

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
וכן ע"י עו"ד מיכל תגיר מקו לעובד

איגוד המסעדות בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד רני שוורץ ו/או אושר הרוש ו/או הלית שמחוני
משרד עוה"ד ירון-אלדר, פלר, שוורץ ושות'
טל. 074-7339222 פקס. 074-7339223

העותרים

נ ג ד

1. הכנסת

על ידי הייעוץ המשפטי לכנסת, ירושלים

2. שר הפנים

3. שר האוצר

4. שר הרווחה והשירותים החברתיים

על ידי פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466395/345; פקס: 02-6467011

5. בנק מזרחי טפחות

מגדלי אביב שער העיר, ז'בוטינסקי 7, רמת גן

6. איתן – מדיניות הגירה ישראלית ו-36 אח'

ע"י עו"ד טאובמן ממשרד עו"ד כספי ושות'
טל. 03-7961000 פקס. 03-7961001

המשיבים

שדולת הנשים בישראל ו-10 אח'

ע"י עו"ד נמרוד אביגאל טל. 03-6911322 פקס. 03-6091336
וכן ע"י עו"ד גיתית שריקי טל. 0542-192333 פקס. 03-6000872

המבקשים להצטרף
כידיד בית המשפט

כתב תשובה מטעם המשיבים 2-4

המשיבים 2-4 (להלן: **המשיבים** או **המדינה**) מתכבדים להגיש כתב תשובה מטעמם, לקראת הדיון ביום 5.12.2017 לפני הרכב מורחב של בית המשפט הנכבד.

א. פתח דבר

1. מזה כעשור מתמודדת ישראל עם תופעה רחבת היקף של הסתננות בלתי חוקית לשטחה. נוכח היקפה של התופעה והשלכותיה על המשק והחברה בישראל, על שוק העבודה, על משאבי מערכות השירותים לאזרחי ותושבי ישראל בתחום החינוך, בריאות ורווחה, על היקף הפגיעה ועוד, נקטו ממשלות ישראל שורת צעדים לטיפול בתופעה, שתכליתם להביא לצמצום מספר המסתננים הנכנסים לישראל ולמניעת השתקעותם של אלה שנכנסו אליה. כיום מדובר בכ-37,965 מסתננים לפי הרישום במחשבי רשות האוכלוסין וההגירה.

2. האיזון בין התכליות הללו שמבקשות ממשלות ישראל להשיג לבין אינטרסים מוגנים של המסתננים הוא איזון מורכב. אחר שההסדרים שקבעה המדינה בחקיקה בדבר החזקת מסתננים במשמורת, לא צלחו את ביקורתו של בית המשפט הנכבד מחמת פגיעה בזכות לחירות ולכבוד (בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת (16.9.2013)). להלן: **ענין אדם**; בג"ץ 8425/13 זרי גבריסלאסי נ' הכנסת (22.9.2014). להלן: **ענין גבריסלאסי**, פנתה המדינה להעמיד אמצעים אפקטיביים נוספים שמטרתם לצמצם את התמריץ להיכנס לישראל ולהשתקע בה, וכן לעודד יציאה מישראל.

3. בין יתר האמצעים שננקטו, נחקק הסדר הפיקדון מושא העתירה. סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014 (להלן: **החוק**), מטיל על מעסיקיהם של עובדים זרים שהם מסתננים, כהגדרתם בחוק, להפקיד באופן חודשי פיקדון בשיעור של 36% ממשכורתו של העובד - 20% מתוכם ינוכו משכרו של העובד, ו-16% נוספים על חשבון המעסיק, כהפרשה נוספת מעבר לשכר העובד. הפיקדון אשר יילך ויצטבר ייצור תמריץ כלכלי משמעותי למסתננים לצאת מישראל מרצון כדין ובמועד ולמנוע את השתקעותם בישראל, יבטיח את זכויותיהם הסוציאליות ויאפשר להם נקודת פתיחה ראויה להתחיל את חייהם מחדש מחוץ לישראל, תוך הקטנת הפגיעה בתעסוקה ובעיקר בשכר של עובדים ישראלים.

4. אמצעי זה מצוי זה הפעם בשדה האמצעים הכלכליים, בשונה מן האמצעים הכרוכים בשלילת חירות. תכליתו לעודד יציאה מרצון של מסתננים מישראל ולהקל על התשלום והגבייה של סכומים להם הם זכאים לפי צווי ההרחבה והסכמים קיבוציים. המשיבים יטענו, כי הסדר זה עומד באמות המידה החוקתיות ומאזן נכונה בין אינטרסים מוגנים של המסתננים לבין האינטרס הציבורי בצמצום תופעת ההסתננות בישראל, כמפורט לעיל.

5. העותרים מבקשים לבטל את החוק, מחמת פגיעה בלתי מידתית בזכותם לקניין, לשוויון ולקיום בכבוד. בקשות שהגישו למתן צו-ביניים אשר יעבד את מועד תחילת הפרשת הפיקדון משכרם של מסתננים, נדחו בהחלטות בית המשפט הנכבד מיום 19.4.17 ו-9.7.17, וכן בהחלטה מיום 26.7.17 שניתנה לאחר הדיון בעתירה.

6. ביום 26.7.2017, אחר הדיון בעתירה, הוציא בית המשפט הנכבד צו על תנאי "המורה למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטל רכיב הפרשת העובד בגובה 20% משכרו שמעוגן בסעיף ויא לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: החוק) וכן סעיף ויא4 לחוק, המעגן את חובת הניכוי המינהלי מרכיב המעביד".

בצד זאת קבע, כי לא מצא עילה למתן צו על תנאי בראשיה הנוספים של העתירה.

7. כבר בפתח הדברים נבקש לעדכן בדבר התקדמות תהליך גיבושן של תקנות מכוח סעיף ויא4(ה) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: **חוק עובדים זרים**), בהמשך לאשר נמסר בענין זה בתגובתנו המקדמית. סעיף ויא4(ה) מסמיך את שר הפנים - בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת - לקבוע תקנות שיאפשרו משיכה מוקדמת של כספי הפיקדון, כולם או חלקם, לפני עזיבת המסתנן את הארץ במקרים ותנאים מסוימים. הגורמים במשרדי הממשלה הנוגעים בדבר גיבשו טיוטת תקנות אשר יקבעו סוגי מקרים בהם יש טעם הומניטרי לאפשר לעובד זר שהוא מסתנן למשוך 70% מכספי חלק העובד שהופקד בחשבון הפיקדון לפני מועד עזיבתו את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית. טיוטת התקנות פורסמה להערות הציבור ביום 7.11.17. לאחר קבלת הערות הציבור ובחינתן, צפוי נוסח סופי של התקנות להיות מונח על שולחנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת, לקבלת אישורה.

8. תקנות אלה, ככל שיושלמו ויאושרו בכנסת, יתנו מענה לאותם מקרים הומניטריים אשר יתקשו לעמוד בהפרשת חלקם לפקדון. המשיבים יטענו, כי אין מקום להפעלתה של ביקורת שיפוטית חוקתית על ההסדר שנקבע בחוק בעת הנוכחית, באשר מכוח חוק זה ממש פועלת הממשלה להתקנתן של תקנות מיטיבות שישלימו את ההסדר הנורמטיבי ומהלך זה טרם נשלם. השלמת מלאכת גיבוש התקנות תאפשר לבית המשפט הנכבד להעמיד לנגד עיניו הסדר נורמטיבי שלם ומלא יותר, לצורך בחינת טענות העותרים.

לפיכך, יבקשו המשיבים להוסיף ולעדכן את בית המשפט הנכבד בהתקדמות תהליך קידום התקנות.

9. במענה לעתירה יפרטו המשיבים להלן טענתם, כי העתירה אינה מגלה עילה להתערבות בית המשפט הנכבד בחקיקה ראשית של הכנסת. המשיבים יטענו, כי לא עלה בידי העותרים להרים את הנטל הכבד הנדרש להוכחת טענתם לקיומה של פגיעה בלתי חוקתית באיזו מן הזכויות להן הם טוענים. ואף אם יקבע בית המשפט הנכבד כי הוכחה

פגיעה בזכות חוקתית, יטענו המשיבים כי הפגיעה מידתית ועומדת בתנאי פסקת ההגבלה, הכל כפי שיפורט להלן.

10. נפנה כעת להצגת עמדת המשיבים בפירוט. הילוך הדברים יהיה כדלקמן: תחילה נעמוד על עיקרי הוראות החוק וההסדר החקיקתי שהעותרים חפצים בביטולו. לאחר מכן יוצגו תכליות החקיקה. ולבסוף נפנה למלאכת הבחינה החוקתית ונראה כי לא עלה בידי העותרים להוכיח כי ההסדר מושא העתירה פוגע בפגיעה בלתי חוקתית בזכויותיהם החוקתיות.

כך בתמצית, וכעת ביתר הרחבה.

ב. הליך החקיקה והחוק

1.1. הליך החקיקה

11. החוק שלפנינו נחקק בחודש דצמבר 2014. הצעת החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014 הוגשה ביום 1.12.14, ונידונה במליאת הכנסת בו ביום. בהצעה נכלל הסדר לענין ההחזקה במשמורת ובמתקן השהייה חולות, אחר שבוטל ההסדר הקודם בפסק הדין בענין גבריאסלאסי, ובצדס כללה ההצעה הסדר לענין הפיקדון. הדיונים בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת התקיימו ב-2.12.14, 3.12.14 ו-8.12.14, על מנת להשלים את התהליך טרם מועד כניסת ביטול החוק לתוקף בעקבות פסק הדין בענין גבריאסלאסי. הליך החקיקה ועיקרי הדברים שנשמעו בדיונים תוארו בהרחבה בתגובת הכנסת, בצירוף פרוטוקולי הדיונים, ובית המשפט הנכבד מופנה לעיין בפירוט המובא בה. ביום 8.12.14 דנה מליאת הכנסת בתיקון ואישרה אותו בקריאה שניה ושלישית (להלן: **תיקון 2014**).

