



ת"פ 33971/07/15 - מדינת ישראל נגד מחמוד לוח

בית משפט השלום בבאר שבע

11 אוקטובר 2015

ת"פ 33971-07-15 מדינת ישראל נ' לוח(עציר)

מ"ת 34005-07-15

לפני כבוד השופט דניאל בן טולילה

המאשימה
מדינת ישראל
ע"י עו"ד זילברמן

נגד
הנאשם
מחמוד לוח (עציר)
ע"י עו"ד רחאל

[פרוטוקול הושמט]

גזר דין

הנאשם הורשע, על פי הודאתו בעבירה של הסתננות. על פי המתואר בכתב האישום ביום 13.7.15 סמוך לשעה 22:50 חצה הנאשם את הגבול שבין עזה לישראל בסמוך לקיבוץ "רעים" על מנת לעבוד וזאת על ידי כך שטיפס על הגדר, ירד בצד השני בשטח ישראל והתחבא בין שיחים במרחק של כ-20 מטר מהגדר.

טיעוני הצדדים

ב"כ המאשימה הפנה בטיעוניו הכתובים לעונש, לערכים המוגנים בהם פגע הנאשם במעשיו בכללם, ההגנה על גבולות המדינה, ביטחון האזרחים וסיכון כוחות צה"ל. זה הדגיש את חומרת העבירה בה הודה הנאשם בשים לב שחצית הגבול בוצעה בסמוך לקיבוץ רעים. הלה הפנה למדיניות הענישה הנוהגת ולנסיבותיו של תיק זה ועתר למתחם הנע בין שנה לשנתיים מאסר בפועל. בגדרי המתחם עתר להשית על הנאשם עונש מאסר בפועל למשך 13 חודשים, התחייבות ומאסר מותנה. בנוסף ולצד המאסר בפועל, עתר ב"כ המאשימה להשתתו של קנס וזאת בשים לב למשאבים הכלכליים הנדרשים למיגור התופעה ולשיקולי הרתעה. זה ציין את המניע הכלכלי העשוי להתלוות לביצוע העבירה כדוגמת הקצבה החודשית אותה מקבל הנאשם מידי הרשות הפלסטינאית המעידה אף על יכולתו הכלכלית של הנאשם לשלם את הקנס. זו צרפה את דוח הקנטינה וגיליון הרשעות קודמות של הנאשם.

ב"כ הנאשם במסגרת טיעוניו לעונש הפנה בתחילה להודאה וללקיחת האחריות של הנאשם ולחיסכון בזמן שיפוטי יקר. הלה ציין כי מדובר בנאשם שהינו סטודנט לפסיכולוגיה אשר נאלץ להפסיק את לימודיו בשל חוסר יכולתו לממן את שכר הלימוד. זה הוסיף כי לנאשם נסיבות חיים אישיות ומשפחתיות מורכבות בשל מצבה הבריאותי והנפשי של אמו אשר התדרדר בעקבות פטירתו של אחיו. ב"כ הנאשם טען כי הנאשם ביצע את העבירה בשל הנסיבות הקשות השוררות

עמוד 1



בעזה וכי מדובר בהסתננות ללא עבירות נלוות וללא תחכום שהתבצעה בקפיצה מעל הגדר ולא בכניסה דרך מנהרות. לעניין הקנס ציין הלה כי מדובר בקצבה שנועדה לצרכים בסיסיים ולקייחתה באמצעות קנס תפגע בזכויות הבסיסיות שלו כאסיר.

דין והכרעה

עבירת ההסתננות באה להגן על שמירה על גבולות המדינה מפני חדירה של מסתננים לשטח של מדינת ישראל. כידוע קיימת הבחנה בחקיקה בין עבירת הכניסה או שהייה על פי חוק הכניסה לישראל אשר העונש המקסימאלי בצידה הינו שנה, לעומת עבירת ההסתננות אשר עונשה המקסימאלי הנו 5 שנים.

