מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם

מאת

אורן גזל־אייל*

תיקון 113 לחוק העונשין קבע הסדר חקיקתי מקיף להליך גזירת הדין. בשלב הראשון נדרש בית המשפט לקבוע את מתחם העונש שהולם את חומרת מעשה העבירה. כיוון שככלל בית המשפט מטיל את העונש במסגרת המתחם שנקבע בשלב הראשון, לקביעת המתחם השפעה עצומה על גזרי הדין. המאמר מציג את העקרונות האמורים להנחות את בתי המשפט בקביעת מתחם העונש ההולם על פי התיקון והאופן בו ניתן ליישמם. לאחר מכן נסקרים מתחמי העונש שנקבעו בבתי משפט מחוזיים לעבירה של שהייה שלא כדין בישראל. במרבית המקרים קבעו בתי המשפט המחוזיים מתחם ענישה של חודש עד שישה חודשי מאסר בפועל לשוהים שלא כדין. המאמר מראה כי מתחמי ענישה אלו מחמירים מדי לאור העקרונות שנקבעו בתיקון לחוק, וכי אימוצם עלול להביא לגידול משמעותי במספר האסירים בישראל, בניגוד למטרות החוק. לסיכום המאמר מוצגות מספר נורות אזהרה שראוי היה כי בתי המשפט ישיתו אליהם את לבם בקובעם את מתחמי העונש ההולם למעשי עבירה בשנים הראשונות ליישום החוק.

מבוא. א. תיקון 113 ועקרון ההלימה. 1. תיקון 113 – רקע כללי; 2. קביעת מתחם העונש ההולם לפי עקרון ההלימה; 3. עקרון ההלימה כמדרג אורדינלי של חומרה ועונשים; 4. עקרון ההלימה והחומרה הקרדינלית של העונשים; **ב. מתחם העונש ההולם בעבירות שהייה בלתי חוקית בישראל.** 1. ענישת שב"חים עובר לתיקון – פרשת פראגין; 2. מתחמי הענישה לשב"חים בפסיקת בתי המשפט המחוזיים; **ג. מתחם העונש ההולם לשב"ח במבחן הביקורת.** 1. חומרת עבירת השב"ח על פי מבחני ההלימה; 2. העונש ההולם לפי פסיקת בית המשפט העליון; 3. רמת הענישה הנוהגת; **ד. ההשלכות של החמרה במתחם העונש ההולם. סיכום: קביעת מתחם העונש ההולם – נורות אזהרה אחדות.**

* סגן הדקן וראש המרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה לשרון רינגר ולחני לומפ על ההערות לטיוטות מוקדמות של המאמר. תודה גם ליונתן אורפלי, לגל יהושע ומעל לכל לענבל כבירי על העזרה המצוינת במחקר.

nevo.co.il

מבוא

תיקון 113 לחוק העונשין (להלן: תיקון 113)[1] קבע לראשונה הנחיות מפורטות לשופטים כיצד לגזור את הדין. עד לתיקון הייתה ההנחיה החקיקתית היחידה לשופט הגוזר את הדין העונש המרבי שקבע המחוקק לעבירה (ולעתים רחוקות גם העונש המזערי שנקבע בצדה). תיקון 113 הוסיף כללים מפורטים לגזירת הדין בפן המהותי, הדיוני והראייתי.[2] בהקשר הראייתי התיקון מגדיר לראשונה באיזה שלב יש להביא ראיות ומהו נטל השכנוע שבו יש לעמוד לצורך קביעת עובדות המשפיעות על העונש.[3] במישור הדיוני התיקון קובע הסדר דיוני רב־שלבי שבמסגרתו נדרש בית המשפט להכריע בגזרו את הדין. במישור המהותי החוק קובע מדרג ברור בין שיקולי הענישה השונים, ואת הבכורה תופס העיקרון המנחה – עקרון ההלימה.[4]

עקרון ההלימה הוא אבן יסוד של החוק. קביעת מתחם העונש ההולם על פי עיקרון זה היא השלב הראשון בהליך גזירת הדין. למעט במקרים שבהם יוחלט לסטות מהמתחם, סוגי העונשים שייקבעו בשלב קביעת המתחם – אם מאסר בפועל, מאסר על תנאי או קנס – יקבעו אילו סוגים של עונשים יכול בית המשפט להטיל בסוף ההליך. כמו כן חומרת הגבול התחתון והעליון של המתחם תשפיע יותר מכל דבר אחר על חומרת העונש שיוטל על הנאשם. גודלו של המתחם (הפער בין הגבול התחתון לעליון) יקבע את המשקל שיהיה אפשר לייחס לנסיבות הקשורות במאפייני הנאשם ולנסיבות אחרות שאינן קשורות בביצוע העבירה. לקביעת המתחם יש אפוא השפעה מכרעת על הענישה. ברשימה קצרה זו אתייחס לעקרונות האמורים להנחות את בתי המשפט בקביעת מתחם העונש ההולם. בהמשך אציג את האופן השגוי לטעמי שבו מיישמים בתי המשפט עקרונות אלו, באמצעות הצבעה על מתחמי ענישה שנקבעו בבתי המשפט השונים בעניינם של נאשמים השוהים שלא כדין בישראל (להלן: שב״חים).[5] באמצעות הניתוח האמור של המתחמים שנקבעו לעבירה זו בבתי משפט השלום ובבתי המשפט המחוזיים השונים, אציג את השיקולים שעל בית המשפט לשקול בקבעו את סוגי העונש שייכללו במתחם העונש ההולם, את הגבול התחתון של המתחם ואת גודלו. אקדים ואומר כי בתי המשפט המחוזיים שדנו בסוגיה, ובעקבותיהם מרבית בתי משפט השלום, קבעו כי מתחם העונש ההולם לעבירה של שהייה שלא כדין בישראל למטרות פרנסה הוא בין חודש ימים לשישה חודשים. ברשימה זו אראה מדוע עקרון ההלימה מחייב מתחם ענישה נמוך בהרבה. עוד אראה כי קביעת מתחם שהרף התחתון שלו כולל מאסר בפועל

1 חוק העונשין (תיקון מס׳ 113), התשע״ב–2012, ס״ח 102.

2 ראו אורן גזל־אייל ״תג מחיר העונשים״ עורך הדין 14, 88 (2012).

3 ס׳ 40י לחוק העונשין, התשל״ז–1977.

4 ס׳ 40ב לחוק העונשין.

5 ס׳ 12 לחוק הכניסה לישראל, התשי״ב–1952.

לעבירה כה קלה של שהייה שלא כדין בישראל למטרות פרנסה, צריכה להוביל, אם החוק יקוים כלשונו, לקביעת מתחם מחמיר יותר לכל מעשה עבירה חמור יותר. ובהמשך ישיר, כיוון שסטייה לקולה מהמתחם אפשרית רק למטרות שיקום, התוצאה תהיה שהיקף השימוש בעונש המאסר בישראל יתרחב מאוד. ומכאן שהחשש מפני החמרה ניכרת ברמות הענישה בישראל, חשש שהובע על ידי רבים בעת ההליכים לחקיקת התיקון, עלול להתממש.[6]

המשך המאמר ייערך באופן הזה: בפרק א אציג את עקרונות היסוד של תיקון 113 ואראה כיצד בית משפט אמור לקבוע את מתחם העונש ההולם לפי הוראות התיקון. בפרק השני אסקור את הנחיית בית המשפט העליון לעניין ענישת שב״חים שנכנסו לישראל למטרות פרנסה עובר לתיקון, ואת קביעת בתי המשפט המחוזיים לאחר כניסתו לתוקף. בפרק השלישי אראה מדוע המתחמים שקבעו בתי המשפט המחוזיים שגויים. בפרק הרביעי יידונו הנזקים המערכתיים שבקביעת מתחם ענישה כה מחמיר. בפרק האחרון אסכם בכמה נורות אזהרה שאליהן צריך בית המשפט לשים את לבו בקבעו את מתחם העונש ההולם למעשי עבירה בשנים הראשונות ליישום החוק.

א. תיקון 113 ועקרון ההלימה

1. תיקון 113 – רקע כללי

תיקון 113 נועד להתמודד עם החסר בחקיקה בתחום גזירת הדין. עד לתיקון לא הוגדרו השיקולים לענישה בחקיקה כלל, וגם בפסיקה, שם הם נדונו,[7] לא נקבעה כל הנחיה באשר ליחס בין השיקולים השונים. מצב זה נתפס כסותר את עקרון החוקיות, המחייב כי הקריטריונים לפגיעה כה קשה בחירותו, בקניינו ובשמו הטוב של אדם ייקבעו בחקיקה ראשית.[8] בנוסף נטען כי היעדר הסדר מפורט יוצר שונות גדולה בין גישות של שופטים שונים וכן ביחס לנאשמים שונים, ולפיכך פוגע בעקרון השוויון.[9]

6 לחששות אלו ראו אורן גזל־אייל ורותי לזר ״ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא״ **חוקים** ג 41, 60 (2011) וכן בועז סנג׳רו ״מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס״ה–2005״ **עלי משפט** ה 247 (2006).

7 לשיקולי הענישה השונים שהתגבשו בפסיקה ראו למשל ע״פ 1399/91 **ליבוביץ׳ נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד מז(1) 177, 179–180 (1993).

8 ראו הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דין **דין־וחשבון** 7 (1997).

9 רות קנאי ״הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש: בעקבות דו״ח ועדת גולדברג״ **מחקרי משפט** טו 147, 152 (1999).

התיקון לחוק העונשין התמודד עם חסר זה באמצעות שינוי מקיף של הכללים המשפטיים החלים בגזירת הדין בשלושה פנים: הפן המהותי, הפן הראייתי והפן הדיוני.[10]

מבחינה מהותית קובע החוק לראשונה מדרג ברור בין השיקולים השונים בענישה. אם בעבר הזכירה הפסיקה את הגמול, ההרתעה, השיקום וההרחקה מן הציבור כשיקולי ענישה, מבלי ליצור מדרג ביניהם או להבהיר כיצד יש לאזן ביניהם, הרי החוק החדש קובע מדרג ברור בין השיקולים השונים. העיקרון המנחה בענישה נקבע בסעיף 40ב לחוק והוא ״קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו״. הוראה זו מבהירה כי ההלימה היא השיקול המרכזי בענישה.

מבחינה דיונית החוק מנחה את בית המשפט לפעול בשלושה שלבים מוגדרים וברורים: בשלב הראשון בית המשפט מצווה לקבוע את מתחם העונש ההולם, דהיינו מהו טווח העונשים שעומדים בעקרון ההלימה, ולנמק החלטתו זו. בשלב השני מונחה בית המשפט להחליט אם לסטות מהמתחם. החוק מתיר סטייה מהמתחם לקולה לצורכי שיקום או לחומרה לצורך הגנה על שלום הציבור בתנאים מסוימים. אם בית המשפט לא סטה מהמתחם, הרי בשלב השלישי הוא מונחה לקבוע את העונש בתוך המתחם. רק בשלב הזה, השלישי, מתבסס בית המשפט על שיקולי הרתעה אישית או כללית, על עברו הפלילי של הנאשם ועל שיקולים אחרים שאינם קשורים בנסיבות ביצוע העבירה, כגון מאפייניו האישיים של הנאשם, החרטה שהביע, שיתוף הפעולה שלו עם רשויות האכיפה וכיוצא בזאת. הליך תלת־שלבי זה שהחוק מחייב להציגו בגזר הדין הכתוב ולנמקו, הוא אחד החידושים המרכזיים של התיקון לחוק.

2. קביעת מתחם העונש ההולם לפי עקרון ההלימה

כאמור לעיל, את מתחם העונש יש לקבוע לפי חומרת מעשה העבירה ואשמו של הנאשם.[11] מנוסח זה עולה כי אין מדובר בחומרה אבסטרקטית של העבירה לפי לשון החוק. המתחם מחייב לבחון את חומרת מעשה העבירה ואשמו של הנאשם בכל מקרה ומקרה.[12] מטעם זה ייתכן בהחלט מתחם ענישה שונה בתכלית בשני מקרי גניבה, בשל חומרה שונה של מעשי הגניבה (כגון ערך הפריט שנגנב או התחכום שבגניבה), ואף בין שני נאשמים שביצעו יחדיו מעשה גניבה אחד (כגון במקרה שבו נאשם אחד היה דומיננטי יותר מהאחר בייזום העבירה ובביצועה, ולכן רמת האשם של האחד שונה משל השני).

10 ראו גזל־אייל ״תג מחיר העונשים״, לעיל ה״ש 2.

11 ס׳ 40ב לחוק העונשין.

12 ע״פ 7655/12 **פייסל נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.4.2013).

כתמונת ראי, נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה ישפיעו על העונש רק בתוך המתחם. סעיף 40יא מציין דוגמאות לנסיבות כאלו, ובהן פגיעת העונש בנאשם ובמשפחתו, קבלת האחריות של הנאשם על מעשיו, שיתוף הפעולה שלו עם רשויות החוק, נסיבות חיים קשות ועברו הפלילי. שיקולים אלו אינם משפיעים על המתחם עצמו. לכן אין לקבוע מתחם שונה לנאשם שנסיבות חייו קשות ולנאשם שנסיבות חייו אינן כאלה. בדומה לכך, אין לקבוע מתחם שונה לנאשם רציבידיבסט ולנאשם שזו לו עבירתו הראשונה. שיקולים אלו משפיעים רק על בחירת העונש בתוך המתחם, שכן הם אינם קשורים לחומרה ולאשם. רשימת הנסיבות המופיעה בסעיף 40יא מסייעת להבהיר אילו שיקולים אין לכלול במסגרת חומרת מעשה העבירה והאשם.

על רקע זה כיצד ייקבע מתחם העונש ההולם בכל מקרה ומקרה? המונחים ״חומרת מעשה העבירה״ ו״אשמו של הנאשם״ אינם ברורים מאליהם. החוק אינו מתיימר להגדירם,[13] אולם הוא קובע כמה וכמה קריטריונים האמורים לסייע בהערכת החומרה והאשם, בהנחותו את בית המשפט להתחשב ״בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה״.[14]

קריטריונים אלו מסייעים בקביעת מתחמי העונש ההולם, אולם עמימותם רבה. לכן כדי לסייע בידי השופט קובע סעיף 40ט לחוק רשימת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה אשר יכול שישליכו על הערכת חומרת מעשה העבירה והאשם. בין היתר מוזכרים ברשימה זו התכנון שקדם לביצוע העבירה, הנזק שהיה צפוי להיגרם מהעבירה, הנזק שנגרם ממנה והסיבות שהביאו את הנאשם לביצוע העבירה. נסיבות נוספות המוזכרות בסעיף עניינן מוגבלותו של הנאשם בשל גיל, מגבלות קוגניטיביות או שליטה מוגבלת, יחסיו עם נפגע העבירה (כגון התגרות בו על ידי הנפגע, או מנגד – ניצול לרעה של יחסי כוח או מרות) או חלקו במסכת עבריינית שבה מעורבים אחדים.

עם זאת חשוב להדגיש כי רשימת הנסיבות בסעיף זה אינה אלא כלי עזר להערכת חומרת המעשה והאשם. על השופט לשקול גם נסיבות נוספות, ככל שאלו משליכות על החומרה והאשם. עליו להימנע ממתן משקל לנסיבות אשר אינן משליכות על חומרת המעשה והאשם גם אם הן קשורות לנסיבות ביצוע העבירה.

למשל, מידת האשם של הנאשם תלויה גם ביחס הנפשי שלו כלפי הערך המוגן בעבירה. מי שמתכוון לפגוע בערך המוגן, אשמו גדול ממי שאדיש לפגיעה האמורה, והאחרון אשמו גדול מזה של מי שלא רצה כלל בפגיעה שנגרמה עקב רשלנותו.[15] לדוגמה: מי שמחזיק סכין כדי לדקור בו אדם אחר (גם אם הדבר לא הגיע לכדי ניסיון) אשמו חמור מזה של מי שנתפס מחזיק סכין שלא כדין בלא מטרה כזו (למשל כדי

13 לקושי להגדיר קשר ישיר בין חומרת עבירה לעונש ולתאוריות השונות המנסות להתמודד עם קושי זה ראו לסלי סבה ואיריס וייניריב ״רמות ענישה בחיפוש אחר תאוריה״ **חוקים** ג 99 (2011).

