



ע"פ 9853/09/19 - לון אריזות השרון בע"מ, שרון לוי נגד מדינת ישראל

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 9853-09-19

ניתן ביום 10 מאי 2020

המערערים

1. לון אריזות השרון בע"מ
2. שרון לוי

-

המשיבה

מדינת ישראל

בפני השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט אילן סופר, השופט מיכאל שפיצר

בשם המערערים: עו"ד משה זכות

בשם המשיבה: עו"ד שרון פיליפסון

פסק דין

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי תל אביב (השופט הבכיר יצחק לובוצקי; הע"ז 36042-12-16), במסגרתו הורשעו המערערים בהעסקתם של שנים-עשר עובדים זרים ללא היתר, בניגוד לסעיפים 2(א)(1) ו- (2) לחוק עובדים זרים, התשנ"א - 1991 (להלן: **חוק עובדים זרים** או **החוק**; ביחס למערער 2 - יחד עם סעיף 5 לחוק), והוטל קנס בסך 216,000 ₪ על המערערת 1 וקנס בסך 18,000 ₪ על המערער 2. הערעור מכון הן כלפי הכרעת הדין והן כלפי גזר הדין.

התשתית העובדתית ופסק הדין של בית הדין האזורי

2. המערערת 1, לון אריזות השרון בע"מ (להלן: **המערערת**), היא חברה פרטית שהפעילה בתקופה הרלוונטית עסק לתיקון משטחי עץ במושב נווה ירק. המערער 2, מר שרון לוי (להלן: **המערער**), היה בתקופה הרלוונטית בעל מניות במערערת ומנהלה.

3. ביום 15.12.15 בוצעה ביקורת של מפקחי רשות האוכלוסין במפעלה של המערערת, ונמצאו במהלכה שלושה-עשר עובדים זרים שהועסקו לפי הנטען ללא היתר כדין, וארבעה עובדים (אחד מהעובדים



שהועסקו ללא היתר ושלושה אחרים) שהועסקו ללא ביטוח רפואי. על כך הוגש כתב האישום כנגד המערערים.

4. במהלך דיון ההוכחות העידו מטעם המאשימה שלושה מצוות המפקחים שביצע את הביקורת - מר חמד סלמה, מר אריאל טרבולוס ומר רוני גטסאו טדלה, וכן רכז המודיעין מר אוהד דגש. מטעם המערערים - שהעידו לאחר שנדחתה בקשתם לזיכוי בטענת "אין להשיב לאשמה" - העידו המערער וגב' רות גולדשטיין, מנהלת החשבונות של המערערת. בתום הדיון חזרה בה המאשימה מהאישום המתייחס לאחד העובדים (נוכח אי התאמה ברישום פרטיו), כך שהאישום ביחס להעסקת עובדים זרים שלא כדן נותר ביחס לשנים עשר עובדים - שלושה אזרחי סודן, ותשעה עובדים פלסטינים.

5. בית הדין קבע כי כל העובדים נמצאו כאשר הם מבצעים עבודות במפעלה של המערערת, והמערער אף זיהה אותם (חלקם כעובדים שלו וחלקם כעובדים של קבלן מטעמו). לא הייתה מחלוקת כי העובדים אינם אזרחי ישראל או תושביה, וכי למערערים לא היה היתר כדן להעסיקם. המערער לא הכחיש כי המערערת הייתה מעסיקתם של שלושת העובדים אזרחי סודן, אך טען כי אחד מהם איתר עבורו את העובדים והוא סמך עליו שיבדוק את רישיונותיהם. כן טען, לגבי שני העובדים הנוספים, כי הציגו ככל הנראה אשרה מזויפת. בית הדין קבע כי טענות אלה אינן שוללות את יסוד ההעסקה, שהוכח במלואו.

6. אשר לתשעת העובדים הפלסטינים טענו המערערים כי הם לא הועסקו על ידי המערערת אלא על ידי קבלן כוח אדם - מר זאהר מוחמד איברהים אלסייד (להלן: **הקבלן**) - עמו נחתם הסכם לאספקת עובדים. בית הדין קבע כי בהתאם לפסיקה, "**אין לפטור מחבות את המעסיק בפועל, על ידי גלגולה של ההעסקה על אחר... אין לקבל את טענת המעסיק בפועל, כי הסתמך על קבלן כח אדם או קבלן משנה, ביחס לכשרות ההעסקה של עובדים זרים, כדי לפטור אותו מאחריות פלילית אם העסקת העובד הזר נעשתה שלא כדן**" (תוך הסתמכות על רע"פ 2217/12 **זלמן בראשי ואחיו בע"מ נ' מדינת ישראל** (24.2.13); להלן: **עניין בראשי**).

משכך, יש ליישם את החזקה הקבועה בסעיף 4א' לחוק לפיה "**יראו מחזיק במקרקעין כמי שמעסיק עובד זר שנמצא עובד במקרקעין, אלא אם הוכיח המחזיק אחרת**", כאשר באפשרותו של המחזיק לסתור את החזקה באמצעות הוכחתה של "**התקשרות אמיתית עם קבלן משנה כדן...**". התקשרות עם קבלן משנה שאין לו היתר עבודה היא מעצם טיבה התקשרות בלתי חוקית, ולכן אין בה כדי להסיר את האחריות הפלילית מכתפיו של מי שהעובדים הזרים הועסקו בחצרו (עניין **בראשי**). בנסיבות המקרה לא עלה בידי המערערים לסתור את החזקה, שכן הם לא הוכיחו כי הקבלן היה בעל היתר כדן להעסקת עובדים בישראל, ולכן הוכח היסוד העובדתי גם ביחס להעסקת תשעת העובדים הפלסטינים.

7. בית הדין הוסיף וקבע כי מתקיים גם היסוד הנפשי, ביחס לכל 12 העובדים, שכן הייתה למערערים לכל הפחות "עצימת עיניים". כן הוכחו יסודותיו של סעיף 5 לחוק ביחס לאחריותו של המערער כנושא משרה, מעצם הוכחת יסודות העבירה לגבי המערערת הכוללים גם יסוד נפשי של מודעות. עם זאת החליט לזכות



את המערערים מהעבירות הנוספות שיוחסו להם ביחס להעסקת ארבעה עובדים ללא ביטוח רפואי בניגוד לסעיף 2(ב)(3) לחוק, שכן מנהלת החשבונות העידה שביום 10.12.15 שלחה דוא"ל לסוכנות הביטוח על מנת לערוך לאותם עובדים את הביטוח הרפואי הנדרש. בהתחשב בכך שהמערערים פעלו באופן פוזיטיבי לצורך עריכת הביטוח עוד טרם לביקורת, והכשל נגרם בשל השיהוי בפעולת סוכנות הביטוח וחלף זמן קצר מאז, נקבע כי המערערים עשו כל שביכולתם באופן סביר והם זוכו מחמת הספק מהעבירה האמורה.

8. במסגרת גזר הדין עמד בית הדין על כך שמדובר ב"אירוע" אחד. בשים לב לפגיעה בערכים המוגנים; לעובדה כי העבירות בוצעו במסגרת משלח ידם של המערערים; וכן לחלוף הזמן כאשר לא הוכח כי הוטלו על המערערים קנסות נוספים מאז מועד הביקורת - קבע את מתחם הענישה ביחס למערערת על סך של 15,000 ₪ ועד 30,000 ₪ לכל עובד, וביחס למערער - על סך של 1,000 ₪ ועד 3,000 ₪ לכל עובד.

אשר לקביעת העונש בתוך המתחם - בהתחשב בהעדרן של הרשעות קודמות; בהתרשמות בית הדין כי המערערים "למדו את לקחם"; ומאידך בכך שמדובר בהעסקה של 12 עובדים מוחלשים וכי המערערים הפיקו ממעשיהם רווח כלכלי - הועמד עונשה של המערערת על סך של 216,000 ₪ (לפי סך של 18,000 ₪ לכל עובד זר) ועונשו של המערער על סך של 18,000 ₪ (1,500 ₪ לכל עובד זר), לתשלום בעשרה תשלומים חודשיים. כן חויבו המערערים לחתום על התחייבות - בסך 100,000 ₪ למערערת ו- 15,000 ₪ למערער - שלא לעבור עבירה דומה משך שלוש שנים מיום מתן גזר הדין. להשלמת התמונה יצוין כי בהתאם להחלטת חברי השופט מיכאל שפיצר מיום 24.9.19 שניתנה במסגרת החלטה לעיכוב ביצוע שהגישו המערערים, הופחת התשלום החודשי שהוטל על המערערת לסך של 10,000 ₪ וזאת עד להכרעה בערעור.

טענות הצדדים בערעור

9. המערערים טוענים כי בכל הקשור להעסקת העובדים הפלסטינים נותר "הרבה מעבר לספק סביר", שכן "אלו הועסקו על ידי קבלן משנה עימו הייתה חתומה המערערת 1 על הסכם הספקת עובדים" כאשר המערערת שילמה לקבלן 700 ₪ ליום עבור כל עובד כנגד חשבונית ומפקח מטעם הקבלן אף נכח בשטח. בהתאם נמסרו פרטיו של הקבלן למאשימה במהלך חקירתו של המערער, לרבות מספר טלפון נייד, ובנוכחות המערער יצר המפקח מר טדלה קשר טלפוני עם הקבלן והלה אישר באוזניו שסיפק עובדים למערערת (והדברים רשומים במפורש על גבי הודעת המערער מיום 26.9.16). למרות זאת, הקבלן לא זומן למסירת עדות במשרדי המאשימה ובכך נפגעה באופן מהותי הגנת המערערים, שכן הקבלן יכול היה לאשר שהעסקת העובדים על ידו הייתה חוקית.

משכך, יש לקבוע כי "המדינה לא סתרה את עובדת היותו של זאהר [הקבלן - ס.ד.מ] בעל אישור העסקה בישראל" וכי הסכימה לכך מעצם אי זימונו לחקירה, כאשר הנטל להוכיח שהקבלן אינו רשאי להעסיק עובדים בישראל מוטל על המאשימה ולא ניתן היה להעבירו אליהם. לשיטתם, העלו ספק סביר מעצם כך שלקבלן יכול להיות היתר להעסקת העובדים בישראל למיטב ידיעתם, ודי בכך. המערערים מדגישים כי גם מהעובדים הפלסטינים לא נגבתה עדות, וככל שהייתה נגבית - מאשרים היו אף הם כי מעסיקם היה הקבלן. לכל הפחות יש לראות זאת כטעות במצב הדברים באשר לקיומו של היתר העסקה לקבלן, שכן הקבלן "היה גר בישראל, יש לו



אישה בישראל, יש לו רכב עם מספר צהוב, ודברים אלה "העצימו את התחושות כי מדובר בקבלן שרשאי להעסיק עובדים בישראל" ובהתאם גם היסוד הנפשי לא יכול היה להתקיים.

10. המערערים מוסיפים וטוענים לגבי העובדים אזרחי סודן, כי **"במהלך ניהול ההוכחות עלו פגמים ותהיות רבות בקשר עם נכונות הרישומים והתאמתם לנראה בשטח"**, ובהתאם חזרה בה המאשימה מהאישום ביחס לאחד העובדים בתום ההוכחות. אף לא נגבו מהעובדים הודעות לצורך אישור זהותם, ונפלו פגמים ברישום זהותם ואימותה על ידי המפקחים. בהעדר חקירה לעובדים, גם לא נבדקה טענת ההגנה שהעלה המערער בדבר אשרות מזויפות שהוצגו לו, ויש לראות בכך מחדל חקירתי המצדיק את ביטול כתב האישום. בנוסף ולחלופין נטען כי הייתה "תקלה" לגבי שלושה עובדים בלבד, **"וזו תקלה שלא מגובה ביסוד נפשי"** (עמ' 5 לפרוטוקול).

עוד טוענים המערערים כי הרשעת המערער נעשתה **"באופן ישיר להרשעת המערער 1"** וזאת מבלי לבדוק את אחריותו האישית. בפועל העידה מנהלת החשבונות - שבית הדין נתן אמון בעדותה - שהמערער נתן לה הנחיות להעסיק את העובדים הזרים **"לפי חוק"**, והמערער הבהיר באחת מהודעותיו כי למנהל העבודה מטעמו (מר חן ונטורה) מועברות כל ההוראות הנוגעות לקבלת עובדים זרים לעבודה. משכך, יש לקבוע כי עשה את כל הדרוש על מנת שכל העובדים יועסקו עם היתרים כנדרש. מנהל העבודה מר ונטורה אף נרשם כעד תביעה בכתב האישום, אך לבסוף לא העיד ולא הוגש דבר מטעמו.

11. לענין גזר הדין טוענים המערערים כי הוא חמור ואינו מידתי ביחס לעבירות בהן הורשעו, בהתחשב בכך שאין להם עבר פלילי כלשהו; חלפו יותר מארבע שנים מאז ביצוע העבירות; הם זוכו מחלק מהעבירות (בנושא הביטוח הרפואי) כך שאין לזקוף את ניהול ההליך לחובתם; ובנוסף לכך נקבע עונש בגין העסקת כל עובד בנפרד הגם שבית הדין קבע שמדובר ב"אירוע" אחד. עוד טענו כי העונש מקשה על תפקודם, ואינו עומד בהלימה עם הפסיקה במקרים דומים (דוגמת ע"פ (ארצי) 57160-01-14 **מדינת ישראל נ' חדוות הורים בע"מ** (8.11.14), להלן: עניין **חדוות הורים**, בו נפסק קנס בסך 75,000 ₪ בגין העסקה שלא כדין של ששה עובדים זרים, וכן ע"פ (ארצי) 12113-04-14 **אחים ראני בע"מ נ' מדינת ישראל** (12.3.19), להלן: עניין **אחים ראני**, בו נפסק קנס בסך 12,000 ₪ בגין העסקה שלא כדין של שני עובדים זרים). המערערים ציינו כי העסיקו אותה עת חמישים וחמישה עובדים אשר כולם הועסקו עם אישורי עבודה וביטוחים רפואיים, מלבד "3 פועלים מסודן" שיש לראותם כ"**מקרים בודדים וחריגים שאינם מאפיינים את התנהלותם השוטפת של המערערים**".

12. המדינה תומכת בהכרעת הדין של בית הדין האזורי מטעמיה (הגם שהיא סבורה שלא מוצדק זיכוי המערערים מהעבירה של אי עריכת ביטוח רפואי), וסבורה כי אין להתערב בממצאיו העובדתיים של בית הדין האזורי. אשר לעובדים הפלסטינים טוענת המדינה, כי המערער ידע כי הקבלן הוא פלסטיני תושב חברון, שאינו תושב או אזרח ישראלי, כאשר ההסכם ביניהם היה הסכם לאספקת עובדים ולא לביצוע עבודה. משכך, לא די בכך כדי להסיר אחריות מהמערער להעסקת עובדים פלסטינים שלא היה להם היתר עבודה בישראל או שהיה להם היתר עבודה אצל מעסיק ישראלי אחר שאינו המערער. כיוון שמדובר



בקביעה משפטית המבוססת על פסיקת בית המשפט העליון בעניין **בראשי**, ממילא לא היה צורך בזימון הקבלן לחקירה שכן גם אם היה מאשר את דברי המערער - לא היה בכך כדי לזכותו.

13. אשר לעובדים אזרחי סודן - למעשה אין מחלוקת כי הועסקו על ידי המערער. מתעודות עובד הציבור עולה שלא הייתה להם אשרת שהייה בתוקף בישראל ביום הביקורת, ולכן אין אלא להסיק כי הועסקו שלא כדין. המערער העיד כי סמך על העובדים שהם מחדשים את אשרותיהם ולא בדק זאת, וודאי שלא די בכך כטענת הגנה. גם הטענה בדבר הצגת אשרות מזויפות "כנראה" על ידי חלק מהעובדים - נטענה בעלמא ולא הובאה לה כל ראיה, לרבות צילומי האשרות שאמורים היו להיות בידי המערער. ביחס לשניים מהעובדים אף עלה מדברי המערער כי ידע שאין להם אשרה בתוקף עוד טרם הביקורת.

14. אשר לטענה בדבר "טעות במצב הדברים" - זו הועלתה לראשונה בערכאת הערעור וכבר מטעם זה דינה להידחות. גם לגופה אין בה ממש, שכן על טעות כאמור (סעיף 34 י"ח לחוק העונשין, התשל"ז - 1977, להלן: **חוק העונשין**) להיות כנה, באופן שהנאשם האמין במצב דברים שאינו מתקיים בפועל. במקרה זה המערער לא העיד ולא פירטו על מצב עובדתי מסוים שאינו מתקיים בפועל הגם שדימו כי קיים, ולמעשה המערער אישר במפורש בחקירתו ש"**בזמנו לא ידעתי מה זה אשרות והיתר לעובדים זרים**".

אשר לטענה למחדלי חקירה - כבר נקבע כי לא מוטלת על המאשימה חובה להציג את הראיות המקסימליות הניתנות להשגה, ודי כי תציג ראיות מספיקות (ע"פ (ארצי) 32845-07-15 **מדינת ישראל נ' קארין פילוסוף זרניצקי** (24.6.18); להלן: עניין **זרניצקי**). אשר ליסוד הנפשי - אין מחלוקת ממשית כי התקיימה מודעות ליסודות העבירה. אשר לאחריותו של המערער כנושא משרה - בהתאם לחוק עליו לפקח ולעשות כל האפשר למניעת עבירות על החוק. כאשר אישר בחקירתו כי הוא לא עוקב במדוקדק אחר חידוש האשרות של העובדים הזרים נתיני סודן, וכי חוקיות עבודתו של הקבלן הפלסטיני "לא עניינה אותו" - די בדברים אלה על מנת להרשיעו.

15. בהתייחס לגזר הדין טוענת המדינה, כי הלכה פסוקה היא כי ערכאת ערעור אינה מתערבת בחומרת העונש שהוטל אלא במצבים חריגים המצדיקים זאת. במקרה זה בית הדין התחשב בכל טיעוני המערערים ושקללם באופן מדוד וראוי, כך שאין הצדקה להתערבות. קל וחומר, כאשר שלושה מהעובדים הזרים הם "מסתננים" אשר בעניינם קבע המחוקק ענישה מחמירה יותר. המדינה מוסיפה כי הגם שנקבע כי כל העבירות בהן הורשעו המערערים מהוות "אירוע" אחד - גזירת העונש ביחס למספרם של העובדים הזרים כלפיהם בוצעו העבירות עולה בקנה אחד עם פסיקת בית הדין (הן בעניין **חדוות הורים** והן בע"פ (ארצי) 61440-02-19 **דגימים בע"מ נ' מדינת ישראל** (11.10.19), להלן: עניין **דגימים**).

