



עפ"ג 56807/09/20 - מדינת ישראל נגד מאלך אבו עראם

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

10 פברואר 2021
עפ"ג 56807-09-20 מדינת ישראל נ'
אבו עראם

לפני כבוד סגן הנשיאה, השופט אליהו ביתן
כבוד השופט יואל עדן
כבוד השופט יעקב דנינו

המעוררת: מדינת ישראל
נגד
המשיב: מאלך אבו עראם

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בבאר שבע (כב' השופט ג' אמורי) בת.פ. 35823-09-20 מיום 24.9.20.

נוכחים:

ב"כ המעוררת, עו"ד תהילה גלנטה

המשיב וב"כ, עו"ד יחיא סעדה

פסק דין

המשיב, תושב יאטה, הודה, שביום 13.9.20 בשעת לילה, הוא שהה בסביבת צומת סעד שבדרום עם תושב שטחים אחר, מבלי שיש בידם היתר להיכנס לישראל ולשהות בה. בהתאם לכך, הוא הורשע בעבירה של כניסה לישראל ושיבה בה שלא כדין, לפי סעיף 12(1) בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

התביעה טענה למתחם עונש הולם הנע בין מאסר על תנאי ל- 5 חודשי מאסר; ציינה שלחובת המשיב 3 הרשעות קודמות באותה עבירה ותלוי ועומד נגדו מאסר על תנאי בר הפעלה למשך 3 חודשים; וביקשה להטיל על המשיב מאסר ברף העליון של המתחם, הפעלת המאסר על תנאי במצטבר, חיוב במתן התחייבות להימנע מעבירה, וקנס כספי גבוה.

ההגנה ציינה את גילו הצעיר של המשיב ואת נסיבותיו האישיות והמשפחתיות, והדגישה שהמשיב נכנס לישראל לצורכי פרנסה ולא לשם ביצוע עבירות, וביקשה להסתפק בתקופת מעצרו ולהאריך את המאסר על תנאי שהעבירה שביצע מפעילה.

בית המשפט עמד על הערכים החברתיים המוגנים בעבירת הכניסה לישראל שלא כדין; הפנה לפסקי דין של בית המשפט העליון בהם נקבע שמתחם העונש ההולם הכללי לעבירה זו נע בין מאסר על תנאי ועד 5 חודשי מאסר; קבע שהעונש הראוי למשיב מצוי בתוך מתחם העונש ההולם האמור; קבע שבנסיבות הענין ובהתחשב בכך שהעבירה המפעילה את התנאי בוצעה מספר חודשים לפני תום תקופת התנאי, יש להימנע מהפעלת המאסר על תנאי, תוך



הארכת תקופת התנאי; ובסופו של דבר, האריך את תקופת המאסר על תנאי שנגזר על המשיב בת.פ. 31035-01-19 בשנתיים, וחייב את המשיב לחתום על התחייבות בסך 500 ₪ להימנע במשך שנתיים מכל עבירה על חוק הכניסה לישראל.

מכאן הערעור

המדינה טוענת כי בנסיבות המקרה לא היתה הצדקה להימנע מהפעלת המאסר על תנאי שהעבירה שהמשיב ביצע מפעילה. לטענתה, ככלל, העובדה שהעבירה הנוספת נעברה סמוך לתום תקופת התנאי, אינה מצדיקה אי הפעלת התנאי; ובמקרה זה תקופת התנאי הינה שנתיים והעבירה בוצעה כארבעה וחצי חודשים לפני תום התקופה, כך שאין המדובר בסוף תקופת התנאי; זוהי העבירה החמישית של המשיב מאותו סוג, והמשיב ביצע אותה למרות המאסר על תנאי התלוי ועומד נגדו; והעונש שהוטל על המשיב מפלה אותו לטובה בהשוואה לאחר שנתפס אתו, אשר זו היתה הרשעתו הראשונה ודינו נגזר ל-10 ימי מאסר בפועל, מאסר על תנאי, וחתימה על התחייבות להימנע מעבירה. והיא מבקשת לקבל את הערעור ולהטיל על המשיב מאסר בפועל, הפעלת המאסר על תנאי שהופר, וקנס.

