

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

העותרים:

1. אסתר צגיי גרסגהר (אזרחית אריתריאה, רישיון ישיבה מספר -----)
2. צגה קיברום מהרטב (אזרחית אריתריאה, רישיון ישיבה מספר -----)
3. סלומון קאסה (אזרח אריתריאה, רישיון ישיבה מספר -----)
4. סמסון מספן (אזרח אריתריאה, רישיון ישיבה מספר -----)
5. אברהים יוסף מוחמד אחמד (אזרח סודן, רישיון ישיבה מספר -----)
6. יוהאנס פרסניי (אזרח אריתריאה, רישיון ישיבה מספר -----)
7. יאקוב ג'מאל (אזרח סודן, רישיון ישיבה מספר -----)

8. קו לעובד

9. א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים

10. המוקד לפליטים ולמהגרים

11. האגודה לזכויות האזרח בישראל

12. ARDC – מרכז לקידום פליטים אפריקאים

13. רופאים לזכויות אדם – ישראל

כולם ע"י עו"ד אלעד כהנא ו/או ענת בן-דור

מהתכנית לזכויות פליטים

וכן ע"י עו"ד מיכל תג'ר

מקו לעובד

שכתובתם להמצאת כתבי בי-דין הינה:

התכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

טל': 054-5800819 ; 054-5600536 פקס: 03-6407422 ; דוא"ל: [aeladc@gmail.com](mailto:aeladc@gmail.com)

-נגד-

המשיבים:

1. הכנסת

ע"י הייעוץ המשפטי

הכנסת, ירושלים

2. שר הפנים

3. שר האוצר

4. שר הרווחה והשירותים החברתיים

ע"י פרקליטות המדינה

רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

5. בנק מזרחי טפחות

מגדלי אביב שער העיר, זיבוטינסקי 7, רמת גן

עתירה למתן צו על תנאי

"אי אפשר להעמיס את כולם בצורה מסודרת על מטוסים. [המדינה] הייתה עושה את זה אבל אין לה ברירה" (יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה, חה"כ מירי רגב, בדיון מיום 3.12.2014, עמ' 42).

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 ;

**ולחלופין**, מדוע לא יבוטלו הסעיפים הבאים בחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991, כפי שתוקנו במסגרת סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 : סעיף 1א(ה)(3); הוראת סעיף 1א(א) הקובעת חובת הפקדת 20% משכרו של מסתנן ; וסעיף 1א4.

החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (ס"ח 2483, בעמ' 84) פורסם ביום 17.12.2014 : <http://bit.ly/2mrCA6b>

פרקים ב' ו-ג' לחוק מצורפים ומסומנים ע/1.

החוק תוקן במסגרת החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) (תיקון), התשע"ז-2017 (ס"ח 2595, עמ' 326), פורסם ביום 10.1.2017 : <http://bit.ly/2lgaMli>

התיקון לחוק מצורף ומסומן ע/2.

**עם עתירה זו מוגשת, בנפרד, בקשה לצו ביניים ולקביעת דיון דחוף.**

## תוכן העניינים

מבוא.....	4
העובדות הרלוונטיות.....	7
<u>א.</u> הצדדים לעתירה.....	7
<u>ב.</u> התיקון לחוק.....	10
ב.1. תיקון חוק עובדים זרים בשנת 2000 והסדר הפיקודן למהגרי עבודה.....	10
ב.2. הרקע לתיקון – כליאת מבקשי מקלט ושלילת חירותם.....	12
ב.3. ההסדר מושא עתירה זו.....	13
א) הפחתת 20% משכרו של "מסתנן" והעברתם לקרן.....	13
ב) הניכוי מהמעסיק.....	14

15	ג) ניכוי מס למפרע
16	ד) מסירת מידע לעובד זר שהוא מסתגן והיעדר פיקוח על השקעת הכספים וניהולם
16	ה) ניכויים על רכיב המעסיק הנצבר בקרן
18	ו) שילוב ההסדרים
18	<u>ג.</u> הליך החקיקה
18	ג.1. חקיקת החוק בשנת 2014
22	ג.2. תיקון והפעלת החוק בשנת 2017
23	ג.3. פניות העותרים למשיבים במסגרת הליכי החקיקה
24	ג.4. עמדת היועץ המשפטי לכנסת
26	ג.5. עמדת נציבות האו"ם לפליטים
27	ג.6. עמדת לשכת עורכי הדין
27	<u>ד.</u> האוכלוסיה בה עוסקת העתירה
27	ד.1. על מעמדם המשפטי של מבקשי מקלט והגנות בינלאומיות אחרות
33	ד.2. מצבם של מבקשי מקלט – עוני, הערמת מכשולים על תעסוקה, והדרה ממערכות תמיכה
42	הטיעון המשפטי
42	<u>א.</u> על היקף הביקורת השיפוטית
44	<u>ב.</u> הזכויות החוקתיות הנפגעות
44	ב.1. הזכות לקניין
47	ב.2. הזכות לקיום מינימאלי בכבוד
49	ב.3. הזכות לשוויון
50	<u>ג.</u> תכלית החקיקה – הפרה קונסטרוקטיבית של עקרון ה- non-refoulement
58	<u>ד.</u> תכליות מדומות ופגיעה בלתי מידתית בזכויות העותרים
58	ד.1. טובת ה"מסתננים"
62	ד.2. הבטחת יציאה בעתיד
65	ד.3. מניעת פיטורי עובדים ישראלים
66	ד.4. סיכום פרק זה
66	<u>ה.</u> הסעד המבוקש בעתירה
67	סיכום

1. ההסדר הנתקף בעתירה זו מהווה דוגמא צינית לאופן בו הלבישו המשיבים פלטפורמה פוגענית ביותר, על גבי חקיקה שתכליתה המרכזית היתה הבטחת זכויות סוציאליות למהגרי עבודה, וזאת במטרה למרר את חייהם של מבקשי המקלט בישראל.
2. אלה עיקרי ההסדר: החל מיום 1.5.2017, מדי חודש יועבר שיעור של 20% משכרם של עובדים הנמנים על אחת הקבוצות החלשות במשק – מבקשי מקלט, "מסתננים" כהגדרתם בחוק – לקרן שתנוהל בידי המדינה באמצעות בנק שזכה במכרז להפעלתה. במקביל, יעבירו מעסיקיהם של מבקשי המקלט 16% משווי שכרם, לאותה קרן. הסכומים ייצברו בקרן במשך שנים ממושכות, בלא שניתן יהיה לעשות בהם שימוש, ובלא שהם נושאים ערך ביטוחי כלשהו.
3. מטרתה של קרן הפיקדון הובהרה חזור ושנה במהלך הליכי החקיקה: "לקחת ולמנוע את הרצון שלהם להישאר", כפי שנאמר בדיונים, ו"לעודד אותם לעזוב את הארץ". בהתאם לתכלית זו, רק אם ייצאו מישראל, יוכלו לקבל את הכסף; ולמעשה, את חלקו – שכן על רכיב המעסיק יחולו ניכויים שונים: באם לא ייצאו בתוך זמן קצר לאחר אותה החלטה (תיאורטית) על הרחקתם, שתתקבל, ככל שתתקבל, לאחר שנים ארוכות של שהייה חוקית בישראל, ינוכו מחלק מהכספים שנצברו בקרן קנסות בגין איחורים ביציאה, בשיעורים שנעים בין 35% ל-100%, בהתאם למספר חודשי ההשתהות ביציאה. בנוסף, ינוכה מחלק מהכספים שנצברו מס בשיעור של 15%, וכן ינוכו הוצאות הרחקה, ככל שיהיו.
4. בתשובתם לעתירה ישובו ויטענו המשיבים, כי לא מדובר ב"פליטים", אלא ב"מסתננים" ו"מהגרי עבודה". זאת, שעה שהמשיב 2 משתהה בבחינתן של אלפי בקשות מקלט. וכבר עמד בית משפט נכבד זה, על כך ששעה שאחוז ההכרה באזרחי אריתריאה וסודן כפליטים במדינות העולם עומד על קרוב ל-90% ו-70%, בהתאמה, שיעור ההכרה בישראל אינו מגיע אף ל-1% (בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל; פורסם בנבו, 22.9.2014; להלן: "בג"ץ איתן", בסעיף 35 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן). בין אם חברי הקבוצה הנפגעת מההסדר דנא הם פליטים, ובין אם לאו, אין חולק על כך שחל עליהם עקרון ה- non-refoulement, איסור הגירוש, החורג מגדרי אמנת הפליטים. אולם כפי שכבר טענו העותרים 13-8 בעתירות קודמות, התפישה המנחה את המשיבים – גם בהסדר זה – היא כדלקמן: מי שנשקפת סכנה לחייו או לזכויותיו הבסיסיות אסור לגרשו, אך מותר לעודדו "לצאת מרצון". אסור לגרשו, אך מותר להסית נגדו ולתלות בו את צרותיהן של אוכלוסיות מוחלשות בישראל. אסור לגרשו, אך מותר לדרדרו לעוני קשה, עד הגיעו לפת לחם.
5. המסגרת החקיקתית של ההסדר דנא נבחרה בציניות וברשעות: על גבי פלטפורמה חקיקתית בחוק עובדים זרים, שנועדה לחייב מעסיקים בהפרשות סוציאליות עבור מהגרי עבודה המועסקים בישראל לצורך הגנה על זכויותיהם ושמירה על שוויון בקרב העובדים בישראל –

בנו המשיבים מנגנון כלכלי שתכליתו הפוכה: דרדור מבקשי מקלט לעוני על מנת לדחוק אותם מחוץ לישראל. במקום שיוויון בזכויות – אפליה קשה בשכר נטו, לצד פגיעה בקניין וביכולת להתקיים בכבוד. במקום הגנה על זכויות סוציאליות – מנגנון קנסות דרקוני המכרסם בהן.

6. לא ניתן לקרוא הסדר זה בלא לעמוד על הרקע לחקיקתו: ההסדר הכלכלי המורכב נחקק במסגרת התמודדות הכנסת והממשלה עם פסק דינו של בית משפט נכבד זה בעניין החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954: כידוע, בבג"ץ איתן נקבע "שהסדרים שקבע התיקון החדש לחוק למניעת הסתננות פוגעים בצורה מהותית, עמוקה ויסודית בזכויות אדם. אין הם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, ואין הם צולחים את הביקורת החוקתית" (פסקה 212 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן). פחות מיוחדשיים לאחר מתן פסק דין זה, קידמה הכנסת הסדר חקיקה חדש בנושא הכליאה במתקן השהייה "חולות", במסגרתו נחקק גם ההסדר דנא כנטע זר. למנגנון הכלכלי המורכב הוקדשה ישיבה בודדת אחת בלבד במסגרת הליכי החקיקה, באופן העומד ביחס הפוך למורכבותו, תוך התעלמות מעמדת הייעוץ המשפטי לכנסת לפיה הוא מעלה בעיות חוקתיות קשות, ומאזהרתו כי בסד הזמנים שנכפה עליו אין באפשרותו ליעץ בנוגע אליו. ההסדר הוגדר חלק מ"המהלך המשולב לטיפול בהיבטיה הכלכליים של תופעת ההסתננות" (ראו תזכיר החוק למניעת הסתננות, קישור בהמשך, בעמ' 3), והתכלית, אותה לא ניסה איש להסוות, היתה דחיקתם של מבקשי המקלט לצאת מישראל (תכלית שכבר הוגדרה בידי בית משפט זה כבלתי ראויה).

7. תוצאתו הצפויה של ההסדר הרת גורל וקשה, באופן בלתי נתפס ממש. למשך תקופה ממושכת שאיש אינו יודע לצפות, תיגזל חמישית משכרם הזעום של מבקשי מקלט. קבוצת העובדים מהחלשות ביותר בשוק העבודה הישראלי, תשתכר שכר שיהיה, קרוב לוודאי, נמוך באופן ניכר משכר המינימום; שכר שיהיה בוודאות נמוך ב-20% מזה של יתר העובדים – אזרחי ישראל, פלסטינים ומהגרי עבודה כאחד – אשר יעבדו כתף אל כתף עם מבקשי המקלט באותן משרות כפיים קשות-יום. אם לא די בכך, ובמקביל, תיוקר העסקתם של עובדים חלשים, המתחרים על מספר מצומצם של מקומות עבודה פוגעניים, היחידים שבהם מוכנים כיום לשכור אותם לעבודה חרף הערפל המכוון המוטל על עצם הזכאות שלהם לעבוד. קבוצת אוכלוסיה אשר ממילא נושאת בנטלי קיום כבדים, ללא כל עזרה מהמדינה, הנושאת על גבה את כל הוצאות הבריאות, המודרת משירותי רווחה, הכורעת תחת מיסוי כבד מזה המוטל על כל יתר העובדים בישראל – קבוצה זו תידחק עתה, בעקבות ההסדר נשוא עתירה זו, לחיי עוני קשים עוד יותר.

8. "עלינו להרים את המסך מעל אותו 'גוש' מסתננים ולהישיר מבטנו אל כל אחד ואחד מהם", קבע בית משפט נכבד זה בעבר. יש להישיר מבט, גם בעת בחינת ההסדר דנא, אל כל אחד ואחת מאותם מבקשי מקלט, משתכרי שכר מינימום, חלקם הלא מבוטל מקיים בכספיהם הזעומים משפחות וילדים, חלקם קורבנות לכליאה, לעבדות, לעינויים, להרעבה, לאלימות קיצונית, לאונס ולתקיפות מיניות, לעושה ולסחיטה. חלקם כבר נשאו בנטל שהטילו עליהם המשיבים

כאשר נפגעה חירותם בכליאה לתקופת זמן ממושכת. רובם ככולם שוהים בישראל במסגרת מדיניות אי-הרחקה או הגנה זמנית, על רקע המצב הקשה בארצות המוצא שלהם.

9. ההסדר הנתקף בעתירה זו אינו אלא חלק ממסכת ההתעמרות במבקשי המקלט השוהים בישראל. למעשה, אין כל תכלית ראויה המצדיקה אותו. המשיבים ייתממו ויטענו, שהתכלית היא הבטחת יציאתם של מבקשי המקלט מישראל במועד, ככל שיוחלט על יציאה זו. החלטה כזו אינה וודאית וממילא אינה בטוחה הנראה לעין. מה, אם כן, היתה הבהילות בחקיקתו החפוזה והרשלנית של ההסדר, ערב פיזור של הכנסת? מה יכולה להיות ההצדקה לדחיקתם של עשרות אלפי מבקשי מקלט לעוני מרוד, לטובת תכלית היפותטית, בעתיד הלא ידוע? עד כמה יכולה להיות חשובה היציאה "במועד", כשעדיין לא נקבע כל מועד כזה? האם היא יכולה להצדיק דרדר של אוכלוסיה שלמה אל מתחת לסף העוני? אין זאת אלא שמדובר בהצדקה הרגילה של החקיקה נגד מבקשי המקלט בישראל: מירור חייה של אוכלוסיה חלשה, נטולת כוח פוליטי, ששנאת ההמון מופנית אליה. כפי שטענו בעבר העותרים 8-13 בעתירה נגד הפרקים הראשונים בחוק דנא (שהתקבלה בחלקה בבג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת**, מיום 11.8.2015; להלן: "**בג"ץ דסטה**"), האוכלוסיה שבה עוסקת עתירה זו, של אנשים שאינם מגורשים למדינות מוצאם בשל הסכנה הנשקפת להם שם, בין אם נאמר כי הם "פליטים" ובין אם לאו, היא אחת האוכלוסיות השנואות והחלשות ביותר בישראל. ההסתה כלפיה שוברת שיאים חדשים מדי יום. פוליטיקאים משתמשים בה כשעיר לעזאזל, בו הם תולים את מצוקותיהם הממשיות של חלקים מוחלשים אחרים בחברה הישראלית. השיסוי שהוא מנת חלקה של קבוצה זו הוא מבזה, מתועב ואף מסוכן. אחרי שנים של שיסוי והסתה נגד אוכלוסיה זו, נגד ה"סרטן בגוף שלנו", לא פלא שהמשיבים סבורים כי נקיטת עוד ועוד אמצעים שמטרתם הפיכת חייה של אוכלוסיה זו לאומללים, הרתעה, ענישה, כליאה ופגיעה בכל זכות אדם שניתן להעלות על הדעת, היא לגיטימית, וכל שנוותר לעשות הוא למצוא את "האמצעי המידתי" במסגרתו תצלח התעללות זו ביקורת חוקתית.

10. העובדה שהכנסת והממשלה שבות ובוחרות בקבוצה חלשה ונטולת כוח פוליטי כשעיר לעזאזל, שיש לתלות בו את כל צרות החברה ושיש להכות בו באמצעות חקיקה, אינה צריכה להרתיע את בית המשפט מפני קיום ביקורת חוקתית. נהפוך הוא. הגנה על קבוצה חלשה שחיצי השנאה של הרוב הפרלמנטרי מופנים כלפיה שוב ושוב, לקול צהלות ההמון, היא-היא תמצית תכליתה של הביקורת החוקתית. זאת ביחס לכל קבוצת מיעוט, וזאת ביתר שאת כאשר מדובר בקבוצה שמעצם הגדרתה אין לה יכולת השפעה ישירה על בית המחוקקים.

11. נוכח ההשלכות הקשות הצפויות לחול על עשרות אלפי מבקשי מקלט העובדים בישראל, החל מ-1 במאי (באופן אבסורדי, יום חגם של הפועלים), יש צורך לברר במהירות האפשרית את השאלות החוקתיות שמעלה ההסדר נשוא עתירה זו. לפיכך יתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על-תנאי ולקיים דיון בעתירה זו בדחיפות.

## העובדות הרלוונטיות

### א. הצדדים לעתירה

12. העותרים 1-7 הם מבקשי מקלט, אזרחי אריתריאה וסודן, אשר נכנסו לישראל דרך גבול סיני שלא דרך מעבר גבול, ומשכך יחול עליהם התיקון מושא העתירה. כולם שוהים בישראל כדין, בין אם מכוח בקשות למקלט שלא נענו ובין אם מכוח מדיניות אי-ההרחקה של המשיב 2. העותרים 1-3 הם אמהות או אבות חד הוריים, המגדלים את ילדיהם בגפם ובדוחק; העותרים 4-5 הם גברים נשואים המגדלים את ילדיהם בדוחק יחד עם בנות זוגם; העותר 6 הוא קורבן עינויים הסובל מכאבים פיזיים שמקורם טרם אובחן, ומכלכל את עצמו בקושי; העותר 7 הוחזק במתקן "חולות" במשך כשנה וחצי וכיום נאסר עליו להתגורר או לעבוד באילת ובתל אביב והוא תומך בבן משפחה חולה בישראל. הכנסתם של כל העותרים היא נמוכה והיא עתידה לצנוח עם ניכוי 20% משכרם מדי חודש. כל תצהירי העותרים מצורפים לעתירה.

13. העותרת 1 היא אזרחית אריתריאה השוהה בישראל מאז שנת 2011 מכוח מדיניות אי ההרחקה של המשיב 2. היא יצאה את ארצה בעקבות בעלה שהגיע לישראל. בישראל נפרדו בני הזוג, והעותרת מגדלת בגפה את בתם הקטנה, בת שלוש (בנותיהם הגדולות של בני הזוג נותרו באריתריאה) בדירה בתל אביב, אותה הן חולקות עם משפחה נוספת. בן זוגה לשעבר אינו מסייע בגידול הילדה ואינו משלם מזונות. העותרת מועסקת כעובדת קבלן בעבודות ניקיון בבית ספר בתל אביב. העותרת עומדת לרשות העבודה 5 ימים בשבוע, 9 שעות ביום; וביום שישי עד 5 שעות. אולם פעמים רבות העבודה שמספק לה קבלן הניקיון פחותה מהיקף השעות האמור. הכנסתה החודשית, לפני ניכויים, נעה בין 3,900 ש"ח ל-5,200 ש"ח. הכנסתה החודשית יוצאת כולה על שכר דירה, חשבונות, מזון, חומרי ניקוי והגיינה, ביגוד, ותשלומים עבור "ביביסיטר" לילדה, בשעות בהן היא עובדת. כבר כיום ההכנסה אינה מספיקה למשפחה והעותרת נעזרת בעמותת א.ס.ף (העותרת 9). עד לפני מספר חודשים הדירה לא הייתה מרוהטת והעותרת ובתה ישנו על מזרונים שמצאו באשפה. כיום אין לילדה ביטוח רפואי מכיוון שהעותרת אינה יכולה לעמוד בתשלומים.

14. העותרת 2 היא אזרחית אריתריאה השוהה בישראל מאז שנת 2010 מכוח מדיניות אי ההרחקה של המשיב 2, ומגדלת בגפה את שתי בנותיה הקטנות, בנות 6.5 ו-8. היא יצאה את ארצה עם בנותיה בעקבות בעלה שהגיע לישראל. בישראל בעלה נהג בה באלימות לעיני בנותיהם. השניים נפרדו בשנת 2012 והתגרשו בשנת 2014. העותרת מגדלת את בנותיה לבד, בדירת חדר באזור התחנה המרכזית בתל אביב. בן זוגה לשעבר אינו מסייע בגידול הבנות ואינו משלם מזונות. העותרת הגישה בקשה למקלט לאחר פרידתה מבן זוגה, אולם לא קיבלה תשובה. העותרת עובדת ברשת "חצי חינם" בראשון לציון, 6 ימים בשבוע; בארבעה ימים היא עובדת 8 שעות ובשניים הנותרים 12 שעות. הכנסתה עבור שעות עבודה אלו, לפני ניכויים, היא כ-6,000 ש"ח, אולם לרוב העותרת לא מצליחה לעבוד שעות כה רבות ולכן משתכרת לרוב בין 5,000 ש"ח ל-

5,500 ש"ח לחודש, לפני ניכויים. הכנסתה החודשית יוצאת כולה על שכר דירה, חשבונות, מזון, חומרי ניקוי והגינה, ביגוד, ספרי לימוד וציוד לבית הספר, תשלומים לבית הספר, תשלומים עבור צהרונית לילדות ותשלומים עבור "בייביסיטר" לילדות בשעות בהן היא עובדת. כבר כיום ההכנסה אינה מספיקה למשפחה והעותרת נעזרת בעמותת א.ס.ף (העותרת 9) בתרומות מזון. לילדות אין ביטוח רפואי והעותרת חייבת כסף לבית החולים איכילוב ולצהרונית.

15. העותר 3 הוא אזרח אריתריאה השוהה בישראל מאז שנת 2010 מכוח מדיניות אי ההרחקה של המשיב 2. הוא ברח מארצו לאחר שנעצר משום שהתנגד למצב במדינה, וזאת לאחר 9 שנות "שירות צבאי" שמוכר בעולם כעבדות וכפשע נגד האנושות. בישראל סיפר את קורותיו לפקיד המשיב 2 בעת שהוחזק במתקן "סהרונים", סמוך לכניסתו לישראל, ורק במועד חתימת תצהירו (אוגוסט 2016) למד מפי הח"מ כי בעיני המשיב הדבר אינו מהווה בקשה למקלט. בישראל הוא מתגורר עם בתו הקטנה, בת 7, בדירת שני חדרים בתל אביב. העותר ובת זוגו דאז, אם הקטינה, נפרדו ואינם בקשר והיא אינה מסייעת למשפחה. בשל מצבו כאב חד-הורי העותר מתקשה למצוא עבודה ונע בין עבודות. הכנסתו החודשית בשנה האחרונה נעה בין 3,500 ש"ח ל-5,000 ש"ח. הכנסתו יוצאת כולה על שכר דירה, חשבונות, מזון, חומרי היגיינה, ביגוד, תשלומים לבית הספר וספרי לימוד וציוד וכן תשלומים ל"בייביסיטר". כבר היום הכנסתו לא מספיקה לצרכי המשפחה. לבתו אין ביטוח רפואי משום שהעותר אינו יכול לעמוד בתשלומים. הוא לווה 10,000 ש"ח מהבנק, הצליח להחזיר את רוב הכסף, וכיום חייב לבנק 3,000 ש"ח.

16. העותר 4 הוא אזרח אריתריאה, השוהה בישראל מאז שנת 2008 מכוח מדיניות אי-ההרחקה של המשיב 2. הוא נמלט מארצו לאחר שהוחזק שנה במעצר בחשד שהוא מתכנן לברוח, ולאחר מכן גויס בכפייה ל"שירות הצבאי" של אריתריאה שמוכר בעולם כעבדות וכפשע נגד האנושות. בישראל הגיש בקשה למקלט אצל נציבות האו"ם לפליטים בשנת 2008 ושוב לידי המשיב 2 בשנת 2015. נכון למועד חתימת תצהירו (דצמבר 2016) לא קיבל מענה. הוא מתגורר עם רעייתו ושתי בנותיהם הקטנות, בנות שנתיים ושלוש, בדירת שני חדרים בתל אביב – חדר אורחים, וחדר שינה שמאכלס את כל בני המשפחה. בשנה האחרונה עבר העותר מספר מקומות עבודה, מהם פוטר או התפטר בשל הפרת דיני העבודה. כיום הוא מועסק כעובד קבלן בבית מלון בתל אביב, 6 ימים בשבוע, 8 שעות ביום. רעייתו עובדת בניקיון בתים, 6 ימים בשבוע, משעות הבוקר המוקדמות ועד הצהרים. משכורתיהם עומדות על כ-4,500 ש"ח כל אחד. הוצאות המשפחה החודשיות כוללות 3,500 ש"ח עבור מגורים, 1,800 ש"ח עבור גן הילדות, 240 ש"ח עבור ביטוח רפואי פרטי לילדות (רעייתו של העותר אינה מבוטחת באמצעות מעסיקה ובשל הדוחק בו חיים בני הזוג, הם אינם מסוגלים לרכוש עבורה ביטוח באופן עצמאי), והוצאות מחייה שוטפות כגון: מזון, חיתולים, בגדים, מוצרי היגיינה, טלפונים וכיו"ב. בשל מצבם הכלכלי לווה העותר כסף מחבריו וכיום חובותיו מסתכמים ב-8,000 ש"ח.

17. העותר 5 הוא אזרח סודן ממוצא דרפורי, השוהה בישראל מאז שנת 2008 מכוח מדיניות אי-ההרחקה של המשיב 2. הוא נמלט מדרפור לחרטום לאחר שכפרו נשרף והוריו נרצחו והוא ברח



מארצו לאחר שנרדף על ידי השלטונות בחרטום. בישראל הוא מתגורר יחד עם רעייתו ושלושת ילדיהם הקטנים, בני שנה עד 5.5, בדירת שני חדרים בתל אביב – חדר אורחים וחדר שינה שמאכלס את כל בני המשפחה. במשך השנים עבד העותר בעבודות מזדמנות, בכולן השתכר שכר מינימום. כיום הוא מועסק כעובד קבלן ניקיון בעיריית בת ים, 6 ימים בשבוע, 8 שעות ביום. רעייתו עובדת בבית מלון בתל אביב, 6 ימים בשבוע, 7 שעות ביום. משכורתיהם עומדות לפני ניכויים על 6,500 ש"ח ו-5,500 ש"ח, בהתאמה. הוצאות המשפחה החודשיות כוללות 3,200 ש"ח עבור מגורים וחשבונות נלווים, 1,800 ש"ח עבור גני הילדים, כמה מאות שקלים עבור ביטוחים רפואיים פרטיים לילדים, והוצאות מחייה שוטפות כגון: מזון, בגדים לילדים, מוצרי היגיינה, טלפונים וכיו"ב. בשל מצבם הכלכלי לווה העותר כסף מחבריו וכיום חובותיו מסתכמים ב-7,000 ש"ח.

18. העותר 6 הוא אזרח אריתריאה השוהה בישראל מאז שנת 2012 מכוח מדיניות אי ההרחקה של המשלב 2. הוא גויס בכפייה ל"שירות הצבאי" של אריתריאה שמוכר בעולם כעבודות וכפשע נגד האנושות, ונמלט מארצו מכיוון שבהיעדר זכויות ודמוקרטיה לא יכול היה להביע את עמדותיו באופן בטוח. הוא נחטף בידי סוחרי אדם לסיני, שם הוחזק מספר חודשים בתנאים קשים ואכזריים במהלכם סבל מעינויים, אלימות פיזית ואלימות מינית. בגין אלו הוא מטופל במרפאת ג.ש.ר של משרד הבריאות (מרפאת בריאות הנפש לקהילת חסרי המעמד) ובעמותת א.ס.ף (העותרת 9; עקב מצבו הנפשי הקשה גם בוטל זימונו למתקן "חולות" בעזרת העותרת 10). הוא שוחרר מהשבי לגבול ישראל, לאחר שמשפחתו שילמה סכום כופר גבוה עבורו. בישראל הוחזק שנה במשמורת מכוח תיקון מס' 3 לחוק ההסתננות, שבוטל לימים. בתקופה זו הגיש בקשה למקלט ועבר ראיון בכלא, אולם לא נמסרה לו תשובה. לפני כשנתיים וחצי אובחן כסובל מגידול, ומכיוון שהביטוח הרפואי שלו הוא ביטוח פרטי שלא מכסה את הטיפולים והבדיקות, הוא מקבל סיוע מעמותת רופאים לזכויות אדם (העותרת 13). במועד חתימת תצהירו (יולי 2016) המתין לתוצאות הבדיקה האם מדובר בגידול סרטני (מאז נמסר לו שהגילוי אינו סרטני, ומקור הכאב טרם אותר). בשנתיים האחרונות העותר עובד בחנות בתל אביב, ובשל מצבו הרפואי אינו יכול להשלים שעות עבודה רבות. משכורתו החודשית, לפני ניכויים, נעה בין 3,000 ש"ח ל-5,000 ש"ח. כל הכנסתו יוצאת על שכר דירה, חשבונות, מזון וצרכי מחיה אחרים. לעיתים הוא נאלץ לוותר על מזון.

