



ע"פ 1723/01/17 - סמדר דרורי גולן, יעקב גולן נגד מדינת ישראל

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 1723-01-17

ניתן ביום 07 אוגוסט 2019

המערערים

1. סמדר דרורי גולן

2. יעקב גולן

-

המשיבה

מדינת ישראל

בפני: סגן הנשיאה אילן איטח, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט מיכאל שפיצר

בשם המערערים - עו"ד אליעזר חזן ועו"ד דפנה שגל

בשם המשיבה - עו"ד שרון פיליפסון

פסק דין

השופט מיכאל שפיצר

פתח דבר

1. בית הדין האזורי תל אביב הרשיע את המערערים, סמדר דרורי גולן ויעקב גולן, בהעסקת עובדת זרה שלא כדין וללא ביטוח רפואי במשך שבועיים, עבירות לפי סעיפים 2(א) ו- 2(ב) (3) לחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991. (השופטת עידית איצקוביץ; הע"ז 13-01-32403 מדינת ישראל נ' דרורי גולן ואח'). הערעור שלפנינו נוגע הן להכרעת הדין והן לגזר הדין, כאשר השאלה המרכזית העומדת לפתחנו היא האם ניתנה הבטחה מנהלית אשר על פיה לא יוגש כתב אישום אלא יוטל קנס מנהלי בלבד, ומה תוקפה והשלכותיה של הבטחה זו. אקדים ואומר כי בניגוד לדעתם של חבריי, לטעמי יש לקבל את הערעור ולהורות על ביטול כתב האישום כנגד המערערים מטעמים של הגנה מן הצדק.

התשתית העובדתית הרלוונטית וכתב האישום

2. על פי עובדות כתב האישום המערערים החזיקו (במועדים הרלוונטיים לכתב האישום) בנכס בתל אביב. בביקורת שנערכה ביום 19.08.2010 נמצא כי המערערים העסיקו בנכס עובדת זרה כאו-פר, בעבודות משק בית וניקיון, במשך כשבועיים, כאשר העובדת מתגוררת בנכס. העובדת, REYES ALICE, לא הייתה בתקופה הרלוונטית אזרחית ישראל או תושבת בה ולא הייתה רשאית לעבוד אצל המערערים שהעסיקו אותה ללא היתר כדין ובלי שהסדירו עבורה ביטוח רפואי כדין.

3. המערערים כפרו באשמה שיוחסה להם בכתב האישום "כפירה כללית" ונשמעו ראיות בתיק. בסיכומיהם טענו המערערים שיש לזכותם, כאשר בפיהם שלוש טענות מרכזיות:

עמוד 1



א. הגשת כתב האישום כנגדם מהווה הפרה של הבטחה מנהלית שניתנה להם ע"י הפקחים שהגיעו לביתם, לפיה במידה וישלחו תצהיר בו יודו במעשה העבירה, הם יקנסו בקנס מנהלי בלבד. לפיכך, עומדת לזכותם הגנה מן הצדק.

ב. עומדת למערערים הגנה של טעות במצב דברים וזאת משום שהעובדת הציגה בפני המערערת אשרת עבודה, ולפיכך סברה המערערת שניתן להעסיקה.

ג. המשיבה לא עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה ולא הצליחה להוכיח מעבר לספק סביר כי העובדת אכן עבדה אצל המערערים וכי היא הועסקה ללא ביטוח רפואי. זאת בין היתר בשל פסילת חלק מהראיות ופגמים בדו"חות הפעולה של המפקחים אשר יש בהם סתירות וטעויות (בין היתר ביחס לפרטי העובדת ולמספר צו החיפוש).

4. המשיבה טענה מנגד כי:

א. לא ניתנה למערערים הבטחה מנהלית מחייבת וכי במידה וניתנה כזאת ניתן להשתחרר ממנה. עוד טענה המשיבה כי משמעותה של הבטחה זו היא ראייתית בלבד וכי גם אם יקבע כי יש לפסול את תצהירי המערערת אשר ניתנו בעקבות ההבטחה, יש די ראיות להרשעת המערערים.

ב. לשם העסקת עובד זר יש לקבל היתר העסקה. למערערים לא ניתן היתר כאמור ולפיכך, אין באפשרותם לטעון לטעות במצב דברים. התנהלותם של המערערים עולה לכל הפחות לכדי עצימת עיניים ביחס לעובדה כי הם מעסיקים עובדת זרה ללא היתר כדן.

ג. אין מחלוקת עובדתית אמיתית בין הצדדים. המערערים הודו במיוחס להם במספר הזדמנויות שונות, ויש די ראיות להוכחת אשמתם.

הכרעת הדין בבית הדין האזורי

5. בית הדין האזורי הרשיע את הנאשמים בקובעו כי הוכחו יסודות העבירה בהסתמכו בין היתר על הודעות הנאשמים והמכתב ששלחה הנאשמת בהתאם להנחיות המפקחים, תוך שהוא דוחה את הטענות בדבר טעויות בפרטי הזהיו של העובדת.

6. ביחס ליסוד הנפשי, קבע בית הדין קמא כי עדות המערערת לפיה הסתמכה על הרישום המטעה בדרכונה של העובדת היא עדות כבושה ולפיכך לא ניתן לתת לה כל משקל. בית הדין קמא קבע כי המערערת לא ציינה בשום שלב בחקירתה כי הסתמכה על הויזה שהוצגה לה ע"י העובדת, ויתרה מזאת היא אף כתבה במכתב אותו שלחה "אני יודעת שעברתי על החוק..." מכאן הסיק בית הדין האזורי כי התקיים במערערת היסוד הנפשי הדרוש להוכחת העבירה.

7. ביחס למערער קבע בית הדין קמא כי בביתו התגוררה במשך שבועיים עובדת אשר סביר שהוא נתקל בה יותר מפעם אחת. הנאשם הודה כי החזות של העובדת היתה "לא ישראלית", ולפיכך מתקיים בו לכל הפחות היסוד של עצימת עיניים ביחס להעסקת העובדת שלא כדן.

8. באשר לטענות הנוגעות להבטחה המנהלית שניתנה ולטענת ההגנה מן הצדק, קבע בית הדין קמא כי עדותו של מר שמש, המפקח שהגיע לבית המערערים, מהימנה עליו. מר שמש העיד כי "אני כמעט בטוח שאמרתי לה את הנושא של תצהיר או מכתב לגבי זה שהיא תודה בהעסקת העובדת הזרה אם זו עבירה ראשונה זה יהיה קנס ואם זו שניה אז כפל קנס". בסעיף 11 לגזר הדין אומר בית הדין קמא "כמו כן, כפי שנאמר בהכרעת הדין, יש להביא בחשבון כי המפקח שהשתתף בביקורת בביתם של הנאשמים אמר מפורשות לנאשמת כי אם היא תודה היא תשלם קנס מנהלי בסך 5,000 ₪" (ההדגשה שלי- מ.ש.) דברים אלה באים בהמשך לנאמר בהכרעת הדין "בענייננו, אני מאמינה שאלה אכן היו הדברים שאמר מר שמש למערערת,



שלפיהם סביר להניח שהעניין יסתיים בקנס מנהלי... עם זאת, קבע בית הדין קמא כי מר שמש איננו בעל הסמכות להבטיח הבטחה כזאת, ולפיכך המשיבה פעלה על פי שיקול דעתה באופן סביר כאשר החליטה בכל זאת להגיש כתב אישום. אף על פי כן, קבע בית הדין כי יש להתחשב באמירתו של מר שמש בעת גזירת הדין.

9. לאחר שהורשעו המערערים, גזר עליהם בית הדין קמא קנס בסך ₪ 8,000 בגין העסקת עובדת זרה שלא כדין וקנס בסך ₪ 4,000 בגין העסקה ללא ביטוח רפואי לכל אחד מהנאשמים, וכן להתחייב להימנע מביצוע עבירות לפי חוק עובדים זרים במשך שלוש שנים.

הערעור

טענות המערערים

הגנה מן הצדק- ההבטחה המנהלית והשלכותיה:

10. המערערים עומדים על טענתם כי ההבטחה המנהלית שניתנה להם מהווה הבטחה מחייבת. לטענתם, שגה בית הדין קמא עת קבע כי למפקחים לא הייתה סמכות להבטיח כי ההליך נגדם יגמר בקנס ללא כתב אישום, וזאת משום שעל פי חוק עבירות מנהליות, תשמ"ו-1985 (להלן: "**חוק עבירות מנהליות**"), הסמכות להטיל קנס נתונה למפקח ורק במידה והמפקח בחר שלא לעשות זאת, נתונה לרשויות התביעה הסמכות לפתוח בהליך פלילי.

11. עוד טוענים המערערים כי במקרה בו לא ניתן להצביע על שינוי נסיבות אשר התרחש לאחר מתן ההבטחה, וכי החזרה מההבטחה מתבקשת עקב שינוי בשיקולי מדיניות שעל התווית מופקדת הרשות עצמה, אין הרשות רשאית לחזור בה מהבטחתה. לטענת המערערים אינטרס ההסתמכות של האזרח גובר, במיוחד במקרה זה, בו שינוי המערערים את מצבם לרעה בעקבות ההבטחה כפי שיפורט להלן.

12. יתרה מזאת, לטענת המערערים אף אם לא ניתן לקבוע כי ניתנה להם הבטחה מנהלית שלא ניתן להשתחרר ממנה, הרי שקמה להם טענת הגנה מן הצדק, זאת בשל התנהגות המשיבה ואינטרס ההסתמכות של המערערים, ומשום שהמשיבה החילה רטרואקטיבית על המערערים את מדיניותה בהגשת כתבי אישום במקום הטלת קנסות מנהליים, תוך פגיעה בלתי סבירה ומידתית במערערים.

13. זאת ועוד, טוענים המערערים כי החלטת המשיבה להעמידם לדין פלילי עולה כדי אכיפה בררנית, ומכאן שעומדת להם טענה נוספת של הגנה מן הצדק. לטענת המערערים בשנת 2010 (השנה בה על פי עובדות כתב האישום הועסקה העובדת הזרה בביתם של המערערים) נפתחו הליכים כנגד 829 מעסיקים, ומתוכם הוגשו לבתי הדין לעבודה 61 כתבי אישום בלבד (כ-7.5%). כמו כן, ביחס ל-33 מעסיקים מתוך אותם 61 מעסיקים שכנגדם הוגשו כתבי אישום, נסגר לבסוף התיק בהמרה לקנס מנהלי, או שההליכים כנגדם הוטלו או עוכבו.

