

בתי המשפט

1

003623/03 פ		בית משפט השלום ירושלים	
17/10/2004		כב' השופטת ד"ר מיכל אגמון - גונן	לפני:

המאשימה

מדינת ישראל

בעניין:

נגד

אליהו הלגואה

הנאשם**הכרעת דין**

אני מודיעה על זיכוי של הנאשם מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

1. כללי

הנאשם הואשם בביצוע שתי עבירות של עיכוב דרכון, עבירה לפי סעיף 376א לחוק העונשין. הנאשם מואשם בכך כי העסיק שני נתינים זרים מהודו, ג'ולימה אנטוני (להלן: ג'ולימה) וג'ורג' גניש (להלן: גניש) ועיכב את דרכוניהם בניגוד לרצונם. בשל העובדה שג'ולימה עזבה את הארץ ולא ניתן היה להביאה לעדות, חזרה בה המאשימה מהאישום הראשון. על כן אני מזכה את הנאשם מהאישום הראשון.

על פי כתב האישום בחודש אוגוסט 2001 נטל הנאשם את דרכונו של גניש ועל אף בקשות חוזרות ונשנות סירב להשיב את הדרכון. אין מחלוקת כי הנאשם פגש את גניש במהלך ביקור שערך הנאשם בהודו. שם סיכמו השניים כי גניש יגיע ארצה כדי לעבוד בצימרים שהקים הנאשם. אין גם מחלוקת כי הנאשם דאג לאשרה מסודרת עבור גניש, וזה הגיע ארצה כדן. עוד אין מחלוקת כי לאחר תקופה מסוימת שעבד גניש אצל הנאשם הוא עזב את הנאשם ועבר לעבוד במקום אחר. כאשר עזב, ביקש וקיבל את דרכונו מהנאשם. בשלב כלשהו החזיר גניש את דרכונו לנאשם כיון שהאשרה עמדה לפוג, וזאת כדי שהנאשם יבקש את הארכת האשרה. הנאשם אכן פנה למשרד הפנים וביקש להאריך את אשרת השהייה של גניש, אך בקשתו נדחתה. משרד הפנים הבהיר במכתב הסירוב כי על הנאשם לדאוג ליציאתם של ג'ולימה וגניש מהארץ.

מכאן חלוקים הצדדים בנוגע לעובדות שלעניין. הנאשם טוען כי לאור הוראת משרד הפנים, רכש כרטיסי טיסה עבור ג'ולימה וגניש והחזיק בדרכוניהם כדי להבטיח את יציאתם מהארץ. לדבריו, הם עזבו בבוקר יום הטיסה המיועד, הנאשם פנה למשטרה והגיש תלונה, כאשר לא נשאל ולא הונחה לגבי הדרכונים. הנאשם אינו מכחיש כי גניש ומי מטעמו פנו אליו בבקשות לקבל את הדרכון. עם זאת, טוען הנאשם כי אמר לפונים שגניש עצמו יגיע אליו ואז יקבל את דרכונו. הנאשם נימק זאת בכך שהוא הפקיד ערובה במשרד הפנים וחשש שתחולט אם יועסקו השניים באופן בלתי חוקי אצל מעסיקים אחרים. גניש מצדו טוען כי הנאשם החזיק בדרכון כדי לסחוט ממנו, מגניש, כספים שלא הגיעו לנאשם.

2. התכלית החקיקתית בעבירה של עיכוב דרכון

טרם אבחן את יסודות העבירה ברצוני לעמוד על התכלית החקיקתית של סעיף 376א לחוק העונשין. העבירה של עיכוב דרכון היא חדשה יחסית (סעיף 376א הוסף לחוק העונשין בתיקון משנת 1995), ולא דונה רבות בפסיקה, משני טעמים. ראשית, כיון שלא הוגשו הרבה כתבי אישום בגין עבירה זו. שנית, וזהו

הטעם העיקרי, משום שבאותם מקרים בהם הוגשו כתבי אישום מדובר היה בעיכוב שלא הייתה מחלוקת שהנו עיכוב שלא כדין. מדובר במקרים בהם דרכונים נלקחו מעובדים מיד עם כניסתם בארץ, ומעולם לא הושבו להם. במקרים בהם היה צורך לעובדים בדרכון, ליווה מי מטעם המעביד את העובד ונשא עמו את הדרכון (ראו למשל, כדוגמא מייצגת את העובדות בת"פ (ת"א) 8175/98 **מדינת ישראל נ' שטיינברג ואח'** (לא פורסם). לעניין העמדה לדין ראו עוד: ג' מונדלק, "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית" והדפיציט הדמוקרטי". **עיוני משפט** כז' (תשס"ג) 423, שם עומד המחבר על כך שגם במקרים חמורים לא הוגשו כתבי אישום בגין עבירה זו).

עמידה על התכלית החקיקתית והנוק החברתי שרצה המחוקק למנוע, תאפשר לי לבחון בהמשך את יסודות העבירה במקרה שלפניי.

על התכלית החקיקתית ניתן לעמוד מתוך דברי הכנסת, דברי ההסבר להצעת החוק ומפסיקה שהתייחסה לעניין זה. ח"כ א' פורז, הגיש הצעת חוק הסדרים למניעת עושק וקיפוח של עובדים זרים, התשנ"ד - 1984, אמר (בישיבת הכנסת מיום 8.3.95):

"אני רוצה להסביר, שיש תופעה נפוצה, שכאשר מגיעים עובדים זרים לישראל, והמעביד מנסה לקשור אותם על ידי החרמת הדרכון, הדרכון נכנס לאיזו מגירה של המעביד, והוא מחזיק בו. לדעתי, לקחת מאדם את האפשרות לנוע באופן חופשי, במקרה זה דרכון, זה דבר שמנוגד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וייתכן שהוא גם מנוגד לסעיף 376 לחוק העונשין, אך יש בכך ספק גדול.

אני רוצה שהמדינה שלנו תהיה מדינה נאורה. יש אצלנו כיום עובדים זרים רבים, שמגיעים לעבוד כאן בשל הסגר ובשל בעיות אחרות שיש לנו עם עובדי השטחים, והאנשים האלה הם בני חורין. הם אינם כאלה שניתן לקשור אותם למקום העבודה; בעצם כמעט היינו קושרים אותם באזיקים, אלא שבמקום אזיקים ממשיים אנחנו קושרים אותם על ידי לקיחת הדרכון. יש הרבה מאד אמצעים למעביד כדי לדאוג לכך שהעובד לא יסדר אותו, וגם אם הוא יסדר אותו - זה הכל בתחום המשפט הפרטי שבין שני אנשים. אבל בפירוש לא יכול להיות מצב, שבו שוללים מהאיש הזה את הדרכון והופכים אותו בעצם לעבד."

כלומר, קביעת עיכוב דרכון כעבירה נועדה למנוע הגבלת חירותם של עובדים זרים על דרך של שלילת דרכונם. דברים דומים ניתן למצוא בדברי ההסבר לסעיף המופיעים בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 49) (איסור עיכוב דרכון של עובד זר), התשנ"ה - 1995, עמ' 530:

"לאחרונה התרבו המקרים של אי קיום התחייבויות וניצול מחפיר של עובדים זרים הנמצאים בישראל. מעסיקיהם הישירים או חברות כוח האדם שגייסו אותם אינם עומדים בהבטחות כלפיהם, מלינים את שכרם ומעכבים את דרכוניהם, פעולות המנוגדות לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו..."

בית הדין הארצי לעבודה נתן דעתו לענין זה בע"ע 1459/02 **בוצימן נ' בסט ייזום ובניה בע"מ**, תק-אר 2002(4), 15. כב' השופטת נ' ארד ציינה:

"איסור על עיכוב דרכונו של עובד זר בידי מעבידו, נקבע אף בפסיקתו של בית דין זה, עת נמצאה תופעה זו פסולה מכל וכל "שכן, החרמת דרכונו של אדם, עלולה לפגוע בזכות היסוד המוקנית לו והמעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב - 1992, לחופש תנועה בישראל ואל מחוצה לה" ... על חשיבותה של הזכות לחופש תנועה כזכות יסוד חוקתית, ועל עצמתה, במיוחד בגבולות המדינה ואף אל מחוצה לה - עמד בית המשפט העליון מראשית הימים... הנה כי כן, הוראות החוק הפלילי כמו גם עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, אוסרים על המעביד להחרים את דרכונו של העובד הזר, אף לא לעכבו תחת ידו והנהוג בדרך פסולה זו, הינו בחזקת עובר עבירה פלילית, על כל הכרוך בכך והמשתמע הימנו.

והוסיפה בהמשך (עמ' 18):

"על עקרונות היסוד של חופש התנועה ואיסור נטילתו של דרכון מעובד זר שלא כדין, עמדנו בפתח הדברים ולא בכדי. ראש לכל, יש לעקור מן השורש התייחסות אל העובדים הזרים

הנוטשים את מקום עבודתם - כ"ברחנים". דרך התבטאות זו המעלה על הדעת תקופות אפלות בבחינת "אוהל הדוד תום", דינה להיעקר ולא תישמע עוד במקומותינו. אוצרת היא בחובה, להוותנו, את מעמדו של אותו אדם בעיני הדובר ואת ההתייחסות המתבקשת כלפיו בשל התכונות שדבקו בו, שלא בטובתו. דומה, כי אין לנו אלא לחזור ולשנן את שציוונו ספר הספרים מקדמת דנא: "וכי-יגור אתך גר בארצכם לא תונו אותו. כאזרח מכם יהיה לכם הגר הגר אתכם ואהבת לו כמוך כי-גרים הייתם בארץ מצרים..." [ויקרא י"ט, לג-לד].

...
כפי שהוברר, התופעה הפסולה של נטילת הדרכונים מעובדים זרים עדיין רווחת, ודי לנו ב"אמצעי הזיהוי החליפי" המוצא להם. לטעמנו, מן הדין הוא שהרשויות המוסמכות יקבעו נוהל ברור אשר יחול על המעסיק את העובד הזר ולפיו, משעה שקיבל המעסיק לידיו כדיו, מן הרשויות המוסמכות, את דרכונו של העובד הזר, לא יוסיף להחזיק בו עוד וייתן אותו ביד העובד... כך או כך, אין המעסיק רשאי לעכב תחת ידיו את דרכונו של העובד, ללא קבלת הסכמתו, כאמור, ושיבנו לידי העובד, לבקשתו, בכל עת וללא כל הגבלה, או עיכוב, מצידו של המעסיק."

והוסיף בעניין זה כב' הנשיא ס' אדלר בע"ע 1064/00 קיניאנגוי נ' אוליציקי עבודות עפר, תק-אר 2000) 181, עמ' 187:

"בטרם נסיים, נחזור ונדגיש פעם נוספת, כי מנהג שעשו להם מעבידים להחרים דרכוניהם של עובדיהם הזרים, או לעכבם תחת ידיהם כנטען אף בתובענה דידן הינו פסול מכל וכל. שכן, החרמת דרכונו של אדם, עלולה לפגוע בזכות היסוד המוקנית לו והמעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לחופש תנועה בישראל ואל מחוצה לה."

כפי שראינו הדגיש המחוקק וחזרו והדגישו השופטים כי בבסיס העבירה הרצון שלא לשלול מהעובד את חופש התנועה הנתון לו כאחת מזכויות היסוד (עוד ראו: בש"א (בי"ד אזורי לעבודה ב"ש) 1631/02 באראסקי ואח' נ' אספלט דרום (פיסקה 6)).

3. היסוד העובדתי: עיכוב דרכון

סעיף 376א לחוק העונשין, התשל"ז - 1977, קובע כדלקמן:

"המעכב תחת ידו, שלא כדיו, דרכון, תעודת מסע, או תעודת זהות של אדם אחר, דינו - מאסר שנה."

ראשית, יש לבחון האם הנאשם "עיכב תחת ידו" את דרכונו של גניש. אין מחלוקת כי הנאשם החזיק בדרכונו של גניש בשתי הזדמנויות. בפעם הראשונה ביקש הנאשם מגניש את דרכונו כדי לפנות למשרד הפנים ולקבל עבורו אשרת שהייה (לארץ נכנס גניש עם אשרה זמנית שהיה צורך לאשררה במשרד הפנים). הדרכון נמסר לגניש כאשר גניש ביקש מהנאשם את הדרכון כדי לנסוע לעפולה (להלן: התקופה הראשונה). בפעם השנייה, לקראת תום תקופת האשרה, פנה גניש ביוזמתו לנאשם וביקש ממנו כי יאריך לו את תוקף האשרה. הנאשם עשה כן, ולאחר שסורב ובמכתב הסירוב נאמר לו שעליו לדאוג כי המתלוננים יצאו מהארץ, החזיק בידיו את דרכוניהם עד למועד הטיסה המתוכנן, ומשנעלמו באותו יום, עד שהחזיר את הדרכונים לידי המשטרה (להלן: התקופה השנייה).

למעשה אין מחלוקת על עובדות אלה והשאלה האם ההחזקה בדרכון בנסיבות אלו עונה על היסוד העובדתי של "עיכב תחת ידו". אשר לתקופה הראשונה, מהעדויות, לרבות זו של גניש עצמו עולה, כפי שיפורט להלן, כי ברגע שביקש גניש את הדרכון מסר לו הנאשם את הדרכון.

