



נובמבר 2014

**הנדון: הצעת החוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאת מסתננים ועובדים זרים מישראל
(תיקוני חקיקה והוראת שעה), התשע"ה - 2014 (להלן: "הצעת החוק") – נייר עמדה מטעם
המרכז למדיניות הגירה ישראלית**

תקופת השהייה במתקן סהרונים:

ס' 30א(ג) להצעת החוק מגביל את תקופת השהייה במשמורת לשלושה חודשים בלבד. אנו סבורים כי מדובר בתקופה שמרוקנת את הסעיף מתוכן ושוללת את האפשרות להגשים את תכליתו, יצירת חסם נורמטיבי כנגד המשך ההסתננות לישראל. לאור הקביעה של כבוד השופט פוגלמן בפס"ד 7385/13 איתן ואח' נ' מדנ"י (להלן: "פס"ד איתן") כי מדובר בתכלית ראויה (ס' 51 לפס"ד איתן), לא סביר כי תקופת השהייה המקסימלית של מדינת ישראל, עם אתגריה הייחודיים, תהיה קצרה מתקופת השהייה שמאפשרת הדירקטיבה של האיחוד האירופי, כפי שמתאר אותה השופט פוגלמן בסקירתו (ס' 77 לפס"ד איתן). על כן, אנו ממליצים כי תקופת השהייה לא תהא קצרה מחצי שנה, שבסופה יועמד המסתנן לדין פלילי בגין עבירת הסתננות לישראל (ס' 2 להצעת החוק).

תקופת הזמן המרבית לשהייה ב"מרכז השהייה" בחולות:

ס' 32כא (א) להצעת חוק מגביל את תקופת השהייה במרכז השהייה "חולות" לתקופה בת עשרים חודשים בלבד. חשוב להבין כי שכרו הממוצע של אריתראי במדינת מוצאו עומד על כ-300 דולר בשנה. משמעות הדבר היא שבחודש עבודה אחד בתל אביב יכול מסתנן להשלים אובדן הכנסה שהוא שווה ערך לעשרים חודשי עבודה באריתריאה. אנו סבורים כי הגבלה משמעותית כל כך של תקופת השהייה לא תרתיע מסתננים חדשים ולא תמנע את השתקעותם של מסתננים שכבר שוהים בישראל במרכזי הערים. מסתנן, היודע כי בסוף תקופה של עשרים חודשים הוא יוצא ממרכזי השהייה ללא כל הגבלה, ולמדינת ישראל לא נותרו בפועל כלים, על מנת למנוע את השתקעות הקבע שלו, לא ייצא מישראל ובכך החוק לא ישיג את תכליתו.

יתירה מכך, החוק במתכונתו המוצעת יוצר קושי לא מבוטל לאור פס"ד איתן. מיותר לציין כי המרכז למדיניות הגירה מאמין שתיקונים 3 ו 4 לחוק למניעת הסתננות היו ראויים ומידתיים. עם זאת, במסגרת מרחב הפעולה שמתווה פסק הדין, אנו סוברים כי הצעת החוק במתכונתה הנוכחית איננה שונה מספיק מהחוק הקודם ולכן היא עלולה להיכשל שוב בבית המשפט. חובת ההרשמה פעם ביום ואיסור היציאה בלילות עלולים לייצר עבור המסתנן את אותם קשיים שפירט השופט פוגלמן בסעיפים 125-127 לפס"ד איתן.



כך יוצא, שהחוק במתכונתו הנוכחית, עלול לייצר מצב כלאיים שלא משיג את תכליתו וגם אינו עומד במבחן בג"ץ. יש לזכור, ולדעתנו אף רצוי לציין זאת במפורש בדברי ההסבר לחוק, כי מטרת החוק איננה "למרר את חייהם" של המסתננים, אלא אך ורק לשלול ממהגרי עבודה את המניע להסתגל לישראל ולהמשיך ולשהות בה על מנת לעבוד. לכן, בעינינו, מטרת מרכז השהייה צריכה להיות שלילה מוחלטת של יכולת התעסוקה, תוך מתן חלופה לסיפוק צורכי המחיייה של המסתנן, עד שייצא מגבולות ישראל.