הצעת החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014 מצורף ומסומן **מ/ש 1**.

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

12. החוק אושר, אולם יישום הסדר הפיקדון נדחה משום שהפעלתו היתה כפופה להקמת מנגנון מתאים לביצועו - הקמת קרן או קביעת חשבון בנק ייעודי אליו יועברו כספי הפיקדון - ולשם כך נדרש צו מאת שר האוצר בהתאם לחוק וכן קיום מכרז להקמתו וניהולו של מערך חשבונות הפיקדון. מכרז כזה התקיים בתקופת הדחיה ובעקבותיו התקשרה המדינה עם המשיב 5 לניהול כספי הפיקדון.

13. תיקון 2014 נתקף בבג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת** (11.8.2015), אולם העתירה נסבה סביב הסדרי המשמורת ומרכזו השהייה ולא הסדר הפיקדון שטרם נכנס לתוקף. עם זאת ראוי לציין, כי בית המשפט סבר, כי התכלית של מניעת השתקעות במרכזי הערים היא תכלית ראויה.

14. ביום 18.7.16 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק לתיקון הסדר הפיקדון בהיבטי אופן המיסוי ואופן העברת כספי הפיקדון שנצברו 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 תיקון זה תוקן גם מועד התחילה שנקבע בסעיף 9 לחוק, כך שהסדר ייכנס לתוקפו בתוך 90 ימים מיום תיקונו, 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. 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.**

הצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) (תיקון), התשע"ו-2016 מצורף ומסומן **מ/ש 3**.

החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) (תיקון), התשע"ז-2017, מצורף ומסומן **מ/ש 4**.

2.2. ההסדר שנקבע בחוק

15. בהתאם להוראות החוק, מוטלת חובה על מעסיקם של עובדים זרים שהם מסתננים, כהגדרתם בחוק עובדים זרים (להלן: **עובד מסתנן**), להפקיד באופן חודשי לחשבון בנק או לקרן (להלן: **חשבון הפיקדון**), פיקדון בעד עובדיו ששיעורו 36% ממשכורתו העובד המסתנן - 20% מהם ינכה המעסיק משכר עבודתו של העובד המסתנן, ו-16% הנוספים ישלם המעסיק כהפרשה בנוסף לשכר העובד (סעיף 1א1(א) לחוק עובדים זרים).

אשר להיבטי המס, נקבע כי חלקו של העובד ינוכה בפועל על-ידי המעסיק לאחר ניכוי מס במקור. כן נקבע, כי חלקו של המעסיק בפיקדון ייחשב אף הוא 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)).

16. הפיקדון יוחזק וינוהל בחשבון הפיקדון כאמור בהתאם להוראות שר האוצר (סעיף 1יא(א) וסעיף 1יא(ב) לחוק עובדים זרים). אשר לקבלת הכספים שנצברו, הרי העובד המסתנן יהא זכאי לקבלם, בתוספת הרווחים שנצברו עליהם, ובניכוי דמי ניהול הקרן או עמלות חשבון הבנק ובניכוי מס כדון, בעת עזיבתו את ישראל, **שלא לצורך יציאה זמנית** (סעיף 1יא4(א) לחוק עובדים זרים).

17. אחר צאתו של המסתנן מן הארץ יועברו אליו 67% מסכום הפיקדון (בניכוי עמלות ומס כדון) וזאת אף אם לא יצא מישראל במועד שנקבע עבורו. היתרה בשיעור 33% מהפיקדון תינתן לו במלואה אם יצא במועד, או תופחת הדרגתית ככל שלא יצא במועד שנקבע לו, כנגזרת של משך השיהוי ביציאה - יופחת באופן הדרגתי הסכום שיועבר לידי העובד המסתנן כנגזרת של משך השיהוי – מהפחתת 25% בגין שיהוי בן חודש-חודשיים ועד 100% הפחתה בגין למעלה מששה חודשי שיהוי (סעיף 1יא4(א)(2)(ב)).

בנוסף, נקבע בחוק כי "הממונה" לפי חוק עובדים זרים, שהוא ראש רשות האוכלוסין וההגירה, רשאי בהתאם לבקשת העובד המסתנן, להפחית את תקופת השיהוי שתזקף לחובתו של העובד, ככל שימצא כי הנסיבות מצדיקות זאת. ובלבד, שלא חלפו 18 חודשים מעת שנדרש לצאת מישראל (סעיפים 1יא4(ב) ו-1יא4(ג)).

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

67% מסכום הפיקדון, שהם כ-1,447 ₪, יועברו לידי העובד המסתנן אף אם לא ייצא במועד שנקבע לו. בכך מושב לעובד כל סכום הפיקדון שנצבר מכספי העובד, ואף חלק מסוים (247 ₪) מכספי המעסיק שהופרשו. היתרה בסך 713 ₪ תשולם לו במלואה אם יצא בזמן, או תופחת בהדרגה לפי מדרגות שנקבעו בתוספת לחוק בהתאם למשך השיהוי ביציאה מהארץ.

המחוקק הוסיף וקבע, כי כספי הפיקדון ישולמו למסתנן במישרין, לאחר שעבר את ביקורת הגבולות, או בהעברה בנקאית לחשבון הבנק על שמו, כמפורט בסעיף 1יא5. בהמשך, נדרש המחוקק הראשי להסדרה מפורטת של אופן מתן התשלום לעובד זר שהוא מסתנן, עם צאתו מישראל.

19. סעיף 1יא4(ה) לחוק מסמיך את שר הפנים, בהסכמת שר האוצר ובאישור הוועדה, 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)". להסמכה זו, שמכוחה מקדמת הממשלה את התקנות בהן פתחנו, נשוב עוד מעט קט.

20. אשר למסתננים שבקשתם למעמד פליט אושרה ומתוקף כך ניתן להם רישיון לישיבת ארעי בישראל, או מסתננים שעלה בידיהם להסדיר את מעמדם כתושבי ישראל בדרך אחרת בהתאם לנהלי רשות האוכלוסין וההגירה (להלן: **הרשות**), מדיניות הרשות היא כי הם זכאים למשוך את הכספים שנצברו לזכותם באמצעות הגשת בקשה לכך, מבלי שיידרשו כמובן לצאת מישראל יציאה של קבע.

21. עוד קובע החוק מנגנון להעברת הכספים ליורשיו במצב בו העובד הלך לעולמו (סעיף 1יא(א)6); או למי שהוכח שהינו יורשו (סעיף 1יא(א)6ג). בנוסף, כספי פיקדון שלא הוצאו על ידי עובד זר שהוא מסתנן מהקרן או מחשבון הבנק, ובכלל זה סכומים שנוכו לפי סעיף 1יא(א)4(2) בשל שיהוי בעזיבה לאחר תום התקופה לשהייה בישראל; ניתן לעשות בהם שימוש למטרת רווחתם ובריאותם של מסתננים השוהים במרכז שהייה לפי פרק ד' לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, וזאת בתום שנתיים מתום התקופה לשהייה בישראל (סעיף 1יא8).

22. אשר להיבטים המעשיים של הפעלת מנגנון הפקדת הכספים: על המעסיק המשלם פיקדון בגין מסתנן לדווח לממונה באופן מקוון, במועד ביצוע התשלום, על אודות תשלום הפיקדון, סכום הפיקדון ששולם, התקופה בעדה שולם ופרטי העובד לגביו שולם הפיקדון (סעיף 1יא2). 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 (1יא3).

23. ביום 4.5.2017 התקין שר הפנים, מתוקף סמכותו לפי סעיף 1יא(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/5**.

24. 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, קישור לטופס המקוון:

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

25. 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 ממשל זמין וצוותי המחשוב של הרשות.

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

26. ביום 25.4.17 פרסמה הרשות באתר האינטרנט נוהל שנועד להסדיר את כלל ההיבטים הנוגעים להליך הפקדת הפיקדון על ידי מעסיקהם של מסתננים וכן את תהליך תשלום הפיקדון למסתנן בעת ולאחר יציאתו מישראל יציאת קבע; לרבות הסדרת מצב של תשלום לאחר פטירת העובד המסתנן. נוהל זה נכתב באופן שנועד לפשט ולהנגיש את המידע הרלוונטי הן לציבור המעסיקים והן לציבור העובדים המסתננים.

נוהל פיקדון לעובדים זרים שהם מסתננים, שמספרו 9.0.0004, מצורף ומסומן מש/6.

27. כן פרסמה רשות האוכלוסין וההגירה באתר האינטרנט דף מידע מפורט בנוגע לחובת הפקדת הפיקדון למסתננים, בשפות עברית, אנגלית, ערבית וטיגרינית. דף מידע זה אף מחולק למסתננים בעת הגעתם מעת לעת למשרדי הרשות לצורך הארכת תוקף רישיונותיהם.

צילום דף המידע המפורסם באתר רשות האוכלוסין וההגירה, מצורף ומסומן מש/7.

28. 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.

