



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6942/19

בג"ץ 6948/19

לפני:

כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ע' גרוסקופף

העותרים בבג"ץ 6942/19 :
1. מיכאיל צ'באנו
2. קו לעובד
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרים בבג"ץ 6948/19 :
1. Zhu Longjun
2. קו לעובד
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

המשיבים בבג"ץ 6942/19
ובבג"ץ 6948/19 :
1. שר הפנים
2. שר העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים
3. הכנסת

התנגדות לעשיית הצו על תנאי לצו מוחלט

תאריכי הישיבות :
ט"ז באייר התשפ"א (28.4.2021)
ח' באדר א' התשפ"ב (9.2.2022)
כ"א בחשון התשפ"ג (15.11.2022)

בשם העותרים :
עו"ד מיכל תגיר ; עו"ד עודד פלר ;
עו"ד אלעד כהנא

בשם המשיבים 1-2 :
עו"ד רן רוזנברג

בשם המשיבה 3 :
עו"ד ענת גולדשטיין

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

עניינן של העתירות שלפנינו בהוראות הקבועות בחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: חוק עובדים זרים או החוק) ובתקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016 (להלן: תקנות הפיקדון), המעגנות מנגנון לניכוי כספי פיקדון שהופקדו עבור עובדים זרים. בהתאם להוראות החוק והתקנות, מחויב כל מעסיק של עובדים זרים להפקיד מדי חודש לחשבון בנק ייעודי את כלל הפרשות הסוציאליות שבהן חב המעסיק (להלן: הסדר הפיקדון). קבלת כספי הפיקדון מותנית ביציאת העובד הזר מישראל, במובן זה שעובד שיצא מישראל לאחר תום התקופה שבה הורשה לשהות בה – ינוכה מכספי הפיקדון שלו סכום שילך ויגדל ככל שהשיהוי ביציאתו את הארץ יתארך, ובהינתן שיהוי של למעלה משישה חודשים ביציאתו של העובד מישראל הוא עלול לאבד את זכאותו לכלל כספי הפיקדון (להלן: מנגנון הניכוי).

העותרים – ששניים מתוכם הם עובדים זרים שעבדו בישראל בענף הבניין ואשר כספם שהופקדו עבורם כפיקדון נשללו – טוענים כי מנגנון הניכוי האמור פוגע פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכויותיהם של העובדים הזרים, ועל כן לטענתם יש להורות על בטלותו.

רקע הדברים

1. בשנת 2000 תוקן חוק עובדים זרים ונוסף לו פרק ד' שכותרתו "קרן לעובדים זרים" (חוק ההסדרים במשק מדינת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000), התש"ס-2000, ס"ח 66, 90 (להלן: תיקון מס' 3)). במסגרת התיקון נכללה הוראה הקובעת כי שר העבודה והרווחה (להלן: שר העבודה) בהסכמת שר האוצר ובאישור ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת (להלן: ועדת העבודה), רשאי להקים קרן ייעודית לעובדים זרים, שאליה יפרישו מעסיקיהם של העובדים הזרים סכום שייקבע ואשר לא יעלה על 700 שקלים לחודש, בעד כל חודש שהעובד הזר הועסק בו (סעיף 1א(א) לחוק בנוסחו אז). בהקשר זה נקבע כי כלל התשלומים הסוציאליים שבהם חב המעסיק יועברו לקרן הייעודית, וככל שסכומים אלה יהיו נמוכים מהסכום שקבע שר העבודה לפי סעיף 1א(א) לחוק, יועבר לקרן גם ההפרש בין הסכומים (סעיף 1א(ו) לחוק עובדים זרים בנוסחו אז). לצד זאת, נקבע כי המעסיק רשאי להפחית משכר העובד הזר חלק מסכום הפיקדון שהוא שילם, בשיעור שייקבע על ידי שר העבודה ולא יעלה על שליש מסכום הפיקדון (סעיף 1א(ג) לחוק בנוסחו אז); וכי העובד הזר יהא זכאי לקבל את כספי הפיקדון שהופקדו עבורו

”בתום שלושה חודשים לאחר שעזב את ישראל”, ובלבד שלא מדובר ביציאה זמנית (סעיף 1א(ד) לחוק בנוסחו אז).

2. הקמת הקרן לעובדים הזרים והעברת תשלום לאותם עובדים לאחר שעזבו את ישראל נתקלו בקשיים, ובמשך שנים רבות לא יושמו הוראות סעיף 1א לחוק עובדים זרים. על רקע זה, בשנת 2005 תוקן חוק עובדים זרים פעם נוספת, במטרה לפשט את אופן הפקדת כספי הפיקדון (חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2005 (תיקוני חקיקה), התשס”ה-2005, ס”ח 346, 360 (להלן: תיקון מס’ 7); וראו גם: דברי הסבר להצעת חוק המדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2005 (תיקוני חקיקה), התשס”ה-2004, ה”ח הממשלה 354, 366). בתיקון נקבע כי חלף קרן לתשלום הפיקדון, יוכל שר העבודה לקבוע שכספי הפיקדון ישולמו “לחשבון בנק נפרד, המיועד אך ורק למטרה זו, שיפתח וינוהל בהתאם להוראות שיקבע שר האוצר” (סעיף 1א(ב) לחוק). כמו כן, במסגרת התיקון בוטלה האפשרות שהייתה בידי המעסיק לנכות משכרו של העובד הזר חלק מסכום הפיקדון, כך שבעקבות התיקון כלל כספי הפיקדון מבוססים על הפרשות המעסיק.

3. במוקד העתירות שלפנינו עומדים סעיפים 1א(ד) ו-1א(ז)(א3) לחוק, אשר שולבו אף הם בחוק במסגרת תיקון מס’ 7 והוסיפו להסדר הפיקדון מנגנון ניכוי, הקושר בין אי-יציאת העובד הזר מישראל ובין שלילת כספי הפיקדון – כולם או חלקם. סעיף 1א(ד) בנוסחו המתוקן קובע כי קבלת כספי הפיקדון תותנה בכך “[...] שהעובד הזר עזב את ישראל, שלא לצורך יציאה זמנית ממנה, עד תום התקופה שבה הורשה לשהות בה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל” (ההדגשה הוספה). קבלת כספי הפיקדון, כך נקבע באותו סעיף, תהא לא לפני יום עזיבת העובד הזר את ישראל ולא לאחר תום שלושת החודשים לאחר עזיבתו. לצד זאת, סעיף 1א(ז)(א3) הסמיך את שר העבודה לקבוע “סוגי מקרים ותנאים שבהתקיימם יהיה עובד זר רשאי לקבל חלק מכספי הפיקדון [...] אף אם עזב את ישראל לאחר תום התקופה שבה הורשה לשהות בה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל, ובלבד שעזב כאמור בטרם חלפו שישה חודשים מתום התקופה האמורה [...]” (ההדגשה הוספה).

4. חקיקת תיקון מס’ 7 לא הובילה אף היא להתקנת התקנות המחייבות מעסיקי עובדים זרים להפקיד כספי פיקדון בהתאם לסעיף 1א(א) לחוק, וזאת גם לאחר שסמכות התקנת התקנות לפי סעיף זה הועברה בשנת 2010 לשר התעשייה, המסחר והתעסוקה (כיום, שר הכלכלה והתעשייה) (להלן: שר הכלכלה); ראו: חוק עובדים זרים (תיקון מס’ 12), התש”ע-2010, ס”ח 488; יוער כי בתיקון זה אף הועברו משר העבודה לשר הפנים סמכויות אחרות הנוגעות לפיקדון עבור עובדים זרים, הקבועות בסעיפים 1א(ב),

1יא(ב1), 1יא(ד) ו-1יא(ז)). כתוצאה מכך, במשך שנים רבות, חובת תשלום פיקדון בעד עובדים זרים הוסדרה במסגרת נהלים והיתרים שחלו ביחס לענפים ספציפיים (ראו לעניין ענף החקלאות העונתית וענף הטכנולוגיה הייחודית: גדעון זעירא ונטע משה סוגיות בהעסקה של זרים בישראל 41 (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2015)). בהקשר זה יש מקום להזכיר בפרט את "נוהל העסקת עובדים זרים בענף הבניין על ידי קבלני כח אדם" (להלן: נוהל ענף הבניין) שפורסם בשנת 2005 על ידי משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, ובו עוגן מנגנון ניכוי מכספי הפיקדון, למקרים שבהם העובד הזר עזב את הארץ לאחר תום תקופת השהייה החוקית, בשיעורים שבין 5% ניכוי (עזיבה עד חודש מתום תקופת השהייה החוקית) ל-100% ניכוי (עזיבה לאחר שישה חודשים מתום תקופת השהייה החוקית).

5. בחודש פברואר 2008 התקין שר האוצר את תקנות עובדים זרים (פיקדון בחשבון הבנק), התשס"ח-2008 (להלן: תקנות 2008), בהן נקבע כי הפיקדון לעובדים זרים ינוהל בידי בנק שייבחר בהליך תחרותי ובהתאם לדיני המכרזים (תקנה 2 לתקנות 2008). הניסיונות הראשונים לעריכת ההליכים התחרותיים מכוח תקנות 2008 לצורך הקמת חשבון הבנק המיוחד להפקדת כספי פיקדון, לא צלחו (ע"ע (ארצי) 20004-12-17 קפ"ל את לוי בע"מ – Radlat, פסקה 6 (29.4.2019) (להלן: עניין רדלט)), ורק בינואר 2016 הוכרז כי בנק מזרחי טפחות זכה במכרז לניהול כספי הפיקדון.

6. בשנת 2016 – כ-16 שנים לאחר שנקבעה בחוק הסמכות לחייב מעסיקים בתשלום פיקדון לעובדים זרים – החלה ועדת העבודה לדון בנוסח התקנות שהונח על ידי שר הכלכלה ושר הפנים ואשר נועד לעגן, לראשונה במסגרת חקיקת משנה, חובה של מעסיקים בענפים מסוימים לשלם פיקדון עבור עובדים זרים שאינם מוגדרים כ"מסתננים". לאחר שהתקיימו שני דיונים בוועדה, אושרו תקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016, ופורסמו ברשומות ביום 19.7.2016.

7. התקנות קובעות כי בענפים הנכללים בתוספת השנייה לתקנות יידרשו מעסיקים לשלם עבור כל עובד זר "פיקדון בסכום מרכיב הפיצויים ומרכיב תגמולי המעסיק" בהתאם לצווי ההרחבה או הסכמים קיבוציים החלים עליו (תקנה 2(א) לתקנות הפיקדון). הענפים עליהם חלות התקנות בהתאם לנוסחן היום הם ענפי הבניין, הטכנולוגיה הייחודית, מוסדות הסיעוד, המלונאות והתעשייה. כמו כן נבחנה האפשרות להחיל את תקנות הפיקדון גם ביחס לענפים כמו ענף החקלאות וענף הסיעוד הפרטי (להבדיל ממוסדות הסיעוד), אך נכון להיום התקנות אינן חלות על ענפים אלה (ראו: בג"ץ 4296/19 פונגסק נ' שר האוצר (16.9.2020) (להלן: עניין פונגסק)).

לענייננו רלוונטית תקנה 8 לתקנות הקובעת, בהתאם לאמור בסעיף 1א(ז)(א3) לחוק, את מנגנון הניכוי מכספי הפיקדון. בהתאם למנגנון זה עובד זר שעזב את ישראל לאחר תום התקופה שהורשה לשהות בה, יהיה זכאי לקבל את כספי הפיקדון בניכוי הוצאות הרחקתו, וכן בניכוי נוסף של הסכום שנותר בפיקדון, בשיעור הולך וגדל בהתאם למועד עזיבתו – החל מ-15% ניכוי אם עזב בשיהוי שבין חודש לחודשיים ועד 100% ניכוי אם עזב בשיהוי של שישה חודשים (תקנה 8(א) לתקנות הפיקדון). בנוהל רשות האוכלוסין וההגירה 9.0.0003 "נוהל פיקדון לעובדים זרים" (14.7.2022) (להלן: נוהל הפיקדון) הובהר עם זאת כי בתום התקופה שבה העובד הזר הורשה לשהות בארץ, תינתן לו תקופת התארגנות בהתאם לענף שבו הוא מועסק (להלן: תקופת ההתארגנות), ופרק זמן זה לא ייחשב לחלק מתקופת השיהוי (סעיף ה.1.ט לנוהל הפיקדון).

כמו כן נקבע בתקנה 8(ב) לתקנות הפיקדון כי לפי בקשת עובד זר, "הממונה" (ראש רשות האוכלוסין וההגירה או עובד משרד הפנים שהוא הסמיכו לכך) רשאי לקבוע שאין לזקוף את תקופת השיהוי לחובת העובד הזר – כולה או חלקה – בנסיבות שבהן נבצר מהעובד לעזוב את ישראל במועד או שהוא לא עזב את המדינה בתום לב ובשל טעות. זאת, כל עוד הבקשה הוגשה לא יאוחר מ-18 חודשים לאחר תום התקופה לשהיית העובד הזר בישראל (תקנה 8(ב) לתקנות הפיקדון). עוד נקבע, בהתאם לסמכות שר הפנים לפי סעיף 1א(ז)(2) לחוק, כי כספים בחשבון הבנק שלא הוצאו על ידי עובד זר – בין בשל ניכויים ובין מסיבות אחרות – יועברו, בהתקיים תנאים מסוימים, לאפוטרופוס הכללי לשם הקצאתם למטרת רווחתם ובריאותם של עובדים זרים (תקנה 11 לתקנות הפיקדון).

8. להשלמת התמונה יצוין כי בשנת 2014 קיבלה הכנסת את החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, ס"ח 84. סעיף 4 לחוק האמור עיגן תיקון עקיף לחוק עובדים זרים, ובמסגרתו נקבע הסדר פיקדון ייחודי שהוחל רק על עובדים זרים שנכנסו לישראל שלא דרך תחנת גבול (להלן: עובדים מסתננים) (סעיפים 1א-1-9א לחוק עובדים זרים). בשונה מהסדר נושא העתירות דנן החל ביחס לעובדים שאינם מסתננים, הסדר הפיקדון שחל על עובדים מסתננים קבע חובה על מעסיק של עובד מסתנן להפקיד מדי חודש לחשבון בנק ייעודי סכום השווה ל-36% משכר עבודתו, אשר מורכב מניכוי של 20% משכר עבודתו של העובד (להלן: רכיב העובד), ו-16% נוספים שישולמו בידי המעסיק כהפרשה נוספת מעבר לשכר העובד. על פי אותו הסדר, נקבע כי העובד המסתנן זכאי לקבלת 67% מכספי הפיקדון בתוספת הרווחים שצברו כספים אלה בעת עזיבתו את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית ממנה, ואילו יתרת כספי הפיקדון (33%) תופחת בסכום שילך ויגדל בהתאם לפרק הזמן שחלף מהמועד שבו היה על העובד המסתנן לצאת מהארץ ועד ליציאתו בפועל, ואם יצא לאחר ששה חודשים מתום תקופת השהייה – תופחת כל יתרת כספי הפיקדון (להלן: רכיב הניכוי המנהלי).

חוקתיותו של הסדר הפיקדון הנוגע לעובדים מסתננים נדונה בבג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת (23.4.2020) (להלן: עניין גרסגהר)). באותו עניין הורה בית המשפט על ביטול רכיב העובד בהסדר הפיקדון, משנמצא כי ההוראה השוללת מהעובדים המסתננים חמישית משכרם לפרק זמן בלתי מוגבל, פוגעת פגיעה בלתי מידתית בזכותם לקניין. כפועל היוצא מכך, הסדר הפיקדון ביחס לעובדים מסתננים התבסס – לאחר ביטול רכיב העובד – על הפרשות המעסיקים בלבד. עם זאת, בעניין גרסגהר נמנע בית המשפט מלהתערב ברכיב הניכוי המנהלי המאפשר שלילה של עד 33% מכספי הפיקדון, אם העובד המסתנן לא יצא מישראל בתום תקופת השהייה שנקבעה בעניינו.

העותרים בעתירות דנן

9. העותרים בעתירות דנן הן שתי עמותות (קו לעובד והאגודה לזכויות האזרח בישראל) וכן שני עובדים זרים אשר עבדו במשך שנים בענף הבניין בישראל. להלן אסקור בתמצית את ענינם הפרטני של שני העותרים הללו, המשקפים את השפעת מנגנון הניכוי על עובדים זרים.

א. העותר 1 בבג"ץ 6942/19

10. בשנת 2013 הותיר מיכאיל צ'באנו (להלן: צ'באנו), אזרח מולדובה, את אשתו וארבעת ילדיו במולדובה והיגר לישראל במטרה לעבוד בה בענף הבניין. ביום 17.12.2017 דווח לרשות האוכלוסין וההגירה (להלן: רשות האוכלוסין) כי צ'באנו הפסיק את עבודתו בעקבות תאונת עבודה. כעולה מהעתירה, צ'באנו נפל מהקומה השלישית בבניין שבו עבד, ונגרמו לו חבלות שונות באזור הרגליים, הכתפיים, הלסת, והראש. ביום 2.5.2018 הכיר המוסד לביטוח לאומי בפגיעה של צ'באנו כתאונת עבודה; נקבעו לו נכויות זמניות שונות; והוא זומן לדיון בפני ועדה רפואית במהלך חודש אוגוסט 2019. מנתוני רשות האוכלוסין עולה כי ביום 9.9.2018 הסתיימה העסקתו של צ'באנו בעקבות התפטרותו, וזאת בשל מצבו הפיזי לאחר תאונת העבודה שעבר. ביום 10.3.2019 פנה צ'באנו, באמצעות עו"ד מיכל תג'ר (להלן: עו"ד תג'ר) מעמותת קו לעובד, ליחידת הפיקדונות ברשות האוכלוסין בבקשה לאפשר לו לצאת מישראל ולשוב אליה לצורך התייצבות בפני גורמי הוועדה הרפואית. כמו כן, ביקש צ'באנו כי יאפשרו לו למשוך את כל כספי הפיקדון שנצברו עבורו, אשר, כעולה מהעתירה, עמדו על סכום נומינלי של 36,570 ש"ח. למחרת היום, השיבה מנהלת תחום הפיקדונות ברשות האוכלוסין כי היה על צ'באנו להסדיר את מעמדו תוך 90 ימים ממועד סיום העסקתו; ומאחר שהוא לא הסדיר את מעמדו כנדרש, היה עליו לצאת מישראל בתוך 30 ימי התארגנות. משלא עשה כן, קבעה מנהלת תחום הפיקדונות כי יש לנכות 25% מסך כספי הפיקדון שהצטברו בחשבונו של צ'באנו. מנהלת תחום הפיקדונות הוסיפה כי צ'באנו לא הציג כל נימוק

מניח את הדעת להישארותו בישראל שלא כדין, ובפרט נקבע כי המסמכים הרפואיים שצורפו על ידו לבקשה אינם מלמדים על "מצב רפואי אשר לא איפשר לעובד לחזור למדינתו במועד".

11. ביום 20.3.2019 יצא צ'באנו מישראל ומשך את כספי הפיקדון שלו, לאחר שנוכה מהם רבע מהסכום שנצבר בפיקדון. בהמשך לכך, הגיש צ'באנו ערר על החלטת מנהלת תחום הפיקדונות מיום 11.3.2019 וביקש כי יושב לו מלוא סכום הפיקדון שנצבר עבורו וכי נוהל הפיקדון יתוקן, כך שתיקבע חזקה שלפיה לא יראו עובד זר שנפצע בתאונת עבודה באופן בינוני עד קשה כמי ששהה שלא כדין בישראל, לפחות למשך שישה חודשים לאחר הפציעה. ביום 19.6.2019 דחתה מנהלת אגף התשלומים ברשות האוכלוסין את הערר, בציינה כי צ'באנו לא הציג "נימוק משכנע ומניח את הדעת או סיבה מוצדקת להישארותו בישראל שלא כדין, אשר בעטיה אין לזקוף לחובתו את שהייתו הבלתי חוקית". צוין כי צ'באנו "עשה דין לעצמו [...] [ו] הוסיף לשהות בישראל שלא כדין, ובעררו לא שכנע כי נהג כך בתום לב או בשל טעות או בשל נסיבות מוצדקות כלשהן". בנוסף, קבעה מנהלת אגף התשלומים כי אין מקום לקבוע בנוהל חזקה כלשהי בעניינם של עובדים שנפצעו במסגרת עבודתם, "שכן כל בקשה נבחנת לגופה ולנסיבותיה תוך הפעלת שיקול דעת על בסיס העובדות והמסמכים הרלוונטיים לכל עובד".

12. ביום 6.8.2019 הגישו צ'באנו, עמותת קו לעובד והאגודה לזכויות האזרח עתירה לבית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (עת"מ) (מנהליים י-ם) (13685-08-19). בעתירתם ביקשו כי בית המשפט יורה לשר הפנים להעביר לצ'באנו את מלוא סכום הפיקדון שהופקד עבורו לאורך השנים, ולבטל את הניכוי שהושת עליו בגין השיהוי ביציאתו מן הארץ. לצורך כך, התבקש בית המשפט להורות על ביטול חלק מההוראות הקבועות בחוק עובדים זרים ותקנות הפיקדון. ביום 7.10.2019 הורה בית המשפט לעניינים מנהליים (השופט א' רון) על מחיקת העתירה, תוך שצוין כי "אין שאלה, שעתירה כנגד הכנסת, אינה נמנית עם הנושאים שבסמכותו של בית משפט זה".

ב. העותר 1 בבג"ץ 6948/19

13. ז'ו לונגזון (להלן: לונגזון) הוא אזרח סין אשר הגיע לישראל בשנת 2006 לעבוד בענף הבניין. לונגזון הועסק בענף הבניין והחזיק ברישיון עבודה מסוג ב/1 שהוארך מעת לעת, עד ליום 30.6.2018. כארבעה חודשים לפני סיום תוקף רישיון העבודה של לונגזון, הסתיימה העסקתו. ביום 21.1.2019 נעצר לונגזון ונערך לו שימוע בפני ממונה ביקורת גבולות, שבמהלכו הודה כי הוא עובד ללא רישיון בחברת בנייה. בתום השימוע הוצאו נגד לונגזון צווי הרחקה ומשמורת, אך לבסוף הוא שוחרר בכפוף להתחייבותו לצאת מן הארץ בתוך שבעה ימים. לאחר שלא יצא את הארץ בתוך שבעה ימים כאמור, נעצר לונגזון בשנית. בתום שימוע נוסף שנערך לו הוצא נגד לונגזון צו משמורת חדש,

וביום 6.2.2019 הורה בית הדין לביקורת משמורת על החזרתו למשמורת עד להרחקתו או עד למתן החלטה אחרת. ביום 12.2.2019 יצא לונגזון מישראל.

14. ביני לביני, ביום 31.1.2019 הגיש לונגזון, באמצעות עו"ד תג'ר, בקשה ליחידת הפיקדונות ברשות האוכלוסין למשיכת כספי הפיקדון שהופקדו עבורו. כעולה מהעתירה, סך ההפקדות הנומינלי שעמד לזכות לונגזון במועד סיום עבודתו היה 93,717 ש"ח. ביום 11.2.2019 נענה לונגזון כי היות שלא הציג כל נימוק מניח את הדעת להישארותו בישראל שלא כדין, לא ניתן לקבל את בקשתו להשיב את פיקדונו ללא ניכוי. על כן, נקבע כי בהתאם להוראות חוק עובדים זרים ותקנות הפיקדון, יש לנכות 100% מסכום הפיקדון שהופקד עבורו. לונגזון הגיש ערר על החלטת מנהלת תחום הפיקדונות, שבו טען כי התנהלותו נבעה מכך שסבר שאשרת העבודה שלו תחודש. ביום 4.3.2019 דחתה מנהלת אגף התשלומים את הערר, בציינה כי דחיית בקשותיו של לונגזון להסדרת העסקתו בישראל, מעצרו והודאותיו במהלך השימועים שנערכו לו מלמדים כולם כי היה מודע לשהייתו הבלתי חוקית בישראל. בקשה לעיון מחדש בהחלטה על דחיית הערר נדחתה ביום 19.5.2019.

15. ביום 21.7.2019 הגישו לונגזון, עמותת קו לעובד והאגודה לזכויות האזרח עתירה לבית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (עת"מ (מנהליים י-ם) 51191-07-19). בדומה לעתירה המנהלית בעניין צ'באנו, גם בעתירה זו ביקשו העותרים כי בית המשפט יורה לשר הפנים להעביר ללונגזון את מלוא סכום הפיקדון שהופקד עבורו והעלו טענות חוקתיות נגד חוק עובדים זרים ותקנות הפיקדון. ביום 7.10.2019 הורה בית המשפט לעניינים מנהליים (השופט א' דון) על מחיקת העתירה מאותו הנימוק שבגיננו נמחקה עתירת צ'באנו.

העתירות דנן וההתפתחויות לאחר הגשתן

16. ביום 24.10.2019 הוגשו העתירות בבג"ץ 6942/19 ובבג"ץ 6948/19 ולבקשת העותרים הורה בית המשפט על איחוד הדיון בעתירות. עתירה נוספת שעניינה ניכוי כספי פיקדון מעובדת סיעוד זרה, הושתה עד למתן פסק הדין בהליכים דנן (ראו: החלטה מיום 14.1.2020 בבג"ץ 7300/19 סלבלאון נ' שר הפנים).

בעתירות התבקש בית המשפט להורות על השבת כלל הכספים שהופקדו עבור העותרים על ידי מעסיקיהם לידיהם. לצורך מתן סעד זה התבקש בית המשפט לקבוע כי הוראת סעיף 1א(ד) לחוק עובדים זרים, שלפיה קבלת הכספים שנצברו בקרן הפיקדון מותנית בעזיבת ישראל עד תום התקופה שבה הורשה העובד הזר לשהות בה – פוגעת פגיעה בלתי חוקתית בזכויות יסוד ועל כן דינה להתבטל. עוד התבקש בית המשפט להורות על ביטול ההוראות המשלימות בסעיף 1א(ז) לחוק עובדים זרים וההוראות בתקנות הפיקדון הנוגעות לניכוי כספי הפיקדון.

17. ביום 28.4.2021 התקיים דיון בעתירות (השופטים ע' פוגלמן, ד' ברק-ארז וע' גרוסקופף). במהלך הדיון ציינו שופטי ההרכב כי לנוכח פסק הדין בעניין גרסגהר שניתן לאחר שהוגשו העתירות, מוטב היה לו יתקנו העתירות ויכללו התייחסות לפסק הדין. לפיכך, בהסכמת הצדדים, נקבע כי העותרים יגישו במאוחד עתירות מתוקנות תוך שבעה ימים, ואלה אכן הוגשו ביום 5.5.2021.

18. ביום 9.2.2022 התקיים דיון נוסף בעתירות המתוקנות. במהלך הדיון התייחסו הצדדים, בין היתר, לדמיון ולשוני בין ההליך דנן לעניין גרסגהר, ובפרט לכך שההסדר הנתקף בענייננו מאפשר ניכוי של מלוא סכום הפיקדון, להבדיל מניכוי של עד 33% מסכום הפיקדון של עובדים מסתננים. בתום הדיון הוצא צו על תנאי בהליך, שזו לשונו:

“ניתן בזה צו על תנאי המורה למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא ייקבע כי ההוראה הכלולה בסעיף 1א(ד) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: החוק) שלפיה קבלת כספים – כולם או חלקם – שנצברו בקרן הפיקדון מותנית בעזיבה "עד תום התקופה שבה הורשה [העובד הזר] לשהות בה [בישראל] לפי הוראות חוק הכניסה לישראל" אינה חוקתית ודינה להתבטל; בהתאם ההוראות המשלימות בסעיף 1א(ז) לחוק, והוראות הביצוע [ב]תקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016, ובכללן תקנה 8 לתקנות הקובעת את הסדר הניכויים, דינן להתבטל”

19. בעקבות החלטה זו, הוריתי כי הדיון בהתנגדות בעתירות דנן יישמע בפני הרכב מורחב של שבעה שופטים. בהמשך לכך, שלחו העותרים ביום 30.10.2022 למשיבי הממשלה בקשה לפרטים נוספים בכל הנוגע לנתונים המספריים והעובדתיים שנכללו בתצהיר התשובה מטעמם. התשובות לבקשה זו הוגשו ביום 8.11.2022 וביום 10.11.2022, וצורפו לתיקי השופטים. ביום 15.11.2022 קיימנו דיון בהתנגדות בעתירות ובמהלכו שמענו את טענות הצדדים, אשר יפורטו להלן בתמצית.

תמצית טענות הצדדים

20. העותרים מבקשים, כאמור, כי בית המשפט יורה על השבת כלל כספי הפיקדון שהופקדו עבור צ'באנו ולונגזון, ולצורך כך יכריז כי החלק בסעיף 1א(ד) לחוק עובדים זרים הכורך בין קבלת כספי הפיקדון ליציאה מן הארץ בזמן, נגוע באי חוקתיות ועל כן בטל. בהתאם, מבקשים העותרים כי בית המשפט יורה על ביטול הוראת סעיף 1א(ז)(2) לחוק עובדים זרים, המסמיכה את שר הפנים להורות על השימוש שייעשה בכספי פיקדון שלא הגיעו לידי העובד הזר; ועל ביטול הוראת סעיף 1א(ז)(3) לחוק, שהוא מקור הסמכות לקביעת מנגנון הניכוי ההדרגתי. כן מתבקש בית המשפט להורות על ביטול

חקיקת משנה שנקבעה מכוח ההסדר שבסעיפים אלה, ובכלל זאת תקנה 8 לתקנות הפיקדון הקובעת את מנגנון הניכוי עצמו.

21. העותרים מבהירים כי עתירתם אינה מכוונת נגד הסדר הפיקדון בכללותו, וכי במישור העקרוני הם תומכים "בכינונה של קרן מדינתית בה נצברות זכויות קוגנטיות" של עובדים זרים. טענותיהם מתמקדות בהוראת סעיף 1א(ד) לחוק עובדים זרים – שתוקנה בשנת 2005 במסגרת תיקון מס' 7 לחוק עובדים זרים – וקושרת בין קבלת כספי הפיקדון ובין יציאה במועד מישראל. העותרים עומדים על כך שמנגנון הניכוי פוגע פגיעה בלתי חוקתית בזכויות העובדים הזרים, המשתייכים לאחת הקבוצות המוחלשות ביותר בחברה הישראלית. בהקשר זה נטען כי ההסדר פוגע בליבת הזכות לקניין וכי פגיעה זו חמורה במיוחד משום שהיא מתווספת לפגיעות נוספות בקניין העובדים הזרים, ובכללן העובדה שכספי הפיקדון נצברים בערכם הנומינלי בלא כל תשואה, וכן מבלי שיתלווה להפרשות הסוציאליות הסדר ביטוחי כלשהו. עוד מדגישים העותרים כי הפגיעה בזכויות העובדים הזרים הנגרמת כתוצאה ממנגנון הניכוי נושא העתירות דנן חמורה במידה ניכרת מהפגיעה שנגרמה כתוצאה מרכיב הניכוי המנהלי בהסדר הפיקדון הנוגע לעובדים המסתננים אשר נדון בעניין גרסגהר. זאת, בין היתר, משום שמנגנון הניכוי נושא העתירות דנן נוגע לכל הפרשות המעסיק לפנסיה ופיצויי פיטורים, וכן משום שלגבי חלק ניכר מהעובדים המסתננים נוקטת המדינה במדיניות של אי-הרחקה – ומשכך רכיב הניכוי כלל לא מופעל כיום ביחס אליהם.

העותרים מוסיפים כי מנגנון הניכוי פוגע גם בזכות לקיום בכבוד, תוך שלילת רשת הביטחון הסוציאלית שהסדר הפיקדון נועד להעמיד לטובת העובדים הזרים לאחר יציאתם מישראל. עוד נטען כי מנגנון הניכוי פוגע בזכות לשוויון, היות שהוא מפלה את קבוצת העובדים הזרים לעומת שאר העובדים.

22. לטענת העותרים, פגיעה זו בזכויותיהם של העובדים הזרים אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. בפרט, העותרים טוענים כי מנגנון הניכוי מאיין את תכלית הסדר הפיקדון, שנועד להגן על זכויותיו הסוציאליות של העובד הזר, וכי הכריכה בין קבלת כספי הפיקדון – שהם חסכון סוציאלי של עובד – ובין היציאה מישראל בתום תקופת השהייה, הפכה את הסדר הפיקדון "למנגנון עונשי ומפלה" שאין לו אח ורע באף שיטת משפט מוכרת.

העותרים מוסיפים, כי גם בהנחה שתכליות מנגנון הניכוי הן ראויות, ההסדר אינו מידתי. לטענת העותרים ההסדר אינו עומד במבחן המידתיות הראשון – מבחן הקשר הרציונלי – שכן ההסדר מביא לכך שבחלוף שישה חודשים לא ייוותר לעובד תמריץ כלשהו לצאת מהארץ. כמו כן, ההסדר מביא לתוצאה אבסורדית לפיה דווקא עובדים שהקפידו לחדש את ההיתר שלהם ולשהות בישראל כדין, ושולמו עבורם כספי פיקדון,

יפגעו יותר מעובדים שעבדו במשך שנים ללא היתר. העותרים מציינים כי הנתונים שהוצגו על ידי משיבי הממשלה מלמדים על כך שרבים מהעובדים הזרים שבים לארצם מבלי שקיבלו את מלוא כספי הפיקדון, וחלקם כלל לא מודעים לקיומו של חשבון פיקדון ולמנגנון הניכוי. עוד נטען כי אף שחלק מהנתונים שהוצגו על ידי משיבי הממשלה מעידים לכאורה על שיעור גבוה יותר של עובדים זרים היוצאים מישראל "במועד", לא ניתן לשלול שהדבר נובע מהגברת פעולות האכיפה של רשות האוכלוסין מאז ההחלטה על הקמתה בשנת 2008. העותרים מוסיפים ומציינים כי קיימים אמצעים שפגיעתם פחותה, ובכלל זה האמצעי שנקבע במקור בתיקון מס' 3 – קרי, קיומו של חשבון פיקדון שהכספים בו יינתנו לעובד במועד עזיבתו, ללא מנגנון ניכוי, וכי ממילא מצויים בשימוש אמצעי אכיפה נוספים להבטחת יציאתם של עובדים זרים מהארץ ובהם מעצר, החזקה במשמורת והרחקה. לבסוף, העותרים טוענים כי מנגנון הניכוי אינו צולח את מבחן המידתיות במובן הצר, שכן הנזק שנגרם לעובדים הוא קשה, חמור וממשי, בעוד שהתועלת מהסדר לא נבחנה מעולם, והיא לכל היותר ספקולטיבית. העותרים מדגישים כי מנגנון "החריגים" הקבוע בתקנה 8(ב) לתקנות הפיקדון אינו נגיש בפועל לעובדים הזרים וממילא הוא אינו מרפא את אי-החוקתיות הטמונה במנגנון הניכוי.

23. משיבי הממשלה טוענים מנגד כי דין הצו על תנאי שהוצא בהליך להתבטל ודין העתירות להידחות. לשיטתם, ההסדר הקבוע בחוק עובדים זרים מבטא איזון חוקתי עדין בין זכויות האדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לאינטרסים הציבוריים כבדי המשקל המונחים על הכף, והוא מהווה חלק ממלאכת עיצוב מדיניות הכניסה לישראל, שעליה אמונות הכנסת והממשלה. משיבי הממשלה מציינים כי העותרים אינם מתמודדים עם הקביעה בפסק הדין בעניין גרסגהר בעניין חוקתיותו של רכיב הניכוי המנהלי ביחס לעובדים המסתננים. לשיטת משיבי הממשלה, מדובר בהסדרים דומים, בעלי תכליות ותנאים זהים: שני ההסדרים מבטיחים שמירה על זכויות סוציאליות; יוצרים תמריץ כלכלי חיובי ליציאה מן הארץ במועד; קובעים מנגנון ניכוי הדרגתי; וכוללים אפשרות לבחינת חריגים. עוד נטען כי בענייננו הקביעות בעניין גרסגהר יפות אף ביתר שאת, וזאת נוכח השונויות בין אוכלוסיית העובדים המסתננים לאוכלוסיית העובדים הזרים, אשר הגיעו לישראל לתקופה קצובה ושאינן להם כל מניעה לשוב לארצם.

בכל הנוגע לטענות העותרים לפגיעה בזכויות הנגרמת כתוצאה מיישום מנגנון הניכוי, טוענים משיבי הממשלה כי הפגיעה בקניין אינה קשה כפי שטוענים העותרים, בפרט משום שהיא נגרמת רק כאשר העובד הזר בוחר להפר את תנאי הישיבה שלו בישראל. כמו כן מציינים משיבי הממשלה כי לא הוכח שניכוי הפיקדון מביא לפגיעה במינימום של קיום אנושי בכבוד, ולא הוצגו בעתירה נתונים כלשהם לתמוך טענה זו. עוד נטען כי ההסדר נושא העתירות מביא בחשבון את השוני בין קבוצת העובדים הזרים לעובדים הישראליים, המתבטא בכך שקבוצת העובדים הזרים כפופה למשטר של

רישיונות והיתרי שהייה, שנועדו להבטיח כי הם ישובו לארצם בתום תקופת העסקתם בישראל. משכך, לשיטת משיבי הממשלה אין מקום לטענה כי עסקינן בהבחנה בלתי רלוונטית, ודאי לא כזו העולה כדי פגיעה בשוויון במישור החוקתי.

24. באשר לתכלית החקיקה – משיבי הממשלה טוענים כי שלוש הן תכליות העיקריות של ההסדר: האחת, להבטיח לעובדים הזרים רשת ביטחון סוציאלי לאחר עזיבתם את ישראל; השנייה, ליצור תמריץ חיובי לעובדים הזרים לצאת מן הארץ במועד, ועל ידי כך למנוע את השתקעותם בישראל בניגוד לדין; השלישית, לצמצם את הפערים בעלויות העסקה של עובדים זרים לעומת עובדים ישראלים, ובכך להגן על שוק העבודה הישראלי. באשר לתכלית השנייה, צוין כי התרת הגעתם של עובדים זרים לישראל לא נועדה להביא להשתקעותם, ועל כן קיימת חשיבות רבה ביצירת כלים אפקטיביים שיעניקו תמריץ כלכלי ליציאת עובדים אלו מישראל במועד הספציפי שנקבע להם. תכלית זו, כך נטען, הוכרה כתכלית ראויה בפסק הדין בעניין גרסגהר.

25. בהמשך לכך, טוענים משיבי הממשלה כי מנגנון הניכוי צולח את מבחני המידתיות. לטענתם, רכיב הניכוי יוצר תמריץ ברור, המשתקף בנתונים שבידם, לעזוב את הארץ עם תום תקופת השהייה החוקית. עוד טוענים משיבי הממשלה כי ניכוי כספי הפיקדון כרוך בפגיעה מצומצמת בהשוואה לאמצעים אחרים דוגמת צווי הרחקה או משמורת, המגבילים את חירותם של העובדים הזרים; וכי בענייננו – הפגיעה הנגרמת לעובד הזר פחותה באופן ניכר מן התועלת שצומחת מההסדר. בהקשר אחרון זה נטען כי ממילא מצופה מהעובד הזר להיערך ליציאתו במועד ואם יעשה כן, מנגנון הניכוי כלל לא יופעל. על כן, ובשים לב לתקופת ההתארגנות הניתנת לעובד ולאפשרות להגיש בקשה להפחתה בניכוי במקרים חריגים, הפגיעה בעובד הזר אינה משמעותית. כמו כן, נטען כי מנגנון הניכוי עצמו הוא הדרגתי ומשקף איזון שיש בו כדי לעדן את הפגיעה בעובד הזר; וכי העובדה שכספי הפיקדון המנוכים מושקעים לבסוף ברווחתם ובבריאותם של העובדים הזרים בישראל, ממתנת את הפגיעה הנגרמת כתוצאה מההסדר.

26. אף לגישת הכנסת דין העתירות להידחות, וזאת מטעמים דומים לאלה שהעלו משיבי הממשלה. לטענת הכנסת, הקביעות בפסק הדין בעניין גרסגהר מובילות למסקנה כי ההסדר הנתקף בענייננו חוקתי, ואין עילה להתערבות בו. באשר לטענה לפגיעה בזכות לקניין, הכנסת סבורה כי מתעורר ספק של ממש אם ניתן לראות במנגנון הניכוי כפוגע בזכות זו, וממילא, כך לשיטתה, אין מדובר בפגיעה בליבת הזכות. ראשית, נטען כי משום שהפיקדון כולל הפרשות מצד המעסיק בלבד, אין מדובר בהפרשות שאמורות להיות זמינות לעובד הזר בכל זמן נתון. שנית, נטען כי הניכוי לא יבוצע מקום שהוראות הדין יקוימו על ידי העובד הזר. שלישית, נטען כי יש לבחון את ההסדר כמכלול, לרבות ההיבטים המיטיבים עם העובדים הזרים והמסייעים בהבטחת זכויותיהם הסוציאליות. לצד זאת, הכנסת טוענת כי בענייננו לא הוכחה פגיעה בזכות לקיום בכבוד וכי טענה זו

נטענה מבלי שהונחה תשתית עובדתית להוכיחה. עוד נטען כי ככל שטענת העותרים מתייחסת לקיום מינימאלי בכבוד במדינת המוצא של העובדים הזרים, לא הונחה תשתית משפטית להחלת חוקי היסוד באופן אקסטרה-טריטוריאלי בהקשר זה. אשר לפגיעה בזכות לשוויון, הכנסת טוענת כי טענה זו נטענה באופן כללי בלבד ומכל מקום, ההבחנה בין העובדים הזרים לעובדים הישראלים היא הבחנה רלוונטית.

27. הכנסת מציינת אף היא כי ביסוד ההסדר עומדות שלוש תכליות ראויות השלובות זו בזו, בדומה לניתוח שהוצג על ידי משיבי הממשלה. עוד טוענת הכנסת כי הסדר הפיקדון עומד במבחני המידתיות. באשר למבחן הקשר הרציונלי נטען כי ההסדר יוצר תמריץ ברור לעזוב את ישראל בתום תקופת השהייה החוקית בה, והדבר עולה גם מהנתונים שהציגו משיבי הממשלה. ביחס למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, הכנסת טוענת כי אין לקבל את עמדת העותרים לפיה יש להסתפק בהסדר הפיקדון ללא מנגנון הניכוי, שכן לא ברור כיצד ניתן להגשים את התכלית של עידוד יציאת העובד הזר במועד ללא קיומו של מנגנון זה. באשר למבחן המידתיות במוכן הצר, נטען כי בענייננו קיים ספק באשר לפגיעה בזכות לקניין, ואף אם קיימת פגיעה כאמור, ממילא אין מדובר בפגיעה חמורה. זאת, להבדיל מן התועלת שצומחת מההסדר, אשר לטענת הכנסת היא תועלת מובהקת.

לבסוף, הכנסת מדגישה כי אף אם היה בטיעוני העותרים כדי לבסס עילה למתן סעד חוקתי, אין מקום לקבל את בקשת העותרים לבטל באמצעות דוקטרינת "העיפרון הכחול" רק את ההוראות הנוגעות לניכוי כספי הפיקדון. זאת, שכן ביטול חלקי כזה יוביל לשינוי מהותי של הסדר הפיקדון ויביא לשיבוש תכליותיו. לפיכך, אף אם היה בטענות העותרים כדי לבסס עילה להתערבות שיפוטית, לכל היותר היה בכך להצדיק את ביטול הסדר הפיקדון כולו – סעד שכלל לא התבקש בעתירה.

דיון והכרעה

28. העתירות דנן מתמקדות בסוגיית חוקתיות מנגנון ניכוי כספי הפיקדון של עובדים זרים. לצורך הדיון בסוגיה זו יש לבחון האם ההסדר האמור אכן פוגע בזכויות חוקתיות. ככל שכך הדבר, יש להוסיף ולבחון האם פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; וככל שהפגיעה אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, יש להידרש לבחינת הסעד המתאים שירפא את אי-החוקתיות (ראו: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 817 (2012)).

טרם שאפנה לדון בשאלות אלה, מן הראוי להציג את עיקר הוראות החוק והתקנות הרלוונטיות אשר מעצבות את מנגנון הניכוי במתכונתו הנוכחית.

הסדר הפיקדון ומנגנון הניכוי נושא העתירות דנן

29. סעיף 1יא(א) קובע כי "שר הכלכלה] בהסכמת שר האוצר, לאחר התייעצות עם שר הפנים ובאישור [ועדת העבודה], רשאי לקבוע כי חובה על מעסיקו של עובד זר לשלם לקרן כאמור בסעיף קטן (ב) או לחשבון הבנק כאמור בסעיף קטן (ב1) סכום שיקבע שלא יעלה על 700 ש"ח לחודש, בעד כל עובד זר שהועסק על ידו באותו חודש (להלן – הפיקדון)". הסכום המקסימלי המוזכר בסעיף (להלן: תקרת הפיקדון או התקרה) מעודכן ב-1 בינואר של כל שנה קלנדרית, בהתאם לשיעור עליית מדד המחירים לצרכן ומעוגל לסכום הקרוב שהוא מכפלה של 10 ש"ח (סעיפים יא(ח) ו-1(ד) לחוק עובדים זרים). נכון ליום 1.1.2022, עמד הסכום האמור על 890 ש"ח.

סעיף 1יא(ו) מוסיף וקובע כי:

"(1) נקבעו בהסכם קיבוצי או בצו הרחבה כמשמעותם בחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, הוראות בדבר תשלומים סוציאליים שעל המעסיק או העובד הזר לשלם לקרן פנסיה, לתכנית חיסכון אחרת, לקופת תגמולים או לתשלום פיצויי פיטורים, יעביר המעסיק לקרן או לחשבון הבנק, לפי הענין, ואליהם בלבד את התשלום הסוציאלי שהוא חב בו, והכל בשיעורים שנקבעו בהסכם הקיבוצי או בצו ההרחבה כאמור, והוראות ההסכם הקיבוצי או צו ההרחבה לענין זה לא יחולו;

(2) היה הסכום הכולל המשתלם לפי פסקה (1) קטן מהסכום שנקבע לפי סעיף קטן (א) או לפי סעיף 1יא1, לפי העניין, יעביר המעסיק לקרן או לחשבון הבנק, לפי הענין, את ההפרש שבין שני הסכומים;

(3) [...] "(ההדגשה הוספה).

הסעיף בנוסחו הנוכחי מתייחס, אם כן, רק לתשלומים הסוציאליים שהמעסיק חב בהם – קרי, הוא נוגע לרכיב המעסיק ולא לרכיב העובד, וזאת לאחר שבמסגרת תיקון מס' 7 בוטלה האפשרות לבצע ניכוי משכר העובד לצורך הפקדת כספים לקרן או לחשבון הבנק שבו מנוהל הפיקדון.

30. ההסדר העדכני הקבוע בחוק עובדים זרים יושם, כאמור לעיל, רק משנת 2016 ואילך, אז הותקנו תקנות הפיקדון, אשר במסגרתן הופעלה סמכות שר הכלכלה לפי סעיף 1יא(א) לחוק. במועד התקנת התקנות נקבע כי מעסיק בענפי הבניין והטכנולוגיה הייחודית ישלם עבור עובד זר 710 ש"ח, בכפוף למנגנון עדכון של סכום זה המושפע משינויים בשכר המינימום ובשיעורי הפרשות המעסיק הקבועים בצווי ההרחבה (תקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016, ק"ת 1638).

עם זאת, בשנים 2019 ו-2021, תוקנו התקנות כך שבמקום לקבוע סכום פיקדון קבוע שיחול על כלל העובדים הזרים, נקבעה חובת הפקדת פיקדון בסכום ששיעורו נגזר מתשלומים מסוימים שהמעסיק מחויב לשלם: "מעסיק בענף המפורט בתוספת השנייה לחוק ישלם בעד כל עובד זר בעל רישיון לעבודה באותו ענף שהוא מעסיק, פיקדון בסכום מרכיב הפיצויים ומרכיב תגמולי המעסיק שעליו לשלם בעד משרה מלאה לפי צווי הרחבה או הסכמים קיבוציים החלים עליו" (תקנה 2(א) לתקנות הפיקדון; ראו גם: תקנה 3(א) לתקנות הפיקדון שמבטלה כי ביחס לעובד זר המועסק על ידי חברת סיעוד ישולם הסכום הגבוה מבין השניים: סכום מרכיבי הפיצויים ותגמולי המעסיק לפי צווי ההרחבה וההסכמים הקיבוציים או סכום אותם מרכיבים "לפי ההסכם שבין חברת הסיעוד ובין מי שהזמין ממנה שירותי סיעוד"). מרכיב הפיצויים הוגדר בתקנות כ"סכום שעל מעסיק להפקיד לקופת גמל לקצבה בעד פיצויי פיטורים"; ומרכיב תגמולי המעסיק הוגדר כ"סכום שעל מעסיק להפקיד בקופת גמל לקצבה בעד תגמולים ואינו רשאי לנכותו משכר העובד" (תקנה 1 לתקנות הפיקדון). יצוין כי בהתאם לצו ההרחבה בדבר הגדלת ההפרשות לביטוח פנסיוני במשק משנת 2016 (להלן: צו ההרחבה מ-2016), החל על כלל העובדים במשק (לרבות עובדים זרים), כל מעסיק מחויב להפריש עבור כל עובד 12.5% עבור רכיבי פנסיה ופיצויים. בענף הבניין – הנכלל, כאמור בתוספת השנייה לתקנות – חלים צווי הרחבה הקובעים חובה להפרשה גבוהה יותר עבור רכיבי פנסיה ופיצויים (13.1%).

31. עוד נקבע בתקנות כי התשלום החודשי בעד העובד הזר ישולם לחשבון בנק נפרד המיועד אך ורק למטרה זו ומנוהל לפי תקנות 2008 (תקנה 4(א) לתקנות הפיקדון); וכי "על אף האמור בתקנות 2, 3 ו-3א, ובלי לגרוע מסעיף 1א(ו) לחוק, סכום הפיקדון לפי התקנות האמורות לא יעלה על הסכום האמור בסעיף 1א(א) לחוק, כעדכונו לפי החוק" (ההדגשה הוספה) (תקנה 4(ב) לתקנות הפיקדון).

32. ויודגש – סעיף 1א(ו)(1) לחוק מחייב את המעסיקים להפקיד לחשבון הבנק שבו מנוהל הפיקדון את כלל התשלומים הסוציאליים שהם חבים בהם, וזאת אף אם תשלומים אלה גבוהים מ"התקרה" לגובה הפיקדון ששר הכלכלה רשאי לקבוע בהתאם לסעיף 1א(א) לחוק (ראו בהקשר זה גם את הבהרת בא כוח משיבי הממשלה בעמ' 3 לפרוטוקול הדיון בעתירות מיום 15.11.2022; ראו והשוו: בר"ע (ארצי) 52980-11-20 י.ב. שיא משאבים בע"מ – Kibrom (2.9.2021) (להלן: עניין שיא משאבים), וכן בג"ץ 8106/21 י.ב. שיא משאבים בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה (27.12.2021), שבו נדחתה עתירה נגד פסק הדין בעניין שיא משאבים)). אומנם בתקנה 4(ב) לתקנות הפיקדון נקבע כי הסכום שיופקד לא יעלה על תקרת הפיקדון, אך אף בה הובהר שאין באמור בה כדי לגרוע מסעיף 1א(ו) לחוק. יתרה מכך, סעיף 1א(ו) לחוק מחייב את המעסיק להעביר לחשבון הבנק שבו מנוהל הפיקדון את כלל התשלומים שהוא חב בהם לפי הסכמים

קיבוציים וצווי הרחבה, וזאת לרבות תשלומים סוציאליים שאינם מנויים בתקנה 2(א) לתקנות הפיקדון – כמו רכיב של קרן השתלמות, שקיים בענף הבניין ובענף המלונאות (ראו: צו הרחבה בענף הבנייה, התשתיות, צמ"ה, עבודות ציבוריות ושיפוצים משנת 2015 (להלן: צו הרחבה בענף הבנייה 2015); צו הרחבה בענף הבנייה משנת 2018; וצו הרחבה בענף המלונאות משנת 2011). הדברים הובהרו גם על ידי היועצת המשפטית לוועדת העבודה:

“רק צריך להבהיר שהפיקדון עצמו הוא חלק מהרכיבים. הפיקדון הוא מרכיב תגמולי מעביד ומרכיב פיצויים, וחוזן מזה חובה עליכם, ברגע שנקבעה החובה הזאת, אתם צריכים להפריש גם את קרן ההשתלמות והתשלומים הסוציאליים הנוספים, אם יש, לאותו חשבון” (פרוטוקול ישיבה 938 של ועדת העבודה, הכנסת ה-20, 13.12.2018); ראו גם: שס, בעמ' 8-9; פרוטוקול ישיבה 124 של ועדת העבודה, הכנסת ה-23, 11.12.2020); פרוטוקול ישיבה 126 של ועדת העבודה, הכנסת ה-23, 8.12.2020).

33. דומה, על כן, כי תקרת הפיקדון מגבילה את היקף נטל התשלום שניתן להטיל על מעסיקים מעבר לתשלומים הסוציאליים שהם מחויבים בהם. במילים אחרות, אותה “תקרה” המוזכרת בסעיף 1א(א) לחוק רלוונטית רק למצבים המנויים בסעיף 1א(ו)(2) לחוק – כלומר מקרים שבהם סכום הפיקדון שנקבע על ידי השר גבוה מסך התשלומים הסוציאליים שחב בהם המעסיק. במקרים אלה, מחויב המעסיק להעביר לחשבון הבנק את הפרש בין הסכומים עד סכום הפיקדון שנקבע על ידי השר. עם זאת, בתקנה 2(א) לתקנות הפיקדון לא קבוע כיום סכום מוגדר כחובת פיקדון. במקום זאת התקנות מגדירות, כאמור, חובת פיקדון בגובה מרכיב הפיצויים ותגמולי המעסיק לפי צווי הרחבה או הסכמים קיבוציים. לפיכך, ובהתאם לנוסחן של תקנות הפיקדון כיום, ספק אם קיימים מקרים שבהם יחול סעיף 1א(ו)(2) לחוק ביחס לעובדים בענפים שמנויים בתקנות.

34. סיכומם של דברים: בהתאם להוראות חוק עובדים זרים ותקנות הפיקדון, בענפים שבהם חלה כיום חובת הפקדת פיקדון, חשבון הבנק שבו מתנהל הפיקדון כולל את כלל התשלומים הסוציאליים שבהם חב המעסיק ואשר הופקדו מדי חודש במהלך תקופת עבודתו של העובד הזר.

35. בכל הנוגע למנגנון הניכוי העומד במוקד העתירות דנן, ההוראה המרכזית לענייננו קבועה בסעיף 1א(ד) לחוק עובדים זרים, שזו לשונו העדכנית:

“עובד זר זכאי לקבל את הכספים ששולמו בעדו לקרן או לחשבון הבנק בתוספת הרווחים שנצברו עליהם, בניכוי

דמי ניהול של הקרן או בניכוי עמלות בשל ניהול חשבון הבנק, לפי הענין ובניכוי מס כדין במועד, במקום ובתנאים שקבע שר הפנים, ובלבד שהעובד הזר עזב את ישראל, שלא לצורך יציאה זמנית ממנה, עד תום התקופה שבה הורשה לשהות בה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל; המועד שייקבע לפי סעיף קטן זה לא יהיה מוקדם מיום עזיבתו של העובד הזר את ישראל ולא יהיה מאוחר מתום שלושה חודשים מיום עזיבתו כאמור" (ההדגשות הוספו).

אם כן, על פי הוראות סעיף 1א(ד) לחוק עובדים זרים, קבלת כספי הפיקדון מותנית בעזיבתו של העובד הזר הרלוונטי את ישראל עד תום התקופה שבה הורשה לשהות בה. ככל שהעובד הזר עמד בתנאי זה, יועברו הכספים שבחשבון הבנק לידי העובד הזר באחת משתי דרכים: ישירות לידי העובד הזר, לאחר שעבר את ביקורת הגבולות בנמל התעופה בן גוריון – אם הגיש בקשה מתאימה במועד (10 ימים לפחות לפני עזיבתו אך לא יותר מ-30 ימים לפני מועד העזיבה); או בהעברה בנקאית לזכות חשבון בנק המתנהל על שמו של העובד הזר, בתוך 30 ימים מעזיבת העובד הזר את ישראל שלא לצורך יציאה זמנית ממנה (תקנה 9 לתקנות הפיקדון).

36. לצד זאת, סעיף 1א(ז)(א3) לחוק עובדים זרים קובע כי שר הפנים, בהסכמת שר האוצר וועדת העבודה, רשאי לקבוע "סוגי מקרים ותנאים שבהתקיימם יהיה עובד זר רשאי לקבל חלק מכספי הפיקדון ביום עזיבתו את ישראל או במועד מאוחר מזה, הכל כפי שיקבע שר הפנים, אף אם עזב את ישראל לאחר תום התקופה שבה הורשה לשהות בה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל, ובלבד שעזב כאמור בטרם חלפו שישה חודשים מתום התקופה האמורה [...] " (ההדגשה הוספה).

37. תקנה 8 לתקנות הפיקדון קובעת את מנגנון הניכויים מכספי הפיקדון של עובד זר שעזב את ישראל לאחר תום התקופה שבה הורשה לשהות בה. כך, תקנה 8(א)(1) לתקנות הפיקדון קובעת כי עובד זר שעזב את ישראל לאחר תום התקופה לשהייה בישראל החלה לגביו, "אך לא יאוחר משישה חודשים מתום התקופה כאמור, יהיה זכאי לקבל את הכספים שבחשבון הבנק בתוספת רווחים ובניכוי עמלות בשל ניהול חשבון הבנק ובניכויים נוספים כמפורט להלן [...] " (ההדגשה הוספה). באשר לניכויים הנוספים נקבע כי מהכספים שהצטברו בחשבון ינוכו הוצאות ההרחקה החלות על העובד הזר מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל); ובנוגע לסכום שייוותר לאחר ניכוי הוצאות ההרחקה, מוסיפה תקנה 8(א)(2) לתקנות הפיקדון וקובעת מנגנון ניכוי הדרגתי, שלפיו ככל שחלף פרק זמן ארוך יותר מתום התקופה שבה העובד הזר הורשה לשהות בישראל (להלן: תקופת השיהוי), כך הניכוי מדמי הפיקדון שצבר יהיה גבוה יותר:

שיעור הניכוי	תקופת השיהוי
15%	מעל חודש ועד חודשיים
25%	מעל חודשיים ועד שלושה חודשים
35%	מעל שלושה חודשים ועד ארבעה חודשים
50%	מעל ארבעה חודשים ועד חמישה חודשים
65%	מעל חמישה חודשים ועד שישה חודשים
100%	מעל שישה חודשים

כמו כן, על כל סכום שייוותר בחשבון הבנק לאחר הניכויים האמורים, יוטל מס בגובה 15%, בהתאם לסעיף 1א(ה)(2) לחוק.

38. על פי ההגדרה בתקנות הפיקדון, "תום התקופה לשהייה בישראל" של העובד הזר הוא אחד מאלה: "(1) המועד שבו עליו לצאת מישראל לפי תנאים שבהם מותנה תוקף הרישיון, לפי סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לרבות לפי הוראות רשות האוכלוסין וההגירה; (2) המועד לעזיבה את ישראל כפי שנקבע בהחלטה על ביטול רישיון" (ההדגשה הוספה). בהקשר זה מבהיר נוהל הפיקדון כי בתום התקופה שבה העובד הזר הורשה לשהות בארץ, תינתן לו תקופת התארגנות בהתאם לנהלי הרשות ביחס לענף שבו הוא מועסק; במהלך תקופה זו העובד הזר אינו רשאי לעבוד, אך פרק זמן זה לא ייחשב לחלק מתקופת השיהוי (סעיף ה.1.ט לנוהל הפיקדון). בכל הנוגע לעובדים זרים בענפי הבניין והטכנולוגיה הייחודית, אורכה של תקופת התארגנות זו עומד על 30 ימים וביחס לעובדים בענף הסיעוד מדובר, ככלל, ב-90 ימים (ראו: פסקה 102 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). מכל מקום, בהתאם להוראות סעיף 1א(ז)(3) לחוק עובדים זרים ולהוראות תקנה 8(א)(2) לתקנות הפיקדון, לאחר שישה חודשי שיהוי, יאבד העובד הזר את כל כספי הפיקדון שצבר.

39. עוד יצוין כי תקנה 8(ב) לתקנות הפיקדון קובעת חריג לעניין תחולתו של מנגנון הניכוי וכך נקבע בה:

"מצא הממונה [ראש רשות האוכלוסין או עובד משרד הפנים שהוא הסמיכו לכך], לפי בקשה של עובד זר, כי נבצר ממנו לעזוב את ישראל עד תום התקופה לשהייה בישראל החלה לגביו, או כי בתום לב ובשל טעות של העובד הזר הוא לא עזב את ישראל עד תום התקופה האמורה, וכי בשל כך לא יהיה זה צודק לזקוף לחובתו את תקופת השיהוי, כולה או חלקה, רשאי הממונה להחליט על הפחתת תקופת השיהוי שתיזקף לחובתו [...]"

סמכות זו, המאפשרת להימנע מניכוי כספי הפיקדון באופן חלקי או מלא בנסיבות האמורות, הוגבלה למקרים שבהם הבקשה הוגשה בטרם חלפו 18 חודשים מתום התקופה שבה הורשה העובד הזר לשהות בישראל (תקנה 8(ג) לתקנות הפיקדון).

בהתאם לנוהל הפיקדון, עובד זר הסבור כי יש מקום להפחית את תקופת השיהוי בעניינו רשאי להגיש בקשה בכתב למנהלת תחום פיקדונות ברשות האוכלוסין, ובה יפרט את נימוקי בקשתו (סעיף ה.1.1. לנוהל הפיקדון). ככל שבקשתו תידחה, רשאי העובד הזר להגיש תוך 21 ימים ערר על החלטת מנהלת תחום הפיקדונות, וזה ייבחן על ידי מנהל האגף לביקורת פיננסית ברשות האוכלוסין. על דחיית הערר רשאי העובד הזר להגיש עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים.

40. להשלמת התמונה יש להוסיף כי סעיף 1א(ז)(2) לחוק עובדים זרים קובע ש"שר הפנים, בהסכמת שר האוצר ובאישור הועדה, רשאי לקבוע הוראות בדבר [...] השימוש בכספים שלא הוצאו על ידי העובדים הזרים מהקרן או מחשבון הבנק, בתוך תקופה שתיקבע כאמור ושלא תפחת, לגבי כל עובד זר, משישה חודשים מיום תום תקופת אשרת העובד הזר שניתנה לו או לגביו, למטרת רווחתם של עובדים זרים בישראל כפי שיקבע". בהתאם, תקנה 11 לתקנות הפיקדון קובעת כי כספים אלו יועברו לאפוטרופוס הכללי "לשם הקצאתם למטרת רווחתם ובריאותם של עובדים זרים [...], ובכלל זה לצורך תגבור של שירותי טיפול ותמיכה בתינוקות ופעוטות זרים חסרי מעמד אזרחי". עוד קובעת תקנה 11 לתקנות הפיקדון כי ככל שמדובר בסכומים שנוכו בשל שיהוי בעזיבתו של העובד הזר את ישראל, יועברו כספי הפיקדון לאפוטרופוס הכללי בחלוף שנתיים מתום תקופת שהייתו החוקית; וככל שמדובר בכספי פיקדון שהעובד הזר היה זכאי לקבלם, כולם או חלקם, אך הוא לא קיבל אותם מסיבה כזו או אחרת, יועברו הכספים לידי האפוטרופוס הכללי בחלוף שבע שנים מיום יציאתו את הארץ.

