



## היטל בגין העסקת העובד האנדרוגיני – חלקו "מבקש מקלט" וחלקו "מסתנן" – בעקבות ע"א 4946/16 סער נ' פקיד שומה אשקלון

### סשה צ'רניבסקי\*

א. הקדמה; ב. פסק הדין; ג. בין "עמימות מצבית" ל"עמימות לשונית"; ד. שאלת המעמד וקורטוב של משפט בינלאומי; ה. בשביל כבוד צריך לעבוד; ו. סיכום.

#### א. הקדמה

בפסק הדין בעניין סער שניתן ביום 12 בספטמבר 2017,<sup>1</sup> קבע בית המשפט העליון כי חובת המעסיק לשלם היטל העסקה בגובה 20% משכרו של עובד זר מכוח החוק להבראת הכלכלה,<sup>2</sup> חלה גם על העסקת אזרחי סודן ואריתריאה שעליהם החילה ישראל מדיניות של אי-הרחקה.

משפטן שעוסק במשפט בינלאומי, בזכויות אדם ובזכויות פליטים, עלול להירתע עת ישמע שבתיק מסים עסקינן, שבו ערערו מעסיקים על פרשנות רשויות המס לדבר חקיקה. ההומניסט שבו מתחבר לזכויות של אנשים, ופחות לחישובי מספרים, אחוזים ושומות. ואכן תיק זה, שהוא תולדה של עשרה ערעורים על פסקי דין של בית המשפט המחוזי בעניין חובת מעסיקים לשלם היטל בגין העסקת עובדים זרים, לא היה מעלה

\* בוגרת תואר ראשון במשפטים (בהצטיינות) מהאוניברסיטה העברית, ועמיתת הקתדרה לזכויות אדם על שם אמיל זולא במסגרת תוכנית "תקנה" לתואר שני במשפטים, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל. העמדות המובעות בהארת פסיקה זו הן של הכותבת בלבד. תודה מיוחדת לקרן מיכאלי, אלעד כהנא וד"ר יובל לבנת על הערותיהם המועילות.

<sup>1</sup> ע"א 4946/16 סער נ' פקיד שומה אשקלון (פורסם בנבו, 12.9.2017). בקשה לדיון נוסף הוגשה ביום 31.10.2017, דנ"א 8496/17 ישרוטל בע"מ נ' פקיד שומה אילת (להלן: "הבקשה לדיון נוסף"), ונדחתה ביום 31.5.2018 על ידי הנשיאה אסתר חיות (להלן: "דחיית בקשה לדיון נוסף").

<sup>2</sup> חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003 (להלן: "חוק להבראת הכלכלה" או "החוק"). ס' 45(א) לחוק קובע כי "מעסיק חייב בהיטל בשיעור של 20% מסך כל ההכנסה של עובד זר ששילם בשנת המס (בפרק זה – ההיטל) ואם העובד הזר מועסק על ידו לפי היתר להעסקת עובד זר בענפים אלה יהא שיעור ההיטל כמפורט להלן: בענף החקלאות – 0%, ובענף המסעדות האתניות, בענף התעשייה או בענף הבניין – 15%".



ציפיות מיוחדות בעניין הסדרת מעמדם המשפטי של מבקשי המקלט, אילולא אותה אמירה שניתנה על ידי המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין במסגרת החלטת הביניים שניתנה במרץ 2017:

"ואולם, ככל שההרנו בדבר במהלך הדיון ולאחריו, סברנו כי אותה "עמימות מצבית" של המסתננים שהוחלט שלא להרחיקם לעת הזאת בשל המצב במקומותיהם, אולי מצדיקה מעין "מדרגת ביניים", שהרי פליטים אינם, אך גם לא עובדים זרים חוקיים, לא "תושבים" במונח הרגיל על פי פרשנות פשוטה – אך הם בני אנוש שישראל הכירה בנסיבותיהם הקשות בהחליטה שלא להרחיקם, ובתקופה זו עליהם להתפרנס כדי לא להידרדר לפשע".<sup>3</sup>

כגודל הציפיות גודל האכזבה. פסק הדין שנכתב על ידי המשנה לנשיאה רובינשטיין בסמוך לפרישתו, אומנם נוגע בטענות מהותיות בדבר מעמד משפטי וזכויות, אשר חלקן לדבריו "בהחלט שובה לב על פניו",<sup>4</sup> אך נמנע מבחינה מעמיקה שלהן ומותר על כנה מדיניות שתורמת להחלשת מבקשי המקלט מאריתריאה ומסודאן שנמנים עם אחת האוכלוסיות החלשות בישראל ולפגיעה נוספת בהם. שאלות בדבר המעמד הראוי של אלו שהגיעו לבקש מקלט, חלקם לפני יותר מעשור, כאשר ישראל מתמהמהת בבדיקת בקשותיהם ושאלות הנוגעות לזכויותיהם הבסיסיות, בין השאר, מכוח האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים,<sup>5</sup> זכו בפסק הדין למענה לקוני, לא ממצה ולעיתים אף לא מדויק. קולם של העובדים עצמם שכלל לא היו צד בהליך לא נשמע, וטענות בדבר הפגיעה ביכולתם להתפרנס נדחו כלאחר יד. אבקש להאיר כי למרות שתפקיד בית המשפט לתת קול לחסרי המעמד שזכויות האדם שלהם מופרות תדיר,<sup>6</sup> הרי שהנמקתו החסרה תרמה לפגיעה בהם. פסק הדין הותיר את אלו שנמצאים בשולי החיים הציבוריים באותה "עמימות מצבית", שבה חלקם שרויים כבר יותר מעשור.

<sup>3</sup> החלטת ביניים בע"א 4946/16 שלמה סער נ' פקיד שומה אשקלון (פורסם בנבו, 28.3.2017). לצורך הנוחות ברצף הקריאה יצוין תוארו של המשנה לנשיאה (בדימוס) רובינשטיין תוך השמטת המילה בדימוס.

<sup>4</sup> עניין סער, לעיל ה"ש 1, פס' מז.

<sup>5</sup> Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, 189 U.N.T.S. 150 (להלן: "אמנת הפליטים" או "האמנה").

<sup>6</sup> ראו לדוגמה את הניתוח של אהרן ברק בעניין תפקיד בית המשפט בשמירה על אופייה הדמוקרטי של המדינה וזכויות אדם: "ביצירה השיפוטית של המשפט, על בית המשפט העליון להגשים את הדמוקרטיה. זהו החשוב בערכיה של האומה [...] עם זאת, דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם זכויות אדם. משטר המבוסס על שלטון הרוב, אך שולל מהמיעוט את זכויות האדם שלו, אינו משטר דמוקרטי. משטר השולל מהפרט את זכויות האדם, אינו משטר דמוקרטי, גם אם השלילה נעשית על-ידי הליך פרלמנטרי המבוסס על החלטת רוב". אהרן ברק "תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה דמוקרטית" הפרקליט מא 5, 7 (1993).



## ב. פסק הדין

פסק הדין ניתן בעשרה ערעורים על פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים, בעניין תחולת הוראות הדין המחייבות מעסיקים לשלם היטל בגין העסקת עובדים זרים. בית המשפט העליון התבקש להכריע אם ההיטל חל גם במקרה של העסקת אזרחי סודאן ואריתריאה, שמחזיקים ברשיונות שהייה זמניים שניתנים להם על בסיס נקיטת מדיניות “אי-הרחקה זמנית” של ישראל<sup>7</sup> (שריד לגלגוליה הקודמים של הטרימינולוגיה שכללה את המילה “הגנה” - מדיניות “הגנה זמנית”, ומדיניות “הגנה קבוצתית”).<sup>8</sup> ברקע הדברים יצוין, שמעולם לא ניתן אישור פורמאלי להעסקת עובדים אלו, ועבודתם נעשתה מכוח הצהרת המדינה על אי-אכיפת האיסור להעסיקם במסגרת עתירה של ארגון קו לעובד משנת 2011.<sup>9</sup>

המערערים, ברובם קבלני כוח אדם או בעלי מלוונות אשר העסיקו עובדים מסודאן ומאריתריאה, קיבלו דרישה לתשלום ההיטל מרשויות המס,<sup>10</sup> וטענו כי עובדיהם הם

<sup>7</sup> על פי עמדתה הרשמית, מדינת ישראל נוקטת במדיניות “אי-הרחקה זמנית” לגבי יוצאי אריתריאה על רקע ההכרה באריתריאה כמדינה במשבר, ונמנעת מלהחזיר אזרחי סודן למדינתם בעיקר בשל הקושי המעשי שבהרחקה למדינה שאין עמה יחסים דיפלומטיים. ראו בג”ץ 7146/12 אדם נ’ הכנסת, פס’ 9 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם באר”ש, 16.09.2013); בג”ץ 8665/14 דסטה נ’ הכנסת, פס’ 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם באר”ש, 10.08.2015). לפי עיקרון “אי-החזרה” (Non-Refoulement) שמעוגן באמנת הפליטים משנת 1951 ובאמנות זכויות אדם אחרות, כמו גם במשפט הבינלאומי המנהגי, מדינה לא תרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו (ראו ס’ 33 לאמנת הפליטים: “שום מדינה מבעלות האמנה לא תגרש ולא תחזיר פליט באיזו צורה שהיא אל גבולות הארצות שבהן יהיו חייו או חירותו בסכנה”).

<sup>8</sup> ראו דיון בשאלה אם מדיניות ישראל להעניק “הגנה בעלת אופי ארעי, המוענקת על בסיס קבוצתי, בהיעדר בדיקה פרטנית” עולה כדי “הגנה זמנית” כמובנה במשפט הבינלאומי. ע”מ 8908/11 אספו נ’ משרד הפנים, פס’ 30 (פורסם בנבו, 17.7.2012). לקריאה נוספת בנוגע להנחיות נציבות האו”ם לפליטים בעניין “הגנה זמנית”, ראו UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements* (2014). <http://www.refworld.org/docid/52fba2404.html>

<sup>9</sup> בג”ץ 6312/10 קו לעובד נ’ הממשלה (פורסם בנבו, 16.1.2011).

<sup>10</sup> השומות הוצאו רטרואקטיבית למעסיקים. לדוגמה: בין העניינים שנדונו בעניין סעד, נדונה שומה שהוצאה למעסיק בינואר 2014 שבמסגרתה חויב מעסיק בתשלום מס בגין השנים 2008–2011; בהליך אחר, אשר ערעורו נדון במסגרת עניין סעד, הוצאה למעסיק שומה בנובמבר 2014 לשנות המס 2009–2012; בהליך שלישי, הוצאו למעסיק בין השנים 2013–2014 שומות לשנות המס 2008–2012. עניין סעד, לעיל ה”ש 1, פס’ ב, ד ו-ו.



בבחינת מבקשי מקלט ואינם בגדר "עובדים זרים" כהגדרתם בחוק להבראת הכלכלה.<sup>11</sup> בתי המשפט המחוזיים דחו את טענותיהם ופסקו כי משהעובדים לא הוכרו כפליטים, ואף שהם נהנים מהגנה זמנית כפועל יוצא ממדיניות אי-הרחקתם למדינות מוצאם, אין מקום לפטור את המעסיקים מתשלום ההיטל. כמו כן, נדחתה הטענה כי יש לראותם כפליטים דה-פקטו נוכח התמהמהות המדינה לבחון בקשות מקלט שהוגשו מטעמם.<sup>12</sup> המשנה לנשיאה רובינשטיין ניתח את החוק להבראת הכלכלה מכוחו נקבע תשלום ההיטל, וקבע כי מתן הפטור המבוקש לגבי אזרחי אריתריאה וסודאן לא עולה בקנה אחד עם תכלית החקיקה, שעניינה הקטנת סך העובדים הזרים המועסקים במקום עובדים ישראלים.<sup>13</sup> בנתחו את "התכלית האובייקטיבית" של החוק, התייחס המשנה לנשיאה רובינשטיין לשאלה אם השתתף ההיטל מנוגדת לערכי יסוד ולעקרונות המשפט הבינלאומי, וענה על כך בשלילה.<sup>14</sup> הוא קבע שלא הובאו ראיות ושלא סביר, נוכח הביקוש הקשיח לעובדים בענפי העבודה שבהם עובדים אזרחי אריתריאה וסודאן, שההיטל יביא לדחיקתם משוק העבודה, ולפיכך לא קיים החשש כי תיפגע זכותם לקיום בכבוד.<sup>15</sup> בנוסף, על אף סירובו לראות בהם פליטים דה-פקטו, בהיעדר קביעה של המדינה באשר למעמדם, ניתח המשנה לנשיאה רובינשטיין את הזכויות שמקנה אמנת הפליטים, וקבע שהסעיפים הנוגעים לאיסור הפלייה במיסוי ובשוק העבודה לא הופרו.<sup>16</sup>

סוגיה נוספת שנדונה במסגרת פסק הדין, היא זכאות אזרחי אריתריאה וסודאן לנקודות הזיכוי ממס הכנסה המוקנות לתושבי ישראל. בעקבות הודעת רשות המיסים מיוני 2017 כי יינתנו להם נקודות זיכוי כתושבי חוץ (עד ליום 31.12.2014), התייטר הדין בעניין זה.<sup>17</sup>

11 ס' 44 לחוק להבראת הכלכלה מגדיר "עובד זר" כהגדרתו בחוק עובדים זרים, התשנ"א – 1991, למעט פירוט של מקרים מותרים. בין המקרים אשר מצוינים במפורש כמוחרגים מההגדרה, אפשר למצוא עובדים פלסטינים (עובד שפרק ו' של חוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ה – 1994 חל עליו); עובדים ירדנים (אזרחים במדינה הגובלת בישראל היוצאים את ישראל, בדרך כלל בתום יום העבודה, למקום מגוריהם באותה מדינה) ועובדים בסיעור (עובדים זרים המועסקים כדין במתן טיפול סיעודי).

12 עניין סעד, לעיל ה"ש 1, בפס' ג.

13 שם, פס' מג, מו.

14 שם, פס' מז.

15 שם, פס' מט.

16 שם, פס' נא.

17 שם, פס' נו.



### ג. בין ”עמימות מצבית” ל”עמימות לשונית”

רבות נכתב על כוחה של הלשון בתיוג אזרחי אריתריאה וסודאן שהגיעו לישראל לבקש הגנה כ”מסתננים” ולא כ”מבקשי מקלט” או כ”פליטים”.<sup>18</sup> אמנת הפליטים קובעת שאין להפיל פליט בגין כניסה בלתי-חוקית למדינה, מתוך הכרה שהפליטות מאלצת חציית גבולות מדינתיים שלא באמצעות אשורות או במעבר גבול מוסדר.<sup>19</sup> למרות זאת, מדינת ישראל בחרה לקבע את אי-חוקיות כניסת מבקשי המקלט ולהתייחס לאוכלוסייה זו כ”מסתננים”, תוך שהחילה עליהם את החוק למניעת הסתננות משנת 1954.<sup>20</sup> תכליתו המקורית המוצהרת של חוק זה הייתה להתמודד עם מה שנתפס כאיומים ביטחוניים מצד גורמים פלסטינים בתקופת הפדיון, ונראה שהחלתו על מבקשי המקלט ביקשה לעורר קונוטציות של הגנה ביטחונית מפולשים.

פסק הדין ניסה למזער את הלוליינות הלשונית, והשתמש במושג ניטרלי לכאורה: ”אזרחי סודאן ואריתריאה”. אך ספק בעיני אם התייחסות המשייכת אדם למדינה שבה הוא טוען לרדיפה, ולא למעמדו כמבקש הגנה שאיננו יכול לשוב למדינתו, היא אכן בחירה ניטרלית בנסיבותיו של פסק הדין. המערערים ניסו להשתמש במושגים דוגמת ”שוהים מוגנים” או ”פליטים דה-פקטו”.<sup>21</sup> אולם, המשנה לנשיאה רובינשטיין בחר להתייחס בפתח דבריו בפסקה א’ ל”עובדים שנכנסו לישראל בניגוד לדין”, ובפסקה ב’ ל”עובדים מסודאן ומאריתריאה שנכנסו לישראל שלא כדין”. כך, מבלי לומר ”מסתננים”, בחר אף הוא להדגיש את האופי הבלתי-חוקי של כניסתם (ואולי אף לאפיינם כמהגרי עבודה), ולא את העובדה שהם שוהים בישראל כדין, חלקם יותר מעשור, בהתאם לחוק הישראלי ועל פי רישיונות שהייה אותם הם מחדשים מדי מספר חודשים במשרד הפנים. למרות האמור, המשנה לנשיאה רובינשטיין ניסה לאחוז את השור בקרניו והזכיר שוב את ”העמימות המצבית” המאפיינת את העובדים. הוא אף המשיך, ובסגנונו הציורי שרטט את יצור הכלאיים בציינו כי הערעורים הוגשו בנוגע ל”עובדים יוצאי סודאן ואריתריאה, נוכח מעמדם ה”אנדרוגני” בישראל – מחד גיסא, אינם שוהים במדינה על פי היתר אלא הסתננו אל תוך גבולותיה, ומאידך גיסא זוכים הם להגנה קולקטיבית, שבאה לידי ביטוי באי הרחקתם לארצות מוצאם ובהיעדר אכיפת האיסור כנגד העסקתם”.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> ראו ניתוח של ה”ממד הלשוני” במאמר דעה של רובי זיגלר ”כוחן של הגדרות: ”מסתננים” ו”מבקשי מקלט” בישראל – שישים שנה לאמנת הפליטים” (המכון הישראלי לדמוקרטיה, <https://www.idi.org.il/articles/2732> (10.1.2011).

<sup>19</sup> ס’ 31 לאמנת הפליטים.

<sup>20</sup> חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי”ד–1954. ראו גם מאמר דעה של רובי זיגלר ”התיקון לחוק למניעת הסתננות: תיוגם של מבקשי מקלט כפושעים” (המכון הישראלי לדמוקרטיה, [www.idi.org.il/articles/3143](https://www.idi.org.il/articles/3143) (16.1.2012).

<sup>21</sup> עניין סעד, לעיל ה”ש 1, פס’ כ.

<sup>22</sup> שם, פס’ מא.



את הביטוי "אנדרוגני" טבע המשנה לנשיאה רובינשטיין בהתייחסותו לאוכלוסיית מבקשי המקלט כבר בפסק דין שניתן מספר חודשים קודם לכן, בעניין תנאי המחיה במרכז השהייה חולות.<sup>23</sup> שם צוין, כי "למסתננים 'מעמד אנדרוגני', שכן הם 'שוהים' ולא 'אסורים' או 'עצורים', אך מטעמים הקשורים ב'עניי עירך' [...], מוטלות מגבלות על חרותם. מצב 'אנדרוגני' זה מחייב 'תפירה עדינה' של תנאיהם".<sup>24</sup>

מעניין לציין כי הביטוי "אנדרוגני" מתייחס לרוב לאדם בעל איברים זכריים ונקביים, שכתוצאה מכך לא ניתן להכריע מהו אפיונו המגדרי. חיפוש הביטוי בפסקי דין העלה כי המשנה לנשיאה רובינשטיין נהג כנראה להשתמש בביטוי זה בשל הופעתו במקורות היהודיים. הביטוי מופיע בכתבי חז"ל אשר דנו בהרחבה בדינו של האנדרוגיניוס, אשר נחשב לאדם מלא עם זכויות וחובות וחייב במצוות.<sup>25</sup> אולם, בשונה מההלכה היהודית שהקנתה מעמד לאנדרוגיניוס, בענייננו השימוש בביטוי "אנדרוגני" מונע את אפיון המעמד המשפטי והחברתי של מבקשי ההגנה ממדינת ישראל, בין השאר, בדמות הכרה במעמד כלשהו, ובפועל מפשיט אותם מזכויותיהם. "העמימות המצבית" מגדירה אותם בעצם כיוצאים מן הכלל, והופכת אותם להומו סאקר – אנשים שמודרים מהחברה והופכים לחסרי זכויות מחוץ לחוק.<sup>26</sup>

השופט שהם, שהצטרף בחוות דעתו הקצרה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין, השתמש גם הוא ככלל בביטוי "עובדים יוצאי אריתריאה וסודן". רק במקום אחד שבו הזכיר כי הוגשה עתירה בעניין הפיקדון, הוא בחר להשתמש בלשון העותרים וציין כי הם "מלינים על חיוב של מבקש המקלט להפריש 20% משכרו לפיקדון".<sup>27</sup>

השימוש בביטויים שונים בעלי משמעות משפטית שונה, מדגיש את הכאוס המשפטי שיוצרת "העמימות המצבית". משפיתחנו רגישות מספקת לבחירות הלשוניות בהנמקה, ניתן לעבור ולבחון את הדיון המהותי בזכויות שמקנה מעמד פליט או בהיעדרן.

<sup>23</sup> בג"ץ 4386/16 מדיו נ' נציבות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 13.6.2017).  
<sup>24</sup> שם, פס' עט.

<sup>25</sup> אנדרוגיניוס מופיע במדרש: "בשעה שברא הקב"ה את אדם הראשון אנדרוגיניוס בראו, הדא הוא דכתיב 'זכר ונקבה בראם' בראשית רבה ח א. האנדרוגיניוס חייב לרוב בכל המצוות כאיש, ומחלק פטור כאישה (לדוגמה: פסול עדות כאישה משום שהוא ספק אישה, משנה בכורים ד ג; רמב"ם עדות ט ג). חז"ל הקדישו פרק שלם במשנה לפירוט דיני אנדרוגיניוס, בין השאר, במסכת בכורים, שהוא הפרק האחרון בסדר זרעים.

<sup>26</sup> "יחס היוצא-מן-הכלל הוא יחס של הפקרה. זה אשר הופקר איננו מוצב למעשה מחוץ לחוק ואינו נעשה אדיש כלפיו, אלא ננטש על-ידי, דהיינו, נעשה חשוף ומאויס על הסף שבו חיים ומשפט, חיצוני ופנימי, אינם עוד בני-הבחנה". היחס בין הכלל לחרוג נדון אצל ג'ורג'יו אגמבן "הומו סאקר: הכוח הריבוני והחיים החשופים" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 395, 405 (שי לביא עורך, נמרוד אביעד ומוניקה פולק מתרגמים, 2003).

<sup>27</sup> עניין סעד, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינו של השופט שהם.





## ד. שאלת המעמד וקורטוב משפט בינלאומי

המעצרים טענו כי כל עוד לא הוכרע אחרת, יש לראות בעובדים פליטים. אשר על כן טענו, כי היטל בגובה 20% שמשפיע על נכונות המעסיקים להעסיק מבקשי מקלט, מפר את סעיף 17 לאמנת הפליטים<sup>28</sup> בדבר הזכות שלא להיות נתון להפליה בגישה לעבודה; ואת סעיף 29 לאמנה,<sup>29</sup> הקובע זכות שלא להיות נתון להפליה בתחום המיסוי.<sup>30</sup> בנוסף, המעצרים ניסו לטעון טענה צנועה יותר לעניין סבירות הסתמכותם ותום ליבם, כי ההתמהמהות בבדיקת בקשות המקלט ואי-הרחקת העובדים למדינות המוצא, יצרה הסתמכות אצל המעסיקים שעובדיהם זוכים למעמד “פליט דה-פקטו”.<sup>31</sup> למרות הצעתו המקדמית של המשנה לנשיאה רובינשטיין לייצר “מדרגת ביניים”, הוא קיבל את עמדת המדינה כי אין לראות ביוצאי סודאן ואריתריאה משום פליטים אף שחלה לגביהם מדיניות אי-הרחקה, ככל שהמדינה לא הכירה רשמית במעמדם. בתשובה לטענה כי בהתנהלות המדינה סביב בדיקתן של בקשות המקלט יש כדי להשפיע על המעמד, קבע המשנה לנשיאה רובינשטיין שמקום הטענה להתברר בהליך אחר “הואיל ואין המעצרות נמנות על קבוצת הנפגעים הנטענת (דהיינו, מבקשי המקלט) ואף רשות המנהל הרלוונטית (קרי, משרד הפנים), אינה צד להליך”.<sup>32</sup> על אף שבבסיס דיני הפליטים נמצאת ההנחה שמתן מעמד פליט על ידי מדינה היא פעולה דקלרטיבית גרידא, כלומר שהמדינה אינה יוצרת מעמד אלא רק מזהה מעמד קיים,<sup>33</sup> המשנה לנשיאה רובינשטיין נשען על פורמליות משפטית וסירב לדון בטענה המהותית לעניין ההגדרה כ“פליטים דה-פקטו”. יוער, כי עמדת נציבות האו”ם לפליטים, שמספקת פרשנות על אמנת הפליטים, היא שניתן להגדיר את האוכלוסייה במצב “דמוי

<sup>28</sup> ס’ 17(1) לאמנת הפליטים קובע כי “המדינות בעלות האמנה ינהגו בפליטים השוהים בהיתר בשטחן דין נוח ביותר כפי שהן נוהגות באזרחי ארץ נכריה, בנוגע לזכותם לעסוק בעבודה בשכר”.

<sup>29</sup> ס’ 29(1) לאמנת הפליטים כי “המדינות בעלות האמנה לא יטילו על פליטים ארנונות, היטלים או מסים השונים או גבוהים מאלה שמותר להן להטיל על אזרחיהן במצבים דומים”.

<sup>30</sup> עניין סעד, לעיל ה”ש 1, פס’ כב.

<sup>31</sup> עניין סעד, לעיל ה”ש 1, פס’ כה.

<sup>32</sup> עניין סעד, לעיל ה”ש 1, פס’ נ.

