

עפ"ג 31211/10/23 - מדינת ישראל ואח'... נגד עיסא אלנגאר (עציר), תאאר אבו דאוד (עציר), ראאד אבו קביטה (עציר), בלאל רגוב (עציר), ואח'...

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"ג 31211-10-23 מדינת ישראל נ' אלנגאר (עציר)

עפ"ג 31227-10-23 מדינת ישראל נ' אבו דאוד (עציר)

עפ"ג 28478-10-23 מדינת ישראל נ' אבו קביטה (עציר)

עפ"ג 26872-10-23 מדינת ישראל נ' רגוב ואח' (עציר)

לפני כבוד השופט יואל עדן - אב"ד כבוד השופט עמית כהן כבוד השופט יעקב דנינו

מדינת ישראל

המעוררת:

ע"י ב"כ עו"ד חיים שוייצר ועו"ד גאל נבון

נגד

המשיבים:

1. עיסא אלנגאר (עציר) (עפ"ג 31211-10-23)
 2. תאאר אבו דאוד (עציר) (עפ"ג 31227-10-23)
ב"כ המשיבים 1 ו- 2 עו"ד עלי אבו לבן ועו"ד סוף פטישי
 3. ראאד אבו קביטה (עציר) (עפ"ג 28478-10-23)
ב"כ המשיב 3 עו"ד איחסן ווהבי
 4. בלאל רגוב (עציר) (עפ"ג 26872-10-23)
ב"כ המשיב 4 עו"ד תאמר אסדי
 5. סיף רגוב (עציר) (עפ"ג 26872-10-23)
 6. בהאא אלרגוב (עציר) (עפ"ג 26872-10-23)
ב"כ המשיבים 5 ו- 6 עו"ד נאסר אלעטאונה
 7. מאלק עולמא (עציר) (עפ"ג 28009-10-23)
ב"כ המשיב 7 עו"ד זינאתי נביל
 8. יחיא עומר (עציר) (עפ"ג 28009-10-23)
ב"כ המשיב 8 עו"ד נאשף דרוויש
- ערעורים על גזרי הדין של בית משפט השלום בבאר שבע (כבוד השופט יהודה ליבליין) מיום 18.10.23 בתיק ת.פ. 23371-10-23, ות"פ 18062-10-23, בית משפט השלום באשקלון כב' השופטת, סגנית נשיא נועה חקלאי) בת"פ 18062-10-23 מיום 16.10.23, ת.פ. 16181-20-23 מיום 16.10.23, ת.פ. 12864-10-23 מיום 16.10.23.

פסק דין

אלו ערעורי המדינה על קולת העונש בחמשת הערעורים המתייחסים לשמונת המשיבים, אשר הדין בהם אוחד לבקשת המשיבים ובהסכמת המערערת.

1. כנגד המשיבים הוגשו כתבי אישום בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב - 1952 ("חוק הכניסה לישראל").

לכל אחד מהמשיבים 1 ו-2 יוחסה עבירה לפי סעיף 12(ב3) לחוק הכניסה לישראל, לכל אחד מהמשיבים 3, 5 - 8 עבירה לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, ולמשיב 4 שתי עבירות לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל.

המשיבים הודו בעובדות כתבי האישום והורשעו בעבירות המיוחסות להם. בגזרי הדין הוטלו על המשיבים עונשים הנעים בין מאסר מותנה לבין מספר ימי מאסר, המגיעים עד 15 ימים, לצד מאסר מותנה, ולחלקם התחייבות, ולחלקם קנס. בגזרי הדין של משיבים 1 ו-2 נקבעו מתחמי עונש הולם הכוללים עונשי מאסר בפועל הנעים בין מספר ימים ל-6 חודשים, ובשלושת גזרי הדין של המשיבים 3-8 לא נקבעו מתחמי עונש הולם, הכל כפי שיפורט להלן.

המערערת עותרת לקביעת מתחמי עונש הולם, ביחס לכל אחד מהמשיבים, הכוללים מאסר בפועל בין חודש ל-6 חודשים, ועותרת להטלת עונשים ברף התחתון של המתחם, ביחס לכולם, למעט המשיב 4, לגביו היא עותרת למאסר בפועל של חודשיים.

להלן פרטי האישומים וגזרי הדין ביחס לכל אחד מהמשיבים:

האישומים וגזרי הדין

2. בכל כתבי האישום, למעט באשר למשיב 3, מתואר כי בתאריך 7.10.23 פתח ארגון הטרור "חמאס" במלחמה על מדינת ישראל, במסגרתה פלשו לשטח מדינת ישראל מחבלים רבים וביצעו מעשי טבח ומעשי זוועה באזרחי מדינת ישראל, ובעקבות כך הוכרז במדינת ישראל מצב מלחמה אשר נותר בעינו גם במועדים הרלבנטיים לכתבי האישום.

כל המשיבים הינם תושבי הרשות הפלשתינאית, וכולם נעדרי עבר פלילי.

המשיב 1 הורשע על פי הודאתו בעבירה לפי סעיף 12(ב3) לחוק הכניסה לישראל, בכך שעל פי כתב האישום החזיק בהיתר כניסה ושהייה בישראל לצרכי עבודה המתיר לו לשהות בשטח המדינה בכל יום בין השעות 07:00 עד 00:00, וכשבועיים עובר ליום 16.10.23 נכנס לשטח מדינת ישראל ומאז נשאר ברצף בשטח המדינה, תוך שהוא מפר את תנאי ההיתר, עד שנעצר לבסוף ביום 16.10.23 סמוך לשעה 03:50 בבית עסק בישוב ערערה בנגב.

