



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2293/17

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ג' קרא

העותרים :

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
10. המוקד לפליטים ולמהגרים
11. האגודה לזכויות האזרח בישראל
12. ARDC – מרכז לקידום פליטים אפריקאים
13. רופאים לזכויות אדם – ישראל
14. איגוד המסעדות בישראל

נגד

המשיבים :

1. כנסת
2. שר הפנים
3. שר האוצר
4. שר הרווחה והשירותים החברתיים
5. בנק מזרחי טפחות
6. איתן – מדיניות הגירה ישראלית
- 7-42. סינוני אילה ועוד 35 אחרים

המבקשים להצטרף כידידי
בית המשפט :

1. שדולת הנשים בישראל
2. איתך – מעכי משפטניות למען צדק חברתי
3. תנועת אחותי – למען נשים בישראל
4. המרכז לנשים אריתראיות בישראל
5. יוניטף – UNITAF
6. רוח נשית – עצמאות כלכלית לנשים נפגעות אלימות

7. מרכז אדוה
8. העמותה להעצמה כלכלית לנשים
9. המכללה : בית ספר חברתי למען נשים החוזרות למעגל התעסוקה
10. עמותת "ערוס אלבחר (כלת הים) לאישה ביפו"
11. נע"ם – נשים ערביות במרכז

התנגדות לעשיית הצו על-תנאי לצו מוחלט

<p>ג' באב התשע"ז (26.7.2017) י"ז בכסלו התשע"ח (5.12.2017) י"ב באב התשע"ח (24.7.2018) ב' באייר התשע"ט (7.5.2019)</p>	<p>תאריכי הישיבות :</p>
<p>עו"ד אלעד כהנא ; עו"ד מיכל תג'ר עו"ד רני שורץ ; עו"ד אושר הרוש ; עו"ד הלית שמחוני</p>	<p>בשם העותרים 13-1 : בשם העותר 14 :</p>
<p>עו"ד אביטל סומפולינסקי עו"ד שוש שמואלי ; עו"ד רן רוזנברג עו"ד דורית המברג ; עו"ד רן פלדמן עו"ד דורון טאובמן ; עו"ד יאנה לורייה</p>	<p>בשם המשיבה 1 : בשם המשיבים 4-2 : בשם המשיב 5 : בשם המשיבים 42-6 :</p>
<p>עו"ד שרה לואיס ; עו"ד נמרוד אביגאל ; עו"ד גיתית שריקי</p>	<p>בשם המבקשים להצטרף :</p>

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

בעתירה שבפנינו מתבקש בית המשפט להורות על בטלותו של סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: החוק המתקן), המחייב עובדים זרים שנכנסו לישראל שלא דרך תחנת גבול (להלן: עובדים מסתננים) ואת מעסיקיהם להפקיד לחשבון בנק ייעודי סכום כולל בשיעור של 36% משכרו של העובד, אשר יועבר לידיו רק בעת עזיבתו את ישראל (להלן: הסדר הפיקדון). העתירה דנן הוגשה על ידי עובדים מסתננים אזרחי אריתריאה וסודן, ארגוני חברה אזרחית ועמותות (להלן: העותרים), שאליהם הצטרף במהלך ניהול ההליך איגוד המסעדות בישראל (להלן: איגוד המסעדות) כעותר נוסף. בתמצית, טענת העותרים היא כי הסדר הפיקדון בכללותו, ולמצער חלק מרכיביו, אינו חוקתי ועל כן דינו בטלות.

1. החל משנת 2007 נכנסו לישראל באופן בלתי חוקי, לרוב תוך חצייה לא מבוקרת של גבול ישראל-מצרים, נתינים של מספר מדינות באפריקה – בעיקר נתיני אריתריאה והרפובליקה של סודן (להלן: סודן). הגבול עם מצרים נחסם בינתיים בגדר לכל אורכו כך שבשנים האחרונות לא אותרו כניסות נוספות דרך גבול זה, ואולם נכון לסוף שנת 2019 שוהים בישראל 31,547 אנשים שנכנסו לישראל שלא דרך תחנת גבול (ראו: רשות האוכלוסין וההגירה – אגף תכנון מדיניות ואסטרטגיה נתוני זרים בישראל: מהדורה מסכמת לשנת 2019 (להלן: נתוני זרים 2019)). בהתאם להוראת סעיף 1 לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 (להלן: החוק למניעת הסתננות) הוגדרו אנשים אלה כ"מסתננים" (לעניין מונח זה ראו בג"ץ 7146/12 אדמ נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(2) 717, 831-832 (2013) (להלן: עניין אדמ); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 5 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (22.9.2014) (להלן: עניין איתן)). מתוך כלל המסתננים השוהים בישראל כיום, כ-71% הם מאריתריאה וכ-20% נוספים הם מסודן. כלפי אוכלוסיות אלה אין המדינה נוקטת בצעדי הרחקה, הן בשל קשיים מעשיים (דוגמת העדר קשר דיפלומטי בין ישראל למדינת המוצא) והן מכוח מדיניות "אי-הרחקה זמנית", בהתאם לעקרון המוכר במשפט הבינלאומי המינהגי לפיו אין להרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו (ראו: בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, פסקה 5 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור וההפניות שם (11.8.2015) (להלן: עניין דסטה)). בהתאם לכך, למסתננים שהוצא בעניינם צו הרחקה אך הרחקתם אינה מתאפשרת בשלב זה, מוענקים רישיונות שהייה מתחדשים מתוקף סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, המוגדרים כ"רישיון זמני לישיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה" (עניין אדמ, בעמ' 757-758). עוד יצוין כי חלק נכבד מן המסתננים הללו הגיש לרשות האוכלוסין וההגירה (להלן: רשות האוכלוסין) בקשות לקבלת מקלט מדיני בישראל, אך כפי שיתואר בהמשך, מרבית הבקשות האלו עודן תלויות ועומדות בפני רשות האוכלוסין.

2. שהייתה של אוכלוסייה גדולה של מסתננים באזורים שונים בארץ, ובפרט בשכונות דרום תל אביב-יפו, יוצרת קשיים רבים (ראו: עניין איתן, פסקה 29 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). בשל כך חוקקה הכנסת לאורך השנים, ביוזמת הממשלה, שורה של חוקים שבהם עוגנו אמצעים שונים המיועדים להתמודד עם אותם הקשיים. לגבי חלק מהם, הנוגעים להגבלת החירות וחופש התנועה של המסתננים, קבע בית המשפט כי הם בלתי חוקתיים ומשכך בוצעו בהם התאמות ושינויים על ידי הכנסת (עניין אדמ, עניין איתן ועניין דסטה). מסלול נוסף שבאמצעותו ביקשה המדינה להתמודד עם תופעת

ההסתננות הוא הרחקתם של מסתננים למדינות שלישיות וכן עידודם לצאת אליהן מרצון. לצורך כך, חתמה מדינת ישראל בסוף שנת 2013 ובתחילת שנת 2014 על הסכמים עם שתי מדינות אפריקאיות (להלן: המדינות השלישיות) שהסכימו לקלוט בתחומן מסתננים מישראל "אשר לא ניתן להרחיקם למדינת מוצאם" (ראו: עע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים, פסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (28.8.2017)). למדינות אלה הועברו מסתננים אשר החליטו לעזוב את ישראל מרצונם החופשי, ואף ניתן להם מענק כספי במועד יציאתם מהארץ (שס, פסקה 4 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור). בשלב מסוים ביקשה המדינה להרחיק למדינות שלישיות מסתננים אף ללא צורך בהסכמתם, ופעלה על מנת להגיע להסכמים שיאפשרו זאת, אך בסופו של יום מהלך זה לא הבשיל לכדי ביצוע בפועל (ראו: בג"ץ 679/18 קוק אביבי נ' ראש הממשלה ושר החוץ (10.4.2018); בג"ץ 7501/17 המוקד לפליטים ולמהגרים נ' שר הפנים, פסקה 2 (9.5.2018)).

3. העתירה דנן נוגעת לאמצעי נוסף שעוגן בהסדר הפיקדון, המיועד לעודד יציאה של מסתננים מהארץ והוא מתמקד במישור הכלכלי ונוגע להשתכרותם של המסתננים מעבודה בתחומי המדינה. כהערה כללית בהקשר זה יצוין כי הדין אוסר אמנם על העסקתם של מסתננים אך בפועל המדינה נמנעת מאכיפת איסור זה ואף הצהירה כי ככל שתחליט לשנות ממדיניות זו היא תודיע 30 ימים לפני שתחל בפעולות אכיפה (ראו: בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (16.1.2011); החלטה מספר 3936 של הממשלה ה-32 מיום 11.12.2011).

הוראות הסדר הפיקדון וההתפתחויות בעניינו

4. הליכי החקיקה הנוגעים להסדר הפיקדון שבמוקד העתירה דנן, החלו לאחר שניתן פסק הדין בעניין איתן. באותו עניין נקבע, בין היתר, כי הוראות החוק הנוגעות להעברת מסתננים למרכז שהייה "פתוח" (להלן: מרכז שהייה) ללא הגבלת זמן (פרק ד' לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013) בטלות, ובטלותן הושעתה למשך 90 ימים על מנת לאפשר למחוקק להיערך. ביום 1.12.2014, בעקבות פסק הדין וזמן קצר טרם פקיעתה של השעיית הכרזת הבטלות בדבר הפעלתו של מרכז שהייה, הניחה הממשלה על שולחן הכנסת את הצעת החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים ועובדים זרים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: הצעת החוק). הצעת החוק אושרה בקריאה ראשונה באותו היום והועברה לדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת (להלן: ועדת הפנים), אשר קיימה לגביה מספר דיונים בתחילת חודש דצמבר 2014. ביום 8.12.2014 התקבל החוק המתקן בקריאה שניה ושלישית והוא פורסם ברשומות ביום 17.12.2014.

בפרק א' להצעת החוק נכללו הוראות שעסקו בסוגיית החזקת מסתננים במשמורת והשמתם במרכז השהייה ובפרק ב' הוצע לתקן את הוראות חוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: חוק עובדים זרים) ולהוסיף לו הוראות בדבר חובתו של מעסיק עובדים זרים (מסתננים ושאינם מסתננים) להפקיד פיקדון בקרן או בחשבון בנק ייעודיים אשר יועבר, בתנאים מסוימים, לידי העובדים הזרים בעת עזיבתם את הארץ. ראוי לציין כי הסדר בסיסי לגבי הפקדת פיקדון החל על כלל העובדים הזרים, עוגן כבר בשנת 2000 בסעיף 1א לחוק עובדים זרים, שכותרתו "הפקדת כספים לטובת העובד הזר ולהבטחת יציאתו מישראל במועד, והשימוש בהם" (להלן: הסדר הפיקדון הנוגע לכלל העובדים הזרים). ואולם, כפי שהבהירה הכנסת בעמדה שהגישה בהליך דנן, מדובר היה בהסדר מסגרת בלבד, שהסמיך את שר הכלכלה לקבוע חובה על מעסיק של עובד זר לשלם פיקדון חודשי עבור אותו עובד בסכום שלא יעלה על 700 ש"ח. עוד הובהר כי מאחר שלא הותקנו תקנות מכוח סעיף זה, למעט לגבי ענף הבנייה, הסדר זה ביחס לכלל העובדים הזרים לא יושם בפועל. בהצעת החוק הוצע, אפוא, לקבוע בחקיקה ראשית את פרטי הסדר הפיקדון האמור ביחס לעובדים זרים שאינם מסתננים, ולהוסיף הסדר ייחודי לגבי הפקדת פיקדון בעבור עובדים מסתננים. בעקבות הדיונים שהתקיימו בפני ועדת הפנים, ובשים לב לחוות דעתו של היועץ המשפטי לכנסת לפיה החלק בהצעת החוק הנוגע לכלל העובדים הזרים "חורג מהטיפול בסוגיית המסתננים ומעלה שורה של קשיים", הוחלט על שינוי נוסחו של פרק זה, כך שהוא יחול רק על עובדים מסתננים – כלומר על מי שאינו תושב ישראל שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול (ראו: סעיף 1 לחוק למניעת הסתננות).

5. הסדר הפיקדון כפי שהתקבל בקריאה שניה ושלישית ועוגן בסעיף 4 לחוק המתקן קובע כי על מעסיק של עובד מסתנן להפקיד פיקדון בסכום השווה ל-36% משכר עבודתו: 20% ינוכו משכר עבודתו של העובד המסתנן (להלן: רכיב העובד) ו-16% נוספים ישולמו בידי המעסיק כהפרשה נוספת מעבר לשכר העובד (להלן: רכיב המעסיק) (סעיף 1א(א) לחוק עובדים זרים). שכר העבודה לעניין הסדר הפיקדון (להלן: השכר הקובע) הוא השכר המובא בחשבון לעניין חישוב פיצויי פיטורים לפי סעיף 13 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, כלומר שכר היסוד ברוטו (לפני ניכויים) ללא המרכיבים המשתנים של השכר כגון שעות נוספות (סעיף 1א(ו) לחוק עובדים זרים). עוד נקבע כי כספי הפיקדון יופקדו בחשבון בנק או בקרן מדי חודש ויצברו רווחים בניכוי עמלות ודמי ניהול (סעיף 1א(ד) וסעיף 1א(ג) לחוק עובדים זרים).

על פי ההסדר, העובד המסתנן יהיה זכאי לקבלת 67% מכספי הפיקדון בתוספת הרווחים שצברו כספים אלה בעת עזיבתו את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית ממנה (סעיף 1א4(א)(1) לחוק עובדים זרים). מכיוון שרכיב העובד מהווה כ-55% מסך כספי הפיקדון שנצברו, העובד המסתנן זכאי למעשה לקבל את רכיב העובד במלואו, בתוספת חלק מרכיב המעסיק, כמועד יציאתו מישראל. אשר ליתרת כספי הפיקדון, נקבע כי קבלתם מותנית בעזיבת הארץ לא יאוחר משה חודשים מתום תקופת השהייה שחלה לגביו. המועד של "תום תקופת השהייה בישראל" הוגדר כמועד שבו על העובד המסתנן לעזוב את ישראל על פי פסק דין חלוט או הודעה מאת שר הפנים או מנהל רשות האוכלוסין. על פי המשיבים 2-4 (להלן: משיבי הממשלה), מדובר בהודעה שתינתן ככל שיופעל מתווה של הרחקה שלא מרצון ובה יצוין מועד נקוב ליציאה מישראל. מיתרת כספי הפיקדון (33%) ינוכו הוצאות הרחקתו של העובד המסתנן; סכום נוסף שילך ויגדל בהתאם לפרק הזמן שחלף מהמועד שבו היה על העובד המסתנן לצאת מהארץ ועד ליציאתו בפועל, כך שאם יצא לאחר ששה חודשים מתום תקופת השהייה, תופחת כל יתרת הפיקדון (להלן: רכיב הניכוי המינהלי); וכן מס בשיעור של 15% על יתרת הסכום (סעיף 1א4(א) לחוק עובדים זרים).

עוד נקבע בהסדר כי בהתקיים תנאים מסוימים, רשאי הממונה מטעם משרד הפנים או מי מטעמו להחליט על הפחתת תקופת השהייה בעזיבה שתיזקף לחובתו של העובד המסתנן לצורך רכיב הניכוי המינהלי (סעיפים 1א4(ב)-(ג) לחוק עובדים זרים); וכי שר הפנים, בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת (להלן: ועדת העבודה), רשאי לקבוע סוגי מקרים ותנאים שבהתקיימם עובד מסתנן זכאי לקבל את כספי הפיקדון, כולם או חלקם, במועד מוקדם יותר (סעיף 1א4(ה) לחוק עובדים זרים).

למען שלמות התמונה יצוין כי בהתאם להוראות נוספות אשר נקבעו בחוק עובדים זרים במסגרת הסדר הפיקדון הנוגע לכלל העובדים הזרים, וזאת טרם חקיקת החוק המתקן מושא עתירה זו, תשלומים סוציאליים שהמעסיק חב בהם מכוח הסכם קיבוצי או צו הרחבה, דוגמת הפרשת המעסיק לקרן פנסיה ותשלום פיצויי פיטורים, ישולמו אף הם לקרן או לחשבון הבנק אשר נפתחו לצורך הפקדת הפיקדון (סעיף 1א(ו)(1) לחוק עובדים זרים). התשלומים הסוציאליים יקוזזו מהסכום שעל המעסיק להפקיד בהתאם להסדר הפיקדון, כך שבפועל המעסיק נדרש להוסיף לתשלומים אלה את ההפרש בין שני הסכומים ולהעבירו לקרן או לחשבון הבנק (סעיף 1א(ו)(2) לחוק עובדים זרים).

6. מועד תחולתו של הסדר הפיקדון שבחוק עובדים זרים נקבע ליום ה-1 בחודש שלאחר תום שישה חודשים ממועד פרסום צו על ידי שר האוצר, בהסכמת שר הפנים, להקמת קרן או חשבון בנק לצורך הפקדת כספי הפיקדון. בפועל, צו כאמור לא הוצא, וההסדר האמור שנקבע בחוק המתקן לא נכנס לתוקף. עתירה שהוגשה נגד החוק המתקן (ראו עניין דסטטה) התמקדה על כן בהסדרי ההחזקה במשמורת ובמרכז השהייה ולא בהסדר הפיקדון.

7. ביום 2.1.2017 התקבל במליאת הכנסת החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) (תיקון), התשע"ז-2017 (להלן: תיקון 2017), שהכניס מספר שינויים בהוראות החוק המתקן. במסגרת הדיונים שהתקיימו בוועדת הפנים בנוגע להצעה לתיקון 2017 שהגישה הממשלה, הובהר כי העיכוב בכניסת הסדר הפיקדון לתוקף נבע מהעיכוב בהשלמת המכרז לניהול כספי הפיקדונות, ולאחר שהמשיב 5 נבחר כזוכה במכרז זה, הוגשה הצעת חוק שנועדה לפשט את מנגנוני המיסוי בהסדר הפיקדון ולהורות על כניסתו לתוקף. במסגרת תיקון 2017 נקבע כי תחול חובת ניכוי מס במקור מדי חודש על שכר העבודה של העובד המסתנן, לרבות רכיב העובד, אך הפרשת המס כאמור לא תקטין את רכיב העובד שיופקד בפיקדון, שיוסיף ויעמוד על 20% מהשכר הקובע. לעומת זאת, רכיב המעסיק וכן הריבית, הפרשי ההצמדה והרווחים האחרים אשר נצברו, ימוסו רק במועד קבלת הכספים מן הפיקדון, עם יציאת העובד מישראל וזאת בשיעור של 15%, בלא זכות לפטור, ניכוי או קיזוז כלשהם. כמו כן, במסגרת תיקון 2017 ניתנה בידי שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים ושר האוצר, בהתייעצות עם שר הפנים ובאישור ועדת העבודה, הסמכות לקבוע בצו שיעור מופחת של רכיב העובד ושל רכיב המעסיק, ובלבד שרכיב המעסיק לא יעמוד על פחות מ-12.5% מהשכר הקובע של המסתנן ורכיב העובד לא יעמוד על פחות מ-16% ממנו (סעיף 1א1(א) לחוק עובדים זרים). לבסוף, נקבע כי הסדר הפיקדון יכנס לתוקפו ביום 1.5.2017.

8. ברקע הדברים יוזכר כי פרטי הסדר הפיקדון הנוגע לעובדים זרים שאינם מסתננים, לא נכללו בסופו של יום בחוק המתקן. עם זאת, ביום 19.7.2016 פורסמו תקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016 (להלן: תקנות עובדים זרים) המחייבות מעסיקים של עובדים זרים בעלי רישיון העובדים בענף הבניין, בעבודות בטכנולוגיות ייחודיות, בענף הסייעוד ובענף המלונאות להפקיד מדי חודש פיקדון בגובה סכומי מרכיבי הפיצויים ותגמולי המעסיק, שלא יעלה על 700 ש"ח. זאת בהתבסס על הסדר המסגרת שבסעיף 1א לחוק עובדים זרים. בתקנה 8 לתקנות עובדים זרים נקבע מנגנון של רכיב ניכוי מינהלי הדומה לזה המופיע בהסדר הפיקדון החל על עובדים

מסתננים. הסדר הפיקדון הנוגע לעובדים זרים שאינם מסתננים אינו נתקף במסגרת עתירה זו, והוגשו בעניינינו עתירות נפרדות שעודן תלויות ועומדות (בג"ץ 6942/19 צ'באנו נ' שר הפנים ובג"ץ 6948/19 Zhu Longjum נ' שר הפנים), אך כפי שיפורט להלן, הסדר זה יש לו רלבנטיות להיבטים מסוימים בעתירה דנן.

העתירה

9. העתירה שבפנינו הוגשה ביום 13.3.2017, כחודש וחצי לפני כניסת הסדר הפיקדון לתוקפו ובמסגרתה נתבקש צו ביניים אשר ישהה את הכניסה לתוקף של חובת ניכוי רכיב העובד עד להכרעה בעתירה. בקשה זו נדחתה ביום 19.4.2017 ודיון ראשון בעתירה התקיים ביום 26.7.2017, במהלכו התקבלה בקשת איגוד המסעדות להצטרף לעתירה כעותר וכן התקבלה בקשתם של ארגון "איתן – מדיניות הגירה ישראלית" ו-36 תושבי דרום תל אביב להצטרף כמשיבים לעתירה (להלן: איתן והתושבים). בקשות הצטרפות מטעם שדולת הנשים בישראל וכן מטעם מספר תנועות ועמותות נוספות כידידות בית המשפט (להלן: המבקשות להצטרף) נדונו אף הן, ונקבע כי יתאפשר להן לטעון בעל פה בנוסף לעמדתן הכתובה. בתום הדיון ניתן על ידי ההרכב שדן בעתירה (השופטים ע' פוגלמן, א' שהם וג' קרא) צו על-תנאי, אשר מיקד את הדיון בעתירה בשני רכיבים של הסדר הפיקדון – רכיב העובד ורכיב הניכוי המינהלי. בכל הנוגע ליתר רכיבי ההסדר לא נמצאה הצדקה להוצאת צו על-תנאי. עוד הוחלט כי הדיון בהתנגדות להפיכת הצו על-תנאי לצו מוחלט יתקיים בפני הרכב מורחב.

10. בפני ההרכב המורחב התקיימו שלושה דיונים אשר במהלכם התקבלו עדכונים על אודות יישום ההסדר והוצגו נתונים בדבר ההפקדות שבוצעו בפועל; בדבר האכיפה שננקטה כלפי מעסיקים בהקשר זה; ובדבר העברת כספי הפיקדון לידי עובדים מסתננים שעזבו את הארץ. בנוסף, עידכנו משיבי הממשלה והכנסת כי הותקנו תקנות עובדים זרים (סוגי מקרים ותנאים שבהתקיימם עובד זר שהוא מסתנן זכאי לקבל את כספי הפיקדון לפני מועד עזיבתו את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית), התשע"ח-2018 (להלן: תקנות הפטור), אשר פורסמו ביום 19.7.2018 ונכנסו לתוקף ביום 1.11.2018. בהתאם לתקנות אלה, עובדים מסתננים אשר נמנים עם אחת מהקבוצות שפורטו בהן (קטינים, נשים, מי שגילם מעל גיל 60, אבות יחידנים, חולים הזקוקים לכספי הפיקדון וקורבנות של עבירות סחר בבני אדם ועבדות), יהיו זכאים לקבלת חלק השווה ל-70% מרכיב העובד שבפיקדון (להלן: החלק היחסי של רכיב העובד), בדרך של אי-ניכוי בידי המעסיק. זאת, כך ששיעור רכיב העובד שיופקד עבור הזכאים לפי תקנות הפטור יעמוד על 6% משכרם הקובע, בדומה לשיעור שנדרש כל עובד במשק להפקיד לחיסכון הפנסיוני. בהמשך ההליך

עידכנו משיבי הממשלה כי בהתאם לסעיף ד.3 לנוהל רשות האוכלוסין 9.0.0004 "נוהל פיקדון לעובדים זרים שהם מסתננים" (להלן: נוהל עובדים מסתננים), שעודכן ביום 7.11.2018, נקבע כי מי שעומד בתנאים שנקבעו בתקנות הפטור יהיה זכאי, בכפוף להגשת בקשה מתאימה, לקבלת החזר רטרואקטיבי של החלק היחסי של רכיב העובד שכבר הופקד עבורו; ובסעיף ה.5 לאותו הנוהל נקבע, כי עובד מסתנן שמעמדו שודרג והוא קיבל רישיון לישיבה ארעית (א/5), רישיון לישיבת קבע או אזרחות ישראלית, יהיה פטור מחובת הפקדת הפיקדון ויהיה רשאי לפדות את כספי הפיקדון מבלי לצאת מישראל.

טענות הצדדים

11. הצו על תנאי שהוצא בעתירה דנן מיקד, כאמור, את הדיון ברכיב העובד וברכיב הניכוי המינהלי. משכך, תתמקד גם הצגת טענות הצדדים ברכיבים אלה בלבד.

12. העותרים טוענים כי רכיב העובד בהסדר הפיקדון פוגע בזכויות חוקתיות הנתונות לו. לשיטתם, ניכוי רכיב העובד בניגוד לרצונו של העובד המסתנן והפקדתו בפיקדון, שולל חמישית ממשכורתו לתקופה בלתי קצובה. שלילה זו, כך נטען, עולה כדי פגיעה בליבת הזכות החוקתית לקניין ובשים לב לאוכלוסייה המוחלשת בה עסקינן, היא אף פוגעת בזכות לקיום מינימלי בכבוד של העובדים המסתננים ושל בני משפחותיהם. עוד נטען כי ניכוי רכיב העובד מפלה את העובדים המסתננים ביחס לעובדים זרים אחרים וכי הדבר עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. העותרים סבורים כי הפגיעה בזכויות אלה אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשיטתם, בהעדר אפשרות להרחיק מן הארץ את מרבית אוכלוסיית המסתננים – נתיני סודן ואריתריאה – ובשים לב ל"סחבת" אשר ננקטת בבדיקת בקשות המקלט אשר הוגשו על ידי חלק נכבד מאוכלוסייה זו, החוק המתקן בעניינם עולה כדי התעמרות שכל תכליתה היא שבירת רוחם של העובדים המסתננים על מנת שיצאו מישראל. תכלית זו, כך נטען, אינה ראויה ואף נוגדת את עקרון אי-ההחזרה (non-refoulement) אשר לו מחויבת המדינה מכוח הדין הבינלאומי. העותרים סבורים כי הוראות החוק המתקן עולות כדי "הרחקה קונסטרקטיבית" של המסתננים, כלומר גירוש דה-פקטו של מי שזכאים להגנה בינלאומית, בשל יצירה מכוונת של תנאים בלתי נסבלים שתכליתם לעודד עזיבה. לשיטת העותרים, המדינה מכירה אומנם בכך שעליה להעניק "הגנה זמנית" לעובדים המסתננים, אך בה בעת היא מפעילה עליהם לחץ על מנת שיוותרו על הגנה זו.

13. העותרים מדגישים כי די בכך שתכלית החוק המתקן אינה ראויה כדי לקבוע שהוא בלתי חוקתי, אולם הם מוסיפים וטוענים כי הפגיעה הטמונה בהסדר הפיקדון אינה עומדת גם בתנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה. לטענתם, נתוני העזיבה של עובדים זרים את ישראל מצביעים על כך שלא מתקיים קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר לתכלית שאותה הוא נועד להגשים. זאת, שכן שיעור עזיבת המסתננים את הארץ בשנים שלאחר כניסתו של ההסדר לתוקפו מצוי בירידה, ומרבית המסתננים שעזבו את הארץ עשו כן לאחר שקיבלו מעמד במדינות מערביות אחרות ובתהליך ארוך שהחל, ככל הנראה, עוד בטרם נכנס ההסדר לתוקף. כמו כן, לאורך ההליך הגישו העותרים תצהירים ונתונים מהם עולה הנזק הרב שנגרם לאוכלוסיית העובדים המסתננים ובני משפחותיהם בשל הסדר הפיקדון. נזק זה מחזק, לשיטתם, את המסקנה כי ניכוי רכיב העובד פוגע פגיעה בלתי מידתית בזכויות חוקתיות. עוד נטען כי המדינה אינה פועלת די הצורך על מנת להבטיח כי הכספים שנוכו אמנם מועברים על ידי המעסיקים לחשבון הפיקדון וכי ניתן יהיה לקבלם ככל שהעובד המסתנן יחליט לעזוב את הארץ. אשר לתקנות הפטור נטען כי התנאים שנקבעו לקבלת פטור אינם משככים את הפגיעה החמורה בזכות לקיום בכבוד הטמונה בניכוי רכיב העובד, ואינם מספקים כל מענה למי שמשכר מתחת לשכר המינימום או מעט מעליו ואינו נמנה עם אחת הקבוצות המפורטות בתקנות.

לשיטת העותרים, גם ברכיב הניכוי המינהלי גלומה פגיעה בזכויות חוקתיות שאינה עולה בקנה אחד עם תנאי פסקת ההגבלה. לטענתם, אף אם התכלית של הבטחת יציאת העובד מישראל במועד שנקבע לו היא תכלית ראויה, התועלת שלכאורה צומחת מרכיב זה אינה עומדת ביחס הולם לעוצמת הפגיעה בזכויותיהם של העובדים המסתננים. בפרט כך מציינים העותרים, ניכוי סכומים שלא יוחזרו לעובד מרכיב המעסיק – אף שהוא רכוש של העובד ושייך לו כדין בשל עבודתו – פוגע באופן משמעותי בקניינו של העובד המסתנן ומעמיד בספק את יכולתו לקיים את עצמו בכבוד לאחר שיעזוב את ישראל.

14. איגוד המסעדות – עמותה רשומה הפועלת למען קידום אינטרסים משותפים של העוסקים בענף המסעדות – הצטרף לטענות העותרים כנגד רכיב העובד ורכיב הניכוי המינהלי. האיגוד סבור כי הוראות ההסדר שנקבע בחוק עלולות להמיט אסון כלכלי על הענף, שבו מועסקים כ-20,000 עובדים מסתננים, וכפועל היוצא מכך – לפגוע בהעסקתם של יתר העובדים בענף. איגוד המסעדות מדגיש כי החובה להפריש 36% משכר העובד תוביל בסופו של יום לנטישה ולהתפטרות המונית של העובדים המסתננים המועסקים בענף המסעדות, אלא אם אלה יפוצו על גריעת שכרם בדרך של העלאת השכר. לחלופין,

נטען כי ההסדר יוביל עובדים מסתננים לעבודה ללא תלוש שכר, ללא הגנות, וללא תשלומים למדינה.

15. המבקשות להצטרף – עמותות העוסקות, בעיקר, בהגנה וקידום זכויות נשים וילדים בחברה הישראלית – התמקדו בפגיעה האנושה שגורם הסדר הפיקדון, לשיטתן, בזכויות יסוד של נשים וילדים. המבקשות להצטרף סבורות כי ניכוי רכיב העובד עלול להוביל לפגיעה חריפה ביכולתן של משפחות המסתננים לרכוש מזון, מדור וטיפולים רפואיים וכפועל היוצא מכך להגדלת מספר הילדים הנמצאים בסיכון, באופן המנוגד למחויבויותיה של המדינה מכוח אמנות בינלאומיות.

16. משיבי הממשלה והכנסת סבורים מצידם כי אין להורות על בטלות החוק המתקן או איזה חלקים ממנו. בעניין הפגיעה בזכויות חוקתיות, טוענים משיבי הממשלה – ואל טענותיהם במישור החוקתי הצטרפה גם הכנסת – כי העותרים לא הניחו בפני בית המשפט תשתית משפטית ועובדתית מספקת להוכחת פגיעה בזכות העובדים המסתננים לשוויון או בזכותם לקיום אנושי בכבוד. לעומת זאת, משיבי הממשלה מסכימים כי ניכוי 20% משכרו של העובד המסתנן מהווה פגיעה בזכותו לקניין אך לגישתם, פגיעה זו אינה כה חמורה שכן אין מדובר בשלילת קבע של השכר; הניכוי הוא למעשה בשיעור נוסף של 14% מעבר לניכוי שכל עובד מחויב בו ממילא בהתאם להסדר הפנסיה הנוהג במשק; וההסדר מיטיב עם העובד לעומת המצב ששרר טרם חקיקתו במובן זה שיש בו כדי להבטיח לעובד המסתנן נגישות אל הפרשות המעסיק.

בכל הנוגע לחוקתיות הפגיעה, נטען כי הסדר הפיקדון נועד להגשים ארבע תכליות ראויות – יצירת תמריץ כלכלי חיובי ליציאת מסתננים מישראל; הבטחת הזכויות הסוציאליות של העובדים המסתננים; הקטנת הפגיעה הקיימת ברמות התעסוקה והשכר של עובדים ישראלים על ידי השוואת עלות ההעסקה של עובדים מסתננים לזו של עובדים ישראלים; ומתן נקודת פתיחה ראויה לתחילת חייהם של העובדים המסתננים מחוץ לישראל. משיבי הממשלה שוללים את טענת העותרים לפיה ניכוי רכיב העובד עולה כדי הרחקה קונסטרוקטיבית, שכן לשיטתם אין בו כדי להפעיל לחץ בלתי סביר על העובדים המסתננים באופן אשר יסכל את קיומה של בחירה חופשית לצאת מן הארץ. עוד נטען כי הפגיעה הגלומה בהוראות החוק המתקן היא מידתית ועל כן החוק צולח את תנאי פסקת ההגבלה וביתר שאת נוכח התקנת תקנות הפטור המחריגות את האוכלוסיות שפורטו בהן מחובת הפקדת החלק היחסי של רכיב העובד.

17. איתן והתושבים סבורים אף הם כי יש לדחות את העתירה. לשיטתם, אף אם הוראות החוק המתקן פוגעות בזכות לקניין, הרי שמדובר בפגיעה שעוצמתה פחותה ואשר עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. הם סבורים כי תכליתו העיקרית של החוק המתקן היא עידוד יציאתם של מסתננים מישראל ומניעת השתקעותם בה וכי תכלית זו היא ראויה ואינה עולה כדי הרחקה קונסטרוקטיבית פסולה.

18. המשיב 5, בנק מזרחי טפחות, אשר זכה כאמור במכרז לניהול הפיקדון, הודיע כי הוא מבקש להיחשב משיב פורמלי וכי יכבד כל החלטה שתתקבל בעתירה.

19. לאחר היאסף טענות הצדדים והנתונים העדכניים לתיק בית המשפט ובטרם שניתן פסק-הדין התפרץ נגיף הקורונה בישראל ומרבית הפעילות במשק הושבתה. כתוצאה מכך עובדים רבים ובהם גם עובדים מסתננים איבדו את פרנסתם. ככל שהדבר נוגע לעובדים המסתננים, יש לזכור כי רכיב פיצויי הפיטורין שהמעסיק אמור להפריש לטובתם מופקד למעשה לפיקדון כחלק מרכיב המעסיק. משכך, לעובד המסתנן אין גישה לכספים אלה עד יציאתו מהארץ בפועל. במסגרת עדכון שהוגש בהליך אחר, המתנהל בפני חלק מחברי ההרכב בעתירה דנן, נודע לבית המשפט על קיומו של תזכיר חוק תשלום פיקדון לעובד זר שהוא מסתנן (הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020 (להלן: תזכיר החוק) שהופץ להערות הציבור ביום 1.4.2020. לפי תזכיר החוק, מסתנן אשר פוטר או הוצא לחופשה ללא תשלום בעקבות משבר הקורונה, יהיה רשאי להגיש בקשה לפדות חלק מכספי הפיקדון בתנאים שיפורטו בחוק, וזאת לצורך מחייתו בתקופה שבה הוא אינו מועסק. בעקבות עדכון זה ניתנה לצדדים בעתירה הזדמנות להציג את עמדתם באשר להשלכות תזכיר החוק, ככל שיש כאלה, על העתירה שבפנינו, וכן הובהר כי בכוונת בית המשפט ליתן פסק דין בעתירה בהקדם.

לטענת משיבי הממשלה, ההסדר המוצע בתזכיר החוק – שנוסחו הסופי טרם גובש – הוא "הסדר ממוקד ותחום [...] ועל כן שונה הוא מן ההסדר המצוי לבחינתו החוקתית של בית המשפט [...] במסגרת העתירה שבכותרת" (סעיף 10 לתגובת משיבי הממשלה מיום 21.4.2020). לפיכך, לגישת משיבי הממשלה "על ההכרעה בעתירה דנן להינתן על יסוד כלל כתבי הטענות שהוגשו זה מכבר על ידי הצדדים, במנותק מן ההסדר המתגבש בימים אלו". העותרים, איגוד המסעדות והמבקשות להצטרף מציינים אף הם כי תזכיר החוק אינו משפיע על התמונה הכוללת שבה עוסקת העתירה, ומוסיפים כי לכל היותר מדובר בהסדר אשר מחזק את הצורך בהכרעה בעתירה בעת הזו משום שהוא לא מספק מענה הולם למצוקתם של העובדים המסתננים שרבים מהם איבדו את פרנסתם בעקבות משבר הקורונה. מנגד, איתן והתושבים טוענים כי תזכיר החוק משפיע ישירות

על העתירה משום שהוא ממחיש את הצורך הממשי בקיומם של כספי חיסכון עבור המסתננים אשר מאפשרים להעניק להם סיוע נקודתי בתקופה של משבר בלתי צפוי. לשיטת איתן והתושבים, הצורך בכלי שיעודד יציאה מרצון נחוץ כיום ביתר שאת, שכן נוכחות העובדים המסתננים תקשה על השתלבות עובדים ישראלים חזרה בשוק העבודה בתום משבר הקורונה.

20. אכן, התפרצות נגיף הקורונה טלטלה את חיינו מקצה לקצה ולא פסחה על העובדים המסתננים המתמודדים אף הם עם השלכות המגפה. ואולם, כפי שמציינים בצדק משיבי הממשלה בתגובתם, ההסדר הנקודתי הנבחן לצורך מתן מענה זמני למצוקת העובדים המסתננים בתקופה הקרובה, אין בו כדי להשפיע על הבחינה החוקתית של הסדר הפיקדון בכללותו. כמפורט לעיל, הסדר זה מורה, בין היתר, על חובת הפקדת 20% משכרו החודשי של העובד המסתנן ("רכיב העובד") לצד ניכוי מנהלי ("רכיב הניכוי המנהלי") והיבטים אלה בחוק הפיקדון – העומדים במוקד העתירה דנן – אינם צפויים להשתנות בעקבות הוראת השעה המתגבשת על פי תזכיר החוק הנזכר לעיל. לפיכך, מקובלת עלינו עמדת משיבי הממשלה כי יש למקד את פרק הדיון וההכרעה בכתבי הטענות שהוגשו בעתירה והמתייחסים להוראות חוק הפיקדון אשר לגביהם הוצא צו על תנאי.

דיון והכרעה

21. השאלה העומדת במוקד העתירה שבפנינו היא האם רכיב העובד ורכיב הניכוי המנהלי שנקבעו בהסדר הפיקדון הם חוקתיים. לשם מתן מענה לשאלה זו, עלינו לבחון כל אחד מרכיבים אלה לפי שלבי הבחינה החוקתית הנהוגים בשיטתנו המשפטית. ראשית, עלינו לבחון האם ההסדר הנבחן פוגע בזכות חוקתית. אם התשובה לכך חיובית, עלינו להוסיף ולבחון האם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במידה והפגיעה אינה צולחת את תנאי פסקת ההגבלה, כי אז יש להכריע מהו הסעד אשר ירפא את הפגיעה (להרחבה על אודות הליך הבחינה החוקתית ראו, בין היתר, עניין דסטטה, פסקאות 23-24 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור; אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119 (2018); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428 (1995)).

