



ע"פ 46908/05/15 - מדינת ישראל נגד חן שמגר, דן שמגר

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 46908-05-15

26 נובמבר 2017

המערכת

מדינת ישראל

המשיבים

1. חן שמגר

2. דן שמגר

לפני: השופטת לאה גליקסמן, השופט אילן איטח, השופט משה טוינה
בשם המערכת - עו"ד עדי צימרמן
בשם המשיבים - עו"ד ישראל פפר

פסק דין

השופט אילן איטח

1. לפנינו ערעור על הכרעת דינו של בית הדין האזורי בתל אביב-יפו (השופטת רות צדיק; הע"ז 61193-01-13) שבה זוכו המשיבים מביצוע עבירה של העסקת עובד זר בניגוד לחוק עובדים זרים, התשנ"א - 1991 (להלן - **החוק** או **חוק עובדים זרים**). זיכוי המשיבים מהאישום המיוחס להם בכתב האישום נעשה לאחר שבית הדין האזורי קבע כי "**הראיות נגד הנאשמים הושגו בניגוד להוראות חוק הכניסה לישראל, ושעה שמפקחי המאשימה עשו דין לעצמם ונכנסו לחצרי הנאשמת ללא צו שיפוטי**", וכי נוכח קביעה זו "**יש לפסול את ראיות המאשימה ולזכות את הנאשמים מהעבירה המיוחסת להם בכתב האישום**".

רקע

2. במועדים הרלוונטיים לכתב האישום היו המשיבים, הנשואים זה לזו, בעלי בית פרטי בתל אביב (הבית הפרטי והשטח הפרטי שסביבו יכוננו להלן יחד - **הנכס**; הבית הפרטי שבתוככי הנכס יכונה להלן - **הבית הפרטי**). בשעות הבוקר של יום 13.9.2011 (להלן - **יום הביקורת**), ערך צוות מפקחים של רשות האוכלוסין וההגירה שבמשרד הפנים (המפקחים אילן לביא ונסים איפרגן; להלן בהתאמה - **המפקח לביא והמפקח איפרגן**) ביקורת בנכס (להלן - **הביקורת**).

3. בטופס "תאור המקרה" (מוצג מ/5) שנרשם על ידי המפקח לביא באותו יום בשעה 11:04 צוין כך:

"**היום בסביבות 10.15 הבחין צוות אכיפה ניסים איפרגן + הח"מ בעוברו ע"י הכתובת הנ"ל [כתובת הנכס - א.א.] באישה ששוטפת את רחבת הכניסה המרוצפת לבית, ניגשנו לשער, הזדהינו בפניה וביקשנו לדבר איתה, היא הכניסה אותנו לבית (לא בוצעה כניסה לתוך הבית, עד הפתח - בגלל הרטיבות) ושם ירדה לחדר למטה והביאה לנו דרכון קולומביאני (חדש) ופרטיה נרשמו**

עמוד 1



ברש"ע [רשימת עובדים - א.א.] (מצ"ב). בבדיקה מול נתן - האגף לזרים - עלו פרטיה המדויקים והם נרשמו ברש"ע.

בשיחה עם העובדת (תערוכת של עברית ואנגלית) אמרה כי עובדת במקום כשנה, פעמיים בשבוע, 5 שעות בכל פעם ומקבלת 200 ₪ עבור עבודתה, בעלת הבית - חן - היא זו שמשלמת לה. לא יודעת אם נעשה לה ביטוח רפואי (היה לה ד"ר פרטי [כך במקור - א.א.] שפג תוקפו).

העובדת החליפה בגדים ויצאנו איתה החוצה לחכות ליחידת עו"ז - אסף עמר - שלקחו אותה לחולון.

למקום הגיעה ברכיבה על אופניים - בעלת הנכס חן שמגר. ביקשה להתייעץ עם עו"ד. בנוכחותינו שילמה לעובדת סך של 340 ₪ (...), אמרה כי חשבה שהעובדת נשואה לישראלי. אמרתי לגב' חן כי העובדת טענה שהיא חייבת לה כסף והיא אמרה כי תפתור זאת מול 'בעלה'."

4. המפקח איפרגן צילם במהלך הביקורת מספר תמונות (מוצג מ/3) ומילא את טופס "רשימת העובדים" (מוצג מ/2) (להלן - **רשימת העובדים**). בטופס נרשמו פרטי העובדת, HORALIA TREJOS MOSQUERA, אזרחית קולומביה, שנמצאה מועסקת בנכס בעבודות בית (להלן - **העובדת הזרה**).

5. נציין כבר עתה כי לפי הנטען בכתב האישום ולפי העולה מתעודת עובד הציבור (מוצג מ/8), בתקופה הרלוונטית לכתב האישום העובדת הזרה לא היתה אזרחית ישראל ולא תושבת ישראל. מתעודת עובד הציבור עולה עוד כי העובדת הזרה נכנסה לישראל ביום 10.7.2005 והייתה בעלת אשרה (סעיף 2(א)(5)) עד ליום 17.8.2010^[1]. החל מיום 18.8.2010 שהתה העובדת הזרה בישראל שלא כדין.

6. כאמור בטופס "תאור המקרה", לנכס הוזמן והגיע צוות בראשות המפקח אסף עמר אשר עיכב את העובדת הזרה. מתעודת עובד הציבור עולה כי העובדת הזרה יצאה את ישראל ביום 3.10.2011 (כ-3 שבועות לאחר יום הביקורת).

7. במהלך הביקורת וכמצוין בטופס "תאור המקרה" הגיעה המשיבה 1 (להלן - **המשיבה**) לנכס כשהיא רכובה על אופניים. בהמשך היא החלה להיחקר תחת אזהרה על ידי המפקח לביא, אך משביקשה להתייעץ עם עו"ד הופסקה החקירה (מוצג מ/6) וזו נמשכה ביום המחרת - 14.9.2011 - על ידי המפקח איפרגן (מוצג מ/4). מחקירה זו עלה כי העובדת הזרה הועסקה בנכס בעבודות משק בית. במסגרת החקירה המציאה המשיבה מסמכים המעידים על תשלום דמי ביטוח לאומי בגין העובדת הזרה.

8. המשיב 2, עורך דין במקצועו (להלן - **המשיב**), זומן לחקירה (מוצג נ/2), וביום 28.3.2012 הוא נחקר על ידי המפקח לביא (מוצג מ/7). גם מחקירתו עלה כי העובדת הזרה הועסקה בנכס בעבודות משק בית.

ההליך בבית הדין האזורי

9. ביום 31.1.2013 הוגש בבית הדין האזורי כתב אישום נגד המשיבים ובו הואשמו בהעסקת העובדת הזרה, במשך כשנה, ללא היתר כנדרש בחוק עובדים זרים, וזאת בניגוד לסעיף 2(א)(2) לחוק.

10. ביום 5.10.2014 נשמעה פרשת התביעה, שבמסגרתה נחקרו המפקחים ה"ה עמר, איפרגן ולביא.

11. לאחר שתמה פרשת התביעה הגישו המשיבים בקשה שלא להשיב לאשמה וזאת משלושה טעמים: הראשון, מעדויות המפקחים עולה כי הם נכנסו לנכס ולבית הפרטי בניגוד לדין - ללא צו בית משפט וללא הסכמת



המשיבים ונוכחותם, ובמסגרת זו צילמו בניגוד לדין תמונות מתוך הבית הפרטי, ממפתנו ומחצרו, ובכך ביססו את טענתם בדבר העסקת העובדת הזרה. עמדת המשיבים בטיעון זה היא כי כניסת המפקחים לנכס נעשתה בניגוד לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב - 1952 (להלן - **חוק הכניסה**), אשר קובע כי כניסה לבית מגורים, לשם ביצוע הוראות חוק זה, טעונה צו שיפוטי; השני, מלבד ראיות אלה שהושגו בניגוד לדין ולכן יש לפוסלן, לא זכרו המפקחים דבר ועל כן למעשה לא הוכחו היסודות של העבירה המיוחסת להם; השלישי, לא נגבתה עדות העובדת הזרה ובשל מחדל זה נמנע מהמשיבים להוכיח חוסר מודעותם ליסודות של העבירה. הדברים כווננו ליסוד העובדתי שעניינו שהותה של העובדת הזרה בארץ **שלא כדין**, וזאת על רקע המצג שהעובדת הזרה יצרה כלפיהם, לטענתם, בהציגה עצמה כנשואה לישראלי ועל כן שוהה בארץ כדין.

המדינה טענה כי יש לדחות את הבקשה. נציין כי באותו שלב לא התייחסה המדינה במפורט לטענות המשיבים, שלפיהן כניסת המפקחים לנכס נעשתה בניגוד לחוק הכניסה.

ביום 19.11.2014 דחה בית הדין את בקשת המשיבים, בין היתר, מן הטעם שבשלב זה טרם הגיעה העת להכריע ביחס לפסלות הראיות.

12. ביום 23.11.2014 העידו המשיבים.

מעדותה של המשיבה עולה, בין היתר, כי עובדת משק בית קודמת שהועסקה בנכס על ידי המשיבים, גם היא מקולומביה, ואשר היתה נשואה לישראלי, המליצה על העובדת הזרה וטענה כי לאחרונה יש רישיון; תנאי ההעסקה של העובדת הזרה (ימים, שעות ושכר) סוכמו עם המשיבה בפגישת ההיכרות ושונו בהמשך בהסכמה שבין המשיבה לבין העובדת הזרה; העובדת הזרה סיפרה למשיבה שהיא נשואה לישראלי; המשיבה שילמה באופן שוטף למוסד לביטוח לאומי דמי ביטוח בגין העסקת העובדת הזרה, תוך שהיא מדווחת על ההעסקה לפי מספר דרכונה של העובדת הזרה. המשיבה אף הגישה לבית הדין האזורי שוברים על תשלום דמי ביטוח לאומי (מוצג נ/1). בהמשך עדותה הבהירה המשיבה שלא היתה מודעת לכך שהמפקחים נכנסו לנכס ואף לתוך הבית הפרטי וצילמו שם. וכך העידה המשיבה:

"באותו בוקר רכבתי על אופניים והייתי באמון. חזרתי הביתה בערך בשעה תשע ומצאתי את אורליה [העובדת הזרה - א.א.] עומדת ברחוב עם שני אנשים שלא הכרתי. בתחילה חשבתי שהם מתווכים שבאו לגבי בית שהיה למכירה לידינו, זה היה בחזית הבית (השער הבית) [כך במקור - א.א.] (היה סגור), ואורליה עמדה מחוץ לבית לידם, ואז פנה אלי אחד האנשים הללו והציג את עצמו ושאל אותי האם מודעת לכך שאני מעסיקה עובדת זרה ללא רישיון, אני מאוד הופתעתי בלשון המעטה, ירד לי כל הדם מהפנים, אמרתי לה מיד את נשואה לישראלי והיא אמרה לי לא מאמי, שקרתי לך אני לא נשואה. וזה לראשונה שמעתי זאת.

...

אחרי שהיא [העובדת הזרה - א.א.] נסעה, אילן [המפקח לביא - א.א.] החוקר ביקש להכנס הביתה אתי. אני נכנסתי איתו הביתה וחתמתי על משהו של עו"ד והוא הלך. למעשה אני לא ידעתי שהם היו אצלי בבית עם אורליה עד שקבלנו את חומר החקירה, ולפתע ראיתי תמונות והבנתי שהם צולמו אצלי בבית. לא ידעתי שהם נכנסו בכלל יחד עם אורליה, או שהיא הכניסה אותם לטענתם. ודאי שלא נתתי שום היתר. אף אחד לא דיבר איתי או התקשר אלי. שבאתי עם האופניים זו היתה לי הפתעה כדי לראות אותם."

המשיב העיד, בין היתר, כי הוא לא היה מעורב בהעסקתה של העובדת הזרה. לדבריו, כששאל את רעייתו -



המשיבה, ביחס לעובדת הזרה, היא השיבה לו "בשפה ברורה שיש לה [לעובדת הזרה - א.א.] את כל ההיתרים הנדרשים לעבוד כדין", והיתה לו "מודעות לכך שהיא [העובדת הזרה - א.א.] מועסקת כדין". גם המשיב חזר על כך שלא נתן למפקחים רשות להיכנס לנכס או לצלם בתוכו וכי דבר כניסתם לנכס נודע לו עם קבלת חומר החקירה.

13. משתמה פרשת הראיות סיכמו הצדדים את טענותיהם. במסגרת סיכומיה התייחסה המדינה לראשונה לטענות המשיבים שעלו עוד במסגרת הבקשה שלא להשיב לאשמה, בנוגע לפסלות הראיות. בעניין זה המדינה לא טענה לגוף חוק הכניסה או אף לגוף הסמכויות לפי חוק עובדים זרים. המדינה התמקדה בטענה המצויה במישור העובדתי, שלפיה לא הוכח כי התמונות צולמו בתוך הבית הפרטי, והוסיפה כי גם אם תיפסלנה התמונות, הרי שיש בנמצא די ראיות אחרות להוכחת האשמה.

14. המשיבים סיכמו את טענותיהם, ובין היתר חזרו וטענו כי יש לפסול את הראיות שהושגו תוך הפרת חוק הכניסה.

הוראות החוק הרלוונטיות

15. טרם שנפנה להצגת הכרעת דינו של בית הדין האזורי, נציג את הוראות החוק הרלוונטיות לדיון.

16. בית הדין האזורי הפנה בהכרעתו להוראות אלה של חוק הכניסה:

א. במסגרת תיקון מס' 9 לחוק הכניסה, שנכנס לתוקף בסוף שנת 2001, הוסף לחוק זה סעיף 13 המסמך את שר הפנים "למנות פקחים לענין חוק זה מקרב עובדי משרדו, או מקרב עובדי המדינה במשרד אחר בהסכמת השר הממונה על המשרד (בחוק זה - פקח); הודעה על מינוי פקח תפורסם ברשומות".

ב. במסגרת אותו תיקון הוסף לחוק הכניסה גם סעיף 13 שעניינו "סמכויות אכיפה". בתקופה הרלוונטית לכתב האישום קבע הסעיף כך:

"(א) לשם ביצוע הוראות פרק זה, רשאי פקח או שוטר -

(1) לדרוש מאדם שיש יסוד להניח כי שהייתו בישראל מחייבת רישיון ישיבה לפי חוק זה, לזהות את עצמו ולהציג לפניו את המסמכים הנוגעים לשהייתו וכן למסור לו ידיעות הנוגעות לשהייתו;

(2) להיכנס בכל עת סבירה למקום, למעט למקום מגורים, שלגביו יש חשד כי מצוי בו אדם השוהה שלא כדין בישראל כדי לערוך בדיקה בענין.

