



## עפ"ג 46537/10/15 - מדינת ישראל נגד עבד אלמגיד פטאפטה (עציר), אחמד רבאיעה (עציר),

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

29 אוקטובר 2015

עפ"ג 46537-10-15 מדינת ישראל נ' פטאפטה (עציר)

עפ"ג 46514-10-15 מדינת ישראל נ' רבאיעה (עציר)

בפני הרכב כב' השופטים: רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]

אברהם אליקים

תמר נאות פרי

המערערות

נגד

המשיבים

מדינת ישראל

1. עבד אלמגיד פטאפטה (עציר),

2. אחמד רבאיעה (עציר),

### פסק דין

בפנינו ערעורים על קולת העונש בשני גזרי דין שניתנו בבית משפט השלום בחיפה (כבוד השופט, סגן הנשיא קרזבום) ביום 22.10.2015 בתיק ת"פ 44062-10-15 לגבי המשיב 1 ובתיק ת"פ 43484-10-15 לגבי המשיב 2.

המדובר בעבירות זהות וטיעוני הצדדים לגבי שני התיקים זהים בעיקרם, ולכן, בהתאם להסכמת הצדדים בדיון מיום 26.10.2015, הורינו על איחוד הדיון בשני הערעורים.

### ההליך קמא לגבי המשיב 1 -

המשיב 1, עבד אלמגיד פטאפטה (להלן: "**המשיב 1**"), תושב השטחים, הורשע על פי הודאתו בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, לפי סעיף 12 (1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: "**חוק הכניסה לישראל**"). מעובדות כתב האישום עולה, כי ביום 20.10.2015 בסמוך לשעה 09:30 שהה המשיב, שלא כדין, בתחומי מדינת ישראל ברח' העוגן בטירת הכרמל. המדובר בכניסתו השלישית של המשיב לתחומי מדינת ישראל ללא היתר, והפעם הראשונה אשר הוגש כנגדו כתב אישום בגין עבירה זו.

במסגרת טיעוניה לעונש בבית המשפט קמא, עתרה המערערת למתחם ענישה שנע בין חודש מאסר לבין חמישה חודשי מאסר, וזאת תוך שבאת כוח המערערת מציינת, כי ברע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מדינת ישראל** (להלן: "**הלכת אלהרוש**"), נקבע, בין היתר, כי: "מידת החומרה של עבירת השב"ח נגזרת מהמצב הבטחוני. היא עשויה להשתנות עם שינוי העתים ואף עשויה להשתנות ממחוז למחוז. יש לבחון ולהתאים מעת לעת את מתחם העונש ההולם ואת העונש הראוי בתוך המתחם בגין עבירה זאת על פי תנאי הזמן והמקום, כך שאת מסקנתנו בפסק דין זה יש לבחון על רקע נסיבות ומצב בטחוני נתון". עמדת המערערת היתה כי נוכח המציאות הביטחונית של התקופה האחרונה, יש מקום לקבוע מתחם ענישה שעולה על זה שנקבע בהלכת אלהרוש, ובגדרו - לגזור את עונשו של המשיב 1.



המשיב 1 טען לעומת זאת, כי על הענישה להיות אינדיבידואלית, וכי למרות שהמצב הביטחוני עשוי להוות שיקול רלבנטי, אזי שאל מולו ניצבים שיקולים כבדי משקל אחרים, ואין מקום לעשות שימוש בטיעון כגון "המציאות הביטחונית" כמצדיק ענישה קולקטיבית, ללא הבחנה בין נאשם לנאשם. עוד הודגש כי עסקינן בכניסה לישראל שלא כדין לצרכי פרנסה, שאינה משקפת כל סכנה, ובנסיבות של כורח כלכלי - ולכן, אף לא תושג מטרת ההרתעה לא יכלא המשיב 1. המשיב 1 עצמו מסר בדיון בביהמ"ש קמא, בין היתר, כי הוא מתחייב שלא להיכנס לתחומי המדינה ללא היתר כדין בעתיד.

בגזר הדין קבע ביהמ"ש קמא כי מתחם העונש ההולם בנוגע לעבירה הנדונה, כפי שנקבע בהלכת אלהרוש, הוא בין מאסר מותנה לבין 5 חודשי מאסר בפועל וקנס של עד 2,000 ₪. עוד ציין ביהמ"ש קמא, כי בנסיבות המקרה הנדון - כניסה שלישית ופעם ראשונה שבה מוגש כתב אישום כנגד המשיב 1; העדר עבר פלילי והרקע של המצב הביטחוני הקיים, ניתן להסתפק בימי מאסר ספורים. על כן, גזר ביהמ"ש קמא על המשיב 1 ששה ימי מאסר בפועל (החל מיום מעצרו) ומאסר על תנאי לתקופה של ארבעה חודשים, כאשר התנאי הוא שהמשיב 1 לא יעבור בתוך 3 שנים עבירה בניגוד לחוק הכניסה לישראל.

## **ההלך קמא לגבי המשיב 2 -**

המשיב 2, אחמד בן היתם רביעה (להלן: "המשיב 2"), תושב יהודה ושומרון, הורשע אף הוא על פי הודאתו בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, לפי סעיף 12 (1) לחוק הכניסה לישראל. מעובדות כתב האישום עולה, כי ביום 20.10.2015 בסמוך לשעה 23:38 שהה המשיב, שלא כדין, בתחומי מדינת ישראל ברח' ביאליק 5 בחיפה. המדובר בכניסתו השנייה של המשיב לתחומי מדינת ישראל ללא היתר, והפעם הראשונה בגינה מוגש כנגדו כתב אישום בעבירה זו.

במסגרת טיעוניה לעונש בבית המשפט קמא, העלתה המערערת טענות דומות לטענות שנסקרו מעלה, גם לגבי המשיב 2, כאשר היא עותרת לקביעת מתחם ענישה שבין חודש מאסר לחמישה חודשי מאסר.

המשיב 2 טען אף הוא כי על הענישה להיות אינדיבידואלית, וטיעוניה היו דומים לטיעוניה שנסקרו מעלה. בנוסף, לטענת המשיב 2, יש לקחת בחשבון גם את העובדה כי באזור חיפה בו נעצר, לא היו (למרבה השמחה) התפרצויות אלימות או מאורעות ביטחוניים בעת האחרונה - כך שהטיעון הנוגע ל"מצב הביטחוני" אינו רלבנטי לגביו - במימד המקום והזמן. עוד נטען כי אף כאן עסקינן במי שנכנס לשטחי ישראל לצרכי פרנסה בלבד, ללא עבירות נלוות (בהיותו של המשיב 2 המפרנס העיקרי בביתו המסייע גם במימון לימודים אקדמאים לשני אחיו) - ולכן עתר המשיב 2 למאסר מותנה וגירוש בחזרה לשטחים. המשיב 2 עצמו מסר בדיון בביהמ"ש קמא שאין לו כסף לשלם קנס אם יושת עליו, שהוא מבטיח שלא להיכנס לתחומי המדינה ללא היתר כדין ביקש כי יושת עליו מאסר מותנה בלבד.

בדומה למשיב 1, בגזר הדין קבע ביהמ"ש קמא לגבי המשיב 2 כי מתחם העונש ההולם בנוגע לעבירה הנדונה, הוא בין מאסר מותנה לבין 5 חודשי מאסר בפועל וקנס של עד 2,000 ₪. עוד ציין ביהמ"ש קמא, כי יש טעם בטענת בא כוח המשיב 2 לפיה בשל שהמדובר בכניסה שנייה בלבד, יש בעצם הגשת כתב האישום כנגד המשיב 2 כדי להוות מעין ענישה בפני עצמה (נוכח נוהלי רשויות האכיפה בכל הנוגע להגשת כתב אישום במקרים של שוהים בלתי חוקיים ללא עבירות נלוות). בנסיבות המקרה הנדון - בהתחשב במצב הביטחוני הנוכחי ובשים לב להעדר העבר הפלילי וההודאה המיידית



מצד המשיב 2, מצא ביהמ"ש קמא לגזור על המשיב 2 שני ימי מאסר בפועל, החל מיום מעצרו, וכן מאסר על תנאי לתקופה של ארבעה חודשים, כאשר התנאי הוא שהמשיב 2 לא יעבור בתוך 3 שנים עבירה בניגוד לחוק הכניסה לישראל. עוד הורה ביהמ"ש קמא על גירושו של המשיב 2 בחזרה לשטחים באותו היום. לבקשת המערער, עוכב ביצועו של גזר הדין עד להגשת הערעור דנן.

### **הערעורים דנן -**

לטענת המערער, שגה ביהמ"ש קמא בהשיתו על המשיבים עונשי מאסר בפועל אשר נמוכים משמעותית מרף הענישה המקובל במקרים דומים, וכאשר נמנע מהשתת קנס כספי על המשיב. המערער חוזרת ומדגישה כי עבירות על חוק הכניסה לישראל פוגעות בביטחון המדינה ובסדר הציבורי, כאשר על רקע המצב הביטחוני הקיים כיום, מושקעים משאבים רבים במלחמה בתופעת השהייה הבלתי חוקית, ויש לתת את הדעת לכך כי רבים מהמפגעים שביצעו פעולות טרור במהלך התקופה האחרונה - נעדרו עבר פלילי קודם, ורבים מהם היו שוהים בלתי חוקיים. שבה וטוענת המערער, כי בהלכת אלהרוש, נקבע שמידת החומרה של עבירות שהייה בלתי חוקית נגזרת מהמצב הביטחוני הנתון (כפי שצוטט במובאה לעיל), ועל רקע האמור - מן הראוי היה שיגזרו עונשים משמעותיים יותר. המערער מדגישה כי אינה חולקת על כך שיש לקחת בחשבון את נסיבותיו האישיות של כל משיב, אך מציינת כי זהו אינו השיקול הבלעדי, ועל ביהמ"ש היה לבצע איזון שונה בין מכלול השיקולים, כאשר המשקל שמן הראוי היה לתת למציאות הביטחונית הקיימת - מחייב ענישה מחמירה יותר עם המשיבים. המערערת אף מודה, בהגינותה, כי לולא המציאות הביטחונית החריגה, ספק אם הערעורים דנן היו מוגשים, וכי בימים אלו אין להסתפק בענישה המתאימה ל"תקופות רגיעה".

בדיון בפנינו חזרה באת כוח המערער על עיקרי טיעוניה, והדגישה שבשל שחלק מהמפגעים התבררו כשוהים בלתי חוקיים, ובשל המציאות שמחייבת היערכות ביטחונית והשקעת תשומות חריגות מצד כוחות הביטחון - יש מקום לשנות ממדיניות הענישה ולשים דגש על אלמנט הענישה המיידית, להבדיל מענישה אשר "צופה פני עתיד" כגון הטלת עונש מאסר מותנה. על כן טוענת המערערת כי יש מקום לקבל את הערעור, ולהשית על המשיב עונש מאסר בפועל שלא יפחת מחודש ימים, וכן להשית עליו קנס כספי שירתיעו מלחזור ולהיכנס לתחומי המדינה שלא כדין.

באת כוחם של המשיבים טענה, כי למעשה מבקשת המדינה לסטות מהלכת אלהרוש, לאור ההחמרה במצב הביטחוני, ואין להתיר זאת. לטענת המשיבים הלכת אלהרוש היא ההלכה המחייבת, ועל פיה הסיכון הביטחוני הנשקף ממי שעוברים עבירה של שהייה בלתי חוקית לצרכי פרנסה הוא ברמה נמוכה ביותר. לשיטת המשיבים, השיקול הביטחוני הוא שיקול חיצוני ולא רלבנטי לעניינם של המשיבים הנדונים, ואין בו כדי להשליך על שאלת מתחם הענישה הראוי. עוד נטען כי אין בסיס לטענת המערערת לפיה חלק ניכר מהמפגעים באירועים האחרונים היו שוהים בלתי חוקיים. לשיטת באת כוחם של המשיבים, המצוקה הכלכלית היא המניע שבבסיס ביצוע העבירה בהתייחס לשני המשיבים, ובנסיבות חייהם הקשות - אף אין באפשרותם לשלם קנס כספי ככל שיושת עליהם קנס שכזה. לכן, לשיטת באת כוח המשיבים, המשמעות של השתת קנס כספי על המשיבים ממילא תהא החמרה בענישה מבחינת תקופת המאסר בפועל, שתוטל חלף תשלום הקנס. לסיכום נטען, כי יש לבחון את הענישה ביחס למשיבים בהתייחס לעבירה הספציפית שבה הורשעו ונסיבותיה, ואין לראות את השינוי במצב הביטחוני כנכנס בגדרי שיקולי הענישה בהתאם לתיקון 113 לחוק העונשין. בהתאם, התבקשנו לדחות את הערעור ולא להתערב בעונש שגזר בית המשפט קמא.

### **דין והכרעה -**

לאחר עיון במסמכים ובחינת טענות הצדדים, מצאנו כי יש מקום לקבל את הערעורים בחלקם, כך שבנוסף



לעונשים שגזר בית המשפט קמא, יושת על המשיבים גם קנס כספי.

מתחם הענישה - בהלכת אלהרוש קבע בית המשפט העליון את מתחם הענישה ההולם ביחס לעבירת שהייה בלתי חוקית, לצרכי פרנסה שאינה נעברת יחד עם עבירות נוספות, כאשר המדובר בהעמדה ראשונה לדין.

אמנם, הוער שם כי ניתן יהא לשקול שינוי במתחם הענישה על רקע תמורות במצב הביטחוני, אך לא מצאנו כי לצורך ההכרעה בערעורים הנוכחים יש צורך בקביעה לפיה המצב הביטחוני החרוג הנוכחי, כשלעצמו, מצדיק חשיבה מחודשת בנוגע למתחם הענישה הראוי לגבי העבירה בה עסקינן - וזאת מבלי להמעיט בחומרת המצב וכאשר אין לכחד, כי בשבועות האחרונים חווה מדינת ישראל תקופה מתוחה שמתאפיינת ב"עליית מדרגה" בכל הנוגע לפעולות טרור שננקטות כנגד אזרחי המדינה ואנשי כוחות הביטחון. בהקשר זה עוד יוער כי טיעוני הצדדים לגבי מספרם של השוהים הבלתי חוקיים מתוך כלל המפגעים - אינם יכולים להוות בסיס לקביעה זו או אחרת, בהעדר בסיס עובדתי או תשתית סטטיסטית, ובמיוחד שעה שהטענות לא עלו בבית המשפט קמא. לכן, ככל שעסקינן במתחם הענישה ההולם - לא נקבע מתחם עם רף תחתון "גבוה" יותר, בשל "המצב".

העונש הראוי בתוך המתחם - אין חולק כי העונש שגזר בית המשפט קמא על שני המשיבים נמצא בתוך מתחם הענישה כמתואר מעלה. לשיטתנו, הגם שרכיב המאסר בפועל הינו על הצד הנמוך, והגם שהוא נמוך משמעותית ביחד למאסר המותנה - לא מתקיימות נסיבות המצדיקות להתערב בגזר הדין שגזרה הערכאה קמא, וכידוע, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב במידת העונש שהושת על-ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בהם ניכרת סטייה קיצונית ממדיניות הענישה המקובלת במקרים דומים, או כאשר דבק פגם מהותי בגזר הדין (ע"פ 2331/13 פלוני נ' מדינת ישראל (13.11.2015)).

אף כאן, בהתייחס לסוגית המצב הביטחוני, מוסכם כי נקבע בהלכת אלהרוש, שמציאות ביטחונית חריגה יכולה להוות שיקול במסגרת מכלול השיקולים בכל הנוגע לשאלת חומרת העבירה של שהייה בלתי חוקית - אך דומה כי בית המשפט קמא התייחס לטיעון זה ושקל מולו שיקולים אחרים, באופן שאינו מצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור.

מצאנו להדגיש עוד את העובדה כי המערערת הודתה כי לולא "המצב", לא היו מוגש הערעורים, הגם שרף הענישה שנגזר על המשיבים נמוך מאוד לשיטתה (אבסולוטית ויחסית) - וזאת לאור מדיניות עקרונית של המערערת ולאור מודעותה להלכות הנהוגות באשר למידת התערבות של ערכאת הערעור ברף הענישה. מכאן, שלמרות שלשני המשיבים אין כל קשר לעבירות ביטחוניות, לרוע מזלם הם בחרו לעבור את העבירות הרלבנטיות בימים קשים אלו - ולו היו בוחרים בעיתוי שונה ודינם היה זהה, לא היה מוגש לגביהם ערעור. יש בכך כדי ללמדנו שמטרת הערעור נועדה להרתעת אחרים ולא למטרת ההרתעה האישית של המשיבים הספציפיים שניצבים מולנו - ושיקול שכזה אינו מצדיק התערבות בגזרי הדין, במקרה הנוכחי.

יאמר עוד, כי טענת המערערת לפיה המציאות כיום הינה שמשאבים רבים של רשויות האכיפה מושקעים בשמירה על ביטחון הציבור ולכן יש להחמיר בענישת שוהים בלתי חוקיים על מנת שגורמי האכיפה לא יאלצו להקדיש זמן לאיתורם ומעצרים של עבריינים מסוג זה - הינה טענה מוקשית. שהרי, ניתן להעלות טיעון דומה גם ביחס לשאר העבירות, כגון גניבה או נהיגה במהירות החורגת מהמותר בחוק. העומס המוטל על רשויות האכיפה וגורמי הביטחון בימים אלו כבד מנשוא, ואכן - יש קושי להתמודד עם הצורך המוגבר לשמור על שלום הציבור בימים קשים אלו ובמקביל להתמודד עם רמת הפשיעה "הרגילה". אך הדבר אינו יכול להוות שיקול המצדיק החמרה בענישה דווקא לגבי שוהים בלתי חוקיים - שכן גם "עבריינים רגילים", בהם יש צורך לטפל, מוסיפים לעומס כאמור.



לכן, לא מצאנו להתערב בקביעת בית המשפט קמא לגבי משך המאסר שנקבע, אף אם הוא אכן ברף התחתון בתוך המתחם.

נעיר עוד, לעניין רכיב המאסר, שהבאנו בחשבון את העובדה שבמסגרת ההליכים בבית משפט קמא ובבית משפט זה, שהו המשיבים ימים במעצר מיום 20.10.2015, כלומר - במשך עשרה ימים, נכון להיום.

עם זאת, יש טעם בטענות המערערת לפיהן היה מקום לתת משקל רב יותר לשאלת הרתעת היחיד בנסיבות העניין, ומניעת הישנות העבירה מצד המשיבים, הרתעה שאולי אינה מושגת באופן מלא ללא שהושת על המשיבים גם קנס כספי. מאחר ועסקינן בעבירות שיש להן פן כלכלי, אנחנו מוצאים שיש מקום להטיל בנסיבות על המשיבים גם קנס כספי בסכום המצוי בגדרי מתחם העונש ההולם, הגם שלא נעלמו מעינינו טיעוניהם באשר למצב הכלכלי הקשה של שני המשיבים.

על כן, מצאנו לקבוע שבנוסף לעונש שהטיל בית המשפט קמא על המשיבים - יושת על כל אחד מהם קנס כספי בסך 1,000 ₪, או עשרה (10) ימי מאסר בפועל תחתיו - וכך אנו מורים. הקנס ישולם קודם למועד השחרור שאם לא כן תרוצה תקופת המאסר חלף הקנס, או חלקה היחסי אם ישולם חלק מהקנס, במצטבר לעונש המאסר שגזר בית המשפט קמא.

יתר מרכיבי גזר הדין יישארו ללא שינוי.

בשולי פסק דיננו מצאנו לנכון להעיר בשני נושאים:

הראשון - שותפים אנו לעמדת המאשימה כי מדינת ישראל מוסמכת לעשות שימוש בכלים משפטיים כמענה לצרכים ביטחוניים משתנים ולהתאים את השימוש בכלים המשפטיים לצרכי השעה. עם זאת אין בכך כדי לשנות את כללי היסוד של שיטתנו המשפטית בכל הנוגע למידתיות הענישה בהתאם לעקרונות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופסיקתו המנחה של בית המשפט העליון.

השני - סבורים אנו כי ראוי הוא שיעשה מאמץ לאכוף את הוראות החוק על המעסיקים והמסיעים. אלו פועלים במטרה להגדיל את רווחיהם הכספיים בדרך של הבאת פועלי דחק צמאי פרנסה מתחומי הרשות הפלסטינאית תוך ניצול העובדה שעלות העסקתם נמוכה יותר. הם אלו שמסכנים, בפועל, את בטחון הציבור ובמיוחד בימים קשים אלו. ראוי הוא שגורמי האכיפה יפעלו כנגד אלו שלמען בצע כסף נוטלים לעצמם את החירות להפר חוק ולסכן את שלום הציבור.

ניתן היום, ט"ז חשוון  
תשע"ו, 29 אוקטובר  
2015, במעמד הצדדים  
ובאי כוחם.  
רון שפירא, סגן נשיא  
[אב"ד]

תמר נאות פרי, שופטת

אברהם אליקים,  
שופט