



בבית המשפט העליון

רע"פ 1195/22

רע"פ 1198/22

לפני : כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט א' שטיין
כבוד השופט ח' כבוב

המבקש ב-רע"פ 1195/22 : זיאד אשחאדאת

המבקש ב-רע"פ 1198/22 : אימן ח'מאיסה

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

בקשות רשות ערעור על פסקי דינו של בית המשפט המחוזי
בנצרת ב-עפ"י 48239-12-21 וב-עפ"י 48223-12-21 מיום
24.1.2022 שניתנו על ידי הנשיא א' אברהם, סג"נ א' הלמן
והשופטת י' שטרית

תאריך הישיבה : ה' בתמוז התשפ"ב (04.07.2022)
י"א באלול התשפ"ב (07.09.2022)

בשם המבקש ב-רע"פ
1195/22 והמבקש ב-רע"פ
1198/22 :

עו"ד מיכל רובינשטיין ; עו"ד נגימה הייב

בשם המשיבה : עו"ד נעימה חנאווי-כראם ; עו"ד איתמר גלבפיש

מתורגמנית : גב' סוזנה שושנה כהן

פסק-דין

השופט י' אלרון:

במוקד בקשות רשות הערעור שלפנינו, סוגיית התחשבות בעברו הפלילי של
נאשם בעבירת שהייה בלתי חוקית בקביעת גבולות מתחם העונש ההולם.

1. לפנינו שתי בקשות למתן רשות ערעור על פסקי הדין של בית המשפט המחוזי בנצרת (הנשיא א' אברהם, סגנית הנשיא א' הלמן והשופטת י' שיטרית) מיום 24.1.2022 ב-עפ"ג 48239-12-21 וב-עפ"ג 48223-12-21, בגדרם נדחו ערעורי המבקש 1 והמבקש 2 על גזרי הדין של בית משפט השלום בנצרת (השופטת ד' שרון-גרין) מיום 17.11.2021 ב-ת"פ 57681-07-21 וב-ת"פ 7838-09-21, בהתאמה.

בהסכמת הצדדים ניתנה רשות ערעור וקיימנו דיון בבקשה כבערעור. על כן המבקש 1 יכולה מכאן ואילך המערער 1, והמבקש 2 יכולה מכאן ואילך המערער 2.

רקע והליכים קודמים

2. כפי שיפורט להלן בהרחבה, המערערים הורשעו בעבירת שהייה בלתי חוקית ועונשם נגזר בהתאם לקביעות בית משפט זה ברע"פ 3677/13 אלהרוש נ' מדינת ישראל (8.12.2014) (להלן: עניין אלהרוש).

בעניין אלהרוש, נקבע מתחם עונש הולם אחיד בעבירת שהייה בלתי חוקית שנעברה לראשונה, לצרכי פרנסה ובהיעדר עבירות נלוות. בגבולות המתחם שנקבע רכיב המאסר הוא בין מאסר על תנאי לבין מאסר בפועל למשך חמישה חודשים; ורכיב הקנס הוא בין 0-2000 ש"ח. עוד נקבע, כי בית המשפט הגוזר את הדין יתחשב בעברו הפלילי של הנאשם בקביעת גבולות מתחם העונש ההולם או בגזירת העונש בתוך המתחם, לפי שיקול דעתו. קביעה אחרונה זו, היא שבמוקד ההליכים שלפנינו.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין – המערער 1

3. המערער 1 הורשע על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל). זאת בהתאם לעובדות כתב האישום המתוקן לפיהן המערער, תושב הרשות הפלסטינית, שהה בישראל ביום 26.7.2021 ללא אישור שהייה כדין.

