

בית הדין הארצי לעבודה

<u>עע 000480/05</u>		
<u>עע 000611/05</u>		

1. אלי בן עמי

2. אלי אקרמן

3. ליאור בן שטרית

4. גריגורי דוידוב

המערערים בע"ע 480/05

המערער בע"ע 611/05

-

המשיבה

פלונית

בפני: הנשיא סטיב אדלר, השופטת נילי ארד, השופטת ורדה וירט-ליבנה

נציג מעבידים מר הלל דודאי

נציג עובדים מר רן חרמש

בשם המערערים 1-3: עו"ד אברהם פרץ

בשם המערער 4: עו"ד מוטי לוי

בשם המשיבה: עו"ד מרינה גולדווג

פסק דין

הנשיא סטיב אדלר:

"כבוד האדם בישראל אינה מטאפורה. זו מציאות נורמטיבית, ממנה

מתבקשות מסקנות אופרטיביות".¹

¹ השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום פ"ד מו(2) 464, 524.

בערעור לפנינו נגולה תופעת הסחר בנשים לעיסוק בזנות, שאינה אלא פניו ה"מודרניים" של "סחר העבדים" שדומה היה שחלף מן העולם. מדובר בתופעה שהיא אות קלון לחברה המודרנית ובנגע שפשה גם במקומותינו.

גדר הערעור

2. במרכז הדיון בערעור לפנינו עומדת שאלת זכאותה של המשיבה לתשלומים מכח **חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987** (להלן: **חוק שכר מינימום**) ו**חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958** (להלן: **חוק הגנת השכר**) ולפיצוי על כאב וסבל ועוגמת נפש. זאת, לאחר שהמערערים סחרו בגופה, כפו עליה לעסוק בזנות, השפילו אותה, רמסו את כבודה כאישה וכבת-אנוש, תוך ביצוע עבירות של סרסרות למעשה זנות, שידול למעשה זנות, החזקת מקום לשם זנות, השכרת מקום לשם זנות ובעילה אסורה.

בית הדין האזורי² חייב את המערערים לשלם למשיבה שכר עבודה בסך ₪ 25,850 בצירוף הפרשי הצמדה וריבית, פיצוי על כאב וסבל ועוגמת נפש בסך 240,000 ₪ בשל "הפגיעה בכבודה, ברצונה החופשי לעבוד ובזכותה להתפרנס מרצון ולא בכפייה" ושכר טרחת עורך דין והוצאות משפט לכל אחד מן המערערים בסך 7,500 ₪ בצירוף מע"מ.

על כך הוגש הערעור לפנינו, שעיקר עניינו בסמכות בית הדין לעבודה להידרש לעתירתה של קורבן סחר העוסקת בזנות בכפייה לתשלום שכר עבודה ולפיצוי על כאב וסבל ועוגמת נפש.

מסכת העובדות

3. המשיבה, ילידת מולדובה, הגיעה לישראל ביום 27.8.1999 כשהיא בת 19, ועברה את ביקורת הגבולות בנמל התעופה בן גוריון באמצעות מסמכים מזוייפים שהונפקו לה במולדובה על ידי אדם בשם וולודיה. לטענתה, בשל מצוקה כלכלית בה היתה שרויה באותה עת, ולאחר שלא עלה בידה לממן את לימודיה, נעתרה להצעתו של וולודיה שהבטיח לה כי תעבוד בישראל

² השופטת יהודית גלטנר – הופמן ונציגי הציבור מר אהוד גד ומר יואב לאביוד (עב 4634/03, ניתן ביום 12.7.2005).

כמעסה, שכרה יעמוד על סך \$1,000 לחודש, והיא תוכל לשוב למולדובה בכל עת שתחפוץ. עם הגעתה לישראל, הסתבר לה שאלה אינם פני הדברים. בנמל התעופה בן גוריון חיכו לה אדם בשם יורי סלסרבסקי³ וחברו. השניים נטלו את דרכונה של המשיבה, הסיעוה לדירה באופקים והבהירו לה כי עליה לעסוק בזנות. מאז, עסקה המשיבה בזנות במכוני ליווי שונים באזור תל-אביב ובאר-שבע, תוך ניצולה המחפיר ו"מכירתה" מיד ליד משל היתה "סחורה" נעדרת כל חרות וכבוד.

ואלה התלאות שהיו מנת חלקה של המשיבה בתקופה הרלוונטית לדיון לפנינו:

עם הגעתה לישראל ביום 27.8.1999, עבדה המשיבה אצל יורי סלסרבסקי במכון "אמסטרדם" ובמלון "אביב" בבאר-שבע. ביום 9.11.1999 "קנה" פטר סובולב, אחד הנתבעים בבית הדין האזורי, את המשיבה בתמורה לסכום של 6,500 דולר. מאז, ועד ליום 15.2.2000, עבדה המשיבה בדירה שכורה בבאר-שבע תחת זהות מזויפת. בתקופה זו, קיבלה המשיבה 6-7 לקוחות ליום, ומכל אחד מהם גבתה סכום של 150 ש"ח, אותו העבירה לפטר סובולב מבלי ששולם לה דבר. פטר סובולב דרש מהמשיבה להשיב לו את סכום "קנייתה" ואת מחיר הנפקת תעודת הזהות המזוייפת בעבורה בסך \$600, בטרם ישלם שכרה. כך, האתנן ממעשי הזנות בתקופה זו הועבר במלואו לידיו. כאילו לא די בכך, אולצה המשיבה בתקופה זו לקיים יחסי מין עם פטר סובולב, בנו וחבריו, ללא תשלום.

ביום 16.2.2000 "קנה" המערער 1 (להלן: **בן עמי**) את המשיבה בסכום של 3,000 דולר. מאז, ועד ליום 20.4.2000, הועסקה המשיבה בזנות במכון "קלאסה" בבאר-שבע, שהיה בבעלות בן עמי ובבעלות המערער 2 (להלן: **אקרמן**). לפי עדותה, קיבלה המשיבה בתקופה זו 4-5 לקוחות ליום ומכל לקוח גבתה סכום של 150 ש"ח. סכום זה הועבר לבן עמי ולאקרמן, שנתנו למשיבה 20 ש"ח בלבד בעד כל לקוח. המשיבה העידה שקיבלה עבור עבודתה בתקופה זו סכום של 2,000 ש"ח ממנו נוכה "קנס" בסך 200 דולר על "יציאה מהבית ללא רשות". המשיבה התגוררה בתקופה זו בדירה בבאר-שבע, ממנה לא הורשתה לצאת מעת לעת בשל חשש מפשיטות משטרטיות. גם בתקופה

³ מי שהיה אחד הנתבעים בבית הדין האזורי אולם התביעה כנגדו נמחקה לבקשת המשיבה במהלך הדיון בתובענה. פרוטוקול הדיון בפני בית הדין האזורי מיום 16.5.2004.

זו, נכפתה המשיבה לקיים יחסי מין עם בן עמי, אקרמן וחבריהם ללא תשלום. ביום 20.4.2000 נעצרו המשיבה ואקרמן על ידי המשטרה. לאחר שחרורה, לא עבדה המשיבה במשך שבועיים.

המערער 4 (להלן: גריגורי) "קנה" את המשיבה בראשית מאי 2000 בסכום של 4,000 דולר, והיא הועסקה אצלו בזנות באתרים שונים בתל-אביב עד ליום 26.6.2000. על פי עדותה, קיבלה המשיבה בתקופה זו 15-20 לקוחות ביום, בתמורה ל-100 ש"ח שנגבו מכל לקוח, מתוכם הועברו 20 ש"ח לידיה. בנוסף, נדרשה המשיבה לקיים יחסי מין עם גריגורי וחבריו ללא תשלום. במהלך תקופה זו, חלתה המשיבה וקיבלה טיפול רפואי. בית הדין האזורי ציין, כי גריגורי שילם למשיבה בעד תקופת עבודתה אצלו סכום של 19,600 ש"ח.

המערער 3 (להלן: בן שטרית) "קנה" את המשיבה ביום 27.6.2000 בסכום של 4,000 דולר, אולם דרכונה נותר בידי גריגורי. בתקופה זו ועד ליום 27.7.2000, עת נעצרה על ידי המשטרה, הועסקה המשיבה בדירה בבאר-שבע. על פי עדותה, קיבלה המשיבה בתקופה זו 6-7 לקוחות ליום, וכל אחד מהם שילם לבן שטרית 150 ₪ בעד שירותיה. האתנן ששילמו הלקוחות הועבר במלואו לבן שטרית והמשיבה לא קיבלה תמורה כלשהי בעד עבודתה. לאחר מעצרה, הוצא כנגד המשיבה ביום 30.7.2000 צו גירוש והיא הועברה לכלא נווה תרצה.

ההליכים בבית הדין האזורי

4. בבית הדין האזורי לעבודה בבאר-שבע התבררה תביעה שהגישה המשיבה כנגד המערערים וכנגד יורי סלסרבסקי ופטר סובולב. בתביעתה, ביקשה המשיבה לחסות בצל משפט העבודה המגן, לחייב את המערערים לשלם לה שכר עבודה בתוספת פיצויי הלנת שכר, את סכומי "קנייתה" ו"מכירתה", ופיצויי על כאב וסבל ועוגמת נפש. בראשית הדרך ומטעמי אגרה, העמידה המשיבה את תביעתה על סך 29,500 ש"ח. בקשתה של המשיבה לתיקון כתב

התביעה ולהוספת סכומי תביעה נוספים שעניינם, בין היתר, פיצוי על כאב וסבל ועוגמת נפש, התקבלה בהחלטת בית הדין האזורי מיום 17.1.2001⁴.

בהתאם להחלטת בית הדין האזורי מיום 12.3.2001, נשמעה עדותה של המשיבה במהלך שלוש ישיבות בדרך של עדות מוקדמת בדלתיים סגורות.

בהחלטה מיום 22.4.2001 הורה בית הדין האזורי על מחיקת התביעה כנגד יורי סלסרבסקי, לאחר שלא עלה בידי המשיבה להמציא את כתב התביעה לידי והוא עזב את גבולות המדינה.

סמוך לאחר סיום חקירתה של המשיבה בבית הדין האזורי, פנתה באת כוחה לבית הדין ביום 27.6.2001, בבקשה לעכב את הליכי התביעה עד למתן פסק דין חלוט בהליכים הפליליים שהתנהלו כנגד המערערים באותה עת בקשר לאירועים מושא התביעה. בין לבין, הסתיימו ההליכים הפליליים בעניינים של מרבית הנאשמים, להוציא ההליכים בעניינו של גריגורי דוידוב.

בהחלטה מיום 23.9.2001, הורה בית הדין האזורי על עיכוב הליכי התביעה עד לסיום ההליכים הפליליים בעניינו של גריגורי דוידוב. הדיון בתביעתה של המשיבה חודש על פי החלטת בית הדין האזורי מיום 2.6.2002.

עוד במסגרת ההליכים בפני בית הדין האזורי, הגישה המשיבה ערעור על החלטת רשמת בית הדין האזורי בעניין הפקדת ערובה להבטחת הוצאותיו של גריגורי. בפסק דינו של בית הדין האזורי, בוטלה החלטת הרשמת בדבר הפקדת ערובה כספית בשל אי המצאת כתובתה של המשיבה לתיק בית הדין. חלף זאת נקבע, כי המשיבה נדרשת להמציא את כתובתה לעיון בית הדין בלבד ולהפקידה בכספת בית הדין.⁵

הרשעתם של המערערים בפליליים

5. בבתי המשפט המחוזי והשלום בבאר-שבע הוגשו נגד המערערים כתבי אישום חמורים. המערערים הורשעו על פי הודאתם ועונשם נגזר במסגרת עסקאות טיעון (להלן: **ההליכים הפליליים**) כדלקמן:

⁴ בשי"א 1070/01.

⁵ עב 2596/01; מותב בראשות השופטת יהודית גלטנר-הופמן, פסק דין מיום 8.8.2002.

א. כנגד בן עמי ואקרמן הוגשו בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע כתבי אישום בעבירות של סרסרות למעשה זנות, שידול למעשה זנות, החזקת מקום לשם זנות, השכרת מקום לשם זנות ובעילה אסורה.⁶ בגזר דין מיום 2.8.2001, קבע בית המשפט המחוזי בבאר-שבע כי העבירות בהם הורשעו בן עמי ואקרמן הן עבירות "שבהן נתגלה כיעורו של אדם, עבירות הנבנות על מעשיו הבזויים של העבריין", כמאמר השופט חשין בפסק הדין תורג'מן⁷. בית המשפט המחוזי התייחס לחומרה שבתופעת הסחר בבני אדם ולמסכת הייסורים שעברה המשיבה וגזר על בן עמי ועל אקרמן שלושים ושלושה חודשי מאסר בפועל ומאסר על תנאי של שנתיים למשך שלוש שנים.

בנוסף, חייב בית המשפט המחוזי את בן עמי ואקרמן לפצות את המשיבה בסכום שהפקידו בקופת בית המשפט המחוזי בסך 17,000 ש"ח כל אחד והוסיף, כי "הפיצוי הינו פיצוי עונשי הנפסק בגין הסבל שנגרם למתלוננת, ולפיכך, אין לקזז את הסכום מכל סכום שייפסק לזכותה בערכאה אחרת".

בית המשפט המחוזי ציין, כי חרף חומרת המעשים המיוחסים לאקרמן ובן עמי, מצא להקל במידת מה בעונשם, בין היתר, מאחר "שרק בתקופה האחרונה החלו הגופים האמונים על שלטון החוק ליתן דעתם לתופעה המחרידה של סחר בנשים העוסקות בזנות ומימדיה" ומאחר ו"פסק דין זה נמנה על הפסיקה החדשה בתחום זה".

ב. בבית משפט השלום בבאר-שבע, הוגש כתב אישום כנגד בן שטרית, בעבירות של סרסרות למעשה זנות, שידול למעשה זנות, החזקה והשכרת מקום למעשה זנות.⁸ בית משפט השלום אימץ את עסקת הטיעון בעניינו של בן שטרית וגזר עליו מאסר בפועל לתקופה של 6 חודשים ומאסר על תנאי של 12 חודשים למשך 3 שנים. עוד נגזר על בן שטרית לפצות את המשיבה בסכום של 3,000 ש"ח שישולמו במידה וירצה את עונשו בדרך של עבודות שירות.

⁶ פח 902/01

⁷ ע"פ 3520/91 הלנה תורג'מן נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 14.2.1993.

ג. בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, הוגש כתב אישום כנגד גרגורי דוידוב בעבירות של עושק, סרסרות למעשי זנות, שידול למעשי זנות והחזקת מקום לשם זנות. גרגורי הורשע על פי הודאתו בעבירות אלו. בית המשפט המחוזי אימץ את עסקת הטיעון בעניינו וגזר עליו 18 חודשי מאסר בפועל ומאסר על תנאי של שנתיים למשך שלוש שנים. עוד נגזר עליו, לפצות את המשיבה בסכום של 25,000 ש"ח שהופקדו בקופת בית המשפט.⁹

6. במסגרת תביעתה בבית הדין לעבודה, ביקשה המשיבה לסמוך טיעוניה על פסקי הדין בהליכים הפליליים, אשר כוללים לטעמה ממצאים עובדתיים ומסקנות המצביעות על קיומם של יחסי עבודה בינה לבין המערערים. ממצאים אלה יוצרים לטענת המשיבה מעשה בית דין, בדמות השתק פלוגתא, בכל הנוגע לשאלת קיומם של יחסי עובד-ומעביד בינה לבין המערערים.

פסק דינו של בית הדין האזורי

7. בית הדין האזורי חייב את המערערים לשלם למשיבה שכר עבודה ופיצויים על כאב וסבל ועוגמת נפש, ואלה עיקרי קביעותיו:
לא התקיימו יחסי עובד-מעביד בין המערערים למשיבה. אליבא דבית הדין האזורי, מדובר במערכת יחסים בכפייה "אשר שוללת את יסוד הרצוניות וחופש ההתקשרות החוזית בין הצדדים". חרף זאת קבע בית הדין האזורי, כי הולדתה בחטא של מערכת היחסים בין המערערים למשיבה, אין בה כדי לשלול מן המשיבה את זכויותיה וניתן לראות בה "עובדת" לעניין זכאותה לתשלום הזכויות להם עתרה. בית הדין האזורי קבע, כי חוזה אינו יסוד הכרחי לקיומם של יחסי עבודה וניתן לראות במערכת יחסי עבודה בכפייה כאחת מתבניות ההעסקה הגמישות והבלתי שגרתיות המצויות מחוץ למערכת יחסי העבודה הרגילים. מבחן התכלית וטעמים שבמדיניות חברתית

⁸ פ 2945/01, גזר דין מיום 15.7.2001.
⁹ פח 902/01

עמדו ביסוד החלטתו של בית הדין האזורי להחיל את **חוק שכר מינימום וחוק הגנת השכר** על ביצוע עבודתה של המשיבה.

הוסיף בית הדין האזורי וקבע, כי בממצאים בהליכים הפליליים אין כדי ליצור מעשה בית-דין בדבר קיומם של יחסי עובד מעביד בין המערערים למשיבה, ויש לבחון קיומם של יחסי עובד-מעביד על פי משמעותם במשפט העבודה.

בית הדין האזורי דחה את טענת המערערים לפיה חוזה העבודה במקרה זה הינו בלתי חוקי. נקבע, כי יש לערוך הבחנה בין חוזה המחייב ביצוע עבודה בלתי חוקית לבין חוזה שהעבודה המתבצעת על פיו איננה בלתי חוקית – כפי ענייננו – אולם הנסיבות החיצוניות לביצועה הן בלתי חוקיות. אליבא דבית הדין האזורי, לא כל מעשה בלתי חוקי של הצדדים לחוזה, או של מי מהם, הופך את החוזה לבלתי חוקי. החוק בישראל אוסר את "העבדת" המשיבה בזנות, אך לא את עצם העיסוק בזנות. משכך, בא בית הדין האזורי לכלל מסקנה, כי יש לראות בחוזה העבודה בענייננו ככזה המניב למשיבה זכויות מכח חקיקת המגן.

הוסיף בית הדין וקבע, כי גם מקום בו מדובר בחוזה עבודה הנגוע באי חוקיות חמורה וכריתתו, תוכנו ומטרתו הם בלתי מוסריים או נוגדים את תקנת הציבור, אין בעובדה זו בהכרח כדי לשלול את זכויותיו של מבצע העבודה. היפוכו של דבר, בית הדין האזורי סבר, כי קורבן סחר שעברה מסכת אירועים קשה, תוך השפלתה וניצולה, זכאית לכל הפחות לזכויות מגן בסיסיות מתחום משפט העבודה.

בכל הנוגע לגובה שכר העבודה שתבעה המשיבה קבע בית הדין האזורי, כי המשיבה לא הרימה את נטל ההוכחה לשכר הנתבע על ידה, ולא הונח בפני בית הדין מדד לקביעת התמורה הראויה בעבור עבודתה. במצב דברים זה, קבע בית הדין, זכאית המשיבה לשכר ראוי ששיעורו הוא לפחות כשכר המינימום. כפועל יוצא, פסק בית הדין האזורי למשיבה שכר בסך 25,850 ₪ בגין תקופת עבודתה אצל סובלב, בן עמי, אקרמן גריגורי ובן שטרית, בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק מסיומה של כל תקופת עבודה ועד לתשלום המלא בפועל.

התביעה לפיצוי בגין כאב וסבל ועוגמת נפש התקבלה, ובית הדין האזורי פסק למשיבה פיצוי כולל בסך 240,000 ₪ בשל "הפגיעה בכבודה, ברצונה

החופשי לעבוד ובזכותה להתפרנס מרצון ולא בכפייה". בהקשר זה ציין בית הדין האזורי, כי הוא "כבול" בקביעת הסכום לזה הנתבע בכתב תביעתה של המשיבה.

עתירתה של המשיבה לתשלום סכומי "קנייתה" ו"מכירתה" נדחתה בהעדר עילה המצויה בסמכות בית הדין.

בחתומת פסק דינו, חייב בית הדין האזורי את כל אחד מן המערערים לשלם למשיבה הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך 7,500 ₪ בצירוף מע"מ.

ארבעה מבין ששת הנתבעים בפני בית הדין האזורי, הגישו את הערעור לפנינו.

