגנונים אלו, הן ההחרגה מהנורמה הקוגנטית והן התנאים להחרגה נשענים, בעיקרו של דבר, על הצדקות ושיקולים פנים־שוקיים: הצורך בגמישות ניהולית, תום לב ביחסי עבודה, כשלי מידע, א־סימטריה בכוח מיקוח וכדומה.[25] אף מנגנוני ההחרגה הם מנגנונים מוסדיים פנימיים למשפט העבודה (בתי הדין לעבודה, חקיקת מגן שמסמיכה את שר העבודה והסכמים קיבוציים).

המנגנון הראשון, סעיפי הפחתה בחקיקה, מאפשר חריגה מוגבלת מהוראות קוגנטיות בתנאים מוגדרים, לרוב אגב דרישה להסכם קיבוצי ולאישור של שר העבודה. כך למשל, סעיף 5 לחוק הגנת השכר אוסר על הסדרי שכר שאינם מבוססים על חישוב פרטני של זכויות העובד (״שכר גלובלי״), אך מתיר אותם בנוגע לעניינים מסוימים, שהוסדרו

21 Cecilia Menjívar, *Immigration Law Beyond Borders: Externalizing and Internalizing Border Controls in an Era of Securitization*, 10 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 353 (2014).

22 Jonathan Preminger, *Internal Borders and the Shaping of Noncitizen Workers in the Context of Ethnonational and Territorial Conflict*, 39 WORK EMP. & SOC'Y 1082 (2025).

23 Guy Mundlak, *Israeli Labour Law as Economic Warfare*, 20 INDUS. L.J. 13 (1999) (להלן: Mundlak, *Economic Warfare*).

24 ברק־אוסוסקין, לעיל ה״ש 4; צימרמן, טוכמן ורוזנוקס, לעיל ה״ש 7; אופק־גנדלר, לעיל ה״ש 19; לדיון השוואתי ראו Shikha Silliman Bhattacharjee, *Bitter Harvest: Supply Chain Oppression and the Legal Exclusion of Agricultural Workers*, 2023 U. ILL. L. REV. 1337; Gali Racabi, *Excluded but Equal*, 33 WM. & MARY BILL RTS. J. 209 (2024).

25 Davidov, *Non-Waivability*, לעיל ה״ש 7; Vosko, Tucker & Casey, לעיל ה״ש 13; Estlund & Davidov, לעיל ה״ש 13.

בהסכם קיבוצי שאושר על ידי שר העבודה.[26] בדומה לכך, סעיפים 5, 11 ו־12 לחוק שעות עבודה ומנוחה מאפשרים חריגה מהוראות החוק בהסכם קיבוצי שאושר בידי שר העבודה, או בהיתר של שר העבודה, שעשוי להינתן בנסיבות המנויות בחוק.[27] בהחליפם את הנורמה הקוגנטית, סעיפי הפחתה נשענים על מנגנוני בקרה חלופיים, שאמורים לשקף כוח קיבוצי בשילוב רגולציה מדינתית, ולא על הסכמה פרטית. עובדה זו מפחיתה מעוצמת האתגר הגלום בסעיפי הפחתה לתכלית ההגנה של חקיקת המגן ומבטאת חריג צר יחסית, התואם את תכלית דיני העבודה בהשוואת כוח המיקוח בין עובדים למעסיקים.[28]

המנגנון השני הוא הגעה לפשרות בתביעות עבודה בעידודם של בתי הדין לעבודה. מרבית התביעות המוגשות לבתי הדין לעבודה מסתיימות בפשרה, לעיתים בשלב מוקדם מאוד בהליך, ובדרך כלל בעידוד השופטים.[29] לא אחת, פשרות המוצעות בידי שופטי בתי הדין מייצגות סכום שעלול להיות – אם יתבררו העובדות עד תומן – נמוך מהזכאות המלאה של התובעים והתובעות בהתאם לדין.[30] כאשר התביעות נסבות אך על זכויות קוגנטיות, מצב שהוא שכיח מאוד בהקשר של עובדים בשכר נמוך, תוצאה זו מביאה אף היא לשחיקה של עקרון הקוגנטיות, וזאת לא בשל טענות מהותיות, אלא מטעמים של יעילות דיונית והצורך המוסדי של בתי המשפט בעידוד פשרות כאמצעי של התמודדות עם עומס שיפוטי.[31] ההשפעה המצטברת והרוחבית של פשרות בבתי הדין לעבודה מובילה אפוא לדילולן בפועל של הגנות קוגנטיות.[32]

המנגנון השלישי הוא הכפפת הגנות עבודה קוגנטיות לעקרון תום הלב. בהתאם לפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה, במקרים חריגים של חוסר תום לב קיצוני מצד העובד ייתכן שלא תיאכפנה זכויות קוגנטיות.[33] תום הלב הוצג על ידי בית הדין כעקרון־על אשר בנסיבות יוצאות דופן עשוי לגבור על הגנות קוגנטיות, לצד אזהרה ששימוש מופרז בעקרון תום הלב עלול לפגוע בודאות המשפטית ולחתור תחת מעמדה של חקיקת

---

26 ס׳ 5 לחוק הגנת השכר, התשי״ח–1958 (״אלא אם נקבע אחרת בהסכם קיבוצי לגבי תשלום בעד שעות נוספות או גמול עבודה במנוחה השבועית וההסכם אושר לענין זה על ידי שר העבודה״).

27 ס׳ 5, 11 ו־12 לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי״א–1951.

28 גיא מונדלק ״איפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחדל חוזית להסדרה קוגנטית, ומה שביניהם״ **עיוני משפט** כב 819, 856 (1999).

29 מיכל אלברשטין ״על החיפזון והצדק הפרוצדורלי בבית הדין לעבודה: תצפיות בגישור ושפיטה״ **מאזני משפט** ז 119 (2010).

30 לממצאים אמפיריים בעניין הסכומים הנמוכים הנפסקים בהליכי פשרה ראו אורן גזל־אייל, רונן פרי, גל ליפשיץ ואפרת פלוטניק־צדקיהו ״ייצוג בהליכי פישור בבתי־הדין לעבודה״ **עיוני משפט** לד 641, 652, טבלה 4 (2011).

31 לעניין העומס הרב המוטל על בתי הדין לעבודה ראו שני בנקין **מדד עומס העבודה השיפוטית בבתי הדין האזוריים לעבודה** (מחלקת המחקר של הרשות השופטת 2019).

32 קרן שמש-פרלמוטר **השפעת הליכי גישור בבתי הדין לעבודה על זכויות נשים עובדות** 22 (עמותת איתך-מעכי – משפטניות למען צדק חברתי 2017).

33 דב״ע (ארצי) 3-237/97 **שמואלי – רשות השידור**, פ״ד לו 577, 594 (2001); ע״ע (ארצי) 15868-04-18 **כותה – משרד המשפטים** (נבו 7.4.2021).

המגן. ואכן, חריג זה שימש לעיתים רחוקות בפסיקה מאוחרת.[34] עולה מהפסיקה כי ההתגברות על קוגנטיות באמצעות תום הלב נובעת מתחושת אי־נוחות של בתי הדין עם הנחת פערי הכוחות בין עובדים למעסיקים, שעומדת בבסיס עקרון הקוגנטיות הנוקשה, במצבים שבהם נדמה שהעובד אינו עובד מוחלש או כאשר מדובר בעובד שבעצמו נתן ידו לעיצוב ההסדר שמפר את הכלל הקוגנטי ועולה כי קיבל תמורה כלשהי בעבור הסדר זה.[35]

אנו מציעות להבין התנאה על זכויות קוגנטיות ביחס לעובדים שאינם אזרחים באופן רחב יותר בהשוואה לגדרי הדיון המקובל בספרות, שנסקר בקצרה לעיל. שלושת המנגנונים שתוארו אינם ממצים את אתגר הקוגנטיות כאשר מדובר בעובדים שאינם אזרחים. מבט המוגבל למנגנונים אלו עשוי להוביל למסקנה שבשל עקרון הקוגנטיות, החולש, על פי דין, על כלל העובדים בשטחי ישראל ללא קשר למעמדם החוקי, עובדים שאינם אזרחים נהנים מהגנות קוגנטיות שוויוניות לאלו הנתונות לאזרחים.[36] כפי שנדגים בהרחבה בהמשך הדברים, מסקנה זו שגויה.

ראשית, כאשר מדובר בעובדים שאינם אזרחים, ההחרגות מההגנות הקוגנטיות נובעות ברובן ממערכים נורמטיביים וביורוקרטיים חיצוניים למשפט העבודה ולמוסדותיו. ההצדקות להחרגות אלו רחבות בהרבה ואינן נשענות רק על כשלים פנים־שוקיים, כמו פערי מידע או חוסר איזון בכוח מיקוח, אלא מתבססות על שיחים ושיקולים אחרים, כאלו הנוגעים למשילות בתחום ההגירה, לאינטרסים כלכליים־חברתיים מנוגדים של אזרחים ולמשילות במסגרת הכיבוש.

העמדתן של החרגות אלו לבחינה חושפת קשת שלמה של תצורות **נוספות** של שלילת זכויות קוגנטיות. כפי שנראה, תצורות אלו של שלילה חמורות פי כמה, וזאת משתי סיבות עיקריות: ראשית, חלק מההחרגות חיצוניות כליל לאסדרה של יחסי העבודה ולכן אינן מאוזנות באופנים שבהם ההחרגות ה״רגילות״ מאוזנות, והן מכוונות למטרות רחבות יותר ממטרות של יעילות, הגינות או צדק בשוק העבודה. ב״חיצוניות״ לאסדרה של יחסי העבודה כוונתנו לכך שההחרגות אינן מתבצעות בתוך שדה נורמטיבי שבו העובד מוכר בהכרח כסובייקט של זכויות, ושההצדקה לחריגה אינה נטועה בהכרח בהקשר של יחסי עבודה ואסדרתם: כאשר שלילת זכות נשענת על שיקולים של משילות הגירה, למשל,

34 אופק־גנדלר, לעיל ה״ש 19; ברק־אוסוסקין, לעיל ה״ש 4.

35 ע״ע (ארצי) 110/10 **רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע״מ** (נבו 22.12.2011); ע״ע (ארצי) 3575-10-11 **עמיר – חברת החדשות הישראלית בע״מ** (נבו 21.1.2015); עניין **כותה**, לעיל ה״ש 33.

36 להוציא החריג המוכר והמובהק בעולם דיני העבודה, שנחשב לכן יוצא דופן וזכה לביקורות רבות: החרגתן המפורשת של עובדות סיעוד מהגרות מתחולת חוק שעות עבודה ומנוחה בעקבות פסיקתו של בית המשפט בדנג״ץ 10007/09 **גלוטן נ׳ בית הדין הארצי לעבודה** (נבו 18.3.13). ראו חני בן ישראל ומיכל תג׳ר ״באה מנוחה ליגעה? עבודה ומנוחה בהעסקתן של מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הביתי בישראל״ **מעשי משפט** ז 69 (2015); Hila Shamir & Guy Mundlak, *Bringing Together or Drifting Apart? Targeting Care Work as "Work Like No Other"*, 23 CAN. J. WOMEN & L. 289 (2011); עינת אלבין ״בין אינטימיות נדרשת ובלתי-מוגבלת לכפייה: המקרה של עובדות בית״ **עיוני משפט** לט 369 (2016). לדיון ראו להלן, בפרק 4.2.

היא אינה נטועה ברגולציה של היחסים בין עובדים למעסיקים אלא באינטרסים מדינתיים, חיצוניים להם, של שליטה ופיקוח בתחום ההגירה.[37]

שנית, גם מקום שבו ההחרגה קשורה לכאורה ליחסי העבודה עצמם, היא מבטאת עקיפה, לעיתים מרחיקת לכת, של ההסכמה החברתית המגולמת בחוקי המגן. עקיפה זו מתאפשרת, ולמצער קשורה באופן עמוק, להיעדר האזרחות של העובדים שההחרגה חלה עליהם, שנתפסים ככאלה המצויים מחוץ לאותה הסכמה חברתית. היא מבטאת לעיתים היענות לדרישות של קבוצות מאורגנות של מעסיקים, שנהנים מכוח פוליטי רב לאין שיעור, ולעיתים נתפסות כמשרתות אינטרסים רחבים יותר של נהנים־אזרחים. הן מתאפשרות, בין היתר, בשל היעדר כוח פוליטי אפקטיבי ומאורגן נוגד.

באמצעות הפניית המבט לתצורות אלו, המאמר מבקש להרחיב הן את המושג ״קוגנטיות״ עצמו, באמצעות בחינה מחודשת של גבולותיו, והן את ההבנה המקובלת של מנגנוני השלילה שלו.

2.3. עקרון הטריטוריאליות האוניברסלית בדין הישראלי

בניגוד לריבוי המסלולים שבאמצעותם דיני העבודה בישראל מאפשרים ריכוך פורמלי של עקרון הקוגנטיות, אי־אפשר למצוא בדין הישראלי מנגנון מקביל של ריכוך פורמלי של עקרון האוניברסליות הטריטוריאלית. הדין הישראלי אינו מציב סייג מפורש שלפיו חקיקת המגן אינה חלה על עובדים שאינם אזרחים ואינו קובע כי מעמד ההגירה או חוקיות השהות מפקיעים את האפשרות לזכות בסעד במסגרת דיני העבודה. בניגוד לכך, הסדרים משפטיים בכמה מדינות אחרות מבססים במפורש משטרי תחולה סלקטיביים.[38]

כך, בארצות הברית הגבילה הפסיקה הפדרלית את תחולתם של חלק מדיני העבודה על מהגרים שאינם מתועדים. בפסק הדין *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB* (2002)[39] קבע בית המשפט העליון האמריקאי כי אומנם חוק יחסי העבודה הלאומיים (NLRA) מעניק זכות להתארגנות לכל ״עובד״, אך מהגר לא מתועד אינו זכאי לסעד של

37 כמובן, גם שעה שההחרגה נסבה על שיקולים מחוץ ליחסי העבודה, עדיין עשויות להיות לה השלכות מפליגות על יחסי העבודה עצמם. דוגמה מובהקת לכך היא הסדר הכבילה למעסיק, הסדר שמקורו בשיקולי משילות הגירה, ושאחת מתוצאותיו הדומיננטיות היא פגיעה קשה בכוח המיקוח של מהגרי עבודה במסגרת יחסי העבודה עם מעסיקיהם.

38 ראו לעניין זה Hounga v. Allen [2014] UKSC 47 (appeal taken from Eng.); WHO NEEDS MIGRANT WORKERS? LABOUR SHORTAGES, IMMIGRATION, AND PUBLIC POLICY (Martin Robert I. Correales, *Did* ; לעיל ה״ש 2, Bosniak ; Ruhs & Bridget Anderson eds., 2010) Hoffman Plastic Compounds, Inc., *Produce Disposable Workers?*, Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB, ; 14 BERKELEY LA RAZA L.J. 103 (2003) Mundlak, *De-* ; 23 ה״ש לעיל ,Mundlak, *Economic Warfare* ; 535 U.S. 137 (2002) Benjamin I. Sachs, *Labor* ; 6 ה״ש לעיל ,Preminger & Bondy ; 14 ה״ש לעיל ,*Territorializing* Michael J. Wishnie, *Emerging* ; *Law Renewal*, 1 HARV. L. & POL'Y REV. 375 (2007) *Issues for Undocumented Workers*, 6 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 497 (2004).

39 עניין *Hoffman Plastic Compounds, Inc.*, לעיל ה״ש 38.

