

ת"פ 43290/03 - מדינת ישראל נגד נdal שנאי, חסן עודה, סנאן סלמאן (עוצר) - נדון, מאמון נגאר (עוצר) - נדון, אנור אבו לבדה (עוצר) - נדון

בית משפט השלום בחיפה

18 אפריל 2016

ת"פ 43290-03-03 מדינת ישראל נ' שנאי(עוצר) ואח'

לפני כבוד השופט שלמה בנג'ו
מדינת ישראל
המשימה

נגד

הנאשמים

1. נdal שנאי (עוצר)
2. חסן עודה (עוצר)
3. סנאן סלמאן (עוצר) - נדון
4. מאמון נגאר (עוצר) - נדון
5. אנור אבו לבדה (עוצר) - נדון

nocchim:

ב"כ המשימה: עו"ד רונן בנעימים

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

הנאשמים 1 ו-2 בעצםם באמצעות ייחידת הליווי

גזר דין

(בעניינים של הנאשמים מס' 1 ו-2)

כתב האישום:

הנאשמים הורשו על פי הودאותם, בעבירה של **כניסה לישראל שלא חוק** - עבירה לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל - תש"ב - 1952.

לפי עובדות כתב האישום בהן הודיעו הנאשמים, ביום 16.3.16, בשעה 18:00 או בסמוך לכך, שהוא הנאשם, שהinem תושבי יהודה ושומרון, בעיר חיפה, זאת מבל' שהיה בידם אישור כניסה ושהיה לישראל כדין.

טענות הצדדים:

ב"כ המשימה עמד על חומרת מעשיהם של הנאשמים, הפנה להלכה הפסקה בכל הנוגע לקביעת מתחם הענישה בעבירות מסווג זה, וטען, כי יש להטיל על הנאשמים, מאסר בפועל, משמעותי, בשים לב לעבירה שעברו, ובדגש על כך שعبارة זו בעברית, כאשר לשני הנאשמים מאסר מותנה בן 4 חודשים, אשר לא הרתיע אותם מלעבור את העבירה דן

עמוד 1

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

מנגד, ב"כ הנائم המלמד טוען לחסור הגינות של המשטרה. לטענתו, למשטרת הייתה אפשרות ממשית, לאחרת את המשASIC שהעסיק את הנאשמים, אך היא לא עשתה כן. הנאשמים נתפסו בתוך אתר הבניה במהלך עבודתם בו. המשטרה נמנעה מלהזכיר ומלאת את המשASIC. מדובר במקרה העולה כדי פגיעה בצדוק ועל בית המשפט ליתן לכך ביטוי בבאו לשקל את עונשם של השניים. כמו כן, בנסיבות אלה, לא יהיה זה צודק להפעיל את המאסר המותנה הממושך התלו ועומד כנגד הנאשמים.

אשר לטענות שהעלתה הסניגור, בדבר חוסר הגינות מצד המשטרה, אשר לגישתו, לא חקרה די הצורך, ולא ביראה את זהות המשASICים, ומילא לא הביאה אותם לדין.טען התובע, כי הנאשמים לא נתנו מספיק מידע למשטרת, על זהות המשASIC, ואף הנאם 1, ציין בהודעתו במשטרת, כי מפקח העבודה לא העסיק אותם, והוסיף וטען, כי רק יש באתר המשASIC. החקירה כנגד המשASIC נמשכת מכל מקום, נטען, כי ככל שהסניגור, מבקש לברר סוגיה זו, היה עליו לכפור ולא עבודה. החקירה כנגד המשASIC, על מנת להעלות טענות אלה, ולבררן לעיצומן. המאשימה מוכנה לביטול הכרעת הדין, ולהזירה מהודיה, אם ובמידה ויחפות בכך הסניגור. ברם, התובע סירב לבקשת הסניגור למסור לבית המשפט את תיק החקירה על מנת שבית המשפט יוכל אולי פועלות חקירה בוצעו לאותו המשASIC והוא עומדת החקירה נגדו, אם קיימת צזו.

דין והכרעה עונשיות:

כניסה ושהייה בלתי חוקית בישראל, פוגעת בראונותה של המדינה. כניסה אסורה לתוככי המדינה, טומנת בחובה אלמנטים של סיון בטחוני פוטנציאלי לתושבי מדינת ישראל, והתקופה الأخيرة תעיד, שעזה ששוים בלתי חוקיים, נכנסו לארץ, ופגעו באזרחים תמיימים, חפים מכל פשע. סיון זהה עלול להתmesh, מקום בו חודרים למדינה זרים שלא בשעריה, שאז משטרת הגבולות, לא יכולה לפקח ולעומוד על טיבם של הנכנסים לתחומי המדינה.

מדיניות הענישה הנהוגת, בעבירה של כניסה ושהייה בלתי חוקית, געה בין מאסר על תנאי ועד למאסר בפועל, למשך 5 חודשים, הכלל את המאסר המותנה, וקנס, שגע בין 0-2,000 ל-4,000. מתחם זה,vr נקבע, יפה למקרה בו "נעצרת לראשונה עבירה שב"ח לצרכי צרפת, בהיעדר עבירות נלוות לה" והוא בבחינת מתחם עונש הולם אחד "לנוח הדמיון בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה במקרים השונים" (רע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מדינת ישראל**, כב' השופט ס. ג'ובראן, שם, בפרק סיום הבניינים).

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

מנסיבות ביצוע העבירה הנלמדות מעובדות כתוב האישום וטיעוני הצדדים, עולה, כי הנאשמים נכנסו לישראל ושהו בה שלא כחוק, למטרת עבודה וצרפת. הנאשמים, נתפסו, כשם שוהים ועובדים באתר בניה בחיפה.

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

נסיבות אלה, יש בהן כדי ללמד, כי לנאים אין מORA מהחוק וGBTI המשפט, וחסר AZHRA מפורשת, רבת עצמה, שוגרה לעברם על ידי בית המשפט, בדמות של מסר מותנה מושך לו יבצעו עבירה זהה בעtid, לא היה בכך כדי להרטיעם מלעbor עבירה זו בשנית.

בנסיבות אלה, נוכח דרגת האשם הגבוהה שהפגינו השניים, והחזרתיות על העבירה, מתבקשת לכואורה המסקנה, כי מתחם העונש ההולם, מתחיל מעונש מסר בפועל ההולם את חומרת העבירה בנסיבות ביצועה ואת דרגת האשם הגבוהה שהפגינו השניים בעורם אותה לצד מסר מותנה וכנס משמעותי, בהתאם להלכת **אלהרוש**, וכל זאת תוך הפעלת המסר המותנה, התליו ועומד כנגד הנאים, במצבם, בהתאם להוראות סעיף 58 לחוק העונשין, בהעדר טעמיים שלא לעשות כן.

טרם אקבע את מתחם העונש ההולם לנאים שבפני, עשוי לדון בנסיבות נוספות, שאין מנויות בסעיף 40ט לחוק, מאחר וסבירני כי להן השלה על קביעת המתחם.

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

הדגש שעלה ממשמעת טיעוני באיו כח הצדדים לעונש, נגע להתנגדות המשטרה בחוקרא את האירוע. אמת, לשיקול זה מקום במקול השיקולים אותם צריך להביא בית המשפט בחשבון, במסגרת בוחנת הנסיבות שאין הקשורות לביצוע העבירה המשפיעות על קביעת מידת העונש בתוך המתחם (סעיף 40יא)(9) לחוק העונשין). אולם, המחוקק הבahir בהוראת החוק הקבועה בסעיף 40יב לחוק העונשין, כי מנית השיקולים הקבועים בסעיף 40יא לחוק אינה באו "כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשקל נסיבות הקשורות לביצוע העבירה לשם קביעת מתחם העונש ההולם".

נוכח היקפה של הטענה שהמשמעות הגנה ועוצמתה, ובשים לב לכך שהיא בטבורה לעבירה שביצעו הנאים; הן בבדיקה ה"סיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה" (סעיף 40ט(א)(5) לחוק העונשין), והן ב"מידת ההשפעה של אחר" על הנאים ביצוע העבירה (סעיף 40ט(א)(2) לחוק העונשין), סבירני, כי לטענת הגנה, משקל נכבד במסגרת השיקולים אשר יניחו את בית המשפט בבו לקבוע את מתחם העונש ההולם לנאים.

כאמור, טוען הסניגור, כי המשטרה התנהלה באופן לא ראוי, לא שוויוני, מפלה, בכך שלא חקרה די הצורך, את שאלת זהות המעסיק ומילא לא הביאה אותו לדין. התביעה כפירה בכך והבהירה, כי לא היה בידה חומר ראייתי מספק, המאפשר התייחסות לטענות שהעלו הנאים, מה גם שאחד הנאים, הבהיר שעבד במקום בו נתפס.

הטענה שלמעשה מעלה הסניגור המלומד, נוגעת להחלטה של הגנה מן הצדקה, והיקף השתרעותה על העונש, שבסתופו של יום ייגזר על הנאים נוכח הפגיעה הנטענת בצדקה. על מנת לבחון טענה זו אסקור בקצרא את התשתיות הנורמטיבית הרלבנטית לנוידנו, ועל יסודה אבחן את הטענות שהעלו ואת מידת השפעתה של הגנה האמורה על מתחם העונש ההולם.

להתנגדות רשות אכיפת החוק, בכל תהליך העמדת הנאשם לדין, עלולות להיות השלכות על ההליך הפלילי ועל תוצאתו,

אף לא קשור לשאלת אשמו של העומד לדין. בית המשפט העליון פסק, כבר לפני 40 שנה לערך, תוך שהוא מאשר מהopsisה האנגלית, את תורת "השתק הרשות", כי בבית המשפט סמכות ברורה לעכב או לבטל הליך פלילי, כאשר "אין אפשרות להעניק לנאשם משפט הוגן", או כאשר "יש בניהול המשפט מושם פגעה בחוש הצדק וההגינות" (ערעור פלילי 2910/94 ארכנסט יפתח נ' מדינת ישראל פ"ד נ (2) 221, 370, להלן: **פרשת יפתח**). בית המשפט העליון קבע כי לצורך החלטה של הגנה זו, על הנאשם להוכיח "**התנהגות שערוריתית**" [מצד הרשות האופכת-שב] **שיש בה מושום רדיפה, דיכוי והתעمرות בנאים...במקרים שבהם המבחן מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור מה מלו ואין הדעת יכולה לסייעו**" (שם, בעמוד 370). עוד הדגיש בית המשפט, כי החלטת ההגנה תהיה "**במקרים נוספים**".

הבחן המחייב להחלטה של ההגנה טרם למייעוט המקרים בהם התקבלה ההגנה, ורק במקרה מסוים, שהגיע עד לפתחו של בית המשפט העליון, התקבלה טענת הנאשם, ולביטול כתוב האישום (על"א 2531/01 חרמון נ' הוועד המחויז של לשכת עורכי הדין בת"א, פ"ד נח 4 55; ראו והשוו: בג"ץ 1563/96 **כח נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד** נה (1) 529; בג"ץ 8819/96 **בן עמי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (1997); בג"ץ 1607/97 **ברטוב נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (1997); בג"ץ 5319/97 **קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד נא 567; ע"פ 00/2052 **לאבנה נ' מדינת ישראל** (2000)).

הבחן המחייב שנקבע בפרשת **יפתח**, אשר גرم לנדריות ההחלטה, הוביל לביקורות שונות בקרב מלומדים ולהצעות למבקרים מקלים יותר [ראו: ב. אוקון, **פרשת כלא 6**, המשפט ד (1998) 53, 57; י. נקידמן **הגנה מן הצד** (2003) 150; א. פורת, **הגנה מן הצד בעידן החוקתי**, קריית המשפט א (2001) 381, 392; מ. לוי **עוד על מהות ההגנה מן הצד ועל המבחן לקבלתה - הערות, ביקורת והצעה למבקר חלופי**, המשפט 19 (התשס"ה-2005) 80; פרופסור ז. סגל, וככ' השופט א. זמיר **הגנות מן הצד - היסוד לביטול אישום - על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי**, הפרקליט, מז (2003) 42; ככ' השופטים ב. אוקון ע. שחם **הליך ראיוי ועיכוב הליכים שיפוטיים**, המשפט ג (1996) 265].

בסוף דבר, מצא בית המשפט העליון לרcker את הביצוע שנקבע בפרשת **יפתח**, וקבע, כי צריכה להתקיים פגעה בתחשות הצד והгинנות. לצורך בוחינת תחולתה נקבע מגנון תלת שלבי. בשלב הראשון, בית המשפט מצווה לזהות את הפגמים שנפלו בהליך, ולעמדו על עצמתם. בשלב השני, על בית המשפט לבחון, האם חרב הפגמים, יש פגעה חריפה בתחשות הצד והгинנות, בעשוות 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 פגעה בתחשות הצד והгинנות, בוחן בית המשפט את האמצעי המידי, לתקן העולן נגד הנאשם. כמו כן, הوطעם, בפסקה זו, כי נקבע שאכן מקומה הטבעי של הטענה, הוא במסגרת טענות מקדמיות, המועלות בפתיחת המשפט עם הקרה כתוב האישום נגדו, אך אין זה כלל בל עבור. הנאשם רשאי להעלות טענה של הגנה מן הצד, גם בשלב הטיעונים לעונש ובית המשפט רשאי לקבוע "**כי הפגיעה שנגורמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתוב האישום שהוגש נגדו...ראוייה להישקל לטובתו בקביעת עונשו...**" (הדגשה שלי - ש.ב, ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורובי'ץ' ואח' (2005), בעמ' 23).