גניש העיד בחקירתו הראשית כי הגיע לארץ ביום 22.6.01 וכי שבוע לאחר מכן נטל ממנו הנאשם את הדרכון כדי לערוך את הסידורים המתאימים במשרד הפנים (עדות גניש בעמ' 14 לפרוטוקול, שורות 14-16; עדות הנאשם בעמ' 38 לפרוטוקול, שורות 28-30). עניין זה מתאים לאישור משרד הפנים נ/3 בדבר אשרה שניתנה לגניש למשך חודש. כלומר, הנאשם צריך היה להסדיר את אשרת השהייה של גניש לאחר ובסמוך להגעתו לארץ, לשם כך נטל את הדרכון בפעם הראשונה וכך אכן עשה (עדות הנאשם בעמ' 33 לפרוטוקול, וכן עדותו בעמ' 38 לפרוטוקול, שורות 28-30). גניש לא נשאל ולא סיפר באיזה שלב הוחזר לו

הדרכון. גניש העיד כי כאשר עבר לעבוד בעפולה קיבל מהנאשם את דרכונו (עדות גניש בעמ' 15 לפרוטוקול, שורה 17 ועדות הנאשם בעמ' 33 לפרוטוקול, שורה 18 ובעמ' 39 לפרוטוקול שורות 5-6). כלומר, יתכן כי לאחר שהתקבל אישור השהיה הראשון ממשרד הפנים ועד שעבר גניש לעפולה, החזיק הנאשם בדרכון בהסכמתו של גניש או אף לבקשתו, למשמורת. גניש לא נשאל ולא העיד האם ביקש את הדרכון בהזדמנות קודמת וסורב. בהקשר זה יש לציין כי ככלל, עדותו של גניש הייתה רצופה סתירות וכאשר נשאל גניש שאלות ישירות בנוגע לשאלה האם דרכונו היה אצלו או אצל הנאשם ובאיזה שלב, התחמק והשיב תשובות מעורפלות. לסיכום ניתן לומר כי גניש העיד כי כאשר נסע לעפולה וביקש את הדרכון קיבל אותו מייד. כלומר, הנאשם, אם בכלל, החזיק בדרכון בתקופה הראשונה בהסכמתו של גניש, למשמורת בלבד, וברגע שהתבקש מסר לגניש את הדרכון.

כפי שציינתי העבירה של עיכוב דרכון נועדה למנוע ממעסיקים להחזיק בעובדים כבני ערובה, כ"עבדים", כלשון בית המשפט ולשלול את חופש התנועה שלהם. הן המחוקק, הן בתי המשפט השתמשו בפועל "להחרים". לא כך היה במקרה שלפנינו. בתקופה הראשונה נוכחנו לדעת מפיו של גניש עצמו, כי כאשר ביקש גניש את הדרכון מידי הנאשם מייד קיבל אותו לידי. גניש עשה זאת כאשר נסע לעפולה, ומסירת הדרכון לידי ע"י הנאשם אכן אפשרה לו לעבור בחופשיות לאזור אחר. עובדות אלו עולות בקנה אחד עם דברי בית המשפט בעניין **בוצ'ימן** לעיל, לפיהם על המעסיק: "ישיבנו לידי העובד, לבקשתו, בכל עת וללא הגבלה, או עיכוב מצידו של המעסיק".

לאור האמור, בתקופה הראשונה לא מתקיים היסוד העובדתי של "עיכוב תחת ידו". הנאשם אמנם החזיק פיזית בדרכון אך ברגע שגניש היה מעוניין לקבל את הדרכון לידי, הנאשם מסר לו את דרכונו.

אשר לתקופה השנייה העיד גניש למעשה כי הוא מסר את הדרכון לנאשם על מנת שזה יאריך עבורו את אשרת השהייה. השאלה השנייה במחלוקת עובדתית היא מדוע החזיק הנאשם בדרכון לאחר שגניש וג'ולימה נעלמו מביתו ביום בו אמורים היו לטוס חזרה להודו. גניש טען, כי הנאשם עשה כן כדי להמנע מהשבת כספים לגניש אותם קיבל ממנו שלא כדין. הנאשם טוען כי עשה כן כדי להבטיח את שובם של גניש וג'ולימה להודו, כדי להבטיח שערבותו תושב ע"י משרד הפנים (הערבות סומנה נ/4).

בכל מקרה, לעניין היסוד העובדתי, אין מחלוקת כי מרגע שחזר הנאשם ממשרד הפנים ועד ליום בו היו אמורים המתלוננים לטוס להודו, עיכב הנאשם את דרכוניהם תחת ידו גם לפי עדותו שלו. יש לציין כי העיכוב היה למשך תקופה קצרה. גניש עצמו העיד כי לאחר מכן, כאשר התקשר הוא, או מי מטעמו וביקש את הדרכון, הנאשם השיב כי הוא מוזמן לבוא לקחת את הדרכון (דברים אלו מסר הנאשם מיד בחקירתו במשטרה, ראו הודעתו במשטרה, שורות 89-90 ו-134-135). משלא עשה כן גניש, אין לומר כי הנאשם עיכב באותה תקופה את הדרכון. גם כאן מתקיימים דברי בית המשפט בעניין **בוצ'ימן** לעיל, היינו גניש יכול היה לבוא ולקבל מהנאשם את דרכונו. אם כן היסוד העובדתי של עיכוב דרכון מתקיים מהיום בו קיבל הנאשם הודעה ממשרד הפנים לפיה עליו לדאוג כי ג'ולימה וגניש יעזבו את הארץ, ועד ליום הטיסה המיועד. ממועד זה לא יכול היה הנאשם להשיב את הדרכון כיון שלא ידע היכן המתלוננים, ולאחר מכן, מרגע שגניש פנה אליו בעניין, אמר לו הנאשם כי הוא יכול לבוא לקחת את הדרכון, וזאת על פי עדותו של גניש עצמו. השאלה של הנימוקים לעיכוב, נוגעת לעניין הצידוק בו אדון להלן.

4. האם ההחזקה בדרכון הייתה שלא כדין

א. מדוע עיכב הנאשם את דרכונו של גניש

הנאשם טען כי החזקתו בדרכון לאחר שמשרד הפנים סירב להאריך את האשרה היא כדין, לאור הוראת משרד הפנים לפיה עליו לדאוג כי המתלוננים יעזבו את הארץ. לדבריו, הדרך המעשית היחידה לדאוג לכך, הייתה להחזיק בדרכוניהם עד למועד הטיסה ולודא כי יעזבו את הארץ. גניש טען, כאמור כי הנאשם עשה זאת ממניעים אחרים, אם כי, גניש מתייחס לתקופה שלאחר מועד הטיסה בה פנה הוא או מי מטעמו לנאשם בעניין זה, והנאשם השיב כי אם גניש יבוא, יקבל את דרכונו.

