



ע"פ 3710/09/14 - עמי אסור נגד מדינת ישראל

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 3710-09-14

ניתן ביום 14 דצמבר 2016

המערער

עמי אסור

המשיבה

-
מדינת ישראל

לפני: השופטת לאה גליקסמן, השופט אילן איטח, השופט משה טוינה

בשם המערער - עו"ד אייל בסרגליק ועו"ד איתי כהן

בשם המשיבה - עו"ד שרון פיליפסון

פסק דין

השופטת לאה גליקסמן:

1. ערעור זה סב על פסק דינו של בית הדין האזורי בתל אביב (השופטת חנה טרכטינגוט; הע"ז 1816/08; הע"ז 1817/08; הע"ז 2773/09; הע"ז 1111/10), שבו הורשע המערער בשני כתבי אישום (מתוך ארבעה) שהוגשו כנגדו בגין העסקת עובדים זרים ברח' סמולנסקין 12 - 14 בתל אביב (להלן - **הבניין**) במועדים שונים, בניגוד לחוק עובדים זרים, התשנ"א - 1991 (להלן - **חוק עובדים זרים**). בגזר הדין הוטל על המערער קנס כספי בשיעור כולל של 60,000 ₪, לתשלום ב- 30 תשלומים שווים ורצופים, וכן נקבע כי עליו לחתום על התחייבות להימנע מביצוע עבירה על פי חוק עובדים זרים לתקופה בת שלוש שנים.
2. נציין, כי המערער זוכה, מחמת הספק, מעבירות שיוחסו לו בשני כתבי אישום (הע"ז 1816/08; הע"ז 1111/10), והמדינה לא הגישה ערעור על כך. לפיכך, נתייחס בהמשך רק לאישומים שבהם הורשע המערער, אלא אם נדרשת התייחסות לאישומים האחרים לצורך הכרעה בערעור.

הרקע לערעור וההליך בבית הדין האזורי

3. ביסוד הרשעתו של המערער עומדים האירועים הבאים: ביום 2.3.2005 התקשר המערער בהסכם עם נציגות הבניין לצורך ביצוע עבודות שיקום ושיפוץ בבניין; על פי ההסכם, התחייב המערער להתחיל בעבודות לא יאוחר מיום 6.3.2005 ולסיימן לא יאוחר מ- 180 יום לאחר תחילת העבודה; במהלך תקופת עבודות השיפוץ בוצעו ארבע ביקורות בבניין שבהן נמצאו עובדים זרים. בביקורות מושא הליך זה נמצא כמפורט להלן:



- 3.1. **ביקורת ביום 8.9.2005** - במהלך הביקורת נמצאו שלושה עובדים זרים אשר עסקו בעבודות טיח והכנה לצביעה; אחד העובדים הוא תושב ג'אניה והשניים האחרים אזרחי סין. לכל העובדים לא היה היתר לעבוד אצל המערער (הע"ז 1817/08).
- 3.2. **ביקורת ביום 1.12.2005** - במהלך הביקורת נמצאו שלושה עובדים זרים אשר עסקו בעבודות טפסנות וצביעה. שניים מן העובדים הם תושבי עורף ואחד אזרח סין. לכל העובדים לא היה היתר לעבוד אצל המערער (הע"ז 2773/09). לגבי העובד אזרח סין חזרה בה המדינה מהאישום, והמערער זוכה ממנו.
4. טענת ההגנה של המערער הייתה כי הוא לא העסיק את העובדים מושא כתבי האישום. לגרסתו, העביר את רוב העבודה לקבלן משנה (מר בכר גסאן), ועל הטיפול בשטח הופקד השותף שלו מר שרון מיטרני; כמו כן טען כי פעלו בבניין קבלנים נוספים - קבלני אינסטלציה וקבלן גדרות; בנוסף, באותה תקופה ערכו הדיירים שהתגוררו בקומת הקרקע בבניין שיפוץ, ויתכן שהעובדים שנתפסו הועסקו על ידי דיירים אלה.
5. לפני בית הדין העידו המפקחים שערכו את הביקורות; המערער; מר בכר גסאן; מר ירום טביב ומר יורם כהן - קבלני האינסטלציה שביצעו עבודות בבניין; גב' רחל וייס-שפיגל - חברה בנציגות הבניין שטיפלה בשיפוץ.
6. **בהכרעת הדין מיום 3.12.2013** הרשיע בית הדין האזורי את המערער בעבירות שיוחסו לו בשני כתבי האישום, כמפורט להלן.
7. המערער התקשר עם נציגות הבניין לביצוע עבודות שיקום ושיפוץ בבניין, שאותן היה עליו להתחיל לא יאוחר מיום 6.3.2005 ולסיימן לא יאוחר מ- 180 יום לאחר תחילת העבודה. מדובר בבניין בין שתי כניסות ו- 27 דירות.
8. בית הדין האזורי קיבל את עמדת המדינה, שלפיה יש להסתמך על תיאור המקרה ומסמכים נוספים שערכו המפקחים במהלך כל אחת מהביקורות, ויש לתת להם משקל ראיתי מלא, על יסוד כלל הקפאת הזכירה שבעבר, נוכח העובדה שהמפקחים לא זכרו את פרטי האירועים, וזאת מטעמים אלה: מדובר במפקחים אשר עיסוקם בעריכת ביקורת בתחום העסקת עובדים זרים; המפקחים עורכים תרשומת בעת האירועים כחלק שגרתי מעבודתם; התרשומת מבוססת על מה שראו ו/או על פעולות שעשו.
9. על פי תיאור המקרה בתיק הע"ז 1817/08 העובדים הזרים שנתפסו ביום 8.9.2005 עסקו בעבודות טיח והכנה לצביעה. על פי תיאור המקרה בתיק הע"ז 2772/09 העובדים הזרים שנתפסו ביום 1.12.2005 עסקו בעבודות טפסנות וצביעה.
10. בית הדין האזורי אזכר את החזקה שנקבעה בפסיקה, שלפיה כאשר אדם נמצא מבצע עבודה באתר מסוים, והעבודה שהוא מבצע נחוצה למי שמחזיק אותה עת באתר כבעלים או כקבלן - ניתן להסיק כי קיים קשר של יחסי עבודה בין מבצע העבודה לבין מחזיק האתר כבעלים או כקבלן, אלא אם יוכח אחרת. עוד ציין בית הדין האזורי כי לפי הפסיקה יש לצפות מהמעסיק בפועל לדעת את העובדות ולפעול לכשרות ההעסקה, ואין לקבל את טענת המעסיק בפועל כי הסתמך על קבלן כוח אדם או קבלן משנה ביחס לכשרות ההעסקה של עובדים זרים כדי לפטור אותו מאחריות פלילית אם העסקת העובד הזר נעשתה שלא כדין. החזקה שנקבעה בפסיקה ניתנת לסתירה, בין היתר, כאשר מדובר בהתקשרות אותנטית עם קבלן משנה כדין, באופן שבו יצא הקבלן הראשי למעשה מתמונת הביצוע של כל הפרוייקט על כל פרטיו, לרבות העסקת העובדים על כל הכרוך בה.
11. בית הדין האזורי קבע כי בנסיבות המקרה המערער לא הצליח לסתור את החזקה.
12. **בהתייחס לטענתו של המערער כי העבודות בוצעו על ידי קבלן המשנה מר בכר גסאן**, קבע בית הדין



