



## עפ"ג 33783/06/16 - ג'מאל מחאג'נה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 33783-06-16 מחאג'נה(אסיר) נ' מדינת ישראל 23 אוגוסט 2016

בפני הרכב השופטים: י' גריל, שופט בכיר, [אב"ד]

ד' פיש, שופט

א' לוי, שופט

המערער:

ג'מאל מחאג'נה (אסיר)  
ע"י ב"כ עו"ד עאדל בוראת

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל  
באמצעות פרקליטות מחוז חיפה (פלילי)  
ע"י ב"כ עו"ד גב' שרון אייל

### פסק דין

א. לפנינו ערעור על הכרעת הדין מיום 6.4.16 וגזר הדין מיום 5.5.16 של כב' השופט א' קפלן מבית משפט השלום בחדרה בתיק ת"פ 27826-07-15 אשר בו הורשע המערער בעבירה של הסעת שוהה שלא כדין לפי סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "**חוק הכניסה לישראל**"), ונדון ל-9 חודשי מאסר בפועל וכן הופעל במצטבר עונש מאסר מותנה לתקופה של שנתיים, כך שהמערער נדון בסך הכל ל-33 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו מיום 12.7.15. כמו כן, נגזרו על המערער עונשים נלווים.

### כתב האישום והרקע

ב. על-פי עובדות כתב האישום, ביום 12.7.15 בשעה 09:09 לערך, הסיע המערער ברכבו (רכב מתוצרת KIA, מ"ר 1646150) את מעאד מולחם (להלן: "**מולחם**"), תושב עאנין אשר בשטחים, בעל היתר "**כניסה ושהייה בשטח צבאי סגור - מרחב התפר לחקלאות בלבד**" מבלי שהיה בידי הנוסע אישור כניסה לישראל. המערער הסיעו מאומ אל פחם לבית זרזיר לאחר שסיכם עמו ועם נוסע נוסף (להלן: "**הנוסע הנוסף**"), בעל אישור כניסה לישראל, על ביצוע נסיעה זו בתמורה לסך 200 ₪. הרכב נעצר על-ידי משטרת ישראל בצומת מגידו.

המערער הואשם בעבירת הסעת תושב זר השוהה שלא כדין לפי סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "**חוק הכניסה לישראל**").

### הכרעת הדין

ג. המערער כפר בעובדות כתב האישום, ובפני בית משפט קמא הופיעו והעידו מטעם המשיבה העדים הבאים והובאו הראיות כדלקמן:

עמוד 1



רס"ם יצחק סגס (להלן: "סגס") שחקר את המערער ובאמצעותו הוגשו הודעת המערער במשטרה (ת/1), מסמך המזהה את שני הנוסעים (ת/2), היתרי הנוסעים (ת/3) ותמונת רכבו של המערער (ת/4). סגס העיד על נסיבות חקירת המערער ועל ההיתרים של הנוסעים;

רס"ם עאדל חאלדי (להלן: "חאלדי"), מש"ק במעלה עירון שעצר יחד עם רס"ר שליו אלימלך את רכבו של המערער בצומת מגידו, ובאמצעותו הוגשו דו"ח פעולה (ת/5) ודו"ח עיכוב המערער (ת/6(1)) וכן דו"חות העיכוב של שני הנוסעים (ת/12 ות/13). חאלדי העיד על נסיבות עצירת הרכב ועיכוב המערער והנוסעים;

רפ"ק אייל שחר (להלן: "שחר"), שהיה במועד מעצרו של המערער קצין תורן בתחנת המשטרה באום אל פחם וביום הדיון קצין אג"מ בתחנה. באמצעותו הוגשו דו"חות קצין ממונה לגבי המערער והנוסעים האחרים ברכב (ת/6(2), ת/7 ות/8);

רס"ר שליו אלימלך (להלן: "אלימלך"), מש"ק במעלה עירון שעצר יחד עם רס"ם חאלדי את רכבו של המערער, ובאמצעותו הוגש דו"ח פעולה (ת/9), מזכר מיום 12.7.15 (ת/10) ומפה המצביעה על מקום עצירת רכבו של המערער (ת/11). אלימלך העיד על נסיבות עצירת הרכב ומקום עצירתו;

כמו כן הוגשה בהסכמה (עמ' 23 לפרוט') תעודת עובד ציבור שערך סג"מ אביתר אשכנזי ממת"ק ג'נין שעניינה ההיתרים שהיו בידי הנוסעים ברכב (ת/14);

מטעם ההגנה העיד המערער (המערער העיד בשפה הערבית ועדותו תורגמה באמצעות עובד בית המשפט עו"ד הוזאם מחאמיד). טענת ההגנה של המערער הייתה, כי בדק את האישורים שהיו בידי הנוסעים, ולאחר שבחן את האישורים הגיע למסקנה שיש באישורים אלו כדי להתיר את כניסתם של הנוסעים לישראל.

ד. בית משפט קמא קבע, כי נקודת המוצא של הדיון היא שמאחר שאין מחלוקת על כך, שהמערער ידע שמולחם הוא תושב-שטחים, עליו הנטל להראות שבדק את מסמכיו ושהוא אינו שווה בלתי חוקי. בית המשפט הפנה להוראת סעיף 12א(ד)(1) לחוק הכניסה לישראל (כיום סעיף 12ב13):

"מי שעשה מעשה כאמור בסעיפים קטנים (א) (ב) (ג) או (ג5), והוכחה מודעותו לכך שהלן, העובד, הנוסע או הנוהג, לפי העניין, הוא תושב זר, עליו הראיה שהמעשה נעשה באחת מאלה:

(א) לאחר שבדק שבידי התושב הזר מסמכים, שלפיהם הוא נכנס לישראל כדין ויושב בה כדין, או לעניין עבירה לפי סעיף קטן (ג5), מסמכים שלפיהם הוא רשאי לנהוג ברכב בישראל".

בית משפט קמא סבר, כי המחלוקת היחידה הדרושה הכרעה היא האם ידע המערער או היה צריך לדעת, שההיתר שהחזיק מולחם אינו מאפשר לו לשהות בתחום ישראל - בין אום אל פחם לצומת מגידו.

בית משפט קמא ציין, כי אין מחלוקת לגבי טיבם השונה של האישורים שהיו בידי כל אחד מהנוסעים ברכב, וכן אין מחלוקת בדבר העדרה של התאמה בין הכיתוב בעברית לבין הכיתוב בערבית על גבי אישורו של מולחם. בעברית נאמר "כניסה ושהייה בשטח צבאי סגור - מרחב התפר", ובערבית נאמר רק "אזור ההשקה" ואין כל אזכור לכך שמדובר בשטח צבאי סגור.



אולם, הדגיש בית משפט קמא, כי כתוב בראש האישור של מולחם, בשתי השפות, שהוא מונפק על ידי התיאום והקישור האזרחי, הוא נושא את סמל הצבא **ואינו** נושא את סמל המדינה. זאת להבדיל מאישור הכניסה לישראל שהיה בידי הנוסע הנוסף. בית משפט קמא ציין, כי אמנם היה רצוי לרשום במפורש על גבי האישור שהוא איננו מהווה אישור כניסה למדינת ישראל, אך השאלה עודנה היא מה אמור היה המערער להבין, כשבדק את האישור, ומה הבין בפועל.

ה. בית משפט קמא ציין כי היה מחדל חקירתי של המשטרה בכך שמהנוסעים עצמם לא נגבתה עדות מוקדמת, והם הוחזרו לשטחי הרשות הפלסטינית. בית משפט קמא קבע, כי התוצאה של מחדל זה היא שיש לקבל את טענת המערער שהוא אכן בדק את האישורים.

בית משפט קמא סקר את עדותו של המערער בה העיד, כי בדק את האישורים ולא חשב שהאישור שהיה בידי של מולחם אינו מהווה אישור כניסה לישראל. לטענתו, פעל הוא בתום לב ולא חשד במאומה.

בית משפט קמא קבע, כי לאור העובדה שמדובר בשני אישורים שונים, לא ניתן לקבל את ההנחה כי לא התעורר אצל המערער חשד לגבי טיבם.

עוד ציין בית משפט קמא, בהתייחס לטענת המערער כי ישנם פערים בין הכיתוב בשפה העברית לבין הכיתוב בשפה הערבית על גבי אישורו של מולחם, כי לא שוכנע שהמערער איננו יודע לקרוא עברית, אך גם אם כך הדבר, הרי שיכול היה להתעורר אצל המערער החשד מתוקף העובדה שאין דמיון בין אישורו של מולחם לבין אישורו של הנוסע הנוסף.

ו. בית משפט קמא קבע, כי המערער לא הרים את הנטל להראות שבדק את האישור בדיקה עניינית ומעמיקה, זאת להבדיל מבדיקה שטחית, וכן לא הראה, שלא חשד בעקבות אותה בדיקה שהאישור של מולחם אינו תקין. בהקשר זה הפנה בית משפט קמא לע"פ (מחוזי ת"א) 70427/01 **מדינת ישראל נ' מאיר** (26.5.02) בו נקבע, על-פי פרשנותו של בית משפט קמא לפסק הדין, שאת המודעות של המסיע ניתן ללמוד מהנסיבות, ודי בעצימת עיניים כדי להקים את אותה מודעות.

ז. בית משפט קמא התייחס לטענת המערער, כי אין לייחס לו בקיאות גדולה יותר באישורי המינהל האזרחי מאשר זאת שיש לשוטר חאלדי. חאלדי, כאמור, היה מי שעיכב את המערער ואת נוסעי הרכב, לאחר שבדק את האישורים שבידיהם. עולה מעדותו של חאלדי, כי למרות שבדק את אישוריו של מולחם לא חשד שהאישור שבידיו אינו תקין ושאין הוא מתיר לו כניסה לישראל. הסיבה לכך שחאלדי עיכב את נוסעי הרכב הייתה שאחד מהם היה דרוש לחקירה בעניין אחר, ואילו רק בתחנת המשטרה התברר לחאלדי שאחד הנוסעים שווה שלא כדן בישראל. בהתייחס לטענת המערער כי אין לייחס לו סטנדרט גבוה יותר מאשר לשוטר חאלדי, שגם הוא לא הבחין במשמעותם של ההבדלים בין האישורים השונים, קבע בית משפט קמא, שאין דמיון בין הסיטואציות. השוטר חאלדי לא הסיע אף אדם ולכן לא רבצה עליו החובה המוגברת שקבועה בחוק הכניסה לישראל. כמו כן ציין בית משפט קמא, כי אין במודעותו של השוטר כדי ללמד על רמת המודעות של המערער, שהודה בחקירתו שהאישורים הללו אינם זרים לו וכבר ראה רבים כאלה בעבר.



ח. סוף דבר, בית משפט קמא קבע, כי המערער לא הרים את הנטל הרובץ לפתחו להוכיח כי אכן בדק באופן מעמיק את האישורים והגיע למסקנה כי התקיימה אצל המערער המודעות הדרושה להרשעה בעבירת הסעת שוהה שלא כדין לפי חוק הכניסה לישראל, והרשיעו.

## גזר הדין

ט. לעיון בית משפט קמא הוגש גיליון הרישום הפלילי של המערער ובו שש הרשעות קודמות:

הראשונה מיום 26.12.78 בבית המשפט המחוזי בתל-אביב בעבירות פריצה לבתי עסק וגניבה;

השניה מיום 29.12.78 בבית המשפט המחוזי בתל-אביב בעבירות של ניסיון פריצה לבתי עסק וגניבה, פריצה לבתי עסק וגניבה. במסגרת ההליך נגזר דינו של המערער גם בגין העבירה נשוא הרשעתו הראשונה והוטל עליו עונש מאסר מותנה לתקופה של 6 חודשים;

השלישית מיום 15.10.80 בבית משפט השלום בחדרה בעבירת גניבה. בית המשפט הפעיל את העונש המותנה משנת 1978 וכן הוטל על המערער עונש מאסר מותנה נוסף;

הרביעית מיום 23.1.97 בבית משפט השלום בחיפה בעבירת הסעת שוהה שלא כדין. על המערער הוטל עונש מאסר מותנה לתקופה של 6 חודשים וכן קנס בסך 2,000 ₪;

החמישית מיום 6.6.04 בבית משפט השלום בחדרה בעבירת הסעת שוהה שלא כדין. בית המשפט גזר על המערער 30 ימי מאסר בפועל וכן עונש מותנה לתקופה של 3 חודשים והתחייבות להימנע מעבירה;

השישית מיום 5.9.05 בבית המשפט המחוזי בחיפה בעבירות גרימת מוות ברשלנות, הסעת שוהה שלא כדין וחבלה ברשלנות. בית המשפט גזר על המערער 10 שנות מאסר בפועל מיום מעצרו, 5.10.03, ומאסר מותנה לתקופה של שנתיים. באותו עניין הורשע המערער לאחר שהסיע את המפגעת למסעדת "מקסים" בחיפה בשנת 2003.

י. בית משפט קמא קבע, כי האינטרסים המוגנים על ידי סעיף 12א(ג)(1) של חוק הכניסה לישראל הם ריבונות המדינה, ביטחון המדינה ואזרחיה, וזכות המדינה לבצע סינון בטחוני של הנכנסים לתחומה. בית משפט קמא הדגיש, כי עבירת ההסעה חמורה יותר מעבירת הכניסה של השוהים עצמם, ולכן העונש המקסימלי שקבע המחוקק בגין הסעה הוא כפול מהעונש על הכניסה הבלתי חוקית.

יא. בית משפט קמא קבע, כי הנסיבות הרלוונטיות לענייננו לפי הוראת סעיף 40ט לחוק העונשין, התשל"ז-1977 הן הנזק שעלול היה להיגרם מביצוע העבירה ויכולתו של המערער להבין את אשר הוא עושה ואת הפסול במעשה. בית משפט קמא קבע את מתחם העונש ההולם על ביצוע עבירה זו בהתאם לפסק הדין ברע"פ 2572/16 **סויסה נ' מדינת ישראל** (6.4.16) בו אישר בית המשפט העליון מתחם ענישה שנע בין 5 חודשי מאסר בעבודות שירות ל-18 חודשי מאסר ולא התערב בעונש שהוטל על ידי בית משפט השלום ואושר על ידי בית המשפט המחוזי.



בית משפט קמא סקר את גיליון הרישום הפלילי של המערער והדגיש את הרשעותיו הקודמות המרובות ואת העובדה כי הרשעתו בהליך זה היא הרשעתו הרביעית בעבירת הסעת שוהה שלא כדין. כן ציין בית משפט קמא, כי המערער ביצע את העבירה בחלוף תקופה קצרה מאז שחרורו ממאסר לתקופה של 10 שנים בגין הרשעתו בהסעת המפגעת למסעדת "מקסים".

בית משפט קמא קבע, שמכיוון שלא מדובר היה בהסעה אקראית של טרמפיסט אלא בהסעה בשכר, יש להטיל עונש ברף החמור של מתחם העונש ההולם וקבע כי העונש יעמוד על 9 חודשי מאסר בפועל.

יב. בית משפט קמא נדרש לשאלת הפעלת העונש המותנה לתקופה של שנתיים. בית משפט קמא דחה את טענת המערער כי הפעלת העונש היא בלתי מידתית בהתחשב בכך שתקופה המאסר המותנית ארוכה באופן משמעותי מתקופת המאסר שהוטלה עליו בגין העבירה המפעילה. בית משפט קמא קבע, כי יש לבחון את העונש בהתייחס לעבירה שבגינה הוטל העונש המותנה ולא בהתייחס לעבירה שהפעילה את העונש. בית משפט קמא הפנה לעפ"ג (מחוזי ת"א) 52764-12-13 **האבט נ' מדינת ישראל** (9.2.14) בו נאמר:

"מאסר על תנאי הוא שטר ששוברו בצידו. לרוע המזל, כשמגיע הזמן לפרוע את השטר, הפרעון קשה ולעיתים נוצרת תוצאה כדוגמת התוצאה שבפנינו. יחד עם זאת, את המידתיות לא ניתן לבחון באמת מידה של העבירה שביצע המערער בתיק הנוכחי לעומת התקופה שעליו לרצות. המידתיות נבחנת במקרה הנוכחי במשקפי התיק הקודם שבו הוטל עליו מאסר על תנאי."

יג. בית משפט קמא ציין כי ישנם מקרים בהם ראוי להאריך את תקופת התנאי, מקרים בהם השתנתה מדיניות הענישה הנהוגה בעבירות שבגינן הוטל העונש המותנה, מקרים בהם שיקולים שיקומיים גוברים על השיקולים בגין ענישה בשל עבירה מינורית, אך מקרה זה אינו אחד ממקרים אלו. בית משפט קמא ציין, כי הטענות אותן העלה המערער בעדותו, דהיינו שהוא בדק את אישורי הנוסעים, הן טענות שנדחו ואין להן משקל בגזר הדין.

יד. בית משפט קמא ציין, שמכיוון שמתחם העונש ההולם לעבירה זו מתחיל בעונש מאסר בפועל, ובהעדר נסיבות המצדיקות חריגה לקולא מן המתחם, ממילא אין אפשרות שלא להפעיל את עונש המאסר המותנה. עוד קבע בית משפט קמא, כי אין סיבה לכך שעונש המאסר המותנה המופעל ירוצה בחופף לעונש שהוטל בגין ההרשעה הנוכחית. בית משפט קמא הפנה לע"פ 1323/08 **מדינת ישראל נ' פלוני** (29.10.08) שם נכתב:

"כלל הוא כי מאסר מותנה שנגזר על נאשם בגין עבירה קודמת יופעל במצטבר לעונש שנגזר בגין עבירתו הנוכחית "זולת אם בית משפט שהרשיעו בשל עבירה נוספת ציווה, מטעמים שירשמו, ששתי התקופות כולן או מקצתן יהיו חופפות", כאמור בהוראות סעיף 58 לחוק העונשין".

בית משפט קמא קבע כי במקרה זה לא קיים כל טעם לחרוג מהכלל.



טו. לסיכום, בית משפט קמא גזר על המערער את העונשים הבאים:

33 חודשי מאסר בפועל, שהם 9 חודשי המאסר שהוטלו בגין הרשעתו הנוכחית לרבות עונש המאסר המותנה בן שנתיים שירוצה במצטבר, בניכוי ימי מעצרו מיום 12.7.15.

ובנוסף:

6 חודשי מאסר על תנאי לתקופה של 3 שנים והתנאי הוא שלא יעבור כל עבירה על חוק הכניסה לישראל ויורשע בה;

פסילת רישיון הנהיגה לתקופה של שנתיים בפועל;

חילוט הרכב בו הסיע המערער את הנוסעים לפי סעיף 39 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), התשכ"ט-1969.

