



ת"פ 10608/10/16 - מדינת ישראל נגד לואי בן נדאל שנאר

בית משפט השלום בכפר סבא

ת"פ 10608-10-16

בפני כבוד השופטת מרב גרינברג

מאשימה: מדינת ישראל

נגד

נאשם: לואי בן נדאל שנאר

החלטה

עניינה של החלטה זו בבקשה לביטול כתב אישום הן מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית והן מכוח סמכותו של בית המשפט בשל טענה להגנה מן הצדק לפי סעיף 149 (10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ").

המסגרת הנורמטיבית והרקע לבקשה

1. ביום 9.10.16 הוגש כנגד הנאשם כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירה של הסעת תושב זר השוהה שלא כדין, לפי סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. בהתאם לנטען בכתב האישום, ביום 16.9.16 הנאשם הסיע תושב אזור שלא היה בידו היתר כניסה או עבודה.

2. ביום 12.9.10 פורסמה הנחיית פרקליטות המדינה מס' 2.15 שעניינה "מדיניות האכיפה של מעסיקים, מסיעים ומלינים של שוהים בלתי חוקיים בישראל" (להלן "הנחיה 2.15") וקבעה מדיניות אכיפה וענישה מדורגת ביחס לעבירות של הסעת שוהים בלתי חוקיים. ככל הנוגע לעניינו זה, נקבעה מדיניות אכיפה מקלה בנוגע למסיע של שוהה בלתי חוקי, שביצע עבירה זו פעם ראשונה, לפיה לא יוגש כנגדו כתב אישום אלא אם עניינו נמנה על חריגים מסוימים (כמפורט בסעיף 5 להנחיה 2.15).

3. ביום 21.10.15, על רקע שינוי לרעה במצב הביטחוני, גובשה על ידי ראש חטיבת התביעות של משטרת ישראל, הנחיה נוספת המשנה לחומרא את מדיניות האכיפה הקיימת. בהתאם להנחיה שעניינה "מדיניות הטיפול בשב"ח ועבירות הלנה, הסעה, העסקה-הוראת שעה" (להלן: "הוראת השעה המשטרתית" או "ההנחיה המחמירה") נקבע שעד לסיום התקופה הביטחונית המורכבת בה מצויה מדינת ישראל (גל טרור זה זכה לכינוי "אינתיפאדת הסכינים"), יחולו שינויים במדיניות התביעה הנוגעים למעצרים בעבירות שב"ח; מעצרים בעבירות הלנה, הסעה והעסקה; ענישה בעבירות שב"ח; וענישה בעבירות הלנה, הסעה והעסקה. ככל הנוגע לעניינו זה, נקבע כי מסיעים יועמדו לדין גם בפעם הראשונה.



4. במועד הרלבנטי לכתב האישום, העבירה של הסעת תושב זר השווה שלא כדין שלפי סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל נקבעה בחוק במסגרת הוראת שעה (חוק שהייה שלא כדין (איסור סיוע) (הוראות שעה), התשנ"ו-1996). ככזו תוקפה הוארך מעת לעת לתקופות קצובות.

כך, ביום 20.3.16, עובר להגשת כתב האישום, פורסם תיקון מס' 26 לחוק הכניסה לישראל (חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 26), התשע"ו-2016). על פי דברי ההסבר לחוק, ברקע לו עמדה החמרה במצב הביטחוני שבאה לידי ביטוי אף במעורבות של שוהים בלתי חוקיים בפעולות טרור כנגד אזרחי ישראל כאשר בשנים האחרונות חל גידול במספר השוהים בתחומי המדינה באופן בלתי חוקי. על מנת לתת מענה אופרטיבי לתופעות אלה, הוצעו התיקונים לחוק הכוללים ביצוע פעולות אכיפה נגד המסייעים לשוהים הבלתי חוקיים כגון הרחבת הגדרת המלין או המעסיק, והחמרת הענישה של עבירת ההלנה והעסקה. תוקף עבירת ההסעה הוארך בשנתיים נוספות עד ליום 31.3.18.

