

הנחיה מס' 9.11 – ריצוי מאסר בעבודת שירות על ידי נתין זר	הנחיית פרקליט המדינה
כא תמוז תש"פ, 14 יולי 2020	22 פברואר 1998; 1 ינואר 2003

## 9.11 ריצוי מאסר בעבודת שירות על ידי נתין זר

מטרת הנחיה זו להציג את עמדת הפסיקה באשר לסמכות בית המשפט להטיל עונש של מאסר בעבודת שירות על מי שאינו אזרח או תושב ישראל (להלן – נתין זר), ולהתוות את מדיניות התביעה באשר להטלת עונש של מאסר בעבודת שירות על נתין זר.

### א. סמכות בית המשפט

1. כאשר הנאשם הוא נתין זר, הטלת עונש מאסר לריצוי בעבודת שירות יוצרת, מניה ביה, חוסר התאמה בין דיני ההגירה ובין החוק הפלילי. אם הנתין הזר שוהה בארץ שלא כדין, הרי שיש בעונש זה כדי ליתן לו מעין "אישור שהייה", אף אם אישור זה נועד "רק" כדי לאפשר לו לרצות את העונש שהוטל עליו. גם אם הנתין הזר שוהה בארץ כדין, עשויה להתעורר בעיה זאת. שכן, במקרים רבים, עצם ביצוע העבירה יצדיק את גירושו מן הארץ בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

2. לאור זאת, התעוררה השאלה האם יש לבית המשפט סמכות להטיל עונש מאסר בעבודת שירות על נתין זר, בין שהוא שוהה בארץ כדין ובין שהוא שוהה שלא כדין. בע"פ 8881/17 ראנסינגה נ' מ"י קבע בית המשפט העליון מפורשות כי סמכות זאת קיימת:

**"לבית המשפט עומדת סמכות להורות על כך שעונשו של נתין זר ירוצה בדרך של עבודות שירות, וכי במקרה בו הוא מורה לממונה על עבודות שירות לבחון את התאמתו של נאשם לביצוע עבודות שירות, מחויב הממונה על עבודות שירות לבחון זאת על בסיס בחינת התאמתו האינדיווידואלית של הנאשם לביצוע עבודות שירות."**

3. יוער, כי לעיתים עלולות להתעורר בעיות פרקטיות במסגרת חוות הדעת של הממונה על עבודת השירות, הנוגעות להשמתו של הנתין הזר, כגון היעדר נכונות של מקומות עבודה להעסיקו. עם זאת, אלו שאלות הנוגעות להשמת הנאשם הספציפי, ולא לעצם סמכותו של בית המשפט להורות על ריצוי עונש המאסר בעבודת שירות. בהקשר זה יוזכר, כי על פי פסיקת בית המשפט העליון, "הסמכות להחליט על ריצוי עונש המאסר בעבודות שירות מסורה באופן בלעדי לבית המשפט והוא אינו כבול להמלצת הממונה" (בג"ץ 7023/11 אל אטרש נ' הממונה על עבודות שירות; כן ראו לעניין זה ע"פ 779/08 מוסלי נ' מ"י).

### ב. מדיניות התביעה לעונש

4. המדיניות שתתואר להלן רלבנטית הן למקרים בהם לנתין הזר אין כעת או לא היו מעולם אשרת שהייה בארץ או רישיון ישיבה בתוקף, והן למקרים בהם האשרה או הרישיון בתוקף

הנחיה מס' 9.11 – ריצוי מאסר בעבודת שירות על ידי נתין זר	הנחיית פרקליט המדינה
כא תמוז תש"פ, 14 יולי 2020	22 פברואר 1998; 1 ינואר 2003

במעמד מתן גזר הדין, אך נראה כי בעקבות ביצוע העבירה מושא התיק, רשות ההגירה והאוכלוסין תפעל לבטלם בהתאם לסמכותה לפי סעיף 11 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

5. ככלל, במקרים האמורים לעיל, המדינה לא תסכים לריצוי מאסר בפועל בעבודת שירות ותטען לאחד משני אמצעים עונשיים בלבד – או מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח, או מאסר על תנאי. זאת, משלושה טעמים עיקריים:

א. ראשית, יש לשאוף לפרשנות הרמונית של דיני ההגירה והדין הפלילי. אין לקבל מצב בו הדין הפלילי יאפשר לאדם להישאר בתחומי הארץ לשם ביצוע עבודת שירות, בעוד שלפי דיני ההגירה אין לו זכות לעשות כן ועליו להיות מורחק מישראל.

ב. שנית, במקרים רבים, ריצוי המאסר בעבודת שירות, להבדיל מריצוי מאחורי סורג ובריח, נובע משיקולי שיקומו של הנאשם. מטבע הדברים, כאשר מדובר בנתין זר, האינטרס של המדינה בשיקומו של הנאשם הוא קטן יותר. הקהילה, הקולטת את הנדון בתוכה במטרה לשקמו, לא תינהג מפירות שיקומו לאחר סיום עבודת השירות, שכן סביר כי הוא יגורש לארץ מוצאו.

ג. שלישית, כאשר מדובר בנאשמים תושבי אזור יהודה ושומרון (להלן – האזור), מתווספים לנימוקים אלה טעמים נוספים, ביטחוניים ואחרים, וראו לעניין זה חלק ג' להנחיה זו.

6. כן יוער, כי הטלת עונש מאסר בעבודות שירות על נתינים זרים השוהים בארץ שלא כדין, עשויה לעורר קשיים נוספים. כך, רבים משוהים בלתי חוקיים אלו אינם בעלי כתובת קבועה המאפשרת לאתרם ולפקח על ביצוע עבודות השירות. בנוסף, עקב העובדה שנאשמים אלה באו זה מקרוב לארץ, פעמים רבות לא יהיה למשטרת ישראל את המידע הנדרש לצורך מתן חוות דעת אודות התאמתו או אי התאמתו של הנאשם לביצוע עבודת שירות לפי סעיף 51(ב1)(1) לחוק העונשין.

7. למדיניות זו יהיו חריגים נדירים בלבד. כך, למשל, יכול להיות במקרה של מי שנמצא בהליכי קבלת רישיון שהייה וטרם קיבלו ולכן לא יהיה זה ראוי לגרשו בשלב זה (אך לא במקרה של מי שסורב כבר); כך במקרה של נתין זר שלא ניתן לגרשו למדינת המוצא ומשכך, הלכה למעשה, הוא גר בארץ באופן קבוע; או למשל, במקרה של תושב האזור הגר בתחומי הארץ שנים רבות, בלא מעמד מוסדר, אך זאת בלי שהרשויות פעלו לאכוף את הדין עליו, ולא מתקיימים בו הטעמים הביטחוניים והאחרים המצוינים בחלקה האחרון של הנחיה זו.

8. יודגש, כי העובדה שהעונש ההולם את המעשה לפי עקרון ההלימה הוא עבודת שירות, לא תשמש הצדקה לחרוג מהמדיניות האמורה. במקרה כזה, על התביעה להחליט האם לטעון למאסר קצר בפועל חלף עבודת השירות, או להסתפק במאסר על תנאי. כמוכך, גם במקרה זה,

הנחייה מס' 9.11 – ריצוי מאסר בעבודת שירות על ידי נתין זר	הנחיית פרקליט המדינה
כא תמוז תש"פ, 14 יולי 2020	22 פברואר 1998; 1 ינואר 2003

תעמוד לבית המשפט הסמכות לגזור על הנאשם עבודת שירות, ולא לקבל את עתירת המדינה לעונש.

### ג. נתינים זרים תושבי יהודה ושומרון

9. בנוסף לטעמים האמורים לעיל, הנכונים לנתינים זרים באשר הם, כשמדובר בנתינים זרים תושבי האזור, ישנם טעמים נוספים המחייבים שלא להסכים לריצוי עונש המאסר בדרך של עבודת שירות:

א. גזר דין הקובע כי נאשם תושב האזור ירצה את עונשו בעבודת שירות בישראל, מחייב לכאורה את רשויות הביטחון להנפיק לו אישור כניסה לישראל. ציווי מעין זה הוא בעייתי, שכן במישור המהותי יתכן כי קיימת מניעה ביטחונית במתן היתר כניסה לישראל לנאשם זה. לעתים רבות מדובר בנאשמים שמלכתחילה היו מנועי כניסה לישראל ונתפסו בשעת ביצוע עבירה בישראל, מבלי שיש ברשותם היתר כניסה תקף. מצב בו נאשם מנוע כניסה לישראל יקבל היתר כניסה רק משום שביצע עבירה בישראל הוא אבסורדי לכל הדעות.

ב. בנוסף, בהתחשב במוגבלות ההרתעה של הדין הישראלי על תושבי האזור, עקב קשיי האכיפה באזור, גובר החשש שאפשרות הכניסה לישראל תנוצל על ידי הנאשם לרעה לצורך ביצוע עבירות נוספות.

ג. כמו כן, יש לזכור כי במהלך ביצוע עבודת השירות לא חלים על הנאשם תנאים מגבילים כלשהם. משכך, יש חשש מובנה כי הנאשם יברח לתחומי האזור טרם ריצוי עבודת השירות או במהלכה, ולא ירצה בסופו של דבר את עונשו.

10. יוער, כי במקרה בו הורה בית המשפט על מתן חוות דעת של הממונה על עבודת השירות בנוגע לנאשם תושב האזור, הרי שככל שקיימת מניעה ביטחונית בעניינו, אמור להיות לכך ביטוי בחוות הדעת בחלק הנוגע להתאמתו של הנאשם לריצוי המאסר בעבודת שירות, בהתבסס על חוות דעת של שירות הביטחון הכללי. וראה בסעיף 51(ב)(1) לחוק העונשין:

"בחוות דעת הממונה יפורטו... התאמתו, אי-התאמתו או מגבלות על התאמתו של הנאשם לביצוע עונשו בעבודת שירות, נוכח **קיומו של יסוד סביר לחשש לפגיעה בגופו או בחייו של אדם**, לרבות בנאשם עצמו, אם יישא הנאשם את עונש המאסר בעבודת שירות; קביעת אי-התאמתו או מגבלות על התאמתו של הנאשם תתבסס על חוות דעת שקיבל הממונה, אם ניתנה כזו, מקצין משטרה שהסמיק לכך ראש אגף החקירות והמודיעין במשטרת ישראל, **עובד שירות הביטחון הכללי שהסמיק לכך ראש אגף החקירות בשירות הביטחון הכללי** או קצין בשירות בתי הסוהר שהסמיק לכך ראש חטיבת המודיעין בשירות בתי הסוהר, לפי העניין;"

הנחיה מס' 9.11 – ריצוי מאסר בעבודת שירות על ידי נתין זר	הנחיית פרקליט המדינה
כא תמוז תש"פ, 14 יולי 2020	22 פברואר 1998; 1 ינואר 2003

11. אם הנאשם, בא כוחו, או בית המשפט, מעלים טענת הפליה בין נאשמים תושבי יהודה ושומרון לבין נאשמים תושבי ישראל, יש לטעון כי אין מדובר בהפליה בין שווים, אלא בהבחנה בין שונים, שכן השוני בתושבות שבין נאשמים תושבי ישראל לנאשמים תושבי יהודה ושומרון הוא שוני רלוונטי בנסיבות העניין. חיזוק לעמדה זו ניתן למצוא בין היתר ברע"ב 3969/97 מ"י נ' אבו רביע חאלד, שם אישר בית המשפט העליון את החוקיות שבהבחנה בין אסירים תושבי ישראל לבין אסירים תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה, לגבי היבטים מסוימים של תנאי מאסרם.

12. יודגש כי ריצוי עונש של עבודת שירות בתחומי האזור אינו אפשרי. סמכות הממונה נובעת מכוח סימן ב' 1 לחוק העונשין. סמכות זו לא הורחבה מעבר לגבולות ישראל והיא איננה חלה באזור יהודה ושומרון.