## טענות המערער

### טענות המערער לעניין הכרעת הדין

טז. טענת המערער בתמצית היא כי לא ניתן היה להבין לפי האישור של מולחם מה תוקפו ומה היקפו ומכיוון שלא הוכח שהוא לא בחן את ההיתר, אין להרשיעו. וביתר פירוט: המערער טוען, כי הנסיעה נעשתה בנסיבות בהן לא חשד שמולחם נכנס לישראל שלא כדין. המערער טוען, כי בהיתר הכניסה שהחזיק מולחם צויין במפורש כי תוקפו מיום 31.5.15 עד ליום 29.5.17. המערער טוען, כי הבעיה בהיתר שהיה בידי מולחם היא התרגום החלקי של האישור, כלומר אי-התאמה בין הכיתוב בעברית לבין הכיתוב בערבית. המערער טוען, כי הכיתוב בעברית "**כניסה ושהיה בשטח צבאי סגור - מרחב תפר**" תורגמה לערבית כ"**אישור כניסה לאזור השקה**" ואין כל אזכור בתרגום לערבית למילים "**שטח צבאי סגור**" ו"**מרחב תפר**".

המערער טוען, כי למילה "**משיק**" בערבית יש פירוש רחב. המערער טוען, כי אום אל פחם, וקטע הדרך בינה לבין צומת מגידו, נמצאים ממש על הקו הירוק וגדר ההפרדה גובלת ממש עם אחרון הבתים באום אל פחם. המערער טוען, כי על-פי הפרשנות הרחבה שניתן לייחס לדיבור "**אזור השקה**" הרי שהוא מכיל בתוכו גם את צומת מגידו.

יז. המערער טוען, כי כאשר קיים איסור לעשות מעשה, צריך שהדברים יהיו ברורים ובית משפט קמא הרי קיבל את טענתו שאין התאמה בין הכתוב בשפה העברית לבין הכתוב בשפה הערבית לגבי אישור הכניסה. המערער טוען, כי בית משפט קמא יצא מנקודת הנחה שקיימים שני אישורים בלבד והמערער צריך היה להבחין בהבדלים בין האישורים כאשר בפועל ישנם שבעה סוגי אישורים שונים שמוצאים באופן שוטף על-ידי המינהל האזרחי בשטחים ועל כן לא היה מקום לקביעה של בית משפט קמא, כי ההבדל בין שני האישורים היה צריך לעורר חשד אצל המערער.



המערער מוסיף וטוען, כי יש דמיון בין האישור שהיה בידי מולחם לבין האישור שהיה בידי הנוסע הנוסף: בשניהם כתוב כי הם בתוקף שבעה ימים בשבוע ובשניהם כתוב כי הם בתוקף "**למרות מניעה**". נעיר, כי מהעיון באישור הכניסה של מולחם עולה כי אכן מופיע בו בעברית ובערבית "**בתוקף למרות מניעה**", אולם לא מצאנו שכיתוב זה מופיע באישור הכניסה של הנוסע הנוסף.

בדיון שנערך בפנינו ביום 14.7.16 חזר ב"כ המערער על טענתו כי השוני בין האישורים לא היה צריך להדליק אצל המערער נורות אדומות.

יח. המערער טוען, כי לא היה מקום לייחס משקל לכך שישנם הבדלים צורניים בין שני האישורים: לכך שבאישורו של הנוסע הנוסף מופיע סמל המדינה, ובאישורו של מולחם מופיע סמל הצבא. המערער חוזר על הטענה שהעלה בפני בית משפט קמא, כי הדמיון בין האישורים הוא כה רב עד שאפילו השוטר חאלדי שעצר את הרכב לא סבר כי אישורו של מולחם אינו אישור תקף. המערער מפנה לעדותו של חאלדי בעמ' 9 לפרוטוקול:

"לשאלות ביהמ"ש:

ש: למה הובלת אותם לניידת? אם חשדת שיש לו אישור לקו הירוק, הוא בעצם לא עבר שום עבירה, נכון?

ת: ציינתי שהם היו דרושים לגורמי חקירות, אבל ללא עובדה זו, לא הייתי מוביל אותם לתחנה.

ש: תבהיר.

ת: ציינתי שהשוטר שליו דיבר עם גורמי החקירות ונאמר שהם דרושים לחקירות. אני אישית לא קיבלתי תשובה למה צריך לקחת אותם לתחנה." (ההדגשה של המערער).

המערער טוען, כי אם שוטר שמכיר את האזור היטב, וקרא את אישור הכניסה הרלוונטי אינו רואה שקיימת בעייתיות בהסעה עצמה, הרי שאין מקום לקבוע כי היה על המערער לחשוד בבעייתיות כלשהי באישורו של מולחם.

יט. המערער מלין על המשקל שייחס בית משפט קמא להודעתו במשטרה. המערער טוען, כי שגה בית משפט קמא בכך שקבע, כי לא שוכנע שהמערער אינו קורא עברית, ולטעמו אין למסקנה זו כל בסיס עובדתי בראיות שעמדו בפני בית משפט קמא. המערער מפנה לעדותו בפני בית משפט קמא (עמ' 29 לפרוט') שם העיד המערער בשפה הערבית וחקירתו, כאמור, תורגמה על-ידי עובד בית המשפט עו"ד הוזאם מחאמיד. המערער העיד, כי כלל לא למד בבית-ספר, וכן טען, שחתם על הודעתו במשטרה מבלי שקראה. המערער מפנה לעמ' 4 לפרוט', ש' 23 לעדותו של חוקר המשטרה יצחק סגס, כי המערער נחקר בשפה העברית. המערער טוען, כי היה צריך לחקרו בשפה הערבית.

כ. המערער טוען כי יעד נסיעתו, ועל כך יעידו הדברים שמסר בחקירתו מיום האירוע, היה צומת מגידו ואין



ממש בטענה שמטרת הנסיעה היתה לכפר זרזיר. המערער טוען, כי עדות זו נתמכת על-ידי השוטר שליו אלימלך שהעיד, כי המערער עשה פניית "פרסה" לכיוון אום אל פחם (המערער מפנה לעמ' 16 לפרוט', ש' 21). המערער מפנה לת/7 בו רשם אלימלך, כי שמע מן המערער שהוא "**לוקח אותם**" [את הנוסעים] **לכפר זרזיר לעבוד בגבס**". המערער טוען, כי עדותו של אלימלך היתה עדות פתלתלה ובלתי קוהרנטית ומפנה לעמ' 17 לפרוט', ש' 5 עד לעמ' 19 לפרוט', ש' 8.

כא. המערער מלין על החלטת בית משפט קמא מיום 19.11.15 (עמ' 14 לפרוט') שהתירה למשיבה להגיש את המפה עליה סומן מקום עצירת הרכב (ת/11) באמצעות אלימלך. המערער טוען, כי הדרך להגיש מסמך בכתב היא באמצעות עורכו של המסמך. המערער טוען, כי המפה אינה בגדר רשומה מוסדית ואין היא עומדת בתנאים הנדרשים בחוק על-מנת להכיר בה ככזו.

כב. המערער טוען, כי שגה בית משפט קמא בכך שייחס לו רמת מודעות המספיקה להטלת אחריות פלילית. המערער טוען, כי המשיבה לא הוכיחה עצימת עיניים מצדו הנדרשת להוכחת מחשבה פלילית לפי סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. המערער מפנה בעניין זה להלכות שנקבעו בע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (2) 735, 758-757 לדברי המלומד י' קדמי, **על הדין בפלילים (עדכון והשלמה) 37 (1996)**, ולדברי המלומד ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 519 (1987). המערער טוען, כי על-מנת לקבוע קיומה של עצימת עיניים יש להוכיח כי לנאשם היה חשד לגבי טיב ההתנהגות וחשד זה נתון למבחן סובייקטיבי. המערער מפנה, בין היתר, בהקשר זה לע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח (1) 302, למאמרה של המלומדת ר' קנאי "המחשבה הפלילית הנדרשת לנסיבות העבירה" **מחקרי משפט** יא 147 ולמאמרו של המלומד ש"ז פלר "טעות במצב הדברים בעקבות פסק-דין בע"פ 5612/92 (פרשת האינזוס "שמרת")" **מחקרי משפט** יב 5.

כג. המערער מסכם את טענותיו לעניין הכרעת הדין וטוען כי בעבירת הסעה של שוהה שלא כחוק, על המדינה להוכיח שהנאשם היה מודע בפועל לכך שהנוסע הוא שוהה שלא כחוק ובעניינו של המערער לא הצליחה המשיבה להרים את נטל ההוכחה. המערער מפנה גם לסעיף 12א(ד)(1) לחוק הכניסה לישראל (כיום, סעיף 12ב(13) לפיו ישנה הגנה למי שהסיע שוהה בלתי חוקי אם הוכיח שבדק את מסמכי אותו תושב זר, או כי הוכיח שלא חשד כי התושב הזר שוהה בישראל שלא כדין.

### טענות המערער לעניין גזר הדין

כד. המערער טוען, כי שגה בית משפט קמא בכך שהטיל עליו עונש מאסר בן 9 חודשים. לאור נסיבות העבירה, היה מקום להקל בעונשו שכן מדובר בהסעה של שני אנשים, כשלאחד מהם אישור תקף לשהייה בישראל ואילו לשני אישור מסוג כלשהו, וגם אם נסיבות אלו אינן מובילות לזיכוי, יש בהן לפחות כדי להצדיק הקלה בעונשו.

המערער טוען אם כי באופן לאקוני ובלתי מנומק כי קמה לו הגנה מן הצדק ושגם אם אין היא מחייבת את זיכוי, הרי שהיא מחייבת הקלה בעונשו.



כה. המערער מפנה לפסק הדין בעפ"ג (מחוזי מרכז) 30470-06-13 **מאור נ' מדינת ישראל** (20.10.13) בו הורשע אדם בהסעת ארבעה שוהים בלתי חוקיים ונדון למאסר ובערעור, למרות שמדובר היה במי שהורשע כבר בעבר בעבירת הסעת שוהה שלא כדין, בוטל עונש המאסר בפועל שהוטל עליו והוארכה תקופת התנאי והוא נדון לשל"צ.

המערער גם מפנה לת"פ (שלום רמלה) 18086-03-10 **מדינת ישראל נ' אל עמורי** (12.7.12) בו נפסק, כי מתחם העונש ההולם לעבירה של הסעת שוהה שלא כדין הוא בין עונש מותנה למאסר בפועל לתקופה של ששה חודשים.

המערער מפנה בנוסף לת"פ (שלום ירושלים) 56533-01-13 **מדינת ישראל נ' תורעאני** (12.3.14) בו נאשם שהורשע על-פי הודאתו בשתי עבירות של הסעת שוהה בלתי חוקי, נהיגה בקלות ראש, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו ומעבר בצומת עם רכב בניגוד להוראת אור אדום ברמזור, נדון לששה חודשי מאסר בעבודות שירות.

כמו כן מפנה המערער לת"פ (שלום רמלה) 3607-06-09 **מדינת ישראל נ' וגים** (16.5.13) בו הורשע אדם על-פי הודאתו בכתבי אישום בשני תיקים נפרדים - האחד בעבירת הסעת שוהים שלא כדין והשני העסקת שוהה של כדין ונדון לארבעה חודשי מאסר בעבודות שירות.

המערער מפנה לע"פ (מחוזי ירושלים) 2738/08 **מדינת ישראל נ' יוסף** (21.1.09) בו נדחה ערעור על גזר דין לפיו הוטל על הנאשם צו של"צ ללא הרשעה.

כו. לענין הפעלת עונש המאסר המותנה, טוען המערער, כי בנסיבות הענין היה מקום להאריך את תקופת התנאי ולא להפעילו, זאת משום היותו של התנאי תנאי דרקוני. בהקשר זה מפנה המערער לת"פ (שלום באר שבע) 15746-10-11 **מדינת ישראל נ' יאשיב** (26.5.12). עוד מפנה המערער לרע"פ 9290/03 **עבד אלג'אבר נ' מדינת ישראל** (3.12.03) בו נאמר, כי רשאי בית המשפט, בנסיבות המתאימות, להאריך את תקופת התנאי ולא להפעילו אם התוצאה של הפעלת התנאי נראית קשה בעיניו. נדגיש, כי בהחלטה זו של בית המשפט העליון **נדחתה** בקשת רשות ערעור על פסק דין הדוחה ערעור על הפעלת עונש מאסר מותנה הארוך מתקופת המאסר שהוטלה על הנאשם בגין העבירה שהרשעתו בה הפעילה את העונש המותנה.

כז. המערער מפנה לדברי בית המשפט העליון ברע"פ 5798/00 **ריזי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה (3) 1:

"אם עבר פלוני בתוך התקופה שנקבעה בגזר-הדין הראשון עבירה מבין עבירות התנאי, על בית-המשפט המרשיעו בעבירה כזו להפעיל את המאסר המותנה. שיקול-הדעת שלא להפעיל את התנאי הוא מצומצם ומותנה בכך שלא יוטל עונש מאסר בגין העבירה הנוספת - עבירת התנאי - וזאת אך מטעמים מיוחדים שיירשמו".

וכן מפנה המערער לדברי בית המשפט העליון בע"פ 4517/04 **מסראווה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט (6) 119:

"הכלל שנקבע בסעיף 56 לחוק העונשין הוא כי ביצוע עבירת התנאי מפעיל את המאסר המותנה, ויהא זה במקרים חריגים בלבד, ורק מטעמים שיירשמו, שבית-המשפט יהיה רשאי להורות על הארכת תקופת התנאי אם שוכנע כי בנסיבות הענין לא יהא זה צודק להפעילו. אמנם, ככל שהפעלת התנאי היא אוטומטית, כך גדל כוחו המרתיע של



המאסר המותנה (אנקר בספרו הנ"ל [21], בעמ' 47), אולם חרף זאת ניתן שיקול-הדעת לבית-המשפט שלא להפעילו כדי לאפשר לו, מקום שהצדק מחייב זאת, להעניק לנאשם הזדמנות נוספת ואחרונה לחזור לדרך הישר, וגם בחריג זה גלום עקרון ההרתעה".

כח. בדיון שנערך בפנינו ביום 14.7.16 טען ב"כ המערער, כי העובדה שהמערער נתון במעצר כבר שנה, יחד עם הנסיבות האחרות, יכולה להצדיק את הארכת תקופת התנאי. ב"כ המערער הפנה לרע"פ 3242/13 ג'ראדא נ' מדינת ישראל (9.12.14) לחיזוק טענתו.

סיכומי של דבר, המערער מבקש כי נקבל את ערעורו ונורה על זיכוי. לחלופין, מבקש המערער, כי בית משפט זה יתחשב בעובדה כי הוא עצור מאז יום 15.7.15 ויאריך את תקופת התנאי.

## טענות המשיבה

כט. לעניין הכרעת הדין, טוענת המשיבה, כי הנטל הוא על המערער שידע כי מדובר בתושב זר לבדוק האם יש לו אישור כניסה כדין לישראל. המשיבה טוענת, כי המערער איננו האדם הרגיל שלראשונה מסיע תושב שטחים, אלא הוא אדם שמקצועו הוא הסעת תושבי שטחים. המשיבה טוענת, כי אדם שכנגדו עומד עונש מאסר מותנה לתקופה של שנתיים על הסעת שוהה בלתי חוקי, צריך לבדוק בזכוכית מגדלת את טיבם של האישורים שהוצגו בפניו, במיוחד כאשר מוצגים לו שני אישורים שונים שבאחד רשום אישור כניסה לישראל ובשני כתוב אישור כניסה לאזור השקה.

המשיבה מדגישה, כי יש לתת משקל לעובדה כי מעשהו של המערער נבע מרצון לרווח. לפי כתב האישום דרש המערער תשלום של 200 ₪ בגין ההסעה. המשיבה רומזת, כי הסיבה לדרישת תשלום בגובה זה היא משום הסיכון שבהסעת שוהה שלא כדין.

מדגישה המשיבה, כי מדובר בשני אישורים שונים: האחד הוא אישור כניסה לישראל והשני הוא אישור שהייה בשטח צבאי סגור - מרחב התפר לצרכי חקלאות בלבד. גם בערבית, כך טוענת המשיבה, מופיעה המילה חקלאות.

לעניין גזר הדין, טוענת המשיבה כי אין כל סיבה להאריך את תקופת התנאי. המשיבה טוענת, כי בנוסף להרשעתו בעבירה שבגינה הוטל עונש המאסר המותנה שהופעל עם הרשעתו, יש לחובת המערער הרשעות נוספות בעבירות של הסעת שוהים בלתי חוקיים ועל כן מדובר ברצידיוויסט שלא מורתע מדבר ולא מאיום משום סנקציה.

## דין והכרעה

ל. עיינו בנימוקי הערעור, בתיק בית משפט השלום, בהכרעת הדין של בית משפט קמא ובגזר דינו וכן שמענו את טענות הצדדים בעל-פה בדיון שנערך בפנינו ביום 14.7.16. מסקנתנו היא שיש לדחות את הערעור על שני ראשיו.



בטרם נדון בטענות המערער בפירוט, נביא את עיקר טענותיו בתמצית. האחת, שעניינה הרשעתו של המערער, היא שלא ניתן להרשיעו בהסעת שוהה שלא כחוק שעה שהוא בחן את האישורים עובר לנסיעה ודי בבחינת אותם אישורים כדי להקים לו את הגנת סעיף 12ב13 לחוק הכניסה לישראל. השניה, וזו טענה חלופית, היא שגם בהינתן הרשעתו, העונש שהוטל עליו חורג באופן קיצוני מן הענישה הנוהגת בעבירות אלו.

אנו דוחים שתי טענות אלו. אנו סבורים, כי האחריות שמטיל החוק על המסיע אינה מתמצה בבדיקה שטחית של אישורי הנוסע ואין בדמיון החלקי בין האישורים כדי לסייע לטענת ההגנה של המערער. באשר לחומרת העונש אנו סבורים כי החריגה, כביכול, מהענישה הנוהגת אינה אלא תוצאה של המעשה שבגינו הוטל המאסר מותנה.

ועתה לדיון ביתר פירוט.

### טענות מקדמיות: מחדלי חקירה והגנה מן הצדק

לא. המערער מעלה מספר טענות שעניינן מחדלי חקירה. המערער טוען, כי אין לתת משקל להודעתו במשטרה שכן החקירה התנהלה בשפה העברית אותה אינו דובר, וכן הוא טוען למחדל חקירתי בכך שחקירתם של הנוסעים לא תועדה, לא נגבתה מהם עדות מוקדמת והם הוחזרו לשטחי הרשות הפלסטינית. אנו דוחים טענות אלו.

