

ע"פ 41938/11/16 - הלל קוברינסקי, אורלי קוברינסקי נגד מדינת ישראל

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 41938-11-16
ע"פ 45511-11-16

המערער בע"פ 41938-11-16 המערערת בע"פ
25556-04-17

הלל קוברינסקי אורלי קוברינסקי

המערערת בע"פ 45511-11-16 המשיבה בתיקים
הנוספים

מדינת ישראל

בפני: השופטת סיגל דוידוב-מוטולה, השופט רועי פוליאק, השופט מיכאל שפיצר

בשם הלל קוברינסקי ואורלי קוברינסקי: עו"ד שרון קינן, עו"ד מורן ממליה

בשם מדינת ישראל: עו"ד עדי צימרמן, עו"ד ענבר סהראי, עו"ד ענת שמעוני

פסק דין

השופטת סיגל דוידוב-מוטולה

1. לפנינו שלושה ערעורים על הכרעת דין של בית הדין האזורי (השופטת אופירה דגן-טוכמכר; הע"ז 28129-07-13), במסגרתה נקבע כי בני הזוג אורלי והלל קוברינסקי ביצעו עבירה של העסקת עובדת זרה ללא היתר בניגוד לסעיף 2(א) לחוק עובדים זרים, התשנ"א - 1991 (להלן: **חוק עובדים זרים או החוק**).

ערעורו של מר קוברינסקי מכון כנגד קביעת בית הדין לפיה ביצע את העבירה. ערעורה של גב' קוברינסקי מכון כנגד הרשעתה. ערעורה של המדינה מכון כנגד החלטת בית הדין האזורי להימנע מהרשעתו של מר קוברינסקי.

התשתית העובדתית

2. ביום 15.3.10 בוצעה ביקורת משותפת של יחידת האכיפה ורשות ההגירה בביתם של אורלי והלל קוברינסקי (להלן: **המערערת והמערער** בהתאמה) בגני יהודה (להלן: **הנכס**). אין חולק כי בידי המפקחים היה צו שיפוטי, של בית משפט השלום בראשון לציון, אשר ניתן בהתאם לסעיף 13ה'ג) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב - 1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**), ואיפשר למפקחים "**להיכנס למקום המשמש למגורים כדי לערוך בדיקה לעניין קיום הוראות חוק זה**".

עמוד 1

3. המפקחים נכנסו לנכס ואיתרו בו עובדת זרה, גב' Mojica Rosaina, אזרחית הפיליפינים (להלן: **העובדת**). דרך כניסתם לנכס תוארה בדו"ח הפעולה של מפקח רשות ההגירה מר איליה שוורצמן (שהוגש בהסכמה), ולפיו:

"**הצוות הגיע למקום וזיהה בוודאות את הבית ביחד עם צו מס' 10-03-22595 החתום ע"י כב' השופטת שלומית יעקובוביץ', צלצלנו בפעמון החיצוני והח"מ זיהה דמות בחלון הימני למס' שניות אשר נעלמה בתוך הבית. צלצלנו שוב בפעמון החיצוני ולא היה מענה. הצוות קפץ מעל השער והתמקם מסביב לבית ובמקביל הקיש בדלת הקדמית וגם האחורית בהמשך אך לא היה מענה מתוך הבית. בתוך הבית זוהתה תאורה + מכונת כביסה בפעולה במחסן צמוד בית + מטאטא באמצע המסדרון עם מעט לכלוך. הצוות המשיך להקיש בדלתות הקדמית והאחורית עם זיהוי קולי. במקביל אותרו מס' ניידים של בעלי המקום ובוצעו מס' ניסיונות חיגור למס' אלה אך ללא מענה [אין מחלוקת שהמערערים שהו אותה עת בחו"ל - ס.ד.מ.]. בהמשך הוצא דיווח לממונה עדין כהן אשר אישר לצוות להיכנס דרך החלון אך ללא נזק.**"

אותר חלון בצד הימני אשר לא היה נעול. הוא נפתח ע"י הח"מ ובוצעו מס' קריאות לתוך הבית לנוכחים במקום + זיהוי עצמי. מרגע פתיחת החלון בוצעה הסרטה ע"י הח"מ עם מצלמה. בהתחלה בוצעה סריקה עם הזדהות בקומת הכניסה ולא אותר אף נוכח הצוות עלה לקומה העליונה ששם בסריקה בתוך מקלחון נמצאה נתינה ממוצא אסיאתי. הצוות הזדהה בפניה ע"י תעודת עובד + נמסר לידיה העתק מצו השופטת, הנ"ל התבקשה להזדהות על ידי דרכון, היא הובילה את הצוות אל חדרה והוציאה מתוך ארון תיק שמתוכו הוציאה דרכון פיליפיני... הנתינה מסרה שבעל הבית עובד בצבא ובאחד הארונות היו מעילים א' עם דרגת אל"מ + מעיל ב' עם דרגת תא"ל + מסמכים צבאיים בתיוג סיווג סודי חשופים לעין, כל זה אותר בניסיון איתור/סריקה בבית אחרי הנתינה...".

4. הכניסה לנכס תועדה גם ב"תיאור מקרה" שנכתב על ידי מפקח יחידת האכיפה מר עזר שמש, לפיו:

"**ביום ובשעה הנקובים לעיל נערכה ביקורת... הכניסה לווילה ע"י צו כניסה של בית המשפט... במקום נראתה העובדת מספר 1 ברשימה נראתה כשהיא מחזיקה בידה מטאטא ואיתו היא ניקתה את ריצפת המסדרון. העובדת מספר 1 ברשימה מתגוררת במקום, הראתה לנו את חדרה, טוענת שהיא עובדת במקום יומיים בשבוע... טענה שהלל ואורלי נסעו לסקי עד ליום שישי והשאירו את הילדים בהשגחתה...".**"

5. המערערת נחקרה ביום 6.7.10 במשרדי רשות האוכלוסין וההגירה, והודתה בהעסקת העובדת החל מחודש נובמבר 2008, "**בעבודות שכללו תחזוקה ביטוח וטיפול בילדים**". כן הודתה בכך שערכה ביטוח רפואי לעובדת, וצירפה אישור המלמד על עריכת ביטוח החל מיום 11.11.08. המערער נחקר במשרדי רשות האוכלוסין וההגירה ביום 17.10.12 (כאשר זומן לראשונה לחקירה חודשים ספורים טרם לכן היינו למעלה משנתיים לאחר הביקורת), וציין כי אשתו טיפלה בהעסקת העובדת וכי הוא עצמו רוב הזמן אינו בבית אך ראה את העובדת "**בשלב כלשהוא**". עוד ציין כי שאל את אשתו "**אם זה בסדר שהיא פה**", וקיבל תשובה "**שכן, הכל מסודר**", ובמועד מאוחר יותר שאל שוב את אשתו אם בדקה מסמכים וערכה ביטוח לעובדת, וקיבל תשובה "**שהיא בדקה והכל חוקי ויש ביטוח**".

6. כתב האישום, שהוגש באופן יזום, ייחס למערערים את העסקתה של העובדת החל מחודש נובמבר 2008 ועד למועד הביקורת, לרבות הלנה, תוך שהודגש כי לעובדת הייתה אשרת עבודה בענף הסיעוד, שלא על שם המערערים, שהסתיימה בשנת 2003. במהלך ההקראה הודתה המערערת בהעסקת העובדת כמפורט בכתב האישום (לא כולל הלנה), והמערער טען כי העובדת הועסקה על ידי המערערת בלבד וכי הוא עצמו "**יודא שנאשמת 1 דאגה לכל הצרכים החוקיים של העובדת**". המערערים טענו כי אין להרשיעם

בהתחשב בכניסה הבלתי חוקית לביתם, ולאור הבטחתו של מפקח יחידת האכיפה למערערת כי ככל שתודה התיק יסתיים בקנס מנהלי. בנוסף טענו להגנה מן הצדק ואכיפה בררנית.

פסק דינו של בית הדין האזורי

7. בבית הדין האזורי הוגשו מטעם המאשימה תעודת עובד ציבור על מעמדה של העובדת; צו הכניסה לבית המערערים (תיק (שלום רשל"צ) 22595-03-10); ודו"ח הפעולה שרשם מר איליה שוורצמן מרשות האכיפה (שהוגש כאמור בהסכמה, על אף שלא העיד). כן העידו מפקחי יחידת האכיפה מר עזר שמש ומר גבי בן ארוש, אשר הגישו מסמכים שונים (רשימת עובדים; צילום דרכונה של העובדת; צילום של העובדת בבית המערערים; תיאור מקרה; תמונות שצולמו בזמן הביקורת; זימונים לחקירה; הודעותיהם של המערערים; ביטוח רפואי שנערך לעובדת על ידי המערערים; דו"ח על אי מציאת הסרטה).

בחקירתם בבית הדין שנערכה בשנת 2016 לא זכרו המפקחים דבר לגבי האירוע ולא יכלו למסור כל מידע שאינו מפורט במסמכים. מר שמש נשאל בחקירתו אם נכון כי הבטיח למערערת ש"אין לך מה לדאוג, בואי נעשה את זה קצר, תודי זה כמה שורות של חקירה, וזה ייגמר בקנס מנהלי", ובמענה לכך הכחיש כי אמר "בואי תודי נעשה את זה קצר" אך אישר את חלקו השני של המשפט וכדבריו "אם זה מה שהיא אומרת, אז אני מאשר שאמרתי שהנוהל באותה עת היה של קנס מנהלי".

8. מטעם המערערים העידו הם עצמם וכן זומן על ידם לעדות מר ליאור אוהיון, רכז מודיעין ברשות האוכלוסין, אשר נטל חלק בביקורת שנערכה בבית המערערים (ובעדויותו לא זכר דבר מהאירוע). המערערת העידה כי קיבלה את העובדת לעבודה, במקביל למטפלת ישראלית שעבדה אצלם במשרה מלאה, לצורך עבודה "בעיקר בלילות, בעיקר באה לסייע לי כאשר בעלי לא ישן בבית וזה קורה די הרבה, יש לו הרבה נסיעות לחו"ל, בין 70-100 ימי מילואים בשנה". בהתאם הועסקה אצלם העובדת באופן לא קבוע, "זה יכול היה להיות בשבוע אחד שלוש פעמים או בכלל לא", כאשר נזקקה לעזרה זו גם לצורך טיפול בבנה החולה (בן שנתיים, בנוסף לילד בן חמש), שסבל מבעיות נשימה והיה צורך להשגיח עליו בלילות.

9. המערערת ציינה לגבי הביקורת כי המפקחים "קפצו מעל הגדר, פרצו לבית דרך החלון... חבורה גדולה, הקיפו את הבית מכל כיווניו, לא יודעת לומר אם הם דפקו או לא, לא ניסו ליצור איתנו קשר, פרצו דרך החלון של הסלון... תפסו את העובדת מתחבאת במקלחון, קומה ב', מבוהלת בוכה". עם זאת אישרה כי לא נכחה בבית במועד הביקורת, כאשר "העדויות שלי שפרצו דרך החלון היא כי החלון לא היה תקין". עוד ציינה כי בתום הביקורת נוצר קשר טלפוני בינה לבין המפקחים (לאחר שהתקשרו לגננות על מנת להודיע שיש למצוא סידור לילדים), ובמהלך אותה שיחה "הם הסבירו לי את הארוע, שאלו כל מיני שאלות שמהן ברור שהם נכנסו לנו לתוך הארונות, שאלו על המדים שהם ראו בארון, בחדר שינה... הבנתי שהם חיטטו בארונות למרות שלא היה צורך".

