

בית משפט העליון בירושלים
בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

דנ"א 8496/17
דנ"א 8733/17

המבקשת: קו לעובד (ע"ר)

ע"י עוזד מיכל תניר מעמותת קו לעובד
וע"י עוזד אלעד כהנא / או ד"ר יובל לבנות / או ענת בן-דור מהתוכנית לזכויות פליטים
שכטובתם להמצאותם כתבי ב-דין היא:
הקליניקה לזכויות פליטים, פקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
רמת אביב, תל-אביב 69978
טל: 03-6407422 ; 054-5600536 פקס : 03-6407422 ; דוא"ל : aeladc@gmail.com

בעניין :

העותרת:

ישורט בע"מ
ע"י ב"כ עזה"ד ג. רות ו/או עזה"ד ג' גרייבסקי ו/או כ. בר-און ו/או ע. שחר ו/או א. בק ו/או שי
זגורי ושות'
משרד עזה"ד יהודה רוה ושות', רח' לינקולן 20, תל אביב 67134
טל: 03-5618558, פקס : 03-5620303

- ג ג ז -

המשיב:

1. פקיד שומה אילת
ע"י פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466272

2. ואקאנס מלונות בע"מ
3. בילאונג מלונות
4. אחים שרבט (1999)* בנייה והשקעות בע"מ
5. הרודס מלונות ספא ונופש בע"מ
6. פקיד שומה באר שבע
7. פקיד שומה תל אביב
8. שלמה סעד
9. איגוד המסעדות בישראל
10. ארגון חברות הניקיון בישראל
11. מאה אחז גויס והשמה כוח אדם בע"מ
12. כלי ניקח ג. בע"מ
13. טל רן אחזקות וניקיון (אלית) בע"מ
14. טל רן אחזקות וניקיון (2000) בע"מ
15. עומר הנדסה ובניה (1986) בע"מ
16. חברות מלון אורכידאה בע"מ
17. פקיד שומה אשקלון

בקשה להצהר להליך כמשיבה ולחילופין בידידת בית משפט

בית המשפט הנכבד מתבקש לצרף את המבקשת להליך כמשיבה, ולחילופין ידידת בית המשפט, ולאפשר לה להגיש לפניו טיעון בכתב ולהשלימו בטיעון בעל פה.

A. מבוא

ביום 12.9.17 פסק בית המשפט הנכבד, בהרכבת שלושה, בעשרה ערעורים שעסכו בתחולת סעיף 45 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חוקה להשגת יודי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הבסיסים 2003 ו-2004), תשס"ג-2002 (להלן – **חוק ההיטל**) על העתקותם של מבקשי מקלט. הסעיף האמור מטיל היטל בגובה 20% מהשכר על מעסיקו של "עובד זר", והצדדים החלכו באשר לפרשנות מונח זה ותחולתו על מי שוכאים להגנה בישראל מכוח עקרונות המשפט הבינלאומי.

על אף ששימושו של הסעיף היא ייקורה המשמעותי של העתקת עובדים אלו, העובדים עצם – הנמנים עם אחת האוכלוסיות המוחלשות בישראל – לא היו צד להליך, וקולם לא נשמע בו. בהיעדרם של מבקשי המקלט מנעה מבית המשפט התמונה המלאה העומדת ברקע של חוק החיטול, והמציאות האנושית המורכבת והקשה, המסתתרת בין קפילה של השאלה המשפטית ה"טכנית", לכארה, שהוכרעה במסגרתו. כן, בפסק-הדין בית המשפט הנכבד מצא, כי "לא הובאו לפניו נתונים או ראיות שיש בכוחם כדי לתמוך [בטענה שהhitel פוגע פגיעה בלתי מידתית ביכולתם של יוצאי אריתריאה וסודאן לפרנס עצם]" וכן כי "ממקלול טענות המערערות והGBKים לחצרך ניתן להסיק, כי השתת hitel אינה טומנת בחובה חשש ממשי לפרנסתם של העובדים". (פסקה נא לפסק-הדין). כפועל יוצא, דחה בית המשפט הנכבד את הערעורים, וקבע כי מעסיקיהם של מבקשי מקלט חייבים בתשלום ההיטל האמור.

אלא שכסף אינו נוצר יש מאין, ולסתומים שכעת חייבם המעסיקים לשלם – והוא חייבם לשלם גם בעתיד – חייב להמציא מקור. ניסיונה של המבוקשת, עמויה הפעלת להגנה על זכויותיהם של עובדים מוחלשים במקרא (ישראלים ולא-ישראלים כאחד), מלמד שהראשונים להיפגע יהיו העובדים עצם, במיוחד כאשר מדובר באוכלוסייה מוחלשת שסובלת כבר כיוון מהפרות רבות של דיני העבודה. בין שיפוטרו, בין שלא יעסקו מלכתחילה, בין שיוציאו בתנאים פוגעניים ובין שהעסקים הבלתי רוחחים מעסיקים אחרים יקרים, הורתה פסק הדין על כנו מביאה לפגיעה קשה ביכולתם של עובדים אלו לפרנס את עצם.

החזרת עובדים זרים בעקבות החלטת המבוקשת של מהגרי עבודה ברישויון, שמזומנים החלפת עובדים זרים בישראל לעזוב אותה בתום העסקתם. מעסיק המבקש מדינת ישראל היתר להזמין לישראל לעבוד זר, מסיבותיו שלו, يتבקש להפניהם גם עלויות שונות שימושה המדינה בתמורה להסטמתה להבאת העובד הזר לישראל, ולהכללו בשוק העבודה. התפיסה המונחת בסיסית הדבר היא שהעסקת מהגרי עבודה הינה הטבה הניתנת ל鞲זק ישראלי. כמובן, היא כרוכה לא רק בהיטל, אלא גם באגרה, בדמי יותר, בהפקת ערובה להבטחת מילוי חובות המעביר כלפי העובד הזר, ובחוות דעתו של שירוט התעסוקה אוזות התשלומים לעובדים (ראו פרק ג' ל**חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991**; להלן: **חוק עובדים זרים**).

ביחס לעובדים הזכאים להגנה בינלאומית, התמונה שונה: מעסיקיהם לא ביקשו מהמדינה היתר להעסקותם. לפיכך, העסקת עובדים אלה כרוכה בדמי יותר ובאגה מהמעסיקים שאינם מבקשים, וממילא אינם מקבלים, היתר להעסקת העובדים. העובדים עצם אינם יכולים לשוב לארצותיהם. הם מפרנסים בישראל בני משפחה, ומכללים את עצם, לאחר שהמעסיקים אינם מחויבים – למורת לשון **חוק עובדים זרים** – לספק להם מגורים וככללה.

עובדים אלו לא עמדו מול עני המחוקק עת חוק **חוק עובדים זרים** ואך לא עת חוק **חוק החיטול**; למעשה, העסקתם מתקיימת כולה מחוץ לתחום הפורמלי של החוק, מכוח מדינית "אי-הרחקה" עモמה שאינה

מוסדרת בנהלים, רישיונות ישיבה שאינם מוסדרים בתקנות הכנסתה לישראל, תש"ד-1974, והעסקה שאינה מוסדרת בחוק.

בנסיבות אלו, פרשנות המונח "עובד זר" בחוק ההייטל צריכה להיעשות על רקע תכלית החוק, שאינה מתקימת בנסיבות שבוחן העובד נותר בישראל וזוקק למקור פרנסה כמו העובד הישראלי. מסיבה זו, הדין הבינלאומי העניק זכויות מיוחדות למבקשי מקלט בתחום דיני העבודה, לרבותטרם ההכרה בהם כפליטים. פסק הדין התייחס אמןם לסעיפים 17(2) ו-29(1) לאמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, שמדינה ישראל חתמה עליה ואשררה אותה, ושבהתאם לה יש לפרש את החוק, אולם הוא נמנע מלבחון את פרשנותם המקובלת בעולם ובספרות, ונמנע מההילם בעניינו מושם שהנימוח שמילא העובדים לא יפגעו מדחית הערעור.

על כן, המבקשת תבקש שיוטר לה להציג החלטך, על מנת לחבטייך, שבפני בית המשפט הנכבד תוכג התמונה השלמה, הנוגעת לעובדים אלו – הן בהיבט השפעות פסק הדין על אוכלסיות העובדים הרלוונטיות, והן בהיבט הנורומיibi, שענינו פרשנות הדין הבינלאומי הרלוונטי לנושא. המבקשת מצטרפת לעמדת העוררת, כי במקרה זה נינה עם המקרים, בהם מוצדק לקים דין נוסף נוסף בהתאם לפסיקת בית המשפט הנכבד. ככל שדברים נוגעים למבקשי המקלט, מדובר בדיון בעל חשיבות עקרונית ו אף תקדים בפרשנותם אמנה הפליטים והזכויות המנוניות בה ביחס למבקשי מקלט שטרם הוכרעה בקשרם, שקייםת לגביה ספרות נרחבת בתחום.

कשיותה חשיבותה וחידושה של ההלכה (ר' סעיף 30 לחוק בתי המשפט) מצדיקים מטעם קיומן דין נוסף נוסף, ואת צירופה של המבקשת לצד החלטך: מדובר בהלכה קשה, חשובה ומחדשת, אשר מחייבת, לטעםה של המבקשת, דין נוסף. ההלכה היא קשה על שום תוצאותיה הצפויות: פיטורי עובדים מבקשי מקלט, אי העסקתם לראשונה, העברתם לעבודה לא מתועדת, וגלגול הנטול הכלכלי על כתפיים בדמות הפרות חוקי העבודה. ההלכה לתחילת, העברתם לעבודה לא מתועדת, וללמוד השכלותיה. ההלכה מחדש, לאחר שהפטרון שנבחר – זהות מלאה בין "עובד זר" של מבקשי המקלט, וללמוד השכלותיה. ההלכה מחדש, לאחר שהפטרון שנבחר – זהות מלאה בין "עובד זר" לבין מבקש מקלט, הוא פטרון חדש, אשר יש לו השכלה רחבות היקף, בשאלות התלוויות ועומדות בבית משפט נכבד זה.

ב. המבקשת

1. המבקשת, קו לעובד, היא עמותה שהוקמה בשנת 1991, ומטרתה לסייע לעובדים החלשים ביותר במשק הישראלי, בראשם מהגרות ומהגרי עבודה, מבקשי מקלט, עובדים פלסטינים ועובדים ישראלים בשכר נמוך.
2. המבקשת צברה ומוסיפה לציבור היכרות, ניסיון וМОומחות בסוגיות של העסקת מבקשי מקלט, ומחזיקה בפרשנטיבيتها רחבה על מבנה העסקות של מהגרות, מהגרים וմבקשי מקלט בשוק העבודה השני עלי בישראל. בין היתר, המבקשת מנהלת ומפעילה מערך של ייעוץ וטיפול שוטף לחבריו הקבועה שתיפגע מפסק דין מושא הבקשה, ולקבועה שcola לא נשמע במסגרת החלטך הקודם – היא קבוצת העובדים מבקשי המקלט.
3. חלק ממערך הטיפול והמידע מנהלת המבקשת קשר שוטף עם הרשות ואוסף ומתקבל מידע רב ערך, באמצעות המגע השוטף והיומיומי עם העובדים עצם. בשנת 2016 טיפול המבקשת ב-1,686 מבקשי מקלט, באופן ישיר, בקבלת קהל שבועית, ובנושאים הקשורים להעסקתם בישראל; השנה, עד כתיבת שורת אללה, בנובמבר 2017,טופלו בקבלת הקהל של המבקשת כ-400, 1 מבקשי מקלט. מרבית העובדים מבקשי המקלט הפונים למבקשת הם מאוריתראיה – כ-80% מכלל הפונים. יתר הפונים הינם ברובם מסודאן. כ-30% מתוך מבקשי המקלט הפונים ל"קו לעובד" הן נשים מבקשות מקלט, רובן מטופלות ילדים קטנים, רבות מהן חד הוריות.

הצהירה של גבי נועה קאופמן, רצות מבקשי המקלט בבקשת – מצורף ומסומן מג/1.

4. בת-המשפט השונים, לרבות בית-משפט נכבד זה, התירו לבקשת להציג להליכים שונים הנוגעים להיבטים עקרוניים בהעתקתם של מהגרים, מבקשי מקלט ופליטים בישראל, אם כמשיבה ואם כידית בית- המשפט, על-פי העניין. ר', למשל, בג"ץ 3541/03 א.זרוי חברה לעבודות הנדיות בע"מ נ' ממשלה ישראל (פסק דין מיום 17.5.2004); ע"ב 2595/01 ג'ינדר קומר נ' התאחדות המלונות בישראל (ניתן ביום 27.7.03); ע"ע 453/06 דאטקו ניקולא נ' שומרוני בע"מ (ניתן ביום 20.8.07); בג"ץ 8421/14 הסתדרות העובדים חברות כח אדם נ' משרד התקמ"ת, פורסם בנבו (ניתן ביום 24.1.08); בג"ץ 4957/07 אחיעוז ארנון ארצי של הכלנית ואח' נ' שר האוצר ואח' (7.3.17). המבקשת היא אף זו שהגישה את העתירה שבמסגרתה השתרש "הסדר אי האכיפה" למבקשי מקלט, הסדר אשר אותותו ניכרים היבט בסוגיה מושא בקשה זו (בג"ץ 6312/09 קו לעובד נ' הממשלה, ניתן ביום 16.1.11), ואליו נשוב ונתיחס להלן.

ג. צירוף המבקשת כמשיבה

5. צירוף המבקשת כמשיבה נובע באופן ישיר מאמירת בית המשפט הנכבד בפסק הדין נשוא בקשה זו, ולפיה: "אף רבים מן הטיעונים הושמעו כמו 'בשם' של העובדים, שכאמור אינםצד להליך דין, אין חולק שבבסיסם של העדויות מונחת – בראש וראשונה – אינטראס עסקית מובהק של המעררות" (פסקה מא לפסק הדין). מאמרה זו נובע הצורך בכך שקולם של העובדים יישמע, והכרח לצרף בכך שעלול להיגע מההחלטה.
6. צירוף צד שעולם להיגע כמשיב בהליך משפט עקרוני, נובע בין היתר מתקנה 24 לתקנות סדר הדין האזרחי התשמ"ד-1984, ולפיה: "בכל שלב משלבי הדיון ושאי בית המשפט או הרשות, לבקשת אחד מבוצאי הדיון או בא בקשה כזאת ובתנאים שייראו לו, לצוות על מהיקת שמו של בעל דין שגורף שלא כהלה כתובע או כתובע, או על הוספה שמו של אדם שהוא צריך לצרפו כתובע או כתובע או שנוכחותו בבית המשפט דרושה כדי לאפשר לבית המשפט לפסק ולהכריע ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה".
7. כפי שתשוב המבקשת ותטען לאורך הבקשה שלhalten, נוכחותה בהליך, כעומתה המטפלת בזכויות מבקשי מקלט בשוק העבודה, תסייע לבית המשפט להכריע בבקשת תוך ראיית מכלול התמונה, אשר לא עדמה בפניו של בית המשפט הנכבד בהליך מושא בקשה זו, באשר השלכותיה של ההכרעה בהליך דין הינו הרות-גורל לעובדים מבקשי המקלט, וצפויות להחריף את נתינותום בשוק העבודה, את כושר המיקוח הנמור ממילא שלהם מול מעסיקיהם, ולהוביל בהכרח לפגיעה אנושה בזכויותיהם ואף לפיטוריהם.
8. צוין, כי בהליכים אחרים הנוגעים לבקשת מקלט, צירף בית משפט נכבד זה כמשיבים נוספים בהתאם לתקנה דין, ועל בסיס הטענה כי צירופם יועיל לבית המשפט הנכבד לפסק ביעילות ובשלמות בכל השאלות הכרוכות בתובענה. כך, למשל, צורפו לאחרונה ארבעים תושבי דרום תל אביב ועמותת איתן – מדיניות הגירה הישראלית, לבג"ץ 2293/17 גרשגור ואח' נ' הכנסת ואח', העוסק בNICIO 20% משבטים של מבקשי מקלט לקרן ניהול המדינה, עד למועד יציאתם לישראל.

9. ויוער, כי המבקשת עצמה צורפה בעבר כמשיבה לעתירות שנגעו למהגרי עבודה, בתוכן למשך בן"ץ 2385/09 הסתדרות העובדים הלאומי ואח' נ' ממשלה ישראל ואח' – הליך שעסק בהבאת מהגרי עבודה בענף הבניין בעזרת חברות ביצוע זרות; שם צורפה המבקשת על בסיס הידע שצברה במהלך 27 שנים פעילות עם מהגרי עבודה, אשר על פי עדמתה היו עולמים להיגע כתוצאה מההסדר חנטקף בעתירה, ותרף העבודה שהסתדרויות היו צד להליך. כן צורפה המבקשת ב"צד נדרש" בהתאם לתקנה 18(א) לתקנות בית הדין לעובדה (סדרי דין), תשנ"ב-1991, להליך בבית הדין הארצי לעובדה, סב"א 14-12-22467 הסתדרות

העובדים הלאומית נ' הממונה על יחסיו העבודה ואח', אשר עסק בהחלטת הממונה על יחסיו העבודה במשרד התמ"ת דואז, שלא לרשות הסכם קיבוצי בתחום הניקון על שום גירועו מזכויות עובדי הקבלן. גם במקרה 11/1893 הארגון הארץ של מפעלי השמירה והבטחה בישראל נ' בית הדין הארץ לעובדה (מיום 30.8.2015) צורפה המבקשת כמשיבה להליך בו נקבע כי החירג המגביל את האפשרות להגיש תובענות יצוגיות בדייני עבודה במקורה של "תביעה של עובד שחיל עליו הסכם קיבוצי המגדיר את תנאי עבודתו, והמעסיק של אותו עובד או ארגון מעבידים שהוא חבר בו,צד להסכם הקיבוצי" – אינו חל בנסיבות שבוחן העובדים מזינה את חובתו לייצג עובדים שזכויותיהם מופרות. ובעניין אחר בתחום תובענות יצוגיות בדייני עבודה צורפה המבקשת שוב כמשיבה: בג"ץ 106/16 אלכסנדר קוזק נ' גי' פור אס פתרונות אבטחה בע"מ (מיום 12.7.2016). גם בג"ץ 1834/09 דורון יהוה נ' משרד הפנים (מיום 25.6.2012) שענינו נוהל הוועדה מוקדמת שעניינו מתן הודעה מוקדמת לפני התפטרות עובד סייעוד, צורפה המבקשת כמשיבה בהליך.

ד. לחופין: צירוף המבקשת כידיך בית המשפט

10. לחופין, מבקשת המבקשת להציג במעמד ידיתך בבית המשפט. כאשר מתעוררת במסגרת הליך סוגיה עקרונית, שהשלכותיה תורגמו מן המקורה הפרטני הנדון, עשוי גורם שלילי בעל ידע או מומחיות רלוונטיות לתרום לגיבוש ההלכה באמצעות הצגת ידע מתוך מומחיותו. אפשרות הצירוף הוכרה לראשונה בענין מ"ח 7929/96 אחמד כוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529. באותו עניין קבע הנשיא ברק (עמ' 553), כי:

באוטם המקרים בהם קיים גורם שלילי – שאינו מעורב בסכסוך עצמו – ניתן יהיה לצרפו כ"ידיך בית המשפט", אם **יהא בנסיבותיו בהליך בכדי לתרום לגיבושה של ההלכה בעניין מסוים**, זאת על יסוד הצגת מלא העמדות הרלבנטיות בעניין הנדון ותוך מתן ייצוג ופתחו פה ודעתם לגופים מייצגים ומקצועיים.

11. מאז ניתנה, יושמה החלטת כוזלי במספר רב של מקרים ובקשר הליכים בערכאות שונות והדברים ידועים. לעניין צירופם של ידידי בית משפט בעניינים עקרוניים, ראו למשל דוגמת צירופה של המבקשת בתיק בג"ץ 1119/01 אולגה זריצקייה נ' משרד הפנים (לא פורסם; החלטה מיום 15.4.01); צירוף ארנון "בזוכות" במסגרת בג"ץ 2531/05 "החלמה ונופש" ניהול ושירותים נתניה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (לא פורסם; החלטה מיום 26.6.05); צירוף המועצה לשולם ולביטחו במסגרת בג"ץ 2056/04 מועצת הכלכלן ביטוח לאומי נ' ממשלה ישראלי, פ"ד נח(5) 807, 824 – 826; צירוף יידי בית משפט בעניין בג"ץ 746/07 נעמי בית סוריק נ' ממשלה ישראלי, פ"ד נח(5) 5.1.11; ר' גם בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' משרד הפנים רגן ואח' נ' משרד התעשייה והמסחר (פסק הדין מיום 25.12.06); עת"מ 1464/07 פרח השקד בע"מ נ' עיריית בת-ים (החלטה מיום 9.7.07) ; וכן החלטה מיום 11152/04 פרדו נ' מגדל חקרה לביטוח בע"מ (החלטה מיום 4.4.05), ע"א 9165/02 בהליך אזרחים, ע"א 3415/00 נעמת – כל חברת לביטוח בע"מ (החלטה מיום 11.9.01), ע"ל פ"יעazo 508, 519 (2001), בש"א 1233/01 אוריאלי – עיריית הרצליה, 1245/00 דיוויס – המוסד לביטוח לאומי (פסק דין מיום 3.11.05).

12. ואכן, בתיק המשפט נכוונים לאפשר במקרים המתאימים את צירופם של ידידי בית המשפט, אם הידע המצו依 בתחום מומחיותם עשוי לסייע להכרעה במקרה הנדון באופן עיל ושם (ר' עוד בעניין זה: מיכל אהרון, "הידיך האמריקני – קווים לדמותו של Curiae Amicus" (ידיך בית המשפט) "המשפט" (תשס"ה) 255).

Israel Doron & Manal Totry-Jurban, "Too Little, Too Late? An American Amicus In An Israeli Court" 19 Temple (Int'l. & Comp.) L. J. 105 (2005)

13. השיקולים המצדדים ב裁判ו של ידי בית משפט ניכרים גם במקרה הנובי. החלטה בעניין קשורה בקשר ליתוק מזכויותיהם של העובדים, אשר לא היו צד היליכים. המבקשת סבורה כי ראוי לשם גם את קולם של העובדים המושפעים מהפסיקת האמורה. זאת ועוד: מזובר בעובדים שזכהים להגנות בינלאומיות יהודיות מכח הדיון הבינלאומי, לרבות בתחום משפט העובدة – סוגיה משפטית מובהקת, שלմבקשת יש ניסיון ומומחיות בנושא מתוקף פעילותה, שיכל לתרום ליבון הסוגיה.
14. יזכיר עוד, כי המבקשת צורפה לעשרות היליכים במעמד של ידידת בית הדין הארץ והאזור לעובודה (וראו בין היתר: עע (ארצ) 374-09 יוסף מימוני זיל נ' Manju Khadka מיום 28.6.2011 ; עע (ארצ) 47576-10-10-47576 איסקב ענבר נ' מדינת ישראל - הממונה על חוק עבודה נשים ואחר' מיום 8.2.2011 ; עע (ארצ) 7541-04-14-12 אריה זטמן זיל נ' ולנטינה פטרוב מיום 7.7.2016 ; עסק (ארצ) 15.3.2017 ; עע (ארצ) 453-06-46536 דאטקו נ' שומרוני בעמ' מיום 20.8.2017 ; ברע (ארצ) 16-09-46536 בן בטחון (1989) בעמ' נ' גיא אורטל מיום 14.11.2016 ; ועוד רבים אחרים).
15. צירוף המבקשת אינו צפוי להכביר על הדיון המשפטי. ראשית, המבקשת חפזה לחצטרף כידית בית המשפט אך לצורך צירוף חוות דעת מטעמה, ועל מנת לטען לעניינים שבוחות הדעת בלבד. מעבר לכך, מעמדה ומידת מעורבותה של המבקשת בהליך יקבעו על ידי בית המשפט, כפי שיראה לנוכן.
16. בנוסף, הבקשה מוגשת בשלב מוקדם, על מנת שלא ייגרם נזק למי מהצדדים או יעכוב בחתימות הדיון.

ה. אוכלוסיות העובדים הרלוונטיות

17. תחילתה נבקש לעמוד בקצרה על מאפייניה הייחודיים של אוכלוסיות העובדים שבה עסקינו. לקבוצה זו שלושה מאפיינים ייחודיים: **ראשית**, בניגוד למהגרי עבודה, עובדים אלו אינם יכולים לשוב לארכט ולבצע, ההכרה ברבים מהם כפליטים בעלי מעמד "תושב ארעי" מתחכמת בשל מחדלי המדינה); **שנייה**, בניגוד לתושבים ישראלים, עובדים אלו אינם לסייע כלשהו מהמדינה וקיים תלוים בזרים; **שלישית**, בניגוד לאלו ולאלו, העסkontם הופכת להיות, בשל עמדות המדינה, מצויה בתחום אפור, מעין למבו בעולם דיני העבודה, המאפשר לפגוע בהם יתר קלות.

I. מעמדם המשפטי של מבקשי מקלט

18. העובדים מושא הדיון אינם אזרחי ישראל, רובם אזרחי אריתריאה או סודן. הם מצויים בישראל כדין, חלקם ל升华 מעשור, כשהם מחזיקים ברישיונות ישיבה מתחדשים. בניגוד לאזרחים זרים אחרים, מדובר בני שאים יכולים לשוב לארכט ונכח הפרות זכויות האדם המתחוללות בהן (ור' סעיף 6 לפסק דין) של השופטת ארבל בג"ץ 12/1467 אדם נ' הכנסת, ניתן ביום 24.9.13). על قولם חל עקרון אי-ההתזרה המנהגי, האוסר לגרשם למקום בו צפויים להם סכנה (ר' סעיף 8 לפסק דין של השופטת ארבל בג"ץ אדם וכן סעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשיהם אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים). לעומת זו היא גם העומדת בבסיס המדיניות הכללית של המשيبة שלא לגרש את אותם אנשים לארצותיהם (ר' ע"מ 11/8908 אספו נ' משרד הפנים, ניתן ביום 17.7.12).

19. לצד הגנה זו, רבים מאזרחי מדינות אלו זוכים למעמד פליט מכוח האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 והפרוטוקול הנלווה dara משנת 1967, מדינת ישראל חתמה עליהם ואשררה אותם. לפי נתוני נציגות

האו"ם לפליטים לשנת 2015 (הנתונים האחרונים שפורסמו, בספטמבר 2017), אחוז ההכרה העולמי באזרחי אריתריאה כפליטים עמד על 75.5% ובאזורתי סודן על 65.5%.¹

בישראל, אחוז ההכרה באנשיים אלו הוא פחות מ-1%, פער לא פרופורציונלי ביחס למקובל בעולם. בהקשר זה כתבה כב' השופטת חיות בסעיף 4 לפסק דין בג"ץ 8665/14 **דسطה נ' הכנסתת**, ניתן ביום

– 11.8.2015, כי –

”... נתון זה מעמיד את שיעור בקשות המקלט שאושרו בישראל בתקופה הנ"ל לנתני סודן ואריתריאה על כ-0.9%. אס משווים את הנתון האמור לשיעור בקשות המקלט של נתינים אלה שאושרו בעולם, **יש בהשוואה זו היא כשלעצמה כדי לעורר סימני שאלה באשר לאומן שבזנה המדינה בקשות אלה ומברעה בהן, בבריותת סוף הדבר מעיד על תחילהו**” (ההדגשה הוספה).

רי' גם סעיף 13 לפסק דין של כבוד השופט מלצר בפרשת **דسطה**; וסעיף 35 לפסק דין של כבוד השופט פוגלמן בג"ץ 7385/13 **איתן – מדיניות הגירה הישראלית נ' ממשלת ישראל**, ניתן ביום, 22.9.2014.

בבסיס פער זה עמודים: מדיניות משרד הפנים שלא לאפשר הגשת בקשה מקלט עד שנת 2012-2013 לערך, והסתרת שינוי מדיניות זה מהאוכלוסייה בשנת זו – התנהלות שהוכרה כפוגמה בפסק הדין העקרוני שנitin בערך (ת"א) 16-1279 א.ג. נ' **משרד הפנים** ביום 6.11.16; עיכובים מכוכבים, לעתים אף במוחדר, מהכרעה בבקשת מקלט התלויה ועומדות תקופות ארוכות (חקלא נזונים ביום ג'uge'z 4630/17 טgal נ' שר הפנים), שכבוד השופט מלצר עמד עליהם כייאוזלת יד מדהימה, אם לא רשלנות מכוכבת" (סעיף 12 לפסק דינו בפרשת **דسطה**); וחוזת דעת משפטית שעלה בסיסה נדחו באופן סיטוני בבקשת מקלט של אזרח דינו בפרשת **דسطה**; שנפסלה בידי בית הדין לעירדים (ערר (י-ס) 14-1010 מסגנה נ' **משרד הפנים**, ניתן ביום 4.9.2016) וחדונו בה החוזר לבית הדין בחודש ינואר 2017 עקב ערעור מנהלי (עמ"נ 32641-10-16 **מדינת ישראל נ' פלוני**) על מנת לדzon בשאלות שבית הדין לא דין בהו (ההילך ממתיין לפסק דין).

בנסיבות אלה, נציגות האו"ם לפליטים חייתה דעתה בשנת 2017, כי אזרח אריתריאה וסודן שבישראל הם ככל הפחות במעמד של *Refugee-like situation*. נציגות האו"ם, שבית משפט נכבד זה כבר עמד על מקצועיותה (ר' למשל עמ"מ 5107/08 פלוני נ' שר הפנים, ניתן ביום 5.5.09), ושמדיinet ישראל מחויבת בשיתוף פעולה עימה (סעיף 35 לאמנת הפליטים), עמדה על כך שנוכח הפרות זכויות האדם באրיתריאה ובסודן, ניתן לשער שתחלק גדול מאזרחי מדיניות אלו אינם יכולים לשוב נכוון להיום למדיinetם; וכי עובדה זו הוכרה בידי מדינית ישראל. הנציגות מסבירה כי אי-הגשת בקשה מקלט על ידי אותם אנשים, אינה מסקפת בהכרח היעדר עילה למקלט, אלא היעדר מידע יכולות היכולת והצורך לפנות בבקשת פרטניתabis לב לשינוי מדיניות המשיב 2 בעניין בשנת 2013; להיעדר אמון במערכת המקלט; ולהיעדר זכויות הנובעות מהגשת בקשה למקלט. עוד עומדת הנציגות על כך, שישעור ההכרה בישראל בפליטים עומד על פחות מ-1%; כי רוב בקשות המקלט של אזרח אריתריאה נדחות על בסיס עמדה משפטית לפיה עיריקה מהצבעה האריתראי אינה עילה למקלט, וכי רוב בקשות המקלט של אזרח סודן מדרפו, הnilos הכלול ואזרע קורזופן אין מוכראות כלל. לבסוף מצבעה הנציגות על כך בשל העובדה שרוב מבקשי המקלט זכאים להגנה לפי סעיף 1 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים; ומאחר שהגדרת הפליט היא קונסטיטוטיבית וההכרה בהיות אדם פליט היא דקלקטטיבית בלבד; הנציגות רואה בהם אמורים אנשיים כמו שמצוים תחת המנדט שלה, בהיותם במצב דמוי-פליטות ("refugee-like situation"). **הנציגות מוסיפה עוד, כי הדבר נכון במיוחד**

בקשר הישראלי, נוכח בשליה של מערכת המקלט הישראלית. כפי שמהירה הנזכרת בסעיף 4 לחווות דעתה (ההדגשה הוספה):

"Furthermore, applications for asylum filed by Eritrean and Sudanese "infiltrators" are not processed fairly and effectively".

חוות דעת נציבות האו"ם לפליטים מנובמבר 2017 מצורפת ומוסומנת מבחן 2.

II. עוני והדרה מערכות תמייה ותלות מוחלטת בצרפת. מקור לסייע

22. אוכלוסיית העובדים הרלוונטיית היא אחת האוכלוסיות החולשות ביותר בישראל, שמודרת מכל מקור תעסוקה וסיוע סוציאלי אפשרי. מבקשי מקלט אינם יכולים לביטוח בריאות ממלכתי, נוכח העובדה שחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, חל על תושבים ארעיים (מעמד א/5 לפי תקנות הכניסה לישראל), תושבי קבוע או אזרחי המדינה, ומבקשי המקלט – גם אם הם שוויים שניים או יותר בישראל – אינם מוגדרים "תושבים" לפי חוק זה. מבקשי המקלט תלויים במידה רבה במערכות, על מנת שלאו ירכשו עבורים ביטוח רפואי. מבקשי מקלט רבים מחזיקים בחובות לבתי החולים ולמרפאות, בהיעדר כסוי רפואי להוצאותיהם, ומאחר שהם טיפול רפואיים לפחות בחוללה, תשנ"ו-1996, אינו פטור את המטופל מתשולם למוסד הרפואי בו טיפול. מבקר המדינה עמד על כך בעמוד 111 לדוח הביקורת השנתי לשנת 2014 (64), בפרק "זרים שאינם בני הרוחקה בישראל":

"מצאי הביקורת בדבר תוכנות הטיפול הרפואי החסר בקהילה מלמדים שאם מעצבו של זר אינו מוגדר כמצב חירום, ולאחר מכן הוא נפצע באורח קשה או שהוא לוקה במחללה קשה, מערכת הבריאות מעניקה לו טיפול רפואי חסר וחלקי ... עליה חשש ממשי כי מתן גישה מצומצמת לשירותי בריאות לזרים שאינם בני הרוחקה, הסובלים ממחלות נשא או מחלות כרוניות מסויימות, ולעתים אף לזרים חזקוקים לשיקום ושיעוד, כמפורט במצאי הביקורת, אינו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שפורש בפסקת בית המשפט העליון ועם תנאי האמנה בדבר זכויות חברתיות".

דו"ח מבקר המדינה 64 מפורסם בכתבota:

http://www.mevaker.gov.il/he/Reports/Report_248/af07752c-7845-4f1d-ae97-23c45c702624/102-ver-5.pdf

23. בנוסף, מבקשי מקלט אינם מובהחים מרבית הזמן הלאומי, לאחר שהם חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ו-1995, חל ברובו המכريع רק על בעלי רישון ישיבה של "תושב ארעי" (א/5), תושבי קבע ואזרחי המדינה. הם אינם מקבלים סיוע בדיור ממשרד הבינוי והשיכון, אינם זכאים לקבל שירותים משלכות הרווחה העירונית, ולמעשה, כמעט לאינם מקבלים תמייה כלשהי מהמדינה. מדובר באוכלוסייה חלשה, שרבם מבניה ובונתייה חוות טרומטיות במדינות מוצאים או בדרך לישראל, ויש להם צרכים סוציאליים ייחודיים, שאינם זכירים למענה מצד המשיבים. במקרה אלה, נגעת מAMILIA – עוד לפני החסדר דנא – זכורות לקיום בכבוד. גם על היבט זה עמד דו"ח מבקר המדינה 64:

"דו"ח זה מעורר במקרים שונים ספק אם פעולות הממשלה בכל הנוגע להבטחת מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לנזקקים ולהלשים מבין הזרים להתקיים בחברה, עלות בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שפורש בפסקת בית המשפט העליון, עם הדין הבין-לאומי. ספק זה מתעורר בעיקר בוגע במספר תחומים: הגישה המצוצמת שנינתנה לקבוצות חוליס מסויימות לשירותי בריאות; השלכות יישומה של מדיניות משרד הרווחה בקשר לקבוצות מסוימות של זרים נזקקים; וכיולתם של החלשים והנזקקים מבין הזרים להיות מוגנים מרעב ולהתקיים קיום בסיסי בכבוד" (עמ' 67 לדוח).

וכן, בעמוד 118 לדוח:

"עליה חשש ממש כי המענה הינו לקבוצות חלשות ופניות אלו כתוצאה מיישום המדיניות האמורה אינו עומד בהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו מבטיח שמיירה מפגיעה בגופו או בכבודו של הנמנה עם קבוצות אלו, ואינו שומר של זכויות לביטחון סוציאלי בסיסי. כמו כן קיים חשש כי המענה הינו לקבוצות אלה אינו עומד גם בהוראות האמנה בדבר זכויות חברתיות...."

24. דוח מבחן המדינה עמד גם על כך, שהזונה זו כמעט בכל תחום סוציאלי, מביאה לתלות מוחלטת של

מבקשי המקלט בעבודה במקור קיום יחידי:

"הבטחת תנאי מחייה בסיסיים של זרים שאינם בר הרכחה השווים בארץ מותנית, על פי רוב, ביכולתם לעבוד ולהתפרנס משכר העבודה. תלותם ביכולת לעבוד ולהתפרנס מתעצמת לנוכח זכאותם המוצמצמת לשירותים סוציאליים" (עמ' 102 לדוח).

III. דחיקה לשוק העבודה אפור

25. ההסדרים הנוגעים להעסקת מבקשי המקלט בישראל סובלים מזה שנים מאנומליה, הפוגעת אנושות בזכויותיהם של מבקשי המקלט ומשמשת עוגן לעוד ועוד הסדרים מפלים ומקפחים: רישיונות היישבה שלהם, המכונים "מסוג 2(א)(5) לחוק", אינם מוסדרים כלל בתקנות הכנסתה לישראל, תשל"ד-1974; זכויותיהם מכוח אותה "מדיניות אי הרחקה" מעולמים לא הוגדרו בדבר תקיקה, תקנה או נוהל, חרף ביקורת בית המשפט הנכבד (ר' למשל פסק דין של כבוד השופט חיות בפרשא אספו); והעסקתם נעשית מצד בית המשפט פטרון חוץ-משפטיא של "אי אכיפה", שהוזג במקור בשנת 2010 בפרטן זמני לחצי שנה בלבד (בג"ץ מסגרת פטרון חוץ-משפטיא של "אי אכיפה", שהוזג במקור בשנת 2010 בפרטן זמני לחצי שנה בלבד (בג"ץ 10/12631 קו לעובד נ' הממשלה, ניתן ביום 11.1.16; השוו לעניין זה פסק דין של כבוד השופט חיות בפרשא אדם).

26. "מדיניות אי אכיפה" נועדה להיות מדיניות זמנית, וכזו נמצאה סבירה לשעתה. ואולם, כדרךם של הסדרים "לשעה", הסדר זה הפק לנבדק קבוע במדיניות המדינה לפני מבקשי מקלט. האנומליה האינרנטית שבסדר – אונומליה שבמסגרתה לעובדים אסור לעבוד, אך למעסיקים מותר להעסיק – היפה למאפיין קבוע של שוק העבודה של מבקשות ומבקשי המקלט (כמו גם על שלטון החוק). בנסיבות מדיניות אי-האכיפה, השילוק על אוכלוסייה מבקשות ומבקשי המקלט (כמו גם על שלטון החוק). בנסיבות מדיניות אי-האכיפה, התפתח שוק העבודה אפור לבקשתו ומבקשי מקלט; שוק מצומצם ופוגעני, שרובו ככלו עבותות דחק בשוק העבודה השני שבעצמו שוכר ותנאים נחותים במידה משמעותית מתנאי המינימום הקבועים בחוק המגן. על הביעות שיוצר הסדר אי-האכיפה שאושר בבית-משפט נקבע זה עמד מבחן המדינה בדוח האמור, בסעיף 2 לחלק העוסק ב"מגבילות על העסקת זרים" (עמ' 99 לדוח), בו נכתב כי:

"מנקודת ראותו של מעסיק בכוח, הסדר אי-האכיפה שעליו התתיכבה המדינה לבג"ץ הוא עמוס ובלתי מובן."

ובעמ' 101 לדוח נכתב:

"הסדר זה, אשר טומן בחובו סתייה, מישם, כאמור, כבר כמה שנים... באופן המערים מגוון קשיים... לדעת משרד מבחן המדינה, הייתה שהסדר אי-האכיפה נועד לאפשר לזרים שאינם בני הרחקה להתפרנס ולקיים את עצם בכבוד, הרי נקיטת בפועלות שיש בבחן כדי לפגוע במימוש ההסדר עלול[ה] להוביל לפגיעה ביכולת של זרים רבים לעבוד, להתפרנס ולספק את צורכיים הבסיסיים".

27. על תמונה המצב בשוק העבודה, לרבות גובה השכר של מבקשי המקלט והענפים בהם הם מועסקים, יכולים ללמוד הנתונים של המבוקשת, בדבר 1,686 מבקשי המקלט אשר הגיעו אליה בשנת 2016. מתוך קבוצת עובדים זו, המייצגת, לטעםה של המבוקשת, את קבוצת העובדים בה עסקינו, העסקו שליש בעבודות

ኒκיון אצל חברות קובלן המספקות שירותים ניקיון. ההפרה השיטותית של זכויות עובדים המועסקים בהעסקה מושלת (דיהינו, באמצעות חברות קובלן), כמו גם העבודה כי מדובר בתבנית העסקה פוגעתה להשלכותיה על העובדים קשות, נדונה במאמרים אקדמיים, בתקורת, בכנסות וב齊bor הירושלמי החל מסוף שנות התשעים, ובאופן גובר וחולך לאורך השנים (מאמר היסוד בתחום, בתחילת העשור השני בישראל, "מתמקרים" החוצה: *העסקת עובדים על ידי קבנלי כוח אדם*, *שנתון משפט העבודה* 1999; וראו לאחר מכן בין היתר: גיא דיזוב, *העסקה עקיפה*, *עבודה חברה ומשפט* ייב 191 (2010)). יתר העובדים מבקשי המקלט אשר פנו לעמותה במהלך 2016, הועסקו גם הם בעבודות כפויים ובשכר שאינו גבוה, לרוב, משכר המינימום: עבודה במסעדות בשוטפי כלים; עבודה במלאנות בנייקיון ואחזקה; עבודה בתתי אבות בסיעוד ובנייקיון; ועובדות כפויים בענף הבניין. כל העובדים שהגיעו לבקשתה בשנת 2016 ובשנת 2017 סבלו מהפרות שנותן בזכויות הקונגרס על פי דין העבודה: הלנת השכר הינה מחזה נפוץ, כמו גם אי תשלום עבור שעות נוספות, מניעת חופשה שניית, אי תשלום דמי הבראה, ועוד (וראו תצהירה של גבי נועה קאופמן, שצורף כמב/1 לעיל).

דברים אלה נקבעו גם בדו"ח מבקר המדינה 64ג לעניין זה. בעמ' 101, נמצא כי רבים ממקשי המקלט וה"מוגנים זמינים" מועסקים מחוץ לתהום תקיקת המגן:

"זהורים מוחשיים תעסוקה כאשר הם בעמדת נתיבות של ממש בשל מצבם החברתי-כלכלי, קשיי השפה וرتיעתם של ממעסיקים מהעסקתם, כמפורט לעיל. בסיבות אלה גדרה הסבירות לדפוסי העסקה פוגעניים. וכן, מדברים שאמרה הממונה על זכויות עובדים זרים במשרד הכלכלה (או בשמו דאז, משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה) בכנסת בינואר 2012 עולה שככל הזרים בישראל אינם מועסקים על פי חוק העבודה".

ובעמ' 102 לדו"ח, נכתב אודות השלכות הסדר אי-האכיפה על מצבם של אוטם אנשים:

"קיים חשש כי ביחסם להסדר האמור, על מגבלותיו, באופן מתmeshך ולאורך שנים, יש כדי להוביל לפגיעהVIC ביכולתם של חלקל מהזרים ליהנות מביטחון סוציאלי ורמת חיים נאותה, לרבות מזון, לבוש ודירות נאותים, כדיישת האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות חברתיות. במקרה הקים נפגעת, במקרים מסוימים, יכולתם של זרים להיות מוגנים מודע ולהתקיים קיום בסיסי בקבוד".

תמונה המכוב של העסקת מבקשי המקלט בישראל בשוק העבודה השני, עולה אף מסקירה קצרה של פסיקת בית הדין האזרחיים לעובדה בעניינים. שבעים פסקי דין ניתנו בעניינים של מבקשי מקלט בשנת 2016, בבית הדין האזרחיים לעובדה. בכללם, לא יוצא מן הכלל ממש, היהת התביעה אך ורק לסל זכויות המגן המינימליות: תשלום שעות נוספות, פיצויי פיטורים, שכר מינימום, דמי הבראה ופידיון חופשה שניית. במרבית המקרים, אם לא בכללם, נפסק כי אכן הופרו הזכויות הקונגרסיות החלות על פי חוק העבודה. אשר בתחום העיסוק של מבקשי המקלט וגובה השכר המשולם להם, מסקירה זו של הפסיקה בבית הדין האזרחיים בשנת 2016, עולה כי על פי רוב השכר ששולם היה שכר המינימום או אך מעט למעלה מכך; כי המקטעות והענפים בהם הועסקו העובדים הם ניקיון, כוח אדם, בניין, מסעדות (בעיקר בשטיפת כלים ועובדות מטבח). עוד עולה מהפסיקה, כי מעמדם הולט בערפל של מבקשי המקלט, משמש עבור מעסיקים רבים הצדקה להסדרים מפלים ומתקחים ממילא, ולא אחת נתלים מעסיקים במעמד העומס, כדי להוכיח הפרת זכויות כונגרסיות. בלפחות עשרה מקרים מבין פסקי הדין שניתנו בבית הדין האזרחיים בשנת 2016, טענו המעסיקים כי לא חלה עלייהם החובה להפריש לקרן פנסיה למבקשי מקלט, ואך לא עליהם החובה לשפות עובדים אשר לא הופרשו בגין כספים אלה. בית הדין הארץ דחה טענה זו, בבר"ע (ארצי) 15-15-06-36959 מושאל בעדאללה נ' טרנון אחזקות ונקיון (2000) בע"מ, מיום 15.7.2015, אולם מעסיקים שבים ומעלים אותה לפני בית הדין האזרחיים (וראו, בין היתר, סע' 13-10-57278 מעתיקים

Abrha Debesai נ' ישיבת מעיון החלטה ; מיום 28.6.2016. לפחות במקרה אחד טענו מעסיקים כי לא חלה עליהם חובה לעורוך למקשי מקלט ביטוח רפואי בשל מעמדם כמקשי מקלט (וארו תפ (ת"א) - 50962-12-13 מדינת ישראל נ' אר אנד אם שירוטי נקיון ואחזקה בע"מ ; מיום 5.7.2016). במקרה נוסף נתקבלה בקשה לאישור תובענה יציגות של מקשי מקלט בענף התקלאות, אשר מעסיקם ניכה מScarom הוצאה בגין מגורים הגבוהות מהמותר בתקנות עובדים זרים (איסור העסקה שלא כדין והבטחת תנאים הוגנים) (מגורים חולמים), התש"ס-2000, והכל תוך ששיכון אותם במגורים בלתי חולמים ביגוד לתקנות אלה (תצל (ת"א) 12-09-2016 מוחמד אדמס גו נ' משק קלוסקי בע"מ, מיום 15.5.2016) ; עניין בו עמד בית הדין (ת"א) 27708-2016 מוחמד אדמס גו נ' משק קלוסקי בע"מ, מיום 15.5.2016) ; עניין בו עמד בית הדין האזרוי אף על מוחלשותה הכלכלית והחברתית של קבוצת העובדים ממקשי המקלט, ועל עמיימות מעמדם בישראל אשר משפיעה לרעה על הזכיות בעבודה (ראו בפסקה 31 להחלטה דנא). במקרה אחר, טען כי מבקשי מקלט שהם עובדי חברות כוח אדם, אינם זכאים להיקלט להעסקה ישירה כעבור 9 חודשים, כפי שモורה סעיף 12א לחוק העסקת עובדים בידי קבלי כוח אדם, התשנ"ו-1996. גם כאן, נחתה הטענה, תוך שבית הדין האזרוי קבע כי הדרת מבקשי מקלט מתחוללת החוק אינה שוויונית (סעש (ת"א) 13-04-2016 15561-04-13 Tsaada Towelde נ' א. ב. וקטורי חברה לניהול ואחזקות בע"מ, מיום 10.4.2016).

לא ניתן להתעלם גם מהשפעתו של מתיקן השהייה "חולות" על שוק העבודה של מבקשי המקלט. לאחר שחרורם מ"חולות", בתום 12 חודשים, שביס העובדים לשוק העבודה, אולם עליהם להתחיל מחדש: הוטק מאופס, הניסיון נקטע, ואלפי אנשים שעבדו לעיתים שנים ארוכות במקום אחד, מוצאים עצם שוב העובדים חדשים בשכר נמוך ללא וותק. עוד יצוין, כי רשות האוכלוסין וההגירה מונעת ממבקשי המקלט שעשו במתיקן "חולות", לשוב ולעבוד בתל אביב ובאיילת לאחר שחרורם, ובכך מגבילה ומצרה עוד את שוק העבודה המצוומצם שלהם על מדיניות זו הזכהיה רשות האוכלוסין וההגירה בדו"ח שנתי על פי חוק תופש המידע לשנת 2015, ראו עמי 38 לדו"ת²).

בנוסף נבקש להזכיר כי ברקע עומדת גם חובת ניכוי בסך 20% משכרים של מבקשי מקלט שנכנסו לישראל דרך מעבר גבול לא מוסדר, לצד הפרשה בגובה 16% מגובה השכר כיס המעסיק (הסדר אשר נחקק במסגרת סעיף 4 לחוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חוקה והוראות שעה), התשע"ה-2014 ; עתירה לבג"ץ שהמבקשת צד לה, בנוגע לחוקתיות הסעיף, תליה ועומדת, ותידון ביום 5.12.2017 בפני הרכב מורחב – בג"ץ 2293 גרשAGER ואח' נ' הכנסת ואח'). הטרפוונו של ההיטל בגובה 20% לתקן זה, על הנסיבות הרוחבות של מכלול הצדדים גם יחד, עמדו בפני השופטים בפסק הדין מושא בקשה זו, שעה שכבוד השופט שוחם העיר אודוטהיהם כך : "אין להתעלם מהחשש כי היטל יוביל בסופו של דבר לפגיעה בעובדים הזרים בשני היבטים עיקריים : האחד, כי ההיטל יגולגל, בדרך זו או אחרת, כלו העובדים הזרים, בדגש על יוצאי אריתריאה וסודן, שוק העבודה בישראל....לא בצד ציינתי בדיון ב坌"ץ 17/2293 נ' קיים חשש שמדובר בניסיון, מכוון או בלתי מכוון, לדוחק את העובדים יוצאי אריתריאה וסודן משוק העבודה הישראלי, הצד הכוונה המוצהרת להביא ליציאתם מהארץ, במועד מוקדם ככל האפשר".

² https://www.gov.il/BlobFolder/reports/2015_foi_report/he/%D7%93%D7%95%D7%97%20%D7%97%D7%95%D7%A7%20%D7%97%D7%95%D7%A4%D7%A9%20%D7%94%D7%9E%D7%99%D7%93%D7%A2%20-%D20%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%99%202016_0.pdf

ו. השפעת ההייטל על העסקות מבקשי מקלט

32. ניסיונה של המבוקשת מלמד כי סופו של הייטל בגובה 20% מהמעסיק לפגוע בעובדים, וכי הנחת המוצא העובדתית של בית המשפט הנכבד בפסק הדין מושא בקשה זו, לפיה "אין השתתו טומנת בחוכבה חשש ממשי לפרנסתם של העובדים" (פסקה נא לפסק דיןו של כבוד השופט רובינשטיין), בפשטות אינה כנונה, בכל הקשור למבקשי מקלט.
33. כפי שפתחנו ותיארנו לעיל, העסקות של מבקשי מקלט ממילא לוקה באונומליה הפוגעת אונשות בכוח המיקוח שלהם בשוק העבודה, ודווחקת אותם למקומות העבודה הפוגעניים והקשיבים ביותר. הטלת הייטל של 20% על מעסיקיהם, צפופה לדודר עוד יותר את כושר המיקוח שלהם, להביאם לעבוד בעבודות קשות יותר, ולהסכים לעבודה לא מתועדת (בלא תלושי שכר, ללא אפשרות לאומי המגן עליהם במקרה של תאונות עבודה, ועוד ועוד כיו"ב). ואכן, כמפורט בתצהירה של גבי אופמן המצוור לעיל, בחודשיים שחלופו מאז מתן פסק הדין כבר הגיעו אל המבוקשת עובדות ועובדים שנמסר להם כי הם פוטרו או עתידיים להיות מפוטרים נוכח פסק הדין והטלת הייטל על מעסיקיהם.
34. הטלת הייטל צפואה אף להביא לפשיות רgel רבות של מעסיקים של מבקשי מקלט, בין היתר לאור הטלת חובה רטראקטיבית בתשלום הייטל, תופעה אשר בה נתקلت המבוקשת יותר ויותר, במהלך השנים. כך למשל, כפי המפורט בתצהירה של גבי נועה אופמן, רכוזת מבקשי מקלט במקרקם, בשנת 2017 נפתחו למעלה מפי שניים מתיקי תביעות חוב לביטוח הלאומי במקרקם של פשיות רgel, ביחס לשנת 2016. בשנים שקדמו לכך, המספרים היו זעומים. מעבר לפגיעה במקומות, פשיות רgel מותירות את העובדים לא רק بلا פרנסה, אלא לעיתים קרובות זכויות נלוות.
35. המוסד לביטוח לאומי מחייב בביטוח פשיות רgel גם בגין מבקשי מקלט אשר הפרישו למוסד לביטוח לאומי, אולם לא אחת מתברר כי תביעות החוב של המבוקש מקלט למוסד לביטוח לאומי נתקלות בנסיבות ייחודיים, הנובעים מהאונומליה של מעמדם, ומסוג רישיון הישיבה הניתן להם. כך, המוסד לביטוח לאומי מכיר בעובד שמעסיקו פשוט רgel ומפיצה אותו אם בזמנו ההעסקה העובד החזיק באשרה בתוקף, ולא היה "שווהה שלא כדי". סוג הרישיון הניתן למבקשי מקלט – המוארך מדי כמה חדשניים – אינו מאפשר להם, לעיתים קרובות, להוכיח כי החזיקו באשרת שהייה בזמן ההעסקה, שכן במועד חידוש הרישיון, הרישיון הישן נלקח מהעובדים ולא נמסר להם. באופן זה, ביחס שנודע לכיסות מקרים של פשיות רgel מותר לא אחת את מבקשי המקלט ללא הזכיות המבוטחות.
36. עוד מלמד ניסיונה של המבוקשת, ניסיון של 27 שנה בייצוג וטיפול בעובדים חלשים, כי בגין הדנתה בית המשפט הנכבד, לפיו עליות שוטטו על המעסיק לאיגולו לעובדים מכיוון שהדבר אסור, עלויות שימושתה המדינה על מעסיקים סופן להתגלל על גב העובדים, שעלה שמדובר בעובדים חלשים, נטולי שפה, ידע וחסומים בגיןיהם לערכאות ולייצוג משפטי.
37. ניסיונה הממושך של המבוקשת בטיפול במהגרות ומהגרי עבודה מלמד, כי אגרות המוטלות על מעסיקי העבודה (לרבות, במטרה להפוך את העסקות לכדיות פחות) "מגולגולות" אל כתפיהם של מהגרי העבודה עצם, ואין משמשות כליל לעיל להשואת תנאי העסקות לאלו של עובדים ישראלים. כך למשל, כניסה לתוקף של הסדר העסקתי מהגרי עבודה בענף הבניין בשנת 2005, הסדר אשר במסגרתו הוטלה על מעסיקי מהגרי עבודה חובת תשלום אגרה שנתיות ודמי היתר שנתיים בסכומים גבוהים³, הביאה לזמן

³ סעיפים 1(א) ו-1(ב) לחוק עובדים זרים, חתנן"א-1991, המטילים, נכון לשנת 2008, תשלום אגרה שנתיית בסך 4240 ש"ז ודמי היתר בסך 7025 ש"ז.

מידי ודרמטי של מעלה מ-60% בגובה דמי התיווך שמשלמים מהגרי עבודה בענף הבניין⁴, רובם המכريع מהגרי עבודה מסין. על-פי כל ההצעות, נתח מדמי התיווך מגיע אף לכיסיהם של עסקיקים ישראלים. בכך, באופן אירוני, פולתה של הטלת האגרות על המעסיקים הפוכה, שכן "גלגול" הסכומים לכתיי העובדים הופך את העובדים פגעים יותר, נאשים יותר ובוקר תלוים יותר במעסיקיהם.

הנחה זו של המבוקשת אף מבוטאת בפסקה, בכמה סוגיות: כך, כבר הכרה הפסיקה לא אחת בעובדה שהצעה גירושית במכרז שוררת רשות ציבורית עם קבלן שירותי המעסק עובדים, סופה להתגלל לפגיעה בעובדים ולהפרת זכויותיהם. וראו בין היתר: אי' בנישורי צפטין, באשר העבודה חוותת להיות מצרך: בחינת ביקורתית של מכורי הפסד, מעשי משפט אי', 93. מאמר זהה, שצוטט לא אחת בפסקות בת ההחלטה המינהליים העוסקות במכורי הפסד, מצביע על הקשר ההדווק בין הצעות גרעניות במכרזים לבין הפרה של זכויות עובדי קבלן בתחום נקיון ואבטחה. לפיו, קבלת הצעות גרעניות מנוגדת לעקרון שוויון החזדמנויות במכרזים בשל יצירת "מירוץ לתחתית", שנutan יתרון לבעלי נימוקים "ערבייניס" על פני אלו שUMB שבקשים לשלם לעובדים כדין. בספרות המחקרית נתען כי החברות שבקשות לקיים את זכויות העובדים מפטידות בדרך כלל במכרזים של ח祖י שירותים, והפטרון היחיד שמסתמך עליהם הוא לחברו לمعالג החברות המפרות את זכויות העובדים (וראו על קבלת עדשה זו בפסקה, בין היתר בע"מ 9/09 שלג לבן 1986 בע"מ נ' עיריית אשקלון (ניתן ביום 07.10.2010)). הנה כי כן, ההחלטה כבר הכרה כי אלו שUMB שבקשות לא אחת שבתחום המועדים לפורענות (כמו התחומים בהם מושכים מבקשי המקלט; וראו תצהירה של נבי קאופמן), עלויות נוספות על התגלל לפגיעות בזכויות המגן של העובדים, וכן יקרה, מניסיונה של המבוקשת, גם בגין היטל בגובה 20% מהשכר.

עוד נביא כדוגמה, את תיקון חוק שירות התעסוקה, תש"ט-1959, בשנת 2004. סעיפים 69-ג-69, 69-ח, 80 לחוק תוקנו, כך שהגבילו את הסכימים שלשכה פרטית זכאיות לגבות מעובד זר המגיע לישראל. מגבלות נקבעו גם בתקנות שירות התעסוקה (תשלים ממבוקש עבודה בקשר לתיווך), תשס"ו-2006. חרף מגבלות אלה, הוכחו ארגוני זכויות אדם, וביניהם המבוקשת (בבג"ץ 2405/06 קו לעובד נ' ממונה ירידת הסמן לעובדים זרים ממשרד התמ"ת, תליה ועומדת), שההפרות עומדות בעין. עבודה זו היא שכונעה את המדינה לחותם על הסכמים בינלאומיים עם חלק מדינות המוצאת של העובדים הזרים, לצורך יצירת מגנון שלא יאפשר הפרה של הזראות החוקיות, שהיו שריונות וקיימות עוד לפני כן – אך הופרו שוב ושוב ברגל גסה.

הנחה מובלעת נוספת בפסק הדין נשוא בקשה זו, היא כי היטל ההיטל בגובה 20% צפiosa לשפר את מצבם התעסוקתי של העובדים ישראלים, וליצור להם יתרון בשוק העבודה, שכן היא תהפוך את העסקת מבקשי המקלט לבתיה משתלמת. גם הנחת מוצאה זו, לטעמה של המבוקשת, אינה נכונה, ככל שמדובר בשוק העבודה בו עסקינו; הוא שוק העבודה השנייני, הפגיעה בו, הבלתי מבודד, בו מושכים רבים בכולם של מבקשי המקלט. למעשה, על פי ניסיונה של המבוקשת: ההפך הוא הנכון. לא רק שהיטל בגובה 20% מהשכר אשר יוטל על מעסיקי מבקשי מקלט לא צפוי לשפר את מדתם של העובדים הישראלים בשוק העבודה השנייני, אלא הוא צפוי לייצר מעין "מירווץ לתחתית", ולהפוך את שוק העבודה השנייני לשוק רווי הפרות (אשר חלקו הגדל הינו ממילא כזה) ובתמי מתועד. גם על השפעה שלילת זו עמד בית המשפט העליון הנקבד בעבר, שעיה שקבע כך, תוך התייחסות למחקר שעסוק בהשפעות "הסדר הכליל" של מהגרי עבודה לבעלי נימוקים, כך:

⁴ ר' מוקד טויפל לעבודים זרים וכן לעובד "חרות בע"מ – כבילה מהגרי עבודה לתאגידי כוח אדם" (2007), ע' 27.

"מסקנות המחקר היו כי הסדר הכספיה לחייב מעודד עבודה שלא כדין, מנסה לפתח על העסקת עובדים זרים בישראל, וכי תנאי העבודה הקשים שנוצרים בעטיו פוגעים אף בעובדים ישראלים:

"... הרקע להסדר הכספיה היה חשש קוביי המדיניות מפני השתקעות העובדים בארץ... וכך להגן על העובדים המקומיים מפני התחרות מצד העובדים הזרים על מקומות עבודה. אך האם באמת השיג'ה הסדר הכספיה מטרות אלו? לגבי מניעת השתקעות בארץ – לא נראה שהסדר מונע השתקעות בארץ, לפחות, הוא מעודד עבודה באופן בלתי מוסדר, מגביל את מספר העובדים הזרים הלא חוקיים ומקשה עוד יותר לפתח על העסקת זרים. לגבי הגנה על אוכלוסיית העובדים הלא מיומנים המקומיים מפני תחרות מצד העובדים הזרים – קרוב לוודאי שרמת השכר הנמוכה ששולמה לעובדים הזרים החוקיים בהסדר הכספיה, הקרינה על כל שוק העובדים הלא מיומנים, כולל מקומיים, הנאלצים להסתפק בשכר נמוך או להידחק החוצה למעגל האבטלה... מי שהרוויח בפועל מההסדר היא דוקא קבוצת המעסיקים, המשלמת שכר נמוך יותר הן לעובדים הזרים והן לעובדים המקומיים. ככלומר, סביר להניח שהסדר הכספיה דוקא פגע בעובדים הלא מיומנים המקומיים במקומם להגן עליהם" (עמ' 68-67)."

(בג"ץ 4542/02 **עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל**, פ"ז ס"א(1) 346 (2006), ס' 51 לפסק דעתו של השופט לוי).

ו. פרשנות חוק ההיטל וחוק עובדים זרים

41. כאמור לעיל, להטל היטל החעסקה ביחס להעסקת מבקשי מקלט תוכאות קשות מבחינת העובדים ואף מבחינת המעסיקים. המבוקשת טוענת, כי **פרשנות החוק – הוא מבחינת תכליתו**, והן נוכת חזקת ההטאה ביחס לחובותיה של המדינה לפי הדין הבינלאומי – מורה כי אין להחיל את חובת ההיטל על מעסיקיהם של מבקשי מקלט.

42. כאמור, העסקתם של מבקשי מקלט אינה מוסדרת בחוק. רישיונות היישבה שלהם אינם קיימים בחקיקה ובתקנות, העסקתם נעשית מכח מדיניות אי-אכיפה, וזכויותיהם נובעתו ממדיניות אונורומלית מבחן משפטית, המחייבתפרשנות מעולם בנסיבות משפטיות ברורות. עניינו בסיטואציה אונורומלית מבחינה משפטית, המחייבתפרשנות תכליתית של חובת ההיטל ביחס לקבוצת עובדים שהחוק בקש להעתלם ממנה.

43. ואכן, **הן חוק עובדים זרים והן חוק ההיטל**, נחקרו ביחס לעובדים **מוזמנים**, דהיינו, מבקשי עבודה שניתן לשוטר לבקשתם להגיע לישראל או להשאר בה, ושניתן בכלל להשיבם לארצם. שני החוקים לא צפוי – הן מההייבט העובדתי, והן מההייבט הנורומי – העסקה של מי שלא ניתן להשיבו לארצו אם יפוטר או אם תמנע ממנו פרנסת. המשבר הומוניטאי שצפוי להגרם כתוצאה מפיוטורייהם של מבקשי המקלט (שכאמר אין זכאים לתמיכה כלשהי מהמדינה), לא נזהה בעניין המחוקק, עת חוק חוקים אלו.

44. כך למשל, **חוק עובדים זרים** כולל הוראות רבות, שחלקן כלל אינו רלוונטי להעסקתם של מבקשי מקלט, כגון חובות בדבר הפקחת ערובה, תשומות אגרה, מתן מגורים לעבוד, קבלת אישור ממוסד רפואי במדינת חוץ, ועוד. דהיינו, **חוק עובדים זרים** כולל בתוכו של הוראות, שנועדו לסייעו לסייעו לסייעו לסייעו לסייעו כגיגית על העסקת מבקשי מקלט חרוטה לכוונת המחוקק ולתכלית החוק ותוביל לפגיעה קשה בזכויות

אדם. בנסיבות אלה, יש לפרש את המונח "עובד זר" כהגדתו בחוק (ולחלופין, את המונח "תושב" שהגדירה), בהתאם לחובות המוטלות על המעסיק, תכלייתו ותוצאתן. הדברים נכונים מכח קל וחותם במונח "עובד זר" שבחוק ההייטל, שאף מצא לנכון להחריג קבוצות רבות מהתגדירה שבחוק עובדים זרים ולהפחית את שיעור ההייטל ל-5% לגבי אחרות. נזכיר, שעניינו הוא בקבוצת עובדים שהעסקתה מתקינה מחוץ לכלי המשפט והחוק, ובזמנן חקיקת חוק ההייטל לא עדשה מול עיני החוק.

תכלית הייטל עובדים זרים הייתה להילמד על רקע ההוראות שנקקו בחוק עובדים זרים ביחס להזמנת מהגרי עבודה ולחובות בצדה. תפיסת מכלול ההוראות המכילות מעסיקי עובדים זרים בתשלומים שונים בתמורה להסדרת האשרת, היא תפיסה שרווחה בעסקת מהגרי עבודה בהיתר הטבה כלכלית שנייה לתמורתם – הטבה שבגינה הם מתבקשים לשלם למדינה, אשר תثيرה את כניסה של מהגרי העבודה למעסיקים – ולענפיהם ולמעסיקים שביקשו זאת. התפיסה זו של הענקת החיתר להטבה כלכלית שתשלומים למדינה, נלמדה כבר משלב בקשת ההיתר, הכוללת התביעות והתשלומים שונים שמשלם המעסיק בתמורה בצדה, להעסיק מהגר עבודה. היא ממשיכה בזמן ההעסקה עצמה, כאשר סעיפים 1יד, 1יד, ו1טו לחוק להיתר להעסיק מהגר עבודה, מפרטים怎能 את התנאים למתן היתר כאמור, וכן את סמכותה של הרשות לשולות את ההיתר עובדים זרים, מפרטים怎能 את התנאים למתן היתר כאמור, וכן את סמכותה של הרשות לשולות את ההיתר מעסיקים, בין היתר בגין אלימות כלפי עובדים, סחר בעובדים, ביצוע עבודות בטיחות קשות, שכון העובדים בתנאים מחפירם, אי תשלום שכר או שכר נמוך משכר המינימום ועד.

45. מבניה משפטית, קבלת רישיון להעסקת עובד זר הינה פרביבליה. בית-המשפט העליון קבע מפורש, שאין למשיק "זכות" להעסק עובד זר: בג"ץ 9722/04 פולגת גינס בע"מ נ' ממשלה ישראל (2006), בסעיף 21 לפסק-הדין; בג"ץ 11437/05 קו לעובד ואחי' נ' משרד הפנים ואחי' (פורסם בנבו) (2011), בסעיף 25 לפסק-דיןה של השופטת פרזקצייה:

"בצד הוראות חוק הבנייה לישראל, קובע חוק עובדים זרים כי "לא יקבל אדם עובד זר לעובדה אלא אם כן הממונה... התיר בכתב את העסקתו של העובד הזר אצל אותו מעביד, ובהתאם לתנאי התיתר...". (סעיף 1גג(א) לחוק). הוראה זו בחקיקה ראשית מורה כי העסקת עובד זר אצל מעסיק ישראלי טעונה היתר בידי המשיק, ועמידה בתנאיו. שיLOB הוראות הסמכות מוכוח חוק הבנייה לישראל, אך בדבר עם משטר ההיתרים הנוהג על-פי חוק עובדים זרים, מעון את סמכותו הרחבת של שר הפנים להסדיר את מערכת הגירת העבודה לישראל, לפחות עלייה, ולאחר מכן את מדיניות הממשלה כפי שהיא לידי ביטוי בחלהוטינה מעת לעת. בין היתר, מופקד שר הפנים על ביצוע מדיניות הממשלה המבקשת למנוע שהייה בלתי-חוקית של עובדים זרים והשתקעתם בישראל, ועל הפעלת מנגנוני פיקוח ובכיפה לצורך כך. פועל יוצא מהמסגרת החקיקתית המסתמכת את שר הפנים לפעול להסדרת הבנייה וחיציאה מישראל של עובדים זרים הוא, אפוא, כי קיימת בידי השר סמכות שלטונית רחבה להסדיר תחום זה, לצורך השגת יעדים ציבוריים חשובים המשפיעים על הכלכלת והחברה בישראל. עוד נובע מההסדר החקיקתי, כי אין למשיק זכות מוקנית להעסק עובד זר, כשם שאין לעובד הזר זכות מוקנית להיכנס לישראל ולשהות בה לצרכי עבודה. שיקול-הදעת של הרשות המוסמכת בהסדרת מערכת הנירת העבודה ובמתן היתרים לצורך כך הוא רחב, עשוי להיות מודרך משיקולים רבים ומגוונים, ובهم עניינים של מדיניות כלכלית, משקית וחברתית (בג"ץ 3445/05 מסעדיות סושימאי 2004 בע"מ נ' משרד התעשייה המשר והעסקה - ייחידת השם) (פורסם בנבו, 19.5.2005); בג"ץ 10692/03 פלסיים,

חברה לפיתוח ובניין בע"מ נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם ב公报, 19.1.2005);
בג"ץ 3541/03 א. דווי, חברה לעבודות הנדסיות בע"מ נ' ממשלה ישראל (פורסם
ב公报, 17.5.2004)).

ראיה לתפיסת ההיתר כחטבה כלכלית, גם בסיס חוק ההייל ותכליותיו, נמצאת ברשימת המקרים שהוחרגו מחובת תשלים ההייל; בהן מעסיקים של מהגרי עבודה בענף הסיעור, שאינם מעסיקים מהגרי עבודה מותן רצון להשאות רוחחים אלא ככורה מציאותי, ומעסיקיהם של עובדים פלסטינים תושבי השטחים, אשר גם לגבים התפיסה התומכת בהעסקתם בישראל אינה מונחת על פי זרכיס כלכליים של המעסיקים ובהתאם למדיניות ההגירה אלא ממשיקולים אחרים, מדיניים, חרטתיים וביטחוניים.

47. תכלייתו של חוק ההייל – "להקטין את התמרץ להעסקת עובד זר" (כמפורט להסביר להצעת החוק) – היא בוודאי תכילתית ראויה, ככל שמדובר בעובדים זרים המזומנים בידי מעסיקים לישראל. אין ספק, כי תכילתית ראויה היא להקטין את התמרץ של מעסיקים לבקש היתר להבאת מהגרי עבודה לישראל, טרם بواسם של העובדים, על מנת להגדיל אפשרויות תעסוקה לעובדים ישראליים הנמצאים בתחוםה. אולם תכילת זו הופכת לבטל ראויה – שעשו שה"זרים" הינם שוהים מוגנים, המבקשים מקלט בישראל, ומעסיקיהם לא ביקשו ולא קיבלו יותר מיוחד להעסקם; החיפך הוא הנכון.

48. כמו כן, תכילת של "הקטנת התמרץ להעסק עובד זר" אינה יכולה להיות תכילתית ראויה, שעה שהיא מביאה לפגיעה קשה ביכולת הקיום של אוכלוסייה השווה בישראל כחוק ואינה זוכה לשיער כלשהו מצד המדינה. אין מדובר במיל שיכולים לשוב לבתיhem ולארכוטיהם, אך שפטוריהם יגוזו עליהם רעב, דירות רחוב וחמי חרפה המהווים פגעה בלבתhem לקיום בכבוד, שבחוק-יסוד: כבוד האדם ותירותו. זאת ועוד: ככל שיפוטרו על מנת להחליפים בעובדים זרים שהעסקתם פטורה מההייל; או שיפוטרו כתוצאה מקירות העסקים שבהם הם מועסקים כיוום כתוצאה מהנטול הכלכלי שמוטל על מעסיקיהם; ספק רב אם התכילת האמורה בכלל תוגשים.

49. לצד תכילת החוק, גם חובהו הבינלאומית של מדינת ישראל מורות כי אין לפרש את חובת ההייל, ככלה על העסקת מבקשי מקלט. הדברים אמורים ביחס לאמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951, והפרוטוקול הנלווה לה משנת 1967, לישראל חתמה עליהם ואשררה אותם. גם שאמנה לא עוגנה בחקיקה, בית משפט נכבד זה פסק שכאשר בית המשפט נדרש פרש חקיקה של הכנסת, עליו לבחור בפרשנות שעולה בהנה אחד עם הדין הבינלאומי, ככל שהדבר אפרי (בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמנות דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו (5) 834, 846; בג"ץ 4542/02 עמותת קו לעובד נ' ממשלה ישראל, פסקה 37 לפסק-דיןו של השופט לו).

משכך, נפנה לבחון את הוראות אמנת הפליטים, ביחס לעובדים הרלוונטיים.

ז. תחולת אמנת הפליטים על קבוצת העובדים הרלוונטית

50. בית המשפט הנכבד כתוב בפסקה נ' לפסק הדין, כי "ביסודה של הטענה [שההייל גורם להפרת אמנת הפליטים] הנחה שעל פניה היא מוקשה במקצת, ולפיה מי שנכנס לישראל מסודאן או אריתריאה – פליט הוא"; ובהמשך, בפסקה נא לפסק דין קבע שה"אפילו היו מוכרים העובדים נשוא דינונו כפליטים דה פקטו, מסופקני אם השתתף heiil ברגע דא עולה כדי הפרתם של האיסורים הקבועים במשפט הבינלאומי בנגד אפליאטס".

51. בכל הכבוד, דברים אלה מעוררים את הקשיים הבאים:

א. כפי שנראה להלן, המבקשת, לכל הפחות, איננה מנוחה הנחה שביל מיה השגיא מאריתריאה או מסודאן הוא בהכרח פלייט. היא כן טוענת, שככל מי שהגיע בקשת מקלט שלא נדחתה, למצער מלפני שלוש שנים (בין המתנה ממשית, ובין המתנה קונסטרוקטיבית, לאור סירוב המדינה לאפשר להם להגיש בקשה מקלט), זכאי להגנת סעיפים 17(2)(א) ו- 29(1) לאמנה. ההנחה ששובלת בפסק דין של בית המשפט הנכבד, לפיה רק פלייטים מוכרים זכאים לזכויות לפי סעיפים 17(א)(2) ו-29(1) לאמנה – שגויה. אמנה הפליטים אינה מעניקה, כפי שנראה להלן, זכויות רק לפלייטים מוכרים. חלק מהזכויות מוגנות, אmens, רק לפלייטים מוכרים. חלק אחר, לעומת זאת, נתון גם למבקשי מקלט, כל עוד לא נדחתה בקשה המקלט שלהם. ובין שני קצוות אלה, ישנו מגע של זכויות שונות למבקשי מקלט, נדחתה בקשה המקלט שלהם. אולם, אמנה הפליטים מוכרים הבהים: האם מדינת המקלט מאפשרת פלייטים, והחולכות ומצטברות על בסיס הקритריונים הבאים: האם מדינת המקלט מאפשרת להגיש בקשות מקלט; ככל שכן – מהו מועד הגשת בקשה המקלט (האם בסמוך לכינסה למדינה או תוך תקופה לא מוצדקת); משך זמן הרמתנה להכרעה בבקשת המקלט; והאם הוכר מבקש המקלט כפליט על ידי המדינה המארחת. נפרט להלן את דוקטרינת "דרגות הקשר" של המלומד המוביל בדיוני הפליטים בעולם, ג'יימס האט'יאווי, לפיה ישן חמיש דרגות קשר בין מבקש המקלט לבין מדינת המקלט, והמסבירה כיצד "מטפס" מבקש המקלט מדרגה לדרגה וצובר באמצעות כד זכויות נוספות המנווית באמנה.

ב. שגה, בית המשפט, בכלל הכלוד, בקביעתו שההילט מושא בקשה זו אינו מפר את סעיפים 17(א)(2) ו- 29(1) לאמנה הפליטים, למצוות ביחס למבקשי מקלט המתניינים שלוש שנים (בין המתנה ממשית, ובין המתנה קונסטרוקטיבית, לאור סירוב המדינה לאפשר להם להגיש בקשות מקלט) להכרעה בבקשת המקלט שלהם.

.53. המבקשת טוענת, כי שגה בית המשפט הנכבד בקבעתו כי הוראות אמנה הפליטים אין חלות על מבקשי המקלט, ככל עוד לא הוכרו כפליטים. מדובר בקביעה תקדיםית בעלת השלוות עמווקות על קיום חובה תייח של ישראל לפיה האמנה, ועל זכויותיהם של מבקשי המקלט בה. כפי שתטען המבקשת, אמנה הפליטים מספקת הגנות מסוימות גם לפלייטים שטרם הוכרו ככאלו, ככל שהגשו בקשה למקלט (או שיש לראותם קונסטרוקטיבית, כמו שהגשו בקשה למקלט, נוכח התנהלות מדינת המקלט) והתיפול בה מתהממה אצל הרשות.

.54. סעיף 1 לאמנה הפליטים, המגדיר "פליט", אינו עוסק למי שהוכר ככזה על-ידי מדינת המקלט. אדם הוא פלייט לא משומש שהוכר ככזה, אלא משומש שנמצא מחוץ לארצו ואני יכול לשוב אליה בשל חשש מבוטט היבט לרדייפה מטעמים המנווים באמנה, ללא יכולת להזקק להגנת מדינתו. אשר על כן, ההכרה של מדינת המקלט באדם כפליט היא דקלרטיבית בלבד, ולא קונסטיטוטיבית (ראו: ע"מ 8870/11 גונזלס ג' משר הפנים (פורסם בנבו, 25.4.2012), בפסקה 10 לפסק הדין). מסיבה זו, המונח "מבקש מקלט" כולל איינו מופיע באמנה. אך כפי שנראה להלן, אין נובע מכך שմבקשי מקלט, שמתייחסים להכרעה בבקשת המקלט שלהם (או אנשים שטוענים שהם פלייטים, אך לא אפשרו להם להגיש בקשות מקלט) אינם זכאים לזכויות מסוימות) המנווית באמנה הפליטים.

.55. מתעורר, על כן, צורך לאוזן בין שני אינטרסים נוגדים. מצד אחד: האינטרס הלגיטימי של הפליט ליהנות מהמערך המלא של זכויות פלייט, הקבועות באמנה, ללא דיחוי. הדבר נכון במיוחד לאור החשש – שיש שיטענו שהוא מתmesh במדינת ישראל – שהרשויות המדיניות יימשכו את ההכרעה בבקשת המקלט של מבקשי מקלט, וזאת רק על מנת למנוע מאנשים העוניים על הגדרת הפליט מקבל זכויותיהם. מצד שני ישנו האינטרס הלגיטימי של המדינה, שלא תחת את המערך המלא של זכויות הפליט, המנווית באמנה, לכל אדם שמתಐיצב על אדמותה וטוען "פליט אני"; שהרי אין לכך שעשוים להיות אנשים שיטענו שהם פלייטים

באופן שגוי או חסר תום לב, לצורך זכיה בזכויות. תיאוריות דרגות הקשר של האת'אוי, שתפורט להלן, ואשר קובעת חלק מהזכויות שבאמנה נתונות לבקשת המקלט מיד עם העלאת טענת פליטות (למשל, הזכות שלא להיות מורחק למדינת המוצא), ואילו אחרות (למשל, הזכות לעבוד ולקבל זכויות סוציאליות), ניתנות רק לאחר שהאדם מוכר כפליט או ממתין **תקופת אורך** ללא הכרעה בבקשת המקלט שלו, מהוות איזון הולם בין האינטראיסים המנוגדים הללו.

.56. לאור הצורך לאזן בין האינטראיסים המנוגדים הללו, ובמיוחד – לאור החשש שחשוך תום לב של המדינה יגרום להתחממותה בהכרעה בבקשת המקלט, מתוך מטרה לשולב מפליטים את זכויותיהם, סבורה המבקשת, בכלל הכלבוד, שגגה בית המשפט הנכבד בכתביו בפסקה ני *"מי בין השيطן נשמעו טענות נגד התנהלותה של המדינה סביר בדיקתו של בקשות המקלט המונחות לפתחה, שחושני – בכלל הכלבוד – כי אין מקום בהליך דנא"*. אכן, אמנם, בית המשפט הנכבד, בסבירותו שההליךמושא בקשה זו לא היה היליך המתאים להכרעה בבקשת המקלט; אך טעה, עס כל הכלבוד, בית המשפט הנכבד, בסבירותו שאין להתחממותה של המדינה בהכרעה בבקשת המקלט – עליה מתח בית משפט נכבד זו ביקורת כבר כמה וכמה פעמים – **ולזוניות** לצורך הקביעה אילו זכויות מהאמנה נתונות לבקשת המקלט.

.57. לצד הסבירות שיש בתיאוריה של האת'אוי, והעובדת שהיא מקדמות מדיניות רואיה, היא גם מוצדקת מהניסיוקים הבאים:

א. נימוק מילולי: במספר מקומות באמנה, ישנה התייחסות מפורשת למי **שהוכרו** כפליטים על ידי המדינה הקולטת. כך, למשל, סעיף (5)C1 (סעיף א, סעיף (5)) קובע שהאמנה תPsiיק לחול על אדם *"He can no longer, because the circumstances in connexion with which he has been recognized as a refugee have ceased to exist, continue to refuse to avail himself of the protection of the country of his nationality"*; כך גם סעיף (2) לאמנה, הקובע: *"The Contracting States shall not apply to the movements of such refugees restrictions other than those which are necessary and such restrictions shall only be applied until their status in the country is regularized or they obtain admission into another country"*. עינינו הרואות, מנשי האמנה התייחסו מפורשות לפליטים שהוכרו ככלה על ידי המדינה הקולטת. מאחר ש"המחוקק אינו משחית את מילוטיו לדיק", יש להסיק שכאשר מנשי האמנה לא כתבו מפורשות על **"פליטים מוכרים"** כוונתם הייתה לכלול גם פליטים שטרם הוכרו ככלה על ידי המדינה.

יתירה מכך, יש לתת את הדעת גם לכך שהאמנה משתמש בסעיפים מסוימים לא רק במונח "פליט" (refugee) אלא גם **בביטויים** "refugee lawfully in the territory" (ראו למשל סעיפים 18 ו- 26 לאמנה) או "refugee lawfully staying in the territory" (למשל סעיפים 14, 19, 23, 24, 1- 28 לאמנה). אם היו מפרשים את הביטוי "refugee" ככזה שימושו רק מי שקיבל הכרה בכזה על ידי מדינת המקלט, כי אז המילים "refugee lawfully (staying) in the territory", שמשמעות – כאמור לעיל – בסעיפים רבים באמנה – היו מיותרות (redundant), שחררי מי שהוכר כפליט על ידי מדינת המקלט מן הסטם שווה בה_CDIN. צא ולמד, שהמונה "refugee" כשלעצמם אינם מוגבלים רק לפליטים שהוכרו ככלה על ידי מדינת המקלט, וכי ישנן קטגוריות שונות של מבקשי מקלט, פליטים לפי האמנה, שמאגרות להן זכויות שונות הקבועות באמנה (וזאת לאור "דרגות קשר" שונות שלחים למדינה המקלט, כפי שנפרט להלן).

ב. נימוק לוגי: סעיף 33 לאמנה, המענן את עקרון אי ההחזרה (non refoulement), שמהווה את לב האמנה וועלוי מובססות כל שאר הזכויות האמנה, עשויה שימוש במונת "refugee". להלן נוסחו:

No Contracting State shall expel or return ("refouler" a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

לו היינו מפרשים את הביטוי "refugee" כך שיכלול אך ורק אנשים **שהוכדו** בפליטים על ידי המדינה הקולטת, פירוש הדבר היה שסעיף 33 מעולם לא היה מיושם, ולמעשה לא הייתה שום משמעות לאמנה הפליטים. מודיעו: מושם שאזרחות מדינה זורה, שמגיע למדינת ישראל (נניה) ומגיש בה בקשת המקלט, לא יוכר כМОבן בו ברגע כפליט על ידי מדינת ישראל – הлик בתיית הבקשה אורץ, כיודע, זמן. אם נאמר שאדם זה אינו "פליט" במשמעות סעיף 33 לאמנה (ובהתאם), כי לאחר שטרם נקבע שהוא זכאי להגנת המשפט המנהגי מפני הרחקה למקום סכנת, הוא אינו חוסה גם תחת הגנה זו, ייבעת מטענתנו שהוא אינו זכאי כלל ועיקר להגנת סעיף 33 לאמנה. מכאן, לפי פרשנות זו, הוא בר גירוש, וממילא מעולם לא יזכה להיות מוכך כפליט.

פרשנות זו מובילת לאב索ורד מוחלט, שיש להימנע ממנו (זהן לפי עקרונות הפרשנות של הדין הישראלי והן לפי עקרונות הפרשנות של הדין הבינלאומי, למשל לפי סעיף (b) 32 לאמנה ויינה לדיני אמנה). על כן, יש **לפרש את המונת "פליט"** באמנה, כזו שככל בפוטנציה גם מבקשי מקלט/ פליטים שטרם הוכרו ככלה על ידי מדינת המקלט.

ג. נימוק הנשען על "ההיסטוריה החקיקתית": כפי שכותב המלומד האת'יאוֹי בספרו James C. Hathaway, **The Rights of Refugees Under International Law**, 154-192, עיון בעבודת ההכנה של הוועדות השונות שעמדו על ניסוח אמנה הפליטים (שכללה, יש לציין בಗאווה, מעורבות רבה של האחים המשפטניים היהודיים יעקב ונחמה רובינסון – הראשוֹן לנציג הרשמי של מדינת ישראל, והשני לנציג הארגון הלא ממשטי "אגודת ישראל", שהשמיע את קולו לנציג יהדות העולם), מלמד שמנשכיה היו מודעים היטב לדרגות הקשר" שיפורטו להלן, ושובע מהן שחלק מהזכויות המוניות באמנה נתונות לא רק **לפליטים מוכרים** אלא גם למבקשי מקלט, שמתחננים להכרעה בבקשתות המקלט שליהם. להסתמכות על עבודת ההכנה של האמנה (*travaux préparatoires*) ר' סעיף 32 לאמנה ויינה לדיני אמנה.

השאלה איזו זכות מוקנית לבקשת המקלט/ הפליט, ובאיזה שלב, תלואה בדרגת הקשר של מבקש המקלט/הפליט למדינת המקלט. המלומד ג'יימס הtot'יאוֹי עמד על כך שמנשכי האמנה בחרו חמש דרגות, הנמוכה שבهن מקנה זכויות מצומצמות, והעליה מהינה את כל הזכויות באמנה. כאמור, פרשנות זו מעוגנת לא רק בתכליתה של האמנה, אלא גם בהיסטוריה ה"חקיקתית" שלה ובכוננות מחבריה, כפי שפורף הtot'יאוֹי מראה בספרו.

להלן טבלה שמסכם את חמיש דרגות הקשר:

דרגת הקשר	הביטוי באמנה	דרישות מן הפליט
nocחות בשטח הנמצא בסמכות השיפוט של המדינה	Refugee	הגשת בקשה מקלט

הגשת בקשה מקלט	refugee in its territory	nocחות בשטח המדינה
הגשת בקשה מקלט בעקבות כניסה באשרה כדין, ובזמן שהשניה כדין (למשל, תיר), או: כניסה שלא כדין + הגשת בקשה למקלט בנסיבות לכניסה למדינה, או: אי הגשת בקשה למקלט, כאשר אין מערכת RSD במדינה, או כאשר ניתנת הגנה קולקטיבית/זמנית	Refugee lawfully in its territory	nocחות כדין בשטח המדינה
הגשת בקשה מקלט + המתנה ממושכת, או: אי הגשת בקשה למקלט, כאשר אין מערכת RSD, או כאשר ניתנת הגנה קולקטיבית/זמנית + המתנה ממושכת, או: אישור בקשה המקלט	Refugee lawfully staying in its territory	שהיה כדין בשטח המדינה
אישור בקשה מקלט + שהיה ממושכת, או: הגשת בקשה מקלט + מעמד חוקי + שהיה ממושכת ביותר	בietenims ספצייפיים כגון "habitual residence"	שהיה ממושכת בשטח המדינה

.59 פרשנות זו מקובלת במערכות משפט שונות בעולם, כך, למשל, נפסק בבריטניה:

"The rights that attach to the status of refugee under the Convention depend in each case on the possession of some degree of attachment to the contracting State in which asylum is sought... [T]he hierarchy of attachment... contemplates five levels of attachment..."

R. (ST, Eritrea) v. SSHD, [2012] UKSC 12 (UKSC, Mar. 21, 2012), at [21].

.60 למעשה, גם בתי המשפט בישראל קבעו שעיקוב ממושך בהכרעה בבקשת מקלט של מבקשי מקלט, יוצר השתק מצד המדינה בדבר הטענה שאין מדובר בפליטים, ויש להעניק למבקש המקלט זכויות בחלוフ זמן מסוימים: כך ביחס לשבות במתקן "חולות" (ר' סעיף 13 לפסק דין של כב' השופט מלצר בג'ץ דעתה וכן ערך (ת"א) 4245-15 **האגוס נ' משרד הפנים**, ניתן ביום 27.6.16); ביחס לזכות לחני משפחה (ר' למשל עת'ם (ת"א) 23737-06-13 **פלוני נ' משרד הפנים**, ניתן ביום 27.1.2014); ביחס לזכות סוציאליות (ר' ערך (י-ס) 2150-16 **אחמד נ' משרד הפנים**, ניתן ביום 15.11.17); וכן ביחס לזכות לעבוד (עת'ם (מרכז) 13919-02-11).

Ghiday Kebedom נ' משרד הפנים, ניתן ביום (3.10.11).

.61 נזכיר, כי גם נציבות האו"ם לפליטים הביעה את עמדתה בחוות דעתה המצח'ב, כי מבקשי המקלט, לרבות אזרחי אריתריאה וסודן השוהים בישראל מכוח מדיניות ההגנה הזמנית, יכולים להגנת אמנת הפליטים (בהתאם להוראותיה הפנימיות). על מעמדה של נציבות האו"ם לפליטים, מומחיותה, והចורץ להתחשב

בעמדתה, ר' עע"מ 13/1440 צ'ימה נ' משרד הפנים, ניתן ביום 7.8.13, סעיף 28 לפסק דיןו של השופט מלצר; עע"מ 11/8870 גונזלס נ' משרד הפנים, ניתן ביום 25.4.13, סעיפים 12 ו-16 לפסק דיןו של השופט דנציגר; עע"מ 12/4922 פלוניים נ' משרד הפנים, ניתן ביום 7.7.13, סעיף 16 לפסק דיןו של השופט דנציגר; עע"מ 11/8908 אספונו נ' משרד הפנים, ניתן ביום 17.7.12.

.62. נוכח האמור, המבקשת תבקש לטעון כי בית המשפט הנכבד שגה בקבעתו, כי אמנה הפליטים אינה חלה על מבקשי המקלט רק משום שלא הוכרו פורמלאלית כפליטים בידי המדינה (שמעכבות הכרעות בניגוד לדין, ושיעור החלטות השליליות מבין הכרעותיה אינו ביחס הגיוני למוקובל בעולם, ונעים בין היתר בחווות דעת משפטית שנפסלה בידי בית הדין לערירים).

ח. פרשנות סעיפים 29(1) ו-17(2) לאמנת הפליטים

.63. בית המשפט הנכבד עוסק בתמציאות, בפסקה בודדת (נ"א), בסעיפים 29(1) ו-17(2) לאמנת הפליטים. הוא מגיעה למסקנה – שגואה, בכלל הכלוד, לדעת המבקשת, שחוק ההילאל אינו מפר את הוראות הסעיפים הללו.

.64. סעיף 29(1) קובע כדלקמן:

"The Contracting States shall not impose upon refugees duties, charges or taxes, of any description whatsoever, other or higher than those which are or may be levied on their nationals in similar situations".

ביחס לסעיף זה, מסתפק בית המשפט הנכבד בהתייחסות הבאה:

"עלסKENIN בהוראה אשר נוגעת למשור היחסים שבין רשות המס לפלייטים עצם, ואילו ההילאל נשוא עניינו מושת מעיקרה על המעסיקים. לא כל שכן נוכח העובדה שסעיף 45(ב) לחוק הבראה הכלכלת מטעים, כי אין לגangle את התשלום לפתחם של העובדים"

.65. מאחד שהסעיף עושים שימוש במילה "refugees", הרי שמדובר בדרגת הקשר הראשונה, ומכאן שהסעיף תל על כל אדם שהגיע בקשה מקלט, שלא נחתה.

בקשר זה נזכיר, שכאמור בערך (ת"א) 16-1279 א.ג. נ' משרד הפנים, ניתן ביום 6.11.16, משך שנים ארוכות לא אפשרה המדינה לאזריתראים ולסתודנים להגיש בקשות מקלט וגם לאחר שאפשרה זאת – לא הודיעה על כך באופן ברור. בנסיבות אלה, וכן נוכח העובדה שבית המשפט הנכבד עצמו מכיר, בפסק הדין בו עסקין (בפסקה ל"ג) ב"עミニות המצבית" של האזריתראים והסתודנים בישראל, יש לראות בסעיף זה כחל גם על מי שמדינה ישראל תחילת עלייה הגנה זמנית.

.66. עם כלל הכלוד, המבקשת תטען שבית המשפט הנכבד שגה בקבעתו שמס על מעסיק של פלייט כמשמעותו באמנה אינו נופל תחת האיסור שבסעיף 29(1) לאמנה. בית המשפט לא נתן דעתו לשון הרחבה שבה נקט הסעיף (ובמיוחד המילים "of any description whatsoever"). מלומדי משפט הדגישו שמדובר בהוראה Boldizsar Nagy, Fiscal Charges in The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, 1214, 1222 (Andreas Zimmermann ed., 2011); James C. Hathaway, The Rights of Refugees Under International Law 530 (2005). לשון רחבה זו מלמדת על איסור של הטלת הילאל לא רק על מקלט עצמו, אלא גם על מעסיקו, שכן הדבר עשוי לגרום לכך שמעסיקו "יגangle" עליו את ההילאל. בית המשפט הנכבד הניח שמכיוון שהחוק אוסר על מעסיקים "יגangle" את ההילאל על עובדים, הם בחכרות

יקיימו את החוק, ולא "ילגלו" את ההוצאה כאמור. כאמור לעיל, ישן ראיות שמשמעותם של זרים בישראל, או גורמים אחרים שקשורים בהגנות ובהעתקתם בישראל, מפירים את זכויות עובדיים חדשות לבקרים, וכאמור לעיל הדבר אף הוכר בפסקה (למשל, בנוגע למקרה הפסד).

.67 בית המשפט הנכבד שגה גם בפסקתו ביחס לסעיף 17(2) לאمنت הפליטים. סעיף 17(2) קובע כך :

"[R]estrictive measures imposed on aliens or the employment of aliens for the protection of the national labour market shall not be applied to a refugee... who fulfils one of the following conditions:

(a) He has completed three years' residence in the country;

.68 תת-סעיף זה עושה שימוש במילה "refugee", וכן גם כאן – דרגת הקשר הנדרשת היא הדרגה הראשונה (וזאת להבדיל מסעיף 17, המדבר על "refugees lawfully staying in their territory", דהיינו דרגת קשר 4; על דרגות הקשר השונות של סעיף 17(1) ו- 17(2) ראו : *האט'אווי בספרו הנזכר לעיל*, בעמ' 756).

.69 הסעיף מדבר מפורשות על "restrictive measures imposed on aliens or the employment of aliens" גם אם יקבע שסעיף 29(1) לאמנה חל רק על מס שוטל על העובדים הפליטים באופן ישיר, עניינו של סעיף 17(2) חל בbijhor גס על היטלים בגין העסקתם. אין כל צורך לטעון שמכיוון שההיטל מוטל על המעסיקים ולא על מבקשי המקלט במשרין, הרי שהסעיף לא חל. הדברים נאמרים מפורשות בכתבי מלומדים ; להלן יובאו שתי דוגמאות.

פרופ' נחמייה רובינסון (שפועלו בניסוח האמנה הוזכר כבר לעיל) כתוב בספרו החלוצי על אمنت הפליטים משנת 1953, שישנן קטגוריות שונות של אמצעים שנועד להגן על שוק העבודה, והם אסורים לפי סעיף 17(2). הקטגוריה הראשונה היא של אמצעים שמוטלים על מבקשי המקלט באופן ישיר, והשנייה – אמצעים שמוטלים על מעסיקיהם :

"[T]he first category may relate to measures taken by the authorities directly at the foreigner... [t]he second group apparently deals with restrictions imposed on the employer... [i]n order to combine all the possibilities, the authors of the Convention combined both cases of restrictions" (Nehemiah Robinson, **Convention Relating to the Status of Refugees; Its History, Contents and Interpretation; A Commentary**, 115 (1953).

פרופ' האט'אווי מחרה מחזק אחריו, וכותב מפורשות, בעמ' 760-761 בספרו :

"This duty to exempt refugees applies whether the restriction is formally directed at non-citizens themselves, or at [their] employers."

.70 זאת ועוד, סעיף 17(2) אוסר מפורשות על אמצעים שנועד להגן על שוק העבודה המקומי ("restrictive measures imposed on aliens or the employment of aliens for the protection of the national labour market"). כפי שמצוין בית המשפט הנכבד, ההיטל נועד מפורשות (כך מלבדה הצעת החוק שקידמה אותו) לגרום למעסיקים להעדיף עובדים ישראלים על פניהם, וכך אין כל ספק שמדובר באמצעי שנועד "להגן על שוק העבודה המקומי". זהו בדיקת האמצעי שסעיף 17(2) נועד לאסור בכל שמדובר במבקשי מקלט, שמייצימים את אחד מהתנאים שמנויים בסעיף 17(2), וביניהם – מי ששווה לפחות 3 שנים במדינת המקלט.

ההיטל מפר בבירור את הוראת סעיף 17(2) לאמנה, לפחות ככל שמדובר באրיתראים ובסודנים שממתינים להכרעה בבקשת המקלט שלהם שלוש שנים. לאור "העミニות המוצבית" וחסימת האפשרות להגish בקשה מקלט משך שנים, הוראה זו חלה גם על מי שטרם הגיע בקשה למקלט אך שוהה בישראל מזה 3 שנים תחת מדיניות ההגנה הזמנית; כפי שכותבת המלומדת אדווארדס : "a good faith reading would require [Article 17(2)(a)] to be read as including any time spent in the reception State since lodging a claim to asylum, or where refugee status determination is not undertaken or is suspended, from the date of entry to the territory", Alice Edwards, *Article 17 in The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, 950, 969 (Andreas Zimmermann ed., 2011).

72. בית המשפט קבע שההיטל אינו מנוגד לסעיף 17(2) מהnimok הבא: "האיסור השני הקבוע בסעיף 17 לאמנה, ואשר עוסק באפליטים של פליטים בתחום העבודה בשכר, אינו מופר בתוצאה מן ההיטל, שהגענו לכל מסקנה לפיה אין השתו טומנת בחובה חשש ממשי לפרנסתם של העובדים." המסקנה המתמיהה, שאין בחלטת ההיטל כדי לגרום לחשש ממשי לפרנסת מבקשי המקלט, הועלתה על הכתב בפסקה קודמת (פסקה מט), וכך נאמר בה:

"מכלול טענות המעררות והمبرקשים להצדקה ניתן להסיק, כי השთת ההיטל אינה טומנת בחובה חשש ממשי לפרנסתם של העובדים, דוקא בשל נסיבות העסקתם הייחודית. כך נטען, כי סוג העבודות אשר בהן מועסקים יוצא סודאן ואריתריאה אין מבקשות מעיקרה על-ידי העובדים יהודים... במצב עניינים זה מהו אייפוא אוכלות העובדים נשוא עניינו מעין ברירת מחדל בעבר המעסיקים, בין היתר נוכח כדיותה של העסקתם. על כן דומני, כי אין נש��פת לעובדים פגיעה של ממש בתוצאה מן ההיטל... ונזכיר, כי בסופו של יום עסקיים בחברות עסקיות, החפות לשמר את תנאי התעסוקה הנוכחות שמוצעים על-ידייהן בתחוםים כדוגן ניקיון, מסעדנות ומלוניות, ואשר אינם "קורצרים" תמיד לעובדים יהודים, בלשון המעתה."

73. בכל חכבוד, מדובר בנימוק שגוי, לדעת המבקרת, מן הסיבות הבאות:

א. לשונו הברורה של סעיף 17(2) מלמדת, שהבחן הרלוונטי לעניין השאלה האם האמצעי להגנה על שוק העבודה המקומי הוא אסור, והוא **מבחן המנייע** (האם האמצעי נועד להגן על השוק המקומי), ולא מבחן התוצאה (האם האמצעי אכן מגן על השוק המקומי,ullo לפוגוע בעובדים שחם מבקשי מקלט). אין כל ספק – וגם בית המשפט מכיר בכך – שההיטל נועד להגן על השוק המקומי.

ב. אפילו היה מבחן התוצאה, להבדיל מבבחן המנייע, המבחן הרלוונטי לעניין סעיף 17(2), היה מקום קבוע, לכל הפחות, שלאור המטרת הברורה של ההיטל – לגרום למעסיקים להעדיין יהודים על פניו זרים – הנטל להוכיח שմבקשי המקלט לא יפגעו ראוי שייעבור על כתפי המדינה.

ג. אם אמן, כפי שקבע בית המשפט הנכבד, ההיטל לא יגרום למעסיקים להעדיין העסקת יהודים על פניו זרים (כאן – אריתראים וסודנים) – הרי שאין כל צידוק בהחלטה ההיטל. נסיבות אלה יש לומר, בראוי מבחני המדיניות, שאין כלל קשר רציני בין האמצעי הפוגעני לבין התכליות שהוא נועד לקדם. כל שנותר הוא היטל שנועד להעיר את קופת המדינה – אך לא זו הייתה תכליתו המוצהרת על ידי המחוקק, על ידי המשיבים ואף לא על ידי בית המשפט הנכבד עצמו.

ד. ההנחות העובדיות של בית המשפט הנכבד – לפייהן אין כל דרך לגרום לעובדים יהודים לעבוד בעבודות כמו ניקיון, מסעדנות ומלוניות, ללא קשר למקלט ולגוזרים שהמדינה מנסה להטיל ביחס

לעסקים ו/או לעובדים) – אין מובססות. למעשה, הן עומדות בינו לבין להנחתה העובדתית של המחוקקים, כפי שניתנו למדו מהצעת חוק התכנית להבראת הכללה, שהביאה לעולם את ההייטל בו עסקינו.

יש לציין שההייטל האמור מצטרף לשורה של סנקציות והגבלות תעסוקתיות המוטלות על אריתריאים וסודנים בשנים, בחודשים ובימים לאחרוניים. כך, למשל, רק יום לאחר מתן פסק הדין מושא בקשה זו, נתן אותו הרכב של בית המשפט הנכבד את פסק דין בעניין עע"מ 9001/16 י.ב. שיא משאים בע"מ נ' חשבת הכללית משרד האוצר. באותו עניין נפסק שמעיסיקים של אריתריאים וסודנים בתחום השירות הציבורי לא יכולים להגיש מעמדות כלל ועיקר למכווצים של משרד הממשלה והרשויות המקומיות. מכאן שמעיסיקים אלה נדרשים לבחור בין המשך העסקת אריתריאים וסודנים לבין האפשרות לזכות במכווצים במשרדי ממשלה וברשות המקומיות. פסיקה זו עלולה לגרום לפגיעה נוספת באריתריאים ובסודנים, וגם היא ועודד לחגון על שוק העבודה המקומי. הנitinן לטעון (ועוד בבטחון) שההצטברות של אמצעים אלה לא עלולה לגרום לפיטורי העובדים? וככל שכן, ואפיו – בינו לבין המבוקשת – היה סעיף 17(2) נוקט ב"מבחן התוצאה", האם ניתן לטעון שלא הוכח שמדובר בהפגיעה – ובחן גם הייטל בו עסקינו, כרכיב ממשוערי המכשול – לא יגרום פגיעה ממשית באפשרויות העבודה של מבקשי המקלט מאריתריאה ומסודן?

ט. סיכום ועמדות הצדדים

.74. נוכח האמור לעיל, מבקשת המבוקשת כי יותר לה להציג להליך ולהביא את קולם של העובדים. בתוך כך מתבקש בית המשפט הנכבד לקיים דין נוסף בעתרה, ולבוחן מחדש את ההלכות שנקבעו ביחס להשפעת הייטל על העובדים מבקשי המקלט; לתחולת אמת הפליטים על מי שטרם הוכרעה בקשו; ולפרשנות סעיפים 17(1) ו-17(2) לאמנה בדבר מעמדם של פליטים.

.75. ב"ב העותר בדנ"א 17/8496, עו"ד קרמית בר-און, נתנה הסכמתה האדיבה לבקשה.

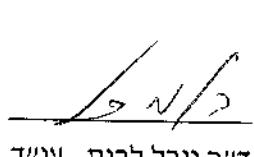
ב"ב העותר בדנ"א 17/8733, עו"ד גיא בר-און, נתן הסכמתו האדיבה לבקשה.

ב"ב המשيبة (המדינה), עו"ד יורם הירשברג, מסר כי המשيبة מתנגדת לבקשה ומבקשת להגיש תגובה מפוררת לבית המשפט.

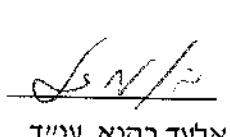
ב"ב המשיבים 2, 3, 4, 5, עו"ד גיל גריידי, נתן הסכמתו האדיבה לבקשה.



מיכל תאגר, עו"ד



ד"ר יובל לבנת, עו"ד



אלעד כהנא, עו"ד

ב"ב המבוקשת

היום, 28 בנובמבר 2017

תצהיר

אני החר"מ, נועה קאופמן, נושאת תעודה זהות שמספרה 039409420, לאחר שהזהרתי כי עלי להצהיר את האמת וכי אהיה צפוייה לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהירה בזאת בכתב כדלקמן:

1. אני עושה תצהيري זה בתמיכת בקשה "קו לעובד" להצטרף כמשיבת, ולחלוון כידית בית המשפט הנכבד, לדנ"א 8496/17 ישרוט לווח' ני פקיד שומה אילית ואות', בעניין הטלת היטל עובדים זרים על מעסיקים של מבקשי מקלט.
2. אני משתמש רכוז עובדים מבקשי מקלט בי'קו לעובד', מזה כSSH שנים.
3. במסגרת עבודתי אני פוגשת עובדים מבקשי מקלט המועסקים בישראל, ומטפלת בהפרות של זכויותיהם בעבודה מול מעסיקיהם או ביחס לתקופת העיסוקתם, ובין היתר מפנה עובדים לתביעות משפטיות בבית הדין לעבודה, לאחר שניסיונותינו בי'קו לעובד" להשיג עבורם את זכויות המגן בעבודה – נכשלים; מסייעת לעובדים להגיש תביעות חוב למוסד לביטוח לאומי במקרים של תאונות העבודה, דמי לידה, ופתרונות רgel של מעסיקים, וכן במיצוי זכויות ממש הכנסה (הנובעות בין היתר מתחלות שונות של רשות המסים הנוגעת ישירות לפשרות בדבר מעמדם של עובדים אלה).
4. בעבודתי אני פוגשת מאות עובדים מדי חודש, בקבלת קהל המთנהלת במשרדי "קו לעובד" בתל אביב. קבלת הקהל עוסקת במיצוי זכויות של העובדים מבקשי המקלט מול מעסיקיהם או הרשות בישראל בסוגיות הקשורות לעבודתם והעסקתם. מרבית הפונים מגיעים עם תלונות על הਪנות חוקי המגן בעבודה, על פיטורים בהרionario, על הלנות שכר, פשיטות רgel של מעסיקים, תאונות העבודה ועוד כיוצא ב.
5. חלק ממערך הטיפול וה מידע אני מנהלת קשר שוטף עם הרשות ואוספת ומקבלת מידע רב ערך, באמצעות המגע השוטף והיומיומי עם העובדים עצם. בשנת 2016 טופלו בקבלת הקהל בי'קו לעובד" 1,686 מבקשי מקלט, באופן ישיר, בנושאים הקשורים להעסקתם בישראל; השנה, עד כתיבת שורות אלה, בנובמבר 2017, טופלו בקבלת הקהל כ-1,400 מבקשי מקלט. מאות עובדים נוספים, אשר הגיעו למישרנו, פנו אלינו במסגרת עמוד הפייסבוק שמפעילה העמותה, באימייל וטלפון.
6. מרבית העובדים מבקשי המקלט הפונים אלינו הם מאריתריאה – כ-80% מכלל הפונים. יתר הפונים הינם ברובם מסודאן. בשלוש מתוך מבקשי המקלט הפונים לי'קו לעובד" הם נשים מבקשות מקלט, רובן מטופלות בילדים קטנים, רבות מהן חד הוריות.
7. מתוך קבוצת העובדים מבקשי המקלט אשר הגיעו לי'קו לעובד", כשליש, בקירוב, מועסקים בעבודות ניקיון אצל חברות קובלן המספקות שירותים ניקיון. יתר העובדים מבקשי המקלט אשר פנו לי'קו לעובד" מועסקים בעבודות כפיים ובסכום שאינו גבוה, לרובה, משכר המינימום: עבודה במסעדות כשותפי כלים; עבודה במלונות בנייקיון ואחזקה; עבודה בבתי אבות בסיעוד ובנייקיון; ועבודות כפיים בענף הבניין.

8. בעבודתי נוכחתי כי מבקשי המקלט בישראל חסופים לשיל הпроות שיטתיות בתנאי העבודה שלהם, והם פגיעים במיוחד להלנות שכיר מתמחכות, לתשלום שכיר הנמוך משכר מינימום, לאי ערך בפיתוח רפואי כדיין, לאי תשלום שעות נספנות, לניכויים לא תוקיים מהשכר ועוד כיווצה בכך.

9. העובדים מבקשי המקלט בישראל מתמודדים עם שוק עבודה קשה ואפור, לא אחת, הם אינם מקבלים תלושי שכיר כלל, וAINS יודעים אף מיהו המעסיק האמתי שלהם. הם נדונים לעבוד בתבניות העסקה מושלשות ומרובעות, שעהשמי שהם מעוניינים לו את שירותיהם איינו מי שימושם את שכרם. הסיבה לכך היא, שמעסיקים רבים נרתעים מהעסקתם, שלמרות מדיניותה "אי אכיפה" שעלייה התחייבת המדינה בפני בית המשפט העליון, נותרת עומומה ולא ודאית עבור מעסיקים רבים.

10. העובדים מבקשי המקלט חיים בעוני ובדחק. לא אחת, שכיר עבודה היחיד שאינו מגיע ליותר שכיר המינימום, מתרנושות משפחות שלמות, על טון. הם מצטופפים בדירות קטנות שאין ראויות למחייה, בחדרים בודדים חיוות, לא אחת, כמה משפחות.

11. העובדים המגיעים למשרדי "קו לעובד", מבקשים להלין על תנאי עבודה קשים. לא אחת, העובדים מגיעים לעבודה שלא כל מידע אודות זכויותיהם, והם עומדים בפני חסמים קשים במיצוי הזכויות, ובין היתר – חששיהם הם להלין על מעסיקים שעשו שעודם עובדים בעבודה, חששיהם הם מפני הרשות בישראל, ועומדים להם גם בשלishi שפה המכבדים עליהם בהליכים משפטיים ובפנייה לערכאות.

12. ההשלכות הצפויות של היטול עובדים זרים על מעסיקיהם של מבקשי מקלט הן קשות, וצפויות לפי ניסיוני ב"קו לעובד", להיות קשות עוד יותר:

13. ראשית, כבר בחודשים החולפים אנו נתקלים בעלייה הולכת וגוברת של פשיטות רgel של מעסיקים, ושל עובדים שניצבים מול שוקת שבורה לאחר שמעסיקיהם פושטים רgel, נסגרים, ואף נעלמים. חלק מהעובדים הללו ניתן לסייע באמצעות תביעות חוב למוסד לביטוח לאומי. ואכן, למעלה מי פי שניים תיקי תביעות חוב לביטוח הלאומי במקרים של פשיטות רgel, נפתחו בשנת 2017, לעומת מספרם של תיקים אלה בשנת 2016. בשנים שקדמו לכך, המספרים היו זעומים. פשיטות רgel של מעסיקים מותיר את מבקשי המקלט לא רק ללא פרנסה, אלא לעיתים קרובות – بلا שכר וזכויות נלוות. המוסד לביטוח לאומי מחויב בביטוח פשיטות רgel גם בגין מבקשי מקלט אשר הפרישו לביטוח לאומי, אולם לא אחת מתברר כי תביעות החוב של מבקשי מקלט למוסד לביטוח לאומי נתקלות בקשיים ייחודיים, הנובעים מהאנומליה של מעמדם, ומשמעות האשורה הניננת להם. כך, המוסד לביטוח לאומי מכיר ומפיצה עובד שמעסיקו פשוט רgel, במקרים בהם בזמן ההחלטה העובד החזיק באשרה בתוקף, ולא היה "ושאה שלא כדיין". סוג האשורה הנינן למבקשי מקלט – המוארך מדי כמה חודשים – אינו מאפשר להם, לעיתים קרובות, להוכיח כי החזיקו באשרתו שהייתה בזמן ההחלטה, שכן האשורת מחודשת וועתק ישן נלקח מהמעדים ולא מסר להם. באופן זה, ביטוח שנועד לכיסות מקרים של פשיטות רgel – מותיר לא אחת את מבקשי המקלט ללא הזכויות המבווחות.

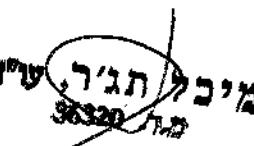
14. עוד לנו עדדים כבר עתה להשלכות ההחלטה בדבר ההחלטה על פיטורי עובדים מבקשי מקלט. כך למשל, פנו אלינו בשבוע החולף עובדות מבקשות מקלט המועסקות כמנקות באוניברסיטה תל אביב, ומשיח שערכו עם איש הקשר באוניברסיטה, התברר כי העלאת העליונות גרמה לפיטורי עובדות אלה על ידי הקבלן. במקביל פנו עובדים מחתה מושבות המלונות, ועל סמך טענותיהם גם הם ניצבים בפני פיטורים על רקע ההחלטה. אנו צופים כי עם הזמן, יגברו שתי התופעות אחד: הן פיטורי עובדים מבקשי מקלט, הן פשיטות רגלי והיעלמות של מעסיקים של מבקשי מקלט, אשר נדרשים בעת לשאת בעליות אתן לא צפוי. אין צורך לומר, כי העובדים הללו הם הנושאים הפגיעים ביותר של המעסיקים, ואלה שאין בידם כל בטוחה להעברת התשלומים המגיע להם.

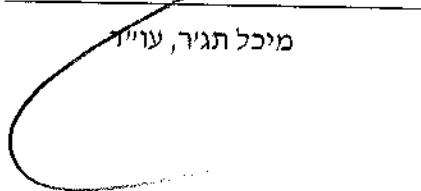
15. אוסיף ואזכיר, כי על פי ניסיוני עם עליות המושבות על מעסיקיהם של מבקשי מקלט, ועובדים חלשים בכלל, סופן של עליות אלה להיות מגולגלות על העובדים וללבוש צורה של הפרה גורפת בזכויות. כן אני עדה, לאורך השנים ב"קו לעובד", לכך שהחלטות מעין אלה מעבירות עובדים רבים לעובדה לא מתועדת, ללא תלושי שכר, לאחר שמעסיקיהם מבקשים להימנע מתשולם כדוגמת ההחלטה. העסקה לא מתועדת היא רעה חוליה בשוק העבודה, מנסה על העובד במימוש זכויות בסיסיות, בתוכן הזכות לביטוח מפני תאונות העבודה, דמי לידה, וכן לביטוח רפואי (אשר במקרה של עובדים מתועדים שאינם אזרחי ישראל מופרש משכר העובד וחציו משולם בידי המassic).


נועה קואפמן

אישור

אני חת"ם, עו"ד מיכל תג'ר, מאשרת בזאת כי ביום 27.11.2017 התייצבה בפני בתל-אביב גב' נועה קואפמן, המוכרת לי באופן אישי, ולאחר שהזהرتה כי עליה להצהיר את האמת וכי תהיה צפופה לעונשים הקבועים בחוק אם לא תעשה כן, אישרה את נכונות הצהרתנה לעיל וחותמה עליה בפני.


מיכל תג'ר, עו"



2 / 2N



UNHCR's position on the status of Eritrean and Sudanese nationals defined as 'infiltrators' by Israel

1. As of September 2017, there are 37,885 persons defined as 'infiltrators' in Israel.¹ The legal term 'infiltrator' is defined in Article 1 of the Law on the Prevention of Infiltration - 1954, as a person who enters Israel through an unrecognized border entry point.² Eritrean and Sudanese nationals represent the largest groups of "infiltrators" following their irregular arrival through the formerly unfenced border with Egypt between 2006 and 2013.³ Many of these individuals registered with UNHCR Israel as asylum-seekers prior the July 2009-handover of refugee status determination (hereinafter: "RSD") functions to the Ministry of Interior.
2. Given the ongoing human rights violations in Sudan and Eritrea, the large majority of these individuals are presumed to be unable to return safely to their countries of origin at this time.⁴ This has been acknowledged by Israel which has provided them with a limited protection in the form of non-removal.⁵
3. Only 3,567 Eritreans and 3,870 Sudanese have had pending asylum applications in June 2017.⁶ Many of Eritrean and Sudanese nationals have not applied for asylum.⁷ For most

¹ Ministry of Interior, Population, Immigration and Border Authority (hereinafter: "PIBA"), *Data regarding Foreigners in Israel 3/17*, 29 October 2017, available at: https://www.gov.il/he/Departments/publications/reports/foreign_workers_report_q3_2017 (Hebrew).

² *Law on the Prevention of Infiltration - 1954*, unofficial translation is available at: <http://www.refworld.org/docid/55116dca4.html>.

³ Currently, there are 7,731 Sudanese nationals and 27,018 Eritrean nationals remaining in Israel. PIBA, *Data regarding Foreigners in Israel 4/2016*, 2 March 2017, available at https://www.gov.il/he/Departments/publications/reports/foreigners_in_israel_data_2016 (Hebrew). Additional 2,651 "infiltrators" are from the rest of Africa and further 485 from the rest of the world.

⁴ UNHCR, *UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea*, 20 April 2011, HCR/EG/ERT/11/01_Rev.1, available at: <http://www.refworld.org/docid/4dafe0ec2.html>; UNHCR, *UNHCR's Position on Sudanese Asylum-Seekers From Darfur*, 10 February 2006, available at: <http://www.refworld.org/docid/43f5dea84.html>.

⁵ This non-removal policy covers Eritreans and Sudanese and allows their temporary stay in Israel. Whereas Eritreans are not returned based on the principle of *non-refoulement*, Sudanese are not returned to Sudan due to practical difficulties stemming from the absence of diplomatic relations. See *Tashuma Noga Desta et al. v. The Knesset et al.* (8665/14), Israel: High Court of Justice, 10 August 2015, para. 5, available at: http://elyon1.court.gov.il/files/14/650/086/C15/14086650_C15.pdf (Hebrew). Translation certified by UNHCR is available at: http://www.refworld.org/cases.ISR_SC.56af8ff04.html.

⁶ According to information provided by the Ministry of Interior to UNHCR (October 2017).

⁷ Between 2013 and June 2017, only 12,295 Eritrean and Sudanese applied for asylum: 1,010 Eritreans and 952 Sudanese applied in 2013 (according to information provided by the Ministry of Interior to UNHCR in June 2014.) Additional 6781 Eritreans and 2701 Sudanese applied between 2014 and 2016. *Data regarding Foreigners in Israel 4/2016*, supra note 3, p. 7. Additional 527 Eritreans and 324 Sudanese applied in the first

of them, refraining from applying for asylum does not rule out the fact that they are in need of international protection. Rather, the decision stems from a) a lack of information about the RSD, which became operational for these groups only in 2013;⁸ b) from distrust in the asylum system and c) from the fact that the status of asylum-seekers does not provide greater protection than what 'infiltrators' who are under the non-removal protection already enjoy:⁹ asylum-seeker status does not entitle access to basic assistance such as health, social security, welfare services and legal aid;¹⁰ it does not confer the right to work,¹¹ and does not exempt "infiltrators" from immigration detention and enforced residence.¹²

4. Furthermore, applications for asylum filed by Eritrean and Sudanese "infiltrators" are not processed fairly and effectively. The recognition rate for Eritrean and Sudanese

half of 2017 (according to information provided by the Ministry of Interior to UNHCR in October 2017). UNHCR does not have exact statistics on the number of applications submitted by Eritreans and Sudanese between 2009 and 2012.

⁸ While 'infiltrators' are required to renew visas every few months (normally between 1-3 months), they are not provided during their visit with information on their right to apply for asylum or on the RSD process. Israel has not carried out information campaigns to raise awareness of potential refugees or provide legal assistance to those who might wish to apply. See *A.G. v. Ministry of Interior* (1279/16), Israel: Tel Aviv Appeals Tribunal, 6 November 2016, para. 14 (Hebrew).

⁹ All 'infiltrators' regardless of whether they applied for asylum or not, and including those whose asylum applications have been denied, receive a short-term renewable section 2(a)(5) conditional permit by virtue of Section 2(a)(5) of the *1952 Entry into Israel Law*.

¹⁰ National health insurance is provided to residents only pursuant to Article 3 of the *National Health Insurance Law - 1994*, available at: http://www.health.gov.il/LegislationLibrary/Bituah_01.pdf. (Hebrew). While the *Welfare Services Law - 1958* is not restricted to "residents", the Ministry of Labour, Social Affairs and Social Services' policy prevents access to welfare services. See also the petition *ASSAF v. the Minister of Welfare and Social Affairs*, (8907/16), Israel: High Court of Justice, filed on 17 November 2016, available at: [http://assaf.org.il/he/sites/default/files/downloads-from-pages/%D7%A2%D7%AA%D7%99%D7%A8%D7%94%20%D7%A0%27%20%D7%A9%D7%A8%20%D7%94%D7%A8%D7%95%D7%95%D7%97%D7%94%20%D7%95%D7%94%D7%A9%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%AA%D7%99%D7%9D.pdf](http://assaf.org.il/he/sites/default/files/downloads-from-pages/%D7%A2%D7%AA%D7%99%D7%A8%D7%94%20%D7%A0%27%20%D7%A9%D7%A8%20%D7%94%D7%A8%D7%95%D7%95%D7%97%D7%94%20%D7%95%D7%94%D7%A9%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%AA%D7%99%D7%9D%20%D7%94%D7%97%D7%91%D7%A8%D7%AA%D7%99%D7%99%D7%9D.pdf) (Hebrew) and is still pending. The *Legal Aid Law - 1972* also does not limit legal assistance to residents, however the State does not provide free legal assistance to foreigners in general, but rather just for unaccompanied minors and victims of human trafficking. A petition concerning this issue is pending: *The Association for Civil Rights in Israel et al. v. The Legal Aid Department et al* (5262/16), Israel: High Court of Justice, filed on 30 June 2016, available at: <http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2016/07/bagatz5262-16-siua-mishpati.pdf> (Hebrew).

¹¹ 2(a)(5) permit holders are not allowed to work. Most are nevertheless employed by virtue of a High Court-sanctioned compromise whereby the Government does not carry out enforcement measures against employed 'infiltrators' and their employers for the time being. *Kav LaOved v. Government* (6312/10), Israel: High Court of Justice, January 16, 2011. See also section 1K.9 of the *Foreign Workers Law - 1991*, available at: https://www.nevo.co.il/law_html/Law01/P178_002.htm (Hebrew) stating that "(t)he depositing of the amount of the deposit in respect of an infiltrator in a fund or bank account under this chapter (...) shall not constitute a confirmation of the legality of the (...) stay or work of a foreign worker who is an infiltrator in Israel."

¹² Under the amended *Law on the Prevention of Infiltration*, 'infiltrators' are subject to mandatory detention for a three-month period upon arrival. Article 30A(b)(5) includes a release ground for detainees with pending asylum claim that have not been processed for over 60 days. However, this has never been applied. Pursuant to Article 32D(a) Law, men are then further subject to a maximum 12-month residency period in a semi-open residence facility in Holot. (Article 32D(b) of the *Law on the Prevention of Infiltration* which enumerates exemptions does not exempt persons with pending asylum requests.

nationalities is less than 1%.¹³ Most asylum claims by Eritreans are rejected on the ground that desertion or draft evasion from the Eritrean national (including military) service does not entitle them to refugee status.¹⁴ Asylum requests by Sudanese from Darfur, Blue Nile and Kordofan regions have been pending for some years.¹⁵

5. Acknowledging the protection needs of the majority of the Eritrean and Sudanese population defined as ‘infiltrators’, which are akin to the protection needs of refugees, UNHCR considers them to be in a *refugee-like* situation¹⁶ and therefore as falling under its mandate.¹⁷ This approach is based on the fundamental notion that the absence of formal recognition by a state of refugee status does not in itself preclude its obligations under the *1951 Convention Relating to the Status of Refugees* (hereinafter: “*the 1951 Refugee Convention*”).¹⁸ As long as a person fulfills the substantial elements of the refugee definition of the *1951 Refugee Convention*, formal recognition is merely declaratory of an existing status.¹⁹
6. This is particularly valid in the Israeli context where lack of formal recognition of refugee status of persons defined as ‘infiltrators’ is linked to short comings in the

¹³ In comparison, according to EUROSTAT statistics, the combined refugee/subsidiary protection rate for Eritrean nationals has remained consistently high (average of 88% between 2014-2016, with 92% in the fourth quarter of 2016) and 57% for Sudanese nationals - see http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:First_instance_decisions_by_outcome_and_recognition_rates_30_main_citizenships_of_asylum_applicants_granted_decisions_in_the_EU-28,_4th_quarter_2016.png.

¹⁴ Only 8 Eritreans have been recognized by Israel. Information provided by PIBA to Amnesty International Israel’s request under the Freedom of Information Law (dated 14 December 2016).

¹⁵ Only one Darfuri was provided temporary residency visa (A-5) since July 2009-handover. The Minister of Interior has refused to set out a policy on Darfuris, opting instead to declare in July 2017 that 200 Darfuris over the age of 45 would receive temporary residency visa (A-5) provided they arrived to Israel Prior to October 2011. See *Adam A. v. Ministry of Interior - Population, Immigration and Border Authority* (2150-16), Israel: Jerusalem Appeals Tribunal, 15 November 2017, paras. 12-13, 19 (Hebrew).

¹⁶ This sub-category is descriptive in nature and includes groups of persons who are outside their country or territory of origin and who face protection risks similar to those of refugees, but for whom refugee status has, for practical or other reasons, not been ascertained. UNHCR, *UNHCR Statistical Online Population Database: Sources, Methods and Data Considerations*, 1 January 2013, available at: <http://www.unhcr.org/statistics/country/45c06c662/unhcr-statistical-online-population-database-sources-methods-data-considerations.html>.

¹⁷ UNHCR Israel commonly refers to this population as ‘asylum-seekers’, which captures the view that they are in need of international protection. This category includes Eritreans and Sudanese who have not filed an asylum claim but have benefited so far from a limited form of protection; persons who filed an asylum claim and their claims are still pending; as well as persons whose claims were rejected but are still in need of international protection.

¹⁸ UN General Assembly, *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137, available at: <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>. Israel ratified the Convention on 1 October 1954 and acceded to the 1967 Protocol on 14 June 1968.

¹⁹ “A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfils the criteria contained in the definition. This would necessarily occur prior to the time at which his refugee status is formally determined. Recognition of his refugee status does not therefore make him a refugee but declares him to be one. He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee.” See UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, December 2011, HCR/1P/4/ENG/REV. 3, para. 28, available at: <http://www.unhcr.org/4d93528a9.pdf>.

asylum procedure.²⁰ In this context, it should be noted that the term “infiltrator”, as defined by Israeli law, does not in itself affect the protection status of an individual under the *1951 Refugee Convention*. Article 31(1) of the *1951 Refugee Convention* expressly stipulates that refugees,²¹ shall not be penalized for their irregular entry or presence, provided they present themselves to the authorities without delay and show good cause for their irregular entry or presence.²² This provision acknowledges that, as in many cases of Eritrean and Sudanese nationals, refugees may not be in a position to comply with the legal formalities for entry. They may, for example, be unable to obtain the necessary documentation, including a valid passport or laissez-passir or visa, in advance of their flight because of their fear of persecution and/or the urgency of their departure.²³ In other words, they may have good reason for their irregular entry or initial stay, and these factors, as well as the fact that refugees have often experienced traumatic events, need to be taken into account,²⁴ and not deny them their internationally recognized right to seek asylum.²⁵

UNHCR
November 2017

²⁰ As elaborated above in paragraph 4.

²¹ Article 31 of the 1951 Refugee Convention also covers asylum-seekers. See Guy Goodwin-Gill, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection*, June 2003, available at: <http://www.refworld.org/docid/470a33b10.html>, p. 193.

²² Article 31(1) protects from penalization refugees who transit an intermediate country for a short period of time without having applied for, or received, protection there. The provision further protects from penalization refugees who have traveled on from another country where his or her protection, safety or security could not be assured (interpreting in part “good cause”). “Irregular entry” would, *inter alia*, include arriving or securing entry without documents, through the use of expired, false or falsified documents, the use of other methods of deception or clandestine entry, including entry into State territory with the assistance of smugglers or traffickers. See Cambridge University Press, *Summary Conclusions: Article 31 of the 1951 Convention - Expert Roundtable organized by the United Nations High Commissioner for Refugees and the Graduate Institute of International Studies, Geneva, Switzerland, 8–9 November 2001*, June 2003, available at: <http://www.refworld.org/docid/470a33b20.html>. See also Guy Goodwin-Gill, in: Cambridge University Press, *Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection*, June 2003, available at: <http://www.refworld.org/docid/470a33b10.html>.

²³ See also UN General Assembly, *Report to the Seventh Session of the Human Rights Council - Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, 10 January 2008, A/HRC/7/4, available at: <http://www.refworld.org/docid/502c0eb02.html>, at para. 53: “(C)riminalizing illegal entry into a country exceeds the legitimate interest of States to control and regulate illegal immigration and leads to unnecessary (and therefore arbitrary) detention”.

²⁴ UNHCR, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, Guideline 1, available at: <http://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>.

²⁵ Article 14 of UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights* (hereinafter: “UDHR”), 10 December 1948, 217 A (III), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3712c.html>; UN General Assembly, *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees: Resolution / adopted by the General Assembly*, 12 February 1999, A/RES/53/125, available at: <http://www.refworld.org/docid/3b00f52c0.html>; and ExCom reference on point b) of Conclusion No. 82 in UNHCR, *Safeguarding Asylum No. 82 (XLVIII) - 1997*, 17 October 1997, No. 82 (XI.VIII) - 1997, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae68c958.html>.

ייפוי כוח

אני חתום מטה, מנכ"לית עמותת "קו לעובד", עיר 580175545, ממנה בזאת את עוז"ד מיכל תגיר ו/או את עוז"ד יובל לבנת ו/או את עוז"ד אלעד כהנא ו/או את עוז"ד ענטן בן דור להיות בא כוחី בעניין בקשה ה策剖ות להליך שענינו היטל עובדים זרים על מבקשי מקלט (דנ"א 17/8496).

ambilי לפגוע בנסיבות המינוי הניל יהיה בא כוחី רשאי לעשות ולפעול בשמי ובמקום בכל הפעולות הבאות, כולל ומקצתן הכל בהקשר לעניין הנובע ממנו כדלקמן:

- (1) לחותם על ולהגיש כל עתירה, תביעה או תביעה שכגד, ו/או כל בקשה, הגנה, התנגדות, בקשה למתן רשות לערער, ערעור, הודעה, טענה, תובעה או כל הליך אחר הנוגע או הנובע מההלך הניל לאו יצא מן הכלל. וambilי לפגוע באמור גס להודאות ו/או לכפור בשמי במשפטים פליליים.
- (2) לחותם על ו/או לשוחח התראות נוטרונוויות או אחרות, לדוש הכרזות פשוטות רגיל, או פרוק ונוף משפטים ולעשות את כל הפעולות הקשורות והנובעות מהעניין הניל.
- (3) לבקש ולקבל חוות דעת רפואי מכל רופא או מוסד שבודק אותו או חוות דעת אחרת הנוגעת לעניין הניל.
- (4) להופיע בקשר לכל אחת מן הפעולות הניל בפני כל בית המשפט, בת דין למיניהם או מוסדות אחרים הן ממשתפים והן אחרים עד דרגה האחורה.
- (5) למסור כל עניין הנוגע לעניין האמור לעיל לבוררות ולהחותם על שטר בורין כפי שבא כוחី נמצא לנכוון ולמעיל.
- (6) להתאפשר בכל עניין הנוגע או הנובע מהעוניינים האמורים לעיל לפי שיקול דעתו של בא כוחី ולהחותם על פשרה כזו בבהמ"ש או מחוצה לו.
- (7) לגבות את סכום התביעה או כל סכום אחר בכל עניין מהעוניינים הניל לרבות הוצאות בימ"ש ושכר טרחות עוז"ד, לקבל בשמי כל מסמך וחוץ ולתת קבלות וסחרורים כפי שבא כוחី נמצא לנכוון ולמתאים.
- (8) להוציא לפועל על פס"ד או החלטה או צו לדוש צווי מכירה או פקדות מססר, לעשות כל הפעולות המותרות עפ"י חוק החזאה לפועל.
- (9) לנקיות הכל הפעולות ולהחותם על כל מסמך או כתוב בלי יוצאה מן הכלל אשר בא כוחី נמצא בכל עניין הנובע מהעניין הניל.
- (10) להופיע בשמי וליצgni בפני רשות הקרן העומדת, בלשכת רישום מקרקעין, להחותם בשמי במקומות כל בקשה, הצהרה וסמכמים אחרים למיניהם ולבצע בשמי כל עסקה (דיספוזיציה) המוכרת ע"י החוק וליתן הצהרות, קבלות ואישורים ולקבל כל מסמך שאני רשאי לקבל עפ"י דין.
- (11) ליצgni ולהופיע בשמי בפני רשות החברות, רשם השותפות ורשות אגודות שיתופיות, להחותם בשמי במקומות כל בקשה או מסמך אחר בקשר לרשות גוף משפט, לטפל ברישומו או מחייבתו של כל גוף משפט ולטפל בכל דבר הנוגע לו ולבצע כל פעולה בקשר לאחיו ונוף משפטי.
- (12) לטפל בשמי בכל הקשור לרישומים פטנט, סימני מסחר וכן בכל זכויות המוכרות ע"י החוק.
- (13) להעביר ייפוי כוח זה על כל הסמכויות שבו או חלק מהן לעוז"ד אחר עם זכות העברה לאחרים, לפטרם ולמנות אחרים במקומות ולנהל את עניין הניל לפי ראות עיניו ובכלל העשות את כל ה策剖ים שימצא לנכוון ומועל בקשר עם המשפט או עם עניין הניל. אני מאשר את מעשיי או מעשי מלאי המקום בתוקף ייפוי כוח זה מראש.

המלים הבאות ביחיד תכלולנה את הרבים ולהיפך.

ולראיה באתי על החתום היום יום 27.11.2017.

קו לעובד (עיר)
580175545
ח"ס

חתימה

הני מאשר את חתימת מושי הניל.

זוח'י ח'אלץ
עו"ד י"ו ש"ז י"ז
רשות מ"ט 27049