



ע"פ 12630/05/15 - שלום נחמזון נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

21 באוקטובר
2015
ח' במרחשוון תשע"ו

ע"פ 12630-05-15 נחמזון נ' מדינת ישראל

לפני כבוד השופטת דבורה ברלינר, נשיאה
כבוד השופט ג'ורג' קרא, סגן נשיאה
כבוד השופטת אסתר נחליאלי-חיאט

המערער	שלום נחמזון
נגד	
המשיבה	מדינת ישראל

נוכחים: המערער - בעצמו, ובאי-כוחו, עו"ד יגאל (איגור) בלפור ועו"ד אלון בן-זיו

באת-כוח המשיבה, עו"ד מיטל מור

[פרוטוקול הושמט]

הכרעת דין

ההליך בבית המשפט קמא

בתאריך 05.03.13, בשעה 10¹², ערך רס"ל איהב מנסור (להלן: השוטר) סיור שגרתי בעיר הרצליה. במהלך אותו סיור הבחין, לדבריו, „[...] בעובד בני מעוטים [כך במקור] ובחור יושב על כיסא בכניסה לבית [...]”. השוטר ניגש אל אותו אדם שישב על הכיסא ו,שאלתי אותו מי העובד הנ"ל. מסר כי הוא מעסיק של שניים ויש להם אישורים [...]. האדם הישוב היה המערער שלפנינו. השאלה שהפנה השוטר אל המערער היא בדיעבד יריית הפתיחה בתיק זה, ובמידה רבה היא בבחינת נקודת הכובד בכל הדיון שלאחר מכן.

השתלשלות הדברים בהמשך הייתה שהשוטר ניגש אל העובדים (בדיעבד אין מחלוקת על כך שבמקום היו שני עובדים) וביקש מהם להזדהות. התברר כי מדובר בשני שוהים שלא כדון, שניהם ללא אישור. השניים נעצרו ולאחר מכן עוכב המערער והובא לתחנת משטרה.



בעקבות אותו אירוע הוגש כתב האישום הנוכחי נגד המערער. על-פי האמור בו, בתאריך הנ"ל, [...] העסיק הנאשם שלא כדין את מועתצאם רשדאן [...] ואת עאיש עאלן [...], שהינם תושבי האיזור, השוהים בישראל ללא היתר או אישור שהייה כדין". למערער יוחסה עברה של העסקת תושב זר שלא כדין, עברה על סעיף 12א(ב) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל). כתב האישום מנה ארבעה עדים, ובהם אחד העובדים הזרים והשוטר. הצדדים הסכימו על הגשת כל המוצגים בתיק זה ללא חקירת עדים. בין המוצגים הוגש גם ת/1, שהוא דוח הפעולה שצוטט לעיל. בפועל לא העיד איש מהעדים לפני בית המשפט קמא, והעדויות היחידה שנשמעה הייתה זו של המערער. לנתון זה יש חשיבות ונעמוד עליו בהמשך.

בית המשפט קמא (כבוד סגן הנשיא מרדכי פלד) הרשיע את המערער, ועל כך הערעור לפנינו.

אלה הקביעות המרכזיות בהכרעת-הדין:

באשר לפנייה הראשונית של השוטר אל המערער, אליבא דבית המשפט קמא, דובר בעריכת בדיקה לגבי העובדים לצורך וידוא קיום הוראות החוק (חוק הכניסה לישראל), ולא בעריכת חיפוש - טענה שהועלתה בבית המשפט קמא. לשוטר היה יסוד להניח כי מדובר בשוהים זרים, שעל-כן היה יכול לפנות אל המערער ולשאל אותו לזהותם. כפי שציין בית המשפט קמא, „עולה, על כן, מהאמור בדו"ח הפעולה (ת/1), כי לשוטר היה יסוד להניח בדבר היות עובדיו של הנאשם שוהים בלתי חוקי[ים], והחשד הסביר קם רק לאחר שהנאשם מסר לשוטר כי יש לעובדיו „אישורים“, לאמור, כי המדובר בתושבי האיזור, הרשאים לשהות בישראל באישור מתאים[...]” (פסקה 16; ההדגשה במקור). לשון אחר: בית המשפט הבחין בין שני שלבים ובין שני מונחים. שני השלבים הם היסוד להניח כי מדובר בעובדים שהם שוהים שלא כדין - יסוד זה אפשר, כך יש להבין את דבריו של בית המשפט קמא, את עצם הפנייה אל המערער. לאחר מכן קם החשד הסביר, בעקבות דבריו של המערער כי מדובר בעובדים שיש להם אישורים. קביעה נוספת של בית המשפט קמא היא כי השוטר פעל על בסיס ניסיונו וכי דובר בנסיבות שהניחו את היסוד לאותה פנייה. מסקנתו של בית המשפט עד לשלב הזה הייתה כי לא נפל פגם בעצם הפנייה אל המערער, ובשל תשובתו נוצר החשד הסביר.

בשלב השני קבע בית המשפט קמא כי לא נפל פגם בעצם עריכת הבדיקה בדבר חוקיות שהייתם של העובדים בשירות המערער נוכח העובדה שהשוטר נכנס לחצר בלא שהיה בידיו צו של בית משפט שהתיר את כניסתו. בית המשפט נתן דעתו על סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל. לדבריו, תכלית החוק, [...] הינה למנוע כניסה שרירותית לדירת מגורים, מאחר ויש בכך מימד ברור של פגיעה בפרטיות ופגיעה בזכות היסוד של אדם, לבל יטרד אדם בביתו” (פסקה 21; ההדגשה במקור). במקרה הנוכחי מדובר בחצר והמחזיק והבעלים של בית המגורים כלל לא נכח במקום, כך ש, [...] אין אפוא לראות בכניסת השוטר לחצר ככניסה מפרת זכויות, לבית המגורים” (פסקה 23). בית המשפט קמא לא הסתפק בכך וקבע כי אף אם תאמר שהייתה פגיעה כלשהי, עדיין מדובר בפגיעה מינורית ומצומצמת ולא מהותית ובלתי מידתית בזכותו של הנאשם להליך הוגן. משום כך אין לפסול את הראיות שהתקבלו עקב אותה כניסה לחצר. אם לא די באמור לעיל כבסיס למסקנה שאין לפסול את הראיות, הפנה בית המשפט גם לדוקטרינת ה„פסילה הפסיקתית“, כפי שנוסחה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב). הפסילה הפסיקתית היא פסילה יחסית וגמישה. בית המשפט סקר את השיקולים וכאמור קבע כי גם אם התרחשה הפרה במקרה הנוכחי, אין זו אלא פגיעה מינימלית ומינורית.

בהמשך דן בית המשפט בסוגיה של הפרת זכויותיו של המערער כנחקר, וגם כאן הייתה מסקנתו ש„לא ניתן לומר כי



זכויותיו של הנאשם כנחקר נפגעו, שהוא זה, עת עוכב אך בעקבות מעצרו של עובדיו[...] (פסקה 28). נעצור בנקודה זו כדי לציין שהעיכוב אשר הזכיר בית המשפט התרחש לאחר מעצרו של העובדים. בית המשפט לא דן - משום שהטענה לא הועלתה לפניו - בשאלה הראשונה שהפנה השוטר אל המערער כמבססת טענת עיכוב שלא כדין. הטענה כי אותה שאלה ראשונית הייתה למעשה עיכוב הועלתה רק במהלך הערעור.

פעולותיו של השוטר היו בתום לב. למערער הודעו זכויותיו כאשר הובא לתחנת המשטרה. גם כאן הפנה בית המשפט לכך שלא הייתה חקירה על נסיבות גביית ההודעה, שעל-כן אין סיבה שלא לייחס לה את משקלה המלא. ההודעה היא ראייה עצמאית בפני עצמה, המדברת לחובתו.

בסיכומו של דבר, לאחר דיון ענייני בגרסתו של המערער, קבע בית המשפט קמא כי הוכחה העברה.

הערעור

בהודעת ערעור מפורטת ועמוסה לעיפה הסנגורים טוענים כי השוטר פעל בחוסר סמכות, ובאופן בלתי חוקי, כאשר פנה למערער כדי לברר את חשדו הראשוני שלפיו העובדים הם שוהים שלא כדין. חשד זה, כך לטענת הסנגורים, התבסס על חזותם של העובדים בלבד, ולכן מדובר באפיון גזעי פסול. פניית השוטר אל המערער הייתה שימוש בסמכות העיכוב או בסמכות התשאול, המחייבות קיומו של סטנדרד אובייקטיבי לשם מימוש. אפיון גזעי אינו יכול לבסס סטנדרד זה (סעיף 6 להודעת הערעור). בהמשך הסנגורים טוענים שגם אם ניתן לעכב אדם, היה על השוטר לקבל הסכמה מדעת לעיכוב או לתשאול ולפעול במתווה שהותוותה ברע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש; 06.03.2012). כובד המשקל הונח על הטענה כי לא היה לשוטר בסיס לחשד סביר. כאמור החשד הסביר נשען אך ורק על אותו אפיון גזעי, ומכאן שהתהליך לקה מבראשיתו. נוסף על כך הסנגורים טוענים כי גם אם הייתה לשוטר סמכות לדרוש מהעובדים להציג לפניו מסמכים הנוגעים לשהייתם בישראל, הנה לא הייתה לו סמכות להיכנס לחצר לצורך כך. החצר היא מקום מגורים, והיה על השוטר לפנות לבית המשפט ולבקש צו לצורך כניסה אליה.

בשורה התחתונה הסנגורים מבקשים לזכות את המערער מטעמים של הגנה מן הצדק, בשל פסילתן של הראיות שהושגו עקב אותה התנהלות בלתי חוקית, ולחלופין - בשל פסילתן של הראיות שהושגו בדרך הבלתי חוקית כמפורט לעיל. הסנגורים מציינים בפירוש כי אינם חולקים על המסד העובדתי, ולטענתם, ערעור זה כולו הוא ערעור משפטי.

דין

הסיפה בדברי הסנגורים מוליכה אותנו במישרין לקביעתנו המרכזית בתיק זה. נקדים מאוחר למוקדם ונאמר כי לשיטתנו, לא הונחה התשתית העובדתית שעליה נשען כל המבנה המשפטי אשר נבנה בהודעת הערעור. אנו רואים לציין בהקשר זה כי בחינת גלגוליו המוקדמים של תיק זה מצביעה על כך שהחוסר בתשתית עובדתית ליווה את התיק מתחילתו. בתאריך 19.05.14 ניתנה החלטה מפי כבוד השופט שמאי בקר (ששמע את ההקראה בתיק זה) ובה נאמר: „הבא לטעון טיעון משפטי, חייב לבדוק, ראשית חוכמה, את המצע העובדתי, שחייב להיות, בשלב זה של המשפט, מוסכם וברור. מבלי שיהיה בדברים כדי להתייחס לעצם הטענה, שיכול שיש בה ממש, ויכול שלא, ההגנה תעשה סדר בראיות ובטיעון שלה". לרוע המזל, עיון בפרוטוקול בית המשפט כפי שהתנהל לפני כבוד סגן הנשיא פלד מצביע על כך



שההגנה לא אימצה את עצתו של בית המשפט מפי כבוד השופט בקר, להניח תשתית עובדתית. כפי שצינו לעיל, כל הראיות הוגשו בהסכמה, לרבות הדוח ת/1, שהוא הבסיס והיסוד לכל טיעוניה של הסנגוריה (ראה פרוטוקול ישיבת 17.02.15).

להלן נדון בקצרה בטענות:

סעיף 13ה(א)(1) לחוק הכניסה לישראל קובע כי „לשם ביצוע הוראות פרק זה 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 [...]”. אכן הראשה בערעור שלפנינו היא הטענה כי לא נוצר אותו „יסוד להניח”, ואם נוצר - נוצר בדרך פסולה ואסורה. חשדו הראשוני של השוטר כי מדובר בשוהים שלא כדין התבסס על אפיון גזעי, דהיינו חזותם של העובדים והיא בלבד. טענה זו, שהיא כאמור הטענה המרכזית, הסנגורים מבססים על עיון בדוח הפעולה ת/1. בת/1 נכתב כזכור כי השוטר הבחין בעובד בן מיעוטים ובבחור יושב על כיסא בכניסה לבית. האמירה כי מדובר בעובד בן מיעוטים יש בה בפני עצמה ציון נתון - הא ותו לא. אין בכך אמירה כי זהו בסיס החשד; אין בכך אמירה כי לכן ניגש השוטר לשוחח עם המערער. באותה מידה ציין השוטר: „[...] הבחנתי בעובד בני מעוטים ובחור יושב על כיסא בכניסה לבית [...]”. ושמא תאמר כי אותה ישיבה של אותו „בחור” בפתח הבית היא שעוררה את חשדו של השוטר - או לחלופין, השילוב בין אדם שעובד בבית ובין מי שיושב בפתחו על כיסא והקשר ביניהם.

כל האפשרויות שהועלו לעיל הן בבחינת נתונים עובדתיים מובהקים, שאותם היה מקום לברר, וזאת בדרך הפשוטה והמתבקשת של הזמנת השוטר לעדות והבהרה למה התכוון כאשר כתב את שכתב בת/1. בית המשפט הזכיר בין היתר את ניסיונו של השוטר, ואכן הניסיון הוא רכיב משמעותי במקרה הנוכחי. חקירת השוטר הייתה עשויה להצביע על כך שעל-פי ניסיונו, התמונה הכללית שנגלתה לעיניו הייתה תמונה שהתיישבה עם שוהים זרים הנתונים לפיקוחו של מעסיקם. אילו כך אמר השוטר, לכל הדעות היה בכך כדי לענות על הדרישה של „יסוד להניח”. הגם שבפסיקה לא הבחינו בין המונח „יסוד להניח” ובין „יסוד סביר לחשוד”, ספק אם יש מקום לגזור גזרה שווה על שני המונחים. לכאורה המונח „יסוד להניח” מציין מושג קל יותר, שההוכחה הנדרשת כדי לעמוד בו היא ברמה פחותה יותר - היינו אומרים, קלה כנוצה. מכל מקום אין לקרוא בדוח ת/1 את שאין בו, ואין בו האפיון הגזעי שהסנגורים מבקשים להקיש ממנו. ת/1 הוא תמונת ראי של מה שראה השוטר ולא מאומה מעבר לכך. גם אם התמונה שצייר השוטר יכולה להתיישב עם הפירוש שהעניק לה המערער, עצם העובדה שהיא יכולה להתפרש בצורה אחרת מצביעה על כך שהיה צריך לחקור אותו כדי לבסס את התשתית העובדתית לטענת האפיון הגזעי.

הגם שהדברים כבר עלו בעקיפין מהאמור לעיל, נוסיף ונבהיר כדלקמן: כדי שתתקבל טענת האפיון הגזעי כתשתית עובדתית לפסילת הראיות, צריך האפיון הגזעי להיות המניע הדומיננטי שעמד בבסיס פעולתו של השוטר. במקרה דנן אין מדובר בהכרח במניע הדומיננטי על פני הדברים. כפי שצינו לעיל, אופן התנהגותו של המערער היה בעל משמעות לא פחותה, והשילוב בין השניים הוא שיצר את ה„יסוד להניח”.

לפיכך אנו דוחים את טענת האפיון הגזעי בשל העדר תשתית עובדתית מספקת. למעשה יכולנו לקטוע את הדיון כאן, שכן אם היה לשוטר יסוד להניח כי מדובר בעובד ששהייתו בישראל מחייבת רישיון, היה הוא רשאי לפנות לעובדים עצמם ולדרוש מהם כי יזדהו לפניו. השוטר היה רשאי גם לפנות למערער לצורך זה. ואמנם כך נהג, ותוצאות הבירור אינן שנויות במחלוקת: אכן דובר בעובדים שלא היו בידיהם אישורים כדין לשהייה בישראל. תשובתו הראשונית של המערער,



כי יש להם אישורים, הוכחה כטענת כזב, ועל כך אין מי שחולק כיום.

למעלה מן הנדרש ניתן את הדעת בקצרה גם על טענות נוספות. בכל הנוגע כי עצם הפנייה למערער היא עיכוב - זו לא הועלתה בבית המשפט קמא, וכבר מטעם זה אין מקום לבחון אותה. ערכת הערעור איננה, מקצה שיפורים" ואין מקום לטענה שלא נבחנה, משפטית ועובדתית גם יחד, בערכת הדיון. ,,עיכוב" מוגדר בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, [...] הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי, בשל חשד שבוצעה עבירה או כדי למנוע ביצוע עבירה כאשר הגבלת החירות מסויגת מראש בזמן ובתכלית, הכל כאמור בפרק זה" (סעיף 66). ספק בעינינו אם פנייה ראשונית אל המערער בעודו יושב על הכיסא בשאלה, ,,מי העובד הנ"ל" שקולה כנגד עיכוב. העיכוב שציין בית המשפט קמא היה הבאתו של המערער מאוחר יותר אל תחנת המשטרה, ואכן יש בכך עיכוב לכל הדעות. באשר לטענה כי השוטר לא היה רשאי להיכנס לחצר, החלטתו של בית המשפט קמא בנושא זה מקובלת עלינו. מעל כל העובדות בתיק זה מרחפת קביעתו של בית המשפט קמא, המקובלת עלינו במלואה, שלפיה גם אם נפלו פגמים, מדובר בפגמים מינוריים שלא פגעו כהוא-זה בזכויותיו של המערער ולא בהגנתו. הלכת יששכרוב, שאליה גם הסנגורים מפנים, קובעת בטלות יחסית, ומקובלת עלינו מסקנתו של בית המשפט קמא כי הבטלות היחסית איננה מצדיקה במקרה זה פסילת ראיות כלשהן. הראיות המרכזיות בתיק - קרי: תעודות עובד הציבור המצביעות על כך שאכן מדובר בשוהים שלא כדן, וכן הודעתו של המערער במשטרה - מנותקות לחלוטין מהשתלשלות הדברים במקום האירוע, שעל-כן גם לא ניתן לראות בהן ראיות נגזרות, על-פי הלכת פרחי (ע"א 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל [פורסם באר"ש, 01.08.2011]) שאליה הפנה אותנו המערער.

סוף דבר: מסקנתו של בית המשפט קמא מקובלת עלינו. טענת האפיון הגזעי כבודה במקומה מונח, ואולם מן הראוי שתיבחן בתיק שבו תונח התשתית העובדתית ההולמת לסוגיה כבדת משקל זו. אנו דוחים את הערעור.

ניתן והודע היום, ח'
מרחשון תשע"ו
(21 באוקטובר
2015), במעמד
הנוכחים.

ג'ורג' קרא, סגן
נשיאה

דבורה ברלינר,
נשיאה
אב"ד

אסתר נחליאלי-חיאט,
שופטת

הוקלדעלידיארנוןלביא