גניש העיד כי לאחר שעבד חודשיים אצל הנאשם, וכיון שלא הייתה עבודה בצימרים, העסיק אותו הנאשם בעבודות מזדמנות תמורת שכר של 850 ש"ח לחודש. גניש אישר כי הנאשם הבטיח לו כי כאשר יתאוששו עסקיו ישלם לו יותר. לדבריו, לאחר חודשיים הודיע גניש לנאשם כי אינו מוכן לעבוד בשכר כל כך נמוך ואז סידר לו הנאשם עבודה במכבסה בעפולה (עדותו בעמ' 14 לפרוטוקול שורה 22-עמ' 15 לפרוטוקול, שורה 4).

גניש הוסיף והעיד כי שילם לנאשם תמורת סידור העבודה 10,000 ש"ח, 5,000 ש"ח על דרך העברת 50,000 רופי בהודו מקרובי משפחתו של גניש לידידו של הנאשם (גניש לא נקב בשם של בני המשפחה או של הידיד ולא הומצא אף לא בדל ראיה בענין זה), ו-5,000 ש"ח נוספים, במשך 5 חודשים מתוך השכר שקיבל בעפולה (עמ' 15 לפרוטוקול, שורות 12-5). גם לעניין זה לא הובא המעסיק מעפולה, ולא הובאה כל ראיה לעניין זה.

עדות זו אינה אמינה. ראשית, כפי שציינתי, גניש עצמו לא טרח לפרט בעדותו את שמותיהם של אותם אנשים בהודו ביניהם הועבר הכסף. שנית, בעל אותה מכבסה בעפולה, גם הוא לא נזכר בשמו ולא הובא לעדות. בנוסף, על פי רישומי משרד הפנים ובחינת המועדים הרלבנטיים הדרכונים נמסרו לנאשם ע"י המתלוננים עצמם כדי שיטפל עבורם בהארכת האשרה.

ממכתב משרד הפנים לנאשם (ת/2) עולה כי האשרה המקורית ניתנה לששה חודשים, וכי בקשה להארכת האשרה הוגשה ביום 30.1.02 ונדחתה. כלומר, שוב הנאשם קיבל את דרכונו של גניש, לבקשתו של גניש, בכדי להאריך לו את האשרה, אולם, קיבל תשובה שלילית ממשרד הפנים (עדותו של הנאשם בעמ' 33 לפרוטוקול, שורות 22-18). הנאשם, לאחר שהמתלוננים עזבו ביום הטיסה הודיע על כך למשרד הפנים (נ/1). לדבריו של גניש את הדרכון קיבל לאחר מכן מידי המשטרה (על כך אין מחלוקת).

במקום אחר בעדותו (עמ' 22 לפרוטוקול, שורה 28 - עמ' 23 לפרוטוקול שורה 2) טען גניש כי הנאשם לא החזיר לו את דרכונו כיון שפחד שאם ישיב לו את הדרכון, יקבל גניש ויזה ע"י ניוודו לעבודה במקום אחר, ואז יוכל לפנות גניש למשטרה בקשר לאותם 10,000 ש"ח שלטענתו שילם לנאשם. ראשית, כפי שציינתי, עדותו בעניין אותם 10,000 שקלים חסרה פרטים בסיסיים ואינה אמינה. בנוסף, גירסתו זו נסתרת כיון שגניש עצמו פנה למשטרה בת"א והגיש תלונה ללא אשרה ודרכון (ראו נ/5 - אישור על הגשת תלונה בתל אביב ע"י גניש כשנה וחצי קודם לתלונה שהוגשה והוותה בסיס לכתב האישום שבפניי). על כך השיב גניש כי העובדת מקו לעובד באה איתו להגיש תלונה. כמובן שאין כל קשר בין הדברים.

הנאשם העיד כי פעל על פי החוק לאורך כל הדרך. עדותו מתיישבת עם המסמכים השונים ממשרד הפנים, פניתו למשטרה ביום בו היה מיועד גניש לטוס והגשת תלונה על ידו למשטרה באותו מועד, ופניתו למשרד הפנים מיד לאחר מכן.

הנאשם סיפר כי השתתף בקורס תיירות בשנת 98 בו עודדו את המשתתפים לעסוק בתחום לאור התיירות הצפויה להגיע לארץ בשנת 2000. לדבריו, בעקבות זאת הקים מספר חדרי אירוח, יצר קשר עם סוכן נסיעות בהודו ותכנן להביא צליינים מהודו. לצורך כך, במהלך ביקוריו בהודו יצר קשר עם גניש כדי שיבוא לבשל עבור הצליינים בחדרי האירוח. (עדותו בעמ' 32 לפרוטוקול). הנאשם אישר שגניש עצמו שילם עבור הגעתו לארץ, כך שלא היו לו דרישות בעניין (עמ' 33 לפרוטוקול, שורות 7-2).

לדברי הנאשם בשלב מסוים, בו אכן כמעט לא הייתה עבודה, הודיע גניש לנאשם כי יש לו חברים בעפולה אותם הוא רוצה לבקר. בשלב זה מסר לו הנאשם את הדרכון. גניש נסע לעפולה ולא חזר. לאחר תקופה התברר לנאשם שגניש אכן עובד בעפולה. לדבריו, כשעמד לפוג תוקף הויזה התקשר אליו גניש וביקש שיאריך לו את תוקפה. הנאשם אמר לו שלצורך כך עליו להגיע עם הדרכונים, וכך עשו גניש וג'ולימה. לדברי הנאשם, לאחר שקיבל מהם את הדרכונים, פנה למשרד הפנים בבקשה להאריך את תוקף הויזה (עדות הנאשם בעמ' 33 לפרוטוקול, שורות 30-17). עובדה זו נתמכת במסמכי משרד הפנים. כאשר התקבל מכתב התשובה ובו הדחייה, הנאשם הודיע על כך למתלוננים. לדבריו השניים איימו עליו שיעשו

לו בעיות (עדותו בעמ' 34 לפרוטוקול, שורות 11-18). הנאשם פונה למשטרה, ומשוחח עם השוטר איציק בן אבו, שלדבריו מורה לו להגיש תלונה בעניין.

הנאשם הוסיף והעיד כי רכש או הזמין כרטיסים עבור גניש וג'ולימה ליום 22.2.02 והודיע להם על כך. לדבריו באותו יום נעלמו השניים (עדותו בעמ' 36 לפרוטוקול, שורות 24-26). הנאשם פנה שוב למשטרת בית שמש להגיש תלונה (עמ' 40 לפרוטוקול, שורה 40, התלונה היא מיום 22.2.02, היום בו היו המתלוננים אמורים לעזוב את הארץ). הנאשם העיד כי השוטר ראה את הדרכונים ולא אמר לו דבר בעניין זה:

"ש.האם הוא (איציק בן אבו - מ' א' ג') אמר שאתה יכול להשאיר את הדרכונים ברשותך.
ת. הוא אמר לי שאני אלך, הראיתי לו שהדרכונים אצלי ביד, הוא אמר לי להגיש תלונה ובזה גמרתי וברגע שיתפסו אותם יצרו איתי קשר.
ש. אז הוא לא אמר שאתה יכול להשאיר את הדרכונים אצלך וזה בסדר.
ת. לא. הוא אמר לי להגיש תלונה."

