



ע"פ 49338/07/21 - מילי - חדרה (91) בע"מ, יורם ברנע נגד מדינת ישראל

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 49338-07-21

ניתן ביום 26 אפריל 2022

המעוררים

1. מילי - חדרה (91) בע"מ
2. יורם ברנע

-

המשיבה

מדינת ישראל

לפני: סגן הנשיאה אילן איטח, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט אילן סופר
בשם המערערים - עו"ד נחמי פינבלט, עו"ד משה באב"ד
ב"כ המשיבה - עו"ד אנט שקורי פליישמן

פסק דין

סגן הנשיאה אילן איטח

1. לפנינו ערעור על הכרעת דינו של בית הדין האזורי חיפה (השופט אסף הראל; ת"פ 33572-03-20). בהכרעת הדין הורשעה המערערת 1 (להלן - **המערערת**) בעבירה של התקשרות עם קבלן כוח אדם, מבלי שלאחרון היה רישיון קבלן כוח אדם לפי חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו-1996 (להלן - **החוק**) - עבירה לפי סעיפים 10ב(א) ו-20(ד) לחוק. המערער 2 (להלן - **המערער**) - מנכ"ל ונושא משרה במערערת כהגדרת החוק, הורשע בהפרת חובת הפיקוח ובחובה לעשות כל שניתן למנוע מהמערערת את ביצוע העבירה - עבירה לפי סעיפים 10ב(א) ו-21 לחוק. בית הדין האזורי גזר על המערערת קנס בסכום של 10,000 ₪ ועל המערער קנס בסכום של 5,800 ₪, כן חויבו המערערים לחתום על התחייבות להימנע מביצוע עבירה.
2. בפתח הדברים, כמצוות סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982 (להלן - **חוק סדר הדין הפלילי**), נציין כי החלטנו לקבל את הערעור ולזכות את המערערים, מחמת הספק, מביצוע העבירות שבהן הורשעו.

רקע



3. תחילה נצטט לשם הנוחות את הוראת סעיף 10ב לחוק שהוא במוקד דיונו. וכך נקבע בסעיף:

"(א) לא יקבל אדם שירות כוח אדם מקבלן כוח אדם או שירות מקבלן שירות, ולא יתקשר עמם לקבלת שירותים כאמור, אלא אם כן קבלן כוח האדם הוא בעל רישיון או היתר מיוחד לפי פרק זה, לפי העניין, והמציא לאותו אדם העתק ממנו, או שקבלן השירות הוא בעל רישיון לפי פרק זה והמציא לאותו אדם העתק ממנו.
(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על יחיד שמקבל את שירות כוח האדם או את השירות שלא לצורך עסק, משלח יד או שירות ציבורי."

יצוין כי "פרק זה" הנזכר בלשון הסעיף, הוא פרק ב' לחוק שעניינו "רישוי".

4. על מרבית היסודות העובדתיים של העבירה הקבועה בסעיף 10ב לחוק ושהוא הואשמו המערערים לא היה חולק. המערערת, חברת בנייה הרשומה כדין בישראל, התקשרה בשנת 2017 עם קבלן כוח אדם - מר סלמאן חמודה (להלן - **הקבלן**), בהסכם לאספקת כוח אדם של מנופאים לביצוע עבודות מנוף באתרים שבהם מבצעת המערערת עבודות בנייה. בביקורת שנערכה בחודשים מרץ - מאי 2019 על ידי מפקחים מטעם המשיבה (להלן גם - **המדינה** או **המאשימה**) נמצא כי הועסקו בשירות המערערת בביצוע עבודות מנוף שני עובדים (מנופאים) של הקבלן. ב"תקופה הרלוונטית" לכתב האישום^[1] לא היה לקבלן רישיון לפי החוק.

המחלוקת נגעה למודעות המערערים לכך שלקבלן אין רישיון, וזאת לאור טענתם, בתמצית, כי בעת ההתקשרות עמו, הציג להם הקבלן מסמך הנחזה להיות רישיון כדין (להלן - **המסמך**), ורק כשנתיים לאחר מכן, במסגרת חקירתם על העבירות המיוחסות להם, התברר להם שהמסמך הוא רישיון מזויף. לפיכך, הוסיפו המערערים, יש לקבוע כי לא התקיים בהם היסוד הנפשי הנדרש, כלומר מודעות לכך שקבלת השירות היא ממי שאין לו רישיון כחוק. נציין שככלל דרך המלך להוכיח טענה ממין זה היא בהצגת העתק המסמך ולא בהסתמכות על טענה בעל פה בדבר הצגתו. אלא שבמקרה דנן טוענים המערערים כי נבצר מהם מלהגיש את המסמך שהיה ברשותם מאחר שהוא נמסר למשטרה על ידי המערער במסגרת תלונת המערערים נגד הקבלן על הזיוף.

5. ובהרחבה: בעקבות הביקורת נחקרה פקידה של המערערת בקשר להתקשרות עם הקבלן. לאחר מכן זומן המערער לחקירה באזהרה משהסתבר כי לקבלן אין רישיון. ביום 14.7.19 ניגש המערער לתחנת המשטרה והגיש תלונה נגד הקבלן על זיוף המסמך^[2]. ביום 16.7.19 התייצב המערער במשרדי המשיבה לחקירה שאליה זומן. המפקחת מטעם המשיבה, גב' רחלי זאבי, חקרה את המערער. המערער טען בפניה כך: הקבלן הציג לו את המסמך, הנחזה כאמור לרישיון לפי החוק^[3] (נציין כבר עתה כי בחקירתו הנגדית בבית הדין האזורי טען המערער כי המסמך דומה ל-1/1 - רישיון קבלן כוח אדם שנחזה כרישיון שקיבלה חברה של הקבלן ביום 29.12.19); העתקו של הרישיון, שהוא כאמור המסמך, נותר במשרדי המערער; לאחר שהמערער זומן לחקירה במשרדי המשיבה בחשד לביצוע עבירה על החוק, הופסקה ההתקשרות עם הקבלן והמערער פנה למשטרת ישראל והתלונן על זיוף המסמך; במסגרת זו מסר המערער למשטרה את המסמך ולא נותר בידו העתק ממנו.

וזו הודעתו של המערער לפני המפקחת זאבי ביום 16.7.19:



ש. מחומר החקירה הקיים בתיק עולה כי חברת מילי חדרה (91) בע"מ התקשרה עם הקבלן "סלמאן חמודה" לצורך קבלת כח אדם בתחום המנופאים באמצעות העובדים המופיעים בנספח א' באזהרה לחקירה בחודשים 01/2019-03/2019. העוסק "סלמאן חמודה" ע.מ. 057977472 אינו מחזיק ברישיון כח אדם של משרד העבודה ובכך למעשה נעברה עבירה על סעיף 10ב+20(ד) לחוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם - איסור התקשרות עם מי שאינו בעל רישיון. מהי תגובתך?

ת. **לפי התעודות שסלמאן הציג לי, הוא נחזה להיות בעל רישיון תקף. וכתוצאה מזה שהוזמנתי לחקירה, הבנתי שיש בעיה עם הנושא הזה ועל כן הגשתי תלונה במשטרת חדרה על זיוף מסמך.**

ש. יש לך העתק של הרישיונות שהציג בפניך סלמאן חמודה?

ת. **לא, אני מסרתי את זה למשטרה.**

ש. האם אתה מכיר את חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם ואת החובה ברישיון של משרד העבודה המחייב קבלן אשר עוסק באספקת כח אדם?

ת. **אני לא מכיר אותו על בוריו אבל אני יודע שקיים כזה דבר.**

ש. כמנהל ונושא משרה בחברה, מה עשית על מנת לפקח ולוודא שהחברה פועלת לפי חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם - התקשרות עם קבלן כח אדם עם רישיון?

ת. **אז אני בדקתי את המסמכים שסלמאן הציג לי כולל הרישיונות הפעלה של המנופאים ורישיונות עבודה בגובה והכל נחזה להיות תקין.**

ש. האם ביקשת או הנחית לבקש מהקבלן חמודה סלמאן רישיון קבלן כוח אדם טרם ההתקשרות עמו או במהלכה?

ת. **אז אני מסביר לך, סלמאן הציג לי איזה מסמך שנחזה להיות רישיון לאספקת כח אדם.**
ש. מהחקירה עולה כי לא וידאת ולא בדקת כי הקבלן עמו התקשרתם לצורך קבלת עובדים להפעלת מנוף, סלמאן חמודה, אינו מחזיק ברישיון כנדרש בחוק. בכך שאתה בעל תפקיד בכיר ונושא משרה בחברה לא עשית די על מנת לפקח ולוודא כי הוראות חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כ"א מתקיימות בחברתך, פעלת בניגוד לסעיף 21(א) לחוק זה - נושא משרה חייב לפקח ולעשות כל שניתן למניעת עבירות כאמור בסעיף 20 בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו. מהי תגובתך?