בחינת קיומה של פגיעה בזכות חוקתית

41. השלב הראשון בבחינה החוקתית עוסק בשאלה אם ההסדר הנבחן פוגע בזכויות חוקתיות. העותרים טוענים, כאמור, שההסדר פוגע בזכות לקניין, בזכות לקיום בכבוד ובזכות לשוויון של העובדים הזרים.

42. כבר בפתח הדברים אציין כי איני סבורה שעלה בידי העותרים להוכיח שמנגנון הניכוי פוגע בזכויות החוקתיות לקיום בכבוד ולשוויון. אשר לזכות לקיום בכבוד, העותרים טוענים כי שלילת כספי הפיקדון תמנע מהעובדים הזרים את צרכיהם הבסיסיים לאחר חזרתם למדינת המוצא. מבלי לקבוע מסמרות בשאלה האם וכיצד יש להידרש לטענה של פגיעה בזכויות יסוד מכוח הדין הישראלי לאחר עזיבתו של העובד הזר את ישראל – בעתירות לא נפרשה כל תשתית עובדתית, המגובה בנתונים קונקרטיים, שיש בה כדי לבסס את הטענה כי שלילת כספי הפיקדון תוביל לפגיעה במינימום של קיום אנושי בכבוד (ראו: 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).

העותרים מוסיפים וטוענים כי עצם השימוש בהפרשות הסוציאליות כ"כלי להכוונת התנהגות וענישה" של העובדים הזרים, יש בו משום פגיעה בזכות החוקתית לשוויון (פסקה 35 לעיקרי הטיעון מטעמם). כפי שקבעתי בעניין גרסגהר, אף אם הטענה בדבר קיומה של אפליה תתקבל "קיים קושי ניכר לטעון שצעדים 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", כנדרש לצורך הוכחת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון (שם, בפסקה 54 לחוות דעתי). דברים אלה יפים גם לענייננו.

43. אשר לזכות לקניין, העותרים מצביעים על כך שמנגנון הניכוי מוביל לכך שכספי הפיקדון – כולם או חלקם – יישללו מן העובד הזר במועד יציאתו מישראל. בהקשר זה יש לציין כי נקודת המוצא היא שעובדים זרים, בדומה לעובדים ישראלים, זכאים על פי דיני העבודה להפרשות לפנסיה ולפיצויי פיטורים (ראו: עניין שיא משאבים, בפסקה 28; כן ראו, סעיף 68 לצו הרחבה בענף הבנייה 2015, הקובע כי "מהגר עבודה ועובד פלסטיני יהיה זכאי לכל הזכויות – כספיות או אחרות – המפורטות בצו זה באותם סכומים ובאותם שיעורים כמו עובדים אחרים"). ואולם, יש להפריד בין עצם הזכאות ובין אופן מימושה. זאת, הואיל ובהתאם לחוק הכניסה לישראל שהייתם של עובדים זרים בישראל מוגבלת – למעט במקרים חריגים – ל-63 חודשים (5 שנים ו-3 חודשים). משכך, נבצר ממעסיקים לבטח עובדים זרים בקופות הגמל השונות (ראו: ע"ע 137/08 (ארצי) אילינדז – פרידמן חכשוורי חברה להנדסה ולבנין בע"מ (22.8.2010)). ובמילים אחרות, המוצרים הפנסיוניים השונים שנועדו לחסכון ארוך טווח לגיל פרישה, אינם מתאימים לעובדים זרים. כתחליף לכך נדרשו המעסיקים לשלם, לכל המאוחר במועד ניתוק יחסי העבודה, פיצוי בגובה ההפקדות שהיה עליהם להפקיד בהתאם להסכם הקיבוצי או צו ההרחבה החלים על העובד הזר (שם, בפסקאות 61-62; עניין שיא משאבים, בפסקה 33).

עם התקנת תקנות הפיקדון בשנת 2016, ומשעה שחובת הפקדת הפיקדון נכנסה לתוקפה, נדרש מעסיקו של עובד זר בענפים המנויים בתוספת השנייה לתקנות, להפקיד את התשלומים הסוציאליים שהוא חב בהם לחשבון הפיקדון (סעיף 1יא(ו) לחוק עובדים זרים). וכפי שציינו משיבי הממשלה, הסדר הפיקדון "[...] מקנה למעסיק ולעובדים כלי פשוט בו ניתן להפקיד את ההפרשות הסוציאליות בהן מחויב המעסיק" (פסקה 63 לכתב התשובה מטעמם). על כן, המשמעות של שלילת כספי הפיקדון מידי העובד הזר היא למעשה שלילת הכספים שנצברו לטובתו כהפרשות סוציאליות במשך תקופת עבודתו.

44. העותרים סבורים כי שלילת כספים אלה מהווה פגיעה מובהקת וקשה בזכות הקניין. משיבי הממשלה מסכימים כי מנגנון הניכוי יש בו משום פגיעה מסוימת בזכות לקניין, אך הם חולקים על עמדת העותרים באשר לעוצמת הפגיעה. הכנסת, לעומת זאת, מטילה ספק בעצם קיומה של פגיעה בזכות לקניין, בשל מאפייניו הייחודיים של מנגנון הניכוי ושל הסדר הפיקדון בכללותו.

45. לגישתי, מנגנון הניכוי אכן פוגע פגיעה מובהקת בזכות לקניין של העובדים הזרים. כפי שכבר נפסק "על עובד זר השוהה בישראל חלים העקרונות החוקתיים הבסיסיים המעוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו [...]", ובכלל זאת הזכות לקניין המעוגנת בסעיף 3 לחוק היסוד (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד (3) 122, 161, 165 (2011) (להלן: עניין קו לעובד 2011)). השאלה האם הפרשות המעסיק באות בגדר הזכות החוקתית לקניין התעוררה בעניין גרסגהר. באותו עניין, סברתי כי הסדר הניכוי המנהלי החל על העובדים המסתננים עומד בתנאי פסקת ההגבלה, ועל כן, לא ראיתי צורך להכריע בשאלה זו וקבעתי כי "לצורך הדיון, אניח כי אכן נפגעת במקרה דנן הזכות לקניין" (שם, בפסקה 54 לחוות דעתי). השופט פוגלמן לעומת זאת, בחר להכריע בכך וקבע כי "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 ברכיב הניכוי המנהלי 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" (שם, בפסקה 17 לחוות דעתי). דברים אלה מקובלים עליי, ויפים אף ביתר שאת לגבי הסדר הפיקדון שחל על עובדים זרים שאינם מסתננים, שבו כספי הפיקדון מורכבים רק מהפרשות סוציאליות, וניכונם יכול להגיע ל-100% (לעומת 33% מהכספים, בהסדר שחל על עובדים מסתננים).

אכן, משעה שהופקדו בחשבון הפיקדון מדי חודש כספים בגין עבודתו של העובד הזר, מדובר בכספים שהם קניינו, וניכונם – אף אם הוא מוצדק – מהווה לפיכך פגיעה בקניין זה. כפי שניתן להיווכח מעניינם של צ'באנו ולונגזון, מדובר בסכומים שעשויים להגיע לעשרות אלפי שקלים ואף מעבר לכך, כפועל יוצא של שכר העובד הזר ותקופת עבודתו. כספים אלה חוסים תחת ההגנה החוקתית המוענקה לזכות הקניין, אשר חלה לגבי "זכות רכושית של אדם – יהא אשר יהא לבושה המשפטי" (רע"א 3145/99 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 398 (2003); ראו גם: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 431 (1995); בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה, פסקה 9 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק (20.9.2006)).

46. אין מקובלת עליי טענת הכנסת לפיה העובדה שהפיקדון מורכב מהפרשות המעסיק בלבד (להבדיל משכרו של העובד) – אשר אינן אמורות להיות זמינות לשימוש העובדים הזרים בכל זמן נתון – מלמדת כי לא מדובר בפגיעה מהותית המצויה בליבה של הזכות לקניין. בהקשר זה כבר נפסק כי פגיעה בזכות לקצבאות, תגמולים וגמלאות עשויה להוות פגיעה בזכות לקניין, וזאת אף ביחס לזכויות פנסיוניות שמשתכללות בעתיד (בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום הגמלאות, פ"ד סד(2) 581, 640-636, 663-664 (2011); ראו גם: חוות דעתו של השופט ח' מלצר ברע"א 8138/07 פאר נ' קצין התגמולים משרד הביטחון (21.06.2011)). מכל מקום, אף אם שלילת חלק משכרו של העובד מהווה פגיעה חמורה ומיידית יותר בקניינו של העובד, אין בכך כדי להוביל למסקנה כי הפגיעה הנגרמת כתוצאה משלילת הפרשות הסוציאליות שבהן מחויב המעסיק, היא פגיעה שניתן להקל בה ראש.

עוד יצוין כי טענת הכנסת לפיה יש להתחשב בכך שהסדר הפיקדון בכללותו מיטיב עם העובדים הזרים – שכן בפועל לא הופקדו עבורם הפרשות הסוציאליות בעבר – היא טענה אשר מוטב היה שלא תיטען. תשלום הפרשות סוציאליות דוגמת הפרשות מעסיק לפנסיה ולפיצויי פיטורים אינו מעשה "חסד" כלפי העובדים הזרים. מדובר בהפרשות שהם זכאים להן על פי הדין. כמו כן, לא מצאתי ממש בטענת המשיבים לפיה העובדה שניכוי הפיקדון תלוי בהתנהלות העובד הזר מפחיתה מעוצמת הפגיעה בזכותו לקניין. אכן, ניכוי כספים מהפיקדון מותנה באי-יציאתו של העובד הזר מישראל בתום תקופת השהייה שלו, אך טענת המשיבים בהקשר זה אינה נוגעת לסוגיית עצם הפגיעה בזכות כי אם להצדקה לפגיעה, והיא נבחנת במסגרת תנאי פסקת ההגבלה, בשלב השני של הבחינה החוקתית (ראו: 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 22 לחוות דעתי (27.2.2020) (להלן: עניין ארד-פנקס)).

47. לצד כל האמור יש להדגיש כי האוכלוסייה שנפגעת בענייננו – אוכלוסיית העובדים הזרים בענפים כמו בניין וסיעוד – היא מהקבוצות הפגיעות ביותר במשק, הסובלת מפערי כוחות מובנים והנדרשת להתמודד לא אחת עם הפרת זכויות נרחבת ותנאי עבודה קשים (ראו והשוו: עניין פונגסק, בפסקאות 12-13; בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 377 (2006) (להלן: עניין קו לעובד 2006)). הסדר הפיקדון נועד, בין היתר, ליתן פתרון – הגם שחלקי בלבד – למימוש זכויותיהם הסוציאליות של העובדים הזרים. בהתאם להסדר, העובדים הזרים אינם נהנים מהזכויות הפנסיוניות הניתנות לעובדים ישראלים, וכספיהם מופקדים כיום כחיסכון בנקאי ואינם מושקעים בקרן כלשהי (ראו והשוו: עניין גרטגהר, פסקאות 24 ו-48 לחוות דעתי ופסקה 14(ד) לחוות דעתו של השופט י' עמית). עם זאת בהסדר זה יש משום מענה מסוים לקשיים היישומיים שעמם מתמודדים העובדים הזרים במימוש זכויותיהם. בנסיבות

אלה, שלילת כספי הפיקדון – כולם או חלקם – מהווה בעיניי פגיעה ממשית בזכות לקניין של אחת מן הקבוצות החלשות בחברה.

48. משהגעתי לכלל מסקנה כי מנגנון הניכוי פוגע בזכות לקניין, אפנה עתה לבחון האם פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. העותרים מיקדו את טענותיהם בהקשר זה בעיקר בתכלית מנגנון הניכוי ובמידתיותו. משכך אדרש אף אני לסוגיות אלה בלבד.

תכליות ההסדר

49. העותרים טוענים כי התכלית שאותה ביקש המחוקק לקדם על ידי מנגנון הניכוי – הבטחת יציאת עובדים זרים "במועד" – היא תכלית זרה למשפט העבודה ולחוק עובדים זרים, והיא אף מאיינת את תכליותיו המקוריות של הסדר הפיקדון עצמו.

50. כאמור, הסדר הפיקדון נוסף לחוק עובדים זרים בשנת 2000 במסגרת תיקון מס' 3 לחוק, ובדברי ההסבר הוצגו תכליותיו של ההסדר כך:

"הפקדת הכספים בקרן עיקרה:

- הבטחה לעובד כי בתום עבודתו בישראל יקבל בארץ מוצאו סכום כסף אשר יאפשרו לו לרכוש זכויות סוציאליות;
- כספי הפיקדון יהוו חיסכון קצר מועד המתאים למשך שהייתו החוקית של העובד בישראל ויהא בפרעונו המותנה ביציאתו מהארץ כדי להוות תמריץ חיובי לעובד הזר ליציאתו מישראל בתום תקופת ההיתר [;] ולבסוף ההפקדה לקרן גם תצמצם את הפערים בעלויות ההעסקה של עובדים זרים לעומת עובדים מקומיים" (הצעת חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להגשת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת התקציב 2000), התש"ס-1999, ה"ח 68, 105 (להלן: דברי ההסבר לתיקון מס' 3)).

מדברים אלו ניתן להבין כי במועד חקיקת תיקון מס' 3 עמדו לנגד עיני המחוקק שלוש תכליות: (1) הבטחת סכום כסף שישימש לעובד הזר כרשת ביטחון סוציאלית, מעין נקודת פתיחה ראויה עבורו לאחר שיעזוב את ישראל; (2) יצירת תמריץ חיובי ליציאת העובד הזר מישראל בתום שהייתו החוקית בה; (3) צמצום פערי עלויות ההעסקה בין עובדים זרים לעובדים ישראלים (השוו לתכליות הדומות של הסדר הפיקדון החל על עובדים מסתננים: עניין גרסגהר, בפסקה 26 לחוות דעתי).

51. תכליות אלו הן תכליותיו המקוריות של הסדר הפיקדון בכללותו, בשלב שבו מנגנון הניכוי כלל לא היה חלק ממנו. הסדר הפיקדון הוצג בתיקון מס' 3 כרכיב אחד מבין "שורה של הגנות לעובדים הזרים", בשים לב לכך ש"רבים מהעובדים הזרים אינם

זוכים לתנאי שכר הוגנים ולזכויות סוציאליות" (דברי ההסבר לתיקון מס' 3, בעמ' 100). במסגרת זו עוגנו גם החובה לערוך את ההתקשרות עם העובד הזר בחוזה מפורט בכתב, וכן חובת המעסיק לדאוג למגורים הולמים, תנאי תברואה ובטיחות והסדרת ביטוח בריאות הולם (שם). בהתחשב בהיגיון מנחה זה, ניתן להבין מדוע ההסדר המקורי – שהתמקד בהגנה על זכויותיהם הסוציאליות של העובדים וביצירת תמריץ חיובי ליציאתם מישראל – לא כלל מנגנון ניכוי שנועד להוות תמריץ שלילי ועלול להוביל לשלילת כספים שהעובד הזר צבר במהלך תקופת עבודתו (להרחבה על שימוש בתמריצים שליליים, ראו: בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פסקאות 31-40 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר (15.6.2011)).

52. הסוגיה הרלוונטית לענייננו נוגעת לתכליותיו של מנגנון הניכוי, שעוגן בחוק עובדים זרים בשנת 2005, במסגרת תיקון מס' 7 לחוק. עד לתיקון האמור, לא נכלל בחוק כל תנאי הקושר בין המועד הספציפי של היציאה מישראל לעצם קבלת הכספים. באותו תיקון המחוקק ביקש לחדד שהתכלית של יצירת התמריץ ליציאת העובד הזר מישראל מתייחסת ליציאתו מישראל במועד, דהיינו – בתום תקופת שהייתו החוקית בה. לצורך כך, שונה סעיף 1א(ד) לחוק – שקבע בנוסחו המקורי כי עובד זר זכאי לקבל את כספי הפיקדון "בתום שלושה חודשים לאחר שעזב את ישראל, למעט יציאה זמנית מישראל" – והובהר כי העברת כספי הפיקדון לעובד הזר מותנת בכך שהוא "עזב את ישראל, שלא לצורך יציאה זמנית ממנה, עד תום התקופה שבה הורשה לשהות בה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל". תיקון מס' 7 הוסיף וקבע את ההוראה שאפשרה לעגן בתקנות את מנגנון הניכוי, קרי תשלום של חלק מכספי הפיקדון לעובד הזר "אף אם עזב את ישראל לאחר תום התקופה שבה הורשה לשהות בה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל, ובלבד שעזב כאמור בטרם חלפו שישה חודשים מתום התקופה האמורה" (סעיף 1א(ז)(א3) לחוק). פרטי מנגנון הניכוי המדורג נקבעו בסופו של יום בתקנה 8 לתקנות הפיקדון שהותקנו בשנת 2016, אשר נוסחה הובא לעיל.

מההיסטוריה החקיקתית של תיקון מס' 7 עולה כי באותו תיקון שונו הוראות הסדר הפיקדון על מנת שניתן יהיה לשלב בו את מנגנון הניכוי שיתמרץ את העובד הזר לעזוב את ישראל במועד. כך, למשל, בוטלה האפשרות לניכוי חלק מסכום הפיקדון משכרו של העובד, ובהקשר זה צוין כי "אם העובד לא עזב את הארץ, הרבה יותר קל [...] לקחת את [כספי הפיקדון] ממנו, כי זה לא כסף שמגיע לו מתוך השכר" (דבריו של נציג משרד התמ"ת, תומר מוסקוביץ', בפרוטוקול ישיבת ועדת הכספים, הכנסת ה-16, 15 (20.1.2005)). התכלית "המעודכנת" קיבלה ביטוי בתיקון מס' 7 גם בשינוי כותרתו של פרק ד' לחוק, מ"קרן לעובדים זרים" ל"הפקדת כספים לטובת העובד הזר ולהבטחת יציאתו מישראל במועד, והשימוש בהם" (ההדגשה הוספה).

53. כפי שצוין בספרות, "[...] מקום שנעשים בחוק שינויים [...] יש להשקיף על תכלית החקיקה מחדש. אין זו כבר התכלית ההיסטורית הישנה בלבד" (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 260 (1993)). משכך, בניגוד לטענת העותרים, העובדה שהתכלית של הבטחת יציאת העובד הזר מישראל במועד עודכנה או נוספה על ידי המחוקק בשלב מאוחר יותר, אינה פוטרת אותנו מלבחון האם תכלית עדכנית זו היא תכלית ראויה כשלעצמה.

בעניין גרסגהר, שבו נדון כאמור רכיב הניכוי המנהלי בהסדר הפיקדון שחל על עובדים מסתננים, מצאנו כי המנגנון הכולל ניכוי של סכום הולך וגדל בהתאם לפרק הזמן שחלף מהמועד שהיה על העובד המסתנן לצאת מישראל, נועד לתכלית ראויה ובלשון פסק הדין:

"בבסיס רכיב הניכוי המינהלי עומדת התכלית של עידוד יציאתו של המסתנן מהארץ בתום תקופת השהייה 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'" (ההדגשות במקור) (שם, בפסקה 55 לחוות דעתי).

דברים אלה יפים, לגישתי, גם ביחס למנגנון הניכוי בהסדר הפיקדון החל על עובדים זרים שאינם מסתננים. מנגנון זה נועד להגדיל את התמריץ של העובד הזר לצאת מישראל בתום תקופת שהייתו החוקית בישראל. תכלית זו, ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל, משקפת מדיניות הגירה לגיטימית המיועדת למנוע השתקעות ושהייה בלתי חוקית של עובדים זרים מעבר לפרק הזמן שהותר להם, על כל השלכות הנובעות מכך ובכללן ההשלכות על שוק העבודה (ראו והשוו: עניין קו לעובד 2006, בעמ' 174-175).

54. משמצאתי כי ביסוד מנגנון הניכוי עומדת תכלית ראויה, עלינו להוסיף ולבחון אם האמצעי שנבחר להגשמתה עומד בדרישת המידתיות, קרי – אם הפגיעה שנגרמת כתוצאה ממנו בזכות לקניין של העובדים הזרים אינה עולה על הנדרש. בחינה זו נסמכת כידוע על שלושה מבחני משנה – מבחן הקשר הרציונלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן המידתיות "במובן הצר" (ראו, מני רביס: בג"ץ 1308/17 סלואד נ' הכנסת, פסקה 88 לחוות דעתי (9.6.2020) (להלן: עניין סלואד); בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 53 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (12.9.2017)).

לבחינה זו אפנה עתה.

מידתיות ההסדר

א. מבחן הקשר הרציונלי

55. על פני הדברים, מנגנון הניכוי אכן יוצר תמריץ עבור העובד הזר לעמוד בתנאי הישיבה שלו בישראל, קרי לעזוב את ישראל בתום תקופת השהייה החוקית בה. זאת, שכן אי-עמידה בתנאים אלה תביא להפחתה או לשלילת זכאותו של העובד הזר לקבלת כספי הפיקדון (ראו והשוו: עניין גרסגהר, בפסקה 56 לחוות דעתי). נוכח התמריץ השלילי הטמון במנגנון הניכוי ניתן להצביע על זיקה ישירה בין יציאת העובד הזר במועד ובין קבלת כספי הפיקדון, ולפיכך על קשר רציונלי בין מנגנון הניכוי ובין מטרתו.

56. העותרים טוענים כי מנגנון הניכוי אינו עומד במבחן הקשר הרציונלי משום שהוא מערב, באופן לא רציונלי, בין מדיניות ההגירה הישראלית ובין זכויות קוגנטיות מתחום דיני העבודה. עוד מוסיפים העותרים כי המנגנון "חותר תחת [ה]הגנה על זכויות העובדים ואינו מספק תמריץ חיובי ליציאה מן הארץ" (פסקה 124 לעתירה המתוקנת). ואולם, אף אם נקבל את הטענה כי הפעלת מנגנון הניכוי עשויה לפגוע בהגשמת תכליות אחרות של הסדר הפיקדון בכללותו – אין בכך כדי לשנות מן המסקנה כי מנגנון הניכוי מקיים קשר רציונלי עם התכלית הקונקרטית העומדת בבסיסו (ראו והשוו: עניין גרסגהר, בפסקה 56 לחוות דעתי). טענה נוספת שהעלו העותרים בהקשר זה היא שמנגנון הניכוי אינו עומד במבחן הקשר הרציונלי משום שבחלוף שישה חודשים מתום תקופת השהייה החוקית של העובד הזר בישראל, מתאיין התמריץ שלו לעזוב את ישראל. אכן, אם עובד זר ידע כי ממילא במועד יציאתו מישראל ינוכו כל כספי הפיקדון שצבר, מנגנון הניכוי "מאבד" במידה רבה מהאלמנט ההרתעתי שבו, וכתוצאה מכך מי שממילא השתאה מספר חודשים ביציאה מישראל עלול לבחור להישאר בה לתקופה ממושכת יותר. ואולם, אין בכך כדי ללמד כי מנגנון הניכוי אינו מקיים קשר רציונלי עם מטרתו, שכן המחוקק בחר להתמקד בנקודת זמן ספציפית – לקראת תום תקופת שהייתו החוקית של העובד הזר בישראל – וביקש לתמרץ את העובד הזר לעמוד לכתחילה בתנאי הישיבה שלו בישראל, ובכך להימנע מהשתת הסנקציה.

57. העותרים הוסיפו וטענו כי מנגנון הניכוי מביא לתוצאה אבסורדית, לפיה מצבם של עובדים זרים ששהו ועבדו בישראל באופן בלתי חוקי יהא טוב יותר ממצבם של אלו ששהו ועבדו בה באופן חוקי. לטענתם, בעוד שעובד זר ששהו ועבד בישראל באופן חוקי במשך שנים רבות יאבד את כל כספי הפיקדון שלו כתוצאה משיהוי של חצי שנה ביציאתו מן הארץ, עובד זר שהועסק כדין לתקופה של חודש ולאחר מכן נותר בישראל והמשיך לעבוד בה באופן בלתי חוקי לאורך שנים רבות, יאבד אך את כספי הפיקדון שהופקדו עבורו בגין אותו חודש שבו עבד באופן חוקי. זאת, משום שהעובד הזר יהיה

זכאי לתבוע ממעסיקו את זכויותיו הסוציאליות בגין התקופה שבה הועסק באופן בלתי חוקי, אף שאלו לא הופקדו ככספי פיקדון. העותרים סבורים כי מצב דברים כזה [...] אף עלול להשיג מטרה הפוכה ולעודד שהייה שלא כדין" (פסקה 128 לעתירה המתוקנת).

החשש שעליו מצביעים העותרים – גם אם אינו מופרך – אינו שולל את קיומו של קשר רציונאלי בין מנגנון הניכוי לתכליתו. מנגנון הניכוי נועד להשפיע על התנהלותם של אותם עובדים זרים שהגיעו לישראל כדין, עבדו בה במשך תקופה מסוימת, ובשל כך נצברו עבורם כספים בחשבון הפיקדון. ביחס לעובדים אלה, ניתן להניח כי "האיום" שבשלילה (מלאה או חלקית) של כספים השייכים להם, אכן ישפיע על התנהלותם בכל הנוגע ליציאה מישראל. הניתוח החוקתי של מנגנון הניכוי אינו מצריך בעיניי התייחסות לאפשרות שעובדים זרים יפרו לכתחילה את תנאי שהייתם בישראל ויעבדו בה באופן לא חוקי במשך תקופה ממושכת.

58. לצד כל האמור, במקרים מסוימים שבהם התכלית המונחת ביסוד הוראה חוקית נועדה להביא לשינוי חברתי, הקשר הרציונלי ראוי שיבחן לא רק במישור העיוני-תיאורטי אלא גם "במבחן התוצאה" (ראו, למשל: עניין גרסגהר, בפסקה 34 לחוות דעתי; בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד סה(3) 1, 41 (2012); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 710 (2006)). על כן, ובשים לב לכך שהסדר הפיקדון, ובכללו מנגנון הניכוי, מופעל בענפים שונים כבר מספר שנים – נראה כי לצורך בחינת הקשר הרציונלי בענייננו יש להידרש להשפעותיו של מנגנון הניכוי בפועל בענפים השונים מאז שנחקק.

59. כפי שיפורט להלן, הנתונים שסיפקו משיבי הממשלה מעוררים שאלות באשר לאפקטיביות של מנגנון הניכוי. נתונים אלה מתמקדים בעיקר בענף הבניין (שבו פועל הסדר פיקדון ומנגנון ניכוי החל משנת 2005 מכוח נוהל ענף הבניין) ובענף הסייעוד (שבו פועל הסדר פיקדון ומנגנון ניכוי החל משנת 2016).

סוג אחד של נתונים שהוצג נוגע לשיעור העובדים שעזבו את ישראל במועד מתוך כלל העובדים שעזבו את ישראל בכל שנה בענף מסוים:

שנה	עובדים זרים בענף הבניין שעזבו במועד	עובדים זרים בענף הסייעוד שעזבו במועד
2005	48.7%	
2006	83.6%	
2007	60.8%	

	60.1%	2008
	70.6%	2009
	80.8%	2010
87.2%	74.4%	2011
80.8%	86.0%	2012
74.7%	79.6%	2013
77.2%	92.7%	2014
72.2%	90.8%	2015
72.2%	92.9%	2016
72.1%	92.8%	2017
70.7%	94.1%	2018
71.7%	93.4%	2019
78.7%	95.5%	2020
81.0%	70.9%	2021
88.8%	95.8%	2022 (עד ליום 31.7.2022)

משיבי הממשלה טוענים כי "החל משנת 2008 (כשלוש שנים לאחר שהחל יישום הסדר הניכויים מכספי הפיקדון בענף הבניין) ניתן לראות עלייה מובהקת בשיעור העובדים הזרים בענף הבניין אשר יוצאים מישראל עד תום התקופה שבה הורשו לשהות במדינה" (פסקה 32 לכתב התשובה מטעמם; ההדגשה במקור). זאת, למעט ירידה נקודתית שנרשמה בשיעור עובדי הבניין שיצאו מישראל במועד בשנת 2021 (70.9%), שלגביה טענו משיבי הממשלה כי הדבר נבע מכך ש"בשנה זו הסתיימו ההארכות הגורפות של רישיונותיהם של מעל 1,200 עובדי בניין מעבר ל-63 חודשים, בהתאם לסמכות לפי סעיף 3א(ג1) לחוק הכניסה לישראל", וחלק מהעובדים נותרו לשהות בישראל ואף הגישו בקשות לקבלת מעמד קבע (פסקה 33 לכתב התשובה מטעמם).

60. הנתונים שהוצגו על ידי משיבי הממשלה אכן מעידים על עלייה מתמדת לאורך השנים בשיעור העובדים בענף הבניין שיצאו מישראל במועד (מבין כלל העובדים שיצאו מישראל באותה שנה). עם זאת, וכפי שטענו העותרים בצדק, קשה לאמוד את ההשפעה המדויקת של מנגנון הניכוי על עלייה זו. העותרים טענו בהקשר זה כי העלייה המשמעותית בשיעורי היציאה של עובדים זרים במועד היא בין השנים 2009-2010, זמן קצר לאחר הקמת רשות האוכלוסין, אשר נקטה "בפעולות אכיפה ופעולות ציבוריות [...]. להבטחת יציאת העובדים את ישראל" (פסקה 58 לעיקרי הטיעון מטעם העותרים). העותרים הדגישו כי באותה העת נערכו מבצעי אכיפה מיוחדים שלטענתם תרמו לעזיבה עצמאית של עובדים זרים רבים, אף מבלי שננקטו כלפיהם הליכי אכיפה. משיבי

הממשלה מצידם, ציינו כי גם "קודם להקמת הרשות בוצעו פעולות אכיפה על ידי האגף לזרים במינהל האוכלוסין שעבד בשיתוף פעולה עם משטרת ההגירה" (פסקה 32 לכתב התשובה מטעמם) ועמדו על כך שלא חל שינוי של ממש במספר צווי ההרחקה שהוצאו נגד נתינים זרים לאחר הקמת רשות האוכלוסין (ראו: מענה משלים מיום 10.11.2022 לבקשת העותרים לפרטים נוספים). דומני כי אין לשלול את המסקנה שמנגנון הניכוי תרם את תרומתו למגמה הכללית בענף הבניין, אך מובן כי גם למשתנים נוספים, ובהם השינויים בדפוסי האכיפה, נודעת השפעה על שיעור העובדים הזרים בענף הבניין העוזבים את ישראל בתום תקופת השהייה החוקית שלהם בה.

61. בשונה מהעלייה העקבית בשיעור העובדים בענף הבניין שיצאו במועד, בענף הסיעוד התמונה מורכבת יותר. ראשית יש לציין שמלכתחילה הנתונים שהוצגו נוגעים לענף הסיעוד בכללותו – כלומר הן לגבי ענף הסיעוד המוסדי, שלגביו קיימת חובת פיקדון בהתאם לתקנות הפיקדון; והן לגבי עובדי סיעוד שאינם מועסקים באמצעות חברות סיעוד ותקנות הפיקדון אינן חלות עליהם (ה"ש 4 בעמ' 20 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). אף שלטענת משיבי הממשלה, מרבית עובדי הסיעוד בישראל מועסקים על ידי חברות סיעוד, הצגת הנתונים באופן זה יש בה כדי לפגוע במסקנות שניתן להסיק מהם. שנית, הסדר הפיקדון ומנגנון הניכוי חלים בענף הסיעוד המוסדי החל משנת 2016, אך בין השנים 2016-2019 דומה שלא חל שינוי של ממש בשיעור העובדים הזרים בענף זה שיצאו מישראל במועד. בשלוש השנים האחרונות קיימת אמנם מגמת עלייה, אך לא מדובר במגמה עקבית כמו בענף הבניין וממילא מדובר בתקופה שבה התפרצה מגפת הקורונה ולא מן הנמנע שגם בה היה כדי להוביל להשפעות חריגות על יציאת עובדים זרים מישראל.

