



ע"פ 55535/03/22 - מדינת ישראל נגד תאאר קשוע (עציר), עומר יחיא

בית המשפט המחוזי בחיפה

28 מרץ 2022

ע"פ 55535-03-22 מדינת ישראל נ' קשוע(עציר) ע"פ 55570-03-22 מדינת ישראל נ' יחיא (עציר)

בפני הרכב השופטים:
הנשיא רון שפירא [אב"ד]
השופט אברהם בולוס
השופט מוחמד עלי

מדינת ישראל

המערכת

נגד

המשיבים

1. תאאר קשוע (עציר) 2. עומר יחיא (עציר)

פסק דין

1. לפנינו שני ערעורים שאוחדו על שני פסקי דין שניתנו ביום 24.3.2022 בבית משפט השלום בחדרה (כב' השופטת י' אונגר ביטון) ובשניהם הוחלט על ביטול האישום נגד המשיבים (ת"פ 53902-03-22 עליו הוגש ערעור בע"פ 5570-03-22; ת"פ 53948-03-22 עליו הוגש ערעור בע"פ 55535-03-22). בשני התיקים הואשם כל אחד מן המשיבים בעבירה לפי סעי' 12(1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**), בכך ששהו בתחומי המדינה "ללא היתר עיסוק בישראל כדין".

רקע

2. במוקד קביעת בית המשפט קמא עמד נוהל שהוצא על ידי חטיבת התביעות, שעניינו מדיניות ענישה והעמדה לדין בעבירות כניסה ושהייה שלא כדין בניגוד לחוק הכניסה לישראל (נוהל מספר 01.01.20 שפורסם ביום 25.8.2019) (להלן: **ההנחיות**). בית המשפט קמא סבר בהתבסס על ההנחיות, כי לא היה מקום להגיש כתב אישום נגד המשיבים, ועל כן הורה, על בסיס דוקטרינת ההגנה מן הצדק, לבטל את האישומים. בתמצית יצוין כי בהנחיות נקבע כי כתב אישום בגין עבירה של שהיה שלא כדין "לצרכי פרנסה" יוגש בין היתר במקרה של "שב"ח שלחובתו הרשעה קודמת". לכל אחד מן המשיבים - שאין חולק שהם שוהים בלתי חוקיים (להלן: **שב"ח**) - הרשעה קודמת בעבירה על חוק הכניסה לישראל, אך העבירה התיישנה במובן סעיף 14 לחוק המרשם הפלילי ותקנות השבים, תשמ"א-1981 (להלן: **חוק המרשם**).

3. המערערת משיגה על קביעת בית המשפט קמא וטוענת כי אין לקבל את הפרשנות שבית המשפט קמא ייחס להנחיות, וכי אין לקבל את הטענה כי על פי ההנחיות לא ניתן להעמיד לדין חשוד בעבירת שב"ח שלחובתו הרשעה שהתיישנה, להבדיל ממי שלחובתו הרשעה שלא התיישנה. לגישת המערערת, לשון ההנחיות ברורה וכי ממילא התביעה רשאית לעיין במידע לגבי הרשעות שהתיישנו. המערערת מוסיפה וטוענת כי לא היה מקום לצעד דרסטי של ביטול האישום, בהינתן שהדוקטרינה בה נעשה שימוש היא יחסית.

4. מנגד, המשיבים החרו-החזיקו אחר החלטת בית המשפט קמא ונימוקיו וביקשו לדחות את הערעור. לשיטתם,



המקרה של המשיבים נופל בגדר המצבים שאין להגיש בגינם כתב אישום, וכי מצבם של שב"חים לפי הנוהל העכשווי הורע ביחס לנוהל שהיה בתוקף לפני כן, לפיכך יש לפרש את ההנחיות בזיקה לתובנה זו. כמו כן נטען כי בניגוד לטענת המערער לשון ההנחיות תומכת בעמדתם. המשיבים הוסיפו וטענו כי בדין בית המשפט קמא עשה שימוש בהגנה מן הצדק וכי החלטתו הייתה מידתית ועניינית.

5. יצוין כי הצדדים הסכימו כי במידה והערעור יתקבל דינם של המשיבים ייגזר במסגרת הליך זה, זאת על מנת להימנע מהמשך שהייתם במעצר מקום שהעמדה העונשית במקרה זה, שהובעה על ידי המערער לפנינו, מתמצית במאסר לתקופה קצרה כאורך ימי המעצר עד כה.

הכרעה

6. נעיר תחילה כי ראינו להרחיב מעט משום שקיימות דעות חלוקות בערכאות הדיוניות לגבי הסוגיה המתעוררת בהליך זה, ועל כן ראוי להבהיר את העניין כדי למנוע התדיינויות נוספות (ראו לדוגמה הדעה בת"פ 5744-03-19 (כב' השופטת א' זכריה), מ"ת (עכו) 45609-01-22 (כב' השופט ו' חאמד), מ"ת (נצרת) 4432-03-22 (כב' השופטת ד' שרון-גרין), מ"י (קרית) 55293-10-21 (כב' השופט י' טורס); ומנגד - מ"י (קרית) 47235-08-21 (כב' השופטת ל' שלאעטה-ח'לאילה), עמ"י (חיפה) 47577-08-21 (כב' השופטת ב' טאובר).

7. לאחר ששמענו את טענות הצדדים הגענו למסקנה כי יש לקבל את הערעור ולבטל את הכרעתו של בית המשפט קמא.

8. ביטול כתב האישום בבית משפט קמא היה תולדה של יישום ההנחיות, שקובעות קריטריונים להפעלת שיקול דעת התביעה בהעמדה לדין של שב"חים. ההנחיות גוזרות למעשה צמצום של סמכות התביעה להעמדה לדין במקרים בהם האינטרס הציבורי לא מחייב העמדה לדין. נקודת המוצא היא כי המדובר בהנחיות פנימיות אל מול סמכות רחבה של העמדה לדין שנקבעה בחוק (ראו סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: **חסד"פ**)). תכליתן של ההנחיות היא קביעת קריטריונים ברורים לאופן הפעלת שיקול הדעת של התביעה בהעמדה לדין של שב"חים, זאת כדי להגשים באופן מיטבי את הערך המוגן בעבירה על חוק הכניסה לישראל, שכידוע הינו זכותה של המדינה לקבוע מי יבוא בשעריה ומי ישהה בתחומיה, תוך דאגה למכלול האינטרסים הכרוכים בכך ובראשם צמצום הסכנות הביטחוניות שעלולות לנבוע מכניסה ללא בקרה לתחומי המדינה (ראו גם סעיף 2 להנחיות). ההנחיות מכירות בקטגוריה ייחודית של חשודים שראוי כי במקרים מסוימים לא יועמדו לדין - הלוא הם שב"חים שכניסתם לתחומי המדינה היא "לצרכי פרנסה".

9. עיקר ההנחיות מופנות לקטגוריה זו של שב"חים. סעיף 3 להנחיות דן בקריטריונים להעמדה לדין וקובע כך:
"כתב אישום בגין עבירה של שהייה שלא כדין 'לצרכי פרנסה', יוגש באחד המקרים הבאים:

- א. שב"ח שזו לו כניסתו **השלישית** שלא כדין לשטח המדינה;
- ב. שב"ח שלחובתו הרשעה קודמת;
- ג. שב"ח ששהה במעצר מינהלי או שיש לגביו מידע מודיעיני הימנו עולה כי זה מהווה סיכון בטחוני;
- ד. שב"ח שביצע עבירה נלווית לעבירת השב"ח;
- ה. שב"ח אשר נתפס בשטח המדינה בנסיבות מהן ניתן להבין כי מטרת שהייתו נועדה לביצוע עבירה;
- ו. שב"ח שנתפס שוהה בשטח המדינה לאחר ששהה בשטח המדינה לאורך תקופה ארוכה"



10. השאלה שהתעוררה בבית המשפט קמא היא האם שב"ח שלחובתו הרשעה קודמת שהתיישנה, נופל בגדר המקרים בהם ניתן להגיש כתב אישום על פי ההנחיות? לדעתנו התשובה לכך היא בחיוב.

11. לפני שנפרוש את נימוקינו נעיר, כי הקביעה כי התביעה רשאית להגיש כתב אישום במקרה בו לחובת החשוד עבירה שהתיישנה, אין משמעותה כי במקרים אלו התביעה **חייבת** להעמיד את החשוד לדין. גם לאור ההנחיות, שיקול דעת התביעה נשמר ובמקרים המתאימים ניתן שלא להעמיד לדין גם אם מתקיימות דרישות הסף הקבועות בהנחיות. לפיכך, בהתקיים התנאים הקבועים בהנחיות לתביעה **הסמכות** להגיש כתב אישום, וסמכות זו קיימת כאמור גם אם לחשוד הרשעה קודמת שהתיישנה.