14. כמו כן, אף מעדותו של המפקח, מר שמש, עולה כי המעסיקים אשר נגדם הוגש לבסוף כתב אישום הם מעסיקים אשר מסיבה כלשהי לא הוציאה להם המשיבה הודעת קנס. לטענת המערערים אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים, כאשר מדובר במקרים דומים, היא אכיפה בררנית אשר בגינה יש לזכותם.

15. מוסיפים המערערים וטוענים כי אף אם ייקבע כי לא עומדת להם הגנה מן הצדק, יש לפסול את ההודעות שנמסרו על ידם לאחר מתן ההבטחה ולא ניתן לקבלן כראיה. כמו כן, לטענת המערערים יש לפסול אף את יתר הראיות הנובעות מהמכתבים ששלחה המערערת אשר הושגו שלא כדין.

היסוד העובדתי:



16. המערערים טוענים כי לאחר פסילת הראיות שהושגו ע"י המשיבה בעקבות ההבטחה לא נותרו בידי המשיבה די ראיות להוכחת אשמתם למעלה מכל ספק סביר. לטענתם, נפלו פגמים רבים בראיות המשיבה, וביניהם:
- א. אין כל ראיה המצביעה על כך שהנתינה הזרה שנתפסה בבית המערערים אכן הועסקה ע"י המערערים בעבודות משק בית.
- ב. ישנן סתירות משמעותיות בין עדויותיהם של עדי התביעה ביחס לשאלה מי שילם לעובדת את הכסף שנטען ששולם לה.
- ג. העובדת עצמה לא תושאלה או נחקרה ביחס להימצאותה במקום, והעובדה כי לעובדת הייתה אשרת עבודה לא נבדקה כראוי.
- ד. בדוחות הפעולה של המפקחים נפלו פגמים רבים, לא צוין מספר צו בית המשפט הנכון שעל פיו בוצע החיפוש ואף בפרטי העובדת נפלו שגיאות.

היסוד הנפשי:

17. לטענת המערערים אין מחלוקת ביחס לעובדה שבמועדים הרלוונטיים לכתב האישום הייתה לעובדת אשרת עבודה בתוקף בתחום הסיעוד. לטענתם שגה בית הדין קמא את ביסס את היסוד הנפשי של המערערים על יסוד המכתבים אותם שלחה המערערת ובהם היא מודה בהעסקתה של העובדת הזרה, דבר שנעשה בהסתמך על ההבטחה שניתנה לה כי לא יוגש כתב אישום, הבטחה שהופרה.
18. עוד מוסיפים המערערים כי כבר בשלב חקירת המערערת היא מציינת בפני החוקר שהעובדת אמרה לה שיש לה יזזה וביטוח רפואי, ולפיכך לא מדובר בעדות כבושה.
19. יתרה מזאת, טוענים המערערים כי באשרת השהייה של העובדת היתה משום הטעייה, שכן על גבי האשרה היה כתוב באותיות גדולות "תייר בעל רשיון עבודה" ו"רשאי לעבוד" ורק בצד המסמך ובאותיות קטנות נרשם "סיעודי" בלי כל פירוט לכך שהאשרה נתונה לענף הסיעוד בלבד. בהמשך, טוענים המערערים, שונה פורמט האשרות, וכיום דבר ההגבלה לעבודה בתחום הסיעוד מופיע באופן ברור במרכז האשרה. שינוי צורת הטופס באופן שהדגיש את מגבלות העיסוק, מעיד על כך שאכן הפורמט הישן היה מטעה.
20. עוד מוסיפים המערערים כי אין חובה להחזיק בהיתר על מנת להעסיק "תייר בעל רשיון עבודה", כך לדוגמה העסקת בני זוג זרים של אזרחים ישראלים אשר בדיהם אשרה, מותרת ללא צורך בקבלת היתר מיוחד.
21. ביחס ליסוד הנפשי של המערער נטען כי המערער שאל את אשתו והסתמך על דבריה ולפיכך לא ניתן לראות אותו כמי שעצם את עיניו.

העסקה ללא ביטוח רפואי:

22. ראשית, טוענים המערערים כי משלא הוכחה העסקה שלא כחוק, לא ניתן להרשיעם אף בעבירה הנגררת של העסקה ללא ביטוח רפואי.
23. עם זאת, טוענים המערערים אף לגופו של עניין כי לעובדת היה ביטוח רפואי, אך לא ניתנה להם הזדמנות להוכיח את טענתם משום שהעובדת לא נחקרה ועזבה את הארץ.
24. עוד טוענים המערערים כי הנטל להוכחת העובדה כי לעובדת לא היה ביטוח רפואי מוטל על המשיבה, וזו לא הרימה את הנטל בכך שלא הביאה ראיות לעניין זה.
25. יתרה מזאת, לטענת המערערים אף היסוד הנפשי ביחס לעבירה זו לא התקיים, משום שהמערערת



שאלה את העובדת ביחס לביטוח הרפואי, וזו כאמור השיבה לה שיש בידה ביטוח שכזה, והיא הסתמכה על תשובתה.

טענות המשיבה

הגנה מן הצדק- ההבטחה המנהלית והשלכותיה:

26. טוענת המשיבה כי ככל שניתנה למערערת הבטחה מפי המפקח שמש על פיה יושת עליה קנס מנהלי בלבד, לא מדובר בהבטחה מנהלית מחייבת, זאת משום שהיא לא ניתנה בכתב, היא אינה ברורה ומפורשת, וניתנה ללא סמכות. על פי חוק עבירות מנהליות הסמכות להחליט אם יוגש כתב אישום אם לאו, נתונה לתובע בלבד.
27. מכתביה של המערערת נכתבו מרצונה החופשי ולאחר שניתנה לה הזכות להיוועץ בעורך דין. בקשתה של המערערת שלא להיחקר ביום הביקורת אלא לממש את זכות ההיוועצות מעידה כי לא הסתמכה על אמירותיו של המפקח שמש.
28. פרט למערערת, איש מן הנוכחים במקום במהלך הביקורת לא שמע את ההבטחה שכביכול ניתנה. המערער העיד כי לא שמע את ההבטחה אך הסתמך על דברי המערערת. המפקח דנון העיד כי לא שמע הבטחה שכזו, ואף העד שמש עצמו העיד כי הוא לא זוכר את המקרה הספציפי אם כי זו הייתה התנהלות נהוגה.
29. גם אם אכן ניתנה הבטחה מנהלית, הרשות רשאית להשתחרר ממנה וזאת משום שההחלטה להעמיד לדין פלילי מצויה בליבת שיקול הדעת של התביעה. במקרה הנדון, נשקלו כלל השיקולים וההחלטה שהתקבלה היא החלטה סבירה אשר אין להתערב בה.
30. במידה ויקבע כי אכן ניתנה הבטחה מנהלית מחייבת הרי שתוצאתה היא פסילת מכתביה של המערערת ותו לא. גם ללא מכתבים אלו, יש די ראיות להוכחת העבירות המיוחסות למערערים. כמו כן, לטענת המשיבה מדובר בטענה כבושה וזאת משום שהיא נטענה בשלב מאוחר בהליך ולאחר מתן המענה לאישום.
31. המערערת לא שינתה את מצבה לרעה בעקבות ההבטחה, וזאת משום שלא מסרה כל הודעה במעמד הביקורת אלא מימשה את זכותה להיוועץ בעורך דין טרם חקירתה.
32. המערערת לא הזכירה את ההבטחה שניתנה לה עד לשלב מאוחר בניהול התיק ולפיכך מדובר בעדות כבושה. הנושא לא הוזכר במכתביה, בחקירתה, ובמענה לאישום שניתן על ידה.
33. לטענת המשיבה, לא היה שינוי מדיניות משמעותי ביחס לנהלי האכיפה והמערערים הועמדו לדין בהתאם לנהלי האכיפה שהיו נהוגים במועדים הרלוונטיים לכתב האישום. לפיכך, לא החילה המשיבה על המערערים נהלי אכיפה מחמירים למפרע.
34. כמו כן, לטענת המשיבה על המערערים מוטל הנטל להוכיח כי במקרים דומים למקרה שלפנינו מבחינת הנסיבות והראיות נמנעה המשיבה מהגשת כתבי אישום. לטענת המשיבה המערערים לא עמדו בנטל זה ולא הביאו אף לא דוגמה אחת למקרה מעין זה.

היסוד העובדתי:

35. טוענת המשיבה שהמערערים הודו בפני בית הדין קמא בהעסקת העובדת כאופר ובכך שהיא לנה בביתם. כמו כן, הודו המערערים כי לא ניתן להם היתר להעסקת עובד זר. המערערת אף הודתה בכך שהיא שילמה לעובדת את שכרה. משהודו המערערים בעובדות אלו בפני בית הדין קמא, אין כל



נפקות לשאלה האם העובדת נראתה עובדת ממש בעת הביקורת אם לאו.
36. כמו כן, ביחס לפגמים שנפלו בדוחות הפעולה של המפקחים קבע בית הדין קמא כי מדובר בטעות טכנית אשר לא מנעה מהמערערים את האפשרות להתגונן, ובדין קבע כך.

היסוד הנפשי:

37. בית הדין קמא קבע כי עדותה של המערערת אשר טענה כי הסתמכה על הדרכון של העובדת איננה מהימנה. מדובר בעדות כבושה אשר אף אם היא נכונה, אין בה כדי לסייע למערערת אשר לא החזיקה בהיתר העסקה כנדרש.
38. ביחס למערער, קבע בית הדין קמא, כי מסר אמירות סותרות ביחס למידת מעורבותו בהעסקת העובדת, וכי העובדת לנה בביתו במשך שבועיים ולפיכך אין זה סביר שהוא לא בדק את מעמדה ואם אכן כך, הרי שעצם את עיניו ומתקיים בו היסוד הנפשי הנדרש.

העסקה ללא ביטוח רפואי:

39. החובה לבטח את העובד בביטוח רפואי מוטלת על פי החוק על המעסיק ולא על העובד. המערערים לא הציגו כל ראיה לכך שהם עמדו בדרישות החוק וביטחו את העובדת ולפיכך ניתן להרשיעם גם בעבירה זו.

