



## עבירות שלילת חירות חמורה: בין הדין הפלילי לדין המנהלי

### מעין נייזנה\*

א. מבוא. ב. סחר בבני אדם: היחס שבין רכיב הפעולה לרכיב המטרה.  
ג. המבחן הראייתי: בין הזיהוי המנהלי להגדרה הפלילית. 1. אכיפה  
פלילית: התמקדות בשליטה ושלילת חירות. 2. תנאי עבודה ומחיייה  
גרועים כרכיב מהותי לעבירת העבדות, לצד שליטה ממשית או  
שלילת חירות ד. במקום סיכום: רחוק מהבית? המקרה הנדון והמקרה  
הנפוץ.

#### א. מבוא

לאחרונה בית המשפט העליון הכריע בעתירה של אזרחית ישראלית להכיר בה כקורבן  
סחר בבני אדם, בשל נישואים בכפייה.<sup>1</sup> כשהעותרת הייתה קטינה הוריה השיאו אותה  
פעמיים בכפייה, לגברים שנקטו כלפיה אלימות מינית וגופנית. נישואיה הראשונים של  
העותרת הסתיימו לאחר כשנה שבה חוותה סבל רב. בסמוך לגירושיה מבן זוגה הראשון,  
כפו עליה הוריה להינשא בשנית. כבר בלילה הראשון לנישואיה השניים הכה אותה בן  
זוגה ואנס אותה, ומשכנות משפחתו סירבו לסייע לה, העותרת דקרה אותו למוות.<sup>2</sup> מספר  
שנים לאחר מכן, הגישה העותרת בקשה להכיר בה כקורבן סחר בבני אדם והחזקה בתנאי  
עבדות. העותרת טענה שנישואים כפויים מהווים עסקה באדם במטרה שתבוצע בו עבירת  
מין, באופן שמקיים את יסודות עבירת הסחר בבני אדם הקבועה בסעיף 377א לחוק  
העונשין, התשל"ז-1977. משנדחתה בקשתה להכיר בה כקורבן סחר בבני אדם וכקורבן  
החזקה בתנאי עבדות,<sup>3</sup> הוגשה העתירה.

\* סטודנטית לדוקטורט ב-Kent Law School וחוקרת אורחת בפרויקט טראפלאב – גישת  
העבודה לסחר בבני אדם באוניברסיטת תל-אביב. הכותבת סייעה בהכנת בקשת ידיד בית  
המשפט שהגיש מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל לבית המשפט  
בעתירה. תודתי לחני בן-ישראל וענבר בראל על הערותיהן לגרסה מוקדמת של הארה זו.  
1 בג"ץ 1591/18 פלונית נ' שרת המשפטים (פורסם באר"ש, 17.9.2020). כל ההפניות להלן  
מתייחסות לפסק דינה של כבוד השופטת דפנה ברק-ארוז, אלא אם נאמר במפורש אחרת.  
2 שם, פס' 26.  
3 שם, פס' 30–31.



עבירות שלילת חירות חמורה: בין הדין הפלילי לדין המנהלי

בספטמבר 2020 קיבל בית המשפט העליון את העתירה, והורה למשטרה לבחון מחדש את בקשת העותרת על בסיס תשתית עובדתית מלאה ובהתאם לניתוח המשפטי שבפסק הדין. פסק הדין קובע מספר קביעות משמעותיות באשר למבחנים להכרה באדם כקורבן סחר: ראשית, בית המשפט הכיר בכך שנישואים בכפייה עלולים להוות עסקה באדם לשם אחת המטרות המוגדרות באיסור סחר בבני אדם;<sup>4</sup> שנית, בית המשפט הכיר בתחולת עבירת הסחר בבני אדם גם בנסיבות של ציפייה או מודעות לניצול ולפגיעה;<sup>5</sup> ושלישית, בית המשפט ערך דיון במבחן "ראשית הראיה", הרף המנהלי הנדרש לצורך הכרה באדם כקורבן סחר (המוכר בחקיקת משנה אך טרם נדון לעומק בפסיקה), וביישומו של מבחן זה.<sup>6</sup>

בהארה זו ארון בקצרה בשתי הקביעות הראשונות כבשתי שאלות הקשורות ליחס שבין יסוד הפעולה ליסוד המטרה, בעבירת סחר בבני אדם בפרט ובעבירות שלילת חירות חמורה בכלל. בהקשר זה אציע להבין את הקביעה לפיה ליסוד הפעולה וליסוד המטרה ישנו משקל שווה לצורך הכרה בקורבנות סחר על רקע הדין הבינלאומי. כמו כן, אדגים כיצד מתן משקל שווה לשני היסודות מערער את הקביעות שבפסקי דין שניתנו בעבר בבית המשפט העליון בעבירה הקרובה של החזקה בתנאי עבדות.

הפרק הראשון של ההארה דן ביחס בין רכיב הפעולה לרכיב המטרה בעבירת הסחר בבני אדם בכלל ובהקשר של סחר למטרת נישואין בכפייה בפרט.

הפרק השני של ההארה מתמקד בסוגית "ראשית הראיה", סוגיה מהותית שנדונה בפסק הדין. הדיון בפרק השני מחדד את הצורך להבחין בין הרף הראייתי הנדרש לצורך הרשעה פלילית ובין הרף הראייתי הנדרש ברמה המינהלית, לצורך זיהוי קורבנות. חלקו הראשון של הפרק השני יתמקד בגישה הקיימת ובבחינה המתאימה לשלב הפלילי. בחלקו השני של הפרק אציע גישה חלופית, המשקפת את הצורך להבחין בין דרישות ההליך המינהלי והפלילי הן בהיבט ה"כמותי" – גובה הרף הראייתי הנדרש; הן בהיבט ה"איכותי" – היסודות המהותיים של העבירה שיש לבחון את קיומם. אציע שבמקום הגישה שאומצה עד עתה לצורך זיהוי קורבנות סחר ועבדות, ובהמשך לקשיים המעשיים העולים מעניין פלונתי, יש ליישם גישה חלופית. לפי הגישה המוצעת, ההלכות הקיימות, המבססות על בחינה היררכית של יסודות העבירה, מתאימות לשלב הפלילי. לעומת זאת, בשלב הזיהוי, הנדרש בהליך המנהלי, נדרשת בחינה לא היררכית של יסודות העבירה, המייחסת משקל משמעותי גם לניצול הקורבן ולתנאים הגרועים שבהם הוחזק. גישה כזו

<sup>4</sup> שם, פס' 7, 53–49.

<sup>5</sup> שם, פס' 52–51.

<sup>6</sup> שם, פס' 60–54.



תקל גם בהערכת היחס בין רכיב הפעולה לרכיב המטרה, ותענה לחלק מהקשיים הפרוצדורליים עליהם עמד בית המשפט בעניין פלוגית. לבסוף, אטען שהנסיבות החריגות שאיתן נדרש בית המשפט להתמודד בעניין פלוגית הובילו אותו למספר קביעות כלליות שאינן משקפות תופעות נפוצות שהאיסור על סחר בבני אדם נועד לתת להן מענה, וראוי שקביעות אלו יחודדו בהליכים עתידיים.

### ב. סחר בבני אדם: היחס שבין רכיב הפעולה לרכיב המטרה

האיסור הפלילי לסחר בבני אדם נוסף לחוק העונשין בשנת 2000, ותוקן לאחרונה בשנת 2006. הסעיף הנוכחי מנוסח כך:

”377א. (א) הסוחר באדם לשם אחד מאלה או הסוחר באדם ומעמידו

בכך בסכנה לאחד מאלה, דינו – מאסר שש עשרה שנים:

(1) נטילת איבר מאיברי גופו;

(2) הולדת ילד ונטילתו;

(3) הבאתו לידי עבדות;

(4) הבאתו לידי עבודת כפיה;

(5) הבאתו לידי מעשה זנות;

(6) הבאתו לידי השתתפות בפרסום תועבה או בהצגת תועבה;

(7) ביצוע עבירת מין בו.

