

ת"פ 42976/08/17 - מדינת ישראל [המחלקה לחקירות שוטרים] נגד צאלח ג'בר, האדי ג'בר, ודאע אבוקטיש

בתי המשפט

בבית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 42976-08-17

בפני: כב' השופט אלכסנדר רון

תאריך: ז' תמוז תשע"ט, 10 יולי 2019

בעניין: מדינת ישראל [המחלקה לחקירות שוטרים] המאשימה

נגד

1. צאלח ג'בר

2. האדי ג'בר

3. ודאע אבוקטיש

הנאשמים

נוכחים:-

ב"כ המאשימה עו"ד בתיה קוליץ

הנאשמים וב"כ עו"ד אבי אודיז

גזר דין

1. כתב האישום (המתוקן)

לא נמצא טעם לשוב על כל פרטי כתב האישום (המתוקן) בו הודו הנאשמים, ועם זאת נכון ליתן ביטוי לתמצית הדברים.

א. על פי החלק הכללי, בתקופה הרלוונטית לכתב האישום, שרת נאשם 1 (יליד 1967)

כאחראי נשקיה במרחב דוד, במסגרת ישראל. הנאשם 2 (יליד 1979) - בן דודו של הנאשם

1, והנאשם 3 (יליד 1988) - חברו של הנאשם 2.

ב. האישום הראשון מתמקד בנאשם 1 בלבד. על פיו, העביר נאשם זה במשך תקופה של

כשמונה חודשים בשנת 2017 (בשלוש הזדמנויות לפחות) מאות כדורי אקדח לאחר. נוכח

זאת, הורשע על פי הודאתו בעבירה לפי סעיף 144(ב2) לחוק העונשין [להלן: "החוק"].

ג. האישום השני עוסק בכל הנאשמים. על פיו, בתקופה שבין 5.7.17 לבין 2.8.17, בארבעה מועדים שונים, קשרו השלושה קשר לביצוע עסקאות בקפיץ או נוקר וכדורים של אקדח. הקשר התבטא בשיחות בין השלושה ופגישות מתוכננות, ואולם, יודגש, לא נכלל באישום זה מעשה אקטיבי מעבר לשיחות המגלמות בחובן את הקשר. על פי פרטי אישום זה, הורשעו הנאשמים 1 ו-2 בקשירת קשר לביצוע פשע, עבירה לפי סעיף 1499(א) לחוק, והנאשם 3 הורשע בקשירת קשר להשגת מטרה אסורה, עבירה לפי סעיף 500(7) לחוק.

ד. עובדה רלוונטית נוספת מצאה את מקומה בהסדר הטיעון, אך באשר על הפרק רכיב עובדתי מוסכם, נכון לראותו כנכלל מהותית באמור לעיל. על פיו, אותו אחר הנזכר באישום הראשון ושלידיו העביר הנאשם 1 כדורים, מתגורר באבו גוש, וחשוב מכך - אינו גורם עוין.

2. עמדת המאשימה

א. מקום בו על הפרק ערכים מוגנים ברורים, דומה, לא נדרש בית המשפט ליתר הרחבה. ועם זאת, נכון בנקודה זו לשקף, כי, בפרט ביחס לנאשם 1, על הפרק, בין היתר, אמון הציבור במשטרת ישראל, האמון שניתן בו ע"י מעבידיו, וכל זאת לצד הסיכון הגלום במסירת אמל"ח לידיים שאינן נאמנות וכמובן גניבת האמל"ח ממעבידיו (הגם שלא הורשע הוא בכך). ואשר לשאר הנאשמים שעל הפרק, במישור המהותי, הכוונה לסחר באמל"ח, גם אם פורמלית מחויב בית המשפט להיצמד בקפידה לכתב האישום, ובאשר על הפרק קשירת קשר, לא ארחיב עוד במישור זה.

ב. ביחס לאישום הראשון, נטען על ידי המאשימה כי יש לקבוע את המתחם על הטווח שבין 12 לבין 36 חודשי מאסר. בהמשך דבריה, ציינה ב"כ המאשימה, כי ביחס לאישום השני, יש לקבוע מתחם עונש שבין מספר מועט של חודשי מאסר לבין 10 חודשי מאסר; ואשר לענישה ההולמת לדעתה, ביחס לכל הנאשמים, עתרה ל - 5 חודשי מאסר בצירוף ענישה נלווית.

3. טיעוני ההגנה

במישור זה יש להבחין בין טענות רבות, הנכונות, גם אם במידה משתנה, לכל הנאשמים, לבין טענות שהינן רלוונטיות לדיון הפרטני ביחס לכל אחד מהם. אפתח במישור הכללי, באשר יש בכך כדי לתרום להבנת התמונה הכוללת.

א. תחילה, ראוי, לרבות משיקולי מדיניות, ליתן ביטוי לכך שעל הפרק נאשמים שקיבלו אחריות מלאה למעשיהם והודו במיוחס להם במסגרת כתב האישום שתוקן, תוך שנלקחו בחשבון השגותיהם כלפי כתב האישום המקורי שהיה חמור בהרבה מהנ"ל.

ב. הנאשמים 1 ו-2, נעדרי עבר פלילי, היינו, כי על הפרק, כפי שהדגיש בצדק סנגורם הנכבד, עבירות ראשונות ויחידות, וגם ביחס אליהם נרשמה, כאמור, קבלת אחריות מלאה.

ג. ביחס לשלושת הנאשמים הוכנו תסקירים ע"י שירות המבחן. במעט אדרש לכך בדיון הפרטני, ואולם, ניתן לאפיין את כל שלושת התסקירים כחיוביים, גם אם ניכר הבדל בין התסקירים שהוכנו ביחס לנאשמים 1 ו-2 לבין הנאשם 3. לדעת שירות המבחן, ביחס לכל שלושת הנאשמים, נכון להמליץ על עבודות לתועלת הציבור (של"צ).

ד. ביחס לשלושת הנאשמים ביקש הסנגור, ואושרה לו בקשתו, להזמנת חוות דעת מהממונה על עבודות שירות. בנסיבותיו של הליך זה, קובעת סוגית עבודות השירות פרשה לעצמה, ואדרש לכך בפיסקה נפרדת. עם זאת אציין כבר עתה, כי בתחילה, ביחס לכל השלושה, סבר הממונה, שעקרונית ניתן היה לאשר את התאמתם, ואולם, נוכח עמדתו השלילית של קצין המשטרה שהתבסס על מידע מודיעין ביחס אליהם, סירב הממונה לאשרם. לאחר דיונים ובירורים ובחלוף מספר חודשים, חזר בו קצין המשטרה ביחס לנאשם 1. כמפורט להלן, אדרש לכך בנפרד במעלה הדרך, כאשר בפועל יהיה הדיון רלוונטי, לבסוף, רק ביחס לנאשם 2 (באשר ביחס לנאשם 1, הוסרה, כאמור, המכשלה, וביחס לנאשם 3, לא יהא נכון לאשר זאת ללא קשר להתנהלות קצין המשטרה והממונה).

ה. עוד נטען ע"י ההגנה שביחס לכל האישומים, מצויות העבירות הקונקרטיות, על נסיבותיהן, ברף התחתון. אשר לכדורים שהעביר הנאשם 1 לאחר, הופנה בית המשפט, בין היתר,

להנחיית פרקליט המדינה מספר 9.16 (מדיניות ענישה בעבירות נשק ומטעני חבלה) ולסעיפים 9(1) ו- 20(1) להנחיה האמורה, המשרטטים מדרג ביחס לחומרה הגלומה בעבירות נשק, כאשר כדורים נמצאים בתחתית המדרג, ואף על בית המשפט מקובל שאין דומה סחר בחלקי חילוף בודדים מתוך נשק כגון קפיץ או נוקר, או כדורים, למשל, לסחר בנשק מלא ותקין. ואשר לעבירות קשירת הקשר נטען, שבהינתן קשירת קשר שלא עברה את סף השיחות הראשוניות ולבטח לא נסתיימה במעשה, הרי, על פני הדברים, על הפרק קשר ברף התחתון. אשר לנאשם 3, אף צוין שעל הפרק קשירת קשר לביצוע עוון.