5. ביום 8.3.18, תוקן חוק הכניסה לישראל (חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 29 והוראות שעה), התשע"ח-2018) והוראת השעה העוסקת בעבירות הסעה הפכה להוראת קבע. אף לעניין תיקון זה צוין כי המציאות הביטחונית מלמדת שעבירות ההסעה עודן נפוצות ואף השתכללו, בעוד השוהים הבלתי חוקיים מהווים יעד ואמצעי נוח לקידום פעולות טרור. עוד הובהר על ידי המחוקק שהמצב הביטחוני שהביא לחקיקתה של הוראת השעה עומד בעינו ואין נראה שינוי בעתיד הקרוב.

6. ביום 22.5.18 פורסם על ידי משרד המשפטים כי הנחיית פרקליט המדינה מס' 2.15 הנ"ל אינה תקפה ופרסומה הוסר.

7. למען שלמות התמונה אציין כי בדיון מיום 29.10.18 ולאור האמור בהחלטת ביניים מיום 22.8.19, שניתנה על ידי בת"פ 23522-02-17 ורלוונטית גם לתיק דנא, הבהירה המאשימה שבחודש אוגוסט 2017 יצאה הנחייה פנימית נוספת על ידי התביעה המשטרית, בנוגע לעבירות סיוע לשוהים בלתי חוקיים. אולם הנחייה מאוחרת זו אינה נוגעת לאכיפתן של עבירות ההסעה (ע' 18, ש' 10; ע' 22, ש' 11).

8. בטרם מענה לכתב האישום, בדיון ההקראה מיום 13.5.18, העלתה ההגנה טענות מקדמיות לביטול כתב האישום. הן על דרך תקיפה מנהלית של הוראת השעה, והן במסגרת הדיונית של הגנה מן הצדק.

טענות הצדדים

9. בתחילת הדרך עתרה ההגנה לביטול כתב האישום משלושה טעמים, הנשענים ברובם על דוקטרינות ההגנה מן הצדק, כמפורט בסעיף 149(10) לחסד"פ ודוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים. הטעם הראשון נעוץ בטענתה להפליה ואכיפה בררנית בין הנאשם למסייעים אחרים שנסיונותיהם דומות וחרף ההנחיה מחמירה, הוחלה בעניינם הנחיית 2.15 המקלה. הטעמים האחרים נוגעים למישור הדיוני-מנהלי, ובמסגרתם תוקפת ההגנה את תוקפה של ההנחיה המחמירה אשר ניתנה לשיטתה בחוסר סמכות ולא פורסמה.

10. בהמשך הדרך, כפי שיפורט להלן, לא עלה בידי ההגנה להציג תשתית ראייתית להוכחת טענתה לאכיפה



בררנית וטענה זו זנחה. ההגנה הטילה יהבה בעיקר על פגמים דיוניים שנפלו בהליך הוצאת הוראת השעה המשטרית, פגמים שלשיטתה יש בכוחן לחייב התערבות בית המשפט בהנחיה המנהלית ולהביא לביטול כתב האישום כנגד הנאשם.

אכיפה בררנית

11. אתייחס תחילה בקצרה לטענת האכיפה הבררנית שהועלתה ע"י ההגנה. ההגנה טוענת כי הגשת כתב האישום נגד הנאשם היא בבחינת אכיפה בררנית המצדיקה ביטול כתב האישום. הנאשם הופלה על ידי התביעה לרעה בעצם האשמתו לעומת מסיעים אחרים, שלא הועמדו לדין. בהתאם התבקש על ידה צו מכוח סעיף 108 לחסד"פ המורה למאשימה להמציא פירוט אודות כל תיקי החקירה שנפתחו מיום 14.10.15 ועד למועד הדיון בבקשה, בגין עבירה של הסעת תושב זר השווה שלא כדין בנסיבות כתב האישום. דהיינו, כאשר מיוחסת לחשוד עבירה של הסעת תושב זר אחד בלבד וללא תשלום, וכאשר למסיע אין רישום פלילי. כמו גם, באילו מקרים מבין האמורים הוחלט על סגירת תיק החקירה ובאיזו עילת סגירה. בנוסף, פירוט אודות כל כתבי האישום שהוגשו בתקופה הנ"ל בנסיבות הנ"ל.