4. בגזר דינו, בית משפט השלום עמד על מידת פגיעתו של המערער בערכים המוגנים, בכללם ריבונות המדינה הקובעת מי יבוא בשעריה, שלטון החוק והסדר הציבורי. בית המשפט קבע כי הלכת אלהרוש לא חלה בעניינו של המערער מאחר שלחובתו שתי הרשעות קודמות בגין עבירות של כניסה לישראל שלא כחוק מהשנים 2006 ו-2007. צוין כי אמנם על הרשעות אלה חלה התיישנות, אך מאחר שמועד מחיקתן

יחול רק בשנת 2025 אין להתייחס למערער כמי שעברו נקי. כמו כן, הודגש כי הרציונל בבסיס הלכת אלהרוש אינו חל על מי שהורשע בעבר בעבירת כניסה לישראל שלא כדין, אף כאשר חלה על ההרשעה התיישנות. לפיכך, ובשים לב למדיניות הענישה הנוהגת, בית המשפט קבע כי במתחם העונש ההולם רכיב המאסר בפועל הוא בין 10 ימים ל-6 חודשים, ורכיב הקנס בין 0-2000 ש"ח.

בגזירת עונשו של המערער 1 בגדרי המתחם, בית משפט השלום התחשב לזכותו בהודאתו; בנסיבות חייו האישיות; ובעובדה שבמשך 4 שנים קיבל היתרי כניסה תכופים לישראל. מנגד, בית המשפט זקף לחובתו את עברו הפלילי כאמור לעיל, תוך שצוין כי משקלו "מזערי" נוכח התיישנות העבירות. משכך, בית המשפט גזר על המערער 1 עונש של 10 ימי מאסר בפועל, בניכוי 4 ימי מעצרו; חודש מאסר על תנאי, לבל יעבור כל עבירה על חוק הכניסה לישראל, למשך שנה; והתחייבות בסך 1,000 ש"ח שלא לבצע כל עבירה על חוק הכניסה לישראל, למשך שנה.

5. ערעורו של המערער 1 לבית המשפט המחוזי נדחה תוך שנקבע כי מתחם העונש ההולם אינו מחמיר עמו יתר על המידה, בפרט נוכח המתחם שנקבע בעניין אלהרוש, בו הנאשם היה נעדר עבר פלילי. עוד הודגש, כי בית המשפט יתחשב בעברו הפלילי של המערער במסגרת גזירת העונש בגדרי המתחם ולא בקביעת גבולות המתחם. בהקשר זה צוין, כי העובדה שהרשעותיו של המערער 1 התיישנו נלקחה בחשבון על ידי בית משפט השלום אשר מיקם את העונש בתחתית מתחם העונש ההולם.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין – המערער 2

6. המערער 2 הורשע על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל. זאת בהתאם לעובדות כתב האישום לפיהן בהיותו תושב יהודה ושומרון, שהה בישראל ביום 4.9.2021 ללא אישור שהייה כדין.

7. בגזר דינו, בית משפט השלום עמד על פגיעת המערער בערכים המוגנים, כמפורט לעיל בעניינו של המערער 1. בהתייחס להלכת אלהרוש, בית המשפט קבע כי אין להתייחס למערער כמי שעברו הפלילי נקי לנוכח ארבע הרשעותיו הקודמות בעבירות כניסה לישראל ועבירות הפרת הכרזת שטח סגור, בין השנים 2002-2011, בגינן ריצה עונשי מאסר של מספר חודשים. צוין כי אמנם על הרשעות אלו חלה התיישנות, אולם מועד מחיקתן יחול רק בשנת 2029, ואף בפן המהותי הרציונל של הלכת אלהרוש לא חל

על מי שהורשע בעבר בעבירת כניסה לישראל ללא היתר. על כן, ובשים לב למדיניות הענישה הנוהגת, בית המשפט קבע כי במתחם העונש ההולם רכיב המאסר בפועל הוא בין 10 ימים ל-6 חודשים, ורכיב הקנס בין 0-2000 ש"ח.