19. העותר 7 הוא אזרח סודן ממוצא דרפורי, השוהה בישראל כדין מאז שנת 2008 מכוח מדיניות אי-ההרחקה של המשלב 2. כפרו שבדרפור נשרף ואביו נהרג, והוא נמלט מסודן עקב מתקפות על מחנה הפליטים בו שהה. העותר ברח ללוב, שם נעצר מספר פעמים, ומשם ברח למצרים בה לא הצליח לקבל הגנה. לאחר כניסתו לישראל, בשנת 2008, הגיש בקשה למקלט אצל נציבות האו"ם לפליטים, ובקשה נוספת ישירות למשיבה בשנת 2014 או 2015. עד היום, בקשתו לא נענתה. העותר זומן למתקן "חולות" ונאלץ לשהות בו במשך כשנה וחצי, ממרץ 2014 ועד אוגוסט 2015. לאחר שחרורו נאסר עליו להתגורר או לעבוד באילת או בתל אביב. העותר מתפרנס מעבודות נקיון עבור שכר שעתי של 28 ש"ח. הוא עובד שישה ימים בשבוע, בין 9 ל-10

שעות ביום. לרוב שכרו הממוצע (נטו) מגיע ל-5,200 ש"ח. בין היתר, העותר משתמש במשכורתו כדי לסייע לבן דודו השוהה גם הוא בישראל וסובל ממחלת כליות קשה שלא מאפשרת לו לעבוד.

20. העותרים 8-13 הם ארגוני זכויות אדם הפועלים, בין היתר, להגנה על זכויותיהם של מבקשות ומבקשי מקלט.

21. המשיבה 1, כנסת ישראל, חוקקה את החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, במסגרתו תוקן חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991, ונקבעה חובת הקמת פיקדון ל"מסתננים".

22. המשיבים 2-4 הם האחראים על ביצוע הסדר הפיקדון ל"מסתננים" וקביעת התקנות לפיו.

23. המשיב 5 הוא מי שזכה במכרז להפעיל את קרן הפיקדון.

## **ב. התיקון לחוק**

### **1. ב. תיקון חוק עובדים זרים בשנת 2000 והסדר הפיקדון למהגרי עבודה**

24. התיקון מושא עתירה זו מתיימר להיתלות על פרק ד' לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: **חוק עובדים זרים**), שנחקק עוד בשנת 2000. כפי שנראה להלן, הדימיון בין ההסדר מושא עתירה זו לבין ההסדר שנקבע בחוק עובדים זרים בשנת 2000, קלוש ביותר. אולם מכיוון שההסדר מושא עתירה זו הוצג בידי המשיבים באופן ציני, כמבוסס על ההסדר בחוק עובדים זרים, נציג בקצרה את ההסדר המקורי.

25. ההסדר המקורי בחוק עובדים זרים, מסמיך את המשיב 4 לקבוע שמעסיקים של מהגרי עבודה יפקידו עבורם סכום קבוע מדי חודש, בקרן ייעודית; ושסכומים אלו יועברו לידי העובדים עם יציאתם מישראל, בניכוי 15% מס.

26. תכליתו של הסדר זה היתה כפולה. מחד, לייסד מנגנון שיבטיח העברת סכומי כסף הנובעים מזכויות סוציאליות למהגרי עבודה אשר נמצאים בישראל לפרקי זמן קצובים, ואשר זכאים לכל זכויות המגן בעבודה. מאידך, להבטיח כי סכומים אלה יימסרו למהגרי העבודה רק ביציאתם מישראל בתום תוקף מועד רישיון הישיבה שלהם על מנת לתמרץ אותם לעמוד במועדים שנקבעו מראש ליציאתם. על פי המנגנון, מעסיקים של מהגרי עבודה יפרישו לקרן מכיסם סכומים בשיעורים שנקבעו בתקנות ותואמים את התחייבויותיהם לפי צווי ההרחבה והחקיקה הרלוונטית; כאשר הסכומים יינתנו לעובדים רק עם יציאתם מישראל. כאמור, הרקע לחקיקת פרק הפיקדון בשנת 2000 היה הגנה על זכויות עובדים. בדברי ההסבר להצעת החוק משנת 2000, במסגרתה נחקק, בין היתר, הפרק על פקדון לעובדים זרים, נאמר כך:

"בשנים האחרונות גדל מספר העובדים השוהים בישראל ובהם רבים המועסקים בישראל בלא היתר כדין... במקרים רבים תנאי המחיה של העובדים הזרים אינם הולמים מדינה נאורה. העובדים הזרים ובני משפחותיהם מתגוררים בצפיפות, לעיתים במכולות שאינן ראויות למגורי אדם כאשר הם נעדרי זכויות וגישה לשירותים הרפואיים שהמדינה מספקת לאזרחיה. נוסף על כך, רבים מהעובדים אינם זוכים לתנאי שכר הוגנים ולזכויות סוציאליות. במציאות כזו יש כדי לפגוע בתדמיתה של המדינה כמדינת חוק... התיקון המוצע מסדיר שורה של הגנות לעובדים הזרים... ההסדר המוצע מתחייב לנוכח קשייו האובייקטיביים של העובד הנובעים בעיקר מאי ידיעת השפה ומחוסר הכרות המערכת ותנאי הארץ..." (דברי ההסבר לתיקון חוק עובדים זרים-הצעות חוק 2824, ט"ו בחשוון התש"ס, עמ' 99-100).

27. הנה כי כן, הבסיס לחיוב המעסיקים בשנת 2000 בהפקדה לקרן הוא זכויות סוציאליות של עובדים שבבסיס משפט העבודה הקוגנטי. כידוע, מהגרי העבודה זכאים להפרשות סוציאליות, כאשר החבות לשלם הפרשות לפנסיה היא מהחבויות הראשונות במעלה (וראו פסיקת בית הדין הארצי לעבודה בסוגיה זו בסק (ארצי) 08/18 **התאחדות הקבלנים והבונים בישראל בע"מ נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה**, מיום 15.11.2009); אך חרף זאת הם חשופים לשלם הפרות שיטתיות של חוקי העבודה, שבפועל מקשות על מימוש זכויותיהם אלה. מכוח צו הרחבה בדבר הגדלת ההפרשות לביטוח פנסיוני במשק 2016 (אשר נחתם ב-23.5.2016; לפניו, והחל משנת 2008, היו צווי הרחבה לביטוח פנסיוני אשר הוחלו על כלל העובדים בישראל) מחויבים כל המעבידים בישראל לערוך לעובדיהם ביטוח פנסיוני ולהפריש אליו סכומים בשעורים הקבועים בצו הרחבה זה. כיום עומד שיעור הפרשות המעביד לפי צו ההרחבה העדכני על 12.5% (6.5% בגין תגמולים ו-6% בגין פיצויי פיטורים) לצד 6% המופרשים על חשבון העובד. בנוסף לאלה, קיימים הסכמים קיבוציים וצווי הרחבה ענפיים, אשר חלים, ככל משפט העבודה הקוגנטי, גם על כל מי שאינם אזרחי ישראל, וקובעים זכאויות מיטיבות להפרשות לפנסיה, וכן זכאויות להפרשות סוציאליות נוספות שטיבן חסכון ארוך-טווח, בעיקרן קרן השתלמות. היות והקרנות השונות אינן בהכרח מקבלות אליהן את מי שאינם אזרחי ישראל, נמצא הצורך במנגנון שונה להפקדת הכספים המגיעים לעובדים; מנגנון אשר יבטיח כי החבות להפרשות סוציאליות אכן מתממשת, גם על ידי מעסיקים של מי שאינם אזרחי ישראל.

28. לצד זאת, עמד גם רצון המחוקק לעודד עמידה במועדי העזיבה שמראש נקבעו למהגרי העבודה. הרציונל היה, שכספים אלה יהוו תמריץ לעובדים לצאת את ישראל במועדים הנקובים ברישיון הישיבה שלהם, ולא להשתהות ולהפוך לשוהים בלתי חוקיים. עוד רציונל להקמת קרן הפיקדון הוא ייעוד הכסף הנצבר; כאמור, סכומי כסף אלה אמורים להינתן לכלל העובדים בישראל בגיל זקנה או בהתרחש אירוע מזכה אחר. היות שמהגרי העבודה הנכנסים בשעריה של המדינה אינם מגיעים בה לגיל זקנה, הרי שהרציונל היה לייצר מנגנון חיסכון סוציאלי חלופי. לא נעמוד בעתירה זו על הפגיעה הכרוכה בכך שמהגרי העבודה אינם מקבלים, מכוח התקנות והחוק הקיים, כיסוי ביטוחי של ממש לאירועים מזכים אחרים, סוגיה אשר יש לעמוד עליה במסגרת שונה.

29. על אף שפרק ד' לחוק נחקק, כאמור, בשנת 2000, יישומן של הוראותיו החל שנים ארוכות לאחר מכן, וגם זאת באופן חלקי ביותר. יישום הוראות החוק הותנה בהתקנת תקנות, שלא הותקנו במשך שנים, דבר אשר גרר ביקורת מצד מבקר המדינה (ראו דו"ח מבקר המדינה 65ג התשע"ה-2015, בעמ' 1118-1124). רק בשנת 2008 נקבעו, בהתאם לפרק ד' לעיל, תקנות שהפעילו את חובת ההפקדה על מעסיקים של מהגרי עבודה בענף הבניין (תקנות עובדים זרים (פיקדון לחשבון בנק), התשס"ח-2008); ורק באחרונה הצטרפו לאלה תקנות המתייחסות לעובדי ענף הסיעוד המועסקים באמצעות חברות סיעוד (תקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016). במסגרת התקנות הוקמה הקרן לעובדים זרים בענפים אלה ונקבע מנגנון ניכויים למהגרי עבודה אשר לא יוצאים, במועד שבו תם תוקפה החוקי של האשרה שלהם, את ישראל, באופן שמפחית את זכאותם עם כל חודש של השתהות. נכון להיום, הסדר הפיקדון לגבי הפרשות המעסיק, שחוקק בשנת 2000, לא חל על רוב המעסיקים של מהגרי עבודה בישראל.

30. כפי שנראה בהמשך, שעה שבמשך כ-17 שנה התעכבו הרשויות בהתקנת תקנות בנוגע לחיוב מעסיקים של מהגרי עבודה להפריש סכומי כסף עבורם לפיקדון, בין היתר נוכח מורכבותו ורגישותו של הנושא, ושעה שעודן מתעכבות בהחלת הסדר זה על מרבית המעסיקים של מהגרי העבודה בישראל – הסדר הפיקדון על מבקשי המקלט נחקק בחופזה, בהליך בזק שהעותרים יעמדו עליו, וזאת תוך שנקבעת בו חובה לניכויים משכר העובד, חובה אשר אינה קיימת במנגנון המקורי, הכל כפי שיתואר בהרחבה להלן. אם כן, ייעודו הסוציאלי של הפיקדון – כמו גם המסגרת הכוללת של הגנה על זכויות סוציאליות של עובדים – נעקרו מתוכנם המהותי בידי המשיבים בהפעילם חובת פיקדון חדשה על "מסתננים", בה חובת ההפקדה הפכה לאמצעי לקניסה דרקונית ומפלה של מבקשי מקלט, שאין בינה ובין תכלית קרן הפיקדון ולו מאום.

## ב.2. הרקע לתיקון – כליאת מבקשי מקלט ושליחת חירותם

31. בניגוד גמור לשורשיו הסוציאליים של התיקון משנת 2000, שורשיו של התיקון מושא העתירה הוא בשליחת חירותם של מבקשי מקלט, המכונים "מסתננים". מקורותיו מצויים בתיקון מס' 3 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954, שאיפשר להחזיק במשמורת אזרחים זרים שאינם ברי גירוש, למשך שלוש שנים לפחות. מטרת התיקון היתה, במוצהר, להרתיע מבקשי מקלט מלהגיע לבקש מקלט בישראל ולמנוע את התערותם בחברה. התיקון נפסל ביום 16.9.2013 בידי בית משפט נכבד זה במסגרת בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (להלן – "בג"ץ אדם"). על רקע זה הזדרזו המשיבים לחוקק את "אותה גברת בשינוי אדרת", כפי שנפסק לימים, במסגרת תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, שאיפשר החזקת "מסתננים" במשמורת לתקופה של שנה כמו גם החזקתם במתקן "חולות" לתקופה בלתי מוגבלת. גם תיקון זה נפסל, במסגרת בג"ץ איתן, ביום 22.9.2014. בית המשפט השהה את בטלות החוק למשך שלושה חודשים, עד ליום 22.12.2014, על מנת לאפשר למשיבים לגבש הסדר חקיקתי חלופי.

32. על רקע זה בא לעולם, ביום 19.11.2014, תזכיר הצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאת מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014, אשר עסק, בהתאמה, בעיקר בהחזקתם של "מסתננים" במשמורת (למשך שלושה חודשים) ובמתקן "חולות" (למשך 20 חודשים). הסדר זה התקבל כחוק בהליך בזק ולימים נפסל בחלקו בבית המשפט הנכבד במסגרת בג"ץ **דסטה**.

33. אלא שלתזכיר, שעסק כאמור ברובו בכליאה ושלילת חירות, נוסף ההסדר מושא עתירה זו, ולאורו יש לבחון ולפרש את מטרותיו. המשיבים לא הסתפקו, זו הפעם, בכליאה ושלילת החירות של חלק ממבקשי המקלט, וביקשו להתעמר גם באותם מבקשי מקלט שחירותם אינה נשללת כי החורגו מתחולת החוק, ובאלה ששחררו מהכליאה. על כך יעמדו העותרים להלן.

34. כמפורט להלן התזכיר התגבש להצעת חוק שהפכה לחוק ביום 8.12.2014. סעיף 9 לחוק קבע, שהסדר הפיקדון לא ייכנס לתוקף אלא בחלוף 6 חודשים מפרסום צו על ידי המשיב 3. הצו לא פורסם מעולם, ההסדר לא הופעל, ומשכך גם לא נתקף במסגרת העתירה בבג"ץ **דסטה**.

### ב.3. ההסדר מושא עתירה זו

35. סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאת מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014, שעבר בחופזה ולאחר דיון אחד בלבד בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, הקים מנגנון דרקוני שאין לו מקבילה בדין. להלן עיקריו:

#### *א) הפחתת 20% משכרו של "מסתנן" והעברתם לקרן*

36. בסעיף 1א1א) לחוק עוגנה הפקדה חודשית קבועה לקרן הפיקדון, בגובה 36% משכרם של מבקשי המקלט. ההפקדה מורכבת משני חלקים: החלק הראשון, והעיקרי לעניין עתירה זו, הוא הפרשה בגובה 20% מהשכר ברוטו. החלק השני (אליו נתייחס בהמשך העתירה), הוא הפקדה בגובה 16% שמשולמת כולה על ידי מעסיקיהם של מבקשי המקלט. חובת ההפקדה של שני הרכיבים כרוכה זו בזו בסעיף, הקובע כך:

"1א1. א) על אף האמור בסעיף 1אא) מעסיק של עובד זר שהוא מסתנן יפקיד בעדו פיקדון בסכום השווה ל-36% משכר עבודתו של המסתנן בעד החודש שבעדו משולם הפיקדון (בפרק זה – פיקדון לגבי מסתנן); חלק הפיקדון השווה ל-16% משכר עבודתו כאמור ישולם בידי המעסיק (בפרק זה – חלק המעסיק) וחלק הפיקדון השווה ל-20% משכר עבודתו ינוכה בידי המעסיק משכר עבודתו של המסתנן בעד אותו חודש (בפרק זה – חלק העובד)..."

37. בהסדר מעוגן, אם כן, ניכוי חסר תקדים משכר העובד, הן בגובהו והן באופיו, אשר יותיר את מבקשי המקלט עם שכר עבודה נמוך משכר המינימום באופן ניכר, יפגע באופן דרמטי ביכולתם להתקיים בכבוד ולפרק זמן שעלול להיות ממושך ביותר (ושנכון להיום אין כל צפי לסיומו – וראו על כך להלן).

38. כדי לסבר את האוזן, מבקש מקלט שמשכר (כמו מרבית מבקשי המקלט בישראל), שכר מינימום חודשי למשרה מלאה שגובהו כיום 5,000 ש"ח ברוטו, יישאר, לאחר תשלום מס בגובה 10% עם שכר חודשי נטו של 4,500 ש"ח, כשמסכום זה יילקחו 1,000 ש"ח (20% מגובה השכר ברוטו, לפני ניכוי המס). דהיינו, שכרו נטו יסתכם בכ-3,500 ש"ח.

39. יובהר, כי ההפקדה חסרת התקדים בגובהה לקרן הפיקדון, אינה נושאת כל ערך ביטוחי. עובד ישראלי מפריש לקרן פנסיה שיעור של 6% משכרו, והפרשה זו נושאת ערך ביטוחי של ממש: בהתרחש אירוע מזכה שהוגדר בחוק – זקנה, אובדן כושר עבודה או מוות – מקבל העובד הישראלי (או שאריו) קצבה מקרן הפנסיה. לשם הדגמה: עובד ישראלי שהוא ומעסיקו הפרישו לקרן פנסיה ויאבד את כושר עבודתו, יהיה זכאי לקצבה מקרן הפנסיה. מבקש מקלט שיאבד כושר עבודתו לא יהיה זכאי לקצבה, אלא רק – וככל שייצא מישראל – להון שנצבר בקרן.

40. עוד יוער, כי אין כל תקדים לניכוי אובליגטורי בשיעור של 20% מהשכר, לכל מטרה שהיא. כאמור, ניכוי עובד לקרן פנסיה עומדים כיום על 6%. ניכוי עובד לקרן השתלמות הינם וולנטריים, וממילא שיעורם מגיע רק ל-2.5% מהשכר. בעת חקיקת הסעיף דנא, טען נציג משרד המשפטים, מר שי סומך, כי השיעור נקבע בהתאם לסעיף 8 לחוק הגנת השכר התשי"ח-1958, המאפשר, לכאורה, ניכוי של עד 20% מהשכר בגין חובות, עיקולים ושעבודים שצבר העובד (ראו דבריו בעמ' 37 לפרוטוקול הדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 3.12.2014, מצורף בהמשך כנספח ע/4). אולם בהסדר דנא, אין מדובר בעובדים אשר צברו חובות והוטלו עיקולים על שכרם. נהפוך הוא, מדובר בעובדים אשר ככל שיצברו חובות – יצטרכו הם להחזיר חובות אלה משכרם הנמוך, לאחר הניכוי מכוח הסדר הפיקדון. אין צורך אף לומר, כי החוק אינו מספק מענה לשאלת היחס בין הניכוי מכוח ההסדר נשוא עתירה זו לבין סעיף 8 לחוק הגנת השכר, ואיש לא נתן דעתו לשאלה מה יהיה השכר הקובע לעניין מבקש מקלט שעליו יוטלו עיקולים או שעבודים, אשר יישא במקביל בחובת הפקדת 20% משכרו לקרן הפיקדון.

#### *ב) הניכוי מהמעסיק*

41. כפי שצוטט לעיל, חלק המעסיק בניכוי לקרן הפיקדון יגיע ל-16% מהשכר, מתוך 36 האחוזים שיופרשו לקרן הפיקדון. ניכוי זה נועד להוות תחליף להפרשות הסוציאליות שמקורן בצווי הרחבה והסכמים קיבוציים. אולם בפועל, חלק המעביד בהפרשות הסוציאליות שמגיע כדי 16% משכר העבודה הינו חריג בהיקפו. כיום עומד שיעור הניכוי בגין פנסיה ופיצויי פיטורים על 12.5%, בהתאם לצו ההרחבה בדבר הגדלת ההפרשות לביטוח פנסיוני במשק-2016. קבוצות עובדים חזקות בלבד, אלה שלהן רשת ביטחון קיבוצית מבוססת, נהנות משיעורים גבוהים מכך. שעה ששיעור הניכוי של מעסיקים משכר העובד, שנקבע בתיקון בחוק עובדים זרים בשנת 2000, הינו צמוד לזכויות בפועל המגיעות לעובד ולשיעורי ההפרשות הסוציאליות להן הוא זכאי לפי צו ההרחבה הענפי החל עליו, בעניינם של מבקשי המקלט השיעור נקבע באופן שרירותי, שאין מאום בינו ובין החובות החלות ממילא על מעסיקים. חשוב להדגיש, כי שיעורי הניכוי של מעסיקי מהגרי עבודה נמוכים יותר מאלה שנקבעו ביחס למעסיקי מבקשי מקלט,

וכי כיום, מרבית המעסיקים של מהגרי עבודה אינם נדרשים כלל להפרשות אלה במהלך תקופת העבודה, מכיוון שטרם הותקנו תקנות המחילות עליהם את חובת הפיקדון (בתוכם כל המעסיקים הפרטיים של עשרות אלפי עובדי הסיעוד הזרים בישראל, וכל המעסיקים של אלפי עובדי החקלאות הזרים בישראל).

42. כך משמש סעיף שנועד לאפשר יישום צווי הרחבה והסכמים קיבוציים, לסעיף המסית היטל נוסף על מעסיקים של מבקשי מקלט, ומצטרף לשורה של קנסות והיטלים ממקורות אחרים (ובמרכזם – היטל בגובה של 20% מכוח סעיף 45 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003), אשר כולם ביחד נועדו להוות גורם הרתעה מהעסקת מבקשי המקלט, לפגוע בכורח המיקוח שלהם בקבלה לעבודה, וסופם שיגולגלו על העובדים בצורה של פגיעות בשכרם או בזכויות המגן.

43. הפרשות המעסיק, כמו הפרשות העובד, נעדרות כל מימד ביטוחי. יש להתבונן בהיעדר הביטוח בקשר למבקשי מקלט, בהקשר של תקופת שהייתם בישראל. אם מטרתה של קרן הפיקדון במקור היתה לשמש כלי קיבול לזכויות סוציאליות למהגרי עבודה, השוהים בישראל תקופות קצרות יחסית של חמש שנים, הרי שמבקשי מקלט נמצאים בישראל תקופות ממושכות בהרבה, ומכאן הפגיעה הביטוחית בהם חריפה יותר.

ג) ניכוי מס למפרע

44. לצד חובת הניכויים מהעובד ומהמעסיק, נקבעו הוראות המסדירות את מיסוי הרכיבים, בסעיף 1יא(ה)(3):

(3) על אף האמור בפסקאות (1) ו-(2) היה העובד הזר מסתגן יחולו הוראות אלה:

(א) מחלק העובד שהופקד בקרן או בחשבון הבנק לפי הסעיף האמור, ינכה המעסיק מס במקור בהתאם לסעיף 164 לפקודת מס הכנסה ובשיעורים הקבועים בסעיף 121 לפקודה האמורה.

(ב) על יתרת חלק המעסיק שהופקד בקרן או בחשבון הבנק לפי סעיף 1יא, יחולו הוראות פסקה (1) ויוטל המס כאמור בפסקה (2).

45. כלומר, לפי החוק, רכיב השכר של מבקש המקלט ימוסה עם העברתו לקרן. כך, ישלם מבקש המקלט מס למפרע על שכר שטרם קיבל, ולמעשה, בהעדר אפשרות להרחיק את מבקשי המקלט – שנים וחודשים ארוכים לפני קבלתו (אם בכלל).

46. על חלק המעסיק בהפקדות לקרן הפיקדון, יחולו ס"ק (1) ו-(2), שנקבעו כבר בתיקון משנת 2000, שמשמעם ניכוי של 15% על כספי הזכויות הסוציאליות בעת היציאה מישראל. יודגש, כי זהו ניכוי חריג בהיקפו ביחס לזכויות הסוציאליות של עובדים, שמקורם בזכות לפיצוי

פיטורים, לפנסייה ולקרן השתלמות, סכומים הפטורים מניכוי מס באם הם נמשכים בידי עובדים ישראלים, כמו במקרה זה, בהתרחש אירוע מזכה. יצוין, כי כיום לא חלה הוראה מקבילה ביחס למרבית מהגרי העבודה השוהים בישראל, בהיעדר תקנות שהותקנו בנושא.

*ד) מסירת מידע לעובד זר שהוא מסתגן והיעדר פיקוח על השקעת הכספים וניהולם*

47. כאמור, הפרשת העובד לקרן אינה נתונה לבחירתו. גם זהות הקרן – או החלפתה – אינם ניתנים לבחירתו. זכותו של העובד לקבל מידע על כסף הנצבר בחשבון הקרן, מותנית בבקשתו לקבל מידע (סעיף 1א3), והקרן, מצדה, אינה מחויבת בשליחת דו"חות תקופתיים. על ההסדר לא הוחל חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005 (להלן: **חוק הפיקוח**), שבו מוסדרת ההתנהלות של קרנות גמל שמטרתן חיסכון או ביטוח. לפי חוק הפיקוח, הקרנות מחויבות לשורה של כללים, ובתוכם מתן מידע לעמיתים באמצעות דו"חות תקופתיים (ראו סעיף 35 לחוק הפיקוח); ניהול ההפקדות תוך שמירה על נכסי העמיתים; ואי העדפה של "כל שיקול וכל עניין" על פני טובתם של העמיתים. הקרנות אף מחויבות לפעול על פי תקנון מחייב, שיעמוד בפני העמיתים ויכלול בין היתר, פירוט של מדיניות ההשקעה של הקרן (סעיף 16 לחוק הפיקוח). עוד מחויבות הקרנות להשקיע את כספי העמיתים שלהן, וכן מחויבות בפיקוח על אופן השקעת הכספים (סעיף 26 לחוק הפיקוח). כאמור, שעה שעמית ישראלי בקרן גמל למטרות ביטוח או חסכון, רשאי לבחור את הקרן בה יבוטח או יחסוך את כספו, למבקשי המקלט אשר יפקידו סכומי עתק בקרן הפיקודון לאורך שנים ממושכות, אין כל זכאות לבחור את הקרן בה יבוטחו, על פי תנאיה, או לעבור מקרן לקרן.

48. אף שמדובר, כמובן, בפגיעות שוליות ביחס ליתר הפגיעות שכולל ההסדר במבקשי המקלט, יש בכך כדי לחדד את האופן הרשלני, המזלזל, והמקפח בו ינוהלו כספים בהיקף אדיר, השייכים לאוכלוסייה חלשה, במשך תקופה שכרגע אין כל צפי לסיומה, ואת הזלזול באוטונומיה של מבקשי המקלט.

*ה) ניכויים על רכיב המעסיק הנצבר בקרן*

49. לפי ההסדר, הכסף האמור ישכב בקרן מבלי שהעובד יוכל למושכו או להשתמש בו. הוא ינוהל על ידי המשיבים מבלי שהעובד מבקש המקלט יוכל להתערב בכך. זכאותו של מבקש המקלט לקבל את הסכום האמור תתגבש רק במועד עזיבתו את הארץ. למעשה, לפי לשון החוק, אפילו הכרה בעובד כפליט ומתן תושבות (לרבות בדרך אחרת, למשל לאור נישואין לאזרחי ישראל) אינם מאפשרים לעובד לקבל את כספו בחזרה. רק במועד היציאה, יועבר למבקש המקלט רכיב העובד במלואו; אולם עיקר רכיב המעסיק יועבר אליו בניכויים, כקבוע בסעיף 1א4:

1א4. (א) על אף האמור בסעיף 1א(ד), היה העובד הזר מסתגן שעזב את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית ממנה לאחר תום התקופה לשהייה בישראל החלה לגביו, יחולו הוראות אלה:



(1) המסתנן יהיה זכאי לקבל 67% מכספי הפיקדון בתוספת הרווחים, בניכוי דמי ניהול של הקרן או בניכוי עמלות בשל ניהול חשבון הבנק, לפי העניין, ובניכוי מס כדין על הרווחים בשל אותו חלק, עם עזיבתו את ישראל;

(2) עזב המסתנן את ישראל לא יאוחר משישה חודשים מתום התקופה לשהייה בישראל החלה לגביו, יהיה זכאי נוסף על חלק מכספי הפיקדון האמור בפסקה (1), ליתרת כספי הפיקדון בתוספת הרווחים ובניכויים כמפורט להלן ולפי הסדר כמפורט להלן, בשל אותה יתרה:

(א) הוצאות הרחקה החלות על המסתנן לפי הפרק הרביעי לחוק הכניסה לישראל;

(ב) הסכום השווה למכפלת הסכום שנותר לאחר הניכוי לפי פסקה משנה (א) בשיעור הניכוי החל לגבי המסתנן, המפורט בטור ב' בתוספת השנייה, בהתאם לתקופה שחלפה מתום השהייה בישראל החלה לגביו עד למועד עזיבתו את ישראל (בסעיף זה – תקופת השיהוי) המפורטת בטור א' שבתוספת השנייה".

50. בתוספת השנייה לחוק, אליה מפנה סעיף 1א(2)(ב), מתוארים הניכויים בשל שיהוי בעזיבת ישראל, שיחולו, כמפורט בסעיף, על 33% מהכספים שנצברו בקרן. על פי הטבלה שבתוספת השנייה, בתקופת שיהוי של חודש עד חודשיים שיעור הניכוי יהא 25% מהכספים; בתקופת שיהוי של מעל חודשיים עד שלושה חודשים שיעור הניכוי יהא 35%; מעל שלושה חודשים עד ארבעה חודשים שיעור הניכוי יגיע ל-50%; מעל ארבעה חודשים עד חמישה חודשים – 65%; מעל חמישה חודשים עד ששה חודשים – 80%; לאחר ששה חודשים, כפי שמפורט בסעיף גופו, יגיע הניכוי ל-100% מאותו שיעור של שליש מהכספים המופקדים בקרן הפיקדון.

51. "תקופת השהייה בישראל" נקבעה בסעיף 21 לחוק כך: "לעניין עובד זר שהוא מסתנן – המועד שבו עליו לעזוב את ישראל כפי שנקבע בפסק דין חלוט או בהודעה מאת שר הפנים או מנהל רשות האוכלוסין וההגירה במשרד הפנים".

52. מדובר במנגנון קנסות דרקוני ומפלה. אלו קנסות המוטלים בגין עיכוב ביציאה מישראל שאורכו זניח, בעיקר בהתחשב בתקופת השהייה המותרת בישראל. מקורו של החלק שממנו יילקחו הקנסות הוא בשורה של זכויות סוציאליות, בראשן הזכות לפנסיה. מדובר גם באפליית מבקשי המקלט ביחס למהגרי עבודה: בתקנות אשר אושרו בוועדת העבודה והרווחה (תקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016) ביום 24.5.2016, ואשר בהן התייחסות לענפי הבניין וחברות הסיעוד בלבד, נקבעו שיעורי הניכויים לגבי מהגרי עבודה שלא יוצאים את ישראל במועד שנקבע להם מראש, אולם שיעורים אלה נמוכים יותר מאלה החלים על מבקשי מקלט. שיעורי הניכויים למהגרי עבודה הם 15%; 25%; 35%; 50%; ו-65% בהתאמה לתקופות המצוינות ביחס למבקשי המקלט.