62. כמו כן, יש להדגיש כי הנתונים שהוצגו לעיל מתייחסים לעובדים אשר יצאו מישראל בכל שנה, ואינם כוללים את העובדים הזרים שנשארו בישראל על אף שהמועד האחרון לשהייתם החוקית חלף. נתון מדויק בהקשר זה הוצג על ידי משיבי הממשלה רק ביחס ל-1,248 עובדי בניין שהיו צריכים לצאת מישראל עד ליום 28.2.2021, ובעקבות מחסור בטיסות זמינות הוחלט כי לא תיזקף לחובתם שהייה בלתי חוקית עד ליום 31.5.2021 (פסקאות 50-51 לכתב התשובה מטעמם). ביחס לקבוצה זו צוין כי 837 עובדים יצאו מישראל במועד וקיבלו את כל כספי הפיקדון (כ-67% מהקבוצה כולה); 13 עובדים יצאו מישראל לאחר תקופת שהייה בלתי חוקית ומשכך נוכו להם חלק מכספי הפיקדון (כ-1% מהקבוצה כולה); ו-398 עובדים הוסיפו לשהות בישראל נכון ליום 19.10.2022 (כ-32% מהקבוצה כולה). מנתונים נקודתיים אלה ניתן ללמוד כי מבין העובדים שיצאו מישראל קיים רוב מובהק של עובדים שיצאו במועד, אך לצד זאת קיים מספר לא מבוטל של עובדים שהוסיפו לשהות בישראל למעלה משנה לאחר שתם מועד השהייה החוקית שלהם בישראל (מדובר בנתונים המתייחסים לקבוצת עובדים זרים בענף

הבניין ששהו בישראל תחת היתר למעלה מ-63 חודשים, ונדרשו לצאת ממנה בעקבות אי-הארכת רישיונותיהם בשנת 2021).

63. משיבי הממשלה כללו בכתב התשובה מטעמם גם נתונים על סך כל העובדים הזרים בענף הבניין ששהו בישראל בסוף כל שנה (החוקיים והלא חוקיים), בין השנים 2012-2021 (פסקה 41 לכתב התשובה מטעמם):

שנה	מספר העובדים הזרים החוקיים בענף הבניין ששהו בישראל בסוף כל שנה	מספר העובדים הזרים הבלתי חוקיים בענף הבניין ששהו בישראל בסוף כל שנה (בסוגריים: שיעור העובדים הזרים הבלתי חוקיים מסך העובדים הזרים בענף)
2012	5,900	1,899 (24.3%)
2013	5,732	1,010 (15%)
2014	6,106	1,006 (14.1%)
2015	6,855	999 (12.7%)
2016	8,557	787 (8.4%)
2017	10,120	751 (6.9%)
2018	14,420	741 (4.9%)
2019	15,192	1,093 (6.7%)
2020	14,877	1,091 (6.8%)
2021	16,952	1,303 (7.1%)

נתונים אלה מצביעים על ירידה הדרגתית בשיעור העובדים הזרים הבלתי חוקיים בענף הבניין שהוסיפו לשהות בישראל לאורך השנים. לפיכך, ובשים לב לעלייה במספר העובדים הזרים בענף הבניין בתקופה זו, וכן ליציבות היחסית במספר העובדים הזרים הבלתי חוקיים בענף זה ששהו בארץ בסוף כל שנה באותה התקופה – לא ניתן לשלול כי בתקופה זו אכן הייתה עלייה כללית בשיעור העובדים הזרים בענף הבניין שעזבו את ישראל במועד החוקי, וזאת מבין כלל העובדים שנדרשו לצאת מישראל (ולא רק מבין כלל העובדים שיצאו מישראל בפועל). ואולם, הנתונים המקבילים ביחס לענף הסיעוד (פסקה 41 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה) אינם דומים לאלו שבענף הבניין:

שנה	מספר העובדים הזרים החוקיים בענף הסיעוד ששהו בישראל בסוף כל שנה	מספר העובדים הזרים הבלתי חוקיים בענף הסיעוד בסוף כל שנה (בסוגריים: שיעור העובדים הזרים הבלתי חוקיים מסך העובדים הזרים בענף)

41,260	2012	10,069 (19.6%)
40,484	2013	11,993 (22.9%)
43,468	2014	11,324 (20.7%)
45,632	2015	11,800 (20.5%)
49,156	2016	11,317 (18.7%)
50,162	2017	13,231 (20.9%)
55,425	2018	11,434 (17.1%)
57,111	2019	12,145 (17.5%)
55,705	2020	13,251 (19.2%)
57,509	2021	14,039 (19.6%)

64. מן הנתונים הנוגעים לענף הסיעוד עולה כי שיעור העובדים הזרים הבלתי חוקיים בענף זה לא השתנה באופן משמעותי מאז התקנת תקנות הפיקדון. כך, החל משנת 2016 שבה הופעל הסדר הפיקדון בענף הסיעוד, ועד לשנת 2021, עלה מספר העובדים הזרים החוקיים המועסקים בענף בכ-17%. לעומת זאת, בסוף שנת 2021 שהו בישראל 14,039 עובדים זרים בלתי חוקיים בענף הסיעוד, נתון המהווה עלייה של כ-24% מהנתון המקביל בשנת 2016. בהתבסס על נתונים אלה קשה לקבוע כי למנגנון הניכוי הייתה תרומה משמעותית ביחס לענף הסיעוד. לא למותר לציין כי שיעור העובדים הבלתי חוקיים בענף הסיעוד נותר גבוה באופן עקבי אף מהשיעור המקביל בענף החקלאות, שהתקנות לא חלות לגביו (ראו הנתונים בפסקה 41 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). זאת, אף שניתן לזהות מגמה של עלייה בשיעור העובדים בענף החקלאות המוסיפים לשהות בישראל באופן בלתי חוקי (4% בשנת 2016; 8.2% בשנת 2019; ו-10.6% בשנת 2021). משיבי הממשלה עצמם מציינים ש"ההתמודדות עם משבר הקורונה החל משנת 2020 [...] השפיעה על היכולת לאמוד בפועל את יעילות המנגנון על ענף הסיעוד. אולם בשים לב לניתוח הנתונים בענף הבניין, ניתן להניח שהשפעת הסדר הניכויים בענף הסיעוד תבוא לידי ביטוי מובהק יותר בחלוף מספר שנים נוספות, ובהיעדר ההגבלות על יציאת זרים" (פסקה 54 לכתב התשובה מטעמם).

65. חרף העובדה שמן הנתונים שהוצגו לא ניתן לצייר תמונה ברורה וחד משמעית, יש לזכור כי על מנת לקיים את דרישת הקשר הרציונלי די בהגשמה חלקית של התכלית, שאינה שולית או זניחה (ראו, למשל: עניין עדאלה, בעמ' 497; בג"ץ 6792/10 ד.י. ב.י. אס שרותי לוויין (1998) בע"מ נ' כנסת ישראל, פסקה 62 לחוות דעתה של המשנה לנשיא נאור (20.7.2014)). על כן, ובפרט בשים לב לנתונים הנוגעים לענף הבניין, אינני סבורה כי הנתונים שהוצגו מוליכים אל המסקנה לפיה אין מתקיים קשר רציונלי בין מנגנון הניכוי לתכלית שעניינה עידוד יציאת עובדים זרים בתום תקופת השהייה החוקית שלהם

בישראל. עם זאת, כפי שיפורט בהמשך, אני סבורה כי לשאלות המתעוררות ביחס לאפקטיביות של מנגנון הניכוי יש השלכה על מבחן המשנה השלישי.

ב. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

66. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה בוחן אם קיים אמצעי אחר שפגיעתו בזכויות יסוד פחותה, אשר יש בו כדי להגשים באותה מידה או במידה דומה את תכלית ההסדר (ראו, למשל: בג"ץ 7146/12 אדמ נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(2) 717, 806 (2013); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997)). בענייננו, תכלית מנגנון הניכוי היא תימרוץ עובדים זרים לצאת מישראל בזמן, להבדיל מעידודם לצאת מישראל באופן כללי. על כן, אין מקום לקבל את הטענה שהעלו העותרים ולפיה הפעלת הסדר הפיקדון מבלי שיתלווה לו מנגנון הניכוי, עשויה להוות אמצעי שפגיעתו פחותה. אומנם, לא ניתן לשלול את האפשרות כי הסדר הפיקדון, מבלי שיתלווה אליו מנגנון הניכוי, יתמרץ עובדים זרים לצאת מן הארץ במועד במטרה לקבל לידיהם בהקדם את כספי הפיקדון. עם זאת, קשה לקבל את הטענה כי הסדר כזה ישיג תכלית זו באותה מידה או במידה דומה.

67. טענת העותרים לפיה בנסיבות העניין השימוש באמצעי אכיפה – כגון מעצר, החזקה במשמורת והרחקה – לצורך הבטחת יציאת עובדים זרים מישראל, מהווה אמצעי שפגיעתו פחותה ביחס למנגנון הניכוי, אף היא דינה להידחות. מדובר באמצעים הכרוכים בפגיעה משמעותית בחירותו של אדם, שהשימוש בהם פוגעני לא פחות ממנגנון הניכוי שבהסדר הפיקדון. יתרה מכך, במקרים מסוימים השימוש במנגנון הניכוי עשוי כשלעצמו לייתר את הצורך להשתמש באמצעי אכיפה. כפי שצינו משיבי הממשלה בצדק, "שימוש בתמריצים כלכליים מעודד למעשה את כלל אוכלוסיית העובדים הזרים לצאת מישראל במועד החוקי שנקבע להם, ולמצער בסמוך מאד לאחר מכן, ובכך למעשה יורד הצורך בהפעלת אמצעים פוגעניים יותר, כמו השמה במשמורת והרחקה" (פסקה 100 לכתב התשובה מטעמם; ראו והשוו: עניין גרטגהר, בפסקה 57). על כך יש להוסיף כי העותרים לא הבהירו כיצד שימוש באמצעי אכיפה כאמור יביא להגשמה של תכלית המנגנון באותה מידה או במידה דומה.

68. מן הטעמים שפורטו, אני סבורה כי מנגנון הניכוי צולח את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. עם זאת, קיומם של אמצעים חלופיים המגשימים את תכלית המנגנון, נושא משקל במסגרת מבחן המשנה השלישי (ראו, למשל: בג"ץ 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 65 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (22.9.2014) (להלן: עניין איתן)), ועל כך יפורט בהמשך.

69. במסגרת מבחן המידתיות במובן הצר עלינו להידרש לשאלה אם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מההסדר הנבחן ובין פגיעתו בזכויות חוקתיות (ראו, למשל: עניין סלואד, בפסקה 93 לחוות דעתי; אהרן ברק מידתיות במשפט 422-419 (2010)). כלומר, עלינו לבחון אם תוספת התועלת הנובעת מהאמצעי שנבחר, מצדיקה את תוספת הפגיעה בזכויות חוקתיות (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840 (2004)).

70. בעניין גרסגהר נפסק כי לא נפל פגם ברכיב הניכוי המנהלי שהיווה חלק מהסדר הפיקדון שנקבע לגבי עובדים מסתננים. זאת, להבדיל מרכיב הנוגע לכספים שנוכו משכר העובד ונכללו בהסדר הפיקדון, שלגביו נפסק כי הפגיעה הגלומה בו עולה על הנדרש. סעיף 1א(ו) לחוק עובדים זרים – הקובע כי ההפרשות הסוציאליות שבהן חב המעסיק יופקדו בחשבון הפיקדון – חל גם בעניינם של העובדים המסתננים. לפיכך, ובהינתן הקביעות בעניין גרסגהר לעניין רכיב הניכוי המנהלי, לא ניתן לומר כי ניכוי כספים שנועדו לשמש, בין היתר, כרשת ביטחון סוציאלית עבור עובדים זרים, מהווה כשלעצמו אמצעי בלתי מידתי.

71. עם זאת, עלינו לזכור כי בדין הישראלי "איום" בשלילת זכויות סוציאליות מהווה הסדר יוצא דופן (ראו למשל, סעיף 15(5) לחוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970; וסעיף 192ד(ה)(5) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, לפיהם הוסמכו גופים שיפוטיים לשלול גמלאות של אדם בנסיבות חמורות; להרחבה ראו: ע"א 1795/93 קרן הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב, פ"ד נא(5) 464, 433 (1997)); כן ראו חוק שלילת תשלומים מחבר הכנסת ומחבר הכנסת לשעבר בשל עבירה, התשע"א-2011, המאפשר לכנסת לשלול בנסיבות מסוימות, את זכאותו לגמלה של חבר כנסת שעבר עבירה חמורה). חריגותו של ההסדר בענייננו בולטת אף ביתר שאת הואיל ומדובר בשלילת זכויות "אוטומטית" בעקבות השתהות העובד הזר ביציאתו מהארץ (עם אפשרות להגיש בקשה בדיעבד להפחתת הניכוי). חריגות זו נושאת משקל לא מבוטל בבואנו לבחון את היחס שבין התועלת שבמנגנון הניכוי ובין הפגיעה בזכות לקניין של העובדים הזרים.

העותרים אף עומדים על כך שלא נמצאה ולו דוגמה אחת למדינה שבה מהגרי עבודה עשויים לאבד את כספי הפנסיה שלהם אם יצאו מהמדינה באיחור. לטענת העותרים, בטיוואן ניתן לחלט סכום קצוב שהופקד מראש כערובה ליציאת העובד הזר במועד, אך אין מדובר בפגיעה בזכויות סוציאליות של העובד (פסקה 56 לעתירה

המתוקנת). במהלך הדיון ביום 15.11.2022 אישר גם בא כוח משיבי הממשלה כי לא נמצאה במשפט המשווה דוגמא להסדר כזה וצייין בהגינותו כי עובדה זו יש בה משום "תמרוז אזהרה" (עמ' 14 לפרוטוקול הדיון).

72. כשים לב לחריגות האמצעי שבו עסקינן, עלינו לבחון באופן זהיר וקפדני אם מנגנון הניכוי שחל ביחס לעובדים זרים שאינם מסתננים, מקיים יחס ראוי בין תועלתו לפגיעה שנגרמת בעטיו לזכות הקניין של העובדים הזרים. לצורך בחינה זו, אין די בכך שבעניין גרסגהר נמצא כי לא נפל פגם חוקתי ברכיב הניכוי המנהלי, בהינתן הנסיבות הספציפיות שנדרונו שם.

73. באשר לתועלת הצומחת מהפעלת מנגנון הניכוי, משיבי הממשלה והכנסת טענו כי רלוונטית לענייננו הקביעה בעניין גרסגהר, לפיה התועלת השולית של רכיב הניכוי המנהלי "בהשוואה לעצם קיומו של רכיב המעסיק ללא רכיב ניכוי" היא "ברורה ומשמעותית" (שם, בפסקה 58 לחוות דעתי). עם זאת, באותו עניין לא היו נמצא נתונים באשר להפעלת רכיב הניכוי המנהלי, וזאת בפרט בשל ההימנעות מנקיטת צעדים להרחקת העובדים המסתננים, שבגינה כלל לא נקבע בעניינם מועד תום תקופת השהייה (שם, בפסקה 1 לחוות דעתי). משכך, הדיון בשאלת התועלת של רכיב הניכוי המנהלי התמקד שם במישור התיאורטי. לעומת זאת, ביחס לעובדים זרים שאינם מסתננים, מנגנון הניכוי מופעל בענפים שונים מזה מספר שנים, ומשכך יש מקום להידרש במסגרת מבחני המידתיות לנתונים שהוצגו בהקשר זה.

74. כפי שפורט לעיל ביחס למבחן הקשר הרציונלי, הנתונים שהציגו משיבי הממשלה לגבי השנים שבהן הופעל מנגנון הניכוי, מעוררים שאלות לא מבוטלות באשר ליעילותו. כך, הנתונים שהוצגו ביחס ליישום המנגנון בענף הבניין מלמדים כי לא ניתן לשלול את המסקנה שהפעלתו אכן תרמה לעלייה כללית בשיעור העובדים הזרים בענף שעוזבים את ישראל במועד החוקי. עם זאת, כפי שכבר צוין, ייתכן כי משתנים שונים ובהם פעילות אכיפה, תרמו לכך אף הם. באשר לעובדים זרים בענף הסיעוד, נראה כי הנתונים שהוצגו על ידי משיבי הממשלה מעוררים ספק של ממש ביחס לתועלת הנובעת ממנגנון הניכוי. על אף שאין באמור כדי ללמד שבענף זה מנגנון הניכוי אינו מצמיח תועלת כלל, מן הנתונים שהוצגו בפנינו קשה לקבל לגביו את טענות משיבי הממשלה בדבר התועלת המובהקת של מנגנון הניכוי.

75. עוצמת הפגיעה בזכות לקניין הנגרמת מהפעלת מנגנון הניכוי היא, לעומת זאת, משמעותית ביותר. ראשית, ועוד בטרם נבחן את פרטי ההסדר, יש לשוב ולהתייחס למאפיינים של הקבוצה הנפגעת ממנו, קרי – אוכלוסיית העובדים הזרים בישראל. זאת שכן, לצורך בחינת הפגיעה בזכות לקניין בענייננו נדרשת שימת לב למצבה של

אוכלוסייה זו (ראו גם: חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 36 (2005)). כפי שצינו משיבי הממשלה – "אין חולק על כך שהעובדים הזרים, במיוחד בענפי הסיעוד והבניין, נמנים על אחת האוכלוסיות המוחלשות במשק הישראלי. עובדים אלו מתמודדים עם קשיים רבים הנובעים מפערי שפה, מצב סוציו-אקונומי ועוד, ולא ניתן שלא להזדהות עם מצוקתם של אלו הנמצאים בשולי החברה" (פסקה 81 לכתב התשובה מטעמם). אף הפסיקה עמדה על כך שבמסגרת הבחינה החוקתית יש "להביא בחשבון את מעמדה המיוחד של קבוצת העובדים הזרים בשוק-העבודה הישראלי – קבוצה המורכבת מעובדים חלשים, 'ארעיים', עניים ובלתי-מאורגנים. עליה להביא בחשבון את פערי-הכוחות האדירים שבין העובד הזר לבין המדינה הקולטת אותו – בתנאים – לשוק-העבודה שלה, ולבין סוכנויות התיווך וחברות כוח-האדם הפועלות בגדרי שוק-עבודה זה" (עניין קו לעובד 2006, בעמ' 377; ראו גם: עניין פונגסק, בפסקה 12; וראו גם: בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (22.6.2014) (להלן: עניין קו לעובד 2014)).

76. כפי שצינתי בעניין גרסגהר ביחס לחוקתיות רכיב העובד בהסדר הפיקדון של העובדים המסתננים, "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 יוצא מכך, הפגיעה שנגרמת במקרה הראשון עולה בעוצמתה על הפגיעה במקרה השני [...]". (שם), בפסקה 43 לחוות דעתי; וראו גם את פסקה 12 לחוות דעתו של השופט פוגלמן). מציאות החיים הקשה עמה מתמודדים עובדים זרים בישראל, המתבטאת לא אחת בתנאי עבודה קשים ובשכר נמוך, מלמדת כי הפגיעה שלה הם חשופים כתוצאה מהפעלת מנגנון הניכוי עשויה להיות קשה ביותר (וראו לעניין זה: עניין קו לעובד 2006, בעמ' 373-377).

לכך יש להוסיף כי הכספים שמהם מורכב הפיקדון והחשופים למנגנון הניכוי, מקורם בזכויות סוציאליות המוקנות לעובדים הזרים במסגרת יחסי העבודה. בספרות המשפטית הוטעם כי זכויות מסוג זה נועדו להעניק "רשת הגנה מינימלית לכל עובד באופן בלתי-תלוי בכוח-השוק שלו" (גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? 'חווה התשתית' והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כז 423, 458 (2003)). לא בכדי קובע הדין שורה של הגנות מפני פגיעה בתשלומים אלה בדרך של העברה, שיעבוד או עיקול (ראו סעיף 26 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963; סעיף 25 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005; סעיף 303 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי); ראו גם: סעיף 20 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, הקובע כי זכויות מסוימות שהוקנו לעובדים בהסכמים קיבוציים אינן ניתנות לויתור). כלומר, לא רק שמנגנון הניכוי מופעל ביחס לאוכלוסייה פגיעה ביותר, אלא שמדובר בכספים המשקפים את רשת ההגנה המינימלית שעמה אמור העובד הזר

לעזוב את ישראל לאחר תקופת עבודתו בה. בהקשר זה לא למותר לציין כי מרבית הזכויות הסוציאליות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 וחוק הביטוח הלאומי אינן מוענקות כלל לעובדים זרים (ראו: עניין קו לעובד 2014, בפסקה 19 לפסק דינה של השופטת ארבל). על כן, הסכום שנצבר בפיקדון עשוי להיות בעל משמעות רבה עבור מי ששב למדינתו ועלול להיתקל בקשיים לשוב ולהשתלב שם במעגל העבודה, בין אם מפאת גילו המבוגר או מפאת פגיעה בכושר עבודתו (דוגמה לכך ניתן למצוא בנסיבות עניינו המצערות של צ'באנו).

77. בעניין גרסגהר התייחסתי לעוצמת הפגיעה בזכות לקניין שם, ככל שהדבר נוגע לרכיב הניכוי המנהלי, וצינתי כי "בנסיבות העניין הפגיעה בזכות לקניין אינה משמעותית". זאת, בין היתר, מהנימוקים הבאים:

"[...] 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 1א(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" (שם, בפסקה 59 לחוות דעתי).

78. הוספתי וצינתי באותו עניין כי בהשוואה למנגנון הניכוי שחל על עובדים זרים שאינם מסתננים – הוא מנגנון הניכוי נושא העתירות שלפנינו – "הפגיעה שנגרמת [לעובדים המסתננים] בשל רכיב הניכוי המנהלי היא פחותה ומידתית יותר" (שם). ובמילים אחרות, כבר בעניין גרסגהר עמדתי על כך, שעוצמת הפגיעה בעובדים זרים בשל מנגנון הניכוי הנדון בענייננו היא גדולה ומשמעותית בהרבה. הדבר נובע בראש ובראשונה מכך שבעוד שעובד מסתנן עלול לאבד לכל היותר 33% מכספי הפיקדון,

מנגנון הניכוי בענייננו עשוי להוביל לאחר שיהוי של ארבעה חודשים לניכוי של 50% מכספי הפיקדון, ולאחר שיהוי של למעלה משישה חודשים עלול העובד הזר לאבד את כל כספי הפיקדון. הבדל נוסף בין שני המנגנונים נגזר ממהותם של כספי הפיקדון: אומנם בשני ההסדרים נדרש המעסיק להפקיד בחשבון הפיקדון את כל ההפרשות הסוציאליות שבהן הוא חב (בהתאם להוראת סעיף 1יא(ו) לחוק), אך ביחס לעובדים מסתננים נקבע כי בכל מקרה יפקיד המעסיק סכום השווה ל-16% מהשכר הקובע של העובד הזר, וזאת אף אם סך ההפרשות הסוציאליות נמוך משיעור מזה. זהו אותו "גזר" שהוזכר בפסקה שצוטטה לעיל. היות ששיעור זה גבוה משיעור ההפרשות לפנסיה ופיצויי הפיטורים הקבוע בצו ההרחבה משנת 2016 (12.5%), הרי שאף אם ינוכה מפיקדונו של עובד מסתנן הסכום המקסימלי – מדובר בפועל בהפחתה מצומצמת ביותר מהסכום שלו היה זכאי לפי צו ההרחבה. בהיעדר הוראות דומות במנגנון הפיקדון החל ביחס לעובדים זרים שאינם מסתננים, לא רק שמנגנון הניכוי בענייננו חל על 100% מכספי הפיקדון, הוא מהווה "מקל" בלבד, ולמעשה הפגיעה בליבת זכויותיו הסוציאליות של העובד הזר נגרמת כבר החל ממדרגת הניכוי הראשונה.

79. אשר להיקף הכספים שעשויים להישלל, יש לזכור כי חשבון הפיקדון כולל את כל ההפרשות הסוציאליות שהמעסיק חב בהן ביחס לעובד הזר במהלך תקופת העסקתו. כפי שניתן ללמוד גם מעניינם של צ'באנו ולונגזון, סכומים אלה עשויים להגיע לעשרות ואולי אף למאות אלפי שקלים לאחר מספר שנות עבודה בישראל. בהקשר זה יש לציין כי עובדים זרים בענף הבניין והסיעוד – שהם הענפים המרכזיים שבהם מופעל הסדר הפיקדון – עשויים לשהות בישראל תקופות ארוכות, החורגות לא אחת מהתקופות הרגילות הקבועות בחוק הכניסה לישראל (ראו: סעיפים 2(א), 3(ב), 3א(א)-(ג) לחוק הכניסה לישראל; לעניין ענף הסיעוד ראו: בג"ץ 4343/19 כן לזקן – לקידום זכויות הזקנים נ' כנסת ישראל, פסקאות 2-6 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה נ' הנדל (16.3.2022); ולעניין ענף הבניין ראו: חוזר ראש מינהל שירות למעסיקים ולעובדים זרים 15/19 "הארכה גורפת של רישיונות העבודה (ב/1) לעובדים זרים בענף הבניין לתקופה נוספת מעל 63 חודשים" (30.7.2019); פסקאות 49-51 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). ואכן, כעולה מהמענה של משיבי הממשלה לבקשת העותרים למתן פרטים נוספים, בשנים האחרונות עובדים רבים בענפי הסיעוד והבניין שהו בישראל תחת היתר לתקופה החורגת מהתקופה הקבועה בסעיף 3א(א) לחוק הכניסה לישראל, קרי למעלה מ-63 חודשים (עמ' 8 למענה). להלן תובא תמצית של נתונים אלה:

שנה	עובדים זרים בענף הבניין השוהים בישראל תחת היתר למעלה מ-63 חודשים	עובדים זרים בענף הסיעוד השוהים בישראל תחת היתר למעלה מ-63 חודשים
2019	1,984	28,537

29,528	1,873	2020
31,298	1,629	2021
31,105	1,018	2022 (עד ליום 31.10.2022)

מן הנתונים שפורטו עולה, למשל, כי מתוך כלל העובדים הזרים החוקיים בענף הבניין אשר שהו בישראל בסוף שנת 2021 (16,952), כ-9.6% מהם שהו תחת היתר למעלה מ-63 חודשים (1,629). הנתונים ביחס לענף הסייעוד משמעותיים אף יותר. מהנתונים ביחס לענף זה עולה, כי מתוך כלל העובדים הזרים החוקיים בענף אשר שהו בישראל בסוף שנת 2021 (57,509), כ-54.4% שהו תחת היתר לתקופה של למעלה מ-63 חודשים (31,298). מדובר, אפוא, במספרים לא מבוטלים של עובדים זרים השוהים בישראל תקופות ממושכות, ובהקשר זה ניתן לציין כדוגמה גם את עניינו של לונגזון, שעבד בענף הבניין בישראל כ-12 שנה. מובן כי שהייה ממושכת בישראל עשויה להגביר את הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהפעלת מנגנון הניכוי, שכן סביר להניח כי ככל שהתקופה שבה ישהה עובד זר בישראל ארוכה יותר, כך סכום הפיקדון שייצבר עבורו יהא גבוה יותר וכפועל היוצא מכך, גם הפגיעה הצפויה מהפעלת מנגנון הניכוי ביחס אליו תהא גדולה יותר.

80. לא נעלמו מעיני טענות המשיבים באשר לגורמים הממתנים את עוצמת הפגיעה בענייננו. כך, נטען כי תקופת ההתארגנות הניתנת לעובד הזר בתום התקופה שבה הוא הורשה לשהות בישראל, והעובדה שמנגנון הניכוי פועל באופן הדרגתי (לרבות העובדה שבמהלך החודש הראשון לאחר תקופת ההתארגנות לא מתבצע ניכוי) – מלמדים על כך שמדובר במנגנון מאוזן ומידתי. עוד נטען כי מנגנון החריגים הקבוע בתקנה 8(ב) לתקנות הפיקדון, המאפשר להפחית את תקופת השיהוי במצבים שבהם נבצר מהעובד הזר לעזוב את ישראל במועד או שהוא השתהה בתום לב ובשל טעות, "ממתן עד מאד [את] עוצמת הפגיעה הנטענת בקניין" (פסקה 102 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). על רקע זה, משיבי הממשלה אף טוענים כי מספר העובדים הזרים שמנגנון הניכוי מופעל לגביהם הוא נמוך וכי "ניתן לומר כי פגיעתו של החוק בכספים הנצברים כספי הפיקדון, היא – כמעט תיאורטית [...]".

לגישתי, זו אינה הצגה מדויקת של היקף הפגיעה בזכות לקניין של העובדים הזרים – והדברים נאמרים בלשון המעטה. ההיבטים שציינו המשיבים יש בהם אכן כדי למתן את הפגיעה (ראו והשוו: עניין גרסגהר, בפסקה 59 לחוות דעתי), אך בענייננו השפעתם מוגבלת. הם אינם משנים את העובדה שעובד זר שעבד בישראל במשך 10 שנים, למשל, יאבד את כל כספי הפיקדון שלו כתוצאה משיהוי בלתי מוצדק שאורכו שווה ל-5% בלבד מתקופת שהייתו החוקית בישראל. מעבר לכך, ניכר כי בפועל מדי

שנה מנוכים כספים מחשבונות הפיקדון של מאות עובדים זרים (בהתבסס על הנתונים בסעיפים 35 ו-38 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה):

שנה	מספר העובדים הזרים בענף הבניין שבוצע ניכוי מפיקדונותיהם (מתוך סך העובדים הזרים בענף שיצאו מישראל באותה שנה)	מספר העובדים הזרים בענף הסיעוד שבוצע ניכוי מפיקדונותיהם (מתוך סך העובדים הזרים בענף שיצאו מישראל באותה שנה)
2018	17 (3,024)	208 (3,515)
2019	15 (2,269)	278 (4,678)
2020	14 (2,505)	98 (3,890)
2021	54 (3,441)	205 (4,984)
2022 (עד ליום 30.6.2022)	78 (1,015)	113 (2,469)

81. כמו כן, לפי הנתונים שהוצגו על ידי משיבי הממשלה, מדי שנה עשרות עובדים זרים מאבדים את כלל כספי הפיקדון (למשל, בשנת 2018, נשללו כל כספי הפיקדון מ-73 עובדים זרים בענף הסיעוד ו-5 עובדים זרים בענף הבניין; נתונים דומים נרשמו גם בשנת 2019; ראו: פסקאות 35 ו-38 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). דוגמה לכך הוא המקרה של לוגנזון, שבו נשללו ממנו כל כספי הפיקדון בשווי 93,717 ש"ח, וזאת לאחר שעבד בישראל תקופה של כ-12 שנה.

הכי צד ניתן לומר כי מדובר בפגיעה "תיאורטית" בלבד?

82. זאת ועוד – לכאורה, הנתונים שהוצגו לעיל מלמדים על שיעורים נמוכים יחסית של עובדים זרים בענף הבניין שלגביהם מופעל מנגנון הניכוי, אך נתונים אלו אינם כוללים עובדים זרים שיצאו מישראל מבלי שהגישו בקשה למשיכת כספי הפיקדון (פסקה 35 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה). מהנתונים שצורפו למענה של משיבי הממשלה לבקשת העותרים לפרטים נוספים, עולה כי 1,243 עובדים זרים בענף הבניין אשר יצאו מישראל בין חודש ינואר 2018 ועד חודש יוני 2022 (10.1% ממספר העובדים הזרים בענף שיצאו באותה תקופה) כלל לא הגישו בקשה למשיכת פיקדונותיהם. בענף הסיעוד הנתונים אף גבוהים יותר – 8,029 עובדים זרים, המהווים כ-41% ממספר העובדים הזרים בענף שיצאו מישראל בשנים האמורות – לא הגישו בקשה למשיכת פיקדונותיהם (יוער כי נתון זה כולל גם עובדים זרים בענף הסיעוד הפרטי, שתקנות הפיקדון אינן חלות לגביהם, אך לפי הערכה שהציגו משיבי הממשלה, מרבית העובדים הזרים בענף מועסקים על ידי חברות סיעוד וחלות לגביהם תקנות הפיקדון). בהחלט

ייתכן כי חלק מאותם עובדים לא הגישו בקשה למשיכת כספי הפיקדון בשל היעדר ידיעה על קיומם, אך לא ניתן לשלול את ההנחה כי חלק מהם לא עשו כן משום שידעו כי הם לא יהיו זכאים לכספי הפיקדון בשל השיהוי ביציאתם מן הארץ. לפיכך, ספק רב אם טענת משיבי הממשלה באשר להיקף הפגיעה הזניח בזכויות העובדים הזרים תואם את המציאות.

בהקשר זה ראיתי להוסיף כי משיבי הממשלה ציינו בכתב התשובה כי נכון ליום 10.8.2022 ובהתאם לנתונים העדכניים שבידם, לאורך השנים נוכו כספי פיקדונות בסך 38,491,831 ש"ח, בגין שהייה בלתי חוקית (פסקה 43 לכתב התשובה). אף שמהנתונים שהציגו משיבי הממשלה לא ניתן לדעת מהו המספר המדויק של עובדים זרים שמפיקדונותיהם נוכו הכספים, או מהו שיעור הניכוי ביחס לכל אחד מהעובדים הזרים בענפים השונים, מובן כי מדובר בסכומים לא מבוטלים המצביעים על פגיעה משמעותית בקניינם של העובדים הזרים שעליהם חל הסדר הפיקדון נושא העתירות דנן.

83. לצד כל האמור, הנתונים באשר להפעלת מנגנון החריגים אף הם מעלים ספקות באשר למידת ההשפעה שיש למנגנון זה על מיתון הפגיעה. משיבי הממשלה ציינו כי בין השנים 2016-2022 (עד ליום 23.8.2022), הוגשו 68 בקשות לביטול או הפחתה של ניכוי מכספי הפיקדון. מבין בקשות אלו, 26 התקבלו במלואן ו-6 בקשות נוספות התקבלו באופן חלקי (פסקה 40 לכתב התשובה מטעמם). אף מבלי להידרש לאותם עובדים זרים שיצאו מישראל וכלל לא הגישו בקשה למשיכת פיקדונותיהם, מדובר במספר נמוך ביותר של בקשות ביחס להיקף העובדים הזרים שבוצע ניכוי מפיקדונם, והדבר מלמד על קיומם של חסמים, בין היתר, בשל הקושי של אוכלוסיית העובדים הזרים לעמוד על זכויותיהם, אשר גורמים לכך שהשפעתו בפועל של מנגנון חריגים זה אינה רבה (ראו והשוו: עניין גרטגהר, בפסקה 47 לחוות דעתי).

84. טענה נוספת שהעלו משיבי הממשלה היא שיש להתחשב גם בכך שכספי הפיקדון המנוכים [...] מיועדים כאמור בתקנה 11 [לתקנות הפיקדון] לשוב ולהיות מושקעים ברווחתם ובבריאותם של העובדים הזרים בישראל". ואולם, בכך אין כדי למתן את הפגיעה האינדיבידואלית בקניינו של העובד הזר שמנגנון הניכוי הופעל לגביו. יתרה מכך, ככל שאותו עובד זר אכן עזב את ישראל, הוא אף לא יזכה ליהנות מאותה השקעה לטובת העובדים הזרים השהים במדינה.

85. התמונה העולה מכל האמור לעיל היא שמנגנון הניכוי במתכונתו הנוכחית אינו מקיים יחס ראוי בין תועלתו לפגיעה שנגרמת כתוצאה מהפעלתו. אכן, אין חולק כי למדינה נתון שיקול דעת רחב בגיבוש מדיניות ההגירה שלה (ראו והשוו: בג"ץ 4370/01 לפקה נ' משרד הפנים, פ"ד נז(4), 920, 930 (2003); בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד

הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293 (2002)), לרבות בכל הנוגע לשימוש בתמריצים כלכליים כדי למנוע הפרה של תנאי השהייה על ידי עובדים זרים. עם זאת, כפי שציין השופט הנדל בעניין גרסגהר, "המספר הוא נתון שלא פעם עומד בלב החוק – הוא רכיב חשוב מדי שלא ניתן להתעלם ממנו [...] אם המספר נראה קיצוני – כמו בדוגמא של ניכוי של 50% משכרו של עובד – די בכך להביא לפסילת האמצעי" (שם, בפסקה 3 לחוות דעתו). בענייננו, האפשרות שעובד זר שעבד בישראל יאבד בתוך מספר חודשי שיהוי את כל התשלומים הסוציאליים שהפקיד עברו המעסיק במשך שנות העסקתו בישראל – שעשויים להגיע לעשרות ואף למאות אלפי שקלים – מעוררת קושי של ממש. לגישתי, בהינתן טיבם ומהותם של כספים אלה, ולנוכח המאפיינים של קבוצת העובדים הזרים שעליהם עמדתי לעיל, מדובר במנגנון פוגעני ביותר שהתועלת שהוא מצמיח נמוכה באופן ניכר מהפגיעה הקשה שלה הוא גורם (ראו והשוו: עניין קו לעובד 2011, בעמ' 178). זאת, אף בהנחה שקיומו של מנגנון הניכוי סייע בהגדלת התמריץ ליציאה מישראל במועד.

מסקנה זו מתחדדת לנוכח קיומו של הסדר פיקדון דומה, החל לגבי עובדים מסתננים, אשר במסגרתו נחשפים לניכוי רק חלק מכספי הפיקדון. כפי שצוין לעיל, הסדר הפיקדון שחל לגבי עובדים מסתננים, אשר כיום מוגבל אף הוא בעקבות פסק הדין בעניין גרסגהר להפקדות מטעם המעסיק, כולל מנגנון מפורט שחושף לכל היותר 33% מכספי הפיקדונות לאפשרות של ניכוי (ראו: סעיף 1א4(א)(1) לחוק עובדים זרים). אף אם מנגנון כזה – או מנגנון אחר שאינו חושף את כלל כספי הפיקדון לניכוי – לא יתמרץ יציאה מישראל במועד באותה מידה, כבר נפסק כי "ככל שיימצא כי הפחתה מסוימת בתועלת המושגת מן החוק יש בה כדי להביא להפחתה משמעותית במידת הפגיעה בזכויות החוקתיות, המסקנה תהא כי האמצעי שנקט בחוק איננו מידתי ב'מובן הצר'" (עניין טלואד, בפסקה 95 לחוות דעתי). בענייננו דומה כי תוספת התועלת, אף אם קיימת, אינה מצדיקה את תוספת הפגיעה המשמעותית הגלומה בשלילה מוחלטת של כלל הפרשות המעסיק. משאלו פני הדברים אין מנוס מן המסקנה כי מנגנון הניכוי אינו עומד במבחן המידתיות במובן הצר, ומשכך הוא אינו חוקתי.

הסנד

86. משנמצא כי מנגנון הניכוי פוגע בזכות לקניין באופן שאינו עולה בקנה אחד עם תנאי פסקת ההגבלה, השלב האחרון בבחינה החוקתית עניינו בסעד שיש להעניק בשל פגיעה זו בזכות היסוד. הסעד שהתבקש על ידי העותרים הוא ביטול אותן הוראות בחוק עובדים זרים ובתקנות הפיקדון המעגנות את מנגנון הניכוי. הכנסת סבורה מנגד כי בענייננו לא ניתן להעניק סעד כזה משום שביטול מנגנון הניכוי ייצור הסדר חדש עם תכליות שונות ויפגע באיזון הפנימי של הסדר הפיקדון כולו. אינני סבורה כי יש ממש בטענה זו של הכנסת. אכן, תנאי להענקת סעד של בטלות חלקית (המכונה גם "עיפרון

כחול") הוא שההפרדה בין חלקיו הבלתי חוקתיים של דבר החקיקה לחלקיו האחרים אפשרית "בהתחשב בתכלית החוק ובמרקמו" (עניין ארד-פנקס, בפסקה 36 לחוות דעתי). בענייננו, דומה כי לא מתעורר קושי בהפרדת מנגנון הניכוי מיתר הוראות הסדר הפיקדון וזאת משום שממילא מדובר במנגנון שנוסף בשלב מאוחר יותר לחוק עובדים זרים, והסדר הפיקדון גובש במקור בלעדיו. למעשה, גם ללא מנגנון הניכוי ניתן יהיה להגשים את תכליותיו העיקריות של הסדר הפיקדון – הבטחת סכום כסף שימש כרשת ביטחון סוציאלית לעובד הזר; יצירת תמריץ כלכלי ליציאת העובד הזר מישראל; וצמצום פערי עלויות ההעסקה בין עובדים זרים לעובדים ישראלים.

87. עם זאת, משיטול מנגנון הניכוי פוגע בהשגת התכלית של עידוד יציאת העובד הזר מישראל במועד; ובשים לב לכך שבענייננו לא נפל פגם בעצם קיומו של מנגנון ניכוי אלא בהוראותיו הספציפיות הנוגעות לחשיפת כלל כספי הפיקדון לניכוי – אני סבורה כי בטרם יבוטלו הוראות בחוק עובדים זרים ובתקנות הפיקדון, מן הראוי ליתן לכנסת ולשרים הרלוונטיים שהות לתקן הוראות אלה, ולגבש הסדר חלופי שייתן מענה לקשיים הקיימים בהסדר הנוכחי (ראו והשוו: בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקה 12 לחוות דעתי (8.7.2021)); ליתרונות הטמונים במתן סעד של בטלות מושעית ראו גם: יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" משפט וממשל ט 39, 88-91 (2006)).

88. בהתחשב בנסיבות העניין ובהינתן חשיבות הכספים עבור העובדים הזרים, אציע כי פרק הזמן להשעיית הבטלות יעמוד על שישה חודשים. עוד אציע כי ככל שלא יגובש הסדר חלופי כאמור בתוך שישה חודשים, יבוטלו החלקים הבאים בחוק עובדים זרים ובתקנות הפיקדון:

- א. המילים "עד תום התקופה שבה הורשה לשהות בה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל" בסעיף 1א(ד) לחוק עובדים זרים.
- ב. סעיף 1א(ז)(א3) לחוק עובדים זרים.
- ג. תקנה 8 לתקנות הפיקדון.
- ד. המילים "ובכלל זה סכומים שנוכו לפי תקנות אלה בשל שיהוי בעזיבה לאחר תום התקופה לשהייה בישראל, וחלפו שנתיים מתום התקופה לשהייה בישראל החלה לגבי העובד הזר שבעדו שולם הפיקדון" בתקנה 11 לתקנות הפיקדון.

לא ראיתי מקום להורות על שיטול הוראת סעיף 1א(ז)(2) ויתר הוראות תקנה 11 לתקנות הפיקדון, היות שהן נוגעות לשימוש בכספים שלא הוצאו על ידי עובדים זרים מחשבון הבנק במשך תקופה ממושכת, ללא קשר למנגנון הניכוי. ולבסוף, ככל שלא יגובש הסדר החלופי האמור בתוך שישה חודשים, אציע כי המשיב 1, באמצעות רשות

האוכלוסין, יהיה אחראי על השבת כלל הכספים שנוכו מפיקדונותיהם של עובדים זרים שיצאו מישראל בשל שיהוי ביציאה מהמדינה (בין מכוח תקנות הפיקדון ובין מכוח נהלים שקדמו להתקנתן), וזאת תוך 90 ימים ממועד ביטול ההוראות שלעיל. במסגרת זאת ייעשה כל מאמץ לאיתור העובדים באמצעות נציגויות ישראל בחו"ל (בהתאם לאופן שהדבר נעשה בעבר כשנדרש היה להעביר כספי פיקדון לעובדים זרים שיצאו מישראל, כמתואר בעמ' 14-15 למענה לבקשה לפרטים נוספים מיום 8.11.2022).

אחר הדברים האלה

89. לאחר שקראתי את חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה פוגלמן, אני מצטרפת לעמדתו לפיה העותרים בהליכים שלפנינו יהיו זכאים כבר עתה להשבת הכספים שנוכו מפיקדונותיהם. כמו כן, אני מצטרפת בהסכמה להערותיה של חברתי השופטת ברק-ארז בפסקאות 3-7 לחוות דעתה, המתייחסות לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג, ומצאתי להוסיף עליהן הערות אחדות משלי.

90. חברי השופט סולברג סבור כי בענייננו אין נפגעת כלל זכות חוקתית, וזאת משלושה טעמים עיקריים – "הסכמתו של האדם הזר להחיל על עצמו את תנאי העבודה שסוכם עמו מראש"; העובדה כי לאותה הסכמה נוספה "פעולה אקטיבית מצדו", אשר יש בה פגיעה בכלל אזרחי ישראל; ומשום שמדובר בעבירה על חוק הכניסה לישראל (פסקה 15 לחוות דעתו).

איני רואה עין בעין עם חברי בעניין זה. לגישתי, הכספים שהופקדו בחשבון הפיקדון הם קניינו של העובד הזר. הוא זכאי להפקדתם כחלק מתנאי העסקתו. על כן, שלילתם מידי מהווה פגיעה בזכות הקניין שלו שהינה זכות חוקתית (סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). שאלה אחרת לחלוטין בעיניי היא השאלה האם יש הצדקה לשלילת כספי הפיקדון – כולם או חלקם – בהתקיים האירועים שנקבעו בחוק עובדים זרים ובתקנות הפיקדון. ובלשון פסקת ההגבלה – האם מדובר בפגיעה לתכלית ראויה והאם מנגנון ניכוי כספי הפיקדון הוא מידתי.

91. אני סבורה כי העובדה שעובדים זרים הבאים לישראל קיבלו על עצמם עם בואם תנאים מסוימים הנוגעים להעסקתם ולמשך שהייתם, אין בה כדי לשלול מידם, מראש, את זכות הקניין על כספים שצברו במהלך תקופת העסקתם וכן את האפשרות להלין על הפגיעה באותה זכות. כפי שציינה חברתי השופטת ברק-ארז (פסקאות 4-5 לחוות דעתה), מסקנה זו מצאה את עיגונה כבר בעניין קו לעובד 2006 מפי השופט א' א' לוי אשר פסק כי הסדר ש"כבל" עובדים זרים למעסיק שהזמין אותם לישראל פוגע בזכויותיהם החוקתיות, אף שלכאורה העובדים קיבלו על עצמם מרצון את ההסדר האמור עם הגעתם לישראל. בהקשר זה חשוב לשוב ולהדגיש כי עניין לנו בקבוצה פגיעה ומוחלשת שלרוב

אין ביכולתה לעמוד על זכויותיה, וכי יחסי העבודה עמה מתאפיינים בפערי כוחות משמעותיים. דוגמה מובהקת הממחישה זאת ניתן למצוא בעניינו של צ'באנו עצמו, שעבד בישראל באופן חוקי במשך מספר שנים, נפצע באופן חמור במהלך עבודתו בענף הבניין, ובהמשך נשללו ממנו סכומים משמעותיים מתוך הכספים שהופקדו עבורו לאורך שנות עבודתו.

92. הטעמים הנוספים שציין חברי אף הם אין בהם כדי לשנות ממסקנתי לפיה יסוד הפגיעה בזכות הקניין מתקיים בענייננו. לגישתי, המקום הגיאומטרי שבו יש לבחון את ההשלכות הנובעות מהפרת תנאי השהות של העובד הזר בישראל, איננו בשלב שבו נבחנת הפגיעה בזכות, אלא בשלב שבו בוחנים את התקיימות תנאי פסקת ההגבלה. שאם לא כן על כורחך אתה אומר כי כל הפרה של תנאי השהות מאיינת למעשה את זכות הקניין לחלוטין, וזוהי בעיניי תוצאה המעוררת קושי רב. בהקשר זה כבר נפסק בע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002) (להלן: עניין טילגדו) כי "עלינו להבחין תמיד בין היקף הזכות (הנקבע על-פי פירוש הזכות ויחסה לזכויות אחרות) לבין מידת ההגנה על הזכות (הנקבעת על פי הוראות פסקת ההגבלה) [...]" (שם, בעמ' 550). חברי הפנה אף הוא לעניין טילגדו, אך בחר לאמץ ממנו את דעת המיעוט של השופטת ט' שטרסברג-כהן.

העובדה כי העובדים הזרים בהימנעם לעזוב את הארץ במועד שנקבע להם נקטו, כלשון חברי, פעולה אקטיבית שהיא פלילית באופייה (פסקה 14 לחוות דעתו), אינה משנה ממסקנתי לפיה אין בכך כדי לאיין את זכות הקניין שלהם בכספי הפיקדון. בהקשר זה נפסק לא אחת כי גם מי שביצע מעשים חמורים בהרבה, אינו מופשט אך בשל כך כליל מזכויותיו החוקתיות (ראו: עניין טילגדו, בעמ' 540, 562; ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 371, 329 (2008); עע"מ 8277/17 זיוד נ' שר הפנים, פסקה 39 לחוות דעתי (21.7.2022)).

93. נוכח מסקנתו של חברי לפיה הסדר הניכוי אינו פוגע בזכות הקניין של העובדים הזרים, ציין חברי כי מבחינתו ניתן לעצור את הבחינה החוקתית שם. עם זאת, ולמעלה מן הצורך, לשיטתו, הוסיף חברי והתייחס למבחני המידתיות, והגיע למסקנה כי הסדר הניכוי צולח גם מבחנים אלה. אף בעניין זה איני רואה עין בעין עם חברי. בעיקר אין בידי להסכים לעמדתו המתייחסת למבחן המידתיות במובן הצר ולפיה אין "[...] די בהטלת ספק, או בהצגת סימני שאלה, ביחס למידת התועלת הצומחת מן ההסדר, כדי להביא לבטלותו. כדי להוציא את החוק מחזקתו, דרושים סימני קריאה ברורים" (פסקה 25 לחוות דעתו).

אכן, קיומם של ספקות באשר לתועלת הצומחת מן ההסדר אינו מספיק כשלעצמו לצורך הקביעה כי חוק אינו חוקתי; אך כאשר לספקות אלה מתווספת, כבענייננו, פגיעה משמעותית ביותר בזכות חוקתית – אין מנוס מן הקביעה כי החוק אינו חוקתי. זאת, שכן ככל שהדבר נוגע למבחן המידתיות במובן הצר, התועלת מן החוק היא רק צד אחד של המטבע, ובכל מקרה ומקרה יש לבחון את היחס בינה ובין הפגיעה שנגרמת כתוצאה מהחוק. הצבת תנאי של הצגת "סימני קריאה ברורים" בנוגע להיעדר התועלת של חוק על מנת להביא לבטלותו, אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה לפיה מבחן המידתיות השלישי הוא במהותו מבחן שמאזן בין "מידת התועלת וההסתברות להגשמתה" ובין "חשיבות הזכות, עוצמת הפגיעה וההסתברות" (בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 16 לחוות דעתו של השופט עמית (15.4.2015)); ראו גם: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999); עניין איתן, בפסקאות 66-70 לחוות דעתו של השופט פוגלמן (22.9.2014). כלומר, אפילו במצבים שבהם אין כל ספק לגבי תועלתו של הסדר מסוים, ייתכן כי לנוכח קיומה של פגיעה משמעותית בזכות יסוד חשובה, הוא ייחשב כבלתי מידתי.

בהינתן המבחן המאזן האמור הגעתי, אפוא, אל המסקנה כי "מנגנון הניכוי במתכונתו הנוכחית אינו מקיים יחס ראוי בין תועלתו לפגיעה שנגרמת כתוצאה מהפעלתו" (פסקה 85 לעיל). ממסקנתי זו לא שיניתי גם למקרא חוות דעתו של חברי.

109 דבר

94. שורה של פסקי דין שניתנו בבית משפט זה עסקו בזכויותיהם של עובדים זרים בישראל והוזכר בהם הציווי המקראי "וְנָגַר לֹא-תוֹנֶה וְלֹא תִלְחָצֶנּוּ, פִּי-גֵרִים הֵייתֶם, בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם" (שמות כב, כ; ראו, בין היתר: עניין קו לעובד 2006, בעמ' 403; עניין קו לעובד 2011, בעמ' 200). כפי שהבהיר רש"י בפירושו לפסוק זה: "כל לשון גר: אדם שלא נולד באותה מדינה, אלא בא ממדינה אחרת לגור שם". העובדים הזרים המועסקים בענפים כמו סיעוד ובניין מגיעים לישראל לרוב על רקע מצוקה כלכלית בארצם ובמטרה לפרנס את עצמם ואת משפחותיהם (ראו והשוו: עניין קו לעובד 2014, פסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ארבל). הצורך בנקיטת צעדים להתמודדות עם התופעה של שהייה בלתי חוקית של עובדים זרים בישראל, עם כל חשיבותו, אינו יכול להצדיק פגיעה כה קשה בזכויותיהם, בדרך של שלילת כלל ההפרשות הסוציאליות שהופקדו לטובתם על ידי המעסיק בתקופת עבודתם. וכפי שכבר נפסק:

"אין לגזור מאותו היתר כניסה לצורך עבודה שנתנה המדינה בידי העובד הזר, הרשאה בלתי-מסויגת לפגוע בזכויותיו. העובד הזר אינו נכנס בשערי המדינה ומשיל מעליו את אנושיותו וזכויותיו היסודיות. אף העובדה שאין מוטלת על המדינה חובה לקלוט לתוכה עובדים זרים, אין פירושה כי משמחליטה היא לעשות זאת –

רשאית היא לעשות זאת בכל תנאי" (עניין קו לעובד 2006, בעמ' 397).

95. אשר על כן, אציע כי נקבל את העתירה במובן זה שנורה על בטלותן של ההוראות המנויות בפסקה 88 לעיל, וכי בטלות זו תושעה לפרק זמן של שישה חודשים ממועד מתן פסק הדין, כדי לאפשר לגורמים המוסמכים לגבש הסדר חלופי שיש בו משום מענה לקשיים בהסדר הנוכחי. עוד אציע כי הכספים שנוכו מפיקדונותיהם של העותר 1 בבג"ץ 6942/19 והעותר 1 בבג"ץ 6948/19 יושבו לידיהם כבר עתה, כאמור בפסקה 89 לעיל. לבסוף אציע כי המשיבים יישאו ביחד בהוצאות העותרים בסכום כולל של 20,000 ש"ח.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה א' חיות. בצד האמור, מבקש אני להציע כי במישור הסעד, לצד השעיית בטלות החקיקה לתקופה של 6 חודשים – נורה על השבתם של הכספים שנשללו במקרים שלפנינו, כפי שאפרט להלן.

1. העתירות שלפנינו מכוונות לחוקתיות מנגנון ניכוי כספי פיקדון שהופקדו עבור עובדים זרים, שמעוגן בסעיפים 1א(ד) ו-1א(ז) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: חוק העובדים הזרים או החוק) ובתקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016 (להלן: התקנות). הדברים פורטו בחוות דעתה של הנשיאה, ולכן אתייחס אליהם בתמצית. בעיקרם של דברים, לפי ההסדר שמונח לפנינו, בענפים שבהם חלה חובת הפקדת פיקדון (המפורטים בתוספת השנייה לתקנות), על המעסיק להפקיד פיקדון בסך מרכיב הפיצויים ומרכיב תגמולי המעסיק, וזאת בהתאם לצווי ההרחבה או ההסכמים הקיבוציים שחלים באותו הענף. זכאותו של העובד הזר לקבל את כספי הפיקדון מותנית בכך שהוא עזב את ישראל עד תום התקופה שבה הורשה לשהות בה. ככל שהעובד הזר לא עזב את ישראל במועד כאמור, נקבע מנגנון ניכוי מנהלי בשיעור הדרגתי, כך שבסופו של יום, ככל שהעובד עזב את ישראל בשיהוי של 6 חודשים ומעלה, ינוכה מלוא סכום הפיקדון (הסדר זה יכונה להלן: מנגנון הניכוי או המנגנון).

2. מצטרף אני כאמור לקביעתה של הנשיאה כי מנגנון הניכוי פוגע בזכותם של העובדים הזרים לקניין. סבורני כי במקרה דנן, הפגיעה בזכות לקניין היא בעוצמה גבוהה והיא מבוססת על מספר נדבכים. ראשית, יש ליתן משקל למהות הכספים שהופקדו

בפיקדון ואשר נשללים מהעובד הזר – תשלומים סוציאליים שבהם חייב המעסיק. בהקשר זה כבר עמדתי על כך כי כאשר מדובר בסכום שהמעסיק מחויב בהפרשתו – יש לראות בו כקניינו של העובד (בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת, פסקה 17 לפסק דיני (23.4.2020) (להלן: עניין גרסגהר)). בהסדר שנדון בעניין גרסגהר שיעורו של סכום הפיקדון אותו המעסיק הפריש עלה על הסכום שאותו היה חייב להפריש מכוח צווי הרחבה. לעומת זאת, במקרה שלפנינו, מדובר אך בתשלומים אשר המעסיק חב בהם – ואין מדובר בתוספת כספים שניתנת לעובד הזר. שנית, יש לתת את הדעת להיקף הניכוי במסגרת מנגנון הניכוי, אשר עלול לעמוד על מלוא סכום הפיקדון (אף זאת בשונה מעניין גרסגהר, בו תקרת הניכוי עמדה על 33%). כפי שעולה אף במקרים שפורטו בעתירות שלפנינו, סכום זה עשוי להגיע לעשרות אלפי שקלים. אין חולק כי מדובר בסכומים נכבדים אשר נצברו מכוח עבודתו של העובד הזר לאורך תקופה ממושכת. לכך יש להוסיף כי בהערכת עוצמת הפגיעה בזכות לקניין יש להתחשב גם בסוג האוכלוסייה עליה חל ההסדר – אוכלוסיית העובדים הזרים. אוכלוסייה זו היא אוכלוסייה מוחלשת ופגיעה, אשר ההנחה לגביה היא שמלכתחילה מדובר במי שנתון במצוקה כלכלית, שבנתון לה הגיע לעבוד בישראל. ברי כי לכך יש השפעה על עוצמת הפגיעה בזכות לקניין. כפי שנאמר בפרשה אחרת:

" [...] על [הבחינה החוקתית – ע' פ'] להיבחן בנתון למציאות העסקתם של עובדים זרים בישראל. עליה לגלות רגישות לנסיבות המורכבות בעטיין מתאפשרת הגעתם לישראל של עובדים זרים לכתחילה. עליה להביא בחשבון את מעמדה המיוחד של קבוצת העובדים הזרים בשוק-העבודה הישראלי – קבוצה המורכבת מעובדים חלשים, 'ארעיים', עניים ובלתי-מאורגנים [...] עובדים זרים המגיעים לישראל לעבוד בה עושים כן על רקעה של מצוקה כלכלית ושל רצונם לפרנס את משפחותיהם. בתהליך הגעתם נגבים מהם, לא אחת, סכומי כסף גבוהים – לעיתים סכומי עתק במושגים המקובלים בארצות מוצאם – בתמורה להסדרת נסיעתם ושהייתם כאן" (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 377, 346 (2006) (להלן: עניין קו לעובד); כן ראו והשוו: בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פסקה 40 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (13.4.2011); עע"ם 1347/07 גורונג נ' משרד הפנים, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת ע' אדבל (21.6.2007) (להלן: עניין גורונג)).

הנה כי כן מנגנון הניכוי פוגע משמעותית בזכות החוקתית לקניין. מסכים אני גם להכרעתה של הנשיאה כי הפגיעה לא עומדת במבחני פסקת ההגבלה הקבועים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומצטרף לנימוקיה שאותם פירטה בחוות דעתה. לא למותר לשוב ולהזכיר כי חריגותו של ההסדר שלפנינו בולטת גם על רקע העובדה כי לא נמצא הסדר דומה בבחינת המשפט המשווה (במקרה של טייוואן – חילוט סכום קצוב שהופקד להבטחת היציאה – אין מדובר בשלילת זכויות סוציאליות, כמפורט בפסקה 71 לחוות דעתה של הנשיאה). אמנם, יש לנקוט במשנה זהירות כאשר אנו בוחנים הסדרים

השוואתיים. בתוך כך, יש לקחת בחשבון את ההקשר הספציפי ומגבלות נורמטיביות, תרבותיות וחברתיות שעשויות להשפיע על טיב ההשוואה (בג"ץ 6301/18 פוזננסקי כץ נ' שרת המשפטים, פסקה 65 (27.12.2018); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 72 (22.9.2014)). ואולם, עסקינן בתופעת ההגירה לצרכי עבודה, תופעה גלובלית שאינה ייחודית לישראל (עניין קו לעובד, בעמ' 374-375; עניין גורונג, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל). משכך ראוי ליתן את הדעת לנעשה במדינות אחרות בעולם. בצד האמור, אבהיר כי המסקנה בדבר אי חוקתיות מנגנון הניכוי, עומדת על רגליה היא, גם בלא הידרשות לבחינה חוקתית השוואתית.

3. בכל שאמור בסעד שאותו מציעה חברתי הנשיאה, מקובלת עליי הצעתה כי נשעה את בטלות ההסדר לתקופה של 6 חודשים. לצד זאת, סבורני כי יש מקום לקבוע שהעותרים שלפנינו יהיו זכאים להשבת הכספים שנוכו מפיקדונותיהם. כפי שפורט בחוות דעתה של הנשיאה, העתירות האמורות הוגשו בשנת 2019. מאז ועד היום ממתינים העותרים להכרעה בעניינם, כשסכומי הכסף שנשללו מהם עומדים על עשרות אלפי שקלים. לכך יש להוסיף את עוצמת הפגיעה בקניין עליה עמדתי לעיל, ואת נסיבותיהם הפרטניות (וראו למשל את המפורט בעניינו של העותר 1 בבג"ץ 6942/19, שנפגע בתאונת עבודה כאשר נפל מקומה שלישית בבניין שבו עבד וסבל מפציעות גוף רבות). בשים לב לאמור, סבורני כי לצד השעיית הבטלות לצורך מתן שהות לכנסת לתקן את מנגנון הניכוי, יש ליתן מענה קונקרטי לעותרים שלפנינו. באופן כזה שיקול דעתנו באשר לסעד החוקתי נותן ביטוי הן לאפשרות שניתנת למתווי המדיניות כמו גם לרשות המחוקקת לקבוע הסדר חוקתי אחר, הן למענה קונקרטי לפגיעה בפרט שהביא את עתירתו לפני בית משפט זה (ראו והשוו: ע"א 6407/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה כרמיאל נ' מסרי, פסקה 121 (24.5.2018)).

המשנה לנשיאה

השופט י' עמית:

1. זכויות סוציאליות נחשבות לצרכים שונים כחלק בלתי נפרד משכרו של העובד. כך, לדוגמה, בתביעות נזקי גוף, במסגרת חישוב הפסד ההשתכרות של עובד שכיר, בתי המשפט מביאים בחשבון, כעניין שבשגרה, את אובדן הפרשת המעביד לפנסיה ולפיצויי פיטורין, בשיעור שעומד כיום על 12.5% על פי צו ההרחבה משנת 2016. משכך, יש לראות בשלילה של סכומים שהופקדו על ידי המעביד, כפגיעה ישירה ועוצמתית בשכרו ובקניינו של העובד.

2. בעניין גרסגהר (בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת (23.4.2020) מצאתי כי התכלית של החוק, המחייב עובדים מסתננים להפקיד חמישית משכרם כפיקדון אשר יוחזר להם רק במועד עזיבתם את הארץ, אינה תכלית ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. זאת, באשר מועד העזיבה את הארץ אינו ידוע, כך שמדובר, למעשה, בהלנת שכרו של גר-שכיר לתקופה בלתי ידועה, מה שגובל בגזל של כספו. לא כך בענייננו, שמועד היציאה מן הארץ קצוב או ידוע, ובמצב דברים זה, אני מצטרף למסקנתה של חברתי הנשיאה השופטת א' חיות, כי ביסוד מנגנון הניכוי עומדת תכלית ראויה.

3. עם זאת, בהינתן עוצמת הפגיעה הגבוהה בזכות הקניין, שיכולה להגיע עד כדי שלילה של כל כספי הפיקדון, והעובדה שמדברים אנו בקבוצה מוחלשת שבזיעת אפה מתפרנסת ומפרנסת, במרבית המקרים, גם את המשפחה שנותרה מאחור – הרי שמנגנון הניכוי אינו צולח את מבחן המשנה השלישי של המידתיות.

משכך, אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתה המקיפה של הנשיאה ומצטרף להצעתו של חברי, המשנה לנשיאה השופט ע' פוגלמן, כי במסגרת פסק דיננו ניתן מענה קונקרטי לעותרים שבפנינו ונורה על השבתם של הכספים שנשללו מהם.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינה הממצה של חברתי הנשיאה אסתר חיות, על תוצאתו ועל כל נימוקיו. אני מצטרפת אף להצעתו של חברי המשנה לנשיאה עוזי פוגלמן, שלפיה נורה על השבת כספי הפיקדון שנשללו מן העותרים בעתירות שלפנינו.

2. עניין לנו בהסדר לניכוי כספים מפיקדון המופקד על ידי מעסיקיהם של עובדים זרים המועסקים בענפי הבניין, הטכנולוגיה הייחודית, מוסדות הסיעוד, המלונאות והתעשייה (להלן: הסדר הניכוי; קבוע בסעיפים 1א(ד) ו-1א(ז)(א) לחוק עובדים זרים התשנ"א-1991 ובתקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016). כפי שהיטיבה לבאר הנשיאה בפסק דינה, הסדר הניכוי טומן בחובו פגיעה בזכות החוקתית לקניין של עובדים זרים בעוצמה כזו שלא ניתן להסכין עימה.

אוכלוסיית העובדים הזרים היא ככלל מן המוחלשות ביותר בישראל. העובדים הזרים נעדרים זכויות סוציאליות, חסרי אמצעים כלכליים, לא מאורגנים, חשופים לניצול ולא פעם נתקלים בקשיים אובייקטיביים בעמידה על זכויותיהם. כספי הפיקדון משמשים אותם כ"רשת ביטחון סוציאלית" ליום שבו יצאו את ישראל וישובו למולדתם – לא פעם בחלוף שנים רבות של עבודה בישראל (כבעניינו של העותר 1 בבג"ץ 6948/19), או לאחר שנפצעו בתאונות עבודה ונגרמו להם נכויות שונות (כבעניינו של העותר 1 בבג"ץ 6942/19). על רקע האמור מתחדדת הפגיעה הממשית בקניינם של העובדים הזרים הגלומה בהסדר הניכוי – שעה שהסדר זה מאפשר ניכוי מלא של כספי הפיקדון במקרה של השתהות העובד הזר ביציאה מן הארץ למעלה משישה חודשים. ויובהר: לא פעם סכומי הפיקדון מצטברים לסך של עשרות אלפי שקלים ואף יותר, שנצברו לאורך תקופת עבודה ממושכת ומאומצת בישראל, ואולם נסיבות מסוג זה אינן מובאות בחשבון בהסדר הניכוי האוטומטי. נוסף על כך, הנתונים האמפיריים שהוצגו לנו מעלים ספקות ממשיים בנוגע למידת האפקטיביות שבה הסדר הניכוי משיג את התכלית העומדת ביסודו – היא מתן תמריץ לעובדים הזרים לצאת מישראל במועד עם תום תקופת שהייתם החוקית בה.

הנה כי כן, וכפי שנקבע בפסק דינה של הנשיאה, התועלת שמצמיח הסדר הניכוי נמוכה באופן משמעותי מן הפגיעה הניכרת שמסב הסדר זה לקניינם של העובדים הזרים, ועל כן הסדר זה אינו צולח את מבחן המידתיות.

3. במישור הסעד, אני מסכימה עם הנשיאה כי יש להשעות את בטלות הסדר הניכוי למשך שישה חודשים. אני אף מצטרפת לעמדתו של המשנה לנשיאה, כי מן הראוי להושיט לעותרים בעתירות שלפנינו סעד קונקרטי של השבת כספי הפיקדון שנוכו בעניינם – משעותרים אלה עמדו בחזית ההליך המשפטי המתנהל זה מספר שנים, נחשפו ברמה האישית, ובכך תרמו תרומה נכבדה לליבונה של הסוגיה הציבורית העומדת על הפרק.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

1. אדם זר מבקש להגיע לישראל, ברשות, על מנת לעסוק בתחומי הסייעוד או הבנייה. לשם כך, עליו להתקשר עם מעסיק ישראלי, אשר נדרש להבהיר לו מראש, קודם הגעתו ארצה, מהן חובותיו וזכויותיו על-פי דין, ולמסור לו מידע מלא על אודות תנאי העסקתו. בתוך כך, מוסבר לאדם הזר, כי הפרשות שכר סוציאליות, שבהן מחויב המעסיק ('חלק המעסיק'), יופקדו בחשבון יעודי, ויִצְבְּרוּ בו עד תום תקופת עבודתו המאושרת בתחומי ישראל. כמו כן, המעסיק מודיע לאדם הזר מהו מועד תחילת עבודתו, ומהו המועד שבו עליו לעזוב את הארץ, מיד עם תום העסקתו. האדם הזר מצדו, מתחייב לעמוד במועדים אלו, בידיעה כי אם לא יעזוב את ישראל במועד המוסכם (הכולל גם תקופת התארגנות), ניתן יהיה לנכות מן הכספים שנצברו לטובתו, בשיעור הולך וגדל (כנגזרת ממועד העזיבה בפועל), וכי אלה יופנו "למטרת רווחתם של עובדים זרים כפי שייקבע" (סעיף 1א(ז)(2) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: החוק)). העובד גם יודע, כי ניכוי זה עשוי להגיע לשיעור של 100% מן הכספים הצבורים, אם ימצא כי תקופת השהייה הבלתי-חוקית עולה על 6 חודשים. זהו, על רגל אחת, הסדר הניכוי. חשוב להדגיש, כי עם תחילת העסקתו, האדם הזר מקבל לידי 'זכותון', מתורגם לשפת מדינת מוצאו, אשר "כולל הסברים על אודות הסדר הפיקדון, תקופת ההתארגנות לעובד הזר בכל ענף, וכן הסדר הניכויים מכספי הפיקדון במקרה של שהייה שלא כדין בישראל" (פסקה 29 לכתב התשובה מטעם משיבי הממשלה).

2. חברתי הנשיאה א' חוות, קובעת בחוות דעתה, כי הסדר הניכוי – שעיקריו מופיעים בסעיף 1א לחוק, וכל יתר תנאיו נקבעו בתקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016 (להלן: התקנות) – פוגע בזכות הקניין של העובדים הזרים. כפועל יוצא מכך, פונה חברתי לבחון אם הפגיעה האמורה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, המעוגנים בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מסקנתה, כי הגם שהסדר נקבע לתכלית ראויה, וחרף עמידתו בשניים ממבחני המידתיות (מבחן 'הקשר הרציונלי' ומבחן 'האמצעי שפגיעתו פחותה'), הוא אינו עומד במבחן המידתיות השלישי, מאחר שלא מתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת ממנו, לבין עוצמת הפגיעה בזכות היסוד ('מידתיות במובן הצר'). משכך, לעמדתה – ההסדר איננו חוקתי. כפי שאפרט להלן, מסקנתי-שלי שונה. לגבי דידי, הסדר הניכוי חוקתי, ואינו מקים הצדקה להתערבותנו. ספק רב בעיני אם ניתן לומר שהסדר מביא לפגיעה חוקתית בזכות הקניין; אך גם אם אניח כי כך הדבר, הרי שמדובר בפגיעה הצולחת את מבחני החוקתיות, ובכללם את שלושת מבחני המידתיות, וממילא אינה מצדיקה התערבות שיפוטית בדבר חקיקה של הכנסת.

3. חברתי הנשיאה דוחה את טענת העותרים, לקיומה של פגיעה בזכות לקיום בכבוד ובזכות לשוויון. דעתי כדעתה בהקשר זה, ועל כן, איני רואה מקום להוסיף

ולהתייחס לטענות אלה בחוות דעתי. אתמקד אפוא בטענה לקיומה של פגיעה בזכות הקניין.

הקדמה קצרה

4. טרם התייחסות לגופם של דברים, אזכיר מושכלות ראשוניים, בכל הנוגע להתערבות בית המשפט בחקיקה ראשית של הכנסת. כידוע, טענות בדבר אי-חוקתיות של חוק יש לבחון בריסון שיפוטי, בכובד ראש, בזהירות ובמתינות; הכרזה על בטלותו לא תעשה כלאחר-יד, אלא אם לא נמצא כל מכלול אחר. בפרט, כאשר מדובר בסוגיה מורכבת, המערבת שיקולים רמים ונכבדים, הכרוכים לא אחת גם בהיבטים מקצועיים, דוגמת: הגנה על שלטון החוק, קביעת מדיניות כלכלית, עיצוב מדיניות הגירה, ועוד כיוצא באלה. כדברי הנשיא א' גרוניס, בבג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 1 לחוות דעתו (22.9.2014):

"הכרזה על בטלותו של חוק אינה מעשה של מה בכך. בעתירות חוקתיות מוטל על בית המשפט לנהוג בריסון, זהירות ואיפוק מיוחדים, פן ימיר הוא את שיקול דעתו שלו בזה של המחוקק. אל לו לבית המשפט להציב עצמו בנעלי המחוקק, ולקבוע הלכה למעשה, במקום המחוקק, את ההסדר החקיקתי הראוי. אכן, אין ספק כי לביקורת השיפוטית תפקיד חשוב בהגנה על זכויות האדם בישראל. אך בשום אופן אין היא אמורה להוות אמצעי להחלפת שיקול דעתו של המחוקק בזה של בית המשפט. על רקע תמרורי האזהרה הללו, כבר קבענו בעבר כי לכל אחד משני השלבים של הבדיקה החוקתית (שלב הפגיעה ושלב המידתיות) מטרה חשובה בנייתוח החוקתי הכולל, ועל כן אין זה ראוי, ככלל, לדלג על השלב הראשון [...]. עוד נאמר בעבר, כי יש להיזהר בפרשנות התפרשותה של זכות חוקתית מסוימת, על מנת למנוע זילות ודילול של זכויות חוקתיות [...]. על רקע זה אף הכרנו פעם אחר פעם ב'מרחב תימרון', במסגרתו רשאי המחוקק לבחור את האמצעי המידתי המגשים את תכלית החקיקה, מבין מגוון הכלים והאמצעים העומדים לרשותו".

דברים דומים אמרתי בבג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט

הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקה 42 (8.7.2021) (להלן: עניין עדאלה):

"ענייננו בביקורת שיפוטית על דבר חקיקה ראשית של הכנסת. 'שומה עלינו לגשת אל המלאכה בדחילו ורחימו, במתינות, בכבוד' [...]. במעשה החקיקה מבטאת כנסת ישראל, המורכבת מנציגי העם, את רצונו הריבוני; בית המשפט לא יצר את צעדיה של הכנסת כלאחר יד. רק כאשר נתברר כי הרשות המחוקקת חורגת מן הכללים שקבעה לה היא עצמה כרשות מכוונת, יש הצדקה להתערבות מעין זו. 'אכן, הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט' [...]. לפיכך למדנו ושנינו, כי ביקורת שיפוטית חוקתית על מעשה החקיקה

תעשה 'בזהירות ובריטון ותוך הימנעות מעיצוב מחדש של המדיניות שנבחרה על ידי המחוקק' [...]."

מן הראוי לזכור ולהזכיר את דבריו הנכוחים של השופט י' זמיר, בבג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 67 (1996), שלפיהם – "בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם. עד שבית המשפט פוסל חוק, הוא חייב לשבת שבעה נקיים: לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאוד עם עצמו, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה".

עם התוכנות הללו, אפנה לבחון את נסיבות העניין שלפנינו.

פגיעה בזכות חוקתית – האמנם?

5. כידוע, כאשר מועלית טענה לאי-חוקתיות דבר חקיקה, יש לבחון תחילה אם ההסדר החוקי אכן פוגע בזכות חוקתית. אם נמצא כי אין הדבר כן, ניתן לעצור את תהליך הביורור כבר בנקודה זו; אין להוסיף ולבחון את עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה. רק אם מתברר כי ההסדר מביא לפגיעה כאמור, יש להתקדם לשלב הבא של הבחינה החוקתית. על חשיבותו של השלב הראשון, ועל כך שאין למהר אל השלב השני ללא הצדקה מספקת אמרתי בעבר כך: "ראשית חכמה, בכניסה לפרוזדור, עלינו לבחון האם קיימת פגיעה משמעותית דיה, המצדיקה כניסה אל הטרקלין לצורך בחינה חוקתית. רק אם תענה שאלה זו בחיוב, נפנה לבחון את הפגיעה לגופה, על-פי מבחני פסקת ההגבלה. אם לא כן, ישחק מעמדם וערכם של חוקי-היסוד" (בג"ץ 145/21 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל, פסקה 13 (17.2.2021)). כדברים הללו, אמרתי בעניין עדאלה (פסקה 44):

"השלב הראשון של הבחינה החוקתית – בחינת הפגיעה בזכות החוקתית – אין ערוך לחשיבותו; בגדרו אנו נדרשים ללבן ולברר במדויק את גדריהן של אותן הזכויות אשר כנסת ישראל, בכובעה כרשות מכוננת, החליטה להעניק להן הגנה מיוחדת. לא לכל אינטרס או זכות – נעלים, ראויים ומוצדקים ככל שיהיו – נודע מעמד של זכות חוקתית על-חוקית; לא כל זכות משפטית היא גם זכות חוקתית. אכן, 'הרחבה גורפת של גבולות הזכות החוקתית בשלב הראשון, ומעבר 'אוטומטי' למבחני פסקת ההגבלה בכל מקרה שבו נטען כי דבר חקיקה פוגע בה, עשויה להביא, באיזון הכולל, לשחיקת ההגנה שמקנים חוקי היסוד' [...]. תפסת מרובה – לא תפסת [...]. אין מקום אפוא לגישה שלפיה, דרך משל, 'לכל אדם יש הזכות החוקתית שהטלוויזיה תשודר בצבע, ולא רק ב'שחור-לבן' [...]. 'אינפלציה של זכויות מוזילה את ערכן. המוסיף, לעתים גורע' [...]."

נבחן אפוא את טענת העותרים, שלפיה הסדר הניכוי מביא לפגיעה בזכות הקניין.

6. על מנת להוכיח פגיעה בזכות חוקתית, יש להגדיר תחילה את גבולותיה של הזכות, ולהבהיר עד היכן היא משתרעת. בע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002) (להלן: עניין סילגדו), נתגלעה מחלוקת בין הנשיא א' ברק, לבין השופט ט' שטרסברג-כהן (שנותרה במיעוט, לאחר שהשופט א' א' לוי צירף את דעתו לדעת הנשיא ברק), באשר לשאלה אם ניתן לומר שתיקון 39 לחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד1994), שנעשה לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואשר בגדרו הורחבה אחריותם של מבצעי עבירה בצוותא, גם ביחס לעבירות נוספות שבוצעו על-ידי אחד מהם, פוגע בזכותו של העבריין לחירות. הנשיא ברק סבר, כי מאחר שהתיקון עשוי להביא להטלת עונש מאסר, הריהו פוגע בזכותו של האדם לחירות, ועל כן, יש להוסיף ולבחון את עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה. לעומתו, השופט שטרסברג-כהן סברה אחרת; כדבריה שם (עמודים 554-556):

"כל מערכת חוקים, שבלעדיה לא תיכון חברה מתוקנת, קובעת סייגים וגדרות להתנהגותו של אדם. בהסדרים יחסים בין אדם לרעהו ובין אדם לרשות מגבילים החוקים מעצם טיבם וטבעם את התנהגותו הרצונית והחופשית של האדם. במישור הפילוסופי הרחב ניתן לומר כי כל החוקים כולם 'פוגעים' בחירותו של האדם לנהוג כרצונו. החוק הפלילי, יותר מכל תחום משפטי אחר, תוחם את המותר והאסור בהתנהגותו של אדם וקובע נורמטיבית התנהגויות מסוימות כעבירות פליליות שעונש בצדן, בין היתר עונש מאסר. קביעת הנורמה הפלילית באה על-מנת לאפשר לבני-האדם לחיות בחברה מתוקנת שבה אדם הפוגע בזולתו בניגוד לחוק ייתן את הדין על כן, לפיכך הוראת חוק הקובעת התנהגות כעבירה איננה כשלעצמה אפריורית הוראה הפוגעת בזכויות יסוד שבחוק יסוד. כך גם לגבי ענישה. ניתן לגרוס, כי בעצם קביעת התנהגות מסוימת כפלילית ובעצם הטלת עונש בכלל ומאסר בפרט, מובנית פגיעה בזכויות האדם. אך האם בשל כך עומדות הוראות החוק הפלילי, הקובעות התנהגויות אנושיות מסוימות כעבירות שעונש בצדן, אפריורית בסתירה לחוק היסוד? האם אנו חיים במשטר הפלילי הקיים אך משום שלא ניתן לבטל חוקים שנחקקו קודם לחוק היסוד, ולא משום שחוקים אלה מכילים איזונים ראויים, הבנויים על עקרונות היסוד של שיטתנו? האם לא נכון לומר ש'פגיעה' זו באה על-מנת להגן על זכויות האדם של כל יחיד החברה, לרבות העבריין עצמו ולא לפגוע בהן? אכן, כל אדם נולד בן-חורין, אך בתוקף היותו חלק מן החברה שבה הוא חי מוסדרת פעילותו על-ידי הסדרים שהחברה מטילה על חבריה. כפיית הציות להסדרים אלה באמצעות הסנקציה הפלילית של ענישה היא התשובה לאי-ציות. במישור המופשט שלו – מתווה המשפט הפלילי את הגבולות החיצוניים, שמעבר להם אין הפרט יכול לממש את זכותו לחירות האישית שלו ואת שאר זכויות האדם שלו, בלא שיפגע בזכויות היסוד של זולתו' [...].

[...] לאדם שהדין העונשי מדבר בו אין ניתנת חירות להתנכר לנורמות המשפט הפלילי של החברה שבה הוא חי. המשפט הישראלי מגן על חייו, על חירותו ועל קניינו של האדם. הוא מגן עליהם גם מפני פגיעה בהם על-ידי עבריינים, הנוטלים חירות לעצמם לפגוע בזכויות יסוד של אחרים. הגנה על זכויותיהם של הנפגעים הפוטנציאליים מחייבת הגבלת

זכויותיהם של הפוגעים. הגנה על חירות הקורבן מחייבת הגבלת חירות העברייין. 'קיומה של חירות אמיתית מחייב כיבוד זכויותיו של הזולת' [...]. הטלת צל של אי-חוקתיות אפרוורית על סנקציית המאסר, שהיא הסנקציה המרכזית במשפט הפלילי, מרופפת את ההגנה על החברה מפני המבקשים לפרוע את סדריה ולפגוע בזכויות היסוד של חבריה. הוראות החוק הפלילי, העבירות הקבועות בו והעונשים שלצדן הם חלק ממערכת ההגנה של החברה ושל יחידיה על זכויות היסוד שלהם.

[...] עקרונות היסוד המסורתיים של המשפט הפלילי, כגון עקרון החוקיות, העיקרון כי אין עונשין על דברים שבלב, העיקרון שלפיו אין עבירה בלא אשמה ועוד, מגולמים בהוראותיו, ומקל וחומר שמגולמים הם בהוראות חוק פלילי שנחקקו לאחר חוק היסוד. לפיכך ספק אם יש לתפוס את הנורמה הפלילית ואת עונש המאסר שבצדה כפוגעים מדעיקרא בזכויות אותו אדם – העברייין – שפעילותו היא זו הפוגעת בזכויות שעליהן בא חוק היסוד להגן.

[...] כל עוד מאזן החוק הפלילי כראוי בין ההגנה על החברים השונים בחברה, לרבות העברייין, אין בכפיית הציות לחוק על-ידי מאסר משום פגיעה בחירותו של הנכפה במובנה של החירות המוגנת על-ידי החוק. ספק הוא אם החירות להתנכר לנורמות החברתיות שהדין הפלילי קבע כעבירות שעונש מאסר בצדן היא אותה חירות שעליה מגן חוק היסוד" (ההדגשות הוספו – נ' ס').

מן האמור עולה, כי לדעת השופטת שטרסברג-כהן, הזכויות המנויות בחוק היסוד כפופות כבר מלכתחילה, עוד בשלב עיצובן, לנורמות החברתיות, ולסט הכללים המרכיב את אגד הזכויות והחובות של אזרחי המדינה. כלומר, לגישה, זכות יסוד עשויה להיות מוגבלת ותחומה, כבר מאז בריאתה. אמנם, השופטת שטרסברג-כהן נותרה באותו עניין במיעוט, אך דבריה מחייבים מחשבה. האם זכות חוקתית היא בלתי-מוגבלת? האם תחולתה זהה בכל מקרה ומקרה, ללא קשר לנסיבותיו? האם לא ראוי, עוד בשלב קביעת היקף השתרעותן של זכויות חוקתיות – כגון הזכות לכבוד האדם, לחירות או לקניין – להכניסן תחת הקשר מוסרי? האם אין זה נכון ומתאים, בעת קביעת תחום ההתפרסות של הזכות החוקתית, לערוך הבחנה התלויה בבחירות החופשיות והערכיות שבהן בוחר, או יבחר, בעל הזכות? לצורך ענייננו-אנו, איני רואה צורך לדון בסוגיה זו על כל היבטיה; די אם אומר, כי לטעמי, בנסיבות העניין דנן, יש להשיב לשאלה זו בשלילה. להלן אפרט מדוע.

7. כאמור לעיל, ענייננו כאן במי שהגיע לישראל, במטרה לעבוד בה ברישיון. האדם הזר יודע היטב, עוד קודם תחילת עבודתו, את תנאי ומועדי העסקתו – את יום בואו ואת יום צאתו – והגעתו ארצה מעידה, כי סבר וקיבל על עצמו תנאים אלה מבעוד מועד, ככתבם וכלשונם. שאם לא כן, היתה ההתקשרות עמו נגדעת בעודה באיבה. בהקשר זה, כפי שצינתי לעיל, האדם הזר יודע כי 'חלק המעסיק' מופרש לחשבון יעודי, וממתין לו

שם, עד עזיבתו את הארץ, במועד שנקבע מראש (בתום תקופת התארגנות), וכי אם לא יצא במועד, הכספים שבחשבון הפיקדון ינוכו בשיעור מדורג, כקבוע בתקנות, בהתאם למועד העזיבה בפועל (למעט חריגים מסוימים; ראו בהקשר זה תקנה 8(ב) לתקנות, הקובעת כי העובד הזר רשאי להגיש בקשה להפחתת הניכוי, או ביטולו, אם הוכיח "כי נבצר ממנו לעזוב את ישראל עד תום התקופה לשהייה בישראל החלה לגביו, או כי בתום לב ובשל טעות [...] הוא לא עזב את ישראל עד תום התקופה האמורה, וכי בשל כך לא יהיה זה צודק לזקוף לחובתו את תקופת השיהוי, כולה או חלקה"). הַנִּי אומר, ידוע ידע האדם הזר, כבר מלכתחילה, כי כניסתו לארץ נתונה תחת משטר מסוים של זכויות וחובות. על דעת זאת הורשה להיכנס לישראל, ואף קיבל היתר לשהייה ועבודה בתחומיה. ברי כי עמדה לו אפשרות לעבוד במדינת מוצאו, ויש להניח כי גם מדינות נוספות היו פתוחות לפניו בחפשו אחר תעסוקה. ואולם, זה בחר להגיע דווקא לישראל, לאחר שמצא כי העבודה שהוצעה לו, על זכויותיה וחובותיה, נושאת חן בעיניו. בכך, החיל על עצמו, באופן רצוני, את תנאי העבודה שסוכמו עמו מראש, ואין לאפשר חריגה מהם בדיעבד – הנאה מזכויות, תוך השתחררות מחובות, בבחינת "שלי שלי ושליך שלי" (משנה, אבות ה, י). לא זו אף זו: יש לזכור כי ברירת המחדל היא שכל הכספים שנצברו לזכותו של האדם הזר, נמסרים לידי עו"ד עם עזיבתו את הארץ. חריג לכך הוא מצב שבו האדם הזר מפר את תנאי הרישיון, ובוחר לפעול בניגוד למוסכם עמו, שאז מופעל הסדר הניכוי, בהתאם לשיעורים שנקבעו בתקנות.

8. בהינתן האמור, קשה עד מאוד לקבל את הנטען בעתירה, כי הסדר הניכוי פוגע בזכות הקניין של האדם הזר, לאחר שזה הפר ביודעין את ההסכם שנערך עמו, ובחר בדרך עקלתון שסופה ניכוי, לאחר ששקל את האפשרויות העומדות לפניו (אם לעזוב את הארץ במועד ולקבל את כספי הפיקדון במלואם; או להישאר בה שלא כדין, בניגוד להתחייבותו, ובכך להחיל על עצמו את הסדר הניכוי). ספק רב אם ביכולתו להתייצב עתה ולטעון, כי זכותו הקניינית – שעוצבה מלכתחילה בהתאם להסדר הניכוי – נפגעת, עד שהיא מקימה הצדקה להתערבות שיפוטית בדבר חקיקה של הכנסת. בפרט, כאשר המפתח למניעת אותה פגיעה חוקתית נטענת, נתון בידיו-שלו, באופן בלעדי. אם ירצה להימנע מניכוי, כל שעליו לעשות הוא לקיים את ההתחייבות שנטל על עצמו מראש, ולעזוב את הארץ מיד עם תום העסקתו.

9. בשונה מעניין טילגדו (שכאמור, השופטת שטרסברג-כהן נותרה בו במיעוט), שבו דובר על תיקון שנעשה לחוק העונשין, לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – תיקון שהוחל על כלל אזרחי המדינה, מבלי שקיבלו על עצמם, באופן פרטני, את ההסדר החוקי החדש – נסיבות ענייננו שונות הן. בעניין דנן, עסקינן במי שקיבל על עצמו מראש, באופן מודע, את ההסדר החוקי הקיים, הכולל בתוכו משטר מסוים של זכויות וחובות, כך שמתבקש לומר כי היקף זכויותיו נבלם בגבולות חובותיו (וראו: שי לביא "צדק מתקן בפלילים – עיון מחודש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים – לאחר

עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511, 524-528 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010)). זאת בפרט, שעה שהעותרים שלפנינו לא הלינו על הפגיעה בזכויותיהם מלכתחילה, אלא רק בדיעבד, לאחר שהורשו להיכנס לישראל, והפרו בידועין את חובותיהם על-פי דין. לכך יש להוסיף, כי בהקשר זה עניינם של העותרים שונה בתכלית גם מעניינם של המסתננים לישראל, באשר אלה עשויים לטעון כי נכנסו לישראל מחמת אילוץ, מאונס ולא ברצון, כך שלא קיבלו על עצמם, במפורש ובמודע, חובות ומחויבויות המגבילות את היקף זכויותיהם (השוו: בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת (23.4.2020) (להלן: עניין גרסגהר)). נראה אפוא, כי טענת העותרים שלפיה הסדר הניכוי עולה כדי פגיעה בזכותם לקניין – מוקשית ביותר.

10. מעבר לכך, מתן במה לטענות כגון דא, ועל אחת כמה וכמה קביעה כי הסדר הניכוי עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית – חרף העובדה שהפגיעה הנטענת נובעת באופן ישיר מהפרתו של האדם הזר את הסיכום עמו, ומהתעלמותו המכוונת ממארג הזכויות והחובות שהסכים לו עם הגעתו ארצה – פוגעת קשות בשלטון החוק. היעלה על הדעת כי בית המשפט יתן ידו להפרה מודעת ומכוונת של החוק בשם פגיעה בזכויות? האם עתירות לבית משפט זה, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, נועדו לשמש מטריית מגן לעוברים על החוק? דומה כי התשובה לשאלות אלה – ברורה. כל תשובה אחרת, תביא להגשת עתירות הנגועות באי-ניקיון כפיים, ותעניק לגיטימציה לשימוש לרעה בהליכי משפט.

11. במבט רחב יותר, ובהמשך לאמור לעיל, לגבי הגישה שהובעה על-ידי השופט שטרסברג-כהן בעניין טילגדו, שותף אני לדעה, כי הרחבה ללא גבולות של זכויות היסוד, תביא בסופו של יום לזילות זכויות חשובות אלה; לפגיעה בתפקודו של בית המשפט, ובתפקידו כמגן על זכויות; ולטשטוש הגבולות שבין הרשות המחוקקת לרשות השופטת. כשלעצמי, אינני סבור כי ראוי לכלול בתוך תחום התפרסותן של זכויות היסוד, גם אינטרסים רכושיים המקיימים קשר רופף וקלוש עם זכויות אלה; אם לא כן, יהפוך השלב הראשון של הבחינה החוקתית, הלכה למעשה, למשוכה אוררירית, קלושה עד לא קיימת, שניתן לדלג מעליה בקלילות – לאות מתה. כפי שציין השופט א' גרוניס, בבג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (פסקה 2 לחוות דעתו): "ההגדרה הרחבה מאד של הזכות החוקתית, כשיטתו של חברי הנשיא, מביאה לכך שחוקים לא מעטים ייחשבו כפוגעים בזכויות חוקתיות ולפיכך יהיו חייבים לעמוד בבחינה החוקתית, קרי בתנאייה של פיסקת ההגבלה. התוצאה עלולה להיות זילות של הזכויות החוקתיות. כמו כן עלולה להתעורר בעיה מעשית באשר ליכולתם של בתי המשפט להתמודד השכם והערב עם טענות חוקתיות". דברים ברוח דומה, ציין השופט י' זמיר, ביחס לזכות הקניין (אשר נדונה גם בעניינינו-אנו), בפסק הדין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 470-471 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי):

"[...] אני מבקש להיזהר מאוד שלא לקבוע מסמרות בשאלה מהו קניין ומהי פגיעה בקניין. האם חוק היסוד מעניק הגנה מפני כל חוק חדש שיש עמו פגיעה, לרבות פגיעה עקיפה, בערך הרכוש או בהכנסה כספית? לדוגמה, האם ההגנה על הקניין משתרעת גם על מגבלות שחוק מטיל על חוזי עבודה, כגון הוראה בדבר שכר מינימום או על דרישות ביחסי ממן בין בני-זוג, כגון הוראה בדבר חיוב במזונות? אם כל פגיעה בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקניין, נמצא כי החוקים הפוגעים בקניין רבים מני ספור; בית המשפט עלול לשקוע ראשו ורובו בבדיקת החוקיות של כל חוק כזה, שמא, בין היתר, הוא פוגע בקניין מעבר למידה הדרושה; והמחוקק יתקשה למלא את תפקידו כראוי. ככל שיורחב ההיקף של הקניין זכות חוקתית, כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת."

וראו גם את דברי פרופ' מרים גור-אריה במאמרה "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגדו" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 325, 331 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009), שבו הביעה חשש כי גישתו של הנשיא ברק, תביא לכך שבכל מקרה שבו יעלה נאשם טענה לפגיעה חוקתית בזכותו לחירות, מחמת הוראה פלילית חדשה, יוטל נטל אוטומטי על המדינה, להוכיח את עמידתה של זו בתנאי פסקת ההגבלה.

