



ע"פ 21530/11/13 - א.י.ל סלע 1991 בע"מ, יצחק סלע נגד מדינת ישראל

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 21530-11-13

המערער

א.י.ל סלע 1991 בע"מ

יצחק סלע

נגד

מדינת ישראל

המשיב

לפני: השופטת סגנית הנשיא ורדה וירט ליבנה, השופטת רונית רוזנפלד, השופטת נטע רות
מטעם המערער: עו"ד גד כרמי
מטעם המשיבה: עו"ד ענבר סהראי, עו"ד ענת שמעוני, עו"ד שרון פיליפסון

פסק דין

השופטת נטע רות

1. לפנינו ערעור על הכרעת הדין ולחילופין על גזר הדין של בית הדין האזורי לעבודה בת"א (תיק ת.פ. 691-08; השופט שמואל טננבוים) אשר הרשיע את הנאשמים בעבירות של העסקת שני עובדים זרים ללא היתר כדין בניגוד **לחוק עובדים זרים התשנ"א 1991** (להלן - **החוק**) וגזר את דינם. כמו כן מתייחס הערעור להחלטות ביניים שניתנו על ידי בית הדין האזורי אשר דחו את בקשות המערער לביטול כתב האישום מטעמים שונים (השופטת רות צדיק) את בקשת המערער לקבוע כי "אין להשיב לאשמה" עם סיום פרשת התביעה וכן את בקשתם לקבלת תסקיר שירות מבחן לשם בחינת האפשרות של ביטול ההרשעה על פי סעיף 192א **לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב - 1982** (להלן - **חוק סדר הדין הפלילי**).

בפתח הדברים יאמר כי עיון בכלל החומר שהובא בפנינו הוביל **לקבלת הערעור הנוגע להכרעת הדין ומכאן לזיכוי הנאשמים**. זאת, באופן שייתר את הצורך להידרש לטענות המערער בנוגע להחלטות הביניים ולגזר הדין, כפי שיבואר להלן.

כתב האישום

2. המערער 1 הינה חברה אשר עסקה בתקופה הרלבנטית לכתב האישום בביצוע עבודות בניה ופיתוח. על פי הנטען בכתב האישום המערער 2 היה בתקופה הנ"ל "מנהל פעיל" בה (להלן - **המערער**) ולהלן - **המערער**).

3. בכתב האישום נטען, כי ביום 23.12.03 בשעה 9:15 לערך (להלן - **המועד הרלוונטי**), במסגרת

עמוד 1



ביקורת שערכו מפקחי משרד התמ"ת בשדרות החשמונאים בעיר מודיעין (להלן - **האתר**) נמצאו שני עובדים, תושבי הרשות הפלסטינית, שעסקו בעבודות חיתוך אבן ואיטום חריצים במדרכה שבאתר (להלן - **העובדים**). עובדים שלא היו, במועד הרלוונטי, אזרחי ישראל או תושביה ולא היו רשאים לעבוד אצל המערערת. בכתב האישום יוחסו למערערת עבירות של העסקה שלא כדין של שני העובדים, עבירות על פי סעיף 2(א)(1) ו-2(2) לחוק ולמערער 2, כאחראי וכנושא משרה במערערת, יוחסו עבירות על פי סעיפים 5, 2(א)(1) ו-2(2) לחוק.

ההליך בבית הדין האזורי

ראיות התביעה

4. במסגרת ההליך שהתנהל בבית הדין האזורי העידו מטעם המשיבה שלושה עדים - שניים מהם היו במועד הרלוונטי מפקחים במשרד התמ"ת: מר יהודה עמיאל ומר טובי ציון והעד השלישי מר דוד קלדרון היה במועד הרלוונטי חוקר במשרד התמ"ת. כמו כן הוצגו מסמכים שונים כדלקמן:

5. המפקח מר יהודה עמיאל (להלן - **עמיאל**) שביקר באתר במועד הרלוונטי יחד עם המפקח מר טובי ציון (להלן - **ציון**) ערך את "תיאור המקרה" מיום 23.12.2003 (מוצג ת/1 ברשימת המוצגים שהוגשו לבית הדין האזורי; נספח ח' בתיק המוצגים של המשיבה בערעור להלן - **תיאור המקרה** או **ת/1**) בו נכתב כך:

"ערכנו ביקורת שגרתית המפקחים טובי ציון והח"מ בליווי שוטר ממשטרת הגירה מרכז בני אברמוביץ במודיעין שדרות החשמונאים ליד פארק הרכבת. בבניה במדרכה לצד הדרך נראו 2 עובדים בחזות פלסטינאית שעסקו בחיתוך אבן באמצעות דיסק וריצוף המדרכה. ניגשנו אל העובדים והצגנו עצמנו ביקשנו מהעובדים להציג לנו תעודות זהות ואישורי עבודה ואכן הם הציגו לנו תעודות זהות פלסטינאיות וטענו שאין להם אישורי עבודה. בהמשך המדרכה נראה עובד נוסף, שעסק באיטום החריצים בין אבני הריצוף. המפקח ציון ניגש אליו וביקש ממנו להציג בפניו תעודות זהות. לעובד לא היו תעודות מלבד טופס בקשה לחידוש תעודת זהות בו היו רשומים פרטיו. גבינו עדות מאחד העובדים שבמהלכה אמר שיש לו אישור עבודה ואכן הוא הוציא מארנקו את האישור שהיה על שם א.י.ל. סלע [המערערת] לעבודה רק בתחום יהודה ושומרון ותוקפו עד ל - 23/12/03. נטלנו את רישיונו והוא מצורף לדו"ח. בבדיקה עם אברהם מהמוקד עולה שלעובדים אין אישורי עבודה ואין מגבלות ביטחוניות. פניתי לחברה הכלכלית במודיעין לאיתור הקבלן המבצע את העבודה במקום ולטענתם האחראים לביצוע העבודה הם חברת עמק איילון ניהול תשתית ופרויקטים בע"מ, פניתי אליהם וקיבלנו צילום הסכם + צו התחלת עבודה עם הקבלן".

(ההדגשות עד למילה "ולטענתם" הוספו נ.ר.).



המערערים התנגדו להגשתו של "תיאור המקרה" (ת/1) כראיה לנכונותן של האמירות שיוחסו בו לצדדים שלישיים שלא היו עדים בהליך (עמ' 11 לפרוטוקול הדיון בבית הדין האזורי מיום 8.9.11 שורות 15-19; מוצג ז' בתיק המוצגים של המשיבה בערעור - להלן - **הפרוטוקול**). בית הדין האזורי החליט לקבל את ת/1 כראיה, בנימוק שהוא נערך ונחתם על ידי עמיאל. זאת תוך שהוא מוסיף ומציין כי **"השאלות שהועלו... באשר למשמעות האמור בו ידונו בעת מתן פסק הדין"** (עמ' 12 לפרוטוקול שורות 10-11). בנוסף, הציג עמיאל הודעה שגבה באתר מאחד העובדים שבהם פגש, שאינו נמנה על העובדים מושא כתב האישום (מוצג ת/2 ברשימת המוצגים שהוגשו לבית הדין האזורי; מוצג ח' בתיק המוצגים של המשיבה בערעור, להלן - **העובד השלישי** ולהלן - ת/2). ת/2 הוגש בהסכמה כראיה לעצם גביית העדות מן העובד השלישי, להבדיל מראיה לאמיתות תוכנו, בשים לב לכך שהעובד השלישי לא העיד מטעם המשיבה. במסגרת חקירתו הנגדית העיד עמיאל ביחס לת/2 כי פרטי המעסיק שאותם מסר העובד השלישי, כפי המצוין גם בת/2, לא התייחסו למערערת אלא לעסק בשם "אבו שאדי" וכן העיד כי הוא לא ביקש מן העובד השלישי למסור את פרטיו של "אבו שאדי" (עמ' 16 לפרוטוקול שורות 5-14; שורה 19). לגרסת עמיאל, העובד השלישי הציג בפניו מסמך שכותרתו "רישיון עבודה באזור יהודה ושומרון" המתייחס לעובד בשם אברהים זין מחברון המתיר לאוחז בו לעבוד עבור המערערת בשטחי יהודה ושומרון עד ליום 23.12.03 (מוצג ת/3 ברשימת המוצגים שהוגשו לבית הדין האזורי; נספח ח' בתיק המוצגים של המשיבה בערעור - להלן - ת/3). עמיאל הוסיף והעיד כי במועד הרלוונטי הוא צילם את האתר וכן הגיש לבית הדין האזורי העתק מהתצלום שצילם (מוצג ת/4 ברשימת המוצגים שהוגשו לבית הדין האזורי; נספח ח' בתיק המוצגים של המשיבה בערעור). בתצלום זה לא תועד שילוט או כל פרט אחר הקושר בין האתר לבין המערערת, כאשר מדברי עמיאל בחקירתו הנגדית עולה כי לו היה שילוט שכזה הרי שהוא היה מתעד אותו (עמ' 16 לפרוטוקול, שורות 22-27). בנוסף לכל אלה, הציג עמיאל לבית הדין האזורי העתק של **חלק** מהסכם אותו צילם לדבריו שנערך בין המערערת למדינה (מוצג ת/5 ברשימת המוצגים שהוגשו לבית הדין האזורי; נספח ח' בתיק המוצגים של המשיבה בערעור), הסכם אשר **על פי דבריו** (של עמיאל) נמסר לידיו לאחר המועד הרלוונטי על ידי נציג של תאגיד בשם "עמק איילון ניהול תשתית ופרויקטים בע"מ" (להלן - ת/5 או **ההסכם** ולהלן - **חברת איילון**). **לדברי עמיאל** אותו נציג, שבשמו לא ידע לנקוב, סיפר לו כי המערערת ביצעה באתר עבודות תשתית במועד הרלוונטי וכראיה לכך מסר לידיו את ת/5.

מפאת המשמעות שייחס בית הדין האזורי לת/5 ולדברי עמיאל המתייחסים אליו, במסגרת הכרעת הדין ולצורך ביסוס ההרשעה, מצאנו לנכון להביא את הדברים שאמר עמיאל במהלך עדותו בבית הדין האזורי ביחס למסמך זה ובאשר לנסיבות שבהן הוא הגיע לידי לאמור:

"לאחר שסיימנו את הביקורת, פנינו אל הרשויות על מנת לברר מי הקבלן שמצבע [צ.ל "שמבצע" את העבודה במקום [באתר], כמובן שקודם פנינו אל החברה הכלכלית [של מודיעין] שהפנתה אותנו לחברת עמק איילון, והם מסרו את החוזה שנערך עם הקבלן וזה מה שקיבלתי." (עמ' 14 לפרוטוקול, שורות 17-20).

המערערים התנגדו גם להצגתו של ת/5 כראיה לאמיתות תוכנו משני טעמים: הטעם האחד היה נעוץ בכך שעורך המסמך לא זמן להעיד מטעם התביעה ואילו הטעם השני היה נעוץ בהיותו של ת/5 מסמך חלקי האוחז רק חלק קטן מתוך ההסכם שנערך בין המערערת לבין המדינה (עמ' 14 לפרוטוקול, שורות 23-25). בית הדין האזורי דחה את ההתנגדות בקובעו כי **"משמדובר במסמך שהתקבל במסגרת חקירה אין מניעה מלקבלו"**



כראיה..."

בחקירתו הנגדית הוסיף עמיאל והעיד כי אכן ת/5 איננו משקף את ההסכם המלא שנערך בין המדינה לבין המערערת וכי הוא צילם עמודים בודדים מתוך ההסכם שהוצג לו במשרדה של חברת איילון, כי אין בת/5 התייחסות לביצוע עבודה באתר וכי לאור הזמן שחלף ובהעדר תיעוד נוסף אין באפשרותו לציין מי הגורם שמסר לו את המסמך (ת/5) מטעם חברת איילון. כמו כן העיד עמיאל כי הוא לא בדק האם היו קבלנים אחרים שעבדו באתר במועד הרלוונטי (עמ' 17 לפרוטוקול, שורות 13-30).

6. המפקח מר ציון הציג בפני בית הדין האזורי רשימה שערך שכללה לדבריו שמות של שלושה עובדים שהיו באתר במועד הרלוונטי: העובד השלישי ושני העובדים מושא כתב האישום (מוצג ת/6 ברשימת המוצגים שהוגשו לבית הדין האזורי; נספח ח' בתיק המוצגים של המשיבה בערעור, להלן - **ת/6**). בחקירתו הנגדית העיד ציון כי הוא אינו זוכר את האירוע וכי הוא מילא את הפרטים המופיעים בת/6 **"לפי תעודות הזהות או כרטיסי עובד או כל מסמך אחר שהיה שם"** (עמ' 20 לפרוטוקול שורות 4-7).

7. העד מר דוד קלדרון אשר היה בתקופה הרלוונטית לכתב האישום חוקר במשרד התמ"ת (להלן - **קלדרון**), הציג לבית הדין מסמך שכותרתו: **"זימון לחקירה בתיק פלילי להמצאת מסמכים"** הנושא את שם המערערת ומתייחס לאירוע (מוצג ת/7 ברשימת המוצגים שהוגשו לבית הדין האזורי; נספח ח' בתיק המוצגים של המשיבה בערעור להלן - **ת/7**). דא עקא שקלדרון לא ידע לציין אם התקבל אישור מסירה המתייחס לת/7 וכן העיד כי הוא אינו זוכר האם מי מטעם המערערים התייבב לחקירה. בנוסף לכך, הוגשו שתי תעודות עובד ציבור (מוצגים ת/8-ת/9 ברשימת המוצגים שהוגשו לבית הדין האזורי; נספח ח' בתיק המוצגים של המשיבה בערעור) המלמדות על כך שלא היה ברשותם של העובדים במועד הרלוונטי רישיון עבודה בישראל.

ראיות ההגנה

8. מטעם המערערים העיד יועץ המס מר יעקוב לוי, עובד במשרד רואי החשבון עופר בן דוד שטפל בעניינה של המערערת מחודש מאי 2011 (להלן - **לוי**). לוי העיד כי המערערת עוסקת בתחום הבניה והתשתיות, כי מחזור עסקיה מסתכם במאות מיליוני שקלים בשנה, כי היא מעסיקה בין 200 ל-300 עובדים ופועלת מול גופים ציבוריים שונים וכי מי שמטפל בעניינם של העובדים במערערת הוא בנו של המערער מר אורן סלע. לוי הוסיף והעיד כי לא עלה בידי המערערת לאתר בדיווחיה לרשויות המס את שמות העובדים (עמ' 30 לפרוטוקול הדיון בבית הדין האזורי מיום 1.7.12, שורות 26-10, עמ' 31 שורות 1-3; נספח י' בתיק המוצגים של המשיבה בערעור). בחקירתו הנגדית העיד לוי כי אין הוא יכול לומר האם המערערת ביצעה עבודות בניה והיכן בשנת 2003 וכן העיד כי הוא לא בדק האם פרטיו של העובד השלישי מופיעים ברישומי המערערת בתקופה הרלוונטית (עמ' 32 לפרוטוקול מאותו מועד שורות 4-10).



פסק הדין של בית הדין האזורי

9. במסגרת הכרעת הדין קבע בית הדין האזורי כי התביעה עמדה בנטל הנדרש להוכיח את ביצוע העבירות שיוחסו למערערים בכתב האישום. בית הדין האזורי הוסיף וקבע, בהתבסס על עדות עמיאל וכן על ת/1 ו-ת/2, כי העובד השלישי, שלא היה כזכור בין העובדים מושא כתב האישום, היה בעל רישיון עבודה אצל המערערת במועד הרלוונטי; כי בכך יש כדי לקשור בין אחד מן העובדים מושא כתב האישום שנמצא באתר בסמוך לעובד השלישי לבין המערערת; כי הוא לא שוכנע שהמערערת לא יכולה הייתה לאתר את פרטיו של העובד השלישי ברישומיה לצורך הצגתה של הגנה כנגד האישומים שיוחסו לה וכי העובדה שהיא לא עשתה כן נזקפת לחובתה; כי ת/5 - שהינו כאמור צילום של חלק (קטן) מן ההסכם בין המדינה לבין המערערת מיום 30.9.02 לביצוע עבודות תשתית במודיעין - מלמד כי המערערת ביצעה באתר את העבודות מושא כתב האישום במועד הרלוונטי. עוד קבע בית הדין האזורי כי "**משברור שהנאשמת 1 ביצעה עבודות תשתית בישוב מודיעין ומשעל פי עדותו של העד עמיאל חברת עמק אילון ניהול תשתית ופרויקטים בע"מ מסרה למאשימה את ההסכם ת/5 וזאת לבקשתה של המאשימה לקבל את הנתונים של הקבלן שעבד במקום, הרי שיש בכך אסמכתא לכך שהנאשמת 1 עבדה באותו מתחם.**" (ההדגשות הוספו נ.ר.). בית הדין אף זקף לחובת המערערים את העובדה שהם בחרו שלא ליתן גרסה מטעמם וכן קבע כי עדותו של העד היחיד מטעמם מר לוי, שאינו עובד המערערת, לא סייעה להם.

טענות הצדדים בערעור

10. המערערים ערערו כאמור על הכרעת הדין ולחילופין על גזר הדין וכן על החלטות ביניים שניתנו בהליך. אשר להכרעת הדין טענו המערערים כי לא הוצגו ראיות לכך שהעובדים אכן ביצעו עבודות באתר עבור המערערת או שהיה ביניהם לבין המערערת קשר ולו מרוחק; כי בת/1 נכתב כי האחראית לביצוע העבודה באתר היתה חברת עמק אילון ולא המערערת כאשר איש מטעמה של חברת עמק אילון לא זומן להעיד מטעם התביעה; כי אין לקבל את המסמך ת/5 כראיה משלא ברור כיצד ומתי הגיע לידי המשיבה ובשים לב לכך שהמערערים התנגדו להגשתו שלא באמצעות עורכו וכפרו בנכונות תוכנו, ככל שמבוקש להסיק ממנו כי המערערת ביצעה עבודות באתר במועד הרלוונטי.

11. המשיבה תמכה בקביעות ובמסקנות של בית הדין האזורי כמופיע בהכרעת הדין. עם זאת, היא לא כפרה בכך שהראיות עליהן התבססה ההרשעה היו נסיבתיות בלבד כאשר לשיטתה די בראיות אלה כדי לבסס הרשעה בנסיבות שבהן לא נמסרה גרסה מצד ההגנה (עמ' 6 לפרוטוקול הדיון בערעור מיום 25.12.14, שורות 11-14).

הכרעה

12. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים ועיינו בכלל החומר המצוי בתיק הגענו למסקנה כפי שצוינה בפתיח לפסק דין זה כי יש לקבל את הערעור ולזכות את המערערים וזאת מן הטעמים כדלקמן:



נטל השכנוע וחובת הראיה בהליך הפלילי

13. כפי הידוע, העיקרון לפיו על התביעה מוטל הנטל לשכנע מעבר לכל ספק סביר בהתקיימות יסודותיה של עבירה אותה היא מייחסת לנאשם מהווה מושכל יסוד בשיטתנו המשפטית. מנטל זה, שמקורו בחזקת החפות של הנאשם, נגזר כי אם בתום המשפט עדיין יוותר בלב השופט ספק סביר בדבר אשמו של הנאשם, הרי שספק זה יפעל לטובתו והוא יזוכה בדין.

14. לנטל השכנוע המוטל על התביעה מתלווה "חובת הראיה" לפיה, על התביעה מוטל להציג ראיות שיש בהן הוכחה לכאורה לאשמו של הנאשם. **ראיות שלו היה נותן בהן בית המשפט אמון היה די בהן כדי להרשיע את הנאשם. ככל שהתביעה עומדת בחובתה זו - תועבר החובה אל כתפי הנאשם.** עם זאת, הכלל הוא כי בשונה מן התביעה הנאשם איננו חייב להביא ראיות מטעמו והוא רשאי להסתמך על הראיות שהוצגו על ידי התביעה ולטעון על בסיסן מדוע לא הוכחה אשמתו. זאת נוכח העיקרון המנחה בהליך הפלילי של היעדר סימטריה בין החובה של התביעה להציג לבית המשפט את כלל חומר הראיות הרלוונטי לבין ההתנהלות המצופה מן הנאשם בהצגת ראיות להגנתו הנסמכת על פערי הכוחות המובנים בין הנאשם לבין המדינה. פערים המאפשרים לנאשם לבחור לעצמו "טקטיקה בניהול המשפט שלא תסיע להפללתו ולא תקדם את הרשעתו" (ראו - ע"פ 6522/10 רחל זהבי נק' מדינת ישראל (2.5.2013) להלן - עניין נקר).

15. על פי מושכלות היסוד של ההליך הפלילי כישלונה של התביעה לעמוד בחובת הבאת הראיות גורר בעקבותיו זיכוי של הנאשם. מנגד אי עמידתו של הנאשם בחובת הראיה אינו מביא להרשעה. שכן, על התביעה עדיין מוטל הנטל השכנוע "ומשכך על בית המשפט להכריע - בין אם עמד הנאשם בחובת הראיה בין אם לא - מהו משקלן של הראיות שהציגה התביעה בפניו והאם די בהן כדי להוכיח את קיום יסודות העבירה, מעבר לכל ספק סביר." (ראו -רע"פ 6831/09 פואד טורשאן נ' מדינת ישראל (18.7.11)).

16. על רקע דברים אלה, נפנה אפוא לבחון בשלב הראשון האם יש בראיות הקבילות שהציגה המשיבה, **לו היה בית הדין נותן בהן אמון מלא**, כדי להרשיע את המערערים ומכאן להעביר אליהם **בשלב השני** את חובת הראיה. לצורך בחינה מקדימה זו נדרש תחילה אף לשאלת הקבילות של חלק מן הראיות שהוצגו בפני בית הדין האזורי ובהמשך לשאלת המשמעות הראייתית שיש לייחס, בנסיבות העניין, למחדלי התביעה. בהתאם לתוצאות הבחינה בשלב הראשון נדון בחובת הראיה של המערערים ובמשמעות הראייתית שיש לייחס, אם בכלל, ל"שתיקת" המערער.

קבילות הראיות שהוצגו בפני בית הדין האזורי והעיקרון האוסר על עדות מפי השמועה

17. האבן הראשה של מסכת הראיות, באמצעותה ביקשה המשיבה לקשור בין המערערת לבין ביצוע העבודות באתר במועד הרלוונטי, נוגעת לת/5 וליתר דיוק לאמירת חוץ של צד שלישי בלתי ידוע אשר לדברי עמיאל מזוהה עם חברת איילון, ביחס למשמעות שיש לייחס לת/5, כמסמך הקושר בין המערערת לבין ביצוע העבודות באתר במועד הרלוונטי. משמעות שאיננה עולה מניה וביה מתוך ת/5 הנחזה להיות



על פי לשונו, חלק מהסכם מיום 30.9.02 שבין המערערת לבין המדינה (משרד השיכון) לביצוע "השלמת פיתוח כבישים, מערכות מים ביוב ניקוז ותיאורה במודיעין". המערערת מצידה לא כפרה בעובדה כי היא אכן חתמה על ת/5 והייתה צד לו ואף לא בכך שהיא ביצעה עבודה על פיו בעיר מודיעין. עם זאת, המערערת כן כפרה בכך שת/5 אכן מתייחס לעבודות שבוצעו על ידה **באתר בו נמצאו העובדים** במועד הרלוונטי. עיון בת/5 מלמד כי אין הוא מאזכר כלל את שם האתר (ברח' החשמונאים) אלא אתר בשם "קייזר" שלא הובאה כל ראיה ביחס אליו או למיקומו; כי אותו חלק הימנו (מת/5), בו אמורים היו להירשם פרטי הגוש והחלקה לצורך ביצוע העבודות על פיו נותר ריק; כי מדובר במסמך חלקי הכולל רק חלק קטן של פרטי ההתקשרות שבין המדינה לבין המערערת וכי אין חפיפה מלאה או זהות ברורה בין סוג העבודות המתואר בת/5 של "השלמת פיתוח כבישים, מערכות מים ביוב ניקוז ותיאורה במודיעין" לבין זה מושא כתב האישום (ריצוף מדרכה). אין חולק על כך שאיש מבין עורכי המסמך מטעם המדינה, שהייתה כאמור צד לת/5, לא זומן להעיד בבית הדין האזורי מטעם התביעה. כמו כן לא זומן להעיד אותו גורם (לא ידוע) בחברת איילון אשר על פי דברי החוקר עמיאל בבית הדין האזורי מסר לו את ת/5 וציין בפניו - כך לדבריו - כי ת/5 מתייחס לביצוע עבודות באתר על ידי המערערת במועד הרלוונטי. למותר לציין כי ההימנעות מזימון של העדים הרלוונטיים מטעם המדינה ו/או חברת איילון לא אפשר להציג להם שאלות אשר התשובות להן עשויות היו לשפוך אור גם על סוגיית התמריץ שניתן היה אולי לייחס לחברת איילון או למי מעובדיה להרחיק עצמה מכל מעורבות בהעסקת העובדים מושא כתב האישום ו"לגלגל" את האחריות לכך לפתחה של המערערת. ניתן אפוא לראות כי הלז של ת/5 כמו גם של "דברי ההסבר" של עמיאל ביחס למשמעותו ולאופן שיש בו לקשור בין המערערת לבין ביצוע עבודות באתר במועד הרלוונטי - **אינו אלא עדות מפי השמועה.**

18. כידוע, הכלל הנקוט בהליך הפלילי הוא זה המדיר את עדות השמיעה ממתחמן של הראיות הקבילות ולפיו, על העד המעיד בבית המשפט **"למסור על עובדות שהוא קלט בחושי שלו ואין הוא רשאי למסור בעדותו עובדות שנקלטו בחושי של אחר והגיעו לידיעתו של העד מפי השמועה לאמור מפיו של אחר אשר קלט אותן בחושי שלו או שמע מאחר."** (ראו - יעקב קדמי על הראיות, מהדורת 2009, כרך שני, עמוד 551 להלן - קדמי). בית המשפט העליון עמד על שלושה טעמים לכלל זה האוסר על עדות שמיעה וכך אמר:

"קיימים שלושה חששות עיקריים למהימנותה של אימרה המהווה עדות שמיעה: ראשית, קיימת סכנה כי מוסר האימרה עצמו, שאינו עומד לחקירה נגדית, אינו מהימן. שנית, קיים חשש כי תוכנה של האימרה אינו חד-משמעי, ובהיעדר חקירה נגדית של מוסר האימרה לא ניתן להבהירה. שלישית, קיימת סכנה כי אף אם מוסר האימרה מהימן ותוכן אימרתו חד-משמעי, הרי שתוכן זה אינו תואם את המציאות, אם בשל כך שזיכרוננו של מוסר האימרה בגד בו, ואם בשל העובדה כי תפיסת המציאות של מוסר האימרה מעוותת" (ראו - ע"פ 7293/97 ז'אפר נ' מדינת ישראל פ"ד נב(5) 460).

כן נכתב בעניין זה:

"אי יכולתו של העד לערוב לאמיתות תוכנו של המידע שנקלט אצלו מפי השמועה, משמית



מלכתחילה את הבסיס מתחת לקבילותו של המידע כראיה מן הטעם שאין בית המשפט מקבל ראיה, שלא הונח בסיס לכאורה לאמיתותה ואי היכולת לחקור בחקירה שכנגד את 'מקור' המידע- מותר את המידע ללא ביקורת מצד בית המשפט, באשר לאמינותו ולכוחו הראייתי. (קדמי 552).

19. על רקע כלל זה נפסק כי בית המשפט "אינו נחפז" לסמוך ממצאים עובדתיים על עדות שמיעה אפילו לא הייתה התנגדות לקבילותה והנטייה תהיה להתעלם מעדות זו אלא אם כן תרומתה שולית (קדמי 569). משמע - ההלכה הנוהגת היא כי עדות מפי השמועה, אף אם נתקבלה ללא התנגדות תהווה ראיה קבילה אך אין לייחס לה משקל רב מידי (ראו - ע"פ 4024/07 **יניב סויסה נ' מדינת ישראל** (23.10.08) והאסמכתאות המופיעות שם).

20. אכן נכון הוא כי לעיקרון זה האוסר על עדות מפי השמועה בהליך הפלילי קיימים חריגים שמקורם הן בחוק והן בהלכה הפסוקה. חריגים אשר המכנה המשותף להם מתמצה בכך שהאמירות המהוות עדות שכזו, נאמרו בנסיבות שבהן לכאורה סביר להניח כי הן אמת ושעה שקיים אינטרס ציבורי כבד משקל שלא לפסול אותן בשל התרומה החשובה אם לא המכרעת שעשויה להיות להן בנסיבות מסוימות לחקר האמת (ראו - ע"פ 2251/90 **חאג' יחיא נ' מדינת ישראל** פ"ד מה(5) 221; ד"נ 23/85 **מדינת ישראל נ' דוד טובול** פ"ד מב(4) 309).

כך למשל, מצויות **בפקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א - 1971** (להלן - **הפקודה**) הוראות חקוקות המסדירות את החריגים לעקרון זה ובכלל אלה: סעיף 9 לפקודה שכותרתו "**אמרת עד בשעת ביצוע עברה**"; סעיף 10 לפקודה שכותרתו "**אימרה של קורבן אלימות**"; סעיף 10א לפקודה שכותרתו: "**אימרת עד מחוץ לבית המשפט**" ועוד (ראו - קדמי 571-678). לצד אלה התגבשה במרוצת השנים גם רשימה בלתי ממצה של חריגים שמקורם בהלכה הפסוקה. בפסיקה אף ניתן ביטוי לגישות שונות ביחס להיקף התפרשותם של אותם חריגים שהוכרו בדין ובהלכה הפסוקה ובלשונו של בית המשפט העליון לאמור :

"קיימות שתי גישות עיקריות בכל הנוגע להיקף הגמישות שבה יפרש בית המשפט את החריגים לכלל. שתי גישות פרשניות של החריגים 'לכלל השמיעה'... הגישה המצמצמת מבכרת למנוע מלכתחילה הכנסת ראיות 'בעייתיות' לאולם המשפט, מחשש שמא יתרחש משגה. לעומתה, הגישה המרחיבה סבורה כי לשם גילוי האמת יש להביא את כל הראיות בפני בית המשפט. על פי גישה זו, יש לעבור משאלת הקבילות לשאלת המשקל" (ראו - ע"פ 8704/09 **יחזקאל באשה נ' מדינת ישראל (11.11.2012)).**

21. במקרה דנן, המשיבה לא הראתה כי התקיים חריג כלשהו לכלל האוסר על עדות מפי השמועה כאשר העקרונות המנחים לצורך ההכרה בחריגים לכלל זה מובילים למסקנה כי לא היה מקום לחרוג הימנו, חרף התנגדות המערערים, ומכאן כי לא היה מקום לקבל את ת/5 כראיה לזיקה שבין המערערת לבין האתר והעובדים בו במועד הרלוונטי וכן ואת "דברי ההסבר" של עמיאל ביחס למשמעותו ו/או כראיה לאמיתות תוכן של "אמירות החוץ" שנאמרו אודות ת/5 על ידי "אחר" שלא העיד בהליך ואשר על פי דברי עמיאל מזוהה עם חברת איילון (להלן - **"האחר"**).



בנסיבות העניין שבפנינו אין יסוד להניח כי דברי "האחר" כאמור הינם בהכרח נכונים וכי יש בהם לתרום לחקר האמת ולא מן הנמנע כי דווקא היפוכו של דבר הוא הנכון. במיוחד, נוכח האינטרס שהיה לחברת איילון להרחיק עצמה ממעורבות בביצוע העבודות באתר וכן בשים לב לכך שלא ברור מה היה מקור המידע עליו התבסס "האחר" אשר יכול ואף הוא מהווה עדות מפי השמועה.

22. אשר לקביעה של בית הדין האזורי ביחס לזיקה שבין המערערת לבין האתר לבין העסקת העובדים, המתבססת על הימצאותו של העובד השלישי באתר, ועל רישיון עבודה שהציג לעמית (שהתיר לבעליו לעבוד אצל המערערת בתחומי יהודה ושומרון) יאמר - כי הקישור הנ"ל נעשה על יסוד סברה בלבד שאיננה מתחייבת מתוך הנסיבות. בשים לב לכך שהעובד השלישי לא זוהה באמצעות תעודה מזהה ובמיוחד בשים לב לעדותו של עמית לפיה, העסקה בלתי חוקית של עובד בעל רישיון עבודה אצל מעסיק פלוני על ידי מעסיק פלמוני אחר, שאינו מורשה לכך, הינה בגדר חזון נפרץ במחוזותינו. בנסיבות אלה, אין לראות גם את רישיון ההעסקה ת/3 כראיה ולו נסיבתית להימצאותו של עובד שהועסק באתר במועד הרלוונטי בשירות המערערת דווקא. זאת משניתן לספק הסבר סביר אחר להצגת הרישיון על ידי העובד השלישי בנסיבות כאמור וכפי שיוסבר בהמשך הדברים בהתייחס לסוגיית הערכתן של ראיות הנסיבותיות.

המשמעות הראייתית שיש לייחס למחדלי התביעה

23. בהמשך לדברינו דלעיל ולצורך המשך הבחינה של **השאלה הראשונה** האם עמדה התביעה **בחובת הראיה** מצאנו להתייחס גם לסוגיית המשמעות הראייתית שיש לייחס למחדלי המשיבה כדלקמן:

בפסיקה נקבע כי לא בכל מקרה בו קיים מחדל של התביעה בניהול ההליך, לרבות אי הזמנת עדים רלוונטיים יהיה בכך להוות משקל ראיתי לחובתה כאשר ההכרעה בשאלה זו תהא תלויה בנסיבות הספציפיות של המקרה ובכלל כך גם בתשובות שתינתנה לשאלות הבאות: **"האם מדובר היה בעד שעדותו רלוונטית כלל לאישום; האם עסקינן בעד מרכזי שיכול היה למסור עדות ישירה השופכת אור על הנטען בליבת האישום; האם קיימים עדי תביעה אחרים שיכולים למסור עדות ישירה; האם ניתן הסבר סביר על ידי המדינה לאי זימון העד לעדות (למשל, כי העדות אינה רלוונטית להוכחת האשמה); והאם הנאשם יכול היה לזמנו לחקירה ראשית ולחקור אותו כאילו מדובר היה בחקירה שכנגד."** (ראו - עניין נקר; וכן השוו: ע"פ 8002/99 בכר נ' מדינת ישראל פ"ד נו(1) 135, 143-144).

24. נוכח מבחנים אלה כפי שצוינו **בעניין נקר** נראה כי במקרה שלפנינו היה מקום ליתן משקל ראיתי למחדלי המשיבה הפועלים לטובת המערערים משמע - לכך שהמשיבה לא זימנה לעדות עדים רלוונטיים לאישום ללא הסבר סביר; לכך שהיא לא זימנה לעדות איש מטעם חברת איילון, איש מטעם הגורמים במדינה שהיה מעורב בעריכה ובחתימה על ת/5, איש מבין העובדים וכן את העובד השלישי כאשר לכך מצטרפת העובדה שהמשיבה ביכרה לצלם ולהציג את ההסכם ת/5 רק בחלקו. הצירוף של מחדלים אלה ושל הקביעות באשר לאי הקבילות של אותן ראיות עליהן נסמכה ההרשעה בבית הדין האזורי, כמפורט לעיל, מעלה שאלה באשר למידת עמידתה של התביעה **בחובת הראיה** המתחייבת בהליך



הפלילי באופן שהעביר חובה זו אל כתפי המערערים ומכאן גם באשר למשמעות הראייתית שיש לייחס, אם בכלל, להתנהלות המערערים ולהמנעות המערער מלהעיד בהליך. סוגיה אליה נידרש מיד, תוך התייחסות לקביעותיו של בית הדין האזורי בעניין זה.

המשמעות הראייתית של התנהלות המערערים על רקע מחדלי התביעה והראיות הנסיבתיות הקבילות שהציגה התביעה

אין חולק כי **הראיות הקבילות** שעמדו בפני בית הדין האזורי היו **נסיבתיות** בלבד והן כללו את עובדת הימצאותם של העובדים באתר במועד הרלוונטי, חלק מהסכם ביצוע העבודה על ידי המערערת בעיר מודיעין (ת/5), שלא כלל התייחסות לאתר מסוים ולא התייחס לביצוע עבודות מדרכה וכן את הימצאותו של רישיון עבודה אצל המערערת בתחומי יהודה ושומרון אצל העובד השלישי שלא זוהה על פי תעודה מזהה. זאת שעה שהמשיבה נדרשה להוכיח כי המערערת אכן ביצעה עבודה באתר במועד הרלוונטי וכי העובדים הועסקו בו בשורות ושעה שהמשיבה לא הראתה כל מניעה להבאת ראיות ישירות להוכחת עובדות אלה וכל טעם למחדלה עת שנמנעה מלעשות כן.

25. על המשמעות שיש לייחס לאוסף של ראיות נסיבתיות עמד בית המשפט העליון וכך אמר:

"בניתוח ראיות נסיבתיות בית המשפט שוקל כל תרחיש אפשרי ורק אם המסקנה המרשיעה העולה מן הראיות הנסיבתיות היא המסקנה האחת והיחידה העולה מן העובדות שנקבעו - יוכל בית המשפט להרשיע" (ראו - ע"פ 33721/11 קצב נ' מדינת ישראל (10.11.2011); קדמי 552).

כמו כן נקבע כי תהליך הניתוח והסקת המסקנות מראיות נסיבתיות הינו תלת שלבי: בשלב הראשון נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה, **בשלב השני נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך הקביעה האם היא מערבת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה ובשלב השלישי מועבר הנטל אל הנאשם לספק הסבר העשוי להותיר ספק סביר ביחס להנחת ההפללה** (ראו - קדמי 801 וכן, ע"פ 9372/03 וייזל נ' מדינת ישראל פ"ד נט(1) 745).

26. במקרה דנן, נוכח הבקיעים שבפרשת התביעה, כפי שעמדנו עליהם לעיל, קשה לומר כי המשיבה צלחה את השלבים הראשונים של בדיקת מסכת הראיות הנסיבתיות והעפילה אל השלב השלישי של העברת חובת הראיה אל כתפי המערערים. על רקע זאת, ספק אם היה מקום ליתן את המשקל שניתן על ידי בית הדין האזורי להתנהלות המערערים בהליך: הן לעובדה שהמערערים לא ניסו לאתר במסמכיהם את שם העובד השלישי **"ובכך לנסות להציג הגנה של ממש כנגד האישומים המיוחסים לנאשמת 1"** (סעיף 5 להכרעת הדין) והן לעובדה שהמערער ביכר שלא להעיד בהליך באופן שהצדיק לדעת בית הדין האזורי את הפעלת הכלל הראייתי שמצא ביטוי בסעיף 162 (א) לחוק סדר הדין הפלילי הקובע לאמור:



"הימנעות הנאשם מלהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע..." (ההדגשות הוספו נ.ר.).

בהקשר זה יפים הדברים שאמר בית המשפט העליון באחד העניינים שהובאו בפניו לאמור:

"כוחה המחזק של השתיקה לצורך הרשעתו [של הנאשם באותו עניין] מתאפשרת רק כאשר מצויות ראיות מצטברות אחרות. השתיקה אינה יכולה להוות תחליף לחלל ראיתי חסר... משלא הוצגו כל ראיות אחרות המחזקות את אחריותו של זיו אף שהשתיקה היא עובדה מחשידה, ניטל ממנה כוחה המחזק, ולמצער, היא איננה יכולה לסייע למערערת." (ראו - ע"פ 1132/10 מדינת ישראל נ' פלוני ואח' (4.7.11)).

במאמר מוסגר אף יוער כי נראה שלא היה אף מקום לזקוף לחובת המערערים אי הצגת רישומים הנוגעים לעבודת העובד השלישי בתקופה הרלוונטית גם נוכח פרק הזמן הניכר שחלף מהמועד הרלוונטי ביום 23.12.03 ועד להגשת כתב האישום בשנת 2008.

27. מעבר לצורך יאמר כי אפילו סברנו כי היה די בראיות הנסיבתיות הדלילות לטעמנו שהציגה המשיבה כדי לעבור את המשוכה של השלב הראשון ולהעביר את חובת ההוכחה אל כתפי המערערים הרי שגם אז לא היה די בסופו של יום ועל רקע מכלול הנסיבות שפורטו לעיל באי העדת המערער ובאי הצגת נתונים הנוגעים לעיסוקו של העובד השלישי במועד הרלוונטי כדי להוביל למסקנה כי העסקת העובדים על ידי המערערת באתר במועד הרלוונטי היתה התרחיש היחיד המסתבר או אפילו התרחיש הסביר ביותר בנסיבות העניין ומכאן גם להוביל להרשעתם.

28. על רקע כל אלה, מסקנתנו הינה כי התביעה לא עמדה בנטל להוכיח ברמת ההוכחה הנדרשת בהליך הפלילי את העסקת העובדים מושא כתב האישום על ידי המערערת במועד הרלוונטי. נוכח זאת, אנו מקבלים את הערעור ומזכים את המערערים מן העבירות שיוחסו להם בכתב האישום.

ניתן היום כ"ט בשבט התשע"ה, (18 בפברואר, 2015) בהיעדר הצדדים וישלח אליהם.

נטע רות,
שופטת

רונית רזנפלד,
שופטת

ורדה וירט-ליבנה,
סגנית נשיא, אב"ד