



עפ"ג 48720/12/22 - אפרים נוה, בר כץ נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 43954-11-22 נוה ואח' נ' מדינת ישראל
עפ"ג 48720-12-22 מדינת ישראל נ' נוה

בפני כבוד השופטת העמיתה זהבה בוסתן-אב"ד
כבוד השופטת הבכירה מיכל ברנט
כבוד השופט שמואל בורנשטיין
המערערים והמשיבים שכנגד 1. אפרים נוה
2. בר כץ
נגד
המשיבה והמערערת שכנגד מדינת ישראל

פסק דין
כללי

1. לפנינו שני ערעורים על פסק הדין בת"פ (שלום-ראשל"צ) 58959-12-18 **מדינת ישראל נ' נוה ואח'** (כב' הנשיאה (בדימוס), השופטת הבכירה עינת רון ז"ל). הערעור בע"פ 43954-11-22 הוא על הכרעת הדין וחומרת העונש (המערערים, שהם גם המשיבים בערעור שהוגש על ידי המדינה, יכוננו להלן לשם הנוחות: "**המערערים**"), ומנגד ערעור המדינה בעפ"ג 48720-12-22 על קולת העונש (שתכונה להלן: "**המשיבה**").

ביום 20.9.2022, לאחר ניהול הוכחות, הורשע כל אחד מהמערערים, עו"ד אפי נוה ובת זוגו גב' בר כץ, בעבירות הבאות: יציאה מישראל שלא כחוק, לפי סעיפים 7 ו-12(4) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: "**חוק הכניסה לישראל**") וסעיף 29(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**"); כניסה לישראל שלא כחוק, לפי סעיפים 7 ו-12(4) לחוק הכניסה לישראל וסעיף 29(ב) לחוק העונשין; שתי עבירות של קבלת דבר במרמה בצוותא, לפי סעיפים 415 רישא ו-29(ב) לחוק העונשין. בגזר דין מיום 8.11.2022 הושתו על כל אחד מהמערערים חודשיים מאסר על תנאי למשך שלוש שנים לבל יעברו עבירה כלשהי לפי חוק הכניסה לישראל או עבירה של קבלת דבר במרמה וכן קנס בסכום של 2,000 ₪ או 5 ימי מאסר תמורתו.

ערעור המערערים מופנה כלפי הכרעת הדין ולחילופין כלפי גזר הדין. בכל הנוגע להכרעת הדין טוענים המערערים כי לא היה מקום להרשיעם בעבירה של קבלת דבר במרמה בהתאם לחוק העונשין, וזאת בנוסף להרשעתם בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל. באשר לגזר הדין טוענים המערערים כי בכל מקרה נכון היה

לסיים את עניינם ללא הרשעה.

ערעור המשיבה מופנה כלפי גזר הדין, כאשר לטענתה היה מקום להחמיר בעונשם של המערערים ולהטיל עליהם עונש מוחשי ולא רק עונש הצופה פני עתיד.

עובדות המקרה

2. בהתאם לעובדות כתב האישום, המערער, שהיה פרוד מאשתו בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, היה בן זוגה של המערערת. אותה תקופה, ניטש הליך גירושין בין המערער לבין פרודתו, אשר גלש אף להליך אזרחי בינה לבין המערערת.

3. המערערים החליטו לטוס לנופש משותף בתאילנד בין התאריכים 20.9.2018 - 2.10.2018. עובר ליציאתם לתאילנד ועל רקע סכסוך הגירושין, ביקשו המערערים לפעול להסתרת שהותם המשותפת המתוכננת בחו"ל. במסגרת זו החליטו השניים לפעול במרמה בצוותא חדא ליציאתה של המערערת מישראל ובהמשך לכניסתה לישראל, מבלי שהיא תתייצב בפני בקר הגבולות או עמדה ממוכנת כנדרש, ובכך לשבש את תיעוד יציאתה וכניסתה כאמור, באופן שתשוקף יציאת וכניסת המערער בלבד. הכול בדרך אותה הציע המערער, כמפורט להלן.

4. ביום 20.9.2018 בשעות הערב, כשהגיע השניים אל אולם ביקורת הגבולות בשדה התעופה, הזדהה המערער בפני אחת העמדות הממוכנות וזו הנפיקה עבורו אישור מעבר ("גייטפאס") ואילו המערערת שלצידו לא הזדהתה כלל בפני עמדה ממוכנת או בפני בקר גבולות. המערער מסר את אישור המעבר לשימושה של המערערת והמערערת עברה בשער המעבר באמצעות אישור המעבר אשר הונפק עבור המערער, תוך יצירת מצג כוזב כי מדובר באישור שהונפק עבורה. במקביל, נצמד המערער לגבה של נוסעת אחרת שעברה בשער המעבר באמצעות אישור מעבר שהיה ברשותה, צעד מאחוריה בעקבותיה בזריזות וכך השתחל ועבר בשער המעבר יחד עמה בו זמנית. כך, הוסתרה והועלמה יציאתה של המערערת מישראל במועד זה ונמנע תיעודה הרשמי בתיעוד המעברים.

5. ביום 2.10.2018 שבו המערערים מתאילנד לישראל וסמוך לאחר הנחיתה הגיעו לאולם ביקורת הגבולות וצעדו יחדיו לאחת העמדות הממוכנות. פעם נוספת הזדהה המערער בדרכים הנדרשות בפני העמדה הממוכנת וזו הנפיקה עבורו אישור מעבר. המערערת לצידו לא הזדהתה כלל, שוב, בפני עמדה ממוכנת או בפני בקר גבולות. פעם נוספת, מסר המערער את אישור המעבר לידי ולשימוש המערערת והשניים צעדו יחדיו לעבר אזור שערי המעבר.

המערערת עברה בשער מעבר באמצעות אישור המעבר שהונפק עבור המערער, ובמקביל נצמד המערער אל גבה של המערערת, צעד מאחוריה ובזריזות השתחל ועבר בשער המעבר יחד עמה בו זמנית. כך, הוסתרה והועלמה כניסתה של המערערת לישראל במועד זה, ונמנע תיעודה הרשמי בתיעוד המעברים.

6. יחד עם זאת, בהזדמנות זו, בקרית הגבול ששהתה בסמוך לשער המעבר הבחינה בהתנהלותם של המערערים, ניגשה אליהם ותשאלה אותם תשאול ראשוני בנושא. במהלך תשאול זה, היתמם המערער ואף טען כי אינו מכיר את המערערת. מאחר שחשדה של בקרית הגבול לא הוסר, היא עיכבה את שני המערערים. לאחר מכן נפתחה חקירה שהובילה להגשת כתב האישום כאמור.

הערעור על הכרעת הדין (ע"פ 43954-11-22)

עיקרי הכרעת הדין של בית משפט קמא

7. בית משפט קמא הרשיע כל אחד מהמערערים בשתי עבירות על חוק הכניסה לישראל. הואיל והערעור אינו מכוון נגד חלק זה של הכרעת הדין, נציין בקצרה בלבד כי בהתאם לאמור בהכרעת הדין, אין חולק שהמערערת לא התייצבה בפני בקר גבולות, לא הציגה דרכונה ולא קיבלה אישור מעבר, הן ביציאה מישראל הן בחזרה אליה. המערערים בחרו דרך זו, של הוצאת אישור מעבר אחד על שם המערער בלבד ועל מסירתו למערערת ומעברו של המערער תוך היצמדות לאדם אחר בהחלטה משותפת. מכוח דיני השותפות, שניהם מבצעי העבירה כאחד. אין נפקא מינה כי לטענתם הייתה זו החלטה שהתקבלה באופן ספונטני עם הגעתם לשדה התעופה (טענה שאף נדחתה בהמשך הכרעת הדין).

לאור יסודות העבירה הנדרשים בחוק, לא נדרש מניע כלשהו לביצוע עבירה זו ועל כן אין נפקא מינה גם לטענה כי המעשים לא שירתו את מי מהמערערים (טענה שאף היא נדחתה בהמשך).

8. בית משפט קמא הרשיע כל אחד מהמערערים גם בשתי עבירות של קבלת דבר במרמה. נקבע בהכרעת הדין כי שני המערערים הציגו בהחלטה משותפת ובמעשים משותפים מצג שווא בפני רשויות המדינה. מצג השווא הוא כי שניהם מחזיקים באישורי מעבר כדין לאחר שהתייצבו בפני בקר הגבולות באמצעות דרכוניהם, וכי עתה, על פי מצג שווא זה, הם רשאים לצאת מישראל או להיכנס אליה. במעשים אלה היה כדי לפגוע בחופש הבחירה ובחופש הפעולה של הרשויות, אשר נמנע מהן לפקח ולבקר את היוצאים והנכנסים לישראל כדין. ה"דבר" שאותו ביקשו המערערים להשיג באמצעות הצגת מצג השווא הוא אי רישומה של המערערת כמי שיצאה מישראל וחזרה אליה.

9. בעניין ההרשעה בעבירות של קבלת דבר במרמה צוין כי אין נפקא מינה שמלכתחילה היו המערערים רשאים לצאת מישראל ולהיכנס אליה ללא כל מניעה. עוד קבע בית משפט קמא כי יסודות העבירה הוכחו אף בלא להידרש לשאלת המניע. עם זאת, בית המשפט נדרש לשאלה זו למעלה מן הצורך. בית משפט קמא דחה את גרסת המערערים בעדויותיהם בבית המשפט, שלפיה מעשיהם נבעו מלחץ ופחד משתקים שתקפו את המערערת, אשר חששה כי פרודתו של המערער (כיום גרושתו), שידעה על אודות הנסיעה המשותפת, תמתין לה בשדה התעופה ואף תתקוף אותה פיסית. לפי גרסה זו מדובר היה בחשש כזה שהביא לאובדן שיקול דעת, היגיון ושכל ישר אצל שניהם, ולא היה בין המעשים לבין הליך הגירושין קשר כלשהו. בית משפט קמא קבע כי אי הרישום אינו יכול להפיג בדרך כלשהי חשש מפגיעה פיזית על ידי הגרושה בשדה התעופה ושנקודת ההתייצבות בפני הבקר והמעבר באמצעות אישור המעבר נמצאים

במקום שבו מפגש כזה בין המערערת לגרושה אינו יכול להתקיים כלל ועיקר. עוד צוין כי אפילו הייתה מתקבלת הטענה ביחס למועד היציאה מישראל, הרי שביחס למועד החזרה לישראל, כבר היה סיפק בידי השניים במהלך השהות בתאילנד להתעשת ולהפעיל היגיון, וזאת לא נעשה. כן צוין כי אין כל זכר ללחץ ולהיסטריה בהתנהגות המערערת המתועדת בסרטון האבטחה ממועד היציאה מישראל.

בית משפט קמא העדיף את גרסת המערערים בהודעותיהם במשטרה, שלפיה המעשים נעשו על רקע תהליך גירושין קשה והעובדה כי פרודתו של המערער העסיקה חוקר פרטי שהוציא את נתוני הכניסה והיציאות מהארץ של המערערים, דבר שגרם למערער נזק גדול מאוד בהליך הגירושין התלוי ועומד. בית משפט קמא קבע כי מההודעות במשטרה עולה קשר ברור בין החלטתם של המערערים לעבור במעברי הגבול, כפי שעשו, לבין הליך הגירושין הקשה שבו היה המערער מצוי. במבחני השכל הישר וההיגיון, מעשיהם של המערערים נועדו אך ורק כדי להביא לכך שלא יהיה רישום ותייעוד ליציאתה של המערערת מישראל ולחזרתה אליה.

10. בית משפט קמא דחה את טענת המערערים כי על פי הכלל שאין לייחס בכתב האישום ריבוי עבירות, אלא לבחור את העבירות המתאימות, לא היה מקום להוסיף בכתב האישום על עבירות חוק הכניסה לישראל גם עבירות של קבלת דבר במרמה. בית משפט קמא קבע כי יסודות העבירות לפי חוק הכניסה לישראל שונים במהות ובתכלית מיסודות העבירה של קבלת דבר במרמה. כדי לעבור עבירה לפי חוק הכניסה לישראל די ביציאה מישראל או בכניסה אליה שלא כדין. העבירה אינה מחייבת שימוש במידע כוזב או הצגת מצג שווא. בענייננו אין המדובר באי שימוש באישור מעבר בלבד או באי התייצבות בפני בקר הגבולות בלבד. התלוו למעשים אלה מעשי מרמה וכזב, כאשר אישור המעבר הוצא רק בענייניו של המערער, אך נמסר למערערת כדי שהיא תחזה באמצעות מצג שווא זה כמי שעברה כדין במעבר הגבול. כשלמעבר הגבול ללא אישור כדין נלווים מעשי מרמה וכזב, נקבע כי לא נופל פסול כלשהו בייחוס עבירה נוספת שעניינה המרמה. עוד צוין כי האינטרסים המוגנים בכל אחת מהוראות החיקוק בכתב האישום אף הם אינם זהים. האינטרסים המוגנים הנפגעים בשל עבירות לפי חוק הכניסה לישראל הם פגיעה ביכולתה של המדינה הריבונית לפקח על היוצאים והנכנסים בשעריה וכן נפגעת תקינות המרשם. באשר לעבירה של קבלת דבר במרמה הפנה בית משפט קמא לפסיקת בית המשפט העליון בע"פ 752/90 ברזל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 539, 553 (1992) (להלן: "עניין ברזל") שלפיה האינטרס החברתי שעליו באה עבירת המירמה להגן הוא חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של המרומה.

11. כן נדחתה הטענה כי היה מקום להאשים את המערערים בעבירה הספציפית לפי חוק הכניסה לישראל ולא בעבירה הכללית של קבלת דבר במרמה. בעניין זה הפנה בית משפט קמא לפסיקת בית המשפט העליון שלפיה רשאי בית המשפט להרשיע נאשם בשל כל אחת מהעבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו בפניו, ובלבד שלא יענישנו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה.

12. עוד נדחתה הטענה כי קבלת דבר במרמה, כעבירה נוספת על עבירה לפי חוק הכניסה לישראל, יכולה

להתקיים רק באם הנכנס לישראל או יוצא ממנה היה מנוע לעשות כן.

13. בית משפט קמא דחה גם את טענתם של המערערים להגנה מן הצדק מן הטעם שכתב האישום נגדו הוגש תוך אכיפה בררנית. יצוין כי בנושא זה נתן בית משפט קמא שתי החלטות קודמות. האחת מיום 10.7.2019, ובה קבע כי ההגנה לא העלתה ולו חשד ראשוני לקיומה של אכיפה בררנית. על החלטה זו הגישו ב"כ המערערים עתירה לבג"ץ, ובית המשפט העליון קבע בהחלטתו (בג"ץ 4922/19) כי הוא מקבל את קביעות הערכאה קמא ועם זאת מאפשר לב"כ המערערים לשוב ולהעלות טענות אלה גם בהמשך

ההליך. ההחלטה השנייה ניתנה ביום 22.6.2021, וגם בה נדחתה הטענה לאכיפה בררנית. בהכרעת הדין הפנה בית משפט קמא לשתי החלטותיו הקודמות ובחן האם נלמדו נסיבות או עובדות שיש בהן כדי לשנות מהחלטות אלה. בית משפט קמא מצא כי בעדויות ההגנה לא היה כדי להביא לממצאים חדשים או לעובדות או נסיבות שלא היו ידועים קודם לכן. בית משפט קמא הפנה בהחלטותיו לתשובת הממונה על העמדת מידע לציבור במשרד המשפטים מיום 26.2.2020 (להלן: "**תשובת הממונה על העמדת מידע**"), נספח 13 להודעת הערעור), כי המשיבה גיבשה בחודש מאי 2018 מדיניות חדשה ולפיה בנוסף לעבירה לפי חוק הכניסה לישראל יש מקום לייחס עבירה נוספת של קבלת דבר במרמה. מאז יולי 2018 יושמה מדיניות זו. זאת, כשהמעשים שבהם הורשעו המערערים בוצעו בספטמבר ובראשית אוקטובר 2018. בית משפט מצא כי מטבע הדברים לא היו עד אותו מועד כתבי אישום רבים בסוגיה זו, אולם אין המדובר באכיפה בררנית.

14. כן דחה בית משפט קמא את הטענה כי בבסיס ההחלטה להעמיד את המערערים לדין עמדו שיקולים זרים שעניינם מעמדו ותפקידו של המערער, ו"ר לשכת עורכי הדין דאז. בית המשפט קיבל את טיעוניה של המשיבה כי משהוכחה, לכאורה, עבירה שבוצעה על ידי מאן דהוא, ויש מקום להגיש נגדו כתב אישום, הרי שיש לתת את הדעת גם למעמדו הציבורי, בשל העניין לציבור שיש בהעמדה לדין זו. בית משפט קמא קבע כי אין מדובר בשיקולים זרים ושהאינטרס הציבורי, העניין הציבורי ומעמדו של המערער ותפקידו הם שיקולים שעל המשיבה לשקול בבואה לקבל החלטה מעין זו.

טענות המערערים

15. המערערים מיקדו את הערעור נגד ההרשעה בעבירות של קבלת דבר במרמה. קרי, המערערים לא העלו במסגרת הערעור על הכרעת הדין טענות נגד ההרשעה בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל. עם זאת, במסגרת הערעור על גזר הדין נטען כי מדובר במקרה המתאים לביטול ההרשעה, כפי שיפורט בהמשך הדברים.

16. המערערים טענו כי בית משפט קמא שגה עת הרשיע אותם גם בעבירות של קבלת דבר במרמה

בנוסף לעבירות לפי חוק הכניסה לישראל. נטען כי עצם הייחוס הנוסף של עבירה של קבלת דבר במרמה לאותו מעשה עובדתי בדיוק, סותר את הפסיקה ואף את הנחיות המשיבה עצמה. המערערים העלו טענות אלה עוד לפני הגשת כתב האישום, במהלך השימוע, וכן במסגרת ההליך בפני בית משפט קמא, אך טענותיהם נדחו. בהודעת הערעור טענו המערערים פעם נוספת כי מדובר במעשה אחד - מעבר הגבול, ומשמדובר באותו מעשה, אין מקום להרשיע בגינו במספר עבירות. נקודת המוצא של המערערים היא כי הדין קובע שיש להימנע מריבוי עבירות וייחוסן לנאשם. לפי הטענה, כך קובעת גם הנחיית פרקליט המדינה מס' 3.1 מיום 27.12.2017 שכותרתה "הכנה וניסוח של כתב אישום" (להלן: **הנחיית פרקליט המדינה**) וכך קבעה גם הפסיקה. המערערים הפנו למבחנים שהתוותה הפסיקה לצורך מענה על השאלה מתי מעשיו של נאשם הם "אותו מעשה" - המבחן הצורני-עובדתי והמבחן המהותי-מוסרי. נטען כי בהתאם לתוצאותיהם של מבחנים אלה, לא היה מקום להרשיע את המערערים גם בעבירות של קבלת דבר במרמה.

17. המערערים טענו כי בית משפט קמא שגה בכך שלא יישם את המבחן הצורני-עובדתי ותחת זאת התייחס למבחן אחר, "מבחן יסודות העבירה". נטען כי המבחן הצורני-עובדתי כלל אינו עוסק בשאלת יסודות העבירה, והשאלה שיש לבחון במסגרתה היא אחת: האם המעשה, במובחן מהעבירות ויסודותיהן, ניתן להפרדה. המערערים הפנו לצורך השוואה לרע"פ 5978/04 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס(4) 594 (2006) (להלן: "**עניין פלוני**") ולע"פ 4289/14 **חנונה נ' מדינת ישראל** (21.1.2015) (להלן: "**עניין חנונה**"), וטענו כי להבדיל מאותם מקרים, בענייננו מדובר במעשה אחד ובלתי ניתן להפרדה - מעבר הגבול, וכי "... האירוע כולו התרחש באבחה אחת: מעבר מכונת הבידוק ללא "גיט פאס". המערערים טענו כי: **א.** אין בענייננו מעשים נפרדים בעלי התחלה וסוף, אלא מעשה אחד - מעבר הגבול; **ב.** אותן הראיות מבססות את המעשים ביחס לשתי העבירות האמורות ולכן אין לפצל לשתי עבירות שונות; **ג.** בין המעשים לא חלף כל פרק זמן ושתי העבירות המיוחסות בוצעו באותה שנייה בדיוק, בעת מעבר הגבול; **ד.** לא ניתן להצביע בענייננו על נקודת זמן שבה מסתיימת עבירת הכניסה לישראל ומתחילה להיעבר עבירה של קבלת דבר במרמה.

18. במסגרת הטיעון בעל פה ובתגובה לטענות ב"כ המשיבה, טענו המערערים כי טעותו של בית משפט קמא, שהתייחס למבחן "יסודות העבירה" אינה מסתכמת בטעות טרמינולוגית. אשר לאופן שבו טען ב"כ המשיבה לפיצול בין המעשים (להלן במסגרת טענות המשיבה), עמדו המערערים על כך שמבחני הפסיקה מתייחסים למעשים נפרדים, עם התחלה, אמצע וסוף, ולכך שצריכה להתקיים יכולת להפסיק בין המעשים. המערערים הפנו לדיון בסוגיית היבלעות עבירות בע"פ 766/21 **רביעה נ' מדינת ישראל** (23.2.2023) (להלן: "**עניין רביעה**").

19. אשר למבחן המהותי-מוסרי, שעניינו בזיהוי האינטרסים שנפגעו במעשי העבירה, המערערים טענו כי לא נפגעו בענייננו חופש הרצון, הבחירה והפעולה של המרומה (המדינה), שכן למערערים, בהיותם אזרחים ישראלים, מוקנית זכות חוקתית לצאת מישראל ולהיכנס אליה. אילו הייתה המערערת מניחה את דרכונה על המכונה או נותנת את דרכונה לפקיד הגבולות, יציאתה וכניסתה היו מאושרות ללא כל תנאי או סייג.

נטען כי בנסיבות אלה אין פגיעה בחופש הבחירה או בשיקול הדעת, שכן לא קיים לפקיד הגבולות כל שיקול דעת בנוגע למערערת, להבדיל מהמקרה הקלאסי של עבירת קבלת דבר במרמה הנדון בפסיקה, שעניינו בהברחת אדם זר ללא אישור שהייה בישראל. שונים היו הדברים אילו מדובר היה, למשל, במי שדרוש לחקירה, אז יכול היה פקיד הגבולות לבחון אם יש להימנע מהתרת יציאתו מן הארץ. עוד נטען כי הפגיעה בענייננו היא באותו אינטרס שנפגע על ידי העבירה לפי חוק הכניסה לישראל - פיקוח ותקינות המרשם. לחלופין נטען כי גם אם ימצא שמדובר באינטרסים מוגנים שונים, בהתאם להנחית פרקליט המדינה יש להאשים בשתי עבירות רק כשכל אחת מהן מבטאת פגיעה באינטרס מוגן עצמאי מובהק. לפי הטענה, ענייננו אינו עומד באמת מידה מחמירה זו הדורשת אינטרס נפרד מובהק.

20. עוד במסגרת המבחן המוסרי-מהותי, טענו המערערים כי בהתאם לפסיקה, ככל שמדובר במעשים הפוגעים באינטרס מוגן חשוב יותר, דוגמת קדושת החיים או שלמות הגוף, במובחן מרכוש למשל, כך תגבר הנטייה לפצל את המעשה לעבירות ועונשים נפרדים. לטענת המערערים, תהום פעורה בין האינטרסים המצדיקים פיצול מעשה אחד למספר עבירות לבין האינטרסים המוגנים שנפגעו כתוצאה ממעשי המערערים. נטען כי במקרה זה האינטרס שנפגע - תקינות המרשם - הוא אינטרס בדרגת חשיבות נמוכה אף יותר מאינטרס רכושי. עוד צוין כי הפסיקה קבעה כי במעבר גבול של אזרחים ישראליים, עוצמת הפגיעה באינטרס מוגן זה היא נמוכה.

21. המערערים טענו נגד ההבחנה שהוצגה במסגרת טענות המשיבה, שלפיה קיים הבדל בין מעבר גבול שלא כחוק תוך הצגת מצג כוזב באופן פוזיטיבי לבין מעבר גבול שלא כחוק שאינו כולל רכיב זה. נטען כי אין הבדל מהותי, כשמדובר בזוג ישראליים שאין כל הגבלה על יציאתם מישראל וכניסתם אליה, בין מצב שבו האחד מחתים דרכון והשני עובר במעבר תוך היצמדות אל אחר וללא העברת פתק, ללא אלמנט פוזיטיבי של מרמה, לבין מצב שבו האחד מחתים דרכון ונותן לשני את הפתק שקיבל כדי שיעבור באמצעותו במעבר הגבול. לפי הטענה, הבחנה בין שני מקרים אלה היא הבחנה דקה שאינה משרתת כל תכלית ואינה יכולה לייסד עבירה פלילית חמורה של קבלת דבר במרמה.

22. טענה נוספת נוגעת לכלל שלפיו יש להעדיף אישום בעבירה ספציפית על פני אישום בעבירה כללית. המערערים הפנו להנחית פרקליט המדינה שלפיה הפסיקה אמנם אינה פוסלת העמדה לדין בגין שני הסעיפים כאחד, אך ככלל יש להימנע מכך, ויש להעמיד לדין לפי החיקוק הספציפי בלבד, אלא אם יש עילה טובה שלא לעשות כן. נטען כי בענייננו, אם נשים זו לצד זו את שתי העבירות, לפי חוק הכניסה לישראל וקבלת דבר במרמה - לא יכול להיות ספק כי העבירה הספציפית המתאימה יותר היא זו על פי חוק הכניסה לישראל. נטען כי עצם האשמת והרשעת המערערים בשתי העבירות מלמד על פגיעה חמורה בעקרונות בסיסיים של צדק. במסגרת הדיון בעל-פה טען ב"כ המערערים כי המשיבה לא נתנה מענה לטענה זו.

23. כן נטען כי שגה בית משפט קמא עת קבע כי המערערים קיבלו "דבר". לפי הטענה, "הדבר" שקבע בית משפט קמא שהמערערים קיבלו - היעדר רישום - לאו "דבר" הוא. בהתאם לפסיקה, גם "הנחת

דעת" הכרוכה בקבלת "טובת הנאה" עולה כדי "דבר", אך נדרש כי קבלת "הדבר" תסייע לנאשם בכך שתיתן לו יתרון או הישג. לפיכך, התגבשות העבירה מחייבת יתרון או הישג למרמה, והעיקר אינו בחסר למרומה. לטענת המערער, בית משפט קמא שגה משום ש"הדבר" שנקבע כי השיגו המערערים - אי הרישום - לא נתן להם כל יתרון או הישג. לביסוס הטענה נטען: א. הקשר הזוגי בין המערערים היה ידוע לגרושתו של המערער, אשר ידעה גם על נסיעותיהם של השניים לחו"ל, לרבות הנסיעה לתאילנד שבה לא בוצעה החתמת הדרכון של המערער; ב. תביעתה של הגרושה נגד המערער בעניין דמי שכירות בגין מגוריה בדירה השייכת לה ולמערער הוגשה עוד לפני הנסיעה המשותפת נושא כתב האישום; ג. אי נאמנות אינה רלוונטית לסכסוכי גירושין, זאת במיוחד כשלמערער ולגרושתו היה הסכם ממון.

במסגרת הטיעון בעל-פה הדגיש ב"כ המערערים כי בהתאם לפסיקה, הפקת היתרון צריכה להיעשות מהגורם שבפניו הוצג המצג המטעה.

24. המערערים התייחסו בטיעוניהם, למעלה מן הצורך, לסוגיית המניע למעשיהם, לנוכח הדיון בסוגיה זו במסגרת הכרעת הדין. לפי הטענה, בית משפט קמא ביסס את קביעתו בדבר הקשר הברור בין החלטת המערערים לעבור במעברי הגבול כפי שתואר לבין הליך הגירושין, על אמירות המערער במשטרה ועל ההיגיון והשכל הישר. ואולם, נטען כי עיון בחקירות מלמד כי סכסוך הגירושין הוצג אך בתור הרקע למעשים, וכי ישנו הבדל דרמטי בין הצגת הדברים כרקע לבין הקביעה כי המעשים בוצעו במטרה לסייע למערער בסכסוך הגירושין. עוד נטען כי הרשעה אינה יכולה להתבסס על "היגיון ושכל ישר", ועליה להיות מבוססת אך ורק על ראיות. המערערים טוענים, כמתואר לעיל, כי הראיות בענייננו מלמדות שאי הרישום לא העלה למערערים כל יתרון או הישג. לא בכדי לא הצליחה המשיבה להגדיר כיצד בדיוק הועיל היעדר הרישום למערערים ופטרה עצמה באמירה הלקונית שלפיה אין כל צורך לקבוע במדויק כיצד שיבוש הרישום הועיל למערערים.

אשר לשאלה מדוע, אם כן, בוצעו המעשים, השיבו המערערים כי המעשים נעשו ללא סיבה, מתוך לחץ וסערת רגשות ותו לא. עוד צוין בהקשר זה כי קביעת בית משפט קמא, שלפיה בסרטון האבטחה אין זכר לאלה בהתנהגות המערער, היא קביעה בעייתית, שכן הציפייה כי קורבן להתנהלות מאיימת יפגין כלפי חוץ התנהלות נסערת נזנחה לפני שנים רבות בפסיקת בתי המשפט.

25. הוסיפו המערערים וטענו כי הקביעה שלפיה היעדר הרישום עולה כדי "דבר" היא קביעה תקדימית ומסוכנת המפלילה התנהגות מינורית המסתכמת בשקר חסר משמעות של ממש.

26. עוד נטען כי המשיבה החמירה את מדיניותה מלכתחילה כדי שהעבירה של קבלת דבר במרמה תחול על מקרים של **כניסה אסורה** לישראל באמצעות מצג כוזב של מרמה, כך שלגישת משרד המשפטים עצמו יש להאשים בקבלת דבר במרמה במקרים שבהם "הדבר" הוא עצם הכניסה לישראל, במובחן מהיעדר הרישום.

27. במהלך הדיון בעל-פה בערעור הועלתה שאלה: אילו הוצא צו עיכוב יציאה מן הארץ נגד המערערת זמן קצר לפני יציאת השניים מהארץ, ולא היה סיפק לבדוק זאת לפני הנסיעה, האם ביציאה ללא החתמת הדרכון אין קבלת "דבר"? על כך השיב ב"כ המערערים כי אין מחלוקת שבפועל לא היה קושי כזה ושהמערערים כמובן לא ידעו על קושי כזה. נטען כי אין מדובר בענייננו בדיון תאורטי לגבי מקרה שהיפותטית עשוי היה להתרחש, אלא בעובדות המקרה הקונקרטי שלפנינו.

28. עוד טענו המערערים כי שגה בית משפט קמא בקביעה שהגשת כתב האישום אינה עולה כדי אכיפה בררנית. בעניין זה נטען כי עצם האשמתם של המערערים בעבירה של קבלת דבר במרמה חורגת - חריגה עמוקה ותקדימית - ממדיניות ההעמדה לדיון של המשיבה. צוין כי עד למקרה זה, כשמעבר הגבול שלא כדין בוצע על ידי אזרחים ישראלים ללא מניעה לצאת מישראל או להיכנס אליה, וללא מעורבות של זרים, לא היו נפתחים כלל הליכים פליליים. נטען כי תגובת המשיבה וכן הקביעה בהכרעת הדיון, שלפיה מדובר במדיניות חדשה שהונהגה מחודש יולי 2018, עובר למעשים המיוחסים למערערים שהתבצעו בחודשים ספטמבר ואוקטובר 2018 - שגויות הן. הסיבה לכך היא שמדיניות זו אינה רלוונטית לעניינם של המערערים, לטענתם.

לפי הטענה, מדיניות זו הונהגה כדי להחמיר עם מקרים שונים לחלוטין, של הברחת אנשים שאינם ישראלים את הגבול. בעניין זה הפנו המערערים לדברים שמסרה משטרת ישראל למשרד מבקר המדינה, שלפיהם נדרשה המשטרה לשנות את מדיניות האכיפה עקב תופעה שהלכה והתרחבה של גורמים עבריינים המסייעים להברחה של נתינים זרים (נספח 14 להודעת הערעור). כן הפנו המערערים לתשובת משרד המשפטים מיום 26.2.2020 (נספח 13 להודעת הערעור), שבה הודגש כי מדיניות זו הונהגה כדי לתפוס ולהחמיר במקרים שבהם הוצג "מצג כוזב של מרמה, באמצעות התקבל דבר הכניסה האסורה". נטען כי לגישת משרד המשפטים עצמו, יש להאשים בקבלת דבר במרמה במקרים שבהם ה"דבר" הוא עצם הכניסה שהייתה אסורה, במובחן מהיעדר הרישום. במסגרת הדיון בעל-פה, ובמענה לעמדת המשיבה, טען ב"כ המערערים כי "הכניסה האסורה" פירושה מניעה להיכנס לישראל, ולא כניסה תוך שיבוש המרשם כעמדת המשיבה.

כן נטען כי מדיניות זו לאו מדיניות היא, שכן מדובר בהנחיה פנימית אשר מעולם לא פורסמה.

29. טענה נוספת בנושא של אכיפה בררנית היא שבית משפט קמא התעלם לחלוטין מעדות חדשה של עד ההגנה רס"ב אריה סמיוניוב, אשר די בה לפי הטענה כדי להוכיח את יסודותיה של ההגנה מן הצדק. נטען כי רס"ב סמיוניוב, ששירת כחוקר בנתב"ג בין השנים 2014-2019, הוא בעל יכולת טובה להעיד על הנעשה בנתב"ג בתקופה הרלוונטית. אותו עד מסר כי מדיניות האכיפה הייתה שלא לחקור או להגיש כתבי אישום נגד ישראלים, גם במקרים חמורים יותר, וכי המדיניות הוחמרה בעקבות ולאחר המקרה של המערערים.

המערערים טענו כי בית משפט קמא כלל לא הזכיר את תוכן עדותו של רס"ב סמיוניוב והסתפק בקביעה כי

הוא (ועדה נוספת) אינם בגדר עדים היכולים להעיד על מדיניות חקירה והעמדה לדין ואין בפרשנותם או בחוות דעת כדי להביא לקביעת ממצאים בשאלה האם הייתה אכיפה בררנית. בעניין זה נטען כי רס"ב סמיוניוב היה חוקר בתקופה הרלוונטית במרחב נתב"ג, והוא העיד על עובדות ולא על פרשנות ואף לא נתן חוות דעת. כן צוין כי המדובר בתחנת משטרה קטנה שבה מרוכזים ומטופלים כל התיקים של מעבר גבול, וכי רס"ב סמיוניוב היה כפוף לאחראית החקירה באותה תקופה, רפ"ק רוני שדה, ועבד ישירות מולה. הוא העיד כי רפ"ק שדה היא זו שהנחתה אותו להחמיר את המדיניות לאחר ובעקבות המקרה של המערערים. עוד נטען כי תיק זה הוא הראשון אשר "זכה" לטיפול של הפרקליטות, בשונה מכל התיקים הקודמים שטופלו על ידי המשטרה.

30. לצד הטענות שפורטו לעיל הוסיפו המערערים וטענו נגד החלטת בית משפט קמא מיום 21.11.2021 לדחות את בקשתם לזמן לעדות מטעם ההגנה את ארבעת התובעים החתומים על מרבית כתבי האישום שהוגשו בעבירות המיוחסות למערערים שאותם הציגה המשיבה במהלך ההליך.

31. כן נטען כי שגה בית משפט קמא עת ייחס משקל למעמדו הציבורי של המערער 1. ראשית הפנו המערערים לקביעת בית משפט קמא (בהחלטה מיום 22.6.2021) כי מעמדו הציבורי של המערער לא היה שיקול מכריע בעניין ההעמדה לדין, בעוד המשיבה עצמה טענה (בתגובתה מיום 14.2.2019 לבקשה הראשונה לקבלת מידע) כי מדובר באחד משני שיקולים מחמירים נוספים שהם "ענייניים, חשובים, משמעותיים ואף מכריעים". עוד טענו המערערים נגד קביעתו של בית משפט קמא במסגרת הכרעת הדין, כי מעמדו הציבורי, האינטרס הציבורי והעניין הציבורי אינם שיקולים זרים אלא שיקולים שעל המדינה לשקול בבואה לקבל החלטה מעין זו. המערערים הפנו לפסיקה שלפיה אין מקום להחמיר עם איש ציבור מעצם מעמדו וטענו כי בהתאם לפסיקה, מעמדו הציבורי של חשוד הוא רלוונטי רק אם המעשים שבהם הוא נחשד בוצעו בקשר עם תפקידו.

עוד טענו המערערים כי המערערת לא הייתה מעולם אשת ציבור. לפי הטענה, הוגש נגד המערערת כתב האישום רק מן הטעם שהיה צורך להגיש כתב אישום נגד בן זוגה המערער.

במסגרת הדיון בעל-פה התייחסו המערערים גם לטענת המשיבה כי השיקולים האמורים צוינו למעלה מן הצורך בסוף תגובתה מיום 14.2.2019 שכותרתה "תגובה לבקשה לקבלת נתונים שונים לפי סעיף 74 או סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי לצורך טענת הגנה מן הצדק של אכיפה בררנית" (להלן: "תגובת המשיבה לבקשה לקבלת נתונים"), נספח 15 להודעת הערעור). לטענת המערערים שני העמודים האחרונים לתגובה, שבהם צוינו שיקולי המעמד הציבורי והפרסום הציבורי, הם העמודים שעסקו בשיקולים בהעמדה לדין, ובמסגרתם אף צוין כי מדובר בשיקולים מכריעים. נטען כי בניגוד לטענת המשיבה, 30 העמודים הראשונים של התשובה לא עסקו בסוגיה של שיקולים בהגשת כתב אישום, אלא בשאלה אם יש למסור מידע למערערים לגבי הליכים קודמים.

32. בנוסף נטען כי ההרשעה בקבלת דבר במרמה סותרת מהותית עקרונות של צדק והגינות משפטית. המערערים טענו כי האשמתם בעבירה חמורה של קבלת דבר במרמה (קל וחומר בשתי עבירות) אינה

מידתית ואינה הולמת את נסיבותיהם הצנועות של המעשים. במסגרת זו ציינו המערערים מספר עובדות אשר "דומה שאינן במחלוקת": המעשים בוצעו כשברקע מצוקה אישית בשל רדיפה על ידי גרושתו של המערער; העבירות הן ברף התחתון, בשים לב לכך ששני המערערים הם אזרחים ישראלים ללא כל מגבלה על יציאתם מישראל או כניסתם אליה; ההחמרה במדיניות הענישה כוונה לנסיבות חמורות בהרבה שבהן אזרחים ישראלים מסייעים לאזרחים זרים שאינם מורשי כניסה לישראל, להיכנס לישראל. נטען כי לבתי המשפט נתונה הסמכות לבחון אם כתב האישום עומד בהלימה לנסיבות העניין ושניתן להעלות טענה מסוג זה במסגרת טענת הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב תשמ"ב - 1982 (להלן: "חסד"פ)]. המערערים טענו כי טענתם בדבר סתירת עקרונות צדק והגינות משפטית לא זכתה לכל התייחסות בהכרעת הדין ושמדובר בטענה משפטית המבוססת על עובדות שאינן במחלוקת.

33. עוד טענו המערערים כי הקביעה בהכרעת הדין שלפיה המערער הכחיש בפני בקרית הגבול את הקשר עם המערערת - אינה נכונה. לפי הטענה, במזכר הראשון שחיברה הבקרית לא נמצא זכר לטענה זו, והטענה התווספה רק במזכר נוסף ומאוחר שחיברה הבקרית. כן נטען כי אף צפייה בסרטון האירוע המתעד את הזמן שבו על פי הטענה הוכחש הקשר, שוללת בבירור טענה זו, שכן בסרטון נצפים המערערים ניגשים ביחד לבקרית, מדברים ביניהם ומוסרים זה לזה דבר מה.

טענות המשיבה

34. במסגרת הטענות בעל-פה טענה המשיבה כי הכרעת דינו של בית משפט קמא מנומקת ומבוססת ולא נפלה בה כל שגגה. בית משפט קמא ניתח את הסוגיות אחת לאחת והפנה לפסיקה רלוונטית לכל אחת מהסוגיות, באופן נכון ומתחייב. המשיבה סמכה ידיה על קביעותיו של בית משפט קמא והפנתה בטיעוניה גם לאמור בסיכומים שהגישה במסגרת הדין בבית משפט קמא (להלן גם: "סיכומי המשיבה"). במסגרת הטענות בעל פה ביקש ב"כ המשיבה להשיב למספר סוגיות שעלו בטענות המערערים.

35. לטענה כי לא היה מקום להרשיע את המערערים הן בעבירה לפי חוק הכניסה לישראל הן בעבירת קבלת דבר במרמה השיבה המשיבה בסיכומיה כי הערכים המוגנים והתכליות העומדים בבסיס עבירות הכניסה והיציאה שלא כחוק, שונים מאלה העומדים בבסיס עבירות קבלת דבר במרמה. בהתאם, העבירות השונות משקפות ומבטאות חלקים פליליים נפרדים, גם אם משלימים ושלובים, בהתנהלות הפלילית של המערערים המתוארת בכתב האישום.

36. בנוסף נטען כי בתחום עבירות המעבר יש צורך והצדקה ענייניים מהותיים לבטא את החומרה היתרה שבמרמת ביקורת הגבולות (לצורך השלמת הכניסה או היציאה שלא כחוק), באמצעות ייחוס העבירה המתאימה הנוספת של קבלת דבר במרמה. המשיבה פירטה כי שילוב מרמה של ביקורת הגבולות, מעבר לעצם המעבר הלא חוקי, כדי לבצעו, להשלימו ולהשיגו בהצלחה, מקל על מבצע העבירות להשלים ולהשיג את המעבר הלא חוקי שבו הוא מעוניין. זאת, בין אם המבצע מעוניין בו כדי לעבור, ובין אם כדי למנוע את רישום המעבר. הוסבר כי אדם שמרמה את ביקורת הגבולות בכך שהוא עובר בשערי



המעבר עם גייט פאס של אדם אחר, מגדיל עד מאוד את סיכויי להשלים ולהשיג את המעבר האסור מבלי להיתפס. מנגד, אדם ש"רק" עובר באופן אסור אך מבלי ששילב בכך מרמה (כגון מקרה של השתחלות או קפיצה מעל השער), יתקשה יותר להשלים ולהשיג את המעבר האסור מבלי להיתפס.

37. לנוכח האמור טענה המשיבה כי אין כל מניעה, ואף יש הצדקה רבה, לשלב את שתי העבירות יחד. בהתאם לכך, זוהי אכן מדיניות האכיפה העדכנית בתחום, באופן קבוע ויציב החל מחודש יולי 2018. מאז, שילוב שני סוגי העבירות נעשה כדבר שבשגרה בתיקים מסוג זה, במקרים שבהם יסודות עבירת קבלת דבר במרמה מתקיימים, בין אם הצגת המצב הכוזב נעשית כדי להשיג את עצם המעבר ובין אם זו נעשית כדי להשיג מניעה ושיבוש של רישום המעבר. המשיבה הציגה מעין כלל אצבע בעניין זה: בתיקים שבהם המעבר שלא כחוק כולל שימוש בגייט פאס של אחר או טענות מילוליות כוזבות בפני בקר גבול אנושי, מתקיים מצב כוזב, והם כוללים עבירת קבלת דבר במרמה; בתיקים שאינם כוללים מצגים כוזבים מעין אלה, אלא מסתכמים בהתחמקות מעיני בקרי הגבול, באמצעות השתחלות אחר אדם אחר ("מעבר כפיות"), מעבר מצידו השער או מעבר מעל השער, לא מתקיים מצג כוזב, ולכן הם אינם כוללים עבירת קבלת דבר במרמה.

38. המשיבה הפנתה להחלטותיו של בית משפט קמא מיום 10.7.2019 ומיום 22.6.2021. עוד הפנתה המשיבה לת"פ (שלום ראשל"צ) 45165-01-20 **מדינת ישראל נ' דהאן** (החלטה מיום 15.9.2020) (להלן: "**עניין דהאן**"), שבו נדונה, בין היתר, השאלה האם אכן ניתן לומר ששתי העבירות (לפי חוק הכניסה לישראל וקבלת דבר במרמה) הן עבירה מיוחדת ועבירה כללית. המשיבה הדגישה כי באותו עניין נקבע שמתקיים יחס של השלמה בין שתי העבירות, להבדיל מיחס של חפיפה מלאה.

39. במסגרת הדיון בעל-פה טען ב"כ המשיבה כי החלתם של המבחן העובדתי-צורני והמבחן המהותי-מוסרי פשוטה וקלה בענייננו, ובית משפט קמא אף ביצע אותה, גם אם עשה שימוש בטרמינולוגיה לא מדויקת בכל הנוגע למבחן הצורני עובדתי. ביחס למבחן זה הסביר ב"כ המשיבה כי לאחר קבלת ההחלטה שהמערער תבצע את המעבר ללא הזדהות וללא רישום, עמדו בפני המערערים שתי דרכי פעולה: דרך אחת המסתכמת בחוק הכניסה לישראל, שאינה כוללת מרמה פוזיטיבית של מערך ביקורת הגבולות, ודרך שנייה, המתאפיינת במרמה פוזיטיבית, קלה יותר לביצוע ומותירה את הרשות, מערך ביקורת הגבולות, בחוסר אונים וחוסר יכולת לפקח על המעבר האסור. לטענת ב"כ המערערים, ניתן בהחלט להפריד את האירוע נושא כתב האיטום לשלבים שונים, בהתאם למבחן העובדתי-צורני. השלב שבו מוציא המערער את כרטיס המעבר שלו ונותן אותו למערערת הוא המקטע שמאפשר את עבירת המרמה. האירוע של מעבר הגבול יכול היה להתרחש לפי תסריט אחר, ללא מקטע זה, קרי, ללא הצגת מצג כוזב וללא המרמה. ב"כ המשיבה טען כי לא היה בכוונת בית משפט קמא לנתח כל עבירה ויסודותיה, אלא לציין שיש עובדות והתרחשויות נפרדות למעשה המרמה ולהזכיר כי מעבר גבול שלא כדיון יכול היה להתבצע גם ללא המרמה.

40. אשר למבחן הנוסף, המהותי-מוסרי, נטען כי קיים הבדל בין אירוע מסוים שמתבצע ללא מרמה וללא

האופציה להקל על ביצוע העבירה, לבין אירוע המתבצע באמצעות מרמה. אין למרמה ערך בפני עצמה, תכלית המרמה היא מציאת הדרך הקלה והפשטה להשלים את העבירה ולבצע מעבר גבול אסור. אין זה ייתכן שאותו אירוע כאשר הוא מתבצע ללא היסוד המחמיר הנוסף, ישוקף ויטופל באותה צורה כאירוע הכולל רכיב של מרמה. מעבר גבול שלא כחוק הכולל יסוד פוזיטיבי של מצג שווא יש בו פגיעה מובהקת וישירה בשיקול הדעת של ביקורת הגבולות. פגיעה מובהקת זו אינה מתקיימת במעבר שלא כחוק בפני עצמו, ללא רכיב המרמה.

41. בתגובה לטענה בדבר אכיפה בררנית, הפנה ב"כ המשיבה לתשובת משרד המשפטים, שלפיה מספר חודשים קודם למעשים נושא הדיון בוצעה חשיבה מחודשת והוחלט להחמיר את מדיניות האכיפה באמצעות תוספת של עבירת קבלת דבר במרמה במקרים המתאימים שבהם יסודות עבירה זו מתגבשים לכאורה. החמרת המדיניות אכן נולדה על רקע ריבוי עבירות מעבר שעניין כניסה שלא כחוק על ידי זרים, בסיוע ישראלים. ואולם, במסגרת הפררוגטיבה הנתונה לתביעה, יישום ההחמרה מעולם לא סויג רק למקרים אלה, אלא הוחל על כלל המקרים של עבירות מעבר. עמדתה של המשיבה היא כי "מעבר אסור" כאמור מתבצע לעיתים "לקבלת" עצם המעבר, ולעיתים מתבצע ל"קבלת" שיבוש תיעוד המעבר, כבענייננו. ב"כ המשיבה טען כי תשובת משרד המשפטים היא אינדיקציה ברורה וחשובה לאופן התקין שבו פעלה התביעה בתיק זה, וכי מעיון בכתבי האישום הרבים השונים שהוצגו בפני בית משפט קמא בהליכים המקדמיים, עולה שהחמרת מדיניות זו יושמה באופן קבוע ויציב, החל מחודש יולי 2018.

42. אשר לטענה כי בית משפט קמא התעלם מעדותו של עד ההגנה סמיוניוב בעניין אכיפה בררנית, הפנה ב"כ המשיבה לסיכומים שהגישה המשיבה לבית משפט קמא. בסיכומים צוין כי מדובר במי ששימש כחוקר במרחב נתב"ג בין השנים 2014-2019 ובמובן זה עדותו יכולה הייתה להיות רלוונטית לענייננו, אך זאת במידה מועטה בהיותו חוקר ולא גורם תביעה האמון על קבלת החלטות אכיפה. אלא שבפועל עד זה הפגין חוסר הבנה וחוסר בקיאות בנוגע להתרחשויות בחקירות מרחב נתב"ג באותה תקופה, ועדותו עמדה בסתירה חזיתית גם לעדויות גורמים בכירים בחקירות מרחב נתב"ג. עוד צוין כי קצינת החקירות רוני שדה פעלה וגם הביאה לסיום תפקידו של העד בשנת 2019.

בדיון בעל-פה הדגיש ב"כ המשיבה כי בניגוד לעדותו של סמיוניוב, קדמו לפרשה זו שבעה כתבי אישום בעניינם של ישראלים ללא מניעת יציאה או כניסה.

43. בעניין הטענה כי ביסוד ההחלטה להעמיד את המערערים לדיון עמדו שיקולים זרים, הפנה ב"כ המשיבה לתגובת המשיבה לבקשה לקבלת נתונים (נספח 15 להודעת הערעור), שאורכה 32 עמודים. ב-30 העמודים הראשונים הסבר מדוע החליטה המשיבה להגיש כתב אישום בענייננו, וכולם מתייחסים ליישום מדיניות האכיפה הרגילה שבה נוקטת התביעה בתיקים אלה. בעמוד 31, בפרק הסיכום שאינו מהווה חלק מגוף הטיעונים, ולמעלה מן הצורך, מופיעה הערה בדבר שיקולים רלוונטיים נוספים - מעמדו הציבורי הרם של המערער והפרסום הציבורי-תקשורתי שקיבל האירוע. ב"כ המשיבה טען כי

מדובר בשיקולים מעבר לנדרש, שרק חיזקו את המסקנה הברורה כי חובה על הפרקליטות להגיש כתב אישום, כפי שהתביעה המשטרית עושה בתיקים אחרים.

44. אשר לטענה בדבר אי פרסום המדיניות, טען ב"כ המשיבה כי אין מדובר בסיטואציה של פרסום החלטה לפתוח באכיפה לאחר תקופה שבה לא בוצעה אכיפה. הסוגיה הנדונה היא כל כולה הפרוגטיבה של התביעה לבחור בסעיפי אישום ביחס לאירוע פלילי מסוים. מדובר בשיקול דעת של התביעה לבחור סעיפים שמתגבשים כתוצאה מהאירוע הפלילי לפי מיטב שיקול דעתה, ובנושא הזה קבעה הפסיקה כי אין כל מניעה להחמיר מדיניות אכיפה. אין ציפייה כי התביעה תצא בהודעות לציבור אילו עבירות לטעמה מתגבשות ואיזה עבירות לא מתאימות, ואדם שמבצע עבירה פלילית מובהקת אין לו זכות קנויה להורות לתביעה באילו הוראות חוק להאשים אותו.

דין והכרעה

45. לאחר שעיינו בהכרעת דינו של בית משפט קמא ושקלנו את טענות הצדדים הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור על הכרעת הדין להידחות.

הרשעה בעבירת קבלת דבר במרמה

46. המערערים טענו כי לא היה מקום להרשיעם בעבירות של קבלת דבר במרמה. סעיף 415 לחוק העונשין קובע:

"המקבל דבר במרמה, דינו - מאסר שלוש שנים, ואם נעברה העבירה בנסיבות מחמירות, דינו - מאסר חמש שנים".

כדי שתתכלל העבירה על עושה המעשה להציג, במודע, מצג מירמה ולקבל, כתוצאה מכך, דבר כלשהו. "קבלת הדבר" הוא המרכיב התוצאתי שבלעדיו לא יושלם ביצוע העבירה (ע"פ 1784/08 פרי נ' **מדינת ישראל**, פס' 38 (5.2.2009, להלן: "עניין פרי").

47. בסעיף 414 לחוק העונשין מוגדר "דבר" כך: "מקרקעין, מיטלטלין, זכות טובת הנאה". מדובר בהגדרה רחבה. הפסיקה קבעה כי "הדבר" אינו חייב להיות בעל מאפיינים חומריים בלבד, והוא כולל גם דבר מופשט (עניין פרי, פס' 39). קבלת "הדבר" הוא בגדר הישג או יתרון עבור מקבלו, ואילו לנותן הוא בגדר נזק או הפסד (ע"פ 1075/98 **מדינת ישראל נ' אופנהיים**, פ"ד נד(1) 303, 330 (2000)). אין משמעות הדבר כי בהכרח נגרם למרומה נזק או הפסד מוחשי בעטייה של המרמה. ייתכן כי ההפסד שנגרם למרומה יתבטא אך ורק בנטילת חופש הבחירה ושיקול הדעת שלו. זאת, מאחר שהאינטרסים החברתיים שעליהם נועדה להגן עבירת המרמה הם חופש רצון, חופש בחירה וחופש פעולה (עניין ברזל, 555). ערכים אלה נפגעים כאשר אדם מוסר לחברו פרטים מטעים ובעקבות כך מקבל האחרון החלטה שונה מזו שאליה היה מגיע אילו ידע את מצב הדברים לאשורו. חופש בחירה קיים מקום בו פרושה בפני מקבל ההחלטה אינפורמציה מלאה ומהימנה (ע"פ 37/07 פרג נ' **מדינת ישראל**, פס' 70

10.3.2008)). וראו בעניין ברזל, 555:

"ההגנה על הערך החברתי האמור ודאי שהיא יפה לגבי הנחת הדעת במירמה של מישהוא בעל סמכות לפעול על-פי דין, מוענקת כדי לשרת את האינטרס הציבורי. כשמניח במירמה את דעתו של בעל סמכות אשר כזאת, לגבי עובדות רלוואנטיות בעניינו (של המרמה), משבש הוא את שיקול הדעת וההכרעה של המרומה בהפעלת הסמכות ובמיצויה. שאם היו נפרשות בפני המרומה כל העובדות לאשורן, אפשר שהיה פועל, או שחייב היה לפעול, באותו עניין, במסגרת סמכותו, אחרת מכפי שפעל. סיכון זה ביקש המרמה, מטעמיו שלו, להסיר מעצמו, ומשהשיג את מבוקשו, זכה בכך בטובת ממעשה המירמה. במלים אחרות, על-ידי "הנחת הדעת" המרמה לעצמו שקט נפשי מפני הסיכון כי יעמוד בפני שלטונית שונה, ממנה ביקש לחמוק על-ידי

הנאה קנה החלטה המירמה."

48. בהתאם להכרעת דינו של בית משפט קמא, ה"דבר" שאותו קיבלו המערערים באמצעות הצגת מצג השווא הוא אי רישומה של המערערת כמי שיצאה מישראל וחזרה אליה ביחד עם המערער. ובמילים אחרות, נסיעה משותפת בלתי מתועדת של השניים. המערערים טוענים כי היעדר רישום לאו "דבר" הוא, משום שאין בו כל יתרון או הישג למערערים. זאת משום שהקשר הזוגי כבר היה ידוע באותו שלב לגרושתו של המערער. טענה זו דינה להידחות. אכן, אין חולק כי גרושתו של המערער הייתה מודעת בתקופה הרלוונטית לקיומו של הקשר. ואולם, קיים הבדל בין ידיעה לבין רישום העשוי לשמש כראיה. נוסף כי בהתאם לסיכומי המשיבה (ס' 107), התבקש בשלב החקירה צו לקבלת תיקי ההליכים המשפטיים המתנהלים בין המערערים לבין גרושתו של המערער, לעיון מצומצם בהם ולבירור אובייקטיבי של אופן ומידת הרלוונטיות של ההליכים המשפטיים לעבירות שבוצעו לכאורה. משנדחתה בקשה זו, לא הועמקה החקירה בכיוון ממוקד זה הנוגע להליכים המשפטיים. בהתאם לכך, הוגדרו הרקע והמניע למעשי המערערים כהשגת תועלת כלשהי ב"סכסוך הגירושין" באופן רחב, ולא דווקא בהליכים המשפטיים הכלולים בו. עוד יצוין כי המשיבה הזכירה בסיכומיה פסיקה מתחום דיני המשפחה המלמדת על רלוונטיות אפשרית שיש לתדפיסי רישומי מעברי גבול, וליכולת מי מהצדדים להוכיח באמצעותם עניינים רלוונטיים שונים בהקשר לזוגיות החדשה, נסיעות משותפות במסגרתה, נסיעות בכלל ומצב כלכלי, במסגרת הליכים משפטיים כגון אלה שהתנהלו בין המערערים לבין גרושתו של המערער.

49. זאת ועוד, בית משפט קמא קבע שמהודעותיהם של המערערים עצמם, אותן העדיף על פני עדויותיהם בבית המשפט, עולה כי המערערים ביקשו למנוע קיומו של רישום זה. זו הייתה למעשה התוצאה, או ההישג, שאותם ביקשו להשיג. כך, בהודעתו של המערער מיום 2.10.2018 (נספח 20 להודעת הערעור) מסר המערער: **"אני נמצא בהליך גירושין קשה, לצערי ניסיון העבר שלי העלה שנתוני המעבר שלי מהארץ דולפים, אשתי העסיקה חוקר פרטי שהוציא את היציאות והכניסות**

הקודמות מהארץ בניגוד לחוק ולצערי נוכחתי לראות שאדם לא יכול לצאת מהארץ בלי שנתוני היציאה שלו יודלפו לגורמים בלתי מורשים וזה גרם לי נזק מאוד גדול בהליך הגירושין שעדיין תלוי ועומד". כשנשאל האם זו הסיבה שמסר למערערת את הגייטפאס שלו ביציאה מארץ ובכניסה אליה, השיב: "כן, בעקבות ניסיון העבר המר שנתוני המעברים מהארץ דולפים בניגוד לחוק ונעשה בהם שימוש כנגדי בהליך הגירושין". ודוק: המערער התייחס במפורש לכך שדליפת נתוני היציאה והכניסה גרמה לו נזק גדול בהליך הגירושין ולכך שזו הסיבה למעשים. גם מהודעתה של המערערת מיום 2.10.2018 (נספח 21 להודעת הערעור) עולה כי מטרתם של השניים הייתה למנוע רישום: "...העדפנו בהחלטה משותפת שלא לעשות רישום ביציאה ובכניסה לארץ שלי, כדי שהדבר לא יתגלה ויפגע בנו...". המערערים טענו במסגרת הערעור כי סכסוך הגירושין הוצג אך בתור הרקע למעשים ושהמעשים לא נועדו לסייע למערער בסכסוך הגירושין. אין מקום לקבל טענה זו, שכן דבריו של המערער בהודעתו במשטרה ברורים הם. בית משפט קמא קבע ממצא עובדתי בעניין זה, תוך שדחה בצדק את גרסת המערערים בבית המשפט בדבר פעולות שנבעו מתוך היסטוריה ואובדן שיקול דעת זמני. לא ראינו כל מקום להתערב בקביעתו זו של בית משפט קמא. ניתן לסכם ולומר כי אף אם לא פורטה הדרך המפורשת שבה היעדר הרישום יועיל למערערים במסגרת הסכסוך עם גרושתו של המערער, הרי שהמערערים ביקשו למנוע באמצעות היעדר הרישום נזק נוסף במסגרת הסכסוך והבהירו בהודעותיהם במשטרה כי באי הרישום יש משום יתרון עבורם. לפיכך, אי הרישום הוא בגדר "דבר" בהתאם לדרישות החוק והפסיקה.

50. המערערים טענו כי בעניינם אין כל פגיעה בשיקול הדעת של הרשות שכן כאזרחים ישראלים מוקנית להם זכות חוקתית להיכנס ולצאת לישראל. טענה זו יש לדחות. ראשית, ה"דבר" שאותו קיבלו המערערים אינו היציאה מישראל או הכניסה אליה, אלא היעדר הרישום של היציאה והכניסה. אין מוקנית למערערים זכות לצאת מישראל ולהיכנס אליה ללא רישום. אילו הייתה המערערת מתייצבת בפני בקר הגבולות ומודיעה כי ברצונה לצאת מישראל ללא רישום, בקר הגבולות לא היה מאפשר את יציאתה בדרך זו. כך גם לגבי כניסתה לישראל. על כך יש להוסיף, כי גם בעניינו של אזרח ישראלי עשויה להיות מניעה לצאת מישראל עקב קיומו של צו עיכוב יציאה מהארץ או היותו דרוש לחקירת משטרה. בכניסה לישראל, אזרח ישראלי עשוי להיות דרוש לחקירה. מניעה כזו אינה בהכרח ידועה מראש למי שמבקש לצאת מישראל או להיכנס אליה. על כן, גם בעניינו של אזרח ישראלי יש משמעות לשיקול הדעת ולבדיקה המבוצעת על ידי הרשות בעת היציאה מישראל והכניסה אליה, ושרק בעקבות הבדיקה ניתנת לאזרח הרשות לצאת מישראל או נמנעת ממנו במקרים בהם מתברר שקיימת מניעה. על כך השיבו המערערים כי יש להסתכל על נסיבות המקרה הקונקרטי, שבו לא הייתה קיימת מניעה לצאת מישראל או להיכנס אליה, ולכן במקרה הנדון לא הייתה פגיעה בשיקול הדעת של הרשות. איננו סבורים כן, שכן אין לדעת בהכרח מראש קיומה של מניעה כאמור. על כל פנים, בנסיבות העניין איננו קובעים כי קיים בעניינו "דבר" נוסף (היכולת לצאת מישראל ולהיכנס אליה מבלי שתיבדק מניעה לעשות כן). הודעותיהם של המערערים מלמדות כי נושא הרישום של הנסיעה המשותפת הוא שהטריד אותם. עוד יצוין כי הצגת מצג כוזב שלפיו המערערים עברו שניהם באופן חוקי את מעבר הגבול, וזאת כדי להימנע מרישום הנסיעה המשותפת באופן שלדעתם ימנע מהם נזק במסגרת הסכסוך עם גרושתו של המערער, בוודאי אינה בגדר "התנהגות מינורית המסתכמת בשקר חסר משמעות" כפי שביקשו המערערים לטעון.

הרשעה בקבלת דבר מרמה בנוסף על הרשעה בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל

51. יש לדחות גם את טענת המערערים כי בית משפט קמא שגה כשהרשיע אותם בעבירות של קבלת דבר במרמה בנוסף על ההרשעה בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל. טענה זו הועלתה בהמשך לטענתם כי לא היה מלכתחילה מקום לייחס להם עבירות של קבלת דבר במרמה. נדון כעת בטענות אלה.

52. בראשית הדיון, מן הראוי להזכיר ולציין כי במסגרת המשפט הפלילי, עשויה מערכת נתונים אחת לקיים את יסודותיהן של שתי עבירות או יותר. הדין מקנה לגורמי התביעה שיקול דעת רחב בהחלטות בנושא העמדה לדין, שהן החלטות שנמצאות בליבת שיקול דעתם המקצועי (בג"ץ 3405/12 פלונית נ' מדינת ישראל (30.12.2012, פס' 13)). לתביעה מוענקת הסמכות לפרט בכתב האישום כי העובדות המתוארות באישום מהוות עבירה על הוראותיהם של מספר חיקוקים וכי מיוחסת לנאשם עבירה על כל אחת מהוראות אלה (ע"פ 60/81 גור נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 524, 505 (1982) (ס' 2 לחוות דעתו של מ"מ הנשיא שמגר (כתוארו דאז)). מדובר בפררוגטיבה של התביעה, הרשאית לבחור גם בסעיף המחמיר עם הנאשם, ובלבד שלא תרבה בסעיפי אישום שלא לצורך (ראו בש"פ 5284/91 לויאן נ' מדינת ישראל, פ"מ מו(1) 160, 156 (10)). ראו בעניין זה גם ספרו של י' קדמי על סדר הדין בפלילים, חלק שני, מהדורה 2009, עמ' 924:

"כפי שכבר נאמר, אין מניעה שאישום אחד- קרי: פרשת עובדות אחת - ייחס לנאשם מספר עבירות וישמש בסיס להרשעתו של הנאשם בכל אחת מהן...".

53. אשר לסמכותו של בית המשפט, קובע סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי, שכותרתו "הרשעה בעבירות אחדות":

"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אך לא יענישנו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה".

בהתאם לקבוע בסעיף זה, אין מניעה להרשיע בעבירות אחדות, כל עוד אין מענישים יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה.

54. במסגרת הדיון בסעיף 186 לחס"פ, הותוו בפסיקת בית המשפט העליון מבחנים לצורך הקביעה כי מעשי נאשם הם "אותו מעשה". ראו עניין פלוני, 611:

"המבחן הראשון הוא המבחן הצורני-עובדתי: אם ניתן להפריד את המעשים ולראותם כמעשי עבירות העומדים כל אחד בפני עצמו...."

כלי העזר השני המסייע בענייננו הוא המבחן המהותי-מוסרי. עניינו בבחינת האינטרס הנפגע, אם ראוי כי לכל אינטרס יהיה ביטוי נפרד בגזירת הדין, או שמא האינטרס

הנפגע הוא אחד וכולל...".

בעניין פלוני התייחס בית המשפט העליון למבחן הצורני-עובדתי ולמבחני עזר שבאמצעותם ניתן לקבוע כי המעשים ניתנים להפרדה: לכל מעשה יש התחלה וסוף; בין המעשים חלפו פרקי זמן; למבקש הייתה ה"יכולת" להפסיק את ביצוע העבירות בכל שלב; וכל מעשה עבירה בודד מקורו בבחירה מודעת ונפרדת בעשייתו. בע"פ 104/89 דרורי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 843, 850-851 (1990) (להלן: "עניין דרורי") הוזכר מבחן עזר נוסף למבחן הצורני-עובדתי, ולפיו יש לשאול האם אותן ראיות תומכות באחת או יותר מן העבירות. ככל שנידרש לראיות שונות ונפרדות לכל שלב באירועים, כך מוצדק יותר הפיצול.

בפרשה אחרת נקבע כי את המבחנים שנקבעו בפסיקה (המבחן הצורני-עובדתי והמבחן המהותי-מוסרי) יש לשקול במצטבר, תוך חתירה לפתרון המתיישב עם השכל הישר וההגיון. המבחנים אינם מספקים כלי הכרעה ברור, והמשקל שיש לתת לכל אחד מהם הוא פועל יוצא של טיב העבירה, נסיבות ביצועה ונתונים נוספים. כך למשל, כאשר מדובר בעבירות הפוגעות בגוף האדם, המבחן המהותי-מוסרי הוא העיקר (ע"פ 6867/06 בוטרוס נ' מדינת ישראל, פס' 12-10 (12.10.2008) (להלן: "עניין בוטרוס")).

55. ניתן למצוא ביטוי לכללים האמורים בהנחיית פרקליט המדינה. בסעיף 26 להנחיה צוין כי במקרים רבים תתעורר שאלה האם מעשיו של הנאשם מהווים מעשה עבירה אחד או שמא מדובר במעשי עבירה נפרדים שיש לצייןם בכתב האישום באופן נפרד. צוין כי בעניין זה על תובע לפעול בהתאם לשני מבחני העזר שנקבעו במסגרת הדיון בסעיף 186 לחסד"פ.

בסעיף 27 להנחיה צוין:

"... מעשה אחד עשוי להצמיח עבירה אחת או מספר עבירות... ככל שניתן לפצל את מהלך האירוע העברייני לחוליות המקימות מעשי עבירה נפרדים, שבכל אחד מהם פגיעה באינטרס מוגן עצמאי מובהק, כך יטה התובע לנסח את כתב האישום באופן שבו יפורטו סעיפי האישום בנפרד... כך לדוגמה: בעבירת מרמה שלצורך ביצועה נעשו פעולות לא חוקיות שונות, כדוגמת הצגת מצג שווא, זיוף, רישום כוזב וכדומה - יש להאשים בעבירות נפרדות; בדומה, אם בוצעה עבירה של כניסה לישראל שלא כדין באמצעות שימוש בתעודת זהות מזויפת - יש להאשים בשתי העבירות".

ובהמשך קובע סעיף 28:

"ככלל, בעת ניסוח כתב אישום יש להימנע מלייחס כמה סעיפי חיקוק בגין מעשה אחד. יחד עם זאת, אם סעיף האישום ה"עיקרי" אינו כולל ערכים מוגנים נוספים הבאים לידי ביטוי בסעיפי חיקוק נוספים, ראוי לייחס גם אותם לנאשם ובלבד שמדובר לדעת התובע בעבירות משמעותיות נוספות ולא בעבירות נוספות שהן שוליות לעבירה העיקרית".

56. ומן הכלל אל הפרט. דומה כי נקודת המוצא של המערערים בענייננו - שגויה היא, שכן אין מניעה עקרונית להאשים או להרשיע במספר עבירות בגין אותו מעשה, ובלבד שעומדים בתנאי הקבוע בסעיף 186 לחסד"פ, לפיו אין מענישים בגין אותו מעשה יותר מפעם אחת. אכן, יש להימנע מייחוס ריבוי עבירות שלא לצורך, אך ככל שקיים צורך, הרי שאין מניעה עקרונית בעניין. יוזכר כי המערערים התייחסו בהרחבה בטיעוניהם לשני המבחנים שנקבעו בפסיקה במסגרת דיון בסעיף 186 לחסד"פ, והלינו בין היתר על כך שבית משפט קמא לא התייחס בהכרעת הדין לאחד משני המבחנים, המבחן הצורני-עובדתי. אכן, בית משפט קמא לא התייחס באופן מפורש למבחן הצורני-עובדתי במסגרת הכרעת הדין, ואולם סבורים אנו כי יש לדחות את טענות המערערים שכן הכרעתו של בית משפט קמא נכונה ואין מקום להתערב בה, כפי שיוסבר להלן.

57. המערערים ביקשו ללמוד מהמבחן הצורני-עובדתי ומן ההשוואה למקרים אחרים שהוזכרו לעיל כי אין מדובר בענייננו במעשים נפרדים, אלא במעשה אחד ויחיד. את עמדתם זו אין בידינו לקבל. ראשית, המערערים טענו כי להבדיל מהמקרים שהזכירו, מדובר בענייננו באירוע שהתרחש "באבחה אחת" ואינו ניתן להפרדה - מעבר מכונת הבידוק ללא "גייט פאס". ברם, מעובדות כתב האישום עולה כי אין הדבר כך. אין חולק כי המערער הציג את דרכונו בעמדה ממוכנת, קיבל גייט פאס, מסר את הגייט פאס למערערת שלא הזדהתה באמצעות דרכונה, המערערת עברה במכונת הבידוק באמצעות הגייט פאס של המערער והמערער נצמד אל נוסעת אחרת שעברה בשער המעבר באמצעות גייט פאס, השתחל ועבר בשער המעבר יחד עמה בו זמנית. בכניסה לישראל התנהלו השניים באופן דומה, אך המערער נצמד אל המערערת ולא אל נוסעת אחרת. תיאור זה מלמד כי אמנם מדובר בהתרחשות שאינה ממושכת, אך ההתרחשות מורכבת ממספר פעולות שונות ושלבים שונים, אין מקום לתארה ככזו שהתרחשה "באבחה אחת" ואין ניתן לסכמה אך במעבר מכונת הבידוק ללא גייט פאס.

58. אכן, אין ענייננו דומה למקרים האחרים שצוינו בטיעוני המערערים, בהם נקבע כי מדובר במעשים נפרדים ובריבוי עבירות. בעניין **פלוני** דובר באדם שיוחס לו ביצוע מספר רב של מעשים מיניים כלפי בתו לאורך שנים. במסגרת גזר הדין הועלתה השאלה, האם מעשיו של פלוני הם "אותו מעשה" או שמא יש לראות את מעשיו כנפרדים, באופן המאפשר לגזור את דינו בגין ריבוי עבירות. בעניין **דרורי** דובר במערערים שהורשעו בפריצה לעשרות רבות של כספות וגניבת תוכן, בחדירה לחדר כספות בסניף בנק. עלתה השאלה האם יש להרשיע בעבירת גניבה אחת בלבד או בריבוי עבירות. בעניין **חנונה** עלתה השאלה האם ניתן לפצל למעשים שונים ולמספר עבירות מקרה שבו נאשם דרס אדם, נמלט מזירת הפשע והדיח אדם אחר למסור גרסה שקרית על אודות התאונה. בעניין **פלוני** דובר במעשים שהתמשכו על פני שנים, בעניין **דרורי** דובר במעשי פריצה וגניבה שבוצעו בזה אחר זה, ובעניין **חנונה** דובר במעשים שונים שבוצעו בזה אחר זה. שונה המקרה שלפנינו, שבו המעשים לא בוצעו לאורך תקופה ארוכה או בזה אחר זה, אלא הם מעשים שלובים, שבוצעו בחפיפה חלקית, בפרק זמן קצר. עבירה לפי חוק הכניסה לישראל משתכללת באמצעות חלק מסוים מהפעולות שבוצעו (אי הצגת הדרכון על ידי המערערת ומעבר בשער המעבר שנעשה ללא גייט פאס על שמה) וכל הפעולות יחדיו מהוות עבירה של קבלת דבר במרמה. בעוד המערערים טוענים כי ניתן ללמוד מההשוואה לאותם מקרים כי במקרה שלפנינו מדובר במעשה אחד, סבורים אנו כי אין הנדון דומה לראיה ולא ניתן ללמוד לענייננו מההשוואה



לאותם מקרים.

59. כפי שצוין לעיל, בהתאם לפסיקה, המשקל שיש לתת לכל אחד מהמבחנים (המבחן הצורני-עובדתי והמבחן המהותי-מוסרי) הוא פועל יוצא של טיב העבירה, נסיבות ביצועה ונתונים נוספים. בנסיבות העניין שבפנינו, כשמדובר בעבירות שבוצעו במקביל ובפרק זמן קצר, נראה כי יש לתת משקל משמעותי בענייננו למבחן המהותי-מוסרי ולא למבחן הצורני-עובדתי. מבחני העזר שצוינו בפסיקה אינם מתקיימים בענייננו. כך, לא ניתן להצביע על נקודת זמן שבה מסתיימת עבירה אחת ומתחילה להיעבר עבירה אחרת, או פרק זמן החולף בין המעשים. אותן הראיות מבססות את המעשים. שקלנו את טענת המערערים, שלפיה ניתן להפריד את האירוע לשלבים שונים בהתאם למבחן הצורני-עובדתי, ולבודד את המקטע שמאפשר את עבירת המרמה. ואולם, אף שאכן ניתן לבודד חלק זה, הרי שחלקים אחרים בפעולותיהם של המערערים משולבים זה בזה ומהווים חלק משתי העבירות (לפי חוק הכניסה לישראל וקבלת דבר במרמה). נדגיש, בנסיבות אלה אין מסקנתנו כי מדובר במעשה אחד, אלא כי יש לבחון את ענייננו לפי המבחן השני, הוא המבחן המהותי-מוסרי.

60. אשר למבחן המוסרי, שעניינו כאמור בבחינת האינטרסים הנפגעים והשאלה האם ראוי כי לכל אינטרס יינתן ביטוי בנפרד, מקובלת עלינו קביעתו של בית משפט קמא כי האינטרסים המוגנים בכל אחת מהוראות החיקוק שיוחסו בכתב האישום אינם זהים. האינטרסים המוגנים הנפגעים בשל עבירות לפי חוק הכניסה לישראל הם פגיעה ביכולתה של המדינה הריבונית לפקח על היוצאים והנכנסים בשעריה וכן נפגעת תקינות המרשם. האינטרסים החברתיים שעליהם נועדה להגן עבירת המרמה הם חופש רצון, חופש בחירה וחופש פעולה (עניין ברזל, 564). את הטענה כי אין בענייננו פגיעה בערך המוגן דחינו לעיל. עוד טענו המערערים כי בענייננו גרמו שתי העבירות לפגיעה באותו אינטרס - פיקוח ותקינות המרשם. לפי הטענה, הואיל ומדובר באותו אינטרס, אין צורך ליתן לו ביטוי באמצעות שתי עבירות נפרדות. אין לקבל טענה זו. ראשית נאמר את הברור מאליו - המקרה הנדון עניינו באירוע שהתרחש בסיטואציה של מעבר גבול, המוסדרת בחוק הכניסה לישראל. עבירת המרמה לעומת זאת היא עבירה חסרת תרחיש ספציפי, וההתנהגות הבסיסית בה מוגדרת בצורה רחבה ביותר (ראו ע"פ 5734/91 מדינת ישראל נ' לאומי ושות' בנק להשקעות בע"מ, פ"ד מט(2) 4, 20-21 (1995)). לפיכך, טבעי הוא כי בענייננו שיקול הדעת של המרומה, שעליו באה עבירת המרמה להגן, נוגע לפיקוח על היוצאים מישראל והשבים אליה. ואולם, וכפי שהודגש בעמדת המשיבה, ההבדל הוא בחומרה היתרה הטמונה בפגיעה בשיקול הדעת במסגרת עבירה של קבלת דבר במרמה, כאשר מוצג מצג כוזב באופן פוזיטיבי, אשר מקל על מבצע העבירה ומותיר את ביקורת הגבולות בחוסר אונים וחוסר יכולת לפקח על המעבר האסור. זוהי פגיעה מובהקת, שאינה מתקיימת במסגרת עבירה לפי חוק הכניסה לישראל שאינה כוללת מצג כוזב פוזיטיבי, ושיש ליתן לה ביטוי נפרד באמצעות עבירה נפרדת.

61. יש לדחות גם את הטענה כי אין מדובר בענייננו באינטרס חשוב מספיק המצדיק פיצול למספר עבירות. הפסיקה אכן קבעה כי "לא דין מעשי גניבה של סכומי כסף אשר ניתן לראותם, בנסיבות המתאימות, כגניבה אחת של סכום כסף גדול יותר...", כדין פגיעות בחיי אדם ובגופו אשר בהן יש שהאיחוד לא יהיה מן האפשר. בשונה מאינטרסים רכושיים אשר ניתן לעתים לקבצם, הרי

"... שלכל אדם ואדם זכות משלו לחיים ולשלמות הגוף..." (עניין פלוני, 611). בהתאם נקבע גם כי כשמדובר בעבירות הפוגעות בגוף האדם, המבחן המהותי-מוסרי הוא העיקר (עניין בוטרוס, פס' 12). ואולם, אין משמעות הדבר כי רק מקרים של פגיעות בחיים ובגוף יפוצלו למספר עבירות. כך למשל, בעניין דרורי, שאליו הפנו המערערים, דובר באינטרס רכושי ונקבע כי מדובר במעשים נפרדים ובעבירות נפרדות. עוד יש להוסיף כי האינטרס הרלוונטי בענייננו אינו תקינות המרשם (כטענת המערערים), ובוודאי לא רק האינטרס של תקינות המרשם, כי אם שיקול דעתה של ביקורת הגבולות, שאין לומר לגביו כי מדובר באינטרס בדרגת חשיבות נמוכה.

62. המערערים טענו גם כי מן הראוי היה להאשים ולהרשיע בעבירה ספציפית לפי חוק הכניסה לישראל ולא בעבירה כללית של קבלת דבר במרמה. דין טענה זו להידחות. בע"פ 51/76 ראובן נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 14, נדון עניינו של מערער שלקח תעודת זהות של אחיו, מילא בקשה לקבלת דרכון על שם אחיו וחתם עליה חתימת אחיו אך צירף אליה את תמונתו שלו עצמו, וקיבל דרכון על שם אחיו אשר בו השתמש לשם יציאה מישראל. בשל מעשה זה הורשע המערער במספר עבירות, ביניהן קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות ועבירה של מסירת פרטים כוזבים לפי סעיף 8(א) לחוק הדרכונים, תשי"ב-1952. טענתו העיקרית של המערער הייתה כי המעשה כולו נכלל בהוראות סעיף 8(א) האמור ומאחר שמדובר בחוק מיוחד יש להחיל בעניינו סעיף זה בלבד. טענתו זו נדחתה (פס' 17):

"נמצא שהחוק המיוחד והחוק הכללי בעינם ובתקפם עומדים זה ליד זה; וכשמעשה פלוני הוא עבירה לפי חוקים שונים, ובכלל זה גם לפי חוק מיוחד מכאן ולפי חוק כללי מכאן, ניתן להרשיע את הנאשם בשל כל אחת מן העבירות, הן לפי החוק המיוחד והן לפי החוק הכללי, ובלבד שלא יוטל עליו עונש "יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה" (סעיף 168 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965)."

בדומה, בהקשר של עבירות מס, הועלתה הטענה כי אין להרשיע בנורמה כללית של עבירות מרמה אלא רק בנורמה מיוחדת של עבירות מס. בע"פ 3336/12 רבי נ' מדינת ישראל (18.7.2013) (פס' 8) צוין שנקודת המוצא היא סעיף 186 לחסד"פ ונקבע:

**"מותר היה למאשימה להעמיד לדין רק על העבירות שבחוק העונשין
ורק על עבירות המס הספציפיות, או גם וגם, ובלבד שהמערער לא יענש פעמיים.
החלטה זו מסורה לשיקול דעתה של התביעה, ולא נפל בעניין זה כל פגם בהכרעת בית המשפט קמא."**

על כך יש להוסיף כי אין מדובר בענייננו בעבירה מיוחדת ובעבירה כללית. "דין פלוני הוא מיוחד (ספציפי) ביחס לדין אלמוני, אם דין פלוני כולל את כל המרכיבים של דין אלמוני, בתוספת מרכיב נוסף" (א' ברק פרשנות במשפט, כרך א, תורת הפרשנות הכללית, בעמ' 570), ראו ציטוט הדברים בבג"ץ 4445/02 מור נ' ראש עיריית הרצליה (12.11.2002). כן ראו בנושא זה את עניין דהאן, שבו נקבע, בין היתר בהתבסס על דברים אלה, כי עבירת הסיוע להפרת הוראות חוק הכניסה לישראל אינה כוללת את כל הרכיבים העובדתיים של עבירת סיוע לקבלת דבר במרמה, ושמדובר בשני סעיפי חיקוק שונים בעלי תכליות



ומטרות שונות.

63. המערערים הפנו גם לעניין רביעה בסוגיה של היבלעות עבירות. נידרש אפוא גם לנושא זה. בעניין גור (ע' 524-525) צוין בנושא זה:

"אין פירושו של דבר, שהמחוקק ביקש לטפח ריבוי ההאשמות וגיבובן כיד הכישרון הטובה של התובע... כך יש שבמבט לאחור רואים, כי מעשה מסוים אינו אלא שלב ביניים משני ושולי של עבירה בעלת אופי דומיננטי, כגון תקיפה, המידרדרת בהמשכה לכדי הריגת המותקף, ובנסיבות כגון אלה אין כל הצדקה לפיצולם של התיאורים והתארים המשפטיים לפרודותיהם... במקרה של תקיפה, כמוזכר, אשר אחת משרשרת המכות בה היא בעלת תוצאה קטלנית, נבלע המעשה הקל יותר בעבירה החמורה, המתארת את התוצאה הסופית..."

ובעניין רביעה נפסק (פס' 30):

"רצף של עבירות ייחשב כנטמע בעבירה הסופית, כאשר כל אחת מהעבירות שנעברו פוגעת בערך חברתי דומה או זהה, ואולם הפגיעה החריפה ביותר בערך האמור טמונה בעבירה הסופית, שהיא העבירה האחרונה או החמורה ברצף... ברם, כאשר מדובר ברצף של מעשים נפרדים שאינם נשזרים ונטמעים זה בזה במובן שהוסבר לעיל, אין מניעה להרשיע נאשם בעבירה נפרדת בגין כל אחד מהמעשים האמורים".

באותו עניין דובר במעשים מגונים שבוצעו תוך כדי ובמהלך ביצועה של עבירת אינוס. נפסק כי יש להתייחס למעשים המגונים שבוצעו כמעשים ש"נטמעו" בעבירת האינוס שבה הורשע המערער ועל כן אין מקום להרשיעו בנפרד בעבירה של מעשים מגונים.

סעיף 28 סיפה להנחיית פרקליט המדינה, שראשיתו צוטטה לעיל, כולל דוגמאות לעבירה עיקרית ועבירה שנבלעת בה:

"... כך למשל, לעבירת רצח נכון להוסיף אישומים בעבירות של נשיאת נשק שלא כדין, לפי סעיף 144 לחוק העונשין אך אין מקום להוסיף עבירה של שימוש בנשק שלא כדין. בדומה, כאשר "נהיגה רשלנית" או ב"חוסר זהירות", הביאה לתוצאה קטלנית ובשלה הועמד הנאשם לדין בעבירת גרימת מוות ברשלנות, לא תיכלל בנפרד עבירה של "נהיגה רשלנית" או "נהיגה בחוסר זהירות"."

המערערים הפנו לעניין רביעה ולא הבהירו כיצד לטענתם ניתן לטעון להיבלעות של עבירת קבלת דבר במרמה בעבירה לפי חוק הכניסה לישראל. נראה כי כך נעשה שלא בכדי, שכן בהתאם לפסיקה ולדוגמאות שהובאו לעיל, היבלעות כאמור אינה אפשרית.



הגנה מן הצדק - אכיפה בררנית

64. בעניין זה טענו המערערים כי בית משפט קמא שגה כשהתבסס על מדיניות האכיפה החדשה משנת 2018, כשלפי הטענה מדיניות זו נועדה להתמודד עם תופעה הולכת וגוברת של הברחת אנשים שאינם ישראלים את הגבול, ולא עם מקרים שבהם אין מניעה להיכנס לישראל ולצאת ממנה. טענה נוספת היא כי בית משפט קמא התעלם בהכרעת הדין מעדותו של רס"ב סמיוניוב.

65. סעיף 149(10) לחסד"פ קובע כי לאחר תחילת המשפט, רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות ובהן הטענה כי הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. טענת אכיפה בררנית נטענת מכוח סעיף זה. עיקר עניינה של ההגנה מן הצדק הוא בהבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן. בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, 806 (2005) (להלן: "**עניין בורוביץ**"). בעניין **בורוביץ** נקבע מודל תלת-שלבי לבחינת טענות שיסודן בהגנה מן הצדק. בשלב הראשון נבחנת השאלה האם נפלו פגמים בהליך ומהי עוצמתם; בשלב השני נבחנת השאלה האם נוכח הפגמים האמורים נפגעה תחושת הצדק וההגינות; ובשלב השלישי נבחן הסעד הראוי.

66. בע"פ 3507/19 **בורקאן נ' מדינת ישראל**, פס' 12 (3.12.2020) התייחס בית המשפט העליון לטענת הגנה מן הצדק מחמת אכיפה בררנית:

"אכן, אכיפה בררנית יכולה להקים הגנה מן הצדק מקום בו נאכף הדין באופן שונה, בין ביחס למעורבים באותה פרשה ובין כאשר מדובר בפרשות שונות, ובלבד שאין כל טעם רלוונטי המבחין ביניהם (רע"פ 3823/19 פלוני נ' המחלקה לחקירות שוטרים [פורסם בנבו] (2.10.2019)). זאת, אף מבלי שיש צורך בקיומו של מניע פסול בבסיס הדברים (רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי [פורסם בנבו] (31.10.2018); ע"פ 6833/14 נפאע נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה עג לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (31.8.2015)). עמדה עקרונית זו משקפת הכרה כי יש באכיפה הבררנית כדי לפגוע באופן ממשי בהוגנות ההליך ובתחושת הצדק ובצורך ליתן לה ביטוי ממשי, בין בזיכוי הנאשם ובין בהקלה בעונשו.

יחד עם זאת, הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית שמורה למקרים חריגים (ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 55 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (1.3.2017); דנ"פ 7541/18 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 6 (20.2.2019)) והנטל המוטל על כתפי נאשם הטוען לקיומה הוא כבד, שכן לרשות עומדת חזקת התקינות המנהלית ביחס לפעולותיה (ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 37 (4.8.2008); ע"א 6132/16 פרדקין נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 34 (10.4.2018)). לכן, אין די בהעלאת הטענה בעלמא ויש להניח תשתית ראייתית מספקת (ע"פ 5502/12 גולן נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 61 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (29.9.2013); עע"מ 1786/12

ג'ולאני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 23 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז
(20.11.2013).

תחילה, על הנאשם להניח תשתית ראייתית ראשונית ולהראות כי לכאורה בוצעה אבחנה
בלתי ראויה בין שווים, אז - יעבור הנטל לסתור לכתפי הרשות..."

67. בטרם נדון בטענות המערערים, יש להידרש להחלטות הקודמות בענייננו וכן לחלק הרלוונטי בהכרעת דינו של בית משפט קמא. בהחלטה מיום 10.7.2019 דן בית משפט קמא בבקשת המערערים לקבלת חומרי חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ ולחלופין לפי סעיף 108 לחסד"פ. הבקשה הוגשה לצורך העלאת טענה בדבר אכיפה בררנית בעניינם של המערערים, שלפיה כעניין שבמדיניות נהגה המשיבה לסיים אירועים דומים ללא חקירה ולמצער ללא הגשת כתבי אישום. באותו עניין קבע בית משפט קמא כי ההגנה לא ביססה תשתית ראייתית ראשונית לטענת האכיפה הבררנית ומטעם זה דחה את הבקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ. בית משפט קמא התייחס להחמרת מדיניות האכיפה במהלך שנת 2018, על רקע מגמה של עלייה משמעותית בעבריינות מעבר, שבמסגרתה התווסף השימוש בעבירת קבלת דבר במרמה, מקום שבו יסודות העבירה מתקיימים. צוין כי בעניינם של המערערים בוצעו המעשים ונאכפו לאחר יולי 2018 וכללו מצגי מרמה כוזבים פוזיטיביים, על כן יוחסה להם גם עבירה של קבלת דבר במרמה. עוד צוין כי המערערים לא הצביעו על כל בעיה במדיניות האכיפה הנוהגת וביישומה. בית משפט קמא הוסיף כי המשיבה העבירה לב"כ המערערים דוגמאות שונות לכתבי אישום שהוגשו בעבירות כבענייננו. צוין כי עיון בדוגמאות אשר נסיבותיהן דומות מלמד כי החלטת המשיבה להעמיד לדין את המערערים בענייננו בעבירות שיוחסו להם אינה בלתי מידתית או בלתי סבירה והיא אכן תואמת את מדיניות האכיפה הנוהגת. עוד צוין כי ההבדלים שעליהם עומדים ב"כ המערערים נוגעים למיהות העושה או לחומרת המעשה, אך לא באופן המלמד כי מדיניות האכיפה יושמה באופן פסול (ע' 18-19 להחלטה).

68. על החלטה זו הגישו המערערים עתירה לבג"ץ. בית המשפט העליון קבע בפסק דינו מיום 9.12.2019 (בג"ץ 4922/19 נוה נ' מדינת ישראל - פרקליטות מחוז מרכז (פלילי)), כי האמצעי הדיוני להעלאת הדרישה לקבלת חומר לצורך ביסוס הטענה לאכיפה בררנית הוא סעיף 108 לחסד"פ, כי עדיין עומדות למערערים הזכות לקבלת מידע באמצעות סעיף זה וכן הזכות להעלות את טענתם לאכיפה בררנית במסגרת סעיף 149(10) לחסד"פ.

69. בהחלטה מיום 22.6.2021 דן בית משפט קמא בבקשה לפי סעיף 149(10) וסעיף 108 לחסד"פ שעניינה קבלת מידע וביטול כתב אישום מחמת אכיפה בררנית (בהחלטה נדונה בקשה נוספת, לביטול כתב אישום מחמת שיקולים זרים בבסיס הגשתו, כפי שיפורט בהמשך הדברים במסגרת הדין בטענה הרלוונטית). בהחלטה זו צוין, בין היתר, כי אין כל מחלוקת בין הצדדים כי כתב האישום בעניינם של המערערים הוא כתב האישום הראשון שאליו התווספה עבירה של קבלת דבר במרמה, זאת לאחר ששונתה מדיניות התביעה במהלך חודש מאי 2018. עוד צוין כי העובדה שהמשיבה בחרה להביא לשינוי מדיניות אין בה כדי להביא לפסלותה של המדיניות או לפסלותם של כתבי האישום המוגשים מכוחה.

לעולם, לאחר שינוי מדיניות, יהיו כתבי אישום שהם הראשונים ליישם מדיניות חדשה זו. בהחלטה מקיפה ומנומקת דחה בית משפט קמא את הבקשה לחייב את המשיבה למסור את הפרטים המבוקשים. צוין שיכול שלאחר שמיעת הראיות בתיק, יהא מקום לדון בשנית באכיפה בררנית.

70. בית משפט קמא הפנה בהכרעת דינו להחלטותיו ולפסיקת בג"ץ לעיל, וכן בחן אם במהלך ההליך שהתנהל לאחר ההחלטות האמורות נלמדו נסיבות או עובדות שיש בהן כדי לשנות מהחלטות אלה. בית משפט קמא התייחס לעדויות השונות שהובאו בפניו, ביניהן עדותו של אריה סמיוניוב (ע' 22):

"סופי הוד ואריה סמיוניוב היו אף הם מעורבים בחקירה זו ונשאלו שאלות הנוגעות למדיניות חקירה והעמדה לדין. אף הם, כמו העדים האחרים, אינם בגדר עדים היכולים להעיד על מדיניות חקירה והעמדה לדין ואין בפרשנותם, או בחוות דעתם או בדעתם האישית, כאלו או אחרות, להביא לקביעת ממצאים באשר לשאלה האם היתה בענייננו אכיפה בררנית.

הדרך לבחינת אכיפה בררנית היא בבחינת המדיניות הנוהגת דרך כלל, בין בפועל ובין על פי הנחיות כתובות ובעל פה שהועברו אל הגורמים הרלבנטיים ואל מול אלה בחינת המקרה הנדון - האם הוא עולה בקנה אחד עם המדיניות והנוהג - אם לאו.

בעדויותיהם של העדים האלה ואף של אחרים אשר נשאלו שאלות דומות לא היה כדי להביא לממצאים חדשים, או לעובדות, או לנסיבות, שלא היו ידועים קודם לכן ועל כן לא נלמד מעדויותיהם שינוי כלשהו באשר למצב הקיים, טרם מתן שתי החלטותי הקודמות בסוגיית האכיפה הבררנית".

71. בית משפט קמא התייחס פעם נוספת לתשובת הממונה על העמדת מידע לציבור, שהוגשה כבר בשלבים המקדימים של ההליך, ולמדיניות האכיפה החדשה שהתגבשה בחודש מאי 2018 ויושמה החל מחודש יולי 2018. צוין כי המעשים המיוחסים למערערים בכתב האישום בוצעו בספטמבר ובראשית אוקטובר 2018, זמן קצר לאחר קבלתה והטמעתה של המדיניות החדשה. על כן, ומטבע הדברים, לא היו עד אז כתבי אישום רבים בסוגיה זו, אולם אין מדובר באכיפה בררנית. כן התייחס בית משפט קמא למסמך של מבקר המדינה שהציגה ההגנה, וצוין כי לא ניתן ללמוד ממנו על אכיפה בררנית, אלא על כך שהמשיבה הגיעה למסקנה, לנוכח התגברות תופעות מסוימות, כי יש מקום להחמיר את המדיניות. מסקנתו של בית משפט קמא הייתה כי לא חל כל שינוי, ודאי לא שינוי משמעותי, מאז ניתנו החלטותיו הקודמות בנושא הטענה לאכיפה בררנית.

72. אשר לטענות המערערים, מדובר בטענות ממוקדות שאליהן נתייחס כעת.

ראשית טענו המערערים לאכיפה בררנית בשל החלת מדיניות אכיפה מחמירה בעניינם, כשלטענתם מדיניות זו כלל אינה נוגעת לעניינם. לפי טענתם, אכיפת הדין בעניינם נעשתה באופן שונה ביחס לקבוצת השווים



בפרשות אחרות, כשניתן להבין כי קבוצת השווים היא אזרחים ישראלים חסרי כל מניעה לצאת מישראל או להיכנס אליה. טענה זו דינה להידחות. אכן, המערערים הראו כי הרקע להחמרת מדיניות האכיפה במאי 2018 נעוץ היה בתופעה של הברחת זרים אל תוך גבולות ישראל. הדבר אף עולה מתגובת המשיבה. ברם, מתגובת המשיבה עולה גם כי במסגרת הפרורוגטיבה הנתונה לתביעה, יישום ההחמרה מעולם לא סווג רק למקרים אלה, אלא הוחל על כלל המקרים של עבירות מעבר. עמדתה של המשיבה היא כי "מעבר אסור" מתבצע לעיתים "לקבלת" עצם המעבר, ולעיתים מתבצע ל"קבלת" שיבוש תיעוד המעבר, כבענייננו.

73. המשיבה טענה כי עיון בכתבי האישום שהוצגו לבית משפט קמא במסגרת ההליכים המקדמיים מעלה שהחמרת המדיניות יושמה באופן קבוע ויציב החל מחודש יולי 2018. עיון בפסקי הדין באותם תיקים, שהוגשו גם לתיק הערעור (נספח ט' להודעת ערעור המשיבה), אכן העלה מקרים שבהם הועמדו לדין אזרחים ישראלים בשתי העבירות (לפי חוק הכניסה לישראל וקבלת דבר במרמה), ומבלי שהיו מעורבים בתיקים אזרחים זרים, בתקופה שלאחר החמרת מדיניות הענישה. ואולם, בעניינם של אלה אמנם לא הייתה קיימת מניעה לצאת מישראל או להיכנס אליה, אך הייתה מגבלה מעשית לעשות כן. אותם ישראלים היו נעצרים או מעוכבים מיד עם כניסתם בשל היות האזרח הישראלי דרוש לחקירה או עריק מצה"ל. זאת בשונה מהמקרה שלפנינו. לא הוצג בפנינו תיק נוסף שבו נדון עניינם של ישראלים חסרי מניעה אשר הועמדו לדין בגין קבלת דבר במרמה. בעניין זה יש לזכור כי כל תיק ונסיבותיו, וכדברי בית משפט קמא בהחלטתו מיום 10.7.2019 (ע' 19):

"לכל תיק נסיבות שונות מעצם מיהות העושה, האופן בו התנהל וכו'. אין מקרה זה למקרה אחר, שכן בכל מקרה, לא יכולות להיות נסיבות זהות. כל תיק ותיק נבדק על פי נסיבותיו, על פי חומר הראיות שנאסף בו ועל פי נסיבותיו הספציפיות של הנאשם. משדן בית המשפט בענייניו של נאשם, אין הוא אמור לבחון האם נכונים היו שיקוליהם של העוסקים במלאכה בהחלטותיהם לנקוט בהליכים משפטיים או לאו ובאילו סעיפי עבירה יואשם הנאשם. למאשימה, פרורוגטיבה להפעיל שיקול דעת בנוגע לכך. חזקה כי כל עוד לא הוכח אחרת, הופעלו שיקולים ענייניים בלבד. הביקורת השיפוטית על החלטה של המאשימה, על העמדה לדין הינה אך ורק במקרים חריגים, בהם נפלה ההחלטה מחוץ למתחם הסבירות באופן ניכר."

74. כן יש לדחות את הטענה שהועלתה בעניין עדותו של רס"ב סמיוניוב. בית משפט קמא לא התעלם מעדותו, אלא מצא כי בדומה לעדים האחרים, אין הם בגדר עדים היכולים להעיד על מדיניות חקירה והעמדה לדין, ואין בפרשנותם או בחוות דעתם כדי להביא לקביעת ממצאים באשר לשאלה האם הייתה בענייננו אכיפה בררנית. זאת ועוד, מעיון בסיכומי המשיבה עולה כי עדותו של רס"ב סמיוניוב עמדה בסתירה חזיתית לכתבי אישום אובייקטיביים, לרבות מהשנים שבהם עדיין שירת בחקירות מרחב נתב"ג (2017-2019), שהוצגו לבית משפט קמא במסגרת ההליכים המקדמיים: **"משהוצג לעד מדגם של כתבי אישום אלה (ת/24) - כולם נגד ישראלים שלא הייתה להם כל מניעה או מגבלה לבצע את המעבר - "המציא" העד באופן עיקש ומאולץ, יש מאין, אבחנה בלתי קיימת בין ענייננו, לבין כתבי אישום זהים אלה, והיא מעורבות כביכול של זרים, מקום שלא הייתה בכתבי האישום**

האמורים כל זכר לכזו. זאת עשה על דרך גישה חקירתית-אכיפתית ספקולטיבית ("זה הרי ברור שהוא הכניס גיאורגי או משהו כזה", "אני חותם לך שזה אזרח גאורגי או מישהו בקבוצה הזו")... לבסוף ניסה העד לספק הסבר אחר להגשת כתבי אישום אלה, והוא, "רוח הציבור"... עדותו של העד עמדה בסתירה חזיתית גם לעדויות גורמים בכירים בחקירות מרחב נתב"ג...". זאת ועוד, הממונה על העד העידה כי הביאה לסיום תפקידו של העד כחוקר במרחב נתב"ג בשנת 2019. מעיון בעדותו של רס"ב סמיוניוב בפני בית משפט קמא מיום 3.2.2022, התרשמנו כי עמדת המשיבה ביחס לעדותו מבוססת היטב. לנוכח כל האמור לא ראינו מקום להתערב במסקנתו של בית משפט קמא בעניין עדותו של רס"ב סמיוניוב.

75. המערערים טענו נגד החלטת בית משפט קמא מיום 21.11.2021, שבה נדחתה בקשתם לזימון עדים, וזו לשונה:

"מדובר בארבעה תובעים שונים מחטיבת התביעות של מחוז מרכז במשטרת ישראל, עדות כולם נתבקשה לעניין מדיניות העמדה לדין בעבירות הרלוונטיות.

לא מצאתי כי יש להורות על זימנם של תובעים לחקירה בבית משפט אודות עבודתם, אודות הנחיות שהם מקבלים מתי להגיש כתב אישום ומתי לאו, מדוע נבחרו דווקא ארבעה אלה ולא אחרים, מדוע לא נבחרו הממונים עליהם וכיוצא באלה, אין מקום לעדותו של תובע בבית משפט בנסיבות כאלה.

נטענה טענה כי יש רצון להביא את עדויותיהם על מנת לתקוף את טענות המאשימה כי מדובר בהנחיות תביעה שהשתנו ומדיניות העמדה לדין ששונתה בתקופה מסוימת וכי לא ניתן להוכיח את הדברים בדרך אחרת כיוון שאין כל נוהל כתוב לעניין זה.

מבלי קשר לנוהל כתוב האם הוא קיים אם לאו, הרי שנאמרו דבריי לגבי אי זימנם של תובעים אך לא ניתן לסיים דברים אלה מבלי לציין כי התביעה עצמה הציגה בדיון זה מסמך שהוגש בעבר על ידי ב"כ הנאשמים (נ/2) והוא מסמך תשובה שהתקבל מאת הממונה על חוק חופש המידע לשאלות שהפנה אליה ב"כ הנאשמים. הממונה על חופש המידע, הגם שאינה גורם מפרקליטות המדינה, היא אף גורם חיצוני לו, משיבה תשובות רשמיות מטעם כל גורם ורשות של המדינה על פי השאלה והעניין והנה הדברים גם באו לידי ציון בכתובים.

לא מצאתי לזמן כפי שציינתי, את ארבעת התובעים מחטיבת התביעות".

לאחר עיון בנימוקיו של בית משפט קמא, איננו סבורים כי נפלה טעות בהחלטתו.

76. אשר לפרסום המדיניות, מקובלת עלינו תגובת המשיבה כי אין מדובר בסיטואציה המחייבת פרסום, שכן מדובר בפררוגטיבה של התביעה לבחור בסעיפי אישום ביחס לאירוע הפלילי. על כך נוסיף כי החמרת המדיניות מצאה ביטוי מסוים בהנחיית פרקליט המדינה, המפורסמת לציבור (סעיף 27 סיפה).

שיקולים זרים בהעמדה לדין

77. לטענת המערערים, מעמדו הציבורי של המערער ופרסומה של הפרשה ברבים הם שיקולים זרים ובלתי רלוונטיים להחלטת תובע בדבר העמדה לדין. שקילתם, קל וחומר שקילתם כשיקולים משמעותיים, חשובים ומכריעים, עולה כדי אפליה, המצדיקה את ביטול כתב האישום. לטענה זו השיבה המשיבה כי מדובר בשיקולים רלוונטיים, אך אלה לא היוו שיקולים מכריעים בענייננו. בית משפט קמא קיבל את עמדת המשיבה.

78. סמכות התובע להעמדה לדין מעוגנת בסעיף 62 לחסד"פ, הקובע:

"ראה התובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט ענין לציבור".

סמכות זו נדונה בבג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 510 (1990) (להלן: "עניין גנור"):

"אכן, אינו קיים "עניין לציבור" בהעמדה לדין, מקום שלדעת תובע, התועלת שתצמח לערכים ולעקרונות שהמשפט הפלילי מגן עליהם, אם החשוד יועמד לדין, אינה שקולה כנגד הנזק שייגרם לערכים ולעקרונות אלה, אם החשוד יועמד לדין..."

28. הנה כי כן, "עניין לציבור" אינו ההתעניינות שמגלה הציבור בשאלת ההעמדה לדין... קיים עניין לציבור שלא להעמיד חשוד לדין, רק אם תובע שוכנע, כי העמדה לדין גוררת אחריה פגיעה כה קשה באינטרסים ובערכים שהחברה מבקשת להגן עליהם, עד כי פגיעה זו אינה שקולה כנגד היתרון שיצמח לאינטרסים ולערכים שהמשפט הפלילי בא להגשימם על-ידי העמדה לדין..."

בהמשך צוין:

"30. שיקול-דעתו של תובע בדבר "עניין לציבור" אינו מוחלט. משמעות הדבר היא, בין השאר, כי אין הוא רשאי לקחת בחשבון, בהפעילו את שיקול-דעתו, כל שיקול הנראה לו כראוי. בצד השיקולים, שהוא רשאי לקחתם בחשבון והקובעים את תחום שיקול הדעת, קיימים שיקולים שהם "מחוץ לתחום". כך, למשל, אין להתחשב בשיקולים הקשורים בזהותו הפוליטית, הדתית, והעדתית של החשוד. תובע, הנמנע מהגשת אישום פלילי אך בשל העובדה שדעותיו הפוליטיות של החשוד נראות לו, שוקל שיקול זר, שאסור

לקחתו בחשבון. הוא הדין, אם התובע מחליט להעמיד חשוד לדין פלילי אך בשל העובדה שדעותיו הפוליטיות של החשוד אינן נראות לו" (ע' 512-513).

עוד צוין כי בהפעילו את שיקול דעתו, חייב תובע לפעול מתוך שוויון וללא הפליה (ע' 513).

בבג"ץ 10665/05 שטנגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (16.7.06) (פס' 5) צוין כי המבחנים שאותם על היועץ המשפטי להפעיל לעניין פתיחה בחקירה והעמדה לדין של "שועי ארץ" זהים מבחינה מהותית לאלה שעליו להפעיל לעניין העמדתו לדין של כל אדם.

בבג"ץ 2534/97 חבר-הכנסת יונה יהב נ' פרקליטת המדינה (15.6.97) הובאו דבריו של פרופ' קרמניצר, היפים לענייננו:

"ראוי לדעת שהציבור נוטה לחשוד שאין נוהגים בחשודים שהם בני-מעלה או בני-טובים כפי שנוהגים בסתם חשודים של 'עמך'. אמון הציבור במערכת אכיפת החוק הוא נכס חשוב שלה. עם זאת, אין להפלות לרעה בני-מעלה בשל השיקול של 'מה יגידו'. אך יש להקפיד הקפדה יתרה שאכן לא יופלו לטובה (לאו דווקא מתוך רצון להפלותם, אלא כתוצאה לא-מכוונת של הטיפול המערכתי) ושאמת-המידה השוויונית הנוהגת בפועל תוצג לעיני כל באורח ברור ומשכנע" (מ' קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" [36], בעמ' 186).

79. בהתאם לחוק ולפסיקה, על תובע לבדוק דיות ראיות (התקיימות תנאי חיובי) ולאחר מכן עליו לוודא שאין מדובר במקרה שבו אין עניין לציבור (התקיימות תנאי שלילי). כפי שנפסק בעניין גנור, "עניין לציבור" אינו ההתעניינות של הציבור בפרשה, אלא השאלה האם התועלת הציבורית עולה על הנזק שייגרם כתוצאה מההעמדה לדין. מעמדו של נאשם אינו בין השיקולים שהוזכרו בפסיקה כשיקולים שהם "מחוץ לתחום". אין להפלות לרעה בעלי מעמד, אך גם אין להפלותם לטובה. יש לנהוג בשוויון. עיון בפסקי הדין שהוגשו לעיוננו (נספח ט' להודעת ערעור המשיבה) מלמד כי המשיבה מגישה כתבי אישום הן לפי חוק הכניסה לישראל הן בעבירה של קבלת דבר במרמה, נגד אנשים שאינם בעלי מעמד מיוחד. הדבר מלמד על כך שהעמדתו לדין של המערער, אדם בעל מעמד, אינה משום החמרה עמו אפוא, אלא בגדר היחס השוויוני שעליו לקבל, בהתאם לדין. נוסף כי יש לדחות גם את הטענה שלפיה מעמד ציבורי הוא שיקול רלוונטי רק כאשר העבירה קשורה לתפקידו הציבורי של נאשם. זאת משום שהסוגיה היא יחס שוויוני בעצם ההחלטה העמדה לדין, בעבירה כזו אחרת.

80. לצורך ביסוס טענתם כי מעמדו של המערער והפרסום הציבורי של הפרשה היוו שיקולים מכריעים בהחלטה להעמיד את המערערים לדין, הפנו המערערים לאזכור שיקולים אלה בשלהי תגובת המשיבה לבקשת המערערים לקבלת נתונים מיום 14.2.2019 (נספח 15 להודעת הערעור, ע' 31-32). המערערים טענו כי אין מדובר באזכור למעלה מן הצורך, אלא בדיון העיקרי בשאלת השיקולים להעמדה לדין. לפי הטענה, 30 העמודים הראשונים בתגובה עניינם בשאלת מסירת המידע ולא בשיקולי העמדה לדין. כן הדגישו שצוין בתגובה כי מדובר בשיקולים מכריעים. אין לקבל את טענתם בעניין זה.

נושא התגובה הוא אכן הבקשה לקבלת מידע, אך עיקר התגובה מתייחסת למדיניות האכיפה בעניין עבריינות מעבר. זאת כדי להראות כי המערערים אינם עומדים בנטל הפסיקתי המוטל עליהם לצורך קבלת המידע, שהוא להציג חשש לאכיפה בררנית בעניינם. למעשה, ניתן היה למלא אחר מטרת התגובה ולחתום אותה גם ללא אזכור השיקולים האמורים. אכן, המשיבה ציינה בתגובתה כי שיקולים אלה הם "מכריעים", אך בהמשך המסמך גם הסבירה, בנסיבות של מעמד ופרסום ציבורי, את חשיבות ההחלטה להעמיד לדין (יחסה השווה לכולם בפני החוק וחיזוק אמון הציבור במערכת אכיפת החוק) ואת המשמעות השלילית של החלטה שלא להעמיד לדין (פגיעה קשה באמון הציבור ומה שעשוי להתפרש כמתן היתר לציבור לפעול באופן הפלילי האמור). הסברים אלה מקובלים עלינו ויש בהם כדי לשפוך אור על האמירה כי מדובר בשיקולים "מכריעים".

לנוכח כל האמור לעיל, דין טענתם של המערערים להידחות.

טענות נוספות

81. המערערים טענו כי ההרשעה בקבלת דבר במרמה סותרת מהותית עקרונות של צדק והגינות משפטית. המערערים טענו כי האשמתם בעבירה חמורה של קבלת דבר במרמה אינה מידתית ואינה הולמת את נסיבותיהם הצנועות של המעשים. במסגרת טענתם זו הדגישו המערערים מספר עובדות וציינו כי "דומה שאינן במחלוקת". טענה זו תמוהה היא, שכן אותן "עובדות" נדונו והוכרעו בניגוד לעמדת המערערים: הטענה כי המעשים בוצעו כשברקע מצוקה אישית בשל רדיפה על ידי גרושתו של המערער - נדחתה; אמנם אין מגבלה על יציאתם של המערערים מישראל או כניסתם אליה, אך אין משמעות הדבר כי העבירות הן ברף התחתון, שכן הן בוצעו תוך הצגת מצג כוזב, בצוותא ולאחר תכנון מוקדם, הן ביציאה מישראל הן בכניסה אליה; ההחמרה במדיניות הענישה אמנם נועדה במקור לנסיבות של הברחת זרים על ידי אזרחים ישראלים, אך יישום ההחמרה לא סווג ביחס למקרים אלה בלבד, אלא הוחל על כלל המקרים של עבריינות מעבר. ברי כי בנסיבות אלה דין הטענה להידחות.

82. עוד נטען כי בית משפט קמא שגה בקביעתו כי המערער הכחיש בפני בקרית הגבול אנהיט ורדיניאן את הקשר עם המערערת. וזו לשון החלטתו של בית משפט קמא בעניין זה (ע' 15 להכרעת הדין):

"... לא קיבלתי את הכחשתו של הנאשם ולפיה לא הכחיש בפני בקרית הגבול את הכרותו עם הנאשמת. מעבר להגשת דו"ח פעולה ומזכר שערכה הבקרית, כמפורט לעיל, היא אף זומנה לעדות בבית המשפט ונחקרה בשאלות רבות ושונות, אולם בנושא זה לא הופנתה אליה כל שאלה בחקירה הנגדית. המשמעות הראייתית לכך ברורה - דהיינו, אין חולק על דבריה בנושא זה.

כאמור, ב"כ הנאשמים הפנו אליה שאלות שונות לרבות האם מדובר היה בארבעה שהגיעו יחדיו וכיו"ב, אך אין בכך כדי לסתור את דבריה כי לשאלתה השיב לה הנאשם

כפי שתעדה במזכר וכי חששה שאין המדובר בגרסה נכונה עלה לאור אופן התנהלותם במקום.

יצוין כי הן דו"ח הפעולה של הבקריית והן המזכר שכתבה הוגשו בהסכמה במסגרת חקירתה הראשית, ועל כן לא קיבלתי את טענת ב"כ הנאשמים בסיכומים כי לא הייתה בהגשה הסכמה לתוכן הדברים אלא לעצם האמירה. אם כך הם פני הדברים - היה מקום, כאמור, להפנות שאלות בנושא זה אל הבקריית בחקירה נגדית..."

המערערים טענו כי במזכר הראשון שחיברה הבקריית לא נמצא זכר לטענה בדבר הכחשת הקשר, והטענה התווספה רק במזכר נוסף ומאוחר שחיברה. כן טענו המערערים כי צפייה בסרטון האירוע המתעד את הזמן שבו על פי הטענה הוכחש הקשר, שוללת בבירור טענה זו, שכן בסרטון נצפים המערערים ניגשים ביחד לבקריית, מדברים ביניהם ומוסרים ביניהם דבר מה, קרי, אינם מתנהגים כשני אנשים המכחישים את הקשר ביניהם. ואולם, עובדה היא כי הבקריית לא נשאלה דבר בעניין זה במסגרת חקירתה הנגדית, ודווקא התנהלותם המתוארת של המערערים היא שעוררה את חשדה של הבקריית. בנסיבות אלה לא נפלה טעות בקביעתו של בית משפט קמא.

83. מכל הנימוקים שפורטו לעיל, מצאנו, כאמור, לנכון לדחות את הערעור על הכרעת הדין.

הערעורים על גזר הדין (ע"פ 43954-11-22; עפ"ג 48720-12-22)

עיקרי גזר הדין של בית משפט קמא

84. הלכה היא כי משהוכח מעשה עבירה יש להרשיע את מבצעו בדין, כאשר רק במקרים חריגים ויוצאי דופן, ובהתקיים תנאים מסוימים, ניתן יהיה לסטות מכלל זה.

85. ההלכה המנחה היא זו שנקבעה בע"פ 2083/96 **כתב נ' מדינת ישראל** (21.8.1997) (להלן: "**הלכת כתב**") לפיה הימנעות מהרשעה אפשרית בהתקיים שני מבחנים מצטברים - האחד הוא כי האינטרס הציבורי שבענישה לא ייפגע באופן משמעותי מאי ההרשעה, והשני הוא כי עתידו של הנאשם ושיקומו לא ייפגעו באופן משמעותי בשל ההרשעה.

86. לאור האמור יש לבחון את סוג העבירות ומהותן, כמו גם את הנסיבות בהן בוצעו.

במקרה דנן, עסקינן בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל, אשר לוו בעבירות מרמה והונאה. המעשים כוונו נגד רשויות השלטון ופגעו ביכולתה של המדינה כריבון לפקח על הנכנסים ועל היוצאים משעריה. פיקוח זה נועד הן לשם מנהל תקין ותקינות התיעוד והרישום, והן על מנת לשמור על הביטחון האישי והציבורי של

אזרחי המדינה והבאים בשעריה.

בית המשפט קמא עמד על כך שהמעשים בוצעו בשתי הזדמנויות שונות שההפרש ביניהן 13 ימים, הזכיר כי טענת המערערים שהמעשה ביציאה מישראל בוצע באימפולסיביות וברגע של חוסר שיקול דעת לא התקבלה, ועם זאת הטעים כי אפילו נאמר כי מדובר היה במעשה ספונטני, היה למערערים זמן רב על מנת להבין את הטעות ולתקן אותה. חרף זאת, בעת שיבתם לישראל חזרו על המעשים ובהקשר זה בוודאי שלא ניתן לטעון לחוסר שיקול דעת רגעי.

עוד הודגש כי המעשים בוצעו בצוותא חדא ובשיתוף פעולה מלא, מתוך מניע אישי של המערערים ועל מנת להשיג רווח עבורם, גם אם מדובר ברווח שעניינו הסתרת הנסיעה המשותפת לחו"ל בעת שהליך גירושין תלוי ועומד.

87. האינטרסים הציבוריים מחייבים הגנה על רשויות השלטון ועל פעילותם התקינה, ולאור אופי העבירות, אף מחייבים הוקעה ממשית שלהם והרתעת הרבים מפני ביצוע מעשים מעין אלה.

88. בית המשפט קמא עמד על כך שהמערערים לא נטלו אחריות על מעשיהם. הם אמנם שיתפו פעולה בחקירה, אך ההליך נוהל במידה רבה במלואו, גם בהיבטים עובדתיים, כך שעדים רבים העידו. אמנם אין בניהול ההליך נימוק להחמרה בעונשם של המערערים, אך גם לא ניתן לקבוע כי המערערים נטלו אחריות על מעשיהם, כטענתם.

89. בית המשפט קמא ציין כי הגם שלמעשים אין קשר ישיר לתפקידו ולמעמדו של המערער בתקופה הרלוונטית כיו"ר לשכת עורכי הדין, הרי שלא ניתן להתעלם מתפקידו ומעמדו זה, שכן כרום מעמדו ותפקידו של המערער, כך גם הציפיה הציבורית ממנו לנורמות התנהגות ראויות וללא רבב, כמו גם ציפייה להיותו דוגמה ומודל לאחרים.

90. על פי בית המשפט קמא הצטברותם של שיקולים אלו - מהות העבירות ואופיין, הנסיבות האופפות את המעשים ונסיבות עושי המעשים - מובילה למסקנה כי מקרה זה אינו נמצא בין המקרים החרגים ויוצאי הדופן בהם ניתן על פי ההלכה הפסוקה לסיים את ההליך ללא הרשעה, מבלי לפגוע פגיעה ממשית ומשמעותית באינטרסים הציבוריים.

בית המשפט קמא הדגיש כי די היה בקביעה זו על מנת לדחות את הבקשה להימנעות מהרשעה, שכן שני המבחנים הנזכרים בהלכת **כתב** הם מצטברים, כאמור. עם זאת, ולמעלה מן הנדרש, דן בית משפט קמא גם במבחן הנוסף, שעניינו בפגיעה עכשווית, ממשית וקונקרטיית בעתידו של הנאשם ובשיקומו, שעל פי בית המשפט קמא אינו מתקיים בנסיבות העניין.

91. בהקשר לרישיון עריכת הדין, ציין בית המשפט קמא כי המערער הוא עורך דין ותיק ובעל רישיון מזה שנים רבות, וכי המערער סיימה את לימודי המשפטים ועתידה להתחיל בהתמחות מתוך מגמה לקבל רישיון לעריכת דין.

על פי בית המשפט קמא, נטילת רישיון עריכת דין, פגיעה בו, בין זמנית ובין קבועה, או קבלתו, בכל הנוגע להרשעה בפלילים, נתונות לשיקול דעתה של לשכת עורכי הדין. לא אחת פסק בית המשפט העליון כי מקום בו מדובר בעניין הנתון לשיקול דעת הגורם הרלוונטי, אין להתערב בשיקול דעת זה בדרך של ביטול ההרשעה. עוד נפסק כי אפילו עומדת תעסוקתו העתידית של נאשם בסכנה, בשל אופי עיסוקו וטיב מקצועו, הרי שאם האינטרסים הציבוריים מחייבים את הרשעתו, אין מקום בשל אותו עיסוק לסיים את ההליך ללא הרשעה בדין.

92. לאור האמור, בהתחשב בכך שהאינטרסים הציבוריים אינם מאפשרים להימנע מהרשעה בנסיבות דנן, ומשלא מצא בית המשפט קמא כי שיקולי תעסוקה או שיקום עתידי גוברים על שיקולים אלה, נדחתה בקשת המערערים לביטול הרשעתם.

93. באשר לעונש שיש להשית על המערערים, בית המשפט קמא עמד על כך שהגם שמדובר בארבע עבירות בהן הורשע כל אחד מהמערערים, והגם שהן בוצעו בשתי הזדמנויות שונות, לצורך קביעת מתחם העונש נכון להתייחס אליהן כאל אירוע אחד.

94. בית המשפט קמא קבע כי נוכח חומרת העבירות ולאור הענישה הנוהגת כפי שהוצגה לו על ידי שני הצדדים, מתחם הענישה הראוי נע בין מאסר מותנה למאסר בפועל קצר בן מספר חודשים שניתן לרצותו בדרך של עבודת שירות.

95. אל מול חומרת המעשים והאינטרס הציבורי כאמור, שקל בית משפט לקולא את נסיבותיהם האישיות של המערערים. כך, והגם שלאור מעמדו ותפקידו של המערער יש לזקוף לחובתו את ביצוע המעשים, מצא לנכון בית המשפט קמא לזקוף לזכותו את תרומתו רבת השנים למוסד לשכת עורכי הדין, לעורכי הדין, לבאי בית המשפט ולחברה כולה.

אשר למערערת, בית המשפט קמא ציין כי מדובר באישה צעירה, שסיימה את לימודיה בהצטיינות ומקווה להמשיך ולהתפתח באופן אישי ומקצועי. בשנים אלה בנתה משפחה.

בית המשפט קמא ציין כי עברם של שני המערערים נקי וזו הסתבכותם הראשונה, ואף לקח בחשבון את חלוף הזמן הרב מאז ביצוע המעשים כן את העובדה כי מעשי המערערים מצויים ברף התחתון של מעשים

מעין אלה.

96. בית המשפט קמא סיכם כי קיימת חשיבות רבה בעצם הרשעתם של המערערים, באופן שיש בו כדי לשרת את האינטרסים הציבוריים, את מידת ההוקעה ממעשיהם ואת הרתעת הרבים, והשית על המערערים את העונשים כמפורט לעיל.

טענות המערערים

97. המעשים בהם הורשעו המערערים, בוודאי בראי נסיבותיהם האישיות ומשלח-ידם, עולים כדי מקרה מובהק וייחודי המצדיק אי הרשעה.

98. על פי הפסיקה, בין שני מבחני הלכת **כתב** מתקיימת "מקבילית כוחות", ונוכח קביעת בית המשפט קמא עצמו בגזר הדין כי מעשי המערערים מצויים ברף התחתון של מעשים מעין אלה, האיזון שערך בית המשפט קמא בין השיקולים השונים היה שגוי.

99. באשר לחומרת העבירה, בתי המשפט ביטלו לא פעם הרשעה ביחס לנאשמים שהורשעו בעבירות קבלת דבר במרמה גם בנסיבות מחמירות מאלו של המערערים.

במקרה דנן מדובר בדרגת חומרה הנמוכה ביותר, שכן כניסתה ויציאתה של המערערת עם כרטיס הגייט פאס של המערער לא פגעה בביטחון האישי והציבורי, בהיותה זכאית להיכנס ולצאת מישראל.

100. עיון בפסיקה מלמד על נכונות מוגברת להימנע מהרשעה בביצוע עבירות של מעבר גבול שלא כדין, כולל בעבירות של קבלת דבר במרמה, וזאת גם בנסיבות חמורות בהרבה מאלה האופפות את מעשי המערערים.

101. העובדה שהעבירות בוצעו על ידי המערערים על רקע נסיבות אישיות, לנוכח סכסוך גירושין קשה ואגב סערת רגשות, יכלה להצדיק אי העמדה לדין, קל חומר אין לראות בה נסיבה לחומרה. המערערים הפנו בהקשר זה לבג"ץ 6486/11 **רטהאוז נ' היועץ המשפטי לממשלה** (13.1.2013).

102. אשר לקביעת בית המשפט קמא כי המערערים לא נטלו אחריות על מעשיהם, יודגש כי המערערים

מעולם לא הכחישו את ביצוע המעשים, כאשר הדיון בבית המשפט קמא התרכז בשאלת המשמעות המשפטית של היציאה והכניסה שלא כדין. המדובר בטענות לגיטימיות ואין לראות בכך אי לקיחת אחריות. המערערים הביעו צער וחרטה על מעשיהם כבר בשלב החקירה, וחזרו על כך גם בעדויותיהם בבית המשפט.

103. בית המשפט קמא שגה אף בקביעתו כי לא ניתן להתעלם ממעמדו ותפקידו של המערער בתקופה הרלוונטית כיו"ר לשכת עורכי הדין. על פי הפסיקה מעמדו ותפקידו של נאשם רלוונטיים רק כאשר קיים קשר בין העבירה למעמד ולתפקיד. ממילא שיקול זה אינו רלוונטי למערער, ושונות זו בין המערערים, לא קיבלה כל התייחסות בהחלטת בית המשפט קמא.

104. בית המשפט קמא לא נתן די משקל לשיקולים הרלוונטיים הבאים, המטים את הכף אל עבר אי ההרשעה: המדובר בעבירה ראשונה ויחידה המיוחסת לשני המערערים; המעשים לא פגעו באף אדם, המדובר היה אך ורק בפגיעה בתקינות המרשם; אין כל סבירות להישנות העבירות, שכן המערערים הבהירו כי מדובר במעידה חד פעמית וברי כי לא יחזרו עליה; המעשים אינם מצביעים על דפוס עברייני, מדובר בהתנהגות מקרית שבוצעה מסיבות חד פעמיות לפני יותר מארבע שנים ומדובר בעבירה יחידה למערערים.

105. לצד האמור, עצם ההרשעה תפגע פגיעה חמורה בעתיד המערערים. לגבי המערער, ההרשעה מעמידה אותו בסיכון לעונש משמעותי מלשכת עורכי הדין, ואילו עבור המערער, ההרשעה מעמידה אותה בסכנה כי לא תתקבל כמתמחה וכחברה בלשכת עורכי הדין ועל כן לא תוכל כלל לעסוק במקצוע אותו למדה ובו היא שואפת לעסוק בעשרות השנים הבאות.

בית המשפט קמא שגה בקביעתו כי הנזק הקונקרטי והממשי לא הוכח. לצד הפסיקה הקובעת כי מקום בו קיים שיקול דעת של הגורמים הרלוונטיים לא מתגבש נזק קונקרטי, קיימת אף פסיקה לפיה החשש משלילת רישיון עריכת דין או קבלה ללשכה כן מעמידה נזק קונקרטי.

106. לגבי המערער, צוין כי בעקבות ההליך בבית המשפט קמא כבר החל הליך בירור משמעותי, כאשר ועדת האתיקה החליטה לעכב בירורה של התלונה עד לסיום ההליך הפלילי. ואילו במסגרת עתירה מנהלית שביקשה לחייב את פרקליט המדינה להגיש קובלנה נגד המערער בעניין, השיבה הפרקליטות כי יש להמתין עם ההחלטה עד לסיום ההליך הפלילי.

עוד הודגש כי בטיעונים לעונש טענה המשיבה כי אם המערער היה מכהן בתפקיד ציבורי, הייתה רואה לנכון לבקש שייקבע כי קיים קלון במעשיו, כאשר על פי סעיף 75 לחוק לשכת עורכי הדין קיימת אפשרות לפתוח בהליך משמעותי ולהטיל עונשים על עורך דין אם נמצא שבנסיבות העניין יש בעבירה משום קלון.

אשר למערערת, היא הייתה אמורה להתחיל התמחות, חבריה לספסל הלימודים מוסמכים בימים אלו, בעוד שהיא ממתנה לפסיקת בית המשפט. היא רוצה להתחיל את חייה ולהתמקצע במקצוע אותו למדה.

107. בפסיקה נקבע כי במקרה שבו נסיבות העבירות אינן חמורות, אי הנכונות להרשעה תגבר, גם אם לא הוכח נזק קונקרטי כתוצאה מההרשעה. בנסיבות העניין, בהתחשב בכך שמדובר בעבירה ראשונה ויחידה של המערערים, נוכח גילה הצעיר של המערערת שעתידה עדיין לפנייה והיא בתחילת דרכה המקצועית, בשים לב ל"מקבילית הכוחות" הקיימת בין שני מבחני הלכת **כתב**, היה מקום שלא להרשיע את המערערים.

108. יש לדחות את טענות המשיבה לעניין החמרת הענישה, שכן מדובר היה ברף הנמוך של העבירות הקשורות במעבר הגבול, בהתחשב בעובדה שהמערערים הם אזרחים ישראלים שלא הייתה מניעה לכניסתם וליציאתם את גבולות המדינה.

109. אין להתערב בקביעת בית המשפט קמא כי מעשי המערערים מצויים ברף התחתון של עבירות מסוג זה. אין הצדקה לערעור המשיבה בנושא החמרת הענישה, שכן בנסיבות העניין לא קיימת כל סטייה קיצונית מרמת הענישה הראויה.

טענות המשיבה

110. באשר לשאלת ההימנעות מהרשעה לא נפלה כל שגגה בפסיקת בית המשפט קמא, אשר מצא כי שני תנאי הלכת **כתב** אינם מתקיימים במקרה דנן.

111. המדובר בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל שלוו בעבירות מרמה והונאה. מעשי העבירות כוונו נגד רשויות השלטון ופגעו ביכולתה של המדינה לפקח כריבון על יציאה וכניסה של תושביה. בית המשפט קמא הדגיש את החשיבות הרבה של הפיקוח בשדה התעופה על הבאים והיוצאים, את חשיבות המנהל התקין ותקינות התייעוד והרישום, כל זאת לשם הגנה על הביטחון האישי והציבורי.

112. בית המשפט קמא חזר בגזר הדין על קביעותיו בהכרעת הדין כי טענת המערערים לפיה מדובר בפעולה ספונטנית דינה להידחות, וכי המעשים בוצעו בהחלטה משותפת והיו פרי תיאום ותכנון מוקדם. כן יוחסה חשיבות לעובדה כי בחלוף שבועיים, בעת שובם לישראל, חזרו המערערים על אותה פעולה ממש.

113. אשר לתנאי הנוגע לקיומו של נזק הקונקרטי, הרי שבפסיקה נקבע באופן עקבי כי בנסיבות של הרשעה בדין, יוכל הגוף הרלוונטי להפעיל שיקול דעת ולקבוע מהי משמעותה לעניין העיסוק

במקצוע.

114. לא רק שאין מקום להקל בעונשם של המערערים ולסיים את ההליך ללא הרשעה כבקשתם, אלא שיש להחמיר בעונשם. בית המשפט קמא שגה עת קבע מתחם עונש שאינו עומד בהלימה ובהתאמה למספר העבירות בהן הרשיע את המערערים - שתי עבירות של קבלת דבר במרמה, שהעונש הקבוע לצדן הוא עד שלוש שנות מאסר, ושתי עבירות נוספות של יציאה וכניסה שלא כחוק, שהעונש הקבוע לצדן הוא עד שנת מאסר.

115. מתחם העונש ההולם בנסיבות העניין ראוי לנוע בין מאסר על תנאי ושל"צ לבין 7 חודשי מאסר שיכול וירוצו בעבודות שירות, בעוד שמתחם עונש המתחיל במאסר על תנאי, ללא כל רכיב ענישה מוחשי, כפי שקבע בית המשפט קמא, אינו יכול להלום הרשעה בכמות וסוג אלה של עבירות, כעולה ממדיניות הפסיקה הנוהגת.

116. אשר לנסיבות ביצוע העבירות, יודגש כי אין מדובר במעידה חד פעמית אלא בשני אירועים פליליים נפרדים. המערערים דבקו במעשיהם, גם לאחר הפרש זמנים ניכר בין שני האירועים. למערערים היו כשבועיים ימים להרהר במעשיהם הפליליים ביציאתם מהארץ, להתעשת ולחזור בהם מהדרך הפלילית בה בחרו, תוך בחירה להיכנס ארצה בדרך חוקית (גם במחיר חשיפת יציאתם האסורה). ואולם, הם בחרו לדבוק בדרך הפלילית גם בשלב החזרה ארצה.

כמו כן, אין מדובר במעשים נמהרים וספונטניים, שכן המערערים תיאמו ותכננו את מעשיהם ואלו היו כרוכים בתחכום ובמרמה, הן בשלב היציאה מהארץ והן בשלב הכניסה אליה.

117. המעשים בוצעו לשם השגת תועלת אישית, ונעשו באופן מושכל ומחושב, בקשר ברור וישיר להליך הגירושין שהתנהל בין המערער לפרודתו. חששם של המערערים היה שתיעוד הנסיעה המשותפת יזיק להם בקשר עם הליך הגירושין.

אלמלא התגלו מעשי המערערים, היה אף עלול להיגרם נזק למרשם המעברים התקין במדינה.

118. לאור כל האמור, שגה בית המשפט קמא עת קבע כי מדובר ברף התחתון של המעשים ואף קבע מתחם ענישה נמוך, בעוד שהרף המינימלי צריך להיות שמור למקרים קלים יותר.

119. כן שגה בית המשפט קמא שעה שלא נתן לשיקולים לחומרה די משקל בקביעת עונשם של המערערים בתוך המתחם.



אף על פי שבית המשפט קמא קבע במפורש בגזר דינו כי קיימים שיקולים לחומרה, בהם - העדר נטילת אחריות, הצורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע מעשים דומים, מעמדו הציבורי של המערער ונורמות ההתנהגות הצפויות ממנו - בפועל הוא גזר את עונשם של המערערים בתחתית המתחם, במקום לגזור את עונשם באמצע המתחם, כעמדת המשיבה, למאסר שניתן לריצוי בעבודות שירות.

120. המערערים התנערו מאחריות פלילית למעשיהם וניהלו משפט ממושך במשך מספר שנים. התנהלות זו אינה מאפשרת לגזור את עונשם בתחתית המתחם שנקבע. תחתית מתחם העונש ההולם ראויה להישמר לנאשמים שלוקחים אחריות מלאה על מעשיהם.

121. לא ניתן להתעלם ממעמדו הציבורי הרם של המערער בעת ביצוע העבירות, ונסיבה זו ראויה הייתה להישקל לחומרה בעת קביעת העונש בתוך המתחם. המערער היה אז יו"ר לשכת עורכי הדין, דמות בכירה בעולם המשפט, סמל של שלטון החוק. לכן היה עליו להביא בחשבון שאם הוא מבצע עבירה פלילית, קל וחומר כלפי הרשויות, הוא פוגע פגיעה יתרה באמון הציבור. כך לפיכך צורך מובהק להרתיע את הרבים ולהוקיע את המעשים.

122. בנסיבות העניין קמה, אפוא, הצדקה להתערב הן במתחם העונש שנקבע והן בענישה הקונקרטי שהושתה, בהיותם מקלים באופן מופרז.

דין והכרעה

123. לאחר ששקלנו את טענות הצדדים בערעורים על גזר הדין הגענו לכלל מסקנה לפיה דין שני הערעורים גם יחד להידחות.

124. כידוע, הכלל הוא כי ערכאת הערעור אינה גוזרת מחדש את עונשו של המערער אלא בוחנת את סבירותו. התערבותה של ערכאת הערעור שמורה למקרים חריגים בלבד, בהם ניכרת סטייה של ממש ממתחם הענישה ההולם, או למקרים בהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין (ראו: ע"פ 8207/19 אליהו נ' מדינת ישראל (13.7.2020); ע"פ 4678/18 אנופרייב נ' מדינת ישראל (23.1.2019); ע"פ 9147/17 אבו עביד נ' מדינת ישראל (20.9.2018); ע"פ 3023/14 פלוני נ' מדינת ישראל (2.6.2015); ע"פ 2918/13 דבס נ' מדינת ישראל (18.8.2013)). איננו סבורים כי המקרה שבפנינו נופל בגדר מקרים חריגים אלה, משלא מצאנו שנפל פגם בגזר דינו של בית משפט קמא, המצדיק את התערבותנו. להלן נימוקינו.

סוגיית ההימנעות מהרשעה

125. על פי העיקרון המשפטי הנוהג, קיומה של אחריות בפלילים לביצוע עבירה מחייב הרשעה וענישה כחלק מאכיפת הדין, כנגזר ממטרות הענישה וכנדרש מיישום עקרון שוויון הכל בפני החוק. משכך, אך במקרים חריגים יימנע בית המשפט מהרשעתו של מי שנמצא אשם בפלילים.

ראו את שנפסק ברע"פ 11476/04 מדינת ישראל נגד חברת השקעות דיסקונט בע"מ (14.4.2010):

"בהתקיים אחריות פלילית, סטייה מחובת הרשעה וענישה היא, על כן, ענין חריג ביותר. ניתן לנקוט בה אך במצבים נדירים שבהם, באיזון שבין הצורך במימוש האינטרס הציבורי באכיפה מלאה של הדין, לבין המשקל הראוי שיש לתת לנסיבות האינדיבידואליות של הנאשם, גובר בבירור האינטרס האחרון. כאשר מתקיים חוסר איזון נוקב בין העניין שיש לציבור באכיפת הדין, לבין עוצמת הפגיעה העלולה להיגרם לנאשם מהרשעתו וענישתו, עשוי בית המשפט להשתמש בכלי הנדיר הנתון בידו ולהימנע מהרשעת הנאשם".

ראו גם: רע"פ 4079/10 אימן ג'בשה נ' מדינת ישראל (23.8.2010); ע"פ 1042/03 מצרפס שותפות מוגבלת בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 721 (2003); רע"פ 1189/06 בר-לב נ' מדינת ישראל (12.9.2006); ע"פ 9150/08 מדינת ישראל נ' ביטון (23.7.2009) (להלן: "עניין ביטון").

126. על פי הפסיקה, שני פרמטרים עיקריים ייבחנו לצורך קבלת ההחלטה שלא להרשיע נאשם בעבירות שנקבע כי ביצע: האחד, סוג העבירה, חומרתה ונסיבותיה והאם אפשר בנסיבות אלה לוותר על ההרשעה מבלי שהדבר יפגע באופן חמור באינטרס הציבורי שיש בהרשעה; השני, נסיבותיו האישיות של הנאשם והפגיעה הצפויה לו והאם הנזק הצפוי להיגרם לו עקב ההרשעה הינו כזה הפוגע בסיכוי שיקומו וחורג מהראוי בנסיבות העניין (ראו: הלכת כתב; רע"פ 6904/09, בלוח נ' מדינת ישראל (26.11.2009); רע"פ 5579/10 דוד קריה נ' מדינת ישראל (2.8.2010); רע"פ 2777/11 פלונית נ' מדינת ישראל (16.10.2012); ע"פ 8528/12 אלירן ציפורה נ' מדינת ישראל (3.3.2013); רע"פ 2180/14 שמואלי נ' מדינת ישראל (24.4.2014)).

הנה כי כן, על בית המשפט לבחון, ראשית, את השאלה האם סוג העבירה וטיבה, על רקע הנסיבות הקונקרטיות של המקרה, מאפשרים להימנע מהרשעה. בשלב השני, יידרש לשאלה האם עצם ההרשעה עלולה לפגוע "פגיעה חמורה" בשיקומו או בעתידו של הנאשם, כאשר על בית המשפט להשתכנע "כי הפגיעה הקשה שתיגרם לנאשם בעטייה של הרשעה, אינה שקולה כלל ועיקר לתועלת הציבורית המעטה שזו תניב" (עניין ביטון, בפסקה 7). במסגרת האינטרס הציבורי יינתן משקל ל"הרתעת היחיד והרבים, להעברתו של מסר המוקיע את דבר העבירה ואת מבצעו, ולהקפדה על מדיניות ענישה אחידה המקדמת את יסודות השוויון והוודאות" (עניין ביטון, שם).

על פי הפסיקה, בין שני הפרמטרים האמורים הנלקחים בחשבון לצורך בחינת שאלת אי ההרשעה מתקיימת מעין "מקבילית כוחות". משמע, ככל שמעשי העבירה חמורים יותר, כך אין להסתפק בפגיעה כללית ועתידית, אלא נדרשת פגיעה קונקרטית, ברורה ומוחשית יותר. ולהיפך - ככל שמעשי העבירה קלים יותר, כך ניתן להסתפק בפגיעה כללית יותר. כמובן שכל זאת בתנאי שמלכתחילה אכן מדובר בעבירה מהסוג ומהנסיבות שמצדיקות בחינת האפשרות לוותר על ההרשעה מבלי שהדבר יפגע באופן חמור באינטרס הציבורי.

127. במקרה דנן, בית משפט קמא בחן את טענות המערערים בדבר סיום ההליך ללא הרשעה על פי אמות המידה שנקבעו בפסקה ובדין קבע כי עניינם אינו נמנה עם המקרים החריגים ויוצאי הדופן המצדיקים זאת.