12. המאשימה התנגדה לבקשה ובהחלטתי מיום 18.7.18 נקבע, בהסכמת הצדדים, מתווה לפיו תגיש ההגנה לבדיקת המאשימה רשימה של כ- 20 תיקים העונים על מאפייני בקשתה למתן צו. על אף אורכות שניתנו, ההגנה לא הגישה דבר בעניין זה ולמעשה הודתה כי אין ברשותה כל מידע אודות תיק מסוים העונה על דרישות אלה (ע' 19, ש' 25; ע' 20, ש' 7). נוכח האמור, קבעתי בהחלטתי מיום 7.1.19 כי יש לראות בה כמי שוויתרה על טענתה לאכיפה בררנית (ע' 23, ש' 17).

האם נפל פגם בהתנהלות הדיונית של המאשימה?

13. ליבת טענות ההגנה היא לקיומם של פגמים הנוגעים לעצם תוקפה של ההנחיה המחמירה על יסודה הוגש האישום, בשל הליך הוצאתה ומועד פרסומה. ההגנה טוענת לשני סוגי פגמים, האחד מסוג העדר סמכות והאחר, מסוג אי פרסום. עתירתה היא לקיים ביקורת שיפוטית מנהלית על הנחיית התביעה המשטרית ולהתערב בה, כך שיקבע שבמועד הרלוונטי לכתב האישום היה על המאשימה לפעול בהתאם להנחיית פרקליט המדינה וכפועל יוצא מכך להורות על ביטול כתב האישום.

14. בית המשפט הפלילי מוסמך להעביר ביקורת שיפוטית על התנהלות רשויות המנהל, טרם ובעת הגשתו של כתב אישום, באמות מידה מנהליות (בג"צ 6887/13 קניאס נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.1.14); רע"פ 4562/11 מוחתסב נ' מדינת ישראל (14.11.12); ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (10.9.13), פסקאות 27 - 31 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן); בג"ץ 5824/12 בן יעקב נ' וועדת הכופר שליד רשות המיסים (13.11.12). בהתאם לפסיקה הנוהגת טענות מנהליות וחוקתיות של נאשמים כנגד החלטת רשויות התביעה ייעשו (כך רצוי וזו אף דרך המלך-כדברי כב' השופט עמית בפרשת מוחתסב) בתקיפה עקיפה במסגרת ההליך הפלילי, להבדיל מתקיפה ישירה בבג"צ.

15. באשר למסגרת הדיונית המתאימה לבחינת טענות אלו, הבהיר בית המשפט העליון בפסיקתו האחרונה כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק בגרסתה המורחבת היא הכלי המתאים באמצעותו יש לערוך ביקורת על פעולת רשויות האכיפה (רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי (31.10.2018)), בדברים אלה:



"חרף הניסיון שתואר לעיל - לאמץ אל קרבנו של ההליך הפלילי את כלי הביקורת השיפוטית על מעשי המנהל כמכשיר בקרה על רשויות האכיפה, הרי שלעמדתנו יש לראות דווקא בדוקטרינת ההגנה מן הצדק משום גישה (בגרסתה המורחבת) המייצגת תפיסה נכונה והולמת כלפי רשויות האכיפה, שכן זו מאזנת בין הפגם שנפל בהליכי האכיפה לבין השיקולים האחרים, ומעניקה את המשקל הראוי לאינטרסים והערכים העומדים ביסוד ההליך הפלילי. בניגוד לכך - דוקטרינת הביקורת המנהלית - המשווה לדיון הפלילי אופי מנהלי-בג"צ במהותו - ספק בעיניי אם היא מתאימה להכללת מלוא השיקולים הרלבנטיים להליך הפלילי, ואם די בה כדי לאזן כראוי בין האינטרסים והערכים שבמוקד. בהקשר זה יש גם לזכור כי עקרון ההגנה מן הצדק חולש אף גם על האינטרסים הציבוריים והערכים המשמשים יסוד לעריכת ביקורת שיפוטית, תוך מתן משקל מועדף לשיקולי צדק

...