בגזירת עונשו של המערער 2 בגדרי המתחם, בית משפט השלום שקל לזכותו את הודאתו; נסיבותיו האישיות; ואת העובדה שבמשך שנתיים קיבל היתרי כניסה תכופים לישראל. מנגד, בית המשפט זקף לחובתו את עברו הפלילי ועונשי המאסר שריצה בגין הרשעותיו. משכך, בית המשפט גזר על המערער 2 עונש של 12 ימי מאסר בפועל, בניכוי 3 ימי מעצרו; חודש מאסר על תנאי, לבל יעבור כל עבירה על חוק הכניסה לישראל, למשך שנתיים; וקנס בסך 1,000 ש"ח.

8. המערער 2 פנה לבית המשפט המחוזי והשיג על גזר דינו. ערעורו נדחה, תוך שהובהר כי מתחם העונש שנקבע הולם את מעשי המערער. זאת, הן לנוכח הקביעות בעניין אלהרוש; הן משהמערער חזר ונכנס לישראל שלא כדין, חרף הרשעותיו הקודמות ועונשי המאסר בפועל שריצה. צוין כי בית משפט השלום התחשב בגזירת עונשו בגדרי המתחם בעברו הפלילי של המערער ובחלוף הזמן ממועד ביצוע העבירות.

בקשות רשות הערעור

9. לטענת המערערים, בקשותיהם מצדיקות מתן רשות ערעור במסגרת "גלגול שלישי" מאחר שהן מעוררות שאלות משפטיות החורגות מעניינם הפרטני ובשים לב לנסיבותיהם האישיות והמשפחתיות. נטען, כי עניינם מקים שתי סוגיות משפטיות עקרוניות:

סוגיה ראשונה היא באילו נסיבות ישליך עבר פלילי על מתחם העונש ההולם שנקבע בעניין אלהרוש, בשים לב לרפורמה בהבניית שיקול הדעת בענישה (תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977) (להלן: הרפורמה בהבניית שיקול הדעת בענישה או הרפורמה). לטענת המערערים, הרפורמה מאפשרת להתחשב בעברו הפלילי של נאשם רק בקביעת עונשו בתוך המתחם בלבד, ולא בקביעת גבולותיו של המתחם. בהתאם, נטען כי רק במקרים חריגים ביותר בהם "עברו הפלילי של נאשם עומד בסתירה לאדנים עליהם מושתתת הלכת אלהרוש" יש מקום לקבוע מתחם עונש שונה מהמתחם שנפסק בעניין אלהרוש.

נטען, כי בפסיקת הערכאות הדיונית ניכרת חוסר אחידות בסוגיה זו, מאחר שלעיתים התחשבו בעברו הפלילי של נאשם בקביעת מתחם העונש ההולם ופעמים נקבע מתחם עונש הולם בהתאם לעניין אלהרוש.

סוגיה שנייה היא האם עונש "מאסר קצרצר", לתקופה של ימים ספורים, מגשים תכלית של גמול או הרתעה אל מול "עלויותיו האינדיבידואליות והמערכתיות" של מאסר בפועל זה. נטען כי מאסר המערער 1 למשך 6 ימים; והמערער 2 למשך 9 ימים, אינו משרת "מטרה עונשית כלשהי" והוא למעשה "חומרה יתרה שאין לה צידוק", לפיכך מבוקש כי בית המשפט יסתפק בימי מעצרם של המערערים כריצוי עונשם – 4 ימי מעצרו של המערער 1; ו-3 ימי מעצרו של המערער 2. כך נטען, בין היתר, לנוכח היקש מפסיקת בית משפט זה שלפיה משסיים נידון לרצות את עונשו הוא יוחזר למאסר בפועל רק במקרים חריגים ונדירים; נוכח דו"ח ועדת דורנר שבו הודגש הצורך בצמצום השימוש בעונשי מאסר בפועל שאינם הכרחיים; ונוכח מדיניות הענישה בעבירות שהייה בלתי חוקית אשר לעתים קרובות חופפת לתקופת המעצר. בהקשר זה, אף נטען כי שליחת המערערים לריצוי עונש מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח תהא עבורם תוצאה קשה במיוחד בשל נסיבותיהם האישיות והמשפחתיות, מאחר שחלה התיישנות על עברם הפלילי ונוכח הטעות בקביעת המתחם לפי הלכת אלהרוש.

10. המשיבה בתגובתה הסכימה למתן רשות ערעור ביחס לסוגיה הראשונה, אך התנגדה לבקשה ביחס לסוגיה השנייה ואף הבהירה כי לעמדתה העונש אשר נגזר על המערערים ראוי לגופו.

לעניין הסוגיה הראשונה, נטען כי מתחם העונש שנקבע בעניין אלהרוש, הולם ומתאים לכל מקרה שבו בוצעה עבירת כניסה לישראל שלא כדין לצרכי פרנסה ובהעדר עבירות נלוות לה. המשיבה אף מסכימה עם טענת המערערים העקרונית כי לא ניתן להתחשב בעברו הפלילי של נאשם בעת קביעת מתחם העונש ההולם אלא רק במסגרת גזירת עונשו בגדרי מתחם העונש ההולם או לשם חריגה מגבולו העליון של המתחם.

לעניין הסוגיה השנייה, נטען כי בעבירות של שהייה בלתי חוקית, אין בידי בית המשפט דרכי ענישה יעילות מלבד עונש מאסר בפועל. זאת מאחר שלא ניתן לגזור עונש מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות או של"צ על שוהים בלתי חוקיים, ואף לרוב מדובר בנאשמים דלי אמצעים אשר אין להשית עליהם עונש קנס ממשי. עוד הובהר, כי בהתאם לעניין אלהרוש, נקודת המוצא היא כי מדובר בעונשי מאסר בפועל קצרים, וכי אין בעונש אשר נגזר על המערערים "חידוש" המצדיק מתן רשות ערעור. אף נטען כי

העובדה שהמערערים שהו במעצר ושחררו ממנו אינה מהווה "עיוות דין" ואינה משפיעה על מידת העונש, נוכח התכליות השונות של תקופת המעצר ועונש מאסר בפועל.

לבסוף, לשיטת המשיבה העונש אשר נגזר על המבקשים ראוי נוכח עברם הפלילי הכולל הרשעות קודמות בעבירת שהייה בלתי חוקית, המצריך עונש של תקופת מאסר בפועל קצרה. עם זאת, בנסיבות העניין ועל מנת שלא לחרוש הלכה על גבם של המערערים, המשיבה הודיעה כי לעמדתה, בנסיבות אלו, ניתן להסתפק בימי מעצרום.

דיון והכרעה

11. לצורך הכרעה בסוגיות אשר ביסוד בקשות רשות הערעור שלפנינו, אפרט תחילה על אודות יסודות עבירת שהייה בלתי חוקית ועל אודות הרפורמה בהבניית שיקול הדעת בענישה. לאחר מכן, אפנה ליישום יסודות אלו בענייננו.

עבירת שהייה בלתי חוקית

12. על פי סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל, כל מי שאינו אזרח או תושב ישראלי חייב לקבל אשרה או רישיון משר הפנים לצורך כניסה לישראל כדין. בעבר ניתן לתושבי יהודה ושומרון ותושבי רצועת עזה פטור מדרישות סעיף 7 לחוק הכניסה לישראל. פטור זה הותנה בקבלת היתר, לרבות היתר כללי, בידי הגורם המוסמך לכך.

13. בפועל, היה נהוג היתר כללי ללא צורך בקבלת היתר אישי, זאת עד לסוף שנות ה-80, עם פרוץ אירועי האינתיפאדה הראשונה, אשר לאחריה הותלה ההיתר הכללי וכל המבקש להיכנס למדינת ישראל נדרש לקבל היתר פרטני שבלעדיו השהייה בישראל מהווה עבירה מכוח סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל המורה כי "העושה אחת מאלה: (1) נכנס לישראל, או יושב בה, בניגוד לחוק [...] דינו – מאסר שנה" (ראו בהרחבה: אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר ו 1, 18 (2013) (להלן: גזל-אייל "מתחמים לא הולמים"); ועניין אלהרוש, בפסקה 1).

ביסוד עבירה זו חוסים מספר ערכים מוגנים. בראש ובראשונה, החשש מפני פגיעה בביטחון מדינת ישראל ואזרחיה. בנוסף, ניצבים זכותה של המדינה לקבוע מי יבוא בשעריה ואף החשש כי שוהים בלתי חוקיים יצטרפו למעגל הפשיעה בישראל.

קודם הרפורמה בהבניית שיקול הדעת בענישה, נדרש בית משפט זה למדיניות הענישה הראויה בעבירת שהייה בלתי חוקית אשר נעברה לצרכי פרנסה ברע"פ 3173/09 פראגין נ' מדינת ישראל (5.5.2009) (להלן: עניין פראגין). נקבע, כי אמנם יש צורך בענישה מרתיעה אשר תסייע במיגור התופעה הרחבה של כניסה לא חוקית לישראל; אולם, כאשר העבירה נעברה לצרכי פרנסה – פוחתת פגיעת הנאשם בכיטחון המדינה, ובמידה שמדובר בעבירת שהייה ראשונה אשר נעברה ללא עבירות נלוות – "ניתן להסתפק במאסר על תנאי" (שם, בפסקה כ"א לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין).

בחלוף שנים בודדות, בית משפט זה נדרש פעם נוספת למדיניות הענישה הראויה בעבירת שהייה בלתי חוקית אשר נעברה לצרכי פרנסה. הפעם, בעניין אלהרוש, לאחר כניסתה לתוקף של הרפורמה בהבניית שיקול הדעת בענישה ובהתאם לה. לנוכח הדמיון בין מעשי העבירות ונסיבות ביצוען ובין מידת אשם של הנאשמים, בית המשפט ביקש להתוות מתחם עונש הולם אחיד לעבירת שהייה בלתי חוקית הנעברת לצרכי פרנסה.

בקביעת המתחם, בית המשפט ציין כי מאחר שמדובר בנאשמים אשר מצבם הכלכלי דחוק ואשר נכנסים לישראל לצורכי פרנסה בלבד ואין בכוונתם להמשיך להתגורר בה, מידת הפגיעה בערכים המוגנים פחותה וכך גם נסיבות ביצוע העבירה אינן ברף חומרה גבוהה. בהינתן האמור ובשים לב למדיניות הענישה הנוהגת, בית המשפט קבע כך את מתחם העונש ההולם:

"מצאתי שיש לקבוע את מתחם העונש ההולם לעבירת שב"ח לצרכי פרנסה, שנעברת לראשונה, בהיעדר עבירות נלוות, באופן הבא: עונש מאסר שנע בין מאסר על תנאי לבין מאסר בפועל למשך חמישה חודשים, כאשר חמישה חודשים אלה יכללו הן את תקופת התנאי והן את תקופת המאסר בפועל. בנוסף אני סבור כי יש לקבוע מתחם עונש לקנס שנע בין 0 ש"ח לבין 2,000 ש"ח" (עניין אלהרוש, בפסקה 31) (ההדגשות הוספו – י' א').

אשר לקביעת העונש בגדרי המתחם, נקבע, בהתאם להוראות הרפורמה בהבניית שיקול הדעת בענישה כי אין לקבוע "עונש טיפוסי" וכי ניתן להתחשב בנסיבות המנויות בסעיף 40 לחוק, ובכלל זאת – עברו הפלילי של הנאשם. כמו כן, בית המשפט רשאי לשקול את שיקולי הרתעת היחיד והרבים לפי סעיפים 140 ו-140 לחוק, מבלי שנקבע כלל גורף בדבר משקלם.

בצד האמור, בית המשפט הוסיף והעיר לגבי השפעתו של עבר פלילי על עונשו של נאשם כדלקמן:

”כאשר העבירה נעברת יותר מפעם אחת, ניתן להתחשב בכך ”בתוך המתחם”; וניתן גם לערוך מתחם עונש הולם שונה – ושיקול הדעת בעניין זה נתון לבית המשפט הדן.” (עניין אלהרוש, בפסקה 54).

למעשה, הערה זו היא שניצבת כאמור במוקד בקשות הערעור שלפנינו.

הרפורמה בהבניית שיקול הדעת בענישה

14. הרפורמה בהבניית שיקול הדעת בענישה נכנסה לתוקף ביולי 2012. הרפורמה באה לעולם, בין היתר, בעקבות ביקורת על פערי ענישה בין נאשמים בעבירות דומות נוכח שיקול הדעת הרחב שהוקנה לבית המשפט בגזירת העונש מחד גיסא; והיעדר הכוונה והנחיה ביחס לאופן הפעלת שיקול הדעת במלאכת גזירת העונש מאידך גיסא (ע”פ 8641/12 סעד נ’ מדינת ישראל, פ”ד סו(2) 772, פסקה 18 (2013)).

בהתאם, המחוקק הצהיר על כוונותיו כבר בפתח הרפורמה בזו הלשון ”לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה” (סעיף 40א לחוק העונשין). כעקרון המנחה את מלאכת גזירת העונש, קבע המחוקק את עיקרון ההלימה שלפיו העונש המתאים יהלום את חומרת המעשים ונסיבותיהם ואת מידת אשמו של מבצעם (סעיף 40ב לחוק).

בנוסף, המחוקק התווה מודל תלת-שלבי למלאכת גזירת העונש. בשלב ראשון, יקבע בית המשפט האם הנאשם הורשע במספר עבירות או בעבירה אחת בלבד, היה ובמספר עבירות עסקינן, אזי יבחן בית המשפט האם מדובר באירוע אחד או ייקבע מתחם עונש הולם אחד או שמא במספר אירועים להם ייקבעו מתחמי ענישה נפרדים (סעיף 40ג לחוק); בשלב שני, בית המשפט יקבע את מתחם העונש ההולם את העבירה בהתחשב בעיקרון ההלימה, בערך החברתי אשר נפגע מביצוע וממידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה, ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (סעיפים 40ג ו-40ט לחוק); בשלב שלישי בית המשפט יגזור את עונשו של הנאשם ככלל בגדרי מתחם העונש ההולם בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (סעיף 40ג(ב) לחוק ו-40יא לחוק), בצרכי ההרתעה כשיקול נלווה הכפוף לגבולות מתחם העונש ההולם את העבירה

(סעיפים 140 ו-140 לחוק) ובאופן חריג בית המשפט רשאי לסטות לקולה או לחומרה ממתחם העונש בשל החריגים המנויים בחוק (סעיפים 140ד(א) ו-140ה לחוק).

15. כאמור, במסגרת קביעת מתחם העונש ההולם נשקלות נסיבות הקשורות לביצוע העבירה, ובכלל זה התכנון שקדם לביצוע העבירה; הנזק שנגרם והנזק הפוטנציאלי; הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה; קרבה לסייג אחריות פלילית; אלימות או התעללות הנאשם כלפי קרבן העבירה. בהמשך, במסגרת גזירת העונש בגדרי המתחם נשקלות נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, כדוגמה: הפגיעה של העונש בנאשם ובמשפחתו; נטילת אחריות של נאשם על מעשיו ומאמציו לתיקון התוצאה ופיצוי קורבן העבירה; חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה; ועברו הפלילי של נאשם או העדרו.

16. המחוקק קבע אפוא במסגרת הרפורמה כי עברו הפלילי של נאשם או העדרו משפיע על גזירת העונש בגדרי מתחם העונש ההולם, אך אין בכוחו לעצב את גדרי מתחם העונש כשלעצמו. זאת בעוד שעובר לרפורמה בית המשפט העניק משקל רב לעברו הפלילי של הנאשם. לאמיתו של דבר, השינוי ברפורמה ביחס למעמד העבר הפלילי של נאשם במלאכת גזירת דינו, אינו דבר של מה בכך.

17. עברו הפלילי של נאשם הניצב לקראת גזר דינו, הוא שיקול רווח ובעל משקל בשיטות משפט שונות ומקובל בספרות המשפטית. למעשה, משקלו של העבר הפלילי משתנה בהתאם לעיקרון המנחה בענישה. תחת גישות ענישה של הרתעה, שיקום או מניעה – משקלו של העבר הפלילי נכבד מאשר במסגרת גישת ענישה שבבסיסה עיקרון הגמול. זאת מאחר שלדעת הדוגלים בגישה הרתעתית, ענישה חמורה יותר בעבירות חוזרות תרתיע עבריינים לשוב ולעבור עבירות; המצדדים בגישה שיקומית סוברים כי יש בסיס לתקווה שניתן לשקם את מי שנעדר עבר פלילי קודם; והתומכים בגישה מניעתית גורסים כי עבר פלילי "מנבא" עבריינות נוספת. לעומתן, ענישה המבוססת על גמול מבקשת להתאים בין חומרת העבירה לחומרת העונש, ומשקלו של עבר פלילי הבוחן את נסיבות העברייין – קטן. בכל זאת, בגישת ענישה גמולית, ההתחשבות בעבר פלילי נועדה להקל בעונשו של מי שאין לו עבר פלילי, יותר מאשר שהיא נועדה להחמיר עם בעלי עבר פלילי (ראו בהרחבה: רות קנאי "הערכת עבר פלילי" מגמות בקרימינולוגיה: תיאוריה, מדיניות ויישום 287, 287-293 (2003)).

18. מרכזיות עברו הפלילי של נאשם נודעת אף בשיטות משפט בהן ישנה הבניה של שיקול הדעת בענישה. כך בארצות-הברית טבלאות הענישה הפדרלית מבוססות על שקלול של חומרת העבירה ורכיבי העבר הפלילי; ובאנגליה עברו הפלילי של נאשם

מהווה שיקול משמעותי לחריגה לקולה או לחומרה ממתחם העונש ההולם (ראו בהרחבה: אורן גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" ספר דורית ביניש 539, עמ' 552-553 (2018) (להלן: גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם")).

19. בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט אשר עסקה בעיצוב הרפורמה בהבניית שיקול הדעת בענישה, נשמעו קולות אשר ביקשו להעניק, בדרך זו או אחרת, משקל של ממש לעברו הפלילי של הנאשם במסגרת גזירת העונש. נציגת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה הבהירה זאת בציינה: "אני חוזרת ואומרת שמה שהטריד אותי זה שבמודל המוצע בהצעת החוק הממשלתית לא ניתן לקחת בחשבון בכלל עבר פלילי לקביעת גובה האשם" (פרוטוקול ישיבה 238 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 11 (29.7.2010) (להלן: פרוטוקול ישיבה 238)).

לפיכך, נעשו ניסיונות לניסוח סעיף חוק שבמוקדו השפעת העבר פלילי. כך, היו שהציעו כי בחינת העבר הפלילי תיעשה במסגרת מסוכנות הנאשם לצורך חריגה לחומרה מהמתחם; והיו שגרסו שיש לכלול את העבר הפלילי כנסיבה שתעצב את מתחם העונש ההולם. כך ביטא יו"ר הוועדה, חה"כ ד' רותם את עמדתו:

"כשהשופט בא לגזור את הדין, הוא אומר דבר פשוט: לגבי הגמול שמגיע לאדם, אם הוא פעם ראשונה - זה בין 6 ל-18 חודשים. אבל, מכיוון שהאדם הזה כבר עשה את זה, ואת זה ואת זה ולא למד את הלקח - הגמול שמגיע לו גדול יותר [...]" (פרוטוקול ישיבה 238, בעמ' 9)