53. לפי ההסדר המעוגן בחוק, אם כן, ישמשו כספי הפרשות הסוציאליות לעובדים, כמנגנון קנסות על מי שיישארו בישראל, לאחר שנים ממושכות, מעל לתקופה של חודש בלבד. המצופה הוא, שמבקשי המקלט השוהים בישראל שנים ארוכות בהיתר, ימהרו לארוז את מטלטליהם,

לסיים את חוזי השכירות שלהם, להתפטר מעבודותיהם – והכל תוך תקופה קצרה ביותר. לא יעשו כן – ייקנסו בשיעורים הקבועים בתוספת הראשונה לחוק. כמו כן, שעה שמהגרי העבודה יודעים מראש מתי תפוג האשרה שלהם, נתונים מבקשי מקלט לאופק שהייה בלתי ידוע מראש. למהגרי העבודה המגיעים לישראל, ניתנת, למעשה, מלוא תקופת השהייה בישראל "להתכונן" ולהיערך ליציאתם ממנה בתום אשרת העבודה. בניגוד לכך, ל"מסתננים" אין כל דרך לצפות מראש, ודאי לא שנים מראש, את הודעת שר הפנים כי תמה תקופת השהייה שלהם בישראל.

#### ו) שילוב ההסדרים

54. ההסדר, על מכלול היבטיו, מביא למספר פגיעות החוברות יחד ומשתלבות זו בזו לכדי דחיקתם של מבקשי מקלט לעוני, במטרה לעודד את עזיבתם "מרצון". הסדרים אלו שלובים זה זה באופן כה עמוק עד שכמעט בלתי ניתן לבודדם ולהפרידם. משכך, העותרים יטענו כי אין לדון בכל אחת מפגיעות ההסדר באופן נפרד; אלא יש להשקיף על תכליתו הפסולה ועל האמצעים הקשים שנשלבו יחדיו כמכלול. נדון בהיבטים אלו בקצרה.

55. בהסדר דנא מעוגן ניכוי דרמטי וחסר תקדים מהשכר אשר יפגע באופן דרמטי ביכולת להתקיים בכבוד וזאת לפרק זמן שעלול להיות ממושך ביותר ושנכון להיום אין כל צפי לסיומו. הניכוי האמור מגיע לאחרי תשלום המס על המשכורת כולה (על אף שחמישית ממנה כלל לא תגיע לידי העובד במועד תשלום המס), באופן שמפחית עוד יותר את גובה השכר נטו. במקביל, מאפשר ההסדר להעביר שיעורים משמעותיים מזכויותיהם הסוציאליות של מבקשי המקלט (רכיב המעסיק) לאוצר המדינה, באמצעות מיסוי גבוה וקנסות-ענק בגין איחורים ביציאה מישראל. כמו כן, לשיעור הגבוה שנקבע במכוון להפרשת המעסיק צפויה השלכה על שוק התעסוקה של מבקשי המקלט, שכן הוא יחבור להיטלים שכבר מוטלים על מעסיקיהם של מבקשי מקלט, מה שצפוי לעודד פיטורי מבקשי מקלט ומניעת העסקתם של אחרים. מאחר שמבקשי המקלט אינם זכאים לקצבאות שונות מכוח חוק הביטוח הלאומי, לביטוח בריאות או להטבות סוציאליות אחרות, הרי שהדבר עלול להובילם לחיים מתחת למינימום ההכרחי לקיום בכבוד.

#### ג. הליך החקיקה

##### ג.1. חקיקת החוק בשנת 2014

56. כאמור, על אף מורכבותו, ההסדר מושא העתירה היה לא יותר מאשר נספח להליך חקיקה אחר, שעסק בתיקונים לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד-1954. על אף שההסדר מושא העתירה אינו קשור לגלגוליו השונים של החוק למניעת הסתננות או לפסק הדין שניתן בבג"ץ איתן; ועל אף שלוח הזמנים שהקציבו המשיבים להעברת התיקון החדש לחוק למניעת הסתננות היה ממילא קצר ודחוק ביותר; כללו המשיבים במסגרת הצעת החוק גם את ההסדר מושא העתירה. כפי שנראה להלן, במסגרת הליכי החקיקה היה ההסדר לא יותר מאשר הערת

שוליים להסדר שתוקן בחוק למניעת הסתננות: הוקדשה לו ישיבה אחת בלבד בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת. היתה זו הישיבה האחרונה לפני ההצבעה בוועדה על ההצעה בכללותה. הייעוץ המשפטי לכנסת הביע את עמדתו כי לא ניתן לגבש התייחסות לגבי ההסדר בפרק זמן כה קצר, וראוי לפצלו מההצעה. עמדתו לא התקבלה.

57. החקיקה קודמה ואושרה בהליך בזק. תזכיר הצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאת מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014, פורסם ביום ד', 19.11.2014, בשעות הערב. לציבור ניתנו שבעה ימים בלבד – עד לערב יום ד', 26.11.2014, להגיב לו. יום עבודה אחד הוקצב ללימוד ההערות בידי המשיבים: כבר ביום א', 30.11.2014, הובאה טיוטת הצעת החוק לדיון בממשלה (כשהיא כוללת את אותם היבטים שבתזכיר אך ערוכה באופן שונה, וחלק מפרקי התזכיר נוסחו מחדש).

58. הממשלה אישרה את הטיוטה והסמיכה את ועדת השרים לענייני חקיקה לאשר את נוסח הצעת החוק. ועדת השרים התכנסה מיד לאחר ישיבת הממשלה ואישרה את הנוסח. למחרת, יום ב', 1.12.2014, כבר הונחה הצעת החוק על שולחן הכנסת. עוד באותו הערב עברה בקריאה ראשונה. למחרת וביום שלאחר מכן, ימים ג' ו-ד', 2-3.12.2014, קיימה ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת "מרתון" ישיבות רצופות, וסיימה עד למוצאי יום ד' את הדיון בהצעת החוק ובהסתניגויות לה. ביום ב', 8.12.2014, אישרה הוועדה את נוסח החוק ודחתה את ההסתניגויות, ועוד באותו הערב – ערב נפילת הממשלה והכרזה על בחירות – התקבלה הצעת החוק במליאה בקריאה שנייה ושלישית.

לתזכיר החוק מיום 19.11.2014: <http://bit.ly/1uTx74q>

לנוסח טיוטת החוק שהובאה לדיון בממשלה ביום 30.11.2014: <http://bit.ly/13bux3y>

לנוסח הצעת החוק מיום 1.12.2014: <http://bit.ly/2mhWft6>

59. על מנת לסיים במהירות הבזק הוקראו בישיבות ועדת הפנים והגנת הסביבה סעיפים על גבי סעיפים, לעתים פרקים שלמים, ובהם הוראות רבות, שונות, מורכבות ובלתי חוקתיות. אחרי כל הקראה רצופה שכזו הוקצבו לכל דובר שלוש דקות להגיב על המכלול שהוקרא. כאמור, רוב ישיבות הוועדה עסקו בחוק למניעת הסתננות – לפרק הפיקדון כולו הוקצתה ישיבה אחת בודדת בלבד, האחרונה בסדרת הישיבות המרתוניות, ביום 3.12.2014; בנוסף להתייחסות קצרה בתחילת הדיונים, בבוקר של יום 2.12.2014, ובמועד ההצבעות על ההסדר בוועדה, ביום 8.12.2014.

העתק חציו הראשון של פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 2.12.2014 (11:00) מצורף ומסומן ע/3.

העתק פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 3.12.2014 מצורף ומסומן ע/4.

העתק עמוד 7 מפרוטוקול הדיון מיום 8.12.2014 מצורף ומסומן ע/5.

60. כבר בתחילת הישיבה הבהירה יו"ר הוועדה, חה"כ (דאז) מירי רגב, כי זמנה קצוב, כי ההסדר מורכב, וכי אם יתברר שהוא מורכב מדי – תשקול לוותר עליו. היא אף אמרה כי מדובר בערב הפריימריז בליכוד, ולפיכך: "אני אומרת לך שוב שהזמן שלי עכשיו יקר. כל זמן שאני יושבת כאן, עולה לי פחות קול ואני לא צוחקת" (עמ' 8 לפרוטוקול הדיון מיום 3.12.2014).

61. מן הראוי לציין, כי במקור כללו תזכיר החוק והצעת החוק סעיפים הנוגעים לכלל מהגרי העבודה בישראל בכל הקשור להפרשות לקרן הפיקדון בידי מעסיקיהם. עם תחילת הדיונים בוועדה, הבהירה חה"כ מירי רגב, כי הסעיפים הנוגעים ל"עובדים זרים" לא ייכללו בחוק שיעבור (פרוטוקול הדיון מיום 3.12.2014, בעמ' 4-5). הדבר יצר לחץ כבד על מנסחי החוק לשנות סעיפים לאחר התייעצות קצרה מחוץ לחדר הוועדה, תוך שהם משמיטים את הסעיפים העוסקים במהגרי עבודה, באופן שההסדר כולו מתייחס רק ל"מסתננים". על הלחץ שיצרו השינויים החפוזים הללו, עמדה בין היתר עוה"ד שושנה שטראוס, מהמחלקה המשפטית של רשות האוכלוסין וההגירה, שעה שאמרה:

"רק להסמיך את הממשלה יחד עם הייעוץ המשפטי לעבור על כל ההפניות ותיקוני הפניות כי **אנחנו עושים את זה בלחץ** וצריך לתקן את מספרי הסעיפים" (עמ' 9 לפרוטוקול הדיון מיום 3.12.2014).

62. הייעוץ המשפטי לכנסת סבר שבלוח הזמנים שהוקצה לדיונים לא ניתן לתת הערות להסדר, אך הדגיש כי על פניו הוא מעורר קשיים ובעיות חוקתיות. יו"ר הוועדה לא שעתה לייעוץ המשפטי של הוועדה והזדרזה לעבור על סעיפי החקיקה ולאשרה בחופזה שאין לה שיעור. כך נראה הדיון ב"קשיים החוקתיים":

תומר רוזנר:

בחוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת כפי שהוצגה אמש בפני הוועדה וגם בכתב, אנחנו חיווינו את דעתנו כי נושא הפיקדון כולו – בין אם לגבי מסתננים ובין לגבי העובדים הזרים – ראוי לפצלו מהצעת החוק ולדון בו בנפרד הן בשל המורכבות הרבה בה מדובר, הן בשל הבעיות החוקתיות הקשות שאנחנו רואים בהצעת החוק בנושא הזה והן בשל לוח הזמנים הצפוף וכמעט בלתי אפשרי בו נכפה עלינו לדון בנושא בעקבות פסק הדין של בית המשפט העליון. בעיקר מתוך העובדה שהנושא של הפיקדון איננו תלוי בפסק הדין של בית המשפט העליון אלא הוא נושא בלתי תלוי ואפשר לדון בו בנפרד.

הוועדה קיבלה את עמדתנו לגבי הנושא של העובדים הזרים ולגבי הפיקדון של המסתננים, עמדתנו לא התקבלה וזה בסדר גמור. אבל אנחנו חושבים שצריך

- - -

היו"ר מירי רגב:

אמרת את דבריך.

וכן :

"לא הערנו הערות מהותיות להצעת החוק. אנחנו חושבים שבלוח הזמנים שנכפה בנושא הזה, לא [ע]לה בידינו לגבש הערות פרטניות לסעיפי החוק ולכן לא נוכל להתייחס לדברים למרות שעל פני הדברים נראה, כפי שאמרנו, שהם בעייתיים מאוד."

(עמ' 6 לפרוטוקול הדיון מיום 3.12.2014).

63. כפי שנראה בהמשך, מטרת התיקון ובהילותו הובהרו שוב ושוב בידי המשיבים – עידוד ותמרוץ מבקשי מקלט לצאת את ישראל. הדברים נאמרו בידי שר הפנים ובידי יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה; הם נאמרו בידי גורמים ממשרדי המשפטים, האוצר והכלכלה, ולימים, במסגרת דיון בעניין אחר, גם על ידי בכירי רשות האוכלוסין וההגירה.

64. בדיון הבודד שטרחה הוועדה להקדיש להסדר הפיקדון המורכב, ניכר היה כי נותרו אינספור היבטים הנוגעים להסדר זה, אשר מנסחי הצעת החוק כלל לא עמדו עליהם, וסעיפים קריטיים הוכנסו רק במסגרת הדיון בוועדה, ובאופן רשלני. כך למשל, נוהל דיון ממושך על שיעור ההפרשה של המעסיקים, אשר בנוסח הצעת החוק המקורית עמד גם הוא על 20%. רק בדיון הבינו יו"ר הוועדה וחברי הכנסת שהצביעו על החוק, כי שיעור הפרשת מעסיק של 20% גבוה באופן ניכר מזה שחל על מעסיקי מהגרי עבודה, ולפיכך ירד שיעור ההפרשות במהלך הדיון בוועדה, ל-16%. איש מהנוכחים, כך נראה, לא יכול היה להצביע על נימוק כלשהו לגובה הפרשות של 16% דווקא, אשר לא נקבע על בסיס גובה ההפרשות בו מחויבים מעסיקים ממילא לפי צווי הרחבה ענפיים החלים עליהם, ובחלוקה לפי הענפים הרלוונטיים.

65. דוגמא מייצגת נוספת להיעדר המחשבה להיבטים המורכבים השונים של ההסדר, היא הגדרת ה"שכר הקובע" לצורך הניכויים לקרן הפיקדון. רכיבי השכר הקובעים לצורך ההפרשות כלל לא נקבעו בהצעת החוק המקורית, וכמעט במקרה התחוויר הדבר לנוכחים בוועדה. נציגי רשות האוכלוסין וההגירה ביקשו לשקול זאת, ולאחר הפסקה קצרה מאוד חזרו ואמרו שהדבר בעייתי. לבסוף, נקבע כי רכיבי השכר שיובאו בחשבון לעניין ההפרשות הם רק רכיבי השכר הקובע לפי סעיף 13 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, (סעיף 1א1(ו) לחוק). ויודגש, כי הפער שיצרה תוספת זו לחקיקה (הוא הפער בין הפרשות מהשכר הקובע לבין הפרשות מהשכר כולו לרבות התמורה על עבודה בשעות נוספות) הוא פער שמשמעותו הכלכלית מרחיקת לכת, מאות שקלים מדי חודש עבור מבקשי מקלט רבים, והוא הוכנס לחוק כמעט במקרה, בלא מחשבה מראש של מי שניסחו את הצעת החוק.

66. כאמור, בערב יום 8.12.2014, זמן קצר לפני הצבעה על פיזור הכנסת, התכנסה המליאה לאישור הצעת החוק בקריאה שניה ושלישית. ההסדר מושא העתירה נקבע בסעיף 4 לחוק המתקן. באותו ערב התפרקה הקואליציה, ובהתאמה היה זה יומה האחרון של הכנסת.

67. בניגוד לבהילות שאפיינה את הליך החקיקה, תחילת ההסדר שתוקן במסגרת סעיף 4 לתיקוני החקיקה לא הייתה מיידית. סעיף 9 לתיקוני החקיקה קבע שסעיף 4 יחל בראשון לחודש שבתום שישה חודשים מיום פרסום צו בנושא על ידי המשיב 3. צו זה לא פורסם מעולם, ומאז 8.12.2014 היה ההסדר לאות מתה, הלכה למעשה, בספר החוקים הישראלי.

## ג.2. תיקון והפעלת החוק בשנת 2017

68. בזמן שחלף מאז, פרסמו המשיבים מכרז לניהול קרן הפיקדון, הן של מבקשי המקלט הן של מהגרי העבודה שבעניינם נקבעו תקנות כאמור. המשיב 5 זכה במכרז, ולמיטב הידיעה נכרת עמו חוזה להפעלת הקרן. מסמכי המכרז מפורסמים באתר מינהל הרכש הממשלתי בקישור:

<https://www.mr.gov.il/officestenders/Pages/officetender.aspx?PID=566999>

69. ביום 13.6.2016 פורסם תזכיר חוק למניעת הסתננות (תיקוני חקיקה והוראת שעה) (תיקון), התשע"ו-2016, שהפך ביום 18.7.2016 להצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) (תיקון), התשע"ז-2016. ההצעה ביקשה לתקן את סעיף 9 ולאפשר תחילה מהירה של ההסדר שנקבע בסעיף 4 לתיקוני החקיקה. זאת, לצד תיקונים שוליים בהסדרי תפעול קרן הפיקדון, כפי שנקבעו בסעיף 4, והבהרת הסדר המיסוי החל על הכסף שבפיקדון. הצורך בתיקונים נבע, בין היתר, מהחופזה בה עבר החוק, כך שסעיפים שלמים נוסחו ברשלנות ובחופזה. באותו יום, עברה ההצעה בקריאה ראשונה.

70. ביום 21.11.2016 קיימה ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת דיון קצר בהצעה. יו"ר הוועדה, חה"כ דוד אמסלם, סירב לכל ניסיון לדון בקשייו החוקתיים של החוק, וחזר ואמר לאורך הישיבה כי הדיון הוא "טכני", כי החוק כבר עבר, וכי אין לו כוונה לדון שוב בחוקתיותו או בהיבטים אחרים שלו. בין היתר אמר יו"ר הוועדה:

"אני רוצה לתחם את הדיון בדיוק להצעת תחולת החוק. בסופו של עניין מדינת ישראל החליטה בזמנו שהיא בעצם גובה, לוקחת מהמסתננים, מנכה לתוכנית חיסכון שלהם 20%, וזה על מנת שכשהם יצאו מהארץ הם יקבלו את זה. זה אינסנטיב גם שיהיה כדאי להם לצאת ממדינת ישראל. זה כל הרעיון. זה כבר חוקק וגם נדון אז, והתווכחו ומי שרצה דיבר על זה. האם נכון, לא נכון, צודק, לא צודק, אני לא שם. כרגע יש פה הליך טכני" (עמ' 6 לפרוטוקול הדיון מיום 21.11.2016. וראו גם הדברים שאמר יו"ר הוועדה בפתח הדיון בעמ' 3, וכן בעמ' 7, בעמ' 19, בעמ' 24 – על היותו של הדיון דיון "טכני" ועל כך שאין לו כוונה לדון בהוראות החקיקה שכבר עברה שנתיים קודם לכן).

בין היתר, הוסכם לתקן את סעיף 9 לתיקוני החקיקה, כך שמועד תחילת החוק יהיה בראשון לחודש שבתום 90 הימים שממועד אישור החוק. בתום הישיבה התקיימה הצבעה על התיקונים, והם אושרו ברוב קולות.

העתק העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול הדיון מיום 21.11.2016 מצורף ויסומן ע/6.

71. ביום 23.11.2016 קיימה הוועדה דיון קצר נוסף בהצעה, עקב בקשה לדיון מחדש של שניים מחברי הכנסת. הישיבה עסקה בעיקרה בהקניית הסמכות לממשלה להפחית את שיעור ההפרשות, הן של העובד והן של המעסיק. ביום 14.12.2016 התקיים דיון קצר נוסף במסגרתו תוקן ההסדר כך שהוכנסה בו הסמכות האמורה (תוך קביעה שהפרשת העובד, אם תוקטן, לא תפחת מ-16.5% והפרשת המעסיק, אם תוקטן, לא תפחת מ-12.5%).

העתק פרוטוקול הדיון מיום 23.11.2016 מצורף ויסומן ע/7.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 14.12.2016 מצורף ויסומן ע/8.

72. התיקונים הובאו להצבעה במליאה ביום 2.1.2017, ואושרו בבוקרו של יום 3.1.2017. לפי נוסחו החדש של סעיף 9 לתיקוני החקיקה, ההסדר אמור להיכנס לתוקף ב-1 לחודש שבתום 90 יום ממועד זה – דהיינו, ב-1.5.2017.

### 3.ג. פניות העותרים למשיבים במסגרת הליכי החקיקה

73. העותרים 8-13 עשו כמיטב יכולתם להצביע על הפגמים בהליך ועל אי החוקתיות הגלומה בהצעת החוק בסד הזמנים הדחוק שנקבע בטרם עבר החוק, בתוך כך בכל הקשור להסדר הגלום בתיקון לחוק עובדים זרים.

74. העותרים 8-13 פנו ביום 20.11.2014 לעו"ד דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), ולמר דניאל סלומון, היועץ המשפטי של רשות האוכלוסין וההגירה, התריעו על חוסר החוקיות שבדרך פרסום זו של תזכיר החוק וביקשו להאריך את המועד לקבלת הערות הציבור לתזכיר ולקבוע לוח זמנים סביר לאחר קבלת הערות הציבור ללימוד ההערות על ידי הגורמים האמונים על ניסוח הצעת החוק. ביום 23.11.2014 דחה עו"ד סלומון את בקשתם.

העתק פניית העותרים מיום 20.11.2014 מצורף ומסומן ע/9.

העתק תשובתו של עו"ד סלומון מיום 23.11.2014 מצורף ומסומן ע/10.

75. ביום 26.11.2014 שלחו העותרים 8-13 את הערותיהם לתזכיר בציינם כי בשל לוח הזמנים הקצר התייחסותם תמציתית ואינה יכולה להקיף את מכלול ההיבטים העולים ממנו.

העתק הערות העותרים לתזכיר החוק מיום 26.11.2014 מצורף ומסומן ע/11.

76. נציגי העותרים 8-13 השתתפו ב"מרתון" הישיבות בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת לכל אורכו, לרבות הישיבה הבודדת שהתקיימה בעניין הסדר הפיקדון מושא עתירה זו. בישיבה זו הביעו נציגי הארגונים העותרים את עמדתם ביחס לבעיות החוקתיות בהסדר, ואף הצביעו על כשלים אשר בחופזת הניסוח של הצעת החוק, איש לא עמד עליהם.

77. עוד פנו נציגי העותרים 8-13 בתאריך 4.12.2014 לעוה"ד שושנה שטראוס, סגנית היועץ המשפטי ברשות האוכלוסין וההגירה, בבקשה לבחון מחדש היבטים שונים בקרן הפיקדון, שנדמה היה שאיש לא עמד עליהם בעת ניסוח הצעת החוק, ובתוך כך התייחסו לשיעור הניכויים ולמועדם; לסוגיית המיסוי ועוד.

העתק הפנייה לעוה"ד שושנה שטראוס מיום 4.12.2014 מצורף ומסומן ע/12.

78. כמעט שנתיים לאחר מכן, ביום 11.9.2016, במסגרת הדיונים בהצעה להפעיל את ההסדר האמור על ידי תיקון סעיף 9 לתיקוני החקיקה, פנו העותרים 8-13 לשר הפנים, מר אריה דרעי, וליו"ר ועדת הפנים של הכנסת, חה"כ דוד אמסלם, בבקשה למנוע את הפעלתו של הסדר הפיקדון למבקשי מקלט. העותרים 8-13 הבהירו, כי החלתו של הסדר הפיקדון צפוי להביא על מבקשי המקלט אסון הומניטרי.

העתק פניית העותרים לשר הפנים וליו"ר ועדת הפנים מיום 11.9.2016 מצורף ויסומן ע/13.

#### 4.ג. עמדת היועץ המשפטי לכנסת

79. בישיבת הוועדה מיום 2.12.2014 הציג היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, את חוות דעתו בעניין הצעת החוק. בחוות הדעת שהגיש עו"ד ינון לקראת תחילת הדיונים, נכתב שהכללת התיקון בחוק עובדים זרים חורגת מענייניו של החוק, וכי ההסדר המוצע מעורר קשיים שונים "לרבות במישור החוקתי":

"עמדתנו היא כי יש לפצל מהצעת החוק את החלק של התיקון שעניינו הפקדת הפיקדון, שכן הוא חורג מהטיפול בסוגיית המסתננים ומעלה שורה ארוכה של קשיים. הסדרים מסוג זה, אשר נועדו במקורם לשמור על זכויותיהם הסוציאליות של העובדים הזרים, כבר הובאו מספר פעמים לוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת במסגרת הצעות לתקנות, אולם לא הבשילו לכלל תקנות בשל קשיים שונים. לקשיים אלה נוסף עתה גם קושי חוקתי בדמות ההסדר המוצע ביחס למסתננים הכולל הפחתה של 20% ממשכורתם (שלוש אינה גבוהה ממילא) לצורך הפקדה בתיקון, לצד הסדרי המס המוצעים המחייבים את המסתננים בתשלום מס מלא על סכום ההפקדה (אשר כאמור, משולם להם רק עם יציאתם מישראל). על הוועדה לבחון היטב האם אין חשש כי יש בשילוב של הוראות אלה כדי להביא מסתנן העובד כדן אל מתחת למינימום הנדרש לקיום בכבוד בהתאם לפסיקתו של בית המשפט העליון, ובכך להביא לפסילתו של הסדר זה" (ההדגשות הוספו).

כאמור, עמדה זו נדחתה על ידי הוועדה, וההסדר חוקק בשלמותו ללא התייחסות לאותם קשיים חוקתיים עליהם הצביע היועץ המשפטי לכנסת.

העתק חוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת מיום 2.12.2014 מצורף ומסומן ע/14.

80. עו"ד ינון השתתף בדיון הפותח את מרתון הדיונים, ביום 2.12.2014. במעמד זה חזר על עמדת היועץ המשפטי, כפי שהובעה בחוות הדעת:



"איל ינון :

.... הנושא האחרון הוא הנושא של התיקונים העקיפים. בנושא הזה עמדתי שלי ברורה. אני חושב שצריך לפצל את התיקונים העקיפים מהצעת החוק....  
**במקרה של המסתננים עולים גם קשיים חוקתיים בדמות ההסדר המוצע ביחס למסתננים.** זה כולל הפחתה של 20% ממשכורתם, שלרוב אינה גבוהה ממילא, לצד הסדרי מס מוצעים, שמחייבים את המסתננים בתשלום מס מלא על סכום ההפקדה שתשולם להם רק עם יציאתם מישראל. **אני חושב שעל הוועדה לשקול היטב את הנושא, האם אין פה איזו הכבדה שתביא בסופו של דבר אותנו למקום שבו בית המשפט יאלץ להתערב בחלק מההסדר...."**

(עמ' 12 לפרוטוקול הדיון מיום 2.12.2014).

81. על עמדה זו חזר גם היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד תומר רוזנר, במסגרת הדיון ביום 3.12.2014. עו"ד רוזנר הבהיר כי מדובר בהסדר בעייתי, וכי בשל פרק הזמן שהוקצה לדיון בו וללימודו, לא ניתן להעיר עליו הערות מהותיות מעבר לכך :

"תומר רוזנר :

לא הערנו הערות מהותיות להצעת החוק. אנחנו חושבים שבלוח הזמנים שנכפה בנושא הזה לא [ע]לה בידינו לגבש הערות פרטניות לסעיפי החוק ולכן לא נוכל להתייחס לדברים למרות שעל פני הדברים נראה כפי שאמרנו שהם בעייתיים מאד".

(עמ' 6 לפרוטוקול הדיון מיום 3.12.2014).

וכן :

"תומר רוזנר :

אמרנו, ואני חייב לומר שוב כי זה מה שהיועץ המשפטי לכנסת ביקש, שהפרשות העובד יחד עם הפרשות המעסיק, שיכול מאד להיות שיש להן הצדקות כאלה ואחרות, הפרשות העובד מעוררות בעיות חוקתיות קשות ביותר."

(עמ' 34 לפרוטוקול הדיון מיום 3.12.2014).

וכן :

"תומר רוזנר :

אנחנו חושבים שהפיקדון במתכונתו הנוכחית, של 20% על העובד ו-16% על המעסיק מעורר קשיים חוקתיים."

(עמ' 7 לפרוטוקול הדיון מיום 8.12.2014).

82. גם שנתיים מאוחר יותר, במסגרת הדיון מיום 21.11.2016 בדבר תיקון החוק, הבהיר היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד גלעד קרן, שהדיון מתמקד בהפעלת ההסדר שכבר נחקק, ולגבי מהות ההסדר אמר כי:

"גלעד קרן:

מעבר לכך, מבחינה מהותית הייעוץ המשפטי לכנסת קורא ליועץ המשפטי לכנסת עצמו, ועמדו על הבעייתיות שבהסדר הזה, בעיקר בכל הנוגע לגובה הסכומים שמנכים משכרו של המסתנן. אבל הכנסת בחרה לחוקק מה שחוקקה."

(עמ' 3 לפרוטוקול הדיון מיום 21.11.2016).

#### ג.5. עמדת נציבות האו"ם לפליטים

83. בחוות הדעת של נציבות האו"ם לפליטים שנמסרה לוועדה במסגרת הליכי החקיקה בשנת 2014, הצביעה הנציבות על כך שהצעת החוק, בכל הנוגע לקרן הפיקדון, מהווה דין מפלה ביחס למבקשי מקלט. עוד עמדה הנציבות על כך שלניכוי של 20% משכר העובד, במקרה של מבקשי מקלט העובדים לרוב בעבודות המשלמות משכורות נמוכות ובלא תנאים סוציאליים, השלכות מרחיקות לכת על יכולתם ליהנות מזכויות אחרות כמו הזכות לרמת חיים נאותה לעצמם ולבני משפחותיהם, כולל מזון הולם, ביגוד ודירה, וזאת בניגוד לסעיף 11 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות.

נציבות האו"ם לפליטים המליצה להשוות את פיקדון המעסיק החל על העסקתם של מבקשי מקלט או אנשים ברי הגנה בינלאומית לזה הקבוע למעסיקים של עובדים זרים, או לחלופין להתאימו לשיעור המקובל בענף הרלוונטי. עוד המליצה הנציבות, להסיר את הדרישה לניכוי רכיב העובד משכרו לטובת הפיקדון או לחלופין להפחיתה לשיעור המשולם על ידי ישראלים, ובלבד שהדבר יהיה כרוך במתן זכויות סוציאליות. עוד הומלץ להשוות את התנאים וסכומי הקיזוז הקבועים בסעיף 1א(ד), מהפיקדון של מבקשי המקלט או אנשים ברי הגנה בינלאומית, לאלה החלים על עובדים זרים.

מיותר לציין, כי הערותיה של נציבות האו"ם לפליטים לא הוטמעו בחוק, והמלצותיה נפלו על אזניים ערלות. העתק חוות הדעת של נציבות האו"ם לפליטים מצורף ויסומן ע/15.