שכר אבוד בגין פיטורים שלא כדין בשל מימושה של הזכות ההתארגנות, משום שההעסקה ממילא הפרה את חוקי ההגירה. פסיקה זו יצרה למעשה פיצול בין ההכרה בזכות לבין הסעד בגין הפרתה, שהוביל בפועל לכך שמעמד ההגירה הפך לקריטריון דומיננטי בקביעת גבולות ההגנה על חופש ההתארגנות.[40]

באנגליה הובילה לעיתים הדוקטרינה של ״אי־חוקיות סטטוטורית״ לתוצאה דומה, שבה בתי המשפט קבעו כי לעובדים שאינם מתועדים אין אפשרות לתבוע את זכויותיהם כעובדים, משום שהעסקתם מנוגדת לדין, ולפיכך תביעת זכויות מכוח חוזה לביצועה אינה אפשרית.[41] כך, היעדר החוקיות של השהות או העבודה מתפקד כבסיס מפורש לשלול את תחולתן של הגנות העבודה, וממוסד משטר שבו האוניברסליות הטריטוריאלית מוגבלת מראש על פי קטגוריות הגירה.[42]

על רקע זה, המקרה הישראלי מתייחד: דיני העבודה בישראל אינם מחריגים פורמלית עובדים שאינם אזרחים; ענפים עתירי עבודה, כגון חקלאות (שבמדינות אחרות נשענו באופן היסטורי על עבדים, מיעוטים, וכיום מהגרים – היסטוריה שעיצבה דיני עבודה עתירי החרגות ביחס אליהם) אינם מוחרגים באורח דומה מהגנות משפט העבודה, ואין דוקטרינה משפטית המפקיעה זכויות עבודה בשל היעדר מעמד. אם כן, לפחות ברמה הדוקטרינרית, ההגנות הקוגנטיות חלות על כל מי שמועסק בישראל, ולכן האוניברסליות הטריטוריאלית עודה משמשת כאבן יסוד של משפט העבודה הישראלי. אנו סבורות כי עובדה זו – האוניברסליות הטריטוריאלית של משפט העבודה בישראל – היא שהובילה ללחצים ניכרים על חקיקת המגן כביצור אחרון של הגנה משמעותית על זכויותיהם של עובדים שאינם אזרחים.

מבט על היקפי ההחרגות גם מאפשר לשרטט את הקשר שבין אוניברסליות לקוגנטיות: הפגיעה בקוגנטיות אינה מתמצית בהחרגת נקודתית או חד־פעמית, ולכן מקבלת משמעות נורמטיבית רחבה כאשר ההחרגות מצטברות ומתייצבות כדפוס שיטתי. הצטברות זו מערערת את עקרון האוניברסליות הטריטוריאלית של משפט העבודה, שלפיו זכויות קוגנטיות חלות על כלל העובדים בתחומה הטריטוריאלי של המדינה, ללא תלות במעמדם. כאשר חריגים לקוגנטיות חוזרים ונשנים, חוצים ענפים, קבוצות עובדים והקשרים רגולטוריים שונים, הם חדלים להיות חריגים והופכים למנגנון מארגן של התחולה עצמה. במצב זה האוניברסליות הטריטוריאלית אומנם אינה נשללת במפורש, אך מתרוקנת מתוכן.

הצטברותן של ההחרגות מההגנות הקוגנטיות ביחס לעובדים שאינם אזרחים מעמיק אפוא את השחיקה באוניברסליות. מעמד ההגירה, שאמור להיות חיצוני לדיני העבודה, נקרא בפועל לתוך שאלת התחולה וממיר את העיקרון הטריטוריאלי במשטר של תחולה דיפרנציאלית. התוצאה היא טרנספורמציה עמוקה במבנה הנורמטיבי של משפט העבודה.

---

40 Benjamin I. Sachs, *Despite Preemption: Making Labor Law in Cities and States*, 124 HARV. L. REV. 1153 (2011).

41 לדיון עכשווי בגישת הפסיקה בבריטניה לסוגיה זו ראו *and* Alan Bogg, Okedina v Chikale *Contract Illegality: New Dawn or False Dawn?*, 49 INDUS. L.J. 258 (2020).

42 WHO NEEDS MIGRANT WORKERS?, לעיל ה״ש 38.

3. העסקתם של עובדים שאינם אזרחים בישראל – רקע

חלק זה עוסק בשלוש קבוצות עיקריות של עובדים שאינם אזרחים: מהגרי עבודה, מבקשי מקלט, ועובדים פלסטינים המועסקים בישראל או בהתנחלויות. אף שמעמדן המשפטי של קבוצות אלה שונה, מתקיימים ביניהן קווי דמיון, בראשם היעדר אזרחות וכפיפות לדיני הגירה או למשטרי היתרים.

שהייתן והעסקתן של קבוצות אלו בישראל מתבצעות במסגרת מסלולים משפטיים וביורוקרטיים נפרדים. כניסתם ושהייתם של מהגרי עבודה כפופות לחוק הכניסה לישראל, התשי״ב–1952, והם מקבלים רישיונות עבודה המתחדשים, ככלל, על בסיס שנתי. מבקשי מקלט מקבלים רישיונות ישיבה מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, אשר במובנם הפורמלי אינם מקנים זכות לעבוד, ובה בעת הם מוכפפים גם לחוק למניעת הסתננות.[43] לעומתם, עבודתם של פלסטינים תושבי השטחים הכבושים מוסדרת באמצעות מנגנון נפרד של המנהל האזרחי ומדור התשלומים ברשות האוכלוסין וההגירה, והם מועסקים מכוח היתרי יוממות התלויים באישור ביטחוני מתמשך. אף שחוק עובדים זרים חל, במידה כזו או אחרת, על כלל הקבוצות, תחולתו אינה מלאה ואחידה: הוא משתלב במשטר האשרות של מהגרי העבודה, חל בפועל על העסקת מבקשי מקלט אף שמעמדם ההגירתי אינו מקנה להם היתר עבודה מפורש ואינו מסדיר באופן שלם את מעמדם הייחודי של העובדים הפלסטינים. כפי שמציינת ברדה, הבסיס להפרדה בין העובדים הפלסטינים למהגרי העבודה נעוץ בצו משנת 1968, שפטר את תושבי השטחים מקבלת אשרות דרך משרד הפנים והעביר את הסמכות להענקת היתרי כניסה למפקד הצבאי של האזור – מהלך שעיגן דיפרנציאציה מוסדית עמוקה בין מהגרי עבודה לעובדים פלסטינים.[44]

לשילובן של שלוש הקבוצות בשוק העבודה בישראל נלווה, אף אם בדרכים שונות, רציונל אתני ולאומי דומיננטי: ישראל אינה רואה את עצמה כמדינת הגירה אלא כמדינת שבות, שבה מתממשת זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית. בהתאם לכך, משטר ההגירה הישראלי מבוסס על העדפה מובהקת על פי מפתח לאומי־דתי, שבמסגרתו מוענקות זכויות הגירה, ישיבה ומעמד כמעט אוטומטיות ליהודים ולבני משפחותיהם, בעוד יכולתם של אלה שאינם יהודים – לרבות מהגרי עבודה, מבקשי מקלט וכמובן פלסטינים מהשטחים הכבושים – להיכנס לישראל ולשהות בה מוגבלת באופן נוקשה.[45] על רקע זה, מאפייני שילובם בשוק העבודה – יוממות, תלות בהיתרים מתחדשים, מניעת חיי משפחה או התבססות קהילתית, היעדר זכויות פוליטיות ומניעת גישה למעמד של קבע – ממלאים בישראל תפקיד כפול: לא רק ניהול היצע של כוח עבודה נייד וזול, אלא גם מנגנון שמאפשר ״ליישב״ את נוכחותם בפועל של עשרות ומאות אלפי עובדים לא יהודים עם אופייה האתנו־לאומי של המדינה.

43 חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי״ד–1954.

44 ברדה, לעיל ה״ש 9.

45 לא רק כעובדים, אלא גם כבני משפחה של אזרחים ישראלים – חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ״ב–2022.

בפרק הבא נתאר בקצרה את מעמדה המשפטי של כל אחת מהקבוצות בטרם נפנה, בפרק שלאחריו, לבחינה קרובה יותר של שחיקת ההגנות הקוגנטיות והתחולה הטריטוריאלית של הגנות בנוגע אליהן ושל האינטרסים השונים המשמשים בהן.

3.1. עובדים פלסטינים מהשטחים הכבושים

מסוף שנות השישים ישראל נשענת באופן מבני ונמשך על עובדים שאינם אזרחים. בתחילה היו אלו בעיקר עובדים פלסטינים מהשטחים שנכבשו במלחמת 1967 – הגדה המערבית, רצועת עזה וירושלים המזרחית – שהוחלט להתיר את העסקתם בישראל בסמוך לאחר הכיבוש בענפים עתירי עבודה כבניין וחקלאות. ספרות נרחבת נדרשה להיסטוריה של ההחלטה להתיר את עבודתם של עובדים פלסטינים בישראל.[46] החלטה זו מוסברת בספרות כתוצאתה של התלכדות בין ביקוש שוקי לעבודה זולה – התרת העסקתם של פלסטינים נתפסה כאמצעי יעיל לפגיעה בכוח המיקוח של העבודה המאורגנת בישראל ולריסון דרישות השכר של עובדים ישראלים – מחד גיסא,[47] לבין תפיסה פוליטית שלפיה יש ליצור תלות כלכלית בין עובדים פלסטינים לבין שוק העבודה בישראל במטרה לבצר את תלותם הכלכלית של הפלסטינים בישראל ולהעמיק את האינטגרציה הכלכלית בין ישראל לשטחים הכבושים, מאידך גיסא.[48] אכן, התרת גישה לשוק העבודה הישראלי שימשה, ועודה משמשת, כאמצעי עיקרי של שליטה במסגרת הכלכלה הפוליטית של הכיבוש, ומציאות העסקתם של עובדים פלסטינים משוקעת באופן עמוק במערכת של היתרי תנועה ועבודה ושיטות קולוניאליות אחרות של ניהול אוכלוסייה.[49]

בסמוך לאחר מלחמת 1967 הוכרזו השטחים הכבושים כ״שטח צבאי סגור״, אולם לצד הכרזה זו ננקטה מדיניות של גבולות פתוחים והיתר יציאה כללי לישראל, שהתיר לפלסטינים לשהות בה מהשעה חמש בבוקר ועד חצות. לאחר האינתיפאדה הראשונה הוחל סגר תנועתי, בוטלה מדיניות הגבולות הפתוחים והוחל יישום משטר של היתרים אינדיווידואליים.[50] המדיניות בנוגע לכניסת עובדים מרצועת עזה הייתה מחמירה מהמדיניות בנוגע לכניסת עובדים מהגדה המערבית: לאחר פרוץ האינתיפאדה השנייה, בשנת 2000, הופסקה כניסתם של עובדים מרצועת עזה לישראל כמעט לחלוטין ונאסרה כליל מאז השתלטות חמאס על הרצועה. החל משנת 2021 הוחלט להתיר כניסת עובדים מעזה בהיקף מוגבל, ומספר ההיתרים עלה בהדרגה והגיע לכ־18 אלף ערב אוקטובר 2023. לאחר מתקפת 7 באוקטובר 2023 בוטלו באבחה היתרי העבודה של עובדים פלסטינים מרצועת עזה ומהגדה המערבית. כעבור זמן קצר אפשרה ישראל רק לכ־8,000

46 עמרי שפר רביב ״גיבוש מדיניות תעסוקת פלסטינים מהשטחים הכבושים במשק הישראלי, 1969-1967״ **עיונים** 35, 9 (2021); Mundlak, *Economic Warfare*, לעיל ה״ש 23; קמפ ורייכמן, לעיל ה״ש 10.

47 שפר רביב, לעיל ה״ש 46.

48 שפר רביב מכנה את מכלול האינטרסים שהובילו להחלטה ״הברית הביטחונית-כלכלית״. שם, בעמ׳ 11.

49 קמפ ורייכמן, לעיל ה״ש 10.

50 ברדה, לעיל ה״ש 9, בעמ׳ 31–32.

עובדים מהגדה המערבית לממש את היתריהם (מתוך 115,000 בעלי היתרים ערב המלחמה). לעומת זאת, המדינה אפשרה ל־32,000 פלסטינים מהגדה לשוב ולעבוד בהתנחלויות שבגדה המערבית, מתוך כ־48,000 עובדים שהועסקו שם טרם המלחמה.[51]

משטר ההיתרים החל על עובדים פלסטינים חולק קווים של דמיון ושוני עם משטר ההיתרים החל על מהגרי עבודה, שייבחן בהמשך הדברים: שני המשטרים שוללים מידה ניכרת של כוח שוק ויוצרים תלות עמוקה במעסיקים. ואולם, במקרה הפלסטיני משטר ההיתרים משמש גם נקודת פגיעות מרכזית במסגרת משטר השליטה והכפייה של הכיבוש. הנפקת היתרים או שלילתם משמשות לעיתים אמצעי כפייה שנועד לעודד שיתוף פעולה ביטחוני עם ישראל או מסירת מידע לשירותי הביטחון. נוסף על כך, העובדה ששיקולי ביטחון משמשים בהחלטות בדבר מתן היתרים או שלילתם הופכת את הביקורת השיפוטית על שלילתם למורכבת פי כמה, בין היתר נוכח רתיעת בתי המשפט מביקורת שיפוטית בעניינים המוצגים כנוגעים לביטחון. משטר ההיתרים לעובדים פלסטינים אינו מתמצה אפוא בפגיעה בכוח השוק של עובדים אלו, אלא הינו אמצעי מרכזי בארגז הכלים של השליטה הצבאית בפלסטינים.[52]

משטר ההיתרים ומגבלות התנועה החריפות על עובדים פלסטינים הובילו לתופעות רווחות של גביית דמי תיווך מופקעים בתמורה להיתרי עבודה בישראל. עובדים נאלצים לשלם למתווכים סכומים ניכרים משכרם באופן שוטף ומתמשך כדי לקבל או לשמר היתר עבודה. דמי התיווך נגבים מדי חודש ועשויים להגיע לאלפי שקלים, מפחיתים באופן דרמטי משכרם של העובדים ובפועל שוללים מהם את ההגנות הבסיסיות של שכר מינימום. על אף החלטות על רפורמה במערך העסקתם של עובדים פלסטינים בשנים האחרונות, באופן שייתן מענה לבעיות מבניות חריפות אלו, התנהל יישומה של הרפורמה בעצלתיים ולבסוף נעצר כליל.[53]

3.2. מהגרי עבודה

תוכניות להגירת עבודה זמנית הן תוכניות שבמסגרתן מהגרי עבודה ממדינות בדרום הגלובלי מוזמנים למדינות עשירות יותר לצורך עבודה זמנית בענפים מסוימים, שאינה מיועדת להפוך להשתקעות של קבע,[54] והן נועדו לאפשר למדינות להיענות לביקוש מצד מעסיקים לכוח עבודה זול שניתן למשטר באינטנסיביות.[55]

לאחר האינתיפאדה הראשונה הוגף שוק העבודה בישראל באופן זמני בפני עובדים יוממים פלסטינים. הוחלט להחליפם במהגרי עבודה ממדינות מזרח אסיה ומזרח אירופה לעבודה בענפים כבניין, חקלאות, סיעוד ביתי ותעשייה. במקרה הישראלי, הפנייה להגירת עבודה זמנית מובנת בספרות כתוצאתם של שני תהליכים עיקריים: המפנה הנאו־

51 גישה, LEAP וקו לעובד **בחזרה לעבודה: ההשלכות החמורות של האיסור על פלסטינים תושבי הגדה המערבית לעבוד בישראל** (2025).

52 ברדה, לעיל ה״ש 9.

53 בג״ץ 6272/20 **קו לעובד נ׳ ממשלת ישראל** (נבו 21.9.2022); אלעד כהנא ואח׳ **אין רחמים בעבודה הזו: הרפורמה בהעסקת פלסטינים מהגדה בשוק העבודה בישראל** (מרכז אדוה וקו לעובד 2024).

54 DANIEL COSTA & PHILIP MARTIN, TEMPORARY LABOR MIGRATION PROGRAMS (2018).

55 בן ישראל, לעיל ה״ש 5.

