



ע"פ 11533/07/17 - עופר נמרודי נגד מדינת ישראל

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 11533-07-17

ניתן ביום 10 ספטמבר 2019

המערער

עופר נמרודי

-

המשיבה

מדינת ישראל

בפני: השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט רועי פוליאק, השופט אילן סופר

בשם המערער: עו"ד אליעזר חזן, עו"ד מיטל לופליאנסקי, עו"ד ליה גוני

בשם המשיבה: עו"ד עדי צימרמן

פסק דין

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. לפנינו ערעור על הכרעת דין של בית הדין האזורי לעבודה תל אביב (השופטת דגית ויסמן; הע"ז 58886-07-13) במסגרתה הורשע המערער, מר עופר נמרודי, בעבירה של העסקת עובדת זרה ללא היתר כדין, בניגוד להוראות הסעיפים 2(א)(1) ו- (2) לחוק עובדים זרים, התשנ"א - 1991 (להלן: **חוק עובדים זרים** או **החוק**). הערעור מכוון לחלופין כנגד גזר הדין.

התשתית העובדתית

2. ביום 27.11.12 נערכה ביקורת של מפקחי רשות האוכלוסין וההגירה בביתם של המערער ורעייתו בסביון (להלן: **הנכס**). הביקורת נערכה מכוח צו שיפוטי (תיק (שלום רשל"צ) מס' 36519-11-12; ת/3) שאפשר כניסה למקום מגורים, מכוח סעיף 13ה'(ג) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב - 1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**) וסעיף 6(א)(3) לחוק עובדים זרים.

3. ביתם של המערער ורעייתו הוא בית פרטי המתפרש על שטח רחב ידיים. את השטח כולו מקיפה גדר ובכניסה אליו שער כניסה. בתוך השטח מצויים בית מגורי המשפחה ויחידת דיור נפרדת למגורי העובדים במשק הבית, כאשר בין השניים עובר כביש פנימי. בדו"ח הפעולה שתיאר את מהלך ביצוע הביקורת (ת/8, מפי המפקח אסף עמר) נרשם



כדלקמן:

"... כאשר הגענו אל שער הכניסה בתחילה הוא היה נעול וניסינו ליצור קשר דרך השגת מספר הטלפון של בעל הדירה ממערכת אביב. בזמן נסיונו נכנס דרך השער רכב וכשהשער נפתח נסענו אחריו. הגענו אל הרכב ופניתי אל הבחורה שנכנסה פניתי אליה והצגתי עצמנו כפקחי הגירה על פי דבריה היא המטפלת של הילדים וכי איננה אמונה על הבית. פנינו אל אדם נוסף בזמן שחלק מהצוותים סגרו את יציאות הבית אבל עדיין לא ביצענו כניסה. האדם הנוסף טען שהוא מהתחזוקה ואמר שהוא יצר קשר עם מישהו שבתוך הבית והוא זה שיפתח לנו את הדלת. ניגשתי יחד איתו אל הכניסה הראשית בזמן שחלק מהפקחים המצוינים לעיל סגרו מסביב... לאחר מספר דקות פתח לי את הבית בחור ישראלי שטען שהוא הטבח הנ"ל וזה על פי תעודת זהות..."

נכנסנו אל הבית הצגתי את עצמי כפקח הגירה ע"י תעודה מזהה וכן כל הפקחים היו עם כובעי זיהוי, וביקשתי משאר הצוותים לבצע כניסה לבית. הסברתי לעידו [הטבח - מ.ד.מ] את מטרת הגעתנו ושאלתי האם בעל הבית נמצא. לאחר מס' דקות ירד מהקומה העליונה מר עופר נמרודי. שוב הצגתי עצמי בפניו והסברתי לו את מטרת הגעתנו. על פי דבריו הוא מעסיק כ - 6 עובדים ישראליים אך כאשר נשאל האם הוא מעסיק נתינה פיליפינית טען שאינו יודע. למרות שנאמר לו שהפקחים הבחינו בנתינה שוטפת כלים בחר להשיב שאין הוא יודע וכי נמשיך לחפש..."

בדו"ח פעולה נוסף, של המפקח שי ברונקר (ת/4), נרשם כדלקמן:

"... לאחר כניסה לבית ולאחר שהצוותים סגרו את הבית אני (שי ברונקר) וגולן מרחויי הבחנו בנתינה שוטפת כלים בחלק האחורי של הבית בתוך הבית ניגשנו לחלון והזדהנו בפניה וביקשנו ממנה לפתוח את הדלת אך הנתינה נעלמה בתוך הבית לאחר מקרה זה הודענו לצוותים שזיהיתי נתינה בבית. אני הלכתי מאחורי הבית ונכנסתי לבית דרך דלת שהייתה פתוחה לאחר מכן הכנסתי את הצוותים לתוך הבית והתחלנו חיפושים..."

על דברים דומים חזר מר ברונקר בעדותו, והוסיף כי לאחר הכנסת הצוותים לתוך הבית "פגשנו את הטבח... הזדהינו בפניו והראינו לו צו של ביהמ"ש, במהלך הזמן הזה הצוותים התחילו חיפוש בבית, אני יצאתי למבנה שונה שהיה בחצר..." (עמ' 7 לפרוטוקול).

4. אין חולק כי לאחר כניסת הצוותים לבית המגורים, ולאחר ניסיונות איתור ברחבי הבית שנמשכו למעלה משעתיים (ואף צולמו על ידי המפקחים), נמצאה בסופו של דבר גב' Maria Teresa Ojeda (להלן: **העובדת**) מסתתרת מאחורי פרגוד/מסך במרתף הבית. אף אין חולק כי במועד הביקורת העובדת לא הייתה אזרחית ישראל או תושבת בה ולא הייתה לה אשרת עבודה בתוקף (ת/12). אשת המערער, גב' רות נמרודי, התבקשה למסור עדות באזהרה בתום הביקורת, אך ציינה כי היא מבקשת להיוועץ בעורך דין טרם מתן הודעתה (ת/6).

5. המערער ואשתו זומנו למשרדי רשות האוכלוסין וההגירה, ומסרו הודעות. בהודעת המערער מיום 27.5.13 עמוד 2



(ת/11) מסר כי "הבנתי מאשתי שזו [ה"בחורה הפיליפינית שנמצאה בביתך"] אישה שהיא העסיקה מדי פעם ובאופן לא קבוע בבית... לא זוכר אם ראיתי אותה מנהצת או לא, מה גם שהייתה לדעתי די זמנית והייתה גם תחלופה של עובדים... אשתי רות היא זו שהעסיקה אותה והיא יודעת את כל הפרטים". עוד ציין כי "ראיתי אותה וייתכן ששוחחתי איתה על דברי חולין אבל לא העסקתי אותה ולא נתתי לה הוראות מה לעשות ואיפה לנקות, את כל זה עשתה אשתי, העובדה שאדם נמצא לסירוגין אצלך בבית ומועסק על ידי אשתך לא הופך אותי למעסיק או מעביד שלה..."

כאשר נשאל אם בירר מול רעייתו את חוקיות העסקתה של העובדת, השיב כי "באופן כללי אשתי שמנהלת את משק הבית אמרה לי שכל העובדים אצלנו עובדים כחוק ואף אמרה לי שלפי מיטב הבנתה היא חוקית ובתהליך הסדרה סופית של מעמדה, אני סמכתי על רות שהיא אישה אחראית ורצינית...". יצוין כי איננו מפרטים את הנאמר בהודעת אשתו של המערער, גב' רות נמרודי (ת/5), נוכח סימן השאלה אם דבריה יכולים לשמש לרעת בעלה (סעיף 3 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971; להלן: **פקודת הראיות**). בנוסף איננו מפרטים את השתלשלות העניינים הקשורה בהודעתו הראשונה של המערער (ת/10) מיום 23.1.13, ואך נציין כי מסר במהלך גבייתה מכתב שמופנה לחוקרים "מעו"ד נבות תל צור ועו"ד זרי חזן", והדבר מעיד כי לפחות משלב זה היה מיוצג.

6. ביום 30.7.13 הוגש כנגד המערער ורעייתו כתב אישום, המייחס להם עבירה של העסקת עובדת זרה שלא כדין בניגוד לחוק עובדים זרים (בשלב ראשון כלל כתב האישום גם עבירה נוספת, של העסקת העובדת ללא עריכת ביטוח רפואי, אך אישום זה נמחק בתחילת ההליכים). במהלך ההקראה הודו המערער ורעייתו כי הם המחזיקים בנכס; הודו בפרטי העובדת כמפורט בכתב האישום ובכך שלא הייתה אזרחית ישראל או תושבת בה; וכן הודו שהעובדת נכנסה לישראל באשרת עבודה בתחום הסיעוד וכי לא הייתה רשאית לעבוד אצלם.