1. חשיבות של ממש נתונה ביחס לשלושת הנאשמים לתקופת מעצרו - 36 ימי מעצר בפועל ועוד כחודשיים וחצי מעצר בית מלא.

לסופו של יום, מצדדת ההגנה בעמדת שירות המבחן, וככל שעלה בידי להבין, לחלופין, במעצר שירוצה בעבודות שירות.

4. חומרת העבירות, מתחמי הענישה - הכרעת בית המשפט

עבירות שבמרכזן סחר בנשק, ואפילו אין המדובר אלא בחלקי חילוף או כדורים, חומרתן יתירה:-

"עבירות בנשק חומרתן מכופלת, הן בעצם המעבר על החוק והן ובמוטעם במאטריה הספציפית; נשק שאינו כדור, קרי - ברישיון כדבעי, מועד לפורענות. זכורה האמירה, אם ראית במחזה תיאטרון אקדח במערכה הראשונה, סופו שיירה במערכה השניה או השלישית. הימצאו של נשק בידיים לא נכונות, עלול להביא בסופו של יום אף לקיפוד חיי אדם ר"ל. בע"פ 2251/11 נפאע נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 4.12.11) שעסק בפרשה זו עצמה לגבי נאשם אחר, ציינה השופטת חיות (פסקה 5), כי "סחר בלתי חוקי בנשק סולל את הדרך לפעילות אלימה ובלתי חוקית, והדבר חמור שבעתיים במציאות הישראלית בה קיים חשש תמיד כי נשק המוחזק באופן בלתי חוקי יתגלגל לא רק לידיים עברייניות, עניין חמור לעצמו, כי אם לידיהם של אלה המבקשים להוציא אל הפועל פעילות חבלנית עוינת... על כן, כל מי שהופך עצמו לחוליה במנגנון זה של סחר בלתי חוקי בנשק, מוחזק כמי שמבין ויודע אל נכון מה עלולות להיות התוצאות הנובעות ממעשיו ומהן הסכנות הנשקפות ממעשים אלה לחברה כולה"; וראו גם האסמכתאות שם. דברים אלה, שאנו מצטרפים אליהם, ודומיהם שנכתבו לאורך השנים, משקפים את מדיניות הענישה המבקשת להחמיר עם העבריינים כדי להגן על הציבור באמצעות הרתעה וגמול, ולתרום את חלקם של בתי המשפט במאבק בכך" [ע"פ 6371/11 מדינת ישראל נ' אנס הייבי (18.12.2011)].

ואף לשיקולי מדיניות ניתן בפסיקה ביטוי ברור:-

"בפסיקתנו נקבע, לא אחת, כי יש לראות את תופעת הסחר הבלתי חוקי בנשק בחומרה רבה. נפסק כי לא ניתן להשלים עם קיומו של 'שוק' מחתרתי בלתי-חוקי למכירת כלי נשק, וגדיעתו היא תנאי הכרחי למיגורם של מעשי אלימות חמורים, המתרחשים במקומותינו בתדירות מדאיגה. אלה מתאפשרים, בין היתר, בשל הימצאותם של כלי נשק בידי עבריינים.. הדבר חמור שבעתיים במציאות הישראלית, שבה נשק המוחזק באופן בלתי חוקי עלול להגיע אף לידי מעורבים בפעילות חבלנית עוינת על רקע בטחוני... ואכן, המגמה בשנים האחרונות לגבי עבירות הנשק היא של החמרה ברמת ענישתם של המעורבים בהן ומתן ביטוי עונשי ההולם את הסכנה הנשקפת מהם" [ע"פ 4154/16 רונן דהוד נ' מדינת ישראל, (19.1.2017)] וכן ראה ע"פ 2802/18 איוב ג'ואמיס נ' מדינת ישראל (26.7.2018); ע"פ 536/17 וסאם שלאדה נ' מדינת ישראל (10.8.17); ע"פ 8045/17 מחמוד ברנסי נ' מדינת ישראל (16.8.2018).

ואשר לנאשם 1, אתקשה שלא להזכיר את פסיקת בית המשפט העליון בענין נסים עביד:-

"המעשים בהם הורשע המערער חמורים הם. בינו לבין ג'אבר התקיימה מערכת יחסים פסולה של מתן וקבלת שוחד אותה המערער מינף כדי לבצע עסקה של מכירת אמצעי לחימה, אשר גנב מהבסיס שבו שירת. אין מדובר במעידה חד-פעמית אלא בדפוס פעולה חוזר אשר בא לסיומו בשל שיתוף הפעולה של ג'אבר עם המשטרה. המערער ביצע את המעשים בהיותו שוטר משמר הגבול ותוך שהוא מפר את האמון שניתן בו על ידי המשטרה ועל ידי הציבור, והנזק אשר היה עלול להיגרם ממעשיו רב לאין ערוך" [ע"פ 5080/15 נסים עביד נ' מדינת ישראל (10.3.2016)].

אשר למתחמים, מצאתי לנכון להגדירם בנפרד ביחס לכל אחד מהנאשמים. ואולם קודם שאגש לקביעת המתחמים, אתן ביטוי לכך שלהערכתי נקלעו ב"כ שני הצדדים לעמדות קצה, אולי אף מעבר למקובל: מצד המאשימה התקשיתי לקבל את התנגדותה לכך, שבנסיבות המתאימות יתחיל הרף ממאסר לריצוי בעבודות שירות, וכי בכל מקרה ובכל נסיבות, חייב המתחם להתחיל במאסר מאחורי סורג ובריח, ואפילו למי שתקפות ביחס אליו טענות ההגנה שפורטו, ומצד ההגנה מתקשה אני לקבל שעבירות מן הסוג שעל הפרק יסתיימו בעבודות לתועלת הציבור. זאת, גם אם כך הייתה עמדת שירות המבחן. כהערה שיהא בה כדי להקדים מסקנות שיפורטו בהמשך, נכון אני כבר עתה לנקוט בהערכה, שמאסר שירוצה בעבודות שירות, בודאי ביחס לנאשם שמודה ואין לו עבר פלילי קודם, הוא העונש ההולם הסמוך לנקודת האיזון המתבקשת. בצדק הפנה בנקודה זו הסיניגור לסעיף 20(1) להנחיות פרקליט המדינה, ולא בכדי זוהתה נקודת איזון זו כבר בשלביו הקודמים של ההליך, ונעשה מאמץ לחתור לענישה במגמה זו, ועיין להלן.

א. הנאשם 1 - תוך שאציין שהורשע הוא בשני אישומים וניכר תפקידו המרכזי בפרשה, קובע אני ביחס למעשיו את המתחם כדלקמן: בין חמישה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות ועד 18 חודשי מאסר בפועל.

ב. הנאשם 2 - הורשע הוא, כאמור, בעבירה אחת של קשירת קשר לביצוע פשע, אך ללא כל מעשה עברייני אקטיבי מעבר לקשר זה, וקובע אני את המתחם בין ארבעה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות ועד 12 חודשי מאסר בפועל.

ג. הנאשם 3 - הורשע הוא, כאמור, בעבירה אחת של קשירת קשר, וצודק הסנגור שעל הפרק עוון. קובע אני את המתחם ביחס אליו על הטווח שבין שלושה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות לבין עשרה חודשי מאסר בפועל.

ומכאן לדין הפרטני.

5. הנאשם 1

א. דומני, שראוי לפתוח ביחס לנאשם זה בתמונה הכללית שנגד עיני בית המשפט. מן הצד האחד, על פני הדברים, חלקו בפרשה רב משל עמיתיו. לא זו בלבד שהורשע הוא בשני האישומים, אלא שיש בהם כדי ללמד על התדרדרות שמוציאה את עניינו מהאפשרות שאגדיר את מעשיו כאקראיים. למרות ההמלצות וההערכות החיוביות ביחס אליו שהוגשו לי, וכך, להערכתני, פני הדברים, הרי באשר העברת כדורים או חלקי נשק לאחרים, לא הייתה זו לדידו אירוע חד פעמי. העובדה שהיה הוא שוטר, אף מחמירה את מצבו. ואולם, מן הצד האחר, שילם הוא כבר את המחיר שבעתים יותר מאשר עמיתיו, וראוי לבית המשפט שיקח זאת בחשבון במידה הראויה: פוטר הוא מהמשטרה ואיבד את משרתו, בכך איבד את מעמדו וירד מאיגרא רמא לבירא עמיקתא. נוכח כל זאת, גם מצבו הכלכלי התדרדר כפי שלמד בית המשפט מפיו ומבני משפחתו, ומאמין אני לדברים. לשון אחר: גם אם ראוי היה להחמיר עימו בהרבה ביחס לעמיתיו, ייתכן שראוי לבית המשפט לנקוט מידה של מתינות באשר, בפועל, שילם הוא כבר מחיר כבד ביותר עוד קודם מתן גזר דין זה.

ב. ולאחר זאת, אשוב ואזכיר שעל הפרק נאשם ללא עבר פלילי קודם, שנטל את מלוא האחריות על מעשיו.

ג. בד בבד, תקפים נתונים נוספים שפורטו כבר במסגרת גזר דין זה: ישב הוא לראשונה מימיו במעצר למעלה מחודש, ובמעצר בית לאחר מכן. וכאמור, לאחר שכבר התאפשרה יציאתו לעבודה, נאלץ הוא לתור אחרי עבודה חדשה, באשר למשטרה לא ניתן לו עוד לשוב, ובצדק.

ד. שירות המבחן התרשם ממנו לחיוב, ובמובהק.

ה. נוכח זאת, ובניגוד לעמדת המאשימה, נכון לגזור את עונשו על גבול הרף התחתון שבמתחם בו ראיתי לנכון להכיר, שהוא גבוה ממתחמיהם של האחרים - מאסר לתקופה של חמישה חודשים שירוצה בעבודות שירות לצד ענישה נלווית כדלהלן.

6. הנאשם 2

א. כאמור הורשע הוא בעבירה אחת - קשירת קשר לביצוע פשע.

ב. גם ביחס אליו תקפים נתונים רלוונטיים שכבר פורטו, בכללן הודייתו והעדר עבר פלילי קודם. מקבל אני גם, שניתן לאפיין את עבירת הקשר ברף הנמוך באשר לא חרגו הדברים משיחות משקל יינתן אף לתקופת מעצרו לראשונה בחייו, ומעצר הבית ותסקיר שירות המבחן.

ג. נוכח זאת, נכון, גם ביחס אליו, לגזור את עונשו ברף התחתון של המתחם - ארבעה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות. ער אני לכך, שנכון למועד מתן גזר דין זה אין בידי אישור סופי מצד הממונה על עבודות שירות, וכאמור טעון נושא זה דיון נפרד.

7. הנאשם 3

א. בכל הקשור לעבירה בה הורשע, אין חולקין שהיא הקלה שבעבירות שבכתב אישום זה. אילו

היה בפני נאשם ללא עבר פלילי קודם, מחויב הייתי לגישה עקבית ולעונש בתחתית מתחם הענישה. דא עקא, תמונת המצב ביחס לנאשם זה, מורכבת יותר.

ב. לחובתו שתי הרשעות קודמות. הראשונה, מבית משפט זה משנת 2012, ואף לא הייתה היא עבירה קלה: תקיפה וחבלה ממשית שבעקבותיה נדון ל-10 חודשי מאסר (ת"פ 16945-06-12). השנייה רלוונטית אף יותר לעניינינו. בשנת 2015 הורשע נאשם זה, ושוב בבית משפט זה, בקשירת קשר בעקבותיה נדון לשישה חודשי מאסר בעבודות שירות (ת"פ 61193-11-15). ויותר מכך: נטען, שבוצעה העבירה דנן בתוך התקופה בה ריצה את עבודות השירות.

ג. ואם בכך לא סגי, במסגרת גזר הדין האחרון הוטל עליו מאסר על תנאי למשך ארבעה חודשים. התנאי הינו להפעלה ככל שיורשע הנאשם בעבירת קשירת קשר, וכאמור, אכן הורשע הוא בהתאם. לשון אחר: נקודת המוצא לבית משפט זה הינה בעובדה שכלפי הנאשם 3 תקף מאסר על תנאי בר הפעלה.

ג. נוכח העובדה שעל הפרק עבירה שלישית לנאשם זה, בשים לב לכך שבוצעה העבירה בזמן ריצוי עבודות שירות קודמות, ועל רקע התנאי דלעיל, לא ניתן לגזור את עונשו של נאשם זה על הרף התחתון שבמתחם, ואף לא יהא נכון לאשר עבודות שירות לנאשם שביצע את מעשיו בזמן ריצוי עבודות השירות הקודמות שהושתו עליו. יידרש, אפוא, בית המשפט להציב את הרף גבוה יותר.

ד. נקודת האיזון, לטעמי, שתיתן ביטוי גם להודייתו, הינה במאסר בפועל לתקופה מקבילה לתנאי והפעלת התנאי בחופף. ביחס אליו, אף אהיה נכון להורות על ניכוי תקופת מעצרו מתקופת המאסר, דבר שלא אהיה נכון לאשרו לשאר הנאשמים שיבצעו עבודות שירות.

א. נקודת המוצא לשלב זה של הדיון, הינה בסעיף 51ב(1) לחוק העונשין, המאפשר לממונה שלא לאשר את התאמתו של נאשם לביצוען של עבודות שירות - **"...נוכח קיומו של חשד לפגיעה בגופו או בחייו של אדם... קביעת אי התאמתו... תתבסס על חוות דעת שקיבל הממונה... מקצין משטרה שהסמיך לכך ראש אגף החקירות והמודיעין במשטרת ישראל..."**. כאמור, בתחילה פסל הממונה את שלושת הנאשמים, ורק עובר למועד הטיעונים לעונש חזר בו ביחס לנאשם 1. בשלב זה, רלוונטי דיון זה, בפועל, רק ביחס לנאשם 2.

ב. חוות הדעת שהוגשו ביום 3.9.18 וביום 16.5.19 ביחס לנאשם זה, מציינות באופן לקוני ביותר את העובדה שגורמי מודיעין הגישו חוות דעת שלילית, ובית המשפט מצידו ביקש לעיין בחומר, נערכו דיונים, ונתבקשו הבהרות. אציין כבר עתה, שלא היה בהן כדי לספק, ואך בשל כך שעל הפרק חומר מודיעין, אמנע מלהרחיב בנושא.

ג. כאמור, בשלב זה, לא נמצא עוד טעם להביא את האמור בכל הפרפרזות שהוכנו בהוראת בית המשפט ביחס לנאשם 1, ואסתפק בעניינו של הנאשם 2, שרק לגביו הנושא עדיין רלוונטי. עניינו הכללי במידע בדבר סחר באמל"ח.

ד. כאמור, נוקט לשון החוק בקיומו של יסוד סביר לחשש לפגיעה בגופו או בחייו של אדם. ואולם, באשר מתבססת חוות הדעת על מידע מודיעין, שאין לבית המשפט כל יכולת אמיתית לתהות על קנקנו, נדרשת זהירות, ולכך ניתן ביטוי גם בפסיקה המועטת שהתגבשה לאחר שנחקק הסעיף הנ"ל. למיטב הידיעה, המקרה היחיד בו הובא הנושא בפני בית המשפט העליון, הינו בפרשת אלי יתח שמקורו בדיון בנסיבות מעט דומות וראשיתו בבית המשפט המחוזי בחיפה. בית המשפט העליון היה ער לבעייתיות המשפטית, ובהחלטתו שהורתה על החזרת הנושא לבית משפט המחוזי, היה כדי לשקף בביור, שנתונה לבית המשפט המחוזי הסמכות למלוא שיקול הדעת לשאלה, האם ועד כמה יש במידע מודיעין כדי ללמד על סכנה לציבור:

"...הערעור מתקבל בהסכמה במוכן זה שהתיק יוחזר לבית משפט קמא להשלמת טיעונים בנושא יכולתו של המערער לבצע עבודות שירות, וזאת לאחר שיעיין בית

המשפט בחומר לרבות החומר החדש, שלגביו תימסר למערער פרפרזה לקראת הדיון. בעקבות זאת ישוב ויכריע בית המשפט אם ביכולת המערער לבצע עבודות שירות אם לאו" [ע"פ 8850/16, אלי יתח נגד מדינת ישראל].

הגם שבסופו של דבר לא אושר יתח הנ"ל לעבודות שירות [ת.פ. 17110-08-15], עולה בבירור מהאמור, שסבור בית המשפט העליון שנתון לבית משפט זה שיקול הדעת, גם אם, אולי, דעת הממונה שאין בידו אפשרות, אלא לאמץ את חוות דעת קצין המשטרה, מעט שונה. דיון נרחב בסוגיה נכלל בהחלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב מפי כב' השופט כבוב במסגרת ת.פ. 40267/08 מ"י נ' יצחק חדיף, עיין שם. קיימים אף מקרים נוספים בהם נכון היה בית המשפט להורות על עבודות שירות בניגוד לעמדת הממונה - [השווה, ת.פ. 41112-06-14 (שלום ק"ג) מ"י נ' גויטע ואח'; פ"ל 8533-01-17 (שלום י-ם) מ"י נ' שוקרון; ועוד].

ה. גם אם במאמרות מוסגרים בלבד, מצאתי לנכון, קודם שאחתום פסקה זאת, לכל הפחות להעלות בתמצית את השאלות הכרוכות בבעייתיות בחוק האמור. הגם שפשיטא ופשיטא, שמחייב החוק את בתי המשפט כרוחו וכלשונו, ניכרים קשייו, ויש מקום לשאלה האם לא יהא נכון ליתן במעט את הדעת לבעייתיות זאת. הבסיס לפסילת הממונה את בקשתו של נאשם נתון, לאישור התאמה לביצוע עבודות שירות, במצבים מן הסוג שעל הפרק, מקורו במידע מודיעין שמעולם לא הוצאה לגביו תעודת חיסיון, ואשר מעולם לא היווה בסיס להגשת כתב אישום כלשהו כנגד אותו נאשם. היינו, כי לא זו בלבד שלא הורשע הנאשם בעבירות אליהן מתייחס אותו מידע מודיעין, אף לא נקבע שיש בו כדי ללמד על סיכוי סביר להרשעה. לכן, הרי, לא הוגש כל כתב אישום. אינני בטוח שמצב דברים זה נקי לחלוטין מכל ספק בכל הקשור לזכויות היסוד של הנאשם. לכל נאשם עומדת גם חזקת חפות יחסית, לפיה, גם אם הורשע בתיק נתון (כפי שהורשעו הנאשמים בפרשתנו), זכותו שלא תיזקף לחובתו עבירה שביצע כביכול, בה לא הואשם מעולם, וממילא אף לא הורשע בגינה. ואף השוואה בין הנאשמים 2 ל-3 בהליך זה, יש בה כדי להמחיש את הבעייתיות. מבחינת הממונה, יש מקום לגזרה שווה בין הנאשם 2 לבין הנאשם 3. שניהם נפסלו על ידו. ואולם בעוד שביחס לנאשם 3, קיימות הרשעות קודמות (ומשום מה, לא בשל כך נפסל הוא, ואף לא בשל כך שבוצעה העבירה דנן במהלך עבודות שירות קודמות שנגזרו עליו), ביחס לנאשם 2 לא היה בידי הממונה, אלא מידע מודיעין, הא ותו לאו. ברם, לא היה בכך כדי להניא את הממונה להבחין

בין השניים, ומבחינתו, גם אם על יסוד החוק, שימש המידע המודיעיני בסיס לפסילתו. יש, אפוא, מקום לשאלה, האם אין בפסילת נאשם על ידי קצין משטרה, שחוות דעתו מאומצת אוטומטית על ידי הממונה, כדי לכבול את ידי בית המשפט מעל המידה.

1. לא ארחיב עוד בסוגיה זו, אך נכון אני לתת ביטוי להערכתי שבנסיבות אלה ראוי, לכל הפחות, שיפורשו סמכויות הממונה לפסול נאשם על פי סעיף 51ב לחוק בצמצום המירבי האפשרי, באשר מתחייב הדבר מעקרונות יסוד בכל הנוגעים לזכויות נאשמים. לתפיסתי, לא נועדו סמכויות קצין המשטרה והממונה שבסעיף הנ"ל, אלא למצבי קיצון מובהקים בלבד, וספק רב עד כמה ניתן לראות בנאשמים נעדרי עבר פלילי, ככאלה הנכנסים לאותן קטגוריות חריגות, בהן, נכון, אולי, לקבל את חוות דעתו השלילית של קצין משטרה בנסיבות כאמור. ודומני, שכך בדיוק עשה בית המשפט העליון בהלכת יתח הנ"ל, כאשר הבהיר שנתון שיקול הדעת הסופי לבית המשפט, ולו בלבד.

2. במהלך מקבץ הדיונים שקדמו לגזר הדין ושנבעו בחלקם מהתנגדות הממונה, ניתנה ביום 1.1.19 החלטת בית המשפט הדנה בהרחבה בסוגיה, ובסעיף 7 ניתנה הוראה לממונה לבחון את השמת הנאשמים לעבודות שירות בבתי עלמין. מעבר לכך, נכתב במפורשות כי - "וככל שיעמוד על דעתו המקורית, ינמק, מדוע, לדעתו, גם בהינתן חומר מודיעין כאמור לעיל, לא ניתן לבצע השמה בבתי קברות, ככל שיגזור על כך בית המשפט". הממונה אפילו לא סבר שעליו להתייחס לכך, ולהשיב לבית המשפט. אציין שגם עתה אינני מצליח להבין את הסיכון הציבורי בהשמת נאשם לריצוי מאסרו בעבודות שירות בבתי עלמין, גם אם היה כלפיו חומר מודיעין בעייתי. בוודאי נאשם ללא עבר פלילי קודם כלשהו.

3. על יסוד כל האמור, ולמרות חוות דעתו השלילית של הממונה, נכון אני, לאחר עיון בחומר המודיעין שהוצג לי, ותוך שאדגיש שעל הפרק נאשם שזו היא הרשעתו הראשונה, ושמעולם לא הוגש כלפיו כל כתב אישום בהתבסס על אותו חומר מודיעין, לאשר לעבודות שירות את הנאשם 2.

9. **סוף דבר, גוזר אני כדלקמן:-**

א. הנאשם 1 - מאסר בפועל לתקופה של חמישה חודשים לריצוי בעבודות שירות. מועד ההתחלה ומקום ההשמה ייקבעו ע"י הממונה; תחילת ריצוי עבודות השירות, לא לפני 1.9.2019.

ב. הנאשם 2 - מאסר בפועל לתקופה של ארבעה חודשים לריצוי בעבודות שירות. מועד ההתחלה ומקום ההשמה ייקבעו ע"י הממונה.

ג. הנאשם 3 - מאסר בפועל לתקופה של ארבעה חודשים, ממנה ינוכו 36 ימי מעצרו. הנאשם יתייצב לריצוי לקראת עונשו בכלא ניצן ביום 16.9.2019. בשעה 10:00; כמו כן מופעל בזה בחופף להנ"ל מאסר על תנאי שאורכו ארבעה חודשים, שהוטל על הנאשם בת"פ 61193-11-15, של בית משפט זה.

ד. כל הנאשמים - בשים לב למהות העבירות שעל הפרק, וגם אם אין הדבר תואם ביחס לחלק מהנאשמים את העבירות בהן הורשעו, הנכון הוא לגזור מאסר על תנאי שיוגדר לעבירות המצויות במהותן במוקד הפרשה. בהמשך לאמור, גוזר אני שישה חודשי מאסר, ככל שיורשע מי מבין הנאשמים בתקופה של שנתיים מהיום בעבירה נוספת לפי סעיף 144 לחוק העונשין.

זכות ערעור נתונה כחוק.

ניתן היום, ז' תמוז תשע"ט, 10 יולי 2019, במעמד הצדדים.