עוד אמר הנאשם (עמ' 43, ש' 11-21), בתשובה לשאלות בית המשפט:

"ש. אתה חזרת ממשרד הפנים ביום 31.1. למה באותו יום לא החזרת להם את הדרכון.
ת. ברגע שקיבלתי סירוב והבנתי שאני צריך להזמין אותם. בלי דרכון אני לא יכול להזמין כרטיס.
ש. סוכן נסיעות, כדי להוציא כרטיס טיסה, צריך מספר דרכון, לא צריך דרכון פיזית. היית רושם לך את מספר הדרכון.
ת. לא חשבתי על זה. שהלכתי לאיציק בן אבו, הוא אמר שאני לא צריך לדאוג.
ש. הכל בסדר, למה אתה צריך להחזיק את הדרכונים.
ת. כדי להחזיר אותם. אני הבאתי אותם אני צריך לדאוג להחזיר אותם."

השוטר בן אבו הוזמן כעד מטעם ההגנה ותמך ככלל, בעדותו של הנאשם. השוטר העיד כי הנאשם פנה אליו כאשר המתלוננים עזבו ביום בו היו אמורים לטוס. לדבריו, הוא הפנה את הנאשם למחלקת חקירות להגיש תלונה (עדותו בעמ' 29 לפרוטוקול, שורות 27-28). השוטר אישר גם כי לא נתן לנאשם כל הנחיה ולא שאל אותו לגבי הדרכונים (עמ' 30 לפרוטוקול, שורות 9-17). השוטר בן אבו הוסיף כי כל ההליך של גבית התלונה או ההודעה עם הפרטים אמור להתבצע בחקירות. על גבי התלונה, וכפי שהשוטר בן אבו אישר, את התלונה קיבלה החוקרת איוון שריקי (עמ' 30 לפרוטוקול, שורות 13-15). אולם, התביעה לא הביאה את השוטר לעדות.

גם הקצין שניהל את החקירה, מר בני סולומון אישר כי ידע שהנאשם פנה בעניין למשטרת בית שמש, לראש תחנת סיור והגיש תלונה על פי הוראותיו (עדות הקצין סולומון בעמ' 10 לפרוטוקול שורות 26-30).

הנאשם לא הסתפק בפניה למשטרה, ושלושה ימים לאחר מועד הטיסה המתוכנן פנה למשרד הפנים והודיע על השתלשלות העניינים (נ/1). מכתבו זה שעל פי הכתוב בו התקבל במשרד הפנים, לא זכה להתייחסות. היינו, גם במשרד הפנים לא קיבל הנאשם הנחיות נוספות.

לאחר מכן היו פניות שונות אל הנאשם מצד גניש וגורמים אחרים בבקשה ששייב את הדרכון. אולם, הנאשם שחש לגורל הערבות שהפקיד אמר לגניש שיבוא לקחת את הדרכון וזאת במטרה לדאוג להוציאו מהארץ כדי שיוכל לקבל את ערבותו חזרה.

גניש העיד כי במשך כל התקופה שלאחר מועד הטיסה המתוכנן, פנה לנאשם, לקו לעובד ולמעסיקיו השונים שכולם פנו לנאשם וזה סירב להחזיר לגניש את הדרכון (עדותו בעמ' 15 לפרוטוקול, שורות 24-31). למעשה הנאשם מאשר את הפניות אך מעיד כי אמר לגניש ולפונים כי גניש יכול לבוא לקבל את הדרכון (כפי שצינתי דברים אלו מסר הנאשם מיד בחקירתו במשטרה). גניש נשאל מדוע לא הגיע לביתו של הנאשם, כפי שטוען הנאשם שביקש ממנו והשיב: "הוא [הנאשם] איים עלי שהוא ישלח אותי חזרה

להודו" (עמ' 22 לפרוטוקול, שורה 23). כלומר, גניש מאשר את גרסתו של הנאשם לפיה פעל על פי הנחיות משרד הפנים לפיהם היה עליו לדאוג לכך כי גניש יצא מהארץ, וזה מה שמסר לו כאשר ביקש את דרכונו. גניש חשש שאם יגיע לנאשם זה יקרא למשטרה וידאג שיוצא מהארץ ועל כן לא הגיע אליו לקבל את הדרכון.

גם העד רוגוזינסקי נתן, שהעסיק את הנאשם בתקופה שלאחר מכן (באופן בלתי חוקי), תמך בעניין זה בגרסת הנאשם והעיד כי הנאשם הבהיר לו בשיחת טלפון כי עליו לדאוג שגניש ישוב להודו (עמ' 24 לפרוטוקול, שורות 15-17). אמנם העד העיד שהנאשם אמר לו גם משהו בעניין הוצאות טיסה, אך הוא לא נכנס לעניין הזה (עמ' 25 לפרוטוקול, שורות 17-19).

מניתוח העדויות עולה כי הנאשם קיבל את הדרכונים מידי המתלוננים כדי להאריך עבורם את אשרת השהייה. הוא פנה בעניין למשרד הפנים. משרד הפנים שלח לו מכתב ובו הודעה כי אין מקום להארכת האשרה וכי עליו לדאוג כי תוך שבועיים העובדים יעזבו את הארץ. הנאשם רכש עבור המתלוננים או הזמין עבורם מקומות בטיסה ליום 22.2.02. במועד זה עזבו המתלוננים את ביתו. הנאשם, בצר לו, פנה למשטרת בית שמש וסיפר לשוטר בן אבו את הסיפור. השוטר הנחה אותו לגשת לחקירות להגיש תלונה וכך עשה הנאשם. איש לא הפנה אותו למשטרת ההגירה, איש לא שאל אותו ולא הנחה אותו בעניין הדרכונים. כך היה גם כאשר פנה הנאשם למשרד הפנים, בסמוך לאחר עזיבת המתלוננים. הנאשם הגיש תלונה ולאחר מכן השיב לפניות המתלונן ואנשים מטעמו כי הנאשם יכול לבוא לקבל את דרכונו וכי עליו לדאוג שהמתלונן ישוב להודו, כפי שהורה לו משרד הפנים לעשות. מהתמונה מצטייר אזרח שומר חוק. השאלה אם לאור עובדות אלו ניתן לומר כי עיכוב הדרכון היה שלא כדין.

ב. האם עיכוב הדרכון היה "שלא כדין"

יי קדמי מתייחס בספרו "על הדין בפלילים", חלק א', ע' 31 למונח "שלא כדין":

"עיונית - ובכפוף לאמור להלן - הדרישה של "שלא כחוק" מהווה שריד חסר משמעות של דרישה דומה בחוק המקובל; ועקרונית, יש להתייחס אליה כאל דרישה "מיותרת", אשר ראוי להתעלם מקיומה ככל האפשר... עם זאת, כאמור לעיל, יש ולא ניתן להתעלם מקיומה של הדרישה, ואז אין מנוס מליתן לה משמעות כפי שיוצג להלן."