דין והכרעה

ההבטחה המנהלית- כללי

40. בית הדין קמא קבע כי מעדותו של מר שמש עולה כי אכן ניתנה על ידיו הבטחה למערערת שלא יוגש נגדה כתב אישום. כזכור, מר שמש העיד בחקירתו בפני בית הדין קמא כך: **"אני כמעט בטוח שאמרתי לה את הנושא של תצהיר או מכתב לגבי זה שהיא תודה בהעסקת העובדת הזרה. אם זו עבירה ראשונה זה יהיה קנס ואם זו שניה אז כפל קנס"**. בהתייחסו לאמור קבע בית הדין קמא כך: **"טענה נוספת שהעלה ב"כ הנאשמים היא כי בענייננו ניתנה הבטחה מנהלית על ידי מר שמש לנאשמת במועד הביקורת, כאשר הציע לה להודות בהעסקה ולקבל קנס בסך של 5,000 ₪. מר שמש בחקירתו בדיון אישר כי אלה היו (פחות או יותר) דבריו... בענייננו, אני מאמינה שאלה אכן היו הדברים שאמר מר שמש למערערת, שלפיהם סביר להניח שהעניין יסתיים בקנס מנהלי..."** מהאמור עולה כי גם אם נראה לכאורה שיש אי התאמה בדברי בית הדין בהכרעת הדין לפיו אמר שמש למערערת ש"סביר להניח" שאם תודה העניין יסתיים בקנס, הרי שבגזר הדין חידד בית הדין את הדברים שנאמרו בהכרעת הדין בצורה שאינה משתמעת לשני פנים. באומרו **"כמו כן, כפי שנאמר בהכרעת הדין, יש להביא בחשבון כי המפקח שהשתתף בביקורת בביתם של הנאשמים אמר מפורשות לנאשמת כי אם היא תודה היא תשלם קנס מנהלי בסך 5,000 ₪"**.

מר שמש בעדותו השיב פעמיים לשאלות בנושא זה.

"ש. בעניין הזה - הנאשמת אומרת שזה מה שבאמת היה באותו אירוע שאמרו לה לכתוב מכתב ושזה ייסגר".

ת. אם זה מה שאמרה והיא אמרה שאני אמרתי את זה אז הסיכוי מאד גבוה שכן אמרתי את זה" עמ' 11 לפרוטוקול ש' 4-7. ההדגשה שלי - מ.ש)



ולהלן בש' 11 - 15 שב מר שמש על הדברים באמרו:

**"ש. אני רוצה להפנות אותך - מי שחקר אותם זה חברך יצחק דנון והוא נתן להם מספר פקס להעביר את המכתב שאמרת שיש אפשרות לסגור בקנס מנהלי. האם תוכל להסביר מה אמרת בדיוק?
ת. אני כמעט בטוח שאמרתי לה את הנושא של תצהיר או מכתב לגבי זה שהיא תודה בהעסקת העובדת הזרה אם זו עבירה ראשונה זה יהיה קנס ואם שניה אז כפל קנס".**

נוסיף כי גם מקריאת הדברים עולה המסקנה שאמירתו של שמש "סביר להניח", מתייחסת לעצם האמירה ולא לתוכנה הגם שכאמור בית הדין ראה נכוחה את הדברים וקבע עובדתית שאכן נאמר למערערת שאם תודה, יגמר העניין בקנס. נציין שמשמש משתמש במילים "סיכוי מאד גבוה" ו"כמעט בטוח" שהם כשלעצמם מצביעים על ודאות כמעט מלאה על עצם ההבטחה ועל תכנה.

מכל מקום נראה כי בית הדין קמא נתן אמון בעדותו של מר שמש, ומהעדות עולה כי מר שמש אמר את הדברים לפיהם במידה והמערערת תודה בהעסקת העובדת, בעבירה ראשונה יושת עליה קנס של 5,000 ₪ ובעבירה שניה כפל קנס. זאת במיוחד נוכח העובדה שאף ממכתבה של המערערת עולה כי להבנתה באמצעות שליחת המכתב ותשלום הקנס היא יכולה להימנע מחקירה בעניין, וכך כתבה המערערת במכתבה מיום 20.07.11: **"...הייתי רוצה לשלם את הקנס עבור עבירה זו ולהימנע מחקירה..."**

41. נציין כי אף בתיאור המקרה שכתב המפקח דנון ביום הביקורת נכתב כי **"לציין כי נמסר לסמדר**

דרורי גולן טלפון ומס פקס ע"מ שתוכל לשלוח תצהיר בפקס". המערערת נשאלה על כך הן

בחקירתה הראשית והן בחקירתה הנגדית. בחקירה הראשית:

"ש: הפקח דנון אמר שיתן לך פקס שתשלחי תצהיר?"

ת: הוא אמר לי ולא רק הוא. הוא וגם מר שמש אמרו לי שברגע שאני כותבת ואפילו הכתיבו לי מה להגיד כי מעולם לא הייתי בסיטואציה כזו. הגיעה כמות אנשים כאילו תפסו מחבל מספר 1. הם אמרו לי שאני אכתוב כדי לקבל קנס 5000 ₪. הם הכתיבו לי מילה במילה." (ההדגשה שלי- מ.ש.)

ובחקירתה הנגדית השיבה:

"ש: נכון שהמכתב שהכתיבו לך לא נמצא כאן היום?"

ת: שוב. הוא לא נמצא פה היום כי אני לא ידעתי מה אני אמורה לעשות איתו. אני הייתי בידם ולא ידעתי שאני צריכה לשמור את זה. הייתי בסיטואציה מאוד מבוהלת. ממש אמרו לי מה לכתוב כדי שהקנס יהיה 5000 ₪ ורציתי לגמור עם הסיפור הזה." (ההדגשה שלי- מ.ש.)

בהמשך נשאלה הנאשמת, מדוע לא ציינה את דבר ההבטחה בחקירתה:

"ש: לא כתוב בחקירה ולא אמרת שהבטיחו לך קנס?"

ת: אולי אמרתי והם לא כתבו"

42. מהדברים עולה בבירור כי במהלך הביקורת אמרו המפקחים לנאשמת כי במידה ותודה בהעסקת

העובדת הזרה יוטל עליה קנס מנהלי בלבד. העובדה שהמערערת ידעה לפרט את סכום הקנס - 5,000 ₪ ואת העובדה שבמקרה של עבירה נוספת יוטל כפל קנס, עולה בקנה אחד עם עדותו של שמש. עוד נציין כי המאשימה כלל לא טענה בפני בית הדין קמא כי ההבטחה לה טוענים המערערים לא ניתנה, וטעון מעין זה נטען רק לפנינו.

43. אמנם אמת הדבר, המערערת לא פרטה אודות ההבטחה שניתנה לה עד לעדותה בבית הדין קמא.

אך לדעתנו נתונה חשיבות מכרעת לכך שזו למעשה הייתה הפעם הראשונה בה נשאלה אודות הבטחה זו. כמו כן, הן ממכתבה מיום 20.07.11 והן מהמזכר שכתב המפקח דנון מיום 26.07.11 (מ/11) עולה בבירור כי להבנת המערערים עצם העובדה שהמערערת שלחה תצהיר בו היא מודה



בהעסקת העובדת אמור היה לפטור אותם מהתייצבות לחקירה. כלומר, גם אם עצם נתינת ההבטחה לא צוינה במפורש, ניתן להבין כי למערערים הייתה ציפייה כי התצהיר שנשלח יפטור אותם מחקירה, וזאת בעקבות ההבטחה שנתן מר שמש למערערת.

44. בית המשפט העליון קבע זה מכבר את התנאים על מנת שהבטחה שניתנה ע"י הרשות תהיה הבטחה מנהלית מחייבת. נקבעו ארבעה תנאים: ההבטחה ניתנה ע"י בעל הסמכות לתתה, הייתה לנותן ההבטחה כוונה להקנות לה תוקף משפטי, נותן ההבטחה הוא בעל יכולת למלא אחריה, ואין צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה. ראו ע"א 9073/07 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ (03/05/12):

"עיקרון ההגיונות השלטוני הצמיח במשפט הישראלי כבר לפני כארבעים שנים את מוסד ההבטחה המינהלית. יסודותיו הונחו בפסק הדין בבג"ץ 135/75 סאי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד (1) 673 (1975) אך תוקפה המחייב של הבטחה מינהלית הותנה בכך שנותן ההבטחה היה בעל סמכות לתיתה; הייתה לנותן ההבטחה כוונה להקנות לה תוקף משפטי; נותן ההבטחה הוא בעל יכולת למלא אחריה; ואין צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה (ראו: בג"ץ 142/86 "דישון" כפר שיתופי להתיישבות חקלאית נ' שר החקלאות, פ"ד מ(4) 529, 523 (1986); בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5)"

45. בין הצדדים נטושה מחלוקת בשאלה האם המפקח, מר שמש, היה מוסמך להבטיח את שהבטיח. סעיף 8 (א) לחוק עבירות מנהליות קובע כך: **"היה למפקח או לרשם יסוד סביר להניח כי אדם עבר עבירה שדינה קנס מינהלי קצוב לפי סעיף 2(ב) או סעיף 2(ג), רשאי הוא להטיל עליו את הקנס המינהלי שנקבע לאותה עבירה."** בהמשך, סעיף 15 לחוק עבירות מנהליות קובע: **"קביעת עבירה כעבירה מינהלית אין בה כדי לגרוע מסמכותו של תובע להגיש בשלה כתב אישום, כאשר הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת מטעמים שיירשמו, ובלבד שטרם נמסרה הודעה על הטלת הקנס."**

46. מלשון החוק עולה בברור כי הסמכות להחליט אם להגיש כתב אישום אם לאו נתונה לתובע ולו בלבד. עם זאת, הסמכות הראשונית להחליט על הטלת קנס מינהלי היא בידי המפקח, במידה וזה החליט להטיל קנס מנהלי ואף מימש את החלטתו.

47. בעניינו מר שמש העיד בחקירתו הנגדית על הסמכות שנתונה לו ועל אופן הטלת הקנס בידי המפקחים:

"ת:.... עד מקרה ברק ברגע שהיינו מטפלים בתיק היינו מטילים קנס מנהלי. טכנית הייתי אומר שיש עבירה וצריך לבצע פעולות וזה היה עובר לאדם שהיה בעצם הסמכות שהוא חותם על הקנס עצמו. הוא גם היה מפקח. בזמנו היה נאיף. הסמכות להטלת קנס על פי חוק היא של מפקח מוסמך. דרך המלך היתה קנס מנהלי למעט במידה וזו עבירה שלישית או שזה כמות שמעל 10 שזה ממש חריג כמעט ולא נתקלתי בתופעות כאלה."

ובהמשך בחקירה החוזרת העיד מר שמש כך:

"ש: האם היו לך מקרים שאתה העברת תיקים למחלקה המשפטית?"

ת: מעולם לא העברתי שום תיק בנושא העסקה של עובד זר למחלקה המשפטית בנושא הפרדה לגבי מנהלי השאלה אם יש קנס מנהלי או עבירה מנהלית.

ש: מהי הסמכות שלך?



ת:ברגע שיש לי ראיות של העסקה בלתי חוקית וכל מה שמשמע מכך אם זה בטוח רפואי או דבר אחר אז הייתי ממלא טופס שהכותרת שלו הייתה קנס מנהלי ואת סעיפי העבירה. את כל מה שיש בתוך התיק אם זה עדות תע"ץ וכל מה שיש בתיק. זה היה מועבר לבחור בשם דודו. דודו היה מפקח. הוא היה מטיל את הקנסות טכנית, מעביר את התיק עם הקנס לבחור בשם זאביק שהוא גם היה מפקח והוא היה שולח את הקנס לנכנס או לנכנסת."

