

7.1.2024

נייר עמדה מטעם ארגוני זכויות האדם: הצעת חוק עובדים זרים (תיקון מס' 24) (פיקדון לעובדים זרים), התשפ"ד 2024

הרינו מתכבדים להגיש את עמדתנו ביחס להצעת החוק שבנדון, שמקודמת בהמשך לפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 6942/19 צ'באנו נ' שר הפנים מיום 12.7.2023 (להלן: פס"ד צ'באנו), אשר הוגש על ידינו בשם שני עובדי בניין שנפגעו מההסדר החקיקתי ובשמנו (עתירה של עובדת סיעוד שנפגעה מההסדר הותלתה ונמחקה בתוצאה דומה לאחר פסק הדין האמור).

כמפורט להלן, אנו קוראים שלא לקדם את ההצעה. הממשלה בוחרת לקדם שוב הסדר פוגעני, דומה מאד לזה שכבר נפסל בבג"ץ לפני מספר חודשים. הפחתה קלה של היקף הפגיעה לא משנה את הפגם הבסיסי שבהסדר: לחילוט אוטומטי של קניין המשקף זכויות קוגנטיות כסנקציה ללא משפט, ללא שיקול דעת וללא הליך מינהלי, אין אח ורע, לא בישראל ולא בעולם. ההסדר יביא בהכרח לפגיעה לא מוצדקת בזכויותיהם של מי שנמנים על קבוצה מוחלשת, וכל זאת כשלא ברור לשם מה מקודמת ההצעה בהינתן ששופטי בג"ץ קבעו שנתוני המדינה מלמדים שההסדר שנפסל ממילא לא הביא לתוצאתו המיוחלת.

מובן, שככל שיוחלט בכל זאת לקדם את ההצעה, יש להכניס בהסדר המוצע בה שינויים מבניים מהותיים, שיקרבו את המנגנון המוצע למנגנונים המקובלים במשפט לשם פגיעה בזכות.

1. ההסדר המוצע, בדומה לזה שנפסל בבג"ץ צ'באנו, מבקש להסמיך את המדינה לחלט – ללא משפט ואף ללא הליך מינהלי – כספים בשיעורים משמעותיים מאחת האוכלוסיות המוחלשות ביותר בישראל: מהגרי עבודה ברישיון, שהוזמנו לישראל לעבוד בה בעבודות קשות ובלתי מבוקשות בעליל תוך הותרת חייהם מאחור, ונשארו בישראל לאחר תום אשרתם.

2. הכספים שיחולטו הם כספים ששייכים לעובדים מכוח משפט העבודה מתוקף זכותם הקוגנטית לפנסיה ולפיצויים, וזאת בהתאם לפסיקת בתי הדין לעבודה, להסכמים עם מדינות המוצא של העובדים ולאמנות שמדינת ישראל חתומה עליהן. הם שייכים להם ואמורים לאפשר את קיומם בארצותיהם עם חזרתם אליהן, שנים לאחר שעזבו אותן, כשסיכוייהם להשתלב בשוק העבודה שם מחדש נמוכים. מעסיקיהם, שאינם יכולים להפקיד כספים אלו בקרנות הפנסיה נוכח סירוב הקרנות לאפשר זאת, מחוייבים – על מנת להגן על העובדים ועל שוק העבודה המקומי כאחד – להפריש סכומים אלו לחשבון פיקדון פשוט שמנהלת רשות האוכלוסין וההגירה (הכוונה המקורית, להקים קרן של ממש, לא התממשה). הכספים נצברים לטובת העובדים וניתנים להם רק עם יציאתם את ישראל, על מנת להבטיח את יציאתם בתום תקופת עבודתם, בתוספת רווחים אפסיים שנצברו ובניכוי עמלות ומס קבוע של 15% והוצאות הרחקה ככל שישנן. כך כבר כעת, ללא קשר להצעה.

3. ההצעה מבקשת לאפשר למדינה, שמחזיקה בכספי העובדים אלו מתוקף היותה מנהלת חשבון הפיקדון, לבחון ערב עזיבת העובד את ישראל האם אשרתו פקעה ומתי, ובהתאם לכך – לחלט אוטומטית שיעור ניכר מהכספים, עד כדי 75% מהם, ללא הפעלת שיקול דעת, ללא שימוע ואף

ללא התראה; כשבשלב זה, יכולתו של העובד שנפגע מההחלטה לעתור עליה לבית המשפט, כמעט שאינה קיימת בהינתן עזיבתו את ישראל, ואם קיימת כרוכה בעלויות שלעיתים יהפכו בפני עצמן את העתירה לבלתי מעשית.

4. אכן, שהיה שלא כדין היא עבירה. ככל עבירה, ניתן לנקוט בגינה בהליכים פליליים, כשלצידם ניתן גם לנקוט בהליכי הרחקה מינהליים. מובן שניתן לשקול סנקציות מידתיות נוספות, לרבות פגיעה בקניין, בגדר הכללים המחייבים הליך משפטי ולכל הפחות מינהלי בטרם הטלת הסנקציה; כללים שנועדו להבטיח כי הסנקציה תינתן בהתאם לנסיבות הפרטניות – מידת האשם, חומרת ההפרה, הנסיבות שהביאו לה, וכיו"ב.

5. אלא שההצעה מבקשת לייצר מנגנון חסר תקדים, של ענישה ללא משפט וללא הליך מינהלי, בגין הפרת דין. להסדר כזה, שבו זכויות סוציאליות מהוות בנות ערובה להכוונת התנהגות, אין אח ורע בישראל, ולמיטב ידיעתנו גם לא בעולם. אף עבירה, חמורה ככל שתהיה, אינה מביאה לחילוט אוטומטי וללא משפט של זכויותיו הסוציאליות של החשוד בה. לא זו בלבד שמדובר בפגיעה בהיקף גדול בקניינם הדל של נשים וגברים עניים, אלא שפגיעה זו נעשית מחוץ לכל נורמה משפטית ומהווה כשלעצמה פגיעה בזכות החוקתית.

6. לא זו בלבד שמדובר בסנקציה שעוקפת את ההליך המשפטי הנדרש ברגיל לשם פגיעה בזכויות סוציאליות, אלא שהיא גם פוגענית בהרבה מהמקובל ביחס לעיצומים כספיים:

ראשית, בניגוד לעיצומים כספיים שמוטלים לרוב על גופים חזקים יחסית, עניינו בסנקציה שתוטל על אוכלוסייה מוחלשת, וזאת ערב יציאתה את ישראל כשיכולתה המעשית לעתור נגד ההחלטה ולו בדיעבד כמעט שאינה קיימת.

שנית, ההחלטה מתקבלת באופן אוטומטי, ללא שימוע ואף ללא התראה וללא הפעלת שיקול דעת, בהתאם לאחוזים קבועים. ודוק – אין מדובר בקנס נומינלי המוטל בהתאם לנסיבות המקרה ועד לגובה מסוים, אלא בקנס באחוזים מסכום הפיקדון שנצבר (אחוזים קבועים, דהיינו ללא שיקול דעת), באופן שיפגע בצורה קשה יותר במי שצבר יותר כסף בפיקדון (כלומר, דווקא במי שעבד יותר שנים כדין).

7. פגמים אלו הם שהובילו את בית המשפט העליון לקבוע, כי ההסדר הקודם, שהוסף להצעת חוק הפיקדון ברגע האחרון במסגרת חוק ההסדרים בשנת 2005 מבלי שנערך אודותיו דיון מהותי, הביא לפגיעה קשה באוכלוסייה מוחלשת וייצר תוצאות לא צודקות במקרים פרטניים. כל הפגמים האלו קיימים גם בהסדר החילוט המוצע. ההסדר אמנם מפחית (במידה זניחה) את היקף הפגיעה המקסימלי בכספים ופורס אותו על פני תקופה ארוכה יותר; אולם בעיקרו נשאר ההסדר כשהיה: פגיעה משמעותית בקניינה של אוכלוסייה מוחלשת, ללא הליך משפטי או מינהלי, לא לפני קבלת ההחלטה ובאופן מעשי גם לא אחריה.

8. כל זאת, כאשר לא ברור מה הצורך בהסדר, שכן התועלת שבו לא הוכחה עד היום (והדברים אמורים ביחס להסדר הקודם, שהיה אפילו פוגעני מזה שמוצע כעת). לא זו בלבד שההסדר נחקק בחופזה וללא דיון מעמיק, אלא שנתונים על יעילותו לא הוצגו עד לאחר חלוף שנים במסגרת הגשת העתירות על ידינו, ומהם עלה – כך לפי שופטי בית המשפט העליון – שלא ניתן

לראות השפעה של ההסדר על היקפי היציאה במועד של עובדים (ר' למשל סעיפים 59-64 ו-74 לחוות דעתה של כב' הנשיאה חיות). למעשה, אף כב' השופט סולברג, שכתב את דעת המיעוט בפסק הדין, הסכים שקיימים סימני שאלה אודות יעילות ההסדר, אך סבר שלבית המשפט אין סמכות להתערב בהסדר שקבעה הכנסת אף אם זו לא הוכיחה את יעילותו; וכי תועלת ההסדר עולה מניתוח אנליטי שלו ולא בהכרח מההיבט האמפירי שלו (סעיפים 24-27 לחוות דעתו).

9. בכל הכבוד, לא ניתן לקדם שוב הסדר כה פוגעני, על סמך הנחות תיאורטיות שלא נבחנו מראש ושלא הוכחו בדיעבד, רק מכוח האינרציה ושיח פופוליסטי נגד מהגרים ונגד בית המשפט.

10. נוכח האמור, אנו קוראים לוועדה שלא לקדם את החוק. הסדר הפיקדון כשלעצמו, שמבטיח שחרור הכסף עם יציאת העובד מישראל, מהווה כשלעצמו תמריץ ליציאה מישראל בתום תקופת שהייה. את היקפי השהיה שלא כדין של מהגרי עבודה, שחלק גדול מהם נובע דווקא מהפרות זכויותיהם, ניתן לצמצם בדרכים אחרות. ואכן, לא ניתן להתעלם משלל גורמים שמביאים מהגרי עבודה להפוך לשוהים שלא כדין ולהמשיך ולשהות שלא כדין במדינת היעד: גיוס פיראטי תחת חובות תוך הטעיה וניצול; היעדר-נגישות למידע חיוני ובסיסי אודות מעמדם בישראל ברגע נתון הנמצא אצל רשות האוכלוסין וההגירה; וכמובן הפרות זכויות מצד מעסיקהם, שגוררות אבדן אשרה ואבדן שכר וזכויות, באופן שמאלץ את העובדים להישאר בישראל מעבר לתקופת האשרה. בכל אלו ניתן לטפל, וצריך לטפל, ללא קשר להצעה זו – באופן שיתרום כשלעצמו לצמצום מספר המקרים בהם עובדים נותרים בישראל מעבר לאשרתם.

11. ככל שחרף כל האמור יקודם ההסדר האמור, הרי שיש להכניס בו שינויים משמעותיים – מבניים, ולא רק מספריים – כמפורט להלן.

א. שינוי מנגנון החילוט מחילוט באחוזים לחילוט בסכום נומינאלי

12. גובה החילוט החודשי המוצע מופיע כאחוז קבוע – 5% או 10% – כנגזרת מהסכום הניתן לחילוט מהפיקדון. כאמור, מדובר בשיעור קבוע שאינו תלוי בשיקול דעת, אולם יתרה מכך – מדובר בחילוט אחוזי ולא נומינאלי. המשמעות היא שעל אותה הפרה של הדין – למשל, שהייה שלא כדין הנמשכת חודשיים – יילקח סכום נומינאלי שונה מעובדים שונים, לא בגלל נסיבותיהם הפרטניות שכלל לא ייבחנו, אלא בגין משך הזמן בו שמרו על החוק קודם לכן, כשדווקא עובד ששמר על החוק יותר, ייפגע יותר.

13. למשל: עובד שעבד 10 שנים כדין, ומעסיקיו הפרישו לו במצטבר סכום גבוה בגין תקופת עבודה זו; יאבד בגין חודשיים בלבד של שהייה שלא כדין, סכומים גבוהים בהרבה ממי שעבד בישראל כדין רק 3 חודשים ונשאר בישראל שלא כדין במשך שנה!

14. מדובר בעיוות, המוסיף לפגיעה בקניין ואף פוגע בשוויון (ר' פסק דינה של כב' השופטת ברק ארז בפרשת צ'באנו).

15. על מנת להימנע מעיוות זה, יש לזנוח את מנגנון ה"חילוט בשיעורים" ולכלל הפחות להמירו בחילוט בסכום קבוע וידוע מראש, למשל תוך אבחנה בין סכומים לפי ענף, או סכום אחיד (כגון

סכום של 4,000 ש"ח הנזכר בדוח ה-RIA של המשרד כרווח החודשי של מי שישאר לעבוד בישראל שלא כדין לאחר תום תקופת שהייתו החוקית).

ב. התניית החילוט במתן התראה לפני החילוט

16. כאמור, הסנקציה המוצעת תוטל ללא שימוע, ללא זכות טיעון, ואף ללא התראה – וזאת ערב יציאת העובד מישראל, עם הגשת הטופס הנדרש לשם שחרור כספי הפיקדון בשדה התעופה. ההנחה העומדת בבסיס ההסדר היא, שהעובדים מודעים היטב לכך שאשרתם פקעה, אך הם בחרו להישאר בישראל למרות זאת.

17. אלא שבלא מעט מהמקרים שבהם נתקלנו במשך השנים בעמותת קו לעובד, עובדים כלל לא ידעו שהם שוהים בישראל שלא כדין. כך למשל, שניים מבין שלושת העובדים שבגינם הוגשו העתירות נגד ההסדר הקודם, שהו בישראל בזמן שסברו שהוגשו עבורם בקשות להארכות אשרותיהם, מבלי לדעת מה באמת מצב בקשותיהם (שבדיעבד התברר שכלל לא הוגשו או נדחו מבלי שעודכנו בכך).

18. יש להבין, שבניגוד לאזרחים זרים אחרים שמגיעים ללשכות רשות האוכלוסין וההגירה באופן עיתי לצורך חידוש אשרותיהם, מהגרי העבודה ברישיון אינם נמצאים בקשר ישיר עם הרשות. את אשרותיהם מאריכים מעסיקים או לשכות תיווך. העובד יודע כמובן מה תוקף האשרה שאלו מדביקים בדרכונו, אלא שלאשרה שבדרכון אין משמעות – מה שחשוב הוא הרישום הממוחשב במחשבי הרשות. כך למשל במקרים בהם המעסיק/לשכה מדווחים לרשות על נטישה או סיום ההעסקה, האשרה הממוחשבת מבוטלת עוד לפני שמועד האשרה שבדרכון פקע; יש גם מקרים הפוכים, כאשר האשרה הסתיימה אבל נמצאת בתהליכי חידוש בידי הלשכה/מעסיק, תהליכים שכאמור העובד אינו מעורב בהם. נציין, שבענפים העיקריים שעליהם יחול ההסדר המוצע (סיעוד ובניין), שיעור ניכר מהעובדים ממשיך לעבוד כדין גם אחרי תום 63 החודשים הקבועים בחוק הכניסה לישראל, וזאת בחסות "חריגים" בחוק שאינם חריגים כלל. הדברים מקבלים משנה תוקף בעת הנוכחית, בה החליטה המדינה לאפשר הארכות גורפות לתקופות שהיה של עובדים בישראל בצל המלחמה ועזיבת עובדים את הארץ.

19. גישת העובדים למידע הממוחשב אודות אשרתם מוגבלת ביותר. מערכת המידע לעובדים מופעלת באנגלית בלבד, שפה שאינה נגישה לחלק ניכר ממהגרי העבודה (לפי רשות האוכלוסין וההגירה, התאמה שפתית של המערכת אמורה להיות מוסדרת במהלך שנת 2024, מועד שאנו צופים שיוארך נוכח המלחמה). בנוסף, המערכת אינה משקפת סטטוס טיפול בבקשות להארכת האשרה; וממילא, לא ניתן לצפות ממהגר עבודה שייכנס באופן יומיומי למערכת על מנת לוודא מדי יום שאשרתו לא בוטלה. לשם המחשת המצב, היו מקרים בהם נתקלנו בכך שאשרה "הוארכה" בהתאם להוראת שעה (למשל, בתקופת הקורונה או בימים אלה בתקופת מלחמה) לפי אתר רשות האוכלוסין וההגירה, ואף הודע על כך לעובד/ת בהודעת סמס, אך בפועל העובדת כבר הייתה ללא מעסיקה.

20. משמעותם המצטברת של הדברים היא, שחלק מהעובדים שנפגעים מההסדר כלל אינם מודעים לכך שהם שוהים בישראל שלא כדין או שלא הוגשה בגינם בקשת הארכה או בקשה אחרת לאשרה, והם מבינים זאת סמוך מאד למועד תחילת החילוט, כשהדבר הוא בגדר מאוחר מדי.

21. משכך, לכל הפחות יש להתנות את ביצוע החילוט במתן הודעה מטרימה לעובד, עם "הפיכתו" לשווה שלא כדין, בה יימסר לו בשפתו כי מועד אשרתו פקע, כי אין בעניינו בקשה להסדרת מעמד, וכי ככל שלא יעזוב את ישראל או יפעל להסדרת מעמדו בה ב-30 הימים הקרובים, יחול לגביו הסדר החילוט מהפיקדון. **מתן הודעה מטרימה לפני תחילת החילוט היא עניין בסיסי הנובע לא רק מכללי המשפט והצדק הטבעי, אלא אף נדרש בהסדר שמטרתו היא בסופו של דבר לעודד שהיה כדין ולא רק להתעשר בדיעבד על חשבון עובד שלא עשה זאת.** כאמור, למיטב ידיעתנו, במהלך שנת 2024 צפויה רשות האוכלוסין וההגירה להשיק אפליקציה ייעודית למהגרי העבודה ברישיון, המותאמת לשפתותיהם, ואין כל מניעה להוסיף לאפליקציה זו הודעת התראה שתשלח באופן יזום ואוטומטי לעובדים, חודש לפני תחילת החילוט, על מנת שאלו יהיו מודעים למצבם ויוכלו לכלכל צעדיהם בהתאם.

ג. הבטחת היתכנות ריאלית לביקורת שיפוטית על החלטת החילוט

22. כאמור לעיל, אחת הבעיות המבניות בהסדר החילוט היא מועד "קבלת ההחלטה" על החילוט – עם בקשת שחרור הכסף, ערב טיסת העובד. בשלב זה, לעובדים אין יכולת אמיתית לפנות לערכאות משפטיות לפני שיעזבו את ישראל (נזכיר כי לפני הפנייה לערכאות יהיה עליהם למצות את ההליך המינהלי של הגשת השגה).

23. למעט במקרים חריגים של מי שהצליחו בפרק זמן קצר זה להשיג ייצוג משפטי כדי שניתן יהיה לטפל בעניינם לאחר העזיבה, לעובדים לא תהיה יכולת אמיתית לעתור לבית המשפט בהמשך, לאחר עזיבתם את ישראל. ייפוי כוחו של עורך דין ישראלי ממקום מושבם במדינה זרה, תשלום האגרה הנדרש וחתימה על תצהיר, אינם עניין של מה בכך בהינתן זהות ומאפייני האוכלוסייה בה עסקינן ומדינותיהם.

24. קושי זה מעקר במידה רבה את מנגנון החריגים המוצע בהצעה (מנגנון שממילא ייושם רק בדיעבד, לאחר קבלת ההחלטה על החילוט, ושלא פעם מניב החלטות לא מוצדקות – ראו למשל התייחסות כלל שופטי ההרכב בפרשת צ'באנו, לרבות השופט סולברג, לעניינו של העותר 1), שכן ככל שהרשות תפעיל אותו בשרירותיות, אפליה, חוסר סבירות קיצוני וכיו"ב, ההחלטה תהיה חסינה מביקורת שיפוטית הלכה למעשה. נזכיר כי קושי זה נזכר בפסקי דינים של חלק משופטי בית המשפט העליון בפרשת צ'באנו עת מצאו כי יש לפסול את ההסדר.

25. לכך יש להוסיף גם את חוסר ההיתכנות הכלכלית שבעתירה כאמור, בין שהעובד נמצא בישראל ובין שלא, בפרט במקרים שבהם היקף החילוט הוא נמוך: אגרת בית המשפט עומדת על למעלה מ-2,000 ש"ח, וזאת עוד לפני עלויות הייצוג. במקרים רבים, ודאי מקרים בהם החילוט נעשה על סכומים של כמה אלפי שקלים, ספק אם יוגשו בכלל עתירות בידי מי שהם בהגדרתם מהגרי עבודה עניים שכעת גם כספם חולט.

26. נוכח האמור יש לכל הפחות לאזן את הפגיעה שנגרמת כתוצאה מכך בהסדרת הייצוג המשפטי והאגרות לשם הגשת עתירה כאמור:

(א) יש לתקן את תקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007, ולקבוע כי אגרה בגין עתירה בנושא תופחת באופן משמעותי.

(ב) יש לתקן את סעיף 1 כח לחוק עובדים זרים ולהסמיך את הממונה על זכויות עובדים זרים להגיש עתירות בנושא בשם עובדים, או להסמיך אותה להסמיך עו"ד פרטיים לעשות זאת בדומה למערך האגף לסיוע משפטי שבמשרד המשפטים.

(ג) יש לקבוע כי הסדר החילוט יחול רק לגבי עובדים שלמדינת המוצא שלהם יש הסכם עם מדינת ישראל שבו נקבע מסלול מותאם לגביית תצהיר וחתימה על ייפוי כוח במדינת המוצא של העובד, להסמכת הממונה או עו"ד מטעמה להגיש עתירה כאמור.

27. תיקונים אלו הם תנאי הכרחי במסגרת יצירת מגוון סנקציות אוטומטיות, בסכומים ניכרים, על אוכלוסיה מוחלשת, שמופעלים ללא שימוע ובמועד בו הנפגע עוזב את ישראל.

ד. הפחתה משמעותית של שיעור החילוט המקסימלי ואיזון הפגיעה מהחילוט ב"שיטת

הגזר" – ניהול חשבון הפיקדון באמצעות גוף פיננסי

28. על מנת לקדם את מידתיות ההסדר המוצע, יש להבטיח כי לצד הפגיעה שהוא יוצר, תהיה גם הטבה מסוימת לעובדים שיצאו את ישראל במועד – וזאת בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון.

29. כפי שנקבע בפסק הדין בעניין צ'באנו, וזאת על בסיס הודאות המדינה עצמה במסגרת ההליך, להסדר הפיקדון אין אח ורע בעולם. גם בישראל אין דוגמה לשימוש בזכויות קוגנטיות, ודאי לא של אוכלוסיה מוחלשת, כבנות ערובה להכוונת התנהגות. הדוגמה היחידה כביכול להסדר דומה בישראל, היא מנגנון החילוט שנקבע ביחס לכספי הפיקדון של מבקשי המקלט ושנמצא כעומד במבחני החוקתיות בבג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' הכנסת, ניתן ביום 20.4.2020.

30. אלא שזאת יש להדגיש: בפרשת גרסגהר נמצא כי ההסדר עומד במבחני המידתיות, משום שהחילוט שם כמעט לא חל על זכויות הפנסיה והפיצויים הקוגנטיות שנקבעו בצו ההרחבה הכללי לפנסיה. אלו ייפגעו, לכל היותר, בהיקף השקול ל-1.83% מהשכר – פחות משביעית מהסכום לו זכאי העובד מכוח צו ההרחבה הכללי. אין כלל דמיון בין פגיעה זו, השקולה ל-14% מהזכויות הקוגנטיות, לפגיעה המוצעת כעת בגובה 75% מהן.

יצוין, כי בדברי ההסבר להצעה נאמר שיש להחמיר עם מהגרי העבודה ביחס למבקשי המקלט בשיעור החילוט המקסימלי מפיקדון. דברים אלו עומדים בניגוד לעמדת הכנסת בעת חקיקת הסדר הפיקדון למבקשי המקלט, אז נקבעו בו שיעורי חילוט גבוהים בהרבה פר חודש של שהיה של כדין דווקא מתוך הטענה שיש להחמיר עם (מה גם, שהחוק המקורי שם ביקש להטיל את החילוט על מלוא הזכויות הקוגנטיות בפיקדון מבקשי המקלט, שכלל גם ניכוי שכר מהעובד; היקף החילוט צומצם דה-פקטו עם ביטול חובת הניכוי משכר העובד על ידי בית המשפט העליון); אולם ממילא לא ניתן להצדיק החמרה כה משמעותית, של יותר מפי 5, עם מהגרי העבודה.

31. לכך יש להוסיף, שבמסגרת ההסדר שחל על מבקשי המקלט, לצד "מקל" החילוט נקבע גם "גזר" למי שיצא מישראל כדין: רובו המוחלט של החילוט שם חל על כספים שמופרשים לפיקדון בשיעור של 16%, כפי שנקבע בחוק עובדים זרים, שהוא שיעור גבוה להפרשות מעסיק מזה שנקבע בצו ההרחבה הקוגנטי הכללי (12.5%). הן במסגרת פרשת גרסגהר והן במסגרת

פרשת צ'באנו, בית המשפט העליון עמד על כך שההסדר שנקבע ביחס למבקשי המקלט טומן אם כן בחובו "גזר" ולא רק "מקל": דהיינו, עובד מבקש מקלט שכן יצא את ישראל במועד, יקבל תמרוץ משמעותי לעשות כן בדמות קבלת כספים בשיעור גבוה יותר מאלו שנקבעו בדין הקוגנטי. בית המשפט העליון עמד על כך שמדובר בהיבט משמעותי המאזן את הפגיעה שבחילוט במקרה של שהיה שלא כדין, שכן מדובר בהסדר המקנה הטבה לעובדים שיוצאים במועד, וממילא מבטיח שהפגיעה בזכויותיהם שלפי צו ההרחבה הכללי לפנסיה תהיה יחסית קטנה.

32. בעניינו אין כל הטבה כזו. לפי ההצעה, מהגר עבודה שיצא במועד, פשוט יקבל את המגיע לו לפי הדין הכללי. עובד שלא יצא במועד, יאבד עד 75% מסכום הפיקדון. זוהי פגיעה בלתי מידתית בעליל.

33. גם אם אין כוונה או היתכנות לחיוב מעסיקי מהגרי עבודה המחוייבים בהפרשה לפיקדון בסכום גבוה מזה שנקבע בצווי ההרחבה רלוונטיים (על אף שהדבר עשוי היה לעודד העסקת עובדים מקומיים על פני הזמנת מהגרים, אינטרס ציבורי ראוי וחשוב), עדיין ניתן לפחות להבטיח "גזר" כלשהו – והוא ניהול החשבון כקרן פיננסית, כפי שהוגי ההסדר ראו לנגד עיניהם במקור.

34. ניהול הפיקדון כחשבון פשוט בידי רשות האוכלוסין וההגירה (באמצעות בנק המזרחי, נכון להיום, שזכה במכרז) יצר בעיות רבות – היעדר נגישות העובדים למידע אודות כספם, חוסר יכולת לוודא הפקדה או אי-הפקדה מול הרשות, ובמיוחד – היעדר כל תשואה או השקעה על כספים, שחלקם מוחזקים בחשבון משך שנים רבות. כידוע, כספי הפיקדון נצברים בחשבון בערך הנומינלי בלא כל תשואה ממשית. למרות שבמקור הפיקדון תוכנן להיות קרן, בסופו של דבר הוא הוקם כחשבון חסכון פשוט בתנאים מקפחים. לצד היעדר רובד ביטוחי לחשבון זה (על כך נעמוד בקצרה להלן) ולמיסוי הגבוה שחל על הכספים בעת משיכתם (15% מס כאמור בתוספת עמלות), הכספים בחשבון אינם מושקעים באפיק סביר, בניגוד לכספי הפנסיה של עובדים ישראלים – וזאת למרות שחלק ניכר מהעובדים שלגביהם חל ההסדר עובדים בישראל כדין שנים ארוכות. לשם השוואה, ניתן להתבונן בעניינו של העותר השני בעתירת צ'באנו: תשואת כספים המופקדים בקרנות הפנסיה עבור עובדים ישראלים בתקופה מקבילה לזו של העותר הגיעה ל-127%. אותו עותר, לאחר פסק הדין שהורה להשיב לו את הכספים שחולטו, קיבל אך את הכספים שהופקדו לו בערך הנומינלי בלבד בניכוי מס (מערכת להשוואת קרנות הפנסיה של רשות שוק ההון, ביטוח וחיסכון ובה השוואה של התשואה הממוצעת בקרנות הפנסיה מפורסמת בקישור: <https://pensyanet.cma.gov.il/>).

35. חלק מבעיות אלו אף מצאו ביטוי בפסק הדין בפרשת צ'באנו, בהתייחסות שופטי ההרכב לכספים הרבים שלא נמשכו מהפקדון חרף עזיבת העובד את הארץ. יצוין עוד כי סוגיית התשואה על הכספים וחשיבות השקעתם, נדונה בסמוך לחקיקת ההסדר: ביום 28.6.2010 הקדישה ועדת העבודה והרווחה של הכנסת דיון רחב לקיפוח הכלכלי הטמון באגירת הכספים באופן זה. יו"ר הוועדה דאז, מר חיים כץ, פתח את הישיבה בוועדה באלה המלים:

"בדיון הקודם לא אישרנו את התקנות, כיוון שרצינו לדעת מה עושים בכסף המופקר של העובדים הזרים, כאשר אף אחד במערכת השלטונית לא רואה חשיבות איך לשמר אותו ואיך לדאוג לתשואות. אני רוצה לדעת, מה התחדש מאז, האם הכסף של העובדים הזרים קיבל ערך, האם מנסים להשקיע אותו ולשמר אותו" (עמ' 2 לפרוטוקול הדיון בוועדה).

36. משכך יש להכניס בהצעה את השינויים הבאים:

(א) יש להעלות באופן משמעותי את השיעור/סכום שאותו יקבל העובד בכל מקרה במועד יציאתו, באופן שיקרב אותו לזה שמוגן מפני חילוט בעניינם של מבקשי המקלט.

(ב) יש לקבוע כי הפיקדון ינוהל כקרן בלבד, וששר הפנים יהיה מוסמך להעביר את הפיקדון הקיים והמערכת הקשורה בו לניהול בהתאם להסדר שייקבע בתקנות ותוך השקעה אחראית של הכספים לטובת ייצור תשואה.

ה. ביטוח אובדן כושר עבודה

(ג) בהמשך להערתנו הקודמת, ובמסגרת ניהול הפיקדון כקרן, ניתן וצריך לייצר הטבה משמעותית, מה שכונה "גזר" בעניין גרסהגר, אשר משתלבת גם בקביעות בית המשפט העליון בפרשות אחרות הנוגעות לזכויות מהגרי עבודה (ר' בבג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (22.6.2014)), ולייצר לעובדים שכספם מופקד לקרן ביטוח אובדן כושר עבודה, ולהקצות לביטוח זה חלק מהסכום הנומינלי.

(ד) ככל שיצירת ביטוח זה תדרוש הקצאת כספים נוספת, לטעמנו יש להשתמש בכספים שהצטברו בפיקדון (כתוצאה מהחילוט או בשל אי משיכה בחלוף 7 שנים), למימון, הקמה ויצירה של ביטוח אובדן כושר עבודה למהגרי עבודה שאיבדו כושר עבודה בישראל, בדומה לעותר 1 בפרשת צ'באנו. יצוין כי צעד זה יקרב את הכספים המופקדים בפיקדון לתכליתם המקורית, הסוציאלית.

ו. הוראת מעבר – השבת כספים שכבר חולטו ביתר ביחס להסדר המוצע, לפי ההסדר

הקיים

(ה) לבסוף, אנו סבורים כי ככל שיקודם ההסדר המוצע, שהסכומים שיהיו ניתנים לחילוט מכוחו בהכרח נופלים מאלו שכבר חולטו, מחולטים או יחולטו מכוח ההסדר הקיים עד לפקיעתו, הרי שיש לקבוע כי עובדים שכספם חולט מכוח ההסדר ה"ישן" יהיו זכאים לפנות לגורם שייקבע לשם השבת ההפרש שבין החילוט שבוצע מכספם בפועל מכוח ההסדר שנפסל, לבין הסכום שהיה מחולט מהם לו היה חל עליהם ההסדר החדש.

בכבוד רב,

אלעד כהנא, עו"ד
מחלקה משפטית
קו לעובד

מיכל תגיר, עו"ד
הקליניקה לזכויות עובדים
אוניברסיטת תל אביב