נוכח האמור לעיל - סבורני כי אין מקום להכיר בתחולה מקבילה של שתי אמות מידה לעריכת ביקורת שיפוטית על מעשה האכיפה וההעמדה לדיון הפלילי. עמדתנו היא שכאשר מדובר בעילות הנוגעות לפגמים קשים, אשר יש בהם כדי לפגוע פגיעה ממשיכה בתחושת הצדק, ובוודאי במקרים של אכיפה מפלה דוגמת אלה שבענייננו - תיסוג הביקורת המינהלית בפלילים מפני עקרון ההגנה מן הצדק, כך שניתן יהיה להשיג על פגמים אלה מכוח עקרון ההגנה מן הצדק בלבד, ולא במסגרת הביקורת המינהלית בפלילים.

16. בענייננו אין חולק כי מדובר בטענות מנהליות מובהקות. עם זאת, ניתן כבר עתה לקבוע שלא נטען לקיומם של פגמים קשים וחמורים ועל כן ניתן לברר במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק ואף (ואולי נכון יותר), תחת כנפיה של דוקטרינת הביקורת המנהלית.

17. טרם נתחיל בבירור השגותיה הדיניות של ההגנה, נכון יהיה להתייחס לעצם החלטת התביעה על שינוי מדיניות האכיפה ביחס למסיעים. בין טיעוניה השונים של ההגנה עלתה טרזניה גם ביחס לסמכותה של התביעה לערוך שינויים במדיניותה, לרבות מדיניות האכיפה. בטענות אלו אין ממש. בתחילת הדרך, נוכח נתוני השעה והזמן, מצאה התביעה לגבש מדיניות מקלה המתחשבת בנאשמים שזו להם מעידה ראשונה. עם הזמן ובצוק העיתים, שונתה המדיניות והוחמרה. המדובר בהוראת שעה מובהקת "כאשר מדיניות האכיפה עשויה להשתנות מעת לעת על פי מציאות החיים המשתנה, צרכי הזמן והשעה ושיקולים של עלות-תועלת" (ענין מוחסב, פ' 13). אין המדובר בשינוי נורמטיבי של דבר חיקוק אלא בהנחיות מנהליות המפרטות את מדיניות האכיפה של אותו חיקוק.

18. הגישה לפיה למבצעי עבירת הסעה ראשונה עומדת מעין זכות קנויה או הבטחה שלטונית בכיסם, שלא יוגש כנגדם כתב אישום בטעות יסודה ואינה מתיישבת עם זכותה של רשות מנהלית לשנות את מדיניותה בכל עת ובהתאם למציאות החיים המשתנה. בעצם שינוי הנוהל על רקע בטחוני אין כדי להקים בסיס לטענת הגנה מן הצדק, בוודאי שלא להעיד על התנהלות שרירותית ופסולה מצד התביעה.

19. ודוק; שיקול הדעת הרחב שניתן לרשות לשינוי מדיניותה בהתאם לצרכים, אינו פוטר אותה מחובותיה האחרות. נכון יהיה לדרוש ממנה הקפדה יתרה בפן המנהלי-דיוני. אין היא יכולה להתנהל בדרך שרירותית ומפלה שאינה הוגנת ואינה סבירה או על בסיס הנחייה שניתנה בחוסר סמכות. במצב דברים זה, אכן תידרש התערבות בית המשפט לתיקון העוול.



האם הוראת השעה המשטרית ניתנה בחוסר סמכות?

20. לטענת ההגנה, נפל פגם של חוסר סמכות בהוראת השעה המשטרית משזו הוצאה ע"י ראש חטיבת התביעות המשטרית ולא ע"י פרקליט המדינה. לשיטתה, פרקליט המדינה והוא בלבד הינו בעל הסמכות לקבוע מדיניות התביעה או לשנותה, הנחיותיו מפורסמות על ידי משרד המשפטים ומחייבות את כלל רשויות התביעה.

21. המאשימה מבקשת לדחות טענה זו. לדבריה, מדובר בהנחיה שניתנה על ידי ראש חטיבת התביעות וגובשה על דעת פרקליטות המדינה בשנת 2015, בשל המצב הביטחוני הקשה ששרר באותה העת. ההנחיה, לשיטתה, נכנסה לתוקף ביום 21.10.15 באישור פרקליטות המדינה.

22. הנחיות פרקליט המדינה הן ההנחיות המנהליות המתוות את מדיניות התביעה הכללית ועל כך אין חולק בין הצדדים. עיון בהוראת השעה מעלה כי מדובר בהנחיה פנימית של חטיבת התביעות המשטרית, החתומה ע"י ראש חטיבת התביעות המשטריות דאז, תנ"צ לילי באומהקר ומופנית לראשי יחידות התביעה הכפופים לה. מדובר במסמך הנושא את הכותרת שמור וניכר בו שנוסח כמסמך פנימי של גורם משטרי לגורמי משטרה אחרים.

23. התביעה סומכת ידיה על אישור פרקליטות המדינה מיום 29.1.17, לפיו ההנחיה המחמירה של התביעה המשטרית מיום 21.10.15 גובשה בתיאום עם המשנה לפרקליט המדינה לעניינים פליימיים דאז והופצה על דעתו (סעיף 5 והנספח שצורף לו לתגובת המשיבה לבקשה לצו מסמכים). בהתייחס לתשובת הממונה על חוק חופש המידע, המפנה לאותה הנחייה משטרית ומציינת שזו אושרה על ידי הפרקליטות ונכנסה לתוקף רק ביום 21.8.17, המאשימה הבהירה כי המדובר על הנחייה מאוחרת נוספת שניתנה על ידי התביעה המשטרית (ע' 18, ש' 11; סעיף 4ד' לתגובת המאשימה).

24. עיון בהשלמת טיעוני ההגנה מעלה שנוכח המסמך האמור המלמד שההנחיה המחמירה גובשה והופצה בשיתוף המשנה לפרקליט המדינה, אין היא טוענת יותר לחוסר סמכות. הטענה שנותרה בעניין זה היא כי התנהלות המאשימה מעוררת ספק באשר למועד כניסתה לתוקף של ההנחיה המחמירה כאשר עיקר טענתה הוא לפגם באי פרסומה (סעיפים 8-13 להשלמת טיעונים המקדמיים).

25. אכן, חל שיהיו רב בהצגת אישור פרקליטות המדינה הרטרואקטיבי לשינוי ההנחיה וזה הוצג רק בעיצומו של ההליך. עם זאת, יש בו כדי לרפא טענת הפגם של חוסר סמכות וכך אף סבורה ההגנה. על כן, אני דוחה הטענה לפגם של חוסר סמכות.

אי פרסום הוראת השעה

26. ההגנה טוענת שעל המאשימה מוטלת חובת פרסום של הנחיותיה הן מכוח היותן הנחיות בעלות פועל תחקיקתי והן מכוח ההלכה הפסוקה. כל שכן, משבמשך אותה תקופה וכשנתיים לאחר כן, נותר פרסום הנחיית 2.15 במתכונתה המקלה בין מאגר הנחיות פרקליט המדינה באתר משרד המשפטים. בכך התביעה לא רק הפרה את חובת הפרסום והשקיפות החלה עליה אלא אף הטעתה את הציבור בנוגע למדיניותה.