המלצה:

אנו סוברים שבתמהיל שבין מידת פתיחותו של המתקן לבין תקופת השהייה המרבית, רצוי ואף מתחייב להפוך את המתקן למתקן "פתוח" יותר, ולחייב את המסתננים להירשם פעם ביומיים או אפילו שלושה ואף ללא הכרח לשהות במתקן בלילה (ניתן להגביל את שעות הכניסה והיציאה, למען הסדר והביטחון, אך לא לחייב בשהייה לא רצונית), כיוון שמבחן החוקיות והמידתיות בעיני בג"ץ קשה לחיזוי.

בנוסף, מוצע שהסנקציה הראשונית בגין אי התייצבות או עבירות אחרות תהא בצורת קנסות שינוכו מתוך כספי המסתנן שמופקדים בקרן כאמור בסעיף 1א (ב) בחוק עובדים זרים, התשנ"א – 1991 (להלן: "הקרן"), ורק לאחר מכן העברה למשמורת. אנו מאמינים שמרחק המתקן ממקורות עבודה, והרשמה של פעם ביומיים או שלושה, יקשו על המסתנן לעבוד בניגוד לחוק, אך לא יהוו פגיעה בכבודו כפי שמגדיר אותו השופט פוגלמן בפס"ד איתן. לאחר שבוטלה חובת הנוכחות, אנו סוברים כי יש להאריך את תקופת השהות במרכז לחמש שנים, תקופת זמן שתבטיח כי מסתנן, שהוא מהגר עבודה ולא נשקפת לו סכנה במדינת מוצאו או במדינה שלישית, ייצא מתחומי ישראל.

פטור גורף לנשים מחובת שהייה במתקן:

סעיף 32ד(ב)(2) להצעת החוק קובע פטור גורף לנשים מחובת שהייה במרכז. אנו סוברים כי פטור גורף לכל אישה פוגע פגיעה חמורה בתכליות החוק, הן בהרתעת מסתננות חדשות וביתר שאת, במניעת השתקעותן במרכזי הערים. יתירה מכך, מדובר באפליה בוטה, המנוגדת לחוק הישראלי ולחוק הבינלאומי, שתיצור קשיים חוקתיים במידה ומסתננים יחליטו לעתור כנגדה, במיוחד לאור העובדה שאין לכך הצדקה חוקית או מוסרית. מכאן שלדעתנו יש לגנוז סעיף זה לחלוטין.

פטור מחובת שהייה במרכז עבור קורבנות עבירות לפי סעיפים 375א או 377א(א) או (ב) לחוק העונשין:

סעיף 32ד (ב) (6) להצעת החוק קובע פטור מזימון למרכז למסתננים שיש ראיות לכאורה כי הם קרבנות סחר בבני אדם. הרצון להעניק סיוע לנפגעים קשים של עבירות אלו מובן ומבורך. עם זאת, לא ברור מה תכלית סעיף זה ומהם הטעמים להצדקתו. לאור השינויים הרבים שמובאים



בהצעת החוק, יחד עם ההקלות המוצעות, שינוי השם של מתקן שהייה ל"מרכז" שהייה ולאור הדגשים שניתנו לסיפוק צורכיהם של המסתננים, לא ברור מדוע ייטב מצבם של נפגעים אלו, אם יופקרו לגורלם בדרום תל אביב או בשכונות מצוקה אחרות.

מרכז שהייה המספק למסתנן את כל צרכיו הבריאותיים, כולל בריאות הנפש, הוא המקום הטבעי ואף הרצוי לטיפול בקרבנות עבירות אלו. נקודה זו מתחדדת אף יותר, כאשר השופט פוגלמן מתייחס לכך באופן מפורש בסעיף 104 לפס"ד איתן:

"רבים מהמסתננים שבאו בשערינו עברו דרך תלאות. דיווחים רבים מצביעים על כך שעוד במדינות מוצאם סבלו רבים מהם מהפרה בוטה של זכויות האדם שלהם, והיו נרדפים בידי מי שביקשו את חייהם. אחדים עברו מסכות עינויים קשות, והיו קורבנות לסחר בבני אדם. גם בבואם הנה נתקלים המסתננים בקשיים רבים. צרכים רבים של אוכלוסייה זו אינם זוכים למענה מספק... זכאותם לשירותים סוציאליים מצומצמת, ושירותי רווחה אינם מוענקים להם אלא במקרים שנשקפת סכנה מיידית לשלומם; הטיפול הרפואי שניתן להם במצבים שאינם מצבי חירום חסר וחלקי; המענה לנשים נפגעות אלימות אינו מספק, וכך גם הטיפול בקורבנות סחר ועינויים (דו"ח מבקר המדינה, בעמ' 118-112). מסקנתי היא אפוא כיחוק שתכליתו הקמת מרכז שהייה פתוח שמטרתו לספק מענה לצורכי המסתננים – חוק לתכלית ראויה הוא".

מכאן, שלאור הפיכתו של מרכז שהייה למתקן פתוח ולאור הסתמכות הצעת חוק זו על מידת "פתיחותו" של המתקן, בבואו לקבוע תקופת שהייה של עשרים חודש, נראה כי סעיף זה סותר באופן ישיר את התשתית הרעיונית עליה מתבססת הצעת החוק החדשה וכן את עמדתו של השופט פוגלמן שכפי שהובאה בפס"ד איתן.

יתירה מכך, קרבנות עבירות אלו, אשר מצריכים מתוקף הנסיבות המיוחדות והקשות, יחס שונה ומיוחד ממסתננים אחרים, הם לעתים נפגעי נפש ובכך מהווים הם סיכון לעצמם, לסביבתם, ולתושבי האזור בו הם מתגוררים.

משטרת ישראל, בבואה להתמודד עם תופעה זו, ניצבת חסרת אונים כאשר התשתיות ברשויות המקומיות ובמשרד הבריאות, אינן ערוכות מבחינת משאבים או מבחינה חוקית להתמודד עם התופעה. הנטל נופל כמובן על אזרחי ישראל ובפרט על תושבי דרום תל אביב, ללא כל הצדקה ואף ללא מתן מענה הולם למסתנן קורבן העבירה עצמו.

לאור כל זאת, אנו סוברים כי יש להוסיף לסעיף 32 סעיף קטן נוסף, שבו תוגדר הקמתו של מרכז לטיפול נפשי ייעודי לקורבנות עבירות אלו.



סעיף 32ד (ג) מחייב את ממונה ביקורת הגבולות לפנות למשטרת ישראל בטרם מתן הוראת שהייה למסתנן במקרה שקיים חשד סביר לכך שהוא קרבן עבירה.

אנו סוברים כי הקריטריונים לזימון בסעיף זה, ובדגש על התניית משלוח זימון למרכז שהייה על ידי ממונה ביקורת הגבולות עד לעת קבלת תשובות מהמשטרה, מציבים מכשול חמור ולא מוצדק להליך הזימון כולו. קיים חשש סביר עד כדי ודאות, כי הגנה זו תנוצל ע"י רבים אשר אינם קורבנות עבירה, בהתחשב בכך שהעבירות הנטענות אירעו ברובן להבנתנו מחוץ למדינת ישראל בדרכם של המסתננים ארצה ועל כן לא ניתן יהא לשלול בקלות טענת דבר העבירה.

על כן, למעשה **הגנה כללית וכוללנית זו** תיצור מצב של הגנה כמעט אוטומטית על כל הטוען אותה וכפועל יוצא עלולה לנטרל את יישום החוק.

על כן, באם לא תתקבל המלצתנו לבטל לחלוטין את הקריטריונים לזימון בסעיף זה, אנו ממליצים לבטל סעיף זה ולקבוע הסדר שיאפשר שחרור של נפגע העבירה, רק באם יספק ראיות מוחשיות לעובדת היותו נפגע עבירה. **בכל מקרה, חשש בלבד להיותו נפגע עבירה, אין בו כדי להצדיק תקיעת מקלות מנהליים ומשפטיים בהליך הזימון למרכז שהייה ואין כל מניעה שמסתנן יוכיח את עובדת היותו נפגע עבירה לאחר שהחל את שהותו במרכז שהייה.**

דמי כיס - סעיף 32 יא להצעת החוק:

לאור פערי השכר העצומים בין ישראל למדינות המוצא ולאור כניסתם הלא חוקית של מסתננים לישראל, אנו ממליצים שדמי הכיס, שגובהם יוגבל, יוענקו מתוך כספי המסתנן המופקדים בקרן. בכך נחסוך ממשלמי המסים את התשלום עבור מסיגי גבול שאין להם עילה חוקית או הומניטארית לשהות בישראל ונייצר תמריץ חשוב לחזרתם למדינות המוצא תוך זמן סביר, שכן בעצם הישארותם בישראל הם מכלים את חסכוניותיהם.

לאור החשש הבלתי סביר של מנסחי החוק, לפגיעה בזכות הקניין של המסתנן וממרכיב הקרן שהופקד מעמלו, יש בקיום מנגנון שכזה, כדי לעקוף מכשול זה ולהשיג את התכלית של עידוד יציאה עצמאית. אשר למסתננים חדשים, שלא הופקדו עבורם כספים בקרן, אנו ממליצים לאפשר להם לעבוד במסגרת מרכז שהייה בשכר מוגדל עד לתקרה שנקבעה עבור כלל המסתננים.



תיקון חקיקה עקיף:

תיקון חוק עובדים זרים, התשנ"א - 1991 (להלן – "חוק עובדים זרים"):

ראשית, אנו רוצים לברך את הגורמים המקצועיים על אימוץ הרעיון להפקדת אחוז מסוים מכספי המסתננים בקרן. מדובר בצעד חשוב ואפקטיבי במיוחד לצמצום תופעת ההסתננות והמשך השהייה בישראל מטעמים כלכליים. אנו מציעים לשקול להעביר את החקיקה הנוגעת למסתננים למסגרת של החוק למניעת הסתננות.

סעיף 1יא לחוק עובדים זרים - הפקדת סכום שישלם המעסיק השווה לעשרים אחוז משכרו של המסתנן:

אנו מבינים את התכלית לשמה נועד הרעיון - יצירת תמריץ לפדיון הקרן וליציאה מישראל. עם זאת, ומבלי משים לב, סעיף זה מייצר דווקא גם תמריץ עצום להמשך השהייה בישראל ויש בו משום מתן פרס עבור אדם העובר עבירת הסתננות המנוגדת לדין הישראלי. לא רק שהמסתנן אינו נענש על כניסתו לישראל שלא כחוק, ולא רק שלא אוסרים עליו לעבוד, אלא ששכרו בפועל יהיה גבוה בעשרים אחוז משכרו של כל עובד אחר, כולל אזרחים ישראלים, וככל שהוא ישהה בישראל זמן רב יותר, כך יצטברו סכומים גדולים יותר לזכותו של המסתנן.

המלצות:

אנו מציעים כי מנגנון ניכוי הכספים יפעל באופן שהסכום המצטבר לזכותו של המסתנן ינוכה משכרו לקראת כל סוף שנת עבודה. כך יצבור המסתנן את הכספים בתשעת החודשים הראשונים, ולאחר מכן ינוכה שליש מגובה שכרו עד לאיפוס מוחלט של הסכום שהצטבר, בכל חודש עד לסוף שנת העבודה. הסכום החדש, שהמעסיק המשיך להפקיד בשלושת חודשי השכר הללו, יצטבר לזכותו של המסתנן עד למועד יציאתו מן הארץ או באם יסרב לצאת, ינוכה משכרו בהתאם למנגנון המתואר בסעיף קטן 1ד לחוק עובדים זרים.

בכך ניתן יהיה לקיים את תכלית החוק - עידוד יציאתו מישראל - מבלי לייצר תמריץ הפוך והסכום אותו יוכל המסתנן לחסוך, כמו תקופת השהייה שלו בישראל, יוגבל מאוד.

גובה ההיטל על המעסיק:

אנו סוברים שהגדלת עלות העסקת מסתנן מעבר לעלות העסקתו של עובד זר תצמצם את כדאיות העסקת מסתננים עד כדי אובדן היכולת לעבוד. יש לציין כי המרכז תומך באכיפת איסור העסקת מסתננים, במיוחד לאור היציאה המשמעותית של המסתננים ממרכזי הערים מרגע שקיבלו זימון למתקן השהייה חולות. לדידנו המשוואה היא פשוטה, בהיעדר היכולת להתפרנס, חלק ניכר מהמסתננים יעזבו באופן עצמאי.



עם זאת, לאור תשובת המדינה לבג"ץ, בפס"ד 6312/10 קו לעובד נ' הממשלה בדבר אי אכיפת איסור המסתננים, הצעת החוק בנוסח הנוכחי, עלולה לייצר קושי רב לאור הרציונל שעמד מאחורי התחייבות המדינה לבג"ץ מלכתחילה.

לכן, אנו מציעים להשוות את גובה הפיקדון לעלות העסקת עובדים זרים ולא מעבר לכך.

הפקדת אחוז משכר המסתנן בקרן:

כפי שצוין לעיל, אנו מברכים על אימוץ הרעיון להפקדת כספי המסתננים בקרן. תכלית החוק הינה לייצר תמריץ ליציאתם של המסתננים ממדינת ישראל, אך לא פחות מכך לשלול אפשרות לשלוח כספים בחזרה למדינות המוצא, דבר שמייצר תמריץ להמשך השהייה בישראל ומזין את תעשיית ההברחות לישראל. על מנת להפוך לכלי אפקטיבי, ומכיוון שפערי השכר גדולים כל כך, על הסכום לעמוד על הגובה המקסימלי האפשרי, מבלי לפגוע ביכולתו של המסתנן לקיים את עצמו בכבוד עד לעת שיזומן למרכז השהייה או יצא מישראל. על כן, אנו מציעים כי גובה הפיקדון ייקבע בצורה פרוגרסיבית על פי גובה הכנסתו של המסתנן. כך ייצא, שמסתנן המשתכר שגר מנימום, יפקיד עשרים אחוז בלבד מגובה שכרו, ובהתאם לכך ממסתנן המרוויח שכר גבוה יותר ינוכה אחוז גבוה יותר מעמלו. יש לזכור כי לא מעט מסתננים עובדים בשכר גבוה משכר המינימום באופן משמעותי.

כמו כן, על מנת להביא ליציאתו של המסתנן מהארץ, אנו סוברים כי יש לנכות סכום כספי מתוך פיקדון המסתנן בקרן, כקנס על כל חודש שבו לא עזב את ישראל.

חילוט כספי מסתנן מתוך הקרן בעבור הוצאות שונות:

מוצע להכניס מנגנון שיאפשר חילוט הוצאות שונות מתוך פיקדון כספי המסתנן בקרן, בגין חיובים שעליו לשלם על פי כל דין. הוצאות לדוגמה: חיובים עבור טיפולים רפואיים, הוצאות עלות הרכקתו, קנסות פליליים ומנהליים, חובות ופיצויים לאזרח או תושב מדינת ישראל ועוד.

מועד פדיון הקרן:

עבור רבים מהמסתננים, קיימות לא מעט אפשרויות יציאה עצמאיות. כך לדוגמה מסתננים אריתראים המשלמים מס לשגרירות ארצם, זכאים לקבל דרכון ולצאת ממדינת ישראל בחזרה למולדתם או למדינות יעד אחרות. בנוסף מסתננים רבים זכאים לזכויות משפטיות כגון איחוד משפחות, אשרות סטודנטים או אשרות הגירה למדינות מערביות, אך הסדרת יציאתם באופן עצמאי עולה כסף רב.

על מנת שהקרן לא תהווה מכשלה ממונית בדרכו של המסתנן החפץ לצאת ממדינת ישראל, מוצע לאפשר לממונה על ביקורת הגבולות לשחרר חלק מהכספים המופקדים בקרן לטובת הסדרת



יציאתו של המסתנן עוד בטרם עזיבתו בפועל את תחומי מדינת ישראל. זאת בתנאי שיספק ראיות משמעותיות המעידות על כוונתו לצאת מישראל, לרבות אשרת הכניסה שקיבל המסתנן למדינת היעד, כרטיסי טיסה, אגרות עבור מסמכי נסיעה או לשם הוכחת בסיס כלכלי עבור מדינות יעד הדורשות הצהרת הון שכזו.

הערות על דברי ההסבר לחוק:

בדברי ההסבר לחוק, כגון בס' 22 לרקע, נכתב כי:

"לפי המוצע ניתן יהיה ליתן הוראת שהייה לכל מסתנן שנמצא קושי מכל סוג שהוא לגרשו למדינת מוצאו".