בע"פ 5746/06 **כמאל עבאס נ' מ"י** (31/07/2007) פורט הרקע והאבחנה בין החוקים הנ"ל:

"החוק למניעת הסתננות נחקק בשנת 1954, שנים ספורות לאחר חקיקתו של חוק הכניסה לישראל בשנת 1952. בסעיף 12 לחוק הכניסה לישראל נקבעה עבירה של שהייה בלתי חוקית. אותה עת, תקופת המאסר המרבית בגין עבירה זו עמדה על שלושה חודשים בלבד. עם הזמן, התברר כי תקופת מאסר זו אינה נותנת מענה הולם לשם הרתעה מפני כניסה שלא כדין של מסתננים לתחומי המדינה. על רקע זה, נחקק החוק למניעת הסתננות שנועד להתמודד עם תופעת ההסתננות לשטח מדינת ישראל ולהחמיר את הענישה בגינה (ראו: דברי הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 454/85 כסראווי נ' שר הביטחון, פ"ד (3) 401, 409 (1985))."

על הסכנה הנשקפת מהמסתננים ומתופעת ההסתננות אפנה לפס"ד של כב' הנשיא אלון אשר ניתן במסגרת ענ"פ 24539-10-12:

"גדר המערכת שבין רצועת עזה לבין מדינת ישראל הינה אולי המקום הרגיש ביותר מבחינה ביטחונית בשטח המדינה היום. הסתננות מהרצועה לשטח ישראל, תוך קפיצה מעל גדר המערכת, מהווה אירוע חריג וקיצוני הגורם להזעקת כוחות הביטחון בתוך אזור נפיץ וטעון ביותר מבחינה ביטחונית. אין המדובר כלל ועיקר בסוגיה הדומה לכניסה שלא כחוק, בניגוד לחוק הכניסה לישראל בגבולות אחרים."

באשר לבחינת חומרת עבירת ההסתננות אפנה לע"פ 6344/09 **מ"י נ' עזמי** שם מציין כב' השופט הנדל כי זו נמדדת מהדרך שבו ביצע המסתנן את כניסתו שלא כדין:

"באשר לעבירת ההסתננות, חומרתה תלויה בדרך הכניסה, בתכנון של העבירה - למשל האם מדובר בכניסה כחלק מרשת תעשייתית תמורת תשלום - ובמידת הפגיעה בביטחון המדינה גם אם המסתנן אינו מתכוון לבצע פעולת איבה - למשל כניסה דרך מנהרה שבאמצעותה מועברים חומרי חבלה."

מדיניות הענישה הנהוגה בעבירת ההסתננות נעה בין 10 ועד 18 חודשי מאסר בפועל ואף יותר, תוך שימת לב לאופן ההסתננות, למטרת הכניסה, התקופה שבה נכנסו המסתננים, גרימת נזק לגדר אם לאו וכיוצ"ב.



בע"פ 7716/14 **אחמד אבו סעיפן נ' מ"י** (27.4.15) - המערער הורשע בעבירת הסתננות מזויינת בכך שטיפס מעל גדר הגבול וירד בצידה השני בשטח ישראל כאשר הלה מצויד בסכין. למקום הוזעקו חיילים אשר עצרו אותם סמוך לגדר.

ע"פ 1674/14 **סעיד נ' מ"י** (6.10.14) - נדחה ערעורו של נאשם אשר נגזרו עליו 22 חודשי מאסר בפועל בגין עבירת הסתננות, קשירת קשר ופגיעה ברכוש. המדובר במי שהסתנן ארצה יחד עם קטין נוסף. לצורך הכניסה הצטייד המערער במגזרי תיל עמם חתך את גדר הגבול ויצר פרצה לגדר דרכה הסתננו השניים. הרקע למעשים הנו רצנו של הנאשם לראות את בנו אשר לא פגש למעלה מ-7 שנים. שם צוין כי מדיניות הענישה בנסיבות אלו נעה בין 20 ל-24 חודשי מאסר ולפיכך הערעור נדחה והעונש נותר על כנו. עוד צוין כי יש להתחשב במתח הביטחוני לאחר מבצע "צוק איתן".

בעפ"ג **15690-06-14** קיבל בית משפט המחוזי את הערעור על קולת העונש והחמיר בעונש מ-8 חודשים ל-10 חודשי מאסר בפועל. שם צוין כי המצב הביטחוני מחייב החמרה בענישה בנוהגת בעבריות אלו.

בעפ"ג **15021-07-13** נדחה ערעורו של נאשם של נאשם אשר נידון ל-12 חודשי מאסר בפועל

בגין עבירת הסתננות. המדובר במי שטיפס על הגדר ונכנס לשטח ישראל והחל לרוץ לתעלת מים על מנת להתחמק מחיילי צה"ל.

בעפ"ג **1569006-14 טרפאוי ואח' נ' מ"י** (14.7.14) - התקבל ערעור על קולת העונש לפיו הוטל על נאשם "בגיר - צעיר" אשר הסתנן יחד עם קטין נוסף בכך שטיפסו על הדר וירבו בשטח ישראל ולאחר זמן מה נתפסו על ידי כוח צה"ל אשר הוזעק למקום. שם צוין כי במשך השנה האחרונה הענישה הוחמרה ותחתית המתחם הינה 12 חודשים ולפיכך הוחמר עונשו של הנאשם מ-8 חודשים ל-10 חודשי מאסר בפועל.

בבחינת מידת הפגיעה בערכים המוגנים הרי שיש ליתן הדעת לסכנה הנובעת מכך שהנאשם חצה את הגבול בסמוך למקום יישוב וכן לנסיבות ביצוע העבירה המלמדות על תכנון ומחשבה תחילה. הדברים שנאמרו בעניין אלהרוש לפיהם חציית גבול אינה פעולה נטולת תכנון (שכן היא דורשת את מעבר הגבול בניגוד לחוק) יפים וקל וחומר שעה שמדובר בחציית גבול מאובטח ומנוטר כפי הגבול מול רצועת עזה.

את עבירות ההסתננות (בדומה לעבירות השב"ח) יש לבחון גם על רקע המצב הבטחוני השורר באותה עת. בהקשר לכך ראה דברי בית המשפט העליון בעניין אלהרוש: **"מידת החומרה של עבירת השב"ח נגזרת מהמצב הבטחוני. היא עשויה להשתנות עם שינוי העיתים ואף עשויה להשתנות ממחוז למחוז. יש לבחון ולהתאים מעת לעת את מתחם העונש ההולם ואת העונש הראוי בתוך המתחם בגין עבירה זו על פי תנאי הזמן והמקום, כך שאת מסקנתנו בפסק דין זה יש לבחון על רקע נסיבות ומצב בטחוני נתון...** (ר' פסקה 65 לפסק הדין).

לדאבוננו, גם אם מדינת ישראל אינה מצויה בלחימה פעילה ברצועת עזה, הרי שעדיין עובר למתן גזר דין זה יש לראות את הגבול מול רצועת עזה כפי דברי כב' הנשיא אילון כאחד מהגבולות הטעונים והנפיצים ביותר שיש למדינת ישראל גם בעת הנוכחית. כך גם אין מחלוקת כי המחוז הדרומי בו מצוי הגבול עם רצועת עזה ועם מצרים נאלץ להתמודד עם תופעת ההסתננות בכללותה באופן אינטנסיבי יותר מאשר חבלי ארץ אחרים.



הדגש בעבירת ההסתננות נוגע לעצם חציית הגבול אולם לא ניתן להתעלם מכך שההסתננות עצמה גוררת באופן אינהרנטי שהות קבועה בתוך תחומי המדינה שלא כדין. בעוד שבעניינם של שוהים בלתי חוקיים מיהודה ושומרון הנחת המוצא היא כי מדובר בכניסה וציאה באופן תדיר וזאת לצרכי פרנסה הרי בעניינם של מסתננים מרצועת עזה, הנחת המוצא היא הינה הפוכה ולפיה המדובר בכניסה יחידה ושהות רציפה בתוך תחומי המדינה, והדברים מדברים מאליהם.

החשש העיקרי בנוגע לגבול של מדינת ישראל עם רצועת עזה הנו ביטחוני בעיקרו ונועד לסכל חדירת כוחות עוינים שיחצו את הגדר באמצעות חיתוכה, טיפוס מעליה או מעבר מתחתה באמצעות מנהרות. נוכחותו הבולטת של הצבא על גדר הגבול לרבות באמצעי ניטור ותצפית אינה נובעת בעיקרה מתוך רצון להתמודד עם תופעת המסתננים לצורכי פרנסה אלא להתמודד עם אותו סיכון ביטחוני (שאת מימוש הפוטנציאל שבו ניתן היה לראות במהלך מבצע "צוק איתן"). כלל בסיסי הוא כי בשעה שכוחות הצבא נדרשים לטפל באירוע של מסתננים לצורכי פרנסה (מניע אשר מתברר רק לאחר תפיסתם) אלו אינם יכולים להיות בה בעת במקום אחר היה ובמקביל יתפתח אירוע ביטחוני. טיפול תדיר בכניסת מסתננים יש בו להפנות את תשומות הצבא אליהם חלף מוכנות לסיכון העיקרי שלשמו הם מצויים על הגבול. יש והדבר ינוצל על ידי גורמים עוינים אף שלא בידעת אותם מסתננים לצורכי פרנסה והיו דברים מעולם.

מן העבר השני, ולקולא, יש ליתן הדעת כי אין המדובר בהסתננות מתוכננת (כדוגמת חדירה באמצעות מנהרה או דרך הים). כך גם אין המדובר בכניסה לישראל כחלק ממערכת הברחה מסודרת הכוללת תשלום למאן שהוא בגין כך. בתיק זה ההסתננות נעשית ע"י טיפוס מעל גדר הגבול, ללא שנערך מרדף וזה נתפס בסמוך לאחר חציית הגדר. עוד ולקולא, תילקח בחשבון העובדה כי הנאשם נכנס לישראל מתוך רצון לשפר את מצבו הכלכלי הקשה ע"י מציאתה של פרנסה.

לאור כל האמור לעיל סבורני כי מתחם העונש הראוי הנו בן 11 - 24 חודשים מאסר בפועל.

בקביעת ענשו של הנאשם בגדרי המתחם סבורני כי מן הראוי שזה יהיה ברף הנמוך של המתחם. הדברים אמורים בשים לב לגילו הצעיר יחסית (21) והיעדר הרשעות קודמות. הנאשם הנו סטודנט לפסיכולוגיה שנאלץ להפסיק לימודיו בשל מצבו הכלכלי הקשה וכן על מנת לסייע לבני משפחתו. הודאתו שיש בה לחסוך זמן שיפוטי יקר וכן משום הבעת חרטה. לצד אלה, יש מקום לתת משקל מה להתרעת היחיד וכן להתרעת הרבים נוכח נפוצות העבירות בהן זה הורשע.

רכיב כספי:

הצדדים ייחדו חלק רחב מטיעוניהם לשאלת השתתו של רכיב כספי. מותב זה נדרש לסוגיה דומה גם כן בעניינם של מסתננים במסגרת ת.פ 7972-02-15 **מדינת ישראל נ' יוסף אלעביד ואח'** (להלן: "אלעביד"). אמנם בעניין אל עביד עסקין במסתננים שזו הייתה להם הפעם השנייה בה חטאו בעבירות דומות וכך כידוע הענישה הנה לעולם קונקרטי, עדיין סבורני כי בשינויים המתבקשים גם בעניינו של הנאשם שבפניי יש מקום להשתת עיצום כספי בדמות קנס.

כפי שצוין לעיל, המניע הכספי והרצון לשפר את המצב הכלכלי הוא זה שהניע את הנאשם לחצות את הגבול. בעניין אלהרוש נדרש בית המשפט העליון לשאלת העיצום הכספי שיש להטיל על שוהים בלתי חוקיים שנכנסים לישראל לצרכי



פרנסה : "ראשית, אני סבור שיש מקום להותיר בפני בית המשפט את האפשרות להשית קנס, כאשר בפניהם נאשם ספציפי שיתכן שהקנס הכספי כשלעצמו (ולא המאסר חלף אי תשלומו) ירתיע אותו... כבר בהלכת פארג'ין קבענו כי בנסיבות מתאימות, כאשר הנאשם אינו מורשע בפעם הראשונה יש מקום להטלת קנס, להגברת ההרתעה...". (ראה פסקה 52, 53 לפסק הדין). אכן בסופם של דברים, בעניין אלהרוש בית המשפט קבע כלל לפיו בכניסה ראשונה השתת קנס הינו החריג אולם לא נקבע כי אין מקום להשתתו של רכיב של כזה, והרציונל כפי שפורט לעיל עודנו תקף.

יתרה מכך, בעניינו של הנאשם שבפני, עסקין בעבירת הסתננות ולא שב"ח שהחומרה הרבה הגלומה בה מוצאת ביטוי בעונש אשר מגיע לכדי פי 5 מהעונש המקסימלי בגין עבירת השב"ח. כשזהו השוני כך גם הצורך במניעה והרתעה גדול יותר. רכיב הקנס הינו "כלי" אחד מבין יתר הכלים העומדים לרשותו של בית המשפט ואם זה סבור שיהיה ברכיב קנס כדי להביא ליתן ביטוי לשיקולי הענישה השונים בכללם הרתעת הרבים, ניתן לעשות בכך שימוש. כל זאת יעשה באיזונים המתבקשים תוך מתן ביטוי לנסיבות המקרה ומאפייני הנאשם הקונקרטי.

השתתו של רכיב קנס מתבקשת גם במקום בו לעצם הנקיטה בהליכים הפליליים וכך גם עצם הישיבה בבית הסוהר לא נילוה אותו "כתם מוסרי" מצד החברה בה חי הנאשם (אשר כאמור אף מוצאת צורך בהפקדתם כספים בחשבונות הקנטינה של הנאשם). אותו גינוי מוסרי מהווה על דרך הכלל חלק מהגורמים המקטינים הישנות התנהגות דומה בעתיד. בהיעדרו, יש מקום לחיזוק המניעה וההרתעה באמצעות רכיב כספי. מצוקתם הכלכלית של תושבי הרצועה וכפי הנראה גם של הנאשם שבפני (שכן לא הוצגו כל מסמכים ביחס לכך) יילקחו לעניין גובה הקנס אולם לא לעצם קיומו.

לא נעלמה מעיני בית המשפט הטענה לפיה המדובר בשינוי מדיניות של המאשימה אשר עד כה נמנעה מעתירה לרכיב קנס (וכנגזרת מכך הואיל ובתי משפט אינו שמים עצמם יותר קטגוריה מהתביעה, לא הוטלו קנסות גם על ידי בתי המשפט). בצד האמור לעיל, סבורני כי אין לקבל הטענה שהמאשימה "מנועה ומושתקת" מלשנות עתירתה העונשית מכאן ולהבא, אך בשל מדיניות העבר. כך לעיתים התגברות תופעות פליליות מסוימות מביאות לשינוי בגישתה של המאשימה הן ביחס לסעיפים החיקוק והן ביחס לענישה הנדרשת (וראה כדוגמה את השינוי במדיניות המאשימה בנוגע לעבירות של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה).

ודוק, שינוי עמדת המאשימה יותר ובלבד שמדובר במדיניות ברורה, סדורה ומוצהרת של המאשימה ולא פרי יוזמה של תובע פלוני או תובעת אלמונית. כך גם יש להדגיש כי שינוי מדיניות זה מן הראוי שיעשה באופן שוויוני כלפי כל המסתננים בין אם עסקין במחוז מסוים ובין אם עסקין ביחס לכלל הנאשמים בעבירת הסתננות בכל רחבי הארץ, ולא כלפי נאשם קונקרטי בתיק מסוים.

סוף דבר. מכל המקובל לעיל הנני לגזור על הנאשם את העונשים הבאים:

א. 11 חודשים מאסר בפועל שיימנו מיום מעצרו 13.7.15.

ב. 10 חודשים מאסר על תנאי למשך 3 שנים מיום שחרורו שלא יעבור כל עבירה לפי חוק ההסתננות.



ג. 900 ₪ קנס או 9 ימי מאסר תמורתו. הקנס ישולם עד ליום 1.1.16.

זכות ערעור תוך 45 יום לבית המשפט המחוזי.

**ניתנה והודעה היום כ"ח תשרי תשע"ו,
11/10/2015 במעמד הנוכחים.
דניאל בן טולילה, שופט**