

עפ"ג 38304/01/24 - מדינת ישראל נגד יזן עתמאן, שאדי עאיד, עאדל דרויש

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 38304-01-24 מדינת ישראל נ' עתמאן (עציר) ואח'
עפ"ג 38284-01-24 מדינת ישראל נ' דרויש (עציר)

לפני כבוד השופט לוי
כבוד השופט קוטון
כבוד השופטת וינברגר

המעוררת
נגד
משיבים
מדינת ישראל
1. יזן עתמאן
2. שאדי עאיד
3. עאדל דרויש (עציר)

פסק דין
כללי

ביום 10.1.24 גזר בית משפט השלום בעכו (השופט העמית הנכבד, זיאד סאלח), במסגרת ת"פ 14283-01-24 את דינם של יזן עתמאן (להלן: "המשיב 1"), ושאדי עאיד (להלן: "המשיב 2"); וכן, במסגרת ת"פ 17703-01-24, את דינו של עאדל דרויש (להלן: "המשיב 3"). כל אחד מהם הורשע, על-סמך הודאתו, בעבירה שעניינה כניסה או ישיבה בישראל שלא כחוק, לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה לישראל" או "החוק").

בגין ביצועה של עבירה זו, השית בית משפט קמא על כל אחד מהמשיבים עונש מאסר בפועל לתקופה של חודש ויום אחד (החל מיום מעצרום); לצד מאסר על תנאי בן חודש ימים - בהתייחס למשיבים 1 ו-2 למשך שנתיים בתנאי שלא יעברו על העבירה בה הורשעו; ובהתייחס למשיב 3 למשך שנה שלא יעבור על העבירה בה הורשע.

המדינה לא השלימה עם קולת העונש אשר הוטל על המשיבים וערערה על כך לפנינו. ערעורים נפרדים (ביחס למשיבים 1 ו-2 וביחס למשיב 3) הוגשו ביום 16.1.24; הם נקבעו ונדונו בדחיפות בהתאם לבקשת המדינה (דיון לפנינו נשמע ביום 18.1.24). בפתח הדיון בערעורים התבקשנו להורות על איחוד הדיון בערעורים (בשים לב לדמיון המשמעותי בסוגיות המשפטיות העומדות על הפרק בכל אחד מהם). הורינו, לאחר שקיבלנו את בקשת המדינה בעניין זה על הארכת מעצרו של המשיבים עד למתן פסק דין בערעור. הערעורים הופנו כלפי קולת העונשים שנגזרו למשיבים. במסגרתם, התבקשנו להחמיר בעונשם של המשיבים, כך שייגזרו להם עונשי מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח לתקופה שלא תפחת מחודשיים ביחס למשיבים 1 ו-2, ושלא תפחת משלושה חודשים ביחס למשיב 3. בנוסף,

התבקשו להשית על המשיבים מאסר מותנה חמור יותר, לצד התחייבות להימנע מעבירה וקנס (ביחס למשיבים 1 ו-2 בלבד).

כעת, הגיעה השעה לפסוק בערעורים לעיצומם.

כבר כעת, מצאנו לנכון לשבח את ב"כ הצדדים (עו"ד יעל וייסהוף מטעם המדינה ועורכי הדין טנוס ועבאס מטעם המשיבים) על טיעוניהם המקיפים והמלאים, מאירי העיניים והרהוטים לפנינו במסגרת הדיון בערעורים.

עובדות כתבי האישום שבהן הודו המשיבים היו אלו -

בחלקם הכללי של כתבי האישום צוין, כי מדינת ישראל נתונה תחת מתקפת פיגועי טרור ופעילות חבלנית עוינת שחלקה הניכר מבוצע על ידי תושבי עזה ואיו"ש, השוהים בישראל שלא כדין. הודגש, כי לאחרונה חלה הסלמה ביטחונית חמורה ושיאה ביום 7.10.23, עת פרצה מלחמת "חרבות ברזל". אז לדאבון הלב, חדרו מחבלים מרצועת עזה לשטח מדינת ישראל והחלו לטבוח באזרחים וחיילים.

במועד הרלוונטי לכתב האישום התגוררו המשיבים במקומות שונים בתוככי שטחי הרשות הפלסטינית (המשיב 1 בשכם, המשיב 2 ביריחו והמשיב 3 בג'נין) ומכאן, כי איש מהם אינו תושב מדינת ישראל, אלא הם תושבי אזור יהודה ושומרון וכניסתם לשטח מדינת ישראל טעונה היתר.

ביום 4.1.24 בשעה 7:00 או בסמוך לכך, נמצאו המשיבים 1 ו-2 בטמרה, וזאת, כשאינן ברשותם אישור כניסה לישראל או שהייה בה. בהמשך, התברר, כי המשיב 1 נכנס לשטחי מדינת ישראל עובר למעצרו במועד שאינו ידוע למערכת ושהה בה כחודש שלא כדין. בהתייחס למשיב 2, התברר, כי הוא נכנס לשטחי מדינת ישראל ביום 7.9.23 או בסמוך לכך, כשבידו אישור כניסה כדין לצורך עבודה, המאפשר לו שהייה עד יום 5.12.23. חרף פקיעת האישור, המשיך לשהות בישראל למשך חודש שלא כדין.

ביום 7.1.24 בשעה 16:09 או בסמוך לכך, נמצא המשיב 3 בכביש בדיר חנא, כשאינן ברשותו כל אישור לכך. בהמשך הוברר, כי המשיב נכנס לשטחי המדינה במועד שאינו ידוע במדויק למאשימה ושהה בישראל כ-3 חודשים. במעשיו האמורים לעיל, שהה המשיב בישראל שלא כחוק.

נימוקי גזר דינו של בית המשפט קמא

בית-המשפט קמא הנכבד עמד, בגזר-דינו בעניינם של המשיבים 1 ו-2, על הערכים המוגנים שנפגעו כתוצאה ממעשיהם. הוא ציין, כי עסקינן במשיבים ללא הרשעות קודמות, נשואים עם ילדים. הוא הדגיש את העובדה שברשותו של משיב 1 היה היתר אשר החל ביום 21.9.23 ואשר הסתיים ביום 19.11.23, בעוד למשיב 2 היה היתר שהחל ביום 7.10.23 ואשר הסתיים ביום 5.12.23. הוא העיר, כי המשיבים שהו בישראל נוכח קשיים כלכליים. בהתייחס לענייניו של

המשיב 3 בית-המשפט קמא הנכבד עמד על העובדה שלפני איתורו של המשיב, הוא שהה שלושה חודשים בשטח המדינה כאשר אין ברשותו רישיון כניסה לישראל. השופט ציין, שעסקינן במשיב בן 51, נשוי ואב לשבעה ילדים, ללא הרשעות קודמות. הודגש, כי בעבר המשיב קיבל מספר רב של אישורי כניסה לישראל.

השופט קמא הוסיף ופירט, כי בכל הנוגע למדיניות העמדה לדין וכן ביחס לענישה המקלה ביחס לתושבי השטחים השוהים שלא כדון, חלו תמורות מאז פרוץ מלחמת "חרבות ברזל". הוא ציין כי עולה מפסיקת בתי המשפט המחוזיים שמתחם העונש ההולם בנסיבות דומות צריך שיעמוד בין חודשיים לבין שבעה חודשי מאסר לריצוי בפועל, בעוד במקרים אחרים נקבע מתחם הנע בין חודש לבין שישה חודשי מאסר לריצוי בפועל. הודגש, כי בכל מקרה, הענישה צריכה להיות פרטנית, ועל כן סבר השופט המלומד קמא כי מתחם העונש בעניינם של משיבים כולם צריך שינוע בין חודש מאסר לריצוי בפועל לבין שישה חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד מאסר מותנה.

לאור מכלול האמור לעיל, גזר בית המשפט קמא הנכבד על המשיבים את העונשים שפורטו לעיל.

נימוקי הערעור

ב"כ המערערת המלומדת, עו"ד יעל ויסהוף, טענה בהודעות הערעור, כי בית-המשפט קמא שגה בקביעת מתחם הענישה, החורג מפסיקתו המנחה של בית המשפט המחוזי. הוער, כי גזר הדין מתעלם מן התקופה בה מצויה מדינת ישראל על רקע נסיבות ביצוע העבירה.

ב"כ המערערת פירטה, כי בימים כתיקונם, מתחם העונש ההולם נע בין מאסר מותנה לחמישה חודשי מאסר לריצוי בפועל, כפי שנקבע ברע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מדינת ישראל** (8.12.14) (להלן: הלכת אלהרוש). דא עקא, הימים אינם ימי שגרה וכפי שצוין בהלכת אלהרוש עצמה, הרי שמידת החומרה של עבירת השב"ח צריכה להיגזר מן המצב הביטחוני השורר, משמע, זו עשויה להשתנות עם שינוי העתים.

המערערת עמדה על כך שכניסה בלתי מורשית לגבולות המדינה מהווה סכנה ביטחונית ופוגעת בתחושת הביטחון האישית והציבורית. פורט, כי מאז פרוץ הלחימה מתחם הענישה שנקבע על ידי בתי המשפט המחוזיים השונים, בנסיבות דומות (ואף הקלות מאלו המאפיינות את עניינם של המשיבים), נע בין חודשיים מאסר לריצוי בפועל לשבעה חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד ענישה נלווית. חרף זאת, קבע בית המשפט קמא מתחם ענישה נמוך יותר. המערערת הפנתה אל - רע"פ 7908/23 **אלנגאר ואח' נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 27.11.23) (להלן - רע"פ אלנג'אר) וציינה בהקשרו את עפ"ג (ב"ש) 31211-10-23 **מדינת ישראל נ' אלנגאר ואח'** (ניתן ביום 22.10.23); עפ"ג (חיפה) 1680-11-23 **מדינת ישראל נ' כסאב ואח'** (ניתן ביום 6.11.23); עפ"ג (ב"ש) 16945-11-23 **אלטויל נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 13.11.23); עפ"ג (נצרת) 37018-10-23 **מדינת ישראל נ' אלחרוב** (ניתן ביום 25.10.23).

הודגש, כי המשיבים 1 ו-2 שהו בארץ פרק זמן משמעותי של חודש ימים ללא היתר, והכול בזמן שמדינת ישראל נתונה במלחמה קשה - על כל המשתמע מכך. משאלה הם פני הדברים לשיטתה של המערערת, היה על בית המשפט קמא לשרטט מתחם הנע בין חודשיים מאסר לריצוי בפועל לשבעה חודשי מאסר לריצוי בפועל. עוד נטען, כי שגה בית

המשפט קמא כאשר השית עונש מאסר מותנה מקל באופן קיצוני ושגה משלא השית התחייבות כספית על המשיבים וקנס.

ביחס למשיב 3, צוין, כי הוא שהה בארץ ללא היתר פרק זמן משמעותי בן שלושה חודשים, והכול עת מדינת ישראל נתונה במלחמה קשה - על כל המשתמע מכך; משאלה הם פני הדברים, לשיטתה של המערערת היה על בית המשפט קמא לשרטט מתחם הנע בין 3 חודשי מאסר לריצוי בפועל לשמונה חודשי מאסר לריצוי בפועל. עוד נטען בעניינו של משיב זה, כי שגה בית המשפט קמא כאשר השית עונש מאסר מותנה מקל באופן קיצוני וגם משלא השית התחייבות כספית או קנס. עם זאת הוער, כי הטעות שעניינה אי הטלת קנס מקורה בשגגה שיצאה לפני נציגי המאשימה (שלא עתרו לכך בבית משפט קמא); על כן, עתרה להסתפק בעניינו של המשיב 3 בהשתת התחייבות להימנע מביצוע עבירה.

נוכח כל המקובץ, נתבקשנו לאמץ את מתחם הענישה שהוצע על ידי המדינה ולגזור על המשיבים 1 ו- 2 עונש שלא יפחת מחודשיים מאסר לריצוי בפועל, לצד מאסר מותנה משמעותי (למשך שלוש שנים) והתחייבות כספית. ביחס למשיב 3 התבקשנו לקבוע מתחם הנע בין 3 ל- 8 חודשי מאסר ולגזור לו עונש שלא יפחת משלושה חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד מאסר מותנה משמעותי והתחייבות להימנע מעבירה.

במסגרת הדיון שהתקיים לפנינו הוסיפה ב"כ המערערת, כי בהחלטת בית המשפט העליון ב - רע"פ אלנג'אר, נדונו, בין השאר, הפרות תנאי היתר שעניינן איחורים בני 45 דקות או שעה לחזור לאיו"ש ולמרות זאת אושרו מתחמי ענישה בני 2 עד 7 חודשי מאסר בפועל. היא עמדה על כך שכל אחד ואחד מהמשיבים שהה שלו כחוק בישראל ועוד קודם לכן הפר את תנאי היתר שניתן לו, משמע עניין לנו במקרים חמורים על משרעת החומרה של העבירה בה הורשעו. היא הוסיפה וטענה שיש לייחס משמעות ביטחונית מרחיקת לכת לעבירות של שהייה לא חוקית בישראל בשים לב לכך שכוחות הביטחון נאלצים להשקיע משאבים בלכידתם כאשר המשאבים הללו אינם מושקעים באותה העת בלכידת מחבלים פוטנציאליים. היא ציינה שמותב אחר בבית המשפט אישר מתחם בן 2 עד 7 חודשי מאסר בגין עבירות שכאלה וכי ראוי לאמץ כלל אחיד בכגון דא. ביחס לטענות בדבר הימנעות התביעה מלערער על עונשים מקילים שהוטלו בגין עבירות דומות השיבה ב"כ המערערת כי ההיקפים הגדולים של התיקים המצדיקים הגשת ערעור כמו גם הקושי הטבוע בהגשת ערעור מקום בו מוטל עונש המסתיים ביום גזירת הדין או סמוך לאחריו מייצרים קשיים פרקטיים אך המדיניות היא הגשת ערעור בכל המקרים המחייבים זאת מתוך תקווה שפסיקה הניתנת בידי ערכאת הערעור תצמצם את המקרים בהם מוטלים עונשים הסוטים מקו הענישה המחייב.

בהתייחסה לעניינם של המשיבים שלפנינו ציינה כי אין האמור במקרים בעלי אופי גבולי או קל אלא במקרים המחייבים קביעת מתחם ענישה מחמיר דווקא.

תשובת ב"כ המשיבים לערעור

ב"כ המשיבים טענו לפנינו, כי יש מקום לדחות את הערעורים.

באורח סכימטי, ניתן לחלק טיעוניהם לשני רבדים: הרובד העקרוני והרובד הפרטני.

ברובד העקרוני טענו, שאין למצוא כל קשר רציונלי בין ההחמרה במצב הביטחוני לבין החרפת הענישה כלפי שוהים

בלתי חוקיים מאיו"ש. נטען גם, כי למעשה, עניין לנו כאן בהחמרה רטרו- אקטיבית של הענישה שכן במקור נכנסו המשיבים ארצה כדין ושהייתם הפכה בלתי חוקית כתוצאה מהכרזה חד צדדית של המדינה בדבר התליית היתרי הכניסה ארצה. הוסף, מטרה של הרתעת אחרים על ידי החמרה בענישתם של המשיבים כאן היא בלתי מוצדקת ולא הוגנת. ב"כ המשיבים טענו בהקשר זה גם שמי שמעוניין לבצע פיגוע לא יורתע על ידי עונש פוטנציאלי של מספר חודשי מאסר. הסנגורים טענו עוד, שבפועל קיים דו קיום (סימביוזה) בין ישראל לבין איו"ש ואין ניתן להתעלם מכך. כניסה ושהייה בלתי חוקית איננה תופעה ייחודית למדינת ישראל; היא שוררת בעולם כולו והמדינות ה"קולטות" משלימות עמה בבחינת הכרח המציאות. צוין גם, שכניסה בלתי מורשית לישראל איננה טומנת בחובה פגם מוסרי ולפיכך אין מקום להחמיר בענישה בגינה. עוד נטען ל"אכיפה בררנית" עת המדינה איננה מערערת על קולת העונש מקום בו מוטלים עונשי מאסר בני 31 ימים או אף עונשי מאסר לתקופות קצרות מכך; גם העובדה כי בית המשפט המחוזי במחוז שיפוט מרכז-לוד קבע כהלכה מנחה לבלתי משפט השלום כי מתחם הענישה הראוי בכגון דא צריך לעמוד על חודש עד ששה חודשים דווקא (עפ"ג 28130-11-23 **עודה ואח' נ' מדינת ישראל**, ניתן ביום 4.12.23) ואף הקל עונשים חמורים מכך שבאו לפניו במסגרת ערעורים מהווה מעין "אכיפה בררנית" באשר אין הצדקה ליחס מחמיר למי שנדון לפניו בתי משפט במחוזות אחרים, בפרט משלא הוגשה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט במרכז.

במישור הפרטני, צוין, כי כל אחד ואחד מהמשיבים כאן קיבל היתר כניסה לישראל בעבר, מה שמלמד שמסוכנותם נבחנה ונמצאה כנמוכה או לא קיימת. צוין, כי נסיבותיהם של המשיבים ייחודיות באורח המצדיק הליכה לקראתם בקביעת המתחם: הם מקבלים היתרים מזה זמן רב, היו ברשותם היתרים בני תוקף בתקופת תחילת הלחימה, הרשויות לא ראו בהם, אפוא סיכון בטחוני.

ביחס למשיב 3 צוין, כי הוא נכנס בהיתר כשבוע לפני תחילת המלחמה; המדינה לא טרחה לבטל את ההיתר שניתן לו; הוא מקבל היתרי שהייה מזה זמן ארוך והתקשה לחזור לשטחי הרשות. גם ביחס אליו מוצדק, אפוא, לקבוע מתחם נמוך מהמקובל.

דין והכרעה

נאמר מייד, ערעור זה בדין יסודו.

כידוע, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בעונש שהושת על נאשם על ידי הערכאה הדיונית, למעט במקרים חריגים, בהם נפלה טעות בולטת או שהעונש שנגזר על ידיה חורג במידה קיצונית מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות (ע"פ 5883/15 **אבו ציאם נ' מדינת ישראל**, פסקה 8, ניתן ביום 24.11.16).

דא עקא, לטעמנו, בגזר דינו של בית המשפט קמא נפלה שגגה, אשר הובילה אותו בסופו של יום **לתוצאה עונשית שאיננה משקפת כדבעי את שיקולי הענישה הצריכים לעניין בכגון דא**. מאחר שב"כ המשיבים ייחדו טיעון רחב לסוגיות עקרוניות הנוגעות לעבירת הכניסה והשהייה שלא כדין של תושבי איו"ש לישראל ראוי שנעמוד תחילה על אלו ועל המתבקש מהן, ורק אחר כך נפנה לדון במתחם הענישה המתחייב מהסוגיות העקרוניות הללו.

מדיניות הענישה הראויה בעבירות של שהייה שלא כחוק לישראל

עמוד 5

האירועים הקשים שהתרחשו ביום ה-7 באוקטובר 2023 חייבים לשמש תמרור אזהרה ברור וחד לכל העוסקים במלאכת ההגנה על בטחון המדינה ואזרחיה. הדברים נכונים גם ביחס להתייחסות המשפטית והשיפוטית הנוגעת לעבירות שבהן עסקינן. אם מדינת ישראל נקטה מדיניות "סלחנית" ו"מכילה" כלפי שוהים בלתי חוקיים תושבי איו"ש ועזה עד יום ה-7 באוקטובר הרי שלאחריו, חובתה כלפי בטחון אזרחיה איננה מתירה לה להמשיך ולנהוג כך.

אכן, כפי שטענו הסנגורים המלומדים, רבים מהשוהים הבלתי חוקיים מגיעים ארצה בתום לב על מנת לשבור שבר עבור בני משפחתם המתגוררים באזורים מוכי אבטלה. איננו כופרים בטענה זו. דא עקא, שבענייני ביטחון, אין ניתן להסתמך על הערכות ועל השערות סטטיסטיות כבסיס לפעולה. אין ניתן להעלים עין מכניסה סיטונית של עשרות אלפים מדי יום מתוך מחשבה שרובם המכריע והמוחלט הם תמימים וכאלה שאינם מבקשים להרע. די במפגעים בודדים, הנכנסים במהלך חודשים, על מנת להמיט אסון רב נפגעים על תושבי הארץ. כידוע, עם תרחיש שכזה, אין שום עם חפץ-חיים יכול להסכין. וישאל השואל, מדוע על תמי הדרך לשלם מחיר (בענישה עודפת) בגין מעשיהם ותכניותיהם הזדוניות של אחרים? התשובה היא פשוטה: ככל שתופעת השהייה הבלתי חוקית היא נרחבת ומפושטת יותר ומדיניות הטיפול בה ספורדית יותר, אקראית יותר, "מכילה" יותר ומקילה יותר, כך יקשה על כוחות הביטחון לאתר את אותם מסתננים זדוניים המבקשים לפגוע באזרחינו.

מערכת הביטחון משקיעה מיליארדי שקלים בהקמת גדר ביטחונית, שמטרתה למנוע כניסה של בלתי מורשים ובתחזוקתה; באבחון האוכלוסייה המבקשת היתרי כניסה לישראל ובהוצאת היתרים למי שממנו אין נשקף סיכון ביטחוני לאזרחי המדינה; בהצבת גדודים שתפקידם ללכוד מסתננים ארצה; בפריסת כוחות שיטור האמונים על מעצרם לאחר כניסתם.

עת מדיניות האכיפה איננה נוקשה, איננה מרתיעה ואיננה מונעת, היקף התופעה רחב והתפשטותה צפויה. במצב זה, סיכוייהם של כוחות הביטחון להצליח במשימת סיכול ההסתננות פוחתים משמעותית בבחינת איתור מחט בערימת שחת. לעומת זאת, הפחתת התופעה מקילה על כוחות הביטחון לבצע את מלאכתם ומגבירה, אפוא, את רמת הביטחון, שממנה נהנים אזרחי המדינה. אמת פשוטה זו נכונה בשעת רגיעה; היא נכונה שבעתים בשעת מלחמה.

זאת יש לזכור: הסיכון הנשקף משהיה בלתי חוקי איננו בהכרח פרי של מחשבות זדון המקננות בו ביום כניסתו ארצה שלא כחוק. בהחלט ייתכנו מזנקים ("טריגרים") שונים ומשונים העלולים להביאו לכלל "שינוי לבבות" תוך כדי השהות בישראל. קראנו ואף שמענו על מקרים בהם שוהים בלתי חוקיים החליטו לפגוע באזרחי המדינה על רקע סכסוך עבודה עם מעסיק; על רקע איום על חייהם או על חיי בני משפחתם מצד גורמי טרור; על רקע אירועים בעלי גוון לאומני כגון הריסת בתי מחבלים, התפרעות של מתיישבים ישראליים בשטחים, שריפת שדות או עצים בשטחים; לנוכח פיגועי טרור אשר בוצעו בתוככי ישראל; מותו של פלסטיני כתוצאה מפעולת כוחות הביטחון ועוד כהנה וכהנה. גם זהו סיכון אשר יש להתחשב בו עת מגבשים מדיניות ענישה ביחס למעשה הכניסה והשהייה הבלתי חוקית בישראל.

בחינת הלכת אלהרוש ומדיניות האכיפה שעל רקעה ניתנה בראי המציאות

עד אירועי ה - 7 באוקטובר הנורא שלט בכיפה מתחם הענישה שנקבע בהלכת אלהרוש הנ"ל. זו התהוותה על רקע מדיניות אכיפה מתירנית וליברלית מאד, שלפיה אין מענישים שוהה בלתי חוקי כלל אלא לאחר שנתפס בפעם השלישית על ידי הרשויות (וזאת יש לזכור - שיעורי לכידת השב"חים בכף היו אז מזעריים ונהין ונאמר, כי הם עמדו על שברירי אחוז בודדים). גם אז, הענישה הייתה מתונה מאד והיא הלכה והחמירה רק מקום בו אותו עברין נתפס שוב ושוב מבצע את המעשה (שוב, יש לזכור ששיעורי התפיסה הם מזעריים גם בהיבט הזה); **מדיניות אכיפה זו, כפי הנראה, נתפסה בראיית השוהים הבלתי חוקיים כ"קריצת עין" ושידרה למערכת השפיטה, כי החמרה בכגון דא איננה הכרחית** (הדבר אף נטען במפורש בבית המשפט העליון בדיון במסגרת רע"פ אלהרוש וזכה להתייחסות מתאימה בהחלטה גופה).

על רקע זה וכאשר זוהי מדיניות האכיפה, אין לתמוה על כך שבית המשפט נמנע מלהחמיר עם השוהים הבלתי חוקיים. כידוע, בית המשפט אינו משים עצמו קטגור יותר מהקטגור. לפיכך, מתי מעט מהשוהים הבלתי חוקיים ריצו עובר ליום 7.10.23 עונשי מאסר של ממש לאחר שהורשעו בעבירות שהייה בלתי חוקית בישראל; גם אלו ריצו תקופות מאסר קצרות למדי.

בדיעבד, יקשה להימלט מן התחושה, שהמדיניות האכיפתית והשיפוטית, אשר נהגה עובר ל - 7 אוקטובר חטאה למטרות ההלימה, האכיפה וההרתעה. היא אף יצרה תמריץ לתושבי השטחים להימנע מלפנות למסלול המפרך של הוצאת אישור שהייה, עבודה או לינה בישראל, לפי העניין. אמנם, היה בה כדי לאפשר לעשרות אלפי שב"חים לאייש את מקומות העבודה הפנויים בענפי משק אשר שיוועו לכך (ובפרט ענף הבנייה), אולם, היא עודדה (בעקיפין) פעילות בלתי חוקית כתוצאה מענישה מתונה, שלא לומר העדר ענישה אפקטיבית.

מדיניות הענישה הראויה

היום, לכל ברור, שראוי לאמץ מדיניות ענישה נוקשה וחד משמעית אשר יהא בה כדי להרתיע וכך להפחית את תופעת השהייה הבלתי חוקית (וראו דברי בית המשפט העליון בעניין זה ברע"פ אלנג'אר); כדי להכווין את המעוניינים לעבוד בישראל לפנות כחוק ולעבור תהליך מסודר של אבחון וקבלת היתר; כדי להקל על כוחות הביטחון למנוע פיגועים שמקורם בתושבי השטחים. היום ברור, והדבר אף בא לידי ביטוי בפסיקת בתי המשפט בשבועות האחרונים, מדיניות "מכילה ומקילה" איננה עוד במקום, לא בהיבט האכיפתי ולא בהיבט השיפוטי (ראו בהקשר זה גם: עפ"ג (ב"ש) 31211-10-23 **מדינת ישראל נ' אלנגאר ואח'** (ניתן ביום 22.10.23); עפ"ג (חיפה) 1680-11-23 **מדינת ישראל נ' כסאב ואח'** (ניתן ביום 6.11.23); עפ"ג (ב"ש) 16945-11-23 **אלטויל נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 13.11.23); עפ"ג (נצרת) 37018-10-23 **מדינת ישראל נ' אלחרוב** (ניתן ביום 25.10.23)).

דומה, שכל המערכות הגיעו לכלל הבנה שאין מנוס מהפעלת מדיניות קשיחה ומחמירה, הנותנת מענה הולם לסיכונים הטבועים בתופעת השהייה הבלתי חוקית בישראל. אנו סבורים, כי מדינה חפצת-חיים חייבת להגן על אזרחיה מפני תופעת השוהים הבלתי חוקיים גם באמצעות ענישה מרתיעה. מדינה ריבונית איננה יכולה להתייחס כעניין של מה בכך לתופעה זו. עבירות אלו פוגעות בעצם ריבונותה; הן פוגעות בסדר הציבורי וחותרות תחת שלומם וביטחונם של אזרחיה.

בחירת טענות ההגנה העקרוניות ביחס להצדקת החמרה בענישה בימי חירום

כזכור, ב"כ המשיבים העלו שורה של טענות עקרוניות, המופנות כלפי שינוי המדיניות האמור. ראוי, בשלב זה לבחון טענות אלו לגופן.

נטען, כי אין זה צודק להרתיע אחרים (המבקשים לפגע או הנכנסים ארצה בלא היתר באופן קבוע) באמצעות מי שבעבר קיבל היתר כניסה וזה הותלה רק כתוצאה ממצב החירום אליו נקלענו.

בכל הכבוד, אין בטענה זו כל ממש.

החמרת ענישת שוהים בלתי חוקיים נועדת למטרה פשוטה - להרתיע תושבי איו"ש מפני כניסה בלתי מורשית לישראל. מעבר לזכותה וחובתה של המדינה לנטר ולפקח על המצויים בתוכה בהיבטי המשילות הריבוניות והביטחון, כניסה בלתי מפקחת סיטונית של שוהים בלתי חוקיים פוגעת פגיעה קשה ביכולתם של גורמי הביטחון לאתר מפגעים פוטנציאליים המבקשים להסתנן ארצה על מנת לסכן את ביטחון תושביה.

נטען, כי החמרת הענישה ביחס למי שנכנס ארצה עובר למלחמה היא בגדר ענישה רטרואקטיבית. טענה זו איננה משכנעת. ראשית נזכיר כי בעניינם של המשיבים, עבירת השהייה הבלתי חוקית שיוחסה להם בכתבי האישום, עבירה שבה הודו, יוחסה נוכח פקיעת ההיתרים שבהם החזיקו ולא רק בשל ביטול ההיתרים עקב המצב המלחמתי. דהיינו אין למצוא כל רטרו אקטיביות בהענשת מי שבחר, ביודעין, להישאר במדינה ללא היתר. זוהי ענישה פרוספקטיבית ובשום אופן לא ענישה למפרע.

אמת, מחבלים ומפגעים אינם מורתעים מהחמרת ענישת מחפשי העבודה; דא עקא, גורמי הביטחון יתקשו לאתרם ככל שיותר שב"חים מסתובבים בארץ ועליהם להשקיע משאבים על מנת לאתרם. כידוע, שוטרי משטרת ישראל אינם יודעים לקרוא את צפונות ליבו של השוהה הבלתי חוקי האם הוא מחפש עבודה תמים שמא מפגע מסוכן.

נטען - מצב של כניסת זרים לשטחי המדינה שלא כדין כדי למצוא עבודה היא תופעה אוניברסלית ואיננה ייחודית לנו.

עם זאת, המצב הביטחוני המיוחד המתקיים בין ישראל לבין חלק מתושבי איו"ש הוא ייחודי למקומותינו. אין ניתן להתעלם ממספר פיגועי הטרור אשר בוצעו בידי תושבי איו"ש ואשר גבו מחיר דמים מאזרחי ישראל, תושביה ואף מתיירים אשר באו לבקר בה. היחסים בין מדינת ישראל לבין הרשות הפלסטינית הם ייחודיים ומעוררים מורכבויות רבות, אשר אין זה המקום לפרטן. די אם נאמר שמערכת יחסים זו איננה דומה למערכות יחסים המתקיימות במקומות אחרים.

טוענים הסנגורים - אין כל פגם מוסרי בחצייה בלתי מורשית לתוככי שטחי מדינת ישראל על מנת להתפרנס. לפיכך, אין הצדקה לענישה ממשית.

בכל הכבוד, אין בידינו לקבל טענה זו.

כניסה שלא כדין לתוך שטחי מדינה ריבונית היא מעשה בלתי מוסרי ובלתי חוקי כאחד. היא מהווה פגיעה

בזכותה של המדינה לריבונות ולשמירה על גבולותיה; היא מהווה פגיעה בזכות אזרחיה לקבוע מי ישהה בתוכה ומי לא. פגיעה בזכויות הזולת מהווה מעשה בלתי מוסרי באשר הוא יהיו מניעיו אשר יהיו.

בחירת העונשים שהוטלו על המשיבים כאן באספקלריה הנ"ל מלמדת, שעניין לנו בעונשים אשר אינם נותנים תשובה מתאימה לצורכי ההלימה, ההרתעה והמניעה הניבטים בבירור מהעובדות, או למצב הביטחוני, השורר במחוזותינו בימים אלו ובשנים האחרונות.

כלל ופרט - מתחמי הענישה הראויים

נתבקשנו בידי התביעה לאמץ את מתחמי הענישה שהוצעו על ידי נציגיה בערכאה הראשונה ולגזור על המשיבים עונשים שלא יפחתו משני חודשי מאסר בפועל (ביחס למשיבים 1 ו-2) ושלושה חודשי מאסר לריצוי בפועל (למשיב 3), לצד מאסרים מותנים משמעותיים, קנס (ביחס למשיבים 1 ו-2 בלבד) והתחייבות להימנע מעבירה (ביחס לכולם).

מתחמי הענישה חייבים לשקף את העקרונות שעליהם עמדנו בהרחבה לעיל. הם חייבים לשקף את עקרון ההלימה: משמע, להלום את החומרה הניבטת מפגיעה בריבונות המדינה ומהפגיעה בזכותה לקבוע מי יבוא בשעריה, וכן את הפגיעה בביטחון המדינה הגלומה במעשה. הם חייבים לשקף את צורכי המניעה וההרתעה בכגון דא: את הצורך למנוע כניסה המונית של שוהים בלתי חוקיים מהדלת האחורית של המדינה, בדרך המקילה על מפגעים להסתנן בחסות ההמון פנימה ולהוציא את זממם לפועל; ואת הצורך להרתיע מפני ביצועה של העבירה שהיא קלה לביצוע וקשה לאיתור.

לפיכך, ברמה העקרונית, תחתית מתחם העונש בגין עבירה של שהייה בלתי חוקית בימים אלה חייבת לעמוד, במקרה האופייני על שלושה חודשים בפועל. איננו מתעלמים מכך, שבמקרים אחרים (גם בידי מותבים אחרים בבית משפט זה), נקבעו מתחמי ענישה שתחתיתם בחודשיים מאסר ויכול שהם היו מוצדקים לגופם של אותם מקרים. עם זאת, המקרה האופייני של שהייה בלתי חוקית מצדיק, לדעתנו, מהטעמים אשר פורטו לעיל, הטלת עונש מזערי בן שלושה חודשי מאסר.

הדברים נאמרים ברמה העקרונית, שכן מתחם העונש ההולם נקבע תמיד לא רק בשים לב לערכים המוגנים אשר עליהם נועד סעיף העבירה להגן אלא גם בהתחשב במידת הפגיעה בהם ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. בהיבטים הללו, אין דינו של מי שהפר הוראות היתר כניסה שניתן לו כדין (על ידי שאיחר לצאת את שטחי המדינה במספר דקות או בשעה בודדת) כדינו של מי ששהה תקופה ארוכה בישראל בלי אישור כלל או לאחר שהיתר שהיה בידו פקע זה מכבר.

נעיר כי ברע"פ אלנגאר, שהתייחס, בין היתר, אל עפ"ג (מחוזי ב"ש) 31211-10-23 **מדינת ישראל נ' אלנגאר** (22.10.23), נדון גם עניינו של מי שהפר היתר בכך שאותר בתחומי מדינת ישראל שעות בודדות לאחר השעה שבה אמור היה לצאת את גבולות המדינה. באותו עניין בית המשפט המחוזי אמנם הותיר את מתחם העונש ההולם שקבעה הערכאה הדיונית (בין מספר ימי מאסר בפועל לששה חודשי מאסר בפועל), אך החמיר בעונשו של המשיב הספציפי והעמידו על חודש מאסר לריצוי בפועל. אין ספק, שמקרה מסוג זה הוא בין מקרים המצויים בקצה הנמוך של מנעד החומרה.

לפיכך, לטעמינו, קביעת מתחם אופייני לכל עבירות השהייה הבלתי חוקית למיניה היא שגויה. נכון לקבוע סף תחתון מזערי (המבטא את החומרה הטבועה בביצוע העבירה באשר היא) אך להותיר את קביעת המתחם הקונקרטי בכל מקרה ומקרה לנסיבותיו. המקרים החמורים יותר יצדיקו קביעת סף מזערי של ארבעה או חמישה חודשי מאסר. על אלו יימנו מקרים בהם מדובר במי שמעולם לא החזיק היתר כניסה שהה תקופה ארוכה בישראל ואף לן בישראל. אם עבר עבירות נלוות, האמור בנסיבה מחמירה נוספת.

יישום המדיניות האמורה על המקרה שלפנינו -

בטרם נדון בנתוניהם הפרטניים של כל אחד מהמשיבים, נדגיש כי המערערת טענה לפנינו שכל ההיתרים בוטלו ביום 7.10.23 ואילו באי כוח המשיבים טענו כי ספק אם המשיבים היו ערים לכך. איננו מוצאים לנכון להכריע בשאלה זו, משום שלפי כתבי האישום שבעובדותיהם הודו המשיבים, יוחסו להם העבירות בשל החרیגה מן ההיתרים שהיו ברשותם. בשל כך יוחסה למשיבים 1 ו-2 תקופת שהייה בת חודש שלא כדין, לעומת משיב 3 שלו יוחסה תקופה בת שלושה חודשים של שהייה שלא כדין.

כעולה מגזר דינו של בית משפט קמא ברשות המשיב 1 היה היתר שהייה בישראל החל ביום 21.9.23 ועד יום 19.11.23; המשיב שהה בארץ ברצף עד ליום בו נעצר (4.1.24). משמע, עניין לנו במי שנותר בארץ בלא היתר תקופה העולה על חודש ימים. **האמור במקרה שאין ניתן לומר עליו שהוא בין הקלים.**

ברשות המשיב 2 היה היתר כניסה לישראל החל מיום 7.10.23 ועד ליום 5.12.23; יוצא אפוא שגם משיב זה שהה בארץ תקופה בת חודש ימים שלא כדין. עניינו דומה אפוא בחומרתו לעניינו של המשיב 1.

כשלעצמנו, סברנו שנכון היה לקבוע מתחם עונש הולם בן 3 עד 8 חודשי מאסר ביחס למשיבים אלו בשים לב למיקומם במנעד החומרה של עבירות השהייה הבלתי חוקית, אשר שורטטה לעיל. נטלנו בחשבון את תקופת השהייה הארוכה והרצופה בישראל, אך גם את העובדה שניתנו להם היתרי שהייה מלכתחילה, מה שמלמד על ראשית בדיקה ביטחונית רלבנטית. דא עקא, לא נשים עצמנו יותר קטגוריים מהקטגוריה ונאמץ אפוא עתירת המערערת לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין חודשיים לבין שבעה חודשי מאסר.

המשיב 3 החזיק בהיתר תעסוקה באזור תעשייה איו"ש בלבד, שאמור היה להתחיל ביום 1.9.23; הוא בוטל ביום 29.8.23 עם סיום העסקתו באזור התעשייה באיו"ש; הוצא לו היתר חיפוש עבודה עד יום 29.10.23. היתר זה הוגבל בשעות עד 19:00 ולא התיר לינה בארץ. עניינו, אפוא חמור יותר מאלו של חבריו לעיל, שכן תקופת שהייתו הרצופה שלא כדין בארץ הייתה ארוכה (כשלושה חודשים).

גם כאן, סברנו, שראוי היה לקבוע מתחם עונש הולם גבוה יותר מזה אליו עתרה המערערת. מתוך הבאה בחשבון את תקופת השהייה הארוכה והרצופה, את הלינה בארץ בניגוד להיתר אך גם את העובדה שהוא קיבל היתרי שהייה בישראל משך תקופה ארוכה, ראוי היה שהמתחם יחל בארבעה חודשי מאסר ממש. בשים לב לעתירת המערערת אנו קובעים מתחם הנע בין 3 לבין 8 חודשי מאסר.

ראוי, ככלל, להטיל במקרים אלו עונש מאסר מותנה משמעותי על מנת להרתיע את העברין מלחזור ולבצע את העבירה. בעבירות מסוג זה, הפיתוי לשוב ולעבור את העבירה בשנית הוא ניכר; לפיכך, הימנעות מהטלת מאסר

מותנה ממשי חוטאת לצרכי ההרתעה האישית.

לאור העובדה שתכלית ביצוע העבירה היא לעיתים קרובות כלכלית, נכון שענישת עבירות אלה תכלול רכיב כלכלי בדמות התחייבות כספית ואף קנס. בעניינו של המשיב 3, התביעה ויתרה על העתירה להטלת קנס לנוכח שגגה שיצאה לפני נציגיה בערכאה הדיונית, שלא עתרו לכך; על כן, עתרה להסתפק בעניינו של משיב זה בהשתת התחייבות להימנע מביצוע עבירה. על מנת לסלק כל ספק, ברמה העקרונית, ראוי שמתחם העונש ההולם בגין עבירות אלו יכלול את שני הרכיבים הכלכליים הללו.

סוף דבר

התוצאה היא שהערעור מתקבל.

כדרכה של ערכאת הערעור איננו ממצים הדין עם המשיבים בבואנו לקבל ערעור המדינה.

עונשם של המשיבים 1 ו-2 יעמוד, אפוא, על חודשיים מאסר בפועל מיום מעצרו (4.1.24). עונש המאסר המותנה יוחמר ויעמוד על 4 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים שלא יעברו עבירה דומה. מוטלת עליהם התחייבות על סך של 5000 ₪ להימנע מביצוע עבירה דומה במשך שנתיים. סירובו של מי מהם לחתום על התחייבות כאמור או להצהיר הצהרה כאמור תגרור מאסרו למשך 10 ימים נוספים. מוטל על כל אחד מהם קנס בסך 1000 ₪ שישולם טרם השחרור מהמאסר. ככל שהקנס לא ישולם, כל אחד מהם יישא 8 ימי מאסר תמורתו.

עונשו של המשיב 3 יעמוד על שלושה חודשי מאסר מיום מעצרו (7.1.24). עונש המאסר המותנה יוחמר ויעמוד על 4 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים שלא יעבור עבירה דומה. מוטלת עליו התחייבות על סך של 5000 ₪ להימנע מביצוע עבירה דומה במשך שנתיים. סירובו לחתום על התחייבות כאמור או להצהיר הצהרה כאמור תגרור מאסרו למשך 10 ימים נוספים.

בשולי פסק דין זה לא יכולנו להימנע מלציין, כי על רקע ההיבטים הביטחוניים הנלווים לעבירת הכניסה הבלתי חוקית לישראל והשהייה בה שלא כדיון, העונש המרבי הקבוע לצידה (שנת מאסר אחת) עלול, במקרים המתאימים, שלא לבטא את החומרה הניבטת מן המעשה. יכול ועל המחוקק לתת דעתו לעניין זה.

ניתן היום, ט"ו שבט תשפ"ד, 25 ינואר 2024, במעמד הצדדים.

א' לוי, שופט
[אב"ד]

ע' קוטון, שופט

ע' וינברגר, שופטת