אנו ממליצים ביתר שאת להסיר ביטויים מעין אלו מדברי ההסבר להצעת החוק, שכן הם יוצרים קושי חוקתי ולוגי חוזר ונשנה מול בתי המשפט בבואם לדון בתנאי השמת מסתננים במשמורת. ניסוח זה מציב מכשול וסותר באופן ישיר את פסק דינו של השופט פוגלמן כפי הובאו בפס"ד **איתן** ובו נקבע כי לא ניתן להחזיק במשמורת מסתננים שאין עבורם אפיק הרחקה תוך זמן סביר.

להשקפתנו, מדינת ישראל שגתה בהחלטתה להשתמש במדיניות ההגנה הקבוצתית המונהגת כלפי המסתננים בכלל, ובפרט עבור קבוצת אוכלוסיית המסתננים מאריתראה. מדובר בהחלטה אשר אינה מוצדקת בוודאי לא כמדיניות רשמית ובאופן גורף. הרי בהתייחס לנשים וגברים מעל גיל גיוס, נשים עם ילדים או תומכי משטר, גם על פי הדו"חות המחמירים ביותר, לא הוכח כי נשקפת סכנה למוחזרים בכפייה.

על כל פנים, גם אם לעת עתה מדינת ישראל איננה מבצעת בפועל החזרה של מסתננים לאריתראה, אין כל הצדקה לעגן זאת כמדיניות רשמית גורפת בדברי הסבר לחוק. בכל מדינות המערב קיימת אוכלוסייה בלתי מבוטלת של מהגרים לא חוקיים שבקשות המקלט שלהן נדחו, אך הם אינם יוצאים עצמאית או מורחקים בכוח על אף שהוצא נגדם צו גירוש. כך לדוגמה בריטניה דוחה עשרות בקשות מקלט של מהגרים מאריתראה בכל שנה והמדיניות הרשמית של ה-U.K Home Office קובעת למעשה כי אין כל מניעה להשיב למולדתם מהגרים אריתראים שבקשתם למקלט נדחתה.¹ למרות זאת, ככל הידוע בריטניה משתפת פעולה עם המלצת האו"ם ולא מבצעת הרחקה בפועל, למרות המדיניות הרשמית המתירה זאת. בדומה לכך, במדינת ישראל שוהה אוכלוסייה המונה כמאה אלף זרים לא חוקיים אשר אינם מורחקים בחזרה למדינתם, מסיבות כאלו ואחרות.

אנו מאמינים כי לאחר שנים רבות שבהן מדיניות אי ההרחקה הזיקה לאינטרסים הקיומיים של מדינת ישראל, כמו גם לאזרחיה, הגיע העת לבטלה ודברי הסבר לחוק מהווים הזדמנות נאותה לעשות זאת. צעד מעין זה יעניק משנה תוקף למדינה כאשר מדיניותה או חוקיה נתקפים חוקתית

¹ Operational Guidance Note, Eritra- U.K Home Office, p.44.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/375878/Eritrea_OG_N_February_2014_re-issue_November_2014.pdf



בבג"ץ, שכן בפסקי דין חוזרים ונשנים בית המשפט גילה כי הוא מוצא סתירה בין מדיניות אי ההרחקה לבין מדיניות ההשמה במשמורת, כפי שצוין בפס"ד איתן.

לפיכך, אנו מציעים להשתמש בניסוח נטרלי, ההולם יותר את המציאות המורכבת, כגון:

*"לפי המוצע ניתן יהיה לתת הוראת שהייה לכל מסתנן שלא יוצא מרצונו
משטח מדינת ישראל".*

בימים אלו חלות התפתחויות חיוביות במדיניות של מדינות סקנדינביות מסוימות ביחסם להגנה הקבוצתית המוענקת למהגרים מאריתראה ואנו מאמינים שטוב יהיה אם הצעת החוק תצפה גם פני עתיד.

המרכז למדיניות הגירה ישראלית מבקש לברך את כל העוסקים בדבר, על פרסום תזכיר החוק תוך זמן מועט כל כך. אנו נשמח לעמוד לרשות כל גורם מקצועי בנוגע לנאמר בנייר עמדה זה.

בכבוד רב ובברכה,

יונתן יעקובוביץ

ראש תחום הסברה ואסטרטגיה

yj.eitan@gmail.com

058-4003239