



עפ"ג 10860/07/17 - אימן דנף תושב איו"ש נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה

07 יוני 2018

עפ"ג 10860-07-17 דנף נ' מדינת ישראל

לפני הרכב כבוד השופטים:
רון שפירא, נשיא [אב"ד] בטינה טאובר עדי חן ברק
המערער אימן דנף תושב איו"ש

נגד
המשיבה
מדינת ישראל

פסק דין

השופט ר. שפירא, נשיא [אב"ד]:

הרקע לערעור ופסק דינו של בימ"ש קמא:

בפנינו ערעור הנאשם על גזר דינו של בימ"ש השלום בחדרה (כב' השופטת פ' ארגמן, סגנית נשיא) שניתן ביום 22/5/17 במסגרת ת"פ 19194-11-14.

הנאשם הורשע על פי הודאתו בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב - 1952 (להלן: "חוק הכניסה לישראל"). במסגרת גזר הדין של בימ"ש קמא נקבע כי מתחם הענישה, בהתאם להלכת אלהרוש, יעמוד על מאסר על תנאי ברף התחתון ועד 5 חודשי מאסר בפועל ברף העליון. באשר לענישה בתוך המתחם בימ"ש קמא לקח בחשבון את לקיחת האחריות וחסכון בזמן שיפוטי וזמנם של עדים, אך מאידך לקח בחשבון גם את העובדה שנדחו דיונים מספר ניכר של פעמים על פי בקשות חוזרות ונשנות של ב"כ הקודם של הנאשם. לכן גם נקבע שלחלוף הזמן אין משקל של ממש. בימ"ש קמא התחשב אף בנסיבותיו המיוחדות של הנאשם ובכך שאין מדובר בתושב שטחים אשר מתגורר בתחומי הרש"פ או בעזה ונכנס לישראל לפרק זמן קצוב, אלא מדובר בנאשם שנמצא בתחומי מדינת ישראל מזה כעשור, שכן על פי טענתו נשפט בעזה בשנת 2007 ובגין הרשעתו וגזר הדין שהושת עליו שם, נאלץ להגיע לתחומי מדינת ישראל, שכן החשד היה ששיתף פעולה וחש סכנת חיים במקום מגוריו בעזה. צוין כי מאז כניסתו לארץ הקים משפחה ואף עבד בצורה מסודרת עד שנעצר בגין תיק זה ונמצא במעצר בית מלא תקופה ממושכת מאוד.

בימ"ש קמא צוין עוד בגזר דינו כי מצופה היה מן הנאשם שבמהלך עשר השנים שנמצא בתחומי מדינת ישראל יסדיר את שהייתו. בימ"ש קמא לא שוכנע שנעשים מאמצים משמעותיים להסדיר שהייתו, גם לא לאחר מעורבותו בעבירה בגין תיק זה. צוין כי על פי האמור בתסקיר שירות המבחן, לנאשם היה אישור שהייה זמני בישראל, אולם בהמשך בקשתו ממשרד



הפנים נדחתה וגם אם התקיים דיון כזה או אחר בביהמ"ש העליון, כפי שטען, אזי לא הציג אישורים לעניין זה, ובכל מקרה אין מחלוקת שהעניין לא הוסדר במסגרת הליך בביהמ"ש העליון. עוד צוין כי מסתבר שבחודש ספטמבר 2014, כחודש וחצי לפני מועד ביצוע העבירה, ניתנה החלטה על ידי ועדת מאוימים בעניינו, על פיה אין אינדיקציה למאוימות או לסכנה בשטחי עזה, אך יחד עם זאת ניתנה החלטה על פיה הוא יעבור להתגורר במשך 9 חודשים בשטחי הרש"פ ואיו"ש לתקופה של 9 חודשים, כנגד התחייבות שלא ייכנס לשטחי מדינת ישראל ועניינו ידון שוב בחלוף תשעת החודשים. צוין כי הנאשם לא פעל על פי החלטה זו ולא קיים אותה, לטענתו מתוך חשש לחייו גם בשטחי איו"ש. בימ"ש קמא צוין עוד כי הוצג בפניו מסמך לפיו בחודש פברואר 2017 הגיש הנאשם בקשה נוספת לוועדת המאוימים, אך עדיין לא נדונה. צוין כי לגישתו של בימ"ש קמא הדבר נעשה על מנת לשכנע שהנאשם עושה מהלכים על מנת להכשיר את שהייתו בארץ, אך מדובר במראית עין בלבד, שכן הנאשם יכול היה לעשות מעשים רבים במהלך השנים האחרונות ולא רק שלא עשה מהלכים אלה, גם לא פעל על פי החלטה של הרשויות המוסמכות הרלוונטיות.

לפיכך, לא קיבל בימ"ש קמא את טענתו של הנאשם כי הינו אדם נורמטיבי ששולב גם בתחום התעסוקתי בתחומי מדינת ישראל בשנים בהן שהה במדינת ישראל והינו מתפקד תפקוד תקין במישורי חיים שונים. כן צוין כי לחובתו 3 הרשעות קודמות בגין עבירה זזה וכן בעבירות נוספות מסוג סמים ורכוש והוא אף ריצה עונשי מאסר בגין עבירות אלה. בימ"ש קמא צוין כי לחובת הנאשם מאסר על תנאי בר הפעלה בן 5 חודשים. צוין כי יש לקחת בחשבון את העובדה שהנאשם היה עצור מספר ימים ונתן במעצר בית מלא מעל שנתיים ימים, אך לא ניתן להתעלם מכך שהדיונים נמשכו פרק זמן ארוך ביותר עקב בקשות חוזרות ונשנות של ב"כ הנאשם.

באשר לשאלה האם יש מקום להאריך את המאסר על תנאי ולא להשית מאסר בפועל נקבע כי לאור התנהלותו של הנאשם, כפי שפורט, כאשר אין אינדיקציה נוכחית למאוימות, והעובדה שהנאשם לא עשה דבר באופן משמעותי על מנת להכשיר שהייתו בארץ, בימ"ש קמא לא היה סבור שמדובר בנסיבות שבהן יש להורות על הארכת המאסר על תנאי. עם זאת, הואיל ומדובר במאסר על תנאי משמעותי בן 5 חודשים, היה סבור בימ"ש קמא שניתן להורות שהמאסר בפועל ירוצה בחופף למאסר על תנאי, זאת בצד ענישה הצופה פני עתיד. לפיכך נגזרו על הנאשם 3 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו; הופעל המאסר על תנאי בן 5 חודשים שהושת בת.פ. 6537-03-14 של בימ"ש שלום חדרה, בחופף למאסר, כך שהנאשם ירצה 5 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו; וכן נגזר מאסר על תנאי לתקופה של 2 חודשים והתנאי שהנאשם לא יעבור במשך 3 שנים מיום שחרורו עבירה על הסעיף בו הורשע. כן הורה בימ"ש קמא כי עם סיום מאסרו יגורש הנאשם לתחומי איו"ש ולא לעזה. כאמור, הנאשם הגיש ערעור על גזר הדין.

טענות הצדדים:

המערער טוען כי הוא נשוי לאזרחית ישראלית תושבת הכפר מוסמוס ואשתו נמצאת בהריון ראשון לאחר טיפול פוריות. במקור הוא מכפר מאזור רצועת עזה, כאשר בשנת 2007 ריצה מאסר בעזה וברח לישראל עקב חשד לשיתוף פעולה עם רשויות המדינה וחשד למעורבות במכירת קרקעות ליהודים. מאז הוא שוהה בארץ ופנה מספר פעמים לוועדת המאוימים על מנת לקבל אישור שהייה בארץ. נטען כי ביום 7.11.14 נעצר המערער והוגש נגדו כתב אישום בגין כניסה לישראל שלא כדין לפי חוק הכניסה לישראל וביום 10.11.14 שוחרר למעצר בית מלא בביתו בכפר מוסמוס, שם הוא שוהה עד ליום זה. נטען כי לא נרשמה הפרה כלשהי של תנאי השחרור. כן נטען כי שירות המבחן המליץ שלא להאריך



את המאסר המותנה בן 5 חודשים שהיה תלוי ועומד נגד המערער בשל העובדה שלא הסדיר שהייתו בארץ. נטען כי המלצת שירות המבחן נבעה בעיקר מהעובדה שהמערער לא השיג היתר כניסה כדין. כן נטען כי רשויות המדינה לא יאשרו שהייה עת תלוי ועומד תיק כניסה שלא כדין ולכן נקודת המוצא של שירות המבחן לפיה המערער לא הסדיר שהייתו בתחומי המדינה מוטעית ביסודה והיה מקום לסטות ממנה. נטען כי בימ"ש קמא שגה עת הורה על הפעלת המאסר המותנה וזאת בשל נסיבותיו המיוחדות של התיק. נטען כי קיים חשש לחייו של המערער, נסיבות חייו קשות, הוא נשוי לישראלית ואשתו בהריון והוא נמצא במעצר בית מלא תקופה ארוכה. על כן, נטען כי יש לקבל את הערעור ולהורות על הארכת המאסר על תנאי.

ב"כ המשיבה טוענת כי ב- 29.1.17 הגיש המערער בקשה לוועדת מאוימים. ב-15.2.17 הוועדה ביקשה ממנו שישלים את הבקשה ומאז הוא לא מתקשר עם הוועדה. נטען כי מאז פברואר 2017 המערער לא פנה לוועדת המאוימים, לא הגיש טפסים שהיה צריך להגיש ושנה לאחר מכן הגיש את העתירה לבג"צ בטענה שהוועדה אינה נותנת לו היתר. נטען כי המערער מעולם לא קיבל אישור שהייה בשטחי מדינת ישראל. הוא קיבל בשנת 2008 אישור לשהות ברשות, לא בשטחי מדינת ישראל. נטען כי הוא שוהה בישראל שלא כדין ועושה דין לעצמו מזה שנים. נטען כי המערער לא הסדיר מעמדו למרות שהייתה לו אפשרות לטפל בכך. כן נטען כי ועדת המאוימים התחייבה לדון בעניינו במהלך החודש הקרוב אך זה לא רלוונטי לתיק זה. המשיבה טוענת כי אין מקום להתערב בהחלטת בימ"ש קמא שכן אין נתון שהצדיק הארכת המאסר על תנאי מהתיק הקודם. נטען כי ועדת המאוימים אפשרה למערער לעבור לשטחי איו"ש וגם את ההחלטה הזו הוא לא קיים ונתפס בתיק זה מספר ימים לאחר שהשתחרר.

המשיבה טוענת כי בתיק הקודם ניתן גזר דין ב- 19/6/14 ודובר לא רק על שהייה בלתי חוקית בשטחי מדינת ישראל, אלא גם על החזקת ושימוש בסמים שלא לצריכה עצמית והחזקת נכס החשוד כגנוב והושת עליו מאסר בפועל ל-7 חודשים. ב- 7/11/14 נתפס מבצע את העבירות נשוא תיק זה, עשה דין לעצמו ונשאר בשטחי מדינת ישראל. נטען כי המערער לא הגיש בקשה לאיחוד משפחות ולא בכדי קבע בימ"ש קמא שבמשך 10 שנים לא הסדיר את שהייה שלו בשטחי מדינת ישראל והיה מקום לתת לכך משקל. נטען כי גם שירות המבחן הבהיר שהתנהלות המערער מלמדת על סיכון גבוה להישנות העבירה. נטען כי המדינה התחשבה במצבו של המערער ולא הגישה כתבי אישום על שהייה בלתי חוקית, לא בכניסתו הראשונה ולא בשלישית. ב-2012 הועמד לדין על כניסה לישראל שלא כחוק וקיבל מאסר על תנאי. בפעם השנייה שוב עמד לדין ושוב הורשע ב- 2013 וקיבל מאסר לתקופה של חודש. לאחר מכן ביצע גם עבירות נלוות. נטען כי בנסיבות אלה לא הייתה הצדקה להאריך את המאסר על תנאי והיה צריך להשית מאסר בפועל ולהפעיל את כל המאסר המותנה במצטבר. נטען כי בימ"ש קמא עשה עמו חסד שעה שבחר להפעיל במצטבר שלושה חודשים ושניים בחופף. על כן, נטען כי אין מקום להתערב.

דין והכרעה בערעור:

לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ואת פסק דינו של בימ"ש קמא, אציע לחברותי להרכב להתערב, כמקרה חריג, בגזר הדין, לקבל את הערעור ולהורות על הארכת המאסר המותנה, זאת בנסיבות העניין כפי שיפורט.

ראשית וקודם לכל ראוי לציין כי "כלל ידוע הוא כי ערכאת הערעור תתערב בחומרת העונש שהוטל על ידי הערכאה הדיונית רק במקרים חריגים של סטייה ברורה ממדיניות הענישה הראויה, או כאשר נפלה בגזר הדין



טעות מהותית הבולטת על פניה... [ע"פ 8668/11 פלוני נ' מדינת ישראל (11.10.2012)] או במקרים חריגים של סטייה ברורה, ניכרת וקיצונית ממדיניות ענישה ראויה [ע"פ 3265/12 פלוני נ' מדינת ישראל (20.9.2012)]. הלכות אלו לא שונו ע"י תיקון 113 לחוק העונשין [ע"פ 4498/14 גרידיש נ' מדינת ישראל (13.5.2015)]; ע"פ 5931/11 **עבדולייב נ' מדינת ישראל** (22.10.2013); ע"פ 5117/13 **וימר נ' מדינת ישראל** (11.11.2014); ע"פ 5953/15 **רוני שוהאנה נ' מדינת ישראל** (31.12.2015). אבהיר כי אינני מתעלם מכללים אלו.

אלא שמעבר לכללים אלו, יש לשקול כל מקרה על פי נסיבותיו המיוחדות ונסיבותיו האישיות של הנאשם כאינדיבידואל ולאזן בצורה ראויה ביניהן לבין מדיניות הענישה האמורה [ע"פ 291/81 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 442, 438 (1981)]; ע"פ 1319/09 **כהן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (13.5.2009) בפסקה 4 לחוות דעתו של השופט ח' (מלצר)]. יש לזכור כי **"...מלאכת גזירת הדין אינה מדע מדויק, ועל בית המשפט לאזן בין שיקולים שונים ומנוגדים, וליתן לכל אחד מהם את משקלו הנכון בנסיבות העניין שלפניו. חובה זו מוטלת הן על הערכאה הדיונית והן על ערכאת הערעור"** [ע"פ 8774/15 פלוני נ' מדינת ישראל (19.6.2016)].

במקרה זה סבור אני כי בימ"ש קמא שקל את כל השיקולים הרלוונטיים ונסיבותיו האישיות של המשיב, כפי שהובאו בפניו. אלא שבפנינו הובאו נתונים נוספים שיתכן ולא היו בפני בית משפט קמא, לרבות התפתחויות ופעולות שבוצעו לאחר שניתן גזר הדין נשוא הערעור. הגם שמדובר בעובדות חדשות או נוספות שלא נשקלו ע"י בית משפט קמא לא ניתן לעצום את העיניים ולהתעלם מהן. בסופו של יום, בעת חתימת פסק הדין, עלינו לשקול את כל הנסיבות שבפנינו ולתת ביטוי לנתונים אישיים חריגים. כך במקרה שבו נדרשנו להכריע כעת.

שותף אני לעובדות שציין בימ"ש קמא בגזר דינו, לפיהן מצופה היה מהנאשם שבמהלך השנים הרבות שנמצא בתחומי מדינת ישראל יסדיר את שהייתו. בימ"ש קמא לא שוכנע שנעשים מאמצים משמעותיים להסדיר שהייתו, גם לא לאחר מעורבותו בעבירה בגין תיק זה. נראה כי אין מקום להתערב במסקנה. כמו כן, וכפי שציין בימ"ש קמא, בחודש ספטמבר 2014, כחודש וחצי לפני מועד ביצוע העבירה, ניתנה החלטה על ידי ועדת מאוימים בעניינו, על פיה אין אינדיקציה למאיומות או לסכנה בשטחי עזה, אך יחד עם זאת ניתנה החלטה על פיה הוא יעבור להתגורר במשך 9 חודשים בשטחי הרש"פ ואיו"ש לתקופה של 9 חודשים, כנגד התחייבות שלא ייכנס לשטחי מדינת ישראל ועניינו ידון שוב בחלוף תשעת החודשים. המערער לא פעל על פי החלטה זו ולא קיים אותה, לטענתו מתוך חשש לחייו גם בשטחי איו"ש.

אלא שאיננו מענישים את המערער בגין רמת הטיפול המנהלי מטעמו בהסדרת מעמדו בישראל, אלא בגין העבירות שביצע תוך התייחסות לחומרתן ולרמת הסיכון שיחזור ויבצע עבירות נוספות. נזכיר כי **"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין..."** [סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההדגשה הוספה. ר.ש.]. ערך האדם וקדושת חייו גוברים על ערך תקינות התנהלותו המנהלית. גם אם שגה או לא פעל כנדרש להסדרת מעמדו יש לתת למחדלו זה את המשקל היחסי הראוי בהשוואה למשקל חומרת המעשה בגינו הוא עומד לדין, הצורך להרתיעו בפני ביצוע עבירה נוספת והצורך להגן על שלום הציבור.

על זאת יש להוסיף כי מעת שנגזר דינו של האסיר חלו התפתחויות שיש בהן כדי להשליך על העניין שבפנינו. העותר פנה שוב לוועדת מאוימים. ככל הנראה הפניה לא נעשתה בליווי מקצועי מספיק ולא הועברו מסמכים נדרשים ואולם בכל



מקרה עניינו טרם נדון וטרם ניתנה החלטה. בנוסף, והוא החשוב, העותר ואשתו שכרו בית למגורים בכפר ברטעה המזרחית. כפר זה אמנם מצוי צפונית מערבית לגדר ההפרדה, לכאורה בתחומי מדינת ישראל, ואולם הוא מוגדר כשטח של הרשות הפלסטינאית. התושבים שם אינם אזרחי ישראל. רכביהם נושאים לוחיות רישוי פלסטינאיות וילדיהם אמורים להתחנך בבתי הספר של הרשות הפלסטינאית. מדובר במעמד מיוחד של ישוב (שאינו יחיד). ישנם עוד ישובים בודדים במעמד דומה, למשל הכפר אום ריחן). מעת שמדינת ישראל יצרה את המסגרת ההתיישבותית המיוחדת הזאת, והמערער חי בישוב זה, נראה כי יש לזקוף את העובדה לזכותו ויש לראותו כמי שמקיים את ההנחיות שניתנו ע"י ועדת המאוימים כתנאי לבחינת עניינו בשנית.

בנסיבות אלו, וכן בהתחשב במצבו המשפחתי של המערער, העובדה שאשתו, שהיא אזרחית ישראל, הרה ובנו במצב בריאותי קשה, וכן בהתחשב בעובדה שכעת החל העותר, סוף סוף, לפעול במישור המנהלי להסדרת מעמדו, ניתן לתת לו את ההזדמנות האחרונה ולהסתפק, כחריג, בהארכת המאסר המותנה שהיה תלוי ועומד נגדו.

סיכום:

אשר על כן, ואם תישמע דעתי, נתערב בגזר דינו של בית משפט קמא ונורה כדלקמן:

גזר דינו של בית משפט קמא יבוטל.

תחת העונשים שגזר בית משפט קמא נורה על הארכת עונש המאסר המותנה שנגזר על המערער בת"פ 6537-03-14 של בית משפט השלום בחדרה, שמשכו חמישה (5) חודשים, לתקופה של שנתיים מהיום.

בנוסף נורה לגזור על המערער קנס כספי בסך 3,000 ₪ או לרצות 30 ימי מאסר תמורתו. הקנס ישולם ב 10 תשלומים שווים ורצופים שהראשון בהם יהיה ביום 1.8.2018 והיתרה בכל 1 לחודש שאחריו. ככל שלא ישולם הקנס במועדו תעמוד יתרת הקנס לפירעון מידי ויהיה על המערער לרצות את המאסר תמורתו, כמפורט לעיל.

ר. שפירא, ס. נשיא
[אב"ד]

השופט ב. טאובר:

אני מסכימה.



ב. טאובר, שופטת

השופטת ע. חן ברק:

אני מסכימה.

ע. חן-ברק, שופטת

הוחלט כאור בפסק דינו של האב"ד.

ניתן והודע היום כ"ד בסיון תשע"ח, 7 ביוני 2018, בנוכחות המערער וב"כ הצדדים.

ע. חן-ברק, שופטת

ב. טאובר, שופטת

ר. שפירא, ס. נשיא
[אב"ד]