

## עפ"ג (חיפה) 61758-05-24 - בסאם אבו ערה נ' מדינת ישראל ע"י

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 61758-05-24 אבו ערה(עציר) נ' מדינת ישראל

לפני סגן הנשיא, כב' השופט לוי  
כבוד השופט קוטון  
כבוד השופטת וינברגר

המערער בסאם אבו ערה (עציר)  
נגד

המשיבה מדינת ישראל ע"י

### פסק דין

ערעור על גזר - דינו של בית משפט השלום בקריות (השופט הנכבד יובל וסרקרוג), שניתן ביום 13.5.24 (ת"פ 20074-05-24), שבמסגרתו הושתו על המערער, בסאם אבו - ערה, תושב ג'נין שבשטחי הרשות הפלסטינית, **160 ימי מאסר לריצוי בפועל**, כאשר בנוסף אליהם הופעלו **במצטבר 30 ימי מאסר** שהיו תלויים ועומדים נגדו(סה"כ הושתו 190 ימי מאסר), **מאסר מותנה בן 4 חודשים** וכן התחייבות להימנע מביצוע עבירה בסך של 3,000 ₪.

המערער הורשע על סמך הודאתו בבית משפט קמא בעבירה של **כניסה לישראל שלא כחוק**, בניגוד לסעיף 12(1) ו-4 לחוק הכניסה לישראל התשי"ג - 1952. צוין, כי הוא נעצר ביום 4.5.24 בקיבוץ אפק כשאין ברשותו היתר כניסה, שהייה או עבודה בתחומי מדינת ישראל, לאחר שנכנס לישראל שלא כדין, דרך פרצה בגדר, חמישה ימים קודם לכן.

**הערעור הופנה כלפי חומרת עונש המאסר, הן זה לריצוי בפועל הן זה על - תנאי.**

נימוקי גזר דינו של בית המשפט קמא

בית משפט השלום ציין, כי מאז פרצה מלחמת "חרבות ברזל", מתחם הענישה שאומץ בעבירה שעניינה כניסה שלא כדין לישראל הוא בין חודשיים לבין שבעה חודשי מאסר, "לא כולל ענישה נלווית". הוא הפנה אל פסיקה של בית - משפט זה, בה נקבע מתחם כאמור ולפסק דין של בית - משפט השלום, אשר סיכם את הפסיקה בתחום. לאור אלה, מצא השופט קמא לאמץ את המתחם האמור וסבר שאין מקום לסטות הימנו. הוא ציין שאין מתקיימות נסיבות מיוחדות בעניינו של המערער, המצדיקות חריגה

כאמור. בבואו לגזור את העונש בתוככי המתחם ציין, כי מדובר במי **שנכנס לישראל דרך פרצה בגדר חמישה ימים לפני המועד בו נתפס**. כן הביא בית - המשפט קמא בחשבון את העובדה, שאך לאחרונה (בחודש ינואר שנה זו) הורשע המערער בעבירה דומה; הודגש, שהדבר היה לאחר פרוץ המלחמה וכי העונש שהוטל עליו אז לא הרתיע את המערער מלשוב ולבצע את העבירה. לאור זאת, סבר בית - המשפט קמא שאין מקום לקבוע נשיאת עונש המאסר המותנה שהופעל בחופף לעונש בגין העבירה הנוכחית וקבע שיש להטילו במצטבר לו.

לזכות המערער, שקל השופט קמא את העובדה כי המערער הודה בעובדות כתב האישום.

בית המשפט קמא ציין, כי אכן כניסתו של המערער למדינה נראית ככזו שנועדה למטרות עבודה שכן לא הומצאה ראיה המלמדת על קיומו של מניע בטחוני או לאומני. עם זאת, ציין בית - המשפט הנכבד קמא ש"אין צורך להכביר מילים אודות חומרת העבירה בה הורשע הנאשם והפגיעה בערכים המוגנים בפרט בתקופה בה המדינה מצויה במצב מלחמה". לאחר ששקל את השיקולים הללו הטיל בית - המשפט קמא עונש כפי שהטיל.

