

1. אסתר צגיי גרסגהר
 2. צגה קיברום מהרטב
 3. סלומון קאסה
 4. סמסון מספן
 5. אברהים יוסף מוחמד אחמד
 6. יוהאנס פרסניי
 7. יאקוב ג'מאל
 8. קו לעובד
 9. א.ס.ף. – ארגון סיוע לפליטים ומבקשי מקלט בישראל המוקד לפליטים ולמהגרים
 10. האגודה לזכויות האזרח בישראל
 11. ARDC – מרכז לקידום פליטים אפריקאים רופאים לזכויות אדם - ישראל
- כולם על-ידי עוה"ד ענת בן-דור ו/או אלעד כהנא
מהתכנית לזכויות פליטים
וכן על-ידי עוה"ד מיכל תגיר
מקו לעובד

שכתובתם להמצאת כתבי בי-דין הינה:
התכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
טל': 03-6408107; פקס: 03-6407422;
דוא"ל: aeladc@gmail.com

העותרים

נ ג ד

1. הכנסת
על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת
משכן הכנסת, ירושלים
טל': 02-6408636; פקס': 02-6753495
2. שר הפנים
3. שר האוצר
4. שר הרווחה והשירותים החברתיים
באמצעות פרקליטות המדינה, מחלקת בג"צים
מרח' צלאח-א-דין 29, ירושלים 91010
טל': 02-6466578; פקס': 02-6467011

המשיבים

איגוד המסעדות בישראל
על ידי ב"כ עו"ד רוני שורץ ו/או עו"ד הלית שמחוני
ויאו אושר הרוש ו/או אלעד אלקלעי
שכתובתם לקבלת כתבי בית-דין: משרד עוה"ד ירון-אלדר, פלר, שורץ ושות'
ממגדל "השחר", רחוב שפע טל 3, גבעתיים 5320045
טל': 074-7339222; פקס: 074-7339223

המבקש

תגובה מקדמית מטעם המשיבה 1

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.4.2017, ולהארכות המועד, מתכבדת המשיבה 1 (להלן: **המשיבה**) להגיש תגובה מקדמית מטעמה לעתירה, כדלקמן:

כללי

1. עניינה של העתירה בתקיפת חוקתיות סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: **התיקון משנת 2014**), וחוקתיות החוק למניעת הסתננות והבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקון חקיקה והוראות שעה) (תיקון), התשע"ז-2017 (להלן: **התיקון משנת 2017**).

2. במסגרת התיקון משנת 2014, שנדון בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת (להלן: **ועדת הפנים**) נקבע הסדר לפיו מעסיק של עובד זר שהוא מסתנן (כהגדרתו בחוק) יפקיד 36% משכר עבודתו של המסתנן, כאשר חלקו של המעסיק בפיקדון החודשי שווה ל-16% משכר העבודה (והוא נוסף על עלות השכר של המסתנן), וחלק העובד בפיקדון החודשי, השווה ל-20% משכר העבודה, ינוכה בידי המעסיק משכר העבודה, לאחר ניכוי המס המחויבים. עוד נקבע כי המסתנן יקבל את הפיקדון עם עזיבתו את הארץ, בתנאים ובניכוי שיעורים שונים במידה והמסתנן ישתהה בעזיבה, והכל כמפורט בחוק (להלן: **הסדר הפיקדון**). התיקון משנת 2017, שנדון גם הוא בוועדת הפנים, הכניס את הסדר הפיקדון לתוקף וערך בו מספר שינויים. כמו כן, נקבעה הוראה המאפשרת להפחית בתקנות את גובה הפיקדון, הן לגבי חלקו של המעביד (עד לשיעור של 12.25% מהשכר) והן לגבי חלקו של העובד (עד לשיעור של 16% מהשכר).

3. העותרים טוענים כי הסדר הפיקדון פוגע בזכויות חוקתיות של המסתננים, ובהם הזכות לקניין, לקיום מינימאלי בכבוד ולשוויון. כמו כן, נטען כי בהליך החקיקה נפלו פגמים המצדיקים אף הם את ביטולו.

4. לצד העתירה למתן צו על תנאי, שורה על ביטול סעיף 4 לחוק, ביקשו העותרים צו ביניים המורה על איכוּב מועד תחילת חובת ההפרשה של 20% משכר המסתננים, כאמור לעיל. המשיבים התנגדו לבקשה לצו ביניים, וביום 19.4.2017 דחה בית המשפט את הבקשה לצו ביניים. ביום 9.7.2017 דחה בית המשפט בקשה נוספת למתן צו ביניים.

5. **המשיבה תטען כי אכן הייעוץ המשפטי לכנסת הצביע במהלך הליכי החקיקה על קשיים חוקתיים בהסדר הפיקדון, ובפרט ביחס לשיעור הגבוה של חלקו של העובד בפיקדון, המנוכה משכרו. ואולם, הכנסת לא קיבלה עמדה זו ואימצה את עמדת הממשלה באשר להיבטים החוקתיים של הסדר הפיקדון.**

לצד זאת, יש לציין כי במהלך הליכי החקיקה נערכו שינויים שצמצמו את הפגיעה במסתננים. בתיקון משנת 2014 נקבעו בסופו של דבר הסדרים מרוככים יותר בנוגע לניכוי מהפיקדונות למסתננים שלא יעזבו את ישראל במועד וכן הופחת שיעור חלק המעביד שמועבר לפיקדון. שר הפנים, בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת הפנים, הוסמך לקבוע בתקנות תנאים ומקרים שבהם יהיה זכאי מסתנן לקבל את כספי הפיקדון קודם ליציאתו

מישראל. בתיקון משנת 2017 הוספה הסמכה לשר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים ושר האוצר, בהתייעצות עם שר הפנים ובאישור ועדת הפנים, להפחית בתקנות את שיעור הפיקדון, הן לגבי חלק העובד והן לגבי חלק המעביד. ברי, כי הוראות אלה משליכות על הבחינה החוקתית.

6. על כל פנים, נוכח הטיעון החוקתי המפורט מטעם המדינה בהקשר זה, הכולל גם התייחסות לנתונים אודות יישום החוק ואודות הפרשנות שהמדינה מעניקה להוראות החוק, אין המשיבה רואה מקום להוסיף על האמור בתשובת המדינה והיא מצטרפת לאמור בה.

7. באשר לטענה בדבר פגמים בהליך החקיקה תטען המשיבה, כי אמנם הליך החקיקה נעשה באופן מזוהז, אך זאת בשל הצורך לחוקק הסדר חדש בנוגע לשהייה במשמורת ולהחזקה במתקן השהייה "חולות" לאחר שהסדרים קודמים בעניין זה בוטלו על-ידי בית המשפט הנכבד, ובשל הרצון לחוקק את ההסדר בטרם פיזור הכנסת ה-19. עם זאת, בחינת ההליך לגופו מעלה כי לא נפלו בו פגמים המצדיקים את ביטולו. הסדר הפיקדון הנוגע לעובדים זרים שאינם מסתננים פוצל מהצעת החוק, כדי לאפשר למקד את הדיון בעניין המסתננים. כמו כן, הדיון בוועדת הפנים בהסדר הפיקדון הנוגע למסתננים היה דיון ענייני, ונשמעו לגביו הערות שונות מגורמי הממשלה והציבור. הוועדה אף קיבלה חלק מההערות וערכה בהסדר מספר שינויים עליהם יורחב בהמשך.

8. לאור האמור, ומהטעמים המפורטים בתגובת המדינה לעניין העדר עילה חוקתית לביטול הסדר הפיקדון, סבורה המשיבה כי דין העתירה להידחות.

רקע עובדתי

9. כידוע, בשנים האחרונות נכנסו לישראל עשרות אלפי בני אדם, ללא היתר, ולא דרך תחנות הגבול. מרבית האנשים הגיעו ממדינות אפריקה. החל משנת 2012 אושרו בכנסת מספר תיקונים לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: **החוק למניעת הסתננות או החוק**) שעייגנו הסדרים שונים שמטרתם הייתה לטפל בתופעת ה"מסתננים" האמורה.