12. מעבר לכך, פרשנות מרחיבה שכזו, גם גורעת מזכויות היסוד החוקתיות של אזרחי המדינה, אשר מדיניות ההגירה נועדה בראש ובראשונה להגן עליהם. ראו בהקשר זה דברים שאמרתי בעניין גרסגהר (פסקה 6 לחוות דעתי): "ההסדר יוצר תמריץ כלכלי לעובד המסתנן לצאת מן המדינה. המשך השתקעות 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 [...]. בטחון הפנים מתערער, תחושת הבטחון האישי נפגעת, הפשיעה גואה [...]. 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 [...]. 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 רבבות מסתננים בישראל עובדה מוגמרת שלא ניתן עוד לשנותה". בהקשר זה אדגיש, כי הפגיעה הרעה הנובעת מתופעת ההסתננות הבלתי-חוקית, אינה נכונה רק למי שנכנסו לישראל באופן

בלתי-חוקי; תורמים לה לא מעט גם עובדים זרים, אשר בתחילה נכנסו לישראל כדין, אך מוסיפים לשהות בה באופן בלתי-חוקי, לאחר תום תקופת העסקתם, בניגוד להתחייבותם.

13. הנה כי כן, ספק רב אם ניתן לומר כי הסדר הניכוי יוצר 'בעיה חוקתית'. מסתבר יותר לומר, כי גבולותיה של הזכות, מסתיימים באותה נקודה שבה מתחילה החובה שנטלו העותרים על עצמם, מתוך רצון חופשי. בפרט, מקום שבו מפתח הניכוי נתון בידי העותרים בלבד, וכל שנדרש מהם הוא לעמוד בהתחייבותם המקורית, ולעזוב את הארץ במועד. עלינו להימנע אפוא מ'יד קלה על ההדק', מקביעה חפוזה כי החוק פוגע בזכות חוקתית, וממעבר מהיר יתר על המידה לשלב הבא, הבוחן את מידתיות הפגיעה. פנייה למבחני המידתיות, ללא הצדקה מספקת, עלולה להביא להרחבת מתחם ההתערבות החוקתית, ולהתרת הריסון השיפוטי שבו נוהג בית המשפט, בדונו בסוגיות חוקתיות, הנוגעות לסמכותו להורות על ביטול חוקים. ראו והשוו בהקשר זה, לדברי השופט י' זמיר, בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996), תחת הכותרת – "כבוד החוק":

"המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט. וכי יש צורך לחזור על אמת נדושה זאת? אכן כן. מי ששומע טענות שעורכי-דין שוטחים לפני בית-משפט זה בעת האחרונה, יכול להתרשם כי חוק של הכנסת הורד לדרגה של החלטה מינהלית. עורכי-דין באים לפני בית המשפט חדשים לבקרים, כשרוממות חוקי היסוד בגרונם, וטוענים כי חוק זה או אחר סותר חוק יסוד. האם כסדום היינו לעמורה דמינו, שכל כך הרבה חוקים פוגעים בזכויות היסוד של האדם, עד שאין להם תקנה? ואם אין שום יסוד לומר על חוק מסוים שהוא פוגע, למשל, בחופש העיסוק או בזכות הקניין, לפחות אומרים עליו שהוא פוגע בכבוד האדם, כל עותר והכבוד שלו.

אכן, כיום הלכה היא שחוקי היסוד הקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. סמכות זאת היא, לדעתי, חיונית בחברה נאורה, ובמיוחד כך בישראל, שבה תרבות השלטון טרם הכתה שורשים עמוקים. יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה הראוי. אך דווקא בשל כך יש להיזהר מאוד שלא תהיה כעושר השמור לבעליו לדעתו. כבר אמר הנשיא ברק, שהסמכות של בית-משפט לבטל חוקים דומה לנשק בלתי קונבנציונלי [...]. כל אחד יודע עד כמה נשק כזה עלול להיות הרסני, אם כי לא כל אחד מבין עד היכן עלול ההרס להתפשט. מי שמופקד על נשק כזה מחויב באיפוק מרבי. אוי לסמכות שאין עמה אחריות. צריך להיות ברור לכל בר-דעת שבית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים. כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק. גם במדינות אחרות, שבהן הסמכות לבטל חוקים קיימת ומקובלת זה זמן, בתי המשפט גוזרים על עצמם ריסון רב עד שהם מבטלים חוק. קל וחומר כך בישראל, שעדיין לא עיכלה כראוי את עצם הרעיון

של ביקורת שיפוטית על חוקיות החוקים: בית המשפט מצווה על ריסון רב במיוחד בתחילת הדרך".

14. אם כן, במכלול הדברים, סבורני כי הסדר הניכוי אינו פוגע בזכות הקניין של העותרים, משאינו חוצה את הגבולות ששורטטו ונקבעו לה מראש. מעבר לכך, ספק רב אם קמה הצדקה לשעות לטענות העותרים הפרטניים שלפנינו, שאין חולק כי ההסדר הופעל בעניינם לאחר שהפרו ביודעין את התחייבויותיהם, והוסיפו לשהות בישראל שלא כדין, לאחר תום תקופת העסקתם.

15. בהתייחס לביקורתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז על גישתי, אציין כי לא רק על הסכמתו של האדם הזר להחיל על עצמו את תנאי העבודה שסוכמו עמו מראש, השתתתי את עמדתי. כאמור בחוות-דעתי, על אותה הסכמה נוספה פעולה אקטיבית מצדו, וזו חותרת תחת ההסכמה. בפעולה אקטיבית זו, בהימנעות מלעזוב את הארץ, יש פגיעה בכלל אזרחי ישראל (כאמור בפסקה 12 לעיל); וזו גם עבירה על חוק הכניסה לישראל. זאת, להבדיל מ"פרשת הכבילה" שחברתי מזכירה. שם, התרעמו העותרים, ארגוני זכויות-אדם, על עצם קיומו של הסדר-הכבילה. העותרים עמדו בשער והתריעו, עוד טרם פגיעה; אך גם אילו הוגשה שם העתירה, בדיעבד, על-ידי עותרים פרטניים, לא היה בכך משום פעולה אקטיבית; ודאי לא פעולה הפוגעת באזרחי ישראל, ולא פעולה שהיא פלילית באופיה. בדומה, אם, למשל, מסתבר לעובד הזר שימי-המנוחה שסוכמו עמו מראש, אינם כמקובל בישראל, כי אז לבטח יוכל לנקוט הליך משפטי מתאים, ולא תהיה זאת חתירה תחת ההסכמה.

יש אפוא הפרזת-מה בהערכתה של חברתי שמא גישתי אינה עולה בקנה אחד עם מסורת ארוכת-שנים של פסיקה חוקתית. לחששה שמא תפיסתי עלולה להוביל לכך שאזרחי מדינות אחרות הבאים בשעריה של המדינה יפשטו מעליהם עם כניסתם ארצה את הגנתם של חוקי-יסוד, אין בסיס. אמרתי את אשר אמרתי בנסיבות העניין דנן, כמתואר – הנסיבות כולן – ולא רק על סמך נסיבה אחת ויחידה שאותה ציינה חברתי.

דברים חשובים, גם נוגעים ללב, כתב חברי, השופט ע' גרוסקופף, אם כי חלקם כלליים, חלקם משוערים, לגבי מצבם ומניעיהם של העובדים הזרים שם בארצות מוצאם, וכאן בישראל. מכל מקום, אם נתמקד במה שידוע, למשל, לגבי העותר 1 בבג"ץ 6942/19, אכן, מצבו בעקבות תאונת עבודה – מעיק. ברם, ידועה המכשלה של hard cases make bad law. ובהשאלה לענייננו: מקרה קשה, לא צריך לבטל חוק. אכן כן, כשל הביא לתקלה בענייניו של העותר 1 הנ"ל (ראו פסקאות 10-12 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה); אין להקל ראש באותו כשל, אך גם אין הצדקה להשתית עליו ועל מתי מעט שכמותו, ביטול של הוראות-חוק. בשים לב לדברי חברי השופט גרוסקופף על כספים פנסיוניים ש"הופכים למרמס, וניתן להעלימם במלואם בהרף הוראת חוק", ראוי

לזכור ולהזכיר את הוראת תקנה 8 (ב) לתקנות הפיקדון, ומענה שניתן בה באשר לעובד זר שלא עזב את ישראל, משום שנבצר ממנו לעשות כן, או כי בתום לב ובשל טעות לא עזב את ישראל, שאז "לא יהיה זה צורך לזקוף לחובתו את תקופת השיהוי" (ההדגשה שלי – נ' ס'). ברגיל, ניתן אפוא "מפתח הניכוי" בידי העובד הזר. עליו לעזוב את הארץ במועד, ולא ינוכה מכספו כל מאומה. אך לגבי עובד זר שנבצר ממנו לעשות כן, לא אלמן ישראל. שיקולי צדק לא פסו מן הארץ, ובהקשר הנדון, הם מעוגנים היטב בתקנה 8 (ב). היריעה קצרה, לא ארחיב עוד. באשר לנאמר בחוות דעתה של חברתי הנשיאה תחת הכותרת "אחר הדברים האלה", אסתפק בהפניה לגוף חוות דעתי.

16. נוכח האמור עד כה, ומשלא אותרה פגיעה בזכות יסוד, לכאורה היה עלינו לעצור את הבחינה החוקתית כבר כאן, ולהימנע ממעבר לשלב הבא. ואולם, משרבו עלי חברי, רואה אני מקום להוסיף, כי גם אם אניח, לצורך הדיון בלבד, שהסדר הניכוי אכן פוגע בזכות הקניין של העותרים, עדיין צולח הוא את מבחני המידתיות, ועל כן, גם על יסוד הנחה זו, לא קמה עילה להתערבות שיפוטית. בהקשר זה אדגיש, כי הנתונים שהובאו עד כה – בנוגע למודעותם והסכמתם של העותרים מראש לזכויותיהם וחובותיהם, ובאשר להימצאותו של מפתח הניכוי בידם-שלהם – משליכים במישרין על עוצמת הפגיעה, ועל היקף ההגנה שניתן לזכות הקניינית הנטענת. ברי גם, כי נתונים אלה באים לידי ביטוי בעת שקילתם במאזני נוסחאות האיזון החוקתי שבפסקת ההגבלה, הכוללים, בין היתר, את מבחני המידתיות.

מידתיות ההסדר

17. כאמור, משהנחנו, לצורך הדיון בלבד, כי הסדר הניכוי פוגע בזכות הקניין החוקתית של העותרים, יש להוסיף ולבחון את עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה, שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעת חברתי הנשיאה, ההסדר עונה על מרבית התנאים שבפסקת ההגבלה, אך אינו עומד באחד מהם, ומשכך – איננו מידתי. כעולה מחוות דעתה, ההסדר אמנם צולח את שני מבחני-המשנה הראשונים שנקבעו לעניין זה (מבחן 'הקשר הרציונלי' ומבחן 'האמצעי שפגיעתו פחותה'), אך אינו מקיים יחס ראוי בין עוצמת הפגיעה, לבין התועלת הצומחת ממנו (מבחן המשנה השלישי – 'מידתיות במובן הצר'). חברתי הנשיאה מתייחסת, בין היתר, לנתונים שהציגו משיבי הממשלה, באשר לתועלת הנובעת מן ההסדר, בצינה כי הם "מעוררים שאלות לא מבוטלות באשר ליעילותו". לדבריה, הנתונים שהוצגו בנוגע לישום ההסדר בענף הבנייה מלמדים, כי "לא ניתן לשלול את המסקנה שהפעלתו אכן תרמה לעלייה כללית בשיעור העובדים הזרים בענף שעוזבים את ישראל במועד החוקי", אך "ייתכן כי משתנים שונים ובהם פעילות אכיפה, תרמו לכך אף הם"; ובהתייחס לענף הסיעוד, מוסיפה חברתי הנשיאה, כי "הנתונים שהוצגו על ידי משיבי הממשלה מעוררים ספק של ממש ביחס לתועלת הנובעת ממנגנון הניכוי", כך ש"קשה לקבל לגביו את טענות משיבי הממשלה בדבר התועלת המובהקת של מנגנון הניכוי" (פסקה 74 לחוות דעתה). במילים אחרות, חברתי הנשיאה סבורה, כי משעה שמשיבי

הממשלה לא הציגו נתונים המלמדים על תועלת מובהקת הצומחת מן ההסדר, אחת דינו – בטלות. בשונה ממנה, דעתי היא כי אין די בהצבת סימני שאלה, ואף לא בהעלאת "ספקות ממשיים בנוגע למידת האפקטיביות שבה הסדר הניכוי משיג את התכלית העומדת ביסודו" (פסקה 2 לחוות הדעת של חברתי השופטת ע' ברון), כדי להצדיק התערבות שיפוטית בדבר חקיקה של הכנסת.

18. תחילה, אבקש להביע הסתייגות מן המגמה המסתמנת בפסיקה, המעניקה משקל הולך וגדל למבחן המשנה השלישי של המידתיות. כפי שצינתי זה לא מכבר: "בפסיקה ניתן להבחין במגמה ברורה, של העברת עיקר כובד המשקל למבחן-המשנה השלישי – מידתיות 'במובן הצר' [...]. על הסתייגותי ממגמה זו, בעיקר בשל האופי הערכי הטמון במבחן-המשנה השלישי, ועל המשקל הלא-מידתי שניתן למבחן המידתיות במובן הצר (שאינו אלא גרסה נוספת של עילת הסבירות המהותית) – הערתי בכמה מקומות [...]. דומני, כי מבחן המידתיות 'במובן הצר', הוא 'מבחן קשה ליישום' [...]. בניגוד לשני אֶחָיו, שני מבחני-המשנה הקודמים, מבחן זה הוא בעל אופי ערכי מובהק. כה מורשע הוא ההיבט הערכי של מבחן זה, עד שדבק בו הכינוי 'מבחן המידתיות 'במובן הערכי' [...]. בתמצית אציין, כי ישום מבחן 'המידתיות במובן הצר', לא כל שכן הרחבת השימוש בו, עלול לעורר את כל אותם קשיים שבהם לוקה עילת הסבירות המהותית [...]" (ע"א 993/19 פלוני נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פסקה 129 לחוות דעתי (5.7.2022)). בדומה ציינתי גם בעניין אחר, כי "המשפט החוקתי שלנו אינו מכריע בשאלה כיצד ראוי להתנהל הליך חקיקה אידיאלי, ובית המשפט אינו בוחן האם תוצר ההליך הזה הוא תוצר אידיאלי. מקומן של הכרעות חברתיות הוא בידי המחוקק, ובית המשפט מכיר ומכבד את כללי המשחק הפוליטי. בית המשפט בוחן את הליכי החקיקה בריסון רב, ואינו מתערב אם לא נפל פגם היורד לשורשו של ההליך [...]; את התוצר החקיקתי הוא בוחן לפי חוקי היסוד ובהתאם לפסקת ההגבלה, אך בשום אופן אין הוא בוחן את ענייניות החוק ואת סבירותו" (בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פסקה 46 לחוות דעתי (12.9.2017)).

19. ובחזרה לענייננו: בין שלל הסוגיות שנדונו בפסק הדין היסודי והמקיף שניתן בעניין בנק המזרחי, לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, העלה בית המשפט גם את השאלה הבאה: מהן גבולותיה של חזקת החוקתיות הנתונה למחוקק, ואימתי נטל השכנוע עובר מן העותר למשיבים? שופטי ההרכב הביעו דעות שונות בשאלה זו, והיא נותרה ללא הכרעה. אעיר, כי במאמרו "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון 53, 58-57 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009), טוען פרופ' ברק, כי "הוכרעה השאלה בדבר נטל ההוכחה (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) בשלב הבחינה החוקתית השני (פסקת ההגבלה)". ואולם, עיון בפסיקה מאוחרת למועד פרסום המאמר, מלמד כי בית המשפט (למצער חלק משופטיו) עודנו סבור ששאלה זו – לא הוכרעה באופן סופי (ראו למשל: בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717, 805-806, (2013); עיון בפסקי הדין שאליהם מפנה פרופ' ברק במאמרו הנ"ל, אינו מבסס לטעמי את מסקנתו, שלפיה

קיימת בסוגיה זו הכרעה שיפוטית חד-משמעית; וראו גם: ברק מדינה, דיני זכויות האדם בישראל, 252-253, ה"ש 889 (2016)). בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 671-672 (2006), סיכם הנשיא ברק את הגישות השונות שהוצגו ביחס לשאלה נכבדה זו, בעניין בנק המזרחי, באופן הבא:

"[...] על הכל מוסכם, כי נטל השכנוע בשלב הראשון (הפגיעה בזכות החוקתית) מוטל על הטוען לאי חוקתיות החוק. 'ההנחה (הפרזומציה) הינה כי חוק הוא חוקתי ... והמבקש לסתור זאת, עליו הנטל' [...]. חילוקי דעות התגלו באשר לנטל השכנוע בשלב השני (קיום יסודותיה של פסקת ההגבלה). יש הסבורים, ואני ביניהם, כי נטל השכנוע בשלב השני מוטל על מי שטוען לחוקתיות הפגיעה, כלומר, בדרך כלל, הרשות הציבורית [...]. יש הסבורים כי גם בשלב השני הנטל הוא על הטוען לאי חוקתיות [...]. בין השתיים קיימת עמדת ביניים, לפיה נטל השכנוע בשלב השני מוטל על הטוען לחוקתיות החוק, כלומר בדרך כלל הרשות הציבורית. עם זאת, בשאלת המידתיות הנטל מוטל על מי שטוען כי הפגיעה אינה מידתית [...]. המחלוקת נשארה ללא הכרעה [...]."

בפרשת צמח העלה השופט י' זמיר מגוון שיקולים נוסף, העשוי להשפיע על נטל השכנוע בשלב השני:

'ההכרעה בשאלה זאת, אף היא עשויה להיות מושפעת מן המהות המיוחדת של ההליך המינהלי. היא עשויה להיות מושפעת משיקולים של שלטון החוק, מחזקת החוקתיות של חוק ומחזקת החוקיות של החלטה מינהלית, מהחשיבות של הזכות הנפגעת ומעוצמת הפגיעה בזכות, מיעילות המינהל ומאינטרסים ציבוריים אחרים. המשקל היחסי הניתן לשיקולים עשוי לקבוע אם נטל ההוכחה יישאר מוטל על העותר, המוציא מן הרשות, או שהוא יעבור על הרשות [...].'

כשלעצמי, איתן אני בדעתי, כפי שהבעתי אותה בפרשת בנק המזרחי המאוחד [...]. עם זאת, מוכן אני להניח – בלא להכריע בדבר – כי לצרכי העתירה שלפנינו ננקוט בגישתו של השופט י' זמיר בפרשת צמח, לפיה השאלה על מי מוטל נטל השכנוע תלויה במשקל היחסי הניתן לשיקולים של שלטון החוק, חזקת החוקתיות של החוק, חשיבות הזכות הנפגעת, עוצמת הפגיעה בזכות ואינטרסים ציבוריים אחרים."

20. אינני מבקש להכריע כאן בסוגיה טעונה ומורכבת זו; דומה כי ניתן להותירה לעת מצוא. לצורך העניין שלפנינו, ובדומה לנשיא ברק, אבקש גם אני לנהוג במקרה זה על-פי גישתו של השופט זמיר, הסבור כי הטלת נטל השכנוע תיקבע בכל מקרה ומקרה לפי נסיבותיו, מתוך התחשבות במשקל היחסי המוענק לשיקולים השונים, לזכות הנפגעת, לעוצמת הפגיעה בה, ועוד.

21. על יסוד הנחה זו, ונוכח הנסיבות שפורטו לעיל, דעתי היא כי במקרה שלפנינו, הנטל להוכיח שלא מתקיים יחס ראוי בין התועלת לנזק, מוטל על כתפי העותרים. כפי

שפירטתי בהרחבה לעיל, גם אם נניח שהסדר הניכוי מביא לפגיעה בזכות חוקתית, הרי שלכל היותר מדובר בפגיעה מצומצמת, מוגבלת ותחומה. כזכור, ענייננו כאן במי שנכנסו לארץ מרצון, תחת משטר ברור של זכויות וחובות, הכולל בתוכו גם את הסדר הניכוי. משמעות הדבר היא, כי העותרים ידעו מראש שזכות הקניין שלהם נכלמת בנקודה שבה ההתחייבויות שנטלו על עצמם נכנסות לתוקף, ואף על-פי כן בחרו להפר את התחייבותם, ולשלם רעה תחת טובה. אם בכך לא די, הרי שהשליטה המלאה באמצעי הפוגע, נתונה בידם בלבד, שכן באפשרותם לצאת מן הארץ במועד, בהתאם לסיכום שנערך עמם מראש, ולקבל את מלוא כספם; "אִישׁ צָרוּר כְּסָפוֹ בְּשָׁקוֹ" (בראשית מב, לה).

22. בהינתן האמור, ועל-פי גישת השופט זמיר, ברי כי במקרה דנן לא ניתן להסתפק בהוכחת קיומה של פגיעה בזכות יסוד, כדי להפקיע כליל את חזקת החוקתיות העומדת להסדר הנדון, ולהעביר את נטל השכנוע לכתפי הטוען לחוקתיות ההסדר החוקי. שיקולים של שמירה על שלטון החוק; חזקת החוקתיות של דבר חקיקה ראשי של הכנסת; עוצמתה המוגבלת של הפגיעה בזכות; אינטרסים ציבוריים נוספים, הנוגעים למתחם שיקול הדעת המסור לרשות, ומקל וחומר למחוקק, בענייני הגירה; ומניעת שימוש לרעה בהליכי משפט; כל אלה ועוד, מצדיקים להטיל את נטל השכנוע, כי ההסדר איננו חוקתי – על כתפי העותרים. הדברים נכונים ביחס לשלושת מבחני המידתיות, ובמיוחד במה שנוגע למבחן המידתיות במובן הצר'.

23. אם כן, משעה שלפנינו חוק העומד בחזקתו, נקודת המוצא היא כי הוא עונה על דרישת החוקתיות, עולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה, ונטל כבד מוטל על המבקש לטעון אחרת. התערבות שכזו לא תעשה, אלא במקרים שבהם מתברר, לאחר דרישה וחקירה, כי החוק פוגע בזכויות יסוד, באופן לא מידתי במובהק, ובעוצמה רבה ומשמעותית. דברים אלה נכונים ביתר שאת, כאשר מתבקשת התערבות בדברי חקיקה הנוגעים לעיצוב מדיניות רחבה, ולסוגיות מורכבות וסבוכות, הדורשות ידע מקצועי ומומחיות, שאינם מצויים באמתחתו של השופט היושב לדין. במקרים אלה, ינהג בית המשפט בריסון שיפוטי רב, וימנע בכל מאודו מכניסה בנעלי המחוקק, ומעיצוב המדיניות לפי השקפתו-שלו, בין אם על דרך השלילה, ובין אם על דרך החיוב. היטיבה לתאר זאת השופטת א' פרוקצ'יה, בבג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (2.9.2010). מפאת חשיבות הדברים, אביאם כלשונם:

"[...] מושכלות יסוד הם כי דבר חקיקה משקף את רצון נבחר הציבור, שההליך הדמוקרטי הפקיד בידם את מלאכת קביעת הנורמות החקיקתיות במדינה. הרשות המחוקקת היא האחראית למעשי החקיקה שנועדו להגשים תכליות ראויות באמצעים מידתיים. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית, צרה בהיקפה, על חקיקת הכנסת, ובוחן במסגרתה לא את תבונתה של החקיקה אלא את חוקתיותה: 'השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי' [...]."

חקיקת הכנסת נהנית מחזקת החוקתיות, המטילה נטל כבד על הטוען כנגדה [...].

בחינת חוקתיות חקיקה ראשית של הכנסת נעשית על-ידי בית המשפט בזהירות ובריסון רב, תוך הקפדה על האיזון העדין הנדרש בין עקרונות שלטון הרוב והפרדת הרשויות, לבין ההגנה החוקתית על זכויות האדם ועל ערכי היסוד העומדים בבסיס שיטת המשטר בישראל [...]. במסגרת איזון זה, אפילו יימצא כי מעשה החקיקה אינו מתיישב עם עקרון חוקתי, נדרשת רמת עוצמה ניכרת לפגיעה החוקתית כדי שתצדיק התערבות שיפוטית במעשיה של הרשות המחוקקת [...].

ככל שהתערבות שיפוטית במעשה חקיקה של הכנסת הינה צרה ומוגבלת, כך מצומצמת היא פי כמה בנושאי חקיקה העוסקים בתחומי משק וכלכלה, הכרוכים בהיבטים חברתיים וכלכליים רחבי-היקף. קביעת מדיניות בנושאי חברה וכלכלה נתונה לרשות המבצעת, ובתחומים מסוימים נדרשת חקיקת הכנסת כדי לעגן מדיניות זו בתשתית חקיקתית מחייבת. תחומים אלה נתונים במובהק לקובעי המדיניות, שלהם הראייה הכוללת, בצד המידע הנדרש לענין, המומחיות בקביעת סדרי העדיפות הלאומיים והאיזונים הפנימיים הנדרשים ביניהם. אכן, 'בתחומי משק וכלכלה, שכרוכים בהם היבטים חברתיים וכלכליים רחבי היקף, ייתכן לעתים קרובות מגוון מטרות ודרכי פעולה אפשריות. ההכרעה ביניהן עשויה להיגזר מהשקפות חברתיות-כלכליות שונות, אשר עשויות כולן להתקיים במסגרת חוקי היסוד. על-כן בתחומים אלה יש ליתן לרשויות המופקדות על המדיניות הכלכלית – הרשות המבצעת והרשות המחוקקת – מרחב בחירה רחב בהיותן קובעות את המדיניות הכוללת ונושאות באחריות הציבורית והלאומית למשק המדינה ולכלכלתה. לפיכך הדגשנו בפסיקתנו לא פעם כי אף שבית-המשפט לא ימשוך ידו מהביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק, הוא ינהג באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון מיוחדים בתחומים אלה ויימנע מעיצוב מחדש של המדיניות שראה המחוקק לאמץ' [...].

ואמנם, אין זה מתפקידו של בית המשפט לעצב מחדש את המדיניות החברתית-כלכלית שהמחוקק ביקש לקדם, או לבקר את תכניה לגופם, ואף לא לקבוע לה סדרי עדיפויות ולשנות את איזוניה הפנימיים; הדבר בולט במיוחד כאשר החקיקה הנבחנת משקפת מדיניות כלכלית-משקית, המתאפיינת בקיום מגוון דרכי פעולה אפשריות, ובמורכבות השיקולים הנדרשים לצורך בחירה ביניהן [...].

בחינת חוקתיות החוק בענייננו מחייבת, אפוא, ריסון ואיפוק מיוחדים, הן בשל עצם מתחם ההתערבות השיפוטי הצר הננקט ביחס לחקיקה ראשית, והן בשל אופייה של החקיקה הראשית במקרה הנדון, הנוגעת לעניינים שבמדיניות חברתית-כלכלית רחבה".

24. משאלה הם פני הדברים, אינני סבור כי די בהטלת ספק, או בהצגת סימני שאלה, ביחס למידת התועלת הצומחת מן ההסדר, כדי להביא לבטלותו. כדי להוציא את החוק מחזקתו, דרושים סימני קריאה ברורים. ואולם, כזאת לא נעשה; הנתונים שהובאו על-

ידי משיבי הממשלה אמנם אינם חד-משמעיים, אך אין בעובדה זו כשלעצמה כדי להביא לסתירת חזקת החוקתיות, החלה, בהסדר שלפנינו, גם על מבחני המידתיות.

25. כך למשל, כאמור לעיל, חברתי הנשיאה מציינת כי אף שבענף הבנייה "לא ניתן לשלול את המסקנה שהפעלתו אכן תרמה לעלייה כללית בשיעור העובדים הזרים בענף שעוזבים את ישראל במועד החוקי", עדיין "ייתכן כי משתנים שונים ובהם פעילות אכיפה, תרמו לכך אף הם". בכל הכבוד, חזקת החוקתיות אמורה לפעול לטובת המחוקק, ונגד השערות כגון דא. בדומה, בהתייחס לעובדי ענף הסיעוד מציינת חברתי הנשיאה, כי "הנתונים שהוצגו על ידי משיבי הממשלה מעוררים ספק של ממש ביחס לתועלת הנובעת ממנגנון הניכוי", כך ש"קשה לקבל לגביו את טענות משיבי הממשלה בדבר התועלת המובהקת של מנגנון הניכוי". ואולם, גם כאן, חזקת החוקתיות מחייבת להניח שההסדר חוקי. אין לתת פרשנות מצמצמת לנתונים שהציגו המשיבים, באמצעות העלאת שאלות, השערות ותהיות שונות, ומתוך כך לקבוע כי החוק איננו חוקתי. "אין די בהפרחה של טענות בעלמא כדי להביא לערעורה של חזקת החוקתיות של דבר חקיקה ראשית. נדרשת לצורך זה תשתית ממשית" (בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 41 (1998)). אם כן, כל עוד העותרים לא הציגו נתונים ברורים, המלמדים על כך שההסדר אינו מקיים יחס ראוי בין התועלת לבין הפגיעה, אזי כברירת מחדל, עלינו להעמיד את ההסדר החוקי על חזקתו, כי הוא עומד בתוקפו.

26. מעבר לכך, כפי שנפסק פעמים רבות, בעת בירור עתירה לביטול חוק, בטענה כי הוא פוגע בזכות יסוד, "הגישה הראויה הינה כי על הפרשן של החוק לעשות כל שניתן לעשות כדי לתת לחוק אותו פירוש אפשרי אשר יתאים לחוקה (ואצלנו – חוק היסוד) ולא ינגוד לה, 'מבין שני פירושים אפשריים יש לבחור באותו פירוש המתיישב עם החוקה'" (בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 276 (2004)). על דרך ההשוואה ניתן לומר, כי גם בענייננו, אם קיימות שתי דרכים לבחון את תועלת ההסדר, אחת המביאה לקיומו, והאחרת לביטולו, יש לבחור את הדרך המקיימת, ולא את זו שתביא בסופו של דבר לביטול החוק. כאמור, חברתי הנשיאה סבורה, כי הנתונים שהציגו המשיבים אינם מלמדים על תועלת מובהקת הצומחת מן ההסדר, ועל כן, קובעת כי ההסדר איננו מידתי. שלא כמותה, אני סבור, כי אמנם בדיקה אמפירית (מבוססת נתונים), אינה מלמדת באופן חד-משמעי על מידת התועלת הצומחת מן ההסדר, אף שיש גם בנתונים אלה צדדים לכאן ולכאן, אך בחינת ההסדר במישור האנליטי, מעידה בבירור על התועלת הגלומה בו. משל למה דומה הדבר? לעותר המגיש עתירה נגד חומרת העונש הקבוע ביחס לעבירה פלונית, בטענה כי לא הוכח שהתועלת הנובעת מן העונש הסטטוטורי גבוהה ממידת הפגיעה בזכותו החוקתית לחירות; האם בכגון דא נדרוש ממשיבי המדינה להוכיח באותות ובמופתים, באמצעות הבאת נתונים אמפיריים, כי התועלת עולה על הנזק; או שמא נוכל להניח, תוך שימוש בשכל הישר, כי הענישה מביאה עמה תועלת, גם מבלעדי נתונים אמפיריים תומכים, וכי למצער, די בכך כדי

להעמיד את ההסדר על חזקתו החוקתית? דומני כי התשובה לשאלה זו ברורה (וראו: רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" משפטים לה 147, 204-202 (2005)).