הדיון בערעור

8. בפתח הדיון בערעור ובמענה לשאלת בית הדין, השיב בא כח המערער 4, כי הסכום בו חוייבו המערערים בפסק דינו של בית הדין האזורי לא שולם למשיבה, אף שהמערערים לא פנו לבית הדין בבקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין. עם זאת ציין, כי סכום הפיצוי שנפסק למשיבה בהליכים הפליליים שולם במלואו בדרך של שחרורו מקופת בית הדין. בא כוחם של בן עמי, אקרמן ובן-שטרית הביא לידיעתנו, כי מרשיו ריצו עונש מאסר בין 33 חודשים, כל אחד.

עוד למדנו מפי באת כח המשיבה ונציגת המדינה, כי המשיבה עודנה בארץ, היא נישאה והתגיירה ומיוצגת בהליכים משפטיים על ידי הלשכה לסיוע משפטי.

לאחר הדיון בערעורים לפנינו, פנה "מכון קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל" לבית הדין, בבקשה להגיש עמדתו בהליך במעמד "ידיד בית משפט". עמדת המכון התקבלה לתיק בית הדין. בנוסף, הורה בית הדין ביום 14.6.2006 ליועץ המשפטי לממשלה, לאגודה לזכויות האזרח, לשדולת הנשים ולעמותת "קו לעובד" להודיע האם הם מעוניינים להגיש עמדתם בהליך.¹⁰

היועץ המשפטי לממשלה הגיש נייר עמדה ובו התייחסות לסוגיות העומדות להכרעה בערעורים לפנינו. יתר הגופים הנזכרים בהחלטת בית הדין הודיעו כי אין בכוונתם להגיש עמדה בהליך.

סחר בבני אדם: על התופעה והמאמצים למיגורה

התופעה הבינלאומית וממדיה

9. "העבדות המודרנית" או פניו המודרניים של הסחר בבני אדם, היא אחת התופעות הבזויות המתרחשות למגינת הלב בימנו אנו. מדובר בתופעה בינלאומית חמורה בהיקפה ובמימדיה. הסחר בבני-אדם בכלל ולמטרות זנות בפרט, התפתח על מצע העוני, הזעזועים הכלכליים ופירוק רשתות התמיכה החברתיות בארצות מתפתחות שעברו תהליך של כרסום בדפוסי התנהגות מסורתיים.

על חומרת עבירת הסחר בבני אדם עמד המשנה לנשיא, השופט מ' חשין כך:

"שלא כעבירות האחרות היא העבירה של סחר בבני אדם לעיסוק בזנות; עבירה זו, עבירה חמורה היא במיוחד... אין צורך להוסיף, הכל יודעים זאת, כי עבירה זו עבירה נגזרת היא מתופעות בזויות שנתגלו בחיי המדינה, תופעות של "יבוא" המלווה בהתנהגות נקלית ובזויה כלפי אותן נערות ונשים המבקשות למצוא פת-לחם. אין זה כבוד לא למדינה ולא לחברה בישראל, שעבירה מעין זו נחרתת בספר החוקים, בייחוד ביודענו שהעבירה לא שררה במקומנו מימים שמכבר; עבירה היא שנקבעה בימינו אלה. ... בימים שמכבר סחרו אנשים בבני-אנוש כצלמם ובדמותם, כמו היו חפצים דוממים; כך הוא, ככל הנראה, גם בימינו אלה במדינות מסוימות".¹¹

¹¹ בש"פ 7542/00 ארטור חנוכוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם), אוזכר על ידי השופט רובינשטיין בע"פ 10545/04 מדינת ישראל נ' פליקס אלדנקו ואח' (ניתן ביום

תופעת הסחר בבני-אדם פשטה נוכח תהליכי הגלובליזציה אשר מחד גיסא, העמיקו את חוסר השוויון בין מדינות מפותחות למדינות מתפתחות, ומאידך גיסא, אפשרו ניידות קלה וזולה בין מדינות. במציאות זו, מוצאים גורמים עברייניים אוזן קשבת לשידול אוכלוסיה פגיעה להגר למדינות רווחה, פעמים רבות באמצעות הבטחות שווא לשיפור ניכר במצבם הכלכלי. הסחר בבני אדם נעשה למטרות שונות ובהן ניצול מיני, נטילת אברי גוף או שעבוד ומתאפיין בשליטה מוחלטת בקורבן וניצולו במטרה להפיק ממנו ריווח כספי. "העסקתם" של קורבנות הסחר כוללת במקרים רבים עבודה סביב השעון, עיכוב דרכונים, שימוש בכח או באמצעי לחץ אחרים, הונאה, כליאה ותשלום תמורה זעומה בעד ביצוע העבודה, אם בכלל. עברייני הסחר עושים שימוש תדיר במוסד "שעבוד החובות", במסגרתו נדרש קורבן הסחר לפרוע את "חובו" בגין הוצאות הבאתו לארץ וכלכלתו בה. כך, מאולץ קורבן הסחר לוותר על שכרו לתקופה מסויימת או לקבל שכר זעום במהלכה, על פי שרירות ליבו של עבריין הסחר.

במרוצת העשורים האחרונים, חל גידול משמעותי בתופעה הבינלאומית של סחר בבני אדם. הממשל האמריקאי מעריך שכ - 800 אלף איש חוצים מידי שנה גבולות בין מדינות למטרות סחר בבני אדם.¹² להערכת האו"ם, נסחרים מדי שנה מיליוני בני אדם בעיקר למטרות זנות.¹³ ארגון ההגירה הבינלאומי (IOM) העריך, כי רבבות נשים נסחרות מידי שנה למדינות מערב אירופה, כאשר שני שלישים מהן מגיעות ממדינות מזרח אירופה.

הסחר בבני אדם בישראל

10. תופעת הסחר בבני אדם צמחה במדינת ישראל בראשית שנות ה - 90 של המאה הקודמת. התופעה הלכה והתעצמה עם השנים, והגיעה לשיא מימדיה בראשית שנות האלפיים.

6.2.2006).

¹² פרוטוקול מספר 7, משיבת ועדת המשנה (של ועדת החוקה חוק ומשפט) למאבק בסחר בנשים, דברי דניאל מרום, מנהל מחלקת ארגונים בינלאומיים, משרד החוץ.

¹³ ראה: נעמי לבנקרון ויוסי דהאן, **אשה עוברת לסוחר, סחר בנשים בישראל, 2003**, דו"ח מטעם

ההערכה היא, כי בראשית שנות האלפיים נסחרו בישראל מדי שנה בין מאות לאלפי נשים, בעיקר ממדינות מקור שהיו חלק מ"חבר העמים" וסבלו מעוני ומחסור במקורות פרנסה. בין מדינות אלה ניתן למנות את מולדובה, אוקראינה, רוסיה, ביילרוס ואוזבקיסטן.¹⁴ להערכת המשטרה, עד שלהי שנת 2003 נע מספר קורבנות הסחר בישראל בין 2,000 ל- 3,000 נשים שהוברחו לארץ והועסקו ב- 300 עד 400 בתי בושת מסוגים שונים, בתעשייה שהיקפה הוערך בכמיליארד דולר בשנה.¹⁵ ארגונים חברתיים מעריכים, כי הכולל.¹⁶ מטבע הדברים, אופייה הפלילי של התופעה והתנהלותה במחתרת מקשים על הערכה מדויקת של מימדיה.

במרוצת השנים האחרונות, נקטה פעילות רב-מערכתית מאומצת למיגור תופעת הסחר בבני-אדם בישראל. הערכת המשטרה היא, כי בעקבות פעילות זאת, הולך ופוחת מספר קורבנות הסחר בישראל, והוא עומד כיום על מאות בודדות עד אלף נשים בשנה.¹⁷ דפוסי הסחר השתנו אף הם במרוצת השנים. הסחר בנשים שהתרכז בעבר בבתי בושת גלויים, ממוקד כיום במשרדי ליווי בהם כביכול "תנאי העבודה" טובים יותר.

קורבנות הסחר הן על פי רוב נשים צעירות שגילן נע בין 18 ל- 35 שנים, מרביתן בשנות העשרים לחייהן, אם כי היו מקרים בודדים של סחר בקטינות. מרבית קורבנות הסחר לא עסקו בזנות בארצות מוצאן, אלא במגוון רחב של מקצועות, כגון מזכירות, זבניות, מורות, תופרות וכיוצא

מוקד הסיוע לעובדים זרים, אשה לאשה -מרכז פמיניסטי חיפה ומרכז אדווה. ניתן למצוא ב: <http://www.hotline.org.il/hebrew/pdf/Women as Commodities Trafficking in women in Israel 2003 Heb.pdf>

¹⁴ "סחר בבני אדם: התופעה ומאבק המדינה בה", מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, פברואר 2008.

¹⁵ דו"ח מטעם מוקד הסיוע לעובדים זרים, וגם: דוח ועדת החקירה הפרלמנטרית לבחינת תופעת הסחר בבני אדם בארץ, בראשות ח"כ זהבה גלאון, הוגש ביום 15.3.2005,

http://www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/sachar_final2005.htm; דו"ח מכון תודעה לוועידת זכויות האדם ה-60 של האו"ם שנערכה באפריל 2004,

<http://www.macom.org.il/todaa-un-report-60-heb.asp>

¹⁶ להערכת פרופ' מנחם עמיר בדוח מטעם שדולת הנשים, כאלף נשים מובאות לישראל בכל שנה (מתוך יוסי דהאן, עמוד 19).

¹⁷ "סחר בבני אדם: התופעה ומאבק המדינה בה", מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, פברואר 2008.

באלה. ¹⁸ עוד עולה, כי מרבית קורבנות הסחר מודעות לכך שהן תועסקנה בזנות בישראל, אך אינן מודעות לתנאים התת-אנושיים בהם תועסקנה. על פי רוב, נכנסות קורבנות הסחר למדינה באורח לא חוקי. בעבר, נכנסו קורבנות הסחר גם דרך מעברי הגבול הרשמיים בנמלי האוויר והים. כיום, בשל פיקוח הדוק על מעברי הים והאוויר, מוברחות מרבית קורבנות הסחר באורח לא חוקי דרך גבול ישראל-מצרים. פעילות מניעה אינטנסיבית של יחידת "מג"ב רמון", המופקדת על פיקוח קו הגבול עם מצרים, צמצמה את מספר ההברחות של קורבנות הסחר דרך רצועת גבול זו.

המאבק בתופעת הסחר בבני אדם בישראל

11. עוד בראשית ימיה של המדינה, חתמה ישראל ואישררה שורת **אמנות ומסמכים בינלאומיים העוסקים במאבק בסחר בבני אדם** בכלל ולמטרות זנות בפרט. דה פקטו, החקיקה והאכיפה בתחום לא היתה משמעותית עד ראשית שנות ה-2000. קורבנות הסחר נכנסו לתחומי המדינה עד תחילת שנות האלפיים דרך מעברי הגבול הרשמיים בשדות התעופה והנמלים ומשטרת ישראל התערבה במתרחש בבתי בושת רק במקרים מיוחדים. קורבנות הסחר העידו לעיתים רחוקות על עבירות שנעשו בהן, והרשויות הסתפקו במעצרן ובגירושו. הסרסורים נתפסו כמקור מודיעני לחקר פשעים אחרים, וההתייחסות לסחר בנשים היתה כאל עבירה שולית. ¹⁹ מפנה במגמת הטיפול של רשויות המדינה בתופעת הסחר בבני אדם התרחש, כפי הנראה, בעקבות קיתונות של ביקורת בינלאומית שספגה ישראל בנוגע למימדי תופעת הסחר בבני אדם בתחומה. בחודש מאי 2000, פורסם דו"ח ארגון "אמנסטי אינטרנשיונל" אודות הפרת זכויות אדם של נשים ממדינות ברית המועצות לשעבר הנסחרות לתעשיית המין בישראל. ²⁰

¹⁸ נעמי לבנקרון ויוסי דהאן, **אשה עוברת לסוחר, סחר בנשים בישראל, 2003**, דו"ח מטעם מוקד הסיוע לעובדים זרים, אשה לאשה - מרכז פמיניסטי חיפה ומרכז אדווה.

¹⁹ ראה: נעמי לבנקרון ויוסי דהאן, **אשה עוברת לסוחר, סחר בנשים בישראל, 2003**, דו"ח מטעם מוקד הסיוע לעובדים זרים, אשה לאשה - מרכז פמיניסטי חיפה ומרכז אדווה.

²⁰ Human Rights Abuses Affecting Trafficked Women in Israel's Sex Industry, Amnesty, MDE, 18 May 2000.

בעקבות כך, תוקן ביולי 2000 **חוק העונשין, תשל"ז-1977** (להלן: **חוק העונשין**) והוכנסה בו לראשונה עבירה של סחר בבני אדם לעיסוק בזנות.²¹ בנוסף, הוחלט על הקמת ועדת חקירה פרלמנטרית לבחינת תופעת הסחר בנשים בישראל. הוועדה, בראשות ח"כ זהבה גלאון, הוקמה ביוני 2000.

חקיקת חוק ההגנה על קורבנות סחר (**Trafficking Victims Protection Act of 2000**) בארצות הברית בשנת 2000, היתה זרז נוסף בהגברת המאבק בסחר בבני אדם בישראל. בהתאם להוראות החוק, נדרשה מחלקת המדינה האמריקאית להגיש לקונגרס מידי שנה דין וחשבון על מצב הסחר בבני אדם במדינות העולם ומאבקן בתופעה. החוק קבע מדרג לסיווג מאבק מדינות העולם בתופעת הסחר בבני אדם. בקטגוריה העליונה (Trier 1), מסווגות מדינות העומדות בסטנדרטים המינימאליים שהתוותה ארה"ב למאבק בסחר בבני אדם. בקטגוריה הבינונית (Trier 2), מסווגות מדינות שאינן עומדות בסטנדרטים המינימאליים, אך עושות מאמצים משמעותיים לשם עמידה בהם. בקטגוריה התחתונה (Trier 3), מסווגות מדינות שאינן עומדות בסטנדרטים המינימאליים ואינן עושות מאמצים משמעותיים על מנת לעמוד בהם. מדינה המסווגת בקטגוריה התחתונה, צפויה לסנקציות כלכליות בדמות פגיעה בסיוע החוץ של ארצות הברית. מאבק המדינות בתופעת הסחר בבני אדם נבחן על ידי מחלקת המדינה האמריקאית בשלושה פרמטרים: העמדה לדין - אכיפה, הגנה על קורבנות, ופעולות מניעה - **Prevention, Protection and Prosecution**.

הדו"ח הראשון של מחלקת המדינה בארצות הברית פורסם ביולי 2001, וישראל סווגה בו בקטגוריה החמורה ביותר של מדינות אשר אינן עומדות בסטנדרטים המינימאליים למאבק בסחר בבני אדם ואינן עושות צעדים משמעותיים כדי לעמוד בסטנדרטים אלה. בדו"חות הבאים לשנים 2002-2005, סווגה ישראל בדירוג השני, כמדינה העושה מאמצים להיאבק בתופעת הסחר בתחומה, אולם עומדת בכך באופן חלקי.

לאחר פרסום הדו"חות הראשונים של מחלקת המדינה בארצות הברית, פנה היועץ המשפטי לממשלה ביום 17.9.2002 אל שרי המשפטים, בטחון פנים, העבודה והרווחה ומפכ"ל המשטרה, בבקשה להקים צוות בינמישרדי להתמודדות ומעקב אחר תופעת הסחר בנשים למטרות זנות. בראש הצוות

²¹ תיקון 56 לחוק העונשין, ראה להלן.

עמד סני"צ אבי דוידוביץ' והוא כלל נציגים מהמשטרה, הפרקליטות, משרדי העבודה, הפנים והחוץ. הצוות הבינמישרדי פירסם במהלך חודש נובמבר 2002 דו"ח, ובו הצעות לצמצום התופעה. בדו"ח הומלץ בין היתר, על הקמת מקלט לקורבנות הסחר; על כינונו של גוף שיופקד על תיאום בין הרשויות המטפלות בנושא (משטרה, פרקליטות, שלטונות המס, משרד החוץ ועוד); על מסע הסברה במדינות ה"מקור" ובארץ; על פיתוח שיתוף פעולה עם מדינות ה"מקור", לרבות במקרה של גירוש בחזרה אליהן; על שימוש בכלים פיננסיים שיפגעו בכיסים של הסוחרים ויאפשרו עיקול רכושו של העבריין, ועוד כיוצא באלה.

ועדת החקירה הפרלמנטארית בראשות ח"כ גלאון פרסמה דו"ח ביניים בחודש דצמבר 2002 בו המליצה, בין היתר, על קביעת עונשי מינימום לעבריני סחר; על חקיקה שתאפשר שפיטת תושב ישראל אשר ביצע עבירה הקשורה לסחר בבני אדם במדינה אחרת, גם אם אין באותה מדינה חוק האוסר על סחר בבני אדם; על חקיקה בעניין גביית עדות מוקדמת מקורבנות סחר; ועל מתן סיוע משפטי לקורבנות סחר בעת מעצרו המינהלי ובתביעות אזרחיות כנגד סרסורים.

הדו"ח הסופי של ועדת החקירה הפרלמנטארית פורסם ביום 15.3.2005. המלצות ועדת החקירה הפרלמנטארית והועדה הבינמישרדית טרם באו ליישמן המלא, אף שחלקים נרחבים מהם יושמו, בין היתר, בדרך של חקיקה. הפעולות שננקטו על ידי רשויות המדינה, לרבות בתחום החקיקה, האכיפה, ההגנה והמנע, קידמו במידת מה את המאבק בתופעה. כאמור, החל משנת 2002, מסווגת ישראל על ידי מחלקת המדינה האמריקאית בדירוג הבינוני, כמדינה שאינה עומדת די הצורך בסטנדרטים למאבק בסחר בבני אדם, אולם נוקטת אמצעים משמעותיים כדי לעשות כן. זאת, למעט בדו"ח משנת 2006 בו דורגה ישראל ב"רשימת הבקרה" (Watch List). בדו"ח האחרון משנת 2007 "חזרה" ישראל לדירוג השני. דירוגה בשנת 2007 נומק בכך שממשלת ישראל נוקטת במאמצים ניכרים למיגור הסחר בבני אדם בתחומה. בין היתר, נזכר בדו"ח מחלקת המדינה התיקון המקיף לחוק

העונשין בשנת 2006²², הענקת סיוע משפטי לקורבנות הסחר, ואישור תוכנית ממשלתית למלחמה בסחר למטרות עבודות כפייה.²³ ביום 21.5.2006 התקבלה החלטת ממשלה בדבר מינוי ועדת מנכ"לים לתיאום מדיניות המאבק בסחר בבני אדם. הועדה התכנסה מספר פעמים ואישרה שתי תוכניות לאומיות למאבק בסחר בבני אדם. האחת, למאבק בסחר בנשים למטרות זנות (אושרה ביולי 2007) והשנייה, למאבק בסחר בבני אדם למטרות שעבוד ועבודות כפייה (אושרה בינואר 2007).²⁴

הדין החל

12. המשפט הבינלאומי ואימוצו על ידי מדינת ישראל
ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (האו"ם, 1948) אוסרת עבודות וסחר בעבדים, בזו הלשון:

Article 4

“No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms”.

האיסור על סחר בבני אדם עוגן באופן נרחב במשפט הבינלאומי. מדינת ישראל חברה בשורת אמנות בינלאומיות למאבק בתופעת הסחר בבני אדם. עוד בשנת 1950 חתמה מדינת ישראל על **האמנה להשבתת הסחר בבני אדם וניצול זנותם של אחרים**,²⁵ אשר אומצה בשנת 1949 על ידי העצרת הכללית של האו"ם. אמנה זו מעגנת את איסור הסחר בבני אדם וקובעת סנקציה על סרסרות, שידול לזנות או ניצול מעשה זנות של אחרים. בשנת 1955 אישרה מדינת ישראל את **אמנה מס' 29 משנת 1930**²⁶ של ארגון העבודה הבינלאומי שעניינה **בעבודה בכפייה** (forced labour). על פי הגדרת האמנה, עובד בכפייה הוא מבצע עבודה שלא הציע עצמו לעבודה באופן וולונטרי.