הלכה היא כי אין במחדלי חקירה כשהם עומדים בפני עצמם כדי להביא בהכרח לזיכויו של נאשם. נפנה לע"פ 5386/05 **אלחורטי נ' מדינת ישראל**, פסקה ז (18.05.06):

"במקרים שבהם נתגלו מחדלים בחקירת המשטרה, בית המשפט צריך לשאול עצמו האם המחדלים האמורים כה חמורים עד שיש לחשוש כי קופחה הגנתו של הנאשם, כיוון שנתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו (ע"פ 173/88 מרדכי אסרף נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 792, 785 (השופט גולדברג); ע"פ 5781/01 טארק אעמר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 688, 681 (השופט ג'ובראן); ע"פ 5152/04 שוריק אגרונוב נ' מדינת ישראל (השופט ג'ובראן)). על פי אמת מידה זו, על בית המשפט להכריע מה המשקל שיש לתת למחדל לא רק כשהוא עומד לעצמו, אלא גם בראיית מכלול הראיות (ע"פ 2511/92 נאיל חטיב נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (השופט גולדברג))."

לב. אנו סבורים, כי ניתן לייחס להודעתו של המערער במשטרה את מלוא המשקל הראייתי. סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 (להלן: "**חוק חקירת חשודים**") קובע כי "**חקירת חשוד תתנהל בשפתו או בשפה שהחשוד מבין ודובר אותה, לרבות שפת סימנים**" (וראו בעניין זה ע"פ 7974/07 **לין נ' מדינת ישראל** (3.11.10)). יצוין, כי לא הוצגו כראיה קלטות מחקירתו של המערער כמתחייב מסעיף 4 לחוק חקירת חשודים, אך כפי שנפסק בע"פ 1361/10 **מדינת ישראל נ' זגורי** (02.06.11) היעדר תיעוד כשלעצמו לא יביא לפסילת ההודעה.

בענייננו, החוקר רס"ם יצחק סגס נחקר על נסיבות חקירת המערער והעיד, כי המערער נחקר בשפה העברית וכי הוא כתב את הודעתו של המערער "**מילה במילה**" (עמ' 4 לפרוט', החל משורה 22) ועדותו לא נסתרה. על-פי הנכתב בהודעת החשוד (מוצג ת/1) המערער התייעץ עם ב"כ עו"ד עאדל ביראת בטלפון לפני תחילת



חקירתו (שורות 1-3 להודעת החשוד). לא נטען ולא הוכח כי שיחת טלפון שכזו לא התקיימה. בנוסף, הצהיר המערער לאחר מכן בתחילת החקירה כי הוא מבין את השפה העברית ושהוא מוכן לענות על השאלות. כמו כן, המערער חתום על הודעתו.

אנו קובעים, כי יש לייחס להודעת המערער במשטרה את מלוא משקלה, אך נוסף ונעיר, כי מסקנתנו לעניין הרשעתו של המערער, אינה מסתמכת רק על הודעתו במשטרה, ועל כך נפרט בהמשך.

לג. לעניין חקירת הנוסעים - מחדל זה של המשטרה פעל לטובתו של המערער בכך שבית משפט קמא קיבל את טענת המערער שהוא אכן בדק את מסמכיהם, כך שלא ניתן לומר כי הדבר קיפח את הגנתו של המערער. אנו סבורים, כי לא היה דבר בעדותם של הנוסעים כדי לשנות מהכרעת הדין. הכרעת הדין מתבססת על עובדת היותו של מולחם שוהה שלא כחוק, עובדה שהוכחה בראיה, כעולה מתעודת עובד הציבור שהוגשה (ת/14), וממילא לא היה בעדותו או בעדות הנוסע הנוסף כדי לשנות מעובדה זו.

### סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל והגנה לפי סעיף 12ב13

לד. המערער טוען, כי לא ניתן היה לדעת על-פי הכתוב באישורו של מולחם שאין באישור זה כדי להתיר לו להיכנס לישראל וזאת נוכח הדמיון לאישורים האחרים שניתנים על-ידי המינהל האזרחי. לחלופין טוען המערער, כי ניתן היה להבין מן ההיתר שבידו כי יש לו הזכות לנוע באזור קו התפר, והמקום בו הוא נתפס, צומת מגידו, יכול להיחשב כחלק מקו התפר. המערער טוען, כי המדינה לא הרימה את נטל ההוכחה להראות עצימת עיניים מצדו על-פי הגדרתה בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין.

לה. אנו דוחים את טענותיו אלה של המערער.

לשונו של סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל:

"המסיע ברכב תושב זר השוהה בישראל שלא כדין, דינו - מאסר שנתיים או הקנס הקבוע בסעיף 61(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין); הוראות פסקה זו יעמדו בתוקפן עד יום ט"ו בניסן התשע"ח (31 במרס 2018)".

לשונו של סעיף 13ב12 לחוק הכניסה לישראל:

"מי שעשה מעשה כאמור בסעיפים 12א(ג) או (ג)5, 12ב2 או 13ב3, והוכחה מודעותו לכך שהלן, העובד, הנוסע או הנוהג, לפי העניין, הוא תושב זר, עליו הראיה שהמעשה נעשה באחת מאלה:

(1) לאחר שבדק שבידי התושב הזר מסמכים, שלפיהם הוא נכנס לישראל כדין ויושב בה כדין, או לעניין עבירה לפי סעיף 12א(ג)5 - מסמכים שלפיהם הוא רשאי לנהוג ברכב בישראל;

(2) בנסיבות שבהן הוא לא חשד שהתושב הזר נכנס לישראל שלא כדין, שהוא יושב בה שלא כדין, או לעניין עבירה לפי



סעיף 12א(ג5) - בנסיבות שבהן הוא לא חשד שהתושב הזר אינו רשאי לנהוג ברכב בישראל."

לז. המגננון שקובע חוק הכניסה לישראל מורה כי משעה שהוכחה מודעתו של המסיע להיותו של הנוסע תושב השטחים, עובר לכתפיו נטל ההוכחה להראות כי בדק את המסמכים שבידיו.

מטרתו של חוק זה האוסר הסעת שוהים שלא כחוק היא להגביל את הסיוע שיכולים לקבל תושבי השטחים מאזרחי ישראל לנוע בשטח ישראל, כאשר הניסיון לימד כי הסעת תושבי שטחים על-ידי אזרחים ישראלים היתה הדרך שבה מפגעים היו מוצאים את דרכם ללב ערי ישראל. אנו מפנים לרע"פ 4562/11 **מוחתב נ' מדינת ישראל**, פסק דינו של כב' השופט י' עמית (7.3.13):

"4. סעיף 12א(ג1) לחוק הכניסה - על פיו הוגש כתב האישום נגד המבקש - הוכנס לחוק באמצעות סעיף 1(2) לחוק שהייה שלא כדין (איסור סיוע) (הוראות שעה), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק השהייה). חוק השהייה "שתל" בחוק הכניסה את סעיף 12א אשר אוסר על הלנה, העסקה והסעה של שוהי בלתי-חוקי (להלן: שב"ח). חוק השהייה נחקק בשעתו כהוראת שעה, על רקע המציאות הביטחונית הקשה באמצע שנות ה-90 (הצעת חוק שהייה שלא כדין (איסור סיוע) (הוראות שעה), התשנ"ו-1996, ה"ח הממשלה 652), ומאז חקיקתו, תוקן והוארך מעת לעת 14 פעמים, כשבתיקון האחרון הפכו חלק מהוראותיו מהוראת שעה להוראת קבע. עם זאת, עבירת ההסעה בה עסקין לא הפכה להוראת קבע ותוקפה של העבירה הוארך רק עד ליום 31.3.2014.

5. בתחילת הדרך, אסר סעיף 12א(ג) לחוק הכניסה על מעביד, מתווך כוח אדם, או מי מטעמם להסיע שב"ח. בשנת 2001, לאחר פרוץ האינתיפאדה השנייה וגל פיגועי ההתאבדות שליווה אותה, תוקן תיקון מס' 7 לחוק השהייה, והחיל את איסור ההסעה של שוהי בלתי חוקי על כל אדם למעט מסיע באוטובוס או בקו שירות (סעיף 12א(ג2)). יוער, כי הצעת החוק הייתה מחמירה פחות מהתיקון שהתקבל לבסוף, ובה הוצע כי העבירה תחול אך על מסיע בשכר."

לז. לעניין ההגנה של סעיף 12ב13, נכתב ברע"פ 2278/03 **אבו-אחמד נ' מדינת ישראל**, פסקה 4 לפסק דינה של כב' השופטת א' חיות (28.04.2003) (בהתייחס לסעיף על-פי מספרו הקודם):

"קובע לענין זה סעיף 12א(ד) לחוק, כי מי שהסיע ברכב תושב זר, השוהה בישראל שלא כדין עליו הראיה שהמעשה נעשה באחת מאלה:

(1) לאחר שבדק שבידי התושב הזר מסמכים, שלפיהם הוא נכנס לישראל כדין ויושב בה כדין או, לענין עבירה לפי סעיף קטן (ג5), מסמכים שלפיהם הוא רשאי לנהוג ברכב בישראל;

(2) בנסיבות שבהן הוא לא חשד שהמדובר בתושב זר שנכנס לישראל שלא כדין, שהוא יושב בה שלא כדין, או לענין עבירה לפי סעיף קטן (ג5), בנסיבות שבהן הוא לא חשד שהמדובר בתושב זר שאינו רשאי לנהוג ברכב בישראל.

מן האמור לעיל, עולה כי אדם שאינו מכיר את הנוסע אותו הוא מעלה לרכבו, אינו פטור מן הצורך לבדוק את מסמכיו, אלא אם כן יש בידו להראות כי בנסיבות הענין, ועליו הנטל להוכיח, לא חשד שמדובר שתושב זר, השוהה בישראל שלא כדין.

זהירות זו, ואחריות זו, הן צו השעה וצו המחוקק והמבקש שבפנינו לא הרים ולו תחילתו של הנטל המוטל עליו, לפי איזה מן החלופות דלעיל."



ובע"פ (מחוזי באר שבע) 7223/02 **מדינת ישראל נ' דוד** (12.02.03) נאמר:

"לאור המצב הבטחוני השורר בישראל צריכים חושיהם של תושבי הארץ להיות מחודדים ועליהם לבדוק במשנה מרץ כל חשד המתעורר בליבם אם פלוני הניצב בפניהם הינו תושב הארץ אם לאו. רמת החשדות צריכה להיות מוגברת, בימים טרופים אלה כפי שקבע כב' השופט טירקל בפסק דינו ברע"פ 5198/01 טלעת ח'טיב נ. מדינת ישראל פ"ד נו'(1) 769 כאשר הוא התייחס לתיקוני החקיקה של חוק הכניסה..." (הדגשה שלנו).

לח. מן המקובץ לעיל עולה, כי חלוקת הנטלים בעבירת הסעת שוהה שלא כחוק היא כי על המאשימה להוכיח שהנוסע הוא תושב זר וכן כי מדובר בשוהה שלא כדן, ומכאן נטל ההוכחה עובר לנאשם, המסיע, להוכיח את קיומן של הנסיבות המצוינות בסעיף 13ב12.

אנו סבורים, כי יש לפרש חוק זה באופן שמטיל חובה פוזיטיבית על כל מי שמעוניין להשתכר מהסעת תושבי שטחים, להכיר מקרוב את מגוון האישורים הניתנים לתושבי שטחים, ללמוד ולדעת איזה אישורים מאפשרים את כניסת המחזיק בהם לישראל, ואיזה מהם - לא. אמנם חובה זו מטילה עול כבד על המסיע, אך כפי שציין כב' השופט א' רובינשטיין בעניין **מוחתסב** לעיל בפסקה ב לפסק דינו, הוראות חוק אלו הן הוראות שעה בבחינת הכרח לא יגונה.

לט. בענייננו, אין מחלוקת כי מולחם שהה בישראל שלא כחוק. האישור שהיה בידיו היה אישור לשהייה במרחב התפר שתוקפו הוא מיום 31.5.15 עד ליום 29.5.17 למטרת: "**חקלאי במרחב התפר**" בין השעות 05:00-22:00 (ראו מוצג ת/14). אין גם מחלוקת בדבר מודעתו של המערער להיותם של נוסעיו תושבים זרים שכן טענת ההגנה שלו היתה כי הוא בדק את מסמכיהם של הנוסעים. מכאן שהמערער היה מודע לכך שהם תושבי שטחים, שכן אחרת כלל לא היה טעם לבדוק את האישורים. במילים אחרות, מי שמבקש להסתמך על טענת ההגנה לפי סעיף 13ב12 הרי שהוא מודה למעשה שהיה מודע לכך שהנוסע הוא תושב זר.

ניסיון החיים מלמד, כי הנזקקים לשירותיהם של המסיעים הפיראטיים הם תושבי השטחים, ולא תושבי ישראל, ועל כן אנו סבורים כי צדק בית משפט קמא בקביעתו אין מחלוקת לגבי היותם של הנוסעים תושבי שטחים שהיה צריך המערער לבדוק את מסמכיהם.

מ. אין ממש בטענת המערער כי המקום בו הוא נתפס עם נוסעיו, צומת מגידו, הוא בגדר מרחב התפר. אנו מפנים לעדות רס"ר שליו אלימלך בעמ' 14 לפרוט':

"ש: איפה נמצא האיזור הזה שבו נתפס הנאשם עם שני השב"חים?

ת: במדינת ישראל, באיזור של הגזרה שלנו."

מא. הצו (שניתן על-ידי מפקד כוחות צה"ל באיו"ש) בדבר הוראות ביטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל-1970, הכרזה בדבר סגירת שטח מס' 2/03 ס' (מרחב התפר) קובע כי "מרחב התפר" הוא: "**כל שטח התחום על-ידי המכשול, המסומן במפה כקו בצבע אדום, לכיוון מדינת ישראל**"



(המפה מצורפת לצו). "המכשול" מוגדר בצו הנ"ל: "גדרות, חומות ודרכי פטרול, אשר נועדו למניעת פיוגעי טרור ולמניעת יציאתם של מפגעים משטחי אזור יהודה ושומרון למדינת ישראל, שהוקמו מכוח צווי התפיסה המפורטים בחלק א' לתוספת להכרזה זו, כפי תוקפם לעת לעת".

נוסיף, כי עתירה כנגד חוקיות "מרחב התפר" שנוצר על-ידי גדר הביטחון וכנגד המדיניות הננקטת במרחב זה נדחתה (בכפוף לקביעת שינויים מסויימים) בבג"ץ 9961/03 **המוקד להגנת הפרט נ' ממשלת ישראל** (5.4.11).

מב. הגדרת "מרחב התפר" על-פי פקודות המנהל האזרחי היא  
([http://www.law.idf.il/SIP\\_STORAGE/files/1/981.pdf](http://www.law.idf.il/SIP_STORAGE/files/1/981.pdf), עמ' 6):

"השטח המצוי בין גדר הבטחון לבין הקו הירוק", שטח זה הינו שטח איו"ש אשר ע"פ צו אלוף הכניסה אליו מתבצעת בכפוף למשטר היתרים". (הדגשה שלנו).

במילים אחרות, "מרחב התפר" הוא בשטחי איו"ש עד הקו הירוק והוא **אינו** משתרע לתוך שטח ישראל.

השאלה: האם צומת מגידו היא במרחב התפר? איננה שאלה משפטית כי אם שאלה גאוגרפית, שהתשובה לה שלילית.

כדי להפיק את דעתו של ב"כ המערער בדקנו את המרחק של צומת מגידו מהנקודה הקרובה ביותר בשטחים, באתר המפות הממשלתי ([govmap.gov.il](http://govmap.gov.il)), וכן באתר המפות של גוגל ([maps.google.com](http://maps.google.com)). מרחק זה עומד על 3.75 ק"מ ומרחק נסיעה של 3.8 ק"מ. אנו סבורים, כי מרחק זה תומך במסקנה שצומת מגידו אינו יכול להיחשב כחלק מ"מרחב התפר" גם אם נפרש את המונח באופן הרחב ביותר.

מג. יתר על כן, כפי שפירטנו לעיל, אנו סבורים, שנדרש מן המערער סטנדרט זהירות גבוה ועל כן אין חשיבות לשאלה האם לשון המונחים "אזור השקה" או "מרחב התפר" עשויים לכלול על דרך של פרשנות לשונית רחבה גם את צומת מגידו. על המערער, כמי שמבקש לעסוק בהסעת תושבי שטחים, מוטלת החובה להיות בקיא בהוראותיהם של אישורי המנהל האזרחי.

לטענת המערער לא היה באפשרותו להבחין בין סוגי האישורים השונים המונפקים לתושבי השטחים. המערער, כאמור כבר לעיל, מפנה לנקודת דמיון בין אישור הכניסה לישראל, שהיה בידי הנוסע הנוסף, לבין האישור שהיה בידי מולחם, וכן לא-ההתאמה בין הכיתוב בשפה העברית לבין הכיתוב בשפה הערבית, שניתן היה להבינו כאילו מאפשר הוא למחזיק בו, לשהות בסמוך לקו הירוק, ואולם אין בידינו לקבל טענה זו, שהרי כפי שקבע בית משפט קמא ברי מהתבוננות באישורים נשוא הדיון שמדובר בשני אישורים שונים, דבר שצריך היה לעורר חשד גם אצל מי שזו לו הפעם הראשונה בה הוא מסיע שב"ח.

נוסיף, כי באישור של הנוסע הנוסף מופיע בכותרת באופן מפורש: "**היתר כניסה לישראל גם בשפה הערבית**" בעוד שבכותרת האישור של מולחם מופיע: "**כניסה ושהיה בשטח צבאי סגור - מרחב התפר**" ובערבית: "**אזור השקה**", ואולם אם עוד נותר ספק למתבונן בשני האישורים, הרי ספק כזה אמור להיעלם נוכח העובדה



שבאישור של הנוסע הנוסף מופיע בשפה הערבית: "אני מאשר את הכניסה לישראל" ואילו באישורו של מולחם אמרה זו איננה מופיעה.

מד. בנוסף, בחקירתו במשטרה הודה המערער כי לא בחן את האישורים כראוי. נפנה להודעת החשוד (מוצג ת/7 בתיק בית משפט קמא) מיום 12.7.15, שורות 40-43:

"ש: באישור הזה אני לא רואה שום כיתוב בעברית או בשפה אחרת כי יש לאישור כניסה לישראל.

ת: אני הסתכלתי על זה אבל לא ידעתי שזה לא מקנה לו להיכנס לישראל חשבתי שזה אישור לכל דבר

ש: מה יש לך לומר על זה

ת: אני רוצה לומר לך שאני טעיתי לא הסתכלתי טוב חשבתי שהאישור הזה מותר ולא ידעתי שזה לא נותן לתושב שטחים אישור כניסה לישראל". (הדגשה שלנו).

כאמור כבר לעיל, טענת המערער כי ההודעה ניתנה בשפה בה לא דיבר, נדחתה על-ידנו. טענת הגנה על-פי סעיף 13ב12 מחייבת, כי המסיע יבדוק היטב את המסמכים שבידי הנוסעים ולא יסתפק במבט חטוף בהם, ובמקרה שיש לו חשד כלשהו עליו להימנע מהסעתו של אותו אדם, והנה מודה המערער כי "לא הסתכל טוב" באישור.

מה. עוד נציין, שבעדותו בפני בית משפט קמא הודה המערער, כי מטרת הנסיעה היתה למטרת רווח:

"ש: בהודעה שלך במשטרה אמרת בשורות 7-9 ששתי קפה בבית קפה באום אל פאחם, באו שני תושבי שטחים וסיכמת איתם על נסיעה לבית זרזיר כדי שיעבדו שם וסיכמת איתם על סכום של 200 שקל.

ת: זה לא נכון. עד לצומת מגידו זה 20 שקל. הם רצו לשלם 200 שקל ושאני אקח אותם לבית זרזיר, אבל אני לא מגיע לשם, אני מגיע רק לצומת מגידו וזה 20 שקל.

ש: קיבלת מהם את הכסף?

ת: לא.

ש: שאלו אותך למה לא לקחת מהם את הכסף, ואמרת כי "אדם שיוּרד מהרכב משלם לי כסף, אבל באמצע הנסיעה הם נעצרו על ידי המשטרה".

ת: נכון. " (עמ' 32 לפרוט', שורות 8-17; הדגשה שלנו).

נוסף, שגם מהמשך עדותו של המערער בפני בית משפט קמא עולה כי הוא לא בחן את הכתוב באישור:

"ש: ראית לאיזו מטרה האישור הזה? קראת לאיזו מטרה האישור?



ת: כן, ראיתי אישור כניסה לישראל.

ש: קראת מה כתוב באישור, למטרת מה האישור?

ת: אני לא שמת לב מה כתוב אחרי המילה "למטרה"

ש: מה כתוב שם?

ת: לא ראיתי. (עמ' 35 לפרוט', שורות 15-20; הדגשה שלנו).

מו. אמנם בדיון שנערך בפנינו התעוררה מחלוקת לגבי הסכום עליו סוכם כמחיר הנסיעה, אך עולה מעדותו הנ"ל של המערער כי הוא מודה במקצת בכך שמטרת הנסיעה היתה למטרות רווח - דבר המגביר את החובה המוטלת עליו לבחון לעומק את האישורים. מעדותו של המערער עולה התמונה כי המערער הסתפק בבדיקה שטחית בלבד של האישורים שהוצגו בפניו. אנו סבורים, כי המערער עצם את עיניו ונמנע מלבחון את ההבדל בין אישורו של הנוסע הנוסף המתיר כניסה לישראל לבין האישור שהציג בפניו מולחם, וזאת לנוכח התמורה הכספית שהובטחה לו בעבור הנסיעה.

מז. לפיכך, סבורים אנו כי צדק בית משפט קמא בקביעתו, כי המערער לא הרים את הנטל שהיה מוטל עליו להוכיח כי בדק כראוי את האישורים שהוצגו בפניו ועל כן לא עומדת לו הגנת סעיף 12ב13, והרשעתו בעבירת הסעת שוהה שלא כדין עומדת בעינה.

### **גזר הדין - מדיניות ענישה בעבירה על-פי סעיף 12א(ג)(1)**

מח. המערער טוען, כי העונש שהוטל עליו בגין עבירה זו, דהיינו, מאסר לתקופה של 9 חודשים, הוא עונש חמור יתר על המידה שאינו עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנוהגת. אנו דוחים טענה זו.

ברע"פ 3674/04 סאלם נ' מדינת ישראל (12.02.06) נפסק, כי מדיניות הענישה הראויה בעבירות לפי סעיף 12א לחוק הכניסה לישראל היא הטלת עונש של מאסר בפועל, אולם אין מדובר בעונש חובה וייתכנו מקרים בהם נסיבותיו האישיות של העבריין יביאו לסטייה מהנחיה זו לטובת ענישה בעלת מטרה שיקומית. כמו כן, וזו נקודה רלוונטית למקרה שבפנינו, נכתב שם, פסקה 14:

"חומרה יתירה נודעת לעבירות הנעברות על רקע כספי או עיסקי. ברי כי אנשים העוסקים דרך-קבע בהסעתם של שוהים בלתי חוקיים - בעיקר במקום שהמדובר הוא בהסעה משיטחי האזור אל תוך ישראל - גורמים לסיכון רב יותר של הציבור, וכמותם הם מי שנוהגים להעסיק שלא כדין שוהים בלתי חוקיים ולהלינם בתחומי ישראל, בעיקר במקום שההעסקה היא לזמן קצר. אמת, במקרים אלה יש לעתים היכרות ארוכת-טווח בין מעביד לעובדו, ונסיבה שכזו אפשר תשמש לקולה, אך אם ברצוננו לשרש את התופעה ולמנוע כניסתם של תושבי האזור לישראל שלא כדין, עלינו להרתיע בראש-ובראשונה את המעסיקים והמסיעים המפיקים תועלת כלכלית מהפרת החוק. גם במקרים אלה, כמובן, ניתן דעתנו לנסיבות המקרה, ונחמיר ביתר עם אותם מעסיקים ומסיעים המעסיקים והמסיעים דרך קבע שוהים בלתי חוקיים שאינם מוכרים להם. בהקשר זה ברור, כמובן, כי אין דינו של מי שביצע עבירה אחת כדינו של מי שמפר את החוק פעמים רבות". (ההדגשה שלנו).



מט. אכן, עונש בן 9 חודשי מאסר בפועל הוא עונש על הצד הגבוה של הענישה הנוהגת בעבירות מסוג זה. אולם יש לזכור כי הכלל בענישה הוא כי עונש יהא תמיד נגזר לפי נסיבות ביצוע העבירה ולפי הנסיבות הנוגעות למבצע העבירה. אנו מפנים לרע"פ 7726/13 **נסאסרה נ' מדינת ישראל** (8.1.14) בו דחה בית המשפט העליון בקשת רשות ערעור של נאשם שהורשע בעבירת הסעה שלא כדין, נאשם שהיה נטול עבר פלילי, ומעשהו היה ללא עבירות נלוות, וחרף זאת נגזרו עליו 7 חודשי מאסר בפועל.

נ. הלכה היא שערכאת הערעור אינה מתערבת בגזר דינה של הערכאה הדיונית אלא במקרים בהם העונש שהוטל חורג באופן קיצוני ממדיניות הענישה הנוהגת והראויה. במקרה שבפנינו, משום שמעשהו של המערער נעשה למטרת רווח, לנוכח עברו הפלילי המכביד עד מאוד של המערער, ולנוכח העובדה שגם עונשי מאסר לתקופה ארוכה ועונשי מאסר מותנים אינם מצליחים להרתיעו, וכן בהתחשב בעובדה שהמערער שב ומבצע פעם אחר פעם את אותה עבירה, אנו מוצאים כי העונש שהוטל, מאסר בפועל לתקופה של 9 חודשים, הוא עונש ההולם את נסיבות העבירה, ובשים לב גם לעברו של המערער.

### הגנה מן הצדק - הקלה בעונש

נא. המערער טוען, כי מחדלי החקירה והתנהלות המשיבה כמפורט בטענותיו, חקירתו שלא בשפה הערבית, העובדה כי חקירתם של הנוסעים לא תועדה, לא נגבתה מהם עדות מוקדמת והם הוחזרו לשטחי הרשות הפלסטינית, מחייבים הקלה בעונשו. אנו סבורים, כי אין ממש בטענה זו של המערער.

כפי שצינו קודם לכן, העדתם של שני הנוסעים לא יכולה הייתה לסייע להגנתו של המערער ומכיוון שמחדלי החקירה, כפי שקבענו לעיל, לא פגעו בהגנתו של המערער, אף אין במחדלי חקירה אלה כדי להצדיק הקלה בעונשו.

### הארכת תקופת התנאי

נב. המערער טוען, כי יש להאריך את תקופת התנאי מכיוון שעונש התנאי הוא עונש דרקוני ותוצאת הפעלתו היא שהעונש חורג מן הענישה המקובלת לסוג זה של עבירות. אנו סבורים, כי אין להיענות לבקשת המערער להאריך את תקופת התנאי שהוטל עליו במסגרת גזר הדין משנת 2005.

אנו מפנים לע"פ 89/81 **טוביה מסרווי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(4) 501, פסקה 4 לפסק דינו של כב' השופט מ' אלון שצוטט בהסכמה רק לאחרונה ברע"פ 7587/14 **מכלוף נ' מדינת ישראל** (16.2.16):

"הרעיון, שביסוד ההוראה המאפשרת לבית המשפט להאריך את תקופת המאסר-על-תנאי, הוא לתת לעבריין הזדמנות לחזור למוטב, גם לאחר שחזר ונכשל פעם אחת נוספת, אם לדעת בית המשפט מן הראוי להאריך-אף עם העבריו; וכישלון אחד נוסף אינו זהה עם עבירה אחת נוספת במובן הטכני המצומצם של המונח "עבירה" אלא במשמעות הרחבה של התנהגות פלילית, הנובעת מהחלטה אחת ומדחף פלילי אחד, גם אם יש בה בהתנהגות, מבחינה טכנית, עבירות אחדות. מטבעו של עניין אין להגדיר דברים אלה מראש, ועל בית המשפט יהא להעריך ולקבוע בכל מקרה ומקרה שלפניו, אם מדובר בכישלון חד פעמי או יותר מכך."



נג. אנו סבורים כי דברים אלה, בהקשר למערער, מדברים בעד עצמם. כאמור, אין זו הרשעתו הראשונה של המערער בעבירה של הסעת שוהה שלא כדין. המערער לא "בזבז זמן" ממועד שחרורו לאחר מאסר ארוך על פני תקופה של 10 שנים כדי לשוב לבצע את אותה עבירה. לאור זאת אנו סבורים, כי אין מקום להורות על הארכת תקופת התנאי. גם אין בעובדה שעונש המאסר המותנה ארוך מהעונש שהוטל עליו בגין עבירה זו כדי לשנות ממסקנתנו. אנו מפנים לדברי כב' השופט צ' זילברטל בע"פ 1122/15 **מדינת ישראל נ' אבו בלאל**, פסקה 14 (23.5.16):

"כפי שנפסק על-ידי בית משפט זה, מאסר מותנה מהווה מנגנון הרתעתי שנועד להזהיר את הנאשם מפני חזרה על מעשים אסורים, אך כאשר הרתעה זו אינה מצליחה למנוע חזרה לדפוסים עבריינים, ככלל יש להפעיל במלואו את הרכיב העונשי של המאסר המותנה (ע"פ 3205/12 מדינת ישראל נ' ניקולייב, [פורסם בנבו] פסקה י"ג (24.2.2013), והאסמכתאות המצויות שם)".

כן מפנה, **שם**, בית המשפט לכתוב בספרו של המלומד ש"ז פלר **יסודות דיני עונשין** כרך ג 338 (1992):

"החרב התלויה מעל ראשו של הנידון, שהמאסר על-תנאי עלול גם להפוך למאסר בפועל, מחייב את הנידון להיזהר משנה זהירות פן ייכשל בכיבוד התנאי, וההנחה היא שאם הוא הצליח בכך במשך תקופת-התנאי, הוא יקפיד ביתר שאת גם בהמשך להיות אדם שומר חוק ומכבד את כללי הקיום-יחד בחברה. נוסף על כך, היה והנידון ייכשל בחובתו לציית לתנאי, יהיה הטיפול העונשי בשל העבירה הראשונה טעון רביזיה מהותית; ומלבד זאת, צירוף העונשין, זה בשל העבירה המקורית וזה בשל העבירה הנוספת, יהיה כפוף לכללים מחמירים מאלה הרגילים, בהתאם לסעיף 58 לחוק העונשין".

נד. לעניין היחס בין העונש בגין העבירה מפעילת התנאי לבין העונש המותנה אנו מפנים לרע"פ 5798/00 **ריזי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה (3) 1, פסקה 11:

"מקומה של הביקורת על אורך תקופת המאסר המותנה הוא בערעור על גזר-הדין הראשון שבו הוטלה, והינה חלק מהביקורת הכוללת שמפעילה ערכאת הערעור על מידת העונש שהוטל על העבריין בגזר-הדין הראשון. בשלב שבו נבחנת חוקיותו של מאסר על-תנאי המופעל עקב "עבירה נוספת" שכבר בוצעה, בית-המשפט אינו מוסמך לפסול עונש מאסר על-תנאי הנמוך מתקרת העונש המרבי שבית-המשפט היה רשאי להטיל בגזר-הדין הראשון או לשנותו. כאמור, לבית-המשפט המרשיע ב"עבירה נוספת" ומפעיל בגינה את התנאי סמכויות מוגבלות למניעת התוצאה של הפעלת התנאי, אם נראית היא קשה בעיניו. לכל היותר, במסגרת הסמכות המסורה לו יכול הוא להאריך את התנאי אם יימנע מהטלת מאסר נוסף". (הדגשה שלנו).

ובהמשך:

"הטלת עונש מאסר על-תנאי לתקופה העולה על העונש המרבי שנקבע בעבירות התנאי אינה בלתי חוקית, אך מחייבת היא שיקול-דעת זהיר ומתון מצד בית-המשפט בעת שהוא גוזר את העונש המותנה. בגדר השיקולים לעניין זה יביא בית-המשפט בחשבון את העבירות שבביצוען הורשע הנאשם, את נסיבותיהן ואת חומרתן. בהטילו עונש מאסר מותנה עליו גם לצפות את העתיד".

נה. מן הדברים האלה עולה, כי אין מקום לתת משקל ליחס בין חומרתו של העונש המותנה לבין העונש בגין העבירה המפעילה. שיקולים אלו נשקלו במסגרת גזר הדין בו הוא הוטל. מעשהו של המערער עמוד 19



שבגינו הוטל עליו בזמנו עונש המאסר המותנה יחד עם מאסר בפועל לתקופה של 10 שנים הוא מעשה חמור ביותר ואין צורך לחזור על קביעות בית המשפט בגזר דינו של המערער מיום 5.9.05 בת"פ 383/03 שבמסגרתו הוטל העונש המותנה. נביא את תמצית הדברים כפי שנכתבו בפסקה 17 לגזר הדין על-ידי כב' השופט ש' ברלינר:

"הנאשם לא סייע בזדון או מתוך כוונה פלילית לביצוע הפיגוע. אולם, הוא התרשל התרשלות חמורה בהמשיכו, גם לאחר שהזהר, להסיע שוהים בלתי חוקיים אל תוך תחומי מדינת ישראל, תוך מודעות לסיכון הבטחוני הכרוך בכך. התרשלות זאת איפשרה את הוצאתו של הפיגוע אל הפועל והביאה, בסופו של דבר, לתוצאות קשות: קיפוח חייהם של 21 בני אדם ופציעתם של רבים אחרים".

עונש המאסר המותנה שהוטל בזמנו על המערער נשקל ביחס למעשהו של המערער, שתרם ברשלנותו למותם של 21 אנשים ולפציעתם של רבים נוספים, ולטעמנו הוא עונש ראוי. כך או כך, מן ההיבט הדיוני, המקום להלין על עונש זה היה במסגרת ערעור על אותו גזר דין ולא במסגרת ערעור על גזר הדין שמורה על הפעלת העונש המותנה.

### הפעלת העונש המותנה בחופף או במצטבר?

נו. המערער אמנם אינו טוען בנימוקיו כי יש לחפוף את 9 חודשי המאסר בפועל שהוטלו בגין ביצוע העבירה הנוכחית לעונש המותנה שהופעל, אך מכיוון שערעורו נסוב על חומרת העונש ומכיוון שבית משפט קמא התייחס לכך בגזר דינו, איננו יכולים לפטור עצמנו מלדון בקצרה גם בשאלה האם יש לחפוף בין העונשים.

סעיף 58 לחוק העונשין קובע כי עונש מותנה יופעל במצטבר אלא אם כן הורה בית המשפט מטעמים שיירשמו כי יופעל בחופף. אנו מפנים לע"פ 4654/03 **וליד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(2) 567:

"בהתאם לסעיף 58 לחוק העונשין, במקרה בו בית המשפט גוזר עונש מאסר על מורשע בביצוע עבירה נוספת שבוצעה עת היה תלוי ועומד נגדו עונש מאסר על תנאי, ייתן בית המשפט דעתו, בעת גזירת הדין, לשאלה האם קיימים במקרה שבפניו אותם שיקולים מיוחדים המצדיקים את חפיפת תקופות המאסר זו לזו. חוק העונשין דורש כי תקופות המאסר יחפפו רק אם קיימים "טעמים שיירשמו". דרישת "טעמים שיירשמו" מצמצמת את שיקול דעת בית המשפט, וזאת על מנת לא לפגוע בכוחו של עונש המאסר כעונש ממשי ומוחשי (ראו גם: אהרן אנקר מאסר על תנאי (1981) 22-24, 114; ע"פ 866/77 מזרחי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 696, 694 (1978); ע"פ 384/78 מדינת ישראל נ' משאלי, פ"ד לב(3) 248, 245 (1978); ע"א 577/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח (1) 485, 485 (1984)). זאת על שום מה? על שום שעונש מאסר מותנה משמעו מאסר שהחברה נכונה לדחות ביצועו ובהמשך לוותר על ריצויו כליל אם לא יבצע הנידון עבירה נוספת בתקופת התנאי. מאחורי נכונות זו להקל עם מי שהורשע ונידון למאסר עומד, בין היתר, הרצון לאפשר לו לחזור אל מסלול חיים נורמטיבי וההכרה בכך שהתועלת שתצמח לחברה מהוצאתו מן המעגל העברייני עולה על התועלת מהשמטתו מאחורי סורג ובריש כדי להשיב לו כגמולו". (הדגשה שלנו).

נז. ההנמקה הכללית להפעלת עונש מותנה במצטבר היא כי אם העונש המותנה לא יופעל במצטבר הרי שהדבר ירוקן מתוכו את העונש המותנה, שכן יידע זה הנושא עליו עונש מאסר על תנאי כי אם יחזור



ויבצע עבירות, הרי שעונשו המותנה ייבלע בתוך העונש בגין העבירה המפעילה. אולם, האם היגיון זה נכון גם במקרים שבהם העונש המותנה הוא לתקופה ממושכת ו"בולע" את העונש בגין העבירה המפעילה? התשובה לכך חייבת להיות חיובית, שכן במקרה זה חפיפת העונש תיצור מצב אבסורדי בו היות המערער רצידיוויסט היא סיבה להקלה בעונשו, ובמילים אחרות, למרות היותו עבריין מועד הוא אינו נענש על עבירתו הנוכחית. על כן אנו דוחים טענה זו של המערער.

## סיכום

נח. סיכומו של דבר, אנו דוחים את הערעור על שני חלקיו. כל העונשים שהטיל בית משפט קמא על המערער יעמדו על כנם.

ניתן היום, י"ט אב תשע"ו, 23 אוגוסט 2016, במעמד הנוכחים.

א' לוי, שופט

ד' פיש, שופט

י' גריל, שופט בכיר  
[אב"ד]