14 ס׳ 40ב, 40ג לחוק העונשין.

15 השוו ש״ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 39–41 (התשמ״ד).

להתגונן מפני תקיפה אפשרית במקרה הצורך). בשני המקרים מעשה העבירה (החזקת סכין) מסכן את הערך המוגן (שלמות הגוף והחיים), אולם היחס הנפשי כלפי הפגיעה הצפויה ומידת הסכנה לערך המוגן בשני המקרים שונים, ולכן מידת האשם וחומרת העבירה שונים.[16] בדומה לכך, חומרת המעשה תלויה גם בהיקף הפגיעה בערך המוגן ובסוג הפגיעה בו. מי שפוגע בערך המוגן מעשהו חמור ממי שרק מסכן את הערך המוגן, וכאשר מדובר ביצירת סכנה לפגיעה באותו ערך, החומרה תלויה גם בגודל הסיכון.

למרות פירוט השיקולים לקביעת החומרה בחוק והדוגמאות לנסיבות הקשורות לביצוע העבירה, משימת התרגום של העקרונות למתחם ענישה במקרה קונקרטי אינה פשוטה. קושי אחד הוא לקבוע מדרג אורדינלי (סוּדֵר) של חומרה למעשים שונים כדי להכריע, מבחינה יחסית, אם במקרה אחד המתחם צריך להיות חמור מבמקרה אחר. קושי גדול עוד יותר הוא לתרגם כל מקרה במדרג למתחם עונש מסוים, דהיינו לקבוע את רמת הענישה הקרדינלית בכל מקרה ומקרה. בחלקים הבאים יוצגו האמצעים לקביעת מדרגי ענישה אלו.

3. עקרון ההלימה כמדרג אורדינלי של חומרה ועונשים

משמעות עקרון ההלימה היא כי מעשה חמור יותר, מבחינת מאפייני העבירה והאשם הכרוכים בו, מחייב עונש חמור יותר. כיוון שמתחם הענישה נקבע אך ורק לפי עקרון ההלימה, מקום שבו בית המשפט קובע למעשה עבירה אחד מתחם ענישה חמור מזה של מעשה עבירה אחר, הוא מצהיר כי חומרת המעשה הראשון עולה על זו של השני. עקרון ההלימה מחייב אפוא את בתי המשפט ליצור מדרג אורדינלי של מעשי העבירה השונים ושל אשם המבצע לפי חומרתם.

כיצד יקבע בית המשפט את מדרג החומרה של מעשי העבירה השונים? קיימים מקרים שבהם המשימה פשוטה. למשל, שני מקרי תקיפה הנבדלים זה מזה רק בחומרת הנזק שנגרם לנפגע ידורגו לפי חומרה זו. בדומה לכך, גניבת תיק בלא אלימות תהיה חמורה פחות משוד של תיק באמצעות אלימות, אם יתר מאפייני המעשים דומים. אולם המשימה קשה יותר כאשר שיקולי החומרה והאשם מושכים לכיוונים סותרים. למשל, מעשה גניבה מתוחכם של סכום כסף גדול פוגע פגיעה קשה בערך החברתי של הרכוש. מנגד, מעשה פציעה קל פוגע פגיעה קלה יותר בערך חשוב יותר – שלמות הגוף. קביעת מדרג אורדינלי בין עבירות מסוגים שונים נראית משימה לא פשוטה.

המשימה אמנם אינה פשוטה, אך בהחלט אפשרית. מחקרים מלמדים כי קיימת שונות גדולה בין תפיסות של חברות שונות, ואף של אנשים שונים באותה חברה, באשר לרמת

16 השוו רע״פ 9718/04 **מדינת ישראל נ׳ נואורה** (פורסם בנבו, 25.11.2007) (העונש המוטל על מי שהורשע בשהייה שלא כדין והחזקת סכין הוחמר לאחר שהוכח כי מטרת החזקת הסכין הייתה לבצע פיגוע).

nevo.co.il

הענישה ההולמת את העבירות. יש אנשים (וקהילות) בעלי תפיסה מחמירה, ולעומתם אחרים מאמינים שרמות ענישה נמוכות יותר הולמות יותר. אולם קיימת הסכמה רחבה בין חברות שונות ובין אנשים באותה חברה באשר למדרג האורדינלי של חומרת מעשי העבירות. אנשים מסכימים, בדרך כלל, כי אדם המטמין פצצה בכוונה לבצע פיגוע וגורם למותם של 20 בני אדם מבצע מעשה חמור מאדם שדוקר אחר וגורם למותו, וכי מעשה הדקירה חמור משוד המסתיים בגניבת תיק ופציעה קלה של נפגע העבירה.[17] אין מדובר רק בבחינה גסה כזו של סיווגי עבירות. אותה הסכמה רחבה בין אנשים וחברות באשר למדרג החומרה משתרעת גם כאשר נדרש לדרג חומרה של מעשי עבירה שנמסר עליהם מידע מפורט יותר.[18]

לפיכך על אף הקושי התאורטי לאזן בין השיקולים השונים המשפיעים על חומרת המעשה והאשם מבחינה פרקטית, מרבית האנשים חולקים אינטואיציות דומות באשר לחומרה היחסית של מעשי עבירה שונים. אין פירוש הדבר כי בית המשפט פטור מלבחון את הערך החברתי שנפגע מהעבירה, את מידת הפגיעה בו ואת האשם בכל מקרה ומקרה. לעתים האינטואיציות עלולות לעמוד בסתירה עם מדרג החומרה שייקבע על סמך בחינת הערכים הנפגעים, מידת הפגיעה בהם והאשם. אולם כאשר יש קושי לדרג את חומרת המעשים על סמך בחינה מופשטת של החומרה והאשם, השימוש במדרג החומרה המוסכם על רוב מכריע של האנשים בחברה יכול לסייע במשימה גם כאשר יש להשוות בין מעשי עבירה מסוגים שונים.[19]

היכולת לדרג את חומרתם של מעשי עבירה שונים היא כלי עזר חשוב בקביעת מתחמי העונש ההולמים. אם נקבע בעבר מתחם למעשה עבירה אחד, אפשר להיעזר בו בקביעת מתחם למעשה עבירה אחר. כאשר המעשה השני, שטרם נקבע לו מתחם, חמור מהראשון, על בית המשפט לקבוע לו מתחם חמור משנקבע לראשון. אם הוא חמור פחות – גם המתחם צריך להיות חמור פחות.

כמה הערות הבהרה בעניין זה: ראשית, גם אם מעשה העבירה השני חמור מהראשון, ייתכן שהעונש הסופי שיוטל במקרה השני יהיה קל יותר בשל מאפייני הנאשם, סיכויי

17 לדוגמאות אלו ראו MARVIN E. WOLFGANG ET AL., U.S. DEPT. OF JUSTICE, THE NATIONAL SURVEY FOR CRIME SEVERITY vi (1985), www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/96017NCJRS.pdf. ראו גם רות קנאי ״ענישה בריבוי עבירות״ **עבריינות וסטייה חברתית: תיאוריה ויישום** 153, 157 וה״ש 19 (משה אדד ויובל וולף עורכים, 2003), שם היא סוקרת מחקרים המראים שיש הסכמה רחבה בין אנשים שונים ואף בין חברות שונות בדבר מדרג החומרה האורדינלי של מעשי עבירה שונים, אף שיש מחלוקת ניכרת באשר לסולם החומרה הקרדינלי, דהיינו באשר לנקודת המוצא של חומרת הענישה הראויה; גזל־אייל ולזר ״ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא״, לעיל ה״ש 6, בעמ׳ 94 ה״ש 157.

18 ראו מחקרים שנערכו במקומות שונים ולפיהם המתאם בין דירוגי חומרת מעשי עבירה שונים היה גבוה מאוד – WOLFGANG ET AL., לעיל ה״ש 17, בעמ׳ 2–3.

19 ראו המקורות לעיל בה״ש 17.

שיקומו ושיקולים אחרים המשפיעים על העונש בתוך המתחם. אולם המתחם, להבדיל מהעונש הסופי, נגזר רק מחומרתם של מעשי העבירות, ולכן מעשה חמור יותר מחייב מתחם חמור יותר ולהפך.

שנית, תאורטית, ייתכן כי הרף התחתון של מתחם העונש ההולם למעשה העבירה הראשון יהיה נמוך מהרף התחתון למעשה העבירה השני, אולם הרף העליון של הראשון יהיה גבוה משל השני. במקרה כזה, לכאורה, אי אפשר לדעת איזה מעשה עבירה חמור יותר. עם זאת קשה לדעתי להלום מצב כזה על פי החוק. הן הרף העליון של המתחם והן הרף התחתון שלו אמורים להיקבע לפי חומרת מעשה העבירה והאשם. קשה לקבל מצב שבו מעשה אחד הוא בו־זמנית גם קל יותר (שכן העונש שבתחתית המתחם שעדיין הולם אותו אינו חמור מספיק כדי להלום את המעשה השני) וגם חמור יותר (שכן העונש שבחלקו העליון של המתחם עדיין הולם אותו אך הוא כבד מכדי להלום את המעשה השני).

אמנם ייתכן שעבירות מסוימות (כגון שוד) מתאפיינות בשונות גבוהה יותר בין מקרה אחד לשני מעבירות אחרות (כגון עבירות שימוש בלא רשות ברכב), אולם שונות זו תבוא לידי ביטוי כבר בקביעת המתחם, וכך המתחם למעשה שוד אחד (לדוגמה שוד מזוין של בנק) יהיה שונה מהמתחם של מעשה שוד אחר (לדוגמה חטיפת תיק תוך שימוש באלימות קלה יחסית), ולא במתחמים רחבים יותר.[20] בדומה לכך, ייתכן שבשל מאפייני הנאשמים המבצעים עבירה מסוימת, מגוון העונשים שיוטלו בגין עבירה אחת יהיה גדול ממגוון העונשים שיוטלו בגין השנייה. אולם המתחם עצמו אינו תלוי במאפייני הנאשמים אלא בחומרת מעשה העבירה בלבד, ולכן גודלו לא יושפע ממאפיינים אלו. השונות בין הנאשמים עשויה לבוא לידי ביטוי רק בפריסת העונשים בתוך המתחם. מכאן שככלל כאשר מעשה העבירה הראשון חמור ממעשה העבירה השני, הן הרף התחתון והן הרף העליון של המתחם בגין המעשה השני צריכים להיות חמורים יותר.

20 אך ראו ע״פ 1323/13 **חסן נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.6.2013) שם קבע בית המשפט כי ״כשלעצמי, דומני כי רוחב המתחם שייקבע תלוי במורכבות העבירה הנדונה, כלומר במידת השונות שבנסיבות ביצועה. ככל שתהיינה יותר נסיבות רלוונטיות, המשליכות על חומרת המעשה, הרי שהמתחם יעוצב בצורה פרטנית, קונקרטית ומדויקת יותר בהתאם לנסיבות אלה״. גישה זו, בכל הכבוד, אינה תואמת את הוראות החוק, שכן למידת השונות האפשרית בנסיבות ביצוע עבירה אין השלכה על המתחם. המתחם, על פי החוק, נקבע בהתאם לחומרת מעשה העבירה על נסיבותיו. דהיינו אם עבירת השוד, לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין, יכול שתתבצע בנסיבות מחמירות במיוחד (עם נשק, תכנון מוקדם, שותפים ואלימות קשה) ובנסיבות מקלות הרבה יותר (למשל רק באמצעות איום בנשק, בלא אלימות או תכנון) - הרי שהמתחם שיקבע לשני המקרים יהיה שונה, ולכן אין מקום למתחם שרוחבו שונה בשל מגוון האפשרויות לביצוע עבירת שוד. ראו גם עניין **פייסל**, לעיל ה״ש 12. במילים אחרות, כיוון שהמתחם נקבע למעשה העבירה על נסיבותיו, ולא לסעיף העבירה הקבוע בחוק, אין קשר בין רוחב המתחם למגוון האפשרי של נסיבות ביצוע עבירה מסוימת.

nevo.co.il

4. עקרון ההלימה והחומרה הקרדינלית של העונשים

הצבת מעשי עבירה שונים על סולם אורדינלי של חומרה מסייעת לקבוע אם מתחם העונש במקרה אחד צריך להיות חמור יותר או קל יותר מבמקרה אחר. אולם לצורך קביעת מתחם העונש ההולם, על בית המשפט לפרוט את רמת החומרה לרמת עניש ספציפית. ולעומת שיטות משפט שונות המאמצות לרוב מדרג חומרה דומה לעבירות דומות, העונשים המוטלים בגין מעשים בחומרה דומה שונים זה מזה בתכלית. למשל, במרבית המדינות העונש בגין רצח כבד מהעונש בגין אונס, אולם במדינות מסוימות בארצות הברית העונש המרבי על אונס הוא מאסר עולם, ובגין רצח עונש מוות,[21] ולעומת זאת בחלק ממדינות צפון אירופה רמת העניש נמוכה בהרבה. למשל בנורווגיה העונש המרבי בגין אונס הוא 10 שנות מאסר, ואילו בגין רצח הוא 21 שנות מאסר.[22] גם סקרים מלמדים כי לעומת ההסכמה הרחבה בין אנשים וחברות באשר למדרג החומרה של עבירות (המדרג האורדינלי), באשר לחומרה האבסולוטית שלהם (החומרה הקרדינלית של העונשים) – ההסכמה פחותה בהרבה.[23] גם מבחינה תאורטית הקושי להמיר את עקרון ההלימה לרמת עניש מסוימת גדול בהרבה.[24]

כדי להתגבר על קושי זה הפנה החוק את בית המשפט להיעזר במדיניות הענישה הנהוגה כשיקול בקביעת העונש ההולם.[25] עם זאת חשוב להיזהר בשימוש ברמת הענישה הנוהגת. ראשית, רמת הענישה הנוהגת אמורה רק לסייע לבירור רמת הענישה ההולמת, ואין לה ערך בפני עצמה. שנית, גזרי הדין הקיימים, שקדמו לתיקון לחוק, מתייחסים לעתים לכמה מעשי עבירה שבגינם הוטל עונש כולל. לא אחת קשה לגזור

21 ראו למשל בטקסס: www.sagepub.com/lippmanccl2e/study/supplements/Texas/TX_10.pdf (תקיפה מינית בכוח דינה עונש מזערי של חמש שנות מאסר ועונש מרבי של מאסר עולם). ראו גם www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.19.htm, ס׳ 19.3 ביחד עם ס׳ 12.31 לאותו חוק www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.12.htm (רצח, בתנאים מסוימים, דינו מוות).

22 ראו ס׳ 192 לחוק העונשין הנורווגי (אונס) וס׳ 231 לאותו חוק (רצח) www.ub.uio.no/ujur/ulov/data/lov-19020522-010-eng.pdf.

23 ראו לעיל ה״ש 17, והטקסט הצמוד לה.

24 ראו סבה ווינריב, לעיל ה״ש 13.

25 ס׳ 40ג לחוק העונשין. יצוין כי בהצעת החוק שהובילה לקבלת התיקון נקבע כי על בית המשפט להתחשב במדיניות הענישה הנהוגה ובמדיניות הענישה הראויה. ראו סעיף 40ג להצעת חוק העונשין (תיקון מס׳ 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס״ו–2006, ה״ח הממשלה 241. אולם בהליכי החקיקה הוסרה מהסעיף ההפניה ל״מדיניות הענישה הראויה״, וכך ניתן משקל מרכזי למדיניות הענישה הנוהגת ככלי להכרעה בבחירת רמת החומרה הקרדינאלית. בעניין חסן, לעיל ה״ש 20, ציין בית המשפט העליון לאור דברי ההסבר הללו כי למדיניות הענישה הראויה מעמד בכורה על פני המדיניות הנוהגת (ראו פסקה 9 לפסק הדין). אולם הסתמכות זו על דברי ההסבר מטעה, שכן ההסברים בהצעה התייחסו לנוסח החוק כפי שהוצע על ידי הממשלה, לפני שהכנסת החליטה להסיר את המדיניות הראויה מרשימת השיקולים לקביעת מתחם העונש ההולם.

nevo.co.il

מהם את חומרת העונש שהיה מוטל לו היה מדובר במעשה עבירה אחד בלבד. את מתחם הענישה, מנגד, יש לקבוע לכל אירוע בנפרד. לאחר מכן רשאי השופט להחליט אם לגזור עונש כולל בגין כל האירועים או עונש נפרד לכל אירוע, ולהכריע אם ובאיזו מידה יינשאו העונשים השונים במצטבר או בחופף.[26] לפיכך בשלב הראשוני הסתמכות על גזרי דין ישנים שקדמו לחיקוק מחייבת לאתר את העונש שהיה ניתן בגין אירוע אחד בלבד, לעומת חלק מגזרי הדין הישנים העוסקים בכמה אירועים עבריינים.

שלישית, גזרי הדין שניתנו לפני כניסת החוק לתוקף הסתמכו פעמים רבות על שיקולים שכיום אינם אמורים להשפיע על מתחם העבירה כלל. במיוחד שיקולי ההרתעה, האישית והכללית, אשר היו בעבר שיקולים מרכזיים בענישה, וכיום השפעתם מוגבלת רק לבחירת העונש בתוך המתחם.[27] בדומה לכך, שיקולים אחרים, כגון מאפייני העבריין, שיתוף הפעולה שלו עם הרשויות ועברו הפלילי, אשר השפיעו עד כה על רמת הענישה, אינם אמורים להשפיע היום על חומרתו של מתחם הענישה.

יצוין כי הקושי לקבוע את רמות הענישה ההולמות גדול יותר בשלבים הראשוניים של יישום החוק. בחלוף הזמן יצטברו דוגמאות למתחמי עונש הולם שונים שיוטלו בגין מעשי עבירה שונים. השוואת חומרת העבירה והאשם במקרה שבפני השופט לחומרת העבירה והאשם במקרים אחרים שלהם כבר נקבעו מתחמי ענישה, תסייע להכרעה אם ראוי לקבוע מתחם חמור יותר או מקל יותר במקרה שבפניו.[28] וככל שירבו המתחמים למעשי עבירה בחומרה דומה, כך יקל על בית המשפט לקבוע מתחם עונש הולם במקרים השונים שבפניו.

ב. מתחם העונש ההולם בעבירות שהייה בלתי חוקית בישראל

1. ענישת שב״חים עובר לתיקון – פרשת פראגין

מדיניות הענישה של שב״חים עובר לתיקון 113 נדונה בהרחבה בבית המשפט העליון בפרשת **פראגין**.[29] מוחמד פראגין נתפס בישראל במרס 2009 בלא היתר שהייה כדין, הורשע על פי הודאתו ונדון בבית משפט השלום ל־15 ימי מאסר בפועל ולמאסר על תנאי. ערעורה של המדינה לבית המשפט המחוזי התקבל, ועונשו הועמד על שלושה חודשי מאסר בפועל. על החלטה זו ערער פראגין ברשות לבית המשפט העליון.

26 ס׳ 40יג לחוק העונשין.

27 כך, ברע״פ 3173/09 **פראגין נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.5.2009) מציין השופט רובינשטיין את ההרתעה כשיקול מרכזי להחמרה, ולמולו מצוקתם של מבצעי העבירה ואשמם הנמוך כשיקול לקולה. פס׳ ט״ו ו־ט״ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם עניין **חסן**, לעיל ה״ש 20.

28 ראו אורן גזל־אייל ורות קנאי ״כיצד קובעים עונשי מוצא״ **חוקים** ג 155, 167– 168 (2011).

29 עניין **פראגין**, לעיל ה״ש 27.

בית המשפט העליון סקר את גזרי הדין המקובלים בערכאות השונות והראה כי במחוז הדרום ניתנו לא אחת עונשים של שלושה חודשי מאסר לנאשמים בעבירה זו, ואילו בבתי המשפט האחרים העונשים המקובלים היו הארכת תקופת תנאי (דהיינו עונש שאינו כולל מאסר בפועל)[30] או עונשי מאסר בפועל שנעו בין 7 לבין 45 ימים.

לעניין חומרת העונש שיש להטיל ציין השופט רובינשטיין כי מחד בשל היקפה הרחב של התופעה יש להבטיח ענישה מרתיעה. מאידך, ציין, יש להתחשב במאפייני העבירה, ו״ככל שמעשהו של נאשם מקרב עצמו לליבתה של ההלכה – לסיכון בטחון הציבור כן נחמיר עם העבריין וניטה ליישם את מדיניות הענישה בחומרתה. וככל שמעשהו של הנאשם ירחק וילך מן הליבה, כן יקטן כוח המשיכה של מדיניות הענישה ויתחזק ממילא משקלם של טעמי הזכות״. השופט רובינשטיין גם הבהיר שאם הנאשם נכנס לישראל למטרות פרנסה אין לייחס לו פגיעה בביטחון, שכן ״אדם נדון בחטאו שלו״.[31]

בית המשפט השווה גם את חומרת מעשה העבירה של שב״ח לחומרת מעשה העבירה של מי שמלינים, מעסיקים ומסיעים שוהה שלא כדין בניגוד לסעיף 12א לחוק הכניסה לישראל. הוא הפנה לפסיקה שקבעה כי ככלל עונשם של המלינים, המעסיקים והמסיעים יהיה מאסר בפועל, אולם גם בעניינם המדיניות אינה קובעת עונש מאסר, והכול תלוי בנסיבות המקרה,[32] ומכל מקום חטאם של המלינים, מעסיקים ומסיעים גדול מחטאם של השב״חים, שכן הראשונים הם בבחינת ״חוטא ומחטיא״. בהמשך ציין בית המשפט הבחנה נוספת המצדיקה פער בין המלינים, מעסיקים ומסיעים לבין השב״חים בקבעו כי הראשונים ״הם על פי רוב ישראלים העוברים על החוק לשם בצע כסף, ולא למען פת לחם״.[33]

לאחר דיון מקיף זה קבע בית המשפט כך: ״בלא נטיעת מסמרות נאמר, כי בהנחה שהמדובר בשהייה **שנייה** 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 שהייה **ראשונה** שלא כדין, אך במקרים כאלה, **אם אין נלוות אליהם**

30 הארכת תנאי מתייחסת למקרים שבהם נאשם הורשע בעבר ונדון לעונש מאסר על תנאי, וכעת הורשע שוב והעונש המותנה הוא בר־הפעלה. במצב זה בית המשפט נדרש להפעיל את העונש המותנה. עם זאת אם החליט בית המשפט שלא להטיל עונש מאסר בפועל על הנאשם בגין העבירה הנדונה בפניו כעת, הוא רשאי, מטעמים שיירשמו, להורות על הארכת תקופת התנאי אם שוכנע שבנסיבות העניין לא יהיה צודק להפעיל את התנאי (ס׳ 56 לחוק העונשין). משמעות הדבר היא שבכל המקרים שבהם החליט בית המשפט להאריך את תקופת התנאי, הוא החליט גם שלא להטיל על הנאשם עונש מאסר בפועל.

31 עניין **פראגין**, שם, פס׳ ט״ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

32 רע״פ 3674/04 **אבו סאלם נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12.2.2006).

33 עניין **פראגין**, לעיל ה״ש 27, פס׳ י״א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

עבירות אחרות, ואין הקשר בטחוני, ככל שהמדובר בשהייה 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, בשהייה **שנייה** 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״.[34]

לאור זאת קיבל בית המשפט העליון את ערעורו של הנאשם וקבע כי עונשו יעמוד למעשה על התקופה שבה הוא שהה במעצר עד להכרעה בבית המשפט.[35] אף שבערעור עונשו של פראגין נקבע לשבעה שבועות, אין לייחס למשך מאסר זה משמעות רבה, שכן בתי המשפט שדנים עצורים למאסר נוהגים להימנע מהטלת עונשי מאסר הקצרים מהתקופה שבה שהה הנאשם במעצר, ונאשמים שעם ההחלטה זוכים לשחרור מידי אינם טורחים להיאבק על קבלת עונש קל יותר בשלב זה.[36]

מכאן שקודם לתיקון 113 קבע בית המשפט העליון כי במסגרת מדיניות העניש הראויה לעבירה ראשונה של שהייה בלתי חוקית לצורכי פרנסה אפשר להסתפק בעונש שאינו כולל מאסר בפועל. **מטעמי הרתעה** ראוי, לגישת בית המשפט, לקבוע מאסר בפועל אם הנאשם חוזר על מעשיו.[37]

34 שם, פס׳ כ״א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

35 בעת מתן ההחלטה פראגין כבר היה במעצר למעלה משישה שבועות, ולכן בכפוף לשחרור מנהלי משמעות ההחלטה הייתה שחרורו המידי מהכלא.

36 ראו על כך להלן ה״ש 68 ובטקסט הצמוד לה. דוגמה קיצונית למצב זה אפשר למצוא בת״פ (שלום צפת) 11707-12-08 **מדינת ישראל נ׳ אלעכל** (פורסם בנבו, 7.7.2009), שם נדון שב״ח שהיה עצור כשישה חודשים לפני שנגזר דינו. בגזר דינו פורטו רק שיקולים לקולה, ובהם היותו נאשם ללא עבר פלילי כלשהו אשר לדברי בית המשפט הודה ו״חסך זמן שיפוטי יקר״. למרות זאת דינו נגזר לשישה חודשי מאסר. גם שם, למרות חומרת העונש שהוטל עליו, משמעות ההחלטה הייתה שחרורו המידי. גם בפרשת **פראגין** ניתן ביטוי למדיניות זו בתיאור החלטותיו של בית משפט השלום אשר ״[...] לעניין נאשמים אחרים שהיו יחד עם המערער, גזר (מפי השופטת נצר) לאחר פסק דינו של בית המשפט המחוזי – עונש השווה לתקופה שבה היו עצורים האחרים באותה עת, ובסך הכל 29 יום [...]״ להשלכות המעצר על רמת הענישה ראו גם להלן ה״ש 78.

37 בעניין **פראגין** צוין כי לפי נוהלי המשטרה (שלא פורסמו), שב״ח שנתפס לראשונה ישוחרר בדרך כלל, ורק אם ייתפס שנית הוא יועמד לדין. לנוהל זה ראו להלן ה״ש 68. מלשון ההחלטה בעניין **פראגין** עולה כי כאשר השב״ח ששוחרר בפעם הראשונה נתפס שוב, הועמד לדין והורשע, בגזירת דינו יובא בחשבון שזו כניסתו **השנייה** לישראל, אף שהוא לא הורשע מעולם בגין כניסתו הראשונה. בעניין **פראגין** הנושא לא נדון לגופו, אולם במקרים אחרים בתי המשפט אימצו מדיניות כזו והתייחסו לנאשמים ללא הרשעות קודמות כמי שזו להם כניסתם השנייה או השלישית לישראל, בהסתמך על רישומי המשטרה. ראו למשל ע״פ 22442-03-13 (מחוזי חי׳) **רבאיעה נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 19.3.2013), שבו נדחתה טענת הסנגור שלפיה אין להסתמך על הכניסות הקודמות בגזירת הדין. ראו גם עפ״ג (מחוזי מרכז) 61867-01-13 **אלהרוש נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 7.4.2013) (״במקרה זה מדובר לא במעשה אחד של שהייה בלתי חוקית שנעשה על ידי המערער, אלא בשהיה שנייה שלא

2. מתחמי הענישה לשב״חים בפסיקת בתי המשפט המחוזיים

על רקע הדברים שלעיל אציג בחלק זה את מתחמי ההלימה שנקבעו לעבירה של שהייה שלא כדין בישראל, לפי סעיף 12 לחוק הכניסה לישראל, לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 113.

מילת אזהרה באשר לעצם הערך התקדימי של המתחמים – מתחייבת. מתחם העונש ההולם שניתן במקרה אחד אינו אמור לשמש אוטומטית במקרה אחר שבו מבוצעת אותה עבירה. עקרון ההלימה אינו מחייב את התאמת המתחם לעבירה כנוסחה בחוק, אלא למעשה העבירה על נסיבותיו ואשמו של הנאשם. לפיכך כל מקרה צריך להיבחן לגופו. ואכן, במקרה אחד דחה שופט של בית המשפט העליון בקשת רשות ערעור של שב״ח מן הטעם שהמתחם שנקבע בעניינו אינו כללי אלא אישי.[38]

עם זאת בחלק גדול מעבירות השב״ח אין הבדלים רלוונטיים בין מעשי העבירות, בין נסיבותיהם ובין אשמם של הנאשמים במקרים שונים. מרבית השוהים שלא כדין נכנסים לישראל בדרך דומה – דרך קו התפר – וממניע דומה – כדי להתפרנס – ואי אפשר למצוא שונות רלוונטית בין המקרים. קיימת כמובן שונות בין מאפייני הנאשמים: גילם, השפעת העונש עליהם, מידת שיתוף הפעולה שלהם, עברם הפלילי וכיוצא באלה, אולם

כחוק בתחומי מדינת ישראל, כאשר בגין השהייה הראשונה לא הועמד המערער לדין״). לדעתי, מדיניות זו בעייתית. מבחינה פורמלית, עבירות קודמות יש להוכיח בשלב גזירת הדין או באמצעות הרשעות קודמות או באמצעות דיני הראיות הרגילים (למשל הבאה לעדות את השוטר שהיה עד לעבירה הקודמת). רישום פנימי משטרתי אינו ראיה לקיומן של עבירות קודמות ואינו קביל. אמנם אפשר להסתמך על הרישום המשטרתי הפנימי כראיה מנהלית לצורך ההחלטה אם להעמיד לדין את השב״ח, ולצורך קיום הנוהל של העמדת שב״ח רצידיביסט לדין, אולם אי אפשר להסתמך על הרישום הפנימי המשטרתי כהוכחה לעבירה קודמת בהליך השיפוטי, גם לא לצורך גזירת הדין. מבחינה מהותית, שב״ח שנתפס ומגורש יכול שיסכים לגירוש אף שאין במעשיו עבירה (למשל שלטענתו יש לו היתר להיות בישראל, או שהשטח שבו הוא נתפס נמצא מעבר לקו הירוק ואינו שטח מדינת ישראל) רק כדי להימנע מהמעצר ומההליך השיפוטי. אין בכך הוכחה כי הוא ביצע עבירה. אם התביעה מעוניינת לגזור את דינו בהתחשב בכל הכניסות הקודמות, עליה להעמיד לדין את השב״ח שנתפס בפעם השלישית גם על שתי עבירות הכניסה לישראל הקודמות, כפי שנעשה בחלק מהמחוזות – ראו להלן ה״ש 68. לפיכך הפרקטיקה שהשתרשה, שלפיה מסתמכים על רישומי המשטרה בשלב גזירת הדין כבסיס למסקנה שאין מדובר בכניסה ראשונה לישראל, פסולה.

38 ראו רע״פ 4088/13 **הדרי נ׳ מדינת ישראל**, פס׳ 6 (פורסם בנבו, 11.6.2013), שם קבע השופט שוהם כי ״לא ניתן, לטעמי, לקבוע אפריורית מתחם ענישה הולם אחיד לכל עבירה ועבירה, וגם לא יהיה נכון לנסות וללכת בדרך זו, שכן היא חותרת תחת הוראותיו, נוסחו ורוחו של תיקון 113. על־כן, אינני רואה מקום להיענות לבקשת רשות הערעור של המבקש. בדבריי אלה, אין כדי לקבע את מתחם הענישה אשר אוזכר על ידי בית המשפט המחוזי, שכן קביעת המתחם הינה תלוית נסיבות אותן יש לבחון, בכל מקרה ומקרה, ואין לשלול את האפשרות כי ניתן יהיה להסתפק, במקרים המתאימים, גם בעונש מאסר מותנה״.

נסיבות אלו אינן קשורות למעשה העבירה, ולכן אינן משפיעות על המתחם אלא רק על בחירת העונש שבתוכו. נכון שקיימים גם מקרים שבהם חומרת מעשה העבירה ואשמו של הנאשם חמורים יותר, כמו למשל כאשר הנאשם נכנס לישראל כדי לבצע פיגוע,[39] שאז המתחם חייב להיות חמור בהרבה.[40] בדומה לכך, ייתכנו מקרים שבהם הפגיעה בערך החברתי קלה יותר, כמו עבירה של שב״ח שנכנס לישראל כדין אולם יצא רק לאחר שתוקף האישור שבידו פג. אולם אלו המקרים החריגים. מרבית פסקי הדין שקבעו את המתחם התייחסו לעבירה שבה הנסיבות והאשם דומים, היינו עבירה של שוהה שלא כדין שנכנס לישראל לצורכי פרנסה.[41]

מטעם זה, למתחם בעבירות שב״ח לשם פרנסה יש ערך תקדימי בעל משקל. מתחם שיאומץ על ידי ערכאה בעלת סמכות תקדימית במקרה אחד יהיה למעשה מעין עונש מינימום ומקסימום במקרים רבים אחרים. ואכן, גם בתי המשפט השונים התייחסו כך לבחירת המתחם. עד כה בית המשפט העליון טרם נדרש לסוגיית המתחם בעבירה זו.[42] לעומת זאת בבתי המשפט המחוזיים נדונו כמה ערעורים על מתחם הענישה של שב״חים ונקבעו כללים מנחים לבתי משפט השלום.[43] שניים מבתי המשפט המחוזיים קבעו מתחם הנע בין חודש מאסר בפועל לשישה חודשי מאסר בפועל, ושלושה בתי משפט מחוזיים אחרים אזכרו החלטות אלו, בלא להסתייג מהן. למשל, בית המשפט המחוזי בנצרת קבע כי בהתחשב בערך המוגן של שמירה על ביטחון המדינה, במדיניות הענישה

39 עניין **נואורה**, לעיל ה״ש 16.

40 וראו עניין **פראגין**, לעיל ה״ש 27, פס׳ כ״א לפסק דינו של השופט רובינשטיין: ״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, ובוודאי לגבי מי שמאסר על תנאי תלוי כנגדו, ניתן כמובן להחמיר יותר ולהפעיל את המאסר על תנאי בצורה מתאימה. פשיטא כי איננו עוסקים כאן בעבירות ביטחוניות, שהענישה לגביהן היא בסדרי גודל אחרים״.

41 מטעם זה סבורני שההחלטה בעניין **הדרי**, לעיל ה״ש 38, בפסקה 6, שלפיה אין למתחם שנקבע לשב״חים הנכנסים לישראל למטרות פרנסה השפעה רחבת היקף, אלא מדובר רק בעניין פרטי שאין לו השלכה על תיקים אחרים – היא, בכל הכבוד, החלטה שגויה. המתחם שנקבע על ידי בתי המשפט המחוזיים משפיע ישירות על מאות החלטות של בתי משפט השלום ובתי משפט מחוזיים אחרים, מכיוון שמבחינת חומרת מעשה העבירה על נסיבותיו, אין הבדלים של ממש בין מרבית השב״חים. יצוין כי החלטה זו עומדת גם בסתירה להחלטת בית המשפט העליון, בהרכב של שלושה שופטים בעניין **פייסל**, לעיל ה״ש 12, שם נקבע כי יש מקום לקביעת מתחמים ענישה כלליים לקבוצות של מקרים הדומים במאפייניהם.

42 כאמור, בעניין **הדרי**, לעיל ה״ש 38, נימק השופט שוהם את הסירוב להתייחס לסוגיה במסגרת בקשת רשות ערעור בכך שאין לקביעת המתחם השלכה כללית על כלל השב״חים, אלא מדובר סוגיה פרטית של נאשם מסוים. כפי שהראיתי לעיל, בה״ש 41, גישה זו שגויה, בפועל, בתי המשפט המחוזיים ומרבית שופטי השלום מתייחסים למתחמים כאל החלטות בעלות ערך תקדימי, כפי שאראה להלן.

43 ס׳ 20 לחוק־יסוד: השפיטה.

nevo.co.il

הנוהגת ובמידת הפגיעה, מתחם הענישה לעבירת שב״ח רגילה בלא עבירות נוספות נע בין 30 ימי מאסר בפועל ל־6 חודשי מאסר.[44] בית המשפט המחוזי של מחוז המרכז אימץ עמדה זו בקבעו כי המתחם שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי בנצרת משקף את מתחם הענישה הראוי.[45] גם בית המשפט המחוזי בבאר שבע אימץ, לפחות במשתמע, עמדה זו.[46] בית המשפט המחוזי בתל אביב הזכיר גם הוא מתחם ענישה זה, ונראה (אם כי הדבר אינו ברור) כי האזכור היה מתוך הסכמה.[47] אזכור המתחם האמור נמצא בפסק דין של בית המשפט המחוזי בחיפה, שדחה ערעור של נאשם שנדון לפי מתחם זה, אולם נמנע מלקבוע פוזיטיבית שזהו המתחם הראוי לדעתו.[48] רק בית המשפט המחוזי בירושלים קבע מתחם מקל מעט יותר, של עשרה ימי מאסר עד חצי שנה.[49] אולם גם הרף התחתון במתחם זה כולל עונש מאסר בפועל. מרבית ההחלטות של בתי משפט השלום מאמצות את הנחייתם של בתי המשפט המחוזיים[50] אף כי יש גם החלטות אחרות.[51]

44 ע״פ (מחוזי נצ׳) 41708-07-12 **מדינת ישראל נ׳ עטאללה** (פורסם בנבו, 24.7.2012).

45 ע״פ (מחוזי מרכז) 57019-07-12 **מדינת ישראל נ׳ גבור** (פורסם בנבו, 31.7.2012).

46 עפ״ג (מחוזי ב״ש) 36733-03-13 **מדינת ישראל נ׳ גבאלי** (פורסם בנבו, 20.3.2013). באותו מקרה נדון ערעור המדינה על החלטת בית משפט השלום בבאר שבע להאריך את התנאי שהוטל על הנאשם. בית משפט השלום אימץ את המתחם שנקבע בבתי המשפט המחוזיים בצפון ובמרכז אולם קבע כי בשל נסיבותיו האישיות של הנאשם אין להטיל עליו עונש מאסר במקרה זה. בית המשפט המחוזי דחה עמדה זו בקבעו כי אפשר לחרוג לקולה מהמתחם רק מטעמי שיקום. בית המשפט דחה גם את עמדת ההגנה שלפיה בנסיבות אותו מקרה חומרת מעשה העבירה ואשמו של הנאשם קלים מאלו של שב״ח הנכנס לישראל לצורכי פרנסה, שכן לנאשם במקרה זה היה היתר כניסה לישראל, והעבירה התמצתה בהישארותו בישראל כיממה אחרי פקיעת תוקפו של ההיתר לצורך ביקור בני משפחה. בית המשפט קבע כי גם אם יש הצדקה למתחם ענישה קל יותר במקרה זה, אין הצדקה למתחם הכולל עונש מאסר מותנה בלבד, ולכן קיבל את ערעור המדינה. מדברים אלו עולה כי בית המשפט הסכים עם עמדת בית משפט השלום שלפיה המתחם ההולם עבירות שב״ח הוא בדרך כלל חודש עד שישה חודשי מאסר.

47 עפ״ג (מחוזי ת״א) 37323-12-12 **מדינת ישראל נ׳ חמזה** (פורסם בנבו, 18.2.2012).

48 עניין **רבאיעה**, לעיל ה״ש 37.

49 עפ״ג (מחוזי י־ם) 44287-02-13 **מדינת ישראל נ׳ אללטיף** (פורסם בנבו, 24.2.2013).

50 ראו למשל פסק דינו המפורט של השופט יחיאל ליפשיץ בת״פ (שלום חי׳) 23887-02-13 **מדינת ישראל נ׳ גידאן** (פורסם בנבו, 26.2.2013) ; ת״פ (שלום ב״ש) 36886-09-12 **מדינת ישראל נ׳ נבאהין** (פורסם בנבו, 6.1.2013).

51 ראו למשל פסק דינו המפורט של השופט בני שגיא בת״פ (שלום ת״א) 57968-01-13 **מדינת ישראל נ׳ עויס** (פורסם בנבו, 19.2.2013), שקבע כי המתחם בעבירה זו צריך להתחיל מעונש מאסר על תנאי בלבד כרף תחתון כדי לאפשר גמישות בענישה למקרים החריגים. ת״פ (שלום י־ם) 14258-10-12 **מדינת ישראל נ׳ חושיה** (פורסם בנבו, 24.10.2012) (קובעת כי מתחם העונש ההולם הוא בין כמה ימים לבין ארבעה חודשי מאסר). להפניות נוספות ראו פסק דינו של השופט שגיא לעיל בפס׳ 16 לגזר הדין.

כיצד ביססו בתי המשפט את המתחם האמור בהחלטותיהם? בית המשפט המחוזי הראשון שעסק בסוגיה הוא בית המשפט של מחוז צפון.[52] בהחלטה תמציתית קיבל בית המשפט את ערעור המדינה על החלטת הערכאה הראשונה, שקבעה כי מתחם העונש הוא בין ימי מאסר ספורים לשלושים ימי מאסר. בית המשפט קבע כי מבחן ההלימה מחייב עונש של 30 ימי מאסר בפועל עד שישה חודשי מאסר בפועל.[53] הוא דחה את הסתמכות הערכאה הראשונה על הדברים שנאמרו בפרשת **פראגין**, בקבעו כי הפסיקה **בפראגין** עסקה בשאלת העונש המתאים ולא בשאלת מתחם ההלימה, וכן התייחסה לנסיבות אישיות שאינן קשורות בעבירה.

בית המשפט המחוזי במחוז המרכז אימץ את העמדה של בית המשפט במחוז הצפון בקבעו כי ״מתחם הענישה שהוצג לפנינו כפי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי בנצרת [...] מבטא נכונה, לטעמנו, את מתחם הענישה הראוי בעבירה של שהייה בלתי חוקית, שהוא בין 30 ימי מאסר ל־6 חודשי מאסר״. גם כאן התייחס בית המשפט המחוזי לפסק הדין בעניין **פראגין**, שבו נקבע כי העונש בעבירת שב״ח **שנייה** צריך לכלול מאסר בפועל לצורך הרתעה. בתי המשפט המחוזיים של מחוז תל אביב וחיפה הציגו את המתחם שנקבע בהחלטות הקודמות כנתון, בלא לנמק את קביעתם.

גם בית המשפט המחוזי בירושלים ציין בנימוקו רק שהמתחם שבחר מקיים את עקרון ההלימה בלא להסביר מדוע.

ג. מתחם העונש ההולם לשב״ח במבחן הביקורת

אתחיל מהסוף. מתחם העונש ההולם שנקבע בפסיקת בתי המשפט המחוזיים לשב״חים התרים אחר פרנסה מחמיר מדי. הוא אינו תואם את עקרונות תיקון 113. כפי שאראה, מתחם מחמיר שכזה אינו הולם את חומרת העבירה. יתרה מזאת, כיוון שעבירת השב״ח היא עבירה נפוצה, המתחם שנקבע עלול לגרום לעלייה ניכרת במספר הכלואים בישראל. אם הוא ישמש בסיס להכרעה במעשי עבירה שחומרתם דומה או גדולה יותר, השפעתו המזיקה עלולה להיות גדולה בהרבה.

בתי המשפט המחוזיים, בקבעם את המתחם, לא פירטו את הנימוקים לקביעתם. למרות חשיבותם התקדימית המיוחדת של מתחמים בעבירות שב״ח אי אפשר למצוא אף

52 עניין **עטאללה**, לעיל ה״ש 44.

53 בלשון בית המשפט: ״מתחם העונש ההולם בעבירה של כניסה לישראל שלא כדין, בהתחשב בערך המוגן, שמירה על ביטחון המדינה ובמדיניות הענישה ובהתחשב במידת הפגיעה, כאשר מדובר בעבירה של כניסה לישראל בלבד, ללא עבירות נלוות, ובשים לב לנסיבות המפורטות בסעיף 40ט, לרבות הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה, נע בין 30 ימי מאסר בפועל ל־6 חודשי מאסר בפועל״.

באחד מפסקי הדין ניתוח יסודי של הערך המוגן, מידת הפגיעה בו, אשמו של הנאשם, מדיניות הענישה הנוהגת בעבירה והנסיבות הקשורות בביצועה. מטעם זה אי אפשר לדעת בדיוק מה היה הנימוק לקביעת מתחם שהרף התחתון שלו כולל מאסר בפועל. ייתכן שבתי המשפט סברו שמדובר במעשה עבירה שחומרתו רבה, ואשר במדרג חומרת מעשי העבירה היא מחייבת עונש מאסר. מנגד, ייתכן שבתי המשפט סברו שאף שהעבירה אינה חמורה מעבירות אחרות אשר אין מוטל בגינן עונש מאסר, מאפיינים אחרים מצדיקים מתחם ענישה הכולל מאסרים בלבד. לדוגמה, ייתכן שהנימוק למתחם המחמיר נעוץ בעובדה שאי אפשר להטיל על שב״חים עונשים משמעותיים אחרים כגון קנס (בשל מגבלות היכולת שלהם), מבחן או שירות לתועלת הציבור (כיוון שהם אינם תושבי ישראל). ייתכן גם שהיות השב״חים עצורים הוביל במרבית המקרים את בתי המשפט לסבור שעונש מאסר הוא העונש ההולם בגין מעשיהם. אפשרות אחרת היא שבתי המשפט הסתמכו על רמת הענישה הנוהגת בעבירות שב״ח והסיקו ממנה שהעונש ההולם עבירות אלו חייב לכלול מאסר. בהיעדר נימוקים מפורטים אתייחס בחלק זה למכלול האפשרויות הללו. במסגרת זו אנתח את חומרת העבירה לפי ההנחיות הקבועות בחוק, אראה כי השיקולים האחרים בדבר מעמדם של השב״חים והעונשים שאפשר להטיל עליהם אינם רלוונטיים לקביעת המתחם ואציג ניתוח של רמת הענישה הנוהגת הן לפי ההלכה המנחה של בית המשפט העליון והן באמצעות ניתוח סטטיסטי של פסיקות הערכאות הדיוניות.

1. חומרת עבירת השב״ח על פי מבחני ההלימה

מה מתחם העונש ההולם הראוי לעבירה של שהייה בלתי חוקית שמבוצעת על ידי תושב שטחים המגיע לישראל כדי לפרנס את משפחתו?[54] כאמור, עקרון ההלימה מחייב יצירת מדרג חומרה של מעשים, ולכן למעשה עבירה חמור יותר ייקבע מתחם הלימה חמור יותר. השאלה היא אפוא מה חומרת מעשה העבירה של מי שנכנס לישראל שלא כדין לצורכי פרנסה.

54 אני מניח כי מרבית השב״חים הנכנסים לישראל עושים זאת למטרות פרנסה. במקרה שמוכח שהמניע של השב״ח הנכנס לישראל הוא אחר, חומרת מעשה העבירה עשויה להיות שונה, ולכן גם המתחם עשוי להיות שונה מזה שנדון כאן (ראו ס׳ 40ט(5) לחוק העונשין, הקובע כי הסיבות לביצוע העבירה הן מן הנסיבות הקשורות לביצועה ואשר משפיעות על המתחם). למשל, מעשה העבירה של מי שנכנס לישראל שלא כדין כדי לבצע עבירה פלילית או פיגוע חמור מזה של מי שנכנס למטרות פרנסה, ולכן המתחם בעניינו צריך להיות מחמיר יותר. מנגד, אם הכניסה לישראל נועדה לקבלת טיפול רפואי או לצורך הימלטות מפני סיכון לחיים בשטחים – ייתכן שהחומרה קלה יותר, ועל מתחם העונש להיות חמור פחות. מכל מקום, כדי לקבוע שמטרת הכניסה מחייבת החמרה (למשל, שהמטרה היא פלילית או ביטחונית) על התביעה להוכיח מטרה זו מעבר לספק סביר בשלב בירור האשמה (ראו ס׳ 40י לחוק העונשין).

