

1. אסתר צגיי גרסגהר
  2. צגה קיבורם מהרטב
  3. סלומון קאסה
  4. סמסון מספן
  5. אברהים יוסף מוחמד אחמד
  6. יוהאנס פרסניי
  7. יאקוב ג'מאל
  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
- ע"י עו"ד אלעד כהנא ו/או עו"ד ענת בן דור  
מן התוכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב  
טל': 054-5800819, פקס: 03-6407422, דוא"ל: [aeladc@gmail.com](mailto:aeladc@gmail.com)  
וכן ע"י עו"ד מיכל תגיר  
מקו לעובד

העותרים

נ ג ד

1. הכנסת  
על ידי הייעוץ המשפטי,  
הכנסת, ירושלים
2. שר הפנים
3. שר האוצר
4. שר הרווחה והשירותים החברתיים  
על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים  
טלפון: 02-6466480; פקס: 02-6467011
5. בנק מזרחי טפחות  
מגדלי אביב שער העיר, ז'בוטינסקי 7, רמת גן

המשיבים

## תגובה מקדמית מטעם המשיבים 4-2

1. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד (כבי' השופטת א' חיות) מיום 19.4.17, ולקראת מועד הדיון הקבוע בעתירה ליום 26.7.17, מתכבדים המשיבים 4-2 (להלן: המשיבים או המדינה) להגיש את תגובתם המקדמית לעתירה, כדלקמן.

### א. פתח דבר

2. עניינה של העתירה דנן בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יוציא מלפניו צו-על-תנאי שיורה למשיבים בכללותם לבוא וליתן טעם "מדוע לא יבוטל סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014" (להלן: "החוק");

ולחילופין, "מדוע לא יבוטלו הסעיפים הבאים בחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991 (להלן: "חוק עובדים זרים"), כפי שתוקנו במסגרת סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014: סעיף ויא(ח)(3); הוראת סעיף ויא(א) הקובעת חובת הפקדת 20% משכרו של מסתנן; וסעיף ויא4".

3. בצד עתירתם למתן צו-על-תנאי, הגישו העותרים בקשה למתן צו-ביניים שיורה לעכב "את מועד תחילתה של חובת הפרשת 20% משכרם של "מסתננים" לקרן ייעודית, כפי שנקבעה בסעיף ויא לחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991, שנחקק במסגרת סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות [...]".

ביום 6.4.17 הגישו המשיבים את תגובתם לבקשה זו, ולאחר מכן הורה בית המשפט הנכבד על דחיית הבקשה למתן צו-ביניים (ראו החלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.4.17).

בהמשך, ביום 29.6.17 הוגשה בקשה נוספת למתן צו-ביניים, על יסוד טענה לקיומו של שינוי נסיבות המצדיק מתן צו-ביניים. ביום 6.7.17 הוגשה תגובה מפורטת מטעם המשיבים לנטען, וביום 9.7.17 קבע בית המשפט הנכבד כי "לאחר עיון בבקשה ובתגובות לה לא ראיתי מקום למתן צו ביניים בשלב זה" (סעיף 1 להחלטת כבי' השופטת חיות).

4. לגופה של העתירה, המשיבים יטענו כי זו אינה מגלה עילה להתערבותו החוקתית של בית המשפט הנכבד בחקיקתה הראשית של הכנסת, שכן לא עלה בידי העותרים להרים את הנטל הכבד הנדרש לשם הוכחת טענתם לקיומה של פגיעה בלתי חוקתית באיזו מן הזכויות להן טוענים העותרים.

5. בצד זאת, נקדים ונציין כי בימים אלו פועלת המדינה לניסוח תקנות מכוח סעיף 1א(ה) לחוק עובדים זרים, אשר מסמך את שר הפנים - בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת - לקבוע תקנות שיאפשרו משיכה מוקדמת יותר של כספי הפיקדון – כולם או חלקם.

תקנות אלו יקבעו סוגי מקרים ותנאים, אשר בהתקיימם יהיה רשאי עובד זר שהוא מסתנן לקבל את כספי הפיקדון, כולם או חלקם, לפני מועד עזיבתו את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית, ואלו תיוחדנה לאותם מצבים בהם ישנו טעם הומניטארי למשיכת הכספים.

עוד נעדכן, כי בימים אלה כבר הופצה טיוטת תקנות בין משרדי הממשלה הצריכים לעניין, מתוך כוונה לפרסמן בהקדם להערות הציבור בהתאם להוראות סעיף 9(א) להחלטת ממשלה מספר 2588 מיום 02.04.2017. לאחר השלמת הליך הפרסום להערות הציבור, יונח נוסח התקנות על שולחנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת.

צילום החלטת ממשלה 2588 מיום 02.04.2017 מצורף ומסומן מש/1

6. במצב דברים זה, המשיבים יוסיפו ויטענו כי אין מקום בעת הנוכחית להפעלתה של ביקורת שיפוטית חוקתית בעניינו של ההסדר שנקבע בחוק עובדים זרים בעניינם של מסתננים, שעה שמכוח חוק זה ממש פועלת הממשלה להתקנתן של תקנות מיטיבות, שישלימו את ההסדר הנורמטיבי.

השלמת מלאכת גיבוש התקנות תאפשר לבית המשפט הנכבד להעמיד לנגד עיניו הסדר נורמטיבי שלם ומלא יותר, לצורך בחינת טענות העותרים. ואף זאת נשוב ונדגיש – מלאכת ניסוח התקנות כבר מצויה בעיצומה, וככל שהדבר תלוי במשרדי הממשלה, אלו יפעלו לפרסומן להערות הציבור בהקדם האפשרי.

7. אחר הדברים האמורים, המשיבים סבורים כי העתירה במתכונתה ובמועדה הנוכחיים צריכה להידחות. הילוך הדברים יעשה כדלקמן: תחילה, נעמוד על עיקרי הוראות החוק וההסדר החקיקתי שהעותרים חפצים בביטולו. לאחר מכן, נפנה להצגת תכליות החקיקה. לבסוף, נפנה למלאכת הבחינה החוקתית ונראה כי לא עלה בידי העותרים להוכיח כי ההסדר מושא העתירה פוגע פגיעה בלתי חוקתית בזכויותיהם החוקתיות.

עוד נטען, כי גם בטיעוניהם של העותרים ביחס להליך החקיקה אין כדי להקים עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. כל זאת, בהינתן המבחנים המחמירים שנקבעו לשם כך בפסיקה, אשר דורשים מן העותרים להוכיח כי בהליך החקיקה נפל פגם חמור וניכר היורד לשורש הליך החקיקה. כזאת, לא עלה בידי העותרים לעשות (וראו: בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, פס' 16-18 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש (2004) (להלן: עניין מגדלי העופות)).

כך בתמצית, ובעת ביתר הרחבה.

## ב. ההסדר מושא העתירה

8. בחודש דצמבר 2014 נחקק החוק שלפנינו. עם זאת, ולאור הצורך בהקמת מנגנון מתאים לביצועו, נדחה יישומו בפועל, תוך שלא ניתן צו המורה על יישומו כאמור בסעיף 9 לחוק. במהלך תקופה זו, נערך מכרז לשם הקמתו וניהולו של מערך חשבונות הפיקדון לעובדים זרים, ובכלל זה עובדים זרים שהם מסתננים, ונחתם חוזה עם המשיב 5 לניהול כספי הפיקדון.

צילום פרק ב' לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, מצורף ומסומן מש/2.

9. ביום 18.7.16 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק מתקנת, בעניין אופן המיסוי של הפיקדון לגבי מסתננים, ואופן העברת כספי הפיקדון שנצברו בפיקדון לזכותו של מסתנן שנפטר. כמו כן, תוקן חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996 במטרה להבהיר את הסמכות בכל הקשור לרישוי ולפיקוח על העסקת מסתננים על ידי קבלני כוח אדם.

במסגרת התיקון האמור, תוקן גם מועד התחולה שנקבע בסעיף 9 לחוק, כך שההסדר ייכנס לתוקפו בתוך 90 ימים מיום תיקונו. כל זאת, ללא צורך בצו של שר האוצר, כפי שנקבע קודם לכן בסעיף 9 לחוק.

שבוע לאחר מכן, אושרה הצעת החוק בקריאה ראשונה ועברה להכנה לקריאה שנייה ושלישית בוועדת הפנים והגנת הסביבה.

10. ביום 2.1.17 אושרה הצעת החוק המתקנת בוועדת הפנים והגנת הסביבה, ולמחרת היום אף אושרה במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית. לפיכך, ובהתאם להסדר המתקן שנקבע בסעיף 1א לחוק, החוק מושא העתירה נכנס לתוקפו ביום 1.5.17.

צילום חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) (תיקון), התשע"ז-2017, מצורף ומסומן מש/3.

11. בהתאם להוראות החוק, מוטלת חובה על מעסיקים של עובדים זרים שהם מסתננים, כהגדרתם בחוק (להלן: עובד מסתנן), להפקיד באופן חודשי פיקדון בעד עובדיהם לחשבון בנק או לקרן (להלן: חשבון הפיקדון), שינוהלו בהתאם להוראות שר האוצר [ר' סעיף 1א(א) וסעיף 1א(ב)] לחוק עובדים זרים). שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים (להלן: שר העבודה) - לאחר התייעצות עם שר האוצר ובאישור שר הפנים וועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת - הוסמך להטיל חובה על מעסיקים נוספים לשלם פיקדון בענפי תעסוקה שיקבע ובסכומים או בשיעורים שיקבע (ר' סעיף 1א(א) לחוק עובדים זרים).

12. בהתאם לחוק, הסכום אשר יופקד לזכות העובד המסתנן יהא בגובה של 36% ממשכורתו, כאשר 20% מהסכום ינוכה בידי המעסיק משכר עבודתו של העובד המסתנן ו-16% הנוספים ישולם בידי המעסיק כהפרשה בנוסף לשכר העובד [ר' סעיף 1א(א) לחוק].

אשר להיבטי המס, נקבע כי חלקו של המעסיק בפיקדון ייחשב כהכנסה של העובד המסתנן במועד בו הכסף יתקבל על-ידו בפועל, ויוטל עליו מס הכנסה בשיעור סופי של 15%, בלא זכות לפטור, ניכוי או קיזוז (סעיפים 1א(ה)(1)-(2)).

חלקו של העובד מתוך סכום הפיקדון (20% משכר המסתנן) ינוכה בפועל על-ידי המעסיק, באמצעות מנגנון אודותיו יפורט בהמשך, כאשר הפקדת חלק העובד תתבצע לאחר ניכוי מס במקור, בידי המעסיק, בהתאם להוראות סעיף 164 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] (להלן: **פקודת מס הכנסה**), בשיעורים הקבועים בסעיף 121 לפקודה (סעיף 1א(ה)(3)).

13. למקרא העתירה, עולה כי העותרים מכוונים את עיקר ביקורתם כלפי חובת הפקדת הפיקדון בשיעור של 20% משכר עבודתו של העובד, ועל כן גם המשיבים יתמקדו בהיבט זה.

14. סעיף 1א(א) לחוק עובדים זרים קובע, כי העובד המסתנן יהא זכאי לקבל את כספי הפיקדון ששולמו בעדו, בתוספת הרווחים שנצברו עליהם, ובניכוי דמי ניהול הקרן או עמלות חשבון הבנק ובניכוי מס כדין, בעת עזיבתו את ישראל, **שלא לצורך יציאה זמנית**.

15. העברת הסכומים תתבצע ישירות לידי העובד המסתנן בעת עזיבתו את ישראל, לאחר שעבר ביקורת גבולות; או לחילופין בהעברה בנקאית לזכות חשבון בנק המנוהל על שמו [ר' סעיף 1א(א) לחוק עובדים זרים].

16. עוד חשוב לציין, כי סעיף 1א(א) לחוק עובדים זרים יוצר חלוקה בסכום הנצבר בחשבון הפיקדון של העובד המסתנן באופן הבא:

א. 67% מהסכום יועברו לידי העובד המסתנן כאשר ייצא מישראל, אף אם לא ייצא במועד שנקבע עבורו (סעיף 1א(א)(1)). זאת כאמור, בניכוי עמלות בגין ניהול חשבון הבנק או הקרן, לפי העניין, ובניכוי מס כדין (סעיף 1א(א)(2)). שיעור זה של הפיקדון המוחזר לעובד גבוה משיעורו של חלק העובד, ביחס להפרשה הכוללת המסתכמת ב-55% (השיעור המתקבל מחלוקה של 20% ב-36%).

ב. 33% הנותרים יועברו לידי העובד המסתנן ככל שהלה עזב את ישראל במועד שנקבע, כאשר יתאפשר הדבר - בכפוף להפחתת הוצאות ההרחקה, במידה ויורחק, וכן ניכוי מס כדין. באם העובד המסתנן לא עזב את ישראל באותו המועד, יופחת באופן הדרגתי הסכום שיועבר לידי העובד המסתנן (סעיף 1א(א)(2)(ב)). נשוב ונדגיש - ההפחתה ההדרגתית של כספי הפיקדון שיושבו לעובד המסתנן, בהתאם למועד יציאתו, מוסבת אך ורק על חלק בשיעור 33% מהפיקדון.

17. נדגים זאת מתמטית, באופן פשטני מבלי להיכנס להיבטי המיסוי והריבית: נניח לצורך הדוגמה כי שכרו של העובד הינו 6,000 ₪ בחודש. בהתאם לכך, 20% משכר העובד שינוכו ויועברו לפיקדון מסתכמים ב-1,200 ₪; לצד 960 ₪ שיופרשו לפיקדון מכיסו של המעסיק. בסך הכך, סכום הפיקדון באותו החודש יעמוד על 2,160 ₪.

67% מסכום הפיקדון הם כ-1,447 ₪, ואלו יועברו לידי העובד המסתנן, אף אם לא ייצא במועד שנקבע לו. כך, שלמעשה כל סכום הפיקדון שנצבר מכספי העובד מושבים לו, ואף חלק מסוים (247 ₪) מכספי המעסיק שהופרשו.

18. עוד ניכר, כי שיעור הניכויים בשל שיהוי במועד היציאה מן הארץ כולל מדרגות מידתיות של הפחתה, כתלות במשכו של השיהוי: מעל חודש עד חודשיים של שיהוי – 25%; מעל חודשיים עד שלושה חודשי שיהוי – 35%; מעל שלושה עד ארבעה חודשי שיהוי – 50%; מעלה ארבעה עד חמישה חודשי שיהוי – 65%; בין חמישה עד שישה חודשי שיהוי – 80%; מעל שישה חודשי שיהוי – 100%.

19. בנוסף, נקבע בחוק כי "הממונה" לפי חוק עובדים זרים, שהנו ראש רשות האוכלוסין וההגירה, רשאי בהתאם לבקשת העובד המסתנן, להפחית את תקופת השיהוי שתיזקף לחובתו של העובד, ככל שימצא כי הנסיבות מצדיקות זאת. ובלבד, שלא חלפו 18 חודשים מעת שנדרש לצאת מישראל (סעיפים 1א4(ב) ו-1א4(ג)).

20. עוד יודגש, כי בכל הנוגע למסתננים שבקשתם למעמד פליט אושרה או מסתננים שעלה בידיהם להסדיר את מעמדם בדרך אחרת בהתאם לנהלי הרשות, אזי מדיניות רשות האוכלוסין וההגירה היא כי אלו זכאים למשוך את הכספים שנצברו לזכותם באמצעות הגשת בקשה לכך, מבלי שיידרשו כמובן לצאת מישראל יציאה של קבע.

21. עוד נקבע בסעיף 1א4(ה) כי שר הפנים, בהסכמת שר האוצר ובאישור הוועדה, רשאי לקבוע "סוגי מקרים ותנאים שבהתקיימם עובד זר שהוא מסתנן יהיה זכאי לקבל את כספי הפיקדון, כולם או חלקם, אף לפני המועד האמור בסעיף קטן (א)".

22. בהמשך, נדרש המחוקק הראשי להסדרה מפורטת של אופן מתן התשלום לעובד זר שהוא מסתנן, עם צאתו מישראל. וכך נקבע בסעיף 5א לחוק עובדים זרים:

"5א. (א) על אף האמור בהוראות לפי סעיף 1א(ז), כספי הפיקדון שלהם זכאי עובד זר שהוא מסתנן לפי סעיף 1א4, ישולמו לידיו באמצעות הגוף המנהל את כספי הפיקדון לפי פרק זה, באחת הדרכים המפורטות בפסקאות שלהלן ובתנאים המפורטים בהן:

(1) ישירות לידי העובד הזר – לאחר שהעובד הזר עבר את ביקורת הגבולות כנמל התעופה בן גוריון או בתחנת גבול אחרת שקבע שר הפנים, בעז עזיבתו של העובד הזר את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית ממנה, ובלבד שהעובד הזר הגיש לממונה בקשה בכתב למשיכת כספי הפיקדון וצירף אליה צילום כרטיס טיסה ודרכון או מסמך נסיעה תקף אחר להנחת דעתו של הממונה, שבעה ימים לפחות לפני עזיבתו את ישראל אך לא יותר מ-30 ימים לפני המועד האמור;

(2) בהעברה בנקאית לזכות חשבון בנק המתנהל על שמו של העובד הזר – בתוך 30 ימי עבודה מהיום שנודע לממונה על עזיבתו את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית ממנה, ובלבד שפרטים מלאים ומדויקים על חשבון הבנק נמסרו לממונה לפי סעיף 7א; לא נמסרו פרטים כאמור, תחבצע ההעברה הבנקאית לפי פסקה זו, בתוך 30 ימי עבודה מיום מסירת הפרטים כאמור.

23. המשכו של הפרק בחוק עוסק במצבים בהם נפטר העובד, תוך קביעת מנגנון להעברת הכספים לבן זוגו; ובאין בין זוג – למי שהוכח שהוא ילדו; ובאין בן זוג ילד – למי שהוכח שהוא הורהו (סעיף 1א(א)6); או למי שהוכח שהינו יורשו (סעיף 1א(ג)6).