ליברלי שהתחולל בישראל למן המחצית השנייה של שנות השמונים והמעבר ממדינת רווחה למדינת כוח עבודה, ושינוי פרדיגמטי בתפיסת הסכסוך בין ישראל לפלסטינים בעקבות האינתיפאדה הראשונה.[56] אירועי האינתיפאדה הראשונה, בניתוח זה, יצרו את התנאים שאפשרו לפוליטיקת הלקוחות שניהלו מעסיקים בתחומי החקלאות והבניין מול הממשלה להבשיל להחלטה אופרטיבית על גיוס מהגרי עבודה ולהתבססות התפיסה שלפיה הגירת עבודה היא כורח ביטחוני, ולא רק אינטרס מגזרי של קבוצות הנהנות מעבודה זולה.[57]

עיקרון מארגן מרכזי של תוכניות הגירת עבודה זמנית, בישראל ובמדינות נוספות, הוא חציצה בין השתתפותם של מהגרי עבודה בשוק העבודה, מצד אחד, לבין ממדים נוספים של השתתפות פוליטית ואזרחית, מצד אחר.[58] מהגרי עבודה נתפסים ככאלה שהגיעו למלא צורך קונקרטי בשוק העבודה של המדינה המארחת באופן זמני, שאין להתיר את הפיכתו להשתקעות ארוכת טווח ולחברות פוליטית מלאה. עיקרון מרכזי זה הוא שעומד ברקע כמה בחירות מדיניות אופייניות וחוצות גבולות ביחס למהגרי עבודה בתוכניות הגירת עבודה זמנית.[59] אלו כוללות, בין היתר, שלילה או הגבלה של חופש התקשרות וכוח שוק באמצעות הסדרי הגירה, המבוססים על כריכה בין חוקיות השהייה במדינה לבין עבודה עבור מעסיק ספציפי או בענף מסוים, כדי להבטיח את הזיקה שבין שהותם של מהגרי עבודה במדינה לצורך המשקי שלשמו הותרה שהות זו לכתחילה.[60] על פי ההסדר בגרסתו הראשונה (כבילה למעסיק יחיד), שכונה בפסיקת בית המשפט העליון ״הסדר הכבילה למעסיק״,[61] רישיונות עבודתם של מהגרי עבודה מותנים בהמשך עבודה רציפה אצל המעסיק המזמין. סיום יחסי העבודה עימו פירושו אובדן המעמד המתועד, אובדן העלול, בתורו, להוביל למעצר ולגירוש.

עיקרון מרכזי נוסף של תוכניות הגירת עבודה זמנית הוא התרת שהייה ארעית ותחומה בזמן, ולצידה תחלופה קבועה של עובדים. הגבלה זו נועדה להבטיח תחלופה קבועה של עובדות ועובדים ולמנוע שהות ממושכת במדינה. בכך מהגרי עבודה מתבדלים מעובדים פלסטינים, שהעסקתם בישראל במתכונת של יוממות עשויה להשתרע על שנים רבות ואף

56 קמפ ורייכמן, לעיל ה״ש 46, בעמ׳ 43. ההנחה העיקרית שביסוד הגישה של ״ניהול הסכסוך״ הייתה ששילובם של הפלסטינים בשוק העבודה הישראלי ומניעת פיתוח כלכלי אוטונומי בשטחים הכבושים הם ערובה ליציבות פוליטית וביטחונית בישראל. המעבר לפרדיגמה של הפרדה חייב מציאת חלופות בשוק העבודה לעובדים פלסטינים.

57 שם, בעמ׳ 54–55.

58 שם, בעמ׳ 30–37.

59 לדיון במאפייניהן המבניים של תוכניות הגירת עבודה זמנית ראו Hila Shamir, *The Paradox of "Legality": Temporary Migrant Worker Programs and Vulnerability to Trafficking*, *in* REVISITING THE LAW AND GOVERNANCE OF TRAFFICKING, FORCED LABOR AND MODERN SLAVERY 471 (Prabha Kotiswaran ed., 2017).

60 לדיון בשלילת כוח השוק של מהגרי עבודה ראו גיא מונדלק ״עובדים או זרים בישראל? ׳חוזה התשתית׳ והדפיציט הדמוקרטי״ **עיוני משפט** כז 423, 440–442 (2003).

61 ההסדר בוטל בבג״ץ 4542/02 **קו לעובד נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד סא(1) 346 (2006) (להלן: בג״ץ **הסדר הכבילה**).

על עשורים. הרצון להבטיח את הגשמתן של שתי התכליות שתוארו לעיל – הן שהייה ארעית והן הגבלתה לצורך המשקי שעומד ביסוד ההגעה – הוביל גם לקביעת מגבלות חמורות על חיי המשפחה של מהגרי עבודה.[62]

3.3. מבקשי מקלט

כעשור לאחר הפנייה להגירת עבודה זמנית החלו נכנסים לישראל מבקשי מקלט מאפריקה, בעיקר מאריתריאה ומסודן, במספרים הולכים וגדלים. אף שאינם חלק ממדיניות ״הזמנה״ פורמלית, מבקשי המקלט החלו לאייש באופן קבוע עבודות כפיים בשכר נמוך ותכופות ללא הגנות עבודה בסיסיות, בדומה לאלו המאוישות בידי עובדים פלסטינים מהשטחים הכבושים ומהגרי עבודה.

מבקשי מקלט, אף על פי ששהייתם בישראל אינה זמנית משום שאינם יכולים לשוב למדינותיהם נוכח הפרות זכויות האדם בהן, מחזיקים ברישיונות ישיבה מתחדשים.[63] רישיונות הישיבה הניתנים למבקשי מקלט מכונים ״רישיונות הניתנים מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל״, אך אינם מוסדרים בתקנות הכניסה לישראל, התשל״ד–1974. רישיונות אלו אוסרים באופן רשמי על מבקשי המקלט לעבוד, אך העסקתם בפועל מותרת מכוח התחייבות על דרך השלילה מצד המדינה – התחייבות שלא לאכוף את האיסור להעסיקם על מעסיקיהם. מדיניות אי־האכיפה הוצגה בשנת 2010 כפתרון זמני לחצי שנה בלבד,[64] אך הפכה לנדבך קבוע במדיניות העסקתם של מבקשי המקלט, המקפלת לתוכה השלכות שליליות עמוקות על מעמדם כעובדים. הקשר בין מדיניות ההעסקה לדפוסי ההעסקה הפוגעניים שורטט גם בידי מבקר המדינה, שציין כי ״הזרים מחפשים תעסוקה כאשר הם בעמדת נחיתות של ממש בשל מצבם החברתי-כלכלי, קשיי השפה ורתיעתם של מעסיקים מהעסקתם, כמפורט לעיל. בנסיבות אלה גדלה הסבירות לדפוסי העסקה פוגעניים״.[65]

---

62 בן ישראל, לעיל ה״ש 5.

63 בג״ץ 7146/12 **אדם נ׳ הכנסת**, פ״ד סו 717, 742–743 (2013) (להלן: בג״ץ **אדם**). על מבקשי המקלט חל עקרון אי־ההחזרה המנהגי, האוסר לגרשם למקום שבו צפויה להם סכנה (ראו שם, בפס׳ 8 לפסק הדין של השופטת ארבל, וכן ס׳ 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ״א 31, 249 (נפתחה לחתימה ב-1986)). עמדה זו היא גם העומדת בבסיס המדיניות הכללית של ישראל שלא לגרשם. ראו עע״מ 8908/11 **אספו נ׳ משרד הפנים** (נבו 17.7.2012). לצד הגנה זו, רבים מאזרחי מדינות אלו זכאים למעמד פליט מכוח האמנה בדבר מעמדם של פליטים, כ״א 1, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951) והפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים, כ״א 21, 23 (נפתחה לחתימה ב-1968), שמדינת ישראל חתמה עליהם ואשררה אותם. לפי נתוני UNHCR, STATISTICAL YEARBOOK 2015 (2017), שיעור ההכרה העולמי באזרחי אריתריאה כפליטים עמד על 75.5% ובאזרחי סודן על 65.5% (שם, בעמ׳ 62).

בישראל, שיעור ההכרה הוא פחות מ־1%, פער עמוק ביחס למקובל בעולם; בהשוואה זו יש ״כדי לעורר סימני שאלה באשר לאופן שבו דנה המדינה בבקשות אלה ומכריעה בהן, בבחינת סוף הדבר מעיד על תחילתו״ (בג״ץ 8665/14 **דסטה נ׳ הכנסת**, פס׳ 3 לפסק הדין של השופטת חיות (נבו 11.8.2015)).

64 בג״ץ 6312/10 **קו לעובד נ׳ הממשלה** (נבו 16.1.2011).

65 מבקר המדינה **דוח שנתי 64ג** 101 (2014).

אכן, איסור ההעסקה הרשמי הוביל להתפתחות שוק עבודה מצומצם ופוגעני למבקשי מקלט. רובו ככולו מתאפיין בעבודות כפיים נעדרות ביטחון תעסוקתי, שבצידן שכר ותנאים נחותים במידה ניכרת מתנאי המינימום הקבועים בחוקי המגן.[66] עבודות אלו כוללות בעיקר עבודה במסעדות כשוטפי כלים, עבודה במלונאות בניקיון ואחזקה, עבודה בבתי אבות בסיעוד ובניקיון ועבודת כפיים בענף הבניין. על פי נתוני עמותת קו לעובד, הפרות שונות של זכויות קוגנטיות הן עניין שגרתי, וכוללות הלנת שכר, כמו גם אי־תשלום עבור שעות נוספות, מניעת חופשה שנתית, אי־תשלום דמי הבראה ועוד.[67] לשוק העבודה המצומצם נלווית הדרה חריפה ממקורות תמיכה וסיוע סוציאליים מחוצה לו. כך, מבקשי מקלט אינם זכאים לביטוח בריאות ממלכתי, והם תלויים במעסיקיהם לביטוח רפואי פרטי,[68] אינם מבוטחים במרבית ענפי הביטוח הלאומי[69] ואינם מקבלים סיוע בדיור ממשרד הבינוי והשיכון או שירותים מלשכות הרווחה העירוניות.

בפרק הבא נפנה לבחינה קרובה של תהליך ההחלשה השיטתי של ההגנות הקוגנטיות והאוניברסליות של משפט העבודה המגן בנוגע לקבוצות אלו לאורך שני העשורים האחרונים.

4. דה־קוגנטיזציה ושלילת תחולה אוניברסלית ביחס לעובדים שאינם אזרחים – הצעה לטיפולוגיה של אינטרסים

בחלק זה אנו מזהות שלושה טיפוסים עיקריים של אינטרסים – אינטרסים של משילות הגירה, אינטרסים חברתיים־כלכליים של אזרחים ואינטרסים הנוגעים למשילות במסגרת הכיבוש – שעל יסודם חלה נסיגה מעקרונות של קוגנטיות ואוניברסליות טריטוריאלית בנוגע לעובדים שאינם אזרחים. כל אחד מטיפוסי האינטרסים נתמך בדוגמאות, וחלק מהדוגמאות עשויות להצביע על יותר מאינטרס אחד. אנו בוחנות את הדוגמאות תחת כל

66 ראו פס׳ 111 לעתירה למתן צו על תנאי בבג״ץ 2293/17 **גרסגהר נ׳ כנסת** (13.3.2017) (להלן: כתב העתירה בבג״ץ **גרסגהר**); בג״ץ 2293/17 **גרסגהר נ׳ כנסת** (נבו 23.4.2020).

67 כתב העתירה בבג״ץ **גרסגהר**, לעיל ה״ש 66, שם.

68 חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ״ד–1994 חל על תושבים, ומבקשי המקלט – גם אם הם שוהים שנים ארוכות בישראל – אינם מוגדרים ״תושבים״ לפי חוק זה (שם, בס׳ 2, 3(א)). על השלכותיה הקשות של הדרה זו עמד מבקר המדינה **בדוח שנתי 64ג**, לעיל ה״ש 65, בפרק ״זרים שאינם בני הרחקה מישראל״: ״ממצאי הביקורת בדבר תוצאות הטיפול הרפואי החסר בקהילה מלמדים שאם מצבו של זר אינו מוגדר כמצב חירום, ואף על פי שהוא נפצע באורח קשה או שהוא לוקה במחלה קשה, מערכת הבריאות מעניקה לו טיפול רפואי חסר וחלקי [...] עולה חשש ממשי כי מתן גישה מצומצמת לשירותי בריאות לזרים שאינם בני הרחקה, הסובלים ממחלות נפש או ממחלות כרוניות מסוימות, ולעתים אף לזרים הזקוקים לשיקום וסיעוד, כמפורט בממצאי הביקורת, אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שפורש בפסיקת בית המשפט העליון ועם תנאי האמנה בדבר זכויות חברתיות״ (שם, בעמ׳ 111).

69 מאחר שגם חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ״ה–1995, חל ברובו המכריע רק על בעלי רישיון ישיבה של ״תושב ארעי״ (א/5), תושבי קבע ואזרחי המדינה (שם, בס׳ 1 ר2א).

קטגוריה על יסוד מה שאנו מזהות כאינטרס העיקרי העומד בבסיסה, אך אנו מודעות לכך שהאינטרסים לעיתים תכופות שלובים זה בזה.

4.1. אינטרסים של משילות הגירה

זכויות עבודה קוגנטיות נתפסות לעיתים כמכשול בפני מימושם של אינטרסים הנוגעים לריבונות ולמשילות הגירה. דוגמה בולטת היא האינטרס בדבר מניעת השתקעות לטווח ארוך במדינה של מהגרי עבודה.[70] מנגנון המעצר והגירוש של שוהים שלא כדין אינו המנגנון היחיד המשמש בהבטחתה של תכלית זו.[71] היא מוגשמת גם באמצעים כהגבלת הזכות לחיי משפחה של מהגרי עבודה, וכן על הרתעה של מהגרי עבודה, באמצעים כלכליים, מלהישאר במדינה מעבר לתקופה של רישיון ישיבתם. כפי שנראה באמצעות כמה דוגמאות, האמצעים המשמשים בקידום התכלית מתחום משילות ההגירה בדבר מניעת השתקעות נקלעו למתחים קבועים עם עקרון הקוגנטיות והאוניברסליות בדיני העבודה בנוגע לעובדים שאינם אזרחים. נדון בהם על פי הסדר.

כאמור, תכליתה של מניעת ההשתקעות מוגשמת באמצעות מגבלות על הזכות למשפחה של מהגרי ומהגרות עבודה. למגבלות אלו היבטים מספר, הכוללים, למשל, איסור על מהגרי עבודה להגיע לישראל עם בני משפחה מדרגה ראשונה, על קשירת קשרים זוגיים עם מהגרי עבודה אחרים במהלך השהות בישראל וכן איסור (כיום חלקי) על הולדת ילד בישראל.[72] יישום היבטה האחרון של המדיניות חייב את השעייתם דה־פקטו של הדינים הקוגנטיים האוסרים על הפליית נשים מחמת היריון ולידה.

בהתאם למדיניות זו בנוסחהּ המקורי, לידת תינוק למהגרת עבודה בישראל הובילה לשלילה מיידית של רישיון העבודה שלה, והיא נדרשה לעזוב את ישראל עם התינוק מייד עם סיום חופשת הלידה (15 שבועות כיום), או לשלוח את התינוק חזרה למדינת המוצא, כתנאי לחידוש רישיון העבודה שלה בישראל.[73] מדיניות זו, שנועדה ״ליצור חיץ בלתי עביר בין הפונקציות הרפרודוקטיביות של העובדות הזרות כיצרניות של שירותי סיעוד וטיפול ובין הרפרודוקטיביות שלהן כאימהות וכבעלות משפחה משל עצמן״,[74] כפתה על מהגרות העבודה בחירה קשה במיוחד: להיפרד מילדן בגיל שלושה חודשים ולהישאר לעבוד בישראל או לעזוב את הארץ עם התינוק ולוותר על רישיון העבודה שלהן, רישיון אשר במקרים רבים מומן באמצעות חוב.[75] לידה הפכה עילה לפקיעתו של רישיון העבודה בישראל בעטייה של המדיניות, ולפיכך התירה למעסיקים – למעשה, חייבה

70 בן ישראל, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 185.

