

- המוקד לפליטים ולמהגרים • האגודה לזכויות האזרח בישראל
  - א.ס.ף – ארגון סיוע לפליטים ולמבקשי מקלט בישראל • קו לעובד
  - רופאים לזכויות אדם – ישראל • המרכז לקידום פליטים אפריקאים
  - הקליניקה לזכויות פליטים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב
  - הקליניקה לזכויות מהגרים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת-גן
- 

### הערות הארגונים העותרים בבג"ץ 8425/13

לתזכיר חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאת מסתננים ועובדים זרים מישראל  
(תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה-2014

להלן הערות הארגונים העותרים בבג"ץ 8425/13 לתזכיר החוק שבנדון.

עוד קודם שנתייחס לתוכנו של התזכיר נזכיר, כי תזכיר החוק, המחזיק 58 עמודים, פורסם בערב יום ד', 19.11.2014. לציבור ניתנו שבעה ימים בלבד להגיב על התזכיר, וכל זאת על מנת להביאו לדיון חפוז בממשלה כבר בראשית השבוע הבא. הדברים מלמדים מעצמם, כי לדידה של הממשלה פרסום תזכיר החוק אינו אלא הליך טכני, בלתי מחייב וחסר חשיבות. צר לנו, כי פנייתנו בדרישה לכבד את הוראות הדין ולהאריך את המועד לקבלת הערות הציבור ולקביעת לוח זמנים סביר לאחר קבלת ההערות ללימודן נדחתה.

משום לוח הזמנים הקצר והבלתי סביר, התייחסותנו לתזכיר החוק היא תמציתית ואינה יכולה להקיף את מכלול ההיבטים העולים ממנו. תחילה נתייחס לרקע להצעת החוק ולתכליותיה. לאחר מכן נפנה להסדרים הנוגעים לשלילת החירות באמצעות "משמורת" וב"מרכז השהייה" (סעיפים 1-5, 9, 10(א) ו-11(א) לתזכיר החוק). בהמשך לכך – להחמרת הסנקציות על מעסיקים (סעיפים 7 ו-8 לתזכיר החוק). לבסוף – לרפורמה בחוק עובדים זרים (סעיף 6 לתזכיר החוק).

אנו קוראים שלא לקדם את התזכיר, ותחתיו לקדם יוזמות המעודדות את העסקתם ברחבי הארץ של מי שאין אפשרות להרחיקם מישראל על ידי מתן רישיונות עבודה, ביטול כל ההיטלים הכרוכים בהעסקה ונגישות לשירותי בריאות ורווחה. מדיניות שכזו תמלא אחר חלק ממחויבויותיה של ישראל, על פי האמנות הבינלאומיות שהיא צד להן, תשחרר בני קבוצה זו מן הצורך להסתמך על מנגנונים קהילתיים, תפתח בפניהם אפיקי תעסוקה מרוחקים מן המרכז (ובהם ענפים שבהם נדרשים עובדים וענפים שבהם מועסקים מהגרי עבודה המיובאים לישראל בעשרות אלפיהם), ותאפשר פיזור שיקטין את הנטל על האיזורים המוחלשים ממילא שבהם הם מצטופפים.

עוד אנו קוראים להפריד את הרפורמה בחוק עובדים זרים מהצעת חוק זו, לשוב ולשקול את הסדריה, ולאחר מכן לחוקקה בנפרד. אין כל הצדקה לכריכתה של רפורמה זו, אשר עוסקת בזכויות סוציאליות קוגנטיות של מהגרות ומהגרי עבודה, עליה עמלים הגורמים המקצועיים במשרדי הממשלה מזה מספר שנים (רפורמה אשר בחלקה היא מבורכת ובחלקה דרקונית ובלתי חוקתית) עם עניינו של התזכיר, ודאי עם הליך הבזק החקיקתי שנוקטת הממשלה.

## על הרקע להצעת החוק ועל תכליותיה

הצעת החוק, שבעניינה עוסק התזכיר, מבקשת לחוקק מחדש – כעוד "הוראת שעה" לעוד שלוש שנים שאין ארוכות, נמשכות ונצחיות מהן – הסדרים שבת המשפט העליון הגדירם, בשני פסקי הדין בפרשת אדם (בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פסק דין מיום 16.9.2013)) ובפרשת איתן (בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פסק דיון מיום 22.9.2014)), כהסדרים פוגעניים, המפרים את זכויות האדם הבסיסיות ביותר לחירות ולכבוד. ההצעה אינה מטמיעה את העקרונות שהציב בית המשפט ביחס לזכותם של מהגרים ומבקשי מקלט לחירות, לאוטונומיה אישית ולכבוד. במקום לאמץ עקרונות אלה, מבקשים מנסחי הצעת החוק להתמקח עם פסקי הדין, לחתור תחתיהם ולבחון עד כמה יכולה הממשלה להמשיך ולפגוע בזכויות אדם.

הצעת החוק מבקשת להמשיך ולפגוע בבני אדם הזכאים להגנות בינלאומיות (בין מכח האמנה בדבר מעמד של פליטים ובין מכח עקרון אי-החזרה), שמדינת ישראל החליטה שאין לגרשם מתחומה. הם מוסיפים להיקרא בשם המבזה "מסתננים", ובמקום לדאוג לזכויותיהם בהתאם לחוקי היסוד של מדינת ישראל ולמחויבויותיה הבינלאומיות, בהתאם לפסיקות בג"ץ ובהתאם לדו"ח מבקר המדינה 64 מחודש מאי 2014, מתמקדת הצעת החוק, כמו החוקים שנפסלו, בשבירת רוחם – מטרה שעליה עמד השופט פוגלמן בפרשת איתן כתכלית בלתי ראויה (ר' פסקאות 107-113 לפסק דינו). תכלית זו מכתיבה את ההסדרים שנקבעו: אין בהם לא בשורה לתושבי דרום תל אביב ולא הגנה על זכויותיהם של אנשים שנמלטו מעינויים ומרדיפות. התזכיר חוזר ומאמץ את הכליאה והגבלת החירות כאמצעי להפעלת לחץ, ומוסיף על כך פגיעה ביכולת ההשתכרות של מי שכבר היום משתכרים שזר זעום ונאלצים להתקיים ללא כל סיוע מהמדינה.

הליך החקיקה החפוז, היעדר התייעצות עם גורמים שמחוץ לממשלה ובעיקר נקיטת אותם האמצעים שנפסלו כבר על ידי בית המשפט העליון מבלי לבחון חלופות אחרות, חמורים במיוחד נוכח העובדה שזה למעלה משנתיים ימים נבלמה כמעט לחלוטין הכניסה לישראל דרך גבולה הדרומי. נתון זה צריך לשנות את המאזן החוקתי והוא מחייב לנקוט באמצעים שפגיעתם בזכויות אדם פחותה.

בשני פסקי הדין עמד בית המשפט העליון על העובדה שרוב האנשים, המבוזים על ידי הממשלה כ"מסתננים", מוצאם מאריתריאה ומסודן – שתי מדינות המתאפיינות בהפרות זכויות אדם חמורות ושיטתיות. עד לאחרונה נמנעה רשות האוכלוסין וההגירה מלברר בקשות למקלט שהוגשו על-ידי אזרחי סודן ואריתריאה, ומשהחלה בבירורן, ללא כל פרסום נלווה, החלה אף בדחייתן השיטתית כב"סר-נע". שיעורי ההכרה בפליטים במערכת המקלט הישראלית נופלים מאחז אחד והדבר מעיד (כפי שקבע בית המשפט האירופי לזכויות אדם בהתייחסו למערכת המקלט ביוון) על מערכת מקלט שאינה הוגנת. כך או כך, המדינה קיבלה את העובדה שלא ניתן להשיבם לארצותיהם, גם אם נדחתה בקשתם, ורובם זכאים להגנה משלימה מכח המשפט הישראלי והבינלאומי. לפיכך, התכלית המוצהרת בכותרת ההצעה "להבטיח יציאת מסתננים" היא תכלית פסולה. הפעלת לחץ על מי שזכאי להגנה בדרך של כליאה, הגבלת חירות, שלילת היכולת

להתקיים או אמצעים דומים אחרים, כדי לגרום לו "לגרש את עצמו" למקום בו צפויה לו סכנה, שקולה לגירושו ומהווה הפרה של עקרון ה-*non-refoulement*.

נוכח ביקורתו של בית המשפט העליון בפרשת **אדם** ובפרשת **איתן** על ניסיונה של הממשלה להרתיע מבקשי מקלט פוטנציאליים מלהגיע לישראל, נוקטים כעת דברי ההסבר בלשון סגי נהור בהצהירם שתכלית הצעת החוק היא "לשנות את מערך התמריצים של כל אותם מסתננים אשר שוקלים להסתגל למדינת ישראל". זוהי אותה גברת בשינוי אדרת. תכלית ההרתעה פסולה גם כשהיא מוצגת בשם אחר.

דברי ההסבר מצהירים, כי תכלית נוספת של ההצעה היא מניעת השתקעותם של "מסתננים" בישראל. תכלית זו, ככל שנועדה להרחיקם מעל הציבור הישראלי, גזענית ופסולה מכל וכל. ואולם, אפילו היתה תכלית כשרה (ולא היא!) לא מובהר כיצד שהייה של מספר מוגבל של "מסתננים" ב"מרכז שהייה" למשך 20 חודשים תביא לתוצאה זו. במציאות בה רבים מקרב מי שנכנסו לישראל דרך גבולה הדרומי שוהים בישראל כבר משנת 2005 והרחקתם אינה נראית באופן, השמתם ב"מרכז שהייה" לפרק זמן של 20 חודשים, שלאחריו ישובו להתערות בערי ישראל, לא תתרום לתכלית המוצהרת. אנשים אלו ישובו אל הערים עם שחרורם מ"מרכז שהייה", לאחר שנתלשו מהחיים שחיו במשך שנים, ממקור פרנסתם ומקורת הגג שלהם, ויצטרכו להתחיל את חייהם מחדש, הכל ללא נגישות לשירותי בריאות ורווחה. הוראות התזכיר לא ימנעו את השתקעותם של מבקשי המקלט בערים; לא יקלו על תושביהן; ובוודאי שלא יבטיחו את זכויותיהם של מבקשי המקלט.

תוצאה זו מתחזקת במיוחד על רקע הוראות התזכיר המבקשות לפגוע בהשתכרותם של מבקשי המקלט, אשר רובם ייוותרו מחוץ ל"מרכז שהייה", או שמלכתחילה לא ניתן לשלחם אליו, ויאלצו לפרנס את עצמם בכוחות עצמם. התזכיר מבקש למנוע תשלום של חמישית משכרם של מבקשי המקלט (יחד עם פיצויי הפיטורין שלהם) עד עזיבתם את הארץ, דבר שנכון להיום אינו אפשרי. מדובר בפגיעה ממשית ביכולתם של רוב מבקשי המקלט לחיות בכבוד. פגיעה זו אך תחריף נוכח ההוראות המוצעות בתזכיר, אשר נועדו לייקר העסקת "מסתננים" ולהרתיע מעסיקים פוטנציאליים מהעסקתם, ושצפויות להביא לפיטורים המוניים.

הן בית המשפט והן מבקר המדינה עמדו על כך, שהזנחת זכויותיה של קבוצה זו בידי המדינה מרעה אף את תנאי חייהם של אזרחי ישראל בקרבה היא מתגוררת. פסיקת בג"ץ ודוח המבקר קראו לממשלה לגבש בהקדם מדיניות שתבטיח טיפול הולם בקבוצה זו, והמבקר אף הדגיש את הצורך הדחוף בכל הנוגע לאלו הנמנים על הנזקקים והחלשים ביותר מקרבן.