(ב) התעורר חשד לביצוע עבירה לפי חוק זה, רשאי פקח או שוטר, לפי הענין, לתפוס כל מסמך הקשור לעבירה כאמור.

(ג) שופט של בית משפט שלום רשאי, לבקשת פקח או שוטר, ליתן צו המתיר לפקח או לשוטר להיכנס למקום המשמש למגורים כדי לערוך בדיקה לענין קיום הוראות חוק זה, כאמור בסעיף קטן (א), אם ראה כי התקיים אחד מאלה:

(1) יש יסוד סביר לחשד כי נמצא בו אדם השוהה שלא כדין בישראל;

(2) יש יסוד סביר להניח כי נמצא בו אדם ששהייתו בישראל מחייבת רישיון שהייה לפי חוק זה, והפקח או השוטר ביקשו רשות להיכנס למקום כדי לערוך בירור



בעניין ובקשתם לא נענתה.

(ד) כניסה לפי סעיף זה תיעשה רק לאחר שהשוטר או הפקח, לפי הענין, זיהה את עצמו לפני מי שנחזה כמחזיק המקום והודיע לו את המטרה שלשמה מתבקשת הכניסה ובמקום המשמש למגורים - הציג לפניו את צו בית המשפט לפי סעיף קטן (ג); לא איפשר מחזיק המקום את הכניסה, רשאים הם להשתמש בכוח סביר כלפי אדם או כלפי רכוש לאחר שהזהירוהו על כך.

(ה) המפקח הכללי של המשטרה יקבע בנוהל את דרכי פעולתה של המשטרה לפי סעיף זה; הנוהל האמור יפורסם באתר האינטרנט של המשטרה.

(ו) פקח לא יעשה שימוש בסמכויות הנתונות לו לפי חוק זה, אלא בעת מילוי תפקידו ובהתקיים שניים אלה:

(1) הוא עונד באופן גלוי תג המזהה אותו ואת תפקידו, והוא לובש מדי פקח, בצבע ובצורה שהורה לעניין זה שר הפנים, ובלבד שהמדים כאמור אינם נחזים להיות מדי משטרה;

(2) יש בידו תעודת פקח החתומה בידי שר הפנים, המעידה על תפקידו ועל סמכויותיו, שאותה יציג על פי דרישה."

(הדגשות הוספו - א.א.)

ג. בדברי ההסבר לסעיף 13 לחוק הכניסה^[2] צוין כך:

"בסעיף זה מפורטות סמכויות השוטר והפקח לצורך ביצוע הוראות החוק. סמכות הכניסה מוגבלת למקומות עבודה ולמקומות אחרים, ולא למקומות מגורים. כניסה למקומות מגורים תיעשה רק לאחר קבלת צו מבית המשפט בתנאים הקבועים בסעיף."

17. לשלמות התמונה נביא כבר כעת את הוראות חוק עובדים זרים, שלטענת המדינה הוא, ולא חוק הכניסה, הדין הרלוונטי לענייננו.

א. בתיקון מס' 12 לחוק עובדים זרים שחוקק בשנת 2010 הוסמכו "השר ושר הפנים" להסמיך מפקחים לשם פיקוח על ביצוע הוראות החוק.

ב. סעיף 6 לחוק עובדים זרים שעניינו "סמכויות פיקוח" קבע, בתקופה הרלוונטית לביקורת, כך:

"(א) לשם פיקוח על ביצוע הוראות חוק זה או תקנות על פיו, רשאי מפקח שהוסמך לפי סעיף 5ב (להלן - מפקח) -

(1) לדרוש ממעסיק, מאדם שפועל מטעמו של המעסיק או בעבורו, ממעסיק בפועל, ממתווך כוח אדם או מקבלן כמשמעותו בסעיף 2(ג), או מעובדו של מי מהם מידע ומסמכים הנוגעים לביצוע הוראות חוק זה;

(2) להיכנס בכל עת סבירה ללשכה פרטית או למקום עבודה שיש יסוד להניח שהוא מקום עבודה של המעסיק או של עובד או שהוא מקום מגוריו של עובד זר, ובלבד שהכניסה למקום המגורים כאמור היא לצורך בדיקת קיום חובותיו של המעסיק לפי סעיף 1ה וניתנה הסכמה לכך מאת העובד הזר;

(3) לבקש משופט של בית דין אזורי לעבודה או שופט של בית משפט שלום ליתן



צו המתיר לו להיכנס למקום המנוי בפסקה (2) המשמש למגורים או לחצרים פרטיים של מקום כאמור; אין בהוראות פסקה זו כדי לגרוע מסמכות הכניסה של מפקח לפי פסקה (2).

(ב) היה למפקח חשד לביצוע עבירה שבתחום פיקוחו, רשאי הוא -

(1) לחקור אדם שלדעתו קשור לביצוע עבירה כאמור, או שיש לו או עשוי להיות לו מידע עליה;

(2) לתפוס חפץ או מסמך הקשור לביצוע עבירה כאמור.

.....

(ו) מפקח לא יעשה שימוש בסמכויות הנתונות לו לפי חוק זה, אלא בעת מילוי תפקידו ובהתקיים שניים אלה:

(1) הוא עונד באופן גלוי תג המזהה אותו ואת תפקידו, והוא לובש מדי מפקח, בצבע ובצורה שהורו לעניין זה השר ושר הפנים, ובלבד שהמדים כאמור אינם נחזים להיות מדי משטרה;

(2) יש בידו תעודת מפקח החתומה בידי השר או שר הפנים, המעידה על תפקידו ועל סמכויותיו, שאותה יציג על פי דרישה.

(ז) בסעיף זה, 'עבירה שבתחום פיקוחו', של מפקח -

(1) לגבי מפקח שהסמיך השר - עבירה מהעבירות המפורטות להלן:

(א) עבירות לפי סעיפים 2(ב), (2) עד (5) ו- (7) עד (9), 2ג, 4(ג) ו-5א;

(ב) עבירה לפי סעיף 2(ג), למעט לגבי העניינים האמורים בסעיף 1ב;

(ג) עבירה לפי סעיף 5, לגבי העבירות המוניות בפסקאות משנה (א) ו- (ב);

(2) לגבי מפקח שהסמיך שר הפנים - עבירה מהעבירות המפורטות להלן:

(א) עבירות לפי סעיפים 2(א), 2(ב), (1), (5), (6) ו- (8), 2א, 2ב, 3, 3א(ג) ו-4;

(ב) עבירות לפי סעיף 2(ב), (3) ו- (4), למעט לעניין ניכוי משכר;

(ג) עבירות לפי סעיף 2(ג), לגבי העניינים האמורים בסעיפים 1ב, 1ד ו-1ה, למעט לעניין ניכוי משכר;

(ד) עבירה לפי סעיף 5, לגבי העבירות המנויות בפסקאות משנה (א) עד (ג). " (הדגשות הוספו - א.א.).

ג. לשלמות התמונה נציין כי הפעלת הסמכויות הקבועות בסעיף 6 לחוק עובדים זרים ביחס לעבירה לפי סעיף 2(א) לחוק - העסקת עובד זר ללא היתר, מסורה למפקחים שמונו על ידי שר הפנים.

הכרעת הדין מושא הערעור

18. בית הדין האזורי פנה בתחילה לסקור את הוראות החוק הרלוונטיות, לשיטתו, תוך שהוא מפנה להוראת סעיף 13 לחוק הכניסה. בית הדין האזורי קבע כי מלשון החוק ומדברי ההסבר לסעיף האמור עולה כי



"פקח או שוטר אינם רשאים להיכנס למקום מגורים, ללא צו בית משפט, גם מקום בו קיים חשד כי מצוי בו אדם השווה שלא כדן" וכי:

"... שעה שמדובר במקום אשר איננו משמש למגורים די בכך שהשוטר או הפקח זיהה עצמו בפני מי שנחזה כמחזיק המקום והודיע לו את המטרה לשמה מתבקשת הכניסה. אולם, במקום המשמש למגורים נדרש הפקח או השוטר בנוסף לתנאים הראשונים הנזכרים לעיל, להציג צו של בית המשפט. תוספת זו (אשר הוספה במועד מאוחר יותר) נועדה לחזק ולהשריש את הכלל לפיו כניסה למקום המשמש למגורים, הינה בכל מקרה ובראש ובראשונה כפופה לצו בית המשפט." (הדגשות בקו תחתון במקור - א.א.)

בנוסף דחה בית הדין האזורי את עמדת המדינה שלפיה מקום שבו ניתנה הסכמה של המחזיק בנכס לכניסה אליו, אין צורך בהוצאת צו. וכך קבע בית הדין האזורי:

"הטענה כי הסכמת בעל הנכס הינה תנאי חלופי לצו שיפוטי, עת מדובר בבית מגורים פרטי, איננה מתיישבת עם הוראות החוק ודברי ההסבר לחוק מהם עולה באופן ברור וחד משמעי כי טרם כניסה למקום המשמש למגורים יש לפנות לבית המשפט לקבלת צו."

19. הוסיף בית הדין האזורי וקבע שאף אם היתה מתקבלת עמדת המדינה, שלפיה הסכמה היא תחליף לצו שיפוטי, הרי שבמקרה הנוכחי הוא לא שוכנע כי טרם כניסת המפקחים לנכס ניתנה לכך הסכמת מי מהמשיבים או כי ניתנה הסכמתם לכך בדיעבד. בשאלת עצם ההסכמה של המשיבה לכניסה לנכס, נדחתה עדותו של המפקח איפרגן, אשר לשאלת בית הדין "איך נכנסתם לבית הנאשמים", השיב כך:

"לא היה צו. בדרך כלל שאין צו אנו נכנסים בהסכמה של מחזיק הנכס. אנו התקשרנו אליה והיא הגיעה לנכס. בעל או בעלת הנכס הגיעו לנכס ורק אז נכנסנו לשם. הנהלים שלנו מאוד ברורים. אני לא זוכר ממש את המקרה במדויק. נכנסנו לנכס רק באשור בעלת הנכס בלבד. הראיה - ניסינו לגבות ממנה עדות והיא ביקשה להיוועץ. לא היינו גובים עדות בכביש אלא רק אם זה היה בבית בהסכמה. אנו בקשנו להעיד אותה בבית והיא ביקשה להיוועץ זה עולה מטופס החקירה של החוקר השני. לכן חקרנו אותה במשרדים.

במקרה שאין הסכמה, סוגרים את המקום, הולכים להוציא צו משופט תורן."

20. בית הדין האזורי דחה את טענת המדינה שלפיה פרטי העובדת הזרה (שמופיעים ברשימת העובדים מוצג מ/2) נלקחו מחוץ ל"ביתם" של המשיבים, "מאחר ומדובר בפתח הבית ולא [ב]תוך הבית". לעניין זה נקבע כי פרטי העובדת הזרה נלקחו בפתח הבית הפרטי - בית המגורים (להבדיל מפתח השער לחצרים), קרי בחצרים של הנכס. אלא שהחצרים "עד לשער החיצוני" הם חלק מבית המגורים, ולכן גם ראייה זו - פרטי העובדת הזרה - התקבלה בניגוד לחוק הכניסה. וכך סיכם בית הדין האזורי סוגיה זו:

"לנאשמים שליטה מלאה על המתרחש בגבולות החצר הפרטית של ביתם וביתר שאת על המתרחש בפתח הבית. שניהם כאחד מהווים חלק בלתי נפרד מבית מגורים, כאמור בסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, על כן נדרש צו מאת בית המשפט, טרם כניסת המפקחים לתחום זה."

21. אשר לראיות שעליהן ביקשה המדינה להסתמך, במסגרת ההליך בבית הדין האזורי, קבע בית הדין כך:

א. התמונות (מ/3) - נקבע כי אלה הושגו "לאחר שהמפקחים נכנסו לחצר בית הנאשמים בדרך לא דרך, וכפועל יוצא מכך התקבלו בידם ראיות אשר הדרך להשגתם מלכתחילה, פסולה היא."

ב. רשימת העובדים (מ/2) - דין ראייה זו להיפסל נוכח העובדה כי פרטי העובדת הזרה נגבו בתוך חצרי



המשיבים "בהעדר צו שיפוטי" או הסכמת המשיבים.

ג. חקירות המשיבים (מ/4 ו-מ/7) - נקבע כי האמור בהן הוא "**פועל יוצא מהשגת הראיות שלא כדין**", ואם ראיות שאינן כדין לא היו מושגות, ממילא לא היה בסיס לזימון המשיבים לחקירה. לכן לא ניתן להסתמך על הודיית המשיבים בחקירתם בנוגע להעסקת העובדת הזרה.

22. בהכרעתו בקשר לראיות האמורות נסמך בית הדין האזורי על פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין

יששכרוב^[3]. בית הדין האזורי ציין כי באותה פרשה נפסק כי לבית המשפט "**שיקול דעת רחב שעה שנדרש הוא לפסילת ראיה רלבנטית שהושגה שלא כדין**" ו"**כי כל מקרה יבחן על פי נסיבותיו ו'בזהירות הראויה בהתחשב במכלול נסיבות העניין'**", וכי המטרה של הלכה זו "**איננה להרתיע ולחנך את גורמי האכיפה במדינת ישראל, אלא למנוע אפשרות של פגיעה עתידית בהגינותו של ההליך הפלילי**".

23. סיכם בית הדין האזורי וקבע כך:

"... סבורני כי במקרה זה הושגו ראיות המאשימה ללא צו שיפוטי תוך פגיעה בזכות מהותית, זכות הפרטיות של הנאשמים דהיינו, בניגוד להוראת חוק מפורשת וזכות יסוד מוגנת. אי החוקיות בהליך זה משמעותית ביותר בפרט משהעובדת נראתה כאשר המפקחים עמדו מחוץ לחצרי הנאשמים וחרף זאת בחרו הם להיכנס אל תוך חצרי הנאשמים, לגבות פרטים מהעובדת ולא היססו לערוך צילומים בתוך הבית, כל זאת בהעדר צו שיפוטי מתאים ובניגוד להוראות החוק.

