



בבית המשפט העליון

רע"פ 3677/13

רע"פ 4503/13

רע"פ 4606/13

לפני :
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' עמית

המבקש ברע"פ 3677/13 : מוחמד אלהרוש

המבקשים ברע"פ 4503/13 : 1. איימן אלהרוש
2. אחמד אלהרוש

המבקש ברע"פ 4606/13 : עדי גנדי

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

בקשות רשות ערעור על פסקי הדין של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 7.4.2013 בעפ"ג 61867-01-13 שניתן על ידי כבוד השופטים : א' טל – סג"נ, ז' בוסתן וא' מקובר ; מיום 16.5.2013 בעפ"ג 23956-03-13 יחד עם ע"פ 53535-04-13 שניתן על ידי כבוד השופטים : א' טל – סג"נ, י' שפסר וה' עובדיה ; ומיום 16.5.2013 בעפ"ג 31638-04-13 שניתן על ידי כבוד השופטים : א' טל – סג"נ, י' שפסר וה' עובדיה

תאריך הישיבה : י"א בסיון התשע"ד (9.6.2014)

בשם המבקשים ברע"פ 3677/13 וברע"פ 4503/13 : עו"ד עלאא מסארווה

בשם המבקש ברע"פ 4606/13 : עו"ד חגית לרנאו

בשם המשיבה : עו"ד איתמר גלבפיש

פסק-דין

השופט ס' ג'ובראן:

שלוש בקשות למתן רשות ערעור שבמרכזן השאלה מה הוא מתחם העונש ההולם בעניינו של מי שנכנס למדינת ישראל שלא כדין לצרכי פרנסה, עברו נקי והוא לא הואשם בעבירות נלוות לעבירת השהייה הבלתי חוקית. שאלה זו טרם הוכרעה על ידי בית משפט זה לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: תיקון 113; להלן: חוק העונשין), והמדינה הסכימה למתן רשות ערעור בה. בשל השאלה התקדימית מצאנו לתת למבקשים רשות ערעור כמבוקש, ולדון בבקשות כאילו היו ערעורים.

המסגרת הנורמטיבית

1. סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: עבירת השב"ח; להלן: חוק הכניסה לישראל) מורה כי מי שנכנס לישראל או יושב בה, בניגוד לחוק, דינו מאסר שנה. מסעיף 7 לחוק הכניסה לישראל אנו למדים כי כדי להיכנס לישראל כחוק, יש צורך באשרה או רישיון מידי שר הפנים. צו הכניסה לישראל (פטור תושבי יהודה ושומרון, רצועת עזה וצפון סיני, מרכז סיני, מרחב שלמה ורמת הגולן), התשכ"ח-1968, ק"ת 910 (להלן: צו יהודה ושומרון) וצו הכניסה לישראל (פטור תושבי רצועת עזה), התשס"ו-2005, ק"ת 1010 (להלן: צו עזה), פטר את תושבי יהודה ושומרון וכן את תושבי רצועת עזה מתחולת סעיף 7, אך התנה פטור זה בקבלת היתר, לרבות היתר כללי מטעם מפקד הצבאי המופקד על האיזור (בצו יהודה ושומרון) או ראש רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול או מי ששר הפנים הסמיך לכך (בצו עזה). בעבר הרחוק היה נהוג היתר כללי, אלא שמאז האינתיפאדה הראשונה הותלה היתר זה ועתה כל מי שמבקש להיכנס כאמור למדינה, נדרש לקבל היתר פרטני ובלעדיו השהיה בתחומי המדינה אינה כדין (הוראה בדבר התלית היתר כניסה כללי (תושבי אזורים מוחזקים) (מס' 5) (הוראת שעה) (יהודה ושומרון), התשמ"ח-1988).

2. ברע"פ 3173/09 פראגין נ' מדינת ישראל (5.5.2009) (להלן: הלכת פראגין) נדרש בית משפט זה במותב תלתא למדיניות הענישה הראויה בעבירת השב"ח לצרכי פרנסה. פראגין הורשע בבית משפט השלום בעבירת שב"ח אחת, לצרכי פרנסה (השגתה באמצעות עבודה בתחומי המדינה) וללא עבירות נלוות. בית משפט השלום גזר עליו חמישה עשר ימי מאסר בפועל ושלושה חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים. המשיבה ערערה על קולת גזר הדין. בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המשיבה, החמיר בעונשו של פראגין והעמידו על שלושה חודשי מאסר בפועל, בציינו כי יש

לקבוע מדיניות ענישה כללית מחמירה לנוכח הפסיקה בעבירות דומות. פראגין ביקש רשות ערעור על פסק דין זה. טענתו הייתה כי בית המשפט החמיר עימו והתעלם מנסיבותיו האישיות הקשות וכי בבתי משפט אחרים נהוגה מדיניות ענישה קלה יותר. בית המשפט העליון (השופטים א' רובינשטיין, אנוכי ו-י' דנציגר) קיבל את הבקשה למתן רשות ערעור באופן חלקי. בפסק הדין נדחתה הגישה לפיה יש לקבוע מדיניות ענישה כללית, אף שמדובר ב"מכת מדינה" וחרף חשיבותה של ההרתעה מפני הישנותה. בפסק הדין הודגשה חשיבות העמידה על האינדיבידואליות של כל נאשם. הוטעם כי ענישה בדמות מאסר בפועל אינה מתחייבת בעבירת השב"ח שנעברה לצרכי פרנסה. בין השיקולים שנמנו בפסק הדין הייתה גם הענישה בעניינן של עבירות ההלנה וההסעה של שוהים בלתי חוקיים, שנחשבות עבירות חמורות יותר מעבירת השב"ח, כיוון שהמורשעים בהן "חוטאים ומחטיאים". לגבי הענישה בעבירות אלה נקבע ברע"פ 3674/04 אבו טאלם נ' מדינת ישראל (12.2.2006) (להלן: הלכת אבו טאלם) כי אף שראויה החמרה בענישה, לא בכל מקרה יש מקום לקבוע מאסר בפועל על הנאשם. השופט י' דנציגר אף הוסיף שלטעמו ההחמרה הראויה היא בעבירות ההלנה וההסעה ולא בעבירת השב"ח לצרכי פרנסה – שהעוברים אותה מצויים במצב כלכלי קשה שיש בו כדי להקל על העונש שיוטל עליהם. את מדיניות הענישה בעבירת שב"ח לצרכי פרנסה סיכם השופט א' רובינשטיין כך:

"דומה כי חופות על הכרעתנו מחד גיסא, גישה מרתיעה המצדיקה עמדה מחמירה, ומאידך גיסא, התיחסות מידתית לעבירת השהיה על פי נסיבות האדם העומד לדין. הדברים נאמרים, כמובן, בקוים רחבים, ושיקול הדעת נתון לבית המשפט הדין. בלא נטיעת מסמרות נאמר, כי בהנחה שהמדובר בשהיה שניה בישראל שלא כדין (ועל הראשונה כנמסר אין ממהרים להעמיד ככלל לדין), העונש הראוי הוא עונש מאסר בפועל, למעט במקרים שנסיבותיהם האישיות חריגות, כגון חולי אקוטי במשפחת הנאשם. אין בכך כדי למנוע מן התביעה להעמיד לדין גם על שהיה ראשונה שלא כדין, אך במקרים כאלה, אם אין נלוות אליהם עבירות אחרות, ואין הקשר בטחוני, ככל שהמדובר בשהיה קצרה מאוד בישראל, ניתן להסתפק במאסר על תנאי, תוך החתמת הנאשם על התחייבות כספית שלא לחזור על המעשה, ותוך שילוחו לשטחי הרשות ללא שיהוי. כאמור, בשהיה שניה שלא כדין העונש הראוי הוא מאסר בפועל, לשם הרתעה, ואורכו צריך להיגזר מנסיבות המקרה והנאשם, כך שיחוש שהדבר אינו כדאי ועם זאת, יובאו בחשבון נסיבות המצוקה. ברי כי עבירות נלוות יאריכו את תקופת המאסר בהתאם לחומרתן, ולמשל במקרה של זיוף או התחזות אין כל מניעה מתחילה מהטלת מאסר בפועל, מאחורי סורג ובריח, של חודשים ממושכים, וכן מאסר על תנאי וקנס. לגבי עבירות חוזרות ונשנות, ובודאי

לגבי מי שמאסר על תנאי תלוי כנגדו, ניתן כמובן להחמיר יותר ולהפעיל את המאסר על תנאי בצורה מתאימה. פשיטא כי איננו עוסקים כאן בעבירות בטחוניות, שהענישה לגביהן היא בסדרי גודל אחרים. כללם של דברים לגבי שוהים בלתי חוקיים: יפה לענייננו גישה הדרגתית, תוך מתן סיכוי ל'הפקת לקחים', מן הקל אל הכבד ואל הכבד ממנו, לפי הנסיבות" (פסקה כ"א לפסק דינו; ההדגשות במקור – ט' ג').

3. לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 113, בתי המשפט נחלקו ביניהם באשר לתחולתה של הלכת פראגין והשפעתה על קביעת מתחם העונש ההולם. בע"פ (מחוזי נצ') 41708-07-12 מדינת ישראל נ' עטאללה (24.7.2012) (להלן: עניין עטאללה) נקבע כי הסתמכות על הלכת פראגין לשם קביעת מתחם העונש ההולם מוטעית מפני שהיא עוסקת בעונש המתאים למעשה ולעושה, תוך התייחסות גם לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, שכיום, לאחר התיקון, נבחנות בתוך מתחם העונש ולא מסייעות לקביעתו. בית המשפט המחוזי בעניין עטאללה קבע כי מתחם העונש ההולם לעבירת השב"ח ללא עבירות נלוות נע בין 30 ימי מאסר בפועל לשישה חודשי מאסר בפועל. יצוין כי שם נדון עניינו של מי שמשפחתו ישראלית, ולא של מי שביקש למצוא פרנסה בישראל ולשוב לביתו שמחוץ לה. בעפ"ג (מחוזי מרכז) 57019-07-12 מדינת ישראל נ' גבור (31.7.2012) (להלן: עניין גבור) נדון ערעורה של המדינה על קולת עונשו של מי שהורשע בביצוע שלוש עבירות שב"ח לצרכי פרנסה. בעניין זה נשמעה טענת המדינה כי אין מעמידים לדין בגין השהיה הראשונה שלא כדין, והתקבלה. בית המשפט המחוזי בעניין גבור הסכים למתחם העונש ההולם שנקבע בעניין עטאללה (אף כי ציין שלגישתו, המתחם האמור מתחייב אף מהלכת פראגין) והחמיר את עונשו של המשיב שם משבעה ימי מאסר (שחפפו לימי מעצרו) לחודשיים מאסר בפועל ושלושה חודשי מאסר על תנאי. פרופ' אורן גזל-אייל הצביע על כך שמתחם זה אומץ, למצער במשתמע, גם על ידי הרכבים בבתי המשפט המחוזיים האחרים (ראו: אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר ו 1, 14–15 (2013) (להלן: גזל-אייל – מתחמים לא הולמים)). עם זאת, בעניין אחד בבית המשפט המחוזי בירושלים, בעפ"ג (מחוזי י-ם) 44287-02-13 מדינת ישראל נ' אללטיף (24.2.2013) אומץ מתחם מקל מעט יותר, שתחתיתו בעשרה ימי מאסר בפועל, אך הרף העליון בו עומד על שישה חודשי מאסר בפועל.