10. ההסדר הראשון עוגן בחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012, ואושר בכנסת ביום 9.1.2012. עיקרו של ההסדר היה החזקה במשמורת של מסתננים לתקופה של 3 שנים. בבג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 16.9.2013) (להלן: **עניין אדם**), הכריז בית המשפט הנכבד על בטלות ההסדר, וזאת נוכח פגיעתו בזכות החוקתית לחירות הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשל הכליאה הממושכת של אנשים, ללא משפט, באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

11. בעקבות פסילת ההסדר הראשון, חוקקה הכנסת הסדר שני - החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2014. הסדר זה כלל שני ראשים

עיקריים: האחד, קביעת תקופת משמורת בת שנה אחת, שתחול רק על מסתננים "חדשים" שייכנסו לארץ לאחר קבלת החוק; השני, הקמת מתקן שהייה פתוח למסתננים שלא ניתן להרחיקם מישראל בעת הזו, תוך אכיפת איסור העבודה שמוטל עליהם וקביעת הסדרים מפורטים לעניין הפעלת מתקן השהייה האמור. תיקון זה נדון בבג"ץ 8425/13 **גבריסלאסי נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 22.9.2014) (להלן: עניין **גבריסלאסי**). בית המשפט הנכבד קבע כי גם הסדר זה, על שני רכיביו, אינו חוקתי וביטל אותו. לעניין בטלות ההסדר נקבע כי בטלותו של פרק ד' לתיקון מס' 4 העוסק במתקן השהייה הפתוח, תושעה לתקופה של 90 יום, באופן שיאפשר למחוקק לגבש הסדר חקיקתי חלופי תחת ההסדר שנפסל.

עיקרי הצעת החוק משנת 2014

12. בעקבות החלטת בית המשפט הנכבד בעניין **גבריסלאסי**, הונחה על שולחן הכנסת ביום 1.12.2014 הצעת חוק מטעם הממשלה המעגנת הסדר שלישי במספר – הצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014.

העתק הצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, מצורף ומסומן **מש/1**.

13. שני רכיבים מרכזיים של הצעת החוק אינם נוגעים לענייננו – האחד, עסק בתקופת המשמורת המקסימלית של שלושה חודשים למסתננים "חדשים" שייכנסו לארץ לאחר חקיקת החוק, והעברתם לאחר מכן למתקן השהייה הפתוח, בכפוף לתנאים מסוימים (סעיף 30 לחוק). השני, עסק בהפעלת מתקן שהייה פתוח שבו יוחזקו מסתננים לתקופה מקסימלית של 20 חודשים.

הרכיב השלישי של הצעת החוק, והוא הנוגע לענייננו – עסק בתיקוני חקיקה עקיפים לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: **חוק עובדים זרים**), שעניינם הטלת חובה על מעסיק של עובד זר להפקיד עבורו פיקדון חודשי.

14. בנוסחו קודם לתיקון משנת 2014, ההסדר לגבי פיקדון עובדים זרים נקבע בסעיף 1א לחוק עובדים זרים שכותרתו הייתה "הפקדת כספים לטובת העובד הזר ולהבטחת יציאתו מישראל במועד, והשימוש בהם". מדובר בהסדר מסגרת בלבד, שמסמך את שר הכלכלה בהסכמת שר האוצר ולאחר התייעצות עם שר הפנים ובאישור ועדת הפנים של הכנסת, לקבוע חובה על מעסיק של עובד זר לשלם פיקדון חודשי בעד העובד, בסכום שלא יעלה על 700 ש"ח. במשך שנים נעשו ניסיונות להתקין תקנות מכוח סעיף זה, שהובאו לאישור בוועדת העבודה והרווחה של הכנסת, אך הניסיונות לא הבשילו לכדי תקנות בשל קשיים שונים, למעט לגבי ענף הבנייה.

15. בתיקון משנת 2014 הוצע לקבוע בחקיקה ראשית את פרטי ההסדר לעניין הפקדת הפיקדונות בעד עובדים זרים ולכלול בנוסף הסדר מיוחד לגבי הפקדת פיקדון בעד עובד זר שהוא מסתנן. כפי שנפרט בהמשך, הכנסת החליטה במהלך הליך החקיקה לפצל מהצעת

החוק את החלק הנוגע לכלל העובדים הזרים ולכלול בה רק את הסדר הפיקדון הנוגע למסתננים. לפיכך, בפירוט עיקרי הצעת החוק שלהלן נתייחס רק להסדר הפיקדון בעד עובד זר שהוא מסתנן.

ואלו עיקרי הסדר הפיקדון הנוגע למסתננים כפי שהוצעו בהצעת החוק לתיקון משנת 2014:

חובת הפקדת פיקדון

16. המעסיק יפקיד בעד עובד זר שהוא מסתנן פיקדון בשיעור של 40% מהמשכורת, כאשר 20% – חלק המעביד – הם **בנוסף לשכר העבודה**, בעוד ש-20% הנותרים – חלק העובד – **ינוכו משכר העבודה** של המסתנן (סעיף 61).

בדברי ההסבר לתיקון משנת 2014 הוסבר לעניין זה כי:

"מנגנון זה בא להבטיח פיקוח על הפרשות המעסיק בעבור עובדים זרים שהם מסתננים, ולהקל על עובדים כאמור לאכוף את זכותם לכך שמעסיקיהם יפרישו בעבורם כספים לקופת גמל, זאת באמצעות חיוב המעסיק לשלם מחצית מסכום הפיקדון בעצמו לקרן או לחשבון הבנק. כמו כן נועד המנגנון לאפשר למסתנן לצבור סכום משמעותי שאותו יוכל לקבל בעת יציאתו מישראל במועד, כאשר הדבר יתאפשר, ולשם כך מוצע כי מחצית מהפיקדון תנוכה בידי המעסיק משכרו של העובד. סכום זה יהווה חיסכון בעבורו".
[ההדגשות במסמך אינן במקור, אא"כ נאמר אחרת – הח"מ]

ניכוי סכומים מהפיקדון בשל אי עזיבה במועד

17. הזכאות לקבלת הכספים שהופקדו בפיקדון קמה למסתנן עם עזיבתו את ישראל. אם המסתנן עזב את ישראל לאחר המועד שחל לגביו, אך בתוך תקופה של שישה חודשים ממועד זה, הוא יקבל בכל מקרה 55% מכספי הפיקדון. מיתרת הפיקדון (45% הנותרים) ינוכו סכומים בשיעורים שונים הנגזרים ממשך תקופת השיהוי ביציאה מישראל (שנעים בין 25%-80% מיתרת הפיקדון). אם המסתנן עזב את ישראל לאחר שישה חודשים מהמועד שחל לגביו, הוא לא יהיה זכאי ליתרת כספי הפיקדון (קרי לאותם 45% מכספי הפיקדון) וכאמור, בכל מקרה, יקבל 55% מכספי הפיקדון.

הממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה במשרד הכלכלה, הוסמך להחליט על הפחתת תקופת השיהוי שתיזקף לחובתו של המסתנן לצורך חישוב סכומי הניכוי, אם נבצר ממנו לעזוב את ישראל במועד או שלא עזב את ישראל בתום לב ובשל טעות. כמו כן, שר הפנים בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת הפנים, הוסמך לקבוע סוגי מקרים ותנאים שבהתקיימם עובד זר יהיה זכאי לקבל את כספי הפיקדון, כולם או חלקם, אף לפני יציאתו את ישראל (סעיף 1א(2)(ז) בהצעת החוק).

לעניין ניכוי הסכומים בשל אי עזיבה במועד, צויין בדברי ההסבר לתיקון משנת 2014 כדלקמן:

"... 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 חייבם מחוץ לישראל, וכן להקל על תשלום וגבייה של סכומים ששולמו לקופת גמל שלהם זכאים עובדים זרים בהתאם לחוק, להסכמים הקיבוציים ולצווי ההרחבה, בכך שהסכומים ישולמו באופן שוטף במהלך כל תקופת העבודה של העובדה הזר בישראל לחשבון בנק או לקרן ויועברו לעובד הזר בעת יציאתו מישראל כדין".

לגבי הסכומים שנוכו מכספי הפיקדון בשל אי עזיבה במועד, הוצע כי ניתן יהיה לעשות בהם שימוש לצרכים בריאותיים של עובדים זרים השוהים כדן בישראל (סעיף 1א6 בהצעת החוק).

הסדרי המיסוי של הפיקדון

18. מחלקו של העובד שהופקד בפיקדון (20% משכר העבודה) ינכה המעסיק במקור מס שולי משכר העבודה, מס זה ינוכה במקור גם מ-10% מחלק המעסיק (שכן חלק זה בכל מקרה מועבר למסתנן גם אם לא עזב את ישראל במועד). לגבי יתרת כספי הפיקדון הוצע שמיסוי בשיעור של 15% בעת משיכת הכספים בידי המסתנן (סעיף 1א(ה)3 בהצעת החוק).