71 חוק עובדים זרים, התשנ״א–1991.

72 נוהל 5.3.0023 ״נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל״ (5.9.2018).

73 שם; אסף בונדי ואח׳ **תכנית אלטרנטיבית למאבק בסחר בבני אדם: מודל מוצע לפי גישת העבודה לסחר** (הילה שמיר ומעין נייזנה עורכות, 2020); Hila Shamir, *Migrant Care Workers in Israel*, ISR. STUD. REV., Winter 2013, at 192 (2013).

74 סיגל גולדין ואדריאנה קמפ ״זרות ופוריות: הבירפוליטיקה של הגירת עבודה, גוף ומגדר״ **גזענות בישראל** 258, 259 (יהודה שנהב ויוסי יונה עורכים 2008).

75 ראו בן ישראל, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 225.

אותם – לפטר את העובדת שילדה או לא לאפשר לה לשוב לעבודתה בתום חופשת הלידה.

המדיניות עמדה בכך בסתירה לכמה הוראות קוגנטיות, שבהן האיסור על פיטורי עובדת בתקופת הלידה וההורות וכן במהלך 60 ימים אחריה,[76] ועל הפליה בעבודה מחמת הורות באופן כללי.[77] היא מייצגת אפוא דוגמה מובהקת לאופן שבו עקרונות של הגנה קוגנטית על זכויות עבודה נדחקות מפני הגיונות של משילות הגירה.

בשנת 2011 פסק בית המשפט העליון בשאלת חוקתיותה של המדיניות, בעקבות עתירה שבה נתקפה מדיניות זו.[78] בפסק הדין נמצא כי אף שבבסיס המדיניות ניצבו שיקולים ענייניים ורלוונטיים – האינטרס במניעת השתקעות ארוכת טווח של מהגרות עבודה – שיקולים אלו אינם ממצים את מלוא השיקולים שהיה מצופה כי המדינה תשקול, ובהם הפגיעה הקשה שמסיבה המדיניות לזכויות היסוד של מהגרות העבודה.[79] בעוד שחלק הארי של הניתוח בפסק הדין נסב על פגיעת המדיניות בזכויות חוקתיות כגון הזכות להורות, התייחס בית המשפט גם לסתירה שבין המדיניות לבין משפט העבודה הקוגנטי. בהיבט זה נפסק כי המדיניות ״[אינה עולה] בקנה אחד עם התפישה הבסיסית של חוקי העבודה במדינת ישראל, האוסרים על הפליה בין גבר לבין אישה בעבודה ועל הפליה מטעמי הורות ומשפחה״.[80] אף שמשמעותו של התקדים רחוקה מלהיות חד־משמעית, ואף שבנוגע לקבוצות מסוימות של מהגרי עבודה המדיניות עומדת על כנה (היות שיישומה נגזר, בין היתר, ממשך השהייה בישראל),[81] היא עודה מייצגת דוגמה לנכונות להתערב בפגיעה בזכויות קוגנטיות ואוניברסליות שעה שהן ניצבות למול הצדקות כלליות יותר מתחום משילות ההגירה, בתמיכה להן, במקרה זה האינטרס בדבר מניעת השתקעות.

מקרה אחר, המשקף מתח דומה, שהוכרע אף הוא לטובת הקוגנטיות על פני שיקולים של מניעת ההשתקעות, נוגע להסדר שאִפשר חילוט של חסכונות סוציאליים (שמקורם בהוראות קוגנטיות) של מהגרי עבודה ככלי אכיפה נגד שהייה שלא כדין.[82] בהתאם לחוק עובדים זרים, מעסיקי עובדים זרים מחויבים לשלם לקרן ייעודית (בניהול ממשלתי) סכום

76 ס׳ 6(ב)(1), 9(א) ר9(ג)(1א) לחוק עבודת נשים, התשי״ד–1954.

77 ס׳ 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ״ח–1988. אף שחוק הזדמנויות בעבודה אינו חל על אדם המעסיק פחות משישה עובדים, האיסור על הפליה עודו עומד מכוח עקרון השוויון הכללי במשפט. ראו בג״ץ 6845/00 **ניב נ׳ בית הדין הארצי לעבודה**, פ״ד נו(6) 663 (2002). לעיגונן של הוראות אלו בדין הבין־לאומי ראו למשל ס׳ 11(2) לאמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ״א 31, 179, 188 (נפתחה לחתימה ב-1979); ס׳ 2 ר8 לאמנת העבודה בדבר שוויון הזדמנויות ושוויון היחס לעובד ולעובדת: עובדים בעלי אחריות משפחתית מס׳ 156 (נפתחה לחתימה ב-1981).

78 בג״ץ 11437/05 **קו לעובד נ׳ משרד הפנים**, פ״ד סד(3) 122 (2011) (להלן: בג״ץ **המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל**); בן ישראל, לעיל ה״ש 5.

79 בג״ץ **המדיניות כלפי מהגרות עבודה שילדו בישראל**, לעיל ה״ש 78, בעמ׳ 155, 159–160.

80 שם, בעמ׳ 172.

81 ראו את הניתוח של פסק הדין אצל בן ישראל, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 223–228.

82 בג״ץ 6942/19 **צ׳באנו נ׳ שר הפנים** (נבו 12.7.2023).

שלא יעלה על 700 ₪ מדי חודש עבור כל עובד זר המועסק על ידיהם.[83] תכליתה של קרן הפיקדון כפולה: מטרתה האחת היא לייסד מנגנון שיבטיח העברתם של סכומי כסף הנובעים מזכויות עבודה קוגנטיות למהגרי עבודה. מטרה נוספת היא להבטיח כי סכומים אלה יימסרו למהגרי העבודה רק ביציאתם מישראל בתום תקופת רישיון הישיבה והעבודה שלהם, כדי לעודד אותם לצאת מישראל במועד.[84] העובדה שהבסיס הנורמטיבי לחיוב מעסיקי עובדים זרים בהפקדות לקרן הוא במשפט העבודה הקוגנטי נלמדת, בין היתר, גם מחוק עובדים זרים, המשלב במפורש את ההפקדות במערך ההגנות הקוגנטיות של משפט העבודה.[85]

מאז נחקק ההסדר בחוק עובדים זרים בשנת 2000, חלו תמורות משמעותיות במשפט העבודה הקוגנטי, שהמרכזית שבהן היא קביעתו של צו הרחבה המחייב ביטוח פנסיוני לכלל העובדים במשק, החל מ־1 בינואר 2008.[86] אף שעוד לפני צו ההרחבה חבו מעסיקיהם של חלק ממהגרי העבודה בהפרשות פנסיוניות עבורם מכוח הסדרים ענפיים,[87] חשיבותה של הקרן כמנגנון של חיסכון סוציאלי התעצמה לאחר צו ההרחבה. הצורך בקרן ממשלתית עבור הפקדות אלו נובע מכך שהקרנות השונות אינן מקבלות אליהן עמיתים שאינם אזרחים ישראלים. על רקע זה קם הצורך בהקמת מנגנון שונה להפקדת הכספים המגיעים לעובדים, אשר יבטיח כי החבות להפרשות סוציאליות אכן מתממשת, גם על ידי מי שמעסיקים עובדים שאינם אזרחי ישראל.

לצד יתרונות ההסדר גלומים בו גם חסרונות רבים, והוא במידה רבה הסדר המקפח באופן ניכר את מהגרי העבודה בהשוואה לעובדים אחרים. אחד ההיבטים הבעייתיים ביותר בהסדר הוא השימוש בחסכונות הסוציאליים של מהגרי העבודה, שמקורן בזכויות קוגנטיות, ככלי אכיפה של מדיניות הגירה. כדי שישמש למטרה זו הוכפף הפיקדון למנגנון חסר תקדים של ניכויים מרחיקי לכת במקרים של שהייה שלא כדין מעבר לתקופת הרישיון, ואף שלילה מוחלטת של הזכאות לכספים (חילוט של 100%) במקרים מסוימים, וזאת ללא מנגנון מובנה של שימוע או ביקורת שיפוטית.

על פי ההסדר שיושם במשך שנים (עד לפסילתו בידי בג״ץ, כפי שיפורט בהמשך הדברים), אם מהגר עבודה אינו עוזב את ישראל עם פקיעת רישיון הישיבה שלו, הכספים שנצברו עבורו בקרן לאורך תקופת עבודתו בישראל, המייצגים כאמור הפרשות חלף זכויות פנסיה ופיצויי פיטורים, יחולטו בהדרגה. החילוט מתחיל ב־15% מהסכום הצבור

83 פרק ד׳ לחוק עובדים זרים.

84 על תכליתו הכפולה של הסדר קרן הפיקדון אפשר ללמוד מדברי ההסבר לס׳ 1יא(א) בהצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000), התש״ס–1999, ה״ח 68, 100, 105.

85 ראו ס׳ 1יא(ו) לחוק עובדים זרים.

86 צו הרחבה לביטוח פנסיוני מקיף במשק לפי חוק הסכמים קיבוציים, התשי״ז–1957, י״פ התשס״ח 1736.

87 עוד קודם לצווי הרחבה אלה, למן תחילת תוקפו של הסדר הפיקדון בחוק עובדים זרים חלה על מעסיקים של עובדי חקלאות חבות לתשלום לקרן פנסיה ולקרן השתלמות, ששיעורה ביחס לשתי הזכויות הללו הוא כ־13.5% מהשכר הקובע (ראו צו הרחבה בענף החקלאות לפי חוק הסכמים קיבוציים התשי״ז–1957, י״פ התשנ״ח 3098).

במקרה של שהות שלא כדין בת חודש עד חודשיים, ועולה בהדרגה עד לחילוט מלא של החיסכון בגין יציאה מישראל באיחור של שישה חודשים ויותר.[88]

עתירה שהוגשה נגד ההסדר התקבלה בדעת רוב. נקבע כי אף שמטרת התיקון לגיטימית, שכן היא ״משקפת מדיניות הגירה לגיטימית המיועדת למנוע השתקעות ושהייה בלתי חוקית של עובדים זרים מעבר לפרק הזמן שהותר להם״,[89] האמצעים שננקטו פוגעים פגיעה בלתי מידתית בזכות הקניין החוקתית של העובדים הזרים. עקב כך, נקבע כי תיקון החקיקה בטל.

ההוראה שנפסלה במקרה זה מייצגת התנאה עקיפה יותר על זכויות קוגנטיות, שהרי המעסיקים כבר עמדו בחובת ההפרשות לפנסיה ולפיצויי פיטורים, ועל כן מערכת החובות בתוך יחסי העבודה לא השתנתה כתוצאה של ההוראה. עם זאת, התערבות המדינה שינתה את תכלית הכספים הנצברים וייעדה אותם מחדש – מחיסכון סוציאלי לכלי אכיפה של מדיניות הגירה. בכך היא הפכה בפועל זכויות קוגנטיות לזכאויות מותנות. ביטול החוק על ידי בג״ץ מעיד גם במקרה זה כי טענות הנוגעות לקוגנטיות הינן בעלות תוקף ומעמד נורמטיביים, לפחות כאשר הן עומדות למול הצדקות הנוגעות לריבונות ולמדיניות הגירה. כפי שנראה בהמשך הדברים, אין כך הדבר ביחס לסוגי הצדקות מסוגים אחרים.

כלי דומה המאפשר חילוט של זכויות עבודה קוגנטיות הוחל גם ביחס למבקשי מקלט – אמצעי אחד מתוך כמה שננקטו במטרה לגרום למבקשי מקלט לזנוח את בקשות המקלט שלהם ולעזוב את ישראל. צעדים אלו כללו, בין היתר, עיכוב ממושך במיוחד בהחלטה בבקשות מקלט,[90] מניעת האפשרות להגיש בקשות מקלט אינדיווידואליות, גירוש מבקשי מקלט למדינות שלישיות מכוח הסכמים חשאיים[91] והסדרים דרקוניים של מעצר מנהלי.[92] חלק מהאמצעים הדרקוניים שהופעלו על מבקשי מקלט במטרה להביא ליציאתם ״מרצון״ עמדו במתח לא רק עם דיני הפליטים, אלא גם עם משפט העבודה, ובפרט הזכות הקוגנטית לשכר מינימום והאיסור על הלנת שכר.

תיקון חקיקה משנת 2014, שנכנס לתוקף בשנת 2017 (ובוטל על ידי בג״ץ בשנת 2020), קבע כי מעסיק של ״עובד מסתנן״ חייב להפקיד סכום השווה ל־36% משכרו לקרן פיקדון: 20% ינוכו משכר העובד (שלרוב, במקרה של מבקשי מקלט, עומד על שכר

88 בג״ץ **צ׳באנו**, לעיל ה״ש 82, בפסקת הפתיחה לפסק הדין של הנשיאה חיות.

89 שם, בפס׳ 53 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

90 Tally Kritzman-Amir, *"Otherness" as the Underlying Principle in Israel's Asylum Regime*, 42 ISR. L. REV. 603 (2009).

91 ישראל כרתה הסכמים חשאיים, ״מזכרי הבנות״ (MOUs) עם מדינות שלישיות באפריקה, לצורך גירוש מבקשי מקלט, בעיקר מאריתריאה וסודן. הסדרים אלו, שהחלו להתגבש בערך בשנת 2013, נועדו להעביר מבקשי מקלט מישראל אל אותן מדינות. לדוח על ההסכמים הללו ועל הפרות הזכויות שנלוו אליהם, ראו Anat Guthmann, *The "Voluntary" Departure and Israel's Plan for Deportation to Third Countries*, HOTLINE FOR REFUGEES & MIGRANTS (June 2018), https://perma.cc/7JGT-7B57.

92 HUM. RTS. WATCH, WORLD REPORT 2014, at 560 (2014); שירה עבו, טלי ברומברג, אנדה ברק-ביאנקו וסיגל רוזן **כליאת מהגרים ומבקשי מקלט בישראל** (2024).

מינימום או אף פחות מכך), ואילו 16% נוספים יופרשו על ידי המעסיק מעבר לשכר. ההסדר קבע שמבקשי המקלט יהיו זכאים למשוך את חלקם (20%) רק בעוזבם את ישראל ובתנאי שמדובר בעזיבה קבועה. גם קבלת החלק של המעסיק (16%) הותנתה בעזיבה, ונקבע שתשולם רק אם העובד לא ישהה בישראל מעבר למועד העזיבה שנקבע.[93]

בעתירה שהוגשה נגד ההסדר נטען כי ניכוי רכיב העובד גורם פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות החוקתית לקניין, בזכות לקיום בכבוד ובזכות לשוויון, במיוחד לנוכח חולשתה המובנית של אוכלוסיית מבקשי המקלט ולנוכח היעדר יכולתה של המדינה להרחיקם. לטענת העותרים, תכלית החוק המתקן – הפעלת לחץ כלכלי כדי להביא ליציאתם של מבקשי מקלט מישראל – אינה ראויה, נוגדת את עקרון אי־ההחזרה ועולה כדי ״הרחקה קונסטרוקטיבית״, הפוגעת בזכויותיהם של הזכאים להגנה בין־לאומית.[94]

בית המשפט העליון קיבל את העתירה בדעת רוב ופסל את ההסדר. נקבע כי אף בהנחה (שבנוגע אליה נמנע בית המשפט מלהכריע) שמטרת התיקון לגיטימית,[95] חלקו של העובד בהסדר – ניכוי של 20% מהשכר – פוגע פגיעה מהותית ובלתי מידתית בזכותו לקניין. עוד נקבע כי בעת בחינת עוצמתה של הפגיעה בזכות הקניין יש לתת משקל לטיב הנכס הנפגע ולמעמדו בחיי בעליו – במקרה זה משכורת, שהיא נכס יחיד ואמצעי קיום מרכזי עבור מבקשי מקלט רבים. נמצא כי ניכוי חמישית מהשכר לתקופה בלתי מוגדרת פוגע באופן עמוק באוכלוסייה מוחלשת ממילא, שאינה נהנית מתמיכה סוציאלית וחשופה לניצול.[96] נוכח התועלת השולית שההסדר משיא להגשמת התכלית העומדת בבסיסו נקבע כי הפגיעה אינה מידתית.

בדומה למקרה של קרן הפיקדון למהגרי עבודה, גם הסדר קרן הפיקדון למבקשי מקלט ייצג אתגר כמו־עקיף למשפט העבודה המגן. ההסדר לא התערב בחיובי המעסיק כלפי העובד בהיבט הזכות לשכר מינימום מכוח משפט העבודה המגן ולא החריג את מבקשי המקלט במישרין מחקיקת העבודה הקוגנטית. ההסדר אך חייב מעסיקים להפריש חלק מהשכר לקרן ייעודית, אך לא פטר אותם מעצם החובה לשלמו ולא הפחית ממנה. חרף כך, בית המשפט הדגיש כי אף אם מדובר בסטייה עקיפה, התוצאה המעשית של התליית משפט העבודה המגן, למשל בהיבט של הלנת שכר, זהה – ״לא בהלנת שכר רגילה עסקינן, שהרי הלנת שכר היא עניין שבין המעביד לעובד״, ציין השופט עמית, ״אך העובדה שהריבון הוא שהורה למעביד לעכב את שכרם של העובדים עד אם וכאשר תתאפשר יציאתם לארץ בטוחה, אינה משנה מהותית את התוצאה כי לפנינו הלנת שכר לתקופה שאין לה שיעור״.[97]

מסקנה אפשרית המצטיירת מתוך הדיון בפסיקה שנסקרה בחלק זה היא שכאשר פגיעות בזכויות עבודה של עובדים שאינם אזרחים מוצגות במסגרת נורמטיבית כללית של ריבונות ומשילות בתחום ההגירה – בניגוד להצדקות ביטחוניות או אינטרסים מתחרים של קבוצות אזרחים, כפי שנראה בהמשך הדברים – גילו בתי המשפט נכונות

93 בג״ץ **גרסגהר**, לעיל ה״ש 66, בפס׳ 5 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

94 כתב העתירה בבג״ץ **גרסגהר**, לעיל ה״ש 66, בפס׳ 177–182.

95 בג״ץ **גרסגהר**, לעיל ה״ש 66, בפס׳ 29 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

96 שם, בפס׳ 43, 51 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

97 שם, בפס׳ 14 לפסק הדין של השופט עמית.

גבוהה יחסית לביקורת שיפוטית ואף לפסילת חקיקה ראשית. לצד זאת, יש לומר כי עיקר הדיון המשפטי בפסיקה לא נסב על עקרון הקוגנטיות או על הגיונות משפט העבודה, אלא על זכויות חוקתיות כלליות כגון הזכות לקניין, לשוויון או לחיי משפחה.

אף על פי כן, אנו מציעות לקרוא את פסקי הדין הללו גם כמאבק על גבולות הגנות דיני העבודה ותחולתן על עובדים שאינם אזרחים. בכל המקרים שנדונו נשללו בפועל זכויות שהינן חלק מליבת ההגנה הבלתי ניתנת לוויתור של משפט העבודה: הגנה מפני הפליה בהיריון ולידה, הזכות לפיצויי פיטורים ופנסיה, הזכות לשכר מינימום והאיסור על הלנת שכר. פסקי הדין, גם כאשר ליבתם הינה שיח חוקתי כללי, השליכו בבירור על דיני העבודה, וניכר כי היו חלק מההבנה של בית המשפט באשר לעוצמתה היתרה של הפגיעה בזכויות חוקתיות.

4.2. הצדקות הנוגעות לאינטרסים חברתיים וכלכליים של אזרחים

עקרון הקוגנטיות, כהתערבות חלוקתית בשוק שנועדה להבטיח לעובדים מינימום קשיח של זכויות, מצוי במתח מובנה עם אינטרסים חברתיים־כלכליים של אזרחים הנהנים מעבודתם של כאלה שאינם אזרחים, ביניהם הן מעסיקים והן קבוצות נהנים רחבות יותר, כגון בני משפחה של מעסיקים, צרכנים, מתווכים ויזמים עסקיים. מתח זה ניכר במיוחד בתחום הסיעוד הביתי, המונה עשרות אלפי קשישים ואנשים עם מוגבלות המשמשים בו כמעסיקים של מהגרי עבודה. לפני למעלה מעשור קבע בית המשפט העליון בעניין **גלוטן** כי מהגרי עבודה בתחום הסיעוד הביתי אינם באים, באופן קטגורי, בתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה.

פרשת **גלוטן** נסבה על זכאותה של יולנדה גלוטן, מהגרת עבודה מהפיליפינים, לתגמול על עבודה בשעות נוספות מכוח חוק שעות עבודה ומנוחה עבור עבודתה כמטפלת סיעודית בקשישה בביתה. בית הדין האזורי לעבודה,[98] ולאחריו בית הדין הארצי,[99] מצאו כי לחוק אין תחולה בעניינה של גלוטן, ולפיכך היא אינה זכאית לגמול עבור עבודה בשעות נוספות. עבודתה, נפסק, באה בתחולת החריגים לחוק, הקבועים בסעיף 30(א)(5) (שעניינו ״עובדים בתפקידי הנהלה או בתפקידים הדורשים מידה מיוחדת של אמון אישי״) ובסעיף 30(א)(6) (שעניינו ״עובדים שתנאי עבודתם ונסיבותיה אינם מאפשרים למעסיק כל פיקוח על שעות העבודה והמנוחה שלהם״). בג״ץ, שאליו עתרה גלוטן על פסק דינו של בית הדין הארצי בעניינה, דחה את עתירתה ואישר את התוצאה שאליה הגיעו ערכאות העבודה.

החלת חריגים אלו על עובדת בתחום הסיעוד הביתי ייצגה מפנה ניכר מהאופן שבו החוק והחריגים לו פורשו עד אותה עת בפסיקה קודמת. חריג האמון האישי פורש בידי בתי הדין לעבודה כחריג שעניינו עובדים בכירים בשכר גבוה,[100] ואילו חריג הפיקוח הובן ופורש בפסיקה ככזה הנוגע לעובדים ללא קשר פיזי, או המקיימים קשר פיזי רופף,

98 ע״ב (אזורי ת״א) 2237/01 **גלוטן – יעקב** (נבו 19.3.2003).

99 ע״ע (ארצי) 157/03 **גלוטן – יעקב** (נבו 1.1.2007).

100 ע״ע (ארצי) 1113/02 **טודוראנגו׳אן – מעיין** (נבו 25.1.2004); דיון (אזורי י-ם) לא/2-66 **וקסברג – חברת מלון הולילנד בע״מ** (נבו 16.3.1972).

למקום העבודה.[101] תחת הפרשנות המקובלת של החריגים האמורים לפני שניתן פסק הדין בעניין **גלוטן**, עובדים בתחום הסיעוד הביתי, המשתכרים שכר מינימום ונמצאים לאורך כל זמן העבודה במקום העבודה (כלומר בבית המטופל), לא נתפסו כעובדים שחריגים אלו נוגעים להם.

הכרעת בית המשפט העליון בעניין **גלוטן** – ״לוכנר הישראלי״, במילותיו של גיא דוידוב – הובילה להחרגתם של עשרות אלפי עובדים מנדבך מרכזי במשפט העבודה הקונגנטי.[102] ההכרעה נחה על שתי הנמקות מרכזיות ויוצאות דופן. הראשונה היא שיש להחריג מהגרי עבודה בתחום הסיעוד הביתי מתחולתו של חוק שעות עבודה ומנוחה גם בהיעדר חריג מפורש החל על עניינם: בית המשפט נמנע מנקיטת עמדה החלטית בשאלה אם חריג האמון האישי או חריג הפיקוח אכן חלים על עובדות סיעוד, והכיר בבעייתיות שבעמדה הטוענת לתחולתם.[103]

מתכונת ההעסקה של עובדות סיעוד מהגרות, המבוססת על מתן טיפול מסביב לשעון, ממילא מנוגדת לחוק, קבע בית המשפט. משכך, אי־אפשר לחייב מעסיקים בתשלום עבור עבודה בשעות נוספות מכוחו, שכן ״לא ניתן לאכוף את החוק לשיעורין. הלגיטימיות או היעדר הלגיטימיות של מתכונת ההעסקה של העובדים הסיעודיים, משפיעים באופן ישיר גם על האפשרות לחייב את המטופלים בתשלום שעות נוספות בעניינם״.[104]

ההנמקה השנייה התבססה במפורש על שיקולי מדיניות החורגים ממסגרת חוק שעות עבודה ומנוחה, ובראשם דאגה לאינטרסים של אזרחי המדינה המעסיקים עובדות סיעוד נוכח העלאת עלויות הטיפול הביתי והשפעתה של העלאה זו על מקבלי הטיפול בישראל, על בני משפחותיהם ועל החברה בכללותה. אילו התקבלה עתירתה של גלוטן, הסביר בית המשפט, אנשים רבים הזקוקים לטיפול ביתי – ״אוכלוסייה מוחלשת במיוחד״ – לא היו יכולים להרשותו לעצמם. עוד קבע בית המשפט כי ייקור של עלויות הטיפול צפוי לפגוע גם בעובדים עצמם, משום שהוא יצמצם את הביקוש להעסקתם בישראל. מכאן ששמירה על עלויות עבודה נמוכות משרתת גם את טובתם של העובדים, שהרי תנאי העבודה בישראל, גם ללא תשלום עבור שעות נוספות, עודם עדיפים מאלו שבארצות מוצאם. אף שהחרגתם של מהגרי העבודה מחוק שעות עבודה ומנוחה מבטאת חריגה מהעמדה המסורתית ביחס לחקיקת המגן, הודה פסק הדין, חריגה זו מוצדקת: ״אנו חיים במציאות מורכבת ולא אידיאלית, ויש להביא זאת בחשבון כאשר בוחנים את האפשרות לחרוג

101 דיון (ארצי) לג/4-2 **רון – המועצה המקומית מצפה רמון** (נבו 8.4.1973).

102 גיא דוידוב ״דנג״צ גלוטן – פס״ד לוכנר בישראל״ **בלוג המרצים למשפטים באוניברסיטה העברית** (20.3.2013).

103 בג״ץ 1678/07 **גלוטן נ׳ בית הדין הארצי לעבודה**, פס׳ 25 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 29.11.2009).

104 שם, בפס׳ 22 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין. חריגותה של הנמקה זו בכך שהיא סותרת פסיקה ותיקה שלפיה בהעסקה במתכונת בלתי חוקית אין כדי לשלול את זכויות המגן. ראו ע״א 309/63 **החברה להנדסה חקלאית לישראל בע״מ נ׳ נאגי׳**, פ״ד יח(3) 290, 296 (1964); ע״א 150/63 **מזרחי נ׳ ווינשטוק**, פ״ד יז 1361, 1367 (1963).

מהוראות חוקי ההגנה כאשר חריגה כזו נדרשת לשם הגנה על טובתם של העובדים הזרים עצמם״.[105]

הפסיקה והנימוקים בעניין גלוטן מבטאים בעוצמה את הכרסום במעמדה הקוגנטי של חקיקת המגן מטעמים הנוגעים לאינטרסים חברתיים וכלכליים של אזרחים. בעוד דיני העבודה מזהים באופן מסורתי את העובדים כמושאים עיקריים של הגנה, פסק הדין בעניין **גלוטן** מעמיד במרכז הניתוח את עניינם של מעסיקים אזרחים. לפגיעה האפשרית באינטרסים ובזכויות של מעסיקים ניתן משקל מכריע בפרשנותו של חוק שעות עבודה ומנוחה ובשאלת תחולתו על עובדות סיעוד. גם בדיון הנוסף בעניין **גלוטן**, שבו אושרה, בדעת רוב, החרגתן של עובדות הסיעוד מחוק שעות עבודה ומנוחה, חזרה הבניה נרטיבית זו על עצמה.[106] באופן זה, משפט העבודה אינו מובן עוד ככלי שתכליתו הנורמטיבית היא הגנה על עובדים וחלוקה מחדש של משאבים ממעסיקים לעובדים, שכן מעסיקיהן של עובדות הסיעוד מובנים בפסק הדין כמושאים בלתי ראויים לנשיאה בחובות מכוחו. בכך מבטא פסק הדין מהפך עמוק בתפיסת ייעודם של דיני העבודה.[107]

פסק הדין בעניין **גלוטן** עורר סדרה של שאלות ביחס למעמדן של זכויות קוגנטיות נוספות המעוגנות בחוק שעות עבודה ומנוחה. אחת המרכזיות שבהן נגעה לזכות למנוחה שבועית בת 36 שעות. בשנת 2016 קבע בית הדין הארצי לעבודה כי מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הביתי קופחו מכוחה של הלכת **גלוטן** לא רק בנוגע לזכותן לגמול שעות נוספות, אלא גם לזכאותן למנוחה שבועית מלאה של 36 שעות רצופות. תחת זאת, נקבע כי הן יהיו זכאיות לתקופת מנוחה קצרה בהרבה, בת 25 שעות בלבד.[108]

מעבר להלכת **גלוטן** ולהשפעתה המתרחבת על פרשנות חוק שעות עבודה ומנוחה, זכויות קוגנטיות נוספות התערערו מתוך העדפה דומה לאינטרסים חברתיים־כלכליים של אזרחים. כך, בפסק דין של בית המשפט העליון משנת 2012[109] אישר בית המשפט נוהל, שנקבע בידי רשות ההגירה,[110] ושמכוחו חויבו מהגרות עבודה בתחום הסיעוד לתת הודעה מוקדמת ארוכה יותר באופן ניכר בטרם התפטרות בהשוואה לתקופות הקבועות בחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות.[111] ההליך במקרה זה נפתח בעקבות עתירה

105 בג״ץ **גלוטן**, לעיל ה״ש 103, בפס׳ 23, 25 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

106 דנג״ץ **גלוטן**, לעיל ה״ש 36, בפס׳ 17 לפסק הדין של הנשיא גרוניס. אך ראו מנגד שם, בפס׳ 5–6 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

107 בן ישראל, לעיל ה״ש 5, בעמ׳ 222.

108 ע״ע (ארצי) 47576-10-12 **זלטמן – פטרובה** (נבו 7.7.2016).

109 בג״ץ 1834/09 **דורון נ׳ משרד הפנים רשות האוכלוסין ההגירה ומעברי הגבול** (נבו 25.6.2012) (להלן: עניין **דורון**).

110 נוהל 9.2.0011 ״נוהל מתן הודעה מראש לפני התפטרות עובד זר בענף הסיעוד״ (2.2.2016) (להלן: ״נוהל מתן הודעה מראש״).

111 חוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות, התשס״א–2001. בהתאם לחוק, במהלך ששת החודשים הראשונים לעבודה על מעביד ועל עובד ליתן הודעה מוקדמת על התפטרות או פיטורין, לפי העניין, באורך של יום אחד בשל כל חודש עבודה. החל בחודש השביעי לעבודתו של העובד ועד תום שנת עבודתו הראשונה על מעביד ועל עובד ליתן הודעה מוקדמת על התפטרות או פיטורין, לפי העניין, באורך של שישה ימים, בתוספת של יומיים וחצי בשל כל חודש עבודה. לאחר שנת עבודתו הראשונה

שהגישו מטופלים סיעודיים יחד עם חברות כוח אדם, אשר דרשו, בין היתר, להשיב את הסדר הכבילה בענף הסיעוד, לאחר שבוטל בפסיקת בית המשפט העליון שנים ספורות קודם לכן מחמת פגיעתו הלא מידתית בזכויותיהם של מהגרי העבודה. העותרים טענו כי ביטול הסדר הכבילה והחופש השוקי, שניתן מכוחו, למהגרי עבודה מביא ל״נטישה״ של מטופלים ומעמידה אותם בסכנת חיים.

אף שבהתאם לחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות שר העבודה והרווחה רשאי לקבוע ״הוראות שונות מאלה הקבועות בסעיפים 3 ו-4, לענין הודעה מוקדמת לפיטורים או לענין הודעה מוקדמת להתפטרות, לגבי סוגי עובדים ובהתחשב באופן תשלום השכר ובצורת העסקתם״, על קביעה כאמור להיעשות בהתייעצות עם ארגוני עובדים וארגוני מעבידים שלדעת השר הם יציגים, ובאישור ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת.[112] במקרה זה, תחת התקנת תקנות לאחר התייעצות עם ארגוני עובדים ומעבידים, וללא שההסדר זכה לפיקוח או לדיון פרלמנטרי, הוחרגו עובדות הסיעוד מהוראות החוק על דרך נוהל של רשות ההגירה. הפרת החובה לתת הודעה מוקדמת כנדרש בנוהל, הפרה שעל פי חוק הודעה מוקדמת עשויה לזכות בסעד כספי בלבד, עלולה כעת להביא להחלטה מנהלית על שלילת רישיון העבודה של העובדת ובעקבותיה למעצר ולגירוש.[113]

נראה שבשל החריגה מסמכות קבע בית המשפט בהחלטתו כי הנוהל יאושר כ״נוהל ארעי, תוך שייבחן שוב לקראת אישור חקיקת המשנה״.[114] חרף כך, נוהל זה נותר בתוקפו עד היום. נכונותו של בית המשפט לשוב ולהחריג קבוצה של עובדות מהגרות ממשפט העבודה הקוגנטי מלמדת על עוצמתה של מגמת הכרסום בעקרונות משפט העבודה נוכח אינטרסים כלכליים־חברתיים של אזרחים. אף כאן, בדומה לפסיקה בעניין **גלוטן**, אגב התייחסות מפורשת לאינטרסים אלו ולמשקלם האתי העדיף בתחרות עם זכויות עבודה קוגנטיות. ״מצוקתם של המטופלים ברורה״, כתב השופט רובינשטיין בעניין **דורון**, ״ונדרש איזון בין זכותו היסודית של העובד לחירות לבין זכויותיהם היסודיות ביותר של המטופלים הסיעודיים״.[115]

של העובד יש ליתן הודעה מוקדמת באורך של 30 ימים (שם, בס׳ 3, 5). על פי נוהל מתן הודעה מראש לפני התפטרות, לעומת זאת, על עובדת הסיעוד לתת הודעה מוקדמת: החל מהיום השביעי לאחר תחילת העבודה אצל המטופל, ועד לתום שלושת החודשים הראשונים לעבודתו אצל המטופל – הודעה של שבוע ימים לפחות; במהלך התקופה החל מהחודש הרביעי לעבודה אצל אותו מטופל ועד תום החודש השישי לעבודה אצל המטופל – של 14 ימים לפחות; במהלך התקופה החל מהחודש השביעי לעבודה אצל אותו מטופל ועד תום שנת העבודה הראשונה – של 21 ימים לפחות; לאחר שנת העבודה הראשונה – של חודש ימים לפחות.

112 שם, בסעיף 13(ב).

113 ״נוהל מתן הודעה מראש״, לעיל ה״ש 110, בס׳ ז.

114 עניין **דורון**, לעיל ה״ש 109, בפס׳ יד. ב״חקיקת המשנה״ מכוון בית המשפט לכך שבמסגרת ההליך הודיעה המדינה על כוונתה לקדם את החרגתן של עובדות הסיעוד מחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות דרך תקנות בהתאם לס׳ 13(ב) לחוק הודעה מוקדמת לפיטורים ולהתפטרות וכן לקדם תקנות לפי חוק הכניסה לישראל, שנועדו להשיב על כנה גרסה של הסדר כבילה בתחום הסיעוד.

115 עניין **דורון**, לעיל ה״ש 109, בפס׳ יג.

מנגנון נוסף המייצג חתירה תחת זכויות עבודה קוגנטיות, ממניעים דומים שעניינם אינטרסים כלכליים־חברתיים של מעסיקים, נוגע להסדרים המאפשרים למעסיקים לנכות סכומים שונים משכרם של עובדיהם. חקיקת המגן מעמידה לעובדים שורה של הגנות קוגנטיות מפני ניכויים מהשכר ואוסרת על מעסיקים לנכות משכרם של עובדים אלא אם כן הותרו ניכויים אלו בחוק הגנת השכר.[116] בעניינם של מהגרי עבודה, החייבים להתגורר במגורים שהמעסיק מספק, נקבעו תקנות ייעודיות המסדירות את שיעורי הניכוי מהשכר עבור מגורים והוצאות נלוות (כגון גז, חשמל וארנונה) שהמעסיק רשאי לנכות.[117]

ההגנות על מהגרי עבודה בהיבט הניכויים המותרים משכרם נשחקו באופן ניכר בעקבות לחצים מצד מעסיקים להפחתת עלויות העבודה של מהגרי עבודה. נוכח הבעייתיות המשפטית הברורה הגלומה בהתנאה ישירה על חוק שכר המינימום למהגרי עבודה הפכו הסדרי הניכויים מהשכר עבור מגורים למטרה קבועה של קבוצות אינטרס ולובי של מעסיקים של מהגרי עבודה, באופן שאפשר לראותו, אנו סבורות, כהתניה עקיפה על זכותם לשכר מינימום.

כך, בשנת 2017, בעקבות לחציהם של חקלאים וארגוני סנגור ולובי מטעמם, הועלה פי שלושה גובה הניכויים המותר משכרם של מהגרי עבודה בענף החקלאות.[118] בעקבות שתדלנות נמשכת בנושא פורסם, בינואר 2025, דוח הערכת השפעת רגולציה (RIA) להערות הציבור בנושא הניכויים משכרם של מהגרי עבודה. חרף מציאות מתועדת היטב של הפרות חריפות ביחס לחובה להעמיד מגורים הולמים בענפי הבניין והחקלאות הציע הדוח להכפיל שוב את סכום הניכוי המרבי המותר מהשכר בגין מגורים. נימוקי ההמלצה המפורשים נוגעים לאינטרסים כלכליים של מעסיקים וכן, באופן בולט, לאינטרס בדבר הפחתת יוקר המחיה בישראל לצרכני קצה.[119] טיוטת תקנות המאמצת את המלצות הדוח פורסמה להערות הציבור ביוני 2025.[120]

התפתחות זו ממחישה את האופן שבו עקרון הקוגנטיות נשחק, באופן עקיף, נוכח אינטרסים מאורגנים של אזרחים, ובראשם מעסיקים, אך גם קבוצות רחבות יותר של נהנים, כגון צרכנים. תחת אתגר ישיר לחקיקה ראשית על שכר מינימום, הגדלת הניכויים

116 ס׳ 25 לחוק הגנת השכר.

117 ס׳ 1ה(א) לחוק עובדים זרים מטיל חובה על מעסיקים להעמיד ״לשימוש העובד הזר, מגורים הולמים למשך כל תקופת עבודתו אצלו ועד מועד שלא יפחת משבעה ימים לאחר סיומה״; ראו גם תקנות עובדים זרים (שיעור ניכויים מהשכר בעד מגורים הולמים), התש״ס–2000.

118 תקנות עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (שיעור ניכויים מהשכר בעד מגורים הולמים) (תיקון), התשע״ז–2017, ק״ת 1396 (להלן: תקנות הניכויים) פורסמו ברשומות ביום 30.7.2017. בעקבות התיקון עלו ניכויי השכר עבור רוב העובדים בשני אופנים: ראשית, הניכוי המותר עבור מגורים לעובדים המתגוררים בדיור שבבעלות המעסיק הוגדל בכ־50% באזורים שבהם מתגוררים מרבית מהגרי העבודה בענף החקלאות; שנית, הניכוי המותר עבור ״הוצאות נוספות״ הוגדל באופן דרמטי ביותר — מ־92 ש״ח ל־300 ש״ח, כלומר למעלה מפי שלושה.

119 אביבית אסרף **בחינת הסכומים המותרים לניכוי במסגרת תקנות עובדים זרים (שיעור ניכויים מהשכר בעד מגורים הולמים), התש״ס-2000** (משרד העבודה, 2025).

120 טיוטת תקנות עובדים זרים (שיעור ניכויים מהשכר בעד מגורים הולמים) (תיקון), התשפ״ה–2025.

המותרים מן השכר (בתקנות) השיגו, בעקיפין, תוצאה דומה. גבולות ההגנה הקוגנטית על שכר המינימום עוצבו אפוא מחדש, ללא כל שינוי בחוק שכר המינימום עצמו.

4.3. אינטרסים של משילות במסגרת הכיבוש

העסקתם של עובדים פלסטינים מהשטחים הכבושים בישראל למן שלהי שנות השישים עיצבה באופן עמוק את הכלכלה הפוליטית של שוק העבודה, ואת הקונפליקט הישראלי־פלסטיני באופן רחב יותר. המורכבות הגאופוליטית ברקע העסקתם של עובדים פלסטינים ויחסי ההכפפה האינטנסיביים המאפיינים את הכיבוש, כמו גם העובדה שהתרת העסקתם של עובדים פלסטינים בישראל נועדה למטרת עיקרית של שימורם והעצמתם של יחסי הכפפה אלו, מחייבים עיסוק זהיר במיוחד בתפקיד של משפט העבודה הישראלי ביחס לעובדים פלסטינים.

משטר העבודה שהוחל על פלסטינים בישראל ובהתנחלויות משקף שורה של מתחים בשורש המשילות במסגרת הכיבוש. כפי שהסביר עמרי שפר רביב, בראשית ימיה של השליטה הישראלית בשטחים נעשה ניסיון לאזן בין שני יעדים מנוגדים. מחד גיסא, ישראל הכירה בצורך לצמצם את האבטלה הנרחבת בשטחים הכבושים כדי לבסס את שליטתה באוכלוסייה אזרחית עוינת. מאידך גיסא, גם שמירה על רמת אבטלה גבוהה נתפסה כרצויה, מתוך הבנה שהיא עשויה לעודד הגירה של פלסטינים לצורכי עבודה מן השטחים למדינות אחרות. ואולם, כפי שמראה שפר רביב, כבר בשנת הכיבוש השנייה הוכרע המתח בין שני יעדים אלו. משה דיין, שכיהן אז כשר הביטחון, הציע תוכנית שנועדה למגר את האבטלה בשטחים כמעט לחלוטין באמצעות מתן אפשרות להעסקה נרחבת של פלסטינים בתוך ישראל. דיין תמך באסטרטגיה זו, משום שראה בה אמצעי ליצירת תלות כלכלית של פלסטינים שתעמיק את השליטה הישראלית באוכלוסייה הפלסטינית. הצעתו של דיין זכתה לתמיכת מעסיקים, תעשיינים וכלכלנים, שביקשו גישה לכוח עבודה זול.

ואולם, גם בהכרעה מוקדמת לטובת עבודה בישראל כאסטרטגיה עיקרית בניהול הכיבוש לא היה כדי ליישב את מלוא המתחים שבהעסקת פלסטינים בישראל: הרצון בכוח עבודה זול עורר חששות מקיטוב חריף מדי בשוק העבודה הישראלי ומדחיקת רגליהם של עובדים ישראלים; ניצול של עובדים פלסטינים נתפס כבעיה תדמיתית וכמוקד לא רצוי של ביקורת בין־לאומית אפשרית.[121] מטעמים אלו נתפסה העסקתם בישראל כטעונה בקרה ופיקוח מדינתיים.

שיקולים אלו עשויים להסביר מדוע, חרף אינטרסים רב־עוצמה בכוח עבודה זול, לא הוחרגו עובדים פלסטינים דה־יורה מדיני העבודה (לפחות ככל שדברים נוגעים לעבודה בתוך גבולות הקו הירוק). נוסף על כך, העסקתם בישראל נשענת על החלטה ידועה, שהתקבלה עוד בשנת 1970 בידי ועדת שרים לענייני ביטחון. בהחלטה נקבע כי ״עובד מן השטחים״ יקבל, בעובדו בישראל, שכר ותנאים סוציאליים השווים לאלה של כל עובד אחר בישראל בעל נתונים אישיים ומקצועיים זהים, בהתאם לחוק ולהסכמים הקיבוציים.

121 נציגי משרדי האוצר, המשפטים, העבודה והממשל הצבאי **ניכויים משכר פועלי השטחים בעד זכויות סוציאליות** (ללא תאריך) ארכיון המדינה (א״מ) א-7310/2 (להלן: **ניכויים משכר פועלי השטחים**).

החלטת ועדת השרים קבעה כי מדור התשלומים יהא אמון על גביית השכר וההפרשות מהמעסיקים והעברתם היישר לעובדים, וכן על ניכויי מיסים וזכויות סוציאליות, לרבות הפרשות לפנסיה, ובכך תמנע את הידרדרותם של העובדים לשוק הבלתי פורמלי.[122]

בעוד הכתיבה בתחום האירה כמה אתגרים עיקריים בתחום זכויות העבודה של העובדים הפלסטינים, בהם משטר היתרי התנועה שהוחל על עובדים פלסטינים[123] והמשטר המשפטי החריג החל על עובדים פלסטינים המועסקים בהתנחלויות ובאזורי תעשייה,[124] המנגנון הביורוקרטי רב־העוצמה שהוקם על יסוד מטרה מוצהרת להבטיח את זכויותיהם של העובדים הפלסטינים המועסקים בישראל זכה עד כה לתשומת לב מחקרית מועטה מאוד. בחלק זה אנו מציעות להבין מנגנון זה כמכשיר עיקרי של התנאה עקיפה על זכויות קוגנטיות.

תכליתם המוצהרת של עקרון השוואת התנאים ושל מדור התשלומים, שהופקד על אכיפתו, נועדה להבטחת תשלומן של זכויות מכוח משפט העבודה בפועל, באמצעות מעורבות מדינתית בגביית השכר וזכויות סוציאליות נלוות ממעסיקים ותשלומם

122 Mundlak, *Economic Warfare*, לעיל ה״ש 23.

123 ברדה, לעיל ה״ש 9.

124 זכויות העבודה של עובדים פלסטינים המועסקים בישראל ובהתנחלויות בגדה המערבית (ובעבר גם ברצועת עזה), כפופות למסגרות משפטיות שונות. בעוד דיני העבודה חלים פורמלית על פלסטינים המועסקים בתחומי הקו הירוק, המשטר המשפטי שחל על עובדים פלסטינים בהתנחלויות ובאזורי תעשייה בגדה המערבית היה מאז ומתמיד – ונותר גם כיום – עמום, לא עקיב ובעיקר נחות באופן מהותי ביחס לדין החל בישראל. עובדים פלסטינים המועסקים בגדה המערבית כפופים לדיני העבודה הירדניים משנת 1965, לצד צווים צבאיים ישראליים. בשנת 1976 החלה ישראל לתקן את החוק הירדני באמצעות צווים צבאיים, ובשנת 1982 הוצא צו צבאי שהחיל את חוק שכר מינימום הישראלי גם על עבודה בהתנחלויות. עם זאת, הגנות עבודה אחרות, מעבר לשכר המינימום, לא הוחלו על עובדים פלסטינים המועסקים בשטחים הכבושים. הבחנה זו נושאת השלכות מרחיקות לכת על שכר, תנאי עבודה וגישה לזכויות. ראו אסף אדיב **ארגון עובדים מען - עשור של איגוד עובדים פלסטינים באזורי ההתנחלויות בגדה המערבית: הערכת מצב ודרכים לפעולה לשיפור מצבם** (2017). בשנת 2007 נדרש בית המשפט העליון להכריע בשאלת המסגרת המשפטית החלה על יחסי עבודה בין עובדים פלסטינים לבין מעסיקים ישראלים בהתנחלויות בגדה המערבית וקבע כי הדין הירדני אינו חל כברירת מחדל; במקום זאת, כאשר חוזה העבודה אינו מציין במפורש איזה דין חל עליו, יש להחיל את מבחן ״מרב הזיקות״. עוד קבע בית המשפט כי מאחר שעובדים פלסטינים מועסקים לעיתים בצד עובדים ישראלים, ועל עובדים ישראלים בשטחים חלים דיני העבודה הישראליים מכוח תחולתם האישית על אזרחי ישראל בשטחים הכבושים, יש להחיל את דיני העבודה הישראליים גם על העובדים הפלסטינים מטעמי שוויון (בג״ץ 5666/03 **קו לעובד נ׳ בית הדין הארצי לעבודה** (2007)). למרות ההשפעה החיובית שניכרה בטווח המיידי לאחר פסק הדין, השפעתו ארוכת הטווח בשטח הייתה מוגבלת, וההלכה שנקבעה בו צומצמה במידה ניכרת בפסיקות מאוחרות יותר. לדיון בהעסקת עובדים פלסטינים בהתנחלויות ראו Amir Paz-Fuchs & Yaël Ronen, *Integrated or Segregated? Israeli-Palestinian Employment Relations in the Settlements*, *in* NORMALIZING OCCUPATION 172 (Marco Allegra, Ariel Handel & Erez Maggor eds., 2017); Ethan Morton-Jerome, Palestinian Labor in West Bank Settlements (May 2018) (Ph.D. dissertation, University of Arkansas) (on file with University of Arkansas website).

