

בבית משפט העליון בירושלים
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 2293/17
קבוע לדיון ביום 5.12.17
לפני כבוד השופטים א' חיות, ח'
מלצר, י' דנציגר, י' הנדל, ע' פוגלמן,
א' שהם וג' קרא

- העותרים:**
1. אסתר צגיי גרסגהר
 2. צגה קיברום מהרטב
 3. שלומון 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 ומהגרים
 11. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 12. ARDC - מרכז לקידום פליטים אפריקאים
 13. רופאים לזכויות אדם - ישראל
- ע"י ב"כ עוה"ד אלעד כהנא וענת בן-דור
התוכנית לזכויות פליטים
וכן ע"י עו"ד מיכל תגיר
קו לעובד
שכתובתם לצרכי הליך זה הינה:
התוכנית לזכויות פליטים,
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב;
טל': 054-5800819, 054-5600536; פקס: 03-5251215
14. איגוד המסעדות בישראל
- ע"י ב"כ עוה"ד רוני שורץ, הלית שמחוני ואח'
משרד ירון-אלדר, פלר, שוורץ ושות'
מרחוב שפע טל 3, גבעתיים;
טל': 074-7339222; פקס: 074-7339223

- נ ג ד -

- המשיבים:**
1. כנסת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד קרן דהרי בן-נון
הייעוץ המשפטי לכנסת
משכן הכנסת, ירושלים;
טל': 02-6408636; פקס: 02-6467011
 2. שר הפנים
 3. שר האוצר
 4. שר הרווחה והשירותים החברתיים
ע"י ב"כ עו"ד רן רוזנברג
מפרקליטות המדינה, מחלקת בג"צים
מרחוב צאלח א-דין 29, ירושלים 9711052;
טל': 02-6466590; פקס: 02-6467011
 5. בנק מזרחי טפחות
מרחוב ז'בוטינסקי 7, רמת גן
 6. איתן - מזדיניות הגירה ישראלית, ע.ר. 580561587
 7. סינוני אילה, ת.ז. [REDACTED]
 8. סוזי כהן צמח, ת.ז. [REDACTED]
 9. רכלין פז שפי, ת.ז. [REDACTED]
 10. עטר רחל, ת.ז. [REDACTED]

11. גרוס אסתר חנה, ת.ז.
 12. וינרסקי מירה, ת.ז.
 13. משולם נוע, ת.ז.
 14. רימיק כרמית, ת.ז.
 15. בן צור מזל, ת.ז.
 16. פרישתא רינה, ת.ז.
 17. ענת נחשון, ת.ז.
 18. כהן רונית, ת.ז.
 19. ורדי יפה, ת.ז.
 20. חזד שולמית, ת.ז.
 21. בן יוסף מיטל, ת.ז.
 22. שמריהו אורלי, ת.ז.
 23. אריאל זכריה, ת.ז.
 24. שמאי רבקה, ת.ז.
 25. שלומי חבצלת, ת.ז.
 26. סיגואני שפרה, ת.ז.
 27. חזי אהרן, ת.ז.
 28. חזי אורלי, ת.ז.
 29. יצחקי זהבה, ת.ז.
 30. דאוס רות, ת.ז.
 31. סלח יפה, ת.ז.
 32. ביטון יפה לואיזה, ת.ז.
 33. נזר רונית, ת.ז.
 34. שמי עופרה, ת.ז.
 35. סיגוני דנה, ת.ז.
 36. עגיב חיים, ת.ז.
 37. סמוליאנסקי אלה,
 38. גדעון אלישבע, ת.ז.
 39. סיגוני יהודה, ת.ז.
 40. גיגי יצחק, ת.ז.
 41. יושע רוני, ת.ז.
 42. דבי יושב יששכר, ת.ז.
- ע"י ב"כ עוה"ד דודין טאובמן ויאנה לורייה
כספי ישות', משרד עורכי דין
מרחוב יעבץ 33, תל-אביב 6525832 ;
טל: 03-7961000 ; פקס: 03-7961001

תשובה לצו על תנאי מטעם המשיבים 6-42

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 26.7.17, המשיבה 6, איתן - מדיניות הגירה ישראלית, והמשיבים 7-42 ("העמותה" ו- "תושבי דרום תל אביב" בהתאמה; יחדיו: "המשיבים"), מתכבדים להגיש תשובתם לצו על תנאי המורה למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטל רכיב הפרשת העובד בגובה 20% משכרו שמעוגן בסעיף 1א1 לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 ("חוק עובדים זרים") וכן סעיף 1א4 לחוק המעגן את חובת הניכוי המנהלי מרכיב המעביד.

תוכן עניינים

4	א. פתח דבר.....
8	ב. הרקע לתיקון לחוק למניעת הסתננות - מנקודת מבטם של המשיבים.....
12	ג. רכיב הפרשת העובד.....
12	ג.1. ביצוע הפרשת העובד לאתפגע באפשרות להתקיים בכבוד.....
13	ג.1.א. העברת כספים על ידי המסתננים למדינות המוצא מאיינת את העתירה.....
23	ג.1.ב. על התצהירים שהוגשו בתמיכה לעתירה ועל הראיות בבג"ץ.....
30	ג.2. קיומם של "אפיקי יציאה" שונים עבור המסתננים.....
31	ג.2.א. עובדות אודות העזיבה מרצון.....
32	ג.2.ב. יציאה למדינות שלישיות.....
35	ג.2.ג. חזרה לארצות המוצא.....
56	ג.3. התייחסות לעמדת נציבות האו"ם לפליטים.....
62	ד. הניכוי מרכיב הפרשת המעביד.....
64	ה. הבחינה החוקתית.....
64	ה.1. אין כל פגיעה באינטרס מוגן.....
66	ה.2. תכלית התיקון לחוק.....
70	ה.3. בחינת הזכויות החוקתיות העומדות על הפרק.....
71	ה.3.א. הפגיעה הנטענת בזכות הקניין.....
73	ה.3.ב. הפגיעה הנטענת בזכות לקיום בכבוד.....
74	ה.3.ג. הפגיעה הנטענת בזכות השוויון.....
75	ה.4. התיקון לחוק עומד במבחני המידתיות.....
78	ו. סיכום.....

א. פתח דבר

1. עניינה של העתירה בדרישה לביטולו של סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 ("התיקון לחוק למניעת הסתננות" או "התיקון"¹), ולחלופין, לביטול סעיפים 1א(ה)(3), 1א4 לחוק עובדים זרים וכן רכיב הפרשת העובד (כהגדרתו להלן) הקבוע בסעיף 1א1(א) לחוק עובדים זרים.
2. סעיף 1א1(א) לחוק עובדים זרים קובע כי מעסיק של עובד זר שהוא מסתנן (כהגדרתו בחוק עובדים זרים), ינכה 20% משכרו של המסתנן ויפקידו בקרן ייעודית ("רכיב הפרשת העובד"); וכן יפקיד 16% נוספים מגובה שכרו של המסתנן לאותה קרן ("רכיב הפרשת המעביד") (רכיב הפרשת העובד ורכיב הפרשת המעביד יחדיו: "כספי הפיקדון").
3. סעיף 1א4 לחוק עובדים זרים קובע כי בתום תקופת השהייה של המסתנן בישראל, המסתנן יהא זכאי לקבל 100% מכספי הפיקדון בתוספת רווחים שנצברו עליהם ובניכוי דמי ניהול של הקרן או בניכוי עמלות בשל ניהול חשבון הבנק, לפי העניין, ובניכוי מס כדין על הרווחים, וזאת באופן הבא: (א) 67% מכספי הפיקדון יועברו לידי המסתנן באופן מיידי (ב) 33% מכספי הפיקדון (שהם מרבית רכיב הפרשת המעביד) יועברו לידי המסתנן בכפוף להפחתת הוצאות הרחקה, ככל שיהיו כאלה וניכוי מס כדין. ככל שהמסתנן לא יעזוב את ישראל במועד שנקבע, אזי אותם 33% מכספי הפיקדון יופחתו באופן הדרגתי בהתאם למועד היציאה ("הניכוי מרכיב הפרשת המעביד").
4. סעיף 1א(ה)(3) לחוק עובדים זרים קובע את ההסדר המיסוי הנוגע לרכיב הפרשת העובד ורכיב הפרשת המעביד.
5. לאחר הדיון שנערך בפני בית המשפט הנכבד ביום 26.7.17, ניתן צו על תנאי הנוגע לעניין רכיב הפרשת העובד הקבוע בסעיף 1א1 לחוק עובדים זרים והניכוי מרכיב הפרשת המעביד הקבוע בסעיף 1א4 לחוק עובדים זרים בלבד.
6. במסגרת ההחלטה ציין בית המשפט הנכבד כי הוא אינו מוצא עילה למתן צו על תנאי על יתר ראשי העתירה וכן כי לא יינתן צו ביניים המשנה את תוקפה של החקיקה (לאחר ששתי בקשות לצו ביניים נדחו על ידי בית המשפט הנכבד ביום 19.4.17 וביום 9.7.17).
7. כמו כן, במסגרת הדיון, התיר בית המשפט הנכבד את צירופם של העמותה ותושבי דרום תל אביב כמשיבים לעתירה.
8. המשיבים (בפרק ב' לכתב תשובה זה) יעמדו על הרקע לתיקון לחוק למניעת הסתננות - מנקודת מבטם. על כך שתכליות רבות יש לו לתיקון לחוק, כשהעיקרית שבהן הינה עידוד יציאת המסתננים ממדינת ישראל ומניעת השתקעותם בה. תכלית זו נועדה לתת מענה לתופעת ההסתננות שפשתה במרכזי הערים וביניהם בשכונות דרום תל אביב ששינו את פניהן ואשר תושביהן נתונים במציאות חיים יום יומית בלתי אפשרית ונושאים בנטל קשה מנשוא.

¹ התיקון לחוק למניעת הסתננות תוקן במסגרת החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) (תיקון), התשע"ז-2017.

בית משפט נכבד זה עמד זה לא מכבר על האינטרס הציבורי החיוני בהתמודדות עם תופעת ההסתננות והתריע בעד רשויות המדינה למצוא פתרונות למצוקה זו; ואולם פתרונות חוקיים שנהגו על ידי הרשות המחוקקת נפטלו על ידי בית המשפט הנכבד בשל פגיעה נטענת ב"גרעין הקשה" של זכויות האדם כגון שלילת חירות והגבלת חופש התנועה. עד אשר באנו לתיקון לחוק הנוכחי שעוסק **בעניין כלכלי גרידא** (אשר הוכר בפסיקה כאמצעי לגיטימי להבטחת עזיבה של עובד זר את המדינה).

9. הדיון האמיתי בעתירה זו, כך נדגיש **בפרק ג' לכתב התשובה**, נסוב סביב הפרשה בשיעור של 14% משכר העובד (שכן כל מעסיק ממילא מחוייב להפריש 6% משכר העובד לפנסיה). הפרשה זו מופקדת בפיקדון לטובתו של העובד ומיועדת עבורו. האם הפקדה שכזו תדרדר את העובד המסתנן לעוני ותפגע בזכותו לקיום מינימאלי בכבוד?

התשובה לכך שלילית. כעניין שבעובדה המסתננים מעבירים כספים למדינות המוצא על מנת לקיים שם את בני משפחותיהם וממילא הם מתקיימים בכבוד גם בלעדי אותם כספים. עובדה זו **מאיינת** את העתירה (ראו: פרק ג.1.א. לכתב התשובה). המשיבים יציגו בפני בית המשפט הנכבד את חוק איסור הוצאת כספים משנת 2012, אשר קבע איסור פלילי על הוצאת כספי מסתננים מישראל; יציגו את הצעת החוק ואת הנתונים שהוצגו שם ויניחו בפני בית המשפט הנכבד את **התנגדותם הרשמית דאז להצעת החוק של חלק מהעותרים כאן**, באומרים כי אל לה למדינת ישראל למנוע בעדם להמשיך ולהעביר את הכספים למדינות המוצא ולתמוך בקרובים שם. טענה הפוכה לטענה הנטענת כיום (גם שם טענו לפגיעה חמורה בזכות הקניין). המסתננים טענו זאת לא רק במסגרת הליך החקיקה אלא טענו זאת גם בהליכים פליליים שונים ובכלי התקשורת. המשיבים יציגו את היקף התופעה של העברת הכספים במאות מיליוני ש"ח בין היתר על בסיס פרוטוקולי הוועדות, נתוני בנק ישראל ונתונים דומים מרחבי העולם.

העותרים מנסים להציג מנגד למעלה מ-30 תצהירים (שהוגשו לאחר הדיון האחרון ולאחר שהוצג בפני בית המשפט הנכבד הטיעון דלעיל) לפיהם, כביכול, הפקדת אותם 14% בפיקדון תדרדר את המצהירים לעוני. ובכן, על סמך תצהירים כאלה לא ניתן להוכיח זכאות בתביעה בבית משפט שלום, ובוודאי שלא ניתן לבטל חוק בבית משפט נכבד זה בהסתמך עליהם. התצהירים משתמשים בתיאורי אווירה קשים, אך אם בוחנים אותם לגופם (דבר שנעשה בפרק ג.1.ב. לכתב התשובה), מגלים כי הם סותרים את העמדה שהוצגה בשנת 2012, מערבים מין שאינו במינו; התצהירים מוטים באופן קיצוני ולו מהבחינה הסטטיסטית; אינם מלמדים דבר על מצבם של כלל המסתננים. מבין השורות דווקא עולה כי חלקם משתכרים משכורות גבוהות (שהוצנעו), ברובם אין כדי ללמד על מידת הפגיעה הנטענת של ההסדר. הארכנו בסוגיה זו, על מנת להמחיש את האבסורד בניסיון לפסול חוק של הכנסת בהתבסס על "עובדות" מעין אלה.

10. **בפרק ג.2. לכתב התשובה** נעמוד על קיומם של "אפיקי יציאה" שונים עבור המסתננים. פרק זה יעניק מענה לטענת העותרים - שמכיוון שאין "אופק התזרה" הרי שהפגיעה בזכויות המסתננים עלולה להמשך פרק זמן ארוך שאין צפי לסיומו וכי הלכה למעשה, ההסדר הקבוע בתיקון מהווה הפרה קונסטרוקטיבית של עיקרון אי ההחזרה. קרי - המדינה "כופה" על המסתננים לצאת מישראל כאשר אין להם יעד ליציאה אלא למדינות המוצא בהן נשקפת סכנה לחייהם. כהערת פתיחה נאמר כי בטענה

זו של העותרים היה טעם לדון אם ייקבע כי חלק מכספי משכורתם אינם מועברים לפרנסת משפחותיהם במדינות המוצא וכן כל סכום משכורתם מיועד אך ורק לקיומם היום יומי ולא לחיסכון.

וכן, טענת העותרים הדיכוטומית (או להישאר בישראל ללא פת לחם או לחזור לסכנת חיים במדינת מוצאם) מופרכת על פניה. למרביתם המכריע של המסתננים קיימות אפשרויות שונות לעזיבת ישראל למדינות בהן לא נשקפת סכנה לחרותם או לחייהם, והם רשאים לעזוב את ישראל בכל עת שירצו (כפי שהם עושים במשך שנים רבות - ונציג לעניין זה את נתוני רשות האוכלוסין וההגירה לפיהם בשנים 2014-2016 עזבו את ישראל מעל ל- 13,000 מסתננים מרצונם החופשי).

אחת האפשרויות אשר עומדת בפני המסתננים (ראו: פרק ג.2.ב. לכתב התשובה) הינה עזיבה למדינה שלישית (רואנדה או אוגנדה - שכפי שנביא הינה בעלת מדיניות חוקי פליטים מהפרוגרסיביות בעולם, ואשר קיימת בה קהילה גדולה של אריתריאים). אפשרות זו הפכה לרלוונטית במיוחד נוכח פסק דינו של בית משפט נכבד זה בפרשת צגטה שניתן בחודש אוגוסט האחרון, שם נדחו לגופן טענות העותרים בדבר הפרת זכויות אדם באותן המדינות. כלומר, אפשרות לצאת מהמדינה למדינות שלישיות קיים, וכל שנותר כעת הוא ליתן בידי המסתננים תמריץ כלכלי לעשות כן בדמות ההסדר החוקי נשוא העתירה.

אפשרות אחרת היא יציאה למדינות מערביות אחרות. כפי שדיווחה המדינה לבית המשפט הנכבד מסתננים רבים בוחרים להגר למדינות מערביות. יש לתמרץ אותם לעשות כן.

אפשרות נוספת (ראו: פרק ג.2.ג. לכתב התשובה) היא חזרה למדינות המוצא. באשר לאריתריאה יציגו המשיבים את המגמה ההולכת וגוברת במדינות מערביות אחרות (בדוחות ממשלתיים ובפסיקות ביהמ"ש) לפיה אין מניעה עקרונית להשיב נתינים אריתריאים שאין להם עילת מקלט. נראה גם כי עבור חלק לא מבוטל מאוכלוסיית המסתננים המוגדרת כאריתריאית, אין כל מניעה לחזור לאריתריאה - דוחות שונים מלמדים על תופעה רחבת היקף של אתיופים שמנצלים את הדימיון האתני ומתחזים לאריתריאים על מנת ליהנות ממדיניות ההגנה שמעניקה ישראל, שמלכתחילה אינה נתונה להם. וכן, בארץ קיימת פעילות גלויה וענפה של מסתננים תומכי ממשל. אלו אינם יכולים להסתתר תחת החשש מאימת השלטון ואין כל מניעה לעודדם לעזוב מרצון חזרה לביתם. וכן, נשים (נשים נשואות, נשים בהריון או נשים עם ילדים ואף רווקות מעל גיל מסוים) שלפי מקורות אירופאיים וארגוני זכויות אדם אין מניעה שתשובנה לאריתריאה שכן הן משוחררות מהשירות הלאומי במדינה. זהו גם דינם של גברים מעל לגיל הגיוס. את כל אלו ניתן לעודד לצאת מישראל אפילו לאריתריאה. דומה בעיני המשיבים כי על הממשלה לערוך רביזיה בהחלט עיקרון אי ההרתקה, ומכל מקום, בנוגע לעתירה דנא יש בנתונים שמוצגים כדי לדחות את העתירה. באשר לסודן - אחד העירובים שלא מדעת היא הכריכה הלא כנה שבינה לבין אריתריאה. כ- 19% מהמסתננים בישראל הינם ממדינת סודן (הרפובליקה של סודן). ישראל אינה מחזירה אותם למדינת מוצאם מפאת העדר יחסים דיפלומטיים עם ממשלת סודן והקשיים הנובעים מכך ולא מכל סיבה אחרת. מדינות אירופאיות שונות מבצעות החזרה מרצון והחזרה כפויה לסודן וקיימת פסיקה אירופאית שמאפשרת זאת, כפי שיובא בהרחבה. ממילא אין כל מניעה לעודד אותם לצאת באופן עצמאי גם לסודן.

11. בפרק ג.3. לכתב התשובה המשיבים יתייחסו בהרחבה לעמדת נציבות האו"ם לפליטים. מדובר בעמדה מוזמנת ומתוזמנת שמציגה טיעונים קיצוניים שאינם מתקבלים על הדעת, והופרכו אחד לאחד. הכל כפי שיפורט באותו הפרק.

12. בפרק ד' לכתב התשובה יעמדו המשיבים על סוגיית הניכוי מרכיב הפרשת המעביד. ההסדר החוקי קובע מנגנון לפיו מרגע שתינתן למסתנן הודעה והוא ישתהה ביציאתו מן הארץ, ינוכו שיעורים שונים מרכיב הפרשת העובד ביחס לתקופת שהייתו. העותרים קובלים על מנגנון זה, אך הם לא דקדקו בטענתם שכן אם לשיטתם אין "אופק-יציאה" והמסתננים אינם יכולים לצאת מן הארץ - המנגנון ממילא אינו רלוונטי ואין כל צורך לבטלו. לגופם של דברים, בין היתר, מדובר **במנגנון כלכלי לגיטימי, יעיל וכלכלי** בדומה למנגנונים רבים אם בחקיקה אם במערכות חוזיות, ואפשר להביא לכך דוגמאות אין ספור. בנוסף, המנגנון מתייחס רק לרכיב הפרשת המעביד (שמיטיב ביחס לעובדים ישראלים רגילים) שלא היה קיים עובר לתיקון החוק ובגינו לא ניתן צו על תנאי, ובכל מקרה, גם בשיהוי שמביא לניכוי מלא, נותרים בידי המסתנן המשתהה יותר כספים מאשר הפקיד משכרו.

13. בפרק ה' לכתב התשובה יערכו המשיבים את הבחינה החוקתית. הם יפתחו בכך שאין כל פגיעה באינטרס מוגן שהוא קבלת שכר עבודה (ואי הפקעתו). זהו גרעין הזכות שזוכה להגנה משפטית. לעומת זאת, הזכות של העובד לקבל באופן מיידי שיעור של 14% מהשכר אשר מופקד לטובתו בפיקדון (אשר יכול להשתחרר בכל רגע נתון, ואשר מועבר לעובד בתוספת הפירות שהצטברו) איננה חלק אינהרנטי גרעיני מהזכות עצמה ואיננה אינטרס מוגן, במיוחד שעה שהפיקדון עושה פירות. במקרה זה המחוקק פועל, כפי שהוא פועל במקרים אחרים, מתוך התחשבות בזכות הקניין אל מול אינטרסים ציבוריים חיוניים מבלי שההסדר החוקי גורע מזכות זו.

המשיבים יציגו לדוגמא הסדרים חוקיים קיימים שמובילים לתוצאות תמורות יותר מבחינת העובד (גם ישראלי במקרה הזה). כך, עיקול המוטל על שכר עבודה של חייב בהוצאה לפועל (לא ניתן לעקל את כל שכרו ויש להותיר בידיו סכום מסויים. לדוגמא - אם הוא משתכר 5,000 ש"ח נטו בחודש יש להותיר בידיו 2,161 ש"ח בלבד); כך, במקרה בו ניתן צו תשלומים חודשיים לחייב בפשיטת רגל; וכך בהליכי עיקול זמני לפי תקנות סדר הדין האזרחי. בכל אלו, יש לומר, שיעור של - 20% משכר העבודה (נטו) נתפס בעיני המחוקק כשיעור מידתי אותו ניתן לעקל.

14. המשיבים יעמדו בהרחבה (בפרק ה.2. לכתב התשובה) על כך ששופטי בית משפט נכבד זה עמדו לא מכבר על כך שמניעת השתקעות במרכזי הערים תכלית ראויה היא. טענת העותרים כי מדובר ב"הפרה קונסטרוקטיבית של עיקרון אי החחורה" תיסתר עד דק בפרק זה.

15. מאוחר יותר (בפרק ה.3. לכתב התשובה) נבחן את הזכויות החוקתיות העומדות על הפרק ונפתח בכך שעל פי פסיקת בית משפט נכבד זה יש לבחון את הפגיעה הנטענת בזכות החוקתית על רקע ההסדר החוקי כמכלול ולא בהתייחס להסדר ספציפי בו. לאחר מכן נעמוד על הפגיעה הנטענת בזכות הקניין (ראו: פרק ה.3.א. לכתב התשובה) ונראה כי הסדר זה אינו פחות חוקתי מההסדרים החוקיים שהצגנו כדוגמת חייב בהוצאה לפועל. כך גם נשווה להגנה על זכות הקניין בדיני ההפקעה שנועדה להשיב את המצב לקדמותו בערכים כספיים, כלל שמתקיים במקרה דנא באופן מוחלט. ועל כל אלו נוסיף שמדובר בשיעור של 14% בלבד שמופקדים בפיקדון זמני ארעי (ולא מולאמים או מופקעים, כטענת

העותרים), אשר בכל רגע נתונה בידי המסתנן הזכות להחליט שהוא עוזב את ישראל ולקחת את הפיקדון.

בהמשך (פרק ה.3.ב. לכתב התשובה) נסתור את הפגיעה הנטענת בזכות לקיום בכבוד. לא כל הכבדה כלכלית (כך קובעת הפסיקה) מביאה בהכרח לפגיעה שכזו; ובוודאי בנסיבות דנא לא ניתן לראות בהפקדה של 14% משכר העובד המסתנן משום פועלה הגורמת לגריעה מתנאי מחייתו מתחת לרף הקיום המינימאלי בכבוד. הראנו כי מסתננים רבים מעבירים כספים חזרה למדינות מוצאם, באופן המלמד כי ממילא רכיב הפרשת העובד נדרש לקיומם של בני משפחותיהם של המסתננים ולא של המסתננים עצמם החיים במדינת ישראל. גם על התצהירים שהוצגו על ידי העותרים עמדנו. לבסוף נתייחס לפגיעה הנטענת בזכות השוויון (פרק ה.3.ג. לכתב התשובה) ודומה כי סוגיית השוויון הועלתה אגב אורחא שכן אין המדובר בהפליה בין שווים הנמצאים באותה "קבוצת שוויון".

16. נסיים בפרק ה.4. לכתב התשובה בו נבאר כי התיקון לחוק עומד בשלושת מבחני המידתיות. תמריצים כלכליים מהווים כלי אפקטיבי ומידתי לצורך התמודדות עם תופעת ההסתננות. התועלת החברתית הצומחת מההסדר החוקי, אותו הציבו העותרים בפני בית המשפט הנכבד גבוהה לאין ערוך, אל מול הפגיעה בזכויות הנטענות שלא הוכחה על ידי העותרים, באופן המצדיק את ביטולו של ההסדר.

17. בכתב תשובה זה ניסו המשיבים להעלות את שוועתם של תושבי דרום תל אביב בפני בית משפט נכבד זה והם עותרים בפניו שיותיר את ההסדר החוקי על מכונו על מנת להחזיר את שכונות דרום תל אביב אל תושביהן.

ב. הרקע לתיקון לחוק למניעת הסתננות - מנקודת מבטם של המשיבים

18. בדברי ההסבר לתיקון לחוק נכתב כי "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 דומה לעובד זר חוקי, אשר שהייתו בישראל מוגדרת לתקופות קבועות ויציאתו במועד מישראל ניתנת לאכיפה בתום תקופת הרישיון".²

19. המשיבים יבקשו להתמקד באחת התכליות המרכזיות של התיקון לחוק שהינה עידוד יציאת המסתננים ממדינת ישראל ומניעת השתקעותם בה. תכלית זו, מנקודת מבטם של המשיבים, היא התכלית התשובה והמרכזית של החקיקה.

² דברי הסבר להצעת החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, ה"ח 904.

20. לא ניתן להפריז בחשיבותה של תכלית זו לנוכח תופעת ההסתננות, בעיקר מאריתריאה ומסודן, ממנה סובלת המדינה מזה שנים רבות.
21. תופעה זו הינה תופעה חמורה ורחבת היקף, בעלת השלכות קשות ומרחיקות לכת על מדינת ישראל, הבאות לידי ביטוי בפגיעה במרקם חברתי במדינה, פגיעה בשוק העבודה, צמצום המשאבים במערכות השונות השמורות לאזרחי ישראל ותושביה השוהים בה כדין, הגברת הפגיעה באזורים שבהם מרוכזים מהגרים בלתי חוקיים ומעבר לכל **במציאות חיים בלתי אפשרית ופגיעה אנושה בשגרת החיים** (שמומן לא קיימת) בקרב תושבי דרום תל אביב.
22. כידוע, האזור המרכזי במדינה (שאיננו היחיד) שנפגע מתופעת ההסתננות הינו דרום תל אביב, כאשר בהשלכותיה הקשות ובעיקר הנטל של התופעה נושאים בעיקר תושביו, נוכח הימצאות המסתננים בקרבם. אין חולק כי כל דיון רציני בסוגיה דנון, חייב לקחת בחשבון, לשקלל, לאזן ולהתחשב במצוקתם וסבלם של תושבי דרום תל אביב והפגיעה הקשה והיום יומית הנגרמת להם.
23. בית משפט נכבד זה הכיר לא אחת בעוצמתה וחרिפותה של מצוקה זו. כך למשל בחוות דעתו של כבוד השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 8425/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 22.9.14) ("בג"ץ איתן"):

"אני מבקש להדגיש כי אין בתוצאה זו שאליה הגענו ביחס לעתירה בבג"ץ 7385/13 כדי להעיד על כך שקולם של תושבי דרום תל-אביב לא נשמע בהליך זה. מצוקתם הייתה לנגד עינינו, וכאבם על סביבת מגוריהם ששינתה פניה ללא היכר ברור ומובן לכל. בתוך עמנו אנו חיים. ראינו כיצד השתקעותם של המסתננים בשכונות דרום העיר שינתה את צביון האזור, הוסיפה לצפיפות והגבירה את הקשיים היום-יומיים של תושבי המקום. קראנו בדו"ח מבקר המדינה על עלייה ניכרת בעבירות דיני התכנון והבנייה באזור; על בתי עסק ורוכלות רבים הפועלים ללא רישיון; על חיבורים "פירטיים" רבים של מתקני גז וחיבורים מסוכנים לרשת החשמל; ועל הגברת פוטנציאל הסיכון לדליקות (דו"ח מבקר המדינה, בעמ' 83-75). אין חולק על כך שמצב הדברים בדרום תל-אביב קשה ומחייב התייחסות החובה למצוא פתרונות מתאימים היא לפתחן של רשויות המדינה. מצוקתם של תושבי דרום תל-אביב אינה גזרת גורל; היא בידיהן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת"³.

24. כדבריו של כבוד השופט פוגלמן - על רשויות המדינה, אשר מודעות למצוקתם של תושבי דרום תל אביב, למצוא פתרונות למצוקה זו.
25. דא עקא, הפתרונות החקיקתיים שהגתה המדינה על מנת ליתן מענה לתושבי דרום תל אביב, נתקפו על ידי ארגונים כגון העותרים דכאן, ואלו בוטלו על ידי בית המשפט הנכבד, בזה אחר זה.

³ סעיף 210 לחוות דעת כבוד השופט ע' פוגלמן; ראו גם דבריה של כבוד השופטת ע' ארבל בבג"ץ 7146/12 גי'ט סרג' אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.13) ("בג"ץ אדם"), סעיף 14.

26. כך, במסגרת בג"ץ אדם, בית המשפט הנכבד דן בהוראות החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, אשר נחקק כתיקון לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 ("חוק למניעת הסתננות" ו- "תיקון מס' 3" בהתאמה). תיקון זה אפשר להחזיק במשמורת מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש על ידי שר הביטחון לתקופה של שלוש שנים. בית המשפט הנכבד קבע כי תקופת הזמן הארוכה של שלוש השנים שנקבעה בגדרו של תיקון מס' 3 מביאה לביטולו.

בפסק דין זה, בית המשפט הכיר בכך שהאינטרס הציבורי בהתמודדות עם תופעת ההסתננות הוא אינטרס חשוב, שעבור תושבי דרום תל אביב מדובר באינטרס חיוני, ושעל הרשויות מוטלת חובה לפעול כדי לסייע להם⁴.

27. כך עשתה המדינה, וחוקקה את החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013 ("תיקון מס' 4"), אשר קבע כי ניתן להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה בת שנה בלבד וכן כי יוקם מרכז שהייה, אליו ניתן להעביר כל מסתנן שישנו קושי לגרשו. במסגרת בג"ץ איתן בית המשפט הנכבד קבע כי תיקון מס' 4 פוגע פגיעה עמוקה ויסודית בזכויות אדם - ועל כן אף הוא בוטל.

בית המשפט עמד על כך כי "יש לקוות, לצפות ולהאמין שהמדינה תעשה כל שביכולתה ועל-פי שיקול דעתה לפתור את מצוקת תושבי דרום-תל-אביב"⁵.

28. ושוב, המדינה תיקנה את החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקון חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, כך שתוקן גם החוק למניעת הסתננות ("תיקון מס' 5"). תיקון זה קבע הוראות שמכוון ניתן להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של עד שלושה חודשים ולהורות על שהייתם במרכז שהייה לתקופה של עד עשרים חודשים. במסגרת בג"ץ 8665/14 טשומה נגה דסטה נ' הכנסת (11.8.15) ("בג"ץ דסטה"), בית המשפט ביטל את הוראות תיקון מס' 5 שקובעות כי התקופה המרבית להחזקה במרכז שהייה היא עשרים חודשים.

בית המשפט הוסיף וקבע כי "הוראות החוק הנתקפות בהליך זה כוללות אמצעים שנקטה המדינה כחלק מניסיון להתמודד עם תופעת ההסתננות. ממדיה של תופעה זו מצויים לפי הנתונים שבידינו במגמת ירידה. עם זאת, היות שמספר המסתננים בישראל עודנו רב, נותר בעינו הצורך להתמודד עם האתגרים הנובעים מכך"⁶.

29. בבג"ץ דסטה קבע בית המשפט גם כי הכרזת הבטלות של ההוראות שבוטלו תושעה למשך ששה חודשים, שבמהלכם תעמוד התקופה המרבית להחזקה במרכז שהייה על 12 חודשים. בהתאם לפסק הדין בבג"ץ דסטה תוקן הסעיף הרלוונטי בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ו-2016, כך שתקופת החזקה לא תעלה על 12 חודשים.