חובת דיווח על הפקדת הכספים בפיקדון

19. מעסיק המעביר כספים לפיקדון, חייב לדווח על כך לממונה על זכויות עובדים זרים בעבודה, במשרד הכלכלה (סעיף 1א1 בהצעת החוק). בהצעת החוק לא הוצעה חובת דיווח של המעסיק לעובד עצמו.

הגדלת הקנסות המנהליים בשל העסקת עובדים זרים שלא כדן

20. הוצע לקבוע הוראת שעה לפיה במשך שלוש שנים מיום פרסום החוק יוגדלו הקנסות המנהליים בשל העסקת מסתננים שלא כדן (סעיף 6 להצעת החוק) וכן נקבעו הוראות פיקוח על קבלני שירות ועל קבלני כוח אדם המעסיקים עובדי כוח אדם ובהם מסתננים (סעיף 9 להצעת החוק).

הליכי חקיקת התיקון משנת 2014

21. ביום 1.12.2014 נדונה הצעת החוק במליאת הכנסת. עיקרי הצעת החוק ותכליתו הוצגו בפני מליאת הכנסת ע"י שר הפנים, גלעד ארדן. לעניין הסדר הפיקדון ציין השר ארדן כי:

"תיקון סעיף 1א לחוק עובדים זרים מטיל חובה על מעסיק עובד זר או עובד זר שהוא מסתנן לשלם פיקדון חודשי בעד העובד, אשר יימסר לו בעת יציאתו מישראל. כפי שאמרתי, זה הסדר שנועד לעודד יציאה מישראל כדן, ובמועד, של עובדים זרים בתום התקופה שבה קיבלו אישור חוקי לשהות במדינה."

(עמ' 76 לפרוטוקול הדיון מיום 1.12.2014)

22. בהמשך הדברים ציין השר ארדן כי הסדר הפיקדון הוא חלק מההסדר הכולל הנוגע למסתננים המעניק בידי המדינה כלים אפקטיביים להתמודדות עם התופעה, וזו לשונו:

"...לכן אני ניצב כאן בפניכם בפעם השלישית, כדי לנסות הפעם להביא הסדר כולל שגם נותן אמצעים אפקטיביים: הגבלה לשלושה חודשים של המשמורת; 20 חודשים של שהייה; סנקציות חדשות נגד מעסיקים שיעסיקו מסתננים בלתי-חוקיים; הסדרים כלכליים כמו הפקדת פיקדון, גם על-ידי המעסיק וגם על-ידי העובד, שלא ניתן יהיה להשתמש בו עד ליציאת המסתנן חזרה אל ארץ מוצאו. ואני מקווה שהכנסת תתמוך הערב בחוק בקריאה הראשונה, תעביר אותו לדיון יסודי ומעמיק בוועדת הפנים והגנת הסביבה בראשותה של חברת הכנסת מירי רגב, כדי שלא נגיע ל-22 בדצמבר בלי להשלים את החוק, ואז למעשה מתקן "חולות" ייסגר ועוד

אלפי מסתננים בלתי-חוקיים ישתחררו בעצם וייטמעו במרכזי הערים
במדינת ישראל."

(עמ' 133 לפרוטוקול הדיון מיום 1.12.2014)

23. הצעת החוק אושרה במליאת הכנסת בקריאה הראשונה (ברוב של 43 תומכים לעומת 20 מתנגדים) והועברה לדיון בוועדת הפנים לשם הכנתה לקריאה השנייה והשלישית.

העתק פרוטוקול הדיון במליאת הכנסת מיום 1.12.2014 העוסק בתיקון משנת 2014 מצורף ומסומן **מש/2**.

24. ביום 2.12.2014 קודם לתחילת הדיונים בהצעת החוק בוועדת הפנים, נשלחה ליו"ר ועדת הפנים דאז, ח"כ מירי רגב, חוות דעת של היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, שהתייחסה לעיקרי ההסדר שבהצעת החוק. וכך נכתב בחוות הדעת לעניין הסדר הפיקדון:

"עמדתנו היא כי יש לפצל מהצעת החוק את החלק של התיקון שעניינו הפקדת פיקדון, שכן הוא חורג מהטיפול בסוגיית המסתננים ומעלה שורה של קשיים. הסדרים מסוג זה, אשר נועדו במקורם לשמור על זכויותיהם הסוציאליות של העובדים הזרים, כבר הובאו מספר פעמים לוועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת במסגרת הצעות לתקנות, ואולם לא הבשילו לכלל תקנות בשל קשיים שונים.

לקשיים אלה נוסף עתה גם קושי חוקתי בדמות ההסדר המוצע ביחס למסתננים הכולל הפחתה של 20% ממשכורתם (שברוב אינה גבוהה ממילא) לצורך הפקדה בפיקדון, לצד הסדרי מס המוצעים המחייבים את המסתננים בתשלום מס מלא על סכום ההפקדה (אשר, כאמור, משולם להם רק עם יציאתם מישראל). על הוועדה לבחון היטב האם אין חשש כי יש בשילוב של הוראות אלה כדי להביא מסתנן העובד כדין אל מתחת למינימום הנדרש לקיום בכבוד בהתאם לפסיקתו של בית המשפט העליון ובכך להביא לפסילתו של הסדר זה.

בנוסף אנו סבורים כי גם התיקון לחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, חורג מן הטיפול בסוגיית המסתננים שכן הוא נוגע באופן כללי למתן רישיון למעסיקי עובדי קבלן, ובכלל זה עובדים זרים שאינם מסתננים ואף עובדים ישראלים. על כן, אנו סבורים שאין מקום לכלול אותו במסגרת הצעת החוק הנדונה ויש לפצלו מהצעת החוק."

(עמ' 5 לחוות הדעת)

העתק חוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת לתיקון משנת 2014, מיום 2.12.2014, מצורף ומסומן **מש/3**.

25. ביום 2.12.2014 התקיים דיון ראשון בוועדת הפנים בהצעת החוק. מאחר שהתיקון הקודם לחוק בוטל, כאמור, בעקבות פסק הדין בעניין **גבריסלאסי**, התחייב הליך חקיקה מהיר קודם לכניסת הביטול לתוקף, ועל כן הודיעה יו"ר הוועדה דאז, חה"כ מירי רגב, כבר בפתח הדיון כי "על מנת לעמוד בלוח הזמנים הצפוף שהקצה לנו בג"צ, אני מתכוונת לערוך כאן **דיונים יסודיים אבל מהירים** ... אני אאפשר לגורמים השונים לדבר, להציג את עמדתם. נאפשר לחברי הכנסת לדבר ולהציג את עמדתם..." (עמ' 5 לפרוטוקול מס' 428 מיום 2.12.2014).

לעניין הסדר הפיקדון הודיעה יו"ר הוועדה, כי בכוונתה לפצל חלק זה מהצעת החוק וכי תשקול להותיר רק את החלק בהסדר הנוגע למסתננים. היא ציינה "[ש]יש כאן היבטים רחבים יותר, תכף נשמע. אם אני אוכל להפריד את היבטי הפיקדון מהמסתננים והעובדים

הזרים, אני אעשה את זה. אני לא מתכוונת לעסוק בחוק הזה בעובדים זרים אלא רק במסתננים" (שם, שם).

26. השר ארדן פירט בפני הוועדה את התכליות העומדות בבסיס הצעת החוק. הוא ציין כי תופעת ה"מסתננים" היא אתגר לאומי וחברתי וכן כי "אנחנו חייבים גם לשמש דוגמה ומופת ביחס כלפי האחר, ביחס כלפי המהגרים והפליטים, בין אם הם פליטים שנמלטים על נפשם ובין אם הם מסתננים בלתי חוקיים שרוצים לשפר את איכות חייהם. גם אם זה על חשבוננו, עדיין הם בני אדם ואנחנו צריכים לנקוט כלפיהם ביחס של בני אדם..." (שם, עמ' 6). באשר להסדר הפיקדון ציין השר כי "אנחנו מאמינים שיש לו אפקטיביות רבה מאוד לאותה בעיה אקוטית שנותרה, והיא עידוד למעסיקים לא להעסיק מסתננים בלתי חוקיים ועידוד למסתננים הבלתי חוקיים לעזוב את הארץ יחד עם הכספים שהם צברו כאן בזכות עבודתם" (שם, עמ' 6-7).