84. על עמדה זו חזרה בדיון מיום 3.12.2014 עו"ד קרן מיכאלי מטעם הנציבות, באומרה שההסדר "מפלה לרעה בין מבקשי מקלט לעובדים זרים, אינו מתיישב עם האיסור הבין-לאומי על הפליה ... לאור השיעור הגבוה של הפיקדונות והאופי המפלה שלהן, בהתחשב באמצעים הנוספים בהצעת החוק ככלל כנגד מבקשי מקלט ואנשים ברי הגנה בין-לאומית, **הסעיפים המוצעים עלולים להתפרש כאלמנט נוסף במדיניות של אי החזרה אסורה בניגוד להתחייבויותיה הבין-לאומיות של ישראל. באשר לכל מי שאינו יכול לחזור ויאלץ להישאר בישראל, הוראות אלה**

**יגרוו החמרה חמורה ביכולתם הכלכלית עם השלכות חמורות עליהם ועל השכונות בהן הם מתגוררים" (עמ' 17 לפרוטוקול).**

85. על דברים דומים חזרה הנציבות גם במסגרת הליך החקיקה משנת 2016. כך אמר מר לארי

בוטיניק מטעם הנציבות, בדיון שהתקיים בוועדת הפנים והגנת הסביבה ביום 21.11.16 :

"בעקבות העבודה שלנו בקרב קהילת מבקשי המקלט, אנו לגמרי משוכנעים, שהפקדת 20% משכרו של העובד לקרן פיקדון, תביא את אוכלוסיית מבקשי המקלט לסף עוני, דבר שיגרום לכך שרבים לא יוכלו להרשות לעצמם ביטוח בריאות, תנאי דיור בסיסיים או אפשרות לכסות את ההוצאות הבסיסיות שנדרשות כדי לגדל את הילדים ... לדעתנו, עלייה בשיעור מבקשי המקלט בעלי בריאות לקויה, או מובטלים או מחוסרי דיור, לא רק פוגעת בזכויות מבקשי המקלט אלא גם מכבידה על השכונות בדרום תל-אביב, שהצפיפות בהן קיימת ממילא ... החלשת אוכלוסיית מבקשי המקלט, במטרה להשפיע על חזרתה, איננה חוקית ואף לא סביר שתמצא יעילה". (עמ' 31-30 לפרוטוקול).

**ג.6. עמדת לשכת עורכי הדין**

86. ב-1.12.2014, טרם הדיון בוועדה, פנה פורום דיני העבודה של לשכת עורכי הדין, בבקשה לפצל

את ההסדר דנא מההסדר בחוק למניעת הסתננות. פורום דיני העבודה הצביע על הכשלים בהסדר, ובין היתר עמד על אי החוקיות שבניכוי 20% משכרו של העובד ה"מסתנן"; על שיעור הפרשות המעביד הגבוה אשר אין לו יסוד בצווי הרחבה קיימים; על אי הסבירות בהסדר המיסוי שנקבע ועוד. העתק פניית פורום דיני העבודה של לשכת עוה"ד מיום 1.12.2014 מצורף ומסומן ע/16.

**ד. האוכלוסיה בה עוסקת העתירה**

**ד.1. על מעמד המשפטי של מבקשי מקלט והגנות בינלאומיות אחרות**

87. הדיון בדבר חוקיות החוק ותכליתו אינו ניתן לניתוק ממעמדם של העותרים ומבקשי מקלט

אחרים שעליהם יחול החוק. כל העותרים נמצאים בישראל כדין, כשהם מחזיקים ברישיונות ישיבה שניתנו להם מאת המשיב 2. רישיונות אלו ניתנים להם משום שהם זכאים להגנה בינלאומית. כולם נמצאים בישראל מכוח מדיניות המשיב 2 מזה שנים, שלא להרחיקם לארצם, תוך הימנעות מבחינת בקשותיהם למקלט.

88. על פי לשון התיקון, הוא חל על "מסתננים", דהיינו – בני אדם שאינם תושבי ישראל, שנכנסו

לישראל ללא היתר דרך גבולה הדרומי. על השימוש במונח לתיאור האוכלוסיה בה עוסקת העתירה – בני אדם הזכאים להגנות בינלאומיות – עמד כבוד השופט פוגלמן בבג"ץ אדם :

"במילה "מסתנן" טמונים אפוא נרטיב פנימי וסיפור שאותו היא מספרת. היא מבליטה היבטים מסוימים הנוגעים למי שנכנס שלא כדין לישראל, ומעמעמת

אחרים... הבחירות הרטוריות של המחוקק אינן עומדות לביקורתנו. מכל מקום, חשוב שבחירה רטורית לא תעמעם את המהות. שומה עלינו לזכור בכל שלב של הדיון את אפיונם המורכב של ה"מסתננים" החדשים, שחלק ניכר מהם מגדיר עצמו כמבקש מקלט".

(בג"ץ אדם, סעיפים 12-13 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

וכן יפים לעניין זה דבריו של השופט עמית בסעיף 3 לפסק דינו בבג"ץ איתן :

"אל לדברים לטשטש את התמונה האמיתית המצטיירת בפנינו... מדברים אנו באורחים, גם אם בלתי קרואים, שהגיעו לארצנו בדרך-לא-דרך, אם אורחים לשעה ואם אורחים לשנים... שומה עלינו להרים את המסך מעל אותו "גוש" מסתננים ולהשיר מבטנו אל כל אחד ואחד מהם. זו מהותה ותמציתה של אנושיות – ההכרה בכך שמה שנחזה ממרחק כתמונת קהל מטושטשת הוא ציבור המורכב מבני אנוש, ולכל איש יש שם, ולכל שם פנים-משלו ושפה-משלו ודרך-משלו לממש את כבודו האנושי".

89. ראוי לציין, שהעובדה שפליטים עוברים גבולות ללא היתר אינה דבר מפתיע, והיא נובעת מעצם העובדה שמדובר באנשים שנמלטים מרדיפה. כך, כמובן גם ארע בתקופת מלחמת העולם השנייה – האירוע המכונן שבעקבותיו נכתבה האמנה. סעיף 31 לאמנת הפליטים מתייחס להיבט ייחודי זה, בקובעו שככלל אין להטיל על פליט עונשים בגין כניסה למדינת המקלט שלא כדין. הוראה זו חלה גם על מבקשי מקלט, כל עוד בקשת המקלט שלהם לא הוכרעה. להרחבה ר' יונתן ברמן, "מעצר פליטים ומבקשי מקלט בישראל", **לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל** (טלי קריצמן אמיר עורכת, 2015) 147, 162-170.

90. רובם המוחלט של ה"מסתננים" אינם ברי הרחקה והם זכאים לשהות בישראל לפי הדין הבינלאומי והישראלי. הם שוהים בישראל כדין, חלקם למעלה מעשור, מכוח מדיניות כללית של "אי-הרחקה" למדינותיהם, או מכוח בקשות פרטניות למקלט שאינן מוכרעות. לפי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה מאוקטובר 2016, 92% מה"מהמסננים" – 37,433 איש – הם אזרחי אריתריאה וסודן.

נתוני רשות האוכלוסין וההגירה אודות מספר הזרים בישראל מפורסמים בקישור :

[https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/foreign\\_workers\\_stats/he/foreign\\_workers\\_STATS\\_Q3\\_0.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/foreign_workers_stats/he/foreign_workers_STATS_Q3_0.pdf)

91. על המצב במדינות אלו עמדה השופטת ארבל בפרשת אדם :

"עוד על פי הנתונים, רובם המכריע של המסתננים מקורם באריתריאה ובסודן. על פי הנתונים המעודכנים של רשות האוכלוסין 66% מהמסתננים השוהים כיום בישראל מגיעים מאריתריאה, 25% מתוכם מגיעים מסודן, והיתר הגיעו לישראל ממדינות שונות. המשמעות של נתון זה היא רבה....

... אריתריאה היא מדינה שהוכרה כעצמאית בשנת 1993 לאחר שלושים שנות מאבק עם אתיופיה. מאז הוכרה כעצמאית לא נערכו בחירות דמוקרטיות

באריתריאה ונשיא המדינה, המכהן גם כראש הממשלה וכמפקד העליון של הצבא, עודנו בתפקידו החל משנה זו. האסיפה הלאומית של אריתריאה מורכבת ממפלגה אחת בלבד (PDFJ). באריתריאה, על פי דו"חות של האו"ם, קיימת הפרה עקבית ונרחבת של זכויות אדם על ידי הממשל. הפרות אלו כוללות הוצאות להורג ללא משפט; מדיניות של ירי על מנת להרוג המכוונת למי שמנסה לצאת מגבולות המדינה; היעלמויות של אזרחים ומעצרים שלא נמסרים למשפחות; מאסרים ומעצרים שרירותיים; שימוש נרחב בעינויים פיזיים ופסיכולוגיים במהלך חקירות של המשטרה, הצבא וכוחות הביטחון; תנאי מאסר לא אנושיים; שירות חובה צבאי לתקופה ארוכה ובלתי מוגבלת שבמהלכו נעשה שימוש בעונשים אכזריים המובילים אף להתאבדויות; אי כיבוד זכויות אזרח כגון חופש הביטוי, האסיפה, ההתאגדות, חופש הדת והתנועה; אפליית נשים ואלמות מינית; הפרת זכויות ילדים, כולל גיוסם של ילדים; ועוד....

סודן היא מדינה מוכת בצורת ורעב שבמשך שנים רבות סבלה מהפיכות צבאיות וממלחמת אזרחים קשה וממושכת. בעקבות המלחמה נאלצו מיליוני אנשים לעזוב את בתיהם, סבלו מרעב ומתת-תזונה, ומשירותי חינוך ובריאות לקויים ביותר. מלבד מלחמת האזרחים בין הצפון לדרום פרץ בשנת 2003 מרד נוסף בחבל דארפור שבמערב המדינה. על מנת לדכא את המרד חימשה הממשלה מיליציות אשר נלחמו במורדים. מאבק זה, שהפך למאבק אתני, אופיין באונס ובטבח המוני ויש הרואים בו רצח עם. בשנת 2011 הכריזה דרום סודן על עצמאותה מהרפובליקה של סודן. באמצע שנת 2011 עוד דווח על הפצצות שאינן מבחינות בין אזרחים ללוחמים; על התקפות נגד אזרחים מטעם כל הצדדים לסכסוך, כולל על ידי הצבא הסודני; ועל העדר הגנה ממשלתית על האזרחים. ישנם דיווחים נרחבים על אלימות פיזית ומינית כלפי נשים, אם כי דווח גם על שיפור מסוים בטיפול הממשלתי והמשטרה בסוגיה. גיוס וחימוש ילדים אף הם תופעה נפוצה בסודן, אשר יש מאמץ כיום למגרה. הפרת זכויות האדם בסודן כוללת אף מאסרים ומעצרים שרירותיים, עינוי עצירים והחזקתם בתנאים גרועים...."

92. רשות האוכלוסין וההגירה החילה על אזרחי שתי מדינות אלו מדיניות המכונה לעיתים "הגנה זמנית" ולעיתים "אי-הרחקה", תלוי בכתבי בי-הדין שמגישה הרשות. מדיניות זו לא עוגנה בנהלים, הנחיות או תקנות, ופרטיה – מועד תחילתה, טעמיה, סל הזכויות הנלווה לה ועוד – נותרו עמומים. על עמימות זו עמדה כבוד השופטת חיות בעע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים, ניתן ביום 17.7.12:

"המשיבה בטיעוניה נמנעת מלאשר כי מדובר אכן ב"הגנה זמנית" על המשמעויות (הלא-אחידות, יש לומר) שנושא מושג זה במדינות השונות, והיא מדגישה כי מדובר במדיניות המצטמצמת ל"אי-הרחקה זמנית". זאת ותו לא, מבלי שנקבעו בצידה כללים ונהלים ברורים הנוגעים לזכויותיהם של אותם "בלתי-מורחקים" בעת שהותם בישראל. זהו מצב בלתי רצוי בעליל. הערפל הנורמטיבי יוצר אי-וודאות מכבידה ביותר מבחינת האנשים עצמם אשר לעיתים שוהים בישראל מכח המדיניות האמורה פרקי זמן בלתי-מבוטלים. בתי המשפט נאלצים אף הם להתמודד בשל כך חדשות לבקרים עם שאלות ומצבים שונים ומגוונים שמייצרת, מטבע הדברים, מציאות החיים והנוגעים לזכויותיהם של אנשים אלה. ויעיד על כך המקרה דנן".

93. עיקריה של מדיניות זו היא שאזרחי המדינות שעליהן היא חלה – בעיקר אריתריאה וסודן – לא יוחזרו לארצותיהם. לעניין האיסור המנהגי על החזרת אדם למקום בו נשקפת לו סכנה, ר'

סעיף 8 לפסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ אדם; וכן סעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים.

94. בחירת המשיבים להחיל את ההסדר הנתקף בעתירה דווקא על מי ששוהה בישראל כדין מכוח הגנות בינלאומיות המונעות את גירושו, אינה מקרית. שוהים שלא כדין ממילא נדרשים לצאת את ישראל ואין אישור חוקי לעצם העסקתם, כך שממילא אין צורך או יכולת לקבוע הוראות בגין הפרשות משכרם. שהותם החוקית של יתר השוהים בישראל ברישיון נתונה לשליטתה המלאה של רשות האוכלוסין וההגירה וליכולתה לשלול מהם את רישיונות הישיבה. אין זה פלא, שהמנגנון הדרקוני הנתקף בעתירה הוטל דווקא על מי שהדין הבינלאומי מונע את החזרתם לארצם בשל חשש לשלומם – שהרי זו האוכלוסיה היחידה שהמשיבים אינם יכולים פשוט לגרש, וכל שנשאר להם הוא להביא אותם "לגרש את עצמם".

95. בנוסף לאיסור ההחזרה הכללי, חלק ניכר מאותם אנשים גם זכאים למקלט לפי האמנה בדבר מעמדם של פליטים והפרוטוקול הנלווה לה (על מעמד האמנה והליך בחינת בקשות פרטניות לפיו ראו סעיף 7 לפסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ אדם).

לפי נתוני נציבות האו"ם לפליטים עבור שנת 2014, שפורסמו בשנת 2015 (השנה האחרונה בה פורסמו נתונים), אחוז ההכרה באזרחי אריתריאה כפליטים עמד בעולם על 65.5% (ויחד עם הגנות משלימות, על 85.3%); ובאזרחי סודן על 53.9% (ויחד עם הגנות משלימות, על 57.9%). כפי שציין כבוד השופט פוגלמן בבג"ץ איתן:

"מבט השוואתי מלמד כי שיעורי ההכרה העולמיים בבקשות למקלט שהגישו נתיני אריתריאה וסודן – מדינות המוצא של מרבית המסתננים המצויים בישראל – גבוהים בהרבה משיעורם בישראל. בשנת 2012 (שהיא השנה האחרונה שיש לגביה נתונים עדכניים) עמד שיעור ההכרה העולמי ביוצאי אריתריאה כפליטים על 89.9%; ובמי שמוצאם בסודן – על 68.2% (ראו הדו"ח הסטטיסטי העדכני של נציבות האו"ם לפליטים, בעמ' 102, 104). מהנתונים שמסרה המדינה, המעודכנים ליום 3.3.2014, עולה כי בישראל התקבלו עד כה פחות מ-1% מהבקשות למקלט שהגישו נתיני אריתריאה, ואף לא אחת מהבקשות של נתיני סודן" (סעיף 35 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן).

העתק נתוני נציבות האו"ם לפליטים משנת 2015 מצורפים ויסומנו ע/17.

96. ואכן, במשך שנים מפעילה רשות האוכלוסין וההגירה מדיניות פוליטית המבקשת לצמצם את מספר הפליטים המוכרים בישראל, ולהותירם באותו ריק עמום של "הגנה" שבפועל מאפשרת התעמרות, שלילת חירות ודחיקה לעוני ולרעב.

במשך שנים רשות האוכלוסין וההגירה כלל לא איפשרה לאזרחי אריתריאה סודן להגיש בקשות פרטניות למקלט, ואיפשרה להם לשהות בישראל רק מכוח מדיניות ההגנה הזמנית. בשנת 2012-2013 לערך, החליטה הרשות – בינה לבין עצמה – לאפשר הגשת בקשות פרטניות למקלט, וזאת ללא פרסום נלווה. הגם שהרשות עדכנה על כך את בתי המשפט, היא לא טרחה

לעדכן על כך את האוכלוסיה הרלוונטית, שהינה אוכלוסיה מוחלשת שבמשך שנים הורגלה למדיניות אחרת, שלא מעלעלת להנאתה בכתבי בי-הדין שמגישה הרשות לבית המשפט הנכבד, ושמיגיעה למשרדי הרשות אחת לכמה חודשים כדי לחדש את רשיונות הישיבה.

כך, חלק ניכר מאזרחי אריתריאה וסודן לא ידעו ולא יודעים שהם יכולים וצריכים להגיש בקשה למקלט. ככל שנקפו השנים, ויותר ויותר מבקשי מקלט נפגשו עם עורכי דין וגילו שכעת ביכולתם לבקש מקלט, עלה מספר הבקשות שהוגשו. תגובת הרשות היתה להתחיל לדחותן על הסף מחמת "שיהוי" בהגשתן. במשך כשנה ומספר חודשים דחתה הרשות **אלפי בקשות** מסיבה זו. ביום 6.11.2016 נתן בית הדין לעררים בתל אביב פסק דין עקרוני ומנחה בסוגיה (ערר (ת"א) 1279-16 א.ג.נ' **משרד הפנים**) לפיו מדובר **במדינות פגומה**, שהתקבלה **באופן שרירותי מבלי ליידע את מבקשי המקלט** בדבר האפשרות והחובה להגיש בקשה למקלט, **ושמניעה – מספר בקשות המקלט שהוגשו**. על פסק הדין **לא הוגש ערעור** ובעקבות זאת חזרה בה הרשות מעמדתה במסגרת הליכים אחרים והודיעה שכל מי שיבקש לפתוח את בקשת המקלט שלו לאחר שנדחתה על הסף, בקשתו תידון לגופה.

97. אזרחי **סודן** שהספיקו להגיש את בקשותיהם, גילו שאין בכך טעם: הן שוכבות כאבן שאין לה הופכין במשרדי הרשות. לפי נתוני הרשות, שנמסרו במסגרת מענה לבקשת חופש מידע של ארגון אמנסטי אינטרנשיונל ביום 14.12.2016, **עד כה הוכרעו רק 33 בקשות למקלט של אזרחי סודן** (31 נדחו בסדר דין מקוצר, סעיף 2(ג) לתשובה, ו-2 קיבלו מעמד פליט, סעיף 4(א) לתשובה). על אף העובדה שחלק ניכר מאזרחי סודן המבקשים מקלט בישראל הם ממוצא דרפורי – מוצא המתייחס לקבוצת שבטים לא-ערבים בסודן, שמקורם בחבל דרפור ונתונים לרדיפה ולרצח עם המוכרים בכל העולם – רק אחת מבין ההחלטות ניתנה בעניינו של דרפורי (ונענתה בחיוב – סעיף 8(יא) לתשובה).

לא למותר לציין, שבבג"ץ **דסטא** הביע בית המשפט הנכבד מורת רוח מהעיכובים בטיפול בבקשות המקלט, בזמן שהמשיבים מבקשים להמשיך לפגוע בזכויות מבקשי המקלט, וכינה התנהלות זאת "**אוזלת יד מדהימה, אם לא רשלנות מכוונת**" (סעיף 12 לפסק דינו של השופט מלצר). המשיבים הצהירו כי עד לפברואר 2016 יסתיים הטיפול בכלל בקשות המקלט של אזרחי סודן ואריתריאה שהמתינו להכרעה באותה עת. הנתונים שהובאו לעיל מראים, כי אוזלת היד והרשלנות המכוונת נמשכות, לצד חקיקת הסדרים מעין זה. בשנה האחרונה החל גם בית הדין לעררים למתוח ביקורת על העיכובים המתמשכים בהכרעה בבקשות למקלט של אזרחי סודן (ערר (י-ם) 1364-15 **חסן נ' משרד הפנים**, ניתן ביום 2.6.2016; ערר (ת"א) 1202-16 א.ג.מ.נ' **משרד הפנים**, ניתן ביום 28.11.2016).

העתק פניית ארגון אמנסטי אינטרנשיונל לקבלת נתונים לפי חוק חופש המידע, ותשובת רשות האוכלוסין וההגירה, מצורפים ומסומנים **ע/18**.

98. לעומתם, אזרחי **אריתריאה** שהספיקו להגיש את בקשותיהם, גילו שבקשותיהם נדחות בסיטונות, לאחר ראיונות קצרצרים, וזאת על בסיס חוות דעת לפיה אריתראים שיירדפו מסיבות פוליטיות בארצם אינם פליטים, אם הם "רק" ברחו מהשירות הצבאי הנצחי במדינה (שירות שהוגדר בידי גופים בינלאומיים כפשע נגד האנושות וכעבודות כפייה). בין 2013 ל-2016 דחתה רשות האוכלוסין וההגירה אלפי בקשות מקלט של אזרחי אריתריאה מסיבה זו. בחודש ספטמבר 2016 חוות הדעת האמורה נפסלה במספר פסקי דין של בית הדין לעררים (ראו למשל ערר (י-ס) 1010-14 **מסגנה נ' משרד הפנים**, ניתן ביום 4.9.2016), והדיון בה הוחזר לבית הדין בחודש ינואר 2017 בידי בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לערעורים מינהליים (עמ"ן 10-16-32641-10 **מדינת ישראל נ' פלוני**) על מנת לדון בשאלות שבית הדין לא דן בהן.

99. לא למותר להזכיר שבית משפט נכבד זה מתח ביקורת על הרשות, מאחר ששיעורי ההכרה שלה בפליטים מעלים חשש שהיא מונעת מהרצון שלא לקבל בקשות מקלט. כך למשל כתבה כב' השופטת חיות בבג"ץ **דסטה** לעיל, בפסקה 4:

"... נתון זה מעמיד את שיעור בקשות המקלט שאושרו בישראל בתקופה הנ"ל לנתיני סודן ואריתריאה על כ-0.9%. אם משווים את הנתון האמור לשיעור בקשות המקלט של נתינים אלה שאושרו בעולם, **יש בהשוואה זו היא כשלעצמה כדי לעורר סימני שאלה באשר לאופן שבו דנה המדינה בבקשות אלה ומכריעה בהן, בבחינת סוף הדבר מעיד על תחילתו**" (ההדגשה הוספה).

כבוד השופט מלצר הצטרף לביקורת: על רקע העיכובים בקבלת החלטות והנתונים בדבר אישור מספר אפסי של בקשות למקלט שהגישו אזרחי אריתריאה, הטיל כבוד השופט מלצר ספק במניעה המוצהרים של הרשות, והעיר שיתכן שפעולותיה מונעות מתכליות סמויות (הרצון לסכל קבלת בקשות המקלט):

"החובות שלכאורה מופרות כאן הן החובה לטפל במהירות הראויה בבקשות המקלט **ושלא לנקוט בפעולות הנראות כמסכלות את אפשרות קבלתן**" (ההדגשה הוספה; פסקה 13 לפסק דינו של השופט מלצר בבג"ץ **דסטה**).

יצוין כי בהקשר אחר, קבע בית המשפט הנכבד שמאחורי הכשלתם של נבחנים בבחינות שמאות מקרקעין עמד הרצון להגביל את מספר העוסקים במקצוע וכי שיקול זה מהווה שיקול פסול ואסור. כבוד השופט ברק העיר כי נתונים סטטיסטיים (דוגמת הנתונים העקביים על שיעורי הכרה האפסיים במבקשי מקלט מאריתריאה) עשויים ללמד על שיטה פסולה ועל שיקול זר ולהעביר את נטל הראיה אל הרשות להוכיח שאין הדבר כך (ראו בג"ץ 571/89 **מוסקוביץ נגד מועצת השמאים**, פ"ד מד(2) 236, בעמ' 246).

100. עוד נציין, כי גם בין ה"מסתננים" ממדינות אחרות (8% מבין ה"מסתננים"), שאינם חוסים תחת מדיניות אי-ההרחקה של המשיבה, יש מבקשי מקלט רבים שממתינים שנים ארוכות להכרעה בבקשות המקלט הפרטניות שלהם. ואכן, לפי נתוני רשות האוכלוסין וההגירה במסגרת הליך חופש המידע הנ"ל, **קרוב ל-19,000 בקשות למקלט עדיין תלויות ועומדות**,



מתוכן למעלה מ-4,000 ממתיונות מעל לשנה, כ-2,500 מעל לשנתיים, כ-1,000 מעל לשלוש שנים ו-575 מעל ארבע שנים (סעיפים 6(א)-6(ה) לתשובה).

101. אם כן, התיקון נועד לחול על אנשים השוהים כדון. כולם זכאים להגנות בינלאומיות. אלו הם רובם המוחלט של ה"מסתננים" לפי נתוני הרשות, ורק עליהם יחול התיקון. הם מוחזקים שנים בישראל בין שמים לארץ, בכסות של מדיניות "זמנית" עמומה ועיכובים מכוונים מהכרעה בבקשות למקלט. הגם שמדיניות המשיב 2 זכתה לביקורת בתי המשפט, המשיבים אינם משנים מדרכם ותחת זאת החליטו להעביר חקיקת בזק שתפגע ברכושם של מבקשי המקלט וביכולתם להתקיים בכבוד.

102. בטרם נדון בהיבטים המשפטיים של התיקון, נבקש לעמוד על התנאים בהם מנסים מבקשי מקלט לשרוד כבר היום, עוד בטרם החל התיקון לפעול את פעולתו. כפי שנראה, מדובר באנשים החלשים ביותר בחברה (ובהם קורבנות עינויים, ניצולי רצח עם, בעלי מוגבלויות והורים לילדים) שהופקרו על ידי המשיבים ללא שירותים סוציאליים וללא אפשרות מסודרת לעבוד.

#### ד.2. מצבם של מבקשי מקלט – עוני, הערמת מכשולים על תעסוקה, והדרה ממערכות תמיכה

103. ההסדר הנתקף בעתירה זו יחול על קבוצת מבקשי המקלט אשר משתתפת בשוק העבודה בישראל. כדי להבין את השלכותיו הדרסטיות עליה, נעמוד בקצרה על מאפייניו של שוק העבודה עבור מבקשי המקלט ועל מצבם הסוציו-אקונומי.

104. ההסדרים הנוגעים להעסקת מבקשי המקלט בישראל סובלים מזה שנים מאנומליה, הפוגעת אנושות בזכויותיהם של מבקשי המקלט ומשמשת עוגן לעוד ועוד הסדרים מפלים ומקפחים.

משרד הפנים מנפיק למבקשי ולמבקשות מקלט רישיון ישיבה שנכתב על גביו "מסוג ס' 2(א) לחוק". רישיון זה, טיבו וטבעו אינם ברורים כלל. פרשנות נכונה של סעיף 2(א) לחוק הכניסה לישראל הינה, שאין רישיון "מסוג" 2(א) לחוק: סוגי הרישיונות קבועים בתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974. כל שקובע סעיף 2(א) לחוק הכניסה לישראל הוא ששר הפנים רשאי לתת "רישיון זמני לישיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה – עד ליציאתו מישראל או הרחקתו ממנה". מטבע הדברים, סוג רישיון הביקור אשר יתן השר על פי סעיף 2(א) הנ"ל, יכול להיות אחד מהסוגים המנויים בתקנות הכניסה לישראל. כלומר, סעיף 2(א) מעניק לשר סמכות ליתן רישיון בסיטואציה מסוימת, אך הוא אינו מהווה "סוג" של רישיון.

105. המצאת סוג רישיון ישיבה שאינו מוגדר בחקיקה, גרר מטבע הדברים עמימות נורמטיבית גם בנוגע לשאלת זכותם של מבקשי ומבקשות המקלט לעבוד בישראל. סוגיה זו נדונה לראשונה בבג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה, פורסם בנבו (2011) (להלן: **בג"ץ קו לעובד**). במסגרת ההתדיינות הציגה המדינה פתרון זמני לפיו לא יינתנו רישיונות עבודה למבקשי המקלט, אך בו

בזמן לא יינקטו הליכי אכיפה נגד מי שיעסיקו מבקשי מקלט בגין העסקה שלא כדין. פתרון זמני זה אמור היה לעמוד בתוקפו למשך חצי שנה, בהתחשב בהצהרות המדינה.

106. הזמן חלף, ומדיניות שהוצגה כעניין זמני לתקופה של חצי שנה לכל היותר, נכנסה זה מקרוב לשנתה השביעית. ההסדר שהוצג לבית המשפט הנכבד כהסדר זמני, הלך והתקבע. תוצאותיו הקשות של הסדר זה, הלכו והתבררו אף הן. ביקורת על התמשכותו כבר נמתחה מצידו של בית משפט נכבד זה, כפי שכתבה כב' השופטת חיות בבג"ץ אדס :

"...לא קיים הסדר ברור, בחוק או למצער בנוהל, בשאלה האקוטית הנוגעת לזכותם של עשרות אלפי המסתננים לעבוד בישראל. הפתרון שמצאה המדינה לכך - אותו פירטה בתגובתה לעתירה שהוגשה בנושא זה - הוא שלא להעניק להם אישורי עבודה אך גם לא לנקוט פעולות אכיפה הנוגעות לאיסור העסקת מסתננים (בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה [פורסם בנבו] (16.1.2011)); לביקורת על מדיניות זו ראו יובל לבנת "פליטים, מעסיקים, ופתרונות מעשיים" בבג"ץ: בעקבות בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה" משפטים על אתר ג 23 (2011)). פתרונות אד-הוק מסוג זה אינם תחליף למדיניות סדורה... (ההדגשה הוספה)"

107. "מדיניות אי האכיפה" נועדה להיות מדיניות זמנית, וככזו נמצאה סבירה לשעתה. ואולם, כדרכם של הסדרים "לשעה", הסדר זה הפך לנדבך קבוע במדיניות המדינה כלפי מבקשי מקלט. האנומליה האינהרנטית שבהסדר - אנומליה שבמסגרתה לעובדים אסור לעבוד, אך למעסיקים מותר להעסיק - ושנועדה להיות זמנית, הפכה למאפיין קבוע של שוק העבודה של מבקשות ומבקשי המקלט בישראל; מאפיין שקשה להפריז בהשפעותיו השליליות על אוכלוסיית מבקשות ומבקשי המקלט.