29. החוק מיושם למן מאי 2017 ועד עתה. מנתוני ההפקדות שהופקדו בגין משכורות החודשים מאי עד ספטמבר 2017 עולה, כי הופקד סכום כולל של 37,515,734 ₪. וזה פילוח ההפקדות בחתך החודשים:

חודש שכר	מס' המסתננים בגינם בוצעה הפקדה בחודש	סך כל ההפקדות בחודש (ש"ח)
מאי 2017	4,638	8,154,344
יוני 2017	4,998	8,725,668
יולי 2017	4,675	8,204,514
אוגוסט 2017	4,205	7,372,248
ספטמבר 2017	3,134	5,058,961

30. בהמשך לאמור בתגובה המקדמית, תבקש המדינה לעדכן כי ביום 11.9.17 פרסמה הרשות בשני עיתונים יומיים **קול קורא**, במסגרתו הוזמן הציבור הרחב – ובכלל זה ארגוני מעסיקים וארגוני עובדים – לשלוח את התייחסותם לאופן הפעלת החוק בתום שלושת החודשים הראשונים ליישומו. כיאה לכל תחילת יישומו של הסדר חדש, הפועל תחת מנגנון חדש, הוזמן הציבור להשמיע קשיים בהם נתקל או שאלות שלא מצא להן מענה. אחר קבלת התייחסויות, לרבות מאת העותרת 8, קו לעובד, נבחנו ההתייחסויות וחלק מן ההערות התקבלו והביאו לעריכת מספר שיפורים. כך, הרשות פרסמה באתר הרשות את זמני פעילות עמדת משיכת הפיקדון בנתבי"ג בשפות שונות, ובכוונתה לחדד את ההסבר למעסיקים בנוגע להזנת נתוני שכר המסתנן בטופס המקוון על מנת להביא לשיפור מתכונת ההפקדה וצמצום טעויות מעסיקים וניכויי יתר. ביום 15.11.17 נשלח מענה לפניית קו לעובד מיום 5.9.17 בענין הפעלת החוק וכן להערות שהגיש במסגרת הקול הקורא לענין יישום החוק.

- קול קורא שפרסמה רשות האוכלוסין וההגירה לענין יישום החוק מצורף ומסומן **מ/8**.
- העתק התייחסות קו לעובד במסגרת הליך הקול הקורא מצורף ומסומן **מ/9**.
- העתק פניית קו לעובד לרשות האוכלוסין וההגירה מיום 5.9.17 מצורף ומסומן **מ/10**.
- מענה רשות האוכלוסין וההגירה לקו לעובד מיום 15.11.17 מצורף ומסומן **מ/11**.

ג. תכלית החוק

31. טרם שנפנה להציג את תכליותיו הקונקרטיות של הסדר הפיקדון, תבקש המדינה להדגיש, כי ההסדר החדש שנקבע בחוק עובדים זרים, ביחס לעובדים שהם מסתננים, מבקש להעניק בידי הממשלה אמצעי כלכלי נוסף להתמודדותה המורכבת של ישראל עם תופעת ההסתננות שפקדה אותה בשנים האחרונות, ואשר עודנה נותנת את אותותיה על מרכזי הערים בישראל ועל המשק והכלכלה בישראל.

32. כידוע, פסק הדין בפרשת **גבריסלאסי** 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.

33. בהליכים בפרשת **אדם** ובפרשת **גבריסלאסי** עמדה המדינה בהרחבה על אופי 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. עם זאת, המדינה תבקש לשוב ולהדגיש מושכלות יסוד, לפיהן פיקוח על הכניסה לגבולותיה של מדינה ריבונית וקביעת מדיניות הגירה, עומדים בליבת עקרון ריבונית 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.

34. 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 בשלושת הרבעונים הראשונים של שנת 2017 לא אותרו כלל מסתננים בגבול.

35. 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, משיקולים שונים, ביניהם החשש שנקיטה בדרך זו תהווה תמריץ למסתננים רבים נוספים, שאת שיעורם לא ניתן לאמוד, להגיע למדינת ישראל. זאת, מתוך הבנה כי לא די במחסום הפיזי כדי לצמצם את כמות המסתננים המבקשים להיכנס לישראל באופן בלתי חוקי, אלא נדרש מחסום נורמטיבי לצידו.

36. **ההסדר החקיקתי שלפנינו מבקש 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 שפרטיהם מתועדים במחשבי רשות האוכלוסין. הפניה לאמצעי כלכלי אף הולמת את דברי כב' השופטת (בדימוס) א' פרוקציה לפיהם: "הרשות יכולה ליזום מערכת כללים וערבויות אשר תבטיח כי עם חלוף תקופת השהייה המירבית לעבודת העובדת הזרה ... היא תעזוב את ישראל עם ילדה. ניתן להגשים זאת, בין היתר, על-ידי מנגנון של ערבויות כספיות..."** (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 63 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (13.4.2011))

37. נפנה כעת לתכליותיו הקונקרטיים של ההסדר הקונקרטי שנקבע בחוק שלפנינו. 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 המסתנן לצאת מרצון ובמועד למדינה שלישית או למדינה אחרת כפי שנעשה הדבר כיום, או למדינתו כאשר יתאפשר הדבר, ועל ידי כך למנוע את המשך השתקעותו בישראל; **שנית**, יש בחוק כדי להבטיח שמירה על זכויות ההעסקה של העובד המסתנן; **שלישית**, החוק נועד לספק לעובדים המסתננים נקודת פתיחה ראויה להתחלת חייהם החדשים מחוץ לישראל בעת יציאתם מישראל, הודות לסכומים שנצברו בתכנית הפיקדון החודשית; **ולבסוף**, החוק נועד להקל על תשלום וגביית הסכומים שהמעסיק חייב להפריש לקופת גמל בעבור עובדיו, לפי הסכם קיבוצי או צו הרחבה. בכך אף יסייע החוק להקטין 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 מסתנן, ומצד אחר ליצור תמריץ משמעותי למסתנן לצאת מישראל במועד, כאשר הדבר יתאפשר, ולמנוע את השתקעותו בישראל. תמריץ כאמור נדרש שכן המסתנן אינו כמו עובד זר חוקי, אשר שהייתו בישראל מוגדרת לתקופות קבועות ויציאתו במועד מישראל ניתנת לאכיפה בתום תקופת הרישיון.”

38. יוצא אפוא כי החלת חובת הפקדת הפיקדון בגין העסקת מסתננים נועדה להבטיח את זכאותו של העובד המסתנן לזכויות פנסיוניות ופיצויי פיטורין, באמצעות מנגנון מינהלי שיפשט את נגישותו של העובד לכספים אלו, ובה בעת ליצור תמריץ כלכלי משמעותי ליציאת המסתנן מישראל מרצון ובמועד, כאשר הדבר יתאפשר, ועל-ידי כך למנוע את המשך השתקעותו בישראל לאחר “תום התקופה לשהייה בישראל”, היינו “המועד שבו עליו לעזוב את ישראל כפי שנקבע בפסק דין חלוט או בהודעה מאת שר הפנים או מנהל רשות האוכלוסין וההגירה במשרד הפנים” (סעיף 2י1 לחוק עובדים זרים) תוך מתן נקודת פתיחה כלכלית משמעותית עם היציאה מישראל.

39. נעמיק עתה בכל אחת מתכליות החוק.

40. ראשית, יצירת תמריץ כלכלי ליציאת מסתננים מישראל ומניעת השתקעותם בה.

בין יתר האמצעים שנוקטת המדינה בהתמודדותה עם תופעת ההסתננות הבלתי חוקית לשטחה, נוקטת היא אמצעים שתכליתם לעודד יציאת מסתננים מישראל ומניעת השתקעותם בה. ההסדר דגן תכליתו ליצור תמריץ כלכלי אפקטיבי בטווח המיידי, הבינוני והארוך, אשר יעודד את המסתננים השוהים בישראל לצאת ממנה מרצון, למדינתם כאשר יתאפשר הדבר, או למדינה שלישית או אחרת, כפי שכבר נעשה היום, וראו לענין זה טבלאות הנתונים שיובאו להלן, המפרטות נתוני יציאת מסתננים למדינות המוצא, מדינות שלישיות או מדינות אחרות. ההפקדה החודשית ההולכת ומצטברת תהפוך בחלוף זמן לתמריץ כלכלי למסתנן לצאת מישראל מרצון ולקבל את סכום הפיקדון אשר הצטבר ונחסך עבורו.

וידגש, כי תמריץ הפיקדון גובש כאמצעי רלוונטי גם ובפרט כתמריץ ליציאתם מרצון של מסתננים שהגיעו מסודן ואריתריאה, אשר אליהן אין ישראל פועלת להרחיק לארץ המוצא נכון לעת הזו. מלבד אפשרות החזרה למדינתם לכשיתאפשר הדבר, קיימת אפשרות לצאת למדינות אחרות, ובפרט אפשרות לצאת, בסיועה של המדינה, למדינות שלישיות אשר נמצאו כבטוחות. כך, האפשרות לצאת למדינה שלישית מרצון עומדת למסתננים ומיושמת כיום והפיקדון עשוי לתת תמריץ למסתנן לממש אותה. אף לכשתוסדר הרחקה למדינה שלישית אזי ישמש הפיקדון שהצטבר לזכות המסתנן תמריץ לשתף פעולה עם הליכי ההרחקה ולצאת במועד כשתבוא שעתו להידרש לצאת מישראל למדינה שלישית.

וידגש, כי חלופת ההרחקה למדינה שלישית היא חלופה מעשית. בדונו בעתירה אשר תקפה את הסדר ההרחקה לאחת מן המדינות השלישיות עמן הגיעה ישראל להסדר, דחה בית המשפט את כל טענות העותרים כנגד התקיימות התנאים המהותיים והפרוצדורליים הנדרשים לשם הרחקת מסתננים למדינה השלישית מכח ההסכם שחתמה עמה ישראל, ובכלל זה נדחתה הטענה כי המדינה השלישית שהסכם עמה נבחן בעתירה איננה מדינה בטוחה וכי נשקפת למורחקים סכנה בה (עע"מ 8101/15 **צגטה נ' שר הפנים** (28.8.17) ובפרט פסקאות 74 ו-88 לפסק הדין). בצד זאת אמנם נקבע, כי הגם ששאלת הסכמתו של אדם אינה רלוונטית להרחקתו, היא רלוונטית בהרחקה לאותן מדינות שלישיות, כיוון שבאותה עת הן סירבו לקבל מורחקים בניגוד לרצונם. על רקע קביעה אחרונה זו נערכו מגעים מול המדינה השלישית מושא פסק הדין וגובשה עמה הבנה המאפשרת להרחיק מסתננים אליה נוכח האמור בפסק הדין. לפיכך, חלופת ההרחקה למדינה שלישית עומדת על הפרק, והצטברות ההפקדות החודשיות תקים תמריץ כלכלי ממשי לצאת מישראל, בעת שהתנאים יאפשרו זאת ויבוא תורו של כל אחד מהמסתננים להיות מורחק למדינה שלישית, או במועד מוקדם יותר בו יבחר המסתנן לצאת את הארץ.

41. **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 שם - 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 ההפרשות הסוציאליות האמורות.

וידגש, 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.

42. **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, חלקם ברמות שכר נמוכות, הרי שההעסקה שלהם מביאה לפגיעה בעובדים ישראלים תחליפיים בעלי מיומנויות תעסוקתיות נמוכות.

פגיעה זו רק מתחדדת הודות לאי-ההפרשה של הזכויות הסוציאליות של המסתננים, על ידי המעסיקים ועל ידי המסתננים העובדים עצמם. בכך, עלות ההעסקה של העובד המסתנן 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.

43. **רביעית**, מתן נקודת פתיחה ראויה לתחילת חייהם של העובדים המסתננים מחוץ לישראל. הפיקדון מהווה חסכון משמעותי עבור המסתננים, בוודאי נוכח פערים ביישום צו ההרחבה לפנסיה חובה. 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.

ד. חוקתיות החוק החדש - הבחינה החוקתית

44. טרם הבחינה החוקתית, יתייחסו המשיבים לטיעוניהם של העותרים ביחס להליך החקיקה ויטענו כי אין בהם להקים עילה להתערבותו של בית המשפט הנכבד, בהתאם למבחן להתערבות שיפוטית בחקיקה של הכנסת בגין פגם בהליך, אשר נקבע עוד בבג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14, ולגישתנו לא קמה עילה כזו אף אחד פסק הדין בבג"ץ 10042/16, 10046/16, 10054/16, 76/17, 802/17 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל** (6.8.2017) שניתן לאחרונה (יצוין), כי היועץ המשפטי לממשלה הגיש בקשה לדיון נוסף בפסק הדין, ובשלב זה הוגשו תגובות המשיבים לבקשה וטרם ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד בבקשה).

45. המשיבים יטענו, כי אין זה המקרה בו נשללה מחברי הכנסת כל אפשרות לגבש עמדה ביחס להצעת החוק ולהבין על מה הם מצביעים, כפי המבחן שהוגדר בפסיקה. כפי שצוין בתיאור הליך החקיקה בתגובת הכנסת, הסדר הפיקדון לעובד זר **שאינו מסתנן** פוצל מהליך התיקון בשנת 2014. הליך החקיקה בהסדר היה מזוהז נוכח לוחות הזמנים לחקיקת הסדר חדש בענין החזקה במשמורת ובמתקן שהייה חולות אחר ביטולו בפסק הדין בענין **גבריאסלאסי**, אולם ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת קיימה דיונים ענייניים בהסדר (ונדגיש: דיונים ולא דיון אחד כטענת העותרים), בתוכם עשרות עמודי פרוטוקול המשקפים דיון בסעיפים שבמוקד הצו על תנאי, ונשמעו ונידונו בהם הערות חברי הכנסת ונציגי ציבור ביחס להצעת החוק, ובמסגרת הדיון נערכו בהצעת החוק מספר שינויים שהם רלוונטיים לבחינה החוקתית, ולמשל שינוי בהגדרת השכר לפיו יחושבו ההפרשות, וכן שינוי שיעור חלק המעסיק בפיקדון, שינוי החלק שיינתן למסתנן בצאתו מישראל בלא הפחתה בגין עיכוב מ-55% ל-65%.

46. ראו פירוט עיקרי הדברים בדיונים שהתקיימו בכנסת בתיקון 2014 ובתיקון החוק ב-2016, בצירוף פרוטוקולי הדיונים שצורפו לתגובת הכנסת. המשיבים מצטרפים לנימוקי הכנסת באשר להעדרה של עילה לביקורת שיפוטית על החוק מחמת פגם בהליך חקיקתו.

1.ד. הזכויות הנפגעות

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

48. 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, תטען המדינה כי מלאכת עיצוב פני מדיניות הכניסה לישראל - ובענייננו, הסתננות בלתי חוקית למדינה והשתקעות בה - נטועה 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 (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."

49. 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. עוד ידענו, כי יש להקדים ולעמוד על עצם מאפייניה של הזכות החוקתית הנפגעת ועל עוצמתה, טרם 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.

2.4. הזכות לקניין

50. הזכות לקניין מסורה היא לעובד שהוא מסתנן, 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 43-46 לעתירה) מוסב על ביסוס קיומה והיקפה של הזכות לקניין, ולא על עצם עוצמת הפגיעה.

51. אף אם נקבל את טענת העותרים כי ניכוי 20% משכר העובד המסתנן הוא, כשלעצמו, פגיעה בזכותו של העובד לקניין, אזי לעמדת המדינה פגיעה זו נמוכה היא בעוצמתה באופן ניכר מזו שלה טוענים העותרים, וזאת מהטעמים הבאים:

ראשית, 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 הרחבה.

שנית, הסדר הפיקדון שעוגן בחוק אינו מחרים, מפגיע או שולל מהעובד שלילה של קבע את חלק העובד שמועבר לפיקדון. 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 בפועל זה של החוק יש משום פגיעה בזכות החוקתית לקניין, אולם אזי עוצמתה של הפגיעה קטנה ומתוחמת היא לאין שיעור מזו לה טוענים העותרים, ובצידה תועלות משמעותיות כאמור.

עוד יצוין כאן, כי הניכוי המינהלי במקרה של שיהוי ביציאת מסתנן מהארץ יחושב מתוך 33% בלבד מתוך הפיקדון ולא מתוך הפיקדון כולו. ויודגש, כי השיעור של 67% מן הפיקדון המוחזר לעובד במלואו ללא הפחתה, גדול משיעורו של חלק העובד ביחס להפרשה הכוללת המסתכמת ב-55% (השיעור המתקבל מחלוקה של 20% ב-36%). ההפחתה ההדרגתית של כספי הפיקדון שיושבו לעובד המסתנן, בהתאם למועד יציאתו, מוסבת אך ורק על חלק בשיעור 33% מהפיקדון ולפיכך, אין פגיעה או ניכוי מן החלק שהופרש על ידי העובד. זאת ועוד, הניכוי לא ייערך בהכרח על מלוא החלק של 33%, אלא לפי מדרגות שנקבעו בסעיף, כנגזרת של משך העיכוב בטווח של חודש עד 6 חודשים. לפיכך, הניכוי יהיה קטן מ-33% בשים לב למשך השיהוי ביציאה, וילך ויגדל בהתארח משך השיהוי.

אשר לטענה לפיה מנגנון הניכויים יופעל באופן שלא יאפשר לעובדים המסתננים תקופת התארגנות סבירה לצורך הסדרת יציאתם מישראל – אין לה יסוד. 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.

שלישית, המדינה תטען כי טיעונם של העותרים לפגיעה בזכות לקניין אינו מביא בחשבון את פועלו של התיקון לחוק, 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.

ורביעית, טענת 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. נעמוד על ענין זה כעת.

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)).

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 כב' 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 ירון "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.ג.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) 258, 273 (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' אדרעי אירוועי 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)).

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 בקנייניו 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 כעניין 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 נניח 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 של הסדר הפיקדון בזכות העובדים לקניין מתמצית אך בשלב ניכוי 20% משכר העובד והפקדתו בפיקדון; וכי פגיעה זו פחותה באופן ניכר מן העוצמה וההיקף להם טוענים העותרים. כל זאת, הן בשל העובדה שחלק הארי של כספים אלו עומדים לזכות העובד לכשייצא מישראל אף אם לא יצא ממנה במועד הנדרש; הן בשל העובדה כי הלכה למעשה החוק הרחיב את שיעור הניכוי הנדרש בדין ב-14% בלבד; הן בשל העובדה כי החוק מבטיח את נגישות העובד המסתכן להפרשות המעסיק, ביחס למצב שהיה קיים עובר לחקיקת החוק.