לעובדים. עקרון השוואת התנאים ומדור התשלומים אף מובנים לעיתים (במחקר המועט שנערך על אודותיהם) כמנגנונים שתכליתם היסודית היא אכן שוויון.[125] אלא שמטרותיהם העיקריות היו אחרות, ומורכבות יותר.

הגבייה הסוציאלית משכרם של עובדים פלסטינים עמדה במוקד מאבק בין ההסתדרות למדינה. על הפרק עמדו, מחד גיסא, צורכי המערכת ההסתדרותית ביציבות קרנות הפנסיה שלה.[126] למלחמת 1967 קדם מיתון חריף, וההסתדרות ראתה בעובדים פלסטינים שהחלו לעבוד בישראל אמצעי לחיזוק הגבייה לקרנות הפנסיה הגירעוניות.[127] לשם כך פעלה ההסתדרות לקביעת מנגנון גבייה מן העובדים הפלסטינים, ואף מיהרה לעדכן את תקנון קרנות הפנסיה שלה כדי לאפשר את צירופם של עובדים שאינם אזרחים. תקנונים אלו כללו שורה של הסדרים מפלים ומקפחים באורח קיצוני.[128] בעקבות ביקורת ציבורית שהתעוררה עם חשיפת המהלך, הוחלט כי לא ההסתדרות אלא המדינה היא שתנהל את מנגנון הגבייה מהעובדים הפלסטינים, לשם הבטחת מראית עין של ניהול ממלכתי תקין.[129] מאידך גיסא, שליטה בגבייה הסוציאלית טמנה בחובה תועלות ניכרות גם בנוגע למדינה. מנגנון הגבייה הוצג, כאמור, כאמצעי של פיקוח על מעסיקים וכאמצעי של הגנה על זכויות עבודה עבור העובדים עצמם. בעוד ששליטתה של המדינה במנגנון הגבייה כשלה באופן נחרץ בהשגת מטרות אלו, שליטה זו אפשרה לה גישה כמעט בלתי מופרעת לשכרם של העובדים ולשימוש בו, לאורך עשורים, כחלק אינטגרלי ממימון השליטה הישראלית בשטחים.[130]

ההסתדרות פעלה לאורך שנות השבעים והשמונים בדרישה מתמשכת להעברה של הכספים ופררוגטיבת הגבייה לקרנות הגמלאות שבניהולה, אך ללא הצלחה.[131] מדור התשלומים, מצידו, לא שימש בפועל כקרן גמל, לא ניהל את הכספים באופן כלשהו או אפילו פעל מכוחה של סמכות סטטוטורית מפורשת: חרף העובדה שחלש על מנגנון גבייה וטיפול בכספים בהיקפים עצומים, הוא התנגד בעקיבות להסדרה של סמכויותיו בחוק.[132] חלק נכבד מן הכספים הופרש בפועל באופן קבוע, ככל הנראה לאורך עשורים,

125 שירי שלו **״עבודה ערבית׳ – מנגנון תשלום השכר לעובדים פלסטינים המועסקים במדינת ישראל״** (עבודת גמר לקראת התואר ״מוסמך במשפטים״, אוניברסיטת תל-אביב 2017).

126 לב גרינברג **ההסתדרות מעל לכל** 199–200 (1993).

127 פרוטוקול ישיבה 378 של הכנסת ה-6, 1630 (19.2.1969). הדיון בפיגור תשלומי מעסיקים לקופות הגמל העסיק את המערכת הפוליטית בשנות השישים. ראו למשל פרוטוקול ישיבה 88 של הכנסת ה-6, 2288 (28.7.1966).

128 גרינברג, לעיל ה״ש 126, בעמ׳ 200.

129 שם.

130 **ניכויים משכר פועלי השטחים**, לעיל ה״ש 121.

131 ראו מכתב מיוסף אלמוגי לראש הממשלה (4.7.1972) א״מ א-7310/2; משרד העבודה **תזכיר לקראת התייעצות בנושא עקרונות מדיניות התעסוקה על עובדי השטחים בישראל** (1975) א״מ ג-6018/9.

132 מכתב ממ. לוי לברוך חקלאי, המנהל הכללי, בעניין החיזוק החקיקתי – משפטי למדור התשלומים (14.2.1978) א״מ גל-41707/1.

אל ״תקציב שטחים״, כפי שזה מכונה בתיקים ארכיוניים של שירות התעסוקה, ושימש לצרכים שהוגדרו ״פעילות ממשלתית וכלכלית״ בשטחים.[133]

אם כן, אף על פי שהמדינה גבתה במשך עשרות שנים כספי תגמולים ופנסיה עבור עובדים פלסטינים באמצעות מדור התשלומים, הזכות לפנסיה מעולם לא הובטחה בפועל, וההפרשות שנוכו משכרם של העובדים הפלסטינים נותרו ברובן מחוץ להישג ידם.[134] הכספים שנגבו לא נוהלו במסגרת של ביטוח פנסיוני, אלא הוחזקו בידי המדינה, ללא כל מסגרת נורמטיבית הנוגעת לניהולם, להשקעתם או לשימוש בהם. בעתירה שהוגשה לבג״ץ בשנת 2016 בידי עמותת קו לעובד בסוגיה זו נטען כדלקמן: לאורך עשורים ניהלה המדינה את הפנסיה של העובדים הפלסטינים לא כזכות סוציאלית אלא כחיסכון הוני; תפיסה זו הובילה לעידוד שיטתי של עובדים למשוך את הכספים; הוחלה על משיכתם נוסחת פדיון מקפחת באופן קיצוני, שהובילה לכך שרבים מהעובדים קיבלו רק שבריר מהסכומים שנגבו עבורם לאורך שנות עבודתם; בהיעדר מנגנוני בקרה או תיעוד מלא של ההפרשות נותרו עובדים פלסטינים ללא אפשרות אמיתית לממש את זכויותיהם.[135] המצב החריג שנוצר היה אפוא כזה שבו גבייה סוציאלית משכרם של העובדים הפלסטינים שהתבצעה לאורך עשורים לא תורגמה לכדי זכות סוציאלית ממשית. בעקבות העתירה נדרשה המדינה להסדיר מחדש את מנגנון ההפרשות והמשיכה של כספי הפנסיה, ובשנים שלאחר מכן הוכנסו שינויים שאפשרו, לראשונה, תשלום של זכויות פנסיוניות לעובדים פלסטינים או ליורשיהם, ובראשם העברת ניהול מהמדינה לקרן פנסיה, בדומה לעובדים ישראלים.

בדומה לזכות לפנסיה, גם ביחס לזכות לדמי מחלה יישמה המדינה מנגנון חלקי ולקוי, שהותיר את מרבית העובדים הפלסטינים ללא הגנה אפקטיבית חרף זכאות קוגנטיות לתשלום בעת מחלה מכוח חוק דמי מחלה, התשל״ו–1976. אף שמעסיקים ישראלים חויבו לשלם דמי מחלה עבור עובדיהם הפלסטינים, הכספים שנגבו – 2.5% משכרם של העובדים, וסך כל הגבייה ברכיב זה הצטברה ליותר מחצי מיליארד ₪ נכון לשנת 2019[136] – לא הועברו לעובדים כשחלו, וכן לא נקבע מנגנון המבטיח לעובדים תשלום בעת מחלה בפועל.[137]

בעתירה שהוגשה בסוגיה זו על ידי עמותת קו לעובד והאגודה לזכויות האזרח לבג״ץ בשנת 2016 נטען כי מאות בודדות של עובדים פלסטינים זכו לתשלום בגין ימי מחלה בפועל, וכי הגבייה ברכיב זה משכרם של העובדים מועברת ממדור התשלומים למשרד האוצר מבלי שהיא משמשת לתכלית שלשמה נגבתה. הסיבה המרכזית לכך, על פי

133 מכתב מבנימין בן אליעזר, מתאם הפעולה באיו״ש ובאזה״ע, לשר הבטחון בעניין פניית ההסתדרות לשר הבטחון (31.10.1983) א״מ גל-61224/14.

134 חנה זהר ושיר חבר **השוד הממלכתי: ישראל חייבת מיליארדי שקלים לעובדים פלסטינים** (2010).

135 עתירה למתן צו על-תנאי בבג״ץ 7399/15 **קו לעובד נ׳ ממשלת ישראל** (2.11.2015).

136 אור קשתי ״המדינה ביקשה להעביר מאות מיליונים שהופרשו עבור פלסטינים למעסיקיהם הישראלים״ **הארץ** 14.11.2019.

137 מעסיקים מחוייבים לשלם עבור קרן דמי מחלה 2.5% מהשכר החודשי של כל עובד פלסטיני וזאת למרות שהחל משנת 2004 ההסכמים הקיבוציים של ענפי הבניין והחקלאות כבר אינם כוללים סעיף של ביטוח דמי מחלה, ולעובדים ישראלים מעסיקים משלמים ישירות עבור ימי מחלה.

העתירה, היא ההליך הביורוקרטי המסורבל הנדרש לשם מימושה של הזכות. דמי המחלה, אם הם בכלל משולמים, ניתנים באיחור של חודשים, באופן המהווה בפועל הלנת שכר והמאלץ עובדים רבים לספוג אובדן הכנסה מלא בעת מחלה. עוד נטען בעתירה כי בדומה למקרה של הפנסיה, הכספים שנגבו בידי המדינה ושנועדו לביטוח דמי מחלה מנוהלים בלא תקנון מחייב, מבלי שהושקעו או נוהלו ואגב שלילת רכיבים בסיסיים המוקנים בקרנות מקבילות.[138] בעקבות הגשת העתירה הוחלט, בשנת 2019, להפסיק את הגבייה ממעסיקים לקרן והאחריות לתשלום דמי מחלה הוטלה במישרין על המעסיקים. נוכח שינוי זה מחק בג״ץ את העתירה בשנת 2020, ובעקבות זאת הודיעה המדינה על הקמת צוות בין־משרדי לבחינת גורלן של יתרות הכספים שהצטברו בקרן.[139] נכון למועד כתיבת המאמר טרם הוכרע אופן הטיפול ביתרות הכספים שנגבו, והם מוחזקים בידי המדינה.[140]

דוגמאות אלו מסייעות להבין את דפוס הפגיעה בקוגנטיות במקרה של עובדים פלסטינים. הפגיעה אינה מבוססת על שלילה גלויה של זכויות, אלא על תיווך מדינתי ריכוזי ורב־עוצמה של היחסים בין העובדים הפלסטינים לבין מעסיקיהם. בעוד תיווך זה נחזה והוצג כהסדר שנועד להבטיח פיקוח על מעסיקים ומימוש אפקטיבי של זכויות, הוא הוביל לתוצאה הפוכה: ניתוק בפועל בין הזכויות לבין מימושן. ריכוז השליטה בשכר העובדים ותשלומו בידי המדינה הוביל להכפפת זכויותיהם הקוגנטיות של עובדים פלסטינים להליכים מנהליים מורכבים, ואף אפשר שימוש בכספים למטרות זרות.

הדוגמאות שנדונו בחלק זה מוסיפות וממחישות את חשיבותה – אך גם את מגבלותיה הניכרות – של הביקורת השיפוטית בנוגע להפרת זכויות המשוקעת באופן נרחב במשילות ובכלכלה הפוליטית של הכיבוש. בתוך הקשר זה, ביקורת שיפוטית היא כלי מוגבל מאוד של תיקון. היא אינה יכולה להביא לתיקונו כלפי העבר של מחדל בקנה מידה עצום שנמשך עשורים ואשר שלל מדורות של עובדים פלסטינים רשת מינימלית של ביטחון סוציאלי. כל שבכוחה להציע הוא תיקון צופה פני עתיד, שיישומו ומימושו בפועל מותנים בתהליכים מורכבים, וממילא אף אינו תמיד אפשרי.

5. סיכום

מאמר זה תיאר מנגנונים של שחיקה בהגנות משפט העבודה הקוגנטי ותחולתן האוניברסלית עבור עובדים שאינם אזרחים בישראל. באמצעות הטיפולוגיה שפותחה במסגרתו, המזהה אינטרסים הנוגעים לריבונות והגירה, לאינטרסים חברתיים־כלכליים של אזרחים ולשיקולים מתחום המשילות במסגרת הכיבוש, ביקשנו להראות את האופן שבו נוצרה והתבססה מציאות משפטית שבה זכויות קוגנטיות הופכות תלויות־מעמד ומותנות. הדגמנו כיצד אינטרסים אלו, לצד מבנים ביורוקרטיים, משמשים להדרה, דה־

138 עתירה למתן צו על-תנאי בבג״ץ 5918/16 **קו לעובד נ׳ ממשלת ישראל** (2.8.2016).

139 בג״ץ 5918/16 **קו לעובד נ׳ ממשלת ישראל** (נבו 21.12.2020).

140 ראו פרוטוקול ישיבה 167 של הועדה המיוחדת לעובדים זרים, הכנסת ה-25 (16.9.2025).

יורה ודה־פקטו, של עובדים פלסטינים, מהגרי עבודה ומבקשי מקלט מההגנות היסודיות של משפט העבודה המגן.

הניתוח שהצענו חושף פער בתוצאות ההתדיינות המשפטית בפני בית המשפט העליון: עתירות נגד החרגה מזכויות מגן קוגנטיות ואוניברסליות שהתבססו על עקרונות כלליים של שליטה בגבולות ומשילות הגירה נחלו הצלחה יחסית, ואילו התדיינויות שהתאפיינו בעימות ישיר בין זכויות קוגנטיות לבין אינטרסים מגזריים של אזרחים ישראלים נתקלו בהתנגדות רבה יותר. פער זה משקף את השפעתם של אינטרסים כלכליים מאורגנים, הפועלים באמצעות שתדלנות וקליינטליזם ומצליחים לעצב מדיניות לטובתם.[141] בית המשפט נטה להגן על זכויות עובדים שאינם ישראלים כאשר הפגיעה בזכויות אלו הוצדקה על בסיס אינטרסים מדינתיים כלליים, אך הפגין היסוס רב יותר כאשר עמדו על הפרק אינטרסים כלכליים־חברתיים קונקרטיים או מגזריים. פער זה תואם את ממצאי הספרות המנהלית, המצביעה על הקושי שבהתדיינות בשם אינטרס ציבורי מופשט לעומת עתירות המובאות בשם תובעים בעלי משקל פוליטי מובהק.[142]

ניתוח זה תקף ביחס למשטר המשפטי בישראל **לפני** 7 באוקטובר.