27. המאשימה מצידה סבורה שאין לראות בהנחיות התביעה כבעלות פועל תחקיתי. לשיטתה מדובר בהנחיות פנימיות המשקפות שינויים החלים מעת לעת במדיניות התביעה ואין בצדן חובת פרסום.
28. חשיבות רבה יש למתן פומביות להנחיות מנהליות של הרשות, טעמים רבים אף תומכים בפרסומם המתחייב כפועל יוצא של חובת ההגיונות הרחבה והשקיפות המוטלת על הרשות. פרסום ההנחיות מאפשר ביקורת על פעולת המנהל והבטחת תקינות פעילותו ובעיקר, "הפרסום מאפשר לאזרח לדעת מראש את המדיניות של הרשות, ולתכנן מעשיו בהתאם למדיניות זאת" (הנחיית היועמ"ש 1.0002, סעיף 7). לכך נוסיף טעמים של צפיות וביטחון משפטי הנוגעים לאינטרס הפרט שעה שיש בהנחיות המנהליות כדי לאצול על זכויותיו (בג"ץ 6022/17 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' נשיאת בית המשפט העליון (2.10.17), סעיף 11 לפסק הדין והאסמכתאות שם).
29. חובה חלה על רשויות האכיפה לפרסם הנחיותיה בהעמדה לדין שכן המדובר בהנחיות שיש להן השלכה מהותית על אינטרס האזרח והן מהוות חלק מהמדיניות האפקטיבית והנוהגת של הרשות (ראו לעניין זה סעיף 6 לחוק חופש המידע תשנ"ח-1998 וכן תקנה 3 לתקנות חופש המידע תשנ"ט-1999). עוד ראו: יואב דותן "פרסום הנחיות מנהליות" משפט וממשל ג 475 (תשנ"ו), ע' 491-493; בג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501 (1992) שם נדונה חשיבות פרסומן ברבים של הנחיות פרקליטות מיסוי וכלכלה בהגשת כתבי אישום, על מנת שרבים יוכלו לכלכל מעשיהם על פיהן ויידעו גבולות העבירה.
30. כבר עמדנו על זכותה של הרשות לשנות ממדיניותה בהתאם לצרכי השעה אך זכות זו וחובת פרסום בצדה. חובת פרסום מיוחדת טוטל על הרשות בנוגע לשינוי שחל בהנחיות מפורסמות של התביעה בהעמדה לדין באשר עצם קיומן של הנחיות שהתפרסמו ברבים מבסס ציפייה והסתמכות עליהן. חשיבות אף תמצא בחיוב הרשות בדרך פרסום זהה לזו של ההנחיות המקוריות (שם, פרסום הנחיות מנהליות, ע' 505-507).
- עמד על חובתה זו של הרשות בית המשפט העליון בעניין פרץ (סעיף 34 לפסק הדין), בקובעו כי "הרשות רשאית להגיע למסקנה כי מדיניות שבה נהגה בעבר אינה מתאימה עוד.. עם זאת, ככלל, על רשויות האכיפה לתקן מדיניות האכיפה שנמצא צורך לשנותה תוך יצירת הסדרי ביניים או מנגנון המתירע על שינוי המדיניות". כך גם מורות הנחיות היועץ המשפטי לממשלה לפיהן "שינוי מדיניות מן הראוי שיעשה באותה הדרך בה נקבעה המדיניות, ובכלל זה לעניין התפוצה והפרסום, וייכנס לתוקף ממועד השינוי או ממועד מאוחר יותר, שייקבע במפורש" ("הנחיות מנהליות"- הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 1.0002 (התשס"ב)).
31. התביעה לא הפיצה את הוראת השעה על אף שההנחיה המקלה של פרקליט המדינה נותרה מפורסמת באתר משרד המשפטים. כאמור, הודעה לפיה ההנחיה 2.15 אינה בתוקף פורסמה על ידי משרד המשפטים רק ביום 22.5.18, דהיינו למעלה משנתיים מיום הוצאת ההנחיה המחמירה על ידי התביעה המשטרית ביום 21.10.15. המדובר בשינוי מהותי במדיניות אכיפה והנטל מוטל על המאשימה להסביר מחדלה זה. המאשימה מצדה לא סיפקה בטיעוניה כל הסבר ראוי וקונקרטי לאי פרסום השינוי שחל בהנחיותיה משך תקופה ממושכת. יתרה מכך, המאשימה מנסה לאחוז בטיעוניה בשתי קצוות החבל: מחד טוענת כי להנחיה המחמירה מעמד ותוקף כשל הנחית פרקליט המדינה ואף הוצאה תוך שיתופו ומנגד, כי מדובר בהנחיה פנימית שאין חובה בפרסומה.
32. עם זאת, ההגנה הרחיקה לכת בטיעוניה. אין בידי לקבל טענתה כי למעשה פעלה המאשימה אותה עת על



סמך "הנחיית סתרים חלופית" או "מדיניות סתרים" כלשונה (הרישא להשלמת טיעונים מקדמיים; סעיף 4 לתשובת ההגנה) בהסתמכה בעבודתה על ההנחיות המחמירות משנת 2015. הוראת השעה היא הנחייה כתובה שהוצאה על ידי ראש חטיבת התביעות המשטרית, הוחלה בכל יחידות התביעה, ובהתאם לה הוגשו בכל בתי המשפט עשרות כתבי אישום בגין עבירת הסעה ראשונה (סעיף 4ב, 4ג בעמ' 6 לתגובת המשיבה; ע' 22, ש' 19)