עוד הבהיר השר ארדן שמאחר ובהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד הצטמצמה האפשרות להחזיק את המסתנן במשמורת או במרכז שהייה, כאיזון לכך נמצאו פתרונות אחרים בדמות חובת הפקדת הפיקדון "שירתיעו מסתננים וירתיעו או יתמרצו את המסתנן הבלתי חוקי וגם את אלה שרוצים להעסיק אותם ואולי לחסוך לעצמם כסף כי הם משלמים להם שכר נמוך, מה שמוריד את כל רמת המחירים, ודווקא כלפי אותן שכבות חלשות שעובדות באותן עבודות. זה כמובן עוול חברתי נוסף. חשבנו שזה כן דבר שהוא מהותי וחשוב לחוק הזה כדי שהתופעה של יציאה תתחדש." (שם, עמ' 7-8).

27. היועץ המשפטי לכנסת חזר בפני ועדת הפנים על עיקרי עמדתו בדבר הקשיים שההסדר מעורר (שם, עמ' 12):

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

בהמשך הדיון חזר היועץ המשפטי לכנסת על עמדתו כי יש לשקול פיצול הסדר הפיקדון מהצעת החוק, וציין כי "אלה לוחות זמנים שלא מאפשרים, בנושאים האלה של התיקונים העקיפים, לקיים דיון מעמיק. עוד פעם, אני לא בא כדי לחרב את השמחה. אני בא כדי לגרום לכך שההסדר יעמוד במבחנים שנכוננו לו לאחר מכן" (שם, עמ' 13).

28. השר ארדן חלק על עמדתו של עו"ד ינון והסביר מדוע ההסדר אינו מעורר קושי חוקתי, בפרט נוכח העובדה שהכסף יחזור בסופו של דבר לידי המסתנן עם עזיבתו את ישראל ומאחר שאין המדובר בכספים המשמשים לקיום הבסיסי של המסתנן, שכן יש תיעוד רב ברשות ההגירה על כך שהם מעבירים כספים לבני משפחותיהם שמחוץ לישראל. כמו כן, השר ארדן הדגיש כי ההסדר קיבל גיבוי מצד היועץ המשפטי לממשלה (שם, שם).

29. בהמשך הדיון הביעה חה"כ איילת שקד את תמיכתה בהסדר הפיקדון וביקשה גם היא כי הסדר הפיקדון לגבי המסתננים לא יפוצל - "לגבי הפיקדון, אני מתנגדת לפיצול, אדוני היועץ המשפטי לכנסת. אני חושבת שהפיקדון זה נדבך חשוב של החוק הזה. דבר אחד טוב יצא מהביטול הזה של הבג"צ וזה נושא הפיקדון. זה תמריץ מצוין בשביל אותם מסתננים לעזוב את הארץ. אני חושבת, אדוני היועץ המשפטי, שיש פתרונות מספיק טובים. אחד, אנחנו יכולים לעבוד בלילות. שניים, אפשר לפצל את זה לוועדה אחרת. בשום פנים ואופן אסור לנו להסכים להשמיט את הפיקדון מהחוק הזה" (שם, עמ' 21).

מר יונתן יעקובוביץ, ראש תחום ההסברה של המרכז למדיניות הגירה ישראלי, ציין אף הוא שהסדר הפיקדון לגבי המסתננים הוא "נדבך חשוב ואולי עיקרי אף יותר ממתקני השהייה וחשוב שהוא ייכנס לחוק" (שם, עמ' 22).

העתק פרוטוקול דיון מס' 428 של ועדת הפנים, מיום 2.12.2014 מצורף ומסומן **מ/ש/4**.

30. בדיון שהתקיים באותו היום אחר הצהריים ציינה יו"ר הוועדה כי בכוונתה להעלות להצבעה בוועדה ולאחר מכן במליאת הכנסת החלטה לפיה יפוצל הסדר הפיקדון הנוגע לעובדים זרים למעט לעניין המסתננים. כתוצאה מכך נדרשו נציגי הממשלה לערוך תיקונים בנוסח הצעת החוק והוחלט להמשיך את הדיון בעניין זה רק למחרת היום (עמ' 31-29 לפרוטוקול דיון מס' 430).

העתק עמ' 31-29 ועמ' 65-64 לפרוטוקול דיון מס' 430 מיום 2.12.2014 מצורף ומסומן **מ/ש/5**.

יצוין כבר עתה, כי בסופו של יום, החליטה ועדת הפנים שלא לפעול בהליך פורמאלי של פיצול הצעת החוק (באופן שהיה מאפשר לה לדון בשלב מאוחר יותר בחלק הצעת החוק הנוגע לעובדים זרים שאינם מסתננים), אלא החליטה שלא להצביע על סעיפי הצעת החוק הנוגעים להסדר הפיקדון של עובדים זרים שאינם מסתננים (החלטה שמשמעותה דחייה של סעיפים אלה בהצעת החוק). ראו לעניין זה פרוטוקול 435 מיום 8.12.2014, בעמ' 39, צורף כנספח **מ/ש/7**.

31. ביום 3.12.2014 התקיים דיון נוסף בוועדת הפנים שעסק בעיקרו בהסדר הפיקדון למסתננים. בפתח הדיון ציין היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד תומר רוזנר, כי הייעוץ המשפטי לא העיר הערות מהותיות לתיקון המוצע בעניין הסדר הפיקדון, וזאת מאחר "שאנחנו חושבים שבלוח הזמנים שנכפה בנושא הזה, לא עלה בידנו לגבש הערות פרטניות לסעיפי החוק ולכן לא נוכל להתייחס לדברים למרות שעל פני הדברים נראה, כפי שאמרנו, שהם בעייתיים מאד." (פרוטוקול דיון מס' 433, בעמ' 6). בהמשך הדברים אף נאמר כי הפרשות העובד מעוררות בעיות חוקתיות קשות ביותר (שם, בעמ' 34).

32. פרטי ההסדר ותכליתו הוסברו לחברי הוועדה ולמשתתפים האחרים בדיון על-ידי נציגי הממשלה ונשמעו לעניין זה הערות שונות. כך למשל, עו"ד מיכל תג'ר, ב"כ העותרים, הופיעה בפני הוועדה וטענה בהרחבה כי ההסדר אינו חוקתי שכן מדובר בהפרשות של סכומים

גבוהים מדי מהמשכורת של המסתנן שגם ככה נמוכה. עוד נטען, כי ההסדר לוקה בחסר והוא מעורר בעיות רבות שאין להן פתרון בחקיקה (שם, בעמ' 12).

33. יו"ר הוועדה ציינה כי יתכן והמסתננים משתכרים רק בשכר מינימום אך הם עובדים במספר עבודות ועל כן בפועל משכורתם גבוהה יותר. במענה לכך טען עו"ד עודד פלר מהאגודה לזכויות האזרח כי נתונים אלה אינם נכונים. מעבר לכך ציין עו"ד פלר כי הסדר הפיקדון לא יוביל לכך שהמסתננים לא יעבדו, אלא יוביל לכך שהם יעבדו אך ירוויחו פחות ויהיו "הרבה יותר עניים, הרבה יותר אומללים, וכשהם יותר עניים, כולם סובלים יותר כי הם מועסקים פחות או שהם מועסקים בשכר יותר נמוך" (שם, עמ' 14).

34. גב' קרן מיכאלי מנציבות האו"ם לפליטים ציינה כי האו"ם מכיר "ביתרונות הפוטנציאליים למבקשי מקלט שטמונים בהקמה של קרן כאמור". עם זאת ציינה כי הסדר הפיקדון מפלה את המסתננים לעומת ההסדר שחל על יתר העובדים הזרים ואינו מתיישב עם האיסור הבין-לאומי על הפליה. כמו כן, נטען כי השיעור הגבוה של הפרשות העובד פוגע ביכולתו של מבקש המקלט להתקיים בכבוד ולשמור על רמת חיים נאותה, ואינו עולה בקנה אחד עם החובות של המדינה במישור הבין-לאומי לעניין זה (שם, עמ' 17).

35. מר אורי שיינין מאגף התקציבים במשרד האוצר הסביר את החלטת הממשלה לקבוע את חלק העובד בפיקדון בגובה 20% משכר עבודתו - "יש כאן שני עקרונות. באופן עקרוני התכלית של הפיקדון, יש לו שתי תכליות כאשר האחת היא כמובן חלף פיזיווי פיטורים ופנסיה וזה יותר קשור להפרשות של המעסיק. בנוגע לחלק מהעובד, ברור שככל שאנחנו יכולים לשים יותר כסף בפיקדון, כך זה מגדיל את התמריץ ליציאה שלו, וגברתי יושבת הראש דיברה על זה כבר" (שם, עמ' 26).

העתק פרוטוקול דיון מס' 433 מיום 3.12.2014 מצורף ומסומן **מ/ש/6**.

36. ביום 8.12.2014, בתום דיוני ועדת הפנים בהצעת החוק החליטה הוועדה לאשר את הצעת החוק בכפוף לשינויים עליהם החליטה. ואלו עיקרי השינויים שנקבעו בנוגע להסדר הפיקדון:

- הורדת שיעור חלק המעביד בפיקדון מ-20% ל-16% משכר העבודה.
- הוספת הוראה לפיה הכספים המופקדים בפיקדון לא יהיו נתונים להעברה, שיעבוד או עיקול.
- הגדרת שכר העבודה ממנו נגזר שיעור הפיקדון כשכר העבודה לעניין חישוב פיזיווי פיטורים לפי סעיף 13 לחוק פיזיווי פיטורים, התשכ"ג-1963, קרי המרכיבים הקבועים בלבד של השכר.
- הגדלת שיעור הפיקדון המועבר אל המסתנן אף אם עזב את ישראל שלא במועד מ-55% ל-65% מגובה הפיקדון.

- כספי הפיקדון שנוכו למסתננים שלא עזבו במועד ישמשו למטרת רווחתם ובריאותם של מסתננים השוהים במרכז השהייה הפתוח.
- שהייה בישראל של המסתנן לתקופה של עד חודש ממועד העזיבה שחל לגביו לא תגרור הפחתת סכומים מהפיקדון.

העתק פרוטוקול דיון מס' 435 מיום 8.12.2014 מצורף ומסומן **מ/ש/7**.

37. ביום 8.12.2014 דנה מליאת הכנסת בתיקון משנת 2014 ואישרה אותו בקריאה השנייה והשלישית, כנוסח הוועדה.

העתק פרוטוקול הדיון במליאת הכנסת מיום 8.12.2014 העוסק בתיקון משנת 2014 מצורף ומסומן **מ/ש/8**.

38. התיקון משנת 2014 אמנם אושר במליאת הכנסת ופורסם ברשומות ביום 17.12.2014, אולם בהתאם לסעיף 9 לחוק, כניסת הסדר הפיקדון לתוקף הייתה כפופה להוצאת צו מאת שר האוצר, בהסכמת שר הפנים, שבו הוא יודיע על הקמת קרן או קביעת חשבון בנק ייעודי אליו יועברו כספי הפיקדון, אלא שצו כזה מעולם לא הוצא.

פסק הדין בעניין דסטה

39. נגד התיקון משנת 2014 הוגשה עתירה לבית המשפט הנכבד (בג"ץ 8665/14 **טשומה נגד דסטה ואח' נ' הכנסת ואח'** (פורסם בנבו, 11.08.2015) (להלן: **עניין דסטה**). העתירה נסבה על הסדרי ההחזקה במשמורת ומרכז השהייה הפתוח ולא על הסדר הפיקדון שבאותה העת, כאמור, טרם נכנס לתוקף.

40. במסגרת בחינת חוקתיות ההסדר בחן בית המשפט הנכבד את התכליות שעמדו בבסיס התיקון משנת 2014. דעת הרוב מצאה כי התכלית המרכזית בדבר מניעת השתקעות במרכזי ערים היא תכלית ראויה (פסקאות 75-64 לפסק הדין של הנשיאה נאור). לעניין התכלית של עידוד עזיבה "מרצון" נקבע כי על פני הדברים תכלית של שבירת רוחם של המסתננים אינה תכלית ראויה, אך לא נמצא כי תכלית זו עמדה בבסיס ההסדר (פסקאות 84-79 לפסק הדין של הנשיאה נאור). לגבי התכלית של מניעת השתכרותם של המסתננים בישראל, צויין בפסק הדין כי בית המשפט אינו מכריע בשאלה האם תכלית זו ראויה, וזאת מאחר שעיקר ההסדר הנוגע לתכלית זו הוא הסדר הפיקדון שלא נתקף באותה העתירה (פסקה 76 לפסק הדין של הנשיאה נאור).

עיקרי הצעת החוק של תיקון משנת 2017

41. ביום 18.7.2016, פורסמה הצעת חוק ממשלתית נוספת בעניין זה - הצעת החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) (תיקון), התשע"ו-2016.

העתק הצעת חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) (תיקון), התשע"ו-2016 מצורף ומסומן **מ/ש9**.

42. מדיוני ועדת הפנים בהצעת החוק עלה כי הסיבה לעיכוב בכניסתו לתוקף של הסדר הפיקדון הייתה נעוצה בצרכים מנהליים הקשורים בפעילות להקמת הקרן הייעודית לפיקדונות של עובדים זרים, ובכלל זה בצורך בעריכת מכרז למתן שירותי ניהול לניהול כספי הפיקדונות לעובדים זרים ולמסתננים, שכשל פעמיים בעבר, מטעמים שקשורים בין היתר למורכבות ההסדר המיסויי הקיים בהסדר הפיקדון. לפיכך, בחודש יולי 2016, כאשר נבחר זוכה במכרז כאמור, הונחה הצעת חוק שנועדה בין השאר לפשט את המנגנונים המיסויים הקיימים בהסדר ולהכניס את הסדר הפיקדון לתוקף.

43. בהצעת החוק האמורה הוצע לערוך מספר שינויים בהסדר הפיקדון שנקבע בתיקון משנת 2014, וביניהם תיקון לעניין אופן המיסוי של הפיקדון המנוי בחוק. כמו כן, הוצע כי הסעיפים הנוגעים להסדר הפיקדון ייכנסו לתוקף ביום 1.5.2017. ובהתאמה הוצע לבטל את סעיף 9(ב) לחוק שהקנה לשר האוצר סמכות לדחות את מועד התחילה של הסדר הפיקדון.

הליכי חקיקת התיקון משנת 2017

44. הצעת החוק האמור נדונה בוועדה ביום 25.7.2016 במליאת הכנסת ואושרה בקריאה הראשונה, והועברה לדיון בוועדת הפנים לשם הכנתה לקריאה השנייה והשלישית.

45. ועדת הפנים החלה את דיוניה ביום 21.11.2016. על אף שהצעת החוק עסקה בעיקר בהיבט הטכני בדבר כניסת הסדר הפיקדון לתוקף, התקיים בוועדת הפנים דיון גם לגופו של ההסדר. עו"ד גלעד קרן, מצוות הייעוץ המשפטי של הוועדה, התייחס לגופו של ההסדר וחזר על עמדת היועץ המשפטי לכנסת לפיה הסדר הפיקדון מעורר קשיים חוקתיים (עמ' 3 לפרוטוקול הדיון מיום 21.11.2016). עו"ד שי סומך, ממחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים, התייחס להיבט החוקתי וציין כי ההסדר עומד לדעתם במבחן החוקתי, וכך טען לעניין זה:

"אנחנו מדברים בהסדרת העסקה של עובדים שהם לא תושבי ישראל. בתחום הזה של העסקת עובדים זרים או מסתננים יש שיקול דעת רחב למדינה לקבוע את הסדר העסקה, אין זכות מוקנית לעבוד בישראל, אין זכות מוקנית להעסיק עובדים זרים. בכל העולם של העובדים הזרים אנחנו קובעים הסדר שונה מאשר לעובדים הישראלים, וזה ההקשר של הדברים..."

אז [בדיון בתיקון משנת 2014] העלו את הזכות לקיום אנושי מינימלי. מסתננים וגם עובדים זרים לא זכאים להבטחת הכנסה לפי החוק הישראלי, וספק רב אם כל ההתייחסות לסכומי הבטחת הכנסה הם רלוונטיים, אני לא מתיימר לדון כאן בנושא... [שאלות] של קיום אנושי מינימלי, שאלות כאלה, שאלות שרלוונטיות לתושבי ישראל..."

מבחינת התכלית של החוק, התכלית היא עידוד יציאה מהארץ וגם מתן כספים למסתננים שיחזרו למדינת מוצאם, והם יוכלו לעשות שימוש בכסף, זו תכלית ראויה לדעתנו. מבחינת הנושא של המידתיות, הבנצ'מרק שלנו היה סעיף 8 לחוק הגנת השכר. היום במצב של עיקול אפשר לעקל את השכר של העובד עד סכומי הבטחת הכנסה, אבל גם אם השכר של העובד הוא נמוך מסכומי הבטחת הכנסה עדיין אפשר לעקל 20% המשכר. זאת אומרת, לקחנו את אותם 20% שקיימים היום בעיקרו לגבי כל העובדים, כולל העובדים הישראלים, וזה מבחינתנו היה הבנצ'מרק...

