

**ע"פ 49338/07 - מילוי - חדרה (91) בע"מ, יורם ברנע נגד מדינת
ישראל**

בית הדין הארץ לעבודה

ע"פ 49338-07-21

ניתן ביום 26 אפריל 2022

המעעררים

1. מילוי - חדרה (91) בע"מ
2. יורם ברנע

המשיבה

לפני: סגן נשיאת אילן איתח, השופט סיגל דיזוב-מוטולה, השופט אילן סופר
בשם המעררים - עו"ד נחמי פינבלט, עו"ד משה באב"ד
ב"כ המשיבה - עו"ד אנט שקורי פליישמן

פסק דין

סגן נשיאת אילן איתח

1. לפניו ערעור על הכרעת דין של בית הדין האזרוי חיפה (השופט אסף הראל; ת"פ 20-03-33572).
בhcrcuta הדין הורשעה המערערת 1 (להלן - **המעעררת**) בעירה של התקשרות עם קובלן כוח אדם, מבלי
של אחרון היה רישון קובלן כוח אדם לפי חוק העסקת עובדים על ידי קובלני כוח אדם, התשנ"ו-1996 (להלן -
החוק) - עבירה לפי סעיפים 10(ב)(א) ו- 20(ד) לחוק. המערער 2 (להלן - **המעערע**) - מנכ"ל ונושא משרה
במעעררת כהגדרת החוק, הורשע בהפרת חובת הפיקוח ובছובה לעשות כל שnitן למנוע מהמעעררת את
ביצוע העבירה - עבירה לפי סעיפים 10(ב)(א) ו- 21 לחוק. בית הדין האזרוי גזר על המערערת קנס בסכום של
10,000 ₪ ועל המערע קנס בסכום של 5,800 ₪, כן חיובו המערערים לחתום על התcheinות להימנע
מביצוע עבירה.

2. בפתח הדברים, כמצוות סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982 (להלן - **חוק סדר הדין הפלילי**), נציין כי החלטנו לקבל את הערעור ולזקוט את המערערים, מחמת הספק, מביצוע
הعبירות שבנה הורשעו.

ר��ע

עמוד 1

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - verdicts.co.il

תחילת נצטט לשם הנוחות את הוראת סעיף 10ב לחוק שהוא במקד דינו. וכך נקבע בסעיף:

- "(א) לא יקבל אדם שירות כוח אדם או שירות מקבלן שירות, ולא יתקשר עמו לקבל שירותים כאמור, אלא אם כן קיבלן כוח האדם הוא בעל רישיון או היתר מיוחד לפי פרק זה, לפי העניין, והמציא לאוטו אדם העתק ממנו, או שקבלן השירות הוא בעל רישיון לפי פרק זה והמציא לאוטו אדם העתק ממנו.
- (ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על יחיד שמקבל את שירות כוח האדם או את השירות שלא לצורך עסק, משלח יד או שירות ציבורי."

צוין כי "פרק זה" הנזכר בלשון הסעיף, הוא פרק ב' לחוק שענינו "רישוי".

על מרבית היסודות העובדתיים של העבירה הקבועה בסעיף 10ב לחוק ושבה הוואשו המערערים לא היה חולק. המערערת, חברות בנייה הרשמה כדין בישראל, התקשרה בשנת 2017 עם קובלן כוח אדם - מר סלמאן חמודה (להלן - **הקובלן**), בהסכם לאספקת כוח אדם של מנופאים לביצוע עבודות מנוף באתרים שבהם מבצעת המערערת עבודות בנייה. בвиוקורת שנערכה בחודשים מרץ - מאי 2019 על ידי מפקחים מטעם המשيبة (להלן גם - **המדינה או המשיפה**) נמצא כי הועסקו בשירות המערערת במבצע עבודות מנוף שני עובדים (מנופאים) של הקובלן. בתקופה הרלוונטיות" לכתב האישום^[1] לא היה לקובלן רישיון לפי החוק.

המחלוקת נגעה למודעות המערערים לכך שהקובלן אין רישיון, וזאת לאור טענתם, בתמצית, כי בעת ההתקשרות עמו, הציג להם הקובלן מסמך הנזהה להיות רישיון כדין (להלן - **המסמך**), ורק כשנתיים לאחר מכן, במסגרת חקירותם על העבירות המזוהות להם, התברר להם שהמסמך הוא רישיון מזויף. לפיכך, הוסיפו המערערים, יש לקבוע כי לא התקיים בהם יסוד הנפשי הנדרש, ככלומר מודעות לכך שקבלת השירות היא ממי שאין לו רישיון חוק. נציין שככלל דרך המלך להוכיח טענהimin' זה היא בהציג העתק המסמך ולא בהסתמכות על טענה בעלפה בדבר הצגתו. אלא שבמקרה דנן טענים המערערים כי נוצר מהם מלהגיש את המסמך שהיא ברשותם מאחר שהוא נמסר למשטרה על ידי המערער במסגרת תלונת המערערים נגד הקובלן על הזיף.