(ב) נעברה עבירה לפי סעיף קטן (א) בקטין, דינו של עובר העבירה

– מאסר עשרים שנים.

(ג) המתווך לסחר באדם כאמור בסעיף קטן (א), בין בתמורה ובין

שלא בתמורה, דינו כדין הסוחר באותו אדם.

(ד) בסעיף זה, ”סחר באדם” – מכירה או קניה של אדם או עשיית

עסקה אחרת באדם, בין בתמורה ובין שלא בתמורה.”

כלומר, לעבירת הסחר בבני אדם שני יסודות: היסוד העובדתי, הפעולה של סחר בבני אדם – עסקה באדם, המוגדרת כ”מכירה או קניה של אדם או עשיית עסקה אחרת באדם, בין בתמורה ובין שלא בתמורה”; והיסוד הנסיבתי של עשיית העסקה לשם אחת המטרות המנויות בסעיף (כגון: עבדות או זנות), או תוך העמדת הנסחר בסכנה שיבוצעו בו אחת המטרות המנויות בסעיף.

אחת הקביעות החשובות בעניין פלוגית, מבהירה שאף שמקובל לדאוג בסחר עבירת מטרה הדורשת יסוד נפשי של כוונה, הרי שלשון הסעיף מאפשרת גם חלופה של מודעות



עבירות שלילת חירות חמורה: בין הדין הפלילי לדין המנהלי

להעמדה בסכנה.<sup>7</sup> זו קביעה חשובה ממספר סיבות. מבחינה מעשית, במקרים מסוימים העמדה בסכנה עשויה להיות קלה יותר להוכחה מכוונה. מבחינה עקרונית, הערך המוגן שבלב עבירת הסחר בבני אדם (והעבירה הקרובה של החזקה בתנאי עבדות) הוא כבודו של האדם וחירותו, והפסול שבשלילת האנושיות של האדם וביחס אליו כאל חפץ. עסקה באדם המעמידה אותו בסכנה לניצול חמור מהסוגים המנויים בסעיף משקפת, גם אם לא רצון להוביל לפגיעה חמורה, לכל הפחות שוויון נפש לגורל הקורבן: היא אינה נתפסת כתכלית כשלעצמה, אלא אך ורק כפוטנציאל רווח לסוחר, האדיש לגורלה לאחר שהושלמה העסקה.

חשיבות נוספת של מבחן ה"העמדה בסכנה" היא בבחינת ה"עסקה" בהקשרה, הקשר עליו אפשר ללמוד לא רק מהעסקה הספציפית או מכוונותיו של הסוחר, אלא גם מניסיון החיים ומהיכרות עם תופעות קרובות.

כך, בפסק דינו הקצר קובע כבוד השופט מני מזוז כי:<sup>8</sup>

"המחוקק לא כלל נישואי כפיה או נישואי אי-הסכמה בגדר עבירת סחר בבני אדם" [...]. אכן, קיומם של נישואין לא שולל בהכרח עבירת סחר, מקום שמדובר בנישואין למראית עין שתכליתם מימוש מטרה מהמטרות המנויות בסעיף 377 לחוק העונשין. ברם עצם הנוהג בקהילות מסוימות להשיא את הבת לפי החלטת ההורים, ללא קבלת הסכמתה, והפרקטיקה של תשלום מוהר אגב נישואין, אינם הופכים, כשלעצמם, נישואין כאלה ל'סחר בבני אדם', על אף ההסתהיגות מנוהג זה. זאת, מתוך הנחה שהמטרה היא אכן נישואין, כפי תפיסתם המסורתית, ולא נישואין למראית עין שנועדו להשיג תכלית מאלה המנויות בסעיף 377 לחוק העונשין".

ניתוח זה מבוסס על ההבחנה בין נישואין מסורתיים "אותנטיים" ובין נישואים "למראית עין", שמטרתם היחידה היא הגשמת אחת המטרות המנויות בסעיף. הבחנה זו דורשת הצדקה. ניסיון החיים מלמד שבסיס הנישואין במקרים אלו אינו אהבה ולא שותפות, והם כוללים ציפייה לניצול ה"רעיה" לצורך מימוש תפקידים מסורתיים של בת זוג, כגון עבודות בית ונגישות מינית. ככל שהם נעשים שלא בהסכמה, חזקה שאלו עבודות בית ויחסי מין בכפייה.

היסוד של "מראית עין" אינו רלוונטי לניתוח הזה, ומצביע על בעיה מושגית: אדם שמתחתן מתוך ציפייה שלאחר נישואיו תדאג אשתו לצרכי ביתו ולסיפוקו המיני אינו

<sup>7</sup> שם, פס' 51.

<sup>8</sup> השו"ל לשם, פס' 52 לפסק דינה של כבוד השופטת ברק-ארוז.



מתחתן "למראית עין". הוא מתחתן באמת, מתוך הבנה מצויה, אף אם בלתי-רצויה, של זוגיות אותנטית המשקפת תפקידי מגדר מסורתיים.<sup>9</sup> אכן, הטענה שנישואים מאורגנים בלא הסכמת הצדדים (ולמצער, בלא הסכמת האישה) היא פרקטיקה קרובה במידה לא נוחה לסחר בבני אדם היא טענה קשה. היא מחייבת להכיר בכך שלמרות חומרתן של עבירות הסחר והעבדות, יש להן מאפיינים קרובים, קרובים מדי, לפרקטיקות נורמטיביות, ולמצער – מקובלות. מפסק הדין בעניין פלוגית עולה שבנסיבות המקרה המחלוקת המרכזית לא נסבה סביב קיומה של "עסקה" בעותרת (שנמסרה בכפייה לאדם אחר שהעביר להוריה תשלום תמורתה), אלא סביב מטרתה של עסקה זו, ובפרט, סביב כוונתם של ההורים או מודעותם לניצולה של העותרת לפי אחת החלופות המנויות בחוק. ביחס לעבירת ההחזקה בתנאי עבדות, טענה נציגת המשטרה כי "חומר הראיות כפי שנבחן על-ידי אינו מצביע על החזקתה של העותרת בתנאי עבדות, ובכלל זאת, לא ניתן להסיק מחומר הראיות כי העותרת הוחזקה לצורכי עבודה או שירותים לרבות שירותי מין".<sup>10</sup> כלומר, ביחס לשתי העבירות, רכיב המטרה או הניצול נתפס כקשה יותר ליישום בנסיבותיה של העותרת. היבט משמעותי של הדיון ביסודות העבירה כפי שעולה מפסק הדין בעניין פלוגית, הוא ששני יסודות עבירת הסחר הם יסודות בעלי חשיבות זהה לצורך קביעה שהאדם הוא קורבן סחר.<sup>11</sup> מסקנה זו אינה מוגבלת לסוגיה שבמוקד פסק הדין, אלא לפירוש עבירת הסחר בכלל. זוהי מסקנה מעניינת, במיוחד נוכח ההבדלים בין פירוש זה של עבירת הסחר, לפירוש שאימץ בית המשפט בשני פסקי דין שדנו בעבירת ה"החזקה בתנאי עבדות", עבירה הקרובה במהותה ובהקשרה לעבירת הסחר בבני אדם.

<sup>9</sup> ייתכן שחלק זה של פסק הדין מתבסס על גזירה מפסק דינו של בית הדין המיוחד לסיירה לאון בעניין Prosecutor v Brima et al SCSL-04-16-T אשר דן, בין היתר, באישומים בשעבודן של נשים וילדות במסגרת נישואים כפויים (פסק הדין מבית הדין לא הוזכר בפסק דינו של בית המשפט העליון, אך קטעים ממנו צוטטו בבקשת מרכז קונקורד להצטרף להליך במעמד של ידיד בית המשפט). בית הדין עמד על כך ששעבוד מיני הוא צורה ספציפית של עבדות, וכי בנסיבות של "נישואים" כפויים על ידי חיילים חמושים בזמן סכסוך מזוין, גם כאשר נעשה שימוש בפועל בתואר "רעיה" (wife), התקיימו נישואים כפויים כאשר מכלול העובדות הצביע על היחס החפצי לנשים והשליטה עליהן, שהתבטאה בין היתר בשליטה על מיניותן, חופש התנועה שלהן ועבודתן, ולא על כוונה למעמד של נישואין הכולל חובות הדדיות בין בעל ואשתו (סעיפים 711–713). את הרעיון של נישואים "למראית עין", שאינם באמת נישואים אלא תואר שנתנו החיילים ליחסים בינם ובין מי שהיא למעשה שפחתם, ניתן לזהות בפסק הדין בעניין Brima.

<sup>10</sup> עניין פלוגית, לעיל ה"ש 1, ההדגשה במקור.

<sup>11</sup> פרשת פלוגית, לעיל ה"ש 1, פס' 50. שם נכתב כי: "עבירת הסחר בבני אדם מבוססת, בעיקרה, על שני אדנים: פעולת הסחר עצמה, ובצדה המטרות שלשמן היא בוצעה או הסיכונים שהיא עלולה להוליד (נטילת איבר, הולדת ילד, עבדות וכולי)". ראו גם פסק דינו של כבוד השופט מזוז.



עבירות שלילת חירות חמורה: בין הדין הפלילי לדין המנהלי

בדומה להגדרה הנוכחית של עבירת הסחר בבני אדם, עבירת ההחזקה בתנאי עבדות נוספה לחוק העונשין בשנת 2006, במסגרת חוק איסור סחר בבני אדם.<sup>12</sup> עבירות הסחר והעבדות נמצאות בפרק בחוק העונשין המתמקד בעבירות פגיעה בחירות. אך עבדות וסחר (בשונה, למשל, מכליאת שווא) אינן מוגדרות אך ורק דרך עסקה באדם, שליטה בו ושליטת חירותו. כפי שראינו לעיל, לעסקה באדם יש מטרה: ניצול באחת הדרכים המנויות בחוק. הגדרה זו משקפת את ההגדרה המקובלת לסחר בבני אדם בדין הבינלאומי.<sup>13</sup> בנוגע לעבדות, אף שהדין הבינלאומי מכיר בכך שמטרת ההחזקה בתנאי עבדות היא ניצול קורבן העבירה, ובפרט ניצול כוח העבודה שלו,<sup>14</sup> ההגדרה המשפטית אינה כוללת במפורש יסוד של "מטרה".<sup>15</sup> בדין הישראלי, לעומת זאת, ובדומה להגדרת עבירת הסחר כעבירה המשלבת פעולה ומטרה, יסוד המטרה נכלל במפורש בהגדרת העבירה. עבירת ההחזקה בתנאי עבדות מוגדרת בחוק העונשין כך:

"375א. (א) המחזיק אדם בתנאי עבדות לצורכי עבודה או שירותים לרבות שירותי מיזן, דינו – מאסר שש עשרה שנים.

[...]

(ג) בסימן זה, 'עבדות' – מצב שבו מופעלות כלפי אדם סמכויות המופעלות ככלל כלפי קניינו של אדם; לענין זה, יראו שליטה ממשית בחייו של אדם או שליטת חירותו כהפעלת סמכויות כאמור."

אפשר לזהות דמיון במבנה העבירות ובמטרתן. שתיהן נועדו לתת מענה לתופעות של ניצול קיצוני המתבצע באמצעות שליטת חירות חמורה – חמורה כל כך, שהיא הופכת אדם למעין חפץ שאפשר לבצע בו עסקאות (בעבירת הסחר), או שהיחס אליו הוא כאל קניין (בעבירת העבדות).

בשני פסקי הדין המשמעותיים של בית המשפט העליון בתיקים שעסקו בהחזקה בתנאי עבדות (עניין ג'ולאני ועניין פלוני, שיידונו בהרחבה בהמשך), נמנע בית המשפט מלהגדיר את קיומם של עבודה או שירותים כ"יסוד מיסודות העבירה", או מאפייני

<sup>12</sup> חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה) התשס"ז–2006, ס"ח 2067.

<sup>13</sup> פרוטוקול למניעה, לדיכוי ולהענשה על סחר בבני אדם, בעיקר נשים וילדים, המשלים את אמנת האומות המאוחדות נגד פשע מאורגן חוצה גבולות, כ"א 56, 1529 (נחתם ב-2001)

<sup>14</sup> Jean ALLAIN, SLAVERY IN INTERNATIONAL LAW: OF HUMAN EXPLOITATION AND TRAFFICKING 121, 127 (2013).

<sup>15</sup> SLAVERY CONVENTION (ADOPTED 25 SEPTEMBER 1926, ENTERED INTO FORCE 9 MARCH 1927) 60 LNTS 253, ARTICLE 1 "Slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised" any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised" הגדרה זו אומצה בהמשך באמנות זכויות אדם בינלאומיות ואזוריות.



"חובה" של עבירת ההחזקה בתנאי עבדות.<sup>16</sup> כלומר, אף שהחזקה "למטרת עבודה או שירותים" היא תנאי המוזכר במפורש בחוק, היא אינה מוגדרת בפסקי הדין כיסוד מיסודות העבירה. ניתן לראות בהיעדר התייחסות ליסוד המטרה לקונה, שיתכן שתתוקן בעתיד. בינתיים, יש קושי להגיע למסקנה ברורה בדבר הדרישה להחזקה "למטרת עבודה או שירותים".

פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין פלוגית התמקד בעבירת הסחר בבני אדם, ולכן לא התמודד עם סוגיה זו. על פניו, ככל שהשתכנע שהעותרת הייתה נתונה לשליטה ממשית ולשליטת חירות, יכול היה בית המשפט לקבוע שהיא נפלה קורבן להחזקה בתנאי עבדות, בהחלטה שהייתה עולה בקנה אחד עם פסקי הדין בעניין ג'ולאני ועניין פלוגי. לחלופין, בית המשפט היה יכול לדון בטענת נציגת המשטרה בדבר היעדר ראיות להחזקה לצורכי 'עבודה' או 'שירותים' כדי להבהיר סוגיה זו. בהיעדר התייחסות מפורשת, צפויים בתי המשפט שידונו בתיקי עבדות בעתיד להידרש לשאלת היחס הנכון בין יסוד הפעולה ויסוד המטרה, בהתחשב בדמיון ובשוני בין עבירת הסחר לעבירת העבדות. בספרות מוכרת ההבחנה בין עבירת הסחר כתהליך שבסופו ניצול ושעבוד, ובין השעבוד עצמו,<sup>17</sup> הבחנה שיכולה להצדיק, למרות נוסח העבירה בחוק העונשין, יחס שונה לרכיב המטרה בשתי העבירות. בתי המשפט, ואולי אף המחוקק, יצטרכו להחליט אם לאמץ הבחנה זו בדין הישראלי.

גישה שונה לשאלת היחס בין רכיבי העבירה, המוצגת בחלק השני לפרק הבא, יכולה לסייע במקרים דומים בעתיד, לפחות בשלב הזיהוי. החלק הבא של ההארה מדגים דרכים שונות להבין ולהגדיר את עבירות הסחר והעבדות, במסגרת ההגדרה הקיימת, בהתאם לשלב המתאים – זיהוי (מנהלי) או אכיפה (פלילית).

### ג. המבחן הראייתי: בין הזיהוי המנהלי להגדרה הפלילית

פסק הדין בעניין פלוגית עמד על הצורך להבחין בין ההליך המנהלי לזיהוי והכרה בקורבנות סחר ועבדות, להליך הפלילי נגד העבריינים. ההכרה בקורבנות דורשת קיומה של "ראשית ראיה", כלומר מטילה נטל הוכחה קל יחסית, שאינו משקף את אופי הראיות

<sup>16</sup> ע"פ 6327/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל, פס' 50 לפסק דינו של כבוד השופט חנן מלצר (פורסם בנבו, 6.9.2016); ע"פ 8027/13 פלוגי נ' מדינת ישראל, פס' 70–72 (פורסם באר"ש, 27.5.2018).

<sup>17</sup> KEVIN BALED & ZOE TRODD, ADDRESSING CONTEMPORARY FORMS OF SLAVERY IN EU EXTERNAL POLICY: BRIEFING PAPER FOR THE EUROPEAN PARLIAMENT'S SUBCOMMITTEE ON HUMAN RIGHTS 7 (2013); James C. Hathaway, *Human Rights Quagmire of Human Trafficking*, *The*, 49 VA. J. INT'L L. 1, 9–10 (2008).





עבירות שלילת חירות חמורה: בין הדין הפלילי לדין המנהלי

שידרשו בהליך פלילי.<sup>18</sup> אף שזיהוי קורבנות הוא שלב ראשוני והכרחי לצורך הליכים פליליים כנגד עבריינים, זיהוי קורבנות הוא, במהותו, הליך מנהלי שמטרתו הגנה מהירה ואפקטיבית על הקורבנות, הדורש רף ראייתי נמוך. בכך תואמת פסיקת בית המשפט העליון את הדין הבינלאומי, ובפרט פסק דין שניתן לאחרונה בבית הדין האירופי לזכויות אדם בהרכב מורחב בעניין *S.M v Croatia*. בית הדין האירופי הבהיר באותו מקרה שהגנה על קורבנות סחר בבני אדם נדרשת בטרם הביסוס הרשמי של עבירת הסחר, והשאלה אם כל מאפייני העבירה קיימים במקרה הנדון תוכרע בהליך פלילי עתידי, לאחר זיהוי הקורבן וההגנה עליו.<sup>19</sup>

יש לציין שבפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין פלונית חסרה הבהרה בדבר הצורך לקבל החלטה מהירה בעניינם של קורבנות סחר, סוגיה משמעותית לתיקים רבים שנדונה במשפט המשווה.<sup>20</sup> בשונה מהעותרת בעניין פלונית, קורבנות רבים צפויים להיות תחת שליטתם של סוחריהם או המחזיקים בהם, ונתונים לניצול ולהתעללות בעת פנייתם לרשויות – נסיבות שבהן יש להימנע מעיכובים בטרם קבלת החלטה ראשונית. לא פחות מכך, פסק הדין בעניין פלונית אינו כולל את הטענה החשובה שהוזכרה בעניין *S.M*, לפיה בשלב ההכרה (ביסוס "ראשית ראיה" כנדרש בישראל), ייתכן שאף לא נדרשת הכרעה בדבר קיומם של כלל מאפייני הסחר. יש לקוות שפסקי דין עתידיים יבהירו נקודה חשובה זו.

פסק הדין בעניין *S.M* אינו מפרט דוגמאות מעשיות שאפשר ללמוד מהן כיצד עשוי להיראות הליך מנהלי שאינו שואף להכריע בדבר קיומם של כלל יסודות העבירה. פסק הדין בעניין פלונית הדגיש את השוני ברף הראייתי הנדרש בין הוכחת מאפייני עבירות הסחר והעבדות במסגרת הליך פלילי ובין הוכחתם בהליך המנהלי המבסס את הזיהוי הראשוני, וכן את האפשרות לשימוש בראיות שונות בהליך המנהלי – כולל ראיות שלא יהיו קבילות בבית המשפט בהליך פלילי.<sup>21</sup>

מקרי עבדות שהגיעו לבתי משפט בעולם הפגינו מאפיינים שונים של ניצול קיצוני – בדמות היעדר תשלום או תשלום זעום; שעות עבודה ארוכות במיוחד; היעדר מנוחה ופנאי; עבודה קשה, מתישה או משפילה; היעדר מזון או לבוש הולם; ותנאי מגורים לא

<sup>18</sup> פרשת פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 58.

<sup>19</sup> פס' 322 לפסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בהרכב מורחב בעניין *S.M v Croatia* (60561/14), מיום 25.6.2020, פס'.

<sup>20</sup> השווי, למשל, לפסק דין שניתן לאחרונה בבריטניה, המתייחס להנחיות בין-לאומיות ויישומן בבריטניה כדורשות הכרעה ראשונית (המקבילה להכרעה ב"ראשית ראיה" בישראל) בתוך חמישה ימים.

*EOG v Secretary of State for the Home Department*, EWHC 3310 (England and Wales High Court (Administrative Court) (3 December 2020), para. 10

<sup>21</sup> עניין פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 38.





ראויים.<sup>22</sup> פסקי הדין הפליליים בישראל זיהו שליטה ושליטת חירות כרכיב המרכזי בעבירת העבדות, וקבעו שתנאי עבודה ומחיה גרועים אינם הכרחיים לביסוס העבירה. המושגים של "שליטה ממשית" ו"שליטת חירות", ובמידה מסוימת גם "עסקה באדם" – הפעולה שביסוד עבירת הסחר, הם מושגים כלליים ועמומים, ולא במקרה – מטרתם להתייחס לקשת רחבה של התנהגויות, שלא בהכרח ניתן היה לצפות בעת ניסוח החוק.<sup>23</sup> אלו מושגי יסוד ראויים לבחינה שיפוטית של עבירה, בהליך פלילי ממושך שבו כל הצדדים זוכים לייצוג משפטי. במקביל, הם קשים יותר ליישום בלוח זמנים קצר ובהיקף נרחב על ידי מי שאינם משפטנים מומחים, אלא "צומתי זיהוי" (פקחים, חוקרים, גורמי סיוע וכדומה).

גישה שונה, רלוונטית יותר לשלב הזיהוי, תיחס משקל שווה לשליטה ולתנאים הגרועים בהערכת עבירת העבדות. במקרים המתאימים, ניתן יהיה להיעזר בנייתוח המבחין בין השלבים גם להבחנה בין זיהוי לאכיפה ביחס לקורבנות סחר, אך הפסיקה הקיימת ביחס לעבירת העבדות היא נקודת התחלה נוחה יותר להפרדה רעיונית זו. אני מציעה שההלכות הקיימות, המבססות היררכיה בין מאפיינים, מתאימות ככלל לשלב הפלילי (אף שהן דורשות התאמות מסוימות לדין הבינלאומי). לעומת זאת, לשלב הזיהוי, המבוסס על הליך מנהלי, נדרשת בחינה לא היררכית, המייחסת משקל משמעותי גם לניצול ותנאים גרועים. בשני השלבים, ישנם מקורות בדין הישראלי והבינלאומי התומכים בניתוח המתואר.

הבחנה כזו, המפרידה בין השלב הפלילי והשלב המנהלי לא רק לפי הרף הראייתי הנדרש (כפי שקבע בית המשפט בעניין פלוגית),<sup>24</sup> אלא גם לפי הרכיבים שיש לבחון, יכולה לתת מענה לחלק מהקשיים עליהם עמד בית המשפט בעניין פלוגית, ולאפשר זיהוי ראשוני גם על ידי גורמים נטולי השכלה משפטית, כדי להגן על קורבנות וקורבנות פוטנציאליים, בלא חשש מפגיעה בזכויותיהם של חשודים.

### 1. אכיפה פלילית: התמקדות בשליטה ושליטת חירות

לפי לשון סעיף 375א לחוק, יסוד מיסודות עבירת ההחזקה בתנאי עבדות הוא קיומם של עבודה או שירותים. אך לשון הסעיף כשלעצמה אינה דורשת כי עבודה או שירותים יתקיימו בתנאים גרועים דווקא. גם מי שנשללה חירותה או שהייתה נתונה לשליטת ממשית כדי שתעבוד שמונה שעות ביום, בשכר ראוי ובתנאים סבירים תעמוד בדרישות

<sup>22</sup> משרד המשפטים ו-CIMI מודריך לזיהוי קרבנות עבדות ועבודת כפייה [www.justice.gov.il/Units/Trafficking/MainDocs/A%20Toolkit%20for%20Identifying%20Victims%20of%20Forced%20Labour%20and%20Slavery.pdf](http://www.justice.gov.il/Units/Trafficking/MainDocs/A%20Toolkit%20for%20Identifying%20Victims%20of%20Forced%20Labour%20and%20Slavery.pdf) עמ' 17-24

<sup>23</sup> ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 28 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 7 (10.7.2006)

<sup>24</sup> פרשת פלוגית, לעיל ה"ש 1, פס' 57.



עבירות שלילת חירות חמורה: בין הדין הפלילי לדין המנהלי

הסעיף. קריאה זו של הסעיף מהדהדת את דברי בית הדין הצבאי בנירנברג בעניין Pohl ואחרים, לפיהם:

“Slavery may exist even without torture. Slaves may be well fed, well clothed, and comfortably housed, but they are still slaves if without lawful process they are deprived of their freedom by forceful restraint. We might eliminate all proof of ill-treatment, overlook the starvation, beatings, and other barbarous acts, but the admitted fact of slavery – compulsory uncompensated labour – would still remain. There is no such thing as benevolent slavery. Involuntary servitude, even if tempered by humane treatment, is still slavery”.<sup>25</sup>

יודגש כי בית הדין בעניין זה הבחין בין תנאים גרועים באופן כללי, שאינם יסוד מיסודות העבירה, להיעדר תשלום. אפשר להצדיק הבחנה זו, אך היא לא עולה מיסודות עבירת ההחזקה בתנאי עבדות בדין הישראלי.

פסקי הדין שניתנו בישראל בהליכים שהובילו להרשעה בהחזקה בתנאי עבדות תומכים בחלופה לפיה שליטה וכפייה הן יסודות מרכזיים של העבירה, ותנאים גרועים הם רכיב משני.

כך, בעניין ג'ולאני, ההליך הפלילי הראשון בישראל שעסק בעבירת ההחזקה בתנאי עבדות, הבחין בית המשפט המחוזי בין שלוש קבוצות של מאפייני עבירות העבדות: א. מאפיינים המהווים את יסודות העבירה; ב. מאפיינים נפוצים שאינם הכרחיים, אך

<sup>25</sup> United States of America vs. Oswald Pohl, et al., defendants (1947) (Military Tribunal .II, sitting at Nuernberg, Germany)



המהווים אינדיקציה להחזקה בתנאי עבדות; ו-ג. מאפיינים סוציולוגיים של הקורבנות.<sup>26</sup>  
חלוקה זו התקבלה, בעיקרה, בבית המשפט העליון.<sup>27</sup>

הקבוצה הראשונה כוללת בין היתר שליטה במקום המגורים, בידוד, עיכוב דרכון, איסור על יצירת קשר עם קרובים, העברת הקורבן לאחר או תשלום תמורה עבורו, שימוש באלימות, ענישה ואיומים, כולל איומים במעצר וגירוש. הקבוצה השנייה כוללת בין היתר שעות עבודה ארוכות והיעדר חופשות, שכר זעום, תנאי מגורים גרועים, והיעדר טיפול רפואי, לבוש הולם ומזון סביר. הקבוצה השלישית כוללת מאפיינים כגון מגדר, מעמד והשתייכות לאוכלוסייה פגיעה.<sup>28</sup>

יש לציין כי הדרך שבה הגיעו שתי הערכאות בעניין ג'ולאני לחלוקה בין המאפיינים מעוררת קשיים מסוימים. שתי הערכאות הסתמכו לצורך חלוקה זו על משפט משווה ומשפט בינלאומי. אולם, מקריאת המקורות הבינלאומיים עצמם, עולה שהן בית המשפט המחוזי והן בית המשפט העליון ציטטו את פסקי הדין הבינלאומיים באופן שאינו מדויק, אף שהניסוח המקורי אינו שולל את מסקנת בתי המשפט.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> תפ"ח (י-ם) 13646-11-10 מדינת ישראל נ' ג'ולאני (פורסם בנבו, 29.2.2012) (להלן "תפח ג'ולאני"), ס' 11.

הקטגוריה "מאפיינים סוציולוגיים של הקורבנות" משלבת בין מאפיינים כלליים של קורבנות עבירת שלילת חירות חמורה (בפרט, היותם מהגרים ממדינות עניות), ובין מאפיינים שהפכו קורבנות במקרים ספציפיים לפגיעים במיוחד, ומהם גוזר בית המשפט עקרון כללי. בין האחרונים, בית המשפט העליון כלל מאפיינים כמו גיל, השכלה נמוכה ולקויות נפשיות, כמאפיינים המעידים על חולשת הקורבן והופכים אותו לפגיע במיוחד (פס' 50(ב)). פסק הדין של בית המשפט המחוזי רגיש פחות, ומשקף טענות כלליות לפיהן "במקרים רבים הקורבנות הם חלק מאוכלוסייה פגיעה: בעלי רקע כלכלי ומשפחתי בעייתי, השכלה מועטה, אופי חלש ופסיכי או אינטליגנציה נמוכה". אלו טענות מכלילות שלא ברור מה המקור להן, וניתן לראות בהן הפניית אצבע מאשימה לפתולוגיה (אמיתית או מדומיינת) של הקורבנות, במקום בחינה של הגורמים המבניים ההופכים אנשים קורבנות נוחים להחזקה בתנאי עבדות.

<sup>27</sup> עניין ג'ולאני, לעיל ה"ש 16, ס' 50 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) מלצר.

<sup>28</sup> שם

<sup>29</sup> כך, בהתייחסו למאפייני עבירת העבדות שזוהו על ידי הטריבונל הבין-לאומי ליוגוסלביה בעניין Kunarac (Prosecutor v Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic) Appeals IT-96-23-T and IT-96-23/I-T, ICTY (Trial Judgment) 22 February 2001 Judgment) 12 June 2002) הסתמך בית המשפט המחוזי אך ורק על רשימת המאפיינים שהופיעה בפסק הדין של ערכאת הערעור (הערכאה הראשונה פירטה רשימת מאפיינים ארוכה יותר, שאומצה במשטמע ע"י ערכאת הערעור, אף שהאחרונה הזכירה במפורש רק את המאפיינים הקשורים לשליטה ושלילת חירות); תפ"ח ג'ולאני, לעיל ה"ש 26, פס' 0. בית המשפט המחוזי רשאי, כמובן, להתעלם מפסק הדין של הערכאה הראשונה, אבל מפסק הדין לא ברור אם מדובר בהחלטה מודעת. בפסק הדין של בית המשפט העליון הטעות בולטת יותר. בהתייחסו לקבוצה המאפיינים השנייה, שהמאפיינים בה אינם חלק מיסודות העבירה אך מהווים אינדיקציה להתקיימותה, טען בית המשפט העליון כי בית המשפט האירופי



עבירות שלילת חירות חמורה: בין הדין הפלילי לדין המנהלי

בעניין **פלוני** (שעסק ב"כת מירושלים") אימץ בית המשפט העליון שוב את ההבחנה בין מאפייני "חובה" ומאפייני "רשות" של עבירת העבדות – כאשר מאפייני "חובה" הם "האמצעים המשמשים להחפצתו של אדם, לשליטה ממשית בחייו או לשלילת חירותו", וכוללים "שליטה במקום מגוריו של הקורבן; שימוש בכל אמצעי שהוא, אשר מטרתו לגרום לקורבן להאמין שאם יעזוב את מחזיקו, הוא או אחר ינזקו נזק חמור; ובידודו של הקורבן מסביבתו המוכרת".<sup>30</sup> מאפייני "רשות", לעומת זאת, כוללים "שליטה בכספו של הקורבן; תנאי מחייה ירודים; מניעת טיפול רפואי הולם לקורבן; פערי כוחות משמעותיים בין המחזיק לקורבן; ויחס מבזה או משפיל כלפי הקורבן", וכן מאפיינים סוציולוגיים של הקורבנות, כגון גיל ונסיבות אישיות.<sup>31</sup>

כפי שהוסבר לעיל, היעדר התייחסות לעבודה או לשירותים, יסוד המטרה של עבירת העבדות, כאל מאפייני חובה של העבירה, מעורר קושי מסוים שלא זכה למענה בעניין **פלוני**. בין שתתקבל דרישת המטרה הקבועה בחוק, ובין שפסקי דין עתידיים ימשיכו לראות בדרישה זו דרישת רשות בלבד, מפסקי הדין הקיימים עולה שאין דרישה שתנאי העבודה או השירותים יהיו גרועים או לא אנושיים. כלומר, שליטה ממשית ושליטת חירות

לזכויות אדם אימץ גישה דומה: "גישה דומה ננקטה בפסק הדין של בית המשפט האירופאי לזכויות האדם בפרשת **סיליאדין** שאוזכר לעיל ובו נקבע כי סטייה מחוקי מגן לגבי שכר עבודה ושעות עבודה ומנוחה – אין בה די כדי להקים עבירה של שעבוד, או של עבודה כפויה. לשם מילוי יסודות העבירה של שיעבוד – יש צורך ב**נוסף** בהגבלות על חירותו של האדם במקום מגוריו אצל המעביד, או בהשמתו בתנאים לא אנושיים שם (לרבות תנאים תברואתיים וסניטריים קשים), או בהעלבתו המתמדת, או בהטרדתו, או בהפעלת מנגנון שליטה על חייו בסביבתו. לשם מילוי יסודות העבירה של עבודה בכפייה נדרשת **בנוסף** לחריגה מהוראות חוקי המגן – הכתבה של עבודה בקצב לא אנושי, או מעבר לכוחותיו של האדם, או בתנאים שיש בהם פגיעה ממשית בכבודו כאדם" (ע"פ **ג'ולאני**, ס' 50 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) מלצר; והדגשות במקור). כאן, הטעות של בית המשפט ברורה יותר: בית המשפט מערב בין שני חלקים שונים של פסק הדין. בפסק דינו בעניין **סיליאדין** (Siliadin v France (App. no. ) [2006] ECHR 16 (73316/01)), קובע בית המשפט האירופי כי עבירת השעבוד כוללת את המאפיינים של עבודה כפויה, חיוב להתגורר אצל המעביד, וחוסר אפשרות לשנות תנאים אלו (שם, פס' 123). יתר הטענות שבית המשפט "מצטט", לעומת זאת, אינן חלק מפסק הדין של בית המשפט האירופי – אלא תקציר של פסק הדין שניתן בעניינה של סיליאדין בהליך הפלילי בפאריס – פסק דין שהוא חלק משרשרת האירועים בגינם פנתה לבית הדין האירופי (שם, פס' 26). כלומר, טענת בית המשפט העליון בעניין **ג'ולאני** בנקודה זו אינה מבחינה בין קביעה של בית הדין האירופי לזכויות אדם ובין קביעה של ערכאה ראשונה בצרפת. יצויין כי קביעות דומות בהליכים פליליים דווקא קיימות בערכאות אחרות. כך, למשל בפסק הדין שניתן בבריטניה ב- R v SK [2011] EWCA Crim 1691, פס' 42.

<sup>30</sup> עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 15, ס' 70–71; בית המשפט הזכיר מאפיינים נוספים שהוזכרו בעניין **ג'ולאני** (לעיל ה"ש 16), ובכללם העברת הקרבן מיד ליד והחזקה במסמכי נסיעה שלו.

<sup>31</sup> שם, ס' 72.



של אדם המועסק בתנאים הגונים עדיין תוגדר כהחזקה בתנאי עבדות – כשם שמתואר העבד הזוכה למזון ראוי, לבוש הולם ומגורים נוחים בפסק דינו של בית הדין בנירנברג. בהתחשב בכך שהחזקה בתנאי עבדות מוגדרת, קודם כל, כעבירה פלילית, ניתן היה לכאורה להסתפק במסקנה זו. מבחינה מעשית, ההליכים שהובילו להרשעה בישראל בעבירת ההחזקה בתנאי עבדות מעטים מאוד. נכון למועד כתיבת שורות אלו, בשני הליכים בלבד (עניין ג'ולאני ועניין פלוגי) הורשעו הנאשמים בעבירה זו. שני הליכים נוספים הוגשו לבתי המשפט בשנים האחרונות – באחד מהם עדיין לא התקבלה הכרעה, ובאחר תוקן כתב האישום לעבירה של עבודת כפייה, שבה הורשעו הנאשמים במסגרת הסדר טיעון.<sup>32</sup> לכן, קשה להצדיק פרשנות של הסעיף שתעלה אף יותר את הרף הנדרש לצורך הרשעה, או אף להעמדה לדין. כלומר, קשה להצדיק פרשנות לפיה יש לראות בתנאי עבודה ומחייה גרועים מאפייני חובה של עבירת העבדות, בנוסף למאפייני החובה שהוכרו בפסיקה.

כמו כן, יש לקחת בחשבון את התובנה כי יש קשר בין שלילת חירות לניצול, ושלילת חירות נדרשת במיוחד כאשר תנאי העבודה והמגורים המוצעים הם גרועים.<sup>33</sup> אפשר להניח כי ברוב המקרים, לפחות במקרים טיפוסיים, היכן שאפשר לזהות שלילת חירות סביר למצוא גם תנאים גרועים.

ביחס לזיהוי קורבנות, אפשר להציע מהלך המשקף תובנה זו, במידה מסוימת, מצדה ההפוך – מאפיינים נסיבתיים עשויים להיות קלים יותר לזיהוי ולהוכחה, ואפשר להניח שעובד שסבל תנאים גרועים במיוחד נשאר בהם משום שחירותו לעזוב נשללה.

## 2. תנאי עבודה ומחייה גרועים כרכיב מהותי לעבירת העבדות, לצד שליטה ממשית או שלילת חירות

המבחן להכרה באדם כקורבן סחר בכני אדם או החזקה בתנאי עבדות, הוא קיומה של "ראשית ראיה" לקיומן של עבירות כאמור. המונח "ראשית ראיה" אינו מוגדר בדין, קושי המוביל למכשולים שעליהם עמד בין היתר בית המשפט בעניין פלוגית. גם בלא הגדרה רשמית, עצם ההגדרה של מאפיינים כנסיבות ה"מהות אינדיקציה מסוימת להתקיימות העבירה, שנדרש להוכיחה" (קבוצת המאפיינים השנייה שהוכרה בפסקי הדין בעבירת ההחזקה בתנאי עבדות), מתארת במהותה מבחן של "ראשית הראיה", שלו רף ראייתי

<sup>32</sup> גזר הדין מיום 3.12.2020 טרם פורסם; ראו "העסיקו קטינים בתנאי עבדות" ישראל היום [www.israelhayom.co.il/article/826219](http://www.israelhayom.co.il/article/826219) 3.12.2020

<sup>33</sup> Amir Paz-Fuchs, *Badges of modern slavery*, 79 MOD. L. REV. 757–785 (2016), 775; VLADISLAVA STOYANOVA, HUMAN TRAFFICKING AND SLAVERY RECONSIDERED: CONCEPTUAL LIMITS AND STATES' POSITIVE OBLIGATIONS IN EUROPEAN LAW (2017), at 278; ראו גם בג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, פס' 30 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי (פורסם באר"ש, 19.9.2007).



עבירות שלילת חירות חמורה: בין הדין הפלילי לדין המנהלי

מנהלי נמוך במיוחד – קיימות אינדיקציות לעבירה, שאינן בהכרח מוכיחות את קיומה. כמובן, לצורך העמידה במבחן "ראשית הראיה", לנוכח אופיו המנהלי, אין צורך להוכיח שהנסיבות התקיימו בפועל (אף לא ברמה של מאזן הסתברויות), ודי להצביע על ראיות כלשהן לקיומן.

מקורות המתמקדים בזיהוי קורבנות, להבדיל מהרשעה, אינם משקפים את ההיררכיה בין מאפיינים של שליטה ושליטת חירות, ומאפיינים של תנאים גרועים ויחס לא אנושי. כך, למשל, מסמך של משרד המשפטים מפרט שורת סממנים לעבדות, שבהם גם סממנים המשקפים שליטה ושליטת חירות, וגם סממנים המשקפים תנאים גרועים ולא אנושיים, בלא הבחנה ביניהם.<sup>34</sup>

גישה דומה, שאינה משקפת היררכיה בין סממנים לשליטה לסממנים לתנאים גרועים, אפשר לזהות גם במדינות אחרות ובקרב גופים בינלאומיים. כך, למשל, המדריך של ארגון העבודה העולמי ומועצת אירופה לאינדיקציות לסחר בבני אדם, ובכלל זה סחר למטרת ניצול עבודה (trafficking for labour exploitation) מבחין בין סממנים לכפייה לסממנים לניצול, ומבחין בתוך הקטיגוריות השונות בין סממנים חזקים, לבינוניים ולחלשים (ואף מגדיר "נוסחאות" לחישוב הצטברות המאפיינים שדי בהם כדי לזהות מקרה של סחר), אך אינו מזהה סממנים לשליטה וכפייה בהכרח כסממנים "חזקים" וסממנים לניצול כסממנים "חלשים".<sup>35</sup>

בית הדין האירופי לזכויות אדם זיהה את הרכיבים המהותיים של העבדות, השעבוד ועבודת הכפייה, בעניין סיליאדין, שבו דן לראשונה בהפרות אלו כרכיבים המשקפים שליטה ושליטת חירות.<sup>36</sup> לצד זאת, ביישום מאפייני השעבוד על נסיבות המקרה, התייחס בית הדין גם לשעות העבודה הארוכות של הקורבן ולתנאי מגוריה.<sup>37</sup> גם בפסק דין מאוחר יותר בחן בית הדין היבטים כמו אורך יום העבודה ותנאי העבודה והמגורים כחלק מיסודות עבודת כפייה וסחר בבני אדם.<sup>38</sup> בתיקים אחרים, כולל בפסק הדין בעניין S.M., הגדיר בית הדין שורה של מאפיינים הכוללים שליטה ופיקוח, תנאי מגורים ועבודה גרועים ותשלום נמוך או היעדר תשלום, בלי להציע היררכיה בין מאפיינים אלו.<sup>39</sup>

<sup>34</sup> משרד המשפטים ו-CIMI, לעיל ה"ש 22, בעמ' 40–42.

<sup>35</sup> Operational indicators of trafficking in human beings Results from a Delphi survey implemented by the ILO and the European Commission ('Delphi Indicators', 2009); p. 4 המסמך כולל גם סממנים לגיוס במרמה ובכפייה ולניצול פגיעות בעת הגיוס או במדינת היעד.

<sup>36</sup> עניין סיליאדין, לעיל ה"ש 29, בפס' 117–129.

<sup>37</sup> שם, פס' 126

<sup>38</sup> Chowdury and Others v Greece (App No 21884/15) [2017], paras. 94-100

<sup>39</sup> J. and Others v. Austria (Application no. 58216/12) [2017], para. 104; SM v Croatia,

לעיל ה"ש 19, פס' 291.



גם הסממנים ל"עבדות מודרנית" המפורטים במדריך של משרד הפנים הבריטי, המיועד לאנשי מקצוע שתפקידם לתמוך בקורבנות או להכיר בהם כקורבנות עבדות מודרנית (במסגרת מנגנון ההפניה הלאומי, ה-NRM), אינם משקפים היררכיה בין סממנים לשליטה וסממנים לניצול.<sup>40</sup>

בהודו, ההכרה בעובדים המצויים ב"שעבוד חוב" (debt bondage או bonded labourers) התבססה דווקא על ניצולם ועל זיהוי תנאי עבודה גרועים, מאפיינים הנתפסים כאובייקטיביים וברורים יותר ממבחנים של כוח וכפייה, שלא נדרש להוכיחם.<sup>41</sup>

מהאמור לעיל עולה כי ישנו בסיס לגישה ה"פלילית", לפיה רכיב השליטה ושליטת החירות הוא הרכיב המרכזי המאפיין את העבדות והפרות דומות של זכויות אדם, ותנאי עבודה ומחיייה גרועים אינם הכרחיים. לצד זאת, מבחינת מקורות הדין הבינלאומי והמשפט המשווה עולה הצדקה לגישה של "רשימת מאפיינים" בלא היררכיה, ובלא שיהיה צורך להוכיח את כל אחד ממאפייני העבירה, לכל הפחות לצורך זיהוי קורבנות, ותוך הפרדה בין שלב הזיהוי, הדורש רף ראייתי נמוך, להחלטה בדבר נקיטת הליכים פליליים, המתבססת על רף ראייתי גבוה. במקרה הראשון, תלונה הנחזית כאמינה מספיקה; ראיות מוחשיות (כגון תנאי מגורים, תלושי שכר, החזקת הדרכון ע"י המעסיק) עשויות גם הן להספיק.

להבחנה זו יתרון מעשי נוסף שעולה מהקביעה בעניין פלוגית, כי שאלת קיומה של ראשית ראיה היא "שאלה משפטית מובהקת" שבחינתה מצדיקה "ליווי משפטי".<sup>42</sup> היסודות "שליטה ממשית ושליטת חירות" הם מונחים משפטיים שיש צורך לפרשם, וכמובן, יש מקום לביקורת שיפוטית על הפירוש והיישום שמאמצת הרשות המבצעת. הערכת קיומם של סממנים ליסודות אלו, אפילו אם היא דורשת הבנה משפטית מסוימת, היא בוודאי שאלה מורכבת פחות, ודורשת מומחיות משפטית פחותה. כלומר, גם מבחינה מעשית, יש יתרון להעדפת סממנים בשלב הזיהוי.

Home Office, 'Modern Slavery Act 2015 – Statutory Guidance for England and Wales' 40  
29-32[2020]

Prabha Kotiswaran, *Vulnerability in domestic discourses on trafficking: Lessons from* 41  
*the Indian experience*, 20 FEMINIST LEGAL STUDIES 245, 258 (2012)

פרשת פלוגית, לעיל ה"ש, פס' 60.<sup>42</sup>





עבירות שלילת חירות חמורה: בין הדין הפלילי לדין המנהלי

## ד. במקום סיכום: רחוק מהבית? המקרה הנדון והמקרה הנפוץ

בהמשך לבחינה המעשית, יש לציין סוגיה מסוימת בה דומה שפסק הדין פלונית, מושפע מנסיבות המקרה שבפניו, של חשש לסחר באזרחית ישראלית, שבוצע והושלם לפני מספר שנים, הניח כך:

“דומה שאי-הבהירות השוררת בטיפול בנושא רבה דווקא בכל הנוגע לבקשות המוגשות על-ידי אזרחי המדינה. על-פי העולה מהרקע הנורמטיבי שהוצג לעיל ומהחלטות הממשלה שהתקבלו בסוגיה, המקרה הנפוץ יותר שבו הן התמקדו, בהתאם לצרכי השעה, היה של אזרחים ואזרחיות זרים שהגיעו לארץ בנסיבות של סחר או עבדות. במקרים אלה, שבהם מבצעי העבירה לכאורה נמצאים לא פעם במדינות אחרות, מובן כי ישנו קושי ממשי לבצע בירור מצד המדינה, והיא נותרת כבולה לראיות שמציג בפניה הטוען להכרה ואף מתמודדת עם מיעוט בעדים ובעדויות למעשים”<sup>43</sup>.

מדברים אלו משתמעות מספר הנחות: ההנחה הראשונה, והנכונה, היא שהמקרה הנפוץ של סחר ועבדות פוגע בעיקר במהגרים. הנחה שנייה היא שדרך המלך לבחינת ראשית ראיה דורשת “בירור” עם מבצעי העבירה וחקירה של עדים. הנחה זו ניתנת אולי לקבל במקרים כמו עניין פלונית, שבהם יש צורך לברר נסיבות עבירה שהתרחשה לפני שנים, וכאשר לעבריינים לכאורה אין עוד שליטה על הקורבן. ביחס לתלונות עדכניות על פגיעה ממשית ומיידית יהיה קשה יותר לערוך בירור מקיף כזה בלא סיכון הקורבן, וספק אם זו ראויה להיות ברירת המחדל למבחן ראשית הראיה.

הנחה שלישית היא שבמקרה הנפוץ של מהגרים שנפלו קורבן לסחר ועבדות, העבירה לא השאירה עדויות בשטח ישראל. ישנם, ודאי, מקרים שבהם אזרחים זרים נסחרו מחוץ למדינה. דוגמה בולטת וקשה לכך היא מבקשי מקלט שנסחרו ועונו בסיני בדרכס לישראל לצורך גביית כופר מבני משפחותיהם. אולם, זה לא התרחיש שעמד בלב האיסור על סחר ועבדות, וזה לא התרחיש הרלוונטי לסחר והחזקה בתנאי עבדות של מהגרי עבודה. במקרים אלו לעבירה שותפים אזרחים השוהים בישראל: מתווכים, סוכנים ומעסיקים. מי שמוחזק בתנאי עבדות, מוחזק בישראל, והעדויות להחזקתו מצויות בגבולות המדינה. כפי שעולה ממספר הליכים ותלונות שהוגשו לאחרונה, עדויות אלו אינן משחקות תפקיד

<sup>43</sup> שם, פס' 55.



משמעותי בזיהוי קורבנות ובצעדי אכיפה, לא משום שיש "קושי ממשי לבצע בירור", אלא משום שאין ניסיון ממשי לבצע בירור.<sup>44</sup> לצד האמור לעיל בדבר ריחוקם של מבצעי עבירות סחר ועבדות מישראל, ובדבר היחס בין רכיב השליטה לשלילת החירות לתנאים גרועים או לא אנושיים, יש לקחת בחשבון שאמצעים שונים לשליטה ושלילת חירות לא מוגבלים למדינות רחוקות, ונוכעים לא רק מהתנהגות עבריינית אלא גם מהדין עצמו. כך, כאשר דיני ההגירה כובלים עובד למעסיק מסוים, כך שאם לא יעבוד אצלו, ייאבד את מעמדו ויגורש (ככילה שלפי נתוני ארגוני חברה אזרחית חלה על כ-120 אלף מהגרי עבודה ועובדים פלסטינים בישראל);<sup>45</sup> כך כאשר נהלים מחייבים מעסיקים להחזיק בידם מסמכים מזהים של עובדיהם, לפקח עליהם לאורך כל שעות היממה,<sup>46</sup> או להבטיח את יציאתם מהארץ – מחויבות היוצרת אצל המעסיק תמריץ למנוע מהעובד "לברוח". מאפייני עבירת ההחזקה בתנאי עבדות, כפי שהוגדרו בעניין פלוגי, וכוללים "שליטה במקום מגוריו של הקורבן; שימוש בכל אמצעי שהוא, אשר מטרתו לגרום לקורבן להאמין שאם יעזוב את מחזיקו, הוא או אחר ינזקו נזק חמור; ובידודו של הקורבן מסביבתו המוכרת", מתארים את המציאות היומיומית של עשרות אלפי מהגרי עבודה המבודדים מהסביבה ושלמעסיק שליטה על מקום מגוריהם – בבתיהם של מטופלים סיעודיים; במשקים חקלאיים, ובאתרי בניין – ושצפויים לנזקים כדוגמת כליאה, גירוש, עיכוב שטרי חוב, ולעתים אלימות, אם יעזבו את מעסיקיהם.

הערכה של הנסיבות המהוות שליטה ממשית ושלילת חירות חייבת לכלול גם את אמצעי השליטה ושלילת החירות האלו. כמובן, לא הכרה בקורבנות אינדיווידואליים ולא הליכים פליליים – בפרט, נדירים ומעטים – לא מספיקים כדי לשנות תנאים אלו. אולם, בדומה לקרבה המטרידה בין "נישואים מסורתיים" ובין "סחר בבני אדם", קרבה שקשה להתעלם ממנה למקרה תיאור העובדות בעניין פלוגית, הקרבה המטרידה בין תנאי ה"עבדות" לתנאים החוקיים והמקובלים בענפים משמעותיים במשק, לא נותנת מנוח.

<sup>44</sup> ראו למשל "פניה למשטרת ישראל: טיפול בעבירת סחר ועבדות נגד מהגרי עבודה" **המוקד לפליטים ולמהגרים וקו לעובד** <https://hotline.org.il/legal-3.6.2020> /action/policetrafficking

<sup>45</sup> US Department of State *Trafficking in Persons Report 2020*, [www.state.gov/wp-content/uploads/2020/06/2020-TIP-Report-Complete-062420-FINAL.pdf](http://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/06/2020-TIP-Report-Complete-062420-FINAL.pdf) p. 275

<sup>46</sup> "בקשה והתחייבות להלנת עובדים תושבי יש"ע בישראל – ענף הבניין", **משרד הבינוי והשיכון**; מתאם פעולות הממשלה בשטחים 19.3.2020 [www.gov.il/he/Departments/news/spokesman-19032020](http://www.gov.il/he/Departments/news/spokesman-19032020)