שלמות התמונה, יזכיר כי כו�נת ההגנה מן הצד, בראשית הטענות המקדמיות, בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב - 1982. המחוקק בחר בבחן מרכיב להחלטת ההגנה וקבע כי ניתן להחילה כאשר

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

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

לאחר סקירה קצרה זו, אפנה לבחון את תחולתה של ההגנה על עניינם של הנאים שבספני והיקף השפעתה על קביעת מתחם העונש ההורם.

כפי שהוטעם בפסקה, עיקר עניינה של הגנה מן הצדק, הוא להבטיח, קיומו של ההליך פלילי ראוי, הוגן, וצדוק, כלפי הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשותות האכיפה, גם אם מעשייה היו נפסדים. עם זאת, נקבע כי בית המשפט רשאי לבקר את מלחיכתו של הרשות, אך לא כל מעשה, או מחדל, מצד הרשותות החוקרות, יצדיק את החלטה של ההגנה מן הצדק. על בית המשפט לעורוך איזון בין האינטרסים הציבוריים לבין אינטרס הפרטני של הנאשם.

לכן, ההכרעה בשאלת, האם במקורה שלפנוי, יש להחיל את ההגנה מן הצדק, וליתן משקל ממש לטענות שהוצעו, הינה שאלה של איזון בין מכלול הערלים, העקרונות, והאינטרסים השונים, בהליך הפלילי שבפני. לאור המבחנים שנקבעו בפסקה, אבחן, בשינויים המתחייבים והנוגעים לѓזירות דין, את שאלת קיומו של פגם המצדיק את ההחלטה של ההגנה מן הצדק וככל שימצא גם המצדיק את ההחלטה, אבחן על פי הכללים שנקבעו בפסקה את היקף השפעתו על מתחם העונש בעניינם של הנאים.

שאלת קיומו של פגם בהליך - כאמור, הטענה היא כי המשטרה לא חקרה ולא הביאה לדין את המעסיק אשר העסיק את הנאשם. מהנתונים העובדיים שנמסרו לבית המשפט, וועליהם לא היה חולק, הנאשם נתפסו, בתוך אתר בנייה, כשהם עובדים ושווים ללא יותר כדי בתוככי שטח ישראל בעיר חיפה. מפקח בנייה שהיה במקום, עוכב לחקירה, נחקר ומסר גרסה. התביעה טוענת, כי החקירה נגד המעסיק, לא הסתיימה, ועודין תלולה ועומדת. עם זאת, התובע סירב לומר היכן עומדת החקירה ואילו פעולות חקירה בוצעו עד כה בעניין המעסיק. כאשר טען הסניגור, כי דבר זה, אין בואמת, וכי התובע מזמן הוגש את תיק החקירה בבית המשפט, על מנת שבית המשפט ייווכח, כמו עניין, ממשיות טענותו של הסניגור, סירב לכך התובע.

אין ספק כי על המשטרה, היה לבצע, חקירה מקיפה על מנת לשים אתידה על המעסיק, שהעסיק את הנאשם. שכן, ללא מקום העבודה, אשר קולט את השוהים הבלתי חוקיים, אין לאחרונים תמרץ להגיע לתוככי ישראל הוואיל וכניסתם היא לצורך פרנסתה. לכן, המעסיקים, הם בבחינת 'חווטאים ומחתיאים', שכן, רعيונית הם מס'יעים לשוהים הבלתי חוקיים לבצע את העבירה ומהווים את עילית העילות לביצוע העבירה. בהקשר זה ראוי להפנות להוראות סעיף 40(א) לחוק העונשין, המחייב את בית המשפט, בבאו לקבוע את מתחם העונש ההורם, לבחון, בין היתר, את **"חלוקת היחסים של הנאשם ביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם ביצוע העבירה"**. הנה כי כן, המחוקק קבע,

הnbsp;בראש רשימת השיקולים הנוגעים לבחינת חומרת הנסיבות המשפיעות על קביעת מתחם, את ההשפעה האפשרית של "אחר" על ביצוע העבירה. ודוק, ברור לחדוטין, כי הנאשםים אינם תמיימים, ומשעה שחצטו את הגבול חטאו, אך המעסיק שהעסיקם, אפשר את ביצוע העבירה, בספקו לנאים עבודה ואי אפשר את שהייתם ללא חוקית בישראל. עוד יש לציין, 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 תשתיות תעסוקתית (בעיקר בענף הבניה) לבין שהיא בלתי חוקית של תושבי הארץ בישראל. لكن, למעסיק תרומה נכבדת לייצורה של העבירה והשפעה על התקיימותה. לא בכך, גישת המחוקק, מחמירת עם המעסיק שואה בלתי חוקי וקובעת עונש של שנתיים מאסר, שהוא

כפל העונש המוטל על השוהה הבלתי חוקי (סעיף 12א (ב) לחוק הכנסה לישראל תש"ב 1952). יצוין, כי הוראת החוק תוקנה בזמןנו, על דרך של תיקון עקיף לפי חוק שהיה שלא כדין (איסור סיוע) (הוראות שעה), תשנ"ו-1996, למדך, כי גם החוק רק ראה במעסיק כמו שמשיע לדבר עבריה. באותו גישה נקט בית המשפט העליון כאשר קבע כי יש להחמיר בענישה של מעסיק או מסיע של שוהה בלתי חוקי (רע"פ 5198/01 **חטיב' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו (1) (769).

לפיכך, הימנעות ממיצוי החוקירה, בכל הנוגע לאיתור המעסיק, הינו סוג של מחדל חוקירה, המקירן על תקיןותו והגינותו של ההליך כלפי הנאשמים. הוא אינו יורץ לשורשו ואין הוא מאינו, אך הפסיכה מצאה ליתן משקל, במקרים מסוימים, למחדלים חוקריים, בפריזמה של היבט העונשי, מנוקודת מבטה של ההגנה מן הצדק, על מנת לשקף איזון צדק וראוי בין המחדל האמור לתוצאה העונשית (ע"פ 08/15071 ולס נ' **מדינת ישראל** לא פורסם), כב' השופט מלצר בדעת יחיד, יתר חבריו לא חלקו על עמדתו העקרונית בעניין זה; ובע"פ 10/1361 **מדינת ישראל נ' גזורי** (לא פורסם), כב' השופט רובינשטיין מחזק בעמדה דומה ומביא את עמדתו זו של כב' השופט מלצר בעניין ולס כתימוכין; ז. סgal, א. זמיר "הגנה מן הצדק - באור חוק סדר הדין הפלילי - סדר חדש של הגנות משפטית", ספר דוד יינר, על משפט פלילי ואתיקה (תשס"ט - 2009, עמ' 259-162, בעמ' 231), שם מביעים המלומדים את עמדתם, כי במסגרת הדיון בהגנה מן הצדק, בית המשפט יכול "...להתחשב בפגיעה בהגינות ובצדק כשיקול להקלת בעונשו [של הנאשם - ש.ב]" (עמ' 259).

אשר לטענות שהעלתה התובע כנגד קבלת טענת ההגנה, אצ"ן, כי הימנעות של התובע מלחשוף את תיק החוקירה בפני בית המשפט על מנת שהוא יוכל לבחונו ולעמו על טיב החוקירה שנעשתה לאיתור המעסיק, השלב בו היא נמצאת (cuttenthettobu), מדברת בעד עצמה ונזקפת לחובتها (על הימנעות מבעל דין להביא ראייה שבאמתחטו ועל הקמת חזקה לפיה הדבר פועל לחובתו, ראו: י. קדמי, **על הריאות**, חלק רביעי, מהדורה משולבת ומעודכנת, תש"ע-2009, עמ' 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 לחוקירה, ומילא גם לדין. למשטרה, יש את כל הכלים, על מנת לאתר ולזהות מי הם המעסיקים של הנאשמים, וגם אם הנאים ביקשו לטשטש את זהותם של מעסיקיהם, מטעמים שונים, הדבר לא פטור את המשטרה, מלנסות ולהתחקות אחר זהותם של אלה, כדי לבצע חוקירה ראייה יסודית, ועל מנת לסתום את הגולל על האפשרות שאותו מעסיק, ויעסיק בשנית, שהואים בלתי חוקיים אחרים, ובכך ימשיך ויסכן את הציבור, ויצא פטור ללא כלום. لكن, מחדליה של המשטרה, בחקירות אותן לדין, אכן מקוממת ופוגעת בתחומי הצדק כלפי הנאים שבפני.