... בנסיבות מקרה זה, שוכנעתי כי קיימת זיקה ברורה וישירה בין התנהלותם הפסולה של המפקחים לבין השגת הראיות אשר שימשו בסיס להגשת כתב אישום כנגד הנאשמים. המסקנה המתבקשת מיישום מכלול השיקולים הרלבנטיים לעניינינו היא כי קבלת הראיות תוביל לפגיעה מהותית בזכות לניהול הליך הוגן ועל כן, דינן להיפסל.

... לא נעלמה מעיניי חשיבות אכיפת העבירה בעניין העסקת עובדים זרים ללא היתר עבודה, עבירה אשר הוגדרה כעבירה חמורה בעלת השלכות חברתיות ומוסריות (....). עם זאת הדרך למגר את התופעה אסור כי תכלול שימוש בדרכים שאינן חוקיות. אין חולק כי לאכיפת החוק חשיבות ממדרגה ראשונה עם זאת, מטרת האכיפה אין בה כדי להכשיר אמצעים להשגת ראיות מפלילות בדרך לא דרך.

....

... בהערת אגב מצאתי להעיר כי לא הוברר מדוע פרטי העובדת לא נלקחו מחוץ לחצרי הנאשמת. כעולה מ/מ/5 הצוות הבחין בעובדת 'בעוברו על יד הכתובת' (שם שורה 2), עם זאת ומטעמים השמורים עימם, בחרו המפקחים שלא לפעול בדרך זו ונכנסו לחצר הנאשמים בניגוד לדין ומבלי שהיה צורך בדבר, שעה שניתן היה להגיע לאותה תוצאה ללא הפרת הוראות החוק ופגיעה בזכות הפרט.

אשר על כן, אני קובעת כי לא נמצאה תשתית ראייתית להרשעת הנאשמים ויש לזכותם מהאישום המיוחס להם בכתב האישום."

הטענות בערעור

24. במסגרת הערעור מעלה **המדינה** שלושה קווי טיעון:

א. האחד, לא היה מקום לפסול את הודעות המשיבים בחקירותיהם לפני המפקחים ולא את עדויותיהם בבית



הדין האזורי שמהן עולה כי המשיבים ביצעו את העבירה שיוחסה להם. לטענת המדינה, אפילו סבר בית הדין האזורי כי הראיות האחרות - התמונות ורשימת העובדים, הן ראיות פסולות, לא היה מקום לפסול את ההודעות והעדויות, משום שהן ראיות עצמאיות "ללא זיקה לאמצעי הפסול שננקט, לכאורה".

מוסיפה המדינה וטוענת, בין היתר, כי די בכך שהמפקחים צפו בעובדת הזרה עובדת בחצרי הנכס (מבצעת עבודות ניקיון) כדי להצדיק את הזמנת המשיבים לחקירה בעניין זה.

ב. השני, לפי עניין **יששכרוב** פסילת ראיה דורשת קיומם של שני תנאים: האחד, שהראיה הושגה "שלא כדין"; השני, "שקבלת הראיה תפגע באופן משמעותי בזכות הנאשם להליך הוגן ולתכלית שאינה ראויה". לטענת המדינה, גם בהינתן כי הראיות הושגו שלא כדין, הרי שלא מתקיים התנאי השני, וזאת מהטעמים הבאים:

(1) משקלן הסגולי הראייתי של הראיות שנפסלו - התמונות ורשימת העובדים, אינו תלוי באמצעי הפסול שננקט, "בשונה מהודאת נאשם - ומשכך רף פסילתה הינו גבוה, באופן יחסי".

(2) אשר לרשימת העובדים - למפקחים נתונה היתה הסמכות, מכוח הוראת סעיף 6(א)(1) לחוק עובדים זרים, לדרוש מהעובדת הזרה להזדהות לפנייהם. לזיהוי יש קיום עצמאי כראיה, "ללא זיקה ישירה לאי החוקיות הלכאורית בפעולתם של המפקחים".

(3) אשר לתמונות - במהלך הדיון לפנינו הודיעה המדינה כי היא מוכנה שהן לא תתקבלנה כראיה, משלא ברור מתי הן צולמו (עמ' 2 לפרוטוקול ש' 11). משכך לא נידרש לטענות שעלו בערעור בקשר אליהן.

ג. השלישי, נוגע לחוקיות הכניסה לבית. תחילה נציין כי המדינה הבהירה כי הגם שבית הדין האזורי נסמך בהכרעתו על הוראות חוק הכניסה, הרי שלמפקחים שערכו את הביקורת לא היתה במועד עריכתה "סמכות כניסה בהתאם לחוק הכניסה לישראל, אלא לפי חוק עובדים זרים".

לגופו של עניין טוענת המדינה - אם כי בשפה רפה ותוך הדגשה כי לא זה העיקר בערעורה - נגד הקביעה כי הכניסה לנכס של המשיבים היתה שלא כדין. יתרה מזאת, המדינה מצאה לנכון לציין כי "אם כל העניין היה חיפוש לא חוקי לא היינו מעלים תיק זה לערכאה זו" (עמ' 1 לפרוטוקול ש' 14).

הטענה שנכללה בהודעת הערעור (שהמדינה ביקשה שיראוה גם כסיכומים) היתה שכניסת המפקחים "לשטח הבית" נעשתה "בתום לב ובהסכמת העובדת". יתרה מכך, יש לראות במשיבה שהגיעה מאוחר יותר לנכס כמי שמסכימה "ולו במשתמע" לכניסת המפקחים לשטח הבית. לראיה, בזמן אמת היא לא טענה דבר בעניין זה ואף המציאה מסמכים בקשר להעסקת העובדת הזרה.

במסגרת הטיעון לפנינו העלתה המדינה טענה חדשה הנשענת על סמכותו של מפקח, מכוח סעיף 6(א)(2) להיכנס ל"מקום עבודה" שיש יסוד סביר להניח שהוא, בין היתר, מקום העבודה של העובד. על כל פנים מצינת המדינה כי כיום מונחים המפקחים הפועלים מכוח חוק עובדים זרים להגיע עם צו שיפוטי מתאים טרם כניסה לבית מגורים.

25. מוסיפה המדינה וטוענת כי לאור מכלול הראיות עולה כי המשיבים ביצעו את העבירה המיוחסת להם. הדבר עולה, בין היתר, מחקירות המשיבים במשרדי המאשימה, מעדויותיהם בבית הדין האזורי וממסמכי הדיווח למוסד לביטוח לאומי שהמציאה המשיבה.

26. המשיבים מצדם טוענים כי דין הערעור להידחות, ומוסיפים כי אם תתקבל טענת המדינה נגד פסילת הראיות, הרי שיש להחזיר את עניינם לבית הדין האזורי אשר יכריע בכלל המחלוקות, לרבות העובדות, על



יסוד הראיות שהבאתן בחשבון תותר.

המשיבים תומכים יתדותיהם בקביעות בית הדין האזורי במסגרת הכרעת הדין, שלפיהן הראיות נגדם הושגו בניגוד לחוק ותוך פגיעה בזכותם להליך הוגן, וטוענים, בין היתר, כי כל הראיות נגדם מבוססות על תוצרי הפרת החוק ועל האמור בטופס "תאור המקרה", ומעבר לזאת אין למפקחים זכרון ישיר על שהתרחש במהלך הביקורת. עוד נטען כי העובדת הזרה לא נחקרה ולא נגבתה ממנה עדות, וכי הדבר מהווה מחדל חקירה שפגע ביכולתם של המשיבים להוכיח העדר מודעות מצדם ליסודות העובדתיים של העבירה, נוכח המצג שיצרה כלפיהם העובדת הזרה, כאילו היא נשואה לישראלי ועל כן שוהה בישראל כדין.

המשיבים מלינים על כך שבמסגרת הערעור טוענת המדינה בלאקוניות נגד הקביעה כי הראיות הושגו תוך הפרת החוק.

לטענת המשיבים, אין לקבל את הטענה כי המפקחים פעלו מכוח הסמכות הקבועה בסעיף 6 לחוק עובדים זרים. שכן, סעיף 6(ז) לחוק זה קובע כי הסמכות לאכוף את הוראות החוק בנוגע להעסקת עובד זר ללא היתר כחוק, מסורה ל"מפקחי משרד הפנים" ולא למפקחי משרד התמ"ת. כן נטען כי לפי חוק הכניסה, אין למפקחים אלה סמכות להיכנס לבית מגורים ללא צו, כפי שפסק בית הדין האזורי. לעניין זה מפנים המשיבים ל"נוהל הפעלת סמכויות פקח" מטעם רשות האוכלוסין וההגירה - נוהל המסדיר סמכויות פקחים שמונו בהתאם לסעיף 13ד לחוק הכניסה, שפורסם ביום 7.8.2012 ועודכן ביום 15.8.2012 (להלן - **הנוהל**), ואשר קובע בסעיף 8 שבו כי כניסה לבית מגורים תיעשה לפי צו שופט בית משפט שלום. עוד נטען, שבכל מקרה, גם לפי חוק עובדים זרים אין לפקחים סמכות להיכנס לבית מגורים ללא צו שיפוטי.

לדעת המשיבים, יש לדחות את טענת המדינה שלפיה הראיות האחרות - רשימת העובדים, הודעות המשיבים במשרדי המאשימה ועדויותיהם בבית הדין הן ראיות עצמאיות. שכן, אלמלא הפרת החוק מצד המפקחים, בכך שנכנסו לנכס שלא כדין, כל אלה לא היו באות לעולם.

הכרעה

27. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים ועיינו בכלל החומר המצוי בתיק, הגענו למסקנה כי מבחינה אופרטיבית דין ערעור המדינה להתקבל, במובן זה שעניינם של המשיבים יוחזר לבית הדין האזורי אשר ייתן את הכרעתו מחדש, בין היתר, על יסוד הראיות שנפסלו על ידו והוכשרו על ידינו בפסק דין זה.

28. זה יהיה הילוכנו: תחילה נתייחס למחלוקת הנוגעת לשאלת חוקיות הכניסה של המפקחים לנכס. בהמשך נתייחס לשאלת הנפקות של ההכרעה במחלוקת האמורה על קבילות הראיות שבתיק - הראיה שנטען כי הושגה שלא כדין ובמקרה שלפנינו בעיקרו של דבר הכוונה לרשימת העובדים (להלן - **הראיה הישירה** אשר מכונה לעיתים גם הראיה הראשית) וכן הראיות הנגזרות ממנה.

א. סמכויות המפקחים

29. כבר בשלב זה נציין כי כניסת המפקחים לחצרי הנכס נעשתה בניגוד לדין, בין אם מדובר בחוק עובדים זרים ובין אם מדובר בחוק הכניסה. להלן הטעמים לקביעתנו האמורה.

30. אשר לסמכויות לפי חוק הכניסה -

א. לכל אורך ההליך בבית הדין האזורי לא טרחה המדינה - חרף טענות מפורשות של המשיבים עוד בבקשתם שלא להשיב לאשמה - להסביר מדוע, כטענתה, כניסת המפקחים^[4] לנכס נעשתה כדין. כפועל יוצא, בחן



בית הדין האזורי סוגיה זו בראי חוק הכניסה, שהוא שעמד במוקד טענות המשיבים. אלא שהנה במסגרת הערעור הודיעה המדינה כי המפקחים שערכו את הביקורת כלל לא הוסמכו לפי חוק הכניסה, אלא לפי חוק עובדים זרים.

ב. לדברי המשיבים, אין לקבל את טענת המדינה כי המפקחים שערכו את הביקורת פעלו לפי חוק עובדים זרים ולא לפי חוק הכניסה. ביסוד טענתם עומדת הוראת סעיף 6(ז) לחוק עובדים זרים אשר קובעת כי סמכויות הפיקוח לפי חוק עובדים זרים נחלקות בין מפקחים שהסמך "השר" (שבמועד הרלוונטי היה שר המסחר, התעשייה והתעסוקה) ובין מפקחים שהסמך שר הפנים. להלן ולשם הנוחות, נשוב ונצטט את הוראת סעיף 6(ז) לחוק:

"(ז) בסעיף זה, 'עבירה שבתחום פיקוחו', של מפקח -

(1) לגבי מפקח שהסמך השר - עבירה מהעבירות המפורטות להלן:

(א) עבירות לפי סעיפים 2(ב), (2) עד (5) ו- (7) עד (9), ג2, 4(ג) ו-5א;

(ב) עבירה לפי סעיף 2(ג), למעט לגבי העניינים האמורים בסעיף 1ב;

(ג) עבירה לפי סעיף 5, לגבי העבירות המוניות בפסקאות משנה (א) ו- (ב);

(2) לגבי מפקח שהסמך שר הפנים - עבירה מהעבירות המפורטות להלן:

(א) עבירות לפי סעיפים 2(א), 2(ב), (1), (5), (6) ו- (8), 2א, 2ב, 3, 3א(ג) ו-4;

(ב) עבירות לפי סעיף 2(ב), (3) ו- (4), למעט לעניין ניכוי משכר;

(ג) עבירות לפי סעיף 2(ג), לגבי העניינים האמורים בסעיפים 1ב, 1ד ו-1ה, למעט לעניין ניכוי משכר;

(ד) עבירה לפי סעיף 5, לגבי העבירות המוניות בפסקאות משנה (א) עד (ג)."
(הדגשות הוספו - א.א.)

לטענת המשיבים, משהסמכות לאכוף את העבירה לפי סעיף 2(א) לחוק עובדים זרים - שהיא העבירה שיוחסה להם בכתב האישום - מסורה למפקחים שמינה שר הפנים, הרי שעסקינן ב"מפקחי משרד הפנים" שמוסמכים גם לגבי חוק הכניסה.

ג. טענה זו אין לקבל. סעיף 5ב לחוק עובדים זרים שעניינו "הסמכת מפקחים" קובע כך:

"(א) השר ושר הפנים רשאים להסמך מפקחים, כל שר מבין עובדי משרדו, לשם פיקוח על ביצוע ההוראות לפי חוק זה.

(ב) לא יוסמך מפקח לפי סעיף זה אלא אם כן מתקיימים בו כל אלה:

(1) משטרת ישראל הודיעה, בתוך שלושה חודשים ממועד פנייתו של השר או של שר הפנים אליה, לפי העניין, כי היא אינה מתנגדת להסמכתו מטעמים של ביטחון הציבור, לרבות בשל עברו הפלילי;

(2) הוא קיבל הכשרה מתאימה בתחום הסמכויות שיהיו נתונות לו לפי חוק זה, כפי שהורה השר או שר הפנים, לפי העניין, בהסכמת השר לביטחון הפנים;

(3) הוא עומד בתנאי כשירות נוספים, ככל שהורה השר או שר הפנים, לפי העניין,



בהסכמת השר לביטחון הפנים." (הדגשה הוספה - א.א.)