48. הנה כי כן, הסמכות להטיל קנס מנהלי על פי החוק נתונה למפקח. מהעדויות עולה כי סמכות זו הופעלה על ידי המפקחים וניתנו קנסות מנהליים על בסיס תצהירים של נאשמים בפועל, ומבלי שהמפקחים התייעצו עם המחלקה המשפטית או עם תובע. לאור האמור נראה כי הבטחתו של שמש, לפחות על פי הבנתו, ניתנה בסמכות לאור אופן יישום הדברים, ובידי מי שהייתה לו היכולת למלא אחריה. מעדותו של מר שמש אף עולה כי הוא פעל כך כדבר שבשגרה וכי כוונתו הייתה גם במקרה זה לממש את הבטחתו.

49. אמנם אמת הדבר, מר שמש העיד כי הנוהג באותה עת היה להעביר את התיק למפקח אחר אשר היה מטיל את הקנסות בפועל, אך מנקודת מבטה של הנאשמת, כאשר מגיע המפקח לביתה כאיש מוסמך ומבטיח הבטחה מסוג זה ניתן לסמוך עליו, ואין תימה שהמערער נתנה אמונה בהבטחתו של מר שמש. במיוחד שעה שהבהיר לה מר שמש כי אם מדובר בעבירה ראשונה יוטל קנס מנהלי וככל שמדובר בעבירה שניה יוטל "כפל קנס", ולא יוגש כתב אישום, כך שניתן להבין את הלך מחשבתה, שבהודאה כנגד הקנס יסתיים ההליך.

50. ער אני לקביעות בדבר סמכותו של המפקח בע"פ 41938-11-16 קוברינסקי נ' מדינת ישראל (11.07.19) שם סברתי שיש להותיר את שאלת גדרי סמכותו של מר שמש ב"צריך עיון". אך המקרה שלפנינו שונה מהותית מהמקרה שנידון בפרשת קוברינסקי. במקרה שלנו, בניגוד לפרשת קוברינסקי, ניתנה למערער הבטחה כי במידה והיא תשלח מכתב בו היא מודה בהעסקת העובדת הזרה יוטל עליה קנס מנהלי בלבד (דבר שנתון לסמכותו של מפקח), המערער הסתמכה על הבטחה זו, הודתה בהעסקת העובדת ושיתנה את מצבה לרעה בעקבות ההבטחה, באופן ממשי, בעוד שבעניין קוברינסקי נקבע כי לא היתה הסתמכות על דבריו של מר שמש שאף נאמרו באופן שלא התכוון ליצור הבטחה כלשהי.

51. האם ישנה הצדקה חוקית לאפשר לרשות להשתחרר מההבטחה? בבג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ (2) 393 (1986) (להלן: "פרשת ארביב") קבע בית המשפט העליון מתי הרשות תוכל להשתחרר מהבטחתה בהליך פלילי (ובאותו מקרה מעסקת טיעון), וכך נקבע:

"כמו כל התחייבות שלטונית, גם התחייבויותבתחום הדין הפלילי - לרבות עיסקאות טיעון - אינן התחייבויות מוחלטותאלא יחסיות. רשאית המדינה ורשאי תובע להשתחרר מחובתם, אם אינטרס הציבור דורש זאת..."

52. בהמשך מבקש בית המשפט העליון לתת בידי רשויות התביעה כלים לשקול מתי מתקיים אינטרס ציבורי המאפשר חזרה מהבטחה:

"אכן, בקצה אחד של הקשת מצויים המקרים, שבהם הנאשם מילא את מלוא חלקו בעסקת הטיעון, ואילו מבחינת התובע לא חל כל שינוי בנסיבות. במצב דברים זה אין, בדרך כלל, אינטרס ציבורי בהשתחררות מעסקת הטיעון (ראה . State v[23](1974 kuchenreuther). נהפוך הוא: האינטרס הציבורי, המבוסס על הצורך להבטיח את



אמון הציבור במערכת השלטונית ועל הצורך להבטיח הגינות והגנה על האינטרסים של הנאשם, מחייב קיום ההבטחה, הכלולה בעיסקת הטיעון (ראה [24] (1971) *santobello v. New york*).

בקצה האחר של הקשת מצויים המקרים, שבהם הנאשם טרם מילא את חלקו בהסכם, ואילו מבחינת התובע חלו שינויים מהותיים בנסיבות, כגון שנתגלה חומר ראיות חדש, שיש בו כדי לבסס לכאורה אישום חמור הרבה יותר כנגד הנאשם. במצב דברים זה עשוי להתקיים אינטרס ציבורי בהשתחררות מעיסקת הטיעון. אינטרס זה מתבסס בעיקרו על הצורך להגשים את המשפט הפלילי מזה ועל העדר פגיעה באינטרס ההסתמכות של הנאשם מזה."

53. אמנם בפרשת **ארביב** נקבע כי יש לאפשר לתביעה לחזור בה מעסקת הטיעון. אולם בהתאם לעקרון שהתווה בית המשפט העליון בפרשת **ארביב**, בבג"ץ 492/11 **יחיא טורק נ' פרקליט המדינה** (27/03/11), קבע בית המשפט העליון כי גם אם הנאשם טרם מילא את חלקו בעסקה, על התביעה להראות כי חל שינוי בנסיבות האובייקטיביות ואין די במחשבה מחודשת או שינוי בזהות הגורם המחליט. לפיכך נקבע כי על המדינה לעמוד בהתחייבותה.

השלכותיה של ההבטחה המנהלית

54. מהן השלכותיה של ההבטחה שניתנה? לטענת המערערים הפרת ההבטחה צריכה להוביל לביטול כתב האישום וזיכוי המערערים מטעמי הגנה מן הצדק. המשיבה מצידה טוענת כי השלכותיה של ההבטחה הן, לכל היותר, פסילת המכתבים ששלחה המערערת טרם חקירתה.

55. המערערים סומכים טענותיהם על שני פסקי דין, האחד של בית משפט השלום בטבריה, והשני של בית הדין האזורי לעבודה בבאר שבע:

בת"פ (טבריה) 2309/04 **מדינת ישראל נ' בכר אבראהים** (08.06.2005) נקבע כך-

"נוכח מעשה הרשות השערורייתי, אשר במהלכו ניתנה הבטחה לנאשם כי לא יועמד לדין, ולאורו מסר הנאשם את האקדח לידי רכז המודיעין, נדחה האינטרס הציבורי של העמדת הנאשם הספציפי לדין וגובר האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות... מעשה הרשות, המתכחשת להבטחה המפורשת שניתנה כרוכה בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. לא ניתן לרפא את הפגם שנפל באמצעים אחרים מתונים יותר או מידתיים אחרים.

המסקנה המתבקשת היא כי יש לבטל את הכרעת הדין המרשיעה ולזכות את הנאשם, וכך אני מורה."

56. עניין נוסף אותו מזכירים המערערים נדון בת"פ (ב"ש) 1352/08 משרד התמ"ת מחלקה משפטית נ' יוסי כח אדם אילת בע"מ (24.06.2009). בהקשר זה נציין כי מדובר ב"גלגול שני של ההליך" שעה שכבר נדון ערעור החברה - יוסי כח אדם בע"מ, על החלטת התמ"ת לשלול את רישיונה לפעול כקבלנית כח אדם, על רקע עבירות שבוצעו על ידה. בבית הדין הארצי הודיעה המדינה כי נשקלת הגשת כתב אישום נגד החברה ושכל עוד לא תתקבל החלטה בעניין לא תוכל החברה להגיש בקשה לקבלת רישיון. יחד עם זאת הודיעה המדינה שהחלטה בדבר הגשת כתב אישום תתקבל בתוך שלושה חודשים ובמידה ויוחלט להגיש כתב אישום הרי שהדבר יעשה בתוך חודשיים נוספים ובדיעבד הוגשו כתבי אישום באיחור תוך הפרת הבטחה זו. על כך אמר בית הדין האזורי:

"כפי שפורט לעיל, הגשת כתבי האישום תוך הפרת התחייבות המדינה מונעת הליך משפטי ראוי והוגן. אם נאפשר זאת, אזי נתיר למדינה לנהל הליך משפטי בלא כללים ובלא גבולות. אין לאפשר למדינה להתנער מהתחייבות שנתנה, ונהפוך הוא; יש לשגר מסר ברור וחד משמעי, לפיו המדינה חייבת לכבד את הכללים המחייבים בהליך משפטי,



קל וחומר שעליה לכבד התחייבות שהיא עצמה נתנה. עסקין בהתחייבות חד משמעית וברורה, ממנה ניסתה המדינה להתנער. ואם עשתה כך - זהו תפקידו של בית הדין לעמוד בשער; להגן על זכותם של הנאשמים להליך הוגן, להגן על אינטרס הציפיות וההסתמכות של הנאשמים, ולמנוע פגיעה באמון הציבור בהליך הפלילי. לאור כל האמור לעיל, אני מקבל את הבקשה ומבטל את כתבי האישום."

57. אכן מדובר בקביעות חד משמעיות שבנסיבות בהן ניתנה הבטחה שלא להגיש כתב אישום וחרף זאת כתב אישום הוגש, יש לבטל את כתב האישום כנגד הנאשמים מכוח הגנה מן הצדק. נקדים ונאמר, כי תמימי דעים אנו שבצורך לאזן בין חומרת העבירה מזה, וההבטחה מזה, הן ביחס למסירת אקדח ע"י החשוד והן ביחס להבטחה שלא להגיש כתב אישום במהלך תקופה של מס' חודשים (ולא כמו במקרה שלפנינו בו ההבטחה היתה מוחלטת) גדול משקלה של הגנה מן הצדק והחובה לקיים את ההבטחה.

58. יודגש כי לצורך החלת הדוקטרינה של ההגנה מן הצדק אין חובה לקבוע כי ההבטחה היא הבטחה מנהלית מחייבת אשר ניתנה בסמכות. כך גם בעניין **בכר אברהם** שהובא לעיל, קציני המשטרה שהבטיחו לנאשם כי לא יועמד לדין עשו זאת בחוסר סמכות ומבלי לקבל את אישור הפרקליטות. לפיכך, אף אילו היינו מגיעים למסקנה כי ההבטחה של המפקח שמש ניתנה בחוסר סמכות היה מקום לבחון את החלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק גם במקרה שלנו. במיוחד נוכח העובדה שמנקודת מבטה של המערערת ניתנה לה הבטחה מפי גורם מוסמך. כפי שיובהר להלן, בחינת החלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק היא בחינה תוצאתית- יש לבחון את מידת הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות. נסקור להלן את המצב המשפטי ביחס לטענת הגנה מן הצדק ואת יישומה על המקרה שבפנינו.