22. העותרים טוענים כי רכיב העובד פוגע בזכויותיו החוקתיות של העובד המסתנן לקניין, לקיום בכבוד ולשוויון. לגישתי, לצורך ההכרעה בסוגיית הפגיעה בזכויות חוקתיות די לנו אם נמקד את הדיון בפגיעה בזכותו של העובד המסתנן לקניין אשר לגביה אין למעשה מחלוקת בין הצדדים לעתירה.

23. משיבי הממשלה מסכימים, כאמור, כי ניכוי רכיב העובד המסתנן פוגע בזכות הקניין שלו (ר' פסקה 53 לכתב התשובה מטעמם). אף איתן והתושבים מכירים בקיומה של פגיעה כאמור, בציינם כי קבלת שכר עבודה מהווה גרעין הזכות החוקתית לקניין (פסקה 216 לתשובתם לצו על תנאי מיום 15.11.2017). הנה כי כן, טענות המשיבים נוגעות בעיקרן להיקף ההגנה החוקתית על הזכות לקניין ולעמידת ההסדר בתנאי פסקת ההגבלה.

24. עמדתם של כלל הצדדים בעתירה בעניין זה עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה הנוגעת להיקפה של הזכות החוקתית לקניין לגביה נקבע כי "...הקניין בחוק היסוד אינו מוגבל לזכויות הקנייניות בלבד. אכן, לא הרי הקניין במובנו החוקתי כהרי הקניין במובנו במשפט הפרטי... על כן כולל המושג החוקתי של הקניין גם את הזכות לחזקה ואת הזכויות האובליגטוריות... הקניין במובנו החוקתי משמעותו זכות רכושית, בין זכות חפצא ובין זכות גברא". (בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 9 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק (20.9.2006); ראו עוד: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 583 (2005); בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 32-34 (2006)). על מהותה של זכות העובד לשכר בהקשר זה, עמדו מלומדים בציינם כי זכותו לשכר היא חלק מ"קניינו" במובן החוקתי, משום שמושג זה נגזר מהתכלית של הבטחת חירות כלכלית לפרט (אהרן ברק "הזכות החוקתית לקניין: החירות הכלכלית והאחריות החברתית" מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 479, 489 (2017); ראו גם: סטיב אדלר "פיצוי הלנה: חוק ופסיקה" שנתון משפט העבודה ו 5, 45 (1996)). עוד נפסק כי "ההגנה על הזכות הרכושית החוקתית ניתנת אף היא לכל אדם בישראל, ובכלל זה לעובדים הזרים" (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, 165 (2011)).

ניתן אפוא לקבוע כי רכיב העובד שבהסדר הפיקדון פוגע באופן מובהק בזכות החוקתית לקניין. עוד ניתן לקבוע כי זוהי פגיעה ממשית משום שעל פי אותו הסדר נשללת מן העובד המסתנן הזכות לקבלת חמישית משכרו, שהוא הנכס העיקרי אם לא

היחיד מתוך נכסיו בישראל. שלילה זו של רכיב העובד נעשית לפרק זמן בלתי מוגבל שסופו אינו ידוע, והיא עשויה להימשך שנים ארוכות ולקרב בכך את השלילה לכדי הפקעת הכספים בפועל. אכן, העובדה שמדובר בשלילה שאינה שלילת קבע יש לה לכל היותר השלכה על עוצמת הפגיעה. עוד יודגש כי בשונה מהפרשות משכר העבודה שבהן מחויבים עובדים ישראלים המזכות אותם בין היתר בכיטוח פנסיוני, רכיב העובד אינו מזכה את העובד המסתנן בהטבות סוציאליות.

פגיעת רכיב העובד בזכות הקניין – תנאי פסקת ההגבלה

25. פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובעת ארבעה תנאים אשר בהתקיימם ניתן למצוא הצדקה לפגיעה בזכות החוקתית המוגנת על פיו. הפגיעה צריך שתהא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; על החוק להלום את ערכיה של מדינת ישראל; עליו להיות לתכלית ראויה; ועל הפגיעה בזכות להיות במידה שאינה עולה על הנדרש. בהתאם לטענות העותרים, בחינת רכיב העובד בראי פסקת ההגבלה תתמקד בשני התנאים האחרונים שבה – קיומה של תכלית ראויה לניכוי רכיב העובד ומידתיות הסדר זה.

תכלית רכיב העובד

26. משיבי הממשלה התייחסו בטיעוניהם המפורטים לעיל, לארבע תכליות שהסדר הפיקדון נועד לקדם: התכלית הראשונה היא יצירת תמריץ כלכלי חיובי ליציאת מסתננים מישראל; התכלית השנייה היא הבטחת הזכויות הסוציאליות של העובדים המסתננים; התכלית השלישית היא הקטנת הפגיעה בעובדים ישראלים; והתכלית הרביעית היא הבטחת נקודת פתיחה ראויה לעובדים המסתננים לאחר עזיבת ישראל.

כבר בפתח הדברים יודגש, כי תכליות אלה שהציגו משיבי הממשלה, עומדות בבסיס הסדר הפיקדון בכללותו. ואולם, היות שהבחינה החוקתית מתמקדת בשלב זה ברכיב העובד בלבד, יש לבחון ראשית אילו מבין תכליות אלה רלבנטיות לרכיב זה. בחינה של כל אחת מארבע התכליות שצויינו מובילה למסקנה כי שתיים מהן – התכלית השנייה והתכלית השלישית – רלבנטיות לרכיבים אחרים בהסדר הפיקדון אך לא לרכיב העובד, ומשכך לגביהן אין מתעורר הצורך לבחון אם מדובר בתכליות ראויות. שתי התכליות הנוספות – התכלית הראשונה והתכלית הרביעית – הן תכליות שרכיב העובד נועד להגשים ולפיכך עלינו למקד את הבחינה החוקתית בשתי אלה. עם זאת, ראיתי להתייחס בקצרה גם לתכליות האחרות שפירטו משיבי הממשלה.

27. התכלית השנייה, שעניינה שמירה על זכויותיו הסוציאליות של העובד המסתנן, נועדה לקדם את האינטרס הציבורי בכך שתשלומים סוציאליים שהופרשו לטובת העובד אכן יישמרו עבורו ויהיו זמינים לו בעתיד. על פי צו ההרחבה בדבר הגדלת ההפרשות לביטוח פנסיוני כמשק, החל לשיטת משיבי הממשלה גם על העובדים המסתננים, כל מעסיק מחויב להפריש לכל עובד 12.5% משכר עבודתו עבור רכיבי פנסיה ופיצויי פיטורין, ובנוסף לנכות 6% משכר העובד עבור פנסיה. משיבי הממשלה סבורים כי לאור המציאות שבה למרבית העובדים המסתננים אין קופת פנסיה על שמם בשל סירוב קרנות הפנסיה לקבלם כעמיתים או בשל הפרת זכויותיהם על ידי המעסיק, הסדר הפיקדון נועד להקנות לעובדים המסתננים "כלי פשוט בו ניתן להפקיד את ההפרשות הסוציאליות האמורות" (פסקה 41 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). טענה זו אין בידי לקבל ככל שהדבר נוגע לרכיב העובד.

במסגרת דיוני ועדת העבודה של הכנסת באשר לתקנות עובדים זרים – דיונים שהתקיימו לאחר חקיקת הסדר הפיקדון העומד במוקד עתירה זו – הבהירה בהקשר זה היועצת המשפטית לוועדה כי ההוראה בסעיף 1(א)(1) לחוק עובדים זרים, לפיה על המעסיק להפקיד את התשלומים סוציאליים שהוא חב בהם לחשבון הפיקדון, "מתייחסת לתשלומים שהם חבות המעסיק או לפיצויי פיטורים או חבות המעסיק לתגמולים. היא לא מחייבת את חבות העובד ואפשר לראות מההיסטוריה של אותו תיקון לסעיף שזה לא מחייב את הפרשת החלק של העובד" (פרוטוקול דיון ועדת העבודה מיום 24.5.2016, עמ' 24). דברים אלה מבהירים, כי אף אם התכלית של שמירה על הזכויות הסוציאליות של העובד המסתנן רלבנטית לרכיב המעסיק, אין למצוא בה הסבר לקיומו של רכיב העובד בהסדר הפיקדון, שכן הפקדת רכיב העובד אינה מייתרת את תשלום העובד לקרן פנסיה – בין אם זה מתבצע בפועל ובין אם לאו.

אשר לתכלית השלישית שעניינה הקטנת הפגיעה ברמות התעסוקה והשכר של עובדים ישראלים על ידי השוואת עלות העסקת העובדים המסתננים לעלות העסקת עובדים ישראלים. תכלית זו בהחלט מסבירה את רכיב המעסיק בהסדר הפיקדון. אך נטילת חלק משכר העובד אין בה כדי להוביל להעלאת עלות העסקתם של העובדים המסתננים, בוודאי לא באופן ישיר. על כן, לא ניתן לומר כי רכיב העובד משרת תכלית זו.

הבחינה החוקתית בענייננו הנוגעת לרכיב העובד תתמקד, אפוא, בשתי התכליות הנותרות.

28. משיבי הממשלה הדגישו בטיעוניהם כי "התכלית העיקרית [של הסדר הפיקדון] היא ליצור תמריץ כלכלי חיובי שיעודד יציאה מרצון מישראל" (פסקה 14 לעיקרי הטיעון של משיבי הממשלה). העותרים מסכימים אף הם כי המאמץ לעודד את עזיבת המסתננים את ישראל הוא שעומד במוקד הסדר הפיקדון ואולם לגישתם, ככל שמדובר ברכיב העובד, ההסדר מיועד להפעיל עליהם לחץ פסול שיש בו משום "הרחקה קונסטרוקטיבית" של מבקשי מקלט ושל מי שזכאים להגנה מכוח עקרון אי-ההרחקה.

האם תכלית זו, הנוגעת לעידוד היציאה מרצון מישראל, היא תכלית ראויה?

29. בפסקי הדין בעניין אדס, איתן ודסטח נחלקו הדעות בשאלה אם יש לראות בתכלית של מניעת השתקעות בישראל תכלית ראויה ולגיטימית, וזאת על רקע התיקונים שבוצעו בחוק למניעת הסתננות ובפרט ההוראות בדבר החזקתם של מסתננים במשמורת לתקופה ארוכה וכן חיובם לשהות תקופות ארוכות במרכז השהייה (ראו: עניין אדס, פסקה 85 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל ופסקה 19 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; עניין איתן, פסקה 101 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; והשוו לעניין דסטח שם נדונה התכלית של "מניעת השתקעות במרכזי הערים" – פסקאות 67-75 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור; פסקאות 17-19 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; פסקה 5 לפסק דינו של השופט י' עמית).

עם זאת, נראה כי ככל שהתכלית בדבר עידוד יציאה מהארץ משמעה עידוד חיובי לעזיבה מרצון, אף העותרים מסכימים כי אין בה כל פסול. לכל מדינה נתון מתחם של שיקול דעת לעיצוב מדיניות ההגירה שלה. על כן, נקיטת אמצעים היוצרים תמריץ חיובי לעובדים המסתננים לעזוב מרצונם את ישראל בהתאמה למדיניות ההגירה, משרתת תכלית לגיטימית וראויה. לעומת זאת, הפעלת "מכבש לחצים" על המסתנן על מנת לשבור את רוחו ולהובילו לעזוב את הארץ, היא פסולה, ואינה יכולה להיחשב תכלית ראויה (עניין איתן, בפסקה 112 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; עניין דסטח, פסקה 81 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור ופסקאות 24-28 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). היא אף עלולה להתנגש עם עקרונות המשפט הבינלאומי בסוגיה זו (ראו: Penelope Mathew, *Constructive Refoulement*, in RESEARCH HANDBOOK ON INTERNATIONAL REFUGEE LAW 207, 220-222 (Satvinder Singh Juss Ed., 2019) (להלן: Mathew)).

על הגבול הדק שבין עידוד חיובי לעזיבה ל"שבירת רוחם" של המסתננים על מנת שיחליטו לעזוב, עמד השופט ע' פוגלמן בעניין איתן בצינונו כי "... קשיים מסוימים

הם מנת חלקו של כל אדם הבוחר להגר למדינה אחרת בצורה בלתי מוסדרת. לא ניתן – ובמובנים מסוימים אף לא רצוי – להעלימם כליל. בין תמרוץ לגיטימי (כגון תמריץ כספי) לעזיבת הארץ לבין הפעלת לחץ משמעותי ובלתי הוגן אשר שולל, הלכה למעשה, את יכולתם של שוהים בלתי חוקיים לבחור שלא לצאת מהארץ – עובר, אפוא, גבול דק” (שם, בפסקה 113 לפסק דינו; ראו עוד: Mathew, בעמ’ 208). ההבדל הקיים בהקשר זה בין רכיב העובד ובין רכיב המעסיק בהסדר הפיקדון הוא ברור. בעוד שרכיב המעסיק מהווה “גזר” – קרי תמריץ כלכלי שאינו פוגע בשכר העבודה החודשי של העובד המסתנן – רכיב העובד מהווה “מקל” אשר ייתכן שיש בו כדי לחצות את אותו “גבול דק” שבין קביעת תמריץ לגיטימי ובין הפעלת לחץ לא ראוי על המסתננים על מנת שיאלצו לעזוב. במקרה דנן נראה, עם זאת, כי אין צורך להכריע בשאלה זו משום שגם אם נצא מן ההנחה שהתכלית האמורה ראויה היא, רכיב העובד הכלול בהסדר אינו עומד בדרישת המידתיות, מן הטעמים שיפורטו להלן.

30. אשר לתכלית הרביעית שאליה התייחסו משיבי הממשלה – יצירת “נקודת פתיחה” כלכלית ראויה לפרק הבא בחייו של המסתנן מחוץ למדינת ישראל. רכיב העובד אכן מהווה חלק מרכזי (55%) מסכומי הכסף שיצטברו בפיקדון העובד המסתנן אשר יוכלו לשמשו ביום שלאחר עזיבת ישראל והעותרים עצמם אינם מכחישים שמדובר בהיבט זה בתכלית ראויה, אף שגלום בה יחס פטרנליסטי בכל הנוגע לניהול כספם של העובדים המסתננים.

31. השלב הבא בבחינה החוקתית נוגע למידתיות הפגיעה בזכות הקניין הגלומה ברכיב העובד שבהסדר הפיקדון. התקיימות יסוד המידתיות שבפסקת ההגבלה תיבחן בראי שתי התכליות הללו ולצורך כך נצא, מבלי לקבוע מסמרות בדבר, מנקודת הנחה כי לא מונחת בבסיס רכיב העובד תכלית פסולה החותרת ל”שבירת רוחו” של העובד המסתנן.

מידתיות רכיב העובד

32. מידתיות הפגיעה הגלומה ברכיב העובד נבחנת על פי שלושה מבחני המשנה: (א) מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרציונאלי; (ב) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; (ג) מבחן המידתיות במונח הצר (להרחבה על אודות מבחני המשנה של המידתיות ראו, מיני רבים, בג”ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ’ הכנסת, פסקה 53 (12.9.2017)).

33. המשיבים טוענים כי קיימת הלימה בין תכליות ההסדר לאמצעי שנבחר – הפקדת כספים בפיקדון וצבירתם עד לעזיבת העובד המסתנן את הארץ. לטענת משיבי הממשלה, צבירת הכספים מהווה "תמריץ כלכלי משמעותי ליציאת העובד המסתנן מישראל, כשיבשילו עבודו התנאים לכך, ולמעשה כיום כבר מתקיימת יציאה מרצון למדינות שלישיות או למדינות אחרות וישנם אף החוזרים למדינת המוצא מרצון" (פסקה 92 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). העותרים מצידם, טענו כי אין קשר רציונאלי בין רכיב העובד לתכלית. זאת, בהתבסס על נתוני משיבי הממשלה מהם עולה כי בשנים האחרונות קיימת ירידה במספר המסתננים אשר עזבו את ישראל מרצונם.

34. על פני הדברים, קיומו של תמריץ כלכלי ברור בדמות פיקדון שהצטבר עבור כל עובד מסתנן – ואשר רובו מורכב מרכיב העובד – יוצר מוטיבציה אצל העובד לצאת את ישראל ולקבל לידיו את הפיקדון. לפיכך, ניתן לומר כי במישור התיאורטי קיים קשר רציונאלי בין האמצעי שבחר המחוקק ובין המטרה העומדת בבסיסו. עם זאת, בנקודת הזמן שבה אנו מצויים – כשלוש שנים לאחר כניסת הסדר הפיקדון לתוקף – לא ניתן להסתפק אך בקשר רציונאלי תיאורטי בין האמצעי שנבחר ובין התכליות שבבסיסו, ויש לבחון גם את השפעותיו של ההסדר בפועל. בית משפט זה כבר קבע בעבר כי במקרים מסוימים בחינת הקשר הרציונלי "צריכה להעשות [...] לא כענין תיאורטי, אלא כענין מעשי, הנבחן בתוצאות הגשמתו. אכן, כשאלה תיאורטית הנבחנת בעת חקיקת החוק, יתכן שיש בהסדרים הקבועים בחוק כדי להגשים את תכליותיו", אולם "בחינה (מראש) זו אינה מספיקה. כאשר התכלית המונחת ביסוד חוק היא להביא לשינוי חברתי, אשר התרחשותו אינה אך הערכה תיאורטית אלא נבחנת במבחן החיים, יש לבחון את התאמת האמצעים שנבחרו להגשמת מטרה זו במבחן התוצאה" (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 710 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)).

35. התמונה העולה מן הנתונים שהוצגו בפנינו וכן מנתוני זרים 2019 אינה חד משמעית:

יציאת מסתננים מסודן	יציאת מסתננים מאריתריאה	יציאת מסתננים אפריקאים כוללת	
4,112	1,691	6,414	2014
600 (-85%)	2,480 (+46%)	3,381 (-47%)	2015

(-4%) 3,246	(+6%) 2,629	(-35%) 390	2016
(+4%) 3,375	(+10%) 2,895	(-40%) 233	2017
(-21%) 2,667	(-21%) 2,270	(-33%) 156	2018
(+2%) 2,723	(-1%) 2,239	(+38%) 216	2019

נתונים אלה אכן מצביעים על ירידה במספר המסתננים שיצאו מרצונם את ישראל בין שנת 2017 – השנה שבה נכנס הסדר הפיקדון לתוקף – לשנים 2018 ו-2019. ואולם, מהנתונים המספריים בלבד לא ניתן להסיק מהי השפעתו של הסדר הפיקדון, שכן לא מן הנמנע שירידה זו נובעת משינויים אשר אינם קשורים באופן ישיר להסדר, כגון סגירתו של מרכז השהייה בתחילת שנת 2018. מנגד, נתון אחר, שהודגש בטיעוני משיבי הממשלה, מראה כי מספר המסתננים העוזבים את הארץ מבין אלה אשר הופקדו להם בפועל כספים בפיקדון, עלה משמעותית – מ-102 בחודשים מאי-דצמבר 2017 (כ-5.4% מכלל המסתננים שעזבו את הארץ), ל-369 בחודשים ינואר-מאי 2019 (כ-36.5% מכלל המסתננים שעזבו את הארץ). לטענת משיבי הממשלה, נתון זה מעיד על כך שכבר "בשלב מוקדם יחסית" של יישום ההסדר הוא מעודד מסתננים לבחור ביציאה מישראל. זוהי אכן מסקנה אפשרית העולה מן הנתונים, אך היא אינה מתחייבת מהם, שכן בחלוף הזמן ממועד כניסת ההסדר לתוקף, מספרם של המסתננים אשר עבורם מופקדים בפועל כספים לפיקדון, הולך וגדל וברי כי ככל שהסדר הפיקדון חל בפועל על יותר עובדים מסתננים, כך גם יגדל שיעורם של עובדים אלה העוזבים את הארץ. לו היו מוצגים בפנינו נתונים בדבר אחוז המסתננים אשר להם הופקד בפועל כסף בפיקדון מקרב כלל המסתננים, ייתכן שניתן היה לבחון אם שיעורם בקרב המסתננים העוזבים את הארץ גבוה ביחס לשיעורם בקרב אוכלוסיית המסתננים הכללית. נתון שכזה לא הוצג בפנינו. על כן, לא ניתן לקבוע מסמרות לכאן או לכאן בעניין זה. למעשה, אף משיבי הממשלה הודו כי "לא ניתן לקשור באופן חד-חד ערכי בין הפיקדון ליציאת המסתננים" (סעיף 14 להודעת המערכת מטעם מיום 27.6.2019).

36. מגמה נוספת אשר עולה מהנתונים עניינה ביעדים השונים שאליהם עוזבים המסתננים בעלי הפיקדון:

יציאת מסתננים עם פיקדון למדינות מערביות	יציאת מסתננים עם פיקדון למדינות המוצא ולמדינות אפריקאיות אחרות	
56 (%) 55	46 (%) 45	מאי-דצמבר 2017

70%() 455	30%() 194	2018
63%() 230	37%() 137	14.5.2019 עד יום 2019

נתונים אלה מלמדים כי רוב העובדים המסתננים שהופקד עבורם פיקדון, עזבו את הארץ למדינות מערביות. היציאה למדינות אלה מותנית בהשלמת הליכי קבלת מעמד על בסיס קריטריונים מסוימים ומשכך, בהחלט יתכן שהעובדים המסתננים אשר עזבו למדינות מערביות עשו כן במועד השלמת ההליכים לקבלת המעמד שהחלו לפני כניסת הסדר הפיקדון לתוקף. במילים אחרות, בהחלט יתכן שעזיבתם אינה קשורה בהכרח לתמריץ שמייצרים כספי הפיקדון, אלא לרצונם לחיות במדינה מערבית שתעניק להם זכויות אשר בשלב זה אינם מקבלים בישראל. נתון זה מעורר אף הוא, אם כן, ספק מסוים בדבר קיומו של קשר רציונאלי בין הסדר הפיקדון לעידוד היציאה מהארץ.

ואולם, נוכח האמביוולנטיות העולה מן הנתונים בכללותם, ובהינתן ההלכה לפיה "די בהגשמה חלקית שאינה שולית או זניחה על מנת לקיים את דרישת הקשר הרציונאלי" (בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 23 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (23.2.2012)), לא ניתן לומר שלא קיים כל קשר רציונאלי בין הסדר הפיקדון בכלל, ורכיב העובד בפרט, לתכלית שעניינה עידוד היציאה מרצון.

37. אשר לתכלית הרביעית, נראה כי בהקשר זה קיים קשר רציונאלי ברור בינה ובין רכיב העובד. רכיב העובד מהווה חלק משמעותי מהפיקדון, אשר אינו נתון לניכוי מינהלי בעת היציאה מן הארץ. משכך, ברי כי הפקדתו מובילה להצטברותו של סכום כסף – שלא בהכרח היה נחסך ללא הסדר הפיקדון – אשר יינתן למסתנן בעת יציאתו מן הארץ ואשר יוכל לשמש "נקודת פתיחה" לחייו החדשים מחוץ לישראל.

38. המסקנה מכל האמור לעיל היא כי אף שלא הוכח קשר רציונאלי מובהק בין רכיב העובד ובין תכלית עידוד היציאה מרצון, לא ניתן לומר כי לא מתקיים כל קשר רציונאלי, ולו חלקי, בין האמצעי לתכליות שבבסיס רכיב העובד ועל כן, יש לקבוע כי היבט זה בהסדר הפיקדון צולח את מבחן המשנה הראשון.

ב. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

39. השאלה שמציב בפנינו מבחן המשנה השני היא האם קיים אמצעי אחר, שפגיעתו בזכויות אדם פחותה ואשר יוכל להגשים באותה מידה או במידה דומה את תכליות ההסדר (עניין איתן, פסקה 60 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן; עניין אדם, בעמ' 806).

העותרים סבורים כי רכיב העובד אינו צולח מבחן משנה זה. לשיטתם קיימים אמצעים חלופיים המקיימים את תכליותיו, שהפגיעה הטמונה בהם פחותה. כך, לדוגמא, נטען כי הענקת מענק "עזיבה מרצון" למי שמוכן לעזוב את ישראל יכולה אף היא לעודד יציאה מישראל. עוד נטען כי רכיב המעסיק שבהסדר הפיקדון מגשים תכלית זו מבלי לפגוע בזכויות העובד המסתנן באותה מידה. המשיבים, מצידם, מכירים בכך שהאמצעים החלופיים שצוינו מגשימים אף הם את תכליות ההסדר, אך לשיטתם הם אינם עושים כן באותה מידה של אפקטיביות. על כן, הם סבורים כי אין לראות בהם אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה.

עמדה זו של המשיבים מקובלת עלי. אכן, אין ספק כי רכיב המעסיק מקיים את התכליות שעומדות בבסיס רכיב העובד, אך הוא אינו מגשים אותן באותה מידה. סכום הכספים שיצטברו בפיקדון לטובת העובד המסתנן יקטן באופן משמעותי ללא רכיב העובד, בהינתן העובדה שרכיב זה מהווה למעלה ממחצית מהכספים המופקדים. הקטנת סכום הפיקדון תוביל, אם כן, הן להקטנת התמריץ ליציאה מהארץ והן להקטנת הסכום שיעמוד לרשות המסתנן בעת יציאתו מן הארץ וכפועל היוצא מכך, להגשמה פחותה של התכליות העומדות בבסיס רכיב העובד.

העותרים טענו בשלבים מאוחרים של הדיון כי אמצעי חלופי נוסף אשר פגיעתו בזכויות אדם פחותה הוא מסמך ההבנות שנחתם עם נציבות האו"ם לפליטים ביום 2.4.2018, לפיו מעמדם של כמחצית מן המסתננים יוסדר במדינות שונות מחוץ לישראל, ויתר המסתננים יזכו למעמד במדינת ישראל. מסמך הבנות זה בוטל זמן קצר לאחר שנחתם, ואפשרות זו אינה עומדת בפנינו כיום. בשל כך, איני רואה צורך לבחון האם אכן מדובר באמצעי שפגיעתו פחותה. סוגיה זו מצריכה הכרעה בשאלות מורכבות ובהן, בין היתר, השאלה האם הסדר בתחום יחסי החוץ של מדינת ישראל, יכול כלל לבוא בגדר האמצעים החלופיים לאלה הקבועים בדבר חקיקה, וכן השאלה אם אמצעי שבא לעולם לאחר חקיקת החוק יש בו כדי להשליך על חוקתיותו.

40. בשים לב לאמור, הגעתי אל המסקנה כי אין בנמצא אמצעי שפגיעתו פחותה מזו הנגרמת מרכיב העובד, אשר יעילותו בהגשמת התכליות זהה או דומה. על כן, האמצעי שננקט עומד גם בתנאי מבחן המשנה השני. עם זאת, לקיומם של אמצעים חלופיים המגשימים את תכלית החוק, גם אם במידה פחותה, נודעת משמעות לצורך מבחן המשנה השלישי הנוגע למידתיות במובן הצר (ראו: עניין איתן, פסקה 65 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן), ואותו נבחן להלן.

41. מבחן המשנה השלישי מתנה את מידתיות הפגיעה בקיומו של יחס ראוי בין התועלת שטמונה בהסדר הנבחן ובין הנזק שהוא גורם לזכויות חוקתיות. בהקשר זה יש ליתן את הדעת למידת הנחיצות והחיוניות של הגשמת התכלית אל מול חשיבותה של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה (ראו: אהרן ברק מידתיות במשפט 445-439 (2010)). כמו כן, יש לבחון מהי תוספת התועלת המופקת מן ההסדר בהשוואה לתועלת שמופקת מאמצעים חלופיים אפשריים, פוגעניים פחות, והאם תוספת זו מצדיקה את התוספת לפגיעה בזכויות חוקתיות (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840 (2004)).

42. מהי, אם כן, התועלת המופקת מרכיב העובד? אשר לתכלית הרביעית שעומדת בבסיס רכיב העובד – הבטחת נקודת פתיחה ראויה לחיים מחוץ לישראל, מדידת התועלת השולית שמופקת מרכיב העובד היא פשוטה יחסית: הוספת רכיב העובד לפיקדון מגדילה משמעותית את סך הכספים שבו (תוספת של למעלה מפי שניים). משכך, בהינתן קיום הוראות החוק והקפדה על כך שהסכומים אשר נוכו משכרו של העובד המסתנן אומנם הופקדו בפיקדון (עניין שמוטל בספק, כפי שיבואר בהמשך), מדובר אכן בתוספת תועלת בלתי מבוטלת. עם זאת, יודגש כי אין מדובר בתועלת העיקרית שהסדר הפיקדון בכלל, ורכיב העובד בפרט, נועדו להשיג. כפי שהגדירו זאת משיבי הממשלה בהתייחסותם למבחן המידתיות במובן הצר, התועלת העיקרית הגלומה בהסדר הפיקדון היא צמצום השתקעות המסתננים בישראל (סעיף 17 לעיקרי הטיעון מטעם משיבי הממשלה). מן הנתונים שהובאו לעיל בדבר היקף יציאתם של עובדים מסתננים את הארץ, עולה כי גם אם ניתן לומר שניכוי רכיב העובד מעודד עזיבה מרצון, מדובר בתועלת מוגבלת בהיקפה. כפי שצוין לעיל, הנתונים המספריים שהוצגו בהקשר זה אינם חד משמעיים וניתן לפרשם בדרכים שונות. בשים לב לירידה שחלה במספר המסתננים שעזב את הארץ מאז שהסדר הפיקדון נכנס לתוקף וכן לעובדה שהרוב המכריע של המסתננים בעלי הפיקדון שעזבו את הארץ עשו כן למדינות מערביות והקשר בין עזיבתם ובין הסדר הפיקדון מוטל בספק, אני סבורה כי לא ניתן להצביע על תועלת מובהקת של הסדר הפיקדון ככל שהדבר נוגע לתכלית זו. טענת משיבי הממשלה לפיה בטרם תיבחן התועלת המופקת מהסדר הפיקדון, יש לאפשר פרק זמן הולם ליישומו ולהצטברות כספים משמעותיים בפיקדונות העובדים המסתננים (סעיף 12 להודעה המערכנת מטעם מיום 27.6.2019), מלמדת אף היא על כך שבשלב זה התועלת מן ההסדר עודנה מוטלת בספק. לכך יש להוסיף, כי הפיקדון כולל גם את רכיב המעסיק, שגם לו יד ורגל בתמרוץ

העזיבה מרצון, בעוד שהפגיעה הגלומה בו בזכויות אדם קטנה לאין שיעור מרכיב העובד. על כן, מסקנתי היא כי בכל הנוגע לתכלית העיקרית שאותה נועד הסדר הפיקדון להשיג – עידוד יציאה מן הארץ של מסתננים – התועלת השולית שברכיב העובד אינה רבה.

43. מן העבר השני עומדת הפגיעה בזכות הקניין של העובדים המסתננים. לכאורה ניתן היה לטעון כי אם התועלת מהסדר הפיקדון מוגבלת לעת עתה הדבר מעיד על כך שהפגיעה בזכויות העובדים המסתננים אף היא אינה כה דרמטית, וכי הישארות מרביתם בישראל מצביעה, כפי שטוענים משיבי הממשלה, על כך שלא מופעל על העובדים המסתננים לחץ בלתי סביר שמוביל אותם לצאת למקום שבו נשקפת סכנה לחייהם או לחירותם. אכן, בחירת העובדים המסתננים להמשיך לשהות בישראל למרות הסדר הפיקדון מלמדת, ככל הנראה, על כך שמדובר באפשרות גרועה פחות מאפשרויות אחרות העומדות בפניהם. אולם, בחירה זו אינה הופכת את הפגיעה בזכויותיהם לעניין של מה בכך. קיומו של רכיב העובד שולל מן המסתנן את היכולת לעשות שימוש ב-20% משכרו כל עוד הוא שוהה בארץ, וככל שתקופת שהייתו מתארכת, הפגיעה הולכת ומצטברת לכדי סכומים משמעותיים.

לא נעלמה מעיני הטענה שבכל רגע נתון יש באפשרותו של המסתנן להחליט כי הוא עוזב את הארץ ואז יקבל לידי את הכספים (בכפוף לכך שהם אכן הופקדו לפיקדון על ידי מעסיקו). אולם, בכך אין כדי להפחית מהפגיעה שנגרמה למסתנן בעת שהותו בארץ. בבואנו לבחון את עוצמת הפגיעה בקניין יש לייחס משקל לטיבו של הנכס שנפגע ולמשמעות שהוא נושא בחיי בעליו. בענייננו, משכורתו של העובד, אשר חמישית ממנה נשללת לתקופה בלתי ידועה, היא נכס שלא ניתן להפריז בחשיבותו ולעיתים זהו הקניין היחיד של העובדים המסתננים בישראל הנמנים, ככלל, עם האוכלוסיות המוחלשות ביותר בישראל שאין להן נגישות למנגנוני התמיכה הסוציאלית במדינה, ומשיבי הממשלה אף מודים כי הם חשופים לניצול (סעיף 29 להודעה המעדכנת של משיבי הממשלה מיום 28.11.2018). מששכרם של אותם עובדים מסתננים הוא לעיתים מקור הקיום היחיד, כל פגיעה בו עלולה להשפיע במידה רבה על חייהם. לא בכדי ציין היועץ המשפטי של הכנסת כבר במהלך הדיונים הראשונים בהצעת החוק, כי הסדר הפיקדון מעורר "קשיים חוקתיים" בהדגישו בפרט את העובדה שמדובר ב"הפחתה של 20% ממשכורתם [של העובדים המסתננים], שלרוב אינה גבוהה ממילא..." (פרוטוקול דיון ועדת הפנים מיום 2.12.2014, עמ' 12).

ודוקו – עוצמת הפגיעה בזכות לקניין אינה אחידה. לא הרי שלילת 20% משכרו של אדם המשתכר 5,000 ש"ח כהרי שלילת 20% משכרו של אדם המשתכר 10,000 ש"ח. עקרון התועלת השולית הפוחתת מלמדנו כי ערכו של הכסף עבור הראשון גבוה מערכו עבור השני וכפועל היוצא מכך, הפגיעה שנגרמת במקרה הראשון עולה בעוצמתה על הפגיעה במקרה השני (ראו, מיני רבים, על אודות הכלל והיוצאים מהכלל: Milton Friedman & L. J. Savage, *The Utility Analysis of Choices Involving Risk*, 56 J. POL. ECON. 279 (1948); ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פסקה 3 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (29.12.2015)). מן הנתונים שהוצגו בפנינו עולה כי ממוצע שכר היסוד של אוכלוסיית המסתננים עומד על כ-5,000 ש"ח בחודש, וממוצע השכר הכולל, לאחר שעות נוספות ולפני ניכוי הפיקדון, עומד על כ-6,500 ש"ח בחודש. מדובר בסכומים הנמוכים משמעותית מן השכר הממוצע במשק העולה על 10,000 ש"ח ("השכר הממוצע ברוטו למשרת שכיר של עובדים ישראלים בשנת 2019", הודעה לתקשורת מטעם הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מיום 4.3.2020). חשוב מכך, לפי הנתונים המעודכנים של משיבי הממשלה לחודש מאי 2019, כמעט 40% מהעובדים המסתננים (6,921 מתוך 17,787 העובדים המסתננים שהוצגו לגביהם נתונים), משתכרים סכומים הפחותים משכר המינימום החודשי – העומד על 5,300 ש"ח לפי חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 – ואף מתחת ל-5,000 ש"ח, וזאת לפני ניכוי רכיב העובד. ניתן להעריך, אם כן, שעוצמת הפגיעה בקניינו של העובד המסתנן המשתכר סכומים כאלה היא משמעותית ביותר, וזאת אף מבלי להידרש לתצהירים שצירפו העותרים, המתארים קשיים משמעותיים עבור העובדים המסתננים במימון מזון, דיור ומסגרות לילדים, ואף דחיקת נשים למעורבות בזנות, בעקבות ניכוי רכיב העובד.

44. האיסור "לא תעשק את העבד ולא תגזל לא תלין פעלת שכיר אתך עד בקר" מופיע גם במקרא (ויקרא יט, 13). ספר דברים מוסיף ומפרט את הנימוק לאיסור זה: "לא-תעשק שכיר, עני ואביון, מאתיך, או מגרך אשר בארצך בשעריך. ביוםו תתן שכרו ולא-תבוא עליו השמש, פי עני הוא, ואליו, הוא נשא את-נפשו" (דברים כד, 15-14). אומנם, בענייננו אין מדובר ב"הלנת שכר" במובן הרגיל שכן המעסיקים אינם אחראיים לשלילת חמישית משכרם של העובדים המסתננים, והיא נובעת מהוראת חוק שמחייבת אותם לעשות כן. אולם, הנחת היסוד של פסוקים אלה היא כי השכיר זקוק באופן מידי לשכרו, והוא נושא את נפשו אליו. שלילה – גם אם זמנית – של חלק משמעותי מן השכר, ובפרט מידי עובד מוחלש, מנוגדת על כן גם לרוחה של ההוראה המקראית.

על טעמי האיסור "לכבוש" את שכרו של העובד, ובמיוחד עובד חסר כל, עמד שילם ורהפטיג בספרו דיני עבודה במשפט העברי (כרך ראשון, תשכ"ט) בעמ' 345 ואילך. וכך כתב:

הטעם לאיסור כבישת שכר שכיר היא העניות, שבגללה נשכר הפועל ובגללה הוא מצפה לשכר פעולתו... ומפרש הרמב"ן...: "כי עני הוא' כרוב הנשכרים 'ואל השכר הוא נושא נפשו' שיקנה בו מזון להחיות נפשו... שאם לא תפרענו בצאתו ממלאכתו מיד הנה ילך לביתו... וימות הוא ברעב'... ציור מוחשי לצערו של הפועל שאינו בא על שכרו בזמנו, מצינו בשמות רבה [לא, ז]: "בשכיר כתוב 'ביומו תתן שכרו', כגון שהיה מהלך והחמור אחריו, מכרו לו אלומה אחת ונתנה בכתפו והחמור בא בדרך אחר האלומה ומקוה לאכלה, מה עשה לו אדונו קשר לו האלומה למעלה הימנו, אמרו לו: 'רשע כל הדרך רץ בשבילה ולא נתתה בפניו', כך שכיר עמל ומצטער כל היום שהוא מקוה לשכרו ומוציאו ריקם וכן כתוב 'ואליו הוא נושא את נפשו'.

באשר לעובדים לגביהם חל האיסור כתב הרמב"ם, ר' משה בן מימון, ב"ספר המצוות", במצות עשה ר':

"והמצוה המאתיים היא, שציוונו לתת שכר השכיר ביומו ולא יאחרהו ליום אחר והוא אמרו יתעלה "ביומו תתן שכרו"... וכבר התבאר משפטי מצוה זו בשלמות בפרק תשיעי מ[בבא] מציעא (קי ב – קיג א). ושם התבאר שזה מחויב בכל שכיר, בין גוי בין ישראל, מצות עשה לפורעו בזמנו"

מקורות אלה מדגישים – כאז כן היום – את מרכזיות שכר העבודה בחייו של העובד, יהא מעמדו אשר יהא, ומזקקים את הפגיעה הקשה בקניינם של העובדים המסתננים הנגרמת כתוצאה מהסדר הפיקדון.

45. זאת ועוד – הפרטים שהתקבלו במהלך ניהול ההליך בכל הנוגע ליישום הסדר הפיקדון מעלים חשש לפגיעה משמעותית אף יותר בקניינם של העובדים המסתננים, משום שהם עלולים לגלות בדיעבד, במועד יציאתם מן הארץ, כי מעסיקם כלל לא הפקיד לחשבון את הכספים שניכה ממשכורתם. בשנת 2019 החלה רשות האוכלוסין להפעיל אתר אינטרנט, באנגלית ובעברית, בו יכולים מסתננים לקבל מידע על אודות הכספים שהופקדו עבורם כאמור, וצעד זה משפר את יכולתם לבצע פיקוח עצמי על קיומן של הפקדות ולפעול במקרה של חוסר כלשהו. ואכן, מתצהירים שצירפו העותרים מטעם העותרת 8, עמותת "קו לעובד", עולה כי קיים מספר מקרים לא מבוטל שבהם מתגלה לעובדים כי רכיב העובד כלל לא הועבר על ידי המעסיק אל הפיקדון (ראו, לדוגמא,

האמור בתצהירה מיום 10.7.2019 של הגב' נועה קאופמן). העותרת 8 אף פנתה אל רשות האוכלוסין בעניינם של 2,573 מסתננים אשר התגלה כי קיים פער בין הניכוי משכרם לכספים שהופקדו עבורם בפועל בפיקדון. זהו נתון מטריד למדי, בפרט כשמדובר באוכלוסייה שבלאו הכי חשופה לניצול ומתקשה לעמוד על משמר זכויותיה. תמונת מצב עגומה זו אף מתעצמת נוכח עדכוני משיבי הממשלה על אודות פעולות האכיפה אשר ננקטו על ידם הן כלפי מעסיקים שלא הפקידו פיקדון כלל והן כלפי מעסיקים שניכו את רכיב העובד משכרו אך לא העבירו אותו לפיקדון: עד לחודש יוני 2019, למעלה משנתיים לאחר שההסדר נכנס לתוקף, הסתפקה הממשלה בשליחת הודעות מטעם מינהל אכיפה וזרים ברשות האוכלוסין המיידעות את המעסיקים בדבר חובתם להפקיד את הפיקדון ומתריעות בפניהם שאם לא יעשו כן, עשויים להינקט נגדם הליכים משפטיים. עוד דיווחו משיבי הממשלה על אודות ביצוע פעולות בדיקה וחקירה מטעם מינהל ההסדרה והאכיפה במשרד העבודה כנגד 71 מעסיקים וזאת ביחס ל-158 עובדים אשר בעניינם לא הועבר רכיב העובד לפיקדון. פעולות אלה הובילו למשלוח התראה מינהלית ל-31 מעסיקים ולהטלת עיצומים כספיים בסך כולל של 733,320 ש"ח על 6 מעסיקים נוספים. היקפן המצומצם של פעולות אכיפה אלה הן במידה רבה לעג לרש, תרתי משמע, ומשהמדינה אינה עושה די על מנת להבטיח את הפקדת הכספים בהתאם לחוק, נראה כי עבור עובדים מסתננים מסוימים הפגיעה בזכות הקניין בשל ניכוי רכיב העובד, עלולה להפוך להפקעה קבועה ולשלילת כספים אלה מידיהם לצמיתות.

46. האם קיימים גורמים אשר ממתנים את עוצמת הפגיעה בזכות לקניין במקרה דנן? על פניו, ניתן לטעון כי הפגיעה בעובדים המסתננים אינה כה משמעותית, משום שמסתננים שמעמדם ישודרג והם יקבלו רישיון לישיבה ארעית (א/5), יזכו לקבל את כספי הפיקדון מבלי לעזוב את ישראל, בהתאם לנוהל עובדים מסתננים. כך גם מבקשי מקלט אשר בקשתם נמצאת מוצדקת זכאים לקבל רישיון ישיבה בישראל בהתאם לנוהל רשות האוכלוסין 5.2.0012 "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל", והחל ממועד זה הם זכאים לקבלת כספי הפיקדון והפגיעה בקניינם מסתיימת. ואולם, לעת הזו מדובר בתרחיש שהוא תיאורטי בעיקרו, וזאת לנוכח הימשכות ההליכים לבחינת בקשות מקלט אשר הוגשו על ידי רבים מן העובדים המסתננים וטרם טופלו. כעולה מהודעת משיבי הממשלה מיום 27.6.2019, נכון ליום 14.5.2019 היו 4,673 בקשות מקלט פתוחות שהוגשו על ידי נתיני סודן ו-10,647 בקשות פתוחות שהוגשו על ידי נתיני אריתריאה. פרק הזמן הארוך לטיפול בבקשות אלה – שלא לומר "גרירת הרגליים" שבה נוקטת המדינה בהקשר זה – מוביל לכך שמגישי הבקשות "לכודים במצב מתמשך ובלתי אפשרי של ערפל נורמטיבי בנוגע למעמדם על כל ההשלכות הקשות הנובעות מכך לגבי זכויותיהם" (עניין דטטה, בפסקה 4 לחוות דעתי). יוצא, אפוא, כי פרק הזמן הממושך

שבו תלויות ועומדות ללא הכרעה בקשות המקלט, מעצים את הפגיעה בזכות הקניין של העובדים המסתננים, הנגרמת בשל ניכוי רכיב העובד. למצער, בכל הנוגע לאותם עובדים שהגישו בקשות מקלט ובקשותיהן תימצאנה, לו נבחנו לגופן, מוצדקות.

מעמדת משיבי הממשלה בהקשר זה לא ניתן להסיק שצפוי שינוי משמעותי בקצב הטיפול בבקשות המקלט. כך, מן האמור בהודעה המעדכנת מטעם העותרים מיום 8.12.2019 עולה כי המדיניות העדכנית של רשות האוכלוסין היא שאין מקום להכריע באופן פרטני בבקשות מקלט שהוגשו על ידי מסתננים שהם נתיני סודן מחבל דרפור, הרי הנובה והנילוס הכחול. על כן, הלכה למעשה, בקשות אלה אינן מטופלות כיום. אשר לבקשות מקלט שהגישו נתיני אריתריאה, גיבשה הרשות הנחיות חדשות ביחס לאופן בדיקתן והודיעה בהליכים משפטיים אחרים, כי הנחיות אלה יוחלו הן על הבקשות הפתוחות שטרם הוכרעו, והן בעניינן של כ-3,000 בקשות מקלט שנדחו בעבר ודווחו במסגרת ההליך דנן כבקשות סגורות. מכל האמור עולה, אפוא, כי אוכלוסיית מבקשי המקלט מאריתריאה ומסודן שבקשותיהם טרם הוכרעו עומדת על כמעט 20,000 איש, המהווים כשני שלישים מאוכלוסיית המסתננים בישראל, ובשל חלוף הזמן הפגיעה בקניינם רק הולכת וגדלה. עוד יודגש, כי חרף הימשכותו של תהליך בחינת בקשות המקלט, משיבי הממשלה דחו את הצעת הביניים שהועלתה במהלך הדיון מיום 24.7.2018, להחריג מתחולתו של ההסדר את העובדים המסתננים אשר הגישו בקשת מקלט לפני שהסדר הפיקדון נכנס לתוקף.

47. משיבי הממשלה סבורים כי תקנות הפטור אשר נכנסו לתוקפן בחודש נובמבר 2018 מפחיתות מעוצמת הפגיעה בזכויות העובדים המסתננים. לשיטתם, התקנות משקפות איזון בין הצורך להפחית את רכיב העובד לקבוצות אשר יש טעם הומניטרי להתחשב בנסיבותיהן ובין שמירה על אפקטיביות התמריץ שביקש המחוקק ליצור באמצעות ההסדר, אשר יש ליתן לו משקל בעת בחינת עמידת ההסדר בתנאי מבחן המשנה השלישי של המידתיות. איתן והתושבים מצטרפים לעמדת משיבי הממשלה בהקשר זה וסבורים כי התקנת תקנות הפטור איינה לחלוטין את הפגיעה הנטענת בזכויות חוקתיות.

תקנה 1 לתקנות הפטור מונה שש קטגוריות אשר עובד מסתנן המשתייך אליהן יהיה זכאי לקבל לידיו חלק מהפיקדון בדרך של אי-ניכוי שיעור של 70% מרכיב העובד, כך שהסכום שינוכה ויועבר לפיקדון יעמוד על 6%, בדומה לשיעור ההפרשה לפנסיה של כל עובד במשק:

- (1) קטין ;
 (2) שגילו עולה על 60 ;
 (3) אישה ;
 (4) אב לקטין הנמצא בטיפולו הבלעדי בשל מצבה הרפואי של אם הקטין, או בשל כך שהאם נפטרה או שאינה שוהה בישראל, והוא אינו נשוי לאחר ואין אדם אחר הידוע בציבור כבן זוגו ;
 (5) מי שממונה ביקורת הגבולות שוכנע לגביו כי בשל גילו או מצב בריאותו, לרבות בריאותו הנפשית, אי-קבלת כספי הפיקדון לפני המועד האמור בסעיף 1א4(א) לחוק עלולה לגרום נזק לבריאותו כאמור, ואין דרך אחרת למנוע את הנזק האמור ;
 (6) מי שמשטרת ישראל הודיעה לגביו כי יש ראיות לכאורה לכך שנעברה לגביו עבירה לפי סעיפים 375א או 377א(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 [עבירות החזקה בתנאי עבדות או סחר בבני אדם].

מקובלת עלי עמדת משיבי הממשלה כי תקנות אלה יש בהן כדי למתן במידה מסוימת את הפגיעה בעובדים המסתננים. עם זאת, בהתבסס על הנתונים שהוצגו בהקשר זה, דומה כי השפעה ממתנת זו מוגבלת בהיקפה. ראשית, התקנות אינן מעניקות פטור לקבוצה מרכזית שהפגיעה בקניינה היא חריפה במיוחד – מי שמרוויח מתחת לשכר המינימום או מי שעקב ניכוי רכיב העובד, השכר שיקבל בפועל נמוך משכר המינימום. מי שנמנה עם קבוצה זו יהיה זכאי לפטור רק אם הוא נמנה בנוסף גם עם אחת האוכלוסיות שבתקנות הפטור. שנית, בכל הנוגע להחזר הרטרואקטיבי של כספי הפיקדון לאוכלוסיות שהוחרגו, הרי שמן הנתונים שהוצגו בהודעתה המעדכנת של משיבי הממשלה מיום 27.6.2019 עולה כי נכון ליום 14.5.2019 שיעורם של העובדים המסתננים שהגישו בקשה מתאימה ואושר להם לקבל החזר, הוא נמוך – 777 נשים מתוך 3,438 זכאיות לקבלת החזר מכוח התקנות (כ-22% ו-56 עובדים מסתננים מעל גיל 60 מתוך 195 זכאים (כ-29%); 53 בקשות מטעמם של קורבנות עבירות החזקה בתנאי עבדות וסחר בבני אדם; 3 בקשות מטעמם של אבות יחידים לקטינים; 4 בקשות מטעמים רפואיים; ואפס בקשות בעניינם של קטינים. משמעות הדבר היא כי גם מבחינה מעשית קיים חסם המקשה על קבלת הכספים, אשר מפחית אף הוא את התועלת שבתקנות. מסקנתי היא, אפוא, כי הגם שהתקנות ממתנות את הפגיעה שברכיב העובד, השפעתן בפועל אינה רבה.

48. טענה אחרת שנטענה על ידי משיבי הממשלה התמקדה בכך שהפגיעה בזכות הקניין עניינה אך ורק באותם 14% שהינם מעבר לשיעור הפרשה של כל עובד לפנסיה. ואולם, כפי שהובהר לעיל, אין לקבל טענה זו שכן בהתאם להוראות ההסדר הוא לא נועד להחליף את הפרשות העובד לפנסיה, אלא הוא מתווסף עליהן. מכל מקום, אף אם רכיב

העובד היה מבטל את החובה להפרשת תשלומים על ידי העובד לקרן פנסיה, יש ממש בטענת העותרים כי לא ניתן להשוות בין הפקדה לחשבון המתנהל בתנאים של חסכון בנקאי ובין הזכויות הפנסיוניות שמקבלים עובדים ישראלים תמורת הפרשתם של אותם 6%, ובראשן עצם קיומו של ביטוח פנסיוני שנועד להבטיח את רווחתו של העובד ביום שלא יוכל לעבוד עוד. על כן, הפגיעה בקניין אינה נגרמת רק בשל 14% המתווספים לשיעור ההפרשה של כל עובד לפנסיה אלא בשל מלוא הניכוי בשיעור 20% כרכיב העובד.

49. טענה נוספת בפי איתן והתושבים היא כי קיימות הוראות נוספות בדין הישראלי המאפשרות ניכוי של עד 20% משכרו של עובד, ועל כן ניכוי רכיב העובד הוא מידתי ואינו יוצא דופן. בהקשר זה מפנים איתן והתושבים להוראות סעיף 8(א) לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, סעיף 111(א) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980 ותקנה 382 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. המשותף להוראות אלה הוא כי הן מאפשרות עיקול, העברה או שיעבוד של כספי שכר העבודה של אדם בשיעור משמעותי, וכי החלק שאותו לא ניתן לעקל עומד על 80% משכר עבודתו של אדם לכל היותר. במסגרת הדיונים שקדמו לחקיקת ההסדר בשנת 2014 ולתיקונו בשנת 2017, התייחס גם נציג משרד המשפטים לחלק מהוראות החוק הללו, וטען כי לאורן ניכוי 20% משכר העובד הוא מידתי (ראו: פרוטוקול דיון ועדת הפנים מיום 3.12.2014, בעמ' 36-37; פרוטוקול דיון ועדת הפנים מיום 21.11.2016, בעמ' 16). אלא שהטענות בהקשר זה נטענו באורח כללי ומבלי לעמוד על השוני הקיים בין ההסדר מושא העתירה דנן ובין ההסדרים האחרים. בפרט לא התייחסו איתן והתושבים לכך שבבסיס ההסדרים האחרים עומד הרצון להגן על זכויות ואינטרסים של נושים כלפי חייב, כלומר הן עוסקות באיזון בין זכויות קנייניות נוגדות ואחרות המתבססות, בין היתר, על התחייבויות עבר של החייב. בהינתן הבדל משמעותי זה, איני סבורה כי הוראות ההסדרים הללו משליכות על בחינת מידתיות ההסדר שבפנינו.

50. לבסוף, אציין כי בחינה של המשפט המשווה ביחס לניכויים או לפגיעה אחרת בזכות הקניין של אוכלוסיות דומות, מדגישה אף היא את חריגותו של הסדר הפיקדון שבדין הישראלי. זאת, בזהירות המתחייבת בהקשר זה, בשל ההבדלים הקיימים בין שיטות משטר וחברות שונות (ראו לעניין זה עניין דסטח, פסקה 101 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור; עניין איתן, פסקה 71 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן), וכן בשל קושי פרטני הנובע מכך שבמרבית שיטות המשפט שנבדקו קיימת הבחנה בין עובדים שלא כחוק ובין עובדים כדין, ואין בנמצא קטגוריה של עובדים "בהעלמת עין" כפי המצב הבלתי רצוי השורר אצלנו.

ככלל, במדינות שנסקרו מתאפשרת שלילה של חלק משכרו של מבקש מקלט אך ורק לצורך תשלום עבור שירותים חיוניים שהוא קיבל מטעם המדינה. כך, דירקטיבת הקליטה האירופית קובעת את הסטנדרטים לקליטתם של מבקשי הגנה בינלאומית במדינות החברות ומחייבת את המדינות לספק סל של שירותים חיוניים עבור מבקש המקלט, הכולל בין היתר שירותי בריאות, גישה למערכת החינוך והבטחת תנאי מחיה בסיסיים (ראו: Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on Laying Down Standards for the Reception of Applicants for International Protection (recast), art. 14-19, 2013 O.J. (L 180) 96, 104-106 (להלן: הדירקטיבה)). במסגרת זו, מאפשרת הדירקטיבה למדינות החברות להתנות מתן שירותים אלה בהשתתפותו של מבקש ההגנה בעלות מתן השירותים, ככל שברשותו משאבים מספקים לכך. בנוסף, מאפשרת הדירקטיבה לדרוש החזר הוצאות ממבקש הגנה אשר בדיעבד התגלה שהיו ברשותו משאבים מספקים לשם כיסוי הוצאות אלה (סעיף 17(3)-(4) לדירקטיבה).

חלק מהמדינות החברות אכן בחרו לחוקק חוקים אשר מטילים על מבקשי הגנה ששכר עבודתם עולה על רף מסוים, את החובה להשתתף במימון שהייתם במדינה (ראו, לדוגמא: בלגיה (Art. 35/1 and 35/2 Loi sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers of Jan. 12, 2007, Moniteur Belge, May 7, 24027 (2007); אירלנד (Reception Conditions Regulations 2018 (SI 230/2018)); צרפת (Article R744-10 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile du 12 décembre 2019 (d'asile du 12 décembre 2019); גרמניה (Asylbewerberleistungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 1997 BGBl. I S. 2022, last amended by Artikel 38 des Gesetzes vom 20. November 2019 BGBl. I S. 1626 (להלן: AsylbLG); והולנד (Article 20 Regeling verstrekking asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005)). מדינות מסוימות אף מאפשרות תפיסת רכוש של מבקשי הגנה לשם כיסוי הוצאות שהייתם במדינה (ראו למשל את ההסדר הנוהג בגרמניה (AsylbLG §7(4); וראו החריגים בסעיף קטן (2) שם)).

ואולם, בשונה מהסדר הפיקדון בענייננו, בבסיס החוקים הנזכרים לעיל עומד רצונן של המדינות להחזיר לעצמן חלק מהכספים שהן הוציאו בעין להבטחת רווחת מבקש המקלט בתחומים כמו בריאות, דיור וחינוך. לא זו התכלית שעומדת בבסיס הסדר הפיקדון ויש בכך כדי להדגיש את חריגותו של ההסדר הישראלי, הגם שחריגות זו כשלעצמה אין בה כדי להוביל למסקנה כי החוק המתקן אינו חוקתי.

51. לסיכום הדברים ייאמר כי, ככלל, שימוש בתמריצים כלכליים מהווה אמצעי לגיטימי למימוש מדיניות הגירה, אולם האמצעי שנבחר בענייננו – שלילת חמישית משכר העובד עד עזיבתו את ישראל – פוגע פגיעה ברורה, מוחשית ומשמעותית בזכות לקניין של העובד המסתנן, בעוד שהתועלת הנובעת ממנו מוגבלת בהיקפה.

משכך אין מנוס מהקביעה כי רכיב העובד אינו עומד במבחן המשנה השלישי של המידתיות, ועל כן הוא אינו חוקתי.

רכיב העובד – הסעד

52. משנמצא כי רכיב העובד שבהסדר הפיקדון אינו חוקתי בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכות לקניין, עלינו לבחון מהו הסעד שיינתן על מנת לרפא את אי החוקתיות האמורה. בנסיבות המקרה שבפנינו נראה כי רכיב העובד ניתן להפרדה מיתר רכיבי הסדר הפיקדון ומשכך ניתן להעניק סעד של בטלות חלקית (עיקרון "העיפרון הכחול" או reading out), תוך הפרדה בין חלקיו הבלתי חוקתיים של דבר החקיקה לחלקיו האחרים. תנאי להענקת סעד מסוג זה הוא שהדבר אפשרי "בהתחשב בתכלית החוק ובמרקמו" (בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 36 לחוות דעתי (27.2.2020)). ללא רכיב העובד, יתבסס הפיקדון עבור עובדים מסתננים על רכיב המעסיק בלבד, וזאת לצד מנגנון ניכוי מינהלי בהתאם למועד יציאתו של העובד המסתנן מישראל (בדומה למנגנון שקיים כבר כיום עבור עובדים זרים שאינם מסתננים במסגרת תקנות עובדים זרים, אשר עתירה זו אינה המקום להידרש לחוקתיותו). הסדר מסוג זה יאפשר להגשים את התכלית העיקרית שבהסדר הפיקדון – יצירת תמריץ כלכלי חיובי ליציאת מסתננים מישראל, אף אם במידה פחותה, וזאת מבלי לפגוע באופן כה חמור בקניינם של העובדים המסתננים.

על כן, אציע כי נורה על בטלותו של רכיב העובד בהסדר וכי הצהרת הבטלות תיכנס לתוקפה באופן מידי, במובן זה שממועד מתן פסק הדין אין להוסיף ולנכות את רכיב העובד משכרם של עובדים מסתננים. עוד אציע כי באשר לכספים אשר נצברו כפיקדון עד למועד מתן פסק הדין בהליך דנן, נקבע שהמשיב 5 ישיב לידי העובדים המסתננים בתוך 30 ימים את רכיב העובד מתוך הכספים שהופקדו עבורם, בתוספת כל הסכומים שהצטברו בפיקדון אשר מקורם ברכיב העובד (בניכוי מס בהתאם להוראות הדין).

53. סעיף 1א4 לחוק עובדים זרים מסדיר את זכאותו של העובד המסתנן אשר עזב את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית ממנה לקבלת הכספים שנצברו לטובתו בפיקדון. סעיף זה קובע כי בעת יציאתו יהיה העובד המסתנן זכאי לקבל לידיו 67% מכספי הפיקדון והרווחים שנצברו בו, בניכוי דמי ניהול, עמלות ומס כדין. זכאותו של העובד המסתנן ליתרת הפיקדון – 33% – מותנית בעזיבתו את הארץ בסמוך לתום תקופת השהייה החלה לגביו, אשר הוגדרה בסעיף 21 לחוק עובדים זרים כ"מועד שבו עליו לעזוב את ישראל כפי שנקבע בפסק דין חלוט או בהודעה מאת שר הפנים או מנהל רשות האוכלוסין וההגירה במשרד הפנים". ככל שהעובד המסתנן יעזוב את הארץ לא יאוחר משישה חודשים מתום תקופת השהייה, הוא יהיה זכאי לקבלת יתרת הכספים בניכוי הוצאות הרחקתו; ניכוי "רכיב מינהלי" ההולך וגדל בהתאם לפרק הזמן שעבר מתום תקופת השהייה ועד למועד היציאה בפועל; וכן ניכוי מס כדין על הסכום שנותר. עוד קובעים סעיפים 1א4(ב) ו-1(ג) לחוק עובדים זרים כי בסמכותו של הממונה על מתן היתרים במשרד הפנים או מי מטעמו להפחית את תקופת השהייה שתיזקף לחובתו של מסתנן במידה ונמצא כי נבצר ממנו לעזוב את ישראל עד תום תקופת השהייה או כי לא עשה כן בתום לב ובשל טעות, ובלבד שבקשת העובד המסתנן תתקבל בטרם חלפו 18 חודשים מתום תקופת השהייה.

54. טענת העותרים היא כי רכיב הניכוי המינהלי פוגע אף הוא פגיעה בלתי מידתית בזכויות החוקתיות לקניין, לקיום בכבוד ולשוויון. אקדים ואומר כי העותרים לא ביססו את הפגיעה הנגרמת בעקבות רכיב הניכוי המינהלי בזכות לקיום בכבוד ובזכות לשוויון על פי המבחנים הקבועים בדין. באשר לזכות לשוויון, אף אם טענת העותרים בדבר אפליה תתקבל – עניין שמוטל בספק נוכח קיומו של רכיב ניכוי מינהלי גם בתקנות עובדים זרים ביחס לעובדים שאינם מסתננים – הרי שקיים קושי ניכר לטעון שצדדים שנועדו לאכוף את מועד היציאה מהארץ שנקבע לעובד (וחלים כאמור גם על חלק מהעובדים הזרים שאינם מסתננים), עולים כדי פגיעה בשוויון הקשורה בקשר הדוק לכבוד האדם (עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 687). בנוסף, כל שצוין ביחס לפגיעתו של רכיב זה בזכות לקיום בכבוד הוא כי "מדובר בזכויות סוציאליות, שתפיסת המחוקק היא שהן נועדו להבטיח רמת קיום מינימאלית. משכך, קיימת הסתברות גבוהה, לשיטת המשיבים עצמם, כי ניכוי הקנסות מזכויות אלו יפגע גם בזכות לקיום בכבוד" (סעיף 100 לעיקרי הטיעון מטעם העותרים). בכך בלבד אין כדי להרים את הנטל המוטל על מי

שעותר לביטולו של חוק להראות כי החוק פוגע בזכות חוקתית (בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 824, 782 (2012)).

אשר לזכות הקניין, העותרים טוענים כי משהופקדו בפיקדון כספים לטובת העובד המסתנן, אף אם מקורם ברכיב המעסיק, ניתן לראות בכספים אלה רכוש של העובד המסתנן החוסה תחת זכות הקניין החוקתית של העובד המסתנן. זאת, בפרט משום שרכיב המעסיק מחליף בפועל את התשלומים הסוציאליים שעליו להפריש עבור העובד המסתנן. משכך, ניכוי שיעור הולך וגדל מכספי הפיקדון, תוך שלילה מוחלטת של כספים אלה, יש בו, לטענתם, כדי לפגוע בזכות החוקתית לקניין. לצורך הדיון, אניח כי אכן נפגעת במקרה דנן הזכות לקניין, אך כפי שיפורט להלן אף אם קיימת בהקשר זה פגיעה בזכות זו, היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

55. בבסיס רכיב הניכוי המינהלי עומדת התכלית של עידוד יציאתו של המסתנן מהארץ בתום תקופת השחייה שנקבעה בעניינו. תכלית זו נגזרת אמנם מהתכלית הראשונה של הסדר הפיקדון בכללותו – הנוגעת לעידוד יציאתם של העובדים המסתננים מהארץ – אך להבדיל ממנה היא מתמקדת בהבטחת יציאת העובד המסתנן מישראל במועד הספציפי שנקבע לו על פי דין. זוהי תכלית ראויה. היא משקפת את עקרון הריבונות של המדינה לקבוע מדיניות הגירה ובתוך כך לקבוע מי ישהה בשטחה ועד איזה מועד תתאפשר שהייתו, לרבות בכל הנוגע ל"מהגרים בלתי חוקיים, בהנחה שאלו לא הוכרו כפליטים" (עניין אדמ, בעמ' 793-794). אף העותרים מכירים בכך שמדובר בתכלית ראויה (פסקה 102 לעיקרי הטיעון מטעמם). בנסיבות אלה, יש להוסיף ולבחון האם הפגיעה הנובעת מן הרכיב המינהלי עומדת בתנאי המידתיות.

56. העותרים סבורים כי כל מבחני המשנה של המידתיות אינם מתקיימים בהקשר זה. לשיטתם, ספק אם הרכיב המינהלי עומד במבחן הקשר הרציונלי, שכן אף אם מדובר באמצעי אשר יסייע לקידום התכלית בדבר הבטחת יציאתו של המסתנן בתום תקופת השחייה שנקבעה בעניינו, הרי שבמקביל הוא יפגע בתכליות אחרות של הסדר הפיקדון – הבטחת הזכויות הסוציאליות של העובדים המסתננים ויצירת "נקודת פתיחה" ראויה לחייהם מחוץ לישראל. לשיטתי, רכיב הניכוי המינהלי צולח את מבחן הקשר הרציונלי, באשר הוא יוצר תמריץ ברור לעזוב את הארץ עם תום תקופת השחייה וטענות העותרים בדבר הפגיעה בתכליות האחרות שבבסיס ההסדר, אינן מורידות ואינן מעלות לעניין עצם קיומו של קשר רציונלי בין רכיב הניכוי המינהלי ובין התכלית העיקרית שאותה הוא נועד להשיג.

57. אשר למבחן המשנה השני שעניינו האמצעי שפגיעתו פחותה, טענת העותרים היא כי רכיב הניכוי המינהלי אינו נדרש, שכן ממילא קיימים מספר אמצעים, כלכליים ואחרים, אשר יש בהם כדי להגשים את התכלית העומדת בבסיסו. העותרים מפנים בהקשר זה לסמכויות מעצר וגירוש שניתן להפעיל בעניינם של מי ששוהים בישראל ללא רישיון וכן למענק העזיבה מרצון ולרכיב המעסיק בפיקדון. משיבי הממשלה מכירים אף הם בייעילותם של האמצעים הנוספים אך טוענים כי אין מדובר באמצעים שמידת יעילותם זהה, וכי "ישנה חשיבות להפעיל מספר כלים במקביל" לשם הבטחת יציאתו של המסתנן מן הארץ. טענה זו של משיבי הממשלה מקובלת עלי. היעילות שברכיב הניכוי המינהלי היא ברורה, שכן היא מתמרצת את העובד המסתנן לפעול בעצמו לשם יציאתו, להבדיל מפעולות שעל המדינה לנקוט בהקשר זה. כמו כן, חלק מהאמצעים שהוזכרו על ידי העותרים הם פוגעניים כשלעצמם, ולא מן הנמנע כי בשל קיומו של רכיב הניכוי המינהלי ניתן יהיה להימנע מהפגיעה בזכויות הכרוכה בהפעלתם. על כן, יש לקבוע כי רכיב הניכוי המינהלי צולח גם את מבחן המידתיות השני.

58. הגענו, אם כן, למבחן המשנה השלישי של המידתיות, מבחן המידתיות במובן הצר. האם רכיב הניכוי המינהלי מקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור ממנו ובין הפגיעה שנגרמת מהפעלתו? העותרים סבורים כי התשובה לשאלה זו שלילית. לשיטתם, התועלת השולית שטמונה ברכיב מתאינת נוכח הפגיעה לה הוא גורם, הבאה לידי ביטוי בשלילת סכומים משמעותיים של כסף מהעובד המסתנן, והפוגעת גם בתכליות הנוספות אשר נטען כי הן עומדות בבסיס ההסדר בכללותו.

התועלת שברכיב הפיקדון היא ברורה – יש בו כדי לתמרץ את העובד המסתנן לצאת מן הארץ בסמוך לתום תקופת השהייה שנקבעה בעניינו, ובכך למנוע את המשך השתקעותו בישראל, שאם לא יעשה כן, חלק מהפיקדון לא יועבר לידיו. התועלת השולית של אמצעי זה בהשוואה לעצם קיומו של רכיב המעסיק ללא רכיב ניכוי, אף היא ברורה ומשמעותית – רכיב המעסיק יש בו כדי לתמרץ את יציאתו של העובד המסתנן מישראל, אך ללא מועד ברור, שכן אלמלא רכיב הניכוי המינהלי, מה לו לעובד המסתנן אם יצא כעת או בעוד שנה?

59. אל מול תועלת זו, נראה כי בנסיבות העניין הפגיעה בזכות לקניין אינה משמעותית, וזאת בשל מספר טעמים, שחלקם תלויים גם בביטול רכיב העובד בהסדר הפיקדון. ראשית, יש לזכור כי רכיב הניכוי המינהלי חל על 33% מהכספים שבפיקדון בלבד. בהסדר בנוסחו הקיים, ערב הגשת העתירה, מדובר בסכום בשיעור 11.88% משכרו הקובע של העובד, שהוא רוב רובו של רכיב המעסיק (16% מהשכר הקובע). עם זאת,

משהצעתי לעיל לבטל את רכיב העובד שבפיקדון, משמעות הדבר היא כי רכיב הניכוי המינהלי חל על שלישי מרכיב המעסיק בלבד, כלומר על כספים בשיעור מקסימלי של 5.28% משכרו הקובע של העובד המסתנן, ואילו יתרת רכיב המעסיק – 10.72% משכרו הקובע – תועבר אל העובד המסתנן בכל מקרה. למעשה, בשל ההדרגתיות שבהפעלת רכיב הניכוי המינהלי בחוק עובדים זרים, רק שיהוי של חמישה חודשים ומעלה, אשר בגינו ינוכו בין כ-4.22% (במקרה של שיהוי של מעל חמישה חודשים עד ששה חודשים) ל-5.28% (במקרה של שיהוי של למעלה מששה חודשים) מהשכר הקובע, יוביל לכך שסך הכספים שיקבל לידיו העובד המסתנן בעת יציאתו מן הארץ יעמוד על פחות מהשיעור שכל מעסיק מחויב להפריש לעובדיו עבור גמלה ופיצויי פיטורין מכוח צו ההרחבה (12.5%). תשלומים סוציאליים אלה מעביר כזכור המעסיק לפיקדון עבור עובדים מסתננים לפי סעיף 1(א)(1) לחוק עובדים זרים. במלים אחרות, רכיב הניכוי המינהלי מתפקד הן כ"גזר" והן כ"מקל". ה"גזר" מאפשר לעובד המסתנן לקבל לידיו סכום פיקדון ששיעורו אף גדול מסכום הפרשות המעסיקים לעובדים אחרים במשק הישראלי, לו יצא מישראל עד לחמישה חודשים לאחר תום תקופת השהייה שנקבעה בעניינו. ה"מקל" מכרסם במעט בסכום זה, לו יחליט לצאת מישראל לאחר מכן. כפועל היוצא מכך, הפגיעה בזכות לקניין הנגרמת בשל כך אינה גדולה, ולשיטתי התועלת שבמנגנון עומדת ביחס הולם לפגיעה זו.

שנית, יוזכר כי בשנת 2016 הותקנו תקנות עובדים זרים, אשר הקימו חובת הפקדת פיקדון גם בעניינם של עובדים זרים בעלי רישיון בענפים שונים במשק הישראלי. באותו הסדר קיים מנגנון ניכוי מינהלי מן הפיקדון, ולפיו עובד זר אשר לא יצא מן הארץ לאחר ששה חודשים לא יהיה זכאי לקבלת סכום כלשהו מתוך כספי הפיקדון שהפקיד עבורו המעסיק. זאת, בשונה מעובד מסתנן שבמצב דומה ישלל ממנו רק שלישי מכספי הפיקדון. במובן זה, ומבלי להביע עמדה בדבר חוקתיות הוראות רכיב הניכוי המינהלי שבתקנות עובדים זרים, ברי כי לאחר ההצהרה על בטלות רכיב העובד שכתוצאה ממנה מוענק לעובד המסתנן חלק גדול יותר מרכיב המעסיק ללא קשר למועד עזיבתו, הפגיעה שנגרמת בשל רכיב הניכוי המינהלי בהסדר מושא העתירה דנן, היא פחותה ומידתית יותר. טעם שלישי לכך שפגיעת רכיב הניכוי המינהלי בזכויות היא פחותה נעוץ בשיקול הדעת אשר נתון לממונה מטעם משרד הפנים שלא לזקוף חלק מתקופת השיהוי לחובת העובד המסתנן, במידה וימצא כי העיכוב שחל ביציאתו מן הארץ נגרם בטעות ובתום לב, או כי נבצר ממנו לצאת מן הארץ. כלומר, הוראות ההסדר מקיימות מנגנון חריגים פרטני המפחית אף הוא מן הפגיעה הטמונה בו. רביעית, משיבי הממשלה ציינו בכתב התשובה מטעמם כי ניסיון העבר מלמד שרשות האוכלוסין הודיעה פרק זמן סביר מראש (תקופת התארגנות של 60 ימים) על מועד היציאה שנקבע בעניינם של מסתננים (פסקה

51 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). משמעות הדבר היא כי ככל שגם בעתיד תנהג הרשות באופן דומה – וחזקה עליה כי כך תעשה – יהיה בידי העובד המסתנן פרק זמן של שלושה חודשים בטרם יחל מנגנון הניכוי המינהלי את פעולתו (60 ימי התארגנות ועוד חודש אשר בו שיעור הניכוי עומד על 0% על פי התוספת השנייה לחוק עובדים זרים). פרק זמן זה, אשר בו לא ינוכו כספים מהפיקדון, מקהה אף הוא את הפגיעה שנגרמת ממנו. המסקנה מכל אלה היא כי לרכיב הניכוי המינהלי תועלת מוחשית ואילו הפגיעה הנגרמת בעטיו לזכות לקניין היא מצומצמת למדי. משכך, רכיב זה צולח גם את מבחן המשנה השלישי של המידתיות.

60. לסיכום – ככל שרכיב הניכוי המינהלי פוגע בזכות לקניין, הרי שפגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, באשר היא נועדה לתכלית ראויה והיא מקיימת את כל שלושת מבחני המשנה של תנאי המידתיות. מדובר, אם כן, בהוראת חוק שלא קמה עילה לבית המשפט להורות על פסילתה בשל אי-חוקתיות.

לפיכך אציע לדחות את הסעד שהתבקש ביחס לרכיב הניכוי המינהלי.

סוף דבר

61. עתירה זו היא חוליה נוספת בסדרה של עתירות להן נדרש בית משפט זה באשר לאופן התמודדותה של מדינת ישראל עם הקשיים שהתעוררו בעקבות תופעת המסתננים השוהים בתחומיה. בשונה מעתירות קודמות, ההסדר שעמד במוקד העתירה שבפנינו אינו נוגע לשלילת חירותם של העובדים המסתננים, אלא לאמצעים כלכליים שבהם בחרה המדינה לנקוט. ואולם, ברי כי גם אמצעים מסוג זה עשויים לפגוע פגיעה קשה בזכויות חוקתיות וכך הוא הדבר בענייננו ביחס לאחד מרכיבי ההסדר – רכיב העובד. לגישתי מסקנה זו עומדת על רגליה ללא קשר למצב החירום שבו נתונה המדינה עקב התפרצות נגיף הקורונה החדש. אך, היא מקבלת משנה תוקף נוכח השלכותיו הכלכליות של מצב זה על האוכלוסייה כולה, ובפרט על אוכלוסיות מוחלשות, דוגמת העובדים המסתננים. לו תישמע דעתי יש להורות, אפוא, על ביטולו של רכיב העובד בהסדר הפיקדון, וזאת באופן מידי, כמפורט בפסקה 51 לעיל. בשאר רכיבי הסדר הפיקדון לא קמה עילה חוקתית להתערבותו של בית משפט זה.

ה נ ש י א ה

השופט י' עמית:

1. אני מסכים לפסק דינה של חברתי הנשיאה השופטת א' חיות, כי ניכוי רכיב העובד על פי סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: החוק), אינו עובר את משוכת מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות. אני מסכים גם למסקנתה כי ניכוי הרכיב המינהלי הוא לתכלית ראויה וצולח את מבחן המידתיות.

2. לאור התוצאה אליה הגיעה חברתי, היא הותירה בצריך עיון את השאלה אם ניכוי רכיב העובד בחוק הוא לתכלית ראויה. ככל שידיעתי מגעת, בכל המקרים בהם בית משפט זה פסל חוק, לא נקבע כי תכליתו אינה ראויה. בכך הלכה הנשיאה בעקבות הפסיקה שהסיטה את מרכז הכובד של הבחינה החוקתית כמעט באופן בלעדי לדרישת המידתיות (לביקורת על גישה זו ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" משפטים לט 47, 88-89 (2009); ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" משפט ועסקים טו 281, 314 (2012) (להלן: ברק מדינה), שם מציע המחבר כי מבחן המשנה השלישי של דרישת המידתיות יהפוך למסגרת שיווית להתמודדות עם מצבים חריגים ויוצאי דופן).

הנשיאה היטיבה להראות בפסק דינה כי האמצעי שננקט בהתייחס "ל"רכיב העובד" בהסדר הפיקדון אינו מידתי. אני מסכים לחלוטין עם מסקנה זו. לדידי, האמצעי הבלתי מידתי במקרה דנא, משליך לאחור גם על השלבים הקודמים בניתוח החוקתי.