עוד נקבע, במסגרת סעיף 8 לחוק עובדים זרים, כי כספי פיקדון שלא הוצאו על ידי עובד זר שהוא מסתנן מהקרן או מחשבון הבנק, ובכלל זה סכומים שנוכו לפי סעיף 1א(א)4(2) בשל שינוי בעזיבה לאחר תום התקופה לשהייה בישראל; ניתן לעשות בהם שימוש למטרת רווחתם ובריאותם של מסתננים השהים במרכז שהייה לפי פרק ד' לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954. כל זאת, בתום שנתיים מתום התקופה לשהייה בישראל.

24. אשר להיבטים המעשיים של הפעלת מנגנון הפקדת הכספים, סעיף 1א2 לחוק עובדים זרים קובע כי מעסיק שישלם פיקדון לגבי מסתנן, ידווח לממונה באופן מקוון, במועד ביצוע התשלום, על הנושאים הבאים: תשלום הפיקדון כאמור לגבי כל עובד זר שהוא מסתנן המועסק על ידיו; סכום הפיקדון ששולם והתקופה שבעדה שולם; פרטי ופרטי העובד הזר שלגביו שולם הפיקדון.

מיד לאחר מכן, קובע סעיף 1א3 לחוק כי הממונה – באמצעות הגוף המנהל את כספי הפיקדון – ימסור לעובד זר שהוא מסתנן, לפי בקשתו, מידע בכתב על הפיקדון המתנהל לגביו בקרן או בחשבון הבנק, לרבות תשלומי המעסיק, סכומי הפיקדון, הרווחים שנצברו, והעמלות ודמי הניהול שנוכו.

ביום 4.5.2017 התקין שר הפנים, מתוקף סמכותו לפי סעיף 1א(ג) לחוק עובדים זרים, את תקנות עובדים זרים (דרך לתשלום פיקדון לעובד זר שהוא מסתנן), התשע"ז-2017. במסגרת התקנות נקבע כי פיקדון לגבי עובד זר שהוא מסתנן ישולם לחשבון הבנק שנפתח ומנוהל לפי תקנות עובדים זרים (פיקדון בחשבון הבנק), התשס"ח-2008, באופן מקוון באמצעות אתר האינטרנט של רשות האוכלוסין וההגירה.

צילום תקנות עובדים זרים (פיקדון בחשבון בנק), התשס"ח-2008 ותקנות עובדים זרים (דרך לתשלום פיקדון לעובד זר שהוא מסתנן), התשע"ז-2017, מצורף ומסומן מש/4

25. בהתאם לכך, התשלום המקוון מבוצע באמצעות טופס מקוון באתר התשלומים הממשלתי, בו מזין המעסיק את פרטי העובדים המסתננים שהוא מעסיק וכן את פרטי השכר המבוטח לצורך הפרשות פנסיוניות. לאחר מכן, על בסיס שיעורי ההפקדה שנקבעו בחוק, נערך חישוב מקוון של סכום התשלום שעל המעסיק להפקיד כפיקדון עבור כל עובד באותו חודש שכר. להלן, לינק לטופס המקוון:

<https://forms.gov.il/globaldata/getsequence/getHtmlForm.aspx?formtype=Deposit@piba.gov.il>

יצוין, כי טופס זה הוכן מבעוד מועד טרם כניסת החוק לתוקפו, אולם השימוש בו בפועל הוקפא עד ליום 1.6.17, שהוא המועד הראשון לתשלום הפיקדון עבור חודש השכר הראשון לתשלום (מאי 2017). בעקבות הקפאת הטופס ו"הפשרתו" מחדש לשימוש ביום 1.6.2017 נגרמו מספר תקלות במנגנון ההפקדות, אולם תקלות אלו רובן ככולן נפתרו בתוך זמן קצר על ידי צוות מימשל זמין וצוותי המיחשוב של הרשות.

נכון להיום, ככלל מתאפשרת הפקדה תקינה של פיקדון עבור עובד מסתנן שעונה להגדרת החוק, ורק במקרים חריגים מתגלה תקלה שנובעת משגיאה מיחשובית ("באג") ומהיות כל התהליך חדש לכל הצדדים.

26. עוד חשוב לעדכן, כי ביום 25.4.17 פרסמה הרשות באתר האינטרנט נוהל שנועד להסדיר את כלל ההיבטים הנוגעים להליך הפקדת הפיקדון על ידי מעסיקיהם של מסתננים וכן את תהליך תשלום הפיקדון למסתנן בעת ולאחר יציאתו מישראל יציאת קבע; לרבות הסדרת מצב של פטירת העובד המסתנן:

[https://www.gov.il/BlobFolder/policy/deposit\\_monies\\_for\\_infiltrators\\_procedure/he/9.0.0004.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/policy/deposit_monies_for_infiltrators_procedure/he/9.0.0004.pdf)

נוהל זה נכתב באופן שנועד לפשט ולהנגיש את המידע הרלוונטי הן לציבור המעסיקים והן לציבור העובדים המסתננים. כמו כן, פרסמה רשות האוכלוסין וההגירה באתר האינטרנט דף מידע מפורט בנוגע לחובת הפקדת הפיקדון למסתננים, בשפות עברית, אנגלית, ערבית וטיגרנית. דף מידע זה אף מחולק למסתננים בעת הגעתם מעת לעת למשרדי הרשות לצורך הארכת תוקף רישיונותיהם. להלן קישור לדף המידע באתר האינטרנט של הרשות:

[https://www.gov.il/he/Departments/Guides/guide\\_for\\_infiltrators\\_regarding\\_monies\\_from\\_employers](https://www.gov.il/he/Departments/Guides/guide_for_infiltrators_regarding_monies_from_employers)



27. מלבד המידע הכתוב, פועלת ברשות יחידת פיקדונות אשר נותנת מענה בשפה העברית ובאנגלית, לפניית יומיומיות המתקבלות, הן בכתב והן בטלפון; הן ממסתננים ומייצגיהם והן ממעסיקים ומייצגיהם.

להרחבה בעניין זה, ראו נוהל פיקדון לעובדים זרים שהם מסתננים, שמספרו 9.0.0004, המצורף ומסומן מש/5.

צילום דף המידע המפורסם באתר רשות האוכלוסין וההגירה, מצורף ומסומן מש/6.

28. לא זו אף זו, המדינה תבקש לעדכן כי בשבועות הקרובים עתיד להתפרסם קול קורא, במסגרתו יוזמן הציבור הרחב – ובכלל זה ארגוני מעסיקים וארגוני עובדים – לשלוח את התייחסותו לאופן הפעלת החוק בתום שלושת החודשים הראשונים ליישומו. התייחסות הציבור תועבר בכתב ותיבחן על-ידי צוות מקצועי בין משרדי במטרה ליתן מענה לבעיות שיוצגו על-ידי הציבור, ככל שימצאו כאלו.

29. אשר לנתונים הנוגעים ליישומו של החוק, יצוין כי במהלך חודש יוני 2017 הופקדו פיקדונות בגין שכר חודש מאי על ידי סך מצטבר של 267 מעסיקים, בגין סך מצטבר של 1,577 מסתננים. סך כל סכומי ההפקדות בחודש יוני 2017 בגין שכר חודש מאי עומד על סך של 2,546,330.61 ₪.

עוד חשוב לציין, כי בחודש יולי עד כה שולמו גם תשלומי פיקדון רטרואקטיביים עבור שכר חודש מאי, כך שבסך הכל הופקדו עד כה פיקדונות בגין שכר חודש מאי על ידי סך מצטבר של 319 מעסיקים, בגין סך מצטבר של 1,953 מסתננים. הסך המצטבר של כל סכומי ההפקדות בגין שכר חודש מאי עומד אפוא על סך של 3,306,402.08 ₪.

כמו-כן, נציין כי נכון ליום 16.7.17, הופקדו פיקדונות בגין שכר חודש יוני על ידי סך מצטבר של 236 מעסיקים, בגין סך מצטבר של 871 מסתננים. סך כל סכומי ההפקדות שהופקדו נכון ליום 16.7.17 בגין שכר חודש יוני עומד על סך של 1,496,291.28 ₪.

30. טרם חתימת הדיון בפרק זה, המדינה תבקש להבהיר כי אין יסוד לטענת העותרים לפיה מנגנון הניכויים יופעל באופן שלא יאפשר לעובדים המסתננים תקופת התארגנות סבירה לצורך הסדרת יציאתם מישראל. ניסיון העבר מלמד כי כאשר בשלה העת לכך, רשות האוכלוסין וההגירה הודיעה פרק זמן סביר מראש על מועד היציאה שנקבע. כך, למשל, בשלהי חודש ינואר שנת 2012 ניתנה לנתיני דרום סודן שהות בת 60 ימים להתארגנות לשם יציאתם העצמאית מהארץ.

## ג. תכלית החוק

31. כפי שניתן ללמוד מדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית, מבקש החוק להגשים מספר תכליות עיקריות השלובות זו בזו. נעמוד עליהן, תחילה, בתמצית: ראשית, המחוקק ביקש ליצור תמריץ כלכלי חיובי משמעותי לעובד המסתכן לצאת מן המדינה במועד, כאשר יתאפשר הדבר, ועל-ידי כך למנוע את המשך השתקעותו בישראל; שנית, החוק נועד לספק לעובדים המסתכנים נקודת פתיחה ראויה להתחלת חייהם החדשים מחוץ לישראל בעת יציאתם מישראל, הודות לסכומים שנצברו בתכנית הפיקדון החודשית; שלישית, יש בחוק בכדי להבטיח שמירה על זכויות ההעסקה של העובד המסתכן; לבסוף, החוק נועד להקל על תשלום וגביית הסכומים שהמעסיק חייב להפריש לקופת גמל בעבור עובדיו, לפי הסכם קיבוצי או צו הרחבה. באופן האמור, החוק אף יקטין את הפגיעה בתעסוקה של עובדים ישראלים ובעיקר בשכר של עובדים ישראלים.

בשל חשיבות הדברים נביא את דברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית [עמוד 446 לדברי ההסבר], כלשונם:

"מטרת הסדר הפיקדון היא לעודד יציאה מישראל כדין ובמועד של עובדים זרים בתום התקופה שבה הורשו לשהות במדינה, להבטיח לעובדים היוצאים במועד עזיבתם סכום חיסכון משמעותי לתחילת חייהם מחוץ לישראל, וכן להקל על תשלום וגבייה של סכומים שהמעסיק חייב להפריש לקופת גמל בעבור עובדיו לפי הסכם קיבוצי או צו הרחבה בכך שהסכומים ישולמו באופן שוטף במהלך כל תקופת העבודה של העובד הזר בישראל לחשבון הבנק או לקרן, ויועברו לעובד הזר בעת יציאתו מישראל כדין [...]"

ההסדר המוצע, המחייב העברת סכומים גדולים לפיקדון, נועד מצד אחד להבטיח את זכויות ההעסקה השמורות לעובד הזר שהוא מסתכן, ומצד אחר ליצור תמריץ משמעותי למסתכן לצאת מישראל במועד, כאשר הדבר יתאפשר, ולמנוע את השתקעותו בישראל. תמריץ כאמור נדרש שכן המסתכן אינו כמו עובד זר חוקי, אשר שהייתו בישראל מוגדרת לתקופות קבועות ויציאתו במועד מישראל ניתנת לאכיפה בתום תקופת הרישיון."

32. יוצא אפוא כי החלת חובת הפקדת הפיקדון בגין העסקת מסתכנים נועדה להגשים שתי תכליות עיקריות: הראשונה - להבטיח את זכאותו של העובד המסתכן לזכויות פנסיוניות ופיצויי פיטורין, באמצעות מנגנון מינהלי שיפשט את נגישותו של העובד לכספים אלו; השניה - יצירת תמריץ כלכלי משמעותי ליציאת המסתכן מישראל במועד, כאשר הדבר יתאפשר, ועל-ידי כך למנוע את המשך השתקעותו בישראל לאחר "תום התקופה לשהייה בישראל", תוך מתן נקודת פתיחה כלכלית משמעותית עם היציאה מישראל.

תום התקופה לשהייה בישראל מוגדרת בסעיף 21 לחוק עובדים זרים כך - "תום התקופה לשהייה בישראל", 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".

33. נעמיק עתה בכל אחת מתכליות החוק.

34. דאשית, יצירת תמריץ כלכלי ליציאת מסתננים מישראל ומניעת השתקעותם. כידוע, מדינת ישראל נוקטת במדיניות אי-הרחקה זמנית של מסתננים מאריתריאה אל מדינתם, תוך שמדיניות זו נבחנת מעת לעת; בעוד שביחס למסתננים מסודן ישנו קושי מעשי בהרחקתם למדינת מוצאם בשל היותה מדינה עוינת למדינת ישראל ובשל היעדרם של קשרים דיפלומטיים עמה.

בצד זאת, תפיסת המדיניות היא כי ככל שיש מסתננים אשר בוחרים מרצונם החופשי והוולונטרי, משיקולים כאלו ואחרים לעזוב את ישראל, הרי שיש לאפשר ואף לסייע להם לפעול בדרך זו.

בנוסף, המדינה סבורה כי נוכח מדיניות אי-ההרחקה הזמנית הנקטת כיום ביחס למסתננים מאריתריאה, אשר מטבעה כפופה לבחינה עתית על-ידי הגורמים האמונים על הנושא במדינה, ישנה חשיבות רבה ביצירת כלי מדיניות אפקטיביים שיעניקו תמריץ כלכלי בטווח הבינוני והארוך ליציאתם של מסתננים אלו מישראל, כאשר הדבר יתאפשר בידם.

משיקולים אלו, המדינה סבורה שהשימוש בכלי הכלכלי של הפקדת הפיקדון יבטיח כי בתוך פרק זמן של מספר שנים יצטבר סכום כסף לא מבוטל שיעמוד לרשותו של המסתנן, בעת שיעזוב את ישראל כאשר התנאים יאפשרו זאת; או במועד מוקדם יותר בו יבחר לצאת את הארץ.

35. שנית, שמירה על הזכויות הסוציאליות של העובדים המסתננים. על פי צו ההרחבה בדבר הגדלת ההפרשות לביטוח פנסיוני במשק, כל מעסיק מחויב להפריש עבור כל עובד 12.5% עבור רכיבי פנסיה ופיצויים, ובנוסף לנכות משכרו של העובד 6% לטובת פנסיה. צו זה חל גם על כלל העובדים במשק וביניהם גם על אוכלוסיית העובדים המסתננים.

דא עקא, שבפועל, למרבית המסתננים לא קיימת קופת פנסיה על שמם - אם בשל סירובן של קרנות הפנסיה לקבלם כעמיתים, בין היתר, נוכח אופק ההישארות הלא ברור שלהם בארץ; ואם בשל פגיעת המעסיק בזכויותיהם.

אף שבחלק מן המקרים מגיעים העובדים המסתננים להסדרים על פיצויים בשיעורים משתנים עם המעסיקים שלהם בתום תקופת העבודה, הרי שלא תמיד הסדרים אלו עולים בקנה אחד עם חובתו החוקית של המעסיק, וכמובן אינם פותרים את הקושי שתואר לעיל.

על-כן, הסדרת הנושא באמצעות יצירת פיקדון מקלה על אכיפת זכותם של המסתננים, ככל עובד בישראל, להפרשות סוציאליות כדין ומקנה למעסיק ולעובדים כלי פשוט בו ניתן להפקיד את הפרשות הסוציאליות האמורות.

36. יוער, שיעורי ההפרשה לפיקדון שנקבעו בחוק הם גבוהים מן החובות הקבועות בצו ההרחבה לפנסיה חובה, ולכן אין מדובר בתכלית בלעדית של החוק, אלא בתכלית המצטרפת אל כלל התכליות שנסקרו בתמצית מעלה.

37. שלישית, ובהמשך לתכלית הקודמת, החוק מבקש להקטין את הפגיעה הקיימת ברמות התעסוקה והשכר של עובדים ישראלים תחליפיים. ככלל, המציאות מלמדת כי העסקתם של עובדים מסתננים מאפשרת למעסיקים להוזיל את עלויות העסקתם באמצעות תשלום שכר נמוך יותר בהשוואה לעלות השכר של עובדים ישראלים, בין היתר, משום שהמעסיק לא נדרש לשלם עבור עובדים מסתננים תשלומי ביטוח לאומי. במצב דברים זה, מכיוון שהעובדים המסתננים עובדים בעיקר בענפים עתירי עבודה ברמות שכר נמוכות, הרי שההעסקה שלהם מביאה לפגיעה בעובדים ישראלים תחליפיים בעלי מיומנויות תעסוקתיות נמוכות.

פגיעה זו רק מתחדדת נוכח אי-ההפרשה של הזכויות הסוציאליות של המסתננים, על ידי המעסיקים ועל ידי המסתננים העובדים עצמם. בכך, עלות ההעסקה של העובד קטנה פעמיים בהשוואה לעובד הישראלי, שכן עובדים אלו רואים לנגד עיניהם בדרך כלל את השכר נטו, וכך מתאפשר למעסיק לשלם להם שכר נמוך יותר בהשוואה לעובד הישראלי, שנדרש להפריש כספים לפנסיה ולביטוח לאומי, וזאת מלבד אי-ההפרשה על חשבון המעסיק.

תמונה זו של דפוס ההעסקה הובילה את הממשלה לעצב מנגנון כלכלי של הפקדת כספי הפיקדון, באופן שיקטין את הפגיעה בתעסוקה ובשכר של הישראלים על ידי ביטול הרווח העודף שנוצר למעסיקים בשל העסקת עובדים מסתננים והשוואת עלויות העסקתם לעובדים הישראלים.

38. רביעית, מתן נקודת פתיחה ראויה לתחילת חייהם של העובדים המסתננים מחוץ לישראל. הפיקדון מהווה חסכון משמעותי עבור המסתננים, בוודאי בהשוואה למצב השורר כיום בו צו ההרחבה לפנסיה חובה ו/או צווים אחרים אינם מיושמים כדבעי. כספי הפיקדון הנצברים, הן על-ידי הפרשות המעסיק והן על-ידי הפרשות העובד, צפויים להעניק לעובדים המסתננים נקודת פתיחה כלכלית משמעותית, בכל מקום בו ימשיכו את חייהם, במדינתם או במדינה שלישית.