16. במהלך הדיון בערעור התבקשה המדינה להסביר את מדיניותה בנוגע להגשת כתבי אישום במצבים של העסקת מבקשי מקלט מסודן, בהתחשב בייחודיות הנוגעת לשהותם בישראל ובהצהרות המדינה במסגרת בג"צ 6312/10 **קו לעובד נ' ממשלת ישראל** (16.1.11; להלן: **בג"צ קו לעובד**). המדינה ביקשה להגיש השלמת טיעון בנקודה זו, וטענה במסגרתה כי "**מדיניות אי ההרחקה ביחס למסתננים מאריתריאה**



וסודן לפיה התחייבה המדינה שלא לבצע הליכי אכיפה, נכון לעת הזו, הינה כנגד מעסיקי מסתננים, שחלה עליהם מדיניות אי הרחקה וניתן להם רישיון זמני לישיבת ביקור על פי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, אותו הם נדרשים לחדש מעת לעת. משכך, מבוצעת אכיפה כלפי מי שהעסיק עובד כאמור שאשרתו לא הייתה בתוקף במועד ביצוע הביקורת, כפי שהיה במקרה זה.

המדינה הוסיפה כי מדיניות זו עולה בקנה אחד עם הצהרותיה בבג"צ **קו לעובד**, שכן בעניינם של מסתננים הזכאים להגנה קולקטיבית הצהרת המדינה הייתה בתוקף עד המועד בו הוקם מתקן שהייה בחולות (מתקן שהיה פעיל בין התאריכים 12.12.13 ועד 14.3.18). מרגע שהוקם, שונתה מדיניות האכיפה ופורסמו (ביום 11.12.13) הודעות לציבור בהתאם. כן תוקנו החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד - 1954 (להלן: **החוק למניעת הסתננות**) וחוק עובדים זרים. התיקון לחוק עובדים זרים נעשה בסעיף 2(א), על ידי הוספת קנסות מירביים גבוהים יותר בקשר להעסקת מסתנן שפג תוקף הרישיון הזמני לישיבת ביקור שניתן לו לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב - 1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**), או בקשר להעסקת מסתנן שבידו רישיון זמני כאמור אך הוא מועסק בניגוד למגבלה שנקבעה ברישיונו לעניין האזור הגיאוגרפי (בתקופה הרלוונטית הקנס המוגדל התייחס גם להעסקת מסתנן שקיבל הוראת שהייה למתקן חולות לפי סעיף 32ד' (א) לחוק למניעת הסתננות).

במקרה זה, לשלושת העובדים אזרחי סודן שנמצאו במהלך הביקורת לא היה רישיון זמני בתוקף, ושניים מהם אף קיבלו הוראת שהייה למתקן "חולות", ולכן לא חלה על העסקתם מדיניות אי האכיפה אלא ההוראה הרגילה הקבועה בחוק לגבי כל עובד זר שנדרש היתר למעסיק להעסיקו. כיוון שאין מחלוקת שלמערערים לא היה היתר להעסקת עובדים זרים בכלל ועובדים אלה בפרט, בדין הורשעו הם בהעסקתם שלא כדין של העובדים.

17. המערערים הבהירו, בתגובתם להשלמת הטיעון, כי לעובדים אזרחי סודן שהועסקו על ידם היה רישיון זמני, אך מדובר ברישיון המתחדש מדי שלושה חודשים ובמועד ביצוע הביקורת - פקע וטרם חודש. לשיטתם, אין להשוות בין מסתנן שלא חידש רישיון זמני שהיה בידו, למסתנן שלא החזיק מעולם ברישיון זמני. לטענתם, **"רישיון (כולל זמני) שניתן כדין, למרות שפג תוקפו באופן זמני, אינו הופך את מחזיקו לחסר רישיון על כן לא ניתן היה בנסיבות העניין להעמיד לדין את המערערת בעניין שלושת העובדים הרשומים בכתב האישום"**.

דין והכרעה

18. לאחר שנתנו דעתנו לטענות הצדדים כפי שהובאו לפנינו בכתב ובעל פה ועיינו בכל חומר התיק, הגענו לכלל מסקנה כי יש לדחות את הערעור בהתייחס להכרעת הדין וכן את ערעור המערער ביחס לגזר הדין, ולקבל את ערעורה של המערערת על גזר הדין. נימוקינו לכך יפורטו להלן.

הערעור על הכרעת הדין



19. סעיף 1"ג(א) לחוק עובדים זרים קובע כי "לא יקבל אדם עובד זר לעבודה, אלא אם כן הממונה או עובד משרד הפנים מטעמו, התיר בכתב את העסקתו של העובד הזר אצל אותו מעסיק, ובהתאם לתנאי ההיתר...". בהמשך לכך קובע סעיף 2(א) לחוק כי מי ש"העסיק עובד זר שאינו רשאי לעבוד בישראל מכח חוק הכניסה לישראל והתקנות לפיו" או "העסיק עובד זר בניגוד להוראות סעיף 1 י"ג,..." עבר עבירה.

20. בהתאם לפסיקה, "על מנת להרשיע בעבירה על פי סעיף 2(א) לחוק, על המדינה להוכיח, מבחינת היסודות העובדתיים של העבירה, כי נמצא אדם שהעסקתו טעונה היתר, כי היתר שכזה לא היה, וכי הנאשם הוא שהעסיק אותו" (ע"פ (ארצי) 4602-07-14 מדינת ישראל נ' א.י.ל סלע 1991 בע"מ (19.4.16); להלן: עניין א.י.ל סלע). עוד נדרש להוכיח, מבחינת היסוד הנפשי, קיומה של מודעות (ע"פ (ארצי) 34795-06-16 מדינת ישראל נ' ליאור פלטיאל גלפנד (7.2.17)).

כיוון שטענות ההגנה ביחס לכל אחת משתי קבוצות העובדים הזרים שנמצאו במהלך הביקורת - העובדים הפלסטינים מחד והעובדים אזרחי סודן מאידך - היו שונות, להלן נבחן את יסודות העבירה כפי שהוכחו לגבי כל אחת מהקבוצות הללו בנפרד.

העובדים אזרחי סודן (סעיפים 4(א)-(ג) לכתב האישום)

21. המערערים לא כפרו בכך שעובדים אלה הועסקו במועד הרלוונטי על ידי המערערת, ולתיק אף הוגשו תלושי שכרם וביטוח רפואי שנערך להם על ידי המערערת כמעסיקתם. לא מצאנו ממש בטענת המערערים לגבי טעויות שנפלו בפרטי העובדים, שכן קיימת התאמה בין שמות העובדים ומספרי הדרכון המפורטים בדו"ח הפעולה, רשימת העובדים וכתב האישום (אם כי היה חוסר התאמה לגבי עובד רביעי, ובהתאם נמחק האישום בקשר אליו).

בהתאם לתעודות עובד הציבור שהוגשו לגבי עובדים אלה (ת/11), לעובד ששמו צוין בסעיף 4(א) לכתב האישום - מר הרון אדם עלי יוסף - היה רישיון זמני מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל עד ליום 11.8.14, היינו רישיונו הזמני פקע למעלה משנה טרם הביקורת, וחודש על ידו רק לאחריה (ביום 20.12.15). אשר לשני העובדים ששמותיהם צוינו בסעיפים 4(ב) ו- (ג) לכתב האישום - מר הרון חסן עבדלעזיז זאקר ומר מוחמד אברהים אבובקיר אדם - צוין בתעודות עובד הציבור, שלא נסתרו, כי קיבלו הוראת שהייה ב"חולות" מכוח סעיף 32ד'(א) לחוק למניעת הסתננות לתקופה שמיום 22.10.15 ועד 11.11.15, וכפי הנראה לא פעלו לפיה (בין כך ובין כך, לא היה להם רישיון זמני בתוקף במועד בו בוצעה הביקורת).

22. די בראיות אלה על מנת להוכיח את יסודותיה העובדתיים של העבירה בהתייחס לשלושת העובדים אזרחי סודן ששמותיהם מפורטים בסעיפים 4(א)-(ג) לכתב האישום. לא מצאנו ממש בטענת המערערים (שהועלתה רק בתגובה להשלמת הטיעון מטעם המדינה) כי בהתחשב בכך שמדובר ברישיון מתחדש - די בכך שהיה לעובדים אלה רישיון זמני בעבר. לא בכדי משתמש סעיף 2(א) לחוק במילים "פג תוקף הרישיון



הזמני..., באופן המלמד כי העונש המוגדל הנקוב בו מתייחס גם למי שהיה לו רישיון בעבר שתוקפו לא חודש. ייתכן ומעלים היינו ספק לגבי ההצדקה בהגשת כתב אישום ככל שמדובר היה ברישיון זמני שתוקפו פג סמוך מאוד טרם הביקורת והעובדים טרם הספיקו לחדשו, אך בנסיבות המקרה הוברר כאמור כי לגבי אחד העובדים פג תוקף רישיונו למעלה משנה טרם הביקורת, וביחס לשני עובדים אחרים - ניתנה סמוך טרם הביקורת הוראת שהייה למתקן "חולות", וממילא לא חודש תוקף רישיונם כל עוד לא קיימו אחריה (וזאת מבלי להביע עמדה לגבי הוראת שהייה כשלעצמה וכל הכרוך בה, נושא שנדון בין היתר בבג"צ 7385/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (22.9.14) ובג"צ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת** (11.8.15)).