3. תורת השלבים בניתוח החוקתי מוכרת וידועה:

פגיעה: האם ההסדר הנבחן פוגע בזכות חוקתית? תשובה חיובית מביאה אותנו בתרשים הזרימה אל המידתיות.

מידתיות (פסקת ההגבלה):

- (-) בחוק או על פי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו;
- (-) החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל (כמדינה יהודית ודמוקרטית);
- (-) החוק הוא לתכלית ראויה;
- (-) הפגיעה בזכות היא במידה שאינה עולה על הנדרש (שלושה תתי-מבחנים: קשר רציונלי, נחיצות, ומידתיות במובן הצר).

ככל שהחוק לא צלח את ארבעת השלבים אנו מגיעים אל הסעד.

הטעם: מהו הסעד שיש לנקוט על מנת לרפא את הפגיעה.

על פי תורת השלבים בניתוח החוקתי, הדרישה ל"תכלית ראויה" היא תנאי מקדמי והכרחי לפני שמגיעים לשלב של דרישת המידתיות על שלושת מבחני המשנה. לגישתי, השלבים אינם מנותקים לחלוטין זה מזה. כל שלב יכול להקרין על השלב שלפניו או אחריו, כך שקיימת זיקה בין הדרישה ל"תכלית ראויה" לבין דרישת המידתיות.

ניכוי רכיב העובד בחוק שבפנינו הוא צעד מרחיק לכת, בבחינת גזל הדל והגר. לדידי, הגיעה העת, לראשונה מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992, לפסול רכיב זה של החוק כבר בשלבים הראשונים של פסקת ההגבלה – כחוק שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל וכחוק שאינו לתכלית ראויה. אסביר.

4. לשיטת המדינה, ארבע תכליות מוצהרות בבסיס החוק: הראשונה – יצירת תמריץ כלכלי חיובי ליציאה מרצון של מסתננים מישראל כאשר יתאפשר הדבר ועל ידי כך למנוע השתקעותם בישראל; השנייה – הבטחת הזכויות הסוציאליות של העובדים המסתננים; השלישית – הקטנת הפגיעה בעובדים ישראלים; והרביעית – הבטחת נקודת פתיחה ראויה לעובדים המסתננים לאחר עזיבת ישראל.

התכלית השנייה והשלישית אינן רלוונטיות לניכוי רכיב העובד. התכלית הרביעית היא תכלית פטרנליסטית שנועדה לכאורה לסייע למסתננים עם עזיבתם את הארץ. איני רואה להידרש לתכלית זו, באשר גם המדינה וכל הצדדים אישרו כי התכלית הראשונה היא התכלית העיקרית.

בעניין דטטה (בג"ץ 8665/14 דטטה נ' הכנסת (11.8.2015)) הבעתי את החשש:

"שמא מאחורי התכלית המוצהרת של מניעת השתקעות במרכזי הערים מסתתרת תכלית של 'טרטור' המסתננים ושבירת רוחם כפי שנטען על ידי העותרים. לכן, אני מצטרף לסימני השאלה שהעלה השופט פוגלמן בדונו בתכלית של עידוד עזיבה מרצון, לגבי הפער בין התכלית המוצהרת לתכלית הנסתרת של החוק" (שם, פסקה 5 לפסק דיני).

ניכוי רכיב העובד על פי החוק מסיר את הספקות ואת סימני השאלה שריחפו בפעמים הקודמות בהן נדרשנו לצעדים שנקטה המדינה תוך הגבלת החירות וחופש התנועה של המסתננים. זו הפעם, הפגיעה היא בזכות הקניין, פגיעה בוטה וישירה בכיסם ובארנקם של המסתננים-העובדים, שמא גם פגיעה בזכות למינימום הנדרש לקיום בכבוד. לדידי, יש להרים את המסך מעל התכלית המוצהרת של "עידוד עזיבה מרצון" ולחשוף את התכלית הלא מוצהרת, שבאה להמאיס ולמרר את חייהם של המסתננים עד שיאמרו "רוצה אני", בדומה לאותו סרבן גט שאם מלקים אותו כדבעי מתגלה רצונו "האמיתי" והוא מתרצה ומעניק את הגט המיוחל.

5. כפי שציינה הנשיאה בפסק דינה, למעלה מ-90% מהמסתננים הגיעו מאריתריאה ומסודן. לא ניתן לנקוט כלפי אלה בצעדי הרחקה בשל עקרון אי-ההחזרה (non-refoulement) שהמדינה מחויבת לו, וכל עוד הם יושבים בישראל, המדינה נוהגת בהם במדיניות של "אי-הרחקה זמנית". בית משפט זה לא שלל את המתווה של המדינה להעביר מסתננים למדינה שלישית גם נגד רצונם (כפי שעולה מבג"ץ 679/18 קוק אביבי נ' ראש הממשלה ושר החוץ (10.4.2018)). ברם, מדינה שלישית אינה כעת בנמצא. המסתננים עצמם היו מעדיפים מן הסתם להגיע למדינות מערביות אחרות, שבהן היחס אל מבקשי המקלט טוב מזה שבישראל, כפי שאכן נעשה על ידי מרבית המסתננים שעזבו את הארץ. העובדים-המסתננים בישראל לא עושים כן, מהטעם שגם מדינות אלה לא ששות לקלוט לשטחן מבקשי מקלט נוספים, והן מציבות מכשולים בדרך של המתדפקים על דלתותיהן. החוק בא לעודד ולדרבן את המסתננים לעזוב את ישראל, אלא שכתובת ברורה של נמען "למשלוח" – אין.

בבג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(2) 717 (2013) הבעתי דעתי כי "הביקורת החוקתית ומלאכת האיזונים אינה נעשית בחלל ריק, במעין מעבדת משפט, בה שוקלים, מאזנים ומחשבים ריכוזי תמיסות של פגיעה בזכויות וחירויות מול משקל ונפח של אינטרסים חיוניים כאלה ואחרים". במסגרת הביקורת החוקתית, יש לבחון גם את הנתונים בשטח, וכפי שהראתה הנשיאה בפסק דינה, קיים "ספק מסוים בדבר קיומו של קשר רציונאלי בין הסדר הפיקדון לעידוד היציאה מהארץ". הפגיעה החוקתית שהיא ברורה ומיידית, רחוקה מלהניב את התועלת שביקש המחוקק להשיג. כאשר קיימת מידה גבוהה של אי-ודאות לגבי נחיצותה של הפגיעה בזכות החוקתית לצורך השגת המטרה המוצהרת של החוק, יש בכך כדי להקרין על השאלה אם החוק הוא לתכלית ראויה (ברק מדינה, עמ' 313).

6. התכלית המוצהרת היא לגיטימית וראויה, ובית משפט זה הכיר בכך שכחלק ממדיניות ההגירה רשאית המדינה לעודד עזיבה מרצון של מסתננים ואף להרחיקם אל מדינה שלישית גם שלא בהסכמתם (בג"ץ 5190/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 850 (1995); עניין דסטטה, פסקה 82 לפסק דינה של הנשיאה נאור; עע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים (28.8.2017)). כל זאת, כחלק ממדיניות ההגירה הכללית שהיא עניין למדינה לענות בו, לרבות האינטרס או הערך של שימור הרוב היהודי במדינה (מה שאינו רלוונטי בענייננו לאור המספר הנמוך של המסתננים-המהגרים, ולאור ההנחה כי כאשר יבשילו התנאים לכך הם אמורים לחזור לארצם ולמולדתם).

יכול הטוען לטעון כי כאשר התכלית המוצהרת היא ראויה, יש לעבור ולבחון את האמצעים שננקטו להגשמתה במסגרת רכיב המידתיות, כפי שנעשה על ידי הנשיאה בפסק דינה. איני סבור כך. לדידי, מתוך האמצעי הבלתי מידתי שנקט בו המחוקק ניתן לעיתים לזהות את התכלית הבלתי ראויה.

לשם הדוגמה, נניח כי במסגרת תיקון לחוק שמירת הניקיון, התשמ"ד-1984, ששמו מעיד על מטרתו הראויה והנשגבה, המחוקק יורה כי מסתנן המשליך פסולת ברשות הרבים יידון לארבעים מלקות בית דין בפומבי. "תרשים הזרימה" האנליטי לבחינת חוקיותו של החוק עלול להביא אותנו למסקנה כי התכלית של שמירת הניקיון היא אמנם ראויה אך האמצעי אינו מידתי על פי המבחן השלישי, מאחר שמידת התועלת שבו (חרתעה מפני השלכת פסולת ברשות הרבים) אינה מצדיקה את עלותו (פגיעה בשלמות הגוף). אך האינטואיציה הבסיסית שלנו תאמר כי האמצעי החריף של הלקאה בפומבי הוא בלתי לגיטימי כשלעצמו, מה שמשליך לאחור על "התכלית הראויה" ומביא למסקנה כי גם התכלית אינה ראויה – המטרה הנעלה של שמירת הניקיון אינה מצדיקה את הפגיעה בזכות החוקתית לשלמות הגוף. בדרך זו, אנו מציבים "קו אדום" אשר שולל מלכתחילה לגיטימיות של הסדר שפוגע באופן קשה ועוצמתי בזכות חוקתית (ברק מדינה, 311).

במקרה שבפנינו, ניכוי רכיב העובד בנוסף על רכיב המעביד, הוא אמצעי חריף ופוגעני שנועד להפעיל לחץ ליציאה "מרצון" מהארץ (השוו לדברי השופט פוגלמן בבג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקאות 110-113 (22.9.2014) ובעניין דסטטה בפסקאות 24-28). האמצעי מעיד על התכלית הנסתרת, שהיא שבירת רוחם של המסתננים בדרך לא לגיטימית של הפעלת לחץ כדי שיעזבו את הארץ "מרצון", על אף שאין מדינה בטוחה שמביעה נכונות לקלוט אותם. תכלית זו אינה ראויה "בשים לב לכך שהיא חותרת לכאורה תחת עיקרון אי-ההחזרה האוסר על גירושו של

אדם למדינה שבה נשקפת סכנה לחירותו או לחייו" (דברי הנשיאה נאור בעניין דסטה, פסקה 81).

7. בנקודה זו, ומבלי לקבוע מסמרות, אעלה את הטענה כי קיימים יחסי גומלין בין האמצעי הבלתי מידתי לבין התכלית.

בבג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: עניין עדאלה) נאמר:

"כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון הפגיעה בכבוד האדם – תכליתו של החוק הפוגע תצדיק הפגיעה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ" (שם), פסקה 63 לפסק דינו של הנשיא (ברק).

לגישה זו, לא סגי בבחינת תוכנה של המטרה, אלא יש לבחון אם קידומה של המטרה (עידוד עזיבה מרצון) בדרך של פגיעה בזכות חוקתית (זכות הקניין) היא בעלת נחיצות וחיונית משמעותית (אהרון ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 353 (2010)). במקרה דנן, ספק רב, בלשון המעטה, אם התכלית של עידוד העזיבה היא כה לוחצת ודוחקת עד כדי הצדקה לנטילת פת לחמם של המסתננים. חברתי הנשיאה הזכירה בפסקה 38 לפסק דינה את מסמך ההבנות שנחתם עם נציבות האו"ם לפליטים ביום 2.4.2018, ולפיו מעמדם של כמחצית מן המסתננים יוסדר במדינות שונות מחוץ לישראל, ויתר המסתננים יזכו למעמד במדינת ישראל. פרטי ההסכם – שבוטל שעות לאחר שהוצהר על אודותיו – אינם נהירים לנו, אך בהיעדר הכחשה של המדינה בדבר עצם קיומו של הסכם זה, יש בביטול ההסכם כדי להחליש את טיעון בדבר צורך דוחק בעידוד העזיבה.

8. המדינה מבקשת לעודד את ההתיישבות בגליל ובנגב. אך קשה להלום כי המחוקק יורה על ניכוי של 20% משכרם של תושבי גבעתיים ורמת-גן, על מנת "לעודד" אותם לעקור לגליל או לנגב. והנה, על פי החוק שבפנינו, אנו מלינים חמישית משכרו של העובד-המסתנן, שגם המדינה מסכימה כי הוא משתייך לשכבות המוחלשות ביותר בחברה הישראלית. הנכס העיקרי, אם לא היחיד, של אותו עובד, הוא השכר החודשי שהוא מקבל ממעבידו. כפי שהיטיבה חברתי הנשיאה להאיר את משמעות הדברים, הלנת השכר "נעשית לפרק זמן בלתי מוגבל שסופו אינו ידוע, והיא עשויה להימשך שנים ארוכות ולקרב בכך את השלילה לכדי הפקעת הכספים בפועל". אמצעי בלתי מידתי זה,

הוא כמעט בבחינת גזילת פת לחם דווקא מאלה שאין להם אשרת עבודה רשמית, אלה שעבודתם נעשית ב"העלמת עין", אלה שלא עומדת לרשותם רשת ביטחון סוציאלית מינימלית, אלה שנגישותם לשירותי רווחה ובריאות מצומצמת. בפנינו נטען כי הירידה בשכר הביאה, בין היתר, לקיצוץ ברכישת מזון ותרופות, להפסקת תשלום ביטוח רפואי, למעבר לדירות צפופות יותר עם דיירים נוספים, להשארת ילדים לבדם או ב"מחסני הילדים" בדרום תל אביב שעות רבות יותר, כדי לעבוד שעות נוספות או עבודה נוספת במטרה להשלים את ההכנסה שאבדה.

ובקיצור, הפעלת אמצעי בלתי מידתי בדמות נטילת 20% מהשכר של אוכלוסיה מוחלשת מלכתחילה, יכולה להביא למסקנה כי התכלית שבבסיס החוק אינה ראויה. האמצעי הבלתי מידתי שננקט חושף את התכלית הבלתי ראויה של החוק.

9. אני נכון להניח כי תכליתו של החוק אינה חייבת להיות "לוחצת" או "דוחקת" וכי קיימות תכליות שונות שהן חשובות כשלעצמן, גם אם הגשמתן או השמירה עליהן אינן דחופות ואינן דוחקות. אך לצורך בחינת השאלה אם החוק הפוגע הוא לתכלית ראויה, קיימת מעין "מקבילית כוחות" בין האינטרס הציבורי לבין הפגיעה בזכות היסוד. יש לבחון אם תכליתו של החוק "מכוונת להגשים יעדים חברתיים חשובים אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגנה על זכויות אדם" (דברי השופט אור בבג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 662 (2002)); ו"בחינת התכלית הראויה נעשית על רקע מידת הפגיעה בזכויות אדם הגלומה בחוק" (בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 107 (2.9.2010)).

"השאלה אם תכלית היא ראויה נבחנת, בין השאר, בשני מישורים. במישור הראשון, תכלית היא ראויה אם היא מקיימת את האיזון הראוי בין האינטרס הציבורי לבין זכויות האדם [...] במישור השני, התכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיה של החברה והמדינה. מידת חשיבותו של הצורך, המתחייבת על מנת להצדיק פגיעה עשויה להשתנות על פי מהותה של הזכות הנפגעת. כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית, תכלית ראויה היא תכלית המבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ" (בג"ץ 951/06 שטיין נ' המפקח הכללי משטרת ישראל, פסקה 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (30.4.2006)).

"תכלית היא ראויה אם היא מבקשת לאזן בין האינטרסים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. [...] בבחינת השאלה אם תכלית היא ראויה, יש לבחון שני היבטים: ההיבט האחד,

עניינו תוכן התכלית. תכלית היא ראויה אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם, או אם היא נועדה להשיג תכליות חברתיות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור; ההיבט השני, עניינו מידת הצורך בהגשמת התכלית. תכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיהן של החברה והמדינה" (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 5026/04 דיזיין 22, שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' רע"נ היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס' (1) 38, 56 (2005), ההדגשה במקור – י"ע).

התכלית של החוק אינה נבחנת אפוא בכדידותה, במנותק מהפגיעה בזכות החוקתית ומעוצמת הפגיעה. כעומק הזכות הנפגעת כך נדרשת תכלית חברתית חשובה וחיונית יותר להצדקתה. אכן, הפגיעה במקרה דנא היא "רק" בכיסם של העובדים, ואף ללא הבחנה ביניהם – מה הסכום שאותו הם משתכרים, האם הם מפרנסים גם משפחה, כמה שנים הם בארץ, והאם הגישו בקשת מקלט שטרם נבדקה. התכלית המוצהרת אינה מצדיקה את האמצעי הבלתי מידתי שננקט – שליחת יד ישירה לצרור הנקוב אותו משתכרים העובדים המוחלשים, והקפאת הסכום שנלקח עד למועד בלתי ידוע, שהרי כפי שציינה המדינה, התכלית היא לעודד עזיבה כאשר הדבר יתאפשר (דברי ההסבר להצעת החוק. אציין כי בכך שונה ניכוי רכיב העובד מהניכוי המינהלי אשר צופה פני מועד יציאה ספציפי שנקבע לעובד). אמצעי זה הוא פגיעה בזכות יסוד, באופן שאינו לגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית, ובנקודה זו אלך שלב נוסף לאחור בבחינה החוקתית.

10. קיים קשר בין הדרישה כי החוק יהלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לבין התכלית של החוק:

"תכליתו של חוק הפוגע בכבוד האדם, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (עניין עדאלה, פסקה 62 לפסק דינו של הנשיא ברק, ההדגשה הוספה – י"ע).

סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע:

"חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"

ובפסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק היסוד נאמר:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

"בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל", והכל מפרשים ומוסיפים כדבר מובן מאליו אל תוך הטכסט את המילים "כמדינה יהודית ודמוקרטית". וכעת, אשים נפשי בכפי, ואגיע למסקנה כי החוק אף אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, אך בעיקר לא כמדינה יהודית.

11. "וְגַר לֹא-תֹנֶה וְלֹא תִלְתַּצְנֶנּוּ, כִּי-גֵרִים הֵייתֶם, בְּאֶרֶץ מִצְרַיִם" (שמות כב, כ). יש הגורסים כי "גר" הוא מי שהתגייר, או למיצער, מי שקיבל עליו את שבע מצוות בני נוח. אך דומה כי הדעה המקובלת ופשוטו של מקרא היא ש"גר" הוא מי שהגיע לישראל ממדינה אחרת. וכפי שכותב רש"י בפשטות בפירושו לפסוק זה: "כל לשון 'גר': אדם שלא נולד באותה מדינה, אלא בא ממדינה אחרת לגור שם".

חברתי הנשיאה הביאה את הציווי המקראי-הסוציאלי "לא תלין פעלת שכיר אתך עד בקר" (ויקרא יט, יג) ו"לא-תעשק שכיר, עני ואביון מאתיך או מגרך אשר בארץך בשעריך. ביומו תתן שכרו ולא-תבוא עליו השמש, פי עני הוא ואליו הוא נשא את-נפשו" (דברים כד, יד-טו).

לפנינו איסור מפורש מדאורייתא על הלנת שכר. איסור מפורש שעל מנת להבינו איננו צריכים להידרש לי"ג מידות שהתורה נדרשת להן, לא קל וחומר ולא גזירה שווה, אלא מילים מפורשות ופשוטות. ודוק: החוק שבפנינו אינו הלנת שכר "עד בקר" בלבד, אלא לתקופה בלתי ידועה, שעשויה להתארך שנים רבות. לא בהלנת שכר עסקינן, אלא בעושק וגזל, וכמאמר הגמרא: "כל הכובש שכר שכיר עובר בחמשה שמות הללו ובעשה אחד; משום כל תעשוק את ריעך ומשום כל תגזול ומשום כל תעשוק שכיר עני ומשום כל תלין ומשום ביומו תתן שכרו ומשום לא תבא עליו השמש" (בבלי, בבא-מציעא קי"א, ע"א). עוצמת האיסור היא כה גדולה, שלא בכדי נאמר כי "כל הכובש שכר שכיר כאילו נטל נפשו ממנו" (רמב"ם, הלכות שכירות פרק י"א, הלכה ב'). וכפי שפירש הרב שמשון בן רפאל הירש (הרש"ר הירש) מהמאה ה-19: "כדי להוסיף אזהרה ביחס לשכר שכיר, נמצאת אומר: לא רק החוטף באלימות – אלא כל המונע מחברו את המגיע לו, יהא בעינינו כגזול ממש; ואזהרה יתירה ביחס לשכר שכיר: לא תלין פעלת שכיר אתך עד בקר".

ידעו חכמינו לחזות כי תחילתו בהלנת שכר, המשכו בעושק וסופו בגזל. כפי שמתברר מהנתונים העגומים שהונחו בפנינו, מעבידים רבים ניכו משכרם של העובדים אך את הניכוי הותירו בכיסם, ועל כך התריעו גם הנביאים: "גַּרְתוּם וְאַל־מִנְהָ לֹא תַעֲשֶׂקוּ (ירמיהו ז, ו); וְאַתְּ הַגֵּר עֲשֶׂקוּ בְּלֹא מִשְׁפָּט" (יחזקאל כב, כט). וכאן חוזרים אנו שוב ל"תכלית הראויה". המציאות בשטח מוכיחה כי החוק חותר תחת תכליתו המוצהרת, שאם ביקש המחוקק לעודד את המסתננים-העובדים לעזוב, הרי שיישומו של החוק בשטח מעודד אותם דווקא להישאר עד אשר יקבלו את הכספים שנוכו משכרם, אך כאמור, במקרים רבים, כספים אלה לא הופקדו בפועל לזכותם. לצד תוצאה קשה זו, פועל יוצא מהחוק, יש להניח כי התרחבה התופעה של עבודה לא מתועדת, דהיינו, עבודה ב"שחור", ללא תלוש שכר, על מנת להימנע מהניכוי. לכך השלכות לא רק על מבקשי המקלט אלא גם על הכלכלה ושוק העבודה בכללותו.

12. כבית משפט אנו נדרשים לבחון את חוקתיותו של החוק ולא את תבונתו של המחוקק. עם זאת, קשה להימנע מהשאלה אם המצוקה האמיתית בה נמצאים תושבי דרום תל אביב לא תחריף ככל שנגרום למסתננים להיות עניים יותר, על כל הכרוך בכך בהיבטים של פשיעה, אלימות וצפיפות, ובימים אלה של קורונה – גם בהיבטים של בריאות האוכלוסייה.

לא בכדי ביקש איגוד המסעדות בישראל להצטרף לעתירה כעותר. המסתננים עובדים במסעדות בעבודות שישראלים אינם מוכנים לעבוד בהם והם גם עובדי הניקיון והמטפלים בקשישים שלנו. כך, כאשר עמדה על הפרק האפשרות כי ייחתם הסכם עם נציבות האו"ם, הוגשה עתירה לבג"ץ על ידי איגוד בתי האבות והדיור המוגן, ובית המשפט התבקש להורות למדינה להסדיר באופן מיידי את העסקתם של 6,000 עובדים זרים בענף הסיעוד. בעתירה נטען למחסור באלפי ידיים עובדות בענף, ו"כי הבעיה, החמורה כשלעצמה, עלולה אף להחמיר בטווח הזמן הקרוב. זאת, בהינתן שכ-3,500 עובדים המועסקים בענף הסיעוד – ואשר לטענת העותרים מהווים מזה זמן רב את כרית הביטחון האחרונה של המוסדות הסיעודיים – הם מבקשי מקלט, שעתידם לוט כיום בערפל נוכח היוזמות השונות להרחקתם מהארץ". בפסק הדין שניתן בעתירה, רשמנו בפנינו כי נוכח המחסור בכוח אדם "הורתה הממשלה על הקצאת מכסה של עד 1,000 עובדים פלסטיניים לענף המוסדות הסיעודיים. עובדים אלה יעברו הכשרה של 120 שעות, כאשר בהמשך ייקבע מספר כוחות עזר מירבי בכל מוסד ובכל מחלקה בהם יועסקו עובדים פלסטיניים – וזאת בהתחשב במספר העובדים הזרים מול מספר העובדים הישראליים. עוד בהקשר זה עדכנו המשיבים, כי בשלב זה, מתווה ההרחקה שלא מרצון

של מסתננים אינו יוצא לפועל, כך שאין ממש בטענת העותרים בסוגיה זו ובהשפעתה על המוסדות העותרים" (בג"ץ 918/17 איגוד בתי אבות ודיור מוגן בישראל נ' ממשלת ישראל (31.12.2018)).

עינינו הרואות, כי ביד אחת מבקשת המדינה לדחוק במסתננים כדי שיעזבו, וביד השניה היא מודעת למחסור בידיים עובדות בענפים מסוימים שהם עובדים בהם.

13. זכותה של המדינה להגן על גבולותיה ולקבוע מי יבוא בשעריה. אך לא זו השאלה המונחת לפתחנו. תופעת ההסתננות לישראל הוכחדה בשנים האחרונות בעקבות חסימת הגבול עם מצרים. המסתננים כבר נמצאים בתוכנו, והם זכאים לדברים הבסיסיים להם נזקק כל בן אנוש.

המדינה לא מתבקשת לפתוח גבולותיה בפני מהגרים, מבקשי עבודה ומבקשי מקלט – כל אלה נכללים בהגדרת "מסתננים". המדינה לא מתבקשת להעניק למסתננים זכויות סוציאליות כפי שניתנות בארצות מערביות שונות. המדינה לא מתבקשת לדאוג אפילו לתעסוקתם של המסתננים. המדינה מתבקשת רק להניח למסתננים לדאוג לעצמם מבלי לשלוח יד אל השכר שהם משתכרים בעמל יומם ובזיעתם כחוטבי עצים ושואבי מים, עבודות שברובן ממילא משוועות לידיים עובדות. עבודות אלה, בשולי שוק העבודה, הן בגדר הלקט השכחה והפאה שנותרו למסתננים. הם אינם מבקשים אותו לעצמם חינם, כך שהמדינה אף לא נדרשת לקיים מצוות הכתוב: **כִּי תִקְצֹר קִצְרֵךְ בְּשַׂדֶּךָ וְשִׁכְחֶתָ עִמָּךְ בְּשַׂדֶּה, לֹא תָשׁוּב לְקַחְתּוֹ, לְגַר לִיתּוֹם וְלְאֶלְמָנָה יִהְיֶה [...] כִּי תַחְבֹּט זֵיתְךָ, לֹא תִפְאַר אֶתְרֵיךָ, לְגַר לִיתּוֹם וְלְאֶלְמָנָה יִהְיֶה. כִּי תִבְצֹר פְּרִמְךָ, לֹא תַעֲוֹלֵל אֶתְרֵיךָ, לְגַר לִיתּוֹם וְלְאֶלְמָנָה יִהְיֶה" (דברים כ"ד, י"ט-כ"א).**

סוף דבר שהוא גם תחילתו – ניכוי רכיב העובד בהסדר הפיקדון דינו בטלות.

14. לאחר הדברים האלה, קראתי את פסק דינו של חברי, השופט נ' סולברג, ואתיחס בתמצית לנקודות שעלו בחוות דעתו.

א. חברי פותח פסק דינו ב"תולדות התמודדות בית המשפט עם סוגיית המסתננים" (לטעמי הסוגיה היא התמודדות המדינה עם סוגיית המסתננים), ומצביע על כך, שזו הפעם, המדובר בפגיעה כלכלית בלבד, וכי ההסדר יוצר תמריץ כלכלי לעובד המסתנן לצאת מן המדינה.

אני מסכים כי התכלית לעודד יציאת מסתננים מן הארץ היא תכלית ראויה ומטעם זה אני סבור כי הניכוי המינהלי אכן נעשה לתכלית ראויה. אך כל עוד אין למסתננים ארץ בטוחה אחרת לצאת אליה אלא "כאשר הדבר יתאפשר" (סעיף 7 לפסק דינו של חברי), הרכיב של ניכוי העובד הוא בגדר התעמרות ולא עניין של מדיניות הגירה.

ב. בפסקה 8 לפסק דינו, חברי מצביע על כך שניכוי רכיב העובד, הלכה למעשה, מגיע "רק" ל-14%, כי אלמלא הסדר הפקדון, ממילא היו מחוייבים העובדים-המסתננים בניכוי של 6% משכרם לטובת הפרשות לפנסיה.

איני סבור כך. ניכוי רכיב המעביד הוא בשיעור של 16%, ואם היינו מוסיפים לכך 6% כדברי חברי, היינו מגיעים להפרשה של 22% - אף יותר מהשיעור של 18.5% שמחייב צו ההרחבה החל על כלל העובדים במשק (מעסיק-12.5% + ניכוי משכר עובד - 6%). וכי ביקש המחוקק "לדאוג" לעובדים-המסתננים יותר מאשר לכלל העובדים במשק? תמהני. מה עוד, שרכיב ניכוי המעביד, שאמור לבוא במקום התשלומים הסוציאליים שמעסיק רגיל חייב בהם על פי צו ההרחבה, לא מקנה למסתננים-העובדים זכויות פנסיוניות של ממש.

ג. ההשוואה לניכוי של עד 20% משכרו החודשי של אדם, לשם שעבוד, עיקול ותשלום לנושים, אינה ממין העניין, באשר אין ענייננו באיזון בין חייב לנושים. לכך יש להוסיף כי ההנחה היא שלאזרח ולתושב ישראל יש רשת ביטחון סוציאלית מכוח החוק, כפי שעולה מסעיף 8(א) לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 הקובע כי יש להותיר סכום השווה לגמלת הבטחת ההכנסה המותאמת להרכב משפחתו. אף לא למותר להזכיר כי חוק הגנת השכר קובע איסור פלילי על הלנת שכר, מה שמעיד על מידת החומרה שהמחוקק מייחס להלנת שכר.

ככל שעלי להשוות לחיקוקים אחרים, הרי שעל פי סעיף 34(6) לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, ניתן להטיל עונש של הפקעת עד שישיית מהמשכורת החודשית של העובד ואף זאת לתקופה מכסימלית של עד ששה חודשים. הנה כי כן, אפילו לצרכי ענישה, הגביל המחוקק את הניכוי מהשכר לשיעור נמוך יותר ולתקופה מכסימלית של עד ששה חודשים, ואילו הניכוי במקרה דנא הוא לתקופה בלתי מוגבלת.

ד. בפסקה 20 לפסק דינו, מצייין חברי שאין מחלוקת כי ניכוי של 20% מהשכר "כרוך בהכבדה נוספת על מצבם הכלכלי הירוד ממילא" של המסתננים, אך סבור כי לא עלה בידי העותרים לבסס פגיעה ממשית בזכותם החוקתית לקיום מינימלי בכבוד. כן

הציג חברי את ההערכה לפיה עובדים מסתננים מצליחים לשלוח מדי חודש לחו"ל כ- 1,000 ש, ומכאן הוא נמצא למד כי העובדים יכולים לשאת בניכוי של 20% משכר העבודה "מבלי להגיע לכדי מחסור קיומי של ממש".

לצורך הדיון, אני נכון להניח כי גם לאחר ניכוי העובד, המסתננים לא ירדו אל מתחת לסף המינימום של קיום אנושי בכבוד ולא הגיעו לעוני מרוד ומשפיל (שמא בשל עבודתם המאומצת במאבק להישרדותם הכלכלית). אך השילוב בין השניים - שליחת היד לכיסם תוך פגיעה ברורה בזכות לקניין והבאתם אל סף המינימום, מצדיק את פסילת רכיב ניכוי העובד. לא דומה מי שהגיע אל הסף המינימלי של קיום בכבוד ואין לו זכות "חיובית" לעלות יותר מכך, למי שהמדינה גרמה לו, בדרך של פגיעה ישירה ובוטה בקניינו, לרדת אל הסף המינימלי.

ה. בבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012) (להלן):

עניין חסן), נקבע כי ההסדר שנקבע בחוק:

"פוגע בזכות לקיום אנושי בכבוד משום שהוא קובע כלל קטיגורי לפיו כל מי שבבעלותו או בשימושו כלי רכב לא יהא זכאי לגמלת הבטחת הכנסה; וזאת, ללא כל תלות בשאלה הפרטנית האם אכן יש לאותו אדם הכנסה בהיקף אשר יבטיח את מימוש זכותו למינימום של קיום אנושי בכבוד. מכאן ברור שכאשר נשללת גמלת הבטחת הכנסה ממי שזקוק לה לצורך קיום מינימאלי, נפגעת הזכות לקיום אנושי בכבוד".

צא ולמד: חוק הבטחת הכנסה, שנדון בעניין חסן, בא להשלים את ההגנה על הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד, כאחד הרכיבים מתוך מכלול הסדרי הרווחה הניתנים בישראל ואשר מספקים את ה"סל" הנדרש לשם קיום מינימאלי בכבוד. ואילו במקרה שבפנינו, ניכוי רכיב העובד בא להסיר ולפגוע בהגנה על הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד. זאת, ללא הבחנה בין העובדים השונים, מבלי לבחון אם לעובד יש הכנסה המבטיחה את זכותו למינימום של קיום אנושי בכבוד, ומבלי שהעובד-המסתנן זכאי למכלול הסדרי הרווחה הניתנים לאזרחי המדינה ותושביה. רוצה לומר כי פסילת החוק במקרה שבפנינו מתחייבת על דרך של קל וחומר בהשוואה לעניין חסן.

1. חברי תוהה מה ההבדל העקרוני בין הסדר הפיקדון דנן לבין הטבות מס לצורך עידוד ההתיישבות בנגב ובגליל. לדידי, ההבדל הוא גדול. ענייננו אינו בהטבת מס אלא בניכוי תוך פגיעה בוטה בקניין. זו הסיבה בגינה לא יעלה על הדעת לנכות 20% משכרם של תושבי גבעתיים ורמת גן על מנת לעודד אותם לעבור לנגב ולגליל.

ז. צודק חברי כי לא בהלנת שכר רגילה עסקינן, שהרי הלנת שכר היא עניין שביין המעביד לעובד. אך העובדה שהריבון הוא שהורה למעביד לעכב את שכרם של העובדים עד אם וכאשר תתאפשר יציאתם לארץ בטוחה, אינה משנה מהותית את התוצאה כי לפנינו הלנת שכר לתקופה שאין לה שיעור. מכאן מסקנתי כי בעושה ובגזל עסקינן.

15. תזכיר חוק "תשלום פקדון לעובד זר שהוא מסתנן (הוראת שעה-נגיף קורונה החדש), התש"ף-2000" (להלן: התזכיר), לא הבשיל עדיין להצעת חוק ממשלתי, כך שמדובר בשלב זה בביצה שלא נולדה. מכל מקום גם אם יבשיל התזכיר לכלל הוראת שעה, הרי שבידו האחת נוטל כספי מוחלשים ("אוכלוסיות קצה" כהגדרת המדינה בסעיף 5 לעדכון) ובידו השניה מחזיר להם סכום זעום מכספם-שלהם, ואף יש המציעים כי גם סכום זה ייחשב כהלוואה בלבד. אך כפי שכתבה הנשיאה, לאור התוצאה אליה הגענו, איננו נדרשים לתזכיר.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. על שלושה עיקרים ניצבת העתירה שלפנינו – על הפגיעה בזכות הקניין של עובדים מסתננים אזרחי אריתריאה וסודן; על הפגיעה בזכותם החוקתית לשוויון; ועל הפרת זכותם להתקיים בכבוד. לשיטת חברתי הנשיאה, וחברי כולם מחרים-מחזיקים אחריה, מחמת הפגיעה בזכות הקניין, יש להכריז על אי-חוקתיות סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: החוק המתקן), ולהורות על ביטולו של הסדר הפקדון, ככל שהוא נוגע לרכיב השכר המופקד ממשכורתו של העובד (להלן: רכיב העובד). דעתי שונה. לדידי אין באף אחד מראשי-הטענות שבפני העותרים, כדי להביא לקבלת העתירה ולמתן צו המורה על ביטולו של סעיף החוק הנזכר או חלקו.

מקצת תולדות התמודדות בית המשפט עם סוגיית המסתננים

2. בתחילה ביקש המחוקק להגביל את שהותם של המסתננים במשמורת לתקופה בת שלוש שנים, בכפוף לעילות שחרור בערובה שנקבעו בחוק; ברם, בית משפט זה מצא כי ההסדר איננו חוקתי, בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכות החוקתית לחירות (בג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717 (2013)). המחוקק הפנים את הביקורת של בית המשפט, טיכס, תיקן ותיכן, וקבע הסדר חדש, שעיקרו בקיצור תקופת השהייה במשמורת

לשנה אחת, לצד החזקתו של המסתנן במתקן שהייה פתוח. ואולם, אף לגבי הסדר זה מצא בית המשפט כי ההסדר איננו חוקתי, והנושא שב אל פתחו של המחוקק (בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014)); להלן: עניין איתן). קשוב לעמדת בית המשפט, יצר המחוקק מנגנון חדש, שלישי, הכולל שהייה במשמורת לתקופה של עד שלושה חודשים, והפעלתו של מרכז שהייה בו ימצא המסתנן לתקופה מקסימלית בת 20 חודשים. אף הסדר זה – בדבר מגבלת השהות במרכז שהייה – נמצא בלתי-חוקתי, ובית המשפט הורה על ביטולו (בג"ץ 8665/14 דטטה נ' הכנסת (11.8.2015)).

3. הנה כי כן, פעם, פעמיים ושלוש, הורה בית משפט זה על ביטולו של הסדר חקיקתי בסוגיה הנדונה, ואנו עתה בפעם הרביעית. עלינו לשמור את נפשנו מן ההרגל, כי הרגל הופך לטבע. ודוק: עד כה נפסלו דברי-החקיקה בסוגיית המסתננים בגלל פגיעה קשה בגרעין הקשה של זכויות האדם, שלילת חירות והגבלת חופש התנועה. המחוקק נתן אל לבו, ועכשו על הפרק, עניין אחר, כלכלי גרידא. לא זו אף זו: בית משפט זה קדם למחוקק, בהצעה למנגנון של ערבויות כספיות, כתמריץ כלכלי ליציאת שוהים שלא כדין מן הארץ (ראו: דברי השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, פסקה 63 (2011)); ובהמשך הציע בית המשפט ליישם זאת לגבי מסתננים (דברי השופטת ע' ארבל בעניין אדמ, בעמ' 807-808).

4. עוד 'הערת אזהרה' מקדימה, והיא נוגעת לבעיית כריכתם של היבטים כמותיים, עם שאלות של איזון ערכים, שההכרעה בהם איננה נומינלית-מספרית. מדברי חברתי הנשיאה ניכר, כי לא עצם הטלת החובה להפריש חלק משכרו של העובד לפיקדון היא שאיננה חוקתית, אלא שיעור ההפקדה הגבוה "הניטל" משכרו של העובד. ברם, אם שיעור הפקדה של 20% איננו מידתי, מהו קו פרשת המים לאיזון הראוי? 13%? 8%? כיצד נדע? זהו "פרדוקס הערימה". כמה גרגרים צריכים להיות בערימה כדי שתחשב ערימה? ברי כי גרגר אחד איננו ערימה, כשם שגרגרים רבים כן יהיו ערימה. מהו המספר שעד אליו אוסף הגרגרים אינו נחשב ערימה וממנו והלאה כן? "כאשר בית המשפט נדרש ליישם את מבחן המשנה השלישי של תנאי המידתיות, היינו את שאלת היחס הסביר בין התועלת לבין הפגיעה בזכות החוקתית, והוא עושה כן לגבי שאלה חוקתית 'כמותית' באופיה... הרי עליו ליתן משקל לא מבוטל למרחב התימרון הנתון למחוקק" (דברי הנשיא (בדימוס) א' גרוניס בעניין איתן, בפסקה 17). כשבעניין 'כמותי' עסקינן, עלינו לסייג את מרחב התימרון הנתון לבית המשפט, מחשש לטעות משפטית. קביעת האופן המדויק בו עשויה להתגשם תכלית החוק, מערבת לעתים קרובות שיקולים מקצועיים שאינם בגדר

מומחיותו של בית המשפט. או אז, כשאנו נדרשים להכריע בנקודת איזון מספרית, או בטווח נומינלי מסוים, עלינו להיזהר; אנו עלולים לטעות.