<sup>33</sup> “A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfils the criteria contained in the definition. This would necessarily occur prior to the time at which his refugee status is formally determined. Recognition of his refugee status does not therefore make him a refugee but declares him to be one. He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee”. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees* (1967, reedited 1992) <http://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf>



פליטות", בין השאר נוכח כשליה של מערכת המקלט בישראל.<sup>34</sup> הוא גם סרב לאמץ את אותה "מדרגת ביניים" אותה הציע, אשר כבר קיימת במשפט הבינלאומי בדמות המונח "מבקשי מקלט", מונח שמכוחו נגזרות זכויות וחובות של מדינות לספק תנאי מחיה בסיסיים בזמן ההמתנה להכרעה בבקשות המקלט.<sup>35</sup> רמז לבחירתו להעדיף את הדין המקומי ולדבוק בדווקנות משפטית ניתן למצוא כבר בפתח פסק דינו בהתייחסו לכך ש"לתיקים, כפי שיפורט, אף שהם תיקי מס, גם היבטים חברתיים והיבטי מדיניות, אך כמוכן ראש לכל הוא הדין".<sup>36</sup>

המשנה לנשיאה רובינשטיין המשיך וקבע שאף אם היו מוכרים כפליטים, ההיטל איננו עולה כדי הפרה של אמנת הפליטים. לעניין סעיף 29 לאמנה אשר אוסר במפורש על מדינות להטיל מיסים "השונים או גבוהים מאלה שמותר להן להטיל על אזרחיהן במצבים דומים", נאחז המשנה לנשיאה רובינשטיין שוב בהנמקה פורמליסטית כי המיסוי מושת על מעסיקים ולא על פליטים עובדים, וכי החוק אוסר במפורש "לגלגל" את עלויות ההיטל על העובדים, ולכן איננו מהווה הפליה ישירה במיסוי. המשנה לנשיאה נמנע מלנתח את מציאות התעסוקה בפועל ואת הפרקטיקות הפוגעניות הנהוגות בשוק העבודה כלפי עובדים כה מוחלשים. לעניין סעיף 17 לאמנה בדבר גישה לשוק העבודה, המשנה לנשיאה רובינשטיין קבע כי "אמנת הפליטים עצמה מכירה בצרכיהן של המדינות להטיל הגבלות בדבר העסקתם של זרים לשם הגנה על שוק העבודה המקומי, ובמסגרת זו אף נקבע, כי מי שהוכר כפליט יהא נתון לאותן מגבלות, ככל שלא נתקיימו לגבי תנאים מסוימים המנויים באמנה (וראו סעיף 17(2))."<sup>37</sup> המשנה לנשיאה רובינשטיין התייחס לסעיף 17(2) לאמנה, אך לא פירט כי אחד מאותם "תנאים מסוימים" נוגע לכך שלא ניתן להטיל עוד הגבלות על מי ששוהה יותר משלוש שנים במדינת המקלט.<sup>38</sup> על פי סעיף זה, כיוון שמרבית אוכלוסיית העובדים המדוברת שוהה

<sup>34</sup> "נציבות האו"ם לפליטים חיוותה דעתה בשנת 2017, כי אזרחי אריתריאה וסודן בישראל הם לכל הפחות במעמד של Refugee-like situation [...] הנציבות מוסיפה עוד, כי הדבר נכון במיוחד בהקשר הישראלי, נוכח כשליה של מערכת המקלט הישראלית. ראו ס' 21 בבקשה לדיון נוסף, בקשתה של עמותת קו לעובד להצטרף להליך כמשיבה ולחלופין כידידת בית המשפט.

<sup>35</sup> ראו לדוגמה דירקטיבת תנאי הקליטה האירופית שעוסקת בתנאי המחיה הבסיסיים שיש לתת למבקשי מקלט, ולגישתם לשירותי תמיכה מהמדינה Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, on laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), Official Journal of the European Union, L. 180/96.

<sup>36</sup> עניין סעד, לעיל ה"ש 1, פס' א.

<sup>37</sup> עניין סעד, לעיל ה"ש 1, פס' נא.

<sup>38</sup> ס' 17(2) לאמנת הפליטים קובע כי "על כל פנים, אמצעים מגבילים שהוטלו על זרים או על העבדת זרים לשם הגנת שוק העבודה האזרחי, לא יחולו על פליטים שכבר היו פטורים מאמצעים אלה בתאריך תחילת תוקפה של אמנה זו לגבי המדינה הנוגעת בדבר, או שנתקיים בהם אחד התנאים האלה (א) השלימו שלוש שנות מגורים בארץ".





“כסף שחור”

בישראל מספר שנים (חלקם קרוב לעשור), לא ניתן היה לפי סעיף זה להטיל הגבלות על העסקתם לשם הגנה על עובדים ישראלים. המשנה לנשיאה רובינשטיין אומנם ניתח את אמנת הפליטים, אך נמנע מלבחון את הפרשנות המקובלת במשפט הבינלאומי בעניין תחולת הסעיפים אליהם התייחס (משפט משווה או כתבי מלומדים),<sup>39</sup> והסתפק בניתוח לקוני וחלקי. על אף שבחירתו לנתח דווקא את אמנת הפליטים בהקשר של התיק היא מבורכת, האופן האקדוטלי שבו עשה זאת מחזקת את הסברה כי השימוש במשפט הבינלאומי נועד לצאת ידי חובה, ולא על מנת להיכנס לנבכי דיני הפליטים.