27. כפי שפורט לעיל, הנתונים האמפיריים שהציגו המשיבים עשויים לעורר סימני שאלה מסוימים ביחס למידת התועלת הנובעת ממנו (אף שכאמור, לא הוצבו נגדם סימני קריאה), אך בחינה אנליטית של ההסדר מביאה למסקנה, כי על פני הדברים גלומה בו תועלת רבה. כאמור, כל אדם זר המורשה לעבוד בתחומי ישראל יודע היטב, כי 'חלק המעסיק' ממתין עבורו, בחשבון הפיקדון, עד לצאתו מן הארץ, וכי לא יגרע ממנו דבר, אלא אם כן יוסיף לשהות בארץ שלא כדין, לאחר תום תקופת העסקתו. משמעות הדבר היא, כי הסדר זה, מביא כל אחד ואחד מן העובדים הזרים בישראל, בין אם ירצה בכך ובין אם לאו, להקדיש מחשבה למשמעות אי-יציאתו מן הארץ במועד; לשקול אם עדיפה לו השהות בארץ שלא כדין, במחיר גובה הפיקדון, חלקו או כולו. אמנם, בהחלט יתכן שעל מקצת העובדים ההסדר לא ישפיע (אותם עובדים שיסברו כי עדיפה להם שהות בלתי-חוקית למשך תקופה נוספת, שבמהלכה יוכלו להפיק הכנסות, על פני קבלת הכספים הצבורים). אך ניתן לומר, בהסתברות גבוהה בהרבה, כי ההסדר יביא ליציאת עובדים רבים במועד, שכן מרביתם יעדיפו להימנע מלשהות ולעבוד בארץ באופן בלתי-חוקי, על כל המשתמע מכך, ויבחרו לשוב למדינת מוצאם, כשבאמתחתם כלל הכספים שנצברו במהלך שהייתם החוקית. האפשרות שיתפסו ויורחקו, שאז יצאו קרחים מכאן ומכאן – ללא הכנסות מעבודה לא חוקית, וללא 'חלק המעסיק' – תרתיע רבים. אם כן, בחינת תועלת ההסדר במישור האנליטי, להבדיל מן המישור האמפירי, מביאה למסקנה ברורה, כי ההסדר החוקי נושא בכנפיו בשורה של ממש, וזאת מבלי שנדרש לעשות שימוש בכלי אכיפה נוקשים (דוגמת: כליאה, השמה במשמורת, ועוד).

28. אשר על כן, משעה שהעותרים לא העמידו תשתית ממשית, שיש בה כדי לסתור את חזקת החוקתיות של החוק, ואת עמידתו בתנאי פסקת ההגבלה, ומשקיימת פרשנות אחרת, לגיטימית וראויה, שיש בה כדי להביא לקיומו של ההסדר החוקי, להבדיל מן הבחינה האמפירית שבה נקטו חברי, ושאף בה קיימים צדדים לכאן ולכאן, אני סבור כי לא קמה כל הצדקה להורות על ביטול החוק.

סוף דבר

29. לעמדתי, אין לומר כי הסדר הניכוי פוגע בזכות הקניין, בגבולותיה הספציפיים, כפי שנקבעו בנסיבות המקרה דנן. ממילא, אף מבלי להמשיך ולבחון את עמידת ההסדר בכל יתר תנאי פסקת ההגבלה, ניתן באופן ברור לקבוע כי ההסדר חוקתי. לצד זאת, משרבו עלי חברי, ראיתי מקום להתקדם צעד נוסף, על יסוד ההנחה כי ההסדר מביא לפגיעה בזכות הקניין, ולהמשיך בבחינה החוקתית. גם לפי דרך הילוך זו, מצאתי כי

ההסדר עומד בתנאי פסקת ההגבלה, ועל כן, כך או כך, לא קמה הצדקה להורות על בטלותו.

על כן, לו דעתי היתה נשמעת, היינו דוחים את העתירה, ומורים על ביטול הצו על-תנאי שהוצא על-ידנו.

ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם ההסדר הסטטוטורי המאפשר, בתנאים מסוימים, ניכוי גורף של כלל הכספים שנצברו עבור מהגר עבודה בגין התקופה שבה עבד בישראל ונשמרו עבורו כפיקדון לחיסכון סוציאלי, עומד בדרישות הדין? חברתי הנשיאה א' חיות משיבה על שאלה זו בשלילה, ואף אני עושה כן. אני מצטרפת אפוא למסקנתה של חברתי הנשיאה ביחס לקבלת העתירות. בנוסף, אני מצטרפת אף לעמדתו של חברי המשנה לנשיאה ע' פוגלמן ביחס לתוצאה האופרטיבית בכל הנוגע לעותרים הקונקרטיים שעניינם כבר הגיע לפתחו של בית משפט זה, כמפורט בפסקה 3 לפסק דינו.

2. חברתי הנשיאה פרסה יריעה רחבה המפרטת את תולדות החקיקה ואת הנתונים העובדתיים הנוגעים ליישומה. לא אחזור על הדברים. עם זאת, לטעמי, החקיקה שבפנינו עלולה לעורר גם שאלות חוקתיות נוספות מעבר לנקודות שהודגשו על-ידי חברתי הנשיאה. בעניין זה אבקש להוסיף בקצרה מספר דגשים, מבלי למצות את הדיון בהם. ואולם, עוד קודם לכן, אבקש להתייחס בקצרה לחוות דעתו של חברי השופט נ' סולברג, בהתחשב בכך שהיא מטילה ספק, במידה רבה, בהנחת היסוד המקדמית המשותפת ליתר חברי ההרכב – עצם פגיעתו של ההסדר הסטטוטורי מושא העתירה בזכויות חוקתיות.

3. התחולה הכללית של חוקי היסוד – בעיקרו של דבר, חברי השופט סולברג סבור כי בחירתם של מהגרי עבודה להיכנס לישראל בגדרה של מסגרת חוקית מסוימת – ולענייננו כזו הכוללת מגבלות על משך שהייתם וכן סנקציות בצדן – אינה מאפשרת להם לטעון בדיעבד כי הסדר זה כרוך בפגיעה בזכויות חוקתיות. במילים אחרות, עמדתו של חברי השופט סולברג מצרה באופן משמעותי את מרחב ההגנה החוקתית על זכויותיהם של מהגרי העבודה, בהתאם לכללים שקיבלו על עצמם לשיטתו עם כניסתם ארצה. אין בידי לקבל עמדה זו. היא מעוררת קשיים עיוניים רבים, ולהערכתי אף אינה עולה בקנה אחד עם מסורת ארוכת שנים של פסיקה חוקתית שהותוותה על-ידי בית משפט זה. אבאר במה דברים אמורים.

4. אפתח באחד מפסקי הדין המכוננים שניתנו בעניין ההגנה על זכויות יסוד של מהגרי עבודה, וידוע גם כ"פרשת הכבילה" (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346 (2006)). להלן: עניין קו לעובד). באותו עניין עמדה על הפרק מסגרת חוקית שקבעה כי אשרת השחייה בישראל של מהגר עבודה תהיה מותנית ב"כבילה" למעסיק מסוים שהזמין את העובד. אף שעניין קו לעובד נסב על מדיניות ממשלתית, ולא על תוקפו של דבר חקיקה ראשי כבענייננו, נקודת המוצא הברורה שלו – אשר תקפה גם כאן – היא כי ההסדר שנדון בו מעורר שאלה של פגיעה חוקתית בחירותם ובכבודם של מהגרי העבודה. כניסתם של העובדים לישראל מרצון בתנאים האמורים לא גרעה כמלוא הנימה מהנחת מוצא זו. כך, ובהתייחסו להיקף ההגנה החוקתית על מהגרי עבודה, הדגיש השופט א' א' לוי, בין היתר, כי:

"שאלת פגיעתו של הסדר הכבילה למעסיק בזכויותיו של העובד לכבוד ולחירות אינה יכולה להיבחן בחלל ריק. עליה להיבחן בנתון למציאות העסקתם של עובדים זרים בישראל. עליה לגלות רגישות לנסיבות המורכבות שבעטיין מתאפשרת הגעתם לישראל של עובדים זרים לכתחילה. עליה להביא בחשבון את מעמדה המיוחד של קבוצת העובדים הזרים בשוק העבודה הישראלי – קבוצה המורכבת מעובדים חלשים, 'ארעיים', עניים ובלתי מאורגנים. עליה להביא בחשבון את פערי הכוחות האדירים שבין העובד הזר לבין המדינה הקולטת אותו" (עניין קו לעובד, בעמ' 377).

5. פסק הדין בעניין קו לעובד הפך זה מכבר יסוד מוסד במסורת ההלכתית של בית משפט זה, ואף המדינה לא ביקשה לכפור בו בהליך דנן. ממילא מתעוררת השאלה, כיצד מתיישבת עמדתו של חברי עם הלכה פסוקה זו? לפחות לכאורה, קבלת עמדתו הייתה מובילה אף באותו עניין לתוצאה הפוכה לחלוטין, שהרי ניתן היה לומר כי מהגרי עבודה קיבלו על עצמם מרצון כי כניסתם לישראל מותנת ב"כבילה" למעסיק, ועל כן מה להם כי ילינו על כך בדיעבד.

6. את הגישה העקרונית שהובעה בעניין קו לעובד יישם בית משפט זה אף במקרים אחרים שנגעו לזכויותיהם של מהגרי עבודה בישראל (ראו למשל: בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 122, 161 (2011); בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה, פסקאות 11-14 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (22.6.2014)). על מנת שלא להאריך, לא אכביר בפירוט של דוגמאות נוספות. אוסיף רק עוד את זאת: מבחנו של כל משטר חוקתי הוא בהגנה על זכויות יסוד המוקנות לא רק לאזרחי המדינה, אלא גם לבני אדם באשר הם. על רקע זה, אני חוששת כי התפיסה העקרונית שמציג חברי השופט סולברג עלולה, גם אם לא לכך כוונתו, להוביל לכך שאזרחי מדינות אחרות הבאים בשעריה של מדינת ישראל, יפשוטו מעליהם עם כניסתם ארצה את הגנתם של חוקי היסוד.

7. לא למותר להוסיף כי ההתייחסות לכניסתם של מהגרי עבודה ככזו המבטאת "הסכמה" מלאה ושלמה לכלל ההסדרים החוקיים, גם אלה הפוגעניים, אינה נותנת משקל לנקודת המוצא הבסיסית המוחלשת של עובדים אלה בעת קבלת אשרת הכניסה לישראל. אכן, קבלת ה"זכותון" בשפתו של מהגר העבודה היא חשובה, אך אינה מהווה לטעמי מענה של ממש לכלל הקשיים שעמם מתמודדים מהגרי עבודה. בשולי הדברים אוסיף, כי גם אם מהגר העבודה היה "אדם זר" עם כניסתו לישראל, כפי שמכנה אותו חברי השופט סולברג, הרי שלאחר שנים של עבודה במדינה, וזו עשויה להיות עבודה קשה – בין בחומר ובלבנים, בין בשדה, ובין בסיוע לחסרי ישע – דומה שלא זר הוא צריך להיות לזכויות המוגנות בישראל עם צאתו ממנה.

8. על כן, בשלב זה, אפנה לבחינת החוק על בסיס ההלכה הפסוקה הנוהגת לפיה אף מהגרי העבודה שבפנינו חוסים תחת הגנתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואוסיף בעניין זה מספר הערות בהמשך לפסק דינה של חברתי הנשיאה. ראשית אעיר כי, מנקודת מבטי, יש טעם לסברה כי מנגנון הניכוי העומד במוקד הדיון עלול להשליך, בחלק מן המקרים שעליהם חל ההסדר, לא רק על זכות היסוד לקניין, אלא גם על היבטים הנוגעים בליבת ההגנה על הזכות החוקתית לכבוד, המשתרעת גם על הזכות לקיום מינימלי בכבוד. זאת לכל הפחות במצבי קצה מסוימים, כמפורט בהמשך. שנית, אני סבורה כי הוראות ההסדר מעוררות תהיות אף במישור השוויון בין הפרטים השונים שעליהם חלה החקיקה. שלישית, מצאתי להוסיף כי לשיטתי קיים ספק אף ביחס לעמידתו של ההסדר במבחני המידתיות לא רק בהיבט של "המידתיות במובן הצר" (המבחן השלישי של המידתיות), אלא עוד קודם לכן, מנקודת המבט של החובה להעדיף את האמצעי שפגיעתו פחותה (המבחן השני של המידתיות). בעניינים אלה ארחיב כעת.

9. הזכות לקיום מינימלי בכבוד – כבר בפתח הדברים יש להדגיש: משמעותו של ההסדר שנדון בפנינו היא כי חיסכון של שנים שמקורו בכספים סוציאליים המגיעים לעובד, חיסכון שנועד לשמש לו מקור תמיכה וביטחון, בין היתר גם לעת זקנה, עלול להישלל ממנו לחלוטין (ככל שהעובד עזב את ישראל בשיהוי העולה על 6 חודשים). אכן, הסדרים שנועדו לעגן את מדיניות ההגירה, ולהגן עליה – לרבות החתירה לכך שככלל מהגרי עבודה יחזרו לארצות המוצא שלהם בתום התקופה שלשמה הגיעו לישראל – הם ראויים, ולעתים אף חיוניים. אולם, כידוע, וכפי שעולה גם מחוות דעתה של חברתי הנשיאה, המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים. קביעת כלל גורף המאפשר ניכוי החיסכון הסוציאלי של העובד בכללותו, אף בנסיבות שבהן מדובר בחיסכון משמעותי שנצבר לאורך שנים ארוכות של עבודה, עלולה להשליך מטבעה על הזכות לקיום מינימלי בכבוד לעת זקנה (ראו והשוו: בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729, 737-738 (2004)).

10. אכן, יש להודות בכך שבחלק גדול מהמקרים הרלוונטיים התוצאה של ניכוי כלל כספי הפיקדון לא תהיה כרוכה בפגיעה ישירה בזכות לקיום מינימלי בכבוד של העובד הנוגע בדבר, ומכל מקום הדבר מחייב הנחת תשתית עובדתית מתאימה. חברתי הנשיאה עמדה על הנטל הכרוך בהנחת תשתית כזו כבר בפסק דינה בבג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת, פסקה 54 (23.4.2020) (להלן: עניין גרסגהר). אולם, ראוי להדגיש כי בהקשר הנוכחי, שלא כמו בעניין גרסגהר שבו השיעור המקסימלי של מרכיב הניכוי המנהלי עמד על 33%, שלילת הזכויות עלולה להוביל לאיון מוחלט שלהן. זאת, אף באותם מקרים שבהם מדובר בפועל בחיסכון ארוך שנים שאמור לשמש נדבך מרכזי ליכולת הקיום של העובד לאחר פרישתו. אלה עשויים להיות פני הדברים למשל בנסיבותיו של עובד זר מבוגר, שעבד כדין בישראל לאורך שנים ארוכות, כך שהאופק הכלכלי העתידי שלו מוגבל. כל זאת, כאשר ברקע הדברים עומדות נסיבות חיייהם המורכבות ממילא של חלק גדול ממהגרי העבודה החיים בישראל.

11. בהתחשב בכך, מנקודת מבטי, האופי הגורף של החקיקה ותחולתה חסרת ההבחנה אף על מקרים של חיסכון שנצבר לאורך שנות עבודה ארוכות, מלמדים כי על הפרק עומדת גם, בחלק מן המקרים, הזכות לקיום מינימלי בכבוד של אותם עובדים. יודגש: כאשר זוהי הפרספקטיבה שממנה נבחן ההסדר החוקי, אין משמעות הדברים שתיפגע הזכות לקיום מינימלי בכבוד בכל המקרים שבהם יחול החוק. אולם, תוצאה זו עשויה להתרחש בחלקם, ודי בכך לצורך הוכחת קיומה של פגיעה (ראו: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 834 (2012)). אחזור ואבהיר כי הכספים מושא ההליך דנן – חיסכון סוציאלי שנמצא בקורלציה לתקופת העבודה – הם כספים המשולמים על-פי דין חלף הפרשות סוציאליות של המעסיק, וממילא ניתן לראותם ככאלו שנועדו להבטיח, לפחות באופן חלקי, את עתידו של העובד, באמצעות "כרית ביטחון" עתידית. במובן זה, במידה לא מבוטלת הם ממלאים את מקומם של פיצויי הפיטורים והזכויות הפנסיוניות של העובדים שעליהם חל ההסדר. אין צריך לומר כי ככל שמדובר בעובד שרשתות ההגנה הכלכליות הכלליות שלו רופפות יותר, כך גוברת חשיבותם של אותם כספים. מכאן, שפגיעה בהם, בנסיבות המיוחדות של עובדים לעת זקנה, עלולה להיות משמעותית ופוגענית במיוחד.

12. על רקע זה, אוסיף בתמצית כי דרך מועילה להשקיף על אופיו הפוגעני של ההסדר היא התייחסותם של דיני העבודה בישראל להגנה על זכויות סוציאליות בעלות אופי דומה שצוברים עובדים לאורך שנות עבודתם. בעולם העבודה הכללי, ההגנה על זכויות אלה היא בעלת מעמד חזק במיוחד, בשל השלכותיהן המשמעותיות על עתידו של העובד הנוגע בדבר. כך למשל, זכותם של עובדים לקבל פיצויי פיטורים, שיבטיחו את עתידם בתום העסקתם, היא זכות שהתגבשה ביישוב העברי בארץ ישראל, עוד קודם להגנת

המדינה, בין השאר לאור הציווי התנ"כי של "הַעֲנִיק תַּעֲנִיק לוֹ" (דברים טו, יד) (ראו: ע"א 25/50 וולפסון נ' חברת ספיניס בע"מ, פ"ד ה 265 (1951)). ראו גם: דפנה ברק-ארז לקרוא משפטים בתנ"ך – על צדק תנ"כי ומשפט ישראלי 132-133 (2019). לימים היא עוגנה בחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963. הזכות לפיצויי פיטורים נחשבת לחלק ממערך זכויות המגן של העובד, ולכן ההגנה עליה עומדת על מכוונה, גם במרבית המצבים שבהם העובד כשל בהתנהגותו. הנושא מוסדר כיום בסעיפים 16-17 לחוק זה, המגביל את האפשרות להימנע מתשלום פיצויי פיטורים למצבים שמוסדרים בהסכם קיבוצי, או על-פי פסק דין של בית דין לעבודה במצבים אחרים. הניסיון הפסיקתי המצטבר צמצם מאד את השימוש בכך, נוכח ההשלכות החמורות על זכויותיהם של העובדים (ע"א 502/63 הוורדי נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר כפר סבא, פ"ד יח(2) 345, 351-350 (1964); בג"ץ 623/87 שלפי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מב(3) 148, 153 (1988); בג"ץ 755/07 דורון נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פסקאות 10-11 (8.10.2007)). כל זאת, מעבר להסדרים הסטטוטוריים המיוחדים הנוגעים לעובדי ציבור שביצעו עבירות במהלך תקופת העסקתם, ואשר מאפשרים אף הם שלילת זכויות סוציאליות בנסיבות חריגות בלבד (כמפורט בפסקה 71 לפסק דינה של הנשיאה).

13. באספקלריה זו, העלאת הכורת על זכויות המוקנות למהגרי עבודה בגין עבודתם, על רקע הפרת תנאי ההיתר שקיבלו ובמנותק מן ההקשר הכללי של זכויות עובדים במשפט הישראלי, הופכת אותם למי שמופשטים בפועל מהגנתם של דיני העבודה. אכן, לכאורה, ניתן היה לטעון: דיני עבודה – לחוד, ודיני הגירה – לחוד. העובד מקבל הגנה בתחום דיני העבודה, ומאבד אותה אם הוא מבצע הפרה בתחום דיני ההגירה. אולם, זוהי הפרדה מלאכותית. שהרי, העסקתם של מהגרי עבודה בישראל מהווה מראשיתה תמהיל בלתי ניתן להפרדה של שני ענפי משפט אלה.

14. שוויון – כפי שציינתי, ואף שאין זה מוקד הדיון, ההסדר שבפנינו מעורר שאלות גם מהיבט התייחסותו השונה לפרטים שעליהם הוא חל. איני מכוונת את דבריי אלה לשוני בין ההסדר שחל על מהגרי עבודה זרים לבין ההסדר שחל על קבוצות עובדים אחרות, כי אם לתוצאות הכלכליות השונות של ההסדר בקרב קבוצת העובדים שעל עניינם הוא חל, כלומר בתוך קבוצת מהגרי העבודה. כאמור, עסקינן במנגנון הדרגתי המשתנה ביחס ישיר לפרק הזמן שבו שהה מהגר העבודה בישראל שלא כדין, וזאת עד לשלב שבו מנוכה מלוא סכום הפיקדון, לאחר תקופה של חצי שנה. הסדר זה, המבוסס על שיעורים קבועים של ניכוי (באחוזים), אינו מביא בחשבון את גובה החיסכון שנצבר לזכות מהגר העבודה בעודו מצוי בתחומי המדינה כדין. בנקודה זו יש להטעים כי מטבע הדברים אין דומה גובה החיסכון שנצבר במשך עשר שנות עבודה בישראל לזה הנצבר במשך פרק זמן קצר יותר, למשל שנתיים בלבד. ואולם, הסנקציה הקבועה בהסדר אינה יוצרת הבחנה של ממש בין המקרים, ובמובן זה, במישור התוצאה, פוגעת באופן חמור

יותר במי שעבד בישראל (כדין) שנים ארוכות יותר. כל זאת, חרף העובדה כי, הלכה למעשה, "דרגת" ההפרה בשני המקרים עשויה להיות דומה. על פניו, מענה פשוט לקושי זה יכול היה להימצא בקביעת "תקרה" לסכום שאותו ניתן יהיה לחלט במקרה של איחור ביציאה מן הארץ.

15. הדברים מתחדדים אף כאשר בוחנים את המנגנון האמור אל מול ההסדר הפלילי החל ביחס לעבירות על חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, בהתאם לסעיף 12 לו. הסדר זה קובע עונש של עד שנת מאסר, העשוי כידוע לגרור גם מרכיב של קנס, בהתאם לשיעור המתאים שנקבע לכך בדין (ראו: סעיפים 36 ו-61 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). אכן, ההסדר שבפנינו אינו חלק מהדין הפלילי, אך במידה רבה הוא משמש כלי אכיפה חלופי או משלים. הלכה למעשה, ההשוואה להסדר העונשי מחדדת שתי נקודות הראויות להתייחסות. ראשית, גובה הניכוי בענייננו עלול לעלות משמעותית על תקרת הקנס המקסימלית שנקבעה בצד העבירות הנזכרות. כך בפרט ביחס למי שעבדו כדין שנים ארוכות בישראל. שנית, יש לזכור כי בהליך הפלילי מידת ההחמרה בעונש אמורה להיות מושפעת בעיקרה ממשך השהייה ללא רישיון בישראל, כלומר להלום את עוצמת ההפרה. במובן זה היא אינה נגזרת, ולמצער לא במישרין, מאורך התקופה שבה הועסק העובד כדין בישראל קודם להפרה. במילים אחרות, כאשר מובאת בחשבון נקודת מבטו של ההסדר הפלילי, יש קושי בכך ששני עובדים אשר שהו בישראל שלא כדין במשך חצי שנה, ומבחינה זו עברו אותה עבירה, יהיו כפופים לסנקציה כספית שונה לחלוטין הנגזרת דווקא ממשך התקופה שבה עבדו בישראל כדין.

16. מבחני המידתיות – כפי שצוין, חברתי הנשיאה הדגישה את אי-עמידתו של ההסדר במבחן השלישי של המידתיות, ואני מסכימה להנמקתה גם באשר לכך. לצד זאת, מנקודת מבטי, ראוי לבחון גם את השאלה אם ההסדר עומד במבחן השני של המידתיות, שהמוקד שלו הוא מעשי יותר מאשר נורמטיבי. יש בכך כדי לתת מענה מסוים גם לחברי השופט סולברג, שנטה לגישה ביקורתית ביחס למבחן השלישי של המידתיות.

17. אם כן, ובהתייחס למבחן השני של המידתיות, על פני הדברים, בהתאם למנגנון שבפנינו, אין בנמצא כל תמריץ ממשי להפסקת ההפרה בנסיבות שבהן חלפו כבר שישה חודשים מהמועד שבו היה אמור מהגר העבודה לעזוב את הארץ. זאת בשים לב לכך שבנקודת הזמן הזו, מלוא סכום הפיקדון כבר נשלל ממנו. אדרבה, ניתן אף להניח שמאותו שלב ואילך גדל מבחינות רבות התמריץ הכלכלי להישאר בארץ ולהוסיף לעבוד בה שלא כדין. מטבעה, שאלת קיומו של אמצעי שפגיעתו פחותה הייתה אמורה להיבחן גם בהשוואה להסדרים הנוהגים במדינות אחרות, אך כפי שצוין, חלק מן הקושי במקרה דנן הוא שאין בנמצא הסדרים בעלי אופי דומה. בנסיבות אלה, לא נותר אלא להתבסס על דיון בהסדר מנקודת המבט של תמריצים, וזאת בשים לב לכך שזהו לכאורה העיקרון

המארגן שלו. מפרספקטיבה זו, ניתן להעלות על הדעת חלופות פוגעניות פחות, אשר מידת יעילותן נראית שקולה ואולי אף עדיפה, כדוגמת מנגנון המקנה שיקול דעת להורות על ניכוי חלקי בלבד למי שנכון לעזוב את הארץ לאחר שחלפה התקופה האמורה, ולו במאוחר. מנגנון כזה לא היה מאיין את תכלית החקיקה (שהרי עדיין היה מקנה עדיפות לעזיבה במועד מלכתחילה, ואף לא היה מבטיח מראש את היקף ה"מחילה"), אך עדיין היה משמר את התמריץ לעזיבת המדינה גם בהמשך. חשוב להדגיש: אין מדובר בהשוואה להסדר חלופי שאינו כולל כל מנגנון ניכוי (שאז מובן כי מידת יעילותו עלולה להיות נמוכה יותר), כי אם להסדרים חלופיים הכוללים מידה רבה יותר של גמישות והדרגתיות.

18. אכן, כפי שציננה חברתי הנשיאה, יש לבחון את הדברים על רקע תכלית מנגנון הניכוי לעודד לכתחילה יציאה מישראל במועד. במובן זה, אינני סבורה כי יש מקום לקבל את העמדה הגורסת שמנגנון הניכוי נעדר כל קשר רציונלי להשגת המטרה – מאחר שקשר רציונלי זה יש לבחון במבט הצופה פני עתיד (ex ante), בעת שמהגר העבודה צריך להיערך ליציאה מישראל במועד, ולא במבט הצופה פני עבר (ex post), כאשר כבר איבד את הכסף שנצבר לטובתו. לצד זאת, איני חושבת שניתן להתעלם מתכליותו הבסיסיות של ההסדר בכללותו למנוע השתקעות ושהייה בלתי חוקית בישראל בד בבד עם יצירת הגנה על רשת הביטחון הסוציאלית לעובד, ובמובן זה ניכוי מלא ובלתי הפיך אינו נחזה לכאורה להיות האמצעי שפגיעתו פחותה. עם זאת, איני נדרשת לקבוע מסמרות בעניין, בהינתן מסקנתה של חברתי הנשיאה, שלה אני שותפה, לפיה לא מתקיים במקרה זה גם מבחן המשנה של המידתיות במובן הצר.

19. האמת ניתנת להיאמר, כי ההסדר הקיים כולל חריג המכיר באפשרות להפחית את שיעורו של הניכוי, כולו או חלקו (כמפורט בתקנה 8 לתקנות עובדים זרים (פיקדון לעובדים זרים), התשע"ו-2016). אולם, לפי האמור בו, חריג זה הוא מצומצם מאד בהיקפו, הן מבחינת העילות המאפשרות הפעלתה של סמכות זו והן מבחינת פרק הזמן שבו ניתן להפעילה (בתוך פרק זמן מתוחם של 18 חודשים מאז המועד שבו היה על העובד לעזוב את הארץ ולא מעבר לכך). על-פי הנתונים שנמסרו לנו, היקף השימוש בחריג זה הוא מצומצם מאד (כאמור בפסקה 83 לפסק דינה של חברתי הנשיאה). הסדר זה אינו מאפשר פנייה מאוחרת למועד זה, חרף הקשיים המיוחדים המלווים את אוכלוסיית העובדים הזרים ובכלל זה החסמים הביורוקרטיים, האנושיים והחברתיים שעמם היא מתמודדת.

20. לא למותר לציין עוד בהקשר זה כי מחקרים כלכליים שעוסקים בסוגיה של בניית מערכת תמריצים מתאימה לעזיבה במועד מלמדים על מורכבותה. כך, חקיקה שקובעת סנקציות לאי-עזיבה במועד יכולה להשיג מטרה זו, אך לעתים עלולה ליצור, מבלי משים,

תמריצים הפוכים (ראו: Slobodan Djajic & Alexandra Vinogradova, *Overstaying Guest*, 61 CESIFO ECON. STUD. 764 (2015) *Workers and the Incentives for Return*). זאת ועוד, מחקרים אלה מלמדים כי למעשה התמריץ לעזיבת המדינה מושפע במידה רבה מגורמי רקע שכלל אינם נוגעים לחקיקה המקומית. כך, ככל שהיתרי העבודה ניתנים מלכתחילה לעובדים המגיעים ממדינות שמבטיחות תנאי מחייה טובים יותר לחוזרים, ולא כל שכן בשנות הפרישה שלאחר העבודה, גובר הסיכוי שהעובדים אכן ישובו לארצות המוצא שלהם, ולהיפך.

21. לסיכום – אם כן, אף אני מסכימה שדין העתירות להתקבל. תכלית החקיקה שנדונה על ידינו אמנם ראויה, אך היא באה במחיר של פגיעה בזכויות, זאת תוך שימוש באמצעים שאינם עומדים במבחני המידתיות, בבחינת "כוונתך רצויה, אך מעשיך אינם רצויים". מהגר עבודה שלא עזב את ישראל במועד יכול להיות כפוף לסנקציות חוקיות ומאוזנות, אך לא לאבד את עולמו – לא בשעה אחת, ואף לא בחצי שנה.

ש ו פ ט ת

השופט ע' גרוסקופף:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה של חברתי, הנשיאה אסתר חיות, ובכלל זה לאמור תחת הכותרת "אחר הדברים האלה".

מחובתנו לזכור: לא על מנת ליהנות מ"חלבה ודבשה" של הארץ ניתן לעובדים הזרים היתר לבוא בשערי ישראל, אלא בעבור יסעדו לילות כימים את הקשישים והסובלים היקרים לנו; יבנו בזיעת אפם, ולעיתים במחיר שלמות גופם, את בתינו וערינו; ויעבדו בעבודות השדה המתישות לשם ייצור מזוננו. אכן, כל זאת עושים העובדים הזרים מבחירה, וליתר דיוק – תוך העדפת עבודה קשה זו על פני מציאות העוני והדלות בהם ובני משפחותיהם נתונים בארצות מוצאם. אך מכאן ועד לקביעה לפיה מטפלת מהפיליפינים אשר הקדישה את מיטב שנותיה לטיפול בחסרי ישע ישראלים, או פועל בניין ממולדובה שנפצע קשה בתאונת עבודה, משלמים לנו "רעה תחת טובה" בשל כך שנמנעו מלעזוב את הארץ במועד שנקצב להם, ועל כן אינם ראוים להגנה חוקתית – רחוקה מאד הדרך. ישראלי שחטא, אף על פי שחטא – זוכה להגנת חוקי היסוד. ועובד זר שחטא, מה דינו? האין הוא בעל זכויות יסוד הראויות להגנה חוקתית? האם כספים פנסיוניים שצבר כדין הופכים למרמס, וניתן להעלימם במלואם בהרף הוראת חוק? תשובת בית משפט זה על השאלות הללו חייבת להיות זכה וצלולה – גם לעובד הזר יש

זכויות חוקתיות מכוח חוקי היסוד, וחובת מערכת המשפט הישראלית להגן עליהן אינה פוסקת אף אם חטא. זהו מבחינתי עיקר הדברים – ופירוטם, דבר דבור על אופניו, מצוי בחוות דעת הנשיאה.

ש פ ט

הוחלט בדעת רוב (כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג) כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן היום, כ"ג בתמוז התשפ"ג (12.7.2023).

שופט

המשנה לנשיאה

הנשיאה

שופטת

שופטת

שופט

שופט