3.ד. הזכות לשוויון

54. העותרים טוענים כי ההסדרים שלפנינו יוצרים הבחנה בלתי רלוונטית בין עובדים שונים העובדים באותה עבודה, וזאת על רקע מאפיינים לאומיים ואתניים, ומכאן פגיעת החוק בשוויון לטענתם (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, וכך נפסק בשורת פסקי דין, פגיעה בזכות לשוויון, הלא היא הפליה, קמה מקום 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. לפיכך, ראשית 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.
58. המשיבים יטענו, כי העותרים לא הניחו בפני הבית המשפט הנכבד תשתית משפטית ועובדתית – ודאי לא תשתית סדורה – להוכחת עצם קיומה של הבחנה בלתי רלוונטית בין מי שהם שווים לצורך העניין. ניכר כי טיעונם של העותרים להפלייה מתעלם לחלוטין משונותה של אוכלוסיית העובדים המסתננים מיתר אוכלוסיות העובדים הצריכות לעניין.
59. המדינה תטען כי הסדר הפיקדון שנקבע בחוק עובדים זרים בעניינם של עובדים זרים שהם מסתננים מביא בחשבון את שונותה הרלוונטית של אוכלוסייה זו, ומכאן שיש בפנינו הבחנה רלוונטית שאינה עולה כדי הפליה.
- המדינה תטען כי ישנה אבחנה יסודית ורלוונטית בין עובדים זרים אשר נכנסו לישראל כדין ברישיון ישיבה ועבודה, לבין עובדים זרים שהם מסתננים. בשונה מעובד זר שאינו מסתנן, אשר הגיע לישראל לצרכי עבודה באישור ובאופן מסודר, לתקופה קצובה, שבתומה אין קושי נורמטיבי או אחר לפעול להוצאתו. העובד הזר שהוא המסתנן נכנס באופן לא חוקי למדינת ישראל, שלא דרך תחנת גבול, ואינו רשאי לעבוד במדינת ישראל (אף שנכון הדבר הוא כי לעת הזו איסור ההעסקה אינו נאכף בפועל כלפי מעסיקי מסתננים מאריתריאה וסודן האוחזים ברישיון תקף לפי סעי' 2(א)(5) ובהיתן שהעסקתם אינה נוגדת מגבלות נוספות הקבועות ברישיונם, על-פי הצהרתה של המדינה בבג"ץ קו לעובד נ' הממשלה (פורסם בנבו, 10.1.11)) והרחקתו היא סוגיה מורכבת, כידוע. 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 מסתננים, שנכנסו כאמור לישראל כדין, לפרקי זמן קצובים ושאינן מניעה להרחיקם ככל שלא יעזבו את הארץ בתום תקופת העסקתם החוקית בישראל.

בהמשך לאמור, פשיטא כי ישנו שוני רלוונטי בין דפוסי העסקתם של עובדים זרים לבין דפוסי העסקתם של עובדים שהם 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.

60. 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.

61. למעלה מן הצורך, יוסיפו המשיבים ויטענו, כי העותרים אף לא הראו כי הפגיעה הנטענת על-ידם בזכות לשוויון חוסה תחת ההגנה החוקתית שהוכרה לזכות זו במסגרת ההגנה על הזכות לכבוד.

כידוע, 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 יטה 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).

62. בענין דנן, 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.

4.ד. הזכות לקיום אנושי בכבוד

63. 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).

64. פשיטא, כי הזכות לכבוד נתונה לכל אדם באשר הוא אדם, ואין כל ספק שזכות זו עומדת אף לעובד המסתנן, ובתוך כך אף הזכות לקיום אנושי מינימאלי בכבוד. המדינה אינה חלוקה עם העותרים בחלק זה של קו טיעונם. עם זאת, אין באמור כדי לגדור את היקפה ומשמעותה לענין אוכלוסיית המסתננים.

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, ולמעשה 14% מעבר לניכויי החובה, 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 מביאים אותו אל מתחת לרף של קיום אנושי מינימאלי בכבוד (ויובהר, כי העובד המסתנן אינו מפריש במקביל 6% אלה פעם נוספת, מעבר לפיקדון דנן).

66. ראו לענין זה קביעותיו 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, ופירט כי לצורך הוכחת פגיעה בקיום המינימלי בכבוד נדרשת הצגת תשתית מלאה ומפורטת של מקורות ההכנסה וההוצאות הקבועות והשוטפות, נתמכת באסמכתאות מתאימות:

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 אותו, יש להניח לפניו תשתית עובדתית מלאה שממנה יהיה ניתן להסיק את הפגיעה בכבוד. כך ייזקק בית המשפט לפירוט המבוסס בתייעוד 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, ומהן 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 נתבקשנו 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 בתיעוד 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]

67. המשיבים יטענו, כי אין די באשר הראו העותרים כדי לבסס פגיעה חוקתית בזכות, לאור קביעותיו של בית המשפט לעיל בדבר הנתונים והאסמכתאות שיש להציג כדי לבסס פגיעה בזכות לקיום בכבוד. למקרא התצהירים שצירפו העותרים המבקשים ללמד על השפעתו של החוק על אורחות חייהם, 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. בנוסף, ישנו פער בין מצוקה שניתן כמובן להזדהות עמה לבין הוכחת הטעון כי החוק דוחק אנשים אל מתחת לקיום אנושי מינימאלי בכבוד.

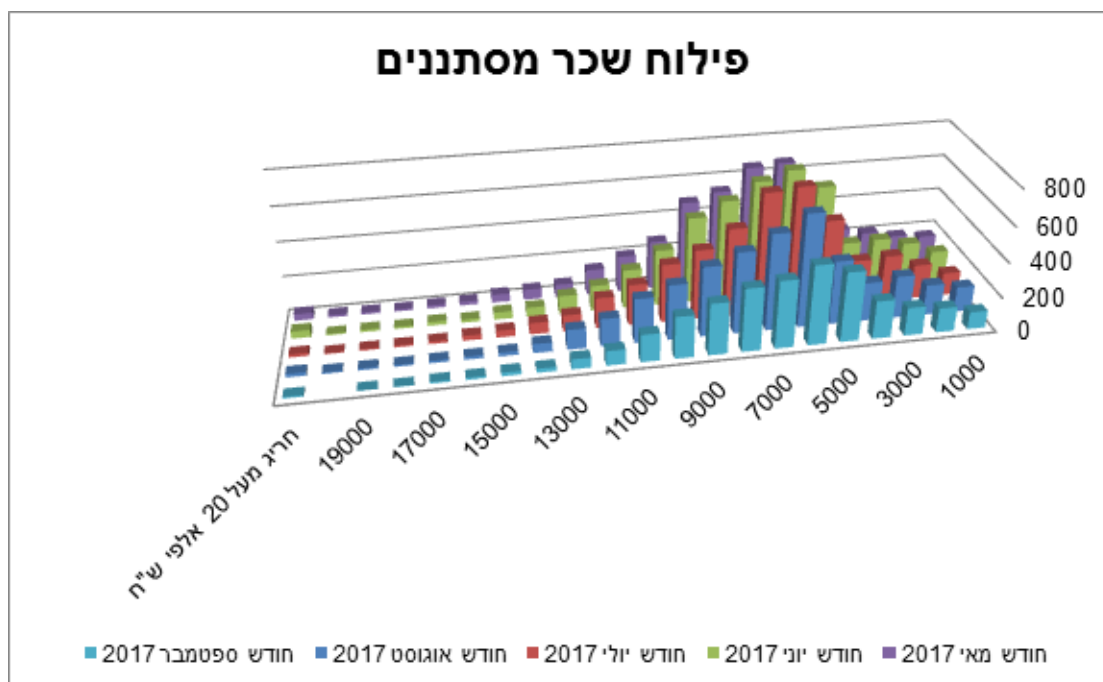
68. לכך נוסיף, כי מהשוואת נתוני השכר המוצגים בתצהירים שהוגשו מטעם העותרים במסגרת ההודעה המעדכנת מיום 5.11.17 אל נתוני השכר המופיעים במערכת הממוחשבת של רשות האוכלוסין וההגירה, כפי שדווחו על ידי מעסיקהם של המצהירים בטופס ההפקדות המקוון, עולות אי התאמות ופערים בסכומים בין השכר שדווח בתצהיר לשכר שדווח לרשות האוכלוסין וההגירה, ולגבי חלקם כלל אין במערכת דיווח והפקדה של פיקדון על אף שהמצהיר טען ששכרו הופחת. מטעמי הגנת הפרטיות של המצהירים לא צורפה טבלת הנתונים. המשיבים יוכלו להציג לפני בית המשפט כפי שיורה.

69. מאליו ברור כי **פוטנציאל ההכנסה של מושאי החוק הוא מגוון ואין לראותו כמקשה אחת**, כעולה אף מתצהירי העותרים עצמם, ולפיכך מתבקשת אבחנה בין מקרים פרטניים לבין המבט על ההסדר בכללותו. בנוסף, **שכרו של העובד הקונקרטי עשוי להשתנות בין חודש אחד למשנהו, בהתאם להיקף עבודתו בחודש נתון או בגין החלפת מקום עבודה.**

מסקנה זו מתחזקת נוכח העולה מנתוני ההפקדות שהעבירו המעסיקים במסגרת יישום החוק למן מאי ועד ספטמבר 2017. **השכר הממוצע, המחושב על יסוד כלל משכורות המסתננים מהן בוצעו הפקדות משך חמשת החודשים הללו, עומד על 6,632 ₪ (ברוטו).** ראו את הנתונים בטבלה ובתרשים, המציגים את פילוח המשכורות במדרגות בקפיצות של 1,000 ₪, ועולה מהם, כי חלק הארי של העובדים בגינם בוצעה הפקדה משתכר בין 5,000 ל-9,000 ₪, שכר הגבוה משכר המינימום, וישנם עוד מאות המשתכרים למעלה מכך.

יצוין, כי חלק מהעובדים מועסקים במספר עבודות. העובדים אשר נמסרו לגביהם מספר דיווחים הובא שכרם הכולל בחשבון במסגרת הטבלה, אולם אפשר שחלק מן העובדים המדווחים בטבלה מועסקים בעבודות נוספות עליהן לא מסרו מעסיקיהם דיווח, ולפיכך אפשר שמדרגות השכר הנמוכות משקפות העסקה במתכונת חלקית בלא שהועבר דיווח לגבי העסקת אותו עובד בעבודות נוספות.

מספר מסתננים בגנים הופקד בחודש מאי 2017	חודש יוני 2017	חודש יולי 2017	חודש אוגוסט 2017	חודש ספטמבר 2017	מדרגות השכר
170	166	131	145	100	1,000
188	232	195	174	140	2,000
222	272	266	242	161	3,000
259	267	255	222	217	4,000
482	609	502	364	399	5,000
679	717	706	645	455	6,000
666	667	688	550	386	7,000
542	572	503	464	361	8,000
494	491	399	400	295	9,000
280	321	333	315	240	10,000
209	222	234	255	157	11,000
145	147	175	159	84	12,000
73	104	93	115	57	13,000
59	53	66	52	23	14,000
47	42	40	22	21	15,000
22	18	29	18	13	16,000
18	22	15	14	10	17,000
12	12	11	10	3	18,000
13	13	8	10	2	19,000
14	8	5	8		20,000
38	42	18	20	9	מעל 20,000



71. בהמשך לכך, משרד האוצר בחן את נתוני הלמ"ס המציגים את סך ההכנסות וההוצאות של עובדים זרים לרבות מסתננים בישראל.

חישוב אומדן סך ההכנסות מבוצע באמצעות מכפלת מספר העובדים הזרים לרבות מסתננים בשכר הממוצע של עובדים אלו, כפי שמתקבל מחישוב של תחום סטטיסטיקה של שכר בלמ"ס אשר מתבסס על דיווחי המוסד לביטוח לאומי. יצוין כי נתוני ההכנסות מתייחסים אף להכנסותיהם של עובדים פלסטינים בישראל ואולם נתונים אלו מופיעים בסדרות הלמ"ס גם כנתון נפרד ועל כן הם נוטרלו בחישוב הסופי שנערך.

חישוב אומדן סך ההוצאות מבוצע באמצעות מכפלת סכום הוצאה קבוע אשר מהווה אומדן לכלל ההוצאות של העובדים הזרים בישראל וביניהן הוצאות לינה, אוכל, תחבורה וכו' במספר העובדים הזרים לרבות מסתננים השוהים בארץ. בחישוב זה של הלמ"ס אין התייחסות לעובדים פלסטינים.

מניתוח הנתונים הסטטיסטיים של הלמ"ס בדרך של חלוקת סך ההוצאות בסך ההכנסות, עולה כי שיעור אומדן סך ההוצאות של עובדים זרים לרבות מסתננים ביחס לאומדן סך ההכנסות של אותה קבוצה עומד על כ-30% בלבד.

ראו הטבלאות בעמוד הבא.

מונפק מסדרות הלמ"ס

מאזן התשלומים---חשבון הכנסות ראשוניות---תמורה מאזן התשלומים---חשבון שירותים---
 לשכירים תאריך הפקה: 31/08/2017
 יצוא ויבוא שירותי תיירות תאריך הפקה: 31/08/2017

תקופה (ברבעונים)	תושבי חו"ל בישראל, מזה לתושבי הרשות הפלסטינית (תשלומים)-	תושבי חו"ל בישראל(תשלומים)-	תקופה (ברבעונים)
נתונים מקוריים	נתונים מקוריים	נתונים מקוריים	
מיליוני דולרים	מיליוני דולרים	מיליוני דולרים	
מחירים שוטפים	מחירים שוטפים	מחירים שוטפים	
2015-Q1	405.2	1,165.30	253.9
2015-Q2	441.5	1,248.40	251.9
2015-Q3	428.6	1,251.00	248.5
2015-Q4	447.6	1,263.00	244.4
2016-Q1	434.8	1,225.80	240.6
2016-Q2	446.4	1,287.80	244
2016-Q3	454.7	1,320.90	246.5
2016-Q4	516.8	1,371.80	246.6
2017-Q1	648.5	1,473.90	247

*כלל הוצאות עובדים זרים בישראל לפי הגדרות מאזן תשלומים נחשבות כשירותי תיירות עסקית.

חישוב על בסיס נתוני הלמ"ס			
תקופה	חישוב הכנסות תושבי חו"ל בישראל (תשלומים) בניכוי תושבי הרשות הפלסטינית	הוצאות של עובדים זרים בישראל	חישוב שיעור ההוצאות ביחס להכנסות
2015-Q1	760.1	253.9	33%
2015-Q2	806.9	251.9	31%
2015-Q3	822.4	248.5	30%
2015-Q4	815.4	244.4	30%
2016-Q1	791	240.6	30%
2016-Q2	841.4	244	29%
2016-Q3	866.2	246.5	28%
2016-Q4	855	246.6	29%
2017-Q1	825.4	247	30%

72. ואחר שחידדנו כי העותרים לא הציגו תשתית הולמת אשר תבסס פגיעה בזכות לכבוד כנדרש בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד, כעת נוסיף, כי **המענה למקרים הומניטריים פרטניים עשוי להימצא בתקנות שפועלים משרדי הממשלה לקדם מכוח סעיף 1יא(ה) לחוק עובדים זרים**. סעיף זה מסמיך את שר הפנים - בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת - לקבוע תקנות שיאפשרו משיכה מוקדמת יותר של כספי הפיקדון – כולם או חלקם.

בהמשך להודעת המשיבים בתגובה המקדמית, גיבשו הגורמים במשרדי הממשלה האמורים טיטות תקנות הקובעות סוגי מקרים הומניטריים בהם יתאפשר לעובד זר שהוא מסתגן לקבל 70% מכספי חלק העובד שהופקד כפיקדון, כולם או חלקם, לפני מועד עזיבתו את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית. אחר תום חילופי ההערות והשיח בין הגורמים במשרדי הממשלה, ביום 7.11.17 פורסמה טיטות התקנות להערות הציבור בהתאם להוראות סעיף 9(א) להחלטת ממשלה מספר 2588 מיום 2.4.17, המורה כי ככלל יופצו טיטות תקנות להערות הציבור, בדומה להפצת תזכירי חוק. לאחר קבלת הערות הציבור ובחינתן, צפוי נוסח סופי של התקנות להיות מונח על שולחנה של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת, לאישורה בהתאם לסעיף 1יא(4)(ה) לחוק עובדים זרים.

בטיטות התקנות שגובשה תינתן זכאות למשיכת 70% מחלק העובד שהופקד לחשבון הפיקדון לפי קריטריונים של גיל העובד (קטין או שגילו עולה על 60 שנים), היותו הורה לקטין הסמוך על שולחנו, מצבו הבריאותי או הנפשי, או היותו קורבן עבירת החזקה בתנאי עבדות או סחר בבני אדם. במקרים אלה קמה חזקה בדבר קיומו של טעם הומניטרי בגינו ראוי כי ייסוגו האינטרסים הציבוריים בשמם נחקק החוק. ויובהר, כי מדובר בזכאות למשיכת 70% מחלק העובד שהופקד כפיקדון, על מנת להותיר בקופת הפיקדון של המסתגן את החלק היחסי השווה ל-6% משכרו, כשיעור הניכוי לטובת פנסיה בה מחויב העובד.

73. ככל שיאושרו התקנות, יימצא בגדרן מענה למקרים הומניטריים. לפיכך, אפילו יקבע בית המשפט הנכבד כי החלת החוק עלולה להביא לפגיעה בזכות לקיום אנושי מינימאלי בכבוד של מסתגנים מסוימים, הרי שעתיד להימצא לכך מענה בגדרן של התקנות האמורות באופן שיאפשר את משיכת 70% מכספי חלק העובד שהופקד בחשבון הפיקדון במנותק משאלת יציאת המסתגן מישראל.

74. המשיבים יטענו, כי **במצב דברים זה, אין מקום בעת הנוכחית להפעלתה של ביקורת שיפוטית חוקתית בעניינו של ההסדר שנקבע בחוק עובדים זרים בעניינם של מסתגנים, 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.

75. ועוד נתייחס לטענה מזווית המעסיקים, הנוגעת להיטל הנגבה מהמעסיקים עקב העסקת עובדים שהם שוהים בלתי חוקיים – בפסק הדין בענין ע"א 4946/16 **שלמה סעד נ' פקיד שומה אשקלון** (12.9.17) קבע בית המשפט הנכבד, כי המעסיקים חייבים בתשלום היטל בשיעור 20% בגין העסקת עובד זר שהוא שוהה בלתי חוקי. כבי' השופט שהם הביע בחוות דעתו חשש שההיטל יגולגל אל העובדים ויביא לפגיעה בקיומם בכבוד.