#### נימוקי הערעור

הסנגור המלומד, עו"ד קנדלפת, עמד בפתח ערעורו על כך שהעבירה נעברה **ימים ספורים לאחר שמלאו למערער 18 שנים**, ציין כי הנאשם הודה כבר בישיבת ההקראה הראשונה בעבירה שיוחסה לו וכי בו - במקום נגזר דינו. נטען, כי בית המשפט קמא החמיר מדי עם המערער וכי העונשים שהוטלו חורגים בחומרתם "באופן קיצוני" ממדיניות הענישה שהיא "ממילא מחמירה". אין מחלוקת מצד המערער על מתחם הענישה שנקבע בבית המשפט קמא, ואף לא נטען, כי היה מקום לחפוף את עונש המאסר המותנה שהופעל. **נימוקי הערעור התמקדו, אפוא, בשיקולים הנוגעים להתאמת העונש לנאשם בתוככי המתחם, דהיינו, בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה.**

צוינו השיקולים הבאים בהקשר זה: **גילו הצעיר** של המערער בזמן ביצוע העבירה (18 שנים ו-19 ימים) והיותו "בגיר - צעיר"; **נסיבות חייו הקשות** של המערער כאשר המשבר הכלכלי החרף הפוקד את האזור בשל המלחמה אילצו "להסתכן במאסר כדי למצוא פת - לחם". נטען, כי הטלת **עונש כולל** בן 6 חודשים ו-10 ימים על נער בן 18 בשל כך בלבד שהוא נתפס עובד בישראל בחקלאות ללא היתר, היא **ענישה שאינה פרופורציונלית** ביחס לחומרת מעשה העבירה ונסיבותיו ומידת אשמו של המערער.

צוין כי **ההתנהגות איננה מזיקה או פוגעת במוסר** אלא מהווה הפרה של איסור גרידא (MALA PROHIBITA); לאור זאת, ההרשעה הקודמת איננה יכולה להפוך את העבירה לכזו הממוקמת ברף הגבוה של החומרה ואין למקם את העונש במדרג העליון של המתחם. לפי טענת הסנגור ראוי היה **לטבול את העונש ב"קורטוב של אנושיות" ולא כך נעשה כאן.**

בנוסף, נטען כי **הצירוף** של עונש המאסר בפועל שהוטל על המערער (160 ימים) ועונש המאסר המותנה שהוטל עליו (4 חודשים) **מתקרב לעונש המרבי** הקבוע לצד העבירה בה הורשע המערער

ללא כל הצדקה עניינית. הודגש - לפי **הלכת אלהרוש** (רע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מדינת ישראל**, ניתן ביום 8.12.14), תקופת המאסר המותנה תימנה עם תקופת המאסר בפועל בתוך המתחם. **משנזר עונש מאסר כולל בן 9 חודשים ו-10 ימים בוצעה "חריגה בלתי מוסברת מהגבול העליון (7 חודשים) של מתחם העונש ההולם שנקבע בפסיקת בתי - המשפט השונים לאחר פרוץ המלחמה".**

לאור זאת, עתר הסנגור להתערבות בעונש שהוטל על מרשו תוך הסתפקות במאסר ממשי בן חודשיים ימים והפעלה של המאסר המותנה במצטבר.

### טיעוני הצדדים בע"פ

#### ב"כ המערער

בטיעוני בעל פה חזר הסנגור המלומד על עיקרי טענותיו בכתב, תוך שחידד שאין מקום לענישה מחמירה המבוססת על תחושות או מחשבות לא מבוססות, שמא השווה הבלתי - חוקי התכוון לפגוע בשלום הציבור או בביטחון המדינה, או שעלול להתעורר בו יצר כלשהו לעשות כן תוך שהייתו בישראל. הוא הדגיש שהמערער כלל לא הואשם בעבירת הסתננות וכי כל שעשה היה לחצות את הגבול בצורה לא חוקית. תפיסתו בשדות הקיבוץ מלמדת היא עצמה על כך שהוא הגיע ארצה כדי לעבוד והעובדה שעשה זאת בפעם השנייה מעידה על מצוקתו הכלכלית דווקא. לדברי הסנגור, מרשו לא למד לקח מחודש בו שהה במאסר; מכאן שלא ילמד לקח גם מעונש חמור נוסף שיוטל עליו במסגרת הרשעתו השנייה. נטען גם, **שהמערער נבחר על ידי משפחתו להיות מי שיגיע ארצה לעבוד לנוכח גילו הצעיר והידיעה שגיל צעיר זה ישמש כשיקול להקלה בעונשו**. נטען, כי מצבה העגום של המדינה לא יפתר על ידי הענשת המערער או דומיו בחומרה. הוסיף הסנגור וטען, כי המלצת בית משפט זה להחמיר בעונש המרבי הקבוע בחוק, כפי שבאה לביטוי בעפ"ג 38284-01-24 **מדינת ישראל נ' עותמאן**, ניתן ביום 25.1.24 (להלן: "**עניין עותמאן**") נדחתה על ידי המחוקק, אשר בחר להחמיר דווקא בעונש המרבי הקבוע לצד מעשי העסקה והלנה של שוהים בלתי - חוקיים ולא בעונש המרבי שנקבע לעבירת הכניסה עצמה. הדרך הנכונה היא הענשת המעסיקים דווקא ולא התושבים המבקשים להתמודד עם מצוקתם הכלכלית הקשה. עוד הוסיף הסנגור וציין שהמתחם העקרוני שקבע בית משפט זה בעניין עותמאן הנ"ל (8-3 חודשי מאסר בפועל) לא אומץ על ידי התביעה בטיעוניה ולא על ידי בתי משפט השלום הדנים בעניינם של שוהים בלתי חוקיים.