לענייננו די בכך שבמועד בו נערכה הביקורת חלה חובה מכוח הדין החל על "מסתנן" כהגדרתו בחוק למניעת הסתננות (היינו **"מי שאינו תושב כמשמעותו בסעיף 1 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, שנכנס לישראל שלא דרך תחנת גבול שקבע שר הפנים לפי סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל"**), אשר קיבל הוראת שהייה למתקן חולות - להתייצב בו, ובהתאם מדיניות אי האכיפה שהוצהרה בבג"צ **קו לעובד** לא הוחלה על מי שהעסיק מסתנן שקיבל הוראת שהייה כאמור ולא מילא אחריה (והדברים עולים גם מנוסחו של סעיף 2(א) לחוק עובדים זרים בתקופה הרלוונטית, אשר קבע עונש חמור יותר למי שהעסיק מסתנן כאמור), כמו גם על מי שהעסיק מסתנן שלא היה לו רישיון זמני בתוקף מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל. להסרת ספק נדגיש כי רישיון זמני לישיבת ביקור מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל אינו כולל היתר לעבוד, אך בהתחשב בנסיבותיהם הייחודיות של מבקשי המקלט הצהירה המדינה שלא תאכוף את האיסור על אי העסקתם ככל שניתן להם רישיון כאמור, וכל עוד הוא בתוקף (להרחבה על החקיקה והמדיניות בקשר למבקשי המקלט מאריתריאה וסודן ראו גם בפסק דינו של בית המשפט העליון שניתן לאחרונה: בג"צ 2293/17 **גרסגרה נ' הכנסת** (23.4.20)).

23. אשר ליסוד הנפשי בהתייחס להעסקתם של עובדים אלה - אין חולק כי היסוד הנדרש הוא מודעות. בפסיקה הובהר כי המודעות הנדרשת היא מודעות לרכיבים העובדתיים של העבירה, ובכללם מודעות ליסוד של העסקת העובד הזר מבלי שהמעסיק קיבל היתר להעסיקו אצלו. מודעות מתקיימת גם במקרה של "עצימת עיניים", כאשר עצימת עיניים הוגדרה כ"**חשד סובייקטיבי והימנעות מלקיים לגבי אותו חשד בירור שהוא סביר בנסיבות העניין**" (ע"פ (ארצי) 14758-12-14 **מדינת ישראל נ' סיון ברקוביץ'** (1.1.17)). לצורך יישום הדברים לענייננו יש לפנות תחילה לגרסאותיו השונות של המערער בקשר להעסקת העובדים, כדלקמן:

א. בהודעת המערער למפקח המאשימה מיום הביקורת ציין כי העובדים אזרחי סודן מועסקים אצלו זמן ממושך, וכי **"אני מקבל אותם אישית לעבודה כאשר אני דורש מהם להראות לי דרכונים ואשרות, אני גם מצלם את הדרכון ואת האשרה של העובדים ויש לי את כל המסמכים האלו במשרד"**. כאשר הופנה לכך שרישיונם של חלק מהעובדים פקע, השיב כי **"לא הייתי מודע לזה, הם הולכים לחדש את האשרות מדי כמה חודשים"** (מילה לא מובנת) **לא שמתי לב לחידוש האשרה**. עוד ציין ששניים מהעובדים (ככל הנראה העובדים ששמותיהם פורטו בסעיפים 4(ב) ו-4(ג) לכתב האישום שזומנו למתקן "חולות" - ס.ד.מ) פנו לעו"ד על מנת לחדש את האשרות, וטרם הספיקו לטפל בכך.



ב. בהודעה נוספת של המערער למפקח המאשימה, מיום 26.9.16, ציין לגבי העובדים אזרחי סודן כי **"2-3 עובדים שנתפסו ונגמר להם התוקף לפי מה שאתם אומרים, לנו הציגו תוקף שעדיין מתחדש. מסתבר שזה היה מזויף, וזה סה"כ שבוע-שבועיים מאז שנגמר להם התוקף לפי דברכם"**. עוד ציין כי מי שאחראי על קבלת העובדים למערכת הוא מנהל העבודה מר חן ונטורה, וכי ההנחיות שניתנו לו לצורך קבלת עובדים זרים מסודן ואריתריאה הן **"לבדוק אם יש לו אשרה לבן אדם, לצלם את זה, לפתוח לו כרטיס עובד, להסביר לו מה תנאי השכר והעבודה פה ולתת לו ניסיון לעבוד... במידה והעובד מעוניין, אז עושים איתו חוזה עבודה"**. כאשר נשאל אם נערך מעקב **"שעובדים בעלי רישיון מסוג 2'א5' אכן ניגשים לחדש אותו במועד"**, השיב בחיוב. עוד ציין כי ההנחיה היא לשמור את המסמכים הללו, אך **"אני לא עוקב אחרי כל פיפס בעסק, העסק הוא די גדול, אני נותן הנחיות ומקווה שהן ממולאות. מדי פעם אני גם בודק, לא רק ספציפית לנושא הזה"**.

ג. המערער התבקש בהמשך אותה הודעה להתייחס באופן ספציפי לעובדים שנמצאו בביקורת, וציין כי העובד ששמו נרשם בסעיף 4(א) לכתב האישום **"עבד אצלי מהיום הראשון ועובד אצלי עד לרגע זה ויש לו אישור בתוקף כרגע, אז אני לא יודע מה קרה שם. לקחתם אותו והוא חזר למחרת עם אישור בתוקף"**. עוד ציין כי **"סמכתי עליו שיש לו רישיון בתוקף כי הוא בודק לי את כל הרישיונות של כולם... הייתי בטוח שהוא הביא לפקידות. הוא מעין יד ימיני שם, הוא מנהל את החצר"**. לגבי העובדים ששמותיהם פורטו בסעיפים 4(ב) ו- (ג) לכתב האישום ציין כי **"כנראה קיבלתי אישור מזויף"** ו**"כנראה שהציג לי אשרה מזויפת"** (בהתאמה), אך לא היה באפשרותו להציג צילום של האשרות המזויפות, והסביר כי מי שראה את האשרות בפועל הם **"אני או חן או הפקידה שעבדה בזמנו"**.

ד. בחקירתו בבית הדין העיד המערער ביחס לעובדים אזרחי סודן כי הם התקבלו לעבודה במערכת רק לאחר בדיקת מסמכיהם ווידוא כי יש להם אשרה מתאימה. עוד ציין כי **"אם לא היה להם אישור שהיה אז לא היינו מקבלים אותם.... כנראה שבאותה תקופה לארוע היה אחד שהיו לו תעודות מזויפות. היה מישהו שעבד עוד מהחברה הקודמת איתי והוא היה מביא לי את הסודנים. באותה תקופה אמרו שהעובד לקחו אותו כי לא היה לו תוקף שהיה אבל הוא הלך וחזר לאחר יומיים"** (עמ' 13 לפרוטוקול).

24. דברים אלה מלמדים כי המערכת - באמצעות המערער כאורגן מרכזי בה - הייתה מודעת לכך שיש לוודא כי לעובדים אזרחי סודן יש רישיון זמני בתוקף וכי יש לחדשו מעת לעת, ואף הייתה מודעת לצורך לעקוב אחר חידושי הרישיונות. הטענה בדבר אשרות "מזויפות" נטענה בעלמא ובשפה רפה; לא הובאו לה כל תימוכין (על אף שרישיונותיהם של העובדים צולמו לפי הנטען); והיא אף עומדת בסתירה לדבריו של המערער בהודעתו הראשונה ביום הביקורת, בה אישר כי ידע שלגבי שניים מהעובדים יש קושי עם הארכת הרישיון ובהתאם פנו לייעוץ משפטי. גם הטענות לפיהן המערער "סמך" על אחד העובדים (ששמו צוין בסעיף 4(א) לכתב האישום) כמי שאמור לבדוק את הרישיונות של שאר העובדים, או לחלופין סמך בקשר לכך על מנהל העבודה, מנהלת החשבונות או הפקידה - נטענו כולן בעלמא ולא די בהעברת אחריות כוללתית שכזו. שוכנענו לפיכך כי הוכחו הן היסודות העובדתיים והן היסוד הנפשי לצורך העבירה של העסקת העובדים אזרחי סודן שלא כדין. אשר לטענה כי הייתה "תקלה" לגבי שלושה עובדים בלבד, בעוד שעובדים



רבים נוספים אזרחי סודן הועסקו במקביל על ידי המעוררת תוך וידוא כי יש להם רישיונות זמניים בתוקף - ניתן יהא לקחתה בחשבון בעת גזירת העונש, אך לא מצאנו בה רלוונטיות לשלב ההרשעה.