בענין זה נבקש להוסיף, מעבר לכל אשר אמרנו, כי יש להבחין בין חיוב המעסיק בהיטל על מנת להביאו ליתן עדיפות לעובדים ישראלים, נוכח השלכות תופעת ההסתננות על שוק העבודה בישראל, לבין העברת נתח משכר העובד לטובת פיקדון אשר יצטבר ויעמוד לרשותו בעת שיצא מישראל. המדיניות המבקשת לעודד העדפת עובדים ישראלים היא מדיניות סבירה ואף ראויה, בשים לב לכך שככלל, העסקת מסתננים מאפשרת למעסיקים להוזיל את עלויות הייצור באמצעות תשלום שכר נמוך יותר בהשוואה לעלות השכר של עובדים ישראלים. ונזכיר, כי המסתננים עובדים בעיקר בענפים עתירי עבודה ברמות שכר נמוכות, ולפיכך העסקתם מביאה לפגיעה בעובדים ישראלים תחליפיים בעלי מיומנויות תעסוקתיות נמוכות. פגיעה זו אף מתחדדת נוכח אי הפרשת הזכויות הסוציאליות של המסתננים, על ידי המעסיקים ועל ידי המסתננים העובדים עצמם, שכן עלות ההעסקה של העובד קטנה פעמיים בהשוואה לעובד הישראלי, לגביו נדרשים המעסיק והעובד להפריש כספים לפנסיה ולביטוח לאומי. החלת חובת הפיקדון מקטינה את הפגיעה בתעסוקת ישראלים ובשכרם על ידי ביטול הרווח העודף שנוצר למעסיקים בשל העסקת מסתננים שלא הופרשו עבורם הפרשות סוציאליות, חלקו בגין תשלומים שהמסתננים אינם מחויבים בהם, כמו תשלומי ביטוח לאומי, וחלקו משום התחמקות המעסיק מתשלום בו הוא מחויב.

ה. בחינת תנאי פסקת ההגבלה

76. כידוע, הזכויות לקניין, לכבוד ולשוויון, ככל הזכויות החוקתיות המנויות בחוקי היסוד, אינן זכויות מוחלטות, כי אם זכויות יחסיות בלבד. מיחסיותה של הזכות החוקתית נובעת, מיניה וביה, 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.

77. 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 פיסקת 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.

1.ה החוק נועד לתכלית ראויה

78. 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.

79. המדינה תטען 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.

80. כידוע, **בית המשפט הנכבד הכיר באופן מפורש בעובדה כי התכלית של מניעת השתקעות היא תכלית לגיטימית**, במסגרת פסקי הדין שעסקו בתיקוני החקיקה השונים בנושא הטיפול בתופעת ההסתננות. עוד בענין **אדם** הכיר בית המשפט הנכבד בתכלית ההסדרים למנוע השתקעות בישראל על מנת לצמצם את השלכותיה השליליות על החברה בישראל כתכלית ראויה. וכך קבעה כב' השופטת ארבל (פסקה 50 לפסק דינה):

"תכלית אחת, שאינה מעוררת לטעמי קושי, הינה מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת ההסתננות. המדינה עומדת על כך שהחוק מבקש למנוע מהמסתננים שחדרו כבר לגבולות מדינת ישראל מלהכות בה שורש ולהשתקע בה ובכך להציב את הגירתם הבלתי חוקית כעובדה מוגמרת. כן מונע החוק את השתלבות המסתננים בשוק העבודה הישראלי, אשר השלכותיו פורטו לעיל. הרחקתם של המסתננים מערי ישראל מונעת אף את יתר השלכות השליליות שהוצגו על ידי המדינה ופורטו

לעיל. דומני כי תכלית זו הינה תכלית ראויה. כידוע, למדינת ישראל יש זכות לקבוע את מדיניות ההגירה לתוכה הנובעת מאופייה הריבוני של המדינה. בהתאם לכך גם נפסק כי לשר הפנים שיקול דעת רחב מאוד בכל הקשור למתן היתרי כניסה ורישיונות ישיבה בישראל, אם כי שיקול דעת זה כפוף אף הוא לביקורת שיפוטית (עניין קו לעובד השני, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין אסא, פסקה 13; עניין פרידה, פסקה 8)). מכאן נובעת אף זכותה לקבוע צעדים שיתמודדו עם מהגרים בלתי חוקיים, בהנחה שאלו לא הוכרו כפליטים. כפי שפורט, הגירה בלתי חוקית עלולה לגרור השלכות שליליות על מרקם החיים בחברה הישראלית, ובין היתר לפגוע במקומם של אזרחי ותושבי ישראל בשוק העבודה ולהשפיע על שכרם, לצמצם את המשאבים השמורים למערכות השונות, כגון מערכות הרווחה והחינוך, המטפלות באזרחים ובתושבים השוהים באופן חוקי בישראל, להגביר את הפשיעה באזורים בהם מרוכזים מהגרים בלתי חוקיים, ועוד. לפיכך, ניתן לראות כמטרה חברתית חשובה את רצונה של המדינה למנוע השלכות שליליות אלו ולטרפד אפשרות חופשית של המסתננים להשתקע בכל מקום במדינת ישראל, להשתלב בשוק העבודה שלה, ולא לפגוע את החברה המקומית להתמודד עם כניסת המסתננים לתחומם על כל המשתמע מכך

בענין איתן לא הכריע כבי' השופט פוגלמן האם התכלית של מניעת השתקעות היא תכלית ראויה, אולם כבי' השופט גיזבראן סבר כי מדובר בתכלית ראויה (פסקה 8 לפסק דינו):

"שאיפתה של המדינה למנוע השתקעותם של מסתננים בערים היא אחד מביטוייה 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"

בפסק הדין שניתן בהרכב מורחב, שנכתב מפי כבוד הנשיאה נאור בבג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.15), סקרה כבי' הנשיאה נאור את הגישות השונות שהובעו בפי חברי המותבים הנכבדים בעתירות הקודמות שעסקו בחוק למניעת הסתננות, עובר לפסק הדין בבג"ץ דסטה, ואחר זאת קבעה כי "עמדתי היא כי **בנסיבות הקיימות מניעת השתקעות במרכזי הערים, תכלית ראויה היא**" (פסקה 75 לפסק דינה של כבי' הנשיאה נאור).

81. 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**, בין אם למדינה שלישית או למדינה אחרת, ובין אם למדינתם כאשר יתאפשר 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 שיעודד יציאה מישראל, כאשר הדבר יתאפשר, ועל-ידי

כך להגשים את מדיניות ההגירה של ממשלת ישראל שאינה כוללת מדיניות הכלה וקליטה ומבקשת להפחית את התמריצים לכניסה בלתי חוקית לישראל מלכתחילה.

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

83. ראשית, וכפי שבית המשפט הנכבד כבר פסק בבג"ץ **דסטא** "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.

84. שנית, חשוב להבהיר כבר במישור הדיון העובדתי, כי הנחת המוצא של העותרים, כאילו אין למסתננים המצויים בישראל יעד ליציאה ממנה, אינה נכונה כלל ועיקר. 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, וזאת עוד בטרם החל יישום החוק מושא העתירה.

להלן מובאות מספר טבלאות המלמדות אודות נתוני היציאה מישראל של מסתננים שיצאו את ישראל למדינות יעד שונות בשנים 2015-2017, נכון לסוף חודש ספטמבר 2017, ויובהר כי המסתננים מסודן ומאריתריאה יצאו את ישראל מרצון:

אפריקה אחרות	אריתריאה				סודן				
	סה"כ	יעדים אחרים	יציאה למדינות שלישיות	חזרה למדינת מוצא	סה"כ	יעדים אחרים	יציאה למדינות שלישיות	חזרה למדינת מוצא	
611	1,691				4,112				2014
301	2,480	469	1,058	953	600	18	449	133	2015
227	2,629	1,331	564	734	390	16	272	102	2016
178	2,400	1,627	427	346	192	27	96	69	2017

וראו, להמחשה, פירוט הנתון של המסתננים אשר יצאו מרצון ליעדים אחרים שאינם מדינת המוצא שלהם או מדינות שליטות עמן הגיעה ישראל להסכם :

יציאת מסתננים למדינות נבחרות

שנת 2017			שנת 2016			שנת 2015		
סודן	אריתריאה	מדינה	סודן	אריתריאה	יעד טיסה	סודן	אריתריאה	יעד טיסה
3	1,010	קנדה	2	877	קנדה		182	קנדה
17	200	שוודיה		129	הולנד		107	הולנד
	155	הולנד	10	101	ארה"ב	17	82	ארה"ב
6	135	ארה"ב		93	שוודיה		39	שוודיה
	35	נורבגיה		36	נורבגיה		19	שוויץ
	28	דנמרק		32	גרמניה		12	איטליה
	21	גרמניה		22	בלגיה		12	נורבגיה
	9	בריטניה	1	13	שוויץ		8	גרמניה
1	8	שוויץ		6	דנמרק		3	בלגיה
	8	איטליה	1	5	צרפת	1	1	דנמרק
	8	אוסטרליה	1	4	פינלנד		1	אתיופיה
	6	בלגיה		4	אוסטרליה		1	תורכיה
	3	צרפת		4	איטליה		1	אקוודור
	1	אוסטריה		3	בריטניה		1	אוסטרליה
27	1,627	סה"כ		1	אתיופיה	18	469	סה"כ
			1		פורטוגל			
				1	קולומביה			
			16	1,331	סה"כ			

85. כאן נבהיר, בשל חשיבות הדברים, כי אין באמור כדי לגרוע ממחויבות המדינה לעקרון עקרון אי-ההחזרה לפיו לא תרחיק המדינה אדם למדינה שבה נשקפת לו סכנה לחיים או לחירות, ואף לא למדינה שתעבירו למדינה כאמור. עם זאת 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 אינה מרחיקה לעת הזאת אריתראים לאריתריאה, וכן אינה מרחיקה נתיני סודן למדינתם מחמת היעדר יחסים בין המדינות.