4. מתחם עונש הולם זה הפך לקביעה מנחה בגזרי דין רבים של בתי משפט השלום, הערכאות הדיוניות בעבירת השב"ח, ביניהם גזרי הדין מושא הבקשות שלפנינו. אלא שזו אינה התמונה במלואה, וכפי שהמבקשים טענו, גזרי דין רבים בבתי

משפט השלום קבעו מתחמי עונש הולמים מקלים יותר, שמרביתם התחילו בעונשי מאסר על תנאי, ואף השיתו עונשים על תנאי בלבד על הנאשמים בפניהם. אציין כמה אשר נימקו בפירוט את שיקוליהם, אך כדי לסבר את אוזן הקורא. בת"פ (שלום כ"ס) 4887-07-13 מדינת ישראל נ' שחאתית (14.7.2013) קבע בית המשפט מתחם עונש הולם הנע בין מאסר על תנאי לבין חודש מאסר בפועל; בת"פ (שלום רמ') 18159-09-13 משטרת ישראל תביעות – שלוחת רמלה נ' שלאידה (16.12.2013) (להלן: ת"פ (שלום רמ') 18159-09-13) ערך בית המשפט ניתוח מקיף של עבירת שב"ח על נסיבותיה השונות, והעמיד את המתחם בנסיבות של מטרות חיפוש פרנסה בין מאסר על תנאי לבין שלושה חודשי מאסר בפועל, תוך שהוא מייחס לעבירה בנסיבות אלה דרגת אשם נמוכה; רק לאחרונה, בת"פ 2850-07-14 (שלום חי') מדינת ישראל נ' לחסון (8.7.2014) העמיד בית המשפט את מתחם העונש ההולם בעבירה בנסיבות כגון דא בין מאסר על תנאי לבין שלושה חודשי מאסר בפועל. במקרים אחרים ניתן לראות כי הושתו עונשים בדרמות קנסות בנוסף לעונשי המאסר, בלא שנקבע מתחם לשאלת גובה הקנס המתחייב (כך למשל: ת"פ (שלום אש') 46697-04-14 מדינת ישראל נ' עמרו (27.5.2014) (להלן: ת"פ (שלום אש') 46697-04-14); לסקירת פסיקה מקיפה ולנתונים סטטיסטיים המדגימים את מגוון המתחמים והעונשים, ראו: גזל-אייל – מתחמים לא הולמים, בעמ' 15–16, 22–27).

5. עולה מן הדברים כי לאחר תיקון 113 התגלו הבדלים משמעותיים בין מתחמי העונש ההולם שנקבעו לעבירת השב"ח. ככלל הדבר ראוי לאור עיקרון הענישה האינדיבידואלית, ובייחוד לנוכח הדברים שנקבעו בהלכת פראגין ובהלכת אבו סאלם, שבהן נדחתה גישת הענישה הכללית. אלא שבעבירת השב"ח למטרת פרנסה ההבדל שבין הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (להבדיל מהנסיבות האישיות של כל נאשם) קטן, וכמעט ולא ניתן לבצע הבחנה מהותית ועניינית בין מעשה עבירה אחד למשנהו. כך שהמצב הקיים, בו כל בית משפט נוהג לעצמו, מביא למצב של מדיניות ענישה לא אחידה, מצב שתיקון 113 בא לעולם כדי למנוע. הן המבקשים, הן המשיבה מסכימים לקביעה זו, ולכך שנדרש מתחם עונש הולם לעבירת השב"ח למטרת פרנסה (לגישה שונה (בדעת יחיד) באשר לטיבה של עבירה זו, ראו: רע"פ 4088/13 הדרי נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 להחלטתו של השופט א' שהם (11.6.2013)). המחלוקת שלפנינו מצטמצמת אפוא לגבולות המתחם, ולטענות הצדדים בשאלה זו אפנה כעת.

טענות הצדדים

6. טענתם העיקרית של המבקשים היא כי מתחם העונש ההולם שבין חודש מאסר בפועל לשישה חודשי מאסר בפועל אינו ראוי ואף אינו עולה בקנה אחד עם הפסיקה

שקדמה לתיקון 113 – הלכת פראגין – שלטענתם קבעה רף תחתון של מאסר על תנאי בענישת עבירת שב"ח, ואילו המתחם שנקבע בעניינם מחייב השתת מאסר בפועל. עוד ציינו שעל מתחם העונש להיות אף מקל יותר מהעונש שנדרש בהלכת פראגין שכן שם שוקל גם שיקול ההרתעה, שלאחר תיקון 113 הוא שיקול שיכול להשפיע על העונש בתוך המתחם ולא על קביעת המתחם. עוד טענו הם שקביעת מתחם המתחיל בעונש מאסר בפועל אינה הולמת את סוג העבירה, עוון, שבצידה עונש מקסימום של שנה אחת, ולה מאפיינים מנהליים רבים ולמעשה קובעת עונש חובה של חודש מאסר בפועל. המבקשים טענו כי לבקשותיהם השלכות רוחב באשר לאופן קביעת מתחם עונש הולם באופן כללי, גם מעבר לעבירת שב"ח לצרכי פרנסה, וכי המצב אותו מבקשת המשיבה לאשרר לשיטתם, יביא להחמרת הענישה בעבירות אחרות שאינן במסגרת חוק הכניסה לישראל.

7. באשר למתחם ההולם הרצוי, טענו המבקשים כי מידת הסיכון לבטחון המדינה בעבירת שב"ח לצרכי פרנסה היא קטנה ואינה קרובה לליבת הפגיעה בערך בטחון הציבור והמדינה, כפי שנאמר גם בהלכת פראגין. עוד טענו הם כי גם אשמו של המבצע עבירת שב"ח בנסיבות אלה הוא פחות, וכי מדובר בעבירה של פסול מכוח איסור ולא פסול כשלעצמו. טענה נוספת בהקשר זה היא כי המתחם המחמיר שנקבע בערכאות הקודמות יביא להחמרה לא ראויה בענישה, שלא תתאם את הענישה הקיימת על מלינים, מסייעים ומעסיקים של שוהים בלתי חוקיים, שהעבירה שעברו נחשבת לחמורה יותר, אך העונש שניתן לרוב בגינה אינו כולל מאסר בפועל. לתמיכה נוספת בטיעוניהם באשר לחומרתו של מתחם העונש ההולם, הצביעו המבקשים, בהסתמך על מקורות סטטיסטיים שונים, על כך שהענישה בפועל בעבירת שב"ח עומדת ברוב המקרים על פחות מחודש מאסר בפועל, כלומר נמוכה מתחתית מתחם העונש ההולם שנקבע בעניינם.

8. עוד ציינו המבקשים כי גם אין לקבל את טענת המשיבה לפיה כניסות ושהיות של המבקשים שלא הוגשו בגינן כתבי אישום ייזקפו לחובתם, בשל מדיניות המשיבה להעמדה לדין החל מהשהייה השנייה שלא כדין בתחומי המדינה. לטענתם בתי המשפט המחוזיים שגו כשאמצו טענה זו, ונתנו משקל לכניסות האמורות ואף התחשבו בהן כנסיבה הקשורה בביצוע העבירה, מפני שהיא מסתמכת על נוהל משטרת של לא הוצג, שלא הוכח שהוא כללי ומקיף את כל מחוזות המשטרה, ושאינו קביל על פי דיני הראיות כהוכחה לעבר פלילי או ביצוע עבירות קודמות. המבקשים הוסיפו בהקשר זה שאף לעניין גזר הדין, לא עמדה המשיבה ברף ההוכחה לנסיבה מחמירה שנקבע בתיקון 113, ואף אם היה נכון להתחשב בה, היה זה רק בתוך המתחם ולא בקביעתו. עוד הוסיפו כי

מדיניות אי ההעמדה לדין המדוברת היא הוכחה לנוספת לחומרה המעטה שרואה המשיבה בעבירה האמורה, ולכך שיש לקבוע מתחם נמוך לה.

9. בנוסף, המבקש ברע"פ 3677/13 (להלן: מוחמד) טען בבקשתו כי העובדה שבית משפט השלום חרג נוכח גילו הצעיר ממתחם העונש ההולם שקבע, בניגוד לתיקון 113 שמאפשר חריגה כאמור רק בנסיבות שיקום, מוכיחה שהמתחם שנקבע בעניינו לא מאפשר ענישה צודקת. לטענתו, מתחם העונש ההולם צריך לכלול את כל הנסיבות האפשריות שאינן קשורות בביצוע העבירה. בעניינו אלה מביאות לעונש נמוך מהרף שנקבע ולכן יש לקבוע מתחם הולם שמאפשר גם השתת עונש מאסר על תנאי עליו. עוד טען שעשויות להתעורר נסיבות אישיות יוצאות דופן בקשיותן אשר תחייבנה חריגה ממתחם העונש ההולם והשתת מאסר על תנאי, שלא תתאפשר, כיוון שהאפשרות היחידה לחריגה היא שיקול השיקום שאינו רלבנטי למבצעי עבירות שב"ח.

10. לכן, ביקשו המבקשים לקבוע מתחם עונש הולם שתחתיתו במאסר על תנאי, ולקבוע שהעונש הראוי אינו כולל מאסר בפועל.

11. המשיבה, בתגובתה מיום 1.6.2014, הסכימה למתן רשות ערעור בשאלה שלפנינו. עוד הסכימה לבקשת המבקשים לקבוע את תחתית מתחם העונש ההולם בעבירת השב"ח לצרכי פרנסה על מאסר על תנאי. עם זאת ביקשה המשיבה כי לא נסתפק בכך, ונקבע "עונש מתאים טיפוסי" אפרוירית, לאחר התחשבות בנסיבות אישיות, כיוון שכולן דומות, ונעמידו על חודש מאסר בפועל. בטענותיה אלה נסמכה על פרשנותה את הלכת פראגין, שלדידה מלמדת על כך שהעונש הראוי בגין עבירת שב"ח למטרת עבודה, כאשר הייתה כניסה אחת קודמת שלא העמידו בגינה את הנאשם לדין, הוא מאסר בפועל באורך שבעה שבועות. לטענתה, רק במקרה שבו לא היו כניסות קודמות, העונש הראוי יהיה מאסר על תנאי. את עמדתה חיזקה גם בערכים החברתיים שנפגעים מביצוע העבירה, בטחון המדינה וריבונותה.

12. סיבה נוספת לקביעת העונש האמור לטענת המשיבה היא כיוון שמדובר בחלק ממשימת "ההנחיה" בשיקול הדעת שהותיר המחוקק לבית משפט זה עת לא קבע עונשי מוצא בעבירות מסוימות. לטענתה הדבר נדרש בעבירת השב"ח לנוכח הדמיון ואף הזהות בין נסיבות ביצוע העבירה והנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה שניתן למצוא אצל המבקשים ואצל נאשמים אחרים. לטענתה, הדבר נדרש גם לנוכח היעדר האחידות ברמת הענישה בבתי המשפט השונים בארץ, שמשמעותה לא ענישה אינדיבידואלית אלא אי-שוויון מהותי, ומבלי שייקבע עונש כזה לא תוגשם מטרת תיקון 113 – צמצום פערי הענישה. עוד טענה כי בקשתה להעמיד את העונש הטיפוסי על

חודש מאסר בפועל היא הקלה לעומת הקביעה בהלכת פראגין שהעמידה את העונש על שבעה שבועות מאסר בפועל, ורק עונש מאסר בפועל ירתיע מביצוע העבירות דנא.

13. המשיבה הוסיפה גם כי מדיניות ההעמדה לדין בתחום זה מצדיקה אף היא את העונש המתאים הטיפוסי המבוקש, וזאת כיוון שהנחיית המטה הארצי של משטרת ישראל היא להעמיד לדין שוהה בלתי חוקי רק בפעם השלישית שבה הוא נכנס שלא כדין לישראל. הדבר נובע לטענתה מהיקפה הרחב של התופעה ואי יכולתה של המשטרה לעצור ולהעמיד לדין את כל השוהים הבלתי חוקיים. המשיבה ציינה כי אין נפקות למספר הכניסות הספציפי של כל מבקש, אך אין כל מניעה להתחשב במדיניות ההעמדה לדין כללית זו שאין דינה כשל התחשבות אסורה בתיקים סגורים של נאשם, ובית המשפט חייב לזכור כי בשל האכיפה החלקית יש לתת משקל לשיקולי הרתעת הפרט והרבים ולקבוע את העונש כאמור. עוד ציינה המשיבה כי טענות המבקשים בדבר השפעת החמרת הענישה על עבירות במדרג גבוה יותר מתייתרות לנוכח הסכמתה להורדת תחתית מתחם העונש ההולם למאסר על תנאי.

דיון והכרעה

14. אפתח בהכרעה בשאלות הכלליות שעולות מטיעוני הצדדים: (1) קביעת מתחם העונש ההולם לעבירת השב"ח לצרכי פרנסה (2) קביעת "עונש מתאים טיפוסי" שישמש את הערכאות הדיוניות כענישה מנחה לעבירה (3) משקלה של מדיניות האכיפה החלקית של משטרת ישראל בעבירה זו בקביעת העונש בתוך מתחם העונש ההולם. בהתאם להכרעות בשאלות אלה, אדון בעניינם הפרטני של המבקשים.

מתחם העונש ההולם לעבירת שב"ח לצרכי פרנסה

15. מטרתו של תיקון 113 לחוק העונשין שנכנס לתוקפו ביולי 2012 היא הבניית שיקול הדעת של בתי המשפט בענישה, בניסיון להביא להאחדה של הענישה, ולמנוע פערי ענישה שהתגלו בעבר. העיקרון המנחה שנקבע לתיקון הוא עיקרון ההלימה בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג ומידת העונש המוטל עליו. עיקרון זה מלווה את הליך הבניית הענישה. בקביעת מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה בו, המחוקק הנחה את בתי המשפט להתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (ראו סעיפים 40 ב ו-40ג לחוק העונשין).

16. בית משפט זה עמד על כך שמשמעות תיקון 113 היא יצירת הבניה בשיקול הדעת ואחידות בענישה, תוך שמירת עיקרון אינדיבידואליות בה. עם זאת, בית משפט

זה גם הכיר בכך שעם הזמן ינצר קורפוס של מתחמי עונש הולמים בנסיבות מסוימות (ע"פ 7655/12 פייסל נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לפסק דיני (4.4.2013); רות קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113 – הערות ראשוניות" הסניגור 196, 8 (2013) (להלן: קנאי – הערות ראשוניות)). עוד יצוין שאין דינה של כל עבירה כאחרת. כפי שטענו שני הצדדים לפנינו, הנסיבות הקשורות בביצוע עבירת שב"ח לצרכי פרנסה הן דומות ואף זהות, ועדיין – מבלי הבחנה ברורה דיה – נקבעים מתחמי עונש הולמים שונים בגינה.

הערכים החברתיים שנפגעו מביצוע עבירת השב"ח לצרכי פרנסה ומידת הפגיעה בהם

17. מושכלות ראשוניים הם כי הכניסה לישראל שלא כדין ומבלי היתר פרטני פוגעת בבטחון המדינה, בזכותה לקבוע את הבאים בשעריה ועלולה להגדיל את הסיכון לפשיעה מצד אלו ששוהים בה לא כדין. ענייננו מצטמצם לאותם שב"חים שנכנסים שלא כדין לצרכי פרנסה, ולאחר מכן מבקשים לשוב לביתם. מידת הפגיעה של התנהגות מסוג זה בבטחון המדינה פחותה. אין חולק כי עצם תופעת הכניסה שלא כדין מגדילה את הפוטנציאל לסיכון בטחוני, בין היתר בכך שהיא פותחת פתח לזליגת פעילות חבלנית עוינת (פח"ע) לתחומי מדינת ישראל ובכך מסכנת את בטחון תושביה. במקרים שבהם מטרת הכניסה שלא כדין היא פעילות חבלנית הפגיעה בערך המוגן של בטחון המדינה היא חמורה. אולם, לא די בהגברת הפוטנציאל האמור כדי לייחס לנאשם ספציפי, אשר אינו מבקש לפגוע בבטחון המדינה, את החומרה האמורה (ראו גם: הלכת פראגין, בפסקאות ח'–ט"ו לפסק דינו של השופט א' דובינשטיין, ובפסקה 7 לפסק דינו של השופט י' דנציגר). הדברים יפים גם כאשר לסיכון לפשיעה כאשר אין כל עבירה נלווית לעבירת השב"ח. יודגש כי אין מדובר במי שמבקשים להשתקע במדינה, אלא במי שמבקשים להרוויח את פת לחמם ולשוב לביתם, שאין מחלוקת באשר למצבן הכלכלי הלא קל.

18. לפיכך, אף כי אין לכחד שבטחון המדינה והפררוגטיבה שלה לקבוע את הבאים בשעריה הם ערכים חשובים, הפגיעה בהם במסגרת עבירת שב"ח לצרכי פרנסה היא פגיעה קטנה הן בהתייחס למעשים הקונקרטיים בהם מדובר והן באופן יחסי לעבירות אחרות בחוק, דוגמת עבירות ההסעה וההלנה של שוהים שלא כדין, שנקבע שנושאות עימן מטען "כבד יותר", בהיות הנאשמים בהן "חוטאים ומחטיאים" (ראו: הלכת אבו סאלם; הלכת פראגין).

הנסיבות הקשורות בביצוע עבירת השב"ח לצרכי פרנסה

19. דיוננו כאן (והן דיונו של בית המשפט בהלכת פראגין) מתמקד מתחילתו בסיבות שהביאו את הנאשם לביצוע עבירת השב"ח (סעיף 40ט(א)(5) לחוק העונשין) – צרכי פרנסה. בהלכת פראגין עמד בית המשפט על הסיכון המופחת שמגלמת עבירת השב"ח הנעברת לצרכי עבודה לערכים שעליהם העבירה באה להגן. מדובר באנשים שמצבם הכלכלי דוחק; שאינם מתכננים להמשיך להתגורר במדינה אלא מבקשים להיכנס ולצאת ממנה; שכל עניינם כלכלי; ושמגלמים סכנה לא מופרזת לבטחון המדינה ולפגיעה בזכות המדינה להכריע מי נכנס בשעריה. עוד אציין שעבירת השב"ח לצרכי פרנסה, בניסבות בהן לא לוותה בעבירות אחרות (ובמיוחד כאלה שנועדו לחפות עליה, דוגמת זיוף או התחזות) היא עבירה שבה התכנון שקדם לביצוע העבירה הוא נמוך יחסית. יעידו על כך כתבי האישום בעניינם של המבקשים שמהם עולה כי המבקשים נתפסים ברחוב ולא במקום מסתור כלשהו. אף שאין מדובר בפעולה נטולת תכנון (שכן היא דורשת את מעבר הגבול בניגוד לחוק), מדובר בתכנון לא מורכב יתר על המידה (ועל כך יעידו גם כמויות הנאשמים הגדולות), ויש מקום להתחשב בניסובה זו המצויה בסעיף 40ט(1) לחוק העונשין (לעניין תכנון העבירה) לקולה גם כן.

לסיכום, נסיבות ביצוע עבירת השב"ח לצרכי פרנסה שאינה נעברת יחד עם עבירות נוספות, מביאות למסקנה שמדובר בעבירה אשר כשלעצמה אינה ברף חומרה גבוהה, שהמניע לה הוא דוחק כלכלי, ושהיא אינה מלווה בתכנון מפורט ומדוקדק. מכך עולה שנסיונות ביצוע העבירה מאפשרות הקלת מה בקביעת העונש ההולם.

מדיניות הענישה הנהוגה בעבירת השב"ח לצרכי פרנסה

20. מדיניות הענישה הנהוגה נבחנת על פי הפסיקה הקיימת. מאז כניסתו לתוקף של תיקון 113 לחוק העונשין חלף זמן לא רב ולכן אין בידינו מתחמי עונש הולמים בכל עבירה על נסיבותיה המשתנות. אין בידינו גם פסיקה רבה שממנה ניתן ללמוד על מדיניות הענישה הנהוגה ללא התייחסות לנסיבותיו האישיות של כל נאשם (ראו: ע"פ 1127/13 גברזגיי נ' מדינת ישראל, פסקה 32 לפסק דיני (15.1.2014) (להלן: עניין גברזגיי)). הענישה שלפני תיקון 113 נתנה ביטוי גם לנסיבותיו האישיות של הנאשם. זאת בשונה מההפרדה שנקבעה בתיקון 113 לחוק העונשין שמחייבת את ההתייחסות לנסיבותיו האישיות של נאשם – שאינן קשורות לביצוע העבירה – בשלב גזירת העונש "בתוך המתחם" ולא בשלב קביעת מתחם העונש ההולם. עם זאת, אין מניעה משימוש בפסיקה שקדמה לתיקון 113 לחוק העונשין לשם עמידה על מדיניות הענישה הנהוגה. זאת כמובן בזהירות ובשיקול דעת, ותוך שימת לב לכך שהנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה גלומות בעונשים שהושתו קודם לתיקון 113. (ראו: ע"פ 3931/13

באום נ' מדינת ישראל, פסקה 11 לפסק דיני (9.6.2014)), ולכן הלכת פראגין עודנה רלבנטית לשם בחינת מדיניות הענישה הנהוגה ובה בחינתנו תחל.