ובהרבה: בעקבות הביקורת נחקירה פקידה של המערערת בקשר להתקשרות עם הקובלן. לאחר מכן זומן המערער לחקירה באזהרה משהסתבר כי לקובלן אין רישיון. ביום 14.7.19 ניגש המערער לתחנת המשטרה והגיש תלונה נגד הקובלן על זיווף המסמך^[2]. ביום 16.7.19 התייצב המערער במשרדי המשيبة לחקירה שאליה זומן. המפקחת מטעם המשيبة, גב' רחל' זאבי, חקרה את המערער. המערער טען בפניה כך: הקובלן הציג לו את המסמך, הנזהה כאמור לרישיון לפי החוק^[3] (נכ"י כבר עתה כי בחקירהו הנגדית בבית הדין האזרחי טען המערער כי המסמך דומה לנ-1 - רישיון קובלן כוח אדם שנזהה כרישון שקיבלת צ'בירה של הקובלן ביום 29.12.19); העתקו של הרישוי, שהוא כאמור המסמך, נותר במשרדי המערער; לאחר שהמערער זומן לחקירה במשרדי המשيبة בחשד לביצוע עבירה על החוק, הופסקה ההתקשרות עם הקובלן והמערער פנה למשטרת ישראל והתלוין על זיווף המסמך; במסגרת זו מסר המערער למשטרה את המסמך ולא נותר בידו העתק ממנו.

זו הודעתו של המערער לפני המפקחת זאבי ביום 16.7.19:

"ש. מבחן החקירה הקיימים בתיק עליה כי חברת מייל חדרה (91) בע"מ התקשרה עם הקובלן "סלמאן חמודה" לצורך קבלת כח אדם בתחום המנופאים באמצעות העובדים המופיעים בנספח א' באזהרה לחקירה בחודשים 03/2019-01/2019. העוסק "סלמאן חמודה" ע.מ. 2057977472 אינו מחזיק ברישון כח אדם של משרד העבודה ובכך למעשה מעשה נבירה על סעיף 10ב+20(ד) לחוק העסקת עובדים ע"י קבלני כוח אדם - איסור התקשרות עם מי שאינו בעל רישיון. מהו תגובתך?

ת. לפי התעוזות שלסמאן הציג לי, הוא נושא להיות בעל רישיון תקין. וכתוואה מזה שהזמנתי לחקירה, הבנתי שיש בעיה עם הנושא הזה ועל כן הגשתי תלונה במשטרת כדרה על זיהוף מסמן.

ש. יש לך העתק של הרישונות שהציג לפניך סלמאן חמודה?

ת. לא, אני מסרתי את זהה למשטרה.

ש. האם אתה מכיר את חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כח אדם ואת החובה ברישון של משרד העבודה המחייב קובלן אשר עוסק באספקת כח אדם?

ת. אני לא מכיר אותו על ברויו אבל אני יודע שקיים זהה דבר.

ש. כמנהל ונושא משרה בחברה, מה עשית על מנת לפקח ולודוד שהחברה פועלת לפי חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כח אדם - התקשרות עם קובלן כח אדם עם רישיון?

ת. אז אני בדקתי את המסמכים שלסמאן הציג לי כולל הרישונות הפעלה של המנופאים ורישונות עבודה בגובה והכל נושא להיות תקין.

ש. האם ביקשת או הנחתה לבקש מהקובLEN חמודה רישיון קובלן כח אדם טרם התקשרות עמו או במהלך?

ת. אז אני מסביר לך, סלמאן הציג ליஇ זה מסמן שנושא להיות רישיון לאספקת כח אדם. מהחקירה עולה כי לא ידעת ולא בדكت כי הקובלן עמו התקשרתם לצורך קבלת עובדים להפעלת מנוף, סלמאן חמודה, אינו מחזיק ברישון כנדרש בחוק. בכך שאתה בעל תפקיד בכיר ונושא משרה בחברה לא עשית די על מנת לפקח ולודוד כי הוראות חוק העסקת עובדים ע"י קבלני כ"א מתקיימות בחברתך, פעלת בニיגוד לסעיף 21(א) לחוק זה - נושא משרה חייב לפקח ולעשות כל שניין למניעת עבירות כאמור בסעיף 20 בידי התאגיד או בידי עובד מעובדי. מהי תגובתך?

ת. שאני לא מסכימים עם מה שכתוב פה, אני חושב שעשיתי מה שאני יכול לעשות, אני לא חוקר.

ש. האם אתה לוקח אחריות על העבירה שהחברה ביצעה?

ת. לא. לא חשב שביבענו עבירה.

ש. היום אתם לא מתקשרים עם סלמאן חמודה?

ת. לא. בגלל החקירה הפסקנו.

ש. תרצה להוסיף משהו?

ת. לא.

ה.ח. אני מבקש מהනחקר שיעביר אליו עותק של אותו רישיון שהקובLEN סלמאן חמודה הציג בפניו, והנ"ל השיב שיפנה למשטרה לקבלת עותק."

6. ביום 23.7.19 פנתה המפקחת צabi למערער ושאלה אם השיג את המסמך והוא נענתה על ידי המערער "שפנה למשטרה ובקש העתק אך הם סירבו למסור לו".

. 7. לבית הדין האזרוי הוגשו בהסכמה כלל המוצגים ונחקרו המפקחת זאבי והמערער.

הכרעת דין של בית הדין האזרוי

. 8. לאחר בוחנת מכלול הראיות קבע בית הדין האזרוי שהוכחה אשמת המעוררים וכי עלה בידי המשיבה להוכיח כי לא הוכח למעוררים העתק הרישון. במסגרת זאת, בין היתר, דחפה בית הדין את טענת המעוררים למחדלי חקירה שיש בכוחם לזכותם שהעיקריים שבהם הם: האחד, המשיבה לא פנתה למשטרה לבדוק את טענת המעורר בקשר למסמר; השני, אי חקירותו של הקובלן בקשר לטענה שהציג למשטרים את המסמר ואי גילוי חומריו החקירה בהליך הפלילי כנגדו.

לא מצאנו לפרט את שלל טענות המעוררים למחדלי חקירה, משום שלטעמינו מילא אין בהן ממש והן ביטוי למגמה ההלכת וגבורת של התמקדות נאשימים בטענות למחדלי חקירה^[4].

. 9. בית הדין האזרוי קבע כי הנטול להוכיח את טענת ההגנה של המעוררים, שלפיה נמסר להם מסמר מזויף, מוטל עליהם כנאים וכי נטול זה לא הורם, שכן:

"**12.** נאשם לא יכול לצאת לידי חובה בחקירה בהפר[ח]ת טענת ההגנה בכללא, ולהיבנות מכך שאוთה טענה לא נחקרה על ידי רשות החקירה. כל מקרה יבחן לפי נסיבותינו. היכן שמדובר בטענת הגנה שלנאשם יש את יכולת הטובה ביותר להוכיחה בריאות, יש להטיל עליו לעשות זאת. זהו בדיקת המקורה כאן. יש לזכור כי טענת הנאים היא שהמסמן המזויף נמסר לברנע [המערער - הח"מ] על ידי חמודה [הקובלן - הח"מ]. ברנע אף שמר אותו לאורך השנים - מאז כריתת החוזה בשנת 2017 - שכן הוא טוען שהציגו למשטרה בעת שהגיש את התלונה כנגד חמודה ביום 14.7.19. לא אמרו היה להיות קושי כלשהו לחברה להציג את המסמן לחוקרי המשרד. יזכור כי המסמן היה בידי הנאים עד יום 14.7.19 - מועד הגשת התלונה במשטרה, הינו יומיים לפני שברנע נחקר על ידי [המפקחת] זאבי ומסר הודעה ביום 16.7.19. הנאים ידעו היטב שהם מזומנים למשרד לחקירה על חשד לביצוע עבירות על החוק - הן עבירות המיחוסות לחברה והן ככל האמיה המיחוסות לברנע כנוסא משרה בחברה. כך נרשם במפורש ב Zimmerman בכתב לחקירה באזהרה שנשלח להם על ידי המשרד (עמודים 109-110 לתיק המוצגים). ראייה מרכזית בהגנת הנאים היא הטענה כי חמודה מסר להם רשיון מזויף המתיר לו לעסוק כקובלן כח אדם. לא ברור מדוע מצאו הנאים טעם להיפטר מעותק מסמן זה שהיה ברשותם, ולמסור את העותק היחיד למשטרה ולא לשומר עותק ממנו טרם מסירתו למשטרה. הרי הנאים ידעו, במועד הגשת התלונה למשטרה, כי יומיים לאחר מכן ידרשו למסור גרסה לחוקרי המשרד. וזאת ידעו כבר אז כי בגרסה זו תעללה הטענה - כפי שעלה בפועל בהודעת ברנע - כי נמסר לחברה על ידי חמודה רשיון מזויף. לא היה כל הגיון שהנאים לא יותירו בידיהם עותק מהותי מסמן מסמן. מדובר בפעולה כה פשוטה לביצוע, עד שאי ביצועה - תוע טענה כי המסמן נמסר למשטרה ואין עוד עותק ממנו שניתן להציגו - מפחית מאוד ממשקל טענת הנאים על כך [שהמסמן כזה היה קיים אי פעם].

13. הנאשימים כלל לא הוכחו מה היה תוכנה של התלונה שהגישי ברנע במשטרת, והאם במסגרת אותה תלונה הוגש לממשטרה המסמך שנטען שכומודה מסר לחברה בשנת 2017. האישור על הגשת התלונה (מוצג נ/2) אינו מפרט מידע זה. גם אם נכונה טענת הנאשימים כי העותק היחיד מהמסמך נמסר לממשטרה, יכולם היו הנאשימים לפעול מול המשטרה כדי לקבל עותק ממנו - על מנת להציגו לחוקר המשרד או להציגו כרואה בהליך כאן. הנאשימים לא הוכחו כי נקטו בפועלה צוז. טענת ברנע כי פנה לממשטרה כדי לקבל עותק מהמסמך וسورב - לא הוכחה (עדות ברנע בעמוד 16 לפורתוקול). לא סביר בעיני כי בעת שתלויה ועומדת חקירה פלילית כנגד הנאשימים על ביצוע עבירות על החוק, يستפק ברנע בסירוב סתם של המשטרה לספק לו עותק מהמסמך שהוא עצמו טוען שמסר לה בעת הגשת התלונה. לא נעשה נסיוון כלל של הנאשימים לפנות לממשטרה בכתב ולהסביר לה שמתנהלת כנגד הנאשימים חקירה במשרד וכי הם נדרשים להציג את המסמך במסגרתה. אף בהליך כאן לא נעשה נסיוון כלשהו להשתמש באמצעים שעומדים לרשות נאשם בהליך פלילי, כדי לקבל מהמשטרה עותק מהמסמך (סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982)."

10. בית הדין האזרחי הוסיף כי המערערים לא טרכו לזמן את הקבלן למתן עדות בעניין המסמך וכי לאור מכלול הנסיבות, או פנימית המאשימה לממשטרה לבדוק טענת המערערים לגבי מסירת המסמך לדיה, אינה עולה כדי מחדל חקירה, וכך נקבע:

"15. בנסיבות אלו, עת הנאשימים טוענים כי המסמך המזוייף היה בחזקתם יומיים לפני موعد החקירה במשרד, وقت שהכנת עותק צילומי ממש[מ]ר כה מהותי בהגנתם אינו עולה כדי פועלה שקשה שלבוצהה, בדי לא המשיך המשרד לחקור את טענת ההגנה בדבר קיומו של מסמך מזויף שהועלתה על ידי ברנע בהודעתו. בהיעדר ראשית ראייה לטענת הגנה זו, לא מחייב היה המשרד להתחיל בפע[[ו]]ות חקירה בתיחס לטענת הגנה שנטענה בעלמא. בנסיבות אלו, לא יכולים הנאשימים להיבנות בהליך שבו ועלתה לטענת הגנה גם בהליך כאן, והיא לא הוכחה כלל על ידי הagina הזו שבה ועלתה לטענת הגנה את אותה טענת הגנה. טענת הנאשימים אין כאן מחדל חקירה של המשרד. הגנת הנאשימים לא קופחה, עת שהם עצם טוענים כי הייתה להם שליטה במסמך וכי מסרו אותו לממשטרה - יומיים לפני חקירתם על ידי המשרד - באופן המונע את הצגתם בעת חקירתם, למרות שידעו כי ידרשו להציגו במסגרת טענות הגנה שלהם באותה חקירה. חשוב להבהיר כי לא מדובר בראיה פסידה - כמו טביעה אצבע שלא נבדקה במהלך חקירה על ידי רשות חקירת. מדובר במסמך שהנאשימים עצם טוענים כי נקטו בפועלה - הגשתו למשטרה - באופן שמנעה את הצגתם בחקירה במשרד. בנסיבות אלו, היה על הנאשימים לנקט בפועלות - בחקירותם וגם בהליך כאן - כדי לקבל עותק מהמסמך כדי שיוכלו לבסס עליו את הגנתם. הם לא עשו זאת ויש לקבוע כי לא הוכחו את טענת הגנה." (הדגשה הוספה - א.א.).

11. עוד קבע בית הדין האזרחי בנוגע לחייבתו של הקבלן כך:

"16. במהלך הדיון התרברר כי חמודה נחקר על ידי המשרד, במסגרת חקירה המתנהלת נגדו. הוא לא נחקר במסגרת החקירה שניהל המשרד בעניינים של הנאים (דברי ב"כ המאשימים בעמוד 5 לפרטוקול). הנאים טוענים כי לא ידועו כלל כי חמודה נחקר, וכי לו ידועו על כך - היו מבקשים לעיין במסמכים, בהיותם מהותיים להגנתם. טוען כי בכך נפגעה הגנת הנאים. טענה זו לא מקובלת עלי. מתיק המוצגים עולה כי בפני הנאים הוצגו מסמכים מהם ניתן היה להסיק כי נערך חקירה בנוגע לעסק של חמודה. כן, הדבר צוין במפורש בסעיף 1 לדרישה של המשרד לחברה למצאת מסמכים (עמוד 33 לתיק המוצגים). כן, הדבר צוין במסמך שערכה המפקחת קורל ראדה ביום 29.5.19 (עמוד 97 לתיק המוצגים). הנאים לא פנו למאשימה ולא ביקשו לדעת האם חמודה מסר הודעה, וכך שן - לא ביקשו לקבללה. בכל מקרה, לא שוכנעתי שהגנת הנאים נפגעה. יש לזכור כי הנאים לא פעלו כדי לקבל לידיהם את הראייה החשובה ביותר - עותק מרישון שנייתן לחמודה לעסוק קבלן כח אדם ואשר הנאים טוענים כי נמסר להם. זו פעולה שהנאים [היו] צריכים לנתקוט בה. כאמור, לא הוכח כי הם פנו למטרתה בעניין זה. גם בהליך כאן לא נעשה על ידם שימוש בכלים שיכולים היו להביא לקבלת[ו] מהמשטרה [של] עותק מהמסמך."

דין והכרעה

12. בעניין **динמיקה^[5]** הוצאה המסדרת המשפטית הנוגעת לטענות למחדי חקירה והשלכותם על שאלת קיומו או העדרו של ספק סביר. וכך נאמר (האזכורים הושמטהו):

"20. רשות החקירה, ובכללן משרד הכללה שבמסגרתו פועלו המפקחים מטעם המשيبة, מחזיות - בין היתר, חלק מזכותו של נאשם למשפט הוגן - לנחל חקירות באופן תקין, ובכלל זה מוטל עליהם למצות כיווני חקירה, לרבות ובמיוחד לבדוק טענות שעשוות לבסס את טענות ההגנה של החשוב. שכן, מטרת החקירה אינה 'מציאת ראיות להרשעתו של חשוד, אלא מציאת ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזכותו של חשוד ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו'. סטיטה מעיקרון זה עשויה לבסס טענה ל'מחדל חקירה', קרי טענה שלפיה 'עקב רשלנותן של רשות הputies אבדה ראייה בעלת פוטנציאלי מזכה או הוחמזה הזדמנות למצות קו חקירה אשר היה עשוי להוביל להגנת הנאים'. על פי ההלכה הפסוקה, על בית המשפט לבחון תחילת האם אכן התקיימו מחדי חקירה, ולאחר מכן לבחון האם 'קופחה בעטיים הגנתו של הנאשם באופןו או באופןו להסתמוד עם חומר הראיות נגדו'. לעניין זה נפסק כי 'אין מוטלת על הputies החובה להציג את הראייה הטובה ביותר, ודוי כי תציג ראייה מספקת' וכי:

'הובדה שנייתן היה לבצע חקירה עמוקה יותר אין פירושה שנפלו מחדים בחקירה. וגם אם נניח שמדובר במקרים, הכלל הוא שיש לבדוק האם נעשה למערער עול וקופחה הגנתו. חקירה שאינה אופטימלית אין פירושה מחדר, ולא כל מחדר פירושו זיכוי ...' יודגש, לא כל מחדי החקירה עושים 'עור אחד', ויש לבחון בעניין זה בין 'מחדר חקירה שלא ניתן לרפאו, כמו-גם לחסור הראיתי שיכר ולפגיעה שנגרמה בגין להגנת

הנאשם' לבין 'מחדר' חקירותי אשר ניתן למזער את השפעתו ולצמצמה'. שcn, יש מחדלי חקירה ש'ניתנים לריפוי ול'שחוור' בדרכים שונות, כגון תשאל בחקירה נגדית או זימונן לעדות בבית המשפט מטעם הגנה'. כך למשל נקבע כי 'טענת אי ביצוע חקירה מאבדת מכוחה כאשר עסקינו בתנונו אובייקטיבי שאף הסניגור יכול לבדוק אותו לאחר מעשה'.

(הדגשה הוספה - א.א.)

כך פסק בית המשפט העליון בעניין נחמני^[6]:

"ואם נסכם, 'גפקותו של המחדל תלוי בנסיבות הראייתית שהנicha התביעה ובנסיבות אותן מעורר הננאשם'. במילים אחרות: בהינתן מחדלי חקירה, מידת פגיעתם ביכולת הננאשם להציגן מפני הראיות נגדו נגזרת מהסתברות לייתכןותם של הסברים סבירים אחרים מלבד התזה המפלילה, כשל הסתרות זו מבוססת ההכרעה בשאלת הסביר (...)".

13. ולעניןנו. תחילה יאמר כי בנסיבות הדיון בערעור הודיעה באט כוח המשיבה בהגינותה הרובה כי כמו ימים לפני אותו דיון היא פנתה למשטרה על מנת לבדוק את טענת המערערים בעניין המסמר וכן פירטה את תשובה המשטרתית. מאחר שתשובת המשטרת היא ראייה החורגת ממסתכת הראיות שעמדו לפני בית הדין האזרוי ומאהר שמדובר בדברים לא ניתנים לבדיקה במסגרת הערעור, לא נתיחס לדברינו לתוכן התשובה של המשטרת כפי שהובאה על ידי ב"כ המשיבה. הכרעתנו בערעור ניתנת אפוא על יסוד המארג הראייתי הקיים בתיק ואשר עמד לפני בית הדין קמא.

14. לאחר שבחנו את טענות הצדדים לפניו בכתב ובטל פה ואת כל חומר התקיק, הגיעו למסקנה כי דין הערעור להתקבל. אלה טעmini.

15. נפתח בכך ששאלת אם התנהלות המאשימה עולה כדי מחדל חקירה אם לאו, דעתנו שונה מזו של בית הדין האזרוי. לעומת זאת נפל מחדל. המערער הציג בחקירהו טענת הגנה מהותית - כי הקובלן הציג לו מסמר הנחזה להיות רישון כדי וכי הגיע במשטרה תלונה על זיווף המסמר, שהתברר לו שלקלבן אין רישון. זהה טענה שהמערער העלה בחקירהו הראשונה, טענה קונקרטית וממוקדת, שאינה בגדר הפרחת טענה בעלים (ה גם שככל טענת הגנה היא עשויה להימצא שקרית). יתר על כן, בהמשך טען המערער באוזני החוקרת, שפנה למשטרה לקבלת העתק המסמר אך סורב. גם טענות זו לא נבדקה. לא הוצג לפניו כל טעם שמננו עליה כי נמנע מהחוקרת או מכל גורם אחר במאשימה לבדוק מול רשות החוקרת - המשטרת - את נכונות טענותיו של המערער (וכטענת ב"כ המדינה, לקרה מועד הדיון עליה בידה לברר זאת).

16. הנTEL לבדוק מול המשטרת - שהיא זרוע אחרת של המדינה - את נכונות טענת המערער לא צריך היה להיות מוטל על המערערם, אלא על המדינה המפעילה את גורמי החקירה. שcn, החקירה נועדה לבירור האמת, ובכלל זה מוטלת על הרשות החוקרת החובה לבדוק קוו הגנה ממשי ומהותי, דוגמת טענת אליבי^[7], שיש בכוחו לנתקות את החשוד מהחשד שדבק בו. על רשות החקירה לטור אחר האמת ובכלל זה לעשות מאיצים סבירים לבדוק אותה - לאשנה או להפריכה. והרי טענת המערער לעניין המסמר, אם אמת היא, עשויה לשמש את החקירה מתחת למודעות המערערם לכך שלקלבן לא היה רישון. ככלומר, אילו הייתה טענה זו נבדקת ונמצאת נכון, יתכן שהמאשימה עצמה הייתה מגיעה למסקנה שאין מקום להגשת כתב אישום נגד המערערם (אלא למשל אם היה עולה שהמסמר אינו נחזה להיות רישון בדיון וכיו"ב), שcn היא מפריכה את היסוד הנפשי (מודעות) ביחס לאחד הרכיבים העובדיים של העבירה - העדר הרישון. חוקרי המשיבה יכולים היו לבדוק

טענה זו על נקלה, ודאי עת עסקינו בשתי רשותות חקירה שהן זרועות של אותה מדינה. לא רק שיכולים היו לבודקה, אלא צריכים היו לבודקה.

17. בנוסף, בנסיבות המוחdot של המקירה דין, שבו נתען כי ראייה מזכה נמצאת ברשות המאשימה עצמה (גם אם בידי זרוע שונה מזו שהגישה את כתב האישום) - לא מן הנמנע כי היה בכוחו של מחדל חקירה להביא לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק. שכן, לכואורה מדובר בהתנהלות שאינה צודקת ואין הגונה משפטית (השו: סעיף 149(10) לחוק סדר הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982]. שחררי, אין מקום להגיש כתב אישום אם בדיקה פשוטה של טענת הגנה המובאת לידיות החוקרים יכולה למנוע את הגשתו.

18. הנה כי כן, העובה שחוקרי המאשימה לא בדקו את טענת הגנה שהעלתה המערער בחיקירתו (ובהמשך לא בדקו את טענותו שלפיה פנה למטרה בבקשת לקבל העתק של המסמר אך סורב), עולה כדי מחדל חקירה.

19. אלא שאיןנו סבורים כי מחדל זה, כשלעצמם, באגדה המקרים המובילים לזכוי. נפקותו של מחדל חקירה תלוי בעיקר בשאלת **"אם מדובר במחדל כה חמור עד כי יש חשש שהוא הגנתו של הנאשם באופן שהתקשה להתמודד עם חומר הראות שמפלילו"**^[8]. ואילו בעניינו, לא ניתן לומר כי נמנע מהמערערים לפנות למטרה במסגרת ההליך בבית הדין קמא ולבקש עוד פרטים על התלונה שהגישו ועל המסמר שמסרו, לטענתם, או לזמן מי במשטרה למתן עדות.

20. אלא שבכך שאין לפנינו מחדל חקירה שפגע בהגנת המעעררים, אין מתחייבת המסקנה כי עלה בידי המשיבה להרים את נטל השכנוע בביטוי העבירה על ידם. עתה יש לפנות למגרש הראייתי ולבחון את מעמדות "הערפל הראייתי" סיבי טענת המערער כי מסר למטרה את המסמר. בכך הוא, שaczור הפגיעה אותו ערפלראייתי יכולים היו המעעררים לפנות בעצמם למטרה בבקשת לקבל העתק המסמר שמסרו, לטענתם, עם התלונה או לזמן עדות מי במשטרה - ולא עשו זאת. בכך יש מעמדות ראייתית. אולם גם המשיבה לא עשתה זאת, ו**"לא הנאשם צריך להוכיח את הגנתו. הנטל להוכיח את האשמה, מעבר לכל ספק סביר מוטל על המאשימה"**^[9].

21. המשיבה טענה כי שעה שהיא באפשרות המעעררים, בהזדמנויות רבות במהלך ההליך, לזמן את המטרה לשם הגשת תיק התלונה והם לא עשו כן, הרי שהדבר פועל לרעתם. שכן, חזקה כי בעל דין לא ימנע מהציג ראייה שהיתה פועלת לטובתו, ואם לא עשה כן, חזקה כי הראייה לא פועלת לטובתו. בית הדין האזרוי קיבל טענה זו. גם קביעה זו איננו רואים עין בעין עם בית הדין האזרוי. יתרון, ומוביל לקבוע מסמורות, שלא היה מקום להתערב בקביעה זו אילו טענת הגנה של המעעררים הייתה מתיחסת למסמר המצוי בידי צד ג' שאינו רשوت מרשות המדינה. אלא שلتעטנו, בנסיבות המוחdot של המקירה, עדין נותר ספק סביר בשאלת אם המסמר - שם הוא קיים הוא בבחינת ראייה בעלת פוטנציאל מזכה - אכן מצוי במשטרה. בית הדין קמא לא נתן משקל לכך שגם המשיבה חדלה בהגשת המסמר כראיה, שהרי מבחינה מהותית שעה שנטען כי המסמר מצוי בחזקת זרוע אחרת שלה, מצופה ביתר שאות להתייחס בעדות לטענה זו. הימנעות מלעשות כן עשויה לפעול לחובת המשיבה.

22. מענין המסמר נותר לוט בערפל גם במסגרת ההליך המשפטי, לא ניתן לומר שהמאשימה הוכיחה מעבר לספק סביר את היסוד הנפשי הנדרש - מודעות - ביחס לאחד מרכיבי העבירה העובדיים - רכיב העדר הרישוי

של הקובלן. בנסיבות אלה אנו מזכים מחמת הספק את המערערת מהעבירות שייחסו לה בכתב האישום ושבהן נמצאה אשמה ומילא מזכים את המערער מהעבירה שבה הואשם והורשע.

23. לאור מסקנה זו אין לנו צורך להידרש לטענותיהם הנוספות של המערערים בקשר לאי חקירותו של הקובלן בקשר למסמך, עבור להגשת כתב האישום, ודאי בשעה שהקובבן נחקר בהליך פלילי שנפתח נגדו-הוא, בין היתר, בקשר לתקשרותם עם המערערת, וכן בקשר לאי גילוי פרטיהם מחקירותו של הקובלן בהליך הפלילי שנפתח נגדו - פרטים שעשוים היו, אך לפי הנטען, לסייע בזיכויים.

24. **סוף דבר** - הערעור מתකבל. המערערים מזוכים, מחמת הספק, מביצוע העבירות המפורטוות בכתב האישום. גזר הדין מבוטל, ובכלל זה מבוטלות התחייבותו. ככל שמי מהמערערים שילם את הכנס או את חלקו, ישב לו מה שילם בהתאם לכללים הקבועים לכך בדיון.

על פסק הדין ניתן לערעור לבית המשפט העליון לאחר קבלת רשותו לכך. בקשה רשות ערעור יש להגיש לבית המשפט העליון תוך 45 ימים ממועד קבלת פסק הדין.

ניתן היום, כ"ה ניסן תשפ"ב (26 אפריל 2022) בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

אלון איתח,
סיגל דיזוב-מוטולה,
שופט
אלון סופר,
שופט
סגן נשיאה, אב"ד

[1] בכתב האישום צוין "תקופה רלוונטית" מבלתי לציין מה היא. בית הדין האזרחיקבע את התקופה הרלוונטית בחודשים ינואר - מרץ 2019 - התקופה שלגבייה נחקרו הנאשמים והוצגו ראיות (סעיף 5 להכרעת הדיון).

[2] אישור על הוגש תלונה למשטרה ביום 14.7.19 הוגש וסומן כמפורט נ/2.

[3] בתקופה הרלוונטית לכתב האישום טרם נכנס לתוקפו תיקון 12 לחוק שעוניינו רישון מיוחד למתן שירותו כוח אדם של עגורנים, ולכן נדרש היה רישון כליל קובלן כוח אדם. תיקון 12 נכנס לתוקפו ביום 7.7.2019 (ס"ח תשע"ט, 2774).

[4] לעניין זה ראו הערות השופטים בע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל, (להלן - **ענין נחמני**).

[5] ע"פ (ארצى) 14802-03-14 א. דינמיקה שירותים 1990 בע"מ נ' מדינת ישראל (13.4.2015).

[6] בסעיף 83 ל侻מת השופט י. עמיית.

[7] "טענת אלבי המשמעת על ידי הנאשם בעת חקירותו, חייבת, כלל, להיבדק על ידי החוקרים במידת האפשר" - ע"פ 425/88 בד"ר נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 204, 207 (1989). יצוין כי האמור נפסק בהקשר של בקשת הנאשם שזוכה (בשל טענת אלבי) לחייב את המדינה לפצותו בגין הגשת כתוב האישום נגדו. עוד ראו, מבין רבים: ע"פ 721/80 תורגמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 466, 472 (1981), ע"פ 4384/93 מליך נ' מדינת ישראל, בסעיף 5 לפסק הדיון (25.5.1994).

[8] ע"פ 1977/05 גולה נ' מדינת ישראל, בסעיף 13 לפסק הדיון (2.11.2006).

[9] ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, בסעיף 181 לפסק הדיון (10.11.2011). ראו גם י. קדמי, על הראיות, חלק רביעי, (תש"ע-2009), בעמ' 1707: "התביעה נשאת בנטול הוכחתה של כל הגנה מהותית שהחובה להוכיחה אינה מוטלת על הנאשם".