כדי להבין את חומרת המעשה והאשם ואת הערכים הנפגעים מביצוע העבירה יש להבין את הרקע לקביעת האיסור על פלסטינים להיכנס לישראל. על פי חוק הכניסה לישראל, חייב כל מי שאינו אזרח או תושב ישראלי לקבל אשרה או רישיון משר הפנים לשם כניסה לישראל.[55] בשנת 1968 ניתן פטור כללי לתושבי האזור בעלי היתר יציאה מהאזור מקבלת האשרה, ומאז הם אינם זקוקים לאשרה משר הפנים אלא רק להיתר יציאה מהמפקד הצבאי.[56] בשנת 1972 חתם המפקד הצבאי על היתר כללי המתיר לכל תושבי האזור להיכנס לישראל באופן חופשי ולשהות בה באופן ארעי, ללא צורך בקבלת היתר אישי,[57] ההיתר הכללי הותלה רק בשנת 1988 עם פרוץ האינתיפאדה הראשונה.[58] לפיכך עד לסוף שנות השמונים כניסתם של תושבי האזור לישראל לא היוותה עבירה. כיום יציאה מהאזור בלא היתר פרטני היא עבירה שהעונש המרבי בצדה הוא שנת מאסר אחת, מכוח הוראת סעיף 12 לחוק הכניסה לישראל. בהחלטה על מתן היתר נדרש המפקד הצבאי לבחון את הסיכון הביטחוני הנשקף ממבקש ההיתר ובני משפחתו.[59] מכאן שהערך המוגן העיקרי בעבירה האמורה הוא החשש שנוכחות פלסטינים בישראל תסייע לטרור.[60] ערכים נוספים המוזכרים בפסיקה עוסקים בזכות המדינה לקבוע מי נכנס בשעריה ובסיכון שפלסטינים השוהים בישראל שלא כדין יעסקו בפשיעה.

עם זאת כאשר מדובר **בפלסטיני השוהה בישראל כדי לעבוד לפרנסתו ולשוב לביתו**, מידת הפגיעה שלו בביטחון המדינה היא קטנה. לצורך השוואה, במרבית העבירות הפליליות, כגון גניבה או תקיפה, העבריין פוגע **בוודאות, בכוונה ובמישרין** בערך המוגן, דבר המשליך הן על מידת הפגיעה (וודאות הפגיעה) בערך המוגן והן על אשמו של הנאשם. מנגד, במקרה של כניסה לישראל למטרות פרנסה השב״ח מגדיל אולי במעט את הקושי של גורמי הביטחון להתמודד עם הסיכונים הפליליים והביטחוניים ולא יותר. במקרים אלו השב״ח אינו מעוניין כלל לפגוע בביטחון המדינה. מובן שאם מטרת הכניסה לישראל היא פגיעה בביטחון המדינה, חומרת המעשה רבה. אולם כפי שציין בית המשפט העליון בעניין **פראגין**, אשר עסק בענישתם של שב״חים, ״אדם נדון בחטאו שלו״, ולכן כל עוד לא נתגלה סיכון ביטחוני שהוא עצמו יצר, אין לייחס לו סיכון כזה.[61] מבחינה זו דומה עבירה של שב״ח לעבירת תעבורה קלה, כגון עבירה של נסיעה במהירות מופרזת או אי־ציות לתמרור, המגדילה את הסיכון לחיי אנשים בלי שעובר

55 ס׳ 7 לחוק הכניסה לישראל.

56 צו הכניסה לישראל (פטור תושבי יהודה ושומרון, רצועת עזה וצפון סיני, מרכז סיני, מרחב שלמה ורמת הגולן), התשכ״ח–1968, ק״ת 910.

57 היתר יציאה כללי (מס׳ 5) (יהודה והשומרון), התשל״ב–1972.

58 הוראה בדבר התלית היתר כניסה כללי (תושבי אזורים מוחזקים) (מס׳ 5) (הוראת שעה) (יהודה והשומרון), התשמ״ח–1988.

59 ראו ס׳ 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס״ג–2003.

60 עניין **פראגין**, לעיל ה״ש 27.

61 שם, פס׳ ט״ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

העבירה מעוניין בכך. למעלה מכך, מבחינות מסוימות חומרתה אף פחותה, שכן הסיכון שיוצר מי שנוהג שלא כדין נובע מעצם פעולתו זו ולא מהשלכת נהיגתו על יכולתן של הרשויות להתמודד עם עבירות שמבצעים אחרים.

גם הפגיעה בזכות המדינה להגביל את הנכנס בשעריה קטנה יחסית כאשר מדובר בפלסטינים שאינם מתכוונים להשתקע בישראל, להבדיל ממהגרים אחרים הנכנסים לישראל שלא כדין. חומרת מעשה העבירה (מבחינת היקף הפגיעה באינטרס האמור) קטנה יותר כאשר מדובר בכניסה למדינה לתקופות קצרות בלא כוונה להשתקע בה.

בנוסף, אשמו של הנאשם קטן במעשי עבירה אלו. כפי שצוין בעניין פראגין, ככל שאין עבירות נלוות, מדובר בניסיון של הנאשמים להקל את מצוקתם הכלכלית, ומניע זה הוא שיקול לקולה בקביעת המתחם.[62] בהקשר זה יש להבחין בין המצוקה הכלכלית כשלעצמה, שהיא בדרך כלל אינה מאפיין של ביצוע העבירה ולכן משפיעה רק על העונש בתוך המתחם, לבין הרצון להקל את המצוקה הכלכלית כמניע, אשר על פי סעיף 40ט(5) הוא נסיבה הקשורה לעבירה, ולכן משפיע על המתחם עצמו.[63]

נוסף על אלו, העובדה שמדובר בעבירה של פסול מכוח איסור (*mala prohibita*) ולא פסול כשלעצמו (*mala per se*), ובמעשה שעד לפני כמה שנים היה מותר על פי החוק, מרמזת שאין מדובר בעבירה שחומרתה רבה. אינדיקציה נוספת לחומרת העבירה אפשר למצוא בעונש המרבי שבצדה. המחוקק קבע עונש מרבי של שנת מאסר אחת בצד העבירה, בדומה להתקהלות אסורה[64] והשחתת פני מקרקעין,[65] וקל יותר ממרבית העוונות, כגון גניבה רגילה[66] ותקיפה סתם.[67] מובן שאין לתת משקל יתר לעונש המרבי שבצד העבירה בקביעת מדרג החומרה של מעשי העבירה השונים. המחוקק אינו תמיד מקפיד על התאמת רמת הענישה שבצד העבירות לחומרת העבירות, ואפילו כאשר הקפדה כזו קיימת, קביעת העונש המרבי אינה יכולה להתחשב במאפייני מעשה העבירה העשויים להיות

62 שם. ראו גם פס׳ 9 לפסק דינו של השופט דנציגר הסבור שיש לרכז את מאמצי האכיפה בישראלים המסייעים לשוהים שלא כדין, שכן ״האינטרס המניע את אותם שוהים בלתי חוקיים נטולי כוונה חבלנית להיכנס לשטחי מדינת ישראל הינו מניע כלכלי והרצון לפרנס את משפחתם״. אמנם פסק הדין ניתן לפני חקיקת התיקון, אולם ס׳ 40ט(5) לחוק העונשין קובע גם הוא כי המניע הוא שיקול בקביעת אשמו של הנאשם.

63 אמנם הערך הנפגע משב״ח הנכנס לצורכי פרנסה אינו שונה מהערך הנפגע משב״ח הנכנס לצורכי בילוי, אולם אשמו של אדם המבצע עבירה כדי לקיים את עצמו ואת משפחתו מבחינה כלכלית קטן מאשמו של מי שמבצע אותה עבירה לצורכי הנאה. זו גם הסיבה שהמחוקק קבע את המניע כנסיבה הקשורה בביצוע העבירה. מטעם זה מצוקתם הכלכלית של השב״חים הנכנסים לישראל להתפרנס היא שיקול הרלוונטי בקביעת המתחם ולא רק בקביעת העונש בתוך המתחם.

64 ס׳ 151 לחוק העונשין.

65 ס׳ 196 לחוק העונשין.

66 ס׳ 384 לחוק העונשין.

67 ס׳ 379 לחוק העונשין.

שונים ממקרה למקרה. עם זאת קביעת עונש מרבי של שנת מאסר אחת היא עוד אינדיקציה לכך שמדובר בעבירה קלה למדי.

אינדיקציה נוספת לכך שגם לתפיסת הרשויות אין מדובר בעבירה חמורה אפשר למצוא במדיניות האכיפה של העבירה. על פי הנוהל שאימצה המשטרה, ככלל, אין מעמידים לדין שב״ח שנתפס בפעם הראשונה או בפעם השנייה. רק שב״ח שנתפס בשלישית מועמד לדין.[68] יש להניח כי לו הייתה זו עבירה חמורה במיוחד, היה מקום להעמיד לדין גם את מי שמבצעים אותה לראשונה או בשנייה.

מהאמור לעיל עולה כי חומרת מעשה העבירה של שב״ח הנכנס לישראל למטרות פרנסה קלה יחסית לעבירות אחרות. עם זאת עדיין יש קושי לקבוע, בהתבסס על בחינה זו, את החומרה האבסולוטית (להבדיל מהיחסית) של מעשה העבירה, ואת מתחם העונש הנגזר ממנה. כפי שהראיתי לעיל, לבית המשפט שני כלים עיקריים לקביעת מתחם העונש ההולם במגבלות אלו: האחד, איתור מתחמי הענישה שנקבעו למעשי עבירה שחומרתם דומה (או מעשי עבירה חמורים מעט יותר או מעט פחות) והתחשבות במתחמים אלו כדי לקבוע את המתחם המתאים למעשה העבירה שבפניו. בשלב זה, מאחר שהתיקון לחוק עדיין בימיו הראשונים, יש קושי למצוא פסיקה הקובעת מתחמים בגין מעשי עבירה בעלי חומרה דומה. בוודאי שקשה למצוא פסיקה מנחה כזו מבית המשפט העליון.[69] לפיכך יש להיעזר בכלי אחר לשם קביעת רמת החומרה הקרדינלית של מתחם העונש ההולם.

2. העונש ההולם לפי פסיקת בית המשפט העליון

הכלי השני שבידי בית המשפט בקבעו את חומרת מתחם העונש ההולם הוא היעזרות במדיניות הענישה הנהוגה.[70] בדרך כלל יש קושי לאתר מה הייתה מדיניות הענישה הנהוגה בגין אירוע אחד של מעשה עבירה דומה.[71] אולם דווקא במעשה עבירה של

68 הנוהל המשטרתי הקובע זאת לא הותר לעיון, אך הוא מאוזכר בפסקי הדין בנושא. בעבר קבע הנוהל כי השב״ח יועמד לדין כבר בפעם השנייה שבה הוא ייתפס. ראו עניין **פראגין**, לעיל ה״ש 27, פס׳ י״ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין. אולם לאחרונה החליטה המשטרה, בנוהל נוסף שלא פורסם, להימנע מהעמדה לדין של שב״ח גם בגין כניסתו השנייה לישראל. ראו עניין **רבאיעה**, לעיל ה״ש 37, פס׳ ל״ב לפסק הדין. בחלק מהמחוזות מעמידה התביעה את הנאשמים הנתפסים בפעם השלישית גם בגין שתי הכניסות הקודמות שלהם לישראל. במחוזות אחרים השב״ח מועמד לדין רק בגין כניסתו האחרונה לישראל, אולם בתי המשפט מתחשבים גם בעובדה שהוא כבר נתפס בעבר בהיכנסו לישראל שלא כדין, הגם שמעולם לא הורשע בגין מעשי העבירות הקודמים האלו. ראו בעניין **רבאיעה**, שם. כן ראו עניין **גידאן**, לעיל ה״ש 50, פס׳ 10.3. לביקורת על מדיניות זו ראו לעיל ה״ש 37.

69 לקושי לקבוע מתחמים לפני התגבשות פסיקה מקיפה ראו לעיל ה״ש 28.

70 ראו ס׳ 40ג לחוק העונשין, וכן לעיל, הטקסט הצמוד לה״ש 25.

71 ראו לעיל, הטקסט הצמוד לה״ש 27.

שהייה שלא כדין בישראל למטרות פרנסה, משימה זו קלה יחסית. ראשית, מכיוון שמדובר בעבירה נפוצה שפעמים רבות נעשית בנסיבות דומות מאוד ובלא עבירות נלוות. לפיכך קיימים גזרי דין רבים שניתנו בגין נסיבות דומות בעבר. שנית, מכיוון שבעניין **פראגין** דן בית המשפט העליון בשאלה זו בדיוק וקבע הנחיה באשר למדיניות הענישה הראויה.

לפיכך אימוץ המדיניות שנקבעה בפראגין, שלפיה מאפייני העבירה מצדיקים כי העונש לא יכלול מאסר בפועל, אם מדובר בעבירה ראשונה, מחייב קביעת מתחם שיאפשר גם הטלת עונשים שאינם כוללים מאסר בפועל. אמנם מרבית הנאשמים המועמדים לדין בגין עבירה זו נדונים לאחר שביצעו יותר מעבירה אחת של שהייה שלא כדין.[72] אולם כאמור את המתחם עצמו יש לקבוע באופן שבמסגרתו יהיה אפשר להטיל גם עונש המתאים למי שזו העבירה הראשונה שביצע. העבר הפלילי משפיע רק על העונש בתוך המתחם, ומספר האירועים בגינם הנאשם מורשע משפיע רק על מספר העונשים שיוטלו עליו, בחופף או במצטבר.

יצוין כי לעתים המשטרה מעמידה לדין שב״חים גם בגין שהייתם הראשונה שלא כדין בישראל. למשל, כאשר השב״ח דרוש כעד בהליך פלילי אחר, הוא מועמד לדין כדי שיהיה אפשר להחזיקו במעצר עד למסירת עדותו.[73] לכן קביעת מתחם מתוך הנחה שכל הנאשמים רצידיביסטים אינה רק שגיאה עקרונית באופן יישום החוק אלא גם שגיאה עובדתית העשויה לשלול מבית המשפט אפשרות להתאים את העונש במקרים שבהם הנאשם חסר עבר פלילי.

זאת ועוד: בעניין **פראגין** הובהר שההצדקה להטלת מאסר בפועל למי שחזר וביצע עבירת שהייה שלא כדין יותר מפעם אחת, אינה חומרת המעשה אלא הצורך להרתיעו. למעשה, בית המשפט הרחיב בדברים כדי להבהיר שחומרת העבירה (כשמדובר בשהייה שלא כדין למטרות פרנסה, להבדיל משהייה לצורך ביצוע עבירות פליליות או ביטחוניות) אינה רבה, וכי המניע (הצורך בפרנסה) הוא שיקול בעל משקל לקולה. אולם ריבוי הנכנסים לישראל שלא כדין מחייב, לדעת בית המשפט, הרתעה, ולכן, כך נקבע, יש להטיל עונש של מאסר בפועל במקרה של רצידיביזם.[74] כיום קבוצת השיקולים

72 שכן מדיניות משטרת ישראל היא שלא להעמיד לדין שב״חים אלא לאחר שנתפסו בפעם השלישית, ראו לעיל ה״ש 68.

73 ראו לדוגמה מ״ת (שלום חד׳) 60456-01-13 **מדינת ישראל נ׳ דאר יאסין** (פורסם בנבו, 3.2.2013).

74 בשל חשיבות הדברים שנאמרו בעניין **פראגין** אביא להלן ציטוט נרחב שלהם, בקיצורים המתחייבים: ״[...] שיקולי הרתעה – הרתעת היחיד והרתעת הרבים – עדיין שיקולים הם ממעלה עליונה. אך כל מקרה יידון לגופו [...] ככל שמעשהו של נאשם מקרב עצמו לליבתה של ההלכה – לסיכון בטחון הציבור כן נחמיר עם העבריין וניטה ליישם את מדיניות הענישה בחומרתה. וככל שמעשהו של הנאשם ירחק וילך מן הליבה, כן יקטן כוח המשיכה של מדיניות הענישה ויתחזק ממילא משקלם של טעמי הזכות [...] מה העולה מכל אלה בסופו של יום? דומה כי חופות על הכרעתנו מחד גיסא, גישה מרתיעה המצדיקה עמדה מחמירה, ומאידך גיסא, התייחסות מידתית לעבירת השהייה על פי נסיבות

הראשונה (חומרת העבירה, אשמו של הנאשם והמניע) אמורה להשפיע על מתחם העונש ההולם, ואילו השיקולים לחומרה (הצורך בהרתעה ומידת הרצידיביזם) אמורים להשפיע רק בתוכו. מטעם זה את הרף התחתון של המתחם יש לקבוע בהתעלם משיקולים אלו. לאחר מכן, בקביעת העונש בתוך המתחם, יהיה אפשר להטיל עונש מאסר בהתחשב בשיקולי ההרתעה. בהערכת הרף התחתון של רמת הענישה הנוהגת יש להעריך מה הייתה רמת הענישה אלמלא הובאו שיקולי ההרתעה בחשבון. מהלכת **פראגין** עולה במפורש כי במקרה כזה לא היה העונש צריך לכלול מאסר בפועל. מובן שלאחר קביעת המתחם האמור יהיה אפשר גם להטיל עונשי מאסר, בהתחשב בשיקולי ההרתעה ובשיקולים האחרים המשפיעים על רמת הענישה בתוך המתחם.

3. רמת הענישה הנוהגת

בשל הקושי המתואר בקביעת המתחם ייתכן כי בקביעת הרף התחתון של מתחם העונש ההולם לשב״ח הנכנס לישראל למטרות תעסוקה נעזרו בתי המשפט בכלי השני שהמחוקק העמיד לרשותם וייחסו משקל רב לעונשים שמוטלים כיום על שב״חים. מובן שהענישה הנוהגת כוללת מקרים שבהם שיקולי ההרתעה והרצידיביזם קיבלו משקל רב לחומרה מחד, ומקרים שבהם נסיבות מקֻלות הקשורות בנאשם הובילו לעונש קל יחסית מאידך. מנגד, כיוון שענייננו הוא ביצירת מתחם ולא בקביעת עונש אחד, התבוננות במגוון העונשים שהוטלו לצורך קביעת מדיניות הענישה הנוהגת יכולה לסייע במציאת הרף העליון והתחתון שיתאימו לרוב המכריע של המקרים.

אולם מטעמים אחרים התבוננות בעונש הסופי המוטל בתיקים אלו כמדד לקביעת הרף התחתון עלולה להוביל לטעות. ראשית, מכיוון שבשל מדיניות המשטרה להסתפק באזהרת שב״חים בפעמיים הראשונות שבהן הם נתפסים, כמעט כל המורשעים בעבירה מועמדים לדין כרצידיביסטים. לעתים המשטרה העמידה לדין את השב״ח שנתפס בפעם השנייה או השלישית גם בגין כניסותיו הקודמות לישראל, שבגינן הוזהר בלבד ושוחרר, ולעתים בית המשפט התחשב גם באירועים הקודמים אף שהשב״ח לא הועמד בגינם לדין. לכן מעטים מאוד הם המקרים שבהם הוטל על השב״ח עונש בגין מעשה ראשון אחד בלא התייחסות למעשים קודמים.[75] גם על פי הדין שנהג לפני התיקון לחוק, וגם כיום, העונש בגין כמה מעשי עבירה בכמה אירועים כבד מהעונש על מעשה עבירה אחד.

לעבירת השהייה על פי נסיבות האדם העומד לדין. כאמור, בשהייה שנייה 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״. פס׳ ט״ז ואילך לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

75 לפרטים ראו לעיל ה״ש 37 ו־68.

מנגד, את המתחם יש להתאים כאמור לאירוע אחד בלבד.[76] המתחם, או למצער הרף התחתון שלו, צריך להתאים גם למי שלא ביצע עבירות דומות בעבר. לפיכך בדיקת רמת הענישה צריכה להתחשב בכך שכמעט כל העונשים שהוטלו על שב״חים אינם משקפים את מדיניות הענישה לשב״ח שזו לו כניסתו הראשונה והיחידה לישראל. שנית, חלק מהשב״חים נדונו לעונשים כבדים בשל עבירות נלוות כמו גם בשל מאסרים מותנים התלויים ועומדים נגדם. גם מסיבה זו מבט על ממוצע פשוט של העונשים שהוטלו בתיקים אלו מעלה תמונה מטעה.[77]

שלישית, וחשוב אולי משתי הסיבות הקודמות, השב״חים המועמדים לדין מגיעים לבית המשפט כמעט תמיד כשהם עצורים, כיוון שכתושבי שטחים יש חשש מובנה שהם יימלטו מן הדין. בנוסף, בשל מצבם הכלכלי יש לרוב קושי לחייבם בהפקדת ערובה. למעצר השלכה על עונשם. מחקרים רבים מראים כי הסיכוי שייגזר עונש מאסר על נאשם המצוי במעצר גדול מהסיכוי שייגזר עונש כזה על מי שאינו עצור, וכי למעצר השפעה גם על משך עונש המאסר שמוטל.[78] מטעם זה שב״חים נדונים למאסר אף על פי שהעבירה שביצעו קלה יחסית. ברם גם אם שיקול זה, של היות הנאשמים במעצר, יכול שייחשב רלוונטי לקביעת העונש המוטל עליהם (וספק בעיניי אם משפטית יש לו בסיס אפילו לצורך זה), ברור כי אין הוא אמור להשפיע על מתחם העונש ההולם, שכן המתחם אמור להיות מושפע מחומרת מעשה העבירה ומאשמו של הנאשם בלבד. גם מטעם זה אין להסיק מרמת הענישה הנוהגת שהרף התחתון של המתחם צריך לכלול מאסר.

רביעית, קשה להתאים לשב״חים עונש אחר למעט מאסר. צו מבחן או שירות לתועלת הציבור אינם אופציות מתאימות למי שאינם מורשים להיות בישראל, וכך גם עונש מאסר לריצוי בעבודות שירות. בשל המצוקה הכלכלית של רובם, גם קנס אינו חלופה ישימה. מטעמים אלו, למרות קולת העבירה, שב״חים נדונו לאורך השנים למאסרים בפועל. אולם גם שיקולים אלו, שאפשר לטעון כי יש להתחשב בהם גם כיום בבחירת העונש בתוך המתחם, אינם אמורים להשפיע על המתחם עצמו. הם אינם קשורים לחומרת מעשה העבירה ולאשמו של הנאשם. לפיכך ייתכן שהסתמכות לא זהירה על רמת הענישה הנוהגת הובילה לבחירת מתחם ענישה שגוי.

76 ואחר כך אפשר להטיל עונשים במצטבר או בחופף גם בגין האירועים הנותרים. ראו ס׳ 40יג(ב) לחוק העונשין, וכן לעיל, הטקסט הצמוד לה״ש 72.

77 במדגם מ״נבו ענישה״ שייסקר להלן, הכולל רק נאשמים שהורשעו בשהייה שלא כדין בלא עבירות נלוות, נמצא כי כנגד 319 מתוך 1359 (23%) השב״חים במדגם היה תלוי ועומד מאסר על תנאי בר־הפעלה או חב־הפעלה.

78 לסקירת הספרות בנושא ראו אורן גזל־אייל ״סדר הדין הפלילי״ **הגישה הכלכלית למשפט** 1063, 1092–1093 (אוריאל פרוקצ׳יה עורך, 2012). ראו גם יעל חסין ומרדכי קרמניצר ״עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה״ **משפטים** כב 533, 558 (1993); רינת קיטאי־סנג׳רו **המעצר: שלילת חירות טרם הכרעת הדין** 22–23 (2011).

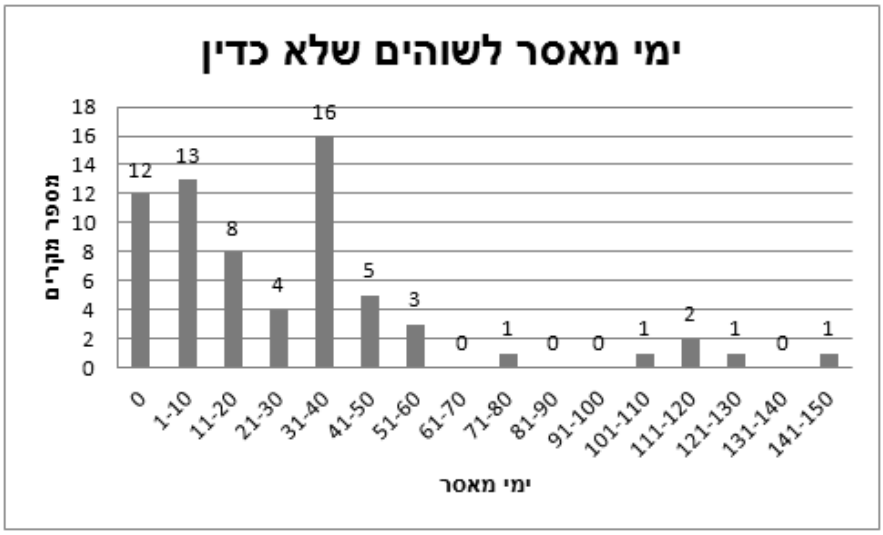
המסקנה המתבקשת מכך היא שמתחם העונש ההולם בעבירת שב״ח צריך להיות נמוך מהמתחם שמשתקף מבחינה ישירה ופשטנית של מדיניות הענישה הנוהגת. אין פירוש הדבר שהעונשים שיוטלו על שב״חים לאחר קביעת המתחם החדש יהיו קלים מבעבר. גם אם המתחם יהיה נמוך במעט מזה המשתקף ממוצע העונשים שהוטלו על שב״חים בעבר, הרי שבתוך מתחם העונש ההולם יהיה אפשר להתחשב ברצידיביזם של הנאשמים ובקושי הפרקטי להטיל על הנאשמים חלופות לעונש מאסר כגון קנס, מבחן או שירות לתועלת הציבור. כך, גם אם הרף התחתון של המתחם לא יכלול עונש מאסר בפועל, יהיה אפשר לקבוע ברוב המכריע של המקרים עונשים שכוללים מאסר בפועל (ואשר גם הם נמצאים בתוך המתחם). אולם את המתחם עצמו יש לקבוע על פי חומרת מעשה העבירה, ולכן לכלול במסגרתו גם עונשים שאינם כוללים מאסר בפועל.

אפילו אם מדיניות הענישה הנוהגת בצורתה הגולמית, תוך התעלמות ממכלול השיקולים הללו, הייתה אמורה לקבוע את מתחם הענישה, הרי שהמתחם שנקבע בענייננו הוא שגוי.[79] עיון במדגם מייצג של גזרי הדין הרלוונטיים מלמד שרמת הענישה נמוכה מזו שהיה אפשר לסבור. הבדיקה המתוארת להלן מראה זאת: מתוך מדגם מייצג של 3% מכל התיקים של בתי משפט השלום ברחבי הארץ מהשנים 2010–2011, אותרו כל גזרי הדין בגין עבירות כניסה לישראל, שלא נלוותה להם עבירה אחרת.[80] מרשימה זו נוצר מדגם מייצג של 67 תיקים של עבירות כניסה לישראל.[81] המדגם כלל גם תיקים שבהם הנאשמים הורשעו ביותר מעבירה אחת של כניסה לישראל (26 תיקים) וגם תיקים שבהם היה תלוי ועומד נגד הנאשמים מאסר על תנאי בר־הפעלה (14 תיקים), אך לא כלל תיקים שבהם הנאשמים הורשעו גם בעבירות אחרות. להלן רמת הענישה הנוהגת על פי מדגם זה:

79 יצוין כי בית המשפט המחוזי בירושלים, שאימץ עד כה את הגישה המקלה ביותר, ציין כי ״העונש הנוהג כאשר מדובר בעבירה ראשונה, אכן נע בין מאסר על־תנאי לבין מאסר של מספר ימים או אף מספר שבועות״ אולם סבר שמבחן ההלימה שקובע החוק מחייב עונש כבד יותר, בלא להסביר מדוע – עניין **אללטיף**, לעיל ה״ש 49.

80 אורן גזל־אייל, ענבל גלון וקרן וינשל־מרגל **שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים** (מחלקת המחקר של הרשות השופטת, 2012) elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/doc/Research1.pdf.

81 המדגם המקורי כלל 3% מכלל התיקים הפליליים בבתי משפט השלום שנדגמו בשיטת שכבות מבתי משפט השלום. ראו שם, בעמ׳ 7.



מהמדגם עולה כי 12 מתוך 67 הנאשמים (18% מהנאשמים) נדונו לעונשים שאינם כוללים מאסר בפועל כלל. עוד 25 נאשמים (37%) נדונו לתקופות מאסר קצרות מחודש. בסך הכול, למעלה ממחצית מהנאשמים במדגם נדונו לעונש הקל מהמתחם שנקבע בפסיקת בתי המשפט המחוזיים לאחר התיקון. מנגד, רק על חמישה נאשמים (7%) הוטלו עונשים של למעלה ממאה ימי מאסר (דהיינו, עונשים הנמצאים בחצי העליון של מתחם העונש ההולם שנקבע בבתי המשפט המחוזיים או מעליו). מדגם זה מלמד כי מדיניות הענישה הנוהגת הייתה צריכה להוביל למתחם נמוך בהרבה, הן ברף התחתון שלו והן ברף העליון.

המסקנה מקבלת חיזוק גם ממדגם גדול יותר המתבסס על מאגר ״נבו עניש״, מנגנון איתור גזרי דין לפי עבירה של המאגר המשפטי ״נבו״.[82] בחינת מדגם של 1,359 תיקים של עבירות שב״ח (ועבירות אלו בלבד), מהשנים 2009 עד 2012, מעלה כי ב־167 (12%) מהם ניתנו עונשים שאינם כוללים מאסר בפועל, וב־592 (44%) ניתנו עונשי מאסר של למטה מחודש ימים. רק ב־125 מקרים (9%) ניתנו עונשים כבדים מ־100 ימי מאסר, רמת ענישה המייצגת בערך את אמצע מתחם הענישה שנקבע בבתי המשפט המחוזיים. הרף העליון של המתחם שנקבע בבתי המשפט המחוזיים – הרף של חצי שנת מאסר – נחצה רק ב־13 תיקים (1%), ובכולם העונש הושפע מקיומו של מאסר על תנאי

82 ראו www.nevo.co.il.

משמעותי שהיה תלוי ועומד נגד הנאשם או מנסיבות חריגות אחרות.[83] יצוין כי גם מדגם זה כלל נאשמים רצידיביסטים, נאשמים שהועמדו לדין בגין כמה אירועים ונאשמים שהיה תלוי ועומד נגדם מאסר על תנאי. לכן גם ממצאים אלו מוטים לחומרה, אם אנו מעוניינים לגזור מהמדגם את מתחם העונש ההולם לעבירה אחת של שהייה שלא כדין.

נתוני ״נבו ענישה״ מחייבים זהירות, שכן אין ודאות שהמאגר מספק מדגם מייצג של התיקים. לא ברור מהם הקריטריונים להכנסת גזרי דין למאגר, וייתכן שיש הטיה לטובת בתי משפט שמערכת המחשוב בהם מוטמעת טוב יותר או גזרי דין מפורטים ומנומקים. אולם הדמיון בין הנתונים מחזק את המסקנה הנובעת מהמדגם הקטן יותר והמייצג שהוצג לעיל. מכאן שגם בדיקת נתוני ענישה גולמיים, תוך התעלמות מהעובדה שהם כוללים שיקולים לחומרה המיוחדים לעבירות שב״ח ואשר אינם אמורים להשפיע על המתחם, מלמדת כי הישענות על רמת הענישה הנוהגת הייתה צריכה להוביל את בתי המשפט לקבוע מתחם נמוך בהרבה, שהרף התחתון שלו אינו כולל עונש מאסר בפועל.