21. מהלכת פראגין אנו למדים כי העונש ההולם במקרה של מי שעבר עבירת שב"ח לצרכי פרנסה, שנעברת לראשונה, ללא עבירות נלוות, עומד על מאסר על תנאי. עוד אנו למדים כי כאשר לנאשם עבר פלילי יש להשית עליו עונש מאסר בפועל. ממאמרו של גזל-אייל עולה כי מרבית העונשים בעבירת השב"ח לצרכי פרנסה נמוכים מחודש מאסר בפועל. עוד צוין שם כי רק בשבעה עד תשעה אחוזים מהמקרים שנבחנו (במדגם שערך גזל-אייל (להלן: המדגם) ובמאגר "נבו ענישה" (להלן: המאגר) בהתאמה) העונשים שהושתו היו חמורים משלושה חודשי מאסר בפועל. בחינתו של גזל-אייל, חיבור המדגם עם המאגר, בצירוף הפסיקה לה נדרשתי, מעלה תמונה לפיה העונשים שנגזרים בפועל נמוכים ברובם מחודש מאסר בפועל.

22. מבחינת פסקי הדין של הערכאות הדיוניות בעבירות שב"ח לצרכי פרנסה עולה כי לא די להתייחס רק לאורך עונשי המאסר שנגזרים על הנאשמים כדי לעמוד על מדיניות הענישה הנהוגה, וזאת כיוון שאורך העונשים שנגזרים נובע גם משתי נסיבות נוספות. הראשונה היא האפשרות לקיצור מינהלי של מי שנאסר לתקופה שעולה על חודש ימים. בעקבות כך, ניכרת נטייה של בתי משפט השלום להשית עונש של חודש ויום במקרים רבים, כיוון שכך מאסרו של הנאשם מתקצר לשבעה עשר ימים בלבד. הדבר מלמד על מדיניות הענישה "בפועל" שהיא מקלה יותר ממדיניות הענישה הנלמדת מגזרי הדין עצמם (ראו למשל: ת"פ (שלום ראשל"צ) 50924-12-12 מדינת ישראל נ' מסלם (29.1.2013) (להלן: ת"פ (שלום ראשל"צ) 50924-12-12); ת"פ (שלום עכו) 58748-01-14 מדינת ישראל נ' אל שרקאוי (29.1.2014) (להלן: ת"פ (שלום עכו) 58748-01-14); ת"פ (שלום ת"א) 1242-07-14 מדינת ישראל נ' חושיה (8.7.2014) (להלן: ת"פ (שלום ת"א) 1242-07-14); וכן תיקי השלום שעומדים במרכז הבקשות ברע"פ 4503/13 ורע"פ 4606/13).

23. הנסיבה השנייה היא גזירת עונשי מאסר שאורכם כמספר הימים שהיה הנאשם במעצר, כך שבפועל, אף שנגזרת על הנאשם תקופה מסוימת, הוא אינו מרצה אותה כלל ומשתחרר ממעצרו עם מתן גזר הדין. דוגמה לכך היא הלכת פראגין, בה השית בית המשפט עונש בן שבעה שבועות על פראגין. אורכו של העונש היה זהה לאורך שהותו בפועל במעצר מיום מעצרו, 22.3.2009 ועד ליום מתן פסק הדין בבקשת רשות הערעור, 5.5.2009. משמע, פראגין השתחרר ממעצרו ביום מתן פסק הדין (למקרים אחרים ראו

למשל: ת"פ (שלום ראשל"צ) 13-04-36360 מדינת ישראל נ' והדאן (13.5.2013) (להלן: ת"פ (שלום ראשל"צ) 13-04-36360) בו נגזרו על הנאשם שמונה ימי מאסר כימי מעצרו והוא שוחרר עם מתן גזר הדין; ת"פ 13-05-42216 (שלום פ"ת) מדינת ישראל נ' טבאסי (15.7.2014) בו נגזרו "ימי מאסר כימי מעצרו" של הנאשם, אף שבנסיבות שונות מענייננו, כיוון שלנאשם הייתה משפחה בישראל).

24. מדיניות הענישה הנהוגה בעבירת השב"ח לצרכי פרנסה כוללת גם עונשי מאסר על תנאי. מדיניות הענישה הנהוגה בעונשי המאסר על תנאי בערכאות הדיוניות הדרגתית ומבוססת על עברו הפלילי של הנאשם, זאת מבלי שנקבע מתחם עונש הולם נפרד לעונש המאסר על תנאי. על פי רוב, כאשר מדובר במי שעבר עבירה אחת, ואין באמתחתו עבר פלילי, מושת עליו עונש מאסר על תנאי הנע בין חודשיים לארבעה חודשים (למקרים לדוגמה בהם הושתו חודשיים מאסר על תנאי לצד עונש מאסר בפועל ראו: ת"פ (שלום חי') 14-06-19046 מדינת ישראל נ' זאיד (15.6.2014); ת"פ (שלום ת"א) 14-07-8642 מדינת ישראל נ' רמזאן (8.7.2014); למקרים לדוגמה בהם הושתו שלושה חודשי מאסר על תנאי לצד עונש מאסר בפועל ראו: ת"פ (שלום עכו) 01-58748-14; ת"פ (שלום י-ם) 13/1086 מדינת ישראל נ' חושיה (30.1.2014); למקרים בהם הושתו ארבעה חודשי מאסר על תנאי לצד עונש מאסר בפועל ראו את גזרי הדין מושא הבקשות רע"פ 13/4503 ורע"פ 13/4606). הדבר נכון גם במקרים שלא מושת עונש מאסר בפועל לצד עונש המאסר על תנאי (לעונש של שלושה חודשי מאסר על תנאי ראו למשל: ת"פ (שלום רמ') 13-09-18159). במקרים בהם מדובר במי שלחובתו כבר עבר פלילי, ואף עומד ותלוי נגדו עונש מאסר על תנאי שמופעל על ידי בית המשפט, עומד עונש המאסר על תנאי על תקופה בין שלושה לחמישה חודשי מאסר (לשלושה חודשי מאסר ראו: ת"פ (שלום ראשל"צ) 13-04-36360; ת"פ (שלום ת"א) 14-07-1242; לארבעה חודשי מאסר על תנאי ראו: ת"פ (שלום ב"ש) 13-06-37927 מדינת ישראל נ' גואעדה (7.1.2014) (להלן: ת"פ (שלום ב"ש) 13-06-37927); ת"פ (שלום ראשל"צ) 11-35659-12 מדינת ישראל נ' אלגבור (4.3.2014); ת"פ (שלום חי') 14-07-2850 מדינת ישראל נ' לחסון (8.7.2014); לחמישה חודשי מאסר על תנאי ראו: ת"פ (שלום רח') 01-42574-14 מדינת ישראל נ' חלאחלה (7.5.2014)).

25. בית משפט זה טרם אמר את דברו בצורה סדורה באשר לאופן קביעת מתחם העונש ההולם ברכיב המאסר על תנאי, אך חשוב להבהיר כבר עתה כי ההלכה הנהוגה בבית משפט זה לעניין הגדרת עבירות התנאי שנקבעה ברע"פ 5798/00 ריזי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 1 (2001) (להלן: הלכת ריזי) קובעת שראוי שבית משפט הגוזר עונש

בגין עבירות שונות, יגזור גם עונשים נפרדים על תנאי לכל עבירה, אך אין מן הנמנע שייקבע עונש כולל, תוך שבית המשפט שגוזר את התנאי ישים ליבו לצורך לשמור על מידתיות התנאי ביחס לעבירות שעבר הנאשם וכן ביחס לעבירות הנוספות בעניינן נגזר התנאי (שם, בעמ' 16–19). בעבירת השב"ח יש לשאלה זו חשיבות. פעמים לא מעטות אנו רואים כי אין די בעונשי המאסר (אף בפועל) ולא אחת ניצבים בפני בית המשפט עבריינים חוזרים (ראו למשל: ת"פ (שלום ראשל"צ) 33874-07-12 מדינת ישראל נ' אבו זייד (18.3.2014) שם נדון עניינו של מי שנגזרו עליו שלוש תקופות מאסר ממושכות בפועל ועדיין שב לבצע את עבירת השב"ח; ת"פ (שלום ב"ש) 10194-07-14 מדינת ישראל נ' גונדי (14.7.2014) שם הופעל מאסר על תנאי שהיה תלוי ועומד נגד הנאשם, כשלחובתו גם שתי הרשעות קודמות; שני המקרים הנוספים שנדונו בפנינו במועד בו נדונו בקשות אלה, בהן נגד המבקשים הופעל מאסר על תנאי שהיה תלוי נגדם, אחרי שריצו בעבר עונש מאסר בפועל בנוסף (רע"פ 3242/13 ורע"פ 1441/14)). משמעות הדברים היא שייתכן מצב בו עד מהרה עונשי המאסר על תנאי שייצברו, אם יהיו גבוהים, עלולים להתקרב לעונש המרבי בצידה של עבירת השב"ח ואף לחצות אותו. זו תוצאה שנראית קשה, ואף בא כוח המשיבה הסכים בדיון לפנינו לכך. לכן נדרשת זהירות גם בקביעת מתחם העונש ההולם לעונש המאסר על תנאי.

26. מפסיקת הערכאות הדיוניות עולה כי מדיניות הענישה הנהוגה כוללת גם קנסות, אם כי במקרים נדירים, ובסכומים נמוכים הנעים בין 500 ש"ח לבין 2,500 ש"ח (ראו למשל: ת"פ (שלום ב"ש) 37927-06-13 – 500 ש"ח; ת"פ (שלום אש') 46697-04-14 – 750 ש"ח; ת"פ (שלום אש') 43104-06-14 מדינת ישראל נ' גורביה (1.7.2014) – 1,500 ש"ח; ת"פ (שלום ראשל"צ) 36360-04-13 – 2,500 ש"ח). גם כאן, בדומה לעונשי המאסר על תנאי, לא קבעו בתי המשפט מתחמי עונש הולמים.

התוצאה: מהו מתחם העונש ההולם לעבירת השב"ח לצרכי פרנסה?

27. כפי שציינתי לעיל, המשיבה הסכימה עם עמדת המבקשים לפיה תחתית מתחם העונש ההולם לעבירת שב"ח לצרכי פרנסה תיקבע על מאסר על תנאי (תגובת המשיבה מיום 1.6.2014, בפסקה 26). מסקירת מדיניות הענישה הנהוגה בשילוב עם נסיבות ביצוע העבירה המקלות ומידת הפגיעה הלא גבוהה יחסית בערכים החברתיים המוגנים על ידה עולה כי קביעה זו ראויה היא.