²² ראה להלן בפרק "הדין בישראל".

²³ החלטת ממשלה מס' 2670 מיום 2.12.2007 בדבר "תוכנית לאומית למאבק בסחר בבני אדם וקביעת פתרונות שיכון לקורבנות עבדות, סחר לעבודות וסחר לעבודות כפייה".

²⁴ סקירה של מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים.

²⁵ אמנת האו"ם מ – 2 בדצמבר 1949.

²⁶ **Forced Labour Convention, 1930**

בשנת 1958 אישרה מדינת ישראל את **אמנה מס' 105 משנת 1957**,²⁷ אף היא של ארגון העבודה הבינלאומי, שעגינה את התחייבות חברות הארגון שלא לעשות שימוש בכל סוג של עבודה בכפייה. ישראל חתמה אף על **אמנת האו"ם "לביעור כל צורת אפליה נגד נשים"**, מיום **18.12.1979**.²⁸

ביום 18 באוגוסט 1991 אישרה ישראל את **האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966**,²⁹ הכוללת איסורים על עבדות וסחר עבדים.

בשנת 1998 אומצה על ידי ארגון העבודה הבינלאומי **הצהרה בדבר הזכויות והעקרונות בעבודה**,³⁰ ובה התחייבות המדינות החברות למימוש עקרונות היסוד בעבודה לרבות, מיגור הפליה, חופש ההתארגנות, מיגור כל סוג של העסקה בכפייה והעבדת ילדים.

אמנה מס' 182 משנת 1999 של ארגון העבודה הבינלאומי, אושרה על ידי מדינת ישראל במרץ 2005. האמנה עוסקת בנקיטת פעולות מיידיות לחיסול הצורות הנוראיות של העסקת ילדים.³¹

המסמך המרכזי והאחרון ובו אגד אמות המידה הבינלאומיות למאבק בסחר בבני אדם הוא **הפרוטוקול למניעת, דיכוי, וענישת הסחר בבני אדם, במיוחד נשים וילדים** משנת 2000,³² (נספח לאמנת פאלרמו נגד פשע מאורגן). מטרתו של הפרוטוקול, כקבוע בו, ליצור שיתוף פעולה בינלאומי בעניין מניעת הסחר בבני-אדם, ענישת עבריינים וסיוע לקורבנות הסחר. מדינת ישראל חתמה על הפרוטוקול בנובמבר 2001 והוא נכנס לתוקף בסמוך לאחר מכן. באותו פרק זמן חתמה מדינת ישראל גם על **הפרוטוקול בדבר סחר בילדים, זנות של ילדים ופורנוגרפיה של ילדים**.³³

²⁷ **Abolition of Forced Labour Convention, 1957**

²⁸ סעיף 6 לאמנה הוא הרלוונטי וקובע: States Parties shall take all appropriate measures, including legislation, to suppress all forms of traffic in women and exploitation of prostitution of women.

²⁹ כ"א 31 ע' 269

³⁰ **ILO Declaration on Fundamental Principles and right at work**

³¹ Worst Forms of Child Labour Convention, 1999

³² **Protocol to prevent, suppress and Punish Trafficking in persons, especially Woman and Children**, supplementing the United Nation Convention against Transnational Organized Crime (2000)

³³ **Optional Protocol to the Convention on the rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and child Pornography.**

מדינת ישראל חתמה אף על אמנת האו"ם נגד פשע מאורגן משנת 2000, שקובעת בסעיף 25(2), כי קורבנות העבירות אליהן מתייחסת האמנה זכאים לפיצוי ולהשבה. נציגת המדינה הביאה לידיעתנו, כי מדינת ישראל נמצאת בהליכים מתקדמים לאישורה של אמנה זו.

הדין בישראל

13. ספר החוקים של מדינת ישראל לא כלל עד שנת 2000 הוראות בעניין סחר בבני-אדם.

בשנת 2000, חוקק **סעיף 203א לחוק העונשין**,³⁴ האוסר על סחר בבני אדם לעיסוק בזנות. הוראת הסעיף קבעה עבירה של סחר בבני אדם למטרות זנות שהעונש המירבי עליה הוא 16 שנות מאסר. לגבי עבירת סחר שנעברה בקטין, נקבע **בסעיף 203ב לחוק העונשין** עונש מירבי של 20 שנות מאסר. במסגרת התיקון לחוק בשנת 2000, חוקקו מחדש בסעיפים 201-202 **לחוק העונשין** עבירות הסרסרות לזנות, הוחמרו העונשים על עבירות אלה, ונקבעה **בסעיף 203 לחוק** עבירה של סרסרות בנסיבות מחמירות כגון, ניצול יחסי מרות, תלות, חינוך או השגחה, ניצול מצוקה כלכלית או נפשית, שהעונש המירבי עליה הוא עשר שנות מאסר. העונש המירבי על סרסרות בנסיבות מחמירות עוד יותר, כגון, שימוש בכח או איומים, נקבע **בסעיף 203(ב) לחוק העונשין** כשש עשרה שנות מאסר.

בשנת 2003, תוקן **סעיף 203א לחוק העונשין**, באופן בו נקבע לראשונה עונש מינימום לעבירת הסחר בבני אדם. באותו פרק זמן תוקן **סעיף 117ב לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב)**, **התשמ"ב-1982** ובו נקבע, כי החלטה בבקשה לגביית עדות מוקדמת באישום בעניין סחר בבני אדם, תנתן על ידי בית המשפט תוך שבועיים מיום הגשתה והעדות תשמע חודשיים בתכוף לאחר מכן.

חוק הסיוע המשפטי, תשל"ב-1972 תוקן אף הוא בשנת 2003³⁵ ונקבע בו, כי נפגע מעבירה של סחר בבני אדם או מעבירות נלוות לכך, יהא זכאי לייצוג משפטי עצמאי מטעם לשכות הסיוע המשפטי.

³⁴ תיקון מס' 56 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

³⁵ תיקון מס' 4

חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ז-2006 הוא דבר החקיקה המשמעותי ביותר שנחקק בנושא הסחר בבני אדם. החוק נחקק ביום כ"ו בתשרי התשס"ז - 18 באוקטובר 2006, והסדיר באופן כולל את העבירות הקשורות לסחר בבני אדם. במסגרת זו, הועתק מיקום העבירה של סחר בבני אדם למטרות זנות מסימן י' בפרק ב' **לחוק העונשין** שכותרתו "זנות ותועבה" אל סימן ז' בפרק י' **לחוק איסור סחר בבני אדם** העוסק ב"פגיעה בחירות". בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר, כי מוצע להעתיק את מיקומו של הסעיף "**שכן מדובר בתופעה הפוגעת בצורה חמורה ביותר בחירותו של אדם**".³⁶

עוד במסגרת החוק, הורחבה עבירת הסחר בבני אדם לסחר למטרות שונות (ולא רק לעיסוק בזנות), כגון נטילת איברים, הולדת ילד ונטילתו, ביצוע עבירות מין ועוד; המונח "סחר" הוגדר אף הוא באופן רחב ככולל מכירה, קניה או עיסקה אחרת באדם בתמורה או שלא בתמורה; ונקבע עונש מירבי של 16 שנות מאסר על עבירות סחר, ובקטין - 20 שנות מאסר.

במסגרת **סעיף 377 לחוק איסור סחר בבני אדם** הקים המחוקק קרן ייעודית לרכוש מחולט של עבריינים שהורשעו בסחר. נקבע, כי כספי הקרן ישמשו למיגור תופעת הסחר, שיקום קורבנות הסחר, טיפול והגנה עליהם ואכיפת הוראות החוק. הלכה למעשה, יועד השימוש בכספי הקרן להגשמת הקריטריונים אותם התוותה מחלקת המדינה האמריקאית בחוק ההגנה על קורבנות סחר. לאמור, Prevention, Protection and Prosecution.

עד לא מכבר, נדונה עבירת הסחר בבני אדם בפני הרכב של שלושה שופטים בהתאם להוראות **חוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984**. במסגרת המאמצים לקידום הטיפול היעיל בעבירות הסחר, התקבל בכנסת ביום 7.2.2008 תיקון מס' 48 **לחוק בתי המשפט**.³⁷ על פי התיקון, הוסמך בית המשפט המחוזי לדון בעבירה של סחר בבני אדם לשם עיסוק בזנות בפני דן יחיד.

עמדות בעלי הדין בערעור לפנינו

³⁶ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 91) (איסור סחר בבני אדם), התשס"ו-2006, ה"ח 231, כ"ו טבת התשס"ו, 26.1.2006.

³⁷ ס"ח 2132, א' באדר א' התשס"ח, 7.2.2008.

14. [א] **המערערים** טענו לפנינו, כי בית הדין לעבודה נעדר סמכות עניינית בתביעתה של המשיבה מאחר ולא נקשרו יחסי עבודה בין הצדדים. לטעמם, קביעתו של בית הדין האזורי כי לא שוררים יחסי עבודה בין הצדדים, נוטלת מיניה וביה את סמכותו העניינית, וזכויותיה של המשיבה צריכות להתברר במישור הפלילי והנזיקי.

[ב] **המשיבה** תמכה בפסק דינו של בית הדין האזורי המעוגן לטעמה היטב בחומר הראיות, בעדויות הצדדים ובפסיקתו של בית הדין הארצי בעניין **אלי בן עמי – רחל גליצנסקי**.³⁸ המשיבה טענה לזכאותה לסעדים מתחום משפט העבודה ועמדה על כך שהמערערים ניהלו "עסק" בגופה, עשו בגופה ובנפשה שימוש נפשע במטרה להניב הכנסות וניצלו את משאביה הפיזיים והנפשיים.

[ג] **היועץ המשפטי לממשלה** הביא עמדתו בפנינו, לפיה המאבק בסחר בבני אדם מקומו במסגרת המשפט הפלילי והנזיקי ולא במסגרת משפט העבודה. לעמדתו, אין מקום להחיל על תופעת הסחר בבני אדם מושגים מעולם העבודה, מאחר והדבר יביא למיסודה ויפגע במאמצים למיגורה. לטענת היועץ המשפטי, קורבן "סחר" אינה "עובדת", הסוחרים שסירסו בה אינם "מעבידים", ולא ניתן לראות ביחסים בין השניים יחסי עבודה.

בפריזמה של משפט העבודה, סבור היועץ המשפטי, כי תשלום שכר עבודה לעוסקת בזנות עומד בסתירה לאיסור הפלילי בעניין סרסרות וייתן תוקף למציאות בלתי חוקית; כי האיסור הפלילי על סרסרות שולל את חופש ההתקשרות של הצדדים ליחסי העבודה; כי הכרה בקורבן סחר שהועסקה בזנות כעובדת אינה מתיישבת עם תכלית משפט העבודה המגן שעניינה בהבטחת כבודו וחירותו של העובד; וכי הכרה בקורבן סחר שעסקה בזנות כעובדת תביא למיסוד הזנות.

באת כח היועץ המשפטי עמדה על כך, שבכל העבירות הקשורות ל"תעשיית" הזנות, אין נפקות להסכמת הקורבן או ל"רצונו". משמעות הדברים היא, כי עובר העבירה לא יוכל להישמע בטענת הגנה לפיה קורבנו הסכים או רצה בעבירה. העדר יסוד ההסכמה משקף לעמדת היועץ, מדיניות כופה, לפיה מדובר בעבירות הפוגעות בערכים יסודיים של כבוד האדם שהחברה אינה מוכנה לאפשר את קיומן.

לעמדת היועץ המשפטי, סעדיה של קורבן הסחר מקומם בדין הנזיקי ובדרך של הגשת תביעה אזרחית נגררת לפלילים. טרמינולוגיית דיני הנזיקין והסעדים המוקנים במסגרתם, מתאימים להכיל את עניינה של קורבן הסחר שאולצה לעסוק בזנות ומאפשרים לה לתבוע את כל האתנן בעד "עבודתה", את סכומי "מכירתה" ופיצוי הולם על הסבל שנגרם לה. לעמדת היועץ המשפטי, משעה שבית הדין לעבודה מכניס בשעריו את קורבן הסחר שאולצה לעסוק בזנות ופוסק לה פיצוי בגין כאב וסבל, הוא מונע ממנה לקבל פיצוי באחדות מן העילות הנזיקיות.

חרף עמדתו העקרונית, סבור היועץ המשפטי, כי בנסיבות המקרה לפנינו ומשיקולי צדק, יש לעשות שימוש בשיקול דעתו של בית המשפט, שלא להישמע לטענת חוסר סמכות שהועלתה בשלב מאוחר של הדיון, ולא להורות על ביטול תוצאת פסק דינו של בית הדין האזורי. תוצאת ביטול פסק הדין בעניינה של המשיבה, שהתגיירה, נישאה והקימה משפחה בישראל, יעמיד אותה, לטעמו של היועץ המשפטי, במצב בלתי נסבל בו תידרש להגשת תביעה חדשה שנים לאחר התרחשות האירועים מושא דיוננו. תוצאה זו אינה מתיישבת לטענת היועץ המשפטי, עם עקרונות של צדק.

[ד] מכון קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל סבור, כי היקף ההגנה על קורבן הסחר במשפט הישראלי, צריך להיגזר מאמות המידה שנקבעו לעניין זה במשפט הבינלאומי המחייב את מדינת ישראל. המשפט הבינלאומי הפלילי מחייב את המדינות החתומות על האמנות להתייחס בכל חומרת הדין לסחר בנשים ולעיסוק בזנות, בדרך של ענישת העבריינים ופיצוי הקורבנות. לעמדת המכון, מדיניות הפיצוי צריכה לקחת בחשבון את הפגיעה החמורה בזכויות האדם של קורבן הסחר, את הנזק הגופני והנפשי שנגרם לה, את ההשפלה הכרוכה בעבירות שבוצעו כנגדה ואת ניצולה להפקת רווחים שלא כדין. כפועל יוצא, סבור המכון, הפיצוי צריך שישתרע מעבר להגנות המצויות בתחום משפט העבודה, ויכלול זכות להשבת רווחים שהופקו במרמה ובכפייה ופיצוי על הפרת זכויות אדם.

בכל הנוגע לבית הדין לעבודה כמסגרת מתאימה להענקת פיצוי לקורבן הסחר עמדת המכון היא, כי העסקת אישה בזנות אינה "עבודה" במובנו המקובל של מונח זה. עם זאת, ישנה חשיבות להגנות שמעניק משפט העבודה הבינלאומי כסעד ראשוני לקורבן הסחר.

הכרעה

15. בערעור זה עומדת להכרעתנו שאלת זכאותה של המשיבה לזכויות ולהגנות הקבועות בחוק שכר מינימום ובחוק הגנת השכר וזכאותה לפיצוי על כאב וסבל ועגמת נפש.

אקדים אחרית דבר לראשיתו ואומר כי לעמדתי, המשיבה זכאית לתשלום מלוא הסכומים שקיבלו המערערים בשל עיסוקה בזנות בכפייה או לתשלום שכר מינימום בצירוף פיצויי הלנה מוגדלים על פי סעיף 8 לחוק שכר מינימום - לפי הגבוה מבין השניים, ולפיצוי על כאב וסבל ועגמת נפש. עם זאת, מאחר והערעור לפנינו הוגש מטעם המערערים והמשיבה לא ערערה על גובה הסכומים שפסק לה בית הדין האזורי, תוגבל פסיקתנו בערעור זה לסכום שפסק בית הדין האזורי.

וזה יהא סדר הילוכנו בערעור

- התקדים – פרשת אלי בן עמי ;
- זכויות המשיבה על פי דיני חוזים ;
- זכויות המשיבה על פי דוקטרינת הפרשנות התכליתית ;
- זכויות המשיבה על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט ;
- קיומה של עילת תביעה במשפט העבודה וסמכות בית הדין לעבודה ;
- הסכומים שעל המערערים לשלם למשיבה ;
- פיצויים על כאב וסבל ועגמת נפש.

התקדים – פרשת אלי בן עמי

16. זכאותה של העוסקת בזנות לתשלום שכר מינימום על פי חוק שכר מינימום ולפדיון חופשה על פי חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951, נקבעה עוד בפסק דינו של בית דין זה אשר חייב מנהל בית בושת לשלם לנערת ליווי זכויות הקבועות בחקיקת המגן³⁹ (להלן: פסק דין בן עמי). לא למותר לציין, כי מנהל בית הבושת בפסק דין בן עמי הוא המערער מס' 1 בערעור לפנינו. הטעמים שעמדו ביסוד דעת הרוב בפסק דין אלי בן עמי היו אלה: מנהל בית הבושת הנפיק לעובדת תלושי שכר; נסיבות העסקתה עמדו באמות המידה של מבחן ההשתלבות, על שתי פניו; נערת הליווי גבו חלק מן התשלום מהלקוחות, אולם הן לא היו זכאיות לקבל את התשלום במלואו והוא נמסר לבעלי בית הבושת; התשלום לנערת הליווי היה חלק מעלות השירות שהלקוח שילם לבית הבושת. נקבע עוד, כי אין לראות בסכומים שנתרו בידי נערת הליווי "תשר" אלא תשלום עבור מתן שירותים. בכל הנוגע למדיניות השיפוטית הראויה, ציינתי בדעת הרוב באותה פרשה, כך:

"המדיניות החברתית הנאותה במקרה זה היתה להבטיח, שהאישה המבצעת עבודה במסגרת עסק של מי שמפעיל אותה תזכה להגנת חוקי מגן ולזכויות סוציאליות. גם מי שעוסקת במקצוע זנות זכאית לתנאים מינימאליים, שכן גם מי שמנוצלת ומועסקת כנערת ליווי היא בת אנוש..."

עוד נאמר שם:

"אין בזה כדי לעודד עיסוק זה או לתת לו תוקף חוקי. מדיניות זו מקשה על ניהול עסק אסור של זנות, שכן הטלת מסים ותשלום זכויות שנקבעו בחוקי עבודה מגן על מנהלי בתי בושת תהפוך את העסק לפחות כדאי. יצוין, כי אין אנו דנים ביחסים החוזיים בין בעלי הדין ובכל הקשור לחוקיות חוזה זה. עניינינו הוא הבטחת תנאי עבודה מינימאליים, שנקבעו בחוקים."

³⁹דב"ע נו/3-180 אלי בן עמי – רחל גליצנסקי, פד"ע לא 389.

במדינות נוספות, מכיר הדין בנערת ליווי כ"עובדת" לעניינים מסוימים. לדוגמא: הפסיקה במערב אוסטרליה קבעה, כי נערת ליווי שנפגעה במהלך עבודתה זכאית לזכויות הקבועות בחוק הביטוח מפני תאונות עבודה. כתב על כך פרופ' רוב גוטרי⁴⁰:

"There is an increased likelihood that compensation claims will be able to be made successfully by workers who are working under apparently illegal contracts of employment or who, in the course of their work, are in breach of some statutory provisions. There is an increased level of judicial tolerance for contracts performed in breach of statutes and additionally the field of work which is contrary to public policy seems to be narrowing."

חשוב להדגיש, כי פסק דין בן עמי דן שמי שעסקה בזנות במכון ליווי, על פני הדברים, מרצונה החופשי. זאת, בשונה מהעניין הנדון לפנינו בו העסקתה של המשיבה בזנות נעשתה תחת כפייה. לאחר מתן פסק דין בן עמי יצאו מלפני בית המשפט העליון ומלפני בית דין זה שורת פסקי דין בסוגיית הפרשנות התכליתית של חקיקת המגן וחוק הביטוח הלאומי, התשנ"ה-1995. פסיקה זו קבעה את תחולתן של זכויות מסוימות מחקיקת המגן ומחוק הביטוח הלאומי, בנסיבות מתאימות, גם על מבצע עבודה או נותן שירות שאינו "עובד" על פי המבחנים ה"קלאסיים" לקביעת מעמד - המבחן המעורב ומבחן ההשתלבות. על פסיקה זו נעמוד בהרחבה להלן. בערעור זה נדרש, בין היתר, לנפסק בפרשת בן עמי, להשלכותיו על המקרה שלפנינו ולמאפיינים המייחדים את עניינה של המשיבה.

זכויות המשיבה במסגרת דיני החוזים

17. מן הפריזמה של דיני החוזים, מצביעות מכלול הנסיבות שאפפו את ביצוע עבודתה של המשיבה על קיומו של "חוזה פסול בכפייה" בינה לבין

⁴⁰ Professor Rob Guthrie, "Compensation in the Sex Industry – Future Directions in Western Australia", to be published.