108. בחסות מדיניות אי-האכיפה, התפתח שוק עבודה אפור למבקשות ומבקשי מקלט; שוק מצומצם ופוגעני, שרובו ככולו עבודות דחק בשוק העבודה השניוני שבצדן שכר ותנאים נחותים במידה משמעותית מתנאי המינימום הקבועים בחוקי המגן. על הבעיות שיוצר הסדר אי-האכיפה שאושר בבית-משפט נכבד זה עמד מבקר המדינה, בדו"ח הביקורת השנתי לשנת 2014 (ג64), בפרק "זרים שאינם בני הרחקה מישראל". בסעיף 2 לחלק העוסק ב"מגבלות על העסקת זרים" (עמ' 99 לדו"ח), נכתב כי :

"מנקודת ראותו של מעסיק בכוח, הסדר אי האכיפה שעליו התחייבה המדינה לבג"ץ הוא עמום ובלתי מובן."

ובעמ' 101 לדו"ח, נכתב לגבי הפגיעה במבקשי המקלט וה"מוגנים זמנית" בחסות ההסדר האמור. ובלשון הדו"ח :

"הסדר זה, אשר טומן בחובו סתירה, מיושם, כאמור, כבר כמה שנים... באופן המערים מגוון קשיים... לדעת משרד מבקר המדינה, היות שהסדר אי-האכיפה נועד לאפשר לזרים שאינם בני הרחקה להתפרנס ולקיים את עצמם בכבוד, הרי נקיטה בפעולות שיש בהן כדי לפגוע במימוש ההסדר עלול[ה] להוביל לפגיעה ביכולתם של זרים רבים לעבוד, להתפרנס ולספק את צורכיהם הבסיסיים."

העתק הפרקים הרלוונטיים מדו"ח מבקר המדינה 64 מצורף ומסומן ע/19.

109. ההסדר נשוא עתירה זו מאיר באופן אבסורדי את האנומליה הטבועה בזכותם של מבקשי המקלט לעבוד בישראל. מחד, המדינה מסרבת להנפיק למבקשי המקלט רישיונות עבודה, אלא מסתפקת בהסדר אי האכיפה העמום שתואר לעיל. מאידך, מייצרת המדינה, בהסדר מושא עתירה זו, מנגנון מדינתי משוכלל המבוסס כולו על חיוב ביצוע הפרשות משכרם של מבקשי המקלט בלא שתטרח להסדיר את ההעסקה ותוך הותרת מעמדם בשוק העבודה עמום ואנומלי. למעשה, הפעם הראשונה בה הואילו המשיבים להכיר במציאות העסקתם של מבקשי מקלט בישראל – היתה לטובת פגיעה חריפה ובלתי נתפסת בהכנסתם, ורק לצורך זה. האבסורד שבכך השתקף כבר בישיבת הוועדה טרם חקיקת ההסדר דנא, עת הצביע על כך יועמ"ש הוועדה, עו"ד תומר רוזנר, אשר אמר:

"אמרה השופטת חיות פעם וחזרה על כך וגם השופט פוגלמן שמדיניות הממשלה להמשיך – ועכשיו גם בפסק הדין האחרון בנושא הזה – בעמימות הנורמטיבית לגבי מעמדם של השוהים הבלתי חוקיים לא יכולה להימשך. אכן ההוראות שאת מציעה כאן לממשלה מעגנות בהחלט את זכותם של האנשים האלה לעבוד. ייכתב מה שייכתב בסעיף המוצע 1א7, זה ברור שהסעיף הזה מעגן את הזכות לעבוד. הוא למעשה מעגן את העובדה שהמדינה מעורבת בעבודה הזאת, מכירה בה, יודעת עליה, מנהלת פיקדונות עבור העובדים".

ויו"ר הוועדה, ח"כ (דאז) מירי רגב, השיבה:

"אי אפשר להעמיס את כולם בצורה מסודרת על מטוסים. [המדינה] הייתה עושה את זה אבל אין לה ברירה".

(פרוטוקול ישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה מיום 3.12.2014, בעמ' 42).

110. כך או כך, ההסדר נשוא עתירה זו מצטרף ומוסיף נטל כבד על שוק העבודה של מבקשי מקלט בישראל, על האנומליה האינהרנטית בו. ממילא, הסדר אי האכיפה – וככל הנראה, גם גורמים נוספים – דחקו את מבקשי המקלט לעבודה בשוק השניוני, בעבודות מסוג שלושת ה-D: Dangerous, Dirty and Difficult, עבודות אשר חושפות את העובדים לא רק לסיכונים וקשיים הכרוכים בהן, אלא גם לשלל הפרות שיטתיות של הזכויות בעבודה.

111. על תמונת המצב בשוק העבודה, לרבות גובה השכר של מבקשי המקלט והענפים בהם הם מועסקים, יכולים ללמד הנתונים של העותרת 8, "קו לעובד", בדבר 1,686 מבקשי המקלט אשר הגיעו אליה בשנת 2016. מתוך קבוצת עובדים זו, המייצגת, לטעמם של העותרים, את קבוצת העובדים בה עסקינן, הועסקו כשליש בעבודות ניקיון אצל חברות קבלן המספקות שירותי ניקיון. ההפרה השיטתית של זכויות עובדים המועסקים בהעסקה משולשת (דהיינו, באמצעות חברות קבלן), כמו גם העובדה כי מדובר בתבנית העסקה פוגענית שהשלכותיה על העובדים קשות, נדונה במאמרים אקדמיים, בתקשורת, בכנסת ובציבור הישראלי החל מסוף שנות התשעים, ובאופן גובר והולך לאורך השנים (מאמר היסוד בתחום, בתחילת הדרך, היה: רות בן ישראל, "מתמקרים' החוצה: העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם", שנתון משפט העבודה

ז 1999; וראו לאחר מכן בין היתר: גיא דוידוב, "העסקה עקיפה", **עבודה חברה ומשפט** י"ב 191 (2010)). יתר העובדים מבקשי המקלט אשר פנו לעותרת 8 במהלך 2016, הועסקו גם הם בעבודות כפיים ובשכר שאינו גבוה, לרוב, משכר המינימום: עבודה במסעדות כשוטפי כלים; עבודה במלונאות בניקיון ואחזקה; עבודה בבתי אבות בסיעוד ובניקיון; ועבודת כפיים בענף הבניין. כל העובדים שהגיעו ל"קו לעובד" בשנת 2016 סבלו מהפרות שונות בזכויות הקוגנטיות על פי דיני העבודה: הלנת השכר הינה מחזה נפוץ, כמו גם אי תשלום עבור שעות נוספות, מניעת חופשה שנתית, אי תשלום דמי הבראה, ועוד.

תצהירה של גב' נועה קאופמן, רכזת מבקשי מקלט בעותרת 8, מצורף ויסומן ע/20.

112. דברים אלה נקבעו גם בדו"ח מבקר המדינה 64 לעניין זה. בעמ' 101, נמצא כי רבים ממבקשי המקלט וה"מוגנים זמנית" מועסקים מחוץ לתחום חקיקת המגן:

"הזרים מחפשים תעסוקה כאשר הם בעמדת נחיתות של ממש בשל מצבם החברתי-כלכלי, קשיי השפה ורתיעתם של מעסיקים מהעסקתם, כמפורט לעיל. בנסיבות אלה גדלה הסבירות לדפוסי העסקה פוגעניים. ואכן, מדברים שאמרה הממונה על זכויות עובדים זרים במשרד הכלכלה (או בשמו דאז, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה) בכנסת בינואר 2012 עולה שככלל הזרים בישראל אינם מועסקים על פי חוקי העבודה".

ובעמ' 102 לדו"ח, נכתב אודות השלכות הסדר אי-האכיפה על מצבם של אותם אנשים:

"קיים חשש כי ביישום ההסדר האמור, על מגבלותיו, באופן מתמשך ולאורך שנים, יש כדי להוביל לפגיעה ביכולתם של חלק מהזרים ליהנות מביטחון סוציאלי ומרמת חיים נאותה, לרבות מזון, לבוש ודיור נאותים, כדרישת האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות חברתיות. במצב הקיים נפגעת, במקרים מסויימים, יכולתם של זרים להיות מוגנים מרעב ולהתקיים קיום בסיסי בכבוד".

113. תצהירי העותרים 1-7 משקפים את תמונת המצב של השתייכות לשוק העבודה השניוני: העותרת 1 היא עובדת קבלן ניקיון; העותרת 2 עובדת שעות ארוכות במרכול; העותר 4 גם הוא עובד קבלן בבית מלון; העותר 5 הוא עובד קבלן ניקיון המועסק בניקיון רחובות העיר בת ים; והעותר 7 עובד באחזקת בית מלון. כולם משתכרים שכר מינימום בקירוב, ועובדים במתכונת של העסקה שעתית, המשפיעה לרעה על זכויותיהם הנלוות בעבודה ועל הוודאות ביחס לגובה השכר החודשי.

114. תמונת המצב של העסקת מבקשי המקלט בישראל בשוק העבודה השניוני, עולה אף מסקירה קצרה של פסיקת בתי הדין האזוריים לעבודה בעניינם. כשבעים פסקי דין ניתנו בעניינם של מבקשי מקלט בשנת 2016, בבתי הדין האזוריים לעבודה. בכולם, ללא יוצא מן הכלל ממש, היתה התביעה אך ורק לסל זכויות המגן המינימליות: תשלום שעות נוספות, פיצויי פיטורים, שכר מינימום, דמי הבראה ופידיון חופשה שנתית. במרבית המקרים, אם לא בכולם, נפסק כי אכן הופרו הזכויות הקוגנטיות החלות על פי חוקי עבודה. אשר לתחומי העיסוק של מבקשי המקלט וגובה השכר המשולם להם, מסקירה זו של הפסיקה בבתי הדין האזוריים בשנת 2016,

עולה כי על פי רוב השכר ששולם היה שכר המינימום או אך מעט למעלה מכך; כי המקצועות והענפים בהם הועסקו העובדים הם ניקיון, כוח אדם, בנין, מסעדות (בעיקר בשטיפת כלים ועבודות מטבח).

115. עוד עולה מהפסיקה, כי מעמדם הלוט בערפל של מבקשי המקלט, משמש עבור מעסיקים רבים הצדקה להסדרים מפלים ומקפחים ממילא, ולא אחת נתלים מעסיקים במעמד העמום, כדי להצדיק הפרת זכויות קוגנטיות. בלפחות עשרה מקרים מבין פסקי הדין שניתנו בבתי הדין האזוריים בשנת 2016, טענו המעסיקים כי לא חלה עליהם החובה להפריש לקרן פנסיה למבקשי מקלט, ואף לא חלה עליהם החובה לשפות עובדים אשר לא הופרשו בגינם כספים אלה. בית הדין הארצי דחה טענה זו, בבר"ע (ארצי) 36959-06-15 **מוסאבל עבדאללה נ' טלרן אחזקות ונקיון (2000) בע"מ**, מיום 15.7.2015, אולם מעסיקים שבים ומעלים אותה בפני בתי הדין האזוריים (וראו, בין היתר, סע"ש (ת"א) 57278-10-13 **Abrha Debesai נ' ישיבת מעיין ההלכה**; מיום 28.6.2016). לפחות במקרה אחד טענו מעסיקים כי לא חלה עליהם חובה לערוך למבקשי מקלט ביטוח רפואי בשל מעמדם כמבקשי מקלט (ראו תפ (ת"א) 50962-12-13 **מדינת ישראל נ' אר אנד אמ שירותי נקיון ואחזקה בע"מ**; מיום 5.7.2016). במקרה נוסף נתקבלה בקשה לאישור תובענה ייצוגית של מבקשי מקלט בענף החקלאות, אשר מעסיקים ניכח משכרם הוצאות בגין מגורים הגבוהות מהמותר בתקנות עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (מגורים הולמים), התש"ס-2000, והכל תוך ששיכן אותם במגורים בלתי הולמים בניגוד לתקנות אלה (תצ (ת"א) 27708-09-12 **מוחמד אדהם גו נ' משק קלוסקי בע"מ**; מיום 15.5.2016); עניין בו עמד בית הדין האזורי אף על מוחלשותה הכלכלית והחברתית של קבוצת העובדים מבקשי המקלט, ועל עמימות מעמדם בישראל אשר משפיעה לרעה על הזכויות בעבודה (ראו בפסקה 31 להחלטה דנא). במקרה אחר, נטען כי מבקשי מקלט שהם עובדי חברות כוח אדם, אינם זכאים להיקלט להעסקה ישירה כעבור 9 חודשים, כפי שמורה סעיף 12א לחוק העסקת עובדים בידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996. גם כאן, נדחתה הטענה, תוך שבית הדין האזורי קבע כי הדרת מבקשי מקלט מתחולת החוק אינה שוויונית (סעש (ת"א) 15561-04-13 **Tsaada Towelde נ' א. ב. א. ויקטורי חברה לניהול ואחזקות בע"מ**, מיום 10.4.2016).

116. כמו כן, מעסיקים לא מעטים ביקשו למנוע ממבקשי מקלט שנשלחו למתקן שהייה "חולות", פיצויי פיטורים עם עזיבתם הכפויה את העבודה. ברוב המקרים, נדחו טענות המעסיקים בהקשר זה, אולם הדבר דרש פניית מבקשי מקלט לערכאות (כך בין היתר בסעש (ב"ש) 5103-14-05 **Hasabalah Azrag Osman נ' שיקלי יעקב-קיקי**, מיום 5.9.2016; וכן בסע (חי) 26095-06-14 **Rezence Gebragerges נ' אברהם עמרם ובניו בע"מ**, מיום 15.5.2016; בסעש (ת"א) 29626-04-14 **Khatir Yacob נ' שאול עקיבא**, מיום 2.8.2016; ובסעש (ב"ש) 35627-14-05 **Muhamad Faharadi נ' ד.א. מוסף פלוס בנתיבות בע"מ**, מיום 4.8.2016).

117. לא ניתן להתעלם גם מהשפעתו של מתקן השהייה "חולות" על שוק העבודה של מבקשי המקלט. לאחר שחרורם מ"חולות", בתום 12 חודשים, שבים העובדים לשוק העבודה, אולם עליהם להתחיל מחדש: הוותק מאופס, הניסיון נקטע, ואלפי אנשים שעבדו לעיתים שנים ארוכות במקום אחד, מוצאים עצמם שוב כעובדים חדשים בשכר נמוך ללא וותק. עוד יצוין, כי רשות האוכלוסין וההגירה מונעת ממבקשי המקלט ששהו במתקן "חולות", לשוב ולעבוד בתל אביב ובאילת לאחר שחרורם, ובכך מגבילה ומצרה עוד את שוק העבודה המצומצם שלהם (על מדיניות זו הצהירה רשות האוכלוסין וההגירה בדו"ח שנתי על פי חוק חופש המידע לשנת 2015, ראו עמ' 38 לדו"ח<sup>1</sup>).

118. לתמונת המצב של שוק העבודה של מבקשי המקלט בישראל, כמו גם להסדר הנתקף בעתירה דנא, מצטרפים נטלים כלכליים נוספים המוטלים על מבקשי המקלט ומעסיקהם הנובעים מהעסקתם העמומה, ואשר אינם מוטלים על קבוצות עובדים אחרות. כך, בסמוך לאחר כניסתם של מבקשי מקלט לישראל, החליטה רשות המסים כי מבקשי המקלט בישראל אינם זכאים לנקודות זיכוי ממס, בהתאם לקבוע בכללי מס הכנסה (נקודות זיכוי לתושב חוץ זכאי) התשס"ג-2003. בהתאם לכללים אלה, "תושב חוץ זכאי", הזכאי ל-2.25 נקודות זיכוי, הוא מי ש"שהייתו בישראל או באזור והעסקתו בישראל או באזור מותרות על פי דין". פרשנות רשות המסים היתה, לאורך שנים ועד לכתובת שורות אלה, כי מבקשי המקלט בישראל אינם מועסקים בה כדין, ולפיכך אינם זכאים לנקודות הזיכוי דנא. המשמעות הכספית של מניעת נקודות הזיכוי היא הטלת מס בגובה 10% על משכורת שגובהה שכר המינימום, מס אשר עובדים תושבי ישראל, עובדים פלסטינים המועסקים בישראל, ועד לשנת 2015 – גם עובדים זרים – לא נדרשו לשלם, בשל נקודות הזיכוי ממס שקיבלו. יצא איפוא, כי הקבוצה אשר נטל המס הכבד ביותר בישראל מושת עליה, היתה לאורך שנים הקבוצה בה עסקינן בעתירה זו – מבקשי המקלט. עובדים אשר כפי שתואר לעיל, ממילא נמצאים בשולי השוליים של שוק העבודה הישראלי.

יצוין, כי על פרשנות זו של רשות המסים התגלעה מחלוקת משפטית. הפרשנות של רשות המסים נתקבלה בפסק דין אחד של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (ע"מ 9266-03-14 **שלמה סעד נ' פקיד שומה אשקלון**; מיום 17.3.2016), ואילו שני פסקי דין של בית המשפט המחוזי בתל אביב (ע"מ 8339-01-15 **כלי ניקה י. בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב**, מיום 25.9.2016; וע"מ 8363-10-14 **עומר הנדסה ובנייה נ' פקיד שומה תל אביב**; מיום 27.9.2016) דחו את עמדת רשות המסים.

1

[https://www.gov.il/BlobFolder/reports/2015\\_foi\\_report/he/%D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%97%D7%95%D7%A7%20%D7%97%D7%95%D7%A4%D7%A9%20%D7%94%D7%9E%D7%99%D7%93%D7%A2%20-%20%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%99%202016\\_0.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/reports/2015_foi_report/he/%D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%97%D7%95%D7%A7%20%D7%97%D7%95%D7%A4%D7%A9%20%D7%94%D7%9E%D7%99%D7%93%D7%A2%20-%20%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%99%202016_0.pdf)

עוד יצוין, כי החל משנת 2015 בוטלה לנשים מבקשות מקלט חצי נקודת זיכוי לאישה, הניתנת לכל הנשים העובדות בישראל, שעה שקבוצת הנשים הזרות הזכאיות לחצי נקודה זו, הוגדרה ככזו המחזיקה ברישיון ישיבה מסוג ב/1 (תקנות מס הכנסה (זיכויים לעובד זר), תשע"ה-2014). עתירה נגד הביטול דנא נדחתה, ובית משפט נכבד זה קבע כי "העותרת מעלה אמנם טענות הראויות להישמע לענין הצידוק בפגיעה באוכלוסייה חלשה. ואולם המדובר בענין מובהק שבמדיניות, ולמדינת ישראל זכות ואינטרס לגיטימי שלא להקל ולא לעודד עבודתם בישראל של עובדים לא חוקיים על ידי הענקת הטבה בדמות נקודות זיכוי" (בג"ץ 3806/15 **קו לעובד נ' שר האוצר**; מיום 27.10.2015; בפסקה 7 לפסק הדין). לפיכך, כיום נשים מבקשות מקלט הן קבוצת הנשים היחידה בישראל אשר אינה נהנית מחצי נקודת הזיכוי לנשים.

עוד יש להזכיר כי מעסיקיהם של מבקשי מקלט (ומהגרים אחרים) חייבים בתשלום היטל של 20% בגין העסקתם, לפי סעיף 45 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003, כפי שתוקן בשנת 2016, באופן שממילא מייקר את העסקתם.

119. כדי להשלים את תמונת שוק העבודה של מבקשי המקלט כיום, כמו גם את האופנים השלובים זה בזה בהם בוחרות הרשויות להתעמר בהם, ראוי להזכיר תקנה שנכנסה לתוקף בעת האחרונה, ואשר יש בה כדי להגביל באופן ניכר את יכולתם של מבקשי המקלט לעמוד על זכויותיהם מתחום העבודה. ביום 2.8.2016 פורסמו ברשומות תקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין)(תיקון), התשע"ו-2016, במסגרתן הותקנה תקנה 117א לתקנות בית הדין לעבודה (סדרי דין), התשנ"ו-1991, שכותרתה "ערובה לתשלום הוצאות". תקנה זו מחייבת שופטים בבתי הדין לעבודה לחייב תובעים שאינם תושבי ישראל בהפקדת ערובה לצורך כיסוי הוצאות המשיבים, וזאת עם פתיחת ההליך המשפטי. היא מותירה שיקול דעת לשופט רק כאשר התובע הינו תושב ישראל. אין צורך אף לומר, כי הגבלה זו על זכותם של מבקשי מקלט להגיש תביעות נגד מעסיקיהם, אך מצטרפת לכשלים אחרים העומדים בפני אוכלוסייה זרה וחלשה, בבואה לתבוע זכויות מגן (על הקשיים האינהרנטיים העומדים בפני זרים המבקשים לממש את זכויותיהם בעבודה ראו בג"ץ 4542/02 **עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 346, מיום 30.3.2006, בפסקה 27 לפסק דינו של השופט לוי).

120. תמונת המצב הקיימת מורכבת, אם כן, ממדיניות אי האכיפה שבחסותה התפתח שוק אפור, מצומצם ופוגעני, שרובו ככולו עבודות דחק שבצדן שכר ותנאים נחותים במידה משמעותית מתנאי המינימום הקבועים בחוקי המגן, ולצדה חקיקת משנה המגבילה את גישתם של מי שסובלים מהפרות שיטתיות של זכויותיהם, לבתי הדין לעבודה. לכל אלה מצטרף ההסדר מושא עתירה זו. כמוהם, משקף הסדר זה את העובדה שהמשיבים עסוקים בפגיעה בזכויות העובדים מבקשי המקלט, תוך שהם מזניחים במכוון את חובותיהם להסדרה מהותית של העסקתם.

121. לא ניתן לחתום פרק זה, בלא לומר כמה מלים על המצב הסוציאלי של מבקשי מקלט, ועל האופן בו נדרשים הם – משכרם הזעום – לשאת לבדם בהוצאות בריאות ורווחה. מדובר באחת האוכלוסיות החלשות ביותר בישראל, שמודרת מכל מקור תמיכה וסיוע סוציאלי אפשרי. מבקשי מקלט אינם זכאים לביטוח בריאות ממלכתי, נוכח העובדה שחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, חל על תושבים, ומבקשי המקלט – גם אם הם שוהים שנים ארוכות בישראל – אינם מוגדרים "תושבים" לפי חוק זה. מבקשי המקלט העובדים בישראל יכולים להפריש משכרם (לצד הפרשת המעסיק) תשלום עבור ביטוח בריאות פרטי, אולם זה אינו מכסה את כל המצבים הרפואיים אשר אליהם הם נקלעים ובנסיבות של הפסקה בין עבודה לעבודה – הם מאבדים את הביטוח, כאשר ביטוח רפואי-פרטי חדש אינו מכסה מצב רפואי קודם. מבקשי מקלט רבים מחזיקים בחובות לבתי החולים ולמרפאות, בהיעדר כיסוי רפואי להוצאותיהם.

מבקר המדינה עמד על כך בעמוד 111 לדו"ח האמור :

"ממצאי הביקורת בדבר תוצאות הטיפול הרפואי החסר בקהילה מלמדים שאם מצבו של זר אינו מוגדר כמצב חירום, ואף על פי שהוא נפצע באורח קשה או שהוא לוקה במחלה קשה, מערכת הבריאות מעניקה לו טיפול רפואי חסר וחלקי ... עולה חשש ממשי כי מתן גישה מצומצמת לשירותי בריאות לזרים שאינם בני הרחקה, הסובלים ממחלות נפש או ממחלות כרוניות מסוימות, ולעתים אף לזרים הזקוקים לשיקום וסיעוד, כמפורט בממצאי הביקורת, אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שפורש בפסיקת בית המשפט העליון ועם תנאי האמנה בדבר זכויות חברתיות".

122. בנוסף, מבקשי מקלט אינם מבוטחים במרבית ענפי הביטוח הלאומי, מאחר שגם חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ו-1995, חל ברובו המכריע רק על תושבים ישראלים. הם אינם מקבלים סיוע בדיור ממוסד הבינוי והשיכון, אינם זכאים לקבל שירותים מלשכות הרווחה העירוניות, ולמעשה, כמעט שאינם מקבלים תמיכה כלשהי מהמדינה. מדובר באוכלוסיה חלשה, שרבים מבניה ובנותיה חוו חוויות טראומטיות במדינות מוצאם או בדרך לישראל, ויש להם צרכים סוציאליים ייחודיים, שאינם זוכים למענה מצד המשיבים. בנסיבות אלה, נפגעת ממילא – עוד לפני ההסדר דנא – זכותם לקיום בכבוד. גם על היבט זה עמד דו"ח מבקר המדינה :ג'64 :

"דוח זה מעורר במקרים שונים ספק אם פעולות הממשלה בכל הנוגע להבטחת מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לנזקקים ולחלשים מבין הזרים להתקיים בחברה, עולות בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שפורש בפסיקת בית המשפט העליון, ועם הדין הבין-לאומי. ספק זה מתעורר בעיקר בנוגע למספר תחומים: הגישה המצומצמת שניתנה לקבוצות חולים מסוימות לשירותי בריאות; השלכות יישומה של מדיניות משרד הרווחה בקשר לקבוצות מסוימות של זרים נזקקים; ויכולתם של החלשים והנזקקים מבין הזרים להיות מוגנים מרעב ולהתקיים קיום בסיסי בכבוד" (עמ' 67 לדו"ח).

וכן, בעמוד 118 לדו"ח :



"עולה חשש ממשי כי המענה הניתן לקבוצות חלשות ופגיעות אלו כתוצאה מיישום המדיניות האמורה אינו עומד בהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו מבטיח שמירה מפגיעה בגופו או בכבודו של הנמנה עם קבוצות אלו, ואינו שומר של זכותו לביטחון סוציאלי בסיסי. כמו כן קיים חשש כי המענה הניתן לקבוצות האלה אינו עומד גם בהוראות האמנה בדבר זכויות חברתיות...."

123. דו"ח מבקר המדינה עמד גם על כך, שהזנחה זו כמעט בכל תחום סוציאלי, מביאה לתלות מוחלטת של מבקשי המקלט בעבודה כמקור קיום יחידי, מקור קיום שההסדר מושא עתירה זו מבקש לכרסם בו באופן ניכר:

"הבטחת תנאי מחיה בסיסיים של זרים שאינם ברי הרחקה השוהים בארץ מותנית, על פי רוב, ביכולתם לעבוד ולהתפרנס משכר עבודתם. תלותם ביכולת לעבוד ולהתפרנס מתעצמת לנוכח זכאותם המצומצמת לשירותים סוציאליים" (עמ' 102 לדו"ח).

124. השלכותיה הכלכליות של ההזנחה של צורכיהם הסוציאליים והבריאותיים של מבקשי המקלט הן רבות. מבקשי המקלט העובדים נושאים בנטל הביטוח הרפואי למשפחותיהם. לא אחת, נמנעים מבקשי המקלט מביטוח זה בשל עלויותיו הכלכליות, כפי שמשתקף בתצהיריהם של העותרים 1-7: העותרת 1 נמנעת מעריכת ביטוח רפואי לילדיה בשל עלותו הכלכלית; העותרת 2 נמנעת אף היא מביטוח רפואי לילדיה, מאותה סיבה, ואף נותרה חייבת כספים לבית החולים בו אושפזה בתה; העותר 3 אף הוא אינו מבטח את בתו בביטוח רפואי; אשתו של העותר 4 אינה מבוטחת בביטוח רפואי בידי מעסיקה, חרף חובתם על פי דין, ונמנעת מעריכת ביטוח בעצמה מנימוקים כלכליים; העותר 6 נאלץ לגייס תרומות כדי לממן בדיקות רפואיות לאבחון מחלת הסרטן, משום שהביטוח הרפואי הפרטי סירב לכסותו; והעותר 7 מסייע כלכלית לקרוב משפחה החולה במחלת כליות קשה ואינו מבוטח בביטוח בריאות פרטי מאחר שאינו עובד.

125. זאת ועוד; הן בתי המשפט והן מבקר המדינה עמדו על כך, שהזנחת זכויותיה של קבוצה זו בידי המדינה מרעה אף את תנאי חייהם של אזרחי ישראל בקרבם היא מתגוררת. הפסיקה ודו"ח המבקר 64'ג' קראו לממשלה לגבש בהקדם מדיניות שתבטיח טיפול הולם בקבוצה זו, והמבקר אף הדגיש את הצורך הדחוף בכל הנוגע לאלה הנמנים על הנזקקים והחלשים ביותר בקרבה.

126. החקיקה הנדונה חותרת תחת קביעות אלה, ובמקום לתקן את הטעון תיקון מבקשת להחריף את מצבם הכלכלי של מבקשי המקלט. ככל שכל הוראותיה תיושמה, העוני והמצוקה בקרב בני קבוצה זו יועמקו, ויש חשש ממשי שמצבם יגיע כדי משבר הומניטארי. כתוצאה מההסדר מושא עתירה זו, מבקשי המקלט בישראל יתגוררו בצפיפות רבה יותר ויזדקקו עוד יותר לתמיכתם של מנגנונים קהילתיים. בהתאמה, המצוקה באזורים בהם הם מתגוררים, ובדרום תל-אביב במיוחד, תיגבר.

127. אין צורך אף לומר, כי הפחתה משמעותית בשכרם של מבקשי מקלט, עלולה להוביל לפשיעה כלכלית, אשר בתורה תחריף את הבעיות הקיימות ממילא באזורי מגוריהם. אי היכולת של

מבקשי מקלט רבים לספק את צורכיהם הבסיסיים, הינה הגורם העיקרי ל"פשיעת הישרדות" בקרבם (וראו בהקשר זה את עמדת המשטרה, כפי שמובאת בדו"ח המבקר 64ג', בעמ' 84, 89 ו-100). יש להניח שתגבר גם צפיפות המגורים באזורים בהם מתגוררים מבקשי מקלט, עקב הפיחות ביכולתם הכלכלית, צפיפות שבה דן ממושכות דו"ח המבקר 64ג', ואשר היתה אחד הגורמים המוצהרים של המשיבים בחקיקת החוק למניעת הסתננות (על כך ראו בין היתר בפסקה 19 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן, בבג"ץ **דסטה**).

## הטיעון המשפטי

### א. על היקף הביקורת השיפוטית

128. בפרקים שלהלן יעמדו העותרים על הפגיעה בזכויותיהם החוקתיות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל העובדה שפגיעה זו נעשת בניגוד לסעיף 8 לחוק-היסוד. אולם, בטרם נפנה לניתוח פסקת ההגבלה, יבקשו העותרים לייחד מספר מילים לגבי הביקורת השיפוטית המתבקשת בענייננו, בשים לנסיבות האופפות את ההסדר, אופן קבלתו ואוכלוסיית היעד שלו.