12. תכליתן של ההנחיות ככלל, ובפרט החריגים שנקבעו בגדרן בנוגע לקבוצת השב"חים שנכנסים לתחומי המדינה "לצרכי פרנסה", היא להוציא מכלל החשודים שניתן להעמידם לדין, חשודים שלא נשקפת מהם מסוכנות לפגיעה בביטחון המדינה, או כי כניסתם למדינה לא פוגעת פגיעה קשה בערכים המוגנים. על פי ההנחיות, מקרים אלו כוללים כניסה למטרות פרנסה בפעם הראשונה והשנייה. במצבים אלו הפגיעה בערך המוגן עדיין מצומצמת. במקרה בו לחובת החשוד השב"ח הרשעה קודמת, אין עוד הצדקה שלא להעמידו לדין, משום שאז לא ניתן לומר כי הפגיעה באינטרס הציבורי היא קלת ערך. נשוב ונזכיר כי עסקינן בהסדרת קריטריונים לגבי שיקול דעת התביעה, ונקודת המוצא היא כי שיקול הדעת שניתן לתביעה בבואה להחליט על העמדה לדין הוא רחב ואמור להביא בחשבון את מכלול השיקולים. לעמדתנו, לא ניתן להלום מצב בו שיקול הדעת התביעה יוגבל כאשר לחובת חשוד הרשעה קודמת, אף שהיא התיישנה, ובמקרה זה תיחסם הדרך להגשת כתב אישום.

13. המסקנה כי ניתן להעמיד לדין חשוד שלחובתו הרשעה קודמת שהתיישנה, עולה בקנה אחד עם הוראות חוק המרשם. תחילה נציין כי בהקשר לחוק המרשם, משמעות התיישנות ההרשעה, הגבלת האפשרות להעביר את המידע הגלום במרשם הפלילי לגופים מסוימים, אשר ברגיל אלמלא ההתיישנות היו זכאים לקבלו על פי החוק. סעיף 14(א) לחוק המרשם קובע כי "**לא יימסר מידע לפי סעיפים 6 עד 9 אם עברו מיום פסק הדין או ההחלטה [תוקפות ההתיישנות]...**", ואולם עיון בסעיפים 6-9 לחוק המרשם מלמד כי סעיפים אלה מונים גופים ועניינים שונים, אשר המשטרה, יחידות התביעה וסוגיית ההעמדה לדין - אינם נכללים בהם. לפיכך, רשות התביעה רשאית לקבל מידע בדבר עבירה שהתיישנה ומגבלת ההתיישנות שקבועה בסעיף 14(א) לא חלה עליה.

מכאן, שהמגבלה הקבועה בסעיף 19(א) לחוק המרשם לפיו "מידע על הרשעה שהתיישנה לא יובא בחשבון בין שיקוליו של מי שהיה זכאי לקבלו אילולא ההתיישנות" - לא חלה על רשויות התביעה.

בהקשר זה ראוי להבחין בין התיישנות הרשעה לבין מחיקת הרשעה. לפי סעיף 16 לחוק המרשם, הרשעה נמחקת מהמרשם בחלוף עשר שנים מתום תקופת ההתיישנות. במקרה של מחיקת הרשעה, קובע סעיף 20(א) לחוק המרשם כי "**מי שנמחקת הרשעתו ייחשב לענין כל דין כאילו לא הורשע, וכל פסול שנפסל בשל ההרשעה, בין מכוח חיקוק ובין מכוח פסק דין, לרבות פסק דין בהליך משמעותי, בטל מיום המחיקה; אולם אין במחיקה כדי להשפיע על מה שנעשה עקב ההרשעה**". פועלה של ההתיישנות הוא אחר - הוא מגביל את קשת הזכאים לעיין בעבירות שהתיישנו.



[במאמר מוסגר יצוין כי חוק המרשם התקף היום, צפוי להיות מוחלף בקרוב בחוק חדש (חוק המידע הפלילי ותקנות השבים, תשע"ט-2019) אשר ייכנס לתוקף ביום 16.7.2022. גם החוק החדש קובע התיישנות הרשעות וקובע בין היתר בסעיף 18(ג) כי "לא יימסר מידע על פרט רישום שהתיישן אלא לגופים או לבעלי התפקידים המנויים בסעיפים 10 ו-11" המשטרה היא חלק מהגופים המנויים שם, כך שהחוק החדש לא צפוי לשנות את התמונה בהקשר לסוגיה הנדונה כאן].

14. גם מלשון ההנחיות עולה כי ניתן להגיש כתב אישום נגד חשוד שב"ח שהורשע בעבר והרשעתו התיישנה. תשומת הלב לכך כי סעיף 3(ב) להנחיות דן במי שלחובתו הרשעה קודמת, ולא דווקא הרשעה קודמת בעבירה על חוק הכניסה לישראל. יוצא אפוא כי אם נקבל את פרשנות בית המשפט קמא, כל מי שהורשע בעבר בעבירה כלשהי - גם אם היא חמורה - והעבירה התיישנה, לא יהא ניתן להגיש נגדו כתב אישום בגין שהייה שלא כדין בתחומי המדינה. תוצאה זו לא ניתן להלום, שכן יש בכך כדי להגביל את שיקול דעת התביעה באופן בלתי סביר.

