

ת"פ 1086/13 - מדינת ישראל נגד מחמוד חושיה

בית משפט השלום בירושלים
ת"פ 1086-13 מדינת ישראל נ' חושיה

בפני בעניין: כב' הנשיאה שולמית דותן
מדינת ישראל

המאשימה

נגד

מחמוד חושיה

הנאשמים

גזר דין

רקע עובדתי ודיוני

הנאשם, תושב האזור, הורשע על פי הודאתו בעובדות כתב האישום בביצוע עבירה של כניסה לישראל שלא כחוק לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה לישראל") לאחר שביום 25/07/13 בשעה 00:20 לערך נתפס בכיכר דניה בשכונת בית הכרם בירושלים כשאינ ברשותו היתר כניסה או עבודה כדין.

הנאשם בן כ-36, נשוי ואב לשישה ילדים בגילאי 1-13 שנים. לגרסתו (אותה העלה כבר בפני השוטרים בעת שנתפס ולאחר מכן בחקירתו) - הוא נכנס לשטח מדינת ישראל בעיצומו של חודש הרמאדאן כדי להתפלל במסגד אל אקצה ולאחר מכן עלה על רכבת כדי לשוב לביתו בשטח הרשות. במהלך הנסיעה נרדם וכשהתעורר גילה כי עלה בטעות על הרכבת בכוון ההפוך והגיע לשכונת בית הכרם בירושלים.

מגליון רישום פלילי שהגישה המאשימה עולה כי באמתחתו של הנאשם שלוש הרשעות קודמות של בימ"ש צבאיים בשטחי יו"ש בעבירה אחת של כניסה לישראל שלא כדין, בשתי עבירות של הפרת הכרזת שטח סגור - איסור יציאה (המקבילה לטענת המאשימה בדין הצבאי לעבירה של כניסה שלא כדין) ובשתי עבירות של נהיגת רכב רשום באזור על פי צו הוראות בטחון, תשכ"ט-1969. האחרונה שבעבירות בוצעה על ידי הנאשם חודשיים בלבד טרם ביצוע העבירה דנן. בגין עבירות אלו הוטלו על הנאשם עונשי מאסר בפועל (לתקופה מצטברת של 88 ימים) בצירוף מאסרים מותנים וקנסות כספיים.

בטיעוניה הפנתה המאשימה לעברו הפלילי המכביד הנ"ל של הנאשם, והוסיפה וציינה כי העבירה דנן בוצעה על ידי הנאשם שעה שהליך פלילי אחר היה תלוי ועומד נגדו בבימ"ש זה, בגין אותה עבירה בדיוק אשר נעברה על ידו בשנת 2010, ובגין עבירה של הפרעה לשוטר שנלוותה לאותה עבירה. גזר הדין באותו הליך ניתן כנגד הנאשם ביום 30/10/13

, אך טרם נרשם בגליון רישום פלילי של הנאשם, ובמסגרתו השית ביהמ"ש (כב' השופט א' בן-דור) על הנאשם עונש מאסר על תנאי של 60 ימים למשך שנתיים וקנס בסך 4000 ₪.

לטענת המאשימה, מתחם העונש בגין עבירה של שהיה בלתי חוקית שבוצעה ללא עבירות נלוות נע בין **חודש ל-6 חודשי מאסר בפועל**, אך נוכח עברו הפלילי המכביד של הנאשם וההרשעה הנוספת - יש להטיל עליו 8 חודשי מאסר בפועל בצירוף מאסר מותנה וקנס.

באת כח הנאשם בטיעוניה חלקה על מתחם הענישה שהוצג ע"י המאשימה, וטענה (בהסתמכה על פסיקה רלבנטית) כי **הרף התחתון** של מתחם העונש שנקבע בפסיקה בגין עבירה של שהיה בלתי חוקית ללא עבירות נלוות הינו עונש של **מאסר מותנה**, וזהו העונש שיש להשית על הנאשם במקרה דנן. בהקשר זה טענה, כי על ביהמ"ש להתעלם מהרשעותיו של הנאשם בביהמ"ש הצבאיים, מאחר שלדבריה "**אין סמכות למשטרת ישראל לכלול הרשעות של בתי משפט צבאיים שהחוק הישראלי אינו חל עליהם**" (ע' 4 ש' 23) ולהתייחס לעברו הפלילי ככולל רק הרשעה אחת (מיום 30/10/13) בעבירה של כניסה לישראל שלא כדין. בגין כניסה זו, טוענת באת כח הנאשם, הושת על הנאשם עונש של מאסר מותנה בלבד וקנס, למרות שנסיבותיה היו חמורות יותר (כניסה מודעת ורצונית של הנאשם לתחומי מדינת ישראל לצורכי פרנסה), ומכח קל וחומר יש להשית על הנאשם בגין העבירה דנן עונש של מאסר מותנה. לדברי באת כח הנאשם מאחורי העבירה לא היתה כל כוונה פלילית או חבלנית. על העדר מסוכנותו של הנאשם מבחינה ביטחונית ניתן ללמוד לדבריה מהעובדה כי במועד ביצוע העבירה הנדונה היה בידי הנאשם אישור כניסה לשטחי יהודה ושומרון לצרכי עבודה (נ/1). היתר זה בוטל בעקבות ההליך הנידון, ויש בכך לטענת באת כח הנאשם משום עונש בפני עצמו לנאשם.

עוד פירטה באת כח הנאשם בטיעוניה את נסיבותיו האישיות המיוחדות של הנאשם, שהינו אב לשישה ילדים קטנים, מהם שניים בעלי מוגבלות פיסית, והוא מפרנס יחיד. ילדה נוספת שהיתה לנאשם נפטרה בהיותה כבת שנה עקב מום מולד, לאחר שידו של הנאשם לא השיגה הכסף למימון הניתוח לו נזקקה. נסיבות אלו, הטעימה באת כח הנאשם מטות הכף לטובת ענישה מקלה הכוללת עונש מאסר מותנה בלבד.

גם הנאשם ביקש חסדי ביהמ"ש וטען "**סך הכל נכנסתי להתפלל.. אני גם גר בשכירות ולא שילמתי כמה חודשים. המצב הכלכלי לא טוב . אני בסה"כ מפרנס את משפחתי בכבוד ובזיעת אפך תאכל לחם ומזה אני מתפרנס**" (ע' 5 ש' 14).

דין והכרעה

השאלה בדבר רמת הענישה הראויה בעבירה של שהיה בלתי חוקית בישראל של תושבי הרשות הפלסטינית לפי סעיף 112(1) לחוק העונשין זכתה להתייחסות רחבה ומקיפה הן של ביהמ"ש העליון והן של הערכאות הדיוניות לאורך השנים, ושאלה זו חזרה והתעוררה בפסיקה ביתר שאת לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 113 לחוק העונשין, אשר קבע את הצורך בקביעת "מתחם העונש ההולם".

בגזר-דין שניתן על ידי אך לפני כיומיים במסגרת ת"פ 25711-02-13 **מדינת ישראל נ' עישה א עלי** עמדתי בהרחבה

עמוד 2

על פער הענישה הקיים בסוגיה זו בין הערכאות הדיוניות השונות ועל אבני הדרך שהותוו בענין זה ע"י ביהמ"ש העליון, ואין לי אלא להפנות לדברים שנאמרו שם.

בקצרה ייאמר, כי פסק הדין המרכזי אשר בחן הסוגיה **טרם** כניסתו של תיקון 113 לחוק העונשין לתוקף, הינו פסק הדין שניתן ע"י ביהמ"ש העליון **בענין פראג'ין** (רע"פ 3173/09 **מוחמד פראג'ין נ' מדינת ישראל**, מיום 05/05/09, פורסם בנבו, להלן- "הלכת פראג'ין"). באותו מקרה דובר בנאשם ללא עבר פלילי אשר ביצע עבירה יחידה של שהיה בלתי חוקית, כאשר המניע לכך היה מצוקה כלכלית. בימ"ש השלום בקרית גת, בהתחשבו במצבו האישי, בגילו הצעיר ובעברו הפלילי הנקי של הנאשם גזר עליו 15 ימי מאסר בפועל, בצירוף מאסר מותנה של 3 חודשים למשך שנתיים. ביהמ"ש המחוזי בבאר-שבע העלה את עונש המאסר ל-3 חודשים, בקובעו כי נוכח טיבה של העבירה והצורך בהרתעת הציבור יש לקבוע בגינה **מדיניות ענישה כללית** מבלי להתעלם מנסיבות אישיות של הנאשם. על פסק הדין הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. בפסק דינו קבע ביהמ"ש העליון, כי המתחם הנוקשה שקבע ביהמ"ש המחוזי בב"ש, הקובע **רף תחתון** של 3-4 חודשי מאסר בפועל, אינו עולה בקנה אחד עם עקרון הענישה האינדיבידואלית, והורה על הפחתת עונש המאסר שהושת על הנאשם ל-7 שבועות בלבד. לענין רמת הענישה הראויה בעבירה **ראשונה** של שהיה בלתי חוקית בישראל, אשר בוצעה ללא עבירות נלוות וללא הקשר בטחוני, קבע ביהמ"ש כי **ניתן להסתפק בעונשים מותנים**, אך החל מהעבירה **השניה**, ראוי להטיל עונש מאסר בפועל, וככל שיתווספו נסיבות מחמירות, יש להטיל עונשים חמורים יותר, באופן מדורג. ובלשונו של ביהמ"ש :

"דומה כי חופות על הכרעתנו מחד גיסא, גישה מרתיעה המצדיקה עמדה מחמירה, ומאידך גיסא, התייחסות מידתית לעבירת השהיה על פי נסיבות האדם העומד לדין. הדברים נאמרים, כמובן, בקווים רחבים, ושיקול הדעת נתון לבית המשפט הדין. בלא נטיעת מסמרות נאמר, כי בהנחה שהמדובר בשהיה שניה בישראל שלא כדין (ועל הראשונה כנמסר אין ממהרים להעמיד ככלל לדין), העונש הראוי הוא עונש מאסר בפועל, למעט במקרים שנסיבותיהם האישיות חריגות, כגון חולי אקוטי במשפחת הנאשם. אין בכך כדי למנוע מן התביעה להעמיד לדין גם על שהיה ראשונה שלא כדין, אך במקרים כאלה, אם אין נלוות אליהם עבירות אחרות, ואין הקשר בטחוני, ככל שהמדובר בשהיה קצרה מאוד בישראל, ניתן להסתפק במאסר על תנאי, תוך החתמת הנאשם על התחייבות כספית שלא לחזור על המעשה, ותוך שילוחו לשטחי הרשות ללא שיהוי. כאמור, בשהיה שניה שלא כדין העונש הראוי הוא מאסר בפועל, לשם הרתעה, ואורכו צריך להיגזר מנסיבות המקרה והנאשם, כך שיחוש שהדבר אינו כדאי ועם זאת, יובאו בחשבון נסיבות המצוקה. ברי כי עבירות נלוות יאריכו את תקופת המאסר בהתאם לחומרתן, ולמשל במקרה של זיוף או התחזות אין כל מניעה מתחילה מהטלת מאסר בפועל, מאחורי סורג וברית, של חודשים ממושכים, וכן מאסר על תנאי וקנס. לגבי עבירות חוזרות ונשנות, ובודאי לגבי מי שמאסר על תנאי תלוי כנגדו, ניתן כמובן להחמיר יותר ולהפעיל את המאסר על תנאי בצורה מתאימה. פשיטא כי איננו עוסקים כאן בעבירות בטחוניות, שהענישה לגביהן היא בסדרי גודל אחרים" (פס' כ"א לפסה"ד של כב' השופט א' רובינשטיין).

במהלך השנים שנקפו מאז ניתנה הלכת פראג'ין הקפידו הערכאות הדיוניות לנהוג על פיה.

ואולם, עם כניסתו של תיקון 113 לחוק העונשין לתוקפו, נראה כי התפתחו בפסיקה גישות שונות בנוגע ליחס שבין

הלכת פראג'ין לבין הוראות התיקון, בכל הנוגע לקביעת מתחם העונש ההולם.

בעוד שחלק מביהמ"ש המחוזיים קבעו כי הלכת פרגין אינה חלה לאחר תיקון 113 וכי **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 [ראה למשל: ע"פ (מחוזי נצרת) 41708-07-12 **מדינת ישראל נ' עטאללה**, מיום 24/07/12; ע"פ (מחוזי-מרכז) 57019-07-12 **מדינת ישראל נ' פארס גבורמיום** 31/07/12; ע"פ (מחוזי ת"א) 37323-12-12 **מ"י נ' חמזה**, מיום 18/2/13, (פורסמו בנבו)] - בימ"ש המחוזי בירושלים קבע כי המתחם נע **בין 10 ימי מאסר בפועל ל-6 חודשי מאסר בפועל** [עפ"ג (י-ם) 44287-02-13 **מדינת ישראל נ' באסם עבד אללטיף** מיום 24/02/13 (פורסם ב"נבו)]. בשני מקרים שנדונו בבימ"ש מחוזי בתל-אביב בחר ביהמ"ש להשאיר את שאלת הרף התחתון של מתחם הענישה בעבירת השב"ח בצריך עיון [עפ"ג (ת"א-יפו) 62551-01-13 **מדינת ישראל נ' פלוני** מיום 08/04/13; עפ"ג (ת"א-יפו) 64072-12-12 **מדינת ישראל נ' רבה** מיום 06/02/13, (פורסמו במאגר "נבו)].

לעומת חוסר האחידות המאפיין פסיקתם של ביהמ"ש המחוזיים, פסיקתם של בתי משפט השלום

משקפת קיומה של תמימות דעים באשר להמשך תחולתה של הלכת פראג'ין גם לאחר התיקון לחוק,

ובהסתמך על הלכה זו קבעו בימ"ש השלום מתחמים הכוללים רף תחתון של מאסר על תנאי, או

של ימי מאסר אחדים [ראה למשל, ת"פ (שלום-ת"א) 31439-08-12 **מדינת ישראל נ' מוהנד ברקאן**

מיום 30/08/12; ת"פ (שלום כפר סבא) 4883-07-13 **מדינת ישראל נ' שחאתית**, אשר קבע כי מתחם

העונש נע בין מאסר על תנאי לבין חודש ימים והשית על הנאשם מאסר ע"ת של חודש ימים למשך

שנתיים; ת"פ (שלום - תל אביב) 36665-11-12; ת"פ (שלום - ראשל"צ) 4534-12-12; ת"פ (שלום -

ים) 24233-08-12; ת"פ (שלום - תל אביב) 32342-09-12; ת"פ (שלום - חיפה) 31928-07-12; ת"פ

(שלום -חדרה); 3635-08-12; ת"פ (שלום- קריות) 14220-08-12, (פורסמו ב"נבו)]. ראה גם פסק

דינו המקיף של כב' השופט בני שגיא מיום 09/02/13 בת"פ 57968-01-13 **מדינת ישראל נ' אוסאמה**

עויס, פורסם בנבו).

על רקע חילוקי דעות אלו, הוכרעה הסוגיה ביום **11/6/13** ע"י ביהמ"ש העליון, במסגרת רע"פ 4088/13 **אחמד בן שחדה הדרי נ' מדינת ישראל**. באותו מקרה דובר בנאשם ללא עבר פלילי שהורשע על סמך הודאתו בעבירה אחת של שהיה בלתי חוקית בישראל שנעברה על רקע מצוקה כלכלית. בימ"ש השלום ברחובות גזר עליו 3 ימי מעצר בניכוי 3 ימי מעצרו" וכן 3 חודשי מאסר ע"ת למשך שנתיים, בציינו כי **"מתחם העונש ההולם, כפי שנקבע בפסיקה חוזרת של**

בתי המשפט המחוזיים, נע בין חודש מאסר לבין 6 חודשי מאסר בפועל. עם זאת, בפסיקה חוזרת של בתי משפט השלום נקבע מתחם של מס' ימי מאסר עד 6 חודשי מאסר בפועל, אך במקרה דנן יש לסטות מהרף התחתון של המתחם בשל עברו הנקי, הודאתו והרקע לביצועה- לצורכי פרנסה". דא עקא, בערעור שהוגש על פסק הדין האריך ביהמ"ש המחוזי את המאסר בפועל ל-30 ימים (בניכוי ימי מעצרו של הנאשם), בקובעו כי לא מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות סטייה ממתחם העונש ההולם, הנע בין 30 ימים ל- 6 חודשי מאסר בפועל.

במסגרת בקשת רשות הערעור שהוגש על גזר דינו של ביהמ"ש המחוזי הותר ביהמ"ש העליון (כב' השופט א' שוהם) את העונש על כנו, אך יחד עם זאת ציין לגבי מתחם הענישה:

" לא ניתן, לטעמי, לקבוע אפריורית מתחם ענישה הולם אחד לכל עבירה ועבירה, וגם לא יהיה נכון לנסות וללכת בדרך זו, שכן היא חותרת תחת הוראותיו, נוסחו ורוחו של תיקון 113. בדבריי 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" (שם, עמ' 4 לפסה"ד).

בכך נתן ביהמ"ש העליון, למעשה, גושפנקא לתחולתה של הלכת פראג'ין גם לאחר כניסתו של תיקון 113 לתוקף (עמדה בה אחזו בתי משפט השלום), ודחה מכל וכל את הטענה למתחם כללי נוקשה בעל רף תחתון של 30 ימי מאסר בפועל (שהותווה לאחר התיקון ע"י חלק מביהמ"ש המחוזיים).

המסקנה העולה מן האמור היא, כי טענת המאשימה בענייננו, לפיה מתחם העונש בגין עבירה של שב"ח נע בין 30 ימים לבין 6 חודשי מאסר בפועל - אינה עולה בקנה אחד עם הלכת פראג'ין ועם הלכת הדרי שניתנה לאחר תיקון 113 לחוק העונשין. עמדתה של המאשימה יוצרת מתחם ענישה נוקשה, אשר זכה לחצי בקורת רבים מצד ביהמ"ש העליון בהיותו מתחם "תעריפי", "מתמטי", הקובע למעשה עונש מאסר חובה בגין העבירה של שהיה בלתי חוקית, ואשר לא מאפשר התחשבות בנסיבות המיוחדות של ביצוע העבירה ושל העברייני, המצדיקות במקרים המתאימים הטלת ענישה צופת פני עתיד, ללא רכיב של מאסר בפועל. ודוק: אמנם בענין הדרי הנ"ל הותר ביהמ"ש העליון כאמור את גזר דינו של המחוזי (שהשית על הנאשם 30 ימי מאסר בפועל) על כנו. ואולם לצד אשרורו את העונש שהטיל ביהמ"ש המחוזי באותו מקרה, ציין ביהמ"ש בפסק דינו, ברחל בתך הקטנה, כי בתוצאה זו **"אין כדי לקבע את מתחם הענישה אשר אוזכר על ידי בית המשפט המחוזי [30 ימים- עד 6 חודשי מאסר בפועל], 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" (עמ' 4 לפסה"ד).** משמע, כי פסק הדין בענין הדרי תומך בענייננו בעמדתו של הסניגור דווקא, ולא בעמדתה של המאשימה, כנטען על ידה.

משנקבעו גדריו של המתחם לגבי עבירה ראשונה של שהיה בלתי חוקית בישראל, שנעברה על רקע מצוקה כלכלית, ולא נלוו לה עבירות פליליות אחרות (רף תחתון של מאסר מותנה ורף עליון של 6 חודשי מאסר בפועל) - יש לבחון, מהו העונש שיש להשית על הנאשם במקרה דנן, שעניינו בכניסה הבלתי חוקית לישראל, אשר בוצעה ע"י הנאשם שלא בפעם הראשונה ולא מתוך מצוקה כלכלית (כך על פי הנתעון), אך לאנלוו לה עבירות פליליות נוספות.

אין ספק, כי הנתון העיקרי העומד לנאשם לרועץ במקרה דנן הינו מספר הרשעותיו הקודמות, באותה עבירה בדיוק. בענין זה אין בידי לקבל טענת באת כח הנאשם לפיה על ביהמ"ש להתעלם מהרשעותיו של הנאשם בבימ"ש צבאיים. עבירות אלו הן חלק מעברו הפלילי של הנאשם, ומשמשות שיקול בקביעת עונשו של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם.

הן בענין **פראג'ין** והן בענין **הדרי** נקבע, כי בעבירות חוזרות ונשנות תינקט ענישה מחמירה יותר בדמות עונשי מאסר בפועל, וכי עונש של מאסר מותנה שמור לנאשם אשר זו לו כניסה ראשונה לישראל (או כניסה שניה במקרה בו הוא לא הועמד לדין בגין כניסתו הראשונה והיא גם לא נכללה בכתב האישום שהוגש נגדו- בענין זה ישנו שוני במדיניות המשטרה במחוזות השונים), והרציונל לכך ברור.

מדובר בעניינינו בנאשם שנכנס לישראל ללא היתרים כדין באופן סדרתי, ועל כן ברי כי אין מקום להקל בעונשו. לא זו אף זו: הנסיון מלמד, כי עונשי המאסר בפועל שהוטלו עליו בעבר לתקופות קצרות (הארוכה שבהן היתה 40 ימים) לא היה בכוחם להרתיע את הנאשם מלשוב ולבצע את העבירות, גם כאשר חרב ההליך הפלילי מרחפת על ראשו, ועל כן יש לנקוט כלפיו ביד קשה אף יותר.

גם התירוץ בו ניסה הנאשם לתרץ את כניסתו לישראל אין בו כדי להמתיק גולת העונש במקרה דנן, שכן אף אם יש ממש בגרסתו, לפיה הוא נרדם ברכבת, וכשניעור משנתו מצא עצמו בטבורה של העיר ירושלים (גרסה מעוררת לפחות תמיהה) - אין בה כדי להקהות את הפסול שבכניסתו ללא היתר מתאים לירושלים.

ערה אני לטיעוניה של באת כח הנאשם בדבר נסיבותיו המשפחתיות המיוחדות של הנאשם (למרות שאלו לא נתמכו במסמכים רפואיים), אך סבורה אני כי אין בכוחן של נסיבות אלו כדי לגבור במקרה דנן על שקולי ההרתעה המתחייבים נוכח עברו הפלילי של הנאשם. נסיבות אלו יישקלו על ידי בהטיית עונשו של הנאשם, במידת מה, לקולא - בתוך מתחם הענישה הרלוונטי.

לאור האמור, עונשו של הנאשם יעמדו על אלו:

1. מאסר למשך 3 חודשים בניכוי 9 ימי מעצרו.
2. מאסר 3 חודשים, אותו לא ירצה, אלא אם כן, יעבור תוך 3 שנים מיום שחרורו מן הכלא עבירה לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב - 1952.

זכות ערעור לפני בית המשפט המחוזי בירושלים בתוך 45 יום מהיום.

ניתן ביום, כ"ט שבט תשע"ד, 30 ינואר 2014, במעמד הצדדים, ע"י כב' השופט א.רובין, ס.נשיאה ונחתם היום, 30.1.14, בהיעדר הצדדים.

המזכירות תשלח העתק מגזר-הדין לצדדים.