129. ההסדר מושא העתירה הוא אחת הדוגמאות הבולטות לניצול כוחו של הרוב על מנת לפגוע במיעוט נטול זכות בחירה. זהו מקרה מובהק בו מוצדק קיום ביקורת שיפוטית על חקיקה. וכפי שכתב כבוד הנשיא (דאז) גרוניס:

"בשיטתנו המשפטית נתונה לבית המשפט הסמכות לבטל, במקרים מסוימים, את רצונו של הבוחר או את רצונם של נציגיו הנבחרים ... ההצדקה העיונית להתערבות מעין זו קיימת, לגישתי, מקום שהמחוקק הראשי פוגע בזכות יסוד, בזכותו של מיעוט או בכללי המשחק הדמוקרטי ... דוגמה יפה להתערבות שיפוטית מעין זו נמצאת ב...בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת" (בג"ץ 4912/13 **אומ"ץ נ' ראש עיריית רמת השרון**, פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא (ניתן ביום 12.10.2013)).

130. העותרים נמנים על אחת הקבוצות החלשות ביותר בחברה הישראלית, ללא כוח פוליטי, כלכלי וחברתי, ומתמודדים עם קשיי שפה והדרה מכוונת ממערכות התמיכה הישראליות. גורמים פוליטיים אצל המשיבים משתמשים מזה שנים באוכלוסיית מבקשי המקלט כשעיר לעזאזל האשם לכאורה במצוקותיהם האמיתיות של חלקים מוחלשים אחרים בחברה הישראלית. מזה שנים מפעילים המשיבים את כוחם הפוליטי נגד מי שאין לו ייצוג ואין לו קול, כדי לפגוע בו במטרה המוצהרת של מירור חייו.

131. אין זו הפעם הראשונה בה בוחרים המשיבים לפגוע בזכויותיהם של מבקשי המקלט בניגוד להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט הנכבד פסל כבר שלושה דברי חקיקה כאלו, במסגרת פסקי הדין בבג"ץ **אדם**, **איתן ודסטה**. בשתי פרשיות אחרונות אלו, התקבלו

החוקים במסגרת הליך בזק בריוני ודורסני, תוך הילוך אימים על בית המשפט הנכבד מפני הפעלת ביקורת שיפוטית.

132. שלא כמו בענייננו, באותן פרשיות טענו המשיבים לחיפזון שנוצר בשל לוח הזמנים שלכאורה התווה בידי בית המשפט הנכבד במסגרת פסקי הדין הקודמים. **ענייננו אינו כזה**. למשיבים לא התווה לוח זמנים כלשהו לקביעת הסדר פיקדון. הבהילות של המשיבים להעביר את ההסדר על אף מורכבותו (שהביאה לפיצול הסדר הפיקדון לגבי עובדים זרים מההצעה) וחרף אזהרות היעוץ המשפטי לכנסת – לא נבעה אלא מרצונם של המשיבים "למנוע את הרצון שלהם [של מבקשי המקלט] להישאר", כפי שנאמר במסגרת הליכי החקיקה.

133. בבג"ץ 4406/16, 4534/16 **איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל**, ניתן ביום 29.9.2016, עמדו כמה משופטי ההרכב על הבעייתיות בחקיקה חפוזה, כאשר סוגיות חוקתיות מוטלות על הכף. כך כתב כבוד השופט דנציגר:

"מטריד לגלות כי חלק מהוראות החוק דנן נתקבל בחופזה בלתי נתפשת, ולכאורה מבלי התמודדות של ממש עם כלל ההשלכות שעשויות להיות להן. אמנם בנסיבות העניין אין בכך כאמור כדי להקים עילה להתערבות חוקתית, אך מצב זה רחוק מלהיות רצוי".

על ביקורת זו חזר כבוד השופט מלצר בסעיף 7 לפסק דינו.

134. בהתאם, ביום 28.2.2017 נתן בית המשפט הנכבד צו-על-תנאי בבג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל**, בו נדרשו המשיבים להשיב מדוע לא יבוטל תיקון חקיקה "בשל פגם מהותי שנפל בהליך החקיקה הנוגע אליו והיורד לשורש ההליך". נסיבות העניין שם היו דומות מאד לענייננו: גם שם דובר בחוק שהועבר בהליך בזק, תוך שהיועצת המשפטית לוועדה הרלוונטית אצל המשיבה 1 מתריעה כי לא ניתן לה מספיק זמן ללמוד את הצעת החוק ולייעץ לחברי הוועדה.

135. במקרה מושא עתירה זו, סופה של הבהילות הוא הסדר פוגעני ביותר, במכוון, שעבר בלוח זמנים שלא איפשר ליעוץ המשפטי לכנסת ליעץ לחברי הכנסת מעבר לאזהרה הכללית בדבר הבעייתיות הגלומה בו. מדובר בהסדר שמכוון נגד אוכלוסיה אחת ויחידה – זרים השוהים בישראל ברישיון מכוח הגנות בינלאומיות – ושלפי עמדת נציבות האו"ם לפליטים, עשוי בהחלט לעלות לכדי הפרה של עקרון אי-החזרה המנהגי.

136. חריצותו של המשיב 2, שהופגנה בקידום הליך החקיקה, נעלמת כליל כאשר מדובר בבחינת בקשות העותרים למקלט. הדברים אינם מנותקים זה מזה. ההסדר חל על "מסתננים", שהמשיב 2 יבקש לשכנע שאינם פליטים שעה שלא אצה לו הדרך לבחון את בקשותיהם למקלט. תחולת ההסדר על העותרים אינה גזירת גורל. היא תוצאה של מדיניות מכוונת, של הימנעות מבחינת בקשות מקלט או דחיות סיטוניות של בקשות אחרות העומדות בימים אלו לביקורת שיפוטית. היא עומדת בניגוד להצהרות והתחייבויות שניתנו לבתי המשפט, לרבות בית משפט

נכבד זה. זהותה של האוכלוסיה שתפגע מההסדר – מבקשי מקלט שבקשותיהם אינן נבחנות – מהווה שיקול משמעותי בבחינת חוקתיותם של הסדרים פוגעניים כלפיהם ב"תקופת הביניים" שנתונה לשליטת המשיבים ושאינן ארוכה ממנה.

137. נסיבות אלו אינן, כשלעצמן, סיבה להורות על ביטול ההסדר. אולם, לא ניתן להתעלם מהן בעת בחינת ההסדר, מניעיו ומידתיות פגיעתו, תחת מבחני פסקת ההגבלה.

## ב. הזכויות החוקתיות הנפגעות

### 1.ב. הזכות לקניין

138. התיקון פוגע בזכות החוקתית לקניין: מעתה ואילך, חמישית מעמל כפיהם של מבקשי המקלט השוהים בישראל יופקע מהם מדי חודש, בניגוד לרצונם ולקרן שלא הם בחרו, למשך תקופה בלתי קצובה. לצד זאת, זכויותיהם הסוציאליות המופרשות מידי מעסיקיהם ימוסו בשיעור גבוה עם קבלתן, בניגוד למצב החל על רוב העובדים במשק (ישראלים וזרים כאחד), וינכזו מהן סכומים אדירים (בין 25% ל-100%) שיעשירו את אוצר המדינה במנגנון קנסות מינהלי, כ"קנסות איחור" והוצאות הרחקה. אם לא די בכל אלה, הרי שחלק השכר שיופקע משימושם של מבקשי המקלט אשר עמלו להשגתו, ימוסה עוד לפני הפקעתו, באופן שמשמעו תשלום מס על הכנסה שנים לפני קבלתה בפועל.

139. המלומד חנוך דגן עומד על חשיבות ההגנה על הקניין דווקא בהקשר של אוכלוסיות מוחלשות. לדבריו "בעוד שבעלי קניין השייכים לקבוצות אוכלוסיה חזקות ומאורגנות צפויים להגן על עצמם גם בהיעדר הגנה משפטית, סכנת הפגיעה מפעולותיה של רשות שלטונית בהיעדר הגנה כזו הולכת וגדלה ככל שמדובר בבעל קניין חלש יותר. כך ביחס ל"פרט המקרי" המהווה חלק מהציבור הבלתי-מאורגן, וכך גם – וביתר שאת – כאשר מדובר בפרט השייך לקבוצת אוכלוסיה שכוחה הפוליטי קטן יחסית" (ראו: חנוך דגן, **קניין על פרשת דרכים**, אוניברסיטת תל-אביב, 2005, עמ' 36).

140. סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע במפורש כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". על פי הפסיקה, זכויות האדם המנויות בחוק-היסוד נתונות לכל אדם, ללא קשר למעמדו האזרחי (ר' למשל בג"ץ **אדם**). בבג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פ"ד סד(3) 122, אף נקבע מפורשות שזכות הקניין, המנויה בסעיף 3 לחוק-היסוד, נתונה גם לזרים השוהים בישראל (פסקה 41 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה). זכות הקניין מוכרת גם בסעיף 17(2) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948, הקובע שאין לשלול מאדם את רכושו באופן שרירותי.

141. גם האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, שמדינת ישראל חתמה עליה ואישרה אותה, מכירה בזכויות הפליט לקניין. יובהר, כי האמנה אינה עוסקת רק במי שהוכרו כפליטים והיא מקנה זכויות גם למי שהזדהו כמבקשי מקלט בפני הרשויות אולם דבר לא נעשה בעניינם (ראו J. C. Hathaway, *The Rights of Refugee under International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 159-160; יובל לבנת, *יפליטים, מעסיקים ויפתרונות מעשיים' בבג"ץ: בעקבות בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה*, משפטים על אתר ג 23, בעמ' 30-31 (הערת שוליים 22)). פרשנות זו מקובלת במערכות משפט שונות בעולם, כגון בריטניה וניו זילנד, והשוו גם לסעיף 13 לפסק דינו של השופט מלצר בבג"ץ **דסטה**. סעיפים 14-13 לאמנה מגנים על זכותו של הפליט לצבור רכוש, ואף מבהירים שיש לנהוג בפליט כהגדרתו באמנה באופן שאינו נופל מזה שבו נוהגים באזרחים זרים אחרים השוהים במדינה. סעיף 17 לאמנה מגן באופן דומה על זכותו של פליט לשכר עבודה (תוך התייחסות ספציפית, בסעיף 17(2)), לאמצעים לשם הגנה על שוק העבודה המקומי. סעיף 29 עוסק בהיטלים פיסקאליים ("המדינות בעלות האמנה לא יטילו על פליטים ארנונות, היטלים או מסים השונים או גבוהים מאלה שמותר להן להטיל על אזרחיהן במצבים דומים").

יצוין כי הגם שמדינות שונות מטילות מגבלות על זכות הקניין של מהגרים, זכות הקניין של מבקשי מקלט מכובדת ברחבי העולם. למיטב הידיעה קיימות רק ארבע מדינות שאיפשרו פגיעה ברכוש של מבקשי מקלט (גרמניה, דנמרק, הולנד ושווייץ<sup>2</sup>). החקיקה במדינות אלו מאפשרת להחרים נכסים מסוימים, סכומי כסף בגין הכנסות מעל סכום מסוים, או אחוז נמוך מההכנסה (בשווייץ מדובר ב-10%<sup>3</sup>), במטרה לאפשר למדינה לממן שירותים סוציאליים למבקשי המקלט. בכל ארבע המדינות האמורות, החקיקה הוצגה ככזו שנועדה לחייב את מבקשי המקלט להשתתף במימון ההוצאות הסוציאליות, שכוללות דיוור, ביטוח בריאות וקצבאות וסיוע כספי<sup>4</sup>. כאמור לעיל, מדינת ישראל אינה מספקת דבר מאלה.

142. בענייננו, הפגיעה היא בשכר העבודה ובזכויות הסוציאליות המשולמות לעובד על ידי מעבידו. מדובר בזכויות רכושיות, הכלולות בהגנה החוקתית שנקבע בסעיף 3 לחוק-היסוד. בית המשפט הנכבד כבר פסק ש"ה'קניין' [בחוק-היסוד] משתרע על כל זכות רכושית ... ההגנה על הקניין משתרעת לא רק על זכויות 'קנייניות' כגון בעלות, שכירות וזיקת הנאה, אלא גם על זכויות 'אובליגטוריות' בעלות ערך רכושני" (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח**, פ"ד נט(2) 481, עמ' 583; מיום 9.6.2005).

<sup>2</sup> Kees Groenendijk (Professor Emeritus, Radboud University Nijmegen) and Steve Peers, "Can Member States seize asylum-seekers' assets?", 24.1.16, see at:

<http://eulawanalysis.blogspot.co.il/2016/01/can-member-states-seize-asylum-seekers.html>

<sup>3</sup> <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995092/index.html#a86>

<sup>4</sup> Switzerland: [https://www.sem.admin.ch/sem/en/home/asyl/sozialhilfe/asylsuchende\\_vorlaeufig.html](https://www.sem.admin.ch/sem/en/home/asyl/sozialhilfe/asylsuchende_vorlaeufig.html)

Denmark: [https://www.nyidanmark.dk/en-us/coming\\_to\\_dk/asylum/accomodation\\_centres/](https://www.nyidanmark.dk/en-us/coming_to_dk/asylum/accomodation_centres/)

Germany: <https://www.loc.gov/law/help/refugee-law/germany.php>

Netherlands: <https://www.coa.nl/en/asylum-seekers/living-at-an-asylum-seekers-centre>

143. אין מדובר בפגיעה באינטרס כלכלי (דוגמת סובסידיה, למשל). מדובר בפגיעה בליבת הזכות לקניין – שכר עבודה נמוך וזכויות סוציאליות הקיימות לעובד מכח משפט העבודה; של מי שנמנים על אחת מהאוכלוסיות החלשות בישראל, ללא נכסים או הכנסות הוניות. כפי שנראה להלן, פגיעה זו בקניין מביאה גם לפגיעה בזכות החוקתית לקיום בכבוד, אולם ענייננו בפגיעה עצמאית בזכות לקניין, שנועד לאפשר לעותרים להשתמש בעמל כפיהם לא רק על מנת לשרוד אלא גם על מנת ללמוד, לשכור שירותי עורך דין, לעבור טיפולים רפואיים, לסייע לחבר חולה או קרוב במצוקה, להפעיל בתי תפילה ודת, לקיים טקסים דתיים ועוד.

144. נזכיר, כי אין מדובר בפגיעה שיש בצידה פיצוי או הסדר ביטוחי. אין מדובר במיסוי המוטל באופן שוויוני, או כחלק מתפיסות פרוגרסיביות של חיזוק החלשים על חשבון החזקים – נהפוך הוא.

145. יש להדגיש, שההגנה על הקניין אינה מתבטאת רק בהגנה על הנכס מפני השמדה או על הזיקה שבין בעלי הקניין לרכושו, אלא גם על היכולת להשתמש בקניין וליהנות ממנו. כך, גם שלילת היכולת להשתמש בקניין, באופן שהלכה-למעשה הופך את הבעלות עליו לתיאורטית, עולה לכדי פגיעה בקניין, והדברים נכונים במיוחד כאשר מדובר בשלילת היכולת להשתמש בקניין למשך תקופה ארוכה ובלתי קצובה. זכות השימוש בקניין הוכרה כחלק מזכות הקניין בסעיף 1 לפרוטוקול הראשון לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם משנת 1952; בסעיף 17 לצירטר האירופאי של חירויות היסוד משנת 2000; ובסעיף 21 לאמנה האמריקאית לזכויות האדם. היא נובעת גם מההצדקה המסורתית לזכות הקניין – ההגנה על חירות האדם ועל האוטונומיה שלו לממש את מטרות חייו, ולא רק על השווי הכלכלי של נכסיו. עמד על כך בית המשפט הנכבד:

"הקניין מבטיח לפרט חירות כלכלית. הוא מאפשר שיתוף בין בני אדם. הוא מאפשר להם להפעיל את האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם. מכאן הקשר בין ההגנה על הקניין לבין ההגנה על כבוד האדם". (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 431; מיום 9.11.1995).

גם במשפט העברי נמצא, שזכות השימוש בקניין וההנאה ממנו מהווה חלק אינטגרלי מזכות על הקניין, וראו לעניין זה: ריטב"א סוכה לא, א'; מרחשת סימן א'; ופרי משה קניינים, ב'.

משכך, העובדה שרכיב העובד יוחזר לעותרים אם ייצאו את ישראל אינה מפחיתה מעוצמת הפגיעה בקניינים בתקופה בה נמנעת מהם כליל היכולת להשתמש בו. יתרה מכך, המועד להחזרת השכר הוא תיאורטי – בעניינם של אף אחד מהעותרים לא נקבע כי עליהם לצאת מישראל, לא ברור אם בכלל ייקבע כך לגביהם, ואם כן, מתי. העותרים ממתניים להכרעות בהליכי המקלט שלהם, המונחות לפתחו של המשיב 2, אשר כפי שראינו לעיל נמנע מלהכריע בבקשותיהם ומותיר אותם לחסדי התיקון לחוק. במשך תקופת המתנה "זמנית" זו, פגיעת ההסדר בזכות הקניין של העותרים היא מוחלטת: לא תהיה להם כל גישה לכסף שנוכה

משכרם, הם לא יוכלו להשתמש בו, לא יוכלו לבחור את הגורם שינהל את פיקדונם, ולא יקבלו באופן שוטף מידע על פיקדונם.

146. גם המיסוי הגבוה המוטל על זכויות מבקשי המקלט העובדים מעורר בעייתיות, וזאת לא רק מהיבט זכות הקניין החוקתית, אלא גם מהיבט של דיני הפליטים. זאת נוכח סעיף 29 לאמנת הפליטים, הקובע כי "המדינות בעלות האמנה לא יטילו על פליטים ארנונות, היטלים או מסים השונים או גבוהים מאלה שמותר להן להטיל על אזרחיהן במצבים דומים".

## 2. ב. הזכות לקיום מינימאלי בכבוד

147. כעולה מהתצהירים, העותרים 1-7 הם אנשים המתפרנסים בשכר נמוך. החוק פוגע באופן קיצוני במטה לחמם של הורים לילדים ושל משפחות חד הוריות, של נפגעי עינויים, קורבנות סחר בבני אדם, חולים ובעלי מוגבלויות, או "סתם" בני אדם קשי יום המתפרנסים בדוחק. כבר כיום מדובר במי שנגזר עליהם להתקיים בקושי בשוק עבודה פוגעני הנמצא בשוליו של החוק, ושאינם זוכים לכל סיוע מצד המדינה. במצב זה, יגזור החוק על העותרים חיים של רעב ומחסור, חולי ושמא אף דרות רחוב.

148. הפגיעה בזכות מחריפה בשל ייקור העסקתם של העותרים במסגרת התיקון על ידי הטלת עלויות גבוהות על מעסיקיהם (עלויות שחוברות להיטל שממילא מוטל כיום), שעשויה להותיר רבים מהם ללא אפשרות לקיים עצמם כלל. כאמור, בהיעדר תמיכה מצד רשויות המדינה, מבקשי מקלט שייפלטו משוק העבודה, ייוותרו ללא מקורות קיום כלשהם.

149. הזכות לקיום בכבוד מוכרת במשפט הבינלאומי. מדינת ישראל חתמה ואשררה את האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966). סעיף 11(א) לאמנה קובע כי "מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל אדם לרמת חיים נאותה עבורו ועבור משפחתו, לרבות מזון, מלבושים ודיר נאותים, ולשיפור מתמיד בתנאי קיומו. המדינות כאמור ינקטו צעדים מתאימים כדי להבטיח את מימוש הזכות האמורה...". האמנה מחייבת את המדינות החתומות כלפי כל בני האדם המצויים בתחומם, כולל מי שאינם אזרחיהן, והיא נותנת פטור מסוים מכך רק למדינות מתפתחות כאמור בסעיף 2(ג): "ארצות מתפתחות רשאיות להחליט, תוך תשומת לב נאותה לזכויות האדם ולמצבן הכלכלי, באיזו מידה הן יערבו לזכויות הכלכליות שהוכרו באמנה זו לגבי בני אדם שאינם אזרחיהן".

150. גם אמנת הפליטים מכירה בזכותם של פליטים (לרבות מבקשי מקלט שטרם הוכרו כפליטים) לביטחון סוציאלי. האמנה מכירה בזכותם לקבל קצבאות (סעיף 20), דיור (סעיף 21), סעד ציבורי (סעיף 23) וביטחון סוציאלי (סעיף 24).

151. הזכות לקיום בכבוד הוכרה כזכות חוקתית במשפט הישראלי. בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (ניתן ביום 28.2.2012) פסקה הנשיאה ביניש במעמד הפרישה שלה, בסעיף 35, כי:

"הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד מצויה בליבו וגרעינו של כבוד האדם. חיים בחרפת רעב, ללא קורת גג, תוך חיפוש מתמיד מנין יבוא עזרו של אדם, אינם חיים בכבוד".

בהתאם, נפסק בבג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר** (ניתן ביום 12.12.2005) מפי הנשיא ברק בסעיף 14 לפסק הדין :

"הזכות לכבוד האדם, במובנה המהותי, היא אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. אלה אותן זכויות שבהיעדרן אין ממש בהיות האדם יצור חופשי, באשר ניטל כוחו לפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו, בתוך החברה בה הוא חי... במגוון ההיבטים האנושיים עליהם משתרע כבוד האדם נכלל גם ההיבט ה"חברתי", שעניינו רמת הקיום לה זכאי האדם. אכן, זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים קיום בו יממש את חירותו כבן-אנוש".

וברע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360 (ניתן ביום 19.3.2001), פירש הנשיא לשעבר ברק את המושג כבוד האדם וקבע בסעיף 20 לפסק הדין :

"אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטארי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".

152. הדברים יפים לענייננו בבחינת קל וחומר: בפרשות האמורות דן בית המשפט בפן החיובי של הזכות לקיום בכבוד, נגד קיצוץ תמיכות מצד המדינה באוכלוסיות חלשות. בענייננו, **מדובר בפגיעה בפן השלילי של הזכות** – לאמור, בעתירה לא מתבקשת הקצאת משאבים מצד המדינה, אלא מתבקשת מניעת התערבות מצד המדינה על דרך הפגיעה במטה לחמם של העותרים. ענייננו הוא אם כן בלב-לבה של הזכות לקיום מינימאלי בכבוד.

153. ההשלכות של הפגיעה בזכות לקיום בכבוד בענייננו הן הרות אסון: ילדים קטנים אשר עלולים לרעוב ללחם; חולים אשר יוותרו ללא טיפול תרופתי מתאים ושמצבם הבריאותי יחריף; משפחות עם ילדים קטנים אשר עלולות להיזרק לרחוב לאחר שלא יוכלו לשלם שכר דירה; ועוד.

154. יש לציין שהחוק אינו רק גוזר על העותרים 1-7 רעב ומחסור, הוא אף מחליש עוד יותר את מעמדם בשוק העבודה. כאמור לעיל, העותרים 1-7 נמנים על אחת האוכלוסיות החלשות ביותר בישראל, שמתקיימת בדוחק בשוק עבודה אפור. הערמת גזירות כלכליות נוספות על אלו שכבר קיימות בשוק עבודה זה – הן על העובד והן על המעסיק – יוצרים תמריץ שלילי להעסקה שוויונית בהתאם לדיני העבודה, ומעודדים עוד יותר שוק עבודה פרוץ ובעייתי. כך, החוק למעשה מעודד "העסקה בשחור" של מבקשי מקלט, מפחית את כוח המיקוח שלהם מול מעסיקיהם, ומחליש עוד יותר את יכולתם לעמוד על זכויותיהם ולתבוע אותן.

155. התוצאה הכוללת של החוק היא קטסטרופה הומניטארית עבור העותרים 1-7 ומבקשי מקלט אחרים; וכתוצאה מכך, גם עבור אזרחי ישראל שבשכונותיהם מתגוררים מבקשי המקלט. כפי



שנראה להלן, תקוות המשיבים היא שקטסטרופה זו תוביל את העותרים 1-7 לצאת מישראל – מטרה פסולה כשלעצמה – כאשר ככל שמטרה זו לא תתממש, התוצאה תהיה החרפת העוני, דרות הרחוב והרעב בקרב מבקשי המקלט, והעמקת הקשיים של שכניהם ביישובים אליהם הם נדחקים.

### ב.3. הזכות לשוויון

156. התוצאה הסופית של הסדר הפיקדון תהא יצירת קבוצה בעלת מאפיינים לאומיים ואתניים מובחנים, אשר תשתכר שכר נטו הנמוך בעשרים אחוזים מהשכר שיקבלו עובדים שאינם בני הקבוצה הזו, עבור אותה עבודה ממש. התוצאה אף תהא שתיווצר קבוצת עובדים שתידרש לשלם מס על הכנסה שטרם קיבלה; שזכויותיה הסוציאליות יהיו כפופות למנגנון קנסות בגובה עשרות אחוזים, שאין בצדו אפשרות ערעור (מנגנון קנסות גבוה מזה שהוטל על מהגרי עבודה בהסדרים מקבילים); שתיאלץ לשלם מס בגובה 15% על פידיון זכויות סוציאליות שעה שעובדים באותו מפעל לא ישלמו עליהן מס כלל; ושתהיה חשופה לאפליה בקבלה לעבודה (אפליה הקיימת ממילא בשוק העבודה, בין היתר עקב היעדר הסדרתו), על שום שההסדר דנא העלה משמעותית את עלות ההעסקה שלה.

157. בית המשפט הנכבד עמד על כך, שהחלת מערכת דינים שונה על עובדים שונים בישראל, מהווה אפליה פסולה. בבג"ץ 5666/03 קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סב(3) 264 (מיום 10.10.2007), נקבע:

**"החלתן של שתי מערכות דינים שונות על עובדים העובדים בצוותא, עבור מעביד זה, תוביל בהכרח לאפליה אסורה. כללי ברירת הדין של משפט העבודה לא נועדו להכשיר תוצאה שכזו. כללים אלה, המתגבשים בחלל נורמטיבי המושפע מערכי היסוד של החברה ישראלית וממושכלות היסוד של קהילת העמים כולה, באים למנוע דפוסי העסקה בלתי שוויוניים שבבסיסם אבחנה הנסמכת אך ורק על שיוכם הלאומי והאתני של העובדים." (פסקה 26 לפסק דינו של כבוד השופט ריבלין; ההדגשות אינן במקור).**

158. נזכיר, שעקרון השוויון, כפי שהודגש לא אחת בפסיקת בית-משפט נכבד זה, הנו עיקרון "צופה פני התוצאה" (בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, ע' 565; ניתן ביום 11.8.1998; להלן: בג"ץ שדולת הנשים). משמעות הדבר, היא כי קיומה או היעדרה של הפליה נקבע, בין השאר, על-פי האפקט שנורמה משפטית משיגה הלכה למעשה (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד מ"ח(2) 221, 241 (ניתן ביום 7.2.1994). עמד על כך בית-המשפט הנכבד:

**"המבחן לבדיקת קיומה או אי-קיומה של הפליה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. המניע ליצירת שוני בין גברים לנשים אינו המכריע בנדון, ולצורך קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית" (בג"ץ 104/87 נבו נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 75, 749, מיום 22.10.1990; ההדגשה הוספה).**

159. הזכות לשוויון היא מנשמת אפו של המשטר החוקתי בישראל (בג"ץ **שדולת הנשים**; בג"ץ 114/79 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב (2) 800, 806; בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, 272, ניתן ביום 8.3.2000. להלן: **בג"ץ קעדאן**; בג"ץ 4122/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נו(5) 393, 414; ניתן ביום 25.7.2002) וככזו "הוכרה בישראל מקדמת דנא כזכות אדם בעלת מעמד מיוחד, אשר קיבלה ביטוי במגילת העצמאות ובחקיקת הכנסת לאורך שנים. היא הוכרה כזכות-על בפסיקת בית המשפט העליון, ונתפסת כאחת הזכויות החשובות מבין זכויות האדם" (בג"ץ 6784/06 **רס"ן רונית שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות**; מיום 12.1.2011). על ערך השוויון נאמר:

"חברה שבחירה לעצמה מישטר דמוקרטי שיכוון את דרכיה ואורחותיה, חייבת לאחוז בידה כל העת בעקרון השוויון כעיקרון המסדיר את היחסים שבין המדינה, החברה וכל אחד מיחידיה החברה" (בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, ניתן ביום 11.5.2006).

160. ההסדר נשוא עתירה זו מהווה עשב שוטה וצורם במיוחד בתחום שבו עקרון השוויון הוא מאבני היסוד של המשפט. אם חקיקת העבודה ופסיקת העבודה שבה ומדגישה ערך זה, בחוקים, צווי הרחבה והסכמים קיבוציים אשר מבקשים להרים על נס את עקרון השוויון של העובדים באותו מפעל – הרי שהסדר זה חותר באופן ציני תחת עקרון זה, תוך שהוא מבקש לעגן בחוק אפליה קשה מנשוא, אפלייתה של אחת מקבוצות העובדים החלשות ביותר, זו שזקוקה יותר מכל להגנת משפט העבודה.

### ג. תכלית החקיקה – הפרה קונסטרוקטיבית של עקרון ה-**non-refoulement**

161. במהלך הדיון בעתירה תתייבב בוודאי פרקליטות המדינה ותבהיר לבית המשפט הנכבד, שהחוק חוקק על מנת לקדם תכליות ראויות, מובנות מאליהן ממש. נציגי הפרקליטות יספרו לבית המשפט הנכבד כיצד דרדור אוכלוסיה ענייה לכדי רעב ונגיסה בזכויותיה הסוציאליות, בעצם נועדו להבטיח את זכויותיה; ויתפלפלו על חשיבותה של הבטחת עמידה במועדי עזיבה שלא נקבעו, שאין צפי לקביעתם, וכלל לא ברור שייקבעו.

162. התפלפלויות אלו, שעליהן נעמוד בהמשך, יהיו נסיונם של פרקליטי המשיבים לכסות על מטרתו האמיתית של התיקון: דחיקת אנשים הזכאים להגנה בינלאומית אל קצה גבול היכולת, על מנת לשבור את רוחם, להתעמר בהם, וכך "לעודד" אותם לעשות את מה שלא ניתן לעשות בכוח, ולצאת את ישראל.