נעיר כי לתביעה סמכות להעמיד לדין שב"ח שנכנס בפעם השלישית (גם אם אין לחובתו הרשעה קודמת). בהערת שוליים לסעיף 3(א) נכתב כי "בחנית קיומם של תיקים קודמים [שנסגרו ללא העמדה לדין - מ"ע] תערך ללא מגבלת זמן בכפוף לתקופת ההתיישנות הקבועה בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982...". הואיל ועסקינן במקרה בו מדובר בשתי כניסות בגין החשוד לא הועמד לדין, ברי כי אין המדובר בהתיישנות **הרשעה** אלא בהתיישנות **עבירה** במובן סעיף 9 לחסד"פ.

נעיר עוד כי ההנחיות הרלוונטיות היום פורסמו בשנת 2019, אך לפני הנחיות אלו היה בתוקף נוהל שפורסם בשנת 2005 (נוהל מס' 03.300.236, הטיפול בעבירות הקשורות בשב"ח פורסם ביום 20.1.2005). מהנוהל הישן עולה כי בכפוף לשיקול דעת ובהיעדר נסיבות אחרות המנויות בנוהל, שב"ח שנכנס בפעם הראשונה לתחומי המדינה - לא יועמד לדין (פרק ג' לנוהל). איננו סבורים כי שינוי הנוהל יש בו כדי לפגוע בזכותם של המשיבים שלפנינו, שכן לפני הנוהל הישן הוקנה שיקול דעת רחב יותר להעמדה לדין ואילו ההנחיות החדשות מצמצמות יותר את שיקול הדעת.

15. לבסוף, ניתן ללמוד גזירה שווה מפסיקתו של בית המשפט העליון לפיה בגזירת העונש, בתי המשפט רשאים להסתמך בשיקוליהם על מידע בדבר עבירות שהתיישנו (רע"פ 1775/09 **פדידה נ' מדינת ישראל** (27.4.2009), ובהרחבה החלטת השופט לוי ברע"פ 1808/10 **זיכרון נ' מדינת ישראל** (13.4.2010). עם זאת, בית המשפט ציין כי יש לתת ביטוי לחלוף הזמן מאז ההרשעה. כך גם ראוי לנהוג במקרים דוגמת המקרה שלפנינו.

16. לפיכך, אנו מחליטים לקבל את הערעור ומורים על ביטול פסק דינו של בית המשפט קמא. כאמור, הצדדים הסכימו כי נגזור את דינם של המשיבים במסגרת הליך זה.

17. המשיבים הודו לפנינו באישומים המיוחסים להם, לפיכך אנו מרשיעים כל אחד מן המשיבים בעבירה לפי סעי' 12 לחוק הכניסה לישראל.

18. לגבי מתחם העונש ההולם - אין חולק כי המקרה שלפנינו נופל בגדר הנסיבות שפורטו בהלכת אלהרוש (רע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מדינת ישראל** (8.12.2014), שכידוע בה נקבע כי מתחם העונש ההולם בנסיבות של כניסה לישראל למטרת פרנסה נע בין מאסר על תנאי עד מאסר בפועל למשך חמישה חודשים כולל המאסר על תנאי. אשר לעונש בתוך המתחם - שני הצדדים מבקשים להסתפק בימי המעצר עד כה, ואולם בעוד שהמערערת מבקשת להשית בנוסף מאסר על תנאי, המשיבים מבקשים להימנע מכך. בהינתן הקביעה בהלכת אלהרוש ובשים לב לנסיבות המקרה שלפנינו, יש להטיל בנוסף מאסר על תנאי.



19. לפיכך, אנו גוזרים על כל אחד מן המשיבים את העונשים הבאים:

מאסר בפועל לתקופה של 6 ימים בניכוי ימי המעצר (משיב 1 מיום 24.3.2022 ומשיב 2 מיום 23.3.2022).

1 חודש מאסר על תנאי, והתנאי הוא כי המשיב לא יעבור בתוך שנתיים, עבירה בה הוא הורשע בתיק זה, ויורשע בה.

בשים לב למשכי המאסר שגזרנו ישוחררו שני המשיבים ממעצר עוד היום בדרך של העברתם לתחומי יו"ש.

ניתן היום, כ"ה אדר ב' תשפ"ב, 28 מרץ 2022, במעמד ב"כ הצדדים והמשיבים עצמם.

מ. עלי, שופט

א. בולוס, שופט

ר. שפירא, נשיא
[אב"ד]