ת. **שאני לא מסכים עם מה שכתוב פה, אני חושב שעשיתי מה שאני יכול לעשות, אני לא חוקר.**

ש. האם אתה לוקח אחריות על העבירה שהחברה ביצעה?

ת. **לא. לא חושב שביצענו עבירה.**

ש. היום אתם לא מתקשרים עם סלמאן חמודה?

ת. **לא. בגלל החקירה הפסקנו.**

ש. תרצה להוסיף משהו?

ת. **לא.**

ה.ח. אני מבקשת מהנחקר שיעביר אליי עותק של אותו רישיון שהקבלן סלמאן חמודה הציג בפניו, והנ"ל השיב שיפנה למשטרה לקבלת עותק.

6. ביום 23.7.19 פנתה המפקחת זאבי למערער ושאלה אם השיג את המסמך והיא נענתה על ידי המערער "שפנה למשטרה וביקש העתק אך הם סירבו למסור לו".



7. לבית הדין האזורי הוגשו בהסכמה כלל המוצגים ונחקרו המפקחת זאבי והמערער.

הכרעת דינו של בית הדין האזורי

8. לאחר בחינת מכלול הראיות קבע בית הדין האזורי שהוכחה אשמת המערערים וכי עלה בידי המשיבה להוכיח כי לא הוצג למערערים העתק הרישיון. במסגרת זאת, בין היתר, דחה בית הדין את טענת המערערים למחדלי חקירה שיש בכוחם לזכותם שהעיקריים שבהם הם: האחד, המשיבה לא פנתה למשטרה לבדוק את טענת המערער בקשר למסמך; השני, אי חקירתו של הקבלן בקשר לטענה שהציג למערערים את המסמך ואי גילוי חומרי החקירה בהליך הפלילי כנגדו.

לא מצאנו לפרט את שלל טענות המערערים למחדלי חקירה, משום שלטעמינו ממילא אין בהן ממש והן ביטוי למגמה ההולכת וגוברת של התמקדות נאשמים בטענות למחדלי חקירה^[4].

9. בית הדין האזורי קבע כי הנטל להוכיח את טענת ההגנה של המערערים, שלפיה נמסר להם מסמך מזויף, מוטל עליהם כנאשמים וכי נטל זה לא הורם, שכן:

12. נאשם לא יכול לצאת לידי חובה בחקירתו בהפרת טענת הגנה בעלמא, ולהיבנות מכך שאותה טענה לא נחקרה על ידי רשויות החקירה. כל מקרה יבחן לפי נסיבותיו. היכן שמדובר בטענת הגנה שלנאשם יש את היכולת הטובה ביותר להוכיחה בראיות, יש להטיל עליו לעשות זאת. זהו בדיוק המקרה כאן. יש לזכור כי טענת הנאשמים היא שהמסמך המזויף נמסר לברנע [המערער - הח"מ] על ידי חמודה [הקבלן - הח"מ]. ברנע אף שמר אותו לאורך השנים - מאז כריתת החוזה בשנת 2017 - שכן הוא טוען שהציג למשטרה בעת שהגיש את התלונה כנגד חמודה ביום 14.7.19. לא אמור היה להיות קושי כלשהו לחברה להציג את המסמך לחוקרי המשרד. יוזכר כי המסמך היה בידי הנאשמים עד יום 14.7.19 - מועד הגשת התלונה במשטרה, היינו יומיים לפני שברנע נחקר על ידי [המפקחת] זאבי ומסר הודעה ביום 16.7.19. הנאשמים ידעו היטב שהם מזומנים למשרד לחקירה על חשד לביצוע עבירות על החוק - הן עבירות המיוחסות לחברה והן כאלה המיוחסות לברנע כנושא משרה בחברה. כך נרשם במפורש בזימון בכתב לחקירה באזהרה שנשלח להם על ידי המשרד (עמודים 109-110 לתיק המוצגים). ראייה מרכזית בהגנת הנאשמים היא הטענה כי חמודה מסר להם רשיון מזויף המתיר לו לעסוק כקבלן כח אדם. לא ברור מדוע מצאו הנאשמים טעם להיפטר מעותק ממסמך זה שהיה ברשותם, ולמסור את העותק היחיד למשטרה ולא לשמור עותק ממנו טרם מסירתו למשטרה. הרי הנאשמים ידעו, במועד הגשת התלונה למשטרה, כי יומיים לאחר מכן יידרשו למסור גרסה לחוקרי המשרד. וודאי ידעו כבר אז כי בגרסה זו תעלה הטענה - כפי שעלתה בפועל בהודעת ברנע - כי נמסר לחברה על ידי חמודה רשיון מזויף. לא היה כל הגיון שהנאשמים לא יותירו בידיהם עותק מאותו מסמך מהותי. מדובר בפעולה כה פשוטה לביצוע, עד שאי ביצועה - תוך טענה כי המסמך נמסר למשטרה ואין עוד עותק ממנו שניתן להציגו - מפחית מאוד ממשקל טענת הנאשמים על כך [ש]מסמך כזה היה קיים אי פעם.



13. הנאשמים כלל לא הוכיחו מה היה תוכנה של התלונה שהגיש ברנע במשטרה, והאם במסגרת אותה תלונה הוגש למשטרה המסמך שנטען שחמודה מסר לחברה בשנת 2017. האישור על הגשת התלונה (מוצג נ/2) אינו מפרט מידע זה. גם אם נכונה טענת הנאשמים כי העותק היחידי מהמסמך נמסר למשטרה, יכולים היו הנאשמים לפעול מול המשטרה כדי לקבל עותק ממנו - על מנת להציגו לחוקרי המשרד או להציגו כראיה בהליך כאן. הנאשמים לא הוכיחו כי נקטו בפעולה כזו. טענת ברנע כי פנה למשטרה כדי לקבל עותק מהמסמך וסורב - לא הוכחה (עדות ברנע בעמוד 16 לפרוטוקול). לא סביר בעיני כי בעת שתלויה ועומדת חקירה פלילית כנגד הנאשמים על ביצוע עבירות על החוק, יסתפק ברנע בסירוב סתם של המשטרה לספק לו עותק מהמסמך שהוא עצמו טוען שמסר לה בעת הגשת התלונה. לא נעשה נסיון כלל של הנאשמים לפנות למשטרה בכתב ולהסביר לה שמתנהלת כנגד הנאשמים חקירה במשרד וכי הם נדרשים להציג את המסמך במסגרתה. אף בהליך כאן לא נעשה נסיון כלשהו להשתמש באמצעים שעומדים לרשות נאשם בהליך פלילי, כדי לקבל מהמשטרה עותק מהמסמך (סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982).

10. בית הדין האזורי הוסיף כי המערערים לא טרחו לזמן את הקבלן למתן עדות בעניין המסמך וכי לאור מכלול הנסיבות, אי פניית המאשימה למשטרה לבדיקת טענת המערערים לגבי מסירת המסמך לידיה, אינה עולה כדי מחדל חקירה, וכך נקבע:

15. "בנסיבות אלו, עת הנאשמים טוענים כי המסמך המזויף היה בחזקתם יומיים לפני מועד החקירה במשרד, ועת שהכנת עותק צילומי ממס[מ]ך כה מהותי בהגנתם אינו עולה כדי פעולה שקשה שלבצעה, בדין לא המשיך המשרד לחקור את טענת ההגנה בדבר קיומו של מסמך מזויף שהועלתה על ידי ברנע בהודעתו. בהיעדר ראשית ראיה לטענת הגנה זו, לא מחוייב היה המשרד להתחיל בפע[ו]לות חקירה בהתייחס לטענת הגנה שנטענה בעלמא. בנסיבות אלו, לא יכולים הנאשמים להיבנות בהליך כאן מכך שהמאשימה לא חקרה את אותה טענת הגנה. טענת ההגנה הזו שבה ועלתה כטענת הגנה גם בהליך כאן, והיא לא הוכחה כלל על ידי הנאשמים. אין כאן מחדל חקירה של המשרד. הגנת הנאשמים לא קופחה, עת שהם עצמם טוענים כי היתה להם שליטה במסמך וכי מסרו אותו למשטרה - יומיים לפני חקירתם על ידי המשרד - באופן המונע את הצגתו בעת חקירתם, למרות שידעו כי יידרשו להציגו במסגרת טענות ההגנה שלהם באותה חקירה. חשוב להבהיר כי לא מדובר בראיה פסידה - כמו טביעת אצבע שלא נבדקה במהלך חקירה על ידי רשות חוקרת. מדובר במסמך שהנאשמים עצמם טוענים כי נקטו בפעולה - הגשתו למשטרה - באופן שמנעה את הצגתו בחקירתם במשרד. בנסיבות אלו, היה על הנאשמים לנקוט בפעולות - בחקירתם וגם בהליך כאן - כדי לקבל עותק מהמסמך כדי שיוכלו לבסס עליו את הגנתם. הם לא עשו זאת ויש לקבוע כי לא הוכיחו את טענת ההגנה." (הדגשה הוספה - א.א.).

11. עוד קבע בית הדין האזורי בנוגע לחקירתו של הקבלן כך:



16. במהלך הדיון התברר כי חמודה נחקר על ידי המשרד, במסגרת חקירה המתנהלת נגדו. הוא לא נחקר במסגרת החקירה שניהל המשרד בעניינם של הנאשמים (דברי ב"כ המאשימה בעמוד 5 לפרוטוקול). הנאשמים טוענים כי לא ידעו כלל כי חמודה נחקר, וכי לו ידעו על כך - היו מבקשים לעיין במסמכים, בהיותם מהותיים להגנתם. נטען כי בכך נפגעה הגנת הנאשמים. טענה זו לא מקובלת עלי. מתיק המוצגים עולה כי בפני הנאשמים הוצגו מסמכים שמהם ניתן היה להסיק כי נערכת חקירה בנוגע לעסק של חמודה. כך, הדבר צויין במפורש בסעיף 1 לדרישה של המשרד לחברה להמצאת מסמכים (עמוד 33 לתיק המוצגים). כך, הדבר צויין במזכר שערכה המפקחת קורל ראדה ביום 29.5.19 (עמוד 97 לתיק המוצגים). הנאשמים לא פנו למאשימה ולא ביקשו לדעת האם חמודה מסר הודעה, וככל שכן - לא ביקשו לקבלה. בכל מקרה, לא שוכנעתי שהגנת הנאשמים נפגעה. יש לזכור כי הנאשמים לא פעלו כדי לקבל לידיהם את הראיה החשובה ביותר - עותק מרשיון שניתן לחמודה לעסוק כקבלן כח אדם ואשר הנאשמים טוענים כי נמסר להם. זו פעולה שהנאשמים [ה]יו צריכים לנקוט בה. כאמור, לא הוכח כי הם פנו למשטרה בענין זה. גם בהליך כאן לא נעשה על ידם שימוש בכלים שיכולים היו להביא לקבלת[ו] מהמשטרה [של] עותק מהמסמך."

דיון והכרעה

12. בעניין דינמיקה^[5] הוצגה המסגרת המשפטית הנוגעת לטענות למחדלי חקירה והשלכתם על שאלת קיומו או העדרו של ספק סביר. וכך נאמר (האזכורים הושמטו):

20. רשויות החקירה, ובכללן משרד הכלכלה שבמסגרתו פעלו המפקחים מטעם המשיבה, מחויבות - בין היתר, כחלק מזכותו של נאשם למשפט הוגן - לנהל חקירות באופן תקין, ובכלל זה מוטל עליהן למצות כיווני חקירה, לרבות ובמיוחד לבדוק טענות שעשויות לבסס את טענות ההגנה של החשוד. שכן, מטרת החקירה אינה 'מציאת ראיות להרשעתו של חשוד, אלא מציאת ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכוי של חשוד ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו'. סטייה מעיקרון זה עשויה לבסס טענה ל'מחדל חקירה', קרי טענה שלפיה 'עקב רשלנותן של רשויות התביעה אבדה ראיה בעלת פוטנציאל מזכה או הוחמצה הזדמנות למצות קו חקירה אשר היה עשוי להועיל להגנת הנאשם'. על פי ההלכה הפסוקה, על בית המשפט לבחון תחילה האם אכן התקיימו מחדלי חקירה, ולאחר מכן לבחון האם 'קופחה בעטייהם הגנתו של הנאשם באופן שהקשה עליו להתמודד עם חומר הראיות נגדו'. לעניין זה נפסק כי 'אין מוטלת על התביעה החובה להציג את הראיה הטובה ביותר, ודי כי תציג ראיה מספקת' וכי:

'העובדה שניתן היה לבצע חקירה מעמיקה יותר אין פירושה שנפלו מחדלים בחקירה. וגם אם נניח שמדובר במחדלים, הכלל הוא שיש לבדוק האם נעשה למערער עוול וקופחה הגנתו. חקירה שאינה אופטימלית אין פירושה מחדל, ולא כל מחדל פירושו זיכוי...'. ויודגש, לא כל מחדלי החקירה עשויים 'עור אחד', ויש להבחין בעניין זה בין 'מחדל חקירה שלא ניתן לרפאו, כמו-גם לחוסר הראייתי שיצר ולפגיעה שנגרמה בגינו להגנת



הנאשם' לבין 'מחדל חקירתי אשר ניתן למזער את השפעתו ולצמצמה'. שכן, יש מחדלי חקירה ש'ניתנים לריפוי ול'שחזור' בדרכים שונות, כגון תשאול בחקירה נגדית או זימון לעדות בבית המשפט מטעם ההגנה'. כך למשל נקבע כי 'טענת אי ביצוע חקירה מאבדת מכוחה כאשר עסקין בנתון אובייקטיבי שאף הסיגור יכול לבדוק אותו לאחר מעשה'.
(הדגשה הוספה - א.א.)

וכך פסק בית המשפט העליון בעניין נחמני^[6]:

"ואם נסכם, 'נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית שהניחה התביעה ובספקות אותם מעורר הנאשם'. במילים אחרות: בהינתן מחדלי חקירה, מידת פגיעתם ביכולת הנאשם להתגונן מפני הראיות נגדו נגזרת מההסתברות להיתכנותם של הסברים סבירים אחרים לראיות, מלבד התזה המפלילה, כשעל הסתברות זו מבוססת ההכרעה בשאלת הספק הסביר (...)."

13. ולענייננו. תחילה יאמר כי במסגרת הדיון בערעור הודיעה באת כוח המשיבה בהגנותה הרבה כי כמה ימים לפני אותו דיון היא פנתה למשטרה על מנת לבדוק את טענת המערערים בעניין המסמך וכן פירטה את תשובת המשטרה. מאחר שתשובת המשטרה היא ראייה החורגת ממסכת הראיות שעמדו לפני בית הדין האזורי ומאחר שממילא הדברים לא ניתנים לבדיקה במסגרת הערעור, לא נתייחס בדברינו לתוכן התשובה של המשטרה כפי שהובאה על ידי ב"כ המשיבה. הכרעתנו בערעור ניתנת אפוא על יסוד המארג הראייתי הקיים בתיק ואשר עמד לפני בית הדין קמא.

14. לאחר שבחנו את טענות הצדדים לפנינו בכתב ובעל פה ואת כלל חומר התיק, הגענו למסקנה כי דין הערעור להתקבל. אלה טעמינו.

15. נפתח בכך שבשאלה אם התנהלות המאשימה עולה כדי מחדל חקירה אם לאו, דעתנו שונה מזו של בית הדין האזורי. לעמדתנו בחקירה נפל מחדל. המערער הציג בחקירתו טענת הגנה מהותית - כי הקבלן הציג לו מסמך הנחזה להיות רישיון כדין וכי הגיש במשטרה תלונה על זיוף המסמך, משהתברר לו שלקבלן אין רישיון. זוהי טענה שהמערער העלה בחקירתו הראשונה, טענה קונקרטיה וממוקדת, שאינה בגדר הפרחת טענה בעלמא (הגם שככל טענת הגנה היא עשויה להימצא שקרית). יתר על כן, בהמשך טען המערער באוזני החוקרת, שפנה למשטרה לקבלת העתק המסמך אך סורב. גם טענתו זו לא נבדקה. לא הוצג לפנינו כל טעם שממנו עולה כי נמנע מהחוקרת או מכל גורם אחר במאשימה לבדוק מול רשות החקירה האחרת - המשטרה - את נכונות טענותיו של המערער (וכטענת ב"כ המדינה, לקראת מועד הדיון עלה בידה לברר זאת).

16. הנטל לבדוק מול המשטרה - שהיא זרוע אחרת של המדינה - את נכונות טענת המערער לא צריך היה להיות מוטל על המערערים, אלא על המדינה המפעילה את גורמי החקירה. שכן, החקירה נועדה לבירור האמת, ובכלל זה מוטלת על הרשות החוקרת החובה לבדוק קו הגנה ממשי ומהותי, דוגמת טענת אליב^[7], שיש בכוחו לנקות את החשוד מהחשד שדבק בו. על רשות החקירה לתור אחר האמת ובכלל זה לעשות מאמצים סבירים לבדוק אותה - לאששה או להפריכה. והרי טענת המערער לעניין המסמך, אם אמת היא, עשויה לשמוט את הקרקע מתחת למודעות המערערים לכך שלקבלן לא היה רישיון. כלומר, אילו היתה טענה זו נבדקת ונמצאת נכונה, ייתכן שהמאשימה עצמה היתה מגיעה למסקנה שאין מקום להגשת כתב אישום נגד המערערים (אלא למשל אם היה עולה שהמסמך אינו נחזה להיות רישיון כדין וכיו"ב), שכן היא מפריכה את היסוד הנפשי (מודעות) ביחס לאחד הרכיבים העובדתיים של העבירה - העדר הרישיון. חוקרי המשיבה יכולים היו לבדוק



טענה זו על נקלה, ודאי עת עסקינן בשתי רשויות חקירה שהן זרועות של אותה מדינה. לא רק שיכולים היו לבדוקה, אלא צריכים היו לבדוקה.

17. בנוסף, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן, שבו נטען כי ראייה מזכה נמצאת ברשות המאשימה עצמה (גם אם בידי זרוע שונה מזו שהגישה את כתב האישום) - לא מן הנמנע כי היה בכוחו של מחדל חקירה להביא לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק. שכן, לכאורה מדובר בהתנהלות שאינה צודקת ואינה הגונה משפטית (השוו: סעיף 149(10) לחוק סדר הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982). שהרי, אין מקום להגיש כתב אישום אם בדיקה פשוטה של טענת הגנה המובאת לידיעת הגורמים החוקרים יכולה למנוע את הגשתו.

18. הנה כי כן, העובדה שחוקרי המאשימה לא בדקו את טענת ההגנה שהעלה המערער בחקירתו (ובהמשך לא בדקו את טענתו שלפיה פנה למשטרה בבקשה לקבל העתק של המסמך אך סורב), עולה כדי מחדל חקירה.

19. אלא שאיננו סבורים כי מחדל זה, כשלעצמו, בא בגדר המקרים המובילים לזיכוי. נפקותו של מחדל חקירה תלויה בעיקר בשאלה **"אם מדובר במחדל כה חמור עד כי יש חשש שמא קופחה הגנתו של הנאשם באופן שהתקשה להתמודד עם חומר הראיות שמפלילו"**^[8]. ואילו בענייננו, לא ניתן לומר כי נמנע מהמערער לפנות למשטרה במסגרת ההליך בבית הדין קמא ולבקש עוד פרטים על התלונה שהגישו ועל המסמך שמסרו, לטענתם, או לזמן מי במשטרה למתן עדות.

20. אלא שבכך שאין לפנינו מחדל חקירה שפגע בהגנת המערער, אין מתחייבת המסקנה כי עלה בידי המשיבה להרים את נטל השכנוע בביצוע העבירה על ידם. עתה יש לפנות למגרש הראייתי ולבחון את משמעות "הערפל הראייתי" סביב טענת המערער כי מסר למשטרה את המסמך. נכון הוא, שלצורך הפגת אותו ערפל ראייתי יכולים היו המערערים לפנות בעצמם למשטרה בבקשה לקבל העתק המסמך שמסרו, לטענתם, עם הגשת התלונה או לזמן לעדות מי במשטרה - ולא עשו זאת. לכך יש משמעות ראייתית. אולם גם המשיבה לא עשתה זאת, ו"לא הנאשם צריך להוכיח את הגנתו. הנטל להוכיח את האשמה, מעבר לכל ספק סביר מוטל על המאשימה"^[9].

21. המשיבה טענה כי שעה שהיה באפשרות המערערים, בהזדמנויות רבות במהלך ההליך, לזמן את המשטרה לשם הגשת תיק התלונה והם לא עשו כן, הרי שהדבר פועל לרעתם. שכן, חזקה כי בעל דין לא ימנע מהצגת ראיה שהיתה פועלת לטובתו, ואם לא עשה כן, חזקה כי הראיה לא פועלת לטובתו. בית הדין האזורי קיבל טענה זו. גם קביעה זו איננו רואים עין בעין עם בית הדין האזורי. ייתכן, ומבלי לקבוע מסמרות, שלא היה מקום להתערב בקביעה זו אילו טענת ההגנה של המערערים היתה מתייחסת למסמך המצוי בידי צד ג' שאינו רשות מרשויות המדינה. אלא שלטעמנו, בנסיבות המיוחדות של המקרה, עדיין נותר ספק סביר בשאלה אם המסמך - שאם הוא קיים הוא בבחינת ראיה בעלת פוטנציאל מזכה - אכן מצוי במשטרה. בית הדין קמא לא נתן משקל לכך שגם המשיבה חדלה בהגשת המסמך כראיה, שהרי מבחינה מהותית שעה שנטען כי המסמך מצוי בחזקת זרוע אחרת שלה, מצופה ביתר שאת להתייחס בעדות לטענה זו. הימנעות מלעשות כן עשויה לפעול לחובת המשיבה.

