



ע"פ 14758/12/14 - מדינת ישראל נגד סיון ברקוביץ

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 14758-12-14

לפני: השופט אילן איטח, השופטת נטע רות, השופט משה טוינה

המערערת

מדינת ישראל

המשיב

סיון ברקוביץ

בשם המערערת - עו"ד עינת גרוסמן

בשם המשיב - עו"ד יאיר דוד ועו"ד סיגל מלמיליאן

פסק דין

השופט אילן איטח

1. לפנינו ערעור על הכרעת דינו של בית הדין האזורי בחיפה (השופטת דלית גילה; הע"ז 27513-10-12), שבו זוכה המשיב, מחמת הספק, מעבירה של העסקת עובדת זרה ללא היתר וללא ביטוח רפואי, וזאת בניגוד לקבוע בחוק עובדים זרים, תשנ"א - 1991 (להלן - **החוק**).

עובדות הרקע

2. לבית הדין האזורי הוגש כתב אישום המייחס למשיב ולרעייתו - גב' אריאלה עזריה ברקוביץ (להלן - **הרעיה**), עבירות של העסקת עובדת זרה (אזרחית סין) (להלן גם - **העובדת**), במשק בית, ללא היתר כדין וללא ביטוח רפואי, במשך שלשה חודשים, עובר ליום 10.5.12 - המועד בו נערכה ביקורת בביתם ונמצאה בו העובדת הזרה (להלן - **יום הביקורת**).

3. המשיב היה בתקופה הרלוונטית לכתב האישום ומאז שנת 2005 מנכ"ל של חברת בנייה אשר העסיקה, באמצעות התאגידים, עובדים זרים.

4. בתשובה לכתב האישום הודו המשיב והרעיה בכך שהאחרונה היא זו שהעסיקה את העובדת הזרה, אך, לתקופה לא רציפה, קצרה מ-3 חודשים, ולא במשק בית. אשר למשיב טענו השניים כי הוא סמך על רעייתו "**שמסרה לו שהעובדת 'חוקית', לפי ידיעותיה**". לטענתם - העובדת הזרה הועסקה בפריקת ארגזים, עקב מעברם לבית חדש.

5. לא היתה מחלוקת בסוגיות הבאות הנוגעות לעובדת הזרה: היא נכנסה לישראל לפי אשרת עבודה בסיעוד שהוצאה על שם מעסיקה אחרת; ביום הביקורת היא שהתה בארץ ללא אשרת תקפה; למי מבני הזוג לא היה היתר להעסקתה; לא הוסדר לה ביטוח רפואי על ידי מי מבני הזוג.



הכרעת דינו של בית הדין האזורי

6. אשר לרעיה - הנאשמת, קבע בית הדין האזורי כך:

"אני מאמינה לנאשמת, כי העובדת באה לביתה למתן עזרה בפריקת אריזות רבות ולשם סידור הבית החדש, אליו עברו הנאשמים בתחילת חודש 2/12, ואף מוכנה לקבל את תשובותיה בחקירה הנגדית, כי העובדת ישנה לפעמים אצלה בממ"ד ולפעמים אצל אנשים אחרים [עמ' 32, ש' 2], אך, עובדה זו אינה גורעת מרציפות ההעסקה, במשך התקופה בה הודתה הנאשמת, ואינה רלבנטית לעצם ביצוע העבירות - כאשר אין ספק, שלא היה לנאשמת היתר להעסקת העובדת בביתה - בעבודה זו או אחרת - והיא לא הסדירה עבורה ביטוח רפואי, לאותה תקופה; מחשבתה, שהעסקה לתקופה קצרה אינה מחוייבת בביטוח, או שבאפשרותה לממן טיפול רפואי, במקרה הצורך [עמ' 34, ש' 11-1], אינה גורעת ממחדליה, המנוגדים להוראות חוק עובדים זרים, תשנ"א-1991 (להלן: החוק)."

לאור קביעה זו הורשעה הרעיה בהעסקת העובדת הזרה "ללא היתר כדן וללא ביטוח רפואי במשך כשלושה חודשים" מאמצע חודש פברואר 2012 ועד יום הביקורת - 10.5.12 - "בניגוד לסעיפים 2(א)(1) ו-2(2) וכן 1ד' ו-2(ב)(3) לחוק".

לשלמות התמונה נציין כי על הרעיה נגזרו העונשים הבאים: קנס בסכום של 25,000 ₪ בגין העסקת העובדת הזרה שלא כדן; קנס בסכום של 7,000 ₪ בגין העסקת העובדת הזרה ללא ביטוח רפואי; התחייבות בסכום של 58,400 ₪ למשך 3 שנים.

7. אשר למשיב - בית הדין האזורי קבע כי הוא קשר עצמו להעסקת העובדת הזרה ויש לדחות את טענתו לאכיפה בררנית. לכן, כך נקבע, יש לראות גם במשיב כמעסיק של העובדת הזרה. בצד קביעה זו קבע בית הדין האזורי, מחמת הספק, כי לא התקיים במשיב היסוד הנפשי לביצוע העבירה. וכך נומקה קביעה זו:

א. לצורך בחינת היסוד הנפשי של המשיב לא ניתן להסתמך על אימרת הרעיה בעת חקירתה ביום הביקורת, זאת לאור הוראת סעיף 3 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971 (להלן - הפקודה), לפיה **"במשפט פלילי אין בן זוג כשר להעיד לחובת בן זוגו, ואין כופים אותו להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם בן זוגו בכתב אישום אחד"** (הדגשה הוספה - א.א.), וכן לאור כך שלא מתקיים איזה מהסייגים לתחולת סעיף 3 הנ"ל - סייגים אשר קבועים בסעיף 5 לפקודה.