ההסדר מידתי גם בכך שהכסף יינתן לעובד גם כשהוא יצא באיחור מהארץ. נניח שנקבע מועד מסוים שהוא צריך לצאת, אז החלק של המעביד רובו יישלל, אבל החלק [של] העובד יישמר עבורו גם אם הוא יצא באיחור בניגוד למה שקורה לגבי חלק המעביד". (שם, עמ' 14-19)

46. לעניין הזכות לקיום בכבוד ציין יו"ר הוועדה כי "אם המדינה החליטה שזקן אצלה, קשיש אצלה, זכות הקיום שלו היא 2,600 שקל, אז אני מניח חזקה עלי שהיא עשתה את הבדיקות והוא יכול להתקיים ב-2600 שקל. ואם הוא יכול להתקיים אז גם המסתנן יכול. הרי אני לא בא לפגוע בזכות הבסיס שלו שהוא בעצם יפגע ואנחנו פוגעים בבריאותו ושבועצם אין לו את היכולת לקיים את עצמו, בוודאי שלו" (שם, עמ' 25).

מר לורנס בוטניק מנציבות האו"ם לפליטים ציין מנגד כי "החלשת אוכלוסיית מבקשי המקלט, במטרה להשפיע על חזרתה, איננה חוקית ואף לא סביר שתמצא יעילה" (שם, עמ' 30-31).

47. עו"ד עודד פלר, מהאגודה לזכויות האזרח, ציין כי בעניין גסטא נקבע שהתכלית של עידוד יציאה מישראל אינה תכלית ראויה, ולכן "להגיד לבן אדם אנחנו לא נגיד לך לצאת כי אסור לנו, ויחד עם זה נחוקק חוקים שיעודדו אותך לצאת זה אותו דבר" (שם, עמ' 34-35).

יצויין, כי במענה להערת עו"ד פלר ציין עו"ד סומך ממחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, בדיון מאוחר יותר כי "בדיונים הקודמים דיברתי על התכליות של הפיקדון, ואחת התכליות היתה עידוד יציאה מהארץ. מהדברים שנאמרו בוועדה, אני הבנתי שמנסים לייחס לדברים שאמרתי כוונות אחרות, אז אני מבקש להבהיר – **כאשר דיברתי על התכלית, אחת התכליות של עידוד יציאה מהארץ, הכוונה ליציאה מהארץ מתום התקופה לשהייה בישראל, כפי שהיא מוגדרת בסעיף 1 לחוק עובדים זרים**" (פרוטוקול הדיון מיום 14.12.2016, עמ' 2).

48. לגופו של ההסדר הציע יו"ר הוועדה, ח"כ דוד אמסלם, להוסיף הוראה המקנה לשר האוצר, באישור ועדת הפנים, את הסמכות להפחית את שיעורי הפיקדון – חלק המעביד עד 12.25% משכר העבודה, וחלק העובד עד 16% משכר העבודה (שם, עמ' 46), והצעה זו התקבלה (שם, עמ' 49).

כמו כן, הוצגה בפני חברי הוועדה הסתייגות מטעם סיעת המחנה הציוני לפיה הסדר הפיקדון יוחרג לגבי קבוצות מסוימות של מסתננים ובכלל זה, קטינים, נשים שגילם עולה על 60, הורים לקטינים הסמוכים על שולחנם, או מי שבמצב בריאותי קשה. לעניין זה השיב

מר אורי שיינין מאגף הממונה על התקציבים במשרד האוצר כי "דווקא האוכלוסיות האלה זקוקות יותר מכל לנושא הזה של תוכניות חיסכון, במיוחד גם אם הם ישארו, ובטח אם הם יצאו" (שם, עמ' 47). ועדת הפנים דחתה הסתייגות זו (שם, עמ' 48).

49. בתום הדיון אישרה ועדת הפנים את הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית בשינוי האמור בדבר מתן סמכות לשר האוצר באישור ועדת הפנים להפחית את שיעור הפיקדון (שם, עמ' 50). בדיוני הוועדה מיום 23.11.2016 ומיום 14.12.2016 החליטה ועדת הפנים לשנות את החלטתה ולקבוע כי הסמכות האמורה של הפחתת שיעור הפיקדון תהיה של שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים ושר האוצר, בהתייעצות עם שר הפנים ובאישור ועדת הפנים של הכנסת.

העתק הפרוטוקולים של ועדת הפנים מיום 21.11.2016, 23.11.2016 ו-14.12.2016 מצורף ומסומן **מ/ש 10**.

50. ביום 2.1.2017 דנה מליאת הכנסת בהצעת החוק לתיקון משנת 2017 ואישרה אותו בקריאה השנייה והשלישית כנוסח הוועדה.

העתק פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 2.1.2017, העוסק בתיקון משנת 2017, מצורף ומסומן **מ/ש 11**.

הסדר פיקדון לעובד זר שאינו מסתנן

51. למען שלמות התמונה נבקש להתייחס בקצרה גם להסדר החוקי הנוגע לפיקדון לעובד זר שאינו מסתנן. כאמור, נושא זה פוצל מהתיקון בשנת 2014 ולפיכך נותר בחוק עובדים זרים (סעיפים 1יא(א), 1יא(ב), 1יא(ד) ו-1יא(ז)) הסדר המסגרת שהסמיך את שר הכלכלה, שר האוצר ושר הפנים להתקין תקנות המחייבות מעסיק של עובד זר לשלם לקרן או לחשבון בנק סכום חודשי בעבור כל עובד זר שהועסק על-ידו.

52. בשנת 2008 נקבעו תקנות עובדים זרים (פיקדון לחשבון בנק), התשס"ח-2008, שקבעו כי פיקדון לעובד זר ינוהל בחשבון בנק, באמצעות בנק שייבחר בהליך תחרותי. מעבר לכך ומעבר לנוהל שקבע משרד הפנים לעניין עובדים בענף הבניין, ניסיונות שונים להניח תקנות שיסדירו את החיוב בפיקדון לא צלחו.

53. בשנת 2016 הונחו על שולחן ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת (להלן: **ועדת העבודה**) תקנות שעסקו בעיקר בקביעת הסדר לגבי הפיקדון בענף הבנייה ועבודה בטכנולוגיה ייחודית, בענף הסייעוד ובענף החקלאות. ועדת העבודה דנה בתקנות ביום 9.5.2016 וביום 24.5.2016 ואישרה אותן בשינויים למעט לגבי ענף החקלאות ולגבי מעסיקים יחידים בסייעוד. ביום 19.7.2016 פורסמו התקנות ברשומות.

העתק קובץ תקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), מצורף ומסומן **מ/ש 12**.

54. ואלו עיקרי ההסדר שנקבע בתקנות לגבי פיקדון בעד עובדים זרים שאינם מסתננים בענפים כאמור:

- המעסיק חוייב לשלם פיקדון בעד העובד הזר כתוספת על שכר העבודה. הפיקדון אינו כולל חלק של העובד, קרי אינו כרוך בניכוי משכר העבודה.
- סכומי הפיקדון משתנים בהתאם לענפי התעסוקה השונים. כך למשל, לגבי ענף הבנייה נקבע כי גובה הפיקדון יהיה 710 ש"ח כאשר נקבע לגבי זה מנגנון הצמדה הנגזר משינוי בשכר המינימום הענפי או בשיעור ההפרשה לקופת גמל לקצבה (סעיף 2 לתקנות). לגבי חברות הסיעוד נקבע כי הפיקדון יהיה בגובה סכומי מרכיבי הפיצויים ומרכיבי תגמולי המעסיק של המעסיק לשלם בהתאם לצווי הרחבה או הסכמים קיבוציים, או בהתאם להסכם עם מזמין שירותי הסיעוד, לפי הגבוה (סעיף 3 לתקנות).
- המעסיק חוייב לדווח על ההפקדה לממונה במשרד הפנים (סעיף 6 לתקנות) והממונה יעביר לעובד הזר, לפי בקשתו, מידע בכתב הנוגע לכספים המתנהלים בחשבון הבנק על שמו (סעיף 7 לתקנות).
- עזיבה של העובד לאחר יותר מחודש מהמועד שבו עליו לצאת מישראל, לפי תנאי הרישיון או הוראות רשות האוכלוסין וההגירה או החלטה על ביטול הרישיון, גוררת ניכויים של הפיקדון בשיעור משתנה בהדרגה של עד 65%. לממונה ניתנה הסמכות להפחית את הניכוי אם מצא כי נבצר מהעובד לצאת מישראל במועד או שלא יצא במועד בשל טעות ובתום לב (סעיף 8 לתקנות).
- הכספים שנוכו ישמשו למטרת רווחתם ובריאותם של העובדים הזרים (סעיף 11 לתקנות).