הנה כי כן, הסמכות למנות מפקחים לפי חוק עובדים זרים נחלקת בין מפקחים שממנה "השר" ובין מפקחים שממנה שר הפנים. אלה גם אלה, מוסמכים לפקח "על ביצוע ההוראות לפי חוק זה" (הדגשה הוספה - א.א.), היינו לפי חוק עובדים זרים. זאת ותו לא.

סעיף 13ד לחוק הכניסה שעניינו "מינוי פקחים" קובע כך:

"(א) שר הפנים רשאי למנות פקחים לענין חוק זה מקרב עובדי משרדו, או מקרב עובדי המדינה במשרד אחר בהסכמת השר הממונה על המשרד (בחוק זה - פקח); הודעה על מינוי פקח תפורסם ברשומות.

(ב) לא יתמנה פקח כאמור בסעיף קטן (א), אלא אם כן התקיימו שניים אלה:

(1) הוא קיבל הכשרה מתאימה, כפי שקבע שר הפנים לאחר התייעצות עם השר לביטחון הפנים;

(2) משטרת ישראל לא הודיעה בתוך חודש מפנייתו של שר הפנים כי היא מתנגדת למינויו מטעמים של ביטחון הציבור." (הדגשות הוספו - א.א.)

סעיף 13ד לחוק הכניסה מסמך את שר הפנים למנות מקרב עובדי משרדו (או עובדי משרד אחר בהסכמת השר האחראי על המשרד האחר) פקחים "לענין חוק זה". דהיינו, פקחים שסמכויותיהם הן לפי חוק הכניסה. זאת ותו לא.

עולה מן האמור כי הסמכות הניתנת לפלוני כ"מפקח" או כ"פקח" מיוחדת ומוגבלת לסמכויות לפי החוק שמכוחו הוא הוסמך. כפועל יוצא, אף אם יכול שפלוני יוסמך הן כ"מפקח" לפי חוק עובדים זרים והן כ"פקח" לפי חוק הכניסה, הרי שנדרשת הסמכה ספציפית לפי כל אחד מהחוקים האמורים, ואין ההסמכה האחת מלמדת על קיומה (או שלילתה) של ההסמכה האחרת. בהקשר זה נציין שתנאי הכשירות לקבלת ההסמכה כ"מפקח" לפי חוק עובדים זרים או כ"פקח" לפי חוק הכניסה שונים הם, גם אם במעט (ראו הוראות החוק בכל הנוגע לתנאי ההכשרה).

ד. משלא נסתרה הודעת המדינה לענין הסמכת המפקחים ומשהמפקחים לא היו מוסמכים לפי חוק הכניסה, ממילא אין טעם להידרש למחלוקת הנוגעת לפירוש סמכויותיהם לפי חוק זה, שהרי סמכויות אלה כבר אינן רלוונטיות לענייננו.

ה. למעלה מן הדרוש נציין שככל שהמפקחים כן פעלו מכוח חוק הכניסה, הרי שאין בפי המדינה טענה כי כניסתם לנכס נעשתה כדין, וככל הנראה לא בכדי, בשים לב להוראות סעיף 13ה(א)(2) לחוק הכניסה.

31. אשר לסמכויות המפקחים לפי חוק עובדים זרים - נוכח ההתנהלות הדיונית של המדינה, ספק אם מלכתחילה היה מקום להידרש במסגרת הליך זה לטענתה כאילו מכוח סעיף 6(א)(2) לחוק עובדים זרים, היו המפקחים מוסמכים להיכנס לנכס של המשיבים, בהיותו מקום המגורים של פלוני שבו מועסק עובד זר, באשר העסקתו של האחרון במקום המגורים הופכת את מקום המגורים ל"מקום עבודה". טענה זו כלל לא נטענה בבית הדין האזורי או בהודעת הערעור, והועלתה לראשונה בדיון בערעור. מעבר לכך, טענות המדינה בענין זה נטענו בשפה רפה (וכפי שנראה להלן גם לא ממצה, כך שנפגעה יכולתם של המשיבים לטעון בשאלות המתעוררות), בתוספת האמירה כי לא זה עיקר הערעור וכי ממילא כיום מונחים המפקחים להיזקק לצו שיפוטי.



32. אולם, משהמדינה הביאה טענה זו לפתחנו ומפאת חשיבות הטענה, ולאור ההלכה הפסוקה המאפשרת

בחינת טענות חדשות בערעור בנסיבות מסוימות, ודאי שעה שמדובר באופן מובהק בטענות משפטיות^[5], פטור בלא כלום לגוף העניין לא ניתן. איננו מקבלים את טענת המדינה בעניין זה, ונסביר:

א. נקודת המוצא היא עקרון החוקיות. כלומר, על מנת שמפקח יהיה רשאי לבצע פעולה, לרבות כניסה לנכס, יש להצביע על מקור הסמכות לביצוע אותה פעולה - בחוק או מכוחו^[6]. האם חוק עובדים זרים מסמך את המפקחים במקרה הנוכחי "להיכנס" ל"מקום"?

ב. הסמכות של מפקח לפי חוק עובדים זרים "להיכנס" ל"מקום" קבועה בסעיף 6(א)(2) לחוק. מטעמי נוחות נשוב ונצטט את סעיף 6(א) במלואו.

"(א) לשם פיקוח על ביצוע הוראות חוק זה או תקנות על פיו, רשאי מפקח שהוסמך לפי סעיף 5ב (להלן - מפקח) -

(1) לדרוש ממעסיק, מאדם שפועל מטעמו של המעסיק או בעבורו, ממעסיק בפועל, ממתווך כוח אדם או מקבלן כמשמעותו בסעיף 2(ג), או מעובדו של מי מהם מידע ומסמכים הנוגעים לביצוע הוראות חוק זה;

(2) להיכנס בכל עת סבירה ללשכה פרטית או למקום עבודה שיש יסוד להניח שהוא מקום עבודה של המעסיק או של עובד או שהוא מקום מגוריו של עובד זר, ובלבד שהכניסה למקום המגורים כאמור היא לצורך בדיקת קיום חובותיו של המעסיק לפי סעיף 1ה וניתנה הסכמה לכך מאת העובד הזר;

(3) לבקש משופט של בית דין אזורי לעבודה או שופט של בית משפט שלום ליתן צו המתיר לו להיכנס למקום המנוי בפסקה (2) המשמש למגורים או לחצרים פרטיים של מקום כאמור; אין בהוראות פסקה זו כדי לגרוע מסמכות הכניסה של מפקח לפי פסקה (2)."

(הדגשות הוספו - א.א.)

ג. הנה כי כן, מפקח רשאי להיכנס, בכל עת סבירה, למקומות הבאים: לשכה פרטית או מקום עבודה. איזה מקום עבודה? לכל אחד מהבאים: א. שיש יסוד להניח שהוא מקום עבודה של המעסיק; ב. שיש יסוד להניח שהוא מקום עבודה של עובד; ג. שיש יסוד להניח שהוא מקום מגוריו של עובד זר (מקומות אלה יכנונו להלן - **אתרי ביקורת**). לגבי אתר ביקורת מהסוג האחרון (מקום עבודה שהוא מקום מגוריו של העובד הזר) נקבע כי הכניסה אליו מוגבלת לצורך בדיקה האם קיומו חובות המעסיק למתן "מגורים הולמים" לעובד הזר (סעיף 1ה לחוק) והיא מותנית בהסכמת העובד הזר^[7].

ד. סעיף 6(א)(3) לחוק הוסף במסגרת תיקון 13 לחוק שחוקק בשנת 2010. סעיף זה מסמך את המפקח לבקש משופט של בית משפט שלום או משופט בית דין אזורי לעבודה צו המתיר לו להיכנס למקום שהוא "אתר ביקורת" ואשר משמש ל"מגורים" או שהוא "חצרים פרטיים" של "אתר ביקורת" כאמור.

ה. כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית שקדמה לתיקון 13 לחוק^[8], ביום 24.1.2010 החליטה הממשלה, במסגרת רצונה להגביר את האכיפה כלפי מעסיקי עובדים זרים, לפעול לתיקון החוק כך שמפקחים שהוסמכו לפי החוק "יוכלו לפנות לבית משפט לקבלת צו כניסה למקום המשמש למגורים לשם פיקוח על ביצוע הוראות החוק". ובהמשך נכתבו בדברי ההסבר הדברים הבאים:

עמוד 13



"סעיף 6(א)(2) לחוק מסמך כיום מפקח להיכנס ללשכה פרטית ולמקום עבודה של מעביד או עובד זר. הסעיף גם מאפשר למפקח להיכנס, בהסכמת העובד הזר, למקום עבודה שהוא מקום מגוריו של העובד, לצורך פיקוח על הוראות סעיף 1 לחוק. מאחר שאפשרות הכניסה של מפקח ללשכה פרטית מהממוקמת בבית מגורים או למקום עבודה של מעביד או עובד זר מהממוקמת בבית מגורים, כיום מוגבלת, וכן סמכות הכניסה למגוריו של עובד זר מוגבלת בהסכמתו כאמור לעיל, מוצע להסמיך מפקח ללבקש צו שיאפשר כניסתו לכל מקום המנוי כאמור בסעיף 6(א)(2) לחוק שהוא מקום מגורים ולחצרים הפרטיים השייכים למקום המגורים, לצורך פיקוח על כלל הוראות חוק זה.

כמו כן מוצע להדגיש כי סמכות זו לא באה לגרוע מהמפקח להיכנס בלא צו ללשכה פרטית או למקום עבודה שאינם משמשים מקום מגורים, כאמור בסעיף 6(א)(2) לחוק." (הדגשות הוספו - א.א.)

מתיקון 13 לחוק ניתן למצוא חיזוק לפירוש שלפיו סמכותו של מפקח להיכנס ל"אתר ביקורת" המשמש למגורים (או לחצרים פרטיים של אתר ביקורת) טעונה קבלת צו שיפוטי המתיר כניסה כאמור. הדבר עולה אף מיישבת ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, שדנה בתיקון זה^[9], ובה נאמר, בין היתר, כך: **"רצינו להוסיף אפשרות למפקחים... שעוסקים באכיפת חוק עובדים זרים לקבל צו מבית-המשפט שיאפשר כניסה לבית פרטי שהוא גם מקום עבודה"; "צו שופט - זה אמור להיות דרך המלך. אנחנו מעוניינים לפגוע פחות ככל הניתן בפרטיותם של אנשים"; "החידוש כאן הוא האפשרות לכניסה למגורים בצו שופט"** ועוד.

ו. המדינה מציעה לקרוא את הסיפא של ס"ק (3) שלפיה **"אין בהוראות פסקה זו כדי לגרוע מסמכות הכניסה של מפקח לפי פסקה (2)"** - כפשוטה. לשיטתה, מבחינה מילולית, משמעות הוראה זו היא שכניסה למקום המשמש למגורים, ושהוא גם מקום עבודתו של העובד, אינה טעונה צו שיפוטי שכן העבודה במקום המגורים הופכת את מקום המגורים למקום עבודה ומכאן לאתר ביקורת רגיל.

ז. אף אם מבחינה לשונית ניתן למצוא ממבט ראשון עיגון מסוים לעמדת המדינה, הרי שעמדתה זו מוקשית מהטעמים הבאים:

(1) ההיסטוריה החקיקתית של חוק עובדים זרים ושל סמכויות הפיקוח הקבועות בו, מלמדת כי מלכתחילה לא היתה כוונה להקנות סמכויות פיקוח בבתי מגורים פרטיים. בסעיף 6 לחוק עובדים זרים, בנוסחו המקורי, שכותרת השוליים המקורית שלו היתה **"פיקוח"**, נכתב כך: **"הוראות הסעיפים 73 עד 76 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959, יחולו גם לגבי פיקוח לענין חוק זה"**. בסעיף 73 לחוק שירות התעסוקה בנוסחו במועד חקיקת חוק עובדים זרים, נקבע כדלקמן: **"עובד המדינה או עובד השירות... רשאים להיכנס בכל עת סבירה לכל מקום שמועבדים בו, או שיש יסוד להניח שמועבדים בו אנשים בעבודה או במקצוע שסעיף 32(א) חל עליהם"**. סעיף 32(א) לחוק שירות התעסוקה התייחס לענפי עבודה, מקצועות ועבודות **"המפורטים בתוספת השניה"**. התוספת השניה כוללת 12 פרטים, והאחרון שבהם **"כל עבודת כפיים שהיא בענפי עבודה ושירותים, להוציא משק בית"**. העולה מהאמור הוא כי מלכתחילה ובמכוון הוצאה עבודה במשק בית מתחומי הפיקוח של המפקחים הפועלים במסגרת חוק עובדים זרים (כמו גם במסגרת חוק שירות התעסוקה), וזאת ככל הנראה מתוך הכרה בחשיבות השמירה על הפרטיות בבית מגוריו של אדם.

(2) ההיקש מחוק הכניסה בכל הנוגע להסדר המיוחד שנקבע לכניסת מפקחים למקום מגורים נוכח



משמעותו של מקום המגורים כמקום המצדיק הגנה מיוחדת מפני רשויות אכיפה מסוימות.

(3) קבלת פירוש המדינה המפורטת בסעיף 32(ו) לעיל, תוביל לריקון תיקון 13 מתוכנו. שכן, אם ממילא מקום שבו עובד העובד הזר הופך ל"מקום עבודה של העובד" כמשמעות ביטוי זה בס"ק (2), הרי שממילא מוסמך המפקח להיכנס לאותו מקום גם ללא צו שיפוטי, וכלל לא היה צורך בחקיקת תיקון 13^[10].