39. אחר כל זאת, המדינה תבקש להדגיש כי ההסדר החדש שנקבע בחוק עובדים זרים, ביחס לעובדים שהם מסתננים, מבקש להעניק בידי הממשלה אמצעי כלכלי נוסף להתמודדות המורכבת של ישראל עם תופעת ההסתננות שפקדה אותה בשנים האחרונות, ואשר עודנה נותנת את אותותיה על מרכזי הערים בישראל ועל המשק והכלכלה בישראל.

40. כידוע, פסק הדין בפרשת גבריאלסלסי הוביל את הממשלה לערוך בחינה מחודשת של המענה הנורמטיבי והאופרטיבי שיש ליתן לתופעת ההסתננות לישראל, כך שיהיו בידי הממשלה כלים אפקטיביים להמשך בלימת ההסתננות לישראל; בד בבד עם כלים שיאפשרו התמודדות אפקטיבית עם השתקעותם של עשרות אלפי המסתננים, אשר נכנסו לישראל וכעת קיים קושי - כזה או אחר - להרחיקם אל מדינת מוצאם.

בהליכים בפרשת אדם ובפרשת גבריאלסלסי עמדה המדינה בהרחבה על אופייה של תופעת ההסתננות לישראל לאורך השנים ועל השלכותיה במגוון תחומים, והדברים קיבלו את ביטויים בפסקי הדין של בית המשפט הנכבד – ודומה שאין צורך לשוב ולהרחיב בנושא.

41. בצד זאת, המדינה תבקש לשוב ולהדגיש מושכלות יסוד, לפיהן פיקוח על הכניסה לגבולותיה של מדינה ריבונית וקביעת מדיניות הגירה, עומדים בליבת עקרון ריבוניות המדינה. נקודת מוצא זו, המוכרת במשפט הבינלאומי, מעניקה בידי כל מדינה מתחם רחב מאוד של שיקול דעת בעיצוב מדיניות ההגירה, ובקביעת כלים שיאפשרו את יישומה. חוקי מדינת ישראל ופסיקת בית המשפט הנכבד עיגנו את שיקול הדעת הרחב הנתון לממשלת ישראל לקבוע את מדיניות ההגירה לישראל.

האמור מקבל משנה תוקף בענייננו, מקום שבו קיים צורך ממשי להתמודד עם הגירה בלתי חוקית רחבת היקף ובעלת פוטנציאל חסר תקדים, שהתבטאה בכניסתם של מסתננים לישראל באופן בלתי-חוקי, שלא דרך מעבר גבול.

42. כידוע, מדינת ישראל השקיעה סכומי עתק בבנייתה של גדר לאורכו של הגבול בין ישראל למצרים. גדר זו, לצד תיקוני חקיקה נוספים שאינם ניצבים כעת בפני בית המשפט הנכבד, הובילו לצמצום משמעותי ביותר של כמות המסתננים החוצים את הגבול באופן בלתי חוקי. כך, למשל, בשנת 2013 אותרו בגבול 43 מסתננים; בשנת 2014 אותרו בגבול 21 מסתננים; בשנת 2015 אותרו בגבול 220 מסתננים; בשנת 2016 אותרו בגבול 18 מסתננים; ואילו בחציון הראשון של שנת 2017 לא אותרו כלל מסתננים בגבול.

ברם, עמדת הממשלה היא כי אין מקום לנקוט בפתרון של "הכלה" או "השלמה", בדמות הענקת רישיונות עבודה בישראל לכל המסתננים שכבר שוהים בשטחה. פתרון זה נמצא על ידי קובעי המדיניות כבלתי-מתאים, שכן נקיטה בדרך זו תהווה תמריץ למסתננים רבים נוספים, שאת שיעורם לא ניתן לאמוד, להגיע למדינת ישראל.

43. ההסדר החקיקתי שלפנינו מבקש אפוא להוסיף נדבך למענה שיש בידי הממשלה לנקוט בבואה להתמודד עם האתגר המורכב הכרוך בהשתקעותם של אותם עשרות אלפי המסתננים בישראל, וליתר דיוק – עסקינן בכ-37,965 מסתננים המצויים בישראל שפריטיהם מתועדים במחשבי רשות האוכלוסין.

#### ד. חוקתיות החוק החדש - הבחינה החוקתית גופא

##### הזכויות הנפגעות

44. בפתח הבחינה החוקתית, נזכיר כי הוראות פרק ד' לחוק עובדים זרים בנוסחן העדכני מבטאות - הן להלכה והן למעשה - את הכרעתן הריבונית של ממשלת ישראל וכנסת ישראל באשר לאופן התמודדותה של המדינה עם תופעת ההסתננות הבלתי חוקית שפקדה אותה בשנים האחרונות, על השלכותיה השונות.

45. כפי שיוצג עוד בהרחבה להלן, המדינה תטען כי הוראות החוק מבטאות איזון חוקתי עדין בין משטר זכויות האדם הקבוע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין האינטרסים הציבוריים כבדי המשקל המונחים על הכף. בהקשר זה, ועוד טרם שנפנה לבחינה החוקתית גופה, המדינה תטען כי מלאכת עיצוב פניה השונים של מדיניות הכניסה לישראל - ובענייננו, הסתננות בלתי חוקית למדינה וההשתקעות בה - נטועים הם בלב לבה של הסמכות הנתונה לכנסת ולממשלה. נושאים אלו, על שום חשיבותם ועקרונותם הרבה לחברה ולמשק בישראל, לובשים תדיר לבוש נורמטיבי בדמותה של חקיקה ראשית. לבוש נורמטיבי זה מקרין במישרין על המשקל שיש ליתן לעקרון הפרדת הרשויות בעת יישום הבחינה החוקתית. מהותו של ההסדר ותוכנו מקרינים הם אף על אופן יישומה של הבחינה החוקתית ועל מידת מרחב התמרון החוקתי השמור למחוקק ולקובעי המדיניות.

עמד על כך בית המשפט הנכבד בפסק דינו בבג"ץ 6304/09 לה"ב נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 2.9.10) (להלן: עניין להב), שם נקבע כדלקמן:

"[...] ככל שהתערבות שיפוטית במעשה חקיקה של הכנסת הינה צרה ומוגבלת, כך מצומצמת היא פי כמה בנושאי חקיקה העוסקים בתחומי משק וכלכלה, הכרוכים בהיבטים חברתיים וכלכליים רחבי-היקף. קביעת מדיניות בנושאי חברה וכלכלה נתונה לרשות המבצעת, ובתחומים מסוימים נדרשת חקיקת הכנסת כדי לעגן מדיניות זו בתשתית חקיקתית מחייבת. תחומים אלה נתונים במובהק לקובעי המדיניות, שלהם הראייה הכוללת, בצד המידע הנדרש לענין, המומחיות בקביעת סדרי העדיפות הלאומיים והאיזונים הפנימיים הנדרשים ביניהם."

46. על-פי מודל הביקורת השיפוטית החוקתית המקובל בשיטתנו, נדרש הטוען לאי-חוקתיות הוראת חוק להצביע על פגיעתו באחת מן הזכויות החוקתיות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או בחוק-יסוד: חופש העיסוק. העותרים טוענים, כי הוראות החוק מובילות לפגיעה בזכות החוקתית לקניין, בזכות החוקתית לקיום מינימאלי בכבוד ובזכות לשוויון.

עוד ידענו, כי יש להקדים ולעמוד על עצם מאפייניה של הזכות החוקתית הנפגעת ועל עוצמתה, בטרם המעבר לבחינת עמידתה של הפגיעה בדרישות פסקת ההגבלה (ראו למשל: בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503; בג"צ 7052/03, עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (14.5.2006)).

נעמוד על הדברים כסדרם.

### הזכות לקניין

47. הזכות לקניין מסורה היא לעובד המסתנן, ככל אדם, וכך מצונו סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על כך אין חולק. למקרא העתירה, עולה כי העותרים טוענים כי הזכות לקניין נפגעת על-ידי החוק בשני אופנים – בשל ניכוי 20% משכר העובד המסתנן והפקדתו בפיקדון; ובשל הסדר המס שנקבע עבור משיכת הכספים.

עוד עולה מקריאת העתירה, כי עיקר טיעונם של העותרים במישור זה של הדברים (עמודים 46-43 לעתירה) מוסב על ביסוס קיומה והיקפה של הזכות לקניין, ולא על עצם עוצמת הפגיעה.

48. לעמדת המדינה, אף אם נקבל את טענת העותרים כי ניכוי 20% משכר העובד המסתנן מהווה, כשלעצמו, פגיעה בזכותו של העובד לקניין, אזי לעמדת המדינה פגיעה זו נמוכה היא בעוצמתה באופן ניכר מזו שלה טוענים העותרים. בתוך כך, שומה עלינו ליתן את הדעת למספר סוגיות חשובות.

ראשית, טענות העותרים לפגיעתו של הסדר המיסוי בזכות לקניין יוצאת מנקודת הנחה נורמטיבית כאילו בית המשפט הנכבד כבר הכריע כי הסדרי מיסוי מגלמים, כשלעצמם, פגיעה בזכות לקניין – ולא היא. על כך עוד יורחב בהמשך.

שנית, יש להביא בחשבון כי כל עובד במדינת ישראל מחויב מכוח צו הרחבה להפריש סכום של 6% ממשכורתו לטובת פנסיה, באופן מנדטורי. משכך, הפגיעה העודפת שמסב החוק שלפנינו בזכות לקניין מתמצית בשיעור שונה העומד על 14%. שכן, גם ללא חוק עובדים זרים, נדרש היה המעסיק לנכות משכרו של העובד המסתנן סכום של 6% מכוח חובתו כאמור-בצו ההרחבה.

שלישית, הסדר הפיקדון שעוגן בחוק עובדים זרים בעניינם של עובדים מסתננים אינו מחריס, מפקיע או שולל שלילה של קבע את אותו חלק שמועבר לפיקדון, ושמסתכם בסכום של 20% משכר העובד (בתוספת אותו חלק מחלק המעסיק כאמור בסעיף 16(א) לעיל). כספי הפיקדון נצברים לזכותו של העובד המסתנן בפיקדון עד אשר יצא מישראל, וככל שיצא מישראל – הכספים יימסרו לו. לפיכך, פועלו המדויק של החוק במישור הפגיעה בזכות הקניין מוסב על שלילת יכולתו של העובד ליהנות בזמן הווה מאותם 20% שנוכו משכרו, אולם נשמרים עבורו עד ליציאתו מישראל. המדינה אינה מתכחשת שגם בפועלו זה של החוק יש משום פגיעה בזכות החוקתית לקניין, על-פי הילוך טענתם של העותרים, אולם עוצמתה קטנה ומתוחמת היא לאין שיעור מזו לה נטען בעתירה.

רביעית, המדינה תטען כי טיעונם של העותרים לפגיעה בזכות לקניין אינו מביא בחשבון את פועלו של החוק הנוגע להקמתו של מנגנון מנהלי המבטיח – ברמת וודאות גבוהה ביותר – כי הפרשות המעסיק המסתכמות ב-16% אכן יועמדו לטובת העובד המסתנן. בחינה חוקתית של עוצמת הפגיעה בזכות לקניין אינה יכולה להיות אדישה להיבטים אלו, אף שנכון הוא כי פועלו המיטיב של החוק עוסק הוא בהבטחת הפרשות המעסיק בעתיד לבוא, עם צאת העובד המסתנן מישראל.

49. אשר לטענות העותרים במישור המס, נבקש להרחיב קמעא.

עמדתו המסורתית של היועץ המשפטי לממשלה היא כי הטלת מס אינה מהווה, כשלעצמה, פגיעה בזכות החוקתית לקניין. ואולם, בית משפט נכבד זה טרם הכריע בפסיקתו האם מיסוי מהווה פגיעה בזכות החוקתית לקניין והותיר בצריך עיון את ההכרעה בין הגישות והעמדות השונות בשאלה זו בפסיקה ובספרות (בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל (10.5.2006); דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41 (2009)).

50. ראו סקירת הגישות השונות בשאלה האם הטלת מס באה בגדר פגיעה חוקתית בקניין, מבלי להכריע ביניהן, בבג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פסקה 29 לפסק דינה של כבי המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור (15.8.2012) (להלן: עניין דודיאן):

"אשר לשאלה אם הפחתת שווי שכזו בדרך של מיסוי יכולה להוות פגיעה בקניין, הובעו בפסיקה עמדות שונות:

עמדה אחת גורסת כי "אין חולקין כי המס מבטא פגיעה בזכות הקניין", ולכן מיסוי מעצם טיבו מחויב בבחינה חוקתית (ע"א 10608/02 שריף הזימה נ' אגף המכס ומע"מ, פ"ד נח(3) 663, 670 (2004); בג"ץ 9333/03 פרופ' שמואל קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(1) 277, 287 (2005); אהרן



יורן "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל" משפטים כג 55 (תשנ"ד).

עמדה מתונה יותר רואה במיסוי פגיעה בקניין, שהיא ייחודית בהיותה פגיעה מותרת מעצם טיבה. לפי גישה זו "המיסוי הינו סמכות ייחודית הנתונה בידי המנהל הציבורי. ייחודה של הסמכות נובע מהעובדה שהיא מתירה לשלטון לפגוע בקניינו של הפרט, ואף מקנה לו סמכויות מרחיקות לכת של חקירה ואכיפה לשם השגת מטרה זו" (רע"א 291/99 ד.ב.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד נח(4) 221, 231 (2004); ראו גם: יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב(ב) 273, 258 (תשנ"ה-תשנ"ו)).

עמדה נוספת גורסת כי אין במיסוי פגיעה בקניין – שכן המדינה נוטלת את חלקה הלגיטימי כשותפה ברווחי האזרח, בהיותה ספקית התשתיות והשירותים הציבוריים שהודות להם התאפשרו רווחים אלו. גם לפי עמדה זו מס צריך להיות "מס טוב", שעומד בין היתר בדרישות של הוגנות, יעילות, ודאות והתחשבות בנישום בעת הטלת המס (יוסף מ' אדריעי אירועי מס 24 (2007)). דומני כי בחינה חוקתית לפי מבחני פסקת ההגבלה, עשויה להיות חופפת בחלקה לדרישה זו ל"מס טוב".

מכל מקום, אין צורך גם הפעם להכריע בין הגישות השונות. לצורך המשך הדיון אניח כי מיסוי רווחי העותרים מזכויות הנפט הוא פגיעה בקניינם (להנחה דומה ולסקירת הגישות השונות, ראו: בג"ץ 4947/03 עיריית באר-שבע נ' ממשלת ישראל, פסקאות 6-8 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש (לא פורסם, 10.5.2006); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 97 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (טרם פורסם, 2.9.2010)).

51. בספרות הובעו דעות הנרתעות מהגישה לפיה הטלת מס, כשלעצמה, מהווה פגיעה בזכות הקניין החוקתית. ראו, למשל, דברי המלומדים אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל ב 940 (מהדורה חמישית, תשנ"ז):

"אין לזהות את הפגיעה בקניינו של אדם - אשר בוודאי נגרמת כאשר ניטל ממנו סכום כסף כלשהוא עם הפגיעה בזכות הקניין החוקתית. בהגדרתה של זו יש להתחשב בשיקולים מוסדיים בדבר מעמדה של הרשות השופטת למול הרשויות האחרות. הכרה בכך שבכל חוק המטיל מס תידרש המדינה להוכיח כי הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל, כי הוא נועד לתכלית ראויה וכי מידתו אינה עולה על הנדרש,

עלולה לפגוע בצורה קשה באיזון השורר בין הרשויות. [...] לדעתנו מן הראוי להקטין את היקפם של המקרים, בהם נדרש בית המשפט לבחון סוגיות מעין אלה, באמצעות הגדרה מצירה יותר של הזכות החוקתית, ובכך להימנע מהתמודדות עם הסוגיה במסגרתה של פסקת ההגבלה. ההנחה צריכה להיות, כי פעולות דוגמת הטלת מיסים או קביעת מדיניות כלכלית, נדרשות לצורך ניהול משק המדינה, ואל לבית המשפט להידרש לבחינתן" (ההדגשות אינן במקור)

אף פרופ' ויסמן מבהיר כי זו העמדה המקובלת, ומציין כי בחלק מהמדינות נקבע הדבר במפורש בחוקת המדינה, ובאחרות בדרך של פרשנות:

"שאלה דומה עולה בקשר לחוקים המטילים מיסים, או הקובעים קנסות. חוקים שכאלה פוגעים בבירור בקניינו של האדם, אך גם בקשר לכך התשובה המקובלת במדינות שונות היא כי אין לבדוק כל מס וכל קנס שנקבע בחוק לאור המבחנים המקובלים המתירים פגיעה בקניין הפרטי אלא רואים אותם כענין המצוי בתחומי סמכותה של המדינה, לצורך מילוי תפקידיה. יש מן המדינות שבהן קובעות החוקות במפורש שההגנה על קניינו של אדם אינה משתרעת על הוראות המטילות מיסים או הקובעות קנסות, ויש כאלה שהגיעו למסקנה זו בדרך של פרשנות" (יהושע ויסמן "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב 258, 272 (תשנ"ה)).

52. לעמדת המדינה, הטלת המס על כספי הפיקדון אינה עולה כדי פגיעה בזכות לקניין, וודאי לא פגיעה שאינה חוקתית. מכל מקום, המדינה סבורה שאין זה המקרה המתאים להכריע בסוגיה סבוכה זו, היות שאפילו ננית שישנה פגיעה בקניין בשל הטלת המס, הרי עומדת היא בתנאי פסקת ההגבלה (השוו: רע"א 8127/15 התאחדות התעשיינים בישראל נ' Merck Sharp & Dohme Corp.f/k/a, פסקה 15 לפסק דינו של כב' השופט נ' הנדל (15.6.2016)).