עובדה חשובה נוספת שיש לזכור היא כי בעבירות שב״ח הרף התחתון במתחם ימנע כמעט לחלוטין חריגה לקולה ממנו. אמנם החוק מאפשר חריגה כזו כאשר היא דרושה לצורך שיקום הנאשם, אך במקרה של שוהים שלא כדין למטרות פרנסה, ספק רב אם מעשה העבריינות מלמד על צורך כלשהו בשיקום. מכל מקום, מכיוון שהם אינם תושבי ישראל, מרבית הכלים השיקומיים, כגון צו מבחן, מערכי טיפול או שירות לתועלת הציבור, אינם ישימים בעניינם.[84] לפיכך קביעת המתחם המחמיר תוביל בהכרח להעלאה

83 בשני מקרים ההחמרה נבעה מכך שנגד הנאשמים היה תלוי ועומד מאסר על תנאי, אולם בשל טעות שיפוטית של בית משפט השלום שהטיל את התנאי, אותו מאסר הוטל שלא כדין (במקרה אחד לא נקצבה תקופת התנאי, ובמקרה השני התנאי שהוטל עלה על העונש המרבי הקבוע בחוק). לפיכך בית המשפט המחוזי לא הפעיל את התנאי, אך למעשה הטיל את העונש בהתחשב בקיומו של מאסר מותנה. ראו ת״פ (שלום נצ׳) 15394-11-09 **מדינת ישראל נ׳ אבו סמרה** (פורסם בנבו, 3.12.2009) ות״פ (שלום קר׳) 826-02-10 **מדינת ישראל נ׳ אלגבור** (פורסם בנבו, 4.2.2010). במקרה אחר, ת״פ (שלום כ״ס) 28173-01-10 **מדינת ישראל נ׳ חנני** (פורסם בנבו, 24.3.2010), הוטל העונש לאחר שהצדדים הגיעו להסדר טיעון שבמסגרתו הורשע הנאשם בגין ארבע כניסות לישראל, ולכן לא ברור אם היה תלוי ועומד מאסר על תנאי. במקרה נוסף, ת״פ (שלום קר׳) 16595-08-09 **מדינת ישראל נ׳ ריאל** (פורסם בנבו, 3.9.2009), דובר בנאשם בעל עבר פלילי עשיר ביותר. במקרה האחרון, עניין **אלעכל**, לעיל ה״ש 36, דובר בנאשם שאמנם היה ללא עבר פלילי, אולם היה עצור במשך למעלה מחצי שנה. כיוון שכך, העונש שהוטל עליו היה קצר מתקופת מעצרו, וביום מתן גזר הדין הוא שוחרר. נסיבות המעצר הממושך לא הובהרו בהחלטה. ביתר המקרים עמדו נגד הנאשמים מאסרים על תנאי בני־הפעלה.

84 יצוין כי במדינות אחרות שבהן אומצו חוקים להבניית שיקול דעת שיפוטי בענישה נקבע במרבית המקרים גם חריג כללי המאפשר לבית המשפט לסטות ממתחם הענישה (או הענוש המומלץ) מטעמים של צדק. כך, ס׳ 125 של ה־Coroners and Justice Act, 2009 של אנגליה ווילס קובע כי כל שופט חייב לגזור את הדין לפי ההנחיות לגזירת דין (שבהן נקבעו מתחמי ענישה) אלא אם הוא שוכנע שהדבר סותר את הצדק ("unless the court is satisfied that it would be contrary to the

ניכרת ברמת הענישה המוטלת על שב״חים. מכל מקום, מתחם זה אינו תואם את העיקרון המנחה גם לפי ניתוח חומרת העבירה וגם לפי הענישה הנוהגת, אפילו כשזו נבחנת באמצעות סקירה פשטנית של מגוון העונשים שהוטלו בגין העבירה עובר לתיקון. על אחת כמה וכמה מתחם זה סותר את חומרת העבירה המשתקפת מרמת הענישה הנוהגת אם בוחנים ענישה זו תוך התחשבות במאפיינים הייחודיים של ענישת שב״חים כאמור לעיל.

עד כה התמקדתי ברף התחתון של המתחם, מכיוון שהשלכתו הפרקטית גדולה במיוחד. עם זאת רמזתי גם שהרף העליון שנקבע בפסיקה זו מחמיר מדי. ואכן, כפי שמראים הנתונים, גם בפסיקה שקדמה לתיקון לא הוטלו כמעט אף פעם אחת עונשים של חצי שנת מאסר או יותר בגין מעשה אחד של כניסה שלא כדין לישראל.[85] למעשה, בפחות מ־10% מהמקרים הוטלו עונשים החמורים מאמצע המתחם שנקבע בבית המשפט המחוזי (עונשים של יותר ממאה ימי מאסר בפועל). הבחירה ברף תחתון הקרוב לעונש החציוני של מדיניות הענישה הנוהגת וברף עליון המצוי בסביבות האחוזון ה־99 בהתפלגות העונשים הנוהגת, יוצרת מתחם מעוות. מתחם כזה מוביל הן להחמרה ברמות הענישה והן לפגיעה בעקרון ההלימה, כיוון שהוא מאפשר לשופטים להחמיר משיקולים שאינם קשורים להלימה כמעט בלי להטיל מגבלה אפקטיבית על החמרה כזו.

מהאמור לעיל עולה כי מתחם העונש ההולם שנקבע בפסיקות בתי המשפט המחוזי השונות, ואומץ על ידי מרבית שופטי השלום, אינו יכול לעמוד במבחן הביקורת. על רקע חומרת מעשה העבירה האשם של שב״ח הנכנס לישראל למטרות פרנסה ומדיניות הענישה הנוהגת, מתחם ענישה שבין עונש מאסר על תנאי לבין מאסר בפועל של ארבעה חודשים ישקף בצורה טובה בהרבה את העקרונות הקבועים בחוק.

לכאורה מדובר בטעות נקודתית, הנוגעת לעבירה אחת. אולם סבורני כי הטעות גדולה הרבה יותר, ואימוצה בשלב כה מוקדם לאחר כניסתו לתוקף של התיקון לחוק עלול להוביל להחמרה ניכרת ברמות הענישה הנוהגות בישראל בעבירות רבות נוספות. להשלכות אלו אעבור כעת.

"interests of justice to do so"). לכלל דומה במדינת וושינגטון ראו Kate Stith, *Principles, Pragmatism, and Politics: The Evolution of Washington State's Sentencing Guidelines*, 76 L. & CONTEMP. PROBS. 105, 106 (2013). לעומת זאת בארץ החליטה הכנסת במודע שלא לאמץ חריג כללי כזה ולאפשר סטייה לקולה רק לצורך שיקום (ראו ס׳ 40ד לחוק העונשין). אמנם ייתכן שבית המשפט, במצבי קיצון, ייתן פירוש מרחיב לעקרון השיקום באופן שיאפשר חריגה לקולה בכל מקרה שהדבר נראה צודק נוכח נסיבותיו האישיות של הנאשם. לעמדה כזו ראו את פסק דינו של השופט יחיאל ליפשיץ בעניין גידאן, לעיל ה״ש 50, פס׳ 7 ו־8 לגזר הדין. ייתכן גם שבתי המשפט יכירו בחריג הלכתי המאפשר סטייה מהמתחם מטעמי צדק. עם זאת פרשנות יצירתית זו, אף שייתכן שהיא רצויה נוכח המבנה הקשיח של החוק, לא תוכל לתת מענה למרבית המקרים, שכן גם לדעת התומכים בה, יש להשתמש בחריגה כזו רק במקרים יוצאי דופן (ראו שם, פס׳ 9 לגזר הדין).

85 ראו לעיל ה״ש 83.

ד. ההשלכות של החמרה במתחם העונש ההולם

אחד החששות המרכזיים שהובעו קודם לחקיקת תיקון 113 היה שהוא יוביל להחמרה ניכרת ברמות הענישה,[86] בעיקר בשל הקביעה שוועדה חיצונית תקבע עונשי מוצא לעבירות השונות.[87] בשל המחלוקת בדבר חלק זה החליטה מליאת הכנסת לפצל את ההצעה ולא לקבל בשלב זה את החלק העוסק בעונשי המוצא.[88]

למרות זאת ככל שהדוגמה של המתחמים לעבירת שב״חים מרמזת, ייתכן שגם הליך קביעת המתחמים על ידי בתי המשפט עלול להוביל להחמרה. קיים חשש שלמתחם המחמיר שנקבע בבתי המשפט המחוזיים השלכה ישירה על רמות הענישה ועל מספר הכלואים בישראל. כיוון שכמעט אי אפשר לסטות מהמתחם לקולה, שכן בדרך כלל אין הצדקה שיקומית לסטייה כזו במקרה של שב״חים, המתחם קובע למעשה עונש מזערי של חודש ימים לעבירה האמורה, בנסיבות הרגילות שבהן היא מבוצעת. כפי שהראיתי לעיל, עונש מזערי זה כבד מהעונש שהוטל בעבר על כמחצית מהנאשמים שהורשעו בעבירה זו בלא עבירות אחרות. כיוון שבכל שנה נתפסים בישראל כעשרת אלפים שב״חים,[89] מדובר בהחמרה ניכרת ברמות הענישה ובמספר הכלואים. גם כיום שיעור הכלואים לכל 100,000 תושבים בישראל הוא מהגבוהים בעולם המערבי, ולמדיניות החדשה בעבירה כה נפוצה כמו עבירה של שהייה שלא כדין בישראל, תהיה השלכה ישירה ומרחיקת לכת על שיעור זה.[90]

86 ראו לעיל, הטקסט הצמוד לה״ש 6.

87 ס׳ 40ח, 40ט ו־40יב להצעת חוק העונשין (תיקון מס׳ 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס״ו–2006, ה״ח 446 89 www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/6E8FEA60-909C-4D37-96E7-F7DC9EC504/5158/241.pdf.

88 פרוטוקול ישיבה מס׳ 291 של הכנסת ה־18, 96 (5.12.2011). cbl212-235-5-230.bb.netvision.net.il/review/data/heb/plenum/kns18_051211.pdf.

89 ראו עניין פראגין, לעיל ה״ש 27, פס׳ ח׳ לפסק דינו של השופט רובינשטיין (בשנת 2008 נתפסו 11,300 שב״חים בישראל).

90 ראו ROY WALMSLEY, ISPC, WORLD PRISON POPULATION LIST (9th ed. 2012), www.prisonstudies.org/images/news_events/wppl9.pdf, שיעור הכלואים בישראל הוא 319 לכל 100,000 תושבים, דהיינו כשליש האחוז מהאוכלוסייה. שיעור זה גבוה בהרבה מהמקובל במדינות מערב אירופה כגון צרפת, גרמניה, אוסטריה, בלגיה והולנד (שם הוא נע בין 80 ל־100), במדינות סקנדינביה והאזור כדנמרק, פינלנד, שוודיה ונורווגיה (שם הוא נע בין 60 ל־100) ובמדינות מערביות אחרות (כמו הממלכה המאוחדת, אירלנד, איטליה, ספרד ויוון, שבהן הוא נע בין 100 ל־150 בערך). שיעורים דומים, שבין 100 ל־150, מאפיינים גם את אוסטרליה, ניו זילנד וקנדה, ומבין מדינות המערב, רק ארצות הברית חורגת במידה ניכרת בשיעור כלואים של מעל 700 איש למאה אלף תושבים. יצוין כי גם בניכוי האסירים הביטחוניים שיעור הכלואים בישראל הוא מהגבוהים במערב, והוא כ־200 איש לכל מאה אלף תושבים. על פי נתוני שירות בתי הסוהר, רק כרבע מהאסירים בישראל הם ביטחוניים, ולכן גם לאחר הפחתה זו שיעור הכלואים בישראל גדול בהרבה מהמקובל

אולם ההשלכה השלילית של המתחם המחמיר שנקבע לעבירות שב״ח עלולה להיות רחבה הרבה יותר. היא עלולה להוביל להחמרה כללית ברמות הענישה, גם בעבירות אחרות. כאמור לעיל, עקרון ההלימה מחייב כי הענישה תותאם לחומרת מעשה העבירה. לפיכך מעשי עבירה חמורים משהייה שלא כדין בישראל למטרות פרנסה מחייבים מתחם הלימה חמור יותר.

לדוגמה, עבירה של הלנה, העסקה והסעה של שב״ח, לפי סעיף 12א לחוק הכניסה לישראל, היא ככלל עבירה חמורה מעבירה של שהייה שלא כדין למטרות פרנסה. המחוקק קבע בצד עבירה זו עונש מרבי של שנתיים מאסר, כפול מזה שבצד העבירה של שב״ח, ובית המשפט העליון קבע מפורשות כי המלינים, המעסיקים והמסיעים מבצעים עבירה חמורה יותר, כיוון שהם ״חוטאים ומחטיאים״, וכיוון שהם ישראלים המבצעים את העבירה למען בצע כסף ולא למען פת לחם.[91]

לפיכך מתחם העונש ההולם לעבירה לפי סעיף 12א לחוק הכניסה לישראל חייב להיות גבוה מהמתחם שנקבע לשב״חים. אולם בחינת הענישה שהוטלה בגין עבירות אלו קודם לתיקון לחוק מלמדת כי ככלל כל עוד אין מדובר בהסעה שיטתית של כמה שב״חים, לא הוטלו על הנאשמים עונשי מאסר. אמנם בפרשת **ח׳טיב** קבע בית המשפט העליון כי העונש הראוי לעבירה לפי סעיף 12א לחוק הוא מאסר בפועל,[92] אך קביעה זו מעולם לא יושמה במרבית התיקים, ואפילו בשנים שלאחר מתן ההחלטה נגזרו עונשי מאסר רק על 30% מהמורשעים בעבירה זו כשלא נלוו אליה עבירות נוספות.[93] מכל מקום, מדיניות הענישה בבית המשפט העליון רוככה מאוד כבר בראשית 2006, בפרשת **אבו־סאלם**, שבה נתקבלו ערעורים של חמישה נאשמים שנדונו למאסר, ועונשיהם הומרו בעונשים קלים יותר.[94] למעשה, הנחיות פרקליט המדינה בנושא קובעות כי כאשר מדובר במקרה ראשון של הלנה, העסקה או הסעה של שב״חים, אין להגיש כתב אישום כלל (אלא במקרים חריגים).[95] כאשר מוגש כתב אישום (למשל, כיוון שמדובר בעבירה שנייה) קובעת ההנחיה שאפשר להשיג את ההרתעה באמצעות ״ענישה מגוונת״ ולאו דווקא באמצעות מאסר בפועל. כמו כן הנסיבות שיישקלו בהחלטה אם לבקש מאסר בפועל מגוונות. רק בעניינם של מי שמסיעים בשכר שב״חים מונחים התובעים מפורשות

במדינות מערביות אחרות. ראו באתר שירות בתי הסוהר www.shabas.gov.il/Shabas/TIPUL_PRISONER/Prisoners+Info/default.htm.

91 עניין **פראגין**, לעיל ה״ש 27, פס׳ י״א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

92 רע״פ 5198/01 **ח׳טיב נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נו(1) 769 (2001).

93 ראו Oren Gazal-Ayal, Hagit Turgeman & Gideon Fishman, *Do Sentencing Guidelines Increase Prosecutorial Power? An Empirical Study*, 76 LAW & CONTEMP. PROBS. 131, 147 (2013).

94 עניין **אבו סאלם**, לעיל ה״ש 32.

95 ״מדיניות האכיפה של מעסיקים, מסיעים ומלינים של שוהים בלתי חוקיים בישראל״ **הנחיות פרקליט המדינה** 2.15, פס׳ 4 (התשע״א).

לבקש עונש מאסר בפועל.[96] בשנה שלאחר ההחלטה בעניין **אבו־סאלם** ירד שיעור הנדונים למאסר לכ־16% בלבד.[97] אמנם נתונים אלו אינם מתייחסים למאסרים שנישאו בדרך של עבודות שירות, אך גם הכללתן תלמד כי במרבית התיקים מוטלים עונשים שאינם כוללים מאסר או עבודות שירות,[98] וגישה מקלה זו נוהגת גם כיום. כך, בבדיקת 100 גזרי דין שניתנו בין ה־1.9.2012 ל־20.1.2013 בעבירות הלנה, העסקה והסעה של שב״חים בלבד, שפורסמו באתר ״נבו ענישה״, נמצא כי רק ב־31 תיקים מתוך ה־100 הוטל על הנאשמים מאסר בפועל, בין לנשיאה בכלא ובין בעבודות שירות. למעלה משני שלישים של המורשעים בעבירה זו נידונו לעונשים שאינם כוללים מאסר או עבודות שירות כלל.

