|  |  |
| --- | --- |
| **בית משפט השלום ברמלה** | |
| ת"פ 18159-09-13 משטרת ישראל תביעות- שלוחת רמלה נ' אלכואזבה(עציר) ואח' |  |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בפני** | **כב' השופט הישאם אבו שחאדה** | |
| **בעניין:** | **המאשימה - משטרת ישראל תביעות- שלוחת רמלה – ע"י עוה"ד אביטל פורטנוי** |  |
|  |  | |
|  | **נגד** | |
|  | **הנאשם - ראאפת שלאלדה** |  |
|  | **ע"י עוה"ד הרצל יוספי** |  |

כתבי עת[:](http://www.nevo.co.il/safrut/book/14971)

[אורן גזל-אייל, "מתחמים לא הולמים: על", משפטים על אתר, ו (תשע"ג) 1](http://www.nevo.co.il/safrut/book/14971)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952](http://www.nevo.co.il/law/90721): סע' [1(ב)](http://www.nevo.co.il/law/90721/1.b), [12(1)](http://www.nevo.co.il/law/90721/12.1)

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [40א](http://www.nevo.co.il/law/70301/40a), [40ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/40b), [40ג(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.a), [40ג(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.b), [40ד](http://www.nevo.co.il/law/70301/40d), [40ח](http://www.nevo.co.il/law/70301/40h), [40ט(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a), [40ט(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.3), [(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.4), [40יא(11)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40ja.11)

|  |
| --- |
| **גזר דין לנאשם 2** |

1. הנאשם הורשע על פי הודאתו בעובדות כתב האישום בביצוע עבירה של כניסה לישראל שלא כחוק לפי סעיפים [12(1)](http://www.nevo.co.il/law/90721/12.1) ו-[1(ב)](http://www.nevo.co.il/law/90721/1.b) ל[חוק הכניסה לישראל](http://www.nevo.co.il/law/90721) תשי"ב – 1952. על פי עובדות כתב האישום ביום 7.9.13, הנאשם, שהינו תושב האזור, נמצא שוהה בישראל שלא כדין, על כביש 1 סמוך למחלף לטרון.

2. המאשימה הפנתה בטיעוניה לעונש לעברו הפלילי של הנאשם. לנאשם שתי הרשעות קודמות בעבירות של כניסה לישראל שלא כחוק, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו ונדון לעונשי מאסר בפועל. ב"כ המאשימה טענה כי מתחם העונש ההולם נע בין חודש לשישה חודשי מאסר בפועל בגין ביצוע עבירה של כניסה לישראל שלא כחוק תוך הפניה לפסיקה של בתי המשפט המחוזיים בעניין זה. המאשימה טענה כי לאור עברו הפלילי של הנאשם, העונש הראוי הוא עונש של תקופת מאסר ממשית וכן מאסר מותנה וקנס כספי משמעותי.

3. ב"כ הנאשם הפנה לנסיבות חייו אשר הינו נשוי ואב לחמישה ילדים שפרנסתם עליו. כמו כן טען כי הנאשם נכנס במקרה הנוכחי לישראל למטרת עבודה בלבד והדגיש שלעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, לא היו עבירות נלוות.

4. ב[ת"פ 24038-11-13](http://www.nevo.co.il/case/10476395) **מדינת ישראל נ' רדואן** [פורסם בנבו] (28.11.13) עמדתי בהרחבה על הפרמטרים בקביעת מתחם העונש ההולם בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, תוך התייחסות לפסיקה של בתי המשפט המחוזי ושל בית המשפט העליון. אביא את הדברים שהבאתי שם, מחדש.

**השלבים בגזירת הדין**

5. בעקבות תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), מלאכת גזירת הדין מורכבת משלושה שלבים עיקריים ([ע"פ 2918/13](http://www.nevo.co.il/case/6950458) **דבס נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (18.7.13) פסקה 6 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן; [ע"פ 1903/13](http://www.nevo.co.il/case/6824952) **עיאשה נ' מדינת ישראל**  [פורסם בנבו] (14.7.13) פסקאות 7 עד 9 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל; [ע"פ 1323/13](http://www.nevo.co.il/case/6473037) **חסן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (5.6.13) פסקאות 6 – 9 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל). **בשלב הראשון**, על בית משפט לקבוע את מתחם העונש ההולם. מתחם העונש ההולם הוא אמת מידה נורמטיבית המשכללת את הערך החברתי שנפגע כתוצאה מהעבירה, מדיניות הענישה הנהוגה ביחס לעבירה זו ונסיבות ביצועה, לרבות מידת אשמו של הנאשם.

6**. בשלב השני**, לאחר שנקבע מתחם העונש ההולם, על בית המשפט לבחון אם יש מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם, בין לקולא ובין לחומרא. אם בית משפט יגיע למסקנה שאין מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם אזי על בית משפט לעבור **לשלב השלישי** שבו יקבע את העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם.

**השלב הראשון בגזירת הדין: קביעת מתחם העונש ההולם**

העבירה של כניסה לישראל שלא כחוק ושאלת מתחם העונש ההולם

7. מתחם העונש ההולם בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, ללא עבירות נלוות, נקבע על ידי בית המשפט המחוזי במחוז צפון ובית המשפט המחוזי במחוז מרכז כנע בין חודש מאסר בפועל ל- 6 חודשי מאסר בפועל ([ע"פ (מח'-נצרת) 41708-07-12](http://www.nevo.co.il/case/3865762) **מדינת ישראל נ' עטאללה** [פורסם נבו] (24.7.12); ע"פ (מח' – מרכז) 57019-07-12 **מדינת ישראל נ' פארס** [פורסם בנבו] (31.7.2012)). לעומת זאת, בית המשפט המחוזי בירושלים קבע שהמתחם נע בן 10 ימי מאסר בפועל ל- 6 חודשי מאסר בפועל ([עפ"ג (מח' - י-ם) 44287-02-13](http://www.nevo.co.il/case/6555168) **מדינת ישראל נ' אללטיף** [פורסם בנבו] (24.2.13). לפי הפסיקה האמורה, מתחם העונש ההולם נקבע על פי **סוג** העבירה שבוצעה.

8. בפסיקה **מאוחרת יותר** של בית משפט העליון נקבע כי יהיו **מתחמי עונש שונים** לנאשמים שונים שביצעו את **אותה עבירה**, ולא מתחם עונש אחד ויחיד לפי **סוג** העבירה שבוצעה, כאשר "מידת האשם" בביצוע העבירה ו-"מידת הנזק" שנגרם ושהיה צפוי להיגרם מביצועה, יבדילו בין מתחם אחד למשנהו (ראו: דברי כבוד השופט סולברג בפסקה 23 לפסק דינו ב-[ע"פ 8641/12](http://www.nevo.co.il/case/5573417) **סעד נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (5.8.13); דברי כבוד השופט שוהם ב- [רע"פ 4088/13](http://www.nevo.co.il/case/7667123) **הדרי נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (11.6.2013); וכן דברי כבוד השופטת ארבל בפסקה 7 לפסק דינה ב-[ע"פ 1323/13](http://www.nevo.co.il/case/6473037) **חסן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (13.5.2013) לגבי הצביון האינדיבידואלי של מתחם העונש ההולם).

9. ב-[רע"פ 4088/13](http://www.nevo.co.il/case/7667123) **הדרי נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (11.6.13) היה מדובר במבקש ללא עבר פלילי קודם ואשר נגזר דינו על ידי בית משפט השלום ברחובות לעונש של 3 ימי מאסר ומאסר על תנאי. המדינה הגישה ערעור לבית המשפט המחוזי מחוז מרכז על קולת העונש. הערעור התקבל והוטלו על הנאשם 30 ימי מאסר בפועל, חרף העובדה שהיה מדובר בעבירה בודדת של כניסה לישראל שלא כחוק ללא עבירות נלוות ובמבקש נעדר עבר פלילי. בקשת רשות ערעור שהוגשה לבית המשפט העליון נדחתה ונקבע בפסקה 7 להחלטה על ידי כבוד השופט שוהם שאין בעונש שהושת על המבקש כל סטיה, ובוודאי שלא סטיה מהותית, ממדיניות הענישה הנוהגת, ככל שמדובר בעבירה של כניסה שלא כדין לישראל. כמו כן, לגבי מתחם העונש ההולם לעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק נקבע בפסקה 6 להחלטה הדברים הבאים:

"קביעת מתחם העונש ההולם היא מלאכתה של ערכאה דיונית, כפי שעולה מנוסחו של תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). אשר לשיקולים המנחים את בית המשפט בקביעת מתחם הענישה ההולם, מן הראוי להפנות לסעיף 40ג ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) המתייחס, בין היתר, ל"נסיבות הקשורות לביצוע עבירה", כמפורט בסעיף 40ט. ועוד יש להפנות, לענין קביעת המתחם, להוראות סעיף 40יב, המקנה לערכאה דיונית את הסמכות "לשקול נסיבות נוספות הקשורות בביצוע עבירה לשם קביעת מתחם העונש ההולם". כפועל יוצא מהאמור לעיל, **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.

בדברי אלה, אין כדי לקבע את מתחם הענישה אשר אוזכר על ידי בית המשפט המחוזי, שכן קביעת המתחם אינה תלוית נסיבות אותן יש לבחון, בכל מקרה ומקרה, ואין לשלול את האפשרות כי ניתן יהיה להסתפק, במקרים המתאימים, **גם בעונש מאסר מותנה".**

(ההדגשה לא במקור)

עבר פלילי איננו נתון רלבנטי בקביעת מתחם העונש ההולם

10. עברו הפלילי של נאשם מסוים איננו נתון רלוונטי בקביעת גבולותיו של מתחם העונש ההולם, אלא נתון רלוונטי בעת קביעת העונש "המתאים" בתוך מתחם העונש ההולם. הדבר עולה בבירור מתוך הוראותיהם של [סעיפים 40ג(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.b) ו- [40יא(11)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40ja.11) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) תשל"ז – 1977 ואשר מורים כדלקמן:

"40ג(ב). **בתוך מתחם העונש ההולם** יגזור בית משפט את העונש **המתאים** לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בעבירה כאמור בסעיף 40יא, ואולם בית משפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור לפי הוראות סעיף 40ד ו-40ה.

40יא. בגזירת העונש **המתאים** לנאשם כאמור בסעיף 40ג(ב), רשאי בית משפט להתחשב בהתקיימות נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר כי ראוי לתת להן משקל בנסיבות המקרה, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם:

(11) **עברו הפלילי של הנאשם או העדרו."**

(ההדגשה לא במקור)

"מידת האשם" כפרמטר מרכזי בקביעת מתחם העונש ההולם

11. מטרתו של תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) תשל"ז –1977 הוגדרה [בסעיף 40א](http://www.nevo.co.il/law/70301/40a) לחוק העונשין תשל"ז – 1977 (להלן: **חוק העונשין**) ואשר קובע כדלקמן:

"מטרתו של סימן זה לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה"

12. העיקרון המנחה בענישה הוגדר [בסעיף 40ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/40b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), ואשר לפיו:

"העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשי העבירה, בנסיבותיו **ומידת אשמו של הנאשם** ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה – העיקרון המנחה)".

(ההדגשה לא במקור)

13. הרכיב של "מידת אשמו של הנאשם" בביצוע העבירה הוא עיקרון מנחה בענישה ואשר קיבל ביטוי גם [בסעיף 40ט(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a) [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ואשר לפיו:

"40ט. (א) **בקביעת מתחם העונש ההולם** למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור בסעיף 40ג(א), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של **נסיבות הקשורות בביצוע העבירה**, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר שהן משפיעות על חומרת מעשי העבירה **ועל אשמו של הנאשם**"

(ההדגשה לא במקור)

14. ודוק, מידת אשמו של הנאשם בעת ביצוע העבירה, קובעת את **"מתחם העונש ההולם",** וזאת להבדיל מ-"העונש המתאים" בתוך מתחם העונש ההולם. הביטוי "מידת" אשמו של נאשם אוצר בחובו את הנחת היסוד שישנן **דרגות שונות של אשם** בביצועה של עבירה. כל דרגת אשם יהיה לה מתחם עונש הולם שונה, ולא יהיה מתחם עונש הולם אחד ויחיד לכל דרגות האשם.

אופן בדיקת "מידת האשם" בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק

15. לדעתי, ניתן לקבוע שלוש דרגות אשם בביצועה של עבירת הכניסה לישראל שלא כחוק, כאשר לכל דרגת אשם יהיה מתחם עונש הולם שונה. דרגות האשם ייקבעו על פי "**תכלית**" הכניסה לישראל, כאשר ניתן ללמוד על תכלית זו מנסיבות ביצוע העבירה. להלן שלוש דרגות האשם, כאשר קיומו של אחד או יותר מהפרמטרים שלהלן יגדיר את דרגת האשם, ובכל מקרה לא מדובר ברשימה סגורה:

א. **דרגת אשם גבוהה** – זאת כאשר מדובר במי שנכנס לישראל במטרה לבצע עבירה שגלום בה פוטנציאל לפגיעה בבטחון המדינה. בפסיקה ישנה התייחסות נרחבת לסכנה הטמונה בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק מן ההיבט הבטחוני. ראו למשל: [רע"פ 3173/09](http://www.nevo.co.il/case/5880417) **פראגין נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (5.5.09), פסקה יא' לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין, פסקה 7 לפסק דינו של כבוד השופט דנציגר (להלן – עניין **פראגין**); [רע"פ 5198/01 טלעת ח'טיב נ' מדינת ישראל פ"ד נו](http://www.nevo.co.il/case/5999544)(1) 769; [רע"פ 3674/04](http://www.nevo.co.il/case/5908341) **אבו סאלם נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (12.2.06) פסקה 9 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

ב. **דרגת אשם בינונית** – זאת כאשר מדובר במי שנכנס לישראל שלא בנסיבות המצויות בדרגת האשם הגבוהה וגם לא בנסיבות של דרגת האשם הנמוכה. בדרגת האשם הבינונית ניתן לכלול את מי שמכנס לישראל ומבצע עבירות פליליות שונות (כגון עבירות רכוש, אלימות, מין ועוד). ככל שהעבירה הנוספת שבוצעה היא בדרגה קלה ביותר, אזי, במקרים חריגים מעין אלה ניתן יהיה למקם את הנאשם במתחם העונש ההולם שרלבנטי לדרגת האשם הנמוכה.

ג. **דרגת אשם נמוכה** – זאת כאשר מדובר במי שנכנס לישראל מחמת מצוקה, כאשר מצוקה זו איננה מגעת לכדי הגנת הכורח או הצורך במשפט פלילי. מצוקה זו יכולה ללבוש צורות שונות:

ג.1 כלכלית - ראו למשל הדברים שנאמרו בעניין **פראג'ין** על תושבי האזור שנכנסים לישראל למטרת עבודה וזאת בצר להם לאור מצוקתם הכלכלית, ואשר יש להבחין בינם לבין אלה שנכנסים לישראל לביצוע עבירה פלילית או בטחונית (פסקה 7 לדעתו של כבוד השופט דנציגר);

ג.2 איחוד משפחות - על תופעת הנישואין בין אזרחי ישראל לבין תושבים זרים והחישוקים והקשיים בהסדרת מעמדו של בן/בת הזוג הזר, במיוחד בעת קיומם של ילדים משותפים המתגוררים בישראל ראו למשל: [בג"צ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים פ"ד סא](http://www.nevo.co.il/case/5721166)(2) 202 (2006); [בג"צ 466/07](http://www.nevo.co.il/case/5704132) **ח"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה** [פורסם בנבו] (11.1.12); [בג"צ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג](http://www.nevo.co.il/case/5670754)(2) 728 (1999).

ג.3 רדיפה - ישנם מקרים שהכניסה לישראל שלא כחוק נובעת מסכנה שנשקפת לחייו של הנכנס או לקבוצה האתנית שעליה הוא נמנה בשל למשל רדיפה אתנית או מלחמת אזרחים במדינת המוצא (ראו למשל פסק הדין מהעת האחרונה בעניין [בג"צ 7146/12](http://www.nevo.co.il/case/5599157) **אדם נ' הכנסת** [פורסם בנבו] (16.9.13)). על קבוצה זו של כניסה לישראל מחמת רדיפה נמנים גם תושבי האזור שסייעו לכוחות הבטחון ומצויים בקטגוריית "מאוימים" באזור מגוריהם (ראו למשל [בג"צ 4711/13](http://www.nevo.co.il/case/7715077) **פלוני נ' ועדת המאוימים** [פורסם בנבו] (10.10.13))

16. מדרג האשם כפי שהובא לעיל לגבי העבירה של כניסה לישראל שלא כחוק הוא ראוי ונכון וזאת מכל הנימוקים שלהלן :

א. מדרג האשם נותן ביטוי ל-"**צביון האינדיבידואלי**" של מתחם העונש ההולם (על הצביון האינדיבידואלי של מתחם העונש ההולם ראו דברי כבוד השופטת ארבל בפסקה 7 לפסק דינה ב-[ע"פ 1323/13](http://www.nevo.co.il/case/6473037) **חסן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (13.5.13).

ב. קיומו של מדרג אשם יסייע לבית המשפט להימנע "**מהמצאה של הגלגל**" כל פעם מחדש לעניין גבולותיו של מתחם העונש ההולם בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, וזאת באנאלוגיה מדבריו של כבוד השופט ג'ובראן בפסקאות 7 ו- 8 לפסק דינו ב-[ע"פ 7655/12](http://www.nevo.co.il/case/5603213) **פייסל נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (4.4.13) על כך שמתחם העונש ההולם צריך שיהיה מספיק רחב ולכלול מספר רב של מקרים על מנת שלא יהיה צורך להמציאו כל פעם מחדש.

ג. בעת שיהיה מדרג אשם, אזי תהיה אחידות "**בדרך קביעת העונש**", שהרי זו תכליתו של תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). יוזכר כי הרעיון המרכזי מאחורי תיקון 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) הוא גיבוש "מתודולוגיה אחידה" בקביעת גזר הדין, וזאת על מנת לצמצם את האפשרויות של פערים בלתי מוסברים בתוצאות הענישה. בבוא בית המשפט לתת גזר דין בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק יהיה עליו לאתר את קטגוריית האשם הרלבנטית על פי נסיבות המקרה שבפניו, ולאחר איתור קטגוריית האשם הרלבנטית יוכל לקבוע מה העונש המתאים בתוך המתחם שבחר.

ד. מדרג האשם נותן ביטוי גם ל-"**מידת הפגיעה**" בערך החברתי המוגן בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, שהינו עקרון "הריבונות" של המדינה להחליט מי יבוא בשעריה. ודוק, העקרון של "מידת הפגיעה" בערך החברתי המוגן הוא שלוב ושזור ברכיב של "מידת הנזק" שנגרם או שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה ([סעיף 40ט(א)(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.3) ו-[(4)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40i.a.4)) ולמעשה רכיב "מידת הפגיעה" ורכיב "מידת הנזק" הם רכיב אחד ולא שני רכיבים נפרדים.

הגדרת מתחמי העונש ההולם בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק

17. מתחמי העונש ההולם לגבי העבירה של כניסה לישראל שלא כחוק יכולים להכיל אחד או יותר מהעונשים שלהלן: מאסר בפועל, מאסר על תנאי, קנס והתחייבות כספית.

לגבי רכיב המאסר

18. בעת קביעת "רוחבו" של מתחם העונש ההולם לגבי רכיב המאסר יש לקחת בחשבון את הנחייתו של בית משפט העליון כי מן הראוי שמתחם עונש הולם לא יהיה רחב מידי וגם לא צר מידי ([ע"פ 1323/13](http://www.nevo.co.il/case/6473037) **חסן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (5.6.13) פסקה 8 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל). כבוד השופט ג'ובראן קבע שמן הראוי שמתחם העונש ההולם יהיה מספיק כללי כדי להכיל בתוכו מספר רב של מקרים ושלא יהיה מצומצם למקרה פרטני אחד וזאת על מנת לחסוך "המצאה של הגלגל" כל פעם מחדש לגבי מתחם העונש ההולם ([ע"פ 7655/12](http://www.nevo.co.il/case/5603213) **פייסל נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (4.4.13) פסקאות 7 ו-8).

19. "רוחבו" של מתחם העונש ההולם נגזר גם מהעונש המקסימאלי שניתן להשית בגין אותה עבירה. במקרה שבפני, בעבירה לפי [סעיף 12(1)](http://www.nevo.co.il/law/90721/12.1) ל[חוק הכניסה לישראל](http://www.nevo.co.il/law/90721), העונש המקסימאלי הוא שנת מאסר אחת ואמור לכלול בתוכו הן את רכיב המאסר בפועל והן את רכיב המאסר על תנאי. ודוק, מאחר וקבענו שלכל "סוג" של עבירה ייתכן ויהיו דרגות שונות של אשם בביצועה של העבירה, ועל כן גם מתחמי עונש שונים לכל דרגת אשם, הרי שיש לעשות "**מדרג של מתחמים**" בתוך העונש המקסימאלי שנקבע לעבירה. בעת קביעת גבולותיו של מתחם העונש בדרגת האשם הנמוכה יש גם לחשוב מה יהיו גבולותיהם של שני מתחמי העונש הנוספים עם דרגת האשם הבינונית והגבוהה. לדיון מפורט בסוגיה של אופן קביעת מתחם העונש ההולם בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק ראו: אורן [גזל אייל "מתחמים לא הולמים: על](http://www.nevo.co.il/safrut/book/14971)  עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" **משפטים על אתר**, כרך ו', עמ' 1 – 34.

20. לסיכום, לעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק יש לדעתי לקבוע שלושה מתחמי עונש שונים, לגבי **רכיב המאסר,** בהתאם לדרגת האשם בביצוע העבירה:

|  |  |
| --- | --- |
| **דרגת אשם** | **מתחם העונש ההולם** |
| גבוהה | 7 – 12 חודשים |
| בינונית | 1 – 6 חודשים |
| נמוכה | החל ממאסר על תנאי ועד 3 חודשים |

לגבי רכיב הקנס

21. [סעיף 40ח](http://www.nevo.co.il/law/70301/40h) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) תשל"ז – 1977 קובע כדלקמן :

"קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, יתחשב, נוסף על האמור בסעיף 40ג(א) במצבו הכלכלי של הנאשם, לצורך קביעת מתחם עונש הקנס ההולם."

22. בעת קביעת מתחם הקנס ההולם בית המשפט אמור לקחת בחשבון שני אלמנטים מרכזיים: הראשון, חומרת העבירה שבוצעה שמתבטאת בעקרון ההלימה (ראו [סעיף 40ג(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)); והשני, מצבו הכלכלי של הנאשם. חומרת העבירה של כניסה לישראל שלא כחוק נלמדת מדרגת האשם שבא מצוי הנאשם. ודוק, מצבו הכלכלי של נאשם, כאלמנט ייחודי וסובייקטיבי שמשתנה מנאשם לנאשם, יכריע על פי לשון [סעיף 40ח](http://www.nevo.co.il/law/70301/40h) את "מתחם הקנס ההולם" לאותו אירוע עברייני שבוצע על ידי נאשם ספציפי ולא את "הקנס המתאים" לאותו נאשם בתוך מתחם הקנס ההולם. במילים אחרות, יכול שיהיו מתחמי קנס הולם שונים לנאשמים שונים שביצעו את אותו מעשה עבירה, וזאת בהתאם למצב הכלכלי של כל אחד מהם.

23. לכל אדם עומדת זכות חוקתית לקיום אנושי בסיסי שיבטיח תנאי מחייה מינימאליים בכבוד ([בג"צ 10662/04](http://www.nevo.co.il/case/5779147) **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** [פורסם בנבו] (28.2.2012), ניתן בהרכב מורחב של שבעה שופטים). הקנס שיוטל על ידי בית המשפט צריך שיהיה לו **אימפקט דומה** על נאשמים שונים בהתאם למצבם הכלכלי. לא ניתן להשית קנס כספי על נאשם שיש בו להכביד עליו יתר על המידה ולגרוע מזכותו לקיום אנושי בסיסי (כגון קורת גג, מזון, מים, חשמל).

סיכום ביניים

24. במקרה שבפני הנאשם נכנס לישראל מתוך מצוקה כלכלית ולמטרת עבודה. על כן, הנאשם שבפני נמצא **בדרגת אשם נמוכה** כאשר מתחם העונש ההולם לגביו נע בין מאסר על תנאי לשלושה חודשי מאסר בפועל.

**השלב השני בגזירת הדין: האם יש מקום לסטות ממתחם העונש ההולם**

25. במקרים המתאימים ניתן לסטות ממתחם העונש ההולם, בין לקולא מטעמי שיקום ובין לחומרא מטעמי הגנה על שלום הציבור. [סעיף 40ד](http://www.nevo.co.il/law/70301/40d) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) מתיר חריגה ממתחם העונש ההולם במקרים שבהם בית המשפט השתכנע כי יש סיכוי של ממש כי הנאשם השתקם. ודוק, האפשרות לסטייה ממתחם העונש ההולם מטעמים של שיקום איננה מצומצמת רק למקרים "קלאסיים" של שיקום כגון כאשר מדובר בגמילה מסמים, אלא חלה גם באותם מקרים שבהם קיים סיכוי להיעדר הישנות ביצוען של עבירות מאותו סוג, במיוחד כאשר מדובר באדם ללא עבר פלילי (ראו פסק דינה של כבוד השופטת ארבל בעניין [ע"פ 1903/13](http://www.nevo.co.il/case/6824952) **עיאשה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (14.7.13)). מן הראוי להבהיר שהחריגה ממתחם העונש ההולם יכולה להיות גם על ידי ביטול ההרשעה בדין, בנסיבות המתאימות, והכל בכפוף לאמות המידה שנקבעו בפסיקה לגבי אי הרשעה.

26. במקרה שבפני, הסוגיה של אי הרשעה איננה מתעוררת, ובכל מקרה, גם לא מצאתי נסיבות אישיות מיוחדות אצל הנאשם שיצדיקו סטייה ממתחם העונש ההולם, לרכיביו השונים כפי שפורטו לעיל, וזאת בין לקולא ובין לחומרא.

**השלב השלישי בגזירת הדין: קביעת העונש המתאים במתחם**

27. בעת קביעת העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם יש להתחשב בדברים שנקבעו ע"י כבוד השופט רובינשטיין בעניין **פראג'ין** בפסקה כ"א:

"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 האדם העומד לדין. הדברים נאמרים, כמובן, בקווים רחבים, ושיקול הדעת נתון לבימ"ש הדן. בלא נטיעת מסמרות נאמר, כי בהנחה, שמדובר בשהייה שניה שלא כדין בישראל (ועל הראשונה כנמסר אין ממהרים ככלל להעמיד לדין), העונש הראוי הוא עונש מאסר בפועל, למעט במקרים שנסיבותיהם האישיות חריגות כגון חולי אקוטי במשפחתו של הנאשם. אין בכך כדי למנוע מהתביעה להעמיד לדין גם על שהייה ראשונה שלא כדין, אך במקרים כאלה, אם אין נלוות אליהן עבירות אחרות, ואין הקשר ביטחוני, ככל שהמדובר בשהייה קצרה ביותר בישראל, ניתן להסתפק במאסר על תנאי, תוך החתמת הנאשם על התחייבות כספית שלא לחזור על המעשה, ותוך שילוחו לשטחי הרשות ללא שיהוי. כאמור, בשהייה שניה שלא כדין, העונש הראוי הוא מאסר בפועל, לשם הרתעה, ואורכו צריך להיגזר מנסיבות המקרה והנאשם, כל שיחוש שהדבר אינו כדאי ועם זאת, יובאו בחשבון נסיבות המצוקה."

28. מהדברים הנ"ל לא ניתן להסיק כי בכל מקרה שבו מדובר ברישום פלילי קודם, הדבר יביא בהכרח להטלת עונש של מאסר בפועל. על בית המשפט לבחון את נסיבותיו האישיות של הנאשם בעת מתן גזר הדין, וכן חובה על בית המשפט לבחון את מהותו של הרישום הפלילי שקיים כנגד הנאשם. להלן פירוט הרישום הפלילי של הנאשם:

א. ת"פ 4301/04 של בימ"ש שלום בירושלים מיום 1.11.04. במקרה זה, הנאשם הורשע בגין 7 עבירות של כניסה לישראל שלא כחוק ונדון לתקופת מאסר בפועל של שלושה חודשים וכן הוטל עליו מאסר מותנה של חודשיים לתקופה של שלוש שנים. מהגיליון עולה כי הנאשם החל לרצות את המאסר ביום 26.10.04 ועל כן, המאסר המותנה הסתיים לכל המאוחר ביום 26.1.08.

ב. [ת"פ 6446/08](http://www.nevo.co.il/case/2379299) של בימ"ש השלום בירושלים מיום 28.4.08. במקרה זה, הנאשם הורשע בגין שתי עבירות של כניסה לישראל שלא כחוק וכן הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, כאשר העבירות של כניסה לישראל שלא כדין בוצעו ב-30.11.07 ו-15.4.08. בסופו של יום, הנאשם נדון לתקופת מאסר של חודשיים והוטלו עליו 3 חודשי מאסר על תנאי לתקופה של שנתיים. מהרישום הפלילי אין כל אינדיקציה להפעלת המאסר המותנה שניתן ב[ת"פ 6446/08](http://www.nevo.co.il/case/2379299).

29. את עברו הפלילי של הנאשם יש לבחון על פי אמות המידה שלהלן:

א. סוג העבירות הנלוות לעבירה של שהייה בלתי חוקית: בהרשעתו הראשונה של הנאשם לא היה מדובר בעבירות נלוות מכל מין וסוג. ובהרשעתו השניה, מדובר בעבירה של הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, שלמרות האינטרס החברתי שנפגע מביצועה של עבירה זו שיש בה אלמנט של קריאת תיגר על סמכותו של שוטר, עדיין עבירה זו לא נמנית על העבירות החמורות המנויות בדין הפלילי כגון עבירות אלימות, סמים ועבירות רכוש.