53. סיכומו של עניין, המדינה סבורה כי פגיעתו הנטענת של הסדר הפיקדון בזכות העובדים לקניין מתמצית אך בשלב ניכוי 20% משכר העובד והפקדתו בפיקדון; וכי פגיעה זו פחותה היא באופן ניכר מן העוצמה וההיקף להם טוענים העותרים. כל זאת, הן בשל העובדה שכספים אלו עומדים לזכות העובד לכשיצא מישראל; הן בשל העובדה כי הלכה למעשה החוק הרחיב את שיעור הניכוי הנדרש בדין ב-14% בלבד; הן בשל העובדה כי החוק מיטיב ומבטיח את נגישות העובד המסתגל להפרשות המעסיק, ביחס למצב שהיה קיים עובר לחקיקת החוק.

## הזכות לשוויון

54. העותרים מבססים את טענתם לפגיעת החוק בשוויון באמצעות הצגת טיעון לפיו ההסדרים שלפנינו יוצרים הבחנה בלתי רלוונטית בין עובדים שונים העובדים באותה עבודה, וזאת על רקע מאפיינים לאומיים ואתניים (סעיף 156 לעתירה).
55. המדינה תבקש לדחות את טיעונם של העותרים, ולהראות כי העותרים כלל לא הוכיחו בעתירתם את קיומה של פגיעה בזכות לשוויון, במובנה החוקתי. ונרחיב.
56. כידוע, פגיעה בזכות לשוויון, הלא היא הפליה, הוגדרה בפסיקת בית המשפט הנכבד כמצב בו "ניתן יחס שונה לפרטים המצויים באותה 'קבוצת שוויון', כאשר אין ביניהם שוני רלבנטי ... לעומת זאת, הענקת יחס שונה לשונים - איננה בגדר הפליה" (בג"ץ 2944/10 קוריזקי נ' בית הדין הארצי לעבודה (13.10.2015)).
57. עוד ידענו, כי הזכות לשוויון אינה מעוגנת במפורש במסגרת חוקי היסוד, אולם בפסיקתנו הוכרה הגנה חוקתית עליה כנגזרת של הזכות החוקתית לכבוד. לענין היקף ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון, אומץ בפסיקה "מודל הביניים" אשר "אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם".
- בהתאם, בית המשפט הנכבד קבע כי ההגנה על הזכות החוקתית לשוויון מגעת עד לכדי אותם היבטים "שהם קשורים על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעיניו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית" (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, פסקה 38 לפסק דינו של כב' הנשיא א' ברק (2006)). עוד נקבע, כי ההגנה החוקתית על זכות השוויון מצומצמת יותר מן ההגנה עליה במישור המינהלי: "ככלל, כאשר הפגיעה בשוויון נעשית מתוקף מעשה מינהלי, בית המשפט ייטה להתערב במידה רבה יותר מכפי שהיה מתערב במקרה של פגיעה בשוויון בחקיקה ראשית" (בג"ץ 2021/11 ועקנין נ' שר האוצר, פסקה 18 לפסק דינו של כב' הנשיא א' גרוניס (6.6.2013), פסקה 17).
58. למקרא טענות העותרים להוכחת קיומה של פגיעה בזכות לשוויון, עולה כי העותרים לא הניחו בפני הבית המשפט הנכבד תשתית משפטית ועובדתית – ודאי לא תשתית סדורה – להוכחת עצם קיומה של הבחנה בלתי רלוונטית בין מי שהינם שווים לצורך העניין. ניכר כי טיעונם של העותרים להפלייה מתעלם לחלוטין משונותה של אוכלוסיית העובדים המסתננים מיתר אוכלוסיות העובדים הצריכות לעניין.

59. ביודענו, כי הפליה מוגדרת כמצב שבו ניתן יחס שונה לפרטים המצויים באותה "קבוצת שוויון", ברור הוא שראשית מלאכת הבחינה מצויה בשרטוט מעגלי השוויון ובשאלה האם בין הפרטים מושאי ההשוואה ישנה שונות רלוונטית, אם לאו (בג"ץ 3972/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שר המדע והאומנויות, פ"ד נא(2) 259, (1997). מלאכה זו טעונה הבאת עובדות מפורטות, הן לצורך שרטוט מעגלי השוויון והן לצורך בחינת נקיטת היחס השונה למי שימצאו כמשתייכים לאותו מעגל שוויון. כזאת – לא עשו העותרים, באופן המצדיק לדחות את טיעוניהם ביחס לקיומה של פגיעה בזכות לשוויון.

60. המדינה תטען כי הסדר הפיקדון שנקבע בחוק עובדים זרים בעניינם של עובדים מסתננים מביא בחשבון את שונותה הרלוונטית של אוכלוסייה זו, ומכאן שיש בפנינו הבחנה רלוונטית שאינה עולה כדי הפליה. שונות רלוונטית זו באה לידי ביטוי במספר פרמטרים מבדילים משמעותיים, ואלו הם:

ראשית, פשיטא כי ישנו שוני רלוונטי בין דפוסי העסקתם של עובדים זרים לבין דפוסי העסקתם של עובדים שהינם תושבי או אזרחי ישראל. בכך, עוסק מעיקרו חוק עובדים זרים אשר נדרש לקביעת הסדרים נורמטיביים פרטניים לצורך אסדרת העסקתם של עובדים זרים, ועל שונות זו אף יעידו התקנות השונות שהותקנו מכוחו.

שנית, המדינה תטען כי ישנה אבחנה יסודית ורלוונטית בין עובדים זרים אשר נכנסו לישראל כדין ברישיון ישיבה ועבודה, לבין עובדים מסתננים. עובד זר הינו מי שמדינת ישראל הסדירה ואישרה מראש את עצם הגעתו לישראל לצרכי עבודה, בין היתר, מכוח הסכם בילטרלי מול מדינת המוצא. הגעתו למדינת ישראל הינה לפרק זמן קצר ותחום (וראו הוראות חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 בנושא), ולאחריה מחויב העובד הזר לצאת את ישראל כאשר יציאתו של העובד הזר מישראל למדינת מוצאו אינה טומנת בחובה קושי – נורמטיבי או דיפלומטי – בהרחקתו אליה.

כל אלו אינם מתקיימים באופן מובהק במי שהינם עובדים מסתננים, כהגדרתם בפרק ד' לחוק עובדים זרים, המפנה לחוק למניעת הסתננות, ואשר הם "מי שאינו תושב כמשמעותו בסעיף 1 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול שקבע שר הפנים לפי סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל" (סעיף 1 לחוק למניעת הסתננות).

העובד המסתנן נכנס באופן לא חוקי למדינת ישראל, שלא דרך תחנת גבול, ואינו רשאי לעבוד במדינת ישראל (אף שנכון הדבר הוא כי איסור ההעסקה אינו נאכף בפועל, על-פי הצהרתה של המדינה בבג"ץ קו לעובד נ' הממשלה (פורסם בנבו, 10.1.11)). על השתקעותם בניגוד לדין בנסיבות המורכבות של תופעת ההסתננות אין צורך להכביר מלים. הדברים ידועים, וידוע עוד יותר כי מאפיינים אלו שונים הם מן המאפיינים של העובדים הזרים שאינם עובדים מסתננים, שנכנסו כאמור לישראל כדין, לפרקי זמן קצובים ושאינם מניעה להרחיקם במידה ולא יעזבו את הארץ בתום תקופת העסקתם החוקית בישראל.

61. אשר-על-כן, המדינה תטען כי הבדלים אלו משרטטים שתי קבוצות התייחסות שונות בכל הקשור לעיצוב מדיניות ההגירה של מדינת ישראל, בין מי שהינם עובדים זרים המהווים מהגרי עבודה זמניים וחוקיים בישראל, לבין מי שהינם מסתננים שנכנסו לישראל באופן בלתי חוקי ושמדינת ישראל אינה חפצה בהשתקעותם בה לצמיתות. מכאן, שמבחינה מושגית, כלל לא עלה בידי העותרים להוכיח קיומה של פגיעה בזכות לשוויון בשל עצם קביעת החובה החוקית לנכות 20% משכר העובד המסתנן והפקדתו בפיקדון עד אשר יצא מישראל.

62. לשם שלמות התמונה, המדינה תוסיף ותטען כי העותרים כלל לא ניסו להרים את הנטל ולהוכיח מדוע קביעת הסדר הפיקדון קשורה בקשר ענייני והדוק בזכות לכבוד (וראו סעיפים 159-160). הוזה אומר, העותרים כלל לא הוכיחו כי הוראות הסדר הפיקדון שעוגנו ביחס לעובדים מסתננים פוגעות בזכות לשוויון, בהתאם למודל הביניים שהוכר בפסיקה, ככזה שמאפשר את הפעלתה של ביקורת שיפוטית חוקתית מכוחה יבוטל חוק על רקע טענת פגיעה בשוויון.

#### הזכות למינימום קיום אנושי בכבוד

63. פשיטא, כי הזכות לכבוד נתונה היא לכל אדם באשר הוא אדם, ואין כל ספק שזכות זו עומדת היא אף לעובד המסתנן, ובתוך כך אף הזכות לקיום אנושי מינימאלי בכבוד.

64. המדינה אינה חלוקה עם העותרים בחלק זה של קו טיעונם, ובמישור העקרוני בית המשפט הנכבד עיגן זה מכבר את הזכות לקיום אנושי בכבוד כזכות חוקתית, ואף נתן בה אותות וסימנים (וראו, למשל: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.12), פסקאות 34-36 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש); בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 12.12.05) (להלן: בג"ץ 366/03).

65. אם כן, היכן נטושה המחלוקת בין המדינה לבין העותרים?

המדינה סבורה שלא עלה בידי העותרים להוכיח במישור החוקתי-ראייתי, כי ניכוי סכום המסתכם ב-20% משכרו של העובד המסתנן מוביל – מיניה וביה – לפגיעה בזכותו לקיום אנושי בכבוד. נזכיר שוב, כי 6% משכרם של כלל העובדים בישראל, צריך להיות מופרש לפנסיה באופן מנדטורי בהתאם להוראות צו הרחבה, כך שלמעשה נשאלת השאלה האם במישור הראייתי הונחה תשתית עובדתית המלמדת כי 14% העודפים שמנוכים משכרו של העובד המסתנן אכן מורידים אותו מתחת לרף של קיום אנושי מינימאלי בכבוד (ויובהר, כי העובד המסתנן אינו מפריש פעמיים את ה-6%).

66. העותרים אומנם צירפו שבעה תצהירים המבקשים ללמד על השפעתו של החוק על אורחות חייהם של העותרים 1-7, וכך נעשה אף באמצעות שלושה תצהירים נוספים בבקשה למתן צו-ביניים.

67. למקרא התצהירים שהוגשו, לא ניתן שלא להזדהות עם מצוקת המצהירים, אולם יש לזכור כי הסעד החוקתי הנדרש בעתירה דן הוא לביטולו של ההסדר בכללותו, על עשרות האלפים שהוא חל עליהם, וכי ישנו פער בין מצוקה שניתן כמובן להזדהות עמה לבין הוכחת הטעון כי החוק דוחק אנשים אל מתחת לקיום אנושי מינימאלי בכבוד. בהקשר זה, יושם אל לב, כי עיון בתצהירים עצמם מלמד על השתכרותם השונה של כל אחד מן המצהירים, כך שברור הוא שפוטנציאל ההכנסה של מושאי החוק מגוון הוא ואין לראותו כמקשה אחת. עוד יש לתת את הדעת לשכר שעשוי להשתנות בין חודש אחד למשנהו.

המדינה תבקש, אם כן, להפנות לקביעותיו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 366/03, אשר בצד עיגונה הנורמטיבי של הזכות לקיום אנושי מינימאלי, הוסיף וקבע כי הפגיעה בזכות זו לא הוכחה בפניו. וכך מצאו הדברים את ביטויים, באשר לשאלה האם עלה בידי העותרים דשם להוכיח את טענתם לפגיעה בזכות לקיום אנושי מינימאלי בכבוד:

”22. נמצא כי כבודו של האדם במדינת ישראל תלוי במכלול תנאי חייו, כפי שהם משתקפים ממצבה של החברה ומערכי היסוד המנחים אותה. כבוד האדם נפגע אם אותו אדם מבקש לקיים חיי אנוש בחברה שלה הוא משתייך אך מוצא כי דלו אמצעיו ותש כוחו לעשות כן. אדם שכזה זכאי כי המדינה תפעל כדי להגן על כבודו. אם תימצא המדינה מפרה, למרות מכלול אמצעי התמיכה שהיא מפעילה, את חובתה זו – בין בחקיקה (שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה) ובין במעשה שלטוני אחר (שאינו מקיים את כללי המשפט המינהלי) – זכאי אותו אדם אף לציווי מבית המשפט, שיורה למדינה לעמוד בחובתה ולספק לו את האמצעים הדרושים לצורך קיומו בכבוד. ציווי שכזה עשוי לחול על מקרה בודד או על סוג של מקרים דומים, הכול לפי העניין והנסיבות. כדי שיתאפשר לבית המשפט לתת אותנו, יש להניח לפניו תשתית עובדתית מלאה שממנה יהיה ניתן להסיק את הפגיעה בכבוד. כך ייזקק בית המשפט לפירוט המבוסס בתיעוד מתאים, של מקורות ההכנסה ושל ההוצאות השוטפות והקבועות שבהן אותו אדם נושא (השוו למשל למידע שנדרש להציג מערער המבקש פטור מהפקדת עירבון: רע"א 3297/90 רביבו נ' בנק הפועלים [23] (החלטה מיום 13.9.1990)). ייבחן תפקודם של כלל מערכי התמיכה המדינתיים והאחרים המסייעים לאותו אדם, ופעולתו שלו מולם למיצוי זכויותיו. יהיה נדרש להבהיר אם האדם עובד, ומחן החלופות התעסוקתיות העומדות בפניו. אם יטען

הטוען בשמה של קבוצה – יהיה עליו לבסס את המאפיינים המשותפים לאותה קבוצה המלמדים על פגיעה בכבודם של כלל חבריה. נוכח תשתית עובדתית כזו שתשכנע את בית המשפט – על פי פירושה הנכון של הזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כי אמנם הגיע מצבו של אדם לכלל פגיעה אסורה בכבוד, תתחייב הוראה לרשויות השלטון לפעול להסרת הפגיעה.

23. בעתירות שלפנינו אין מקום למתן הוראה כזו. כלל לא נתבקשו במסגרתן להורות למדינה לקיים את חובתה להגן על כבודו של אדם זה או אחר, בין בדרך של הגדלת הגמלה ובין בכל דרך אחרת; אף הצו על תנאי שניתן בעתירות, על פי לשונן הן, לא התייחס להיבט זה. כל שביקשו העותרים היה כי נקבע שבקיצוץ בגמלאות הבטחת הכנסה היה כדי לפגוע בכבוד. את זאת אין בידינו לקבוע. כאמור, הפגיעה בזכות לקיום בכבוד – כלומר הפרת החובה להגן על הכבוד – נבחנת בבחינה תוצאתית, ובעתירות אלה לא הונחה תשתית עובדתית שיהיה ניתן ללמוד ממנה כי בעקבות הקיצוץ בגמלאות הבטחת הכנסה נפגע כבודם של אנשים מסוימים. התשתית העובדתית הקונקרטית שהונחה לפנינו בעניין זה מתמצה בתצהיריהם של העותרים 1 ו-2 בבג"ץ 888/03, שנעשו בתחילת שנת 2003. חלפו למעלה משנתיים מאז הוגשו העתירות, ולמרות זאת לא הוגש כל תצהיר מעדכן באשר למצבם. בדיון שקיימנו בעתירות (ביום 30.11.2004) ביקשנו לדעת מה מצבם הנוכחי של אותם עותרים; באי כוחם לא ידעו לתת מענה מספק לשאלותינו. אף התצהירים עצמם לא גובו בתייעוד או בראיות כלשהן. במיוחד כך תצהירו של העותר 2, החסר נתונים רבים באשר להוצאות שבהן העותר נושא ולמקורות המימון העומדים לרשותו. תצהירה של העותרת 1 מלא יותר, אך בהיעדר מידע מעודכן ומבוסס לא ניתן להסתמך אף עליו לצורך קביעה כי זכותה לכבוד נפגעה. השלב הראשון של הבחינה החוקתית נשלם אפוא במסקנה כי לא הוכחה פגיעה בזכות לכבוד. במצב זה איננו נדרשים להמשיך ולקיים את יתר השלבים של הבחינה החוקתית. דין העתירות נגד התיקון להידחות". [ההדגשות הוספו – הח"מ]

68. מכל מקום, המדינה תשוב ותציין – כפי שהובהר בפתח הנדברים – כי בימים אלו פועלים משרדי הממשלה לניסוח תקנות מכוח סעיף 1א(ה) לחוק עובדים זרים. סעיף זה מסמיק את שר הפנים - בהסמכת שר האוצר ובאישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת - לקבוע תקנות שיאפשרו משיכה מוקדמת יותר של כספי הפיקדון – כולם או חלקם.

תקנות אלו יקבעו סוגי מקרים ותנאים, אשר בהתקיימם יהיה רשאי עובד זר שהוא מסתכן לקבל את כספי הפיקדון, כולם או חלקם, לפני מועד עזיבתו את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית, ותקנות אלו תיוחדנה לאותם מצבים בהם ישנו טעם הומניטארי למשיכת הכספים. תקנות אלו יוכלו ליתן מענה לאותם מקרים קצה, אשר בהתקיימם ייסוגו האינטרסים הציבוריים שבשמם נחקק החוק מפני תוצאת החלתו בנסיבות ההומניטאריות שייקבעו בתקנות.

