



ת"פ 38870/12/21 - מדינת ישראל נגד מועאויה בדירי

בית משפט השלום בטבריה

02 ינואר 2022

ת"פ 38870-12-21 מדינת ישראל נ' בדירי (אסיר)

בפני כב' סגן נשיא, השופט ניר מישורי לב טוב
המאשימה
מדינת ישראל

נגד
הנאשם

מועאויה בדירי (אסיר)

נוכחים:

מטעם המאשימה - עו"ד תומר בן חמו

מטעם הנאשם - הובא וע"י עו"ד מוחמד עומרי - מהסנגוריה הציבורית

פרוטוקול

הדיון מתורגם לנאשם ע"י בא כוחו מהשפה העברית לערבית ולהיפך.

גזר דין

1. הנאשם הורשע על פי הודאתו בעבירה של **כניסה ושהייה בישראל שלא כדין**, עבירה לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב 1952 והפרעה לשוטר במילוי תפקידו - עבירה לפי סעיף 275 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977.

2. מעובדות כתב האישום בגין הורשע הנאשם על פי הודאתו עולה כי בזמנים הרלוונטיים לעובדות כתב האישום היה הנאשם תושב שטחים ללא אישור כניסה או שהיה בישראל.

מעובדות כתב האישום עולה כי ביום 16.12.21 בשוק העירוני בטבריה זיהו שוטרים את הנאשם ואחר, ביקשו מהנאשם כי יזדהה והנאשם והאחר בתגובה ברחו מהשוטרים והנאשם נעצר לאחר מרדף רגלי.

טענות לעונש מטעם הצדדים:



3. טיעוני המאשימה :

- א. ב"כ המאשימה הגיש גליון הרשעות קודמות (ת/1), העתק מאסר מותנה והתחייבות (ת/2).
- ב. הרשעתו הקודמת של הנאשם ניתנה לפני שלושה שבועות, בגין הרשעה זו נדון הנאשם לעונש של מאסר על תנאי בן 45 ימים והתחייבות ע"ס 1,500 ₪. יצוין כי בית המשפט הטיל על הנאשם ענישה צופה פני עתיד, בכתב האישום מיוחסת לו עבירת הכשלת שוטר וכניסה שלא כדין, והנאשם נמלט מהשוטר יחד עם אחר שהצליח להימלט.
- ג. בכניסתו לישראל פגע הנאשם בערך המוגן של ריבונות המדינה להחליט מי יבוא בשעריה, תכלית החוק מניעת כניסתם של זרים למדינה כדי להגן על שלום הציבור.
- ד. אין מדובר רק בעבירת כניסה לישראל כך שמתחם העונש שנקבע בהלכת אל הרוש אינו רלוונטי, מתחם העונש כשיש עבירה נלווית מתחיל משלושה חודשים עד 8 חודשים, גזר דין שניתן לפני שלושה שבועות עם ענישה של מאסר על תנאי לא הרתיע את הנאשם לכן מבוקש להטיל עונש ברף הבינוני נמוך, להפעיל את המאסר המותנה וכן התחייבות.
- ה. בתאריך 23.12.21 הגישה המאשימה בקשה להגיב על טיעוני ב"כ הנאשם כפי שנטענו במעמד הדיון. בתגובתה טענה המאשימה כי אכן היה שיח בין הנאשם לשוטר המתורגמן שלא קיבל ביטוי בעדות הכתובה, הנאשם נשאל אם מעוניין בייצוג עו"ד, התמהמה בתשובה והמתורגמן המשיך ושאל את הנאשם מעוניין בייצוג "עכשיו או מחר (לבית המשפט)" וכן אמר לנאשם כי "זה יקח שעותיים או שלוש" ואז השיב הנאשם "אז מחר". עוד מבהירה המאשימה כי שיח זה כמתואר לעיל אינו תקין ואינו מקובל על המאשימה ועם היוודע הדבר למאשימה הנחתה את כלל יחידות החקירה להימנע מהתנהלות זו ותועבר פנייה בנושא לאח"מ המחוזי. יחד עם זאת סבורה המאשימה כי אין מדובר בפגם חמור המצוי במדרג חמור וקיצוני המצריך חריגה קיצונית לקולא בענישה לה עותרת ההגנה. זאת שעה שהוצע לנאשם להיוועץ בעורך דין הן באזהרתו והן בגוף החקירה ויש די בראיות כדי להרשיע הנאשם גם ללא הסתמכות על חקירתו. לא מדובר במקרה בו לא הוסברו לנאשם זכויותיו או נמנעה ממנו זכות ההיוועצות אותב ביקש לקיים. לאור כך עותרת המאשימה להטיל על הנאשם עונש הממוקם בחלקו הנמוך של מתחם העונש ההולם ולא בחלקו הבינוני - נמוך כפי שטענה בדיון וזאת במצטבר לעונש המאסר על תנאי אותו עותרת להפעיל.

