



ת"פ 47720/04/15 - מדינת ישראל פמ"ד נגד מוהיב עאבד

בית משפט השלום בבאר שבע

21 ספטמבר 2015

ת"פ 47720-04-15 מדינת ישראל נ' עאבד(עציר)

47734-04-15

לפני כבוד השופט דניאל בן טולילה

המאשימה

מדינת ישראל פמ"ד

ע"י ב"כ מתמחה ליטל פרץ

נגד

הנאשם

מוהיב עאבד (עציר)

ע"י ב"כ עו"ד אריאתה

גזר דין

הנאשם הורשע על פי הודאתו בעבירת הסתננות. על פי המתואר בכתב האישום המתוקן ביום 25.4.15 סמוך לשעה 12:00 חצה הנאשם את גבול ישראל עזה בסמוך לקיבוץ כיסופים ביחד עם אחר (להלן: "האחר") וזאת על ידי כך שטיפס מעל גדר הגבול וקפץ לתוך שטח ישראל. מיד לאחר מכן, נעצרו הנאשם והאחר על ידי חיילים, בסמוך לגדר.

טיעוני הצדדים:

ב"כ המאשימה הפנתה בטיעוניה הכתובים לעונש לערכים המוגנים בהם פגע הנאשם במעשיו בכללם, ההגנה על גבולות המדינה, ביטחון האזרחים וסיכון כוחות צה"ל. זו הדגישה את חומרת העבירה בה הודה הנאשם בשים לב שחציית הגבול בוצעה בסמוך לקיבוץ כיסופים. הלה הפנתה למדיניות הענישה הנוהגת ולנסיבותיו של תיק זה ועתרה למתחם הנע בין שנה לשנתיים מאסר בפועל. בגדרי המתחם עתרה להשית על הנאשם עונש מאסר בפועל למשך 13 חודשים, התחייבות ומאסר מותנה. לצד המאסר, עתרה ב"כ המאשימה להשתתו של קנס וזאת בשים לב למשאבים הכלכליים הנדרשים למיגור התופעה ולשיקולי הרתעה. זו ציינה את המניע הכלכלי העשוי להתלוות לביצוע העבירה בדמות קצבה חודשית המופקדת בחשבון הקנטינה של הנאשם על ידי הרשות הפלסטינית בסך ₪ 400 המלמדת על יכולתו הכלכלית של הנאשם. זו צרפה את כרטיס חשבון בקנטינה של הנאשם ואת עדות החייל.

ב"כ הנאשם במסגרת טיעונו לעונש הפנה לגילו הצעיר של הנאשם שזה עתה חצה את גיל 18 ונמנה על אוכלוסיית הבגירים- צעירים ולכן שמדובר בנאשם ללא הרשעות קודמות שהודה וחסך זמן שיפוטי יקר. הלה הוסיף כי הנאשם נכנס לישראל מתוך מניעים כלכליים ולשם מציאת פרנסה, ללא שנלוו לכניסתו עבירות נוספות ונתפס מיד לאחר כניסתו



בסמוך לגדר. זה טען לעניין החוקיות ואופן מעצרו של הנאשם, המצדיק הקלה בעונשו והוסיף כי כפי העולה ממסמכי המעצר, הנאשם הוחזק במשך שעות רבות בסטטוס משפטי לא ברור עד שהובא בפני הקצין. זה הפנה לגזר דינו של כבוד השופט אבו פריחה בעניינו של האחר אשר מעניק משקל לעובדות אלו. עוד הפנה ב"כ הנאשם לעונש בן 5 חודשי מאסר בפועל שהושת על האחר בבית המשפט לנוער אשר הורשע בנוסף לעבירת ההסתננות גם בהחזקת סכין. זה ציין כי יש ליתן את הדעת כי פער הגילאים בין הנאשם לאחר עומד על כ- 8 חודשים בלבד.

ב"כ הנאשם עתר שלא להשית על הנאשם קנס. הלה ציין כי הקצבה אותה מקבלים הנאשמים כדוגמת הנאשם משמשת אותם לצרכים בסיסיים בלבד והשתת קנס תביא בהכרח להארכת מאסרם נוכח מצבם הכלכלי הקשה ממילא. זה עתר להסתפק בתקופת מעצרו של הנאשם עד כה.

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 מצין 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 המסתתן 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 וכיוצא בזה.

בע"פ 7716/14 **אחמד אבו סעיפן נ' מ"י** (27.4.15) - המערער הורשע בעבירת ההסתננות מזוינת 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 ההסתננות, קשירת קשר ופגיעה ברכוש. המדובר במי שהסתתן 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 רצונו 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 ההסתננות. 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 הסתתן 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 לכך שהמדובר בנאשם שחצה את גדר הגבול בין ישראל לעזה בסמוך למקום יישוב יחד עם אחר. עצם העובדה כי המדובר בשני נאשמים החוברים יחד מגבירה את הסיכון הטמון בחדירתם ומלמדת 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 והנפוצים 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 וִיצִיאה 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 בידיעת 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 באור יום ע"י טיפוס מעל גדר הגבול.

לא נערך מרדף ממושך ואלו נתפסו 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.

ב"כ הנאשם סבור כי יש להקל בעונשו של זה וזאת בשים לב לפגיעה בזכויותיו שעה שהוחזק מספר רב של שעות טרם מעצרו בסטטוס שאינו ברור. לא מצאתי כי יש בטיעון ככל שיש בו ממש להצדיק הקלה בעונשו של הנאשם. ראשית, וכך גם לא חולק בסופם של דברים ב"כ הנאשם, לחייל סמכות לעצור את המסתננים בדומה לסמכותו של שוטר בהתאם להוראת סעיף 27 לחוק למניעת הסתננות.

בתיק זה לא הוצגה אותה אסמכתא לכליאה של קצין בדרגת רב סרן. אפילו אצא מנקודת הנחה שלא מולאה אותה אסמכתא (שכן בתיקים אחרים שבהם עלתה טענת זו נערכה המאשימה מבעוד מועד והציגה פקודת מעצר צבאי), הרי



שמך הזמן בו הוחזק בסטטוס לא ברור(מעוכב או עצור), מתמצה בשעות בודדות בהן היה צורך לערוך "נוהל הפשטה", בהמשך לקיחתו לבסיס, משם לתחקור שב"כ ורק בהמשכם של דברים לתחנת המשטרה. לשון אחר אין המדובר במעצר של עבריין פלילי בעיבורה של עיר שבו היחידה החוקרת פועלת בעצלתיים ומשתהה בפעולות מתבקשות, אלא כחלק מפעילות מבצעית צה"לית בסמיכות לאזור בעל מתיחות ביטחונית גבוהה על המשמעותיות הדחופות הנגזרות מכך. בהקשר לכך ראה סעיף 25 (ב) (2) על חלופותיו המציין כי הבאתו של אדם ללא צו מעצר לתחנת משטרה יכול ותידחה בין היתר בשל צרכי חקירה, או הגנה על בטחון הציבור כשנוכחותו של השוטר במקום מתבקשת.

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, היעדר הרשעות קודמות. הודאתו שיש בה לחסוך זמן שיפוטי יקר וכן משום הבעת חרטה. לצד אלה, יש מקום לתת משקל מה להתרעת היחיד וכן הרתעת 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 תשלום) 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 שבפניי, 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.



השתתפות 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 שבפניי (שכן לא הוצגו כל מסמכים ביחס לכך) יילקחו לעניין גובה הקנס אולם לא לעצם קיומו.

לא נעלמה מעיניי 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 עסקינן במחוז מסוים ובין אם עסקינן ביחס לכלל הנאשמים בעבירת הסתננות בכל רחבי הארץ, ולא כלפי נאשם קונקרטי בתיק מסוים.

בא כוח הנאשם סבור כי שיקולים של אחידות בענישה מצדיקים הקלה בעונשו של הנאשם שכן כאמור גם אם האחר קטין הרי שבפועל פער הגילאים ביניהם מצומצם ביותר ולאחר אף יוחסה עבירה של החזקת סכין. ביחס לטענה זו אין מקום לגזור גזירה שווה שכן האחר הינו קטין על כל המשתמע מכך ואילו הנאשם שבפניי הינו בגיר. אכן לא אחת מדובר בגבול שרירותי שיכול וימים בודדים מפרידים בין הפיכתו של אדם בגיר ובין היחשבו כקטין. הפרדה שכזו יכול ותמצא ביטוי גם בטענות התיישנות וסוגיות משפטיות אחרות. ודוק, המחוקק לא מצא לייחד תקופת זמן נוספת שמצדיקה הקלה בעונש (למעט היחס של הפסיקה בעניינם של נאשמים "בגירים צעירים"). לא אתעלם לחלוטין מטעת אחידות הענישה, בפרט כאשר לאחר מיוחסת עבירה נוספת וכן נוכח פער הגילאים המצומצם ואחרוג מטה מן העונש שנכון וראוי היה לגזור על הנאשם, אולם המשקל שניתן לה לא יהיה גבוה כפי שעותרת לו ההגנה.

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

א. 9 חודשים מאסר בפועל שיימנו מיום מעצרו, 25.4.15.

ב. 8 חודשים מאסר על תנאי למשך 3 שנים מיום שחרורו שלא יעבור כל עבירה לפי חוק ההסתננות.

ג. 450 ₪ קנס או 5 ימי מאסר תמורתו. הקנס ישולם עד ליום 1.1.16.



זכות ערעור תוך 45 יום לבית המשפט המחוזי.

ניתנה והודעה היום ח' תשרי תשע"ו, 21/09/2015 במעמד הנוכחים.

דניאל בן טולילה , שופט