ב. בחינה של מרווחי הזמן בין ההרשעות השונות: בין ההרשעה הראשונה לשניה קיים פער של שלוש שנים ותשעה חודשים. בין הרשעתו השניה והרשעתו הנוכחית קיים פער של כחמש וחצי שנים. פערים אלה, הינם בגדר נתון להקלה בעונשו של הנאשם.

ג. האם הופרו המאסרים המותנים: בהרשעה השניה, מתוך עיון בגיליון הרישום הפלילי, אין אינדיקציה להפעלה של המאסר המותנה שניתן בהרשעה הראשונה. בנוסף, בתיק שבפני המאסר המותנה שניתן בהרשעה השניה כבר הסתיים לפני למעלה משנתיים. העדר הפעלה של המאסרים המותנים יש בה ללמד על הפנמה של האיסור להיכנס לישראל והאזהרה של בית המשפט שאם יכנס יאסר.

30. לסיכום, בשקלול הכולל של אמות המידה שהובאו לעיל, אין זה מסוג המקרים שבהם הרישום הפלילי הקודם של הנאשם יוביל למסקנה שיש להטיל עליו עונש מאסר מאחורי סורג ובריח.

31. מן הראוי לציין לזכותו של הנאשם, כי התייצב בצורה סדירה לדיונים שנקבעו בתיק זה, כולל ישיבת שמיעת גזר הדין שנקבעה להיום, וזאת על אף חסימת הדרכים בעקבות השלגים שנפלו באזור ירושלים. יובהר שהטיעונים לעונש נשמעו במועד אחר והדיון נדחה להיום על פי בקשתו של נאשם אחר בתיק, בשל נסיבות אישיות.

32. הנאשם כיום הינו אב לחמישה ילדים שפרנסתם עליו ולעונש מאסר מאחורי סורג ובריח ישנן השלכות ברורות על בני ביתו.

33. באיזון הכולל של הדברים, סבורני שזהו מסוג המקרים שניתן למקם את הנאשם בחלקו התחתון של מתחם העונש ההולם בדרגת אשם נמוכה, שכאמור, נע בין מאסר על תנאי לשלושה חודשי מאסר בפועל.

34. למען השלמת התמונה, יצוין כי בתיק אחר שנדון בפני אך לאחרונה אשר התייחסתי אליו בסעיף 4 לעיל לגזר הדין ([ת"פ 24038-11-13](http://www.nevo.co.il/case/10476395) **מדינת ישראל נ' רדואן**) גזרתי על תושב האזור שביצע עבירה של כניסה לישראל שלא כחוק ללא עבירות נלוות, ואשר מיקמתי אותו בדרגת האשם הנמוכה, עונש מאסר בפועל לחודשיים. הסיבה לכך היתה שלאותו נאשם היה רישום פלילי קודם של בית משפט צבאי בעבירות של יידוי אבנים ובעבירות נשק וריצה עונשי מאסר לתקופות משמעותיות. מכאן גם השוני שבין הנאשם שבפני לבין הנאשם בתיק הנ"ל שמצדיק שכל אחד מהם ימוקם בחלק אחר של מתחם העונש ההולם של דרגת אשם נמוכה.

35. על כן, הנני משית על הנאשם את העונשים הבאים:

א. 3 חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא שבמשך 3 שנים מהיום, הנאשם לא יבצע עבירה שבה הורשע.

ב. הנאשם יחתום על התחייבות כספית בסך של 3,000 ₪ להימנע במשך 3 שנים מהיום מביצוע עבירה שבה הורשע. ההתחייבות הכספית תיחתם עוד היום במזכירות בימ"ש. היה והנאשם לא יחתום, יאסר למשך 6 ימים.

זכות ערעור תוך 45 יום.

כתבי עת:

אורן [גזל-אייל, "מתחמים לא הולמים: על"](http://www.nevo.co.il/safrut/book/14971), משפטים על אתר, ו (תשע"ג) 1

5129371

54678313ניתן היום, י"ג טבת תשע"ד, 16 דצמבר 2013, במעמד הצדדים.

5129371

54678313

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

הישאם אבו שחאדה 54678313-/

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה