

יסודות ההסכמה והכפייה בעבירות הסחר והעבדות בישראל

המאמר בוחן את יסוד ההסכמה בעבירות הסחר בבני אדם וההחזקה בתנאי עבדות לפי הדין הישראלי, ומשווה אותו ליחס להסכמה במשפט הבינלאומי ובמשפט המשווה. חלקו הראשון של המאמר דן ברכיב ההסכמה במשפט הבינלאומי ובאופן שבו התמודדו ערכאות בינלאומיות עם הקביעה שהיעדר הסכמה אינו יסוד של עבירות הסחר והעבדות, והרלוונטיות של השימוש באמצעי כפייה לקביעה זו. חלקו השני של המאמר מציג שלפי גישת הדין הישראלי, הסכמת הקורבן לסחר ועבדות אינה מהווה הגנה הן בשל הפגיעה בכבוד האדם, הן בשל השימוש באמצעי כפייה המאיינים את היכולת לתת הסכמה חופשית ומרצון. חלקו האחרון של המאמר בוחן את שאלת ההסכמה בנסיבות שבהן קיימת כפייה מבנית, בנוגע למהגרי עבודה החשופים לסכנות של כליאה, גירוש וסנקציות במדינת המוצא אם לא יצייתו למעסיקהם. אמצעי הכפייה המבנית כוללים כבילה למעסיק, חוב, ושליטה ופיקוח. המאמר מציג שקיים פער בין ניתוח יסודות ההסכמה והכפייה בהליכים פליליים ובין הניתוח בהליכים מנהליים וחוקתיים העוסקים במדיניות ההגירה של ישראל, וטוען שעמידה במחויבות המדינה למנוע סחר ועבדות בגבולותיה מחייבת הרחבה של ההכרה באמצעי כפייה מגוונים, כולל אלה שמקורם בכפייה מבנית – הן מצד הרשויות, הן מצד בית המשפט.

מבוא

בהגדרות המשפטיות של סחר בבני אדם ועבדות טמון מתח: מצד אחד, אלו עבירות שהמאפיין המובהק שלהן הוא שלילת חירות, והן אף מוגדרות ככאלו בחוק העונשין. מצד שני, באופן נדיר למדי בדין הישראלי, אי הסכמה אינה יסוד מיסודות העבירה, והסכמה למעשים נשוא עבירות אלו אינה מהווה הגנה. היעדר הצורך להוכיח אי הסכמה קיים גם במשפט הבינלאומי ובחקיקה הפלילית במדינות אחרות. בשל הדרישה להוכיח שלילת חירות, ישנה ציפייה מעשית של גורמי אכיפת החוק שמקרי סחר ועבדות יכללו ראיות לאמצעי כפייה קיצוניים והיעדר אפשרות לברוח,¹ כלומר ציפייה להראות חוסר הסכמה. בישראל כאשר

* עמיתת פוסט־דוקטורט ב־Bonavero Institute of Human Rights, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת אוקספורד. עמיתת מחקר ב־Modern Slavery Policy and Evidence Centre. תודתי לחני בן ישראל, לפרופ' הילה שמיר, לפרופ' יואב ספיר ולמערכת משפט, חברה ותרבות על הערותיהן הנבונות, ולנועה וינר על עזרה במחקר.

1 ראו, למשל, Jayashri Srikantiah, *Perfect Victims and Real Survivors: The Iconic Victim*, 28 IMMIGR. & NAT'LITY L. REV. 147, 187 (2007).

קורבן העבירה נוצלה בתעשיית המין, בירוקרטי הקצה נוטים להכיר בה כקורבן סחר, על כל המשתמע מכך, גם אם הייתה מידה של הסכמה בהגעתה לישראל ובעבודתה בתעשיית המין.² לעומת זאת, כאשר מדובר בקורבנות סחר בבני אדם למטרות עבודה מחוץ לתעשיית המין שעובדות המקרה בעניינם אינם תואמים את המיתוס או הציפייה בדבר אי הסכמה מובהקת – קרי, מקרים שבהם לא היה שימוש באמצעי כפייה פיזיים, מקרים שבהם לקורבן הייתה אפשרות לעזוב, ומקרים שבהם בשלב מסוים הייתה הסכמה למשל לכניסה למדינה, לעסוק בתחום מסוים, או לקשר עם מבצע העבירה – נתפסים כמקרים שאינם עומדים בהגדרות הסחר והעבדות. זאת, אף על פי שהדין אינו דורש ראיות להיעדר הסכמה, ואינו מקבל הסכמה כטענת הגנה.

מאמר זה מבקש ליישב את המתח הלכאורי שבין הדרישה להוכיח שלילת חירות לבין הדחייה של הסכמה כטענת הגנה (המנוסחת לעיתים כ"חוסר הרלוונטיות של הסכמה" לסחר ועבדות), ולהראות כיצד בתי משפט, מחוקקים וגופים מומחים בישראל ובעולם התמודדו עם טענות להסכמת הקורבן במקרים המעידים על שלילת חירות. הטעון מוצג דרך בחינה של עבירות הסחר בבני אדם וההחזקה בתנאי עבדות – המושגים המגדירים אותן, היסטוריית החקיקה, וההקשר שבו אומצו. המאמר בוחן את יסוד ההסכמה בעבירות הסחר בבני אדם וההחזקה בתנאי עבדות לפי הדין הישראלי, על רקע הוראות רלוונטיות מהמשפט הבינלאומי והמשפט המשווה. ניתוח הדין בישראל כולל היסטוריית חקיקה, ניתוח דוקטרינרי, וניתוח ביקורתי של ההקשר החברתי והפוליטי שבו אומצו עבירות אלו בישראל, וההקשרים שבהם נדרש המשפט הישראלי ליישמן.

בדין הישראלי, העבירות הרלוונטיות הן עבירת ההחזקה בתנאי עבדות ועבירת הסחר בבני אדם, שנוספו לחוק העונשין בנוסחון הנוכחי בחוק איסור סחר בבני אדם,³ כעבירות של פגיעה בחירות. עבירת ההחזקה בתנאי עבדות מתייחסת למצבים שבהם מופעלות כלפי אדם סמכויות המופעלות ככלל כלפי קניין, ובכלל זה שליטה ממשית ושלילת חירות, למטרת עבודה או שירותים.⁴ עבירת הסחר בבני אדם מתייחסת לעשיית עסקה באדם לשם אחת המטרות המנויות בסעיף, הכוללות בין היתר עבדות, עבודת כפייה, ניצול זנות וביצוע עבירות מין.⁵ במקרים שונים שהגיעו לבתי המשפט ביקשו הנאשמים להסתמך על

המונח "גורמי אכיפת החוק" מתייחס למגוון "בירוקרטי הקצה" שעוסקים ביישומו, אכיפתו ופרשנותו של החוק בנושא זה וביניהם למשל שוטרים, פקחי עבודה, פקחי רשות האוכלוסין, תובעים במשטרה ובפרקליטות, דיינים בבית הדין למשמורת ושופטים בערכאות הדיוניות. על מקומם של בירוקרטי קצה באופן כללי, ראו: Michael Lipsky, *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services* (30th anniversary expanded ed. 2010). ראו, למשל, דיון בתפקידן של "מניפולציות" או מצוקה כלכלית כאמצעי לחץ במקרים של סחר לזנות, בפרוטוקול ישיבה 3 של ועדת המשנה למאבק בסחר בנשים ובזנות, 11-12 (11.11.2020); ראו גם ע"פ 4444/06 קונין נ' מדינת ישראל, פס" 3 (אר"ש 11.6.2007), המפנה לדיונו של בית המשפט קמא בחוסר הרלוונטיות של עיסוק הקורבן בזנות מרצונה, וכן פסקי הדין בחלק ב להלן.

3 ראו חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה), התשס"ז-2006, ס"ח 2067.

4 ס' 375א לחוק העונשין התשל"ז-1977. ראו דיון בחלק ב להלן.

5 ס' 377א. ראו דיון בחלק ב להלן.

הסכמת הקורבן (לטענתם) כטענת הגנה בפני עבירות אלו. אף שסעיפי החוק אינם כוללים התייחסות מפורשת לקיומה של הסכמה, בתי המשפט פירשו את העבירות ככאלו שאינן דורשות הוכחת אי הסכמה.⁶

ככלל, המאמר דן בעבירת הסחר ועבירת העבדות יחד, אם כי נקודות מסוימות מתייחסות באופן פרטני לסחר או לעבדות. הטעם לכך הוא שמדובר בעבירות קרובות, שהגבול ביניהן אינו חד – הן בדין והן בפרקטיקה. בעולם, ישנה מחלוקת בספרות בנוגע ליחס בין עבירת הסחר ועבירת העבדות, כאשר יש הרואים בעבירת העבדות את "היעד הסופי", ובסחר אך "צינור" או אמצעי להבאת אדם לעבדות.⁷ אחרים מפרשים את הגדרת הסחר ככזו החלה גם על מצבי עבדות וניצול.⁸ בפסקי דין שונים ההבחנה בין מושג הסחר ומושג העבדות (או עבודת הכפייה) אינה חדה. כך, למשל, קרא בית הדין האירופי לזכויות אדם את האיסור על סחר לתוך סעיף 4 לאמנה האירופית, אף שסחר בבני אדם אינו מוזכר באמנה.⁹ ההצדקה לכך היא הדמיון בין סחר בבני אדם ובין הפרות זכויות האדם המנויות בסעיף 4 – עבדות, שעבוד ועבודת כפייה.

בישראל, שתי העבירות כלולות בחוק איסור סחר בבני אדם, והדיון בכנסת ביסודות כל אחת מהעבירות התקיים באותה מסגרת רעיונית ומשפטית. בהמשך, במספר לא מבוטל של מקרים נסיבותיהם של קורבנות בישראל עמדו הן בדרישות הדין ביחס לסחר והן בדרישות ביחס לעבדות. אף שטרם נדונו בבתי המשפט בישראל מקרים שבהם הוגש כתב אישום בגין שתי העבירות יחד, מניתוח מקורות מהמשפט הבינלאומי והמשפט המשווה ניתן לצפות נסיבות שידרשו דיון בשתי העבירות זו לצד זו. בנוסף, ברמה המעשית ההליך המנהלי

6 ראו חלק ב להלן.

7 James C. Hathaway, *The Human Rights Quagmire of Human Trafficking*, 49 Va. J. INT'L L. 1, 9–10 (2008) KEVIN BALES & ZOE TRODD, ADDRESSING CONTEMPORARY FORMS OF SLAVERY IN EU EXTERNAL POLICY: BRIEFING PAPER FOR THE EUROPEAN PARLIAMENT'S SUBCOMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, 7 (2013); M. Paavilainen, *Towards a Cohesive and Contextualised Response: When is it Necessary to Distinguish Between Forced Labour, Trafficking in Persons and Slavery?*, 5 ANTI-TRAFFICKING REV. 158 (2015) <https://bit.ly/3FObsKr>; VLADISLAVA STOYANOVA, HUMAN TRAFFICKING AND SLAVERY RECONSIDERED: CONCEPTUAL LIMITS AND STATES' POSITIVE OBLIGATIONS IN EUROPEAN LAW (2017) ראו גם דברי רחל גרשוני, פרוטוקול ישיבה 46 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 11 (9.8.2006).

8 Anne T. Gallagher, *Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground* – A Response to James Hathaway, 49 Va. J. INT'L L. 789, 814–816 (2009) לעמדות המגוונות של ארגונים בינלאומיים ביחס לקשר בין סחר בבני אדם לעבדות ועבודת כפייה ראו Sally Engle Merry, *Counting the Uncountable: Constructing Trafficking through Measurement*, in REVISITING THE LAW AND GOVERNANCE OF TRAFFICKING, FORCED LABOR AND MODERN SLAVERY 273, 284 (Prabha Kotiswaran ed., 2017).

9 *Rantsev v. Cyprus and Russia* No. 25965/04, 283-289 ECHR 2010-I (להלן: עניין Rantsev); *Chowdury and Others v. Greece* No. 21884/15, 86 Ct. H.R. (march 30, 2017) (להלן: עניין Chowdury); *SM v Croatia* No 60561/14 Ct. H.R. (July 19, 2018); *SM v. Croatia*; (עניין Chowdury) (להלן: עניין SM) No. 60561/14, Ct.H.R. (June 25, 2020).

להגנה וסיוע לקורבנות סחר ועבדות הוא הליך אחד, כך שכאשר נדרשות הרשויות לזהות קורבנות סחר ועבדות ולהכיר בהם, שאלת ההסכמה צפויה להיבחן על ידי אותם גופים, על רקע אותם קריטריונים, ועל כן, להוביל לאותן תוצאות.

למרות חשיבותו, המונח "הסכמה" לא הוגדר בחוק איסור סחר בכני אדם. בחוק העונשין כולו אין הגדרה להסכמה, אף שהיעדר הסכמה הוא אחד מהיסודות של מספר עבירות – תקיפה,¹⁰ גניבה,¹¹ אינוס,¹² מעשה מגונה¹³ ועוד. גם דברי חקיקה אחרים הדנים בקיומה של הסכמה או היעדרה אינם מגדירים הסכמה.¹⁴ הפסיקה דנה בהסכמה בהקשרים שונים, והסבירה הסכמה בדרכים שונות – הסכמה כביטוי של "בחירה אמיתית ואוטונומית",¹⁵ כקבלתה של הצעה,¹⁶ כקיומו של רצון, או לכל הפחות אי־התנגדות,¹⁷ או כקיומה של בחירה חופשית בלא כפייה.¹⁸ בחירה חופשית, כפי שהבהיר בית המשפט העליון, "תיתכן רק במקום שבו אדם סוברני לקבל החלטה מודעת ומושכלת מתוך מספר אפשרויות בנות־בחירה, שאינן מציבות אותו בפני מציאות חיים בלתי אפשרית".¹⁹ בית המשפט העליון הגדיר "הסכמת אמת" כשילוב של שני תנאים: הראשון הוא קיומה של בחירה חופשית, השני – היות ההסכמה מדעת.²⁰ לרוב, נסיבותיהם של מקרי סחר ועבדות מעידות על הפרה של שני התנאים האלו. ראשית, הנסיבות הקיימות במקרי סחר ועבדות שוללות את קיומה של בחירה חופשית. מקרי סחר ועבדות מהעולם כללו שימוש באלימות ובאימים,²¹ כליאה בבית או במקום העבודה ובידוד מהסביבה,²² עבודה תחת השגחתם של שומרים חמושים,²³

- 10 ס' 378 לחוק העונשין התשל"ז-1977.
 11 ראו, למשל, עניין SM, לעיל ה"ש 9.
 12 ס' 354(א) לחוק העונשין.
 13 ס' 348 לחוק העונשין.
 14 ראו, למשל, חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327.
 15 רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה (3) 305, פס' 27 (2012).
 16 ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי, מח(1) 302, פס' 10 לפסק דינו של השופט חשין (1993) (להלן: ע"פ בארי).
 17 שם, פס' 2, 7 לפסק דינו של השופט חשין.
 18 עע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים, פס' 120-115 לפסק דינה של הנשיאה נאור (אר"ש 28.8.2017).
 19 שם, פס' 120; בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 111 לפסק דינו של השופט פוגלמן (אר"ש 22.9.2014).
 20 עניין צגטה, לעיל ה"ש 18, פס' 120.
 21 ראו, למשל, J. & Others v. Austria No. 58216/12, Ct. H.R. (Jan. 17, 2017); R. v. Connors, EWCA Crime 324 (2013); Zoletic & Others v. Azerbaijan No. 20116/12 ECHR (Oct. 7, 2021); בישראל, ראו למשל ע"פ 8027/13 פלוני נ' מדינת ישראל (אר"ש 27.5.2018) (להלן: ע"פ 8027/13).
 22 CN v. UK No. 4239/08, Ct. H.R. (2012); The Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil IACHR (2016); VCL & AN v. UK Nos. 77587/12 and 74603/12 Ct. H.R. (2021); J. & others v. Austria, שם. בישראל, ראו למשל ע"פ 10489/06 עופר נ' מדינת ישראל, פס' 6 (אר"ש 14.1.2010).
 23 עניין Chowdury, לעיל ה"ש 9.

שעבוד חוב, ²⁴ ואימים בכליאה וגירוש. ²⁵ אף שבמקרים רבים תחילתו של המסע בהסכמה להגר למדינה אחרת, או תחילתם של יחסי העבודה בהסכמת הקורבן לעבוד עבור המעסיק, השימוש באמצעים אלו כופה את המשך יחסי העבודה גם כאשר הקורבן אינו מעוניין בהם, ומונע אפשרות לעזוב. שנית, בחלק מהמקרים, אפילו אם הייתה הסכמה ליחסי העבודה, לא ניתן לראות בהסכמה זו הסכמה מדעת, כאשר לקורבן חסרה ידיעה על העובדות או פרטי ההסדר שלכאורה הוסכם, והתנאים שבהם יעבוד. במקרים רבים, סחר ועבדות כוללים מרמה והטעיה בנוגע לעבודה המוצעת, תנאיה, התגמול, המעמד החוקי במדינת היעד ועוד. כך, מהגרים עלולים להסכים לעבוד בגידול סמים בלא לדעת כי העבודה הנדרשת מהם אינה חוקית והם יהיו חשופים לסנקציות פליליות. ²⁶ קורבנות סחר עלולות להסכים לעבודה המוצעת להן כמטפלות או מלצריות, כדי לגלות שלמעשה נדרש מהן עיסוק בזנות. ²⁷ בישראל נפלו רבים קורבן לתוכניות המציעות להם להגיע לישראל כסטודנטים לחקלאות או מסעדות, וגילו לאחר ההגעה שהתוכנית שבה ישתתפו אינה כוללת תכנים לימודיים, אלא עבודה מפרכת בשכר זעום. ²⁸ במקרים מסוימים, קורבנות העבירה אינם מודעים לזכויותיהם או שנסיונותיהם האישיות מקשות על הבנתם את מצבם ועל יכולתם לעמוד על זכויותיהם – בשל גילם הצעיר, מוגבלות נפשית או שכלית, או היעדר היכרות עם המדינה המארחת, שפתה וחוקיה. ²⁹

חלקו הראשון של המאמר בוחן את הוראות הדין הבינלאומי בנוגע לסחר ועבדות ואת מקומה של ההסכמה בנוגע לעבירות אלו. כן כולל חלק זה הפניות למקורות מהמשפט המשווה המסבירים את הבנת ההסכמה או היעדרה במקרי סחר ועבדות. חלקו השני של המאמר מתמקד בדין הישראלי, כפי שהוא משתקף בדיוני הכנסת סביב הצעת חוק איסור סחר בבני אדם, ובפסקי דין רלוונטיים. חלק זה מציע כי בדין הישראלי ניתן לזהות שתי הצדקות שלפיהן הסכמת הקורבן לסחר ועבדות אינה רלוונטית: הצדקה מוסרית (או "פטרנליסטית"), והצדקה ראייתית. חלקו האחרון של המאמר בוחן את שאלת ההסכמה בנסיבות שבהן קיימת כפייה מבנית, בנוגע לעובדים לא-ישראלים החשופים לסכנות של כליאה, גירוש וסנקציות במדינת המוצא אם לא יצייתו למעסיקיהם.

- 24 Hacienda Brazil ; *The Queen v. Tang* HCA, 39 (August 28, 2008) לעיל ה"ש 22.
- 25 ראו, למשל, *J. & others v. Austria* ; CN & V v. France No. 67724/09 Ct. H.R. (2012) לעיל ה"ש 21.
- 26 VCL & AN v UK, לעיל ה"ש 22.
- 27 ראו, למשל, נעמי לבנקרון סחר נשים בישראל: דו"ח עדכני 2001 (מוקד סיוע לעובדים זרים 2001) <https://bit.ly/3iXcEC2>; "סיפורים אישיים – אנה" המוקד לפליטים ולמהגרים (8.1.2019) <https://bit.ly/3FWAkjF>; "סיפורים אישיים – אלינה" המוקד לפליטים ולמהגרים (9.1.2019) <https://bit.ly/3PobkV1>.
- 28 לי ירון ויהושע (ג'וש) בריינר "באו ללמוד מדעי הצמח בישראל ונאלצו לעבוד בחקלאות בתנאים קשים" הארץ (8.3.2019) <https://bit.ly/3V18Pt6> (להלן: ירון ובריינר). כמו כן, סיפורו של עמנואל סמפסון בכרך זה.
- 29 ראו למשל, *Siliadin v. France* No. 73316/01 EHRR, 16 (2006); *United State v. Kaufman*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 21006 (Kan. 2005).

המאמר מציע שמדיניות ההגירה והעבודה של עובדים לא-ישראלים מובילה לפער בין ניתוח יסודות ההסכמה והכפייה בהליכים פליליים ובין הניתוח בהליכים מנהליים וחוקתיים העוסקים במדיניות ההגירה של ישראל, וטוען שעמידה במחויבות המדינה למנוע סחר ועבדות בגבולותיה מחייבת הרחבה של ההכרה באמצעי כפייה מגוונים, כולל אלה שמקורם בכפייה מבנית – הן מצד הרשויות, הן מצד בית המשפט. אף שחלק מהדיון בדין הישראלי (ובמידה פחותה, חלק מהדיון בדין הבינלאומי) מתייחס לפסקי דין שעסקו בסחר למטרות זנות, חלקו האחרון של המאמר רלוונטי בעיקר לסחר למטרות עבודה, עבדות ועבודת כפייה.

א. הסכמה במשפט הבינלאומי והמשווה

הדין הישראלי אינו יוצא דופן בהגדרת עבירות הסחר והעבדות כעבירות שלילת חירות. הכותרת של שלילת חירות ניתנה לעבירות אלו בחקיקה הפלילית של מגוון מדינות אחרות – ארגנטינה,³⁰ ברזיל,³¹ גרמניה,³² ניגריה,³³ שוודיה³⁴ ואחרות. גישה זו משקפת את התפיסה באשר לפסול שבעבדות וסחר: שליטה ממשית באדם ובהיקף משמעותי של היבטים מחייו, ושלילת חירותו.

ההגדרה הבינלאומית לעבדות נשענת על אמנת חבר הלאומים משנת 1926. לפי האמנה "עבדות היא מעמדו או מצבו של אדם, שמשמשים כלפיו בכל הסמכויות או בכמה מן הסמכויות הקשורות בזכות בעלות".³⁵ מסמכים בינלאומיים עדכניים יותר, אף שכללו את איסור העבדות, לא הגדירו את העבדות, ופרשנות לאיסור זה נשענת עדיין על אמנת חבר הלאומים. כך, למשל, באמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות,³⁶ הכוללת את הזכות שלא

- Codigo Penal de la Nacion Argentina, Ley 11.179 (T.O. 1984 Actualizado), Delitos 30
 30
 Contra la Libertad, art. 140 <https://bit.ly/3HF58G6>
 Prevencion y Sancion de la Trata de Personas; 2012 משנת אדם סחר בכני אדם
 y Asistencia a sus Victimas, Ley 26.842, Código Penal, Código Procesal Penal y Ley
 N° 26.364. Modificaciones, <https://bit.ly/3UU6Oie>
 Chapter Vi Crimes Against Individual Freedom Section I Crimes Against Personal 31
 Freedom, <https://bit.ly/3FOdKsO>
 German criminal code – Chapter 18 Offences against Personal Liberty, Section 232 32
 Human trafficking, <https://bit.ly/3YID1BO>
 Criminal Code Act, Chapter 31 Offences against liberty: slave dealing, <https://bit.ly/3WcFk8x> 33
 The Swedish Criminal Code , Chapter 4 – On Offences against Liberty and Peace, 34
 section 1a, <https://bit.ly/3VRfO9a>
 Slavery Convention, ;(1926 ב"חתימה) 315, 307, 202, כ"א 35
 .opened for signature sept. 25, 1926, art. 1(1), 60 L.N.T.S 253
 ס' 8 לאמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות כ"א 1040, 269 (נפתחה לחתימה 36
 ב"1966).

להיות קורבן לעבדות, שעבוד או עבודת כפייה, באמנת זכויות האדם האירופית הכוללת איסור דומה,³⁷ ובהגדרת שעבוד כפשע נגד האנושות לפי חוקת רומא של ביה"ד הפלילי.³⁸ אמנת העבדות אינה כוללת התייחסות לשאלת ההסכמה. עם זאת, בפסקי דין אחדים נקבע שהסכמת הקורבן אינה מהווה הגנה, או אינה רלוונטית להוכחת יסודות העבירה. כך, בפסק דינה של ערכאת הערעור של בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה בעניין *Kunarac*, נקבע כי היעדר הסכמה אינו יסוד מיסודות העבירה, המוגדרת על בסיס זכות הבעלות הנטענת. התביעה אינה נדרשת להוכיח היעדר הסכמה, אם כי עשויה להיות להסכמה חשיבות ראייתית. עוד קבעה ערכאת הערעור כי נסיבות שבהן לא ניתן להביע הסכמה מקימות חזקה של היעדר הסכמה.³⁹ בהליך שעסק בגיוסן של נשים בתאילנד ומכירתן לעיסוק בזנות באוסטרליה נדונה שאלת הסכמתן של הנשים כהגנה מפני האישום בעבדות. בית המשפט הגבוה באוסטרליה אימץ את הקביעות בעניין *Kunarac* וקבע כי אף שלשאלת ההסכמה עשויה להיות משמעות עובדתית בתיקי עבדות, היעדר הסכמה אינו אחד מיסודות העבירה.⁴⁰ באשר לעבדות, שעבוד ועבודת כפייה כהפרות של זכויות אדם, נטען שמאחר שעל זכויות אדם לא ניתן לוותר או להתנות, לא ניתן לקבל את הסכמתו של אדם לוותר על חירויות יסודיות כאלו.⁴¹

לעבירת הסחר, להבדיל מעבירת העבדות, הגדרה מודרנית ומפורטת הכוללת התייחסות מפורשת לשאלת ההסכמה. ההגדרה המקובלת במשפט הבינלאומי לסחר בבני אדם אומצה בשנת 2000 בפרוטוקול למניעה, לדיכוי ולהענשה על סחר בבני אדם (להלן: "פרוטוקול פלרמו").⁴² לפי הגדרה זו:

(א) "סחר בבני אדם" יהיה פירושו הגיוס, ההובלה, ההעברה, מתן המחסה או הקבלה של בני אדם, באמצעות איום או שימוש בכוח או צורות אחרות של כפייה, של חטיפה, של הונאה, של תרמית, של ניצול לרעה של סמכות או של מצב של פגיעות, או מתן או קבלה של תשלומים או הטבות להשגת הסכמתו של אדם שיש לו שליטה על אדם אחר, למטרות ניצול. ניצול יכול, לכל הפחות, ניצול זנות של אחרים או צורות אחרות של ניצול מיני, עבודה או שירותים בכפייה, עבדות או נהגים הדומים לעבדות, שעבוד או הוצאת אברים.

37. European Convention on Human Rights, *Opened for signature Nov. 4, 1950*

38. Rome Statute of the International Criminal Court, UNTC 2187, 3, Art. 7(2)(c) (1998)

39. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic* (Appeals Judgment) IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, ICTY, para 120 (June 12, 2002)

40. עניין *The Queen v. Tang*, לעיל ה"ש 24, בפס' 35.

41. UNODC, THE ROLE OF 'CONSENT' IN THE TRAFFICKING IN PERSONS PROTOCOL, 32 (2004)

42. ס' 3 לפרוטוקול למניעה, לדיכוי ולהענשה על סחר בבני אדם, בעיקר נשים וילדים, המשלים את אמנת האומות המאוחדות נגד פשע מאורגן חוצה גבולות, כ"א 56, 1, 3-4 (נפתחה לחתימה ב" 2001) (להלן: פרוטוקול פלרמו).

(ב) הסכמתו של קרבן סחר בבני אדם לניצול המיועד כמפורט בס"ק (א) לסעיף זה תהיה חסרת שייכות (במקור – the consent of the victim [...] shall be irrelevant) מקום שנעשה שימוש באמצעי מאלה המפורטים בס"ק (א).

הגדרה זו השפיעה על החקיקה והפסיקה במדינות שונות בעולם, ויסודות העבירה התקבלו, בהבדלים מסוימים, גם לדין הישראלי. להגדרה שלושה יסודות: מעשים (acts) כגון גיוס, הובלה או קבלה, אמצעים (means) כגון שימוש בכוח, כפייה או תרמית, ומטרה (purpose), כגון ניצול זנות, עבדות כפייה או עבדות. המעשים והאמצעים מהווים את היסוד העובדתי של העבירה, והמטרה – את היסוד הנפשי הספציפי של כוונה.⁴³ ההגדרה קובעת במפורש שהסכמת קורבן העבירה אינה רלוונטית כשנעשה שימוש באמצעים המנויים בהגדרה. מאחר שהאמצעים מהווים חלק מהגדרת הסחר בדין הבינלאומי, ממילא בכל מקרה שמוגדר כסחר ומתקיימים בו שלושת יסודות העבירה, הסכמה תיחשב לא רלוונטית. החוק לדוגמה של ארגון האו"ם לסמים ופשיעה⁴⁴ (UNODC) מציע לקבוע בחקיקה פנימית כי משהוכחו יסודות עבירת הסחר, ובכלל זה האמצעים המנויים בסעיף, הסכמת הקורבן תיחשב לא רלוונטית, ובכלל זה הסכמה לסוג העבודה או עיסוק קודם (למשל, עיסוק קודם בזנות).⁴⁵ ההתייחסות המפורשת בפרוטוקול פלרמו לחוסר הרלוונטיות של הסכמת הקורבן להגדרת הסחר לא נכללה בנוסח זה בחוק העונשין הישראלי כחלק מחוק איסור סחר בבני אדם. אך כפי שנראה בחלק הבא, בתי המשפט נסמכו על פרוטוקול פלרמו כשהדגישו שאי הסכמה אינה אחד מיסודות העבירה.

מידת ההסכמה הנדרשת והערכתה בהליכים שעניינם סחר, עבדות ועבירות קרובות עשויה להשתנות בהקשרים ספציפיים, בין היתר לפי מאפייני הקורבן או אופי הניצול. כך, להבדיל מההגדרה בפרוטוקול פלרמו ביחס לבגירים, הקובעת שהסכמה אינה רלוונטית כאשר נעשה שימוש באמצעי כפייה המנויים בסעיף, כאשר קורבן הסחר הוא קטין, אין דרישה כזו.⁴⁶ זאת, הן כדי לפשט את הדרישות הראייתיות במקרים של סחר בילדים, הן על רקע הגישה המקובלת שלפיה קטינים אינם יכולים להסכים לפעולות מסוימות.⁴⁷ הבחנה אחרת היא בין ניצול עבודה וניצול זנות. יש הרואים בכל מקרה של ניצול זנותם של אחרים הפרה של האיסור על סחר ועבדות, אלא אם ניתנה הסכמה חופשית, מיודעת ומפורשת לעיסוק בזנות. לגישה זו אין די בהסכמה משתמעת, שתיקה או היעדר התנגדות.⁴⁸ בדומה, הגישה שאומצה בעבר בדין הבינלאומי ומתבטאת באמנה להשבתת הסחר וניצול זנותם של אחרים משנת 1949 אסרה על סרסרות וניצול זנותם של אחרים גם בהסכמה.⁴⁹ ההבחנה בין הסכמה לעיסוק בזנות והסכמה לעבודה אחרת (למשל בחקלאות, בניין או משק בית) אינה משקפת

43 UNODC, THE ROLE OF 'CONSENT', לעיל ה"ש 41, בעמ' 24.

44 הגוף הבינלאומי האחראי בין היתר על המאבק בתופעת הסחר ועל יישום הפרוטוקול.

45 UNODC, MODEL LAW AGAINST TRAFFICKING IN PERSONS (2009) <https://bit.ly/3j2Bock>

46 ס' 3(ג) לפרוטוקול פלרמו, לעיל ה"ש 42.

47 UNODC, 'CONSENT', לעיל ה"ש 41, בעמ' 21.

48 עניין SM, לעיל ה"ש 9, בפס' 7-8 (Concurring Opinion of Judge Pastor Vilanova).

49 ס' 1 לאמנה להשבתת הסחר בבני-אדם וניצול זנותם של אחרים, כ"א 26, 631, 632 (נפתחה לחתימה ב-1949).

את עמדת הדין הבינלאומי הערכנית כפי שהיא משתקפת בפרוטוקול פלרמו, שאינו מבחין בין ניצול זנות לניצול עבודת כפייה בהקשרים אחרים. למרות זאת, ניתן לזהותה במדינות מסוימות ובעמדות הקיימות בפרקטיקה.⁵⁰ כמו כן, ישנם מי שסייגו את חוסר הרלוונטיות של הסכמה למקרים של ניצול קיצוני או חמור בלבד, אך יתירו מידה מסוימת של ניצול בהסכמת הקורבן, כשהסכמה זו אינה מלווה במרמה או בכפייה.⁵¹

במדינות שונות, חוסר הרלוונטיות של הסכמה כטענת הגנה הוא חלק מהחקיקה המגדירה עבדות ועבירות דומות. כך, למשל, באוסטרליה החוק קובע כי הסכמת הקורבן למעשים המהווים חלק מיסודות העבירה אינה טענת הגנה בהליכים שעניינם סחר, עבדות ועבירות קשורות.⁵² בארגנטינה החוק קובע כי הסכמת קורבן סחר לניצול אינה מהווה טענת הגנה מפני אחריות פלילית, אזרחית או מנהלית.⁵³ בפיליפינים ובאינדונזיה הגדרת עבירת הסחר כוללת את ביצוע המעשים העולים כדי סחר "עם או בלי הסכמת הקורבן", הגדרה שניתן למצוא גם באמנת SAARC (South Asia Association for Regional Cooperation) למאבק בסחר.⁵⁴ בתאילנד, החוק קושר בין חוסר הרלוונטיות של הסכמה לא לשימוש באמצעי כפייה, אלא לניצול למטרות המוגדרות בחוק.⁵⁵ בבריטניה, חוק העבדות המודרנית (Modern Slavery Act) קובע כי:

The consent of a person (whether an adult or a child) to any of the acts alleged to constitute holding the person in slavery or servitude, or requiring the person to perform forced or compulsory labour, does not preclude a determination that the person is being held in slavery or servitude, or required to perform forced or compulsory labour.⁵⁶

נוסחו של סעיף זה משקף הבחנה חשובה ואת הצורך בהגדרה מדויקת של הטענה כי "הסכמה אינה רלוונטית" ביחס לעבירות הסחר והעבדות. הרקע לאימוץ הסעיף מבהיר הבחנה זו. תת-מזכירת המדינה הפרלמנטרית במשרד הפנים הבהירה בדיונים הפרלמנטריים לקראת אימוץ סעיף זה בחוק העבדות המודרנית שכוונת הממשלה אינה להנחות את בתי המשפט להתעלם משאלת ההסכמה, משום שבמקרים רבים שאלת ההסכמה רלוונטית לדיון

50 ראו למשל בדבריהם של משפטנים ואנשי מקצוע במדינות שונות, UNODC 'CONSENT', לעיל ה"ש 41, בעמ' 38, 51, 62, 65, 72.

51 שם, בעמ' 76, 86.

52 *Australia Criminal Code Act 1995* (Cth), Sch 270.11. Offences against Div 270. no defence of victim consent or acquiescence (להלן: הקוד הפלילי באוסטרליה).

53 Ley N° N°26.842 que modifica la Ley N° 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, 1 de Personar y Asistencia a sus Víctimas, UNODC, 'CONSENT', לעיל ה"ש 41.

54 Art 1(3) to South Asian Association for Regional Cooperation Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution (Done at Kathmandu UNODC, 'CONSENT'; on 5 January 2002, entered into force 1 December 2005) לעיל ה"ש 41, בעמ' 29, 43-44, 46.

55 UNODC, 'CONSENT', לעיל ה"ש 41, בעמ' 55.

56 *Modern Slavery Act 2015* c.30, §1(5) (Eng. & Wales)

המשפטי: ראיות להיעדר הסכמה יחזקו את טענות התביעה ויתמכו בהרשעה.⁵⁷ מדברים אלו עולה שניסוח עדיף למקומה של ההסכמה בעבירות הסחר והעבדות אינו "הסכמה אינה רלוונטית" (משום שהיעדר הסכמה מהווה נסיבה רלוונטית), אלא "אי הסכמה אינה נדרשת כאחד מרכיבי העבירה והסכמה אינה מהווה טענת הגנה" בנוגע לעבירות הסחר והעבדות. לדחייתה של הסכמה כטענת הגנה לסחר ועבדות יש שני הסברים מרכזיים. ההסבר הראשון הוא הסבר "פטרנליסטי" הקובע שהסכמה אינה רלוונטית, או אינה מהווה טענת הגנה, מאחר שהחפצת הקורבן שוללת את כבוד האדם, והמעשים החמורים הנופלים תחת הגדרת העבדות אינם קבילים אף בהסכמה. לגישה זו, ישנן בחירות שהחברה אינה יכולה להתיר לנוכח ערכיה, ובפרט מתוך שמירה על כבוד האדם. את חוסר הרלוונטיות של ההסכמה ניתן להצדיק בתפיסה מוסרית שלפיה הקורבן זקוק להגנה מבחירותיו־שלו. גישה זו, בצורתה הפטרנליסטית, מקובלת במיוחד בנוגע להסכמה לעיסוק בזנות, אף שהיא עולה גם בנוגע לסוגים אחרים של ניצול.⁵⁸ הצדקה קרובה מתבססת על התפיסה שהמשפט הפלילי מגן על האינטרסים של כלל הציבור ולא רק על הקורבן, ולכן אין די בהסכמת הקורבן כשהעבירה פוגעת בחברה בכללותה.⁵⁹ בהקשר של הסכמתו של אדם להימכר לעבדות, ניתן להציע הסבר נוסף לדחייתה של ההסכמה: העיקרון שאין להתערב במעשי הפרט ככל שאלו אינם פוגעים באחרים נועד להגן על האוטונומיה. אבל, כפי שציין מיל, בעצם הסכמתו של אדם להימכר לעבדות הוא מונע מעצמו מימוש עתידי של חירותו.⁶⁰

ההסבר השני לדחיית טענת ההסכמה משקף חזקה שלפיה לנוכח השימוש באמצעי כפייה או אמצעים פסולים אין משמעות להסכמת הקורבן, משזו אינה חופשית ומרצון. ככלל, הדין הבינלאומי משקף את ההסבר השני. כך, למשל, הגישה שאומצה בפרוטוקול פלרמו קושרת בין חוסר הרלוונטיות של ההסכמה לשימוש באמצעי כפייה. סעיף דומה קיים באמנת מועצת אירופה נגד סחר בבני אדם ובדירקטיבה האירופית למאבק בסחר בבני אדם.⁶¹

57. Modern Slavery Bill 2014-15, HC Bill [8] cl. 95 (Eng.)

58. UNODC, 'CONSENT', לעיל ה"ש 41, בעמ' 23.

59. ראו רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" משפטים כט 389, 392, 400, 401 (התשנ"ח) וההפניות שם. השוו לדין בבית הלורדים בבריטניה בעניין R. v. Brown UKHL 19 (March 1993), ובפרט לפסק דינו של Lord Jauncey.

60. JOHN STUART MILL, ON LIBERTY, 164 (David Bromwich & George Kateb eds., 2003) בדיונה במקומה של הסכמת הקורבן במשפט הפלילי ובגישה פטרנליסטית להסכמה זו, קנאי מבחינה בין שתי גישות הקיימות בספרות לפטרנליזם: פטרנליזם "קשה" שולל את הסכמת הקורבן משום שבית המשפט (או המחוקק) יודע טוב יותר מה נכון עבורו, ואילו פטרנליזם "רך" מניח שההסכמה אינה משקפת את רצונו האמיתי של הקורבן (היא אינה הסכמה אוטנטית), ולכן אין להכיר בה. ראו קנאי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 403-406 וההפניות שם.

61. Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings Art. 61 (להלן: אמנת מועצת אירופה); Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and Protecting its Victims, and Replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, art. 2(4)

גם בפסיקה במשפט הבינלאומי יש עדויות לגישה זו.⁶² גישה זו, הקושרת בין השימוש באמצעי כפייה ובין חוסר הרלוונטיות של הסכמה, מקרבת בין הגדרות הסחר והעבדות והגדרת "עבודת כפייה", שאומצה באמנת ארגון העבודה העולמי (ILO) בשנת 1930, והתקבלה בהמשך גם בדין הבינלאומי הפלילי ובדיני זכויות אדם. לפי אמנת ארגון העבודה העולמי, "עבודת כפייה או עבודת חובה" פירושה "כל עבודה או שירות הנתבעים מאדם בכוח האיום של איזה עונש שהוא ואשר אדם זה לא הציע לעשותם מרצונו הטוב".⁶³ אינדיקציות לקיומה של עבודת כפייה כוללות ניצול מצב של פגיעות, מרמה, מגבלות על תנועה, בידוד, אלימות פיזית ומינית, הפחדה ואיומים, עיכוב מסמכי זיהוי, אי־תשלום שכר, שעבוד חוב, תנאי מגורים ועבודה פוגעניים, ושעות עבודה ארוכות באופן מופרז.⁶⁴

בפועל, ההבחנה בין עבדות, עבודת כפייה ועבודה "חופשית" אינה תמיד פשוטה. כמו כן, להערכת הסכמת הקורבן יש משקל בהחלטות על חקירה ותביעה, גם כשלושן החוק קובעת שהסכמה אינה רלוונטית.⁶⁵ בספרות העוסקת בסחר ועבדות יש המזהות רצף (continuum) בין עבדות ועבודת כפייה לעבודה הוגנת, כאשר לאורך הרצף ניתן לזהות רמות שונות של כפייה וניצול המאפיינות יחסי עבודה בסביבה קפיטליסטית.⁶⁶ אף שיש החולקות על הצגת כפייה וניצול כרצף כניתוח אנליטי חסר שאינו מזהה את מורכבות יחסי הכוחות והשליטה שעובדים חשופים להם,⁶⁷ קשה להתחמק מהמסקנה שהגבול בין הסכמה לאי הסכמה ובין כפייה לבחירה חופשית אינו תמיד חד. עובדים, בפרט עובדים פגיעים, חשופים ללחצים שונים המגבילים את חירותם. המקרים הקלים ביותר לזיהוי הם אלו שנעשה בהם שימוש בכליאה, באלימות פיזית או באיום באלימות כזו. אך כליאה ואלימות פיזית אינן אמצעי הכפייה היחידים. המקרים שבהם חוסר הרלוונטיות של ההסכמה משמעותי במיוחד הם מקרים שבהם האמצעים שבהם נעשה שימוש כוללים ניצול לרעה של מצב של פגיעות.⁶⁸ ניצול מצב של פגיעות אינו מוגדר בפרוטוקול, אך עשוי לכלול נסיבות אישיות ומשפחתיות של הקורבן, מעמד חוקי, מצוקה כלכלית (ובכלל זה קיומו של חוב), תלות במעסיק וכדומה. על אמצעי הכפייה השוללים הסכמה ניתן ללמוד מהדיון של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעבודת כפייה, הפרה שבנוגע אליה יש להסכמה משמעות. בית הדין הכיר בקשיים

62 ראו, למשל, פס' 542 לפסק דינו של בית הדין הבינלאומי ליוגוסלביה בעניין *Prosecutor v. Kunarac* (Trial Judgment) IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, ICTY (February 22, 2001).

63 ס' 2 לאמנה בדבר עבודת כפייה או עבודת חובה, כ"א 206, 377, 379 (נפתחה לחתימה ב-1930).

64 ILO, INDICATORS OF FORCED LABOUR (2013) <https://bit.ly/3YfL8zU>

65 UNODC, 'CONSENT', לעיל ה"ש 41, בעמ' 77.

66 Klara Skrivankova, *Between Decent Work and Forced Labour: Examining the Continuum of Exploitation*, YORK: JOSEPH ROWNTREE FOUNDATION (2010); Julia O'Connell Davidson, *New Slavery, Old Binaries: Human trafficking and the Borders of 'Freedom'*, 10 GLOBAL NETWORKS 244, 246 (2010). ראו גם הילה שמיר "גישת העבודה לסחר בבני אדם: 20 שנה למאבק הבינלאומי בסחר בבני אדם" עיוני משפט מד 377, 429 (2021).

67 Judy Fudge, (Re) *Conceptualising Unfree Labour: Local Labour Control Regimes and Constraints on Workers' Freedoms* 10 GLOBAL LABOUR J., 12 (2019).

68 UNODC, 'CONSENT', לעיל ה"ש 41, בעמ' 10.

האפשריים להעריך הסכמה, ובצורך להעריך הסכמה בכל מקרה לגופו, על רקע נסיבותיו.⁶⁹ הנסיבות הרלוונטיות שיכולות ללמד על פגיעה בהסכמה או על הסכמה שאינה אותנטית כוללות אמצעים פסיכולוגיים, איומים בדיווח לרשויות ההגירה על מהגרים בלא אשרה, איומים על בני משפחה במדינת המוצא או על חשיפת סוד בפני בני משפחה, או איומים באובדן שכר או מגורים.⁷⁰ כמו כן, הנסיבות הרלוונטיות להערכת הסכמה כוללות את תנאי העבודה והמגורים של העובדים, שעות עבודה ארוכות, היעדר טיפול רפואי ואווירה מאיימת במקום העבודה.⁷¹ להערכת כלל נסיבות המקרה חשיבות מיוחדת בהקשר הישראלי, שבו סחר ועבדות נתפסים כמכלול של נסיבות.

הקושי להבחין בין הסכמה לכפייה עלול להתבטא לא רק בין מקרים שונים, אלא גם בשינויים בנוגע לאדם ספציפי לאורך זמן. מערכת יחסי עבודה שראשיתה בהסכמה עלולה להפוך לעבדות כפייה, כשעובדים חשופים לשליטה גוברת והולכת של המעסיק, או כשהמעסיק מונע מהם לסיים את יחסי העבודה או לעזוב את מקום העבודה.⁷² במקרים רבים של סחר ועבדות, תיתכן הסכמה לעצם המסע או ההגעה למדינה אחרת, ואף הסכמה לאופי העבודה שתבוצע במדינת היעד, אך לא לניצול ולתנאי העבודה הפוגעניים במדינת היעד. בדומה, בעניין *Chowdury* דן בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניינים של מהגרי עבודה ללא מעמד חוקי, שעברו בתנאים של ניצול קיצוני ולא קיבלו את משכורתם. בית הדין קבע שאף אם התקבל הטענה שראשיתם של יחסי העבודה בהסכמה, התנהלות המעסיק שלא שילם להם, והתקווה הנואשת שלהם לקבל תשלום כלשהו אם יישארו בעבודה, שינו מצב זה. כן קבע בית הדין שכאשר מעסיק מנצל את יתרונו לעומת עובדיו הפגיעים כדי לנצל אותם, לא ניתן לראות בהם מי שהציעו עצמם לעבודה מרצונם, ואין די בהסכמה הראשונית כדי לאיין את אפיון העבודה כעבדות כפייה.⁷³

הגישות השונות בנוגע להסכמה לסחר ולעבדות, ובהבנת הקשר בין שימוש באמצעי כפייה להסכמת הקורבנות, לא נעלמו מעיני המחוקק ובתי המשפט בישראל, וניתן לזהותן הן בדיונים בכנסת בטרם שינוי החקיקה, הן בדיוני בתי המשפט בהליכים רלוונטיים.

ב. יסודות ההסכמה והכפייה בדין הישראלי

עבירת הסחר נכללה לראשונה בחוק העונשין בשנת 2000, והתמקדה בסחר לזנות.⁷⁴ בעקבות החתימה על פרוטוקול פלרמו, וכחלק מהגברת המאמץ לשיפור המאבק בסחר בישראל (בין

69 ראו עניין *Chowdury*, לעיל ה"ש 9, בפס' 90; *Van der Musselle v Belgium* No. 8919/80; ECHR 13, at 36 (1983).

70 *C.N. & V. v. France*, לעיל ה"ש 25; ראו גם עניין *SM*, לעיל ה"ש 9, בפס' 284.

71 *Zoletic*, לעיל ה"ש 17, בפס' 167.

72 Cathryn Costello, *Migrants and Forced Labour: A Labour Law Response*, THE AUTONOMY OF LABOUR LAW 189, 198 (2015), UNODC, 'CONSENT'; OF LABOUR LAW 189, 198 (2015), לעיל ה"ש 41, בעמ' 26; *Skrivankova*, לעיל ה"ש 66, בעמ' 19.

73 עניין *Chowdury*, לעיל ה"ש 9, בפס' 96-97.

74 חוק העונשין (תיקון מס' 56), התש"ס-2000, ס"ח 1756, שהוסיף לחוק העונשין את ס' 203א "סחר בבני אדם לעיסוק בזנות".

היתר על רקע ביקורת חריפה של מחלקת המדינה האמריקאית)⁷⁵, תוקנה החקיקה בישראל בשנת 2006 במסגרת תיקון לחוק איסור סחר בבני אדם. בדברי ההסבר להצעת החוק נקבע במפורש כי ההגדרה המחודשת נועדה לשרת שתי מטרות עיקריות: הגנה על קורבנות והתאמת החקיקה להגדרות הערכניות של עבירות הסחר והעבדות כפי שנקבעו באמנות הבינלאומיות החדשות שמדינת ישראל הצטרפה אליהן.⁷⁶

הניסוח הנוכחי של האיסור על סחר בבני אדם בחוק העונשין הוא זה:

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

לאחד מאלה, דינו – מאסר שש עשרה שנים:

(1) נטילת איבר מאיברי גופו;

(2) הולדת ילד ונטילתו;

(3) הבאתו לידי עבדות;

(4) הבאתו לידי עבודת כפייה;

(5) הבאתו לידי מעשה זנות;

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

(7) ביצוע עבירת מין בו.

(ב) נעברה עבירה לפי סעיף קטן (א) בקטין, דינו של עובר העבירה – מאסר עשרים שנים.

(ג) המתווך לסחר באדם כאמור בסעיף קטן (א), בין בתמורה ובין שלא בתמורה, דינו כדין הסוחר באותו אדם.

(ד) בסעיף זה, "סחר באדם" – מכירה או קניה של אדם או עשיית עסקה אחרת באדם, בין בתמורה ובין שלא בתמורה.

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

עבירת הסחר משקפת כמה יסודות מרכזיים של הגדרת הסחר בפרוטוקול פלרמו, אך שונה מהגדרה זו בכמה מאפיינים משמעותיים. בדומה להגדרה בפרוטוקול פלרמו, להגדרה הישראלית היבט של פעולה (עסקה באדם), והיבט של מטרות – מטרות המשקפות במידה רבה את מטרות הסחר כפי שהוגדרו בפרוטוקול.⁷⁷ בשונה מפרוטוקול פלרמו, ההגדרה הישראלית אינה כוללת באופן מוצהר יסוד של "אמצעים" (שימוש בכוח, כפייה, תרמית

75 US DEPARTMENT OF STATE, TRAFFICKING IN PERSONS REPORT, 144 (2006), <https://bit.ly/3HtoPJ>

76 הצעת חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה) התשס"ו-2005, ה"ח 99, 18 (להלן: הצעת החוק). ראו גם: ע"פ 6237/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל (אר"ש 6.9.2016) (להלן: עניין ג'ולאני) (פסק הדין בערעור). אמנות אלו כוללות את פרוטוקול פלרמו, ואת הפרוטוקול האופציונלי לאמנה בדבר זכויות הילד בנושא מכירת ילדים, זנות ילדים ופורנוגרפיית ילדים, כ"א 56 (נפתחה לחתימה ב-14.11.2001).

77 החלוקה לעבירות מין שונה ומפורטת יותר בחקיקה הישראלית, והחוק הישראלי כולל גם את המטרה של הולדת ילד ונטילתו.

וכדומה), בנפרד מה"פעולות", והגדרת הפעולה מרחיבה ומתייחסת ל"עסקה" באדם. בדיונים בכנסת סביב ההגדרות בחוק הייתה מודעות להבדל בין הגישה הישראלית וגישת פרוטוקול פלרמו. נציגת משרד המשפטים הביעה העדפה להגדרה שאינה מחייבת קיומם של אמצעים פסולים, ונציגת הפרקליטות הביעה העדפה לשמור את ההגדרה הקיימת, שהתבססה על עסקה באדם,⁷⁸ ושימשה עד אז בתיקי סחר לזנות. העדפות אלו התבטאו בהגדרה שהתקבלה. בדומה להגדרה הנוכחית של עבירת הסחר בבני אדם, עבירת ההחזקה בתנאי עבדות נוספה לחוק העונשין בשנת 2006, במסגרת חוק איסור סחר בבני אדם.⁷⁹ עבירות הסחר והעבדות נמצאות בפרק בחוק העונשין המתמקד בעבירות פגיעה בחירות. עבירת ההחזקה בתנאי עבדות מוגדרת בחוק העונשין כך:

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

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

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

חוק איסור סחר בבני אדם שינה את הגדרת העבירה של עבודת כפייה הקבועה בחוק העונשין, והחמיר את העונש עליה. לפי הסעיף "הכופה שלא כדין אדם לעבוד, תוך שימוש בכוח או באמצעי לחץ אחר או תוך איום באחד מאלה, או בהסכמה שהושגה בתרמית, והכל בין בתמורה ובין שלא בתמורה – דינו מאסר שבע שנים".⁸⁰ בעבירה זו, להבדיל מעבירות הסחר והעבדות, היעדר הסכמה (או הסכמה שהושגה במרמה) מהווה יסוד מיסודות העבירה. בהיעדר דיון בעבירת עבודת הכפייה בפסיקה בישראל,⁸¹ וכתוצאה מכך בהיעדר הכרעה

78 ראו פרוטוקול ישיבה 28 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 9-12, 14 (10.7.2006).

79 חוק איסור סחר בבני אדם (תיקוני חקיקה) התשס"ז-2006, ס"ח 2067.

80 ס' 376 לחוק העונשין. לפני התיקון קבע הסעיף כי "הכופה שלא כדין אדם לעבוד שלא מרצונו, דינו – מאסר שנה".

81 במקרים ספורים הורשעו הנאשמים בעבודת כפייה במסגרת הסדר טיעון. ראו למשל תפ"ח 523-03-19 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם 3.12.2020). בהליכים אחדים שעסקו בפיצויים לפי חוק נכי רדיפות הנאצים תשי"ז-1957 לניצולי שואה שאולצו לעבוד במחנות ריכוז ובמקומות אחרים נדונה משמעותם של מושגים כמו עבודת כפייה ועבודת פרך. ראו למשל דנ"א 11196/03 גרנות נ' הרשות המוסמכת לפי חוק נכי רדיפות הנאצים, פ"ד (3) 88 (2005); ו"ע 35805-09-12 גרימברג נ' הרשות לזכויות ניצולי השואה משרד האוצר (נבו 18.12.2013); ע"ו (ב"ש) 10349-07-13 יגר נ' הרשות לזכויות ניצולי השואה משרד האוצר (נבו 9.2.2014). אף שחלק מהשאלות המשפטיות שעלו בהליכים אלו קרובות מאוד לשאלות שבהן נדרשו בתי המשפט להכריע בתיקי סחר ועבדות מהשנים האחרונות, לא היה שום ניסיון להקיש מתיקים אלו לפרשנות האיסור על עבודת כפייה בחוק העונשין, או לפרשנות של מושגים קרובים (למשל

ביחס בין יסוד ההסכמה בעבירה זו ובין יסוד ההסכמה או היעדרו בעבירות הסחר והעבדות, לא ארון במאמר זה בעבודת כפייה לפי הדין הישראלי, ואתמקד בעבירות שבנוגע להן נקבע במפורש כי הסכמה אינה רלוונטית או אינה מהווה הגנה.

כאמור לעיל, לחוסר הרלוונטיות של ההסכמה לסחר ועבדות ישנם שני הסברים מרכזיים. ההסבר הראשון הוא הסבר מוסרי, הנשען על נימוקים פטרנליסטיים או נימוקים של תקנת הציבור, ומבוסס על מהות היחסים או הניצול הכרוכים בסחר ועבדות. הסבר זה קובע שהסכמה אינה רלוונטית, או אינה מהווה טענת הגנה, מאחר שהחפצת הקורבן שוללת את כבוד האדם והמעשים החמורים הנופלים תחת הגדרת העבדות אינם קבילים אף בהסכמה. ההסבר השני משקף חזקה שלפיה לנוכח השימוש באמצעי כפייה או אמצעים פסולים אין משמעות להסכמת הקורבן, משזו אינה חופשית ומרצון.⁸² בהקשר הישראלי, היסטוריית החקיקה של סעיפי הסחר והעבדות, כמו גם פסקי הדין שעסקו בעבירות אלו, משלבים את שני ההסברים לחוסר הרלוונטיות של הסכמה. ראשית, ההסבר המוסרי, הרואה בהחפצה הקיצונית הכרוכה בהחזקה בתנאי עבדות פגיעה מוסרית הסותרת את תקנת הציבור ולכן כזו שלא ניתן להצדיק אף אם נעשית בהסכמה. הסבר זה כולל גם את הגישה שלפיה גם אם הובעו הסכמה או רצון של הקורבן, אלו אינם משקפים את רצונו האמיתי. כך, למשל, בדיונים בוועדת חוקה וחוק ומשפט של הכנסת לקראת חקיקת החוק אמרה עו"ד רחל גרשוני (מתאמת המאבק בסחר בבני אדם לשעבר) כי: "אנחנו לא נותנים את ידנו לכך שהאדם יסכים להיות עבד. זה לא רצון אמיתי. זה גם לא המקרה בגרמניה. בן אדם בא לעמיתו ואומר שהוא רוצה שהוא יהרוג אותו. זה יתקבל כהגנה? לא. גם פה זה לא יתקבל כהגנה."⁸³ הקבלה דומה לעבירת הרצח הביע גם עו"ד יובל לבנת מארגון "קו לעובד".⁸⁴ יו"ר ועדת חוקה וחוק ומשפט של הכנסת, ח"כ מנחם בן ששון, הביע עמדה דומה:

אני לא מרגיש צורך להחליף את העסקה באדם לעסקה עם אדם בהגדרת החוק, משום שזה ברור. אנחנו לא עוסקים בעסקאות עם בני אדם, אלא בעסקאות בבני אדם. אדם שמבקש להשתחרר מהחופש לא מתכוון לזה. לזה התכוונה חברת הכנסת גלאון כשאמרה לא להיכנס לדקדקנות הזאת אפילו אם הדבר יכול להוריד את העונש, משום שאנחנו לא מאמינים לאדם ש"מוכר" את גופו למסחר.⁸⁵

"שלילת חירות" או "עבודת פרך". בדומה, לא נעשה כל ניסיון להסיק מההליכים להכרה בפגיעה בניצולי שואה להליכים להכרה בקורבנות סחר ועבדות בישראל בעשורים האחרונים, אף שבשני המקרים מדובר בהליך מנהלי העוסק בשאלות משפטיות דומות.

82 את היעדר הרלוונטיות של הסכמה בנסיבות שבהן נעשה שימוש באמצעים פסולים ניתן להשוות לניתוח היחס בין הסכמה להיעדר התנגדות בעבירת האונס – ראו ע"פ בארי, לעיל ה"ש 16, בפס' 92 ("הסכמה חופשית עולה מתוך ביטוי להסכמה ואין די בהיעדר התנגדות, אם זה יכול להיות בנסיבות העניין תולדה של פחד, הלם או חוסר אונים שהאישה נקלעה אליו").

83 פרוטוקול ישיבה 28 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 7 (10.7.2006); ראו גם פרוטוקול ישיבה 36 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 22 (24.7.2006); השוו לקנאי, לעיל ה"ש 59, בעמ' 404.

84 פרוטוקול ישיבה 36, שם, בעמ' 7. ראו גם דברי ח"כ זהבה גלאון ויו"ר הוועדה מנחם בן-ששון מאותה ישיבה.

85 פרוטוקול ישיבה 33 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 2 (17.7.2006).

זוהי גישה חריגה בדין הפלילי הישראלי, שבמקרים אחרים דורש אי הסכמה כיסוד הכרחי לעבירות פליליות כמו תקיפה ואונס. לצד גישה זו, בדיונים בוועדת חוקה חוק ומשפט הובעו גם עמדות המסבירות את חוסר הרלוונטיות של ההסכמה בהיותה לא חופשית ומרצון בשל השימוש באמצעים פסולים.⁸⁶

פסקי הדין הראשונים שניתנו בישראל בנוגע לסחר בבני אדם עסקו בסחר לזנות, לפי סעיף 203א(א) לחוק העונשין, שקבע כי:

המוכר או הקונה אדם להעסקתו בזנות או המתווך למכירה או לקניה כאמור, דינו – מאסר שש עשרה שנים; לענין זה, "מוכר או קונה" – תמורת כסף, שווה כסף, שירות או טובת הנאה אחרת.

סעיף זה לא כלל התייחסות מפורשת להסכמת הקורבן. למרות זאת, הפסיקה בתיקי סחר לזנות אימצה את הכלל שלפיו הסכמת הקורבן לסחר אינה רלוונטית. סקירה של פסקי דין אלו מבהירה את עמדת המשפט הישראלי. כך, בעניין אלדנקו קבע בית המשפט העליון כי הסכמת הנפגע לעריכת העסקה בו "אינה מעלה ואינה מורידה", מאחר שלשון הסעיף אינה דורשת את התנגדות מושא הסחר.⁸⁷ קביעות דומות ניתנו בשאלת העבירה של הבאת אדם לעיסוק בזנות. כך, בעניין בוריסוב קבע בית המשפט כי אף במקרים שבהם אדם מתכוון ואף רוצה לעסוק בזנות, מתקיימים יסודות העבירה של הבאת אדם לעיסוק בזנות:

סעיף 202 לחוק העונשין אינו מונה את היעדר רצונה של האישה לעסוק בזנות כיסוד מיסודות העבירה, ומבחינה לשונית "הבאה" לעיסוק בזנות אינה חייבת להתבצע בניגוד לרצון האשה. היא עשויה לכלול גם מקרים בהם הביא העבריין אדם לעסוק בזנות, אף אם אותו האדם היה מוכן ואפילו התכוון לעסוק בזנות. כך, לדוגמה, במקרה שאשה מוכנה ואף מעוניינת לעסוק בזנות, אך בפועל, מטעמים אלה ואחרים לא הגיעה לעסוק בכך בפועל. והנה, פלוני היודע על כך, מכין את הסידורים המתאימים כדי שתעסוק בכך – מביא אותה למקום בו תוכל לעסוק בזנות ודואג לצרכיה ולכל הסידורים הנדרשים המאפשרים את עיסוקה בזנות. פעולתו של פלוני מוציאה מן הכוח אל הפועל את רצון האשה. בפעולתו זו הביא פלוני את האשה לידי עיסוק בזנות, אפילו אם יתכן כי אותה אשה כעבור זמן ובנסיבות אחרות היתה מגיעה בלאו הכי לעסוק בכך.⁸⁸

(ההדגשות הוספו)

86 ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה 28, לעיל ה"ש 83, בעמ' 2 דברי בן ששון; בעמ' 8, 9, 24 דברי ענת חולתא וחגית לרנאו; פרוטוקול ישיבה 33, לעיל ה"ש 85, בעמ' 19 דברי ח"כ נסים זאב; פרוטוקול ישיבה 46 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 23 (9.8.2006).

87 ע"פ 10545/04 מדינת ישראל נ' אלדנקו, ס' ו(1) (ה) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (אר"ש 6.2.2006). (להלן: עניין אלדנקו).

88 ע"פ 1609/03 בוריסוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 55, פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיא אור (2003) (להלן: עניין בוריסוב); ראו גם דנ"פ 9980/03 דושק נ' מדינת ישראל (אר"ש 12.11.2003).

גם כאן, יש תפקיד ללשון הסעיף ולהיעדר הדרישה להתנגדות. בגישה זו בולטת ההתנגדות המוסרית לעיסוק בזנות ולהבאת אדם לעיסוק בזנות – אף כאשר האישה לא רק "מסכימה" לעיסוק בזנות אלא "רוצה" בכך – ניסוח המעיד על מידה רבה יותר של בחירה ואוטונומיה. בעניין בן דוד כרך בית המשפט במפורש את היעדר הרלוונטיות של הסכמת הקורבן עם החפצת הקורבנות, מכירתן, שלילת חירותן וכבודן ופגיעה בזכויות האדם שלהן:

קבלתו של אותו טיעון בדבר הסכמת האשה כנימוק לקולא, כרוכה בה החמצה של מטרת סעיף 203א' לחוק. כוונת הדברים לכך, שסעיף זה לא נועד לבער את תופעת הזנות, שכאמור אינה חדשה במקומותינו, אלא כדי להלחם באותו פן מכוער המלווה אותה, כאשר נשים עוברות מיד ליד כחפץ דומם, נטול נשמה, תמורת כסף או שווה כסף, ותוך שימוש במונחים שהיו מוכרים עד כה רק מדיני הקניין: "מוכר", "קונה", ו"שוכר". מכאן שאת הסחר בנשים יש לראות בראש ובראשונה ככזה הפוגע בזכויות יסוד של אדם, הואיל והוא שולל מהאשה את חרותה ורצונה, רומס את כבודה עד עפר [...] עד כמה הופכת חרותה של האשה לדבר ערטיילאי, מלמדת התופעה שהסרסור רואה באשה שרכש אובייקט זמין לעבירות מין המבוצעות על ידו, ואם מעזה הקורבן להביע תרעומת או להתנגד, היא זוכה בתגובה אלימה עליה תתקשה להתלונן בפני רשויות החוק, הואיל והיא שוהה בישראל שלא כדין, ולרוב בזהות שאולה [...] שהסכמתה של אשה לעסוק בזנות, ומקל וחומר להיות נמכרת לכל המרבה במחר, אינה יכולה להכשיר את מעשיהם של אלה העוסקים בכך, ובודאי לא בחברה שחרטה על דגלה את נושא זכויות האדם.⁸⁹

(ההדגשה הוספה)

כלומר, בשונה מהדגש בעניין אלדנקו בדבר לשון הסעיף, כאן הדגיש בית המשפט את הפגיעה בזכויות היסוד הכרוכה הן בעצם הסחר, והן בפגיעות הצפויות לקורבן לאחר מכן. היעדר דרישת ההסכמה וחוסר הרלוונטיות של הסכמה כטענת הגנה חזרו בפסקי דין שעסקו בסחר לזנות והבאת אדם לעיסוק בזנות גם לאחר תיקון החוק בשנת 2006.⁹⁰ הניתוח בתיקים אלו משקף בעיקרו את הרציונל ה"מוסרי" שהוזכר לעיל, שבליבו הגנה על ערכים חברתיים של כבוד האדם ועל האיסור להפוך אדם לחפץ עובר לסוחר. הרציונל המוסרי או הפטרנליסטי בולט במיוחד בהקשר של סחר לזנות בחברה הרואה בזנות, ככלל, תופעה פסולה. פסקי דין אלו משקפים הגנה על הקורבנות מבחירותיהן שלהן, הנתפסות כמנוגדות לערכים ולמוסר. עם זאת, ראוי להבין את פסקי הדין שניתנו בנוגע לסחר לזנות בהקשרם, כאשר עובדות המקרים שהגיעו לבתי המשפט כללו אלימות פיזית, איומים, כליאה ופיקוח מתמיד על הנשים.⁹¹ בנסיבות אלו, גם אם ההנמקה נשענה על חוסר הרלוונטיות של ההסכמה כסוגיה עקרונית, ייתכן שהתחושה שאין מדובר בהסכמה של ממש או בבחירה

89 ע"פ 3204/03 מדינת ישראל נ' בן דוד, פ"ד נח(1), 543, פס' 3 לפסק דינו של השופט לוי (2003).

90 ראו, למשל, ע"פ 5863/10 גוטייר נ' מדינת ישראל (נבו 11.7.2011); ע"פ 1216/08 טיבט נ' מדינת ישראל, פס' 4 (אר"ש 11.3.2009).

91 ראו, למשל, עניין אלדנקו, לעיל ה"ש 87, בפס' ג(8); עניין בוריסוב, לעיל ה"ש 88, בפס' 3-4; בג"ץ 11196/02 פרודנטל נ' מדינת ישראל, פס' 2 (אר"ש, 13.8.2003).

חופשית השפיעה על הניתוח המשפטי. בפסקי דין אחדים התייחסו בתי המשפט לחוסר כשירותם של קטינים להסכים, או לכך שלא ניתן לראות בהסכמתם של קטינים לניצולם הסכמה.⁹² לצד זאת, ראוי לציין כי בעניין בן דוד התייחס בית המשפט במפורש לשלילת החירות והיעדר האפשרות לעזוב או להתנגד, כך שניתן לראות בפסק הדין גם אישוש מסוים של העיקרון שלפיו הסכמת הקורבן אינה רלוונטית במקום שנעשה שימוש באמצעי כפייה. כלומר, ניתן לראות בפסיקה זו דומיננטיות לרציונל המוסרי, ומידה מסוימת של הרציונל הפרקטי או הראייתי. התייחסות קצרה נוספת לרציונל הפרקטי או הראייתי, כפי שהוא משתקף בפרוטוקול פלרמו, הופיעה בדיונו של בית המשפט המחוזי בבקשה למעצר עד תום ההליכים של מי שהואשמו בסחר למטרות ביצוע עבירות מין והבאה לזנות.⁹³ הנאשמים טענו להסכמת הקורבן להגעה לישראל לצורך מתן שירותי מין, ובית המשפט ציין שפרוטוקול פלרמו "קובע מפורשות כי הסכמת הקורבן לניצול אינה רלוונטית בכל מקרה בו נעשה שימוש באמצעי פסול" (ההדגשה במקור).⁹⁴ משמעותה של קביעה זו לא נדונה לעומק מאחר שבית המשפט הותיר את השאלות המהותיות בדבר קיומו של סחר בבני אדם להליך העיקרי. גם בנוסחו הלאקוני, היבט זה של ההחלטה משקף את הרציונל הפרקטי יותר מאשר את הרציונל המוסרי, שלא הוזכר בהחלטה – זאת, אף על פי שבמועד מתן ההחלטה כבר התקבל בפסיקה הרציונל המוסרי, שהוסבר בין היתר בפסקי הדין שצוטטו לעיל.

סחר בבני אדם למטרת זנות נדון במספר משמעותי של פסקי דין, הן לפי נוסחה הישן של עבירת הסחר לזנות (שהיה בתוקף משנת 2000 עד לשנת 2006), הן לפי הנוסח העדכני. לעומת זאת, סחר למטרות אחרות נדון בפסקי דין מועטים בלבד, וכך גם עבירת ההחזקה בתנאי עבדות. כפי שיפורט להלן, בפסקי הדין שניתנו בהליכים של החזקה בתנאי עבדות אימצו בתי המשפט עמדה שלפיה אין דרישה כי קורבנות העבירה יביעו אי הסכמה, ודרישת ההסכמה אינה אחר מיסודות העבירה.⁹⁵ עניין ג'ולאני, ההליך הראשון שנדון בישראל בעבירת ההחזקה בתנאי עבדות, עסק בהחזקתה של מרי אן, מהגרת עבודה מהפיליפינים, בתנאי עבדות בדירתם של הנאשמים. מרי אן קיבלה תשלום זעום בלבד, עבדה שעות ארוכות, התגוררה במקלחון שהוצבה בו מיטה מתקפלת, ונאסר עליה לצאת מהבית לבודה.⁹⁶ בפסק הדין קבע בית המשפט המחוזי בירושלים כי:

הסכמת הקורבן אינה מהווה יסוד רלוונטי בכל הנוגע לעבירות של שלילת חירות. דבר זה נלמד הן מהחוק עצמו, שאינו דורש כי היסודות ההתנהגותיים של העבירה יתבצעו בניגוד להסכמת הקורבן, והן מבחינה של הפסיקה הבינלאומית בנושא זה.

92 ראו, למשל, ע"פ 2375/15 מדינת ישראל נ' נס, פס' 12 (אר"ש 22.2.2018). הדברים נאמרו בעניין זה מעבר לצורך, שכן נסיבות המקרה העידו בכירור על חוסר הסכמה של הקטינה; תפ"ח (באר שבע) 17-08-22534-08 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 25.10.2018).

93 מ"ת (מחוזי ת"א) 11-01-15168 מדינת ישראל נ' אשאייב (נבו 25.1.2011).

94 שם, בעמ' 6.

95 תפ"ח (י-ם) 10-11-13646 מדינת ישראל נ' ג'ולאני, פס' 12 (נבו 29.2.2014) (להלן: עניין ג'ולאני). ראו עניין רצון ועניין אמבש בהמשך.

96 שם, בפס' 2.

[...] הסכמה המובעת על ידי הקורבן אינה יכולה להצדיק את הפגיעה הבלתי נסבלת בכבוד האדם שלו ובזכויותיו הבסיסיות ביותר, הנגרמת על ידי טוחרי האדם במהלך ביצועה של עבירה זו. יש לציין כי ההסכמה אינה ייחודית למקרים של שירותי מין וזנות, אלא רלוונטית גם לנסיבות הנוספות המפורטות בסעיף 377א, כגון סחר באיברים [...] בנוסף לכך, הסכמתן של הקורבנות לעסוק בזנות אינה מהווה הסכמה להחפצתן, שלילת חירותן ולשאר הנסיבות הקשות הכרוכות בתופעת הסחר, כפי שהסכמה של עובד לעסוק בעבודות בית במדינה מסוימת ובמשפחה מסוימת אינה מהווה הסכמה להחזקתו בתנאי עבדות.⁹⁷

כשנתיים לאחר שניתן פסק הדין בעניין ג'ולאני, ניתנה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב הכרעת הדין בעניינו של גואל רצון, מנהיג כת שהואשם בהחזקה בתנאי עבדות של נשותיו וילדיו, שליטה במגוון היבטים של חייהן, וביצוע עבירות מין בהן. הכרעת הדין התמקדה בהחזקה בתנאי עבדות, בשל הצורך לפרש עבירה זו.⁹⁸ בית המשפט הרשיע את רצון בכמה עבירות מין, אך זיכה אותו מעבירת החזקה בתנאי עבדות. מהכרעת הדין עולה כי היעדר שימוש באלימות או כליאה, היעדר מגבלה על יציאה מהבית ללא השגחה, ואינדיקציות לקיומה של בחירה מיודעת, הובילו לזיכוי מעבירת החזקה בתנאי עבדות.⁹⁹ כפי שצינתי במקום אחר, ניתוח זה מתעלם הן מהאיום בעונשים על-טבעיים, הן מהרחייה של הסכמה כטענת הגנה לאישום בהחזקה בתנאי עבדות.¹⁰⁰

כמו עניין רצון, גם עניין אמבש (מנהיג "הכת מירושלים", שכונה בהליך "פלוגי") עסק במנהיג כת כריזמטי שהואשם בהחזקה בתנאי עבדות של נשותיו וילדיו. גם כאן הפגין מנהיג הכת שליטה ממשית ושלילת חירות של בני משפחתו, וגם כאן כללו האישומים עבירות מין חמורות. להבדיל מעניין רצון, בעניין אמבש היו עדויות לא רק על איומים בעונשים על-טבעיים אלא גם על כליאה, מניעת מזון ואלימות פיזית קשה.¹⁰¹ בפסק דינו בעניין אמבש חזר בית המשפט המחוזי על העמדה שאומצה בעניין ג'ולאני, שאותה תיאר כמבוססת על "הטעם שניתן לקביעה זו הוא פטרנליסטי באופיו, ולפיו הסכמת הקורבן אינה יכולה להצדיק את הפגיעה הבלתי נסבלת בכבוד האדם".¹⁰² בית המשפט בעניין אמבש הוסיף לעניין ג'ולאני התייחסות לחוסר הרלוונטיות של הסכמת הקורבן כתוצאה מהשימוש באמצעים פסולים: "מעבר לצורך יש לומר, כי קיים קושי להסיק על קיומה של הסכמה חופשית ואמיתית בנסיבות שבהן מתקיים אחד (או יותר) מהיסודות החלופיים של העבירה".¹⁰³ בית המשפט

97 שם, בפס' 12.

98 תפ"ח (מחוזי ת"א) 10-02-23751 מדינת ישראל נ' רצון (נבו) 9.9.2014 (להלן: עניין רצון).

99 ראו שם, בפס' 14, 19 ו-33, וכן מעין נייזנה "והוא ימשול בך – זיכוי גואל רצון מעבירת החזקה בתנאי עבדות" המשפט ברשת: זכויות אדם 34 (2014) 34 <https://bit.ly/3VR8QAN>.

100 שם; ראו גם ע"פ 8027/13, לעיל ה"ש 21, בפס' 86 לפסק דינו של השופט שהם.

101 ראו, למשל, שם, בפס' 4, 14 לפסק דינו של השופט שהם; תפ"ח (י-ם) 11-08-6749 מדינת ישראל נ' ד.א. פס' 12-13, 24, 47, 53 (נבו) 10.9.2013. פסקי הדין כוללים תיאורים מפורטים של אלימות פיזית ומינית שעלולים להיות קשים לקריאה.

102 שם, בפס' 43 להכרעת הדין.

103 שם, בפס' 45.

העליון, בפסק דינו בערעור בעניין אמבש, הכיר בפטרנליזם הקבוע בהתעלמות מהסכמת הקורבן, אבל הציע הסבר הקרוב יותר להסבר הנשען על השימוש באמצעים פסולים:

במישור הנורמטיבי, ההנחה היא כי הפגיעה בכבוד האדם ובחירותו, באופן המפורט, אינה יכולה להתבצע בהסכמה רצונית וחופשית של הקורבן. זאת, גם אם זה הביע את הסכמתו באופן מילולי, ואף אם הוא שב וחוזר אל מחזיקו, לאחר שהצליח להשתחרר משליטתו. אכן, מקום שהקורבן הביע את הסכמתו למעשים, והמחוקק (בארץ ובעולם) אסר על ביצועם, יש בכך משום פטרנליזם מסויים, כטענת המערער. ואולם, מדובר בפטרנליזם "רך", משמע כי המשפט מתערב בבחירתו של הפרט, לא משום שהוא יודע טוב ממנו מה אכן טוב לו, אלא משום שההסכמה אינה משקפת את רצונו האמיתי והחופשי (רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" [...]).¹⁰⁴

יש לציין כי במקרה זה נעשה שימוש בכליאה, הרעבה, אלימות גופנית ומינית קשה כלפי בני משפחתו של מנהיג הכת (ילדיו ונשותיו), ובידודם מהסביבה וממסגרות תמיכה. בנסיבות כאלו, יש בסיס חזק להסיק שההסכמה הנתענת אינה הסכמה אמיתית, ולכל הפחות – שמדובר בהסכמה חשודה מאוד. אשר לאמצעים הפסולים שבהם נעשה שימוש, ומאיינים את הסכמת הקורבן, גישתם של בתי המשפט לאמצעים אלו השתנתה לאורך השנים. כך, בעניין ג'ולאני זיהה בית המשפט את ה"מאפיינים שמהווים יסודות מיסודותיה של העבירה, ויש בהם כדי להעיד על החפצה קניינית של הקורבן ועל ביסוס שליטה מוחלטת עליו מצד הנאשם" ככוללים את האמצעים הבאים: עיכוב דרכונים ומסמכים אישיים אחרים של הקורבנות, מניעה פיזית של היציאה ממתחם המגורים, שימוש באיומים מסוגים שונים במטרה למנוע עזיבה, בידוד מבני אדם אחרים, איסור על יצירת קשר עם קרובים ובני משפחה, העברה של הקורבן מיד ליד, תשלום תמורה עבורו, וראיות אחרות המצביעות על החפצה קניינית, כגון שימוש מתמשך באלימות וענישה.¹⁰⁵

פסק הדין שניתן בבית המשפט העליון בערעור אמבש צמצם רשימה זו ותיאר את האמצעים שבהם נעשה שימוש להחפצתו של אדם, לשליטה ממשית בחייו או לשלילת חירותו באופן כללי יותר, ככוללים שליטה במקום המגורים, שימוש באמצעי שנועד לגרום לקורבן להאמין שאם יעזוב את המחזיק בו ייגרם נזק חמור לו או לאדם אחר, ובידוד הקורבן מסביבתו המוכרת.¹⁰⁶

ההסבר הראייתי שנבחן לעיל משקף חזקה שלפיה לנוכח השימוש באמצעי כפייה או אמצעים פסולים, אין משמעות להסכמת הקורבן שאינה חופשית ומרצון. הסבר זה ניתן לזהות עם סטנדרט אובייקטיבי: שימוש באמצעים כגון אלימות, מרמה, שעבוד חוב, עיכוב מסמכים מזהים וכדומה מקים חזקה של היעדר הסכמה.¹⁰⁷ חזקה זו חוסכת את הצורך לחקור

104 ע"פ 8027/13, לעיל ה"ש 21, בפס' 82 לפסק הדין של השופט שהם.

105 עניין ג'ולאני, לעיל ה"ש 95, בפס' 11.

106 ע"פ 8027/13, לעיל ה"ש 21, בפס' 71 לפסק הדין של השופט שהם.

107 השוו לחזקות הראייתיות בדבר היעדר הסכמה ליחסי מיין בנסיבות של אלימות, איומים, כליאת שווא, חוסר הכרה, נכות הפוגעת ביכולת לתקשר הסכמה, שימוש בסמים לפי ס' 75 לחוק עבירות מיין הבריטי, c.42 §75 (UK) Sexual Offences Act 2003.

את מצבו הנפשי של הקורבן. לעיתים החקיקה מבהירה את היסוד האובייקטיבי של שלילת חירות הקורבן. כך, באוסטרליה ההגדרות של עבודת כפייה ושעבוד כוללות את השימוש בכפייה, איום או מרמה, שכתוצאה מהן אדם סביר במצבו של הקורבן לא היה רואה בעצמו אדם חופשי.¹⁰⁸

לעומת זאת, בעניין אמבש הגדיר בית המשפט את אמצעי הכפייה כאמצעי שנועד לגרום לקורבן להאמין שאם יעזוב את המחזיק בו ייגרם נזק חמור לו או לאדם אחר, הגדרה המבוססת על הגדרת עבודת כפייה לפי הדין בארה"ב.¹⁰⁹ ניסוח זה מתרחק מההגדרות האובייקטיביות לשאלות סובייקטיביות. אמצעי שנועד לגרום לקורבן להאמין דורש לבחון את אמונתו של הקורבן, או לפחות את אמונתו הפוטנציאלית. ניתן להבין את הרלוונטיות של הניסוח הזה במקרים כמו עניין אמבש ועניין רצון, שבהם חלק מהשליטה של המבצע בקורבן נעשה באמצעים רוחניים ותוך שימוש באיומים על-טבעיים. העובדה שהקורבנות האמינו באמצעים אלו יכולה להחליף את הצורך להביא ראיות בדבר אמצעי כפייה אחרים. מבחינת הפרקטיקה המומלצת, אנשי מקצוע שהשתתפו במחקר של ארגון האו"ם נגד סמים ופשיעה (UNODC) המליצו על התמקדות במעשי המבצע, ולא בהלך רוחו של הקורבן. כן המליצו אנשי המקצוע לתובעים בהליכים שבהם הסכמת הקורבן שנויה במחלוקת להסביר לשופטים ומושבעים את פגיעותו של הקורבן, ואת אופן פעולתם של אמצעי כפייה מורכבים ומניפולציות.¹¹⁰

במקרים רבים, הציפייה לראיות להיעדר הסכמת הקורבן מגיעה מבירוקרטי קצה – פקחים, שוטרים, תובעים וכדומה. בלא מודעות של גורמים אלו להיעדר הרלוונטיות של הסכמת הקורבן, עלולים מקרים רבים העומדים בהגדרות המשפטיות של סחר ועבודת להישאר בלא זיהוי הקורבנות, וללא אכיפה נגד המבצעים. כדי לתת מענה לקושי זה, יש צורך בשני צעדים קשורים.

ראשית, יש לחדד בקרב גורמי זיהוי ואכיפה את העיקרון שהסכמת הקורבן אינה שוללת סחר ועבדות. כך ביחס לחקירה פלילית, אך גם ביחס לזיהוי בכלל, המליץ ארגון האו"ם לסמים ופשיעה כי על חוקרים וגורמי זיהוי, וכלל הגורמים שיש להם אינטרקציה ראשונית עם הקורבנות, לקבל הכשרה מתאימה שתבטיח שלא יראו באינדיקציות להסכמה שלילת האפשרות שהאדם שלפניהם הוא קורבן סחר, ויאספו את כלל הראיות הרלוונטיות גם כאשר מעדות הקורבן עולה הסכמה לכאורה.¹¹¹ שנית, יש להכיר בהבדלים בין ההליך הפלילי להליך המנהלי לזיהוי קורבנות והכרה בהם, ובהתאם, ברף הראייתי הנמוך יותר הנדרש בהליך המנהלי.

מטרת ההליך הפלילי בעבירות הסחר והעבדות להעניש על כפייה וניצול שמפירים את הנורמות המוסריות של החברה. ההליך הפלילי מתמקד, כאמור, ביסודות העבירה ובהם היסוד הנפשי ואשמת הנאשם. סוג שונה של הליכים הוא הליכים מנהליים לזיהוי והכרה בקורבנות.

108 הקוד הפלילי באוסטרליה, לעיל ה"ש 52, בס' 270.4 (הגדרת שעבוד), וס' 270.6 (הגדרת עבודת כפייה).

109 ע"פ 8027/13, לעיל ה"ש 21, בפס' 53, 71 לפסק הדין של השופט שהם.

110 UNODC, 'CONSENT', לעיל ה"ש 41, בעמ' 78.

111 שם, בעמ' 97.

בישראל, זיהוי קורבנות יכול להתבצע על ידי גורמים שונים – פקחי עבודה או פקחים של רשות האוכלוסין המגיעים לאתרים שבהם עובדים מהגרי עבודה; שוטרים; בקרי גבולות; גורמים האחראים על מתן שירותי בריאות ורווחה; נציגי ארגוני חברה אזרחית הבאים במגע עם אוכלוסיות פגיעות (למשל פליטים, מהגרים ונשים העוסקות בזנות), ואחרים. על גורם החושד שאדם הוא קורבן סחר להפנות אותו ליחידה המוסמכת להכיר בקורבנות – כיום, יחידת תיאום המאבק בסחר בבני אדם שבמשרד המשפטים.¹¹²

ההליך המנהלי לזיהוי קורבנות שונה מההליך הפלילי נגד הסוחרים או המבצעים בהיקפו, במטרותיו, וברף הראייתי הנדרש בו. בעוד שהליכים פליליים הם נדירים, זיהוי קורבנות בהליך המנהלי נדרש בעשרות מקרים בשנה.¹¹³ תפקיד הליך הזיהוי לזהות ולהגן על עדים כדי לאפשר הליכים פליליים, אך לא פחות מכך – לסייע לקורבנות לעזוב מצבים של ניצול וסיכון, להגן עליהם מפני פגיעה נוספת, ולסייע בשיקומם.

ההליך המנהלי המוביל לזיהוי קורבנות, מיסודו, דורש רף ראייתי נמוך – מאחר שמטרתו הגנה על קורבנות, ודרישות ראייתיות מכבידות יקשו על זיהוי קורבנות, יאפשרו למצבים של סחר ועבדות להימשך באין מפריע, וימנעו מקורבנות עבירות חמורות את הסיוע וההגנה שהם זקוקים להם.¹¹⁴ מטרת ההליך המנהלי להגן על הקורבנות, להרחיק אותם מניצול וסכנה, ולסייע להם לזכות מחדש באוטונומיה שלהם. החוויה הסובייקטיבית של כפייה ושליטה – בפרט אם יש לה עיגון במציאות, גם אם לא ניתן להוכיח מעבר לספק

112 לפירוט בדבר מנגנון הזיהוי בישראל, פעולתו וחסרונותיו ראו מאמרה של יעל אגמון נכט, "שיקום, אכיפה והגירה: מענים לקורבנות סחר בבני אדם במסגרת מנגנוני זיהוי והפניה" בכרך זה, ובפרט בפרק החמישי של המאמר, בעמ' 114.

113 כך, למשל, לפי דו"ח מחלקת המדינה האמריקאית, בשנת 2020 הכירה ממשלת ישראל בעשרים קורבנות עבודת כפייה והגישה כתב אישום אחד בעבירה של עבודת כפייה. בשנת 2021 הכירה הממשלה ב-34 קורבנות עבודת כפייה שזוהו על ידי ארגוני חברה אזרחית, ולא הגישה אף כתב אישום בעבירה זו (השימוש במושג "עבודת כפייה" בדו"ח מחלקת המדינה מבחין בין סחר למטרות ניצול מיני או זנות ובין ניצול עבדות או עבודה, וחל על המקרים הנופלים תחת הגדרת ה"חזוקה בתנאי עבדות" בחוק הישראלי, ותחת ההגדרות של סחר למטרות עבדות או עבודת כפייה. מי שזוהו בישראל כקורבנות עבודת כפייה "בלכד" שאינם קורבנות סחר או עבדות אינם זכאים להגנה, שיקום או הפניה למקלט). באשר לסחר למטרות ניצול מיני הפער בין מספר הקורבנות שזוהו ומספר החקירות הפליליות מצומצם יותר – בשנת 2020 זוהו 9 קורבנות סחר לניצול מיני ונפתחו 3 חקירות (אחת בחשד לסחר בכגורים ושתיים ביחס לסחר בקטינים למטרת ניצול מיני), ובשנת 2021 זוהו 17 קורבנות סחר למטרת ניצול מיני, ונפתחו 3 חקירות בנושא. ראו דו"חות מחלקת המדינה האמריקאית לשנים 2021 ו-2022 U.S. Dep't of State, Bureau of Democracy, H.R. and Lab., Trafficking in Persons Report 306–307 (2021) <https://bit.ly/3PmzEXi>; U.S. Dep't of State, Bureau of Democracy, H.R. and Lab., Trafficking in Persons Report 303 (2022) <https://bit.ly/3Bz7nXN>.

114 להפרדה בין זכאותם של קורבנות לשיקום וסיוע והפלת הסוחרים ראו, למשל, בג"ץ 1591/18 פלונית נ' שרת המשפטים, פס' 15 לפסק דינה של השופטת ברק-ארזי (אר"ש 17.9.2020). לדיון מקיף ביחס שבין הרף הראייתי והיסודות שיש להוכיח בהליך הפלילי ובהליך המנהלי, ראו מעין נייזנה "עבירות שלילת חירות חמורה: בין הדין הפלילי לדין המנהלי" המשפט ברשת: זכויות אדם 102 (2020) <https://bit.ly/3UQWoj9>.

סביר כוונה לכפייה – מצדיקה הגנה ושיקום. בהתאם, כאשר קורבן, או מי שייתכן שנפל קורבן לסחר ועבדות, פונה לרשויות ומבקש הכרה בו ככזה, יש חשיבות בהערכת התחושה הסובייקטיבית שלו כמי שהיה תחת כפייה. כאשר המוקד הוא תחושת הקורבן, אמונתו שאינו יכול לעזוב, יש מקום להתייחס לנסיבותיו של הקורבן ואמונתו הסובייקטיבית, גם אם זו משקפת טעות במצב הדברים, או שהאדם הסביר לא היה מאמין בה. כך, למשל, בעניינה של קורבן כת פוגענית הסבורה בטעות שלמנהיג הכת יכולות על-טבעיות המאפשרות לו להעניש באמצעים על-טבעיים את מי שמסרב לציית לו.¹¹⁵ כאשר לשימוש באיומים על-טבעיים כאמצעי כפייה, השאלה שיש להכריע בה היא מה הייתה אמונתה של הקורבן, גם אם אמונה זו יסודה בטעות. סוג אחר של הליכים מנהליים או חוקתיים שבהם עולה שאלת ההסכמה הוא הליכים העוסקים בהסדרים חוקיים ורשמיים הדומים לעבדות וסחר ומשקפים מה שנדרש בחלקו האחרון של המאמר כ"כפייה מבנית". כך, בפסק הדין שעסק ב"הסדר הכבילה" של מהגרי עבודה למעסיקהם (הסדר הכורך את אשרת העבודה של מהגרי עבודה בישראל עם עבודה עבור מעסיק מסוים, ובכך חושף מהגרים שעזבו את מעסיקהם לסכנה של כליאה וגירוש), ניתן לזהות שיקוף של הגישה המוסרית להסכמה שנדרשה למעלה בהקשר הפלילי. בבג"ץ הסדר הכבילה נאמר כי:

יש זכויות שנועדו להגנתו של עובד, וגם אם ירצה בכך, אין עובד רשאי ויכול לוותר עליהן. תקנת הציבור אוסרת עלינו להכיר בויתור. וכשם שאין אדם יכול, לרצונו, למכור עצמו לעבדות, כן לא נכיר בהסדרים שאמנם אין הם עבדות במשמעותה הקלסית, בכל-זאת נגלים בהם קווי אופי שאיפיינו את העבדות בזמנה.¹¹⁶

חשיבותה של קביעה זו הן בזיהוי הקרבה בין חקיקת העבודה הקוגנטית המגינה על זכויות עובדים ובין האיסור על עבדות, הן בזיהוי הקרבה בין הסדר שהיווה (ובמידה מסוימת מהווה גם היום) חלק משמעותי ממדיניות הגירת העבודה הרשמית בישראל, ובין החזקה בתנאי עבדות – שבמועד כתיבת פסק הדין טרם הוספה כעבירה לחוק העונשין.¹¹⁷

115 ניזונה "והוא ימשול בכך", לעיל ה"ש 99; ע"פ 8027/13, לעיל ה"ש 21, בפס' 86 לפסק דינו של השופט שהם.

116 בג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, פס' 6 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2006) (להלן: בג"ץ הסדר הכבילה).

117 על הדמיון בין תוכנו של הסדר הכבילה לבין הפרקטיקות שנאסרות כחלק מעבירת ההחזקה בתנאי עבדות עמד בין היתר נציג הסנגוריה הציבורית יואב ספיר, בדיון של ועדת חוקה, חוק ומשפט על הצעת חוק איסור סחר בכני אדם: "השאלה האם במקום בו המדינה עצמה, מדינת ישראל, עד לפני כחודש או חודשיים, הגנה בחירוף נפש בפני בית המשפט הגבוה לצדק על ההסדר הכובל, שהוא הסדר שלרעתי הוא הסדר מזעזע. מקום שבו החוקים עוד היום, ואני בטוח שהארגונים יסכימו ואולי יפרטו על זה, התקנות של משרד התמ"ת, מה שהממשלה מאפשרת למעסיקים לעשות, גם הם כפסע ביניהם לבין איך שמוגדרת עבדות על פי ההצעה שלפנינו, ושהיא עבירה של שש עשרה שנה, אני חושב שזה מצב לא תקין". ראו פרוטוקול ישיבה 46 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 5 (9.8.2006).

בשל מיעוט ההליכים בעבירת ההחזקה בתנאי עבדות, הרשימה המצומצמת שהוצגה בעניין אמבש טרם נבחנה בבתי המשפט במקרים אחרים, ולא ברור כיצד תיושם על מקרים שנסיונותיהם שונות – כפרט, בנסיבות הנפוצות בהרבה שבהן קורבנות העבדות אינן אזרחיות המדינה שהן בנות משפחת מבצע העבירה, אלא מהגרות ומהגרי עבודה שיחסייהם עם המעסיק מתאפיינים בכפייה וניצול. חלקו הבא של המאמר יעסוק במספר אתגרים ביישום המבחנים שנקבעו בפסיקה למקרים אלו.

ג. כפייה מבנית והסכמה

בדיוני ועדת חוקה וחוק ומשפט של הכנסת בהצעת חוק איסור סחר בבני אדם הסביר הרב ד"ר מיכאל ויגודה, ראש תחום משפט עברי במשרד המשפטים, את ההבחנה בין פועל לבין עבד לפי התלמוד. הברדל זה, כפי שתיאר, הוא בכך שפועל, בניגוד לעבד, יכול "לחזור בו בחצי היום". לדברי ויגודה "מי שאיננו יכול לחזור בו באמצע היום, כלומר מי שאיננו יכול להתפטר מיחסי התלות, יחסי העבודה, התחייבות שלו לעבוד ולספק שירותים, מי שאיננו יכול לסגת מהמצב הזה, הוא מוגדר כעבד".¹¹⁸ הדיון עסק בהקשר הפלילי, ובאמצעים שהעבריינין נוקט. אלא שחוסר היכולת להתפטר מיחסי תלות, לא פחות משהוא מאפיין יחסים עברייניים, מאפיין את תוצאותיה של מדיניות ההגירה והתעסוקה המונעת ממהגרי עבודה רבים את החירות להתפטר מעבודתם ומיחסי התלות שבהם הם מצויים.

החלקים הקודמים של המאמר עסקו בשאלת ההסכמה בנסיבות שבהן מופעלים אמצעי כפייה, שליטה ושליטת חירות שמפעילים אינדיווידואלים – אלימות, איומים, שליטת דרכון, מניעת יציאה ממקום המגורים או העבודה, וכידוד מהסביבה. אמצעים כאלו, כמובן, יכולים להיות אמצעי כפייה חזקים ואפקטיביים. אמצעי כפייה אחרים, חזקים לא פחות, נובעים לא מהתנהלותם העבריינית של פרטים, אלא מגורמים מבניים. הכרה בתפקידם של גורמים מבניים בשליטת חירות וחתירה תחת עקרון ההסכמה מובילה למסקנה שאמצעי שליטה ושליטת חירות לא תמיד מנוגדים לדין. לעיתים הם חלק מהדין עצמו, וממדיניות רשמית או פרקטיקה של המדינה שמייצרת את אמצעי הכפייה.

הדיון ברעיון של "כפייה מבנית" משקף את המעבר מנקודת מבטו של מבצע העבירה לנקודת מבט רחבה יותר, המשקפת היבטים מוסדיים ומבניים. מנקודת מבט זו, חשיבותם של אמצעי כפייה אינה בכך שהסוחר או המעסיק נוקט אמצעים המנוגדים לחוק, אלא בהשפעתם של אמצעי כפייה, מכל מקור שהוא, על הקורבן ועל יכולתו לעזוב את מקום העבודה או לסיים את יחסי העבודה. כפי שהוזכר לעיל, מקרים רבים של סחר ועבדות תחילתם בהסכמה (למסע או לעבודה), אך בהמשך מצטברים בהם אמצעים המונעים מהקורבן לעזוב, בין אם מדובר באמצעים פיזיים, פסיכולוגיים או אחרים. כפייה מבנית מתבטאת, בדומה לאמצעים אלו, בחוסר היכולת לעזוב. הדבר נכון בייחוד למי שאינם אזרחי המדינה, וכפופים למדיניות הגירה ורגולציה של שהותם והשתתפותם בשוק העבודה.

118 פרוטוקול ישיבה 36, לעיל ה"ש 83, בעמ' 14. לדיון בהיעדר האפשרות לעזוב לא בדיון העברי אלא בימינו אלה, ובזיקה שבין עבודת כפייה ומדיניות הגירה, ראו למשל Costello, לעיל ה"ש

פרק זה יבחן שלושה אמצעי כפייה מבניים שקיימים בישראל וחלים (או חלו עד לאחורונה) על מספר משמעותי של עובדים שאינם אזרחים: כבילה, חוב, ושליטה ופיקוח. ניתוח אמצעים אלו יצביע על הדמיון בין אמצעי כפייה המופעלים על ידי פרטים ומגדירים את העבירות הפליליות של סחר ועבדות, ובין אמצעי כפייה מבניים המתקיימים באחריות המדינה ובפיקוחה ומייצרים "אקלים נוח" לניצולם החריף של עובדים ועובדות. חלקו האחרון של הפרק מתייחס לפסקי הדין שניתנו בנוגע לאמצעי כפייה אלו ולחובות הפוזטיביות של המדינה למנוע סחר ועבדות.

כבילה למעסיק

אחד מהסדרים המקובלים במשטר של הגירת עבודה זמנית הוא כבילה למעסיק, כלומר הנפקת אשרות המתנות את הזכות לעבודה ומגורים במדינה המארחת בעבודה עבור מעסיק ספציפי. הסדרים כאלו קיימים במדינות שונות, וזוכים לביקורת חריפה מצד גופי זכויות אדם ומומחיות לסחר ועבדות כמגדילים את הסיכון לניצול וסחר.¹¹⁹ המשמעות של כבילה למעסיק היא יצירתו של איום אפקטיבי בכליאה וגירוש. מבחינה מהותית, זהו בדיוק החשש ההופך את האיום בדיווח לרשויות על מהגרים לא חוקיים לאמצעי כפייה המוכר ככזה לצורך עמידה בתנאי הגדרת עבודת כפייה.¹²⁰ בדו"ח המאבק בסחר בבני אדם משנת 2007 הקדישה מחלקת המדינה של ארה"ב דיון ייעודי להסדרים הכובלים מהגרי עבודה למעסיקהם, והצביעה על האופנים שבהם הסדרים אלו יוצרים מבנה נוח לניצול ולהתפתחות סחר בבני אדם. הדו"ח עמד על הסיכון בכליאת עובדים שיתלוננו על הפרת זכויותיהם ובגירושם, וקרא לאיזון בין ריבונות המדינה בגיבוש מדיניות ההגירה שלה ובין הצורך להגן על זכויות

119 ראו, למשל, דו"ח הדווחית המיוחדת של האו"ם לעניין סחר בבני אדם Rep. of the Special Rapporteur, trafficking in persons, especially women and children, on her mission to Kuwait 7, 22, A/HRC/35/37/Add.1 (April 21, 2017), 1706459 (un.org); Communication between the UN Special Procedures and the UK government concerning the Overseas Domestic Worker (ODW) visa (letter from 27 May 2021 and response from 28 July 2021); GRETA (Group of Experts on Action Against Trafficking in Human Beings), 7th General Report on GRETA'S Activities, 125, 128 (2018) <https://rm.coe.int/greta-2018-1-7gr-en/16807af20e>; JAMES EWINS, INDEPENDENT REVIEW OF THE OVERSEAS DOMESTIC WORKERS VISA, 68 (2015) Bridget Anderson, *Migrant Domestic Workers: Good Workers, Poor Slaves, New Connections*, 22 Soc. Pol., 636–652 (2015); Virginia Mantouvalou, 'Am I Free Now?' *Overseas Domestic Workers in Slavery*, 42 J. L. Soc., 329–357 (2015); Hila Shamir, *The Paradox of "Legality": Temporary Migrant Worker Programs and Vulnerability to Trafficking*, in REVISITING THE LAW AND GOVERNANCE OF TRAFFICKING, FORCED LABOR AND MODERN SLAVERY, 471 (2017)

120 ILO, THE COST OF COERCION: GLOBAL REPORT UNDER THE FOLLOW-UP TO THE ILO DECLARATION ON FUNDAMENTAL PRINCIPLES AND RIGHTS AT WORK, 5 (2009) <https://bit.ly/3Hwavr5>; CN & V. v. France, לעיל ה"ש 25, בפס' 77.

עובדים.¹²¹ דו"ח של ארגון העבודה העולמי שעסק בעבודת כפייה בעולם הדהד ביקורת זו.¹²² ביקורת זו באה לידי ביטוי גם בביקורת שמופנית נגד מדינות המפרץ הפרסי שבהן נהוגה שיטת ה"קפאלה", שבמסגרתה מהגר עבודה רשאי לעבוד רק אצל מעסיק אחד, ועזיבתו תוביל לגירוש.¹²³ ביקורת חריפה כנגד מבנה העסקה זה ככזה שמייצר את התנאים לעבודת מודרנית הביאה את קטאר לבטלה בשנים האחרונות.¹²⁴

בישראל, כבילת עובדים לא-ישראלים למעסיקהם הייתה – ועודנה – היבט משמעותי בהסדרת עבודתם של מהגרי עבודה ועובדים פלסטינים, חרף פסיקת בג"ץ בנושא משנת 2006. ההסדר הידוע כ"הסדר הכבילה" של מהגרי עבודה נתקף בבג"ץ בראשית שנות ה-2000, ובוטל בשנת 2006 בפסק דין חריף שקבע שההסדר מפר את זכויותיהם הבסיסיות של מהגרי העבודה ופוגע בחירותם ובכבודם. פסק הדין קבע שהסדר הכבילה פוגע אנושות בזכות לאוטונומיה, לחופש פעולה ולחופש התקשרות¹²⁵ – הערכים העומדים ביסוד הדרישה להסכמה. כן תיאר בית המשפט את ההסדר כ"מעין עבדות בגרסה מודרנית".¹²⁶ לפסק הדין נודעה חשיבות רבה ברמה ההצהרתית, ובהבהרת איסור הכבילה כעיקרון וכנקודת מוצא, ובענפים מסוימים בוטלה הכבילה למעסיק. אלא שבהליכים מאוחרים יותר נסוגו בית המשפט והמחוקק מקביעה זו ובית המשפט התיר כבילה של מהגרי עבודה למעסיקהם, ראשית ביחס לעובדים של חברה זרה בענף הבניין,¹²⁷ בהמשך ביחס לעובדי סיעוד,¹²⁸ ובהמשך ביחס לחברות זרות נוספות בענף הבניין.¹²⁹ אף שעקרונות היסוד של פסק הדין בעניין הסדר הכבילה לא בוטלו, אחוז ניכר מהעובדים הלא-ישראלים עודם כבולים למעסיק כעניין מעשי.¹³⁰

- U.S. Dep't of State, Bureau of Democracy, H.R. and Lab., Trafficking in Persons Report, 121
29 (2017) <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/82902.pdf>
- ILO, THE COST OF COERCION 122
לעיל ה"ש 120, בעמ' 23.
- ראו, למשל, דו"ח הדרווחית המיוחדת, לעיל ה"ש 119; Azfar Khan & Hélène Harroff-Tavel, 123
Reforming the Kafala: Challenges and Opportunities in Moving Forward, 20 ASIAN
PACIFIC MIGRATION J. 293 (2011)
- ILO, *Dismantling the Kafala System and Introducing a Minimum Wage Mark New Era* 124
for Qatar Labour Market (Aug. 30, 2020) <https://bit.ly/3BuoN81>
- בג"ץ הסדר הכבילה, לעיל ה"ש 116, בפס' 31 לפסק דינו של השופט לוי. 125
- שם, בפס' 4 לפסק דינו של השופט חשין. 126
- בג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, סב(3) 117 (2007). 127
- בג"ץ 1834/09 יהודה נ' משרד הפנים רשות האוכלוסין ההגירה ומעברי הגבול (אר"ש 128
25.6.2012). לדיון מפורט בפסיקת בג"ץ בהליכים שונים שעניינם כבילה למעסיק, בהצדקות לעמדת בית המשפט ובמשמעות פסקי הדין, ראו Maayan Niezna, *Paper Chains: Tied*
Visas, Migration Policies, and Legal Coercion, 49 J. L. Soc. 362 (2022)
- בג"ץ 2385/16 הסדרות העובדים הלאומית נ' ממשלת ישראל (אר"ש 3.8.2016); בג"ץ 129
831/22 קו לעובד נ' ממשלת ישראל (אר"ש 20.7.2022) (להלן: עניין קו לעובד).
- הסקירה בחלק זה מבוססת על סקירת הכבילה בענפים השונים בפרק "כבילה" של מעין נייזנה, 130
בתוך תכנית אלטרנטיבית למאבק בסחר בכני אדם: מודל מוצע לפי גישת העבודה לסחר 32-30
(הילה שמיר ומעין נייזנה עורכות, פרויקט המחקר TraffLab, אוניברסיטת תל אביב
(2020) (להלן: "כבילה").

בענף הבניין, יותר מאלפיים עובדים כבולים לחברות בניין זרות הפועלות בישראל ומעסיקות באופן ישיר את מהגרי העבודה העובדים בהן ("חברות ביצוע").¹³¹ לעובדים בחברות אלו מגבלות מעשיות ומשפטיות על מעבר למעסיק אחר.¹³² הדוגמה המוכרת ביותר היא חברת הבנייה התורכית "יילמזלר", שעניינה נבחן ואושר בכג"ץ בשנת 2007, למרות עדויות על כפייה, אלימות והפרות זכויות עובדים.¹³³ בשנים שעברו מאז הוסיפה החברה לפעול בישראל, ועדויות דומות הצטברו נגדה גם בשנים האחרונות.¹³⁴ מאז שנת 2016 הורחב המודל, ולחברת יילמזלר הצטרפו חברות ביצוע סיניות הפועלות במודל דומה. ההעסקה בחברות ביצוע מבוססת הלכה למעשה על כבילה כמעט אבסולוטית: נוהל של רשות ההגירה מתיר מעבר בין מעסיקים במקרים "חריגים" בלבד,¹³⁵ ומנתונים שנמסרו בעניין זה עולה כי אף במסגרת מצומצמת זו לא מתאפשרים בפועל מעברים בין מעסיקים.¹³⁶ תלונות על אלימות, איומים ותנאי עבודה קשים בחברות אלו הגיעו לארגוני חברה אזרחית ולתקשורת.¹³⁷ בהליך שנדרש בכג"ץ לאחרונה אישר האחרון את ההסדר. ההתייחסות לכבילה הייתה לאקונית ביותר, והתמצתה בקביעה ש"אין בידנו לשנות את חוקי ההגירה ולאפשר לעובדים זרים נידודת תעסוקתית בלתי מוגבלת בשטחה של מדינת ישראל – החלטה כזאת נתונה לשיקול דעתה של רשות האוכלוסין במסגרת סמכויותיה ובהתאם לנהלים הקבועים".¹³⁸ בהחלטתה בבקשה לדיון נוסף, ציינה נשיאת בית המשפט העליון כי על פניהן קביעות אלו "מעוררות קושי, משום שהן אינן מתיישבות על פני הדברים עם פסקי דין והלכות קודמות שיצאו מלפני בית משפט זה", אך הבהירה שהדברים נאמרו "למעלה מן הצורך" ולא ביססו הלכה חדשה.¹³⁹

- 131 ראו, למשל, מיכל תג'ר ואלעד כהנא בתחבולות תעשה לך עבדים: חתירתה של מדינת ישראל תחת מאמציה שלה למניעת עבדות וסחר בבני אדם 22-26 (קו לעובד 2022). <https://bit.ly/3FOE9a6>
- 132 ראו, למשל, בר"מ 5147/19 Guler נ' רשות האוכלוסין וההגירה (אר"ש 29.12.2019) (להלן: עניין Guler).
- 133 עניין מוקד סיוע, לעיל ה"ש 127.
- 134 שם; המוקד לפליטים ולמהגרים וקו לעובד כלי שרת: 20 שנות ניצול וכבילה של עובדי בניין מתורכיה (2020) hotline.org.il/yilmazlar20years/.
- 135 בג"ץ 2385/16 הסתדרות העובדים הלאומית נ' ממשלת ישראל, פס' ד (בנבו 3.8.2016).
- 136 ראו ההליך בעניין Guler, לעיל ה"ש 132; מכתב ממלי דוידאן, הממונה על העמדת מידע לציבור ברשות האוכלוסין וההגירה למיכל תג'ר מקו לעובד "נוהל חברות הביצוע הזרות בענף הבניין" (15.3.2020).
- 137 ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה 23 של הוועדה המיוחדת לעובדים זרים, הכנסת ה-24 (11.1.2022) ("הפקרת זכויות עובדים זרים בחברות ביצוע"); עניין קו לעובד, לעיל ה"ש 129; דותן לוי "חברות הבנייה הזרות נהפכו לסוחרות בעובדים" כלכליסט (24.3.2022) <https://www.calcalist.co.il/real-estate/article/hlfzktmq>.
- 138 עניין קו לעובד, שם, בפס' 8 לפסק דינו של השופט שטיין.
- 139 דנג"ץ 5269/22 קו לעובד נ' ממשלת ישראל פס' 7-8 להחלטתה של הנשיאה חיות (אר"ש 2.10.2022).

בענף הסיעוד, הענף הגדול ביותר המעסיק מהגרות ומהגרי עבודה בישראל, הוטלו מגבלות על מעבר עובדות בין מעסיקים המתגוררים באזורים גאוגרפיים שונים,¹⁴⁰ וכן נקבעו אמצעי בקרה על מעבר עובדות בין מטופלים.¹⁴¹ מגבלות אלו השיבו לענף הסיעוד את הכבילה שבוטלה בפסק הדין בעניין הסדר הכבילה, ואף החמירו אותה. הן מקשות על מעבר בין מעסיקים ומרתיעות עובדות מלחפש מעסיק חדש, גם בתנאים של העסקה פוגענית.¹⁴² בנוסף, עובדות השוהות בישראל יותר מ-51 חודשים ככולות למעסיק כבילה מוחלטת, בלא כל אפשרות למעבר. לפי הערכה זהירה, מדובר בכ-40% מכלל העובדות בענף הסיעוד.¹⁴³ כבילה מוחלטת מונהגת גם לגבי קבוצה מתרחבת של עובדות סיעוד השוהות בישראל באשרות "הומניטריות", אשר מאריכות את אפשרות שהותן בישראל בשל הקשר הייחודי שנוצר בין המטפלת הספציפית למטופל.¹⁴⁴ כפי שמראה בן ישראל, המגבלות על עובדות סיעוד מחמירות ככל ששהותן בישראל מתארכת.¹⁴⁵ זאת, בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי, המתירות כבילה אך ורק בשנתיים הראשונות להעסקת מהגרי עבודה במדינת היעד,¹⁴⁶ מתוך תפיסה שלפיה ככל שמתארכת השהות במדינת היעד, על חופש העיסוק והניידות של מהגרים בשוק העבודה לגדול.¹⁴⁷

- 140 תקנות הכניסה לישראל (קביעת אזורים גאוגרפיים להעסקת עובדים זרים בענף הסיעוד) התשע"ד-2014, ק"ת 7375.
- 141 תקנות הכניסה לישראל (אמצעי בקרה על מעבר עובדים זרים בענף הסיעוד), התשע"ד-2014, ק"ת 7375.
- 142 חני בן ישראל "אתגר ההגירה של משפט העבודה" משפט, חברה ותרבות ו: סחר בכני אדם 177, 215-214 (הילה שמיר, חני בן ישראל ומעין נייזנה עורכות 2023).
- 143 ניתוח זה מבוסס על נתונים שהציגה המדינה בשנת 2017 בתגובתה מיום 3.10.2017, בבג"ץ 9971/16 קו לעובד נ' שר הרווחה (נבו 16.4.2019), מהם עולה כי מתוך 50,162 מהגרות עבודה מתועדות בענף הסיעוד ששהו נכון לסוף שנה זו בישראל, 18,860 מתוכן שהו בישראל מעל חמש שנים (37% מכלל העובדות). שיעורן של העובדות הנתונות במשטר של כבילה אבסולוטית ככל הנראה גבוה יותר, שכן נתונים אלו אינם כוללים נתונים על מספר העובדות השוהות בישראל יותר מארבע שנים ושלושה חודשים.
- 144 במסגרת תיקון לחוק הכניסה לישראל משנת 2011 נקבע כי שר הפנים רשאי להאריך, מטעמים הומניטריים מיוחדים, את הרישיון להמשך העסקתה של מהגרת עבודה בתחום הסיעוד גם אם לא מתקיים התנאי בדבר עבודה רציפה אצל אותו מעסיק במשך שנה לפחות, ובלבד שהרישיון לא יוארך אלא לטיפול במטופל אחד. כן נקבע כי תיקבע מכסה שנתית מרבית של רישיונות שיינתנו לפי סעיף זה, ראו: חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 20) (הארכת רישיון לעובד זר בתחום הסיעוד), התשע"א-2011, ס"ח 2291. אף שהתיקון נועד למקרים חריגים, בפועל ניתנו במרוצת השנים כמה אלפי רישיונות "הומניטריים" להעסקה בתחום הסיעוד, במשטר של כבילה אבסולוטית למעסיק אחד.
- 145 בן ישראל "אתגר ההגירה של משפט העבודה", לעיל ה"ש 142 בעמ' 206.
- 146 ILO, Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, No. 143, Art. 14(a) (1975).
- 147 השו, MARTIN RUHS, THE PRICE OF RIGHTS: REGULATING INTERNATIONAL LABOR MIGRATION, השו, 165 (2013).

בענף החקלאות, מאז ביטול הסדר הכבילה, מהגרי עבודה אינם כבולים למעסיק, ורשאים לעבור בין מעסיקים ובין לשכות כוח אדם האחראיות עליהם. בפועל, עדויות מראות כי ישנם חסמים מעשיים ניכרים המקשים על ניידות בין מעסיקים ולשכות. מבחינה חוקית, הלשכות מחויבות להיענות לדרישת העובד להחליף מעסיק, אך מאחר שהן מקבלות תשלום חודשי מהחקלאי המעסיק, האינטרס שלהן להיענות לבקשה מצומצם, ובפרט, אין להן אינטרס לסייע לעובד המבקש לעבור לחקלאי שעובד עם לשכה אחרת. כתוצאה מכך, לא פעם הלשכות מערימות קשיים ומעכבות בקשות אלו.¹⁴⁸ כך מוגבל בפועל חופש התנועה והבחירה של העובדים שמתקשים לעזוב מעסיקים פוגעניים, או עבודה שמסיבות אחרות אינה מתאימה להם. בנוסף, פועלות בענף תוכניות "השתלמות" המבטיחות לסטודנטים הכשרה אקדמית ומעשית בטכנולוגיות חקלאות. תוכניות אלו אינן מוגדרות כתוכניות של הגירת עבודה אלא כהשתלמות מקצועית. סטודנטים מגיעים אליהן ממדינות שונות בדרום הגלובלי, בציפייה לרכוש כלים והכשרה מקצועית. אלא שבמקרים רבים התוכניות אינן מציגות לסטודנטים תיאור כן והוגן של העבודה בפועל, והמציאות בישראל היא של עבודה קשה ולא מיומנת במשקים חקלאיים, בתנאים גרועים, ובלא תוכנית לימודים משמעותית. התוכניות קושרות בין העובדים למעסיק ספציפי ואינן מאפשרות ניידות, בשונה מההסדרים המוחלים על העובדים המגיעים לישראל כמהגרי עבודה לענף החקלאות.¹⁴⁹ בכך הן משלבות פגיעה ביכולת לתת הסכמה מדעת לתנאי העבודה והמעמד בישראל, עם חוסר יכולת לעזוב את המעסיק. אף שהסדר הכבילה של מהגרי עבודה בוטל לכאורה כבר בשנת 2006, נדרשו שנים רבות עד שהתקבלה החלטה לבטל באופן דומה את הכבילה של עובדים פלסטינים למעסיקהם.¹⁵⁰ העסקת עובדים פלסטינים בישראל דורשת היתר אחד עבור המעסיק, והיתר שני עבור העובד המבקש להיכנס לישראל לעבוד עבור מעסיק המחזיק בהיתר. במשך שנים לא הייתה אפשרות לעובדים פלסטינים לעבור למעסיק אחר המחזיק בהיתר, והרגולציה המסורבלת של העסקתם הובילה להסתמכות על מתווכים בלתי חוקיים ו"מאעכרים" למציאת עבודה, ולהעסקה של עובדים רבים שלא על ידי מעסיקם הרשום.¹⁵¹ בשנת 2016 התקבלה החלטת

148 יהל קורלנדר מסחור ההגירה: על צמיחתה, שגשוגה ושינויה של תעשיית הגיוס והתיווך להגירת עבודה לחקלאות מתאילנד לישראל (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה 2019) (להלן: קורלנדר, מסחור ההגירה); יהל קורלנדר "לשכות פרטיות ותאגידי כוח אדם" תכנית אלטרנטיבית למאבק בסחר בכני אדם: מודל מוצע לפי גישת העבודה לסחר (הילה שמיר ומעין נייזנה עורכות 2020).

149 ראו ירון ובריינר, לעיל ה"ש 28; תג'ר לעיל ה"ש 131, בעמ' 12; עמנואל סמפסון "מלגת פרך" משפט, חברה ותרבות ו: סחר בכני אדם 281 (הילה שמיר, חני בן ישראל ומעין נייזנה עורכות 2023); אבינעם כהן ויהל קורלנדר "ענף החקלאות כאתר של סחר בכני אדם למטרות עבדות ועבודה כפיה: בין גיוס מהגרים לזכויות עובדים" משפט, חברה ותרבות ו: סחר בכני אדם 239 (הילה שמיר, חני בן ישראל ומעין נייזנה עורכות 2023). כנגד המסגרת של תוכניות השתלמות תלויה עתירה בפני בג"ץ "בג"ץ 3717/21 קו לעובד נ' ממשלת ישראל (נבו 24.10.22)).

150 ראו פירוט נייזנה "כבילה", לעיל ה"ש 130, בעמ' 380.

151 שם; מעין נייזנה כיבוש העבודה: העסקת עובדים פלסטינים בישראל (קו לעובד 2018) <https://bit.ly/2uosfhv>.

ממשלה לשינוי מצב זה בענף הבניין, המעסיק את רוב העובדים הפלסטינים בישראל,¹⁵² אך יישומה נדחה שוב ושוב. בסוף שנת 2020 נכנס לתוקף הסדר חדש שביטל את הכבילה של עובדי בניין פלסטינים למעסיקים הישראליים.¹⁵³ הסדר זה הגדיר מחדש את "המכסה שנקבעה לענף הבניין כ'שייכת' לעובדים ולא למעסיקים, כך שהעובדים יוכלו לעבור בין מעסיקים שונים בענף הבניין לפי בחירתם".¹⁵⁴ בנוסף, נכלל בהסדר מתווה שיאפשר כניסה לישראל לעובדים המחזיקים בהיתר, לצורך חיפוש עבודה. בשנתיים שחלפו מאז אימוץ ההסדר החדש, לא ניכר שינוי משמעותי ביכולתם של עובדים פלסטינים להחליף מעסיק בפועל. גם לאחר כניסתו של ההסדר החדש לתוקף, עובדים רבים דיווחו כי לא הצליחו למצוא מעסיק חדש, מידע הנדרש לצורך מציאת מעסיק לא הונגש לעובדים, וחסמים בירוקרטיים מנעו החלפת מעסיק.¹⁵⁵

המשמעות של הסדרים כאלו היא כפייה מבנית, שקיימת בכל הענפים המעסיקים עובדים לא-ישראליים, במספרים משמעותיים. כפי שהוסבר לעיל, הספרות והפסיקה העוסקות בסחר בבני אדם עמדו על כך שבמקרים רבים תחילתם של יחסי העבודה בהסכמה, אך הרכיב של סחר או עבודת כפייה מתבטא בחוסר היכולת לסיים את יחסי העבודה בשל קיומם של אמצעי כפייה.¹⁵⁶ אמצעים אלו כוללים בידוד, ואיומים בדיווח לרשויות ההגירה – איומים שהסנקציה האמיתית העומדת מאחוריהם היא החשש מכליאה וגירוש. האיום באובדן האשרה כתוצאה מהחלפת מעסיק הוא איום זהה. הבנת הכפייה שבבסיס הסדר הכבילה היא שהנחתה את פסק הדין שניתן בבג"ץ הסדר הכבילה. פסק הדין קבע שהסדר הכבילה פוגע אנושות בזכות לאוטונומיה, לחופש פעולה ולחופש התקשרות.¹⁵⁷ בית המשפט קבע במפורש כי כבילתו של אדם למעסיקו היא "כפייתו, הלכה למעשה, להעניק שירות אישי מאונס".¹⁵⁸ בית המשפט הבהיר שאת הכפייה לתת שירות אישי מאונס לא ניתן להצדיק, אף במחיר הגנה על האינטרס של מעסיקים ישראלים. בית המשפט קבע במפורש שהדבר חל אף ביחס למעסיקים סיעודיים. אלא שבשנים שלאחר מתן פסק הדין בעניין הסדר הכבילה, נסוג בית המשפט פעם אחר פעם מעקרונות אלו.¹⁵⁹

- 152 נכון לשנת 2021, למעלה מ-62 אלף עובדים מתוך 87 אלף עובדים פלסטינים העובדים בישראל בהיתר עבדו בענף הבניין Gilad Nathan, The OECD Expert Group on Migration SOPEMI ANNUAL REPORT INTERNATIONAL MIGRATION-ISRAEL 2020–2021 (Dec. 2021) <https://bit.ly/3WaHPbw>.
- 153 נוהל של רשות האוכלוסין וההגירה 9.1.1001 "נוהל הסדרת העסקת עובדים פלשתינאים בישראל בענף הבניין" (22.10.2020).
- 154 שם, בס' ב' 10.
- 155 מעין ניזונה ומיכל תג'ר תמונת מצב: התפתחויות ושינויים בהעסקת עובדים פלסטינים בישראל (קו לעובר 2021) <https://bit.ly/3iXNoM5>.
- 156 ראו את המקורות בה"ש 72 לעיל.
- 157 בג"ץ הסדר הכבילה, לעיל ה"ש 116, בפס' 31 לפסק דינו של השופט לוי.
- 158 שם, בפס' 60.
- 159 ראו ניזונה, לעיל ה"ש 128, בעמ' 378.

חוב

אחד מאמצעי הכפייה המוכרים בהקשר של סחר, עבדות ועבודת כפייה הוא שעבוד חוב. כהגדרתו המשפטית, שעבוד חוב הוא מצב של העמדת שירותיו האישיים של אדם כערוכה לחוב, כאשר שוויים של שירותים אלו "אינו משמש לחיסולו של החוב או אם אורכם וטיבם של שירותים אלה אינם מוגבלים ומוגדרים".¹⁶⁰ שעבוד חוב הוא אמצעי כפייה מוכר בהקשר של סחר בבני אדם ועבודת כפייה.¹⁶¹ בפועל, אף על פי שמהותם של יחסי שעבוד חוב מאפיינת מקרים רבים של סחר בבני אדם ועבודת מודרנית, מקרים אלו נופלים מחוץ להגדרה המשפטית של שעבוד חוב.¹⁶² גם מחוץ להגדרה המשפטית, חוב הוא אמצעי כפייה רב עוצמה, בפרט כאשר הוא מלווה בכבילה למעסיק. השילוב של חוב וכבילה נוצר כאשר מהגרי עבודה נדרשים לשלם סכומי עתק למתווכים וחברות כוח אדם עבור מציאת עבודה וקבלת אשרה. את החוב שנוצר הם יכולים להחזיר אך ורק באמצעות עבודה במדינה המארחת – עבודה שהם עלולים לאבד אם יעזבו את מעסיקם הרשום.¹⁶³

בישראל אומצו צעדים שונים למאבק במצב זה, ובראשם כריתתם של הסכמים בילטרליים לגיוס מהגרי עבודה מול מדינות המוצא של מהגרי עבודה.¹⁶⁴ הסכמים אלו מערבים ישירות את הסוכנויות הממשלתיות של שתי המדינות, בלא לאפשר מעורבות גורמים פרטיים הפועלים למטרות רווח. כתוצאה מהסכמים אלו, דמי התיווך שמשלמים עובדים רבים ירדו במידה ניכרת.¹⁶⁵ אלא שבשנים האחרונות התרבו הסדרים "עוקפי" הסכמים בילטרליים, שאפשרו למתווכים לגבות דמי תיווך גבוהים, וכתוצאה מכך הובילו לצבירת חובות המהווים מעין שעבוד חוב. זהו המצב בנוגע לתוכניות "השתלמות" ו"התנדבות" למיניהן, בעיקר בענף החקלאות.¹⁶⁶ גם בחברות ביצוע בענף הבניין הצטברו עדויות על גביית דמי תיווך אסורים.¹⁶⁷ בחברת יילמזלר ובחברות ביצוע בענף הבניין נעשה שימוש בחתימה על שטרי חוב הפועלים בצורה דומה – העובדים אינם משלמים עבור האשרה, אך מפקידים שטר

160 ס' 1 (א) לכתב סופי ואמנה נוספת בדבר ביטול העבדות, סחר עבדים ומוסדות ומנהגים הדומים לעבדות, כ"א 9, 1, 14 (נפתחה לחתימה ב-1956).

161 ILO, OPERATIONAL INDICATORS OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS RESULTS FROM A DELPHI SURVEY IMPLEMENTED BY THE ILO AND THE EUROPEAN COMMISSION (Revised Version of Sep. 2009) <https://bit.ly/3PopPbb>

162 Janet Halley, *Anti-Trafficking and the New Indenture*, REVISITING THE LAW AND GOVERNANCE OF TRAFFICKING, FORCED LABOR AND MODERN SLAVERY 179, 196 (2017)

163 בג"ץ הסדר הכבילה, לעיל ה"ש 116, בפס' 3 לפסק דינו של השופט לוי.

164 ראו כהן וקורלנדר, לעיל ה"ש 149.

165 רבקה רייכמן ונונה קושנירוביץ' יעילות ההסכמים הבילטרליים: גיוס, מימוש זכויות, תנאי חיים ותעסוקה של מהגרי עבודה לענפי החקלאות, הבנייה והסיעוד בישראל 2011–2018 (2019) <https://tinyurl.com/y567lp8g>; קורלנדר "מסחור ההגירה", לעיל ה"ש 148, בעמ' 192–195.

166 ראו, למשל, יובל לבנת "דמי תיווך" תכנית אלטרנטיבית למאבק בסחר בבני אדם: מודל מוצע לפי גישת העבודה לסחר (הילה שמיר ומעין נייזנה עורכות 2020).

167 ראו המקורות בה"ש 139 לעיל.

חוב בסכום גבוה כדי להבטיח שלא יעזבו את החברה המעסיקה.¹⁶⁸ הסדר בעל אופי דומה, וכרוך בפגיעות דומות בעובדים, קיים בחברות זרות הפועלות בפרויקטים "ייחודיים", בדומה לפרויקט הרכבת הקלה בתל אביב.¹⁶⁹ גם כאן, החשש מחוב שלא ניתן לשלם מונע מהם לעזוב, ומהווה אמצעי כפייה הפועל באופן דומה לפעולתו של שעבוד חוב.

שליטה ופיקוח

העיקרון המרכזי של עבירת העבדות הוא שליטה,¹⁷⁰ הכוללת אמצעי כפייה שונים, בהם בידור מהסביבה ופיקוח.¹⁷¹ במקרה של עובדים פלסטינים ומהגרי עבודה, מעסיקים משתמשים באמצעי שליטה ופיקוח שונים – בין אם כתוצאה ישירה מדרישה רשמית של רשויות המדינה, בין אם כתוצאה מהאחריות המוטלת עליהם להבטיח את יציאת העובדים או עמידה בדרישות ונהלים. כך, למשל, מעסיקיהם של עובדים פלסטינים נדרשו לפקח עליהם לאורך כל שעות היממה,¹⁷² מרגע כניסתם לישראל ועד לצאתם ממנה.

עיכוב מסמכי זיהוי או מסמכי נסיעה מוכר כאחד מאמצעי השליטה המאפיינים סחר בבני אדם, עבדות ועבודת כפייה.¹⁷³ בישראל, חוק העונשין מגדיר עיכוב שלא כדין של מסמכי נסיעה, דרכון או תעודת זהות של אדם אחר כעבירה פלילית של "עיכוב דרכון", הנושאת עונש של עד חמש שנות מאסר.¹⁷⁴ למרות זאת, עד לאחרונה הייתה הדרישה ממעסיקיהם של עובדים פלסטינים לעכב את תעודות הזהות שלהם דרישה חוקית של ממשלת ישראל, המעוגנת בנהלים. לפני פרוץ מגפת הקורונה, רוב העובדים הפלסטינים בישראל שבו לבתיהם בסוף יום העבודה. כמה אלפים החזיקו ב"היתרי לינה" שאפשרו להם ללון בישראל במהלך השבוע. כחלק מתנאי ההיתר נדרשו מעסיקיהם של עובדים אלו להחזיק בתעודות הזהות של העובדים.¹⁷⁵ רק לאחר שהוגשה לבג"ץ עתירה בנושא שונתה הדרישה (שלעמדת המדינה נכללה בטפסים ונהלים "בשגגה").¹⁷⁶

168 ראו, למשל, סע"ש (אזורי ת"א) 18-08-14051 Oruc נ' יילמזר אינטרנשיונל, חברה לבניה תיירות וטקסטיל בע"מ פס' 12 (נבו 22.6.2022).

169 תג'ר וכהנא, לעיל ה"ש 131, בעמ' 26; יובל הראל "תחקיר N12: נעילת עובדים, מניעת טיפול רפואי וחשד לתנאי עבדות – מה קורה ברכבת הקלה בתל אביב?" N12 (3.1.2022) <https://bit.ly/3j0rurD>.

170 JEAN ALLAIN, SLAVERY IN INTERNATIONAL LAW: OF HUMAN EXPLOITATION AND TRAFFICKING, 170 (2013) 128; ראו פרוטוקול ישיבה 33, לעיל ה"ש 85, בעמ' 21 דברי רחל גרשוני.

171 European Commission and ILO, לעיל ה"ש 161.

172 "בקשה והתחייבות להלנת עובדים תושבי יש"ע בישראל – ענף הבניין", משרד הבינוי והשיכון; מתאם פעולות הממשלה בשטחים 19.3.2020 (נכון ליום 12.10.2020).

173 Delphi Indicators, לעיל ה"ש 161, בעמ' 4.

174 ס' 376 לחוק העונשין.

175 "בקשה והתחייבות להלנת עובדים תושבי יש"ע בישראל – ענף הבניין", לעיל ה"ש 172.

176 פס' 7 לתגובה מקדמית מטעמים משיבים 5-1 בבג"ץ 2730/20 קו לעובד נ' שר הבריאות (5.5.2020).

כפייה מבנית והסכמה: זיהוי בפסיקה וחובות המדינה

שלושת תת-הפרקים הקודמים עסקו באמצעי כפייה מבניים – כבילה, חוב, ושליטה ופיקוח; תת-פרק זה מנתח את הבנת ההסכמה בנסיבות שבהן קיימת כפייה מבנית, בפרט בנוגע למדיניות רשמית ולהתייחסות בפסיקה. רשויות המדינה ובתי המשפט לא תמיד הכירו בכך שאמצעי כפייה מבנית הם המונעים ממהגרי עבודה להתפטר מעבודתם. כמו כן, אף שבנוגע למקרים הקיצוניים של סחר ועבדות אימצו המחוקק, בתי המשפט וקובעי מדיניות את הגישה כי לא די בהסכמה כדי להכשיר שלילת חירות ופגיעה חמורה בכבוד האדם, בנוגע לזכויותיהם של מהגרי עבודה ננקטה גישה שונה. את הגישה שאפיינה את היחס למהגרי עבודה בשנים הראשונות לקליטתם (גישה שניתן לזהות אף בשנים האחרונות) הסביר מונדלק על רקע "חווה התשתית". לגישתו, למהגרי עבודה הוצע בישראל הסדר מסוים הכולל מערך זכויות ומעמד מסוים. ככל שישנם מהגרי עבודה המסכימים להסדר הקיים, הסכמתם נתפסת כהצדקה מוסרית למערך זה – עצם העובדה שיש מהגרים המוכנים לקבל אותו, והכניסה למדינה מוכיחה את הסכמתם, מובילה למסקנה שהתנאים המוצעים הוגנים.¹⁷⁷ לגישה זו היו חריגים ברורים, המובהק שבהם פסק הדין שניתן בכג"ץ הסדר הכבילה. כשהעיקרון שהסכמה אינה מכשירה ניצול קיצוני ושליטת חירות נדון באופן אבסטרקטי או ביחס לסחר בנשים לזנות, הכירו בו הרשויות ובתי המשפט. לעומת זאת, כשיישום של עיקרון זה נדרש ביחס להסדרים הפוגעניים שחלו על מהגרי עבודה, הסדרים אלו הוצדקו על רקע הסכמתם המשתמעת של מהגרי עבודה בעצם קבלתם את תנאיה של אשרת עבודה בישראל. ככלל, הרשויות ובתי המשפט היו עיוורים לסתירה שבין עמדות אלו.

בעניין אמש הגדיר בית המשפט העליון שליטה ממשית או שלילת חירות – היסוד המשמעותי של עבירת ההחזקה בתנאי עבדות – כשליטה במקום המגורים של הקורבן, שימוש באמצעי שנועד לגרום לקורבן להאמין שאם יעזוב את המחזיק בו ייגרם נזק חמור לו או לאדם אחר, ובידוד הקורבן מסביבתו המוכרת.¹⁷⁸ כפי שהדגים חלק זה, הנסיבות האלו מתקיימות לגבי עשרות אלפי מהגרי עבודה ועובדים פלסטינים בישראל: עובדים רבים נתונים לשליטה ופיקוח של המעסיק. הם מתגוררים במגורים הנתונים לשליטת המעסיק – בתוך הבית, במקרה של עובדים סיעודיים; במגורים בשליטת החברה, במקרה של עובדי בניין, ובקרבה לשטח העבודה או בתוכו, במקרה של עובדי חקלאות. הם מבודדים מסביבתם המוכרת, בהיותם מהגרי עבודה, החיים בארץ זרה שאת שפתה הם אינם דוברים, מנותקים מבני משפחתם, ומבודדים מהסביבה באתרי בניין, חוות חקלאיות או בתים פרטיים, והם חשופים לאיום מתמיד של נזק חמור אם יעזבו את המעסיק: איום באובדן אשרת העבודה, כליאה וגירוש – לעיתים גירוש המלווה בצילו של חוב כבד שלא יוכלו לשלם.

חלקו הראשון של המאמר התמקד בהיבט הפלילי של עבירות הסחר והעבדות, ובהוראות הדין הבינלאומי והמשפט המשווה בנוגע לעבירות פליליות אלו. אלא שהדין הבינלאומי אינו מסתפק בהפלת הסחר והעבדות ובדרישה להעמיד לדין את המבצעים. הוראות הדין

177 גיא מונדלק "עובדים או זרים בישראל? חווה התשתית והדפיציט הדמוקרטי" עיוני משפט כ"ז(2), 423, 428-427 (2003).

178 לעיל ה"ש 21.

כוללות חובות פוזיטיביות למנוע עבדות וסחר.¹⁷⁹ בית הדין האירופי לזכויות אדם פירש את חובותיה הפוזיטיביות של המדינה ככוללות מדיניות הגירה הולמת המגינה על קורבנות סחר. בהמשך להערכת נציבות זכויות האדם האירופית, בית הדין ביקר את המדיניות הכובלת מהגרות למעסיקה ויוצרת תלות במעסיק, כמדיניות המובילה לניצול והעסקה פוגענית.¹⁸⁰ כמו כן, אף שבית הדין הכיר בחובות מסוימות של מעסיק המעסיק מהגרות עבודה כלפי רשויות האכיפה, הוא ביקר את המדיניות הדורשת ממעסיקים לעקוב ולאחר מהגרים שעזבו או להפקיד עירבון למקרה שמהגרי עבודה העובדים אצלם יעזבו את מקום עבודתם.¹⁸¹ בכך עמד בית הדין על הסכנות שבהפרטת מדיניות ההגירה למעסיקים פרטיים, שעלולים לנקוט אמצעים פסולים ואמצעי שליטה קיצוניים על מהגרים העובדים אצלם. עמידה במחויבות המדינה למנוע סחר ועבדות בגבולותיה מחייבת הכרה באמצעי כפייה מבניים – הן מצד הרשויות, הן מצד בית המשפט – ושינויי מדיניות ככל שאלו נדרשים כדי לעמוד במחויבות הבינלאומית של המדינה להיאבק בסחר ועבדות.

סיכום

אידיאל ההסכמה הוא בחירה חופשית, אוטונומית, המשקפת רצון חופשי. בפועל, יחסי עבודה המעלים חשדות לסחר ועבדות פעמים רבות אינם משקפים שלילת הסכמה ובחירה מוחלטת כי אם הגבלת בחירה משמעותית – בחירה בין חלופות לא אטרקטיביות, או העסקה פוגענית – ומשלבים אמצעי כפייה מבניים, כמו העדר מעמד וחשש לגירוש, עם אמצעי כפייה אינדיבידואליים כמו בידוד ואלימות. לאלה נלווית הפרת זכויות שיטתית, איום על מעמדם, תנאים ומשכורתם של העובדים, וניצול פגיעותם, בפרט פגיעותם של מהגרים או אוכלוסיות פגיעות אחרות. הערכת כנות ההסכמה או אמיתותה בנסיבות של בחירה מוגבלת ברע במיעוטו מעוררת הן קשיים מעשיים, הן קשיים מוסריים. ברמה המעשית, יש קושי להעריך בחירה חופשית כאשר קיומן של חלופות לגיטימיות מוטל בספק, וכאשר הגבול בין חשש לגיטימי ואיום פסול אינו ברור. ברמה המוסרית, ישנו מתח מסוים בין הגנה על אוטונומיה ורצון חופשי, הדורשת מתן משקל להסכמה, ובין הגנה על אנשים פגיעים מניצול ומפגיעה בזכויותיהם. אף שמקרים מסוימים של סחר ועבדות כוללים כפייה מובהקת ועבודה או שירותים בניגוד לרצונו של הקורבן, מקרים אחרים קשים יותר להכרעה. חלקו הראשון של המאמר דן ברכיב ההסכמה במשפט הבינלאומי ובאופן שבו התמודדו ערכאות בינלאומיות עם הקביעה שהיעדר הסכמה אינו יסוד של עבירות הסחר והעבדות, לצד ההכרה בעבדות וסחר כעבירות שביסודן כפייה ושליטה. חלק זה הציע שעמדת המשפט הבינלאומי היא שהסכמה אינה רלוונטית לנוכח השימוש באמצעי כפייה. הערכת הסכמה במקרים פרטניים עלולה להעלות קשיים, ונדרשת ככל מקרה לגופו על רקע נסיבותיו, ובכלל זה אינדיקציות לכפייה ותנאי עבודה קשים ונצלניים. את הקושי הראייתי והחקירתי במקרים מסוימים יש לאזן באמצעות הכשרות מתאימות בדבר חוסר הרלוונטיות של הסכמה, והבנת הפעולה של אמצעי כפייה מורכבים או עדינים.

179 פרוטוקול פלרמו, לעיל ה"ש 42, בס' 9; אמנת מועצת אירופה, לעיל ה"ש 61, בס' 5.

180 עניין Rantsev, לעיל ה"ש 9, בפס' 291.

181 שם, בפס' 292.

חלקו השני של המאמר התמקד בדין הישראלי, ובחן פסקי דין אחדים שעסקו בסחר לזנות ובהחזקה בתנאי עבדות, כמו גם את דיוני ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת סביב הצעת חוק איסור סחר בבני אדם. חלק זה הציג כי בדין הישראלי ניתן לזהות שתי הצדקות שלפיהן הסכמת הקורבן לסחר ועבדות אינה רלוונטית: הצדקה מוסרית, הפוסלת יחס מסוים לקורבן אף בהסכמתו, מטעמים פטרנליסטיים או מטעמים של תקנת הציבור, והצדקה ראייתית, שבדומה לדין הבינלאומי קובעת שהסכמה אינה טענת הגנה רלוונטית במקום שיש ראיות לשימוש באמצעי כפייה.

חלקו האחרון של המאמר בחן את שאלת ההסכמה בנסיבות שקיימת בהן כפייה מבנית, בפרט ביחס לעובדים לא-ישראלים החשופים לסכנות של כליאה, גירוש, וסנקציות במדינת המוצא אם לא יצייתו למעסיקהם. חלק זה דן בשלושה אמצעי כפייה מבנית מרכזיים: כבילה למעסיק, חוב, ושליטה ופיקוח, אמצעי כפייה שניתן לזהות ביחס לעשרות אלפי עובדים לא-ישראלים בישראל, בפרט בענפי הסיעוד, הבניין, והחקלאות. הדיון בחלק זה הציב על הדמיון בין אמצעי כפייה מבניים ובין אמצעי שליטה וכפייה שהוכרו בדין כמאיינים הסכמה לפי סטנדרטים בינלאומיים ובהליכים פליליים שעסקו בסחר, עבדות ועבודת כפייה. כן עמד חלק זה על הפער בין ניתוח יסודות ההסכמה והכפייה בהליכים פליליים העוסקים בסחר ועבדות, ובין מדיניות רשמית שמשמעותה בפועל שליטה וכפייה.

התוצאה של המדיניות שנדונה בחלקו האחרון של המאמר היא שהמדינה עצמה, במדיניות שהיא מאמצת או באופן שבו היא מסדירה את שוק העבודה, מייצרת מצבים ותנאי רקע להתקשרויות שעלולים להפוך למצבי סחר, עבדות ועבודת כפייה. המצבים האלו נובעים לא מתוכנית פלילית של מבצע אינדיווידואלי, אלא מהשילוב בין היבטים שונים של מדיניות פוגענית, או משילוב בין מדיניות פוגענית ובין ניצול אינדיווידואלי, המתאפשר כתוצאה ממדיניות רשמית. מנקודת המבט של המשפט הפלילי, להיעדר כוונה פלילית משמעות רבה בשאלת קיומן של עבירות העבדות והסחר. לעומת זאת, מנקודת המבט של זכויות אדם, וכן מנקודת המבט החוקתית או המנהלית, מדיניות כזו פסולה. מדיניות שמשמעותה המעשית הצטברות אמצעי כפייה ושליטה שלו היו מופעלים על ידי גורם פרטי היו עולים כדי סחר, עבדות או עבודת כפייה מפירה זכויות יסוד, בהן הזכות שלא להיות נתון לעבדות ועבודת כפייה, והזכות לעבודה הכוללת את הזכות לכחור עבודה באופן חופשי.¹⁸² היא מפירה את חובת המדינה למנוע סחר ולהגן על הקורבנות.

182 ראו ס' 8 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269, 274 (נפתחה לחתימה ב-1966); ס' 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 208, 205, 31 (נפתחה לחתימה ב-1966).