(4) יתרה מזאת וזה העיקר, על פני הדברים הפירוש המילולי שלו טוענת המדינה יוצר מעגל שוטה. שכן, ברישא של ס"ק (3) נקבע שכניסה לאתר ביקורת המשמש למגורים טעונה צו שיפוטי. אולם, עתה באה הסיפא של הסעיף - כך לפי הפירוש לו טוענת המדינה - וקובעת שאם מקום מגורים שאליו נדרשת כניסה הוא גם אתר ביקורת, אזי המפקח עדיין מוסמך להיכנס לאתר זה מכוח הסמכות הנתונה לו לפי ס"ק (2). ברי, שלא לתוצאה שכזו כיוון המחוקק. אותו "מעגל שוטה" נפתר אם הסיפא של ס"ק (3) תפורש כך שתכליתה לבאר, למען הזהירות, שלא היה בהוספת ס"ק (3) כדי לגרוע מסמכויות מפקח להיכנס לאתר ביקורת שאינו משמש למגורים (או שאינו "חצרים פרטיים" של אתר ביקורת). זאת כמצוין בסיפא לדברי ההסבר. וכך נכתב שם:

"כמוקמוצעלהדגישכיסמכותו[הקבועה בס"ק (3) - א.א.] לאבאה לגרוע מסמכותושל המפקחלהיכנסבלאצוללשכהפרטיתאו למקוםעבודהשאינם משמשיםמקוםמגורים, כאמור בסעיף 6(א)(2) לחוק." (הדגשה הוספה - א.א.)

(5) על פני הדברים, הסיפא של ס"ק (3) מכוונת להבהיר כי גם לאחר הוספת ס"ק (3), אין צורך בצו שיפוטי לשם כניסה לאתר ביקורת שהוא מקום מגוריו של עובד זר (לשם בדיקת קיום חובותיו של המעסיק לפי סעיף 1ה ובכפוף להסכמת העובד הזר לכניסה).

ח. למען הסר ספק נבהיר כי נוכח לשונו המפורשת של ס"ק (3), המתייחסת גם ל"חצרים פרטיים" של אתר ביקורת המשמש למגורים - מקובלת עלינו קביעת בית הדין האזורי שלפיה "מקום המגורים" של המשיבים כולל בהקשר של הסעיף האמור לא רק את הבית הפרטי שבתוך הנכס, אלא גם את חצרי הנכס.

33. שאלת ההסכמה - משאת סעיף 6(א) לחוק עובדים זרים יש לפרש כך שכניסה לאתר ביקורת המשמש גם כמקום מגורים^[11] טעונה צו שיפוטי - מתעוררות שתי שאלות, שאליהן התייחסו הצדדים בטיעוניהם בצורה חלקית בלבד: הראשונה, האם הצורך בצו שיפוטי מתייחס גם כניסת המפקחים לאתר הביקורת שהוא גם מקום מגורים; ואם התשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב תתעורר השאלה השנייה - הסכמה של מי צריכה להינתן על מנת שהסכמה כאמור תייתר את הצו השיפוטי.

34. הסכמה כתחליף לצו שיפוטי? המדינה סבורה כי מקום שבו ניתנה הסכמה לכניסה לאתר ביקורת שהוא גם מקום מגורים, מתייתר הצורך בצו שיפוטי. המשיבים סבורים כי אין בהסכמה, אפילו שלהם עצמם כבעלי הנכס והמחזיקים בו, לא כל שכן של אחר, כדי לייתר את הצורך בצו שיפוטי. בית הדין האזורי קבע - אמנם בהקשר של חוק הכניסה לישראל ולא בהקשר של חוק עובדים זרים - כי הסכמת בעל הנכס אינה מהווה תחליף לצו שיפוטי. בסוגיה זו, לפחות בכל הנוגע לחוק עובדים זרים, דעתנו שונה מדעתו של בית הדין האזורי. ביסוד עמדתנו עומדים הדברים הבאים:

א. סמכויות המפקחים כפי שנקבעו בחוק עובדים זרים נועדו - בפרפראזה על דברי הנשיאה (בדימוס) ד' ביניש בעניין בן חיים^[12] בנוגע לדיני החיפוש החלים על שוטרים - לשרת שתי מטרות מקבילות: מחד גיסא,



לאפשר למפקחים למלא כראוי את תפקידם באכיפת חוק עובדים זרים ובתפיסת מי שעובר על הוראותיו, ובכך לקדם את הערכים שעליהם ביקש להגן חוק זה; ומאידך גיסא, לתחום את סמכויות המפקחים, ובכללן הסמכות להיכנס ל"מקום", שהפעלתן עשויה להיות כרוכה בפגיעה בזכויות יסוד, ובראשן הזכות לפרטיות. בהקשר זה נזכיר כי על ענייננו חולש גם **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** (להלן - **חוק היסוד**), אשר העלה את הזכות לפרטיות, ובכללה את ההגנה על רשות היחיד, למדרגה של זכות יסוד חוקתית. וכך נקבע בסעיף 7 לחוק היסוד:

"(א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.

(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.

(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו."

בהינתן מטרות מקבילות אלה, מגוון סמכויות המפקחים שנקבעו בחוק עובדים זרים, ובכללן סמכותם להיכנס לאתרי ביקורת, מבטא, **"את האיזון שקבע המחוקק בין האינטרס הציבורי בתפקוד יעיל ואפקטיבי של המשטרה [ולענייננו, המפקחים - א.א.] לבין הצורך בהגנה על זכויות האדם של האזרחים עימם באה המשטרה במגע"**^[13].

ב. בעניין **בן חיים** קבע בית המשפט העליון כי **"סקירת ההוראות השונות הנוגעות לסמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם ללא צו שיפוטי מראה כי סמכות זו מותנית בקיומו של חשד סביר לכך שאותו אדם מחזיק בחפץ כלשהו שהחזקתו אסורה או שהוא מושא לחיפוש על ידי המשטרה"**^[14]. באותו עניין נדונו שלושה מקרים של נאשמים שעל גופם או בביתם נערך בהסכמה (שלהם או של אחרים) - חיפוש מבלי שהתנאי של "חשד סביר" התקיים, ומשכך ובהעדר צו שיפוטי היו השוטרים נעדרי סמכות מכוח הוראות החוק לבצע חיפוש. לפיכך, התעוררה השאלה **"האם הסכמה של האדם מושא החיפוש לביצוע החיפוש עשויה לשמש מקור סמכות לביצוע החיפוש, כאשר אין מתקיים כל מקור סמכות אחר"**^[15].

ג. בדעת רוב, מפי הנשיאה (בדימוס) ביניש, קבע^[16] בית המשפט העליון כי **"כאשר מדובר בפגיעה קלה יחסית בזכות לפרטיות, הנעשית בהסכמת האדם שעל גופו, בכליו או בביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש [שאינו פולשני]^[17] - א.א.]**, יכולה הסכמת האדם מושא החיפוש לשמש תחליף לדרישת **החשד הסביר**...^[18] או **"לדרישת היסוד להניח"**^[19]. מוסיפה הנשיאה (בדימוס) ביניש וקובעת כי:

"נוכח אופייה וטיבה של הסמכות לעריכת חיפוש על גופו של אדם, בכליו או בביתו כשאין מדובר בחיפוש 'פולשני', הותר המחוקק את ההחלטה על עריכת חיפוש מסוג זה לשיקול דעתו הפרטני של השוטר. הרף שנקבע לכך הינו, כאמור, 'חשד סביר' או 'יסוד להניח'. יש לזכור כי ההחלטה האם התקיים הרף הנדרש מתקבלת בנסיבות של מילוי תפקיד, בלחץ זמן ובדרך כלל בנסיבות אשר עלולות לעורר חשד; כאשר ההחלטה בדבר עוצמת החשד מתחייבת על אתר. במצבים אלה תחת שיקול דעתו של השוטר, בהתאם למידע הקיים בפניו באשר לקיומה של עילת חיפוש ללא צו, תבוא הסכמת האדם מושא החיפוש. הסכמה זו מבטאת את האוטונומיה הנתונה לפרט להסכים לפגיעה בזכותו לפרטיות. שיקול דעת זה צריך, כמובן, להיות מופעל באופן סביר ומיושם במידתיות ובשוויוניות. לפיכך, נראה שכאשר בהתאם לשיקול דעתו של שוטר בנסיבות מחשידות, שאינן עולות כדי 'חשד סביר' או 'יסוד להניח', מתבקשת הסכמה



לביצוע חיפוש והסכמה זו היא אכן הסכמת אמת, שניתנת בתנאים שיפורטו בהמשך על ידי האדם מושא החיפוש, הרי ניתן לקיים את החיפוש; ובלבד שמתקיימים יתר התנאים הקבועים בחוק לעריכת חיפוש ללא צו שיפוטי.^[20] (הדגשה הוספה - א.א.)

ד. לטעמינו, בהיקש מהנפסק בעניין **בן חיים** - וביתר שאת נוכח העובדה שסעיף 7(ב) לחוק היסוד מכשיר במפורש כניסה ל"רשות היחיד" בהסכמתו של היחיד (וראו גם סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981), יש על פני הדברים יסוד לעמדה שלפיה לצורך כניסת מפקח לאתר ביקורת שהוא מקום מגורים - "הסכמה" יכולה לשמש מקור סמכות חלופי לצו שיפוטי, לא כל שכן כאשר עסקינן בחצרים של מקום המגורים.

ה. ויודגש, כפי שנקבע בעניין **בן חיים**, הסכמה כאמור חייבת להיות הסכמת אמת ומדעת. וכך נקבע בעניין זה על ידי הנשיאה (בדימוס) ביניש:

"... תנאי לכך הוא שאותה הסכמה תהיה הסכמת אמת מודעת ורצונית. כדי להבטיח זאת אין די בבקשת הסכמתו של האדם מושא החיפוש לעריכת החיפוש אלא יש להבהיר לו במפורש כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא ייזקף לחובתו. יחד עם זאת, איננו רואים לקבוע כי ההסכמה לביצוע החיפוש צריכה להינתן בהכרח בכתב, ..."^[21]

ו. לסיכום, יש יסוד לעמדה שלפיה לצורך כניסה לאתר ביקורת שהוא מקום מגורים, הסכמת אמת ומדעת - קרי, תוך שמובהר על ידי המפקח כי נתונה למי שממנו מתבקשת ההסכמה הזכות לסרב לכניסה וכי סירוב זה לא ייזקף לחובתו - יכולה לשמש תחליף לצו שיפוטי, לא כל שכן כאשר עסקינן בחצרים של מקום המגורים.

ז. לבסוף ראוי להתייחס לפסק הדין בעניין **ליברטי**^[22] שעליו נסמך בית הדין האזורי. באותו עניין התברר מקרה של אדם שהתנגד לכניסת שוטרים לדירתו, משאלה לא הציגו לו לבקשתו צו חיפוש. בית המשפט המחוזי מפי השופט נ' הנדל, זיכה את אותו אדם מעבירה של הפרעה לשוטרי במילוי תפקידו, משנקבע כי אדם זכאי לבקש את הצגת צו החיפוש ואם זה לא הוצג לו אזי התנגדותו לכניסה לדירתו באמצעות חסימת הדלת בגופו - אינה מהווה הפרעה למילוי תפקידו של השוטר. איננו סבורים כי מהנפסק שם ניתן ללמוד - כפי שלמד בית הדין האזורי - כי הסכמת אמת, מדעת ומרצון אינה יכולה להיות תחליף לצו שיפוטי.

35. הסכמה של מי? אם הסכמה עשויה להוות תחליף לצו שיפוטי, הרי שהשאלה הנשאלת היא הסכמה של מי צריכה להינתן.

א. על פני הדברים, ברי כי ההסכמה לכניסה לאתר ביקורת המשמש למגורים, העשויה להוות תחליף לצו שיפוטי לפי חוק עובדים זרים, היא הסכמתו של מי שזה מקום המגורים שלו. שהרי, תכלית הוראת החוק בעניין זה היתה להגן על זכויותיו של האדם שאתר הביקורת משמש למגוריו. בית הדין האזורי קבע כי לא ניתנה הסכמת מי מהמשיבים טרם כניסת המפקחים לנכס. קביעה זו היא קביעה עובדתית, שאין להתערב בה, בין אם משום שהמדינה לא ערערה עליה ובין אם משום שהיא מתיישבת עם הראיות שהוצגו.

ב. בהעדר הסכמת מי מהמשיבים, השאלה הנשאלת היא מה דינה של הסכמה שניתנה על ידי אחר שמצוי בנכס שאליו מבקשים להיכנס, דוגמת המקרה שלפנינו, ואותו אחר אינו נמנה עם הבעלים או המחזיקים של המקום, ולא מדובר במקום המגורים שלו? בשאלה זו ניתן למצוא פנים לכאן ולכאן, אם כי - ומבלי לקבוע מסמרות - בהינתן כי ס"ק (3) נועד להגן על "רשות היחיד", הנטייה היא לקבל את העמדה שלפיה ככלל רק מי שזו "רשות היחיד" שלו, יכול לוותר על הגנה זו.



ג. כך או כך, גם אם תמצאו לומר כי די בהסכמת האחר אשר נחזה להיות שווה בנכס כדי ונחזה כמי שרשאי להתיר כניסה אליו, הרי שבנסיבות המקרה הנוכחי, לא יהיה בכך כדי לסייע למדינה. שכן, ודאי לא הוכח כי הסכמת העובדת הזרה לכניסת המפקחים לנכס ניתנה מדעת ומרצון חופשי, היינו לאחר שהוסבר לה שהיא יכולה לסרב לכניסת המפקחים מבלי שהדבר ייזקף לחובתה. הסבר שכזה לא עולה מתיאור המקרה. בהעדר רישום שכזה ובהעדר ראיה כי כך נעשה, ממילא אין הסכמה זו יכולה לבוא כתחליף לצו שיפוטי^[23], אפילו לו היינו קובעים כי די בהסכמה כאמור.

36. לאור המקובץ, עולה כי כניסת המפקחים לשטח הנכס, אפילו עד לפתח הבית הפרטי, נעשתה שלא בהתאם לסמכויות המוקנות להם בסעיף 6 לחוק עובדים זרים. לכן כניסתם זו אינה כדין, ומהטעמים שצינו בפתח הדברים, זו תהא נקודת המוצא להמשך דיונו.

ב. נפקות הכניסה לנכס שלא כדין

37. משהמסקנה שאליה הגענו היא כי כניסת המפקחים לנכס נעשתה שלא בהתאם לסעיף 6 לחוק עובדים זרים, ומשלא נמצא כל מקור אחר שבדין המאפשר כניסתם כאמור, מתעוררת השאלה מה דינן של ראיות שהגיעו לידי המפקחים בעקבות פעולתם האמורה.