שמירה על הקניין

5. בשניים אלה שונה דעתי מזו של חברתי הנשיאה:

(א) התכלית העיקרית של הסדר הפקדון היא יצירת תמריץ כלכלי ליציאת מסתננים מישראל, במועד, לכשיתאפשר, ובכך למנוע את השתקעותם במדינה. חברתי הנשיאה ספקנית לגביה, והיא מציינת (בעקבות דברי חברי, השופט ע' פוגלמן בעניין איתן) את "הגבול הדק שבין עידוד חיובי לעזיבה ל'שבירת רוחם' של המסתננים על מנת שיחליטו לעזוב" (פסקה 28). חברי, השופט י' עמית, נחרץ בדבריו: התכלית אינה ראויה (פסקה 8). דעתי שונה. אני סבור כי תכלית הסדר הפקדון הנ"ל היא ראויה, וכפי שנפסק בעניין דסטא (כדעת הרוב, מפי הנשיאה מ' נאור, בפסקה 75), בעניין אדם (מפי השופטת ע' ארבל, בפסקה 84) ובעניין איתן (מפי השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן בפסקאות 6-8).

(ב) חברתי הנשיאה קובעת "כי רכיב העובד אינו עומד במבחן המשנה השלישי של המידתיות, ועל כן הוא אינו חוקתי" (פסקה 50). לדעתי, ממלא רכיב העובד אחר מבחן זה (מבחן המידתיות במובן הצר). אין לכחד: ישנה פגיעה בזכות הקניין של המסתננים, אך אין להפריז בחומרתה; לעומת זאת, התועלת החברתית הגלומה בהסדר הפקדון היא ממשית.

6. אסביר: ההסדר יוצר תמריץ כלכלי לעובד המסתנן לצאת מן המדינה. המשך ההשתקעות בערים והשהייה בישראל, מחזקים את המוטיבציה של המסתננים שלא לצאת מן המדינה, גם כשהדבר יהיה אפשרי. אל מול תמריץ שלילי זה, מבקש הסדר הפקדון ליצור תמריץ נגדי, מידתי, לעידוד היציאה מישראל, לכשיתאפשר לעשות כן; ובכך להגשים את מדיניות ההגירה של ממשלת ישראל. ההסתננות הבלתי-חוקית – פגיעתה רעה (ראו: דברי השופט ס' ג'ובראן בעניין איתן בפסקה 7). בטחון הפנים מתערער, תחושת הבטחון האישי נפגעת, הפגיעה גואה (ראו: פסקה 102 לתשובת המדינה והאסמכתאות שם). תושבי דרום תל אביב, מרכז העיר נתניה, פתח תקווה, רובע א' באילת, רובע ב' באשדוד, ושאר שכונות שבהן ריכוזי מסתננים – סובלים; העול על הקופה הציבורית בגין שירותי רווחה, רפואה, שיטור וחינוך – רב. אכיפת חובות אזרחיות כגון תשלומי מס – קשה (ראו: דברי השופטת ע' ארבל בעניין אדם בפסקה 14).

אין זה בלתי-לגיטימי למנוע ממסתננים להכות שורשים בישראל. המדינה אינה רק רשאית לטפל בתופעה; היא חייבת לעשות כן. למדינת ישראל כמדינה ריבונית יש זכות, זכות שהיא חובה, לקבוע את מדיניות ההגירה לתוכה. עקרון זה, המוכר במשפט הבינלאומי, מעניק למדינה מתחם רחב מאד של שיקול דעת בעיצוב מדיניות ההגירה, ובקביעת כלים אשר יאפשרו את מימושה. על המדינה לעשות כן, בטרם תהיה השתקעותם של רכבות מסתננים בישראל עובדה מוגמרת שלא ניתן עוד לשנותה.

7. תמריצים כלכליים מסייעים בהכוונת התנהגות בכלל, ובתחום ההגירה בפרט (פסקה 103 לתשובת המדינה); נתוני היציאה מרצון של מסתננים מלמדים על יעדי יציאה מגוונים (פסקה 84). גורמי המקצוע ברשות האוכלוסין וההגירה מעריכים, כי הגדלת התמריץ הכלכלי החיובי הגלום בכספי הפקדון שיצטברו בחשבונותיהם של המסתננים צפויה לחזק מגמה זו. בהודעה מעדכנת מטעם המדינה, הוצגו טבלאות נתונים אשר מהם ניתן ללמוד על גידול של כמעט פי 7 במספר המסתננים הממוצע שיצאו ומשכו פקדון, מדי חודש מאז המחצית הראשונה של שנת 2017 ועד למחצית הראשונה של שנת 2019; וזאת בשלב מוקדם יחסית – הן לגבי ישום החוק ואכיפתו, הן לגבי צבירת הפקדון. לדעתה של חברתי הנשיאה, "מדובר בתועלת מוגבלת בהיקפה", משום שהנתונים המספריים "אינם חד משמעיים וניתן לפרשם בדרכים שונות" (פסקה 41). חברתי מפנה לטענת המדינה על כך ש"יש לאפשר פרק זמן הולם ליישומן [של הסדר הפקדון] ולהצטברות כספים משמעותיים בפקדונות העובדים המסתננים". לדברי חברתי, טענה זו של המדינה "מלמדת אף היא על כך שבשלב זה התועלת מן ההסדר עודנה מוטלת בספק", ומסקנתה היא כי "התועלת השולית שברכיב העובד אינה רבה". כשלעצמי דומני, כי בנתונים המספריים יש יותר מאשר ראשית ראייה לתועלת הגלומה בהסדר הפקדון. עמדת ב"כ המדינה, כי נדרש עוד פרק זמן הולם ליישומן של הסדר הפקדון לפני שתיבחן השגת תכליתו בפועל, לא צריכה לעמוד למדינה לרועץ בשלב זה. זאת, מכיוון שאחת ממטרותיו המרכזיות של ההסדר היא יצירת תמריץ כלכלי, ותמריץ זה הולך ומתגבש על ציר הזמן, קורם עור וגידים מדי חודש בחודשו, עד אשר יצטבר סכום כסף בשיעור משמעותי למסתנן להמריצו לצאת מישראל, כאשר הדבר יתאפשר. פרק הזמן הנחוץ איננו אפוא מגרעת; הוא רכיב בהסדר, זהו עיקר כוחו של התמריץ. ואם ישנו ספק, הרי שהוא צריך לפעול לקיומו של חוק; לא לביטולו. גבי דידי – נתוני הגידול במספר המסתננים, הערכת גורמי המקצוע לגבי הצפי לחיזוק מגמה זו, וההיגיון בעמדה שלפיה הצטברות סכום כסף ניכר תמריץ את היציאה מישראל, כל אלה מלמדים על תועלת לא מבוטלת; בכוח ובפועל.

8. הפגיעה בקניינם של המסתננים מעיקה, אך גם אין להפריז בחומרתה. אין מדובר ב"הרחקה קונסטרוקטיבית", כטענת העותרים; לא ב"עושה" ולא ב"גזל", כדעת חברי,

השופט י' עמית. אלמלא הסדר הפקדון, היו מחוייבים העובדים המסתננים בניכוי של 6% משכרם לטובת הפרשות לפנסיה, וזאת מכוח צו הרחבה. הא למדנו, כי הפגיעה השולית העודפת הגלומה בהסדר הפקדון אינה מבטאת ניכוי של 20% משכר העובד, אלא 14% בלבד. לבטח אין להקל ראש בשיעור זה, אך יש לראותו כמות שהוא. בהחלת הסדר פקדון שכזה, אין כדי להפעיל לחץ בלתי סביר על המסתננים, עד אשר יעדיפו לצאת מן הארץ שלא מתוך רצון חופשי, למקום שבו יהיו נתונים בסכנת חיים, או סכנה לחירות. שלא כנטען, הסדר הפקדון אינו יוצר "מכבש לחצים" המסכל את קיומה של בחירה חופשית לגבי יציאה מן הארץ. אין מדובר בהפקעה של הכסף, לא בהחרמתו, אלא בשלילת היכולת להנות בזמן הווה מאותם 20% שנוכו מן השכר, והפקדת סכום זה בפקדון אישי שינוהל עבור העובד המסתנן; הפקדון ישמר עבורו וינתן בידו, בתוספת רווחים, ככל שייצטברו, לכשייצא מן הארץ. אף אין להתעלם מן ההיבט המיטיב עם המסתננים בהסדר הפקדון: ההסדר יוצר מנגנון מנהלי שמבטיח כי מעסיקי העובדים המסתננים יפרישו עבורם את הכספים שהם מחוייבים בהם (16% לשם הבטחת זכאותם לזכויות סוציאליות ולפיצויי פיטורין. אין זה דבר של מה בכך, במציאות שבה הפרשת הזכויות הסוציאליות של העובדים המסתננים אינה מיושמת תמיד כהלכה, אם משום הפרה מצדם של המעסיקים, או מחמת חוסר שיתוף פעולה מצדן של קרנות הפנסיה. זאת ועוד. סכום הכסף שיקבל העובד המסתנן ביציאתו מן הארץ, כולל הפרשה בשיעור גדול יותר משכרו, והפרשה נוספת מן המעסיק, וסכום זה יאפשר לו נקודת פתיחה טובה יותר להסתגלות במדינה שבה יקלט.

9. עוקצה של הפגיעה בקניין הוקחה עוד עם התקנתן של תקנות עובדים זרים (סוגי מקרים ותנאים שבהתקיימם עובד זר שהוא מסתנן זכאי לקבל את כספי הפיקדון לפני מועד עזיבתו את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית), התשע"ח-2018 (להלן: תקנות הפטור). התקנות הללו קובעות, כי עובד מסתנן זכאי לקבל 70% מסכום הפיקדון שעליו להפקיד, וזאת בדרך של אי-ניכוי חלק זה על-ידי המעסיק, היינו, חלק העובד שיפקיד המעסיק יעמוד על 6% משכרו. תקנות הפטור חלות על קטינים, נשים, מי שגילם 60 ומעלה, אבות יחידנים, חולים הזקוקים לכספי הפיקדון, וקורבנות של עבירות סחר בבני אדם ועבדות. הנה כי כן, בצד האמצעי הכלכלי שנקבע כדי לתמרץ יציאת מסתננים מישראל, לא פסו שיקולים הומניטריים, כפי שראוי שיהיה, ובמקרים הנ"ל, לא יופעל האמצעי במלוא היקפו, אלא רק בשיעור מינימלי המקביל לזה הקבוע בצו ההרחבה לפנסיה חובה. בתקנות הפטור יש משום מענה הולם לחלק ניכר מן הנטען בעתירה, שרבות דובר בה על נשים וילדים; לבטח כך לגבי טענות המבקשים להצטרף כידידי בית המשפט, שחלק הארי בהן עסק בנשים וילדים. עוד מן הראוי לציין, כי שיקולים

הומניטריים הופעלו גם בעצם מתן האפשרות למסתננים לעבוד, והרי זה לא מובן מאליו. העסקתם אסורה על-פי החוק, אך המדינה נמנעת מאכיפת איסור זה.

10. על סמך הדברים הללו, ושאר דברים שאומר להלן במסגרת הדיון בזכות לקיום בכבוד, דומני כי רכיב העובד צלח את מבחן המידתיות כמוכחן הצר.

הזכות לקיום בכבוד

11. לטענת העותרים 1-13 (להלן: העותרים), ניכורו של רכיב העובד משכר עבודתם של מסתננים פוגע בזכותם החוקתית לקיום בכבוד, וביתר שאת, משום שהם אינם זכאים להטבות או לסיוע סוציאלי מטעם המדינה. את טענתם לפגיעה בזכות לקיום בכבוד תומכים העותרים בתצהירים מטעם העותרים 1-7; ובמהלך בירור העתירה, צירפו תצהירים של עובדים מסתננים נוספים – הן במסגרת בקשה למתן צו ביניים מיום 29.6.2017, הן במסגרת הודעה מעדכנת אשר הוגשה ביום 5.11.2017.

12. מנגד, טוענים ב"כ המדינה, כי העותרים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם להוכיח את פגיעתו של ניכור רכיב העובד בזכות החוקתית לקיום בכבוד. כמו כן, הובא לידיעתנו בהודעה מעדכנת מיום 26.6.2019 כי העותרים 1 ו-7 עזבו את ישראל, כי בעת הגשת ההודעה לא בוצעה כל הפקדה על-פי החוק המתקן משכרו של העותר 4, וכי בגין העותר 3 בוצעו עד לעת ההיא 7 הפקדות בלבד, האחרונה שבהן בחודש מאי 2018. עוד נטען, כי יש בהתקנתן של תקנות הפטור הנ"ל (פסקה 9) כדי ליתן מענה ראוי למקרי קצה הדורשים התייחסות הומניטרית יחודית.

13. המשיבים 6-42 (להלן: איתן והתושבים) טוענים אף הם, כי הטענות העולות בעתירה – על צרופותיה, אינן מבססות פגיעה בזכותם של העובדים המסתננים לקיום בכבוד. כמו כן נטען, כי מסתננים רבים מעבירים לארצות מוצאם סכומי-כסף מתוך שכרם החודשי, וכי על רקע זה אף נחקק החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (הוראת שעה), התשע"ג-2013, האוסר, ככלל, על הוצאתם של כספי מסתננים מישראל (להלן: חוק איסור הוצאת כספי מסתננים). עוד לטענתם, התנגדו העותרות 10-11 (המוקד לפליטים ולמהגרים והאגודה לזכויות האזרח בישראל) בשעתו לחוק האמור, ומכאן כי סכומי כסף אכן הועברו על-ידי מסתננים אל מחוץ לישראל, והדעת נותנת שעודם מועברים גם בימינו אלה. נטען, כי ממוצע סכומי הכסף אשר העבירו מסתננים לארצות מוצאם מידי חודש, הריהו קרוב לשיעורו הממוצע של רכיב העובד המנוכה משכרם של

עובדים מסתננים מכוח החוק המתקן, ומשכך אין בניכוי כדי לפגוע בזכותם לקיום בכבוד.

14. איתן והתושבים תומכים את יתדותיהם אף בהסדרים המעוגנים בחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 ובחוקים נוספים, אשר מאפשרים ניכוי של לפחות 20% משכרו החודשי של אדם, לשם עיקול, תשלום לנושים וכיוצא באלה. הסדרים אלה משקפים, לשיטת איתן והתושבים, את תפיסת המחוקק בדבר השכר הנחוץ לשם קיום מינימלי בכבוד, ומהם נלמד אפוא כי אין בניכויים של 20% משכר העובדים המסתננים כדי למנוע מהם קיום מינימלי כאמור. איתן והתושבים טוענים גם (כאמור בפסקה 9 לעיל) כי תקנות הפטור שומטות את הקרקע תחת טענות העותרים, שכן חלק ניכר מהנתונים אשר הוצגו על-ידם מתייחסים לנשים ולילדים, המוחרגים מהחוק המתקן על-פי תקנות אלה.

15. על רקע האמור מוסיפים העותרים וטוענים בין היתר כי אין ממש בטענת איתן והתושבים במה שנוגע להעברת כספי מסתננים אל מחוץ לישראל, שכן הנתונים עליהם נסמכת טענה זו אינם עדכניים ולא מספקים. נטען עוד, כי לא מן הנמנע שאכן ישנם עובדים מסתננים המקבלים שכר אשר מאפשר להם להעביר אי-אילו סכומי כסף לארצות מוצאם, אך אין זה המצב ביחס לחלק ניכר מקבוצת אוכלוסיה זו. כמו כן טוענים העותרים, כי תקנות הפטור אינן נותנות מענה מספק לפגיעות הטמונות בחוק המתקן, שכן אלה אינן מתייחסות לאוכלוסיות רלבנטיות נוספות כגון עובדים המשתכרים שכר בשיעור נמוך משכר המינימום; ומן הטעם שאף האוכלוסיות הנמנות בתקנות הפטור, עודן מחויבות בהפקדת 30% מרכיב העובד (דהיינו, 6% משכרן). עד כאן עיקרי טענות ב"כ הצדדים במה שנוגע לזכות לקיום בכבוד.

16. אין עוררין על מעמדה הרם של הזכות לקיום מינימלי בכבוד, ורוב מילים אך למותר. זכות זו הוכרה זה מכבר כזכות חוקתית הנובעת ישירות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והריהי נמנית עם הזכויות שבליבת כבוד האדם ממש. הבטחת קיום חומרי מינימלי – לחם לאכול ובגד ללבוש, קורת גג, טיפול רפואי בסיסי – כל אלה מתחייבים מן השמירה על כבוד האדם, במובן הבסיסי ביותר של מונח זה, ואף נחוצים לשם מימושן של זכויות חשובות אחרות. יפים דבריה של הנשיאה ד' ביניש:

“מבין שלל המשמעויות שניתן להעניק למושג 'כבוד אדם', ובפרט כאשר מושם הדגש על התיבה 'אדם', הרי שהיסודית ביותר היא זו הנוגעת לכבודו הסגולי של האדם, לתנאי הישרדותו ההכרחיים ביותר. אם הגדרנו את יסודות הזכות

לכבוד באופן מטאפורי כנשענת על כך שהאדם נברא בצלם, נראה כי צלמו נפגע בראש ובראשונה אם הוא מגיע לעוני מרוד ומשפיל" (בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, פסקאות 33-36 (2012); ראו גם: בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, 484-479 (2005); ולהרחבה ראו: אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 614-547 (2014)).

17. שני פנים לה להגנה החוקתית על הזכות לקיום מינימלי בכבוד – שלילי וחיובי. במובנה השלילי דומה ההגנה על הזכות לקיום בכבוד להגנה החוקתית על זכויות אזרחיות-פוליטיות אחרות, ומשמעה – כי על המדינה להימנע מפגיעה באמצעים העומדים לרשותו של אדם לשם קיום חומרי בסיסי. לעומת זאת, מובנה החיובי של הגנה זו מטיל על המדינה חובה לפעול על מנת לספק 'רשת בטחון' אשר תגן על כלל חלקי החברה מפני מחסור קיומי (עניין חסן, בפסקה 34; בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פסקה סט (26.3.2015)). בנדון דידן נהרש אפוא אל הפן השלילי של הזכות לקיום מינימלי בכבוד, ובתוך כך, שומה עלינו לבחון האם בנפוחה את רכיב העובד משכרם של העובדים המסתננים, פוגעת המדינה – פגיעה שאינה חוקתית – בזכותם לקיום בכבוד.

18. עוד זאת אציין בטרם אגש אל נסיבות ענייננו, כי בחשיבותה של הזכות לקיום בכבוד, בנחיצותה, במעמדה הרם – לא סגי. בעתירה נגד חקיקה ראשית של הכנסת עסקינן, ועל מנת להצדיק התערבות בכגון דא נדרשים העותרים להוכיח כי זכותם לקיום בכבוד אכן נפגעה, וזאת במידת הוכחה המצדיקה התערבות שיפוטית-חוקתית. לשם כך, נקבע לא אחת בפסיקתו של בית משפט זה כי שומה על הטוען לפגיעה בזכות לקיום בכבוד להוכיח כי החוק הנדון עלול להביא, הלכה למעשה, את מי מנמעניו למחסור המגיע כדי מניעה של אמצעי קיום מינימליים. עוד נקבע, כי אין די בהערכה גרידא לגבי הכבדה כלכלית כלשהי, אשר יש להניח כי ההסדר החוקי יסב לנמעניו, אלא "הבחינה היא לעולם קונקרטי ותוצאתית". בחינה זו נעשית על רקע כלל נסיבות העניין, ובמסגרתה נדרשים העותרים להניח לפני בית המשפט "תשתית עובדתית מלאה שממנה יהיה ניתן להסיק את הפגיעה בכבוד. כך ייזקק בית המשפט לפירוט המבוסס בתייעוד מתאים, של מקורות ההכנסה ושל ההוצאות השוטפות והקבועות שבהן אותו אדם נושא... ייבחן תפקודם של כלל מערכי התמיכה המדינתיים והאחרים המסייעים לאותו אדם, ופעולתו שלו מולם למיצוי זכויותיו. יהיה נדרש להבהיר האם האדם עובד, ומהן החלופות התעסוקתיות העומדות בפניו. אם יטען הטוען בשמה של קבוצה – יהיה עליו לבסס את המאפיינים המשותפים לאותה קבוצה המלמדים על פגיעה בכבודם של כלל חבריה. נוכח תשתית עובדתית כזו שתשכנע את

בית המשפט – על פי פירושה הנכון של הזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כי אמנם הגיע מצבו של אדם לכלל פגיעה אסורה בכבוד, תתחייב הוראה לרשויות השלטון לפעול להסרת הפגיעה” (עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, בעמודים 484-486; ההדגשות הוספו – נ’ ס’; ראו גם: בג”ץ 7245/10 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ משרד הרווחה, פ”ד סו(2) 442, 484 (2013) (להלן: עניין עדאלה); בג”ץ 4511/12 גמליאלי נ’ המוסד לביטוח לאומי, פסקה 5 (6.1.2013)).

19. על רקע האמור, פניתי לבחון את טענות העותרים בדבר פגיעתו של ניכוי רכיב העובד בזכותם של העובדים המסתננים לקיום בכבוד; נתתי דעתי על האמור בתצהירים שצורפו, על הנתונים, על האסמכתאות השונות, ובאתי לכלל מסקנה כי לא עלה בידי העותרים לבסס כדבעי את טענתם לפגיעה חוקתית כאמור. אבאר.

20. העותרים טוענים, כי ניכוי רכיב העובד פוגע בפועל בזכותם של העובדים המסתננים לקיום בכבוד, ותורף התשתית הראייתית שצורפה על-ידם בהקשר זה הוא בתצהירי העותרים 1-7, כמו גם בתצהירים מטעם 37 מסתננים נוספים אשר רכיב זה נוכח משכר עבודתם. ואמנם, תצהירים אלה מעלים תמונה עגומה של מחסור כלכלי ניכר – הלב נחמץ למקרא תיאור קשייהם של הורים וילדים, אנשים ונשים, צעירים ומבוגרים, אשר עמלים יום-יום במשך שעות ארוכות ורבות למען פרנסתם, מתוגמלים בצמצום יחסי, וחיים בדוחק. ברי אפוא כי ניכוי של 20% משכר עבודתם של המסתננים יהא כרוך בהכבדה נוספת על מצבם הכלכלי הירוד ממילא. עובדה זו, דומני, אינה שנויה במחלוקת; אך כמבואר לעיל, אין בה די.

21. הלכה למעשה, בחינה מדוקדקת של 44 התצהירים אשר צירפו העותרים לכתבי טענותיהם מעלה, כי כ-52% מן העובדים המסתננים אשר הצהירו על קשייהם לנוכח יישומו של החוק המתקן, הן נשים (23 במספר), ואלה חוסות כיום תחת תקנות הפטור. זאת ועוד, שבעה מצהירים נוספים מבין 19 הגברים הנותרים (כ-16%), נמנים ככל הנראה אף הם עם האוכלוסיות עליהן חלות תקנות הפטור – אם מאחר שנפלו לכאורה קרבן לסחר בבני אדם, אם נוכח מצב רפואי ירוד – איש איש ונסיבותיו-הוא. ביני לביני אף יצאו כמה מבין המצהירים מישראל, וחלקם גם לא היו מועסקים בעת מסירת ההצהרה. יתר על כן, ובכך עיקר, כלל התצהירים אשר צירפו העותרים כאמור אינם מפורטים דיים, אין ניתן למצוא בהם תיאור בהיר של מכלול מקורות ההכנסה והתמיכה (קהילתית, משפחתית או אחרת) של המצהירים ובני משפחותיהם, אף לא ביאור סדור של כלל ההוצאות החיוניות והעלויות הנלוות להן. תצהירים אלה גם אינם מגובים בראיות או בתיעוד כלשהו המבסס את הנתונים המתוארים בגדרם (ראו והשוו: עניין עמותת מחויבות

לשלום וצדק חברתי, בעמודים 486-487); ונוכח כל האמור לעיל, אין בהם כדי להוכיח פגיעה ממשית בזכותם של מי מן המצהירים לקיום מינימלי בכבוד.

22. זאת ועוד, יש ליתן את הדעת על כך שהעותרים טוענים למעשה לפגיעה בזכותה של קבוצה, להבדיל מפגיעה פרטנית בזכויותיהם של העותרים 1-7 גרידא, ומשכך, כדלעיל, היה עליהם "לבסס את המאפיינים המשותפים לאותה קבוצה המלמדים על פגיעה בכבודם של כלל חבריה" (עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, בעמוד 486). ברם, לא די בכך שהתצהירים אשר צירפו העותרים אינם מקימים תשתית המבססת פגיעה בכלל העובדים המסתננים; אדרבה – עיון בתצהירים אלה מלמד על מגוון של נסיבות סוציו-אקונומיות, פוטנציאל השתכרות משתנה של מצהירים אלה ואחרים – מהם צעירים ומבוגרים, רווקים, בעלי משפחות, הורים יחידנים. ממילא אפוא מעידים התצהירים גם על שוני בחלופות התעסוקתיות העומדות בפני המצהירים, בהוצאותיהם החיוניות, במקורות תמיכה אפשריים וכיוצא באלה.

23. חידוד נוסף לדברים שלעיל מצאתי בנתוני השכר אשר הציגו ב"כ המדינה בהודעה מעדכנת מיום 26.6.2019, וזאת על יסוד נתונים שנאספו בדבר ישומו של החוק המתקן. בין היתר, הוצג בהודעה זו פילוח שכרם של העובדים המסתננים, המשקף התפרשות נרחבת למדי של עובדים אלה על פני רמות שכר שונות – חלקם משתכרים בשיעור נמוך עד מאד, רבים מרוויחים כ-4000-7000 ש"ח, ויש מהם המשתכרים למעלה מ-10,000 ש"ח בחודש, ואף 20,000 ש"ח ויותר.

24. העובדים המסתננים אינם עשויים אפוא מקשה אחת, ולכן סבורני כי העותרים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם להוכיח פגיעה בזכותם של כלל העובדים המסתננים לקיום בכבוד. בנסיבות אלה, "למצער, ולשיטה המקלה, היה עליהם להראות מקרים פרטניים המצביעים על הפגיעה הנטענת, שאז היה עובר נטל ההוכחה אל המדינה" (עניין עדאלה, שם); אך גם זאת לא עלה בידם, כמבואר בהרחבה לעיל.

25. הנה כי כן, העותרים לא הוכיחו כדבעי כי ניכויו של רכיב העובד משכר עבודתם פוגע, הלכה למעשה, בזכותם של אי-אילו עובדים מסתננים לקיום בכבוד, ובוודאי שלא הוכחה פגיעה כאמור בעובדים המסתננים כולם. משזו מסקנתי בשלב הפגיעה בזכות, ממילא איני נדרש להמשיך ולצעוד במשעולי הבחינה החוקתית על-פי פסקת ההגבלה, לבחון את תכלית החוק המתקן ואת מידתיותו. בכך ניתן היה לסיים את הדיון דנן.

26. יחד עם זאת, לא אמנע מלציין כי להעדרה של תשתית עובדתית מספקת בענייננו, מצטרפים אף נתונים שונים העולים מכתבי הטענות של המשיבים, אשר יש בהם כדי להוסיף ולהטיל ספקות בפגיעתו של החוק המתקן בזכות לקיום בכבוד. אמת נכון הדבר, כי הנתונים אשר הציגו המשיבים הריהם סטטיסטיים בעיקרם – משוערים וכלליים, ולבטח אין בהם כדי להעיד על מצבו הכלכלי של מסתנן זה או אחר. דא עקא, הואיל והעותרים לא הציגו לפנינו נתונים פרטניים מספקים, הרי שברי כי בידי המשיבים לא ימָצָא מידע מעין זה. נגזר עלינו אפוא לקיים את הדיון שלהלן בפריזמה קבוצתית-כללית, אך מכל מקום, סבורני כי הדברים שיובאו מעוררים מחשבה.

העברת כספי מסתננים אל מחוץ לישראל

27. ראשית, גבי דידי, ספק רב מתעורר בכל הנוגע לפגיעתו של ניכוי רכיב העובד בזכות לקיום בכבוד, נוכח טענת איתן והתושבים, המגובה באסמכתאות, שלפיה בשנים עברו נהגו מסתננים רבים להעביר סכומי כסף מתוך שכר עבודתם לשם סיוע לבני משפחה וקרובים אשר נותרו מאחור. מצב דברים זה אף הביא בשנת 2013 לחקיקתו של חוק איסור הוצאת כספי מסתננים. דברי ההסבר להצעת החוק יעידו:

“ההערכה, המבוססת בין השאר על ממצאי התשאולים שעורכת רשות האוכלוסין למסתננים מיד עם כניסתם לישראל, היא שחלק גדול מהמסתננים הם מהגרי עבודה. 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 המערכת הבנקאית” (דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (איסור הוצאה מישראל של כספי מסתנן – הוראת שעה), התשע”ב-2012, ה”ח הממשלה 1368).

28. נוסף על כך, במסגרת הדיונים שקיימה ועדת הפנים ואיכות הסביבה בהצעת החוק האמורה, הציגה ראש תחום יעוץ במשרד המשפטים, עו"ד אביטל שטרנברג, הערכה זהירה אשר לפיה היקף סכומי-הכסף המועברים על-ידי מסתננים מישראל אל מחוצה לה, עומד על כ-600 מיליון ש"ח מידי שנה (פרוטוקול ישיבה מס' 605 של ועדת הפנים ואיכות הסביבה, הכנסת ה-18, 4 (10.9.2012)). מעניין להיווכח, כי במהלך הדיון בוועדה, ציינה עו"ד רותם ידלין, נציגת משרד ראש הממשלה, וכמוה גם נציגת המחלקה הפלילית במשרד המשפטים עו"ד לילך וגנר, כי מהנתונים המצויים בידיהן עולה שעובדים מסתננים חוסכים בממוצע כ-1,000-1,100 ש"ח לחודש – סכום כסף המועבר, להערכתן, אל מחוץ לישראל (שם, בעמודים 22 ו-31).

29. נתון חשוב נוסף בהקשר זה עולה ממכתב אשר צירפו איתן והתושבים לכתב התשובה מטעמם, ואשר נשלח מטעם העותרות 10-11 (העותרת 10 בשמה דאז – "מוקד סיוע לעובדים זרים" והאגודה לזכויות אזרח בישראל) לחברי הכנסת, עובר לאישורו של חוק איסור הוצאת כספי מסתננים. במכתב זה הפצירו העותרות 10-11 בחברי הכנסת להתנגד להצעת החוק, אשר אישורה יביא, לשיטתן, ל"שלילת זכותו של אדם... לסייע לקרוביו שנותרו מאחור בכסף שהצליח להרוויח בעמל כפיו". כמו כן, נציגיהן של עותרות אלה אף השתתפו בדיוניה המתוארים לעיל של ועדת הפנים ואיכות הסביבה, ועו"ד עודד פלר טען בשם העותרת 11 כי החוק המוצע הוא "בבחינת גזירה שהציבור לא יכול לעמוד בה" (שם, בעמוד 48; וראו גם את דבריו בפרוטוקול ישיבה מס' 609 של ועדת הפנים ואיכות הסביבה, 43 (15.10.2012)).

30. נמצאנו למדים אפוא כי בטרם חקיקתו של חוק איסור הוצאת כספי מסתננים, העבירו עובדים מסתננים רבים סכומי כסף מתוך שכר עבודתם לידי קרוביהם המצויים מחוץ לישראל. הנתונים שהוצגו בדיוני ועדת הפנים ואיכות הסביבה מלמדים כי סכומי כסף אלה עמדו בממוצע על סך של כ-1,000 ש"ח לחודש – סכום הקרוב לשיעור הממוצע של רכיב העובד המנוכה מכוח החוק המתקן, כפי שזה עולה מן הנתונים אשר הציגו ב"כ המדינה בהודעתם מיום 26.6.2019. דעת לנבון נקל, כי העובדים המסתננים לא היו מעבירים לקרוביהם מידי שנה סכומי כסף בשיעורים ניכרים כפי אלה אשר הוצגו בישיבות הוועדה כאמור, אלמלא העברתם של סכומים אלה היתה מותרת להם די שכר לשם קיום מינימלי בכבוד. לא זו אף זו, יש להניח כי העותרות 10-11 לא היו עומדות באותה עת על זכותם של העובדים המסתננים להמשיך ולהעביר סכומי כסף לקרוביהם, אם היה בהעברות אלה כדי להביאם לכדי מחסור קיומי.

31. אמנם נכון, חלפו שנים מספר מעת אישורו של חוק איסור הוצאת כספי מסתננים, וכיום אין בידינו כלים לבחון אם בעת הזאת עובדים מסתננים עודם מעבירים סכומי כסף לקרוביהם אשר מחוץ לישראל, באמצעים כאלה או אחרים. יחד עם זאת, לאחרונה נמסר על מבצע של שגרירות אריתריאה בישראל לגיוס כספים בקרב תומכי המשטר באריתריאה השוהים בישראל, למען מאבקה של המדינה בנגיף הקורונה. הובאה לידיעתנו הודעה שפורסמה ביום 16.4.2020 באתר משרד המידע של אריתריאה, ולפיה אזרחי אריתריאה השוהים בישראל תרמו 883,000 ₪ (252,000 דולר) למען המאבק בהתפשטות נגיף הקורונה במדינה (ראו: פסקאות 16-18 לתגובת איתן והתושבים מיום 19.4.2020). דומני אפוא כי יש בכלל הנתונים המתוארים לעיל כדי ללמד במידה מסויימת על אודות מאזן ההכנסות וההוצאות של העובד המסתנן הממוצע, ועל יכולתו לשאת בניכוי של 20% משכר העבודה מבלי להגיע לכדי מחסור קיומי של ממש.

32. בהקשר זה, יש להצר על הסתירה הברורה בין טענותיהן של העותרות 10-11 במה שנוגע לחוק איסור הוצאת כספי מסתננים, לבין טענותיהן שהועלו בענייננו כאן. בעוד שעובר לאישורו של החוק טענו העותרות 10-11, כי הטלת איסור על מסתננים להעביר לקרוביהם סכומי כסף המוערכים בכ-1,000 ש"ח לחודש, היא בבחינת גזירה שאין ציבור המסתננים יכול לעמוד בה; הרי שבנדון דידן הן טוענות, כי ציבור העובדים המסתננים אינו יכול לעמוד בניכוי של רכיב בשיעור כספי דומה אשר יופקד בפיקדון השמור לבעליו. הכיצד טענות אלה דרות בכפיפה אחת זו עם זו? אתמהה. העותרות 10-11 אף לא טרחו ליישב את הסתירה האמורה בטענותיהן לפנינו.

שיעור שכר המוגן מעיקול, שעבוד או העברה

33. חיזוק נוסף למסקנתי בדבר העדר פגיעה בזכות לקיום בכבוד מצאתי בהשוואה אשר ערכו איתן והתושבים בין ההסדר החוקי דנן לבין הוראות חוק הגנת השכר. סעיף 8(א) לחוק הגנת השכר קובע כי בעיקול, שעבוד, או העברה של סכומים משכרו של אדם, יש להותיר בידיו סכום השווה לגמלת הבטחת ההכנסה המותאמת להרכב משפחתו, ולכל היותר, 80% משכר עבודתו החודשי. במילים אחרות, סעיף 8(א) לחוק הגנת השכר מאפשר להפחית משכרו של אדם מינימום של 20%, ולעתים אף יותר מכך. אמנם לא ניתן להקיש במדויק מן ההסדר המתואר בחוק הגנת השכר להסדר החוקי דנן, שכן רכיבי השכר הנדונים בהם שונים קמעא, ואף העקרונות העומדים בבסיסם אינם זהים. ברם, יש בהוראת סעיף 8(א) לחוק הגנת השכר כדי ללמדנו על תפיסתו של המחוקק בדבר רף השכר הנחוץ לשם קיום מינימלי (פבלו לרנר "על עיקול משכורת במשפט הישראלי" הפרקליט מח 30, 41 (התשס"ה-התשס"ו)); דומה כי על יסוד זה, ניכוי רכיב העובד

בשיעור של 20% משכר העבודה אינו מביא בהכרח לכדי מחסור הפוגע בזכות החוקתית לקיום בכבוד.

תקנות הפטור

34. תקנות הפטור (עמדתי על פשרן ופועלן בפסקה 9 לעיל) מביאות גם הן מזוור מסוים להכבדה הנלווית מטבע הדברים לניכוי של רכיב העובד. התקנות הללו פוטרות נשים וקטינים, מי שגילם למעלה מ-60, אבות יחידנים, חולים וקורבנות של עבירות סחר בבני אדם ועבדות, מניכוי עיקרו של רכיב העובד; ובכך יש בתקנות הפטור כדי לצמצם מלכתחילה את האפשרות שניכוי זה יפגע בזכות לקיום בכבוד. בהקשר זה, מוסיפים העותרים וטוענים, כי גם לאחר החלתן של תקנות הפטור, מנוכים 6% אחוזים משכרן של האוכלוסיות המנויות בו. ואולם, ניכוי מעין זה זהה להפרשה משכרם של מרבית העובדים בישראל עבור קרן פנסיה, אשר אינה מבוצעת, מטעמים מעשיים, ביחס לשכרם של העובדים המסתננים. אמת נכון, הפקדון איננו קרן פנסיה, והסכומים הנצברים בו אינם מקנים למסתננים את הזכויות הנלוות לצבירה פנסיונית, אך כאמור לעיל, בחינת הפגיעה בזכות לקיום בכבוד היא "לעולם קונקרטיית ותוצאתית" (עניין עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, בעמוד 485; ההדגשה הוספה – נ' ס'). הנה כי כן, כשם שניכוי 6% משכרם של מרבית העובדים בישראל אינו פוגע הלכה למעשה בזכותם לקיום בכבוד, הרי שאין ניתן לומר כי ניכוי מעין זה מונע בהכרח קיום מינימלי מן האוכלוסיות הבאות בגדר תקנות הפטור.

בשולי הדברים

35. לאחרונה, ביום 1.4.2020, הופץ להערות הציבור תזכיר חוק תשלום פיקדון לעובד זר שהוא מסתנן (הוראת שעה – נגיף הקורונה החדש), התש"ף-2020. תזכיר חוק זה נועד לאפשר למסתנן אשר פוטר מעבודתו או הוצא לחופשה ללא תשלום עקב מגיפת הקורונה, לבקש לפדות חלק מכספי הפקדון "וזאת לצרכי מחייתו בתקופת משבר הקורונה בה אינו מועסק" (דברי ההסבר לתזכיר החוק). הנה כי כן, מתוך שלא לשמה באה המדינה לשמה, וכספים אשר נצברו מתוך שכר עבודתם של מסתננים לשם עידוד יציאתם מישראל, עשויים לשמש עתה להבטחת קיומם בכבוד בעודם שוהים בישראל בימים טרופים אלה של מגיפת הקורונה. אלמלא הפקדון אפוא, ובהעדר זכויות סוציאליות הנתונות לאזרחי המדינה, לבטח היו מתקשים המסתננים לקיים עצמם בתקופה הנוכחית, וכבודם היה נפגע באופן ניכר. דברים אלה מצטרפים לתועלת אשר תצמח לעובדים המסתננים מהסדר הפקדון בימים כתיקונם – אם בהבטחת זכויותיהם הסוציאליות, אם

בתרומה להסתגלותם במדינות שבהן ייקלטו לאחר היציאה מן הארץ (ראו לעיל בפסקה 8) – וסבורני כי מכלול זה תומך אף הוא במסקנה על חוקתיות החוק המתקן.