תזכיר החוק חותר תחת קביעות אלה, ובמקום לתקן את הטעון תיקון מבקש לעגן את הפגיעות הקשות ולהופכן קשות עוד יותר. אם תתקבל החקיקה המוצעת, העוני והמצוקה בקרב בני קבוצה זו יועמקו, ויש חשש שיגיעו כדי משבר הומניטארי. כתוצאה מכך, הם יתגוררו בצפיפות רבה יותר,

ויזדקקו עוד יותר לתמיכתם של מנגנונים קהילתיים. בהתאמה, המצוקה באזורים בהם הם מתגוררים, ובדרום תל-אביב במיוחד, תיגבר.

אנו סבורים, כי אילו נלמדו פסקי הדין של בית המשפט העליון ודו"ח מבקר המדינה כראוי, מתוך כוונה ליישם ולא לעוקפם, הרי שתחת תזכיר חוק זה היתה הממשלה מקדמת יוזמות המעודדות את העסקתה של קבוצה זו ברחבי הארץ על ידי מתן רישיונות עבודה, ביטול כל ההיטלים הכרוכים בהעסקה ונגישות לשירותי בריאות ורווחה. מדיניות שכזו תמלא אחר חלק ממחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל, תשחרר בני קבוצה זו מן הצורך להסתמך על מנגנונים קהילתיים, תפתח בפניהם אפיקי תעסוקה מרוחקים מן המרכז (ובהם ענפים שבהם נדרשים עובדים וענפים שבהם מועסקים מהגרי עבודה המיובאים לישראל בעשרות אלפיהם), ותאפשר פיזור שיקטין את הנטל על האיזורים המוחלשים ממילא שבהם הם מצטופפים.

### **לעניין סעיף 30א(ג) לחוק למניעת הסתננות**

פעמיים נקבעו על ידי המחוקק תקופות מעצר מינהלי של מי ש"הסתננו" לישראל, אשר אין דבר בינן לבין היתכנותו של הליך ההרחקה. פעמיים קבע בית המשפט העליון, כי החזקה במעצר מינהלי של מי שלא מתקיים בעניינו הליך הרחקה אפקטיבי אינה חוקתית. כעת, בפעם השלישית, מבקשת הממשלה מן הכנסת לחוקק הוראה המנוגדת לעיקרון זה.

תקופת שלושה חודשים היא אמנם קצרה מן התקופות שנקבעו בתיקון מס' 3 ובתיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, שנפסלו על ידי בית המשפט העליון. אולם, גם היא מתעלמת מקביעת בית המשפט העליון, כי אי-חוקתיותם של ההסדרים שנפסלו אינו רק תוצאה של אורך תקופת ההחזקה במעצר, אלא של הכלל המאפשר גם החזקה של מי שלא צפויים להתקיים בעניינו הליכי גירוש. השופט פוגלמן מדגיש בפסק דינו בעניין **איתן**, כי "השאלה אפוא אינה כמותית בלבד – מהו משך הזמן החוקתי המרבי להחזקה במשמורת – אלא גם (ואולי בעיקר) איכותית: האם מותרת החזקה במשמורת של מי שלא מתקיים בעניינו הליך גירוש אפקטיבי. לשאלה זו אני משיב – כפי שהשיב לפניי בית משפט זה בפסיקה ענפה – בשלילה מוחלטת." (פסקה 193 לפסק הדין).

פעם נוספת מתעלמת המדינה מדברים שנאמרו באופן צלול וברור על ידי שופטי הרוב. בדיוק כמו בתיקון מס' 4, גם הפעם המתווה המוצג "אינו כולל כל התייחסות לשאלת קיומו של הליך הרחקה אפקטיבי" (שם). הוראת חוק שתעמוד בתנאים שהציב בית המשפט העליון לא יכולה להסתמך על אותו מתווה שנקבע בתיקון מס' 4 תוך קיצור לוחות הזמנים. קריאה כזו של פסק הדין מתעלמת ממה שנאמר בו במפורש לגבי פסלותו של מתווה שאינו כולל זיקה איכותית ישירה בין ההחזקה במעצר לבין הליך הגירוש.

זו הפעם התואנה לקביעתה של תקופת החזקה במעצר מינהלי של מי שלא מתנהל בעניינו הליך גירוש אפקטיבי היא, בלשון התזכיר, "למצות את הליכי הזיהוי והגירוש של מסתנן. בכלל זה מיצוי הליכי זיהוי של המסתנן, לרבות מוצאו, הסדרת מסמכי נסיעה עבורו ומיצוי אפיקי יציאתו

או הרחקתו מישראל", וזאת בטענה כי כאשר מדובר במי ש"הסתגן" הדבר עשוי לדרוש פרק זמן ארוך יותר. אלא שנימוק זה מתעלם, שוב, מן ההיבט האיכותי שכל חוק העוסק במשמורת אמור להביא בחשבון. מה יהא, למשל, במקרה בו נתפס אזרח אריתריאה בגבול וברשותו מסמכי זיהוי, שלאחר שימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות והבאתו בפני בית הדין לביקורת משמורת אינם מותירים עוד מקום לספק בדבר זהותו ואזרחותו? מדוע עליו לבלות שלושה חודשים במעצר, כאשר זהותו ידועה וברור שלא ניתן להרחיקו למדינת מוצאו? כיצד החזקתו במעצר במשך שלושה חודשים מתיישבת עם העקרונות ה"איכותיים" שנקבעו בפסיקה?

ככל שהמדינה מבקשת לאפשר מעצר של מי שקיים קושי בזיהויו או במיצוי הליכי הרחקתו היא יכולה לעשות כן באמצעות חריג לשחרור לפרק זמן מוגבל. ניתן, למשל, לקבוע כי רק מי שקיים קושי בזיהויו יוחזק במעצר לפרק זמן של עד שלושה חודשים. אולם אמירה כללית לפיה לעתים יש קושי בזיהוי "מסתננים", אינה יכולה להצדיק החזקה במעצר של מי שאין קושי בזיהויים ואינה עומדת בסטנדרטים החוקתיים שהציב בית המשפט העליון.