28. נותרנו, אם כן, עם השאלות הבאות: (1) מה צריך להיות הרף העליון של מתחם העונש ההולם לעבירת שב"ח לצרכי פרנסה? (2) מהו מתחם העונש ההולם

באשר לתקופת עונש המאסר על תנאי שמושת על הנאשם? (3) מהו מתחם העונש ההולם באשר לגובה הקנס המושת על הנאשם?

29. לפני מענה על שאלות אלו, אבהיר את השיקולים שאני סבור שיש לשקול בעת קביעת רוחבו ורכיביו של מתחם העונש ההולם, וזאת נוכח רוחבי המתחמים השונים שנקבעו בערכאות הדיוניות והתייחסותן של חלקן לשיקולים שנקבעו כלא רלבנטיים לקביעת מתחם העונש ההולם בתיקון 113 לחוק העונשין. ראשית, התיקון מורנו כי שיקולי הרתעה של היחיד והרבים וכן שיקולים שעניינם עברו הפלילי של נאשם הם שיקולים שאינם משפיעים על קביעת המתחם. על כן טענות שטיבן להחמיר במתחם העונש ההולם משיקולים אלה, שאינם קשורים במישרין למעשה העבירה, מקומן לא בשלב זה של מלאכת קביעת המתחם.

30. הערה נוספת היא לעניין רוחב מתחם הענישה. בפסיקה שבעקבות תיקון 113 נשמעו עמדות שונות לגבי רוחבו האופטימאלי של מתחם הענישה. בעניין סעד ציין בית משפט זה (השופט נ' סולברג) כי "המחוקק אמנם לא התייחס להיקפו הרצוי של מתחם הענישה, אולם ברי כי מתחם רחב מאוד לא ישרת את תכליתו של תיקון 113 (השופט עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" עלון השופטים 14, 3 (2012))" (ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פסקה 24 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (6.8.2013) (להלן: עניין סעד)).

בעניין חסן (השופטת ע' ארבל) צוין כי "מתחם רחב מדי, המסוגל להכיל שלל מעשים ונסיבות, כך שכל תוצאה עונשית 'תיתפס' בתוכו, איננו מתחם ראוי, שכן הוא ירוקן מתוכן את תכלית החוק" (ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (5.6.2013)).

בכתיבה מאוחרת יותר בספרות המשפטית נאמר כי מתחם צר מידי אינו נותן ביטוי הולם לעקרון האינדיבידואליות ולנסיבותיו של כל נאשם ונאשם, אך מתחם רחב מידי אינו נותן ביטוי מספק לעקרון ההלימה בענישה (יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 430–429, 460 (2013) (להלן: ואקי ורבין – הבניית שיקול הדעת)). אמת-מידה שעשויה לסייע בקביעת רוחב המתחם היא הקשר שבין סוג העבירה לבין מידת ההתחשבות שבית המשפט נוהג להקנות לנסיבותיו האישיות של הנאשם. ישנן עבירות שבהן נטייתם של בתי המשפט להתחשב בנסיבותיו האישיות של הנאשם קטנה יותר, כגון עבירות סמים, בהן מידת הפגיעה בערך המוגן היא רבה וכך גם מידת האשם שדבק

בעברייך (ראו: חוות דעתי בעניין פראגין). דומה כי עבירות השב"ח לצרכי פרנסה אינן מן העבירות שבהן יש ליחס משקל מועט לנסיבותיו האישיות של הנאשם. כאמור, המניע להן לרוב הוא דוחק כלכלי, האשם שדבק במבצע העבירה אינו בולט בעוצמתו, והפגיעה בערך החברתי המוגן – בטחון המדינה וריבונותה – אף שאין להמעט מחשיבותה, אינה מן החמורות.

31. 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.

32. לבסוף אציין כי לאור מסקנתי האמורה לא מצאתי מקום להרחיב בטענותיהם של המבקשים באשר להשפעת החמרת מתחם העונש ההולם בעבירת השב"ח על עבירות אחרות. אף כי טענות אלה, מבלי להביע עמדה, על פניו אינן משוללות יסוד, נראה שהן מתייתרות לגופו של עניין, כיוון שמתחם העונש ההולם שמצאתי לקבוע אינו מביא להחמרה לה טענו המבקשים.

חריגה ממתחם העונש ההולם לקולה

33. תיקון 113 לחוק העונשין קובע שני שיקולים המאפשרים חריגה ממתחם העונש ההולם שנקבע – שיקולי שיקום המאפשרים חריגה לקולה ושיקולי הגנת שלום הציבור המאפשרים חריגה לחומרה (סעיפים 40 ד ו-ה לחוק העונשין). כיוון שהעבירה שלפנינו חומרתה נמוכה, כפי שמסכימים הצדדים, לא נדונה האפשרות לחריגה לחומרה משיקולי הגנת שלום הציבור (אך ראו את הדיון בשאלה בחוות דעתי (בדעת מיעוט) של השופט פוגלמן בע"פ 6862/13 חג'אזי נ' מדינת ישראל (7.7.2014) ותשובתה של השופטת ברק-ארז (שם).

34. באשר לאפשרות לחריגה לקולה ממתחם העונש ההולם, באמצעות שיקולי שיקום, טענו הצדדים וכך עולה מפסיקת בתי המשפט, כי שיקול זה אינו רלבנטי ברובם המכריע של המקרים. עניין לנו בנאשמים שאינם תושבי או אזרחי המדינה. הם אינם

מבקשים להתגורר בה. שהותם – אם בכלל – במעצר או מאסר קצרה, ואין בעניינם "אופק שיקומי" כיוון שהם לא מבקשים לשוב לחברה כאזרחים שומרי חוק. ממילא, יש לציין כי גם העבירה האמורה מהווה איסור מכוח חוק (mala per se) שספק אם "אופק שיקומי" רלבנטי בעניינה. יתרה מכך, אף במקרים בהם ביקשו נאשמים שב"חים או באי כוחם כי ייערך בעניינם תסקיר שירות המבחן, בתי משפט השלום דחו הבקשה מן הטעם שהדבר אינו נדרש, בהיעדר אפשרות ממשית לשיקומם, למשל באמצעות עבודות שירות או צו מבחן, ועל כן הם יכולים להביא את נסיבותיהם האישיות גם בעצמם, ולא באמצעות תסקיר שירות המבחן (ראו למשל: החלטתו המפורטת של בית המשפט בת"פ 9 (שלום ראש"צ) 50924-12-12). מכאן שבענייננו, על פי רוב, האפשרות להריגה ממתחם העונש ההולם אינה רלבנטית, ואין אנו נדרשים לבחנה. עם זאת, כמובן שאין מן הנמנע שבנסיבות חריגות תמצא ערכאה דיונית מקרה פלוני שיאפשר וידרוש התייחסות מקצועית לסיכויי השיקום. שיקול דעת זה נותר בידי הערכאות הדיוניות (למקרה חריג בו ניתן משקל לשיקולי שיקום, ראו: ת"פ 9 (שלום ראש"צ) 36360-04-13).

35. עולה כי שני השיקולים שמאפשרים חריגה ממתחם העונש ההולם אינם רלבנטיים במרבית המקרים של עבירת השב"ח לצרכי פרנסה, ועל כן, אחרי קביעת מתחם העונש ההולם יש לעבור לקביעת העונש בתוך המתחם.

קביעת העונש בתוך מתחם העונש ההולם

36. במסגרת הדיון בקביעת העונש בתוך מתחם העונש ההולם טענה המשיבה, כאמור לעיל, כי יש לקבוע "עונש מתאים טיפוסי" של חודש מאסר בפועל בעבירת השב"ח לצרכי פרנסה, וזאת משום שנסיבותיהם האישיות של רוב המבצעים עבירה זו דומות עד כדי אי אפשרות להבחין ביניהם. לטענה זו, וכן לשיקולים שיש לשקול בעת קביעת העונש בתוך המתחם ההולם – הרתעת היחיד, הרתעת הרבים והנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה (ובעיקר עברו הפלילי של הנאשם, וטענת המשיבה כי יש להתחשב במדיניות האכיפה החלקית של משטרת ישראל בעבירה זו) – אדרש להלן. עוד אדרש לשאלת קביעת קנס בעניינם של נאשמים בעבירת השב"ח לצרכי פרנסה, בשל המאפיינים הייחודיים של הנאשמים בה.

עונש מתאים טיפוסי?

37. לטענת המשיבה יש לקבוע "עונש מתאים טיפוסי" של חודש מאסר לנאשמים בביצוע עבירת השב"ח לצרכי פרנסה. טענה זו אין בידי לקבל, וזאת משלושה טעמים. ראשית, המשיבה הסכימה מחד גיסא להנמכת תחתית מתחם העונש, אך ביקשה לשמור

מאידך גיסא על העונש אותו היא מוצאת לראוי. דומה כי דברים אלה אינם הולמים את רוח תיקון 113, ובמידה מסוימת לוקים הם בסימון "מטרה", ובבניית מתחם העונש ההולם סביב מטרה זו. זאת, בלא מתן משקל לנסיבות אישיות של כל נאשם ונאשם, המנויות בסעיף 40 לא לחוק העונשין, שהן אלה שבאמצעותן מורה תיקון 113 לגזור את העונש בתוך המתחם.

38. שנית, אין בידי לקבל את הטענה כי זהו העונש המתאים או למצער הנפוץ. כפי שהסקירה לעיל מראה, פסיקת בית משפט זה והערכאות הנמוכות לא השיתו עונש מאסר בפועל באורך של חודש ימים ברוב המקרים. עוד בהלכת אבו סאלם נקבע שאין מתחייב עונש מאסר בפועל בכל מקרה של עבירות הסעה והלנה של שב"חים שהן עבירות חמורות יותר מהעבירה דנן; גם הלכת פראגין אינה מסייעת למשיבה, שם הועמד את עונשו של פראגין על שבעה שבועות, שחפפו למעצר שריצה אותה שעה, ולא ניתן ללמוד שזה רף הענישה שנקבע משם ואילך; המשיבה לא הביאה ראיה לכך שרף הענישה שנטען על ידה אומץ על ידי הערכאות הדיוניות; סקירת הפסיקה של הערכאות הדיוניות מעלה שמרבית העונשים שנגזרים על ידי בתי המשפט נמוכים מחודש מאסר בפועל, וגם לאחר שבתי משפט השלום קיבלו עליהם את המתחם המנחה שנקבע בעניין עטאללה, קבעו הם עונשים של חודש ויום, המצויים לכאורה בתוך מתחם העונש ההולם, אך בפועל אפשרו את קיצור עונשם של המבקשים ונאשמים אחרים לשבעה עשר ימי מאסר בפועל.

39. שלישית, קביעת "עונש מתאים טיפוסי" כמוה כקביעת עונש מוצא, ואף בא כוח המשיבה הסכים לכך בדיון לפנינו. בא כוח המשיבה אף טען כי מחובתנו להנחות באופן כזה כיוון שהמחוקק הותיר בידינו משימה זו. טענה זו אין בידי לקבל. המחוקק בחר שלא לקבוע עונשי מוצא, והותיר את שיקול הדעת בקביעת העונש לבית המשפט. שיקול דעת זה משתנה בהתאם לנסיבות המעשה והעושה שבפני בית המשפט (מבלי להביע דעה בנושא שלא עמד לפנינו, יצוין כי ביקורת הושמעה כלפי עצם קביעתם של עונשי מוצא – ראו למשל: אורן גזל-אייל ורותי לזר "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא" חוקים ג 41 (2011)). אם המחוקק יחפוץ יכול הוא לקבוע עונש מוצא או עונש מינימאלי לעבירה דנא או עבירות אחרות, אך בית משפט זה דחה מדיניות ענישה כוללת המבכרת הרתעה או שיקולי מדיניות על פני התייחסות לנאשם הספציפי שעומד בפני בית המשפט בעבר, ודוחה הוא אותה גם כיום. לעניין זה יפים הדברים של השופט י' דנציגר בהלכת פראגין:

“התגייסותם של בתי המשפט למאבק באיום הביטחוני
 תוך השתתפות עונשים מרתיעים צריכה להיעשות אך ורק
 על פי עקרונות משפטיים מושרשים ובהם עקרון
 הענישה האינדיווידואלית [...]”

עקרון הענישה האינדיווידואלית מחייבנו לתת משקל
 הולם לנסיבותיו האישיות של הנאשם, מניעיו וכל יתר
 שיקולים לקולא. השתתפות עונשים מרתיעים צריכה
 להיעשות רק במקרים המתאימים, לדוגמא, כאשר מדובר
 בנאשם רצידיביסט, או שלנאשם עבר פלילי או כאשר
 מתלוות לעבירה האמורה גם עבירות נוספות (ראו דברי
 חברי השופט א' רובינשטיין בפסקה כ"א לפסק דינו).
 זוהי התוצאה המתחייבת מהחלתו של עקרון הענישה
 האינדיווידואלית אשר מורינו לשקלל את נסיבותיו
 האישיות של העבריין ולבחון אותן אל מול חומרת
 העבירה בכל מקרה ומקרה לגופו, אף בעבירות חמורות”
 (שם, בפסקה 7 לפסק דינו).

40. כיוון שמצאתי שאין מקום לקבוע “עונש מתאים טיפוסי” לעבירה, הרי
 שלערכאה הדיונית מסור שיקול הדעת המלא להכריע בתוך מתחם העונש ההולם את
 העונש המתאים לנאשם שלפניה, והיא רשאית להתחשב בנסיבות המנויות בסעיף 40יא
 לחוק העונשין וכן בשיקולי הרתעה לפי סעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין. להלן
 אתייחס לנסיבות הרלבנטיות לקביעת העונש בעקבות טענות הצדדים: הרתעת היחיד
 (סעיף 140 לחוק העונשין), הרתעת הרבים (סעיף 140 לחוק העונשין) ועברו הפלילי של
 הנאשם (סעיף 40יא(11) לחוק העונשין). אין בכך כדי לומר, כמובן, שהנסיבות האחרות
 המנויות בסעיף 40יא לחוק העונשין אינן רלבנטיות לנאשם פלוני בעבירת שב"ח לצרכי
 פרנסה, ועל הערכאות הדיוניות לדון בכל אותן נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה
 שאותן יראו כרלבנטיות בעניין שמונח לפניהן.

הרתעת היחיד (סעיף 140 לחוק העונשין)

41. סעיף 140 לחוק העונשין קובע כי בית המשפט רשאי להתחשב בשיקול הרתעת
 היחיד בקביעת עונשו של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם, אם מצא ש"יש צורך
 בהרתעת הנאשם מפני ביצוע עבירה נוספת, וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים
 תביא להרתעתו". המשיבה טענה כי הרתעת היחיד מחייבת את קביעתו של עונש מאסר
 בפועל בתוך מתחם העונש ההולם. אין בידי לקבל טענה זו.

42. בעניין טעד סבר השופט א' רובינשטיין כי ספק אם יש כוח להרתעה אישית
 מסוג זה למנוע ביצוע עבירות בעתיד (שם, בפסקה ט"ו לפסק דינו). זאת ועוד, כאשר
 דנתי במדיניות הענישה הנהוגה הצבעתי על כך שלא ברור כי מדיניות ענישה של מאסר

בפועל, ואף מאסר בפועל, מהווה הרתעה אפקטיבית כלפי העובר את עבירת השב"ח לצרכי פרנסה, וזאת לנוכח כמות העבריינים החוזרים, והמצב הקשה שמביאם לבצע את המעשים (ראו פסקה 24 לעיל). בהלכת פראגין עמד השופט י' דנציגר על החשיבות שבאיזון של שיקול הרתעת היחיד לעומת שיקולים רלבנטיים אחרים:

"אדגיש כי איני מפקפק בחשיבות ובהצדקה שביישומו של שיקול ההרתעה כלפיי נאשמים שהורשעו בעבירה האמורה. ואולם, שיקול ההרתעה הינו רק אחד מבין מטרותיו של ההליך העונשי ולצידו קיימים אינטרסים מוגנים נוספים המחייבים התחשבות בנסיבותיו האישיות של הנאשם ואיזונם אל מול אינטרס ההרתעה שאינו בהכרח עדיף עליהם" (שם, בפסקה 7 לפסק דינו).

43. מהאמור, אני סבור כי מתן משקל לשיקול הרתעת היחיד ראוי לדעתי רק במקרים של נאשמים רצידיביסטיים או נאשמים שבנוסף לעבירת השב"ח ביצעו עבירות נלוות, ולא בכל מקרה של נאשם בעבירת שב"ח, ועל הערכאה הדיונית לתת דעתה לכך, ולהכריע בעניינו של כל נאשם לפי נסיבותיו הייחודיות (וראו: שם; שם, בפסקה כ"א לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין; לעקרונות דומים ראו: ואקי ורבין – הבניית שיקול הדעת, בעמ' 456–457). מכאן, שלדעתי אין מקום לקבוע באופן גורף כי בעבירות שב"ח לצרכי פרנסה יש לשקול את שיקול הרתעת היחיד לחומרה באופן שיחייב השתת עונש מאסר בפועל על הנאשם.

הרתעת הרבים (סעיף 140 לחוק העונשין)

44. סעיף 140 לחוק העונשין קובע כי בית המשפט רשאי להתחשב בשיקול הרתעת הרבים בקביעת עונשו של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם אם מצא כי "יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים". גם באשר לשיקול זה, טענה המשיבה כי יש בו כדי להעמיד את עונשו של מי שנאשם בעבירת שב"ח על עונש מאסר בפועל.

45. בעניין סעד ציין השופט א' רובינשטיין כי הרתעת הרבים עשויה להיות יעילה בנושאים כלכליים הכרוכים בענישה ממונית או בנושאים שהם "מכת מדינה" (שם, בפסקה ט"ו לפסק דינו). דומה כי ביחס לעבירת השב"ח לצרכי פרנסה נדרשת החלה זהירה של דברים אלה. אמת, אין להוציא מכלל אפשרות שענישה ממשית כלפי עבירה זו עשויה לסייע בצמצום ממדי תופעת השהייה הבלתי חוקית לצרכי פרנסה. עם זאת,

יהא זה גם סביר להניח כי מבצעי העבירה, ובפרט העבריינים החוזרים שבהם, מודעים לאיסור ובכל זאת שבים לסורם בשל מניעים שצוינו ובכללם מצוקתם הכלכלית של השב"חים. על רקע זה אני סבור כי ראוי לתת משקל מוגבל לשיקול הרתעת הרבים בעבירת השב"ח, אם כי לא מבוטל. חיזוק לעמדתי זו אני מוצא במיקומו "ההיררכי" של שיקול זה לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 113, כמשפיע על העונש בתוך מתחם העונש ההולם ורק בתנאים הקבועים בחוק (ראו גם: ע"פ 1765/13 עבדאללה נ' מדינת ישראל, פסקה 15 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (3.7.2014); עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 183, 5, 8 (2012); ליישום ראו למשל: עניין גברזגיי, בפסקאות 34–35 לפסק דיני). לפיכך אני סבור כי בשל המשקל המוגבל, אך הקיים, שיש לתת לשיקול הרתעת הרבים, אין הכרח, כטענת המשיבה, לקבוע כלל גורף שלפיו בעבירות שב"ח לצרכי פרנסה יש לשקול את שיקול הרתעת הרבים לחומרה באופן שיחייב לעולם השתת עונש מאסר בפועל על הנאשם. אבקש להותיר את שיקול הדעת לבית המשפט הדן, בנסיבות כל מקרה, ותוך מתן משקל מוגבל לשיקול ההרתעה בשל מידת האפקטיביות המוגבלת שלה.

עברו הפלילי של הנאשם ומדיניות האכיפה של משטרת ישראל בעבירת השב"ח לצרכי פרנסה (סעיף 40א(11) לחוק העונשין)

46. אחת מהנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה שבית המשפט רשאי להתחשב בהן בעת קביעת עונשו של נאשם הוא עברו הפלילי של הנאשם או היעדרו (סעיף 40א(11) לחוק העונשין). המשיבה טענה כי במסגרת נסיבה זו על בית המשפט להתחשב במדיניות האכיפה החלקית של המשטרה בעבירת השב"ח לצרכי פרנסה, לפיה היא אינה מעמידה לדין שוהה שלא כדין בפעם הראשונה שנתפס, ולהעמידה לנגד עיניו, בין באופן כללי ובין כהוכחה לעברו הפלילי של נאשם ספציפי. דין טענה זו להידחות.

47. בעת בחינת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה יש להתייחס למידת ההוכחה וקבילות הנתונים שמוצגים לבית המשפט. מקובל עליי (וכך גם על המשיבה, על פי דברי בא כוחה בדיון לפנינו) כי עבר פלילי יוצג לבית המשפט עת ניתן להוכיחו, בהרשעות בלבד. מידע אחר על אודות הנאשם אינו קביל. משכך, כל עוד אין הרשעה לחובתו של נאשם, איני סבור שיש מקום להתחשב בכל נתון מסוג זה, אפילו באשר למדיניות כללית.

48. המשיבה טענה כי בהלכת פראגין התייחס בית משפט זה למדיניות האכיפה החלקית האמורה כמשפיעה על עונשו של הנאשם. טענה זו אינה מדויקת. בהלכת פראגין המשיבה לא טענה כי פראגין שהה בארץ לא כדין בעבר, אלא שקיימת מדיניות שלא להעמיד לדין נאשמים בעבירת שב"ח לצרכי פרנסה בעבירה הראשונה. השאלות שעולות מטענה זו, אף באשר למדיניות הכללית, שידונו בהמשך, לא נדונו במישרין בפסק הדין.

49. טיבה של מדיניות האכיפה הנטענת של משטרת ישראל, שלא להעמיד לדין שוהים שלא כדין בפעם הראשונה שנתפסו, לא הוכחה לפנינו ולא הוכחה בערכאות הקודמות. למעשה, המבקשים הצביעו על כך שמדובר בנוהל שאינו כתוב או מעוגן, ואף טענו כי בכל מחוז קיים נוהל שונה. כך למשל, בחלק מהמחוזות עולה שאמנם לא מוגשים כתבי אישום, אך בפעם השנייה או שלישית, כתב האישום שמוגש כולל גם את הכניסות הקודמות. המשיבה לא חלקה על כך, ובדיון בפנינו בא כוחה לא הביא נתונים ברורים על מספר הפעמים ששוהה לא כדין ייתפס בהם אך לא יוגש נגדו כתב אישום. בדיון לפנינו הדגיש בא כוח המשיבה שאין נפקות למספר הפעמים, אלא לעצם קיומו של הנוהל והמדיניות הכללית, אך שגם את קיומו וטיבו לא הצליח להוכיח בפנינו, משלא הוצג נוהל אחיד שמפורסם באופן רשמי על ידי המשטרה.

50. הצדדים מסכימים כי משטרת ישראל אכן בוחרת לאכוף חלקית את עבירת השב"ח לצרכי פרנסה. מהנתונים שלפנינו לא ברור מה היקפה של אותה מדיניות, הן לעניין קיומה במחוזות השונים, הן בשאלה מתי יוגש כתב אישום נגד שב"ח שנתפס בתפיסתו השנייה או השלישית, והן לעניין הכללת הכניסות הקודמות בכתב האישום. אני סבור שאין מקום להשפעת מדיניות אכיפה חלקית, שאינה מוכחת או אחידה, על ענישת הנאשמים. החיבור שמבקשת המשיבה לעשות בין מדיניות של אי-אכיפה שנובעת משיקולי כוח אדם במשטרת ישראל (כך לפי טענתה שלה) לבין החמרת הענישה כלפי נאשמים בעבירה האמורה הוא קשה לטעמי. כבר בהלכת פראגין ציינו כי המשיבה יכולה להגיש כתבי אישום כבר בפעם הראשונה שנתפס פלוני בעודו שוהה שלא כדין. כן בידי המשיבה לקבע נוהל לפיו כתב האישום שיוגש יכלול גם את הכניסות הקודמות של הנאשם (כפי שנעשה בחלק מהתיקים, ואף בעניינו של אחד המבקשים לפנינו). המשיבה גם יכולה לחבר נוהל כאמור ולעגנו בצורה מוסדרת, כפי שהוצג בפנינו שנעשה באשר לעבירות סמים לצריכה עצמית, עיגון בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה.

51. אך גם מעבר לנימוקים פרוצדוראליים אלה, גם מהותית מצאתי פגם בהתחשבות במדיניות האכיפה האמורה – גם אם תוכח ותעוגן. לא ניתן לגזור לדעתי גזירה שווה מלכידתו של פלוני וגירושו לבין העמדתו למשפט פלילי והרשעתו. למשל, ייתכן שפלוני, שנתפס על ידי המשטרה הסכים לגירושו, אף שלא סבר שבמעשיו עבר עבירה, וזאת רק כדי להימנע מהמעצר וההליך השיפוטי. בגדרי התנהלות זו לא נבחנות טענות הגנה שהוא עשוי לטעון לזכותו, למשל שיש לו היתר שהיה פרטני, ולכן אין בידי לקבל שהליך כזה יכול להשפיע על עונשו של אותו פלוני בעתיד (ראו: גזל-אייל – מתחמים לא הולמים, בעמ' 13).

רכיב הקנס במסגרת קביעת העונש במתחם ההולם

52. באשר להשתת קנסות במסגרת מתחם העונש, בפסקה 30 לעיל קבעתי כי המתחם נע בטווח שבין 0 ש"ח (ללא קנס כלל) לסך של 2,000 ש"ח ממספר סיבות. ראשית, אני סבור שיש מקום להותיר בפני בתי המשפט את האפשרות להשית קנס, כאשר בפניהם נאשם ספציפי שייתכן שהקנס הכספי כשלעצמו (ולא המאסר חלף אי תשלומו) ירתיע אותו (שזהו כאמור, שיקול רלוונטי בקביעת העונש בתוך המתחם, ראו פסקאות 40–42 לעיל), או כאשר במקרה ספציפי ימצא לנכון בית המשפט להשית קנס ולא עונש מאסר בפועל. שנית, כבר בהלכת פראגין קבענו כי בנסיבות מתאימות, כאשר הנאשם אינו מורשע בפעם הראשונה, יש מקום להטלת קנס להגברת ההרתעה.

53. מנגד, וזו הסיבה בגינה מצאתי להידרש לשאלת רכיב הקנס בפירוט, אנו עוסקים באוכלוסייה אשר מתפרנסת בדוחק, ומטרתה בביצוע העבירה היא פרנסתה. ככלל הטלת קנס הולמת עבירות שיש בהן טובת הנאה כלכלית לעבריין (ע"פ 6771/12 קאסם נ' מדינת ישראל, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (3.12.2013)). אך עבירת השב"ח אינה נושאת עימה מניה וביה הנאה כלכלית, אלא כתוצאה ממנה מתאפשרת לעבריין הטבה כלכלית, שמתקשה אני להגדירה "הנאה" במלוא מובנה של מילה זו. עוד יש לזכור שבפסיקת בית משפט זה כבר נקבע כי במקום שברור כי הנאשם לא יוכל לשלם את הקנס, ומשמעות הדבר היא הארכת מאסרו חלף הקנס, יש להימנע מהטלת הקנס כאמור (ראו למשל: ע"פ 1274/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 22–23 לפסק דיני (4.7.2013)). כך שלדעתי השתת קנס בעבירת שב"ח לצרכי פרנסה צריכה להיות החריג ולא הכלל.

סיכום ביניים

54. על רקע הדיון שלעיל, המסקנה שאציע לחברי לאמץ היא כי כאשר נעברת לראשונה עבירת שב"ח לצרכי פרנסה, בהיעדר עבירות נלוות לה, יש לקבוע מתחם עונש הולם אחיד, לנוכח הדמיון בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה במקרים השונים. מתחם זה יכלול עונש מאסר שנע בין מאסר על תנאי לבין מאסר בפועל למשך חמישה חודשים, אשר יכלול הן את תקופת התנאי והן את תקופת המאסר בפועל. מתחם עונש הולם לקנס ינוע בטווח שבין 0 ש"ח לבין 2,000 ש"ח. אם לנאשם יש עבר פלילי, ובכלל זה עבירות שב"ח, ניתן 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. לא נעלם מעיני שקביעת מתחם העונש לעבירת השב"ח לצרכי פרנסה ככזה שמיועד לעבירה שנעברה לראשונה, יש משום התחשבות אפריורית בנסיבת העבר הפלילי כבר בשלב קביעת מתחם העונש. כאמור, כאשר העבירה נעברת יותר מפעם אחת, ניתן להתחשב בכך "בתוך המתחם"; וניתן גם לערוך מתחם עונש הולם שונה – ושיקול הדעת בעניין זה נתון לבית המשפט הדן.

55. אשר לקביעת העונש בתוך מתחם העונש ההולם, המסקנה העולה מן הדיון היא כי אין לגזור עונש אחיד טיפוסי לעבירת השב"ח לצרכי פרנסה העומד על חודש מאסר בפועל או בכלל. הדבר מנוגד לרוחו של תיקון 113 ואינו הולם את מדיניות הענישה הנהוגה. כן, אין מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום או הגנת שלום הציבור, ואין לקבוע באופן גורף כי העונש של נאשם פלוני בעבירת שב"ח לצרכי פרנסה בתוך מתחם העונש ההולם יושפע לחומרה משיקולי הרתעת היחיד או הרבים, ולבית המשפט הדן נתון שיקול הדעת. מדיניות האכיפה החלקית של המשטרה כלפי עבירת השב"ח לצרכי פרנסה אינה נסיבה שיש להתחשב בה במסגרת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. אשר לקנסות, הטלתם בעבירת השב"ח לצרכי פרנסה תיוותר למקרים חריגים, וזאת לנוכח מצבם הכלכלי הקשה של הנאשמים בה ומידת התועלת המוגבלת שיש באמצעי עונשי זה בעבירה שבנדון.

ומן הכלל אל הפרט

56. יצוין כי עם הגשת הבקשות הורה בית משפט זה לעכב את ביצועם של העונשים שהושתו על כל המבקשים עד למתן החלטה אחרת.

57. מוחמד הורשע ביום 1.1.2013 על פי הודאתו, בבית משפט השלום בראשון לציון (ת"פ 35848-11-12, סגן הנשיאה א' היימן) בעבירת שב"ח, זאת לאחר שכתב האישום ייחס לו שהייה אחת שלא כדין בתחומי המדינה, ביום 17.11.2012. בגזר דינו מאותו היום, התייחס בית משפט השלום למתחם העונש שנקבע לעבירה זו בנסיבות דומות, בהן הכניסה הייתה לצרכי עבודה, ללא ביצוע של עבירות נוספות. בית המשפט הפנה לשתי פסיקות של בתי המשפט המחוזיים, בעניין עטאללה ובעניין גבור שם הועמד מתחם העונש בין חודש מאסר בפועל לבין שישה חודשי מאסר בפועל, וקבע כי מדובר במתחם עונש הולם גם לעניינו של מוחמד. עוד ציין בית משפט השלום כי בית המשפט הוצף בכתבי אישום בעבירות שב"ח, ובכל המקרים, קיימות נסיבות אישיות דומות ואף זהות. עם זאת, חרג בית המשפט ממתחם העונש ההולם, בעניינו של מוחמד וזאת מפאת גילו הצעיר (18 ושבוועיים בעת ביצוע העבירה), (בדומה לגזר דין שנתן בעניינו של נאשם אחר) והשית על מוחמד עשרים ימי מאסר בפועל בקיזווי ימי מעצרו, ושלושה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים.