## ה. בשביל כבוד צריך לעבוד

טענה נוספת של המערערים שלא קיבלה מענה מספק, היא שההטל הגבוה עלול להביא לפיטורין ולפגיעה בזכות לקיום מינימלי בכבוד. המערערים טענו כי עובד זר מגיע כדי להתפרנס לתקופה קצובה בלבד, אולם מבקש המקלט מחזיק ברישיון שהייה שתוקפו בלתי-מוגבל והוא נדרש לעבוד כדי לכלכל את עצמו במהלך שהותו במדינה, ולעיתים אף לתמוך במשפחתו.<sup>40</sup> יתרה מכך, מבקשי המקלט מודרים מכל תמיכה וסיוע סוציאלי, הם אינם זכאים לביטוח בריאות ממלכתי, אינם מבוטחים במרבית ענפי הביטוח הלאומי, ואין להם גישה לשירותי הרווחה.<sup>41</sup>

למרות הרגישות המתבקשת עת דנים באוכלוסייה כה מוחלשת, המשנה לנשיאה רובינשטיין התייחס לטיעון בפסקה אחת בלבד, וקבע כי אין פגיעה בזכות לקיום בסיסי בכבוד משום שלא הובאו הנתונים התומכים בטענה אמפירית מסוג זה. בזאת לא תמה מלאכתו – הוא הגדיל לעשות וקבע כי אין ביקוש בקרב עובדים ישראלים לסוג העבודות שבהן מועסקים אזרחי סודאן ואריתריאה, ולכן לדברי השופט, נוכח הביקוש

<sup>39</sup> ראו ניתוח של יובל לבנת Yuval Livnat, *Israeli Supreme Court Rules: Taxation and Employment Restrictions on Employers of “foreign workers” Apply to Employers of Asylum Seekers Too*, REFLAW BLOG [www.reflaw.org/israeli-supreme-court-rules-taxation-and-employment-restrictions-on-employers-of-foreign-workers-apply-to-Edwards](http://www.reflaw.org/israeli-supreme-court-rules-taxation-and-employment-restrictions-on-employers-of-foreign-workers-apply-to-Edwards) ו- [www.employers-of-asylum-seekers-too/](http://www.employers-of-asylum-seekers-too/) Hathaway ו- [James C. Hathaway](http://www.jamesc.hathaway.com/), *The Rights of Refugees under International Law*, 755, footnote 126, (2005); Alice Edwards, *Article 17*, in THE 1951 CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES AND ITS 1967 PROTOCOL, 965 (Andreas Zimmermann ed., 2011).

<sup>40</sup> עניין סעד, לעיל ה"ש 1, פס' כ.

<sup>41</sup> מבקר המדינה “זרים שאינם בני הרחקה” דוח שנתי 164 התשע"ד (2014) [www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report\\_248/af07752c-7845-4f1d-ae97-23c45c702624/102-ver-5.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1](http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_248/af07752c-7845-4f1d-ae97-23c45c702624/102-ver-5.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1); ביום 8.5.2018 פרסם מבקר המדינה דוח מעקב בהמשך לדוח משנת 2014 [www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report\\_627/8342453f-15f3-493e-bc7f-4ab59199b9dd/103-zarim-1.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1](http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_627/8342453f-15f3-493e-bc7f-4ab59199b9dd/103-zarim-1.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1).



הקשיח האוכלוסייה מהווה "מעין ברירת מחדל עבור המעסיקים", ולא נשקפת להם סכנת פיטורין ופגיעה של ממש.<sup>42</sup>

השופט שוהם, שחש כנראה אי-נוחות מהניתוח האמור, הוסיף בחוות דעתו כי ישנו חשש שההיטל יגולגל על העובד עד כדי פגיעה בזכותו לקיום בסיסי בכבוד או לדחיקתו משוק העבודה בישראל. הוא התייחס לחובת הפיקדון שחלה החל ממאי 2017 על מעסיקיהם של "יוצאי אריתריאה וסודן", להפריש 20% משכר העובד לפיקדון, בצד הפרשה של 16% מטעם המעביד,<sup>43</sup> וציין כי תוספת של 36% לעלות שכרו של עובד (20% היטל ו-16% פיקדון) מייקרת משמעותית את עלות השכר ומקימה חשש "שמדובר בניסיון, מכוון או בלתי מכוון, לדחוק את העובדים יוצאי אריתריאה וסודן משוק העבודה הישראלי".<sup>44</sup> עם זאת, אי-הנוחות שהביע לא עלתה לכדי גיבוש דעת מיעוט והוא הצטרף למסקנתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

המשנה לנשיאה רובינשטיין לא רק נמנע מלבצע בדיקה רצינית של הטענה בדבר פיטורי עובדים תוך התעלמות מההכבדות הכלכליות הנוספות שמוטלות על מעסיקיהם של אזרחי אריתריאה וסודן דוגמת הפיקדון, אלא אף ניסה לאחוז את החבל בשני קצותיו: בדונו בתכלית חקיקת החוק להבראת ישראל הוא הפנה לדברי ההסבר, לפיהם "עלות העסקת עובד זר נמוכה מעלות העסקת עובד ישראלי. כדי להקטין את התמריץ להעסיק עובד זר, מוצע לחייב כל מעסיק של עובד זר בהיטל". ניתוח התכלית הביא לקביעה שמתן פטור מתשלום ההיטל עבור אזרחי אריתריאה וסודן לא עולה בקנה אחד עם תכלית חקיקה, שעניינה הקטנת סך העובדים הזרים המועסקים במקומם של עובדים ישראליים. בנשימה אחת, מספר פסקאות לאחר מכן הרגיע המשנה לנשיאה רובינשטיין וקבע, שבשל ביקוש קשיח ההיטל לא משפיע על התמריץ להעסיק עובדים זרים וסתר בעצם את ההנחה העובדתית של המחוקקים. אז מהי התכלית, מה ההיגיון ומה נכון? והאם תכלית לא מעשית היא תכלית ראויה לפרש לאורה דבר חקיקה? אם לא ניתן להקטין העסקת עובדים זרים, למה ראוי להמשיך לנסות לעשות זאת באמצעות הרחבת תחולת ההסדר?