4. טיעוני ב"כ הנאשם :

- א. הנאשם הודה וחסך זמן יקר של בית המשפט. מבלי להקל ראש בכתב האישום המייחס עבירת כניסה ללא היתר



והפרעה לשוטט במילוי תפקידו הרי שהעבירה הנוספת מסתכמת בכך שהנאשם ברח משוטטרים ומדובר בתגובה טבעית ומדובר בעבירה ברף הנמוך בסופו של יום , הוא נתפס והועמד לדין.

ב. באשר למתחם העונש לו טוענת המאשימה, לא יעלה על הדעת שהמאשימה עותרת למתחם מחמיר ספציפית לתיק זה כשהיא עותרת במקרים אחרים לפחות מכך. מבוקש כי בית המשפט יאמץ את הרף התחתון שנקבע בהלכת אל הרוש, היינו מאסר על תנאי. גם אם בית המשפט יגיע למסקנה שהרף העליון אינו כפי שנקבע בהלכת אל הרוש הרי שנסיונות ביצוע העבירות מצדיקות קביעתו של מתחם שמתחיל ברף תחתון של מאסר על תנאי.

ג. באשר לעונש הראוי, הגיש ב"כ הנאשם רשימת היתרים שקיבל בעבר הנאשם לצורך כניסה לישראל (נ/1). מדובר בעשרים היתרים לצרכי עבודה. אדם שמגיש בקשה להיתר נבחן ע"י רשויות הביטחון בצורה מעמיקה והבדיקה לא רק ספציפית כלפי אותו מבקש ההיתר אלא מורחבת ורשויות הביטחון כן נתנו לו היתר. יתרה מזאת, עברו של הנאשם מסתכם בהרשעה אחת ללא כל עבירה נלווית .

ד. בטרם מתן גזר הדין מבוקש כי בימה"ש יצפה בדיסק החקירה של הנאשם. קיימת פגיעה בזכות היועצות של הנאשם עם עו"ד. הנאשם אכן נשאל אם מבקש להתייעץ עם עו"ד ולפני שמסר תשובה קם המתורגמן ואמר לו שייקח בחשבון שזה ייקח שעותיים - שלוש ואומר לו שהוא יכול גם להיוועץ בעורך דין למחרת בבימ"ש, הוא יכול לוותר עכשיו. ב"כ הנאשם סבור שמדובר בויתור שלא מדעת ומרצון. ההתנהלות הזו אינה ראויה שכן המחוקק נתן ביטוי לכך בתיקון 113 להתנהלות רשויות אכיפת החוק, וההתנהלות הייתה לא תקינה. התוצאה הצודקת לאור פגיעה זו ולאור כל מה שציין הנה הארכת המאסר על התנאי. לחילופין מבקש לאור פגיעה זו ורשימת ההיתרים שקיבל כי יש להסתפק בתקופת התנאי ולחילופין חילופין, הפגיעה בזכות היועצות והתערבות יתר של המתורגמן מצדיקה חפיפה של מאסר בפועל.

ה. המשטרה לא יצרה קשר עם הסנגוריה לברר אם יגיע עו"ד, הנאשם סובל מבעיות רפואיות, ניתוחים שעבר בעמוד שדרה. (הגיש דיסק תיעוד החקירה נ/2).