המערערים. על מנת לבאר עמדותי בעניין זה, נעמוד להלן על תמצית מאפייניו של הסחר בנשים ועל נסיבות ביצוע עבודתה של קורבן הסחר.

18. כפי שנקבע ב**פסק דין בן עמי**, היחסים בין סרסור לבין נערת ליווי העוסקת בזנות מרצונה הם ללא ספק יחסים חוזיים. הסרסור מציע תנאי עבודה, נערת הליווי מקבלת אותם ונכרת חוזה בין השניים. אמנם, מדובר בחוזה פסול ולדבר משמעויות משפטיות עליהן נעמוד להלן. מכל מקום, החוזה בין נערת ליווי שעוסקת בזנות מרצון לבין הסרסור, הוא חוזה בעל מאפיינים רבים של חוזה עבודה. לאמור: נערת הליווי מבצעת עבודה עבור הסרסור; הסרסור "מפעיל" אותה ו"מוכר" את שירותיה לאחרים; הסרסור מציע את תנאי העבודה ונערת הליווי מקבלת אותם על פי רצונה.

שונים פני הדברים במקרה ממין זה שלפנינו. עניינה של קורבן הסחר מתאפיין ביסוד הכפייה הגלום בביצוע עבודתה. כפי שעמדנו על כך בהרחבה, הסחר בנשים מתאפיין בשליטה מוחלטת של הסוחר בחיי קורבנותיו, באמצעות אלימות או אמצעי לחץ אחרים; ישנן קורבנות סחר הכלואות משך חודשים ארוכים בדירות מסתור ואינן מורשות לצאת מהן ללא ליווי; דרכוניהן מעוכבים; במקרים רבים קורבנות הסחר נאנסות על ידי הסוחרים, קרוביהם ומכריהם; קורבן הסחר עובדת, על פי רוב, במשך 7 ימים בשבוע ושעות עבודתה נעות בין 14 ל - 18 שעות ביממה; במהלך שעות "העבודה" נדרשת קורבן הסחר לקבל מספר רב של לקוחות ואין בידה להתנגד למספרם או לזהותם; למרבית קורבנות הסחר לא ניתנים ימי חופשה; התמורה המועברת לקורבנות הסחר, אם בכלל, הינה זעומה ביחס לאתנן שמקבלים הסרסורים בעד עבודתן.

19. אלמנט הכפייה מעורר את השאלה, **האם ניתן להגדיר את היחסים בין קורבן הסחר לבין סוחריה כיחסים חוזיים?** שהרי, עבריין הסחר אינו "מציע" עבודה ותנאי עבודה לקורבנו אלא כופה אותם עליה, וקורבן הסחר אינה אוטונומית לסרב לתנאי העסקתה ולעיתים אף לעצם העסקתה בזנות.

דומה, שניתן למצוא מענה לעניין זה במסגרת הוראות **חוק החוזים (חלק כללי)**, התשל"ג-1973 (להלן: **חוק החוזים**).

סעיף 17(א) לחוק החוזים עוסק בחוזה שנכרת עקב כפייה, וזה לשונו:

17. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.

המלומדת גבריאלה שלו כותבת בספרה **דיני חוזים – החלק הכללי**, כך:

"על פי גישת המחוקק הישראלי, המשתקפת בסעיף 17, אין הכפיה שוללת את קיומו של רצון ההתקשרות, אם כי היא פוגמת ברצון זה. על כן, **חוזה שנכרת בכפיה אינו בטל מעיקרו** אלא ניתן לביטול על פי בחירתו של מי שהתקשר בכפיה"⁴¹. [ההדגשה הוספה – ס.א.]

כלומר, הוראות חוק החוזים קובעות באופן ברור כי יסוד ההתקשרות החוזית קיים גם בנסיבות של התקשרות עקב כפיה, אף שמדובר בהתקשרות פגומה. הפסיקה העניקה פרשנות רחבה למושג ה"כפיה" החוזית ככזו הכוללת פגיעה בגופו של אדם, בנכסיו, בחירותו ובמעמדו החברתי והכלכלי

42.

בדומה, קובע **סעיף 18 לחוק החוזים**, כי מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול מצוקתו או חולשתו על ידי אחר רשאי לבטל את החוזה. וזה לשון הסעיף:

18. מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת עושק המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה.

גם כאן יצא המחוקק מנקודת ההנחה שההתקשרות החוזית שרירה וקיימת הגם שנעשתה עקב עושק. עם זאת ונוכח הפגם שנפל בהתקשרות, נתן המחוקק בידיו של המתקשר עקב עושק זכות לבטל את החוזה באופן חד צדדי.

מסקנת הדברים היא איפוא, כי יסודות הכפייה הגלומים בביצוע עבודתה של קורבן הסחר אינם גוררים בטלות מעיקרא של החוזה בינה לבין סותריה, וניתן לראות ביחסים ביניהם יחסים חוזיים.

⁴¹ ג' שלו, **דיני חוזים – החלק הכללי**, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ה-2005)

סעיף 30 לחוק החוזים שעניינו בחוזה פסול, קובע כך :

"חוזה פסול – חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

חוזה בין סרסור לבין נערת ליווי לשם העסקתה בזנות הוא חוזה פסול העומד בניגוד להוראות החוק הפלילי בעניין סרסרות. העסקתה של קורבן הסחר עומד אף בניגוד לשורת ההוראות בחוק העונשין שעניין איסור הסחר בבני אדם.

עיסוק בלתי מוסרי – העיסוק בזנות הוא בלתי מוסרי ונוגד את תקנת הציבור. מכירת הגוף תמורת בצע כסף יש בה משום השפלת כבודו של אדם וביזויו והיא עומדת בניגוד לרוח המסורת היהודית, כמאמר הפסוק: **"ויברא אלוקים את האדם בצלמו בצלם אלוקים ברא אותו, זכר ונקבה ברא אותם"** (בראשית א, כ"ז). מדובר בעיסוק שעומד בסתירה אף לאחד מעקרונות היסוד של משפט העבודה לפיו **"העבודה איננה מצרך"** -

(ILO – "work is not a commodity", Clayton Act - "the labor of a human being is not a commodity or article of commerce")⁴³

מטעם זה ומבחינה מושגית, אכן אין להגדיר את הסרסור כ"מעסיק" ואת העוסקת בזנות מרצון כ"עובדת". לעמדתי יש לומר, כי בין נערת הליווי לבין הסרסור נקשר חוזה פסול למתן שירותים בלתי מוסריים הנוגדים את תקנת הציבור.

ואכן, **בפסק דין בן עמי** נערת הליווי לא הוכרה כ"עובדת" לכל דבר ועניין אלא הוענקו לה זכויות מחקיקת המגן על פי דוקטרינות של פרשנות תכליתית.

בעמוד 325.

⁴² ראו ספרה של ג' שלו בעמוד 330.

⁴³ The Clayton Act, 15.10.1914, C. 323, Secs, 6 and 20, 38, Stat (U.S.A.) 731,738. ; מגילת היסוד

של ארגון העבודה הבינלאומי (ILO).

כללם של דברים: ניתן להגדיר את מערכת היחסים בין המערערים למשיבה כ"חווה פסול בכפייה". כפי שנראה בהמשך הדברים מטה, במערכת חוזית זו גלומים היבטים של יחסי עובד-מעביד המצדיקים הענקת זכויות מסויימות מחקיקת המגן לקורבן הסחר באמצעות דוקטרינת הפרשנות התכליתית. מכל מקום, ספק בעיני אם יש להעניק למשיבה את "סל" הזכויות המלא של "עובד" על פי המבחנים ה"קלאסיים" שהתוותה הפסיקה לקביעת מעמד.

חווה פסול – תוצאות משפטיות

סעיפים 19 ו- 31 לחוק החוזים מעניקים לבית המשפט שיקול דעת רחב ומגוון פתרונות בכל הנוגע לתוצאות המשפטיות הנובעות מכריתת חווה פסול, על פי נסיבותיו של כל מקרה וכמתחייב משיקולי צדק. כך ובין היתר, במידה שאחד הצדדים ביצע את חיובו על פי החווה, מוסמך בית המשפט לצוות על הצד שכנגד לקיים את חיובו על פי החווה, כולם או מקצתם.

זוה לשון סעיף 31 לחוק החוזים:

"תחולת הוראות – הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חווה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החווה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו."

המלומדת גבריאלה שלו כותבת בספרה, כי המגמה העיקרית העומדת ביסוד הוראות החוק בעניין החווה הפסול היא לעשות צדק בין הצדדים לחווה בלתי חוקי ולמנוע מצב בו יצא החוטא נשכר⁴⁴. מגמת הצדק בסוגיית החווה הפסול, מיועדת לאיזון האינטרסים בין הצדדים לחווה. וכך כותבת פרופ' שלו:

"מגמת הצדק היא חדשה בסוגיית החווה הפסול. היא משקפת את הרעיון שאין חוטא נשכר, ושוללת את הפתרון שלפיו צד לחווה פסול

⁴⁴ראו ספרה של ג' שלו בעמוד 498.

ייבנה, נוסף על מעשה עבריינותו, גם מאי קיום הנפקויות האזרחיות הנובעות מהחוזה⁴⁵.

21. ההלכה המנחה בעניין הזכויות והחייבים הנובעים מהחוזה פסול נקבעה על ידי הנשיא (בדימוס) אהרן ברק בפסק דין זגורי.⁴⁶ באותה פרשה, נקשר חוזה פסול בין עובד לבין גוף ציבורי אשר העניק לו זכויות העומדות בניגוד להוראות סעיף 29 לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 (להלן: סעיף 29 לחוק יסודות התקציב). בית המשפט העליון חייב את הגוף הציבורי לבצע את חיוביו על פי החוזה על פי שיקול הדעת המוקנה לו בסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי). יפים לעניינו דבריו של הנשיא (בדימוס) אהרון ברק בפרשת זגורי לעניין אכיפה חלקית של הוראות החוזה הפסול:

"נקודת המוצא העקרונית הינה כי כל חוזה "פסול" – כלומר חוזה אשר תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – נשלט על-ידי הוראת הסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים (חלק כללי). אי החוקיות – אם נתמקד בסוג זה של החוזה הפסול – מוסקת מהוראות חקוקות שונות. הוראות אלה קובעות היתרים ואיסורים הקשורים בהסכמים. פרשנותן של הוראות אלה, על רקע תכליתן, מאפשרת נקיטת עמדה בשאלה, אם חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו נוגד אותם חוקים הוא חוזה "בלתי חוקי", כמשמעות הדיבור "בלתי חוקי" בסעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). ודוק: לא כל איסור שבחוק הופך את החוזה ל"בלתי חוקי", ובכך מכניס את החוזה המפר את הוראות החוק לגדר של סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי). לעתים לא נועד האיסור אלא להטיל סנקציה אישית על המתקשרים, בלי לפגוע בתוקף ההסכם. האיסור על כריתת החוזה עשוי להתפרש כאיסור הגורר אחריו תוצאה "אישית" לבר-חוזית (מעין תוצאה "in personam") ולא תוצאה חפצית (מעין תוצאה "in rem") הפוגעת בחוזה עצמו. בצדק ציין פרופ' טדסקי כי: הצורך לעשות צדק בין הצדדים נזכר בהצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970, בעמ' 136:

... סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי) אינו קובע אמות מידה להפעלת שיקול הדעת השיפוטי. נקבע אמנם בהוראה כי "בית המשפט רשאי לפעול אם ראה שמן הצדק לעשות כן", אך הנחיה זו

⁴⁵ ראו ספרה של ג' שלו בעמוד 500.

⁴⁶ בג"צ 6231/92, בשג"צ 745/94 אלברט זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749.

היא מטבעה כללית ועמומה. היא מצטרפת לרשימה ארוכה של הוראות "שסתום" אשר הקודיפיקציה האזרחית שלנו מבורכת בהן (כגון, "תום-לב", "מוסר", "צדק", "סביר" ועוד). ההפניה לשיקולים של צדק אינה מצמצמת את שיקול הדעת השיפוטי אך לצדק שבין הצדדים. אין זה השיקול היחיד שיש לקחתו בחשבון. ביציקת תוכן לאמת מידה זו, על בית המשפט להגשים את תכלית החוק. תכלית זו אינה אחידה.

כפי שראינו, היא מבוססת בעיקר על שתי תכליות משנה: התכלית האחת היא האינטרס הציבורי במניעת תוצאות אזרחיות של חוזה הנוגד את המדיניות החברתית הראויה. מדיניות זו, ברמתה הקונקרטית, היא בהגשמת האינטרסים הספציפיים שהחוק הספציפי נועד להגשים; מדיניות זו, ברמתה הכללית, היא הגשמת ערכי היסוד של שיטת המשפט הישראלית (ראה: בג"צ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח' [27]; בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח' [28]).

התכלית השנייה היא האינטרס של הצדדים לחוזה – ואף של צדדים שלישיים (כגון קונה מאחד הצדדים) – להסדר אזרחי צודק אשר יאזן בין האינטרסים החוזיים הראויים להגנה. שתי תכליות אלה עשויות לנגוד זו לזו. במצב דברים זה מתבקש איזון ראוי בין התכליות הנוגדות. כל אלה מחייבים לעתים הפעלתו של שיקול-דעת שיפוטי. זאת ועוד: שיקול הדעת השיפוטי עשוי להוביל בכיוון אחד לעניין השאלה אם יש מקום לפטור צד מחובת ההשבה, כולה או מקצתה, ולכיוון אחר לעניין השאלה אם יש מקום לחייב קיום חיוב שבחוזה פסול. שתי שאלות אלה הן נפרדות. מיגוון השיקולים בכל אחד מהם שונה הוא, וממילא גם האיזון בין השיקולים הנוגדים עשוי להיות שונה. עם זאת, ההחלטה השיפוטית לעניין האחד (השבה) משפיעה על ההחלטה השיפוטית לעניין השני (קיום).

כך, אין להעניק, בדרך כלל, שכר כלשהו עבור מעשה בלתי חוקי כשלעצמו או עבור היסוד הבלתי חוקי שבמעשה...

עם זאת, ייתכנו נסיבות ספציפיות שימנעו תוצאה זו, כגון חרטה כנה של המשחד לפני שעובד הציבור החל לבצע את חלקו בהסכם הפסול, שיתוף פעולה עם רשויות השלטון, וכיוצא בהם שיקולים של מדיניות משפטית ראויה.

לעניין הקיום, נקודת המוצא הינה כי החיובים הנובעים מהחזרה הפסול הם בטלים. אין אפוא חובה לקיימם. זהו הכלל, ואילו צו לקיום החיוב הוא החריג. במסגרת החריג יתחשב בית המשפט – כמו בעניין ההשבה - בדרגת החומרה של אי החוקיות, במידת האשמה של הצדדים, במידת הביצוע של החזרה הפסול, ובאינטרסים של צדדים שלישיים הקשורים בקיום החיוב. אם נחזור לדוגמה של השוחד, בית המשפט בוודאי לא יורה למבטיח השוחד לשלמו לעובד הציבור. לעומת זאת, ניתן צו למוכר קרקע להעביר הקרקע חרף אי החוקיות של החזרה בשל אי-קיום דרישות באשר להיתר לעיסקה במטבע חוץ. נפסק כי בכך ייעשה צדק בין הצדדים, ותימנע האפשרות של המוכרים להתחמק – מטעמים שאינם קשורים באי החוקיות – מהתחייבות שנטלו על עצמם. עוד נפסק כי לא תהא בכך פגיעה באינטרס הציבור, שכן "...אין מדובר בענייננו באי-חוקיות היורדת לשורשו של ההסכם אלא היא טפלה לו". וכן נפסק כי "...הכוונה הבלתי חוקית טרם יצאה אל הפועל, יהיה ניתן לקיים את החיובים הקבועים בהסכם באופן חוקי" (ע"א 701/87 [6] הנ"ל, בעמ' 17).

[ההדגשה הוספה – ס.א.].

בפסק דינו, הביא הנשיא ברק מדברי פרופ' גבריאלה שלו, כדלקמן:

"השאלה שיש להציג כדי לפתור את בעיית סיווג החזרה היא, לדעתי, השאלה הבאה: האם התכוון המחוקק, באמצעות האיסור הסטטוטורי, לפסול את החזרה המנוגד לחוק, או שמא מספיקה הסנקציה שבה מצויד האיסור לשם הגשמת מטרת החוק. בפתרון

שאלה זו יציב בית-המשפט את החוזה הקונקרטי אל מול החוק הנדון וישאל את עצמו אם נוגד החוזה את היעדים שהחוק נועד להגשימם, עד כדי כך שיש לפסול אותו" (שלו, בספרה הנ"ל, בעמ' 360).

וכן הובאו דברי השופט מצא :

"השאלה, אם ראוי לבית המשפט לעשות שימוש בשיקול הדעת הנתון לו לפי סעיף 31 סיפא לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו, מוכרעת כרגיל על יסוד בחינתם של שני שיקולים מצטברים: הצורך למנוע כריתת חוזים פסלים ולהרתיע את הציבור מפני כריתתם, מחד; והצורך לעשות צדק בין הצדדים המתדיינים, מאידך" (ע"א 24]395/87 הנ"ל, בעמ' 539).

המסקנות הנגזרות מהלכת זגורי לענייננו

22. ככלל, האינטרס הציבורי הוא שלא לאכוף חוזה פסול, חוזה בלתי חוקי או חוזה המנוגד לתקנת הציבור, ועל ידי כך להרתיע את הציבור מפני כריתת חוזים פסולים. כפי שנאמר בפסק דין זגורי, נקודת המוצא היא שהחיובים הנובעים מהחוזה הפסול הם בטלים, וצו לקיום החוזה הפסול הוא בבחינת חריג. עם זאת, המחוקק העניק לבית המשפט במקרים המתאימים שיקול דעת להורות לצדדים לחוזה או לאחד מהם לקיים את הוראות חוזה פסול או חלקו. בין היתר צוינו בפסק דין זגורי שיקולים של "...מידת האשמה של הצדדים..." ו"מידת הביצוע של החוזה" - והם המכריעים בענייננו. סבורני, כי לפנינו אחד מאותם מקרים חריגים ויוצאי דופן בהם יש מקום לכופ את אחד מצדדי החוזה לקיימו. אבאר.

המערערים כפו על המשיבה את העיסוק בזנות במכוני ליווי שונים המצויים בבעלותם והיא "נמכרה" כחפץ מיד ליד. המשיבה לא בחרה את העיסוק בזנות ועבודתה בוצעה לעיתים כשהיא כלואה בדירתה. המשיבה ביצעה עבודה בפועל עבור המערערים, גם אם בלית ברירה, ולמעשה קיימה באופן מלא את חלקה בחוזה. במצב דברים זה לא ניתן להורות על ביטול החוזה ולחייב את הצדדים בהשבה הדדית. מן העבר האחר, המערערים ביצעו

עבירות ועוולות חמורות כלפי המשיבה, תוך ביזויה ורמיסת כבודה, ואין להשלים עם כך שיצאו נשכרים מעיסוקה. מדובר אם כן במקרה בו צד אחד - שאינו נושא באשמת כריתת החוזה הפסול - ביצע את חיוביו על פי החוזה, בעוד הצד האחר – שמידת אשמתו בכריתת החוזה הפסול וביצועו מהווה אשמה פלילית חמורה ביותר, יוצא נשכר. סבורני, כי יש בנסיבות אלה די כדי להצדיק שימוש בשיקול הדעת שהעניק המחוקק לבית המשפט בסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), שלא להורות על ביטול החוזה ולחייב את סוחריה של המשיבה לקיים את חלקם בחוזה. בדרך זו, יש לקוות, יצומצמו מימדי ניצולן של קורבנות הסחר והעבריינים לא יוכלו להפיק ריווח מפעילות בלתי חוקית ובלתי מוסרית.

מצאתי להשאיר בצריך עיון את השאלה, האם יש לאכוף חוזה פסול בין נערת ליווי לסרסור, במקרה של נערת ליווי העוסקת בזנות מרצונה. במקרה מעין זה, פוחת משקלו של הפער ב"מידת האשמה" בין הצדדים הקיים באופן ברור בעניינו. לפיכך ובבוא העת, יהא עלינו לשקול האם בנסיבות אלה יש ליתן את הבכורה לאינטרס הציבורי שעניינו באי מתן תוקף לחוזים פסולים שנכרתו למטרות בלתי מוסריות או כאלה הנוגדות את תקנת הציבור.

ניתן לערוך היקש לעניינו מהעסקת נער בניגוד לחוק עבודת הנוער, התשי"ג-1953. גם במקרה של העסקה בניגוד לחוק עבודת נוער, מדובר בחוזה בלתי חוקי בין המעסיק לבין הנער. עם זאת, אין ספק, כי במקרה של העסקת נוער שלא כדין לא תעמוד למעסיק הגנה בטענה כי החוזה פסול והוא לא חייב לשלם לנער את שכרו. על פני הדברים נראה, כי בית הדין יורה למעסיק לשלם את שכרו של הנער באמצעות אכיפה חלקית של הוראות החוזה הפסול בין הצדדים.

נפנה מכאן לבחינת זכויותיה של המשיבה על פי תורת הפרשנות התכליתית.

הרחבת מסגרת תחולת משפט העבודה המגן - תורת הפרשנות

התכליתית

23. **סעיף 24 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט – 1969 מעניק לבית הדין לעבודה סמכות לדון בתובענות "בין עובד או חליפו למעביד או חליפו שעילתן ביחסי עובד ומעביד".** חרף מסקנתי כי בין המערערים למשיבה לא נקשרו יחסי עבודה לכל דבר ועניין, סבורני כי המשיבה זכאית לזכויות מסויימות מחקיקת המגן מכח תורת הפרשנות התכליתית.

דוקטרינת הפרשנות התכליתית במשפט העבודה

24. בהתאם לדוקטרינת הפרשנות התכליתית, בוחן בית הדין את תכלית ההוראה החוקית העומדת לדיון והאם היא נועדה לחול על היחסים שבין מבצע עבודה ומקבל העבודה המסויימים. בדנג"צ **סרוסי**⁴⁷ בחן בית המשפט העליון האם הפרק העוסק בביטוח אבטלה **בחוק הביטוח הלאומי**, נועד על פי תכליתו לחול על הפסקת כהונתו של נבחר ציבור. במענה לשאלה זו נקבע בדנג"צ **סרוסי**, כך:

"התכלית המונחת ביסוד ביטוח אבטלה אינה מתיישבת עם הגישה, כי מי שהועסק מכוח הדין אינו מבוטח בביטוח אבטלה. הטעמים המונחים ביסוד ביטוח האבטלה חלים באותה מידה הן לעניין מי שמועסק מכוח הדין והן לעניין מי שמועסק שלא מכוח הדין. אכן, גם מי שמועסק מכוח הדין – כגון העותר שלפנינו – איבד את מקור מחייתו לאחר שנאלץ לעזוב את עיסוקו; גם על רמת חייו שלו יש להגן; גם על קיומו שלו בכבוד יש לשמור. האופן שבו החלה ההעסקה אינו רלוונטי כלל לצורך בתמיכה למי שאיבד את פרנסתו".

בפסיקה הענפה שיישמה את דוקטרינת הפרשנות התכליתית נקבע, כי לבית הדין לעבודה הסמכות לדון בהליכים חרף העדרם של יחסי עובד-מעביד מובהקים בין הצדדים. הטעם לדבר נעוץ בכך, שבכל אותם מקרים דובר ביישום חקיקה מתחום משפט עבודה והביטחון הסוציאלי ובעלי דבר שהם

⁴⁷ דנג"צ 4601/95 חי יוסף סרוסי – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע נב(4) 817.

מבצע העבודה/נותן שירותים ומקבל העבודה. במצב דברים זה נקבע, כי לצורך הוראות חוק מסויימות ניתן לראות ביחסים שבין הצדדים יחסי עובד-מעביד.

25. פסקי הדין מור⁴⁸ וסרוסי של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק ופסק דין צדקא⁴⁹ (להלן: פסק דין צדקא או עניין צדקא) של בית דין זה, הרחיבו את מעגל מבצעי העבודה או נותני השירותים הזכאים לזכויות מחקיקת המגן באמצעות תורת הפרשנות התכליתית. הפסיקה קבעה, כי קיומו של חוזה עבודה אינו "תנאי בלעדיו אין" לקיומם של יחסי עובד מעביד ולהחלת חקיקת המגן על מבצע עבודה.⁵⁰

התמורות בשוק העבודה, ההעסקה ההולכת ומתרחבת בתבניות בלתי שגרתיות ויצירת מודלים חדשים של עבודה, הגדילו את מעגל מבצעי העבודה ונותני שירותים שאינם עונים על "המבחן המעורב" לקביעת קיומם של יחסי עובד-מעסיק. מציאות זו חייבה את התאמת המושגים המקובלים במשפט העבודה לשוק העבודה המודרני, התאמה שנעשתה בדרך של "פריצת" האוניברסליות של המושג "עובד" ופנייה לדרך הפרשנות התכליתית.⁵¹ במסגרת זו, נשאלה השאלה האם הוראות מסוימות בחקיקת המגן או בחקיקה בתחום הביטחון הסוציאלי, על פי תכליתן, נועדו לחול על מבצע העבודה הספציפי.

כך, בחוות דעתי בעניין צדקא סברתי, כי יש להחיל הוראות מסוימות מחוק הגנת השכר ומחוק פיצויי פיטורים על "משתתף חופשי" שהכין כתבות לתחנת רדיו ולעמדתני לא היה בגדר "עובד". באותו עניין אמרתי כך:

"אכן המושג 'עובד' לובש צורות שונות בענפים שונים של המשפט, היינו משפט העבודה, משפט הביטחון הסוציאלי, דיני נזיקין ועוד. כמו כן, ניתן להגדיר בעל מעמד כגון נבחר ציבור כ"עובד" לצורך דמי

⁴⁸ בג"צ 5168/93 שמואל מור – גדעון אנגל, פ"ד נ(4) 628.

⁴⁹ עע 300274/96 שאול צדקא – מדינת ישראל, פד"ע לו 625.

⁵⁰ ראו: דנג"צ סרוסי, עמוד 832.

⁵¹ ראה: סטיב אדלר, "היקף תחולתו של משפט העבודה – מכפיפות לתכלית", ספר מנחם גולדברג, ע' 17 – 40, הוצאת סדן, 2001.

אבטלה. ועוד, נאמר בפסק דין שדות, כי ייתכנו נסיבות שבהן אסיר

ייחשב כעובד".⁵²

עוד באמצעות תורת הפרשנות התכליתית חוייב המוסד לביטוח לאומי בדג"צ סרוסי לשלם לנבחר ציבור, שאינו "עובד", ובינו לבין הגוף הציבורי בו הוא מועסק אין חוזה עבודה, זכויות בענף הביטוח מפני אבטלה שנקבעו בחוק הביטוח הלאומי.

בעניין יעקב רסמי⁵³ קבע בית דין זה, כי לבית הדין לעבודה סמכות לדון בתביעת שכר עבודה של נבחר ציבור המכהן בתפקידו על פי חוק. באותו עניין נקבעה תחולתו של חוק הגנת השכר על נבחר הציבור באמצעות פרשנות תכליתית. עתירה שהגישה המדינה לבג"צ על פסק הדין בעניין רסמי נדחתה על ידי בית המשפט העליון ביום 24.3.2008.⁵⁴ בפסק דין בורובסקי,⁵⁵ חוותי דעתי, כי בית הדין מוסמך לדון בתביעתו של נבחר ציבור שאינו "עובד" בעניין הלנת שכרו או הלנת גמלתו. באותו עניין נקבע, כי בהתאם לתכליתו, ראוי חוק הגנת השכר לחול גם על נבחר ציבור, משתתף חופשי וחייל בצבא קבע.

בפסק הדין אניל גדרה,⁵⁶ שעסק במעמדו של חייל המשרת בשירות קבע, סברתי, בין היתר, כך:

"בהתחשב במאפיינים של החוזה בין הצבא לבין חייל קבע ובדמיון בין יחסיהם לבין יחסי עובד-מעסיק, ייתכנו מקרים בהם מכוח מבחן התכלית יבוא חייל קבע בגדר "עובד" לצורך הוראה מסוימת בחוק מגן"

אמנם באותו עניין הוחלט שלא ליישם את מבחן התכלית לגבי מנגנון הפסקת שירותו של חייל קבע. עם זאת נקבע, כי ייתכנו מקרים בהם יהא מקום ליישם את מבחן התכלית גם בעניינו של חייל בשירות קבע.

⁵² פסק דין צדקא בעמוד 663.

⁵³ עע 1010/02 מדינת ישראל – יעקב רסמי, פד"ע מ 156.

⁵⁴ בג"ץ 1898/06 מדינת ישראל נ' יעקב רסמי, ניתן ביום 24.3.2008.

⁵⁵ עע 509/05 אורי בורובסקי – מועצה מקומית ביר אל מכסור, ניתן ביום 20.8.2006.

⁵⁶ עע 1247/01 ד"ר אניל גדרה – מדינת ישראל, צבא הגנה לישראל (טרם פורסם), ניתן ביום 16.1.2006

בפרשת שדות⁵⁷ עתרו אסירים לחייב את שירות בתי הסוהר לשלם להם שכר מינימום בהתאם לחוק שכר מינימום עבור עבודתם במסגרת תקופת שהותם בבית הסוהר. שירות בתי הסוהר טען, כי אסיר אינו "עובד" אלא בעל מעמד מכוח חוק. עתירת האסירים נדחתה אמנם, אולם בית המשפט העליון קבע, כי אסיר יכול ויחשב כעובד לצורך חוקים מסוימים לפי מבחן התכלית והקשר הדברים.

בבג"צ בעניין רסמי הנזכר, שיצא מלפני בית המשפט העליון אך באחרונה, ביקשה המדינה לקבוע הגדרה נוקשה ואחידה למושג "עובד". בית המשפט העליון התייחס לעתירתה זו באלו המילים:

"עמדתה של המדינה מחזירה אותנו להשקפה שהיתה קיימת ואומצה על ידי בית הדין הארצי לעבודה בשנים הראשונות לקיומו, אולם נזנחה זה מכבר, וזאת הן בפסיקה והן בכתיבה המשפטית. בפרשת סרוסי, סוקר הנשיא ברק את המעבר שבו התאפיינה הגדרת 'עובד-מעביד', מהגדרה אוניברסלית שהיא בבחינת "טרמינוס טכניקוס" שאפיינה את הגדרת עובד מעביד בתחילת הדרך, לבין ההכרה בכך שמדבר ב"מושג מורכב הכולל בחובו מבחנים שונים שיש ליתן להם משקל שונה (פרשת סרוסי פסקה 6). המעבר – אין משמעותו כי כל הנורמות והמבחנים שהיו ידועים ומקובלים נעלמו חלפו מן העולם ויש להתעלם מהם, אלא כי לצידם יש וצריך לתת מקום גם להתפתחויות שחלו, למושגים חדשים, ולמושגיות החדשה" המשרתת את המטרה החברתית שהמשפט נועד להגשים...".

מסקנת הדברים, כפי שנקבעה בבג"צ רסמי היא זו:

"על בסיס האמור לעיל, נגיע גם למסקנה שאין מחסום אינהרנטי בפני הכרה בסוג מסויים של מבצעי עבודה כגון נבחרי ציבור, כעובדים – ומכאן ואילך הבחינה צריכה להיות נקודתית ולהתייחס

⁵⁷ בבג"צ 1163/98 עופר שדות ואח' נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817.

הן לנתונים הספציפיים של ביצוע העבודה והן לחוק שמכוחו מתבקש הסעד".

חברתי השופטת ארד, עמדה לא מכבר בפסק דין דוד שושן⁵⁸ על הקווים המנחים ליישומה של דוקטרינת הפרשנות התכליתית של חוקי המגן, בזו הלשון:

"כלל נקוט הוא בפסיקתנו כי לצורך הוראות מסויימות בחוקי עבודה מסויימים ניתן להגדיר כ"עובד" גם מי שעל פי מעמדו אינו "עובד" (חוות דעת הנשיא אדלר בעניין צדקא). וכפי שצינתי בעניין אניל גדרה⁵⁹ 'הפרשנות התכליתית הינה 'כלי עזר' רב חשיבות בידנו, בעת בירור מעמדו של אדם התובע זכויות שמקורן במשפט העבודה, ומעמדו כ"עובד" יכול וייקבע על פי תכליתו של החוק ממנו נובעת הזכות הנתבעת ובשים לב לנסיבות העניין'. בגדר הפרשנות התכליתית באה הגישה הפרשנית של פריצת האוניברסאליות, עליה עמדתי בהרחבה בחוות דעתי בפסק הדין בעניין צדקא. לפי גישה פרשנית זו, העולה במובהק מפסיקתו הענפה של בית המשפט העליון ומכתבי מלומדים, אין מדובר עוד באחידות הפרשנות של המונח 'עובד', כי אם בקביעת הסטאטוס של 'עובד' על פי 'הקשר הדברים בנסיבותיו הספציפיות של המקרה, אל מול מטרות החוק אותו מבקשים ליישם ותכליתן. זאת על רקע ההלכה, לפיה בפרשנותו של דבר החקיקה בו אנו עוסקים תעמוד לנגד עינינו, בין היתר, תכליתו של החוק והמטרה החברתית אותה בא המשפט להגשים ועד כמה ניתן להחיל את הזכויות הנתבעות גם על מי שאינו 'עובד'".

26. ויודגש – בשורת פסקי הדין הנזכרים בפרק זה, אין כדי להעניק לנבחר ציבור או למי שאינו "עובד" - על פי המבחן המעורב - את "סל" הזכויות המלא המוקנה ל"עובד" בחקיקת המגן או בחוק הביטוח הלאומי. כך למשל,

⁵⁸ עע(ארצי) 568/06 דוד שושן – קל שירותי נופש ותיירות בע"מ, טרם פורסם.
⁵⁹ עע 1247/01 אניל גדרה – מדינת ישראל, צבא הגנה לישראל, ניתן ביום 16.1.2006.

זכויותיהם של נבחרי הציבור הוסדרו בחלקן באופן פרטיקולארי בחקיקה. המחוקק קבע לגביהם הסדרי פנסיה ספציפיים. הוראות מסויימות בחקיקת המגן אף אינן רלוונטיות לגבי נבחרי ציבור. **חוק פיצויי פיטורים** אינו רלוונטי במקרים של כהונת נבחר ציבור לתקופה קצובה שאינה מסתיימת בפיטורים. בדומה, כתב רדיו דוגמת זה שעניינו נדון ב**פרשת צדקא**, אינו זכאי לתשלום שעות נוספות, מאחר והוא קובע לעצמו את מסגרת ומתכונת שעות עבודתו ועבודתו לא נתונה לפיקוח. "משתתף חופשי" כצדקא אף אינו זכאי לטעמי לדמי נסיעות או ל"קביעות".

יישום דוקטרינת הפרשנות התכליתית – חוק הגנת השכר

27. על תכליתו של **חוק הגנת השכר** עמדתי, בין היתר, ב**פרשת צדקא**. מטרתו של החוק היא להבטיח תשלום שכר ולהבטיח כי השכר ישולם במועדו.⁶⁰ בהקשר זה צויין, כי "ההגנה על הכנסתו של מבצע העבודה הינה אבן היסוד של חקיקת המגן".⁶¹ המחוקק בחר לעמוד על משמר הגשמת תכלית תשלום השכר במועדו באמצעות קביעת סנקציה בדמות פיצויי הלנת שכר. מדובר בפיצויים המשתלמים ללא הוכחת נזק או הפרה חוזית. במאמרי "פיצויי הלנה: חוק ופסיקה",⁶² נאמר, כי הסנקציה ה"דרקונית" של פיצויי הלנה נקבעה על ידי המחוקק, נוכח מוסר התשלומים הירוד במגזר העסקי ובמגזר הציבורי ומאחר שמעסיקים רבים ניצלו את כוחם בדרך של הלנת שכר עבודה.

ולמקרה שלפנינו. ביחסים שבין המשיבה למערערים גלומים היבטים של יחסי עובד-מעביד. הלכה למעשה, המשיבה ביצעה עבודה עבור המערערים במשך שעות ארוכות ובמהלך כל השבוע תוך שהיא נתונה לפיקוחם הצמוד של המערערים אשר הפיקו ריווח מעבודתה. החלת ה**חוק הגנת השכר** על עבודתה, תבטיח כי המשיבה תקבל את תמורת עבודתה ותקבלה במועד. שימוש בסנקציה ההרתעתית של פיצויי הלנה הקבועה ב**חוק הגנת השכר**

⁶⁰ ראה גם פסיקת בתי הדין בעניין תשלום פיצויי הלנה לנבחרי ציבור עע 509/05 **אורי בורובסקי – מועצה מקומית ביר אלמכסור**, ניתן ביום 20.8.2006; עע 1010/02 **מדינת ישראל – רסמי ואח'** פד"ע מ 156. ראה גם החלת חוק הגנת השכר על חייל בצבא קבע, **פסק דין אניל גדרה**.⁶¹ פסק דין צדקא בעמוד 660.

⁶² סטיב אדלר, "פיצויי הלנה: חוק ופסיקה", **שנתון משפט העבודה**, כרך ו' (תשנ"ו), ע' 5, הוצאת האגודה למשפט העבודה ולבטחון סוציאלי.

ככלי להרתעת המעסיק מהלנת שכר עובדיו, תמנע ביצוע עבודה ללא תמורה ותביא לצמצום מימדי ניצולן של קורבנות סחר. חברי, השופט רבינוביץ עמד על כך ש"תיקון עולם אינו יכול לעודד ולו בעקיפין עבודה ללא תמורה. פְּרָצָה בעניין זה במקרה פלוני, אפשר שתורחב במקרה אלמוני, ונמצאנו עלולים לפגוע בנורמה הבסיסית, לפיה אין עבודה ללא תמורה".⁶³

28. **בפרשת לוד** בה נדונה שאלת חיובן של רשויות מקומיות בתשלום פיצויי הלנה לעובדים שלא שולם שכרם, הטעימה חברתי השופטת ארד:

בראשית הימים נאמר במקורותינו: "לא-תַעֲשֶׂק אֶת-רַעַךְ וְלֹא תִגְזֹל לֹא-תִלֵּין פְּעֻלַּת שְׂכִיר אֶתְךָ עַד-בְּקֶרֶךָ" (ויקרא פרק י"ט, פסוק י"ג). אלה הדברים אותם שמנו לנגד עינינו בהליך הראשון והוספנו שם: "לא נס ליחה של זכות יסודית זו של העובד לתשלום שכרו במועדו ובמלואו, בהיותה נמנית על זכויות היסוד המוגנות במשפט העבודה". כלל ברור הוא, כי תמורת עבודתו ישולם לעובד שכר במלוא שיעורו ובמועד הנקוב בחוק. הפרת הכלל משמעותה עבודה ללא תמורה, כמנהג זמנים אפלים של עבדות. כדברי חברי השופט רבינוביץ, בפסק הדין בעניין נוי:⁶⁴ "תיקון עולם אינו יכול לעודד ולו בעקיפין עבודה ללא תמורה. פְּרָצָה בעניין זה במקרה פלוני, אפשר שתורחב במקרה אלמוני, ונמצאנו עלולים לפגוע בנורמה הבסיסית, לפיה אין עבודה ללא תמורה". במטרה לקבוע עיקרים אלה כאבני יסוד בשיטתנו המשפטית וכדי שלא יוותרו בבחינת אות מתה וכמס שפתיים, הועמד בשער חוק הגנת השכר, אשר כשמו כן הוא, נועד להבטיח תשלום שכר העובד במועדו ובמלואו.⁶⁵ תכליתו המוצהרת של החוק נועדה לרפא את הנגע של הלנת השכר שפשה, כבר

⁶³ ע"ע 300018/98 א.ו.ב.א. מהנדסים בע"מ נ' אלון נוי, לא פורסם, ניתן ביום 15.1.2002.

⁶⁴ ע"ע 300018/98 א.ו.ב.א. מהנדסים בע"מ נ' אלון נוי, לא פורסם, ניתן ביום 15.1.2002.

⁶⁵ ע"ע 1112/02 תמר הלפמן גרינברג - מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות, ניתן ביום 8.10.2003. ע"ע 394/99 המפד"ל - תופיק אגבריה, ניתן ביום 23.12.2003.

**באותם ימים כ"מכת מדינה" בקרב מעסיקים בכלל "ומוסדות
ציבוריים" בפרט.⁶⁶**

בענייננו, בית הדין האזורי קבע כי המשיבה לא הרימה את נטל ההוכחה לעניין גובה השכר הנתבע על ידה ואף לא הוכיחה תנאי שכר מוסכמים בינה לבין המערערים. לפיכך, גובה השכר הראוי לו זכאית המשיבה נקבע על ידי בית הדין האזורי במסגרת פסק דינו. במצב דברים זה, אין בידי בית הדין לחייב את המערערים בתשלום פיצויי הלנה על שכר הגבוה משכר מינימום, זולת לעשות שימוש בסמכותו שבסעיף 8 לחוק שכר מינימום ולפסוק למשיבה פיצויים מוגדלים על שכר המינימום⁶⁷, כפי שנעמוד על בהמשך הדברים מטה.

29. זכאותה של העוסקת בזנות לתמורה עבור שירותיה נקבעה עוד במקורות הקדומים של המשפט העברי. ד"ר שילם ורהפטיג בספרו **"דיני עבודה במשפט העברי"**⁶⁸ דן בהסכמי עבודה שנעשו בניגוד לדין ובהסכמים הנגועים באי חוקיות של אחד מצדדי החוזה. כדוגמה להסכם כזה מובאת ההלכה של "אתנן זונה". סקירת המקורות, התנאים והתלמודיים מביאה לדעת ד"ר ורהפטיג למסקנה כי **"אף שהפעולה, שהיא נשוא השכירות, אסורה מן התורה, היא בכל זאת בת תוקף, ואם נעשתה זכאי הפועל לתבוע שכרו מן הדין"** [ההדגשה הוספה – ס.א.]. מסקנה זו נסמכת בין היתר על פסיקתו של הרשב"א⁶⁹ לפיה: **"הפוסק מנה לאישה באתננה ובא עליה, אין ספק שהוא חייב ליתן, שורת הדין דביאתה אלו הן כספיה"**, ועל פסיקותיהם של ראשונים נוספים.⁷⁰

⁶⁶ דברי הכנסת, ישיבה ת"ל, י"ט אדר תשי"ח (11 במרס 1958), בעמ' 1243.
⁶⁷ ראו: סטיב אדלר, **"פיצוי הלנה: חוק ופסיקה"**, שנתון משפט העבודה, כרך ו' (תשנ"ו), ע' 5, הוצאת האגודה למשפט העבודה ולבטחון סוציאלי, בעמוד 25, וההפניות שם.
⁶⁸ ד"ר שילם ורהפטיג, **דיני עבודה במשפט העברי**, כרך ראשון בעמודים 151-152.
⁶⁹ שו"ת הרשב"א, ח"א, שאלה ש"ב.
⁷⁰ דברי הראב"ד בשטמ"ק בבא מציעא, צא ע"א ד"ה וזה; רשב"א שם ד"ה אתנן; שו"ת מהר"ם, שאלה קסה.

30. תמיכה לזכאותה של קורבן סחר לתשלום שכר בעד עבודתה ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין אלמונית נ' ז'ק איגור.⁷¹ באותו עניין, הגישה קורבן סחר תביעה אזרחית בעוולות הנזיקין שונות, ובכללן הפרת חובה חקוקה, כליאת שווא, תרמית וגזל. זאת, על יסוד הרשעתו של הנתבע בפלילים בעבירות של סחר בבני אדם לעיסוק בזנות, סרסרות למעשה זנות ועיכוב דרכון. בית המשפט המחוזי פסק לקורבן הסחר פיצויים ללא הוכחת נזק בסכום של 250,000 ₪, פיצוי עונשי בסך 50,000 ₪ והוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בסך 50,000 ₪ בתוספת מע"מ. במסגרת תביעתה הנזיקית, עתרה התובעת להשבת סכומים אותם הרוויחה בעיסוק בזנות ונגזלו ממנה בכפייה על ידי הנתבע. עוד עתרה לפיצוי על אובדן השתכרות. עתירתה של התובעת בעוולת הגזל נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי שקבע, כי הסמכות בעניין נתונה לבית הדין לעבודה. ואלה הדברים :

"עילת תביעה זו במהותה היא תביעה בגין שכר עבודה... וככזו מצויה התביעה בסמכותו הבלעדית של בית הדין לעבודה... לאחרונה הכיר המוסד לביטוח לאומי ביחסי עובד-מעביד בין זונה לסרסורה. כך במסגרת תביעות שונות שהוגשו לביטוח הלאומי הוכרו זונות כנפגעות עבודה, עקב נזקים שנגרמו להם מתאונות וכיו"ב. גם בית הדין הארצי לעבודה הכיר בזכותה של עובדת בבית בושת לקבל שכר מינימום ופדיון ימי חופשה (ראה עב' (בי"ש 4634/03 פלונית נ' יורי סלסרבסקי) "

הוסיף בית המשפט המחוזי וקבע כך :

"אמנם מדובר בפעילות בלתי חוקית, אך העבירות נעברו על ידי הנתבעים בלבד ולא על ידי התובעת שהוכח שהעבודה הבלתי חוקית נכפתה עליה. לכן יש לאבחן ולקבוע במקרה זה שדוקא בשל העובדה שמדובר בפעילות בלתי חוקית שנכפתה על התובעת בניגוד לרצונה,

⁷¹ תא (ת"א) 2191/02 אלמונית נ' ז'ק איגור, ניתן ביום 8.3.2006.

כאשר ברור שהיא נוצלה וסבלה מהמצב אליו נקלעה – אין מקום לשלול ממנה את זכותה לשכר ראוי".

יישום דוקטרינת הפרשנות התכליתית – חוק שכר מינימום

31. **חוק שכר מינימום** על פי תכליתו נועד להעניק למבצע עבודה תמורה שתבטיח לו קיום אנושי בכבוד. החוק בא אף למנוע את ניצולו של העובד ולהגן עליו מפני הסכמתו לעבוד בשכר זעום או בתנאים שאינם הוגנים. עניינה של קורבן סחר הוא ממין אותם מקרים מובהקים בהם נדרשת התערבות בית הדין למניעת ניצולו של מבצע העבודה. הענקת פטור לעבריין הסחר מתשלום תמורה ראויה למי שהעסיקה בזנות, יש בה משום "עידוד" ל"עסקיו", בעוד חיובו בתשלום שכר מינימום לקורבנו ישית עליו עול כלכלי ויצמצם את הכדאיות הכלכלית שבעסקו.

בפסק דין אלי בן עמי עמדתי על תכליתו של **חוק שכר מינימום** כדלקמן:

"חוק שכר מינימום נועד להבטיח קיום בכבוד (ויש אומרים קיום מינימלי). 'ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכאות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי' (ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי, ע' 423), ומכאן שחוק שכר מינימום, אף אם הוא פוגע בזכות הקניין של המעביד נועד לתכלית ראויה ואין לומר ששיעורו עולה על הנדרש."

פסק דין טוילי ⁷² דן בעניינו של מתמחה במשרד של יועצי מס, שלא שולם לו שכר בעד תקופת התמחותו. באותו עניין, עמדתי על תכלית **חוק שכר מינימום** כדלקמן:

"חוק שכר מינימום תכליתו להבטיח רמת חיים יחסית מינימלית לכל עובד וכן לצמצם את ממדי העוני בישראל. קביעת שכר מינימום

⁷² עע (ארצי) 1054/01 אשר טוילי – יצחק דהרי, פד"ע לו 746.

מהווה אחד היסודות של הספקת צורכיהם של העובד ומשפחתו...הסדרים וחוקים לגבי שכר מינימום נוהגים במרבית המדינות המפותחות. בהיעדר אכיפת חוק שכר מינימום ייקבע לחלק מהמועסקים בישראל שכר הנתפס בחברה כנמוך מזה המספק רמת חיים יחסית מינימלית...".

בכל הנוגע לקוגנטיות של חוק שכר מינימום, נאמרו בפסק דין טוילי דברים אלה, אשר דומה כי יותר מכל הולמים נסיבות ממין אלה הנדונות בענינו :

"איסור הוויתור על שכר מינימום תכליתו להגן על העובדת או העובד מפני עצמה/ו. ישנם מקרים בהם העובדת כה זקוקה לעבודה או מצבה כה ירוד, שתסכים לקבל עבודה בפחות משכר המינימום".

השופטת ארבל עמדה בבג"ץ שזיפי, על תכלית חוק שכר מינימום, כדלקמן :

"...שמו של החוק מלמד על תכליתו להבטיח תשלום חודשי לעובד שיענה על צרכיו הבסיסיים. המטרות העיקריות העומדות ביסוד החוק הינן מטרות חברתיות של הבטחת רמת שכר מינימלית לעובד על־מנת להביא לצמצום מעגל העוני והפערים החברתיים, לעודד העבודה ולקדם את השוויון בחברה. תכלית החוק היא להבטיח את זכותו של העובד להתפרנס מעבודתו בכבוד. מטרות אלה מבקש החוק להשיג על־ידי קביעת קריטריון לסף הכנסה מינימלי שיש להבטיחו לעובדים במשק... החוק מבטיח אפוא הגנה סוציאלית מינימלית לעובד על־ידי הבטחת רמת מינימום של שכר הנקבעת בהתחשב במאפייניו של שוק העבודה על־פי תנאי הזמן והמקום, בהתחשב ביוקר המחיה ובמשתנים נוספים. החוק הוא חוק קוגנטי, אשר בדומה לחוקי המגן האחרים מניח כי על־פי רוב נמצא העובד בעמדת חולשה כלפי מעסיקו, ועל־כן הוא זקוק להגנת החוק כדי לקבל מן המעביד שכר הוגן. החוק מתערב ביחסי העבודה על־מנת למנוע ניצולו של העובד על־ידי המעביד וכן על־מנת להגן על העובד מפני עצמו על־ידי שייתן הסכמתו לשכר שאינו הוגן ולתנאי עבודה בלתי ראויים (ראו גם בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר).

תכליות החוק עולות בקנה אחד עם הוראת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הבא להבטיח קיום אנושי בסיסי לכל אחד מהפרטים בחברה (ע"ע 300162/96 חברת בתי מלון פנורמה ירושלים בע"מ – סנדוקה). חוק היסוד כולל את הזכות לכבוד, וזו כוללת את הזכות לקיום אנושי בסיסי, שלא יהיה העובד נתמך סעד. שלילה מאדם אמצעי קיום מינימליים, והכנסה מינימלית בכלל זאת, מחללת את כבודו, כדברי הנביא ישעיה: "הלא פָּרַס לָרֵעַב לַחֲמֶךְ וְעַנְיִים מְרוּדִים

תְּבִיא בַּיִת פִּי תִרְאֶה עֵרֶם וְכִסִּיתוּ וּמִבְּשָׂרְךָ לֹא תִתְעַלֵּם" (ישעיה, נח, ז [א]).

ולענייננו. המשיבה - ככל בן אנוש, זכאית לתמורה מינימאלית בעד עבודתה שלא תפחת משיעורו של שכר המינימום. במקרים בהם לא ניתן לקבוע מהו השכר שהוסכם בין הצדדים או מהו השכר הראוי בעד ביצוע העבודה, נדרש בית הדין לפסוק לכל הפחות שכר בגובה שכר המינימום, כפי שעשה בית הדין האזורי במקרה שלפנינו.

זאת ועוד, במקרים בהם אין אפשרות לחייב בתשלום פיצויי הלנת שכר בשל כך שלא ניתן לקבוע את גובה התמורה שהיה על המעסיק לשלם לעובדו או למבצע העבודה, מוסמך בית הדין להטיל פיצוי הלנה על שכר המינימום, מכח **סעיף 8 לחוק שכר מינימום** שעניינו "פיצויים מוגדלים", וזה לשונו:

"בית הדין לעבודה רשאי לחייב מעביד שהלין שכר מינימום, לשלם לעובד פיצויי הלנת שכר מוגדלים, ככל שיראה לו צודק בנסיבות העניין".

במקרה דנן, בית הדין האזורי קבע כי המשיבה לא הוכיחה תנאי שכר מוסכמים בינה לבין המערערים ואיננו מוצאים לשנות מקביעתו בעניין זה. במצב דברים זה, היה מקום לחייב את הסוחרים, לכל הפחות, בתשלום שכר מינימום בצירוף פיצויי הלנה מוגדלים לפי **סעיף 8 לחוק שכר מינימום**. אולם, משהמשיבה לא ערערה על פסיקתו של בית הדין האזורי לא יידרש בית דין שלערעור לפסוק לה פיצוי מעבר לנתבע.

נפנה מכאן לבחון את זכאותה של המשיבה לסעדים על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט.

עשיית עושר ולא במשפט

32. לצד זכאותה של המשיבה לזכויות מתחום משפט העבודה באמצעות תורת הפרשנות התכליתית, קמה למשיבה עילת תביעה גם על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט.

סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 קובע, כדלקמן:

"(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכייה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת".

המערערים קיבלו מהמשיבה "שירות או טובת הנאה", "שלא על פי זכות שבדין...". ועליהם להשיב לה את שקבלו. יסודם של דיני עשיית עושר הוא ברעיון השולל התעשרות שלא כדין של אדם אחד על חשבון חברו. במקרה דנן המערערים התעשרו שלא כדין על חשבון המשיבה שהועסקה אצלם בכפייה במסגרת בלתי חוקית. הסעד הטיפוסי המוענק במסגרת דיני עשיית עושר הוא השבת הריווח שהפיק הנתבע שלא כדין על חשבון התובע. רוצה לומר: ניתן בענייננו לחייב את המערערים להשיב למשיבה את מלוא הסכומים שהתקבלו מהלקוחות בעד שירותיה.

כפי הנראה, הפסיקה הישראלית לא עשתה עד כה שימוש בדיני עשיית עושר לצורך הענקת סעד של השבת הרווחים לקורבן סחר בנשים. לדידי, במקרים מסוג זה העומד לדיון לפנינו, ראוי לשקול לעשות שימוש בדיני עשיית עושר לשם השבת מלוא רווחיה של קורבן הסחר, שהופקו שלא כדין. ודוק. הענקת סעד לקורבן הסחר בבתי הדין לעבודה על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט לא חוסמת את דרכה של קורבן הסחר מהגשת תביעה נזיקית. בספרו "דיני עשיית עושר ולא במשפט", כתב פרופ' דניאל פרידמן, כי קיומה של עילת תביעה אפשרית בענף משפטי אחר, אין בה כדי לשלול תביעה בעילה של עשיית עושר.⁷³ לדעת פרופ' פרידמן, שתי העילות, הנזיקית וזו של עשיית עושר, עשויות להתקיים זו בצד זו, הן שתי צידיו של

⁷³ פרופ' דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, כרך א' מהדורה שנייה (1998) בעמוד 40.

אותו מטבע, אך הן אינן מצטברות.⁷⁴ לאמור, תובע יכול לתבוע סעדים בשתי העילות, זו הנזיקית וזו של עשיית עושר, ויזכה בסכום הגבוה מבין השתיים. אכן, בדין האנגלו אמריקאי התפתחה קטגוריה של תביעות השבה במסגרת "מחילה על עוולה" (waiver of tort), באופן בו במקרים מסוימים הותר לנפגע ממעשה נזיקין "למחול" על תביעתו לדמי נזק ולתבוע במקום זאת את הרווח שהפיק המזיק. עם זאת, בפסק הדין **אביעם נ' מדינת ישראל** הבהיר השופט י' כהן כי "אם עדיין נותר שריד בדיני אנגליה לעניין זה של מחילה על עוולה נראה לי שאין לה כל חשיבות אצלנו ושיש לראות בה הלכה שאבד עליה הכלח"⁷⁵.

כללם של דברים, לו תבעה המשיבה את השבת מלוא ריווחיה, היה רשאי בית הדין האזורי לחייב את המערערים להשיב לה את מלוא הסכומים שהתקבלו מעיסוקה. ברי, כי המדובר בסכומים הגבוהים באופן ניכר מאלה בהם חויבו המערערים בבית הדין האזורי.

קיומה של עילת תביעה במשפט העבודה וסמכות בית הדין

לעבודה

33. הצדדים טענו לפנינו ארוכות בשאלה, האם קמה למשיבה עילת תביעה גם

במסגרת משפט העבודה?

לדידי, המסכת העובדתית העומדת ביסוד הדיון לפנינו מניחה תשתית למספר מסלולי התדיינות אפשריים: הליך פלילי; הליך אזרחי בעילות נזיקיות; הליך אזרחי בעילות חוזיות; תביעה לסעדים במסגרת דיני עשיית עושר; ותביעה לסעדים מתחום משפט העבודה.

34. כאמור, קיים קושי מושגי להגדיר את היחסים בין סרסור לבין נערת ליווי או

בין סוחר בנשים לקורבנו כ"יחסי עבודה" ולהעניק לצדדים ליחסים אלה מעמד של "עובד" ו"מעביד" לכל דבר ועניין. "העבודה איננה מצרף" וסוחר הנשים סוחר בגופה של קורבנו משל היתה חפץ. זאת ועוד, במקרה שלפנינו

⁷⁴ פרופ' דניאל פרידמן, שם בעמוד 393.

⁷⁵ ע"א 304/70 אביעם נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 665, 670.

מדובר ביחסי כפייה ועושק, השוללים את רצונו החופשי של קורבן הסחר ואת האוטונומיה שלו לקבוע את תנאי החוזה או להביאו לידי סיום.

ובכל זאת, ניתן למצוא בין מכלול הנסיבות החמורות שאפפו את ביצוע עבודתה של המשיבה היבטים של יחסי עובד מעביד כדלקמן: המערערים עסקו בסרסרות וביצוע עבודתה של המשיבה השתלב בעיסוקם; למשיבה לא היה עסק פרטי משלה; המשיבה ביצעה עבודתה תחת פיקוחם של המערערים; המשיבה קיבלה מהמערערים תמורה, הגם שהיתה מזערית.

נוכח חומרת הנסיבות האופפות את ביצוע עבודתה, נודעת משנה חשיבות להענקת זכויות מתחום משפט העבודה לקורבן הסחר. מחובתו של בית הדין לעבודה לעמוד על משמר זכויותיה הכלכליות של קורבן הסחר ולהבטיח לה, לכל הפחות תמורה ראויה בעד עבודתה ופיצוי על העוולות החמורות שבוצעו כלפיה. לטעמי, הענקת סעדים מתחום משפט העבודה לקורבן הסחר תהווה מחד גיסא כלי נוסף במסגרת המאבק למיגור תופעת הסחר בבני אדם, ומאידך גיסא לא תחסום את דרכה של קורבן הסחר לקבלת סעדים אזרחיים אחרים.

יש לדחות את הטענה, כי הענקת סעדים לקורבן סחר במסגרת משפט העבודה תמנע ממנה קבלת סעדים נזיקיים. עילות התביעה הנזיקיות הן עילות תביעה נפרדות ושוונות מעילות התביעה העומדות לקורבן הסחר במשפט העבודה, ואין בהענקת תרופות ממשפט העבודה כדי לגרוע מזכויותיה של קורבן הסחר על פי כל דין אחר. אדרבא, העמקת חסרון הכיס של הסוחרים בדרך של "פתיחת" חזית כלכלית נוספת כנגדם, תהווה כלי אפקטיבי להרתעת עברייני הסחר.

באופן דומה, קבע בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, בגזרו את דינם של המערערים, כי אין בקנס הפלילי שהטיל עליהם כדי לגרוע מזכאותה של המשיבה לפיצוי בערכאה אחרת, כדלקמן: **"הפיצוי הינו פיצוי עונשי הנפסק בגין הסבל שנגרם למתלוננת, ולפיכך, אין לקזז את הסכום מכל סכום שייפסק לזכותה בערכאה אחרת"**.

