



עפ"ג 47275/10/22 - השאם עלאמה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עפ"ג 47275-10-22 עלאמה(עציר) נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: 310013/2022

בפני	כבוד השופטת הבכירה, ברנט-אב"ד
	כבוד השופט בורנשטין
	כבוד השופט מיכלס
המערער	השאם עלאמה (עציר)
נגד	
המשיבה	מדינת ישראל

פסק דין

1. ערעור על גזר דינו של בית משפט השלום בכפר סבא בת"פ 2089-07-22 (כבוד השופט פרייז), גזר דין מיום 18.9.22 במסגרתו הושטו על המערער 6 חודשי מאסר בפועל, תוך הפעלת 3 חודשי מאסר על תנאי מת"פ 18131-01-19 במצטבר, ובסה"כ 9 חודשי מאסר בפועל החל מיום מעצרו 2.7.2022, 6 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים מיום שחרורו ממאסר לבל יעבור את העבירה בה הורשע, וזאת לאחר שהמערער הורשע בהתאם להודאתו בשלוש עבירות של **כניסה או ישיבה בישראל שלא כחוק**, **עבירה על פי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל** התשי"ב-1952.

2. ואלה עובדות כתבי האישום -

החל מיום 21.3.21 ועד 2.7.22 שהה המערער בטייבה ובקלנסואה בתחום ישראל ללא היתר כניסה או שהייה כדין, כאשר ביום 2.7.22 בשעה 03:16 נמצא המערער ברכב בקלנסואה.

ביום 27.8.21 בשעה 06:07 לערך שהה המערער ברכב עם אחר שזהותו ידועה, ברח' שז"ר בהוד השרון בתחומי ישראל ללא היתר כניסה או שהייה כדין.

ביום 3.1.22 בשעה 6:25 לערך בכיכר עין ורד שהה המערער בישראל שלא כדין ומבלי שהחזיק בהיתר כניסה מכל סוג או באישור עבודה בישראל כדין ובתוקף.

3. בגזר דינו ציין בית משפט קמא שמדובר במי ששהה ברצף למעלה מ-15 חודשים בשטח המדינה ללא היתר, לרוב בטייבה ובקלנסואה, ובמקרים בודדים גם במקומות אחרים. ביהמ"ש קמא סבר כי תקופה כה ארוכה ורצופה מהווה "חציית רף איכותי" ומצריכה קביעת מתחם שונה מהותית מהמתחם שנקבע לכניסה חד פעמית או לכניסות בודדות.



בימ"ש קמא התייחס לטענת של המערער כי ראוי להקל עליו בקביעת המתחם נוכח הסיבות שהביאוהו לשהייה הממושכת, קרי: היותו נשוי לישראלית, והיות אביו סיען של כוחות הביטחון, מאוימות הרלוונטיות גם לגביו, לטענתו, וקבע שהפסיקה ככלל לא מכירה בנימוקים שצוינו כמצדיקים הקלה בעונש ככל שעסקין בכניסה לישראל שלא כחוק, ויש לפנות בהליך מנהלי מתאים כדי להוציא צו ביניים או קבוע לשהייה בשטח המדינה.

לגישת בימ"ש קמא הנסיבה הייחודית בתיק היא השהייה המצטברת הממושכת של המערער בישראל המצדיקה קביעת מתחם ענישה הנע בין 3 ל- 9 חודשי מאסר בפועל ולצד זאת מאסר על תנאי עם אפשרות לשילוב רכיבים כספיים. זאת, גם אם המשיבה לא עתרה למתחם כולל, שכן כשטענה המשיבה למתחם שתחילתו בחודש מאסר בפועל לכל אחד משלושת התיקים, חישוב אריתמטי פשוט מלמד שביהמ"ש לא הגיע למתחם כולל מחמיר מזה שאליו כיוונה המאשימה.

בימ"ש קמא זקף לזכות המערער את הודאתו, ולחובתו את עברו הפלילי המכביד. הגם שעברו הפלילי כולל הליכים קודמים שהראשון בהם מביהמ"ש לנוער הסתיים ללא הרשעה, עברו הפלילי חמור יחסית נוכח העובדה שלצד העבירה הרלוונטית בעניינו, למערער מעורבות בעבירות פליליות מובהקות ובעיקר עבירות רכוש, ובשני תיקיו האחרונים נדון למאסרים בפועל לתקופה לא קצרה. בנוסף, מההליך המשפטי האחרון תלוי ועומד כנגד הנאשם מאסר מותנה בן 3 חודשים בגין עבירה דומה.

משכך, קבע בימ"ש קמא את עונשו של המערער באמצע המתחם הכולל, תוך הפעלה במצטבר של המאסר המותנה, לאחר שלא מצא נסיבות מיוחדות המצדיקות סטייה מהכלל שלפיו מאסר מותנה יופעל במצטבר לעונש, ומאידך לא ראה להכביד בנסיבות העניין גם בענישה כספית.

4. נימוקי הערעור:

א. נסיבותיו ההומניטריות של המערער שונות בתכלית מהמקרה הרגיל של שוהים בלתי חוקיים הנכנסים למדינה למטרות פרנסה גרידא, שכן, כניסתו נבעה מהצורך להגן על חייו, ומצדיקות חריגה מהענישה המקובלת.

ב. שגה ביהמ"ש בקבעו מתחם ענישה הנע בין 3 ל- 9 חודשי מאסר, מבלי שנתן משקל ראוי לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה שיש בהן להשפיע על קביעת המתחם ההולם.

כך התעלם בימ"ש קמא מהעובדה כי עצם שהייתו של המערער בשטח המדינה נבעה מכך שנשקפה סכנה לחייו בשטחים מאחר ואביו כאמור, מאוים כמשתף פעולה עם כוחות הביטחון וחי בישראל מכוח צו ביניים המונע גירושו מכאן. צו כאמור לא הוצא למערער ולבני משפחתו והדבר מאלצו לשהות בשטח המדינה ללא אישור.

בנוסף, המערער נשוי לישראלית ואב לשלושה ילדים הגרים בישראל, וחרף ניסיונו עד כה טרם קיבל אישור שהייה כדין.

ג. שגה בימ"ש קמא בהתעלמו מנסיבותיו ההומניטריות של המערער, בניגוד לאמור בפסיקה



מקילה ממנה עולות נסיבות דומות, לשיטתו (עפ"ג 47908-06-16, ת"פ 12026-04-20, ת"פ 24337-10-18 ועוד).

ד. שגה בימ"ש קמא משלא נתן את מלוא המשקל ולקולא לנסיבותיו האישיות הקשות של המערער, בהתעלמו מכך שהשתת מאסר ממשי תפגע ללא ספק במערער ובמשפחתו מבחינה כלכלית שכן, הוא האמון על פרנסתה.

ה. שגה בימ"ש קמא בהתעלמו מכך שעונש ממושך יפגע קשות במערער נוכח היותו תושב האזור שכן לא יזכה לביקורים מצד בני משפחה ומניעה זו תימשך גם במהלך תקופת מאסרו.

ו. שגה בימ"ש קמא בהתעלמו מהעובדה שהמערער אינו מהווה סיכון בטחוני כלפי הציבור מאחר ולא מיוחסות לו עבירות נלוות לעבירות הכניסה.

ז. עוד שגה משלא התחשב בקבלת האחריות למעשים, בכך ש"ניקה שולחן" והודה בכתב האישום תוך צירוף שני כתבי אישום נוספים ובכך תרם לחסכון רב בזמן שיפוטי יקר.

ח. שגה אף במתן משקל רב לעברו הפלילי הלא-מכביד במיוחד של המערער למרות שהמערער הביע חרטה בפני ביהמ"ש.

ב"כ המערער עתר להתערבות בגזר הדין, לקביעת מתחם עונש הולם הנע בין מאסר מותנה לבין תקופת מאסר קצרה תוך מיקום עונשו של המערער בשליש התחתון של המתחם ולהורות על הפעלת המאסר המותנה בחופף לעונש שיוטל.

בדיון שהתקיים בפנינו טען ב"כ המערער שבהתאם לפסיקה ברע"פ 1195/22 וברע"פ 1198/22, אף כאשר מדובר בשב"ח שיש לו עבר פלילי, חלקו התחתון של מתחם הענישה הוא מאסר על תנאי, מה גם שמדובר בעבירה קלה שבקלות, והעונש המרבי בגינה הוא שנת מאסר אחת.

עוד טען כי מתחם זה ישים גם בריבוי עבירות של כניסה בלתי חוקית.

וגם כאשר מדובר במי ששהה בישראל תקופה ממושכת כמו המערער אשר שהה בישראל 15 חודשים ברצף.

כמו כן טען המערער כי יש להביא בחשבון את העובדה כי אין טענה ששהייתו בישראל יש בה משום סיכון ביטחוני, את סוגיית המאוימות, והעובדה שבני משפחתו הגרעינית של המערער גרים בישראל.

לבסוף טען המערער כי גם מיקומו של המערער במתחם הענישה שגוי ומסור למי שניהל הוכחות ולא למי שהודה, כך גם המאסר המותנה לגביו, שהיה מקום לקבוע כי ירוצה בחופף לעונש המאסר בתיק זה.

5. מנגד, הפנתה ב"כ המשיבה לעברו הפלילי של המערער, הכולל ארבע הרשעות קודמות בעבירות



של שהייה בלתי חוקית ובעבירות נוספות ולשני עונשי המאסר שריצה. עוד טענה ב"כ המשיבה כי קביעת מתחם ענישה אינה נוסחה מתמטית וכי ישנו צורך להרתיע את המערער מלשוב ולבצע את אותה עבירה, אותה הוא מבצע פעם אחר פעם ואף שריצה מאסר בפועל, הוא חוזר ומבצע את אותן עבירות. העובדה שהמערער נשוי לישראלית אינה סיבה להפרת החוק כשם שאין הגנה לאדם עני המבצע עבירה של גניבה.

לטענת ב"כ המשיבה המתחם צריך להיות תואם למי ששב ומבצע עבירות ואת המאסר המותנה יש להפעיל כמצוות המחוקק במצטבר לעונש שהוטל עליו, כאשר העונש הסופי הוא מידתי והולם שאין להתערב בו.

לעניין משך תקופת המאסר על תנאי שהושת על המערער, השאירה ב"כ המשיבה את הדבר לשיקול דעת בית משפט.

6. דיון והכרעה:

ברע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מדינת ישראל** נקבע מתחם ענישה לעבירת השהייה הבלתי חוקית **אשר נעברה לצרכי פרנסה** כהאי ליסנא:

"משקלול האמור, מצאתי שיש לקבוע את מתחם העונש ההולם לעבירת שב"ח לצרכי פרנסה, שנעברת לראשונה, בהיעדר עבירות נלוות, באופן הבא: עונש מאסר שנע בין מאסר על תנאי לבין מאסר בפועל למשך חמישה חודשים, כאשר חמישה חודשים אלה יכללו הן את תקופת התנאי והן את תקופת המאסר בפועל. בנוסף אני סבור כי יש לקבוע מתחם עונש לקנס שנע בין 0 ש"ח לבין 2,000 ש"ח. אם לנאשם יש עבר פלילי, ובכלל זה עבירות שב"ח, ניתן יהיה להתחשב בכך במסגרת גזירת העונש "בתוך המתחם". זאת משום שעבר פלילי הוא נסיבה שאינה קשורה בביצוע העבירה, שחלה הוראת סעיף 40א(11) לחוק העונשין, ומאפשרת התחשבות בה בעת גזירת העונש בתוך המתחם".

רע"פ 1195/22 **אשחאדאת ואח' נ' מדינת ישראל**, שניתן אך לאחרונה, עליו שם ב"כ המערער יהבו, עסק בעיקרו בחוסר הבהירות שיכול ועלתה מהלכת אלהרוש בנוגע לאופן קביעת המתחם העונשי, ונקבע באופן סופי שאין מקום להתחשב בעברו הפלילי של נאשם בעבירת שהייה בלתי חוקית לצורך קביעת גבולות מתחם העונש ההולם, וככל שקיים עבר פלילי הוא ישפיע על גזירת עונשו בתוך המתחם.

לא מצאנו כי יש בפסקי הדין הנ"ל כדי לתמוך בעמדת המערער.

בית משפט קמא קבע מתחם אחד לכלל העבירות שעבר המערער וברי הוא שמתחם ענישה לעבירה בודדת שונה ממתחם הענישה בריבוי עבירות ותחתיתו אינה יכולה להיות מאסר מותנה.

אם לא תאמר כן, מתחם ענישה שיקבע, אך לדוגמא, למי שפרץ לבית אחד יהא זהה למי שהתפרץ למספר



רב של בתיים.

זאת ועוד, המערער לא שהה במדינת ישראל לצורכי פרנסה אלא, לטענתו, בשל נישואיו לאזרחית ישראלית והיותו מאוים.

נישואיו של המערער לאזרחית ישראלית אינה עילה להמתקת עונשו כמו גם היות אביו מאוים. לשם פתרון של סוגיות אלה קבע המחוקק את דרך הפעולה אשר תאפשר למערער לפעול בדרכים חוקיות, ודאי לא בדרך ביצוע של עבירות פליליות ותוך "קביעת עובדות בשטח".

בית משפט קמא זקף לזכותו של המערער את הודאתו ומנגד זקף לחובתו את שהייתו הממושכת - כ- 15 חודשים - בישראל ללא היתר. כן זקף לחובתו את הרשעותיו הקודמות, שלוש במספר וגמר דין בבית המשפט לנוער.

הרשעותיו הקודמות של המערער הינן בגין חמש עבירות של כניסה או ישיבה בישראל שלא כחוק, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, גניבת רכב, שימוש במסמך מזויף, איומים, החזקת אגרופן או סכין שלא כדין, תקיפה וחבלה ממשית על ידי שניים או יותר, זיוף בכוונה לקבל דבר, שתי עבירות של שימוש במסמך מזויף בכוונה לקבל דבר, והתחזות כאדם אחר במטרה להונות.

המערער ריצה שני מאסרים, האחד בן 30 חודשים (גזר הדין ניתן ביום 11.2.20) והשני בן 11 חודשים (ניתן ביום 11.5.17).

בנסיבות אלה, לא רק שהמתחם שנקבע על ידי בית משפט קמא הוא מתחם הולם, אלא גם מיקומו של הנאשם בתוך המתחם נכון לנוכח הרשעותיו הקודמות ושתי תקופות המאסר הלא קצרות שריצה בעבר.

כך גם לגבי הפעלת המאסר המותנה שהיה חב הפעלה ואשר הכלל הבסיסי הינו הפעלתו במצטבר, לא כל שכן כשמאסרים קודמים ומאסר מותנה אשר ריחף מעל ראשו של המערער, לא הרתיעו אותו מביצוע של העבירות בהן הורשע בהליך זה.

בחנו אף את הדוגמאות מהפסיקה אליהן הפנה ב"כ המערער, ומצאנו שאין בהן כדי לסייע לו. כך, בעפ"ג (מרכז) 47908-06-16 נדחה ערעור המדינה בהמלצת בית המשפט וללא הנמקה, כאשר בחינת גזר דינו של בית משפט השלום מלמדת על קיומן של נסיבות מיוחדות שהצדיקו את הארכת המאסר המותנה שהושת על אותו נאשם בערכאה הדיונית, תוך שצוין מפורשות ש"...הארכת המאסר המותנה במקרה זה הינה חריג שבחריגים ואינה מבטאת או מייצגת שמץ מן הכלל ומן המדיניות המשפטית". בת"פ (רמ') 12026-04-20 נדון נאשם ששהה בישראל שלא כדין במשך כשנה. על הנאשם הוטלו 3 חודשי מאסר, הופעל מאסר מותנה של 3 חודשים, באופן שירוצה בחופף ובמצטבר כך שבסך הכול ירצה 5 חודשי מאסר בפועל, אף זאת תוך התחשבות בתקופת הקורונה המקשה על ריצוי מאסרים ממושכים. בת"פ 24337-10-18 הנאשם עצמו הוכר כ"משתף פעולה" ואף קיבל אישורים זמניים ממשרד הפנים לשהייה בישראל, בניגוד למקרה שלפנינו.

אשר לרכיב המאסר המותנה - על המערער נגזרו ששה חודשי מאסר על תנאי, שהם מחצית מעונש המקסימום הקבוע בחוק לעבירה בודדת של כניסה לישראל שלא כדין. על אף עברו הפלילי של המערער,



מצאנו כי מדובר בעונש שאינו מידתי שעלול לכבול את ידי המותב שיכול וידון בעתיד בעניינו של המערער, למשל במקרה בו ישוב ויבצע עבירה של כניסה לישראל אולם בנסיבות קלות. אשר על כן מצאנו כי בעניין זה יש להתערב ולהעמיד את עונש המאסר המותנה על 3 חודשים למשך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר וכך אנו מורים.

לאור האמור, אנו דוחים את הערעור בכל הנוגע לתקופת המאסר בפועל, ומקבלים את הערעור בכל הנוגע לתקופת המאסר המותנה, שתעמוד על שלושה חודשים כמפורט מעלה.

ניתן היום, כ"ט טבת תשפ"ג, 22 ינואר 2023, במעמד הצדדים.

עמית מיכלס, שופט

שמואל בורנשטיין, שופט

מיכל ברנט, שופטת בכירה