שאלת פגיעה בתחומי הצדק והגינות - יובהר, כי העמדת הנאים לדין, בגין העבירה אותה עברו, היא במקומה, ואין צורך להזכיר על כך מיללים. מדובר בעבירה חמורה, אשר כפי שנקבע, פוגעת בריבונותה של המדינה. זכותה וחובתה של המדינה, לפקח ולשמור על שעריה וגבולהה, מפני זרים, המבקשים כניסה אליה. במקרה דין, נוכחות השכנות לאוכלוסייה שביהודה ושומרון וחבר עזה, קיימם גם סיכון בטחוני משמעותי, מפני אותם בודדים, המבקשים להיכנס לישראל, שלא על מנת להתפרק, אלא על מנת לפגוע בתושבי המדינה. בית המשפט העליון, עמד בפסקוקו עלי הסיכון הרוב הקים בתופעה זו (רע"פ 5198/01 **חטיב' 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 לocket בחשבון, את המציגות היומיומית לפיה רבים מהתושבי האזרע נכנסים שלא כדין לישראל, במטרה אחת ויחידה, והוא לספק את הצורך הטבעי של אדם - לעבוד על מנת לפרנס את עצמו ואת בני משפחתו. אף המזוקה הקשה, העוני והאבלה באזרע הם דברים ידועים, והם המשליכים את אותם אלה התרים אחר מקרים פרנסת, להיכנס לישראל. נזכר וניתן אל לבנו, במיוחד כשחג החירות משתמש ובא, מקרה שכותב "וכי יגור אתך גר בארץ מקרים" (ויקרא יט, לג). יודגש תונו אותו, כאשר מכם יהיה לכם הגיר אתכם ואהבת לו כמוך, כי גרים הייתם בארץ מקרים" (ויקרא יט, לג). יודגש בהקשר זה, כי המשפט קבוע, כי בית המשפט יתחשב בקביעת מתחם העונש, בסיבות "**שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה**" (סעיף 40ט (א) (5) לחוק העונשין). פרשנות רואיה של הוראה זו מכילה גם מזוקה כלכלית, מצוקת פרנסת, כעילה לביצוע את העבירות שבנדונו. لكن, מזוקה זו, אשר בוודאי נהירה למשיק, היא אשר הופכת את השווים הבלתי חוקיים, לכוח עבודה זול ומזדן.

על רקע דברים אלה, העדר חקירה של המעסיק, ואי הבאות לדין, נפגעת תחושת הצדק, ומראית פni הצדקה. שכן, מנקודת ראותם של הנאשמים, והציבור בכללותם, המעסיק שהעסיק אותם, יהיה מעין שותף לעבירה, ואיפשר את ביצועה, לא עומד לדין, ולא נותן את הדין על מעשיו ומתהלך חופשי, ואילו הם אחורי סORG ובריח. הדבר מצטייר כאפליה ואי שוויון בפני החוק. קל וחומר, כאשר יתכן שהמעסיק, הוא תושב ואזרע ישראל. דברים אלה, תורמים להעכמת תחושת חוסר הצדקה ואין הנחות שיש בבית המשפט, מהתנהלות הרשות האופכת בחקירת האירוע. שכן, מראית פni הצדקה, חשובה לא פחות מעשיית הצדקה. עם זאת, חייב בית המשפט להעיר, בתגובה לטענות הסניגור, כי אין הוא סבור כי המשטרת פעלה, בזדון או בחוסר תום לב. עיקר הדגש מצד המשטרת, ובצדק מבחינתה, הוסט לעבר השווים הבלתי חוקיים מכיוון שכזאת העיתים, הסיכון הנש�� ממה נוכח המצב הביטחוני, וההסתברות להתמשותו, גבויים יותר בעת זאת.

השלכת הפגם על העונש - כפי שהוטעם לעיל, קיימת חשיבות ציבורית רבה, לכך שהמשטרת, תפעל באופן שוויוני, כאשר היא אופכת את החוק, ותאטר את המעסיקים. אל לה להסתפק בגרסתם של השווים הבלתי חוקיים, שאינם מספקים מידע מלא, או מדויק, כדי לפרק עצמה מחובטה לעשות כן. יצוין, כי במקרים רבים שבאים בפני בית המשפט, כמו במקרה זה, השבחים לא ששים לחשוף את זהותו של המעסיק. פעמים, השם שמוסר להם המעסיק, הוא שם בדי, ופעמים אחרות, הנאשמים בעבירה זו, מסתרים באופן מכoon את זהותו של המעסיק, מאחר והם רואים בו, כמו שמספק להם עבודה וفرنسا. הם לא ממהרים להסגירו לרשות החוק, אולי מתוך תקווה, שלאחר שיסיימו את ריצוי העונש, ישובו ויעבדו עצמם. כך או כך, על המשטרת להיות החובה, לפעול ולאחר מכן המעציק. קל וחומר, כאשר הנאשמים נתפסו עובדים בתוככי אתר הבניה, יחד עם מפקח העבודה, ולא נדרש מאמץ חקירתי גדול מדי, על מנת לאתר את המעסיק. המשטרת יודעת היטב את הדרכים לעשות זאת.