55. נגד התקנות האמורות הוגשו עתירות לבית המשפט הנכבד ע"י חברות סיעוד שונות (בג"ץ 8348/16 מטב עמותה למען שירותי טיפול ורווחה נ' שר הכלכלה ובג"ץ 8137/16 איגוד נותני שירותי סיעוד בישראל נ' שר הכלכלה והתעשייה). בעתירות נטען, בין היתר, כי התקנות פוגעות בשוויון שבין העובדים הזרים המועסקים על ידי תאגידים לבין אלו המועסקים על-ידי מעסיקים פרטיים, פוגעות בזכות הבחירה של מטופלי הסיעוד לגבי אופן העסקת עובד זר בסיעוד, פוגעות בחופש העיסוק של העותרים, ופוגעות בזכויות היסוד של העובדים הזרים עצמם. כמו כן, הועלו טענות הנוגעות ליישום התקנות.

56. ביום 1.12.2016 מחק בית המשפט הנכבד את העתירה. בית המשפט העיר בהחלטתו לעניין שתי סוגיות כי הן מחייבות בחינה ומציאת פתרונות מתאימים – האחת מיסוי המעסיקים הפרטיים, והשנייה לגבי החלת התקנות גם על כספי הפנסיה ופיצויי הפיטורים ביחס לעבר, המנוהלים כיום על-ידי נותני שירותי הסעד המאורגנים (בג"ץ 8137/16 איגוד נותני שירותי סיעוד בישראל נ' שר הכלכלה והתעשייה (פורסם בנבו, 1.12.2016)).

עמדת המשיבה

לא נפל בהליך חקיקת החקיקה פגם היורד לשורש העניין

57. עיקר הטענות הנוגעות לפגמים בהליך החקיקה, מופנות כלפי הליך החקיקה של התיקון משנת 2014. לטענת העותרים, תיקון זה "עבר בחופזה ולאחר דיון אחד בלבד בוועדת הפנים" (פסקה 35 לעתירה). עוד טוענים העותרים כי היה צריך לפצל את התיקון מההסדר

הכללי הנוגע למשמורת ולמרכזו השהייה, כפי שסבר היועץ המשפטי לכנסת, מאחר שרק אותם נדרש היה להסדיר בלוח זמנים קצר בשל ביטול ההסדר בעניין זה בפסק הדין בעניין **גבריסלאסי**. לשיטתם, הסדר הפיקדון נדון כ"הערת שוליים" בלבד להסדר הכולל, על אף שמדובר בהסדר מורכב (פסקה 56 לעתירה). עוד נטען, כי לא התקיים לגבי הסדר הפיקדון דיון מעמיק, וכי ההסדר שהוצע היה חלקי ביותר ונדרש לעשות בו תיקונים רבים, הן במסגרת הליך החקיקה בשנת 2014, והן בשלב מאוחר יותר במסגרת הליך החקיקה משנת 2017 (פסקאות 64-65 לעתירה).

58. בהתאם להלכה הפסוקה, כשמדובר בטענות הנוגעות להליך החקיקה, הרי שהתערבותו של בית המשפט הנכבד מוגבלת למצבים שבהם הוכח כי נפל "פגם היורד לשורש הליכי החקיקה" (בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14, 41-42 (2004) (להלן: **עניין מגדלי העופות**)).

בית המשפט הדגיש כי התערבות מסוג זה מוגבלת רק לאותם פגמים בהליך החקיקה המגיעים לכדי "**פגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה**" במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי" (שם, בעמ' 42). העקרונות עליהם עמד בית המשפט הנכבד בהקשר זה הם **עקרון ההשתתפות, עקרון הפומביות, עקרון הכרעת הרוב ועקרון השוויון בהליך החקיקה** (שם, בעמ' 43-51).

59. בעניין **מגדלי העופות** עמד בית המשפט על תוכנו של עקרון ההשתתפות: "אמור מעתה כי עקרון ההשתתפות בהליך החקיקה **מחייב הליך חקיקה שבו תינתן לחברי-הכנסת אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק**..." (שם, בעמ' 50).

60. ואולם, על אף ההלכה הברורה שיצאה מלפני בית המשפט הנכבד בעניין **מגדלי העופות** (ובשורה של פסקי דין נוספים), נמנעים העותרים מלהעלות את טענותיהם ביחס לפגמים בהליך החקיקה בגדרי המסגרת המושגית שנקבעה בפסיקה לעניין זה וטענותיהם נגד הליך החקיקה נטענות באופן כללי בלבד. **למעשה, העותרים אינם מתייחסים לעקרונות היסוד של הליך החקיקה שהוזכרו לעיל, וממילא גם אינם טוענים כי ההליך הוביל כביכול "לפגיעה קשה וניכרת" בעקרונות אלה, פגיעה אשר, כאמור, רק היא יכולה להצדיק התערבות בהליכי חקיקה.**

61. מכל מקום, גם אם בוחנים את הליך חקיקת התיקון משנת 2014 לגופו, עולה כי לא נפל בו פגם היורד לשורש הליך, המצדיק את התערבות בית המשפט הנכבד בחקיקה ראשית של הכנסת.

62. בית המשפט הנכבד הבהיר בעניין **מגדלי העופות**, כי התערבותו תוגבל לאותם מקרים קיצוניים שבהם "נשללה למעשה מחברי הכנסת כל אפשרות מעשית לגבש את עמדתם בקשר להצעת החוק, וכי יהיה מדובר בפגיעה קשה וניכרת בעקרון ההשתתפות בהליך החקיקה" (שם, בעמ' 51 (הדגשה במקור)).

63. המשיבה תטען, כי בהתאם להלכה הפסוקה האמורה, **העובדה שהליך החקיקה של התיקון משנת 2014 התנהל באופן מזורז, אינה יכולה כשלעצמה להצדיק את התערבות בית המשפט בחקיקה.**

64. **יתר על כן**, המשיבה תטען כי אף לא נפל פגם מהותי בהחלטת ועדת הפנים לדון בהסדר הפיקדון לגבי המסתננים במסגרת הצעת החוק ולא לפצלו ממנה. הליך החקיקה משנת 2014 נעשה באופן מזורז, בעקבות פסק הדין בעניין **גבריסלאסי** שביטל את ההסדר החוקי שקבעה הכנסת בנוגע לדרכי הטיפול בתופעת ה"מסתננים", וקבע הוראות מעבר לתקופה בת שלושה חודשים בלבד. פרק זמן זה הוביל להליך חקיקה מואץ של הסדר חדש, כדי למנוע, בין היתר, את הסגירה של מתקן השהייה "חולות". כמו כן, ההחלטה על פיזור הכנסת ה-19 חייבה אף היא הליך מזורז של החקיקה כדי שניתן יהיה לסיימו לפני תום מושב הכנסת ביום 14.12.2014.

65. אף העותרים מקבלים לכאורה את הנחת המוצא כי נדרש הליך חקיקה מזורז בנוגע להסדר המשמורת והסדר מרכז השהייה הם טוענים כי לא היה מקום לכלול בו גם את הסדר הפיקדון. ואכן, היועץ המשפטי לכנסת סבר גם הוא שאין הכרח לדון במסגרת ההליך המזורז גם בסוגיית הסדר הפיקדון, בוודאי שלא באופן הנרחב שהוצע בהצעת החוק הממשלתית. לאחר שעמדת היועץ המשפטי לכנסת נשקלה על-ידי חברי הוועדה, החליטה ועדת הפנים לקבל את עמדת היועץ המשפטי לכנסת באופן חלקי, וכאמור, פוצל אותו החלק בהצעת החוק הנוגע לפיקדונות בעד עובדים זרים שאינם מסתננים. חברי הכנסת קיבלו את עמדת שר הפנים לפיה ההסדר שהוצע בהצעת החוק לגבי המסתננים, ובכלל זה הסדר הפיקדון, הוא הסדר שיש לבחון אותו באופן כולל שכן הוא נועד ליתן בידי המדינה כלים אפקטיביים להתמודדות עם תופעת ה"מסתננים", ועל כן אין להפריד בין חלקיו.

ואולם, לא הרי מלכתחילה כהרי בדיעבד, ולא הרי המלצה כהרי חיוב. לפיכך, אין לראות בעצם העובדה שהכנסת לא אימצה באופן מלא את עמדת היועץ המשפטי לכנסת כדי להצביע על פגם מהותי בהליך המצדיק את ביטולו.

66. ההחלטה האם יש לפצל חלק מהצעת החוק או לאו, מצויה בלב שיקול הדעת הפרלמנטרי, ואנו סבורים שיש להותיר בעניין זה בידי המחוקק מרחב תימרון רחב. ואמנם, בית המשפט נמנע עד כה מלהתערב בסוגיות כגון דא, אף כאשר נטען בפניו כי סוגיות שנכרכו בחוק ההסדרים אינן נוגעות לתקציב (ראו למשל בג"ץ 4927/06 **ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 25.9.2007), שם ציין בית המשפט הנכבד כי "על פני הדברים נראה כי המרכיב התקציבי הכרוך בתיקוני החקיקה נשוא העתירה אינו המרכיב המהותי בהם, וכי מבחינה עניינית נושא חלוקת הסמכויות בין הרופאים לרוקחים אינו נמנה עם הנושאים שחוק ההסדרים נועד להסדירם [...] עם זאת, לא שוכנענו כי בנסיבות המקרה דנן נפל בהליך החקיקה אותו פגם היורד לשורשו של עניין, שיש בו כדי להצדיק התערבות שיפוטית בהליך זה" (שם, עמ' 5).

לפיכך, הגם שראוי היה לחוקק את הסדר הפיקדון בנפרד מההסדר העיקרי של התיקון משנת 2014, איננו סבורים כי בהחלטת ועדת הפנים שלא לפצל מהצעת החוק את הסדר

הפיקדון הנוגע למסתננים, אלא לדון במכלול ההיבטים הנוגעים למסתננים במקשה אחת, נפל פגם מהותי היורד לשורש ההליך.

67. **זאת ועוד**, גם בחינת הליך חקיקת התיקון משנת 2014 לגופו מעלה כי **לא נפגע בהליך עקרון ההשתתפות**:

- הסדר הפיקדון הוצג בפני חברי הכנסת ע"י נציגי הממשלה.
- ועדת הפנים קיימה דיון עקרוני בשאלת הכללתו של ההסדר בהצעת החוק בדיון ביום 2.12.2014, והקדישה את רוב זמנה לעניין הסדר הפיקדון בדיון ביום 3.12.2014.
- הדיון לעניין הסדר הפיקדון היה **דיון ענייני**, ויו"ר הוועדה אפשרה לכלל הצדדים הנוגעים לעניין להשמיע את עמדתם לגביו, ובכלל זה באי כוח העותרים בעתירה שבפנינו (ראו למשל עמ' 12 לפרוטוקול מיום 3.12.2014). ההערות להסדר נשמעו הן ברמה העקרונית והן ברמה הפרטנית.
- לאחר שמיעת ההערות של כלל הגורמים הרלוונטיים, **ועדת הפנים החליטה לערוך שינויים מהצעת החוק הממשלתית**. תיקונים נוספים בהסדר הפיקדון נעשו (קודם לכניסתו לתוקף) גם במסגרת הליך החקיקה משנת 2017.

68. **ניתן לראות אפוא כי חרף העובדה שהסדר הפיקדון נחקק באופן מזוהז ולא פוצל מהצעת החוק, לא נשללה מחברי הכנסת "אפשרות מעשית" לגבש את עמדתם ביחס להוראות החוק, ולפיכך עקרון ההשתתפות התקיים בהליך זה, ואין הצדקה לביטולו מן הטעם של פגם בהליכי החקיקה.**

ביקורת חוקתית על הליכי חקיקה

69. **כפי שצויין לעיל, אכן הייעוץ המשפטי לכנסת הצביע במהלך הליכי החקיקה על קשיים חוקתיים בהסדר הפיקדון, ובפרט ביחס לשיעור הגבוה של חלק העובד המועבר לפיקדון המנוכה משכרו. ואולם, הכנסת לא קיבלה עמדה זו ואימצה את עמדת הממשלה באשר להיבטים החוקתיים של הסדר הפיקדון.**

לצד זאת, יש לציין כי במהלך הליכי החקיקה נערכו שינויים שצמצמו את הפגיעה במסתננים. בתיקון משנת 2014 נקבעו בסופו של דבר הסדרים מרוככים יותר בנוגע לניכוי מהפיקדונות למסתננים שלא יעזבו את ישראל במועד וכן הופחת שיעור חלק המעביד שמועבר לפיקדון. שר הפנים, בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת הפנים, הוסמך לקבוע בתקנות תנאים ומקרים שבהם יהיה זכאי מסתנן לקבל את כספי הפיקדון קודם ליציאתו מישראל. בתיקון משנת 2017 הוספה הסמכה לשר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים ושר האוצר, בהתייעצות עם שר הפנים ובאישור ועדת הפנים, להפחית בתקנות את שיעור הפיקדון, הן לגבי חלק העובד והן לגבי חלק המעביד. ברי, כי הוראות אלה משליכות על הבחינה החוקתית.

70. על כל פנים, נוכח הטיעון החוקתי המפורט מטעם המדינה בהקשר זה, הכולל גם התייחסות לנתונים אודות יישום החוק ואודות הפרשנות שהמדינה מעניקה להוראות החוק, אין המשיבה רואה מקום להוסיף על האמור בתשובת המדינה והיא מצטרפת לאמור בה.

71. לבסוף נבקש לציין כי נקודת המוצא במשטרנו החוקתי היא כי חוק אשר אושר בכנסת נהנה מ"חזקת חוקתיות" (ראו למשל, בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 288 (1999)). חזקת החוקתיות מבטאת את הכבוד שרוחשת הרשות השופטת לרשות המחוקקת וכן את הצורך לכבד את רצון הרוב, שעל יסודו נתקבל החוק. כפי שהסביר כב' השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996) (להלן: עניין מרכז השלטון המקומי), "חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט".

72. אכן, הסעיפים הרלוונטיים בחוק עובדים זרים, ככל חקיקה ראשית של הכנסת, נהנים מחזקת החוקתיות. על-פי ההלכה הפסוקה, נוכח חזקה זו על בית המשפט לנהוג בזהירות ובריסון רב בטרם יפעיל את סמכותו לביקורת חוקתית על חוקי הכנסת.

ראו לעניין זה, דברי כב' השופט זמיר בעניין מרכז השלטון המקומי, בעמ' 493 וכן דברי כב' השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 14.7.2008) (פסקה 17 לפסק דינה).

73. דברים אלה נכונים בפרט נוכח העובדה שמדובר בחקיקה הנוגעת למדיניות, ובעניינו מדיניות ההגירה. הסדר הפיקדון הוא חלק ממכלול הסדר החקיקה שמטרתו להתמודד עם תופעת ה"מסתננים". כפי שפורט לעיל, בעקבות פסיקת בית המשפט הנכבד ההסדרים שנקבעו לגבי המסתננים שכללו שלילת חירותם של המסתננים צומצמו באופן משמעותי. הסדר הפיקדון נועד להוות כלי נוסף, משלים, להתמודדות המדינה עם תופעת ה"מסתננים", ללא שימוש בשלילת החירות, שאין ספק שמהווה פגיעה קשה במיוחד.

למדינה עומדת הזכות לעצב את מדיניות ההגירה ולבחור למי להעניק מעמד בישראל ולמי לאפשר לעבוד בשטחה. הסדר הפיקדון הוא חלק ממדיניות זו והוא מבטא את התפיסה לפיה אין לעודד את העסקתם של המסתננים ואת הרצון של המדינה להבטיח כי המסתנן יעזוב את ישראל כשיתאפשר הדבר בידו.

74. אשר על כן, המשיבה תטען כי בשל הריסון הנדרש בביקורת החוקתית, בהעדר פגם מהותי בהליך החקיקה ומן הטעמים המפורטים בתגובת המדינה, דין העתירה שבפנינו להידחות.

היום: 18 ביולי 2017
כ"ד בתמוז התשע"ז

אביטל סומפולינסקי, עו"ד

ב"כ הכנסת