22. משעניין המסמך נותר לוט בערפל גם במסגרת ההליך המשפטי, לא ניתן לומר שהמאשימה הוכיחה מעבר לספק סביר את היסוד הנפשי הנדרש - מודעות - ביחס לאחד מרכיבי העבירה העובדתית - רכיב העדר הרישיון



של הקבלן. בנסיבות אלה אנו מזכים מחמת הספק את המערערת מהעבירות שיוחסו לה בכתב האישום ושבהן נמצאה אשמה וממילא מזכים את המערער מהעבירה שבה הואשם והורשע.

23. לאור מסקנה זו אין לנו צורך להידרש לטענותיהם הנוספות של המערערים בקשר לאי חקירתו של הקבלן בקשר למסמך, עובר להגשת כתב האישום, ודאי בשעה שהקבלן נחקר בהליך פלילי שנפתח כנגדו-הוא, בין היתר, בקשר להתקשרותו עם המערערת, וכן בקשר לאי לגילוי פרטים מחקירתו של הקבלן בהליך הפלילי שנפתח נגדו - פרטים שעשויים היו, כך לפי הנטען, לסייע בזיכויים.

24. **סוף דבר** - הערעור מתקבל. המערערים מזוכים, מחמת הספק, מביצוע העבירות המפורטות בכתב האישום. גזר הדין מבוטל, ובכלל זה מבטלות ההתחייבויות. ככל שמי מהמערערים שילם את הקנס או את חלקו, יושב לו מה ששילם בהתאם לכללים הקבועים לכך בדין.

על פסק הדין ניתן לערער לבית המשפט העליון לאחר קבלת רשותו לכך. בקשת רשות ערעור יש להגיש לבית המשפט העליון תוך 45 ימים ממועד קבלת פסק הדין.

ניתן היום, כ"ה ניסן תשפ"ב (26 אפריל 2022) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

אילן סופר,
שופט

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת

אילן איטח,
סגן נשיאה, אב"ד

[1] בכתב האישום צוין "תקופה רלוונטית" מבלי לציין מה היא. בית הדין האזורי קבע את התקופה הרלוונטית כחודשים ינואר - מרץ 2019 - התקופה שלגביה נחקרו הנאשמים והוצגו ראיות (סעיף 5 להכרעת הדין).

[2] אישור על הגשת תלונה למשטרה ביום 14.7.19 הוגש וסומן כמוצג נ/2.

[3] בתקופה הרלוונטית לכתב האישום טרם נכנס לתוקפו תיקון 12 לחוק שעניינו רישיון מיוחד למתן שירותי כוח אדם של עגורנאים, ולכן נדרש היה רישיון כללי כקבלן כוח אדם. תיקון 12 נכנס לתוקפו ביום 7.7.2019 (ס"ח תשע"ט, 2774).

[4] לעניין זה ראו הערות השופטים בע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל, (17.3.2021) (להלן - עניין נחמני).



[5] ע"פ (ארצי) 14802-03-14 א. דינמיקה שירותים 1990 בע"מ נ' מדינת ישראל (13.4.2015).

[6] בסעיף 83 לעמדת השופט י. עמית.

[7] "טענת אליבי המושמעת על ידי נאשם בעת חקירתו, חייבת, ככלל, להיבדק על ידי החוקרים במידת האפשר" - ע"פ 425/88 בדיר נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 204, 207 (1989). יצוין כי האמור נפסק בהקשר של בקשת נאשם שזוכה (בשל טענת אליבי) לחייב את המדינה לפצותו בגין הגשת כתב האישום נגדו. עוד ראו, מבין רבים: ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 466, 472 (1981), ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל, בסעיף 5 לפסק הדין (25.5.1994).

[8] ע"פ 1977/05 גולה נ' מדינת ישראל, בסעיף 13 לפסק הדין (2.11.2006).

[9] ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, בסעיף 181 לפסק הדין (10.11.2011). ראו גם י' קדמי, **על הראיות, חלק רביעי, (תש"ע-2009), בעמ' 1707: "התביעה נושאת בנטל הוכחתה של כל הגנה מהותית שהחובה להוכיחה אינה מוטלת על הנאשם"**.