163. מדובר בריטואל קבוע. המשיבים מקדמים חקיקה דורסנית נגד מבקשי מקלט שמטרתה להתישם, לשבור את רוחם ולגרום להם לוותר על ההגנה הבינלאומית הניתנת להם. המשיבים מצהירים מעל כל במה אפשרית על מטרה זו וכיצד החקיקה תשיג אותה. הציבור מתבקש לתמוך בחקיקה שמקדמת תכלית זאת. בית המשפט, לעומת זאת, מתבקש להתעלם מכך. כמו

ביקום אחר, מבקשים פרקליטי המשיבים שבית המשפט ישמע בקולם נטול התצהיר, ולא בקול המשיבים עצמם, ויתמקד בתכליות אשר בינן לבין החקיקה קשר קלוש ביותר, אם בכלל. בית המשפט נוהג במשיבים בכבוד, וקובע שמה שהובהר בדיון, הוא שיהיה. המשיבים אינם נוהגים בבית המשפט באופן דומה – התעלמות בית המשפט מקידום התכלית האמיתית של החוק מזכה אותו בביקורת ועלבונות, באותו יקום שבו מספרים המשיבים לציבור כיצד נפסל עוד חוק שמקדם עזיבת מבקשי מקלט את ישראל.

164. על תכלית התיקון ככלי לעידוד יציאת מבקשי מקלט מישראל עמדו המשיבים לכל אורך ההליך. עמד על כך שר הפנים ועמדו על כך יושבי ראש ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, שהכינה את ההצעה לדיון. עמדו על כך נציגי המשרדים הרלוונטיים. כידוע, "יש לחפש בדיוני הוועדה את התכלית של החוק ואת המדיניות העומדת ביסודו" ולנסות ו"להבין מתוך פרשנות חברי הכנסת ופתרונם לבעיה קונקרטי, מה היתה התכלית של החקיקה כפי שהבינו אותה הם. תכלית זו תשמש עזר לשופט בגיבוש הבנתו שלו בדבר תכלית החקיקה ומטרתה" (אהרון ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שני, נבו הוצאה לאור 1993, עמ' 389).

165. רק לאחרונה, במסגרת ערעור שהגיש הממשל האמריקאי על החלטה לעכב זמנית כניסה לתוקף של צו נשיאותי שמנע כניסה לארה"ב מפליטים ואזרחים משבע מדינות מוסלמיות, נזקק בית המשפט הפדראלי לערעורים בארה"ב (9<sup>th</sup> Circuit), להתבטאויות הנשיא בנושא **בזמן קמפיין הבחירות שלו** בעניין "Muslim ban", שהובאו בפניו בידי המדינות שעתרו נגד הצו. בית המשפט אישר את הפנייה למקור זה, וכתב כך :

"The States argue that the Executive Order violates the Establishment and Equal Protection Clauses because it was intended to disfavor Muslims. In support of this argument, the States have offered evidence of numerous statements by the President about his intent to implement a "Muslim ban" .... **It is well established that evidence of purpose beyond the face of the challenged law may be considered in evaluating Establishment and Equal Protection Clause claims ...** Village of Arlington Heights v. Metro. Housing Dev. Corp., 429 U.S. 252, 266-68 (1977) (explaining that circumstantial evidence of intent, including the historical background of the decision and statements by decisionmakers, may be considered in evaluating whether a governmental action was motivated by a discriminatory purpose). The States' claims raise serious allegations and present significant constitutional questions".

בנסיבות המקרה הספציפי, בהן ההליך העיקרי טרם נשמע, שופטי בית המשפט קבעו כי הם "reserve consideration of these claims until the merits of this appeal have been fully briefed".

17-35105 *State of Washington V. Trump*, Court of Appeals (9<sup>th</sup> Circ.), 9.2.17; see at: <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/02/09/17-35105.pdf>

166. בענייננו, דברי המשיבים מלמדים באופן ברור על תכלית החוק. דובר משרד ראש הממשלה פרסם הודעה לתקשורת ביום 7.10.2014 בעניין דיון בראשות ראש הממשלה לגיבוש החקיקה, ובה נאמרו הדברים באופן מפורש:

"בסיכום הדיון הנחה ראש הממשלה להביא הצעת חוק חדשה שתבטא את נחישותה של ממשלת ישראל להמשיך ולפעול נגד ההסתננות הבלתי חוקית, נחישות שבלמה את ההסתננות לישראל **והביאה ליציאתם של כ-6,000 מסתננים בלתי חוקיים עד כה** [...] ראש הממשלה בנימין נתניהו אמר: "יש אינטרס לאומי עליון למנוע כניסה של מסתננים חדשים לישראל **ולעודד את יציאתם של המסתננים שנמצאים בישראל וכך נפעל**". (ההדגשות הוספו).

העתק ההודעה לתקשורת מיום 7.10.2014 מצורף ומסומן ע/21.

167. בדיון מיום 2.12.2014 (11:00) אמר שר הפנים דאז, גלעד ארדן, בתגובה לעמדת יועמ"ש הכנסת כי יש לפצל מהצעת החוק את הדיון בפרק הפיקדון, כי לגבי פרק זה –

"אנחנו מאמינים שיש לו אפקטיביות רבה מאוד לאותה בעיה אקוטית שנתרה, והיא **עידוד למעסיקים לא להעסיק מסתננים בלתי חוקיים ועידוד למסתננים הבלתי חוקיים לעזוב את הארץ** יחד עם הכספים שהם צברו כאן בזכות עבודתם" (עמ' 6-7 לפרוטוקול).

שרת המשפטים כיום, אז חה"כ אילת שקד, אמרה באותו דיון כי:

"לגבי הפיקדון. אני מתנגדת לפיצול, אדוני היועץ המשפטי לממשלה. אני חושבת שהפיקדון זה נדבך חשוב של החוק הזה. דבר אחד טוב יצא מהביטול הזה של הבג"צ וזה נושא הפיקדון. **זה תמריץ מצוין בשביל אותם מסתננים לעזוב את הארץ**" (עמ' 21 לפרוטוקול).

ובהמשך, כאשר מר יונתן יעקובוביץ' מהמרכז למדיניות הגירה מסביר שהחוק נועד למנוע ממבקשי המקלט את הרצון להשאר בישראל, מבהירה חה"כ שקד:

יונתן יעקובוביץ':

... אנחנו חושבים שצריך להפריד את אותו רווח שהם מרוויחים למען הקיום שלהם לבין מה שהם שולחים. את אותו רווח אנחנו **צריכים לקחת ולמנוע את הרצון שלהם להישאר. לאחר שהכסף יצטבר זה יעודד אותם לצאת.**

איילת שקד:

**זאת מה שאומרת הצעת החוק.** (עמ' 22 לפרוטוקול).

ובהמשך, באופן ברור:

**"כל המטרה היא שהם יצאו מרצון בשלב מסוים. המטרה היא לעודד אותם לצאת מהארץ" (עמ' 35 לפרוטוקול).**

168. גם יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה דאז, חה"כ מירי רגב, הבהירה את המטרה, בדיון מיום 3.12.2014 :

**"כאן נכנסה קבוצה של מסתננים, מבקשי עבודה. אני לא מדברת על פליטים אלא על מבקשי עבודה שאנחנו רוצים לעזור להם להחליט לעזוב את המדינה מרצון. אחד הדברים הוא העניין של העבודה והתמריץ לעבודה.... מותר למדינה לעודד באופן יזום אנשים לעזוב אותה כשהם לא רצויים כאן" (עמ' 21-22 לפרוטוקול).**

גם יו"ר הוועדה הנוכחי, חה"כ דוד אמסלם, הבהיר זאת בדיון מיום 21.11.2016 :

**"... זה אינסנטיב גם שיהיה כדאי להם לצאת ממדינת ישראל. זה כל הרעיון" (עמ' 6 לפרוטוקול).**

169. הדברים נאמרו גם על ידי הדרגים המקצועיים. ראש רשות האוכלוסין וההגירה, מר אמנון בן עמי, הסביר בדיון שהתקיים בוועדת הפנים והגנת הסביבה ביום 8.6.2016 בנושא "גיבוש מדיניות לטיפול בסוגיית המסתננים בדרום תל אביב", כיצד הפיקדון קשור לתכנית העזיבה מרצון שמפעילה רשות האוכלוסין וההגירה :

**"... אנחנו משוכנעים שהמסלול של יציאה מרצון למדינה שלישית או יציאה למדינה שלישית שלא מרצון, זאת הדרך הנכונה להתמודד עם העניין. זה הנתב העיקרי. זה לא ש[אין] עוד דברים. יש עוד דברים כמו פיקדונות..." (עמ' 28 לפרוטוקול).**

העתק העמוד הרלוונטי מפרוטוקול הדיון מיום 8.6.2016 מצורף ומסומן ע/22.

170. גם נציג משרד האוצר בדיון שהתקיים בוועדת הפנים והגנת הסביבה ביום 3.12.2014, מר אורי שיינין, הסביר ש :

**"בנוגע לחלק מהעובד, ברור שככל שאנחנו יכולים לשים יותר כסף בפיקדון, כך זה מגדיל את התמריץ ליציאה שלו, וגברתי היושבת ראש דיברה על זה כבר.... בטווח הזמן של שנתיים-שלוש, זה אחד הכלים האפקטיביים וזאת אחת מבשורות החוק הזה. לכן ברור שככל שהאחוזים יהיו יותר גבוהים, אנחנו נהיה בצד שיותר יגדיל את הסיכוי להבטיח את יציאתם" (עמ' 26-27 לפרוטוקול).**

גם נציגת משרד הכלכלה באותו הדיון, הגב' הילה רענן, הסבירה :

**"העשרים אחוזים שנקבעו, זה היה במטרה לתמרץ אותם לצאת" (עמ' 31 לפרוטוקול).**

171. במסגרת הליכי החקיקה משנת 2016, הסביר נציג משרד המשפטים בדיון שהתקיים בוועדה ביום 21.11.2016, מר שי סומך :

"מבחינת התכלית של החוק, התכלית היא עידוד יציאה מהארץ וגם מתן כספים למסתננים שיחזרו למדינת מוצאם..." (עמ' 16 לפרוטוקול).

172. רגע לפני העלאת התיקון משנת 2016 להצבעה במליאה, בדיון קצרצר בבקשה לריביזיה מיום 14.12.2016, ביקש מר סומך להבהיר שכוונתו לא היתה אלא לעודד יציאה בתום התקופה לשהייתם החוקית בישראל, ככל שתקבע.

173. כאמור, בהליך שבפנינו יבקשו פרקליטי המשיבים לחדד ולהטעים שה"תמריצים" עליהם דיברו השרים, יו"ר הוועדה וגורמי המקצוע, לא היו אלא תמריצים עתידיים, במצב תיאורטי והיפותטי, אם וכאשר ייקבע שעל מבקשי המקלט לעזוב את הארץ. הם ינסו לטעון, שהבהילות שהביאה לחקיקת הבזק של החוק, חרף הערות היעוץ המשפטי לוועדת הפנים וחרף מורכבות הנושא (שהביאה לפיצול הפרק שאמור היה לעסוק בהטלת פיקדון על עובדים זרים), נדרשה לטובת תכלית תיאורטית ועתידית. בית המשפט הנכבד מתבקש שלא ללכת שולל אחר טענה זו (אליה נתייחס בהמשך), ולראות את תכלית החוק כפי שהיא – ניסיון לדחוק את מבקשי המקלט מחוץ לישראל, באופן הסותר את מחויבויותיה הבינלאומיות של המדינה.

174. יצוין, שבית המשפט הנכבד כבר הציב סימני שאלה בדבר התכליות שתיקוני החקיקה, במסגרתם תוקן גם חוק עובדים זרים, ביקשו לקדם. כך למשל, במסגרת בג"ץ **דסטה** שעסק בתיקון לחוק למניעת הסתננות שהתקבל יחד עם התיקון מושא עתירה זו, עמד כבוד השופט מלצר על הימנעות רשות ההגירה מטיפול בבקשות המקלט שהגישו השוהים ב"חולות", ובסעיף 13 לפסק דינו קבע כי:

"אי-הטיפול עלול להעיד, בהקשר שלנו, שהתכלית הראויה המוצהרת (מניעת ההשתקעות במרכזי הערים), אותה קיבלנו כאמור – איננה התכלית העיקרית ויש בצידה תכליות נוספות סמויות, לא פחות חשובות הימנה, בגדרן פועלת המדינה, על פני הדברים, בניגוד לחובות רשויותיה..."

ראו גם סעיף 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן בבג"ץ **דסטה**; וסעיף 5 לפסק דינו של השופט עמית, **שם**.

175. עוד נזכיר, שבית משפט זה פסק לא פעם ביחס להפליה, למשל, כי היא נבחנת בהתאם למבחן התוצאה (ר' למשל בג"ץ **קעדאן**, פסקה 30 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ **שדולת הנשים**, פסקה 34 לפסק דינו של השופט חשין. כך גם ביחס לשבירת רוחם ועידוד יציאתם של מבקשי מקלט ושל מי שחל עליהם עקרון איסור הגירוש. אף אלמלא היתה כוונה סובייקטיבית לעשות כן (וכוונה שכזו היתה גם היתה), נוכח העובדה שזו היא תוצאתה של החזקה הממושכת ב"מרכז השהייה" לא ניתן להתעלם מתכלית זו.

176. נזכיר, שגם נציבות האו"ם לפליטים עמדה במהלך הדיונים בוועדת הפנים והגנת הסביבה, על כך שהצעת החוק מעוררת חשש ממשי להפרתו של עקרון אי-החזרה, על ידי דחיקתם של מבקשי מקלט למצבי קיום בלתי אפשריים.

177. יש להבהיר: עידוד מבקשי מקלט לעזוב את ישראל על ידי "שחיקת" רצונם להשאר, היא תכלית פסולה ובלתי ראויה. עמדה על כך כבוד הנשיאה בסעיפים 81-83 לפסק דינה בפרשת דסטה:

"הנה כי כן, לא מצאתי כי החוק הנוכחי נועד לשבירת רוחם של המסתננים. לו היה החוק לתכלית זו, היה בכך קושי רב. על פני הדברים, תכלית כזו היא בלתי ראויה, בשים לב לכך שהיא חותרת לכאורה תחת עיקרון אי-ההחזרה האוסר על גירושו של אדם למדינה שבה נשקפת סכנה לחירותו או לחייו.... החלטה חופשית ווולונטרית לעזוב את הארץ היא כזו שהתקבלה " without external inducement and certainly without coercion of any kind (Hathaway, בעמ' 960). עזיבה מרצון שאינה עומדת בדרישות אלה עשויה לחשוף את המסתננים לרדיפה במדינתם ולעלות כדי "הרחקה קונסטרוקטיבית" המנוגדת כאמור לעקרון אי-ההחזרה (לדיון בהרחקה קונסטרוקטיבית בהקשר של ישראל, ראו: כריסטיאן מומרס "בין החזרה מרצון להרחקה קונסטרוקטיבית, או: פעולותיה של ישראל לקידום החזרת מבקשי מקלט דרום-סודנים למולדתם" בתוך לוינסקי פינת אסמרה 386 (2015); לדיון בכך בהקשר של מדינות אחרות, ראו: Hathaway, בעמ' 319, 959-961; השוו גם לעניין Mahmoud, פס' 26). כפועל יוצא מן האמור לעיל, המדינה אינה רשאית להפעיל סנקציות או כל אמצעי אחר שיש בו כדי לשלול את הרצון החופשי נגד קבוצת אנשים שחל עליהם עקרון אי-ההרחקה במטרה לשבור את רוחם".

כבוד השופט פוגלמן עמד על כך בסעיפים 110-112 לפסק דינו בבג"ץ איתן:

"יציאה מן הארץ יכולה אפוא להיחשב לגירוש אסור (ולא כיציאה מ"רצון חופשי") לא רק במצבים שבהם המדינה מורה באופן רשמי על גירושו של אדם, אלא גם כאשר המדינה נוקטת אמצעים חריפים ופוגעניים במיוחד שנועדו להפעיל לחץ שיוביל ליציאה "רצונית" מהארץ. ואסביר. בחירה חופשית תיתכן רק במקום שבו אדם סובריני לקבל החלטה מודעת ומושכלת מתוך מספר אפשרויות בנות-בחירה, שאינן מציבות אותו בפני מציאות חיים בלתי אפשרית. רעיון זה הוא עקרון יסוד בחשיבתנו המשפטית. הוא עובר בפסיקתנו כחוט השני (ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 729 (1994); ראו גם ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526, 570 (1999) ... הוא חל בתחומי משפט רבים ושונים (ראו, למשל, בדיני העבודה: בג"ץ 8111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נח(6) 481, 542 (2004) ("ניראה לי שחלופת ההתפטרות, הגודעת את מקור פרנסתו של העובד, אינה יכולה להיחשב כמאפשרת לו בחירה אמיתית. אכן, המציאות הכלכלית היא לא אחת כזו אשר שוללת אפשרות מעשית לבחור בחלופה זו"); ובדיני החוזים: ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, 721 (1994) ("יומה תהא עוצמתה של כפייה כדי שנכיר בה כבת-פועל משפטית? המבחן המקובל לקביעת עוצמתו של הלחץ יימצא בתשובה לשאלה אם הייתה לצד התם חלופה מעשית וסבירה שלא להיכנע לאותו לחץ"); בפלילים: עש"ם 4790/04 מדינת ישראל נ' בן חיים, פ"ד ס(1) 257, 268 (2005) ("תהא הדרך שבה בא לידי ביטוי יסוד 'ניצול המרות' אשר תהא – המשמעות היא תמיד אחת: השגת הסכמתו של הכפוף לביצוע המעשים שלא על פי רצונו האמיתי אלא עקב שימוש לרעה ביחסי המרות"), וכן רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (6.3.2012) ("ככלל בנסיבות בהן אדם נפגש עם שוטר המבקש לערוך חיפוש על גופו, בכליו או בביתו [...] אותו אדם עשוי לסבור כי סירוב להסכים לביצוע החיפוש עלול להביא לעיכובו או למעצרו ולמצער לעורר חשד נגדו. הסכמה שניתנת בנסיבות אלה, שמשמעותה היא ויתור על הזכות החוקתית לפרטיות [...] איננה הסכמה מדעת; שכן היא אינה מבטאת בחירה אמיתית ואוטונומית של האזרח לוותר על זכויותיו"); בדיני הראיות: ע"פ 377/67 דהאן נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 197, 212 (1969)

(”ההודאה הנדונה פסולה כעדות, מהטעם שהיא נסחטה באמצעים שהיה בהם משום הפעלת לחץ פסיכולוגי עד כדי לשלול את האפשרות שהיא נעשתה ברצון חפשי”); ובמשפט המינהלי: בג”ץ 3799/02 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ אלוף פיקוד מרכז בצה”ל**, פ”ד ס(3) 67, 81 (2006) (”בשל חוסר השוויון בין הכוח התופס לבין התושב המקומי אין לצפות כי התושב המקומי יתנגד לבקשה להעביר אזהרה למי שמבקשים לעוצרו. אין לבסס נוהל על הסכמה כאשר ברבים מהמקרים זו לא תהא אמיתית”). כבתחומי המשפט האחרים, כוחו של עקרון הבחירה החופשית – ובאומרו כן כוונתנו לבחירה המשוחררת מלחצים בלתי סבירים – יפה גם ביחס להחלטת אדם לצאת את הארץ למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו, וזאת אף ביתר שאת על רקע רגישות המאטריה שבה עסקינן. ואמנם, במדינות רבות בעולם רווחת הדעה כי לא כל החלטה עצמאית של אדם לצאת מן הארץ שאלה עשה את דרכו תחשב ליציאה ”מרצון”.

178. ואכן, הפעלת לחץ על מבקשי מקלט ועל מי שזכאים להגנה משלימה מכוח עקרון איסור הגירוש

(non refoulement) היא פסולה. חוק שזוהי מטרתו הוא חוק שנועד לתכלית בלתי ראויה. הסכנות הצפויות לאדם בעקבות החזרה לאריתריאה או לסודן ידועות היטב ומהוות את הבסיס למדיניותה של מדינת ישראל שלא להחזיר את אזרחי המדינות הללו לארצותיהם, אף אם בקשותיהם למקלט נדחו. ”עידודם” של אנשים לחזור ”מרצון” למקום בו הם צפויים לסכנה אינו אלא ניסיון לכוף עליהם בכוח, ”לגרש את עצמם” למקום אליו הכריזה מדינת ישראל שמסוכן להחזירם. את שאסור למדינה להשיג באמצעות כפייה פיזית של אדם לעלות על מטוס, אסור לה להשיג באמצעות שבירת רוחו, דרדורו לעוני קשה, וכפיית רצונו כדי ש”יסכים” לעלות על מטוס. בשני המקרים מדובר בכפייה לחזור למקום, שישראל מכירה בו, לפחות מן השפה אל החוץ, כמקום שאין לחייב אנשים לחזור אליו.

179. עקרון איסור הגירוש או ההחזרה מעוגן בסעיף 33 לאמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של

פליטים משנת 1951 ובסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984, וכן מהווה חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי הנוהג גם בישראל (בג”ץ 5190/94 **אל טאיי נ’ שר הפנים**, פ”ד מט(3) 843, 848; ניתן ביום 11.9.1995). הוא אף נגזר מסעיפים 6 ו-7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966.

החובה המוטלת על המדינה מתוקף עקרון איסור הגירוש או ההחזרה אינה מתמצה בהמנעות מהחזרה באופן ישיר של מבקשי מקלט לארצותיהם. סעיף 33(1) לאמנת הפליטים אוסר על החזרה שמתבצעת בכל דרך שהיא, ובלשון הסעיף: "in any manner whatsoever". עקרון אי החזרה הוא עקרון בעל אופי תוצאתי, ואינו מוגבל, כאמור, להתנהגות מסוימת "[...] the duty under Art. 33 is to avoid certain consequences (namely, return to the risk of being persecuted), whatever the nature of the actions which lead to that result." (James Hathaway, **The Rights of Refugees under International Law** 318 (2005)); יונתן ברמן, "מעצר פליטים ומבקשי מקלט בישראל", **לוינסקי פינת אסמרה: היבטים**



חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל (טלי קריצמן אמיר עורכת, 2015, 147, 162-170).

180. מומחי משפט בינלאומי וגופים רשמיים הפועלים במאטריה זו, כבר עמדו על כך שגירוש דה פקטו (שנקרא לעיתים "הרחקה קונסטרוקטיבית") יכול להתבצע גם בהיעדר צו גירוש רשמי מטעם המדינה המגרשת, ואף במסווה של "תכנית עזיבה מרצון". כך, למשל קבעה ועדת האו"ם למשפט בינלאומי:

"The compulsory departure of an alien may also be achieved by a State by means of coercive acts or threats that are attributable to the State rather than a formal decision or order. In some cases, aliens have been compelled to leave a country under the guise of a "voluntary departure program" which was in fact compulsory. These coercive measures which deprive an alien of any real choice other than to leave the country are sometimes referred to as "constructive expulsion."

(International Law Commission, Expulsion of Aliens: Memorandum by the Secretariat (Fifty-eighth session, 2006), Geneva, 1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006, UN General Assembly document A/CN.4/565, paragraph 68 (p.62). available at: [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_565.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_565.pdf) )

181. פרופ' James Hathaway, מגדולי המלומדים בתחום דיני הפליטים מבהיר בספרו שהפרת העקרון אינה מתרחשת רק כאשר מדינה מגרשת בכח פליטים מתחומה. הפרה יכולה להיות גם כאשר מדינה יוצרת במתכוון תנאי קיום בלתי נסבלים שתכליתם "לעודד" עזיבה. בספרו הוא מביא שורה של מצבים בהם הופר עקרון איסור ההחזרה וזאת עקב שלילת אמצעי קיום, מזון ומים מפליטים וזאת על מנת ל"עודד" לעזוב "באופן וולונטרי" את המדינה (James C. Hathaway, **The Rights of Refugees under International Law**, Cambridge University Press 2005, p.288-289, 318).

182. שלא בשולי הדברים, נוסף כי לעתים נדמה כי התכלית האמיתית מאחורי הסדר זה, גרועה אף יותר. לא אחת, למקרא פרסומיה של הרשות ולאור ניסיונותיה לעמעם ולטשטש את מעמדם של מבקשי המקלט בישראל, נדמה כי התכלית האמיתית של ההסדר נשוא עתירה זו הוא התעמרות לשמה: דרדורם הכלכלי של מבקשי המקלט לסף עוני, במהלך של נקמנות, גזענות, ושנאה, לקול מצהלות חלק מן הציבור הישראלי. כך למשל, לא נרתעה רשות האוכלוסין וההגירה, בפרסום בדו"ח חוק חופש המידע השנתי שלה לשנת 2015, מלהצהיר כי הסדר הפיקדון הוא צעד אחד בשורה של צעדים שמטרתם "צמצום ההעדפה של מעסיקים ישראלים להעסיק מסתננים" (עמ' 38 לדו"ח דנא, ראו הערת שולים 1 לעיל). מכיוון שצעד אחר המצוין בדוח בד בבד עם הסדר הפיקדון, הוא הבאתם של עובדים זרים מירדן לענף המלונאות באילת,

אין פה, אם כן, עידוד העסקת ישראלים – אלא רק תמרוץ לאי-העסקת "מסתננים" ולפגיעה בקיומם – תכלית אשר עומדת גם בבסיס ההסדר נשוא עתירה זו.

גסות לבם של המשיבים בשכרם הזעום של מבקשי המקלט, והחצים שהופנו לעצם עבודתם בישראל לצורך קיומם הבסיסי, השתקפו לכל אורך הדיון בוועדה, טרם חקיקת ההסדר מושא עתירה זו. כך, בין היתר, אמרה יו"ר ועדת הפנים, חה"כ מירי רגב, במהלך הדיון מיום 3.12.2014: "הם עובדים בכמה מקומות בשכר מינימום"; "קח שכר מינימום, תכפיל בשלוש, ואז תגיד את הדברים"; "הוא בלתי חוקי כאן והוא עושה מה שהוא רוצה"; "אני לא מדברת על פליטים אלא על מבקשי עבודה"; "הוא לא בא לכאן כי הוא פליט אלא הוא בא לכאן כי פה מאפשרים לו לעבוד ולצערי המערכת המשפטית גם מגבה את זה ולא מגבה את ממשלת ישראל", ועוד ועוד.

נדמה כי גס לבם של המשיבים בהכנסה הזעומה שמצליחים מבקשי המקלט לייצר, בעבודת כפיים קשה. צרה עינם באוניברסליות של חקיקת העבודה, המחייבת מתן זכויות מינימליות לכלל העובדים בישראל, בלא תלות במעמדם ובמוצאם. דומה כי בעיני המשיבים, עבודה קשה ופוגענית בשכר המינימום של אנשים פגיעים הזכאים להגנה בינלאומית היא לא פחות מאשר עבריינות. בעיני המשיבים, ההסדר אינו אלא קנס שמושת על מבקשי המקלט בגין עצם השתתפותם בשוק העבודה ודרך לכרסם מתחולת עקרון השוויון במשפט העבודה.

#### **ד. תכליות מדומות ופגיעה בלתי מידתית בזכויות העותרים**

183. כאמור, בידוע כי מדובר בתכלית פסולה, יבקשו המשיבים לשכנע את בית המשפט הנכבד שהתכליות שבבסיס התיקון לחוק הן שונות, לגיטימיות וראויות. בדברי ההסבר להצעת החוק, נקבו המשיבים בשלוש תכליות, שלכאורה ההסדר מבקש לקדם: זכויות ה"מסתננים"; הבטחת יציאה מהארץ ככל שייקבע לכך מועד; ומניעת פיטורי עובדים ישראלים.

184. תכליות אלו בוודאי אינן תכליות בלתי ראויות, אולם כפי שנראה, אין כמעט קשר בין לבין הפגיעה הקשה בזכויות לקיום בכבוד, לקניין ולשוויון של אנשים הזכאים להגנה בינלאומית; קיימים אמצעים פוגעניים הרבה פחות לשם השגת מטרות אלו; וממילא הנזק העצום שייגרם אינו מידתי ביחס לתועלת השולית שתושג. נפנה כעת לבחון את שלוש התכליות האמורות, אל מול הפגיעה בעותרים.

#### **ד.1. טובת ה"מסתננים"**

185. לאורך הליכי החקיקה, טענו נציגי המשיבים באופן אורוליאני, שאחת ממטרות החוק היא למעשה הבטחת זכויותיהם של מבקשי המקלט. כך למשל, בדיון שהתקיים בוועדת הפנים

והגנת הסביבה ביום 21.11.2016, הגיב נציג משרד האוצר, מר אורי שיינין, להסתייגות שהגישו חברי כנסת בנוגע לתחולת החוק על אוכלוסיות חלשות (עמ' 47 לפרוטוקול):

אורי שיינין:

"בשונה מהחקיקה שהייתה בנוגע ל"חולות" שיש הגיון בטיעונים, פה לדעתי להפך. דווקא האוכלוסיות האלה זקוקות יותר מכל לנושא הזה של תוכנית חיסכון, במיוחד גם אם הם יישארו, ובטח אם הם יצאו. דווקא אלה שיש להם ילדים או נשים שאין להן שום דבר או מבוגרים או כאלה עם ילדים, דווקא להם לא ניתן את תוכנית החיסכון? בעיני זה לא סביר".

ה"הגנה" על זכויות העותרים נעשית לשיטת המשיבים בשתי דרכים: האחת, הבטחת גביית זכויותיהם הסוציאליות מידי מעסיקהם על ידי חיוב המעסיקים בהפרשת סכום בשווי 16% משכר העבודה לקרן ייעודית; השנייה, באמצעות בניית חסכון-חובה שיסייע למבקשי המקלט במדינות אליהן יעזבו, בסך כולל של 36% מהשכר.

186. הבטחת הגבייה של זכויותיהם הסוציאליות של עובדים מידי מעבידיהם היא בוודאי תכלית ראויה, אולם אין כל קשר בינה לבין הפגיעה בזכויות העותרים, ודי היה ברכיב הניכוי מהמעסיק כדי לקיימה. היא אינה מצדיקה ניכוי סכומים משכר העובד, מנגנון קנסות דרקוני על זכויותיו הסוציאליות ומיסוי גבוה על זכויותיו אלו. למעשה, מכלול הוראות התיקון מלמד שהאמצעים שבחרו המשיבים מביאים לסיכול התכלית האמורה: ניכויים מסיביים מזכויותיהם הסוציאליות של העובדים מבקשי המקלט (בין בדרך של מיסוי ובין בדרך של קנס) מרוקנים מתוכן את אותה "הבטחה" לה כביכול טוענים המשיבים.