בגזר הדין נקבע כי מתחם העונש ההולם נע בין מספר ימי מאסר לריצוי בפועל לבין 6 חודשי מאסר בפועל, לצד עונשים נלווים של מאסר על תנאי והתחייבות להימנע מביצוע עבירה, תוך שנקבע כי אנו מצויים במצב ביטחוני קשה על רקע אירועים קשים, וכי במצב זה יש כדי להשליך על המתחם, ונגזרו 10 ימי מאסר בפועל, שני חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, והתחייבות בסך 2,500 ש"ח.

המשיב 2 הורשע על פי הודאתו בעבירה לפי סעיף 12(ב3) לחוק הכניסה לישראל, בכך שעל פי כתב האישום ביום 16.10.23, בסמוך לשעה 03:45, בערערה בנגב, שהה המשיב 2, תושב הרשות הפלשתיאית, בתחומי מדינת ישראל, בניגוד להיתר כניסה המאפשר לו לשהות בישראל בין השעות 07:00 עד 00:00.

בגזר הדין נקבע כי מתחם העונש ההולם נע בין מספר ימי מאסר לריצוי בפועל לבין 6 חודשי מאסר בפועל, לצד עונשים נלווים של מאסר על תנאי והתחייבות להימנע מביצוע עבירה, תוך שנקבע כי אנו מצויים במצב ביטחוני קשה על רקע אירועים קשים, וכי במצב זה יש כדי להשליך על המתחם, ונגזרו 10 ימי מאסר בפועל, שני חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, והתחייבות בסך 2,500 ש"ח.

המשיב 3 הורשע על פי הודאתו בעבירה לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, בכך שעל פי כתב האישום, בתאריך 11.10.23 בשעה 22:11, שהה במפעל באזור התעשייה בבאר טוביה ללא אישור שהייה כדין.

בגזר הדין הפנה בית המשפט לכך שברע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מ"י** (9.12.2014) (להלן: "**עניין אלהרוש**"), נקבע כי המתחם נע בין 0 ל-5 חודשי מאסר בפועל, מאסר מותנה וקנס שנע בין 0 ל-2,000 ₪. בית המשפט ציין כי בעניין אלהרוש נקבע כי מידת חומרת העבירה נגזרת בין היתר מהמצב הביטחוני, ועשויה להשתנות לרבות בשל שינוי העיתים, ואף עשויה להשתנות ממחוז למחוז, וכי יש בסיס לטענת המאשימה כי לפחות ביחס לרף התחתון יש מקום במצב של מלחמה להחמיר את הרף התחתון. לא נקבע מתחם עונש הולם, ונגזרו על המשיב 3, 15 ימי מאסר, חודשיים מאסר מותנה וקנס בסך 800 ₪ או 8 ימי מאסר תמורתו.

המשיבים 4, 5, ו-6, הינם הנאשמים 2, 3 ו-4 בת.פ. 16181-10-23 של בית משפט השלום בבאר שבע, והורשעו על פי הודאתם בביצוע עבירה לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, בכך שבתאריך 6.10.23 בשעה שאינה ידועה למאשימה במדויק נכנסו לישראל בהיותם תושבי רשות הפלשתיאית דרך גדר סמוכה למעבר מיתר, ושהו בתחומה עד ליום 10.10.23, ללא היתר כניסה או שהייה לישראל כדין.

המשיב 4 הורשע באישום נוסף בביצוע עבירה זו, בכך שבתאריך 23.4.22 שהה בתחומי מדינת ישראל, בהיותו תושב הרשות הפלשתיאית ללא היתר כניסה או שהייה כדין.

בגזר הדין הפנה בית המשפט שוב לעניין אלהרוש, כאמור לעיל, ולכך כי יש בסיס לטענת המאשימה להחמרה עם הרף התחתון, לא נקבע מתחם עונש הולם, ונגזרו העונשים הבאים - על המשיב 4, 15 ימי מאסר, חודשיים מאסר מותנה וקנס בסך 500 ₪ או 5 ימי מאסר תמורתו, על המשיב 5, 12 ימי מאסר, חודשיים מאסר על תנאי וקנס בסך 500 ₪ או 5 ימי מאסר תמורתו, ועל המשיב 6 חודשיים מאסר על תנאי והתחייבות בסך 1,000 ₪.

המשיבים 7 ו-8, הינם הנאשמים 3 ו-4 בת.פ. 12864-10-23 של בית משפט השלום באשקלון, והורשעו על פי הודאתם בביצוע עבירה לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, בכך שבתאריך 9.10.23 בשעה 13:15 שהו בדירה בעיר קריית מלאכי, ללא אישור שהייה כדין.

בגזר הדין הפנה בית המשפט שוב לעניין אלהרוש, כאמור לעיל, ולכך כי יש בסיס לטענת המאשימה להחמרה עם הרף התחתון, לא נקבע מתחם עונש הולם, ונגזרו על כל אחד מהם העונשים הבאים -15 ימי מאסר, חודשיים מאסר מותנה, קנס בסך 300 ₪ או שני ימי מאסר תמורתו, והתחייבות בסך 1,000 ₪.

טיעוני הצדדים

3. לטענת ב"כ המערערת:

ביחס למשיבים 1 ו-2 - שגה בית משפט קמא בקובעו מתחם נמוך שאינו הולם את נסיבות ביצוע העבירה ואין בו ביטוי לחומרתן בעת הזו. בעניין אלהרוש נקבע מתחם עונש הולם לביצוע עבירת שב"ח לצורכי פרנסה בהעדר עבירות נלוות, אך בית משפט העליון הדגיש כי הדברים יפים לשעתם, וכי שינוי במצב הביטחוני ישפיע גם על קביעת המתחם בעניינו של מי שנכנס לישראל לצורכי פרנסה. דברים אלה יפים גם בעניינם של מי שקיבלו היתרי שהייה, תוך שניתן בהם אמון כי יעמדו בתנאים הקבועים בו, והם מעלו באמון עשו דין לעצמם ושהו בשטח המדינה בניגוד להיתר, תוך ידיעה ברורה שהדבר נאסר עליהם. זכותה של המדינה לקבוע מי הבאים בשעריה, ומה המגבלות החלות עליהם, אינה עניין של מה בכך, ומדובר במסגרת ביטחונית ראשונה במעלה, ובימים אלה על אחת כמה וכמה. חומרתו של המצב הביטחוני במדינה בעת הזו ידועה וברורה, מדינת ישראל נתונה בימים אלו במלחמה, לאחר התקפה ברוטאלית וברברית מאין כמוה, בשעה זו נתונה המדינה כולה באזור הדרום במצב של איום ביטחוני ממשי ומהותי. מצב ביטחוני חריג וחמור זה מחייב שינוי המתחם שנקבע בעניין אלהרוש. צוין כי נוכח המצב הביטחוני שונתה מדיניות האכיפה, כך שיוגש כתב אישום כנגד תושב האזור שזוהי כניסתו הראשונה שלא כדין לשטחי ישראל. עוד נטען כי בית המשפט לא נתן דעתו לשיקולי הרתעת היחיד והרבים. נוכח זאת, עותרת המערערת לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין חודש לשישה חודשים של מאסר בפועל, לכל אחד מהמשיבים 1 ו-2, בנוסף למאסר מותנה וענישה נלווית. ב"כ המערערת הוסיף, כי לאור עתירת המאשימה בבית משפט קמא, המערערת מגבילה את עצמה ועותרת להטלת מאסר של חודש בלבד, תוך שצוין כי ההנחיה מעתה הינה לעתור לענישה מעל הרף התחתון של מתחמי העונש ההולם, משיקולי הרתעת היחיד והרבים.

ביחס למשיב 2, נטען כי הגם שכתב האישום מייחס לו כי נתפס בשעה 03:45 וההיתר מתיר לו לשהות בתחומי המדינה עד חצות, כי הוא שהה בישראל מספר ימים נוספים קודם לכן, וזאת בהסתמך על טענות שהועלו על ידי ב"כ המשיב 2 בטיעונים לעונש.

ביחס למשיבים 3-8, טענו ב"כ המערערת טענות דומות ביחס לנימוקים המשמשים יסוד להחמרת הענישה, ועתרו לקביעת מתחם עונש הולם ביחס לכל אחד מהמשיבים הללו, הכולל מאסר בפועל הנע בין חודש לשישה חודשים, ובנוסף מאסר מותנה וענישה נלווית. גם ביחס למשיבים אלו, מאותם נימוקים המפורטים לעיל, הגבילה המערערת עצמה לעתירה למאסר של חודש בלבד, למעט בעניינו של משיב 4 אשר ביחס אליו עתרה למאסר בפועל של חודשיים

לאור כך שהורשע בביצוע שתי עבירות כניסה לישראל שלא כדין.

ביחס למשיבים 4-6 נטען לנסיבות מחמירות שהן ראשית מדובר בשלושה משיבים שנתפסו בצוותא חדא עם נאשם נוסף; שנית, מדובר בשהות ממושכת בת מספר ימים; שלישית, לגבי משיב 4 נטען שהיתה כניסה נוספת, וכמו כן העובדה שבעבר קיבל היתרי כניסה, לדעת המערערת, מהווה שיקול נוסף לחומרה; רביעית, מדובר בבחורים צעירים שטענתם כי נכנסו לצורכי פרנסה נטענו בעלמא ללא כל תימוכין.

באשר למשיבים 7-8, חזרה המערערת ועמדה על כך כי נתפסו בצוותא חדא עם שני נאשמים נוספים, וכן כי שהו בתחומי המדינה מספר ימים, וכי לא הוכחה טענתם כי נכנסו לצורכי פרנסה.

4. **לטענת ב"כ המשיבים 1 ו-2**, ביחס למשיב 2, הנסיבות הן רק הנסיבות שבכתב האישום, והתנגד להבאת נסיבות מעבר לכך, וכי המשמעות היא שבשעה 03:45 הוא שהה בניגוד להיתר הכניסה. נטען כי מידת הסיכון הכרוכה בהימצאותו שלא כדין בישראל איננה דומה לפוטנציאל הנזק העלול להיגרם ממי שמעולם לא החזיק בהיתר כניסה כדין. בהקשר זה נטען בעניינו של המשיב 1 כי הוא בן 54, וכי בעוד שנה ממילא, בהעדר מניעה בטחונית, לא היה צורך בקבלת היתר לכניסתו לישראל. נטען כי המשיב 1 מחזיק בהיתרים באופן רציף כבר 5 שנים, נעדר עבר פלילי, ועבד שנים רבות בהיתר. נטען כי נעשתה החמרה בעצם שינוי ההנחיה לפיה מועמד שוהה בלתי חוקי לדין כבר מהכניסה הראשונה. התבקש לדחות את שני הערעורים.

5. **לטענת ב"כ המשיב 3**, הוא החזיק עד לאחרונה בהיתר עבודה בישראל, השינוי על פיו מעמידים שוהים בלתי חוקיים לדין כבר אחרי כניסה ראשונה ולא לאחר שלוש כניסות כפי שהיה עד עתה, דבר המחמיר ביחס למשיב 3, יש להיזהר מקביעת רף מינימום קשיח, שמשמעותו קביעת עונשי מינימום, כאשר הדבר לא נקבע בדין, צורפו גזרי דין שונים מהעת האחרונה, של בתי משפט השלום, בהם הוטלו עונשים שרובם עד 15 ימים, ומיעוטם מעבר לכך. כן נטען כי נוכח ניסוח כתב האישום נקודת המוצא היא כי הכניסה שלא כדין נעשתה לצורכי פרנסה ועל המאשימה הנטל להוכיח אחרת.

6. **לטענת ב"כ המשיב 4**, המשיב נכנס לשטח מדינת ישראל ביום 6.10.23 דהיינו לפני פרוץ המלחמה, ולכן לא ניתן להעניש אותו על עבירה שבוצעה עובר לתחילת המלחמה, העובדה שהמשיב 4 החזיק בהיתר כניסה בשנת 2022 ו-2023 הינה רלבנטית, ומשמעותה כי הוא עבר את המסננת הביטחונית, עצם העובדה שכיום מוגש כתב אישום כאשר 10 ימים קודם לכן לא היה מוגש, לאור השינוי בהנחיה, הרי שיש בכך החמרה בענישה. המשיב 4 הסגיר עצמו לכוחות הביטחון, כמו גם המשיבים 5 ו-6, אף שלא היתה מחלוקת על טענת ב"כ המערערת כי הדבר נעשה רק כאשר כוחות הביטחון הגיעו למושב בו שהו.

7. **טענת ב"כ המשיבים 5 ו-6**, התוצאה העונשית הסופית היא לא תוצאה המחייבת התערבות, הפסיקה שהוגשה בעשרות גזרי דין שניתנו בעת המלחמה עם עונשים זהים פחות או יותר הם העונשים שהוטלו על המשיבים, נטען לאכיפה בררנית בכך שהמדינה לא ביקשה עיכוב ביצוע ולא הגישה ערעור לגבי אחרים עליהם הוטלו עונשים דומים, אין חולק על עצם העובדה שזכותה של המדינה לשנות מדיניות, אך משיבים 5 ו-6 נכנסו לפני המלחמה, ואין זה

צודק להחיל לגביהם מדיניות באופן רטרואקטיבית, משיבים 5 ו-6 נקלעו לסיטואציה הזו, וכשבא הצבא הם הסגירו עצמם לצבא, אשר לקח אותם לתחנה.

8. **לטענת ב"כ המשיב 7**, על אף שאין לכחד מחומרת האירועים שהובילו להכרזה אודות המלחמה, עדיין על בית המשפט ליתן דעתו לשאלה מתי הנאשמים נכנסו שלא כדין לישראל. לדבריו, הערך החברתי נפגע יותר כאשר תחילת הכניסה היתה שלא כדין לאחר תחילת המלחמה, להבדיל ממצב בו כניסתו נעשתה לפני תחילתה. כך יש לפרש את עניין אלהרוש. אשר לעניין ההנחה המובלעת בכתב האישום לפיה הכניסה שלא כדין נעשתה לצרכי פרנסה, הפנה ב"כ המשיב 7 למספר פסקי דין של בתי משפט השלום, מהם ביקש לגזור מסקנה דומה. עוד נטען כי נוכח הצפיפות בבתי הכלא, ראוי שלא להחמיר במקרה הנדון.

9. **לטענת ב"כ המשיב 8**, לעניין מצב הכליאה, לאור ריבוי האסירים יש מצב חירום כליאתי שאינו מאפשר לעמוד בתנאים שנקבעו בהלכה הפסוקה, אין חולק שבמצב החירום יש מקום לשינוי המדיניות, אך שינוי ממאסר על תנאי ל-30 ימי מאסר הוא שינוי דרסטי מידי, ויש לעשות את השינוי באופן הדרגתי, מדובר במשיבים שנכנסו למדינה לפני מצב המלחמה ונקלעו לסיטואציה, תכלית השינוי היא הרתעתית, ולא ניתן להרתיע מי שכבר נכנס בטרם מצב המלחמה. כן נטען כי אין לייחד לחומרה את מחוז דרום לעומת מחוזות אחרים, וכי בכל הנוגע לטענה כי המשיב נכנס לצורכי פרנסה, הפנה להנחיית משטרת ישראל מספרה 01.01.02 שעניינה מדיניות הענישה והעמדה לדין בעבירות כניסה ושהייה שלא כדין, שם צוין כי בהעדר תשתית ראייתית תומכת לפיה הנאשם מבקש לפגוע בביטחון המדינה או באינטרסים מוגנים אחרים, תסווג כניסתו לשטח המדינה והשהייה בה לצורכי פרנסה.

10. לאחר שנשמעו טענות ב"כ הצדדים, ונשקלו ע"י בית המשפט במהלך הפסקה, הודיע בית המשפט כי הוא שוקל החמרה של מתחם העונש ההולם ביחס למשיבים 3-8, מעבר להחמרה לה עותרת המערערת, ואיפשר לב"כ הצדדים להשלים טיעוניהם בעניין זה.

ב"כ המערערת טען כי ביחס לעונש בתוך המתחם, המאשימה סברה שטענה, וביקשה הנחיית בית המשפט בעניין הזה, וביחס לקביעת המתחם עצמו סבורים ב"כ המערערת כי לא שגו, אך בית המשפט הוא המכריע, וככל שבית המשפט סבור שהמתחם צריך להיות גבוה יותר, הם ילמדו את פסק הדין ויפעלו בהתאם.

ב"כ המשיבים ביקשו תחילה הפסקה כדי לשקול עמדתם, ולאחריה טענו כי קיימת בעייתיות בכך שבית המשפט נכנס לנעלי קטגור, וזה לא אמור להיות תפקידו של בית המשפט. נטען כי הפסיקה הכירה באחריות רשות התביעה כמי ששוקלת מגוון רב של שיקולים, וכפי שההכרה הזו קיבלה ביטוי בהלכת פלוני שהתייחסה להסדרי טיעון, כך יש לעשות גם בסיטואציה זו.

נטען כי אין הבדל בין המתחם לבין הענישה, וחזקה כי התביעה שקלה את כל שיקוליה.

עוד נטען כי אנו בערכאת ערעור והתערבות ערכאת הערעור הינה מרוסנת יותר.

עוד נטען שיש להשאיר לבית המשפט השלום מרחב תמרון.

נטען כי עשרות שופטים בשורה של גזרי דין ותובעים בבתי משפט שונים אינם טועים, וכי הרציונל המשמש יסוד לכך שבדעת בית המשפט לשקול החמרה במתחם הענישה, יכול לקבל ביטוי בהחמרת העונש בתוך המתחם.

דין והכרעה

11. לאחר ששמענו ארוכות את הצדדים, ובחנו את מלוא מכלול הנסיבות, כתבי האישום וגזרי הדין, באנו למסקנה כי חמשת הערעורים בדין יסודם, וכי יש לקבל את עתירת המערערת ביחס לענישה אשר יש להטיל על כל שמונת המשיבים, ובתוך כך לקבל את עתירת המערערת ביחס למתחם העונש ההולם למשיב 1, כך שיועמד על חודש עד שישה חודשים, לא להתערב בקביעת מתחם העונש ההולם בעניינו של המשיב 2, ולצד זאת, באנו למסקנה כי מתחם העונש ההולם לו עותרת המאשימה ביחס למשיבים 3-8 אינו נותן מענה עונשי הולם לפגיעה בערכים המוגנים, אשר בעת הזו צריכים להגנה משמעותית יותר, בשים לב למצב המלחמה בו מצויה המדינה, מצב החירום המיוחד והמחוז בו בוצעו העבירות.

קביעת מתחם העונש ההולם הינה קביעה נורמטיבית של בית המשפט המצויה בסמכותו המלאה, גם כאשר חורגת היא מעתירת המאשימה. אמנם לא בנקל ייעשה הדבר על ידי בית המשפט, אך בנסיבות מקרה זה, לאחר בחינת חשיבותם של הערכים המוגנים, מידת הפגיעה בהם, והנסיבות הקשורות בביצוע העבירות בשים לב לתנאי הזמן והמקום, מסקנתנו הינה כי על מתחם העונש ההולם ביחס לכל אחד מהמשיבים 3-8 לכלול מאסר בפועל הנע בין חודשיים לשבעה חודשים, ובנוסף מאסרים מותנים וענישה נלווית. אשר לענישה המוטלת, הואיל וב"כ המערערת הגבילו עצמם להטלת ענישה ברף התחתון של מתחם העונש ההולם לו עתרו, דהיינו חודש מאסר, למעט המשיב 4, לא מצאנו לחרוג מעתירתם זו.

המסגרת הנורמטיבית ומתחם העונש ההולם כפי ההלכה הפסוקה

12. בעניין אלהרוש, לאחר בחינת מכלול השיקולים הקשורים בעבירת השהייה הבלתי חוקית בישראל, נקבע כי הערכים החברתיים הנפגעים מביצוע עבירה של כניסה לישראל שלא כדין לצורכי פרנסה, הינם ביטחון המדינה וזכותה לקבוע את הבאים בשעריה (סעיפים 17,18 לפסק הדין).

נקבע כי מתחם העונש ההולם לעבירת שב"ח לצורכי פרנסה הנעברת לראשונה בהעדר עבירות נלוות הינו: **"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"**

(סעיף 31 לפסק הדין).

בהמשך נקבע כי **"יש לקבוע מתחם עונש הולם אחיד, לנוכח הדמיון בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה במקרים השונים"** (סעיף 54 לפסק הדין).

ואולם, נקבע כי קביעה זו של מתחם העונש ההולם בעבירת שב"ח בהעדר עבירות נלוות, ובמקרה של כניסה לצורכי פרנסה, הינה נגזרת מהמצב הביטחוני עשויה להשתנות עם שינוי העיתים ואף להשתנות ממחוז למחוז, וכי יש לבחון ולהתאים את המתחם ואת העונש הראוי בתוך המתחם על פי תנאי הזמן והמקום, וכך נקבע בסעיף 65 לפסק הדין בהקשר זה: **"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"**.

ברע"פ 1195/22 זיאד אשחאדאת נ' מ"י (27.12.2022) שב בית המשפט העליון ואישר את מתחם העונש ההולם אשר נקבע בעניין אלהרוש, לצד כך שקבע כי עברו הפלילי של הנאשם אינו משפיע על עיצוב מתחם העונש ההולם, אלא ייקח בחשבון במסגרת גזירת עונשו בגדרי המתחם בלבד.

נוסיף כי ברע"פ 1195/22 שב בית המשפט והתייחס לערכים המוגנים הנפגעים מעבירת השהייה הבלתי חוקית כדלקמן:

"כמפורט לעיל, עבירת שהייה בלתי חוקית עלולה לפגוע בביטחון מדינת ישראל ותושביה, ואף חותרת תחת זכותה של המדינה לקבוע מי ייכנס בגבולות שעריה. אמנם, כאשר העבירה מבוצעת לצרכי פרנסה ובהעדר עבירות נלוות לה, הפגיעה בערכים המוגנים אינה ברף הגבוה, אולם בכל זאת נדרשת ענישה הולמת אשר תיתן מענה לתופעה הרחבה של כניסה ושהייה בלתי חוקית בישראל".

13. לאחר בחינת נסיבות ביצוע העבירות בעת הזו, באנו למסקנה כי יש לקבוע מתחם עונש הולם מחמיר משמעותית מהמתחם האמור, זאת לאור הלכת אלהרוש אשר קבעה כי גדרי המתחם משתנים והם נגזרים מהמצב הביטחוני, משינוי העיתים, ואף ממחוז למחוז, כמצוטט לעיל מסעיף 65 לפסק הדין.

החל מיום 7.10.23 מצויה ארצנו במלחמה קשה, תחת מתקפת טרור אכזרית ומזוועה, אשר קטנו מילותינו מלתאר את הרוע, האכזריות והרף הלא ייאמן של מעשי הזוועה. מתקפת הפתע על מדינת ישראל, לרבות על בסיסי ומוצבי צה"ל וישובים אזרחיים, כללה מעשי טבח ורצח, אשר חייבו את מדינת ישראל להכריז על מצב מלחמה ולהתמודד עם מצב החירום המיוחד שנכפה עליה, לרבות על רקע ירי רקטי מסיבי ומתמשך של אלפי רקטות על מדינת ישראל, ובפרט על אזור הדרום.

במצב דברים זה, אין אלא לקבוע כי הערכים המוגנים במסגרת העבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, ביטחון מדינת

ישראל ותושביה, וזכותה של המדינה לקבוע מי ייכנס בגבולות שעריה, מקבלים מימד בעל חשיבות יתרה, ומכאן שהפגיעה בערכים מוגנים אלו, צריכה לענישה מחמירה הרבה יותר, לצורך מענה עונשי הולם לפגיעה זו.

הדברים מקבלים משנה תוקף משמדובר במצב לוחמה אשר במסגרתו חדרו מחבלים רבים לישראל, ומכאן שהצורך להגן על הגבולות ובביטחון מפני הנכנסים שלא כדין, גובר כמה מונים על המצב שקדם לפתיחת מתקפת הטרור. מסקנה זו יפה ביתר שאת בענייננו, עת החדירה נעשתה בתוך גבולות המחוז הדרומי, ועל כן נדרשת החמרה או בחינה מחודשת של המתחם גם בהקשר של מחוז זה, כפי שנקבע בעניין אלהרוש.

מעת לעת היו החמרות במצב הביטחוני, אשר עולה השאלה אם היה בהם לשינוי כה משמעותי ביחס לערכים המוגנים עד כדי החמרת המתחם, ואולם המלחמה אשר נכפתה על ארצנו ביום 7.10.23, משמעותה שינוי קיצוני בדרישות הביטחוניות ובחשיבות של הערכים המוגנים האמורים.

משכך, מקיימות הנסיבות הנוכחיות את מלוא הנסיבות אליהן היתה התייחסות בהלכת אלהרוש, כמצוטט לעיל, כמסד להחמרת מתחם העונש ההולם.

כך, המצב הביטחוני, המקום, מחוז דרום וכל האירועים בעת הזו, מחייבים, על פי הלכת אלהרוש לבדוק שוב את מידת החומרה של העבירה.

הנסיבות הנוכחיות מקיימות צורך בהתאמת מתחם העונש ההולם.

מתחם העונש ההולם בנסיבות הקיימות

14. ב"כ המערערת עתרו לקביעת מתחם עונש הולם הנע בין חודש לשישה חודשי מאסר בפועל ובנוסף מאסר מותנה וענישה נלווית. יודגש, כי עתירת ב"כ המערערת, מוציאה אל מחוץ לתחומי המתחם את המאסר המותנה, כך שמתחם העונש ההולם כולו הינו הטלת מאסר בפועל. מצאנו לנכון לציין זאת, שכן המתחם אשר נקבע בהלכת אלהרוש אשר היה בין 0 ל-5 חודשי מאסר כלל הן את המאסר בפועל והן את המאסר המותנה.

העבירה בה הורשעו המשיבים 1 ו-2 שונה מהעבירה בה הורשעו יתר המשיבים.

אכן, כטענת המערערת, הענישה לצד העבירה לפי סעיף 12(ב3) בה הורשעו המשיבים 1 ו-2, הינה אותה ענישה לצד העבירה לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל - שנת מאסר אחת. ואולם, קביעת מתחם העונש ההולם מתייחסת גם, ובעיקר לנסיבות ביצוע כל עבירה.

ככלל קביעת מתחם העונש ההולם קשורה בנסיבות המסוימות של כל מקרה, ואלו מקבלות משקל מרכזי.

ביחס למשיב 1, המשיב 1 ביצע עבירה של הפרת תנאים שנקבעו בהיתר כניסה לישראל. מחד אכן המשיב 1 קיבל היתר כניסה לישראל, אך מנגד, הוא הפר את תנאי ההיתר במשך פרק זמן ארוך של כשבועיים, כאשר במשך תשעה ימים מתוכם מבוצעת הפרה זו לאחר פרוץ המלחמה, ועובדה זו מחייבת מתן מענה עונשי הולם. נסיבות ביצוע העבירה חמורות, שכן מדובר בעבירה המבוצעת במשך שבועיים ימים, ומעל מחציתם במצב החירום במדינה.

לפיכך, אנו מוצאים כי יש מקום לאמץ את עתירת המערערת ביחס למתחם העונש ההולם, אשר יש לקבוע למשיב 1, הכולל מאסר בפועל הנע בין חודש לשישה חודשי מאסר, זאת לצד מאסר מותנה וענישה נלווית.

ביחס למשיב 2, משיב זה על פי עובדות כתב האישום, נעצר בשעה 03:45, כאשר ההיתר אשר בידו איפשר לו לשהות בישראל אך עד חצות. דהיינו, על פי עובדות כתב האישום, משיב זה שהה בישראל שלוש שעות ו-45 דקות שלא כדין.

הועלו על ידי ב"כ המערערת, בפנינו, וכך גם בבית משפט קמא, טענות עובדתיות נוספות, אך טענות אלו המתייחסות לזמן נוסף בו נטען כי המשיב 2 שהה בישראל, אינן מפורטות בכתב האישום, ולא מצאנו כי נכון וראוי להביאן במסגרת הטענות. משך השהות בישראל, הוא חלק מנסיבות ביצוע העבירה, אותן יש להוכיח עובר להכרעת הדין, וצריכות להיות חלק מהעובדות המפורטות בכתב האישום והן אינן מצויות בו.

במצב דברים זה, לא מצאנו מקום להתערב במתחם העונש ההולם אשר קבע בית משפט קמא בעניינו של המשיב 2, ואשר כלל מאסר בפועל בין מספר ימים עד 6 חודשים, מתחם אשר הגם שלא התקבלה במסגרתו מלוא עתירת המאשימה, אך גם בו יש כדי החמרה לעומת המתחם אשר נהג קודם לכן.

סבורים אנו שנסיבות ביצוע העבירה אשר כוללות שלוש שעות ו-45 דקות של שהות בישראל שלא כדין, מתיישבות עם מתחם עונש הולם כפי שנקבע ע"י בית משפט קמא.

15. ביחס למתחם העונש ההולם בעניינם של המשיבים 3 - 8 - סבורים אנו כי הצורך בהגנה רבה יותר על הערכים המוגנים, במצב הדברים בו ערכים מוגנים אלו הפכו לבעלי חשיבות כה רבה וכה מרכזית בעת הזו, מחייב מענה עונשי מחמיר יותר מעתירת המערערת.

המערערת עותרת להחמרת המתחם לחודש עד שישה חודשי מאסר בפועל.

סבורים אנו, כי המענה העונשי ההולם לצורך ההגנה הרבה הנדרשת בעת הזו על הערכים המוגנים אשר חשיבותם עלתה כמה מונים בשל הנסיבות האמורות, צריך להיות מענה עונשי תקיף ומחמיר יותר מזה אשר עותרת לו המאשימה.

אשר לסמכות בית המשפט לקבוע מתחם עונש הולם המחמיר מהמתחם לו עותרת המדינה, סבורים אנו כי הדבר מצוי בסמכותו המלאה של בית המשפט, מדובר בקביעה נורמטיבית, אשר הינה בבסיס שיקול הדעת המופעל על ידי בית המשפט, שיקול דעת זה אינו נסוג מפני שיקול הדעת המופעל על ידי המדינה בטיעוניה למתחם עונש הולם.

נפנה לע"פ 512/13 פלוני נ' מ"י (4.12.2013) שם נקבע בסעיף 17 לחוות הדעת של כב' השופט מלצר כדלקמן:

"מתחם הענישה, משקף לעומת זאת, קביעה נורמטיבית של בית המשפט בדבר האיזון הראוי בעיני החברה בין כלל השיקולים הרלבנטיים על פי המתכונת הקבועה בחוק. ככזה, מתחם הענישה אינו תלוי איפוא בכוח המיקוח של מי מהצדדים, או בהעדפותיהם (האישיות, או המוסדיות)".

יודגש, כי קביעה נורמטיבית זו קשורה במשקל שבית המשפט נותן לערכים המוגנים והקביעה הזו מצויה בלב ליבה של סמכות בית המשפט. החוק והסמכות האינהרנטית של בית המשפט מקימים סמכות זו לקבוע את מתחם העונש ההולם.

אשר לשאלה מה הדין כאשר בית המשפט סבור שיש לקבוע מתחם עונש הולם מחמיר מאשר התבקש על ידי המאשימה, נפנה לע"פ 5611/14 מנצור אבו עוואד נ' מ"י (8.5.2016). שם נחלקו הדעות, אך זאת לא לעניין עצם הסמכות, אלא לשאלה מתי וכיצד יפעיל בית המשפט סמכות זו. נפנה לעמדת כב' השופט הנדל: **"באשר למתחם הענישה, יש לזכור כי מונח זה כהגדרתו בתיקון 113 מהווה עניין נורמטיבי, ולא אמפירי - מתחם העונש ההולם, לעומת מתחם מדיניות הענישה הנהוגה. מצב דברים זה מקל על האפשרות שבית המשפט יקבע מתחם על פי שיקול דעתו גם אם הוא אינו ממצה את הדין במקרה הקונקרטי, בעקבות עמדת התביעה. ושוב - ככלל ניתן לשים דגש על התוצאה ולא על המתחם. בוודאי שכך הוא כמו במקרה שלנו, בו קיים שטח חופף בין המתחם שהוצע על ידי התביעה לזה שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי".**

ולדברים הבאים שנקבעו על ידי כב' השופטת ברון: **"גם לגישתי, ככלל אל לו לבית משפט לסטות לחומרה מן העונש הנטען על ידי המאשימה; ואולם, דעתי היא כי אין להרחיק לכת בקביעת הגבלות על סטייה מכלל זה. מלאכת גזירת הדין היא בעלת אופי נורמטיבי ובית המשפט הוא שאמון על קביעת מתחם העונש ההולם - בהתאם לחומרת העבירה בנסיבותיה, ומידת אשמו של הנאשם"** (ההדגשה אינה במקור).

אכן, לא בנקל יקבע בית המשפט מתחם עונש הולם המחמיר אל מול מתחם העונש ההולם לו עותרת המדינה, ואולם, במקרה זה מדובר בנסיבות חריגות וקיצוניות של שינוי העיתים והמצב הביטחוני באופן חסר כל תקדים, וכפועל יוצא מכך הצורך בהגנה על הערכים המוגנים מקבל משנה תוקף ובעל חשיבות רבה ושונה משמעותית מהמצב הקודם.

במצב דברים זה, סבורים אנו כי יש לקבוע מתחם עונש הולם העולה בחומרתו על המתחם לו עותרת המאשימה.

מכל האמור, מסקנתנו הינה כי קביעת מתחם העונש ההולם הינה עניין לקביעה נורמטיבית של בית המשפט, וקביעה

נורמטיבית זו באה לאחר בחינת מקומם, מעמדם ומשקלם של הערכים המוגנים בעת הנוכחית, ומצאנו כי הנסיבות הקיימות מחייבות קביעת מתחם עונש הולם אף בחריגה מעתירת המערערת.

מנגד, בהטלת הענישה עצמה, בתוצאה העונשית, נדרשים נימוקים שונים, ונקדים את המאוחר ונציין כי בקביעת העונש המוטל בפועל, חרף ההחמרה במתחם, לא מצאנו מקום לחרוג מעתירתה העונשית של המערערת.

לאור כל האמור, אנו קובעים כי מתחם העונש ההולם ביחס לכל אחד מהמשיבים 3-8, בגין העבירה אשר בוצעה ע"י כל אחד מהם, בנסיבות ביצועה, הכוללת שהות בישראל שלא כדין בעת מלחמה זו, כולל מאסר בפועל הנע בין חודשיים לשבעה חודשים, ובנוסף מאסר מותנה וענישה נלווית.

אנו מוצאים כי בעת הזו, גם אם הכניסה לישראל קדמה לפרוץ המלחמה, המשך השהות בישראל הינה בעלת חומרה יתרה, אשר מחייבת החמרה במתחם העונש ההולם, ובמענה העונשי הנדרש לביצוע עבירה זו בנסיבות אלו.

הענישה

16. סבורים אנו כי בנוסף לכך שיש להחמיר את המתחם, הרי שבעת הזו ובנסיבות הקיימות, יש לתת משקל רב גם לשיקולי הרתעת היחיד והרתעת הרבים, וזאת במסגרת קביעת העונש הראוי בתוככי המתחם.

סבורים אנו כי על הענישה ביחס לכל אחד מהמשיבים, להיות ענישה העולה באופן משמעותי על הרף התחתון של מתחם העונש ההולם, על מנת לתת משקל ראוי והולם לשיקולי הרתעת היחיד והרתעת הרבים.

ואולם, ב"כ המערערת הגבילו עתירתם להטלת חודש אחד של מאסר בלבד על כל אחד מהמשיבים, למעט המשיב 4 אשר ביצע שתי עבירות, וזאת לאור כך שלא נטען בבית משפט קמא לענישה מעל הרף התחתון של המתחם לו הם עתרו.

הגם שמצאנו מקום לקביעת מתחם עונש הולם המחמיר אל מול המתחם לו עתרה המערערת, לא מצאנו מקום להחמיר בענישה מעבר לעתירת המאשימה, הואיל והטלת עונש חמור יותר צריך נימוקים כבדי משקל וחרגיגים אף יותר מהנימוקים לקביעת מתחם עונש הולם מחמיר יותר.

ב"כ המערערת הודיע כי מעתה עתירת המאשימה תכלול גם עתירה לענישה מעל הרף התחתון של המתחם, תוך הצורך ליתן משקל לשיקולי הרתעת היחיד ועתירת הרבים, וכי אינו מבקש זאת בעניינם של המשיבים.

17. לאור כל האמור לעיל, אנו מוצאים לנכון לקבל את עתירת המערערת לעונש ביחס לכל אחד מהמשיבים, ומורים כדלקמן:

על כל אחד מהמשיבים 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 מוטל עונש של חודש מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרם, ועל המשיב 4 מוטל עונש של שני חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו.

כל יתר רכיבי הענישה שהוטלו על כל אחד מהמשיבים ישארו בתוקפם.

ביחס למשיב 2, מתחם העונש ההולם כאמור תחילתו במספר ימי מאסר, ואולם גם בעניינו אנו מקבלים את עתירת המערערת לעונש, בשל כך ששיקולי הרתעת היחיד והרבים, מחייבים החמרה בענישה בתוך המתחם.

הועלו ע"י ב"כ המשיבים טענות שונות ביחס לנסיבותיהם האישיות של המשיבים, לרבות ביחס לכך שהמשיב 1 הינו בגיל 54, וטענות נוספות אשר איננו מוצאים מקום להרחיב ביחס אליהן, שכן אנו סבורים שהעובדה שמוטלים על המערערים עונשים כפי עתירת המערערת, מגלמת גם את השיקולים הללו וכל הטענות שנטענו.

ניתן היום, ז' חשוון תשפ"ד, 22 אוקטובר 2023, במעמד הצדדים.

יעקב דנינו, שופט

עמית כהן, שופט

יואל עדן, שופט