הזכות לשוויון

36. לבסוף, יש לדחות את הטענה על פגיעתו של ניכוי רכיב העובד בזכות החוקתית לשוויון. כידוע, ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון נגזרת מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לא כל הבחנה שעורך המחוקק תחשב אפוא לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, אלא רק כזו אשר קשורה קשר ענייני הדוק לכבוד האדם. פגיעה שכזו בשוויון לא מצינו בנדון דידן. המחוקק מבקש לעצב מדיניות הגירה, ולהתמודד עם סוגיית המסתננים הבלתי-חוקיים. לפיכך קבע הסדר המבחין בינם לבין עובדים אחרים – אזרחי ישראל ותושביה, או עובדים זרים אשר נכנסו לישראל ומועסקים בה כדין, שהייתם מוגדרת לתקופות קבועות, ויציאתם במועד מישראל ניתנת לאכיפה בתום תקופת הרישיון. זו איננה הבחנה 'חשודה', כזו הקשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם, אלא הבחנה עניינית, לגיטימית, מחוייבת המציאות, במסגרת המאמץ להגשים את תכליותיו הראויות של החוק.

אחר הדברים האלה

37. 3 הערות בשולי חוות דעתו של חברי, השופט י' עמית:

(א) לדברי חברי – "המדינה מבקשת לעודד את ההתיישבות בגליל ובנגב. אך קשה להלום כי המחוקק יורה על ניכוי של 20% משכרם של תושבי גבעתיים ורמת-גן, על מנת 'לעודד' אותם לעקור לגליל או לנגב" (פסקה 8). אף אני אשיב לו כי אכן כן, המדינה מעודדת את הפריפריה על חשבון המרכז, ומה ההבדל העקרוני בין הסדר הפקדון דנן לבין הטבות מס לצורך עידוד ההתיישבות בנגב ובגליל? האם לא נגרע מכספם של תושבי גבעתיים ורמת גן לטובת תושבי הנגב והגליל?

(ב) שוב ושוב כינה חברי את הסדר הפקדון כ"גזל". והרי לגבי גזל, 'דין פרוטה כדין מאה'; וכי ניכוי של 1% במקום 20% גם הוא לגזל יחשב?

(ג) חברי ציין בתקיפות, כי "לפנינו איסור מפורש מדאורייתא על הלנת שכר" (פסקה 11). אכן, חומרה רבה נודעת ביהדות להלנת שכר, כפי שהראתה חברתי הנשיאה, וכדברי חברי. אלא שאין הנדון דומה לראיה. עניינה של הלנת שכר היא ביחסי מעביד – עובד.

בהסדר הפקדון, לא עוול המעביד כלפי העובד. הריבון, הוא אשר הורה בחוק כיצד לפעול. חברתי עמדה על כך (פסקה 43), אך חברי הפליג בדבריו. לענייננו, מתאים יותר לדעתי הכלל "הפקר בית דין – הפקר". משמעו הוא הכוח שבידי בית הדין להפקיר נכסי כל אדם (בבלי, יבמות פט, ב). יש לבית דין כוח וסמכות להפוך נכסים שביד אדם להפקר. אם עשה כן, יהיו הנכסים כאילו הוא עצמו הפקירם. זו גם אחת הסמכויות שניתנו לבית דין כדי לגדור פרצות, שהדין אינו מוצא להן פתרון. מקור סמכות זו של בית דין הוא מה שנאמר בעזרא (י, ז-ח) כשקראו לכל בני הגולה להיקבץ לירושלים: "וכל אשר לא יבוא... כעצת השרים והזקנים, יחרם כל רכושו" (עזרא י, ז-ח) (נחום רקובר ורפי יעקובי "ניבי תלמוד" 128 (התשנ"א-1990)). זאת ועוד: "רשאין בני העיר להתנות על המידות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן" (בבלי, בבא בתרא ח, ב). כלומר, נתונה סמכות לבני העיר להתקין תקנות ולהנהיג סדרים שיש בהם משום הפקעת ממון, כגון – לשנות גודלן של מידות, מחירי תבואה, שכר פועלים, ואף להעניש את מי שעוברים על דבריהם. אבל דומני שהעיקר לענייננו הוא זה: נצטוונו: "ודל לא תהדר בריבו" (שמות כג, ג). מפרש רש"י: "לא תהדר – לא תחלוק לו כבוד לזכותו בדין ולומר, דל הוא, אזכנו ואכבדנו". רבי אברהם בן עזרא מפרש בדומה: "תחשוב כי טוב תעשה בעזרך הדל". הרי זו נטיה אנושית לרחם על הדל, ולהטות את הדין לטובתו, כנגד בעל-דינו, החזק, המבוסס. הנוהג כך, סבור שאך טוב הוא עושה; ולא כן: "לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול, בצדק תשפוט עמיתך" (ויקרא יט, טו).

סוף דבר

38. להלכה – מתחם רחב מאד של שיקול דעת נתון למדינה בעיצוב מדיניות ההגירה; למעשה – שוב ושוב נקבעו הסדרים בחקיקה ראשית, ונמצאו בלתי-חוקתיים. התקופה שנקבעה לשהיית המסתננים במשמורת קוצרה מהסדר להסדר, התנאים שופרו, אך עדיין, מחמת החשש לפגיעה בזכויות האדם, שלילת חירות ופגיעה בחופש התנועה, נפסלו ההסדרים הללו על-ידי בית משפט זה. על הפרק עתה, עניין כלכלי. אף הוא מכביד ופוגעני; אך דומני, כי הסדר הפיקדון מניח את הדעת, ואינני רואה הצדקה לסעד החריג שהתבקש בעתירה – ביטול חקיקה ראשית של כנסת ישראל.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מצטרף לחוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה א' חיות ולסעד המוצע על

ידה.

1. בעתירה שלפנינו הועמד לביקורת שיפוטית סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 (להלן: החוק המתקן) בטענה כי הוא גורם פגיעה לא חוקתית בזכויות אדם המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שמצביע חברי השופט נ' סולברג, זו הפעם הרביעית שבה מובא לפתחו של בית משפט זה דבר חקיקה ראשית של הכנסת בעניינם של המסתננים, מחמת פגיעה נטענת בזכויות הבסיסיות ביותר הנתונות לאדם באשר הוא אדם, החוסות בשיטתנו המשפטית תחת הגנתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, כובד משקלן של תוצאות ההליכים הקודמים לא נעלם מאיתנו, והזהירות המתחייבת בבחינת החוק המתקן – היום, כמו בהליכים הקודמים – היא אבן דרך מנחה בביקורת השיפוטית המוחלת על ידינו. בכך אין לגרוע מהחובה המוטלת עלינו לבחון את השאלה המשפטית שהונחה לפנינו: האם הסדר הפיקדון המעוגן בחוק המתקן צולח את הבחינה החוקתית. כאמור, אני סבור כי התשובה לשאלה זו – בכל הנוגע לניכוי רכיב העובד – כפי שפירטה חברתי הנשיאה, שלילית, וכי בנושא זה פוגע החוק המתקן פגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית של עובדים מסתננים לקניין. לפיכך, מקום שבו חוק פוגע בזכות מוגנת בחוק יסוד שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה, על בית משפט זה להושיט סעד לנפגע – ובענייננו, להורות על בטלות החלק הבלתי חוקתי. זוהי חובתו של בית המשפט וזהו תפקידו, וכפי שצינתי בפרשת איתן:

"לא נעלם מעינינו כי תוצאת פסק דיננו זה היא שאנו שבים ומבטלים חקיקה ראשית של הכנסת. ערים אנו לכובד משקלה של דוקטרינת הפרדת הרשויות. איננו מבקשים 'לחרוש שלא בהיתר בשדה של הרשות המחוקקת', ו'זהיר-זהיר נהלך עד שנורה על פסלותה של הוראה שבחוק הכנסת' [...] אלא שהסדרים שקבע התיקון החדש לחוק למניעת הסתננות פוגעים בצורה מהותית, עמוקה ויסודית בזכויות אדם. אין הם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, ואין הם צולחים את הביקורת החוקתית. משכך, לא ניתן אלא להכריז על בטלותם. לא ברצון עשינו זאת; מכוח חובתנו עשינו זאת (בג"ץ 7385/13 איתן – מדינת הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 212 לפסק דיני (22.9.2014) (לעיל ולהלן: עניין איתן); ההפניות לעניין זה הן לפסק דיני, אלא אם מצוין אחרת).

דברים אלה – עומדים בתוקפם גם בבואנו להכריע בעתירה דנן, שעה שלמרבה הצער מבקשת המדינה גם הפעם לבחור, מבין הכלים הרבים הנתונים לרשותה, באמצעי

פוגעני שחורג מהמסגרת החוקתית אותה מתווה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ועל הקשיים החוקתיים שבאמצעי זה, עמדו גורמי הייעוץ המשפטי לכנסת ולוועדת הפנים כבר בהליך הכנת החוק, כמפורט בתגובה המקדמית מטעם הכנסת).

חברתי הנשיאה הניחה יריעה רחבה וכאמור, למסקנות חוות דעתה, כמו גם לדרך הילוכה, אני מצטרף בהסכמה. נוכח חשיבות הנושא, אבקש להדגיש כמה נקודות בבחינה החוקתית שהונחה לפתחנו.

2. על הצעדים שנקטה מדינת ישראל להתמודדות עם שהייתם של המסתננים בשטחה, בהינתן הקושי להרחיק את חלק הארי של אוכלוסייה זו למדינות מוצאם, ועל היסטוריית ההליכים שהוגשו לגבי אמצעים אלה לבית משפט זה עמדה הנשיאה בחוות דעתה (שם, פסקה 2; ראו גם בג"ץ 8665/14 דטטה נ' הכנסת, פסקאות 7-10 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (11.8.2015) (להלן: עניין דטטה); עניין איתן, פסקאות 6-10; עע"ם 8101/15 צגטה נ' שר הפנים (28.8.2017)), ולא ארחיב בדברים. בשלב זה מונח לפנינו הסדר הפיקדון שחוקק בסעיף 4 לחוק המתקן, ובפרט מתמקד הדיון בחובה שהוטלה בו על מעסיק לנכות 20% משכר עובד מסתנן ולהעבירם לפיקדון שמיכתו תתאפשר ככלל רק במועד העזיבה את ישראל, ובהסדר הניכוי המינהלי שנקבע לגבי 33% מהכספים שנצברו בפיקדון מקום שבו מסתנן לא יצא מהמדינה בתום תקופת השהייה החלה לגביו, אשר לגביהם ניתן צו על תנאי ביום 26.7.2017.

3. תחילה לניכוי רכיב העובד. על פי החוק המתקן, על מעסיק של עובד זר שהוא מסתנן (ועל הקושי בשימוש בשם התואר האמור כלפי אלה שאליהם מכוון ההסדר החקיקתי נושא העתירה ראו בג"ץ 7146/12 אדמ נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717, 833-831 (2013) (להלן: עניין אדמ); עניין איתן, פסקה 5) להפקיד פיקדון בסכום השווה ל-36% משכר עבודתו של המסתנן כך שחלק הפיקדון השווה ל-20% מהשכר ינוכה משכר עבודתו של העובד בעד אותו חודש (סעיף 1יא(א) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: חוק עובדים זרים או החוק; וראו סעיף 1יא(ו) לחוק זה לגבי הגדרת שכר עבודה). את יתרת הסכום, בשווי 16% משכר העבודה של עובד שהוא מסתנן, על המעסיק להעביר לפיקדון בנוסף לשכר המשולם לעובד (להלן: רכיב המעסיק). על פי החוק המתקן, העובד המסתנן יהיה זכאי לקבל 67% מכספי הפיקדון, הכוללים ברגיל את רכיב העובד, בתוספת חלק מרכיב המעסיק, עם יציאתו מהמדינה שלא לצורך יציאה זמנית (את 33% הנוותרים זכאי העובד לקבל בהתאם להסדר הניכוי המינהלי, שעליו אעמוד בהמשך).

4. הצדדים אינם חלוקים בהתייחס לנקודת המוצא שלפיה ניכוי 20% משכרו של העובד המסתנן פוגע בקניינו. על היקפה של הפגיעה בקניין בנדון דידן אעמוד בפירוט בהמשך אולם בשלב זה ראיתי להאיר שתיים: ראשית, אין לקבל את טענת המדינה שלפיה הפגיעה הנטענת בשכרו של העובד היא לכל היותר בשיעור של 14% משכרו, שכן ממילא עליו להפריש 6% מן השכר לטובת קרן פנסיה. כפי שהבהירה הנשיאה בחוות דעתה, להבדיל מרכיב המעסיק אשר הפרשתו לפיקדון באה במקום תשלומים סוציאליים שהמעסיק חייב בהם (על פי ההסדר הפרטני שנקבע לכך בסעיף 1יא(ו) לחוק עובדים זרים), ניכוי רכיב העובד לפיקדון לא פוטר את העובד המסתנן מחובת ההפרשה המוטלת עליו לקרן פנסיה (חוות הדעת של הנשיאה, פסקאות 26 ו-47). לפיכך, מסקנת חברי השופט נ' סולברג, כי "אלמלא הסדר הפקדון, היו מחוייבים העובדים המסתננים בניכוי של 6% משכרם לטובת הפרשות לפנסיה, וזאת מכוח צו הרחבה" (שם, פסקה 6) אינה מעוגנת בלשון החוק, להבדיל מההוראות המקבילות שנקבעו בעניין רכיב המעסיק.

5. שנית, בהערכת עוצמת הפגיעה בזכות לקניין, איני סבור כי יש לתת משקל מכריע לכך שהסדר הפיקדון לא מורה על שלילת קבע של חמישית ממשכורתו החודשית של העובד המסתנן. במישור זה טענה המדינה כי הפגיעה בקניינו של העובד מוגבלת שכן מדובר לכל היותר בשלילת יכולתו להשתמש באותו סכום כל עוד הוא שוהה בארץ. ברם, בהינתן "הערפל הנורמטיבי" המאפיין את מעמדם של המסתננים במדינה, שנובע בין היתר אך לא רק – מאוזלת היד שמגלות הרשויות בטיפול והכרעה בבקשות המקלט שהוגשו מטעם כשני שלישי מהמסתננים השוהים כיום בישראל (ראו חוות הדעת של הנשיאה, פסקה 45) – משמעותו המעשית של הסדר הפיקדון, למצער עבור מי שלא מוכן לוותר על ההגנה המוקנית לו מכוח עקרון אי ההחזרה או על בקשתו למקלט מדיני, היא כי השלילה של קניינו תעמוד בתוקפה עד למועד לא ידוע. בנסיבות אלו, מניעת היכולת של העובדים המסתננים להשתמש בחמישית משכר עמלם כמוה כשלילה לפרק זמן שאינו קצוב. מצטרף אני אפוא לניתוח של הנשיאה כי ניכוי חמישית ממשכורתם של עובדים מסתננים לפי הסדר הפיקדון, בנסיבות שתוארו, פוגע בזכותם החוקתית לקניין (פסקה 23 לחוות דעתה). לאור מסקנתי זו, עלינו להידרש למבחני פסקת ההגבלה, ותחילה לתכליות ההסדר.

6. המדינה טענה לפנינו כי התכלית העיקרית העומדת ביסוד ניכוי רכיב העובד הקבוע בהסדר הפיקדון היא יצירת תמריץ כלכלי חיובי משמעותי לעובד המסתנן לצאת מרצון למדינה אחרת, או למדינתו כאשר יתאפשר הדבר, ובכך למנוע את המשך השתקעותו בישראל (ומסכים אני לקביעותיה של הנשיאה לגבי התכלית שעניינה הבטחת

חסכון שישמש את המסתננים במועד עזיבתם, הגם שברי כי היא לא התכלית המרכזית העומדת ביסוד ניכוי רכיב העובד). באופן עקרוני מוכן אני להניח כי התכלית שעניינה יצירת תמריץ כספי לעזיבת ישראל מרצון היא תכלית ראויה וכי שיקול כלכלי יכול לשמש מניע לבחירה רצונית לעזוב את המדינה, שאין מקורה בהפעלת לחצים בלתי סבירים לעשות כן. אלא שכמו בהליכים שעסקו בהחזקתם של מסתננים במשמורת או במרכז שהייה, גם בהליך דנן ניטשה מחלוקת בין הצדדים בדבר תכליתו האמיתית של הסדר הפיקדון בחלקו המכוון לשכר העבודה של העובדים המסתננים, בראי מציאות חייהם של האחרונים, ומצבם הסוציו-אקונומי עוד לפני הניכוי המתוכנן. לשיטתם של העותרים, הפגיעה בחמישית משכרם של המסתננים נועדה בפועל להגשמת תכלית פסולה של שבירת רוחם, השפלתם ודחיקתם לעוני חריף, כדי שיסכימו לוותר על ההגנות הניתנות להם בדין.

7. ואכן, היבטים מסוימים בקשר לניכוי רכיב העובד לפי הסדר הפיקדון, ובהם בין היתר החלתו הגורפת על כל עובד מסתנן, תהא משכורתו אשר תהא, יכולים לתמוך בטענות העותרים כי הוא נועד להפעיל על אוכלוסיית המסתננים "לחץ משמעותי ובלתי הוגן" לעזוב את מדינת ישראל בדרך של יצירת תנאי קיום בלתי נסבלים עבורם (ראו והשוו עניין איתן, פסקאות 110-113; עניין דטטה, פסקאות 17-19 ו-24-28 לפסק דיני). בעמדה זו מחזיק חברי השופט י' עמית, שסבור כי האמצעים שננקטו בהסדר הפיקדון בכל הנוגע לרכיב העובד, והפגיעה הבלתי מידתית הגלומה בהם חושפים את תכליתו הפסולה "להמאיס ולמרר את חייהם של המסתננים עד שיאמרו 'רוצה אני'" (פסקה 4 לחוות דעתו). ככלל, אני נכון להכיר בכך שמציאות נורמטיבית מסוימת, עלולה לעלות, בנסיבות חריגות, כדי "מכבש לחצים" המסכל את קיומה של בחירה חופשית לצאת מהארץ. לחצים בלתי סבירים ואמצעים הדוחקים באדם לעזוב את הארץ עלולים להפוך את יציאתו לגירוש כפוי ואסור (עניין איתן, פסקה 112). בעניין דטטה עמדתי על כך שפרטי ההסדר "בהיבט הכמותי" יכולים להשפיע על פרשנות ה"היבט האיכותי" שלו, וכך ציינתי שם:

"בעוד שבפרשת איתן ניתן היה להרהר בשאלה אם אמנם תקופת משמורת בת שנה היא ביטוי נורמטיבי אפשרי לתכלית הנטענת – זיהוי ומיצוי אפיקי יציאה לגירוש [...] – במקרה שלפנינו נכון להתבונן על היפוכם של דברים. כשם שנוסחו הקודם של החוק הקשה על הגעה למסקנה שלפיה תכליתו היא אמנם זיהוי ומיצוי אפיקי יציאה לגירוש, קיצור תקופת המשמורת והעמדתה על שלושה חודשים יש בהם כדי ללמד [...] על קשר מובנה בין ההחזקה במשמורת לבין הליך הרחקה אפקטיבי. במובן זה, ה'היבט הכמותי' – תקופת המשמורת המרבית

המותרת – 'מדבר', ומשפיע על פרשנות ה'היבט האיכותי'
 (זיקה לקיומו של הליך הרחקה יעיל) " (שם, פסקה 7).

8. בענייננו, איני רואה לשלול את מסקנתו האמורה של חברי השופט י' עמית; אולם גם אם מתעורר ספק לגבי השאלה אם הפחתת 20% משכר העבודה של עובדים מסתננים יכולה לבוא בגדרי "ביטוי נורמטיבי אפשרי" לתכלית הנטענת של הסדר הפיקדון לעודד מסתננים לצאת מישראל מרצון באמצעות תמריץ כלכלי, אני סבור כי אין הכרח להכריע בה, וזאת משום שממילא להשקפתי דינה של ההוראה בדבר ניכוי רכיב העובד להיפסל בשל פגיעתה הלא מידתית בזכות העובד המסתנן לקניין. לכך אפנה כעת.

9. תחילה לשאלה אם ניכוי רכיב העובד כפי שנקבע בהסדר הפיקדון מקיים קשר רציונאלי לתכלית החוק. חברתי הנשיאה עמדה בהרחבה על הנתונים שהציגה המדינה בקשר לעזיבת מסתננים את ישראל בתקופה שלאחר כניסת הסדר הפיקדון לתוקף. אקדים ואומר כי אני נכון לקבל את הערכת המדינה שלפיה האפקטיביות של הניכוי לפיקדון כתמריץ כלכלי לעזיבת המדינה מרצון תגדל לאורך זמן, כשיצטבר סכום משמעותי בפיקדון. בצד האמור, איני סבור כי מהנתונים שהוצגו לפנינו בחלוף שנתיים מיום כניסתו של ההסדר לתוקף ניתן להסיק כי בתקופה זו הוביל הסדר הפיקדון במישורין לגידול בקרב מסתננים העוזבים את ישראל מרצון. כך, מספר המסתננים שעזבו את הארץ, בהשוואה לתקופה שלפני הסדר הפיקדון, ירד, וחלקן של המדינות המערביות ביעדי העזיבה בשנים שמאז חקיקתו – גדל. מצירוף שני נדבכים אלה במסד הנתונים שהונח לפנינו ניתן ללמוד כי בעת הזו הסדר הפיקדון לא משיא את התועלות שיועדו לו. בפרט מתמונת היעדים שאליהם עזבו מסתננים מאז שנכנס לתוקף – ניתן אך להסיק כי החלטתם של אלה שעזבו למדינות מערביות אחרות לא נבעה מניכוי חמישית ממשכורתם, או כי למצער לא היה בצעד זה משום הגורם המכריע במכלול שיקוליהם לעזוב. בצד ספקות אלה, איני סבור כי הנתונים שהוצגו בהליך מובילים בהכרח למסקנה כי הדרישה לקשר רציונאלי, כפי שהותוותה בפסיקה, לא מתמלאת בענייננו (וראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 706-707 (2006); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 377-378, 382-383 (2010) (להלן: מידתיות במשפט)). לפיכך, מוכן אני להניח לצורך הדיון כי ההסדר עומד במבחן המידתיות הראשון, אף שמוכן כי לספקות שהועלו תהא השפעה על המשך הבחינה החוקתית (ומכל מקום ניתן יהיה לשוב ולאתגר הנחה זו בחלוף זמן; ראו עניין דסטטה, פסקה 91 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור; בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 845 (2012); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט

הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 323-324 (2006); מידתיות במשפט, בעמ' 384-385).

10. מכאן לבחינה אם קיים אמצעי שפגיעתו בזכות המסתנן העובד לקניין פחותה, והוא מגשים את תכלית הניכוי משכרו באותה מידה או במידה דומה. אין חולק כי קיימים בנמצא תמריצים כלכליים שעניינם בתגמול נוסף של המסתנן על עזיבה, כגון מענק ההסתגלות שמוענק למסתננים העוזבים את ישראל מרצון או החלק ברכיב המעסיק שמבטא את התוספת על ההפרשות שבהן הוא מחויב בדין, אשר יכולים לבוא בגדרי שיקולים התומכים ביציאה מישראל ככל שאפשרות זו עולה על הפרק מבחינת המסתנן. ברם איני סבור כי ניתן לקבוע כי בכוחם של תמריצים אלה להשיג את תכלית ההסדר שלפנינו במידה דומה של יעילות (מידתיות במשפט, בעמ' 395-398). הגם שלא הותרו הספקות לגבי אפקטיביות התמריץ הכלכלי בעידוד עזיבה מרצון, נראה לי שאפשר להניח כי ככל שהסכום המצטבר בקרן הפיקדון שמשיכתה מותרת רק בעזיבת הארץ גדול יותר – כך התמריץ הכלכלי עשוי להיות משמעותי יותר. אשר על כן, מוכן אני לצאת מנקודת הנחה, לצורך הדיון, כי ניכוי רכיב העובד עומד במבחן המשנה השני של מבחן המידתיות.

11. להבדיל מכך, סבורני כי הסדר הפיקדון (בכל הנוגע לניכוי רכיב העובד) לא צולח את המשוכה שמעמיד מבחן המידתיות במונח הצר. לפי מבחן זה, חייב להתקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח לציבור מהגשמת תכליותיו של החוק לבין הפגיעה בזכויות אדם הנלווית לו. מבחן המשנה השלישי להערכת מידתיות האמצעי שנבחר בחוק הוא "במהותו מבחן של איזון. ככל שהפגיעה בזכות החוקתית היא חמורה ועמוקה יותר, כך על התועלת המופקת מן החוק להיות רבה יותר. לעומת זאת, ככל שבבסיס החוק עומדת מטרה חברתית בעלת חשיבות רבה או צורך חברתי לוחץ, כך תימצא הצדקה לפגיעה קשה יותר בזכויות יסוד" (עניין איתן, פסקה 25). הסדר הפיקדון מורה כי חמישית משכרו החודשי של עובד מסתנן יישלל ממנו, מדי חודש בחודשו. פגיעה זו בקניינו של העובד היא חמורה וקשה. העובדים המסתננים מועסקים לרוב בשטיפת כלים, בסיעוד, בניקיון ובאחזקה – עבודות שמלכתחילה אינן עתירות שכר, לשון המעטה. לנטילת חמישית מהשכר שניתן עבור עבודות אלו השפעה מיידית וישירה על היכולת של עובדים מסתננים לשאת בהוצאות היומיומיות הבסיסיות ביותר, כגון מזון, דיור וטיפול רפואי. מקום שבו עסקינן במי שמשכר סכומים נמוכים ובמקרים רבים זעומים מדי חודש, שאינו זוכה לרשת התמיכה הסוציאלית המסופקת לאזרחי המדינה, שכר העבודה הוא קניינו. עבור המסתנן, משכורתו היא אפוא הנכס הבלעדי (למצער המרכזי)

הנתון בידיו לקיים את עצמו ואת בני משפחתו. בנסיבות אלו, גם אם אין מדובר בשלילת קבע של השכר (וראו לגבי כך הערותיי בפסקה 5 לעיל ולהלן), מסב הניכוי פגיעה קשה בקניינו של העובד המסתנן.

12. אכן, אין נטילת חמישית משכרו של עובד המשתכר שכר מינימום או מעט למעלה מכך כנטילת חמישית משכורתו של מי שמרוויח 10,000 ש"ח בחודש. ברם, הסדר הפיקדון מורה כי חלקו של ניכוי רכיב העובד המסתנן, בשיעור של 20% ממשכורתו, יהיה קבוע, ללא כל תלות או קשר לשיעורו של שכר העבודה מלכתחילה. כך, בין אם העובד המסתנן משתכר שכר מינימום (שניכוי חמישית ממנו יביא להפחתת השכר מתחת לגבול זה) ובין אם שכרו נופל אפילו משכר המינימום – חמישית מהסכום תילקח על פי ההסדר מידי העובד המסתנן ותושב לו רק עם עזיבתו את ישראל. בהקשר זה ובתשובה לדברי חברי השופט נ' סולברג אעיר, בזהירות המתבקשת, כי להשקפתי כאשר עסקינן בהכנסות בסדר הגודל האמור ובשים לב לכך שהשכר עבור עבודתו הוא לרוב הנכס היחידי העומד לרשות המסתנן (כפי שכבר צויין), קיים הבדל ניכר בין ניכוי מתוך משכר העבודה לבין ניכוי חמישית ממנו, והפגיעה הנובעת מהאפשרות האחרונה שנבחרה בהסדר הפיקדון – היא כאמור קשה (פסקה 4 לחוות דעתו; ראו והשוו גם עניין איתן, פסקה 193). החלטה הכמעט גורפת והסטטית של הוראת ניכוי רכיב העובד, מתעלמת אפוא מחשיבותו וחיוניותו של שכר העבודה עבור מי שנמצאים בהישרדות כלכלית יומיומית ובכך מחריפה את הפגיעה בקניין (ותמים דעים אני בהקשר זה עם הנשיאה במסקנתה כי השפעתן של תקנות עובדים זרים (סוגי מקרים ותנאים שבהתקיימם עובד זר שהוא מסתנן זכאי לקבל את כספי הפיקדון לפני מועד עזיבתו את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית), התשע"ח-2018 על בחינת מידתיותו של ההסדר – מוגבלת (שם, פסקה 46)).

13. זאת ועוד. נוכח סוג רישיון הישיבה שניתן להם, נגישותם של המסתננים, לחלקם ילדים הסמוכים על שולחנם, לשירותי בריאות ורווחה מוגבלת ביותר (וראו גם דו"ח מבקר המדינה שהצביע על שורת ליקויים באופן שבו התמודדו הרשויות עם הטיפול באוכלוסייה זו, מבקר המדינה "זרים שאינם בני הרחקה מישראל" דוח שנתי 2014, 59, 67-60 (2014)). מעבר לכך, כפי שציינתי בעניין איתן, אז אמנם בהקשר אחר, על אוכלוסיית המסתננים נמנים אנשים שממילא גורלם לא שפר עליהם ושממון רב אינו מצוי בכיסם. רבים מהם אינם דוברים את השפה ואינם מעורים בפרטי ההסדרים הנורמטיביים החלים עליהם (עניין איתן, פסקה 179). לפיכך ממילא מצויה קבוצה זו בעמדת נחיתות בכל הנוגע לעמידה על זכויותיה ולפנייה לערכאות. כך ככלל וכך בפרט במישור יחסי

העבודה, חשופים העובדים המסתננים לניצול והפרת זכויותיהם (ראו טענת המדינה עצמה כי רכיב המעסיק נועד בין היתר להבטיח קיומה של חובת ההפרשה לעובד המוטלת על מעסיקים בדין; ראו גם סעיפים 114-115 לעתירה וכן הטענות שהועלו לפנינו לגבי תלונות על מעסיקים שמנכים את רכיב העובד מבלי להעבירו לפיקדון כנדרש, למשל בסעיף 33 לעיקרי הטיעון מטעם העותרים).

14. לכל אלה יש להוסיף, כפי שציינתי בתחילת הדברים, כי בהערכת חומרת הפגיעה בקניינם של העובדים המסתננים לא ניתן שלא להתחשב בכך שבקשות המקלט שהוגשו מטעם כמעט שני שלישים מהמסתננים השוהים במדינה – טרם הוכרעו על ידי הרשות (ועל שיעורי ההכרה בבקשות המקלט ראו עניין איתן, פסקה 35; ועניין טסטא, פסקאות 13-12 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר ופסקה 3 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות). התוצאה של התנהלות המדינה בקשר לטיפול בבקשות המקלט המוגשות מטעם נתיני סודן ואריתריאה היא כי "אלה לכודים במצב מתמשך ובלתי אפשרי של ערפל נורמטיבי בנוגע למעמדם על כל ההשלכות הקשות הנובעות מכך לגבי זכויותיהם" (שם, פסקה 4). הסדר הפיקדון מוסיף אפוא "מלכוד נוסף" למצב הבלתי אפשרי שבו מצויים מבקשי המקלט. כך, כל עוד הם מעוניינים לעמוד על טענותיהם לזכאות למקלט בישראל בשל פחד מבוסס מרדיפה במדינת מוצאם, ואף שלגבי רבים מהם טענות אלו לא הוכרעו, עליהם לשאת בניכוי חמישית משכרם מדי חודש, וזאת עד למועד לא ידוע. בהיבט זה מגולמת חומרה נוספת של פגיעה בקניינם של העובדים המסתננים שפנו לקבלת מקלט בישראל שכן עבורם למעשה, כנלמד מהתנהלות המדינה עד כה – הניכוי יבוצע למשך תקופה בלתי קצובה, או עד שיוותרו על טענותיהם למקלט ויעזבו את הארץ.

15. מול עוצמת הפגיעה שעליה עמדתי יש לשקול את התועלת בניכוי רכיב העובד כתמריץ לעידוד עזיבה מרצון. בגדרי הערכת התועלת הצומחת מהסדר זה יש לשקול את מסקנותינו מביקת מבחני המידתיות הראשון והשני. כפי שציינתי, מסד הנתונים שהוצג לנו לגבי השנתיים הראשונות שחלפו מכניסתו של הסדר הפיקדון לתוקף מעורר ספקות בקשר לתועלת המופקת ממנו בעידוד מסתננים לצאת מהארץ מרצונם החופשי, כך שלא ניתן לייחס להפעלתו עד כה גידול ניכר בעזיבת מסתננים מרצון ולמצער לא ניתן לראות בה השיקול המוביל להחלטה זו ברוב המקרים, גם כאשר זו התקבלה. בגדרי בדיקתם של אמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה, אמנם מצאתי כי הכללת רכיב העובד בוודאי יכולה להוסיף ליעילות הסדר הפיקדון בהגשמת תכליתו, אולם בהינתן קיומם של תמריצים כלכליים אחרים בפועל או בכוח (כמפורט לעיל), ניכוי רכיב העובד הוא למעשה "אמצעי

מסייע נוסף, העומד לצד אמצעים אחרים" (השוו, עניין איתן, פסקה 69) וגם לכך יש לתת משקל.

16. התוצאה המתקבלת מן הניתוח עד כה היא כי מול האפשרות שניכוי רכיב העובד יצמיח את התועלת המבוקשת (שלגבי היתכנותה ניצבים בשלב זה סימני שאלה), גורם האחרון פגיעה ודאית וקשה בקניינם של עובדים מסתננים, המשתייכים למוחלשות שבשכבות האוכלוסייה. התועלת החברתית הצפויה אפוא מהסדר זה לא מצדיקה את הפגיעה העמוקה בזכות העובדים המסתננים לקניין וככזו היא אינה מידתית. לפיכך אין מנוס מלקבוע כי ההוראה בדבר ניכוי רכיב העובד אינה חוקתית ואני מצרף דעתי לדעתה של הנשיאה לגביו, כמו גם לסעד המוצע על ידה.

17. מכאן לרכיב הניכוי המינהלי. אני מצטרף למסקנת הנשיאה בחוות דעתה שלפיה רכיב זה, בהינתן מסקנתנו בדבר בטלותו של רכיב העובד, עומד בתנאי פסקת ההגבלה. בהקשר זה אעיר כי להשקפתי, מקום שבו רוב רובו של רכיב המעסיק מורכב מסכומים שהמעסיק מחויב בהפרשתם על פי צו ההרחבה (12.5% מתוך 16%), שלילתם של חלק מסכומים אלה בהסדר הניכוי המינהלי פוגעת בקניינו של העובד המסתנן. לצורך הבחינה שלפנינו יש לראות בסכומים שהמעסיק מפריש לטובת העובד עבור רכיבי פנסיה ופיצויי פיטורין לפי דרישת הדין כקניינו של העובד לכל דבר ועניין. ברם, כפי שהראתה הנשיאה, בהינתן מסקנותינו בדבר אי-חוקתיותו של ניכוי רכיב העובד בהסדר הפיקדון, הפגיעה בהפרשות אלו תיכון רק במקרים שבהם העובד המסתנן לא עזב את המדינה לאחר 5 חודשים מהמועד שבו היה עליו לעזוב (וראו סעיף 21 לחוק), וגם אז שיעורה מצומצם יחסית (חוות הדעת של הנשיאה, פסקה 58). בנתון לכך ובשל הנימוקים האחרים שעליהם עמדה הנשיאה (ובהם התועלת המוחשית של אמצעי הניכוי המינהלי בעידוד יציאתו של העובד המסתנן במועד שנקבע לו), אף אני סבור כי לא קמה עילה להכריז על בטלותו של רכיב הניכוי המינהלי בהסדר הפיקדון.

סוף דבר: מצטרף אני למסקנת חברתי הנשיאה א' חיות שלפיה דינו של רכיב העובד בהסדר הפיקדון – בטלות, והכרזת הבטלות תיכנס לתוקף באופן מיידי, כמוצע על ידה.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

1. עיינתי בחומר, שמעתי את טענות הצדדים, וקראתי את חוות הדעת של חבריי. הנני מצטרף לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות לעניין חוקתיותו של רכיב הניכוי המנהלי הקבוע בחוק, כפי שהוגדר על-ידה. לעניין רכיב העובד, הייתי מפריד בין שניים. באשר לתוצאה של ביטול רכיב זה מחמת אי-חוקתיותו מצטרף אני למסקנתה של הנשיאה ולחלק העיקרי של חוות דעתה. ברם, יש שוני מסוים בכלי הניתוח ובדגשים שאציג, אם כי בסופו של דבר גם באלו יש חיבור בין נימוקיי לנימוקיה. באשר לסעד שראוי ליתן, נימוקיי מובילים למסקנה אחרת מזו של הנשיאה, ועל כן בנושא זה דעתי שונה. כפי שיובהר, סבורני כי יש להשהות את בטלותו של רכיב העובד לתקופה קצרה.

אתמקד בחמש נקודות הקשורות זו בזו ומובילות לשיטתי למסקנה האמורה: הראשונה – הכימות והמתחם החוקתי; השנייה – הקשר בין הזכות לקניין, הזכות לכבוד האדם והזכות לקיום מינימלי בכבוד; השלישית – שני מודלים למבחן המידתיות במובן הצר; הרביעית – נקודת המבט של המשפט העברי; והחמישית – הסעד.

פגיעה כמותית ומתחם החוקתיות

2. מסקנת אי-החוקתיות לובשת צורות שונות בדין הישראלי. צורה אחת היא כי דין החוק להיפסל בשל תכלית לא ראויה. צורה נוספת היא כי האמצעי שנקט המחוקק – מעצם טיבו וסוגו – אינו עומד במבחנים הרלוונטיים בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדוגמא, עונש מאסר אשר בתור שכזה אינו מידתי, אינו רציונלי או נעשה ללא הסמכה בדין. צורות אלו, ולא מדובר ברשימה ממצה, אינן עוסקות בכימות אלא – אם תרצו – באיכות. מן העבר האחר, ישנה צורה שעניינה הכימות בדבר החקיקה. למשל, כאשר ניתן להיעזר באמצעי של מאסר אך זאת לשם הרחקת המוחזק בלבד – או לפי חלק מהגישות, גם מטעמי הרתעה – ולא כעונש, ולכן תקופת מאסר של שלוש שנים לכל מי שנכנס לישראל שלא כדין אינה עומדת במבחן המידתיות במובן הצר (ראו: בג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717 (2013) (להלן: עניין אדמ)).

הבחינה החוקתית של חוק מחמת הכימות שקבע המחוקק ברכיב מסוים שלו – מלאכה מורכבת היא. הווה אומר: תכליתו של האמצעי ראויה, הוא מקיים קשר רציונלי ואין בנמצא אמצעי שפגיעתו פחותה המגשים את התכלית באותה המידה. אלא, מתעוררת השאלה האם הכימות של האמצעי הנידון יוצרת נזק הגובר על התועלת במסגרת מבחן המידתיות במובן הצר. על בית המשפט לקבוע האם ה"כמה" הוא יותר מדי. המדובר במספר אך אין נוסחה מתמטית מדויקת לקבוע, למשל, כי מאה יחידות צולחות את

המבחן החוקתי אבל מאתיים לא. בהקשר זה, ברור כי בשאלות אלו יש למחוקק מתחם תמרון רחב. אולם באיזו דרך יש להציב את הגבול?

חברי השופט נ' סולברג הפנה בהקשר זה למשל הערימה, השואל אימתי אוסף של גרגרים יהפוך לערימה. ליתר דיוק השאלה היא איזה גרגר גרם לאוסף להיות מוגדר כערימה. כשלעצמי, הייתי נעזר במשל אחר, שהיתרון בו הוא שהוא מוכר לכל אחד מאיתנו מחיי היומיום, והוא שואל: כיצד אדם מחליט מתי להסתפר. מה אורך השיער שיוצר צורך שכזה? נדמה כי לאף אחד אין תשובה מדויקת לשאלה זו. למשמע כל תשובה מוצעת, קמה ומזדקרת השאלה מדוע לא לקבוע גבול באורך קצת יותר גדול או קצת יותר קטן; מדוע לא ללכת להסתפר מחר במקום היום? ברם, ניסיון החיים מלמד כי אדם לא נמנע מללכת להסתפר ואף בהכרח ממתין למצב הקצה. מכאן עולה כי "פרדוקס הכימות" אינו מונע הכרעה. בתורת הלוגיקה, שהיא ענף של הפילוסופיה, עניין זה מוכר בתור "עמימות" (vagueness) ו"היגיון מעורפל" (fuzzy logic) (ראו: GREG RESTALL, LOGIC: AN INTRODUCTION 77-87 (2006)). גם לפי תורה זו הפרדוקס אינו משתק את האדם מלהכריע.

האינטואיציה עשויה לסייע לנו בהכרעה בשאלות כמותיות בשדה המשפט. למשל, לו היה מדובר בענייננו בניכוי של 50% משכר העובד לדעתי ניתן היה להסכים כי הכימות לא צולח את מבחן המידתיות במובן הצר. כך גם לדעתי, למשל, לו היה מדובר בניכוי של 40% או 30%. מן הצד האחר, בהנחה, וזו מקובלת עליי, כי התכלית ראויה ואין פסול באמצעי כשלעצמו, לו היה מדובר בניכוי של 5% בלבד – לא היה מקום להתערב. הקושי הוא כי אלו מקרים קיצוניים וקלים להכרעה. עדיין נותרה השאלה במספרים שאינם בהכרח קיצוניים מן ההיבט האינטואיטיבי, למשל – 25%, 20% או 15%. כאן האינטואיציה פחות מסייעת אלא עלולה להותיר את השאלה במחלוקת.

הגענו לנקודה: מצד אחד – לא ייתכן כי שאלות חוקתיות בעלות אופי כמותי הן מחוץ לתחום הביקורת השיפוטית החוקתית. המחוקק – דרך סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הכיר בקיומה של ביקורת שיפוטית חוקתית ואין לאפשר כי אמצעים בעלי אופי כמותי יהיו חסינים מפני ביקורת זו. המספר הוא נתון שלא פעם עומד בלב החוק – הוא רכיב חשוב מדי שלא ניתן להתעלם ממנו. בהתאם, דעתי היא כי אם המספר נראה קיצוני – כמו בדוגמא של ניכוי של 50% משכרו של עובד – די בכך כדי להביא לפסילת האמצעי. ברם, במצב שבו האמצעי הכמותי עלול שלא לצלוח את הביקורת החוקתית, אך הוא אינו מספר קצה – מחובתו של בית המשפט הבוחן את החוק להיעזר

בהנמקה רציונלית. לא די באמירה כי המספר גבוה מדי כמסקנה. על בית המשפט להיזקק לְנוּ חיצוני שעליו הוא יכול לתלות את מסקנתו כדי לבסס את הסתייגותו מקביעת המחוקק. וו חיצוני זה אינו חייב להיות מסוג אחד. הוא יכול להיות למשל הנמקה רציונלית, חוק, תקדים, עיקרון יסוד משפטי או מקור חיצוני אחר. הדגש הוא שבמקרים שאינם קיצוניים ומובהקים מבחינה מספרית לא די באינטואיציה לקביעת מסקנת אי-החוקתיות.

מצוידים בכלים אלו, ניגש להסדר מושא העתירה.

3. סעיף 1א1 לחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991, שנחקק בשנת 2014 ונכנס לתוקף בשנת 2017, חל על עובדים שנכנסו לישראל שלא דרך גבול מוסדר (שבשים לב לעניין שלפנינו יכוננו להלן: העובדים). הסעיף מורה כי 20% משכרם של העובדים ינוכה על-ידי המעסיק ויועבר אליהם כאשר יעזבו את ישראל. השאלה המונחת לפתחנו היא האם הוראה זו (להלן: הסדר הפיקדון או ההסדר) היא חוקתית. תכליתו המרכזית של הסדר הפיקדון – יצירת תמריץ כלכלי חיובי ליציאת העובדים מישראל – היא ראויה, ולכל הפחות אפשרית. הנשיאה קבעה כי ההסדר צולח את שני מבחני המידתיות הראשונים, בשל קשר רציונלי בינו לבין תכלית זו והיעדר אמצעי המגשים את התכלית באותה המידה ושפגיעתו בזכויות חוקתיות פחותה. אולם, ההסדר נכשל במבחן המידתיות במובן הצר, משום שנוזק רב על תועלתו.

מסקנות אלו מקובלות עליי. ברם, בהתאם לניתוח שהצגתי לעיל, מדובר באמצעי בעל אופי כמותי, שלמחוקק עומד מתחם חוקתי רחב בגיבושו. דהיינו, עוצמת הפגיעה בזכות לקניין הטמונה בהסדר הפיקדון נבחנת כתלות בשיעור הניכוי שנקבע בו. וכאן יש לתת את הדעת לכך שלמסננות של מבחני המידתיות נכנס האמצעי כפי שהמחוקק קבע אותו. רוצה לומר, אם נחזור למשל הערימה: אין אנו נדרשים להכריע בשאלה התיאורטית מתי אוסף הגרגרים יהפוך לערימה, אלא בשאלה הקונקרטית והאקטואלית – האם האמצעי שלפנינו כבר מהווה ערימה. כמות הניכוי של 20% בהסדר הפיקדון שלפנינו אינה "צועקת בעד עצמה" – בניגוד, למשל, לכמות של 50%. על כן, יש לבדוק האם ישנו וו חיצוני שיסייע לנו לקבוע האם שיעור הניכוי של 20% עובר את המבחנים החוקתיים, אם לאו.

בענייננו, האמצעי הנידון הוא ניכוי אחיד ושוויוני של 20% משכרם של כלל העובדים, ללא תלות בשכר שהם מרוויחים (למעט מספר מצומצם של קבוצות שהוחרגו

מתחולתו של ההסדר בתקנות שהותקנו כשנה וחצי לאחר כניסתו לתוקף, כמפורט בחוות דעתה של הנשיאה). כמובן שהמחוקק רשאי היה לקבוע שיעור ניכוי אחיד ושוויוני, והדבר אף מקל על יישום החוק. אולם, אנו נדרשים לבחון את האמצעי שנקבע תוך התמקדות באופן שבו הוא משפיע על כלל חברי הקבוצה שעליה הוא חל, לרבות החלשים שבהם.

וכאן ניתן לאתר את הווי החיצוני. מהנתונים שהציגה המדינה עולה כי כ-40% מהעובדים משתכרים סכום הנמוך משכר המינימום עוד לפני הניכוי, וכ-17% משתכרים סכום של עד 6,000 ש"ח, כך שלאחר ניכוי 20% משכרם הוא יורד מתחת לשכר המינימום. עולה כי כתוצאה מהסדר הפיקדון, למעלה ממחצית מהעובדים משתכרים סכום הנמוך משכר המינימום. מדובר בקבוצה משמעותית שאף מהווה רוב מתוך קבוצת העובדים שהחוק חל עליה. ישנה אינדיקציה ברורה הקיימת בדין לפגיעה בזכות לקניין שאינה מידתית, והיא – ניכוי המעמיד את השכר שהעובד מקבל בפועל על סכום נמוך יותר משכר המינימום. חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987, חל על כל העובדים בישראל ללא יוצא מן הכלל, ומהווה חקיקת מגן אלמנטרית במשפט העבודה. זהו חוק קוגנטי שלא ניתן להפר אף בהסכמתו של העובד (ראו למשל: ע"ע (ארצי) 1054/01 טוילי נ' דהרי, פ"ד לז(2002) 746, פסקה 6 (2002)). תכליתו היא "הבטחת זכותו של האדם העובד להתפרנס מעבודתו ולחיות ממנה בכבוד" (בג"ץ 1163/98 שדות נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נה(4) 817, 861 (2001) (להלן: עניין שדות)).

ניכוי של 20% משכר העבודה באופן המביא אדם למצב שבו השכר שהוא מרוויח בפועל הוא נמוך משכר המינימום, וזאת למשך שנים ארוכות, שולל ממנו את היכולת להתפרנס מעבודתו בכבוד. על כן, הניכוי לא רק פוגע בקניינו, אלא אף עולה כדי פגיעה בכבודו כאדם (השוו: עניין שדות, בעמ' 865; וראו גם: בג"ץ 3512/04 שזיפי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נט(4) 70, פסקאות 2-3 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (2004); ע"ע (ארצי) 440/99 ברמן נ' קונדיטורייט פילאס, פ"ד לז(2002) 813, 807 (2002)). ויודגש כי המדינה הצהירה בטענותיה כי אין מניעה כי העובדים יעבדו. משכך, ראויה ככל שתהא תכליתו של הסדר הפיקדון, לא ניתן להסכין עם מצב שבו עובדים נאלצים לכלכל את עצמם ואת משפחותיהם בישראל דרך-קבע מסכום הנמוך משכר המינימום, על-אף שעות עבודתם הרבות. זאת ביתר שאת בשים לב לכך שהם, כמו רוב בני קהילתם, אינם יכולים להנות מקצבאות ביטוח לאומי, שירותי רווחה או ביטוח בריאות ממלכתי, ועל כן שכרם מהווה מקור תמיכה גם לקרוביהם שחיים בישראל ואינם יכולים לעבוד. לצד זאת יוער כי השיקול של ירידה מתחת לשכר המינימום אינו השיקול היחיד המשפיע על שאלת החוקתיות של ההסדר, והוא עומד לצד שיקולים נוספים

המעצימים את הנזק הנגרם ממנו, המפורטים בחוות דעתה של הנשיאה. הכוונה בין היתר לכך שהקבוצה כולה היא אוכלוסייה מוחלשת וחבריה נעדרים זכויות סוציאליות או רשת ביטחון כלכלית. ויוזכר כי קבוצת העובדים, בשל נסיבות חייהם, אינם בעלי רכוש ונכסים, והם חיים רק מכוח משכורותיהם.

הנה כי כן – נמצא וו חיצוני בדמות חוק שכר המינימום. זה אינו רק מספר אלא קביעה נורמטיבית-אמפירית של המחוקק. שכר המינימום, כשמו כן הוא – יצירת מנגנון שקובע רף תחתון של שכר למחיה. הוצאתו של עובד מתחת לרף האמור היא פגיעה קשה. פגיעה זו – בשיעור ניכוי של 20% – היא פגיעה משמעותית בסיפור החיים של העובד הבודד. כפי שיובהר, שני קווים נוספים בו הם: מקור ההכנסה הניטלת – משכורת ולא הטבה; ואי-הבהירות ביחס למועד קבלת הפיקדון בשל נסיבות חיצוניות שאינן תלויות בעובד. ייתכן כי המצב המשפטי היה שונה אם המחוקק היה קובע הסדר פיקדון אחר עם שיעור ניכוי נמוך יותר באופן ממשי או בלתי-אחיד, תוך התייחסות אחרת לעובדים שמרוויחים סכום משמעותי מעל שכר המינימום. אינני מביע עמדה באיזו מידה תוצאה כזו רצויה אלא מבקש להבהיר את נימוקיי ואת הנגזר מהם. בכל מקרה, כאמור, עסקינן בעתירה נגד החוק כפי שנחקק. מסקנתי היא כי הפגיעה הכרוכה בניכוי אחיד של 20% משכר העובד היא פגיעה עמוקה לאין שיעור, שמידתה עולה על הנדרש, ובהתאם היא אינה חוקתית.

קניין, כבוד האדם וקיום בכבוד

4. עניין זה מוביל אותנו לנקודה השנייה הנוגעת לקשר בין הזכות לקניין, הזכות לכבוד האדם והזכות לקיום בכבוד.

הזכות לקניין היא זכות יסוד חוקתית מושרשת המעוגנת מפורשות בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין היא נגזרת של הזכות לכבוד האדם או לחירות; זוהי זכות העומדת על רגליה היא. הסדר הפיקדון פוגע בזכות לקניין באופן עצמאי. בפסיקת בית משפט זה נידונה על-פי רוב פגיעה חוקתית בקניין על רקע עולם המסחר, דיני המס וכיוצא באלה, ואילו בענייננו מדובר בפגיעה בקניין הבסיסי ביותר של האדם. שכר העבודה של אדם הוא קניינו. לעובד זכות לקבל את שכר עבודתו. על כך אין בין הצדדים מחלוקת. קבוצת העובדים פגיעה במיוחד. הפגיעה בקניין היא חמורה ומובהקת. היא אף כפולה ומכופלת, לא רק בעוצמתה אלא אף בטיבה: ראשית, ההסדר פוגע בזכותו של העובד לקניין במובנה הפשוט והיסודי, שכן הוא נוטל ממנו את קניינו ולא מאפשר לו לעשות בו שימוש כרצונו. במצב שבו השכר יגיע לעובד בסופו של דבר עם יציאתו

מישראל – ככל שהמעסיק אכן הפקיד אותו כדין – אין כדי לאיין פגיעה זו. ברי כי זכותו של אדם לקניין משתרעת גם על חירותו לעשות שימוש בקניינו בכל זמן נתון ובמועד שבו יבחר (על הקשר בין קניין לחירות ראו: אהרן ברק "הזכות החוקתית לקניין: החירות הכלכלית והאחריות החברתית" מבחר כתבים ג' 479, 486 (2017)). יכולת השימוש אף עלולה להתעכב תקופה של שנים, שכן לא ניתן לדעת מתי ייצא העובד מישראל. זאת, בפרט בשים לב לכך שמעל 90% מהעובדים שעליהם חל החוק מגיעים ממדינות שכלפיהן ננקטת מדיניות "אי הרחקה זמנית" ואף רבים מהם הגישו בקשת מקלט בישראל שעודנה תלויה ועומדת. נתון זה אף מרחיק את פרטי ההסדר מתכליתו.

זאת ועוד. הסדר הפיקדון פוגע בזכותו של העובד לקניין במובן עמוק יותר, המביא בחשבון גם את נקודת הפתיחה הכלכלית של בעל הקניין ואת קבוצת האוכלוסייה שאליה הוא משתייך (ראו: חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 36 (2005)), וכן את סוג הנכס שבו עסקינן ואת חשיבותו ומשמעותו – במקרה זה הכלכליות – עבור בעליו (לגישה דומה ראו: יוסף מ' אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כח 461, 488-489 (תשנ"ז)). שכרו של אדם המשתייך לאוכלוסייה מוחלשת מלכתחילה, ושאינו לו זכויות סוציאליות או רשת ביטחון כלכלית, ופעמים רבות צריך אף לכלכל משפחה, ילדים או קרובים נתמכים אחרים בישראל – הוא נכס מרכזי ומכונן בחייו. להגנה על זכות הקניין שלו יש חשיבות מיוחדת. מניעת האפשרות לעשות שימוש בחמישית מנכס זה פוגעת ביכולתו להתפרנס בכבוד, והיא אף עלולה להביא אותו למצב שבו שכרו בפועל נמוך משכר המינימום או רחוק יותר מהרף שקובע חוק שכר מינימום.

מכאן שהפגיעה בזכות לקניין יכולה לטמון בחובה אף פגיעה בכבוד האדם. הפסיקה עמדה על הקשר ההדוק בין זכויות אלו (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פסקה 69 לחוות דעתו של הנשיא (בדימ') מ' שמגר ופסקה 87 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (1995)). אולם כאן קשר הדוק זה מתכונן ביתר שאת. זאת, בשל עוצמת הפגיעה בזכות לקניין, לנוכח המשאב הנלקח והאוכלוסייה שעליה חל ההסדר, ובשים לב לתוצאה הנגרמת בפועל – שבה המשכורת החודשית של למעלה ממחצית מהעובדים שהחוק חל עליהם נמוכה משכר המינימום (לגישה דומה ראו: אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא(3) 405, 409-410 (1998)).

הנסיבות גם מעוררות את סוגיית הפגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד. יוסבר כי אין בדבריי כדי להכריע בשאלה האם הסדר הפיקדון, לצד פגיעתו בזכות לקניין, פוגע

בזכות לקיום בכבוד, על-פי אמות המידה להוכחת הפגיעה שהותוו בפסיקה (בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464, פסקה 22 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק ופסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ד' ביניש (2005); ועיינו גם בדעת המיעוט של השופט א' א' לוי, פסקאות 5-7 לחוות דעתו). מבלי להידרש לנתונים מפורטים על הסכומים המדויקים שמרוויחים העובדים ועל הסכומים שהם נדרשים להוציא על מנת להתקיים בכבוד, הסדר הפיקדון פוגע במידה מסוימת בזכות לכבוד האדם. זאת, בראייה של גב-על-גב: כאשר היא מצויה על גבה של הזכות לקניין (במישור הרעיוני ובעניין אחר ראו והשוו: חוות דעתי בבג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (27.2.2020)).

ביחס לזכות לקיום מינימלי בכבוד, יש לתת את הדעת לכך שבניגוד למקרים אחרים שנדונו בפסיקה, שעסקו באזרחי מדינת ישראל שנהנים מזכויות סוציאליות שונות, העובדים שעליהם חל ההסדר דנן אינם נהנים מאותן רשתות ביטחון כלכליות. גם לכך יש משקל בראייה הכוללת של המקרה, ובמידת הפגיעה בעובדים. לאמור, גם אם נניח כי לא הונחה תשתית לפגיעה בזכות לקיום בכבוד של חלק מן העובדים, עדיין מדובר בפגיעה עוצמתית במיוחד, שחורגת מפגיעה קניינית "רגילה".

זהו כוחה השלילי של פגיעה בזכות. פגיעה גוררת פגיעה וגוררת פגיעה נוספת. לכל הפחות – פגיעה אחת עשויה להוביל לפגיעה בזכויות נוספות. זאת, הגם שמדובר בפגיעה בעוצמות שונות. בענייננו, די בפגיעה בזכות לקניין כדי להוביל למסקנה כי הסדר הפיקדון אינו חוקתי. אולם, לקשר בין פגיעה זו לבין פגיעות נוספות ישנו משמעות לסוגיית הכימות והמתחם החוקתי. הוענק משקל לנתון החיצוני של שלילת יכולתו של העובד להתקיים משכר מינימום. בהקשר זה, במסגרת הקביעה כי שיעור הניכוי של 20% אינו מידתי, יש משקל גם לכך כי יש בנסיבות אלו פגיעה מסוימת גם בזכות לכבוד האדם, וייתכן גם – ודאי במידה מוחלשת יותר – בזכות לקיום בכבוד. אף אם זכויות אלו כשלעצמן אינן הבסיס למסקנת ביטול החוק, מצב דברים זה מחזק ומעצים את הפגיעה בזכות לקניין.

מבחן המידתיות במובן הצר: שני מודלים

5. מסקנתי בדבר אי-חוקתיות הסדר הפיקדון, בנוגע להפקדת העובד, נגזרת מכישלוננו במבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר. מבחן זה דורש כי יתקיים יחס ראוי בין הנזק הנגרם לזכויות חוקתיות כתוצאה מההסדר לבין התועלת החברתית-ציבורית הצומחת ממנו (ראו למשל: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות

בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, פסקה 18 (1997)). משכך, מקובל לראות מבחן זה כמורה אותנו לאמוד בנפרד את הנזק ואת התועלת, ואז לשקול אותם זה מול זה. ככל שהראשון יעלה על השנייה – החוק הנידון יוכרז כלא-חוקתי; אך ככל שהשנייה תעקוף את הראשון – לא יהיה בו פסול. בענייננו, חברתי הנשיאה וחברי השופט ע' פוגלמן עמדו בהרחבה על הנזק ועל התועלת הטמונים בהסדר הפיקדון, ודעתי כדעתם, כי באיזון בין השניים, הנזק עולה על התועלת. די בכך כדי להוביל למסקנה כי ההסדר אינו חוקתי.

זהו מודל אחד, והוא המודל המוכר ביותר של מבחן המידתיות במובן הצר. כאמור, לא הייתי שולל את המסקנה של ביטול על-פי מודל זה, אך הוא אינו משקף בצורה מלאה את דרך הניתוח שלי בנסיבות מקרה זה. רוצה לומר: קיים מודל נוסף שעשוי להתאים יותר למקרים שונים, לרבות זה שלפנינו. על-פי המודל השני, הנזק שנגרם כה חזק, עד שלא ניתן להותיר את החוק על כנו, אף ללא בדיקת התועלת שבו. אפילו התועלת שבחוק רבה – סוג הנזק אינו מאפשר את הגשמתה על-ידי האמצעי שנבחר. קיימים אפוא מצבים שבהם הנזק הטמון באמצעי כה גבוה, עד שפגיעתו בזכויות תהיה בלתי-נסבלת, ודינו להיפסל, אף ללא תלות בתועלת שהוא מצמיח. אמצעי כזה יכול שיעבור את מבחני המידתיות הראשונים – לנוכח קיומו של קשר רציונלי בינו לבין התכלית והיעדר אמצעי אחר שפגיעתו בזכויות פחותה אשר מגשים את התכלית באותה המידה. אף יכול שהתועלת הטמונה בו תהיה רבה מאוד. אך להשקפתי, אמצעי כזה אינו מידתי. הדגש אינו בהשוואה בין נזק לתועלת כמו במודל הראשון, אלא בנזק עצמו – על טבעו ועוצמתו.

דוגמא לאמצעי כזה הוא זה שנידון בעניין אדמ שהוזכר לעיל: החזקה במשמורת של מי שנכנסו לישראל שלא כדין לתקופה של שלוש שנים. בחוות דעתי שם עמדתי על כך שתקופת זמן זו מגלה – אף אם זו אינה כוונת המחוקק – כי ההחזקה במשמורת היא עונשית-פלילית ולא מנהלית-התרעתית. אמצעי עונשי זה הוא כשלעצמו פסול. ודוק: הדגשתי כי עצם ההחזקה במשמורת של מי שנכנסו לישראל שלא כדין אינו פסול. הפסול הוא בתקופה הממושכת – ופסול זה אינו תלוי בתכלית שהיא משרתת. יושם אל לב כי לנוכח הקביעה ביחס לאורך התקופה אין צורך בבחינת התועלת הצומחת מהחזקה במשמורת לתקופה של שלוש שנים. אפילו תהא תועלת משמעותית בהרתעה כתוצאה מהתקופה הארוכה, אין זה מעלה או מוריד. נראה כי חשיבה זו מתיישבת עם דעת הרוב בפסק הדין בעניין אדמ (ראו למשל את פסקה 38 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן).

גם בראייה זו, אפשר לקבוע כי הסדר הפיקדון שלפנינו אינו חוקתי. הדגש בהקשר זה הוא על עוצמת פגיעתו בזכות לקניין על גווניה השונים כפי שפורט לעיל,

ובמידה מסוימת גם בזכות לכבוד האדם, וזאת ביחס לחברי הקבוצה שמרוויחים בפועל פחות משכר המינימום. ואין מדובר רק בעוצמה אלא גם באיכות: ההסדר מוביל למצב שבו עובדים רבים נאלצים להתפרנס מסכום הנמוך משכר המינימום, גם אם הם עובדים במשרה מלאה. על-פי המודל השני, די באלו כדי להוביל לקביעה כי דינו של ההסדר להיפסל, גם מבלי להידרש למידת התועלת שגלומה בו. על כן, גם אם הייתי סבור, כחברי השופט נ' סולברג, שהתועלת בהסדר לא מבוטלת (ויוער כי לא ראיתי בסיס לכך), או שמא: כי יש לתת זמן לבחון את העניין – לעמדתי לא היה בכך כדי להכשיר את הפגיעה הגלומה בו.

6. לצד שני המודלים שהוצגו לעיל, לפסילת ההסדר בענייננו או הסדרים דומים על יסוד מבחן המידתיות במובן הצר, מצאתי שתי גישות נוספות בפסיקה להתמודד עם אמצעים שבהם רב הנזק. אציג עמדות אלו ואבהיר מדוע מעדיף אני לצעוד במקרים המתאימים במסלול של המודל השני המתואר.

הגישה הראשונה הוצעה בחוות דעתו של חברי השופט י' עמית בתיק זה. לעמדת חברי, דין הסדר הפיקדון להיפסל משום שתכליתו אינו ראויה. חברי סבור כי התכלית המוצהרת של החוק – יצירת תמריץ כלכלי חיובי ליציאה מרצון של העובדים – היא לגיטימית וראויה. אולם לשיטתו, האמצעי הבלתי-מידתי והבלתי-לגיטימי שנקט כדי להגשימה מלמד כי התכלית האמיתית והנסתרת של החוק – שהיא שבירת רוחם של העובדים בדרך לא לגיטימית של הפעלת לחץ לעזיבה "מרצון" – אינה תכלית ראויה, משום שהיא חותרת תחת עיקרון אי-ההחזרה האוסר לגרש אדם למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו. אני מסכים עם חברי כי תכלית נטענת זו אינה ראויה. בהתאם, ניתן להגיע למסקנה שאליה הגיע. ברם, סבורני כי המסלול שהציע מוקשה. לדעתי, גישת חברי אינה מתיישבת עם תורת השלבים המוכרת בניתוח החוקתי, שלפיה בחינת תכלית החוק נעשית לפני בחינת האמצעי ובמנותק ממנה (ראו: אהרן ברק מידתיות במשפט 297 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט); אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 162 (2018) (להלן: ברק "תורת שלושת השלבים")). הגיונה של תורה זו בצידה. למחוקק שיקול דעת רחב בבחירת התכליות שהוא מבקש להגשים. כאשר בית המשפט קובע כי חוק אינו חוקתי משום שהפגיעה הטמונה באמצעי עולה על הנדרש, אין פירוש הדבר כי תכליתו לא הייתה ראויה (ברק מידתיות במשפט, בעמ' 299; ברק "תורת שלושת השלבים", בעמ' 163). מנגד, כאשר בית המשפט פוסק כי תכליתו של חוק אינה ראויה, פירוש הדבר כי המחוקק לא יוכל לעולם לבקש להגשימה, יהא האמצעי שינקוט אשר יהא. בענייננו, משהתכלית המוצהרת של הסדר הפיקדון ראויה – אף לשיטת חברי, כפי שהוא מדגיש ביחס לרכיב הניכוי המנהלי

– אין מקום למנוע מהמחוקק לנסות להגשימה תוך שימוש באמצעי פחות פוגעני מזה שנקבע בו. עוד יוזכר כי לנוכח הזהירות שעלינו לנקוט בביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית ראוי שנעניק למחוקק חזקת תקינות ונבחן את חוקתיות החוק על-פי תכליתו המוצהרת והראויה (ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, סא(2) 202, פס' 14 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (2006)).

אף אם גישת חברי אפשרית, כשלעצמי חשוב ביותר לניתוח החוקתי לשמור על סדר המבחנים. בעיניי, גילוי אי-חוקתיות התכלית בשלב של בחינת האמצעי במבחן המידתיות במובן הצר פוגע בסדר. במקום שבית המשפט יתקדם שלב-שלב, הוא חוזר אחורה. אף נדמה כי גישתו עלולה להוביל לרמת הפשטה מפורטת מדי של התכלית ואף תוצאה זו אינה רצויה בעיניי.

הגישה השנייה הוצגה על-ידי הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844 (2006), שבו נידונה מדיניות המגבילה את יכולתם של תושבי כפרים פלסטיניים באזור יהודה ושומרון להיכנס לאדמותיהם החקלאיות ולעבדן. בית המשפט קבע כי תכלית המדיניות – להגן על ביטחונם של תושבי האזור הפלסטינים והישראלים – היא ראויה. אולם, האמצעי שנקט כדי להגשימה – סגירת השטחים בפני בעליהם הפלסטינים על מנת להגן עליהם-עצמם – אינו עומד במבחן הקשר הרציונלי. הטעם לכך נעוץ בפרשנות שניתנה למבחן הקשר הרציונלי, שלפיה זהו אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין האמצעי לתכלית, אלא הדגש בו על היותו של הקשר רציונלי, ועל כן הוא מחייב לנקוט אמצעי שאינו שרירותי, בלתי-הוגן או מחוסר-היגיון (שם, פסקאות 25-26). בענייננו, לפי גישה זו, ניתן היה לטעון כי ניכוי של 20% משכרם של כלל העובדים שנכנסו לישראל שלא כדין, על מנת לעודדם לצאת מישראל, על-אף שחלה עליהם מדיניות אי-הרחקה, אינו אמצעי המקיים קשר רציונלי. הגם שמסלול זה אפשרי, נראה לי כי רצוי לשמור על גבולות ברורים במבחני החוקתיות ולא להרחיב יתר על המידה את מבחן הקשר הרציונלי מעבר למקרים שבהם הוא אינו מתקיים כפשוטו.

לסיום נקודה זו, אבהיר כי יש מודל אחד של מבחן המידתיות במובן הצר שבו נערכת השוואה בין הנזק והתועלת, ויש מודל שני שבו המיקוד הוא בנזק עצמו – טבעו ועוצמתו. שני המודלים מתיישבים עם לשון סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הדורשת כי הפגיעה בחוק תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש". מבחן המידתיות במובן הצר, על-פי שני המודלים, אינו חושף כשל בשלבים הקודמים של הניתוח החוקתי. יש להבהיר זאת גם על מנת שבית המשפט יציג את עמדתו בצורה ברורה ביחס לשלבים השונים של הבחינה החוקתית.

7. דין צדקה במשפט העברי מהווה פרי עץ הדר שניתן ליטול ולהתעשר ממנו במסגרת דיונו. "מצוות צדקה היא אבן פינה בתורה... ומבטאת עיקרון בסיסי של היהדות... ויסוד מושרש של השקפת עולמה" (RABBI JOSEPH B. SOLOVEITCHIK, HALAKHIC MORALITY: ESSAYS ON ETHICS AND MASORAH 123 (Joel B. Wolowelsky & Reuven Ziegler eds., 2017) (להלן: הרב סולובייצ'יק); תרגום שלי). אף מהות הצדקה שבמשפט העברי היא בעלת מאפיינים משלה. נתייחס לשישה היבטים שלה.

ההיבט הראשון נפתח בכך שהמילה המקבילה לצדקה באנגלית – charity – פירושה "הענקה וולונטרית לנזקקים" ("Giving voluntarily to those who need";) (POCKET OXFORD ENGLISH DICTIONARY 137 (1992)). לעומת זאת, ב"צדקה", אף בשורש המילה, נמצא צדק – משפט. אכן, לפי התלמוד (תלמוד בבלי, בבא בתרא ח, ב) והרמב"ם (משנה תורה, ספר זרעים, מתנות עניים, פרק י, הלכה י), בית הדין רשאי לנקוט אמצעי כפייה ואף לתפוס נכסים כדי לוודא מתן צדקה (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רצג; הרב סולובייצ'יק, בעמ' 129-131). הכוח לכפות חל לא רק כלפי היחיד אלא גם כלפי הציבור (ערוך השולחן, יורה דעה, סימן רנו, סעיף ג). הן הציבור והן היחיד – כל גורם מחויב במצוות צדקה. כפי שנקבע בשולחן ערוך: "כל עיר שיש בה ישראל חייבים להעמיד מהם גבאי צדקה" (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנו, סעיף א). הציבור חייב להקים קופה – לחלוקת מעות מערב שבת לערב שבת, ולהקים תמחוי – לחלוקת מיני מאכל, פירות או מעות ביום חול (יסוד החיוב מצוי בתלמוד בבלי, בבא בתרא ח, ב; על-פי בית יוסף בפירושו על ארבעה טורים, שם).

ההיבט השני הוא מהות החיוב. צדקה במובנה האידאלי אינה שואפת רק למלא את החסר של מי שאין לו, אלא גם להעניק לו כלים להשתחרר מהתלות בצדקה. "תכלית דיני הצדקה: הבטחת קיומו של העני. העיון במצוות החברתיות-כלכליות של התורה העלה כי אלו מכוונות להשגת כפל יעדים: קיום העני ושיקומו" (בנימין פורת צדק דלים: עקרונות דיני הרווחה מן התורה לספרות חז"ל 115 (2019) (להלן: פורת)). ניתן לומר באופן רחב יותר כי התכלית קצרת הטווח של דיני הרווחה היא להבטיח את קיומו של העני, והתכלית ארוכת הטווח היא שיקומו וחילוצו מבור העוני (ראו: שם, בעמ' 123). בהלכות מתנות עניים פורש הנשר הגדול – הרמב"ם – את כנפיו על מצוות הצדקה וקובע דירוג של מילויה. כלשונו: "שמונה מעלות יש בצדקה זו למעלה מזו: מעלה גדולה שאין למעלה ממנה – זה המחזיק ביד ישראל שמך ונותן לו מתנה או הלָנָאָה או עושה עמו

שתפות או ממציא לו מלאכה כדי לחזק את ידו עד שלא יצטרך לבריות לשאל, ועל זה נאמר: והחזקת בו גר ותושב וחי עמך (ויקרא כה, לה) כלומר: החזק בו עד שלא יפול ויצטרך" (משנה תורה, מתנות עניים, פרק י, הלכה ז). לענייננו, הדגש מושם על הנותן לעני עבודה כדי שלא יזקק לעזרה, כדרכה העליונה של מתן צדקה: הענקת הזדמנות לעני להתפרנס ולחיות ממעשה ידיו.

ההיבט השלישי הוא היקף החיוב. הגמרא קובעת: "מפרנסין עניי נכרים עם עניי ישראל... מפני דרכי שלום" (תלמוד בבלי, גיטין סא, א). כך נפסק להלכה בתחילת המאה העשרים ברוסיה על-ידי ערוך השולחן (ערוך השולחן, יורה דעה, סימן רנא, סעיף יג), באמצע המאה העשרים באלג'יר על-ידי הרב יוסף משאש (הרב יוסף משאש אוצר המכתבים ב, מכתב תקצב (תשנ"ח)), ובסוף המאה העשרים בישראל על-ידי הרב שלמה גורן – לשעבר הרב הראשי (הרב שלמה גורן תורת המדינה 374-377 (תשנ"ו) (להלן: הרב גורן); ראו גם הגר"א (הגאון מוילנה) בפירושו לשולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנא, סעיף ב).

ההיבט הרביעי נסוב סביב הקשר בין מצוות הצדקה לכבוד האדם. ההלכה היהודית ראתה מתן כבוד לעני – הן בפן החיובי והן בפן השלילי – כחלק אינטגרלי ממצוות הצדקה. מתן כבוד בפן השלילי פירושו לא לבייש את העני. זו אינה רק מידה יפה ועצה הגונה אלא חלק ממשי של יסודות המצווה. בשמונה הדרגות של מצוות הצדקה על-פי הרמב"ם, הרמה השביעית היא "שיתן לו [לעני] פחות מן הראוי בסבר פנים יפות" ואילו השמינית היא "שיתן לו בעצב" (משנה תורה, מתנות עניים, פרק ז, הלכות יג-יד). הרמב"ם אף חידד יותר את הנקודה בקבעו: "כל הנותן צדקה לעני בסבר פנים רעות ופניו כבושות בקרקע, אפילו נתן לו אלף זהובים אבד זכותו והפסידה" (משנה תורה, מתנות עניים, פרק י, הלכה ד). דהיינו, אם הנותן אינו רק נותן לעני בעצב אלא מגדיל להשפיל את העני בדרך נתינתו – אין הוא ממלא את מצוות הצדקה, אפילו נתן סכום מכובד. במילים אחרות, מתן לעני בכעס ובהטרדה שגורמים לביושו ולצער מהווה ביטול של מצוות הצדקה והופך אותה לעבירה (הרב סולובייצ'יק, בעמ' 146).

חכמינו היו רגישים מאוד לכבוד העני, תוך שהיו ערים היטב לכך שמתן צדקה עלול לפגוע בכבודו של העני, ושיש בו כדי לגרום לו בושה. לשם כך הרעיפו שבח על הנותן צדקה בצנעה ואף בסתר, והקימו כבר בתקופת המשנה קופת צדקה (משנה, פאה ח, ז). יש בסיס הלכתי איתן לכך שחכמים פיתחו רגישות גבוהה כלפי עולמו של הפנימי

של האדם, ועל כן הם "שמו להם למטרה להגן על כבודו של העני ולמנוע ממנו את רגשי הבושה" (פורת, בעמ' 149; וראו המקורות שהובאו שם בעמ' 137-150).

ההיבט החמישי עניינו מבט העני כלפי עצמו והדרישות ממנו. כפי שנפסק: "לעולם ידחוק אדם עצמו ויתגלגל בצער ואל יצטרך לבריות ואל ישליך עצמו על הצבור. וכן צוו חכמים ואמרו: עשה שבתך חל ואל תצטרך לבריות. ואפילו היה חכם ומכבד העני – יעסוק באמנות... גדולי החכמים היו מהם חוטבי עצים ונושאי הקורות ושואבי מים... ולא שאלו מן הצבור ולא קבלו מהם כשנתנו להם" (משנה תורה, מתנות עניים, פרק י, הלכה יח). ככלל, המצווה היא לקדש את השבת גם באוכל ובלבוש, אך אם זה כרוך בקבלת צדקה – יש לנהוג בשבת ככל הימים (ראו: דברי רבי עקיבא בתלמוד בבלי, שבת קיח, א). כל עבודה מכבדת את העושה אותה; כך נהגו לא רק פשוטי העם אלא גם גדולי האמוראים.

ההיבט השישי הוא המבט הציבורי. ישנן מצוות שהן בגדר דין היחיד וישנן מצוות שהן בגדר דין הציבור. מצוות הצדקה של היחיד בעלת עוצמה פחותה מזו של הציבור. למשל, על היחיד חובה לתת צדקה אך לעני היחיד, בניגוד לקבוצת העניים, אין זכות לדרוש כי הצדקה תינתן דווקא לו על-ידי פלוני. לעומת זאת, ההלכה פיתחה מתן צדקה מן הקהילה על-ידי גבאי הצדקה. אלה אינם רשאים לבחור למי לתת אותה ולהעדיף אחד על השני באופן שרירותי, אלא עליהם לקבוע כללים. הלכה המבדילה בין חובת היחיד לתת צדקה לבין חובה זו של הציבור הנעשית באמצעות גבאי הצדקה, דורשת מהאחרונים לבדוק היטב את המצב של העניים, ולהעניק את כספי הציבור על-פי אמות מידה ברורות (ראו את דברי הרב משה פיינשטיין שחי בארצות הברית במאה העשרים: שו"ת אגרות משה, יורה דעה א, סימן קמד; כן ראו: פורת, בעמ' 112-114). ברם, ישנה קומה נוספת מעל דין היחיד ודין הציבור, והיא – דין המדינה. הוזכר לעיל הנימוק של מתן צדקה "מפני דרכי שלום". שיקול זה עומד על כנו וחל ביתר שאת על היחס של מדינת ישראל כלפי יהודים ולא-יהודים כאחד (ראו: הרב גורן, בעמ' 380-381).