7. מטעם המאשימה העידו המפקחים מר אסף עמר, מר גלעד רביבו, מר ערן הרשקוביץ, מר שי ברונוכר, מר ניסים איפרגן ומר מאור מגדל. כן העיד מר עידו רוזנוקס, שהועסק בנכס כטבח.

8. בתום פרשת התביעה הגישו המערער ורעייתו בקשה לביטול כתב האישום לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982 (להלן: **חוק סדר הדין הפלילי**) ולחלופין בקשה לזיכוי המערער, בטענות הגנה מן הצדק ו"אין להשיב לאשמה". בית הדין החליט לדחות את הבקשה ברובה, למרות שנפלו פגמים בהתנהלות המפקחים. וזו תמצית החלטתו בקשר לכך, בהתבסס על העדויות והראיות שהוצגו בפניו:

א. הכניסה לנכס לא נעשתה כדין. ראשית, הכניסה לשטח הנכס נעשתה ללא הצגת צו החיפוש ובלא לבקש מאיש את פתיחת שער הכניסה, הגם שלא הוצגה סיבה מניחה את הדעת שלא להמתין לאישור המחזיקים (או לפחות מי ששהה בנכס אותה עת) לעצם הכניסה. בית הדין הוסיף כי מהראיות עלה כי "המפקחים נכנסו לחצרי הנאשמים בגניבה: בכניסה לחצרים דרך השער, תוך ניצול העובדה כי עובדת אחרת של הנאשמים נכנסה עם רכבה למתחם". בית הדין הדגיש כי "כאשר מדובר בבית פרטי, יהא גודלו של השטח בו מדובר אשר יהא, הכניסה לנכס היא דרך השער. עצם כניסתם של המפקחים לשטח הנכס, ללא הצגת הצו וללא הסכמת מי מהשוהים בנכס באותו זמן, מהווה כניסה שלא כדין



למקום".

ב. שנית, חלק מהמפקחים נכנסו לבית המגורים תוך ניצול העובדה שמצאו דלת אחורית של הבית שהייתה פתוחה. בית הדין הסתמך בקשר לכך על עדותו של מר ברונו שפורטה לעיל, כמו גם עדות נוספת, וקבע כי **"אין לקבל את עדותו של הפקח אסף עמר ואת הרישום בת/8 לפיו דלת הכניסה הראשית לבית נפתחה על ידי הטבח במקום, והכניסה לבית נעשתה רק לאחר שהמפקחים קיבלו רשות מהטבח"** (ההדגשה הוספה). מקביעת בית הדין נובע אם כך כי גם הכניסה לבית המגורים נעשתה ללא הצגת הצו השיפוטי, בלא להזדהות ובלא לנסות ולקבל את הסכמת מחזיקי הנכס לעצם הכניסה. גם בהכרעת הדין שניתנה בהמשך הדגיש בית הדין כי **"חלק מהמפקחים נכנסו דרך דלת אחורית שהייתה פתוחה ורק לאחר כניסתם למבנה, פגשו בטבח בתוך הבית והראו לו את צו החיפוש"**.

ג. שלישית, הכניסה למחשב בחדרה של העובדת נעשתה שלא כדין ובניגוד להוראות חוק המחשבים, התשנ"ה - 1995 וסעיף 23א' לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט - 1969.

ד. בנסיבות אלה, יש לקבוע כי הראיות הושגו תוך כניסה לחצרים ולביתו של אדם שלא כדין, תוך פגיעה בפרטיות, בניגוד להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובאופן בו אי החוקיות היא **"משמעותית ביותר"**. משכך, **"קבלת הראיות שהושגו בעקבות אותו חיפוש מעוררת קושי ממשי בניהול הליך משפטי הוגן ועל כן דין הראיות שהושגו בעקבות אותו חיפוש, להיפסל"** (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006); להלן: **הלכת יששכרוב**). עם זאת גם ללא הראיות שהושגו במהלך החיפוש, קיימות ראיות לכאורה המצדיקות את המשך בירור ההליך: פרטי הנאשמים כמחזיקים בנכס, שהיו ידועים קודם ההגעה למקום ביום הביקורת; חקירתו של הטבח מר עידו רוזנוקס שנגבתה במשרדי יחידת האכיפה (ת/1) וכן עדותו בבית הדין; וכן חקירות הנאשמים במשרדי יחידת האכיפה (ת/5, ת/10, ת/11).

ה. על אף חומרת הדברים, בית הדין שוכנע כי אין בהם כדי להצדיק את ביטול כתב האישום מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק. בית הדין קבע בקשר לכך כי **"העבירה נשוא כתב האישום היא עבירה חברתית-כלכלית המשקפת תופעה שיש למגר. הפגמים שבחיפוש מעידים על טעויות של רשויות האכיפה, שהמענה הראוי להן הוא פסילת הראיות נשוא החיפוש, אך אין להרחיק לכת בקביעה כי עצם ניהול ההליך או עצם הגשת האישום עומדים בסתירה לעקרונות של הגינות או צדק"**.

9. בית הדין הוסיף ודחה במסגרת החלטת הביניים את הבקשה לזיכויו של המערער. ראשית קבע שאין יסוד לטענה בדבר אכיפה בררנית או הפליה, שכן **"לצד מקרים בודדים בהם הוגשו כתבי אישום רק כנגד אחד מבני הזוג..."**



קיימים מקרים רבים אחרים בהם כתבי האישום מוגשים כנגד שני בני הזוג. אשר לטענה כי "אין להשיב לאשמה" קבע, כי הובאו ראיות לכאורה גם בהתייחס למערער (לרבות הודעתו בפני מפקחי הרשות והחזקה העובדתית הקבועה בסעיף 4'א' לחוק), ומשכך **"ראוי שהחלטה בדבר אחריותו של הנאשם מס' 2 תנתן לאחר שמלוא התשתית הראייתית הרלוונטית תוצג בבית הדין, לרבות גרסתו של הנאשם עצמו לאירועים"**.

10. במסגרת פרשת ההגנה נשמעו עדויותיהם של המערער ורעייתו. המערער מסר בעדותו, בין היתר, כי אשתו היא שמעסיקה באופן בלעדי את עובדי משק הבית (עד עשרה עובדים); כי לא היה מעורב בקבלתה של העובדת מושא כתב האישום לעבודה בביתם; כי בדיעבד שמע מאשתו על כך ש"לקחתי לעבודה עוד עובדת חלקית שהיא זרה" אותה קיבלה מחברת כוח אדם והיא **"בהליכי הסדרה"**; וכי העובדת לא שוחחה עמו על תנאי העבודה אלא על **"דברים שלא קשורים לעבודה"** לרבות **"אם מותר לה להתאמן בחדר כושר"** (עמ' 36 לפרוטוקול). כאשר נשאל אם היה מודע לכך שיש בביתו עובדת זרה העובדת עבורו ולכן הוא המעסיק שלה, השיב: **"מהרגע שנחקרתי לא הסתרתי שאני מכיר אותה, שהיא עברה שם והגישה קפה, או ניקתה שם. יש הבדל גדול בין להיות מעסיק של האישה הזו לבין להיות בבית... אם היא גיהצה לי חולצה זה על פי הוראות של אשתי, זה אומר שאני המעסיק שלה?"** (עמ' 37).

11. בהכרעת הדין קיבל בית הדין את גרסת הנאשמים בהתייחס להיקף עבודתה של העובדת (משלא מצא סיבה שלא לקבלה, ומשלא הובאו ראיות עצמאיות בקשר לכך), וקבע כי הועסקה על ידם משך 5-6 חודשים, במשרה חלקית, כשלוש פעמים בשבוע, וכאשר מעת לנה במקום לבקשת אשת המערער. על בסיס הודאותיה של אשת המערער בהעסקת העובדת - הורשעה היא במסגרת הכרעת הדין ואין על כך ערעור. אשר לאחריותו הפלילית של המערער, קבע בית הדין את הדברים הבאים:

א. חלוקת התפקידים הפנימית בין בני הזוג (בהתייחס לטענת המערער כי אשתו בלבד העסיקה את עובדי משק הבית, בעוד שהוא באמצעות חברה בבעלותו מעסיק את הנהגים) אינה מעניינה של בית הדין.

ב. על בסיס החזקה שנקבעה בסעיף 4'א' לחוק עובדים זרים כמו גם ההלכה הפסוקה, די בהימצאות העובדת בשטח השייך או נמצא בשימוש של המערער על מנת לקבוע כי העסיק את העובדת, וזאת אלא אם יוכיח אחרת.

ג. מהראיות עלה שהמערער היה מודע להעסקת העובדת, פגש בה ואף שוחח עמה. בית הדין הפנה בקשר לכך לעדות המערער, שאישר כי **"לא הסתרתי שאני מכיר אותה, שהיא עברה שם והגישה קפה, או ניקתה שם"**, וכן לעדות אשתו שאישרה כי המערער ראה את העובדת ודיבר עמה **"שיחת חולין ונימוסין"**.

ד. לאחר תפיסתה של העובדת הגיע המערער למקום כדי לתמוך בה ולהרגיעה (כפי שאישר בעצמו), ובהמשך אף שוחח עמה טלפונית (כפי שאישר בהודעתו בפני החוקרים ת/11). גם אם



עשה כן כמחווה אנושית, "יש במעשים אלה גם להעיד על יחסים והיכרות טובה וקרובה בין הנאשמים לעובדת הזרה". בעדותו בבית הדין אף העיד המערער (כמפורט לעיל), כי באחד הימים נשאל על ידי העובדת אם מותר לה להתאמן בחדר הכושר, והדברים מלמדים כי ראתה בו כ"אחד מבעלי הבית, כבעל סמכות כלפיה".

ה. בהתחשב בכך, וגם אם המערער לא קיבל את העובדת לעבודה, לא נתן לה הוראות לגבי ביצוע העבודה וגם לא עסק בתשלום שכרה - די בכך שנהנה מפירות עבודתה של העובדת, ואף נשא בפועל בעלות העסקתה (מעצם היותו המפרנס היחיד של התא המשפחתי), על מנת לראותו כמי שהעסיק את העובדת יחד עם אשתו במשק ביתם המשותף. בכך מתקיים הרכיב העובדתי של העבירה.

ו. אשר ליסוד הנפשי - מעדות הנאשמת עלה כי הסתפקה בדברי העובדת לפיהם היא נמצאת "בהליכי הסדרה", שיש לה "כרטיס קופת חולים" (שאף הוצג) וכן שיש לה "חבר ישראלי". הסתפקות בדברים אלה, מבלי לבקש שהעובדת תציג דרכון או מסמך אחר המעיד על מעמדה, אינו מהווה מיצוי של חובת הבירור המוטלת על המעסיק לפי הפסיקה. אשר למערער - מעדותו עלה כי הסתפק בדבריה של אשתו לפיהם "קיבלתי אותה מחברת כ"א, היא בסדר, היא באה עם החבר הישראלי שלה ואני חושבת שהם הולכים להתחתן והיא בהליכי הסדרה", והוסיף כי "רזית מאוד אחראית... והיה לי ברור שאם היא אומרת שהכל בסדר והיא בדקה, חזקה עליה שהיא יודעת מה שהיא עושה" (עמ' 36 לפרוטוקול). בית הדין קבע כי לא די בכך לפי הפסיקה כדי למצות את חובת הבירור ולכל הפחות יש בכך עצימת עיניים. קל וחומר, כאשר המילים "הליכי הסדרה" מלמדות כשלעצמן על העדרו של אישור העסקה כדין.

ז. לאור כל זאת, המערער הורשע בעבירה שיוחסה לו.

12. במסגרת גזר הדין ולאחר שקלול כלל הנסיבות הוטלו על הנאשמת (רעייתו של המערער) קנס בסך של 13,000 ₪, וכן התחייבות להימנע מביצוע עבירה לפי חוק עובדים זרים למשך שלוש שנים. אשר למערער - תחילה נדונה בקשתו לביטול הרשעתו, ונדחתה לאחר שבית הדין שוכנע כי "לא מצאתי שטענות הנאשם לגבי השלכות ההרשעה על יכולתו להמשיך ולעסוק במסגרת החברות הציבוריות שהוא עומד בראשן או במיזמים אחרים התלויים ברישוי, מצביעות על פגיעה ממשית בחופש העיסוק של הנאשם או בהשתכרותו, באופן בלתי מידתי ביחס לאינטרס הציבורי שבהרשעה בעבירות על חוק עובדים זרים".

בית הדין הדגיש כי העבירה בה הורשע המערער היא עבירה מסוג עוון שאינה נושאת קלון; אינה מסוג העבירות שמפאת מהותן או נסיבותיהן הופכות את המערער ללא ראוי לשמש כדירקטור בחברה ציבורית; וגם הקשיים בהתייחס לקבלת אשרת עבודה/כניסה לארצות הברית נטענו באופן כללי ולא הוצגו ראיות בקשר לכך. בית הדין הוסיף כי "התוצאה אליה מכוון הנאשם - ביצוע עבירה על ידי שני בני זוג, ביטול ההרשעה לגבר והותרת כתם ההרשעה הפלילית רק על האישה - היא מטרידה במישור החברתי". לאור זאת, אך גם בהתחשב בכך שמידת מעורבותו בביצוע העבירה



הייתה פחותה מזו של אשתו, הוטלו על המערער קנס בסך של 11,000 ₪ וכן התחייבות.

טענות הצדדים בערעור

13. המערער טוען כי אי החוקיות החמורה שנקבעה על ידי בית הדין האזורי ביחס לכניסה לבית מגוריו (לה יש להוסיף את הפגיעה בפרטיות מעצם כניסתם של לא פחות מ- 13 פקחים אשר אף צילמו את כל הבית) מצדיקה את ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק, וזאת נוכח התפתחות ההלכה בקשר לכך בשנים האחרונות והזזת המטוטלת לעבר העדפת אינטרס הפרט, כבודו, שמו הטוב וחירותו (ע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 177 (2009); ע"פ 5956/08 **אל עוקה נ' מדינת ישראל** (23.11.11); רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (6.3.12); להלן: עניין **בן חיים**; רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי** (31.10.18); להלן: עניין **ורדי**).

לשיטתו, "אוסף פגמים כה חמורים ואי חוקיות מובהקת, שדבקו בהליך החיפוש ותפיסת הראיות בבית המגורים, היה חייב להוביל על פי הפסיקה לביטול כתב האישום. הצורך ליתן תוקף מלא וממשי לזכויות יסוד של הפרט, להבטיח ולהטמיע נורמות ברורות של תקינות ופעילות חוקית של רשויות האכיפה במדינת ישראל, אינו בגדר רטוריקה בלבד... רק כך יובטח אמון הציבור בתקינות הליכי החקירה והאכיפה". הדברים נכונים מכוח קל וחומר בהתחשב במהות העבירה, שהיא עבירה מנהלית המצויה ברף הנמוך של דיני העונשין. המערער הוסיף כי גם התנהלות המאשימה בהליך הערעור, תוך צירוף הראיות שנפסלו על ידי בית הדין האזורי לתיק המוצגים, היא בלתי תקינה ואמורה להילקח אף היא בחשבון.

14. לחלופין ובנוסף טוען המערער כי היה על בית הדין לזכותו נוכח קביעתו שיש לפסול את כל ראיות התביעה שנתפסו בחיפוש הלא-חוקי (הלכת **יששכרוב**). המערער סבור כי בהעדר ראיות אחרות להימצאות עובדת זרה, כמו גם ראיות לזיהוי ולפרטיה, לא ניתן היה להרשיעו בהעסקת העובדת (וזאת להבדיל מהרשעת רעייתו, אשר בחרה ליטול אחריות ולהודות) ולכן לא די בראיות שנותרו בתיק לאחר החלטת בית הדין האזורי. לחלופין ובנוסף, יש לפסול גם את הראיות הנוספות מעצם היותן ראיות נגזרות שהושפעו מהכניסה הלא-חוקית לבית והושגו בהמשך ישיר לה, היינו את הודעתו של מר רוזנוקס והודעותיהם של המערער ורעייתו (ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626 (2011), להלן: עניין **פרחי**; דנ"פ 5956/11 **פרחי נ' מדינת ישראל** (31.5.12); להלן: דנ"פ **פרחי**).

עוד טוען המערער להגנה מן הצדק מחמת אכיפה בררנית, שכן במקרים קודמים נמנעה המאשימה מלהעמיד לדין שני בני זוג והסתפקה בהעמדתו לדין של בן הזוג שהעסיק בפועל את העובד הזר.