⁴ בג"ץ אדם, סעיף 30 לחוות דעת כבוד השופט ע' פוגלמן.

⁵ בג"ץ איתן, סעיף 13 לחוות דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

⁶ בג"ץ דסטה, סעיף 22 לחוות דעת כבוד הנשיאה (בדימוס) מ' נאור.

30. ביני וביני, במסגרת עע"מ 8101/15 אלמסגד גריוסוס צגטה נ' שר הפנים (28.8.17) ("פרשת צגטה"), נדון יישומה של החלטת ממשלה מס' 3936 מיום 11.12.11, לפיה חתמה מדינת ישראל על הסכמים עם שתי מדינות שלישיות הממוקמות באפריקה אשר הסכימו לקלוט לתחומן מסתננים מישראל "אשר לא ניתן להרחיקם למדינת מוצאם". בפרשת צגטה בית המשפט הנכבד קבע כי למדינה ישנה אמנם הסמכות להרחיק זרים למדינה שלישית בכפיה, אך בשל הודעת המדינה (מסיבה חסויה הנטועה בהסדר ספציפי עם מדינה שלישית ספציפית - ראו סעיף 126 לפרשת צגטה) לא ניתן להרחיק באופן זה וממילא נקבע כי לא ניתן לתיתם במשמורת לתקופה העולה על 60 ימים להבטחת יציאתם.

31. הנה כי כן, חרף ניסיונותיהן החוזרים והנשנים של רשויות המדינה למצוא פתרון לסוגיית המסתננים, וחרף הכרתו של בית המשפט הנכבד בהשפעות השליליות של גל ההגירה הבלתי חוקית ששטף את ישראל - לרבות ובעיקר על תושבי דרום תל אביב - כל הפתרונות נפסלו על ידי בית המשפט הנכבד; וכך נותרו להם תושבי דרום תל אביב ללא מענה למצוקתם הקשה.

32. כל אותם תיקונים לחוק שבוטלו נוגעים לפגיעה נטענת (על ידי העותרים) ב"גרעין קשה" של זכויות אדם - שלילת חירות, הגבלת חופש תנועה, בכבוד האדם וכיו"ב. והנה, הגיענו לתיקון לחוק נשוא העתירה דנא. אין חולק וגם העותרים אינם יכולים לחלוק על כך שהתיקון אינו פוגע בגרעין קשה של זכויות אדם - אלא עוסק כל כולו בעניין כלכלי גרידא.

33. בית המשפט הנכבד הכיר בעבר בכך שמגנון של ערבות כספית הינו אמצעי לגטימי להבטחת עזיבה של עובד זר את המדינה. כך למשל בחוות דעתה של כבוד השופטת א' פרוקצ'יה:

"...הרשות יכולה ליזום מערכת כללים וערבויות אשר תבטיח כי עם חלוף תקופת
השהייה המירבית לעבודת העובדת הזרה על-פי רשיון היא תעזוב את ישראל עם
ילדה. ניתן להגשים זאת, בין היתר, על-ידי מנגנון של ערבויות כספיות, הנהגת
שיטת דיווח תקופתי על מקום הימצאה של העובדת הזרה ועל מהלכיה, ושאר
אמצעים שהרשות תחליט עליהם, אשר יקלו על הפיקוח ועל אכיפת חובתה של
העובדת לעזוב את הארץ עם ילדה בתום תקופת הרשיון".⁷

וכך גם בדבריה של כבוד השופטת ע' ארבל:

"דומני כי ניתן לגבש מגוון אמצעים חליפיים שניתן לנקוט בהם ואשר ישיגו את
התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות. כך למשל ניתן ליצור חובות דיווח וערבויות
שונות".⁸

34. התיקון הנוכחי לחוק למניעת הסתננות הוא בדיוק מסוג האמצעים אליהם התכוון בית המשפט הנכבד בפסקי דינו הקודמים. חוק כלכלי זה יכול להוות פתרון כן, אמיתי ואפקטיבי על מנת להקל על סבלם של תושבי דרום תל אביב.

⁷ בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.4.11), סעיף 63 לחוות דעת כבוד השופטת א' פרוקצ'יה.
⁸ בג"ץ אדם, לעיל הי"ש 3, סעיף 104 לחוות דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

35. המשיבים מבקשים מבית המשפט הנכבד כי ישמע את זעקתם ואת מצוקתם, שכן הגיעו מים עד נפש; לא ניתן לפסול את הוראת החוק נשוא העתירה, אשר יש בה כדי לנסות ולהתמודד עם תופעת ההסתננות.

36. בפרקים הבאים המשיבים ישטחו את העובדות הרלוונטיות ביחס לשני המרכיבים שבחוק לגביהם ניתן הצו על תנאי, ויראו כי אין בהם משום פגיעה בזכויות החוקתיות של המסתננים.

ג. רכיב הפרשת העובד

37. למקרא העתירה, עולה כי עיקרה מכוון כנגד רכיב הפרשת העובד, משכך, גם המשיבים יתמקדו בעיקר ברכיב זה, ויתייחסו לניכוי מרכיב הפרשת המעביד בהמשך הדברים.

38. נקדים ונאמר כי הדין "האמיתי" מתמקד בשאלה האם הפרשה בשיעור של 14% (ולא 20%) משכר העובד תאפשר (או לא תאפשר) למסתננים להתקיים בכבוד, וכוונתנו לכך שדיני העבודה במדינת ישראל קובעים שעל כל מעסיק במדינת ישראל להפריש 6% משכר העובד לטובת ביטוח פנסיוני. צו הרחבה בדבר הגדלת ההפרשות לביטוח פנסיוני במשק לפי חוק ההסכמים הקיבוציים, התשי"ז-1957 חל על כל העובדות והעובדים במדינת ישראל, ובהתאם להוראותיו, החל מיום 1.1.17 גדל הניכוי משכר העובד לרכיב התגמולים והוא עומד כיום על 6%.

39. ממילא, לא ניתן לטעון כי יש בהפרשה בשיעור זה (6%) משום פגיעה באפשרות להתקיים בכבוד או כל פגיעה חוקתית שהיא.

40. טענת העותרים אפוא מתמקדת למעשה בהפרשה עודפת בשיעור של 14% (ההפרש בין 20% ל-6%). לדברי העותרים ניכוי משכר המסתנן בשיעור זה והפקדתו בקרן לטובתו, תמנע מהמסתנן את האפשרות להתקיים בכבוד. על כך נסוב הדין.

41. שתי טענות עומדות לעניין זה בבסיס עתירה: **האחת**, כי נוכח הפקדת הכספים משכרו של העובד לפיקדון, תפגע זכותו לקיום מינימאלי בכבוד. **השנייה**, כי נוכח העובדה שאין "אופק החזרה" הרי שהפגיעה בזכויות המסתננים עלולה להמשך פרק זמן ארוך שאין צפי לסיומו וכי הלכה למעשה, החסדר הקבוע בתיקון מהווה הפרה קונסטרוקטיבית של עיקרון אי ההחזרה.

42. בפרק זה המשיבים יראו כי: (א) הפקדת הכספים לא תדרדר את המסתננים "לעוני קשה", כדברי העותרים - הואיל ובין היתר חלק ניכר משכרם ממילא משמש את המסתננים לצורך העברתו לארצות המוצא שלהם (ב) למסתננים נתונות אפשרויות רבות ליציאה מרצון בכל עת בה יחפצו (ג) גם אם קיימים חריגים מועטים לקביעות אלו, נתונה בידם האפשרות לקבל סעד במסגרת הליכים מנהליים פרטניים, ואין מקום להתערב בחקיקה ראשית של הכנסת בשל היוצאים מן הכלל.

ג.1. ביצוע הפרשת העובד לא תפגע באפשרות להתקיים בכבוד

43. בראש פרק זה נציג בפני בית המשפט הנכבד את העובדה כי ביצוע הפרשת העובד והפקדת הכספים בפיקדון לטובתו לא יפגע באפשרותו להתקיים בכבוד.

ג.1.א. העברת כספים על ידי המסתננים למדינות המוצא מאיינת את העתירה

44. בבסיס העתירה עומדת טענה לפיה אוכלוסיית המסתננים הינה אוכלוסייה קשת יום אשר נמצאת בשולי החברה הישראלית ושוק העבודה הישראלי, אשר אינה זוכה לשום סיוע מהמדינה, אשר נמצאת על סף מתסור ואשר נוכח הפרשה של 20% משכרה (ולמעשה 14%), תדרדר לעוני מרוד, לרעב ואף לדרות רחוב.

45. ובכן, המשיבים אינם מבקשים לערוך "תחרות" איזו אוכלוסייה סובלת יותר ולא יאריכו כאן על הקשיים העצומים שתופעת ההסתננות הביאה יחד עימה. השאלה הנשאלת היא מאוד נקודתית, האם אכן, לפי הטענה בהינתן הפרשת 14% מהשכר לפיקדון, לא תוכל אוכלוסיית המסתננים להתקיים בכבוד.

46. לטעמם של המשיבים, התשובה לכך היא שלילית, שכן כעניין שבעובדה, המסתננים מעבירים למדינות המוצא שלהם בכל חודש חלק משכרם, כך שהפיקדון בסך הכל "נוגס" בסכומים שממילא מועברים מחוץ למדינה.

47. על רקע עובדה זאת, ממשלת ישראל יזמה את הצעת החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (איסור הוצאה מישראל של כספי מסתנן - הוראת שעה), התשע"ב-2012, אשר תיקנה את החוק למניעת הסתננות ("חוק איסור הוצאת כספים"). חוק זה נועד לסייע בהתמודדות עם תופעת ההסתננות לישראל, באמצעות קביעת איסור פלילי על הוצאת כספי מסתננים מישראל⁹. בדברי ההסבר של החוק נכתב כי מטרתו הינה להביא להקטנת הכדאיות הכלכלית שבהסתננות ועל ידי כך לצמצם את התמריץ להסתננות לישראל, וכן לעודד מסתננים לצאת מישראל¹⁰.

נעיר כבר עתה כי חוק איסור הוצאת כספים נתקל בבעיות במישור האכיפה והוא לא הופעל הלכה למעשה. המסתננים מצאו לעצמם דרך לבצע את העברות הכספים לחו"ל בדרכים עקיפות.

48. הבסיס שעמד ביסוד חוק איסור הוצאת כספים הינו אותה העובדה לפיה המסתננים מגיעים לישראל על מנת להתפרנס ולהעביר כספים בהיקפים משמעותיים לבני משפחתם שנותרו במדינות המוצא. כך נכתב בדברי ההסבר לחוק:

"מסתננים אלה מגיעים לישראל, שבה שכר העבודה גבוה באופן משמעותי מהשכר במדינות מוצאם, כדי לעבוד, להתפרנס ולהעביר כספים לבני המשפחה ולקרובים שנשארו במדינת המוצא. לפי נתוני הבנק העולמי והבנק לפיתוח אפריקה, היקף העברת הכספים כאמור לאפריקה על ידי מהגרים אפריקנים המצויים ברחבי העולם הוא משמעותי, והוערך בשנת 2010 בכ-40 מיליארד דולרים. זהו סכום כפול מסכום הכספים כאמור שהתקבל באפריקה בשנת 2005 ולמעלה מפי ארבעה מהסכום שהתקבל באפריקה ב-1991. לפי אותם נתונים, הסכומים המועברים בפועל הם, ככל הנראה, כפולים, ומועברים בערוצים לא-פורמליים ולא דרך

⁹ בהתאמה, תוקן גם החוק לאיסור הלבנת הון, תשי"ס-2000, כך שנוספה לו עבירת מקור ביחס לאדם המוציא רכוש מישראל עבור מסתנן בניגוד לחוק איסור הוצאת כספים.

¹⁰ דברי הסבר הצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (איסור הוצאה מישראל של כספי מסתנן - הוראת שעה), התשע"ב-2012, הי"ח 718.

המערכת הבנקאית. לכן, אמצעים שיובילו להקטנת התמריץ הכלכלי להסתננות הם כלי יעיל ומשמעותי בהתמודדות עם התופעה".

49. כלומר, נקודת המוצא העובדתית של חוק איסור הוצאת כספים, היא שהמסתננים מוציאים את הכספים מהארץ ומשגרים אותם לבני ביתם על מנת לפרנסם. רוב אוכלוסיית המסתננים היא אוכלוסייה של גברים בגילאי העבודה, אשר הותירו מאחוריהם את בני משפחתם התלויים בהם לפרנסתם. על מנת לסבר את האוזן יובא כי נכון לסוף שנת 2016 כ- 84% מהמסתננים בישראל הינם גברים¹¹.

50. המדינה ניסתה להתמודד עם תופעת מסתנני העבודה וניסתה למנוע את העברת הכספים באמצעות אותה החקיקה. אלמלא המסתננים היו מעבירים את הכספים לבני ביתם באריתריאה או סודן, לא היה המחוקק נדרש לחוקק את חוק איסור הוצאת כספים.

51. מכל מקום, דעת לנבון נקל, כי המסתננים יכולים להתקיים בכבוד גם מבלי הכספים אותם הם מעבירים לארצות מוצאם. ממילא, הפקדתם של אותם כספים בקרן ייעודית לא תביא את המסתננים לידי "חרפת רעב".

52. ואם תאמר מניין לנו שאוכלוסיית המסתננים אכן מעבירה את הכספים לחו"ל, נשיב ונאמר כי כד אמרו העותרים **עצמם בריש גלי**, בזמנו כאשר הם התנגדו לחקיקתו של חוק איסור הוצאת כספים. אין זה סוד שכל חקיקה שקודמה על ידי כנסת ישראל כדי להתמודד עם תופעת ההסתננות נתקלה בקולות שקראו לבטל את החקיקה, הטיחו בה דברים, טענו לאי חוקיותה, וגם חוק איסור הוצאת כספים לא שבע נחת מהטרוניות של אותם ארגונים מסוימים.

53. כך, במהלך הליך החקיקה של חוק איסור הוצאת כספים שיגרו העותרת 11, האגודה לזכויות האזרח, והעותרת 10, המוקד לפליטים ומהגרים (או המוקד לסיוע לעובדים זרים) לכנסת ישראל מכתב הנושא תאריך 23.7.12 הקורא לה להתנגד להצעת החוק:

"מדובר בשלילת זכותו של אדם - שברוב המקרים אין כל אפשרות או כוונה להרחיקו מישראל - לסייע לקרוביו שנותרו מאחור בכסף שהצליח להרוויח בעמל כפיו. המדובר בפגיעה חמורה בזכות הקניין ובאוטונומיה של מבקשי המקלט. התוצאה של חקיקה בלתי אנושית זאת לא תהיה הפסקת ההעברה של הכספים לחו"ל, אלא פיתוח שוק עברייני ונצלני של העברות כספים בלתי חוקיות תמורת דמי תיווך מופקעים, ושל גניבת שכרם של מבקשי מקלט על ידי ספסרים".

העתק מכתבן של העותרות 10-11 מצ"ב ומסומן נספח 1.

למקרא מכתבם של העותרים עולה כי העובדה שהמסתננים מעבירים כספים למדינות המוצא הינה עובדה שאיננה שנויה במחלוקת. אלא שהעותרים מלהטטים: באותה העת טענו כי הם לא יכולים שלא להעביר את אותם הכספים ואי הוצאת הכספים למדינות המוצא תפגע בהם מבחינה חוקתית,

¹¹ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, הודעה לתקשורת מיום 26.7.17. בקישור: www.cbs.gov.il/www/hodaot2017n/20_17_217b.pdf.

והיום, ביחס לניסיון לפסול את החוק נשוא העתירה, מבקשים העותרים לטעון להיפוכם של דברים, קרי, הם כלל לא מעבירים כספים ומשכורתם אינה מספקת בידם כדי להתקיים בכבוד. לקיים מקרא שכתוב - מזה וגם מזה אל תנח ידך.

54. עובדה זו עולה באופן מפורש גם מפסקי דין בהליכים פליליים שונים בהם המסתננים מבקשים להקל בעונשם לאור היותם המפרנסים של משפחותיהם שנתרו במדינות המוצא.

ראו למשל ת"פ 34308-05-11 מדינת ישראל נ' מדיבו מס' אסיר 1386067 (עציר) (פורסם בנבו, 14.12.11):

"...לאור ההסדר שהוצע ונסיבותיו האישיות של הנאשם שהוא פליט מסודאן שהגיע ארצה כדי לסייע במרנסת משפחתו, אין לו הרשעות קודמות, אין זה המקום לסטות מהסכמת הצדדים".

וכך גם בתפ"ח 44527-03-13 מדינת ישראל נ' סוליים HAMDAD SULEIMA (עציר) (פורסם בנבו, 27.2.14):

"הנאשם ביקש את רחמי בית המשפט, בין היתר, לאור היותו התומך היחיד של משפחתו הגדולה בסודן...".

55. עניין הוצאת הכספים עלה בתיק דנא בדיון שנערך ביום 26.7.17. כבוד השופט א' שוחם הפנה שאלה לב"כ העותרים לאמור: "אם הנתונים של הדקלטה הזו משמשת בעצם להעברת הכספים למדינות המוצא. אם אפשר לחוכיח את הטענה הזו שהסכום שלא נועד לקיום בישראל? תשובת ב"כ העותרים היתה: "זה לא המצב בישראל, החוק מ-2012 כלומר חמש שנים הם לא יכולים להוציא את הכספים האלה מישראל".

תשובה זו היא לא פחות ממופלאה! ב"כ העותרים הודתה כי אכן אוכלוסיית המסתננים העבירה כספים למדינות המוצא, אלא שהיא לא עושה כן מחמת חוק איסור הוצאת כספים משנת 2012. אלא מאי? אותו החוק לא נאכף על ידי המדינה¹².

נציין בהקשר זה גם כי גם נקבל את הטענה כי הכספים אינם מועברים כיום, הרי שעצם העברתם בעבר הלא רחוק מעידה שממילא המסתננים יכלו להתקיים בכבוד אז, ואין כל סיבה לפיה הם אינם יכולים להתקיים בכבוד ללא אותו חלק מהמשכורת גם כיום.

56. עדויות רבות לכך שהמסתננים שולחים כסף למדינות המוצא, לרבות בדרכים בלתי חוקיות אשר עוקפות את חוק איסור הוצאת כספים, מגיעות מהמסתננים עצמם גם בראיונות לעיתונות. להלן כמה דוגמאות לכך שהתפרסמו בכלי תקשורת מרכזיים במהלך השנים.

57. כתבות עיתונאיות אינן מהוות ראיה שכן לא ניתן לחקור על תכנן (בהיותן עדות מפי השמועה), אך לנוכח העובדה שהעותרים דכאן משתמשים בכתבות עיתונאיות בעתירות רבות שהם מגישים לבית

¹² פרוטוקול ישיבה מס' 263 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-19, 6-7 (26.3.14).

המשפט הנכבד¹³, ובעתירה זו הם מוסיפים ומערימים למעלה מ- 30 תצהירים (שלא ניתן לחקור עליהם - ונדרש לכך בהמשך) נציג בקצרה מספר דוגמאות.

58. בכתבה בעיתון "הארץ" שכותרתה "ארגוני הטרור מפעילים רשת הלבנת כספים באמצעות מהגרים אפריקאים" מחודש ספטמבר 2012 נכתב: "מעדויות מהגרים אפריקאים ל"הארץ" עולה כי המודל עובד לרווחת הכל וכי למרות היעדר התייעוד והרישום על ההעברות, לא התגלו בעיות בהעברת הכסף באמצעות שרשרת הבלדרים עד לקרוב המשפחה באפריקה. יש לציין כי ככל הנראה, כך גם לפי הערכת רשויות החוק, למהגרים עצמם (פרט לבלדרים במעגל הפנימי הקרוב ביותר לבלדר הפלסטיני) אין באמת מושג לאן ואיך הכסף מתגלגל עד שהוא מגיע לקרובי משפחתם.

ו' (השם המלא שמור במערכת), מהגר מאריתריאה השוהה בתל אביב זה שנתיים, מספר על המודל. "פעם בכמה שבועות אני שולח בין 1,000 ל-2,000 דולר למשפחה שלי באריתריאה ולאחי שנמצא בסוודילנד. אני מעביר את זה לאריתראי פה בדרום תל אביב שיש לו חברים והוא מעביר את זה לאפריקאי אחר שנמצא בארץ כבר ארבע שנים. הוא מעביר את הכסף לערבי באיזה כפר ומשם הם שולחים את הכסף לאפריקה.

ו' הוא לקוח קבוע של השיטה ומעיד כי מעולם לא צצו בעיות בנושא, אחרת היה מפסיק לשלוח ומחפש חלופות. "אני לא יודע איך הם מוציאים את הכסף מהארץ", הוא מציין, "אבל אני מעביר להם בדולרים והם ממירים למטבע המקומי. הם יודעים כמה זה בדולרים ומעבירים את הכסף לפי הערך שלו באריתריאה.

לדברי ו', על העסקה הוא משלם עמלה שאינה גבוהה יחסית מנותני שירות מטבע זר כמו Western Union ו"Moneygram-האריתראי שאני מכיר לוקח 15 שקל על כל 100 דולר שאני שולח", הוא מספר. מה שיוצא כ-3.8% או 300 שקל להעברה בסכום גבוה יחסית של 2,000 דולר. ו' מסביר את הרציונל בשימוש בבלדרים. "אם אני אלך לבנק יגידו לי תביא תלוש משכורת, תביא כתובת איפה שאתה ישן ותעודות זהות. כל מי שאני מכיר עושה את זה בדרך הזאת. כל מי שיש לו אינטרנט קפה בתל אביב עושה את זה"¹⁴.

באותה כתבה מצוטט גם נציג העותרת מספר 12, מנהל המרכז לקידום פליטים אפריקאים דאו, מר יוהנס באיו. באיו איננו מכחיש לרגע כי מסתננים שולחים כסף למדינתם: "לטענת יוהנס באיו, מנהל המרכז לקידום פליטים אפריקאים בישראל (ARDC), המהגרים נדחקים לסיועם של עבריינים "בגלל המערכת". "בגלל שאין מדיניות ממשלתית מסודרת הם פונים לאנשים מפקפקים ונותנים להם את כספם", אומר באיו. "אנו לא תומכים בפעילות שלילית וזה חייב להיפסק, אבל אם הצעת החוק החדשה תעבור, לצערי לאנשים לא תהיה ברירה והם יהיו חייבים להעביר את הכסף באמצעים לא חוקיים. בגלל שלא מספקים להם אפשרות חוקית הם בעצם דוחפים אותם לפשע".

¹³ ראו למשל כתב העתירה שהוגש במסגרת לבית המשפט המחוזי בפרשת צנטה: www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2015/07/hit5126.pdf

¹⁴ תמיר כהן "ארגוני הטרור מפעילים רשת הלבנת כספים באמצעות מהגרים אפריקאים" הארץ 23.9.12 בקישור: www.haaretz.co.il/1.1783990

הכתבה ממשיכה לצטט פעיל אריתראי בשם גבריהיוות (גבריאל) טקלה, שאומר כי: "זה יהפוך את החיים ליותר קשים עבור המהגרים. אם מישהו יחסום אותו מלהעביר כסף למשפחה שלו אז הוא יהיה חייב להשתמש באמצעים אחרים". טקלה הדגיש כי למיטב ידיעתו, רובם המכריע של המהגרים האריתראים בישראל כלל לא מודעים שהכסף שהם מעבירים משמש כמימון לארגוני טרור".

כתבה נוספת בעיתון "הארץ" שכותרתה "אזעקה בשכונת שפירא" מחודש אוגוסט 2014 מצוטט מסתנן אריתראי נוסף: "הוא נשאר כאן כי יש לו מטרה. שוב ושוב במהלך שיחתנו הקצרה הוא חוזר בגאווה, בעברית ובאנגלית, על המשפט: "יש לי מטרה". עוד שנה הוא רוצה לשלוח כסף למשפחתו באריתריאה, ובשנה שאחרי זה ישמור את הכסף לעצמו. בכסף הזה הוא מאמין שיוכל לקנות לעצמו בית ומכונית באריתריאה"¹⁵.

בכתבה בעיתון "דה מרקר" שכותרתה "אין פה מסתננים - יש פה ילדים. הם נולדו כאן, הם חושבים שישראל היא גם שלהם" מחודש מרץ 2017, מרואיין מפעיל מעונות ילדים של מסתננים בשם ג'וני (צגנהנס) קפל, שאומר: "כיום אני שולח 100-200 דולר בחודש למשפחה וגם לדודים וגם תרומות לאנשים"¹⁶.

בכתבה מהאתר "YNET" שכותרתה "העובד, הכסף האבוד והלקוח שהציל את החתונה" מחודש אוקטובר 2016 נכתב כך: "אני עובד פה הרבה מאוד שעות ואת הכסף שולח להורים שלי. שם אין כסף, פשוט אין. את הכסף הזה חסכתי במיוחד לחתונה שלי", סיפר בהתרגשות. "יש לי חברה שלא ראיתי אותה כבר שלוש שנים, היא יודעת שהלכתי לעבוד כדי שנוכל להתחתן. אני מדמיין כל לילה את הרגע הזה שאנחנו נפגשים ואני אומר לה שאפשר להתחתן. מפחיד אותי לחשוב מה היה קורה אם אותו אדם לא היה מחזיר לי הכסף ושומר לעצמו. אין לו מושג כמה הוא שימח אותי, אני גם רציתי לתת לו חמישים דולר מתנה אבל הוא לא רצה לקחת"¹⁷.

בכתבה מאתר "NRG" שכותרתה "כך עוקפת אריתריאה את החוק למניעת הסתננות" מחודש דצמבר 2013 מצוטט מסתנן אריתראי שאומר: "כל המטרה של הכנס הייתה להסביר לאנשים שלנו איך לשלוח לחו"ל כסף שאנחנו מרוויחים פה מעבודה, אחרי שממשלת ישראל אמרה שאסור לנו", סיפר אתמול אחד ממבקשי המקלט שנכח במפגש. "האנשים של השגריר חילקו לנו דפים ועליהם פרטי חשבון בנק של ממשלת אריתריאה בפרנקפורט. הדריכו אותנו איך לשלוח לשם את הכסף. השגריר אמר שחלק מהכסף ילך למשפחות שלנו, וכשנחזור בשלב מאוחר יותר נוכל לקנות בחלק מהכסף הזה גם בתים"¹⁸.

¹⁵ אברהם בלבן "אזעקה בשכונת שפירא" הארץ 1.8.14.

בקישור: images.haaretz.co.il/literature/tvlist/premium-1.2387613.

¹⁶ רותם שטרקמן, יסמין גואטה "אין פה מסתננים - יש פה ילדים. הם נולדו כאן, הם חושבים שישראל היא גם שלהם" דה מרקר 24.3.17.

בקישור: www.themarker.com/markerweek/1.3950826.

¹⁷ אריאלה שטרנבך "העובד, הכסף האבוד והלקוח שהציל את החתונה" YNET 31.10.16.

בקישור: www.ynet.co.il/articles/0,7340.L-4872242,00.html.

¹⁸ יובל גורן "כך עוקפת אריתריאה את החוק למניעת הסתננות" NRG 23.12.13.

בקישור: www.nrg.co.il/online/1/ART2/533/329.html.

בכתבה בעיתון "גלובס" שכותרתה "מערכת בנקאית פיראטית בדרום ת"א מגלגלת מיליארדים" מחודש ספטמבר 2013 נכתב בין היתר: "הדוכן של גברהמסקל מהווה גם כתובת לפיקדונות של מאות אלפי שקלים, כספים שמופקדים אצלו למשמורת על-ידי מבקשי מקלט אחרים מאריתריאה, ומיועדים להעברה למשפחותיהם שנתרו מאחור באפריקה"

בהמשך מתאר מסתנן בשם לואל צגאי כי: "נכנסתי לישראל בדצמבר 2007", סיפר לחוקרים. "יצאתי מאריתריאה לאתיופיה, מאתיופיה לסודן, מסודן למצרים וממצרים לישראל". צגאי מצוטט שם בנוגע לסכום גבוהה של כסף שנתפס ברשותו כי: "הדולרים, הסביר צגאי, שייכים לאיש עשיר מאריתריאה, מעין ברוך רוטשילד מקומי, שמלווה כסף לאריתריאים שרוצים לצאת לעבוד בישראל. שאר הכסף, אמר, נשלח מהמסתננים בארץ לבני משפחתם בחו"ל"¹⁹.

העתק כתבות בעיתונות מצ"ב ומסומן נספח 2.

59. נדמה שדברים אלו מדברים בעד עצמם.

60. העותרים, אולי, ינסו לטעון כי הכספים המועברים על ידי המסתננים למדינות המוצא עולים כדי סכומים זניחים בלבד, אשר נמוכים לאין-שיעור מהסכומים אותם על המסתננים להפקיד בקרן הפיקדון בהתאם לתיקון לחוק. ובכן, נקדים ונענה שלא כך הם פני הדברים - מדובר בסכומים בלתי מבוטלים אשר עולים לעיתים על סכומי הפיקדון (בהתאם לנתוני העותרים בדבר גובה המשכורות של המסתננים).

61. על היקף התופעה בישראל של העברת כספים למדינות המוצא על ידי אוכלוסיית מסתנני העבודה עמדה נציגת משרד המשפטים, עו"ד אביטל שטרנברג, בישיבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת מיום 10.9.12 במסגרת דיון על הצעת החוק לאיסור הוצאת כספים:

"אני רוצה להגיד משהו לגבי העברת כספים לאפריקה בכלל ולמדינות הספציפיות בפרט. ההיקף של העברת כספי שכר עבודה של מהגרים מאפריקה לאפריקה הוא במימדים כמעט בלתי נתפסים. מהנתונים שיש, למשל, לגבי אריתריאה, הנתונים האחרונים הם מ-1999, 32% מהתל"ג הם מאותם כספים שמעבירים נתיני המדינה מחוץ לארץ אל תוך המדינה. גם בסודן אנחנו מדברים על משהו שהוא בין 7%-6% מהתל"ג ואלו נתונים קצת יותר מעודכנים. על סמך פעולות אכיפה שנעשו לאחרונה אצל נותני שירותי מטבע, אנחנו מעריכים שהיקף העברת הכספים לישראל - אני אומרת את הנתונים מאוד בזהירות משום שהם נעשו אמנם על סמך פעולות אכיפה אבל עדיין שלא מיצו את כלל נותני שירותי המטבע - אנחנו מעריכים בהערכה זהירה את היקף העברת הכספים בכ-600 מיליון שקלים מידי שנה על ידי המסתננים אל ארצות המוצא"²⁰.

העתק פרוטוקול ועדה מס' 263 מצ"ב ומסומן נספח 3.

¹⁹ אמיר זוהר "מערכת בנקאית פיראטית בדרום ת"א מגלגלת מיליארדים" גלובס 1.9.13. בקישור: www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000875737.

²⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 605 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-18, 4 (10.9.12).

62. כדבריה של עו"ד שטרנברג, נכון לשנת 2012 הוערך היקף העברת הכספים בכ- 600 מיליון ש"ח - זאת בהסתמך על נתונים של נותני שירותי מטבע.

63. עו"ד רותם ידלין ממשרד ראש הממשלה הוסיפה כי שילוב של נתונים אלו עם נתונים שהוצגו על ידי בנק ישראל מראה כי מדובר בסכומים גבוהים יותר המסתכמים כדי 680 מיליון ש"ח:

"שני נתונים איששו את המספרים שאנחנו הכרנו מלכתחילה. הנתון הראשון זה נתון שהוצג על-ידי בנק ישראל. מסתננים יכולים לפתוח חשבונות בנק בישראל רק לפי הוראה מיוחדת של בנק ישראל. לפיכך אנחנו יודעים בדיוק כמה חשבונות בנק יש למסתננים בישראל. בבנקים בישראל יש 9,901 חשבונות חוקיים של מסתננים. בחשבונות האלה יש הפקדות חודשיות בממוצע של 4,130 שקלים. משיכות חודשיות בממוצע של 3 משיכות חודשיות של 2,800 שקלים בחודש. חיסכון חודשי ממוצע בחשבונות האלה הוא 1,100 שקלים בחודש. מכאן נגזר הנתון שמסתנן חוסך בישראל 1,100 שקלים בחודש. אנחנו יכולים גם להגיד לכם, וזה אולי יפתיע את חברי הוועדה, שהיתרות בחשבונות הוא בממוצע של 20,000 שקלים.

נתון נוסף, כמו שאמר יואב קודם, אחרי היקף פעילות ב-7-8 נותני שירותי מטבע בדרום תל-אביב, ראינו פעילות ב-4 שנים של 8 מיליארד שקל, המרות משקלים לדולרים. מדובר על 2 מיליארד שקלים המרות כספים בשנה.

דגמנו 7 נותני שירותי מטבע בדרום תל-אביב, מתוך 35 חוקיים. אנחנו מדברים על חוקיים בלבד. אגב, עשינו גם פעילות פשיטה על בלתי חוקיים ושם בערב אחד ותפסנו מיליון שקלים. כרגע 850,000 בתהליכים של חילוט. עצרנו 20 איש.