8. במובנים רבים, ההיבטים השונים במקורות שהובאו משתלבים באופן טבעי עם נושאינו. כך לאו דווקא ביחס לכל פרטי הדינים אלא ביחס לתמונה הכוללת שהם מציירים. עם זאת, אין אנו עוסקים הלכה למעשה בדיני צדקה. שאלות של תקציב, סדרי עדיפויות וחלוקת משאבים הן מורכבות מאוד, וההכרעה בהן נתונה למחוקק. הנקודה מגיעה מזווית אחרת. הסדר הפיקדון מושא העתירה אינו דן ביצירת מקומות עבודה ובחובות הכלליות של המדינה כלפי מי שנכנסו לישראל שלא כדין. הנקודה מצומצמת

בהרבה. הוחלט כי יש לנכות 20% משכרם של העובדים, ולמסור להם סכום זה רק כאשר יעזבו את גבולות הארץ. לא מדובר במענק מתנה או תוספת אלא בגריעה משכרו של העובד.

כאן ניתן להסתייע בששת ההיבטים של דיני הצדקה במשפט העברי אשר הוצגו. ההיבט הראשון הוא כי צדקה היא בגדר חובה; וההיבט השני הוא כי הגדרת הצדקה ברמה העליונה היא מתן הזדמנות להתפרנס. באופן פורמלי החוק אינו מתיר להעסיק את העובדים, אלא המדינה גיבשה מדיניות של אי-אכיפת האיסור על העסקתם, תוך מודעות לכך שהם עובדים (ראו: בג"ץ 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה (16.1.2011)). יש בכך לענות על שני היבטים אלו: המדינה מכירה הלכה למעשה בחובה לאפשר לעבוד, להתפרנס ולהתקיים. זאת, גם כלפי מי שאינו אזרח בעל זכויות מלאות וללא קשר לדתו או למוצאו. בכך ניתן ביטוי אף להיבט השלישי הנוגע לתחולתה של חובת הצדקה לפי המשפט העברי על כל אדם באשר הוא.

ההיבט הרביעי מתמקד בהכרה בכבוד האדם – ולענייננו לשמור על העובד, לאפשר לו להיות עצמאי ולהתפרנס בכבוד, ולו מינימלי. ההיבט החמישי מופנה כלפי העני עצמו – עליו לשאוף לעבוד ולהתפרנס. ההיבט השישי קושר בין ההיבטים השונים ומדגיש את האחריות של המדינה בהסדרת זכויותיו של העובד. על רקע זה, יש לשאול האם מוצדק לפגוע ביכולתם של העובדים להתפרנס ולהתקיים משכר עבודתם על-ידי ניכוי, ובפרט על-ידי הבאת עובדים במשרה מלאה מבחינת השעות, למצב שבו שכרם נמוך משכר המינימום, על כל המשתמע מכך, לרבות הפגיעה בכבודם. ושוב יוזכר כי מדובר בקבוצת אנשים שעובדים לשם מחייתם, ומשכורתם היא הנכס הכלכלי היחיד שעומד להם כדי לקיים את עצמם ואת משפחותיהם. שיעור המשכורת הוא המכריע, שכן הם אינם נהנים מזכויות סוציאליות. הדגש אינו על מתן הטבה אלא על מניעת ניכוי מהשכר. אין תחרות משאבים בין העובד לבין תושב או אזרח אחר אלא מדובר אך בקשר בין העובד לבין עצמו – בין המשכורת שהרוויח מעבודתו לבין גישתו אליה.

נקודה אחרונה שאינה בשולי הדברים. העובדים שעליהם חל החוק אינם במצב שבו הם יכולים לעזוב. על רובם המכריע מחילה המדינה מדיניות אי-הרחקה בהתאם לעיקרון ה-*non-refoulement* הקבוע באמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (שמדינת ישראל חתומה עליה), והמוכר במשפט הבינלאומי המנהגי, ולפיו אין לגרש אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו. אף רבים מהם הגישו בקשות מקלט שעודן תלויות ועומדות, ואין בהן כל טיפול יעיל (וראו בעניין זה את חוות דעתם של חברתי הנשיאה

ושל חברי השופט ע' פוגלמן). עיקרון אי-ההחזרה מקובל על המדינה כנתון עובדתי שלא ניתן להתעלם ממנו. מצב זה של הגנה זמנית נמשך מספר לא מועט של שנים ואף עלול להימשך שנים רבות כלפי עובדים רבים. זהו מענה חלקי לטענת המדינה כי היא רשאית לגבש מדיניות הגירה. הדבר בוודאי נכון, ביחס למדינת ישראל ולמדינות אחרות. אך מבחינה מעשית, מדובר בקבוצה שחבריה נמצאים כאן ולא ברור כלל וכלל מתי יוכלו לעבור למדינה בטוחה אחרת, אפילו אם ירצו בכך. עניין זה חייב להיות חלק מהשיקולים. שוב, לא שללתי האפשרות של נקיטת אמצעים כלכליים שיהוו תמריצים חיוביים יציאה מישראל, אך האמצעי שלפנינו אינו מידתי כפי שנדרש בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך בוודאי ביחס לחברי הקבוצה ששכרם לאחר הניכוי נמוך משכר המינימום, שאותה המדינה לא מצאה לנכון להחריג מתחולת החוק.

9. הערה אחרונה. חברי השופט נ' סולברג נותן משקל לציווי התורה "ודל לא תהדר בריבו" (שמות כג, ג) במסגרת חוות דעתו, שבה קבע כי יש לדחות את העתירה מטעם העובדים. ללא קשר למסקנתו הסופית של חברי ביחס לעתירה, או להערות אחרות על המשפט העברי בחוות דעתו, דעתי היא כי במישור הכללי ראוי ונכון להסתייג מהדברים האמורים בחוות דעתו בסיום פסקה 37(ג). לנוכח חשיבות העיקרון, אציג את משמעות הציווי על-פי המקורות למיטב הבנתי.

הפירוש של "ודל לא תהדר בריבו" הוא "ועני... לא תעדיף בריבו, במשפטו. דין זה, הפונה אל הדיין... יש להוציא את משפט הצדק לאור גם אם יפגע מי שמעורר רחמים" (הרב עדין שטיינזלץ, התנ"ך המבואר: ספר שמות כג, ג). הרב שמשון רפאל הירש שחי בגרמניה במאה התשע-עשרה הבהיר בפירושו לתורה: "כאשר הוא עומד לפניך בסכסוך משפטי עם יריבו, חייב אתה להתייחס אל שניהם ביחס שווה לחלוטין" (פירוש הרב שמשון רפאל הירש על חומש שמות, כג, ג). פסוק נוסף במקרא מתייחס לשוויון האמור: "לא תעשו עָוָל, במשפט לא תשא פני דל, ולא תהדר פני גדול: בצדק, תשפוט עמיתך" (ויקרא יט, טו). על כך הורחב: "הצדק הוא הרעיון המופשט של הדין... והשופט ישווה את הצדק לנגדו... בגזר דינו יגשים רק את הצדק ללא התחשבות במעמדו של בעלי הדין" (פירוש הרב שמשון רפאל הירש על חומש ויקרא, יט, טו). פסוקים אלה מכוונים לדיין בעת המשפט בסכסוך אזרחי בין שני יחידים. בשלב זה, על הדיין לפסוק על-פי הדין – לא לסייע לעני בשל חסרונו ולא להיטיב עם העשיר בשל מעמדו. הדין הוא המחייב. נחدد עוד: ייתכן שהדין המהותי ייטיב עם העני – אבל פסיקה על-פי דין זה אינה הפרה של הדין אלא מימושו. הכוונה היא שהדיין או השופט, חייב לפסוק לפי הדין גם אם הוא היה מעדיף תוצאה אחרת.

דווקא כדי להימנע מתוצאה קשה של יישום הדין, המשפט העברי דוגל בגישה המעדיפה את הפשרה על-פני הדין. בהלכה יש רצון להביא את הצדדים לפשרה – "וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח" (שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף ב). כך נוהגים בתי דין רבניים בענייני ממון שחפצים לפסוק על-פי הפשרה ולא על-פי הדין אף בימינו אנו (הרב זלמן נחמיה גולדברג "שבחי הפשרה" משפטי ארץ – דין דין ודיון 78 (תשס"ב); הרב חיים דוד הלוי, הרב הראשי לתל אביב-יפו בסוף המאה העשרים, מקור חיים השלם ה, פרק רצב, סעיף ז). בכל מקרה, הפסוק "ודל לא תהדר בריבו" מכוון למשפט האזרחי, כאשר יש שני צדדים בשר ודם בסכסוך. ואכן, הפסוק אינו שולל מבית המשפט "את הסמכות... להתחשב במצבו הדחוק של הנאשם בבואו להטיל עליו קנס כספי", למשל בענייני תעבורה (ראו: מיכאל ויגודה "ודל לא תהדר בריבו" פרשת השבוע ברוח המשפט 62 (תשס"ב)). כך גם, השלטון רשאי לקבוע כלל כזה בדין הפלילי (שם). לבטח זהו שיקול לגיטימי של בית המשפט והמחוקק, בסוג העניינים המובאים בפני בית הדין הגבוה לצדק. והקשת רחבה. טול לדוגמא את נושא הגישה לערכאות ושיעור האגרה (ראו את פסק דיני בבר"ע 703/98 (ב"ש) אלימלך נ' קראונו, פסקה 4 (26.5.1998)). זוהי דוגמא אחת מיני רבות להתחשבות בעני שאינה מכוח רחמים אלא מכוח הדין. כך יכול להיעשות במשפט האזרחי, במשפט הפלילי, במשפט המנהלי ובמשפט החוקתי, וכך יש לראות מקרה זה.

כמובן, לא באתי לומר כי המחוקק או בית המשפט מחויב, בכל עניין מנהלי או חוקתי, תמיד לצדד בעמדת העני. הכרעות חברתיות של המחוקק ושל בית המשפט אינן חד-ממדיות וניתן להתחשב בשאלות תקציביות במגוון קבוצות, ולא דווקא רק בקבוצות העניות ביותר. ברם, אין להבין את הדברים כאילו התורה מצווה על בית המשפט שלא להתחשב בעני – זה אינו איסור או אפילו כלל מועדף. ואף יוזכר כי "מחוץ לתחום בית הדין אין מצווה גדולה מזו: להדור הדל" (פירוש הרב שמשון רפאל הירש לספר שמות, כג, ג).

נעלה קומה נוספת. הצדק בא לידי ביטוי "ללא התחשבות במעמדם של בעלי הדין" (שם). כדי לשמור על כבוד האדם, אין להתייחס אליו – בין אם הוא עני או עשיר – כאילו הוא, ערכו ומידת עושרו חד הם. אמנם, שולחן ערוך קובע בדיני צדקה: "כל המרחם על עניים – השם ירחם עליו" (שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמו, סעיף ג). עסקינן בנתון כלכלי, שהוא אמנם חשוב מבחינה מעשית, אך לא הוא קובע את מהות האדם. ננעל במשנה המעניינת במסכת פאה הדנה בבעל בית – דהיינו, בעל נכסים – שעובר ממקום למקום. רק בשל נסיעותיו הוא "צריך ליטול לקט שכחה פאה ומעשר עני"

– חלקים מהשדה שנועדו לעני. המשנה פוסקת כי הוא רשאי, מתוך סוג של אונס, ליטול מהשדה. נותרה מחלוקת בשאלה האם כאשר יחזור בעל הבית לביתו עליו לשלם, כיוון שבאותו שלב חזר למצב שבו הוא אינו עני. חכמים פוטרים אותו מתשלום מהנימוק כי "עני היה באותה שעה" (משנה, פאה ה, ד). והאמת נחשפת: כל עני הוא עני רק באותה שעה, גם אם השעה ארוכה ונמשכת. כך העני, כך העשיר, כך האדם.

הסנד

10. הצגתי את עמדתי – על הדגשים שהובאו – מדוע הסדר הפיקדון אינו חוקתי, כדעת הנשיאה. ברם, בנושא הסעד דעתי שונה. הנשיאה סבורה כי לנוכח אי-החוקתיות הדווקת בהסדר, דינו להתבטל באופן מיידי. לעומת זאת, סבורני כי נכון להורות על השהיית הבטלות לתקופה קצרה.

מסקנתי זו שזורה בעמדתי שלפיה הפגיעה החוקתית הגלומה בהסדר הפיקדון היא בעלת אופי כמותי. לא עצם הניכוי משכרם של העובדים הוא הפסול מבחינה חוקתית, אלא שיעורו. על כן, משהוראת הבטלות היא מוחלטת, במוכן שהיא מבטלת את הסדר הפיקדון כולו, דעתי היא כי אין מקום כי היא תהיה מיידי, אלא יש לאפשר לכנסת שהות קצרה לתקן את החוק בטרם כספי הפיקדון מוחזרים כולם לעובדים. ככלל, לדעתי, ניתן להורות על סעד של בטלות מושהית במקרה המתאים. שיקולים עקרוניים ומעשיים רלוונטיים לעיצוב הסעד. אף יש בתוצאה זו כדי לקדם את הדיאלוג החוקתי בין הרשויות, ולהכיר במורכבות של פסילת חוק על-ידי בית המשפט, ובכך שעליה להיות מוצא אחרון (ראו: יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39, 84, 86-88 (תשס"ו)).

לצד זאת, לא נעלמו מעיניי חסרונותיה של הבטלות המושהית, ובראשם העובדה כי היא מותירה על כנו – אף אם לתקופה מוגבלת – דבר-חקיקה הפוגע באופן בלתי-מידתי בזכויות אדם. אינני מתעלם מהקשיים המעשיים בחקיקת חוק או תיקונו, בפרט בימים אלה. אך אם בשיקולים מעשיים עסקינן, יש גם להביא בחשבון את מגפת הקורונה הפוקדת את ארצנו, שהשלכותיה הבריאותיות והכלכליות הקשות לא פוסחות – ואף ניתן להניח כי חלות בעוצמה – על האוכלוסייה הכפופה להסדר הפיקדון. על כן, דעתי היא כי נכון היה לקבוע תקופה השהיה קצרה של ארבעה חודשים בלבד.

11. סוף דבר: אני מצטרף למסקנותיה של חברתי הנשיאה כי אין לבטל את רכיב הניכוי המנהלי, וכי רכיב העובד אינו חוקתי, ויש להורות על ביטולו. לו דעתי הייתה

נשמעת, היינו משהים את הוראת בטלותו לתקופה של ארבעה חודשים ממועד מתן פסק-דין זה.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מצטרף לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות כי רכיב העובד שבהסדר הפיקדון אינו חוקתי בשל פגיעתו הבלתי מידתית בזכות הקניין של העובד, ומשכך דינו בטלות שתכנס לתוקפה באופן מידי.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה הממצה של חברתי הנשיאה, השופטת א' חיות, לניתוח המעמיק והמדוקדק בחוות דעתה של המצב העובדתי והמשפטי הרלבנטיים וכן לתוצאה המוצעת על ידה.

לאחר שעיינתי בכתבי יתר חבריי – אני אף מסכים להערותיו של חברי, השופט ע' פוגלמן.

2. נוכח חשיבות הדברים – הנני מרשה לעצמי להוסיף מספר תובנות והדגשים משלי.

3. דומה שאין מחלוקת בין העותרים לבין המשיבים כי הסדר הפיקדון, המעוגן בסעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשל"ה-2014 (להלן: החוק המתקן והסדר הפיקדון, בהתאמה) – בכל מה שרוך בניכוי מרכיב העובד במסגרת ההסדר (להלן: מרכיב העובד בהסדר הפיקדון) – יש בו משום פגיעה בקניינם של אותם עובדים, במשמעות סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הדבר נלמד, בין השאר, על דרך של קל וחומר (מעבר למקורות שהובאו ע"י חברתי וחברי) – מהאמור בחוות דעתי ב-בג"ץ 6784/06 דס"ן רונית שליטנר נ' הממונה על תשלום הגמלאות, פ"ד סד(2) 581 (2011) בהקשר לזכויות פנסיה; עיינו גם: בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, 165 (2011); חוות דעתי ב-רע"א

8138/07 פאר נ' קצין התגמולים משרד הביטחון (21.06.2011); בג"ץ 8347/09 פלונית נ' הממונה על תשלום הגימלאות בצה"ל (08.04.2015) בפסקה 36 לחוות דעת).

עמדה זו של הצדדים – ביחס לפגיעה שיש במרכיב העובד בהסדר הפיקדון – מקובלת גם על כל שופטי ההרכב, ואפילו דעת המיעוט מפי חברי, השופט נ' סולברג צידדה במסקנה כי: "הפגיעה בקניינם של המסתננים מעיקה".

יתר על כן – פגיעה זו נוגסת גם בכבוד האדם, שהרי היא: מביאה את מרבית העובדים המשתייכים לקטגוריה זו אל מתחת לשכר המינימום, מקשה ביותר על קיומם הכלכלי ומסכלת את אפשרויות שיקומם כדי כך שהם נצרכים לידי מתנת בשר ודם על מנת לשרוד. השוו במשפט העברי לדין הצדקה, שם הנתינה מיועדת, בין השאר, לגרום לכך שאדם לא יתבזה וידרש לבקש סיוע. עיינו: משה הלינגר, תרומתה האפשרית של המסורת היהודית ההלכתית ליצירת צדק חברתי בקובץ: מבקשי צדק בין חברה לכלכלה במקורות היהודיים, בעריכת: חנוך דגן ובנימין פורת בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2016; להלן: דגן ופורת, מבקשי צדק), שם, בעמ' 133-170 וכן בחוות דעת חברי, השופט נ' הנדל בתיק שלפנינו.

4. בשים לב לאמור עד הנה יש לבדוק עתה אם הפגיעות הנ"ל צולחות את "פיסקת ההגבלה", אשר מעוגנת בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ודורשת כי הפגיעה תעמוד בארבעה תנאים:

- (א) כי הפגיעה תוסדר בחוק, או שתהיה על פי חוק מכח הסמכה מפורשת בו.
- (ב) כי החוק בו כלולה הפגיעה יהלום את ערכיה של מדינת ישראל.
- (ג) כי החוק האמור יהיה לתכלית ראויה.
- (ד) כי הפגיעה בזכות החוקתית תהיה במידה שאינה עולה על הנדרש.

אדון בתנאים אלה מיד בהמשך.

5. שתי התכליות העיקריות – הרלבנטיות לניכוי מרכיב העובד בהסדר הפיקדון שבחוק המתקן – אמורות לקדם:

- (א) יצירת תמריץ כלכלי ליציאה מרצון מישראל ולמניעת השתקעות בארץ.

ב) הבטחת בסיס כלכלי ראשוני לעוזבים את ישראל באמצעות שחרור הפיקדון שנצבר עבורם (בסייגים הקבועים בחוק המתקן).

תכליות אלו הן אפשריות ומותרות בנסיבות, ובתור שכאלו הן בחזקת תכליות ראויות במשמעות סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

6. בהתחשב במבואר לעיל – נשאלת עדיין השאלה האם החוק המתקן הולם את ערכיה של מדינת ישראל במשמעות סעיף 8 הנ"ל. קושיה דומה העליתי בשעתו בחוות דעתי ב-בג"ץ 8665/15 דסטה נ' הכנסת (11.08.2015) (להלן: עניין דסטה), ועתה חברי, השופט י' עמית דן בכך כאן – בראי ההסדר המדובר – ומגיע למסקנה שהתשובה בספק. דעתי פה שונה. לשיטתי אכן יש לבדוק כל חיקוק הפוגע בזכויות חוקתיות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (או נגזרות של זכויות אלו) – האם הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל, ואולם אין לומר כי החוק המתקן, ככזה, חורג מכך. בהקשר זה אציין כי תיבה זו, המדברת בערכיה של מדינת ישראל – שלוש משמעויות חלופיות לה:

א) ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו: סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

ב) ערכיה של מדינת ישראל ככזו המכבדת את ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין (ראו: סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

ג) ערכיה של מדינת ישראל ככזו הפועלת ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל (ראו: סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). במסגרת אחרונה זו רלבנטית לענייננו פסקה שלוש עשרה להכרזת העצמאות, הקוראת כך:

”מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החרות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חנוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות.”
(ההדגשות שלי – ח"מ).

כאן המקום להזכיר כי כפועל-יוצא מלקחי השואה – מדינת ישראל היתה אחת מהיוזמות והחותמות הראשונות של אמנת הפליטים 1951 (זו אושררה בכנסת בשנת 1954 ופורסמה ב-כתבי אמנה 65), שנשענה על עקרונותיה של מגילת

האו"ם. כך קרה גם בשנת 1967, ביחס לפרוטוקול הנלווה לאמנה האמורה (עיינו: כתבי אמנה 1690), ושני המסמכים האמורים ייקראו להלן ביחד: אמנת הפליטים. ראו: חוות דעתי ב-ע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים (28.08.2017) (להלן: עניין צגטה), וכן עיינו ברשימתו של שי טגנר, פליטים מסתננים ומבקשי מקלט בישראל, בתוך האסופה: מגילת העצמאות עם תלמוד ישראלי בעריכת ישראל דב אלבוים (2019) (להלן: אלבוים מגילת העצמאות), שם בעמ' 244.

ממקורות אלו ניתן ללמוד שלושה עקרונות:

(א) יש לכבד את מי שמבקש מקלט כפליט, ברוח אמנת הפליטים 1951 והפרוטוקול לאמנה. מעבר לכך – התנהלות זו יש בה מימוש של הציווי המקראי: "ואהבתם את הגר, כי גרים הייתם בארץ מצרים" (דברים י', י"ט), שקיבל ביטוי בחזון נביאי ישראל. ראו, למשל: דברי הנביא ירמיהו: "היטיב תיטיבו את דרכיכם ואת מעלליכם... גר יתום ואלמנה לא תעשוקו..." (ירמיהו ז', ה'-ו'); "עשו משפט וצדקה, והצילו גזול מיד עשוק, וגר, יתום ואלמנה אל תונו, אל תחמסו..." (ירמיהו כ"ב, ג'); דברי הנביא זכריה: "אלמנה ויתום גר ועני אל תעשוקו..." (זכריה ז', י'); דברי הנביא מלאכי: "וקרבתי אליכם למשפט והייתי עד ממהר... ובעשוקו שכר שכיר, אלמנה ויתום ומטי גר" (מלאכי ג', ה'); דברי הנביא יחזקאל: "עם הארץ עשוקו עושק, וגזלו גזל, ועני ואביון הונו ואת הגר עשוקו בלא משפט" (יחזקאל כ"ב, כ"ט). (ההדגשות כולן שלי – ח"מ).

זה המקום להעיר כי גר במקורות הנ"ל הוא, כאמור בפיסקה 11 לחוות דעת חברי, השופט י' עמית, כל מי שבא ממדינה אחרת ומתגורר בארץ, ולא גר צדק, כמשמעו בהלכה.

עיינו עוד לעניין זה – במאמריהם של: בן דרור ימיני, ציונות היא הומניות, באסופה: אלבוים מגילת העצמאות, שם, בעמ' 245 ושל: ישראל דב אלבוים, אין

לנו חירות שלא לאהוב את הגר, באותה האסופה, בעמ' 248 וכן בפרק על הפיסקה השלושה עשרה למגילת העצמאות, שם בעמ' 427-443. כן ראו מאמרו של: משה ויינפלד, משפט וצדקה בישראל ובעמים אצל דגן ופורת, מבקשי צדק, שם בעמ' 251.

(ב) המשפט העברי (כפי שנסקר ע"י חברתי הנשיאה וחבריי: השופט י' עמית והשופט נ' הנדל), אסר בעיקרון, ברוח המקרא, הפקעה והלנה של שכר עובד. עם זאת, כפי שהעיר חברי, השופט נ' סולברג רשאיין בני העיר – מכוח ההלכה: "להתנות על המידות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן" (בבלי, בבא בתרא, ח' ע"ב).

(ג) כללים (א) ו-(ב) שלעיל – אין לפרשם כגורעים מסמכותה של כל מדינה (ובכללן: מדינת ישראל) לקבוע את מדיניות ההגירה שלה, והדבר אף נזכר באמנת הפליטים.

7. העולה מן המקובץ מלמד כי החוק המתקן, ככזה, צולח את דרישת ההלימה לערכי מדינת ישראל, שכן שתי התכליות הנזכרות בפיסקה 5 שלעיל – אינן נוגדות את זכותה של מדינת ישראל לקבוע את מדיניות ההגירה שלה ולמנוע השתקעות זרים בארץ, תוך הבטחת בסיס כלכלי ראשוני לעוזבים.

המיקוד בדיון המשפטי שבהמשך אמור להתרכז איפוא במידתיות מרכיב העובד בהסדר הפיקדון, ובכך אדון להלן.

8. חברתי הנשיאה קבעה כי מרכיב העובד בהסדר הפיקדון – איננו עומד בדרישת המידתיות במונח הצר (תוספת התועלת שבו, אל מול הפגיעה בזכות הקניין). אני מסכים למסקנתה זו ולנימוקים שהובאו על ידה כתימוכין לכך. ברצוני להוסיף מיד בסמוך עוד מספר טעמים והיבטים בהקשר זה.

9. לשם השגת תכליות החוק המתקן – המשיבים בחרו בהסדר הפיקדון, לאחר שפתרונות אחרים, שהיה בהם יסוד מופרז של שלילת חירות, נפסלו ע"י בית משפט זה (ראו: בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717 (2013) (להלן: עניין אדם); בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.09.2014) (להלן: עניין איתן); עניין דסטה).

יחד עם זאת פתרון אחר שביקשו לנסות (הרחקה למדינה שלישית, במסגרתו היה אמור להינתן מטעם המדינה מענק לכל עובד) אושר עקרונית ע"י בית משפט זה (עניין דסטה), ואולם לא ניתן היה לממשו בשל אי-הסכמת המדינות השלישיות לקבל את המורחקים, שלא מרצונם הטוב והחופשי המלא.

10. ביני לביני עלו גם פתרונות אפשריים אחרים, שהיה בהם אולי כדי לתת מענה לבעיה, או לרובה:

כב' הנשיאה השופטת מ' נאור והח"מ העלינו בעניין דסטה את האפשרות לפזר את האוכלוסיה הזרה בה מדובר בכל רחבי ישראל על דרך של: "תיחום שהיה גיאוגרפי", ובכך להקטין את הלחץ והקשיים, שאנו ערים להם, הנגרמים לתושבים המקומיים במרכזי הערים הגדולות בישראל.

בזמנו מי שהיה שר הפנים ניסה ללכת בדרך זו, אך חזר בו (ראו: בג"ץ 5616/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' משרד הפנים (26.08.2009)). מאידך גיסא, מהלך דומה ננקט, למשל, בגרמניה ובמדינות נוספות באירופה ופתרונות אלו הצליחו חלקית, וגם צלחו את המבחן החוקתי הן בגרמניה והן בבית הדין האירופאי לזכויות האדם (ראו: פירוט בחוות דעתי בעניין דסטה, שם, בפסקה 10 וכן בחוות דעתי בעניין צגטה).

דרך אחרת למציאת מזור לבעיה – נוסתה ע"י הממשלה בעת שחתמה בתאריך 02.04.2018 על מסמך הבנות עם נציבות האו"ם לפליטים, במסגרתו מעמדה של כמחצית מהאוכלוסיה, בה אנו דנים כאן, היה אמור להיות מוסדר במדינות שונות מחוץ לישראל, ואילו יתרת הכלולים באוכלוסיה זו אמורים היו לזכות במעמד מסוים שיאפשר להם להישאר בארצנו. דא עקא שהבנות אלו בוטלו שעות אחדות לאחר שנחתמו – בנסיבות שלא הובהרו לנו די הצורך ואינן בגדר העתירה.

מכאן שבין מרחב החלופות הנ"ל (שליחן לא נס עדיין) – נותרנו בשלב זה עם הסדר הפיקדון, ולפיכך נבחן עתה את מרכיב העובד שבו.

11. המשיבים גורסים כי הסדר הפיקדון מקדם את התכליות, שהוכרו ע"י רוב חברי ההרכב כלגיטימיות, וכי האלטרנטיבות האחרות אינן צפויות להביא למדינה יתרונות דומים. יתר על כן, לשיטתם, תוספת התועלת בהסדר הפיקדון עולה על הפגיעות בזכויות החוקתיות הכרוכות בו.

בהנחה שניתן להשלים עם שתי הפרופוזיציות הראשונות – מרכיב העובד שבהסדר הפיקדון לא צולח את תת-המבחן השלישי ממבחני המידתיות.

עֵתָה אֲבָהִיר הַדְּבָרִים.

12. בידוע הוא שניתן לכוון מדיניות באופן רגולטורי, בין השאר, ע"י שיטה של: "פרס", או "קנס", או בשילוב כלשהו ביניהם.

בכלכלה התנהגותית מקובל שבדרך כלל "קנס" אפקטיבי יותר מ"פרס", במיוחד בעת שמדובר בהחלטות במצבים של סיכון ואי-ודאות (עיינו: D. Kahneman and A. Tversky, Prospect Theory: an Analysis of Decisions Under Risk *Econometrica* 47, 263-292 at p. 279 (1979); דניאל כהנמן לחשוב מהר, לחשוב לאט (2011) שם, בעמ' 301-311). זו השיטה שבחר פה המחוקק בכל מה שקשור למרכיב העובד בהסדר הפיקדון, המביא לשלילה זמנית של 20% משכרו של העובד – עד שיצא מן הארץ. דא עקא שנקיטה בדרך זו דוחפת לרוב את השחקן הרלבנטי שנפגע מה"קנס" לפעול בדרך לא אתית, ולעיתים אפילו בדרך לא חוקית, והדבר מסוכן במיוחד בימים אלה שבהם מוצאים עצמם המשתייכים לאוכלוסיה זו מובטלים וחסרי כל.

עיינו: Mary C. Keren and Dolly Chugh Bounded Ethicality, The Perils of Loss, *Psychological Science* (2009), 378; Yuval Feldman, Amos G. Framing, 20 *Psychological Science* (2009), 378; Schurr and Doron Teichman, Reference Points and Contract Interpretation: An Empirical Examination, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1989556>.

יתר על כן לעיתים שיטת ה"פרס" עדיפה על שיטת ה"קנס" (במיוחד במצבים של ודאות וסכומים נמוכים). עיינו: Fieke Hanrinck, Eric Van Dijk, Ilja Van Beest and Paul Mersmann When Gains Loom Larger Than Losses, Reversed Loss Aversion for Small Amounts of Money, 18 *Psychological Science* (2007), 1099.

13. זה המקום לציין כי בשעתו הממשלה – במסגרת הסדר ההרחקה ל"מדינות שלישיות" – היתה מוכנה להציע כי העוזבים יקבלו מענק מהמדינה בסך של \$3500 האחד (ראו: עניין צגטה, פסקה 4 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור). זוהי שיטת ה"גזר", ואולם ניתן לחשוב גם על שיטה מעורבת, שעשויה לעמוד במבחני המידתיות, אם יש בה יחסיות סבירה בין ה"מקל" ל"גזר", וכאשר ה"קנס" (השלילה הזמנית של סכום ה"קנס") מוחזר בסופו של יום בהתקיים התנאי המפסיק, זאת בצד ה"פרס".

מעניין לציין כי התורה היתה כבר מודעת לשיטת ה"פרס" ודגלה בה. לגבי עבד משתחרר נאמר שאין לשולחו בידיים ריקות, וכך נאמר בדברים ט"ו, י"ג-ט"ו:

"וְכִי-תִשְׁלַחְנוּ תַפְשִׁי, מֵעַמְךָ--לֹא תִשְׁלַחְנוּ, הַיָּקָם. תַּעֲנִיק תַּעֲנִיק, לוֹ, מִצֵּאֲנֶךָ, וּמִגְרֹנְךָ וּמִיָּקְבֶךָ: אֲשֶׁר בֵּרַכְךָ יְהוָה אֱלֹהֶיךָ, תִּתֶן-לוֹ. וְזָכַרְתָּ, פִּי עֶבֶד הַיִּתִּי בְּאֶרֶץ מִצְרַיִם, וַיִּפְדֶּךָ, יְהוָה אֱלֹהֶיךָ; עַל-כֵּן אֲנֹכִי מְצַנֶּךָ, אֶת-הַדָּבָר הַזֶּה-הַיּוֹם."

עמדו על כך חז"ל כשדרשו:

"ר' ישמעאל אומר: בוא וראה רחמים של מי שאמר והיה העולם על בשר ודם. עבד עברי עובד עמך כל שש. אמר המקום אם יצא הוא ריקן מאצלך עכשיו הוא מסבב על הפתחים ונמכר פעם שניה, אלא תן לו כדי שתשרה בו ברכה, שנאמר הענק תעניק לו" (מדרש תנאים לדברים ט"ו, י"ד).

ד"ר בנימין פורת מסביר את טעמה של מצווה זו באלו המילים:

"למצווה זו חשיבות רבה בשירותו של העבד המשוחרר. היא מעניקה לו ביטחון כלכלי לטווח הקצר, כך שיוכל להתפנות לדאגה לעתידו בטווח הרחוק... הדעה נותנת כי אם העבד שוחרר בלא שתקוים מצוות ההענקה, הוא יהיה נכון לבזוז את ימיו החופשיים הראשונים בליקוט מעט מזון ומציאת מקום לדור בו בדוחק, ובתוך זמן קצר עלול לחזור לבית אדונו ולבקש מחדש את חסותו. מצוות ההענקה מאפשרת לו איפוא, לנצל את החירות שניתנה לו כדי לשקם את עצמו" (ד"ר בנימין פורת, החקיקה החברתית של התורה: עקרונות יסוד, בתוך דגן ופורת, מבקשי צדק, בעמ' 274, שם בעמ' 298-299).

זה המקום להוסיף ולהעיר כי היו בזמנו עבדים שביקשו שלא להשתחרר כי טוב היה להם במצבם (דברים, ט"ו, ט"ז), ועל כך נאמר בבבלי, קידושין כ', ע"א:

"דתניא כי טוב לו עמך. עמך במאכל ועמך במשתה שלא תהא אתה אוכל פת נקיה והוא אוכל פת קיבר אתה שותה יין ישן והוא שותה יין חדש אתה ישן על גבי מוכים והוא ישן על גבי התבן מכאן אמרו כל הקונה עבד עברי כקונה אדון לעצמו" (ההדגשה שלי – ח"מ).

יחד עם זאת ולמען הסר ספק מוצא אני לנכון להבהיר כי דין העבד המשתחרר במשפט העברי הובא כאן רק כדי להדגים את "שיטת הפרס", אשר מצווה בתורה, וחז"ל קידמו אותה והסבירו אותה וכדי להסיק, על דרך של קל וחומר, בדבר היחס הראוי למשתייכים

לאוכלוסיה שבפנינו. אין להשליך מפה, כמובן, בכל דרך שהיא על מעמדם של העובדים, נשוא דיוננו, שהם בני חורין.

14. במקרה שלפנינו המחוקק התיימר בהסדר הפיקדון לנקוט בשיטה המעורבת של "קנס" (מרכיב העובד) ו"פרס" (מרכיב המעביד), ואולם פה נפלו שורה של כשלים:

(א) ה"קנס" עולה על ה"פרס" (הוא "מרכיב המעביד" בהסדר הפיקדון, ששונה מהמענק שהיתה המדינה נכונה להעניק לעוזב בהסדר ההרחקה למדינות השלישיות).

(ב) ה"קנס" איננו סביר, שכן הוא מוריד את מרבית העובדים מתחת לשכר המינימום המובטח להם, זאת בניגוד להוראות חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987.

(ג) הממשלה לא אכפה על המעבידים את חובתם להפריש את "מרכיב המעביד". לפיכך אחוז קטן בלבד של המעסיקים העבירו את חלקם לחשבונות שנפתחו לצורך זה אצל המשיב 5. כתוצאה מכך העובד, אף אם יצא מן הארץ, עלול למצוא את עצמו בפני שוקת שבורה (ללא מרכיב ה"פרס", ומבלי שהממשלה תשלם לו את החסר, ותיקח על עצמה לגבות לאחר מכן מהמעבידים את שנגרע מהעובד).

(ד) הממשלה כללה בהסדר הפיקדון ובהפקעת מרכיב העובד במסגרתו גם את מבקשי המקלט, אף שבבקשותיהם לא דנים זה שנים (כמתחייב מאמנת הפליטים, כללי המשפט הבינלאומי והערותינו בפסקי דין קודמים), מה שמצדיק את הכללתם בתקנות הפטור (כפי שהצענו גם באחד הדיונים בעניין זה).

הנה כי כן הפגיעות בזכויות החוקתיות (הזכות לקניין והזכות לכבוד) של העובדים, לצד הכשלים הנ"ל – גוברים במקרה זה על תוספת התועלת שהמשיבים טוענים לה בהקשר להסדר הפיקדון, ואף מבחינה זו לא צולח ניכוי מרכיב העובד בהסדר הפיקדון את תת-המבחן של "המידתיות במובן הצר".

15. זאת ועוד – אחרת. כפי שקבעה חברתי הנשיאה – התועלת הנטענת בשלב זה, ככלולה בהסדר הפיקדון, כלל איננה ודאית, שהרי לאחר כניסת הסדר הפיקדון לתוקף חלה דווקא ירידה במספר העובדים שיצאו לחו"ל.

אמור מעתה הברי של הפגיעה בזכויות החוקתיות (זכות הקניין והזכות לכבוד) עדיף כאן על השמא של התועלת הלא-ודאית הצפונה, לשיטת המשיבים, בהסדר הפיקדון.

16. נוכח האמור לעיל – תוצאת הבטלות של מרכיב העובד בהסדר הפיקדון מתחייבת איפוא בנסיבות, כסעד החוקתי הראוי. הדברים מקבלים משנה תוקף בימים אלה שבהם המשבר הכלכלי, שבא עלינו בעקבות מגיפת הקורונה הביא את העובדים בהם מדובר (וכן רבים אחרים) לכדי פת לחם ממש. לפיכך התרופה המתבקשת היא זו שהוצעה ע"י חברתי הנשיאה, ואין מקום להשעותה מעבר לתקופת 30 הימים שנקצבה (אוסף כי יתכן וניתן לרתום אותם העובדים, שאנו דנים בהם פה ואשר מצאו עצמם מפוטרם – לעבודות שונות, שיש בהן ביקוש בתקופה זו ללא היענות).

17. לסיום, אחזור כאן על חלק מהדברים שהשמעתי בעניין צגטה (גם שם העליתי הצעות, אשר לצערי לא התקבלו ויכולות היו להקל על תושבי השכונות):

“אנו נדרשים להפעיל את הכללים המשפטיים הרלבנטיים בחמלה וברגישות כלפי כל המעורבים. הדבר מתחייב מהיותנו מדינה יהודית ודמוקרטית”.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג, ובנושא הסעד, כנגד דעתו החולקת של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ט בניסן התש"ף (23.4.2020).

שופט

המשנה לנשיאה

הנשיאה

שופט

שופט

שופט

שופט