

ת"פ 45821/01/17 - מדינת ישראל - שלוחת תביעות כפר-סבא נגד מוחמד אבו סניד

בית משפט השלום בכפר-סבא
ת"פ 45821-01-17 מדינת ישראל נ' אבו סניד(עציר)
לפני כבוד השופט אביב שרון

בעניין: מדינת ישראל - שלוחת תביעות כפר-סבא המאשימה

ע"י ב"כ עו"ד מוטי חבה

נגד

הנאשם

מוחמד אבו סניד

ע"י ב"כ עו"ד עלא תילאווי ועו"ד חאג' יחיא

גזר דין

1. הנאשם, יליד 1995, תושב הכפר יאטה שבשטחי האזור, הורשע על פי הודאתו, שלא במסגרת הסדר טיעון, בעבירה של **כניסה לישראל שלא כחוק**, בניגוד לסעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952. על פי העובדות ביום 18.1.17 בשעה 19:35 שהה הנאשם בעיר טיבה, מבלי שאחז אישור שהייה כדן.

2. ב"כ המאשימה עתר לקביעת מתחם עונש הולם שבין חודש ל-6 חודשי מאסר לצד רכיבי ענישה נלווים. הוא הפנה לערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירה, ובהם הגנה על זכותה של המדינה להגביל את הבאים בשעריה, כשתכלית החוק היא למנוע מזרים להיכנס למדינה מנימוקים ביטחוניים, חברתיים וכלכליים. לדבריו, בעת האחרונה המדינה מצויה בתוך גל טרור המאופיין בפיגועים ובנסיונות לפגוע באזרחי המדינה, גל שגבה קורבנות בנפש מפעולות המבוצעות בדרך כלל על ידי תושבי האזור.

ב"כ המאשימה הפנה לעברו הפלילי של הנאשם, הכולל 7 הרשעות קודמות בגין עבירות דומות וזהות, עבירות בטחוניות - עבר בגינו ריצה הנאשם מספר מאסרים. עוד הפנה לעובדה כי תלוי ועומד כנגד הנאשם עונש מאסר על תנאי בן 7 חודשים שהוא בר הפעלה בתיקנו.

ב"כ המאשימה עתר לגזור על הנאשם עונש מאסר ולהפעיל את עונש המאסר על תנאי, במצטבר, לצד מאסר על תנאי וקנס כספי.

3. ב"כ הנאשם ביקש להאריך את המאסר על תנאי בן 7 חודשים התלוי ועומד כנגד הנאשם. לדבריו, הנאשם כנס לישראל שלא כדין לצרכי פרנסה. הוא לא ביצע עבירות נלוות. הנאשם נשוי ואב לילדה. אמנם הנאשם בעל עבר פלילי, אך בנסיבות הענין לא יהא זה מוצדק להפעיל מאסר על תנאי "דרקוני" ובלתי מידתי שהוטל עליו בהליך הקודם. עוד הוסיף, לגבי העבר הבטחוני, שההרשעה מבית המשפט הצבאי היא משנת 2012 עת היה הנאשם קטין כבן 16.5. יתר הרשעותיו הן סביב הכניסה הבלתי חוקית לישראל.

הסניגור הפנה **להילכת אלהרוש** (רע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מדינת ישראל** (9.12.14)) לפיה מתחם העונש ההולם בגין עבירת שהייה בלתי חוקית נע בין מאסר על תנאי ל-5 חודשי מאסר כולל מאסר על תנאי. משמעות הפעלת התנאי במקרה שלפנינו היא שהנאשם ירצה תקופת מאסר העולה על מתחם העונש ההולם שנקבע בהילכת אלהרוש.

ב"כ הנאשם לא התעלם מן העובדה שההגנה - לאחר שנגזר על הנאשם בתיק הקודם עונש מאסר על תנאי ארוך ובלתי מידתי, לגישתה - לא הגישה ערעור על גזר הדין בנקודה זו, ואולם, לטענתו, לבית המשפט הגוזר את הדין יש סמכות להורות על הארכת התנאי מטעמים שירשמו אם שוכנע שלא יהא זה צודק להפעיל את התנאי (סעיף 56 לחוק העונשין, תשל"ז-1977).

ב"כ הנאשם הפנה לפסק הדין בענין **חמיס** (רע"פ 1441/14 **חמיס נ' מדינת ישראל** (9.12.14)), שם הוארך מאסר על תנאי בן 10 חודשים, ולפסק הדין בענין **ג'ראדאט** (רע"פ 3242/13 **ג'ראדאט נ' מדינת ישראל** (9.12.14)), שם הוארך מאסר על תנאי בן 6 חודשים. עוד הגיש פסקי דין של ערכאות דיוניות וערכאות ערעור שם הוארכו מאסרים על תנאי בני 3-9 חודשים.

ב"כ הנאשם הוסיף וטען כי יש לחרוג ממתחם העונש ההולם בעניינו של הנאשם מטעמי צדק, חריגה המצדיקה הארכת המאסר על תנאי. לדבריו, אכן לפי תיקון 113 לחוק העונשין חריגה ממתחם העונש ההולם תעשה מטעמי שיקום, ואולם, הפסיקה האחרונה ריככה תנאי זה והוכרה גם חריגה מטעמי "שיקום בריאותי"; "שיקום התא המשפחתי"; וכן, חריגה "מטעמי צדק". לתמיכה בטיעונו הגיש ב"כ הנאשם פסיקה רלוונטית ומאמרים של מלומדים.

לבסוף, ציין ב"כ הנאשם את הודאתו של הנאשם בהזדמנות הראשונה ואת העובדה שהוא מצוי במעצר מאז ביצוע העבירה, קרוב לחודשיים.

דין והכרעה

4. לאחר ששמעתי את טיעוני הצדדים, קראתי את כתבי הטענות ועיינתי בפסיקה ובמאמרים שהוגשו לעיוני, באתי לכלל מסקנה כי לא הוצגו לפניי נימוקים מיוחדים להארכת המאסר על תנאי, או שלא יהיה זה צודק להפעיל את המאסר על תנאי, ועל כן, יש להורות על הפעלתו. כמו כן, לא הובאו לפניי טעמים לחריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום או מטעמי צדק.

להלן יובאו נימוקיי.

קביעת מתחם העונש ההולם

5. נראה שאין מחלוקת בענין הערכים המוגנים בביצוע העבירה, שעניינם שמירה על זכותה של המדינה לקבוע את הבאים בשעריה, להעבירם "מסנת" בטחונות ולמנוע פגיעה בריבונות המדינה ובשלומם ובטחונם הפיזי והרכושי של אזרחיה. כל זאת, על רקע התקופה הבטחונית בה מצויה המדינה בשנים האחרונות, גם אם לאחרונה חלה רגיעה מסויימת במידת האינטנסיביות של פיגועי הטרור והנסיגות לפגע באזרחי המדינה.

6. **בענין אלהרוש** התווה בית המשפט העליון את הדרך לקביעת מתחם העונש ההולם בעניינם של שוהים בלתי חוקיים הנכנסים לשטחי המדינה לצרכי פרנסה, כדלקמן -

"כאשר נעברת לראשונה עבירת שב"ח לצרכי פרנסה, בהיעדר עבירות נלוות לה, יש לקבוע מתחם עונש הולם אחד, לנוכח הדמיון בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה במקרים השונים. מתחם זה יכלול עונש מאסר שנע בין מאסר על תנאי לבין מאסר בפועל למשך חמישה חודשים, אשר יכלול הן את תקופת התנאי והן את תקופת המאסר בפועל. מתחם עונש הולם לקנס ינוע בטווח שבין 0 ש"ח לבין 2,000 ₪. אם לנאשם יש עבר פלילי, ובכלל זה עבירות שב"ח, ניתן 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. לא נעלם מעיני שקביעת מתחם העונש לעבירת שב"ח לצרכי פרנסה ככזה שמיועד לעבירה שנעברת לראשונה, יש משום התחשבות אפריונית בנסיבת העבר הפלילי כבר בשלב קביעת מתחם העונש. כאמור, כאשר העבירה נעברת יותר מפעם אחת, ניתן להתחשב בכך "בתוך המתחם"; וניתן גם לערוך מתחם עונש הולם שונה - ושיקול הדעת בעניין זה נתון לבית המשפט הדן" (פיסקה 54 לפסה"ד).

מפסיקת בית המשפט העליון עולה, איפוא, כי כאשר מדובר בעבירה ראשונה של שהייה בלתי חוקית, לצרכי פרנסה, ללא עבירות נלוות, מתחם העונש ההולם נע בין מאסר על תנאי ל-5 חודשי מאסר, כולל המאסר על תנאי. עוד עולה, כי כאשר מדובר בנאשם אשר הורשע בעבר באותה עבירה, ניתן לקבוע מתחם עונש שונה, לפי שיקול דעתה של הערכאה הדיונית.

7. במקרה שלפניי מדובר בנאשם שבעברו 5 עבירות של כניסה לישראל שלא כחוק ועבירה אחת של הפרת הוראה בדבר סגירת שטח, ועל כן, יש לקבוע מתחם עונש הולם מחמיר מזה שנקבע בענין אלהרוש. נכון שבית המשפט מביא בחשבון עברו הפלילי של הנאשם לצורך קביעת המתחם, וזאת, לכאורה, בניגוד לסעיף 40ט. לחוק העונשין, ואולם, על פי הנחיית בית המשפט העליון הנכבד, קיומו של עבר פלילי בעבירה זוה, כאשר מדובר בעבירת שב"ח, יכול להילקח בחשבון בעת קביעת המתחם ועשוי לשנותו. כאמור, נוכח העובדה שאין זו העבירה הראשונה שעבר הנאשם, ונוכח העובדה שבעברו 5 עבירות של כניסה לישראל שלא כדן, עבירה נוספת מאותה "המשפחה" של הפרת הוראה בדבר סגירת שטח ועבירות בטחוניות, מתחם העונש ההולם בעניינו צריך להיות חמור מזה שנקבע בענין אלהרוש.

לאור זאת, אני קובע כי מתחם העונש ההולם במקרה שלפניי נע בין תקופת מאסר קצרה לבין 6 חודשי מאסר, לצד רכיבי ענישה נלווים.

קביעת העונש בתוך המתחם או חריגה ממנו?

8. אינני סבור כי הוצגו לפניי נימוקים מיוחדים לחרוג ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום או מטעמי צדק; או שהובאו לפניי טעמים מיוחדים להארכת עונש המאסר על תנאי; או כי הפעלתו, בנסיבות הענין, לא תהא צודקת, למרות אורכו.

9. **באשר לחריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום** - אין המדובר בנאשם שנסיבותיו האישיות מיוחדות, חריגות או יוצאות דופן. להבדיל מחלק גדול של גזרי הדין אליהם הופנית על ידי ב"כ הנאשם, הרי שבעניינו של הנאשם אין טעמים "רפואיים" מיוחדים (הנאשם אינו סובל מבעיות רפואיות; בני משפחתו אינם סובלים מבעיות רפואיות והוא אינו נדרש לסעוד אותם או לטפל בהם); ואין גם טעמים "משפחתיים" חריגים (ענייני "איחוד משפחות"; ענייני "מאויימות"; עניינים "הומניטאריים"; וכיוצא באלה), כאלה המצדיקים חריגה מן המתחם.

עוד לא ניתן לדבר על נאשם אשר השתקם, מצוי בהליכי שיקום או שקיים סיכוי שישתקם. מדובר בנאשם שמשנת 2010 שב ונכנס שלא כדין לישראל, כאשר מוטלים עליו עונשי מאסר ומאסרים על תנאי, והוא מתעלם מהם. בתי המשפט התחשבו בו בעבר, למשל, כאשר הוארך מאסר על תנאי לתקופה של חודשיים שהיה תלוי ועומד כנגדו (הרשעה מס' 6); כאשר גזרו עליו תקופת מאסר קצרה (הרשעה מס' 3); וכאשר הסתפקו בהטלת מאסר בחופף לעונש מאסר על תנאי שהופעל (הרשעה מס' 1). למרות זאת, שב הנאשם ונכנס לתחומי המדינה, שלא כדין, כאשר באחת הפעמים אף ביצע עבירה נלווית (הרשעה מס' 2). הוא אף הורשע **בעבירות בטחוניות**, וחרף העובדה שהעבירות בוצעו על ידו בהיותו קטיין, בשנת 2012, עדיין פוטנציאל הסיכון הנשקף ממנו כאשר הוא נכנס לשטחי המדינה שלא כדין הוא גדול יותר ביחס לשוהים בלתי חוקיים אחרים.

10. בנסיבות אלה, אין מקום לחריגה מן העונש ההולם מטעמי שיקום או מטעמי צדק אחרים, ויש לקבוע את עונשו של הנאשם בתוך המתחם.

11. **באשר לשאלת הפעלת המאסר על תנאי או הארכתו** - סעיף 56 לחוק העונשין קובע -

"בית המשפט שהרשיע נאשם בשל עבירה נוספת ולא הטיל עליו בשל אותה עבירה עונש מאסר רשאי, על אף האמור בסעיף 55 ובמקום לצוות על הפעלת המאסר על תנאי, לצוות, מטעמים שיירשמו, על הארכת תקופת התנאי, או חידושה, לתקופה נוספת שלא תעלה על שנתיים, אם שוכנע בית המשפט שבנסיבות הענין לא יהיה צודק להפעיל את המאסר על תנאי".

בפסיקה פורש סעיף 56 כמחייב טעמים שאינם מתמצים באורכו הרב של התנאי המופעל ובהכבדתו על עונשו של הנאשם -

"על-פי מצוות החוק, הארכת תקופת תנאי אפשרית 'מטעמים שיירשמו... אם שוכנע בית המשפט שבנסיבות הענין לא יהיה זה צודק להפעיל את המאסר על תנאי' [...] שיקול הדעת הניתן לבית המשפט בהארכת עונש מאסר מותנה מתמקד במצבים שבהם מוצדק לתת לנאשם הזדמנות נוספת לחזור לדרך הישר, כאשר הוא מראה סימנים המניחים יסוד לצפייה כי כך יהיה. עצם אורכו של עונש המאסר על תנאי שהוטל בגין הליך קודם אינו טעם מיוחד להארכתו, במיוחד כאשר הנאשם אינו מראה סימנים אמיתיים של הכרה והפנמה של משמעות התנהגותו הפלילית. הימנעות מהטלת עונש מאסר בפועל והארכת תקופת התנאי רק בשל היקפו של עונש המאסר על תנאי שיש להפעילו, אינה מתיישבת עם קו עונשי אפקטיבי וראוי בנסיבות מקרה זה" (רע"פ

12. אכן, ההנחייה לערכאות הדיוניות היא להימנע מלהטיל מאסרים על תנאי לתקופות ארוכות מדי, בלתי הולמות או כאלה שאינם עומדים בהלימה לחומרת העבירה שבוצעה ולעונש המאסר הקבוע לצד העבירה. הנחייה זו באה הן בשל עקרון ההלימה ועקרון המידתיות והן מתוך ראייה צופת פני עתיד ולאור הקושי שעשוי להיתקל בו בית המשפט שעתיד לגזור את דינו של הנאשם נוכח העובדה שעומד לפניו עונש מאסר על תנאי ארוך מדי ובלתי מידתי (ראה והשווה, לאחרונה, הנחיות בית המשפט העליון לערכאות הדיוניות באשר לקביעת אורך תקופת מאסר חלף קנס - ע"פ 4919/14 אזולאי נ' מדינת ישראל (6.3.17)).

וידגש - בית המשפט שבא לגזור דינו של נאשם אינו יושב כערכאת ערעור על בית המשפט שהטיל את עונש המאסר על תנאי, אינו מוסמך לשנותו וככלל עליו להפעילו, בהתאם לסעיף 56 לחוק העונשין, שכן מדובר בעונש מותנה, "רדום", מתיק קודם, שאינו מהווה עונש בגין העבירה המאוחרת שביצע הנאשם. אם סוברת ההגנה שעונש מאסר על תנאי שגזר בית המשפט אינו ראוי, אינו מידתי או אינו הולם - עליה להגיש ערעור לבית משפט שלערעורים, על מנת שה"עוול" יתוקן, ואל לה להמתין ולהתקומם כנגד רכיב זה בגזר הדין במסגרת הטיעונים לעונש בתיק המאוחר, ולאחר שהנאשם הורשע בעבירה מאוחרת המפעילה את התנאי.

13. אשר לנסיבות הטלת עונש המאסר על תנאי בהליך הקודם - וכאמור, מבלי שאני משים עצמי כערכאת ערעור על בית משפט השלום בנצרת - במבט ראשון, אכן ניתן היה לסבור כי עונש מאסר על תנאי בן 7 חודשים, כאשר מדובר בעבירת שב"ח, אשר העונש המירבי העומד לצידה הוא 12 חודשי מאסר, הוא עונש מאסר על תנאי לתקופה ארוכה מדי. ואולם, כאשר נדרשים לכלל הנתונים שעמדו לפני בית משפט השלום בנצרת, ניתן להיווכח כי עונש המאסר על תנאי נקבע לאחר הפעלת שיקול דעת זהיר ולאור נתוניו הספציפיים של הנאשם - לנאשם היו אותה עת 6 הרשעות קודמות בעבירות זהות ודומות; הוא נדון למאסרים בפועל; הוא ביצע בעבר הלא-רחוק עבירות בטחוניות (ידויי אבנים והשלכת בקבוק תבעירה); והיה תלוי ועומד כנגדו עונש מאסר על תנאי בן 6 חודשים (אשר הופעל במסגרת גזר הדין, בחופף ובמצטבר, כך שסה"כ הוטלו על הנאשם 6 חודשים ויום). עוד יש לציין, כי גזר הדין מושא המאסר על תנאי ניתן לאחר פסק הדין **בענין אלהרוש** וכשבית משפט השלום בנצרת מודע להלכה שנקבעה בו.

14. בנסיבות אלו, וכאשר בעבר הוטל על הנאשם עונש מאסר על תנאי בן 6 חודשים, אשר הופעל במסגרת גזר הדין האחרון, ולאור עברו הפלילי של הנאשם בעבירות זהות ובעבירות בטחון, ניתן להבין מדוע בחר בית המשפט לכלול בגזר דינו עונש מאסר על תנאי חדש בן 7 חודשים.

15. אכן, **בענין חמיס** הורה בית המשפט העליון על הארכת עונש מאסר על תנאי בן 10 חודשים שהיה תלוי ועומד כנגד המבקש, אך הוא עשה כן - היות ו"דובר במצב שבו הטלתו של התנאי נעשתה באופן כוללני, בהתייחס למספר עבירות שמידת חומרתן שונה, ולכן הפעלתו בגין עבירה פחותה בחומרתה מביאה להפעלת מלוא עונש התנאי שהושת. בנוסף, שעה שהושת העונש עמד לנגד עיניו של בית המשפט מתחם עונש הולם חמור יותר, שכאמור, השתנה בעניין אלהרוש. שילוב נסיבות יוצא דופן זה הוא שמצדיק את הארכת התנאי, שכאמור, לא די בכך שהוא כולל עונש כבד" (פסקה 10 לפסה"ד). עוד הוסיף בית המשפט העליון, במסגרת שיקוליו, את נסיבותיו האישיות המיוחדות של המבקש - "בנסיבות המקרה, המבקש הוא נגר אומן אשר מקיים קשרי מסחר עם בעלי

עסקים בישראל... לימים החל מקבל אישורי כניסה... מלבד כניסה בלתי חוקית, אשר כיום מותרת לו כאשר מקבל אישור לכך, לא חזר המבקש לעבור את אותן עבירות שבגינן הוטל התנאי בפרשה הראשונה וכניסותיו לישראל נעשות לשם פרנסתו, ולשם פרנסתם של עובדי מפעלו... תהליך השיקום החיובי שעשה המבקש... נתונים אלה מצביעים, כאמור, על מגמה חיובית בשיקומו של המערער, ומשכך, ניתן לחרוג ממתחם העונש ההולם, מכוח סעיף 40 לחוק העונשין" (פיסקה 12 לפסה"ד).

16. גם בענין ג'ראדאת הורה בית המשפט העליון על הארכת המאסר על תנאי בן ה-6 חודשים, ואולם הוא עשה כן, בין היתר, נוכח נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן של המבקש, וביניהן - היותו של המבקש נשוי ליהודייה ואב ל-5 ילדים קטינים החיים בישראל; אחד מילדיו אובחן כסובל מפיגור קל-בינוני; במועד ביצוע העבירה לא יכול היה המבקש להגיש בקשה לאיחוד משפחות בשל גילו הצעיר, אך בני הזוג פנו לוועדה לעניינים הומניטאריים לצורך קבלת מעמד ארעי עבורו; מדובר ב"עבירת שב"ח בנסיבות הומניטאריות".

17. דומה שבענייננו הנסיבות שונות בתכלית מנסיבות פסקי הדין בענין חמיס וג'ראדאת וחרף המאסר על תנאי הארוך, יחסית, התלוי ועומד כנגד הנאשם, אין בנמצא נסיבות מיוחדות התומכות בהארכתו ולא ניתן לומר שלא יהא זה צודק להפעילו.

כך גם נהג בית המשפט העליון עת דחה בקשת רשות ערעור ברע"פ 2801/14 קניבי מראד נ' מדינת ישראל (29.4.14). באותו מקרה דובר במבקש שהורשע על פי הודאתו בעבירה של שהייה בלתי חוקית ואשר בית משפט השלום הורה על הארכת מאסר על תנאי בן 8 חודשים שהיה תלוי ועומד כנגד המבקש מן הטעם שעונש זה "אינו מאסר מותנה מידתי, שכן העונש המקסימלי שניתן להטיל בגין עבירת שב"ח הינו 12 חודשי מאסר". בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המדינה, הפעיל את המאסר המותנה וגזר תקופת מאסר נוספת לריצוי בחופף, כך שסה"כ ירצה המבקש 8 חודשי מאסר. בדחותו את בקשת רשות הערעור קבע בית המשפט העליון כי "לטעמי, שנה בית משפט השלום, שעה שהחליט להאריך את תוקפו של עונש המאסר על תנאי שנגזר על המבקש, בשל היותו 'בלתי מידתי'... לפיכך, בדין החליט בית המשפט המחוזי להפעיל את עונש המאסר על תנאי שנגזר על המבקש, והקל עמו בכך שהורה על חפיפת העונשים".

18. באלה הדברים, ומשלא הוצגו לפני טעמים לחריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום או מטעמי צדק; משלא מתקיימות נסיבות מיוחדות להארכת המאסר על תנאי; והפעלתו לא תהיה בלתי צודקת - יש להורות על הפעלת המאסר על תנאי.

19. יחד עם זאת, אתחשב בנאשם אשר הודה בהזדמנות הראשונה ונטל אחריות מלאה על מעשיו, ואשר נמצא במעצר כחודשיים מאז ביצוע העבירה, בכך שאמקם עונשו מעט מעל הרף התחתון של המתחם ואחפוף את עונש המאסר שייגזר עליו למאסר על תנאי המופעל.

20. לאור האמור לעיל, אני גוזר על הנאשם את העונשים הבאים:

א. חודשיים מאסר בפועל, החל מיום מעצרו: 18.1.17.

ב. אני מפעיל את עונש המאסר על תנאי בן ה-7 חודשים התלוי ועומד כנגד הנאשם מת"פ (שלום נצרת) 13578-02-15 גזר דין מיום 11.2.15, בחופף לעונש המאסר שהוטל בס"ק א' לעיל.

סה"כ ירצה הנאשם 7 חודשי מאסר החל מיום מעצרו: 18.1.17.

ג. 3 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים מיום שחרורו, שלא יעבור עבירה בניגוד לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי מרכז בתוך 45 יום.

ניתן היום, כ"א אדר תשע"ז, 19 מרץ 2017, במעמד ב"כ המאשימה עו"ד ניצן רדזינר, הנאשם ובאי כוחו.