

ע"פ 52667/06/16 - מדינת ישראל נגד מירי שטרוצר, שלמה שטרוצר

בית הדין הארצי לעבודה

ע"פ 52667-06-16

ניתן ביום 24 ספטמבר 2017

המערערת

מדינת ישראל

המשיבים

1. מירי שטרוצר

2. שלמה שטרוצר

לפני: השופטת לאה גליקסמן, השופט אילן איטח, השופטת סיגל דוידוב-מוטולה
בשם המערערת - עו"ד עדי צימרמן ועו"ד ענבר סהראי
בשם המשיבים - עו"ד עידן שטרית ועו"ד שמואל אביצור

פסק דין

השופט אילן איטח

1. לפנינו ערעור על גזר דינו של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב-יפו (השופט אורן שגב; הע"ז 30731-11-15) בו נגזר על כל אחד מהמשיבים קנס בגין העסקת עובד זר ללא היתר וללא ביטוח רפואי - עבירות לפי חוק עובדים זרים, תשנ"א - 1991 (להלן - **חוק עובדים זרים**), וכן התחייבות בסכום של 58,400 ₪ להימנע במשך 3 שנים מביצוע עבירה לפי חוק עובדים זרים. הערעור סב על שיעור הקנס שהושת על כל אחד מהמשיבים.
2. נקדים ונציין כי החלטנו לקבל את הערעור ולהגדיל את שיעור הקנס שיש להטיל על כל אחד מהמשיבים.

רקע

3. נגד המשיבים הוגש כתב אישום ובו הואשמו המשיבים כי במשך שנתיים עובר ליום הביקורת - 24.2.15, הם העסיקו במשק ביתם עובדת זרה (אזרחית אוקראינה) שאף התגוררה בביתם, וזאת **ללא היתר כדין וללא ביטוח רפואי**. בשל כך הואשמו המשיבים בביצוע עבירה של העסקת עובד זר ללא היתר ושל העסקת עובד זר ללא ביטוח רפואי - עבירות לפי חוק עובדים זרים.
4. בישיבת ההקראה מיום 12.4.16 הודו המשיבים בביצוע העבירות המיוחסות להם ובו ביום ניתנה הכרעת הדין במסגרתה הורשעו המשיבים, על פי הודאתם, בביצוע העבירות המיוחסות להם בכתב האישום.

גזר הדין

5. ביום 10.5.16 נשמעו הטיעונים לעונש. לאחר שמיעת הטיעונים לעונש גזר בית הדין האזורי את עונשם של המשיבים. וכך קבע בית הדין האזורי ביחס לשיקולים לקביעת מתחם הענישה:

א. העבירות על חוק עובדים זרים נקבעו כעבירות מנהליות, והקנסות המנהליים שהוצמדו להן משמעותיים, והדבר מלמד שהמחוקק נתן דעתו לכך שהעסקת עובדים זרים, בניגוד לדין, משיאה למעסיקים תועלת כלכלית של ממש. במקרים רבים, ההרתעה שיוצר הקנס המנהלי איננה מספקת ולכן, מכוח סעיף 15 לחוק העבירות המנהליות, תשמ"ו-1985, מוסמך תובע לנקוט הליך פלילי יזום, במסגרתו נחשף הנאשם לקנס העונשי המקסימלי שנקבע לעבירה בחוק. כן נקבע כי הואיל ומדובר בעבירה שביסודה עומד מניע כלכלי מובהק ועל מנת שהאכיפה תהיה אפקטיבית, עליה להיות משולבת בסנקציה כספית, אשר יהיה בה כדי ליצור את ההרתעה הנדרשת ולהפוך את העבריינות בתחום לבלתי משתלמת.

ב. העסקת עובדים זרים ללא היתר עבודה הוגדרה כעבירה חמורה בעלת השלכות חברתיות ומוסריות¹¹, כשבמקרה של המשיבים, נלווית לעבירה זו עבירה נוספת של העסקת עובד זר ללא ביטוח רפואי, וזאת בנסיבות מחמירות של הלנת העובדת הזרה בביתם.

מנגד, כך קבע בית הדין האזורי, יש לזקוף לטובת המשיבים את העובדה כי "העבירות לא בוצעו במסגרת משלח ידם".

ג. בהתאם לתיקון 15 לחוק עובדים זרים, החל במקרה של המשיבים, הקנס המינימלי לעבירה של העסקת עובד ללא היתר הנו כפל הקנס המנהלי, היינו, ₪ 10,000 ואילו הקנס המירבי למי שעבר את העבירה שלא במסגרת משלח ידו - 58,400 ₪ (להלן - **הקנס המירבי**). בנסיבות בהן הנאשם מורשע על פי הודאתו נהוג להעמיד את הרף העליון של הענישה על שיעור 50% מהקנס המירבי, היינו 29,200 ₪.

ד. למשיבים יש נסיבות מקלות: מדובר בפעם הראשונה בה הם מורשעים, הם הודו בביצוע העבירה כבר בישיבת ההקראה ובכך חסכו הליך שיפוט יקר, "עובדה זו אף מצביעה כי הנאשמים הפנימו את חומרת העבירות בהן הודו והורשעו".

לאור אלה קבע בית הדין האזורי כי **מתחם הענישה הראוי הוא בין 20% ל- 80% מגובה הקנס המירבי.**

6. אשר לקביעת העונש בתוך המתחם קבע בית הדין האזורי כך:

א. בשים לב לתקופת ההעסקה, מקובלת עמדת המדינה לפיה יש להשית קנס של 17,000 ₪ בגין ההעסקה ללא היתר וקנס של 7,000 ₪ בגין ההעסקה ללא ביטוח רפואי.

ב. על אף שהכלל הוא שכל נאשם נענש על עבירתו הוא, יש לדחות במקרה זה את עמדת המדינה לפיה יש להשית על כל אחד מהמשיבים "עונש נפרד". זאת מכמה טעמים:

האחד, בתקופה הרלוונטית המשיבים לא גרו כל העת תחת קורת גג אחד, אלא - לפי גרסת המשיבה 1 (להלן - **המשיבה**), "לסרוגין בלבד". לכן למשיב 1 (להלן - **המשיב**) לא "צמחה טובה כלכלית נפרדת ועצמאית מזו של" המשיבה.

השני, נוגע לכך שעד כמה חודשים קודם למתן גזר הדין הגם שהתביעה עמדה על התחייבות של כל אחד מבני הזוג הקנס שהתבקש היה "משותף". בית הדין ציין כי יש להניח שהדבר נעשה "מתוך ראייה שמדובר בעבירה בעלת אופי כלכלי שהשיאה רווח מצרפי ליחידה כלכלית אחת - היא היחידה המשפחתית שמורכבת משני בני הזוג". עוד ציין כי שינוי "מדיניות" התביעה נעשה "באופן פתאומי ומבלי שהוצגו נוהל או הנחייה כתובים כלשהם מטעם היועץ המשפטי לממשלה. ממילא לא נטען ששינוי מדיניות זה פורסם בקרב בציבור הרחב על מנת שיוכל להיערך לכך ואולי אף יראה לנקוט משנה זהירות נוכח השינוי הפתאומי והדרסטי בגובה הקנסות שהמאשימה דורשת כיום להטיל, לאחר שנים רבות בהן נהגה אחרת".

עמוד 2

לאור אלה נגזר על המשיבים "קנס משותף" של 17,000 ₪ בגין ההעסקה ללא היתר ושל 7,000 ₪ בגין ההעסקה ללא ביטוח רפואי, תוך שהוטל על כל משיב לשלם את מחצית הקנס. בנוסף חויב כל משיב לחתום על התחייבות בסכום של 58,400 ₪ להימנע במשך 3 שנים מביצוע עבירה לפי חוק עובדים זרים.

7. בהחלטה מיום 26.6.16, על פי הסכמת הצדדים, נקבע כי הקנס ישולם על ידי המשיבים בעשרה תשלומים.

הערעור

8. המדינה ערערה על גזר הדין. ערעורה סב בעיקרו של דבר על כך שנגזר למשיבים "קנס משותף" בניגוד לעקרונות הענישה הקבועים בסעיף 40א לחוק העונשין, תשל"ז-1997. לטענת המדינה היה על בית הדין לקבוע לגבי כל משיב מתחם ענישה נפרד שייקבע, בין היתר, בהתחשב במעורבות השונה של המשיבים בביצוע העבירה ובהיות הנאשמים בני זוג המהווים יחידה כלכלית אחת. התחשבות זו יכול ותעשה בהתאם לסעיף 40ח לחוק העונשין הקובע כי בעת קביעת מתחם הענישה ניתן להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם.

לטענת המדינה, שגה בית הדין האזורי כאשר קבע כי התביעה שינתה את מדיניותה וכי לשינוי זה אף אם היה נדרשו הנחיות, שכן עסקינן ביישום הוראות חוק העונשין. כן נטען כי הקנס שהתבקש על ידי התביעה התייחס לכל משיב בנפרד ולא לשניהם יחד.