אירועי שנת 2023, שעמדה בסימן ההפיכה המשטרית ובסימן המלחמה שפרצה בעקבות מתקפות 7 באוקטובר, טלטלו את האזור והותירו חותם עמוק והרסני על חייהם של אין־ספור בני אדם. מהגרי עבודה ומבקשי מקלט נמנו עם הקבוצות הרבות שנפגעו במהלך מתקפות 7 באוקטובר. במתקפות נרצחו 68 אזרחים זרים, רובם מהגרי עבודה בענף החקלאות מתאילנד וכן סטודנטים מנפאל שהשתתפו בתוכנית של לימודים ועבודה חקלאית. נוסף על כך, 34 מהגרי עבודה נחטפו, רובם מהגרי עבודה מתאילנד. לבד מיתר השלכותיהם הקטסטרופליות, אירועים אלו העמיקו את הדרתם של עובדים שאינם אזרחים מזכויות עבודה והחריפו את פגיעותם של שלוש האוכלוסיות הנבחנות במחקר זה להפרת זכויות עבודה. הם אף הובילו לשינויים משמעותיים במשטר ההגירה והעבודה בישראל. כפי שמראות נייזנה וקרלנדר, שינויים אלו כוללים כרסום נרחב בנורמות משפטיות, העדפה גוברת של אינטרסים ביטחוניים־לאומיים והיחלשותם של שומרי סף מקומיים ובין־לאומיים.[143]

לאחר ההתקפות ובעקבות המחסור החמור במהגרי עבודה, שנוצר בעקבות עזיבתם ההמונית של אלפי מהגרי עבודה, בעיקר בחקלאות, שינתה המדינה באופן חד את מדיניות הגיוס של מהגרי עבודה. יצוין שקודם לכן, לאחר עשורים של מאבקים משפטיים

141 קליינטליזם מתאר דפוס של יחסים פוליטיים־חברתיים בין קבוצות אינטרס מאורגנות לבין נושאי משרה או מקבלי החלטות, שבו תמיכה פוליטית ניתנת בתמורה להטבות חומריות או רגולטוריות. יחסים אלה משמרים חלוקת כוח בלתי שוויונית ולטענת דורון מעצבים היבטים של מדיניות הרווחה והעבודה בישראל. אברהם דורון ״משטר הרווחה במדינת ישראל: מגמות השינוי והשלכותיהן החברתיות״ **סוציולוגיה ישראלית** ה 417 (2003).

142 Cass R. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, 90 COLUM. L. REV. 2071 (1990).

143 Maayan Niezna & Yahel Kurlander, *Precarious Labour in Precarious Times: The Impact of the War in Israel/Palestine on Non-Citizen Workers*, 14 COMPAR. MIGRATION STUD. 1 (2026), https://perma.cc/3AV6-9BDW.

ולחץ אמריקאי ובין־לאומי, רפורמות במדיניות ההגירה הזמנית עיגנו שורה של הגנות על עובדים לא ישראלים מפני ניצול.[144]

המדיניות שאומצה בעקבות המלחמה ביטאה תפנית ניכרת ממדיניות הגיוס המגינה שקדמה לה וגילמה סטייה עמוקה ממסגרות הרגולציה הקודמות, שהושגו לאחר מאבקים משפטיים וציבוריים ממושכים: פתיחת שוק התיווך של מהגרי עבודה לישראל לגורמי תיווך פרטיים במדינות המוצא, שגובים דמי תיווך מופרזים.[145] במקביל, מאז 7 באוקטובר עצרה ישראל לחלוטין את כניסתם של עובדים פלסטינים שאינם אזרחים מעזה ומהגדה המערבית, דבר שהוביל לשיעורי אבטלה חסרי תקדים ולפגיעה כלכלית קטסטרופלית בשני האזורים.[146] יותר מ־120,000 עובדים פלסטינים שהועסקו כחוק בישראל ערב ההתקפה, בעיקר בענפי הבנייה, החקלאות והשירותים, איבדו בן־לילה את מקום עבודתם בעקבות ההחלטה על ביטול גורף של היתרי העבודה ובעקבות זאת ביטול חד־צדדי של חוזי ההעסקה עימם. נוסף על כך, הרשויות עצרו תשלומים של מיליוני שקלים בשכר ובזכויות סוציאליות לעובדים פלסטינים והשאירו את העובדים ובני משפחותיהם חסרי כול. על פי הערכות ארגון העבודה הבין־לאומי עובדים אלה – שהשתכרו בישראל שכר יומי ממוצע של כ־300 ש״ח (79 דולר) – איבדו הכנסות בשווי מיליארדי שקלים והידרדרו למצוקה כלכלית חריפה.[147]

לצד מאמצי סנגור של ארגוני זכויות אדם וזכויות עובדים בישראל, עשרה איגודי עובדים בין־לאומיים הגישו לארגון העבודה הבין־לאומי תלונה רשמית נגד ממשלת ישראל, לפי סעיף 24 לחוקת הארגון, בטענה להפרה חמורה של אמנת הגנת השכר. הקריסה הכלכלית ברצועת עזה והמשבר הכלכלי החריף בגדה המערבית ממחישים את ההשלכות מרחיקות הלכת של ההחלטות הללו, אשר הותירו את העובדים הפלסטינים במצב של מצוקה חריפה, לעת עתה ללא מועד סיום נראה לעין.[148]

השאלה אם ההתפתחויות שאירעו בעקבות מתקפות 7 באוקטובר מסמנות מפנה עמוק מהמשטר הפוליטי־כלכלי שתואר במאמר זה נותרת, בשלב זה, שאלה פתוחה. כפי שתיארנו במאמר, עבודתם של פלסטינים הייתה זה מכבר חלק בלתי נפרד מהכלכלה הפוליטית של העבודה בישראל, אך תחת תנאים של הדרה וניצול חריפים. כעת, גורמים במערכת הפוליטית בישראל קוראים בגלוי לא רק להשעיה בלתי מוגבלת בזמן של היתרי

144 הילה שמיר ״גישת עבודה לסחר בבני אדם: 20 שנה למאבק הבינלאומי בסחר בבני אדם״ **עיוני משפט** מד 377 (2021); בונדי ואח׳, לעיל ה״ש 73.

145 לעתירות התוקפות החלטות אלו בענפי הבנייה, החקלאות והתעשייה הפרטית, ראו בג״ץ 5879/24 **קו לעובד נ׳ ועדת המנכ״לים לעניין עובדים זרים** (נבו 9.3.2025); בג״ץ 82462-12-24 **קו לעובד נ׳ ועדת המנכ״לים לעניין עובדים זרים** (נבו 11.3.2025); בג״ץ 82469-12-24 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ וועדת המנכ״לים לעניין עובדים זרים**.

146 Int'l Labour Org., Impact of the War in Gaza on the Labour Market and Livelihoods in the Occupied Palestinian Territory (2024).

147 Int'l Labour Org., The Situation of Workers of the Occupied Arab Territories (2024).

148 שם.

עבודה, אלא לעקירה מוחלטת של פלסטינים מהמרחב ולטיהור אתני.[149] קריאות אלו אינן בגדר רטוריקה בלבד: מאז 7 באוקטובר אנו עדים לגל חסר תקדים של עקירות כפויות בגדה המערבית, שבהן גורשו אלפי פלסטינים מבתיהם על רקע הסלמה באלימות מתנחלים, פעולות צבאיות והגבלות גוברות על תנועה ופעילות כלכלית. הצעות רדיקליות לגירוש המוני חדרו ללב השיח הציבורי, וייתכן שהן מבשרות מעבר ממערכת של תלות כלכלית כפויה למודל הפונה לניתוק האינטגרציה הכלכלית הישראלית־פלסטינית באמצעות עקירה וטיהור אתני. השאלה אם מדובר בתגובה זמנית לתנאי מלחמה או בפתיחתו של פרק חדש לחלוטין אינה ברורה, אך קנה המידה והאופי של היוזמות המתהוות, לצד המציאות של העקירה שמתרחשת בשטח, מצביעים על סטייה חדה ממסגרות קודמות של משילות בשוק העבודה.

הרפורמה המשפטית בישראל, שהייתה מוקד מתמשך למחאה ציבורית נרחבת ולדיון משפטי, ובפרט בשנה שקדמה למלחמה, שאפה לערער את מנגנוני ההגנה המוסדיים – ״שומרי הסף״ – ובראשם את הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון על הרשויות האחרות. ביקורת זו הצליחה לעיתים בעבר לרסן יוזמות קיצוניות במיוחד לפגיעה בזכויותיהם של עובדים שאינם אזרחים, כפי שנסקר במאמר זה.[150] אלא שכעת, גם ההתערבויות המועטות שבית המשפט נקט בעבר לשם הגנה על זכויות קוגנטיות ועמידה על עקרון האוניברסליות הטריטוריאלית אל מול נימוקים של משילות בהגירה או אינטרסים ביטחוניים נדמות כבעלות סיכויי הצלחה מועטים, זאת לנוכח המשבר המוסדי והמשפטי שבו נתון בית המשפט העליון, הסובל מפגיעה בלגיטימציה ובכוח.[151] ניסיונות התדיינות מצד ארגוני זכויות אדם מאז אוקטובר 2023 ממחישים שוב ושוב כי

149 אריה גולן ״בן גביר: עם איך שעזה נראית היום, מאות אלפים יקומו וילכו״ **כאן** (7.1.2024) https://www.kan.org.il/content/kan-news/politic/679183; יובל קרני ״לפני טראמפ: ישראל בוחנת כבר כמה חודשים עידוד הגירת פלסטינים מעזה״ **ynet** (4.2.2025) https://perma.cc/42YC-GGCD; איתמר אייכנר ״תוכנית טראמפ: ארה״ב תשתלט על עזה, נשטח אותה. 1.8 מיליון צריכים לצאת״ **ynet** (5.2.2025) https://perma.cc/7ZHP-XLKC; איתמר אייכנר ״נתניהו לבן גביר: ׳הגירה מרצון׳ מעזה תוך שבועות אם לא תהיה עסקה״ **ynet** (31.7.2025) https://perma.cc/MFU8-245C.

150 חוקרים מצביעים על חוסר האפקטיביות העמוק של הביקורת השיפוטית שמפעיל בג״ץ בסוגיות הנוגעות לשטחים הכבושים. עיקר ביקורתם מתמקד בהתערבותו המצומצמת של בית המשפט במקרים העוסקים בזכויות פלסטינים תחת כיבוש צבאי, בסטייתו מפרשנויות מקובלות של המשפט הבין־לאומי ובפער הקיים בין הנורמות הבין־לאומיות של תפיסה לוחמתית לבין מדיניות הממשלה. ראו למשל DAVID KRETZMER & YAEL RONEN, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES (Oxford Univ. Press 2nd ed. 2021) (2002). לעומת זאת, גישת בג״ץ שונה בתחומים כגון הגירת עבודה ומקלט, שבהם, כפי שמציע מאמר זה, מילא בית המשפט לעיתים תפקיד התערבותי יותר בהגנה על זכויותיהם של עובדים שאינם אזרחים.

151 Yaniv Roznai & Amichai Cohen, *Populist Constitutionalism and the Judicial Overhaul in Israel*, 56 ISR. L. REV. 502 (2023); Yaniv Roznai & Shani Schnitzer, *Navigating the Ship in Stormy Waters: President Esther Hayut and the Israeli Constitutional Crises, 2018-2023*, 23 INT'L J. CONST. L. 179 (2025).

הנימוק הביטחוני גובר כיום לא רק על זכויות עבודה בסיסיות, אלא גם על עקרונות יסוד של זכויות האדם.[152]

מנגד, ייתכן שמוקדם לחזות את העתיד. המחסור בעובדים בישראל, המשבר הכלכלי האדיר ברשות הפלסטינית לצד ההרס והחורבן בעזה עשויים להשיב על כנו את סדר הכלכלה הפוליטית בעבר בשל תלות המסלול (Path dependency). הגיונות ההפרדה וההדרה עשויים להימשך גם כאשר ישובו עובדים פלסטינים לשוק העבודה הישראלי, אם בכלל, או לחלופין, כאשר יוחלפו בקטגוריות אחרות של מהגרי עבודה.[153] משברים ביטחוניים וזעזועים מערכתיים נוטים לא פעם להאיץ מגמות קיימות ולאו דווקא ליצור מציאויות חדשות לחלוטין.[154]

אם כן, גם אם השאלה האם התפתחויות לאחר 7 באוקטובר מייצגות קרע או המשכיות ביחס למגמות העבר עודה פתוחה, אנו סבורות שהמסגרת האנליטית שמאמר זה מעמיד תוסיף להיות רלוונטית להבנת אופן פעולתם של הגיונות משפט העבודה בהקשרים של הגירה ועבודה של עובדים שאינם אזרחים, וזאת אף מעבר למקרה הישראלי. מדינות רבות בצפון הגלובלי מתמודדות עם מתחים דומים במבנה של משטרי ההגירה והעבודה שלהן, ובפרט כאשר נרטיבים ביטחוניים הופכים לגורם דומיננטי בעיצובה של מדיניות הגירה. הדינמיקות שאותן מיפינו – שבהן ריבונות בגבול ומשילות בהגירה, אינטרסים חברתיים־כלכליים של אזרחים ושיקולי ביטחון ושליטה משמשים להצדקת שחיקתן של הגנות עבודה – ניכרות במידה כזו או אחרת גם במדינות אחרות. באמצעות מיקומן של שחיקת הקוגנטיות והאוניברסליות של משפט העבודה בתוך

152 מאמצים אלו התמקדו, בין היתר, בתקיפת מעצרים המוניים, ובכללם מעצרם של אלפי עזתים ששהו בישראל כדין מכוח היתרי עבודה או היתרים רפואיים טרם פרוץ המלחמה. לניתוח מפורט של הליכי הביאס קורפוס (Habeas Corpus) שהגיש המוקד להגנת הפרט וארגוני זכויות אדם נוספים בפני בית המשפט העליון, ראו ״בעקבות עתירת המוקד וגישה, החזירה המדינה לעזה אלפי פועלים עזתים שהוחזקו במחשכים לאחר פרוץ המלחמה״ **Hamoked** (22.11.2023) https://hamoked.org.il/document.php?dID=Updates2383. בהתייחסו למאמצי ליטיגציה אלו ולגישת בית המשפט העליון ציין ״המוקד״ בסיכום קודר כי: ״מעולם לפני כן לא נהג בית המשפט זלזול כה בוטה בעתירות לצו הביאס קורפוס ובזכותם הבסיסית של בני משפחה לקבל מידע היכן יקירם מוחזק, ללא קשר למקום מוצאו של הכלוא״.

153 בסדרה של החלטות הרחיבה הממשלה את מספר מהגרי העבודה הזמניים המורשים להיכנס לישראל ופתחה ענפי תעסוקה נוספים להעסקתם. החלטה 1527 של הממשלה ה-37 ״הקצאת מכסת עובדים זרים לתשתיות בעקבות מלחמת חרבות ברזל ותיקון החלטת ממשלה״ (17.3.2024) והחלטה 1752 של הממשלה ה-37 ״ייעול ושיפור הפיקוח והאכיפה על העסקה של עובדים זרים ותיקון החלטות ממשלה״ (15.5.2024) הגדילו כולן את מכסות העובדים הזרים. במסגרת החלטה 1752 הקים הדרג הממשלתי ועדה בין־משרדית לעובדים זרים, אשר יישמה מאז כמה שינויי מדיניות. אלו כוללים את הרחבתם של ערוצי הגיוס הפרטיים של עובדים זרים ומתן היתר להעסקתם בענפים נוספים. לסדרת עתירות של ארגוני חברה אזרחית נגד חלק מהחלטות אלו ראו ה״ש 145 לעיל.

154 ראו למשל דיון באופן שבו הגיב משטר ההגירה הישראלי למשבר הקורונה (COVID-19) באמצעות קיבוע דפוסים ומדיניות קיימים Maayan Niezna, Yahel Kurlander & Hila Shamir, *Underlying Conditions: The Increased Vulnerability of Migrant Workers Under COVID-19 in Israel*, 6 J. MOD. SLAVERY 133 (2021).

הקשרים רחבים של יחסי כוח בתנאים של היעדר אזרחות, המאמר מציע מסגרת פרשנית חדשה להבנת תהליכים שיטתיים של שחיקת משפט העבודה כלפי עובדים שאינם אזרחים, בישראל ובהקשרים השוואתיים מחוצה לה.