הגנה מן הצדק- המסגרת הנורמטיבית

59. דוקטרינת ההגנה מן הצדק במשפט הישראלי היא יציר הפסיקה והוכרה לראשונה בע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל** פד"י נ (2) 353 (1996) (להלן: "פס"ד יפת"). בפס"ד יפת נקבע מבחן מצמצם להחלת הדוקטרינה למקרים חריגים וקיצוניים בלבד.

"... המבחן הקובע כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן "ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשגרה ובענייני דיומא סתם..."

60. בהמשך, הרחיב מעט בית המשפט העליון את הדוקטרינה וקבע מבחנים להחלתה, בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ**, נט (6) 776 (2005), בשל חשיבותם של מבחנים אלו, יובאו כאן הדברים במלואם:



"שאלת החלטה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה בת שלושה שלבים. בשלב ראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות. בשלב זה, נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו לנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם, וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך, למשל, ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין; וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות;

בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שהתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע, כי תיקון הפגיעה יכול שייעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים."

61. מספר שנים לאחר שהוכרה הדוקטרינה בפסיקה, אימץ המחוקק את הדוקטרינה ותוקן חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: **החסד"פ**) כך שכחלק מהטענות המקדמיות, יכול הנאשם לטעון גם להגנה מן הצדק. ובלשון החוק (סעיף 149(10) לחסד"פ): **"לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן...הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגנות משפטיות."** בית המשפט העליון ראה בתיקון החוק, אימוץ הדוקטרינה כך שהמבחנים שנקבעו בפס"ד **בורוביץ** ימשיכו להנחות אותנו (ראו רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי** (31.10.18) (להלן: **עניין ורדי**) וראו גם: ע"פ (ארצי) 14/07 **מדינת ישראל משרד התעשייה המסחר והתעסוקה נ' הום סנטרס (עשה זאת בעצמך) בע"מ** (22.11.07)).

62. פסק הדין בעניין **ורדי** ניתן לפני חודשים ספורים והוא מסכם את ההלכה בנושא הגנה מן הצדק תוך שהוא קובע 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 המנהלי. (ההדגשה שלי- מ.ש.)
(יצוין כי בין השופטים בבית המשפט העליון היתה תמימות דעים בנושא העקרוני והתגלעה מחלוקת בסוגייה שעלתה לדין ושאלו לה רלוונטיות לענייננו).

63. בספרו "הגנה מן הצדק" דן ישגב נקדימון בשאלה מתי ראוי יהיה להפעיל את דוקטרינת ההגנה מן הצדק בגין הסתמכות על התחייבות, מצג או החלטה שלטוניים שלפיהם לא יובא הנאשם בפלילים, תוך ציפייה לקיומם של ההתחייבות, המצג או ההבטחה (ראו: ישגב נקדימון הגנה מן הצדק (מהדורה שנייה, 2009) בעמ' 284-286). נקדימון קובע שלושה מבחנים להחלת הדוקטרינה:

- א. קיומם של התחייבות, מצג או החלטה מצד הרשות שלפיהם הנאשם לא יועמד לדין.
- ב. הייתה לנאשם ציפייה סבירה כי ההתחייבות, המצג, או ההחלטה האמורים יקוימו, ואם הוא הסתמך עליהם ושינה את מצבו על יסודם.
- ג. הסתמכותו של הנאשם על ההתחייבות, המצג או ההחלטה וציפייתו לקיומן צריכות להיות סבירות.
- ד. לנוכח ההסתמכות על ההתחייבות, המצג או ההחלטה, ולנוכח הציפייה הסבירה לקיומן, ההעמדה לדין סותרת את עקרונות הצדק וההגינות.

64. נקדימון מעיר כי יש לבחון "...אם תפקידה של הרשות או של בעל התפקיד שבה מקימים באופן סביר בסיס להנחה כי הם מוסמכים לעשות את ההתחייבות, המצג או ההחלטה. עם זאת לא בכל מקרה צריכה אי-התקיימותו של מבחן זה להכשיל את טענת ה"הגנה מן הצדק" של הנאשם. וכי "...על פי הדין באנגליה, גם כאשר מדובר בהתחייבות בלתי מוסמכת שלא להעמיד לדין עשויה דוקטרינת ההגנה מן הצדק (ובאנגליה: דוקטרינת ה-"Abuse of Process") לבוא לעזרת הנאשם, אשר הסתמך על המצג השלטוני ושינה את מצבו לרעה בעקבותיו. ((R.v. Croydon Justices, ex p. Dean [1993] 3 All E.R. 129 (Q.B))

65. יוער כבר עתה, שבהתאם ללשון החוק יש להעלות את הטענות בדבר ההבטחה המנהלית והגנה מן הצדק כבר בשלב פתיחת המשפט. העובדה כי טענה זו מועלית רק בשלב מאוחר ולאחר המענה לאישום עומדת לרועץ. עם זאת, סעיף 151 לחסד"פ קובע כי "לא טען הנאשם טענה מקדמית בשלב זה, אין בכך כדי למנוע מלטעון אותה בשלב אחר של המשפט..." (ראו למשל: ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (21.10.07); וכן: ע"פ (ת"א) 15757-04-11 מדינת ישראל נ' מרדכי גרינוולד (18.06.12)).

66. כך נקבע גם בעניין בכר אברהמים בו טען הנאשם להגנה מן הצדק רק בשלב הטיעונים לעונש ולאחר שכבר הורשע. בית המשפט באותו עניין קבע כי: **"טענת הגנה מן הצדק היא במהותה, טענה מקדמית אשר רצוי להעלותה בפתח הדין. הנאשם העלה את טענתו בשלב של הטיעונים לעונש. הגם שמדובר בשלב מאוחר של המשפט, שלב בו הנאשם כבר הורשע, לא יאזנה זה צורך לחסום דרכו של הנאשם בטענה פרוצדורלית. עשית צדק יפה לכל שעה, גם אם נעשית היא באיחור מה."**

67. שונים הדברים בענייננו שכן כבר בדיון הראשון בפני בית הדין קמא, ביום 22.10.13 הודיע ב"כ המערערים כי בכוונתו להגיש בקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ. בבקשה שהוגשה לאחר מכן ביום 25.02.14 ציין ב"כ המבקשים כי בכוונתו לטעון להגנה מן הצדק בשל אכיפה בדרנית. רק לאחר מכן ניתן המענה לאישום בו כפרו הנאשמים מעובדות כתב האישום. בהמשך, בדיון מיום 23.03.15 טען ב"כ הנאשמים כי: **"הנאשמים מבקשים לשלם קנס מנהלי כיון שלא היתה פה הודעת קנס ואני טוען שבמקרים אחרים בנסיבות זהות המאשימה הסכימה..."** בתגובה ציינה ב"כ המאשימה כי: **"...שמורה לחברי לטעון להגנה מן הצדק גם בשלב הסיכומים..."**



68. אכן, בשלב הסיכומים טענו הצדדים בהרחבה בשאלה האם יש לבטל את כתב האישום נגד הנאשמים מחמת הגנה מן הצדק. הטענות הועלו הן ביחס לאכיפה בררנית והן ביחס להבטחה שניתנה. יודגש כי המאשימה בסיכומיה לא טענה לשיהוי בהעלאת הטענה להבטחה שניתנה, ואף לא טענה כי עדותו של מר שמש אינה מהימנה וכי הבטחה מעין זו לא ניתנה, אלא שלא היתה לו סמכות לתיתה.

חוק עבירות מנהליות

69. כאמור, סעיף 15 לחוק עבירות מנהליות מקנה לתובע סמכות להגיש כתב אישום גם בעבירות מנהליות וזאת במידה והנסיבות מצדיקות זאת ומטעמים שירשמו.

מטרת החוק כפי שפורש בפסיקה היא "מתן אפשרות למי שעבר עבירה מינהלית לשאת בתשלום קנס מתאים בלא שיוכתם בכתם של מי שעבר עבירה פלילית... לפיכך, בצד היתרון של הקנסות המינהליים בהקטנת העומס של ניהול משפטים בגין עבירות אלה המוטל על התביעה ועל בתי המשפט, נמנעת גם הדבקות תווית של הרשעה בפלילים על מי שעבר עבירה מינהלית..." (בג"ץ 2126/99 דה ס' נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נד(1) 468 (2000)).

70. ד"ר רון שפירא מתייחס בספרו "מענישה פלילית לענישה מנהלית" לצידוק שבהרחבת מנגנוני האכיפה המנהלית:

"מעבר להבחנה העיונית שבין ההליכים, השחקנים השונים וענפי המשפט השונים, קיים צידוק מעשי בפיתוח ושימוש באמצעי אכיפה חלופיים להליך הפלילי, ובהם אמצעי אכיפה מנהליים. הטעם הראשון הוא גידול בעומס המוטל על מערכת האכיפה של החוק הפלילי. מחקרים מצביעים על עלייה בכמות התיקים הנחקרים על ידי המשטרה ובמורכבותם ועלייה בעומס המוטל על התביעה הפלילית וכפועל יוצא גם על בתי המשפט. העומס פוגע ברמת האכיפה, לרבות בדרך של סגירות תיקים. משך הזמן בין אירוע העבירה להגשת כתב האישום, ובהמשך עד לסיום המשפט, מתארך. התארכות ההליכים יוצרת קשיים באיתור נאשמים ועדים. הזמן הממושך בין המעשה לבין גזירת העונש פוגע באפקטיביות של הענישה, כאשר שיקול הזמן שחלף ממועד ביצוע העבירה הוא שיקול מהותי להקלה בענישה. כפועל יוצא מכך גם נפגעת שוויוניות האכיפה, כאשר נגזרים, במקרים רבים, עונשים קלים על מבצעי עברות חמורות משיקולים של חלוק הזמן, בעוד שאחרים, שדינם התברר במהירות, נענשים בחומרה רבה יותר... הימשכות ההליכים והשפעת משך הזמן על רמת הענישה פוגעות גם באמון הציבור במערכת אכיפת החוק על כל מרכיביה (משטרה, פרקליטות, ובתי המשפט). על האמור לעיל יש להוסיף את עלויות ההליך הפלילי לחברה. ההליך הפלילי הוא הליך משפטי יקר, עקב מורכבות הדיון... עלות ההליך אינה מוצדקת בכל מקרה שבו מבוצע, לכאורה, מעשה שיש בו היבט של עבירה..." (ראו: רון שפירא מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית (2019))

71. בהתאם לכך, פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיות בהן פירט "רשימה בלתי ממצה של שיקולים לגבי נסיבות המצדיקות הגשת כתב אישום." וביניהן, "נסיבות עבירת העבירה חמורות במיוחד". (ראו סעיף 5.2.6 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המנהליות, התשמ"ו-1985).

