

**בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו**

06 מרץ 2019

ע"מ 29530-03-18 ביחד-עטרת אבות . נ' מדינת ישראל

לפני כב' השופטת ירדנה סרוסי

ביחד-עטרת אבות (שותפות רשומה)  
ע"י ב"כ עו"ד אלכסנדר שפירא

מעוררת

נגד

פקיד שומה גוש דן  
ע"י ב"כ עו"ד אדם טהרני  
פרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)

משיב

כתבי עת:

[אמיר פז-פוקס, "מה בין עבודה לבין עבדות \(מודרנית\)?"](#), ספר סטיב אדלר, (2016) 217  
[עינת אלבין, "בין אינטימיות נדרשת ובלתי-מוגבלת לכפייה: המקרה של עובדות בית", עיוני משפט, לט \(2016\) 369](#)  
[חני בן ישראל; מיכל תגר, "באה מנוחה ליגעה? עבודה ומנוחה בהעסקתן של מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הביתי בישראל", מעשי משפט, ז \(2015\) 69](#)  
[שירי רגב-מסלם, "בעקבות תיאוריית האחריות הציבורית של פיינמן: ניתוח משטר הסיעוד הישראלי", מעשי משפט, ה \(2013\) 27](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952: סע' 2\(א\), 3\(ב\)](#)  
[חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל \(תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004\), תשס"ג-2003: סע' 44\(א\), 44\(ב\), 45\(א\), 45\(ב\)](#)  
[תקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974: סע' 5\(א\)](#)  
[חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991: סע' 1א, 1ב, 1ג, 1ד, 1ה, 1ו, 1ז, 1ח, 1ט, 1י, 1יא, 1יג, 1יד\(א\), 1יג\(ב\), 1יד](#)  
[תקנות הכניסה לישראל \(קביעת אזורים גאוגרפיים להעסקת עובדים זרים בענף הסיעוד\), תשע"ד-2014](#)  
[תקנות הכניסה לישראל \(אמצעי בקרה על מעבר עובדים זרים בענף הסיעוד\), תשע"ד-2014](#)  
[תקנות הכניסה לישראל \(הארכת רישיונות לעובד זר המועסק במתן טיפול סיעודי\), תשס"ד-2004](#)  
[תקנות מס הכנסה \(זיכויים לעובד זר\), תשע"ה-2014](#)  
[כללי מס הכנסה \(נקודות זיכוי לתושב חוץ זכאי\), תשס"ז-2007](#)

מיני-רציו:

\* בית המשפט דחה ערעור שהגישה שותפות שהפעילה בית חולים גריאטרי על חיובה בתשלום היטל העסקת עובדים זרים, שהם מסתננים מאריתריאה.

\* מסים – היטלים – היטל העסקת עובד זר

האם ניתן לראות בעובדים המסתננים שעסקו בסיעוד כמורגנים מגדר המונח "עובד זר" לעניין סעיף 44(א)(3) לחוק ההבראה, אשר ממצט מתוכו "עובד זר המועסק כדין במתן טיפול סיעודי", ולכן לפטור את העסקתם מהיטל העסקת עובדים זרים?

בית המשפט דחה את הערעור ופסק כלהלן:

יש לקבל את עמדת המשיב כי על מעסיקים בענף הסיעוד המוסדי לשלם היטל בגין העסקת עובדים זרים. משעה שעובדים זרים "חוקיים", דהיינו, עובדים שנכנסו כחוק לישראל, אינם מורשים לעבוד בטיפול סיעודי בענף הסיעוד המוסדי, על כורחך אתה אומר כי גם עובדים מסתננים אינם רשאים לעבוד בטיפול סיעודי במוסד סיעודי, ולו מקל וחומר. כל תוצאה אחרת תחטא לעיקרון לפיו אל ייצא חוטא נשכר.

בכל הנוגע לטיפול סיעודי בענף הסיעוד המוסדי, התשתית העובדתית שהונחה מלמדת באופן ברור כי לא ניתן לקבל היתרי העסקה של עובדים זרים בתחום זה, בין אם עובדים זרים שנכנסו כחוק לישראל המחזיקים ברישיון ישיבה מסוג ב/1 ובין אם עובדים מסתננים המחזיקים ברישיון שהייה מסוג 2(א)(5). אלו כמו אלו, בלא אבחנה ביניהם, אינם רשאים לעבוד בטיפול סיעודי במוסד כדוגמת זה המנוהל על ידי המעוררת ולכן לא ניתן לומר כי העסקתם היא העסקה על פי "דין".

כל עוד החלטות הממשלה ונהלי רשות האוכלוסין וההגירה – הקובעים כי ניתן לקבל היתרי העסקה של עובדים זרים רק לצורך טיפול סיעודי בבית המטופל הסיעודי – בעינם עומדים ומיושמים בפועל, לא ניתן לומר כי העסקה בפועל של עובדים זרים בניגוד לנהלים אלה במוסד סיעודי היא העסקה "כדין" באופן המזכה אותה בפטור מהיטל.

## פסק דין

### הקדמה

המעוררת מפעילה בית חולים גריאטרי ומעון לקשישים תשושים בעיר בני-ברק. בשנות המס שבמחלוקת (2012-2014) העסיקה המעוררת עובדים זרים, רובם המוחלט נתיני אריתריאה (להלן – **עובדים מסתננים**) שהחזיקו באשרות שהייה זמניות מכוח הוראת סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – **רישיון 2(א)(5)**)).

רישיון 2(א)(5) הוא "רישיון זמני לישיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה עד ליציאתו מישראל או הרחקתו ממנה".

המעוררת לא שילמה בגין העובדים הזרים את היטל העסקת עובדים זרים הקבוע בסעיף 45 לחוק להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003 (להלן – **חוק ההבראה**). המשיב

הוציא למערערת שומת ניכויים במסגרתה חויבה המערערת בהיטל עובדים זרים בסכום של 196,600 ש"ח (בשנת מס 2012), 353,802 ש"ח (בשנת מס 2013) ו- 408,719 ש"ח (בשנת מס 2014) (הסכומים במונחי קרן).

אין מחלוקת בין הצדדים כי למערערת אין היתר להעסקת העובדים המסתננים ואין מחלוקת כי לעובדים המסתננים אין היתרי עבודה, לא באופן כללי ולא בתחום הסיעוד בפרט.

הצדדים הגישו רשימת מוסכמות במסגרתה הוסכם, בין היתר, כי 88% מהכנסת העבודה הכוללת של העובדים המסתננים מקורה בטיפול **סיעודי** של החולים והקשישים הגריאטריים שבבית החולים (האכלה, רחיצה, הלבשה וכיו"ב).

המחלוקת בין הצדדים היא בשאלה, האם ניתן לראות בעובדים המסתננים שעסקו בסיעוד כמוחרגים מגדר המונח "עובד זר" לעניין **סעיף 44(א)(3)** לחוק ההבראה, אשר ממעט מתוכו "**עובד זר המועסק כדין במתן טיפול סיעודי**", ולכן לפטור את העסקתם מההיטל.

המערערת טוענת כי יש לראות בעובדים המסתננים כמועסקים "כדין" במתן טיפול סיעודי ולכן יש לפטור אותה מהחבות בהיטל העסקת עובדים זרים בגינם.

עמדת המשיב היא כי על מנת שעובד זר, לרבות עובד מסתנן, יהיה מועסק "כדין" בענף הסיעוד על מעסיקו להחזיק בהיתר העסקת עובדים זרים, ובענף הסיעוד בפרט. כמו כן על העובד הזר להחזיק ברישיון שהייה ועבודה שניתן מכוח **חוק הכניסה לישראל** או מכוח **תקנות הכניסה לישראל**. לעמדת המשיב, לכל העובדים הזרים שמועסקים כדין, לרבות בענף הסיעוד (הבית), יש רישיון ישיבה ב/1 מכוח **חוק הכניסה לישראל** (ראו נספח 15 לרשימת מוסכמות, דוגמה לאשרת ב/1-B בענף הסיעוד). משעה שלמערערת אין היתר להעסקת עובדים זרים, לא ניתן לומר על העסקתם של העובדים המסתננים כי היא "כדין" באופן המחרג אותם מהגדרת "עובד זר" וכפועל יוצא גם מגדר החבות בהיטל. הפלוגתא היחידה המונחת להכרעת בית המשפט עניינה בחיוב המערערת בהיטל העסקת עובדים זרים. המחלוקת בנושא התרת נקודות זיכוי לעובדים הזרים יושבה בין הצדדים מחוץ לכותלי בית המשפט.

אקדים ואומר, כי לאחר שעיינתי במכלול טענות המערערת לא מצאתי לשנות מהחלטתי בעניין **מעונות יניב** לפיה חיוב מוסד סיעודי בהיטל העסקת עובדים זרים בדין יסודו. להלן אדון ואכריע בטענות המערערת כסדרן, ראשונה ראשונה ואחרונה אחרונה.

### **כללי**

1. בתאריך 15.1.2019 ניתן על ידי פסק דין בעניין **ע"מ (מחוזי ת"א) 45494-01-16 מעונות-יניב בע"מ נ' פ"ש גוש דן** [פורסם בנבו] (להלן – עניין **מעונות יניב**) במסגרתו התקבלה עמדת המשיב כי על מעסיקים בענף הסיעוד המוסדי לשלם היטל בגין העסקת עובדים זרים.

- הקורא מוזמן לעיין בפסק הדין בעניין **מעונות יניב** ומופנה בעיקר לניתוח המסגרת הנורמטיבית להעסקת עובדים זרים בישראל באופן כללי, ובענף הסיעוד בפרט, לסקירת נסיבות השהייה המיוחדות של העובדים המסתננים בישראל ולדיון בטענות המערערות שם, הזהות בעיקרן לטענות שמעלה המערער בערעור זה.
2. עמדת המשיב לפיה, העסקתו של עובד זר בענף הסיעוד תיחשב "כדין" רק אם מעסיקו מחזיק בהיתר העסקת עובדים זרים בענף הסיעוד **המוסדי**, נתמכת בתכליתו של חוק ההבראה ועולה בקנה אחד עם מדיניותה המוצהרת של הממשלה לפיה לא ניתן לקבל היתרי העסקה של עובדים זרים בענף הסיעוד המוסדי אלא רק בענף הסיעוד הביתי.
3. כפי שציינתי בעניין **מעונות יניב** לא ניתן להלוך תוצאה לפיה העסקתם של עובדים זרים בענף הסיעוד המוסדי תיחשב "כדין" כאשר הממשלה נוקטת מדיניות ברורה של אי מתן היתרי העסקה לעובדים זרים בענף זה. קל וחומר שלא ניתן להעניק בגין העסקה כאמור, שכאמור הרשות המנהלית אינה מתירה אותה ואינה מנפיקה היתרי העסקה בגינה, תמריץ פיסקאלי בדמות פטור מהיטל העסקת עובדים זרים. לעניין זה אין הבדל בין עובד זר שנכנס כחוק לישראל לבין עובד מסתנן שכן שניהם, בלי אבחנה בין אחד למשנהו, אינם רשאים לקבל היתר העסקה בענף הסיעוד המוסדי ולכן לא ניתן לומר כי העסקתם שם היא "כדין".
4. אף אם יימצא מי שיאמר, כי בעקבות ההלכה בעניין [ע"א 4946/16 שלמה סעד נ' פקיד שומה אשקלון](#) [פורסם בנבו] (12.9.2017) (להלן – עניין **שלמה סעד**) הושווה מעמדם של עובדים מסתננים לעובדים זרים שנכנסו כחוק לישראל, הן לעניין הטלת ההיטל והן לעניין ההחרגה ממנו, הרי משעה שעובדים זרים "חוקיים", דהיינו, עובדים שנכנסו כחוק לישראל, אינם מורשים לעבוד בטיפול סיעודי בענף הסיעוד המוסדי, על כורחך אתה אומר כי גם עובדים מסתננים אינם רשאים לעבוד בטיפול סיעודי במוסד סיעודי, ולו מקל וחומר. כל תוצאה אחרת תחטא לעיקרון לפיו אל ייצא חוטא נשכר.
5. כאן המקום להעיר, למרות שאין הדבר נצרך לענייננו, כי הגישה המצדדת בהשוואת דינו של עובד מסתנן לדינו של עובד זר חוקי, הן לעניין החיוב בהיטל והן לעניין הפטור ממנו, כפועל יוצא מההלכה בעניין **שלמה סעד**, אינה נקייה מספקות.
- בעניין **מעונות יניב** ציינתי כי: "**כאשר למדינה מדיניות מובחנת הנותנת עדיפות להעסקה חוקית של עובדים זרים, הנכנסים לישראל על בסיס היתרים ולאחר שנערכו בעניינם הבדיקות המתבקשות, לרבות התאמתם והכשרתם למלאכות שלשמן הובאו לישראל ולרבות פיקוח על המכסות המותרות בענפים השונים, לא ניתן לומר כי יחול דין זהה, לעניין הפטור מהיטל, על מסתננים ועובדים זרים חוקיים כאחד**" (עניין **מעונות יניב**, פסקה 39).

6. אמת, בעניין **מעונות יניב** הבעתי את הדעה כי **"אין לשלול את הפטור מהיטל בגין העסקת מסתננים בענף הסיעוד רק בשל העדרם של היתרי העסקה"** (פסקה 40) אולם הדגשתי כי **"אין אני נדרשת לקבוע מסמרות בסוגיה זו, שכן בכוחה של הטענה הנוספת שבפי המשיב להכריע את הכף לטובתו ולשלילת זכאותן של המערערות לפטור מהיטל"** (שם).

בהליך זה אין אני נדרשת לדון בשאלה אם נכון יהיה לראות בעובדים הזרים המחזיקים ברישיון מסוג 2(א)(5) כאילו הם מועסקים "לפי היתר" לצורך ההיטל. אף אם התשובה לשאלה זו הייתה חיובית ברמה העקרונית, לא היה בכך לסייע למערערות, שכן בענף הסיעוד **המוסדי** בו עסקינן **לא ניתן** לקבל היתרי עבודה, בין אם מדובר בהעסקה של עובד זר שנכנס כחוק לישראל ובין אם מדובר בעובד מסתנן.

לדיון בשאלה זו עשויה הייתה להיות נפקות, למשל, בסוגיית הפחתת שיעור ההיטל על מעסיקי עובדים זרים בענפים הרלוונטיים המנויים **בסעיף 45(א)** לחוק ההבראה (חקלאות, בניין, תעשייה) או בסוגיית הפטור מהיטל בגין העסקת עובדים מסתננים בענף הסיעוד הביתי. ברם, שאלות אלו חורגות מתחום דיוננו כאן.

7. כאמור, בכל הנוגע לטיפול סיעודי בענף הסיעוד **המוסדי**, התשתית העובדתית שהונחה בפניי מלמדת באופן ברור כי **לא ניתן** לקבל היתרי העסקה של עובדים זרים בתחום זה, בין אם עובדים זרים שנכנסו כחוק לישראל המחזיקים ברישיון ישיבה מסוג 1/ב ובין אם עובדים מסתננים המחזיקים ברישיון שהייה מסוג 2(א)(5). אלו כמו אלו, בלא אבחנה ביניהם, אינם רשאים לעבוד בטיפול סיעודי במוסד כדוגמת זה המנוהל על ידי המערערות ולכן לא ניתן לומר כי העסקתם היא העסקה על פי "דין".

כל עוד החלטות הממשלה ונהלי רשות האוכלוסין וההגירה – הקובעים כי ניתן לקבל היתרי העסקה של עובדים זרים רק לצורך טיפול סיעודי בבית המטופל הסיעודי – בעינם עומדים ומיושמים בפועל, לא ניתן לומר כי העסקה בפועל של עובדים זרים בניגוד לנהלים אלה במוסד סיעודי היא העסקה "כדין" באופן המזכה אותה בפטור מהיטל.

8. זאת ועוד, איני מוצאת כי מסגרת זו מתאימה לתקיפה עקיפה של החלטת הממשלה ונהלי רשות האוכלוסין וההגירה הקובעים כי לא ניתן להעסיק עובד זר בטיפול סיעודי בענף הסיעוד המוסדי.

בעניין **מעונות יניב** כתבתי בהקשר זה את הדברים הבאים: **"הגם שקיימות טענות כבדות משקל כנגד התנהלות המדינה, המבקשת מצד אחד לגבות היטל בגין העסקה שלשיטתה אינה כדין אולם מצד שני אינה נאכפת על ידה ביוזעין, לא מצאתי כי הליך זה הוא המסגרת הנכונה לתקיפה עקיפה של החלטת הממשלה הקובעת כי, העסקת עובדים זרים בתחום הסיעוד תותר רק בתחום הסיעוד הביתי"**.

דברים אלה יפים גם לענייננו.

9. יתירה מכך, עתירה שהוגשה אך לאחרונה בעניין [בג"צ 918/17 איגוד בתי אבות ודיור מוגן בישראל נ' ממשלת ישראל](#) [פורסם בנבו] (31.12.2018) (להלן – עניין **איגוד בתי אבות**), במסגרתה התבקש בית המשפט העליון להורות על תיקון הנוהל המאפשר כיום העסקת עובד זר בענף הסיעוד אך ורק על ידי המטופל הסיעודי, נדחתה.

בית המשפט קבע כי **"יבוא" של עובדים זרים כרוך בשלל סוגיות, ובשלב זה, כל עוד לא מוצו הפתרונות האפשריים, קשה להלום כי בית משפט זה יורה למדינה להתיר הבאתם של עובדים זרים לענף זה או אחר"** (שם, פסקה 8).  
בית המשפט העליון לא מצא לנכון לתקן את החלטת הממשלה הקובעת שלא ניתן להתיר העסקתם של עובדים זרים בענף הסיעוד המוסדי ולא מצא לנכון להתערב בעמדת הממשלה לפיה העסקת עובדים זרים אינה נמנית עם הצעדים שהיא נוקטת כדי לפתור את קשייו של ענף הסיעוד המוסדי.

#### **טענת המערערת בדבר אי אכיפת איסור העסקת העובדים המסתננים**

10. המערערת טוענת כי יש לפרש את התחייבותה של המדינה, שלא לאכוף את האיסור הפלילי על העסקתם של העובדים המסתננים, כמתן היתר בפועל להעסקתם בישראל.  
לטענת המערערת יש לראות באשרות שהייה הזמניות שבידי העובדים המסתננים כמעניקות להן, או לפחות לא שוללות מהן, את הזכות לעבוד בישראל, וזאת לאור מעמדם המיוחד כמנועי הרחקה.  
עוד טוענת המערערת כי דברים אלו חלים מקל וחומר בעניינה לאור העובדה שמשרד הבריאות ביצע ביקורות שוטפות בבית החולים שבניהולה והנפיק דוחות שוטפים המציינים את עבודת העובדים המסתננים ובכך העניק גושפנקה להעסקת אותם עובדים זרים (נספח 12 לרשימת המסוכמות, דוח משרד הבריאות מתאריך 16.11.2014, עמוד 10).

11. אין בידי לקבל טענה זו של המערערת.  
אין בסיס לטענה כי הצהרת המדינה, לפיה לא יינקטו פעולות אכיפה בקשר עם האיסור הפלילי על העסקת מסתננים, הופכת את מי שמעסיק מסתננים למי שעושה זאת **"כדין"** ואת עבודת המסתננים למותרת על פי **"דין"**.

אמת, המדינה התחייבה במסגרת הדיון ב-[בג"צ 6312/10 עמותת קו לעובד נ' הממשלה](#) [פורסם בנבו] (16.1.2011) (להלן – עניין **קו לעובד**), שלא תאכוף בשלב זה את האיסור הפלילי כנגד מעסיקי עובדים מסתננים, ולאחר מכן התחייבות זו אף גובתה בהחלטת ממשלה מס' 3936 (**"הקמת מתקן משמורת לשהייתם של המסתננים ובלימת ההסתננות הבלתי חוקית לישראל"** מתאריך 11.12.2011).

- אולם, לא ניתן לראות בהצהרה זו של המדינה משום מתן היתר להעסקת עובדים מסתננים באופן שניתן לומר כי העסקתם היא "כדין" לצורך הפטור מהיטל.
12. למען דיוק הדברים, יובאו דברי בית המשפט העליון בעניין **קו לעובד** כהווייתם: **"במצב העניינים הנתון, בו לצד הרגישות לרקע הקשה של רבים מחברי קבוצה אלה, יש לתת את הדעת אף לאינטרס המדינה למנוע 'הגירת עבודה' החורגת כמובן מאותם מקרים בהם קיים חשש מבוסס לרדיפה – נראה כי עמדת המדינה שפורטה לעיל, לפיה אין להעניק אישורי עבודה, לצד האמירה כי בשלב זה לא ינקטו פעולות כנגד מעסיקים, יש בה משום איזון ראוי בהתחשב במציאות הקשה והרגישה שנוצרה"** [ההדגשה אינה במקור].
- הנה כי כן, התחייבות המדינה שלא לאכוף את איסור העסקתם של המסתננים ניתנה על רקע גישתה כי **"אין להעניק אישורי עבודה"** לעובדים אלה. דווקא סירובה של המדינה להעניק אישורי עבודה למסתננים היא שהובילה אותה להתחייב לאי אכיפת איסור העסקתם, זאת לאור הכרתה בקושי הכרוך במניעת פרנסה ממי ששוהים בישראל באופן זמני אך בלתי מוגבל. לאור זאת, אין בסיס לטענת המערערת כי יש לראות באי אכיפת איסור ההעסקה משום מתן אישורי עבודה דה-פקטו.
13. למעשה, עצם העובדה שקיימת סמכות בדין לבצע פעולות אכיפה כנגד העסקת עובדים מסתננים היא-היא שמלמדת כי מעסיק אינו רשאי להעסיק עובד זר, לרבות מסתנן, מבלי שקיבל מראש היתר להעסקתו והיא זו שמלמדת כי העסקה של מי שאין בידו אשרת עבודה אינה מותרת על פי הדין. שאם לא כן, כלל לא הייתה בידי המדינה סמכות אכיפה של העסקה זו וממילא לא היה מקום להתחייבות המדינה למדיניות של אי אכיפה.
14. בעניין **שלמה סעד** קבע כב' השופט רובינשטיין (פסקה מ"ו) כי **"על כן דומני, בכל הכבוד, כי מהלך פרשני המבקש להסיק מקיומה של מדיניות שנועדה לאפשר תעסוקה בעבור יוצאי סודאן ואריתריאה ולוא ברמה המינימלית ביותר – קרי, באמצעות אי אכיפת האיסור אשר מוטל על העסקתם מעיקרא – בדבר כוונה לפטור את מעסיקיהם כליל מתשלומי של היטל שמטרתו לאזן את השלכותיה הכלכליות השליליות של העסקת עובדים אשר אינם אזרחי ישראל או תושביה, הוא מעט מרחיק לכת"** (פסקה מ"ו).
- ובהמשך – **"לגופם של דברים, דומני כי לא יהא זה נכון להיתלות בהתחייבותה של המדינה בדבר התרתו של עיסוק אשר אסור על פי דין, כהצדקה לקבלת פטור מחבות במס בגינו"** (פסקה נ"ג).
- דברים אלה מדברים בעד עצמם.
15. על כך שהצהרת המדינה, כי לא תבצע פעולות אכיפה נגד העסקת עובדים מסתננים, אינה שקולה למתן היתרי עבודה בפועל ניתן ללמוד גם מעניין **עע"מ 2594/11 מדינת ישראל נ' פופאנה באקארי** [פורסם בנבו] (21.3.2012).



באותו מקרה נתקבל ערעור המדינה על פסק דין של בית המשפט המחוזי שקבע כי תחת אשרה לפי [סעיף 2\(א\)\(5\) לחוק הכניסה לישראל](#) רשאי העובד המסתנן לעבוד: "אנו סבורים כי אכן האשרה לה זכאי המשיב הינה לפי סעיף 2(א)(5) לחוק. עם זאת, דעתנו היא כי שגה בית המשפט קמא בקביעתו המפורשת כי המשיב זכאי לעבוד תחת האשרה האמורה. קביעתו של בית המשפט אינה מתיישבת עם מה שאירע בבג"ץ [6312/10](#) [פורסם בנבו]. העובדה שהמדינה נתנה באותו הליך התחייבות כי לא תבוצענה פעולות אכיפה נגד מעסיקים אינה מובילה לכך שבית המשפט רשאי לקבוע, כפי שקבע בית משפט קמא, כי העותר רשאי לעבוד..." (פסקה 2).

16. ראו גם עמדת בית המשפט המחוזי בבאר שבע בעניין (ע"מ (מחוזי באר שבע) - [9266-03-14](#) שלמה סעד נ' פקיד שומה אשקלון [פורסם בנבו] פסקה 19 (17.03.2016) (להלן – עניין סעד מחוזי) שם נקבע כי מאחר שלא ניתנו למסתננים אישורי העסקה, אין לראותם כמי שהעסקתם הותרה "על פי דין" ולכן הם אינם בגדר תושבי חוץ זכאים לצורך קבלת נקודות זיכוי: "על פני הדברים, קשה להכיר במי שהסתנן לישראל, והמדינה, לא רק שלא התירה באופן רשמי וחיובי את שהייתו והעסקתו בה, אלא אף הוציאה נגדו צו הרחקה, שהותלה באופן זמני, כמי ששווה בישראל ומועסק בה כדין... סבורני, כי לעניין הכללים, אין לראות את העובדים כמי שמועסקים בישראל כדין. לעובדים לא הונפקו היתרי העסקה לפי [חוק עובדים זרים](#), וחרף ההכרה בפסיקת בתי המשפט בזכותם של המסתננים לעבוד בישראל לשם כלכלתם הבסיסית – אין לראות במדיניות אי – האכיפה, בה נוקטת המדינה, כמתן אישור העסקה למסתננים..." (ראו גם, ע"מ (מנהלי באר שבע) [17507-11-13](#) טלרן אחזקות ונקיון (אילת) בע"מ נ' פקיד שומה אילת [פורסם בנבו] פסקה 10 (27.09.2016) (להלן – עניין טלרן)).

גם בית המשפט המחוזי בתל-אביב, שנקט קו פרשני אחר וקבע כי יש לראות בעובד מסתנן משום "תושב חוץ זכאי" לצורך מתן נקודות זיכוי, קבע כי "רוצה לומר, לעובדים אילו אישור דה-פקטו לעבוד בישראל. האם אישור זה הוא בבחינת 'אישור על פי דין'? מדובר באישור לפני משורת הדין" (ע"מ (מינהליים) [8339-01-15](#) ת"א) [8339-01-15](#) כלי ניקה. י. בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב 5 [פורסם בנבו] פסקה 14 (25.09.2016) (להלן – עניין כלי ניקה)).

17. אף לא ניתן לקבל את הטענה, החבויה בין השיטין בטענות המערערת, כי הצהרת המדינה בעניין קו לעובד והחלטת ממשלה מס' 3936, שלא לאכוף את איסור העסקת העובדים הזרים, הן בגדר "דין" כך שאם העסקת העובדים המסתננים אינה נאכפת יש לראותה כנעשית על פי "דין".



כפי שנקבע בעניין **שלמה סעד**, מדיניות אי האכיפה היא פרי "החלטה מנהלית", שנבעה מהכרתה של המדינה בצורך של העובדים המסתננים להתפרנס בכבוד, שעה שבשלב זה לא ניתן להרחיקם בחזרה למדינת מוצאם.

לא ניתן לקבל את הטענה כי אי אכיפת האיסור הפלילי בגין העסקה שקולה למתן היתר פוזיטיבי להעסקת העובדים הזרים. התחייבות המדינה, לפנים משורת הדין, כי לא תבצע פעולות אכיפה כנגד המעסיקים אינה שקולה לאקט פוזיטיבי של מתן היתר העסקה לאותם עובדים.

18. זאת ועוד, המערערת אינה רשאית לדבר בשני קולות: מחד גיסא, לבקש להסתמך על החלטת הממשלה מס' 3936 באשר למדיניות אי האכיפה ולבקש לראות בה "דין" אך מאידך גיסא, לבקש כי לא תחול עליה החלטת ממשלה מס' 147 (ראו בהמשך), הקובעת את מדיניות אי התרת העסקת עובדים זרים בענף הסיעודי המוסדי, ולבקש שלא לראות בה "דין" (עניין **מעונות יניב**, פסקה 46).

19. הנה כי כן, הסדר אי אכיפת האיסור הפלילי על העסקת העובדים המסתננים לא נועד אלא ליצור איזון בין העובדה שהמדינה מסרבת לתת אישורי עבודה בישראל לאותם עובדים לבין הכרה בצורך של אותם עובדים להתפרנס כאשר הם שוהים בישראל באופן זמני אך בלתי מוגבל.

אין בהסדר זה כדי לגבש זכויות למעסיקים, כגון פטור מהיטל, שלא הייתה כל כוונה להעניק.

20. אזכיר כי האשרה שניתנה לעובדים המסתננים מכוח [סעיף 2\(א\)\(5\) לחוק הכניסה לישראל](#) מהווה רישיון שהייה זמני בישראל ומיועדת בעיקר לצורכי רישום ומעקב למי שיש עליו צו הרחקה מהארץ (ראו הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8) התשס"א-2000). המערערת צרפה לרשימת המוסכמות (נספח 7) דוגמאות של אשרות מכוח [סעיף 2\(א\)\(5\)](#); על גבי הרישיון מצוין במפורש "**אינו רשאי לעבוד**" ולגבי רישיון עם הגבלה גיאוגרפית צוין "**רישיון זמני זה אינו מהווה רישיון עבודה בישראל**".

אשרה זו אינה מהווה אפוא רישיון ישיבה בישראל (זמני או קבוע) וממילא לא ניתן לראות בה אישור לעבודה בענף הסיעוד המוסדי.

21. המערערת הפנתה בסיכומיה לדף מידע למעסיקים שפרסם משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה (נספח 9 לרשימת המוסכמות). במסגרת תשובה לשאלה "**האם אני יכול להעסיק מבקש מקלט?**" נכתב כי "**לא ייאכף התנאי המחייב היתר מיוחד להעסיק עובד זר ביחס להעסקתם של אנשים אלה. לפיכך ניתן להעסיקם**".

בנוסף, המערערת הביאה בסיכומיה ציטוט מדוח של מרכז המחקר והמידע של הכנסת מתאריך 26.5.2010 בעניין הטיפול במסתננים מגבול מצרים לפיו "**משרד המשפטים יידע מעבידים ועובדים שאף שאשרה 5א2 אינה אשרת עבודה, לא**

**ייןקטו צעדיס כלפי בעלי אשרה עובדים וכנגד מעסיקים שיעסיקו אותם** (נספח 10 לרשימת המוסכמות).

המערערת טוענת כי במצגים אלו ביססה המדינה את הסתמכותה של המערערת כי העסקתם של העובדים המסתננים היא בהתאם לדין.

22. אין בטענה זו ממש.

אתחיל בכך, שהצדדים לא הסכימו במסגרת ההודעה על פלוגתאות ומוסכמות, וממילא המערערת לא הוכיחה, כי הסתמכה על דף המידע למעסיקים שפרסם משרד התעשייה או על דברי משרד המשפטים בעת שהעסיקה את העובדים המסתננים מושא הערעור.

שנית, ולגוף העניין, לא ניתן להסיק מהעובדה שלא נאכף "התנאי המחייב היתר מיוחד", כאמור בדף המידע של משרד התעשייה, כי תנאי זה בטל. אדרבא, בהמשך הציטוט שבדף המידע נכתב במפורש כי "כשמעסיקים אנשים אלה יש לקחת בחשבון כי יתר התנאים המתייחסים להעסקת עובד זר יאכפו", הווה אומר, על המעסיקים לקחת בחשבון במסגרת "יתר התנאים" כי על אף שאין היתר להעסקת אותם עובדים, שאר החיובים החלים על המעסיק (לרבות תשלום ההיטל) בעינם עומדים. את התיבה "לפיכך ניתן להעסיקם", עליו מצביעה המערערת, יש אפוא לראות בהקשר הכולל של התשובה בדף המידע ולא ניתן לקרוא אותו במנותק וכל מה שיש בה הוא הבטחה לאי אכיפה של העסקה ללא היתר, ותו לא.

גם מהדוח של משרד המשפטים עולה בבירור כי רישיון 2(א)(5) אינו מהווה רישיון עבודה ולכן ההעסקה על פיו אינה יכולה להיות כדין. אם העסקה הייתה כדין ממילא לא ניתן היה לנקוט צעדים כנגד המעסיק וממילא לא הייתה נדרשת הודעת משרד המשפטים כי יימנע מנקיטת צעדים אלו.

### **טענת המערערת כי יש לפרש את המונח "טיפול סיעודי" ככולל גם טיפול במוסד**

#### **סיעודי**

23. המערערת טוענת כי אין כל בסיס לטענת המשיב לפיה יש לפרש את המילים "טיפול סיעודי כדין" שבפסקה (3) להגדרת "עובד זר" [שבסעיף 44\(א\)](#) בחוק ההבראה כמתייחס רק לטיפול סיעודי בבית המטופל. המערערת מביאה לתמיכה בטענתה את הדברים שנאמרו במסגרת הדיון בוועדת הכספים של הכנסת עובר לחקיקת חוק ההבראה (סעיפים 46-47 לסיכומי המערערת).

24. אין בידי לקבל את הטענה.

כידוע, נקודת המוצא לפרשנות היא לשון החוק. מבין מגוון האפשרויות הלשוניות יש לבחור את הפרשנות המגשימה את תכלית החקיקה.

לשון החוק מורה לנו כי תנאי למתן הפטור מהיטל הוא כי העסקתו של העובד תהא "כדין", דהיינו, בהתאם לכל חיקוק.

סעיף 1(גא) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן – חוק עובדים זרים) קובע כי "לא יקבל אדם עובד זר לעבודה אלא אם כן הממונה או עובד משרד הפנים מטעמו, התיר בכתב את העסקתו של העובד הזר אצל אותו מעסיק, ובהתאם לתנאי ההיתר" (בג"צ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ ו-50 אח' נ' ממשלת ישראל [פורסם בנבו] (7.12.2006)).

המערערת אינה חולקת על כך שלא ניתן לה היתר להעסקת עובדים זרים, כמתחייב על פי הוראות חוק עובדים זרים, ואינה חולקת על כך שאין לעובדים הזרים מושא הערעור היתרי העסקה, לא בכלל ולא בתחום הסיעוד בפרט. גם אם אניח לרגע, מבלי לקבוע מסמרות, שניתן לראות בעובדים מסתננים המחזיקים ברישיון מסוג 2(א)(5) כאילו הם מועסקים, לצורכי ההיטל, "על פי היתר", אין מחלוקת כי בתחום הסיעוד המוסדי לא ניתן לקבל היתר העסקה של עובד זר, בין עובד זר שנכנס כחוק לישראל ובין עובד מסתנן. זאת משום, שרשות האוכלוסין וההגירה, האמונה על הנפקת היתרי העסקה של עובדים זרים בישראל, אינה מנפיקה היתרי עבודה לעובדים זרים בתחום הסיעוד המוסדי. אישור העסקה בתחום הסיעוד (B/1/ב) ניתן רק בתחום הסיעוד הביתי, ולא ניתן למוסד סיעודי כדוגמת זה שבניהולה של המערערת. לאור זאת, לא ניתן לומר כי העסקת עובד זר בתחום הסיעוד המוסדי יכולה להיחשב כהעסקה "כדין".

25. למען שלמות התמונה, אעמוד להלן גם על תכליתו של חוק ההבראה ולאחר מכן על תכלית ההוראה בחוק ההבראה הממעתת מגדר המונח "עובד זר" עובד זר "המועסק כדין במתן טיפול סיעודי".

ניתוח זה ילמדנו, כפי שנראה להלן, כי תכליתו העיקרית של חוק ההבראה הייתה לצמצם את העסקה של עובדים זרים בישראל על ידי ייקור העסקתם באמצעות הטלת ההיטל על המעסיק ובדרך זאת לעודד העסקה של עובדים ישראלים. הדבר נכון בפרט בעבודות המתאפיינות בשכר נמוך, שם קיימת סכנה ממשית כי העובדים הזרים ידחקו את רגלי העובדים הישראלים. הטלת ההיטל על מעסיקים כדוגמת המערערת, אשר אין להם היתר להעסקת עובדים זרים, משתלבת עם תכלית זו ועם מדיניות הממשלה שלא להקל על העסקת עובדים זרים בישראל, ובכללם על העובדים המסתננים.

26. בכל הנוגע לתכלית של החרגת "עובד זר שמועסק כדין במתן טיפול סיעודי" בחוק ההבראה, הרי שהיא נועדה מעיקרא, כפי שנראה להלן, לענף הסיעוד הביתי לאור מאפייני ההעסקה הייחודיים של ענף זה.

תכלית ההחרגה הייתה לפטור מהיטל מעסיקים שהם מטופלים סיעודיים שמעסיקים מטפל סיעודי שמתגורר עימם, וזאת בשל העדר חלופה של עובדים ישראלים המוכנים לעבוד בענף הסיעוד הביתי לאור מאפייניו הייחודיים. יתכן ובבסיס ההחרגה עמד גם הרצון להימנע מפגיעה ישירה באוכלוסייה החלשה של

המטופלים הסיעודיים, באופן שעלול להוביל לייקור העסקתו של העובד הזר על דם וכן למנוע מהם חיכוך בירוקרטי מיותר.

27. על התכלית שבבסיס מתן הפטור מהיטל בענף הסיעוד ניתן ללמוד מפרוטוקול ישיבת ועדת הכספים של הכנסת מתאריך 12.5.2003 המלמד כי החרגת עובד זר שמועסק כדין במתן טיפול סיעודי נועדה מעיקרא למטפל בענף הסיעוד הביתי בו אין חלופה ישראלית לעובדים זרים וזאת בשל מאפייניו הייחודיים של ענף זה. ראו בהקשר זה את דברי היועצת המשפטית למינהל הכנסות המדינה:

"הבעיה קיימת, כמו שנאמר פה גם על-ידי מינהלת ההגירה וגם על-ידי חבר הכנסת שוחט, גם לגבי העובדים הסיעודיים. אבל שקלנו את זה והגענו למסקנה שלמרות שהדלת מסתובבת, לעובדים הזרים, בניגוד לענף הבנייה למשל, אין אלטרנטיבה. כי קשיש או אדם סיעודי שצריך אדם שישעז אותו 24 שעות ביממה, כולל שישן בביתו ולא יחזור לביתו בלילה, לא ניתן למצוא עובדים ישראלים שיש להם משפחות פה בארץ והם רוצים בארבע לחזור לביתם. לכן אין אלטרנטיבה לעובדים הזרים מבחינת סיעוד ומבחינת טיפול בקשישים. לכן למרות הדלת המסתובבת הגענו למסקנה שאנחנו לא רוצים להטיל היטל על העובדים הזרים שעוסקים בסיעוד, כי אין להם אלטרנטיבה של עובדים ישראלים, מה שאין כן, לדעתנו, בחקלאות ובבנייה" (שם, בעמוד 24).

28. לענף הסיעוד הביתי מאפיינים ייחודיים הנגזרים מהעובדה שהמטופל הסיעודי נדרש לזמינות מלאה של המטפל בו, יום ולילה, ותלוי בו לצרכיו הבסיסיים ביותר באופן שמקשה עד מאוד למצוא עובדים ישראלים שיסכימו למתכונת עבודה כזו. המשיב הפנה בסיכומיו לפסיקות של ערכאות משפטיות שעמדו על המאפיינים הייחודיים של ענף הסיעוד הביתי בהקשר של זכויות המגן במשפט העבודה. פסק הדין המוכר ביותר הוא [דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה](#) [פורסם בנבו] (14.4.2013) שאישר את פסיקת [בג"צ 1678/07 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה](#) [פורסם בנבו] (29.11.2009) שקבע כי חוק שעות העבודה והמנוחה, התשי"א-1951 אינו חל על מטופלים סיעודיים בענף הסיעוד הביתי. בתוך כך, תיאר בית המשפט את מתכונת העבודה החריגה של העובד הסיעודי המטפל במטופל הסיעודי בביתו: "תבנית ההעסקה הנוכחית של עובדים בתחום הסיעוד לא מאפשרת לשמור על האיזון המתבקש בחוק, משום שהיא יוצרת מצב שבו חייו של העובד קשורים קשר בל ינתק אל מקום העבודה במשך החלק הארי של שגרת ימיו (ולילותיו). מדובר בתבנית עבודה שבה, לא פעם, 'קשור' העובד הסיעודי למטופל עשרים וארבע שעות ביממה במשך שישה ימים בשבוע. כבילה זו, כלומר הצורך של העובד להיות זמין בכל רגע נתון, שוללת מהעובד את חירותו לעשות לעצמו ומטילה עליו מגבלות משמעותיות מאד בחיי היומיום. היעדר החירות מהווה מחיר לא מבוטל שמשלם העובד עבור האפשרות להתפרנס. מספרם המועט של אזרחי המדינה שמוכנים לשמש עובדים סיעודיים במתכונת

**העבודה הנוכחית מהווה אינדיקציה מסוימת למחיר הכבד הכרוך בעבודה זו ולנכונות החריגה של מקצת העובדים הזרים לעשות ימיהם ולילותיהם בחברתו של מטופל הסובל מנכות קשה" (בג"ץ גלוטן, פסקה 21) [ההדגשה אינה במקור].**

(לשם השלמת התמונה והרחבת היריעה אודות מאפייני העסקה הייחודיים בענף הסיעוד הביתי ראו בנוסף: [בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא\(1\) 346, 390 \(2006\); בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה \[פורסם בבנו\] פסקאות 2-8 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל \(22.06.2014\); אמיר פז-פוקס "מה בין עבודה לבין עבדות \(מודרנית\)? ספר סטיב אדלר 217, 251-254 \(2016\); שירי רגב-מסלם "בעקבות תיאוריית האחריות הציבורית של פיינמן: ניתוח משטר הסיעוד הישראלי" מעשי משפט ה' 27, 30 \(2013\); עינת אלבין "בין אינטימיות נדרשת ובלתי-מוגבלת לכפיה: המקרה של עובדות בית" עיוני משפט לט 369, 375 \(2016\); שרון רבין מרגליות "נקודת מפנה במשפט העבודה האישי" דין ודברים ו 341, 342-349 \(התשע"ב\); חני בן ישראל ומיכל תגיר "באה מנוחה ליגעה? עבודה ומנוחה בהעסקתן של מהגרות עבודה בתחום הסיעוד הביתי בישראל מעשי משפט ז 69 \(2015\)\).](#)

תקצר היריעה מלפרט את האסדרה החקיקתית בתחום הסיעוד. די בכך שיצוין כי בשל ייחודיותו ורגישותו של ענף הסיעוד יוחדו לו דברי חקיקה ספציפיים וראו [תקנות הכניסה לישראל \(קביעת אזורים גאוגרפים להעסקת עובדים זרים בענף הסיעוד\) התשע"ד-2014, תקנות הכניסה לישראל \(אמצעי בקרה על מעבר עובדים זרים בענף הסיעוד\) התשע"ד-2014, תקנות הכניסה לישראל \(הארכת רישיונות לעובד זר המועסק במתן טיפול סיעודי\), התשס"ד-2004. עוד ראו בהקשר זה גם את \[סעיף 3א\\(ב\\) לחוק הכניסה לישראל\]\(#\), המאפשר הארכה של אשרת השהיה של עובדים זרים בתחום הסיעוד כדי למזער פגיעה במטופל שהעובד קשור אליו. כן ראו \[תקנות מס הכנסה \\(זיכויים לעובדים זרים\\)\]\(#\), התשע"ה-2014 המעניקות החל מתאריך 1.1.2015 נקודות זיכוי רק לעובד זר "חוקי" המחזיק ברישיון ישיבה ב/1 בתחום הסיעוד.](#)

29. מהמקובץ עולה כי קיים שוני מהותי בין מאפייני העסקה בענף הסיעוד הביתי לבין מאפייני העסקה בענף הסיעוד המוסדי שבו מועסקים עובדי המערכת. בענף הסיעוד הביתי נדרש המטופל לזמינות מלאה של המטפל שישה ימים בשבוע, בימים ובלילות, ולכן על המטפל להתגורר עם המטופל שתלוי בו לצרכיו הבסיסיים ביותר וללא עזרתו יקשה עליו לתפקד. מתכונת עבודה זו דורשת מחיר כבד מהמטפל, שנדרש לקשור את חייו בחיי המטופל התלוי בו לכל צרכיו, באופן שאינו מאפשר לו לנהל משק בית עצמאי ולקיים חיי משפחה שגרתיים או חיי פנאי מקובלים. קשה עד מאוד למצוא עובדים ישראלים שיסכימו לעבוד בתנאים אלה ולכן בענף הסיעוד הביתי אין תחרות אמיתית בין העובד הזר לעובד הישראלי ואין סיבה לחייב את העסקתם של העובדים הזרים בהיטל.

לעומת זאת, בענף הסיעוד המוסדי, העבודה היא במשמרות באופן המאפשר לעובד לנהל חיים עצמאיים ולכן עבודה זו עשויה להיות רלוונטית לעובדים ישראלים. ייקור העסקתם של עובדים זרים בענף הסיעוד המוסדי, באמצעות הטלת ההיטל, נועד למנוע את דחיקת רגלי העובדים הישראליים.

30. המסקנה אליה אני מגיעה היא כי המחוקק התכוון לפטור מהיטל רק העסקה של עובדים זרים בתחום הסיעוד **הביתי** משום שבתחום זה לא קיימת תחרות אמיתית בין עובד זר לעובד ישראלי ולא מתקיים החשש של דחיקת רגלי עובדים ישראליים משוק העבודה. בעת שהמחוקק החריג מתשלום ההיטל את העסקתו של עובד זר חוקי בתחום הסיעוד עמד לנגד עיניו המטופל הסיעודי הזקוק למטפל ברוב שעות היממה בביתו כאשר אין אפשרות ריאלית כי טיפול כזה יוענק לו על ידי עובד ישראלי ולכן אין טעם בייקור העסקתו של המטפל הזר על ידי הטלת ההיטל.

לעומת זאת, במוסדות סיעודיים, כדוגמת זה המופעל על ידי המערערת, המדינה לא התכוונה להתיר לעובדים זרים להיכנס לישראל וליצור תחרות מול עובדים ישראליים ולכן תכלית ההיטל בעינה עומדת.

על החשש שמא עובדים זרים ידחקו את רגליהם של עובדים ישראליים מענף הסיעוד המוסדי ראו גם: ד"ר גלעד נתן **הטיפול באנשים עם צרכים סיעודיים (צורכי כוח-אדם ומדיניות תעסוקה בענף הסיעוד)** (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 29.5.2011) (נספח 23 לרשימת המוסכמות).

### **טענת המערערת כי החלטת ממשלה מס' 147 ונהלי רשות האוכלוסין אינם**

#### **רלוונטיים**

31. המערערת טוענת כי המשיב ביסס את השומה שהוציא לה על החלטת ממשלה מס' 147 ועל נהלי רשות האוכלוסין וההגירה אולם עיון בהם מעלה כי התקבלו זמן רב לאחר חקיקת חוק ההבראה ולכן לא ניתן לומר כי עמדו לנגד עיני המחוקק בעת שהוטל ההיטל על פי חוק ההבראה.

עוד טוענת המערערת כי עניינם של החלטת הממשלה ונהלי הרשות בבקשת מטופל סיעודי להעסקת עובד זר בביתו ואין בהם התייחסות למקרה בו מבקש ההיתר הוא המוסד הסיעודי.

בכל מקרה, המערערת בדעה כי לא ניתן לאסור על העסקת עובדים זרים בתחום הסיעוד המוסדי במסגרת החלטת ממשלה ונהלי רשות האוכלוסין משום שנדרשת לכך חקיקה מפורשת של הכנסת, בדומה למהלך החקיקתי שנעשה לשינוי הכללים למתן נקודות זיכוי לעובדים זרים באופן שיוענקו החל משנת 2015 רק לעובדים זרים חוקיים בעלי רישיון ישיבת ביקור מסוג ב/1 בתחום הסיעוד.

32. חוששני שגם טענה זו אין בידי לקבל.

בתאריך 12.5.2009 פורסמה החלטת ממשלה מס' 147 כאשר נושא ההחלטה הוא

"מדיניות הממשלה בנושא עובדים זרים ועידוד תעסוקת ישראלים" (נספח 26 לרשימת המוסכמות).

בהחלטת הממשלה נקבע כי "החל ממועד החלטה זו, תנאי לקבלת היתר להעסקת עובד זר בענף הסיעוד הוא שמבקש ההיתר יתחייב, כי העובד הזר יתגורר עמו" (סעיף 1 להחלטה) [ההדגשה אינה במקור].

עוד נקבע בהחלטת הממשלה כי "ועדת המשנה בנושא עובדים זרים ותעסוקת ישראלים בתחום הסיעוד הפועלת במסגרת פורום האג'נדה החברתית-כלכלית (להלן – ועדת המשנה) רשאית להמליץ לראש רשות ההגירה על קביעת אמות מידה לחריגים לעניין זה, ככל שיתברר כי קיים צורך כאמור" (סעיף 1 להחלטת הממשלה).

33. כלל בסיסי במשפט הציבורי בישראל הוא כי "הסדרים ראשוניים" הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים – צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך 'הסדרים משניים' (בג"ץ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 502 (1998)). אין מניעה כי המחוקק יסמך את מחוקק המשנה גם בעניינים שהם, על פי תוכנם, בגדר "הסדרים ראשוניים", בתנאי שהסמכה זו נעשית בצורה מפורשת ברורה וחד משמעית (בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 57 (2002)).

בעניינו, המחוקק הסמך את שר הפנים, לאחר התייעצות עם שר האוצר, לקבוע תנאים למתן היתר להעסקת עובד זר, בין היתר, בהתאם לסוג העבודה שבה יועסק העובד הזר (סעיף 1 יד לחוק עובדים זרים) ובשים לב למאפייני שוק העבודה בענפי העבודה ובאזורי ההעסקה השונים (סעיף 1 יג(ב) לחוק עובדים זרים).



- דומה שלא יכול להיות ספק שלשון החוק ברורה ומקנה למחוקק המשנה סמכות לצקת תוכן לכלל ולקבוע תנאים מפורטים למתן היתר להעסקת עובד זר.
34. מהחלטת ממשלה מס' 147 עולה כי בשנות המס הרלוונטיות לערעורים (2012-2014) ניתן היה להעסיק עובדים זרים במתן טיפול סיעודי **אך ורק** בבית המטופל הסיעודי עצמו, שכן **תנאי** לקבלת היתר להעסקת עובד זר בענף הסיעוד היה שהעובד הזר יתגורר עם המטופל הסיעודי. נקבע, כי ככל שיתקיים הצורך בחריגים לתנאי הדורש את מגורי העובד הזר עם המטופל, רשאית ועדת המשנה בנושא עובדים זרים להמליץ על כך בפני ראש רשות ההגירה.
- הפירוש הטבעי של המונח "**יתגורר עמו**" מכון למגורי העובד הזר בביתו של המטופל הסיעודי ואין מקום לפרשנות אחרת (הא ראה, שלפי נהלי רשות האוכלוסין וההגירה, כפי שיפורט להלן, מעסיק סיעודי שמתאשפז במוסד סיעודי לתקופה שעולה על 14 ימים חייב לדווח לרשות האוכלוסין על השינוי במצבו, בכפוף לחריגים שניתנים במצבים קיצוניים ובשל צורך הומניטרי. במקרה זה ההתייחסות לעובד הזר השוהה עם המטופל במוסד היא כאל "בן משפחה").
35. כפועל יוצא מהחלטת ממשלה מס' 147, לא ניתן להעסיק עובדים זרים "כדין" במוסד סיעודי כגון זה שבניהול המערכת מהטעם הפשוט **שלא ניתן** לקבל היתר להעסקת עובדים זרים בטיפול סיעודי בבתי אבות, בין אם מדובר בעובדים מסתננים ובין אם מדובר בעובדים זרים "חוקיים" (בעלי היתרי עבודה בענף הסיעוד הביתי, ב/1, או בענף אחר), אלא רק אם העובד הזר צמוד למטופל סיעודי ספציפי ומתגורר עמו.
36. בשנת 2013 פרסמה רשות האוכלוסין וההגירה נוהל "**קריטריונים למתן היתר להעסקת עובד זר בענף הסיעוד**" מתוקף סמכותה לפי [סעיף 1ג לחוק עובדים זרים](#) (נספח 16 לרשימת המוסכמות).
- בפתח הדברים נאמר בנוהל כי "**על מנת לאזן בין צרכיהם של חולים ונכים קשים, לבין מדיניות הממשלה בדבר הצורך בהקטנת מספר העובדים הזרים המועסקים בישראל, היתר להעסקת עובד זר יינתן רק כאשר המטופל זקוק לסיוע במהלך רוב שעות היממה בביצוע רוב פעולותיו היומיומיות**".
- בסעיף 2 לחלק א' לנוהל נקבע כי "**היתרי העסקה לא יינתנו למטופלים השוהים במוסדות (בתי חולים, מרכזי שיקום, בתי אבות וכו') בכפוף לחריגים הבאים: קשיש הגר במסגרת של דיור מוגן שלא ניתנים בה שירותי סיעוד יהא זכאי להיתר העסקה באם יעמוד בתנאי הזכאות בנוהל זה; מטופל הנמצא באשפוז יום יהא זכאי להיתר העסקה באם יעמוד בתנאי הזכאות בנוהל זה**" (חריגים אלו לא מתקיימים בענייננו).
- בסעיף 4 לחלק א' לנוהל נקבע כי "**על המטופל לספק לעובד מגורים הולמים בביתו של המטופל**" [הדגשה במקור].

37. רשות האוכלוסין וההגירה פרסמה נוהל נוסף מספר 9.2.0002 שפורסם לראשונה בתאריך 19.11.2014 ועודכן בתאריך 7.6.2015 וכותרתו **"נוהל הטיפול בבקשה לקבלת היתר חדש או הארכת היתר להעסקת עובד זר בענף הסיעוד"** (נספח 25 לרשימת המוסכמות). גם נוהל זה, בדומה לנוהל הקודם מתאריך 1.1.2013, קובע כי לא יינתנו היתרי העסקה למטופלים השוהים במוסדות אלא רק למטופל יחיד השוהה בביתו (חלק ג' לנוהל).

38. הנה כי כן, הן מהחלטת ממשלה מס' 147 והן מנהלי רשות האוכלוסין וההגירה עולה כי היתרי העסקה בתחום הטיפול הסיעודי ניתנים **אך ורק** בתחום הטיפול הביתי ולא בתחום הסיעוד המוסדי. בכך נשמט הבסיס מטענת המערערת כי אין בהחלטת הממשלה ובנהלים כדי לשלול מתן היתרי העסקה לעובדים זרים בתחום הסיעוד המוסדי.

39. הצדק עם המערערת כי החלטת הממשלה ונהלי רשות האוכלוסין מאוחרים לחוק ההבראה ולכן לא ניתן להסתמך עליהם לצורך התחקות אחר ההיסטוריה החקיקתית של החוק. עדיין, יש בהם כדי לשקף את מדיניות הרשות המנהלית האמונה על מתן היתרי העסקה לעובדים זרים לפי **סעיף 1ג לחוק עובדים זרים**. רשות האוכלוסין העלתה על הכתב את המדיניות הנהוגה על ידה מאז מתן החלטת הממשלה מס' 147 והסדירה את נושא הטיפול הסיעודי בהוראות נוהל ברורות הקובעות כי, העסקת עובד זר בתחום הסיעודי כפופה לקבלת היתר **"על המטופל להעסיק רק עובד זר בעל אשרת עבודה (ב/1-ענף סיעוד) בתוקף"** וכי תנאי לקבלת היתר העסקה של עובד זר בתחום הסיעוד הוא כי **העובד הזר יתגורר בביתו של המטופל הסיעודי**.

(על כך שהחלטת הממשלה משנת 2009 יושמה בפועל, אף בטרם הוצאו נהלי משרד הפנים (2013), ניתן ללמוד מעניין **איגוד בתי אבות**, שם צוין (בפסקה 3) כי **"העותרים מתריעים מזה שנים על המצב הקשה בענף (לעתירה צורפו תכתובות משנת 2012)..."**. וראו גם ד"ר גלעד נתן **"הטיפול באנשים עם צרכים סיעודיים (צורכי כוח-אדם ומדיניות תעסוקה בענף הסיעוד)"** מרכז המחקר והמידע של הכנסת (29.5.2011), בעמוד 16: **"ככלל, אין להעסיק עובד סיעודי זר במסגרת מוסדית, ולפי נוהלי רשות האוכלוסין וההגירה מעסיק שמתאשפז במוסד סיעודי לתקופה שעולה על 14 יום חייב לדווח לרשות האוכלוסין וההגירה על השינוי במצבו"** (נספח 23 לרשימת המוסכמות)).

40. על רקע החלטת הממשלה ונהלי רשות האוכלוסין וההגירה לא ניתן לומר כי העסקת המסתננים על ידי המערערות בענף הסיעוד המוסדי היא עסקה "כדין" כאשר היא עומדת בניגוד למדיניות המוצהרת של הממשלה וכאשר בפועל לא ניתנים היתרי העסקה לעובדים זרים, בין עובדים מסתננים ובין עובדים זרים

שנכנסו כחוק לישראל, בענף הסיעוד המוסדי, כך שהעסקתם במוסדות סיעודיים **אינה יכולה להיות בהתאם ל"דין"**.

41. זאת ועוד, לא ניתן להלום תוצאה לפיה מעסיק סיעודי מוסדי יעקוף את החובה לקבל היתר העסקה של עובד זר על ידי העסקת עובדים מסתננים. אם עובד זר, שנכנס כחוק לישראל, אינו מורשה לעבוד בתחום הסיעוד המוסדי, אף עובד מסתנן אינו רשאי לכך, ולו מקל וחומר. (במאמר מוסגר אציין כי, ככלל, אין להלום תוצאה לפיה מעסיקי מסתננים ישחררו את עצמם מהתנאים ומהמגבלות שנקבעו על ידי המדינה במתן היתר העסקה, לרבות לעניין המכסות המאושרות לכל ענף, העמדת מגורים הולמים לעובדים, תשלום אגרות ושאר חיובים על פי דין. העדפת עובדים מסתננים על פני עובדים זרים "חוקיים", באמצעות עקיפת הצורך במתן היתר העסקה, תיצור הטיה לטובת עובדים מסתננים, בניגוד גמור למדיניות הממשלה. כאמור, בכל הנוגע לענף הסיעוד המוסדי גם עובד זר שנכנס כחוק לישראל אינו רשאי לעבוד בטיפול סיעודי).

42. באשר לטענת המערערת כי נדרשת חקיקה מפורשת של הכנסת על מנת לאסור העסקה של עובדים זרים בתחום הסיעוד המוסדי, הרי גם אם להחלטת הממשלה אין מעמד נורמטיבי כשל הוראת חוק, היא מנחה ומחייבת את כל זרועות הממשל, ובכלל זה גם את השר המוסמך על פי [חוק עובדים זרים \(בג"ץ 4466/16 מוחמד עליאן ו-6 אחרים נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית\)](#) [פורסם בנבו] פסקאות 10-11 לפסק דינו של השופט דנציגר (14.12.2017); הנחייה מספר 1.1001 "המעמד של החלטת ממשלה בעניין מסוים כלפי השר המוסמך באותו עניין".

לשר הממונה על ביצוע החוק הסמכות לקבוע תנאים למתן היתר להעסקת עובד זר ולצורך זה עליו להתחשב במאפייני שוק העבודה, בענפי העבודה ובאזורי התעסוקה השונים ([סעיף 1\(ג\) לחוק עובדים זרים](#)). תנאים אלה אמורים להיות מוסדרים מחוץ לכותלי הרשות המחוקקת באמצעות הוראות הנקבעות על ידי השר המוסמך, ובהתאם למדיניות הממשלה, כפי שאכן עשתה רשות האוכלוסין וההגירה.

43. יתירה מכך ועיקר, הטענות הנשמעות על ידי המערערת כנגד החלטת הממשלה ונהלי רשות האוכלוסין, המתירות העסקת עובדים זרים בענף הסיעוד הביתי בלבד, אינן יכולות להישמע, בכל הכבוד הראוי, בהליך זה.

הגם שעקרונית ניתן לתקוף החלטה מנהלית בתקיפה עקיפה במסגרת סכסוך אזרחי, לרבות במסגרת ערעור מס ([בג"צ 6090/08 ברגר נ' שר המשפטים](#), [פורסם בנבו] פסקה 5 (11.8.2008)), משרד הפנים, שהוא הרשות המנהלית הרלוונטית, אינו צד להליך זה ולכן תקיפת נהלי רשות האוכלוסין וההגירה אינה יכולה להתברר במסגרת הנוכחית ומקומה בהליך אחר (וראו [ע"א 9379/03 מיכאל צ'רני נ' מדינת](#)

**ישראל** [פורסם בנבו] פסקה 22 (6.12.2006), הדן בתחומי הסמכות של בג"ץ והסמכות המקבילה של בית משפט מחוזי הדן בעניין אזרחי). כל עוד החלטת הממשלה ונהלי משרד הפנים בעינם עומדים, יש לתת משקל לקביעות שבהם ולאופן שבו הם מתפרשים על ידי הרשות המנהלית הרלוונטית. הרשות המנהלית, שמתן היתר העסקה הוא בתחום סמכותה ומומחיותה, היא זו שאמונה על קביעת התנאים שיש לעמוד בהם לצורך קבלת היתר להעסקת עובדים זרים והיא אכן קבעה כי **תנאי להיתר** הוא שהעובד הזר יתגורר עם המטופל הסיעודי.

44. בעניין **איגוד בתי אבות**, הוגשה עתירה במסגרתה התבקש בית המשפט העליון להורות למדינה לפעול מידית להעסקתם של 6,000 עובדים זרים במחלקות הסיעודיות בבתי אבות או לחילופין להורות על תיקון הנוהל המאפשר כיום העסקת עובד זר בענף הסיעוד אך ורק על ידי מעביד פרטי. בית המשפט העליון הורה על מחיקת העתירה תוך שהוא מציין כי **"יבוא" של עובדים זרים כרוך בשלל סוגיות, ובשלב זה, כל עוד לא מוצו הפתרונות האפשריים, קשה להלום כי בית משפט זה יורה למדינה להתיר הבאתם של עובדים זרים לענף זה או אחר"** (פסקה 8).

בית המשפט העליון לא מצא אפוא להורות לממשלה לתקן את הנוהל המאפשר כיום מתן היתר להעסקת עובד זר בענף הסיעודי הביתי בלבד.

45. בסופו של יום יש לזכור, כי שלילת הפטור מהיטל למערערות, על הפגיעה המסוימת שעשויה להיות לו על קניינה, אינה אלא **"פגיעה הולמת שאף משרתת היטב את תכליתו – קרי, השתת העלויות החיצוניות הכרוכות בהעסקתם של עובדים זרים על הנהנה מפעולה זו"** (עניין **סעד**, פסקה מ"ט). תשומת הלב לכך כי קיים איסור מפורש בחוק הבראת הכלכלה לגלגל את תשלום ההיטל לפתחו של העובד (**סעיף 45(ב)(2)**) לחוק הבראת הכלכלה הקובע כי **"ההיטל לא ינוכה, במישרין או בעקיפין, מההכנסה של העובד הזר"**.

### **טענת המערערת כי המשיב מושתק מלטעון כי העסקת העובדים המסתננים אינה**

#### **כדין**

46. המערערת מסתמכת על הודעת המדינה בעניין **סעד** מתאריך 14.6.2017 (נספח 4 לרשימת המוסכמות) במסגרתה הודיעה המדינה לבית המשפט כי, בכפוף לעמידה בשלושה תנאים (עניין **סעד**, פסקאות ל"ו, נ"ו), יהיו העובדים המסתננים זכאים לנקודות זיכוי בהתאם **לכללי מס הכנסה (נקודות זיכוי לתושב חוץ זכאי)**, התשס"ז-2007.

המערערת מבקשת לטעון כי הסכמת המדינה להעניק נקודות זיכוי לעובדים מסתננים שקולה להסכמתה לראות בעובדים אלה כמועסקים "כדין". וכל כך למה? משום שלפי הכללים האמורים, רק "תושב חוץ זכאי", המוגדר כמי

ששהייתו והעסקתו בישראל מותרות על פי דין, זכאי לנקודות זיכוי. לפי הטענה, עצם הסכמת המדינה להעניק נקודות זיכוי למסתננים משמעותה היא כי המדינה הסכימה לכך ששהייתם והעסקתם בישראל היא "כדין" ולכן היא מנועה מלטעון אחרת לעניין הפטור מהיטל.

47. אין ממש בטענה זו של המערער.

על מנת למנוע חזרות מיותרות, אפנה את הקורא לדיון בסוגיית הענקת נקודות זיכוי לעובדים מסתננים בעניין **מעונות יניב** (פסקאות 33-29, 77-72). בתמצית, הודעת המדינה המדוברת נעשתה **לצורכי פשרה בלבד**, על רקע העובדה שהכללים האמורים בוטלו בתאריך 31.12.2014 ומשהיה ברור כי מדובר בסוגיה המתייחסת לעבר בלבד. לפי הכללים החדשים, תקנות מס הכנסה (זיכויים לעובד זר), התשע"ה-2014, בתחולה מתאריך 1.1.2015, "**עובד זר חוקי בתחום הסיעוד**" ייחשב רק מי שקיבל אשרה ורישיון ישיבה מסוג ב/1 לעבודה בישראל כאמור [בתקנה 5\(א\)](#) [לתקנות הכניסה לישראל](#), התשל"ד-1974 ושהארכת שהייתו בישראל מתבצעת לפי [סעיף 3א\(ב\) לחוק הכניסה לישראל](#). אין חולק כי עובד מסתנן אינו בא בגדר התקנות החדשות ולכן אינו זכאי לנקודות זיכוי החל משנת 2015. על רקע זה, הודיעה המדינה בעניין **סעד** כי, **לפנים משורת הדין**, היא תסכים להכיר בנקודות זיכוי לעובדים מסתננים לגבי התקופה שעד תאריך 31.12.2014, תוך הדגשה כי לא כך לגבי התקופה שמתאריך 1.1.2015, שאז חלות התקנות החדשות. טענת המערער כי ניתן להסיק מכך כי המדינה הסכימה להכיר בעובדים מסתננים כמי שמועסקים כדין בישראל, ובענף הסיעוד בפרט, היא מעט מרחיקת לכת.

48. עוד יש להדגיש בהקשר זה כי בהודעת המדינה הודגש במפורש כי בכל הנוגע להטלת ההיטל, עמדתה היא כי העסקת בעלי רישיון מסוג 2(א)(5) גוררת אחריה חיוב בהיטל: "**שקלנו בכובד ראש אם לא נכון לראות בעובדים זרים המחזיקים ברישיון מסוג 2(א)(5) כאילו מועסקים, לצרכי ההיטל לפי חוק ההבראה ולעניין זה בלבד, כמי שמועסקים 'לפי היתר'... בסופו של יום החלטנו שלא לעשות כן**". יתירה מכך, המדינה הדגישה באותה הודעה כי "**גם בהקשר של חוק ההבראה, באופן ספציפי, הקלה כאמור, עלולה להביא להקלה דומה לגבי העסקת מסתננים בענף הסיעוד הביתי (לגביו מוחרגים העובדים הזרים המועסקים כדין באותו תחום מתחולת ההיטל)...ראיה לכך, היא שלמיטב ידיעת המדינה, בסיעוד ביתי לא מועסקים מסתננים**".

כלומר, בד בבד עם הסכמת המדינה, לפנים משורת הדין, להעניק נקודות זיכוי למסתננים לגבי התקופה שעד שנת 2015, הודגש על ידה כי היא אינה מוכנה לנהוג כך לגבי ההיטל וכי אינה מוכנה להפחית את שיעור ההיטל לגבי העסקת מסתננים בענפים הרלוונטיים או לתת את ההקלה להעסקתם בענף הסיעוד הביתי.

על רקע זה, אין ממש בטענת המערערת כי המדינה מושתקת מלטעון כי העסקת העובדים המסתננים בענף הסיעוד אינה כדין.

באופן דומה יש לדחות את טענת המערערת, כי המדינה מושתקת מלטעון כי העסקת העובדים המסתננים אינה כדין לאור הנחיית רשות המיסים מתאריך 8.11.2017 (נספח 7 לרשימת המוסכמות). שכן, במסגרת ההנחיה צוין במפורש כי היא ניתנה על בסיס הודעת המדינה מתאריך 14.6.2017 שהובאה בעניין **סעד** ולא ניתן לנתק אותה מהקשר זה.

49. יתירה מכך, ניסיון המערערת להקיש מהודעת המדינה בעניין **סעד** בנוגע לנקודות

הזיכוי כי דין זהה יחול גם לעניין הטלת ההיטל, אינו יכול לעמוד. השאלה הנוגעת להעסקת מסתננים "שלא על פי היתר" (בכל הנוגע להפחתת שיעור ההיטל החל על מעסיקיהם בענפים המתאימים) וכן השאלה הנוגעת להעסקת מסתננים "שלא כדין" (בכל הנוגע לפטור מהיטל בענף הסיעוד) כלל לא נדונה בעניין **סעד** וממילא לא הוכרעה בו, ולכן ניסיון המערערת לגזור מהסדר הפשרה בעניין נקודות הזיכוי שהוצג בעניין **סעד** דין זהה לעניין השאלה המתעוררת בערעור זה בעניין ההיטל, ראוי להידחות.

50. זאת ועוד, לא ניתן להשוות בין עמדת המדינה בסוגיית נקודות הזיכוי לעמדתה

בעניין הפטור מהיטל, לאור השוני הברור בין השניים: נקודות זיכוי מגיעות לעובדים עצמם בעוד שההיטל מושת על המעסיקים. יצוין כי קיים איסור מפורש בחוק הבראת הכלכלה לגלגל את תשלום ההיטל לפתחו של העובד ([סעיף 45\(ב\)\(2\)](#)) לחוק הבראת הכלכלה הקובע כי "**ההיטל לא ינוכה, במישרין או בעקיפין, מההכנסה של העובד הזר**" בעוד שלעניין נקודות הזיכוי המדינה התנתה את הכרתה בהן בהוכחה כי שולמו בפועל לידי העובדים.

51. המערערת הפנתה בסיכומיה לפסקי הדין בעניין **כלי ניקה, טלרן ועומר הנדסה**

([ע"מ \(ת"א\) 8363-10-14 עומר הנדסה ובניה \(1986\) בע"מ נ' פקיד שומה תל אביב](#))

5 [פורסם בנבו] (27.9.2016)) בהם נקבע כי בעלי רישיון מסוג 2(א)(5) זכאים לנקודות זיכוי. המערערת מבקשת להסיק מפסקי דין אלו כי עובדים אלה עבדו "כדין" בישראל משום שעל מנת להיחשב "תושב חוץ זכאי", וכמי שזכאי לנקודות הזיכוי, נדרש כי שהייתם והעסקתם בישראל תהא מותרת על פי דין.

לטענה זו יש להשיב כי בתי המשפט המחוזיים נחלקו בדעותיהם בעניין זה (עניין

**סעד** מחוזי ועניין **מאה אחוז גיוס והשמה** ([ע"מ \(ב"ש\) 59357-11-14 מאה אחוז](#)

**גיוס והשמת כוח אדם בע"מ נ' פקיד שומה אשקלון** [פורסם בנבו] (29.6.2016),

שפסקו כי עובדים מסתננים אינם זכאים לנקודות זיכוי מכוח הכללים האמורים) ומכל מקום אין להקיש מתחום נקודות הזיכוי לתחום ההיטל ולו בגלל השוני הרלוונטי ביניהם: נקודות זיכוי מגיעות לעובדים עצמם בעוד שההיטל מושת על המעסיקים.

### שיקולי מדיניות ציבורית תומכים בהטלת ההיטל

52. מתן פטור מהיטל בגין העסקתם של מסתננים, שאינם מועסקים כדין, עלול להפר את מערכת האיזונים והבלמים שהושגה בעניינם, כאשר, מצד אחד, לא ניתן להרחיקם למדינות מוצאם ויש לאפשר להם פרנסה בכבוד אך, מצד שני, אין לתת תמריץ פיסקאלי להעסקתם (בדמות הפטור מהיטל) באופן המתנגש עם המטרות והיעדים העומדים בבסיס מדיניות הממשלה.

53. אין לאפשר תוצאה לפיה יהיה מצבו של מי שמפר את החוק טוב יותר ממי ששומר על החוק. ברור כי מי ששומר על החוק לא יכול להעסיק עובד זר בענף הסיעוד המוסדי, אלא בענף הסיעוד הביתי בלבד ורק כאשר העובד הזר מתגורר עם המטופל. לא ניתן להלום כי המערכת תעסיק עובדים מסתננים בטיפול סיעודי בבית חולים גריאטרי, בניגוד לדין, ולמרות זאת תיהנה מפטור מהיטל שנועד רק להעסקה כדין.

באופן דומה, אין לראות במדיניות המדינה שלא לאכוף, בשלב זה, את איסור העסקתם של המסתננים, על מנת לאפשר להם להתפרנס בכבוד, כפלטפורמה לקבלת תמריץ פיסקאלי בדמות פטור מהיטל.

54. למותר לציין כי בעקיפת החובה להעסיק את העובדים המסתננים על פי היתר (שכאמור לא ניתן לקבל בענף הסיעוד המוסדי), המערכת משחררת את עצמה מהתנאים ומהמגבלות שנקבעים על ידי המדינה במתן ההיתרים, לרבות לעניין המכסות המאושרות בכל ענף, מתשלום אגרות, מהעמדת מגורים לעובדים ומשאר חיובים על פי דין. דברים אלה נכונים גם לגבי העסקה של עובדים זרים שנכנסו כחוק לישראל וקיבלו אשרה מסוג 1/ב אך מועסקים בפועל בענף הסיעוד המוסדי, בניגוד לאשרה שבידם. אלה כמו אלה העסקתם תיחשב שלא "כדין".

55. יש לנקוט משנה זהירות במתן העדפה להעסקת מסתננים העלולה לגרום לעקיפת של הצורך במתן היתר ולעקיפת הפיקוח על החובות המוטלות מכוח ההיתר על מעסיקיהם של עובדים זרים (ראו [סעיפים 1א-1א6 לחוק עובדים זרים](#)) כמו גם לעקיפת הפיקוח והבקרה מטעם המשיב (שכן על גבי הרישיון הזמני מסוג [2\(א\)\(5\)](#) לא מצוין שהמחזיק בו רשאי לעבוד ובאיזה תחום). כך בכלל וכך בפרט בתחום הרגיש במיוחד של טיפול בקשישים סיעודיים ותשושי-נפש שהטיפול בהם דורש הכשרה והתאמה מיוחדים וכרוך לעיתים בלחץ פיסי ומנטלי ובשחיקה נוכח העבודה הקשה ושעות העבודה המרובות (ראו עניין [איגוד בתי אבות](#) פסקה 2).

56. המערכת טענה בסיכומיה כי "דא עקא, שכוח אדם ישראלי למתן הטיפול הסיעודי כאמור אינו בנמצא ועל כן המערכת נאלצה להעסיק עובדים זרים" (סעיף 3) וכן "היעלה על הדעת להשית סנקציה כלכלית, בדמות ההיטל, על המערכת בשל העסקת העובדים הזרים בתחום הסיעוד למרות שאין ולא הייתה



**למערכת כל אפשרות מעשית להעסיק עובדים ישראליים בתחום זה?** (סעיף 59 לסיכומי המערכות).

57. אלא שטענה זו של המערכת לא הוכחה ובכל מקרה אין בה מענה הולם לדרישה הברורה בחוק ההבראה כי העסקת העובדים הזרים תהא "כדין" כתנאי למתן הפטור מהיטל. כמוסבר לעיל, העסקת עובדים אלו בענף הסיעוד המוסדי אינה יכולה להיות "כדין". וראו הדברים שנאמרו במסגרת תוצאות המחקר של מרכז המחקר והמידע של הכנסת על מדיניות התעסוקה בענף הסיעודי בתקופה הסמוכה לשנות המס בערעור (2011): **"יש דיווחים הולכים וגוברים על תופעה של העסקה ללא היתר של עובדים זרים בידי מעסיקים סיעודיים המאושפזים במוסדות גריאטריים..."**. המחקר מציין כי לתופעה זו של העסקה שלא בהיתר של עובדים זרים במוסדות גריאטריים **"השפעה מידית על העסקת עובדים ישראליים במוסדות אלו. לפי דיווחים שהגיעו לוועדה המיוחדת לבחינת בעיית העובדים הזרים, בשנים האחרונות יותר ויותר עובדים סיעודיים שנועדו לעבודה המיוחדת במשק-הבית מועסקים במוסדות גריאטריים ותורמים לצמצום מספר העובדים הישראליים בהם"** (ד"ר גלעד נתן הטיפול באנשים עם צרכים סיעודיים (צורכי כוח-אדם ומדיניות תעסוקה בענף הסיעוד) מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2011, נספח 23 לרשימת המוסכמות, עמודים 13, 15-17); וראו גם הדברים שנאמרו בעניין סעד כי השתתף ההיטל מהווה **"פגיעה הולמת שאף משרתת היטב את תכליתו – קרי, השתתף העלויות החיצוניות הכרוכות בהעסקתם של עובדים זרים על הנהנה מפעולה זו"** (פסקה מ"ט); וכן ראו בעניין **איגוד בתי אבות** (פסקה 6) לעניין הצעדים הקונקרטיים הננקטים על ידי הממשלה על מנת לעודד קליטה של עובדים ישראליים לתחום הטיפול הסיעודי המוסדי ועל מנת לשמר את כוח העבודה הקיים.

### סוף דבר

בהסתמך על כל הנימוקים המפורטים לעיל, הערעור נדחה. מאחר שהצדדים השכילו להגיע לרשימה של עובדות ופלוגתאות מוסכמות וייתרו את הליך שמיעת הראיות, ובהתחשב בשאלות שמעוררת הסוגיה שבמחלוקת, המערכת תישא בהוצאות המשפט של המשיב בסכום של 18,000 ש"ח.

**ניתן היום, כ"ט אדר א' תשע"ט, 06 מרץ 2019, בהעדר הצדדים.**

ירדנה סרוסי 54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן