

## ת"פ 50254/06/15 - מדינת ישראל נגד חמאדה אבו עואד, אסמאעיל אבו עואד

בית משפט השלום בכפר סבא

ת"פ 50254-06-15 מדינת ישראל נ' אבו עואד ואח'

בפני כבוד השופטת מרב גרינברג

בעניין: מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד רחל תמם אוליבה המאשימה

נגד

1. חמאדה אבו עואד

2. אסמאעיל אבו עואד (עציר)

ע"י ב"כ עו"ד פרנטי בשום עו"ד רוזין הנאשם

### גזר דין - נאשם 2

1. הנאשם שלפניי הורשע, על יסוד הודאתו, בעבירה של שהייה בלתי חוקית בישראל לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, בכך שביום 16.2.16 שהה באתר בנייה בעיר רעננה ללא אישור שהייה כדין.
2. ביום 16.7.17, טענו לפניי הצדדים לעונש כשהמחלוקת המרכזית נסובה סביב הפעלת תנאי בן 7 חודשים שהינו בר הפעלה בתיק זה. ב"כ המאשימה, עו"ד אוליבה, עתרה להפעלת התנאי וסבורה שלא קיים כל טעם המצדיק הארכתו, ואילו ב"כ הנאשם, עו"ד רוזין, עותר להארכתו נוכח משכו, חריגתו ממתחם הלכת אל הרוש והעובדה שמלכתחילה ניתן באופן גורף על עבירות בדרגת חומרה שונה. עוד הציג אסמכתאות פסיקה המלמדות לשיטתו כי רוח הפסיקה הינה להארכת תנאי בנסיבות שלפנינו ובהינתן משכו הארוך.
3. כידוע, עבירה של שהייה בלתי חוקית פוגעת בראש ובראשונה בריבונותה של מדינת ישראל על גבולותיה ובזכותה הטבעית לברור זהות הבאים בשעריה. בענייננו, מיוחסת לנאשם עבירת שהייה בלתי חוקית בודדת ללא עבירות נלוות, שנעברה בשנת 2015. גם כיום, לאחר שהותלו ההליכים בתיק מחמת אי איתור הנאשם, וחודשו, לא נטען שהנאשם שב בשנית ונכנס לתחומי המדינה ללא אישור כדין.

### עתירת ההגנה להארכת התנאי

4. בהתאם לסעיף 55 לחוק העונשין, הכלל הוא כי ביצוע עבירת-תנאי מוביל להפעלת המאסר על-תנאי, וזאת על-מנת להגדיל את כוחו המרתיע של עונש המאסר על-תנאי. בהתאם לסעיף 56 לחוק העונשין, רק במקרים חריגים, ורק "מטעמים שיירשמו", רשאי בית-המשפט להורות על

עמוד 1

הארכת תקופת התנאי. זאת, אם כלשונו של סעיף 56 לחוק, שוכנע כי בנסיבות העניין "**לא יהיה צודק להפעיל את המאסר על תנאי**".

5. המאשימה, כאמור, מתנגדת לעתירה זו וסבורה שנוכח עברו הפלילי, יש להפעילו. ב"כ

הנאשם, סבור שיהיה זה בלתי צודק להורות על הפעלת התנאי, כל שכן שבהתאם להלכת אלהרוש, משמדובר בתנאי ממושך בן 7 חודשים, החורג לחומרא ממתחם הענישה המקובל בעבירות שב"ח.

6. ברע"פ 1441/14 חמיס נ' מדינת ישראל (מיום 9.12.14) (להלן: "הלכת חמיס") דן בית

המשפט העליון, בעניינו של נאשם שנדון, בין היתר, להפעלת תנאי בן 10 חודשי מאסר, באספקלריה של הלכת אלהרוש. שם נקבע שנוכח נתוניו יש מקום לחרוג לקולא, הערעור התקבל ותקופת התנאי הוארכה. לתוצאה דומה הגיע בית המשפט העליון גם ברע"פ 3242/13, ג'אראדת נ' מדינת ישראל (מיום 9.12.14).