10. המערערת אישרה כי הודתה בהעסקת העובדת במהלך חקירתה ביחידת האכיפה, והדגישה כי "החוקר עזר שמש היה מאוד נחמד ואמר לי שאין מה לדאוג וזו עבירה ראשונה וזה קנס מנהלי, ושאני אגיד מה היה ואודה והודתי שהעסקתי עובדת לא חוקית ואין סיבה להכחיש, הוא אמר שזה קנס מנהלי והכרתי, תפסו אצלנו בשכונה לא מעט, הוא אמר שזה 5,000 ₪ קנס מנהלי והיה פתוח וידידותי

ולא הייתה לי סיבה שלא להאמין לו, הוא אמר שאקבל את הקנס בדואר, ידעתי שהייתי לא בסדר ואני מצטערת ולרגע לא חשבתי שאני עושה עבירה שתגיע לבית משפט או עבירה פלילית, לא הייתי מסכנת את עצמי ובטח לא את בעלי...".

אשר לחלקו של בעלה בהעסקת העובדת ציינה כי "לא ממש היה לו חלק, כל ענייני הבית היו עלי, הוא לא נמצא הרבה בבית", וכי "הוא שאל, אמרתי לו הכל בסדר". בחקירתה הנגדית אישרה המערערת כי ידעה שהעובדת "לא חוקית", אך לדבריה "ידעתי שתפיסת עו"ז זה קנס מינהלי... זה מה שקיבלו בתקופה כל האחרים". עוד השיבה לגבי חקירתה ביחידת האכיפה כי "לא הייתי מכחישה כי לא הייתי משקרת", אך אלמלא הבטחתו של מר שמש לקנס מנהלי - הייתה מדקדקת בפרטי ההעסקה וההלנה המדויקים (וכדבריה: "הוא אמר תודי וזה קנס מינהלי, ולא משנה אם עבדה יום או יומיים, ולכן לא דקדקתי על הפרטים").

11. בית הדין ציין בהכרעת הדין כי משהמפקחים לא זכרו את נסיבות האירוע, "יש קושי לברר את טענת הנאשמים לפיה המפקחים חיטטו בארונות הבגדים שלהם שלא לצורך, תוך פגיעה חמורה בפרטיותם". עוד הוסיף כי "המפקחים אמנם העידו כי אפשר שנפתחו דלתות של ארונות בגדים לצורך חיפוש הנתינה, אלא שעל פני הדברים גרסה זו איננה מתיישבת עם עדותו של מר שמש לפיה העובדת נראתה כשהיא מטאטאה את המסדרון".

כן הודגשה העובדה כי הסרט, במהלכו צולם מהלך הכניסה לבית המערערים, לא הוגש שכן לטענת המדינה אבד. בית הדין הטעים כי "עניין זה כשלעצמו, מהווה מחדל בעבודת האכיפה, בפרט בנסיבות בהן החיפוש בביתם של הנאשמים, התבצע תוך פגיעה חמורה בפרטיותם כאשר מפקחי המאשימה עושים בבית כבתוך שלהם, לרבות בדרך של חיפוש בארונות בגדים, וזאת שלא בנוכחות מי מהנאשמים ואף בהעדר נציג (עד) מטעמם".

12. על אף הביקורת לעיל, בית הדין שוכנע כי התיאור בדו"ח הפעולה של מר שוורצמן לא נסתר ומלמד "לכאורה, כי אפשר שהייתה הצדקה עניינית לכניסה לבית, בלא שניתנה הסכמת המחזיק", ולכן עצם הכניסה נעשתה כדין. זאת, בהתחשב בכך שהעובדת נמנעה מלפתוח את הדלת על אף בקשת המפקחים; בהתחשב בכך שנעשה ניסיון ליצור קשר טלפוני עם המערערים (אם כי הודגש שבהעדר פירוט - "לא ניתן לקבוע כי מדובר בניסיון סביר"); וכאשר בנסיבות שנוצרו, "לא מן הנמנע כי אילו נמנעו המפקחים מלהיכנס לבית על מנת לאתר את העובדת, הייתה היא נמלטת מהמקום".

בית הדין סיכם וקבע כי על אף שנפלו פגמים של ממש בתיעוד הכניסה לחצרים, "אינני סבורה כי מדובר בפגמים שדי בהם כשלעצמם כדי להביא לביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק". אשר לראיות שהושגו במהלך החיפוש - ממילא אין בהן צורך בהתחשב בכך שהעובדת נצפתה בבית המערערים עוד קודם לחיפוש, מבעד לחלון, וכן בהתחשב בהודאת המערערים בהעסקתה.

13. בית הדין דחה את טענת המערערים לאפליה ואכיפה בררנית מהטעם שבמקרים אחרים ננקטו לפי הנטען הליכים פליליים כנגד אחד מבני הזוג בלבד. בית הדין ציין כי "בבחינת ידיעה שיפוטית היא, כי בהליכים פליליים רבים שעניינם העסקת עובד זר במשק בית מוגש כתב אישום כנגד שני בני זוג". לאור זאת, ובהעדר ראיה ולו לכאורה לקיומם של שיקולים זרים, חזקה על המדינה כי ההחלטה להגיש כתב אישום נגד

שני בני הזוג תלויה בתשתית הראייתית הקיימת בכל אחד מהתיקים ובשיקול הדעת המקצועי של התובע אשר מעריך את דיות הראיות בכל מקרה.

14. אשר לטענת המערערים כי המפקח מר עזר שמש הבטיח למערערת "כי העניין כולו יסתיים בהטלת קנס מנהלי" - קבע בית הדין כי יש בה ממש. ראשית, הטענה לא נסתרה על ידי מר שמש בעדותו, וטענות דומות הועלו על ידי נאשמים בתיקים אחרים מאותה תקופה. בית הדין ציין כי "בבחינת ידיעה שיפוטית היא כי כבר בשנת 2008 גיבשו רשויות האכיפה מדיניות מחמירה ביחס לעבירות של העסקת עובדים זרים במשק בית...", אך מדיניות זו לא הוטמעה בקרב החוקרים אשר "חודשים ארוכים לאחר גיבוש המדיניות, עוד בשנת 2010... התבטאו כלפי חשודים שהעסיקו עובדים זרים במשק בית, תוך יצירת מצג לפיו מדובר בעבירה שנאכפת באמצעים מנהליים".

בית הדין הבהיר כי "יש קושי באופן בו יצרה המאשימה מצג שווה בשנת 2010, ולאחר מכן השהתה את הטיפול בתיק במשך כשנתיים, שלאחריהן החליטה למצות את הדין עם שני הנאשמים, וזאת בניגוד למצג שיצרה. אני סבורה כי רשות הגונה אינה רשאית להתעלם לחלוטין ממצג שיצר שלוח מטעמה, גם אם עשה כן בטעות, ובפרט בשים לב לשיהוי בו לוקה התנהלות המאשימה".

15. אשר להשלכתה המשפטית של קביעה זו - הדגיש בית הדין כי למי שהוסמך כמפקח אין סמכות לקבל החלטה בדבר הגשת כתב אישום חלף נקיטת הליך מנהלי, שכן סמכות זו נתונה לתובע אשר הוסמך לצורך כך על ידי היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב - 1982; להלן: **חוק סדר הדין הפלילי**). משכך, "מפקח המאשימה לא היה מוסמך להבטיח לנאשמים כי ינקט נגדם הליך מנהלי בלבד, ומדובר בהבטחה בטלה, אשר איננה מחייבת את המאשימה". אף לא ניתן לקבוע כי אלמלא הבטחה זו לא היו המערערים מודים בעבירה, שכן המערערת בהגינותה אישרה בחקירתה שגם לולא ההבטחה, "לא הייתי מכחישה כי לא הייתי משקרת".

לאור זאת, ובהתחשב בהודאת המערערת בהעסקת העובדת ובחלקה הדומיננטי בהעסקתה, יש להרשיע את המערערת בעבירה שיוחסה לה, וכך נעשה. עם זאת מצג השווא מצדיק בנסיבות העניין "שלא למצות את הדין עם שני הנאשמים", דבר שהוביל למסקנה שתפורט להלן ביחס למערער.

16. אשר לאחריותו הפלילית של המערער קבע בית הדין את הדברים הבאים:

א. מעדותה של המערערת עלה כי העובדת לא הועסקה במשרה מלאה אלא בהתאם לצורך, לעיתים שלוש פעמים בשבוע ולעיתים אף לא פעם אחת, בעיקר בשעות הלילה או כאשר המערער לא שהה בבית, נוכח הצורך בסיוע בבנם החולה של בני הזוג. לחיזוק גרסה זו של המערערים הוצגו על ידם מסמכים המלמדים על העסקת מטפלת ישראלית במשרה מלאה משך כל התקופה הרלוונטית. בית הדין הוסיף כי גם מחקירתה של העובדת, "הגם שאינה קבילה", עולה כי הועסקה כפעמיים בשבוע ולא במשרה מלאה. גם המפקח אישר בעדותו כי הבין מהעובדת שאינה מתגוררת בבית המערערים דרך קבע, אלא בעת שהותם בחו"ל בלבד.

ב. מהראיות עלה כי המערער שוהה שעות רבות מחוץ לבית עקב עבודתו בתחום ההיי-טק המצריכה טיסות מרובות לחו"ל, וכן בשל שירותו כתת-אלוף במילואים המבצע ימי מילואים רבים בשנה.

ג. המערערת העידה כי היא זו שקיבלה את העובדת לעבודה, קבעה את תנאי עבודתה, פיקחה על עבודתה ונתנה לה הוראות, כאשר לבעלה "לא ממש היה חלק". עוד העידה כי בעלה שאל אותה על חוקיות העסקת העובדת והיא השיבה לו שלא ידאג ו"הכל בסדר".

ד. המערער העיד כי לא היה לו קשר עם העובדת, מעבר לכך שראה אותה פעם או פעמיים, כאשר רעייתו היא שמנהלת את משק הבית. כאשר נשאל אם בדק את חוקיות העסקתה של העובדת, השיב כי "כן, בפרוש פעמיים שאלתי אותה אם זה בסדר, אם היא חוקית והכל בסדר, היא השיבה שכן, פעם אחת. בפעם השנייה שאלתי אם יש לה ביטוח, זו טעות שלי, האמת שזה שהיה לה ביטוח הניח את דעתי, לא סברתי שאפשר לבטח מישהו שלא חוקי".

ה. בנסיבות העניין, ובשים לב להיקף העסקת העובדת (ששמנם לא היה מלא אך גם לא ספורדי אלא בהיקף שהצדיק הסדרת ביטוח רפואי, ואף כלל לעיתים לינה), לא ניתן לקבוע כי המערער אינו אחראי לביצוע העבירה או כי לא הוכח לגביו היסוד הנפשי בדרך של עצימת עיניים.

ו. על אף זאת, בהתחשב בכך שחלקו של המערער בביצוע העבירה היה "מינימלי" ומעורבותו הייתה פסיבית בלבד; בשים לב לכך שמדובר בעבירה שסווגה על ידי המחוקק כעבירה מנהלית; בשים לב להשלכותיה הקשות של הרשעה פלילית; ולאור הפגמים שנפלו בהליכי האכיפה לרבות פגיעה קשה בפרטיות המערערים ושיהוי ניכר בבירור האשמה - שוכנע בית הדין כי יש "להימנע מהרשעתו" של המערער ולהסתפק בכך שתינתן על ידו התחייבות בסך של 58,000 ₪ להימנע מעבירה בהתאם לסעיף 72(ב) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: **חוק העונשין**).

17. בהמשך ולאחר שמיעת טיעונים לעונש גזר בית הדין את עונשה של המערערת, והטיל עליה קנס בסך של 10,000 ₪ והתחייבות להימנע מביצוע עבירה לפי החוק בסך של 58,000 ₪. בית הדין לקח בחשבון בעת גזירת הדין את הנסיבות המיוחדות בהן בוצעה העבירה, כהעסקה שאיננה קבועה ושנמשכה מספר חודשים בהם היה צורך בתגבור ההשגחה על הילד החולה ובסיוע לעובדת הישראלית אשר הועסקה במשרה מלאה. עוד לקח בחשבון את "**מחדלי החקירה הרבים שפורטו בהכרעת הדין, לרבות ההבטחה שניתנה לנאשמת על ידי המפקח (אף כי בחוסר סמכות)...**".