### לעניין פרק ד' לחוק למניעת הסתננות

בפסק הדין בעניין **איתן** הורה בית המשפט על ביטול פרק ד' לחוק למניעת הסתננות, אשר במסגרת תיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות הקים והכשיר את פעולתו של "מרכז השהייה חולות" בניהול שירות בתי הסוהר. בית המשפט לא הכניס תיקונים בהסדר, אלא ביטל את ההסדר כולו בקובעו, כי כפיית השהייה במתקן פוגעת אנושות בחירות ובכבוד: "התמונה המשתקפת מן ההסדר החקיקתי שבפרק ד' לחוק – תמונה עגומה היא. ניבטת ממנה דמותו של מסתנן שאינו שולט בסדר יומו; ששגרת חייו מוכתבת בידי סוהרים, שלהם הוענקו סמכויות חיפוש ומשמעת; מסתנן החשוף להעברה למשמורת, בהחלטת גורם מינהלי שלא באה עליה ביקורת שיפוטית יזומה בהיקף הדרוש; ששעותיו עוברות בחוסר מעש, שכן לא עומדת לו אפשרות של ממש לעזוב את המרכז בשעות היום; ושלשהייתו במרכז יש התחלה – אך אין לה סוף נראה לעין. כל אלה מצטברים לכדי פגיעה קשה מנשוא בזכויות היסוד שלו, ובראשן בזכות לחירות ובזכות לכבוד." (פסקה 187 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

דברים אלה של בית המשפט, שנכתבו ביחס לכפיית השהייה במתקן לתקופה של שלוש שנים, כל שכן ביחס להחזקה של מהגרים ומבקשי מקלט "שהם אוכלוסייה פגיעה במיוחד לתופעות פוסט-טראומטיות הקשורות בשלילת החירות" (שם, פסקה 156) תקפים גם לתקופה בת עשרים חודשים – שהיא ארוכה באופן קיצוני מהמקובל בעולם ביחס למתקני שהייה (והאוכלוסיה בה עוסק התזכיר, על מאפייניה, ממילא לא היתה מוחזקת בהם) (ר' פסקאות 162-163 לפסק דינו של השופט פוגלמן). בית המשפט עמד בפרשת **איתן** על כך, ש"למימד הזמן השפעה של ממש על הפגיעה בכבודו של אדם שחירותו נשללת. שלילת חירות לתקופה קצרה מאפשרת לאדם להשיב את חייו למסלולם תוך זמן קצר. ככל שמתארכת שלילת החירות, כך נדרש אדם לוותר עוד ועוד על רצונותיו ומאוייו. זהותו האישית וקולו הייחודי טובעים בשגרת יום-יום ממושטרת ושוחקת. מי שנכנס למרכז השהייה ומשוחרר ממנו בחלוף שלוש שנים תמימות לא יוצא ממנו כשהיה.

שלוש שנים – תקופת זמן שבמהלכה יכול היה אדם להינשא ולהקים משפחה, להתקדם בעבודתו ולרכוש השכלה. פרק חיים שלא שב עוד." (שם, בפסקה 154).

כאמור בראשית דברינו, ההסדר המוצע כעת מבקש לשוב ולאפשר לשלוח אדם, השוהה בישראל תקופה ממושכת ואשר אין כל כוונה לגרשו מישראל, על כורחו למתקן חולות – כל זאת ללא ביקורת שיפוטית יזומה (ר' פסקה 179 לפסק דינו של השופט פוגלמן). במתקן ימושטרו חייו לתקופה בת עשרים חודשים על ידי שירות בתי הסוהר ורשות האוכלוסין וההגירה. כך, מבלי שנקבע כי חטא, מבלי שיועמד לדין פלילי ומבלי שניתן להרחיקו לארץ אחרת, הוא יוחזק במתקן בו נשללת זכותו לחירות, נשללת זכותו לחופש תנועה ונשללת כתוצאה מכך כל הזכויות הבסיסיות שכל בן אנוש זכאי ליהנות מהן כדי להתקיים כיצור אוטונומי. אין זכות אדם שאינה נשללת מן ה"מסתנן" שהצטווה להתגורר ב"מתקן השהייה". נשללת הזכות לפרטיות. נשללת הזכות לקבל החלטות בסיסיות ביחס לאלמנטים מרכזיים של חייו של האדם – כיצד יתנהל סדר-יומו, מה יאכל ומה ישתה, היכן ישן, עם מי יחלוק את החלל בו הוא ישן. אותו אדם שלא נקבע שחטא כפוף לסנקציות של שירות בתי הסוהר ושל רשות האוכלוסין וההגירה, לסמכויות חיפוש ומשמעת תמידיות, לפיקוח על החפצים שהוא נושא עליו ולמזון שהוא מבקש לצרוך. אותו אדם שלא חטא כפוף לסנקציות של שלילת חירות מוחלטת במשמורת מתוקף החלטת פקיד, וזאת אם הפר את כללי המשמעת להם הוא כפוף. אותו אדם שלא נקבע שחטא עובר אינפנטיליזציה מוחלטת. נוהגים בו כבילד – הוא נדרש לשהות בחדרו במשך שליש מן היממה, הוא אינו בוחר את מזונו, הוא אינו בוחר את מקום שהותו והוא מקבל "דמי כיס".

בפרשת **איתן** עמד השופט פוגלמן על דלות ההסדרים שנועדו להבטיח את זכויות המוחזקים במתקן (סעיף 105-106 לפסק דינו). השופט פוגלמן הדגיש, כי "הרשות אינה יוצאת ידי חובתה בכך שהיא מספקת לאלה שחירותם נשללה תנאי מחייה המאפשרים את המשך הישרדותם בלבד", וכי "לשם השוואה, הסדרים אחרים הנוגעים לשלילת חירות כוללים הוראות רבות ומגוונות שעניינן שלומם של הכלואים והעצורים – הרבה מעבר לאלו הקבועות בפרק ד' לחוק למניעת הסתננות". דלותן של הוראות החוק בכל הנוגע לזכויות המוחזקים מלמדת, כי תכליתו אינה "להבטיח את טובת השוהים במתקן".

מי שמוחזק במתקן המרוחק עשרות קילומטרים מבאר-שבע, העיר הקרובה ביותר, אינו רשאי לעבוד. משום כך, אין לו הכנסה זולת אותם "דמי כיס" (ובמקרים בודדים גם "שכר אסירים", ככל שמתאפשר לו להיות מועסק בתחומי המתקן). כתוצאה, אין משמעות של ממש לעובדה שעליו לשהות במתקן רק בלילה, ולהתייצב בין השעות שמונה לעשר בלילה. התייצבות אחת ביום אינה הופכת את המתקן "פתוח". בהעדר הכנסה אין לאדם המוחזק אפשרות לצאת את המתקן מדי יום ולהתרחק ממנו. אין לו אפשרות לעמוד בעלות הנסיעה מדי יום בתחבורה ציבורית מן המתקן ובחזרה אליו (אפשרות שאינה קיימת כלל בסופי שבוע). אין לו אפשרות לכלכל את עצמו במהלך היום מחוץ למתקן. אין לו מה לעשות בלי כסף ובלי אפשרות לעבוד מחוץ למתקן מדי יום. וכי מה יעשה? יעזוב את המתקן מדי בוקר, ייסע למקום כלשהו וירבוץ בבטלה עד לשעות הערב? לשם מה? כיצד תשתפר איכות חייו בדרך זו? החודשיים האחרונים, מאז ניתן פסק הדין בעניין **איתן**

ובוטלה חובת ההתייצבות בשעות הצהריים, מלמדים כי רוב המוחזקים במתקן לא עזבו אותו או את סביבתו הקרובה במהלך רוב שעות היום, משום שלא היתה להם אפשרות כלכלית או עניינית לעשות זאת. שלילת החירות נותרה במידה רבה כשהיתה.

ומה יארע בתום עשרים חודשים של החזקה ב"מתקן השהייה"? אותו אדם למוד סבל ותלאות, שייתכן שהצליח קודם שנשלח לשם על כורחו לשקם את חייו מן הקורות אותו טרם בואו לישראל, ישתחרר מן המקום והוא "לא יוצא ממנו כשהיה". נפשו מצולקת, רוחו שבורה והוא שוב נטול כל. פגיעה חמורה בזכויותיו וברוחו של המוחזק ודאי תושג, אולם בינה בין התכלית המוצהרת של "מניעת השתקעות" אין כל קשר. הדבר מעיד על תכליתה האמיתית והפסולה של ההחזקה ב"מתקן השהייה" – שבירת רוחם של המוחזקים בתקווה שיוותרו על ההגנה שהם זכאים לה ויעזבו "מרצון".

### **ההוראות העונשיות של סעיף 32**

עיון בהוראות סעיף 32 לתזכיר החוק מלמד אף הוא שמה שהיה הוא שיהיה. השינויים המוצעים מותירים את הצעת החוק עמוק בתוך מרחב של אי-צדק ואי-חוקתיות. ממוני ביקורת הגבולות, פקידי רשות האוכלוסין וההגירה שאינם משפטנים, עודם מוסמכים, כדברי בית המשפט, "לשלוט את חירותם של המסתננים... בלא ערובות דיוניות ההולמות את מעמדה של הזכות הנפגעת ואת עוצמת הפגיעה בה... ממונה ביקורת הגבולות, הנמנה עם הרשות המבצעת ואמון על הגשמת מדיניותה המוצהרת והידועה לכל בנושא ההסתננות, הוא אפוא הגורם שמחליט מלכתחילה, לפני השימוע, שקמה עילה להעביר את המסתנן למשמורת; הוא גם הגורם שמחליט אם לקבל את הטענות שהציג המסתנן בשימוע; ולבסוף, הוא גורם הקובע את הסנקציה שתוטל על המסתנן..." (פסקה 182 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

שוב ונזכיר את שקבע בית המשפט הן בפרשת **אדם** והן בפרשת **איתן** לגבי החזקה במשמורת: החזקה שכזו נועדה אך ורק על מנת לאפשר הרחקת אדם מן הארץ. היא אינה יכולה להוות כלי הרתעת. היא בוודאי אינה כלי עונשי. חרף זאת, במסגרת פרק ד' לחוק הופך התזכיר את כלי המשמורת לכלי עונשי והרתעתי, הממסטר את חייהם של בני אדם שאין כל יכולת להרחיקם מישראל ומבלי שהועמדו לדין פלילי. הסקירה המשווה שאליה מפנה השופט פוגלמן בפסק דינו מלמדת שגם במדינות בהן נדרשת ההתייצבות מצד השוהים במרכזי שהייה (לרוב, בתדירות פחותה בהרבה מזו שבתזכיר), הסנקציה בגין הפרת ההתייצבות הינה הפחתת קיצבה ולא שליחתו של אדם, בהחלטת גורם מינהלי, למשמורת (פסקה 134 לפסק הדין).

תזכיר החוק אינו לוקה אך בשימוש שהוא מבקש לשוב ולעשות ב"משמורת" למטרה זרה, אלא גם בפרטי ההסדר שהוא יוצר. התזכיר אינו נותן בידי ממונה ביקורת הגבולות ארגז כלים שמאפשר להגיע לחקר האמת, טרם יגזור דינו של אדם לארבעה חודשי מאסר בגין "עבירות" שביצע בשנה שקדמה לענישתו: לא סמכות לזמן עדים, לא סמכות לדרוש הצגת מסמכים ומוציגים, לא סמכות לחייב אדם במתן עדות ואף לא סמכות להוציא צו חיפוש. לממונה אין כלים

לנהל הליך הולם והוגן, ומן הצד השני – ל"נאשם" אין אפשרות מינימלית לבסס את הגנתו בטרם ייגזר דינו. ואכן, ניסיון החיים מלמד שההעברה למשמורת מכוח סעיף זה, כפי שבוצעה במסגרת תיקון מס' 4, נעשתה ללא מתן אפשרות לייצוג ובהליך מזורז ומחפיר.

