



ע"פ 50688/01/15 - מדינת ישראל נגד רינה מגנצי

בית הדין הארצי לעבודה

עפ"א 50688-01-15

ניתן ביום 25 יולי 2016

לפני: סגנית הנשיא ורדה וירט-ליבנה, השופט אילן איטח, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

המערערת

מדינת ישראל

-

המשיבה

רינה מגנצי

בשם המערערת - עו"ד עדי צימרמן ועו"ד ענבר סהראי
בשם המשיבה - עו"ד ענת קירשנברג

פסק דין

השופט אילן איטח

1. לפנינו ערעור על החלטת בית הדין האזורי בתל אביב-יפו (השופטת רות צדיק; ת"פ 31724-02-13), שבה התקבלה בקשת המשיבה (להלן - **המעסיקה**) לביטול כתב האישום נגדה מטעמים של הגנה מן הצדק. לאור התוצאה מהווה ההחלטה פסק דין.

הרקע

2. ביום 11.4.11 ערכו מפקחים מטעם המערערת (להלן - **המדינה**) ביקורת בבית המגורים של המעסיקה (להלן בהתאמה - **הביקורת והבית**). ביום 17.2.13 הוגש נגד המעסיקה כתב אישום יזום ובמסגרתו היא הואשמה בהעסקת עובד זר ללא היתר וללא ביטוח רפואי. בכתב האישום נטען כי במהלך הביקורת נמצאה בבית עובדת זרה, נתניה פיליפינית שאינה אזרחית או תושבת ישראל (להלן - **העובדת**). עוד נטען בכתב האישום כי העובדת נכנסה לישראל ביום 11.6.10 באשרת תייר מסוג ב/1, שתוקפה פג ביום 26.10.10, וכי כשלושה שבועות טרם הביקורת החלה המעסיקה להעסיק את העובדת, ללא היתר כדן, בעבודות משק בית ואף הלינה אותה בביתה. לבסוף נטען בכתב האישום כי לעובדת לא הוסדר ביטוח רפואי כדן.

3. כתב האישום היזום, חלף קנס מינהלי שניתן להטילו לפי חוק העבירות המינהליות, תשמ"ו - 1985 (להלן - **חוק העבירות המינהליות**), הוגש לפי החלטת "התובע"^[1], מכוח סמכותו לפי סעיף 15 לחוק העבירות המינהליות.

4. החלטת התובע כאמור עוגנה ב"מזכר נימוקים להגשת כתב אישום בתיק" מיום 20.1.13 (להלן - **מזכר הנימוקים**). כעולה ממזכר הנימוקים, התובע הדריך את שיקול דעתו לפי ההנחיות הפנימיות שפרסם התובע עמוד 1



הראשי של רשות האוכלוסין וההגירה שבמשרד הפנים, שפורסמו ביום 18.1.12 (להלן - **הנחיות 2012**). להלן הנימוקים שנרשמו על ידי התובע:

"סעיף 5ג'(3) העסקה שלא כדין של עובד זר בעבודות משק בית, על ידי מעסיק שאינו בעל היתר בתחום הסיעוד ושלא במסגרת מתן טיפול סיעודי לנזקק.

העו"ז הועסקה בבית החשודה בעבודות משק בית.

סעיף 5ג'(6) משך תקופת ביצוע העבירה.

החשודה העסיקה את הנתינה הזרה תקופה ממושכת של כ-3 שבועות ובנסיבות המצביעות על קביעות בהעסקה.

העסקת נתין זר אשר אינו בעל אשרה בתוקף לשהייה בישראל.

העובדת הזרה שוהה בישראל מיום 26.10.10 ללא אשרה בתוקף.

הלנת עובד זר.

החשודה הלינה את הנתינה הזרה בביתה.

בחומר החקירה לא נמצאו נסיבות אשר יתכן והיה בהן כדי להוות שיקולים לקולא אשר יצדיקו הטלת קנס מנהלי והימנעות מהגשת כתב אישום ייזום כנגד החשודה". (הדגשות בקו תחתון הוספו - א.א.)

המסגרת הנורמטיבית

5. כעולה מהצעת חוק העבירות המינהליות, החוק נועד להתמודד עם מצב של ריבוי העבירות בחוקים ובתקנות בעת החדשה, תוצאה של חקיקה רחבת היקף בתחומי החברה והכלכלה, ולהציע דרכי ענישה חלופיות. העבירות הפליליות המסורתיות היו כרוכות לרוב בפגיעה במוסר ובקלון (גניבה, שוד, חבלה, אינוס - עבירות שנהוג לכנותן "Mala per se" - רע מטבע בריאתו). החקיקה המודרנית יצרה הסדרים חדשים, לא תמיד "טבעיים" או "אינטואיטיביים", שהפרתם כרוכה בענישה שתכליתה להרתיע מפני הפרה של ההסדר החדש (עבירות שנהוג לכנותן "Mala prohibita" - רע בגלל האיסור). לרוב, לעבירות מהסוג השני נקבעה אחריות מוחלטת, כך שהטלת אחריות בגין ביצוע אינה כרוכה בהוכחת כוונה פלילית של המבצע. מציאות החיים לימדה כי להליך הפלילי חסרונות בטיפול בסוג זה של עבירות: חוסר יעילות ההליך הפלילי לסוג כזה של עבירות, צורך בהקצאת משאבי אכיפה ושיפוט רבים והכתמת אנשים בכתם "פלילי" על אף שאין מדובר בעבירות ברמת חומרה גבוהה. על רקע אלה, יצר המחוקק דרך ענישה חלופית בדמות הגדרת עבירות מסוימות כ"עבירה מינהלית" שבצידה קנס מנהלי, וזאת במטרה לשפר את האכיפה, להקטין את העומס המוטל על רשויות האכיפה והשיפוט, ו"לאפשר לאדם שעבר עבירה מינהלית לשאת בעונש מתאים, בלי שיוכתם בכתם של עבירה פלילית, אלא אם כן קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות העמדתו לדין פלילי"^[2].

6. ואכן, סעיף 15 לחוק העבירות המינהליות מאפשר בתנאים מסוימים להגיש כתב אישום במקרה של ביצוע עבירה מינהלית. וכך קובע הסעיף:

"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; סעיף זה אינו גורע מסמכותו של תובע להגיש כתב אישום אם ביקש מקבל ההודעה להישפט על העבירה."



7. אשר לברירה שבין "המסלול המינהלי" לפי חוק העבירות המינהליות ובין "המסלול הפלילי" קבע בית המשפט העליון בעניין אפרתי^[3] כך:

"עיקרו של החוק הוא, כאמור, בהסבת עבירות פליליות לעבירות מינהליות; מגמה זו תלמדנו, וזה הפירוש הראוי שיש ליתן לחוק, כי עבירות שנקבעו כעבירות מינהליות - בהן העבירות שבגין הוגש כתב-אישום נגד העותר - דרך המלך היא להטיל בגין קנס מינהלי, ובהליך מינהלי; זו דרך המלך, ואילו יוזמת הפרקליטות להגיש אישום פלילי בגין עבירה מינהלית היא חרגי ויוצא לכלל. מסקנה זו - כי הגשת אישום בגין עבירה מינהלית הינה חריג ויוצא [מן הכלל] - נדרשת לא אך ממגמתו הכללית של החוק אלא אף מלשונו של סעיף 15 לחוק גופו: תובע כי יבקש להגיש כתב-אישום בגין עבירה מינהלית, סמכותו עומדת לו, ואולם זאת רק 'כאשר הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת מטעמים שיירשמו'. החוק כמו מטיל על תובע נטל של הסבר על שום מה ולמה אומר הוא לנקוט הליך פלילי תחת הליך מינהלי: מוסמך הוא לעשות כן רק אם הוא סבור שהנסיבות מצדיקות זאת 'מטעמים שיירשמו'. ומתוך שהמדובר ביוצא לכלל, ממילא חייב להימצא בצדו הצדק ראוי. יתרה מזאת: החובה להעלות על הכתב נימוקים להגשתו של אישום פלילי ('מטעמים שיירשמו') מלמדת מעצמה על החשיבות שהמחוקק מבקש ליתן לאותם נימוקים שחובה לרושםם. לא עוד, אלא שעצם יצירתה של החובה לרישומם של נימוקים יש בו כדי ללמד על אפשרות ביקורת חיצונית על מעשה הפרקליטות." (הדגשות הוספו - א.א.)

8. במסגרת קביעת מדיניות ההעמדה לדין פלילי במקרה של עבירה המוגדרת כעבירה מינהלית, הוציא היועץ המשפטי לממשלה הנחיות לרשויות התביעה (להלן - הנחיות היועם"ש)^[4]. בין היתר, מפרט היועץ המשפטי לממשלה "רשימה בלתי ממצה של שיקולים לגבי נסיבות המצדיקות הגשת כתב אישום", ואלה הן:

א. **הטלת קנס מינהלי על אותו אדם אין בה משום גורם מרתיע במידה מספקת, כיוון שהוא חוזר ועובר עבירות מינהליות מאותו סוג חרף הקנסות המינהליים המוטלים עליו.**

ב. **אותו אדם לא שילם את הקנסות המינהליים שהוטלו עליו בעבר והיה צורך להפעיל הליכי גבייה לגביית הקנסות שהוטלו עליו.**

ג. **נסיבות העבירה חמורות במיוחד.**

9. ביום 18.5.2008 פרסם עו"ד לאוניד קוגן, בתפקידו אז כממונה על תביעות עובדים זרים במשרד התעשייה, המסחר והתעסוקה, עדכון של ההנחיות הפנימיות לעניין הגשת כתבי אישום בעבירות מינהליות במקום הטלת קנס מינהלי (להלן - הנחיות 2008). בסעיף 2 להנחיות 2008 נקבע כי תחת הטלת קנס מינהלי ניתן להגיש כתב אישום במקרים של ריבוי עבירות (לא רלוונטי לענייננו). בסעיף 5 להנחיות 2008 נקבעו נסיבות נוספות שבהתקיימן ניתן להגיש כתב אישום תחת הטלת הקנס המינהלי. וכך נקבע:

"קביעת הנחיות הפנימיות [כך במקור -א.א.] אין בה כדי לגרוע מסמכותו של התובע להגיש, בהתאם לסעיף 15 לחוק העבירות המנהליות התשמ"ו - 1985 ובאישור ממונה על התביעות, כתב אישום בנסיבות המצדיקות זאת בנוסף לאמור בסעיף 2 לעיל, כגון (לא מדובר ברשימה סגורה):

א. **העסקת עובד זר בתור או-פר, משרת או על העסקה שלא כדין של עובד זר שהגיע לישראל כדין לעבודה בענף הסיעוד על ידי מעסיק שאינו בעל היתר בתחום הסיעוד ושלא במתן טיפול סיעודי לנזקק.**



- ב. העסקת עובד זר בתנאי מגורים מחפירים שאינם מתאימים למגורי אדם.
- ג. פגיעה חמורה אחרת בזכויות העובדים.
- ד. ביצוע עבירות ביחס למספר רב של העובדים או במשך תקופה ממושכת.
- ה. ניכויים משכרו של עו"ז [עובד זר - א.א.] בניגוד ל....."

10. ביום 18.1.2012 פורסמו כאמור הנחיות 2012 שהן "שיקולי התביעה לגבי נסיבות שישקלו עובר להגשת כתבי אישום במקום הטלת קנס מנהלי ... ובהמשך להנחיות היועץ המשפטי לממשלה". בסעיף 5 להנחיות 2012 פורטה "רשימה בלתי ממצה של נסיבות אשר יצדיקו ככלל הגשת כתב אישום", תחת הטלת קנס מינהלי: ריבוי עבירות או אי תשלום הקנס, וכן שיקולים המתייחסים לנסיבות ביצוע העבירה. וכך נקבע בסעיף 5ג להנחיות 2012:

"חומרת נסיבות העבירה"

להלן שיקולים להם יש ליתן משקל לחומרה לעניין בחינות נסיבות העבירה:

- (1) מספר העבירות שעבר המעסיק. לעניין זה תיראה חומרה יתרה בביצוע שלוש עבירות מנהליות לפי חוק עובדים זרים או יותר, בתוך פרק זמן של שלוש שנים.
- (2) הרשעות קודמות בעבירות על חוק עובדים זרים או חוקי עבודה אחרים. לעניין זה תיראה חומרה יתרה בקיומה של הרשעה אחת או יותר ב-5 השנים האחרונות.
- (3) העסקה שלא כדין של עובד זר בעבודת משק בית, על ידי מעסיק שאינו בעל היתר בתחום הסיעוד ושלא במסגרת מתן טיפול סיעודי לנזקק.
- (4) העסקה שלא כדין של עובד זר שהגיע לישראל כדין לעבודה בענף הסיעוד, על ידי מעסיק שאינו בעל היתר בתחום הסיעוד ושלא במסגרת מתן טיפול סיעודי לנזקק.
- (5) עבירת עבירה/ות ביחס למספר עובדים זרים.
- (6) משך תקופת ביצוע העבירה. לעניין זה תיראה חומרה יתרה בהימשכות ביצוע העבירה למשך זמן ניכר או בקביעות, בשים לב לתדירות ההעסקה.
- (7) תנאי המגורים של העובד הזר.

רשימה זו אינה רשימה ממצה או סגורה, ודי בהתקיימות שיקול אחד מהמנויים לעיל כדי להוות משקל לחומרה לעניין חומרת נסיבות העבירה." (הדגשה במקור - א.א.)

סעיף 6 להנחיות 2012 קובע כי "אין בהתקיים אחת הנסיבות או השיקולים שפורטו לעיל כדי לחייב תובע בהגשת כתב אישום, או לפטור אותו מהפעלת שיקול דעת ביחס להחלטה האם להגיש כתב אישום בכל מקרה לגופו, וכל זאת - בהתחשב בכלל נסיבות המקרה הרלוונטיות".

11. עוד נציין כי החלטת רשויות התביעה להגיש כתב אישום תחת הטלת קנס מינהלי נתונה לביקורת שיפוטית לפני בית המשפט שאליו הוגש כתב האישום^[5]. ביקורת זו תופעל בהתאם לכללים המקובלים במשפט המינהלי, ובכלל זה בחינת סבירות ההחלטה.

טענות הצדדים בבית הדין האזורי

12. המעסיקה הגישה לבית הדין האזורי בקשה לביטול כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק. המעסיקה טענה



כי הגשת כתב האישום נגדה, חלף הטלת קנס מינהלי, מנוגדת לסעיף 15 לחוק העבירות המינהליות, להנחיות היועמ"ש, להנחיות 2008 ולהנחיות 2012.

עוד נטען כי ממזכר הנימוקים עולה כי התובע הדריך עצמו לפי הנחיות 2012, ולא לפי הנחיות 2008, שהיו הרלוונטיות בעת ביצוע העבירה. לטענת המעסיקה, הגשת כתב האישום אינה מתיישבת עם הנחיות 2008 מאחר שלא הוגדר בו פרק הזמן לעניין משך ההעסקה, וממילא לא ניתן להגדיר תקופת העסקה של כ- 3 שבועות כ"תקופה ממושכת". עוד נטען בהקשר זה כי לעובדת לא היה היתר עבודה כלשהו והיא נכנסה לישראל באשרת תייר, כך שלא התקיים במקרה שלה התנאי של "עובד זר שהגיע לישראל כדין בענף הסיעוד ע"י מעסיק שאינו בעל היתר בתחום הסיעוד".

המעסיקה הוסיפה וטענה כי ההחלטה להגיש כתב אישום נגדה היא בלתי סבירה ומבוססת על נימוקים שאינם "נימוקים בני משקל".

לבסוף טענה המעסיקה כי הגשת כתב האישום נגדה חלף קנס מינהלי נגועה באפליה ובאכיפה בררנית, וזאת בשים לב להתנהלות המאשימה בעניינם של חשודים אחרים בביצוע עבירות מסוג העבירה שבה הואשמה המעסיקה, בנסיבות הדומות לנסיבותיה. טענות המעסיקה בעניין זה לא מוצו והיא הגישה במקביל בקשה לעיון בחומר החקירה, בהתאם לסעיף 74(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982.

13. בתשובה טענה המדינה כי נוכח הנסיבות המחמירות המפורטות במזכר הנימוקים היתה הצדקה להגיש כתב אישום נגד המעסיקה חלף הטלת קנס מינהלי. בהתייחס לטענה כי במועד ביצוע העבירות עמדו בתוקף הנחיות 2008 שהן מקלות ביחס להנחיות 2012 טענה המדינה כי הנחיות 2008 והנחיות 2012 קבעו את אותן נסיבות כנסיבות מחמירות המצדיקות הגשת כתב אישום חלף הטלת קנס מינהלי. עוד טענה המדינה כי המעסיקה לא הראתה, ולו ראשית ראיה, כי נהגו כלפיה בשונה מאשר נהגו כלפי אחרים במקרים דומים.

פסק דינו של בית הדין האזורי

14. לאחר שסקר את המסגרת הנורמטיבית עמד בית הדין האזורי על הטעמים להחמרת מדיניות התביעה במקרים של העסקת עובדים זרים במשק בית, החמרה שהביאה להגשתם של כתבי אישום תחת הטלת הקנס המינהלי. בין היתר, התייחס בית הדין האזורי לכך שהעסקת עובדים זרים במשק בית הפכה ל"מכת מדינה" ולתופעה הפוגעת בכלכלה ובמאמצים להקטין את האבטלה. עוד התייחס בית הדין האזורי לכך שהעסקת עובדים זרים ללא היתר כדין כרוכה בהעסקה מקפחת. מנגד, כך ציין בית הדין האזורי, מדובר בעבירה שבגינה יש להטיל קנס מינהלי - אם כי רשאי התובע להחליט להגיש כתב אישום תחת הטלת הקנס המינהלי כאשר "**הנסיבות מצדיקות זאת ומשיקולים שירשמו**".

15. אשר לטענות המעסיקה קבע בית הדין האזורי כך:

א. ספק אם ניתן לקבוע כי הנחיות 2008 מקלות לעומת הנחיות 2012, ו"ניתן לכל היותר לגרוס כי מדובר בהנחיות מפורטות יותר".

ב. אין צורך "לקבוע במסגרת הליך זה מסמרות בקשר לתחולה רטרואקטיבית של ההנחיות".

ג. אשר לסעיף 5ד להנחיות 2008, שלכאורה הוא הסעיף הרלוונטי למקרה שלפנינו, ושעניינו "**ביצוע עבירות ביחס למספר רב של העובדים או במשך תקופה ממושכת**" (הדגשה הוספה - א.א.), קבע בית הדין האזורי כי תקופת העסקה בת שלושה שבועות, כמיוחס למעסיקה, "**אינה עולה כדי 'תקופה ממושכת'**". שכן, "**תקופה זו לא חורגת לדעתי מהגדרת ארעיות, ...**".



לעניין משך התקופה שתיחשב "תקופה ממושכת", גזר בית הדין האזורי גזירה שווה מהוראות חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה - 1995 (להלן - **חוק הביטוח**), ונסביר:

בית הדין האזורי הפנה להגדרת "נכה" שבפרק ט' לחוק הביטוח, העוסק בביטוח נכות כללית. בסעיף 195 לחוק הביטוח, נקבע בין היתר, שעל מנת להיות מוכר כנכה צריך להתקיים במבוטח התנאי של מבחן ההכנסה, קרי - **"אין לו הכנסה בפועל מעבודה או ממשלח יד או שהכנסתו כאמור אינה עולה על המפורט להלן, לפי העניין:**

"(א) לגבי מי שזכאי במשך תקופה ממושכת או בעל ליקוי חמור - 60% מהשכר הממוצע;

(ב) לגבי מי שאינו זכאי במשך תקופה ממושכת ואינו בעל ליקוי חמור - 45% מהשכר הממוצע;" (הדגשות הוספו - א.א.).

בית הדין האזורי הפנה לכך שבסעיף 195 הנ"ל הוגדר **"זכאי במשך תקופה ממושכת"** - **"מישהי הזכאית לקצבה חודשית... בתקופה של 60 חודשים לפחות מתוך 84 החודשים שקדמו בתכופ ליום....."**

מסכם בית הדין האזורי וקובע כי **"עינינו הרואות כי תקופה ממושכת בעיני המחוקק לפי חיקוק זה הינה תקופה של 60 חודשים לפחות, דהיינו 5 שנים"**.

16. לאור קביעתו כי המעסיקה לא העסיקה את העובדת "תקופה ממושכת", החליט בית הדין האזורי כי קמו הנסיבות לביטול כתב האישום מטעמי צדק. וכך קבע בית הדין האזורי:

"לאור זאת, יש מקום לבחון האם מתקיימים בענייננו התנאים החריגים המצדיקים ביטולו של כתב אישום מחמת הגנה מן הצדק, המהווה מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר (ע"פ 4855/02 מד"י נ' בורוביץ, פ"ד נט (6) 807, 776; ע"פ 14/07 מדינת ישראל-משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך), ניתן ביום 26.11.07).

בנסיבות המפורטות לעיל, הגשת כתב האישום נגד הנאשמת מהוות [כך במקור - א.א.] לטעמי התנהלות הפוגעת 'באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות', או העומדת 'בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית' (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי), נוכח הפרשנות אשר בחרה המאשימה להעניק למונח תקופה ממושכת, תוך התעלמות מהעובדה כי זוהי פעם ראשונה בה עברה הנאשמת על חוק עובדים זרים.

מקום בו עיקר הדגש במסגרת כתב האישום היזום הושם על כך שהעובדת הועסקה בבית הנאשמת 'תקופה ממושכת' ומשלא שוכנעתי כי אכן מדובר בתקופה ממושכת ומדובר בתקופה ארעית בלבד, סבורני כי במקרה זה אצה הדרך למאשימה להגשת כתב אישום וכפועל יוצא מכך, החלטת המאשימה בנסיבות מקרה זה, נגועה בחוסר סבירות קיצוני.

לאור האמור לעיל, הנני מורה על ביטול כתב האישום מטעמי הגנה מן הצדק.

נוכח המסקנה אליה הגעתי, מתייתר הדיון בטענות בדבר אכיפה בררנית במקרה דנן. (הדגשה הוספה - א.א.)

הטענות בערעור



17. במסגרת הערעור טוענת המדינה כי בית הדין האזורי שגה כאשר בחר להתערב בשיקול דעתו של התובע, שכן לא ניתן היה לקבוע בנסיבות העניין כי החלטתו עולה כדי חוסר סבירות קיצוני. לטענת המדינה, בית הדין האזורי שגה כאשר קבע כי העסקה במשך שלושה שבועות אינה העסקה "לתקופה ממושכת" אלא העסקה ארעית. עוד נטען כי בית הדין האזורי לא הביא בחשבון את הנסיבות הנוספות שעמדו ביסוד ההחלטה להעמיד לדין את המעסיקה, אשר בעטיין הפכה העבירה לחמורה: העסקת מי שאין לו אשרת שהייה כלשהי בישראל; העסקת עובד זר אף שלמעסיקה אין היתר להעסיק עובד זר; העסקה הכוללת מגורים ולינה; אי הסדרת ביטוח רפואי.

מוסיפה המדינה וטוענת כי החלטת התובע להעמיד לדין את המעסיקה תואמת את מדיניות האכיפה, התקבלה לפי שיקול דעתו המקצועי ונעשתה לפי ההנחיות שהותוו; וכי מדיניות זו מופעלת גם כלפי אחרים בנסיבות הדומות לעניינה של המעסיקה כאן.

המדינה מדגישה שלפי ההנחיות, הן הנחיות היועמ"ש, הן הנחיות 2008 והן הנחיות 2012, מחויב התובע לקבל החלטה בהתאם לנסיבות הפרטניות, בין היתר, לאור השיקולים שנקבעו בהנחיות, שאינם בגדר "רשימה ממצה" או "רשימה סגורה".

לטענת המדינה, גם לפי המפורט בהנחיות 2008 לא היתה מניעה מלהעמיד לדין את המעסיקה, הן לפי החלופה של העסקת עובד זר כ"או-פר" והן לפי החלופה של העסקת עובד זר תקופה ממושכת. אשר להיקש שעשה בית הדין האזורי מחוק הביטוח, טוענת המדינה כי לא היה מקום לעשות כן.

18. המעסיקה טוענת מנגד כי יש לדחות את הערעור. המעסיקה מדגישה כי החלטת התובע להגיש כתב אישום נתונה לביקורת שיפוטית, ומקום שבו נמצא חוסר סבירות בהחלטתו, רשאי בית הדין לבטלה והמעסיקה אינה מוגבלת רק לשיקולים של הגנה מן הצדק.

לטענת המעסיקה, הנסיבות אינן מצביעות על העסקה "לתקופה ממושכת" או על העסקה "קבועה", ולכן הגשת כתב האישום תחת הטלת הקנס עולה כדי חוסר מידתיות וחוסר סבירות.

המעסיקה מדגישה כי חוק העבירות המינהליות הניח שעלול להתקיים מצב שבו הקנס המינהלי לא ייצור הרתעה מספקת, ולכן הוקנה לתובע שיקול הדעת להעמיד לדין תחת הטלת הקנס. אלא שלטעמה במקרה הזה לא התקיימו הנסיבות המצדיקות לעשות כן.

לטענת המעסיקה, התובע הדריך עצמו בהתאם להנחיות 2012 בעוד שהיה עליו להדריך עצמו על פי ההנחיות שהיו בתוקף בעת ביצוע העבירה - הנחיות 2008, וכי לו היה מדריך עצמו לפי הנחיות אלה לא היתה המעסיקה עומדת לדין.

כמו כן נטען כי התובע לא שקל שיקולים לקולא, לרבות: העדר עבר פלילי, היות העבירה בבחינת עבירה ראשונה, השלכות ההרשעה על הפגיעה בשם הטוב ובתעסוקה.

הכרעה

19. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים ועיינו בכלל החומר המצוי בתיק, הגענו למסקנה כי דין הערעור להתקבל. להלן נציג את טעמינו:

20. כמפורט במסגרת הנורמטיבית, חוק העבירות המינהליות קבע דרכי ענישה חלופיות לעבירות מושא הליך זה. סעיף 15 לחוק זה מאפשר לתובע להחליט להעמיד לדין פלילי את החשוד בביצוע העבירה, תחת להטיל עליו קנס מינהלי, וזאת מקום שמצא כי הנסיבות לכך מוצדקות. סעיף 15 לחוק מטיל על התובע חובה לרשום את הטעמים להחלטתו כאמור.



21. בעת קבלת החלטת התובע עליו להיות מונחה בהנחיות המפורסמות של התביעה^[6], כפי שנקבעות מעת לעת. 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^[7]. האמור נכון גם ביחס להחלטה הפרטנית שמקבל התובע על יסוד אותן הנחיות - החלטתו צריכה לעמוד במבחן הביקורת השיפוטית.

ההנחיות הרלוונטיות

22. השאלה הראשונה שאליה יש להידרש נוגעת להנחיות שלאורן היה על התובע לקבל את החלטתו בעניינה של המעסיקה - הנחיות 2008 או הנחיות 2012, שעה שאין מחלוקת כי התובע הנחה עצמו לאור הנחיות 2012. בית הדין האזורי קבע כי ספק אם ניתן לקבוע כי הנחיות 2008 מקלות לעומת הנחיות 2012. אף אנו סבורים כי לפחות בהקשר של הנסיבות הרלוונטיות למעסיקה כאן, עסקין בהנחיות דומות במהותן שלא מלמדות על הקלה או על החמרה במדיניות ההעמדה לדין בעבירות מינהליות, ולכן - לפחות בהקשר של המעסיקה - אין לשאלת טיב ההנחיות חשיבות מכרעת.

23. לעניין זה די אם נערוך השוואה בין שתי ההוראות המקבילות הרלוונטיות למקרה של המעסיקה כאן:

הנחיות 2008	הנחיות 2012
א. העסקת עובד זר בתור <u>או-פר</u> , משרת או על העסקה שלא כדין של עובד זר שהגיע לישראל כדין לעבודה בענף הסיעוד על ידי מעסיק שאינו בעל היתר בתחום הסיעוד ושלא במתן טיפול סיעודי לנזקק.	(3) <u>העסקה שלא כדין של עובד זר בעבודת משק בית, על ידי מעסיק שאינו בעל היתר בתחום הסיעוד ושלא במסגרת מתן טיפול סיעודי לנזקק.</u>
ד. ביצוע עבירות ביחס למספר רב של העובדים או <u>במשך תקופה ממושכת</u> .	(6) <u>משך תקופת ביצוע העבירה. לעניין זה תראה חומרה יתרה בהימשכות ביצוע העבירה למשך זמן ניכר או בקביעות בשים לב לתדירות העסקה.</u>

על פי הנחיות 2012, העסקה של עובד זר במשק בית (למעט במקרה של עובד סיעוד המועסק במשק בית אצל המטופל הסיעודי) מהווה הצדקה להגשת כתב אישום, לרבות מקום שנלוו להעסקה גם מגורים בבית המעסיק. גם על פי הנחיות 2008 נסיבות של העסקת עובד זר כ"או-פר", קרי - מי שמתגורר בבית המעסיק ומטפל, בין היתר, במשק הבית של המעסיק - מהווה הצדקה להגשת כתב אישום.

על פי הנחיות 2012 העסקה ל"זמן ניכר" או "בקביעות" מהווה הצדקה להגשת כתב אישום. גם על פי הנחיות 2008, העסקת העובד הזר ל"תקופה ממושכת" מהווה נסיבה המצדיקה הגשת כתב אישום. על פני הדברים, אין שוני מהותי בין הביטוי "זמן ניכר" ובין הביטוי "תקופה ממושכת". בשים לב לתכלית ההנחיות - הגדרת נסיבות חמורות של ביצוע עבירה המצדיקות הגשת כתב אישום תחת הטלת הקנס, הדעת נותנת כי בשני המקרים הכוונה היא להעסקה שאינה העסקה אקראית או ארעית, שהיא בבחינת מעידה זמנית. מקום שבו מתבצעת הפרה שיטתית של החוק באמצעות העסקה שאינה אקראית או ארעית - קרי העסקה קבועה, הרי שעל פי ההנחיות, קמה בכך הצדקה להגשת כתב אישום. גם בית הדין האזורי היה סבור כי הביטוי "תקופה ממושכת" בא ללמד על העסקה שאינה ארעית. אלא שלדידו, העסקה למשך שלושה שבועות היא עדיין בגדר העסקה "ארעית". לעניין זה נדרש בהמשך.



24. אולם גם אם ימצא כי הנחיות 2012 "מחמירות" לעומת הנחיות 2008, הן ככלל והן בהקשר של הנסיבות הרלוונטיות למעסיקה, אין משמעות הדבר כי בהכרח יש לבחון את שאלת העמידה לדין של המעסיקה לפי הנחיות 2008 דווקא. ונסביר:

טענת המעסיקה מבוססת על כללי התחולה בזמן של נורמה פלילית. כלל הוא כי נורמה פלילית חלה ממועד כניסתה לתוקף ולהבא ולא למפרע^[8]. אחד החריגים לכלל זה הוא שנורמה פלילית מקלה תחול גם למפרע^[9]. אלא שבמקרה זה אין עסקינן בשינוי הנורמה הפלילית, אלא אך בשינוי במדיניות האכיפה של הנורמה. בעניין **מוחתסב** קבע בית המשפט העליון כי לא בהכרח ניתן להקיש מכללי התחולה בזמן של הנורמה הפלילית אל שינוי במדיניות האכיפה. אשר לטענה בדבר ביצועו של היקש שכזה נקבע כך:

"איני משוכנע כי יש מקום להיקש כאמור. הלכה עמנו כי רשות מינהלית - ורשויות התביעה הן בגדר רשות מינהלית - רשאית לשנות את מדיניותה בכל עת ואין לפרט זכות מוקנית כי מדיניות מסוימת תימשך (ראו).

מכאן, שההיקש בין כללי התחולה בזמן לגבי חיקוק פלילי מהותי, לבין הנחיה מינהלית הנוגעת למדיניות האכיפה של אותו חיקוק אינו מובן מאליו, באשר מדיניות אכיפה עשויה להשתנות מעת לעת על פי מציאות החיים המשתנה, צרכי השעה והזמן, ושיקולים של עלות-תועלת. ... (הדגשה הוספה - א.א.)

יחד עם זאת, כך נקבע:

"... למרות זאת, ולצורך הדיון, אני נכון להניח כי גם אם כללי התחולה בזמן לגבי נורמה פלילית הקבועה בחיקוק אינם מחייבים את הרשות המינהלית במישרין, הם משרטטים אמות מידה לאורן ניתן לבחון את סבירותה של ההנחיה המינהלית". (הדגשה הוספה - א.א.)

25. מנגד - והגם שלא מן הטעם של ההיקש מכללי התחולה של הנורמה פלילית, ידוע הכלל כי שינוי מדיניות אמור לחול ממועד השינוי ולהבא - וזאת בהעדר הצדקה לפעול אחרת^[10]. לפי כלל זה - ובהעדר התייחסות בהנחיות 2012 לשאלת תחולת הנחיות אלה בזמן על מקרים שקדמו להוצאתן, לא מן הנמנע כי את עניינה של המעסיקה היה מקום לבחון לפי הנחיות 2008.

בהקשר זה נעיר כי בעת הוצאתן של הנחיות חדשות ראוי כי מוציא ההנחיות יתן דעתו ליחס בין ההנחיות החדשות להנחיות הקודמות, וככל שיש ביניהן שינוי במדיניות האכיפה יתן דעתו לשאלת התחולה בזמן של השינוי^[11].

26. כך או כך וכפי שפורט לעיל, גם אם נבחן את עניינה של המעסיקה באמצעות הנחיות 2008 נראה כי הנמקות התובע כפי שפורטו במזכר הנימוקים, יכולות לעמוד גם לפי הנחיות אלו, ונסביר:

התובע התייחס להעסקת העובדת במשק בית בתוספת הלנתה. כפי שצוין, שתי נסיבות אלה עונות על החלופה של העסקת "או-פר" הקבועה בהנחיות 2008.

עוד התייחס התובע לכך שנסיבות העסקת העובדת מלמדות על העסקה "תקופה ממושכת ובנסיבות המצביעות על קביעות". כאמור, הנחיות 2008 גם הן עוסקות בהעסקה "תקופה ממושכת", וביטוי זה אינו שונה מהותית מהביטוי "זמן ניכר" ויש לפרשו כאמור כמתייחס להעסקה שאינה אקראית או ארעית - קרי העסקה קבועה.

העסקה "תקופה ממושכת"

27. בית הדין האזורי מצא לנכון לקבוע כי קביעת התובע שבמקרה של המעסיקה מדובר בהעסקה "תקופה



ממושכת" (או "לזמן ניכר") היא בלתי סבירה ומצדיקה את ביטול החלטת התובע בדבר הגשת כתב האישום. אין בידינו לקבל קביעה זו, ונסביר:

ראשית, צודקת המדינה כי החלטת התובע אינה מבוססת רק על הנסיבה של העסקת העובדת ל"תקופה ממושכת", אלא גם על נסיבות אחרות, ובכללן העסקה של העובדת במשק בית בצירוף הלנתה - קרי, גם על החלופה של "או-פר". כך שגם אם נמצא שהשיקול של "תקופה ממושכת" אינו יכול לעמוד, הרי שעדיין היה מקום לבחון את סבירות החלטת התובע גם על רקע יתר הנסיבות שעליהן הצביע במזכר הנימוקים. נזכיר, כי הן לפי הנחיות היועמ"ש והן לפי הנחיות 2008 והנחיות 2012, רשימת השיקולים אינה "ממצה" או "סגורה", ושומה על התובע לבחון את המקרה הפרטני בשים לב לכלל נסיבותיו.

שנית, וגם אם נתמקד בשיקול של תקופת ההעסקה - כפי פסק דינו של בית הדין האזורי - לא יהיה בכך כדי לשנות מהתוצאה שאליה נגיע. בית הדין הגיע למסקנה שלפיה העסקה למשך שלושה שבועות היא עדיין בגדר העסקה "ארעית", בין היתר נוכח היקש שערך מהוראות סעיף 195 לחוק הביטוח. איננו סבורים כי במסגרת בחינת השאלה האם העסקת העובדת היתה ל"תקופה ממושכת" היה מקום לביצוע היקש שכזה. דיני הביטוח הלאומי והדינים שעניינם העסקת עובדים זרים הם שני תחומים שונים לחלוטין, בעלי תכליות נפרדות ולכן לא ניתן להקיש מהאחד לשני.

כך למשל, הביטוי "תקופה ממושכת" נעשה גם במקרה של סעיף 11(ב) לחוק עבודת הנוער, תשי"ג - 1953 - בנוסחו המקורי וטרם תיקונו. שם נקבע כי מקום שבו "נער עובד" מחדש את העסקתו לאחר "תקופה ממושכת" הוא יחויב בעריכת בדיקה רפואית. משך ה"תקופה הממושכת" נגזר מאופי העבודה והוא חצי שנה או שנה, לפי העניין - הרבה פחות מחמש השנים הנקובות בסעיף 195 לחוק הביטוח. הבאנו דוגמה זו כדי להמחיש את הקושי בביצוע היקש מדבר חקיקה אחד אל דבר חקיקה אחר, ודאי כאשר עסקינן בתחומים שונים לחלוטין, רק בשל כך שבשני דברי החקיקה נעשה שימוש באותו הביטוי.

בבואנו לבחון את השאלה היכן עובר קו הגבול בין העסקה שהיא ארעית או אקראית ובין העסקה ל"תקופה ממושכת" (או "לזמן ניכר") יש ליתן משקל לעמדת הגורמים המקצועיים - קרי, רשויות התביעה - שהוציאו את ההנחיות והאמונים על קביעת מדיניות האכיפה. ואם סבור התובע, כפי שסבר בענייננו, כי נסיבות העסקתה של העובדת, באופן יום יומי משך שלושה שבועות, לרבות הלנתה, מלמדות על העסקתה ל"תקופה ממושכת" - לא בנקל יתערב בכך בית הדין.

גם לגופו של עניין, אין למצוא פגם בהחלטת התובע לראות בנסיבות העסקתה של העובדת כהעסקה ל"תקופה ממושכת". בהתחשב בכך שהעובדת הועסקה במתכונת של מגורים בבית המעסיקה, בעבודה יום יומית בטיפול במשק הבית, וזאת למשך שלושה שבועות, שנראה כי הסתיימו אך ורק בשל קיומה של הביקורת ולא משום רצונה של המעסיקה להעסיק את העובדת לתקופה זו בלבד. הרי שניתן ללמוד על קביעות בהעסקה, על העסקה שהיא הפוכה מהעסקה ארעית או אקראית.

שלישית, גם אם תמצא לומר כי העסקה לתקופה של שלושה שבועות מצויה ב"רף התחתון" של "העסקה ממושכת" - עדיין מצטרפות לנסיבה זו יתר נסיבות ההעסקה, כפי שפורטו במזכר הנימוקים, ועל רקע שקלולן אין מקום לקבוע כי החלטת התובע להעמיד לדין את המעסיקה היא בלתי סבירה. גם אם ניתן היה להגיע לתוצאה אחרת, אין פירוש הדבר כי ההחלטה של התובע היא בלתי סבירה באופן המצדיק התערבות שיפוטית.

28. לבסוף, מצאנו לדחות את טענת המעסיקה שלפיה התובע לא שקל את השיקולים לקולא. התובע ציין כי לא מצא שיקולים לקולא שיצדיקו הימנעות מהגשת כתב אישום. אין מקום להתערבות בית הדין בשיקול דעתו.



בנסיבות של הפרה חמורה אין בהעדר עבר פלילי, בכך שעסקינן בעבירה ראשונה או בהשלכות הרישום הפלילי כדי להצדיק אי העמדה לדין.

29. **סוף דבר** - ערעור המדינה מתקבל. טענת המעסיקה לביטול כתב האישום בשל פגם בשיקול דעתו של התובע - דינה להידחות. עניינה של המעסיקה יוחזר לבית הדין האזורי להמשך בירור ההליך, לרבות בירור הטענה בדבר אכיפה בררנית שלא הוכרעה.

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.

על פי ההחלטה בעת הדיון בערעור, פסק הדין ישלח לצדדים בדואר.

ניתן היום, י"ט תמוז תשע"ו (25 יולי 2016) בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת

אילן איטח,
שופט

ורדה וירט-ליבנה,
סגנית נשיא, אב"ד

[1] כהגדרת מונח זה בסעיף 1א לחוק העבירות המינהליות.

[2] הצעת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ה - 1985 (ה"ח 1708, 7.1.1985). להרחבה על מנגנוני אכיפה חלופיים בדין הישראלי ראו: רע"פ 3515/12 **מדינת ישראל נ' דוד שבתאי**, (10.9.13).

[3] בג"ץ 5537/91 **אליהו אפרתי נ' כרמלה אוסטפלד**, פ"ד מו(3) 501 (3.6.1992) (להלן - **עניין אפרתי**).

[4] נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המנהליות, התשמ"ו - 1985 (הנחיה מס' 4.3041, מעודכן ליום 29.6.2011).

[5] בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל**, (6.2.2006).

[6] **עניין אפרתי**.



[7] בג"ץ 4395/12 דרור כהן נ' פרקליטות מחוז מרכז, (15.11.2012).

[8] סעיף 10(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948; סעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]; סעיף 22 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

[9] להרחבה ראו: רע"פ 4562/11 אברהמים מוחתסב נ' מדינת ישראל, (7.3.2013) (להלן - עניין מוחתסב).

[10] השוו: עע"מ 3801/13 סיגל ארז נ' שר הבטחון, (21.7.2016) והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן - עניין סיגל ארז).

[11] השוו: עניין סיגל ארז.