בנסיבות אלה, התעלמות בית המשפט ממחדים אלה, משמעותה, פגעה קשה בהגינות ההליך ובתחושת הצדקה, ומדובר? כפי שכבר צוין, בעוד המעסיק, שעונשו לפי החוק, ומעשו חרור שבעתים, מסתובב חופשי בשוק, הנאשמים אחורי סORG ובריח. בនוסף, התעלמות מוחלטת ממחද כזה, עלולה לעוזד, בעקביפיון, את המשטרת, שלא לבצע פעולות חקירה מאמצות על מנת להביא לדין מעסיקים, אלא להסתפק בביצוע חקירה והעמדתם לדין כאשר פעולות החקירה לצורך כך, הן קלות. כמו למשל, כאשר מעסיק נתפס "בשתח", מעסיק או מסע שוהים בלתי חוקיים, שאז, ניתן להעמידו לדין בנקל נוכח טיב הראיות זמיןנות. لكن, העלמת עין' מצד בית המשפט, או הפגנת גישה סלחנית במקרה כזה, עלולה, לשגר מסר לא ראוי לרשות האכיפה, אשר לא יעודן להתאמץ, על מנת לחזור ולהביא לדין מעסיקים, מקום, שבו נדרשות פעולות חקירה אינטנסיביות יותר, על מנת לאתר את המעסיק ולהביאו לדין. זאת תוצאה בלתי מתבקשת על הדעת, ומוגנת לחלוון לשווין בפניו החוק.

כן יש להזכיר, כי לא מדובר בביטול כתוב האישום כנגד הנאשמים. הם 'ישלמו' מחיר על שהייתם הלא חוקית בכך שהם נתונים במעטץ תקופה של כחודש ימים. לכן, לא מדובר בסנקציה ריסון של הרשות האוכפת במובן 'הקלASI' 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.

מתוחם העונש ההולם:

נמצא, כי להגנה מן הצדק השפעה על מתחם העונש ההולם. הפגיעה בהליך נוגעת לעקרון השוויון בפני החוק. המשטרת לא מיצתה את החקירה כנגד המעסיק ומילא לא הביאה אותו לדין. ברור לחדוטין, כי המעסיק תרם ואיפשר את יצירת העבירה בכך שהוא נאשם וברך תרם להתרשכותה של העבירה בכל יום שהמעסיק אוטם. המחוקק קבע כי ל"מידת השפיטה של אחר" ישנה השלכה על חומרת הנסיבות וכן גם ל"נסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה". לקביעה האמורה השפעה על מתחם העונש ההולם. לפיכך, אני קובל כי מתחם העונש ההולם נוע בין מסר על תנאי ועד לחודש מסר בפועל לצד קנס הנע בין 1000 ל- 2000 ש"ח.

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

אשר להתקיימות נסיבות, שאין קשרות בביצוע העבירה, בוגזרו את הדיון בתוך מתחם, רשאי בית המשפט להתחשב בנסיבות אשר אין קשרות בביצוע העבירה, ככל שהוא שיט מקום להתחשב בהן (סעיף 40יא לחוק העונשין). להלן/atiyich לשינויים האישיות של הנאשמים שבפני:

הנאשם 1,olid 1991, לחובתו 2 הרשעות קודמות, לאחרונה שבהן היא בעבירה זהה, וכן בעבירה של הפרעה לשוטר במלוי תפקידו, עליה נשפט, בחודש יולי 2013 בבית משפט השלום בתל אביב, ובגינה נגדו 4 חודשים מסר מותנים, תוך שבית המשפט הסתפק, בשמנון ימי מעצרו.

הנאשם 2,olid 1990, לחובתו 2 הרשעות קודמות, לאחרונה שבהן היא בעבירה זהה, בגיןה נגזר עליו עונש מסר בפועל, לתקופה של 45 ימים, וכן, מסר מותנה של 4 חודשים, לתקופה של 3 שנים. הרשעה קודמת, היא מבית משפט צבאי שומרון, משנת 2013, בעבירות של דיזוף, וUBEIRA דומה לנדוונו, עבירה של הפרת הכרזת שטח סגור לפי הatz בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) - (378) - תש"ל - 1970, בגיןה נגזר עליו מסר בפועל לתקופה של 100 ימים.

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

העונש המתאים לנאשמים:

לאור כל האמור לעיל, ולאור שבchnerתי את העבירה אותה ביצעו הנאשמים בראשי הנסיבות המפורחות לעיל, ונסיבותיהם האישיות של שני הנאשמים, ולאור התקופה בה שווים השנים במעטץ (30 יום), הגיעו לכל מסקנה, כי יש מקום במקרה חריג זה, להאריך את המסר המותנה של השניים, הנוגע לעבירה הכניסה שלא לחוק לישראל, ולהסתפק בקנס ראוי, מאוזן בשים לב לתוצאה הכללית ולנתוניהם של הנאשמים (סעיף 40א לחוק העונשין), אשר בהעדך תשלום, ירוצה במסר ממש (עפ"ג (חיפה) 46357-10-15 **פטפה נ' מדינת ישראל**).