כששואלים למה צריך את החוק הזה? אחת הסיבות היא שנותני שירותי המטבע במקרה הזה עושים פעולה לא חוקית אבל הבלדרים, אלה שמעבירים כספים הלאה בשיטת ה"חואלה", הם לא עושים שום פעולה לא חוקית ולכן אנחנו לא יכולים לעצור את הכיוון הזה.

דיברנו על 8 מיליון שקלים המרות ב-4 שנים, זה 2 מיליארד שקלים המרות בשנה. אנחנו מעריכים ששליש מההמרות הן המרות של מסתננים כי מדובר באזור שבו עיקר ההמרות נעשית על-ידי זרים. בהנחה ששליש מאוכלוסיית הזרים בישראל הם מסתננים, אנחנו גוזרים 680 מיליון שקלים בשנה, שזה נתון שמאשש לנו אחד לאחד את ההנחה שמוציאים 1,000 שקלים בחודש. הם חוסכים 1,000 שקלים בחודש ומוציאים אותו החוצה. 680 מיליון שקלים בשנה מתיישב לנו עם 60,000 מסתננים שמוציאים 1,000 שקלים בחודש. זה נותן בדיוק את אותו המספר"²¹.

64. כדבריה של עו"ד ידלין, מנתונים אלו עולה כי מסתנן "חוסך" בממוצע כ- 1,000 ש"ח לחודש, אותם הוא מעביר חזרה למדינת מוצאו.

²¹ שם, בעמ' 31-32.

65. נציין כי סכומים אלו שהוצגו בוועדה תואמים את החלק של רכיב הפרשת העובד (20%) לנתונים שהציגו המשיבים 2-4 במסגרת תגובתם המקדמית לעתירה. כך, בתגובה הוצג כי עבור חודש מאי 2017 הופקדו בקרן ש"ח עבור 1,953 מסתננים. חישוב פשוט מראה כי מדובר בסכום הפקדות ממוצע של 1,692 ש"ח בחודש; וכן, עבור חודש יוני 2017 הופקדו 1,496,291 ש"ח עבור 871 מסתננים, כלומר סכום הפקדות ממוצע של 1,718 ש"ח בחודש. סכומים אלו אמורים לשקף את הפרשת המועביד והעובד גם יחד, נמצא שהפרשת עובד ממוצעת עומדת על סך של כ- 1,000 ש"ח בחודש. כלומר, סכומים אלו דומים לסכומים עליהם דיווחו נציגי המדינה בדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה בשנת 2012 (כ- 1,000 ש"ח בחודש) ככאלו המועברים למדינות המוצא.

יש לציין כי סכומים אלו הם סכומים מדווחים בלבד (וכוללים מטבע הדברים משכורות במשרה חלקית) והם בוודאי אינם כוללים עבודה "בשחור", כך שניתן להניח שמדובר בסכומים גבוהים יותר.

נבקש להעיר הערה בהקשר זה: נכון לחודשים מאי-יוני 2017 ההפקדות היו חלקיות בלבד מפאת העדר אכיפה (פרוטוקול הדיון מיום 26.7.17, עמ' 5, ש' 21), כך שהנתונים שהוצגו לעיל לא בהכרח מציגים את תמונה מדויקת ובפועל המסתננים מרוויחים סכומים גבוהים בהרבה. כך למשל, בענף המסעדות, מסתננים מרוויחים כ- 8,000 ש"ח ברוטו לחודש, בדברי מר שי ברמן, מנכ"ל העותרת-14, איגוד המסעדות בישראל (ראו נספח 4).

הנתונים אודות שכר המסתננים יכולים להעיד בפני עצמם - במנותק משאלת הוצאת הכספים למדינות המוצא - שזכותם של המסתננים להתקיים בכבוד לא תפגע נוכח רכיב הפרשת העובד. נזכיר רק בהקשר זה כי השכר החציוני במשק במדינת ישראל עמד בסוף שנת 2015 על כ- 6,800 ש"ח בלבד²², בעוד שמסתננים רבים מרוויחים סכומים גבוהים מכך - כגון אלו שעובדים בענף המסעדות.

66. ונחזור לענייננו.

67. הנתונים שהצגנו לעיל, המלמדים על הוצאת כספים מחוץ למדינה בהיקפים של מאות מיליוני שקלים, אינם מנת חלקה של ישראל בלבד, אלא עולים בקנה אחד עם נתונים דומים מרחבי עולם.

68. כך למשל, על פי מסמך שפרסם מכון המחקר Catham House וה-Royal African Society, ממשלת אריתריאה גובה "מס" בשיעור של 2% מהכנסתם של מהגרים בפזורה שנכנס לקופת המדינה. התלות הכלכלית של אריתריאה בפזורה האריתראית החלה במהלך מלחמת העצמאות הארוכה של המדינה, וגביית המס התפתחה לאחר קבלת העצמאות של המדינה בשנת 1993. השילוב של פזורה גדולה שהתפתחה עוד בתקופת המלחמה, תחושת הסולידריות התזקה שהתפתחה יחד עם הלאומיות האריתראית מחד, ועוניה של המדינה מאידך, הפכו את אריתריאה למדינה שתלויה בכספי מהגרים יותר מכל מדינה אחרת בעולם. מעבר להכנסה לקופת המדינה מתשלום המס, כלכלת המדינה תלויה בעיקר על הכספים ששולחים המהגרים ישירות למשפחותיהם, כספים שהיקפם עמד בתחילת שנות ה-2000 המוקדמות על לא פחות משליש מהתל"ג של המדינה²³.

²² הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, הודעה לתקשורת מיום 23.11.16.

בקישור: www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201615358

²³ Sally Healy, Summary record of a conference, in ERITREA'S ECONOMIC SURVIVAL 6, 15 (2007).

העתק המסמך של מכון המחקר Catham House מצ"ב ומסומן **נספח 5**.

69. דברים דומים עולים ממאמר של מכון המחקר ("ICG") International Crisis group המראה גם הוא כי היקף הכספים המוזרמים למדינה עומד על שליש מהתלייג של המדינה נכון לשנת 2005:

"While IMF and World Bank remittance data are not available, it is estimated that approximately one-third of Eritrea's 2005 GDP came from remittances, and this may have increased"²⁴.

העתק מאמר של מכון המחקר ICG מצ"ב ומסומן **נספח 6**.

70. ממחקרים מאוחרים יותר עולה, כי כספי המהגרים עלו לשיעורים גבוהים אף יותר מתוך התלייג של אריתריאה - כפי שעולה מדו"ח חדש שנערך על ידי ה-FSD, שיעור הכספים שנשלחים לאריתריאה על ידי אזרחיה שהיגרו למדינות אחרות עומד על 46% מהתלייג של המדינה²⁵.

העתק העמודים הרלוונטיים מהדו"ח של FSD מצ"ב ומסומן **נספח 7**.

71. כמובן שנוכח היקף הכספים האדיר שמוזרם למדינה, המשך ההגירה הוא אינטרס ישיר של ממשלת אריתריאה, מפאת סכומי הכסף האדירים שזורמים הן לקופת המדינה והן לכלכלת המדינה. כך נכתב בדו"ח של ה-ICG:

"Though their departure is in large part driven by the regime's policies, many emigrants end up contributing to its survival. Their remittances inject hard currency into the country's meagre foreign exchange reserves, while bolstering the economic resilience of the families left behind. Remittances are sent mostly through regime controlled channels, compounding the benefit it derives. The scant economic data suggests that since the end of the border war with Ethiopia "the government has become increasingly dependent on Eritreans abroad as a source of capital"²⁶.

Available at: www.africanidea.org/eritrea.pdf.

²⁴Eritrea: Ending the Exodus? (2014). International Crisis Group, Footnote 55.

Available at: d2071andvip0wj.cloudfront.net/eritrea-ending-the-exodus.pdf

²⁵FSD Africa, Reducing Costs and Scaling Up UK to Africa Remittances Through Technology 29 (2017).

Available at: www.fsdafrica.org/wp-content/uploads/2017/06/Scaling-up-Remittances-15.06.2017_Final.pdf.

²⁶ ICG, 24 לעיל ה"ש.

72. עבודת מחקר שנערכה באוניברסיטת ווסטמינסטר ביחס לשוויץ מעידה אף היא על היקף העברת הכספים. מרבית המרואיינים במסגרת המחקר מעידים כי הם שולחים כסף חזרה למדינה בסכומים לא מבוטלים בכל חודש, כאשר הממוצע עומד על 500 פרנקים שוויצרים.²⁷

על פי נתונים משנת 2001 שהוצגו במחקר, על אף גדלה הקטן, אריתריאה נמצאת במקום השביעי במדד המדינות המכניסות כספי מהגרים, במספרים מוחלטים. יש לציין בהקשר זה כי על פי נתונים שמופיעים באותו מחקר, ישראל נמצאת במקום התשיעי בעולם במדד המדינות המפותחות מהן נשלחים כספי מהגרים, אם כי אין פילוח כמה מתוך סכומים אלו נשלחים על ידי מהגרים אריתריאים.²⁸

העתק עמודים רלוונטיים מעבודת המחקר מאוניברסיטת ווסטמינסטר מצ"ב ומסומן **נספח 8**.

73. גם מחקר שנערך בקרב מהגרות אריתריאיות צעירות שחיות בסודן, מראה כי על אף ההכנסה הנמוכה מאוד שהן מרוויחות במדינה, רבות מהן שולחות כסף למשפחות שלהן.²⁹

העתק עמודים רלוונטיים ממחקר ביחס להגירת צעירות לסודן מצ"ב ומסומן **נספח 9**.

74. נמצאנו אפוא כי העברת הכספים שמרווחים המסתננים האריתריאים במדינות אליהן היגרו, לרבות ישראל, מועברים על ידי המסתננים באופן קבוע למדינת המוצא שלהם, באופן אשר תורם לכלכלת ממשלתם - אותה ממשלה לגביה טוענים העותרים שמבצעת כלפי המסתננים "פשעים נגד האנושות".

75. מחקרים אלו, העוסקים בהיקף העברת הכספים לאריתריאה ומשמעותו לכלכלה, נעשו בחוץ לארץ ואינם עוסקים באופן מפורש בישראל. עם זאת, על פי נתוני נציבות האו"ם לפליטים העדכניים ביותר מסוף שנת 2015, אוכלוסיית המסתננים האריתריאים השוהה בישראל תחת מדיניות אי ההרחקה גדולה יותר במספרים מוחלטים מאשר מספר האריתריאים שקיבלו מעמד, בין אם מעמד פליטות ובין אם מעמד "דמוי פליטות", בכל מדינה מערבית אחרת בעולם.³⁰ מכאן שהיקף שליחת הכספים מישראל משמעותי במיוחד עבור כלכלת אריתריאה וכפי שהמקורות שהצגנו לעיל מראים, זו אכן מתבצעת בהיקפים נרחבים.

76. מכל מקום, ברי כי אם המסתננים יכולים "להרשות לעצמם" להעביר חלק ניכר משכרם לקרובי משפחתם אשר נותרו במדינות המקור, הרי שהפקדתם אותם סכומים בקרן הפיקדון והשבתם למסתננים בעת יעזבו את ישראל, לא יכולה להביא אותם לכדי מצב אקונומי כה ירוד אשר יפגע בזכותם לקיום מינימאלי בכבוד.

²⁷ Meala Tesfamichael, *Diaspora's Contribution to the Developmental Process of the Homeland: the Case Study of the Eritrean Community in Switzerland*, 2010.

Available at: www.culturaldiplomacy.org/academy/content/pdf/participant-papers/2012-07-iscda/Diaspora's-Contribution-to-the-Developmental-Process-of-the-Homeland-Meala-Tesfamicha.pdf.

²⁸ שם, בעמ' 48-50.

²⁹ Katarzyna Grabska, *Time to Look at Girls: Adolescent Girls' Migration to Sudan* 26 (2016). Available at: www.researchgate.net/publication/304797243_Time_to_look_at_girls_adolescent_girls_migration_to_Sudan.

³⁰ UNHCR Statistical Yearbook 2015, 15th edition, Table 5.

Available at: www.unhcr.org/en-us/statistics/country/59b294387/unhcr-statistical-yearbook-2015-15th-edition.html.

77. המשיבים יוסיפו כי ממילא, המדינה מקדמת התקנת תקנות אשר יתנו מענה לאוכלוסיות ספציפיות שנסיבותיהן תאפשרנה הקלות רלוונטיות בהקשר של הפקדת הפיקדון. תקנות אלו פורסמו להערות הציבור³¹. בנוסף, במקרי קצה ישנה אפשרות לבקש סעד פרטני במסגרת עתירה מנהלית במסגרת בקשת מעמד פליטות או מעמד מטעמים הומניטאריים.

78. בנסיבות אלה, אין כל מקום להתערב בחקיקתה של הכנסת.

ג.1.ב. על התצהירים שהוגשו בתמיכה לעתירה ועל הראיות בבג"ץ

79. כלל התשתית הראייתית, שנקבעה עוד בפרשת יורונט³², קובע כי טרם קבלת החלטה, על הרשות המנהלית להניח תשתית ראייתית עובדתית ראויה. עליה לאסוף נתונים, לנתח אותם, לשקול אותם, לבחון את אמינותם והרלוונטיות שלהם וכדומה³³. באותה הפרשה קבע בית המשפט ארבעה מבחנים לבחינת קיומה של תשתית ראייתית מספקת שצריכה להיות בפני הרשות בטרם קבלת החלטה: (א) מבחן איסוף הנתונים (ב) מבחן השייכות לעניין (ג) מבחן אמינות הנתונים, לפיו לא כל נתון רלוונטי ראוי שיישקל, אלא רק נתונים אשר אדם סביר היה רואה בהם ערך ראייתי וסומך עליהם, ולבסוף (ד) מבחן מהותיות הנתונים, לאמור: על התשתית הראייתית להיות מוצקה במידה בה רשות סבירה הייתה מתבססת עליה לקבלת החלטה.

80. לא רק החלטה מינהלית מצווה לבסס את החלטותיה על תשתית ראייתית עובדתית ראויה אלא -

"כל החלטה שהיא - בין אם החלטה מינהלית היא בין אם החלטה שיפוטית או מעין-שיפוטית היא - אמורה לתמוך עצמה בתשתית עובדת ראויה; והרשות בת-הסמך חייבת לעשות שימוש ראוי בסמכות הניתנת לה לבירור העובדות והנתונים שלעניין. רשות רשות והסמכות הנתונה לה בדיון"³⁴.

81. מכאן הגענו לעתירה דנא.

82. נקח לעצמנו מצב היפותטי - 24 עובדים מגישים תביעה כנגד מעביד בשל אי ביצוע הפרשה בשיעורים הקבועים בחוק, ותומכים את תביעתם בתצהירים אך לא נחקרים עליהם, ברי כי בית הדין האזורי לעבודה לא היה מקבל את תביעתם ומשלח אותם מעל פניו אל עבר רחוב שוקן. בכל הליך משפטי מגישים בעלי דין תצהירים מנוגדים. זה בכה וזה בכה. בית המשפט אינו יכול להכריע ביניהם אלא לאחר חקירה ודרישה. תביעה על סך של 50,000 ש"ח מחייבת בירור עובדתי מעמיק ולא ניתן לקבלה או לדחותה אלא לאחר חקירה נגדית של המצהירים.

83. אם אלו פני הדברים בהכרעה שבין ראובן לשמעון, על אחת כמה וכמה מקום בו יש עותרים שמבקשים לבטל את עצם החוק שנחקק על ידי כנסת ישראל ומבססים את עתירתם על תצהירים, אשר אין די בעיון בהם כדי להכריע.

³¹ תקנות עובדים זרים (סוגי מקרים ותנאים שבהתקיימם עובד זר שהוא מסתגן וכאי לקבל את כספי הפיקדון לפני מועד עזיבתו את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית), התשע"ח-2017.

³² בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח (5) 412, 423-425 (1994).

³³ בג"ץ 7738/04 פלונית נ' שר הרווחה, תק-על 07 (1) 374, 377 (2007); בג"ץ 3648/97 פטל נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 779-778 (1999).

³⁴ רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529, 537-538 (1996).

84. **אם אלו פני הדברים** בכל הליך משפטי שמחייב בירור עובדתי, על אחת כמה וכמה מקום שבו חלק מהעותרים דנא טענו לפני מספר שנים **טענה הפוכה לחלוטין!** נזכיר, בשנת 2012 עמדו העותרות 10 ו-11 בתוקף על כך שיש לאפשר למסתננים להעביר כספים לחו"ל, כדי לפרנס את בני משפחותיהם (ראו סעיף 53). אז טענו אליי, היום הם טוענים בי"ת, טענה המנוגדת ב-180 מעלות. לאיזו מהטענות ה"עובדתיות" ניתן להאמין? סבורנו כי לא להעניק לתצהיריהם המוזמנים של העותרים כל ערך ראייתי אמין.
85. תצהיר בכתב מהווה אמנם, לפי סעיף 15 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971 ("הפקודה") ראייה כשרה ואולם אם המצהיר לא מתייבץ לחקירתו על תצהירו, רשאי בית המשפט לפסול את תצהירו מלשמש כראיה (סעיף 16 שם). הליך בבג"ץ איננו יכול להקנות חסינות מבירור עובדתי, שעה שנסיבות העניין מחייבות בירור כזה (והמקרה דנא בוודאי מחייב בירור שכזה), ואם הבירור מורכב (שכן יש לאפשר חקירות של כל העדים - עשרות במספר), הרי שההליך איננו מתאים לידון בבג"ץ.
86. ניתן, די בקלות, ליצור מצב שבכל תיקון לחוק, יקומו אלה שאינם שבעי נחת הימנו ויחתימו על עשרות רבות של תצהירים בגנותו. לא זו הדרך לבסס תשתית ראייתית בבית משפט נכבד זה על מנת לבטל חוק.
87. כפי שכתבו העותרים, אין חולק על כך שקריאת התצהירים - קריאה קשה היא, אך כפי שנראה בהמשך, יש לייחס לה משמעות מועטה ביותר, שכן מדובר באוסף מקרי של דוגמאות אנקדוטיות, לא מייצגות סטטיסטית ובעלות רמת אמינות מוגבלת ביותר. יתירה מכך, ניתוח פשוט מעלה שאין בהם ללמד דבר על ההסדר הנידון בכללותו.
88. מלכתחילה, מוטב היה לנהל דיון על טיב ההסדר הנידון, מנגנון כלכלי הנוגע לאחוז קטן מהכנסתם של המסתננים שנכנסו לישראל בניגוד לחוק ועובדים בה בניגוד לחוק גם אם באישור, מבלי לעשות שימוש דמגוגי בתיאורי "אווירה" כגון דא בהם ניתן גם להצהיר ככל שניתן להעלות על הדעת. התצהירים דנא כוללים ערוב מין שאינו במינו כגון מהגרת מאתיופיה שההסדר לא חל עליה כלל, יחד עם מסתננים, אנשים הטוענים לרדיפה יחד עם מהגרים ללא כל עילת מקלט, והטעיות עובדתיות. המדובר בניסיון נפסד להעמיד תמונת נגדית לסבלם של תושבי דרום תל אביב, סבל שהוכר על ידי בית משפט נכבד זה.
89. בהעדר ברירה ובסד הזמנים הקצר ביותר, המשיבים בחנו את התצהירים כמות שהם.
90. ככלל, מרבית העתירות שהגישו עותרים לבית משפט זה בסוגיית המסתננים נגעו לשאלות חוקתיות, ללא דיון ראייתי בעובדות שהציגו העותרים. בפרשת צגטה (שהינה ערעור מנהלי) נתחה כבוד הנשיאה (בדימוס) נאור לא רק את חוקתיות ההסדר להרחקת מסתננים למדינות שלישיות, אלא באופן יוצא דופן גם את הראיות שהציגו העותרים לבית המשפט. במקרה הזה לא חסכה הנשיאה את שבטה על טיב הראיות שהציגו העותרים, שעוררו לדבריה "קשיים", ואף העבירה ביקורת על המתודולוגיה של

חלקן. כך קבעה הנשיאה שם כי "התמונה העובדתית הלכאורית אשר עולה מטענותיהם של המערערים היא מטרידה... כפי שאראה להלן, התמונה העובדתית שהוכחה בפועל שונה"³⁵.

91. גם כאן, מהתצהירים עולה תמונה עובדתית לכאורית מטרידה בנוגע להשפעת ההסדר על אוכלוסיית המסתננים, אך התמונה העובדתית בפועל שונה. כאן המקום לציין כי קשיים עובדתיים עלו בעבר גם בתצהירים שנתנו מסתננים שנכללו ברשימת העותרים בעתירות קודמות, אך העתירות לא ייחסו להם כל משקל מלכתחילה. גם עתה לא היו המשיבים נדרשים לתצהירים שכוללים תיאורים כלליים ולקוניים, אילולא בקשו העותרים לייחס משקל ראייתי רב לתצהירים אלו; על אף שהדבר אינו מתאים לדיון רגיל במסגרת בג"ץ, על אף שאין מסד עובדתי מספק, חסרים נתונים אודות תצהירים או הצהרות קודמות של המצהירים שנתנו עם הסתננותם לארץ וללא שניתן לחקור את המצהירים בחקירה נגדית.

92. נפתח תחילה בתצהירה של הגברת נועה קאופמן, "רכוזת תחום מבקשי המקלט" אצל עותרת 8. בסעיף 6 לתצהירה קובעת הגברת קאופמן כי לא נעשה כל סינון ראשוני בנוגע לתצהירים ולכן לדידה הם "בלתי מוטים". את הקושי העולה מקביעה זו לאור העובדה כי מתוך 34 תצהירים, 19 הם של נשים, מתרצת הגברת קאופמן בכך שנשים חשופות יותר לפגיעה בזכויות העבודה ולפיטורם בגין הריון. כאן המקום לציין כי נשים מייצגות כאן כמעט 56% מנותני התצהירים, שעה שלפי נתוני הלמ"ס, נכון לסוף שנת 2016 הן ייצגו רק 16% מאוכלוסיית המסתננים (ראו ס' 48 לעיל). לא מדובר בחריגה סטטיסטית קלה של כמה אחוזים, אלא בייצוג יתר של כ-230%, או פי 3.3 משיעורן באוכלוסייה.

93. החריגה הסטטיסטית החריפה איננה נעצרת בייצוג המגדרי, אלא גם בייצוג היתר של התצהירים שנתנו על ידי מסתננים נשואים או פרודים והורים לילדים, זאת על אף שמרבית האוכלוסייה המושפעת מההסדר דגן מורכת מגברים צעירים ללא משפחה. ניתוח של הנתונים מעלה כי מתוך כלל התצהירים, 28 דיווחו כי הם הורים לילדים. 33 דיווחו כי הם נשואים או נשואים לשעבר ו-27 מתוכם הצהירו כי בני הזוג בהווה או לשעבר שוהים בישראל.

94. אין נתונים בנוגע למספר המסתננים בישראל שהם בעלי משפחות. גם אם נפריז באופן קיצוני ונקבע כי כל המסתננות בישראל שנמצאות בטווח הגילאים המיוצגים בתצהירים, דהיינו נשים בגילאי 15-44, המונות כ-6,000 נפש לפי נתוני הלמ"ס³⁶, נשואות ובני זוגם שוהים בישראל (על אף שהתצהירים עצמם כוללים מקרים הפוכים), נקבל מספר של 12,000 איש במעמד שכזה נכון לסוף 2016. מכאן שאוכלוסיית הנשואים או נשואים לשעבר במקרה כזה מהווה לא יותר מ-30% מתוך אוכלוסייה של 40.3 אלף מסתננים על פי אותם נתונים. למרות זאת, שיעורים של אלו בקרב נותני התצהירים עומד על 27 מתוך 38, דהיינו 71% מנותני התצהירים. גם כאן, מדובר על ייצוג יתר הגדול פי 2.3 משיעורים באוכלוסייה, או ייצוג גדול ב-130%. בפועל החריגה גדולה הרבה יותר שכן ברור כי לא כל המסתננות השוהות בישראל מגיל 15 ומעלה נשואות עם בני זוג בישראל.

95. אף אם נקבל כלשונו את עמדתה של גברת קאופמן כי ייצוג היתר של הנשים נובע מפגיעותם של הנשים, לא מובן כיצד אוכלוסיית הגברים מקבלת ייצוג יתר שכזה, שכן מתוך 15 תצהירים של

³⁵ פרשת צגטה, סעיף 59 לחוות דעת כבוד הנשיאה (בדימוס) מי נאור.
³⁶ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, לעיל ח"ש 11.

גברים, לא פחות מ- 13 הצהירו כי הם נשואים או נשואים לשעבר. גם אם נחשב רק את הגברים שהצהירו כי בנות זוגם שוהות בישראל, מדובר על 8 מתוך 15, או 53.3%. נמשך ונצעד על פי החישוב לעיל, המוטה לטובת העותרים באופן קיצוני, ונצא מנקודת הנחה כי אוכלוסיית המסתננים הגברים הנשואים או נשואים לשעבר בישראל מונה 6,000 איש, הרי שאוכלוסייה זו מהווה פחות מ- 18% מתוך אוכלוסיית הגברים המונה 33.5 אלף לפי הלמ"ס. דהיינו, הגברים במעמד זה זוכים לייצוג יתר הגדול פי כמעט שלושה משיעורם, או ייצוג יתר של לא פחות משיעור של 196%. גם כאן, ברור כי מספר הגברים הנשואים נמוך משמעותית ולכן הסטייה גדולה עוד יותר.

96. לאור הנתונים הללו קשה מאוד לקבל את הצהרתה של גברת קאופמן כי מדובר בנתונים בלתי מוטים היכולים ללמד על מצבה של האוכלוסייה הנידונה. גם קשה לקבל את הרעיון שלא נעשה כל סינון או התערבות של העותרים בתוכן התצהירים. סממן לכך שהעותרים התערבו לפחות בנוסח התצהירים עולה מכך שלמעט מקרה אחד או שניים מתוך כשלושים, העותרים דאגו לפרט בתצהירים לא רק את השכר השעתי של המסתננים, אלא גם את גובה השכר החודשי, אך רק במקרה שבו המסתננים הרוויחו שכר מינימום או קרוב למינימום. לעומת זאת, בשלושה מקרים לפחות בהם המסתננים מעידים כי הרוויחו מעל למינימום, התצהיר כולל רק חישוב שכר לשעה והיקף שעות, ללא חישוב השכר החודשי, **שבכל שלושת המקרים עומד על כ- 10,000 ש"ח בחודש**, כפי שנראה בהמשך.

97. שיאן השכר הוא דאווד אבדקאר אחמד עבדאללה. חישוב שנעשה על פי הנתונים שהציג מעלה כי הוא הרוויח כ- 11,000 ש"ח בחודש בעבודות בניה. נתון זה יש בו כדי לתת הסבר אפשרי לכך ששתיים מנותנות התצהירים, **טנסי ברהי ונביאת קידנה**, העידו שתיהן כי בעליהן עובדים בבניה, אך באופן תמוה הן שכתו או לא ידעו את גובה השכר שלהם. ייתכן כי יד המקרה בלבד הביאה להצנעת הכנסתם של בעלי ההכנסה הגבוהה בכל התצהירים, למשיבים אין כמובן אפשרות לקבוע בוודאות מה הביא לכך.

98. בכל מקרה, גם אם נקבל את דבריה של גברת קאופמן כי לא נעשה כל סינון, לא לפני, לא אחרי ולא תוך כדי, לא מובן איך לאור הסטיות הסטטיסטיות הקיצוניות הללו וייצוג היתר של אוכלוסיות מסוימות, סטייה שהגברת קאופמן מכירה בה בחלקו, היא מסוגלת לקבוע שמדובר במידע "לא מוטה". בוודאי שלא ניתן להבין מניין מגיעה הקביעה מרחיקת הלכת כי "**הבעיות עמן מתמודדים מוסרי התצהירים, כמו גם השלכות עליהן הם מספרים, מאפיינות באופן כללי ולפי התרשמותי - את הבעיות של כלל מבקשי המקלט עליהן חל ההסדר דנא**" (סעיף 8 לתצהיר).

99. כפי שהוצג, התצהירים מוטים באופן מובהק ואין בהם כדי ללמד דבר על כלל האוכלוסייה. יתירה מכך, מלכתחילה מדובר במקרי קצה, שכן המצהירים הם מיעוט שהסכים לתת את הצהרתם מתוך מדגם מוטה מלכתחילה של מסתננים שבחרו לפנות לעזרת העותרות. מכאן שמדובר בחריגים של החריגים היוצאים מן הכלל ולא להיפך.

100. קלות הדעת הזו בכל הנוגע לעובדות, מקבלת לדאבון הלב ביטוי מסוים גם בתצהירה של הגברת טלי אהרנטל, עובדת סוציאלית במסגרת העותרת 9. הגברת אהרנטל קובעת בסעיף 15 לתצהירה כי המסתננים הביעו דאגה בפניה, שכן "**אף את שכרם הזעום גם ככה, הלאימו**". נראה כי כאן המקום להזכיר שוב לעותרים כי לא רק שמדובר בחסדר כלכלי הנוגע ל- 20% בלבד מהמשכורת ובפועל רק

14% יותר מעובד ישראלי המחויב בהפקדה לפנסיה, אלא שמדובר בפיקדון זמני בלבד, ובוודאי שלא בתלמאה. יתירה מכך, סעיף 1א(ב) לחוק קובע בנוגע לסכומים אלו הגנה מרחיקת לכת בהשוואה לנכסים רגילים של אזרחים ישראלים בקבעו כי "כספים המופקדים בקרן או בחשבון הבנק לפי פרק זה לא יהיו נתונים להעברה, לשעבוד או לעיקול".

101. לאחר שעמדנו על ההטיה החמורה והחד צדדית בהרכב המצהירים, נעבור לנתח את התצהירים גופם ניתוח ראשוני בלבד בזמן הקצר שעמד לרשותנו. נאמר כך: אף אם נקבל את תוכן התצהירים כלשונם, וכפי שנראה אין הצדקה גורפת לעשות זאת, עיון מעמיק בתוכן התצהירים מעלה כי בניגוד לאופן שבו הדברים מוצגים על ידי העותרים, מרבית המצהירים כלל אינם מעידים על פגיעה ישירה מתוקף ההסדר הנידון.

102. הדוגמה המובהקת ביותר כמובן הוא תצהירה של **הלמריים אמבט דקמה**, אזרחית אתיופיה שהגיעה לישראל כדין ולא דרך הגבול עם מצרים ולכן ההסדר לא חל עליה. לא מובן מדוע העותרים בחרו לצרף תצהיר זה למעט הרצון לייצר אווירה כללית המנותקת מהעובדות. גם אם הגברת דקמה אכן נפגעה, היא לא נפגעה מההסדר אלא ממעסיק נצלני ופוגעני ללא קשר לחוק.

103. אך מעבר על כל 38 התצהירים מגלה כי מקרה זה איננו חריג וכי 18 מתוך כלל המצהירים כלל לא העידו על פגיעה ישירה כתוצאה מההסדר דנא. 13 מהמצהרים העידו כי פוטרו או התפטרו ממקום עבודתם ללא כל קשר לחוק, פעמים רבות בגלל כניסה להריון. בחלק גדול מהמקרים, למעט הבעת דאגה כללית מהצפוי להם בעתיד, אין בתצהירים כל ערך ראיתי בנוגע למידת הפגיעה של ההסדר, גם לא לאתר חמישה חודשים בו הוא מופעל.

104. גם בקרב המיעוט שכן מתאר השפעה ישירה, בניגוד לתמונה שמנסים לצייר העותרים בדבר הפסקה גורפת של תשלומי ביטוח לילדים, מעבר לגנים צפופים יותר³⁷ או מעבר דירה, במרבית המקרים כלל לא מדובר על פגיעה משמעותית העולה לכדי פגיעה בזכויות יסוד. לרוב מדווח על צמצום בהוצאות ותו לא. מתוך כלל התצהירים, אין אמירה משמעותית מעבר לדירה צפופה יותר בעקבות החוק. בנוגע למעבר לגן אחר, לא הצלחנו למצוא יותר משני מקרים כאלו מתוך כלל התצהירים וגם אז באחד מהמקרים מדובר על מעבר למטפלת עם שישה ילדים.

105. בנוגע להפסקת ביטוח לילדים, מתוך כלל התצהירים נטען ל- 6 מקרים כאלה בלבד, כאשר לא תמיד מובן אם הביטוח הופסק בגלל החוק או לפניו (נקודה שצריכה להתברר מבחינה עובדתית). נתעכב מעט על עניין זה לאור הניסיון הנפסד של העותרים להבליט תופעת שוליים זו, ולשים את הדברים בפרופורציות הראויות. ביטוח רפואי לילדי מסתגנים במסגרת קופת החולים 'מאוחדת' עולה 120 ש"ח בחודש בלבד (מתוך 280), כאשר משרד הבריאות מסבסד את ה- 160 ש"ח הנותרים (57%). בנוסף, הסכום המקסימלי למשפחה הוא 240 ש"ח בלבד, כאשר מהילד השלישי המיומן כולו יוצא מהקופה הציבורית³⁸.

³⁷ על דבריו של גיוני קפל, מסתגן מאריתראה המפעיל מעון עבור ילדי מסתגנים, שמסביר כי הילדים נמצאים בגן שעות רבות כדי שהורים יוכלו, בין היתר "גם לשלוח כסף הביתה" (קרי למדינת המקור), ראו הי"ש 16.
³⁸ מרכז המחקר והמידע של הכנסת, "הכללת אוכלוסיית הזרים שאינם בני הרחקה בסל הבריאות - אומדן עלות", 19.3.17. בקישור: www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03926.pdf

106. אם כן, מדובר בסכום לא גבוה כלל. אך גם אם יטענו העותרים כי גם סכום כזה מכביד על ההורים, נבקש להדגיש כי המסתננים אינם חייבים כלל במס בריאות. בעוד עובד ישראלי נאלץ לשלם משכרו מחלק השכר שעד 5,804 ש"ח. 3.10%. דהיינו, עובד ישראלי שמרוויח עד סכום של 5,804 ש"ח בחודש, נאלץ לשלם 180 ש"ח מס בריאות. זוג הורים עם הכנסה כזו משלם 360 ש"ח. על גובה השכר מעל לסכום זה הם ישלמו 5% מהכנסתם³⁹. אם כבר בהפקדות לביטוח לאומי עסקינן, נציין כי עד לסכום זה, מסתננים משלמים רק 0.04% מהכנסתם בחודש ומעל לסכום זה הם מחויבים בשיעור זניח של 0.87% משכרם⁴⁰ - זאת לעומת עובד ישראלי שמשלם עד לסכום זה 0.4% מהכנסתו (פי עשרה) ועבור הכנסה שעולה על שיעור זה לא פחות מ- 7%⁴¹.

107. אכן יש מקרים שלא קל לקרוא. דוגמה כזו שהעותרים דאגו להציג בראש הרשימה הוא התצהיר של העותרת 2, צגה קיברום מהרטב, אם חד תורית שההסדר דנן משפיע עליה עמוקות. כאן המקום לציין כי הגברת מהרטב לא מתארת כל עילת מקלט ולא ברור אם אין לה אפשרות לחזור לארצה לפי כל המידע הקיים שהוצג לבית המשפט הנכבד, או אפילו קשר למדינת ישראל שכן בעלה עזב את ישראל לאחר נישואים אלימים. לא ברור מדוע חיים בישראל עדיפים על המסגרת המשפחתית שניתן לקבל במדינת המוצא. אך גם אם אפשרות כזו איננה קיימת, ככל שמדובר בחריגה הומניטארית, הדרך הקיימת-בסיטואציה מעין זו היא באמצעות הגשת עתירה מינהלית פרטנית ולא על ידי ביטול חקיקה של הכנסת.

108. יתר על כן, בהינתן ואלו כל העדויות שהצטברו במהלך חמישה חודשים וניתן להניח כי העותרים לא חסכו במאמצים להציג לבית המשפט הנכבד את מקרי הקצה הקשים ביותר, ניתן להיות סמוכים ובטוחים כי למעט מקרים חריגים מצומצמים, שיש להעניק להם מענה במסגרות אחרות, החוק עומד בכל מבחני המידתיות.

109. לא רק שלא עולה ממרבית התצהירים פגיעה משמעותית מתוקף ההסדר הנידון, אלא שאפילו מתצהירים אלו ניתן ללמוד כי חלק לא מבוטל, כנראה אפילו מרבית המסתננים, כלל איננו מושפע מההסדר.

110. כך לדוגמה עולה מתצהירו של יוהאנס פרסני, ממנו ניתן ללמוד על דפוסי העבודה של מרבית אוכלוסיית המסתננים בישראל, דהיינו גברים צעירים ללא משפחות. מתצהירו של יוהאנס עולה כי הוא מרוויח 5,500 ש"ח ברוטו בחודש ומתוך זה מועברים 1,000 ש"ח לפיקדון. פרסני מעיד על עצמו כי הוא רווק שחי עם שותפים ולכן הוצאותיו על שכר דירה הם 800 ש"ח בחודש ובנוסף הוצאות חשמל, מים וארנונה. לא רק שאין כאן כל עדות לפגיעה ממשית, אלא שברור מהדברים כי נותרת לפרסני אפשרות לחסוך כסף גם לאחר הפקדת הפיקדון. כאן גם המקום לציין כי פרסני מעיד בעצמו כי הוא מתקשה להעביר לבני משפחתו כסף שהוא חייב להם, לטענתו בגין דמי הכופר ששלמו עבורו.

³⁹אתר המוסד לביטוח לאומי, "דמי ביטוח בריאות- שיעור דמי ביטוח בריאות". בקישור:

www.btl.gov.il/Insurance/Health_Insurance/Pages/%D7%A9%D7%99%D7%A2%D7%95%D7%A8%D7%99%20%D7%93%D7%9E%D7%99%20%D7%91%D7%99%D7%98%D7%95%D7%97%20%D7%91%D7%A8%D7%99%D7%90%D7%95%D7%AA.aspx

⁴⁰אתר המוסד לביטוח לאומי, "מעסיק של תושב חוץ- שיעור דמי הביטוח לתושב חוץ".

בקישור: www.btl.gov.il/Insurance/Maasik/HahasakatToshavChutz/Pages/shiuraiDmaibituah.aspx

⁴¹אתר המוסד לביטוח לאומי, "שיעור דמי ביטוח והסכומים" מעודכן לתאריך 1.1.17.

בקישור: www.btl.gov.il/Insurance/Rates/Pages/default.aspx

מכאן שיש לפנינו אפילו בתוך התצהירים של העותרים עדות להעברת כספים לבני המשפחה במדינת המוצא, מציאות אשר תוארה בכתב תשובה זה בפרוטרוט.

111. מקרה נוסף הוא תצהירו של דושה ארג'ו מידי איסמעיל שחי בישראל בגפו. לפי התצהיר, דושה עבד לפעמים עד כדי 289 שעות בחודש בשכר בסיס של 30 ש"ח לשעה. באופן מפתיע ובניגוד לכמעט כל שאר התצהירים העוסקים במסתננים המעידים כי הם מרוויחים שכר מינימום, בתצהיר הנ"ל לא נעשה חישוב השכר, אך חישוב כזה מגלה שללא שעות נוספות מדובר על שכר בסיס של 8,670 ש"ח בחודש. אם נחשב את השכר עבור שעות נוספות מדובר על שכר העולה על 10,000 ש"ח בחודש.

112. גם חסן חרון אמחד ג'ומה מעיד כי הוא רווק המרוויח 32 ש"ח לשעה ועובד 10-12 שעות ביום. גם כאן העותרים לא טורחים לכתוב את גובה שכרו החודשי, אך חישוב פשוט מראה כי מדובר על שכר שנע ככל הנראה בין 8,000-10,000 ש"ח.

113. שיאן השכר הוא מר דאווד אבדקאר אחמד עבדאללה העובד בענף הבנייה. מתצהירו של עבדאללה עולה כי הוא עובד בכל יום 10-12 שעות וביום שישי 7 שעות בשכר בסיס של 35 ש"ח לשעה. גם כאן, העותרים לא טורחים לחשב את שכר הברוטו, אך חישוב פשוט מראה כי מדובר על שכר העולה על 10,000 ש"ח בחודש וייתכן כי אף מתקרב ל-12,000 ש"ח בחודש. על אף שאין חולק על כך שמדובר בעבודה קשה ומרובת שעות, ומעולם לא נטען כי המסתננים חיים כולם בריווח, הבחירה לעבוד שעות רבות כל כך קיימת ללא כל קשר לחוק הפיקדון ונובעת לרוב מרצונם של המסתננים לחסוך כסף ולשלוח למשפחותיהם בארץ המוצא.

114. כאן המקום לציין כי באופן מפתיע ביותר, על אף שגברת קאופמן הצהירה כי התצהירים מייצגים את כלל האוכלוסייה, למעט מקרה אחד, אף אחד מהמצהירים או בני זוגם לא עובד בתחום המסעדות, שם המעסיקים עצמם מתארים דפוסי שכר גבוהים בהרבה וביקוש העולה על ההיצע, ועל אף שתחום זה הוא אחד מתחומי העסקה המרכזיים של המסתננים.

115. המשיבים מודעים לכך שלמרות המקרים שהצגנו של מסתננים המשתכרים שכר גבוה מתוך התצהירים לעיל, חלקם מעידים על אירועים קשים ביותר במדינות המוצא או בדרך לישראל. אך בדיוק בגלל הצורך להתייחס לתצהירים במירב הרצינות יש להפריד בין הדברים משתי סיבות: הראשונה הוא שיש להטיל ספק בריא בתצהירים אלה⁴². הסיבה השנייה היא שגם אם נקבל אותם כאמת לאמיתה, אין בכך כדי לשנות את העובדה כי מדובר בחלון הזדמנויות המאפשר לנו ללמוד

⁴² בכתב תשובה זה לא ניתן להתייחס - על סמך תצהירי המצהירים - לטענתם כי הם אינם מהגרי עבודה. מספיק לציין את העובדה כי לפי נתוני מבקר המדינה משנת 2007, גם בישראל, אפילו כאשר הסמכות לבדיקת בקשות מקלט הייתה בידי נציבות האו"ם לפליטים, בין השנים 2000 עד אמצע 2007 חזרו רק 109 בקשות מתוך 8,377 בקשות שהוגשו, שיעור הכרה של 1.3% בלבד. ראו מבקר המדינה "הטיפול במבקשי מקלט מידיני בישראל" (2007).

בקישור: www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_326/0a4e544f-3b7f-4f03-a440-4f02befc2b44/part-104-ver-4.pdf. במרבית המקרים אפוא הנתונים המתבררים לאחר דרישה וחקירה ולכך בדיוק נועדו הליכי בדיקת מקלט מעמיקים וחקירה מעמיקה בבתי משפט בישראל ובעולם. על קצה המזלג אפשר לראות כבר מהתצהירים עצמם שחלק מהמסתננים אינם מדווחים על כל עילת מקלט ראויה. ישנם בתצהירים מקרים רבים של נשים נשואות שלא מעידות על שירות צבאי כלשהו או על רדיפה. יש שלא טוענות כלל לעילת מקלט. יש המעידות בצורה לקונית על סיפור דומה לחלוטין (נטייה זו מתועדת היטב בקרב אלו שמנסים לזכות במעמד מקלט). בשלל התצהירים נפלו מספר מקרים שנראים לא סבירים בעליל שלא היו צולחים אף בקשת מקלט מעמיקה. כך, מברזנה ראשונה - תיאור על חטיפה בסודן, שעה שתופעה זו החלה שנים מאוחר יותר; טענה בדבר רדיפה מצד מצהיר הנושא דרכון, אותו ניתן לקבל רק מי שהסדיר את מעמדו ואינו חושש לחירותו; טענות בדבר גיוס בכפייה עוד קודם להקמת אריתריאה ואף בתקופות שכלל לא היתה קיימת מדיניות של שירות כפוי. יתכן ולכל הסתירות המחותרות הללו יש הסבר תגיוני, אך לא ניתן לדעת זאת ובוודאי שלא ניתן להסתמך על תצהירים אלו - המחוררים ככבר - כדי לפסול חוק במדינת ישראל.

שירות על דפוסי השכר של מרבית אוכלוסיית המסתננים עליהם חל ההסדר הנידון, גברים רווקים צעירים, שרובם המכריע לא עברו מקרי קיצון כאלו.

116. נסכם ונאמר כי התצהירים שצרפו העותרים עוסקים באוכלוסיית קצה מתוך אוכלוסיית קצה המגיעה לארגונים העותרים מלכתחילה. בניגוד לדברי הגברת קאופמן, מדובר במדגם לא מייצג כלל עם הטיה חמורה. יתר על כן, התצהירים עצמם (שיש לבחון את אמינותם) אינם מוכיחים כי ההסדר דן יוצר פגיעה חמורה אפילו במרבית אוכלוסיית קצה זו.

117. בניגוד גמור לתמונת המצב אותו מנסים העותרים לצייר, התצהירים אף מלמדים כי לפחות בכל הנוגע למרבית אוכלוסיית המסתננים שהם גברים ללא משפחות בישראל, ההסדר איננו מייצר פגיעה כלל וחלק מאוכלוסייה זו מכניס סכומים העולים על הממוצע במשק. בנוסף, בתוך אוכלוסיית המסתננים יש מתגרי עבודה לכולי עלמא וההסדר הנידון מקבל משנה תוקף, שכן עידוד יציאתם הוא תכלית ראויה ביותר.

118. לאחר שראינו כי האדן המרכזי עליו נשענת העתירה קורס לתוכו, נעבור למעלה מן הצורך גם לאדן השני - והוא טענת העותרים לפיה אין "אופק הרחקה" או "אופק יציאה" עבור המסתננים חזרה למדינת מוצאם או למדינות שלישיות.

2. ג. קיומם של "אפיקי יציאה" שונים עבור המסתננים

119. טענה נוספת שעומדת בבסיס העתירה הינה כי ההסדר המעוגן בתיקון לחוק יפגע באופן דרמטי ביכולתם של המסתננים להתקיים בכבוד לפרק זמן ממושך ביותר שאין צפי לסיומו הואיל והמסתננים בפועל אינם יכולים לצאת מישראל (נוכח הטענה בדבר סכנות טמונות במדינות מוצאם). העותרים טוענים גם כי התיקון לחוק מהווה למעשה הפרה קונסטרוקטיבית של עיקרון אי ההחזרה האוסר על גירושו של אדם למדינה שבה נשקפת סכנה לחירותו או לחייו - קרי, המדינה "כופה" על המסתננים לצאת מישראל כאשר אין להם יעד ליציאה אלא למדינות המוצא בהן נשקפת סכנה לחייהם כאמור.

120. אף אם תמצי לומר כי המסתננים אינם יכולים לעזוב את ישראל לשום יעד בו אין סכנה לחייהם, אזי (א) ככל שחלק מכספי משכורתם אינם מועברים לפרנסת משפחותיהם במדינות המוצא וכן (ב) כל סכום משכורתם מיועד אך ורק לקיומם היום יומי, אז ורק אז יש טעם לדון בטענות העותרים כי זכויות המסתננים יפגעו; אלא שכפי שיראו המשיבים בעוד רגע קט, בפני המסתננים פרושות אפשרויות שונות וטובות ליציאתם מהארץ וכל טענות העותרים בדבר "הפרה קונסטרוקטיבית של עיקרון אי ההחזרה" הינן ריקות מתוכן.

121. בטרם נפנה לבאר סוגיה זו נדגיש כי ההסדר נשוא דיונינו להלן איננו חל על מי שהוכר בישראל כפליט; ויש לזרז את מדינת ישראל לברר ולהחליט לגבי הסטאטוס של אלו אשר הגישו בקשות מקלט ובקשותיהם טרם הוכרעו.

122. כעת נבקש להקדים מספר מילים אודות מעמדם של המסתננים במדינת ישראל. בהתאם לנתוני רשות האוכלוסין וההגירה, בישראל שוהים נכון להיום כ- 38,000 מסתננים⁴³. מספר זה אינו כולל ילדים שנולדו בישראל ומסתננים שלא נתפסו בגבול. כ- 73% מהמסתננים המצויים בישראל הינם נתיני אריתריאה, בעוד שכ- 19% הינם נתיני סודן. נכון למועד כתיבת שורות אלו, ישראל אינה מעניקה למסתננים באופן אוטומטי מעמד של פליטות מחד אך גם אינה מגרשת אותם למדינות מוצאם מנגד.

123. כלפי נתיני אריתריאה ישראל נוקטת במדיניות זמנית של אי הרחקה, זאת לטענתה מתוקף העיקרון הבינלאומי של "אי החזרה" (Non Refoulement) - לפיו אין להרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו.

124. באשר לנתיני סודן (הרפובליקה של סודן), ישראל אינה מחזירה אותם למדינת מוצאם מפאת העדר יחסים דיפלומטיים עם ממשלת סודן והקשיים הנובעים מכך.

125. עם נתונים אלו נפנה ונראה כי נכון להיום, למרביתם המכריע של המסתננים קיימות אפשרויות שונות לעזיבת ישראל למדינות בהן לא נשקפת סכנה לחרותם או לחייהם, והם רשאים לעזוב את ישראל בכל עת שירצו (כפי שהם עושים במשך שנים רבות) תוך קבלת כספי הפיקדון והרווחים שנצברו עליהם.

ג.2.א. עובדות אודות העזיבה מרצון

126. בטרם נצלול לעומקם של דברים, נציג מספר נתונים פשוטים אודות היקף המסתננים שעזבו את ישראל מרצון - נתונים הסותרים לחלוטין את טענתם של העותרים לפיה למסתננים אין אפשרות לצאת מישראל.

127. בהתאם לנתוני רשות האוכלוסין וההגירה, בשנים 2014-2016 עזבו את ישראל מעל ל- 13,000 מסתננים מרצונם החופשי - קרי, יציאתם את הארץ נעשתה בסיוע היחידה לעזיבה מרצון ברשות האוכלוסין וההגירה ולא נעשתה מתוקף הרחקה כפויה⁴⁴:

טבלה 3.א. עזיבה מרצון של מסתננים נוהגות אפריקה. שנים 2014-2016

מדינה	2016													2015	2014
	ינואר	פברואר	מרץ	אפריל	מאי	יוני	יולי	אוגוסט	ספטמבר	אוקטובר	נובמבר	דצמבר	סך הכל	סך הכל	סך הכל
אריתריאה	126	135	91	112	450	165	162	267	166	240	348	367	2,480	1,691	
סודן	17	25	16	37	23	16	39	26	39	41	33	78	600	4,112	
שאר מדינות אפריקה	14	20	5	10	16	20	9	17	10	24	43	39	301	611	
סך"כ	157	180	112	159	489	201	210	310	215	305	424	484	3,381	6,414	

128. באופן דומה, נכון לחודש יולי 2017, מתחילת שנת 2017 עזבו את ישראל 2,081 מסתננים מרצונם החופשי⁴⁵:

⁴³ רשות האוכלוסין וההגירה נתוני זרים בישראל (2017) ("נתוני זרים בישראל 2017").
 בקישור: www.gov.il/BlobFolder/generalpage/foreign_workers_stats/he/foreign_workers_stats_q2_2017_1.pdf
⁴⁴ רשות האוכלוסין וההגירה נתוני זרים בישראל (2016).
 בקישור: www.gov.il/BlobFolder/generalpage/foreign_workers_stats/he/foreigners_in_Israel_data_2016_0.pdf

טבלה א.3. עזיבה מרצון של מסתננים ומדינות אפריקה, שנת 2017

סה"כ	2017						מדינה
	ינו'	מא'	אפר'	מאי'	יוני'	יולי'	
1,832	242	265	172	355	436	362	אריתריאה
132	19	18	31	22	25	17	סודן
117	17	23	21	25	15	16	שאר מדינות אפריקה
2,081	278	306	224	402	476	395	סה"כ

129. נבקש להזכיר כי מספר משמעותי מאוד, העולה לכדי למעלה מחמישית מאוכלוסיית המסתננים עזבו את ישראל, בעוד שהעותרים טוענים בתוקף כבר מאמצע העשור האחרון כי אוכלוסייה זו, באופן כמעט גורף, אינה יכולה לצאת מישראל. מנתונים "יבשים" אלו ניתן להבין כבר בשלב זה כי גם האדן השני של העתירה אינו מבוסס כהוא זה.

130. כעת נציג את סוגי מדינות היעד אליהם יכולים המסתננים לצאת בבטחה אשר עומדות ביסודם של אותם נתונים - מדינות שלישיות ומדינות המוצא. כמובן שלצד שני אלו למסתננים עומדת האפשרות להגר גם למדינות מערביות, והם אכן פועלים כך - כפי שעולה מהנתונים שהציגו המשיבים 2-4 בתגובתם המקדמית לעתירה (עמ' 26-28).

ג.2.ב. יציאה למדינות שלישיות

131. אחת האפשרויות אשר עומדת בפני המסתננים הינה עזיבה את ישראל למדינה שלישית. אפשרות זו הפכה לרלוונטית במיוחד נוכח פסק דינו של בית משפט נכבד זה בפרשת צגטה שניתן בחודש אוגוסט האחרון.

132. פרשה זו החלה עם החלטת ממשלה מס' 3936 מיום 11.12.11 לפיה הוטל על המנהל הכללי של משרד ראש הממשלה (ובהמשך על שר הפנים מכוח החלטת ממשלה מס' 1125 מיום 11.2.2016) לקדם מגעים עם מדינות מוצא שונות לשם החזרתם הבטוחה של מסתננים שוהים בישראל או תחזרתם למדינות אחרות, לרבות עידוד יציאה מרצון.

133. בהתאם להחלטה, החלה המדינה בניהול מגעים כאמור עד שבשנת 2013 ובתחילת שנת 2014 חתמה המדינה על הסכמים עם שתי מדינות אפריקאיות, במסגרתם הסכימו מדינות אלה לקלוט לתחומן מסתננים מישראל "אשר לא ניתן להרחיקם למדינת מוצאם". יצוין כי זהותן של שתי מדינות אלו נותרו חסויות.

134. עד לראשית שנת 2015 הורחקו למדינות השלישיות איתן הגיעה המדינה להסכם, רק מסתננים שפנו באופן עצמאי ליחידת העזיבה מרצון של רשות האוכלוסין וההגירה וביקשו מרצונם לעזוב את ישראל. בהמשך אותה שנה החלה המדינה לבצע פניות יזומות למסתננים אשר שוהים במרכז השהייה

"חולות", אשר לא הגישו בקשה למקלט מדיני או שבקשתם נדחתה. במקרים בהם המסתננים סירבו להצעת המדינה, ניתן היה להשימם במשמורת, אך המדינה לא הרחיקה מסתננים בהעדר הסכמתם.

135. נגד נוהל זה הוגשה עתירה מנהלית לבית המשפט לעניינים מנהליים בבאר שבע על ידי הארגונים העותרים דכאן (עת"מ (ב"ש) 5126-07-15 א.ג.צ נ' מדינת ישראל משרד הפנים), אשר נדחתה על ידי בית המשפט ביום 8.11.15. על פסק דין זה הוגש ערעור לבית משפט נכבד זה אשר נדון בפני הרכב מורחב של 5 שופטים, בראשות כבוד הנשיאה (בדימוס) נאור.

136. בית המשפט קבע כי, ככלל, למדינה ישנה סמכות להרחיק מסתננים משטחה מבלי לקבל את הסכמתם לכך ואף ניתן לעשות זאת בכוח. עם זאת, המדינה הודיעה בזמנו כי היא לא תרחיק מסתננים בהעדר הסכמתם למדינה השלישית שנדונה בעתירה ועל כן קבע בית המשפט הנכבד כי בהתייחס להסכם הקונקרטי שנכרת עם המדינה השלישית נדרשת הסכמתם של המסתננים להרחקתם למדינה זו. נדגיש שוב כי הסכמה נדרשת ביחס להרחקה למדינה בה עסק פסק הדין (אחת משתי המדינות עמם חתמה המדינה על הסכם), ולא נקבעו מסמרות לעניין זה ביחס למדינה השנייה עמה נחתם הסכם, כאשר הצורך בהסכמת המסתנן להרחקה תלויה בהסכם הספציפי שנכרת מול אותה מדינה. כמובן שהמדינה יכולה גם לפעול לתיקון ההסכם שנכרת עם המדינה השלישית על מנת להסדיר סוגיה זו, ותושבי דרום תל אביב מקווים כי היא עושה כן.

137. עוד נקבע כי ככל שמסתנן אינו מסכים להרחקתו לאותה מדינה שלישית הרי שניתן להחזיקו במשמורת לתקופה שלא תעלה על 60 ימים, במהלכם ניתן לנסות לשכנעו באמצעות אמצעים סבירים לעזוב למדינה השלישית. אי הסכמה כאמור לא תעלה כדי העדר שיתוף פעולה מכוחו ניתן להחזיק במשמורת יותר מ- 60 ימים.

138. המשמעות של פסק הדין בפרשת צגטה לענייננו הינה כפולה:

138.1 **ראשית**, בית המשפט אישר כי אין פסול בהרחקת מסתננים למדינה שלישית. כלומר, למסתננים ישנו אופק יציאה ואפשרות לצאת מהמדינה וכל שנותר כעת הוא ליתן בידם תמריץ כלכלי לעשות כן בדמות ההסדר דנא, במסגרתו הם יקבלו סכום כסף בלתי מבוטל במועד העזיבה לשם התחלת חייהם החדשים במדינה השלישית, זאת לצד כספים שמוענקים בכל מקרה לכל מסתנן שעובר למדינה השלישית בהתאם לאמור בפרשת צגטה.

138.2 **שנית**, טענת העותרים לפיה למסתננים יש "שתי ברירות" - להישאר בישראל ולהגיע לפת לחם (ואין אנו סבורים שהסדר הפיקדון יגרום לכך) או לחזור למדינת מוצאם שם מצפה להם סכנת חיים ממשית (כפי שיוצג להלן - גם טענה זו אינה מדויקת) - מתעלמת מברירה שלישית (ואף יותר מכך, כפי שיוצג בהמשך), והיא לעבור לאותן מדינות עמן ישראל חתמה על הסכמים. משכך, כל טיעונם של העותרים בדבר הפרת עיקרון אי החזרה או "הפקעה" של חלק משכרם של המסתננים הואיל ואין אופק יציאה - אינו יכול לעמוד עוד.

139. הנה כי כן, לאור פסק דינו של בית משפט נכבד זה אין עוד חולק שאין כל מניעה למסתננים לצאת מישראל למדינות שלישיות וכל שנותר הוא לתמרץ אותם לעשות כן.

140. לפני סיום פרק זה נציין כי במסגרת ההליך בפני בית המשפט הנכבד בפרשת צגטה הארגונים עותרים כאן (המערערים שם) טענו במרץ כי במדינה השלישית הנדונה ישנה הפרה של זכויות אדם וכי גם שם לא יקבלו המסתננים מעמד של פליטות וזכויות אחרות. בית המשפט הנכבד בחן לעומק את הראיות שהציגו העותרים לעניין זה ומצא כי אין בהן ממש, אך בכל זאת, ניתן רק להניח שטענות מעין אלו יחזרו גם בהליך דנא. למשיבים כמובן אין נתונים אודות המדינות השלישיות עמן חתמה ישראל על ההסכמים הנדונים והם גם אינם יודעים את זהותן באופן וודאי, אך על פי פרסומים שונים בעיתונות⁴⁶ (וגם בדברי העותרים בעתירה שהוגשה לבית המשפט המחוזי בפרשת צגטה - ראו ה"ש 13 לעיל), מדובר על המדינות אוגנדה ורואנדה.

141. אוגנדה הינה מדינה בעלת מדיניות חוקי פליטים מהפרוגרסיביות בעולם, שם המהגרים נהנים ממלוא הזכויות, כגון עבודה, חופש תנועה, בריאות וחינוך - כך על פי נתוני נציבות האו"ם לפליטים והבנק העולמי:

"Uganda's refugee laws are among the most progressive in the world. Refugees and asylum seekers are entitled to work; have freedom of movement; and can access Ugandan social services, such as health and education"⁴⁷.

העתק דו"ח של נציבות האו"ם לפליטים בנוגע לאוגנדה מצ"ב ומסומן **נספח 10**.

142. באוגנדה אף קיימת קהילה מבוססת של למעלה מעשרת אלפים אריתריאים⁴⁸ שמקיימים חיי קהילה עשירים המתועדים בקבוצות "פייסבוק" פעילות, ואפילו מתארגנות טיסות שכר מיוחדות ישירות עבורם לאריתריאה לביקורי מולדת⁴⁹:

⁴⁶ חדשות 2 "אושר גירוש מסתננים למדינה שלישית" מאקו- חדשות 28.8.17. בקישור: www.mako.co.il/news-law/legal-q3_2017/Article-9f2d7790de82e51004.htm. אילן ליאור "העליון: מאפשר לגרש מבקשי מקלט, אך אין לכלוא יותר מחודשיים את מי שיסרב" הארץ 28.8.17. בקישור: www.haaretz.co.il/news/education/1.4390274.

⁴⁷ The International Bank for Reconstruction and Development, An Assessment of Uganda's Progressive Approach to Refugee Management 9 (2016).

Available at:

openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/24736/An0assessment00o0refugee0management.pdf?sequence=1&isAllowed=y.


⁴⁸ UNHCR Population Statistics.

Available at: popstats.unhcr.org/en/persons_of_concern.

⁴⁹ ALPHA SEIM TRAVEL & TOUR CO. LIMITED, (2016).

Available at:

www.facebook.com/photo.php?fbid=10207639517216554&set=pcb.1183246675091605&type=3&theater


ALPHA SEIM TRAVEL & TOUR CO. LIMITED

**GOOD NEWS FOR ALL TRAVELING TO
ASMARA (ERITREA) FOR NEW YEAR
AND CHRISTMAS**

ALPHASEIM TRAVEL AND TOUR IN
CONJUNCTION WITH GOLDEN WINGS
AVIATION HAVE ORGANIZED A DIRECT FLIGHT
FROM ENTEBBE TO ASMARA ON THE
27TH DEC 2016
RETURN 24 JANUARY 2017
PRICE - 550 usd round trip

FOR MORE DETAILS VISIT US AT CENTENARY PARK, LADY CHARLOTTE
BUILDING, NEAR NAKUMATTI OASIS
OR CALL: +25677779000, +256702617021, and 256777480674
Email: alphaseim@gmail.com

ALPHA SEIM TRAVEL AND TOUR
COMPANY LIMITED
* 2016 NOV 2 *
* * *

- העתק תדפיס מתוך אתר האינטרנט של נציבות האו"ם לפליטים מצ"ב ומסומן **נספח 11**.
143. נוכח נתונים אלו ניתן לומר בבטחה שכפי שקבע בית המשפט הנכבד בפרשת צגטה, המדינות השלישיות הינן בטוחות עבור המסתננים ואין כל מניעה מבחינתם לעזוב לאותן מדינות.
144. וכך, קורס לו גם האדן השני של העתירה.
145. כעת, נעבור ונראה כי למסתננים ישנן אפשרויות נוספות לעזוב את ישראל - והיא חזרה למדינות המוצא בהן לא נשקפת עוד סכנה לחייהם או חירותם של המסתננים. ושוב, אין אנו עוסקים במי שהוכר בישראל כפליט באופן פרטני.
- ג.2.ג. חזרה לארצות המוצא**
146. בפרק זה נבקש להביא מספר נתונים נוספים שנאספו על ידי המשיבה 6, עמותת איתן, אשר לא זו בלבד שמראים שלמסתננים ישנו אופק יציאה נוסף, אלא שאף מעידים כי אין עוד כל הצדקה להחלת עיקרון אי ההרחקה על נתיני אריתריאה אשר הסתננו לישראל באופן גורף - עיקרון שהחל "להיסדק" אף במדינות שונות בעולם כלפי נתיני מדינה זו. באשר לנתיני סודן, המשיבים יציגו נתונים המעידים כי ניתן להרחיק מישראל אף את נתיני סודן, כפי שנעשה ברחבי העולם, וזאת חרף הקשיים המעשיים הנובעים מהעדר יחסים דיפלומטיים עם המדינה.
147. המשיבים סבורים שיש באמור להלן על מנת לשנות את מדיניותה של ישראל ולהתחיל להרחיק את מרבית המסתננים חזרה לארצם, אך לעת הזו די בו על מנת לדחות את העתירה דנא.
148. נחלק פרק זה בין מדינת אריתריאה לרפובליקת סודן.
- אריתריאה**
149. אריתריאה הינה מדינה אשר הוקמה בשנת 1993 לאחר קבלת עצמאות מאתיופיה בעקבות מלחמת אזרחים שנערכה כ- 30 שנים. מאז משאל העם על עצמאות המדינה לא התקיימו בחירות דמוקרטיות,

הנשיא עומד בראש המדינה עם סמכויות אוטוריטריות באמצעות שלטון חד מפלגתי - מפלגת העם לדמוקרטיה וצדק PFDJ.

150. לית מאן דפליג כי אריתריאה היא מדינה שבה ישנם מקרים של פגיעה בזכויות אדם. עם זאת, התלונה הנפוצה והעיקרית שעולה מעדויותיהם של מסתננים אריתראים נוגעת לאורך השירות הלאומי, שאיננו קצוב מראש בזמן.

151. בשנים האחרונות, במדינות מערביות רבות הולכת וגוברת המסקנה שאין מניעה עקרונית להשיב נתונים אריתראים למדינת מוצאם, במקרים בהם עילת המקלט הנטענת היא עריקה משירות צבאי או יציאה לא חוקית מהמדינה, ותו לא.

152. כפי שנראה בהמשך, עבור חלק לא מבוטל מאוכלוסיית המסתננים המוגדרת כאריתראית, אין ומעולם לא הייתה כל מניעה לחזור לאריתריאה, כאשר חלק מאוכלוסייה זו אף אינה מחויבת בשירות הלאומי. רק איוולת של רשויות המדינה אפשרה לאוכלוסייה זו להמשיך ולשהות במדינת ישראל, תוך פגיעה במשיבים תושבי דרום תל אביב.

אך תחילה, נעסוק במגמה ההולכת וגוברת בקרב מדינות אירופאיות בנוגע לאפשרויות החזרה של אוכלוסיית המהגרים האריתראית העיקרית שאין להם עילת מקלט.

153. החל משנת 2014 פורסמו מטעם מספר ממשלות אירופאיות דו"חות המתבססים על משלחות מתוך אריתריאה, המתארים שינוי במצב הצפוי לחוזרים למדינה. המדינה הראשונה לשלוח משלחת ולפרסם דו"ח בעקבות כך הייתה דנמרק⁵⁰, שהעלה ביקורת נגד המתודולוגיה של המחקר. לאחר מכן משלחות של בריטניה⁵¹, נורבגיה⁵², שוויץ⁵³ ולאחרונה גם הולנד⁵⁴, הלכו בעקבותיו והעלו ממצאים דומים, גם אם הם הוצגו באופן זהיר מעט יותר ופחות תד משמעי.

מכל הדו"חות הללו עולה תמונת מצב דומה, לפיה ממשלת אריתריאה לא רואה בעריקה וביציאה מהמדינה באופן לא חוקי מעשה בגידה ורף הענישה עבור מהגרים שערקו ומחוזרים בכפייה ירד משמעותית. לצד זאת, עיקר הממצאים בדו"חות נוגעים לאפשרות חזרה עצמאית של מהגרים שייגשו לשגרירות ארצם, ישלמו מס בגובה 2% ויחתמו על מכתב "חרטה" המסדיר את מעמדם מול ממשלת אריתריאה.

⁵⁰ Danish Immigration Service, Eritrea - Drivers and Root Causes of Emigration, National Service and the Possibility of Return (2014). Available at: www.nyidanmark.dk/NR/rdonlyres/744EA210-A4F1-4D7B-8898-AB792907769C/0/EritreareportAnnexABFINAL15122014.pdf.

⁵¹ UK Home Office, Report of a Home Office Fact-Finding Mission Eritrea: illegal exit and national service (2016) ("UK Home Office").

Available at: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/565637/Report-of-UK-FFM-to-Eritrea-7-20-February-2016.pdf.

⁵² Norway: Landinfo - Country of Origin Information Centre, Eritrea: National Service (2016) ("Landinfo"). Available at: www.refworld.org/docid/577681224.html.

⁵³ Federal Department of Justice and Police, Focus Eritrea Update national service and illegal departure (2016). Available at: www.sem.admin.ch/dam/data/sem/internationales/herkunftslander/afrika/eri/ERI-ber-easo-update-nationaldienst-d.pdf.

⁵⁴ Ministerie van Buitenlandse Zaken, Country of Origin Information Report on Eritrea (2017) ("Ministerie van Buitenlandse Zaken").

Available at: www.government.nl/binaries/government/documents/reports/2017/02/06/country-of-origin-report-on-eritrea-february-2017/COI+Eritrea+2017.pdf.

ממצאים אלו קיבלו משנה תוקף כאשר המחקר שנכתב על ידי משרד ההגירה של שוויץ, אומץ על ידי גוף המחקר הרשמי של האיחוד האירופי, ה- European Asylum Support Office (EASO)⁵⁵. מפאת אורכם של שלל הדו"חות והממצאים הדומים שעולים מתוכם, ומכיוון שה- EASO הינו גוף המהווה בר סמכא עבור מדינות רבות באיחוד האירופי, נתייחס כאן בעיקר לדו"ח זה.

ממצאי המחקר החשובים ביותר לענייננו הם כי נכון להיום, מהגרים אריתראים ששהו מחוץ למדינה למעלה משלוש שנים ושילמו את המס הנוכח לעיל בשגרירות, יכולים לשוב לארצם ללא חשש:

"When dealing with voluntary returnees from the diaspora, the aforementioned statutory provisions governing desertion, draft evasion and those who leave the country illegally are apparently not currently applied. Instead there are related guidelines, which contradict the legal position. These guidelines say that members of the Eritrean diaspora who have not completed their compulsory national service can regularise their status with the Eritrean authorities and then return to Eritrea without being punished. If they have resided in another country for at least three years they can apply for 'diaspora status' in Asmara. That status exempts them from national service and the need to apply for exit visas. Having regularised their status, the national service status of voluntary returnees is not of any great significance to the Eritrean authorities, at least immediately after their return.

The authorities have never published the related guidelines. There is therefore no redress in law or legal certainty regarding their application. Several sources report that they nevertheless are applied. This is substantiated by the observations made by members of the diaspora while holidaying in the country and documented in detail by international representatives in Asmara and by the press, as well as by the interviews with permanent returnees from, inter alia, Israel and Sudan conducted as part of the fact-finding mission in March 2016. Regarding those who

⁵⁵ European Asylum Support Office, EASO Country of Origin Information Report Eritrea National service and illegal exit (2016) ("EASO").
Available at: www.easo.europa.eu/sites/default/files/publications/COI-%20Eritrea-Dec2016_LR.pdf.

*have returned to Eritrea voluntarily and with 'diaspora status', it can be assumed that most of them were not persecuted*⁵⁶.

העתק הדו"ח של ה-EASO מצ"ב ומסומן נספח 12.

מחברי המחקר אמנם מסייגים מעט את הקביעה הזאת בכך שזו לא אפשרות שקיימת עבור מתנגדי משטר רמי דרג, עבור מהגרים שהיו פעילים פוליטיים בולטים כאשר שהו מחוץ למדינה, או מהגרים שבצעו פשעים חמורים. בנוסף, הם מציינים כי על אף שראיינו מספר חוזרים, כולל כאלו שחזרו מישראל באופן קבע, מרבית אלו שבוחרים לשוב מאירופה לאריתריאה עשו זאת לביקורים ולתקופה קצרה ולא באופן קבע.

כאן המקום לציין כי המשיבים אינם חולקים על כך שישנם מתנגדי משטר אריתראים שאינם יכולים לחזור לאריתריאה, אך בפני כותבי המחקר לא עמד הנתון המשמעותי ואף מרחיק הלכת שהציגו המשיבים 2-4 בנוגע לחזרה של מסתננים אריתראים למדינת מוצאם. על פי נתונים אלה, רק בשנים 2015 עד אמצע 2017, חזרו ישירות לאריתריאה 1,944 מסתננים אריתראים (פרק ג.2.א.). דומה כי מספר עצום זה יש בו כדי להוכיח מעבר לכל השערה או מחקר, כי אפשרות חזרה שכזו אכן נתונה לפלח משמעותי מאוד מאוכלוסייה זו.

154. המגמה העולה בדו"חות ממשלות אירופה החלה לקבל ביטוי גם בפסיקות של בתי משפט אירופאים, ובתוכם בית המשפט הפדראלי של שוויץ. מכיוון שפסקי הדין עצמם נכתבו בגרמנית, נצרף כאן סיכום של שניים מתוכם, כפי שמופיע בתוך הדו"ח של ממשלת הולנד שפורסם בפברואר השנה:

*"On 27 September 2016, the immigration court in Switzerland rejected an appeal by an Eritrean woman against the rejection of her asylum application on 25 September 2015. She had left Eritrea illegally in 2012 and arrived in Switzerland after staying for three months in Khartoum. The court ruled that the woman's asylum request was not credible and dismissed the appeal. The court also ruled that deporting the woman was not contrary to Article 3 ECHR. On 30 January 2017, the Federal Administrative Court ruled (in Case D-7898/2015) that illegal departure by an Eritrean is not sufficient in itself for the granting of asylum. The court, in line with the Staatssekretariat für Migration (SEM), believed that the Eritrean in this case had not produced sufficient individual grounds to qualify for asylum"*⁵⁷.

⁵⁶ שם, בעמ' 36.

⁵⁷ Ministerie van Buitenlandse Zaken, לעיל חייש 54.

לקריאת פסקי הדין המלאים, פסק הדין של בית הדין להגירה: Bundesverwaltungsgericht. Zaak E-7004/2015, 27, September 2016; פסק הדין הפדרלי: Bundesverwaltungsgericht D-7898/2015.

155. מגמת הפסיקה קיבלה ביטוי גם בפסק דינו של בית הדין האירופאי לזכויות אדם, אשר דחה ערעור של מהגר אריתראי על פסק דין נוסף שנתן בית המשפט הפדרלי בשוויץ שקבע כי ניתן להרחיקו לאריתראה.⁵⁸

בפסק דין זה נדון עניינו של מבקש מקלט מאריתריאה, אשר עזב את המדינה באופן לא חוקי על מנת לערוק מהשירות הצבאי (כך לטענתו), נכנס באופן לא חוקי לשוויץ והגיש שם בקשת מקלט אשר נדחתה על ידי הרשויות השוויצריות. לאחר שבית הדין הפדרלי של שוויץ דחה את עתירתו, פנה המהגר לבית הדין האירופי.

המהגר טען כי אם יחזור לאריתריאה הוא יהיה נתון ליחס המנוגד לסעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם וחירויות יסוד הקובע כי אף אדם לא יהיה נתון לעינויים או עונשים ויחס בלתי אנושיים ומשפילים.

בית הדין קבע כי מצב זכויות האדם באריתריאה אמנם "מעורר דאגה", אך אף אחד מהדו"חות שהוצגו לו בנדון (לרבות הדו"ח של מועצת זכויות האדם של האו"ם) אינו מצביע על כך שהמצב באריתריאה כיום הוא כזה שכל אזרח אריתראי אשר יחזור לארצו, באופן גורף, יהיה נתון לסיכון ממשי של אלימות או יחס בלתי אנושי אשר מהווה הפרה של סעיף 3 לאמנה. משכך, קבע בית הדין כי מצב זכויות האדם הכללי באריתריאה אינו מונע את גירושו של המבקש כשלעצמו:

*"The Court notes that none of the reports conclude that the situation in Eritrea, as it stands, is such that any Eritrean national, if returned to his or her country, would run such a risk, nor do the reports contain any information capable of leading to such a conclusion. The Court therefore finds that the general human rights situation in Eritrea does not prevent the applicant's removal per se"*⁵⁹.

בית הדין אמנם שב וקבע כי מדובר במקרה פרטני בו המבקש כשל מלהוכיח את טענותיו, אך לפסק דין זה השלכות רוחב ברורות: (א) הטענה הגורפת לפיה באריתריאה נשקפת סכנה לחירותם ולחיייהם של כל מהגרים אשר ישבו אליה איננה נכונה (ב) ניתן להחזיר מהגרים אריתראים שאין להם עילת מקלט לאריתריאה מבלי שהדבר יהווה הפרה של הדין הבינלאומי, לרבות עיקרון אי ההתזרה (ג) הנטל להוכיח את מצבו הפרטני של כל מהגר ומהגר מוטל עליו ולא ניתן להסתמך על נתונים כלליים אודות המצב במדינה, לרבות על השירות הצבאי שבה.

156. נראה כי יש בשלל הדו"חות הללו כדי לערער את הנרטיב החד צדדי אותו התמידו העותרים לבנות במהלך השנים, כולל בעתירה זו וכן לשלול גם את האדן השני של העתירה.

⁵⁸ M.O. v. Switzerland, 41282/16, Council of Europe: European Court of Human Rights, 20 June 2017, available at: www.refworld.org/cases/ECHR_596c64c64.html.

⁵⁹ שם, בעמ' 36.

157. לא נסתפק בכך, וכעת נעמוד על נתונים הנוגעים לתתי אוכלוסיות שונות בתוך המהגרים מאריתריאה - ונראה כי ישנן קבוצות שלמות שאין כל מניעה - לכולי עלמא - שישובו לארצם ודומה כי יש לערוך רביזיה של ממש בהחלת עיקרון אי ההרחקה ובוודאי שלכל הפחות יש בנתונים אלו כדי להביא לדחיית העתירה ולשלול התערבות בחקיקתה של הכנסת.

158. נתחיל ונמנה את הקבוצות הללו בזו אחר זו.

158.1 **אתיופים שמתחזים לאריתראים**: כפי שפורט לעיל, אריתריאה זכתה בעצמאות מאתיופיה באופן רשמי בשנת 1993 לאחר מלחמת אזרחים ועצמאות שנערכו שלושים שנה. גם לאחר הפיצול מאתיופיה, מאות אלפי אריתראים אתניים המשיכו לגור באתיופיה. על אף שחלק מאוכלוסייה זו גורשה לאריתריאה במהלך המלחמה שפרצה בין המדינות בשנים 1998-2000, אתיופיה חוקקה בשנת 2004 חוק המאפשר לאריתראים שעדיין חיו בשטח המדינה לזכות באזרחות אתיופית רשמית⁶⁰.

158.2 מעבר לאריתראים אתניים בעלי אזרחות אתיופית, אריתראים ואתיופים רבים מאזורי הגבול של שתי המדינות משתייכים לאותה קבוצה אתנית ומדברים באותה השפה. לדאבון הלב, אתיופים רבים מנצלים דמיון זה על מנת להתחזות לאריתראים, להסתגל למדינות מערביות (ולאו דווקא ישראל) על מנת לזכות בהן במקלט מכוח הגנות הקבועות בדין הבינלאומי.

158.3 ראייה לכך ניתן למצוא בדו"ח רשמי של סוכנות הגבולות של האיחוד האירופי, שם מדווח כי בעצת מברחים, אתיופים אשר מגיעים ללוב בדרכם לאירופה טוענים כי הם בעלי אזרחות אריתראית על מנת שלא יחזירו אותם לאתיופיה:

"According to media reports, before arriving in Libya, Ethiopians are often advised by human smugglers to claim Eritrean nationality from there on to avoid possible return to Ethiopia. This would indicate that the numbers of Eritreans arriving to Italy is probably inflated due to this very prevalent nationality swapping"⁶¹.

העתק עמודים רלוונטיים מתוך דו"ח של סוכנות הגבולות של האיחוד האירופי מצ"ב ומסומן

נספח 13.

⁶⁰Home Office, Country Information and Guidance Ethiopia: People of mixed Eritrean/Ethiopian nationality 18-19 (2016). Available at: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/565755/CIG-Ethiopia-Eritreans-of-mixed-Eritrean-Ethiopian-nationality-v1-August-2016.pdf.

⁶¹Frontex official publications, FRAN Quarterly 23 (2015). Available at: frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Fran_Q1_2015.pdf.

158.4 על היקף התופעה ניתן ללמוד מדו"ח של המשרד להגנה על פליטים בצרפת (OPFRA). לפי דו"ח זה, רק כחמישים אחוז מהמהגרים שנרשמים לפי הצהרתם כאזרחי אריתריאה ברישום הראשוני, מוכרים ככאלה לאחר בדיקה מעמיקה של בקשת המקלט שלהם.⁶²

158.5 כמובן שתופעה זו לא פסחה על ישראל. שגריר אריתריאה בישראל טען בראיון לעיתון הארץ בשנת 2008 כי לפחות חצי מהאריתראים הם אתיופים (וסודנים) המתחזים לאריתראים על מנת ליהנות ממדיניות ההגנה שמעניקה ישראל.⁶³

158.6 העיד בנושא גם מר יוסי אדלשטיין, ראש מנהל אכיפה זרים ברשות האוכלוסין וההגירה במסגרת ישיבה של הוועדה לבחינת בעיות עובדים זרים בכנסת:

"...אנחנו מתמודדים עם סוגיית הזיהוי - יש לנו סוגייה מאוד מורכבת, שזה האריתראים-אתיופיים - הם טוענים שהם אריתראים, הם חיו רוב חייהם באתיופיה. זו סוגייה שאנחנו מתמודדים אתה..."

הנושא הזה יותר מורכב, כי יש לנו בתוך האוכלוסייה שמתחזה או מנסה להחזיק בנתינות אריתריאית, יש שם חלקים גדולים שהם אתיופיים. יכול להיות שהאם נולדה באריתריאה או משהו כזה, אבל רוב חייהם הם בילו באתיופיה, הם לא היו בחיים באריתריאה, וזו סוגייה שאנחנו מטפלים בה גם מול משרד החוץ, גם מול הנציבות הדיפלומטית האתיופית פה, מול השגריר שלהם, כדי לנסות לברר מי הוא מה"⁶⁴.

158.7 עדות נוספת לתופעה ניתן למצוא גם בהחלטות של בתי הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין. כך נקבע למשל בתיק 3433341 קאצ'סאי נ' משרד הפנים רשות האוכלוסין וההגירה (13.3.17):

"המוחזק מודה כי בתחילה נחזה להיות נתין אריתריאי וזאת כי ידע שאם יודה בנתינותו האמתית (האתיופית), לא יזכה לאותה העזרה לה זוכים הנתינים האריתראים".

158.8 וכן בתיק 3113431 רשות ההגירה נ' טחלה (31.7.17):

"ביום 2/8/16 נערך למוחזק שימוע בתומו הוחלט להותירו במשמורת עד הרחקתו. צוין כי לאחר כניסתו לישראל זוהה המוחזק כנתין אריתראי. מיום 21/10/15 עד 7/2/16 שהה במכרז שהייה חולות, הגיש בקשה מטעמו למקלט מדיני [ו]זהותו

⁶² Office français de protection des réfugiés et apatrides, Rapport d'activité 50 (2015). Available at: ofpra.gouv.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_dactivite_ofpra_2015_hd.pdf

⁶³ Barak Ravid, *Eritrean Ambassador: Jerusalem Must Repatriate 'Deserters'*, Haaretz, 2008. Available at: www.haaretz.com/eritrean-ambassador-jerusalem-must-repatriate-deserters-1.242598.

⁶⁴ פרוטוקול ישיבה מס' 63 של הוועדה לבחינת בעיות העובדים הזרים, הכנסת ה-18, 4-5 (31.10.11).

שונתה לאתיופיה ע"פ מסמכים שהגיש. בקשתו למקלט מדיני נדחתה, ושוהה מאז 7/2/16 שלא כדין בישראל".

158.9 עובדה זו קיבלה אינדיקציה נוספת בכתבה בעיתון "יועדת הרווחה הקתולית למזרח הקרוב". בכתבה מרואיינת צעירה אתיופית שמתכננת להסתגל לישראל "כפי שרבות מחברותיה עשו", בעזרת מבריחים שמתדרכים אותה בדרך מה לומר למתשאלים בישראל, ואיך לטעון כי היא עריקה מהצבא האריתראי אף שמעולם לא הניחה כף רגל במדינה:

"By that point in the journey, Mebrhit will have memorized her new identity, that of a persecuted Eritrean. Her traffickers will have given her fake Eritrean documents - with a few years added to her age. She will have studied the details of her Eritrean village, the high school she supposedly attended, the names of fictitious family members and concocted stories that demonstrate a youth going nowhere. And on the buses and in jail, she will do deeper background research about life in Eritrea. After her release from prison, she will look to connect with another broker to get her to Israel"⁶⁵.

לפי הכתבה, לא מדובר במקרה בודד, אם כי בתופעה נרחבת מאוד.

158.10 בישראל, כידוע, רובה המכריע של אוכלוסיית המסתננים מעולם לא טרחה להגיש בקשת מקלט גם לאחר שנים רבות בישראל, למרות שהמדינה מאפשרת למסתננים מאריתריאה וסודן להגיש בקשות מקלט החל משנת 2013. יש לשער כי חלק לא מבוטל מהמסתננים מעדיפים שלא להגיש בקשה כזו, שמא בבדיקה מעמיקה יתגלה כי הם כלל אינם אזרחי אריתריאה.

158.11 **תומכי ממשל:** העותרים שבים וחוזרים בכל עתירה שהם מגישים לבית המשפט הנכבד כנגד חוקים של הכנסת שנועדו להתמודד עם תופעת ההסתננות באומנם כי המשטר באריתריאה הינו משטר אוטוריטטיבי, אשר כופה על אזרחיו שרות צבאי בלתי פוסק בתנאי עבדות קשים, אשר מוציא את אזרחיו להורג ללא משפט, אשר מבצע מאסרים שרירותיים, אשר מענה את אזרחיו עינויים פיזיים ופסיכולוגיים וכיו"ב. העותרים טוענים כי אותם מסתננים נכנסו לגבולותיה של מדינת ישראל באופן לא חוקי על מנת לברוח מהרדיפה של המשטר האכזר של אריתריאה.

158.12 כאמור, אין חולק על כך שבאריתריאה ישנן הפרות של זכויות אדם, כפי שקיים לצערנו במספר רב של מדינות לא דמוקרטיות. ואולם, כיצד הטענות הגורפות והחד משמעיות של העותרים מתיישבות עם העובדה שחלק מהמסתננים תומכים בלהט באותו המשטר אשר הם

⁶⁵ Erin Edwards, Picture of the Day: The Eager Scholar, ONE-TO-ONE, 2012. Available at: www.cnewa.org/blog.aspx?ID=14&pagetypeID=33&sitecode=hq&pageno=2.

טוענים לאכזריותו (כאמור, משטר שלא התחלף במדינה מעת הקמתה). ובכן, התשובות כמובן יכולות להיות רבות ומגוונות (למשל כי מדובר במהגרי עבודה ולא בפליטים), אך דבר אחד אינו יכול להיות שנוי במחלוקת: אריתראים אשר תומכים במשטר שלהם יכולים לעשות זאת בתוך אריתריאה עצמה, ואין כל מניעה לעודדם לעזוב מרצון חזרה למדינתם.

158.13 בישראל קיימת פעילות ענפה של תומכי מפלגת השלטון באריתריאה - מפלגת העם לדמוקרטיה וצדק PFDJ. דיווחים רבים אודותם התפרסמו בכלי תקשורת בישראל, בין היתר על תקרית אלימה בין תומכי משטר ומתנגדי משטר בקיבוץ כנרת⁶⁶ והגעה של כמרים מאריתריאה שיגשרו בין כנסיות של תומכי משטר ומתנגדי משטר⁶⁷.

158.14 וכן, על פי דיווחים באתרי אינטרנט המזוהים עם המשטר אותם מסתננים עורכים מסיבות מרובות משתתפים בישראל לרגל עצמאותה של אריתריאה. כך, למסיבת העצמאות לכבודה של אריתריאה בשנת 2015 הגיעו מעל לחמשת אלפים מסתננים תומכי משטר לחגוג⁶⁸ - כפי שניתן להתרשם מהתמונות תבאות שנלקחו מדף "הפייסבוק" "Israel Eritrea"⁶⁹:

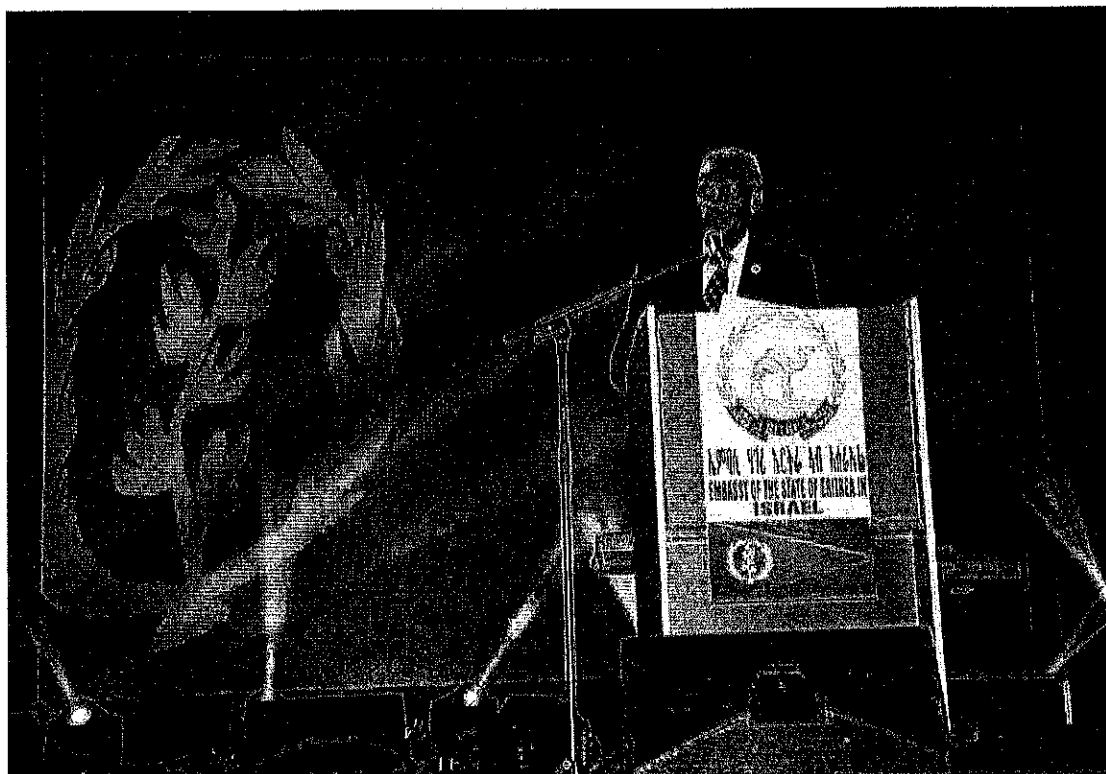


⁶⁶ עדי תשמונאי "תיעוד הקטטה בקיבוץ כנרת: אריתראים רצים עם מקלות" וואלה 22.12.13. בקישור: news.walla.co.il/item/2705429.

⁶⁷ אלי סניור "בוררים מאריתריאה יגיעו לפסוק בסכסוך בישראל" YNET 16.2.15. בקישור: www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4627091,00.html.

⁶⁸ Madote, Video: Eritrean Independence Day Celebration in Israel, (2015). Available at: www.madote.com/2015/05/video-independence-day-celebration-in.html.

⁶⁹ דף "פייסבוק" זה אינו קיים עוד, התמונות נלקחו בטרם סגירתו.



158.1 במסיבת העצמאות לציון יובל לעצמאות אריתריאה בשנת 2016 כבר הגיעו מעל ל- 6,500 מסתננים⁷⁰. להלן תמונות נוספות מתוך דף "הפייסבוק" "Israel Eritrea":

⁷⁰ Al I Africa, *Eritrea: Silver Jubilee Independence Day Celebration in Israel*, 2016. Available at: allafrica.com/stories/201605130321.html.



158.2 בשנת 2015 אף הגיעה בטיסה מאריתריאה להקה המזוהה עם הממשל⁷¹;

⁷¹Haben Yemane, An Eritrean band affiliated with the government arrives in Israel (2015). Available at: www.facebook.com/photo.php?fbid=1519273841628347&set=pcb.1519274001628331&type=3&theater.



בתמונה, שגריר אריתראה מר טספארם טקסאי, עם חברי הלהקה "Asserband" לפני עויבתם את ישראל.

158.3 בחתאמה, להלן פרסומים בדף "הפייסבוק" של הלהקה⁷²:

Asserband Eritrea

23 מאי 2015



Full band with jam session.....

הצג תרגום



⁷² Asserband Eritrea, Asserband Eritrea performance in Israel (2017). Available at: www.facebook.com/photo.php?fbid=843511575717597&set=a.393905970678162.90306.100001762880000&type=3&theater.



Flying back home.....we had great in Tel Aviv. Thanks to all who assisted us on our short stay. We haven't seen like this in our life time seriously.

Thanks once again !

Byeeeee

הצג תרגום

158.4 לא זו אף זו. למפלגת השלטון האריתריאית ישנו ארגון צעירים המכונה YPFDJ, בעל סניפים בכל רחבי העולם, לרבות בישראל. פעילי הארגון בישראל נפגשים ומקיימים פעילות ענפה הכוללת אירועים חברתיים וטקסים בימים המשמעותיים ללוח השנה האריתראי. כך לדוגמה הם ציינו בחודש יוני האחרון את יום הזיכרון לחללי מלחמת העצמאות בגינה ציבורית⁷³:



158.5 התנועה מתגאה בפעילותה ואיננה מנסה להסתירו ואף ופועלת לאור יום, עם לוגו רשמי:

⁷³ YPFDJ, an organization of the Eritrean ruling party marking the Memorial Day for the fallen of the War of Independence (2017). Available at: www.facebook.com/1799004527020230/photos/a.1799007530353263.1073741827.1799004527020230/1950173175236697/?type=3&theater.



158.6 ברי אפוא כי נתיני אריתריאה אשר תומכים במשטר באופן גלוי אינם יכולים להיחשב "פליטים" או כאלו זכאים להגנה מפני עקרון "אי ההרחקה", ובוודאי שאין כל מניעה לעודדם לשוב לאריתריאה.

158.7 **נשים**: קבוצה נוספת שאין מניעה שתשוב לאריתריאה כבר היום חינה קבוצה קטנה יחסית בישראל (אך לא בלתי מבוטלת) וכזו שמוצגת באופן חסר כל פרופורציה בקרב רשימת המסתננים העותרים בעתירה דן - היא קבוצת הנשים האריתראיות. על פי כלל המקורות המצויים בידי עמותת איתן - בין אם מדובר במקורות של ממשלות אירופאיות, ובין אם מדובר במקורות של "ארגוני זכויות אדם" - נשים נשואות, נשים בהריון או נשים עם ילדים, משותררות בפועל מהשירות הלאומי במדינה. על פי חלק מהמקורות גם נשים רווקות מעל לגיל 27 או 30 משותררות מהשירות.

158.8 כך למשל עולה מדו"ח מקיף שפרסמה ממשלת בריטניה⁷⁴ אשר נערך באמצעות משלחת מחקר בריטית שנשלחה לביקור מעמיק באריתריאה בחודש פברואר 2016. המשלחת ביקרה מספר ערים ברחבי המדינה וראיינה דיפלומטים, עובדים בארגוני סיוע, אנשי ממשל ואנשי עסקים אריתראים בעלי אזרחות כפולה העובדים עבור חברות זרות בתוך המדינה. לראשונה רואיינו גם צעירים מקומיים, אומנים, אנשי עסקים מקומיים ואף מהגרים אריתראים שתזרו למדינה לאחר שעזבו ללא אשרה, כולל 30 מסתננים שתזרו באופן עצמאי מישראל. המשלחת ערכה בירור מקיף לגבי מצבן של נשים בשרות הלאומי.

⁷⁴ UK Home Office, 51 לעיל ה"ש.

העתק עמודים רלוונטיים מתוך הדו"ח של ממשלת בריטניה מצ"ב ומסומן **נספח 14**.

158.9 בדו"ח מופיעים דבריה של נציגת ארגון הנשים האיתראי NUEW לגבי מעמדן של נשים ביחס לשירות הלאומי. הנציגה טוענת כי מבירורים שערכה ברתבי המדינה עולה כי נשים נשואות יכולות לקבל פטור מהשירות הלאומי, והדברים יפים ביתר שאת כאשר יש להן ילדים:

*"We have spoken to lots of people who say women can be exempted from national service due to marriage, children? Yes. If they get married. If they get children, how can they stay in national service? They can work for their children. But we encourage them to work in the public institution as civil employee. This protects them from being economically dependent"*⁷⁵.

158.10 מקור דיפלומטי חסוי טוען במסגרת הדו"ח דברים דומים:

*"Diplomatic source E noted: 'Women find it easier to get out of national service. Marriage. Having children. Looking after elderly relatives. Men tougher, but if you look in downtown Asmara right now, there are loads of people of eligible national service age who are just going about their business, sitting around drinking a beer, having a coffee, watching a football game"*⁷⁶.

158.11 המשלחת ראינה גם מספר צעירים אריתראים, שטענו כי השירות הצבאי אינו בלתי נגמר ואנשים משתחררים ממנו לאחר 3 שנים לכל היותר, ונשים משתחררות אף לאחר תקופות קצרות יותר:

"The FFM Team explained that our issue is still that national service is open-ended. [3] It is not open-ended. We are demobilised. People at the British Embassy are demobilised. Lots of people are demobilised. Women in national service know when they will finish. They know they won't have to do more than three years. That is at the most.

'Why? [3] After 18 months, my wife got demobilised. Since 2004, after the big 100,000 demobilisation, there have been large numbers of people demobilized...Some people do more than 18 months, sure. People have to do it for a prolonged period. But it's not open-ended. If you go to the

⁷⁵ שם, בעמ' 78.
⁷⁶ שם, בעמ' 79.

*Ministry of Defense, there are thousands of people sorting out their demobilisation every day*⁷⁷.

158.12 שגריר בריטניה באריתריאה טוען דברים דומים במסגרת הדו"ח ומוסיף כי בתחילת שנות ה-2000 נשים יכלו לבקש להשתחרר מהשירות בגיל 30 ואילו כיום, בהתאם לנתונים בלתי רשמיים, הן יכולות לעשות כן אף בגיל 25:

*"Women who marry or give birth are also normally demobilised after completion of eighteen months service"*⁷⁸.

*"Do you know whether women who get pregnant during their national service have to go back and complete this? I don't know of any specific examples. The ones I am aware of and the people I have spoken to say that they don't have to"*⁷⁹.

*"Some provisions have changed over time. By the early 2000s, all women could apply successfully to be demobilised at the age of 30. Recent rumor reports that since summer 2015 it has been lowered to 25, though this has not been published"*⁸⁰.

158.13 וכך מוסיף מקור דיפלומטי נוסף:

*"It's easier for women. Women who get married may be released from national service"*⁸¹.

158.14 דו"ח נוסף בנושא נערך על ידי "Landinfo" - גוף עצמאי האמון על אספקת מחקרים על מדינות מוצא עבור רשויות ההגירה של נורבגיה. הדו"ח שפרסם בחודש מאי 2016 בהתבסס על חמש משלחות מחקר רשמיות שביקרו באריתריאה, האחרונה שבהם בחודשים ינואר-פברואר 2016⁸².

העתק עמודים רלוונטיים מתוך הדו"ח של Landinfo מצ"ב ומסומן נספח 15.

158.15 בדו"ח מדות כי מספר מקורות באריתריאה ומחוצה לה טוענים כי בשנים האחרונות יותר ויותר נשים פטורות או משוחררות מהשירות אם הן נשואות, בהריון או מטפלות בילדים. עוד מדווח כי השלטון נוקט ביחס מקל יותר כלפי נשים וישנה סברה כי קיימת "מגבלת גיל"

⁷⁷ שם, בעמ' 80.

⁷⁸ שם, בעמ' 74.

⁷⁹ שם, בעמ' 87.

⁸⁰ שם, בעמ' 73.

⁸¹ שם, בעמ' 41.

⁸² Landinfo, לעיל הי"ש 52, בעמ' 18-19.

לשירות נשים אשר נעה בין גיל 25 לגיל 27. כמו כן, נטען כי נשים משוחררות משירות אם הן יכולות להוכיח כי ניתנה להן הצעת עבודה אזרחית.

158.16 דו"ח נוסף של ה-EASO, גוף מחקר של האיחוד האירופי ששם לעצמו מטרה לקדם מדיניות מקלט אחידה עבוד על מדינות האיחוד, מציג ממצאים דומים. הדו"ח בנוי על סקירת ממצאי משלחת מתוך אריתריאה, סקירת עמדת ממשלת אריתריאה וכן סקירה של הדו"חות משני הצדדים שהתפרסמו בשנים 2015-2016.⁸³

158.17 לאחר שעמדנו על דו"חות של ממשלות זרות, כעת נראה כי אפילו ארגוני זכויות אדם הינם בעלי עמדה דומה ביחס לנשים אריתראיות. כך למשל, ארגון Human Rights Watch פרסם עוד בשנת 2009 כי נשים בהריון נהנות מפטור מהשירות:

*"At the time of writing, most of the able-bodied adult population is on active, indefinite, Compulsory national service or on reserve duty. The only exceptions are on health grounds, or, for women, pregnancy"*⁸⁴.

158.18 גם נציבות האו"ם לפליטים מציינת כי נשים מוסלמיות, אמהות, נשים נשואות וכיו"ב משוחררות משירות:

*"Although the Proclamation on National Service makes no reference to gender-based exemptions, some official Eritrean Government sources indicate that women in the military who marry are discharged. Other categories reportedly exempt from national service include Muslim women, nursing mothers, married women and women with children. Instances of round-ups for the purpose of conscription of women, including Muslim women and mothers, have nevertheless been recorded"*⁸⁵.

158.19 יתירה מכך, אפילו הדו"ח של מועצת זכויות האדם של האו"ם, עליו אוהבים להתבסס העותרים על אף שיש עליו ביקורת עובדתית ומתודולוגית רבה, קובע כך בכל הנוגע לנשים:

"Although the 1995 National Service Proclamation removed these exemptions de jure for married women and mothers, many married

⁸³ EASO, לעיל ח"ש 55, בעמ' 23.

⁸⁴ Human Rights Watch, Service for Life State Repression and Indefinite Conscription in Eritrea 44 (2009).

Available at: www.hrw.org/sites/default/files/reports/eritrea0409webwcover_0.pdf.

⁸⁵ UN High Commissioner for Refugees, UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea 10 (2011).

Available at: www.refworld.org/docid/4d4afe0ec2.html.

women and single mothers continue to be de facto exempted, at the discretion of recruiting officers⁸⁶.

158.20 מכלל הנתונים שמוצגים לעיל עולה תמונה חד משמעית והיא שאין דו"ח אחד שטוען כי יש סכנה ממשית לנשים עם ילדים, גם כאלו שמוחזרות שלא ברצונן, ועל אחת כמה וכמה במקרים של חזרה עצמאית. מדובר אם כן באוכלוסייה השווה בישראל ללא כל הצדקה חוקית, וגם אם מדינת ישראל טרם שינתה את מדיניותה בעניין זה, בוודאי שניתן לעודד את האוכלוסייה הרלוונטית לצאת עצמאית.

158.21 גברים מעל לגיל הגיוס: אף לפי ההנחיות המחמירות של נציבות האו"ם לפליטים משנת 2011, לפי מקורות מסוימים גברים מעל לגיל 55 ולפי מקורות אחרים מעל לגיל 57 משוחררים משרות לאומי⁸⁷. אמנם מרבית אוכלוסיית המסתננים בישראל צעירה, אך ישנה גם אוכלוסייה מבוגרת יותר וניתן לעודדה לצאת מישראל.

159. לסיכום עניין זה, דומה כי על מדינת ישראל לערוך רביזיה בהתייחסותה למצב הדברים באריתריאה ולעיקרון אי ההחזרה. בהחלט ניתן לומר כי חלק ניכר וכנראה אף מרבית המסתננים המוגדרים כאריתראים יכולים לחזור לארצם ללא חשש. אף אם מדינת ישראל טרם הכריזה באופן רשמי על שינוי במדיניות, היא בהחלט יכולה לנקוט בכלים אפקטיביים שיש בהם, בין היתר, כדי לעודד את עזיבת אוכלוסיית המסתננים מישראל.

160. הערה נוספת לסיום: לא מן הנמנע להניח כי לפחות חלק מהנתונים המוצגים בפרק זה ידועים לארגונים העותרים, אך הדבר לא מנע מהם לצייר תמונה "שחורה", חד צדדית וחד ממדית במשך השנים. לעניין זה נוסף ונביא מדבריה של חוקרת גרמניה לענייני אריתריאה, אשר ביקרה במשרדי ארגון "אמנסטי" בתל אביב:

"I not so long ago, in 2012, actually sat in the Amnesty Office in Tel Aviv and spoke about a visit to Eritrea I carried out in 2011, during which one could see a number of cautious openings on the ground. The staff member mainly responsible for issues around Eritrea replied in no uncertain terms: 'We do not really want to hear that the situation is not uniformly bad, because our campaign is based on painting the picture of an 100% oppressive regime'"⁸⁸.

⁸⁶ Commission of Inquiry on Human Rights in Eritrea.p. 346.

⁸⁷ UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea, 2011. P.9 (Reference no. 49) Available at: www.refworld.org/docid/4d4afe0ec2.html

⁸⁸ Tanja R Müller, 'But my trip is still not over, because I don't get the rights I am entitled to' – what the row over a Country-of-Origin-Report on Eritrea reveals about human rights politics aspiration&revolution (2014). Available at:

ארגון אמנסטי הוא חבר פעיל "פורום לזכויות פליטים" ובו חברים כל הארגונים העותרים, ונדמה שדברים אלו מדברים בעד עצמם.

161. כעת נעבור ונציג תמונת מצב דומה ביחס לנתיני הרפובליקה של סודן.

סודן

162. כפי שצוין לעיל, כ- 19% מהמסתננים בישראל הינם ממדינת סודן - המדינה השלישית בגודלה באפריקה - לה אין יחסים דיפלומטיים עם ישראל. משכך, ישראל אינה מגרשת את המסתננים הסודנים חזרה לארצם.

163. העותרים מנסים להציג את נתיני אריתריאה וסודן במקשה אחת, משמע עיקרון אי ההחזרה מוחל על ידי המדינה גם על האחרונים, אך כאמור, לא כך הדבר. לטענת המדינה היא איננה מרחיקה אותם אך ורק מפאת העדר יחסים דיפלומטיים⁸⁹. למען הסר ספק, להלן נסתור גם את הטענה שעיקרון זה חל (או אמור לחול) על נתיני סודן - במנותק מהשאלה האם ישראל מחילה עליהם הגנה כלשהי מכוחו.

164. בשאלון של האיחוד האירופי וארגון European migration network שהועבר בקרב מספר מדינות אירופאיות, במסגרתו צרפת, גרמניה, הולנד, שבדיה ואנגליה השיבו כי הן מבצעות החזרה כפויה או החזרה מרצון של אזרחים סודנים לסודן. מרבית המדינות האחרות שהשתתפו בשאלון לא השיבו⁹⁰.

העתק השאלון של האיחוד האירופי מצ"ב ומסומן נספח 16.

165. באזורים מסוימים בסודן מתנהלים סכסוכים בין המשטר המרכזי ומורדים משבטים אפריקאים, כגון דרפור, דרום קרדופן והנילוס הכחול, אך מצב עגום זה איננו משליך על כלל שטח מדינה זו וישנם אזורים רבים בסודן בהם לא נשקפת סכנה לאזרחים החיים בהם, גם אם הם מגיעים במקור מאותם אזורים סכסוך. דוגמא בולטת לכך היא עיר הבירה חרטום. דו"ח מחודש אוגוסט 2016⁹¹ שנערך בשיתוף ממשלות דנמרק, אנגליה והאיחוד האירופי קובע כי למרות הסכסוכים האתניים באזורים מסוימים בסודן, אין מניעה לאזרחי אזורים אלו לשוב לאזורים בטוחים אחרים בסודן, בדגש על הבירה חרטום - זאת למעט מתנגדי משטר בולטים. על פי הדו"ח, בחרטום ופרבריה חיים מאות אלפי בני שבטים אפריקאיים מדרפור שזוכים לגישה ללימודים אקדמיים ולטיפולים רפואיים.

העתק הדו"ח של האיחוד האירופי וממשלות דנמרק ואנגליה מצ"ב ומסומן נספח 17.

tanjarmueller.wordpress.com/2014/12/07/but-my-trip-is-still-not-over-because-i-dont-get-the-rights-i-am-entitled-to-what-the-row-over-a-country-of-origin-report-on-eritrea-reveals-about-human-rights-po/.

⁸⁹ בג"ץ איתן, סעיף 32 לרשות דעת כבוד השופט ע' פוגלמן.

⁹⁰ European Commission and European Migration Network, Ad-Hoc Query on returns of rejected asylum seekers to North Darfur and Somalia (2014).

Available at: www.udi.no/globalassets/global/european-migration-network_i/ad-hoc-queries/ad-hoc-query-on-returns-of-rejected-asylum-seekers-to-sudan-and-somalia.pdf.

⁹¹ UK Home Office, Danish Immigration Service, Sudan Situation of Persons from Darfur, Southern Kordofan and Blue Nile in Khartoum (2016) ("UK Home Office, Danish Immigration Service")

Available at: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/566267/Sudan_project.pdf.

166. דו"ח זה שימש גם את בית הדין האירופאי לזכויות אדם בפסק דין שניתן לאחרונה בעניינו של מבקש מקלט מסודן⁹². בית הדין דחה את ערעורו על פסק דין של בית משפט בשוויץ וקבע כי גירושו של המהגר לסודן אינו עומד בניגוד לסעיפים 2 או 3 לאמנה האירופאית לזכויות אדם. פסק הדין התקבל למרות שבית הדין הכיר בכך שמבקש המקלט היה חבר בארגון האופוזיציה JEM, המזוהה עם חברי מיליציות בדרפור. עם זאת, יש לציין כי במקרה הספציפי הזה, מבקש המקלט לא היה חבר שבט לא ערבי מדרפור בעצמו.

167. בפסק דין זה יש להראות כי למסתננים מסודן באופן כללי לא נשקפת סכנה במדינה, גם אם היו פעילים פוליטיים זוטרים ואפילו בארגונים הקשורים למיעוטים אפריקאים בדרפור.

168. בהתפתחות חדשה ומשמעותית מאוד מסוף אוגוסט השנה, בית הדין העליון לעררים בבריטניה מאמץ את הדו"ח הדני-בריטי כמקור מידע אמין ודוחה ערעור של מהגר סודני מהרי הנובה בדרום קרדופאן, אחד משלושת האזורים שנמצאים כעת בסכסוך, נגד החלטה של משרד הפנים לגרשו למדינתו:

"Indeed it is relevant to note that the documents presented at the hearing by the respondent included the report on Sudan, situation of persons from Darfur, southern Kordofan and Blue Nile in Khartoum, a joint report of the Danish Immigration Service and the UK Home Office Fact-Finding Missions to Khartoum conducted in February to March 2016. It was a report dated August 2016 and it deals particularly in Section 4 with living conditions in Khartoum for persons from Darfur and the two areas. It deals with access to documentation, access to housing accommodation. In that case it is noted there is no systemic discrimination against persons from Darfur of the two areas with regard to where such communities could live in Khartoum. It recognised generally that those with limited means lived in the poorer communities on the outskirts of the city. Access to education and healthcare and to humanitarian assistance were also highlighted and in particular, in the slum areas of Greater Khartoum, there were social committees supporting local communities with regard to services. The IDP camps were also noted as was access to the employment. There is nothing to indicate in that report that circumstances had in any sense deteriorated from those considered in 2006 by HGMO. The Judge was entitled to

⁹² *AFFAIRE N.A. c. SUISSE*, no 50364/14, 30 Mai 2017, Disponible à: [hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid001-": "173790"}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

Summary in English: hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-11632.

*rely upon the country guidance generally as to the reasonableness of return*⁹³.

חשוב לציין כי בית המשפט רואה בדו"ח מקור מידע בעל משקל משפטי ועובדתי בעל משמעות כזו שאף יש בו כדי להשיב את המצב הנורמטיבי אחורה לשנת 2006, אז קבע בית הדין לעררים כי אין מניעה להשיב מהגרים מדרפור חזרה לחרטום וכי Internal relocation היא אפשרות מעשית עבורם. גם בכך יש כדי לשלול את עמדת העותרים.

169. ונחזור לדו"ח הדני-בריטי. הדו"ח מעלה סוגיה נוספת הרלוונטית במיוחד עבורנו בישראל. מכיוון שסודן רואה בישראל מדינת אויב, מסתננים אשר עוזבים את ישראל חזרה למדינה עלולים להיתקל ביחס חשדני יותר עם הגעתם לסודן. עם זאת, במקרים שהדו"ח מתאר, למעט מקרים של מסתננים שהיו חשודים בפעילות פוליטית בולטת, חוזרים מישראל נתקרו ושחררו, גם אם לעתים בתנאים מגבילים⁹⁴. נבהיר כי הסכנה לכאורה שנשקפת לחוזרים מישראל, נובעת לא מתוקף נסיבות אובייקטיביות או רדיפה שהם היו חשופים לה לפני שעזבו את ארצם, אלא אך ורק מתוקף ההסתננות לישראל.

170. סכנה פוטנציאלית זו, המכונה פליטות "סור פלאס" נדונה במסגרת פסק דין של בית הדין הגבוה לעררים בבריטניה, בהקשר של מהגרים סודנים הטוענים למעמד פליטות מתוקף פעילות פוליטית שהיו מעורבים בה לאחר שעזבו את סודן. במקרה זה, בית המשפט דן בסכנות אפשריות הצפויות להם, הדומות מאוד לאלו שצפויות למסתננים סודנים שאינם פעילים פוליטיים בולטים החוזרים מישראל - שהן מעצר קצר או חקירה.

בית הדין קובע כי מעצר קצר או חקירה על ידי הרשויות בסודן אינם עולים לכדי רדיפה או חשש "לסכנה ממשית":

"The evidence draws a clear distinction between those who are arrested, detained for a short period, questioned, probably intimidated, possibly rough handled without having suffered (or being at risk of suffering) serious harm and those who face the much graver risk of serious harm...

*It will not be enough to make out a risk that the authorities' interest will be limited to the extremely common phenomenon of arrest and detention which though intimidating (and designed to be intimidating) does not cross the threshold into persecution*⁹⁵.

⁹³ Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) Appeal Number: PA/07705/2016, Paragraph 20.

⁹⁴ UK Home Office, Danish Immigration Service. 65, בעמ' 18, 91, לעיל ח"ש

⁹⁵ IM and AI (Risks – membership of Beja Tribe, Beja Congress and JEM) Sudan CG, [2016] UKUT 00188 (IAC), United Kingdom: Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), 21 June 2016.

171. עוד עולה מפסק הדין כי לרשויות בסודן אין את היכולת או את הרצון לעקוב אחר כל מי שפעיל פוליטית מחוץ למדינה ועל כן למעט מי שהיה פעיל בולט במיוחד, אין לרשויות כל אפשרות לדעת כי הוא היה מעורב בפעילות כזו, ומכאן שגם לא נשקפת למבקש מקלט שכזה סכנה בארצו. את העמדה הזו אמץ גם בית המשפט האירופאי לזכויות אדם, כאמור לעיל.

172. אמנם, למדינת ישראל אין יחסים דיפלומטיים עם סודן ומשכך ישנו קושי להשיב את אזרחי סודן השוהים בישראל, אך עם קושי זה מתמודדת ישראל באמצעות פרקטיקה לפיה אותם מסתננים ששבים לסודן מישראל, חוזרים דרך מדינות שלישיות ומבלי שהרשויות בישראל חותמות על הדרכון שלהם. בדרך זו אלפי מסתננים סודנים שבו לסודן ללא כל חשש.

173. פרקטיקה זו ידועה ומצאה ביטוי גם מדיווח בעיתון "הארץ". על אף שהכתבה מציגה את החליך באור שלילי, חשוב לציין את דבריו של נציב האו"ם לפליטים בישראל דאז, מר ויל טול:

"חזרה מרצון של מבקשי מקלט מסודן היא אפשרית אם תתבצע בדיסקרטיות ובתנאים המבטיחים כי ההחלטה לשוב היתה לגמרי וולונטרית והתקבלה ללא הפעלת לחץ, ללא איומים בגירוש, ושלא בכפייה"⁹⁶.

174. כאן המקום לציין כי מרבית המסתננים מסודן הם מהגרי עבודה שכלל לא הגיעו מלכתחילה מאזורי הסכסוך, אך המצב העובדתי והמשפטי החדש מעלה כי אפילו המיעוט שכן הגיע מאזורים אלו, דהיינו מקרי הקצה, יכולים לחזור לארצם ללא חשש באם אין להם היסטוריה של פעילות פוליטית מובהקת.

175. לאור כלל הנתונים הללו, לא ניתן לקבל את עמדת העותרים השואפת לאפשר לחוטאים לצאת נשכרים ולהכריח את מדינת ישראל לחשלים עם נוכחותם של אלפי מסתננים סודנים שלכולי עלמא אינם פליטים, אך ורק בשל כך שהצליחו להסתנן לישראל.

176. המשיבים סבורים כי יש לסייע ככל אשר לאל לניצולי רצח עם ולמתנגדים פוליטיים בולטים, אך הדעת איננה סובלת כי אנשים שעברו על החוק יזכו לכפות על ישראל לקלוט אותם על אף שלא הייתה להם כל עילה חוקית או המוניטארית להסתנן לישראל ויש להם אפשרות לצאת באופן עצמאי ודיסקרטי. ניתן לומר כי התיקון לחוק נועד להתמודד בדיוק עם מצב זה של אנשים שישנו קושי טכני להרחיקם בכפייה, אך יש להם יכולת לצאת באופן עצמאי ועל כן חשיבותו.

3.ג. התייחסות לעמדת נציבות האו"ם לפליטים

177. לבקשת העותרים, נציבות האו"ם לפליטים ("הנציבות") הגישה נייר עמדה לבית המשפט הנכבד כנגד יישומו של התיקון החוק, ועשתה כן (בתזמון מדויק, בהזמנה ממש) באופן תמוה לאחר הגשת התגובה המקדמית של המשיבים 2-4 לעתירה.

178. ככלל, מרבית עמדתה של הנציבות דומה בעיקרה לדברים שנטענים בעתירה, עליהם כבר ענינו בפרקים הקודמים של תשובה זו. לצד זאת, ישנן מספר נקודות נוספות שעולות מהעמדה הדורשות

Available at: www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/uk/cases/UKUT/IAC/2016/188.html.

⁹⁶ טלילה נשר "בינגוד לחוק הבינלאומי, בחשאי ודרך מדינה שלישית, ישראל החזירה אלף מהגרים לצפון סודן" הארץ 26.2.13. בקישור: www.haaretz.co.il/news/education/1.1937950.

התייחסות. נקודות אלו עומדות בקצה קצהו של הסקאלה, עד אשר הן מכלות את עמדת הנציבות
כתדקונית הדקל האדומה שמכלה את גזעי עצי הדקל מבפנים.

179. הנקודה הראשונה הינה טענת הנציבות שהמסתננים נמצאים במדינת ישראל במעמד "דמוי-פליטות".
טענה זו מופיעה בקצרה גם בסעיף 141 לעתירה במסגרת הניתוח החוקתי, אך נבקש להתייחס אליה
בשלב זה.

180. לטענת הנציבות, כלל אוכלוסיית המסתננים בישראל נמצאת במצב "דמוי פליטות", כיוון שהעדר
הכרה במעמד פליטות של מבקש מקלט על פי אמנת הפליטים⁹⁷, אין בכוחה לשלול את מעמדו באם
הוא זכאי לכך. הנציבות טוענת כי בהינתן שמסתנן עומד בקריטריונים של אמנת הפליטים להכרה
כפליט, הרי שהכרה במסתנן כפליט על ידי המדינה אליה הוא הסתנן הינה "הצתרתית" בלבד (סעיף
11 לעמדה).

181. על טענה זו נסמכת למעשה כל העמדה של הנציבות - הואיל ולשיטתה הזכויות הקבועות באמנת
הפליטים חלות על המסתננים. נבקש להציג מספר טעמים בגינם יש לדחות טענה זו:

182. ראשית, בהתאם לפסיקה, המדינה היא זו שקובעת למי יוענק מקלט ומי יוגדר כפליט, ומעמד שכזה
אינו ניתן באופן אוטומטי לכל מסתנן שנכנס למדינה באופן לא חוקי, כשם שהזכויות הקבועות
באמנת הפליטים אינן חלות עליו באופן אוטומטי. ראו לעניין זה דבריו של כבוד המשנה לנשיאה א'
רובינשטיין בע"א 4946/16 שלמה סעד נ' פקיד שומה אשקלון (פורסם בנבו, 12.9.17) ("פרשת
סעד"):

**"לפי טענה נוספת שהועלתה, השתת ההיטל בגין העסקתם של עובדים יוצאי
סודאן ואריתריאה מנוגדת לעקרונות המשפט הבינלאומי, ובפרט לאיסור בדבר
הפלייתם של פליטים בתחומי המס והעבודה. סבורני, כי אף טענה זו אין בכוחה
להושיע את המערערות. ראשית דומה, כי ביסודה של הטענה הנחה שעל פניה היא
מוקשה במקצת, ולמיה כל מי שנכנס לישראל מסודאן או אריתריאה - פליט הוא.
הנחה כגון דא לא בלבד שאינה עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה,
אשר קבע כי אין לראות במדיניות אי ההרחקה שבה נוקטת המדינה ביחס לאזרחי
אריתריאה וסודאן משום קביעה פוזיטיבית בדבר זכאותם למעמד של פליטים
(עע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים, פסקה 17, 2012), אלא שמערערת היא על
הסמכות הנתונה בידי המדינה לקבוע - בהתאם לעקרונות הדין הבינלאומי - למי
יוענק מקלט בקרבה".**

ראו גם עע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 7.17.12) ("פרשת אספו"), אליו מפנה
כבוד השופט רובינשטיין בפרשת סעד:

**"נציבות האו"ם לפליטים מתייחסת לנסיבות שבהן לא יהיה זה מעשי לבצע בחינה
פרטנית של מעמד פליט לכל אחד ואחד מחברי קבוצה שנאלצה לעקור מארץ
מוצאה, וקובעת כי ניתן להיזקק ל"קביעה קבוצתית" ('group determination') של**

⁹⁷ האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 3, 5 (נפתחה לחתימה ב-1951) ("אמנת הפליטים").

מעמד פליט, כאשר כל אחד מחברי הקבוצה הוא על פניו ובהיעדר ראיות לסתור - פליט. בהתאם לקטגוריה זו, סבורים המערערים כי יש להתייחס לאזרחי אריתריאה בישראל כאל פליטים מוכרים, ולהעניק להם את מלוא הזכויות שמדינת ישראל מעניקה לפליטים מוכרים. דא עקא שניתוח זה איננו ישים ביחס למקרה שלפנינו. הגם שבמישור העקרוני אין מניעה שמדינה תחליט להעניק מעמד של פליט מוכר לפי אמנת הפליטים לקבוצת פרטים על בסיס קולקטיבי, נדרשת לשם כך - כפי שעולה גם מהנחיות נציבות האו"ם לפליטים - קביעה פוזיטיבית של המדינה. למותר לציין כי הרשות המוסמכת במדינת ישראל לא קיבלה החלטה שלפיה קבוצת אזרחי אריתריאה זכאים למעמד של פליט מוכר לפי אמנת הפליטים."

183. שנית, עמדה זו של הנציבות אף אינה עולה בקנה אחד עם פסיקת בתי המשפט ברחבי העולם הקובעת כי על מבקש מקלט להוכיח כי הוא זכאי לקבלת מעמד של פליט ומעמד שכזה אינו ניתן באופן אוטומטי.

184. שלישית, עמדת הנציבות ביחס למסתננים בישראל הינה שגויה הואיל וגם מבחינה מהותית אין מדובר בפליטים, אם כי במהגרי עבודה - כפי שטענו ועודם טוענים נציגי המדינה⁹⁸. מכל מקום, ברי כי לא ניתן לקבוע שאותם מהגרי עבודה ייהנו ממעמד פליטות מבלי שהגישו בקשה בנדון ומבלי שמדינת ישראל בחנה את בקשותיהם והכריעה כי הם אכן זכאים למעמד פליטות בהתאם לנהליה ובהתאם לתנאים הקבועים באמנת הפליטים.

185. רביעית, עמדה זו של הנציבות אף סותרת דברים שאמרו נציגיה בעבר. הדוגמה הבולטת לכך הם דבריה הבאים של הגבי שרון הראל, עובדת בכירה של נציבות האו"ם לפליטים בישראל, אותם אמרה בדיון בישיבה משותפת של הוועדה לזכויות הילד והוועדה לבחינת בעיות העובדים הזרים:

"הקבוצה הגדולה של הפליטים הסודנים מורכבת מקטגוריות שונות, ביניהן פליטים שהגיעו ממצרים, אחרים הם מבקשי מקלט שהגישו בקשות וטרם סיימו את הליך הטיפול בקהיר, אחרים הם פליטים שבקשותיהם נדחו, יש ביניהם גם פליטים שמעולם לא הגישו בקשה באו"ם ויש יותר ויותר גם מהגרי עבודה סודנים שמגיעים לאחרונה לישראל.

אני רוצה להתייחס לביטוי של חבר הכנסת דב חנין לעניין של מדרון חלקלק ואולי קצת להוסיף על זה נקודת מבט שלנו כאו"ם. בעולם אנחנו עדים לתופעות של טרנדינג בהגירה של פליטים, בהגירת מהגרי עבודה, כאשר מקום שנמצא כטוב, מקום שקל להיכנס אליו, שנוח להגר אליו, שיש בו איזה שהן אטרקציות, הופך מהר מאוד למקום עבור אותן אוכלוסיות והנהירה אליו היא גדולה.

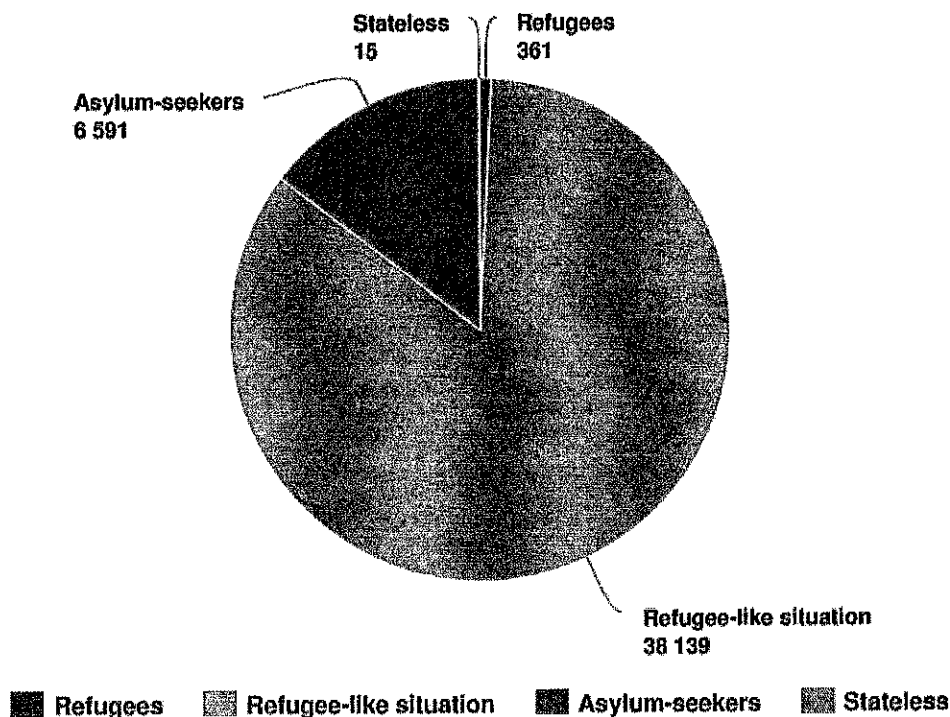
יש לנו כרגע מצב שעל בסיס עבודת ההגנה מפני מעצר וגירוש של פליטים שנשקפת להם סכנת חיים, על הבסיס הזה תפסו טרמפ - ואני בכוונה משתמשת

⁹⁸ ראו למשל בג"ץ דסטה, סעיף 3 לחוות דעת כבוד הנשיאה (בדימוס) מ' נאור.

בביטוי הזה – גם אחרים. אנחנו מדברים על מסתננים ממדינות שונות שלא כולם עניינה של נציבות האו"מ לפליטים, כל אחד מהם כמובן יכול לפנות בבקשה לקבלת מקלט מדיני, אבל לא כולם פליטים וחשוב מאוד לעשות את ההבחנה בין מהגרי עבודה לבין פליטים. מהגר עבודה מגיע מסיבות כלכליות, פליט או מבקש מקלט, בדרך כלל אנחנו מכנים אותם פליטים ברגע שהם קיבלו את ההכרה על ידי המדינה הקולטת אבל כל עוד הוא נמצא בזמן של מבקשי מקלט, נשקפת להם סכנת חיים ממשית וזאת סכנת חיים אל מול פתרונות כלכליים שהם לא פחות חשובים אבל הם לא מעניינו כרגע⁹⁹.

לנוכח דברים אלו, לא ברור מדוע בוחרת כעת הנציבות להשליך את האבחנות הללו כלאחר יד, ולכרוך יחדיו אנשים שראויים להגנה מפני הרחקה יחד עם כאלו ש"תפסו טרמפ" - כדבריה של הגב' הראל.

186. חמישית, עמדה זו גם אינה עולה בקנה אחד עם השכל וההיגיון הישר. עיון בתרשים הבא, אותו הציגה הנציבות במסמך תקציבי שהוכן על ידה עבור שנת 2017 מעלה את גודל האבסורד בעמדה זו. להלן התרשים, המציג פילוח של "אוכלוסיית היעד" של הנציבות בישראל לשנת 2015¹⁰⁰:



לפי הפילוח של הנציבות, 6,951 מסתננים שטרחו להגיש בקשת מקלט הם במעמד של מבקשי מקלט בלבד, בעוד ש- 38,139 מסתננים, שמעולם לא טרחו להגיש בקשה שכזו, או שבקשתם נדחתה, נהנים ממעמד נורמטיבי גבוה יותר של "דמוי פליטות". יתירה מכך, נראה כי לפי עמדה זו, אפילו מסתנן

⁹⁹ פרוטוקול משיבה משותפת של הוועדה לזכויות הילד (פרי' מסי' 33) והוועדה לבחינת בעיות העובדים הזרים, הכנסת ה-17, 22.06.19.

¹⁰⁰ UNHCR, 2017 Planning summary (2016).

Available at: reporting.unhcr.org/sites/default/files/pdfsummaries/GA2017-Israel-eng.pdf.

שבקשת המקלט שלו נדחתה, תוור לאתר מכן למעמד גבוה יותר מאשר זה שקדם לדחיית בקשתו. עמדה זו הינה אבסורדית לחלוטין ונעדרת כל הגיון.

187. טענה נוספת של הנציבות, אשר רלוונטית לסעיף לעיל, הינה שלמעלה ממחצית מהמסתננים בישראל אינם מגישים בקשות מקלט והסיבה לכך היא שאין למסתננים מספיק מידע בנוגע להליך הגשת בקשות המקלט (סעיף 9 לעמדה).

188. טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם העובדות, שכן הנציבות עצמה פרסמה את עצם האפשרות להגיש בקשת מקלט בפרסומים רשמיים מטעמה, ואף עודדה את החפצים בכך לעשות זאת ללא השתחות על מנת שלא לאבד את הזכאות למקלט. להלן פרסום לדוגמה של הנציבות שפורסם עוד בחודש פברואר 2015 בעמוד פייסבוק פופולרי בקרב המסתננים¹⁰¹:



Why should you file an application to be recognized as a refugee in Israel?