ב. בנוסף נקבע כי בית הדין האזורי אינו יכול להסתמך על הרישומים מיום הביקורת "בהתחשב בהבדלים הקיימים בהם ולכן **"אני בדעה, כי לא ניתן לסמוך על רישומים אלה ואינני מקבלת התבטאויות שיוחסו לנאשם, או לנאשמת, כמשקפות את דבריהם במלוא הדיוק"**.

ג. לפיכך, לצורך בחינת היסוד הנפשי של המשיב פנה בית הדין האזורי לעדויות של המשיב, כדלקמן:

- תשובת המשיב במהלך גביית עדותו ביום הביקורת לפיה **"... שאשתי אמרה לי שהעובדת חוקית, ז"א עם היתר עבודה בתוקף, ומבחינתי היא חוקית"**;



- עדותו בבית הדין האזורי לפיה "כשראה את העובדת הסינית שאל את אשתו אם יש לה היתר וביקש לראותו והיא כל הזמן אמרה 'מחר' ורק ביום האירוע נודע לו שאין לה היתר".

ד. על יסוד עדויות המשיב קבע בית הדין האזורי כך:

"סבורתני, כי אין לראות בנאשמת 'מתווכת', אלא, שותפה לחיים - ויש לתת משמעות ליחסי אמון מיוחדים, הרצויים בין בני זוג. לא מדובר בהתקשרות עסקית, גרידא, על כן, מותר לאחד לסמוך על דברתו של השני ולא לפקפק בו כל עוד לא יביא אסמכתא, אף אם יתכן שהצגת הדברים על-ידו אינה מדויקת. כאשר הנאשם העלה את סוגיית ההיתר בפני אשתו וקיבל ממנה תשובה חיובית, עשה את שאפשר לעשות במסגרת היחסים האישיים שביניהם, ואם התברר בדיעבד, כי שיקרה לו - אין להרשיעו בפלילים, עקב כך. בהקשר זה, מקובלת עלי טענת בא-כח הנאשמים, כי הדרישה מאדם לחקור את רעייתו היא 'תקנה אשר אין הציבור יכול לעמוד בה' [ס' 89 לסיכומין]." (הדגשה הוספה - א.א.).

מוסיף בית הדין האזורי וקובע כי:

"עובדה המוסכמת על שני הצדדים היא, כי שני הנאשמים נכחו בבית ביום האירוע ונתנו לצוותי יחידות האכיפה להכנס, תוך שיתוף פעולה מצידם ומתן תשובה לכל שאלה. בעיני, התנהגות כזו מחזקת את הרושם, כי הנאשם סבר, שאין כל פסול בהעסקת העובדת והנושא מוסדר, באופן חוקי."

הטענות בערעור

8. על הכרעת הדין בעניינו של המשיב הוגש הערעור שלפנינו. וכך טוענת המערערת (להלן - **המדינה**) בתמצית:

א. טעה בית הדין הנכבד קמא בקבעו כי יש לזכות את המשיב וכי המשיב מיצה את חובת הבירור עד תום בכך ששאל את רעייתו בדבר חוקיות העסקתה של העובדת הזרה במשק בית וזו ענתה לו שהעובדת חוקית.

ב. מן הראיות עולה, בין היתר, כי המשיב - מנכ"ל חברת בנייה אשר מעסיקה עובדים זרים - העסיק את העובדת הזרה (יחד עם רעייתו), ידע שהיא עובדת זרה וכי הוא אינו אחוז בהיתר להעסקתה ולא ביטח אותה בביטוח רפואי. עוד עולה כי המשיב חשד שאין היתר להעסקת העובדת הזרה ולכן דרש מרעייתו לראות את האישור להעסקת העובדת, אך בפועל לא ראה כל אישור - בנסיבות אלו, כך נטען, היה על בית הדין הנכבד קמא לקבוע כי המשיב ביצע את העבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

ג. היסוד הנפשי בעבירה של העסקת עובדים זרים הוא מסוג "מודעות", לרבות ב"עצימת עיניים". המשיב היה מודע לנסיבות העבירה או לאפשרות קיומן, ולכן יש לראות בו כמי שהתקיים בו היסוד הנפשי.

ד. היה על המשיב לבדוק קיומו של היתר ולא להסתמך על תשובת רעייתו לפיה קיים היתר.

ה. שגה בית הדין כאשר קבע כי לא ניתן להסתמך על אימרות המשיב ורעייתו בעת הביקורת, שכן השוני בין



המסמכים מוסבר בכך שכל מפקח נכנס לבית מדלת אחרת.

9. המשיב טוען כי יש לדחות את הערעור מן הטעם שהוא מופנה נגד הקביעות העובדתיות של בית הדין האזורי בעוד שערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית.

במשיב לא התקיים היסוד הנפשי לביצוע העבירה. שכן, המשיב חשד "בדבר אי חוקיות העובדת" ולכן "ערך בירור לגבי חשדו". הבירור שערך "התבטא בכך ששאל, מספר פעמים ואף עד כדי וויכוח וריב של ממש, את רעייתו, אשר העסיקה באופן בלעדי את הנתניה הזרה, בדבר 'חוקיותה'. מפרשת ההוכחות בתיק דנן, עלה כי רעיית המשיב מסרה לו דברי שקר באומרה שהעובדת מועסקת כחוק ואין למשיב סיבה לדאגה". בשים לב למהות הקשר שבין המשיב ובין רעייתו לא ניתן היה לצפות כי המשיב יפנה לרשויות לבדיקת קיומו של היתר לעובדת הזרה. שכן, כבר נקבע בעניין רוזן^[1] לגבי חובת הבירור ומיצויה כי אלה "ייבחנו על רקע נסיבותיו של המקרה הספציפי וכל מקרה יבחן לגופו ובהתאם לנסיבותיו".

מוסיף המשיב וטוען כי היותו מנכ"ל של חברת בניה לא צריכה לעמוד לו לרועץ, שכן בענף זה העסקת העובדים הזרים נעשית באמצעות תאגידים, ואילו בענייני משק בית ההעסקה שונה וקיימים נתינים זרים בעלי אשרות עבודה כלליות ואף קיימים נתינים זרים בעלי תעודת זהות כחולה. לכן, לא ניתן לייחס למשיב "מודעות", לרבות בדרך של "עצימת עיניים", לכך שהעובדת הזרה אינה "חוקית". שכן, המשיב "האמין באופן כנה וסביר כי העובדת הינה 'חוקית'".

חיזוק לטענה זו מוצא המשיב בעדות הרעיה לפיה לו גילתה למשיב כי העובדת הזרה היא ללא היתר "ישר הוא היה אומר לי להוציא אותה ... אז כל הזמן סיפרתי לבעלי אותו הדבר, שהכל בסדר, הוא גם ביקש ממני ניירת שלה וכל פעם אמרתי לו 'מחר, מחר, אל תדאג זה בסדר' וכי רק ביום הביקורת הוא גילה שהיא מועסקת ללא היתר.

לאור אלה טוען המשיב כי הוא זכאי להגנה של טעות במצב הדברים, כאמור בסעיף 34(א) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן - חוק העונשין).

10. בנוסף לטענות אלה טוען המשיב לפגמים מספר בהליך: אי העדטה של העובדת הזרה; סתירות מהותיות בעדויות עדי המדינה; הגנה מן הצדק. כן טען שכלל לא הוכח היסוד העובדתי של העבירה, קרי היותו מעסיקה של העובדת הזרה.

11. לאחר הדיון בערעור ביקשו הצדדים לאפשר להם לבחון הגעה להסכמה, ואם לא יגיעו להסכמה להגיש השלמת טיעון. הצדדים לא הגיעו להסכמה והגישו השלמת טיעון.

12. בהשלמת הטיעון חזרה המדינה, בעיקרו של דבר, על טענותיה בנוגע לקיום היסוד הנפשי אצל המשיב. המדינה טוענת כי בנסיבות בהן המשיב היה מודע להיות העובדת הזרה עובדת זרה ומקום שאין אפשרות לקבל היתר להעסקת עובד זר במשק בית, היה על המשיב לבדוק את קיומו של ההיתר ולא להסתפק בתשובות הרעיה, חרף ההבנה למערכת היחסים הייחודית. לטענת המדינה, דחיית עמדתה משמעה יצירת "פטור גורף" לאחד משני בני הזוג במקרה של העסקת עובד זר במשק בית.



הכרעה

13. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים ועיינו בכלל חומר התיק הגענו למסקנה כי דין הערעור להתקבל וכי יש להרשיע את המשיב בביצוע העבירות המיוחסות לו בכתב האישום - העסקת עובדת זרה ללא היתר וללא ביטוח רפואי, וזאת בניגוד לחוק.

יסודות העבירה בעבירה של העסקת עובד זר שלא כחוק

14. סעיף 2(א) לחוק קובע כי "מעסיק" ש"העסיק עובד זר שאינו רשאי לעבוד בישראל מכוח חוק הכניסה לישראל והתקנות לפיו", או "העסיק עובד זר בניגוד להוראות סעיף 1ג" - עבר עבירה פלילית. בכתב האישום יוחסה לרעיה ולמשיב עבירה לפי החלופה השנייה - העסקה בניגוד להוראות סעיף 1ג לחוק^[2]. סעיף זה קובע כי "לא יקבל אדם עובד זר לעבודה, אלא אם כן הממונה או עובד משרד הפנים מטעמו, התיר בכתב את העסקתו של העובד הזר אצל אותו מעסיק, ובהתאם לתנאי ההיתר..." (הדגשה הוספה - א.א.).

15. על מנת להרשיע בעבירה על פי סעיף 2(א) לחוק, על המדינה להוכיח, מבחינת היסודות העובדתיים של העבירה, כי נמצא אדם שהעסקתו טעונה היתר - קרי, אדם שהוא בבחינת "עובד זר" - מי שאינו אזרח או תושב ישראלי^[3]; כי היתר לעובד הזר לעבוד אצל המעסיק לא היה, וכי הנאשם הוא שהעסיק אותו. יודגש כי ההיתר הוא היתר הניתן לעובד ולמעסיק כאחד, דהיינו, היתר לעובד לעבוד אצל המעסיק בעל ההיתר. על רקע זה, אין לקבל טענה של מעסיק כי לעובד הזר היה היתר עבודה מבלי שהמעסיק יראה כי ההיתר שניתן לאותו עובד זר התייחס לעבודה אצל המעסיק המדובר ובסוג העבודה המדוברת^[4].

16. אשר ליסוד הנפשי בעבירה לפי סעיף 2(א) לחוק - שלא כפי שנפסק על ידי בית הדין האזורי - עבירה לפי סעיף 2(א) לחוק אינה עבירה של "אחריות קפידה", אלא עבירה הדורשת יסוד נפשי של מחשבה פלילית כאמור בסעיף 19 לחוק העונשין. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה לפי סעיף 2(א) לחוק הוא מודעות^[5]. ויודגש כי המודעות הנדרשת היא מודעות לרכיבים העובדתיים של העבירה^[6], ובכללם מודעות ליסוד של העסקת העובד הזר מבלי שהמעסיק קיבל היתר להעסיק אצלו את אותו עובד זר. מודעות מתקיימת גם במקרה של "עצימת עיניים"^[7].

עצימת עיניים

17. סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין קובע כי "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם" (הדגשה הוספה - א.א.). כפועל יוצא, עצימת עיניים היא חשד סובייקטיבי והימנעות מלקיים לגבי אותו חשד בירור שהוא סביר בנסיבות העניין^[8].

18. לעניין החשד הסובייקטיבי שהתעורר אצל הנאשם שיש להוכיח את קיומו נאמרו מפי הנשיא ברק ברע"פ שובין



הדברים הבאים:

"מקום שבו מתעורר באדם חשד בדבר קיומו של מצב דברים מסוים, אך הוא נמנע מלחקור בו, ניתן לראותו - מכוח דוקטרינת עצימת העיניים - כמי שהיה מודע אל אותו מצב דברים (....). עצימת עיניים הינה התעלמות מודעת מאפשרות קיומה של נסיבה על-אף החשד שמא היא מתקיימת והימנעות מבדיקת המצב לאשורו (.....). אכן, אין לפנות, לעניין זה, אל קנה מידה אובייקטיבי-חיצוני, ואין לראות באדם כמי שחשד אך בשל כך שאדם סביר מהישוב היה צפוי, בנסיבות העניין, לחשוד (.....). הימנעות זו מפנייה אל מבחנים אובייקטיביים לשם קביעת קיומו של החשד מתחייבת מאופי דוקטרינת עצימת העיניים כדוקטרינה הפועלת במישור המחשבה הפלילית - מישור הנבדל ממישור הרשלנות. אף אם במישור האזרחי '...הגבול בין הדרגה הנמוכה של 'עצימת עיניים' לבין הדרגה העליונה של אי-ידיעה רשלנית הוא דק מאוד...' (....), הרי שבמישור הפלילי הוא חד. בעוד שעל צדו האחד, הוא צד הרשלנות, חולש המבחן האובייקטיבי, הרי שעל צדו האחר, הוא צד עצימת העיניים, חולש המבחן הסובייקטיבי. על-מנת לעשות שימוש בעצימת העיניים לא די בכל חשד. החשד הסובייקטיבי צריך שיהא חשד ממשי, ולא די בראשית חשד או בשמץ חשד. מנגד אין צורך לבסס חשד שעוצמתו מתקרבת לידיעה של ממש (...). לפיכך חשד ממשי יכול, מכוח דוקטרינת עצימת העיניים, לבסס מודעות," (הדגשות הוספו - א.א.)

19. משהוכח קיומו של חשד סובייקטיבי הרי שההימנעות המוחלטת מלברר את הנסיבות הרלוונטיות מקימה את אותה מודעות המכונה "עצימת עיניים". השאלה היא מה הדין כאשר הנאשם מבצע בירור מסוים, האם אז יוצא הנאשם כדי החובה לברר את חשדו הסובייקטיבי. לשון אחרת, השאלה היא מהו היקף הבירור המוטל על החושד. לעניין זה נקבעו בע"פ מרגולין מפי השופט הנדל הדברים הבאים :

"..... הראשונה, ... השנייה, היקף הבירור תלוי בנסיבות. נדמה, מבלי לקבוע נוסחה, כי ככל שיש נתונים נגדיים, רמת החשד גבוהה יותר וחובת הבירור תגדל בהתאם. אף כאן יש לזכור כי הבחינה סובייקטיבית. הנקודה השלישית, המבחן האובייקטיבי עשוי להיות כלי עזר לבדיקת קיומו של חשד ולבחינת טיבו של הבירור, אך הוא בכל מקרה אינו תחליף מהותי לחשד הסובייקטיבי. הרביעית, אין דרישה כי הבירור יסיר את החשד בביטחון מוחלט. הנקודה החמישית, נכון להבחין בין בירור רשלני מבחינה אובייקטיבית לבירור שאינו ממצה מבחינה סובייקטיבית. בירור לקוי אינו שולל בהכרח את התואר 'בירור' מן הפעולות שבוצעו. השאלה היא האם הנאשם מודע, מבחינה סובייקטיבית, לכך שפעולות הבירור שנקטות על ידו הן לוקות בחסר. הדגש הוא על היסוד הסובייקטיבי, ולא על השאלה האם אדם סביר היה יודע שנדרשות פעולות נוספות"

20. לעניין היקף הבירור הנדרש בעבירות של העסקת עובד זר ללא היתר ממי שחושד באפשרות כי העסקת העובד אינה כדין נקבע בעניין רוזן כי במקרה של חשד כאמור מתעורר "הצורך לבירור עובדות אלה: קיומו של היתר לעובד הזר לעבוד בישראל; תוקף ההיתר על פי מועדיו, ובהיקף תחולתו - האם ההיתר כללי לכל שטח בישראל ולכל משלח יד, או אם מוגבל הוא לאזור מסוים, לעיסוק מסוים או למעסיק מסוים". עוד נקבע שם, בין היתר, לאור הנפסק ברע"פ סעדיה, כי במסגרת בירור החשד נדרש המעסיק אף לבדוק את המסמכים של העובד הזר והכל "טרם התקשרותו עם העובד". ממשיך בית הדין וקובע כך:



"חובת בירור החשד הינה של בירור סביר וראוי, בהתאם לנסיבות המקרה. את חובת הבירור, כאמור, יש למצות עד תום. חובת הבירור החלה על הפרט שמתעורר אצלו החשד חלה, כדבריו של השופט בייסקי, אף כאשר 'מתקשה הוא לערוך את הבירור עובר למעשה' [ראו: עניין ורשבסקי הנ"ל]. לא נעשה הבירור הנדרש, לפנינו 'עצימת עיניים'.

כך דרך כלל, קל וחומר במקרה בו העובד הזר מחזיק רשיון עבודה בישראל. במצב דברים זה, בידי המעסיק הפוטנציאלי לצאת ידי חובת בירור החשד, בכך שידרוש מן העובד הזר להציג מסמכים מזהים, לרבות רשיון עבודה בישראל, ובכך שיבדוק באופן מדוקדק את פרטי המידע במסמכים אלה. במיוחד כן, כאשר מדובר בהתקשרות מזדמנת או ארעית. דרישת תעודת זהות ורשיון עבודה ובדיקת המידע שבהם, באה בגדר המאמץ הסביר והראוי אותו חייב למלא מי שחפץ להעסיק עובד זר. דרישה להצגת המסמכים ובדיקת פרטיהם, כאמור, אף עולה בקנה אחד עם האחריות המוטלת על המעסיק הפוטנציאלי שלא להעסיק עובד זר בניגוד לחוק.

במסגרת חובת הבירור, וטרם ההתקשרות, על המעסיק הפוטנציאלי לעיין היטב במסמכים שמציג לו העובד הזר, ולבדוק אם פרטי רשיון העבודה תואמים את פרטי הזיהוי של העובד; אם רשיון העבודה הוא כללי או שמא ניתן לעבודה אצל מעסיק ששמו נקוב ברשיון.

ודוק: קיומה של חובת הבירור ומיצויה, ייבחנו על רקע נסיבותיו של המקרה הספציפי. על כן, דרישת הזיהוי, הבירור והבחינה, עליה עמדנו לעיל, יכול ויהא בה די, ויכול ותהא בגדר בירור ראשוני בלבד, הדורש השלמה ומיצוי. כאמור, כל מקרה ייבחן לגופו ובנסיבותיו." (הדגשות הוספו - א.א.)

לעניין המדיניות המשפטית בקשר לבחינת החשד האמור נקבע בעניין רוזן כי תהא זו "מדיניות ראויה של דקדקנות במיצוי חובת הבירור עד תום בכל הנוגע להפרכת חשד של העסקת עובד זר שלא כדין".

21. לאחר שהרחבנו בנפסק בעניין רוזן נזכיר את הנפסק בע"פ מרגולין, לא כל ברור רשלני או לא ממצה בהכרח "ישלול את התואר 'בירור' מן הפעולות שבוצעו". השאלה היא "האם הנאשם מודע, מבחינה סובייקטיבית, לכך שפעולות הבירור שנקטות על ידו הן לוקות בחסר. הדגש הוא על היסוד הסובייקטיבי, ולא על השאלה האם אדם סביר היה יודע שנדרשות פעולות נוספות".

עדות בן זוג לחובת בן זוגו הנאשם

22. כאמור, סעיף 3 לפקודה קובע כי "במשפט פלילי אין בן זוג כשר להעיד לחובת בן זוגו, ואין כופים אותו להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם בן זוגו בכתב אישום אחד". הוראה זו מבטאת את העדפת המחוקק

את האינטרס של שלמות התא המשפחתי על פני האינטרס של בירור האמת^[9]. הסעיף מבחין בין שני מקרים^[10]:

האחד, עדות של בן זוג לחובת בן זוגו. במקרה זה, הראשון כלל אינו כשר להעיד מטעם התביעה^[11] (בכפוף לחריגים בסעיף 5 לפקודה); השני, עדות של בן זוג לחובת נאשם המואשם יחד עם בן זוגו של הראשון באישום אחד. במקרה זה, אם הסכים הראשון להעיד הרי שעדותו כשרה "גם אם לעדותו יכולה להיות השלכה

עקיפה על בן הזוג, בדברים הנמסרים בעדותו"^[12].

23. לשלמות התמונה נציין את הדברים הבאים: הוראה דומה לסעיף 3, מצויה בסעיף 4 לפקודה והיא מתייחסת



להורה וילד. סעיף 5 לפקודה קובע נסיבות בהן לא יחולו הוראות סעיפים 3 ו-4 לפקודה - נסיבות שאינן רלוונטיות למקרה שלפנינו. סעיף 6 לפקודה קובע כי אם בן הזוג (או ההורה או הילד) נקראו להעיד לזכות בן הזוג הנאשם (ובהתאמה, ההורה או הילד) הרי שעדותו כשרה לשמש ראיה לחובת בן הזוג הנאשם.

24. סעיף 87 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982 (להלן - **החסד"פ**), מאפשר לצרף נאשמים אחדים לאותו כתב אישום, זאת כל עוד הצירוף לא יקפח את הנאשמים. אז רשאי בית המשפט לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 88 לחסד"פ ולהורות על הפרדת כתב האישום^[13]. כללים אלה חלים גם מקום שהנאשמים הם בני זוג או הורה וילד^[14]. על מנת שלא "לעקוף" את הוראת סעיף 3 לפקודה, נקבע בעניין **כרמי**^[15] כי מקום בו מוגש כתב אישום נגד שני בני זוג הרי שלא ניתן להסתמך על עדות בן הזוג האחד לחובת בן הזוג האחר.

25. על רקע אלה נכון עשתה המדינה כאשר לא טענה נגד קביעת בית הדין האזורי לפיה בבחינת הראיות לחובת המשיב אין להתחשב בעדותה של הרעיה - בין במסגרת אימרת החוץ שנתנה ובין במסגרת עדותה בבית המשפט.

היסוד הנפשי - מן הכלל אל הפרט

26. לאור המקובץ, לבירור היסוד הנפשי של המשיב אין לפנות לעדות הרעיה ויש לפנות אך לגרסאות המשיב בקשר להעסקת העובדת הזרה. בחקירתו שנערכה ביום הביקורת (ת/6) אמר המשיב את הדברים הבאים:

"תשובה: לגבי העובדת הסינית לא ידוע לי שיש לנו היתר, אני יודע שאשתי עשתה ניסיונות לקבל היתר כזה, תשאל אותה.
שאלה: האם אתה מודע לכך שהעסקת עובדת זרה אשר הגיעה לארץ לעבודה בסיעוד מהווה עבירה על החוק, כאשר אין לך היתר להעסיק אותה?
תשובה: לא הייתי מודע לכך, משום שאשתי אמרה לי שהעובדת חוקית, ז"א עם היתר עבודה בתוקף, ומבחינתי היא חוקית." (הדגשות הוספו - א.א.).

27. בחקירתו הראשית בבית הדין האזורי העיד המשיב כך:

"..... מכיוון שאני שותף ומנכ"ל של חברת בניה, שמעסיקה פועלים [זרים - א.א.], השאלה הראשונה ששאלתי את אשתי, האם לעובדת הזו יש היתר שהייה ותשובתה היתה כן והדבר הזה באמת כל הזמן חזר על עצמו, אותן הדברים הבודדות היא אמרה שכן, ומסתבר שהיא "תיחמנה" אותי, סליחה על השפה." (הדגשה הוספה - א.א.).

28. בחקירתו הנגדית העיד המשיב כך:

"ת. שכל הזמן כשראיתי את העובדת הסינית הזו שאלתי אותה אם יש לה היתר, ביקשתי ממנה להראות לי אותו כשהיא אמרה לי שכן, והיא כל הזמן אמרה לי מחר,
ש. לא חשבת שכשאתה רואה עובדת סינית, שאין לה היתר לעבוד אצלכם בבית? אתה בחקירה שלך - ת/6 ש' 13-15 - אמרת שאשתך הגישה בקשה להיתר. אני שואלת אם



שאלת את אשתך על כך?

- ת. היא כל הזמן ניסתה לומר לי שיש לה אישור ויש לה אישור. רק שתביני דבר אחד פשוט, ביום האירוע זה נודע לי לראשונה שאין לעובדת היתר עבודה. אני הייתי בשוק, כל הזמן הייתי בטוח שאין בעיה איתה ואני לא יודע מה הכוונה, פה, כי הניסוח באמת לא ברור. אני מדבר על ההיתרים שלנו של החברה.
- ש. יש לך או היה לך בעבר היתר להעסיק עובד/ת בית?
- ת. לא, אבל אני יודע מצד שני, שישנם עובדים סינים או מולדובנים זרים כאלה או אחרים, שהתחתנו פה, שנולדו להם ילדים פה, שיש להם כל מיני חריגים פה וכן יש להם היתר, זה לא משהו שלא היה ולא קיים ולכן לא צריך היתר לכל החריגים האלה.
- ש. אם אתה יודע את כל הדברים האלה, למה לא בדקת את הדרכון שלה?
- ת. סביב הנושא הזה, סביב הרצון שלי לראות מי זאת האישה הזו, סביב זה היה כל הריב ביני לבין אשתי.
- ש. ולא חשבת לפנות לעובדת ישירות שתציג לך את הדרכון?
- ת. אני לא הפעלתי את העוזרת, היא בקושי ידעה עברית. הכל היה דרך אשתי.

....

29. על יסוד עדות המשיב קבע בית הדין האזורי כי המשיב עשה "את שאפשר לעשות במסגרת היחסים האישיים שביניהם, ואם התברר בדיעבד, כי שיקרה לו - אין להרשיעו בפלילים, עקב כך".

30. מסקנתנו מהעדות של המשיב שונה ולטעמינו המשיב לא עשה מה "את שאפשר", קרי, המשיב לא ערך בירור סביר בנסיבות העניין. הבירור שערך המשיב מלמד כי הוא המשיך לחשוך בכך שהעובדת הזרה מועסקת בביתו ללא היתר כחוק, אך הוא העדיף לצאת ידי חובה בעריכת בירור בלתי ממצה באופן מלמד היא הלכה למעשה הוא עצם את עיניו. טרם שנפרט את טעמינו נדגיש כי אין משמעות הדבר התערבות בקביעה עובדתית של בית הדין האזורי, אלא אך הסקת מסקנות שונה^[16].

31. עוד נציין כי מקובלת עלינו עמדת בית הדין האזורי לפיה יש שוני בהתנהלות המצופה בין בני זוג לעומת ההתנהלות הצפויה בין מעסיקים במשותף שאינם בין בני זוג. יחסי האמון בין הראשונים יורדים לשורש התא המשפחתי ויש להימנע מלהעביר את היחסים בתא המשפחתי לפסים פורמאליים. כפי שהאינטרס של התא המשפחתי מצדיק לפי סעיף 3 לפקודה פגיעה באינטרס בירור האמת, ניתן לקבל שהאינטרס הראשון יצדיק "הקלה" מסוימת בדרישות הבירור של בן הזוג האחד עם בן הזוג השני. מטעם זה, ככלל העדר הדרישה של בן הזוג לעיין בעצמו במסמכים הנוגעים לעובדת הזרה אינו עולה, לכשעצמו ותמיד, כדי בירור לקוי שעשוי ללמד על עצימת עיניים. אם כי יתכן ובנסיבות מסוימות - למשל כאשר תשובות בן הזוג מעורפלות או מתחמקות - יקבע כי הדבר עולה כדי "עצימת עיניים". שכן ככלל, רשאי בן זוג אחד לסמוך על תשובותיו העובדתיות של בן הזוג השני ואין הוא חייב לפקפק או להטיל בהן ספק. במקרה שלפנינו, עצם העובדה כי המשיב לא ביקש לעיין במסמכים אינה עולה כדי עצימת עיניים.

32. יחד עם זאת, על פני הדברים השאלה הכללית של המשיב שהופנתה לרעייתו - האם יש היתר עבודה או שהייה לעובדת הזרה, והסתפקותו בתשובתה הכללית שיש היתר או כי העובדת הזרה "חוקית" אינם עונים על הדרישה של בירור סביר וראוי בנסיבות המקרה, ודאי כך הוא כאשר המשיב העיד בחקירתו הראשית כי עניין זה עלה מספר פעמים בינו ובין רעייתו. הצורך לשוב ולברר עם רעייתו את דבר חוקיות העסקתה של העובדת הזרה



מלמד יותר מכל כי המשיב חשד באי החוקיות, אלא שהעדיף להסתפק בבירור חסר ומינימלי. ונסביר:

באופן כללי העסקת נתן זר בישראל אפשרית באחד משני מקרים: האחד, ניתן לנתן הזר ולמעסיקו היתר (הדדי) להעסקה בעיסוק ספציפי; השני, הנתן הזר הפך לאזרח ישראלי, לתושבה או שניתנה לו אשרת שהיה מתאימה למשל במקרים של נישואים לאזרח ישראלי וכיוצ"ב.

מקום בו אדם חושד כי העסקתו של אדם טעונה היתר, כמו במקרה שלפנינו - שהרי, בשל כך פנה המשיב לרעייתו בעניין זה, נדרש הוא לברר מכוח מה רשאי אותו עובד זר לעבוד בישראל בשירותו. האם מכוח שייכותו לקבוצה הראשונה או שמא מכוח שייכותו לקבוצה השנייה. ככל שהשיין הוא לקבוצה הראשונה, נדרש הוא לברר לא רק אם לעובד יש היתר שהייה, אלא גם האם יש לו היתר עבודה לעבוד אצל בן הזוג והאם ההיתר הוא לעיסוק המדובר - במקרה זה עבודת משק בית או פריקת ארגזים. כל שהשיין הוא לקבוצה השנייה, נדרש הוא לברר האם אכן הוצאה לאותו עובד אשרה המלמדת על מעמדו זה, והאם בן הזוג בדק זאת, לרבות את תוקפה של האשרה.

33. דווקא במקרה של המשיב שיש לו ידע וניסיון בהעסקתם של עובדים זרים - הגם שבתחום מסוים בלבד (תאגיד בניה), אך לא רק במקרה שכזה, מצופה היה כי לא יסתפק בבירור השטחי שעשה עם רעייתו. מצופה היה כי המשיב יברר עם רעייתו את כל השאלות העובדתיות המוזכרות בעניין רזון, הגם שלצורך קבלת התשובות לא היתה חובה כי יעמוד על הצגת "האסמכתאות" בכתב ורשאי היה להסתפק בתשובותיה. הימנעות המשיב מפעולות בירור אלה, ולו של חלקן, בנסיבות הללו והסתפקותו בשאלה הכללית בדבר חוקיות העסקתה של העובדת הזרה מלמדים כי המשיב עצם את עיניו נוכח האפשרות כי ההעסקה של העובדת הזרה לא היתה כדין.

34. משהגענו למסקנה כי המשיב לא עשה, בלשון בית הדין האזורי, "את שאפשר" והסתפק בבירור שטחי ולא סביר גם בהינתן כי הוא נערך בין בני זוג - הרי שהמסקנה המתבקשת היא שהוכחה "עצימת עיניים", ומכאן הוכח היסוד הנפשי לביצוע העבירה של העסקת עובד זר ללא היתר בניגוד לחוק.

טענות נוספות של המשיב

35. נוכח המסקנה הנ"ל נותר להתייחס לטענות נוספות שהעלה המשיב - טענות שאין בידנו לקבל:

א. אין לקבל את טענת המשיב לגבי טעות במצב הדברים - שכן, המשיב חשד כי בנסיבות העניין נדרש היתר העסקה להעסקתה של העובדת הזרה. חרף חשד זה הסתפק בבירור שטחי מול רעייתו ועצם את עיניו.

ב. אין לקבל את טענת המשיב כי לא הוכח כי היה מעסיקה של העובדת הזרה. בית הדין האזורי דחה טענה זו תוך שהוא מפנה לכך שהמשיב "קשר עצמו" לעובדת הזרה כשנחקר ביום הביקורת כשדיבר עליה, בין היתר, כעל "עובדת שלנו". מדובר בקביעה עובדתית המבוססת על התרשמות בית הדין מעדותו של המשיב, המעוגנת בראיות ואין מקום להתערב בה. נזכיר כי קיימת חזקה עובדתית, פרי ניסיון החיים והשכל הישר, לפיה כאשר אדם מבצע עבודה באתר מסוים והעבודה שהוא מבצע נחוצה למחזיק באותו אתר, ניתן להסיק כי בין השניים קיימים יחסי עבודה, אלא אם יוכח אחרת^[17]. במקרה שלפנינו החזקה העובדתית לא רק שלא נסתרה, אלא נקבע כי המשיב "קשר עצמו" לעובדת הזרה.

בהקשר זה נציין כי לא מצאנו באי העדתה של העובדת הזרה משום פגם. שכן ממילא, לטענת המשיב סוגיית



ההיתר להעסקת העובדת הזרה התברר בינו ובין רעייתו ולא מול העובדת הזרה. משכך, אין באי העדתה כדי לקפח את המשיב.

הוא הדין בכל הנוגע לטענות המשיב אודות סתירות בגרסאות עדי המדינה. ממילא שאלת הוכחת היסוד הנפשי נבחנה מתוך עדותו שלו.

ג. אין לקבל את טענת המשיב להגנת מן הצדק מן הטעם של אכיפה בררנית. צודק בית הדין האזורי כי לא ניתן להשוות את המקרה של המשיב למקרים שהוזכרו על ידו - ברק-פריאל וויינשטיין, משלא הובאו לפני בית הדין האזורי ראיות שיבססו את התשתית העובדתית הנוגעת לאותם מקרים.

העסקת העובדת הזרה בניגוד לחוק - סיכום

36. לאור כל האמור, עלה בידי המדינה להוכיח כי במשיב התקיימו יסודות העבירה של העסקת עובד זר ללא היתר לפי סעיף 1'ג' לחוק. לפיכך, אנו מרשיעים את המשיב בביצוע העבירה האמורה.

העסקת העובדת הזרה ללא ביטוח רפואי

37. לא היתה מחלוקת על כך שלעובדת הזרה לא הוסדר ביטוח רפואי כמתחייב לפי סעיף 1'ד' לחוק. בכך התקיים היסוד העובדתי של העבירה. גם ביצועה של עבירה זו דורש יסוד נפשי של מחשבה פלילית. בחקירתו הנגדית הודה המשיב כי כלל לא בדק אם נעשה לעובדת הזרה ביטוח רפואי ובכך התקיים גם היסוד הנפשי.

38. אשר על כן, מצאנו להרשיע את המשיב גם בביצוע עבירה של העסקת עובד זר ללא ביטוח רפואי.

סוף דבר

39. לאור המקובץ, המשיב מורשע בביצוע עבירות לפי סעיף 2 (א) לחוק - העסקת עובדת זרה ללא היתר לפי סעיף 1'ג' לחוק, וכן בביצוע בעירה לפי סעיף 2 (ב) (3) לחוק - העסקת עובדת זרה ללא ביטוח רפואי.

40. עניינו של המשיב יוחזר לבית הדין האזורי למתן גזר דין.

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.

לבקשת הצדדים, פסק הדין יישלח אליהם בדואר.

ניתן היום, ג' טבת תשע"ז (01 ינואר 2017) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.



משה טוינה,
שופט

נטע רות,
שופטת

אילן איטח,
שופט, אב"ד

[1] ע"פ (ארצי) 22/06 **מדינת ישראל נ' יעקב רוזן**, (28.3.07) (להלן - **עניין רוזן**).

[2] להבדלים אפשריים בין יסודות העבירה לפי חוק הכניסה לישראל ובין יסודות העבירה לפי החוק ולהבדלים בענישה ראו: רע"פ 6831/09 **פואד טורשאן נ' מדינת ישראל**, (18.7.11) בסעיף 9 לפסק הדין.

[3] ראו הגדרת "עובד זר" בסעיף 1 לחוק.

[4] השוו: ע"פ (ארצי) 25803-06-13 **יעקב יוסף נ' מדינת ישראל**, (20.8.2015) (להלן - **עניין יוסף**) בסעיף 14 לפסק הדין.

[5] ראו למשל: ע"פ (ארצי) 16/06 **שלמה באשר - מדינת ישראל**, (7.12.06); ע"פ (ארצי) 11/06 **יצחק יצחקניא - מדינת ישראל**, (31.12.06); ע"פ (ארצי) 24932-12-11 **מחמוד ברהום נ' מדינת ישראל**, (17.10.13). לעניין היסוד הנפשי הנדרש (מודעות) בעבירה של העסקת עובד זר בניגוד לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב - 1952, ראו: רע"פ 10556/03 **דוד סעדיה נ' מדינת ישראל**, (19.12.04) (להלן - **רע"פ סעדיה**).

[6] השוו: ע"פ (ארצי) 61082-01-15 **מדינת ישראל נ' הוד תדלוק ומסחר בע"מ**, (10.3.16).

[7] **עניין רוזן**; **עניין יוסף** וכן סעיף 20 (ג) (1) לחוק העונשין.

[8] רע"פ 7560/01 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל דימטרי שובין**, פ"ד נט(3) 931 (2004) (להלן - **רע"פ שובין**); להרחבה ראו: ע"פ 7704/13 **יעקב מרגולין נ' מדינת ישראל**, (8.12.2015) (להלן - **ע"פ מרגולין**); א. סלטו, "על העיוורון (המכוון) - יישום הדוקטרינה בדבר 'עצימת עיניים' בהליכים פליליים בבתי הדין לעבודה", **הסנגור** 229 בעמ' 4.

[9] קדמי, **על הראיות** (תש"ע - 2009) (להלן - קדמי) בעמ' 439.

[10] להרחבה ראו: **קדמי** בעמ' 439 - 446.



[11] ע"פ 611/80 מיהראן מטוסיאן' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 85 (14.7.81) (להלן - עניין מטוסיאן).

[12] עניין מטוסיאן.

[13] ע"פ 866/95 אהרון סוסן' מדינת ישראל, פ"ד נ (1) 793 (1996).

[14] בג"ץ 4451/04 יוסף קסטוריאנו נ' כבוד השופטת ח. כוחן, (16.6.2004).

[15] ע"פ 228/87 פנחס בן מנחם כרמינ' מדינת ישראל, פ"ד מב (1) 332 (25.2.88). ראו גם: בג"ץ 8832/16 יוסיבוף נ' שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב, (11.12.16)

[16] השוו: רע"פ סעדיה.

[17] ע"פ (ארצי) 4602-07-14 מדינת ישראל נ' א.י.ל סלע 1991 בע"מ, (19.4.2016) והאסמכתאות הנזכרות שם; וכן ראו סעיף 4 לחוק, שהוסף בתיקון 15 לחוק משנת 2012 ואינו חל על המקרה שלפנינו, ואשר קובע כי "יראו מחזיק במקרקעין כמי שמעסיק עובד זר שנמצא עובד במקרקעין, אלא אם כן הוכיח המחזיק אחרת".