אף יש לדחות את הטענה לפיה החלת הוראות חקיקת המגן באמצעות תורת הפרשנות התכליתית על ביצוע עבודתה של העוסקת בזנות, תביא למיסוד

הזנות על ידי הפיכתה ל"עבודה". בדנג"צ סרוסי, הוענקו לנבחר ציבור זכויות מענף ביטוח האבטלה, אולם לא היה בכך כדי להפוך אותו ל"עובד" הזכאי ל"סל" הזכויות המלא הקבוע בחקיקת המגן. באופן דומה, בחוות דעתי בעניין צדקא סברתי כי יש להעניק לכתב גלי צה"ל זכויות על פי חוק הגנת השכר וחוק פיצויי פיטורים, מבלי להכיר בזכאותו לכלל הזכויות המוקנות לעובד בחקיקת המגן ומבלי להגדירו כ"עובד" לכל דבר ועניין. תמיכה לעמדה זו ניתן למצוא בהנחיות לאכיפת חוק בעניין סחר בבני אדם ועבודות כפייה ⁷⁶ שפרסם ארגון העבודה הבינלאומי בשנת 2005. מההנחיות עולה עמדת ארגון העבודה הבינלאומי, לפיה משפט העבודה הוא מגרש מתאים לטיפול בתופעת הסחר בבני אדם לצד הליכים אזרחיים ופליליים. עוד עולה מההנחיות, כי קורבנות סחר וכפייה מעדיפים פנייה לערכאות של דיני עבודה בתביעות לתשלום שכר עבודה ואלמנטים נוספים הכרוכים בסחר ועבודות כפייה. וכך נאמר, בין היתר, בהנחיות ארגון העבודה הבינלאומי:

"In many cases, for the person who was wronged, the most satisfactory remedy will be one in civil, labour and administrative law rather than criminal law. ... Civil proceedings, on the other hand, have as their objective compensation for wrongs done to the aggrieved party. Civil remedies are based on both contractual and non-contractual rights, and the civil courts are thus empowered to provide compensation for breaches of either contract or statutory requirements. For the victims, redress through the civil courts is often more satisfactory than criminal prosecution as they receive compensation for the wrongs suffered. ... Labour law provides yet another mechanism and another set of sanctions that go beyond criminal and civil law. Statutes can provide for a variety of outcomes, including compensation for victims as well as reinstatement of their rights.... Administrative orders under labour law can also provide an entry point to tackle forced labour issues... Labour courts deal with the right of workers and employers as regards employment. In most jurisdictions, labour codes set standards of employment, which override the principles of free contract. Many victims will therefore opt for separate civil claims before industrial tribunals or labour courts

⁷⁶ Human Trafficking and Forced Labour Exploitation: Guidance for Legislation and Law Enforcement, International Labour Office, 2005

concerning the non-payment of wages or other elements of forced labour.”[א.ס – ה]הדגשות הוספו – ס.א.]

על האמור נוסף, כי השתת עול כלכלי משמעותי על הסוחר באמצעות חיובו לשלם לקורבנו את זכויותיה על פי חקיקת המגן, תצמצם את הכדאיות הכלכלית שב"עיסקו" ותסייע במיגור התופעה הבזויה של סחר בבני אדם. על כך נאמר בדברי ההסבר להצעת חוק איסור סחר בבני אדם:

‘תופעת הסחר בבני אדם משגשגת בעיקר בשל רווחיותה. מדובר ב"עסק" עם השקעות קטנות יחסית שבצדן רווחים עצומים. לפיכך, כדי למגר את התופעה, יש לנקוט אמצעים הפוגעים בכיסם של הסוחרים.’

ארגונים חברתיים שחקרו את התופעה סברו באופן דומה, כי:

‘בסחר בנשים גלומים יתרונות רבים עבור הסוחרים: הוא מהווה מקור לכסף מזומן, הריווח שאפשר להפיק ממנו מתמשך ולא חד פעמי, תקופת ההחזר על ההשקעה קצרה...התשלום לנשים נמוך ולעיתים קרובות אין משלמים להן כלל. קשה למצוא פעילות עבריינית שבה היחס בין העלות לרווח כה גבוה.’⁷⁷

הסכומים להם זכאית המשיבה

35. בכתב תביעתה, עתרה המשיבה לתשלום שכר עבודה בגין תקופת העסקתה אצל כל אחד מהמערערים בצירוף פיצויי הלנת שכר ופיצוי על עגמת נפש. בית הדין האזורי פסק למשיבה שכר מינימום בעד תקופת העסקתה אצל כל אחד מהמערערים בצירוף הפרשי הצמדה וריבית כחוק ממועד סיומה של כל תקופת עבודה ועד לתשלום המלא בפועל וכן פיצוי על כאב וסבל ועוגמת נפש. נקבע, כי המשיבה לא הרימה את נטל ההוכחה בעניין גובה שכר

⁷⁷ נעמי לבנקרון ויוסי דהאן, **אשה עוברת לסוחר, סחר בנשים בישראל, 2003**, דו"ח מטעם מוקד

העבודה שתבעה או בעניין תנאי שכר מוסכמים בינה לבין המערערים ולפיכך פסק בית הדין האזורי למשיבה שכר בגובה שכר המינימום.

המערערים 1-3 טענו לפנינו, כי המשיבה לא הרימה את נטל ההוכחה בעניין שכר העבודה הנתבע על ידה.

לטענת בא כח **המערער 4**, בית הדין האזורי לא ערך את ההבחנה הנדרשת בין המערערים 1-3 לבינו. לטענתו, המשיבה עבדה אצלו במשך תקופה קצרה, הוא נהג בה "ביחס סביר וטוב", נתן לה את הזכויות המגיעות לה "לרבות טיפול רפואי" ו"רצונה החופשי לא לשלל". מכל מקום נטען, בתקופת עבודתה אצל המערער 4, קיבלה המשיבה שכר ראוי בעד עבודתה.

36. כאמור, המשיבה לא תבעה את השבת כלל הרווחים שהתקבלו מעיסוקה ולא ערערה על גובה הסכומים שפסק לה בית הדין האזורי. אילו הגישה המשיבה תביעה להשבת מלוא הסכומים שגבתה מלקוחותיה, היתה המשיבה זכאית לטעמי לסכומים אלה:

שכר מינימום בצירוף פיצויי הלנה מוגדלים על שכר המינימום על פי סעיף 8 לחוק שכר מינימום. מאחר וסכום התמורה המגיע למשיבה בעד עבודתה נקבע על ידי בית הדין במסגרת פסק הדין, לא ניתן לחייב את המערערים בפיצויי הלנה על סכום התמורה המלא המגיע למשיבה, אולם ניתן לפסוק שכר מינימום בצירוף פיצויי הלנה על שכר המינימום לפי **סעיף 8 לחוק שכר מינימום.**

מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ניתן היה לחייב את המערערים להשיב למשיבה את כל הרווחים שהפיקו מעבודתה, לאמור, את הסכומים המלאים ששילמו הלקוחות בעד עיסוקה בזנות והמערערים נהנו מהם שלא כדין. **ככל שקורבן הסחר תגיש תביעה חילופית בשתי עילות אלה, היא תהא זכאית לסכום הגבוה מבין השניים.**

כאמור, בית הדין האזורי פסק למשיבה שכר מינימום בצירוף הפרשי הצמדה וריבית, והמשיבה לא ערערה על קביעתו. בנסיבות אלה, כבולים אנו לסכום שפסק בית הדין האזורי ואין בידנו לחייב את המערערים בתשלום פיצויי הלנה על שכר המינימום או בהשבת מלוא הכספים שהפיקו המערערים מעבודתה.

ברי, כי סכומים אלה גבוהים באופן ניכר מהסכומים שפסק בית הדין האזורי למשיבה. די בכך כדי לדחות את הערעורים.

פיצויים על כאב וסבל ועוגמת נפש

37. בית הדין האזורי חייב את חמשת הנתבעים לשלם למשיבה פיצוי ללא הוכחת נזק בגין כאב וסבל ועוגמת נפש "עקב הפגיעה בכבודה, ברצונה החופשי לעבוד ובזכותה להתפרנס מרצון ולא בכפייה" בסך 240,000 ₪, על פי פירוט זה: בן עמי ואקרמן חוייבו לשלם למשיבה סכום כולל של 35,000 ₪ כפיצוי על עוגמת נפש. גריגורי דוידוב חוייב לשלם למשיבה סכום של 75,000 ₪. בן שטרית חוייב לשלם למשיבה סך של 30,000 ₪ כפיצוי על כאב וסבל ועוגמת נפש.

על חיובם בעצם הפיצוי ובסכומים שנפסקו, מלינים המערערים בערעורם. השאלה העומדת להכרעתנו בעניין זה היא, האם יש בסיס משפטי לפסיקת פיצוי על פגיעה בכבודה של המשיבה וגרימת כאב וסבל ועגמת נפש?

סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 עניינו בפיצויים בעד נזק שאינו של ממון, וזה לשונו:

13. גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין.

38. בית דין זה קבע לא אחת, כי פסיקת פיצוי על עוגמת נפש היא בבחינת היוצא מן הכלל ותעשה במקרים החריגים, הקיצוניים ויוצאי הדופן.⁷⁸ עם זאת, במקרים המתאימים פסק בית דין זה פיצויים על כאב וסבל ועוגמת נפש. דובר, בין היתר, במקרים של פיטורים שלא כדין בנסיבות חריגות, במקרים של העברה מתפקיד שלא כדין, במקרים של פיטורי עובדת בהריון בניגוד לחוק עבודת נשים, וכל כיוצא באלה. בעניין מצגר⁷⁹ נפסק פיצוי על נזק לא ממוני בעניינה של רשות שלטונית שהשתחררה מהתחייבותה להשיב

⁷⁸עע (ארצי) 635/06 רננה לוי – עיריית ירושלים, ניתן ביום 11.2.2007; עע 1403/01 סוהייר סרוגי – המוסד לביטוח לאומי, ניתן ביום 3.5.2004; עע 157/06 עיריית תל-אביב-יפו – עזבון המנוחה גאולה בן מיכאל ז"ל, ניתן ביום 20.12.2006.

מנהל בית ספר למשרתו הקודמת בתום שנת "השאלה" לבית ספר אחר. **בפסק דין אהרון כהן**⁸⁰ נפסקו פיצויים לא ממוניים על עוגמת נפש, כאב וסבל בגין העברה של כדין של מנהל מינהל סחר פנים במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה מתפקידו. לאחרונה, בפרשת **אוניברסיטת תל-אביב**⁸¹ חוייבה האוניברסיטה לפצות את סגנית דיקן הסטודנטים על עוגמת הנפש שהיתה כרוכה בפיטוריה שלא כדין. **בפסק דין גרטי**⁸² שדן בעניינו של עובד שפוטר על רקע חשיפת אי סדרים במקום העבודה בניגוד **לחוק ההגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין)**, התשנ"ז-1997, אושרה קביעתו של בית הדין האזורי שחייב את המעסיקה לשלם למר גרטי פיצויים בסך 30,000 ₪ על עוגמת הנפש שגרמו לו פיטוריו. במקרים נוספים של פיטורים שלא כדין, נפסקו או אושרו פסיקותיהם של בתי הדין האזוריים שחייבו את המעסיק בפיצויים על כאב וסבל ועוגמת נפש.⁸³ בדומה, נפסקו בעניין **אבטיטו איינעלם**⁸⁴ פיצויים, בין היתר, על עוגמת הנפש שנגרמה לעובדת שפוטרה בהריון בניגוד לסעיף 9 **לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954**. **בפסק דין יחיא זוהיר**, נפסקו פיצויים על עוגמת נפש בשל אי מינויו של המערער לתפקיד על פי המלצת ועדת הבחינה במכרז.⁸⁵

39. דומה, שהמקרה שלפנינו הוא ממין אותם מקרים מובהקים בהם ראוי לחייב את המערערים לפצות את המשיבה על עוגמת הנפש והסבל הרב שנגרם לה בעטיים. פסיקת פיצויים על נזק לא ממוני אפשרית במסגרת דיני החוזים ואף על פי עילות מנהליות.⁸⁶

פסיקת פיצויים על כאב וסבל ועוגמת נפש בעניינה של המשיבה מוצדקת הן מן הפן החוזי והן בשל הפרת זכויותיה החוקתיות. אף אם נאמר כי בענייננו לא היתה הפרת חוזה מצד המערערים, ניתן לפסוק פיצוי על נזק לא ממוני

⁷⁹ דב"ע נג/114-3 מדינת ישראל, משרד החינוך – דוד מצגר, פד"ע כ"ו 563.

⁸⁰ עע 360/99 אהרון כהן – מדינת ישראל, פד"ע לח(1) 1.

⁸¹ עע 456/06 אוניברסיטת תל-אביב – רבקה אלישע, ניתן ביום 27.2.2008.

⁸² עע (ארצי) 502/05 אסף גרטי – מדינת ישראל, ניתן ביום 25.7.2006.

⁸³ ראו: עע (ארצי) 310/07 שרית אוזאן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, ניתן ביום 19.11.2007;

עע (ארצי) 425/05 איגוד ערים לשירותים וטרינרים גוש דן – מרדכי מיטל, ניתן ביום

14.2.2006.

⁸⁴ עע (ארצי) 606/06 אבטיטו איינעלם – חברת איי.אס.אס. אשמורת בע"מ, ניתן ביום

31.12.2006.

⁸⁵ עע 435/05 יחיא זוהיר – המועצה המקומית אעבלין, ניתן ביום 8.1.2007.

⁸⁶ ע"א 140/53 אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד ט 1666.

בהתאם להוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 הקובע: " (ב) הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה".

40. **פיצוי ללא הוכחת נזק על הפרת זכויות חוקתיות** - המערערים פגעו פגיעה חמורה בזכויות יסוד חוקתיות של המשיבה. הדבר בא לידי ביטוי, בין היתר, בשלילת חירותה, ברמיסת כבודה ובגזל קניינה. בספרו "פרשנות במשפט" – פרשנות חוקתית⁸⁷ כותב הנשיא (בדימוס) פרופ' אהרון ברק, כי "חוקי היסוד ייעשו פלסתר אם הזכויות החוקתיות לא יגרוו אחריהן סעדים מתאימים". ועוד, "חוקי היסוד מכירים במעמדה של הזכות: הסעד יבוא בעקבותיה". לטעמו, "ניתן ליתן – וחיובים ליתן – סעדים גם בלא הוראה מפורשת" שכן, זכות יסוד אינה קיימת בחלל וזכות ללא סעד הינה חסרת תועלת. לפיכך, "כאשר זכות אדם מוגנת נפגעת, בית המשפט רשאי וחיוב לעבד תרופה מתאימה. לשם כך אין צורך בדבר חקיקה מיוחדת הקובעת תרופה להפרת זכות חוקתית; התרופה טמונה בעצם ההפרה, ובזכותו של הנפגע".

בכל הנוגע למקומם של בתי המשפט בעיצוב התרופה המתאימה להפרת זכות אדם כתב הנשיא (בדימוס) ברק, כך:

"מצב הדברים האידיאלי הוא זה שבו הרשות המכוננת – אשר קבעה את הזכות החוקתית – קובעת במפורש גם את התרופה בגין הפרתה של הזכות...עם זאת, בהעדר הוראה חוקתית מפורשת באשר לסעד הנובע מהפרת הזכות, מוטל התפקיד לעצב את הסעד על המחוקק ועל השופט גם יחד...סמכותם נגזרת מהזכות החוקתית עצמה. עיצוב זה בגבולות חוקתיים, ראוי לו להיעשות בראש ובראשונה, על ידי המחוקק עצמו...עם זאת, מחדל חקיקתי אינו צריך להתלוות במחדל שיפוטי. אם המחוקק אינו ממלא את החסר, השופט חייב לעשות כן. יהא עליו לעצב תרופה התואמת לזכות המופרת"

לדעת פרופ' ברק, התרופות החוקתיות הן תרופות שבשיקול דעת, אשר בקביעתן נדרש בית המשפט לאזן בין השיקולים השונים העומדים על הכף, לרבות האינטרס הציבורי.

הסחר בבני אדם כולל פגיעה חמורה בזכויות האדם של הקורבן. גלומה בו הפרה של האיסור על עבדות, שעבוד, עבודה כפויה וניצול לצרכי זנות; גלומה בו פגיעה בזכות לשלימות הגוף, לחופש התנועה, לחירות ולכבוד. אין לך מקרה מובהק של פגיעה בכבוד האדם כפגיעתם של עברייני הסחר בקורבנותיהם. המערערים סחרו במשיבה משל היתה חפץ, רמסו וחיללו את כבודה עד עפר, שללו את חירותה וביזו את צלם האנוש שבה. לפנינו אחד מאותם מקרים בהן ניתן לחייב את המערערים בפיצוי על הפרת זכויות היסוד הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

41. הפרת חובה חקוקה – סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]: עוולת הפרת חובה חקוקה שבפקודת הנזיקין היא עוולת "סל" או עוולת מסגרת שבית הדין לעבודה מוסמך לדון בה מכח סעיף 24 (א)(ב) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969. ההפרה הבוטה של הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בעניינה של המשיבה, יכולה למצוא סעד גם בדרך של פסיקת פיצוי נזיקי על ידי בית הדין לעבודה באמצעות עוולת המסגרת של הפרת חובה חקוקה.

42. סוף דבר – לו תשמע דעתי, יידחה ערעורם של המערערים על כל רכיביו, והמערערים ישלמו למשיבה, ביחד ולחוד, הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד בסך 75,000 ₪ בצירוף מע"מ.

השופטת נילי ארד

חוות דעתו המקיפה והמלומדת של חברי הנשיא אדלר והערותיה הנכוחות של חברתי השופטת וירט-ליבנה מקובלות עלי ועל האמור בהן אוסיף שלש הערות קצרות.

1. ככלל, יחסי העבודה הנוהגים בעולמנו, מושתתים על חובות מוגברות של הגינות, אמון ותום לב להם שותפים העובד ומעסיקו כאחד, כשמערכת ביחסים ביניהם הינה של אדם לאדם – אדם. למרבה הצער, חודרות למערכת יחסי העבודה תופעות נגועות של ניצול, כפיה ואונס של עובדים - נשים, גברים וילדים קשי-יום הנתונים למרותם של עבריינים הנוטלים מהם צלם אנוש. בני עוולה העושים בחלש מהם כלי לסיפוק תאוותם ורווחיהם, נתונים לגינוי אוניברסאלי ולהדרה חברתית, לענישה פלילית ולתביעות במישור החוזי הנזיקי ובתחום יחסי העבודה. ואכן, נורמה כל עולמית מוסכמת היא כי תופעות אלה יש למגר ביד קשה. כך נקבע באמנות בינלאומיות חובקות עולם, בחקיקה ובפסיקה, כך נוהגות רשויות האכיפה אף במחוזותינו.

על רקע זה נדרשים בתי הדין לעבודה לתביעת זכויות מתחומי משפט העבודה והביטחון הסוציאלי, של מי שנקלעו שלא בטובתם למסכת של העסקה בדרכי כפיה וניצול.

2. הלכה פסוקה היא, כי בית המשפט ובית הדין לעבודה בכלל זה לא יתעלם מן המציאות הנוהגת וייתן לה ביטוי משפטי הולם כנדרש, לרבות בתביעות למימוש זכויות מתחום משפט העבודה והביטחון הסוציאלי. כך, ועל דרך פריצת האוניברסאליות הרחבנו את הגדרת מעמדו של "עובד" במסגרת הפרשנות התכליתית ובהענקת זכויות מגן, גם למי שאינו נחשב "עובד" במובן הקלאסי של הגדרה זו.

בענייננו, אין לשלול קיום סממנים של יחסי עבודה בין הצדדים. אולם "יחסים" אלה הושתתו על עוולה, כפיה וניצול, והתנהלו באופן בלתי חוקי, בלתי מוסרי ובניגוד לתקנת הציבור. המערערים הפיקו רווחים מהעסקתה של המשיבה בכפיה ובניצול, נהגו בה מנהג בעלים משל הייתה כלי או חפץ בידיהם ומנעו ממנה זכויות אדם ועובד בסיסיות.

אכן העסקה על בסיס כפיה וניצול ובאמצעות סחר בבני אדם אינה בבחינת התקשרות חוזית שנעשתה בהסכמה וברצון בין שניים שווי מעמד וערך.