128. אנו רואים עין בעין עם בית משפט קמא כי סוג העבירות אותן ביצעו המערערים ונסיבות ביצוען אינן מאפשרות להימנע מהרשעתם, מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי ענישה אחרים.

כאמור לעיל, לא מצאנו לנכון להתערב בקביעות בית המשפט קמא במסגרת הכרעת הדין. המערערים הורשעו, כדין, בקבלת דבר מרמה בנוסף להרשעתם בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל. מעשי המערערים נעשו תוך מרמה והונאה כלפי רשויות השלטון, אגב פגיעה באינטרס הציבורי, והתפרשו על פני שני אירועים נפרדים, בהפרש זמנים משמעותי, הן ביציאתם את הארץ, והן בחזרתם. לא נכון, אפוא, לראות במעשים אלו כ"טעות נקודתית" או "טעות רגעית בשיקול הדעת". המערערים עברו את העבירות בעת יציאתם, ושוב וביצעו אותן עבירות בעת חזרתם.

129. במעשיהם פגעו המערערים ביכולת הפיקוח של המדינה על הנכנסים ועל היוצאים משעריה ובתקינות המרשם. גם אם בדיעבד התברר שלא הייתה מניעה ליציאתה של המערערת את הארץ (דבר שלא היה ידוע מראש, ולא נבדק), הרי שעצם ההימנעות מרישום הנסיעה המשותפת, וממילא מניעת האפשרות לבדוק קיומה של מניעה ליציאה, אין להחשיבה כמעשה מינורי, כטענת המערערים. על זאת יש להוסיף כי משעה שהמערערת יצאה מהארץ ללא רישום במרשם, ממילא הייתה מנועה להיכנס לארץ בדרך הרגילה ובאמצעות הצגת דרכונה.

משכך, איננו סבורים כי סוג העבירות בהן הורשעו המערערים, מידת חומרתם והנסיבות הנוגעות אליהן, מאפשרים את ביטול ההרשעה, מבלי שייפגע באופן חמור האינטרס הציבורי בהרשעה. מדובר בעבירות המחייבות הוקעה ממשית, כפי שקבע בית משפט קמא.

130. המערערים הפנו לפסיקה, שלדבריהם מלמדת על מקרים בהם בוטלו הרשעות נאשמים בעבירות קבלת דבר במרמה גם בנסיבות מחמירות משלהן, ואולם המדובר היה שם בנסיבות שונות לחלוטין.

בע"פ (מחוזי ירושלים) 2305/08 **בר נחום נ' מדינת ישראל** (19.6.2008) ביטל בית המשפט המחוזי את הרשעתה של מי שהואשמה יחד עם בעלה לשעבר בביצוע עבירה של זיוף ועבירה של קבלת דבר במרמה, בשל הגשת קבלות מזויפות ואישורים מזויפים לפיהם רשומים המערערת, בעלה לשעבר וילדיהם בחוגים שונים המזכים אותם בהחזר כספי מהקרן של הבנק בו עבד הבעל. בית המשפט ייחס חשיבות לכך שתפקידה של המערערת בביצוע העבירות היה משני, לעובדה כי המערערת סבלה מתוקפנות, ניצול והשפלה מצד בעלה והוכרחה לציית לו, בין היתר בביצוע העבירה, והדגיש כי המערערת לא הפיקה כל תועלת אישית מביצוע העבירה. נימוקים אלה, לצד נסיבותיה האישיות הלא פשוטות של המערערת, היטו

באותו המקרה את הכף אל עבר הימנעות מהרשעה באופן חריג.

בדומה, ברע"פ 658/01 כהן נ' **מדינת ישראל** (11.10.2001) ביטל בית המשפט העליון, לא בלי היסוס, כך נכתב, את הרשעת המערערים בעבירות קשירת קשר לביצוע פשע, קבלת דבר במרמה, מסירת ידיעה כוזבת וניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות, של מי שהיו נערים ופוטו על ידי נוכל להציג מצגי שווא בפני בית חולים, המשטרה וחברות ביטוח, לשם קבלת כספים במרמה מחברות ביטוח עקב תאונת דרכים שכלל לא ארעה. בית המשפט העליון הדגיש, בין היתר, בפסיקתו כי בעת המעשים היו הנאשמים צעירים, כבני 18, ללא עבר פלילי, לוחמים מסורים בצה"ל.

בע"פ 35782-06-10 (מחוזי חיפה) **מדינת ישראל נ' פרסין** (31.10.2010) נמנע מבית המשפט המחוזי מלהתערב בגזר דינו של בית משפט השלום שביטל הרשעתו של נאשם שהודה והורשע בקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות ובזיוף מסמך והצגתו בנסיבות מחמירות, בגין כך שרימה את העירייה בהצגת מסמכים פיקטיביים לשם קבלת הנחה בארנונה. בית המשפט המחוזי מצא כי בית המשפט השלום פעל "בתוך המסגרת" - גם אם קרוב "לקצה" והביא בחשבון את נסיבותיו המיוחדות של המקרה, בהן חלוף הזמן המשמעותי, הודאה וחרטה, תשלום כל החוב לעירייה, גילו המתקדם של המשיב, העדר עבר פלילי, בריאות לקויה ועוד.

בת"פ (שלום תל אביב-יפו) 26183-09-17 **מדינת ישראל נ' חנונו** (9.12.2019) בוטלה הרשעתו של נאשם שהודה והורשע בניסיון קבלת דבר במרמה, לאחר שבית המשפט פסק כי העבירה בה הורשע היא ברף הנמוך וכי הנאשם הצביע על פגיעה קשה וממשית בו, בסביבתו הקרובה, בעתידו התעסוקתי ובשיקומו.

עינינו הרואות כי המדובר במקרים עם נסיבות יוצאות דופן, השונות מהותית מעניינם של המערערים, שביצעו את המעשים בגינם הורשעו לא פעם אחת אלא פעמיים, ובצוותא, תוך שיתוף פעולה מלא ולאחר תכנון מוקדם.

131. אף הפסיקה שהציגו המערערים לגבי הימנעות מהרשעה בעבירות של מעבר גבול שלא כדין, שונה מהותית מעניינם.

כך, בת"פ (שלום ראשון לציון) 56403-03-18 **מדינת ישראל נ' נאסר** (19.10.2020), המדובר היה בביטול הרשעתו של מי שהורשע בסיוע להפרת הוראות סעיף 77 לחוק הכניסה לישראל, לפי סעיף 12(4) לחוק הכניסה וסעיף 31 לחוק העונשין, ללא עבירות נלוות של קבלת דבר במרמה, ובית המשפט השלום הדגיש כי מדובר היה באירוע רגעי יחיד ולא מתוכנן.

בת"פ (שלום ראשון לציון) 29763-11-18 **מדינת ישראל נ' מוקוסייב** (27.1.2020) בוטלה הרשעתו של מי שהורשע בעבירות של סיוע לכניסה לישראל שלא כחוק לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל וסעיף

31 לחוק העונשין וכן סיוע לקבלת דבר במרמה לפי סעיף 415 רישא וסעיף 31 לחוק. בית המשפט השלום מצא שם כי הנאשם לא תכנן את ביצוע העבירות מבעוד מועד, אלא ביצען משום שנכנע ללחץ רגשי שהפעיל עליו הנתין הזר, שביקש ממנו לסייע לו להיכנס לישראל כדי לבקר את אמו החולה. זאת, מבלי שקיבל תמורה בגין מעשיו. בית המשפט המחוזי לא התערב בקביעות אלו, שכן ערעור המדינה על גזר הדין נדחה בהסכמה (עפ"ג (מחוזי מרכז) 15061-03-20 **מדינת ישראל נ' מוקוסייב** (20.7.2020)).

בת"פ (שלום ראשון לציון) 20161-10-20 **מדינת ישראל נ' אמלמליח** (8.6.2021), נמנע בית המשפט השלום מהרשעתם של שני נאשמים שהורשעו בהפרת הוראות חוק הכניסה לישראל ובעבירת סיוע, תוך שהוא מכבד הסדר שגובש עם המדינה בהתבסס על נסיבות חריגות ובעיקר קושי ראייתי משמעותי.

132. המשותף, אפוא, לכלל המקרים בהם בוטלה ההרשעה הוא כי מדובר באירועים רגועים וחד פעמיים (להבדיל משני אירועים נפרדים כבענייננו), כי העבירות לא היו פרי תכנון מוקדם, וזאת לצד שיקולים פרטניים נוספים כמו קשיים ראייתיים, הפעלת לחץ מצד אחר וכדומה. בנוסף, בחלק ניכר מהפסיקה אליה הפנו המערערים מדובר היה בעבירות על חוק הכניסה לישראל בלבד, ללא עבירות מרמה נלוות או בעבירות ניסיון או סיוע למבצע העיקרי בלבד.

133. לא זאת בלבד שנסיונות ביצוע העבירות הקונקרטיות אינן תומכות בביטול הרשעה, הרי שבשונה מהמקרים אליהם הפנו המערערים ושאוזכרו לעיל, במקרה דנן פסק בית המשפט קמא כי לא הוכח נזק וודאי כפועל יוצא מההרשעה, באופן שיצדיק את הטיית כף המאזניים לטובת אי הרשעתם.

134. בית המשפט קמא לא מצא לנכון לקבוע מסמרות בנוגע לנטילת רישיון עריכת דין עקב ההרשעה בפלילים, בהדגישו את שיקול דעתה של לשכת עורכי הדין בעניין. אכן, ברע"פ 5018/18 **בוזגלו נ' מדינת ישראל** (21.10.2018) פסק בית המשפט העליון בעניינו של נאשם שלמד רפואה, כי "**גם אם עלולה להיפגע יכולת המבקש לשמש כרופא בעתיד, צדק בית משפט קמא בכך שהותיר את הדין בדבר בידי הגורם המוסמך**", שכן "**הדבר עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי שכן משנמצא כי אדם ביצע עבירה פלילית שעלולה להשפיע על כשרותו לעסוק במקצוע מסוים מן הראוי כי הדבר יבחן על ידי הגורמים המתאימים**".

המערערים הציגו מנגד מספר פסקי דין בהם פסקו ערכאות נמוכות כי חשש משלילת רישיון עריכת דין, או מקבלה להתמחות והסמכה כעורך דין, מלמדת על קיומו של נזק קונקרטי, כגון - ת"פ (שלום פתח תקווה) 16749-11-08 **משטרת ישראל נ' ע' ז' כ'** (16.5.2013); ת"פ (שלום תל אביב) 40193/00 **מדינת ישראל נ' אסרף** (1.7.2001); ת"פ (שלום ירושלים) 45988-02-12 **מדינת ישראל נ' סייף** (29.12.2014). יחד עם זאת, אף אם היינו נכונים להניח כי עצם ההרשעה בדין תוביל לפגיעה קונקרטית במערערים, עדיין אין די בכך כדי להוביל למסקנה לפיה בנסיבות העניין נזק זה הוא בלתי מידתי ביחס למידת הנזק שייגרם לאינטרס הציבורי בשל ביטול ההרשעה בעניינם.

לשון אחר, לשם הימנעות מהרשעת המערערים נדרשים, כאמור, להתקיים שני תנאים. שני תנאים אלה הם מצטברים, כך שאף תחת ההנחה בדבר קיומו של נזק קונקרטי, איננו סבורים כי ניתן לוותר במקרה דנן על ההרשעה, מבלי שיהיה בכך לפגוע באופן חמור באינטרס הציבורי.

135. המערערים ביקשו לטעון כי ביצוע עבירות על רקע נסיבות אישיות הנוצרות בסכסוך גירושין קשה, עשוי להצדיק אף אי העמדה לדין, אלא שפסק הדין עליו ביססו את טענתם - בג"צ 6486/11 **רטהאוז נ' היועץ המשפטי לממשלה** (31.1.2013) - עסק בעיקרו במעשים שנגעו למערכת היחסים המשפחתית ולא בעבירות כלפי רשויות המדינה. בצדק ייחס בית המשפט משקל לחומרה דווקא לעובדה שהעבירות נבעו ממניעים האישיים של המערערים ונועדו להשיג רווח עבורם, שמשמעותו הסתרת הנסיעה המשותפת לחו"ל בעת סכסוך הגירושין בעיצומו.

136. מצאנו לנכון לדחות אף את טענת המערערים לפיה יש לראותם כמי שנטלו אחריות מלאה על מעשיהם. צדק בית המשפט קמא עת קבע כי משעה שעל אף הודאתם בעצם ביצוע המעשים, הם ביכרו לנהל הליך הוכחות ארוך, לא ניתן להצדיק הקלה בענישה השמורה למי שמודה ובוחר שלא לנהל משפטו.

137. אף את ניסיון המערערים למזער מחומרת מעשיהם תוך התבססות על כך שלא הייתה בנסיבות העניין פגיעה באינטרס ציבורי ממשי, אלא אך פגיעה ב"תקינות המרשם", יש לדחות. כפי שצינו לעיל, האינטרס הרלוונטי במקרה דנן אינו רק תקינות המרשם, כי אם שיקול דעתה של ביקורת הגבולות, ובהקשר זה יש להביא בחשבון את פוטנציאל הנזק כתוצאה מפגיעה ביכולת הפיקוח של המדינה על המעברים, שהוא בעל חשיבות רבה.

138. ולבסוף, אף מצאנו לנכון לדחות את טענת המערערים לפיה לא היה מקום להתחשב במעמדו ובתפקידו הציבורי הרם של המערער בעת בחינת האינטרס הציבורי בהרשעה, וזאת מאחר שאין מדובר בעבירות שיש קשר בין לבין מעמד ותפקיד זה.

סבורים אנו כי משעה שמדובר במי שעומד בראש לשכת עורכי הדין, כל עבירה על החוק, כל עבירה, קלה כחמורה, "קשורה" לתפקיד זה. אמון הציבור במערכת המשפט, לרבות עורכי הדין המהווים חלק בלתי נפרד הימנה, נפגע, לא רק אם עורך דין, ובוודאי מי שעומד בראש כלל עורכי הדין, מבצע עבירה הקשורה לתפקידו כעורך דין, אלא גם אם עבר כל עבירה אחרת על החוק אותו הוא נדרש לכבד ולשמור מכל משמר. וכפי שהיטיב לציין בית משפט קמא: **"כרום מעמדו ותפקידו של הנאשם [המערער], כך גם הציפיה הציבורית ממנו לנורמות התנהגות ראויות וללא רבב, כמו גם ציפיה להיותו דוגמה ומודל לאחרים"** (עמ' 8 לגזר הדין).

מתחם הענישה והעונש בתוך המתחם

139. באשר לעונשם של המערערים, בית המשפט קמא סקר את נסיבות המעשים ואת הפסיקה הנוהגת, וקבע מתחם ענישה הנע בין מאסר מותנה למאסר בפועל קצר בן מספר חודשים בדרך של עבודת שירות. בית המשפט גזר על המערערים עונש בתחתית המתחם, דהיינו בעיקרו של דבר עונש הצופה פני עתיד. לטענת המשיבה, טעה בית משפט קמא בקביעת המתחם ובקביעת מקומם של המערערים בתוך המתחם, והיא עותרת כי נטיל על המערערים עונש מוחשי בדמות מאסר בעבודות שירות.

בהביאנו בחשבון את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, איננו סבורים כי קביעותיו אלו של בית משפט קמא באשר למתחם ולמיקומם של המערערים בתוך המתחם, מצדיקות את התערבותנו.

140. איננו מתעלמים מטענת המשיבה לפיה קיימים מקרים שנסיונותיהם חמורות פחות מהמקרה שבפנינו, כפי שאף עלה מסקירת הפסיקה בעבירות דומות לעיל. ואכן, במקרים אחרים בוצע מעשה אחד של כניסה לישראל או יציאה מישראל, ואילו במקרה שלנו בוצעו שני מעשים, הן ביציאה והן בכניסה, תוך קיומו של הפרש זמנים בין המעשה האחד למשנהו. יתר על כן, במקרים אחרים לא ניתן היה להצביע על תחכום, או על תועלת ממשית מביצוע המעשה, להבדיל מהמקרה שלפנינו בו נקבע כי היה אינטרס למערערים להסתיר את נסיעתם המשותפת לחו"ל.

141. ועם זאת, קביעתו של בית משפט קמא לפיה תחילת המתחם היא בעונש הצופה פני עתיד, אינה חורגת במידה כזו מהמתחם הראוי והמקובל, באופן שיש בו כדי להצדיק התערבותה של ערכאת הערעור. **ראשית**, משום שניתן בהחלט להעלות על הדעת מקרים שבהם גם הנסיבות המחמירות שתוארו לעיל, מצדיקות ענישה צופה פני עתיד, ובוודאי שאין מקום לכבול את שיקול דעתו של בית המשפט בעניין זה. **שנית**, מפני שתפקידה העיקרי של ערכאת הערעור הוא לבחון האם העונש הסופי שהוטל על הנאשם הולם את המעשה ואת מיהות העושה, ולא דווקא את דרך הבניית הענישה בהתאם לתיקון 113 לחוק העונשין.

142. ואכן, כשם שלא ניתן להתעלם מהנסיבות לחומרה הנזכרות לעיל, כך, ובאותה מידה, אף לא ניתן להתעלם מהשיקולים לקולא שהובאו על ידי בית משפט קמא, ובכלל זאת, העדר כל עבר פלילי וחלוף הזמן מאז ביצוע העבירות. יתר על כן, בית משפט קמא זקף לזכותו של המערער את פועלו בלשכת עורכי הדין ואת תרומתו רבת השנים. אשר למערערת הדגיש בית משפט קמא כי מדובר באישה צעירה, שהצטיינה בלימודיה והיא נמצאת בתחילת דרכה המקצועית. מכלול שיקולים אלו הם שהביאו את בית המשפט קמא לגזור על המערערים עונש בתחתית המתחם שנקבע, ואיננו סבורים כי נפל פגם בשיקול דעתו זה של בית משפט קמא.

143. לכך יש להוסיף את הפגיעה הנגרמת למערערים בעצם הרשעתם. לעניין זה דומה כי דווקא מעמדו ותפקידו הציבורי של המערער והשפעת ההרשעה על מעמדו זה ועל המשך דרכו המקצועית, הם שמצדיקים את התוצאה הסופית אליה הגיע בית משפט קמא בכל הנוגע לעונש הסופי שהושת עליו. אשר למערערת, וכפי שציין בית משפט קמא, לא ניתן להתעלם מהעבודה כי מדובר במי שנמצאת

בתחילת דרכה המקצועית, וממילא מהשפעת ההרשעה גם עליה.

144. המשיבה טענה בהקשר זה כי בית המשפט קמא לא נתן משקל מספק לאינטרס הציבורי בהרתעת הרבים, נוכח מעמדו הציבורי הרם של המערער, ואולם דומה כי שיקול זה קיבל, כאמור, את המשקל הראוי במסגרת בחינת התנאי הנוגע לשאלת ההרשעה, דהיינו האם סוג העבירה ונסיבותיה מאפשרים להימנע מהרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי ענישה אחרים. ואכן, בהתחשב לא רק בעבירות בהן מדובר, אלא גם במעמדו ובתפקידו הציבורי הרם של המערער, לא ניתן להימנע מהרשעה, אך בצד זאת, נוכח הפגיעה הברורה שתגרם למערערים עקב ההרשעה, אין זה בלתי סביר להסתפק בענישה צופה פני עתיד.

145. בסופו של יום, התרשמותנו היא כי בית המשפט קמא ערך איזון מוקפד, ראוי ונכון בין כלל השיקולים הנוגעים לעניין, התחשב במידה הראויה הן בנסיבות הקשורות לעבירה והן אלה שאינן קשורות לעבירה, הן אלה לחומרה והן אלה לקולא, והעונש הסופי שהשית על המערערים אינו מצדיק, כאמור, את התערבותנו.

146. על יסוד האמור, אנו דוחים אף את הערעורים על גזר הדין.

147. בשולי הדברים נוסיף כי זמן קצר לאחר שניתנה החלטה בדבר המועד לשימוע פסק הדין, הוגשו לתיק בית המשפט בקשות רבות, כולן בנוסח זהה, שכותרתן "בקשה להטלת קלון על המערער". מאחר שסוגיית הקלון לא נדונה בערעור, ממילא שאיננו נדרשים לבקשות אלו.

ניתן היום, ח' סיוון תשפ"ג, 28 מאי 2023, במעמד המערערים וב"כ עוה"ד בועז בן צור, כרמל בן צור, גיא רווה וב"כ המשיבה עו"ד שרה טל.

זהבה בוסתן, שופטת עמיתה

שמואל בורנשטיין, שופט

מיכל ברנט, שופטת בכירה