7. מאז שליטתה של הלכת אל הרוש בכיפה, ביחס למתחם הענישה הראוי בעבירות שב"ח,

שליטה שלא התערעה גם בצוק העיתים ועל אף המציאות הביטחונית הקשה ששוררת בארץ, דנו בתי המשפט השונים במקרים רבים של עתירות להארכת תנאי בעבירה ממין דא. בעניין חמיס צוינו פסקי דין שנעשה בהם שימוש בסעיף 56 לחוק העונשין והוארכו עונשי מאסר על תנאי, באופן שאפשר לקיים הלימה בין חומרת העבירה לסנקציה בגינה: כך בת"פ 2408/09 (שלום כ"ס) **מדינת ישראל נ' בן חתאם** (מיום 11.1.11) הוארך תנאי בן 4 חודשים; ת"פ 13114-11-09 (שלום ת"א) **מדינת ישראל נ' קדעאן** (מיום 12.10.12) הוארך תנאי בן 6 חודשים; ת"פ 57779-11-10 (שלום ת"א) **מדינת ישראל נ' שטארה** (מיום 29.12.10) הוארך תנאי בן 4 חודשים לנאשם שעמד לחובתו שתי הרשעות קודמות וכיו"ב.

עוד אפנה לפסקי דין שהתקבלו ברוח הלכת חמיס, ובכולם נקבע כי הפעלת התנאי תהיה בגדר מענה מחמיר וסטייה בלתי מידתית מהלכת אלהרוש, כך בת"פ 18095-12-14 (שלום חיפה) **מדינת ישראל נ' קאסם סלים**, הוארך תנאי בן חודשיים; ת"פ 21199-12-12 (שלום ת"א) **מדינת ישראל נ' אבו עלפה** הוארך תנאי בן 3 חודשים; ת"פ 40592-02-10 (שלום עכו) **מדינת ישראל נ' נגם**, הוארך תנאי בן 7 חודשים; ת"פ 6780-12-14 (שלום כ"ס) **מדינת ישראל נ' חסאן ואח'** הוארכו תנאים בני 3,4 ו-6 חודשים; ת"פ 55151-09-14 (שלום פ"ת) **מדינת ישראל נ' מחאג'נה**, הוארך תנאי בן 3 חודשים; ת"פ 5117-11-15 (שלום רמלה) **מדינת ישראל נ' סיאערה-** הוארך תנאי בן 6 חודשים לנאשם שהורשע בעבירה של סיוע להסעת שב"ח ושהייה בלתי חוקית; ת"פ 66212-09-16 (שלום י"ם) **מדינת ישראל נ' אלשריף-** הוארך תנאי בן 7 חודשים; ת"פ 43290-03-16 (שלום חיפה) **מדינת ישראל נ' שנאו ואח'**, הוארך תנאי בן 4 חודשים; **מדינת ישראל נ' פאדי חסין** הוארך תנאי בן 3 חודשים לנאשם שלו ארבע הרשעות קודמות. עוד אזכיר את עפ"ג 31115-06-15 (מח-מרכז) **טויל נ' מדינת ישראל** (מיום 22.12.15) שם התקבל ערעורו של הנאשם והוארך תנאי בן 3 חודשים, על אף הרשעות קודמות. אפנה גם לת"פ 22065-07-16 (שלום פ"ת) בעניינו של **תומנא קבהא**, שם הורה בית המשפט על הארכת תנאי בן 6 חודשים לנאשם בעל עבר פלילי מכביד, וכן לגזר דינו של כב' השופט שרון, ת"פ 4400-04-17 (שלום כפר-סבא) **מדינת ישראל נ' טנבז**, שבו הורה על הארכת תנאי בן 6 חודשים לאחר ששוכנע, כי בנסיבות המעשה והנאשם, לא יהיה זה צודק להפעילו.

8. עיון בפסיקה זו מלמד כי במקרים, שבית המשפט סבר שלא יהיה זה צודק והולם להפעיל

תקופת תנאי, בין היתר בשל נסיבות המעשה והנאשם וחוסר הלימתה למתווה הענישה הראוי בעבירות אלו, הוארכו תקופות תנאי קצרות (חודשיים-שלושה) וארוכות (מחמישה חודשים ואילך).

אעז לומר יותר מכך, מקום שהובאו לפני בתי משפט בערכאות שונות, מקרים שבהם היה תלוי כנגד נאשם בעבירת שהייה בלתי חוקית בודדת, תנאי שמשכו כמשך הרף העליון של מתחם הלכת אל הרוש (5 חודשים) ומעלה, נטה בית המשפט, ברב המקרים אם לא בכולם, להורות על הארכתו של המאסר על תנאי.

9. לא בכדי לא הצליחה המאשימה, על אף בקשתי המפורשת, להציג במסגרת טיעוניה החלטה כלשהיא, כל שכן החלטה של ערכאת ערעור, המורה על הפעלת תנאי שמשכו דומה. פסק הדין שהוצג עפ"ג 57657-03-17 (מח-חי') **מדינת ישראל נ' נזאל**, דן בעניינו של תנאי בן 4 חודשים, וכאמור משכו של התנאי בתיק שלפנינו כמעט כפול.

10. אכן, אין בכח אורכו של תנאי המופעל בלבד כדי לשמש בסיס מספק להארכתו אך את משקל הכובד בבחינת שאלה זו יש ליתן לשאלת ההלימה בין חומרת העבירה לבין הסנקציה בגינה, בהנתן מתחם עונשי מוסדר.

11. זאת ועוד, גזר הדין במסגרתו הוטל התנאי המופעל, ניתן בשנת 2012, טרם באה הלכת אלהרוש לעולם. מטבע הדברים שלא עמדה בפני בית המשפט באותה עת. הדברים שונים ביחס למועד הטעוניהם לעונש וגיבוש עתירתה לעונש של המאשימה. בזמנים אלו ובמשך תקופה ארוכה דנים בתי המשפט, על ערכאותיהם השונות, בעבירות שהייה בלתי חוקית ברוח הלכה זו ומחובתה של המאשימה להתאים גם עתירותיה לשינויי הפסיקה. פסק דין מנחה והלכה מחייבים את בית המשפט לפעול לאורה, ובקל וחומר, בהעדר נסיבות המצדיקות סטייה ממנו, גם את הצדדים להליך.

12. עניינו של נאשם זה, נופל בגדרי הלכת חמיס בהינתן היבט נוסף. בגזר דינו בת"פ 20555-10-12, נדון הנאשם, כמו בעניין חמיס, בביצוע עבירות השונות במידת חומרתן: שהייה בלתי חוקית שהעונש העומד לצידה הינו שנת מאסר והתחזות לאחר לפי סעיף 441 לחוק עונשין, שעונשה שלוש שנים והוטל עליו תנאי כוללני בן 7 חודשים. **"הטלת עונש מאסר מותנה כולל עלולה לעורר קשיים במקרים מסוימים בעת הפעלת התנאי. קשיים אלו עלולים להתעורר בין היתר כאשר קיים הבדל גדול במידת החומרה שמוחסת לכל עבירה ועבירה. במקרים אלה הפעלת תנאי בגין עבירה אחת, שעשויה להיות פחותה בחומרתה, גוררת בהפעלת סנקציה שהושתה בגין מכלול עבירות, שחלקן חמורות יותר והעונש בגינן חמור יותר. במצב זה נפגעת ההלימה בין התנהגות אסורה שבעבירה הנוספת-חדשה לבין העונש שיופעל בגינה, אשר במועד הטלתו הושת כעונש כולל על מספר עבירות"** (הלכת חמיס, פ' 10 לפסק דינו של הש' ג'ובראן).

13. לא מצאתי לקבל טענת המאשימה, כי עונשו של הנאשם בתיק זה החמור יחסית נובע ממאסר על תנאי, אותו השית בית המשפט בתיק אחר ועליו בחר שלא לערער. יש לתת את הדעת לכך שבאותם זמנים, שררה אי אחידות בפסיקה, והדברים התבהרו רק לאחר פרסומה של הלכת אלהרוש, זמן ניכר לאחר מכן.

14. אשר על כן, מכלל השיקולים שפורטו לעיל, מצאתי לקבל עתירת ההגנה ואני מורה על חידוש תוקף עונש המאסר על תנאי בן 7 חודשים שהוטל על הנאשם בת"פ 20555-1-12 (שלום כ"ס) ביום 15.10.12 למשך שנה נוספת.

#### **טרם חתימה**

15. גזר דין זה ניתן ביומה האחרון של שנת המשפט התשע"ז, טרם חתימתו, מצאתי מקום להתייחס לעמדה העונשית של המאשימה בתיק זה ורבים אחרים דומים לו. במהלך שנה זו הובאו

לפני עשרות רבות של תיקים של נאשמים, תושבי האזור, שלהם מיוחסת עבירה של שהייה בלתי חוקית. חלקם הארי של הנאשמים נעדרי עבר פלילי, שנכנסו לתחומי המדינה, לצרכי פרנסה, ללא אישור כדן. המאשימה, הגם שאינה חולקת שעניינם הולם את תנאי הסף של הלכת אלהרוש, אוחזת במתחם עונשי קבוע, שנע בין חודש ל-ששה חודשי מאסר ומבקשת למקם עונשם של "נאשמי אלהרוש" בתחתית המתחם, היינו להשית עליהם מאסר בפועל בן חודש. ברי שעתירתה העונשית של המאשימה **סוטה לחומרא** ממתחם אלהרוש שנע כאמור בין מאסר על תנאי ועד 5 חודשי מאסר (כולל תקופת התנאי), עוד ברור שמתחם זה אינו פרי פסיקה נוגדת, כל שכן של ערכאה גבוהה, ועדיין, למרות שהמאשימה אינה מביאה בין טיעוניה **כל טעם** לסטייה ממתחם ההלכה המחייבת במקרים אלו, ממשכה היא וטוענת, תיק אחר תיק, שמצטברים למאות תיקים, למתחם שרירותי שאינו מגובה ואינו מנומק.

16. אמנם תחילה נומקה הסטייה לחומרא מהמתחם, בעטיו של המצב הבטחוני הנפיץ אלא שגם לשיטת המאשימה, לרבות הגורמים המוסמכים בגופי הביטחון השונים, תקופה זו חלפה (לפחות בכל הקשור לאירועים בטחוניים שבוצעו ע"י תושבי אזור שאינם מורשי כניסה) ואכן כבר לא נשמעים טיעונים מסוג זה.

17. עתירה עונשית קשיחה וגורפת זו, מחייבת את בית המשפט, מקום שנקבע מתחם עונשי ברור ובהיר ע"י בית המשפט העליון, ומבלי כל סיבה מוצדקת, לשמוע טיעונים 'פתוחים' חוזרים ונשנים ולגזור דינם של הנאשמים בהתאם לתיקון 113 לחוק העונשין. דווקא בסוגיה עונשית שהובאה לפתחו של בית המשפט העליון, נבחנה לעומק ובית המשפט, באופן חריג יחסית, אמר בו את דבריו בצורה סדורה, דווקא כאן, נדרש בית המשפט להכריע בכלל התיקים שלפניו נוכח חריגתה הקבועה של המאשימה בעתירתה העונשית, מפסיקת בית המשפט העליון. אני מוצאת טעם לפגם בהתנהלות זו של המאשימה שהחליטה על דעת עצמה לעתור למתחם עונשי חמור, הכולל בהכרח עונשי מאסר בפועל, ללא הנמקה או טעם וללא ביסוס משפטי.

18. עיינינו הרואות שבמשך תקופה ארוכה, לא אומץ המתווה העונשי של המאשימה ע"י בתי המשפט. אלו, ממשיכים, כברגיל, לגזור את הדין בדרכה של הלכת אלהרוש, והמאשימה מצידה, אף בחרת, וטעמיה עימה, שלא לערער על החלטות רבות אלו.

19. זאת ועוד, בהתנהלותה זו של המאשימה מנסה היא לייצר מסלול עוקף להלכת אלהרוש ולעתור למתווה עונשי **שנדחה** ע"י בית המשפט העליון בהלכת אלהרוש ואף נקבע, כי מנוגד לרוחו של תיקון 113 ואינו הולם את מדיניות הענישה הנוהגת. נבהיר הדברים ולצורך כך, נחזור מספר שנים לאחור: טרם הלכת אלהרוש, נקטה המאשימה במדיניות דומה כשעתרה למתחם עונש הולם שבין חודש מאסר בפועל לשישה חודשי מאסר. בתגובתה במסגרת עניין אלהרוש, **הסכימה לקבוע תחתית מתחם העונש ההולם בעבירת שב"ח לצרכי פרנסה על מאסר על תנאי** אלא שלצד זה, ביקשה לקבוע, אפרוירית, "עונש מתאים טיפוסי" לעבירה ולהעמידו על חודש מאסר בפועל. בית המשפט (כב' הש' ג'ובראן) בחן בפסק דינו עתירה זו של המאשימה, ומצא **שאינו לקבלה** משלושה טעמים: הראשון, נוכח הסכמת המאשימה להנמכת תחתית המתחם לעונש של מאסר על תנאי; השני, לאחר בחינת רמת הענישה בפועל עלה, כי רף הענישה שנטען ע"י המאשימה לא אומץ בפועל ע"י הערכאות הדיוניות והאחרון, ולשיטתי החשוב ביותר, כי קביעת "עונש מתאים טיפוסי" כמוה כקביעת עונש מוצא, קביעה שהמחוקק לא בחר בה ובעיקר ניצבת כנגד עקרונות הענישה האינדיווידואלית. "המסקנה"- כך נקבע- "כי אין לגזור עונש אחיד טיפוסי לעבירת שב"ח לצרכי

פרנסה העומדת על חודש מאסר בפועל או בכלל. הדבר מנוגד לרוחו של תיקון 113 ואינו הולם את מדיניות הענישה הנהוגה" (שם, פ'55). עוד נקבע ש"שאיין לקבוע באופן גורף כי העונש של נאשם פלוני בעבירת שב"ח לצרכי פרנסה בתוך מתחם העונש ההולם יושפע לחומרה משיקולי הרתעת היחיד או הרבים, ולבית המשפט נתון שיקול הדעת".

20. אעיר בעניין זה הערה נוספת, המאשימה נימקה עמדתה בעניין אלהרוש לעתירה עונשית המתחילה מחודש מאסר, גם במדיניות ההעמדה לדין בתחום זה שננקטה בתקופה זו ע"י משטרת ישראל, ולפיה הנחיית המטה הארצי של משטרת ישראל היא להעמיד לדין שוהה בלתי חוקי רק בפעם השלישית שבה הוא נכנס לתחומי המדינה. המציאות, לעת זו, מלמדת שהמאשימה אוזחת את החבל בשתי קצותיו- בניגוד לתקופת טרם הלכת אלהרוש, אז קשרה המאשימה בין הגשת כתב האישום בכניסה השלישית ועתירה מחמירה למאסר בן חודש, כיום, שונתה ההנחיה לחומרא, וכבר בכניסה שניה במהלך אותה שנה, מוגש כנגד שוהה בלתי חוקי כתב אישום. מנגד, ממשיכה היא לטעון לאותה רמת ענישה ממש.

21. הנה כי כן למדנו, שלמאשימה ניתן יומה להציג עמדתה להטלת עונש אחיד וקבוע על נאשמי "תחתית מתחם אלהרוש" ולהעמידו על חודש מאסר בפועל. עמדתה זו נדחתה, בית המשפט קבע מתחם אחר שלתחתיתו הסכימה המאשימה, ופסק שמדובר בעתירה שאינה הולמת ומנוגדת לעקרונות משפטיים בסיסיים ובראשם עקרון הענישה האינדיווידואלית. אחיזתה של המאשימה במתחם שנפסל ע"י בית המשפט העליון, התכחשותה להנמכת המתחם, חריגתה מבלי טעם של ממש מהלכת אלהרוש, כל אלו מחייבים המאשימה, באת כח המדינה, לחשיבה נוספת ובחינה מחדש של עמדתה ומצופה שתעשה כן.

**זכות ערעור לבית המשפט המחוזי תוך 45 יום מהיום.**

**ניתן היום, כ"ו תמוז תשע"ז, 20 יולי 2017, במעמד הצדדים.**