33. נוכח האמור, אני קובעת שנפל פגם באי פרסומה של הוראת השעה המשטרית. עוד נפל פגם בהותרת פרסום הנחיה 2.15 במתכונתה המקלה על כנה ובאופן שנוצרה סתירה מהותית בין מדיניות האכיפה המפורסמת ע"י הרשות לזו שננקטה בפועל. באי פרסום ההנחיה המחמירה, בצד הותרת פרסומן של ההנחיות המקלות, לא זו בלבד שהמאשימה לא עמדה בחובת פרסום הנחיותיה, אלא אף הפרה את חובותיה לשקיפות ותקינות מנהלית.

הסעד הראוי על הפרת החובה לפרסם הנחיות

34. מעמדן הנורמטיבי של הנחיות פרקליט המדינה הוא כשל הנחיה מנהלית להבדיל מתקנות בנות פועל תחקיתי, ואני דוחה, לעניין זה, טענת ההגנה לראות בהן "הנחייה מנהלית בעלת פועל תחקיתי" (סעיפים 15-18 להשלמת טיעונים מקדמיים). ככאלה מקור החובה לפרסומן הוא בהלכה הפסוקה ולא בחוק (בג"צ 6213/14 ארגמן נ' משטרת ישראל (1.12.16), סעיף 7 לפסק הדין; התנועה למען איכות השלטון בישראל, סעיף 93 לפסק הדין; עניין מוחתסב, סעיף ג לפסק דינו של השופט רובינשטיין). אי פרסומה של הוראת השעה או אם תרצה לומר השינוי בהנחיה 2.15, אינו הופך את הוראת השעה המשטרית, בשונה מחקיקת משנה, לבטלות (פרסום הנחיות מינהליות, בעמ' 497-499); בג"צ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ (2) 177 (1996)). ההבדל בין שתי אלה יבוא לידי ביטוי הן במישור היקף וצורת הפרסום והן בתוצאות הפרת החובה. תוצאה קשה של ביטול הנחיות או פעולת הרשות על יסודן בשל אי פרסומן במקרה מסוים, תבחן על ידי בית המשפט, בין היתר, לאור כלל הבטלות היחסית. במסגרת זו יש לשקול הנזק שנגרם כתוצאה מאי הפרסום לעומת הנזק שייגרם כתוצאה מקביעה לפיה ההנחיות המנהליות לא עמדו בתוקף במועד הקובע בשל אי פרסומן.

35. ההגנה מבקשת בטיעוניה מבית המשפט להתערב בהוראת השעה המשטרית, לקבוע מועד לתחולתה שיהיה מאוחר למועד ביצוע עבירה בתיק דנא, ובכך להביא בהכרח לביטול כתב האישום.

36. אין בידי להיעתר לסעד לו עותרת ההגנה. הסעד המושט לנאשם צריך לתאם חומרת הפגם שנפל בהתנהלות הרשות ומידת הפגיעה הקונקרטית בנאשם (ע"פ פרץ, סע' 33). בענייננו מצאתי לקבוע כי הפגיעה בנאשם מצויה ברף הנמוך. ניתן לשער כי לא הייתה לנאשם כל הסתמכות על מדיניות ההעמדה לדין של הרשות ובוודאי שמדיניותה המקלה של המאשימה עם המסיעים, לא עמדה ברקע הסכמתו להסיע תושב אזור שלא כדין. עוד לא הוכח כי בעצם העמדתו לדין הופלה לרעה ביחס למסיעים אחרים שנסיונותיהם דומות וביצעו מעשי העבירה באותה תקופה. זהו המקום אף להדגיש כי אי עמידה בהוראותיה של הנחיה מנהלית שנקבעה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, שמעמדה הנורמטיבי אינו עולה כדי חקיקת משנה, אינה גוררת בהכרח ביטול מעיקרא של כתב אישום שהוגש (ע"פ 645/05 זליגר נ' מדינת ישראל (2006)), סעיף 28 לפסק הדין).