טענות הצדדים בערעורים

טענות המערערים

18. המערערים טוענים בערעוריהם (ע"פ 41938-11-16 וע"פ 25556-04-17) כי טעה בית הדין בכך שלא זיכה אותם בהתבסס על אי החוקיות שבכניסת המפקחים לנכס כמו גם אי חוקיותו של החיפוש שנערך בביתם. המערערים מפנים להוראת סעיף 13ה'(ד) לחוק הכניסה לישראל, וכן לנוהל רשות האוכלוסין וההגירה מס' 10.8.2002 שכותרתו "נוהל הפעלת סמכויות הפקח" (להלן: **הנוהל**), וטוענים כי הן הוראות החוק והן הוראות הנוהל הופרו בעניינם, תוך פגיעה קשה בפרטיותם בניגוד לסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

המערערים טוענים כי לא נעשה כל מאמץ ממשי לערוך את החיפוש בנוכחותם או בהסכמתם וכן לא קוימו

הוראות הנוהל בדבר זיהוי והצגת הצו לבעל הנכס או המחזיק בו טרם הכניסה לבית. אף לא ניתנה אזהרה ליושבי הבית טרם הכניסה, ודאי לא בשפה המובנת לעובדת. במקום זאת, המפקחים נכנסו לביתם בהעדרם, תוך קפיצה מעל השער ופריצת החלון מבלי שהזדהו, מבלי שהודיעו על המטרה לשמה באו ומבלי שביצעו את החיפוש בנוכחות שני עדים בלתי תלויים בהתאם לדרישת סעיף 26(א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט - 1969 (להלן: **פקודת סדר הדין הפלילי**). המערערים סבורים כי לכל היותר רשאים היו המפקחים להזמין פורץ ולהיכנס דרך הדלת, אך לא לפרוץ דרך החלון. המפקחים אף חיטטו בארונות בגדיהם לאחר מציאת העובדת, ועשו בביתם כשלהם.

19. המערערים מוסיפים וטוענים כי היה על בית הדין לזכותם בהתחשב בסתירות המהותיות שנפלו בדו"חות הפעולה. כך, בדו"ח הפעולה שנחתם על ידי מר שוורצמן נכתב כי העובדת נמצאה בתוך מקלחון בקומה השנייה, בעוד שלפי "תיאור המקרה" של מר שמש - העובדת נראתה כשהיא מחזיקה בידה מטאטא עמו ניקתה את רצפת המסדרון.

בהתחשב בפגמים אלה ובהפרת החוק והנוהל, לרבות העדר אפשרות הביקורת על עבודת המפקחים נוכח אובדן התייעוד (ההסרטה), סבורים המערערים כי נפגעה זכותם להליך הוגן באופן המחייב את פסילת הראיות שהושגו כתוצאה מהכניסה לביתם מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006); להלן: **הלכת יששכרוב**), ובכלל זאת את פרטי העובדת; פרטיהם של המערערים עצמם; ובהמשך את כל הראיות שנגזרו מכך, לרבות חקירות המערערים והודאותיהם. המערערים סבורים כי "**לא מדובר בפגם שנפל בשולי פעולות החקירה בתיק - פגם שאין בו כדי להשפיע באופן מהותי על המארג הראייתי שביסוד כתב האישום - אלא באי חוקיות היורדת לשורשו של עניין ולעיקר התשתית הראייתית שנאספה כנגד המערערים**".

20. עוד טוענים המערערים כי בית הדין אמור היה לזכותם בהתחשב במצג השווא שיצרה המדינה כלפיהם בשנת 2010 (הבטחתו של מר שמש בדבר הסתפקות בקנס מנהלי), ולאחר מכן השהתה את הטיפול בתיק משך כשנתיים, שרק לאחריהן החליטה למצות עמם את הדין. המערערים מדגישים כי בית הדין האזורי קיבל את גרסתם בדבר ההבטחה שניתנה למערערת, ואף שוכנע כי "**רשות הגונה איננה רשאית להתעלם לחלוטין ממצג שיצר שלוח מטעמה**". תוצאת הדברים חייבת להיות ביטול כתב האישום, שכן הפרת ההבטחה המנהלית סותרת באופן מהותי את עקרונות הצדק וההגינות. עוד מדגישים הם כי גם אם שינתה המאשימה את מדיניותה בחלוף הזמן, אין בכך משום הצדקה להפר את ההבטחה המנהלית שניתנה כדין זמן רב קודם לכן, וזאת "**אף אם לא היה בה כדי לגרום למערער והנאשמת לשנות את מצבם לרעה**". במקום אחר בסיכומיהם טוענים המערערים כי הסתמכותם על ההבטחה הייתה כה רבה, "**עד כדי שהובילה אותם לוותר על זכויות יסוד כגון מענה מפורט בדבר טענותיהם**".

21. לסיום טוענים המערערים כי ההחלטה להגיש נגדם כתב אישום, בניגוד למדיניות דאז להסתפק בקנס מנהלי בעבירה ראשונה, היא החלטה שרירותית ומפלה המהווה אכיפה בררנית וכן יישום רטרואקטיבי של מדיניות מחמירה חדשה, רק נוכח השיהוי המשמעותי בטיפול בעניינם. לכל הפחות לא הייתה הצדקה להגיש כתב אישום כנגד המערער, שכן "**במקרים רבים אחרים נוהגת המשיבה מדיניות שונה ומגישה כתבי אישום בגין העסקת עובדת/זר/ה במשק בית כנגד אחד מבעלי הנכס בו נמצא העובד ולא כנגד שני בני הזוג**".

22. המערער מוסיף בערעור מטעמו כי לא הייתה הצדקה לקבוע כי גם הוא עבר את העבירה, בהתחשב בכך שלא היה מעורב כלל בהעסקת העובדת, וכאשר "בינו לבין אשתו יש חלוקת סמכויות מאוד ברורה והיא זו שהייתה אחראית על התחזוקה בבית נוכח העובדה שהנאשם עובד רוב הזמן מחוץ לביתו ואף מחוץ לגבולות הארץ, וכן נעדר רבות בשל שירות מילואים". המערער אף בירר עם אשתו את חוקיות העסקתה של העובדת וסמך על דבריה, כאשר "אמון בין בני הזוג הוא היסוד לקשר זוגי" ומשכך התנהלותו אינה עולה כדי "עצימת עיניים".

טענות המדינה

23. המדינה טוענת כי אין ממש בטענות המערערים בדבר כניסה לא חוקית או חיפוש שלא כדין. לגישה, תיאור הכניסה לנכס בדו"ח הפעולה של מר שוורצמן מלמד כי המפקחים פעלו בהתאם להוראות הדין (חוק הכניסה לישראל והנוהל) נוכח הסיטואציה המורכבת במסגרתה "מחזיק הנכס" (העובדת הזרה, שהתגוררה לכל הפחות באותה עת בבית המערערים) הסתתרה בבית ולא אפשרה להם להיכנס אליו. הסרטון לא אבד באופן מכוון, וממילא כניסת המפקחים לבית תועדה באופן מפורט בדו"חות הפעולה כך שאין מדובר במחדל היורד לשורשו של עניין. עוד טוענת המדינה כי סעיף 26(א) לפקודת סדר הדין הפלילי אינו חל שכן מדובר בכניסה למקום מגורים ולא ב"חיפוש". משכך, אין כל חובה - וגם לא עולה כזו מהוראות חוק הכניסה לישראל או חוק עובדים זרים - לנוכחות שני עדים בלתי תלויים.

24. אשר לסתירה הנטענת בין דו"חות הפעולה טוענת המדינה, כי "מדובר בשני מפקחים שונים, שיתכן וצפו באירוע מנקודות שונות וכל אחד תיאר את שקלטו עיניו", כך שאין מדובר בהכרח בסתירה ובכל מקרה היא אינה משליכה על מהימנות הראיות. קל וחומר, כאשר המערערת הודתה בהעסקת העובדת במועד הביקורת ובכלל, כך שאין כל משמעות לסתירה הנטענת. למעלה מן הצורך טוענת המדינה כי גם אם ייקבע כי נפלו פגמים בהתנהלות המפקחים, הרי שאין מדובר בפגמים חמורים שאמורים להביא לפסילת הראיות או לזיכויים של המערערים. הדברים נכונים ביתר שאת כאשר ראיות התביעה אינן מתבססות רק על הראיות שהושגו במהלך הכניסה לבית שהרי המערערת הודתה בביצוע העבירה הן בחקירה, הן בתשובתה לאישום והן בעדותה בבית הדין.

25. אשר להבטחה המנהלית הנטענת, המדינה מדגישה כי מר שמש הוסמך לתפקיד מפקח בלבד (הודעה על מינויו פורסמה בילקוט הפרסומים 5133, עמ' 617 (28.11.02)), ואין לו סמכות לשמש כתובע על פי חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו - 1985 (להלן: **חוק העבירות המינהליות**). משכך, לא הייתה לו סמכות להחליט על הגשת כתב אישום (אם כי הייתה לו סמכות להטיל קנס, אך לתובע המוסמך סמכות להחליט על הגשת כתב אישום גם כאשר מפקח סבור שיש להטיל קנס). בנסיבות אלו, גם אם נתן את ההבטחה הנטענת, הרי שניתנה בחוסר סמכות "ומדובר בהבטחה בטלה שאינה מחייבת את המדינה". המדינה מדגישה כי מדובר בחוסר סמכות מהותית שכן ההבטחה הנטענת נוגדת את הוראות החוק המסמיך ומשכך אין לה כל תוקף. אף אין מדובר ב"פיתוי" שהרי הבטחתו של המפקח לא "העבירה את הנאשמים על דעתם" או שיבשה את יכולת הבחירה שלהם, והם הגיעו לחקירותיהם זמן רב יחסית לאחר ביצוע העבירות ולאחר שיכולים היו להיוועץ בעורך דין.

26. אשר לטענות בדבר אכיפה בררנית, מבהירה המדינה כי הוגשו כתבי אישום רבים בגין העסקת עובדים זרים

במשק בית במהלך שנת 2010, כך שאין מדובר כלל ועיקר בהחלת מדיניות מחמירה באופן רטרואקטיבי (ע"פ"א (ארצי) 50688-01-15 **מדינת ישראל - רינה מגנצי** (25.7.16); להלן: עניין **מגנצי**). אמנם עד שלהי שנת 2011 בוצעה בפועל אכיפה מצומצמת יותר, אך זאת נוכח העברת הסמכויות בקשר לכך בין משרדי הממשלה השונים והצורך בתקופת התארגנות. עם זאת בסיום ההתארגנות רשות האוכלוסין וההגירה במשרד הפנים אימצה את ההנחיות משנת 2008 ובפועל לא חל שינוי כלשהו במדיניות, כאשר אסמכתאות רבות לכך הוגשו תוך כדי ההליך בבית הדין האזורי, בתשובה לבקשת המערערים לקבלת צו לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי.

המדינה מפרטת עוד כי ההחלטה על הגשת כתב אישום יזום בנסיבות המקרה התקבלה בהתאם להנחיות הפנימיות שהיו בתוקף באותה עת, ובהתחשב בכך שמדובר בהעסקה של עובדת שהיה לה היתר בסיעוד שפקע זמן רב טרם תחילת עבודתה אצל המערערים, והועסקה אצל מעסיק שאינו בעל היתר סיעודי ושלא בביצוע עבודה סיעודית. לכך יש להוסיף את תקופת העבודה הארוכה (כשנה וארבעה חודשים) ואת הלנת העובדת בביתם של המערערים.