לדברי הסנגור, אדם בן 18 **איננו בשל דיו, אינו מגובש דיו**; לפיכך, הוא **לא למד לקחו מהרשעתו הקודמת**. הסנגור הביע תקווה שהוא ילמד לקחו כעת.

עוד טען הסנגור, כי "יש תלות הדדית וכלכלית בין האוכלוסיות שלא ניתן למחוק אותה" ולפיכך אין מקום להחמיר בענישה בגין עבירה זו.

#### ב"כ המשיבה

באת כוחה המלומדת של המשיבה, עו"ד בריגיט ויטלי עתרה לדחיית הערעור. היא הפנתה לפסק דין שיצא לפני הרכב בראשות נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה, שבמסגרתו הוטל עונש מאסר בן 7 חודשים על שוהה בלתי - חוקי לנוכח עבר פלילי ובטחוני שעמד לחובתו. ב"כ המשיבה הוסיפה וציינה שמצוקתו הכלכלית של המערער ובני-משפחתו איננה מצדיקה המעשה.

## דין והכרעה

ייאמר מייד, מצאנו לדחות את הערעור.

**אכן, התוצאה העונשית הסופית אשר הושתה על המערער דכאן איננה קלה. עליו לשאת מאסר כולל בן 190 ימים בגין שהייה בלתי - חוקית בישראל, עבירה בה הורשע זו הפעם השנייה, בהיותו צעיר כבן 18 שנים.**

**דא עקא, אין לומר על תוצאה זו שאינה מידתית או שאין לה הצדקה עניינית.**

איננו רואים צורך להכביר מילים על ההשלכות מרחיקות - הלכת הנודעות למצב הביטחוני - שאליו נגררנו, על הצורך להעניש בחומרה, להרתיע, ולמגר את תופעת השהייה הבלתי - חוקית בישראל.

דומה, שמאז פסק דינו בעניין עותמאן חלה הדרדרות נוספת במצב הביטחוני. **מדינת ישראל שרויה במלחמה, קשה ורב - גזרתית מאז ההתקפה הברברית והרצחנית של ה-7 אוקטובר 2023. מרבית החטופים טרם הוחזרו לבתיהם ומשפחותיהם, חלקים נרחבים בצפון הארץ מופצים מדי יום בדרכים שונות, באזור נעשים ניסיונות לייצר פיגועים, תושבי "קו התפר" חיים בחשש, ורבים מתושבי האזור נתונים במעצר מנהלי על רקע מעורבות בפעילות עוינת.**

אמרנו בעניין עותמאן - אין ניתן להעלים עין מכניסה סיטונית של עשרות אלפים מדי יום במחשבה שרובם המכריע והמוחלט תמימים, כאלה שאינם מבקשים להרע. הבהרנו, **התמימים הללו הם ה"מסך" בו עושים שימוש המפגעים, המבקשים לזרוע מוות והרס בערינו, ברחובותינו ובבתינו. הדבר מכביד על כוחות הביטחון לסכל מפגעים והופך את עבודתם קשה שבעתיים בבחינת איתור מחט בערימת שחת.**

אמרנו כבר - **השקעה כספית אדירה בהקמת גדר - ההפרדה ובתהליכי אבחון יורדת כולה לטמיון עת מערכת המשפט "מכילה" את תופעת הכניסה הבלתי חוקית של רבים לישראל.**

בכל הנוגע למתחמי הענישה, אמרנו ואיננו חוזרים מדברינו - **"תחתית מתחם העונש בגין עבירה של שהייה בלתי חוקית בימים אלה חייבת לעמוד, במקרה האופייני על שלושה חודשים בפועל".**

נוכח צוק העיתים זו גם דעתנו כעת. הדבר מתבקש מההכרה בכך שמדינה חפצת - חיים חייבת להגן על אזרחיה מפני תופעת השוהים הבלתי - חוקיים גם באמצעות ענישה מרתיעה. **מדינה ריבונית איננה יכולה להתייחס אל תופעה זו כעניין של מה בכך. עבירות אלו פוגעות בעצם ריבונותה ובסדר הציבורי וחותרות תחת שלומם וביטחונם של אזרחיה.**

## התייחסות קונקרטיית לטענות הסנגור בערעור

נטען, כי המערער הוא בחור צעיר אשר הודה במעשה מיד ולפיכך כי היה מקום לגזור עונשו סמוך לתחתית מתחם הענישה ולא סמוך לצמרתו.

בכל הכבוד, אין דעתנו כדעת הסנגור. אכן, המערער הוא בחור צעיר; דא עקא, **שהסנגור עצמו הודה בטיעונו שזה בדיוק הטעם לכך שמשפחתו שלחה דווקא אותו לבצע את העבירה. ההנחה הייתה שגם לאחר שנתפס, הורשע, נשא במאסר והוטל עליו מאסר מותנה, מערכת המשפט הישראלית תתחשב בו ותימנע מהחמרה עמו חרף חומרת העבירה והשלכותיה ההרסניות.**

בהקשר זה נציין, כי במסגרת ת"פ (נוער חיפה) 40532-01-24 שבו נדון המערער ביום 18.1.24 לשלושים ימי מאסר בפועל, אמר המערער, בטרם נגזר דינו, כי הוא מתנצל, כי טעה, וכי אינו רוצה לחזור לישראל. בתסקיר שהוגש לעיון בית המשפט לנוער נאמר כי המערער ביקש לסייע להוריו במימון חתונת אחיו, ומכאן שנכנס לדבריו לישראל באותו שלב לצורך קונקרטי, ולא על מנת לסייע באופן כללי בפרנסת המשפחה.

התאמת העונש לעבריו אכן נעשית בשים לב לשיקולים המצוינים בסעיף 40יא לחוק העונשין התשל"ז - 1977, אך גם לאלו הקבועות בסעיף 140'ו-140ז' לחוק. אין ספק **שמקרהו של המערער הוא כזה המחייב הטלת עונש שיהא בו כדי להרתיעו מלשוב ולבצע עבירה דומה בעתיד** (חרף גילו הצעיר); אין גם ספק **שהטלת עונש חמור עשויה בסבירות גבוהה להרתיע אחרים מביצוע עבירה דומה.**

בהחלט ייתכן, שנסיבות חייו וחיי משפחתו בג'נין הן קשות. לא הובאו ראיות בעניין זה. עם זאת, כשעסקינן בעבירה ממין זו בה אנו עוסקים, **הדבר אינו יכול להוות שיקול מכריע או מגן מפני ענישה מחמירה. המערער נכנס לישראל בעבר, בזמן מלחמה, ללא היתר ונענש בגין כך. הוא עשה כן שוב, גם הפעם, על פי הנטען, בשל מצוקתה הכלכלית של משפחתו. ככל שמצוקה זו תהווה מחסום מפני ענישה חמורה הוא יעשה כן עוד ועוד ויצפה לקבל התחשבות מופלגת בעונש. שיקול זה מחייב דווקא להחמיר בעונשו כדי למנוע ממנו מלחזור לסורו לשוב לישראל ללא היתר.**

נטען להעדר פרופורציונליות בין חומרת המעשה לבין העונש הכולל שהוטל. בכל הכבוד, איננו סבורים שאלה הם פני הדברים. אדם בגיר המתגורר בישות המצויה בסכסוך עם המדינה, ובוחר להיכנס לתחומה פעם אחר פעם שלא כדין, תוך הפרת ריבונותה ויכולתה לפקח על הבאים בשעריה, ראוי לענישה מחמירה.

נטען, כי מדובר בהתנהגות אשר איננה מזיקה מטיבה וטבעה אלא בגדר "איסור חוקי בעלמא" (MALA PROHIBITA) הבהרנו לעיל מדוע עבירת הכניסה שלא כדין לישראל היא מזיקה ומסכנת את ביטחון המדינה. גם אם הסיכון נובע מהיקף התופעה וממספר הגדול של הנכנסים שלא כחוק, אין ניתן לומר כי האמור בעבירה תמימה ובלתי - מזיקה. **היא מזיקה; היא מסוכנת; היא ראויה לעונש כדי למגרה.**

נטען, כי **העונש הכולל** שהוטל על המערער (160 ימי מאסר וכן 4 חודשי מאסר על תנאי) **מתקרב לרף העליון שקבע המחוקק לעבירה זו**. אכן, גם אם אלה פני הדברים, אין בכך דבר. בית המשפט העליון כבר פסק, כי העונש הקבוע בחוק לצד עבירה איננו בגדר אות מתה - הוא נקודת המוצא. עמד על כך למשל כב' השופט שטיין, בציינו כדלהלן-

"עונש זה איננו בא לסמן רק את גבולה העליון של סמכות הענישה הנתונה בידי בית המשפט. מדובר בעמדתו הערכית של המחוקק ביחס לחומרת העבירה, ועלינו לקיים את דברו" (ע"פ 3124/18 פלוני נ' **מדינת ישראל**, פסקה 16, ניתן ביום 14.8.19).

במקרה ממין זה הנדון לפנינו, כשהרקע לביצוע המעשה הוא כמתואר לעיל ומדובר במי שמבצע את העבירה תוך זמן קצר לאחר הרשעה קודמת, ריצוי מאסר ממשי, וחרף עונש מאסר מותנה התלוי ועומד נגדו, אין טעם של ממש להימנע מלהתקרב לעונש המרבי הקבוע בחוק.

נטען גם, שמתחם העונש ההולם ראוי שיכלול בחובו גם עונש מאסר על - תנאי, כפי שנרמז בהלכת אלהרוש וכי העונש שהוטל כאן (בפועל ועל תנאי גם יחד) חרג מהרף העליון שנקבע (7 חודשי מאסר). אין בידינו לקבל טענה זו משני טעמים.

א. בהלכת אלהרוש נקבע במפורש שכאשר המצב הביטחוני מחרף מתחם העונש ההולם ישתנה בהתאם. בוודאי שלא נאמר שם, שקיימת חובה כלשהי בקביעה שהרף העליון יהיה מורכב מעונש מאסר בפועל ועל תנאי גם יחד. כך נכתב שם בפסקה 65 -

"מידת החומרה של עבירת השב"ח נגזרת מהמצב הבטחוני. היא עשויה להשתנות עם שינוי העתים ואף עשויה להשתנות ממחוז למחוז. יש לבחון ולהתאים מעת לעת את מתחם העונש ההולם ואת העונש הראוי בתוך המתחם בגין עבירה זאת על פי תנאי הזמן והמקום, כך שאת מסקנתנו בפסק דין זה יש לבחון על רקע נסיבות ומצב בטחוני נתון...".

ב. מקום בו נעברת העבירה בפעם השנייה, זמן כה קצר אחרי ריצוי עונש בגין עבירה קודמת, והכול בזמן מלחמה, בהחלט ראוי להכביד את היד גם בהיבט העונש הצופה פני עתיד שהרי הסנגור עצמו הצהיר שבני משפחתו של הנאשם רואים בו כמי שניתן לשלחו להיכנס לישראל שלא כחוק כדי לפרנסם.

נטען, שקיימת תלות כלכלית בין אוכלוסיית ישראל לבין אוכלוסיית איו"ש ואת זו אין ניתן לנתק. יכול, שאכן אלו פני הדברים, איננו מתיימרים לעסוק בכך. עם זאת, ברור **שתלות שכזו איננה יכולה להיות מבוססת על כניסה לישראל שלא כחוק תוך פריצת גדר - הפרדה, תוך עקיפת מנגנוני האבחון הביטחוני ותוך רמיסת החוק בישראל**.

בהחלט ייתכן שתושבי איו"ש מוזמנים לעבוד בישראל, אך זאת **בהתאם לחוקי המדינה, לכלליה ולמכסותיה, באורח מסודר וחוקי ולא מתוך פריצת כל גדר וחציית כל גבול**.

## סוף דבר

העונש אשר הוטל על המערער אכן אינו קל. עם זאת, איננו סבורים שיש בו חומרה המחייבת

התערבות ערכאת הערעור. האמור בעונש ההולם את חומרת המעשה על רקע נסיבות ביצועו ועברו של המערער. האמור בעונש שמטרתו גם להרתיע ויש לקוות שהוא ירתיע את המערער ועוד שכמותו מביצוע עבירות דומות בעתיד.

ניתן היום, י' סיוון תשפ"ד, 16 יוני 2024, במעמד הצדדים.

ע' וינברגר, שופטת

ע' קוטון, שופט

א' לוי, שופט  
[אב"ד]