187. אשר לטענה לפיה החוק נועד על מנת להבטיח חיסכון שיאפשר לעותרים קיום בכבוד במדינות אליהן יצאו, הרי שהיא מהווה לעג לרש. גם אם נניח שאדם שחוזר למולדתו זקוק לסכום כסף עצום כדי לפתוח בה דף חדש, הרי שהעותרים חיים בישראל שנים ארוכות ללא זכויות סוציאליות ובעוני קשה. המשיבים, שלכאורה מודאגים מאד לרווחתם בעתיד היפותטי ורחוק, נמנעים מלהושיט להם סיוע כלשהו בהווה. זה קרוב לשלוש שנים שהמלצות דו"ח מבקר המדינה בדבר זכויותיהם החברתיות של מבקשי מקלט שוכבות כאבן שאין לה הפוכין. לחלק מן העותרים וילדיהם אין אפילו ביטוח בריאות. בנסיבות אלה, יש להטיל ספק רב בדאגתם הפתאומית של המשיבים למצבם הסוציאלי של העותרים במדינת מוצאם, בעתיד הרחוק.

188. עוד נציין, ש"דאגה" זו אינה מנת חלקם של תושבים זרים אחרים. מהגרי עבודה ברישיון, בני זוג זרים בהליכים מדורגים שיתכן שיום אחד תדחה בקשתם, ועוד ועוד – על אף אחד מאותם אנשים לא הוחלה חובת פיקדון, וודאי לא דרקונית כמו זו שנקבעה בתיקון מושא העתירה. טענת המשיבים, לפיה יש להבטיח קיום בכבוד במדינת המוצא דווקא למי שאסור לגרשו אליה, מלמדת הן על חוסר ההיגיון שבתכלית האמורה והן על מטרתם האמיתית של המשיבים.

189. ולכן, כפי שאמר מפורשות יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה, חה"כ דוד אמסלם, בדיון מיום 23.11.2016 :

"לא, המנגנון כאן, כמו שאומר תומר, זה כדי שהם ייצאו מהארץ, לא כדי להגן על העובדים" (עמ' 4 לפרוטוקול).

190. עוד נזכיר, שהעותרים הם בני אדם תבוניים שיכולים לכלכל את צעדיהם בעצמם. פתיחת פיקדון בבנק היא פעולה פשוטה שכל אדם שחפץ בה יכול לעשותה, בהתאם לשיקוליו הכלכליים בהווה והערכת צרכיו בעתיד. העותרים יכולים לבחור אם לפתוח פיקדון, באיזה בנק, כמה להפקיד אליו, וכמובן – למשוך ממנו את כספם אם שיקוליהם וצרכיהם השתנו. נזכיר, שבית המשפט הנכבד עמד על כך שיש לגלות חשדנות רבה כלפי מהלכים פוגעניים המוצדקים בטענות פטרנליסטיות :

"מקובל עלינו, במיוחד בעידן כבוד האדם, כי יש לנקוט יחס של חשדנות כלפי כפיית הפרט לעשות דבר-מה או להימנע מעשייה, וזאת אך ורק משום טובתו-שלו, או מה שנראה בעיני החברה כטובתו-שלו. אכן, ככל שיוצאים אנו מדי אמותיו של הפרט, וככל שנגלה לעין נזק שנגרם לאחר או לחברה – כך ניטה לקבל ביתר הבנה הגבלה על חירותו של הפרט. ואילו ככל שמתכנסים אנו לטובתו האישית של הפרט, לאוטונומיית הרצון שלו ולבחירותיו לגבי האופן בו הוא מבקש לנהל את חייו – כך נמעט לשמש 'אפטרופסים' עליו."

(רע"א 9475/02 "המגן" חברה לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 19 לפסק דינו של השופט ריבלין, ניתן ביום 27.12.2004; וראו גם: בג"ץ 7245/10 **עדאלה נ' משרד הרווחה**, פסקה 35 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז, ניתן ביום 4.6.2013).

191. אמנם, כפיית פגיעה בהכנסתם של עובדים כדי להבטיח את עתידם מוכרת במשפט הישראלי על דרך הסדרים ביטוחיים כפויים – בין ביטוח לאומי, בין ביטוחים פנסיוניים. אולם, בין מנגנונים אלו לבין המנגנון מושא העתירה יש פערים מהותיים :

מנגנון הביטוח הלאומי נשען על תפישה ביטוחית ופרוגרסיבית שלפיה החזקים בחברה תומכים בחלשים בחברה. הוא מעניק למבוטחים (החלשים, על פי רוב) קצבאות ששווין נקבע בחוק וללא קשר לגובה דמי הביטוח ששילמו במשך השנים. כלומר, בהתרחש אירוע מזכה, מבוטח בביטוח לאומי לא יקבל רק את הקרן ששילם במשך השנים. בענייננו, לעומת זאת, מדובר בפיקדון פשוט, שמעניק רק את הקרן שהופקדה בתוספת הפרשים, שאין מאחוריו שום תפישה פרוגרסיבית ושום סיוע אמיתי פרט לפטרנליזם בדבר ניהול הכסף של העותרים.

אשר להפרשות פנסיוניות, הרי שדווקא משום רגישות לזכותו של העובד לקניין, ניתנת לכל עובד האפשרות למשוך את חסכונו הפנסיוני בכל עת (בכפוף למיסוי). כמו כן, לעובד יש יכולת לנהל את קניינו על ידי מעבר בין חברות פנסיה והשאת רווחים על כספו באופן אופטימלי. בענייננו, לעותרים אין כל יכולת למשוך את הכסף לפני המועד שנקבע לכך בחוק, והם אפילו אינם יכולים לעזוב את המשיב 5 ולעבור לגורם אחר.

לאמור לעיל יש להוסיף, שבעוד שההסדרים האמורים נועדו להעניק רשת ביטחון סוציאלית רחבה מאד מבחינת קשת המצבים הכלולים בה (חולי, עוני, זיקנה, נכות, פיטורין, ועוד), הפיקדון מושא העתירה אינו מעניק רשת כזו כלל; ולמעשה, במקרים שבהם העובד זכאי היום לתכנית פנסיה במסגרת עבודתו, התיקון מושא העתירה ימיר אותה בפיקדון פשוט. לבסוף נזכיר ששיעור ההפרשה לפיקדון הוא עצום, בוודאי ביחס לאלו שנקבעו לגבי הפרשות של עובדים ישראלים כדמי ביטוח לאומי ולתכניות פנסיוניות.

192. בנסיבות אלה, אפילו הייתה מתקבלת הטענה שתכלית החקיקה היא הבטחת סכום כסף שישמש את העותרים בעתיד, הרי שפגיעתה העצומה אינה עומדת במבחני המידתיות. ראשית, דרדור אנשים לעוני בהווה על ידי גריעת חמישית משכרם, אינו מקיים קשר רציונאלי לתכלית של דאגה לזכויותיהם של אנשים חלשים. שנית, קיימים אמצעים הרבה פחות פוגעניים כדי להבטיח קיום בכבוד עם העזיבה – כך למשל המשיב 2 עצמו מעניקה מענק "עזיבה מרצון" בשווי 3,500 דולר למי שמוכן לעזוב לארצו, סכום שימשיך להיות משולם לאותם אנשים שייצאו מישראל במסגרת תכנית זו, והמציאאות מלמדת שהוא מספיק לשם השגת התכלית האמורה. לכך יש להוסיף את רכיב המעסיק שנקבע בתיקון, בגובה 16% מהשכר, המופקד לאותם אנשים ומהווה "תכנית חיסכון" מספקת ופוגענית פחות. ככל שהמשיבים מעוניינים להעניק לעותרים "חיסכון", הרי שחיסכון זה כבר מוענק להם ואין כל סיבה לפגוע בשכרם בהווה.

לבסוף, הפגיעה האמורה לא עומדת גם במבחן המידתיות הצר: בעוד שתועלת ה"חיסכון" היא היפותטית ביחס לאנשים שאסור להרחיקם למדינתם ותועלתה שולית בהינתן מענק העזיבה האמור ורכיב המעסיק (וחיסכון שהעותרים יכולים ליצור לעצמם ממילא); הרי שהפגיעה בהווה במטה לחמם של העותרים, כל חודש לתקופה שסופה אינו ידוע, היא ממשית ואנושה. ברי, כי התועלת של 20% משכורת עבור משפחה דלת אמצעים, עולה בעשרות מונים על התועלת השולית מקבלת תיאורטית בעתיד של סכום נוסף על המענק הקיים ממילא.

193. לכך יש להוסיף את הנזק העקיף שייגרם במצב זה לאזרחים הישראלים שביישוביהם או שכונותיהם מתגוררים מבקשי המקלט. כבר כיום, בשים לב למצבם הסוציו-אקונומי ולהיעדר תמיכה ממשלתית, הכנסתם הדלה של מבקשי המקלט דוחקת אותם להתגורר ביישובים מוחלשים. דחיקתם לרעב ודרות רחוב תוביל, בתורה, לאסון הומניטארי שיתרחש ביישובים אלה ושייפגע לא רק במבקשי המקלט ובילדיהם הקטינים, אלא גם באזרחי ישראל המתגוררים בשכנות להם.

194. לסיכומה של נקודה זו: רווחתם של העותרים אינה עומדת לנגד עיני המשיבים. מזה שנים שהמשיבים מתעלמים ממנה; בהסדר מושא החקיקה הם מנסים להחריף את מצוקתם על ידי ייקור העסקתם ונגיסה בזכויותיהם הסוציאליות. "תכנית החיסכון" שכפו על מבקשי המקלט – ורק עליהם – היא פטרנליסטית במקרה הטוב, זדונית במקרה הרע, וממילא גוררת פגיעה לא פרופורציונאלית ביחס לתועלתה ההיפותטית והמועטה.

195. כאמור, לאורך הליך החקיקה התבטאו המשיבים באופן ברור בדבר המטרה המרכזית של ההסדר: עידוד ותמרוץ אנשים הזכאים להגנה בינלאומית, לעזוב את ישראל. בדיון שהתקיים בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביום 14.12.2016 ביקש נציג משרד המשפטים, מר סומך, להבהיר שמדובר בהבטחת יציאתם רק אם וכאשר ייקבע שעליהם לעשות כן.

196. דברים אלו אינם מתיישבים עם דברים הברורים של הגורמים המקצועיים והפוליטיים אצל המשיבים לאורך כל הליך החקיקה. זאת ועוד: תכלית זו – שהינה היפותטית לחלוטין, באשר לא נקבע מועד לעזיבת העותרים את ישראל – אינה מתיישבת עם הבהילות שבה קודם החוק, חרף עמדת היועץ המשפטי לכנסת והחלטת המשיבים לפצל את הדיון בחובת הפיקדון לעובדים הזרים מההצעה המקורית בשל מורכבותו. אך מובן הוא, שהמשיבים לא ביקשו לחוקק בדחיפות וכמעט ללא דיון, חקיקה שתועלתה היא היפותטית בלבד.

197. עוד נזכיר, שבישראל שוהים מהגרים אחרים, אשר להם לא נקבעה חובת פיקדון כדי "להבטיח" את יציאתם, אף שעה שזו ידועה מראש. כך, מרבית מהגרי עבודה ברישיון אשר יודעים מלכתחילה את מועד עזיבתם, אינם מחוייבים בחובת פיקדון. רק לגבי חלקם (בענף הבניין ולחלק מעובדי הסיעוד) נקבעה, בתקנות, חובת פיקדון אשר כוללת את רכיב המעסיק בלבד, ולצידה קנסות-יציאה נמוכים בהרבה מאלו שנקבעו בהסדר מושא העתירה. למעשה, המשיבים מבקשים לטעון שחובת הפיקדון נועדה להבטיח דווקא את יציאתם של מי שלא נקבע להם מועד ליציאה, ושלא ידוע אם ייקבע, ומתי. גם בכך יש כדי להעיד על כך שהתכלית האמורה אינה התכלית העומדת בבסיס ההסדר.

198. אלא שאף אם נבחן את ההסדר אל מול התכלית האמורה, נמצא שפגיעתו אינה עומדת במבחני המידתיות. כל העותרים נאלצו לעזוב את ארצותיהם מסיבות מוצדקות, המוכרות בדין הישראלי שהגנתו חוסה עליהם. הם אינם מבקשים להשאר בישראל כפורעי חוק, ולו היו יכולים היו מעוניינים לחיות בבטחה בארצם לצד משפחותיהם. גם אם המשיבים סבורים שבכך לא יהיה די כדי להבטיח את עזיבתם ככל שתוסר מעליהם ההגנה המוקנית להם, קיימים אמצעים שפגיעתם פחותה בהרבה להבטחת יציאה עתידית, ככל שיידרשו לעזוב: חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, מקנה למשיב 2 אמצעי אכיפה נרחבים ביחס לשוהים שלא כדין, לרבות הליכי גירוש ואף מעצר. אמצעים אלה קיימים ביחס לכל שוהה שלא כדין בישראל, והם אינם יעילים פחות ביחס ל"מסתננים" מאשר ביחס לתושבים זרים אחרים. כך למשל, כאשר דרום-סודן הכריזה על עצמאותה מסודן, הסיר המשיב 2 את "ההגנה הזמנית" מעל מי שזוהו כדרום-סודאנים (ר' עת"מ (י-ם) 53765-03-12 א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל נ' שר הפנים, ניתן ביום 7.6.2012), ופתח במהלך נרחב שכלל פשיטות, מעצרים וגירוש אזרחי דרום-סודן למדינה הצעירה (שלימים נקלעה למלחמת אזרחים עקובה מדם ולאחד המשברים ההומניטאריים החמורים שידע העולם בשנים האחרונות). הדבר הביא לחזרה מסיבית, מרצון או בכוח, של אנשים לדרום-סודן. בהתעלם מהברוטאליות שבה בחר המשיב לקדם מדיניות זו,

ומהשלכותיה הנוראיות שהתגלו לימים על המגורשים, ברי כי אמצעי האכיפה הקיימים למשיב 2 מהווה אמצעי מספק להגשמת תכלית תיאורטית זו.

בנוסף, יצירת פיקדון המבוסס על הפרשות המעסיק בגובה 16% מהשכר החודשי (כפי שהוקם במסגרת התיקון), אשר נמסר לידי העובד רק עם עזיבתו את ישראל, מהווה כלי נוסף ולא פוגעני להבטחת עזיבה. לאלו יש להוסיף את הסיוע שנותן כבר היום המשיב 2 ל"מסתננים" המבקשים לשוב לארצם (רכישת כרטיסי טיסה והענקת מענק עזיבה בגובה 3,500 דולר) ושילפי נתוני המשיב הביא אלפים לעזוב את ישראל עד כה, עוד בטרם נקבע להם מועד ליציאה.

בנסיבות אלה, פגיעה בעובדים בהווה על ידי ניכוי משכרם, וניכויים מרכיב המעסיק בעת היציאה ככל שהיא נעשית באיחור, הם אמצעים פוגעניים יתר על המידה, שאינם עומדים במבחן המידתיות השני.

199. אמצעים אלו אינם עומדים גם במבחן המידתיות הצר. אשר לפגיעת רכיב העובד בזכויות העותרים 1-7, הרי שמדובר בפגיעה קשה "תועלתה" היא תיאורטית בלבד. נזכיר שמדיניות ההגנה הזמנית חלה על אזרחי סודן ואריתריאה כבר למעלה מעשור; וגם בחינת בקשות המקלט כמעט שאינה קיימת בשים לב למספר הבקשות הממתינות זמן רב להכרעה. הבטחת יציאה שטרם נקבעה היא תכלית היפותטית, שאין לדעת אם תתרחש ומתי. לעומת זאת, הנזק שייגרם בהווה – הן לעותרים ולמבקשי מקלט אחרים והן לשכניהם הישראלים – הוא עצום ואינו ניתן להכחשה. אל מול התועלת התיאורטית שמקדם ההסדר, הפגיעה בזכויות החוקתיות היא קשה וברורה ולמשך פרק זמן ניכר.

כידוע, בית המשפט הנכבד נותן משקל לפגיעות ממשיות ונוטה שלא ליתן משקל לטענות תיאורטיות. כך, למשל, בית המשפט הנכבד הכיר בכך שקידום תיאורטי של תכלית לגיטימית, אינו עומד במבחן המידתיות הראשון שעניינו קשר רציונאלי (בג"ץ דסטא, פסקה 24 לפסק דינה של כבוד הנשיאה נאור). בענייננו, גם אם מדובר בתכלית לגיטימית, הרי שעצם קיומה כמו גם תועלתה הם היפותטיים בלבד ובוודאי שהדבר אינו מצדיק את הפגיעה החמורה בזכויות העותרים בהווה. הדברים נכונים במיוחד כאשר ממילא קיימים אמצעים אחרים להבטיח את התכלית האמורה, כך שתועלתה של חובת ההפקדה משכר העובד היא שולית בלבד ומועטה ביותר אל מול עוצמת הפגיעה שהיא גורמת.

200. באופן דומה, פסק בית המשפט הפדראלי בקנדה, בפרשת *Canadian Doctors for Refugee Care v. Attorney General of Canada* 2014 FC 651 (4.7.2014), שקיצוץ בזכאותם של מבקשי מקלט לביטוח בריאות כדי להבטיח את עזיבתם ככל שתדחה בקשתם, אינו מידתי. בית המשפט הפדראלי פסק בהקשר זה כי:

"[T]he Government of Canada can achieve its objective of faster departures without compromising the health and safety of those who have come to Canada seeking its protection" (Article 1027).

201. עוד יוער, כי היותו של ההסדר דנא הסדר גורף, אשר אין בו בחינה פרטנית של מצבו הכלכלי-סוציאלי של כל אדם אשר עתיד להיפגע ממנו, צריכה להעלות, לכתחילה, חשד באשר למידתיותו של ההסדר. וראו, בין היתר, דנג"ץ 203/14 **צלאח נ' שרות בתי הסוהר** (מיום 14.4.2015), שם נקבע:

"ככלל, 'כל הסדר גורף' נחשד' בכך שאין הוא האמצעי שפגיעתו פחותה, וזאת בשל האפשרות לבחון באופן אינדיבידואלי את הפרטים הנכללים בקבוצה הרלבנטית".

202. גם פגיעת הניכויים מרכיב המעסיק (שמהווה לשיטת המשיבים עצמם חסכון סוציאלי) אינה עומדת במבחן המידתיות הצר. נזכיר, כי על פי ההסדר, רכיב העובד יוחזר לעובד עם עזיבתו את הארץ (בניכוי עמלות), בעוד שמרכיב המעסיק ינוכו 15% מס הכנסה, הוצאות הרחקה, ו"קנסות" בגין איחור של חודש ומעלה מהמועד שנקבע ליציאה.

חילוט כספים סוציאליים, משל היו ערובה המופקדת להבטחת תנאי שנקבע מראש למי שמבקש להיכנס לישראל, היא פוגענית ביותר. רכיב המעביד הוא רכיב סוציאלי – חלף תכנית פנסיה הניתנת לאזרחים ישראלים. המשיבים עצמם עמדו על מטרתו הסוציאלית בסיוע לעותרים בעתיד ועל חשיבותו בהבטחת זכויותיהם כעובדים.

ייחודיות וחשיבות כספים אלו עולה גם מהגנות שהוענקו בחקיקה מפני העברתם, שיעבודם או עיקולים, ור' סעיף 303(א) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; סעיף 26 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963; סעיף 25 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005; וכן תקנה 7(ב) לתקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל), התשכ"ד-1964.

203. השימוש בזכויות סוציאליות כדי להבטיח עזיבה במועד הוא שימוש זר לכספים שמטרתם רשת ביטחון סוציאלית. אין בחקיקה הישראלית תקדים לשימוש בחסכוניות סוציאליות של עובדים כ"בני ערובה" להבטחת התנהגותם בהקשרים שונים. כך למשל, סעיף 59 לחוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970, קובע שאף אם נוצר לעובד מדינה חוב לטובת המדינה, זו אינה יכולה לקזז את החוב מגמלאותיו.

נזכיר שמדובר בשלילת סכומי עתק, ללא משפט ואף ללא שימוע, מאוכלוסיה מוחלשת. מדובר באוכלוסיה השווה בישראל כדין במשך שנים ארוכות, מבלי שמועד עזיבתה נקבע בכלל, וקביעה פתאומית למועד יציאה בהחלט יכולה להביא לעיכובים ואיחורים במימוש היציאה, ושמחייבים ניהול הליך – משפטי או מינהלי – תקין בטרם ינוכו בין 25%-ל-100% מהחסכוניות



הסוציאליים. זאת, כאשר ממילא בידי רשות האוכלוסין וההגירה הכלים הקיימים מן הדין הפלילי והמינהלי להתמודדות עם שהיה שלא כדין בישראל.

204. שלא בשולי הדברים נזכיר, שבתקנות עובדים זרים (פיקדון לחשבון בנק), התשע"ו-2016, נקבעו "קנסות" בגין יציאה באיחור למהגרי עבודה ברישיון המועסקים בענף הבניין או באמצעות חברות הסיעוד. תקנות אלו אינן נתקפות במסגרת עתירה זו, והן עוסקות באוכלוסיה שמועד יציאתה את הארץ ידוע מיומו הראשון של העובד בישראל. בכל אופן, שיעורי הקנסות שנקבעו באותן תקנות נמוכים בהרבה מהסכומים שנקבעו בהסדר מושא העתירה, באופן שמלמד על פגיעה לא שוויונית בזכות, ועל כך שמדובר בפגיעה בלתי מידתית ושלא לצורך.

205. לסיכומה של נקודה זו: גם אם ייטען שמטרת הפגיעה האמורה היא להבטיח שהעותרים ייצאו מישראל ככל שיידרשו לכך, מדובר בפגיעה בלתי מידתית. קיימים אמצעים פוגעניים פחות המבטיחים יציאה במועד, והם האמצעים בהם נוקטת רשות האוכלוסין וההגירה כלפי כל זר השוהה בישראל, וזאת בנוסף לרכיב המעסיק בגובה 16% מהשכר המועבר לעובד רק עם עזיבתו. בנוסף, הפגיעה בעובד בהווה – ולמשך תקופה ארוכה שסופה לא ידועה – היא אנושה, בעוד שהתכלית (לכאורה) היא היפותטית, והתועלת שבאמצעי האמור היא שולית ביותר, אם בכלל. גם שימוש בחסכון סוציאלי כבן ערובה לניכוי קנסות אוטומטי, בשיעורים גבוהים וללא הליך מינימאלי לפני כן, מהווה פגיעה העולה על הנדרש בזכות לקיום בכבוד ובזכות לקניין, על מנת להבטיח עמידה במועדי יציאה שנקבעו.

### 3. ד. מניעת פיטורי עובדים ישראלים

206. התכלית האחרונה שהוצגה במסגרת הליך החקיקה ככזו שעומדת בבסיס ההסדר, היא מניעת פיטורי עובדים ישראלים. זו בוודאי תכלית ראויה. עם זאת, בינה לבין הפגיעה בזכויות הקניין של העותרים אין דבר וחצי דבר: גם אם תכלית זו עומדת מאחורי קביעת חובת הפרשה על המעסיק על מנת לתמרץ מעסיקים להעסיק עובדים ישראלים, אין לה קשר לאמצעים הפוגעניים שבהסדר – הטלת חובת הפרשה על שכר העובד וניכויים גבוהים מרכיב המעביד. במובן זה, האמצעים הנדונים בעתירה אינם עומדים במבחן המידתיות הראשון ביחס לתכלית זו.

207. בכל זאת נבקש לציין, שעידוד העסקת ישראלים אינו יכול לבוא במנותק מהבטחת זכויותיהם של מבקשי המקלט שעשויים למצוא עצמם ללא מקור הכנסה כתוצאה מכך. תכלית שמטרתה היא הבטחת תעסוקה לעובדים ישראלים לצד שמירה על מינימום של קיום בכבוד עבור מי ששוהים בישראל כדין, היא בוודאי תכלית ראויה; אולם הותרת מי שאינם ברי גירוש לגורלם, ללא מתן סעד סוציאלי ותוך נקיטת אמצעים המביאים בידועין לפיטוריהם ומניעת העסקתם, הינה עניין אחר לגמרי.

208. בכל אופן, מאחר שתכלית זו אינה יכולה להצדיק נטילת 20% מרכיב העובד לתקופה בלתי ידועה, ופגיעה משמעותית ברכיב המעסיק במועד היציאה, אין מדובר בתכלית רלוונטית לענייננו.

209. ראוי לציין עוד, שסעיף 17(2) לאמנת הפליטים התייחס מפורשות לאמצעים מגבילים שמוטלים על זרים לשם הגנה על שוק העבודה המקומי של מדינת המקלט, ומצא לנכון להגביל את האפשרות לנקוט באמצעים אלה, לפחות ככל שמדובר במבקשי מקלט השוהים במדינת המקלט תקופה ממושכת. סעיף 17(2)א קובע כך: "אמצעים מגבילים שהוטלו על זרים או על העבדת זרים לשם הגנת שוק העבודה האזרחי לא יחולו על פליטים שכבר... השלימו שלוש שנות מגורים בארץ". העותרים 1-7 שוהים בישראל יותר משלוש שנים. (וידוגש: סעיף 17(2) מדבר על מבקשי מקלט ולא רק על פליטים מוכרים – שכן הוא נוקט בלשון "פליטים" – להבדיל, למשל, מ"פליטים השוהים כדין במדינה", דהיינו אותה לשון שבה נוקט גם סעיף 33 לאמנה, שנועד להגן על כל מבקש מקלט מפני הרחקה, כל עוד לא הוכרעה בקשת המקלט שלו).

#### ד.4. סיכום פרק זה

210. כפי שראינו, גם אם ייטען שבבסיס ההסדר עומדות תכליות ראויות – ולא כך הוא – הרי שהאמצעי שנבחר לממשן אינו מידתי. מניעת פיטורי עובדים ישראלים והבטחת הפרשות סוציאליות מידי המעסיק אינן מקודמות כלל על ידי רכיב העובד וקנסות האיחורים; תכליות היפותטיות ועתידיות – יציאה במועד שכלל לא נקבע ויצירת חיסכון סוציאלי לעתיד – לא מקודמות באופן זה ביחס לתושבים זרים אחרים, הן מוגשמות באמצעים פוגעניים פחות (דוגמת הפרשת המעסיק) וממילא אינן מצדיקות הבאת אנשים קשיי יום לכדי עוני מרוד בהווה, וכרסום בחסכוניותיהם הסוציאליים לעתיד.

#### ה. הסעד המבוקש בעתירה

211. פגיעתו הקשה של ההסדר שתוקן בסעיף 4 לתיקוני החקיקה, שלא לתכלית ראויה ושלא באופן מידתי, מחייבת לטענת העותרים את ביטול ההסדר, כולו. הרכיבים הנתקפים בעתירה שלובים זה בזה וברכיבים אחרים של ההסדר, עד שכמעט בלתי ניתן להפריד בין אלו לאלו. גם סעיפי התיקון בחוק עובדים זרים בנויים באופן שאינו מאפשר פיצול בין הרכיבים השונים: כך למשל, סעיף 1א1, קובע הן את חובת ההפרשה מידי המעסיק והן את חובת ההפרשה מידי העובד. ביטולו של האחד כרוך, מכללא, בביטולו של האחר. על מנת להימנע מחקיקה שיפוטית, הסעד המבוקש בעתירה זו הוא ביטול ההסדר בכללותו.

212. עם זאת, ככל שבית המשפט הנכבד ייסבור כי לא ראוי לבטל את ההסדר בכללותו, אלא אך את רכיביו הפוגעניים שתוארו לעיל, יתבקש בית המשפט להורות על ביטולו של רכיב הפרשת

העובד בגובה 20% משכרו, שמעוגן בסעיף 1יא1 לחוק עובדים זרים; את סעיף 1יא4 לחוק עובדים זרים, המעגן את חובת הניכוי המינהלי מרכיב המעביד; ואת סעיף 1יא(ה)3 לחוק עובדים זרים, הקובע מיסוי בגובה 15% על רכיב המעסיק עם קבלתו.

## סיכום

213. הורתו של ההסדר מושא העתירה בנסיונם של המשיבים לכלוא אנשים הזכאים להגנות בינלאומיות, שנמצא לימים כבלתי חוקתי. תכליתו המוצהרת, לדחוק אותם לעזוב את ישראל, נקבעה כפסולה. הליך החקיקה בו עבר היה לא יותר מאשר "למראית עין". האמצעי שנבחר – דרדור אנשים עניים לעוני חריף עוד יותר – הוא קיצוני בברוטאליות שלו. אוכלוסיית היעד שלו נבחרה בקפידה – אחת החלשות בחברה, שמתקיימת בקושי בהיעדר תמיכה ממשלתית בשולי שוק העבודה, בזמן שבקשות בנותיה ובניה למקלט מעלות אבק.
214. ההסדר עבר חרף אזהרות נציבות האו"ם לפליטים כי הוא מהווה הפרה של עקרון אי-ההחזרה, וחרף עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת, לפיה מדובר בהסדר המעורר קשיים חוקתיים ממשיים, שיש לבחון אותם בנפרד ושלא בלחץ הזמנים שהוקצב לקידום החוק.
215. בית המשפט הנכבד מתבקש להורות על ביטולו של הסדר, שאינו אלא שימוש נוסף בכוחו של הרוב נגד מיעוט פגיע ונטול קול, למטרות פסולות. ההסדר הנתקף בעתירה זו פוגע באופן אנוש בקניין, בשוויון ובזכות לקיום בכבוד, במידה שתחולל משבר הומניטארי. הוא עושה זאת באופן מפלה, כאשר הוא בוחר להתמקד אך ורק באותם אנשים שנמלטו ממשטרים איומים, ושסור לגרשם מישראל. הוא אינו מקדם כל תכלית לגיטימית שהיא, בוודאי שלא באופן שאפילו מתקרב לדרישת המידתיות.
216. בנסיבות אלה, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להופכו למוחלט, ולהורות על ביטול סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, ולחלופין, על ביטול הסעיפים שהוא הוסיף בחוק עובדים זרים, כמפורט לעיל. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

תל אביב, היום 13.3.2017

---

אלעד כהנא, עו"ד

---

מיכל תג'ר, עו"ד

באי כח העותרים\*

\* עתירה זו נכתבה בסיועם של מר אלון אברמוביץ', גב' טל חלפון, גב' אביטל רוזנפלד ומר יובל שפיצר מהתכנית לזכויות פליטים באוניברסיטת תל אביב