אצין כי לתוכאה עונשיות זו אני מגיע גם דרך בוחנת שאלת הפעלת המסר המותנה התלויה ועומדת כנגד השניים, הואיל ולטעמי, בנסיבות החיריגות דן, אין הצדקה להפעילו. אນמק 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 ובמקרים לצוות על הפעלת המאסר על תנאי לצוות מטעמים שירשו על הארכת תקופת התנאי או חידושה לתקופה נוספת על שנתיים, אם שכונע בית המשפט שבנסיבות העניין לא יהיה צודק להפעיל את המאסר על תנאי".**

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

האחד, נוגע לדין המפורט לעיל, ולא אחזר על הדברים. סבורני, כי מחדל הרשות החוקרת פגע בעקרון השוויון בפני החוק, אף פגע בביטחון הציבור, שעה שנוטר כר פורה להמשך העסקת שבחיים, מצד אותו מעסיק לשוהים אחרים. נוכח חשיבות המחדל והשפעתו על מתחם העונש ההולם, ולאחר מכן של המאסר המותנה והتوزאה הקשה בהפעלו עברו הנאים, לא ראוי שבית המשפט יתעלם מהפגיעה הקשה בתחומי הצדק וחוסר ההגנות העולה מהדברים כלפי הנאים.

השני, המאסר המותנה הוא ארוך במיוחד (4 חודשים) והוא נקבעטרם שנפסקה הלכת **אלהרוש** (ימים 14/9). הוא הוטל על הנאם 1 ביום 17/7/13 ועל הנאם 2 הוא הוטל ביום 1/9. נוכח חשיבותה של ההלכה, ולאחר העובדה שפסקתו של בית המשפט העליון, דנה בסוגיה העקרונית של העונשת שוהים בלאי חוקים, תוך דחית טענת המדינה להטלת עונש אחד טיפוסי לעבירה זו, ולאחר שבית המשפט העליון בחר את מכלול שיקולי העונשה, בראשי הクリיטריונים הקבועים בתקון מס' 113 לחוק העונשין, סבורני, כי פסיקה זו מקרינה עצמה גם על הפעלת המאסרים המותנים מושא דיונו (ראה בעניין זה: רע"פ 1441/14 **הבט חמיס נגד מדינת ישראל** (9.12.2014)).

השלישי, העיקרון המנחה בעונשה הינו עקרון ההלימה הקבוע בסעיף 40 לחוק העונשין, כך שיישמר "יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנسبותיו...ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו". מבלי לగורע מחומרת מעשי הנאים, מדובר בעבירות שהיא בלתי חוקית בישראל למטרת צרפת, ללא עבירות נלוות, כאשר לשני הנאים אין עבר פלילי מכובד. הפעלת המאסר המותנה, אפילו אם ייחפות לעונש מאסר נוסף, יהיה קרוב למלא 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. ניתן, כי בתי המשפט עשו שימוש בסעיף 56 לחוק העונשין והאריכו מאסר מותנה בעבירות זהות מטעהمي העדר הלימה (ראו: ת"פ (שלום כ"ס) 2408/09 **שלוחת תביות כפר סבא נ' קرم עacci בן חאטם**, (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 בעבירות 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 בעבירות שב"ח. לחובתו עמדו שתי הרשעות קודמות ומאסר מותנה לתקופה בן 4 חודשים למשך שנתיים. בית המשפט האריך את תקופת התנאי. ודוק, הנני עיר להלכה הקובעת לפיה הארכת המאסר בשל כך שהפעלו תביא לעונש ארוך אינה שיקול להארכתו (רע"פ 7391/08 **מחאג'נה נ' מדינת ישראל** (2009)), אלא, כאמור, הctrarופות מכלול הנسبות, מובילה, כמקשה אחת, לתזואה האמורה.

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

על הנאשם 1 -

הנני מאריך בשנתיים נוספת את המאסר המותנה של 4 חודשים שהוטל עליו בג"ד מיום 13/7/13 בת"פ 13-07-20994 בבית משפט השלום בתל אביב.

কন্স בסך - 00 ימים או 1,500 ימים מאסר תמורתו. הקנס ישולם לאלאר שם לא כן ירצה הנאשם את המאסר הקבוע לצד הקנס חלף הקנס.

שחררו של הנאשם מעוכב עד לביצוע התשלום.

על הנאשם 2 -

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

קנס בסך - 00 ימים או 1,500 ימים מאסר תמורתו. הקנס ישולם לאלאר שם לא כן ירצה הנאשם את המאסר הקבוע לצד הקנס חלף הקנס.

שחררו של הנאשם מעוכב עד לביצוע התשלום.

זכות ערעור תוך 45 ימים לבית המשפט המחוזי בחיפה.

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