האזורי כי המערער לא הוכיח כי מדובר בהתקשרות אמיתית ואוטנטית, וקבע כי אין ליחס כל משקל למסמך שהציג המערער, שכותרתו "הסכם עבודה" בין המערער לבין מר גסאן, מנימוקים אלה: המסמך נעדר פרטים מהותיים, ולא משקף את המוסכם אף לגרסת המערער; חסרים במסמך פרטי החתומים עליו, מספרי ת.ז. וכתובותיהם; המסמך נעדר תמורה כוללת לכל העבודה; המערער התחייב להתחיל בעבודה ביום 6.3.2005, ולטענתו העבודה בוצעה על ידי מר גסאן, אולם ההסכם בין המערער למר גסאן הוא מיום 8.8.2005, ולא ניתן כל הסבר מדוע רק לקראת מועד סיום העבודה על פי ההסכם בין המערער לבין מר גסאן (20.8.2005) נערך ההסכם; הקנס המצוין בהסכם בגין כל יום איחור בביצוע העבודה (₪ 4,000) אינו הגיוני, גם לדעת המערער. בנוסף, המערער לא הציג כל הוכחה לתשלום למר גסאן, ובכלל זאת לא זימן לעדות את שותפו, מר שרון מיטרני, אשר על פי הנטען שילם למר גסאן.

בית הדין התייחס לעדותו של מר גסאן וקבע כי אינו מייחס לעד מהימנות ועל כן אין בה כדי לחזק את גרסתו של המערער ולהביא לסתירת החזקה. בית הדין ציין כי מר גסאן בעדותו הכחיש כי חתימתו מופיעה על ההסכם שהציג המערער שנחזה להיות הסכם בין המערער לבין מר גסאן. בית הדין האזורי דחה גם את טענתו של מר גסאן כי לא סיים את העבודה בבניין כיוון שהועבר לבצע עבודות בבית ספר איילון. בית הדין האזורי הדגיש כי הוא ער לכך שיש סכסוך כספי בין המערער לבין מר גסאן, אשר הגיע לעדות רק בעקבות צו הבאה. בית הדין הוסיף כי גם אם היה מחדל חקירתי בהתנהלות המדינה, בכך שלא חקרה את מר גסאן ולא גבתה ממנו עדות בזמן אמת, הרי שהמערער תרם לכך בהעדר גרסה מפורטת ונתמכת במסמכים מלאים.

בית הדין האזורי קבע כי גם אם המערער, כטענתו, ביצע את עבודות הטיח, טפסנות וצבע באמצעות מר גסאן אין בכך כדי לפטור אותו מאחריות, שכן גם לטענתו לא נמסרו כל העבודות למר גסאן, ועת נשאל על עובדים אחרים בבניין טען כי האחריות חלה על מר שרון מיטרני, וכן העיד כי העסיק פועלים יהודים רבים בבניין. נוכח האמור, המערער המשיך להיות האחראי לביצוע העבודות על פי הסכם ההתקשרות בינו לבין נציגות הבניין, ואף ביצע עבודות באמצעות עובדיו שלו. בנסיבות אלה, היה על המערער לוודא כי קבלן המשנה אינו מעסיק עובדים זרים ללא היתר והוא לא עשה כן, אלא מעדותו עולה כי הוא בחר לעצום עיניים בעניין זהות העובדים, והסתפק בהנחה כי מר גסאן מעסיק עובדים שהם קרובי משפחתו. גם מעדותו של מר גסאן וגם מעדותם של קבלני האינסטלציה עולה כי המערער לא דאג לבדוק ולוודא כי קבלני המשנה יעסיקו עובדים שיש להם היתר עבודה.

13. בהתייחס לטענת המערער כי עבדו בבנין קבלני משנה נוספים, כגון קבלני האינסטלציה, קבע בית הדין האזורי כי העובדים מושא ההליכים שבהם הורשע המערער לא ביצעו עבודות אינסטלציה אלא עבודות טיח, טפסנות וצביעה.

14. בהתייחס לטענה כי במקביל לביצוע העבודות על ידי המערער בוצעו עבודות שיפוצים בדירות בקומת הקרקע קבע בית הדין האזורי כי טענה זו אינה רלוונטית לעובדים מושא ההליכים שבהם הורשע המערער, שכן העובדים מושא ההליכים אלה עסקו בעבודות טיח, הכנה לצביעה, טפסנות וצביעה של הבניין.

15. על יסוד האמור לעיל הרשיע בית הדין האזורי את המערער באישומים שיוחסו לו בכתב האישום בתיק הע"ז 1817/08 - העסקת 3 עובדים זרים ובתיק הע"ז 2773/09 - העסקת שני עובדים זרים (לאחר שהמדינה חזרה בה מהאישום בנוגע לעובד אחד שנכלל בכתב אישום זה). כאמור, בית הדין האזורי זיכה את המערער בחלק מהאישומים נגדו, שבהם העובדים הזרים מושא ההליכים עסקו בפינוי פסולת ו/או בשיפוצים בשביל הגישה, בקובעו כי ביחס לעובדים אלה לא הוכח כי המערער היה מעסיקם.

16. בהחלטה מיום 29.12.2013 נדחתה בקשתו של המערער לביטול ההרשעה והפנייה לקבלת תסקיר קצין



מבחן על מנת שניתן יהיה להטיל עליו עונש של שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה.

17. בגזר דין מיום 5.6.2014 קבע בית הדין האזורי כי בהתחשב בנסיבות ביצוע העבירה - העובדה שהוטלו על המערער קנסות מנהליים אולם הוא חזר על ביצוע העבירות, והעובדה שביסוד העבירה עומד מניע כלכלי מובהק - מן הראוי שהקנס שיוטל על המערער יהיה גבוה באופן משמעותי מהקנס המנהלי הקבוע לעבירה. נוכח האמור, מתחם הענישה הראוי הוא 20% עד 50% מהקנס המירבי (₪ 116,800).

כשיקולים לחומרא מנה בית הדין האזורי שיקולים אלה: המערער ביצע את העבירות במסגרת משלח ידו; כתבי האישום מתייחסים לאירועים באותו אתר בנייה; בין האירוע הראשון לבין האירוע השני חלפו שלושה חודשים בלבד, והמערער לא הפנים את חומרת מעשיו בעקבות קנסות מנהליים שהוטלו עליו בעבר.

כשיקולים לקולא מנה בית הדין האזורי שיקולים אלה: חלוף הזמן מביצוע העבירות עד הגשת כתב האישום; נסיבות אישיות של המערער - טרגדיה אישית שעבר המערער ומצב כלכלי קשה עקב חובות כבדים הרובצים עליו.

בית הדין האזורי הוסיף כי הגם שמדובר בהעסקת חמישה עובדים זרים בשני מועדים נפרדים, ולפיכך בחמישה אירועים נפרדים, בנסיבות המקרה אין לגזור את העונש בדרך של הכפלת הקנס פי חמישה, כי ענישה כזו תחרוג ממתחם הענישה ההולם; נסיבותיו הקשות של המערער מצדיקות חריגה ממתחם הענישה וגזירת קנס הנמוך מהרף התחתון, וכמו כן יש להתחשב בכך שהרשעת המערער עלולה לפגוע ביכולת ההשתכרות שלו; על יסוד כל השיקולים כמפורט לעיל, הוטל על המערער קנס בסכום כולל של 60,000 ₪ לתשלום בשלושים תשלומים חודשיים שווים ורצופים, וכן חויב המערער לחתום על התחייבות להימנע מביצוע עבירה על פי חוק עובדים זרים לתקופה בת שלוש שנים, כך שכל שיפר את ההתחייבות יחויב בתשלום הקנס המירבי הקבוע בחוק במועד ביצוע העבירה.

טענות הצדדים בערעור

טענות המערער:

18. המערער טען כללית כי בית הדין האזורי לא נתן משקל ראוי לשיהוי הממושך בהגשת כתבי האישום; אי זימונו להעיד של שותפו של המערער (מר שרון מיטרי) ואחיו ניר; המערער לא זומן לבניין לזהות את העובדים ולא הוזמן לחקירה בסמוך למועד עריכת הביקורות; המערער לא הוזהר בחקירתו במשרד התמ"ת ולא נאמר לו כי הוא רשאי להיוועץ בעורך דין.

19. לא היה מקום לקבוע כי התקיימו יחסי עבודה בין המערער לבין העובדים הזרים מושא כתב האישום מנימוקים אלה: בחקירתם של העובדים הזרים לא עלה שמו של המערער והם לא ציינו אותו כמעסיק שלהם; לא היה מקום לבסס את ההרשעה על עדותם של המפקחים אשר לא זכרו את פרטי האירועים, ולא הייתה הצדקה להשתמש בכלל של הקפאת הזכירה שבעבר, שכן השימוש בו על פי פסיקת בית המשפט העליון הוא נדיר. זאת, נוכח העובדה שמשמעות קבלת עדות כתובה של המפקחים הופכת את חקירתם הנגדית לחסרת משמעות. בכל מקרה, היה על בית הדין לתת לראיות אלה (תיאור המקרה והמסמכים הנוספים) משקל נמוך; בית הדין האזורי התעלם מסתירות בעדותם של המפקחים, בנוגע לאופן שבו פנו לנציגות הבניין לברר את זהות המעסיק; בית הדין האזורי טעה בכך שלא ייחס כל משקל ראיתי להסכם בין המערער לבין מר גסאן, שבו נכתב במפורש כי העבודה שתבוצע על ידי מר גסאן כוללת גמר טיח לכל הבניין, וכן טעה בכך שלא ייחס משקל ראיתי לעדותו של מר גסאן, למרות השקרים שכללה עקב סכסוך כספי עם המערער. בסופו של יום הודה מר גסאן כי עבד כקבלן משנה בבניין וביצע עבודות טיח, כי המערער ידע שעובדיו ישראלים וכי העסיק את אחיו תושב



השטחים; טעה בית הדין האזורי בכך שלא ייחס משקל לעובדה כי שרון מיטרני ואחיו הם אלה אשר עבדו בפועל מול קבלני המשנה ומול העובדים בפרויקט. בהקשר זה ציין כי עדותו נתמכה בעדותה של חברת נציגות הבניין, אשר העידה כי ניר (אחיו של שרון) עבד ופיקח על הפועלים. אי זימונם לעדות נזקף לחובת המדינה שעליה הנטל להוכיח את אשמתו של המערער מעבר לספק סביר; בית הדין האזורי לא נתן משקל לאכיפה הבררנית שנקטה המדינה, שכן לא הוגשו כתבי אישום נגד שותפו של המערער מר שרון מיטרני ואחיו ניר ונגד קבלני המשנה שהעסיקו עובדים זרים ללא היתר; בית הדין האזורי לא ייחס משקל לכך שבמקביל למערער עבדו בבניין קבלני משנה נוספים, וכי בוצעו עבודות שיפוץ בבניין על ידי דיירים אחרים, שהעסיקו עובדים שהמערער לא ידע את זהותם; בית הדין האזורי התעלם מעדותם של קבלני המשנה שלפיה המערער דרש כי לעובדים שיועסקו על ידי קבלני המשנה יהיה היתר, והוא אף בדק את האישורים, ועל כן לא היה מקום למסקנה כי המערער עצם את עינו באשר לזהות העובדים וחוקיות העסקתם, שכן לא התעורר חשד סביר בנוגע לזהותם, במיוחד נוכח העובדה שנכח באתר במידה מצומצמת ביותר.

20. בנסיבות המקרה, היה על בית הדין לבטל את הרשעתו של המערער: נוכח סיווגה של העבירה כעבירה מינהלית ניתן היה לוותר על ההרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים; המערער הורתע די הצורך בעצם ניהול ההליך הפלילי במשך שנים, ובין היתר סבל מירידה בהיקף עבודתו, נקלע לחובות עקב הצורך לשלם סכומים רבים לצורך מימון ההגנה המשפטית, ומדובר בנזק העולה על כל סנקציה כלכלית משמעותית; נסיבותיו האישיות, הכלכליות והמשפחתיות הקשות של המערער הצדיקו ביטול ההרשעה; הרשעתו של המערער תפגע ביכולתו להגיש את מועמדותו במכרזים הדורשים רישום בפנקס הקבלנים.

21. בנסיבות המקרה, לא היה מקום לגזור על המערער קנס, ולחלופין היה מקום לגזור קנס בשיעור נמוך יותר: נוכח הנסיבות האישיות של המערער, לא היה מקום להטיל עליו קנס בשיעור של 60,000 ₪, דהיינו קנס בשיעור של 51% מהקנס המנהלי המרבי העומד על 116,800 ₪; היה מקום להתחשב בניהול הליך סרק בשני אישומים נוספים, שבהם זוכה המערער מאשמה.

טענות המדינה:

22. המדינה טענה כללית כי קביעותיו של בית הדין האזורי המבוססות על הראיות ברורות, מנומקות וחד משמעיות, והן שוללות את גרסתו של המערער, אשר נותרה כטיעונים בעלמא; המערער בחר להתעלם מהשאלות הקונקרטיות והראיות שהוצגו בבית הדין האזורי, וכך הוא נוהג גם בשלב הערעור; הכרעת הדין מבוססת לא רק על עדותם של המפקחים אלא גם על עדותה של גב' וייס שפיגל, על המוצגים השונים, על עדותו של מר גסאן ועל עדותו של המערער; אין מקום להתערבות ערכאת הערעור בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית, המבוססות על התרשמותה הבלתי אמצעית מהעדויות וממהימנותן; חקירות המערער במשרד התמ"ת הוגשו בבית הדין האזורי בהסכמה והמערער לא העלה כל טענה בנוגע אליהן, והוא מנוע מלהעלות בשלב הערעור את הטענה שלא הוסבר לו כי הוא רשאי להיוועץ בעורך דין.

23. בהתייחס לטענותיו הקונקרטיות של המערער טענה המדינה כינסיבות המקרה הנדון מצדיקות קבלת תיאור המקרים אשר נרשמו על ידי המפקחים כראיה לאמיתות תוכנם תוך מתן משקל ראייתי מלא, נוכח העובדה שעולה מעדותם כי הרישום היה מלא ומדויק; המערער ביצע את העבודות שבהן עסקו העובדים מושא ההליכים, על פי הסכם בינו לבין נציגות הבניין, וטענתו כי הוצבו בנכס שלטים של קבלנים אחרים לא נתמכה בראיה כלשהי; טענת המערער בנוגע להעסקת עובדים זרים על ידי קבלני המשנה היא "טענה כבושה", שכן המערער



לא העלה טענה זו במענה לכתב האישום; המערער העלה טענות סותרות - טענה כי העובדים הועסקו על ידי קבלנים אחרים שביצעו עבודות שיפוץ לדיירים וטענה כי העובדים הועסקו על ידי מר גסאן; המערער לא זימן לעדות דיירים שביצעו עבודות שיפוץ בתקופה בה עסק בשיפוץ הבניין על פי ההסכם, ועל כן אין ליתן משקל למכתבים שנכתבו על ידם, ובכל מקרה המכתבים התייחסו לעבודות אינסטלציה, והעובדים מושהה ההליך לא ביצעו עבודות אינסטלציה; מאותו טעם, וכן מהטעם שאחד מהם ביצע עבודות בבניין שלא בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, עדויותיהם של קבלני האינסטלציה אינן רלוונטיות; אין להתערב בקביעות העובדתיות של בית דין האזורי בנוגע למהימנות עדותו של מר גסאן. בכל מקרה, גם על פי עדותו של המערער מר גסאן עבד בנכס עד יום 20.10.2005, כך שלא יכול להיות לו כל קשר לעבודות שבוצעו בביקורת שנערכה ביום 1.12.2005; על מר גסאן הוטלו רק עבודות טיח ולא נמסר לו ביצוע הפרויקט או עבודות בהיקף רחב; המערער לא קיים את החובה המוטלת עליו ובחר לעצום עיניים בשאלת חוקיות העסקתם של העובדים הזרים שהועסקו בבניין; על כן, אין בהתקשרות עם קבלן משנה מר גסאן כדי לפטור את המערער מאחריות להעסקת העובדים הזרים; יש לזקוף לחובת המערער את אי זימונו של השותף מר שרון מיטרני או אחיו ניר מיטרני; הטענה לאכיפה בררנית הועלתה לראשונה במסגרת הערעור ודינה להידחות מטעם זה בלבד. בנוסף, על פי ההסכם עם נציגות הבניין המערער הוא זה שהתקשר לביצוע עבודות השיפוץ בבניין, והתקשרות המערער עם שרון מיטרני או אחרים לא הוכחה; מכל מקום, המערער לא הוכיח שיקולים זרים או חוסר תום לב של התביעה.

24. לעניין ביטול הרשעת המערער טענה המדינה כילא מתקיימות במקרה הנדון נסיבות חריגות המצדיקות ביטול הרשעתו של המערער; טענותיו של המערער לחובות המגיעים ל"מיליוני" שקלים, נטענה בעלמא וסותרת את עדותו של המערער עצמו; המערער אינו רשום בפנקס הקבלנים, כך שלא יכול להיגרם לו הנזק של מחיקה מהרישום בשל ההרשעה, ובכל מקרה לא הביא ראיות לעניין היקף עבודתו במגזר הציבורי הכפוף לדיני חובת המכרזים.

25. לעניין גזר הדין טענה המדינה כיאין עילה להתערבות בחומרת העונש; בית הדין התחשב מאד בנסיבותיו האישיות של המערער, וגזר עליו קנס בשיעור של 12,000 ₪ בגין כל עובד, דהיינו קנס בשיעור של 10.2% מהקנס המרבי, והוא חורג לקולא משיעור הקנסות על פי הפסיקה.

הכרעה

26. לאחר בחינת טענות הצדדים וכלל החומר שבתיק, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור על כל רכיביו להידחות.

המסגרת הנורמטיבית:

27. סעיף 1(א) לחוק עובדים זרים 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..."**. בהמשך לכך, סעיף 2(א) לחוק עובדים זרים קובע כי מי ש**"העסיק עובד זר שאינו רשאי לעבוד בישראל מכח חוק הכניסה לישראל והתקנות לפיו"** או **"העסיק עובד זר בניגוד להוראות סעיף 1(א)..."**, עבר עבירה.

28. בהתאם לפסיקה -



"על מנת להרשיע בעבירה על פי סעיף 2(א) לחוק, על המדינה להוכיח, מבחינת היסודות העובדתיים של העבירה, כי נמצא אדם שהעסקתו טעונה היתר, כי היתר שכזה לא היה, וכי הנאשם הוא שהעסיק אותו".

עפ (ארצי) 4602-07-14 **מדינת ישראל נ' א.י.ל סלע 1991 בע"מ** (19.4.2016) (להלן - **עניין א.י.ל סלע**).
29. בכל הנוגע לשאלה אם התקיימו יחסי עבודה בין האדם שהועסק ללא היתר לבין הנאשם בהעסקתו נקבעה בפסיקה חזקה עובדתית כמפורט להלן:

"החזקה שנקבעה בהלכה הפסוקה בהתבסס על ניסיון החיים קובעת כי **"כאשר אדם נמצא מבצע עבודה באתר מסוים, והעבודה שהינו מבצע נחוצה למי שמחזיק אותה עת באתר - ניתן להסיק כי קיים קשר של יחסי עובד - מעביד בין מבצע העבודה לבין המחזיק באתר, אלא אם יוכח אחרת"** (ע"פ (ארצי) 34770-05-10 **אליהו שרשבסקי - מדינת ישראל** (6.10.11); וראו גם: ע"פ (ארצי) 13/07 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית - מדינת ישראל** (6.9.09); ע"פ (ארצי) 60/09 **מדינת ישראל - יוסף עבד אלפתח** (7.3.10); ע"פ (ארצי) 41/09 **מדינת ישראל - אליהו יצחקי** (27.5.10); ע"פ (ארצי) 29/09 **עופר יונסוף - מדינת ישראל** (30.5.10); רע"פ 5068/10 **יונסוף נ' מדינת ישראל** (18.1.11); ע"פ (ארצי) 29340-12-10 **קובי שי - מדינת ישראל** (3.11.11) (להלן: **עניין שי**). מדובר בחזקה עובדתית אשר נועדה לאפשר למאשימה להוכיח את קיום העבירה גם כאשר אין לה ראיות ישירות על קיום יחסי עובד-מעסיק בין העובד הזר שנמצא באתר ובין המחזיק באתר, אלא רק ראיות נסיבתיות המצביעות על כך. חזקה זו ניתנת לסתירה על ידי הנאשם, ודי בכך שהוא יקים ספק סביר; ועם זאת, לצורך סתירת החזקה יש צורך ביותר מאשר ספק סתמי גרידא או בטיעון בעלמא (**עניין שי**).

בשנת 2012 חזקה זו עוגנה בסעיף 4'א' לחוק, הקובע כי **"יראו מחזיק במקרקעין כמי שמעסיק עובד זר שנמצא עובד במקרקעין, אלא אם כן הוכיח המחזיק אחרת"**.
(ההדגשה במקור - ל.ג.).

ע"פ (ארצי) 56919-11-14 **ראובן רהטלב נ' מדינת ישראל** (21.3.2016) (להלן - **עניין רהטלב**).

ראו גם ע"פ (ארצי) 24932-12-11 **מחמוד ברהום נ' מדינת ישראל** (17.10.2013); **עניין א.י.ל סלע** וההפניות בהערת שוליים 7.

בעניין **רהטלב** נפסק לעניין פועלה של החזקה באתר בו מועסקים עובדים של קבלן ראשי וכן עובדים של קבלני משנה כי -

"באתר בו עובדים פועלים של קבלן ראשי וכן פועלים של קבלני משנה, יישום החזקה לא ייעשה בהכרח דווקא כלפי הקבלן הראשי. יש לבחון האם בנסיבות העניין מתעוררת זיקה בין הפועלים לבין אחד מהקבלנים הספציפיים, בשל סוג העבודה שביצעו הפועלים ותחום האחריות של כל אחד מהקבלנים (וראו למשל את ע"פ (ארצי) 83/09 **אבי חביב אביטל - מדינת ישראל** (16.3.11))."

עוד נקבע בפסיקה בעניין החזקה כי -

"הגיונה של חזקה זו חל גם מקום שבו פלוני אינו "המחזיק" הבלעדי של השטח אולם הוא אמור לבצע



לבדו עבודות מסוימות באותו שטח ונמצאו שם עובדים המבצעים איזו מאותן עבודות מסוימות כאמור.

כך למשל, קבלן חשמל שאמור לבצע עבודות חשמל באתר בנייה - חזקה שהוא המעסיק של עובד שנמצא באותו אתר בנייה והמבצע עבודות חשמל שאמורות להיות מבוצעות על ידי אותו קבלן חשמל בלבד [השוו: ע"פ (ארצי) 30019-05-15 אליהו חסן נ' מדינת ישראל (14.3.2016); ע"פ (ארצי) 56919-11-14 ראובן רהלטב-נ' מדינת ישראל (21.3.2016)].

אלא שהחזקה העובדתית היא חזקה שבעובדה, ומשכך ניתן לסתור אותה או לפחות להטיל בה ספק, בין בדרך של ערעור ראיות התביעה ובין בדרך של הבאת ראיות מצד ההגנה.

[עניין א.י.ל סלע]

וראו גם: ע"פ (ארצי) 18805-06-13 א. סביח למסחר כללי בע"מ נ' מדינת ישראל (16.8.2016).

30. על יסוד האמור לעיל יש לבחון את השאלה האם צדק בית הדין האזורי בהרשיעו את המערער בהעסקת חמישה עובדים זרים מושא כתבי האישום שלפניו. לא למותר לציין, כבר בשלב זה, כי בית הדין האזורי זיכה את המערער מהעסקה שלא כדין של שני עובדים זרים מושא כתבי האישום בתיק הע"ז 1816/08 והע"ז 1111/10, ולכך נתייחס בהמשך.

הוכחת העסקתם של העובדים ללא היתר וסוג העבודה שביצעו:

31. בכל הנוגע לעצם העסקתם של העובדים מושא כתב האישום בתיק הע"ז 1817/08 בבניין סמך בית הדין האזורי את קביעתו על תיאור המקרה (מ/19) שערך המפקח ערן הרשקוביץ ועל עדותם של המפקחים ערן הרשקוביץ ועינת וולקוביץ, שלפיה בביקורת שנערכה בבניין ביום 8.9.2005 לשני העובדים הסיניים לא היה היתר עבודה אלא אישור ממשטרת ההגירה שאסור לעצור אותם, ולעובד הפלשתיני לא היה היתר עבודה על שמו של המערער, ובדיעבד התברר כי ההיתר על שם מעסיק אחר שהציג היה מזויף; העובדים עסקו במריחת חומר על הטיח (פעולה שהיא שלב אחרון לפני צביעה). כמו כן העידה עינת וולקוביץ כי ערכה רשימת עובדים (מ/21), וכן העידה כי גבתה את עדותו של העובד הפלשתיני, שהוגשה להוכחת עצם גבייתה (מ/22). כן הוגשה תעודת עובד ציבור (מ/29) בנוגע לעובד מהשטחים, ותעודת עובד ציבור (מ/30) בקשר לעובדים הסיניים, שלפיהן לא היה לעובדים היתר לעבוד בישראל אצל המערער.

32. בכל הנוגע להעסקתם של העובדים מושא כתב האישום בתיק הע"ז 2773/09 סמך בית הדין האזורי את קביעתו בדבר העסקת העובדים מושא כתב האישום והעבודה אותה ביצעו על תיאור המקרה (מ/7) ועדותו של המפקח עזר שמש, שלפיה נמצאו במקום שלושה עובדים, שניים מהרשות הפלשתינית ועובד אחד מסין (שמהעסקתו זוכה המערער), עת העובדים מהרשות הפלשתינית עסקו בעבודת טפסנות, ועל עדותו של עופר פורת אשר ערך את רשימת העובדים (מ/12) ואף חקר את אחד העובדים (מ/13).

33. כאמור, המפקחים העידו כי אינם זוכרים את פרטי האירועים ועדותם הסתמכה בעיקרו של דבר על תיאורי המקרה והרישומים הנוספים שערכו. בית הדין האזורי קבע כי יש לתת לרישומי המפקחים במסמכים השונים משקל ראייתי מלא על יסוד כלל הקפאת הזכירה שבעבר, לאחר שקבע כי עיסוקם של המפקחים בעריכת ביקורת בתחום עובדים זרים, הם עורכים רישומים כחלק שגרתי מעבודתם, והרישומים מבוססים על מה שראו ו/או על פעולות שנעשו. אין מקום להתערב בקביעה זו של בית הדין האזורי, העולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית דין זה, שבה נקבע כי -



"...מטבע הדברים הוא שהמפקחים לא יזכרו פרטי ביקורת שנערכה שנים רבות קודם לכן, ודווקא על מנת ליתן מענה לנסיבות ממין זה נקבע הכלל של הקפאת הזכירה בעבר. כלל זה מאפשר להסתמך על רישומי המפקחים שנעשו בסמוך להתרחשות כמשקפים את ההתרחשויות במועד הרישום. ומכאן, כי דווקא בשל קשיי הזיכרון של המפקחים, היה מקום להפעיל את הכלל האמור".

(עניין א.י.ל סלע סעיף 32 לפסק דין).

34. כללו של דבר: לאור האמור לעיל, הוכח כי הועסקו בבנין בעבודות טיח, הכנה לצביעה, טפסנות וצביעה עובדים זרים, אשר לא היה למערער היתר להעסיקם. לפיכך, יש לבדוק אם הוכח כי העובדים הזרים מושא כתבי האישום הועסקו על ידי המערער.

הוכח כי המערער היה המעסיק של העובדים:

35. אין מחלוקת, כי בין המערער לבין נציגות הבנין נחתם הסכם שלפיו המערער יבצע עבודות שיפוץ בבנין, והמערער גם אינו מכחיש כי היה אחראי לביצוע עבודות שיפוץ בבנין, שכללו עבודת טיח על שלביה השונים. אולם, לטענת המערער, מטעמים שונים, העובדים מושא כתבי האישום לא הועסקו על ידו.

36. בית הדין האזורי בחן טענה זו של המערער, ועל יסוד התרשמותו מהעדויות ומהראיות לפניו, אכן מצא מקום לזכות את המערער מעבירה של העסקתם של שני עובדים זרים, אשר עסקו בעת הביקורת בפינוי פסולת או בשיפוץ שביל הגישה לבנין, בשל כך שלא הוכח כי עובדים אלה הועסקו על ידי המערער, ולא על ידי דיירי דירות הקרקע. מכך שבית הדין האזורי זיכה את המערער משני אישומים עולה כי בית הדין האזורי הפעיל בהירות את החזקה, ולא התעלם מכך שבבנין הועסקו קבלנים נוספים, והחיל את החזקה **רק בהתייחס לאותם עובדים זרים שעסקו בביצוע אותן עבודות שהמערער היה אחראי לביצוען על פי ההסכם בינו לבין נציגות הבנין.**

37. בהתייחס לטענות המערער בעניין זה נוסף:

37.1. לא מצאנו מקום להתערב בקביעותו של בית הדין האזורי שבהן דחה את טענותיו של המערער כי מר גסאן אחראי להעסקת העובדים הזרים. כאמור, בית הדין האזורי קבע כי לא הוכחה התקשרות אמיתית ואותנטית בין המערער לבין מר גסאן, וזאת על יסוד התרשמותו מעדותו של מר גסאן, שנמצאה על ידו כבלתי מהימנה, וממכלול הראיות. מעבר לכך, בית הדין האזורי קבע כי גם אם הייתה התקשרות עם מר גסאן, אין מדובר בהתקשרות לביצוע כל הפרויקט וגם לא באותו חלק מהבנין שבו נמצאו העובדים הזרים מושא הליך זה. מדובר בקביעות עובדתיות מובהקות המבוססת על התרשמותו של בית הדין האזורי ממהימנות העדויות שלפניו, ואין כל מקום להתערב בהן. נוסף, כי על פי ההסכם מר גסאן היה אמור לסיים את העבודות עד יום 20.8.2005, כך שההתקשרות עמו אינה רלוונטית לאירועים שבהם נתפסו עובדים זרים לאחר מועד זה, ובמיוחד לעובדים הזרים שנתפסו בביקורת שנערכה ביום 1.12.2005.

37.2. אשר לטענה כי הועסקו בבנין עובדים שלא הועסקו על ידי המערער אלא על ידי קבלנים אחרים או הדיירים שבקומת הקרקע שביצעו שיפוץ, הרי שכאמור בית הדין האזורי לא התעלם מכך, והרשיע את המערער רק בהעסקת אותם עובדים שעסקו בעבודות שהיו בתחום אחריותו של המערער על פי ההסכם בינו לבין נציגות הבנין.



37.3. אשר למעורבותו של שותפו של המערער מר שרון מיטרני, אי זימונו לעדות ואי הגשת כתב אשום נגדו: **ראשית**, המערער הוא שהתקשר בהסכם עם נציגות הבנין לביצוע שיפוצים בבנין, ועל כן הייתה בידי המדינה ראייה המבססת את אחריותו של המערער להעסקת העובדים הזרים ובנין ולהחלת החזקה שלפיה הוא המעסיק. ראיות בנוגע להתקשרות המערער עם קבלני משנה או עם אחרים שהיו אחראים לביצוע העבודות בבנין **מצויות בידי המערער**, ולכן עליו הנטל להביאן כדי לסתור את החזקה שהוא המעסיק; **שנית**, הטענה לאכיפה בררנית טעונה הוכחת בסיס ראיתי לטענה. ככלל, ובהעדר נסיבות חריגות, יש להעלותה לפני הערכאה הדיונית ואין מקום לדון בה לראשונה בערעור. לכן, גם מהטעם שטענה זו הועלתה לראשונה בערעור דינה להידחות. מעבר לכך, הטענה נטענה בעלמא, ללא שהונחה לה תשתית ראיתית המבססת את אחריותו של השותף שרון מיטרני או המבססת את הטענה בדבר שיקולי זרים.

38. **אשר ליסוד הנפשי של העבירה:** בהתאם לפסיקה, היסוד הנפשי הנדרש לעניין עבירה על פי סעיף 2 לחוק עובדים זרים הוא "מודעות", וזאת מתקיימת גם במצב של "עצימת עיניים", כאשר **"רואים אדם שחשד בטיב התנהגות או בדבר אפשרות קיום נסיבות כמי שהיה מודע להם אם נמנע מלבררם"** [עפ"א (ארצי) 47/08 יאיר שערים 2000 בע"מ - מדינת ישראל (26.10.2009); ע"פ (ארצי) 22/06 מדינת ישראל - יעקב רוזן (28.3.2007); ע"פ (ארצי) 25803-06-13 יעקב יוסף - מדינת ישראל (20.8.2015)]. בית הדין האזורי קבע כי המערער היה אדיש לשאלת חוקיות העסקתם של העובדים הזרים, ואיננו רואים מקום להתערב גם בקביעה עובדתית זו. בהקשר זה נעיר כי אין די במתן הנחייה לקבלני משנה או לעובדי המעסיק "להעסיק רק עובדים חוקיים", אלא יש לנקוט אמצעים סבירים לוודא כי ההנחיה מבוצעת, והמערער לא הוכיח כי נקט פעולה כלשהי לוודא הנחייה זו [השוו: ע"פ (ארצי) 21/06 חברת יש מן שירותי כוח אדם בע"מ ואלו חן - מדינת ישראל (17.3.2010)].

39. **כללו של דבר:** בנסיבות המקרה הנדון, המערער לא הפריך את החזקה שלפיה הוא היה המעסיק של העובדים הזרים מושא כתב האישום, והוכח כי התקיים היסוד הנפשי. נוכח האמור, אין להתערב בקביעתו של בית הדין האזורי שלפיה יש להרשיע את המערער בהעסקתם של העובדים הזרים מושא כתבי האישום.

לא נתקיימו נסיבות חריגות המצדיקות ביטול ההרשעה:

40. בעניין **עדי מישאלוף** [ע"פ (ארצי) 3043-09-14 מדינת ישראל - עדי מישאלוף (22.11.2016)] סקר בית דין זה בהרחבה את אמות המידה והשיקולים המנחים את בית הדין בקבלת בקשתו של נאשם לענישה ללא הרשעה עת מדובר בעבירה של העסקת עובדים זרים ללא היתר.

41. בתמצית, אמות המידה שנקבעו בפסיקתו של בית המשפט העליון חלות גם במקרה בו מדובר בהרשעה על עבירות שעניינן העסקת עובדים זרים שלא כדין. בהתאם, מחיל בית הדין לעבודה את ההלכה הפסוקה שלפיה -

"קיימים שני תנאים מצטברים להימנעות מהרשעה - האחד, כי ההרשעה פוגעת פגיעה חמורה בשיקום הנאשם; השני - כי סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה, מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים".

ע"פ (ארצי) 6291-05-10 א.כפיר אחזקות בע"מ - מדינת ישראל (31.1.2012).

42. בפסיקתו של בית דין זה הודגש כי ככלל נזק כלכלי הצפוי לנאשם כתוצאה מהרשעה בעבירה של העסקת



עובדים ללא היתר אינו בגדר נסיבה חריגה מהצדיקה הימנעות מהרשעה, ואף ההיפך מכך. זאת, נוכח העובדה שהעבירה של העסקת עובדים זרים ללא היתר היא עבירה כלכלית במהותה, ולכן הימנעות מהרשעה בשל נזק כלכלי שצפוי לנאשם תחטיא את תכלית החקיקה - הרתעה מהעסקת עובדים זרים שלא כדין, באמצעות הטלת סנקציה כלכלית משמעותית.

ראו: עניין **עדי מישאלוף**; ע"פ (ארצי) 33098-09-12 **א.פ.י. שירותי כוח אדם בענף הבניין (2005) בע"מ ואורן עמר נ' מדינת ישראל** (11.8.2014); ע"פ (ארצי) 31808-03-13 **מדינת ישראל נ' פרץ** (5.2.2014).

43. **ומן הכלל אל הפרט:** המערער הורשע באחריות לעבירה של העסקת חמישה עובדים זרים ללא היתר, וזאת במהלך פעילותו העסקית; המערער נמצא אחראי להעסקתם, כאשר על פי קביעתו של בית הדין האזורי היה אדיש לחוקיות העסקתם; מדובר בעבירה שהמחוקק רואה בה עבירה חמורה, כעולה משיעורי הקנסות המשמעותיים שנקבעו בחוק, שבאמצעותם ביקש המחוקק להעביר מסר מרתיע; למרות פעולות האכיפה, התופעה של העסקת עובדים זרים ללא היתר עדיין נפוצה וטרם מוגרה. נוכח האמור, האינטרס הציבורי מחייב ומצדיק את הרשעתו של המערער.

44. מנגד, המערער לא הצביע על נסיבות חריגות ויוצאות דופן, היוצרות "יחס בלתי סביר באורח קיצוני בין חשיבות ההרשעה לאינטרס הציבורי הכללי לבין עוצמת הפגיעה בנאשם הצפויה מההרשעה", המצדיקות הימנעות מהרשעה. **ראשית**, המערער אינו "קבלן רשום", כך שהרשעתו בדין לא תפגע במעמד שטרם רכש; **שנית**, המערער לא הביא ראיות להיקף עבודתו במגזר הציבורי ביחס להיקף עבודתו במגזר הפרטי, שאינו כפוף לדיני חובת המכרזים, כך שלא הוכח הנזק הכלכלי שייגרם כתוצאה מההרשעה; **שלישית**, גם אם למערער חובות כבדים, ונציין בהקשר זה כי היקף חובותיו על פי עדותו אכן אינו מבוטל אך נמוך משמעותית מהיקף החובות שנטען על ידו בערעור, אין בכך כדי להביא לביטול ההרשעה. זאת, הן נוכח העובדה שככלל מדובר בשיקול הרלוונטי לחומרת העונש ולא לעצם ההרשעה, (וכמובהר להלן בית הדין האזורי נתן משקל מכריע לנסיבותיו האישיות של המערער בגזר הדין), והן נוכח העובדה שכאמור לעיל המערער לא הוכיח כי ייגרם לו נזק כלכלי יוצא דופן כתוצאה מהרשעתו כדין.

45. **כללו של דבר:** לא נתקיימו בנסיבות המקרה הנדון הנסיבות החריגות המצדיקות ענישה ללא הרשעה ועל כן ערעורו של המערער בעניין זה נדחה.

אין מקום להתערב בגזר דינו של בית הדין האזורי:

46. כאמור, המערער הורשע בהעסקת חמישה עובדים זרים ללא היתר. בית הדין האזורי גזר על המערער קנס בשיעור של 60,000 ₪, דהיינו קנס בשיעור של 12,000 ₪ בגין העסקת כל עובד. שיעור הקנס שנגזר על המערער הוא 10.2% בלבד משיעור הקנס המירבי (ולא 51% כנטען על ידי המערער בסיכומיו), וגבוה אך במעט משיעור הקנס המינהלי. שיעור הקנס שנגזר על המערער חורג מהרף התחתון של מתחם הענישה שקבע בית הדין האזורי, וחורג לקולא מרמת הענישה המקובלת להרשעה בעבירות אלה. כאמור, בגזר הדין בית הדין האזורי נתן משקל מכריע לנסיבותיו האישיות של המערער. נוכח האמור, אין מקום להפחתת שיעור הקנס שנגזר על המערער על ידי בית הדין האזורי.

47. **סוף דבר** - הערעור על הרשעתו של המערער, על אי ביטול ההרשעה ועל גזר הדין נדחה.

לבקשת הצדדים, פסק הדין ישלח לצדדים 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, י"ד כסלו
תשע"ז (14 דצמבר
2016), בהעדר הצדדים
וישלח אליהם.
לאה גליקסמן,
שופטת, אב"ד

אילן איטח,
שופט

משה טוינה,
שופט