"התקשרות" מעין זו, במובנה הקיצוני ביותר היא בבחינת "חוזה פסול" כמשמעותו בסעיף 30 לחוק החוזים. קרי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל". אולם פסלות החוזה כשלעצמה, לא תשמש עיר מקלט לעבריינים דוגמת המערערים ומסתור מפני מילוי חובותיהם מתחום משפט העבודה המגן כלפי מי שנקלעה למערכת העסקה פוגענית שדינה ביטול, תרתי משמע. על כן, טענה בדבר בטלות החוזה מפאת פסול ואי חוקיות והימלטות ממילוי חובותיהם החוקיות כלפי המשיבה, לא תישמע מפי המערערים שהם בבחינת "טובל ושרץ בידו".

3. בנסיבות אלה כדין התקבלה תביעתה של המערערת כלפי המערערים. בתוך כך אוסיף ואטעים כי צדק בית הדין האזורי בכך שחייב את המערערים בפיצוי המשיבה על עוגמת נפש בסך 240,000 ש"ח בשל "הפגיעה בכבודה, ברצונה החופשי לעבוד ובזכותה להתפרנס מרצון ולא בכפייה". אף נכונה בעיני קביעתו, כי אלמלא הוגבלה התביעה בסכום זה היה שיעורו גבוה פי כמה. בנסיבות העניין קצרה ידינו מלפסוק למשיבה שכר ראוי גבוה משכר מינימום, כפי שמציעה חברתי השופטת ליבנה, ופיצויי הלנה מוגדלים על השכר המגיע לה לפי הוראתו של סעיף 8 לחוק שכר מינימום, משלא תבעה זכויות אלה ולא עתרה להן בערעור.

ולבסוף, כחברי הנשיא אדלר אף אני סבורה, כי על סכומי הפיצוי שנפסקו לה בהליך הפלילי ובהליך זה, עומדות למשיבה עילות תביעה נגד המערערים גם בנויקין ובעשיית עושר ולא במשפט.

השופטת ורדה וירט-ליבנה

"סחר בבני אדם – אין אולי צירוף מילים קשה יותר, משפיל יותר. הוא מנוגד לתשתית היסוד שאין מוצקת ממנה של קיום אנושי הגון, של אדם לאדם – אדם." (א. רובינשטיין, "סחר בבני אדם לעיסוק בזנות – עד קצווי הבושה, עד שורשי החרפה", קרית המשפט ב (תשס"ב) 15-19, נתיבי משפט וממשל (ת"א תשס"ג),

בחוות דעת מקיפה ומנומקת בוחן חברי הנשיא את הוראות הדין החל בישראל, המשפט הבינלאומי וההלכה הפסוקה ביחס לאיסור על הסחר בבני אדם. מסקנתו המשפטית במקרה דנן היא כי מסגרת משפט העבודה יכולה אף היא להיות פורום ראוי לדיון בתביעתה של קורבן סחר שהועסקה בזנות כנגד סוחרה. ראשית אציין, כי אני מצטרפת לאמור בחוות דעתו של חברי, תוך שאוסיף מספר הערות משלי התומכות במסקנותיו.

על הנגע שפשה במקומותינו בדמות סחר בבני אדם - הוא סחר העבדים המודרני - עמדו בתי המשפט כבר פעמים רבות ועל עבירת הסחר בבני אדם לצורך העסקתם בזנות נאמר כי "היא מן העבירות הבזויות והנתעבות ביותר שבספר החוקים שלנו. יש בה מן הזוועה שבמכירת אדם, מן האכזריות וההשפלה שבניצול המיני ומן האימה שבסחיטה. בתוך עבירה זאת מובנים המורא והפחד שמטיל הסוחר על קורבנותיו ואף על מעורבים אחרים במסחרו, בתקופת השעבוד; ואף אחרי שיצאו מעבדות לחירות" (בש"פ 9274/01 מדינת ישראל – ישי, ניתן ביום 07.12.01)

בשל סיבה זו חזרו בתי המשפט והדגישו את הצורך בהחמרת עונשם של מי שנטלו חלק בביצוע עבירות אלו, הן לשם המחשת הפסול שמייחסת החברה למעשים אלו והן לשם הרתעתם של העוסקים בעיסוק זה (ראו ע"פ 10545/04 מדינת ישראל נ' אלדנקו מיום 06.02.06; ע"פ 5905/04 סולומון נ' מדינת ישראל, מיום 09.10.07; ע"פ 5692/06 דאטו ארחיפוב נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 24.02.08)

בתי הדין לעבודה מתמודדים עם שאלת קיומם של יחסי עובד ומעביד בהתקשרויות שונות ומגוונות בפסיקה רחבת היקף מדי יום ביומו. תבניות ההעסקה המגוונות והשונות, רבות ככל שיהיו, מתבססות על יחסים חוזיים מרצון חופשי של נותן העבודה ומקבלה. אולם, מעת לעת נגלות לעינינו מערכות יחסים הדומות יותר ליחסים של עבדות ולא ליחסי עבודה כשמשמעותם לעיל, כמו מערכת היחסים בין מי שסוחר בנשים (או סרסור) לבין קורבנו - האישה הנסחרת; העסקת עובדים זרים בתנאים לא אנושיים וצורות העסקה שונות של קטינים. אין ספק, כי למתבונן מן הצד יקשה להכיר ביחסים בין סוחר הנשים או הסרסור לבין קורבנו, כ"יחסי עבודה", שכן אלו לא נקשרים דרך כלל עם מושגים כמו כפייה, העדר רצון חופשי ואף עבדות.

בנסיבות בהן נעשה סחר בבני אדם, כזה הבא בפנינו, תפקידנו - כתפקידן של הערכאות המשפטיות השונות - הוא למגר תופעה זו ובעוצמה רבה. זאת, בין אם דרך הענישה במישור הפלילי, ובין אם באמצעות ההרתעה במישור האזרחי הכספי, באופן שאותם עבריינים יאלצו לשלם כספים רבים על מעשיהם הנפשעים והאכזריים.

לאישה שנפלה קורבן למעשה של סחר למטרות זנות קיימות שלוש דרכים לדרוש את זכויותיה בשל הפגיעה בכבודה ובחירותה. כאמור בחוות דעתו של חברי הנשיא, לצד הנתיה הפלילי, לפי **חוק העונשין, תשל"ז – 1977** אשר תוקן ונוספה בו **העבירה של סחר בבני אדם**, קיימים הנתיה הנזיקי ונתיה משפט העבודה.

בבחירתה של המשיבה לילך בדרך אחת אין כדי לפגוע בזכותה לילך גם בנתיה תביעה אחרים. משבחרה המשיבה לפנות ולקבל סעד בבית הדין לעבודה, מתפקידו ומחובתו להגן על כבודה וזכויותיה ככל שניתן הדבר במסגרת סמכויותיו. אני מצטרפת לחוות דעתו של הנשיא, כי בניתוח המצב המשפטי ונסיבות העניין, אין מדובר במערכת יחסי עבודה במובנה הרגיל. אלא, **שתורת הפרשנות התכליתית** כבר עוגנה היטב בפסיקתנו ובפסיקת בית המשפט העליון, ולפיה גם במקום שאין מדובר ביחסי עובד ומעביד במתכונתם הקלאסית, לה אנו רגילים, יש ונכיר במעמד "עובד" לצורך תכליות שונות. חברי הנשיא הרחיב במשמעותה ובהשלכותיה של תורת הפרשנות התכליתית, ואני מצטרפת למסקנתו, כי נכון יהא להפעילה במקרה דנן.

יודגש בעניין זה, כי העובדה שמדובר בהעסקה בלתי חוקית כמו גם גורם ההסכמה של אישה לביצוע עבירת הסחר אינם מעלים ואינם מורידים לצורך הענקה ושמירה על זכויות ממשפט העבודה של אישה שנסחרה. שערי בית הדין לעבודה לא נסגרו ולא ייסגרו בפני אישה שנסחרה לצורך זנות הבאה בפניו, כשם שלא נסגור שערינו בפני העובדים הזרים הבלתי חוקיים, או "שוהים בלתי חוקיים" הפונים בתביעה להכרה בזכויותיהם כעובדים. בתי הדין לעבודה דנים בתביעותיהם ואף פוסקים להם את הזכויות המגיעות להם על פי הדין, ולדידנו אין כל נפקא מינא אם מעמדם הוא בלתי חוקי אם לאו.

אשר לפסיקת שכר המינימום למשיבה כשכר ראוי – דעתי היא כי אין כלי למדידה מהו שכר ראוי לאישה שהיוותה קורבן לסחר בנשים ואשר עברה את אשר תואר על ידי חברי הנשיא בפרק העובדתי.

השימוש בביטוי "שכר מינימום" כ"שכר ראוי" קשה לי בהיבט הערכי והמוסרי בנסיבות שתוארו לפנינו. לדידי, השכר הראוי יהא גבוה בהרבה משכר מינימום ובוודאי חייב להיות ביחס ישיר לגובה הרווחים שגרפו המערערים כתוצאה ממעשיהם אלה, בנוסף לפיצוי העונשי בשל עוגמת הנפש, הפגיעה בכבודה והכאב והסבל שנגרמו לה. אולם, המשיבה בחרה שלא לערער על פסק הדין, וטעמיה עמה, הגם שהייתה מיוצגת על ידי עורכת דין. על כן, לא ניתן להחזיר את הדין לבית הדין האזורי על מנת שיברר את השכר הראוי בדרך זו שציינתי לעיל, ועל כך יש להצטער.

לא למותר לציין, כי מקובלת עליי גם קביעתו של חברי הנשיא, כי ראוי היה לפסוק למשיבה את מלוא הרווחים שהתקבלו ממעסיקה על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט.

נציג עובדים, מר רן חרמש

1. ראשית לכל, מן הראוי שאבהיר את עמדתי ביחס לערעורים הכלולים בדיון הנוכחי. ברצוני להצטרף לעמדתו של חברי הנשיא ולדחות את הערעורים.

2. בתיק הנוכחי נבחנות, עם זאת, גם שלוש שאלות עקרוניות:

א. האם יכול בית הדין לעבודה לתרום תרומה משמעותית

במאבק כנגד תופעת הסחר בנשים לשם עיסוק בזנות?

ב. האם מן הראוי שיטול בית הדין לעבודה על עצמו את

המאבק בתופעה חמורה ומגונה זו? ולבסוף,

ג. האם תוביל מעורבות בית הדין לעבודה להגברת

האפקטיביות של המאבק כנגד תופעת הסחר בנשים?

3. חברי המלומד, הנשיא אדלר, גייס את דוקטרינת הפרשנות התכליתית והראה שבאמצעותה ניתן להחיל את חוקי המגן על המקרה הנוכחי. על פי מסקנתו, בדרך זו זכאית המשיבה לקבל סעדים על בסיס חוק הגנת השכר וחוק שכר מינימום. בנוסף, לצד זכאותה של המשיבה לזכויות מתחום משפט העבודה קמה למשיבה עילה גם על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט. לכן, גורס הנשיא, בית הדין לעבודה יכול וצריך ליטול חלק במאבק כנגד הסחר בנשים.

4. היועץ הממשלתי לממשלה, במסמך שהגיש לבית הדין, מסכם את עמדתו במלים הבאות:

”222. אשר על כן, יתבקש בית הדין הנכבד לקבוע כי בתי הדין לעבודה אינם הערכאה המשפטית המוסמכת והמתאימה לדון בתביעות של קרבן סחר שהועסקה בזנות”

לכן, לדעת היועץ המשפטי, למרות שאולי יכול בית הדין לעבודה ליטול חלק במאבק, מן הראוי שיימנע מכך, זאת, בעיקר, בתוקף שיקולים מעולם התיאוריה המשפטית ומעולם חלוקת העבודה בין האורגנים השיפוטיים השונים.

5. להערכתו, התשובה לשאלה השלישית, מהי חלוקת העבודה שתביא למאבק התכליתי והיעיל ביותר כנגד תופעת הסחר בנשים היא השאלה המרכזית והחשובה ביותר. בתי הדין הייעודיים, ובית הדין לעבודה בכללם, שואבים את הצלחתם מהתמחותם, מכך שהם מרכזים את עיסוקם בנושאים בהם יש להם עדיפות ניסיון וידע. ככל שניתן, מן הראוי שנושאי הטיפול של בתי הדין ינווטו על פי התמחותיות של הצוות המשפטי המצוי בהם. כך עוסקים, בתי הדין ובתי המשפט לנוער, למשפחה, צבאי, גוף גוף בתחומם וככל שיגבילו עצמם, כך ייטב.

6. להוותה של כל חלוקת עבודה, המציאות מורכבת יותר מהמבנים המטפלים בה. להוותה של כל חלוקת עבודה, המציאות משתנה ומחייבת התאמות. כך, דרך משל, התפתחות תופעת ה”משתתף החפשי”, הצדיקה את הרחבת

תחולת משפט העבודה. בדומה לכך, גם נבחרה הציבור וחיילי צבא הקבע, אשר צביון עיסוקיהם עבר שינויים רבים מאז זכה להתייחסות חוקית, ראויים היו להכלל במסגרת הרחבת והגמשת תפישת מושג העובד. קשה לי מאוד להתייחס ל"מקצוע העתיק ביותר", הזנות, ולאחד המוסדות החברתיים המוקדמים ביותר בהיסטוריה האנושית, העבדות, כאל תופעות מסוג זה. שתי תופעות אלו שמשו מוקד למאבקים חברתיים, זכו לדיונים אקדמיים ומשפטיים רבים ולניסויים חברתיים רבי משמעות. אי-מיגורם, יותר משהוא תלוי בגמישותו של משפט העבודה, כרוכים בבעיות חברתיות ובאינטרסים חברתיים מהותיים. התמודדות יעילה עם תופעות אלה וצמצום משמעותי של הקפס, יושגו ביתר יעילות באמצעות נקיטת אמצעים ממוקדים ולא בדרך של פיזור בין-מוסדי של אחריות.

7. מגבלות הפתרון המועלה על ידי ידידי הנשיא בולטות גם בהקשר לערעור הנוכחי. "לקוחות" המשיבה שילמו על פי עדותה עבור שירותיה בין 100 ל-150 שקלים. אמדן גס יציב תעריף זה לתשלום של כ-125 ₪ לשעה. בית הדין האזורי, למרות מאמציו להגיע לאומדן נדיב של שכר ראוי. נאלץ להסתפק בשכר המינימום, כלומר לשכר שבשנת 2006 היה 19.3 ₪. בית הדין נהג על פי מגבלות החוק ולכן פסיקתו נכונה חוקית. עם זאת, מגבלות החוק נבנו כדי להתמודד עם מקרים תקינים של עבודה. במקרים תקינים של עבודה, ברירת המחדל של שכר המינימום תיבחר רק כאשר מתמלא אחד משני התנאים הבאים:

א. שכרו של העובד בעת תעסוקתו היה שכר מינימום

ב. קיימים מחדלים מהותיים המונעים זיהוי שכר גבוה יותר ביחס למקרה הנדון.

במקרה הנוכחי, הקושי אינו בקושי לקבוע שכר ראוי למשיבה, אלא הקושי ליישם את רעיון השכר הראוי לעיסוק.

קושי דומה היה מתגלה אילו כלל הערעור התייחסות לחוק עשיית עושר ולא במשפט. מסופקני אם זכאית היתה המערערת לסעד הבא המועלה על ידי הנשיא:

"הסעד הטיפוסי המוענק במסגרת דיני עשיית עושר הוא השבת הריווח שהפיק הנתבע שלא כדין על חשבון התובע. רוצה לומר: ניתן בענייננו לחייב את המערערים להשיב למשיבה את מלוא הסכומים שהתקבלו מהלקוחות בעד שירותיה."

האמנם? האם ערכו של הרווח למערערים הוא מלוא הסכומים שהתקבלו מהלקוחות בעד שירותיה? וכי לא השקיעו המערערים ב"עסקם" המפוקפק? שכרו מבנה? פרסמו מודעות פרסומת? ומה בדבר שירותי הבטחה? האם שירות הבטחה הוא לגיטימי בנסיבות הנוכחיות? כך או אחרת, אילו נזקק בית הדין לעבודה לחלופת העשיית עושר ולא במשפט, היה נגרר לשדות לא לו, שאלות שבתי משפט אחרים משמשים כתובת יעילה יותר להתמודדות עמן.

8. בראשית דברי העליתי שלוש שאלות והגיע הזמן להשיב עליהן.

א. האם יכול בית הדין לעבודה לתרום תרומה משמעותית במאבק כנגד תופעת הסחר בנשים לשם עיסוק בזנות? לדעתי, תרומתו של בית הדין לעבודה במאבק המדובר צפויה להיות מוגבלת. תחיקת המגן מקנה לבית הדין יתרונות ייחודיים בנושאי שכר ותעסוקה, אך יתרונות אלו נתפרו ייחודית לנושאים אלה והם מעמיסים מגבלות מיותרות בתיקי סחר בנשים למטרות זנות.

ב. האם מן הראוי שיטול בית הדין לעבודה על עצמו את המאבק בתופעה חמורה ומגונה זו? בשל המגבלות שצוינו לעייל, מן הראוי שעיקר הטיפול המשפטי בנושאי סחר בנשים ינווט באמצעות מסגרות משפטיות אחרות. עם זאת, אין להוציא מכלל אפשרות נסיבות בהן תבחר אשה שנסחרה למטרות זנות, לאחר קבלת יעוץ משפטי הולם, לבחור בנתיב זה לקידום עניינה.

ג. האם תוביל מעורבות בית הדין לעבודה להגברת האפקטיביות של המאבק כנגד תופעת הסחר בנשים? כאמור, בשל נחיתות הכלים העומדים לרשות בית הדין לעבודה והיתרונות הספונים במסלול

הפלילי ובמסלול האזרחי, קשה לראות בבית הדין לעבודה כלי אפקטיבי למאבק בפעילות החשוכה המדוברת.

9. לאור הניתוח שהצגתי, מהי עמדתי ביחס לתיק הנדון? לדעתי, ניתן וצריך לדחות את הערעור בשל שתי סיבות הבאות:

א. הראשונה מובהרת בנייר העמדה של היועץ המשפטי לממשלה:

”216. הנה כי כן, על רקע מכלול הטעמים דלעיל, ובשים לב לכך שההלכה בדבר העדר סמכות עניינית מותרת מרחב של שיקול דעת לערכאה השיפוטית הרי שלא מן הנמנע, שבית הדין הנכבד יעמיד הלכה על מכונה בכל הנוגע למקרים הבאים ולאלה התלויים ועומדים, אך תוצאת פסק הדין בעניינה של המשיבה 1, וככל שקיימים פסקי דין אחרים שכבר ניתנו – תישאר על כנה”.

כלומר, הסמכות לקבוע את גבולות סמכותו העניינית מצויה בידי בית הדין, ומוטב, שזה ינהג כשפניו לעתיד ולא לעבר. מן הראוי שתיקבע מדיניות, אך זו תוחל על תביעות עתידיות ולא על אלה שכבר נחרץ דינן.

ב. מאחר והמשיבה לא הציגה ערעור על פסק הדין, ומאחר ולכל הדעות תביעתה מוצדקת, מן הראוי שלא נגרור אותה להתדיינות משפטית נוספת, התדיינות שתארך זמן רב ותחייב השקעת משאבים כספיים ניכרים.

10. ולכן, אם תישמע דעתי, יידחה הערעור ותובהר מדיניות בית הדין לפיה בית הדין לעבודה אינו הכתובת ההולמת לנפגעות ולנפגעי סחר בבני אדם.

נציג מעסיקים מר הלל דודאי: אני מצטרף לפסק דינו של הנשיא אדלר

ולנימוקיו.

סוף דבר

על דעת כלל חברי המותב נדחים ערעוריהם של המערערים.
המערערים ישלמו למשיבה, ביחד ולחוד, הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד בסך
75,000 ₪ בצירוף מע"מ.
סכום זה ישולם תוך 30 יום, שאם לא כן ישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום
מתן פסק דין זה ועד לתשלום המלא בפועל.

ניתן היום ה' בתמוז התשס"ח (8.7.2008) בירושלים וישלח לבאי כח הצדדים.

השופטת ורדה וירט-ליבנה

השופטת נילי ארד

הנשיא סטיב אדלר

נציג עובדים מר רן חרמש נציג מעבידים מר הלל דודאי