86. 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 מ ישראל, עולה כדי הרחקה קונסטרוקטיבית.

העותרים מבקשים לסמוך טיעונם על קביעותיו של בית המשפט הנכבד בפסק הדין בעניין **דסטה** (פסק דינה של כב' 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 – דווקא 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 סוברני 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 – ובאומרונו 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" (על"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"מכבש 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. בענייננו, טוענים העותרים כי תכליתו של פרק ד' לתיקון מס' 4 – שמכווחו ניתן להחזיק מסתננים במרכז 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 במרכז 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 שמרכז 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 תמריץ 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 שלישית "בטוחה", שכן שאלה זו כשלעצמה אינה עומדת לבחינתנו בהליך זה" [ההדגשות הוספו – הח"מ].

87. בבואנו ליישם אמות מידה אלו על החובה להפקיד 20% משכרו של העובד בפיקדון 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 הפרשה כדי להפעיל לחץ בלתי סביר על המסתננים, אשר יש בו כדי להוביל ליציאה שאינה מרצון חופשי למקום שבו תישקף לו סכנה לחיים או לחירות. במלים אחרות, ההסדר מושא העתירה אינו יוצר 'מכבש לחצים המסכל את קיומה של בחירה חופשית לעניין יציאה מן הארץ', כלשון בית המשפט כאמור לעיל.

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

לא זו אף זו, כאמור לעיל, ניכר כי דווקא בשנת 2017 הנתונים מלמדים כי במרבית החודשים עובר ליישום החוק מרביתם של הנתונים האריתריאים יצאו דווקא למדינות מערביות – מתוך 2,400 מסתננים שיצאו מישראל בשנת 2017, 415 חזרו למדינת מוצאם, 523 יצאו למדינות שלישיות, בעוד ש-1,654 יצאו למדינות מערביות, 1,010 מהם לקנדה.

88. מכלל האמור עד כה, תטען המדינה 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.

ה.2. החוק צולח את מבחני המידתיות

89. 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' 385-384; 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).

ה.3. מבחן המשנה הראשון של המידתיות

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

91. 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 מפייסת לקבוצה זאת, מתוך ראייה שבכך יהיה כדי לקדם הליך של ריפוי הטראומה ופתיחת דף 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 במשמעויותיו הדקלרטיביות של החוק, שכלל אין ניתן לאמוד את פוטנציאל מימושו. נוכח האמור, מצאנו כי החוק מקיים את מבחן המידתיות הראשון" [ההדגשה הוספה – הח"מ]

92. המדינה סבורה כי צבירת הכספים בפיקדון מגשימה באופן ממשי את כל ארבעת התכליות שפורטו לעיל – הן אלו הנוגעים ליצירת תמריץ כלכלי משמעותי ליציאת העובד המסתנן מישראל, כשיבשילו עבורו התנאים לכך, ולמעשה כיום כבר מתקיימת יציאה מרצון למדיניות שלישיות או למדינות אחרות וישנם אף החוזרים למדינת המוצא מרצון, כעולה מטבלאות הנתונים שהוצגו לעיל; 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 מקרים הומניטריים, הרי שטיוטת התקנות שמקדמת הממשלה מכוח חוק עובדים זרים, נותנת לכך מענה ומלמדת כי ישנה הלימה בין האמצעי שנבחר לבין התכליות שנועד להגשים.

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

ה.4. מבחן המשנה השני של המידתיות

93. 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 אותו 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).

94. 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 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"ם 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) 249, 268 (2003).

95. 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 (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. אין די במענק ההסתגלות אל מול התמריץ הנגדי לעבוד בישראל ולהשתכר בה. לפיכך, ישנה חשיבות להפעיל מספר כלים במקביל, ובפרט כלי המתייחס לשכר העובד המסתנן בישראל. צבירת חלק משכר זה לאורך זמן תקטין את התמריץ לעבוד בישראל ותיצור תמריץ חיובי לעזוב אותה ולקבל את כל מה שנצבר במהלך תקופת העבודה. 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].

96. אשר על כן, המשיבים יטענו כי הוראות החוק בעניין הפיקדון והניכוי משכר העובד אליו צולחות אף את מבחן המשנה השני של המידתיות.

ה.5. מבחן המשנה השלישי של המידתיות

97. 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.

98. 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.

99. 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. לפיכך, 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 ייצא 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 יפישו 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.

100. 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 הממשלה לקדם התקנת תקנות שיאפשרו את משיכת כספי הפיקדון במקרים ובנסיבות הומניטריות, באופן שייתן מענה למקרים הומניטריים שבהם מוצדק ונכון הוא להסיג לאחור את האינטרס החברתי הגלום בשמירת כספי הפיקדון עד למועד היציאה. משכך, המדינה תטען כי עם השלמת התקנת התקנות ימצא מענה נורמטיבי הולם אף לאותם מקרים הומניטריים שמביאים העותרים בניסיונם ללמד על השפעת החוק על שגרת חייהם של העובדים.

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

102. **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 הנובעת ליישום החוק נובעת בשל הצורך להבטיח כלי שיהא אפקטיבי ביכולתו לעודד את מי שבמשך שנים ארוכות השתקעו בישראל, לאחר שהסתננו אליה באופן בלתי חוקי.

בפסקי הדין שעסקו בתיקוניו השונים של החוק למניעת הסתננות, עמד בית המשפט הנכבד על השלכותיה והשפעותיה השליליות של תופעת ההסתננות על המשק והחברה בישראל, ובתוך כך הכירו בתכלית של מניעת השתקעות בישראל כתכלית ראויה

ובתועלת מהצעדים להשגתה. אף שהדברים נקבעו ביחס לתכליתו של פרק ד' לחוק למניעת הסתננות, שעניינו בהקמת מרכז השהייה "חולות", הרי שהם נכונים אף ביתר שאת, בשינויים המחויבים לצורך הצגת התועלות הגלומות בקידום אמצעים כלכליים, שיעודדו בבוא היום את העובד המסתכן לצאת מישראל, כאשר הדבר יתאפשר בידו. כך, למשל, קבע כ"ב השופט ג'ובראן בפסק הדין בעניין **גבריסלאסי**:

6. תכליתו הראשונה של פרק ד' ודומה 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 שונקטים להגשמתה, אשר מבחני פסקת ההגבלה ייעדו להם בחינה נפרדת". [ההדגשה הוספה - הח"מ]

כמו-כן, ראו גם את תיאורו של כב' 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].

103. 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, תשי"ב-1952 הם אמצעים מתאימים יותר מן האמצעי הכלכלי מושא העתירה (סעיף 198 לעתירה).

104. **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 תבצע 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 שתרומתם משמעותית היא.

105. לאור כל האמור לעיל, ובהעמידנו את עוצמת הפגיעה הפחותה בזכות לקניין, כמו-גם את פועלן הצפוי של התקנות באשר למקרים הומניטריים; אל מול התועלת החברתית העצומה שפורטה לעיל ביחס לכל אחת מתכליות החוק - המדינה תטען כי הסדר 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.

106. עוד תטען המדינה, כי למחוקק שמור מרחב תמרון חקיקתי רחב בנוגע לאופן התמודדות 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 בבחינת עובדה מוגמרת שלא ניתן בעתיד לשנותה.

107. כאן נוסיף, 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 לבחינת ההיבט הכמותי, היינו שיעור הפיקדון שקבע המחוקק בהסדר דנן, במסגרת מבחן המידתיות השלישי, נבקש להביא מפסק דינו של הנשיא (בדימוס) גרוניס בעניין **גבריסלאסי** באשר למתחם התמרון הנתון למחוקק לקבוע את המידה בעניינים בעלי אופי כמותי:

"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' 518-517; וראו גם דוידוב, בעמ' 370-369). חשש זה מתעצם משמעותית כאשר עסקינן בשאלה חוקתית בעלת אופי כמותי. ודוקו, 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).

108. 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.

109. 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.

ו. טענות נוספות שעולות מן העתירה

110. להשלמת התמונה, נבקש עוד להתייחס לטענות העותרים כנגד אופן הפעלת חשבון הפיקדון ומסירת המידע למסתנן.

111. 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.

112. כמו-כן, המדינה תבקש לעדכן כי בהינתן הנחת המוצא כי תקופת החיסכון אינה תקופה ארוכת שנים במיוחד, וככזאת 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, לכשתתאפשר יציאתם מהארץ.

113. 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 ותצוין היתרה הצבורה לזכותו. להשלמת פיתוח זה יידרשו עוד כשלושה חודשים.

ז. סיכום

114. 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 החריג 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)

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

העובדות בתגובה הנוגעות לעבודת מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה, נתמכות בתצהירו של מר יוסי אדלשטיין, ראש מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה;
העובדות בתגובה הנוגעות לעבודת יחידת הפיקדונות, נתמכות בתצהירו של מר יואל ליפובצקי, ראש מינהל שירות למעסיקים ועובדים זרים ברשות האוכלוסין וההגירה;
העובדות בתגובה הנוגעות למשרד האוצר נתמכות בתצהירה של גב' יעל לינדנברג, רפרנטית תעסוקה באגף תקציבים במשרד האוצר.

היום, כ"ז בחשוון תשע"ח

16 בנובמבר 2017

שוש שמואלי
ממונה במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה