

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

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

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

| | |
|--------|-------------------------------|
| בפני | כבוד השופט ה בכירה, ברנט-אב"ד |
| | כבוד השופט בורנשטיין |
| | כבוד השופט מיכלס |
| המערער | השם עלאמה (עצייר) |
| | נגד |
| | מדינת ישראל |
| המשיבה | |

פסק דין

1. ערעור על גזר דין של בית משפט השלום בכפר סבא בת"פ 2089-07-22 (כבוד השופט פריז), 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 במצבר, ובסה"כ 9 חודשים מאסר בפועל החל מיום מעצרו 2.7.2022, 6 חודשים מאסר על תנאי למשך 3 שנים מיום שחרورو ממאסר לבסוף עברו את העבירה בה הורשע, וזאת לאחר שהמערער הורשע בהתאם להודאותו בשלוש עבירות של **כניסה או ישיבה בישראל שלא חוקת 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 שבה המערער בטיבה ובקלנסואה בתחום ישראל ללא היתר כניסה או שהוא כדין, כאשר ביום 2.7.22 בשעה 16:03 נמצא המערער ברכב בקלנסואה.

ביום 27.8.21 בשעה 06:07 לערך שבה המערער ברכב עם אחר שזהותו ידועה, ברח' ש"ר בהוד השרון בתחום ישראל ללא היתר כניסה או שהוא כדין.

ביום 3.1.22 בשעה 6:25 לערך בכיר עין ורד שבה המערער בישראל שלא כדין ומבל' שהחזיק בהיתר כניסה מכל סוג או באישור עבודה בישראל כדין ובתוקף.

3. בגזר דין ציין בית משפט קמא שמדובר למי שהה ברצף למעלה מ- 15 חודשים בשטח המדינה ללא היתר, לרוב בטיבה ובקלנסואה, ובמקרים בוודדים גם במקרים אחרים. ביהם"ש קמא סבר כי תקופה כה ארוכה ורצופה מהוות "חצית רף איקוטי" ומצריכה קביעה שונה מהתהית מהמתחם שנקבע לכינסה חד פעמי או לכינסות בודדות.

עמוד 1

בימ"ש קמא התייחס לטענת של המערער כי ראוי להקל עליו בקביעת המתחם נוכח הסיבות שהביאוו לשיהיה הממושכת, קרי: היותו נשוי לישראלית, והיות ابوו סייען של כוחות הביטחון, מאומות הרלוונטיות גם לגביו, לטענותו, וקבע שהפסקה בכלל לא מכירה בנימוקים שצווינו מצדיקים הקלה בעונש ככל שעסקין בכניסה לישראל שלא כחוק, ויש לפנות בהליך מנהלי מתאים כדי להוציא צו בגיןים או קבעו לשניה בשטח המדינה.

לגישת בימ"ש קמא הנסיבה הייחודית בתיק היא השהייה המצטברת הממושכת של המערער בישראל מצדיקה קביעת מתחם ענישה הנע בין 3 ל- 9 חודשים מסר בפועל ולצד זאת מסר על תנאי עם אפשרות לשילוב רכיבים כספיים. זאת, גם אם המשיבה לא עתרה למתחם כולל, שכןasetuna המשיבה למתחם שתחילתו בחודש מסר בפועל לכל אחד משלשות התקדים, חישוב אריתמטי פשוט מלמד שביהם"ש לא הגיע למתחם כולל מחמיר מזה שאלו כיוונה המאשימה.

בימ"ש קמא זקף לזכות המערער את הוודאותו, ולחובתו את עברו הפלילי המכבד. הגם שעברו הפלילי כולל הליכים קודמים שהראשון בהם מביהם"ש לנוער הסתיים ללא הרשעה, עברו הפלילי חמור יחסית נוכח העובדה שלצד העבירה הרלוונטיות בעינינו, למעערער מעורבות בעבירות פליליות מובהקות ובעיקר עבירות רכוש, ובשני תיקי האחרונים נדון למסרים בפועל לתקופה לא קצרה. בנוסף, מההlixir המשפטיא האחרון תלוי ועומד כנגד הנאשם מסר מותנה בן 3 חודשים בגין עבירה דומה.

משכך, קבע בימ"ש קמא את עונשו של המערער באמצעות הכלול, תוך הפעלה במצטבר של המסר המותנה, לאחר שלא מצא נסיבות מיוחדות מצדיקות סטייה מהכלל שלו מסר מותנה יופעל במצטבר לעונש, ומайдך לא ראה להכבד בנסיבות העניין גם בענישה כספית.

4. ニימוקי העrüור:

א. נסיבותו ההומניטריות של המערער שונות בתכלית מהמקרה הרגיל של שוהים בלתי חוקיים הנכנסים למדינה למטרות פרנסת גרידא, שכן, כניסה נבעה מהצורך להגן על חייו, ומצדייקות חריגת הענישה המקובלת.

ב. שגה בימ"ש בקבעו מתחם ענישה הנע בין 3 ל- 9 חודשים מסר, מבליל שנותן משקל ראוי לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה שיש בהן להשפיע על קביעת המתחם ההולם.

כ. התעלם בימ"ש קמא מהעובדה כי עצם שהייתו של המערער בשטח המדינה נבעה מכך שנשנקפה סכנה לחייו בשטחים מאחר ואבו כאמור, מאומם ממשתק פعلاה עם כוחות הביטחון וחוי בישראל מכוח צו בגיןים המונע גירושו مكانן. צו כאמור לא הוצא לumarur ולבני משפחתו והדבר מלאצו לשחות בשטח המדינה ללא אישור.

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

ג. שגה בימ"ש קמא בהתעלמו מנסיבות ההומניטריות של המערער, בנגד לאמור בפסקה

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

ד. שגה ביום"ש קמא משלא נתן את מלא המשקל ולקולא לנשיותו האישיות הקשות של המערער, בהתעלמו מכך שהשתת מסר ממשי תפגע ללא ספק במעערר ובמשפחה מבחינה כלכלית שכן, הוא האמון על פרנסתה.

ה. שגה ביום"ש קמא בהתעלמו מכך שעונש ממושך יפגע קשות במעערר נוכח היוטו תושב האזור שכך לא יזכה לביקורים מצד בני משפחה ומונעה זו תימשך גם במהלך תקופת מסרו.

ו. שגה ביום"ש קמא בהתעלמו מהעובדת שהמעערר אינו מהו סיכון בטחוני כלפי הציבור לאחר ולא מיוחסתו לו עבירות נלוות לעבירות הכניסה.

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

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

ב"כ המערער עתר להטעבות בגזר הדין, לקביעת מתחם עונש הולם הנע בין מסר מותנה לבין תקופת מסר קצרה תוך מקום עונשו של המערער בשלוש התחנות של המתחם ולהוראות על הפעלת המסר המותנה בחופף לעונש שיטול.

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

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

וגם כאשר מדובר למי שהוא בישראל תקופה ממושכת כמו המערער אשר שהוא בישראל 15 חודשים ברצף.

כמו כן טען המערער כי יש להביא בחשבון את העובדה כי אין טענה ששהיתו בישראל יש בה משום סיכון ביטחוני, את סוגיות המאיימות, והעובדת שבני משפחתו הגרעינית של המערער גרים בישראל.

לבסוף טען המערער כי גם מיקומו של המערער במתחם הענישה שגוי ומסור למי שניהל הכוחות ולא למי שהוא, אך גם המסר מותנה לגביו, שהוא מקום קבוע כי רוצה בחופף לעונש המסר בתיק זה.

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

של שהיה בלתי חוקית ובעבירות נוספות וונשי המאסר שריצה. עוד טענה ב"כ המשיבה כי קביעת מתחם ענישה אינה נוסחה מותמתית וכי ישנו צורך להרטיע את המערער מלבוש ולבצע את אותה עבירה, אותה הוא מבצע פעמיים אחר פעם ואף שריצה מאסר בפועל, הוא חוזר ומבצע את אותן עבירות. העובדה שהמעערער נשוי לישראל אינה סיבה להפרת החוק כשם שאין הגנה לאדם עני המבצע עבירה של גנבה.

לטענת ב"כ המשיבה המתחם צריך להיות תואם למי שב ומבצע עבירות ואת המאסר המותנה יש להפעיל במקרים המחוקק במצבו לעונש שהוטל עליו, כאשר העונש הסופי הוא מידתי והולם שאין להתעורר בו.

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

6. **דין והכרעה:**

ברע"פ 3677/13 **אלהרוש נ' מדינת ישראל** נקבע מתחם ענישה לעבירת השהייה הבלתי חוקית אשר נבעה לצרכי צרפת כהיא לישנא:

" משקלול האמור, מצאתי שיש לקבוע את מתחם העונש ההולם לעבירה שב"ח לצרכי צרפת, שנעברת לראשונה, בהיעדר עבירות נלוות, באופן הבא: עונש מאסר שנע בין מאסר על תנאי לבין מאסר בפועל למשך חמישה חודשים אלה יכולו 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 הנאשם יש עבר פלילי, ובכלל זה עבירות שב"ח, ניתן יהיה להתחשב בכך במסגרת גירות העונש "בתוך המתחם". זאת ממשום שעבר פלילי הוא נסיבה שאינה קשורה בביצוע העבירה, שחללה הוראת סעיף 40(11) לחוק העונשין, ומאפשרת התחשבות בה בעת גזרת העונש בתוך המתחם".

רע"פ 1195/22 **אשחאדאת ואח' נ' מדינת ישראל**, שניתן אך לאחרונה, עליו שם ב"כ המערער יהבו, עסק בעיקר בחוסר הבחים שיכל ועלתה מהלכת אלהרוש בנוגע באופן קביעת המתחם העוני, ונקבע באופן סופי שכן מקום להתחשב בעברו הפלילי של הנאשם הייתה בלתי חוקית לצורך קביעת גבולות מתחם העונש ההולם, וככל שקיים עבר פלילי הוא ישפיע על גזירת עונשו בתחום המתחם.

לא מצאנו כי יש בפסק דין הנ"ל כדי לתמוך בעמדת המערער.

בית משפט קמאקבע מתחם אחד לכל העבירות שעבר המערער ובריו הוא שמתחם ענישה לעבירה בודדת שוניה ממתחם הענישה בריבוי עבירות ותחתיתו אינה יכולה להיות מאסר מותנה.

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

רב של בתים.

זאת ועוד, המערער לא שהוא במדינת ישראל לצורכי צרפת אלא, לטענותו, בשל נישואיו לאזרחית ישראלית והיותו מאום.

ניסיונו של המערער לאזרחית ישראלית אינה עילה להמתיקת עונשו כמו גם היה אביו מאום. לשם פתרון של סוגיות אלה קבע המחוקק את דרך הפעולה אשר תאפשר למערער לפעול בדרךים חוקיות, ודאי לא בדרך ביצוע של עבירות פליליות ותוך "קייבת עובדות בשטח".

בית משפט קמא זקף לזכותו של המערער את הودאותו ומנגד זקף לחובתו את שהיה הממושכת - כ- 15 חודשים - בישראל ללא היתר. כן זקף לחובתו את הרשויות הקודמות, שלוש במספר וגמר דין בבית המשפט לנור.

הרשויות הקודמות של המערער הינן בגין חמש עבירות של כניסה או ישיבה בישראל שלא לחוק, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, גנבת רכב, שימוש במסמך מזויף, איוםם, החזקת אגרוף או סכין שלא כדין, תקיפה וחבלה ממשית על ידי שניים או יותר, זיווג בכונה לקבל דבר, שתי עבירות של שימוש במסמך מזויף בכונה לקבל דבר, והתהזהותacadem אחר במטרה להונota.

המערער ריצה שני מסרים, אחד בן 30 חודשים (גזר הדין ניתן ביום 20.11.20) והשני בן 11 חודשים (ניתן ביום 17.5.11).

בנסיבות אלה, לא רק שהמתهم שנקבע על ידי בית משפט קמא הוא מתهم הולם, אלא גם מיקומו של הנאשם בתחום הרשויות הקודמות ושתי תקופות המאסר הלא קצרות שריצה בעבר.

כך גם לגבי הפעלת המאסר המותנה שהיא חב הפעלה ואשר הכלל הבסיסי הינו הפעלתו במקרה, לא כל שכן כশמארים קודמים ומאסר מותנה אשר ריחף מעיל ראשו של המערער, לא הרתינו אותו מביצוע של העבירות בהן הורשע בהליך זה.

בחנו אף את הדוגמאות מהפסקה אליה הפנה ב"כ המערער, ומתאנו שאין בהן כדי לסייע לו. כך, בעפ"ג (מרכז) 47908-06-16 נדחה ערעור המדינה בהמלצת בית המשפט ולא הנמקה, כאשר בחינת גזר דין של בית משפט השלום מלמדת על קיומן של נסיבות מיוחדות שהצדיקו את הארכת המאסר המותנה שהושת על אותו נאשם בערכאה הדונית, תוך שצווון מפורשות ש"...הארכת המאסר המותנה בנסיבות זה הרג שבחרים ואינה מבטאת או מייצגת שמצמן הכלל וממן המדייניות המשפטית". בת"פ (רמן) 20-04-2026 נדון נאשם ששחה בישראל שלא כדין במשך כשנה. על הנאשם הוטלו 3 חודשים מאסר, הופעל מאסר מותנה של 3 חודשים, באופן שירואה בחופף ובמצטבר כך שבסך הכל ירצה 5 חודשים מאסר בפועל, אף זאת תוך התחשבות בתקופת הקורונה המקשה על ריצוי מסרים ממושכים. בת"פ 18-10-24337 הנאשם עצמו הוכר כ"משתף פעולה" ואף קיבל אישורים זמינים ממשרד הפנים לשניה בישראל, בניגוד למועד לפניו.

אשר לרכיב המאסר המותנה - על המערער נגזרו ששח 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 לככול את ידי המותב שיכל וידון בעתיד בעניינו של המערע, למשל במקרה בו ישב ויבצע עבירה של כניסה לישראל אולם בנסיבות קלות. אשר על כןמצאנו כי בעניין זה יש להתערב ולהעמיד את עונש המאסר המותנה על 3 חודשים משך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר וכן 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 כمفорт מעלה.

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

מיכל ברנט, שופט בכירה שמואל בורנשטיין, שופט עמית מיכלס, שופט