מוסיפה המדינה וטוענת כי כפועל יוצא מדרך הפעולה של בית הדין האזורי נגזר על המשיבים קנס נמוך באופן חריג. קנס שהוא אף נמוך מהקנס המנהלי שהיה מוטל על כל משיב לו היתה המדינה מטילה קנס מנהלי. ודאי כך הוא בהתחשב בנסיבות ביצוע העבירה: העסקת עובדת זרה שהגיעה לישראל באשרת תייר, העסקתה ללא היתר בענף שלא נכלל בין הענפים לגביהם ניתן היתר, במשך שנתיים ימים, בצירוף הלנה וללא ביטוח רפואי.

9. לטענת המשיבים יש לדחות את הערעור. בעיקרו של דבר טענו המשיבים כי מדובר בעבירה כלכלית ובתור שכזו הטלת הקנס על בני הזוג מהווה הטלת קנס על "יחידה כלכלית אחת". לטענתם, צדק בית הדין כאשר לא איפשר שינוי "מדיניות" ענישה באופן פתאומי וללא הנחיות פנימיות שפורסמו. עוד נטען כי הקנס שהוטל אינו עומד לבדו, וכי נלווה אליו "רכיב עונשי" נוסף - הוא ההתחייבות.

הכרעה

10. לאחר ששקלנו את כלל טענות הצדדים ועיינו בכלל החומר המצוי בתיק, הגענו למסקנה כי דין הערעור להתקבל במובן זה שעל כל אחד מהמשיבים יוטל קנס נפרד ולא קנס משותף שיחולק ביניהם, וכי שיעור הקנס שיוטל על כל אחד מהמשיבים יוגדל.

11. בפתח דברינו נזכיר כי הכלל הוא שערכאת הערעור אינה מתערבת בעונש שהושת על ידי הערכאה הדיונית "אלא אם העונש סוטה במידה קיצונית מרמת הענישה הראויה, או כאשר נפלה טעות מהותית בגזר

הדין, או בנסיבות מיוחדות אחרות אשר יצדיקו חריגה מהכלל"^[2]. במקרה זה שוכנענו לקבל את טענת המדינה כי נפלו טעויות בגזירת הקנס באופן שהתוצאה הסופית של גזר הדין אינה עולה בקנה אחד עם רמת הענישה ההולמת את נסיבות המקרה. להלן נפרט את עיקרי הדברים.

12. גזר דינו של בית הדין האזורי ניתן טרם שניתנו פסקי הדין בעניין ערגה מן^[3] ובעניין אפנגר^[4]. המחלוקות המשפטיות המתעוררות בערעור זה בעקבות הילוכו של בית הדין האזורי נדונו והוכרעו שם. נחזור על עיקרי הדברים שם.

13. אופן גזירת הקנס על נאשמים שהם בני זוג - עקרונות הענישה ובכלל זה קביעת מתחם ענישה אינדיבידואלי

וגזירת עונש אינדיבידואלי חלים גם במקרה של נאשמים שהם בני זוג. בצד זאת ניתן להתחשב, הן בקביעת המתחם והן בגזירת הדין, בהיות הנאשמים "יחידה כלכלית אחת", וזאת - בהתאמה - נוכח סעיפים 40ט ו-40יא(2) לחוק העונשין.

יובהר כי ההתחשבות בהיות הנאשמים יחידה כלכלית אחת אין בה "כדי להוביל למסקנה כי עת מבוצעת עבירה על ידי בני זוג המהווים 'יחידה כלכלית' אחת יש לקבוע עונש אחד שמחולק בין בני הזוג, בין אם באופן שווה בין אם באופן אחר"^[5].

במקרה הנוכחי, חילק בית הדין האזורי בין המשיבים את הקנס "ההולם", מבלי לבחון את יישום הוראות סעיפים 40ט ו-40יא(2) לחוק העונשין על המשיבים.

14. בעניין ערנה מן דחינו את הטענות לפיהן השינוי באופן הטיעון לעונש, כך שיהלום את הוראות תיקון 113, הוא החמרת הענישה או שהוא מחייב פרסום הנחיות פנימיות. קבענו ש"גם אם יונח כי יש שינוי בדרך הטיעון של המדינה - הרי שדרך טיעון זו מתחייבת מהוראות תיקון 113, ולא ניתן 'לחייב' את המדינה לטעון באופן הנוגד את תיקון 113". עוד הבהרנו בסעיף 20 לפסק הדין כי:

"אין לבלבל בין אופן הטיעון של המדינה לדרך גזירת הדין ובין טענה על החמרת הענישה. ראשית, דרך גזירתו של הדין אינה מובילה בהכרח להחמרת הענישה. שהרי השיקולים שהובילו ל'תוצאה הסופית' עשויים להוביל לאותה תוצאה בדרך של הבניית הענישה; שנית, מי שגוזר את הדין הוא בית הדין ולא התביעה. התביעה יכולה לבקש את הענישה ההולמת לטעמה, אך בית הדין הוא שגוזר את הדין. כך שבית הדין בעת שהוא גוזר את הדין לא מחויב ל'החמרת הענישה' רק כתוצאה מבקשת המדינה.

גם אם דרך הטיעון של המדינה תיראה כמעין החמרה מטעמה - ואיננו קובעים שכך הוא, הרי שלא הובאו אסמכתאות לטענה כי שינוי מדיניות זה טעון פרסום הנחיות יועץ משפטי או פרסום אחר. על פני הדברים מדובר בשיקול דעת של התביעה שצריך להיות מופעל בכל מקרה ומקרה, ושכל מקרה ההכרעה בו כפופה לשיקול דעתו של בית הדין אשר גוזר את הדין."

15. תיקון 15 לחוק עובדים זרים - בית הדין האזורי התייחס להשלכות תיקון 15 לחוק עובדים זרים, במסגרתו נקבע עונש מזערי לעבירת העסקת עובד זר ללא היתר (כפל קנס מנהלי) שבמקרה של המשיבים עמד על 10,000 ₪.

נדגיש כי לפי פסיקת בית המשפט העליון, הגם שתיקון 113 לחוק העונשין לא הגדיר את היחס בין העונש המזערי הקבוע בחוק לגבי עבירה פלונית לבין מתחם הענישה ההולם, הרי שהעונש המזערי האמור "הוא בבחינת אינדיקציה לחומרה שמיוחסת לעבירה ולמידת הפגיעה בערכים המוגנים מחמת ביצועה, ומשכך, ראוי

שתהיה לו השפעה גם על מתחם העונש ההולם"^[6], ובהתאם "מתחם עונש הולם שתחתיתו נמוכה מעונש המינימום יכול להיקבע רק אם ניתנו טעמים מיוחדים לכך"^[7].

בית הדין האזורי אכן התחשב בהוראת תיקון 15 לחוק עובדים זרים וכפועל יוצא מהוראותיו (ומנסיבות נוספות) קבע את הרף התחתון של מתחם העונש ההולם של העבירה בדבר העסקת עובד זר ללא היתר לשיעור של 20% מהקנס המירבי (=11,680 ₪), כך שהרף התחתון של מתחם זה עלה על העונש המזערי שנקבע לעבירה.

אלא שכתוצאה מהאופן בו גזר בית הדין האזורי את דינם של המשיבים - חלוקת הקנס "ההולם" בגין העבירה האמורה, הקנס שהושת על כל אחד מהמשיבים בגין העסקה ללא היתר (8,500 ₪) נפל לא רק מהרף התחתון של עמוד 4

המתחם, אלא גם מהקנס המזערי שקבוע בחוק וזאת מבלי שבית הדין האזורי הצביע על "טעמים מיוחדים" שמצדיקים חריגה שכזו.

16. העסקה ללא ביטוח רפואי - בקשר לעבירה זו ראוי לשוב ולהזכיר כי החובה לערוך ביטוח רפואי לעובד הזר הוספה, יחד עם חובות נוספות, במסגרת תיקון 3 לחוק עובדים זרים. הפרת חובה זו מהווה עבירה לפי חוק עובדים זרים שהעונש בגינה חמור מהעונש בגין העסקה ללא היתר.

יחד עם זאת, כך ציינו בעניין **אפנגר**, במקרים רבים העסקה ללא היתר כדין כרוכה בעבירות נוספות, בהן העסקה ללא ביטוח רפואי. במקרים שכאלה, בעת גזירת הדין יש להביא בחשבון את הוראות סעיף 40ג לחוק העונשין הקובע שבמקרה של ריבוי עבירות, המהוות מספר אירועים, בצד גזירת העונש לגבי כל עבירה יש לקבוע את מידת החפיפה או ההצטברות של העונשים וכן את סעיף 40ג(ג) קובע שבמקרה של ריבוי עבירות יש להתחשב, בין היתר, **"במספר העבירות, בתדירותן ובזיקה ביניהן"** ולשמור **"על יחס הולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש"**.

17. מן הכלל אל הפרט - תחילה נציין כי צודקים המשיבים כי יש להביא בחשבון כי הוטלה על כל אחד מהם החובה לחתום על התחייבות. אף על פי כן וגם בהביאנו בחשבון את השיקולים לקולא כפי שפורטו על ידי בית הדין האזורי ואת כך שאין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בגזר הדין של הערכאה הדיונית, הגענו למסקנה כי יש להחמיר את שיעור הקנס שהוטל על המשיבים בגין הארוע של העסקת עובד זר ללא היתר וללא ביטוח רפואי. למסקנה זו הגענו בהתחשב בשיקולים הבאים: חומרת העבירה ובעיקר משכה (שנתיים ימים); העדר טעמים מיוחדים לפסיקת קנס שמתחת לרף התחתון של מתחמי הענישה שנקבעו. מנגד מצאנו לנכון, בשים לב לכך שהמשיבים מהווים "יחידה כלכלית אחת" לקבוע את שיעור הקנס בחלק התחתון של המתחם, וזאת חרף משכה של העבירה. כן מצאנו להבחין בנסיבותיו של מקרה זה בין שיעור הקנס המוטל על המשיב ובין זה המוטל על המשיבה, זאת בשים לב לכך שהמשיב לא התגורר בבית בחלק מהתקופה ולכן חלקו בביצוע העבירה קטן יותר.

אשר לחומרת העבירה ולקביעת בית הדין האזורי כי יש לזקוף לזכות המשיבים את העובדה שהעבירה נעשתה שלא במסגרת משלח ידם של המשיבים, נזכיר כי בעניין **אפנגר** קבענו כי:

"ביצוע העבירה שלא במסגרת משלח היד (אלא במסגרת משק הבית הפרטי) אינה צריכה להיזקף לזכות הנאשם, שכן לעבירה בנסיבות אלה ממילא כבר נקבע קנס בשיעור מופחת המגלם את אי ההחמרה לעומת מי שמעסיק במסגרת משלח ידו. דהיינו, בתקרת הענישה כבר גלומה אותה ההבנה בדבר הצורך בהקלה עם מבצע העבירה שלא במסגרת משלח ידו, וככלל ובהעדר טעמים מיוחדים אין לשוב ולהקל עמו בעת גזירת הדין."

18. לאור שיקולים אלה יעמוד הקנס שיוטל בגין העסקת עובד זר ללא היתר וללא ביטוח רפואי ביחס למשיב על סך של 17,000 ₪ וביחס למשיבה על סך של 21,000 ₪.

נציין כי בגזר הדין לא נקבע מתחם ענישה לעבירה של העסקה ללא ביטוח רפואי ולא נבחנה השאלה האם העסקה ללא היתר וההעסקה ללא ביטוח רפואי מהווים אירועים נפרדים או שמא "ארוע אחד" - שאלה שלפי תיקון 113 לחוק העונשין יש ליתן אליה את הדעת בשלב הראשון של הבניית הענישה. לטעמינו מאחר ומדובר בהעסקה אחת הרי שניתן לראות את שתי העבירות, כפי שנעשה בעניין **ערגה מן** ובעניין **אפנגר**, כ"ארוע אחד" המצדיק קביעת מתחם ענישה אחד וגזירת קנס אחד בהתחשב במתחם שנקבע.

19. בגין העבירות מושא הליך זה מוטל על המשיבה קנס בסכום של 21,000 ₪ ועל המשיב קנס בסכום של 17,000 ₪. הפער בין שיעורו של הקנס שהוטל על כל משיב בפסק דין זה ובין הקנס שהוטל על ידי בית הדין האזורי - ביחס למשיבה 9,000 ₪ וביחס למשיב 5,000 ₪ - ישולם על ידי כל משיב בעשרה תשלומים חודשיים שווים ורצופים, מדי עשירי לכל חודש, וזאת החל מיום 10.11.17.

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

לבקשת הצדדים, פסק הדין יישלח אליהם בדואר.

ניתן היום, ד' תשרי תשע"ח (24 ספטמבר 2017) בהעדר הצדדים ויישלח אליהם.

סיגל דוידוב-מוטולה, שופטת	אילן איטח, שופט	לאה גליקסמן, שופטת, אב"ד
------------------------------	--------------------	-----------------------------

[1] ע"פ (ארצי) 1001/01 **מדינת ישראל נ' ניסים** (17.6.2002).

[2] ע"פ 5668/13 **ערן מזרחי נ' מדינת ישראל**, (17.3.2016).

[3] ע"פ (ארצי) 33166-09-15 **מדינת ישראל נ' ערגה מן** (1.2.2017).

[4] ע"פ (ארצי) 21578-01-15 **מדינת ישראל נ' יוסף** (21.2.2017).

[5] **עניין ערגה מן**.

[6] ע"פ 8045/13 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 (4.11.2014).

[7] ע"פ 1605/13 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 26 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (27.8.2014); ע"פ 4876/15 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקאות 32 - 35 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (3.12.15) והאסמכתאות שם.