



ת"פ 43290/03/16 - מדינת ישראל נגד נדאל שנאוי, חסן עודה, סנאן סלמאן (עציר) - נדון, מאמון נגאר (עציר) - נדון, אנור אבו לבדה (עציר) - נדון

בית משפט השלום בחיפה

18 אפריל 2016

ת"פ 43290-03-16 מדינת ישראל נ' שנאוי(עציר) ואח'

לפני כבוד השופט שלמה בנג'ו

המאשימה מדינת ישראל

נגד

הנאשמים

1. נדאל שנאוי (עציר)
2. חסן עודה (עציר)
3. סנאן סלמאן (עציר) - נדון
4. מאמון נגאר (עציר) - נדון
5. אנור אבו לבדה (עציר) - נדון

נוכחים:

ב"כ המאשימה: עו"ד רונן בנעים

ב"כ הנאשמים 1 ו-2: עו"ד פארס בריק - ס. ציבורית

הנאשמים 1 ו-2 בעצמם באמצעות יחידת הליווי

גזר דין

(בעניינם של הנאשמים מס' 1 ו-2)

כתב האישום:

הנאשמים הורשעו על פי הודאתם, בעבירה של **כניסה לישראל שלא כחוק** - עבירה לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל - תשי"ב - 1952.

לפי עובדות כתב האישום בהן הודו הנאשמים, ביום 16.3.16, בשעה 18:00 או בסמוך לכך, שהו הנאשמים, שהינם תושבי יהודה ושומרון, בעיר חיפה, וזאת מבלי שהיה בידם אישור כניסה ושהייה לישראל כדין.

טענות הצדדים:

ב"כ המאשימה עמד על חומרת מעשיהם של הנאשמים, הפנה להלכה הפסוקה בכל הנוגע לקביעת מתחם הענישה בעבירות מסוג זה, וטען, כי יש להטיל על הנאשמים, מאסר בפועל, משמעותי, בשים לב לעבירה שעברו, ובדגש על כך שעבירה זו נעברה, כאשר לשני הנאשמים מאסר מותנה בן 4 חודשים, אשר לא הרתיע אותם מלעבור את העבירה דנן

עמוד 1



פעם נוספת. לשיטתו של התובע המלומד, בנסיבות אלה, יש להפעיל את המאסרים המותנים במצטבר, לגבי כל אחד מהנאשמים, ולהטיל עליהם מאסר מותנה צופה פני עתיד, וכן קנס כספי.

מנגד, ב"כ הנאשם המלומד טען לחוסר הגינות של המשטרה. לטענתו, למשטרה הייתה אפשרות ממשית, לאתר את המעסיק שהעסיק את הנאשמים, אך היא לא עשתה כן. הנאשמים נתפסו בתוך אתר הבניה במהלך עבודתם בו. המשטרה נמנעה מלחקור ומלאתר את המעסיק. מדובר במחדל העולה כדי פגיעה בצדק ועל בית המשפט ליתן לכך ביטוי בבואו לשקול את עונשם של השניים. כמו כן, בנסיבות אלה, לא יהיה זה צודק להפעיל את המאסר המותנה הממושך התלוי ועומד כנגד הנאשמים.

אשר לטענות שהעלה הסניגור, בדבר חוסר הגינות מצד המשטרה, אשר לגישתו, לא חקרה די הצורך, ולא ביררה את זהות המעסיקים, וממילא לא הביאה אותם לדין. טען התובע, כי הנאשמים לא נתנו מספיק מידע למשטרה, על זהות המעסיק, ואף הנאשם 1, ציין בהודעתו במשטרה, כי מפקח העבודה לא העסיק אותם, והוסיף וטען, כי רק ישב באתר ולא עבד. החקירה כנגד המעסיק נמשכת ומכל מקום, נטען, כי ככל שהסניגור, מבקש לברר סוגיה זו, היה עליו לכפור בעובדות כתב האישום, על מנת להעלות טענות אלה, ולבררן לעיצומן. המאשימה מוכנה לביטול הכרעת הדין, ולחזרה מהודיה, אם ובמידה ייחפוץ בכך הסניגור. ברם, התובע סירב לבקשת הסניגור למסור לבית המשפט את תיק החקירה על מנת שבית המשפט יווכח אילו פעולות חקירה בוצעו לאיתור המעסיק והיכן עומדת החקירה נגדו, אם קיימת כזו.

דין והכרעה עונשית:

כניסה ושהייה בלתי חוקית בישראל, פוגעת בריבונותה של המדינה. כניסה אסורה לתוככי המדינה, טומנת בחובה אלמנטים של סיכון בטחוני פוטנציאלי לתושבי מדינת ישראל, והתקופה האחרונה תעיד, שעה ששוהים בלתי חוקיים, נכנסו לארץ, ופגעו באזרחים תמימים, חפים מכל פשע. סיכון כזה עלול להתממש, מקום בו חודרים למדינה זרים שלא בשעריה, שאז משטרת הגבולות, לא יכולה לפקח ולעמוד על טיבם של הנכנסים לתחומי המדינה.

מדיניות הענישה הנוהגת, בעבירה של כניסה ושהייה בלתי חוקית, נעה בין מאסר על תנאי ועד למאסר בפועל, למשך 5 חודשים, הכולל את המאסר המותנה, וקנס, שנע בין 0 ל-2,000 ₪. מתחם זה, כך נקבע, יפה למקרה בו **"נעברת לראשונה עבירת שב"ח לצרכי פרנסה, בהיעדר עבירות נלוות לה"** והוא בבחינת מתחם עונש הולם אחיד **"לנוכח הדמיון בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה במקרים השונים"** (רע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מדינת ישראל**, כב' השופט ס. ג'ובראן, שם, בפרק סיכום הביניים).

בקביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצעו הנאשמים, בית המשפט יתחשב בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה בה הורשעו, ובמידה בהן התקיימו. מדובר בנסיבות אשר להן השלכה על חומרת מעשה העבירה ואשם של הנאשמים (סעיף 40ט לחוק העונשין).

מנסיבות ביצוע העבירה הנלמדות מעובדות כתב האישום וטיעוני הצדדים, עולה, כי הנאשמים נכנסו לישראל ושהו בה שלא כחוק, למטרת עבודה ופרנסה. הנאשמים, נתפסו, כשהם שוהים ועובדים באתר בנייה בחיפה.

מהנתונים שבפני בית המשפט עולה, כי כניסתם של השניים לישראל, הייתה על אף קיומו של צו מאסר מותנה בן 4 חודשים, בגין עבירה זהה, אשר ריחף מעל לראשו של כל אחד משני הנאשמים. כלומר, חרף קיומו של עונש מאסר מושהה, ארוך טווח וממשי, לא מנע הדבר מהנאשמים, לחזור ולהפר את הוראות החוק.



נסיבות אלה, יש בהן כדי ללמד, כי לנאשמים אין מורא מהחוק ומבתי המשפט, וחרף אזהרה מפורשת, רבת עוצמה, ששוגרה לעברם על ידי בית המשפט, בדמות של מאסר מותנה ממושך לו יבצעו עבירה זהה בעתיד, לא היה בכך כדי להרתיעם מלעבור עבירה זו בשנית.

בנסיבות אלה, נוכח דרגת האשם הגבוהה שהפגינו השניים, והחזרתיות על העבירה, מתבקשת לכאורה המסקנה, כי מתחם העונש ההולם, מתחיל מעונש מאסר בפועל ההולם את חומרת העבירה בנסיבות ביצועה ואת דרגת האשם הגבוהה שהפגינו השניים בעוברה אותה לצד מאסר מותנה וקנס משמעותי, בהתאם להלכת **אלהרוש**, וכל זאת תוך הפעלת המאסר המותנה, התלוי ועומד כנגד הנאשמים, במצטבר, בהתאם להוראות סעיף 58 לחוק העונשין, בהעדר טעמים שלא לעשות כן.

בטרם אקבע את מתחם העונש ההולם לנאשמים שבפני, אעבור לדון בנסיבות נוספות, שאינן מנויות בסעיף 40ט לחוק, מאחר וסבורני כי להן השלכה על קביעת המתחם.

לפי סעיף 40יב לחוק העונשין, אין בהוראות סעיפים 40ט (נסיבות הקשורות לביצוע העבירה) ו-40יא (נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה), כדי לגרוע מסמכותו הטבועה של בית המשפט, לשקול נסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה, לשם קביעת מתחם העונש ההולם, או לבחון נסיבות נוספות שאינן קשורות לביצוע העבירה, לשם גזירת העונש, בתוך מתחם העונש ההולם.

הדגש שעלה משמיעת טיעוני באי כח הצדדים לעונש, נגע להתנהגות המשטרה בחקירה את האירוע. אמת, לשיקול זה מקום במכלול השיקולים אותם צריך להביא בית המשפט בחשבון, במסגרת בחינת הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה המשפיעות על קביעת מידת העונש בתוך המתחם (סעיף 40יא)(9) לחוק העונשין). אולם, המחוקק הבהיר בהוראת החוק הקבועה בסעיף 40יב לחוק העונשין, כי מניית השיקולים הקבועים בסעיף 40יא לחוק אינה באה "כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשקול נסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה לשם קביעת מתחם העונש ההולם".

נוכח היקפה של הטענה שהשמיעה ההגנה ועוצמתה, ובשים לב לכך שהיא קשורה בטבורה לעבירה שביצעו הנאשמים; הן בבחינת ה"סיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה" (סעיף 40טא)(5) לחוק העונשין), והן ב"מידת ההשפעה של אחר" על הנאשמים בביצוע העבירה (סעיף 40טא)(2) לחוק העונשין), סבורני, כי לטענת ההגנה, משקל נכבד במסגרת השיקולים אשר ינחו את בית המשפט בבואו לקבוע את מתחם העונש ההולם לנאשמים.

כאמור, טוען הסניגור, כי המשטרה התנהלה באופן לא ראוי, לא שוויוני, מפלה, בכך שלא חקרה די הצורך, את שאלת זהות המעסיק וממילא לא הביאה אותו לדין. התביעה כפרה בכך והבהירה, כי לא היה בידה חומר ראיתי מספיק, המאפשר התייחסות לטענות שהעלו הנאשמים, מה גם שאחד הנאשמים, הכחיש שעבד במקום בו נתפס.

הטענה שלמעשה מעלה הסניגור המלומד, נוגעת להחלטה של הגנה מן הצדק, והיקף השתרעותה על העונש, שבסופו של יום ייגזר על הנאשמים נוכח הפגיעה הנטענת בצדק. על מנת לבחון טענה זו אסקור בקצרה את התשתית הנורמטיבית הרלבנטית לנדוננו, ועל יסודה אבחן את הטענות שהועלו ואת מידת השפעתה של ההגנה האמורה על מתחם העונש ההולם.

להתנהגות רשויות אכיפת החוק, בכל תהליך העמדת נאשם לדין, עלולות להיות השלכות על ההליך הפלילי ועל תוצאתו,



אף ללא קשר לשאלת אשמו של העומד לדין. בית המשפט העליון פסק, כבר לפני 40 שנה לערך, תוך שהוא מאמץ מהפסיקה האנגלית, את תורת "השתק הרשות", כי לבית המשפט סמכות ברורה לעכב או לבטל הליך פלילי, כאשר **"אין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן"**, או כאשר **"יש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות"** (ערעור פלילי 2910/94 ארנסט יפת נ' מדינת ישראל פ"ד נ (2) 221, 370, להלן: **פרשת יפת**). בית המשפט העליון קבע כי לצורך החלתה של הגנה זו, על הנאשם להוכיח **"התנהגות שערורייתית"** [מצד הרשות האוכפת-ש.ב.] **שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם...במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו"** (שם, בעמוד 370). עוד הדגיש בית המשפט, כי החלת ההגנה תהיה **"במקרים נדירים ביותר"**.

המבחן המחמיר להחלתה של ההגנה תרם למיעוט המקרים בהם התקבלה ההגנה, ורק במקרה מסוים, שהגיע עד לפתחו של בית המשפט העליון, התקבלה טענת הנאשם, להחלת הגנה זו, ולביטול כתב האישום (על"א 2531/01 חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א, פ"ד נח 4 55; ראו והשוו: בג"צ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נה (1) 529; בג"צ 8819/96 בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה (1997); בג"צ 1607/97 ברטוב נ' הפרקליט הצבאי הראשי (1997); בג"צ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא 567; ע"פ 3052/00 לואבנה נ' מדינת ישראל (2000)).

המבחן המחמיר שנקבע בפרשת **יפת**, אשר גרם לנדירות החלתה, הוביל לביקורות שונות בקרב מלומדים ולהצעות למבחנים מקלים יותר [ראו: ב. אוקון, **פרשת כלא 6**, המשפט ד (1998) 53, 57; י. נקדימון **הגנה מן הצדק** (2003) 150; א. פורת, **הגנה מן הצדק בעידן החוקתי**, קריית המשפט א (2001) 381, 392; מ. לוי **עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה - הערות, ביקורת והצעה למבחן חלופי**, המשפט 19 (התשס"ה-2005) 80; פרופסור ז. סגל, וכב' השופט א. זמיר **הגנות מן הצדק - היסוד לביטול אישום - על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי**, הפרקליט, מז (2003) 42; כב' השופטים ב. אוקון ע. שחם **הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי**, המשפט ג (1996) 265].

בסופו של דבר, מצא בית המשפט העליון לרכך את המבחן שנקבע בפרשת **יפת**, וקבע, כי צריכה להתקיים פגיעה בתחושת הצדק וההגינות. לצורך בחינת תחולתה נקבע מנגנון תלת שלבי. בשלב הראשון, בית המשפט מצווה לזהות את הפגמים שנפלו בהליך, ולעמוד על עצמתם. בשלב השני, על בית המשפט לבחון, האם חרף הפגמים, יש פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, בעשותו כן, ישקול בית המשפט בין היתר, את חומרת העבירה המיוחסת לנאשם, נסיבותיו האישיות של הנאשם, מידת הפגיעה בהגנתו, חומרת הפגיעה בזכויות הנאשם, והאם הרשות פעלה בזדון או בתום לב. בשלב השלישי, לאחר ששוכנע בית המשפט, כי אכן מתקיימת פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, בוחן בית המשפט את האמצעי המידתי, לתיקון העוול כנגד הנאשם. כמו כן, הוטעם, בפסיקה זו, כי נקבע שאכן מקומה הטבעי של הטענה, הוא במסגרת טענות מקדמיות, המועלות בפתיחת המשפט עם הקראת כתב האישום נגדו, אך אין זה כלל בל יעבור. נאשם רשאי להעלות טענה של הגנה מן הצדק, גם בשלב הטיעונים לעונש ובית המשפט רשאי לקבוע **"כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב האישום שהוגש נגדו...ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו..."** (הדגשה שלי - ש.ב, ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ' ואח' (2005), בעמ' 23).

לשלמות התמונה, יצוין כי כיום מעוגנת ההגנה מן הצדק, ברשימת הטענות המקדמיות, בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב - 1982. המחוקק בחר במבחן מרוכך להחלת ההגנה וקבע כי ניתן להחילה כאשר



העמדת הנאשם לדין או ניהול ההליך הפלילי נגדו "עומדת בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

נמצא, כי ההגנה נטמעה במשפט הפלילי ומשמשת לא רק חרב כי אם גם כמגן, דהיינו, כוחה במותניה לשמש להדיפת אישום פלילי או להישקל לטובת עונשו של נאשם ככל שנמצא כי ההגנה חלה על עניינו.

לאחר סקירה קצרה זו, אפנה לבחון את תחולתה של ההגנה על עניינם של הנאשמים שבפני והיקף השפעתה על קביעת מתחם העונש ההולם.

כפי שהוטעם בפסיקה, עיקר עניינה של הגנה מן הצדק, הוא להבטיח, קיומו של הליך פלילי ראוי, הוגן, וצודק, כלפי הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה, גם אם מעשיהן היו נפסדים. עם זאת, נקבע כי בית המשפט רשאי לבקר את מהלכיהן של הרשויות, אך לא כל מעשה, או מחלל, מצד הרשויות החוקרות, יצדיק את החלתה של ההגנה מן הצדק. על בית המשפט לערוך איזון בין האינטרס הציבורי, לבין אינטרס הפרטני של הנאשם.

לכן, ההכרעה בשאלה, האם במקרה שלפניי, יש להחיל את ההגנה מן הצדק, וליתן משקל ממש לטענות שהועלו, הינה שאלה של איזון בין מכלול הערכים, העקרונות, והאינטרסים השונים, בהליך הפלילי שבפניי. לאור המבחנים שנקבעו בפסיקה, אבחן, בשינויים המתחייבים והנוגעים לגזירת דין, את שאלת קיומו של פגם המצדיק את החלתה של ההגנה מן הצדק וככל שימצא פגם המצדיק את החלתה, אבחן על פי הכללים שנקבעו בפסיקה את היקף השפעתו על מתחם העונש בעניינם של הנאשמים.

שאלת קיומו של פגם בהליך - כאמור, הטענה היא כי המשטרה לא חקרה ולא הביאה לדין את המעסיק אשר העסיק את הנאשמים. מהנתונים העובדתיים שנמסרו לבית המשפט, ושעליהם לא היה חולק, הנאשמים נתפסו, בתוך אתר בנייה, כשהם עובדים ושוהים ללא היתר כדין בתוככי שטחי ישראל בעיר חיפה. מפקח בנייה שהיה במקום, עוכב לחקירה, נחקר ומסר גרסה. התביעה טוענת, כי החקירה נגד המעסיק, לא הסתיימה, ועדיין תלויה ועומדת. עם זאת, התובע סירב לומר היכן עומדת החקירה ואילו פעולות חקירה בוצעו עד כה בעניין המעסיק. כאשר טען הסניגור, כי דבר זה, אין בו אמת, וכי התובע מוזמן להגיש את תיק החקירה לבית המשפט, על מנת שבית המשפט ייווכח, במו עיניו, מאמיתות טענתו של הסניגור, סירב לכך התובע.

אין ספק כי על המשטרה, היה לבצע, חקירה מקיפה על מנת לשים את ידה על המעסיק, שהעסיק את הנאשמים. שכן, ללא מקום עבודה, אשר קולט את השוהים הבלתי חוקיים, אין לאחרונים תמריץ להגיע לתוככי ישראל הואיל וכניסתם היא לצורך פרנסה. לכן, המעסיקים, הם בבחינת 'חוטאים ומחטיאים', שכן, רעיונית הם מסייעים לשוהים הבלתי חוקיים לבצע את העבירה ומהווים את עילת העילות לביצוע העבירה. בהקשר זה ראוי להפנות להוראות סעיף 40ט(א) לחוק העונשין, המחייב את בית המשפט, בבואו לקבוע את מתחם העונש ההולם, לבחון, בין היתר, את "**חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה**". הנה כי כן, המחוקק קבע, בראש רשימת השיקולים הנוגעים לבחינת חומרת הנסיבות המשפיעות על קביעת המתחם, את ההשפעה האפשרית של "אחר" על ביצוע העבירה. ודוק, ברור לחלוטין, כי הנאשמים אינם תמימים, ומשעה שחצו את הגבול חטאו, אך המעסיק שהעסיקם, איפשר את ביצוע העבירה, בספקו לנאשמים עבודה ואיפשר את שהייתם הלא חוקית בישראל. עוד יש לזכור, כי מדובר בעבירה נמשכת ולרוב השוהים הבלתי חוקיים נתפסים כאשר הם שוהים תקופה לא מבוטלת בתוככי הארץ באתרי בניה עד שהם נתפסים. מכאן, הקשר הסיבתי בין יצירת תשתית תעסוקתית (בעיקר בענף הבניה) לבין שהייה בלתי חוקית של תושבי האזור בישראל. לכן, למעסיק תרומה נכבדת ליצירתה של העבירה והשפעה על התקיימותה. לא בכדי, גישת המחוקק, מחמירה עם המעסיק שוהה בלתי חוקי וקובעת עונש של שנתיים מאסר, שהוא



כפל העונש המוטל על השוהה הבלתי חוקי (סעיף 12א (ב) לחוק הכניסה לישראל תשי"ב 1952). יצוין, כי הוראת החוק תוקנה בזמנו, על דרך של תיקון עקיף לפי חוק שהייה שלא כדין (איסור סיוע) (הוראות שעה), תשנ"ו-1996, ללמדך, כי גם המחוקק ראה במעסיק כמי שמסייע לדבר עבירה. באותה גישה נקט בית המשפט העליון כאשר קבע כי יש להחמיר בענישה של מעסיק או מסיע של שוהה בלתי חוקי (רע"פ 5198/01 ח'טיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (1) (769).

לפיכך, הימנעות ממיצוי החקירה, בכל הנוגע לאיתור המעסיק, הינו סוג של מחדל חקירה, המקרין על תקינותו והגינותו של ההליך כלפי הנאשמים. הוא אינו יורד לשורשו ואין הוא מאיינו, אך הפסיקה מצאה ליתן משקל, במקרים מסוימים, למחדלים חקירתיים, בפריזמה של ההיבט העונשי, מנקודת מבטה של ההגנה מן הצדק, על מנת לשקף איזון צודק וראוי בין המחדל האמור לתוצאה העונשית (ע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל (לא פורסם), כב' השופט מלצר בדעת יחיד, יתר חברי לא חלקו על עמדתו העקרונית בענין זה; ובע"פ 1361/10 מדינת ישראל נ' זגורי (לא פורסם), כב' השופט רובינשטיין מחזיק בעמדה דומה ומביא את עמדתו זו של כב' השופט מלצר בענין ולס כתימוכין; ז. סגל, א. זמיר "הגנה מן הצדק - באור חוק סדר הדין הפלילי - סדר חדש של הגינות משפטית", ספר דויד וינר, על משפט פלילי ואתיקה (תשס"ט - 2009) 231, בעמ' 162-259, שם מביעים המלומדים את עמדתם, כי במסגרת הדיון בהגנה מן הצדק, בית המשפט יוכל "...להתחשב בפגיעה בהגינות ובצדק כשיקול להקלה בעונשו [של הנאשם - ש.ב.] (עמ' 259).

אשר לטענות שהעלה התובע כנגד קבלת טענת ההגנה, אציין, כי הימנעותו של התובע מלחשוף את תיק החקירה בפני בית המשפט על מנת שהוא יוכל לבחון ולעמוד על טיב החקירה שנעשתה לאיתור המעסיק, השלב בו היא נמצאת (כטענת התובע), מדברת בעד עצמה ונזקפת לחובתה (על הימנעות מבעל דין להביא ראיה שבאמתחתו ועל הקמת חזקה לפיה הדבר פועל לחובתו, ראו: י. קדמי, **על הראיות**, חלק רביעי, מהדורה משולבת ומעודכנת, תש"ע-2009, בעמ' 1889, וראו גם: ע"פ 437/82 אבו נגד מדינת ישראל, בעמ' 97-98; ע"פ 277/81 שלום הלוי נגד מדינת ישראל, בעמ' 386).

כמו כן, קשה עלי טענת התביעה, כי בכל פרק הזמן שחלף מאז שנעצרו הנאשמים, לא ניתן היה "לעלות" על המעסיקים, ולהביאם לחקירה, וממילא גם לדין. למשטרה, יש את כל הכלים, על מנת לאתר ולזהות מי הם המעסיקים של הנאשמים, וגם אם הנאשמים ביקשו לטשטש את זהותם של מעסיקיהם, מטעמים שונים, הדבר לא פוטר את המשטרה, מלנסות ולהתחקות אחר זהותם של אלה, כדי לבצע חקירה ראויה ויסודית, ועל מנת לסתום את הגולל על האפשרות שאותו מעסיק, יעסיק בשנית, שוהים בלתי חוקיים אחרים, ובכך ימשיך ויסכן את הציבור, וייצא פטור בלא כלום. לכן, מחדליה של המשטרה, בחקירת אותם מעסיקים, ובהבאתם לדין, אכן מקוממת ופוגעת בתחושת הצדק כלפי הנאשמים שבפניי.

שאלת פגיעה בתחושת הצדק וההגינות - יובהר, כי העמדת הנאשמים לדין, בגין העבירה אותה עברו, היא במקומה, ואין צורך להכביר על כך מילים. מדובר בעבירה חמורה, אשר כפי שנקבע, פוגעת בריבונותה של המדינה. זכותה וחובתה של המדינה, לפקח ולשמור על שעריה וגבולותיה, מפני זרים, המבקשים כניסה אליה. במקרה דנן, נוכח השכנות לאוכלוסייה שביהודה ושומרון וחבל עזה, קיים גם סיכון בטחוני משמעותי, מפני אותם בודדים, המבקשים להיכנס לישראל, שלא על מנת להתפרנס, אלא על מנת לפגוע בתושבי המדינה. בית המשפט העליון, עמד בפסיקותיו על הסיכון הרב הקיים בתופעה זו (רע"פ 5198/01 ח'טיב נ' מדינת ישראל פ"ד נו 1769; רע"פ 3674/04 אבו סאלם נ' מדינת ישראל; רע"פ 1921/06 אבו בדר נ' מדינת ישראל).



לצד דברים אלה, יש גם לקחת בחשבון, את המציאות היומיומית לפיה רבים מתושבי האזור נכנסים שלא כדין לישראל, במטרה אחת ויחידה, והיא לספק את הצורך הטבעי של אדם - לעבוד על מנת לפרנס את עצמו ואת בני משפחתו. אף המצוקה הקשה, העוני והאבטלה באזור הם דברים ידועים, והם המשלחים את אותם אלה התרים אחר מקורות פרנסה, להיכנס לישראל. נזכור וניתן אל ליבנו, במיוחד כשחג החירות ממשמש ובא, מקרא שכתוב "וכי יגור אתך גר בארצכם לא תונו אותו, כאזרח מכם יהיה לכם הגר הגר אתכם ואהבת לו כמוך, כי גרים הייתם בארץ מצרים" (ויקרא יט, לג). יודגש בהקשר זה, כי המחוקק קבע, כי בית המשפט יתחשב בקביעת מתחם העונש, בסיבות "**שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה**" (סעיף 40ט (א) (5) לחוק העונשין). פרשנות ראויה של הוראה זו מכילה גם מצוקה כלכלית, מצוקת פרנסה, כעילה לביצוע את העבירות שבנדונו. לכן, מצוקה זו, אשר בוודאי נהירה למעסיק, היא אשר הופכת את השוהים הבלתי חוקיים, לכוח עבודה זול ומזדמן.

על רקע דברים אלה, העדר חקירה של המעסיק, ואי הבאתו לדין, נפגעת תחושת הצדק, ומראית פני הצדק. שכן, מנקודת ראותם של הנאשמים, והציבור בכללותו, המעסיק שהעסיק אותם, והיה מעין שותף לעבירה, ואיפשר את ביצועה, לא עומד לדין, ולא נותן את הדין על מעשיו ומתהלך חופשי, ואילו הם מאחורי סורג ובריח. הדבר מצטייר כאפליה ואי שוויון בפני החוק. קל וחומר, כאשר ייתכן שהמעסיק, הוא תושב ואזרח ישראל. דברים אלה, תורמים להעצמת תחושת חוסר הצדק ואי הנוחות שיש לבית המשפט, מהתנהלות הרשות האוכפת בחקירת האירוע. שכן, מראית פני הצדק, חשובה לא פחות מעשיית הצדק. עם זאת, חייב בית המשפט להעיר, בתגובה לטענות הסניגור, כי אין הוא סבור כי המשטרה פעלה, בזדון או בחוסר תום לב. עיקר הדגש מצד המשטרה, ובצדק מבחינתה, הוסט לעבר השוהים הבלתי חוקיים מכיוון שבצוק העיתים, הסיכון הנשקף מהם נוכח המצב הביטחוני, וההסתברות להתממשות, גבוהים יותר בעת הזאת.

השלכת הפגם על העונש - כפי שהוטעם לעיל, קיימת חשיבות ציבורית רבה, לכך שהמשטרה, תפעל באופן שוויוני, כאשר היא אוכפת את החוק, ותאתר את המעסיקים. אל לה להסתפק בגרסתם של השוהים הבלתי חוקיים, שאינם מספקים מידע מלא, או מדויק, כדי לפרוק עצמה מחובתה לעשות כן. יצוין, כי במקרים רבים שבאים בפני בית המשפט, כמו במקרה זה, השבח"ם לא ששים לחשוף את זהותו של המעסיק. פעמים, השם שמוסר להם המעסיק, הוא שם בדוי, ופעמים אחרות, הנאשמים בעבירה זו, מסתירים באופן מכוון את זהותו של המעסיק, מאחר והם רואים בו, כמי שמספק להם עבודה ופרנסה. הם לא ממהרים להסגיר לרשויות החוק, אולי מתוך תקווה, שלאחר שיסיימו את ריצוי העונש, ישובו ויעבדו אצלו. כך או כך, על המשטרה הייתה החובה, לפעול ולאתר את המעסיק. קל וחומר, כאשר הנאשמים נתפסו עובדים בתוככי אתר הבניה, יחד עם מפקח עבודה, ולא נדרש מאמץ חקירתי גדול מדי, על מנת לאתר את המעסיק. המשטרה יודעת היטב את הדרכים לעשות זאת.

בנסיבות אלה, התעלמות בית המשפט ממחדלים אלה, משמעותה, פגיעה קשה בהגינות ההליך ובתחושת הצדק, ומדוע? כפי שכבר צוין, בעוד המעסיק, שעונשו לפי החוק כפול, ומעשהו חמור שבעתיים, מסתובב חופשי בשוק, הנאשמים מאחורי סורג ובריח. בנוסף, התעלמות מוחלטת ממחדל כזה, עלולה לעודד, בעקיפין, את המשטרה, שלא לבצע פעולות חקירה מאומצות על מנת להביא לדין מעסיקים, אלא להסתפק בביצוע חקירה והעמדתם לדין כאשר פעולות החקירה לצורך כך, הן קלות. כמו למשל, כאשר מעסיק נתפס "בשטח", מעסיק או מסיע שוהים בלתי חוקיים, שאז, ניתן להעמידו לדין בנקל נוכח טיב הראיות וזמינותן. לכן, 'העלמת עין' מצד בית המשפט, או הפגנת גישה סלחנית במקרה כזה, עלולה, לשגר מסר לא ראוי לרשויות האכיפה, אשר לא יעודדן להתאמץ, על מנת לחקור ולהביא לדין מעסיקים, מקום, שבו נדרשות פעולות חקירה אינטנסיביות יותר, על מנת לאתר את המעסיק ולהביאו לדין. זאת תוצאה בלתי מתקבלת על הדעת, ומנוגדת לחלוטין לשוויון בפני החוק.



כן יש להדגיש, כי לא מדובר בביטול כתב האישום כנגד הנאשמים. הם 'שילמו' מחיר על שהייתם הלא חוקית בכך שהם נתונים במעצר תקופה של כחודש ימים. לכן, לא מדובר בסנקציית ריסון של הרשות האוכפת במובן 'הקלאסי' של המקרים בהם מתקבלת טענת הגנה מן הצדק, אלא בקביעת תחולתה והשפעתה של הגנה מן הצדק על מתחם העונש ההולם, תוך השגת אפקט מידתי ההולם את נסיבות האירוע.

מתחם העונש ההולם:

נמצא, כי להגנה מן הצדק השפעה על מתחם העונש ההולם. הפגיעה בהליך נוגעת לעקרון השוויון בפני החוק. המשטרה לא מיצתה את החקירה כנגד המעסיק וממילא לא הביאה אותו לדין. ברור לחלוטין, כי המעסיק תרם ואיפשר את יצירת העבירה בכך שהעסיק את הנאשמים ובכך תרם להתמשכותה של העבירה בכל יום שהעסיק אותם. המחוקק קבע כי **"מידת השפעתו של אחר"** ישנה השלכה על חומרת הנסיבות וכך גם **"סיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה"**. לקביעה האמורה השפעה על מתחם העונש ההולם. לפיכך, אני קובע כי מתחם העונש ההולם נע בין מאסר על תנאי ועד לחודש מאסר בפועל לצד קנס הנע בין 1000 ₪ ל- 2000 ש"ח.

אשר לנסיבות אישיות נוספות של הנאשמים, הצריכות לעניין גזירת עונשם בתוך מתחם העונש ההולם:

אשר להתקיימות נסיבות, שאינן קשורות בביצוע העבירה, בגזרו את הדין בתוך המתחם, רשאי בית המשפט להתחשב בנסיבות אשר אינן קשורות בביצוע העבירה, ככל שמצא שיש מקום להתחשב בהן (סעיף 40א לחוק העונשין). להלן אתייחס לנסיבותיהם האישיות של הנאשמים שבפני:

הנאשם 1, יליד 1991, לחובתו 2 הרשעות קודמות, אחרונה שבהן היא בעבירה זהה, וכן בעבירה של הפרעה לשוטור במילוי תפקידו, עליה נשפט, בחודש יולי 2013 בבית משפט השלום בתל אביב, ובגינה נגזר עליו 4 חודשי מאסר מותנים, תוך שבית המשפט הסתפק, בשמונת ימי מעצרו.

הנאשם 2, יליד 1990, לחובתו 2 הרשעות קודמות, האחרונה שבהן היא בעבירה זהה, בגינה נגזר עליו עונש מאסר בפועל, לתקופה של 45 יום, וכן, מאסר מותנה של 4 חודשים, לתקופה של 3 שנים. הרשעה קודמת, היא מבית משפט צבאי שומרון, משנת 2013, בעבירות של זיוף, ועבירה דומה לנדונו, עבירה של הפרת הכרזת שטח סגור לפי הצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) - (378) - תש"ל - 1970, בגינה נגזר עליו מאסר בפועל לתקופה של 100 ימים.

שני הנאשמים בחורים צעירים אשר נכנסו לישראל על מנת לעבוד ולפרנס עצמם.

העונש המתאים לנאשמים:

לאור כל האמור לעיל, ולאחר שבחנתי את העבירה אותה ביצעו הנאשמים בראי הנסיבות המפורטות לעיל, ונסיבותיהן האישיות של שני הנאשמים, ולאור התקופה בה שוהים השניים במעצר (30 יום), הגעתי לכלל מסקנה, כי יש מקום במקרה חריג זה, להאריך את המאסר המותנה של השניים, הנוגע לעבירת הכניסה שלא כחוק לישראל, ולהסתפק בקנס ראוי, מאוזן בשים לב לתוצאה הכללית ולנתוניהם של הנאשמים (סעיף 40א לחוק העונשין), אשר בהעדר תשלום, ירוצה במאסר ממש (עפ"ג (חיפה) 46357-10-15 **פטטה נ' מדינת ישראל**).

אציין כי לתוצאה עונשית זו אני מגיע גם דרך בחינת שאלת הפעלת המאסר המותנה התלוי ועומד כנגד השניים, הואיל ולטעמי, בנסיבות החריגות דנן, אין הצדקה להפעילו. אנמק בקצרה.



סעיף 56 (א) לחוק העונשין התשל"ז 1977 קובע כדלקמן:

"בית המשפט אשר הרשיע נאשם בשל עבירה נוספת ולא הטיל עליו בשל אותה עבירה עונש מאסר רשאי על אף האמור בסעיף 55 ובמקום לצוות על הפעלת המאסר על תנאי לצוות מטעמים שירשמו על הארכת תקופת התנאי או חידושה לתקופה נוספת שלא תעלה על שנתיים, אם שוכנע בית המשפט שבנסיבות העניין לא יהיה צודק להפעיל את המאסר על תנאי".

שלושה טעמים מיוחדים מובילים אותי למסקנה, כי בנסיבות העניין לא יהיה צודק להפעיל את המאסר על תנאי:

האחד, נוגע לדיון המפורט לעיל, ולא אחזור על הדברים. סבורני, כי מחדל הרשות החוקרת פגע בעקרון השוויון בפני החוק, ואף פגע בביטחון הציבור, שעה שנוטר כר פורה להמשך העסקת שבח"ים, מצד אותו מעסיק לשהים אחרים. נוכח חשיבות המחדל והשפעתו על מתחם העונש ההולם, ולאור משכו של המאסר המותנה והתוצאה הקשה בהפעלתו עבור הנאשמים, לא ראוי שבית המשפט יתעלם מהפגיעה הקשה בתחושת הצדק וחוסר ההגינות העולה מהדברים כלפי הנאשמים.

השני, המאסר המותנה הוא ארוך במיוחד (4 חודשים) והוא נקבע טרם שנפסקה הלכת **אלהרוש** (מיום 9/12/14). הוא הוטל על הנאשם 1 ביום 17/7/13 ועל הנאשם 2 הוא הוטל ביום 1/9/14. נוכח חשיבותה של ההלכה, ולאור העובדה שפסיקתו של בית המשפט העליון, דנה בסוגיה העקרונית של הענשת שוהים בלתי חוקיים, תוך דחיית טענת המדינה להטלת עונש אחיד טיפוסי לעבירה זו, ולאחר שבית המשפט העליון בחן את מכלול שיקולי הענישה, בראי הקריטריונים הקבועים בתיקון מס' 113 לחוק העונשין, סבורני, כי פסיקה זו מקרינה עצמה גם על הפעלת המאסרים המותנים מושא דיונו (ראה בעניין זה: רע"פ 1441/14 **האבט חמים נגד מדינת ישראל** (9.12.2014)).

השלישי, העיקרון המנחה בענישה הינו עקרון ההלימה הקבוע בסעיף 40 לחוק העונשין, כך שישמר **"יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו...ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו"**. מבלי לגרוע מחומרת מעשי הנאשמים, מדובר בעבירת שהייה בלתי חוקית בישראל למטרת פרנסה, ללא עבירות נלוות, כאשר לשני הנאשמים אין עבר פלילי מכביד. הפעלת המאסר המותנה, אפילו אם יחפוף לעונש מאסר נוסף, יהיה קרוב למלוא תקופת המאסר שנקבעה בהלכת **אלהרוש**, ובנסיבות הייחודיות בהן בוצעה העבירה, כמפורט בהרחבה לעיל, משמעות הדבר חוסר הלימה בין מעשה העבירה לבין מידת העונש שתוטל עליו. יצוין, כי בתי המשפט עשו שימוש בסעיף 56 לחוק העונשין והאריכו מאסר מותנה בעבירות זהות מטעמי העדר הלימה (ראו: ת"פ (שלום כ"ס) 2408/09 **מ.י. שלוחת תביעות כפר סבא נ' קרם עאצי בן חאתם**, (11.1.2011) הוארך לשב"ח מאסר מותנה בן 4 חודשים בגין עבירת שב"ח; בת"פ (שלום ת"א) 7072/07 **מדינת ישראל נ' אחמד** (24.9.2008) הורשע נאשם בעבירת שב"ח ובהפרעה לשוטר במילוי תפקידו והוארך מאסר מותנה בן 4 חודשים; בת"פ (שלום ת"א) 57779-11-10 **מדינת ישראל נ' עלא שטארה** (29.12.2010) הורשע נאשם בעבירת שב"ח. לחובתו עמדו שתי הרשעות קודמות ומאסר מותנה לתקופה בן 4 חודשים למשך שנתיים. בית המשפט האריך את תקופת התנאי. ודוק, הנני ער להלכה הקובעת לפיה הארכת המאסר בשל כך שהפעלתו תביא לעונש ארוך אינה שיקול להארכתו (רע"פ 7391/08 **מחאג'נה נ' מדינת ישראל** (2009)), אלא, שכאמור, הצטרפות מכלול הנסיבות, מובילה, כמקשה אחת, לתוצאה האמורה.



אשר על כן, אני גוזר על הנאשמים את העונשים הבאים:

על הנאשם 1 -

הנני מאריך בשנתיים נוספות את המאסר המותנה של 4 חודשים שהוטל עליו בגז"ד מיום 17/7/13 בת"פ 20994-07-13 בית משפט השלום בתל אביב.

קנס בסך - 1,500 ₪ או 15 יום מאסר תמורתו. הקנס ישולם לאלתר שאם לא כן ירצה הנאשם את המאסר הקבוע לצד הקנס חלף הקנס.

שחרורו של הנאשם מעוכב עד לביצוע התשלום.

על הנאשם 2 -

הנני מאריך בשנתיים נוספות את המאסר המותנה של 4 חודשים שהוטל עליו בגז"ד מיום 1/9/14 בת"פ 10104-08-14 בית משפט השלום כפר סבא.

קנס בסך - 1,500 ₪ או 15 יום מאסר תמורתו. הקנס ישולם לאלתר שאם לא כן ירצה הנאשם את המאסר הקבוע לצד הקנס חלף הקנס.

שחרורו של הנאשם מעוכב עד לביצוע התשלום.

זכות ערעור תוך 45 יום לבית המשפט המחוזי בחיפה.

ניתן והודע היום י' ניסן תשע"ו,
18/04/2016 במעמד הנוכחים.
שלמה בנג'ו, שופט