יי קדמי מוסיף (שם, ע' 32):

"...נראה שראוי לבכר את הגישה המעניקה לביטוי זה את המשמעות המשפטית האמורה, לאמור: התנהגות שאין לה "הצדקה" בדין, למשל: מכוח הגנת הצידוק לפי סעיף 24(א)(1) לחוק העונשין; ולא לפנות למשמעות הלשונית, הגורסת קיומו של איסור "זר" להגדרה - אלא כשאין מנוס מכך, משום שזו כוונתו הברורה של המחוקק."

בהמשך מתייחס המחבר למונח "שלא כדין" ביחס לסעיף 379 לחוק העונשין (דין תקיפה סתם) ומבהיר (עמ' 833):

"א) משמעותה הבסיסית של דרישה זו היום היא - "ללא צידוק בדין"; וההלכה הפסוקה נתנה למושג זה כאן פרשנות מרחיבה הכוללת כל צידוק ופטור שהדין, במובן הרחב של המושג, מכיר בו.
ב) כאמור, דרישה זו אינה מצויה בהגדרתה של תקיפה "סתם", ואף לא בהגדרתן של עבירות התקיפה האחרות; אך אין בכך ולא כלום, באשר למעשה אין היא קובעת אלא את המובן מאליו, לאמור: שבמקום שבו יש בדין צידוק לתקיפה - אין התקיפה מהווה עבירה."
(ההדגשה שלי - מי א' ג')

לפיכך, כאשר להתנהגות פלילית לכאורה יש צידוק בדין אזי, אין היא פלילית. דברים אלה יפים לגבי עבירת עיכוב דרכון, דהיינו, החזקת הדרכון תהיה "שלא כדין" במקום בו לא היה צידוק לעיכוב הדרכון.

ג. טענת צידוק

סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שכותרתו "צידוק", קובע כדלקמן:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה:

- (1) הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו;
- (2) עשה על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא בדין;
- (3) במעשה הטעון לפי דין הסכמה, כאשר המעשה היה דרוש באופן מיידי לשם הצלת חיי אדם, שלמות גופו, או למניעת נזק חמור לבריאותו, ואם בנסיבות הענין לא היה בידו להשיג את ההסכמה;
- (4) עשהו באדם בהסכמה כדין, תוך פעולה או טיפול רפואיים, שתכליתם טובתו או טובת הזולת;
- (5) עשהו תוך פעילות ספורטיבית או משחק ספורטיבי, שאינם אסורים לפי דין ואינם נוגדים את תקנת הציבור, ובהתאם לבללים הנהוגים בהם."

חוק העונשין מגדיר את העבירות הפליליות, והאינטרס הציבורי הוא למנוע עבירות אלה ע"י תפיסת העברין והענשתו. עם זאת, קיימים אינטרסים נוספים אשר לאורם מצא לנכון המחוקק לקבוע סייגים או הגנות לפליליות האקט העברייני, לרבות סייג הצידוק. בכדי לקבוע בכל מקרה מהו האינטרס הגובר יש לבצע איזון אינטרסים בין אינטרס הענישה בגין העבירה, לאינטרס המקים את הצידוק.

יפים בעניין זה דברי מ' גור אריה אשר התייחסה במאמרה, לאיזון בין האינטרס עליו מגן הצידוק לאינטרס שבענישה או במניעת התנהגות פלילית "Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?" **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Vol. 5, No. 2, July (1992), p. 215, 217-218:

"...That question should rather be decided by the balancing the interest saved and the interest sacrificed..., **society will approve the sacrifice of the interest of substantially lesser value, e.g., where property is sacrificed to save life. In such cases the sacrifice of the lesser interest is said to be "justified" by necessity as a justification. By contrast, the sacrifice of one interest in order to save another of equal value is commonly disapproved by society; the sacrifice of an equal interest is considered "wrong".** "

במקרה שלפניי יש לשקול את האינטרס שבעיכוב הדרכון כנגד האינטרס שבמניעת שהייה בלתי חוקית של עובדים זרים בגבולות המדינה. כן, יש לבצע את איזון האינטרסים בכפוף לנסיבות העניין.

הנאשם הביא את העובדים הזרים לישראל כמעסיקים. בבואו לבקש את הארכת אישור השהייה של העובדים, סירב משרד הפנים לעשות כן והורה לנאשם לדאוג לכך כי בתוך שבועיים יעזבו העובדים את הארץ. הנאשם הפקיד עירבון להבטחת יציאת העובדים מהארץ וטענתו היא כי עיכב את הדרכון כדי לוודא שאכן יעזבו את הארץ בתאריך המיועד, כפי שהורה לו משרד הפנים.

הנאשם אמר כי היה עליו לפעול על פי הוראות משרד הפנים כדי שערבותו לא תחולט. האם נדרש, לשם קבלת טענת הצידוק, כי הנאשם יפעל מהמניע הראוי, דהיינו שמירת החוק ואכיפתו, תוך מודעות לצידוק, או ממניע פרטי והוא רצונו כי ערבונו לא יחולט ותו לא?

פול ה' רובינסון מתייחס במאמרו לסוגיה זו תוך הבחנה בין שתי תיאוריות בסיסיות: האחת, "תיאוריית הטעמים" המתרכזת בבחינת המניע למעשה והשנייה "תיאוריית המעשים" המתרכזת בבחינת המעשה

עצמו: פול ה' רובינסון, "גניבת הפצצה - למהותן של הגנות הצדק" (המאמר נכתב במקור באנגלית ותורגם ע"י ס' עורך עיוני משפט), **עיוני משפט** כב(1) 65, עמ' 66:

"...שאלות אלה עומדות במוקדה של מחלוקת מתמשכת בתיאוריה של המשפט הפלילי לגבי טבען של הגנות הצדק. האם הגנות הצדק ניתנות מכיוון שהמעשה מנע בפועל נזק גדול יותר, כפי שגורסת תיאוריית המעשים של הגנות הצדק, או שמא הן ניתנות עקב הטעם הראוי למעשה, או מטרתו המוצדקת, כפי שגורסת תיאוריית הטעמים?"

ברוב המקרים שמוענקת בהם הגנה מסוג הצדק באות שתי התיאוריות על סיפוקן: הנסיבות המצדיקות מתקיימות; המבצע מודע להן, ובגללן הוא מבצע את מעשה העבירה, כלומר, הוא מבצע את המעשה הנכון מן הטעמים הנכונים. אולם, בשני סוגים של מקרים שתי התיאוריות הללו מתנגשות: במקרה של טעות לגבי קיום הנסיבות המקימות את ההגנה מסוג הצדק **ובמקרה של חוסר מודעות לקיום נסיבות אלה.**

כאשר אדם מאמין בטעות שמתקיימות נסיבות המקימות לו הגנה מסוג הצדק, תיאוריית הטעמים תעניק לו הגנה (מכיוון שכוונתו הסובייקטיבית של המבצע היא הגורם היחיד הקובע), בעוד שתיאוריית המעשים תמנע הגנה זו.

...

המקרה ההפוך, בו המבצע מאמין בטעות שאין לו הצדק, מנביע תוצאה שונה של אחריות על-פי כל אחת מהתיאוריות. במקרה של חוסר מודעות להצדק, תיאוריית הטעמים (ונקודת מבטה הסובייקטיבית) אינה מעניקה הגנה, מכיוון שהמבצע האמין שמעשיו בלתי מוצדקים. לעומת זאת, לפי תיאוריית המעשים הפעולה היא מוצדקת, מכיוון שתיאוריה זו בוחנת את אופייה האובייקטיבי של הפעולה."
(ההדגשות שלי - מ.א.ג.)

רובינסון מוצא כי "תיאוריית המעשים" היא הראויה (שם, עמ' 81-82):

"תיאוריית הטעמים ותיאוריית המעשים מובילות לתוצאות שונות, הן במקרה של אדם הפועל בחוסר מודעות להצדק והן במקרה של אדם המתנגד לו. תיאוריית הטעמים אינה מעניקה כל הגנה לאדם הפועל בחוסר מודעות להצדק, ולפיכך מטילה עליו אחריות מלאה. תיאוריית המעשים מעניקה הגנת הצדק, אולם קובעת כי אדם הפועל בחוסר מודעות להצדק אחראי בגין ניסיון בלתי-צליח, כפי שהוא מנוסח ברוב הקודים המודרניים. אשר על-כן ניתן לראות שתיאוריית המעשים היא זו המנביעה את התוצאה הראויה. מסקנה זו נתמכת במחקר אמפירי המוכיח כי בגישה המקובלת בקרב הדיוטות הינה שיש להטיל אחריות מופחתת על אדם הפועל בחוסר מודעות להצדק, בניגוד לרמת האחריות המוטלת בגין העבירה המושלמת, כפי שתיאוריית הטעמים גורסת.

...

תוצאות אלה, יחד עם יתרונה של תיאוריית המעשים בהכוונת התנהגות (משום שהיא מבחינה בין הצדק אובייקטיבי להצדק סובייקטיבי מוטעה), מצביעות על כך שהתיאוריה המשפטית של הגנות הצדק צריכה להתבסס על תיאוריית המעשים, ולא על תיאוריית הטעמים, הפופולרית יותר."

אכן, מקובלת עליי התפיסה כי יש לבחון באופן אובייקטיבי את המעשה, התועלת שבו והאינטרס שהוא מקדם. לפיכך, בענייננו, מצאתי כי אין נפקא מינא למניע הנאשם לעיכוב הדרכון. יש להתרכז באיזון האינטרסים, כאמור לעיל. שכן אקט עיכוב הדרכונים גופא, משבוצע, הוא הרלוואנטי.

סעיף 34 לחוק העונשין קובע כי "אדם לא יישא באחריות פלילית למעשה...הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו". כיוון שהנאשם היה חייב על פי דין להביא להוצאת העובדים מהארץ אזי יכול הדבר לשמש לו כצידוק לעיכוב הדרכון.

יפים בענייננו דברי Knoll לפיהם כל אדם פרטי הנדרש, על פי חוק ולשם אכיפת החוק, לעשות מעשה, מעשהו ייחשב מוצדק וזאת אם בוצע על בסיס סביר ובאמצעים סבירים Patrick J. Knoll "Criminal Law Defences" (Carswell 1987, Toronto Calgary Vancouver), p.91, sec.117:

"Where a person is required or authorized by law to execute a process or to carry out a sentence, he or any person who assist him is, if he acts in good faith, justified in executing the process or in carrying out the sentence notwithstanding that the process or sentence is defective or that it was issued or imposed without

jurisdiction or in excess of jurisdiction."

לבחינת מרכיבי ההצדקים השונים, לרבות הצידוק, מתייחס רובינסון למרכיבים הדרושים לשם הסתמכות על מרכיבי ההצדק:

"Criminal Law Defenses" by Paul H. Robinson, Vol. 2, (West Publishing Co. 1984), sec. 121 (a), p.2:

"All justification defenses have the same internal structure:

(1) Triggering Conditions plus the Response Requirements of (2) Necessity and (3) Proportionality.

(1) Triggering conditions. Triggering conditions are circumstances that must exist before an actor will be eligible to act under a justification...

The general justification defense of lesser evils has the broadest range of triggering conditions. In its purest form, this defense is available whenever any legally protected interest is either threatened or may be furthered...

(2) Response requirements. The existence of a triggering condition of a justification defense does not give an actor the privilege to act without restriction.

To be justified, the responsive conduct must satisfy two requirements:

(1) it must be necessary to protect or further the interest at stake, and

(2) it must cause only a harm that is proportional or reasonable in relation to the harm threatened or the interest to be furthered.

(A) Necessity Requirement. The necessity requirement demands that the defendant act only when and to the extent necessary to protect or further the interest at stake...

(B) Proportionality Requirement. The proportionality requirement place a limit on the maximum harm that may be used in protection or furtherance of an interest.

It bars justification when the harm caused by the actor may be necessary to protect or further the interest at stake, but it is too severe in relation to the value of that interest...

This structure of triggering conditions plus a necessary and proportional response is common to all justifications - defensive force, public authority, and lesser evils.

אם מתייחסים לפרמטרים אלו המתייחסים לנסיבות העניין, ולתגובה שצריכה להיות הכרחית, עם זאת מידתית ופרופורציונית, ניתן לראות כי התנאים מתקיימים במקרה שלפנינו. ראשית, כפי שציינת, הדרכון נמסר לנאשם ע"י גניש כדי שיאריך את תוקף האשרה, והנאשם עיכב את הדרכון כדי לבצע את הוראת משרד הפנים. גם תקופת העיכוב, של שבועיים עד הטיסה היא תקופה קצרה וסבירה. היינו, העיכוב לא היה לתקופת זמן בלתי מוגבלת, אלא רק עד תאריך הטיסה. הנאשם רצה לוודא כי המתלונן אכן יתייצב לטיסה ויעזוב את הארץ. בכל התקופה שלאחר מכן, למעשה, גניש אישר כי כאשר ביקש מהנאשם את דרכונו השיב לו הנאשם כי הוא יכול לבוא לקחת אותו. היינו, משלב זה שוב לא עיכב הנאשם את דרכונו של גניש והיה מוכן למסור אותו לידינו. לאור האמור אם עומדים שוב על הבסיס הרעיוני של הגנת הצורך והאיזון שיש לערוך, במקרה זה אין מדובר במעשה המצוי בקצה הסקלה של המעשים החמורים מסוגו, אלא בקצה השני, של המעשים הקלים מסוגו, אז בהחלט ניתן להפעיל את הגנת הצידוק.

לאור כל האמור לעיל, עומדת לנאשם במקרה זה הגנת הצידוק. הנאשם פעל לאורך כל הדרך על פי הוראת הרשויות. הדרכונים היו בידי המתלוננים כשעזבו את ביתו של הנאשם בדרכם לעפולה. גניש העיד כי שהה כחצי שנה בעפולה, ודרכונו היה עמו. הנאשם קיבל שוב את הדרכונים לידינו על פי בקשת המתלוננים ולצורך הארכת אשרת השהייה שלהם בארץ. משסורבה בקשתו, החזיק בדרכוניהם כדי להבטיח שיעזבו את הארץ כפי שהורה לו משרד הפנים לעשות. ביום הטיסה המיועד, כאשר המתלוננים עזבו את ביתו,

הנאשם לא עשה דין לעצמו, ולא ישב בחיבוק ידים. הוא פנה שוב לרשויות, למשטרת בית שמש. במשטרה פגש בשוטר בן אבו ושטח בפניו את סיפורו. השוטר בן אבו הורה לו להגיש תלונה, ולהתקשר למשטרה אם המתלונן יחזור. הנאשם אכן הגיש תלונה, וכאשר פנה אליו גניש אמר לו שיבוא לקחת את הדרכון כי עליו, על הנאשם, לדאוג לכך שגניש יעזוב את הארץ. העובדה שהגיש תלונה ולא נשאל באותו שלב ולא הונחה ע"י המשטרה בעניין הדרכונים, מלמדת יותר מכל על כך שככל שהיה עיכוב הוא היה מוצדק. הנאשם לא הופנה למשטרת ההגירה האמונה על טיפול במקרים אלו. ואם שוטרי משטרת בית שמש לא הורו לנאשם להפקיד את דרכונו של גניש בידיהם, כיצד נוכל להרשיע את הנאשם משלא עשה כן? לאחר מכן, הנאשם פנה למשרד הפנים וגם במשרד הפנים לא קיבל כל הנחיה אחרת.

ד. הגשת כתב האישום כנגד הנאשם

תמוה היה מדוע טרחה המאשימה להגיש כתב אישום במקרה כזה, כאשר מקרים אחרים בהם הועמדו נאשמים לדין הם מקרים בוטים בהם הוחזקו דרכונים של עובדים לשם סחיטה ממש מקרים אשר אותם בדיוק נועד החוק כדי למנוע (לעניין העמדה לדין, או יותר נכון אי העמדה לדין בעבירה זו ראו: ג' מונדלק, "עובדים או זרים בישראל? חוזה התשתית" והדפיציט הדמוקרטי". **עיוני משפט** כז' (תשס"ג) 423, 470). תמיהה זו מתחזקת לאור העובדה ששנה וחצי קודם להגשת כתב האישום וחקירת הנאשם, הוגשה תלונה על ידי גניש במשטרת תל-אביב שכלל לא נחקרה, וככל הנראה נסגרה.

לכאורה, המניע ביסוד הגשת כתב האישום אינו רלוונטי, אולם, המניע שעלה מהדברים במקרה זה בהחלט יכול להצביע על כך שהשיקול לא היה עצם ביצוע העבירה אלא זהותו או ליתר דיוק, קשריו של המתלונן. בכך יש גם לחזק את התחושה שהנאשם במקרה זה הוא לא מסוג העבריינים שהיה מקום להעמידם לדין בעבירה זו, וכי לולא קשריו של המתלונן, המשטרה עצמה סבורה הייתה כי עומדת לנאשם הגנת הצידוק ואין מקום להעמידו לדין, כפי שאכן היה כאשר הוגשה תלונתו הראשונה של גניש. יש לציין כי זיכויו של הנאשם עומד לעצמו ודברים אלה הוספו רק בכדי להדגיש אולי את העובדה שהיה לנאשם צידוק במקרה זה.

לדבריו של גניש עצמו המפנה בהתייחסות לבקשותיו חל בעקבות התערבותה של גב' שרה נתניהו, בביתה עבדה חברתו של הנאשם. גניש העיד (עמ' 16 לפרוטוקול, שורות 10-7):

"במקביל חברתי טיפלה בחמותו של ביבי נתניהו, חברתי דיברה עם שרה נתניהו ואני כתבתי מה קרה לי ומסרתי לשרה נתניהו. אחר שבועיים-שלושה בני סלומון ממשטרת ההגירה צלצל אלי. הלכתי לשם והוא כתב את הפרטים של מה שקרה ולמחרת הוא אמר לי לבוא לקבל את הדרכון בתחנת המשטרה בירושלים"

בחקירה נגדית הוסיף גניש כי מסר את כל הפרטים לרן, ראש מטה השר לבטחון פנים, וזה הורה לו לשלוח את המסמכים לאדם בשם גואטה במשטרה (עמ' 22 לפרוטוקול, שורות 10-17). נראה כי העובדה שהתלונה טופלה בדרגים הבכירים של המשטרה היא שהביאה את המשטרה להזדרז ולהגיש כתב אישום גם במקרה בו הנאשם פעל כדין וכפי שהורו לו הרשויות, כאשר לקצין שניהל את החקירה היה ידוע שהנאשם פנה למשטרת בית שמש (עמ' 10 לפרוטוקול).

הרשעת הנאשם במקרה זה תגרום לכך שלמעשה לאנשים מסוגו של הנאשם לא תהיה כל דרך לפעול. לו הנאשם היה מחזיר למתלוננים את דרכוניהם, יש להניח שבדעם שבקשה להארכת אשרה עבורם סורבה ומוזמנים להם כרטיסי טיסה למועד קרוב, היו עובדים במקום אחר באופן בלתי חוקי, ומשרד הפנים היה מחלט את הערבות שהפקיד הנאשם. הנאשם לא עשה דין לעצמו. הוא פעל בדיוק כפי שהורו לו הרשויות, ורכש כרטיסי טיסה להודו למתלוננים. כשדרכו לא צלחה, פנה למשטרה וזר ופנה למשרד הפנים. איש לא שאל אותו ולא ביקש ממנו את הדרכונים של המתלוננים ולא הנחה אותו בדבר דרך חילופית לפעול. במצב דברים כזה, אם בכלל ניתן לאמר שיש כאן עיכוב, וודאי שעיכוב זה נכנס בגדר צידוק, ושולל את מרכיב

ה"שלא כדין" בהגדרת העבירה.

לאור כל האמור לעיל, אני מזכה את הנאשם גם מהאישום השני, ולפיכך מכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים תוך 45 ימים מהיום.

ניתנה היום, ב' בחשון, תשס"ה (17 באוקטובר 2004), במעמד הנאשם ובא-כוחו, עו"ד אברג'יל וב"כ המאשימה, עו"ד גולן.

ד"ר מיכל אגמון – גונן, שופטת