(1) פסילה פסיקתית - הלכת יששכרוב

38. בית המשפט העליון, מפי השופט (כתוארה אז) ביניש, קבע בעניין **יששכרוב** את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית של ראיה. דוקטרינה זו "... גמישה ומבוססת על הצורך לאזן בין הערך של גילוי האמת לבין ערכים נוגדים שעיקרם הגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו"^[24]. אין מטרתה של הדוקטרינה הרתעה או חינוך של רשויות האכיפה, ולכן "אין לאמץ בשיטתנו המשפטית את תורת 'פירות העץ המורעל' הנוהגת בארצות-הברית"^[25]. אם כי, כך נקבע, "התכלית ההרתעתית-חינוכית עשויה להוות תוצאת לוואי אפשרית - ואף רצויה - של פסילת הראיות במסגרתה של דוקטרינה זו"^[26].

לפי דוקטרינה זו, לבית המשפט, "בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו", שיקול דעת "לפסול קבילותה של ראיה בפלילים" בהתקיים שני תנאים: הראשון, "אם הוא נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין"; השני, "קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פיסקת ההגבלה"^[27].

39. התנאי הראשון - ראיה שהושגה שלא כדין - לעניין זה נקבע כי לא ניתן להשיב לשאלה מהי ראיה שהושגה שלא כדין "תשובה מדויקת וממצה" וכי "ככלל, ניתן לומר כי מדובר בראיה שהושגה באמצעי חקירה בלתי חוקיים, קרי - מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב; באמצעים בלתי הוגנים; או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת. מטבע הדברים, שאלת העדר החוקיות או חוסר ההגינות של אמצעי החקירה, חייבת להיבחן בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו. מכל מקום, לשם פסילת ראיה על-פי הדוקטרינה הנדונה, נדרשת זיקה בין הפעלתם של אמצעי החקירה הבלתי כשרים לבין השגת הראיה. את שאלת אופיה ועוצמתה של הזיקה האמורה ניתן להותיר לימים שיבואו.". בהמשך הודגש כי "תחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אינה מוגבלת לראיות שהושגו תוך הפרתה של זכות חוקתית דווקא"^[28].



40. התנאי השני - פגיעה מהותית בזכותו של נאשם להליך הוגן - נקבע^[29] כי "הגדרת תוכנה והיקפה הפנימי של הזכות האמורה [להליך הוגן - א.א.] אינה משימה פשוטה. מדובר בזכות מסגרת בעלת רקמה פתוחה, אשר כינויה ותוכנה המדויק משתנים משיטת משפט אחת לרעותה ואף באמנות הבינלאומיות השונות". בית המשפט העליון הצביע על מספר מאפיינים של זכות זו: הראשון, הבטחת "פרוצדורה הוגנת וערובות דיוניות הולמות להגנותו של ההליך הפלילי כלפי הנאשם"; השני, השתתפותה של הזכות על כל שלבי ההליך, לרבות שלב החקירה המשטרית; השלישי, הזכות "אינה מתמצית בבחינת השפעתם הפוטנציאלית של פגמים דיוניים על תוצאות המשפט דווקא, אלא נדרשת בהקשר זה ראייה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין"; הרביעי, הזכות להליך הוגן היא זכות "מסגרת" שממנה נגזרות זכויות שונות, בין היתר: זכות הנאשם לדעת מדוע נעצר ובמה מואשם, הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי, הזכות להישפט על ידי ערכאה בלתי תלויה וניטרלית, הזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות, חזקת החפות, עקרון החוקיות והאיסור בדבר סיכון כפול להרשעה בגין אותו מעשה.

41. עוד הודגש^[30] כי "הגבלתה של הדוקטרינה הנדונה לנסיבות בהן קבלת הראיה במשפט תוביל לפגיעה משמעותית בזכות להליך הוגן שלא על-פי גדריה של פסקת ההגבלה, נותנת ביטוי ליחסיותה של הזכות האמורה" (הדגשה במקור - א.א.), שכן אל מול זכות זו עומדים ערכים, זכויות ואינטרסים מתחרים, ובהם: "ערך חשיפת האמת, הלחימה בעבריינות, ההגנה על שלום הציבור והשמירה על זכויותיהם של נפגעי העבירה בכוח ובפועל". לעניין זה נקבע כי:

"נכונים בעניין זה דבריו של השופט ד' לוי לפיהם: 'אסור שהאינטרס הציבורי לשמירת טוהר ההליך השיפוטי ישכיח מאתנו אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים כגון, האינטרס הציבורי בהעמדה לדין, מיצוי הליכים והוצאת האמת לאור והאינטרס הפרטי של הקורבן הנפגע' (ע"פ 2910/94 יפת הנ"ל, בעמ' 369). 'ההגנות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזוי והשפלתו כאדם' (דבריו של הנשיא שמגר בדנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(4) 621, 630).^[31]"

42. אמות המידה להפעלת שיקול הדעת בפסילת ראייה - בעניין יששכרוב התווה בית המשפט העליון אמות מידה להפעלת שיקול הדעת שיפוטי בעת שנבחנת השאלה האם לפסול ראייה שהושגה שלא כדין. בית המשפט העליון קבע "שלוש קבוצות עיקריות של שיקולים הרלוונטיים לשאלה אימתי קבלתה במשפט של ראייה שהושגה שלא כדין, תפגע פגיעה משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא לפי גדריה של פסקת ההגבלה"^[32]. והדגיש, כי אין מדובר "ברשימה נוקשה וממצה של שיקולים, אלא אך בקווים מנחים להפעלת שיקול-דעתו של בית-המשפט במסגרת נוסחת האזון העקרונית עליה מבוססת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית"^[33]. ואלה הן הקבוצות שעליהן הצביע בית המשפט העליון:

א. אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה - קבוצת שיקולים זו מתמקדת בהתנהגות הרשות. בין היתר יש לבחון^[34]:

(1) אופייה וחומרתה של חוסר החוקיות או אי ההגנות שהיו כרוכים בהשגת הראיה - האם מדובר בהפרה "טכנית, זניחה או קלת-ערך של כללי החקירה התקינה" או בהפרה "בוטה של הוראת-חוק מפורשת שנועדה להגן על זכויותיהם של נאשמים בחקירתם, או בנסיבות בהן השגת הראיה



היתה כרוכה בפגיעה חמורה בזכות-יסוד מרכזית של הנחקר". נקבע כי במקרה הראשון בדרך כלל ההפרה לא תפגע באופן משמעותי בזכות להליך הוגן ואילו במקרה השני יגברו השיקולים המצדדים בפסילת הראיה. עוד הודגש כי "בין שני קצוות אלה של סוגי הפגיעות יש מתחם רחב של אפשרויות", וכי "לא כל סטיה מכללי החקירה ולא כל אמצעי שהופעל בחקירה, גם אם אינם מקובלים על בית המשפט, יביא לפסילת הראיה".

(2) הטעם לפעולת הרשות - קרי, "האם רשויות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים במכוון ובזדון או שמא בתום-לב". לעניין זה הודגש כי:

"התנהגות פוגענית מכוונת מצד גורמי החקירה עשויה, אפוא, להוות נסיבה כבדת-משקל בעד פסילת הראיה גם כאשר הפגם אינו חמור. יחד עם זאת, ראוי להעיר כי העובדה שהרשות פעלה בתום-לב אין בה בהכרח כדי למנוע את פסילת הראיה כאשר הדבר מתחייב מההגנה על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. כך למשל, בנסיבות בהן הפגם שנפל בדרך השגת הראיה היה חמור וכלל פגיעה משמעותית בזכויותיו המוגנות של הנחקר, כי אז בעצם העובדה שהרשות פעלה בתום-לב לא יהיה כדי למנוע את פסילת הראיה."

(3) האם קיימות "נסיבות מקלות" - שבכוחן להפחית "מחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה", למשל במקרים של רצון למנוע השמדה או העלמה של ראיה חיונית; כאשר הנאשם תרם לאי החוקיות; או כאשר אי החוקיות נבעה מצורך דחוף להגן על בטחון הציבור.

(4) מהי הדרך החלופית שעמדה לפני הרשות - נקבע כי "יש לבחון באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי. ככל שהשגת הראיה בדרכים כשרות היתה אפשרית וקלה, כך ההפרה של כללי החקירה התקינה עשויה להיחשב חמורה יותר, באופן שיתמוך במסקנה כי קבלת הראיה במשפט תיצור פגיעה משמעותית ובלתי מידתית בזכותו של הנאשם להליך הוגן".

(5) "האם הראיה היתה מתגלית או מושגת על-ידי רשויות אכיפת החוק, גם לולא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים" - נקבע כי "כאשר התשובה לשאלה זו חיובית, עשוי הדבר להפחית מעוצמת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן אם תתקבל הראיה המשפט".

ב. מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה - נקבע כי בהקשר זה יש לבחון מספר שאלות:

(1) באיזו מידה אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה, עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראיה - נקבע כי "בנסיבות בהן מתעורר חשש לאמינות הראיה, נחלש המתח שבין ערך חשיפת האמת לבין ההגנה על הגינות ההליך וטוהרו, באופן שעשוי לתמוך בפסילת הראיה".

(2) האם קיומה של הראיה הוא עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה - נקבע כי "בנסיבות בהן התשובה לשאלה זו חיובית, אין באמצעי החקירה הבלתי כשרים כדי להשפיע על תוכן הראיה, והדבר עשוי להוות שיקול בעד קבלתה במשפט".

ג. הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה - בקבוצת שיקולים זו יש לבחון את ה"השפעה שתהא לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב". קרי, "האם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מן התועלת האפשרית שתצמח מכך". לעניין זה נקבע כי



הפרמטרים העיקריים לבחינה הם "חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה". הובהר כי "כאשר מדובר בראיה חשובה ומכרעת לתביעה וכאשר העבירות המיוחסות לנאשם חמורות מאד, הרי פסילת הראיה עשויה לפגוע יתר על המידה באינטרסים הנוגדים שעניינם לחימה בפשע והגנה על שלום הציבור ועל נפגעי העבירה. בנסיבות אלה, פסילת הראיה תוביל לידי כך שהאשם בביצוע עבירות חמורות לא ייתן את הדין על מעשיו - תוצאה שעלולה כשלעצמה לפגוע בעשיית הצדק ובאמון הציבור בבתי-המשפט".

השופט (כתוארה אז) בינש הצביעה על הקושי המתעורר נוכח השיקול הנוגע לחומרת העבירה, והוא החשש שדווקא בפשעים חמורים בהם זכויותיו של הנאשם משמעותיות יותר תפחת ההקפדה על הכללים. על רקע זה נקבע כי "השאלה באיזו מידה יראו בתי-המשפט בישראל להתחשב בחשיבות הראיה ובחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת הפעלת שיקול-דעתם על-פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אינה דורשת הכרעה בעניינו של המערער ואף אותה ניתן להותיר לימים שיבואו"^[35].

מסכמת השופט (כתוארה אז) בינש וקובעת^[36]:

"כאמור, רשימת השיקולים המפורטת לעיל אינה מתיימרת להיות רשימה סגורה וממצה. היא מדגימה את סוג הנסיבות והנתונים שיש בהם כדי להשפיע על הפעלת שיקול-דעתו של בית-המשפט במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. נתונים אלה נוגעים מחד גיסא, למידת הפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן אם תתקבל הראיה במשפט; ומאידך גיסא, למידת הפגיעה באינטרסים הנוגדים אם תיפסל קבילותה של הראיה. חשוב להדגיש כי אף אחד מהשיקולים עליהם עמדו אינו בעל מעמד בלעדי או מכריע, וכי משקלם היחסי של השיקולים האמורים ייקבע בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו. כך למשל, ככל שעוצמת ההפרה של כללי החקירה התקינה חמורה יותר ובלעדיה לא היתה מושגת הראיה, וככל שהעבירה המיוחסת לנאשם קלה יותר, כך יפחת משקלם של האינטרסים המצדדים בקבלת הראיה במשפט. בנסיבות אלה, ההגנה על זכותו של הנאשם להליך הוגן עשויה להוביל לפסילת הראיה." (הדגשה הוספה - א.א.)

(2) פסילה חקיקתית - סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות

43. טרם שנעבור לבחינת היישום של הלכת **יששכרוב** על ענייננו, ראוי להתייחס להוראות סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, אשר קובע כך:

"חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה."

44. סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות קבע, שנים רבות לפני שבאה לעולם הלכת **יששכרוב**, הסדר פרטיקולארי של פסילת ראיה. מדובר בכלל פסילה יחסי המקנה לבית המשפט שיקול דעת לקבל ראיה חרף הפגיעה בפרטיות ובהעדר הסכמת הנפגע, וזאת - בדומה לדוקטרינה בדבר הפסילה הפסיקתית - מתוך רצון לאזן בין הזכות לפרטיות ובין האינטרס החברתי הכרוך בעשיית צדק^[37]. בין יתר השיקולים שיש לבחון נמנו, בפסיקה שקדמה להלכת **יששכרוב**, השיקולים הבאים: "כוחה ההוכחתי של הראיה, מידת הפגיעה בפרטיות, האם הפגיעה נעשתה בתום-לב או בזדון, באיזו מידה ניתן היה להשיג את הראיה ללא פגיעה כאמור, ולבסוף - חומרת העבירה"^[38].



45. בעניין פרחי, שניתן כחמש שנים לאחר הפסיקה בעניין יששכרוב, נקבע כי "אימוצה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, תשפיע על אופיו ועל האופן שבו" מיושם סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. באותו עניין הפנה השופט א' לוי לפסיקתו של הנשיא ברק בבג"ץ פלוני^[39] שם נקבע כך:

"הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בגדריו של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות צריכה להגשים את התכלית המונחת ביסודו. תכלית זו הינה הגשמתם של הערכים והעקרונות שהוראת הפסילה נועדה להגשים. ערכים אלה הם בעיקרם שלושה: השמירה על הפרטיות; השמירה על זכויות האדם שפגיעה בפרטיות נועדה להגן עליהם, וקיומו של הליך הוגן, אשר במרכזו היכולת של בית המשפט לגלות את האמת ובכך לאפשר משפט צדק."

על רקע אלה נקבע בעניין פרחי כי:

"דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינת-על. רוחה מחלחלת ומעצבת גם את כללי הפסילה הפרטיקולאריים-החקוקים, ובהם סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות"^[40].

(3) היחס בין כלל הפסילה הפסיקתית ובין סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות

46. קיומה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בצד סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות מעוררת את שאלת היחס הראוי בין שני מקורות נורמטיביים אלה, קרי - בלשונו של השופט לוי בעניין פרחי - "האם האחת מוציאה את חברתה או שמא דרות הן זו לצד זו?". על שאלה זו השיב בית המשפט העליון בעניין פרחי כך:

"... סבורני כי כאשר מדובר בהליך פלילי, אין עוד מקום לבחינה מלאכותית נפרדת של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לצד כלל הפסילה הקבוע בסעיף 32. שיקול הדעת הנתון לבית-המשפט במסגרת כלל הפסילה יבוא לידי ביטוי בבחינת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, המשקפת נקודת איזון עקרונית בין הערכים המתחרים בדיני קבילות הראיות במשפט הפלילי. ודוק: יישום זה איננו מפשיט את כלל הפסילה החקוק מהמאפיינים הייחודיים שנתן לו המחוקק. היקף ההגנה הראוי על הזכות לפרטיות במסגרת חוק הגנת הפרטיות, נקבע בהתאם לכלל הוראות החוק בקרבן מוקם כלל הפסילה. תחולתו תקום רק אם הפגיעה בפרטיות עונה על הגדרת החוק בסעיף 2, הראיה תהיה קבילה אם ניתן לכך אישורו של הנפגע או אם עמדו לפוגע הגנה או פטור בהתאם להוראות הרלבנטיות לכך בחוק. בצורה זו בא לידי ביטוי אופייה היחסי של הזכות לפרטיות. זהו יישום הרמוני של כללי הפסילה השונים בהתאם לתכלית שבמרכזם."^[41]

47. על פסק הדין בעניין פרחי הוגשה בקשה לדיון נוסף שנדחתה^[42]. במסגרת אותה בקשה טען פרחי "כי אין זה ראוי כי יתקיים איחוד נורמטיבי בין כלל הפסילה הקבוע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות ..., לבין כלל הפסילה הפסיקתית שנקבע בהלכת יששכרוב. לשיטתו, ... בשונה מכלל הפסילה הפסיקתית, פסלות ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות הינה הכלל ולא החריג". הבקשה לדיון נוסף נדחתה על ידי הנשיא א' גרוניס מטעמים שונים, מבלי שטענה זו נדחתה לגופה (להבדיל מדחייתה בהקשר של הראיות הנגזרות שלא הושגו תוך פגיעה בפרטיות). על כל פנים, נותרה הפסיקה בעניין פרחי בסוגיה זו לעמוד בעינה.

(4) מן הכלל אל הפרט

48. כעולה מטופס "תאור המקרה", המפקחים עברו ברחוב שבו נמצא הנכס וראו אישה - שמאחר יותר התברר כי היא עובדת זרה - השוטפת את רחבת הכניסה המרוצפת בכניסה לבית הפרטי שבתוך הנכס. בהמשך מצוין כך: "ניגשנו לשער, הזדהינו בפניה וביקשנו לדבר איתה, היא הכניסה אותנו לבית (לא



בוצעה כניסה לתוך הבית, עד הפתח - בגלל הרטיבות)... המפקחים נכנסו לחצרי הנכס, עד לפתח הבית הפרטי, העובדת הזרה נכנסה לבית הפרטי, ירדה לחדר והביאה את דרכונה למפקחים. לפי קביעת בית הדין האזורי, וקביעה זו מתיישבת היטב עם הראיות, **"פרטי העובדת נלקחו על ידי מפקחי המאשימה, בפתח בית המגורים של הנאשמים..."**. פרטים אלה נרשמו ברשימת העובדים (מוצג מ/2). משנלקחו פרטי העובדת הזרה, הובררה זהותה כאזרחית קולומביה ובהמשך - לאחר בדיקה מול "האגף לזרים" - התברר כי אין לה היתר עבודה בתוקף.

49. מהתיאור לעיל עולה כי פרטי העובדת הזרה נלקחו בעוד המפקחים עומדים בפתח הבית הפרטי. על פני הדברים, הראיה בנוגע לזהות העובדת הזרה - רשימת העובדים - הושגה תוך הפרת חוק עובדים זרים, שכן המפקחים לא היו מוסמכים להיכנס לחצרי הנכס בהעדר צו שיפוטי או בהעדר תחליף לצו שכזה - הסכמת אמת, מדעת ומרצון חופשי. השאלה שנשאלת, אפוא, היא - האם יש לפסול את רשימת העובדים ועמה את פרטי העובדת הזרה.

על שאלה זו השיב בית הדין האזורי בחיוב. דעתנו שונה. להלן נבאר את עמדתנו.

50. תחילה נציין כי עשויה להישמע הטענה, שלפיה ספק אם הופרה זכותם של המשיבים לפרטיות במובן של חוק הגנת הפרטיות, בשים לב לכך שכניסת המפקחים לנכס, הגם שנעשתה ללא סמכות לפי חוק עובדים זרים, נעשתה ברשות העובדת הזרה, בנסיבות שבהן היא נחזתה כרשאית להתיר כניסת אחר לנכס. ואם תמצאו לומר כי אמנם הופרה הזכות לפרטיות (למשל אם ההסכמה הנדרשת לשם הכשרת הפגיעה בפרטיות אינה של העובדת הזרה אלא של המשיבים), עשויה להישמע הטענה כי המפקחים פעלו בתום לב, אם כי ספק אם התקיימו יסודות ההגנה הקבועים בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות.

כך או כך, גם אם תמצאו לומר כי המפקחים הפרו בכניסתם לנכס את זכות המשיבים לפרטיות, ובהינתן כי על עניינו חל סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, הרי שנוכח הנפסק בעניין **פרחי**, ממילא את פסלות הראיה יש לבחון לפי השיקולים שנמנו בהלכת **יששכרוב**.

51. על מנת לענות על השאלה האם יש לפסול את רשימת העובדים, נפנה לבחינת קבוצות השיקולים שנקבעו בעניין **יששכרוב**:

א. אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה - גם אם נניח כי כניסת המפקחים לחצרי הנכס, אף שהיתה בהסכמת העובדת הזרה, מהווה הפרה של זכות המשיבים לפרטיות, הרי שאי החוקיות שדבק במעשי המפקחים בהיבט של הפרת הזכות לפרטיות אינו ברף הגבוה, מאחר שקיימות נסיבות מקלות: הכניסה לחצרים נעשתה כאמור בהסכמת העובדת הזרה ולא כתוצאה מהפעלת כוח או תחבולה לא הגונה של המפקחים. יודגש כי גם אם לא היתה פגיעה בזכות לפרטיות, הרי שפעולת המפקחים היתה שלא על פי דין, אלא שבשים לב לנסיבות דלעיל - אין מדובר בהפרה מהרף הגבוה.

את עניינו ניתן להשוות לעניין **זק**^[43], שם נדון מקרה שנסיונותיו דומות לאלה שלפנינו. במקרה האמור, במהלך ביקורת שנערכה, נצפתה אישה מנקה ושוטפת את רצפת המטבח בדירה אחרת במתחם שבו נערכה ביקורת. המפקחים דיברו איתה **"והיא פתחה את דלת הבית מרצונה, הזדהתה בשם ובדרכון כמופיע בכתב האישום"** והתברר כי היא עובדת זרה ללא היתר כדן. מעסיקתה של העובדת הזרה זוכתה על ידי בית הדין האזורי בהעסקת עובד זר ללא היתר, ובמסגרת ערעור המדינה טענה המעסיקה לזיכוי מכוח הלכת **יששכרוב**. בית דין זה דחה את טענת המעסיקה, אמנם מבלי שבחן אם מתקיימות הנסיבות לקבלת ראיה פסולה לפי הלכת **יששכרוב**.



בענייננו - אשר לדרכי הפעולה החלופיות שעמדו לרשות המפקחים - צודק בית הדין האזורי כי למפקחים עמדו שתי דרכי פעולה חלופיות: האחת, להמתין לדרכונה של העובדת הזרה מחוץ לנכס, ולא רק מחוץ לבית הפרטי; השניה, לפנות לבית הדין או לבית משפט בבקשה למתן צו כניסה. שתי דרכים חלופיות אלה לא הציבו קושי מיוחד לפני המפקחים, ולכן הדבר שוקל נגד קבלת הראיה.

מנגד, העובדה כי השגת פרטי הזיהוי של העובדת הזרה יכולה היתה להיעשות על נקלה בדרך של המתנה מחוץ לשער החיצוני של הנכס, תחת בכניסה לבית הפרטי, מפחיתה מעוצמת הפגיעה בזכותם של המשיבים להליך הוגן. ויודגש, במקרה של המשיבים, אי החוקיות שנפלה בפעולת המפקחים מצויה ברף נמוך מזה

שבעניין מילר^[44] שאליו הפנה בית הדין האזורי. בעניין מילר נדון מקרה שבו מפקח הגיע לבית פרטי בעקבות מידע מודיעיני, נכנס דרך החצרים לפתח הבית הפרטי, נקש בדלת ואז פתח לו עובד זר. ברי, שאלמלא כניסה זו של המפקח לפתח הבית - שנקבע לגביה שאינה כדין - לא היה מאושש אותו מידע מודיעיני, ולא היו מתגלים העובד הזר ופרטיו. בעוד שבמקרה שלפנינו, היסוד להניח שבנכס מועסק "עובד", כקבוע בסעיף 6(א)(2) לחוק, התעורר מבלי שהגילוי היה נגוע באי חוקיות כלשהו (העובדת [הזרה] נצפתה מהרחוב). זאת ועוד, בעניין מילר נטען כי אלמלא החיפוש הלא חוקי בבית לא היה מתגלה כי הנאשמת שם היא זו שהעסיקה את העובד הזר שפתח את הדלת, שכן השם על פתח הבית כלל לא תאם את שמה של הנאשמת.

ב. מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה - במקרה הנוכחי מהימנות פרטי העובדת הזרה שברשימת העובדים לא נפגמה כלל בשל ההפרה, וכפי שכבר צוין - עצם הצורך בזיהוי העובדת לא בא לעולם רק בשל ההפרה, שכן כבר השיחה עם העובדת בשער החיצוני של הנכס הולידה את הצורך בזיהוי כדי לבחון אם היא עובדת זרה אם לאו.

ג. הנזק לאינטרס הציבורי מול התועלת לאינטרס זה הכרוכים בפסילת הראיה - במקרה הנוכחי אין עסקינן בעבירה מהחמורות בספר החוקים. יחד עם זאת, העסקת עובד זר ללא היתר היא עבירה בעלות השלכות חברתיות חמורות^[45], בין היתר, על הציבור נוכח ההשפעות על שוק העבודה בישראל^[46]. וגם אם אל מול עבירה ספציפית אין נפגע קונקרטי, הרי שביצועה עשוי גם עשוי לפגוע בפרנסתו של עובד בלתי מסוים. לפיכך, במסגרת השיקולים יש להביא בחשבון שאל מול זכותם של המשיבים להליך הוגן עומדת גם זכותו של הציבור לגילוי האמת ולמיצוי הדין על ההפרה והפגיעה בו.

52. שקלול השיקולים המפורטים לעיל מביא למסקנה כי הפגיעה בזכותם של המשיבים להליך הוגן לא נפגעה משמעותית, שכן עצם גילוי העבירה לא היה פרי כניסתם הלא חוקית של המפקחים לנכס (ללא מקור סמכות מפורש לכך בדין). בנוסף, העבירה המיוחסת למשיבים בכתב האישום היא עבירה בעלת השלכות חברתיות משמעותיות ולא יהיה זה צודק מבחינת האינטרס הציבורי, רק בשל הפגם בנוגע לאופן שבו נאספו פרטי זהותה של העובדת הזרה, לפסול את הראיה הנוגעת לפרטיה - רשימת העובדים. לפיכך, מבלי להקל ראש באי החוקיות שבכניסה לנכס, לא יהיה זה מוצדק בנסיבות אלה להפעיל את כלל הפסילה הפסיקתית.

לכך יש להוסיף כי חוק העונשין, התשל"ז-1977 מאפשר התחשבות בהתנהגות הרשות במישור נוסף. הכוונה היא לסעיף 40(א)(9) לחוק זה, המאפשר להביא בחשבון שיקולי הענישה - היינו לאחר שהכרעת הדין הסתיימה בהרשעה - בתוך מתחם הענישה גם את "התנהגות רשויות אכיפת החוק".

סיכומו של דבר - בכל הנוגע לראיה הישירה - רשימת העובדים, על פרטי העובדת הזרה הרשומים בה, אנו דוחים את טענת המשיבים לפסילתה מכוח כלל הפסילה הפסיקתית. נציין כבר עתה כי ממילא כל הפרטים המצויים ברשימת העובדים עולים מתוך הראיות הנגזרות שאלהן נתייחס להלן.



ג. הראיות הנגזרות

53. יש לזכור כי לפני בית הדין האזורי עמדו מעבר לראיה הישירה - רשימת העובדים - גם "ראיות נגזרות"^[47] שהעיקריות שבהן הן: הודעות המשיבים שנגבו על ידי חוקרי המאשימה, מסמכי תשלום דמי ביטוח לאומי בגין העובדת הזרה וכן עדותם של המשיבים בבית הדין. בראיות אלה נכללו, בין היתר, הפרטים שנכללו ברשימת העובדים.

54. בדומה לראיה הישירה שהושגה באופן הנגוע באי חוקיות, גם במקרה של ראיות נגזרות כלל הפסילה הפסיקתית אינו פועל אוטומטית, אם כי אין מניעה מלפסול מכוחו גם ראיות אלה. כך נקבע כבר בעניין יששכרוב^[48].

"שאלת קבילותה של ראיה שאותרה בעקבות ראיה פסולה אחרת, תיבחן על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראיה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בהקשר זה, יהא על בית-המשפט לבחון את מכלול השיקולים עליהם עמדנו לעיל, ובהם: אופיה וחומרתה של אי החוקיות שהובילה להשגת הראיה הראשונה, טיב הראיה הנגזרת בה מדובר, והזיקה בינה לבין אי החוקיות שהיתה כרוכה בניהול החקירה." (הדגשה הוספה - א.א.)

55. אשר לזיקה זו, בין הראיה הנגזרת ובין אי החוקיות שנפלה בחקירה, נקבע בעניין **פרחי** מפי השופט א' לוי כי יש לבחון הן סיבתיות עובדתית שבין הראיה הישירה ובין הראיות הנגזרות והן סיבתיות משפטית ביניהן. וכך נקבע שם^[49]:

"ומהי הזיקה אשר תוביל לקביעה כי אי-החוקיות שבראיה הראשית הפסולה דבקה גם בראיה הנגזרת? מבחינה עובדתית נדרש קשר של סיבתיות בין קיומה של הראיה הראשית לאפשרות השגתה של הראיה הנגזרת ממנה (.....). לכך יש להוסיף דרישה של סיבתיות משפטית, הטומנת בחובה שיקול דעת שיפוטי באשר לנסיבות התומכות בפסילת הראיה הנגזרת" (הדגשות הוספו - א.א.)