- While previously you enjoyed some form of temporary protection from the State of Israel on a group basis, new Laws and the current Government policy no longer adequately provide you with protection.
- In order to ensure that you continue to enjoy protection from the State of Israel, including protection from forceful return, you must file an application for refugee status where you can demonstrate that you have protection needs and concerns.
- Until recently, persons who enjoyed temporary protection in Israel were not granted access to individual status determination procedure. This has now changed and you now have the opportunity to submit an individual claim to be recognized as a refugee.
- If you will be recognized as a refugee you will be granted temporary residency in Israel, which will include a work permit and access to public services (such as health insurance and welfare services).
- If your application is rejected but it is determined that you cannot be returned to your country, you will still be entitled to the temporary protection you are entitled to now.
- You must file an asylum claim within one year of arrival in Israel or from the time that you are allowed to do so. If you do not submit an application as soon as possible, you may not be permitted to do so in the future.

189. עוד לטענת הנציבות, למסתננים ישנו העדר אמון במערכת המקלט שלא מעניקה למבקשי מקלט זכויות מעבר לאלו שזכאית לה כלל אוכלוסיית המסתננים. על אף שישנה אפשרות שהעדר אמון שכזה עומד מאחורי החלטתם של חלק מהמסתננים שלא להגיש בקשת מקלט, נדמה כי לאור הנתונים שהוצגו לעיל, הסיבה לכך שונה לחלוטין: הואיל וחלק לא מבוטל מהמסתננים הם מתחזים או מהגרים שאין להם עילת מקלט, נראה כי רובם מעדיפים שלא להגיש בקשת מקלט, ולא להסתכן שזהותם האמתית תתברר בבדיקת מקלט מעמיקה.

¹⁰¹ Refugees in Israel, Why should you file an application to be recognized as a refugee in Israel? (2015).

Available at:

www.facebook.com/RefugeesInIsrael/photos/a.513186495407373.1073741828.511268008932555/879961562063196/?type=3&theater.

190. טענה נוספת של הנציבות היא שכלל אוכלוסיית המסתננים, שנמצאת במצב "דמוי-פליטות", רשאית ליהנות מהזכויות המוקנות לפליטים מכוח אמנת הפליטים, ובראש ובראשונה ההגנה מפני ענישה על הסתננות לא חוקית. על פי הנציבות, הפיקדון משמש ככלי ענישה המנוגד לאמנה. לשיטת המשיבים, אין מדובר בכלי ענישה אם כי בכלי לגיטימי ומידתי, וזאת בהתעלם משורת הנתונים שהוצגה לעיל שמלמדת שעל המדינה לבחון מחדש את האפשרות להשיב באופן אוטומטי את המסתננים לארצם.

191. מעבר לכך, ההגנה הקבועה באמנת הפליטים כנגד סנקציות בשל הסתננות לא חוקית, איננה קיימת באופן גורף וקטגורי. סעיף 31(1) לאמנה, אותו מביאה הנציבות על מנת לבסס את עמדתה, קובע כי מדינה לא תעניש פליט במידה והגיע "ישירות" (Directly) מהמדינה בה נשקפה לו סכנה.

192. כידוע, מרבית המסתננים עברו לפחות ב"מדינה בטוחה" אחת בדרכם לישראל - לרוב המסתננים האריתראים עוברים דרך אתיופיה ומשם לסודן בדרכם למצרים בואך ישראל, כאשר לעיתים הם שוחים במדינות הללו חודשים רבים ויש להם אפשרות להגיש שם בקשות מקלט (כבר ראינו לעיל כי צעירות אריתראיות מהגרות לסודן לדוגמא). משכך, מדינת ישראל אינה מהווה עבורם את מדינת המקלט הראשונה וההגנה הקבועה בסעיף 31 לאמנה אינה בהכרח חלה.

193. המסתננים יכולים לקבל מעמד של פליט (לו היו פליטים ולא מסתנני עבודה) כבר במחנות האו"ם באתיופיה, בסודן, במצרים. אך מדינות אלו אינן נאות בעיניהם והם בוחרים לעזוב את כל אחת מהמדינות הללו, ולהמשיך במסע לארץ ישראל. היא ארץ הבחירה. מדינה מערבית, מפותחת, בה הם יכולים להתפרנס ולפרנס את בני משפחותיהם. יעוין, כי לפני שנים, היו המסתננים מעדיפים להתפרנס במצרים, ורק בשלב מסוים (הרבה קודם לאביב הערבי, תחת שלטונו הבטוח של נשיא מצרים מובארק) החלה הגירת העבודה לישראל, ארץ נחלי מים יוצאים בבקעה ובהר.

194. על התופעה הפסולה של ברירת מדינת מקלט עמדה כבוד הנשיאה (בדימוס) נאור בפרשת צגטה, בסעיף 36 לחוות דעתה:

"אחד מן המאפיינים המרכזיים של ההגירה בעשורים האחרונים הוא התופעה ובתרגום חופשי, מעברים משניים. מעבר משני Secondary movements; המכונה מתרחש כאשר אדם אינו מגיע ממדינת מוצאו במישרין למדינת היעד, אלא לאחר שעבר בדרך במדינות אחרות. מדינות אלה עשויות להיות מדינות שבהן מצא האדם מקלט אך מדינות שבהן " (transit states) - מסיבה כזו או אחרת עזב אותן או מדינות "מעבר עבר" אדם בדרכו מבלי להגיש בהן בקשה לקבלת מעמד של פליט. מנקודת-ראותן של מדינות רבות תופעה זו עוררה - ועודנה מעוררת - קשיים לא-מבוטלים. ראשית, ישנן מדינות הרואות בעזיבת מדינה שבה זכה אדם למקלט או באי-בקשת מקלט במדינה הבטוחה הראשונה שאליה אדם שימוש לרעה במנגנון הפליטות העולה לעתים כדי "Asylum Shopping"."

195. נבחר כי אין במעבר דרך מדינה שלישית כדי לשלול מכל אדם את הזכאות ליהנות מ"עקרון אי ההחזרה". עם זאת, בוודאי שיש בכך כדי להחריג אדם מתחולת האמנה ומהאיסור להענישו בשל ההגירה השניונית לישראל, שמניעה כלכליים בכל מקרה.

196. טענה אחרונה אליה נתייחס בשלב זה מתוך עמדת הנציבות היא הטענה הכל כך קיצונית בדבר נתוני ההשתכרות של המסתננים. הנציבות טוענת על סמך מחקר שביצעה כי שליש מאוכלוסיית המסתננים מרוויחה פחות מ- 1,500 ש"ח בחודש, חמישית מהאוכלוסייה מרוויחה בין 3,000-1,500 ש"ח בחודש והיתר מעל 3,000 ש"ח לחודש, כאשר רק פחות מחמישית מרוויחה מעל 5,000 ש"ח בחודש (ס' 13 לעמדת הנציבות).
197. טענה זו נסתרת בין היתר (א) בנתוני העותרים עצמם, אשר הצהירו כי מרוויחים סכומים גבוהים בהרבה, וכן (ב) באמצעות החישוב שערכנו בסעיף 65 לעיל, המראה כי המסתננים מרוויחים בממוצע כ- 4,700 ש"ח נטו בחודש וכן (ג) בהנחה הסמויה שעמדת הנציבות מניחה והיא כי רוב רובם של המעסיקים הישראליים פועלים בניגוד לחוק שכר מינימום. אין אדם משים עצמו רשע, אבל הנציבות שמה (מבלי משים) רבבות מעסיקים במדינת ישראל כרשעים. לא ניתן לקבל הנחה מעין זו.
198. הנציבות אף סותרת את עצמה כאשר היא קובעת שמרכיב הפיקדון על חשבון המעסיק מפלה את המסתננים לרעה ביחס למהגרי עבודה אתרים מכיוון ש- 16% משכרם מהווה סכום "גבוה בהרבה" מה- 700 ש"ח אותם מחויבים להפקיד מעסיקי עובדים זרים, ואת משום שהפקדה של 16% עולה כדי סכום הגבוה מ- 700 ש"ח רק במקרה והמסתנן מרוויח משכורת גבוהה מ- 4,375 ש"ח בחודש, סכום שלטענת הנציבות גבוה מהכנסתם של רוב המסתננים.
199. הנה כי כן, נראה כי עמדת הנציבות איננה מדויקת (לשון המעטה), בעלת סתירות פנימיות וממילא אין להסתמך עליה. הנציבות השילה מעצמה את גלימת האובייקטיביות לכאורה וגילתה כי היא רואה את עצמה כצד בזירה המשפטית.
200. לסיום פרק זה נבקש לציין כי בהתאם לפסיקה, לעמדת הנציבות כשלעצמה אין מעמד מחייב, אם כי מעמד מייעץ בלבד (עע"מ Osman Abdallah Kamanda 5590/12 נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 19.11.12).
201. עד כאן הטענות הנוגעות לרכיב הפרשת העובד, כעת נעבור ונבחן בקצרה גם את הניכוי הרכיב מהפרשת המעביד, שגם אותו מבקשים העותרים לבטל.

ד. הניכוי מרכיב הפרשת המעביד

202. הוראה נוספת בתיקון לחוק לגביה ניתן צו על תנאי היא הניכוי מרכיב הפרשת המעביד המעוגן בסעיף 1א4 לחוק עובדים זרים.
203. לפי הוראות הסעיף, בעת תום תקופת השהייה בישראל יקבל המסתנן 67% מכספי הפיקדון שנצברו עבורו בתוספת רווחים ובניכוי דמי ניהול ומס כדין על הרווחים בשל אותו חלק. בנוסף, בתום תקופת השהייה המסתנן יהא זכאי ליתרת כספי הפיקדון (33%) ("יתרת כספי הפיקדון") בניכוי הוצאות הרחקה ומס כדין - וזאת בכפוף לשיהוי ביציאה מן הארץ.
204. ככל שישתתה המסתנן כאמור, שיעור הניכוי מיתרת כספי הפיקדון (היינו, 33%), יהא כדלקמן: מעל חודש עד חודשיים - 25%; מעל חודשיים עד שלושה חודשים - 35%; מעל שלושה חודשים עד ארבעה

חודשים - 50%; מעל ארבעה חודשים עד חמישה חודשים - 65%; מעל חמישה חודשים עד שישה חודשים - 80%; מעל שישה חודשים - 100%.

205. כנגד הוראה זו טוענים העותרים שתי טענות עיקריות: (א) מנגנון "הקנסות" יגרע מהזכויות הסוציאליות של המסתננים ובראשן הזכות לפנסיה; (ב) למסתננים אין דרך לצפות את הודעת שר הפנים כי תמה תקופת השהיה שלהם בישראל וכי לא יעלה בידם לצאת מן הארץ המועד מבלי שיופעל כלפיהם מנגנון "הקנסות".

206. להלן נציג מספר טעמים, אשר יש בכוחו של כל אחד מהם, על מנת לדחות רכיב זה של העתירה:

207. ראשית, מנגנון הניכוי המנהלי נועד להבטיח את יציאתם של המסתננים מישראל ברגע שתינתן הוראה בנדון. ללא מנגנון זה מסתנן שקיבל הוראה לעזוב יכול להישאר בישראל זמן רב לאחר מתן ההוראה, בידיעה שבכל עת שיבחר לעזוב, כספי הפיקדון, לרבות הכספים שהופקדו על ידי המעסיק של המסתנן, ימתינו לו ללא כל הפחתה. בכך היעילות של ההסדר בכללותה תפחת לאין שיעור.

208. שנית, הניכוי אליו מייחסים העותרים כ- "מנגנון קנסות", מתייחס אך ורק לחלקו של רכיב הפרשת המעביד ולא נוגע לכספים שמופרשים משכרו של העובד. רכיב הפרשת המעביד, בגינו לא ניתן צו על תנאי, מעניק למסתננים זכויות שאפילו עובדים ישראלים אינם זכאים להם, בדמות הפרשה בשיעור של 16% מהשכר על חשבון המעסיק. הפרשה זו הינה הפרשה אשר מיטיבה עם המסתננים באופן חריג - והיא לא הייתה קיימת לולא התיקון לחוק. משכך, לא ניתן לטעון שהפחתה מאותה הפרשה מביאה לפגיעה בזכות כלשהי של המסתננים, כאשר זכות זו לא הייתה קיימת עובר לתיקון.

209. שלישית, אף אם נניח שמסתנן יוצא מן הארץ בשיהוי של מעל ל- 6 חודשים, ומלוא החלק של 33% מנוכה כולו מכספי הפיקדון שנצברו עבור המסתנן - עדיין - המסתנן יקבל סכום כסף גבוה בכ- 20% מהסכום שהוא הפקיד לפיקדון משכרו.

לשם המחשה, אם מסתנן מרוויח 6,000 ש"ח בחודש, הוא מפקיד 20% לקרן, שהם 1,200 ש"ח. המעסיק מפקיד עבורו 16% נוספים שהם 960 ש"ח; בסך הכל עבור חודש פלוני הופקדו עבור המסתנן 2,160 ש"ח. אם המסתנן יצא מהארץ בשיהוי אשר גורם לניכוי מלוא 33% מכספי הפיקדון, הרי שה- 67% הנותרים מכספי הפיקדון הם 1,447 ש"ח - 247 ש"ח יותר מהכספים שהמסתנן הפקיד (מעל ל- 20%).

210. רביעית, כיום על כלל מעסיקי המשק מוטלת החובה להפריש 12.5% בגין תגמולים ופיצויי פיטורין, לצד 6% נוספים המופרשים על חשבון העובד, ובסך של 18.5%. העותרים טוענים לפגיעה בזכויות הפנסיוניות של המסתננים, אלא ש- 67% מכספי הפיקדון המתקבלים בידי העובד בכל מקרה, מהווים 24.12% מהמשכורת - כך שגם אם תנוכה מלוא יתרת כספי הפיקדון, עדיין, ההסדר מיטיב עם המסתננים מבחינת הכספים שיתקבלו בידיהם, לעומת עובדים ישראלים.

נמחיש שנית, אם מסתנן מרוויח 6,000 ש"ח בחודש, הוא מפריש 1,200 ש"ח בחודש, והמעסיק מפריש 960 ש"ח נוספים, מתקבל הסכום של 2,160 ש"ח - 67% מתוך הכספים הללו הם 1,447 ש"ח - מההווים 24.12% ממשכורתו.

211. **חמישית**, כידוע, בישראל אין בידי מעסיקים אפשרות מעשית לביצוע הפרשה לפנסיה של עובדים מסתננים - זאת בהעדר קרנות אליהן ניתן לבצע הפרשות. מכוח הפסיקה מסתננים אמנם זכאים לפיצוי בגין אי ביצוע ההפרשה לפנסיה בשיעור שעל המעסיק היה להפריש¹⁰², אך העותרים בעצמם טוענים כי מעסיקים סבורים שהם אינם נדרשים להפריש כספים לפנסיה עבור המסתננים ונדרשת פניה לערכאות על מנת לחייבם לעשות כן (ראו סעיף 115 לעתירה). בהינתן ההסדר הקבוע בתיקון לחוק, ולאור הנתונים שהוצגו על ידי המדינה, מעסיקים מפרישים סכומים אלו. גם לנוכח עובדה זו, לא ניתן לומר כי נפגעת הזכות לקבלת פנסיה, על אף מנגנון הניכויים.

212. **שישית**, לעניין טענת העותרים לפיה התקופות שקצובות ביחס למנגנון הניכוי הינן קצרות ביותר ולא יאפשרו למסתננים, אשר נתונים "לאופק שהייה בלתי ידוע מראש" לצפות שנים מראש את הודעת שר הפנים כי תקופת השהייה שלהם בישראל תמה, נציין כי: (א) אשרת השהייה הניתנת למסתננים מוגבלת ממילא לשלושה חודשים (ב) לטענת המשיבים 2-4, רשות האוכלוסין וההגירה מודיעה פרק זמן סביר מראש על מועד היציאה שנקבע, למשל 60 ימים במקרה מסוים (סעיף 30 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים 2-4) (ג) כפי שציינו בפרקים הקודמים, למסתננים נתונה האפשרות לצאת בכל עת שיחפצו והם ממילא אינם נדרשים לקבלת הודעה משר הפנים, ודי שיפנו מנחל רשות האוכלוסין וההגירה על מנת להודיע כי ברצונם לעזוב (ס' 1 ו-2 לחוק עובדים זרים) (ד) סעיף 1יא(ב) לחוק קובע כי אם נבצר ממסתנן לעזוב את ישראל בתום התקופות הקצובות הוא רשאי לפנות לממונה (עובד משרד הפנים) על מנת שתקופה זו לא תיזקף לחובתו כתקופת שיהוי.

213. **שביעית**, כל טיעוני העותרים בעניין זה סותרים הלכה למעשה את יתר ראשי העתירה - הרי אם אין אופק יציאה, והמסתננים אינם יכולים לצאת מן הארץ - המנגנון ממילא אינו רלוונטי ואין כל צורך לבטלו, הלא כן?

214. לסיכום, לאור מכלול הטעמים המפורטים לעיל, אין כל הצדקה גם לביטולו של הניכוי מרכיב הפרשת המעביד.

215. לאחר ששטחנו את כלל העובדות הרלוונטיות, כעת נעבור לבחינה החוקתית ונראה כי ההסדר החוקי צולח את אותה הבחינה.

ה. הבחינה החוקתית

ה.1. אין כל פגיעה באינטרס מוגן

216. אין בתיקון לחוק משום פגיעה בזכויות המסתננים. לא כל אינטרס מוגן על ידי המשפט. הגם שזכויות הקניין, השוויון והזכות לקיום בכבוד מוכרות כזכויות משפטיות עקרוניות, ככל שמתרחקים מהגרעין אל עבר הפריפריה של הזכות, הפעולה לא תזכה בהגנה משפטית: "ככל שמתרחקים מגרעין הזכות המוכרת, כך יתכן שבנסיבות מסוימות לא תחסה פעולה פלונית תחת ההגנה המשפטית"¹⁰³. לשון

¹⁰² ע"מ 137/09 מט"ן איליגדז - פריזמן חכשורי חברה להנדסה ולבניין (פורסם בנבו, 22.8.10).

¹⁰³ בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 5.2.13), סעיף כ"ג לחוות דעת כבוד המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין; וכן ראו: בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.12.16), סעיף 12 לחוות דעת כבוד השופט י' עמית; בג"ץ

אחר, קבלת שכר עבודה (ואי הפקעתו) שהיא גרעין הזכות בוודאי זוכה להגנה משפטית. ואולם, הזכות של העובד לקבל באופן מיידי שיעור של 14% מהשכר אשר מופקד לטובתו בפיקדון (אשר יכול להשתחרר בכל רגע נתון, ואשר מועבר אליו בתוספת הפירות שהצטברו) איננה חלק אינהרנטי גרעיני מהזכות עצמה ואיננה אינטרס מוגן.

217. ממשלת ישראל וכנסת ישראל מתמודדות עם תופעת ההסתננות וההשלכות החמורות שלה. ההסדר החוקי שמונח ביסוד עתירה זו הוא הכרעתן הריבונית, לאחר שקלא וטריא חוקתי שערכו, קבעו סדרי עדיפויות ואיזונו בין האינטרסים השונים המונחים על הכף. זו מלאכתם. זוהי הפרורגריטיבה שלהם. זו המדיניות שהן בחרו וחוקקו בחקיקה ראשית.

218. ככלל, חקיקה היא פטרנליסטית. כספי פנסיה "נעולים" בקופת פנסיה עד למועד פרישה. כספי קופת גמל נותרים בקופה עד לתום תקופה קצובה בת מספר שנים. כספי פיצויים שמורים בקופת פיצויים עד למועד סיום יחסי עובד מעביד. עובדים צעירים כורעים תחת נטל המשכנתא וממולם קיימים פיקדונות שאין להם רשות להשתמש בהם. הוא הדין במקרה דנא, החקיקה קובעת סכום פיקדון שנשמר בקופה מיוחדת עושה פירות עד למועד יציאה מן הארץ, שיכול להיות מחר בבוקר.

219. אם הפיקדון לא היה עושה פירות, אזי הייתה סברה לטעון כי יש כאן פגיעה כלשהי בזכות חוקתית. ואולם, שעה שהפיקדון עושה פירות ומרכיב הזמן בא לידי ביטוי בהסדר החקיקתי, לא ניתן לומר אלא שהמחוקק פועל, כפי שהוא פועל במקרים אחרים, מתוך התחשבות בזכות הקניין מבלי שההסדר גורע מזכות זו.

220. ואולם, אם יטען הטוען כי ההסדר החקיקתי פוגע בזכות יסוד כלשהי, אזי יש להעביר את ההסדר תחת המסגרת החוקתית, דרך תנאי פסקת ההגבלה.

221. נקדים ונאמר, כי ההסדר החוקי שנבחר על ידי בית המשפט בתיק זה איננו שונה מהסדרים חוקיים קיימים, שמובילים לתוצאות דומות מבחינתו של העובד (אולי אפילו "חמורות" יותר).

222. **הסדר חקיקתי ראשון** - כאשר מוטל עיקול על שכר עבודה של חייב בהוצאה לפועל, לא ניתן לעקל את כל שכרו; יש להותיר בידי החייב סכום מסוים. סעיף 8(א) לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958 שכותרתו "עיקול, העברה ושעבוד"¹⁰⁴ קובע כי "משכר העבודה החדשי לא יהיה ניתן לעיקול, להעברה או לשעבוד סכום השווה לגימלה בשיעור הנקוב בטור ג' בתוספת השניה לחוק הבטחת הכנסה, תשמ"א-1981, שהיתה משתלמת בחודש שקדם לתשלום השכר לאותו עובד לפי הרכב משפחתו אילו היה זכאי לגימלה כאמור; היה הסכום האמור יותר מ-80% משכר העבודה החדשי, יקטן הסכום שאינו ניתן לעיקול, להעברה או לשעבוד כדי 80% משכר העבודה החדשי; לענין זה, "שכר העבודה החדשי" - שכר העבודה החדשי הנותר אחרי ניכוי תשלום אשר המעסיק חייב לנכותו משכר עבודה על פי חיקוק"¹⁰⁵.

לפי סעיף זה, גובה סכום הנטו שיש להשאיר בידי העובד נקבע בהתאם למצבו המשפחתי ומחושב באחוזים מסכום בסיסי שנקבע בחוק הביטוח הלאומי (8,648 ש"ח, נכון לשנת 2017). על מנת לסבר

4406/16 איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 29.9.16, סעיף 3 לחוות דעת כבוד השופט ח' מלצר); עע"מ 11120/08 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.11.10), סעיפים 7-12 לחוות דעת כבוד השופטת ע' ארבל.

¹⁰⁴ סעיף זה תוקן בפעם האחרונה בשנת 2014.

¹⁰⁵ כלומר לאחר ניכוי מס הכנסה, ביטוח לאומי, מס בריאות וכל ניכוי אחר שמעסיק חייב לנכות משכר העובד על פי חוק.

את האוון, במקרה של עובד/ת יחיד/ה (ללא ילדים), המשתכר 5,000 ש"ח נטו בחודש, 80% משכרו הם 4,000 ש"ח הסכום שיש להשאיר לו/ה מתוך שכר העבודה החודשי הוא 2,161 ש"ח.

אם הסכומים (הנגזרים מהמצב המשפחתי) גבוהים מ- 80% משכר הנטו של העובד, יהא ניתן לעקל 20% משכר הנטו של העובד.

הסדר חוקי זה אינו נתפס כפוגע בזכות יסוד (ולמצער, הפגיעה הנטענת עומדת בדרישות פסקת ההגבלה). שיעור של 20% משכר העבודה (נטו) נתפס אפוא בעיני המחוקק כשיעור מידתי אותו ניתן לעקל. כך גם שכר עבודה של 2,161 ש"ח איננו נתפס בעיני המחוקק ככזה שאינו מאפשר להתקיים בכבוד. בנידון דינן מדובר בסכומים גבוהים הרבה יותר.

223. הסדר חקיקתי שני - כאשר ניתן צו תשלומים חודשיים לחייב בפשיטת רגל, לא ניתן לחייב אותו לשלם את חובותיו מתוך מלוא השכר שלו. החוק קובע סכום מינימאלי שאותו יש להשאיר בידי החייב ושאותו לא ניתן לעקל. סכום זה זהה לסכום שיש להותיר בידי החייב בהוצאה לפועל כאמור. סעיף 111(א) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תשי"ם-1980, שכותרתו "תשלומים עתיים ודין הכנסה של פושט רגל" קובע כי "בית המשפט רשאי לקבוע, לבקשת הנאמן, כי על פושט רגל לשלם לנאמן תשלומים עתיים, במועדים ובתנאים שיקבע, וכן רשאי בית המשפט להקציב לפושט הרגל סכומים למחייתו ולמחיית התלויים בו, והכל מתוך משכורת, שכר או הכנסה אחרת שהוא זכאי לה, ובלבד שהסכומים שיוותרו בידי פושט הרגל לא יפחתו מהסכום הפטור מעיקול ומתפיסה לפי חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; אין בהוראת סעיף זה כדי לגרוע מהוראת סעיף 303 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, או מהוראה בחיקוק אחר שהסעיף האמור חל לגביו, או מהוראה בחיקוק אחר הקובעת הסדר דומה להסדר הקבוע בסעיף 303 האמור".

גם כאן הסדר חוקי זה אינו נתפס כפוגע בזכות יסוד (ולמצער, הפגיעה הנטענת עומדת בדרישות פסקת ההגבלה). וכן שיעור של 20% משכר העבודה (נטו) נתפס כשיעור מידתי, ולא נשמעת טענה כי החייב אינו יכול להתקיים משכר עבודה של 2,161 ש"ח.

224. הסדר חקיקתי שלישי - הסדר זה תדיר ונפוץ וכוונתו להליכי עיקול זמני לפי תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. תקנה 382 לתקנות אלה מחילה את הוראות חוק ההוצאה לפועל על ביצוע עיקול זמני לפי סימן 1א לתקנות. גם כאן שיעור של 20% משכר העבודה (נטו) נתפס בעיני המחוקק כשיעור מידתי אותו ניתן לעקל.

כך, עיקול זמני שנועד להבטיח זכויות נטענות שטרם התבררו בהליך משפטי, והוטל רק על סמך זכות לכאורה, איננו נתפס ככזה שאינו עומד בתכלית ראויה או כאינו מידתי. על אחת כמה וכמה, במקרה דנא.

ה. תכלית התיקון לחוק

225. כאמור בפתח תשובה זו, לתיקון לחוק מספר תכליות טובות וראויות. המשיבים, גם בשלב זה של התשובה יבקשו להמשיך ולהתמקד בתכלית עידוד יציאת המסתננים ממדינת ישראל ומניעת השתקעותם בה. כבר בבג"ץ אדם, בית המשפט הנכבד הכיר בכך כי תכלית דבר החקיקה שעניינה

מניעת השתקעותם של המסתננים בישראל והתמודדות המדינה עם השלכותיה הרחבות של תופעת ההסתננות - הינה תכלית שאינה מעוררת קושי, והינה תכלית ראויה¹⁰⁶:

"המדינה עומדת על שתי תכליות מרכזיות שעמדו בפני המחוקק בחוקקו את התיקון לחוק למניעת הסתננות. 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 [...] 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".

226. גם כבוד השופט נ' הנדל הבהיר כי לשיטתו תכלית זו הינה תכלית ראויה:

"ביסוד התיקון לחוק עומדות, לגישת המדינה, בעיקר שתי תכליות: האחת - מניעת השתקעות המסתננים בישראל, והשנייה - בלימת תופעת ההסתננות. נדמה כי אין מחלוקת בין חברי ההרכב על כך שהתכלית הראשונה היא ראויה, במובן של פסקת ההגבלה. הדברים כתובים באופן מפורט בחוות דעתה של חברתי השופטת ארבל, ועל כן לא ארחיב עליהם את הדיבור. ברם התכלית השנייה, לשיטת חברתי השופטת ארבל, מעוררת "קשיים לא מבוטלים": היא מנצלת את המסתננים שכבר מצויים בישראל כדי להרתיע מסתננים פוטנציאליים. חרף האמור, דעתי היא כי גם תכלית זו היא ראויה"¹⁰⁷.

¹⁰⁶ בג"ץ אדם, לעיל הי"ש 3, סעיף 84 של חוות-דעת כבוד השופטת ע' ארבל.
¹⁰⁷ שם, בסעיף 2 של חוות-דעת כבוד השופט נ' הנדל.

227. במסגרת בג"ץ איתן, קבע כבוד השופט ע' פוגלמן כי לא נדרשת הכרעה בשאלה האם התכלית בדבר מניעת השתקעות הינה ראויה, אך הניח לצורך הדיון כי מדובר בתכלית ראויה¹⁰⁸. כבוד השופט ס' גיבראן הוסיף כי תכלית זו הינה ראויה בעיניו:

"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 השלכות 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 שנקטים להגשמתה, אשר מבחני פסקת ההגבלה ייעדו להם בחינה נפרדת"¹⁰⁹.

228. לבסוף, במסגרת בג"ץ דסטה קבעה כבוד הנשיאה (בדימוס) מ' נאור כי "מניעת השתקעות במרכזי הערים תכלית ראויה היא"¹¹⁰.

229. העותרים, ביודעם כי בית המשפט הנכבד הכיר בתכלית מניעת ההשתקעות כתכלית ראויה, מתעלמים ממנה קליל ותחת זאת מנסים לקרוא אל תוך התיקון לחוק את מה שאין בו - תכלית בדבר "הפרה קונסטרוקטיבית של עיקרון אי החחזרה". תכלית זו מקבלת משנה תוקף, לשיטת העותרים, לאור הטענה שיציאה בעתיד הינה היפותטית לחלוטין. דין טענה זו דחייה מכל וכל.

230. ראשית, לביטויים כגון "שבירת רוחם" של המסתננים או "כפייה" לעזוב את ישראל אין כל זכר בנוסח התיקון לחוק, בדברי ההסבר לתיקון לחוק וגם המדינה מכחישה טענה זו בתגובתה המקדמית לעתירה. די בכך על מנת שלא לקבל טענה זו, כפי שנעשה בכל העתירות הקודמות בהן העותרים טענו לה.

231. כך למשל, במסגרת בג"ץ איתן עמד כבוד השופט ע' פוגלמן בסעיף 113 לחוות דעתו על טענת העותרים לפיה תכליתו של תיקון מס' 4, לפיו ניתן להחזיק מסתננים במכרז שהייה, הינה שלילת בחירתם החופשית של המסתננים לצאת מישראל באמצעות העצמת מצוקתם. גם שם כמו בעניינינו העותרים ציטטו את דבריהם של חברי כנסת ובכירי רשות האוכלוסין וההגירה בדיונים בכנסת, מהם עולה לשיטת העותרים תכלית החוק הנטענת. המדינה מצידה הכחישה דברים אלו במסגרת הדיון בעתירה, טענה כי לתכלית זו אין עיגון בהוראות החוק או בדברי ההסבר. כבוד השופט פוגלמן מצא שאין מקום להכריע בטענה זו.

232. כך גם בבג"ץ דסטה, טענו הארגונים העותרים כי התכלית האמיתית של תיקון מס' 5 הינה "שבירת רוחם" של המסתננים, תוך שהם תומכים טענה זו בדיונים מהצעת החוק. כבוד הנשיאה (בדימוס)

¹⁰⁸ בג"ץ איתן, סעיף 103 חוות-דעת כבוד השופט ע' פוגלמן.

¹⁰⁹ שם, סעיף 8 לחוות-דעת כבוד השופט ס' גיבראן.

¹¹⁰ בג"ץ דסטה, סעיף 66 לחוות-דעת כבוד הנשיאה מ' נאור.

נאור בסעיפים 79-84 לחוות דעתה דחתה טענה זו לאור העובדה כי היא הוכחה על ידי המדינה וכי בנוסח החוק ובדברי ההסבר אין לה כל זכר.

233. שנית, בעוד שהעותרים מצטטים את דבריו של בית המשפט הנכבד בפרשת איתן ופרשת דסטה לעניין זה בתמיכה לטענתם, דווקא חלקים חשובים מתוך דברי כבוד השופטים אשר לא מופיעים בציטוטים שבעתירה בעלי משנה חשיבות לענייננו. ודוק. במסגרת אותן הפרשות בית המשפט הנכבד הכיר בכך שלא כל מדיניות שתכליתה התמודדות עם תופעת ההסתננות היא מדיניות שנועדה "לשבור את רוחם" של המסתננים.

ראו דבריה של כבוד הנשיאה (בדימוס) נאור בבג"ץ דסטה, סעיפים 80-81 לחוות דעתה:

"המשיבים ציינו כי לא כל מדיניות שתכליתה אינה "הכלה וקליטה" היא מדיניות שנועדה לשבור את רוחם של אותם אנשים שהסתננו לישראל. עמדה משפטית זו מקובלת עליי [...] הנה כי כן, לא מצאתי כי החוק הנוכחי נועד לשבירת רוחם של המסתננים".