27. עוד מדגישה המדינה כי לא חל שיהיו משמעותי בהגשת כתב האישום, שכן הוגש כתשעה חודשים לאחר פעולת החקירה האחרונה בתיק (חקירתו של המערער), וכאשר חלוף הזמן ממועד ביצוע העבירה ועד לחקירת המערער לא נבע מהתעמרות או שיקולים זרים אלא נוכח שיקולי לוחות זמנים ותעדוף משימות של היחידה החוקרת. התקופה שחלפה לא פגעה בהגנתם של המערערים, וממילא לא מדובר בשיהוי חריג שיכול להצדיק סעד של ביטול כתב האישום. לכל היותר ניתן לשקול זאת לעניין העונש, כפי שאכן עשה בית הדין. המדינה טוענת עוד כי הזמן שחלף ממועד הגשת כתב האישום ועד גזר הדין קשור בעיקר לאופן בו ניהלו המערערים את ההליך והבקשות הרבות שהוגשו על ידם.

28. אשר לאחריותו של המערער טוענת המדינה, כי בית הדין האזורי קבע קביעה עובדתית בדבר העסקתה המשותפת של העובדת על ידי שני המערערים, ואין הצדקה להתערבות ערכאת הערעור בקביעה זו. הקביעה אף עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית דין זה (ע"פ (ארצי) 14758-12-14 **מדינת ישראל - סיון ברקוביץ'** (1.1.17); להלן: עניין **ברקוביץ'**; ע"פ (ארצי) 34795-06-16 **מדינת ישראל - ליאור פלטיאל גלפנד** (7.2.17), להלן: עניין **גלפנד**). המערער ידע שמדובר בעובדת זרה, ידע שאין לו היתר להעסקתה והסתפק בבדיקה לא מספקת של מעמדה החוקי מול רעייתו, כך שמתקיימים בעניינו הן היסוד העובדתי והן היסוד הנפשי.

29. בערעור מטעמה טוענת המדינה (ע"פ (45511-11-16) כי שגה בית הדין בהחלטתו להימנע מהרשעת המערער בשלב של בירור האשמה, עת המחלוקות וטענות הצדדים נסובו על עצם האחריות הפלילית בלבד; כאשר המערער כלל לא ביקש להימנע מהרשעה; ולמדינה לא ניתנה כל הזדמנות להביא ראיותיה ולטעון טענותיה בעניין מהותי זה. המדינה מדגישה כי ביטול ההרשעה אינו מוצדק לגופו; הטעמים בהם תלה בית הדין את החלטתו אינם יכולים להצדיק ביטול הרשעה לפי ההלכה הפסוקה; לא מתקיימים התנאים החריגים שנקבעו בפסיקה (דוגמת ע"פ (ארצי) 57160-01-14 **מדינת ישראל - חדוות הורים בע"מ** (8.11.14)) ויכולים להצדיק ביטול הרשעה; וממילא לא ניתן היה לקבוע זאת בשלב הדיוני של הכרעת הדין ובלא שנשמעו טענות הצדדים בקשר לכך.

המדינה מדגישה כי ראיות רלוונטיות לסוגיית ביטול ההרשעה, דוגמת נתונים בדבר עבר פלילי קודם, כלל לא יכולים לעמוד בפני בית הדין אלא לאחר מתן הכרעת הדין, והדבר מחזק את טענתה כי לא ניתן להכריע בכך במסגרת הכרעת הדין. המדינה עותרת לפיכך לביטול קביעה זו של בית הדין, ולהחזרת עניינו של המערער לבית הדין האזורי לצורך קיום דיון בעניין העונש.

דיון והכרעה

30. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים כפי שהובאו לפנינו בכתב ובעל פה ועיינו בכל חומר התיק, הגענו לכלל מסקנה כי יש לדחות את ערעוריהם של אורלי קוברינסקי והלל קוברינסקי ולקבל את ערעורה של המדינה. להלן נפרט את טעמינו.

חוקיות הכניסה לביתם של המערערים

31. סעיף 13ה'(א)(1) לחוק הכניסה לישראל קובע כי לשם ביצוע הוראות החוק, רשאי פקח או שוטר "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". סעיף-קטן (ג) ממשיך וקובע כי "שופט של בית משפט שלום רשאי, לבקשת פקח או שוטר, ליתן צו המתיר לפקח או לשוטר להיכנס למקום המשמש למגורים כדי לערוך בדיקה לעניין 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...".

במקרה שלפנינו לא הייתה מחלוקת כי בעת ביצוע הביקורת היה בידי המפקחים צו שיפוטי תקף מכוח סעיף החוק האמור, שאיפשר את כניסתם לבית המערערים על מנת לבדוק אם נמצא בו אדם השוהה שלא כדין בישראל.

32. אשר לדרך ביצועו של הצו קובע סעיף 13ה'(ד) לחוק הכניסה לישראל, כי "כניסה לפי סעיף זה תעשה 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".

המחוקק הבהיר אם כך שלא די בעצם קיומו של צו שיפוטי אלא יש להקפיד במידת האפשר על פרטיות אדם במקום מגוריו, על צנעת הפרט שלו, על זכויותיו הקנייניות ברכושו כמו גם על כללי ההגנות, הסבירות והמידתיות המחייבים את הרשות השלטונית. בהתאם יש לעשות מאמץ סביר בשלב ראשון להיכנס למקום מגורים בהסכמתו של המחזיק במקום, לאחר שיוצג בפניו הצו, ותוך הזדהות והסבר (להרחבה בקשר להוראות אלו, כמו גם הוראותיו הרלוונטיות של חוק עובדים זרים בדבר סמכויותיהם של מפקחים להיכנס ל"מקום עבודה" ו"מקום מגוריו של עובד זר", ראו בע"פ (ארצי) 46908-05-15 מדינת ישראל - חן שמגר (26.11.17); להלן: עניין שמגר).

33. הנחיות נוספות למפקחים שמונו מכוח סעיף 13ד' לחוק הכניסה לישראל מנויות בנוהל (כהגדרתו לעיל),

המבהיר כיצד עליהם למלא את סמכויותיהם. סעיף 8.2 לנוהל עוסק ב"כניסה למקום מגורים" וקובע את ההוראות הבאות:

"8.2.1 כניסה למקום מגורים תהיה בצו שופט בית משפט שלום.

8.2.2 הפקח יזדהה בפני המחזיק במקום או הנחזה להיות המחזיק במקום בשעת הביקור. הפקח ימסור להם הודעה על מטרת הביקור ויציג את צו בית המשפט.

8.2.3 למרות קיום צו כניסה, הפקחים ינסו ככל הניתן להיכנס לדירה בהסכמת בעל המחזיק במקום [כך במקור - ס.ד.מ] או הנחזה להיות המחזיק במקום בשעת הביקור. ככל שאין הסכמה שכזו, יש לתת אזהרה ליושבי הבית בעברית ואנגלית כי קיים צו שופט בית משפט שלום המאפשר את הכניסה למקום ואם לא יאפשרו את הכניסה, הדלת תיפרץ."

סעיף 9.2 לנוהל ממשיך וקובע כי שימוש ב"כוח סביר" אפשרי כאשר "המחזיק במקום או הנחזה להיות המחזיק במקום נדרש לאפשר את כניסתו של הפקח למקום וסרב לעשות זאת וביחס למקום מגורים - קיים בנוסף צו שופט בית משפט שלום המאפשר כניסה למקום". עוד מודגש כי "השימוש בכוח יהיה מצומצם ככל האפשר ורק במידה הנדרשת ויעשה רק לאחר שהפקח הזהיר את מי שכלפיו הוא עומד להשתמש בכוח סביר על כוונתו לעשות כן" (סעיף 9.4).

34. במקרה שלפנינו, ודאי בהתחשב בשהותם של המערערים בחו"ל במועד הביקורת, מקובלת עלינו עמדת המדינה כי יש לראות בעובדת כ"מחזיקת המקום". מדו"ח הפעולה של מר שוורצמן, שהוגש בהסכמה (תוך ויתור מצד ב"כ המערערים על חקירתו), עולה כי המפקחים צלצלו בפעמון החיצוני טרם כניסתם לחצרי הנכס; הקישו בדלת הקדמית והאחורית תוך "זיהוי קולי" (ככל הנראה הזדהות בקול רם); ניסו ליצור קשר טלפוני עם המערערים בטלפונים הניידים שלהם אך לא היה מענה; ורק לאחר מספר ניסיונות שכשלו להיכנס בהסכמתה של "מחזיקת המקום" באותה עת - וכאשר היה ברור להם כי העובדת מסתרת מפניהם שכן הבחינו בה דרך החלון עוד טרם כניסתם - פתחו חלון שלא היה נעול ונכנסו דרכו לנכס. מיד עם כניסתם ביצעו "מס' קריאות לתוך הבית לנוכחים במקום + זיהוי עצמי" (כלשון דו"ח הפעולה), ולאחר שמצאו את העובדת - הזדהו בפניה תוך הצגת תעודות מתאימות וכן מסרו לידיה העתק מהצו השיפוטי.

35. כניסה זו לנכס - גם אם מלמדת על ניסיון מצד המפקחים לעמוד בהוראות הנוהל - אינה נקייה מפגמים. כך, אנו סבורים כי היה על המפקחים לעשות מאמץ רב יותר על מנת להזדהות ולהודיע על מטרת בואם עוד טרם ש"קפצו מעל השער" ונכנסו למתחם הפרטי של המערערים, וכדוגמא - באמצעות ניסיון לשוחח עם המערערים טלפונית עוד טרם הכניסה לחצרם ולא רק אחריה; היה על המפקחים (ככל הנראה, שכן לא סופק מידע מספיק בקשר לכך) לעשות מאמץ רב יותר לאתר את המערערים טרם הכניסה לביתם, ולא די לצורך כך ב"מס' ניסיונות חיוג" למספרים לא מתועדים (ומדוע לא לנסות במקומות העבודה למשל); היה על המפקחים להזדהות באופן ברור ובקול רם טרם כניסתם לבית דרך החלון, ולהזהיר את העובדת כי ברשותם צו וכי בכוונתם להיכנס באופן חד צדדי, לרבות תוך פריצת הדלת, ככל שלא תאפשר את כניסתם; והיה על המפקחים לרשום במפורש בדו"ח הפעולה מה משמעות ה"זיהוי הקולי" ומה נאמר על ידם (וכיצד, באיזו עוצמת קול ובאיזו שפה) טרם הכניסה לחצר ולבית ולאחריה.

בנסיבות דומות קבע חברי השופט מיכאל שפיצר כי:

עמוד 11

"אמנם נראה כי המפקחים עשו מאמץ מסוים לקבל את הסכמת המשיבים לכניסה לביתם באמצעות מספרי הטלפון שהיו בידיהם, לטעמינו לא די בפניה שלהם לרכז המודיעין כדי לנסות לקבל טלפון עדכני, ומשגם זה לא צלח - להיכנס לבית תוך טיפוס מעל השער וכניסה לתוככי הבית עצמו ללא התראה מספקת, דרך ויטרינה לא נעולה. כניסה כזו לביתו של אדם, ללא ידיעתו, גם אם נעשית בצו בית משפט, פוגעת בפרטיות באופן קשה והיה על המפקחים לעשות מאמץ ממשי לאיתור מספרי הטלפון הנכונים של בעלי הבית טרם כניסתם על מנת למנוע פגיעה זו"

(ע"פ (ארצי) 17882-07-17 מדינת ישראל - שגיאה חיה וולף (17.3.19); להלן: עניין וולף).

36. לכך יש להוסיף כי לאחר הכניסה לנכס היה על המפקחים לנהוג באופן סביר, רגיש ומידתי הן על מנת לשמור על פרטיותם של המערערים, אשר רשויות האכיפה נכנסו לביתם ללא ידיעתם וללא נוכחותם ואף ביצעו חיפוש במקומות מסתור פוטנציאליים בחדרי הבית השונים לרבות בארונות (באופן שיש בו על פני הדברים חדירה ממשית וניכרת לפרטיות), והן על מנת לנהוג באופן הוגן, אנושי ומכבד כלפי העובדת. עם זאת גם אם הסיטואציה בכללותה מעוררת אי נוחות לא מבוטלת, לא הובאו ראיות כלשהן לכך שהמפקחים לא פעלו בדרך זו, ומדו"ח הפעולה (או מכל ראייה אחרת) לא עולה ששהות המפקחים בנכס נעשתה תוך חריגה מאמות המידה האמורות, ואף לא עולה שפתיחת הארונות נעשתה לאחר איתור העובדת או באופן העולה על הדרוש.

37. המערערים סבורים כי הפגיעה בפרטיותם והפרת הנוהל מצדיקות את פסילת הראיות שהושגו במהלך הביקורת כמו גם הראיות שנגזרו מכך, וזאת מכוח הדוקטרינה הפסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בהליך הפלילי. לפי דוקטרינה זו, לבית הדין נתון שיקול דעת לפסילת ראיה "אם נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה" (הלכת יששכרוב; כן ראו את רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל (6.3.12); ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011); להלן: עניין פרחי; דנ"פ 5956/11 פרחי נ' מדינת ישראל (31.5.12); דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד סה(2) 377 (2012); ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (2.8.18); להלן: עניין חייבטוב; עניין שמגר).

38. לאחר שקילת הטענות בהקשר זה, החלטנו להשאיר ב"צריך עיון" את השאלה אם הפגמים לעיל מצדיקים את פסילתן של הראיות שהושגו במהלך הכניסה לנכס מכוח הלכת הפסילה הפסיקתית (לקביעה דומה ראו בעניין וולף). הטעם לכך הוא הראיות הנוספות, שעומדות על רגליהן באופן עצמאי ומוכיחות באופן ברור את יסודות העבירה, והן הודעותיהם המפורשות של המערערים במהלך חקירתם במשרדי רשות האוכלוסין וההגירה, כמו גם הודאותיהם הלכה למעשה במסגרת עדותם בבית הדין. לכך יש להוסיף את האישור המלמד על עריכת ביטוח לעובדת, החל מחודש נובמבר 2008 ואילך. בנסיבותיו של המקרה לא שוכנענו כי הפגמים בכניסת המפקחים לבית מצדיקים את פסילת הראיות הנגזרות, ודאי בהתחשב בחלוף הזמן ממועד הביקורת ועד חקירותיהם של המערערים במשרדי הרשות, וכאשר המערערים כלל לא ניסו לטעון כי הודעותיהם בחקירה לא ניתנו מרצונם החופשי ומדעת (וראו בקשר לכך את עניין שמגר; ע"פ (ארצי) 30743-11-13 דור חקלאים בע"מ - מדינת ישראל (20.1.18); רע"פ 1921/18 חברת דור חקלאים בע"מ נ' מדינת ישראל (27.5.18); ע"פ (ארצי) 55700-03-17 שירי סיוון - מדינת ישראל (15.2.08);

להלן: עניין סיוון; רע"פ 2768/18 סיוון נ' מדינת ישראל (12.6.18); להלן: רע"פ סיוון; ע"פ (ארצו) 9521-10-16 מדינת ישראל - משה ריינס (25.7.18).

עם זאת, הפגמים בחקירה אמורים להילקח בחשבון לטעמנו בעת גזירת עונשם של המערערים (עניין וולף; סעיף 40 י"א (9) לחוק העונשין).

39. טענה נוספת של המערערים התבססה על סעיף 26(א) לפקודת סדר הדין הפלילי, הקובע כדלקמן:

"חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם -

(1) לא ניתן בנסיבות הענין ובגלל דחיפותו לערכו כאמור; נסיבות הענין וטעמי דחיפותו יפורטו בפרוטוקול שייערך;

(2) שופט הרשה לערכו שלא בפני עדים;

(3) תופש הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לערכו שלא בפני עדים; הבקשה תפורש בפרוטוקול שייערך".

ככלל מקובלת עלינו עמדת המדינה כי המפקחים לא ביצעו "חיפוש" אלא נכנסו בהתאם לצו שיפוטי למקום מגורים כדי לערוך "בדיקה" לעניין קיום הוראות חוק הכניסה לישראל (כלשון סעיף 13ה(ג) לאותו חוק), ובמסגרת זו רשאים היו "לדרוש מאדם שיש יסוד להניח כי שהייתו בישראל מחייבת רישיון ישיבה... לזהות את עצמו ולהציג לפניו את המסמכים הנוגעים לשהייתו..." (כלשון סעיף 13ה(א)(1) לאותו חוק). כפיפותם במסגרת פעולה זו היא להוראות חוק הכניסה לישראל (או חוק עובדים זרים במקרים המתאימים) והוראות הנוהל, ומשכך מלכתחילה לא חלה עליהם חובה חוקית בהזמנתם של "שני עדים שאינם שוטרים" (לקביעה דומה ראו ב-ת"פ (שלום כ"ס) 14556-12-14 מדינת ישראל - עאדל עאמר (9.6.16)).

עם זאת, גם לא ניתן להתעלם מכך שבפועל המפקחים לא הסתפקו ב"כניסה" ו"בדיקה" באמצעות צפייה על פני השטח בלבד, אלא - גם לפי המתואר בדו"ח הפעולה - עברו בין חדרי הבית השונים וחיפשו את העובדת במקומות מסתור פוטנציאליים, לרבות ארונות הבית. בניסיונות אלה לאיתור העובדת יש - כך ניתן לטעון - משום שטוש מסוים של הגבולות בין "בדיקה" לבין "חיפוש". כיוון שממילא הותרנו ב"צריך עיון" את קבילות הראיות שהושגו במהלך הביקורת - גם שאלה זו תיוותר על ידינו להכרעה לעת מצוא.

"הבטחה מנהלית" מצד מר שמש - האם הוכחה ומה השלכותיה

40. כפי שעולה מהפירוט לעיל, בית הדין האזורי שוכנע כי בפני המערערת הוצג "מצג" מטעמו של מר שמש, ולפיו יוטל עליה קנס מנהלי בלבד. עם זאת, עיון מדוקדק בפרטיה של אותה "הבטחה" עליה מבססת המערערת את טיעונה (עדותה המלאה בקשר לכך צוטטה בסעיף 10 לעיל) מלמד כי המערערת אינה טוענת להתחייבות מפורשת או פורמאלית, מצד גורם מוסמך, שלא להעמידה לדין ככל שתודה בעבירה המיוחסת לה או בכלל, אלא לשיח בלתי פורמאלי במסגרתו שיתף אותה מר שמש בכך שהמדיניות המקובלת אותה עת היא להסתפק בקנס מנהלי בנסיבות ביצוע העבירה על ידה. המערערת אף הדגישה כי דבריו "נפלו על אוזן קשבת" שכן הכירה שכנים שהעסיקו אף הם עובדים זרים, והוטלו עליהם קנסות מנהליים בלבד.

דרך ניסוח הדברים על ידי המערערת מלמדת לטעמנו ברמה העובדתית על מעין "הצהרת כוונות" כללית שהושמעה באוזניה על ידי מר שמש, באופן שנועד למנוע מתח מיותר טרם מתן עדותה ואולי גם לעודדה לשתף פעולה בחקירה, אך שאין בו משום "הבטחה" בעלת תוקף משפטי או מחייב, וגם מדברי המערערת לא עולה שהתייחסה לדברים בדרך זו.

41. לכך יש להוסיף בהיבט העובדתי, כי גם אם דברים אלו לא אמורים היו להיאמר על ידי מר שמש (ונראה כי אין על כך חולק), בנסיבות המקרה לא הייתה הסתמכות כלשהי על דבריו מצד המערערת או מצד בעלה. טענתה היחידה של המערערת הייתה כי לולא ההבטחה - הייתה "מדקדקת" בעת מסירת הודעתה בפרטי ההעסקה והלינה המדויקים (היינו, מפרטת שהעובדת לא הועסקה מדי יום ביומו וגם לא לנה בביתם מדי יום ביומו). אלא, שלא ברור מדוע המערערת לא יכולה הייתה למסור בהודעתה את הפרטים המדויקים גם אם סברה שיוטל עליה קנס מנהלי בלבד (אין מדובר בפירוט הגוזל זמן או דורש מאמץ כלשהו); לא הוכח כלל ועיקר כי מסירת הפרטים המדויקים הייתה משנה את החלטת התובע המוסמך להגיש כתב אישום; וממילא - המערערת אישרה בהגינותה שהייתה מודה בביצוע העבירה בכל מקרה גם ללא ה"מצג" שהציג לה מר שמש, כך שלמעשה לא היה במצג כדי לשנות את מצבם של המערערים לרעה (והמערערים אף אישרו זאת במפורש בסיכומיהם).

42. בית הדין האזורי קבע כי מר שמש לא היה מוסמך להתחייב כלפי המערערת שלא יוגש נגדה כתב אישום, כך שמדובר ב"התחייבות בטלה" שאין לאכוף אותה. במקביל קבע שאין להתעלם לחלוטין מחוסר ההגינות הכרוך בכך, ולכן לקח זאת בחשבון כאשר החליט להסתפק בענישה ללא הרשעה בעניינו של המערער. נציין כבר כעת כי מקובל עלינו שה"מצג" האמור אמור להילקח בחשבון כחלק ממכלול השיקולים בעת גזירת עונשם של המערערים (סעיף 40 י"א(9) לחוק העונשין), לרבות בדיקת האפשרות של הסתפקות בענישה ללא הרשעה. עם זאת, לטענת המערערים יש לגזור מה"מצג" גם את זיכויים המוחלט מהעבירה שיוחסה להם. מהי הדרך המשפטית בה יש לבחון את טענת המערערים בדבר "מצג" או "הבטחה"?

43. בעניין פרחי ציין השופט אדמונד לוי, בקשר להבטחה שניתנה לנאשם באותו מקרה, את הדברים הבאים:

"ביסוד הכלל כי "הבטחות יש לקיים" עומדים עקרונות ההגינות והסבירות (דברי השופט א' ברק בבג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 841, 749 (1991)). הפרת הבטחה הינה מעשה נפסד כשלעצמו. בתחום האזרחי הפרת הבטחה גוררת אחריה סעד של פיצוי... לעיתים תוביל הפרת הבטחה אף לביטולו של החוזה. בתחום הציבורי - הפרת הבטחה בנסיבות שהפרט הסתמך עליה, עשויה להוביל לחיובה של הרשות לקיים את דברה (ע"א 6971/93 עיריית רמת גן נ' קרשין, פ"ד נ(5) 483, 478 (1997))."

כאשר מדובר בהליך פלילי, כבר נפסק, כי הפרת הבטחה כלפי הנאשם עשויה בנסיבות מסוימות להוביל לפסילת הראיה הכרוכה בכך (ע"פ 175/80 סמילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 21, 25 (1981); ע"פ 1292/06 יחיא תורק נ' מדינת ישראל, פסקה 30 לדברי השופט ע' פוגלמן (20.07.09)), ובנסיבות קיצוניות וחריגות אף לביטול כתב-האישום מעיקרו (בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 82, 67 (1997)).

חומרת הפגיעה גדולה במיוחד כאשר קיימים אינטרסים של ציפייה והסתמכות מצד מי שהבטחה ניתנה לו. אינטרס הציפייה מתייחס לעינוי הדין שנגרם לנאשם, שציפה לכך

שהבטחה שניתנה לו תקוים, ועתה באה הרשות השלטונית ומתכחשת לה. אינטרס ההסתמכות מתייחס לאינטרס של הנאשם שההבטחה שנמסרה לו תקוים גם נוכח שינוי מצבו בעקבותיה, למשל, כאשר היא גרמה לו למסור מידע או להודות בעובדות מפלילות שיוחסו לו (בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 393, 403 (1986)).

השלמה עם התוצאה של הפרת ההבטחה, עלולה להוביל גם לפגיעה בהיבט הציבורי של הזכות להליך הוגן במובנה הרחב - באינטרס שבאמינות השלטון ובקיום הבטחותיו... עינינו הרואות, האינטרס הציבורי שבאמינות השלטון הינו בעל שני היבטים, הראשון, ההיבט המוסרי לפיו על פעולות השלטון לעלות בקנה אחד עם ערכיה הבסיסיים של השיטה, והשני, היבט תועלתני לפיו הפרת הבטחות עלולה להוביל לחוסר אמון של האזרחים ברשויות השלטון ולסירוב לשתף עמן פעולה" (ההדגשות אינן במקור).

לאחר דברים אלה נקבע כי הפרת ההבטחה בנסיבות המקרה פגעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן, באופן המצדיק לפסול את הראיה שהושגה כתוצאה של ההבטחה (אך לא את הראיות הנגזרות).

44. דרך משפטית אחת לבחינת ה"מצג" היא אם כך בדיקה האם השפיע על דרך השגתן של הראיות על ידי המאשימה, באופן שעשוי להצדיק שימוש בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. דרך נוספת היא בדיקה האם הודעותיהם של המערערים ברשות האוכלוסין וההגירה הושפעו מהמצג, עד כדי שניתן לומר שלא ניתנו מרצון טוב וחופשי (סעיף 12 לפקודת הראיות). במקרה שלפנינו הראיות היחידות שיכולות היו להיות מושפעות מהמצג הן הודעותיהם של המערערים ברשות האוכלוסין וההגירה, אך המערערים בהגנותם כלל לא ניסו לטעון כי החלטתם להודות בביצוע העבירה הושפעה מהמצג של מר שמש. המערערים אף לא ניסו לטעון כי נפל אצלם פגם כלשהו ברצון בעת מתן ההודעות, או כי ניתנו שלא מדעת או בשל פגיעה בזכותם להליך הוגן. בהיבטים אלה אין לפיכך משמעות, בנסיבות המקרה שלפנינו, ל"מצג" או ל"הבטחה".

45. האם יש דרכים משפטיות נוספות לבחינת ה"מצג"? הטענה ל"הבטחה" בדבר אי-העמדתו של אדם לדין פלילי היא טענה מורכבת שכן מדובר במצג או התחייבות בנוגע להפעלת הסמכות השלטונית לנקוט בהליכים פליליים. גם בנוגע להסכמים של ממש בנושאים אלו (שאינם "מצג" בלבד), המכונים הסדרי טיעון, קיימת מחלוקת מהו ההסדר הנורמטיבי החולש עליהם, כאשר "מן הצד האחד, מצויים בו מרכיבים חוזיים המקרבים אותו אל המודל החוזי הטהור"; מן הצד האחר הועלו הצעות ל"מודל מינהלי, השולל את המודל החוזי"; ובין שני המודלים הללו "הוחל בהלכה הפסוקה על הסדרי טיעון מודל אמצע, של "חוזה מינהלי" או "חוזה רשות"... חוזה הרשות הוא יצור כלאיים, וכנזה חלות עליו במקביל שתי מערכות דינים: דיני החוזים והמשפט המינהלי", כאשר הובהר כי "גם בנקודת הזמן הנוכחית טרם נתחמו במדויק גבולותיו של מודל זה, ועדיין לא הוכרעה המחלוקת בנוגע למשקל היחסי שיש לתת לכל אחד מן המרכיבים המגבשים את הדואליות הנורמטיבית" (בג"צ 634/11 באשה נ' מדינת ישראל (27.7.17); להלן: עניין באשה; כן ראו אצל מיכל טמיר ויוני לבני, הסדר טיעון הוא הסדר טיעון: עבר, הווה, עתיד, חוקים ו' 49 (2014)).

46. במקרה שלפנינו, נראה כי קיימות מספר דרכים אפשריות לבחינת טענת המערערים, המערבות היבטים של המשפט הפלילי, המשפט המנהלי ודיני החוזים. אפשרות אחת היא טענה כי מדובר במעין "הסדר טיעון" (ולמעשה שלב מוקדם לכך המתייחס להתחייבות נטענת בדבר אי העמדת המערערים לדין מלכתחילה), שהמדינה לא הוכיחה הצדקה לחזור בה ממנו (בג"צ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד עמוד 15

מ(2)393 (1986); להלן: הלכת **ארביב**; בג"צ 492/11 **טורק נ' פרקליט המדינה** (27.3.11). אפשרות שנייה היא טענה ל"הבטחה" מנהלית או שלטונית, שיש להחילה גם במשפט הפלילי (ע"פ 6411/98 **מנבר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 150, בעמ' 212 (2000); להלן: עניין **מנבר**). האפשרות השלישית היא טענה להגנה מן הצדק, ככל שהתנהלות רשויות האכיפה כלפי המערערים פוגעת פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות.

טרם בחינת האפשרויות השונות ראוי לציין כי הן אינן מנותקות זו מזו, וגם לא מדיוננו לעיל בעניין קבילות הראיות. כבר נכתב לא אחת על זיקות הגומלין בין הגנה מן הצדק לבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (וראו למשל בעניין **חייבטוב**), כמו גם על טשטוש הגבולות בין "הבטחה מנהלית" לבין חוזה שצד לו היא רשות.

47. אשר לאפשרות הראשונה - המערערים לא ניסו לטעון שנכרת מולם מעין "הסדר טיעון", או כי מוצדק היה לאכוף את ה"התחייבות" שניתנה להם בדבר אי העמדתם לדין מכוח הפסיקה העוסקת בכך (בג"צ 5319/97 **קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד נא(5) 67 (1997), להלן: עניין **קוגן**, בו נבחנה התחייבות כאמור במשקפי הלכת **ארביב** העוסקת בהסדרי טיעון). ואכן, נראה כי כבר בשלב הראשון של הבדיקה - ברור בענייננו כי לא הייתה גמירות דעת מצד גורמים מוסמכים במדינה להגיע מול המערערים להסדר בעל תוקף מחייב (והשוו לעניין **באשה**; בג"צ 25/19 **אברג'יל נ' פרקליטות מחוז תל אביב** (20.3.19)).

48. אשר לטענה בדבר הבטחה מנהלית - בפרשת **מנבר** נדחתה טענת הנאשם כי לא היה מקום להגיש נגדו כתב אישום נוכח הבטחה שלטונית שלא יועמד לדין, על בסיס אמירת חוקר לפיה "**לא נהוג לנשוק את היד המושטת לשלום...**". הטענה נבחנה על סמך התנאים הנדרשים לגיבושה של הבטחה מנהלית (כפי שנקבעו לראשונה בבג"צ 135/75 **סאי-טקס בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד ל(1) 673 (1975); להלן: עניין **סאי-טקס**), ונקבע כי הם אינם מתקיימים ולו מהטעם שהיה ברור שהגורם שאמר את הדברים אינו האדם המוסמך לקבל את ההחלטה (כן ראו את בג"צ 688/86 **דהאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(4) 469 (1986)).

גם בענייננו, בחינת המצג על סמך התנאים הפסיקטיים להבטחה מנהלית מלמדת כי אין הצדקה לאכיפתו. נזכיר כי בהתאם לפסיקה, הבטחה מנהלית מחייבת היא כזו שניתנה על ידי בעל הסמכות לתתה; כאשר הייתה לנותן ההבטחה כוונה להקנות לה תוקף משפטי; כאשר נותן ההבטחה הוא בעל יכולת למלא אחריה; וכאשר אין צידוק חוקי לשנות את ההבטחה או לבטלה (עניין **סאי-טקס**; לניסוח עדכני של התנאים ראו למשל בע"א 9073/07 **מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ** (3.5.12)). במקרה שלפנינו, ומהטעמים שיפורטו להלן, שוכנענו כי מר שמש לא היה בעל סמכות ליתן הבטחה או התחייבות בדבר אי הגשתו של כתב אישום פלילי, ובנסיבות המקרה אף התרשמנו, מדרך ניסוח הדברים על ידי המערערת עצמה, כי הדברים לא נאמרו תוך כוונה להקנות להם תוקף משפטי.

49. אין חולק כי הפרה של סעיף 2(א) לחוק עובדים זרים היא עבירה מנהלית, אשר "דרך המלך" היא להטיל בגינה קנס מנהלי (ע"פ (ארצי) 36714-07-17 **זאב שהם - מדינת ישראל** (28.4.19), להלן: עניין **שהם**, והאסמכתאות שם). עם זאת, סעיף 15 לחוק העבירות המנהליות קובע כי "**קביעת עבירה כעבירה מינהלית אין בה כדי לגרוע מסמכותו של תובע להגיש בשלה כתב אישום, כאשר הוא סבור**

שהנסיבות מצדיקות זאת מטעמים שיירשמו, ובלבד שטרם נמסרה הודעה על הטלת הקנס; סעיף זה אינו גורע מסמכותו של תובע להגיש כתב אישום אם ביקש מקבל ההודעה להישפט על העבירה".

הוראות חוק העבירות המנהליות מלמדות לפיכך על חלוקת סמכויות בין "מפקח", שרשאי להטיל קנס מנהלי, לבין "תובע", שרשאי להחליט על הגשת כתב אישום, וזאת בנסיבות המתאימות ומטעמים שיירשמו (בג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מ"ו(3) 501 (1992); ע"פ (ארצי) 55267-05-16 איתן אמי עובדים זרים לבניין בע"מ - מדינת ישראל (1.2.18); רע"פ 2622/18 איתן אמי עובדים זרים לבניין בע"מ נ' רשות האוכלוסין וההגירה (18.7.18); להרחבה בדבר הוראות החוק ראו גם בעפ"א (ארצי) 49108-05-11 מדינת ישראל - ג.מ. לירן בניה ופתוח בע"מ (29.12.11)).

50.מר שמש לא מונה כ"תובע" אלא כ"מפקח" בלבד, ובהתאם סמכותו אמנם כוללת את האפשרות להטלת קנסות (מכוח סעיף 8 לחוק העבירות המנהליות), אך לא את הסמכות להגשת כתבי אישום (סעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי). זאת ועוד: גם אם למר שמש כמפקח סמכות להטלת קנסות (ועל כך לא הייתה למעשה מחלוקת), לא ברור אם אכן המפקח שביצע את החקירה הוא המפקח שמטיל את הקנס לפי נהליה הפנימיים של הרשות, או שמא מעביר הוא את כל חומר החקירה למפקח אחר לצורך שקילתו בעיניים אובייקטיביות. בין כך ובין כך, כבר מהטעם הראשון (העדר סמכות בדין להגשת כתבי אישום), וכפי שקבע בצדק בית הדין האזורי, מר שמש לא יכול היה להבטיח למערערת שלא יוגש נגדה כתב אישום, ועניין זה אינו בסמכותו או בתחומי אחריותו. בהקשר זה לא נשמט מעינינו כי מרגע שניתנת הודעה על הטלתו של קנס מנהלי - נסתם הגולל על האפשרות להגיש כתב אישום, ולמרות זאת איננו סבורים כי יש בעובדה זו כדי להקנות סמכות למפקח להבטיח או להתחייב כי לא יוגש כתב אישום, ודאי כאשר קיימת הצדקה להגשת כתב אישום על פי ההנחיות הפנימיות שהיו תקפות באותה עת. מר שמש לא היה לפיכך בעל הסמכות לתת את ה"הבטחה" הנטענת. לכך יש להוסיף את התרשמותנו לעיל, כי ממילא דובר בשיח שאינו בגדר הבטחה ברורה וחד-משמעית, ואף המערערת לא תפסה את השיחה בינה לבין מר שמש כהתחייבות פורמאלית או מחייבת.

51.נותרנו עם השאלה האם הבטחתו של מר שמש מצדיקה שימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, עד כדי ביטול כתב האישום. בהקשר זה לקחנו בחשבון את ההרחבה המסוימת בדוקטרינה זו במהלך השנים בכלל ובעת האחרונה בפרט (רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי (31.10.18), להלן: עניין ורדי), ולמרות זאת שוכנענו כי בנסיבות המקרה אין הצדקה ליישומה. גם אם קיימת אפשרות תיאורטית לכך בסיטואציה של הפרת מצג בדבר אי-העמדה לדין (ראו אצל ישגב נקדימון, **הגנה מן הצדק** (מהדורה שנייה, 2009), בעמ' 284-307), וגם אם אפשרות זו קיימת, במקרים המתאימים, גם בסיטואציה בה בעל התפקיד שנתן את המצג לא היה מוסמך לכך כדין (שם, בעמ' 286, 290) - בנסיבותיו של המקרה שלפנינו שוכנענו כי העמדתם של המערערים לדין אינה סותרת באופן מהותי את עקרונות הצדק וההגינות ואינה מגעת לכדי אותם מקרים קיצוניים וחריגים המצדיקים את ביטולו של כתב האישום (סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי; לדחיית הטענה של הגנה מן הצדק בהתבסס על מצג או התחייבות לאי-העמדה לדין ראו למשל בעניין **קוגן**; רע"פ 1928/06 פיליפ נ' מדינת ישראל (19.10.06); עש"מ 7859/07 מדינת ישראל נ' בר יוסף (19.12.07); לקבלת הטענה ראו למשל את ת"פ (מחוזי ים) 163/08 מדינת ישראל נ' וסאל (22.7.13)).

בהקשר זה איננו מתעלמים מציפיותם של המערערים למימוש המצג; מהעובדה כי מר שמש ייצג כלפיהם אותה עת את רשויות האכיפה כך שסביר היה מבחינתם להסתמך על דבריו; מהעובדה כי חלוף הזמן בין המצג לבין הגשת כתב האישום עשוי היה לחזק את אינטרס הציפייה שלהם; ומהאינטרס הציבורי לשמור על אמינות רשויות האכיפה. עם זאת כנגד כך יש לקחת בחשבון את "עוצמתו" הנמוכה של המצג בנסיבות המקרה; את זהות בעל התפקיד שיצר את המצג, באופן שהשליך על האפשרות לראות את דבריו כהצהרה מחייבת מצד גורם מוסמך; את העובדה כי המערערים אכן לא הסתמכו על המצג ולא שינו את מצבם לרעה בהתבסס עליו; ובהמשך לכך גם את האינטרס הציבורי בקיום הוראות החוק אשר מצדיק, לשיטת הרשות האמונה על אכיפתו של חוק עובדים זרים, את העמדת המערערים לדין. שוכנענו לפיכך כי מכלול הנסיבות אינו מצדיק היענות לטענת ההגנה מן הצדק; נהפוך הוא - במידה רבה היענות לטענה זו בהתבסס על ה"מצג" הרפה שהוצג למערערים, וכאמור לא שינה את מצבם לרעה, יהווה העדפה של המערערים לעומת נאשמים רבים אחרים שהועמדו לדין בנסיבות דומות, תוך פגיעה בעקרון השוויון.

52. לסיכום סוגיה זו - דבריו של מר שמש לא אמורים היו להיאמר, והפער בין דבריו לבין החלטת המדינה להגיש כנגד המערערים כתב אישום יוצר אי נוחות לא מבוטלת, הן נוכח הפגיעה באמינותה של הרשות האוכפת והן נוכח הפגיעה באינטרס הציפייה של המערערים. עם זאת, בנסיבות המקרה שוכנענו כי אין בכך כדי להשליך על אחריותם של המערערים לביצוע העבירה, ויש להתחשב בכך רק בשלב גזירת העונש.

אחריותו של המערער לביצוע העבירה

53. על מנת להרשיע אדם בעבירה על פי סעיף 2(א) לחוק על המדינה להוכיח - במישור העובדתי - כי "נמצא אדם שהעסקתו טעונה היתר - קרי, אדם שהוא בבחינת "עובד זר" - מי שאינו אזרח או תושב ישראל; כי היתר לעובד הזר לעבוד אצל המעסיק לא היה, וכי הנאשם הוא שהעסיק אותו" (עניין ברקוביץ'). במקרה שלפנינו, בית הדין האזורי שוכנע כי הוכחו כל יסודות העבירה לא רק ביחס למערערת אלא גם ביחס למערער, וקביעה זו מקובלת עלינו. בתמצית נזכיר בקשר לכך את החזקה העובדתית שנקבעה בפסיקה, לפיה כאשר אדם נמצא מבצע עבודה באתר מסוים, והעבודה שהוא מבצע נחוצה למי שמחזיק אותה עת באתר - ניתן להסיק כי קיים קשר של יחסי עובד - מעסיק בין מבצע העבודה לבין המחזיק באתר, אלא אם יוכח אחרת (ע"פ (ארצי) 32845-07-15 מדינת ישראל - קארין פילוסוף זרניצקי (24.6.18)); להלן: עניין זרניצקי, והאסמכתאות שם).

בשנת 2012 (היינו לאחר מועד הביקורת) חזקה זו עוגנה בסעיף 4א' לחוק עובדים זרים, הקובע כי "יראו מחזיק במקרקעין כמי שמעסיק עובד זר שנמצא עובד במקרקעין, אלא אם כן הוכיח המחזיק אחרת". חזקה זו יושמה גם בהתייחס להעסקה במשק בית, והובהר כי היא חלה על שני בני הזוג המתגוררים בנכס:

"נקודת המוצא במקרה של עובד משק בית היא שיחסי העבודה נקשרו בינו ובין המחזיקים בבית שהם אלה אשר נהנים מעבודתו. בהעדר ראיה לסתור, משק הבית הוא בבחינת שותפות שהשותפים בה - בני הזוג, יחד ולחוד, הם מעסיקיו של העובד"
(עניין גלפנד).

54. במקרה שלפנינו, גם אם המערער היה מעורב פחות בהעסקתה של העובדת - לא עלה בידו לסתור את החזקה לפיה היה אף הוא "מעסיק" של העובדת שהועסקה בביתו, ובהתאם קבע בית הדין האזורי כי התקיימו לגביו רכיביה העובדתיים של העבירה. קביעה זו תואמת את ההלכה הפסוקה ואת נסיבות המקרה

כפי העולות מהראיות שהוצגו בפני בית הדין, ומשכך לא מצאנו הצדקה להתערב בה (והשוו למקרה חריג של סתירת החזקה, כיוון שהוכח ניתוק של ממש בין בני הזוג והיעדרות משמעותית מהבית המשותף: ע"פ (ארצי) 15025-09-17 **יוסף פרג - מדינת ישראל** (16.4.19)).

55. אשר ליסוד הנפשי - אין חולק כי היסוד הנדרש הוא מודעות, וכי זו מתקיימת גם במקרה של "עצימת עיניים". עצימת עיניים הוגדרה בפסיקה כ"**חשד סובייקטיבי והימנעות מלקיים לגבי אותו חשד בירור שהוא סביר בנסיבות העניין**" (עניין **ברקוביץ'**). במקרה שלפנינו המערער הודה בחקירתו ברשות האוכלוסין וההגירה וכן בבית הדין כי ידע שהעובדת מועסקת בביתו, מבלי שניסה לטעון כי ביצע בירור עצמאי לגבי מעמדה. במקום זאת הסתפק בהפניית שאלה כוללת לרעייתו, ובתשובה לקונית בלבד לפיה "הכל בסדר", הא ותו לא.

בירור זה בוודאי אינו הבירור הממצה הנדרש, וכבר נקבע כי אימוץ גישת המערער, לפיה "**ניתן להסתפק בבירור שטחי המניח את דעתו של המעסיק בלבד בטרם העסקת עובד זר, עלול לרוקן מתוכן את "חובת הבירור" שנקבעה בפסיקה, כך שנאשמים יוכלו להיתלות בבירור בלתי-ממצה על מנת "לחמוק" מהתקיימות היסוד הנפשי בעיניים**" (רע"פ סיוון). בכך מתקיים אם כך הרכיב הנפשי הדרוש, כפי שקבע ובצדק בית הדין האזורי (לקביעות דומות ראו בע"פ (ארצי) 49909-12-15 **אייל קישון - מדינת ישראל** (19.12.17), להלן: עניין **קישון**; ע"פ (ארצי) 55968-03-17 **מדינת ישראל - אדן רחמינוב** (18.3.18); להלן: עניין **רחמינוב**; עניין **וולף**).

התייחסות לטענות נוספות בערעורי המערערים

56. אשר לטענות בדבר החלה למפרע של מדיניות אכיפה "חדשה" - בעניין **מנצ'י** פורטו בהרחבה ההנחיות הרלוונטיות של משרד התמ"ת ורשות האוכלוסין וההגירה (בהתאמה) מהשנים 2008 ו- 2012, והובהר כי לפחות בהקשר שלנו - ההנחיות דומות במהותן ואינן מלמדות על הקלה או החמרה במדיניות התביעה (כן ראו בעניין **רחמינוב**; עניין **זרניצקי**; עניין **קישון**; ובהרחבה מהעת האחרונה - עניין **שהם**).

אשר לטענה בדבר אכיפה בררנית (בכלל וביחס לאחד מבני הזוג בפרט) - הכללים המשפטיים לבחינתה פורטו בהרחבה בפסק דינה של השופטת רונית רוזנפלד בעפ"א (ארצי) 16393-12-13 **מדינת ישראל - אלירן דואב** (9.9.15). במקרה שלפנינו, כמו במקרים דומים אחרים, לא מצאנו לנכון להתערב בקביעת בית הדין האזורי, לפיה לא הוכחה אכיפה בררנית כאמור (לקביעות דומות ראו בעניין **ברקוביץ'**; עניין **קישון**; עניין **רחמינוב**; עניין **זרניצקי**).

57. צודקים המערערים כי קיימת סתירה לא מבוטלת בין דו"ח הפעולה של מר שוורצמן לבין "תיאור המקרה" שכתב מר שמש לגבי מקום הימצאה של העובדת, ואין אפשרות להסביר סתירה זו בטענה כי כל אחד מהמפקחים ראה את הכניסה לבית מזווית אחרת. עם זאת המערערים הסכימו להגשת דו"ח הפעולה המפורט של מר שוורצמן בלא שייחקר בחקירה נגדית, ובכך ויתרו על האפשרות לסתור את האמור בדו"ח זה. מכאן שיש להניח שהאמור בדו"ח זה הוא המדויק יותר, ובאופן דומה תיארה המערערת בעדותה את השתלשלות האירועים שהביאה למציאת העובדת בביתה (גם אם לא הייתה עדה לה באופן אישי). נובע מכך (כמו גם מהיגיון החיים) כי האמור ב"תיאור המקרה" שכתב מר שמש, לפיו העובדת לא הסתירה מהמפקחים אלא נצפתה על ידם כביכול לאחר כניסתם לנכס מבצעת עבודות ניקיון - מעורר סימני שאלה

לא מבוטלים.

כיוון שהמערערים הודו באופן מפורש בכך שהעובדת עבדה בביתם ולא רק שהתה בו, אין לסימני השאלה - או לסתירה בין הדו"חות - משמעות מעשית לגבי עצם הרשעתם. עם זאת, ניתן וראוי לקחת גם עניין זה בחשבון כחלק ממכלול מחדלי החקירה בעת גזירת העונש.

58. צודקים המערערים גם בכך שקיים קושי באובדן הסרט אשר תיעד את כניסת המפקחים לביתם. דווקא בהתחשב בחדירה לפרטיותם של המערערים מעצם הכניסה למעונם הפרטי ללא ידיעתם וללא נוכחותם, טוב עשו המפקחים כאשר צילמו את כניסתם לנכס ושהותם בו, ולא ניתן הסבר מספק כיצד הסרט האמור אבד. על אף זאת, איננו סבורים כי בנסיבות המקרה - ובהתחשב בראיות הנוספות שהוכיחו את אחריותם של המערערים - מחדל זה יורד לשורשה של תקינות ההליך, או משליך על הוכחת יסודות העבירה.

באותו אופן גם אם ההליכים בעניינם של המערערים התארכו מעבר לראוי, לא שוכנענו כי הגשת כתב האישום למעלה משלוש שנים לאחר הביקורת פגעה באופן ממשי ומוחשי (או בכלל) בהגנתם של המערערים או בנסיבות חייהם, באופן שעשוי להצדיק את ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק (לתנאים המצטברים הנדרשים לצורך קבלת טענה של הגנה מן הצדק בהקשר של שיהוי ראו בעניין **ורדי**, בסעיף 108 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה חנן מלצר; כן ראו את עניין **שהם** והאסמכתאות שם). עם זאת, גם המחדלים המפורטים בסעיף זה אמורים להילקח בחשבון בעת גזירת העונש.

59. לסיום שקלנו אם הצטברות הפגמים והליקויים בהתנהלות רשות האוכלוסין וההגירה כלפי המערערים כמפורט לאורך פסק דיננו - החל מהפגמים בכניסה לבית וב"בדיקה" שנערכה בו, אובדן התיעוד, המצג שיצר מר שמש, הסתירה בין דו"חות הפעולה וחלוף הזמן עד הגשת כתב האישום - יוצרת סתירה עמוקה לחובות הצדק וההגינות המתחייבות מניהול הליך פלילי תקין, באופן שעשוי להצדיק בפני עצמו קבלה של טענת ההגנה מן הצדק (לאפשרות לבחון את הצטברות הליקויים ראו בעניין **ורדי**, בסעיף 114 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר). בנסיבות המקרה ולא בלי היסוס שוכנענו כי התשובה לכך שלילית, אך כי אמור להינתן לכך משקל משמעותי בשלב גזירת העונש, לרבות בעת בחינת האפשרות של ענישה ללא הרשעה (וראו בקשר לכך בעניין **ורדי**, בסעיף 11 לחוות דעתה של השופטת דפנה ברק-ארז).

ערעור המדינה על אי הרשעת המערער

60. סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי "**בתום בירור האשמה יחליט בית המשפט בהחלטה מנומקת בכתב... על זיכוי הנאשם או, אם מצא אותו אשם, על הרשעתו...**". רק לאחר שלב זה של הכרעת הדין מתחיל שלב הבאת הראיות הרלוונטיות לצורך קביעת העונש כמו גם הטיעונים לעונש, המסתיים במתן גזר הדין.

סעיף 192א' לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי "**הרשיע בית המשפט את הנאשם, ולפני מתן גזר הדין ראה שיש מקום לתת לגביו צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור, ללא הרשעה, או לצוות כי הנאשם ייתן התחייבות להימנע מעבירה, כאמור בסעיף 72(ב) לחוק העונשין, בלא הרשעה, רשאי הוא לבטל את ההרשעה ולצוות כאמור**" (ההדגשה אינה במקור). בהתבסס על סעיף זה טוענת המדינה כי השלב היחידי בו ניתן לשקול ביטול הרשעה הוא שלב גזר הדין, לאחר שהנאשם הורשע במסגרת הכרעת הדין, ולאחר שמועלית

בקשה לביטול הרשעתו במסגרת הטיעונים לעונש.

61. מבלי שמצאנו צורך להעמיק בכך מהטעמים שיפורטו להלן, עיון בפסיקה מעלה כי קיימות, לפחות עיונית, שתי אפשרויות - "להימנע מהרשעה בשלב הכרעת הדין, או לבטל הרשעה בשלב גזר הדין" (רע"פ 8487/11 **חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ נ' מדינת ישראל** (23.10.12); ההדגשות במקור). גם בדיון הנוסף באותו עניין יצא בית המשפט העליון מנקודת מוצא כי לבית המשפט סמכות "**שלא להרשיע נאשם שנמצא אחראי בפלילים או לבטל הרשעתו**", ואף הבהיר כי הוספתו של סעיף 192א' לחוק סדר הדין הפלילי נועדה "**להשוות את סמכות בית המשפט להטיל התחייבות להימנע מעבירה בביטול הרשעה לסמכות הנתונה לו כאשר הוא מחליט מראש שלא להרשיע את הנאשם**" (דנ"פ 8062/16 **מדינת ישראל נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ** (2.4.15)).

ואכן, סעיף 71א'(ב) לחוק העונשין קובע כי "**מצא בית המשפט שנאשם ביצע עבירה, רשאי הוא לתת צו שירות גם ללא הרשעה, בנוסף למבחן או בלעדיו, ומשעשה כן יהיה דינו של צו השירות, לענין סעיף 9 לפקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, כדין צו מבחן**", וזאת לכאורה ללא הכרח בביטול הרשעה שקדמה לכך. באופן דומה נקבע בסעיף 72(ב) לחוק העונשין, כי "**קבע בית המשפט שנאשם ביצע עבירה אך לא הרשיעו, רשאי הוא לצוות כי הנאשם ייתן התחייבות להימנע מעבירה בתוך תקופה שיקבע בית המשפט ושלא תעלה על שנה אחת**". עוד ניתן להפנות להלכת **כתב** בה נקבעו העקרונות להימנעות מהרשעה (ע"פ 2083/96 **כתב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3) 337 (1997)), ממנה עולה כי בית משפט השלום אשר דן בכתב האישום החליט להסתפק בענישה ללא הרשעה כבר בשלב הכרעת הדין, ועוד טרם שהרשיע את הנאשמת באותו מקרה. מכאן שגם אם הפרקטיקה הנוהגת היא ביטול הרשעה בשלב גזר הדין, והדבר סביר יותר גם מבחינה מעשית, על פני הדברים קיימת אפשרות להימנע מהרשעה, במקרים המתאימים, גם בשלב של הכרעת הדין (כן ראו אצל גבריאל הלוי, **תורת דיני העונשין**, כרך ג' 863 (2010)).

62. הסיבה בגינה אין צורך לקבוע בכך מסמרות היא שבמקרה שלפנינו לא ניתן היה להימנע מהרשעת המערער בשלב הכרעת הדין כבר מהטעם שהמערער כלל לא ביקש זאת; לצדדים לא התאפשר להעלות טיעוניהם בקשר לכך; ואף לא ניתנה להם ההזדמנות להציג בפני בית הדין ראיות רלוונטיות, לרבות בדבר הנזק הקונקרטי שעלול להיגרם למערער כתוצאה מהרשעה פלילית והיחס בין אותו נזק לבין האינטרס הציבורי. כבר מטעם זה, החלטתו של בית הדין האזורי להימנע מהרשעתו של מר קוברינסקי אינה יכולה לעמוד, והדרך הפורמאלית בה יש לנהוג כעת היא הרשעת המערער בעבירה שיוחסה לו, והחזרת התיק לבית הדין האזורי לצורך שמיעת טיעונים לעונש, לרבות לצורך דיון באפשרות של ביטול ההרשעה והסתפקות בענישה ללא הרשעה.

63. טרם שאנו מרשיעים את המערער, אנו סבורים כי ראוי שהמדינה תשקול עמדתה בקשר לכך. לטעמנו הצטברות הפגמים והליקויים בהתנהלותן של רשויות האכיפה כפי שפורטו לאורך כל פסק דינו לעיל, הצטברות שיש לה משקל כשלעצמה ולא ניתן להתעלם ממנה, ותוך לקיחה בחשבון במקביל לכך את התמשכות ההליכים, כך שהחזרת התיק כיום לבית הדין האזורי בגין עבירה שנעברה בשנת 2010 יש בה כשלעצמה משום עינוי דין (וכן עולה שאלה אם ראוי להקדיש לכך משאבים ציבוריים נוספים) - מצדיקה כי המדינה תשקול אם היא אכן עומדת על החזרת התיק לבית הדין האזורי לצורך טיעון לעונש, או שמא מסכימה במכלול נסיבותיו המיוחדות והחריגות של המקרה, ובכפוף להבהרתנו העקרונית בדבר הטעות שנפלה בהכרעת הדין בהקשר זה, להותיר על כנה את קביעתו של בית הדין האזורי בדבר הימנעות

מהרשעתו של המערער. אין באפשרותנו להציע הצעה דומה לגבי המערער, משלא הוגש ערעור על גזר הדין בעניינה.

סיכום

64. **סוף דבר** - ככל שתישמע דעתי, ערעוריהם של אורלי קוברינסקי והלל קוברינסקי יידחו. ערעור המדינה יתקבל בהיבט העקרוני, ואולם טרם יישומו המעשי תודיע המדינה עמדתה להצעת בית הדין שפורטה בסעיף 63 לעיל, וזאת תוך 21 יום.

השופט מיכאל שפיצר

1. אני מסכים לתוצאה אליה הגיעה חברתי השופטת סיגל דוידוב-מוטולה בחוות דעתה המקיפה, אך לדעתי, בשלב זה יש להשאיר "בצריך עיון" את שאלת גדרי סמכותו של המפקח שמש לתת את ההבטחה בדבר מתן קנס מנהלי והימנעות מהגשת כתב אישום. בהקשר זה אציין כי על פי חוק עבירות מנהליות, למפקח נתונה הסמכות להטיל קנס מנהלי. מינויו של מר שמש למפקח פורסם ברשומות (ילקוט הפרסומים 5133 מיום 28.11.02 בעמ' 617) וכפי שציינה חברתי השופטת דוידוב מרגע שניתנת הודעת קנס נסתם הגולל על האפשרות להגיש כתב אישום. לפיכך, במצב בו מפקח נתן הבטחה מפורשת כי יוטל קנס מנהלי בלבד יתכן כי הבטחתו תהא מחייבת ובכל מקרה, במיוחד שעה שהוא נמנע מלהביא לידיעת החשודים שההחלטה הסופית בנושא אינה בידי, הרי שיש לתת משקל ומשמעות רבים להסתמכות על דבריו.
2. אף שנראה שהבטחה שיוטל קנס, ואמירה שלא יוגש כתב אישום הם שני צידיו של אותו מטבע, ייתכן, שהבטחה למתן קנס - יש למפקח סמכות לתת, ואילו שלא יוגש כתב אישום - אין למפקח סמכות לתת, אלא שנאשם יכול להבין מההבטחה על הטלת קנס, גם את הטמון באותה הבטחה, לאמור - שלא יוגש כתב אישום. ככל שהבטחה כזו נאמרה בחוסר סמכות, אין לטעמי להטיל את תוצאת הפרתה על מי שהסתמך עליה.
3. במקרה שלפנינו הדברים שונים. למר שמש לא הייתה כוונה להקנות להבטחתו תוקף משפטי מחייב ודובר בשיח שאינו בגדר הבטחה ברורה וחד משמעית, ואף המערערת בהגינותה אישרה בחקירתה שגם אלמלא ההבטחה, "לא הייתי מכחישה כי לא הייתי משקרת". לפיכך אין אנו נדרשים בענייננו לקבוע מסמרות בשאלת סמכותו להתחייב שלא יוגש כתב אישום.

השופט רועי פוליאק

אני מסכים לתוצאת פסק הדין מטעמיה של חברתי השופטת סיגל דוידוב-מוטולה.

באשר להערת חברי השופט מיכאל שפיצר אציין, כי לא הוצגו נוהלי העבודה ולא הוצגה לפיכך תשתית עובדתית מלאה כדי להכריע בשאלה האם המפקח שמש הוסמך להתחייב מטעמה של המאשימה להימנע מהגשת כתב אישום אם לאו, אך - כמצוין בהרחבה בחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת דוידוב-מוטולה - לנוכח תוכן דבריו של המפקח שמש והיעדר ההסתמכות עליהם, אין לטענת ההגנה מן הצדק כל בסיס בנסיבות העניין.

סוף דבר

על דעת כל חברי המותב, ערעוריהם של אורלי קוברינסקי והלל קוברינסקי נדחים. ערעור המדינה מתקבל בהיבט העקרוני, ואולם טרם יישומו המעשי תודיע המדינה עמדתה להצעת בית הדין שפורטה בסעיף 63 לעיל, וזאת תוך 21 יום.

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.

בהסכמת הצדדים, פסק הדין יישלח אליהם על ידי המזכירות.

ניתן היום, ח' תמוז תשע"ט
(11 יולי 2019), בהעדר
הצדדים וישלח אליהם.
סיגל דוידוב-מוטולה,
שופטת, אב"ד

רועי פוליאק,
שופט

מיכאל שפיצר,
שופט