כעת, אם תאומץ העמדה שלפיה הרף התחתון של מתחם העונש ההולם לעבירה של שהייה שלא כדין הוא חודש מאסר, הרי שיהיה צורך ברף תחתון חמור יותר לעבירה של הלנה, העסקה והסעה של שב״חים שבוצעו בנסיבות רגילות (לרוב לצורכי העסקת העבריין). משמעות הדבר היא שככלל אי אפשר עוד יהיה להטיל על נאשמים אלו עונשים קלים מעונש המאסר, למעט במקרים שבהם העונש החלופי דרוש לצורך שיקום הנאשם.[99] ברם כיוון שברוב המכריע של המקרים הנאשמים המבצעים עבירות הלנה, העסקה והסעה של שב״חים אינם זקוקים לשיקום כלשהו, שיעור המאסרים בעבירות אלו עלול להכפיל, ואולי לשלש, את עצמו ולעלות אל קרוב למאה האחוזים. אם מתחם ההלימה יהיה למשל בין חודש וחצי לתשעה חודשי מאסר, הרי שכאשר ראוי להקל עם הנאשם נוכח נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה – מקרים שבהם לפני התיקון היה נהוג להטיל עונש שאינו כולל מאסר – יוטלו כעת מאסרים הקרובים לרף התחתון של המתחם, משמע כחודש וחצי מאסר. לעומת זאת במקרים שבהם הנסיבות שאינן קשורות לעבירה מחייבות החמרה (כגון במקרים שבהם לנאשם עבר פלילי בגין עבירות דומות), כלומר מקרים שבגינם הוטלו עונשי מאסר קצרים לפני התיקון, יהיה צורך כעת בענישה מחמירה עוד יותר, כיוון שהנסיבות המשפיעות על העונש בתוך המתחם יפעלו לחומרה. וכך, מתחם העונש ההולם שנקבע לעבירות שב״ח יוביל גם להחמרה ניכרת בענישה של מלינים, מעסיקים ומסיעים של שב״חים.

אולם השלכת ההחמרה אינה רק בעבירות על חוק הכניסה לישראל. כאמור לעיל, עקרון ההלימה מחייב שבכל מקרה שבו מעשה עבירה אחד חמור מהאחר, מתחם העונש ההולם בגין המעשה הראשון יהיה חמור מזה שייקבע לשני. הווה אומר, אין מדובר רק בהשוואת מעשי עבירה מאותו סוג. כפי שהראיתי לעיל, המדרג מתייחס לכל העבירות.

96 שם, פס׳ 24.

97 ראו Gazal-Ayal, Turgeman & Fishman, לעיל ה״ש 93, בעמ׳ 147.

98 לנתונים חלקיים יותר הכוללים התייחסות גם לעבודות שירות כמאסר ראו גזל־אייל ולזר ״ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא״, לעיל ה״ש 6, בעמ׳ 79 ה״ש 112.

99 ס׳ 40ד לחוק העונשין.

מעשה העבירה של מי שנכנס שלא כדין לישראל כדי לפרנס את משפחתו בלא כוונה להשתקע בישראל נמצא קרוב מאוד לתחתית סולם החומרה. כפי שהראיתי לעיל,[100] הערך החברתי שנפגע ממעשה עבירה זה קטן ביותר וספקולטיבי מאוד, והפסול המוסרי שבמעשה עצמו, כמו גם במניע לו, קטן גם הוא. ודאי שאין מדובר במעשה הדומה בחומרתו לתקיפה או גניבה, עבירות של רע כשלעצמו – *mala per se* – אשר הנזק שהן גורמות לערך החברתי (של שלמות הגוף והאוטונומיה, או הקניין) ישיר וברור. אולם רק במקרים חריגים מוטל עונש מאסר בפועל על מי שמורשעים בעבירות של תקיפה סתם, תקיפה הגורמת חבלה של ממש, גניבה או עבירות אחרות שחומרתן דומה כעבירות יחידות. יצירת מדרג אורדינלי נכון תחייב התאמת מתחמי העניש למעשי עבירות אלו לאור המתחם שנקבע לשהייה שלא כדין בישראל. לחלופין, אם המתחם שנקבע בבתי המשפט המחוזיים לעבירות הכניסה שלא כדין בישראל למטרות פרנסה יאושר כמחייב, ובתי המשפט לא יקבעו מתחמים מחמירים יותר בעבירות חמורות יותר, הדרישה הבסיסית של עקרון ההלימה, שמדרג חומרת העונש יהיה דומה למדרג חומרת מעשי העבירה, תיפגע.

ייתכן בהחלט שחששות אלו מופרזים, ושההחמרה ברמות הענישה, אם יאומץ המתחם שנקבע בבתי המשפט המחוזיים, תוגבל רק לחוק הכניסה לישראל, ואולי אף רק לעבירות שב״ח. בתי המשפט עשויים להתעלם מהחובה לקבוע עונשים הולמים לפי מדרג החומרה האורדינלי, ולכן עשויים הם לקבוע מתחמים נמוכים יותר למעשי עבירה חמורים יותר. במילים אחרות, ייתכן שבתי המשפט יתעלמו מהמתחמים שנקבעו בעבירות שב״ח כשיקבעו מתחמי ענישה למעשי עבירה אחרים שחומרתם דומה או גבוהה יותר. אך אם כך יקרה, הם יפרו את חובתם להבטיח מדרג אורדינלי נכון של מתחמי כל העבירות. לפיכך המחיר של הגבלת ההחמרה הכללית ברמות הענישה יהיה התעלמות מעקרון היסוד של תיקון 113.

קיימת דרך נוספת שבה יוכלו בתי המשפט להצדיק הימנעות מהחמרה כללית בענישה בעקבות המתחם שנקבע לעבירות שב״ח. ייתכן שייקבע כי אי אפשר להשוות בין חומרת מעשי עבירה מסוגים שונים.[101] לפי טענה זו, חומרת מעשה עבירה היא מושג עמום, וכאשר מדובר בעבירות מסוגים שונים, אי אפשר כלל להשוות בין חומרת מעשה אחד לחומרת מעשה אחר. אף שיש בטענה מן האמת, אין להפריז במשקלה. אכן, קיימים שולי עמימות רחבים המקשים על השוואת חומרת מעשי עבירה שונים, בייחוד כאשר מדובר במעשים מסוגים שונים. אולם גם לשולי עמימות אלו יש גבולות, ובמקרים רבים ניתוח הערך המוגן, מידת הפגיעה בו, אשמו של הנאשם והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה מעידים בבירור שמעשה עבירה אחד חמור מחברו, גם בעבירות מסוגים שונים. לפיכך הסתמכות על העמימות המקשה על יצירת מדרג אורדינלי צריך שתהיה מוגבלת.

100 ראו לעיל פרק ג.

101 ראו לעיל פרק א.3.

בסופו של דבר, למרות עמימות זו קביעת מעין עונש מינימום של חודש ימים מאסר בפועל בכל מעשה עבירה שבעניינו יוסכם כי חומרתו דומה לחומרת מעשיו של שב״ח הנכנס לישראל לצורך פרנסה, או רבה ממנה, תוביל להחמרה ברמות הענישה.

סיכום: קביעת מתחם העונש ההולם – נורות אזהרה אחדות

הפסיקה המתגבשת בקביעת מתחם העונש ההולם בעבירות שב״ח צריכה להדליק נורות אזהרה למי שחרד כי תיקון 113 יוביל להגדלה ניכרת בשימוש בעונש המאסר, ובעקבותיו לגידול באוכלוסיית הכלואים. הרחבת ההוראות החקוקות וההנחיות לשופטים בארצות הברית בשנות השמונים הייתה מן הגורמים המרכזיים לגידול העצום באוכלוסיית הכלואים שם, ורבים הביעו חשש שחקיקת התיקון תוביל לשימוש יתר במאסרים גם אצלנו.[102] המגמה המסתמנת כעת בחודשים הראשונים לתחולתו של תיקון 113 מחזקת מאוד חששות אלו.

כדי למנוע סחף כזה ברמות הענישה בתי המשפט נדרשים להקפיד על כמה עקרונות בסיסיים בקביעת מתחם העונש ההולם:

1. לקבוע במתחם העונש ההולם, ככל האפשר, יותר מסוג עונש אחד. אמנם כשאומרים מתחם השומע חושב לרוב על מתחם מספרי – דהיינו על מתחם שנע בין תקופת מאסר מזערית לתקופת מאסר מרבית – אולם החוק קובע במפורש כי עקרון ההלימה מחייב לבחון גם את סוגי העונש ולא רק את חומרתם.[103] לפיכך מתחם העונש יכול, ופעמים רבות גם צריך, לכלול יותר מסוג אחד. כלומר, במקרים רבים ראוי שהרף התחתון במתחם יכלול עונש מאסר מותנה או קנס בלבד. הדבר נכון במיוחד בעבירות קלות יחסית, כגון עבירה של שהייה שלא כדין, מהטעמים שפורטו בפרקים הקודמים.

2. המתחם אמור להתאים למגוון רחב של נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. הוא צריך להיות רחב מספיק כדי שבשלב השני יהיה אפשר להתאים את העונש לנסיבות השונות. הרף התחתון צריך להתאים לנסיבות מקלות, והעליון לנסיבות מחמירות שאינן קשורות בביצוע העבירה. למשל, מתחם העונש ההולם בעבירה של גרימת מוות ברשלנות בתאונת דרכים אמור להתאים גם לאדם בעל רקע של נהיגה לא זהירה שלאחר המעשה הביע חוסר אכפתיות מוחלט מתוצאתו, וגם לאם ללא עבר פלילי או תעבורתי שגרמה בשל טעות דומה למות בתה. המתחם צריך להתאים גם לצעיר רווק בן 20 שהכלא מוכר לו, וגם למפרנסת יחידה ללא עבר פלילי אשר כליאתה תפגע ביכולת הקיום של ילדיה. גודלו של המתחם, ובייחוד מיקומו של הרף התחתון, חייב לאפשר גמישות

102 ראו גזל־אייל ולזר ״ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא״, לעיל ה״ש 6, בעמ׳ 60, וכן סנג׳רו, לעיל ה״ש 6.

103 ס׳ 40ב לחוק העונשין.

גמישות סבירה להתחשבות בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. עם זאת אין להגזים ברוחב המתחם. אין לנסות לכלול במתחם גם עונשים שיתאימו לנסיבות חריגות ונדירות ביותר שאינן קשורות לביצוע העבירה. כדי שהמתחם יבטיח שהעיקרון המנחה שקבע החוק, עקרון ההלימה, אכן יהיה העיקרון המרכזי בענישה, גבולותיו של המתחם חייבים לקבוע מגבלה אפקטיבית, משמעותית על הכללת שיקולים אחרים. כפי שהראיתי לעיל, הרף העליון שנקבע לעבירת שב״ח לצורכי פרנסה היה פסול מטעם זה. אם הדוגמה של מתחמי הענישה שנקבעו לשב״חים היא אינדיקציה לבאות, החשש העיקרי הוא מפני קביעת רף עליון גבוה מדי, שיאפשר לבית המשפט החמרה יתרה משיקולים שאינם קשורים לעיקרון המנחה בענישה, ורף תחתון גבוה מדי, שימנע התחשבות ראויה בשיקולים לקולה.

3. כנגזרת של ההערה הקודמת, ראוי שהמתחם ייקבע סביב נקודת האמצע אשר תואמת את הנסיבות הרגילות או הממוצעות, כדי שהעונשים שיוטלו בפועל בגין מעשי עבירה דומים יתפזרו באופן שווה פחות או יותר בין חלקו התחתון של המתחם לחלקו העליון. אחת הבעיות במתחם שנקבע לעבירת השב״ח הייתה ששופטים אשר סברו שמדיניות ענישה לעבירת שב״ח רגילה יחידה צריכה לכלול מאסר של כחודש או מעט יותר, קבעו מתחם שגבולו התחתון הוא חודש וגבולו העליון הוא שישה חודשים. מתחם זה אינו סימטרי, ותוצאת קביעתו היא שכמעט כל העונשים המוטלים נקבעים בחציו התחתון. התאמת הרף התחתון של המתחם לרמת הענישה הממוצעת והצבת הרף העליון למקרים החמורים ביותר מאפשרות גמישות רק לכיוון אחד – לחומרה. וכך במקום מתחם ענישה קובעים השופטים מעין עונש מינימום (כפוף לאפשרות החריגה למטרות שיקום) בלא שבצדו עונש מקסימום אפקטיבי.

4. יש להיזהר מאוד בקריאת רמות הענישה הנוהגות. עיון בכלים כגון ״נבו ענישה״ עלול להוביל למסקנות מטעות, שכן הענישה המופיעה שם כוללת פעמים רבות כמה עבירות, כמה אירועים או הפעלה של עונשים מותנים. מקום שבו המתחם נקבע לאירוע אחד, יש לנסות ולקרוא מתוך הפסיקה הקיימת מה היה העונש במקרים שבהם נדון אירוע אחד בלבד, שמאפייניו דומים למאפייני התיק שבנדון.

5. יש להיזהר מלהחיל בקלות רבה מדי מתחם שנקבע למקרה אחד גם במקרה אחר. כאמור, המתחם צריך להיקבע למעשה עבירה מסוים על פי נסיבותיו ואשמו של הנאשם. מעשים שונים בחומרתם או אשם שונה מחייבים קביעת מתחם שונה, גם כאשר סעיף העבירה שבמסגרתו מורשע הנאשם דומה. למשל, אין להחיל על כל השב״חים מתחם דומה. המתחם לשב״ח הנמלט מן השטחים בשל סכנה לחייו או המתחם שנקבע לשב״ח שנכנס לישראל בהיתר אך יצא לאחר שההיתר פג צריך להיות נמוך מהמתחם שנקבע לשב״ח הנכנס לצורכי פרנסה. בדומה לכך, המתחם לשב״ח שנכנס לישראל לצורך ביצוע עבירה פלילית או ביטחונית, צריך להיות מחמיר יותר.

6. במקום אחר הביע השופט מצא את החשש כי שופטים לא יפעלו על פי דרישות החוק ויחליטו בשלב הראשון על העונש שאותו הם מעוניינים להטיל, ואז יקבעו את

המתחם כדי שיכיל עונש זה.[104] לגישתו, אם כך ייעשה, החוק לא ישנה דבר אלא את דרך ההנמקה. אני מסכים כי על בתי המשפט להיזהר מפני הפיכת התהליך המחשבתי, אולם מטעם אחר: החשש שלי הוא שבחירת העונש בשלב ראשון והתאמת המתחם לעונש זה (במקום בחירת מתחם והתאמת העונש למתחם) לא תחזיר את שיקול הדעת הרחב בענישה לשופטים אלא להפך, תגביל את שיקול דעתם יתר על המידה. גם אם בית המשפט יבחר מתחם רק כדי להתאימו לעונש שנראה לו מתאים בנסיבות העניין, המתחם האמור עלול ליצור תקדים. במקרה עתידי, שבו מעשה העבירה הנדון יהיה דומה אך הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה יהיו שונות, יתקשה בית המשפט לסטות מהמתחם שקבע כדי להתאימו לעונש המתאים במקרה השני. לפיכך על בתי המשפט להיזהר פן ההליך המחשבתי שלהם יתהפך לא רק משום שהדבר עלול לרוקן מתוכן את הוראות החוק, אלא גם משום שבדרך זו הם עלולים לכבול עצמם לרמות ענישה שלא יתקבלו על דעתם במקרים עתידיים. ייתכן שפסיקת בתי המשפט המחוזיים בעניין השב״חים היא דוגמה להליך כזה, שכן המתחם שקבעו יוצר כעת קושי בפני בתי משפט השלום הדנים במקרים שבהם עונש של חודש מאסר כבד מדי נוכח נסיבותיו של הנאשם.

אלו כמובן רק הערות ראשונות שמתבססות על הניסיון הבלתי מוצלח, לדעתי, של בתי המשפט לקבוע מתחם עונש הולם לשוהים שלא כדין בישראל. עם הזמן והניסיון שיצטבר יילמדו לקחים רבים אחרים ביישום התיקון לחוק העונשין. עם זאת כבר כעת ברור כי על בתי המשפט להשקיע מאמץ רב כדי להימנע משימוש מוטעה בכלים שקבע החוק באופן שעלול להוביל לשינויים קיצוניים לחומרה ברמות הענישה הנוהגות.

104 אליהו מצא ״מהפיכת העונשים״ **עורך הדין** 16, 10 (2012).

nevo.co.il