58. מוחמד ערער על חומרת העונש לבית המשפט המחוזי בטענות דומות לטענות שנדונו לעיל. בית המשפט המחוזי (עפ"ג 61867-01-13, סגן הנשיא (כתארו אז) א' טל, השופטת ד' בוטתן והשופט א' מקובר) דחה ביום 7.4.2013 את ערעורו, וקבע כי בית משפט השלום לא שגה בקביעתו, וזאת כיוון שמדובר בשהייה בלתי חוקית שנייה של מחמד, לאחר שלא הועמד לדין בגין שהייתו הראשונה. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי הלכת פראגין ניתנה לפני כניסתו לתוקף של תיקון 113 ולכן אין מקום להביע דעה באשר לתחולתה על עניינו של מחמד, ואף לגופו של עניין העונש שהוטל עליו חרג לקולה מהרף התחתון של מתחם העונש ההולם.

59. לאחר שקבעתי את מתחם העונש ההולם בעבירה, ודנתי בשיקולים שמנחים את קביעת העונש במסגרתו, מצאתי כי יש מקום לקבל את הערעור ולהפחית את עונשו של מוחמד. לאחר שדחיתי את טענת המשיבה כי יש להתחשב במדיניות האכיפה של משטרת ישראל, מדובר במי שאין לו עבר פלילי וזוהי עבירת השב"ח הראשונה שעבר. כן אין בעניינו עבירות נלוות והיא נעברה לצרכי פרנסה. נוסף על אלה יש לציין את גילו הצעיר של מוחמד וכי שיתף פעולה בחקירתו והודה. אין להתעלם מכך שמוחמד כבר ריצה מספר ימים במעצר. מכלול שיקולים אלה מביאים למסקנה כי יש להשית על מוחמד עונש מאסר על תנאי של חודש ימים, למשך שנתיים, והתנאי הוא שלא יעבור עבירה המנויה בחוק הכניסה לישראל.

60. המבקש 1 ברע"פ 4503/13 (להלן: איימן) הורשע ביום 5.2.2013 על פי הודאתו, בבית משפט השלום בראשון לציון (ת"פ 30815-01-13, סגן הנשיאה א' היימן), בעבירת שב"ח, זאת לאחר שכתב האישום ייחס לו שהייה אחת שלא כדין בתחומי המדינה, ביום 15.1.2013. בגזר דינו מאותו היום, חזר בית משפט השלום על אמירותיו הכלליות בעניינו של מוחמד, וקבע גם בעניין זה שמתחם העונש ההולם נע בין חודש מאסר בפועל לשישה חודשי מאסר בפועל. עוד התייחס בית משפט השלום לשני עניינים נוספים. ראשית, ההבחנה בין מי שהשתחרר על תנאי בערבות וטוען כי יש להסתפק בימי המעצר שריצה כעונש, לבין מי שלא הצליח לעמוד בתנאי השחרור (ויש להניח שהכוונה לגיוס כספי ערבות לשם שחרור על תנאי [ראו: גזר הדין מיום 5.2.2014, בעמ' 4, שורות 26–30]) ומשכך לא עלה בידו לטעון טענה זו. בית משפט השלום הבהיר כי לטעמו אין מקום להבחין בין שני המקרים, ויש להשית עליהם את אותו העונש. שנית, בית משפט השלום דחה את הטענה לפיה תיקון 113 מפלה את השוהים הבלתי חוקיים מפני שאין אפשרות לחרוג ממתחם העונש ההולם בעניינם משיקולי שיקום. בית משפט השלום קבע כי מדובר ב"אבחנה מהותית ואינרטיית ואין בה כל אפליה" (בעמ' 5, שורה 4 לגזר הדין; כך במקור – ס' ג'). בית משפט השלום השית על איימן עונש מאסר בפועל של חודש ויום בקיזוז ימי מעצרו, וארבעה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים.

61. המבקש 2 ברע"פ 4503/13 (להלן: אחמד) הואשם בכתב אישום משותף עם מחמד, אך הוא הודה ועונשו נגזר בשלב מאוחר יותר. אחמד הורשע ביום 4.3.2013 על פי הודאתו, בבית משפט השלום בראשון לציון (ת"פ 35848-11-12, סגן הנשיאה א' היימן), בעבירת שב"ח, זאת לאחר שכתב האישום ייחס לו שתי שהיות שלא כדין בתחומי המדינה, בימים 15.11.2012 ו-17.11.2012. בגזר דינו מאותו היום, חזר בית משפט השלום על אמירותיו הכלליות בעניינם של מוחמד ואימן, וקבע גם בעניין זה שהמתחם ההולם נע בין חודש מאסר בפועל לשישה חודשי מאסר בפועל. עוד קבע בית משפט השלום כי אין מקום לחרוג ממתחם העונש משיקולי שיקום בעניינו של אחמד, והשית עליו עונש מאסר של חודש ויום בניכוי ימי מעצרו, וארבעה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים.

62. המבקש ברע"פ 4606/13 (להלן: עדי) הורשע ביום 5.3.2013 על פי הודאתו, בבית משפט השלום בראשון לציון (ת"פ 33425-11-12, סגן הנשיאה א' היימן), בעבירת שב"ח, זאת לאחר שכתב האישום ייחס לו שהייה אחת שלא כדין בתחומי המדינה, ביום

17.11.2012. בגזר דינו מאותו היום, חזר בית משפט השלום על אמירותיו הכלליות בעניינם של מוחמד, איימן ואחמד, וקבע גם בעניין זה שהמתחם ההולם נע בין חודש מאסר בפועל לשישה חודשי מאסר בפועל. עוד עמד בית משפט השלום על כך שמתחם זה נקבע שוב ושוב בפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים, ואין מקום לשנות מהנחיה זו. גם בעניינו של עדי לא מצא בית המשפט מקום לחרוג ממתחם הענישה או נסיבות מקלות כלשהן, ולכן השית עונש מאסר של חודש ויום בניכוי ימי מעצרו, וארבעה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים.

63. איימן, אחמד ועדי ערערו לבית המשפט המחוזי על חומרת העונש בפועל שהושת עליהם. עדי ערער גם על תקופת המאסר על תנאי שהושתה עליו. ערעוריהם אוחדו (עפ"ג 23956-03-13, עפ"ג 53535-04-13 ועפ"ג 31638-04-13; סגן הנשיא (כתארו אז) א' טל, השופט י' שופט והשופטת ה' עובדיה) ונדחו ביום 16.5.2013. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה העקרונית לפיה המתחם שקבע בית משפט השלום אינו הולם. בית המשפט המחוזי קיבל וחיזק את עמדת המשיבה וקביעת בתי המשפט המחוזיים לפניו, כי יש לתת משקל לכך שהמערערים שהו באופן לא חוקי בעבר אף שלא הוגשו נגדם כתבי אישום בגין פעמים אלה ואין לראות בהם כמי שנכנסו באופן לא חוקי בפעם הראשונה, וציין כי הדבר נלמד גם מהלכת פראגין. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי אין מקום לשנות מעונש המאסר על תנאי שהושת על עדי (ואף על איימן ואחמד) שנועד להרתיעם מביצוע עבירת שב"ח בעתיד.

64. לאחר שקבעתי את מתחם העונש ההולם בעבירה, ודנתי בשיקולים שמנחים את קביעת העונש במסגרתו, מצאתי כי יש מקום לקבל את הערעורים ולהפחית את עונשם של השלושה ואבהיר. לאחר שדחיתי את טענת המשיבה כי יש להתחשב במדיניות האכיפה של משטרת ישראל, מדובר במבקשים שאין להם עבר פלילי, בשנות העשרים לחייהם וזו עבירת השב"ח הראשונה שעברו. הדבר נכון גם לגבי אחמד, שהורשע בשתי כניסות שלא כדין. בשל כך, בעניינו יש לקבוע מתחם ענישה נפרד לכל אחת מהכניסות. בנוסף, המבקשים לא עברו עבירות נלוות ועבירת השב"ח נעברה לצרכי פרנסה עבור משפחותיהם קשות היום מחוץ לגבולות המדינה. לאלה יש להוסיף את שיתוף הפעולה של המבקשים בחקירתם והודאתם. בנוסף, יש לציין את העובדה שהם מספר ימים במעצר. מכלול שיקולים אלה מביאים אותי לקבוע שיש להשית עונש של חודשיים מאסר על תנאי למשך שנתיים בכל אחת מעבירות השב"ח שהורשעו בהן המבקשים. לפיכך, על איימן ועדי יושתו חודשיים מאסר על תנאי למשך שנתיים, והתנאי הוא שלא יעברו עבירה המנויה בחוק הכניסה לישראל. באשר לאחמד, מצאתי שנוכח סמיכות

האירועים (שנעברו בהפרש של יומיים אחד מן השני), יחד עם העובדה שמדובר בהרשעתו הראשונה, יש מקום לחפיפה חלקית של העונשים ולכן אני מוצא להשית עליו עונש של שלושה חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים, והתנאי הוא שלא יעבור עבירה המנויה בחוק הכניסה לישראל.

109 דבר

65. מידת החומרה של עבירת השב"ח נגזרת מהמצב הבטחוני. היא עשויה להשתנות עם שינוי העתים ואף עשויה להשתנות ממחוז למחוז. יש לבחון ולהתאים מעת לעת את מתחם העונש ההולם ואת העונש הראוי בתוך המתחם בגין עבירה זאת על פי תנאי הזמן והמקום, כך שאת מסקנתנו בפסק דין זה יש לבחון על רקע נסיבות ומצב בטחוני נתון. אציע לחברי, כאמור, כי נעמיד את מתחם העונש ההולם לעבירת שב"ח לצרכי פרנסה שנעברת לראשונה ובהיעדר עבירות נלוות, באופן הבא: עונש מאסר שנע בין מאסר על תנאי לבין מאסר בפועל למשך חמישה חודשים אשר יכללו הן את תקופת התנאי והן את תקופת המאסר בפועל. מתחם עונש לקנס ינוע בין 0 ש"ח לבין 2,000 ש"ח. עונשם של המבקשים/מעוררים יהא, כאמור, כדלקמן:

א. רע"פ 3677/13 – מוחמד – חודש מאסר על תנאי למשך שנתיים, והתנאי הוא שלא יעבור עבירה המנויה בחוק הכניסה לישראל.

ב. המבקש 1 ברע"פ 4503/13 – איימן – חודשיים מאסר על תנאי למשך שנתיים, והתנאי הוא שלא יעבור עבירה המנויה בחוק הכניסה לישראל.

ג. המבקש 2 ברע"פ 4503/13 – אחמד – שלושה חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים, והתנאי הוא שלא יעבור עבירה המנויה בחוק הכניסה לישראל.

ד. רע"פ 4606/13 – עדי – חודשיים מאסר על תנאי למשך שנתיים, והתנאי הוא שלא יעבור עבירה המנויה בחוק הכניסה לישראל.

ש ו פ ט

השופט א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט י' עמית:

אני מסכים.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' גובראן.

ניתן היום, י"ז בכסלו התשע"ה (9.12.2014).

שופט

שופט

שופט