69. שילובם של הדברים עד כה: המדינה תטען כי אפילו ימצא בית המשפט הנכבד כי במקרי קצה הומניטאריים, החלת החוק עלולה להוביל לפגיעה בזכות לקיום אנושי מינימאלי בכבוד, הרי שעתיד להימצא לה מענה בגדרן של התקנות האמורות באופן שיאפשר את משיכת כספי הפיקדון, כולם או חלקם, במנותק משאלת יציאת המסתכן מ ישראל.

### בחינת תנאי פסקת ההגבלה

70. כידוע, הזכויות לקניין, לכבוד ולשוויון, ככל הזכויות החוקתיות המנויות בחוקי היסוד, אינן זכויות מוחלטות, כי אם זכויות יחסיות בלבד. יחסיותה של הזכות החוקתית מנביעה, מיניה וביה, את היכולת להסיגה מפני אינטרסים ציבוריים אחרים המצדיקים את הגבלת מימושה. מיקומה הגיאומטרי של מלאכת איזון אנכית זו, בין היקף מימושה של הזכות החוקתית לבין האינטרסים הנוגדים המצדיקים את הפגיעה בה, מצויה לנו בדל"ת אמותיה של פסקת ההגבלה (ראו: פרשת אדם, פסקה 68 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל; בג"ץ 450/97 תנופה נ' שר העבודה והרווחה פ"ד נב(2) 433 בפסקה 7 לפסק הדין).

פסקת ההגבלה מאפשרת פגיעה בזכויות החוקתיות בקיומם המצטבר של ארבעה תנאים: הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש.

71. המדינה תטען, על רקע האמור לעיל, ולאור התכליות העומדות בבסיס החוק, כי הסדר הפיקדון שגובש בחוק עובדים זרים בעניינם של עובדים מסתננים, עולה אף בקנה אחד עם דרישות פסקת ההגבלה ואינו מקים עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד. העותרים מיקדו טענותיהם במישור תכלית החקיקה ומידתיות ההסדרים, תוך שלא נטען כי הפגיעה נעשתה שלא על-פי חוק או ניגוד לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.



72. בית המשפט הנכבד קבע בבג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 264 (2002) (להלן: ענין מנחם) מהי אותה תכלית ראויה בה מדברת פסקת ההגבלה, בצינו כדלקמן:

"הדרישה כי החוק יהיה לתכלית ראויה פירושה כי תכלית החוק "משרתת" מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקיימן".

וראו גם: בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם ואח' נ' שר האוצר, תק-על 2009(4) (2009), פסקה 25 לפסק דינה של כב' הנשיאה (בדימוס) ביניש.

73. המדינה טוען כי תכליות החוק, הן אלו הנוגעות ליצירת תמריץ כלכלי משמעותי ליציאת מסתננים מישראל, כאשר הדבר יתאפשר בידם; והן אלו הנוגעות להבטחת זכויותיהם הסוציאליות של העובדים המסתננים וצמצום הפגיעה בעובדים ישראלים תחליפיים – הן תכליות ראויות שלא נפל בהן כל פגם.

74. כידוע, בית המשפט הנכבד הכיר באופן מפורש בעובדה כי התכלית של מניעת השתקעות היא תכלית לגיטימית, וזאת במסגרת פסק דינו בהרכב מורחב, שנכתב מפי כבוד הנשיאה נאור בבג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.15). כב' הנשיאה נאור סקרה את הגישות השונות שהובעו על-ידי חברי המותבים הנכבדים בעתירות הקודמות שעסקו בחוק למניעת הסתננות, עובר לפסק הדין בבג"ץ דסטה, ואחר כל זאת הכריעה כי "עמדתי היא כי בנסיבות הקיימות מניעת השתקעות במרכזי הערים, תכלית ראויה היא" (פסקה 75 לפסק דינה של כב' הנשיאה נאור).

75. המדינה תבקש לטעון, כי בניגוד לאופן הצגת הדברים בעתירה, הרי שישנה חשיבות מכרעת בעיגון תמריצים כלכליים שיעניקו בידי המדינה כלים לעידוד יציאתם של מסתננים שכבר השתקעו בינתיים בישראל, כאשר יציאתם ממנה תתאפשר בידם. מטבע הדברים, המשך ההשתקעות בערים והשהייה בישראל מחזקים את המוטיבציה של המסתננים שלא לצאת מישראל, גם כאשר הדבר יהיה אפשרי בידם. אל מול תמריץ שלילי זה לצאת מן המדינה מבקש הסדר הפיקדון ליצור תמריץ כלכלי נגדי ומידתי שיעודד יציאה מישראל, כאשר הדבר יתאפשר, ועל-ידי כך להגשים את מדיניות ההגירה של ממשלת ישראל שאינה כוללת מדיניות הכלה וקליטה.

76. על כך טוענים העותרים כי למעשה מדובר במדיניות פסולה של "הרחקה קונסטרוקטיבית" שמטרתה לשבור את רוחם של העובדים המסתננים. המדינה דוחה טיעון זה מכל וכל.

77. ראשית, וכפי שבית המשפט הנכבד כבר פסק בבג"ץ דסטה "לא כל מדיניות שתכליתה אינה "הכלה וקליטה" היא מדיניות שנועדה לשבור את רוחם של אותם אנשים שהסתננו לישראל" (פסקה 80). דומה, כי נקודת המוצא האמורה אינה מקובלת על העותרים ובעתירה שלפנינו מבקשים העותרים, לפחות בין השיטין, לשנות מקביעה זו.

78. שנית, חשוב להבהיר כבר במישור הדיון העובדתי, כי עוד בטרם החל יישום החוק מושא העתירה, נתוני ההגירה מלמדים באופן ברור על יציאתם של מסתננים רבים מישראל ליעדים שונים בעולם – בין אם למדינות שלישיות, בין אם למדינות מערביות אחרות, ובין אם למדינות המוצא. נתונים אלו – שנביאם מיד – מלמדים כי הנחת המוצא של העותרים כאילו אין למסתננים המצויים בישראל יעד ליציאה ממנה אינה נכונה כלל ועיקר.

79. עוד נבהיר, בשל חשיבות הדברים, כי עקרון אי-ההחזרה אליו מחויבת מדינת ישראל, קובע כי המדינה לא תרחיק אדם למדינה שבה נשקפת לו סכנה לחיים או לחירות; ואף לא למדינה שתעבירו למדינה כאמור. מדינת ישראל מחויבת לעיקרון זה, ללא כחל וסרק. עוד חשוב להבהיר, כי מדיניות אי ההחזרה אליה מתייחסים העותרים אינה שקולה למדיניות קליטה כוללת וגורפת בעניינם של מסתננים מאריתריאה (כפי שעלול להשתמע מסעיפים 178-179 לעתירה), אלא היא מדיניות ממוקדת, הנבחנת מעת לעת, ולפיה מדינת ישראל לא תרחיק אריתראים לאריתריאה. להלן מובאות מספר טבלאות המלמדות אודות נתוני היציאה מישראל של מסתננים שיצאו מרצונם את ישראל למדינות יעד שונות, נכון לסוף חודש יוני 2017:

אפריקה אחרות	אריתריאה				סודן				
	סה"כ	יעדים אחרים	יציאה למדינות שלישיות	חזרה למדינת מוצא	סה"כ	יעדים אחרים	יציאה למדינות שלישיות	חזרה למדינת מוצא	
301	2,480	469	1,058	953	600	18	449	133	2015
227	2,629	1,331	564	734	390	16	272	102	2016
117	1,832	1,301	274	257	132	8	66	58	2017

יציאת מסתננים למדינות נבחרות בשנת 2015

יעד טיסה	אריתריאה	סודן	סה"כ
קנדה	182		182
הולנד	107		107
ארצות הברית	82	17	99
שוודיה	39		39
שוויץ	19		19
איטליה	12		12
נורבגיה	12		12
גרמניה	8		8
בלגיה	3		3
דנמרק	1	1	2
אתיופיה	1		1
תורכיה	1		1
אקוודור	1		1
אוסטרליה	1		1
סה"כ	469	18	487

יציאת מסתננים למדינות נבחרות בשנת 2016

יעד טיסה	אריתריאה	סודן	סה"כ
קנדה	877	2	879
הולנד	129		129
ארצות הברית	101	10	111
שוודיה	93		93
נורבגיה	36		36
גרמניה	32		32
בלגיה	22		22
שוויץ	13	1	14
דנמרק	6		6
צרפת	5	1	6
פינלנד	4	1	5
אוסטרליה	4		4
איטליה	4		4
בריטניה	3		3
אתיופיה	1		1
פורטוגל		1	1
קולומביה	1		1
סה"כ	1,331	16	1,347

יציאת מסתננים ממדינות נבחרות בשנת 2017 (ינואר-יוני)

יעד טיסה	אריתריאה	סודן	סה"כ
קנדה	972	3	975
הולנד	90		90
שוודיה	75		75
ארצות הברית	71	4	75
נורבגיה	26		26
גרמניה	17		17
דנמרק	11		11
בריטניה	9		9
שוויץ	8	1	9
אוסטרליה	7		7
איטליה	6		6
בלגיה	5		5
צרפת	3		3
אוסטריה	1		1
סה"כ	1,301	8	1,309

80. שלישית, המדינה תבקש לטעון כי יש לדחות את טיעון העותרים, לפיו קביעת חובת ניכוי של 20% משכר העובד, כאשר כספים אלה יעמדו לרשותו עם יציאתו מישראל, עולה כדי הרחקה קונסטרוקטיבית. העותרים מבקשים לסמוך טיעונם על קביעותיו של בית המשפט הנכבד בפסק הדין בעניין **דסטה** (פסק דינה של כבי הנשיאה נאור) וכן על קביעותיו של בית המשפט הנכבד בעניין בג"ץ 8425/13 **גבריסלאסי נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 22.9.14). המדינה אינה חולקת כמובן על קביעות אלו של בית המשפט הנכבד, אולם קביעות אלו – אשר נביאן מיד – מלמדות כי הסדר הפיקדון שנקבע בחוק עובדים זרים וניכוי 20% משכר העובד לפיקדון אינו עולה לכדי הרחקה קונסטרוקטיבית. בשל חשיבות הדברים, נביא את קביעות בית המשפט הנכבד בעניין **גבריסלאסי** כדלקמן:

109" לצד הכלל האוסר על גירוש אדם למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו, הדין הישראלי והמשפט הבינלאומי אינם מונעים מאדם לבחור, מרצונו החופשי, לצאת למדינה שבה נשקפת לו סכנה כאמור. טעם הדבר הוא כי כל אדם זכאי, בכל רגע נתון, לבחור לעזוב את המדינה שבה הוא שוהה. [...] הנחת המוצא בעניין זה היא כי בני האדם אוטונומיים לעצב את חייהם ואת גורלם על פי רצונותיהם ומאווייהם. על כן, אף על פי שלא ניתן להכריח אדם לצאת אל מדינה שבה נשקפת לחייו ולחירותו סכנה – אין מניעה כי יבחר הוא, מרצונו החופשי, לשוב אליה.

110. שאלה היא מתי החלטה לצאת מן הארץ למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו של אדם תחשב להחלטה שנתקבלה מ"רצון חופשי". מקרי הקיצון מספקים מענה פשוט לשאלה זו. בהעדר נסיבות חריגות במדינה המארחת המפעילות על אדם לחץ לעזבה – החלטתו לשוב למדינתו תחשב ליציאה "מרצון"; ולהבדיל, החלטה רשמית לגרש אדם למדינה המהווה סכנה לחייו או לחירותו תחשב לגירוש כפוי ואסור. בין נקודות הקיצון האמורות משתרע מנעד רחב של מקרים שבהם השאלה אם החלטתו של פרט לצאת למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו היא פרי בחירה חופשית או שמא תוצר של כפייה אסורה – הופכת סבוכה ומורכבת (להרחבה ראו כריסטיאן מומרס "בין החזרה מרצון להרחקה קונסטרוקטיבית, או: פעולותיה של ישראל לקידום החזרת מבקשי מקלט דרום-סודנים למולדתם" פליטים ומבקש מקלט בישראל 384 (להלן: מומרס "החזרה מרצון")).

להשקפתי, אבן הבוחן להכרעה בשאלה זו קשורה בקיומם – או בהעדרם – של אמצעים הדוחקים באדם לחזור למדינה שבה נשקפת לו סכנה. 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.

111. 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 יסודי בחשיבתנו המשפטית. הוא עובר בפסיקתנו כחוט השני. [...].

112. 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 שאליה עשה את דרכו תחשב ליציאה "מרצון". על פי ועדת האו"ם למשפט בינלאומי, מדינה יכולה לגרש שוהה בלתי חוקי גם על דרך "הרחקה קונסטרוקטיבית" (Constructive Expulsion) – באמצעות מעשי כפייה או איומים שניתן לייחסם למדינה, שאינם החלטה או צו רשמיים ( U.N. Secretariat, Expulsion of Aliens, Memorandum by the Secretariat, Int'l Law Comm'n, U.N. Doc. A/CN.4/565, ¶ 68 (July 10, 2006) (זמין כאן)). יצוין כי האיסור על הרחקה קונסטרוקטיבית פורש עד היום בצמצום ונמתחה על כך ביקורת. ראו מומרס "החזרה מרצון",

בעמ' 413-402). אחד ההיבטים החשובים בהתחקות אחר קיומה של בחירה "חופשית" הוא מעמדם המשפטי של הפרטים הזכאים להגנה במדינה המארחת. אם לא מכירים בזכויותיהם של המסתננים, ואם נתונים הם ללחצים ולהגבלות ומוחזקים במחנות סגורים, הרי שלשיטת נציבות האו"ם לפליטים, לא ניתן לראות בהחלטתם לחזור לארצם כבחירה שנתקבלה מתוך "רצון חופשי" (U.N. High Comm'r for Refugees, Handbook: Voluntary Repatriation: International Protection § 2.3 (1996) (זמין כאן)). רעיון זה הוכר גם בפסיקתנו. כך, למשל, בעתירה בעניינו של שוהה בלתי חוקי ש"בחר" לצאת מהארץ ולהותיר מאחור את אשתו וילדיו, קבע בית משפט זה כי "קשה לייחס 'בחירה מודעת' – חופשית ומרצון – למי מאותם אנשים, אשר לאחר שהייה (בלתי חוקית) ארוכה בישראל, שבמהלכה אף הקימו בארץ משפחה, העדיפו לצאת ממנה, מבלי שיינקטו נגדם הליכי משמורת והרחקה קשים, תוך שהם מותירים בני משפחה אחרים מאחור. המציאות הנורמטיבית ששררה בישראל [...] שוללת לכאורה את המסקנה בדבר עזיבת הארץ מרצון" (עע"ם 9890/09 נוואה נ' משרד הפנים, פסקה 16 (11.7.2013) – ההדגשות במקור). הנה כי כן, מציאות נורמטיבית מסוימת עלולה להיחשב, בנסיבות חריגות, ל"מכש לחצים" המסכל את קיומה של בחירה חופשית לעניין יציאה מן הארץ. סיכומה של נקודה זו: השאלה אם בחירתו של אדם לצאת את הארץ היא בחירה שנעשתה ברצון חופשי או שמא היא תוצר של כפייה אסורה קשורה בתנאי הרקע במדינה המארחת. לחצים בלתי סבירים ואמצעים הדוחקים באדם לעזוב את הארץ עלולים להפוך את יציאתו לגירוש כפוי ואסור.

113. בעניינו, טוענים העותרים כי תכליתו של פרק ד' לתיקון מס' 4 – שמכותו ניתן להחזיק מסתננים במרכזו השהייה – היא לשלול בחירה חופשית כאמור, באמצעות העצמת מצוקתם של המסתננים. העותרים תומכים טענתם זו, בין היתר, בדברים שהשמיעו שר הפנים ובכירי רשות האוכלוסין וההגירה בדיונים שונים בכנסת. המדינה טוענת מנגד כי לטענה זו אין עיגון בהוראות החוק, בדברי ההסבר לחוק או במציאות החיים במרכזו השהייה. ההכרעה בין שתי עמדות קוטביות אלו אינה קלה, והשאלה אם אמנם אחת מתכליותיו של החוק שאת חוקתיותו אנו בוחנים כאן היא "שבירת רוחם" של המסתננים כדי שאלו יבחרו לצאת מן הארץ אינה נקייה מספקות (וזאת, בין היתר, בהינתן דברי נציגי הרשויות המצוטטים בעתירה). דומה כי לא ימצא חולק על כך שמרכזו השהייה שהוקם מכוח פרק ד' לחוק מקשה עד מאוד על חייהם של המסתננים, ושקושי מסוג זה עשוי בהחלט לתמרץ אדם לבחור לעזוב את הארץ. ואולם, קשיים מסוימים הם מנת חלקו של כל אדם הבוחר להגר למדינה אחרת בצורה בלתי מוסדרת. לא ניתן – ובמובנים מסוימים אף לא רצוי – להעלימם

כליל. בין תמרוץ לגיטימי (כגון תמרוץ כספי) לעזיבת הארץ לבין הפעלת לחץ משמעותי ובלתי הוגן אשר שולל, הלכה למעשה, את יכולתם של שוהים בלתי חוקיים לבחור שלא לצאת מהארץ – עובר, אפוא, גבול דק. האמנם חוצה פרק ד' לחוק – על רקע שלילת החירות המובנית בו, שאינה מוגבלת בזמן, ועל רקע עניינים נוספים שעוד ידובר בהם בהמשך – גבול זה? אף שלא ראיתי כי ניתן לשלול על הסף את טענות העותרים במישור זה, לא מצאתי להכריע בעניין משום שממילא לטעמי דינו של פרק ד' לחוק להיפסל בשל כך שאין הוא עומד בדרישת המידתיות. אבהיר כי בכך איני קובע מסמרות בשאלת יציאת מסתננים למדינה שליטת "בטוחה", שכן שאלה זו כשלעצמה אינה עומדת לבחינתנו בהליך זה" [ההדגשות הוספו – הח"מ].

81. בבואנו ליישם אמות מידה אלו על החובה להפקיד 20% משכרו של העובד בפקדון שיעמוד לרשותו בצאתו מישראל; ובהינתן שהלכה למעשה החוק מושא העתירה מוסיף 14% בלבד על חובת הניכוי הקיימת בין כה וכה מכוח צו ההרחבה לפנסיה חובה משנת 2008; המדינה תטען שאין בהחלת חובת ההפרשה כדי להפעיל לחץ בלתי סביר על המסתננים, אשר יש בו כדי להוביל ליציאה שאינה מרצון חופשי למקום שבו תישקף להם סכנה לחיים או לחירות. במלים אחרות, ההסדר מושא העתירה אינו יוצר "מכש לחצים" המסכל את קיומה של בחירה חופשית לעניין יציאה מן הארץ.

יתרה מזאת, הדברים נכונים ביתר שאת נוכח פעולות הממשלה להתקין תקנות שעתידות ליתן מענה לאותם מקרים הומניטריים.

לא זו אף זו, ניכר כי דווקא בשנת 2017 הנתונים מלמדים כי במרבית החודשים עובר ליישום החוק מרביתם של הנתונים האריתראים יצאו דווקא למדינות מערביות – 1,301 מהם, כאשר רק 257 חזרו למדינת מוצאם. תשומת לב מופנית ביחס להיקף היוצאים לקנדה (972), כך שגם במישור העובדתי נראה כי אין יסוד למשוואה המשורטטת בעתירה לפיה יישום החוק יידחק את הנתונים האריתראים דווקא חזרה לאריתריאה.

82. מכלל האמור עד כה, המדינה תטען כי אין לקבל את טענת העותרים לפיה החוק מושא העתירה נועד לתכלית שאינה ראויה, ובפרט אין לקבל את הטענה כי החוק נועד ל"שבירת רוחם" של המסתננים במטרה להביאם לכדי הרחקה קונסטרוקטיבית ליעדים המסכנים את חייהם או חירותם.

## החוק צולח את מבחני המידתיות

83. כידוע, שלושה הם מבחני המשנה המרכיבים את התנאי בדבר היות הפגיעה שמסב החוק ב"מידה שאינה עולה על הנדרש": מבחן ההתאמה או הקשר הרציונאלי, שלפיו על הפעולה הפוגעת להיות מתאימה להשגת תכליתה; מבחן הפגיעה הפחותה, שעל פיו יש לנקוט באמצעי שמשגיג את התכלית המבוקשת באותה המידה, ושפגיעתו בזכות היסוד תהא הפחותה ביותר האפשרית; ומבחן "המידתיות במובן הצר", שעל פיו פעולה הפוגעת בזכות חוקתית תימצא מידתית רק אם היחס שבין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת בזכות הוא ראוי וסביר (ראו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 384-385; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל (פסק דין מיום 9.6.05), בפסקאות 54-71 לפסק דינם של עשרת שופטי הרוב).

## מבחן המשנה הראשון של המידתיות

84. במסגרת בדיקת מבחן המשנה הראשון של המידתיות ניצבת השאלה האם הפגיעה שמסב החוק משיגה את המטרה עבורה נעשית הפגיעה. המדינה תטען, כי יש להשיב על שאלה זו בחיוב.

85. על פי ההלכה הפסוקה, מבחן הקשר הרציונאלי הבוחן את התאמת האמצעי למטרה אינו דורש הוכחה מוחלטת של הגשמת מלוא התכלית החקיקתית, אלא נקבע שניתן להסתפק בכך שהאמצעי שנבחר יקיים קשר הגיוני להגשמת חלק שאינו זניח מן המטרה או התוצאה המבוקשות.

וכך קבע בית המשפט הנכבד בהקשר זה, בבג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.02.12):

"ההסדר המוצע בחוק, מבקש לנקות מעברם של אלה את כתם הפליליות שדבק בהם, ובכך מבטא קשר רציונלי עם רצון המחוקק להושיט יד מפיסת לקבוצה זאת, מתוך ראייה שבכך יהיה כדי לקדם הליך של ריפוי הטראומה ופתיחת זף חדש ביחסיהם עם המדינה והחברה בישראל. שאלה אחרת, ונפרדת, נוגעת לפוטנציאל הגשמתה של התכלית עקב השימוש באמצעי שנבחר. בסוגיה זו איננו נדרשים להכריע, שכן כידוע, אין דרישה כי האמצעי הנבחר יגשים את המטרה במלואה, ודי בהגשמה חלקית שאינה שולית או זניחה על מנת לקיים את דרישת הקשר הרציונלי (ראו אהרן ברק מידתיות במשפט 377 (2010), עניין בחורי הישיבות, עמ' 706). מעבר לכך, יש לזכור כי עסקינן בסוגיות חברתיות מורכבות, שקשה להצביע על הסתברות סטטיסטית כזאת או אחרת להתממשותם. ממילא אין זה מתפקידנו לערוך הסתברויות מסוג זה. ניתן



**רק לקבוע כי בנסיבות העניין יש בהסדר שנקבע בחוק פוטנציאל להגשמת התכלית האמורה.** פרט לכך, אין להקל ראש במשמעותיותו הדקלרטיביות של החוק, שכלל אין ניתן לאמוד את פוטנציאל מימושו. נוכח האמור, מצאנו כי החוק מקיים את מבחן המידתיות הראשון" [ההדגשה הוספה – הח"מ]

86. המדינה סבורה כי צבירת הכספים בפקדון מגשימה באופן ממשי את כל ארבעת התכליות שפורטו לעיל – הן אלו הנוגעות ליצירת תמריץ כלכלי משמעותי ליציאת העובד המסתנן מישראל, כשיבשילו עבורו התנאים לכך; והן באשר להבטחת נגישותו של העובד לאותם סכומים שהמעסיק מחויב בהפרשתם, מכוח המנגנון המנהלי שעוגן לראשונה בחוק. דומה שאף העותרים אינם חולקים על כך שהאמצעי הכלכלי יגשים את תכליתו, אלא שבפיהם טרוניה כלפי עצם לגיטימיות התכלית המושגת ביישום החוק.

אשר לחששות שמביעים העותרים ביחס לפועלו של החוק והשפעותיו על אותם מקרי קצה הומניטאריים, הרי שהתקנות שמקדמת הממשלה מכוח חוק עובדים זרים, ומבקשת ליתן לכך מענה.

לפיכך, המדינה תטען כי הוראות החוק בעניין ניכוי שכר העובד לפיקדון צולחות את מבחן המשנה הראשון של המידתיות.

#### **מבחן המשנה השני של המידתיות**

87. במסגרת בדיקת מבחן המשנה השני של המידתיות, ניצבת השאלה האם קיים אמצעי חקיקתי חלופי, שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה, ואשר יהיה בכוחו להגשים את התכלית החברתית באותה המידה, כפי שמגשימה הוראת החוק העומדת למבחן.

כפי שהודגש בפסיקה, מבחן זה אין משמעותו כי על הרשות להעדיף תמיד את אותן אמצעי שפגיעתו בפרט פחותה במושגים מוחלטים. לפיכך אין די להראות לעניין זה, כי קיים אמצעי אחר שפגיעתו פחותה כאמור; אלא "משמעות תנאי זה היא כי האמצעי שנבחר צריך להיות כזה שפגיעתו בזכות האדם היא מתונה, אך לא דווקא הפחותה ביותר האפשרית במסגרת קשת האפשרויות הקיימות" (בג"ץ 6304/09 הנ"ל, בפסקה 115 לפסק-הדין).

88. לעניין יישום מבחן זה יצוין, כי בית המשפט הנכבד כבר הכיר בפסיקתו, בכך שלמחוקק נתון "מתחם תמרון חוקתי" רחב, במסגרתו הוא רשאי לבחור ולברור את האמצעי שמגשים את התכלית בצורה הראויה הנדרשת מבין מגוון האמצעים העומדים לרשותו, ובלבד שהפגיעה בזכות לא תהיה מעבר לנדרש. מתחם תמרון חוקתי זה הומשל לא אחת בפסיקה לטיפוסו של המחוקק על סולם רב שלבים:

"האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה." "על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם" (ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 הנ"ל [10], בעמ' 444). "אם בנסיבות העניין התנאי המתון, הגורם פחות נזק, אינו מספיק כדי להשיג את המטרה, תוכל הרשות לקבוע תנאי מכביד יותר, ככל הנדרש להשגת המטרה" (זמיר במאמרו הנ"ל [51], בעמ' 131) " (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997)).

עוד על מהותו של מבחן המשנה השני של המידתיות ראו גם: אהרון ברק, **מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010) עמוד 415-395; עע"ס 4436/02 **תשעים כדורים - מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה**, פ"ד נ"ח(3) 782,808 (2004) (השופט (כתוארו אז) גרוניס; בג"ץ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נח(1) 268, 249 (2003)).

89. בענייננו, טוענים העותרים כי ישנם אמצעים כלכליים שפגיעתם בזכויות העובדים המסתננים היא פחותה יותר, ובכלל זאת מונים הם את מענק ההסתגלות הניתן כבר היום למסתננים העוזבים את ישראל מרצון המסתכם ב-3,500 דולר (וזאת מכוח החלטה מנהלית שמגבלות תקציב בצידה); וכן את חיוב המעסיק להעביר לפיקדון מכיסו סכום של 16% ממשכורתו הקובעת של העובד.

אכן, גם אמצעים אלו פועלים את פועלם לטובת הגשמת תכלית החקיקה, אולם ברור הוא שלא באותה מידה של אפקטיביות. משכך, ברי כי האמצעים האחרים שמונים העותרים אינם מהווים משום "אמצעי שפגיעתו פחותה", כהגדרתו המשפטית של מונח זה, ויפים לעניין האמור הסבריו של פרופ' אהרן ברק בספרו "מידתיות במשפט":

"היסוד הראשון של מבחן הצורך בוחן את השאלה אם קיימת חלופה שבכוחה להגשים את מטרת החוק באותה מידת אינטנסיביות ובאותה יעילות כמו האמצעים שנקבעו בחוק הפוגע. אם חלופה כזו אינה קיימת, ממילא יש צורך בחוק, ומבחן הצורך מתקיים. חלופה קיימת רק אם האמצעים (ההיפותטיים) על פיה יקדמו את מטרת החוק באותה מידה של אינטנסיביות (או יותר) כמו אלה שנקבעו בחוק הפוגע. על כן נדרש כי האמצעים החילופיים יגשימו את מטרת החוק מבחינת הכמות, האיכות וההסתברות כמו האמצעים של החוק הפוגע או במידה העולה על זו שנקבעה בחוק." [אהרון ברק, **מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010) בעמוד 399].

90. אשר על כן, המשיבים יטענו כי הוראות החוק בעניין הפיקדון והפרשות שכר העובד אליו צולחות אף את מבחן המשנה השני של המידתיות.

### מבחן המשנה השלישי של המידתיות

91. מבחן המידתיות השלישי, או בשמו מבחן המידתיות במובן הצר, מבקש לערוך השוואה בין הפגיעה הנטענת בזכות החוקתית לבין התועלת החברתית שגלומה ביישום ההסדר החוקי. המדינה תטען, כי אף מבחן זה מתקיים בענייננו.

92. כפי שהורחב לעיל בפתח הדברים, המדינה סבורה כי הפגיעה לה טוענים העותרים בזכות לקניין ובזכות לקיום אנושי בכבוד הינה מצומצמת יותר במשקולותיה ובהיקפיה מזו שעלה בידי העותרים להוכיח במסגרת עתירתם.

93. אשר לזכות לקניין, ראינו כי כלל לא ברור כי הסדר המס שנקבע בעת משיכת כספי הפיקדון מהווה, כשלעצמו, פגיעה בזכות לקניין. בהמשך, ראינו כי טיעון העותרים לפגיעה בזכות לקניין אינו מביא כלל בחשבון את העובדה כי אף אלמלא החוק, היו מחויבים העובדים המסתננים בניכוי 6% משכרם לטובת הפרשות לפנסיה, וזאת מכוח צו הרחבה החל עליהם.

ללמדנו, כי הפגיעה השולית העודפת שגלומה בחוק אינה מבטאת ניכוי של 20% משכר העובד, כי אם ניכוי עודף של 14% בלבד. עוד מצאנו, כי אין המדובר בהפקעת הכספים או בהחרמתם, אלא בהפקדתם בפיקדון אישי שינוהל עבור העובד המסתנן ואשר ישמר עבורו, ויימסר לו עת יצא מן הארץ. וכפי שאף הוצג לעיל, מסתננים רבים יוצאים מדי שנה את ישראל – רובם בכלל למדינות מערביות. אחר כל זאת, הובהר כי החוק יוצר אף מנגנון מיטיב עם ציבור העובדים המסתננים, הואיל והוא יוצר לראשונה מנגנון מינהלי נגיש שמבטיח כי מעסיקיהם של העובדים המסתננים יפרישו עבורם את הכספים שהם מחויבים בהם לשם הבטחת זכאותם לזכויות סוציאליות ולפיצויי פיטורים.

כל אלו צובעים את הפגיעה לה טוענים העותרים בגוונים אחרים לחלוטין ומקהים עד מאוד את עוקצה של טענת הפגיעה בזכות לקניין.

94. אשר לזכות העותרים לקיום אנושי מינימאלי בכבוד, אזי עמדנו לעיל על הקשיים הראייתיים שעומדים לחובת העותרים בביסוס טענתם וקביעות בית המשפט הנכבד בבג"ץ 336/03 יפות הן אף לענייננו שלנו.

---

כמו-כן, עמדנו לעיל על החלטתה של המדינה לקדם התקנת תקנות שיאפשרו את משיכת כספי הפיקדון במקרים ובנסיבות הומניטאריות, באופן שייתן מענה לאותם מקרי קצה שבהם מוצדק ונכון הוא להסיג לאחור את האינטרס החברתי הגלום בשמירת כספי הפיקדון עד למועד היציאה. משכך, המדינה טענה כי עם השלמת התקנת התקנות ימצא מענה נורמטיבי הולם אף לאותם מקרי קצה שמביאים העותרים בניסיונם ללמד על השפעת החוק על שגרת חייהם של העובדים.

95. אחר שאמרנו כל זאת, המדינה תטען כי התועלת החברתית הגלומה בהסדר החוקי העומד לביקורתו של בית המשפט הנכבד היא מגוונת ורבת משקל. ונפרט.

96. ראשית, החוק עתיד ליצור תמריץ כלכלי משמעותי לעובד המסתנן לצאת מן המדינה במועד שיידרש לכך, כאשר יתאפשר הדבר, ועל-ידי כך למנוע את המשך השתקעותו בישראל. כפי שהוסבר לעיל, החשיבות הרבה הנודעת ליישום החוק נובעת בשל הצורך להבטיח כלי שיהא אפקטיבי ביכולתו לעודד את מי שבמשך שנים ארוכות השתקעו בישראל, לאחר שהסתננו אליה באופן בלתי חוקי.

בית המשפט הנכבד עמד על השלכותיה והשפעותיה השליליות של תופעת ההסתננות על המשק והחברה בישראל בפרשות השונות שנגעו לתיקוני השונים של החוק למניעת הסתננות. אף שהדברים נקבעו ביחס לתכליתו של פרק ד' לחוק למניעת הסתננות, שעניינו בהקמת מרכז השהייה "חולות", הרי שהם נכונים בשינויים המחויבים לצורך הצגת התועלות הגלומות בקידום אמצעים כלכליים שיעודדו בבוא היום את העובד המסתנן לצאת מישראל, כאשר הדבר יתאפשר בידו. כך, למשל, קבע כב' השופט גיבוראן בפסק הדין בעניין גבריסלאסי:

"6. תכליתו הראשונה של פרק ד' דומה שגם העיקרית היא מניעת השתקעותם של מסתננים בריכוזי אוכלוסין והשתלבותם בשוק העבודה. השאלה אם תכלית זו היא ראויה לא הוכרעה בחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן. על תכלית זו עמדה השופטת ארבל בעניין אדם והטעימה כי עניינה למנוע ממסתננים שחדרו כבר לגבולות מדינת ישראל מלהכות בה שורש; מלהשתלב בשוק העבודה; ומשאר השלכות שליליות אשר כרוכות בתופעת ההסתננות. על רקע זה סברה חברתי כי מדובר בתכלית ראויה והטעימה כי "כידוע, למדינת ישראל יש זכות לקבוע את מדיניות ההגירה לתוכה הנובעת מאופייה הריבוני של המדינה" (פסקה 84 לחוות דעתה בפרשת אדם).

גם חברי השופט עמית כינה את ריבונותה של המדינה "תכלית ראויה עד מאד" – אף שהדברים נאמרו בהקשר של בחינת תכלית מניעת הכניסה לישראל להבדיל מן התכלית של מניעת השתקעותם (ראו הסיפה של פסקה 10 לחוות דעתו). ברוח דומה ציין חברי הנשיא כי יש להתחשב בעקרון הריבונות, המעניק למדינה שיקול דעת רחב לקבוע את מדיניות ההגירה וההשתקעות בה, על כל המשתמע מכך (פסקה 18 לחוות דעתו).

7. בדומה לחברתי השופטת ארבל בפרשת אדם, אני סבור כי התכלית של מניעת השתקעות והשתלבות, כשלעצמה, אינה בלתי לגיטימית. [...]

אין חולק כי הפעלת אמצעים שתכליתם מניעת השתקעות והשתלבות בערים ובשוק העבודה כרוכה בפגיעה בזכויות אדם. אך פגיעה זו כשלעצמה אינה בהכרח שוללת את לגיטימיות התכלית. 'אין לומר כי תכלית היא ראויה רק אם אין בה פגיעה בזכות אדם... קביעה מראש שכל פגיעה אינה ראויה נוגדת את תכליתה של ההוראה בדבר תכלית ראויה, ואין לנקוט בה" (הנשיא ברק בעניין התנועה לאיכות השלטון,

בפסקה 51). בבסיס מדיניות ההגירה עומד אינטרס חברתי ראוי ובר משקל. מדיניות הגירה מבקשת בין היתר לצמצם תמורות דמוגרפיות לא רצויות שהן תוצר בלתי נמנע של הגירה לא חוקית ושל הסתננות בפרט. תמורות אלה הביאו, במציאות הישראלית, להשלכות שליליות כגון עליה בפשיעה; הכבדה על תקציב המדינה ועל מערכות הבריאות והרווחה באזורים מסוימים; קשיי אכיפה של חובות אזרחיות כגון תשלום מס ועוד (ראו: פסקאות 6-11 לכתב תשובה מטעם המדינה מיום 11.3.2014).

