

ת"פ 25711/02/13 - מדינת ישראל נגד עישה א עלי

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 25711-02-13 מדינת ישראל נ' א עלי

בפני כב' הנשיאה שולמית דותן
בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

עישה א עלי

הנאשם

ב"כ המאשימה: עו"ד חגי פליישמן
הנאשם ובא כוחו עו"ד יעקוב ג'אבר
מתורגמן בית המשפט
גזר דין

א. עובדות וטענות

על פי הנטען בכתב האישום המתוקן, ביום 12/02/13 בשעה 13:00 לערך ברחוב החלוץ בירושלים וביום 16/04/12 בין השעה 12:47 לשעה 13:20 ברחוב זכרון יעקב 13 בירושלים, שהה הנאשם בשטחי מדינת ישראל מבלי שהיו ברשותו היתרי שהיה או עבודה כדין.

במסגרת הסדר טיעון הודה הנאשם והורשע ביום 05/12/13 בשתי עבירות של כניסה לישראל שלא כחוק לפי סעיף 112(1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה לישראל") ובהתאם להסדר הטיעון השמיעו ב"כ הצדדים טיעוניהם לעונש באופן פתוח.

המאשימה, בהסתמכה על פסק הדין שניתן ע"י ביהמ"ש העליון **בענין הדרי** (רע"פ 4088/13 **אחמד בין שחדה הדרי**, מיום 11/06/13 פורסם ב"נבו" - להלן: "הלכת הדרי") טענה, כי מתחם העונש ההולם לעבירה של שהיה בלתי חוקית **נע בין 30 ימי מאסר לבין 6 חודשי מאסר בפועל**, ועתרה להטיל על הנאשם עונש של 4 חודשי מאסר בפועל בצירוף מאסר מותנה, בהתחשב לטענתה בכך שמדובר במקרה דנן **בשתי** עבירות של שהיה בלתי חוקית.

הסניגור, לעומת זאת, בהסתמכו על 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"), טען כי **הרף התחתון** של מתחם

העונש ההולם את העבירה של שהיה בלתי חוקית, הנעברת על רקע מצוקה כלכלית ע"י נאשם נטול עבר פלילי - הינו עונש של **מאסר מותנה**, וכי זהו העונש שיש להשית על הנאשם במקרה דנן, לאור הנסיבות הנ"ל, ובהתחשב בכך שהנאשם הינו בן 67, חולה סוכרת, אשר במסגרת הליך זה היה נתון במעצר למשך 3 ימים, הודה בעבירות, והפיק את הלקח בכך שלא שב מאז לבצע את העבירה. בנוגע לרכיב הקנס טען הסניגור, כי לאור הנסיבות המקלות של ביצוע העבירה ולאור מצבו הכלכלי הקשה של הנאשם יש להסתפק בהטלת עונש של מאסר מותנה ללא רכיב כספי. עם זאת, ביקש הסניגור, כי ככל שיוטל על הנאשם קנס כספי -יהא זה "קנס מתון", אשר יקוזז מהסכום שהפקיד הנאשם בקופת ביהמ"ש כחלק מתנאי שחרורו מהמעצר.

ב. דיון והכרעה

השאלה בדבר רמת הענישה הראויה בעבירה של שהיה בלתי חוקית בישראל של תושבי הרשות הפלסטינית לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב - 1952 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".

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**, בו תולה כאמור הסניגור את יהבו בעניינו. 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. במסגרת הערעור שהוגש על פסק הדין, האריך ביהמ"ש המחוזי בבאר-שבע 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 סקר ביהמ"ש העליון, בהרחבה, את מדיניות הענישה הנוהגת בעבירה של שב"ח בערכאות הדיוניות, וציין כי **קיים פער ענישה גדול מאוד** בין פסיקותיהם של בתי המשפט במחוזות ירושלים, תל-אביב ומרכז לבין פסיקותיו של ביהמ"ש המחוזי בבאר שבע. בעוד שבתי משפט השלום במחוזות הנ"ל הסתפקו, אף במקרים של עבר פלילי נכבד לנאשם והרשעות קודמות בהארכת תנאי, או בהטלת עונש מאסר לתקופות של 15 עד 45 ימים, ובמקרה אחד גם לתקופה של 7 ימים בלבד, הרי ש"ביהמש המחוזי בבאר שבע התווה **מדיניות ענישה כללית ומחמירה בעבירה האמורה אשר מחייבת השתת מאסר בפועל של שלושה עד ארבעה חודשים, כאשר לדעתו אין בנסיבותיו האישיות של הנאשם כדי להפחית מרף ענישה זה, על אף שבמסגרת פסקי הדין הנ"ל ציין ביהמ"ש המחוזי בב"ש כי יש לגזור עונשם של הנאשמים בתאם לעקרון הענישה האינדיווידואלית**" (פס' 4 לפסק דינו של כב' השופט י' דנציגר. דוגמא לענישה המחמירה של ביהמ"ש המחוזי בבאר-שבע ראה פסה"ד שניתן בע"פ 6048/09 **מדינת ישראל נ' מוצפסא**, בו נקבע כי: "**העונש הראוי לאדם שנכנס ושוהה בישראל באופן בלתי חוקי, הוא עונש מאסר לתקופה של שלושה או ארבעה חודשים, וזאת גם כאשר אין לו הרשעות קודמות ואין ראיות על עבירות נוספות שהוא ביצע או התכוון לבצע**" (פורסם בבנו).

בענין פראג'ין הסכימו כל שופטי הרוב, 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, והורו באותו מקרה על הפחתת עונש המאסר שהושת על הנאשם ל-7 שבועות בלבד. בנימוקיו ציין כב' השופט ס' ג'ובראן:

" דומה כי במקרה דנן בו אין מחלוקת כי המבקש ביצע את העבירה אך מסיבות של מצוקה כלכלית, כאשר אין לחובתו הרשעות קודמות בעבירות ממין זו וכאשר לא נראה כי מעשיו שיקפו סיכון אמיתי לביטחון המדינה, לא היה מקום להחמיר בעונשו כדי ההחמרה שקבע בית המשפט המחוזי בשם אותה מדיניות ענישה כללית הקיימת לכאורה בעבירות אלו" (שם, עמ' 16 לפסה"ד).

סופו של דבר, קבע ביהמ"ש העליון בענין פראג'ין, כי רמת הענישה הראויה בעבירה ראשונה של שהיה בלתי חוקית בישראל, אשר בוצעה ללא עבירות נלוות וללא הקשר בטחוני (כלומר בוצעה מטעמי פרנסה), 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 הדן. בלא נטיעת מסמרות נאמר, כי בהנחה שהמדובר בשהיה שניה בישראל שלא כדן (ועל הראשונה כנמסר אין ממהרים להעמיד ככלל לדין), העונש הראוי הוא עונש מאסר בפועל, למעט במקרים שנסיבותיהם האישיים חריגות, כגון חולי אקוטי במשפחת הנאשם. אין בכך כדי למנוע מן התביעה להעמיד לדין גם על שהיה ראשונה שלא כדן, 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 כדן 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). בפסק הדין הדגיש ביהמ"ש כי עבירת השהיה הבלתי חוקית נמצאת, מבחינת חומרתה בדרגה נמוכה יותר מזו של עבירות ההלנה, העסקה והסעה שלא כדן לפי סעיף 12 לחוק הכניסה לישראל (שדין מאסר שנתיים ימים) שכן העובר אותן הוא בחינת "חוטא ומחטיא" אחרים. (פס' ח לפסה"ד).

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. בענין עטאללה, שניתן כשבועיים לאחר כניסת התיקון לתוקף, קבע ביהמ"ש המחוזי בנצרת:

"ההסתמכות על פסק הדין שניתן ברע"פ 3173/09 פראג'ין נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] כבסיס לקביעת מתחם הענישה בעבירה זו הינה מוטעית, שכן פסק הדין איננו עוסק במתחם הענישה ההולם בעבירה אלא בשאלת העונש המתאים למעשה והעושה, כפי שהיה נהוג טרם

תיקון החוק, תוך התייחסות לנסיבות העבירה והנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, כלומר נסיבותיו האישיות של הנאשם שעמד שם לדין.... סיכומו של דבר, אנו סבורים כי 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" (ע"פ (מחוזי נצרת) 41708-07-12 מדינת ישראל נ' עטאללה, פס' 16 לפסה"ד מיום 24/07/12, פורסם בנבו).

בדומה קבע בית המשפט המחוזי מרכז, בפסק דין שניתן על ידו ביום 31/07/12 בענין מדינת ישראל גבור:

"מתחם הענישה שהוצג לפנינו כפי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי בנצרת בע"פ 41708-07-12, [פורסם בנבו] אשר צורף להודעת הערעור, מבטא נכונה, לטעמנו, את מתחם הענישה הראוי בעבירה של שהיה בלתי חוקית, שהוא נע בין 30 ימי מאסר ל-6 חודשי מאסר" (ע"פ (מחוזי-מרכז) 57019-07-12 מדינת ישראל נ' פארס גבור, פס' 7 לפסה"ד, פורסם בנבו).

ראה גם ע"פ (מחוזי ת"א) 37323-12-12 מ"י נ' חמזה, אשר ניתן בתאריך 18/2/13 - באותו מקרה הועמד המשיב לדין בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, כאשר תלוי ועומד כנגדו מאסר על תנאי למשך 3 חודשים. בהמ"ש השלום הפעיל את המאסר על תנאי והשית עונש מצטבר נוסף של 15 יום בלבד, כאשר היתר בחפיפה למאסר על תנאי לעיל. בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המדינה וקבע כי המשיב ירצה בסה"כ 5 חודשי מאסר. העולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי הוא אימוץ של מתחם הענישה שהוצג לעיל, היינו - בין חודש ל 6 חודשי מאסר בעבירה זו).

לעומת זאת, בעפ"ג (י-ם) 44287-02-13 מדינת ישראל נ' באסם עבד אללטיף מיום 24/02/13 (פורסם בנבו) - קבע בית המשפט המחוזי בירושלים, כי מתחם העונש ההולם את עבירת השב"ח הוא בין 10 ימי מאסר לשישה חודשי מאסר. בשני מקרים נוספים שנדונו בבית המשפט המחוזי בתל אביב בחר ביהמ"ש להשאיר את שאלת הרף התחתון של מתחם הענישה בעבירת השב"ח בצריך עיון: עפ"ג ת"א) 62551-01-13 מדינת ישראל נ' פלוני מיום 08/04/13 ; עפ"ג(ת"א) 64072-12-12 מדינת ישראל נ' רבה מיום 06/02/13 (פורסמו במאגר "נבו").

עיון בגזרי דין שניתנו ע"י בתי משפט השלום, לעומת זאת, לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, מעלה

כי קיימת בפסיקתם תמימות דעים באשר להמשך תחולתה של הלכת פראג'ין גם לאחר התיקון

לחוק, וכי בהסתמך על הלכה זו נקבעו על ידם מתחמים הכוללים רף תחתון של מאסר על תנאי,

או של ימי מאסר אחדים. כך, למשל, ציין בימ"ש השלום בת"א-יפו (כב' השופט צ' עוזיאל) בפסק

דינו מיום 30/08/12 :

"...נראה כי בהתאם לרף הענישה שנקבע בהלכת פראג'ין ניתן, בהינתן נסיבות אישיות מיוחדות, לגזור על נאשם עונש שהוא צופה פני עתיד בלבד. בנסיבות אלה, קביעת רף תחתון של מתחם ענישה ראוי

של חודש ימים, כפי שעותרת המאשימה, אינה מאפשרת לבית המשפט ליישם את הלכת פראג'ין במקרים המתאימים, שכן, בהתאם לתיקון 113, ניתן לחרוג מהרף התחתון רק מטעמים של שיקום, שאינם קיימים, כידוע, בעניינם של שוהים בלתי חוקיים שנעצרו לראשונה בתחומי מדינת ישראל" (ת"פ (שלום-ת"א) 31439-08-12 מדינת ישראל נ' מוהנד ברקאן, פורסם בנבו).

בדומה ציין בית משפט השלום בפתח תקוה (כב' השופט טרסי) בת"פ 4333-08-12:

"לאור עמדה זו של בית המשפט העליון [בעניין פראג'ין]... יש מקום לעצב את הרף התחתון ככולל מאסר על תנאי ללא מרכיב של מאסר בפועל. קביעת רף נחרץ של 30 ימי מאסר לפחות עלולה להחטיא את האיזון הראוי, במקרים בהם מדובר בנאשמים שלהם נסיבות אישיות חריגות...". (ראה גם דברי כב' השופט מיכאל קרשין) בת"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. עוד ראה: 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.

על השקולים התומכים בדבר המשך תחולתה של הלכת פראג'ין לאחר תיקון 113 לחוק העונשין עמד כב' השופט בני שגיא בפסק דינו מיום 09/02/13:

"סבורני כי העקרונות המחייבים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון, אותם שואב תיקון 113 לתוך מתחם העונש ההולם באמצעות "צינור" "מדיניות הענישה הנהוגה" (סעיף 40ג(א))

חייבים להשפיע על מתחם העונש ההולם, באופן אשר יאפשר את גזירת הדין לאורם. מכאן, נראה, כי קביעת רף תחתון "קשיח" הכולל מאסר בפועל, לא תאפשר, בחלק מן המקרים, ליישם את ההלכה המחייבת שנקבעה בעניין פראג'ין..". (ת"פ 57968-01-13 מדינת ישראל נ' אוסאמה עויס, פס' 19 לפסה"ד, פורסם בנבו).

מעניין הוא גזר הדין שניתן ע"י כב' השופט הישאם אבו שחאדה ביום 16/12/13 במסגרת ת"פ 18159-09-13 מדינת ישראל נ' ראאפת שלאדה (פורסם בנבו) במסגרתו התווה פתרון אחר שעניינו קביעת שלוש "דרגות אשם" בביצוע עבירת הכניסה לישראל שלא כחוק, כאשר לכל דרגת אשם מתחם עונש שונה:

א. **דרגת אשם גבוהה** - תחול לגבי מי שנכנס לישראל במטרה לבצע עבירה שגלום בה פוטנציאל לפגיעה בבטחון המדינה, ומתחם העונש ההולם דרגה זו נע לדעתו בין 7 ל-12 חודשי מאסר בפועל;

ב. **דרגת אשם בינונית** - תחול לגבי כל מי שנכנס לישראל ומבצע עבירות פליליות שונות (כגון עבירות רכוש, אלימות, מין ועוד). ככל שהעבירה הנוספת שבוצעה היא בדרגה קלה ביותר, אזי, במקרים חריגים יהיה למקם את הנאשם במתחם העונש ההולם שרלבנטי לדרגת האשם הנמוכה. מתחם העונש ההולם דרגה זו נע לדעתו בין 1 ל-6 חודשי

ג. **דרגת אשם נמוכה** - כאשר מדובר במי שנכנס לישראל מחמת מצוקה כלכלית, על רקע "איחוד משפחות" או מחמת רדיפה אתנית או פוליטית (ובכלל זה תושבי האזור שסייעו לכוחות הבטחון ומשכך "מאוימים" באזור מגוריהם). **מתחם העונש ההולם דרגה זו נע בין מאסר מותנה ל-3 חודשי מאסר בפועל.**

באותו מקרה שנדון בפסק הדין דובר בנאשם אשר הודה והורשע בעבירה אחת של שהיה בלתי חוקית בישראל, על רקע חיפוש פרנסה. באמתחתו היו שתי הרשעות קודמות בעבירות על חוק הכניסה לישראל ובהפרעה לשוטר במילוי תפקידו, בגינן הוא נדון לעונשי מאסר בפועל. לשיטתו של ביהמ"ש נסיבות אלו ממקמות את הנאשם ברף התחתון של מתחם העונש, בדרגת אשם נמוכה, ומשכך הטל עליו ביהמ"ש עונש של 3 חודשי מאסר ע"ת למשך 3 שנים והתחייבות כספית ע"ס 3,000 ₪.

ביום **11/6/13** התגלגלה הסוגיה, בדבר קביעת רוחבו של מתחם הענישה בעבירה של שהיה בלתי חוקית לפתחו של ביהמ"ש העליון, במסגרת רע"פ 4088/13 **אחמד בן שחדה הדרי נ' מדינת ישראל**. אותו מקרה עסק 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, בצינו 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 המשפט 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"**. בערעור שהוגש על פסק הדין הטיל ביהמ"ש המחוזי מאסר 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 אחיד 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 המשפט השלום), ודחה 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, 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 צופה פני עתיד, ללא רכיב של מאסר בפועל. ודוק: באופן פרדוקסלי מבססת המאשימה את עמדתה העונשית על פסק דינו של כב' השופט שוהם בענין הדרי הנ"ל, זאת מאחר שבפסק הדין הוא הותיר כאמור את גזר דינו של המחוזי (שהשית על הנאשם 30 ימי מאסר בפועל) על כנו. ואולם נראה, כי המאשימה לא דקה פורתא בפסק דינו של ביהמ"ש העליון, שכן 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.

בנוסף לאמור יוזכר, כי בהתאם להוראות תיקון 113 לחוק העונשין, ניתן לסטות ממתחם העונש ההולם משיקולים של שיקום. כאשר אפשרות זו, כמו האפשרות להטיל מאסר בדרך של עבודות שרות, אינן מתקימות במקרה של עבירה של שהיה בלתי חוקית בישראל, חייבת להיוותר בידי בית המשפט, על פי שיקול דעתו, ובמקרים המתאימים, האפשרות להבניית הענישה בתוך מתחם רחב דיו, כדי שגזר הדין שיטיל יהא הנכון והצודק בהתאמה לנסיבות העבירה והעברייני. שאיפה זו המונחת בבסיסו המוסרי של ההליך הפלילי לא נשללה גם ע"י תיקון 113 לחוק העונשין.

בהתחשב בכל האמור, וכאשר רכיבי ענישה מרכיבים לא רק מרכיבי מאסר, יש להכריע בעונשו של הנאשם שלפני.

כאמור, הנאשם בן כ-67, חולה במחלת הסוכרת אשר הודה והורשע בשתי עבירות של שהיה בלתי חוקית בישראל. מחד גיסא, עברו הינו נקי מרב פלילי והמניע לביצוע העבירות על ידו היה כורח הנגזר ממצוקה כלכלית. כמו כן, לעבירות שעבר לא נלוו עבירות פליליות נוספות. מאידך גיסא, לא ניתן להתעלם מכך שמדובר בשתי עבירות של שהיה בלתי חוקית, אשר נעברו בהפרש של 10 חודשים. על פי מדיניות המשטרה, שוהים ב"ח אינם מועמדים לדין בכניסתם הראשונה, אלא משוחררים לחזור למקומם תוך מתן אזהרה. אולם, בכניסתם השניה מוגש נגדם כתב אישום גם ביחס לכניסה הראשונה הבלתי חוקית. יוצא, אם כן, כי הנאשם כבר קיבל הזדמנות בגין העבירה של כניסה ב"ח אך לא השכיל לנצלה. לטענת הסניגור, הנאשם סבר "שבגלל שהוא אדם מבוגר מתייחסים בסלחנות יתר ושחרר בפעם הראשונה אז עבר את השניה. הוא היה עצור 3 ימים והוא שוחרר... ומאז לא נכנס למדינה.. למד את הלקח" (ע' 10 ש' 1-4). דברים אלו נועדו להסביר מדוע שב הנאשם לבצע את העבירה ואולם יש בהם כדי להעיד על קלות הראש בה התייחס הנאשם לעבירה של שהיה בלתי חוקית בישראל, על אף היותה עבירה הפוגעת בראש ובראשונה בריבונותה של מדינת ישראל על גבולותיה, בזכותה להגן עליהם ולבחור מי יבוא בשעריה ובכך- למנוע סיכון ביטחוני פוטנציאלי. כפי שציין ביהמ"ש בענין פראג'ין:

"...ואין מדינה עלי חלד שלא תיאבק בנכנסים לשטחה באופן בלתי חוקי, לא כל שכן אם יש מהם העלולים לסכן את ביטחונה ואף סיכנונה." (שם, פס' י' לפסה"ד)

עמוד 7

הפכתי והפכתי בשיקולים הרלבנטיים לענשו של הנאשם, במסגרת המתחם ההולם את כללותן של הנסיבות ואני דנה את הנאשם לאלה:

א. מאסר 4 חדשים אותו לא ירצה, אלא אם כן, יעבור תוך 3 שנים מהיום עבירה ע"פ חוק הכניסה לישראל, תשי"ב - 1952.

ב. קנס בסך 5,000 ₪ או מאסר 50 יום תמורתו. בהסכמת הנאשם יקוזז הקנס מסכום הפקדון שהפקיד הנאשם. ככל שקיימת יתרה היא תוחזר לנאשם באמצעות בא כוחו.

המשטרה תחזיר לנאשם כל תפוס שמוחזק אצלה ונתפס בידיו באיזו מן הפעמים שבהם נחקר.

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

ניתן היום, כ"ו שבט תשע"ד, 27 ינואר 2014, במעמד הצדדים.