העובדים הפלסטינים (סעיפים 4(ה)-(י"ג) לכתב האישום)

25. המעוררים לא כפרו בכך שעובדים אלה הועסקו במועד הביקורת במפעלה של המעוררת ובחצריה, לטובת עבודות שהמעוררת נדרשה להן. עובדות אלה עולות גם מדו"ח הביקורת ומעדויות המפקחים. תעודות עובד הציבור שהוגשו ביחס לעובדים אלה מלמדות כי לכולם היה היתר העסקה בישראל אך אצל מעסיקים אחרים שאינם המעוררת, מלבד עובד אחד - מר נאפז יעקוב שחאדה אחמרו - שהיה לו היתר כניסה לישראל לצורך מסחר. המדינה מתבססת על עובדות אלה לצורך הוכחת יסודותיה העובדתיים של העבירה, ועמן על החזקה שנקבעה בסעיף 4'א' לחוק עובדים זרים, לפיה **"יראו מחזיק במקרקעין כמי שמעסיק עובד זר שנמצא עובד במקרקעין, אלא אם הוכיח המחזיק אחרת"**. במאמר מוסגר נציין כי סעיף 4'א' לחוק מעגן את פסיקת בית הדין הארצי בסוגיה זו אף טרם חקיקתו (וראו למשל: ע"פ (ארצי) 13/07 **ניר עם כהן ירקות אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל** (6.9.09); ע"פ (ארצי) 34770-05-10 **אליהו שרשבסקי נ' מדינת ישראל** (6.10.11); ע"פ (ארצי) 29340-12-10 **קובי שי נ' מדינת ישראל** (3.11.11)).

כיוון שאין מחלוקת כאמור שהעובדים עבדו במפעל המעוררת, עבר הנטל מכוח החזקה האמורה אל כתפי המעוררים, להוכיח כי המעוררת לא הייתה מעסיקתם של עובדים אלה (להרחבה בדבר החזקה ראו בע"פ (ארצי) 38001-10-19 **איתן מוטעי נ' מדינת ישראל** (5.5.20), להלן: עניין **מוטעי**; לדוגמא לסתירת החזקה ראו למשל בע"פ (ארצי) 15025-09-17 **יוסף פרג נ' מדינת ישראל** (16.4.19)). משכך, לא מצאנו ממש בטענת המעוררים על חתירה תחת יסודות המשפט הפלילי מעצם העברת הנטל אל כתפיהם, ומדובר בחזקה עובדתית הקבועה בחוק שהנטל לסתור אותה מוטל על הנאשם בהתאם למאזן ההסתברויות (עניין **מוטעי** והאסמכתאות שם).

26. האם עמדו המעוררים בנטל המוטל עליהם? גם בהקשר זה ראוי להפנות בראש ובראשונה להודעותיו של המעורר ולראיות שהוצגו על ידו, כדלקמן:

א. בהודעתו שנמסרה למפקחים ביום הביקורת ציין המעורר שהעובדים הפלסטינים הם עובדים זמניים המועסקים באמצעות קבלן כוח אדם כאשר יש צורך בתגבור, ולדבריו **"אני בודק שיש להם אישור שהייה או עבודה בישראל, אחרת אני לא מכניס אותם לעסק"**. עוד ציין שהוא משלם לקבלן - שאת שמו ומספר הטלפון שלו מסר כאמור למפקחים - **"פר משטח בקבלנות... אני משלם לקבלן פר משטח שהעובדים שלו מתקנים או בונים"**. לדבריו, **"אני בטוח שהכל עפ"י החוק, אני ראיתי שיש להם (לתושבי השטחים) אישורים, אני לא ידעתי שצריך אישורים ספציפיים על שמי"**.

ב. בהודעה נוספת, מיום 7.2.16, ציין המעורר כי לקבלן אין מנהל עבודה מטעמו במפעל המעוררת, ומנהל עבודה מטעם המעוררת הוא שנותן הוראות לעובדים.



ג. בהודעה שלישית מיום 26.9.16 הודה המערער כי אין לו היתר להעסקת העובדים הפלסטינים, אך לדבריו "כשאני עובד עם חברת כוח אדם שמספקת לי עובדים ונמצאים תקינים כשרים לעבודה עם רישיון עבודה להיכנס לעבוד בישראל זה נראה לי תקין. חשבתי שזה תקין. לא תיארתי שיש בעיה". עוד ציין כי "יש חברה בחברון שמספקת לי משטחי עץ מהמפעלים בארץ ואני אמור לתקן אותם. כאשר יש לי עומס יתר החברה עוזרת לי עם עובדים של כוח אדם לבצע את העבודה, לפי קבלנות. ואכן הם דואגים שמדובר באנשים עם אישורי עבודה בישראל", והפנה לצורך כך להסכם שנחתם בינו לבין הקבלן ביום 18.1.13.

ד. בהסכם האמור - שהוגש לתיק בית הדין - מוגדר הקבלן כתושב חברון וכנציגיהן של השותפות ח'ליל ואברהים אלסייד ולחלופין חברת אלזאהר לתעשייה ומסחר. כותרת ההסכם היא "הסכם עבודה קבלנית/קבלנות משנה", ובמסגרתו נקבע כי "החברה - לון אריזות השרון בע"מ - בהתאם לצרכיה ולשיקול דעתה, תודיע לקבלן המשנה כי החברה זקוקה למספר עובדים לתיקון ו/או ייצור אריזות חקלאיות", כאשר הקבלן התחייב להעמיד לרשות המערער "את כמות עובדיו הנדרשת לביצוע העבודה ובהתחשב בפרק הזמן הדרוש לחברה לאספקת האריזות ללקוחותיה". עוד נקבע בהסכם כי "הקבלן מצהיר ומתחייב בזאת שכל העובדים שיבצעו את העבודות עבור החברה אם במפעליו ואם בחצר החברה הינם עובדים שכירים שלו ולחברה אין כל נגיעה לתשלום שכר עבודתם ו/או תנאים סוציאליים כלשהם והקבלן הוא האחראי הבלעדי לשלם לעובדיו", וכי "הקבלן מתחייב כי כל עובדיו הינם בעלי אישורי מעבר ועבודה בישראל ברי תוקף ויוודא חידוש האישורים בזמן". בהסכם אין כל התייחסות לגובה התמורה ודרך חישובה.

ה. עוד הוגשו חשבוניות שנתן הקבלן למערער בחודשים נובמבר ודצמבר 2015 כמו גם ינואר 2016, אך הן בשפה הערבית ולכן לא ניתן לדעת מה נרשם בהן מלבד הסכום הכולל (ככל הנראה יש בהן תשלום גם על חומרים, דוגמת חלקי עצים, שסיפק הקבלן למערער; כך לפחות ציין המערער בהודעתו).

ו. בחקירתו בבית הדין העיד המערער ביחס לעובדים הפלסטינים כי "אנחנו רוכשים הרבה סחורה גם מחברות של משטחי עץ. כשמתווסף לנו חזרות של משטחים שצריך לתקן אותם כמויות גדולות ואז הייתי צריך לפעמים ליום ולפעמים לחודש ולפעמים לכמה ימים. היה לי קבלן בשם זייד שהיה מביא לי עובדים והיה גובה ממני 700 ₪ לעובד. היה מביא עובדים עושים את העבודה והיו הולכים לאחר יום יומיים" (עמ' 14). בהמשך הוסיף כי "זייד הקבלן הוא מחברון וגם גר בישראל, יש לו אישה בישראל, יש לו רישיון ויש לו רכב עם מספר צהוב. לזייד היה מפקח בשטח, אחד העובדים שלו ששמו חליל הוא היה המפקח מטעמו בשטח במקום העבודה... היום כבר נותק הקשר איתו" (עמ' 15). עוד ציין כי "אני עשיתי מה שאני יכול כדי לפעול כחוק" וכי "בזמנו לא ידעתי מה זה אשרות והיתר לעובדים זרים" (עמ' 14). כאשר נשאל אם ראה אישורי כניסה של הקבלן, השיב "כן יש לו תעודת סוחר, ראיתי אותה", ובהמשך "לא בדקתי תעודת זהות של זייד וגם לא עניין אותי, אם יש לו תעודת זהות ישראלית ותעודת סוחר אז זה בסדר" (עמ' 15).

27. בית הדין האזורי שוכנע שהמערער לא עמדו בנטל המוטל עליהם לסתור את החזקה, וזאת בהתאם



לפסיקת בית המשפט העליון בקשר לכך. ואכן, בעניין **בראשי** אימצה דעת הרוב בבית המשפט העליון את עמדתה של דעת המיעוט בבית דין זה (השופט שמואל צור בע"פ (ארצי) 23809-02-11 **מדינת ישראל נ' זלמן בראשי ואחיו בע"מ** (24.1.12)), וקבעה כי "**התקשרות עם קבלן משנה שאין לו היתר עבודה הינה מעצם טיבה התקשרות בלתי חוקית, משום שאין לאותו קבלן משנה יכולת לקבל היתר להעסיק עובדים זרים ואין לו כל יכולת להיכנס לישראל ולפקח על עובדיו. התקשרות כגון זו אינה יכולה להסיר את האחריות הפלילית מעל כתפי מי שהעובדים הזרים מועסקים בחצרו... כל תוצאה אחרת תביא לאבסורד ולסיכול מוחלט של התכליות החשובות העומדות בבסיס הוראת החוק**" (ליישום קביעה זו ראו למשל בע"פ (ארצי) 30019-05-15 **אליהו חסן נ' מדינת ישראל** (14.3.16); לחילוקי דעות בדבר השלכותיה של פסיקה זו ראו בע"פ (ארצי) 44484-08-13 **מדינת ישראל נ' אומברטו פצה** (12.9.17), להלן: עניין **פצה**; להבהרה כי הלכת בראשי מבוססת על כך שקבלן המשנה לא רשאי היה לעבוד בישראל ראו בע"פ (ארצי) 1002-07-18 **מוגירה אגבאריה נ' מדינת ישראל** (12.2.19); להלן: עניין **אגבאריה**).

28. מבלי צורך להיכנס לשאלת התפרסותה המדויקת ורוחב חלותה של הלכת **בראשי**, אף אנו שוכנענו כי בנסיבות המקרה לא עלה בידי המערערים לסתור את החזקה הקבועה בסעיף 4א' לחוק ולעמוד ברף הדרוש לצורך כך במאזן ההסתברויות. ראשית נציין כי כפי שעולה מפירוט הודעותיו של המערער לעיל, לא נמסרה על ידו גרסה עקבית וברורה ביחס לטיב התקשרותו עם הקבלן. כך, ולמשל, קיימות סתירות בגרסאותיו השונות לגבי השאלה אם מדובר בקבלן כוח אדם או בקבלן שירות; אם השירות שניתן על ידו היה אספקת כוח אדם בלבד או שמא גם אספקת חומרים ואחריות ל"מוצר מוגמר"; אם התמורה ששולמה לקבלן חושבה "פר עובד" או "פר משטח"; ואם היה מפקח מטעם הקבלן במפעלה של המערערת אם לאו (לרבות לצורך השאלה מי נתן לעובדים את הנחיות העבודה השוטפות). שנית, המערערים אף לא הזמינו את הקבלן למתן עדות לצורך תמיכה בגרסתם, באופן שיכול היה לשפוך אור על הדרך בה פעל ועל טיב ההתקשרות בין הצדדים, והסתפקו בטענות כוללניות מבלי לפרט את מאפייני הקשר בינם לבין הקבלן כמו גם בינם לבין העובדים (כאשר גם ההסכם שצורף על ידם אינו נותן מענה מספק לכך, ואף אין בו התייחסות לדרך חישוב התמורה). גם אם בנסיבות העניין אין חשיבות רבה לשאלה אם מדובר בקבלן שירות או קבלן כוח אדם לצורך המבחן המשפטי (כפי שיפורט להלן), קיימת חשיבות להעדרה של גרסה עובדתית סדורה ועקבית בעת בחינת השאלה אם עמדו המערערים בנטל המוטל עליהם.

29. במשקפי משפט העבודה ובהכללה קיימות שלוש אפשרויות עיקריות לזיהוי מעסיקם של העובדים שהועסקו במפעלה של המערערת - האחת, ככל שקיימים סממנים של מעסיק במערערת עצמה בהתאם למבחנים שנקבעו לצורך כך בפסיקה, יש לראותה כמעסיקה או מעסיקה במשותף של העובדים (יחד עם הקבלן); השנייה, ככל שהקבלן הוא קבלן כוח אדם אותנטי ולגיטימי, אזי העובדים הם ככלל עובדיו (ככל שהועסקו לא יותר מתשעה חודשים, בהתאם ובכפוף להוראות חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, התשנ"ו - 1996, להלן: **חוק קבלני כוח אדם**, לרבות הסייג הקבוע בסעיף 12א' (ה) לחוק זה); ולפי האפשרות השלישית, ככל שהקבלן הוא קבלן שירות אותנטי ולגיטימי שהיה אחראי על אספקת מוצר מוגמר (להבדיל מכוח אדם), אזי גם במקרה כזה העובדים הם - ככלל - עובדיו של הקבלן.



30. ההבחנה בין שלוש האפשרויות הללו אינה תמיד פשוטה, ולכך יש להוסיף את המחלוקת בפסיקה לגבי השאלה עד כמה רלוונטיים מבחני משפט העבודה לצורך הוכחת יסוד ההעסקה בסעיף 2(א) לחוק עובדים זרים (ראו בעניין **פצה**). עם זאת באופן כוללני ומבלי לקבוע מסמרות נראה כי ההשלכה לענייננו, ביחס לכל אחת משלוש האפשרויות, היא כדלקמן:

א. ככל שהמערערת עצמה הייתה מעסיקתם של העובדים או מעסיקה במשותף שלהם, אזי הוכחה העסקה ישירה לצורך סעיף 2(א) לחוק.

ב. ככל שהעובדים הם עובדיו של קבלן כוח אדם (היינו "מי שעיסוקו במתן שירותי כוח אדם של עובדיו לשם עבודה אצל זולתו" לפי ההגדרה בחוק קבלני כוח אדם), קובע סעיף 4 לחוק כי "**מעסיק בפועל** [היינו "מי שאצלו מועסק עובד של קבלן כוח אדם"] **שמועסק אצלו עובד זר אשר אינו רשאי לעבוד בישראל לפי הוראות חוק הכניסה לישראל, דינו כדין מעסיק שעבר עבירה לפי הוראות סעיף 2(א)(1)**" (סעיף-קטן (א)) וכן כי "**מעסיק בפועל שמועסק אצלו עובד זר המועסק על ידי קבלן כוח אדם בניגוד להוראות סעיף 1"ג, דינו כדין מעסיק שעבר עבירה לפי הוראות סעיף 2(א)(2)**" (סעיף-קטן (ב)). היינו, החוק קובע במפורש כי מי שמועסק בחצרו עובד זר באמצעות קבלן כוח אדם בנסיבות המפורטות בסעיף, ייחשב כאחראי אישית לעבירה הכרוכה בהעסקתו (אך במקרה כזה, לכאורה היה על המאשימה להבהיר כבר בכתב האישום כי היא מייחסת למערערים עבירה על סעיף זה: ע"פ (ארצי) 20442-01-11 **גבריאלי אוזן - מדינת ישראל** (4.8.11)).

ג. ככל שמדובר בקבלן שירות - יש לבדוק אם הוכחה על ידי הנאשם התקשרות אותנטית עם אותו קבלן הכוללת אחריות מצדו להעסקת העובד או העובדים מושא כתב האישום, ואם מדובר בהתקשרות אפשרית מבחינה חוקית (כך עולה מחוות דעתו של השופט צור בעניין **בראשי** בבית הדין הארצי, שאומצה כאמור על ידי דעת הרוב בבית המשפט העליון). ככל שהתשובה לכך חיובית, נסתרת החזקה הקבועה בסעיף 4א' לחוק (כפי שנקבע למשל בעניין **אגבאריה**). ככל שהתשובה שלילית - יש לראות כמעסיק, כך בהתאם לפסיקה, את מי שהעובד ביצע עבודה בחצרו.

לכאורה יש להחיל מבחן זה גם ביחס למי שהעובד ביצע עבודה בחצרו באמצעות קבלן שאינו קבלן שירות אלא קבלן "שעיסוקו במתן שירותי כוח אדם של עובדיו לשם עבודה אצל זולתו", היינו באמצעות מי שמבחינה מהותית הוא קבלן כוח אדם. גם לגבי קבלן כזה, נדרש הנאשם להוכיח התקשרות אותנטית שהיא גם אפשרית מבחינה חוקית וכוללת אחריות להעסקת העובד. ההבדל הוא שכאשר מדובר בקבלן כוח אדם, גם אם תוכח על ידי הנאשם התקשרות אותנטית וחוקית - תהא רשאית המדינה להאשימו מכוח סעיף 4 לחוק כפי שפורט לעיל.

31. בענייננו לא יוחסה למערערים אחריות מכוח סעיף 4 לחוק, ולכן המבחן בהתאם לפסיקה - בין שהקבלן היה קבלן שירות ובין קבלן כוח אדם - הוא התקשרות אותנטית שיש בה נטילת אחריות להעסקת העובדים והיא גם אפשרית מבחינה חוקית. כאמור לעיל, נותר ספק אם המערערים עמדו בנטילת הוכיח התקשרות אותנטית שיש בה נטילת אחריות להעסקת העובדים, נוכח הסתירות בגרסאותיו השונות של המערער בקשר לאופי ההתקשרות עם הקבלן. זאת ועוד: המערערת הסתפקה בטענות על היות הקבלן המעסיק הפורמאלי, אך לא הציגה ראיות (לרבות בעדותו של המערער עצמו) המלמדות כי מבחינה מהותית לא



הייתה מעסיקתם של העובדים שהועסקו בחצירה, וביצעו עבודה שהיא בליבת עיסוקה בהתאם להנחיות של מנהלי העבודה מטעמה. לא די לצורך כך בהצגת ההסכם שנכרת בינה לבין הקבלן, שהרי הסכמה חוזית אינה יכולה לגבור על קביעת מעמד של "עובד" או "מעסיק" בהתאם למציאות הדברים כהווייתה והמבחינים שנקבעו לצורך כך בפסיקה. משכך, המערערים לא עמדו אף בנטל הראשוני, המצדיק להחזיר את הנטל למדינה לצורך סתירת טענתם.