ב"כ המשיב ציין כי לאחר גזר הדין התביעה הגישה בקשה לעצור את המשיב עד תום הליכי הערעור ובמסגרת זו המערער נותר במעצר עד יום 22.10.20. לטענתו, משמעות נתון זה הינה שגם אם המאסר על תנאי של המשיב יופעל, ישארו לו רק ימים ספורים לסיום תקופת מאסרו. טען, כי ככלל אין להחזיר למאסר במסגרת פסק דין בערעור, מי שסיים לשאת את תקופת המאסר שנקבעה לו בערכאה הדיונית. עוד טען, כי לא אחת בתי משפט מאריכים מאסר על תנאי בנסיבות דומות, בהתחשב במצב החרום הנוגע לקורונה, ולהשפעותיו הרלוונטיות, והציג מספר גזרי דין. וטען, כי בעניינו של המשיב מתקיימות נסיבות המצדיקות הארכת המאסר על תנאי - המאסר על תנאי נקבע לו בבית המשפט לנוער, וכיום המשיב בן 20, בגיר צעיר; העבירה בוצעה לשם עבודה בישראל ולא למטרה אנטי סוציאלית; והתופעה של הימצאות שבח"ם בישראל לצרכי עבודה ידועה, ורק מעטים מהם מובאים לדין. וביקש לדחות את הערעור.

עיינו בכל החומרים שהוצגו לפנינו ושמענו את טענות הצדדים ובאנו למסקנה שיש לקבל את הערעור.

זכותה של ישראל, ככל מדינה, לקבוע מי ייכנס לתחומה ולפקח על הזרים השוהים בה. הדברים קשורים בין היתר באינטרסים של המדינה הנוגעים לשוק העבודה, לסוגיית הדמוגרפיה, למדיניות ההגירה, ולשמירת שלום הציבור. כאשר מדובר בתושבי השטחים, מעורבים בענין גם אינטרסים של שמירת בטחון הציבור ומניעת עבריינות.

לצד זה, מציאות החיים בשטחי הרשות הפלסטינית מורכבת, והדוחק הכלכלי מעיק, וישראל מעניקה היתרי כניסה ועבודה בהיקף מסוים לתושבי הרש"פ, על פי שיקול דעתה ובהתאם לקריטריונים שהיא קובעת ולבחינה אישית של מקבלי ההיתר. כך שהימצאות עובדים תושבי הרש"פ בישראל, איננה דבר יוצא דופן.

בהתחשב במצב דברים זה ובמאפיינים המרכזיים הדומים בעבירות הכניסה לישראל לצרכי פרנסה, הפסיקה קבעה לעבירה זו מתחם עונש הולם **עקרוני** (שכן, מתחם עונש הולם על פי הגדרתו מושפע מהנסיבות הקונקרטיות של ביצוע העבירה ולא יכול להיות גנרי) מקל, הנע בין מאסר על תנאי ל-5 חודשי מאסר בפועל ועל תנאי, ולקנס של עד 2,000 ₪. (ראה רע"פ 3677/13 **מוחמד אלהרוש נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 9.12.14); ורע"פ 3173/09 **מוחמד פראגין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 05.05.09)).

כאמור, בית המשפט קמא קבע שהעונש המתאים למשיב מצוי בתוך מתחם העונש ההולם העקרוני שנקבע בפסיקה.



אולם, בסופו של דבר העונש שהוטל על המשיב לא כלל אפילו מאסר על תנאי - שהוא העונש המצוי בסף התחתון של מתחם העונש ההולם העקרוני - והלכה למעשה בית המשפט גזר את דינו של המשיב בחריגה לקולא ממתחם העונש ההולם האמור, מבלי לציין שזה מה שהוא עושה ומבלי להציג נימוקים להצדקת קביעת העונש בחריגה ממתחם העונש ההולם. מהלך זה איננו עומד בתנאים הפורמליים של מתווה הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, הקבוע בחוק.

מבחינה מהותית, בית המשפט סבר שבמקרה זה, בהתחשב בנסיבות ביצוע העבירה ובנסיבותיו של המשיב, אין הצדקה לשלוח את המשיב למאסר. אלא שהעבירה שהמשיב ביצע מפעילה את המאסר על תנאי שהוטל עליו בת.פ. 31035-01-19, ועל מנת שניתן יהיה להימנע מהפעלת המאסר על תנאי יש להימנע מהטלת מאסר, כולל מאסר על תנאי, על העבירה המפעילה את התנאי. וכך למעשה בית המשפט נאלץ להטיל על המשיב עונש החורג ממתחם העונש ההולם העקרוני.

השאלה היא איפוא האם בנסיבות המקרה ישנה הצדקה להימנע מלהטיל על המשיב מאסר בפועל ומלהפעיל את המאסר על תנאי שהעבירה שהוא ביצע הפרה.

בשגרת הדברים, תושבי הרש"פ הנכנסים לישראל ללא היתר, לצרכי פרנסה, מורשעים בעבירה של כניסה לישראל שלא כדין ומוטל עליהם עונש בגדרי מתחם העונש ההולם העקרוני המוזכר, תוך התחשבות בנסיבותיהם. מעשה העבירה של המשיב, בנסיבותיו, איננו שונה ממעשי העבירות השגרתיים בנסיבות של כניסה לישראל שלא כדין לצרכי פרנסה. והרשעותיו הקודמות של המשיב בעבירות מאותו סוג, מצדיקות למקם את עונשו של המשיב מעל הרף התחתון של מתחם העונש ההולם.

סעיף 55 (א) בחוק העונשין קובע כי "מי שנידון למאסר על תנאי והורשע בשל עבירה נוספת, יצווה בית המשפט על הפעלת המאסר על תנאי".

וסעיף 56(א) בחוק 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".

דהיינו, נקודת המוצא למצב של הרשעה בעבירה נוספת הינה הפעלת המאסר על תנאי. כך יש לנהוג ככלל. בנסיבות מיוחדות, בהן לא מוטל מאסר מכל סוג שהוא על העבירה הנוספת ובית המשפט משוכנע שבנסיבות המקרה לא יהיה צודק להפעיל את המאסר על תנאי, בית המשפט רשאי שלא להפעיל את המאסר על תנאי, תוך נימוק החלטתו.

למשיב 3 הרשעות קודמות בעבירות של כניסה לישראל שלא כדין. הראשונה, מחודש דצמבר 2016, במסגרתה הוא הורשע בשתי עבירות של כניסה לישראל שלא כדין ונגזר עליו חודש מאסר על תנאי למשך שנה. השניה, מחודש מאי 2017, במסגרתה הופעל המאסר על תנאי הנ"ל והוטל עליו מאסר על תנאי של חודשיים. והשלישית, מחודש ינואר 2019, במסגרתה הופעל המע"ת האחרון והוטל עליו מאסר על תנאי של 3 חודשים - הוא המאסר על תנאי שהפעלתו נדונה כאן.

ניתן לראות שבתי המשפט התחשבו במשיב ובנסיבותיו המורכבות ולא הכבידו עליו את ידם. בפעם הראשונה הוא קיבל רק מאסר על תנאי, ובכל אחת משתי הפעמים הבאות המאסר בפועל שהוטל עליו היה רק כאורך המאסר על תנאי



שהופעל. ותקופת התנאי של שנתיים, שנקבעה למשיב בת.פ. 31035-01-19, איננה התקופה המרבית שניתן לקבוע. ומנגד, המשיב הפר פעם אחר פעם את התנאי שנקבע לו ושב וביצע את אותה עבירה ממש.

העובדה שהמשיב ביצע את העבירה כארבעה וחצי חודשים לפני סיום תקופת התנאי איננה מצדיקה הימנעות מהפעלת המאסר על תנאי. תקופת הקורונה אמנם מציבה אתגרים כלכליים הראויים להתחשבות, אולם היא מחייבת גם זהירות ובקרה בתחום הבריאותי, ופיקוח על הנכנסים לישראל, במיוחד ממקומות שבהם הטיפול בנושא איננו מטבי.

לצד דברים אלה, אנו רואים לנכון לציין את המובן מאליו, שעקרונית ניתן להאריך מאסר על תנאי בעבירת שב"ח ושהדבר תלוי בנסיבות.

נוכח האמור, אנו מקבלים את הערעור ומטילים על המשיב את העונשים הבאים -

מאסר בפועל למשך חודש ימים; הפעלת המאסר על תנאי מת.פ. 31035-01-19. בהתחשב בכך שערכאת הערעור איננה ממצה את הדין, ולפנים משורת הדין, אנו מורים שהמשיב ישא את שתי תקופות המאסר בחופף. תקופת מעצרו של המשיב בתיק זה תנוכה מתקופת המאסר שעליו לשאת; חודש מאסר על תנאי למשך שנתיים מיום שחרורו ממאסר, שלא יעבור עבירה על חוק הכניסה לישראל.

חיוב המשיב לחתום על התחייבות להימנע מעבירה, הכלול בגזר הדין של בית המשפט קמא, יעמוד בעינו.

ההוראה בגזר הדין של בית המשפט קמא בדבר הארכת תקופת המאסר על תנאי, מבוטלת.

ניתן והודע היום כ"ח שבט תשפ"א, 10/02/2021 במעמד הנוכחים.

יעקב דנינו, שופט

יואל עדן, שופט

אליהו ביתן, סגן נשיאה