37. זאת ועוד, היקף ההתערבות השיפוטית בשיקול הדעת של התביעה ראוי שיהיה מרוסן ומצומצם. נקודת המוצא לבחינת טענות אלו הינה כי בית המשפט אינו נכנס בנעלי התביעה, אינו שם את דעתו כתחליף לשיקול הדעת של



התביעה, ואינו משים עצמו כ"תובע על" או "יועץ משפטי על". במקרה זה, הוצאו על ידי התביעה המשטרית, בשיתוף פרקליטות המדינה, הנחיות מחמירות בנוגע להעמדה לדין בעבירות הסעה בשל החמרת המצב הביטחוני. מצב זה אכן חייב החמרה זמנית במדיניות העמדה לדין (ר' אף סעיפים 4-5 לתגובת המשיבה לבקשה לצו מתן מסמכים). מדיניות התביעה אף עולה בקנה אחד עם מדיניותו המחמירה של המחוקק באותה עת כלפי המסייעים לשוהים הבלתי חוקיים, הבאה לידי ביטוי בתיקון 26 לחוק הכניסה לישראל.

נוכח האמור, אני סבורה כי הסעד העיקרי ההולם מקרה זה בו לא פורסמו ההנחיות המחמירות הוא באכיפת פרסומן על המדינה. כאמור לעיל, ביום 22.5.18 פרסם משרד המשפטים כי הנחיות פרקליט המדינה המקלות אינן עוד בתוקף.

טענת הגנה מן הצדק

38. ההגנה מבקשת כסעד חלופי להורות על ביטול כתב האישום מכוח הגנה מן הצדק (סעיף 21 להשלמת טיעונים מקדמיים). המאשימה מתנגדת וסבורה כי גם אם נפל פגם דיוני בהליך הוצאתה, אין המדובר במקרה בו פעלה הרשות בזדון, בחוסר שוויון ושיהיו ולא נפגעה זכות הנאשם להתגונן מפני ההליך הפלילי.

39. טענת הגנה מן הצדק היא טענה שיש לקבלה במקרים חריגים בלבד, בהם עצם קיומו של ההליך פוגע בזכויותיו הבסיסיות של הנאשם להליך תקין ותינתן במקרים בהם לא יהיה ניתן להבטיח לנאשם קיום משפט ראוי, הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות. מטרת הגנה זו היא עשיית צדק עם הנאשם ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776(2005)). כפי שנקבע בעניין בורוביץ, שאלת החלטה של הגנה זו טעונה בחינה משולשת הכוללת זיהוי הפגם ועוצמתו, במנותק משאלת האשמה; בחינה האם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות; ובחינה האם ניתן לרפא הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים מאשר ביטול כתב האישום (ר' לעניין זה אף בעניין ורדי, סעיפים 58-63 לפסק הדין).

40. ההגנה לא עמדה על פגיעה משמעותית, כמו גם, על עוצמת חוויית הפגיעה, מבחינת הנאשם. לא מצאתי כאמור כל אינדיקציה לקיומו של אינטרס הסתמכות או ציפיה מסוים או מיוחד של הנאשם שבכאן, בנוגע להנחיות פרקליט המדינה המקלות הנוגעות לאכיפת עבירת ההסעה שבחוק הכניסה לישראל.

41. מכל מקום, הפגם שנפל באי פרסום ההנחיות המחמירות אינו מצדיק תוצאה קשה של ביטול כתב אישום שהוגש. כבר נקבע כי בית המשפט יכול להתחשב בקיומם של טעמים מן הצדק תוך שימוש בסעדים מתונים ומידתיים שאינם מגיעים כדי ביטולו של כתב אישום, אלא בין היתר, וככל שידרש לכך, בסופו של יום, בשלב קביעת העונש (ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, (1.3.2017); עניין ורדי, סעיף 59 לפסק הדין).

סוף דבר

42. תוצאת הדברים היא שהבקשה להורות על ביטולו של כתב האישום - נדחת.

ניתנה היום, כ"ז סיוון תשע"ט, 30 יוני 2019, בהעדר הצדדים.