הנוסח המוצע זהה לנוסח שנפסל על ידי בית המשפט העליון, למעט בעניינים הבאים: הבהרת סמכותו של בית הדין לביקורת משמורת לאשר את צו המשמורת, "בשינויים או בלא שינויים, או שלא לאשרו" (סעיף 32כ(ח)); קביעה שהעניין יובא בפני בית הדין לכל המאוחר בתוך 96 שעות במקום בתוך 7 ימים (ס' 32כ(ז)); וקיצור מסוים של תקופות המשמורת, כך שהתקופה המקסימלית תעמוד על 120 ימים במקום 365 הימים, שנקבעו כתקופה המרבית בחוק שנפסל.

אלא שגם הביקורת המעין שיפוטית המוצעת, כמו גם קיצור תקופת המעצר המקסימלית, אינן מסייעות להפוך את ההסדר לחוקתי.

ראשית, השמה במשמורת לתקופה ארוכה היא סמכות להטיל סנקציה עונשית. "משאין מחלוקת כי סמכות להעניש אינה אמורה להיות מוקנית לממונה ביקורת הגבולות, סנקציה מסוג זה לא תוכל לעמוד – וזאת בלא תלות בשאלה אם באה אחריה ביקורת שיפוטית אם לאו." (פסקה 184 לפסק דינו של השופט פוגלמן). 120 ימי מעצר הם תקופה ממושכת מאוד. עם השעיית בטלתו של פרק ד' לתקופה בת 90 ימים, העמיד בית המשפט את תקופת המעצר המקסימלית על 30 ימים, וזאת ללא תלות ב"חומרת העבירה".

שנית, ממילא אף לבית הדין, כמו לממונה ביקורת הגבולות, אין ארגז הכלים הנדרש לקיומו של בירור ענייני ביחס לשלילת חירותו של אדם.

שלישית, פרק זמן של 96 שעות להבאה בפני בית הדין ארוך באופן קיצוני מן המתחם החוקתי המותר להחזקה במעצר טרם הבאה בפני ביקורת שיפוטית (ר' בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999)). זאת ועוד, הניסיון מלמד שהביקורת בתוך 96 שעות כלל אינה אפקטיבית, שכן בית הדין אינו ערוך ליתן החלטה בתוך 96 שעות; הפרקטיקה היא שככל שהעצור הובא כלל בפני בית הדין במועד (והחוק אינו קובע מה משמעות אי-הבאה במועד), הרי שבית הדין בוחן תחילה אם האדם מיוצג, לאחר מכן מבקש מן הרשות תגובה, וכיו"ב. תקופת המעצר מתמשכת הלכה למעשה ללא שלמחדלי בית הדין והרשות יהיו השלכות כלשהן על פי החוק.

### **הוראות המעבר**

הוראות המעבר שבסעיף 11 מאריכה ב-30 ימים את השעיית בטלות פרק ד' לחוק על פי תיקון מס' 4, שנקבעה בפסק הדין בעניין איתן ואשר עומדת על 90 ימים. מדובר בהפרה בוטה ומפורשת של פסק הדין.



הוראת המעבר בסעיף 11(א)(2), ולפיה לעניין החלטה על שחרור מ"מרכז השהייה" לא יובאו בחשבון תקופות שבהן שהה אדם במשמורת, לרבות מכוח תיקון מס' 3 ותיקון מס' 4 לחוק למניעת הסתננות, מבזות הן את פסק הדין בעניין **אדם**, הן את פסק הדין בעניין **איתן**. בשני פסקי הדין קבע בית המשפט, כי ההחזקה במשמורת אינה חוקתית. הוראה בחוק, המבקשת להתעלם מתקופות שבהן הוחזק אדם במשמורת בלתי חוקתית, וכל זאת כדי לאפשר את הארכת שלילת חירותו, היא לעצמה בלתי חוקתית בעליל. חוסר החוקתיות נובע גם מחוסר הודאות לעניין אפשרות שלילת החירות או המשך שלילתה, הנכפית על המוחזקים או "הפוטנציאלים" להפוך כאלה בעקבות הוראת המעבר.

### **לעניין החמרת הסנקציות נגד מעסיקי "מסתננים"**

תזכיר החוק קובע סנקציות מוגדלות – הן פליליות והן מינהליות – למעסיקי "מסתננים" המוחזקים בחולות או שאין בידם רישיון ישיבה. ברי כי למעסיק אין כל דרך לדעת האם האדם שהוא מבקש להעסיק שלא כחוק הוא "עובד זר" או "עובד זר שהוא מסתנן" בהיעדר רישיון ישיבה.

ההבחנה שמבקש התזכיר ליצור בין העסקת "מסתננים" לבין העסקת מהגרים אחרים, השהים בישראל ללא רישיון, משמעה הלכה למעשה כפיית מעסיקים ישראלים לאמץ "פרופיילינג" אסור על בסיס גזע ולאום בין מבקשי עבודה. לצורך הדוגמה (מבלי להתייחס בנקודה זו לעצם חוקיות ההעסקה של מי שאין בידיו רישיון ישיבה), אם יבואו בפני מעסיק שני דורשי עבודה שאינם מציגים רישיון ישיבה תקף בישראל, האחד עורו לבן והאחר שחור, על המעסיק הפוטנציאלי לשלוח אחד מהם לדרכו מסיבה בלבדית של מוצא וגזע, שכן עליו להעריך שהסנקציה בגין העסקתו תהיה גבוהה יותר. מבקש העבודה השחור ידחה מפני מבקש העבודה הלבן. הוראה זו אינה ישימה במקרה הטוב ובלתי חוקתית במקרה הרע.

הוראות אלה ירתיעו מעסיקים מלהעסיק מבקשי מקלט כלל. הרתעת מעסיקים אך תחמיר את מצבם התעסוקתי של מבקשי מקלט, ותדחק אותם עוד יותר לחיי דלות, צפיפות ובטלה, על התוצאות החמורות הנגרמות בשל כך להם ולסביבתם.

### **לעניין תיקון חוק עובדים זרים**

**על חוסר ההצדקה שבכריכתם יחד של התיקון לחוק למניעת הסתננות והתיקון לחוק עובדים זרים ועל ההכרח לפצל את ההצעה לתיקון חוק עובדים זרים מתזכיר החוק**

כאמור בראשית דברינו, התקשינו להבין מהו הטעם שיכול להצדיק את כריכתם יחד, בהליך בזק חקיקתי, של הצעת החוק למניעת הסתננות וההצעה לתיקון חוק עובדים זרים, שעניינו בזכויות סוציאליות קוגנטיות של מהגרות ומהגרי עבודה.

הקמתה של קרן להפקדת כספים עבור מהגרות ומהגרי עבודה היא רפורמה מרחיקת לכת, הנוגעת לקבוצות רחבות של מהגרות ומהגרים המועסקים בישראל שאינם אך מבקשי מקלט, ושמהותה היא מימושן של זכויות קוגנטיות. נוכח מורכבות המהלך להקמתה של הקרן, צוותים מקצועיים עמלים עליו מאז יצא צו ההרחבה לביטוח פנסיוני חובה בשנת 2008, ועיקריו הוצגו בעבר בכמה תזכירי חוק החל מחודש ינואר 2013 ועד חודש מרץ 2014. הצעות אלו לא קודמו בעקבות בעיות שהתעוררו ביחס לחלק ניכר מהוראותיהן; בעיות שלא זו בלבד שלא נפתרו בתזכיר הנוכחי, אלא שנוספו עליהן בעיות חמורות חדשות.

### **עיוות תכליתיה של קרן הפיקדון שבחוק עובדים זרים**

אכן, קיים צורך ממשי – הן של מעסיקים הן של עובדים – ביצירת מנגנון כספי וביטוחי שיאפשר לקיים את הזכויות החלות על מהגרים העובדים בישראל באופן הקרוב ביותר לתכלית הזכויות הללו: חסכון וביטוח סוציאלי. הקמתה של קרן להפקדת כספים אשר תכליתם ביטוח לגיל זקנה, אובדן כושר עבודה ו/או חיסכון לטווחי זמן ארוכים (דוגמת קרן השתלמות) – היא צעד מבורך, המקיים את רוחו של חוק עובדים זרים ואת המדיניות להשוואה מלאה של זכויות כלל העובדים בישראל. אולם כדי שעקרון זה יתממש, על הקרן שתוקם לענות – ולכל הפחות להתקרב לענות באופן מירבי – על הצרכים והעקרונות העומדים מאחורי הזכויות עצמן.

הרפורמה המוצעת בתזכיר סוטה באופן קיצוני מהתכליות המונחות בבסיס הזכויות הסוציאליות שמהן נובעים הכספים המופרשים לקרן. עמותת "קו לעובד" כבר הביעה בעבר את עמדתה אודות טיטות קודמות לרפורמה, ולפיה הניכויים המעוגנים בסעיפים (1ד)(1) ו-(2ד) לתזכיר מהווים דין מחמיר למהגרים, עומדים בניגוד קיצוני לתכליות הכספים המופקדים בקרן, ומפריס ההתחייבויות הבינלאומיות של ישראל להחיל ביחס למהגרים השוהים כדין בתחומי המדינה יחס שאינו נופל מזה המוחל על אזרחי המדינה בענייני עבודה.

בתזכיר הפכה הרפורמה המקיפה שמטרתה היתה לא רק הבטחת יציאה מהארץ אלא גם השוואת זכויות סוציאליות קוגנטיות למהגרי עבודה ופיקוח עליהן – ל"חלק משורה של תיקוני חקיקה עקיפים... לטיפול בהיבטיה הכלכליים של תופעת ההסתננות". מטרה זו אינה מתיישבת עם תכליות החוק במקורן ומנוגדת לנושאי ולרוחו. וכך, מזדקרים לעין אותם סעיפים שנועדו ל"טיפול בהיבטים הכלכליים של תופעת ההסתננות" ומהווים נטע זר בחוק עובדים זרים, סותרים את תכליתה המרכזית של קרן הפיקדון, יוצרים אבחנות שאין להן הצדקה בין שתי קבוצות מהגרים שהעסקתם בישראל הותרה – מבקשי המקלט ומהגרי העבודה. אבחנות אלה נוגדות את סעיף 24 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים, האוסר אפלייתם של פליטים, ואת סעיף 31(1) לאמנה זו, המטיל מגבלות על האפשרות להטיל סנקציות על פליט בשל עצם כניסתו שלא כדין למדינה שבה הוא מבקש מקלט.

### פגיעה אסורה בזכויות אדם ובזכויות קוגנטיות

היותם של הסעיפים שמטרתם "טיפול בתופעת ההסתננות" נטע זר ומסוכן ברפורמה המוצעת, משתקף בין היתר בנקודות הבאות:

א. הניכויים לקרן משכר "המסתננים": ביחס ל"מסתננים" בלבד קובע התזכיר ניכוי כפול: 20% ינוכו משכר העבודה; ו-20% נוספים ינוכו מהמעסיק. אלה שיעורים חסרי תקדים, השולחים יד גסה לכיסם של עובדים וגבוהים עשרות מונים מסכומי ההפרשות שלטובתם נועדה קרן הפיקדון. ניכויים בגובה 20% משכר העבודה גופו אינם מושתים על עובדים אחרים בישראל בענפים בהם מועסקים מרבית מבקשי המקלט; וככל שהם מושתים, הרי שמלווים הם בהטבות ביטוחיות שאין קרן הפיקדון מעניקה למבקשי המקלט (כך: הפרשות עובד ישראלי לקרן פנסיה מעניקה לו גם ביטוח מפני אובדן כושר עבודה ונכות, ביטוח תלויים ועוד). הניכויים צפויים להצניח את שכר מבקשי המקלט אל פחות משכר המינימום, יפגעו ביכולתם להתקיים בכבוד, וזאת באופן דרמטי ולפרק זמן שעלול להיות ממושך ביותר (ושנכון להיום אין כל צפי לסימום). גם שיעורי ההפרשות המוטלים על המעסיקים גבוהים באופן ניכר מההפרשות בהן היו הם מחויבים לו היו מעסיקים עובד מאוכלוסייה אחרת (מהגר עבודה או ישראלי), וזאת למעט בענפים מסוימים בהם יש זכויות מיטיבות להפרשות סוציאליות. הדבר צפוי להוות גורם הרתעה נוסף מהעסקת מבקשי המקלט, לפגוע בכושר המיקוח שלהם בקבלה לעבודה, וסופו שיגולגל על העובדים בצורה של פגיעות בשכרם או בזכויות המגן.

ב. מלוא הפרשות המעסיק מנוכות החל מהיום הראשון לשיהוי בעזיבה: היות ומחצית מכספי הפיקדון הם כספים שהעביר המעסיק חלף זכויות סוציאליות, והיות ול"מסתנן" ינוכו 55% מכספי הפיקדון החל מיום ההישארות הראשון בישראל, המנגנון שנקבע עבור "מסתננים" הוא מפלה ומקפח, שעה שלמעשה, מלוא הפרשות המעסיק בגין זכויות סוציאליות ומעט יותר מכך נשללות החל מהיום הראשון של ההישארות בישראל.

ג. אי מתן אפשרות ערעור ל"מסתנן": על פי סעיף (3ד) (1) רק עובד זר יוכל לערער על הניכוי בפני הממונה. בנוסח התקנות שהועבר במרץ 2014 נכלל גם "מסתנן" בסעיף זה.

ד. הקצאת הכספים שנותרו לצרכים בריאותיים של עובדים זרים ולא לצורכי "מסתננים", על פי סעיף (6ד) לתיקון המוצע, וזאת בניגוד לטיטוט התקנות שהועברה במרץ 2014. נוסף, כי המונח "צרכים בריאותיים" בכללותו הינו כוללני ועמום, ומספק מסגרת גמישה למדי – שלא לומר פרוצה כליל – ליעודם של כספים אלו. קשה שלא לתהות כלום מטרתה האמיתית של ההוראה אינה אלא ליצור מנגנון גבייה עבור חובות אבודים לבתי חולים, למשל, באצטלה כי המדובר ב"צרכים בריאותיים של עובדים זרים". לטעמנו, מוטב כי כספי הקרן, אשר צפויים להיות עצומים, יוקצו למטרות מוגדרות אחרות, בראשן כספי זכויות מגן של מהגרי עבודה שאינם יכולים להיפרע ממעסיקיהם, בדומה לקרן החילוט עבור קורבנות סחר.

### **מחסכון סוציאלי למנגנון קנסות בלתי מידתי**

יצירת מנגנון של קנסות בלא משפט בגין הישארות בישראל בתום תקופת הרישיון הינו חסר תקדים, ואינו מידתי באופן קיצוני. הסכומים שייצברו בקרן הפיקדון על פי סעיפים (1ד)(1) ו-(2ד) ויסודם בזכויות מגן של עובדים אשר הועסקו כחוק בישראל, יישללו במלואם מכל מהגר עבודה שישתהה ביציאה מישראל בשישה חודשים בלבד, ובלא ששלילת כספי הזכויות הסוציאליות לוותה בהליך משפטי. אינטרס המדינה להרחיק מהגרי עבודה אשר נכנסו והועסקו כדין ותוקף רישיונם פג, אין בו כדי להצדיק מנגנון מינהלי דרקוני הן בהיקף הכספי האדיר, הן במשך העבירה ואופייה. נעיר עוד, כי התיקון המוצע, ולפיו יוטל קנס בשל עיכוב ביציאה ולו לתקופה של חודש אחד, סותר את נוהלי רשות האוכלוסין וההגירה בעניין תקופת ההתארגנות למהגרי עבודה שסיימו את העסקתם בישראל, שעל פיהם למהגרי עבודה 60 ימים להתארגן מתום רישיונם ועד ליציאה מישראל.

### **השמטת עובדי החקלאות מהתיקון בתזכיר**

הצעת החוק הראשונה הנוגעת לקרן הפיקדון (הצעתו של חה"כ שי חרמש משנת 2012) התמקדה בעובדי חקלאות. על בסיסה יוסדו, כך נראה, עיקרי התיקון המוצע בתזכיר. ואולם, מקומם של עובדי החקלאות נשמט מן התזכיר. אנו תקוה כי מדובר בטעות, ולא בכניעה ללחצים ובהחרגתה של אחת מקבוצות העובדים החלשות מהזכות להפרשות בגין פנסיה ופיצויי פיטורים על פי צו ההרחבה הענפי. יצוין, כי במקרה של עובדי ענף זה, יכולתם לממש את הזכויות האלה בתום רישיון העבודה בישראל מוגבלת, והיקפי תביעה נמוכים מלמדים על כך. בנוסף, שיעורי הישארותם בישראל לאחר תום תקופת העבודה נמוכים במיוחד. על רקע זה, מדובר באחת הקבוצות העיקריות שעשויות לצאת נשכרות מתיקון החוק המוצע, ולהיפגע פחות מחלקיו הבלתי חוקתיים עליהם עמדנו.

### **העדר התייחסות לרבדים הביטוחיים של הפרשות במקורן**

במנגנון המוצע נעדרת התייחסות לרכיבים הביטוחיים שכוללות הפרשות האמורות במקורן ביחס לעובדים ישראלים. כך, הקמת הקרן בלא הסדרה של הרבדים הביטוחיים תביא לאפליית מהגרי העבודה בכל הקשור לנכות, אובדן כושר עבודה וביטוח תלויים. יש להסדיר את ההיבטים הביטוחיים בקרן הפיקדון, ולנהלה בדומה לקרנות פנסיה שניהלה המדינה. ויתור על הרבדים הביטוחיים מעקר את ההפרשות הללו מתוכנן, וחושף גם מעסיקים לתביעות עובדים שנפגעו בעבודה. כמו כן, ניהול הכספים באופן דומה לניהול קרנות פנסיה, משמעו גם חובת דיווח שוטפת של הקרן על הכספים וניהולם, ואחריות על מעקב והתראה אם לא הועברו הפרשות.