



ע"פ 53929/12/14 - אבו דוגוש (1984) בע"מ, חסן אבו דוגוש נגד מדינת ישראל

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 53929-12-14

ניתן ביום 11 דצמבר 2018

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

המערערים

1. אבו דוגוש (1984) בע"מ

2. חסן אבו דוגוש

-

מדינת ישראל

המשיבה

בשם המערערים - עו"ד אבי אזולאי

בשם המשיבה - עו"ד שרון פיליפסון

פסק דין

השופט משה טוינה

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי בבאר שבע (השופטת יעל אנגלברג שהם; הע"ז 1500/08, הע"ז 1502/08 ו-הע"ז 1869/08). בהכרעת הדין^[1] מושא הערעור הורשעה המערערת - אבו דוגוש (1984) בע"מ - בשלושה אירועים^[2] של העסקת עובדים ללא היתר כדין; עבירה לפי סעיפים 2(א)(1) ו-2(א)(2) לחוק עובדים זרים, התשנ"א-1991 (להלן: "**החוק**"); והמערער - מר חסן אבו דוגוש - הורשע באחריות נושא משרה בגין העבירות שבהן הורשעה המערערת באחד מהאירועים הנ"ל^[3], עבירה לפי סעיפים 5 ו-2(א)(1) ו-2(א)(2) לחוק.

בגזר הדין מושא הערעור^[4] הטיל בית הדין קמא על המערערת קנס בסך של 140,000 ₪ בגין העבירות שבהן הורשעה; ועל המערער קנס של 20,000 ₪ ובנוסף חייב את המערער לחתום על התחייבות להימנע מעבירה על



פי החוק במשך שלוש שנים מיום מתן גזר הדין, שאם לא כן יחויב ללא תנאי בקנס בסכום של 60,000 ₪ בגין כל עבירה.

הרקע העובדתי

2. המערערת, אבו דוגוש (1984) בע"מ (להלן: "**החברה**" או "**המערערת**") היא חברה פרטית העוסקת בעבודות בניין. בזמנים הרלוונטיים לכתבי האישום מושא הערעור שלפנינו שימש המערער, מר חסן אבו דוגוש (להלן: "**המערער**"), כמנהל ובעל מניות בחברה.

3. הע"ז 1500/08: ביוני 2008 הוגש נגד החברה ונאשם נוסף, מר אבו כאשף איסמעאיל (להלן: "**הנאשם הנוסף**"), כתב אישום (הע"ז 1500/08). בכתב האישום נטען כי ביום 16.7.2003 נערכה ביקורת על ידי מפקחי משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה בנכס שנמצא ברח' סלעית 33 בלהבים (להלן: "**הנכס**"). על פי כתב האישום, במהלך הביקורת נמצאו בנכס שלושה עובדים שנצפו מבצעים עבודות ברזל וטפסנות - ופרטיהם מופיעים בכתב האישום - אשר נכון למועד הביקורת לא היו אזרחי המדינה או תושביה ולא היו בעלי רישיון לעבוד בישראל. בכתב האישום נטען עוד, כי החברה היא שהעסיקה את העובדים מושא כתב האישום; ובכך ביצעה עבירה של העסקה שלא כדין על פי סעיף 2(א)(1) ו-2(א)(2) לחוק ביחס לשלושת העובדים מושא כתב האישום (שלוש עבירות).

4. הע"ז 1502/08: יחד עם כתב האישום בתיק הע"ז 1500/08, הוגש נגד החברה והנאשם הנוסף כתב אישום נוסף (הע"ז 1502/08), שבו נטען כי ביום 3.7.2003 ערכו מפקחי משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה ביקורת בנכס; וכי בביקורת נמצאו ארבעה עובדים - שפרטיהם מפורטים בכתב האישום - אשר נצפו עוסקים בעבודות בניית שלד, ואשר נכון למועד הביקורת לא היו אזרחי המדינה או תושביה ולא היו בעלי רישיון לעבוד בישראל. כתב האישום ייחס למערערת את העסקתם של העובדים מושא כתב האישום; ובהתאם עבירה של העסקה שלא כדין על פי סעיפים 2(א)(1) ו-2(א)(2) לחוק (ארבע עבירות).

5. הע"ז 1869/08: באוקטובר 2008 הוגש נגד החברה והמערער כאן כתב אישום (הע"ז 1869/08) שבמסגרתו נטען כי בביקורת שקיימו מפקחי משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה בנכס ביום 21.9.2003, נמצאו בו ארבעה עובדים שנצפו עוסקים בעבודות ברזל וטפסנות - ופרטיהם מופיעים בכתב האישום - ואשר נכון למועד הביקורת לא היו אזרחי המדינה או תושביה ולא היו בעלי רישיון לעבוד בישראל. על פי כתב האישום, החברה היא שהעסיקה את העובדים מושא כתב האישום ובכך ביצעה כלפיהם עבירה של העסקה שלא כדין על פי סעיפים 2(א)(1) ו-2(א)(2) לחוק (ארבע עבירות). בכתב האישום נטען עוד, כי במועד המצוין בו (ספטמבר 2003), שימש המערער כמנהל ובעל המניות של החברה. לפיכך ייחס כתב האישום למערער עבירות של אחריות נושא משרה ביחס לעבירות של העסקה שלא כדין המיוחסות לחברה, לפי סעיפים 5, 2(א)(1) ו-2(א)(2) לחוק.

6. למען הנוחות, כלל העובדים הנזכרים בכתבי האישום, אשר בעת הביקורות נמצאו בנכס ונצפו מבצעים עבודות בניית השלד, ייקראו להלן: "העובדים".

7. הדיון בשלושת כתבי האישום אוחד ובעקבות כפירת החברה והמערער בעבירות המיוחסות להם בכתבי האישום, התנהל בבית הדין קמא הליך הוכחות.



8. בהכרעת הדין הורשעה החברה בעבירות שיוחסו לה בשלושת כתבי האישום והמערער הורשע בעבירות של אחריות נושא משרה לעבירות שבהן הורשעה החברה בכתב האישום בתיק הע"ז 1869/08.

9. כמצוין לעיל, בגזר הדין חויבה החברה בקנס בשיעור של 140,000 ₪ בגין העבירות שבהן הורשעה בשלושת כתבי האישום; והמערער חויב בקנס בשיעור של 20,000 ₪ בגין עבירות של אחריות נושא משרה שבהן הורשע. בנוסף, נדרש המערער לחתום על התחייבות שלא לעבור עבירה לפי החוק בתוך תקופה של שלוש שנים מיום מתן גזר הדין.

10. כאמור בפתיח לפסק דין זה, הערעורים שלפנינו מכוונים הן להרשעת המערערים והן לעונשים שהוטלו עליהם.

פסק הדין מושא הערעור

11. כפי שכבר נאמר, בהכרעת הדין הורשעה החברה בעבירות של העסקת עובדים שלא כדין על פי החוק, שיוחסו לה בשלושת כתבי האישום מושא הערעור.

12. הכרעתו זו של בית הדין מבוססת על הקביעות הבאות:

א. על פי תעודות עובד הציבור שהוגשו לבית הדין קמא - שעליהן לא הייתה מחלוקת - העובדים - לא היו אזרחי המדינה או תושביה ולא היו בעלי היתר לעבוד בישראל, נכון לאותה עת.

ב. בתקופה הרלוונטית לכתב האישום עסקה החברה בעבודות בניין. בהתאם להודאת החברה, התקשרה האחרונה עם בעליו של הנכס, מר דהן (להלן: "בעל הנכס"), בחוזה לביצוע עבודות שלד בנכס.

ג. בית הדין קמא דחה את טענת המערערת שלפיה על אף קיומו של חוזה בינה ובין בעל הנכס לביצוע עבודות השלד בנכס, לא ביצעה את עבודת בניית השלד בנכס.

על בסיס הקביעה שלפיה במועד עריכת הביקורות הייתה החברה הקבלן המבצע את עבודת השלד בנכס - הגיע בית הדין קמא למסקנה כי יש לראותה כמי שהחזיקה בנכס נכון למועדים הרלוונטיים לכתבי האישום.

ד. על רקע זה פנה בית הדין קמא לחזקה שנקבעה בפסיקה^[5] ושקיבלה עיגון בתיקון לחוק, בסעיף 4א, שלפיה (כנוסח הסעיף כיום): **"יראו מחזיק במקרקעין כמי שמעסיק עובד זר שנמצא עובד במקרקעין, אלא אם כן הוכיח המחזיק אחרת"** (להלן: "החזקה").

ה. לדעת בית הדין קמא, לא השכילה המערערת לסתור את החזקה. בהקשר זה נדחתה טענה עובדתית חלופית שהעלו המערערים, שלפיה אם בוצעו בנכס עבודות מטעם החברה, הרי שהן בוצעו באמצעות קבלני משנה והם הנושאים באחריות להעסקת העובדים.

ו. בנסיבות אלה הגיע בית הדין קמא למסקנה כי התקיים היסוד העובדתי להרשעת המערערת בעבירות של העסקת שלא כדין כאמור בסעיפים 2(א)(1) ו-2(א)(2) לחוק, המיוחסות לה בכתבי האישום.

ז. בית הדין קמא קבע עוד, כי משנקבע כי המערערת היא שהעסיקה את העובדים ללא היתר כדין - התקיים היסוד הנפשי הדרוש להרשעתה. בהקשר זה נקבע כך:



"במקרה דנן, לא טענו הנאשמים כי בדקו את מסמכיהם של העובדים באתר, אלא הכחישו באופן גורף את עובדת העסקתם באתר. משנדחתה גרסתם זו, משמצאתי כי הנאשמת והנאשם 2 היו צריכים להיות מודעים לעובדת העסקת העובדים באתר, ומשעולה מהראיות כי הנאשמים ידעו שהעסקת עובדים זרים מחוייבת בהיתר כדין, יש בכך כדי להקים את יסוד 'עצימת העיניים' הנדרש בחוק השקולה לדרישת ה'מודעות' להעסקתם האסורה של העובדים - ובכך הוכח קיומו של היסוד הנפשי הנדרש".

ח. בהתאם הורשעה המערערת בעבירות של העסקה שלא כדין כמיוחס לה בכתבי האישום מושא פסק דין זה.

13. על רקע הודאת המערער כי בעת הרלוונטית לכתבי האישום שימש כמנהל החברה וכבעל המניות בה, הגיע בית הדין קמא למסקנה כי יש להרשיעו בעבירה של אחריות נושא משרה לעבירות של העסקה שלא כדין המיוחסות לחברה בכתב האישום שהוגש במסגרת הע"ז 1869/08. וכך קבע בית הדין קמא:

"הנאשם 2 העיד, כי הוא עצמו 'לא הייתי בשטח בכלל. לא בדקתי. לא הייתי נוכח. אמרתי שאני לא מגיע לשטח' (עמ' 51 שורות 27-28). לדבריו, הנחה את העובדים אצלו ומטעמו, שלא להעסיק עובדים ללא היתר (עמ' 52 שורה 15) ועוד העיד:

'ש. מה היו ההנחיות שנתת לו (לאשר בוקובזה ז"ל, מנהל העבודה באתר - י.א.ש) שהנחה את קבלני המשנה?

ת. החוזה נמצא אצלו והנחיה חד משמעית שהוא לא מכניס אף אחד לאתר. אין מצב שאני אעסיק עובד שלא מוכר. אשר הוא עובד ותיק שלי בחברה. בשום מצב לא מכניסים עובדים שלא מסודרים' (עמ' 47 שורות 24-26).

מעדותו של מר דהן עולה כי כל משך העבודה שהה באתר מר אשר בוקובזה, מנהל העבודה מטעם הנאשמת ומנגד, אין מחלוקת כי באתר נתפסו עובדים זרים עובדים ללא היתר. צירוף דברים זה מעיד כי ככל הנראה הנחיותיו של הנאשם 2 אם ניתנו, לא היו מדויקות. משהנאשם 2 לא בדק את ביצוע הנחיותיו (ככל שהיו) באתר, לא ניתן לראותו כמי שעשה כל שאפשר למנוע את ביצוע העבירה.

אחריות זו מתעצמת כאשר אין מחלוקת שביום 3.7.03 התקיימה ביקורת, ביקורת נוספת נערכת כשבועיים לאחר מכן (16.7.03) וביקורת נוספת כחודשיים לאחר מכן (21.9.03) אך לא היה כל שינוי בהתנהלותה של הנאשמת. אשר על כן, מצאתי כי יש להרשיע את הנאשם 2 באחריות נושא משרה לעבירות אותן ביצעה הנאשמת, כמפורט בכתב האישום בתיק פ 1869/08...^[6]

14. בגזר הדין שניתן בעניינם של המערערים, גזר בית הדין קמא את עונשם על פי המתווה שנקבע בתיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") שעניינו "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה". על פי המתווה האמור, גזירת העונש תיעשה במנגנון תלת-שלבי שלפיו בשלב הראשון יש לקבוע אם העבירות שבהן הורשע הנאשם מהוות אירוע אחד או מספר אירועים נפרדים; בשלב השני יש לקבוע את מתחם הענישה לכל אירוע, בהתחשב בעבירה ובנסיבות הקשורות בביצועה; ובשלב השלישי, על בית הדין לגזור את העונש בתוך אותו המתחם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות לעבירה.



15. בהתאם למתווה האמור, מצא בית הדין קמא כי יש לראות בהעסקת מספר עובדים שלא כדין, באותו אתר עבודה ובאותו מועד, משום אירוע אחד^[7]; ואת ריבוי העובדים שהועסקו שלא כדין בכל אירוע בודד, כחלק מנסיבות האירוע "שהרי לא דומה העסקת עובד אחד כהעסקת 5 עובדים"^[8].

בהתאם סבר בית הדין, כי במקרה הנדון יש לגזור את עונשה של המערערת בגין עבירות של העסקה שלא כדין ביחס לשלושה אירועים נפרדים, שבכל אחד מהם נעברה יותר מעבירה אחת של העסקה שלא כדין על פי החוק.

16. תוך שהוא בוחן את הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה של העסקה שלא כדין, את תכלית החוק ותוך התייחסות לגובה הקנס המנהלי בגין העסקה שלא כדין - תחם בית הדין קמא את גדרי הענישה לכל אירוע של העסקה שלא כדין שבו הורשעה המערערת בתחום שבין גובה הקנס המנהלי שנקבע בהתחשב במספר העובדים שהועסקו שלא כדין באותו אירוע, לבין 50% משיעור הקנס הפלילי המקסימלי שניתן היה לגזור על המערערת, בגין העבירות שבהן הורשעה - "ובסך הכל בגין שלושת האירועים במתחם שבין הסך של 110,000 ₪ לבין 175,200 ₪"^[9].

לאחר שנדרש בית הדין קמא לטענות המערערת לקולת העונש (חברה שהיא כיום בעלת היקף פעילות מצומצם המספקת פרנסה למספר משפחות); ואת הנסיבות לחומרה (הרשעה בשלושה אירועים שונים, אשר בכל אחד מהם העסיקה בין שלושה לארבעה עובדים שלא כדין) - הטיל בית הדין קמא על המערערת קנס בסך של 140,000 ₪ אשר ישולם בשיעורים, כמפורט בגזר הדין.

17. מתוך התחשבות בעובדה כי המערער הורשע באירוע אחד של העסקת עובדים שלא כדין ולאחר התחשבות בנסיבותיו האישיות (גילו, מצבו המשפחתי, מצבו הכלכלי, חלוף הזמן ועוד), הטיל בית הדין קמא על הנאשם קנס בסך של 20,000 ₪ ודרש כי יחתום על התחייבות להימנע מעבירה על החוק במשך שלוש שנים מיום גזר הדין.

הטענות בערעור

18. בתמצית, טוענים המערערים, כי שגה בית הדין קמא בכך שהגיע למסקנה שהמערערת העסיקה את העובדים ובכך שהרשיע את המערער בעבירה של אחריות נושא משרה לעבירות שבהן הורשעה המערערת. בהקשר זה טענו המערערים כי:

א. לא הוכח כי בעל הנכס הטיל על המערערת את האחריות להעסקתם של העובדים בנכס שבבעלותו.

ב. "אין די בעובדה ש'פלוגי' היה קבלן ראשי או קבלן משנה בחצירו של אלמוני (לצורך הפעלת החזקה; הוספה שלי - ט.מ.). בנוסף לאמור מפסקי הדין עולה כי דרושה ראיה פוזיטיבית המבססת את הקשר בין מי שנחשב כמחזיק בחצר לבין העובדים בחצר... בענייננו לא הוצגה כל ראיה פוזיטיבית הקושרת את העובדים למערערים ומכאן... לא קמה חזקה שהעובדים הם עובדיהם של המערערים"^[10].

ג. טעה בית הדין קמא בכך שהתעלם מטענות המערערת להתקשרות עם קבלני משנה ומחשבוניות שהוצגו בפניו - אשר לטענת המערערת מבססות את טענתה כי קבלני משנה הם שביצעו את עבודות השלד בנכס



ובאלה (חוזי ההתקשרות והחשבוניות עם קבלני המשנה) הרימה את הנטל המוטל עליה לסתירת החזקה

ד. לטענת המערערים, מחדל חקירה המתבטא באי גביית עדותו בזמן אמת ובאי הבאתו כעד של מנהל העבודה בנכס, מר אשר בוקבזה ז"ל (להלן: "מנהל העבודה"), אשר יכול היה להעיד על מעסיקם של העובדים במועדי הביקורות (להלן: "מחדל החקירה"), מחייב את זיכויים.

ה. בית הדין קמא שגה בכך שדחה את עדות המערער שלפיה נתן הוראה חד משמעית שלא להכניס לנכס אף עובד ללא היתר כדון, ובחר לבסס את קביעתו לעניין אחריותו של המערער לעבירות שבוצעו על ידי המערער על ראיות נסיבתיות.

19. בשאלת חומרת העונש טענה המערער כי הקנס שהוטל עליה עלול להוביל אותה לחדלות פירעון, על המשמעויות הנגזרות מכך לארבע משפחות, התלויות בה לפרנסתן.

לטענת המערער, חלוף הזמן ממועד ביצוע העבירות ועד למועד גזר הדין, גילו והעובדה כי נכון להיום הוא חי מקצבת זקנה, מחייבים את ביטול הקנס ולחילופין, הטלת קנס סמלי בלבד.

20. לסיכום סבורים המערערים, כי:

"באיזון שבין האינטרס הציבורי של ההרתעה שגזר הדין מבקש להשיג לבין האינטרס האישי של המערערים, האינטרס האישי של המערערים גובר, ובית הדין של הערעור מתבקש להקל בקנסות עד לכדי הטלת קנס סימלי"^[11].

דין והכרעה

21. את הדיון בטענות המערערים מבקש אני להפריד בין הטענות המכוונות להכרעת הדין לטענות המכוונות לגזר הדין.

הערעורים על הכרעת הדין

22. טענות המערערים ביחס להכרעת הדין של בית הדין קמא, הן בשני מישורים:

במישור האחד, סבורים המערערים כי על בסיס הראיות שהיו בפני בית הדין קמא, לא היה מקום להרשעתם בדין. בהקשר זה, מכון הערעור שלפנינו להכרעות עובדתיות של בית הדין קמא ולשימוש שעשה בחזקה.

לעניין זה אציין כי ערעור המערערים מופנה כנגד: הקביעה העובדתית שלפיה במועדים המצוינים בכתבי האישום ביצעה המערער את עבודות בניית השלד בנכס (ומכאן שיש לראותה כמי שהייתה "המחזיק" במקרקעין בעת ביצוע העבירות מושא כתבי האישום); הקביעה העובדתית שלפיה המערער לא השכילה לסתור את החזקה, המטילה עליה, כמחזיקה במקרקעין, את הנטל להוכיח כי העובדים הועסקו על ידי אחרים (על בסיס הטענה שלפיה הוצגו ראיות המלמדות כי עבודות ביצוע השלד בנכס נעשו על ידי אחרים); והטלת האחריות על המערער - בכובעו כנושא משרה - בגין עבירות של העסקה שלא כדין המיוחסות למערער, חרף עדותו שלפיה נתן לעובדיו הוראה חד משמעית שלא להעסיק עובדים תושבי הרשות הפלסטינאית ללא היתר בעבודות המבוצעות על ידי המערער.

כך גם סבורים המערערים, כי בית הדין קמא לא היה רשאי לפנות לחזקה, הרואה במחזיק במקרקעין כמי שמעסיק



את העובד שנמצא במקרקעין - בהיעדר ראיה פוזיטיבית הקושרת בין המחזיק לבין העובד.

במישור השני, טוענים המערערים כי יש לזכותם מהעבירות המיוחסות להם בשל הפגיעה בזכותם להליך הוגן, בשל מחדל החקירה. נזכיר בהקשר זה, כי לטענת המערערים, עדותו של מנהל העבודה חיונית לצורך ביסוס הטענה שלפיה העובדים היו עובדי המערערת. מכאן שאי הבאתו לעדות מחייב את זיכוי המערערת מהעבירות המיוחסות לה בכתבי האישום ומתוך כך מתחייב גם זיכוי המערער מעבירה של אחריות נושא משרה לעבירות שנעברו על ידי המערערת.

על רקע זה, את הדיון בהשגות המערערים על הכרעת הדין של בית הדין קמא, אפתח בטענות שלפיהן לא היה מקום להרשעתם בעבירות המיוחסות להם בכתבי האישום, על יסוד הראיות שהוגשו בהליך בבית הדין קמא. לאחר מכן אגש לבחינת טענות המערערים לזיכויים בשל מחדל החקירה אשר פגע, לטענתם, בזכותם להליך הוגן.

23. הטענות בערעור שלפיהן אין להרשיע את המערערים על יסוד הראיות שבפני בית הדין קמא, מכוונות כאמור כלפי הקביעות העובדתיות שנקבעו בהכרעת הדין מושא הערעור, ועל השימוש שעשה בית הדין קמא בחזקה.

24. הלכה מושרשת היא, שלא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה ובקביעות מהימנות של הערכאה הדיונית^[12]; ולפיכך, התערבות בית הדין של הערעור בקביעות העובדתיות של הערכאה הדיונית מוגבלת לאותם מקרים שבהם קביעות הערכאה הדיונית אינן מתיישבות עם נתונים אובייקטיביים שהוכחו ואין עולות בקנה אחד עם הניתוח האנליטי של הראיות, מושכלות החיים וההתנהגות האנושית^[13].

25. לטעמי, המקרה שלפנינו איננו המקרה החריג שבו על ערכאת הערעור להתערב בקביעות העובדתיות של בית הדין קמא, משאלה מעוגנות היטב בראיות שהיו בפניו; ולעניין זה אפרט בקצרה.

26. בענייננו אין מחלוקת על העובדה שלפיה המערערת הייתה בעת הרלוונטית לכתבי האישום מושא ערעור זה, חברה לביצוע עבודות בניין וכי המערער היה הבעלים והמנהל בפועל של המערערת. בית הדין קמא שמע את עדותו של בעל הנכס אשר פירט את נסיבות ההתקשרות עם המערערת וסיפר בעדותו כי עבודת בניית השלד בנכס נמסרה למערערת. במהלך עדותו הציג בעל הנכס כתב כמויות שהוציאה המערערת ותכנון קונסטרוקציה של השלד בנכס שגם הוא נעשה על ידי המערערת, שהן ראיות אובייקטיביות המחזקות את עדותו ותומכות בה. אוסיף עוד כי מהעדויות שהיו בפני בית הדין עולה כי בנכס הוצב מנהל עבודה מטעם המערערת^[14], שמתפקידו לוודא כי העובדים בנכס המועסקים על ידי המערערת הם בעלי היתר כדין לעבוד בישראל^[15]. מכאן שלגרסת המערערים עצמם - יש לראות במערערת כמי שהייתה "המחזיק" בנכס.

בנסיבות הללו אין להתערב בקביעות של בית הדין קמא, שלפיה נכון למועדי הביקורות המפורטים בכתבי האישום, המערערת היא שביצעה את עבודת בניית השלד בנכס, ומכאן שיש לראותה כ"מחזיק במקרקעין" נכון לאותם מועדים.

27. בהכרעת דינו דחה בית הדין קמא טענת המערערת שלפיה עבודות בניית השלד בנכס בוצעו על ידי קבלני משנה מטעמה; ומכאן המשיך בית הדין קמא וקבע שלא נסתרה החזקה.

28. גם כאן אין בידי לקבל את השגות המערערים על הקביעה העובדתית של בית הדין בסוגיה זו. בהקשר זה די לי



לומר, כי במסגרת ההליך בבית הדין קמא, הציגה המערערת שני חוזים עם חברה בשם "נאסרקו בע"מ" -
האחד מיום 4.11.2002 והאחר מיום 1.7.2003.

ביחס לחוזה מיום 4.11.2002 ציין בית הדין קמא כי זה איננו חתום, הוא איננו מתייחס למועדי הביקורות - יולי עד
ספטמבר 2003 - ואין כל ראיה לביצוע תשלום על ידי המערערת לאותה חברה במסגרת אותו חוזה. בנסיבות אלו
נדחתה טענת המערערת שלפיה בהסתמך על החוזה מנובמבר 2002, יש לקבוע כי עבודת בניית השלד בנכס
נמסרה על ידה לקבלן משנה.

בהכרעת הדין מושא הערעור הסביר עוד בית הדין קמא כי אין בידו לקבל את גרסת המערערת שלפיה החוזה מיום
1.7.2003 מייצג התקשרות של המערערת עם קבלן משנה לביצוע עבודות בניית השלד בנכס. זאת משום שחוזה
זה איננו מתייחס לעבודה בנכס, חוזה זה איננו כולל לוחות זמנים והתמורה על פי אותו חוזה איננה תואמת את כתב
הכמויות שהוציאה המערערת עצמה לצורך בניית השלד בנכס; ומכאן שאיננו יכול להתייחס לנכס המדובר.

מכאן עולה כי טענותיה של המערערת להתקשרות עם קבלן משנה אשר הוא שביצע את עבודת השלד בנכס נבחנו
על ידי בית הדין קמא ונדחו על יסוד הראיות שהיו בפניו ולא מצאנו כי יש מקום להתערבותנו בקביעותיו אלה.
אוסף כי משנדחתה הטענה העובדתית של המערערת, שלפיה עבודות ביצוע השלד בנכס נמסרו על ידה לאחר,
בדין נקבע כי לא עלה בידה לסתור את החזקה.

29. טענה נוספת בערעור המתייחסת לקביעה עובדתית של בית הדין קמא, היא הטענה שלפיה היה על האחרון
להעדיף את עדות המערער שלפיה נתן הנחיה חד משמעית שלא להעסיק עובדים זרים ללא היתר כדין, ועל
בסיס עדותו זו לזכותו מעבירה של אחריות נושא משרה. גם כאן אקצר ואומר, כי מסמכותה של הערכאה
הדיונית שלא לקבל את גרסת המערער בעדותו, וכי במקרה דנן, בהתחשב בנסיבות - העובדה כי בפועל
נמצאו עובדים זרים ללא היתר כדין, באותו מקום, בשלושה מועדים שונים, אינני רואה מקום להתערב
בקביעתה.

גם כאן אוסיף במאמר מוסגר כי, אף אם נתן המערער הנחיה שלא להעסיק עובדים ללא היתר כדין - הרי משאין
בעדותו כל התייחסות לאופן שבו פיקח על ביצוע ההנחיה בפועל, ונוכח הימצאותם של העובדים ללא היתר כדין
במקרקעין שבחזקתו בשלושה מועדים שונים - ניתן לבסס את קיום היסוד העובדתי הנחוץ להרשעה בעבירה של
אחריות נושא משרה.

30. החזקה שהוכרה על ידי בית הדין הארצי וקיבלה בהמשך ביטוי ועיגון בסעיף 4 לחוק, היא חזקה ראייתית
שלפיה רואים במחזיק במקרקעין כמי שהעסיק את העובד הזר שנמצא עובד במקרקעין שבחזקתו. משמעות
ההכרה בחזקה היא שלא נדרשת ראיה ישירה הקושרת בין העובד הזר לבין המחזיק במקרקעין, המלמדת על
קיומם של קשרי עובד מעסיק בין השניים.

31. יוצא מכאן שאין לקבל את טענות המערערים שלפיהן לא היה מקום להרשעתם על יסוד הראיות שהיו בפני
בית הדין קמא.

32. בנקודה זו אפנה לטענות המערערים לפגיעה בזכותם להליך הוגן, בשל מחדל החקירה. בהקשר זה נקבע על
ידי בית המשפט העליון כך:



"בהינתן תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של נאשם, הרי שאין בקיומם של מחדלי חקירה, כשלעצמם, כדי להביא לזיכויו של הנאשם. בחינת טענות הנוגעות למחדלי חקירה תעשה בשני שלבים: תחילה יש לבחון האם מדובר כלל במחדל חקירה. רק אם המענה לשאלה הראשונה הוא בחיוב, יש לבחון את השאלה, האם בשל מחדלי החקירה הנטענים, נפגעה יכולתו של הנאשם להתמודד כראוי עם חומר הראיות אשר עמד נגדו, עד כי קיים חשש ממשי כי הגנתו קופחה, כמו גם זכותו להליך הוגן. בחינה זו נעשית, תוך שקלול המחדלים הנטענים אל מול התשתית הראייתית שהונחה בפני הערכאה הדיונית..."^[16]

33. שאלת עצם קיומו של מחדל חקירה, יש לבחון על בסיס ההלכה שלפיה "התביעה אינה מחויבת להציג בפני בית-המשפט את 'הראיה המקסימלית', אלא '[עליה] להוכיח את המוטל עליה ב'ראיה מספקת', ואין נפקא מינה אם היה לאל ידה להשיג טובה הימנה'... עם זאת, אין להשלים עם מצב שבו רשויות החקירה נמנעות מלתפוס 'ראיות רבות ואיכותיות ככל שניתן על מנת שתונח בפני בית-המשפט תשתית ראייתית מקיפה ממנה ניתן יהיה ללמוד על התמונה העובדתית לאשורה'..."^[17]

34. הנגזרת מהחובה המוטלת על התביעה לתפוס ראיות רבות ואיכותיות ככל שניתן, כך שבפני בית הדין תונח תשתית ראייתית מקיפה שממנה ניתן ללמוד על העסקתם של העובדים בידי המערערת, במועדים הנטענים בכתבי האישום, שלא כדין; היא - שאפילו שיכולה התביעה להסתמך על החזקה, אין בכך כדי לפטור אותה מהחובה לנסות ולתפוס ראיות הקושרות באופן ישיר בין העובד הזר שנמצא עובד באתר ללא היתר כדין, למעסיקו.

לפיכך, בנסיבות שלפנינו היה על המשיבה לגבות את עדותו של מנהל העבודה עוד במועד עריכת הביקורות או בסמוך לאחר מכן ולדאוג להבאתו לעדות במסגרת ההליך המשפטי, ככל שהדבר היה ניתן. משלא עשתה כן המשיבה, מקובלת עלי עמדת המערערים למחדל חקירה המתבטא באי תפיסת ראיה - גרסתו של מנהל העבודה - שבכוחה היה לתרום להבהרת התמונה העובדתית המלאה הנוגעת לזהות מעסיקם של העובדים.

35. עם זאת, מחדל החקירה האמור איננו יכול להוות בסיס לקבלת הערעור ולזיכויים של המערערים, משלא מצאנו כי מחדל החקירה במקרה זה פגע בזכותם להליך הוגן. לענין זה די לי לומר כי ככלל ניתן לטעון לקיומו של מחדל חקירה שבגיני נפגעת זכותו של הנאשם להליך הוגן באותם מצבים שבהם אין בכוחו של הנאשם לתפוס אותן ראיות שיש בהן כדי לשפוך אור על התמונה העובדתית ושהתביעה נמנעה מלתפוס ולהביא בפני בית הדין. בענייננו, כבר בשלבים הראשונים של החקירה שהבשילה בסופו של יום לכתבי האישום מושא הערעור שלפנינו, התבקשה עמדת המערערת, באמצעות נציג מטעמה, באשר להימצאותם של העובדים בנכס. כפי שעולה מהאמירה שנגבתה מנציג המערערת בשלבי החקירה הראשונים, לגרסת אותו נציג מנהל העבודה הוא שהיה אחראי לוודא שבנכס מועסקים עובדים תושבי הרשות הפלסטינאית בעלי היתר. בנסיבות הללו היה בידי המערערים להציג את גרסתם בשאלת הימצאותם של העובדים בנכס, ללא היתר כדין - באמצעות הבאת גרסתו של מנהל העבודה, ואפילו בשלבי החקירה המוקדמים; בפרט הדברים נכונים לאור עמדתה של המערערת שלפיה אין מדובר בעובדים שהועסקו על ידה. בנסיבות אלו, שבהן מטרת החקירה הוצגה למערערים עוד בשלביה הראשונים והיה באפשרותם, ללא קושי מיוחד, להציג את גרסתם לענין זה באמצעות מנהל העבודה, אין לומר כי נפגעה זכותם של המערערים להליך הוגן בעקבות מחדל החקירה.

36. מהמקובץ עולה אפוא, כי דין ערעור המערערים על הכרעת הדין להידחות.



הערעורים על גזר הדין

37. בחינה מקרוב של טענות המערערים לעניין גזר הדין, מגלה כי השגות אלה אינן מתייחסות לקביעתו של בית הדין קמא שלפיה יש לראות את העבירות שבהן הורשעה המערערת בכל אחד מכתבי אישום כאירוע אחד, ואת מספר העובדים שהועסקו ללא היתר כדין בכל אירוע כנסיבה מחמירה. כן אין הערעורים שלפנינו מכוונים כלפי מתחם הענישה שקבע בית הדין קמא, שבגדרו יש לגזור את עונשה של המערערת בכל אירוע; ואת עונשו של המערער באירוע מושא הרשעתו. להבדיל, טענות המערערים לעניין גזר הדין מתמקדות בפגיעה הצפויה בהם, בהתחשב בשיעור הקנס שהושת עליהם בגזר הדין, בגילו של המערער ובהתמשכות ההליכים. בהקשר זה, בקשתם של המערערים היא כי נתערב בגזר הדין מהנימוק כי - "באיון שבין האינטרס הציבורי של ההרתעה שגזר הדין מבקש להשיג לבין האינטרס האישי של המערערים, האינטרס האישי של המערערים גובר, ובית הדין של הערעור מתבקש להקל בקנסות עד לכדי הטלת קנס סימלי".

38. בתיקון 113 לחוק העונשין נקבע עיקרון לפיו "בתוך מתחם העונש ההולם יגזור בית המשפט את העונש המתאים לנאשם ואולם... בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם, בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור..."^[18].

על פי סעיף 40א' לחוק בקביעת העונש בתוך מתחם העונש ההולם, רשאי בית הדין להתחשב בנסיבות האישיות של הנאשם. לעניין זה נקבע בסעיף:

"בגזירת העונש המתאים לנאשם כאמור בסעיף 40ג(ב), רשאי בית המשפט להתחשב בהתקיימות נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר כי ראוי לתת להן משקל בנסיבות המקרה, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם:

(1) הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו;

(2) הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם;

...

(7) התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה;

...

(10) חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה;

(11) עברו הפלילי של הנאשם או העדרו" (הדגשה הוספה - ט.מ.).

39. בענייננו, טענות המערערת לעניין גזר הדין מתייחסות למשמעות הכלכלית של הקנס שהוטל עליה וטענות המערער להקלה בעונש מפנות לנסיבות האישיות - גילו, מצבו הכלכלי ותרומתו לחברה - כל אלה הן נסיבות להקלה בעונש בתוך מתחם הענישה ואין על פי החוק נימוק לחרוג ממתחם העונש ההולם (משאין מדובר בשיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור)^[19].

40. אשר על כן, משנגזר דינם של המערערים בתוך מתחם העונש ההולם בגין העבירות שבהן הורשעו ולאור הוראות סעיף 40א' לחוק העונשין, כמובא לעיל - דין הערעורים על גזר הדין להידחות.

41. סוף דבר: בנסיבות אלו אציע לחבריי לדחות את הערעורים, הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין.



סגן הנשיאה אילן איטח:

אני מצטרף לחוות דעתו של חברי, השופט טוינה.

השופטת לאה גליקסמן:

אני מצטרפת לחוות דעתו של חברי, השופט טוינה.

סוף דבר

הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט טוינה לדחות את הערעורים הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין. הקנס שנגזר על המערערים לשלם, ישולם בשיעורים כפי שנקבע בגזר הדין של בית הדין קמא, כאשר התשלום הראשון ישולם תוך 60 יום מיום חתימת פסק דין זה.

על פי בקשת הצדדים במעמד הדיון בערעור, יישלח להם פסק הדין בדואר.

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

ניתן היום, ג' טבת תשע"ט (11 דצמבר 2018), בהעדר הצדדים וישלח אליהם.

משה טוינה,
שופט

לאה גליקסמן,
שופטת

אילן איטח,
סגן נשיאה, אב"ד



[2] כמפורט בכתבי האישום בהליכים מושא ערעור.

[3] כאמור בכתב האישום בהליך שמספרו פ 1869/08.

[4] מיום 23.11.2014.

[5] שבא לביטוי בע"פ 4602-07-14, **מדינת ישראל - א. י. ל. סלע (1991) בע"מ** (19.4.2016): "... כפי שכבר נפסק לא אחת, 'כאשר אדם נמצא מבצע עבודה באתר מסוים, והעבודה שהינו מבצע נחוצה למי שמחזיק אותה עת באתר - ניתן להסיק כי קיים קשר של יחסי עובד מעביד בין מבצע העבודה לבין המחזיק באתר אלא אם יוכח אחרת' (להלן: **החזקה העובדתית**) ..." פסקה 26 לפסק הדין.

[6] סעיף 29 להכרעת הדין.

[7] סעיף 9 לגזר הדין.

[8] סעיף 9 לגזר הדין.

[9] סעיף 14 לפסק הדין.

[10] סעיף 13 להודעת הערעור.

[11] סעיף 6 לנימוקי הערעור על גזר הדין.

[12] ע"פ 2485/00 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 918, 924 (2001).

[13] ע"פ 6295/05 **וקנין נ' מדינת ישראל** בפסקה 36 לפסק הדין (25.1.2007); ע"פ 5633/12 **ניימן נ' מדינת ישראל** (10.7.2013) (להלן: "**עניין ניימן**").

[14] בהקשר זה סיפר בעדותו הנאשם הנוסף: "**ש. ידעת מי מנהל שם את הפרויקט? ת. כן, אשר בוקובזה. ש. מה היה תפקידו? ת. מנהל עבודה, כל אתר יש לו את המנהל שלו. ש. אשר בוקובזה היה עובד של? ת. חברת אבו דוגוש**" (עמ' 43 לפרוטוקול, שורה 25 עד עמ' 44, שורה 2). ובהמשך "... **אני יודע שהיה מנהל עבודה שם** (בנכס; הוספה שלי - ט.מ.), **אבל אני אישית לא ניגשתי אליו... ידעתי שיש פרויקט שמעתי שיש פרויקט בלהבים ואשר מנהל אותו...**" (עמ' 45 לפרוטוקול, שורות 22-24); וכך גם נשאל המערער בעדותו והשיב: "**ש. מי היה מנהל העבודה בסלעית 3? ת. אשר בוקובזה**" (עמ' 47



לפרוטוקול שורות 22-23).

[15] בעניין זה העיד המערער כי: "**החווה נמצא אצלו** (אצל מנהל העבודה; הוספה שלי - ט.מ) **ובהנחיה חד משמעית שהוא לא מכניס אף אחד לאתר. אין מצב שאני אעסיק עובד שלא מוכר. אשר הוא עובד ותיק שלי בחברה. בשום מצב לא מכניסים עובדים לא מוסדרים**" (עמ' 47 לפרוטוקול, שורות 25-26).

[16] עניין ניימן.

[17] פסקה 50 לפסק הדין בעניין ניימן.

[18] סעיף 40ד' לחוק העונשין.

[19] ע"פ 1127/13 גברזגיי נ' מדינת ישראל (15.1.2014).