בהמשך להנחיות אלו, פורסמו ההנחיות הפנימיות אשר על פיהן, הנסיבות המפורטות להלן ועוד, יחשבו לנסיבות



חמורות אשר מצדיקות הגשת כתב אישום: העסקת עובד זר בתור או-פר, העסקת עובד זר שהגיע לישראל כדין לעבודה בענף הסייעוד על ידי מעסיק שאינו בעל היתר בתחום הסייעוד ושלא במתן טיפול סיעודי לנזקק, והעסקה ממושכת.

אכן, בעפ"א (ארצי) 50688-01-15 **מדינת ישראל נ' מגנצי** (25.07.16) נקבע כי "**הנחיות אלה, בהיותן יציר מינהלי, צריכות לעמוד במבחן הביקורת השיפוטית. במסגרת ביקורת זו לא יחליף בית הדין את שיקול הדעת של הרשות המינהלית בשיקול דעתו. הדבר נכון ביתר שאת מקום שעסקין בהחלטות רשויות התביעה הנוגעות למדיניות ההעמדה לדין.**" בבואנו לאזן בין האינטרס הציבורי שבקיום ההבטחה לבין האינטרס שבמיצוי הדין עם הנאשם שעה שמדובר בעבירה מנהלית, יש לתת משקל לקולת העבירה כפי שהציב המחוקק ברף הנמוך ביותר של העבירות - עבירה מינהלית שהקנס עליה הוא 5,000 ₪.

מן הכלל אל הפרט

72. גם במקרה שלפנינו יש ליישם את העקרונות שנקבעו בפרשת **ארביב**, בפס"ד **בורוביץ** ובספרות. כך גם נראה כי המערערת עומדת במבחנים שהציע נקדימון: קיומה של התחייבות או לכל הפחות מצג מצד הרשות, ושלנאשמת היתה ציפיה סבירה כי ההתחייבות תקויים, והיא שינתה את מצבה על יסודם.

73. כמו כן, בהתאם לעקרונות שהתוו בפרשת **ארביב**, במקרה שלפנינו המערערת עמדה בחלקה ב"עיסקה", ושלחה מכתב בו היא מודה בהעסקת העובדת ובכך אף שינתה את מצבה לרעה ולמעשה ויתרה על זכותה להימנע מהפללה עצמית אשר השפיעה בהמשך על חקירתה ברשות ובפני בית המשפט. לעומת זאת, המשיבה לא הצביעה על כל שינוי בנסיבות אשר יש בו כדי להצדיק את החזרה מן ההבטחה. לפיכך האינטרס הציבורי מחייב את קיום ההבטחה שניתנה למערערת ע"י הרשות.

74. בנוסף, בפרשת **ארביב** דובר על חזרה מהבטחה שניתנה במסגרת הסדר טיעון בהליך פלילי (אשר המחוקק לא החיל עליו את החלופה המנהלית), ולעומת זאת במקרה שלנו מדובר על חזרה מהבטחה שהליך פלילי כלל לא יתחיל, כאשר דרך המלך במקרים כגון דא היא הטלת קנס מינהלי. קרי, ההבטחה הייתה ללכת בדרך אותה התווה המחוקק. בעבירות בהן החוק קובע כי יש לנקוט במסלול הפלילי רק תובע הוא הגורם המוסמך אשר יכול להבטיח שלא יוגש כתב אישום. מאידך, בעבירה מינהלית יש סמכות למפקח להטיל קנס מינהלי, וממילא גם להבטיח שאכן יוטל קנס. ככל שניתנת הבטחה כזו, גלומה גם האמירה, ואף ההתחייבות שלא יוגש כתב אישום שזה צידו השני של המטבע. זאת ועוד, כאמור, בעניין **ארביב** עסק פסק הדין באפשרות להשתחרר מהסדר טיעון (שנעשה בסמכות). חשוב לשים לב לכך שההסתמכות של הנאשם על הסדר הטיעון פחותה משמעותית מהסתמכותו על הבטחה שלא יוגש נגדו כתב אישום, זאת משום שמרגע שהוגש כתב האישום, הסדר הטיעון מותנה באישורו של בית המשפט, ואילו הבטחה להימנע מהגשת כתב אישום (כבמקרה שלנו) אינה מותנת באישור שכזה. לפיכך, הסתמכותה של המערערת על ההבטחה שנתנה לה משמעותית יותר ויש לתת לה משקל רב יותר.

75. נבחן עתה את המקרה שלפנינו, בהתאם למבחנים שנקבעו בפס"ד **בורוביץ**.

א. הפגמים שנפלו בהתנהלות המשיבה ועוצמתם - נראה כי פגם של הפרת הבטחה שלטונית, אשר הובילה לפגיעה ביכולתה של המערערת להתגונן, הינו פגם חמור, אשר גם אם אינו נובע מכוונת זדון, יש בו כדי להטיל צל כבד על ההליך הפלילי.



ב. עצמת הפגיעה בתחושת הצדק וההגיונות- מבלי להקל ראש בעבירות המיוחסות למערערים, מדובר בעבירות אשר בגינן ניתן עקרונית לפי הנחיית המחוקק להסתפק בהטלת קנס מנהלי בלבד. (ראה: תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי - העסקת עובדים זרים שלא כדין), התשנ"ב-1992). כפי שפירטנו לעיל, כאשר מדובר בעבירה מנהלית, יש משמעות בבואנו לשקול שיקולים של הגנה מן הצדק. לאור האמור, לטעמינו במקרה זה האינטרס הציבורי שבקיום ההבטחה גובר על האינטרס שבמיצוי הדין עם הנאשם ויש לאכוף על המשיבה את קיום הבטחתה.

נבהיר שבמקרה שלפנינו, אלמלא ניתנה הבטחה, והיה מוגש כתב אישום, מן הסתם לא היה מקום להתערב בהחלטת הרשות להגישו. ואולם, בבואנו לבחון האם בנסיבות העניין יש לקבל את טענת המערערים בשל הגנה מן הצדק, ישנה חשיבות רבה להבטחה שניתנה, אשר תיעלה את המערערים למסלול של הודאה בעבירה. לאחר מכתבה של המערערת לא ניתן היה עוד לסגת, ולהתכחש להודאתה שניתנה על סמך הבטחתו של מר שמש. למערערת נגרמה פגיעה חמורה ביכולתה להתגונן, ופגיעה זו נגרמה כתוצאה ישירה מההבטחה שניתנה לה. למעשה, המערערת ויתרה, בעקבות ההבטחה, על זכותה להימנע מהפללה עצמית.

ג. האם ניתן לרפא את הפגם באמצעי מתון יותר מביטול כתב האישום? במקרה שלפנינו, עצם הפגם נעוץ בכך שהוגש כתב האישום. ההבטחה שניתנה למערערת, אשר לגביה כבר קבענו שאין הצדקה להשתחרר ממנה (בהתאם לעקרונות שהתוו בפרשת **ארביב**), היא ההימנעות מהגשת כתב אישום כנגדה. לפיכך נראה כי לא ניתן לרפא את הפגם באמצעי מתון יותר, כדוגמת הקלה בעונש. משקבענו כי על המדינה היה לקיים את ההבטחה ולהימנע מהגשת כתב אישום כל תוצאה אחרת אשר מותירה את כתב האישום על כנו אינה צודקת.

76. לאור כל האמור קמה למערערים הגנה מן הצדק, ויש לבטל את כתב האישום שהוגש כנגדם.

77. ביחס למערער, נציין כי למערער היה חלק מזערי, אם בכלל, בהעסקת העובדת. בפסיקה נקבע לא אחת כי **"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."** (ע"פ (ארצי) 34795-06-16 מדינת ישראל נ' ליאור פלטיאל גלפנד (7.2.17)). הפסיקה מתייחסת באופן עקבי לבני זוג כאל יחידה אחת. כך נקבע בע"פ (ארצי) 14758-12-14 מדינת ישראל נ' סיון ברקוביץ (01.01.17) **"יש שוני בהתנהלות המצופה בין בני זוג לעומת ההתנהלות הצפויה בין מעסיקים במשותף שאינם בני זוג. יחסי האמון בין הראשונים יורדים לשורש התא המשפחתי ויש להימנע מלהעביר את היחסים בתא המשפחתי לפסים פורמאליים"**. ההתייחסות למערערים כאל יחידה אחת נכונה גם בענייננו, ומשמצאנו שיש לבטל את כתב האישום כנגד המערערת, יש לבטל את כתב האישום גם כנגד המערער.

סוף דבר

78. לו דעתי תשמע יש לקבל את הערעור ולבטל את כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק.

השופט סגל דוידוב-מוטולה

1. לאחר עיון בחוות דעתו המקיפה של חברי השופט שפיצר, מקובל עלי כי במקרים המתאימים ניתן ליישם את דוקטרינת ההגנה מן הצדק בנסיבות של מצג שהופר בדבר אי העמדה לדין, אך לא שוכנעתי כי נסיבותיו של מקרה זה מצדיקות זאת. לפיכך ככל שתישמע דעתי, יש לדחות את הערעור ולהותיר את הכרעת הדין וגזר הדין על כנם, משלא נפלה בהם טעות המצדיקה את התערבות ערכאת הערעור. להלן אפרט בתמצית את טעמי.



2. העובדות מושא ערעור זה הן פשוטות. ביום 19.8.10 נערכה ביקורת בביתם של המערערים על סמך צו שיפוטי (מ/2). הביקורת נערכה בנוכחות המערערת, ונמצאה במהלכה העובדת הזרה שפרטיה צוינו בחוות דעתו של חברי (להלן: **העובדת**); ממצאי הביקורת פורטו בעדותה של המפקחת גב' מאיה שלוש כמו גם בדו"ח הפעולה שנכתב על ידה במועד הביקורת: (מ/1). לפי עדות המפקח מר יצחק דנון שנכח אף הוא בביקורת, "**במהלך השיחה של המפקח עזר עם גב' סמדר גולן דרורי נראה בעלה יקי מוסר סכום כסף במזומן (כסף ישראלי) לעובדת הפיליפינית**" (הציטוט הוא מ"תיאור המקרה" מ/9 שהוגש על ידי מר דנון במהלך עדותו). לכך יש להוסיף כי אין מחלוקת (לאור תעודת עובד הציבור שהוגשה) כי העובדת אינה אזרחית ישראל או תושבת בה, וכי למערערים לא היה היתר להעסיקה. מכאן שכבר לפי ראיות אלה (שלא נפל בהן פגם גם לפי שיטת חברי); ללא קשר להבטחה כלשהי מצד המפקחים (שטרם ניתנה בעת איסוף הראיות לעיל); וללא קשר להודאה כזו או אחרת מצד המערערים - עמדה לכאורה המשיבה בנטל המוטל עליה והוכיחה את העובדות המפורטות בכתב האישום (למעט תקופת ההעסקה המדויקת, אך זו אינה חיונית לצורך יסודות העבירה ורלוונטית רק לשיקול הדעת אם להגיש כתב אישום יזום).

