



ת"פ 2249/15 - מדינת ישראל נגד עבד אלרחמן בורדיני (עציר) - בעצמו, מוסא שחאדה (עציר) - בעצמו

בית משפט השלום בבאר שבע

ת"פ 2249-15 מדינת ישראל נ' בורדיני (עציר) ואח' 5 בינואר 2016

לפני כבוד השופט דניאל בן טולילה

המאשימה מדינת ישראל

ע"י בא-כוחה מר ודיע אבו עג'אג' (פמ"ד)

נגד

הנאשמים

1. עבד אלרחמן בורדיני (עציר) - בעצמו

ע"י בא-כוחו עו"ד יחיא סעדה

2. מוסא שחאדה (עציר) - בעצמו

ע"י בא-כוחו עו"ד מוחמד רחאל

[פרוטוקול הושמט]

גזר דין

הנאשמים הורשעו על פי הודאתם במסגרת הסדר טיעון בכתב אישום מתוקן שבו מיוחסות להם עבירות של שהייה בלתי חוקית ופגיעה ברכוש בהתאם להוראת 108 לחוק העונשין. עבירת השב"ח שבה הודו והורשעו הנאשמים באה חלף הוראת החיקוק המקורית שבה יוחס לנאשמים ביצוע של עבירת הסתננות. במסגרת ההסדר לא הייתה הסכמה לעניין העונש וכל צד היה חופשי בטיעונו.

בטרם בית המשפט יידרש לטיעוני הצדדים שומה להקדים ולומר בקצרה מספר מילים בנוגע להליכים שקדמו להצגתו של הסדר זה, הן ביחס לנאשמים הקונקרטיים שבפניי והן ביחס לנאשמים אחרים שגם להם יוחסה עבירת הסתננות ובעניינם הגיעה המאשימה להסדר "סגור" לעניין העונש. ובמה דברים אמורים.

עד לפני כחודשיים לערך, עתרה המאשימה למתחם עונש הולם בעניינם של נאשמים שהורשעו בעבירת הסתננות ב"נסיבות רגילות" ככזה הנע בין כשנה לשנתיים. מתחם זה נקבע ואושרר בשורה ארוכה של גזרי דין שניתנו בערכאות השונות ור' בין היתר ע"פ 7716/14 אחמד אבו סעיפן נ' מדינת ישראל (27.4.15), עפ"ג 15690-06-14 בעפ"ג 15021-07-13 וכן בעפ"ג 15690-06-14. בהתאם לאמור, זו גם הייתה דרכו של מותב זה לגזור עונש של 11 חודשים מאסר בפועל, לצד עונש צופה פני עתיד וקנס וזאת כאשר עסקינן בנאשמים שהודו ואין לחובתם הרשעות קודמות או עבירות נלוות.

החל מחודש אוקטובר או בסמוך לו החל הצבא לנקוט ב"מדיניות" חדשה ולפיה תושבי הרצועה שהסתננו לישראל שלא

"בנסיבות מחמירות" עוברים תשאל קצר ומוחזרים לרצועה מבלי שאלה כלל עומדים לדין. שינוי מדיניות זה כפי העולה מטיעוני המאשימה (במסגרת תיקים אחרים), וכפי שגם נטען בתיק שבפניי, לא נובע מתוך שינוי המציאות בשטח או מתוך הפחתה במסוכנות והחומרה הגלומה בעבירות ההסתננות. לטענת נציגי המאשימה, בשים לב לכך שרבים מן המסתננים עושים כן על מנת להיעצר, נעשתה חשיבה מחודשת ביחס לתופעה זו ובסופה הוחלט כי יכול ודווקא אי נקיטה בהליכים פליליים תביא להפחתתה.

מכל מקום, מדיניות זו של הצבא לא נעשתה כפי הנראה באופן מסודר ומוסדר, וזאת בין היתר בשים לב להעדר הכרזה פורמאלית בנוגע למדיניות זו, העדר קביעת מועד ברור שממנו ולהבא תחול המדיניות החדשה, וביתר שאת, קביעת מנגנון ביניים בנוגע למי אשר הוגש נגדם כתב אישום אולם טרם ניתן פסק-דין חלוט בעניינם.

בשים לב לאמור לעיל, ולאחר מספר דיונים שנערכו בפני מותב זה, הגיעו הצדדים להסדרים בנוגע למרבית הנאשמים שיוחסה להם עבירת ההסתננות בלבד ושטרם נגזר עונשם. על דרך הכלל, הסדר זה כלל תיקון הוראת החיקוק מעבירת ההסתננות לשהייה בלתי חוקית, ועונש מאסר שנע בין חמישה לשישה חודשים, לצד עונש צופה פני עתיד. בתיק שבפניי, נוכח קיומה של העבירה של פגיעה ברכוש לא היתה הסכמה, וכאמור כל צד היה חופשי בטיעונו.

בהינתן הקדמה זו אתיחס לתיק הקונקרטי ולעונש שראוי לגזור על הנאשמים תוך קביעת מספר הנחות הנדרשות לצורך שקלול העונש הסופי.

ראשית, סבורני כי אין לומר שמתחם העונש ההולם לעבירת ההסתננות השתנה נוכח שינוי מדיניות ההעמדה לדין. הדברים נלמדים בראש ובראשונה מטיעוני הצדדים אשר ציינו כי בפועל המציאות בשטח כלל לא השתנתה. בהקשר לכך נטען על-ידי המאשימה כי הסיכון הנשקף לחיילים הנאלצים להתמודד עם תופעת ההסתננות נותר בעינו, הערכים המוגנים כלל לא השתנו וכך הם פני הדברים גם ביחס למעמסה על כוחות הביטחון הכרוכה בתפיסתם וחקירתם. כשזו תמונת הדברים, האם אך בשל כך שמפקד אזור או גורם פלוני קיבל החלטה שיש להחזיר מסתננים חזרה לרצועה ללא העמדה לדין, אמור מתחם העונש ההולם להשתנות מן הקצה אל הקצה? האם כל אותן אמירות ברורות של בתי המשפט בנוגע לצורך למגר התופעה והחומרה הגלומה בה נעלמו כאחת? התשובה לכך שלילית.

לכאורה, יטען הטוען כי אי-העמדה לדין יכולה להשפיע על המתחם, וזאת כחלק מרכיב "הענישה הנוהגת" אותו משקלל בית המשפט במסגרת קביעת מתחם העונש ההולם. גם טיעון זה הינו מוקשה משני טעמים עיקריים. ראשית, מבחינה קונספטואלית, אין לדבר על ענישה נהוגת מקום שבו כלל לא ננקטים הליכים פליליים, המדובר בנתונים שונים במהותם ואין לערבב אותם כמעשה שעטנז. שנית, אפילו תמצא לומר שיש לקחת בחשבון כחלק ממדיניות הענישה הנוהגת את אי-ההעמדה לדין, הרי ממילא הענישה הנוהגת הינה רטרופקטיבית, דבר שלא ניתן לעשות בעניינם של הנאשמים שבפניי, מקום שמדיניות זו הינה מכאן ולהבא.

מנגד הגם שסבורני כי מתחם העונש ההולם יוותר על כנו, אין מחלוקת כי שינוי המדיניות כפי שפורט לעיל והעונשים המוסכמים בתיקים האחרים אמורים להשליך על עניינם של הנאשמים שבפניי. לא זו בלבד שיש בהסדרים אלו השפעה,

אלא סבורני כי העונש המוסכם של שישה חודשים מאסר בפועל אמור להוות את המסד לעונש בתיק זה ביחס לעבירת ההסתננות, כאשר השאלה הצריכה לעניין נוגעת ל"דלתא" שיש להוסיף בגין קיומה של עבירה נוספת.

מסקנה זו מבוססת נוכח כך שהעונש בן חמישה חודשים שאושר במסגרת הסדרי טיעון סגורים הינו עונש שהיה גם נכון וראוי להשית על הנאשמים לו בית המשפט היה נדרש להכריע בעניינם של אלו שטרם נגזר עונשם, והכול במתווה שנסלל על-ידי בית המשפט העליון ברע"פ 4562/11 **איברהים מוחתסב נ' מדינת ישראל**. בקליפת האגוז, בעניין "מוחתסב" בית המשפט נדרש לעונש שיש לגזור על מסיעים של שוהים בלתי חוקיים שהוגש נגדם כתב אישום וטרם נגזר עונשם, על רקע מדיניות העמדה לדין חדשה, מקלה יותר, לפיה בהסעה ראשונה בנסיבות מקלות כלל לא מעמידים את החשודים לדין.

לכאורה ישנו חוסר הלימה בין שתי קביעותיו של בית המשפט, האחת לפיה מתחם העונש ההולם נותר בעינו, והשנייה, הקביעה לפיה עונש של שישה חודשים ראוי ונכון נוכח שינוי המדיניות, אפילו בית המשפט היה נדרש לעשות כן שלא במסגרת הסדר. דברים אלו יכול וידורו בכפיפה אחת, וזאת נוכח כך שלו המאשימה הייתה עומדת על כך שיש לנהוג במי שטרם ניתן גזר-דין בעניינם בחומרה הרגילה ללא כל התייחסות למדיניות החדשה, או אז ניתן היה לדבר על קבלתה של טענת הגנה מן הצדק שמאפשרת חריגה ממתחם העונש ההולם.

באופן קונקרטי לעצם העבירה הנוספת שעניינה פגיעה ברכוש, הרי שמדובר בעבירה בעלת אספקט בטחוני מובהק, ואין לראותה כעבירת רכוש בלבד ותחת הפריזמה של עלות הרכוש שניזוק. "טיב הרכוש" והיותו בשימוש כוחות הביטחון הם אלו שהביאו המחוקק להשית, בגין עבירה זו, עונש מקסימום של שבע שנים, היינו עונש הגבוה מזה שנקבע לצד עבירת ההסתננות. הרכוש בתיק דנן הינו גדר הביטחון מול רצועת עזה שנועדה למנוע כניסתם של מפגעים ואחרים אל תוך תחומי המדינה. פגיעה בגדר זו והותרת פתח שבו כל אחד יכול לעבור ללא כל בעיה מדברת בעד עצמה.

על האופן שבו רואים גם בתי המשפט בחומרה עבירה זו, אפנה לע"פ 1674/14 **סעיד נ' מדינת ישראל**, שם נדחה ערעור ושלנאשם אשר נגזרו עליו 22 חודשי מאסר בפועל בגין עבירת ההסתננות, קשירת קשר ופגיעה ברכוש. המדובר במישהסתנן ארצה וחדעם קטין נוסף.

לצורך הכניסה הצטיידה מערער במגזרית לעמם חתך אתגדרה גבול ויצר פרצה לגדר דרכה הסתננוה שניים. הרקע למעשים אלו היה רצונו של הנאשם לראות את בנו אשר לא פגש למעלה משבע שנים. שם צוינו כי מדיניות הענישה בנסיבות אלו נועדה בין 20 ל-24 חודשי מאסר ולפיקה ערעור נדחה והעונש נותר על כנו. עוד צוינו כי שאלת החשבב מתחביט חונית לאחר מבצע "צוק איתן".

גזר-דין זה, על-פני הדברים יכול לשמש אמת מידה ל"תוספת" הנדרשת לאותם חמישה-שישה חודשים המהווים ענישה מוסכמת בגין הסתננות בלבד, ובמילים אחרות, בהתאם לגזר-דין זה יש להוסיף עשרה חודשים מאסר בפועל לנאשמים שבפני. בחינה אחרת של אותה "תוספת" יכול ותיעשה ולו מבחינה לוגית ועל דרך ההיקש מאותה ענישה מוסכמת. ובמה דברים אמורים. העונש המוסכם בן חמישה חודשים מהווה כמחצית העונש אשר על דרך הכלל נגזר על נאשמים. על-פי מתווה זה, הרי שאותם עשרה חודשים "תוספת" על עבירת ההסתננות הינם "שווי ערך" לחמישה חודשים לאחר שינוי המדיניות. הגם כך, אין מקום לטעמי להוספת מספר רב של חודשי מאסר, בין אם עסקינן בחמישה ובין אם עסקינן בעשרה. הדברים אמורים נוכח טיעוני המאשימה לפיהן, חרף חוסר הוודאות, הם מוכנים לצורך תיק זה להניח

שמסתננים שיחצו כיום את הגדר, ואף יחתכו אותה כפי הנאשמים שבפניי, כלל לא יעמדו לדין (ר' סעיף 14 לטיעוניה הכתובים של המאשימה).

צא ולמד כי חרף החומרה הגלומה בעבירת הפגיעה ברכוש, וחרף כל יתר נימוקי המאשימה, הדבר אינו מביא להחרגתה של עבירה זו מהמדיניות החדשה להעמדה לדין. במצב דברים שכזה, אותם נימוקים שיכול והיו מביאים את בית המשפט לקבל טענת הגנה מן הצדק בשים לב לטענת האפליה, האכיפה הבררנית והדיבור בשני קולות, מקבלים משנה תוקף. לשון אחר, ככל שעונש המאסר בפועל שיושת על הנאשמים יהיה גדול אל מול אחרים שכלל לא עומדים לדין, תחושת הפגיעה בעקרונות הצדק מתעצמת. על רקע האמור לעיל, ה"תוספת" בגין הפגיעה ברכוש תהיה במשורה, ובוודאי לא באופן לינארי כפי שעותרת לו המאשימה. לא בלי קשר, ר' ת"פ 4546-09-15 שבו בית המשפט המחוזי מסתפק בימי מעצרו של מסתנן שיוחסה לו עבירה נלווית של החזקת סכין, תוך מתן משקל נכבד להצהרת המאשימה, בדומה לתיק שבפניי, לפיה לו אותו נאשם היה נכנס כיום כשהוא אוחז באותה סכין לא היה עומד לדין.

סוף דבר, לאור כל האמור לעיל הנני לגזור על כל אחד מהנאשמים את העונשים הבאים:

א. שבעה חודשים מאסר בפועל שיימנו מיום מעצרו, 6.7.15;

ב. ארבעה חודשים מאסר על תנאי למשך שלוש שנים מיום שחרורו, שלא יעברו כל עבירה לפי חוק הכניסה לישראל;

ג. שישה חודשים מאסר על תנאי למשך שלוש שנים מיום שחרורו, שלא יעברו עבירה לפי פרק ז', סימן ג', לחוק העונשין.

זכות ערעור תוך 45 יום לבית המשפט המחוזי.

ניתן והודע היום, כ"ד בטבת התשע"ו, 5/1/2016, במעמד הנוכחים.

דניאל בן טולילה, שופט