15. המערער סבור כי לא הוכח הרכיב העובדתי בהתייחס אליו, שכן עלה מהתשתית הראייתית בבירור (בחקירתו שלו, חקירת אשתו וחקירתו של מר רוזנוקס) שלא התקיימו בו סממנים כלשהם של "מעסיק" (היינו הסממנים הבודקים מי קיבל את העובדת לעבודה, קבע את שכרה או שילם אותו, נתן לה הנחיות והוראות, טיפל באישור חופשות וכיו"ב). למונח "העסקה" יש ליצוק תוכן של דיני העבודה, ומשכך לא די לקבוע כי היה מעסיק רק מכוח העובדה שנהנה מעבודתה של העובדת, בירך אותה לשלום או מעצם התשלום לה מהתקציב המשפחתי. משכך יש לקבוע כי



סתר את החזקה העובדתית הקבועה בסעיף 4'א' לחוק, ואין להפוך אותה לחזקה חלוטה בניגוד לכוונת המחוקק. המערער מדגיש כי עניינו אינו דומה למקרים אחרים שנדונו בפסיקה בהם בן הזוג היה "מעורב פחות" בהעסקת העובדת הזרה, שכן הוא עצמו לא היה מעורב כלל בהעסקתה של העובדת.

לכך יש להוסיף את דברי העובדת עצמה, ב"פרוטוקול שמיעת טענות בהתאם לסעיף 13'א'(ד) לחוק הכניסה לישראל" מיום 27.11.12 (נ/2), בו ציינה בין היתר כי רעייתו של המערער היא שקיבלה אותה לעבודה, נתנה לה הוראות ושילמה לה. המערער סבור (על אף שלא העלה את הטענה בבית הדין האזורי) כי מדובר ב"רשומה מוסדית" כמשמעותה בסעיף 35 לפקודת הראיות, ומשכך יש לקבלה כראיה קבילה להוכחת אמיתות תוכנה (להשלמת התמונה יצוין כי העובדת מציינת בפרוטוקול זה גם כי עבדה בבית המערער ואשתו ששה ימים בשבוע, משך 14-16 שעות ביום, והתגוררה "במגורים שנמצאים מאחורי היילה").

16. המערער סבור כי גם היסוד הנפשי לא הוכח כדבעי, שכן הסתמכותו על דברי אשתו מהווה "התנהגות סבירה ומקובלת בין בני זוג" וכך נקבע גם בפסיקתו של בית דין זה (ע"פ (ארצי) 14758-12-14 מדינת ישראל - סיוון ברקוביץ' (1.1.17); להלן: עניין ברקוביץ'). קל וחומר, כאשר הועסקו במשק ביתם של המערער ורעייתו כעשרה עובדים, כולם נקלטו על ידי אשת המערער וכולם הועסקו כחוק. בהתאם העיד ולא נסתר המערער, כי מתוך היכרותו עם אשתו היה סמוך ובטוח כי אין כל מניעה חוקית להעסקת העובדת, ובהתאם כלל לא עלה בלבו חשד אותו היה עליו לברר.

המערער סבור כי יש לאבחן את עניינו מהפסיקה בע"פ (ארצי) 22/06 מדינת ישראל - יעקב רוזן (28.3.07), שכן האמור בו כוון כלפי מעסיק שקיבל עובד זר לעבודה ונועד להטיל חובת בירור טרם ההתקשרות, בעוד שבמקרה שלפנינו אשת המערער היא שקיבלה את העובדת לעבודה והשאלה שהפנה המערער לאשתו בדבר מעמדה של העובדת הייתה שאלה בדיעבד, לאחר שהעובדת כבר החלה לעבוד. במצב דברים זה, תשובת אשת המערער הניחה את דעתו, ולא עוררה אצלו חשד שהצריך בירור נוסף כלשהו.

17. לחלופין טוען המערער, לעניין גזר הדין, כי מכלול נסיבות העניין - בהן מהות העבירה כעבירה מנהלית, אחריות אשתו לעבירה ומעורבותו הפחותה, חלוף הזמן, הפגמים הקשים שנפלו בהליכי החקירה וההעמדה לדין כמו גם מעמדו כאיש עסקים המבקש לפעול בתחומי עיסוק הכפופים לרישוי - יצרו משקל מצטבר שיש בו כדי להצדיק את סיום ההליך בעניינו ללא הרשעה. המערער מדגיש בקשר לכך כי הוא מכהן כיו"ר החברה הציבורית "הכשרת היישוב", המתמודדת גם בימים אלה על מכרזי ענק בינלאומיים, כאשר כתם ההרשעה הפלילית עלול למנוע ממנה השתתפות במכרזים מסוג זה.

המערער אף הגיש בקשה להוספת ראיות חדשות בערעור (שהמדינה התנגדה לה), שעניינה טפסי מכרז בינלאומי במסגרתם נדרש המערער, כבעל שליטה בחברה ציבורית, לפרט את ההרשעה מושא הערעור. נציין כבר כעת כי לא מצאנו הצדקה להגשת ראיות חדשות בערעור ומשכך אף לא נפרט את השתלשלות העניינים הנוגעת לראיות המבוקשות. בתמצית נעיר כי גם לגישת המערער, בפועל לא נמנעה ממנו (או מהחברה שהוא בעל השליטה בה) הגשת מועמדות למכרז האמור בשל הרשעתו הפלילית מושא הערעור.



18. המדינה תומכת בהכרעת הדין ובגזר הדין של בית הדין האזורי, מטעמים, וסבורה כי יש לדחות את הערעור על כל חלקיו. אשר לפגמים שמצא בית הדין בכניסת המפקחים לנכס סבורה המדינה כי "אף אם נקבע שהכניסה עצמה לשטח הנכס ובחלקה לבית המגורים הייתה שלא כדין... הרי שמיד עם הכניסה הציגו המפקחים את צו הכניסה לנציג המערער וכן למערער עצמו וכי המערער נכח בבית בעת הכניסה ונתן הסכמתו למפקחים לפעול בהתאם לסמכויותיהם". הפגמים אינם כה חמורים לפיכך, ורופאו ולו באופן חלקי באמצעות הסכמתו המפורשת של המערער.

משכך, האיזון הראוי נעשה באמצעות פסילת הראיות שהושגו במהלך הכניסה לבית מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אך יתר הראיות - שלא נפל כל פגם בדרך השגתן, וביניהן הודעת המערער כפי שנגבתה במשרדי הרשות חודשים רבים לאחר הביקורת ולאחר שהתייעץ עם עורכי דינו - קבילות ומוכיחות כי המערער העסיק שלא כדין את העובדת בעבודת משק בית.

19. המדינה סבורה כי אין ממש בטענות המערער בדבר אכיפה בררנית, ולא בכדי טענות זהות נדחו פעמים רבות בפסיקה. כתב האישום הוגש כנגד המערער ורעייתו לאחר שנמצא כי קיימות ראיות מספיקות כנגד כל אחד מבני הזוג, ונוכח הנסיבות החמורות של התיק (העסקה כולל הלנה למשך מספר חודשים, בהתאם למדיניות שאושרה על ידי בית דין זה בע"פ (ארצי) 50688-01-15 **מדינת ישראל - רינה מגנצי** (25.6.16)). אשר ליסוד העובדתי - ממכלול הראיות עולה כי המערער היה מעסיק (במשותף עם אשתו) של העובדת שהועסקה במשק הבית המשותף, ודי בכך לפי הפסיקה כדי להוכיח את רכיביה העובדתיים של העבירה (ע"פ (ארצי) 34795-06-16 **מדינת ישראל - ליאור פלטיאל גלפנד** (7.2.17), להלן: עניין **גלפנד**). אשר ליסוד הנפשי - מהראיות עלה כי המערער ידע כי העובדת היא עובדת זרה וכי היא מועסקת בביתו מספר חודשים; על אף זאת, לא פעל לצורך בירור מעמדה והסתפק בתשובה סתמית של אשתו על אף שידע כי אין להם היתר להעסיקה.

20. המדינה טוענת עוד כי צדק בית הדין בדחותו את בקשת המערער לביטול ההרשעה, מהטעם שלא הובאו כל ראיות המוכיחות כי ייגרם לו נזק קונקרטי מההרשעה, ודאי לא נזק שמהווה פגיעה בלתי פרופורציונאלית במערער לעומת האינטרס הציבורי שבהרשעה (ע"פ (ארצי) 33112-09-15 **מדינת ישראל - מרסי זלקינד** (18.7.17)); להלן: עניין **זלקינד**). ביטול הרשעה במקרה כזה, בהתחשב במאפייני הנאשמים בעבירות אלה ובסוג העבירה, תחטיא את תכלית החקיקה, תהפוך את החרג לכלל, תפגע בהרתעה ותיצור אי שוויון באכיפה, כאשר קבוצה גדולה של בעלי מקצועות ותפקידים מסוימים לא תורשע נוכח עיסוקיהם.

דין והכרעה

21. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים כפי שהובאו לפנינו בכתב ובעל פה ועיינו בכל חומר התיק, הגענו לכלל מסקנה כי יש לדחות את הערעור על הכרעת הדין אך לקבל - בנסיבותיו המיוחדות והחריגות של המקרה - את הערעור על גזר הדין. טעמינו לכך יפורטו להלן.

הפגמים שנפלו בכניסת המפקחים לבית המערער והשלכותיהם



22. כפי שעולה מהפירוט לעיל, לא הייתה מחלוקת כי בעת ביצוע הביקורת היה בידי המפקחים צו שיפוטי תקף שניתן על ידי בית משפט השלום, ואיפשר את כניסת המפקחים לבית מגוריו של המערער על מנת לבדוק אם נמצא בו אדם השווה שלא כדין בישראל. סעיף 13ה'(א)(1) לחוק הכניסה לישראל קובע כי לשם ביצוע הוראות החוק, רשאי פקח או שוטר "לדרוש מאדם שיש יסוד להניח כי שהייתו בישראל מחייבת רישיון ישיבה לפי חוק זה, לזהות את עצמו ולהציג לפניו את המסמכים הנוגעים לשהייתו וכן למסור לו ידיעות הנוגעות לשהייתו".

סעיף-קטן (ג) ממשיך וקובע כי "שופט של בית משפט שלום רשאי, לבקשת פקח או שוטר, ליתן צו המתיר לפקח או לשוטר להיכנס למקום המשמש למגורים כדי לערוך בדיקה לעניין קיום הוראות חוק זה, כאמור בסעיף-קטן (א), אם ראה כי התקיים אחד מאלה: (1) יש יסוד סביר לחשד כי נמצא בו אדם השווה שלא כדין בישראל...".

23. אשר לדרך ביצועו של הצו קובע סעיף 13ה'(ד) לחוק הכניסה לישראל, כי "כניסה לפי סעיף זה תעשה רק לאחר שהשוטר או הפקח, לפי הענין, זיהה את עצמו לפני מי שנחזה כמחזיק המקום והודיע לו את המטרה שלשמה מתבקשת הכניסה ובמקום המשמש למגורים - הציג לפניו את צו בית המשפט לפי סעיף קטן (ג); לא איפשר מחזיק המקום את הכניסה, רשאים הם להשתמש בכוח סביר כלפי אדם או כלפי רכוש לאחר שהזהירוהו על כך". הנחיות נוספות למפקחים שמונו מכוח סעיף 13ד' לחוק הכניסה לישראל מנויות בנוהל רשות האוכלוסין וההגירה מס' 10.8.2002 שכותרתו "נוהל הפעלת סמכויות הפקח", וקובע בין היתר את ההוראות הבאות:

"8.2.1 כניסה למקום מגורים תהיה בצו שופט בית משפט שלום.

8.2.2 הפקח יזדהה בפני המחזיק במקום או הנחזה להיות המחזיק במקום בשעת הביקור. הפקח ימסור להם הודעה על מטרת הביקור ויציג את צו בית המשפט.

8.2.3 למרות קיום צו כניסה, הפקחים ינסו ככל הניתן להיכנס לדירה בהסכמת בעל המחזיק במקום [כך במקור - ס.ד.מ] או הנחזה להיות המחזיק במקום בשעת הביקור. ככל שאין הסכמה שכזו, יש לתת אזהרה ליושבי הבית בעברית ואנגלית כי קיים צו שופט בית משפט שלום המאפשר את הכניסה למקום ואם לא יאפשרו את הכניסה, הדלת תיפרץ".

המחוקק הבהיר אם כך (והדבר חוזק בנהליה הפנימיים של הרשות) שלא די בעצם קיומו של צו שיפוטי אלא יש להקפיד במידת האפשר על פרטיות אדם במקום מגוריו, על צנעת הפרט שלו, על זכויותיו הקנייניות ברכושו כמו גם על כללי ההגנות, הסבירות והמידתיות המחייבים את הרשות השלטונית. בהתאם יש לעשות מאמץ סביר בשלב ראשון להיכנס למקום מגורים בהסכמתו של המחזיק במקום, לאחר שיוצג בפניו הצו, ותוך הזדהות והסבר (לפסיקה בקשר לכך מהעת האחרונה ראו את ע"פ (ארצי) 41938-11-16 הלל קוברינסקי - מדינת ישראל (11.7.19); להלן: עניין קוברינסקי; להרחבה ראו בע"פ (ארצי) 46908-05-15 מדינת ישראל - חן שמגר (26.11.17); להלן: עניין שמגר).

24. במקרה שלפנינו, בית הדין האזורי קבע ובצדק כי בכניסת המפקחים לבית המערער נפלה שורת ליקויים קשה. בנסיבות חמורות פחות קבענו כי לא די בניסיונות המפקחים להשיג את בעלי הבית טלפונית, ומשניסיונם לא צלח - "להיכנס לבית תוך טיפוס מעל השער וכניסה לתוככי הבית עצמו ללא התראה מספקת, דרך ויטרינה לא נעולה. כניסה כזו לביתו של אדם, ללא ידיעתו, גם אם נעשית בצו בית משפט, פוגעת בפרטיות באופן קשה והיה על המפקחים לעשות מאמץ ממשי לאיתור מספרי הטלפון הנכונים של בעלי הבית טרם



כניסתם על מנת למנוע פגיעה זו (ע"פ (ארצי) 17882-07-17 מדינת ישראל - שגיא חיה וולף (17.3.19); להלן: עניין וולף).

הדברים נכונים מכוח קל וחומר במקרה זה, בו לא נעשה כל ניסיון שהוא לצלצל בפעמון השער או לבקש מבעלי הבית להיכנס לחצר הנכס, וכך נעשה בהמשך לכך גם בשלב הכניסה לבית המגורים. במקום זאת העדיפו המפקחים, מטעמים שלא הובררו ולא הובאה להם כל הצדקה, להפך את הוראות החוק והנוהל ולהיכנס הן לחצר והן לבית המגורים בגניבה ותוך ניצול הזדמנויות שנקרו בדרכם (ניצול פתיחת שער הכניסה נוכח כניסת רכב, ושימוש בדלת אחורית שנותרה פתוחה). בדרך זו נכנסו המפקחים הן לחצרו הפרטית של המערער והן לבית מגוריו טרם שזיהו עצמם (ואף טרם שעשו מאמץ ולו מינימאלי להציג את עצמם) בפני מי שנחזה כמחזיק המקום (מלבד טענה סתמית, שהמדינה כלל לא חזרה עליה בטיעוניה לפנינו, בדבר הזדהות בפני העובדת הזרה דרך החלון); טרם שהודיעו למחזיקי הנכס (ואף טרם שעשו מאמץ ולו מינימאלי להודיע להם) את המטרה שלשמה מתבקשת כניסתם לבית המגורים; טרם הצגת הצו השיפוטי; וטרם עריכת ניסיון כלשהו להיכנס בהסכמתו של מחזיק המקום, כאשר נזכיר כי המערער עצמו נכח בבית במהלך הביקורת ויש להניח כי היה מאפשר את כניסת המפקחים ככל שמציגים היו בפניו את הצו השיפוטי (כפי שאכן שיתף עמם פעולה בסופו של דבר לאחר שנכנסו בכוחות עצמם). תחושת החדירה לפרטיות אף מתעצמת נוכח מספר המפקחים הרב (13!) (איש) שנכנסו לבית לצורך ביצוע הביקורת, כאשר רבים מהם אוחזים בטלפונים ניידים ומצלמים את מהלך הביקורת ותוך כדי כך את ביתו של המערער.

מקובלת עלינו מסקנת בית הדין האזורי כי מדובר בהפרה בוטה ומשמעותית של זכויות יסוד של המערער (ושאר בני ביתו) לרבות הזכות החוקתית לפרטיות, הזכות לאוטונומיה של הפרט ולצנעת הפרט, הזכות להגנות מצד הרשות בהפעלת סמכויותיה השלטוניות ואף הזכות להגנה על קניינו במקום מגוריו. אף לא מקובלת עלינו עמדת המדינה לפיה בהסכמת המערער לשתף פעולה עם המפקחים, לאחר שהסתבר לו כי הם נמצאים בתוך ביתו, יש כדי לרפא את הפגמים. המערער מסר בעדותו בקשר לכך כי **"הייתי בקומה העליונה, זה בית ענק, לא ידעתי שיש מישהו בבית, פתאום עידו עולה למעלה חיוור כולו ואומר שיש פה 20 שוטרים ובלובי מצלמות ווידאו"** (עמ' 39-40). כאשר נשאל אם הכל נעשה בהסכמתו, השיב: **"כן. יש לי ברירה? אני יכול להגיד להם שאני לא רוצה? אמרתי לעידו שיעזור להם בחיפוש ושיפתח להם כל חדר. המצלמות ווידאו היו מאוד למורת רוחי"** (שם). בנסיבות אלה, איננו סבורים כי בחירת המערער - בלית ברירה - לשתף פעולה עם מפקחי רשות מוסמכת שהגיעו לביתו ולא להתעמת עמם, מהווה "הסכמה" המפחיתה מעוצמת הפגמים הנובעים מעצם חדירתם לביתו באופן כוחני (גם אם לא הופעל כוח פיזי) הסותר את הוראות החוק והנוהל.

25. השאלה שעלינו להכריע בה היא איזו השלכה אמורה להיות לליקויים אלה על כתב האישום שהוגש כנגד המערער. בית הדין האזורי שוכנע כי הליקויים אינם מצדיקים את ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק, אך מצדיקים את פסילת כל הראיות שהושגו במהלך הביקורת נוכח אי החוקיות שדבקה בה. בכך יישם בית הדין האזורי את הדוקטרינה הפסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בהליך הפלילי. לפי דוקטרינה זו, לבית הדין נתון שיקול דעת לפסילת ראיה **"אם נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה"** (הלכת יששכרוב; כן ראו עניין בן חיים; עניין פרחי; דנ"פ פרחי; דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377 (2012); ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (2.8.18); עניין שמגר). המדינה לא טענה כנגד קביעה זו של בית



הדין האזורי, ובצדק עשתה כך נוכח חומרת הליקויים שתוארו לעיל.

26. המערער טוען כי התנהלות הרשות כלפיו מצדיקה גם את פסילת הראיות הנוספות, דוגמת הודעתו ברשות האוכלוסין וההגירה (שניתנה כאמור ביום 27.5.13 היינו חודשים רבים לאחר הביקורת) וכן הודעתו של הטבח, מר עידו רוזנוקס. אלא, שבהתחשב בחלופי הזמן ממועד הביקורת ועד חקירת המערער במשרדי הרשות; כאשר אין מחלוקת (נוכח האמור בקשר לכך בת/10) שהמערער התייעץ עם שני באי כוחו טרם מתן הודעתו; וכאשר כלל לא ניסה לטעון כי הודעתו בחקירה לא ניתנה מרצונו החופשי ומדעת - לא שוכנענו כי קיימת הצדקה, בהתאם לפסיקה, לפסול גם את הראיות הנוספות (וראו בקשר לכך את עניין **שמגר**; ע"פ (ארצי) 30743-11-13 **דור חקלאים בע"מ - מדינת ישראל** (20.1.18); רע"פ 1921/18 **חברת דור חקלאים בע"מ נ' מדינת ישראל** (27.5.18); ע"פ (ארצי) 55700-03-17 **שירי סיוון - מדינת ישראל** (15.2.08); רע"פ 2768/18 **סיוון נ' מדינת ישראל** (12.6.18); להלן: **רע"פ סיוון**; ע"פ (ארצי) 9521-10-16 **מדינת ישראל - משה ריינס** (25.7.18); עניין **קוברינסקי**). יפים לעניין זה דבריו של השופט אדמונד לוי בעניין **פרחי** (שאושר בדנ"פ **פרחי**), כדלקמן:

"ומהי הזיקה אשר תוביל לקביעה כי אי-החוקיות שבראיה הראשית הפסולה דבקה גם בראיה הנגזרת? מבחינה עובדתית נדרש קשר של סיבתיות בין קיומה של הראיה הראשית לאפשרות השגתה של הראיה הנגזרת ממנה... לכך יש להוסיף דרישה של סיבתיות משפטית, הטומנת בחובה שיקול דעת שיפוטי באשר לנסיבות התומכות בפסילת הראיה הנגזרת...

כאשר חרף קיומה של סיבתיות עובדתית, התקיים נתק מהותי בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת, תקטן הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת. טלו למשל מקרה שבו המשטרה מבצעת חיפוש לא חוקי בביתו של אדם, ובחיפוש נמצא נשק שעל פי החשד שימש לביצוע עבירה. בעל הנשק מובל לחקירה, ושם - לאחר שהוזהר כדין - מודה בביצוע העבירה. האם נאמר כי הודאתו - שנגבתה כדין - פסולה אך מהטעם שיש קשר סיבתי עובדתי בין החיפוש הבלתי חוקי לגביית ההודאה? לכך יש להשיב בשלילה. אי-החוקיות שדבקה בכלי הנשק אינה פוגמת בהודאה, שכן מדובר בראיה בעלת אופי שונה, שתוכנה לא ניתן להסקה מקיומו של כלי הנשק, ושנמסרה באופן חופשי ומרצון כאשר באותה עת עמדו לחשוד כל זכויותיו והגנותיו. באלה יש לנתק את הקשר הסיבתי בין אי-החוקיות שבהשגת הנשק להודאה..."

באותו אופן נקבע על ידי בית דין זה, בעניין **שמגר**, מפי השופט (כתוארו אז) אילן איטח:

"אין חולק כי המשיבה הגיעה לחקירתה בפני חוקרי המאשימה לאחר שקיבלה ייעוץ משפטי - שהרי זה היה הטעם להפסקת חקירתה ביום הביקורת ולזימונה לחקירה ליום המחרת. בנסיבות אלה, על פני הדברים, הודעתה בחקירה, שלפיה העובדת הזרה הועסקה בבית בעבודות משק בית, ניתנה מ"רצון חופשי"... ודאי כך הוא - ועל כל פנים לא נטען אחרת - בכל הנוגע לעדויות המשיבים בבית הדין האזורי, שאף מהן עולה בבירור כי העובדת הזרה הועסקה על ידיהם בעבודות משק בית בנכס.

גם אם אי החוקיות שדבק בפעולת זיהוי העובדת הזרה מצדיק את פסילת הראיה הישירה -



וכאמור איננו סבורים כך - עדיין איננו סבורים כי אי חוקיות זה בכוחו להצדיק את פסילתן של הראיות הנגזרות שכאמור הורתן ברצונם החופשי של המשיבים".

27. טענתו החלופית של המערער (ואף הראשונה במעלה מבחינתו) הייתה כי הפגמים בכניסה לביתו מצדיקים לבטל את כתב האישום נגדו בכללותו על בסיס דוקטרינת ההגנה מן הצדק. במאמר מוסגר נעיר כי ככל שזו אכן הטענה, לא ברור מדוע לא נטענה גם בשם רעיונו של המערער. לגופו של עניין, בדומה לבית הדין האזורי, וגם לאחר שלקחנו בחשבון את ההרחבה המסוימת בדוקטרינה זו במהלך השנים בכלל ובעת האחרונה בפרט (עניין **ורדי**; לפירוט ראו בחוות דעתו של השופט מיכאל שפיצר בע"פ (ארצי) 1723-01-17 **סמדר דרורי גולן - מדינת ישראל** (7.8.19)) - לא שוכנענו כי בנסיבותיו של המקרה שלפנינו העמדת המערער לדין סותרת באופן מהותי את עקרונות הצדק וההגנות ומגעת לכדי אותם מקרים קיצוניים וחריגים המצדיקים את ביטולו של כתב האישום (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי).

נזכיר בקשר לכך כי המבחן בהתאם לפסיקה הוא "**מבחן תלת-שלבי... בשלב הראשון בוחן בית המשפט את הפגמים שנפלו בהליך ואת עוצמתם; בשלב השני נבחנת השאלה האם בקיום ההליך הפלילי חרף הפגמים הנ"ל יש משום פגיעה בתחושת הצדק וההגנות ובשלב השלישי מעניק בית המשפט את הסעד ההולם המאזן כראוי בין השיקולים, האינטרסים והערכים העומדים ביסוד ההליך הפלילי, לבין הפגמים שנפלו בהליך**" (עניין **ורדי**, ההדגשות במקור; בהתבסס על ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט (6) 776 (2005); להלן: **עניין בורוביץ**). עוד חודד בפסיקה זו מהעת האחרונה כי "**בבסיס דוקטרינת ההגנה מן הצדק ניצבת אמת מידה עיקרית שהיא תוצאתית - מידת הפגיעה בתחושת הצדק וההגנות. לכן, קיימת חשיבות פחותה לעובדת קיומו, או העדרו של מניע פסול בבסיס המעשה, או המחדל המינהלי**" (עניין **ורדי**, בסעיף 100 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה חנן מלצר; ההדגשה במקור).

28. במקרה שלפנינו הדגש שמושם על ידי המערער הוא על הפגמים שנפלו בכניסת המפקחים לביתו (היבט נוסף של הטענה נוגע לאכיפה בררנית מעצם הגשת כתב האישום גם נגדו ולא רק כנגד רעיונו, אך טענות בהיבט זה כבר נדחו בפסיקתנו פעמים רבות: עניין **ברקוביץ**; ע"פ (ארצי) 49909-12-15 **אייל קישון - מדינת ישראל** (19.12.17), להלן: עניין **קישון**; ע"פ (ארצי) 55968-03-17 **מדינת ישראל - אדן רחמינוב** (18.3.18); להלן: עניין **רחמינוב**; ע"פ (ארצי) 32845-07-15 **מדינת ישראל - קארין פילוסוף זרניצקי** (24.6.18); להלן: עניין **זרניצקי**; עניין **קוברינסקי**). בהלכה הפסוקה ובספרות אמנם הוכרה האפשרות התיאורטית לשימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק בהתבסס על פגמים באופן איסוף הראיות, אך בפועל נדחו הטענות לגופן (כדוגמאות ראו את בג"צ 1563/96 **כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נה(1) 529 (1997); דנ"פ 3039/02 **הר-שפי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 337 (2002); עניין **בורוביץ**; להרחבה ראו אצל ישגב נקדימון, **הגנה מן הצדק** (מהדורה שנייה, 2009) בעמ' 424-441). באי-כוחו של המערער התבקשו להפנותנו לפסיקה בה בוטלו כתבי אישום מחמת הגנה מן הצדק בשל כניסה שלא כדין למקום מגורים (או תפיסה בלתי חוקית אחרת של ראיות), אך לא איתרו פסיקה כזו גם בתוספת לסיכומיהם שהוגשה לאחר הדיון.

הפסיקה שהוזכרה על ידם תומכת אם כך בטענה לפיה דוקטרינת ההגנה מן הצדק מתפתחת ומתרחבת עם השנים
עמוד 13



ויכולה להתפרש גם על "מחדלים והליכי חקירה נפסדים" (עפ"א (מחוזי ת"א) 33234-01-10 עיריית תל אביב נ' חרותי (26.4.10)), אך לא שוכנענו כי המקרה שלפנינו מתאים לפסיקה תקדימית כזו, ולו מהטעם שקיימים אמצעים מתונים יותר הנותנים מענה מספק בנסיבות העניין, הן באמצעות הקביעה בדבר פסלות הראיות שהושגו במהלך הביקורת מכוח הלכת יששכרוב והן בשלב גזר הדין שיידון להלן.

האם הוכחו יסודות העבירה?

29. טענה נוספת שהעלה המערער היא כי ללא הראיות שנפסלו על ידי בית הדין האזורי - לא נותרו בידי המאשימה די ראיות המספיקות לצורך הרשעתו. גם טענה זו אינה מקובלת עלינו. כפי שעולה מהפירוט לעיל, לאחר פסילת הראיות שהושגו במהלך הביקורת נותרו בתיק הראיות הבאות: הודעתו של מר עידו רוזנוקס (ת/1); הודעתו של המערער (ת/10, ת/11); וכן פרוטוקול חקירת העובדת נ/2 (שאינו יכול להוות ראיה לנכונות דברי העובדת המפורטים בו, שהרי העובדת לא העידה מטעם מי מהצדדים, וב"כ המאשימה הבהיר עם הגשת המסמך כי הסכמתו להגשה אינה כוללת הסכמה לתוכנו: עמ' 14 לפרוטוקול). לכך יש להוסיף את עדותו של המערער בפני בית הדין, וכן את הודאתו המפורשת בפרטי העובדת במהלך ישיבת ההקראה. בתיק מצויות גם הודעת אשתו של המערער בפני חוקרי הרשות וכן עדותה בבית הדין, אך מוכנים אנו להניח - מבלי לקבוע מסמרות, והגם שהדבר כלל לא נטען - כי לא ניתן להיעזר בהן נוכח הוראת סעיף 3 לפקודת הראיות.

30. בהודעתו של מר רוזנוקס (ת/1), אשר עבד כטבח בביתו של המערער, צוין כי הוא מכיר את העובדת מושא כתב האישום; כי ראה אותה בנכס "כמה חודשים טובים לפני הביקורת... בערך כמה חודשים היא בבית"; וכי "יצא לי לראות אותה עוברת לידי עם מטאטא או עם סל כביסה...". בעדותו בבית הדין אישר את הדברים שמסר בהודעה (עמ' 3 לפרוטוקול). מהודעת המערער ברשות האוכלוסין וההגירה כמו גם עדותו בבית הדין (שפורטו לעיל) עלה בבירור כי היה מודע בזמן אמת לכך שהעובדת מועסקת בביתו בעבודות משק בית לאורך מספר חודשים; לכך יש להוסיף את הודאתו המפורשת של המערער בפרטי העובדת בישיבת ההקראה.

הראיות האמורות מספיקות לטעמנו על מנת להוכיח הן את הרכיב העובדתי והן את הרכיב הנפשי, כפי שאף קבע בית הדין האזורי וכפי שיפורט להלן.

31. אשר לרכיב העובדתי - על מנת להרשיע אדם בעבירה על פי סעיף 2(א) לחוק עובדים זרים על המאשימה להוכיח כי "נמצא אדם שהעסקתו טעונה היתר - קרי, אדם שהוא בבחינת "עובד זר" - מי שאינו אזרח או תושב ישראל; כי היתר לעובד הזר לעבוד אצל המעסיק לא היה, וכי הנאשם הוא שהעסיק אותו" (עניין ברקוביץ'). המחלוקת בענייננו נוגעת לרכיב ה"העסקה" בלבד, כאשר לטענת המערער לא טיפל באופן אישי בקבלתה של העובדת לעבודה, בקביעת שכרה ובמתן הנחיות עבודה עבודה, כך שאין לראותו כ"מעסיק". אלא, שנוכח הקושי בהוכחת רכיב ה"העסקה" קבע המחוקק את החזקה העובדתית המעוגנת בסעיף 4'א' לחוק עובדים זרים (ועוגנה טרם לכן בהלכה הפסוקה), ולפיה "יראו מחזיק במקרקעין כמי שמעסיק עובד זר שנמצא עובד במקרקעין, אלא אם כן הוכיח המחזיק אחרת". חזקה זו יושמה גם בהתייחס להעסקה במשק בית, והובהר כי היא חלה על שני בני הזוג המתגוררים בנכס:



"נקודת המוצא במקרה של עובד משק בית היא שיחסי העבודה נקשרו בינו ובין המחזיקים בבית שהם אלה אשר נהנים מעבודתו. בהעדר ראיה לסתור, משק הבית הוא בבחינת שותפות שהשותפים בה - בני הזוג, יחד ולחוד, הם מעסיקיו של העובד"
(עניין גלפנד; כן ראו אתעניין זרניצקי, והאסמכתאות שם).

בית הדין האזורי שוכנע כי המערער לא סתר את החזקה לפיה היה אף הוא "מעסיק" של העובדת שהועסקה בביתו, ולקח לצורך כך בחשבון כי המערער התגורר בנכס דרך קבע, הכיר את העובדת ונהנה מעבודתה. קביעה זו תואמת את ההלכה הפסוקה ואת נסיבות המקרה, ומשכך לא מצאנו הצדקה להתערב בה (והשוו למקרה חריג של סתירת החזקה, כיוון שהוכח ניתוק של ממש בין בני הזוג והיעדרות משמעותית מהבית המשותף: ע"פ (ארצי) 15025-09-17 **יוסף פרג - מדינת ישראל** (16.4.19)). המערער סבור כי אינו עונה על המבחנים שנקבעו במשפט העבודה לצורך זיהוי מעסיק, אך גם אם מוגשת הייתה תביעה אזרחית מטעם העובדת כנגד המערער - איננו סבורים כי יכול היה לחמוק מאחריותו כמעסיק כלפיה רק מהטעם שבחלוקת התפקידים הפנימית בינו לבין אשתו הייתה היא "אשת הקשר" מולה לצורך תיאומים והנחיות.

32. אשר ליסוד הנפשי - היסוד הנדרש הוא מודעות, אשר מתקיימת גם במקרה של "עצימת עיניים". עצימת עיניים הוגדרה בפסיקה כ"**חשד סובייקטיבי והימנעות מלקיים לגבי אותו חשד בירור שהוא סביר בנסיבות העניין**" (עניין **ברקוביץ**). במקרה שלפנינו המערער הודה הלכה למעשה הן בהודעתו בפני רשות האוכלוסין וההגירה והן בחקירתו בבית הדין כי ידע שהעובדת מועסקת בביתו, ואף ידע כי מדובר בעובדת זרה (שכן כך סיפרה לו רעייתו), מבלי שניסה לטעון כי ביצע בירור עצמאי לגבי מעמדה. במקום זאת הסתפק בדברי רעייתו לפיהם העובדת "**בהליכי הסדרה**", כאשר בירור זה בוודאי אינו הבירור הממצה הנדרש.

יפים לעניין זה דבריו של השופט יוסף אלרון לפיהם אימוץ גישת המערער, מכוחה "**ניתן להסתפק בבירור שטחי המניח את דעתו של המעסיק בלבד בטרם העסקת עובד זר, עלול לרוקן מתוכן את "חובת הבירור" שנקבעה בפסיקה, כך שנאשמים יוכלו להיתלות בבירור בלתי-ממצה על מנת "לחמוק" מהתקיימות היסוד הנפשי בעניינם**" (רע"פ סיוון). בכך מתקיים אם כך הרכיב הנפשי הדרוש, כפי שקבע ובצדק בית הדין האזורי (לקביעות דומות ראו בעניין **קישון**; עניין **רחמינוב**; עניין **וולף**; עניין **קוברינסקי**).

הערעור על גזר הדין - האם מוצדקת בנסיבות העניין ענישה ללא הרשעה?

33. הגם שדחינו לעיל את הבקשה לביטול כתב האישום בהתבסס על דוקטרינת ההגנה מן הצדק, הדגשנו שכלל נסיבות העניין, לרבות הפגמים המהותיים שנפלו בהתנהלות הרשות כמפורט לעיל, יילקחו בחשבון בשלב גזירת העונש (עניין **וולף**; עניין **קוברינסקי**; סעיף 40 י"א (9) לחוק העונשין). בהקשר זה ניתן לשקול גם את האפשרות של ענישה ללא הרשעה. יפים לעניין זה דבריה של השופטת דפנה ברק-ארז בעניין **ורדי** (הגם שהייתה בדעת מיעוט לגבי התוצאה במקרה הספציפי):

"כידוע, בהתאם למבחן השלישי שנקבע בעניין בורוביץ, יש לבחון אם ניתן לנקוט באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב האישום על מנת לרפא את הפגמים שנפלו בהתנהלות המדינה. במסגרת זו, לא אחת מוצא בית המשפט כי את הביטוי לטענת ההגנה מן הצדק יש לתת דווקא במישור גזר הדין (ראו: ע"פ 5124/08 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פסקה 31 וההפניות שם (4.7.2011); ע"פ 8551/11 כהן סלכגי נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (12.8.2012); עניין



גוטסדינר, פסקה 52 לפסק דינו של השופט נ' הנדל, פסקה 63 לפסק דינו של השופט י' עמית
ופסקאות 82, 122-125 לפסק דיני).

במקרה דנן, בית משפט השלום מצא כי הפגם בהתנהלות המדינה אמנם אינו מצדיק את הסעד הדרסטי של ביטול כתב האישום, אך יחד עם זאת נתן לו ביטוי של ממש בשלב של גזירת העונש. לפיכך, הורה בית משפט השלום על ביטול הרשעתם של המשיבים ועל שליחתם לביצוע שירות לתועלת הציבור. זאת, אף שהמדינה ביקשה בנסיבות המקרה להותיר את הרשעתם של המשיבים על כנה ולגזור עליהם עונשי מאסר מותנה וקנס כספי. לשיטתי, החלטה זו איננה נכונה בין מכלול השיקולים והנסיבות במקרה דנן, ואין מקום להתערב בה, במיוחד מאחר שאף היא משקפת גישה הנמנעת ממיצוי מלוא חומרת הדין בנסיבות העניין" (ההדגשות אינן במקור).

34. בתמצית נזכיר כי האפשרות לבטל הרשעה נקובה בסעיף 192א' לחוק סדר הדין הפלילי (כן ראו את סעיפים 71א'(ב) ו- 72 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 וסעיף 1 לפקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969), כאשר "הסמכות להורות על ביטול הרשעה אמורה להיות מופעלת במקרים חריגים בלבד, בהם מתקיימות נסיבות יוצאות דופן מצדיקות זאת... נסיבות יוצאות דופן כאמור עשויות להיות נסיבות בהן "אין יחס סביר בין הנזק הצפוי מן ההרשעה בדין לבין חומרתה של העבירה"... היינו נסיבות בהן עלול להיווצר פער בלתי נסבל בין עוצמת הפגיעה של הרשעה פלילית בנאשם האינדיבידואלי לבין התועלת שתצמח לחברה ולאינטרס הציבורי מקיומה של הרשעה... נדרש לפיכך איזון עדין, בין האינטרסים הציבוריים הרלוונטיים וביניהם הצורך בהרתעת הרבים, הוקעה חברתית ואכיפה שוויונית, לבין הנזק הצפוי לנאשם הספציפי כתוצאה מעצם ההרשעה" (ע"פ (ארצי) 6291-05-10 א. כפיר אחזקות בע"מ - מדינת ישראל (31.1.12); כן ראו את ע"פ (ארצי) 50155-08-10 חברת השמירה בע"מ - מדינת ישראל (6.11.12); ע"פ (ארצי) 57160-01-14 מדינת ישראל - חדות הורים בע"מ (8.11.14); עניין זלקינד; ע"פ (ארצי) 2153-12-18 גוז מרסלו דוארדו - מדינת ישראל (13.2.19)).

בנסיבותיו של מקרה זה, לא שוכנענו כי טענות המערער בהתייחס לתפקידיו ועיסוקיו (שנטענו באופן כללי ומבלי להצביע על נזק קונקרטי) מצדיקות הסתפקות בענישה ללא הרשעה, ובהקשר זה הנמקת בית הדין האזורי מקובלת עלינו במלואה. כך גם לא מצאנו ממש בטענות המערער כי חלוף הזמן ואחריותו המופחתת למול אחריות אשתו מצדיקים ענישה ללא הרשעה. למרות זאת, שוכנענו כי בהתחשב בפגמים החמורים והקשים שנפלו בהתנהלות המדינה כמפורט לעיל בשלב איסוף הראיות והכניסה הכוחנית לבית המערער תוך פגיעה משמעותית בזכויות יסוד שלו - מוצדק במקרה זה לתת ביטוי לפגמים אלה בשלב גזירת הדין עד כדי הסתפקות בענישה ללא הרשעה (לקביעה דומה ראו בת"פ (שלום ת"א) 10849-11-11 מדינת ישראל - עמית אבן (16.12.12)). להסרת ספק מודגש כי אין בכך שינוי של ההלכה הנוהגת או צמצום של התנאים שנקבעו בפסיקה לצורך כך או משום הקלת ראש בחומרת העבירה. הבחירה בענישה ללא הרשעה נעשית אך ורק כתחליף במקרה ייחודי זה לביטול מוחלט של כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק (להמלצה דומה ראו בעניין קוברינסקי; בתיק שלפנינו הדברים בוטים יותר, נוכח הפגמים המשמעותיים שנפלו בהתנהלות הרשות כלפי המערער בשלב הכניסה לביתו, כמפורט בהרחבה לעיל). עוד נציין כי אין באפשרותנו לקבוע דברים דומים לגבי אשתו של המערער, משלא הוגש כלל ערעור מטעמה.



35. **סוף דבר** - נוכח כל האמור לעיל, הערעור על הכרעת הדין נדחה והערעור על גזר הדין מתקבל כמפורט לעיל. התיק מוחזר לבית הדין האזורי לצורך המשך הטיפול בהרשעה ובענישתו של המערער בכפוף לתסקיר שירות המבחן ובהתאם להוראות הדין.

36. בהתאם להסכמת הצדדים, פסק הדין נשלח אליהם בדואר.

ניתן היום, י' אלול תשע"ט (10 ספטמבר 2019), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

אילן סופר,
שופט

רועי פוליאק,
שופט

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת, אב"ד