ו. בתגובתו בכתב להשלמת טיעוני המאשימה נרשם כי המתורגמן לא תרגם את שאלת החוקר בדבר זכות ההיוועצות כפי שנשאלה אלא הוסיף לה את המלל האם מבקש להיוועץ היום או מחר , הנאשם משיב כי "עדיף עכשיו" ובתגובה אומר לו המתורגמן כי זה יכול להתעכב שעותיים שלוש. לכן השיב הנאשם כי יתייעץ עם עו"ד מחר וזאת בלי שנשלחה כלל בקשה לסניגוריה הציבורית ולכן הוויתור הינו ויתור שלא מדעת. לכן עותרת ההגנה לתת ביטוי להפרה באמצעות הארכת המאסר על תנאי התלוי ועומד כנגד הנאשם.

הנאשם טען לעונש כי אשתו ילדה לפני כמה ימים וכי כניסתו הייתה לצורכי עבודה.

דין והכרעה:



5. בקביעת מתחם העונש ההולם, בהתאם לעקרון ההלימה, יש להתחשב בערך החברתי שנפגע ובמידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנוהגת ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

6. בית המשפט העליון עמד על הערכים החברתיים המוגנים בעבירת הכניסה לישראל שלא כדין ברע"פ 3677/13 - המבקש ברע"פ 3677/13: נ' המשיבה; (לא פורסם), (09/12/2014), (להלן: "רע"פ אלהרוש") :

"מושכלות ראשונים הם כי הכניסה לישראל שלא כדין ומבלי היתר פרטני פוגעת בבטחון המדינה, בזכותה לקבוע את הבאים בשעריה ועלולה להגדיל את הסיכון לפשיעה מצד אלו ששוהים בה לא כדין. עניינו מצטמצם לאותם שב"חים שנכנסים שלא כדין לצרכי פרנסה, ולאחר מכן מבקשים לשוב לביתם. מידת הפגיעה של התנהגות מסוג זה בבטחון המדינה פחותה. אין חולק כי עצם תופעת הכניסה שלא כדין מגדילה את הפוטנציאל לסיכון בטחוני, בין היתר בכך שהיא פותחת פתח לזליגת פעילות חבלנית עוינת (פח"ע) לתחומי מדינת ישראל ובכך מסכנת את בטחון תושביה. במקרים שבהם מטרת הכניסה שלא כדין היא פעילות חבלנית הפגיעה בערך המוגן של בטחון המדינה היא חמורה. אולם, לא די בהגברת הפוטנציאל האמור כדי לייחס לנאשם ספציפי, אשר אינו מבקש לפגוע בבטחון המדינה, את החומרה האמורה (ראו גם: הלכת פראגין, בפסקאות ח'ט"ו לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין, ובפסקה 7 לפסק דינו של השופט י' דנציגר). הדברים יפים גם באשר לסיכון לפשיעה כאשר אין כל עבירה נלווית לעבירת השב"ח. יודגש כי אין מדובר במי שמבקשים להשתקע במדינה, אלא במי שמבקשים להרוויח את פת לחמם ולשוב לביתם, שאין מחלוקת באשר למצבן הכלכלי הלא קל.

לפיכך, אף כי אין לכחד שבטחון המדינה והפררוגטיבה שלה לקבוע את הבאים בשעריה הם ערכים חשובים, הפגיעה בהם במסגרת עבירת שב"ח לצרכי פרנסה היא פגיעה קטנה הן בהתייחס למעשים הקונקרטיים בהם מדובר והן באופן יחסי לעבירות אחרות בחוק, דוגמת עבירות ההסעה וההלנה של שוהים שלא כדין, שנקבע שנושאות עימן מטען "כבד יותר", בהיות הנאשם בהן "חוטאים ומחטיאים" (ראו: הלכת אבוסאלם; הלכת פראגין).

הערך המוגן בעבירת הפרעת שוטר במילוי תפקידו הינו ערך אכיפת החוק והשוויון בפני החוק וכאשר עבירה זו נלווית לעבירות מסוג כניסה לישראל שלא כדין באה עבירה זו להגן על האינטרס הציבורי בהגנה על שלום אזרחי המדינה.

בנסיבות ביצוען של העבירות בתיק זה מצאתי כי הפגיעה בערכים המוגנים מצוייה ברף הנמוך - בינוני שעה שהנאשם שהה שלא כדין תקופה קצרה בשטחי המדינה וניסה למלט עצמו מן הדין ולראייה כי אדם נוסף אשר שהה עמו נמלט מהשוטרים הפועלים ובכך נמלט מן הדין.

7. מדיניות ענישה נוהגת :



א. ביהמ"ש העליון ברע"פ 3173/09 מוחמד פרג'ין נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, ביום 23.04.09) בחן את רף הענישה הראוי בעבירות כגון דא. בית המשפט הדגיש את החובה לשקול את הנסיבות האישיות הקונקרטיות של כל נאשם ונאשם בטרם גזירת דינו.

ב. בית המשפט המחוזי קבע ב ע"פ 41708-07-12 מדינת ישראל נ' עטאללה (פורסם בנבו, מיום 4.7.12) את מתחם העונש בגין עבירת כניסה לישראל שלא כדין:

"מתחם העונש ההולם בעבירה של כניסה לישראל שלא כדין, כאשר מדובר בעבירה של כניסה לישראל בלבד, ללא עבירות נלוות, נע בין 30 ימי מאסר בפועל ל-6 חודשי מאסר בפועל. בנסיבותיו של המשיב כאן העונש המתאים צריך להיות קרוב לתקרת המתחם. בשים לב לכך שערכאת הערעור איננה ממצה את הדין עם הנאשם או מקבלים את הערעור, במובן זה, שתקופת המאסר בפועל תועמד על 4 חודשים, שימנו מיום מעצרו (08/07/12)."

ג. ברע"פ 4088/13 הדרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, מיום 11.6.13), נדון עניינו של נאשם אשר הורשע בכניסה בודדת למדינת ישראל. בית המשפט השלום הטיל עליו 3 ימי מאסר והמדינה הגישה ערעור לבית המשפט המחוזי אשר התערב בעונש והטיל עליו 30 ימי מאסר בפועל. הנאשם הגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון ושם נקבע כי שאין בעונש שהושת על הנאשם כל סטייה, ובוודאי שלא סטייה מהותית, ממדיניות הענישה הנוהגת, ככל שמדובר בעבירה של כניסה שלא כדין לישראל. אם כי נקבע כי :

"בדברי אלה, אין כדי לקבע את מתחם הענישה אשר אוזכר על ידי בית המשפט המחוזי, שכן קביעת המתחם הינה תלויה נסיבות אותן יש לבחון, בכל מקרה ומקרה, ואין לשלול את האפשרות כי ניתן יהיה להסתפק, במקרים המתאימים, גם בעונש מאסר מותנה."

ד. בית המשפט עומד ברע"פ אלהרוש על מדיניות הענישה הנוהגת כלפי נאשמים שנכנסו לישראל לצרכי פרנסה ללא עבירות נלוות. במקרה שבפניי אין הלכת אל הרוש חלה, לפחות לא באופן מלא שעה שהנאשם שבפני הורשע גם בביצוע עבירת הפרעת שוטר במילוי תפקידו.

בית המשפט העליון קבע ברע"פ אלהרוש את מתחם העונש ההולם העבירות כניסה לישראל שלא כדין לצרכי פרנסה :

משקלול האמור, מצאתי שיש לקבוע את מתחם העונש ההולם לעבירת שב"ח לצרכי פרנסה, שנעברת לראשונה, בהיעדר עבירות נלוות, באופן הבא: עונש מאסר שנע בין מאסר על תנאי לבין מאסר בפועל למשך חמישה חודשים, כאשר חמישה חודשים אלה יכללו הן את תקופת התנאי והן את תקופת המאסר בפועל. בנוסף אני סבור כי יש לקבוע מתחם עונש לקנס שנע בין 0 ש"ח לבין 2,000 ש"ח. אם לנאשם יש עבר פלילי, ובכלל זה עבירות שב"ח, ניתן יהיה להתחשב בכך במסגרת גזירת העונש "בתוך המתחם". זאת משום שעבר פלילי הוא נסיבה שאינה קשורה בביצוע העבירה, שחלה הוראת סעיף 40א(11) לחוק העונשין, ומאפשרת התחשבות בה



בעת גזירת העונש בתוך המתחם."

9. במסגרת קביעת מתחם העונש הראוי התחשבתי בעובדה כי אשמתו של הנאשם בביצוע העבירות מלא, העבירה של כניסה לישראל שלא כדין בוצעה תוך תכנון מוקדם בשעה שהנאשם נכנס לישראל מיוזמתו ולא אולץ לעשות כן אך ניכר כי העבירה של הפרעת שוטר במילוי תפקידו הייתה ספונטנית יחסית ובוצעה בלהט הרגע.

10. נסיבות הקשורות בביצוע העבירה -

בהתאם לסעיף 40 ט' לחוק העונשין, יש ליתן את הדעת לנזק שנגרם מביצוע העבירה ולנסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירות.

בהתייחסו לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ציין בית המשפט העליון ברע"פ אלהרוש כי :

"19. דיונונו כאן (והן דיונו של בית המשפט בהלכת פראגין) מתמקד מתחילתו בנסיבות שהביאו את הנאשם לביצוע עבירת השב"ח (סעיף 40ט(א)(5) לחוק העונשין) - צרכי פרנסה. בהלכת פראגין עמד בית המשפט על הסיכון המופחת שמגלמת עבירת השב"ח הנעברת לצרכי עבודה לערכים שעליהם העבירה באה להגן. מדבר באנשים שמצבם הכלכלי דוחק; שאינם מתכננים להמשיך להתגורר במדינה אלא מבקשים להיכנס ולצאת ממנה; שכל עניינם כלכלי; ושמגלמים סכנה לא מופרזת לבטחון המדינה ולפגיעה בזכות המדינה להכריע מי נכנס בשעריה. עוד אציין שעבירת השב"ח לצרכי פרנסה, בנסיבות בהן לא לוותה בעבירות אחרות (ובמיוחד כאלה שנועדו לחפות עליה, דוגמת זיוף או התחזות) היא עבירה שבה התכנון שקדם לביצוע העבירה הוא נמוך יחסית. יעידו על כך כתבי האישום בעניינם של המבקשים שמהם עולה כי המבקשים נתפסים ברחוב ולא במקום מסתור כלשהו. אף שאין מדובר בפעולה נטולת תכנון (שכן היא דורשת את מעבר הגבול בניגוד לחוק), מדובר בתכנון לא מורכב יתר על המידה (ועל כך יעידו גם כמויות הנאשם הגדולות), ויש מקום להתחשב בנסיבה זו המצויה בסעיף 40ט(1) לחוק העונשין (לעניין תכנון העבירה) לקולה גם כן."

הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירות: הנאשם נכנס לישראל שלא כדין. מחד גיסא, עצם הכניסה של אדם בלתי מורשה לתחומי המדינה מצביעה על חסר בטחוני בבדיקתו וסיכון מובנה לביטחון הציבור בישראל. קל וחומר על רקע ביצוע מעשי טרור כנגד אזרחי המדינה שפקדו את המדינה בעת האחרונה. מאידך גיסא, לא הוכח כי הנאשם נכנס לתחומי המדינה לצורך אחר פרט לפרנסה. ב"כ הנאשם הציג רשימת היתרים שנתנו לנאשם לצורך כניסה לישראל שעה שהאחרון שבהם פג ביום 23.2.21. לא הוצגו בפני בית המשפט אסמכתאות באשר לנסיבות אי חידוש ההיתר ואין בידי בית המשפט אינדיקציה לקבוע האם אי חידוש ההיתר נבע כדברי הנאשם מקושי כלכלי בהגשת הבקשה או מניעה בטחונית.



11. נוכח האמור לעיל, אני קובע כי **מתחם העונש ההולם** לגבי העבירה שבה הורשע הנאשם נע בין מאסר מותנה לבין 8 חודשי מאסר בפועל, מאסר על תנאי וענישה כספית הכוללת התחייבות כספית וקנס שגובהו יכול להגיע כדי 2000 ₪.

12. **נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה ועתירת ההגנה לסטייה לקולא ממתחם העונש ההולם-**
בהתאם לסעיף 40 יא' לחוק העונשין, בגזירת העונש המתאים לנאשם, יש להתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. במסגרת זו מן הראוי לתת את הדעת לנסיבות הבאות:

א. הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות גילו- עונש מאסר בפועל יפגע בנאשם ובבנימשפחתו. זאת באשר הנאשם לא נדון לעונשי מאסר בעבר. כמו כן נטען למצב רפואי קשה של הנאשם (טענה שאף הועלה במעמד גזירת דינו בתיק הקודם) אך לא נתמכה בכל אסמכתא ולכן לא מצאתי לתת לה משקל של ממש במסגרת גזירת דינו של הנאשם.

ב. נטילת האחריות של הנאשם על מעשיהם - הנאשם הודה במיוחס לו בהזדמנות הראשונה.

ג. **עבר פלילי -**

לחובת נאשם הרשעה מיום 1.12.21 קרי שבועיים וחצי בלבד טרם נעצר בתיק שבפניי וזאת בגין ביצוע עבירת כניסה לישראל שלא כדן. במסגרת הרשעתו זו הוטל על הנאשם מאסר על תנאי בן 45 ימים ומתן התחייבות כספית ללא ענישה נוספת אך ניכר כי הנאשם לא נרתע מענישה זו שעה שחזר לסורו ימים לאחריה.

13. **הרתעת הנאשם**

לאור האמור לעיל ומאסר מותנה בר הפעלה התלוי ועומד כנגדו מצאתי כי על העונש להרתיע הנאשם שכן המסר שהועבר בגזירת דינו אך לאחרונה טרם הופנם.

14. **הרתעת הרבים :**

מניסיונו של בית המשפט בפניו מובאים חלק מן הנכנסים שלא כדן במסגרת הבקשות להארכת המעצר ניכר כי תופעת הכניסה לישראל שלא כדן משטחי יהודה ושומרון הינה תופעה רחבה למדי ועל בית המשפט לשלוח מסר לעבריינים פוטנציאליים כי ביצוע עבירה זו המסכנת בטחון תושבי המדינה אינו כדאי.

ב"כ הנאשם טען כי המאשימה נוהגת לערוך הסדרים מקילים עם נאשמים במקרים דומים או כאלו החמורים



בנסיבותיהם אך לא הוגשו כל אסמכתאות בנושא ואין בידי לאמץ טענה זו מטעם זה.

15. הטענה לפגיעה בזכויותיו של הנאשם ונפקותה בעת מלאכת גזירת הדין :

המסגרת הנורמטיבית :

התנהגות רשויות אכיפת החוק מנוייה על רשימת נסיבות שאין קשורות בביצוע העבירה במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין :

40יא. בגזירת העונש המתאים לנאשם כאמור בסעיף 40ג(ב), רשאי בית המשפט להתחשב בהתקיימות נסיבות שאין קשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר כי ראוי לתת להן משקל בנסיבות המקרה, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם:

...

(9) התנהגות רשויות אכיפת החוק;

בית המשפט העליון עמד בתיק ע"פ 482/20 כסאב מטר נ' מ"י, פורסם במאגרים המשפטיים (4.6.20) על נפקות הפגיעה בזכויות נאשמים בעת חקירתם במסגרת הדיון בטענת הגנה מן הצדק בשלב גזירת דינם של הנאשמים :

המערער בחר למקד את טענותיו בערעור כלפי גזר הדין; גם ב"כ המדינה טענה לפנינו כי אם אכן נפל פגם בחיפוש, אפשר כי היה מן הראוי ליתן לו ביטוי בגזר הדין: "קשה לי לדעת מה ראה בית משפט בקביעתו שנפל פגם. יש לנו 2 פרוטוקולים שמכסים את הסיטואציה בכל מידה שהיא, והעובדה שלא ראו בכך הקלה בגזר הדין היא שבצדק לא הייתה כאן הקלה. אולי לפי מחשבת במ"ש הייתה צריכה להיות אבל לפי האמת לא צריכה להיות" (עמוד 3 לפרוטוקול הדיון). משכך, נצעד גם אנחנו בעקבות ב"כ הצדדים.

13. בשעה שבית המשפט המחוזי ניגש לגזור על מטר את העונש המתאים, הוא פירט את עברו הפלילי; ציין את העדר קבלת האחריות מצדו; והפטיר בכך שלא נשמעה מפיו הבעת חרטה. נסיבות מקילות שיליצו יושר בעדו של מטר, לא מצא בית המשפט. דומני, כי משנמצא ממש בטענת המערער בדבר אי-חוקיות החיפוש, ובכך התמקד ערעורו, מן הראוי ליתן לכך ביטוי בגזר הדין. יחד עם זאת, הנסיבות שאין קשורות בביצוע העבירה, אלו המתוארות לעיל, צריכות אף הן להילקח בחשבון.

14. נוכח האמור, ולאחר מתן הדעת על השיקולים שמכאן ומכאן, ומחמת הפגם שנפל בחיפוש המשטרתי, אציע לחב"י להפחית חצי שנה מעונש המאסר שהוטל על המערער. " (כב' השופט



סולנרג).

כב' השופטת ד' ברק ארז הוסיפה על הדברים לעיל כי -

"יש אפוא מקום לכך שהפרה של חובה זו, ולא כל שכן ללא סיבה נראית לעיל, תובא בחשבון בשלב גזר הדין, על בסיס העיקרון של הגנה מן הצדק, שלעתים משפיע רק בשלב העונש (ראו למשל: ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקאות 49 ו-50 לפסק דינו של השופט נ' הנדל, פסקה 58 לפסק דינו של השופט י' עמית ופסקה 70 לפסק דיני (1.3.2017)); רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 32 לפסק דיני (20.12.2018)). "

לציין כי בקבלת הטענה להגנה מן הצדק במקרה זה הופחתה חצי שנת מאסר מעונש המאסר בן ארבע השנים שהוטל על הנאשם.

הלכה דומה נקבעה לאחרונה בע"פ 5686/19 אמיל רפאלוב נ' מ"י, פורסם במאגרים המשפטיים (20.6.21) :

"הדחה לביצוע עסקת סמים - אף אם בוצעה - הינה עילה להפחתה בעונש, אך לא לזיכוי, גם בנסיבות קיצוניות יותר של הדחה".

במקרה זה קיבל בית המשפט את הטענה כי התנהלות המשטרה פגעה בזכויות המערער, גם אם לא תביא לזיכוי ומכאן הורה בית המשפט על קיצור תקופת עונש המאסר בן 66 חודשים שהוטל על הנאשם לתקופת מאסר שמשכה כתקופת המעצר בת 48 החודשים בה היה נתון המערער במעצר באותו תיק ובאופן שלא יוחזר לבית הסוהר להמשך ריצוי מאסר.

מן הכלל אל הפרט :

אין מחלוקת בין הצדדים כי זכותו של הנאשם להיוועצות הופרה שעה שבדבריו של השוטר המתורגמן לנאשם כי ייקחו שעתיים עד שלוש שעות עד שיוכל להיפגש עם עורך דין לטובת מימוש זכות ההיוועצות טרם חקירה מבלי שטרם בדק האם יש ממש בדבר, משום פגיעה בזכות היוועצות של הנאשם.

גם אם אין המאשימה מסתמכת על חקירתו של הנאשם במסגרת ראיוותיה וגם בשים לב כי הודאת הנאשם בעובדות כתב האישום באה במנותק להפרת זכות ההיוועצות הרי שעולה מטיעוני הצדדים כי זכות זו הופרה וכי בהתאם לפסיקה הנוהגת (ר' לעיל) הרי שיש מקום להקל בעונשו של נאשם שעה שמוכח כי זכויותיו בשלב החקירה נפגעו.

מן הפסיקה הנוהגת ניכר כי למידת הפגיעה בזכויות הנאשם כתוצאה מהתנהלות המאשימה משקל של ממש בגזירת דינו. כמו כן ניכר כי בפסיקות הנוהגות לעיל ניתן משקל לפגיעה זו בעת מלאכת גזירת עונשו של



הנאשם אשר באופן מידתי מהווה הקלה בעונש אך לא ביטולו או הסתפקות במקצתו.

במקרה שבפניי הפגיעה בזכויות החשוד ממשית למדי. גם אם לא נרמסה זכות זו באופן פורמלי (שעה שהחשוד עודכן על ידי החוקר בזכותו להיוועצות טרם חקירה) הרי שעה שהעדיף הנאשם לממש זכותו להיוועצות טרם חקירה כפי שהדבר עולה מהתמלול המוסכם הרי שהאינפורמציה המוטעית והמטעית שמסר המתורגמן בדבר הצפי להמתנה ממושכת לעורך הדין ללא כל בדיקה או ידיעה בנושא גרמה הלכה למעשה לויתור הנאשם על זכות ההיוועצות ומשכך סוכלה זכות זו הלכה למעשה. הנאשם שבפניי אינו בעל עבר פלילי מכביד, זו לו חקירתו השנייה המובילה לכתב אישום וניכר מעיון בתמלול החקירה כי הינו מושפע מדברי המתורגמן "המוביל" אותו לעבר הויתור על זכויותיו באמתלה מגמתית ונעדרת כל עיגון במציאות.

נוכח הפגיעה בזכות הנאשם להיוועצ בעורך דין טרם חקירתו ועבר לא מכביד בעבירות דומות ובכלל לצד שיקולי הגמול, הרתעת היחיד נוכח מאסר על תנאי שהוטל שבועיים וחצי טרם ביצוע העבירות והרתעת הרבים מצאתי כי יש מקום למקם עונשו של הנאשם בחלקו הנמוך של מתחם העונש ההולם בגין העבירות בהן הורשע. עוד אציין כי לא מצאתי בטיעוני ב"כ הנאשם טעמים מיוחדים אשר יצדיקו הארכת תוקף המאסר על תנאי שהוטל זה מכבר על הנאשם בתיק אחר.

16. לאור כל האמור לעיל אני דן את הנאשם לעונשים הבאים:

א. מאסר בפועל לתקופה של 30 ימים.

אני מורה על הפעלת מאסר על תנאי בן 45 ימים שהוטל על הנאשם בתיק ת.פ. 49066-08-21 (שלום תל אביב) מיום 1.12.21 וזאת בחופף למאסר שהוטל על הנאשם בתיק זה.

סה"כ מאסר שירצה הנאשם בתיק זה 45 ימים. מתקופת המאסר תנוכה תקופת מעצרו מיום 16.12.21 ועד היום.

ב. מאסר על תנאי לתקופה של 3 חודשים והתנאי הוא כי במשך 3 שנים החל מהיום לא יעבור עבירה בה הורשע בתיק זה ויורשע בגינה בתקופת התנאי או לאחריה.

ג. אני מורה על חילוט ההתחייבות בסך ₪ 1,500 אשר הוטלה על הנאשם בתיק 49066-08-21 (שלום תל אביב) מיום 1.12.21. הנאשם ישלם סכום ההתחייבות עד יום 1.3.22.

זכות ערעור תוך 45 יום מהיום בבית משפט המחוזי בנצרת.

ניתן והודע היום כ"ט טבת תשפ"ב, 02/01/2022 במעמד הנוכחים.

ניר מישורי לב טוב, שופט - ס. הנשיא

הוקלדעלידוריתמלול