רק נבקש להזכיר כי בפרשת צגטה נדונה חוקיותם של הסדרים לפיהם ניתן היה להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של עד שלושה חודשים ולהורות על שהייתם במרכז שהייה לתקופה של עד עשרים חודשים.

234. בית המשפט אף הכיר בכך כי על אף העובדה שההסדרים שנקבעו בתיקונים לחוק למניעת הסתננות הקשו "עד מאוד" על חייהם של המסתננים, אין להתעלם מכך שקשיים אלו הם חלק אינטגרלי מחייו של אדם אשר בוחר להיכנס למדינה אחרת שלא כדין.

ראו דבריו של כבוד השופט ע' פוגלמן בבג"ץ איתן, סעיף 113 לחוות דעתו:

"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".

כבוד השופט פוגלמן מוסיף וקובע כי:

"בין תמרוץ לגיטימי (כגון תמרוץ כספי) לעזיבת הארץ לבין הפעלת לחץ משמעותי ובלתי הוגן אשר שולל, הלכה למעשה, את יכולתם של שוהים בלתי חוקיים לבחור שלא לצאת מהארץ - עובר, אפוא, גבול דק".

ושב נזכיר כי עניינו של בג"ץ איתן בהחזקת מסתננים במשמורת למשך שנה וחקמת מרכז השהייה אליו ניתן להעביר כל מסתנן שישנו קושי לגרשו. המקרה שלנו הוא אותו תמרוץ לגיטימי לעזיבת הארץ.

235. בענייננו, סבורים המשיבים כי אותו גבול דק אותו מזכיר כבוד השופט פוגלמן אינו נחצה ואף לא בקירוב. אין כל פסול ביצירת תמריצים כלכליים על ידי המדינה וההסדר דנא אינו עולה כדי "כפייה", "שבירת רוחם" של המסתננים, "התעמרות" וכיו"ב. כאשר המסתננים יבינו כי אפשרותם לשלוח כספים חזרה למדינות המוצא נפגעה וכי בחלוף מספר חודשים כבר הצטבר להם סכום כסף בלתי מבוטל, הכולל גם רווח בדמות רכיב הפרשת המעביד, הדבר יתמרץ אותם לעזוב את המדינה מבחירתם החופשית, על מנת ליהנות מכספים אלו בחיים החדשים שיבחרו להם. מנגד, אין מדובר באמצעי פוגעני אשר לא יותיר בידיהם ברירה אלא לעזוב את המדינה לנוכח מציאות חיים בלתי אפשרית.

236. שלישית, כבר עמדנו בפרק העובדתי על כך שהלכה למעשה, עיקרון אי ההחזרה אינו צריך להיות מוחל על מרביתה של אוכלוסיית המסתננים, כי למסתננים נתונות אפשרויות רבות לעזוב את המדינה - לרבות (אך לא רק) למדינות מוצאם וכי הנתונים מלמדים שהם אכן עושים זאת. משכך, נשמט לו כל הבסיס לתכלית "המדומה" שהעותרים ניכסו לחוק.

237. לסיכום נקודה זו, תכלית התיקון לחוק בדבר מניעת השתקעות הוכרה כתכלית ראויה על ידי בית המשפט הנכבד לאורך השנים, אשר עמד על כך שרצון המדינה לעצב חקיקה שאינה מעודדת הגירת עבודה הינו רצון לגיטימי. העותרים אינם טוענים כי תכלית זו אינה ראויה (וטוב שכך), אלא מנסים להציג את תכליות החוק בכללותן כתכליות "מדומות" בעוד שהתכלית האמיתית העומדת בבסיס התיקון לחוק הינה "סמויה". יש לדחות טענה זו כפי שנעשה בפסקי הדין הקודמים.

3. ה. בחינת הזכויות החוקתיות העומדות על הפרק

238. כידוע, כאשר חוק העומד לבחינה חוקתית טומן בחובו מספר הסדרים, אין להסתפק בטענה שהסדר מסוים בו (או מספר הסדרים) פוגעים בזכות החוקתית, אלא יש לבחון את ההסדרים כמכלול ולהעריך האם מתקיים קיוויו בין ההסדרים הפוגעים לכאורה, לבין ההסדרים המטיבים. הדברים מקבלים משנה תוקף שעה שמדובר בזכויות שניתנות לכימות באמצעות חישוב מתמטי פשוט.

ראו לעניין זה בג"ץ 5998/12 גיא רונן ו-684 אחרים נ' כנסת (פורסם בנבו, 25.8.13):

"רביעית, אף אם היינו מקבלים את הטענה לפיה שינוי מנגנון ההצמדה מביא לשחיקה ודאית בגובה הגימלה (וכאמור, אין הוכחה לכך), היה עלינו לשקול האם העובדה שלצד שינוי המנגנון ניתנו לגימלאי צה"ל הטבות כספיות שונות אינה משפיעה על התוצאה. נמחיש בדוגמה פשוטה: נניח שהמעבר למנגנון ההצמדה למדד יביא לשחיקה של 2% בגובה הגימלה לגבי תקופה מסוימת, אולם התוספות ששולמו לגימלאי היו מגדילות את הגימלה ב-4% לגבי אותה תקופה. האם במצב כזה ניתן לומר שנפגעה זכות הקניין של הגימלאי? לגישתנו, התשובה היא שלילית".

239. כתוצאה מההסדר בכללותו, המסתננים ייהנו מהפרשה על חשבון המעסיק ומפירות שיצטברו על מלוא כספי הפיקדון. משכך, גם אם נניח לטובת הדיון כי ישנה פגיעה כלשהי בזכות יסוד מסוימת נוכח רכיב הפרשת העובד והניכוי מרכיב הפרשת המעביד, הרי שהיא מתקזזת ונעלמת לאור בחינת

ההסדר בכללותו. כך, התיקון בכללותו (כאשר לוקחים בחשבון גם את רכיב הפרשת המעביד) מטיב עם המסתננים, אשר צוברים כתוצאה מההסדר רווח בשיעור שנע בין 20% (אם יעזבו את הארץ בשיהוי של חצי שנה), לבין 80% (אם יעזבו ללא שיהוי כלל) ביחס לסכומים שהם הפקידו ממשכורתם.

240. למען הסר ספק, נאמר בהקשר זה כי העותרים אינם יכולים לטעון שרכיב הפרשת המעביד אינו מתקזז עם יתר הרכיבים הואיל וגם בו יש משום פגיעה בזכויות המסתננים. כבר נקבע בהקשר זה כי היטל שמוטל על מעסיקים אינו עולה כדי הפליה כלפי העובדים עצמם ואם יש בו פגיעה בזכויות כלשהן - היא אינה חלה במישור היחסים שבין העובד למדינה שגובה את ההיטל (ראו פרשת סעד (ההפניות שם)).

ה.3.א. הפגיעה הנטענת בזכות הקניין

241. זכות הקניין מעוגנת בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע שאין פוגעים בקניינו של אדם. אין חולק כי זכות זו - זכות יסוד בעלת מעמד חוקתי על-חוקי¹¹¹ - נתונה לכל אדם, ללא קשר לשאלת אזרחותו.

242. במישור הפגיעה הנטענת בזכות לקניין, מתמקדים העותרים ברכיב הפרשת העובד, בניכוי המנהלי מרכיב המעביד ובסוגיית המיסוי - כאשר האחרונה אינה מעניינתנו עוד, מקום בו לא ניתן לגביה צו על תנאי.

באשר להפחתה מחלקו של המעביד (אותו ניכוי מינהלי מדורג במקרה של שיהוי ביציאת המסתנן מישראל), הרי שמנגנוני קנסות קבועים בחוקים שונים, ומעצם טיבם לא יכולה להיות בהם פגיעה בקניין. מי שגורם לפגיעה, במקרה זה, הוא מי שמפר את ההוראה המוטלת עליו וחושף את עצמו לקנס. אין המדובר בנטילה שלטונית אלא בפעולה רצונית של המפר, שגורמת לו להיכנס תחת "משטר של קנסות", ממנו הוא יכול להיחלץ באופן מיידי, לו רק יבחר בכך.

הדגש הוא אפוא על "נטילה שלא כדין" של רכיב הפרשת העובד, וכאן תהיה עיקר התייחסותנו.

243. מקובלנו כי "הדעת וחוק היסוד אינם סובלים עוד שאדם ינושל מרכושו, או ייפגעו זכויותו ברכושו, אלא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק היסוד)¹¹². במקרה דנא המסתננים לא מנושלים מרכושם ועל כך דומה כי אין מחלוקת. השאלה היא האם זכויותיהם ברכושם נפגעות. ובאופן פרטני יותר, האם הפקדת פקדונות עבור המסתננים עצמם מהווה פגיעה שאינה לתכלית ראויה ובמידה שאינה על הנדרש ברכושם.

244. ראשית, לא ניתן לומר כי הסדר החקיקתי נשוא תיק זה פחות חוקתי מההסדר החקיקתי הנוגע לכל אדם שהוטלו עליו עיקולים זמניים, על חייב בהוצאה לפועל או על חייב בפשיטת רגל שניתן לו צו תשלומים חודשיים.

245. שנית, אם נשווה, למשל, להגנה על זכות הקניין בדיני ההפקעה, אין חולקים על עצם סמכותה של הרשות להפקיע מקרקעין באופן בלתי הדיר, בעל כורחם ובניגוד לרצונם של בעליהם ולהסב את

¹¹¹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995).

¹¹² ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 928, 913 (2002).

השימוש בהם לטובת הציבור, פעולה שעלולה להפוך אדם בעל בסיס כלכלי יציב לעני חסר כול¹¹³. המדובר, כך בלשון הפסיקה, כ"הכרח בל יגונה", כ"חלק בלתי-נפרד מארגו הכלים העומד לרשותן של רשויות התכנון בהגשמת תפקידן הציבורי והוא עובדה קיימת בשיטתנו". אל מול זכותו של הפרט להגנה על קניינו עומד אינטרס הציבור. האם ניתן להפקיע ללא מתן פיצוי מתאים?

246. בע"א 8622/07 אהוד רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 14.5.12) קבע בית משפט נכבד זה כי חובה על הרשות לשלם פיצויי הפקעה מלאים בגין נטילה פיזית של מקרקעין. כבוד השופט ע' פוגלמן בפסק דינו עמד על השיקולים התומכים במתן פיצוי מלא בגין הפקעת מקרקעין, כאשר השיקול הראשון שבהם הוא השבת המצב לקדמותו בערכים כספיים. שיקול הנובע מעיקרון העל במשפט האזרחי - בדיני החוזים כמו גם בדיני הנוזיקין (שני השיקולים הנוספים ספציפיים לעניינה של ההפקעה ואינם רלוונטיים למקרה שלנו).

247. מהמשל לנמשל, ההסדר החוקי נשוא העתירה מעגן את כלל היסוד של השבת המצב לקדמותו בערכים כספיים. הכספים יכולים להיות מועברים למסתנן בכל יום (אם יואיל המסתנן לעזוב את הארץ), ואם הם מועברים לאחר זמן, משהמסתנן עוזב את הארץ, הם מועברים לו באופן מלא על פירותיהם (אלא אם כן הוא בוחר להפר את הודעת הממונה ונכנס מדעתו למשטר של קנסות).

248. לו יטען הטוען כי אין בהסדר החקיקתי כדי לענות על מקרי קצה בהם העברת הכספים באופן מלא על פירותיהם אינם "מפצים" את המסתנן על פגיעה סובייקטיבית מיוחדת שלו. לשון אחר, אין בו בהסדר התמודדות עם מקרים בהם עלולה להיגרם למסתנן פגיעה שאינה מידתית בקניינו. הפתרון מצוי בהתקנת תקנות על ידי הרשות המבצעת, אשר יקבעו כי במקרים מסוימים - מלכתחילה - יופחתו שיעורי ההפקדה. כלומר, לא יינתן למסתנן פיצוי נוסף מעבר להעברת סכום הפיקדון על פירותיו, אלא שמראש יופקד עבורו פיקדון קטן יותר (הנובע משיעורי הפקדה נמוכים יותר).

249. שלישית, יש לזכור כי כיום עובדים ישראלים מחויבים בהפרשת 6% משכרם לטובת פנסיה, כך שהלכה למעשה ההפרש בין עובד ישראלי לבין עובד מסתנן לעניין זה עומד על 14% בלבד. גם אם נאמר כי ישנה פגיעה בקניין על אף העובדה שההסדר בכללותו מטיב עם המסתננים, הרי שהלכה למעשה מדובר בפגיעה שולית ומצומצמת.

250. רביעית, גם אם יש בתיקון לחוק משום פגיעה בזכות המסתננים לקניין הרי שמדובר בפגיעה זמנית בלבד, מקום בו הכספים המופקדים ממשכורתם של המסתננים ישוחררו לטובתם ברגע שהם יעזבו את המדינה, בתוספת רווחים ורכיב הפרשת המעביד. בארעיות הפגיעה יש כדי להפחית מעוצמתה באופן ניכר. אין המדובר בהלאמה, הפקעה, שלילה או חרמה. הכספים צבורים עבור העובד המסתנן.

251. חמישית, לא ניתן לומר כי הפגיעה אינה עונה על פסקת ההגבלה שעה שבידי המסתנן האפשרות בכל רגע לעשות לפגיעה "סוף". בידו המפתח לפתוח את הדלת. בידי כל עובד מסתנן נתונה הזכות להחליט כי הוא אינו חפץ בתנאים שמחיל עליו ההסדר הקבוע בתיקון לחוק, ולעזוב את ישראל למדינה שלישית, למדינת מוצאו (ככל שהוא נמנה עם אחת מתתי האוכלוסיות שהצגנו בפרק העובדתני) או למדינה מערבית אחרת - זאת כפי שעשו אלפי מסתננים לאורך השנים.

¹¹³ ע"א 5964/03 עזבון ארידור נ' עיריית פתח תקוה, פ"ד ס (4) 437, 484 (2006).

252. **שישית**, העותרים מבססים במידה רבה את טענתם לפגיעה בזכות לקניין על אמנת הפליטים, באמרם כי אמנה זו מקנה זכויות גם לפליטים אשר לא הוכרו ככאלו במדינה המארחת. כבר אמרנו, בית משפט נכבד זה כבר קבע לא אחת כי לא כל מי שנכנס לישראל מסודן או אריתריאה הינו פליט אשר זכאי להגנות הקבועות באמנת הפליטים (ראו פרשת סעד לעיל; פרשת אספו לעיל).

253. המשיבים אפוא סבורים כי אין בתיקון לחוק משום פגיעה בזכות המסתננים לקניין, וככל שיש כזאת עוצמתה הינה נמוכה לאין שיעור לעומת אופן הצגתה על ידי העותרים. כעת נעבור ליתר הזכויות שהעותרים טוענים לפגיעתן.

ה.3.ה הפגיעה הנטענת בזכות לקיום בכבוד

254. העותרים טוענים כי ההסדר המעוגן בתיקון לחוק, ובעיקר רכיב הפרשת העובד יוביל לפגיעה בזכותם של המסתננים לקיום מינימלי בכבוד

255. הזכות לקיום מינימאלי בכבוד הוכרה בהלכה הפסוקה כזכות יסוד חוקתית. גם היא ללא חולק חלה על המסתננים. עם זאת, לאור כלל הממצאים העובדתיים והמשפטיים שהציגו העותרים בעתירתם לא נראה כי עמדו בנטל ההוכחה המעיד על פגיעה בזכותם לקיום מינימלי בכבוד. המשיבים יוסיפו ויטענו טענות נוספות כדלקמן:

256. **ראשית**, לא כל הכבדה כלכלית על חייהם של בני אדם מעוטי יכולת מביאה בהכרח לפגיעה בזכות לקיום מינימאלי בכבוד. כך למשל, בבג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי ואח' נ' שר האוצר ואח' (פורסם בנבו, 12.12.05) ("בג"ץ עמותת מחויבות"), בית משפט נכבד זה קבע כי עצם הפחתה של שיעור גמלאות הבטחת הכנסה אינה מביאה לפגיעה בזכות הקיום בכבוד: "הנטל על העותרים להראות שעל אף מכלול השירותים חיים בארצנו אנשים שכבודם נפגע מפני שתנאי הקיום החומריים שלהם אינם מספיקים. בנטל זה לא עמדו העותרים. הפחתה - ולו הפחתה גדולה - בשיעור גמלאות הבטחת הכנסה אינה מלמדת כשלעצמה על פגיעה בכבוד. אכן, אין ספק שיהיה בהפחתת הגמלאות כדי להכביד עוד על חייהם, הקשים ממילא, של הזכאים להבטחת הכנסה. המדינה מניחה כי הכבדה זו תמריץ אנשים להשתלב במעגל העבודה, תצמצם את פרקי הזמן שבהם אנשים מקבלים הבטחת הכנסה, ולאורך זמן תבטיח רווחה גדולה יותר לציבור כולו ועלייה ברמת חייהם של העניים מתוכו. בד בבד היא מתחייבת כי יתר מערכות התמיכה יספקו את התנאים המתחייבים להבטחת הכבוד. גם הנחות אלה אין בכוחנו לבחון באופן ערטילאי ומופשט. הבחינה היא לעולם קונקרטית ותוצאתית"¹¹⁴.

257. משכך, אין לראות כלל ועיקר בהפקדה של 14% משכר העובד המסתנן משום פועלה הגורמת לגריעה מתנאי מחייתו מתחת לרף הקיום המינימאלי בכבוד. המשיבים סבורים כי לא עלה בידם של העותרים להוכיח כי הוראות החוק המורות על הפקדת הפיקדון יפגעו במסתננים באופן העלול להוביל לירידה משמעותית ברמת חייהם אל מתחת לרף הקיום האנושי המינימאלי.

¹¹⁴ בג"ץ עמותת מחויבות, סעיף 19 לחוות-דעת של כבוד הנשיא א' ברק.

258. שנית, כבר עמדנו בהרחבה על כך שמסתננים רבים מעבירים כספים חזרה למדינות מוצאם, באופן המלמד כי ממילא רכיב הפרשת העובד נדרש לקיומם של בני משפחותיהם של המסתננים ולא של המסתננים עצמם החיים במדינת ישראל.

259. שלישית, העותרים צירפו בהודעה מעדכנת מטעמם תצהירים שונים המעידים על מצוקתם של העובדים המסתננים. יחד עם זאת, אין בכוחם של תצהירים אלו להניח תשתית עובדתית איתנה ומספקת המוכיחה כי ההסדר דנא יביא את אוכלוסיית המסתננים לפגיעה בזכותם להתקיים בכבוד, או קרוב לכך. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור הנתונים שהוצגו בפרקים הקודמים לפיהם מסתננים רבים מרוויחים סכומים גבוהים בהרבה מסכומי מינימום, ואף גבוהים מהשכר החציוני של ישראל.

260. לא ניתן לראות בהסדר משום שלילה של הזכות לקיום בכבוד. ההסדר מכיר במורכבות הקיימת בעניינם של העובדים המסתננים ובשל כך, הוא נועד לאפשר לאוכלוסייה זו הכנסה מעבודה שתספיק למחייתם בתנאי קיום מינימלי בכבוד מחד, והבטחת פיקדונם לכשיגיע מועד יציאתם מישראל מאידך.

ה.ג.ג. הפגיעה הנטענת בזכות השוויון

261. הזכות לשוויון הוכרה לא מכבר כזכות יסוד חוקתית, הנגזרת מזכות האדם לכבוד, על אף שאין היא מעוגנת במפורש בחוק יסוד.

262. במסגרת העתירה טוענים העותרים כי ההסדר מפלה את אוכלוסיית המסתננים וזאת על רקע השתייכותם הקבוצתית. יש לדחות טענה זו.

263. ראשית, ההנחה שבבסיס העתירה מתעלמת מעובדת קיומה של הבחנה רלוונטית בעניינה של אוכלוסיית המסתננים. כפי שנקבע לא אחת בפסיקה, בליבת הזכות לשוויון עומד העיקרון לפיו חל איסור להפלות אדם בשל השתייכותו הקבוצתית. חרף זאת, כאשר הבדלים בין אנשים רלוונטיים למטרה נידונה, אזי ההבחנה מותרת ואינה עולה לכדי הפליה. ראו למשל בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94 (1995)).

264. יתרה מכך, אף אם יקבע כי ההבחנה לעניין החלת ההסדר על אוכלוסיית העובדים המסתננים בלבד מבוססת על מאפיין קבוצתי פסול, אין בכך כדי להוכיח כי מדובר בהבחנה בלתי רלוונטית. ראו ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 14.9.10) ("פרשת הבית הפתוח"): "כדי לקבוע מהו שוני רלוונטי לצורכי קביעה אם מדובר בהבחנה מותרת או שמא מדובר בהפליה אסורה, עלינו לבחון את תכליתה של הנורמה המבחינה, את מהות העניין ואת הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. מקרה טיפוסי של הבחנה בלתי רלוונטית הוא קבלת החלטה המבוססת על הבחנה קבוצתית פסולה. אך קיימים מצבים שבהם ההבחנה עשויה להיות בלתי רלוונטית אף כשאינה מבוססת על הבחנה קבוצתית פסולה, ומנגד - הבחנה עשויה להיות רלוונטית אף כשהיא מתייחסת למאפיין קבוצתי שנחשב בדרך כלל כפסול".

265. המשיבים סבורים כי אין מדובר בהפליה בין שווים, או באותה "קבוצת שוויון", שכן אוכלוסיית העובדים המסתננים נבדלת הן מאוכלוסיית העובדים שהינם תושבי ואזרחי ישראל והן מאוכלוסיית העובדים הזרים המועסקים בישראל כזין וכחוק, שכן המסתננים - להבדיל משתי הקבוצות האחרות - נכנסו לישראל ושוהים בה שלא כדין, חל איסור על העסקתם (הגם שזה אינו נאכף בפועל), המדינה מחילה עליהם הגנות (עליהם עמדנו מוקדם יותר) המונעות (לכאורה) את גירושם מהמדינה ותופעת ההסתננות בכללותה מעלה קשיים פרטניים, באופן המצריך בנסיבות העניין גיבושם של הסדרים מיוחדים בדמות ההסדר הנדון. עובדים זרים "חוקיים", לעומת זאת, קיבלו אישור לעצם הגעתם לארץ לצרכי עבודה, שהותם בארץ זמנית ואין כל מניעה להרחיק אותם למדינת מוצאם, ככל שלא יעזבו את הארץ בתום תקופת העסקתם החוקית.

266. שנית, גם טענת העותרים לפיה תוצאת ההסדר מצביעה על קיומה של הפליה אין בה ממש, שכן אין בכל תוצאה בלתי שוויונית הפליה בהכרח. ראו לעניין זה פרשת הבית הפתוח: "קל יותר להוכיח קיומה של הפליה בתוצאות מאשר להוכיח קיומה של הפליה ביחס או הפליה מתוך מניע פסול. עם זאת, לא כל תוצאה בלתי שוויונית מלמדת בהכרח על הפליה. יש לבחון בכל מקרה ומקרה, לפי נסיבות העניין ולפי הנורמה הנתונה לביקורת, אם אכן התוצאה מלמדת כי יש לנורמה אפקט מפלה במציאות החברתית".

267. שלישית, לא כל פגיעה בשוויון מהווה בהכרח פגיעה בכבוד האדם, ולכן לא כל פגיעה בשוויון מעלה שאלה בעלת אופי חוקתי. פגיעה בשוויון מוחזקת כפגיעה בזכות חוקתית ככל שהיא קשורה ואחווה בכבוד האדם בקשר ענייני הדוק. ראו בג"ץ 6784/06 רס"ן רונית שליטנר ו-25 אחרים נ' הממונה על תשלום גמלאות (פורסם בנבו, 12.1.11). העותרים לא הצליחו להראות כי עסקינן בפגיעה בשוויון הקשורה באופן הדוק בכבוד האדם. מדובר בפתרון כלכלי שאין בינו לבין כבוד האדם דבר.

ה. התיקון לחוק עומד במבחני המידתיות

268. לאחר שראינו כי אין בתיקון לחוק משום פגיעה בזכויות המסתננים, כי התכלית העומדת בבסיסו הינה תכלית ראויה וכי האינטרסים השונים שעומדים על הפרק (הזכויות החוקתיות אל מול האינטרסים הציבוריים) מטיס את הכף באופן מובהק אל עבר חוקיותו של התיקון לחוק; כעת נראה כי הוא עומד גם במבחני המידתיות (סוגיה שנגענו בה למעשה גם בפרקים הקודמים).

269. בחינת מידתיות החוק נעשית באמצעותם של שלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי לפיו נבחנת התאמה בין האמצעי למטרה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה אשר באמצעותו מושגת התכלית החקיקתית ובלבד שלא נגרמה פגיעה מעבר לנדרש ומבחן "המידתיות במובן הצר" לפיו נדרש קיומו של יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהפעולה הנקטת לבין היקף הפגיעה בזכות החוקתית. ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.5.06).

270. האמצעי אשר נבחר על ידי המחוקק בהסדר דנא הינו אמצעי כלכלי - מסוג האמצעים לגביהם בית המשפט הנכבד כבר קבע כי הינו אמצעי לגיטימי בהקשרם של עובדים זרים. נשוב ונחזור על דבריה של כבוד השופטת השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.4.11), סעיף 63 לחוות דעתה:

"...הרשות יכולה ליזום מערכת כללים וערבויות אשר תבטיח כי עם חלוף תקופת
השהייה המירבית לעבודת העובדת הזרה על-פי רשיון היא תעזוב את ישראל עם
ילדה. ניתן להגשים זאת, בין היתר, על-ידי מנגנון של ערבויות כספיות, הנהגת
שיטת דיווח תקופתי על מקום הימצאה של העובדת הזרה ועל מהלכיה, ושאר
אמצעים שהרשות תחליט עליהם, אשר יקלו על הפיקוח ועל אכיפת חובתה של
העובדת לעזוב את הארץ עם ילדה בתום תקופת הרשיון".

וכך גם כבוד השופטת ע' ארבל בבג"ץ אדם, סעיף 103 לחוות דעתה:

"דומני כי ניתן לגבש מגוון אמצעים חליפיים שניתן לנקוט בהם ואשר ישיגו את
התכלית המתבקשת באופן פוגעני פחות. כך למשל ניתן ליצור חובות דיווח וערבויות
שונות".

271. המשיבים פירטו בתשובתם זו את הטעמים השונים, הדנים את העתירה לשבט, והם לא יחזרו על כך
פעם נוספת, אלא יכתנו באופן פורמאלי את עמידתו של ההסדר החקיקתי בשלושת מבחני המידתיות.
ובכן -

272. התיקון לחוק עומד במבחן "הקשר הרציונאלי" - אשר במסגרתו יש לבדוק האם החוק מממש את
התכלית שלשמה הוא נחקק. על פי מבחן זה די בהגשמתו החלקית של האמצעי הנבחר את תכלית
ההסדר על מנת לקיים את דרישת הקשר הרציונאלי, שכן לא נדרשת הגשמתו המלא. ראו בג"ץ
1213/10 אייל ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.2.12) ("בג"ץ ניר").

273. המשיבים סבורים כי נוכח הסדר הפיקדון המעוגן בתיקון לחוק תוגשם התכלית העומדת במרכזו
בדבר מניעת השתקעות ועידודם של המסתננים לעזוב את ישראל לכשיתאפשר הדבר. אין חולק כי (א)
"הפגיעה" ביכולתם של המסתננים להעביר כספים למדינת מוצאם לנוכח ההסדר (ב) ההפחתה
מהתמריץ של המסתננים לשהות בישראל משיקולי "הגירת - עבודה" ו- (ג) הידיעה כי בעת יעזבו את
ישראל יעמוד לרשותם פיקדון על פירותיו.

274. באשר לטענת העותרים כי תכלית החוק הינה היפוטטית בלבד, בית המשפט הנכבד מופנה לפרק ג.2.
לעיל.

275. התיקון לחוק עומד גם במבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" - מבחן אשר בוחן אם מבין האמצעים אשר
מגשימים את מטרת החוק בחר המחוקק את האמצעי שפגיעתו בזכויות האדם הינה פחותה ביותר.
בחקשר למבחן זה נקבע כי "האמצעי אינו מחייב בהכרח בחירה באמצעי הפוגעני במידה הפחותה
ביותר, ודי להראות כי מבין האמצעים הרלוונטיים, נבחר אותו אמצעי שבהתחשב בזכות הנפגעת
ועוצמת הפגיעה בה, ניתן לומר שהוא מאפשר פגיעה פחותה בזכות"¹¹⁵. בהתאם להלכה הפסוקה,
למחוקק קיים מתחם תמרון חקיקתי והתערבות בקביעותו תתקיים רק כאשר האמצעי שנבחר על
ידו הינו בלתי מידתי באופן ברור ונהיר.¹¹⁶

¹¹⁵ בג"ץ ניר, סעיף 24 לחוות דעת כבוד הנשיאה ד' בייניש.


¹¹⁶ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו 19.11.09).

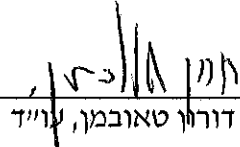
276. המשיבים סבורים כי האמצעים הכלכליים המופעלים במסגרת ההסדר דנא עונים לתנאי מבחן המידתיות השני. כבר סקרנו בפרק ב' לתשובה זו את שלל האמצעים בהם בחר המחוקק על מנת להתמודד עם תופעת ההסתננות ועמדנו על כך שכל האמצעים בהם בחר המחוקק נפסלו בזה אתר זה, נוכח טענות הארגונים העותרים כי האמצעים שנבחרו פוגעים בזכויות הגרעין החוקתיות.
277. נדמה כי לאור קביעותיו של בית המשפט הנכבד לא נותר עוד בארסנל של המחוקק אמצעי יעיל להתמודדות עם תופעת ההסתננות למעט ההסדר דנא. אמצעי זה אשר פוגע בזכויות המסתננים באופן מתון (אם בכלל).
278. העותרים טוענים לעניין זה כי ישנם אמצעים שפגיעתם פחותה כגון הליכי גירוש ואף מעצר (ס' 198 לעתירה). קשה שלא להעלות חיוך לנוכח מקרא דברים אלו של העותרים, אשר סבורים לפתע כי אמצעי כלכלי פוגעני יותר מאמצעים שנקטו בעבר - ואשר נתקפו על ידי העותרים בזעקה כי יש בהם פגיעה קשה וחמורה בזכויות המסתננים. עולם הפוך.
279. עוד טוענים העותרים כי ישנם אמצעים כלכליים שפגיעתם פחותה, כגון רכיב הפרשת המעסיק או מענק העזיבה שמעניקה המדינה למסתננים שיוצאים את גבולותיה באופן וולונטרי (ס' 198 לעתירה). לכך נשיב כי אמצעים אלו אינם אפקטיביים דיים, הרי שכעניין שבעובדה עדיין נותרו במדינה היקף של עשרות אלפי מסתננים, ויש לבחור באמצעי שאולי יפגע בזכויות המסתננים יותר מהשניים שהובאו על ידי העותרים, אך יהא אפקטיבי יותר.
280. התיקון לחוק עומד גם במבחן המידתיות "במובן הצר" - אשר מבוסס על איזון בין זכויות ואינטרסים שונים באופן בו נבחנת התועלת החברתית הצומחת מיישומו של החוק אל מול הפגיעה הנטענת בזכות החוקתית ומידתה. ראו בג"ץ 5304/15 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 11.9.16).
281. מבלי להכביר במילים, המשיבים סבורים כי התועלות החברתיות המגולמות במימוש ההסדר בעלות חשיבות עליונה, כאשר מנגד הפגיעה בזכויות הנטענות על ידי העותרים הינה לכל היותר פגיעה מצומצמת ופחותה.
282. התיקון לחוק נועד למגר את תופעת ההסתננות הלא חוקית באמצעות תמריץ כלכלי אפקטיבי שנועד למנוע את השתקעותם של אוכלוסיית המסתננים בישראל.
283. כפי שנאמר בהרחבה לעיל, תמריצים כלכליים ככלל ומטיבים בפרט (כפי שמדובר בענייננו, שכן הפרשות המעסיק נועדו להבטיח את זכויותיהם הסוציאליות של העובדים המסתננים), מהווים כלי אפקטיבי ומידתי לצורך התמודדות עם תופעת ההסתננות. יתרה מכך, החוק מאפשר לאוכלוסיית העובדים המסתננים בסיס כלכלי הולם במועד צאתם מישראל לטובת חייהם החדשים מחוץ לישראל.
284. המשיבים עוד יוסיפו לומר כי בענייננו התועלת החברתית הצומחת מההסדר גבוהה לאין ערוך, אל מול הפגיעה בזכויות הנטענות שלא הוכחה על ידי העותרים, באופן המצדיק את ביטולו של ההסדר.

ו. סיכום

285. תשובה זו נתמכת בתצהירו של מר יונתן יעקובוביץ', נציג המשיבה מס' 6, עמותת איתן - מדיניות הגירה ישראלית.

286. אשר על כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה ולחייב את העותרים בהוצאות.


יאנה לוריה, עו"ד


דורון טאובמן, עו"ד

ב"כ המשיבים 6-42

תל אביב, כ"ו חשוון תשע"ח; 15 נובמבר, 2017.