3. חברי שוכנע כי הובטח למערערת במהלך הביקורת שלא יוגש נגדה כתב אישום ככל שתודה בעבירה. לטעמי לא הובאו ראיות המצדיקות קביעה כזו. במהלך ההקראה כפרו המערערים בעובדות כתב האישום מבלי לפרט דבר על הבטחה שניתנה להם, ומבלי להעלות טענה של הגנה מן הצדק (פרוטוקול מיום 25.2.14). בישיבה נוספת ביקשו המערערים מהמשיבה לשקול חזרה לקנס מנהלי, גם הפעם מבלי שצינו הבטחה כלשהי, ומהטעם ש"**במקרים אחרים בנסיבות זהות המאשימה הסכימה**" (פרוטוקול מיום 23.3.15). ההזדמנות הראשונה בה הועלה רמז לטענת הבטחה היא בחקירתו הנגדית של המפקח מר עזר שמש ביום 7.6.15. מר שמש נשאל תחילה אם הייתה בשנת 2010 "מדיניות" לפיה "**אם הנאשם היה מודה הייתה אפשרות לשלוח קנס מנהלי**", והשיב כי "**דרך המלך**" עד ל"**מקרה ברק**" (שאת מועדו לא זכר) הייתה הסתפקות בקנס מנהלי, אלא אם הייתה זו עבירה שלישית או דובר בכמות עובדים גדולה במיוחד (עמ' 10-11 לפרוטוקול). במקביל לכך אישר כי לא הוא עצמו היה מטיל את הקנס, אלא היה עליו להעביר את חומר החקירה למפקח אחר על מנת שיעשה כן (שם).

בשאלת המשך התבקש מר שמש להתייחס לכך ש"**הנאשמת אומרת שזה מה שבאמת היה באותו אירוע שאמרו לה לכתוב מכתב ושה ייסגר**", ומשיב - "**אם זה מה שאמרה והיא אמרה שאני אמרתי את זה אז הסיכוי מאוד גבוה שכן אמרתי את זה...**" (עמ' 11). בשאלה נוספת נשאל מר שמש "**מי שחקר אותם זה חברך יצחק דנון והוא נתן להם מספר פקס להעביר את המכתב שאמרת שיש אפשרות לסגור בקנס מנהלי. האם תוכל להסביר מה אמרת בדיוק?**" על כך השיב - "**אני כמעט בטוח שאמרתי לה את הנושא של תצהיר או מכתב לגבי זה שהיא תודה בהעסקת העובדת הזרה אם זו עבירה ראשונה זה יהיה קנס ואם זו שניה אז כפל קנס**" (שם). ראוי לציין כי חקירתו של מר שמש התקיימה כאמור בשנת 2015, ביחס לביקורת מיום 19.8.10, ובהתאם ברור כי דבריו נאמרו באופן כללי ואין לו אפשרות לזכור מה אמר או לא אמר בביקורת ספציפית שנערכה קרוב לחמש שנים טרם מתן עדותו. עוד ראוי לציין כי מר יצחק דנון, המפקח הנוסף, העיד לאחר מר שמש ומסר כי לא שמע את ההבטחה הנטענת ואף לא הבטיח הבטחה כזו. כאשר נשאל מדוע רשם בסוף "תיאור המקרה" כי "**נמסר לסמדר דרורי גולן טלפון ומס' פקס ע"מ שתוכל לשלוח תצהיר בפקס**", השיב כי "**במקרים שהמעסיקה רוצה להיוועץ בעורך דין טרם מסירת העדות אני תמיד נוהג לתת מספר טלפון ופקס כדי לשלוח מסמכים**" (עמ' 20), וכי בכל מקרה לא מסתפק היה ב"תצהיר" אלא מזמן את המערערת לחקירה. בהמשך נשאל פעם נוספת מה הבטיח למערערת תוך שצוין בשאלה "**היא אומרת שאתה אמרת לה לשלוח תצהיר ולא עזר**" (עמ' 20; ההדגשות אינן במקור), והשיב "**מה שכתבתי שהיא תוכל לשלוח תצהיר בפקס. לא כתבתי שהיא פטורה ממסירת עדות**" (עמ' 21).



4. לאחר דברים אלה נשמעה עדותה של המערערת. המערערת הודתה במהלך חקירתה הראשית בהעסקת העובדת, משך "פחות משבועיים", וגם בהלנתה בבית "אולי כמה ימים ורוב הימים לא" (עמ' 22). בהמשך נשאלה אם "הפקח דנון אמר שיתן לך פקס שתשלחי תצהיר", והשיבה - "הוא אמר לי ולא רק הוא. הוא וגם מר שמש אמרו לי שברגע שאני כותבת ואפילו הכתיבו לי מה להגיד כי מעולם לא הייתי בסיטואציה כזו... הם אמרו לי שאני אכתוב כדי לקבל קנס של 5,000 ₪. הם הכתיבו לי מילה במילה" (שם). בכך הסתיימה החקירה הראשית, כך שזו מלוא גרסתה האוטנטית של המערערת לגבי ההבטחה שניתנה לה כמו גם מידת הסתמכותה עליה.

בחקירתה הנגדית אישרה המערערת כי אין באפשרותה להציג את המסמך שהוכתב לה כי "לא ידעתי מה אני אמורה לעשות אתו. אני הייתי בידם ולא ידעתי שאני צריכה לשמור את זה... ממש אמרו לי מה לכתוב כדי שהקנס יהיה 5,000 ₪ ורציתי לגמור עם הסיפור הזה" (שם). בהמשך טענה כי גם הסכום ששולם לעובדת במועד הביקורת שולם ביוזמת המפקחים ("המפקחים ביקשו לראות שאני משלמת לה והם עשו לי את התחשיב וביקשו שאתן לה במזומן": עמ' 25); כי המכתב מיום 20.7.11 (שיפורט להלן) הוכתב אף הוא על ידי החוקרים (עמ' 24); מבלי לציין באיזו סיטואציה פגשה בהם על מנת שיכתיבו לה כאמור; וכי גם כל הדברים שנרשמו מפיה בהודעה שמסרה במשרדי הרשות ביום 26.7.11 היו "מונחה על ידי החוקר" (שם, אך בהמשך אישרה כי "הכל אמת" - עמ' 25). המערער בחקירתו בבית הדין אישר כי לו עצמו לא הובטח דבר, והוא אף לא נכח במעמד מתן ההבטחה (הגם שהגיע לבית במהלך ביצוע הביקורת לבקשת אשתו: עמ' 26).

5. במקביל לאמור לעיל יש לציין את הראיות האובייקטיביות. כך, בהודעה שנגבתה מהמערערת במועד הביקורת (מ/3), כל שנאמר מפיה לאחר שמיעת האזהרה הוא כי היא מבקשת להיוועץ בעורך דין (דברים דומים צוינו בדו"ח תיאור המקרה מ/9). המסמך הראשון בו נמסרה מטעמה גרסה כלשהי הוא מכתב בכתב ידה מיום 19.9.10 (מ/13), אשר נכתב חודש(!) לאחר הביקורת (פרק זמן במהלכו הייתה לה הזדמנות מספקת, כך יש להניח ולא נטען אחרת, להיוועץ בעורך דין כבקשתה). במכתב זה כתבה המערערת כי "עבדה בביתי עובדת זרה בשם אליס למשך שבועיים... היות ואני עובדת סביב השעון ויש בבעלותי עסק לקוסמטיקה הייתי חייבת מישהי שתעזור לי במשך שעות היום במשק בית ויש לי 2 ילדים קטנים בבית לטיפול, לכן העסקתי אותה לעבודות בבית למשך שבועיים בלבד". במכתב לא מוזכר סיכום מוקדם כלשהו עם המפקחים, ודרך ניסוחו מלמדת על הכללת פרטים המפחיתים כביכול מאשמתה של המערערת ומצדיקים "הליכה לקראתה" (באופן שאינו תואם את טענתה להבטחה חד משמעית בדבר הטלה אוטומטית של קנס מנהלי).

מכתב נוסף נשלח על ידי המערערת בכתב יד ביום 20.7.11 (מ/14) - ככל הנראה לאחר שקיבלה את הזימון לחקירה שהתקיימה ביום 26.7.11. במכתב זה מציינת המערערת פעם נוספת כי העסיקה את העובדת, "כשבועיים בלבד"; כי "אני יודעת כי עברתי על החוק"; ומוסיפה כי "הייתי רוצה לשלם את הקנס עבור עבירה זו ולהמנע מחקירה". במענה לכך יצר המפקח דנון קשר טלפוני עם המערער והבהיר כי על שני המערערים להתייצב לחקירה ללא קשר למסמכים ששלחו (רישום השיחה הוגש כ-מ/11), וכך אכן היה. בהודעתה שנגבתה באותו יום בפני המפקח דנון (מ/7) אישרה המערערת (לאחר שאמורה הייתה להבין כי בקשתה "לשלם את הקנס ולהימנע מחקירה" לא התקבלה לפחות בחלקה השני) כי "היא עבדה אצלי כשבועיים ושילמתי לה 2,300 ₪. על פי הסיכום בינינו שכרה \$ 1,200 בחודש"; כי העובדת התגוררה אצלה; כי לא היה לה היתר להעסקת עובדים זרים; וכי לא ערכה ביטוח רפואי לעובדת. בהודעה לא נאמר דבר על הבטחה או סיכום כלשהו עם המפקחים.

בהודעתו של המערער (מ/8) מסר כי אשתו היא שקיבלה את העובדת לעבודה; כי העובדת עבדה בביתם כשבוע וחצי; כי הוא חושב שהיא "ישנה למעלה"; כי ראה את העובדת פעם אחת; וכי אשתו היא שטיפלה באופן בלעדי בכל הקשור לעובדת. בסיום הודעתו ציין "אני כמו אהוד ברק וכמו היועץ המשפטי לממשלה יהודה ויינשטיין, אני לא טיפלתי



בכל הנושא של העסקתה אלא רק אשתי. למרות דברים אלה, המערער לא הוסיף דבר לגבי הבטחה כלשהי שניתנה לו או לרעייתו בקשר לעבירה המיוחסת להם.