56. אשר לסיבתיות המשפטית הבהיר השופט לוי כך^[50]:

"כאשר חרף קיומה של סיבתיות עובדתית, התקיים נתק מהותי בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת, תקטן הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת. טלו למשל מקרה שבו המשטרה מבצעת חיפוש לא חוקי בביתו של אדם, ובחיפוש נמצא נשק שעל פי החשד שימש לביצוע עבירה. בעל הנשק מובל לחקירה, ושם - לאחר שהוזהר כדין - מודה בביצוע העבירה. האם נאמר כי הודאתו - שנגבתה כדין - פסולה אך מהטעם שיש קשר סיבתי עובדתי בין החיפוש הבלתי חוקי לגביית ההודאה? לכך יש להשיב בשלילה. אי-החוקיות שדבקה בכלי הנשק אינה פוגמת בהודאה, שכן מדובר בראיה בעלת אופי שונה, שתוכנה לא ניתן להסקה מקיומו של כלי הנשק, ושנמסרה באופן חופשי ומרצון כאשר באותה עת עמדו לחשוד כל זכויותיו והגנותיו. באלה יש לנתק את הקשר הסיבתי בין אי-החוקיות שבהשגת הנשק להודאה. לעומת זאת, טלו מקרה שבו המשטרה מבצעת חיפוש לא חוקי בביתו של אדם, ובחיפוש זה נמצא מסמך המפיל את בעליו בביצוע עבירה מסוימת. המשטרה שמודעת לקושי שבהגשת המסמך לבית-המשפט, מצלמת את המסמך ומגישה את הצילום (ולא את המקור) כראיה במשפט. האם נאמר כי העותק המצולם יהיה קביל במשפט? במצב זה סבורני כי אין חולק שאי-החוקיות שדבקה



במסמך המקורי יורדת לשורשיו של המסמך המצולם. ודוק: הסתפקות בסיבתיות העובדתית עומדת בסתירה להנחת המוצא עליה חזרנו, והיא שדוקטרינת פירות העץ המורעל לא התקבלה בשיטתנו. דרישת הסיבתיות המשפטית באה למנוע החלה עקיפה של הדוקטרינה, לצד הכרה באפשרות כי במקרים חריגים, בהם הפסול שנפל בראיה הראשית מכתים את הראיה הנגזרת באופן היורד לשורש העניין, יהיה זה צודק לפסולה. מטבע הדברים, לא ניתן יהיה לקבוע רשימה ממצה של שיקולים שיילקחו בחשבון במסגרת בחינת הזיקה שבין הראיה הראשית לראיה הנגזרת ממנה. אלה יקבעו על פי נסיבותיו של כל מקרה, ובהתאם למדיניות השיפוטית הראויה והשכל הישר."

57. השופט י' דנציגר הדגיש בעניין פרחי כי כשבוחנים אפשרות לנתק בין הראיה הישירה (והפסולה) ובין הראיות הנגזרות, הדגש צריך להיות מושם, בהקשר של עדות בחקירה, על היות העדות "מרצון חופשי". וכך נקבע על ידי^[51].

"..... סבורני כי במסגרת יישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית יש לאמץ את המבחן הנ"ל דין הקנדי לפיו הדגש מושם על הפרת 'הרצון החופשי' של החשוד והנאשם, שכן זהו מבחן הנגזר מאחת מתכליותיה של הזכות להליך הוגן - הגנה על רצונו החופשי של החשוד והנאשם, באופן ששיתוף הפעולה שלו עם רשויות אכיפת החוק צריך להיות פרי בחירתו החופשית, גם אם לאי שיתוף פעולה עשוי להיות מחיר ראיתי.

.....על אף האמור לעיל סבורני כי ניתן להכשיר את האיכון הסלולארי [המהווה ראיה נגזרת - א.א.] כראיה קבילה במשפט. במה הדברים אמורים? מעת שהמערער הובא לחקירה ומסר את אמרותיו המפלילות העולות כדי ראשית הודיה, כפי שהצביע על כך השופט לוי, כי אז היה בידי המשטרה בסיס ראיתי מחשיד חדש שהצדיק את עריכת האיכון. שונה היה לדעתי מצב הדברים אילו המערער היה שותק באופן מוחלט בחקירתו. ודוק, משבחר המערער להתיר את סגור ליבו ולמסור את אמרותיו המפלילות השתנה המצב הראיתי באופן שאיפשר למשטרה לבצע פעולות חקירה נוספות כגון עריכת האיכון הסלולארי. אמרותיו המפלילות של המערער ניתקו את הקשר הסיבתי המשפטי ביחס להשוואה האסורה. אכן, אילו לא ההשוואה האסורה לא היה מובא המערער לחקירה ולא היו נמסרות אמרותיו המפלילות, אולם משאלו נמסרו מרצונו החופשי ולאחר שהוסברו לו מלוא זכויותיו כי אז בהתאם למבחן 'הרצון החופשי' הגשת אמרותיו במשפט אין בה כשלעצמה כדי לפגוע בהוגנות ההליך." (הדגשות הוספו - א.א.)

58. במקרה הנוכחי, אין חולק כי המשיבה הגיעה לחקירתה בפני חוקרי המאשימה לאחר שקיבלה ייעוץ משפטי - שהרי זה היה הטעם להפסקת חקירתה ביום הביקורת ולזימונה לחקירה ליום המחרת. בנסיבות אלה, על פני הדברים, הודעתה בחקירה, שלפיה העובדת הזרה הועסקה בנכס בעבודות משק בית, ניתנה מ"רצון חופשי". הוא הדין באשר להמצאתם על ידי המשיבה במהלך החקירה של אישורי התשלום למוסד לביטוח לאומי בגין העובדת הזרה, והוא הדין אף באשר להודעת המשיב בחקירתו, שגם ממנה עלה כי העובדת הזרה הועסקה בנכס בעבודות משק בית. ודאי כך הוא - ועל כל פנים לא נטען אחרת - בכל הנוגע לעדויות המשיבים בבית הדין האזורי, שאף מהן עולה בבירור כי העובדת הזרה הועסקה על ידיהם בעבודות משק בית בנכס.

59. גם אם אי החוקיות שדבק בפעולת זיהוי העובדת הזרה מצדיק את פסילת הראיה הישירה - וכאמור איננו סבורים כך - עדיין איננו סבורים כי אי חוקיות זה בכוחו להצדיק את פסילתן של הראיות הנגזרות שכאמור הורتن ברצונם החופשי של המשיבים.



סוף דבר

60. בכל מקרה שבו מושגת ראייה שלא כדין, כבמקרה הנדון, והתביעה מבקשת להגישה כראיה במשפט, על בית הדין לבחון אם יש לקבלה ואם יש לקבל את הראיות הנגזרות ממנה. ההכרעה בכל מקרה ומקרה צריכה להיעשות לאור השיקולים השונים שהותוו בפסיקה, לרבות בעניין **יששכרוב**. במקרה הנוכחי הגענו למסקנה שיש לקבל את הראיה הישירה ואת הראיות הנגזרות.

61. לפיכך, אנו מקבלים את ערעור המדינה במובן זה שעניינם של המשיבים יוחזר לבית הדין האזורי, אשר ייתן את הכרעתו מחדש, בין היתר, על יסוד הראיות שנפסלו על ידו והתקבלו על ידינו.

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.
לבקשת הצדדים, פסק הדין יישלח אליהם בדואר.

ניתן היום, ח' כסלו תשע"ח (26 נובמבר 2017) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

משה טוינה,
שופט

אילן איטח,
שופט

לאה גליקסמן,
שופטת, אב"ד

[1] לא הוברר האם הכוונה לאשרה מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב - 1952. על כל פנים, לעניין משמעות אשרה שכזו ראו: ע"מ 9001/16 י.ב. שיא משאבים בע"מ נ' החשבת הכללית משרד האוצר, (13.9.2017) (להלן - **ע"מ י.ב. שיא**) בסעיף ג' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א. רובינשטיין.

[2] ה"ח תשס"א, מס' 2391, עמ' 108, 113.

[3] ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן - **עניין יששכרוב**).

[4] נציין כי בחוק הכניסה נעשה שימוש במונח "פקח" בעוד שבחוק עובדים זרים נעשה שימוש במונח "מפקח". מטעמי נוחות עשינו שימוש במונח מפקח.

[5] ראו למשל: ע"פ 7164/10 **ג'אן נ' מדינת ישראל**, בסעיף 6 לפסק דינו של השופט י' עמית (1.12.2011), וההפניות שם.



[6] השוו: רע"א 2558/16 פלוגית נ' קצין התגמולים - משרד הביטחון (5.11.2017).

[7] לעניין כניסה למגורי עובד זר ראו: ע"פ (ארצי) 29745-02-15 סטון שירותי כוח אדם בע"מ נ' מדינת ישראל, (26.11.2015).

[8] הצ"ח הממשלה, 531 (12.7.2010) בעמ' 1262.

[9] פרוטוקול ישיבה מס' 263 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת השמונה-עשרה (18.10.2010) (להלן - פרוטוקול ישיבת ועדת הפנים).

[10] וראו לעניין זה פרוטוקול ישיבת ועדת הפנים, בעמ' 2: "אפשרות כניסה לבית מגוריו של עובד זר קיימת כבר היום בחוק עובדים זרים..."; ובעמ' 3 "החידוש כאן הוא האפשרות לכניסה למגורים בצו שופט"; ובעמ' 6 "היום האפשרות להיכנס לבית מגורים בהסכמת העובד היא למקרה אחד בלבד, לבדיקה של עבירה ספציפית, של מגורים בלתי הולמים. בכל שאר המקרים של עבירות על החוק אין אפשרות להיכנס לבית מגורים".

[11] מטעמי נוחות נמשיך להתייחס לחלופה של מקום מגורים מבלי להזכיר ב"אותה נשימה" גם את החלופה השנייה של חצרים פרטיים. אך האמור לגבי מגורים מתייחס גם לחצרים פרטיים. בנוסף, מקום מגורים בהקשר זה אינו רק מקום מגוריו של העובד הזר, אלא גם מקום מגורים של כל אדם (שהוא אדם ממשי, בשר ודם, להבדיל מ"אדם" כהגדרת מונח זה בפקודת הפרשנות (נוסח חדש)).

[12] רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, (6.3.2012) (להלן - עניין בן חיים).

[13] עניין בן חיים, בסעיף 16 לפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ביניש.

[14] שם, שם.

[15] שם, בסעיף 20 לפסק הדין.

[16] לעמדה שלפיה קביעת בית המשפט העליון בהקשר זה נעשתה "למעלה מן הצורך" ראו: רע"פ 229/12 כהן נ' מדינת ישראל, (16.10.2012) בסיפא לסעיף 9 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ס. ג'ובראן.

[17] לעניין זה הפנה בית המשפט העליון לסמכויות החיפוש הקבועות בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996.



[18] עניין **בן חיים**, בסעיף 25 לפסק הדין.

[19] **שם**, שם.

[20] **שם**, שם.

[21] **שם**, בסעיף 31 לפסק הדין.

[22] ע"פ (ב"ש) 7381/99 **ליברטי נ' מדינת ישראל**, (23.1.2001).

[23] השוו הנפסק בקשר למקרה של ג'בלי שהיה אחד משלושה מקרים שנדונו בעניין **בן חיים**.

[24] עניין **יששכרוב**, בסעיף 48 לפסק הדין.

[25] **שם**, בסעיף 71 לפסק הדין.

[26] **שם**, בסעיף 61 לפסק הדין.

[27] **שם**, בסעיף 63 לפסק הדין.

[28] **שם**, בסעיף 64 לפסק הדין.

[29] **שם**, בסעיף 66 לפסק הדין.

[30] **שם**, בסעיף 68 לפסק הדין.

[31] **שם**, שם.

[32] **שם**, בסעיף 69 לפסק הדין.

[33] **שם**, שם.



[34] **שם**, בסעיף 70 לפסק הדין.

[35] להתייחסות מאוחרת לשיקול חומרת העבירה ראו: ע"פ 5417/07 **בונר נ' מדינת ישראל**, (30.5.2013), בסעיפים 20 - 21 לחוות דעתו של השופט י. עמית.

[36] עניין **יששכרוב**, בסעיף 74 לפסק הדין.

[37] ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, (1.8.2011) בס' 17 לחוות דעתו של השופט א' לוי והאסמכתאות שם (להלן - **עניין פרחי**). [בקשה לדין נוסף נדחתה: דנ"פ 5956/11 **פרחי נ' מדינת ישראל** (31.5.2012) (להלן - **דנ"פ פרחי**)].

[38] **שם**, שם.

[39] בג"ץ 6650/04 **פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בנתניה**, פ"ד סא(1) 581, בסעיף 27 לפסק הדין (2006) - ניתן 10 ימים לאחר שניתן פסק הדין בעניין **יששכרוב**.

[40] בסעיף 18 לפסק הדין.

[41] **שם**, שם.

[42] דנ"פ **פרחי**.

[43] ע"פ (ארצי) 4890-11-11 **מדינת ישראל נ' זק**, (26.1.2012).

[44] ת"פ (ת"א) 17201-09-12 **מדינת ישראל נ' מילר**, (10.7.2014).

[45] השוו: ע"פ (ארצי) 1001/01 **מדינת ישראל נ' ניסים**, פד"ע לח 145 (2002).

[46] להשלכות של העסקת עובדים זרים על העסקת עובדים ישראלים ראו למשל החלטות הממשלה המאוזכרות **בעע"מ י.ב. שיא**, בסעיפים ט"ז - י"ז לחוות דעתו של המשנה לנשיאה באותה העת א' רובינשטיין. וכן: בג"ץ 9722/04 **פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל**, (7.12.2006).

[47] לשימוש במונח זה ראו גם ע"פ **פרחי**.



[48] בסעיף 71 לפסק הדין. ראו גם חוות דעתו של השופט לוי בעניין **פרחי**.

[49] בסעיף 20 לפסק הדין.

[50] **שם**, שם.

[51] **שם**, בסעיפים 9 ו-13 לחוות דעתו.