כך, למרות החשש שהביע השופט שוהם, פטר המשנה לנשיאה רובינשטיין את הטענה בעניין הזכות לחיים בכבוד, תוך ש"הידיעה השיפוטית" מסתפקת בניחוש ספקולטיבי כי אין חשש ממשי לפרנסתם. אותה אמפתיה שהופיעה בהחלטת הביניים הפכה לאפתיה, משלא התגבשה לכדי ניתוח של מצבם הקשה של מבקשי המקלט נוכח הדרתם ממדיניות הרווחה, והאמצעים הכלכליים שמופעלים נגדם דוגמת הפיקדון.

<sup>42</sup> עניין סעד, לעיל ה"ש 1, פס' מט.

<sup>43</sup> ס' 1א1(א) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991. התיקון לחוק עובדים זרים נעשה באמצעות חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה-2014, וחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה) (תיקון), התשע"ז-2017.

<sup>44</sup> עניין סעד, לעיל ה"ש 1, פס' 2-3 לפסק דינו של השופט שוהם, שמתייחס לבג"ץ 2293/17 צגיגרסגהר ואח' נ' הכנסת.



## 1. סיכום

הסכנה בפליטות, לפי חנה ארנדט, היא שאובדן מעמד משפטי (בהיעדר אזרחות) מפשיט אדם מזכויותיו ונוטל ממנו את מעמדו בחיים הציבוריים. בספרה ”יסודות הטוטאליטריות” כתבה כי ”הפגיעה הבסיסית בזכויות האדם באה לכלל ביטוי, קודם כל ויותר מכל, בשלילת מקום בעולם, מקום ההופך דעות למשמעותיות, ופעולות למשפיעות”.<sup>45</sup>

מעמדם המשפטי של מבקשי המקלט שהגיעו לישראל בעשר השנים האחרונות נעדר ודאות. חרף השנים שעברו מכניסתם לישראל נותר תיגום במשפט כ”מסתננים”, תוך שימת דגש על האופי הבלתי-חוקי של קיומם במרחב הציבורי. בית המשפט התייחס בענייננו למצב הקשה של מבקשי המקלט ואף עשה ניסיון לדלג בזהירות בין שלל התיאורים הלשוניים של מעמדם המשפטי – ”מסתננים”, ”עובדים”, ”אזרחי סודאן ואריתריאה”, ”מבקשי מקלט”, ”פליטים”. חרף זאת, ולמרות שהבחין בבעייתיות של ”העמימות המצבית”, המשנה לנשיאה רובינשטיין לא סיפק בהנמקתו מענה רציני לטענות המהותיות לעניין מעמדם וזכויותיהם, ובכך תרם להותרת אוכלוסיית מבקשי המקלט בישראל לנוע בספרת ”העמימות המצבית”, בשולי החיים הציבוריים, שקופה וחסרת קול.

עם זאת, המציאות המשתנה תדיר בסוגיית מבקשי המקלט מספקת עוד ועוד הזדמנויות להמשיך ולדון בחקיקה שמעגנת הסדרים מפלים ופוגעניים ובמעמד החסר שמאפשר את הפגיעה בזכויות. בראי ההתפתחויות האחרונות, לאחר פרסום נוהל ההרחקה למדיניות שלישיות וקריסתו בעקבות ההתעוררות הציבורית הרחבה לנושא,<sup>46</sup> נותרה אופטימיות זהירה כי גם כאשר בתי המשפט מפגינים אזלת יד נוכח חקיקה המבקשת ”להבריא” את ישראל וכלכלתה מנגע ”המסתננים” וחולי זרותם, מופיעות פעולות ספונטניות באפיקים שאינם בהכרח משפטיים. אפיקים אלו, ייתכן שאף הובילו את המשנה לנשיאה רובינשטיין להתבטא לאחר פרישתו נגד מדיניות ההרחקה ולהביע תמיהה על אחוזי ההכרה הנמוכים במעמד פליט בישראל.<sup>47</sup> כך, גם כאשר בית המשפט אוטם את אוזניו, יכולה הסולידריות בחברה לאפשר לאלו שבשולי החיים הציבוריים

<sup>45</sup> חנה ארנדט **יסודות הטוטאליטריות** 441 (2009).

<sup>46</sup> ראו הודעת עדכון מטעם המשיבים בבג”ץ 2445/18 **המוקד לפליטים ולמהגרים נ’ ראש הממשלה** (לא פורסם, 24.4.2018).

<sup>47</sup> למשנה לנשיאה רובינשטיין יוחסה האמירה כי: ”תמוה בעיני שרק 12 מבקשי מקלט קיבלו מעמד בישראל [...] לפי בקשות של אלפים למקלט ממתנינות לדיון בפורומים הרלוונטיים והקצב רחוק מאוד מלהשביע רצון”. גלעד שלמור ”תמוה שרק 12 קיבלו מעמד של פליט”. גלעד שלמור ”תמוה שרק 12 קיבלו מעמד של פליט” mako 22.2.2018 [www.mako.co.il/news-israel/local-q1\\_2018/Article-e86a31a0eeeb161004.htm](http://www.mako.co.il/news-israel/local-q1_2018/Article-e86a31a0eeeb161004.htm)