6. בנסיבות אלה, אינני סבורה כי התשתית הראייתית מצדיקה (או אף מאפשרת) להגיע לקביעה העובדתית אותה הסיק חברי מהכרעת הדין (ובעיקר מגזר הדין) של בית הדין האזורי, בדבר הבטחה מפורשת שנאמרה למערער על ידי מי מהמפקחים, ולפיה לא יוגש נגדה כתב אישום ככל שתודה בהעסקת העובדת. לכל היותר מאפשרת התשתית הראייתית הגעה לקביעה העובדתית אותה ציין בית הדין האזורי לאחר שקלול כלל הראיות שהוצגו בפניו, ולפיה **"אני מאמינה שאלה אכן היו הדברים שאמר מר שמש לנאשמת, שלפיהם סביר להניח שהעניין יסתיים בקנס מנהלי"**.

משמעות הדברים היא כי גם אם מר שמש הבהיר למערער במהלך הביקורת, ובמסגרת שיח פתוח, שבדרך כלל מסתפקים בקנס מנהלי בנסיבות ביצוע העבירה על ידה או כי "סביר להניח" שיוטל עליה קנס מנהלי ותו לא - לא מדובר בהבטחה, מצג או התחייבות מצדו (בכלל וכנגד הודאה מצדה בפרט) אלא בשיחה בלתי מחייבת ומעין "הצהרת כוונות" כללית, תוך שברור היה שאין הוא הגורם שמקבל את ההחלטה. בהתאם, המערער אף לא הסתמכה הלכה למעשה על דברים אלה אלא ביקשה להיוועץ בעורך דין (ויש להניח כי אכן עשתה כך); רק חודש לאחר מכן שלחה את מכתבה בו הודתה בהעסקת העובדת (תוך פירוט עובדות שאמורות להפחית מאשמתה ולשכנע את מקבלי ההחלטות להסתפק בקנס מנהלי); כשנה לאחר מכן שלחה מכתב נוסף בו ביקשה להסתפק בקנס ולבטל את זימונה לחקירה (מבלי שטענה שנוצר קשר כלשהו בינה לבין מר שמש טרם לכן על מנת ש"יכתוב" לה כטענתה את המכתב); ובהודעתה במשרדי הרשות (כשנה לאחר הביקורת, היינו זמן רב לאחר ה"מצג" כביכול) הודתה בהעסקת העובדת פעם נוספת, כאשר לאורך כל הדרך (עד לעדותה בבית הדין) לא טענה להבטחה שניתנה לה בדבר הטלת קנס מנהלי בלבד ככל שתודה.

לכך יש להוסיף כי גם בחקירת המערער בבית הדין לא מצאתי גרסה ברורה, עקבית וחד משמעית לשאלה מי הבטיח, מה ומתי, כמו גם כיצד הסתמכה על הבטחה זו הלכה למעשה תוך שינוי מצבה לרעה. בנסיבות אלה, אינני סבורה כי מתקיימת תשתית עובדתית מתאימה להחלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, ולקביעה כי העמדת המערערים לדין סותרת באופן מהותי את עקרונות הצדק וההגנות באופן המגיע לכדי אותם מקרים קיצוניים וחריגים המצדיקים את ביטולו של כתב האישום.

7. אשר להיבטים המשפטיים הכרוכים בטענת ה"הבטחה", אין לי אלא להפנות לחוות דעתי כפי שפורטה בהרחבה בע"פ (ארצי) 41938-11-16 **הלל קוברינסקי - מדינת ישראל** (11.7.19; להלן: עניין **קוברינסקי**). באותו מקרה ציינתי כי הטענה ל"הבטחה" בדבר אי-העמדתו של אדם לדין פלילי היא טענה מורכבת שכן מדובר במצג או התחייבות בנוגע להפעלת הסמכות השלטונית לנקוט בהליכים פליליים, ובהתאם יש לבחנה לא רק במשקפי המשפט הפלילי אלא גם בהתאם למשפט המנהלי ולדיני החוזים. עוד פירטתי את הדרכים השונות בהן נבחנה בהלכה הפסוקה טענות דומות, וביניהן הפסיקה העוסקת בהסדרי טיעון; טענה להבטחה מנהלית או שלטונית שיש להחילה גם במשפט הפלילי; בחינת קבילותה של הודאה ככל שנטען כי ניתנה בהתבסס על ההבטחה; דוקטרינת הפסילה הפסיקית; וכן טענה אפשרית להגנה מן הצדק (בה דנתי לעיל).

במקרה שלפנינו, אני סבורה כי למר שמש לא הייתה סמכות להבטיח או להתחייב שלא יוגש כתב אישום (להרחבה בקשר לכך ראו בחוות דעתי בעניין **קוברינסקי**), וממילא לא הוכחה גמירות דעת מצד גורמים מוסמכים במדינה להגיע מול המערערים להסדר בעל תוקף מחייב ואף לא ניתן לראות בדבריו כהבטחה מנהלית. גם אם מר שמש כמפקח יכול היה תיאורטית (ככל שהיה מפר את נהליה הפנימיים של הרשות) לקבוע עובדות בשטח על ידי הטלת קנס מנהלי באופן שלא יאפשר עוד שיקול דעת לתובע המוסמך, אינני סבורה כי ניתן להסיק מכך על קיומה של סמכות בדין להתחייב שלא להגיש כתב אישום. אף אינני סבורה כי הוכחה הצדקה בנסיבות המקרה לפסול את הודעתה של המערער כפי שניתנה



במשרדי הרשות כשנה לאחר ההבטחה הנטענת, או את מכתבה שנשלח לרשות ביום 20.7.11. לכל היותר ניתן היה לפסול את מכתבה הראשון שנשלח ביום 19.9.10, אך ממילא אין משמעות לפסילה כזו נוכח מכלול הראיות.

8. אף אין הצדקה בנסיבות העניין - ובהתאם למבחנים שנקבעו לצורך כך בפסיקה - לפסול את שאר ההודאות שבאו בהמשך לכך כראיות נגזרות, ואדגיש בקשר לכך את חלופי הזמן הרב וניתוק הקשר הסיבתי (ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה (1) 626 (2011); דנ"פ 5956/11 **פרחי נ' מדינת ישראל** (31.5.12); ע"פ (ארצי) 46908-05-15 **מדינת ישראל - חן שמגר** (26.11.17); 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); ע"פ 9521-10-16 **מדינת ישראל - משה ריינס** (25.7.18)).

לאור זאת, לטעמי יפים גם לתיק זה הדברים שכתבתי בעניין **קוברינסקי**, ולפיהם "דבריו של **מר שמש** לא אמורים היו להיאמר, והפער בין דבריו לבין החלטת המדינה להגיש כנגד המערערים כתב אישום יוצר אי נוחות לא מבוטלת, הן נוכח הפגיעה באמינותה של הרשות האוכפת והן נוכח הפגיעה באינטרס הציפיה של המערערים. עם זאת, בנסיבות המקרה שוכנענו כי אין בכך כדי להשליך על אחריותם של המערערים לביצוע העבירה, ויש להתחשב בכך רק בשלב גזירת העונש" (כפי שאכן נעשה).

9. אשר לשאר טענות המערערים - גם בהן לא מצאתי ממש, ומקובלות עלי בקשר לכך הנמקותיו של בית הדין האזורי. מעבר לצורך אוסיף כי טענות דומות לגבי אכיפה בררנית כבר נדחו בפסיקתנו פעמים רבות (כדוגמא ראו את ע"פ (ארצי) 49909-12-15 **אייל קישון - מדינת ישראל** (19.12.17); ע"פ (ארצי) 55968-03-17 **מדינת ישראל - אדן רחמינוב** (18.3.18); ע"פ (ארצי) 32845-07-15 **מדינת ישראל - קארין פילוסוף זרניצקי** (24.6.18)). אשר לטענת ההסתמכות על הרישום המטעה בדרכונה של העובדת - בית הדין לא נתן אמון בגרסת המערערת בקשר לכך, וגם בהיבט המשפטי לא די בכך (להרחבה בקשר לטענה זוהי ראו ע"פ (ארצי) 11041-09-16 **מדינת ישראל - חמדה קורניק** (18.3.19)). גם גזר הדין מאוזן; לוקח בחשבון את כלל נסיבות המקרה; ולא מצאתי הצדקה להתערב בו.

10. נוכח כל האמור לעיל, שוכנעתי כי לא נפלה טעות בין בהכרעת הדין ובין בגזר הדין של בית הדין האזורי. לפיכך ככל שתישמע דעתי, ערעורם של המערערים יידחה.

סגן הנשיאה אילן איטח

עיינתי בחוות דעתם של חברי ואני מצטרף לעמדתה של חברתי השופטת סיגל דוידוב-מוטולה ולתוצאה לפיה דין ערעורם של שני המערערים להידחות.

לאמור אוסיף כי לטעמי לא עלה בידי המערערים להוכיח הסתמכות על הבטחה מנהלית של מפקח זה או אחר. די בעובדה כי הטענה בדבר ההבטחה המנהלית באה לעולם רק בשלב ההוכחות כדי להחלישה עד מאד. ככל שניתנה הבטחה מינהלית שפעולת הרשויות היתה מנוגדת לה באופן הסותר "**מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית**", הדעת נותנת כי היה ניתן לכך ביטוי מוקדם יותר ואף ברור יותר, וזאת במסגרת הטענות המקדמיות. לא כל שכן, כאשר גרסת המערערת בעניין זה - בדבר עצם ההבטחה ובדבר עצם ההסתמכות עליה (ככל שניתן לאתר גרסה שכזו בעדותה) - לא נפרשה בצורה מסודרת בעדותה הראשית, ובניסיון לבססה יש צורך להיזקק לחלקי עדויות של המפקחים ולחברם עם תשובות מסויימות של המערערת בחקירתה הנגדית. זאת יש לזכור, אכן אין מניעה מלהעלות טענה של הגנה מן הצדק גם בשלביו המאוחרים של המשפט. אלא, שהמנעותם של המערערים מלטעון לכך מבעוד מועד הובילה לכך שחזית המחלוקת לא היתה ברורה, ודאי בכל הנוגע להסתמכות על אותה הבטחה מנהלית.

סוף דבר



על דעתם של סגן הנשיאה אילן איטח והשופטת סיגל דוידוב-מוטולה, וכנגד דעתו החולקת של השופט מיכאל שפיצר, הערעור נדחה.

בהתאם להסכמת הצדדים, פסק הדין נשלח אליהם בדואר.

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, ו' אב תשע"ט (07 אוגוסט 2019), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

**מיכאל שפיצר,
שופט**

**סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת**

**אילן איטח,
סגן נשיאה, אב"ד**