מעבר לכך, גם אם היינו יוצאים מנקודת הנחה כי המערערים הוכיחו התקשרות כאמור, אזי בכל מקרה לא הוכיחו את חוקיותה, כאשר בהלכת **בראשי** הודגש במפורש כי **"במקרה בו קבלן המשנה כלל אינו רשאי להעסיק עובדים בישראל מדובר בהתקשרות הנוגעת מעצם טבעה באי חוקיות"** (הציטוט הוא מעמדת הרוב בבית המשפט העליון). המערערים ניסו לטעון כי הנטל להוכיח כי הקבלן לא היה רשאי להעסיק עובדים בישראל מוטל היה על המדינה, אך כמפורט לעיל הנטל הוא על המערערים לסתור את החזקה הקבועה בסעיף 4א' לחוק. כאשר עלה מהראיות כי הקבלן הוא תושב חברון היינו אינו תושב ישראל והמערער היה מודע לכך; כאשר המערערים לא הוכיחו כי היה לו רישיון של קבלן כוח אדם (כאשר לפי חוק קבלני כוח אדם אף נדרש היתר מיוחד לצורך מתן שירותי כוח אדם של עובדים שאינם תושבי ישראל); וכאשר לא הצביעו על כל דרך אפשרית אחרת להעסקת עובדים זרים בישראל על ידו באופן התואם את הוראות החוק - שוכנענו כי צדק בית הדין האזורי בקבעו כי לא נסתרה החזקה הקבועה בסעיף 4א' לחוק, ובאמצעותה הוכח רכיב ה"העסקה".

32. אשר ליסוד הנפשי בעניינם של העובדים הפלסטינים - גם לגביהם אין הצדקה להתערב בקביעת בית הדין האזורי, כי הוכחה "עצימת עיניים" השקולה למודעות. מהודעות המערער עולה כי ידע שנדרש היתר לצורך העסקתם, ובהתאם וידא לדבריו שיש לעובדים היתרי כניסה לישראל טרם שאפשר להם להיכנס למפעלה של המערערת. ככל שהיה מעין בהיתרים אלה אמור היה להבחין כי הם מתייחסים למעסיק קונקרטי שאינו הוא עצמו ואף אינו הקבלן, ומשכך היה עליו לברר זאת - דבר שלא עשה. היסוד הנפשי מתקיים אם כך, אך ניתן יהא לשקול את העובדה כי לכל העובדים הפלסטינים היה היתר כניסה לישראל ולרובם גם היתר העסקה (הגם שלא אצל המערערים) - כנסיבה רלוונטית בעת גזירת העונש. אף לא מצאנו ממש בטענה בדבר "טעות במצב הדברים", שהרי המערער לא דימה, ולא טען כי דימה, מצב דברים שאינו קיים (וזאת בין בקשר לקבוצת עובדים זו ובין בקשר לקבוצת העובדים אזרחי סודן).

התייחסות לטענות נוספות של המערערים

33. אשר לאחריותו של המערער כנושא משרה - ראשית נציין כי צודק המערער שאין לקבוע לו אחריות פלילית אוטומטית מעצם הרשעתה של המערערת, כפי שעשה לכאורה בית הדין האזורי. סעיף 5 לחוק קובע כי **"נושא משרה חייב לפקח ולעשות כל שאפשר למניעת עבירות כאמור בסעיפים 2 עד 4 בידי התאגיד או בידי עובד מעובדיו..."**, כאשר ככל ש"נעברה עבירה לפי סעיפים 2 עד 4 בידי התאגיד, חזקה היא שנושא משרה הפר חובתו האמורה בסעיף זה, אלא אם כן הוכיח שנהג בלא מחשבה פלילית ובלא רשלנות ושעשה כל שאפשר כדי למנוע את העבירה" (לניתוח אחריות נושאי משרה, אם כי בקשר להוראת חוק אחרת, ראו לאחרונה בע"פ (ארצי) 36941-09-19 **מדינת ישראל - שופרסל בע"מ** (3.3.20); להלן: עניין **שופרסל**). הנטל מוטל אם כך על המערער - שלא הייתה מחלוקת על היותו



"נושא משרה" - להוכיח את התנאים המצטברים הנקובים בסעיף לצורך שחרורו מאחריות.

בהקשר זה נשאלה מנהלת החשבונות של המערער, גב' רות גולדשטיין, שהובאה כעדת הגנה, על ההנחיות שקיבלה מהמערער בקשר לעובדים זרים, והשיבה: **"עובדים זרים כעובד ישראלי, הכל על פי חוק. קליטת עובד במערכת השכר, טופס 101, הסכם עבודה וביטוח רפואי"** (עמ' 15), אך בהמשך ציינה כי **"אין לי הליך בדיקה ואני לא בודקת שום דבר. מתוך הדרכון של העובדים יש להם נייר תכלת עם תמונה ומספר דרכון ומאיזו מדינה הוא, אני לא בודקת פיזית את הדרכון כי אין לי אפשרות לבדוק. אני מצלמת את האשרה וממלאה לעובד טופס 101..."** (עמ' 16). בכך אין די כדי לעמוד בנטל הקבוע בסעיף 5 לחוק, והמערער לא הוכיח - גם לא בעדותו שלו - כי עשה כל שניתן כדי למנוע את ביצוע העבירות. גם לא די בהעברת האחריות הסתמית למנהל העבודה, וכבר נקבע כי **"נושא המשרה אינו יכול לעצום עיניים ולסמוך באופן עיוור על עובדיו - בכירים ככל שיהיו - ועליו לוודא, כי העסקתם של עובדים בתאגיד אינה עומדת בניגוד להוראות החוק"** (ע"פ (ארצי) 37/09 ג. לוריה בע"מ נ' מדינת ישראל (29.6.09)).

34. אשר לטענות המערערים על מחדלי החקירה, לא מצאנו כי הן מצדיקות התערבות בהכרעת הדין. צודקים המערערים כי המדינה יכולה הייתה לעשות מאמץ חקירתי משמעותי יותר, ובמסגרת זו לזמן לחקירה את הקבלן - שפרטיו נמסרו לה ואחד המפקחים אף שוחח עמו טלפונית - וכן לחקור את העובדים עצמם. ואולם, גם אם המדינה לא הביאה את כל הראיות שהייתה יכולה להביא, אין להסיק מכך שהיא לא עמדה בנטל הראייתי שנדרש ממנה שכן **"הדין הוא שדי בראיה "מספקת" ואין כלל המחייב את התביעה להציג את הראיה "המכסימלית" שניתן להשיג"** (ע"פ 9908/04 נסראלדין נ' מדינת ישראל (31.7.06)); כן ראו את ע"פ (ארצי) 56919-11-14 ראובן רהטלב נ' מדינת ישראל (21.3.16); עניין **א.י.ל סלע; עניין זרניצקי**). בנוסף לכך, וגם אם נניח כי מדובר במחדל חקירתי - הרי שלא פגע ביכולתם של המערערים להתמודד כראוי עם חומר הראיות עד כדי חשש ממשי שהגנתם קופחה, כמו גם זכותם להליך הוגן (עניין **אחים ראני**, והאסמכתאות שם). בנסיבות אלה, אין בכך כדי לשנות את הכרעת הדין.

הערעור על גזר הדין

35. המערערים הורשעו בהעסקה ללא היתר כדין של שנים-עשר עובדים זרים, שנמצאו כולם במהלך אותה ביקורת, ביום נתון ובאותו אתר. בית הדין האזורי שוכנע כי יש לראות בכך "אירוע" אחד, ומשאין על כך ערעור או טענה מצד מי מהצדדים - זו תהא נקודת המוצא לדיונו. בהתאם לדין ולפסיקה, יש לפסוק בגין כל "אירוע" עונש אחד הלוקח בחשבון את כל העבירות הכלולות בו וכלל הנסיבות, וזאת להבדיל מקביעת עונש עבור כל "יחידת עבירה" והכפלתו באופן אוטומטי במספר "יחידות העבירה" המרכיבות את האירוע. כפי שהסברנו לאחרונה:

"בעניין חדוות הורים (ע"פ (ארצי) 57160-01-14 מדינת ישראל נ' חדוות הורים בע"מ (8.2.14)) נקבע כי כאשר מדובר באירוע אחד הכולל מספר עבירות, 'מתחם העונש ייקבע ביחס לשילוב העבירות ולא בהתייחס לכל אחת מהן בפני עצמה'. משמעות הדברים, כפי שהובהר בהלכה הפסוקה, היא כי אין לקבוע את מתחם



הענישה (או את העונש עצמו) באופן אוטומטי על פי הכפלה אריתמטית של הקנס המנהלי או הקנס הפלילי המירבי הנקוב בחוק (או כל שיעור ממנו) במספר "יחידות העבירה" המרכיבות את האירוע, שכן יש בכך כדי לעקר את הקביעה כי מדובר ב"אירוע" אחד וכן עלולה לנבוע מכך תוצאה בלתי סבירה (בהיבט של גובה הקנס), המנוגדת להנחיה החקיקתית לקבוע עונש הולם ומידתי לאירוע הכולל...

באותו אופן אין לקבוע באופן אוטומטי את מתחם הענישה לפי הקנס המנהלי או הקנס הפלילי המירבי הנקוב בחוק לגבי עבירה יחידה, שכן בכך תהא התעלמות מהעובדה כי האירוע כולל בחובו מספר עבירות... קביעת מתחם הענישה, כמו גם גזירת העונש הספציפי, אמורות לפיכך להתבצע תוך התחשבות בכך שמדובר ב"אירוע" אחד, אך גם בכך שמדובר (לענייננו) ב-38 עבירות כלפי ארבעה עובדים.

להסרת ספק נדגיש כי לא בכדי כללנו באמור לעיל את המילים "באופן אוטומטי", שכן במסגרת הפעלת שיקול הדעת השיפוטי אין מניעה להגיע למסקנה כי בנסיבות מקרה מסוים יש לקבוע מתחם ענישה לפי הקנס הנקוב בחוק לגבי עבירה יחידה (גם כאשר באירוע כלולות מספר עבירות או מספר "יחידות עבירה"), כשם שאין מניעה להגיע למסקנה כי יש לקבוע מתחם ענישה הלוקח בחשבון הכפלה אריתמטית על יסוד "יחידות העבירה", כל עוד הדברים נעשים לאחר הפעלת שיקול דעת ובהתאם לנסיבות כל מקרה. ה"תקרה" המירבית האפשרית של מתחם הענישה היא הצטברות עונשי המקסימום בכל אחד מה"מעשים", אך אין משמעות הדבר כי תקרה זו תהווה בהכרח - או לרוב - את הרף העליון של מתחם הענישה, שכן עליו להיקבע בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטיות (לפירוט ראו בע"פ (ארצי) 32385-05-14 שמש חי אחזקות בע"מ נ' מדינת ישראל (13.8.15)).

אשר לרף התחתון של מתחם הענישה הודגש בעניין שמש חי כי "לא ניתן לפיכך להסיק מהלכת זיו אלון [ע"פ (ארצי) 74/09 מדינת ישראל נ' זיו אלון דור טכנולוגיות בע"מ (10.5.10)], שניתנה טרם כניסתו לתוקף של תיקון 113 לחוק העונשין, כי חישוב אריתמטי מצטבר של כפל הקנס המנהלי בגין כל אחת מהעבירות אמור להוות את הרף התחתון של מתחם הענישה בכל מקרה, והדבר תלוי בכלל הנסיבות וכלל השיקולים המפורטים בחוק ובפסיקה" (ויוזכרו בקשר לכך להשלמת התמונה הוראות הקובעות עונש מינימום בסעיף 2(א1) לחוק עובדים זרים, התשנ"א - 1991 המתייחס לעבירה של העסקת עובד זר שלא כדין, וסעיף 14 לחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו - 1985 המתייחס להרשעה בעקבות כתב אישום שהוגש לבקשת הנאשם, אך שני הסעיפים מותירים שיקול דעת לבית הדין)"

(ע"פ (ארצי) 12606-04-19 ל.מ. שירותי כח אדם (צפון) בע"מ נ' מדינת ישראל (16.2.20); ההדגשות במקור; כן ראו בעניין שופרסל).

36. בעניין שלפנינו אמנם קבע בית הדין האזורי שמדובר ב"אירוע" אחד, אך את מתחם הענישה ובהמשך את העונש הקונקרטי קבע ביחס לכל עובד שהועסק שלא כדין, ואזי ביצע הכפלה אריתמטית אוטומטית במספר "יחידות העבירה", לכאורה ללא הפעלת שיקול דעת ובכל מקרה בלא לנמק זאת. לטעמנו אין לכך הצדקה, והדבר הוביל לקביעת קנס כולל למערערת שהוא גבוה ואף אינו מידתי. לטעמנו יש לשקול לטובת



המערער, במסגרת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירות, את העובדה כי העובדים הפלסטינים (שהם תשעה מתוך 12 העובדים שהועסקו שלא כדין) הובאו באמצעות קבלן לצרכי תגבור זמני בלבד (כך לפחות העיד המערער ולא נסתר), כאשר הקבלן התחייב כלפי המערער במסגרת הסכם ההתקשרות לוודא כי יש לעובדים היתרים. עוד יש לשקול כי לכל העובדים הפלסטינים שהועסקו אצל המערער היו היתרי כניסה לישראל, ולמרביתם גם היתרי העסקה (אם כי לא אצל המערער). זו אמנם לא טענת הגנה, אך יש חשיבות לכך שלא נלוות לעבירות החומרה שבהעסקת מי שנאסרה לחלוטין כניסתו לישראל או עבודה בה.

אשר לשלושת העובדים הנוספים (אזרחי סודן) - יש לשקול כי לשלושתם היו בעבר, גם במהלך עבודתם אצל המערער, רישיונות זמניים מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, כך שמדובר במבקשי מקלט המוכרים ורשומים בצורה מסודרת במשרד הפנים, כאשר רישיונותיהם לא חודשו בנסיבות שלא הובררו (לפחות לגבי אחד מהם - אי החידוש לא נבע ככל הנראה מבעיה מהותית, שכן הרישיון חודש מיד בסמוך לאחר הביקורת). זאת כאשר לא נמצאה כל הפרת חוק נוספת בקשר להעסקתם (מלבד נושא הביטוח שהתייחס לארבעה עובדים נוספים ולגבי זוכו כאמור המערער), וכאשר עובדים נוספים אזרחי סודן הועסקו על ידי המערער באופן חוקי עם רישיונות זמניים בתוקף (והדברים עולים גם ממסמכי הביקורת), באופן התומך ולו במידה מסוימת בטענת המערער כי דובר לגבי שלושת העובדים הללו ב"תקלה" נקודתית. עוד יש לקחת בחשבון לעניין נסיבות ביצוע העבירות כי המדינה לא ניסתה להוכיח מה היה משך ההעסקה הכולל של כל אחד מהעובדים, ומבחינת ההתייחסות היא להעסקה נקודתית במועד הביקורת בלבד.

בנוסף יש לשקול את הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה (ועליו אין צורך להכביר מילים) ומידת הפגיעה בו; את קנס המינימום שקבע המחוקק בסעיף 2(א1) לחוק כמו גם הקנס המוגדל שקבע להעסקת "מסתנן"; את העובדה שהעבירות נעברו במסגרת משלח ידם של המערער; ואת מדיניות הענישה הנהוגה (לדוגמאות בפסיקת בית הדין הארצי ראו בעניין **חדוות הורים**; עניין **אחים ראני**; עניין **דגימים**; ע"פ (ארצי) 51809-02-18 **מ.מ. אדמוני סחר בע"מ נ' מדינת ישראל** (11.2.19); ע"פ (ארצי) 54363-01-19 **מדינת ישראל נ' פטלינה בע"מ** (10.12.19)). בשקלול הדברים שוכנענו כי יש להעמיד את מתחם הענישה בהתייחס למערער, בגין האירוע בכללותו, על סך שבין 120,000 ₪ ל - 25% מהקנס המירבי. הרף התחתון של המתחם שנקבע על ידנו אמנם חורג לקולה במידה מסוימת מעונש המינימום הקבוע בסעיף 2(א1) לחוק (ככל שמבצעים חישוב לפי מספר העובדים), אך החוק עצמו מתיר חריגה מעונש המינימום מטעמים מיוחדים שיירשמו, ולכן איננו סבורים כי עונש המינימום חייב להיות הרף התחתון של המתחם כאשר הנסיבות מצדיקות קביעת רף נמוך יותר. אשר לקביעת העונש בתוך המתחם - בהתחשב בשיקולים שפורטו על ידי בית הדין האזורי ומכלול הנסיבות אנו סבורים כי יש להעמידו על סך של 150,000 ₪, סכום הלוקח בחשבון גם את מספר העובדים הזרים שבהעסקתם הורשעה המערער. כיוון שקנס זה אינו נמוך מכפל הקנס המנהלי (שעמד על 20,000 ₪ בגין העסקת "מסתנן" ו - 10,000 ₪ בגין העסקת כל אחד מהעובדים הפלסטינים), אין צורך בהנמקתו "בטעמים מיוחדים שיירשמו".

לא שוכנענו שיש להתערב בעונש שהוטל על המערער עצמו (גם אם הדרך בה חושב, באמצעות הכפלה אריתמטית, אינה מקובלת עלינו כפי שהובהר לעיל).



37. **סוף דבר** - נוכח כל האמור לעיל, הערעור על הכרעת הדין נדחה. הערעור על גזר הדין מתקבל כמפורט לעיל ביחס למערערת, והקנס שהוטל עליה מופחת בזאת לסך של 150,000 ₪, לתשלום ב - 15 תשלומים חודשיים שווים ורצופים. אין שינוי בעונש שהוטל על המערער, כמו גם בהתחייבות עליה נדרשו המערערים לחתום.

בהתאם להסכמת הצדדים, פסק הדין יישלח אליהם על ידי המזכירות.

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, ט"ז אייר תש"פ
(10 מאי 2020), בהעדר
הצדדים וישלח אליהם.
סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת, אב"ד

אילן סופר,
שופט

מיכאל שפיצר,
שופט