8. שאיפתה של המדינה למנוע השתקעותם של מסתננים בערים היא אחד מביטויה של מדיניות ההגירה. מדיניות זו כרוכה מטבעה בהגבלה של זכויות יסוד מסוימות אשר נדונו בהרחבה בחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן. אך הגבלה זו כשלעצמה אינה שוללת את היותה של התכלית ראויה. בבסיס מדיניות זו עומדים אינטרסים חיוניים. תכליתם של אינטרסים אלה מבטאת ההגנה על החברה מפני ההשלכות השליליות שעלולות להיות תוצאתה של תופעת ההסתננות. הגנה זו היא ראויה בעיני, ולפיכך, אני סבור כי תכלית זו עומדת במבחן התכלית, וזאת ללא קשר לאמצעים שננקטים להגשמתה, אשר מבחינה פסקת ההגבלה ייעדו להם בחינה נפרדת". [ההדגשה הוספה - הח"מ]

כמו-כן, ראו גם את תיאורו של כבי' השופט הנדל בפסק הדין בעניין אדם, שם נדרש הוא למציאות החברתית שעמה מתמודדת החברה הישראלית לנוכח השתקעותם של עשרות אלפי מסתננים במרכזי הערים. וכך מתאר זאת השופט הנדל בפסק דינו:

"בשנים האחרונות, עשרות אלפי מהגרים ניצלו פרצות בגבול על מנת להסתנן לשטח ישראל באופן בלתי-חוקי. זרם המסתננים איים להפוך לשיטפון. תופעת ההסתננות הביאה עימה תוצאות קשות במגוון תחומים: הידרדרות ביטחון הפנים ותחושת הביטחון האישי באזורים שונים; פגיעה ברמות השכר והתעסוקה של עובדים רבים; גידול בהוצאות תקציביות בגין שירותי רפואה, רווחה וחינוך; והתפתחות שווקים בלתי-מפוקחים. בית משפט זה - בתוך עמו הוא יושב: נדמה כי הנפגעים העיקריים, גם אם לא הבלעדיים, מן ההגירה הבלתי-חוקית המאסיבית והפתאומית הם בני השכבות הסוציו-אקונומיות החלשות יותר. חופש העיסוק, היכולת להשתכר שכר הוגן, שלום הציבור במובן הרחב ותחושת שלום הציבור - כל אלו ספגו פגיעה קשה. מצב זה לא היה תוצאה של מדיניות מכוונת, אלא תוצאה של זרם החיים ואולי אף של העדר מדיניות (ראו סעיף 1 לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות).

זו הייתה המציאות עד לפני זמן לא רב. זוהי הקרקע שעליה צמחה אף הדרישה הציבורית לחולל שינוי במדיניות ההגירה של מדינת ישראל. מכאן הגיע התיקון לחוק, אשר ביקש להתמודד עם מציאות קשה זו. בנסיבות אלו, האם התיקון הוא לתכלית ראויה? לטעמי התשובה היא חיובית" [ההדגשה הוספה - הח"מ].

97. בהקשר זה, המדינה תבקש לדחות את טיעונם של העותרים באשר להיות התועלת החברתית ערטילאית וכוללנית. המציאות מלמדת כי יצירת תמריצים כלכליים חיוביים מהווה אמצעי אפקטיבי להכוונת התנהגות. כך על דרך הכלל, וכך בפרט כאשר עסקינן בעולמות התוכן של דיני ההגירה. ויעידו על כך נתוני היציאה מרצון של מסתננים שנסקרו לעיל, המלמדים על כך שיעדי היציאה הם מגוונים ביותר. הגדלת התמריץ הכלכלי החיובי הגלום בכספי הפיקדון שיצטברו בחשבונותיהם של העובדים המסתננים, עתיד להערכת גורמי המקצוע ברשות האוכלוסין וההגירה, להגדיל ולחזק מגמה זו.

המדינה תוסיף ותטען, כי אין לקבל את טענת העותרים, לפיה דווקא אמצעים פוגעניים יותר, כגון שלילת חירות לשם הבטחת הרחקה עתידית מכוח הוראות חוק הכניסה לישראל, הם אמצעים מתאימים יותר מן האמצעי הכלכלי מושא העתירה (סעיף 198 לעתירה).

98. שנית, החוק נועד לספק לעובדים המסתננים נקודת פתיחה ראויה להתחלת חייהם החדשים מחוץ לישראל בעת יציאתם מישראל, הודות לתכנית הפיקדון החודשית, תוך שהחוק מבטיח שמירה על זכויות ההעסקה של העובדים המסתננים.

עוד ראינו כי הסדר הפיקדון נועד גם להקל על תשלום הסכומים שהמעסיק חייב להפריש לקופת גמל בעבור עובדיו, לפי הסכם קיבוצי או צו הרחבה, זאת משום שההפקדה תתבצע באופן שוטף ולאורך כל תקופת העבודה. באופן האמור, החוק אף יקטין את הפגיעה בתעסוקה של עובדים ישראלים ובעיקר בשכר של עובדים ישראלים באותן עבודות בהן מעסיקים "רואים" לנגד עיניהם את האפשרות להקטין את עלויות ההעסקה על-ידי עובדים מסתננים. אלו הן תכליות ויעדים חברתיים ראויים שתורמתם משמעותית היא.

99. לאור כל האמור לעיל, ובהעמידנו את עוצמת הפגיעה הפחותה בזכות לקניין, כמו-גם את פועלן הצפוי של התקנות באשר למקרים הומניטאריים; אל מול התועלת החברתית העצומה שפורטה לעיל ביחס לכל אחת מתכליות החוק - המדינה תטען כי פרק הפיקדון שנקבע לעובד מסתנן בחוק עובדים זרים צולח אף את מבחן המידתיות השלישי.

אשר על כן, המדינה תטען כי לא עלה בידי העותרים להוכיח עילה להתערבות בית המשפט הנכבד בהוראות החוק מושא העתירה.

100. עוד תטען המדינה, כי למחוקק שמור מרחב תמרון חקיקתי רחב בנוגע לאופן התמודדותה עם שאלות מתחום מדיניות ההגירה, כגון זו שלפנינו. הדבר נכון בפרט עת עוסקים אנו בחקיקה ראשית שמבקשת להעניק בידי הממשלה אמצעים משפטיים כלכליים להתמודדות עם השתקעותם של אלפי מסתננים בישראל, באופן שתוצאה חברתית זו לא תהא בבחינה עובדה מוגמרת שלא ניתן בעתיד לשנותה.

שלא בשולי הדברים, יוער כי מן העתירה עולה שכל סכום שהיה מנוכה משכרו של העובד לטובת הפיקדון היה בבחינת אמצעי פסול ובלתי חוקתי, אפילו היה הדבר מסתכם ב-10% בלבד. עמדה זו של העותרים מוקשית היא בעיני המדינה, הן בהיבטיה האיכותיים והן בהיבטיה הכמותיים. בכל הקשור להיבטים האחרונים ולשקלולם במסגרת מבחן המדיניות השלישי, נבקש להביא מפסק דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס בעניין גבריסלאסי:

17. לדעתי, כאשר בית המשפט נדרש ליישם את מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות, היינו את שאלת היחס הסביר בין התועלת לבין הפגיעה בזכות החוקתית, והוא עושה כן לגבי שאלה חוקתית "כמותית" באופייה, בדומה לדוגמאות המובאות לעיל, הרי עליו ליתן משקל לא מבוטל למרחב התימרון הנתון למחוקק. זאת, בעיקר בשל גורם נוסף שיש להתחשב בו, אשר עשוי להשפיע על מרחב התימרון החקיקתי: הוא החשש מפני טעות שיפוטית (ראו והשוו, חוות דעתי בעניין עדאלה, בעמ' 517-518; וראו גם דוידוב, בעמ' 369-370). חשש זה מתעצם משמעותית כאשר עסקינן בשאלה חוקתית בעלת אופי כמותי. ודוק, אין ללמוד מדבריי כי יש למתוח את מיתחם התימרון אל מעבר לנדרש, עד כדי השתלטותו על ההכרעה החוקתית. בצדק ציין בית משפט זה כי הזהירות הנדרשת בעת ביקורת שיפוטית על חקיקה של הכנסת, "אסור לה שתגרור קיפאון" (עניין המועצה האזורית חוף עזה, בעמ' 553). עם זאת, כבר נאמר כי "גדרו של [מיתחם התימרון] אינו קבוע כמובן, אלא הוא תלוי הקשר ונסיבות. יהיו מקרים שבהם המיתחם יהיה רחב יחסית, ולעומת זאת יהיו מקרים שבהם מרחב זה יהא מצומצם ביותר, או אף לא יתקיים כלל" (עניין תשעים הכדורים, בעמ' 813; וראו גם פסקה 12 לעיל). עמדתי היא, כי כאשר עסקינן בסוגיה חוקתית שיש לה אופי "כמותי", קיימת חובה מוגברת להתחשב במיתחם התימרון הנתון למחוקק לקבוע את המידה או השיעור (בין אם מדובר באורך תקופה, בסכום או בעניין אחר בעל אופי כמותי).

101. אחר כל הדברים האמורים, המדינה תטען כי הוראות הפיקדון צולחות הן אף את מבחן המשנה השלישי של עקרון המידתיות. משהגענו למסקנה זו, המדינה תטען כי לא עלה בידי העותרים להוכיח קיומה של עילת התערבות חוקתית בחוק מושא העתירה. משכך, דין העתירה להידחות.

102. למען הזהירות בלבד, ומשהעותרים הוסיפו וטענו טענות פרטניות כנגד היבטים כאלו או אחרים של הסדר הפיקדון, המדינה תבקש לייחד את הפרק הבא למתן מענה לטענות פרטניות אלו.

## ה. טענות נוספות שעולות מן העתירה

### טענות כנגד אופן הפעלת חשבון הפיקדון

103. באשר לטענת העותרים אודות הפטרנליזם בניהול כספם של העותרים, נאמר כי אכן יש משום פטרנליזם בנטילת המדינה את האחריות לאכיפת זכותם של המסתננים להפרשות סוציאליות כדין. ואולם, במצב הדברים הנוכחי, שבו קרנות הפנסיה אינן מחויבות לאפשר פתיחת קופות פנסיה לעובדים מסתננים; וכפי שנלמד, בפועל, אכן אינן מאפשרות פתיחת קופות על שמם במקרים רבים; נראה היה שזהו הפתרון המיטבי בנסיבות להבטיח כי מעסיקי העובדים המסתננים יפרישו את אותן הפרשות סוציאליות בהן הם מחויבים.

104. כמו-כן, המדינה תבקש לעדכן כי בהינתן הנחת המוצא כי תקופת החיסכון אינה תקופה ארוכת שנים במיוחד, וכזאת אינה מתאימה לפעילות פיננסית ארוכת טווח המאופיינת על ידי הגופים המוסדיים, קוימה התייעצות עם רשות שוק ההון בנושא. בעקבות ההתייעצות הוחלט כי הגוף המתאים לתפעל את הפיקדון הינו גורם בנקאי; קרי, מי שניתן לו רישיון בנק או רישיון בנק למשכנתאות בהתאם להוראות חוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981.

הגורם הבנקאי שינהל את הפיקדון, עבור העובדים הזרים שעובדים בארץ כדין ועבור העובדים המסתננים, נבחר במסגרת מכרז שבו התחרו המציעים על מרכיב הריבית שיצבור הכסף שיופקד והעמלות שיגבו מכל עובד עם משיכת כספי הפיקדון שלו. כל זאת, כדי למקסם את ערך הכסף וכפועל יוצא את החסכון שייצבר לטובת העובדים המסתננים, לכשתאפשר יציאתם מהארץ. בסופו של יום, יצוין כי רק גורם בנקאי אחד הגיש הצעה.

105. בהתאם להוראות החוק, מוסרת רשות האוכלוסין וההגירה למסתנן לפי בקשתו מידע בכתב אודות הכספים שנצברו בחשבון הפיקדון שהוקצה לו ואישורי הפקדה. כמו כן, הרשות פועלת לפיתוח מיחשובי שיאפשר למסתנן צפייה בעמוד מקוון עם גישה אישית, בו יופיע פירוט ההפקדות עבורו ותצויין היתרה הצבורה לזכותו. הצפי הזהיר הוא הפיתוח יושלם בתוך מספר חודשים.

### מסירת מידע למסתנן

106. יצוין כי בהתאם להוראות החוק, מוסרת רשות האוכלוסין וההגירה למסתנן לפי בקשתו מידע בכתב אודות הכספים שנצברו בחשבון הפיקדון שהוקצה לו ואישורי הפקדה. כמו כן, הרשות פועלת לפיתוח מיחשובי שיאפשר לעובד מסתנן צפייה באופן מקוון עם גישה אישית, בו יופיע פירוט ההפקדות עבורו ותצויין היתרה הצבורה לזכותו. הצפי הזהיר הוא כי הפיתוח יושלם בתוך מספר חודשים.



107. כפי שהוצג מעלה במסגרת הדיון אודות הזכויות החוקתיות שעל הפרק, העותרים טוענים כי הסדר המס שנקבע פוגע פגיעה בלתי חוקתית בזכויות המסתננים לקניין ולשוויון. באופן סכמתי, ניתן לחלק את טענות העותרים כנגד הסדר המס למספר טענות:

הראשונה - המיסוי שנקבע על 15% הוא גבוה, ופוגע בזכות העותרים לקניין; השנייה - הסדר המס פוגע בשוויון בשל כך שהעובדים המסתננים יאלצו לשלם מס על הכנסה שטרם קיבלו. שלישית - פגיעה נוספת בזכות לשוויון בשל כך שהמסתננים יאלצו לשלם מס בגובה 15% על פידיון זכויות סוציאליות, שעה שעובדים באותו מפעל לא ישלמו עליהן מס כלל. רביעית - טענה המפנה לסעיף 29 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, שקובע כי מדינות בעלות האמנה לא יטילו על פליטים "ארנונות, היטלים או מסים השונים או גבוהים מאלה שמותר להן להטיל על אזרחיהן במצבים דומים". לטענת העותרים, הסדר המס קובע הסדר בו משולם מס גבוה יותר על המסתננים מאשר מוטל על אזרחי ישראל.

108. המדינה תבקש לדחות טיעונים אלו - ונבאר.

105. בהתאם להסדר שנקבע בחוק ע ובדים זרים (כנוסחו לאחר תיקונו בשנת 2017), שכר העבודה של העובד המסתנן ימוסה במועד ההפקדה, כהכנסת עבודה בשיעורים הקבועים בסעיף 121 לפקודה; ואילו חלק המעסיק יועבר לפיקדון בלא שיוטל עליו מס במועד ההפקדה. על כל ההפרשה שעשה המעסיק, וכן על הרווחים שהצטברו בפיקדון, יוטל המס רק במועד שבו הגיעו לידי העובד בפועל, בשיעור של 15%.

הסדר המס הנוכחי מבוסס על הסדר דומה הקיים בנוגע לפיקדון של עובדים זרים שאינם מסתננים. לפי סעיף 1יא לחוק עובדים זרים, מעסיקים של עובדים זרים אלה, מפקידים לפיקדון סכום שקבע שר הכלכלה והתעשייה בתקנות (כיום הסמכות מסורה לשר העבודה). סכום זה, והרווחים שנצברו עליו, ממוסים במועד המשיכה מהפיקדון בשיעור של 15%. בניגוד להסדר החל לגבי מסתננים, בהסדר שחל לגבי עובדים זרים שאינם מסתננים, לא נעשית הפקדה מחלק השכר של העובד, ולכן לא היה צורך להבהיר את הסדרי המיסוי שחלים על הכנסת העובד.

106. בנקודה זו, חשוב להבהיר כי הסדר המס לא נועד להטיל נטל נוסף על העותרים או להכביד עליהם כטענת העתירה. התכלית של הסדר המס היא מצומצמת ופשוטה - לקבוע את אופן המיסוי של כספי הפיקדון בהתאם לעקרונות דיני המס הכלליים. מכיוון שההסדר הוא הסדר ייחודי בחקיקה הישראלית אשר דיני המס לא מתייחסים אליו ישירות, היה צורך לקבוע את אופן המיסוי של הכנסת המסתנן באופן פרטני.

109. כך, למשל, המדינה תטען כי אין לקבל את טענת העותרים לפיה העובד המסתנן נדרש לשלם מס למפרע על שכר שטרם קיבל.

המדינה סבורה כי העותרים שוגים באפיונם את חלק העובד כשכר שטרם התקבל אצל העובד. מערכת המס, בכל ההקשרים, רואה את חלק העובד בפיקדון כהכנסה של העובד לכל דבר ועניין. במקרים בהם מעסיק מעביר חלק משכר העבודה של העובד לקופת חיסכון לטובת העובד, מערכת המס רואה זאת כאילו שהעובד קיבל את הכסף לידי, והפקיד את הכספים בקופת החיסכון. כספים אלו ימוסו, אלא אם ניתן פטור ספציפי. שתי דוגמאות הבאות – הפקדות לקרן השתלמות והפקדות לקרן פנסיה – ממחישות זאת. כך, למשל, אין בפקודת מס הכנסה סעיף ספציפי הקובע שחלק העובד המופקד לקרן השתלמות חייב במס. ברם, היות שמדובר בחלק מהכנסת העובד, ברור מהוראות סעיף 2(2) לפקודה, כי כספים אלו ימוסו. ולכן, חלק העובד המופקד לקרן השתלמות ממוסה, הגם שהעובד לא קיבל לידי את הכסף בשום שלב. באופן דומה, גם חלק העובד המופרש לקופת גמל ממוסה על פי סעיף 2(2) לפקודה.

למעשה, גם חלק המעסיק אשר מופרש לטובת העובד הוא הכנסת עבודה במועד ההפרשה. סעיף 2(2) לפקודת מס הכנסה מוגדר באופן רחב ביותר, הכולל לא רק רווח והשתכרות מעבודה, אלא גם כל טובת הנאה או קצובה שניתנו לעובד ממעסיקו. מובן מאילו שתשלומים לקרן פנסיה, קרן השתלמות או כל קרן אחרת, הן לכל הפחות "טובת הנאה", ומהווים גם הם הכנסת עבודה (וראו: ד"ר א' רפאל ו-ד' אפרתי, דיני מס הכנסה (שוקן, כרך א, מהדורה 2, תשמ"ה) 58; עמה (ת"א) 1062-07 אריה גבע עו"ד נ' פקיד שומה תל-אביב (2012)). לסיכום חלק זה, על פי עקרונות דיני המס, כל הטבה שמקבל עובד ממעסיקו, צריכה להיות מחויבת במס במועד מתן הטבה, לרבות הפקדת כספים בקופת חיסכון, ולכן אין מדובר במס למפרע. למעשה, לולא הוראות סעיף 1א(ה) לחוק עובדים זרים, גם חלק המעסיק היה צריך להיות ממוסה כהכנסה של העובד במועד ההפקדה.

110. העותרים מוסיפים וטוענים כי תושבי ישראל פטורים ממס על הכנסה המתקבלת מקרנות השתלמות, קרן פנסיה, ופיצויי פיטורין בהתקיים אירוע מזכה. העובדה שמוטל מס על מסתננים בשיעור גבוה יותר מהמס המוטל על ישראלים במצב דומה, מייצר לטענת העותרים פגיעה חוקתית בשוויון.

כפי שהוצג מעלה, עמדת המדינה היא כי מאפייניהם הייחודיים של המסתננים כקבוצה מגבשים טעם רלוונטי המבחין ביניהם לבין תושבי ישראל, כמו-גם בינם לבין העובדים הזרים החוקיים. בצד זאת, לעניין הסדרי המס, העובדים המסתננים נמצאים באותה קבוצת שוויון יחד עם העובדים הזרים החייבים בהפקדה לפיקדון, והם אכן ממוסים באופן שווה. ההבדל בהסדר בין שתי הקבוצות הוא שהחוק מטיל חובה על המסתנן להעביר 20% מהכנסתו (לאחר מס) לפיקדון, ואילו אינו מחייב את העובדים הזרים האחרים להפקיד לפיקדון סכום זה.

111. אשר לטענת העותרים כי הסדר המס שנקבע ביחס להפרשות המעסיק עולה כדי מיסוי כספים שנועדו לחיסכון סוציאלי, המדינה תבקש להשיב כדלקמן.

עובד ישראלי מקביל המושך במשיכה חד-פעמית כספים המופקדים בקופת גמל לטובתו, לפני מועד פרישתו מעבודה, צריך לשלם מס בשיעור של 35% (ראו תקנות מס הכנסה (כללים בדבר חיוב במס על תשלומים לקרן שלא אושר ותשלומים שלא כדין), התשכ"ב-1962). מנגד, עם הגעה לגיל פרישה, רשאי העובד למשוך את הכספים מבלי שהסדר זה יחול עליו.

מטרת הסדר המס שנקבע לחיסכון פנסיוני ולתשלומים סוציאליים היא לתמרץ נישומים לחסוך כספים למועדים בהם הכנסתם תפחת, ומדובר במעין סבסוד שניתן על ידי המדינה. הסיבות העיקריות להתערבות הממשלה בתחום הביטוח הפנסיוני נובעות מתוך פטרנליזם, שכן ידוע הוא שהפרט הממוצע סובל מקוצר ראות ביחס למידה הנכונה של ביטוח שיידרש לו בעתיד. על-כן, מתוך רצון להגן על קופת המדינה, וכדי למנוע את התופעה בה אנשים אינם חוסכים לעת סגריר (מתוך הנחה שהמדינה באמצעות קצבאות תממן אותם במצבים אלה), יוצרת הסדר מס בעל תמריצים כלכליים שיעודדו חיסכון ארוך טווח (וראו: יורם מרגליות "אפליה בהסדרי החיסכון הפנסיוני ופתרונה המוצע" משפטים לא(3) (תשס"א)). מטרה נוספת של הפטור ממס על הכנסות הנובעות מתשלומים סוציאליים (עד התקרה), היא להגדיל את ההכנסה הפנויה של מקבל התשלום בעת קרות האירוע הביטוחי. כל זאת, הואיל ואם המדינה לא הייתה מעניקה הטבה בדמות פטור ממס, אזי במקרים רבים היא הייתה נדרשת להשלים את ההכנסה של מקבל התשלום באמצעות מימון ישיר. הווה אומר, ביד אחת ממסה וביד השנייה משיבה במימון ישיר.

112. כעת, המדינה תבקש לטעון כי הבחירה של המחוקק הראשי שלא ליתן למסתננים הטבות מס על הכנסה מתשלומים סוציאליים היא בחירה לגיטימית שאינה מגלה הפליה פסולה. הטבה זו מוענקת על-ידי המדינה לתושביה, בשים לב למערכת מתמשכת של יחסי גומלין המתקיימת בין תושב למדינתו לאורך זמן. מן העבר האחד, התושב ממלא חובות אזרחיות ומממן לאורך זמן את צרכי המדינה; ומן העבר השני, המדינה גומלת לו בהתחשבות במצבו האישי והמשפחתי. זאת, בדומה להטבות נוספות הקבועות בחוק, כגון חוק ביטוח בריאות ממלכתי, חוק הביטוח הלאומי וזכויות נוספות השמורות לתושב ישראל (ראו והשוו: בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, 331 (2004); רע"ב 3969/97 מדינת ישראל נ' אבו רביע, פ"ד נא(5) 470, 478 (1997)). בהקשר זה, מובן, כי אם המדינה אינה מחויבת לספק לאדם קצבאות סוציאליות, אזי ההצדקה למתן פטור ממס לשם עידוד החיסכון פוחתת אף היא.

כמו כן, אי-מתן הטבות מס, ובכלל זה פטור לכספים שנחסכו לצורך קבלת תשלומים פנסיוניים, היא אמצעי מדיניות לגיטימי – ואף מתון – שנועד להקטין את התמריץ להסתננות לישראל. ונהפוך הוא – מתן הטבות מס לעובדים מסתננים משמעה מתן תמריץ כלכלי שיש בו כדי להגביר את תופעת ההסתננות. ראו בענין דומה את קביעות בית המשפט הנכבד בבג"ץ 3806/15 עמותת קו לעובד נ' שר האוצר (2015):

7. [...] ואולם לגוף הדברים לא מצאנו עילה להתערבותנו. כמפורט לעיל, סעיף 48א לפקודה מסמיך את שר האוצר במפורש לקבוע כי הוראות הפקודה לענין זיכויים, כולן או מקצתן "לא יחולו על עובד זר או על סוגי עובדים זרים שיקבע, או שיחולו עליהם באופן חלקי בתנאים שיקבע." 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, ומכל מקום וודאי שאין חובה לעשות כן.

8. הטבות מס והעסקת עובדים זרים הם מהעניינים המובהקים שבמדיניות, ובית משפט זה לא בנקל יתערב בהכרעותיה של הרשות המבצעת בעניינים אלה, ובמיוחד בענייננו כאשר המשיב פעל מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית.

113. די בדברים האמורים כדי להצדיק את דחיית טענותיהן של העותרות במישור זה. מעבר לאמור, נדגיש כי יש לנהוג משנה זהירות בבחינת דיני המס באספקלריה של הזכות לשוויון. מארג דיני המס הוא מארג הוראות מורכב, עתיר הוראות ואבחנות בין סוגי נישומים, פעילויות ונכסים החייבים במס, תכלית כל מס, דרכי חישוב בסיס המס ושיעור המס הנגזר ממנו וכו'. האבחנות הללו מבטאות את סדרי העדיפויות הכלכליים של המדינה. יש קושי מהותי בקביעת אי שוויון שיוצרת הוראה פלונית במנותק ממכלול מארג הוראות המיסוי.

114. העותרים טוענים כי שיעור המס שמוטל על חלק המעסיק והריבית המתקבלת על הקרן שבפיקדון – העומד על 15% – הוא גבוה. כאמור לעיל, בדומה להסדר המס החל לגבי עובד זר שמפקיד כספים בפיקדון, נקבע שחלק המעסיק, והרווחים שמצטברים בפיקדון ימוסו במס סופי בשיעור של 15% במועד המשיכה של הכספים.

**ראשית**, נסביר את שיעור המס שנקבע לגבי חלק המעסיק המופרש לפיקדון (הקרן). כפי שהובהר לעיל, לולא הוראה ספציפית חלק המעסיק היה ממוסה כשכר עבודה של העובד, והיה מוטל מס על חלק זה במועד ההפקדה בשיעור המס השולי החל על היחיד. הסדר המס נותן למסתננים הטבה בכך שהוא מאפשר דחייה של מועד תשלום המס למועד שבו הכספים הגיעו לידי העובד בפועל. הסדר זה נקבע גם מכיוון שבניגוד לחלק העובד, אשר יגיע בסופו של דבר לידי המסתנן, חלק המעסיק (או לפחות רובו) יגיע לידי העובד רק אם יעזוב את ישראל במועד שנקבע לו. לפיכך, מבחינה מיסויית ניתן לראות את חלק המעסיק כמתקבל אצל העובד רק במועד קבלת הכספים בפועל.

115. עוד יצוין, כי ההסדר הוחל על כלל חלק המעסיק ולא רק על 80% ממנו (שהוא החלק שניתן לנכות מכספי הפיקדון אם המסתנן לא עוזב את ישראל במועד), וזאת מתוך רצון ליצור הסדר שיהיה פשוט יותר. מכיוון שהשלב שבו ממוסים הכספים הוא השלב שבו הכסף מגיע לידי העובד מחשבון הבנק בו מתנהל הפיקדון, היה צורך לקבוע שיעור מס אחיד. כל זאת, מדוע? משום שהבנק אשר מנכה את המס מכספי העובד אינו יודע לעשות חישוב של שיעור המס שבו חייב העובד. כמו כן, לולא היה נקבע שיעור מס אחיד, כל הסכום שהיה נצבר בפיקדון היה מתווסף להכנסתו של העובד בשנת המס שבה קיבל את הכספים, וכך הייתה – ככל הנראה – נוצרת באופן מלאכותי הכנסה חייבת גבוהה באותה שנה, אשר הייתה ממוסה בתורה בשיעור מס גבוה מן השיעור שנקבע.

השיעור שנקבע עומד על 15%. לעמדת רשות המסים, זהו שיעור סביר, אשר קבע המחוקק בנסיבות העניין, ונמצא בגדר מתחם המידתיות הרחב השמור למחוקק המס. ולראיה, מדובר על שיעור מס שולי בטווחים הנמוכים של ההכנסות מיגיעה אישית הקבועים בסעיף 121. כמו כן, יש לזכור שזהו שיעור מס המשקף בתוכו גם את ההטבה המגולמת בדחיית מועד התשלום. בהנחה שהריבית במשק תעלה, גלומה בדחיית המס הטבה משמעותית.

116. שנית, יש להתייחס למס שנקבע על הרווחים. לפי הוראות חוק עובדים זרים, על ריבית שנצברת על הכספים שהופקדו בפיקדון יוטל מס בשיעור של 15% (הן ריבית שנצברת מהפקדות מחלק העובד והן מהפקדות מחלק המעסיק). ואכן, גם לפי סעיף 124ג(ג) לפקודת מס הכנסה, שיעור המס שמוטל בשל הכנסה מריבית שהתקבלה על נכס שאינו צמוד למדד, או שהוא צמוד בחלקו לשיעור עליית המדד, הוא 15%. משמעות הדברים היא שכספי העובדים המסתננים שמופקדים בפיקדון שאינו צמוד למדד ממוסים בשיעור המקביל שנקבע בפקודה על רווחים דומים.

117. לבסוף, נבקש לדחות את טענת העותרים כי הסדר המס סותר את האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951. ראשית, העותרים טוענים טיעון זה באופן כוללני, תוך שלשיטתם כל עובד מסתנן הוא בגדר פליט או מבקש מקלט, אף שרובם כלל לא הגיש בקשות מקלט; וממילא לא הוכר כפליט. שנית, כפי שהובהר לעיל, אופן המיסוי של עובדים מסתננים עולה בקנה אחד עם עקרונות המיסוי הישראלי. ההבחנה בין קבוצת העובדים הישראליים וקבוצת עובדים המסתננים נעשתה רק לעניין מתן הטבות המיועדות לתושבי ישראל אשר חיים בה בקביעות.

לעניין זה נפנה לפסק הדין בבג"ץ 8421/14 הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' שר האוצר (2017). באותה פרשה קיבל בית המשפט הנכבד את עמדת המדינה כי יש הבחנה בין "אפליה" כמובנה באמנות בין-לאומיות לבין הבחנה רלוונטית על בסיס תושבות.

בעתירה זו אשר הוגשה כנגד תקנות מס הכנסה (זיכויים לעובד זר), תשע"ה-2014, קבע בית המשפט הנכבד כדלקמן:

"עוד, כשלעצמנו מקובלת עלינו עמדת המדינה, כי הוראות האמנות אינן סותרות את השינוי; האמנות שוללת הפליה על בסיס אזרחות, ואילו כאן עסקינן במי שבאו לישראל לתקופה מוגבלת, וההבחנה היא איפוא על בסיס תושבות; ועל כן אין המדינה בהכרח חייבת, גם אם הדבר עשוי להיות רצוי חברתית, להעניק להם הטבות המוענקות לתושבים הקבועים. ועוד, עסקינן בהטבה ולא בקביעת שיעור מס שונה בבסיסו; ראו בג"ץ 2587/04 בוכריס נ' פקיד שומה חדרה (2005) שם מציין הנשיא ברק, לאחר ציטוט סעיפי האמנות, כי (פסקה 8) "סעיף 25 לאמנה, וסעיפים דומים האוסרים על הפליה באמנות למניעת מסי כפל, באים למנוע נטל מס שונה על העובד הזר אך בשל אזרחותו השונה", אך האיסור "לא נועד להשגת שיוון בין עובד זר למקומי בכל היבט מסי באשר הוא". המדובר איפוא בסופו של יום בנושא שבשיקול דעת, וגם אילו סברנו כי ניתן היה לגלות יתר נדיבות לעובדים הללו, אין לפנינו תמונת המיסוי הכללית, ובמישור המשפטי יכלה המדינה לעשות את שעשתה."

עוד יצוין, כי בשנת 2004 - בסמוך לחיקוקו של חוק המטיל היטל על מעסיק של עובד זר - הוגשה עתירה על ידי שני מעסיקים של עובדים זרים (בג"ץ 2587/04 בוכריס נ' פ"ש חדרה (פורסם בנבו, ניתן ביום 23.6.2005)). בדומה לענייננו, טענו העותרים כי החוק פוגע בשוויון הפיסקלי בין עובדים זרים לעובדים ישראלים, ולפיכך הוא נוגד את התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל. בית משפט זה דחה את העתירה, בקבעו, כי:

"חזקה היא כי תכליתו של כל חוק לעלות בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של המדינה... אבל זו חזקה פרשנית אחת מקשת רחבה של חזקות המגבשות את תכליתו של החוק (ראו: ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה 1061, 1065). במקרה שלפנינו, גם אם נפעיל את החזקה הפרשנית הזאת, אין בה כדי להוביל לפרשנות סעיף 45 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל באופן המבטל את היטל המעסיקים. פרשנות כזאת חורגת מגדר הפרשנות האפשרית של סעיף 45 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל, וזאת מבלי שנביע כלל עמדה בשאלה אם לגופו של עניין סותר סעיף 45 לחוק את האמור באמנה."

## סיכום

118. בהיאסף כל המקובץ עד כה, המדינה תטען כי לא עלה בידי העותרים להוכיח כי החוק שנתקף בעתירה מסב פגיעה בלתי חוקתית שיש בה כדי להצדיק את הסעד התריג שהתבקש בה - ביטול חקיקה ראשית של כנסת ישראל. הולמים לעניין זה דבריו של כבי המשנה לנשיא, השופט המנוח מ' חשין, בבג"ץ 336/03:

"זהיר-זהיר נלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת ולו במקום שהדברים אמורים: בזכויות-יסוד של היחיד. זהירות-יתר זו עטפה עצמה בדוקטרינה, ואותה דוקטרינה מזהירה אותנו באורח מפורש ומפורט מפני התערבות במעשי חקיקה של הכנסת, שמא יעבור בית המשפט ויחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת... לענייננו - שלא ייאמר, כי בפגיעה בזכותו של היחיד חייבת שתהא פגיעה מהותית, פגיעה יסודית ועמוקה, פגיעה שיש בה עוצמה שלילית בכמות, במשקל ובמידה כדי כך שמכריעה היא הוראת-חוק מפורשת" (פסקה 5 לפסק דינו)

119. אשר על כן, המדינה תטען כי דין העתירה להידחות.

120. העובדות המפורטות בתגובה זו, שנוגעות לעבודת מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה, נתמכות בתצהירו של מר יוסי אדלשטיין, ראש מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה; העובדות המפורטות בתגובה זו, שנוגעות לעבודת יחידת הפיקדונות אשר באגף מדורי התשלומים, נתמכות בתצהירה של גבי ענת טויטו, מנהלת אגף מדורי התשלומים ברשות האוכלוסין; העובדות המפורטות בסעיפים 31-43 לגובה זו נתמכות בתצהירו של גבי יעל לינדנברג, רפרנטית תעסוקה באגף תקציבים.

רן רוזנברג, עו"ד  
סגן בכיר במחלקת הבג"צים  
בפרקליטות המדינה

היום, כ"ד תמוז תשע"ז  
18 יולי 2017