עמדה נוספת עלתה בדברי ד"ר י' ספיר, אשר ייצג את עמדת הסנגוריה הציבורית

הארצית:

"אני חושב שמבחינה עקרונית הרעיון של לזנוח את היציאה מהמתחם של ההלימה בגין מסוכנות ובמקום זה להכניס את הנושא של עבר פלילי כאחד השיקולים לקביעת מתחם הגמול הוא רעיון שיש בו הגיון רב. צריך לחשוב איך לעשות את זה. אפשרות אחת היא פשוט לומר זאת כך, כלומר לומר שזה חלק מהשאלה של האשם: עבר פלילי עשיר זה יותר אשם, ודרך-אגב היעדר עבר פלילי זה פחות אשם כי זו פעם ראשונה שהוא מבצע." (פרוטוקול ישיבה 238, בעמ' 19)

20. בסופו של דבר הצעות אלו ואחרות לא התקבלו. מלבד החריג הקבוע בסעיף 40 לחוק המאפשר חריגה ממתחם העונש לצורך הגנה על הציבור בשל "עבר פלילי

משמעותי" מצד נאשם, נקבע כי עברו הפלילי של נאשם ישפיע על עונשו בכך שיילקח בחשבון במסגרת קביעת העונש בגדרי המתחם בלבד.

21. ביסוד הקביעה שלפיה אין בכוחו של עבר פלילי כדי לעצב את גבולות מתחם העונש ההולם ניתן להצביע על מספר טעמים והסברים, בין היתר, התפיסה כי עיקרון ההלימה אינו מתיישב עם מתן משקל רב לעבר הפלילי (גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם", בעמ' 553); והחשש כי אם עבר פלילי ישמש לקביעת המתחם "לא תהיה הגבלה על המשקל שהשופט יכול לייחס לשיקול זה" (הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה חוק ומשפט, מסמך הכנה לדיון הקבוע ליום 22.11.2010). בהקשר דומה, יצוין כי יש האוחזים בדעה כי העבר הפלילי, כשלעצמו, אינו מחמיר את חומרת המעשה ואת אשמת העושה (רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג" 41 מחקרי משפט טו 147, 168-170 (1999)).

22. אם כן, בעוד שעובר לרפורמה בהבניית שיקול הדעת בענישה ניתן משקל של ממש לעברו הפלילי של נאשם, הרפורמה תחמה את השפעת העבר הפלילי, ככלל, על גזירת העונש בתוך המתחם בלבד.

מן הכלל אל הפרט

23. ביסוד בקשות הערעור שלפנינו שתי סוגיות כאמור – הראשונה היא באילו נסיבות ישליך עבר פלילי על מתחם העונש ההולם שנקבע בעניין אלהרוש, בשים לב לרפורמה בהבניית שיקול הדעת בענישה.

לאחר שסקרנו את יסודות הרפורמה, דומה כי המענה לסוגיה זו ברור – כבכל עבירה אחרת ובהתאם למצוות המחוקק בסעיף 40א(11) לחוק, כך גם בעבירת שהייה בלתי חוקית, עברו הפלילי של נאשם יילקח בחשבון במסגרת גזירת עונשו בתוך מתחם העונש ההולם בלבד. הלכה למעשה, הרפורמה להבניית שיקול הדעת בענישה אכן מתווה את שיקול דעתו של בית המשפט כך שאין להתחשב בעבר הפלילי לצורך קביעת מתחם העונש ההולם, אלא רק בשלב גזירת העונש בגדרי המתחם.

אשר על כן, דינן של בקשות רשות הערעור לעניין הסוגיה הראשונה – להתקבל באופן שגבולות מתחם העונש ההולם בעבירת שהייה בלתי חוקית אשר נעברה לצרכי פרנסה ובהעדר עבירות נלוות לה יהא כפי שנקבע בעניין אלהרוש. עם זאת, יובהר כי בשונה מכפי שנקבע בעניין אלהרוש, עברו הפלילי של נאשם אינו משפיע על עיצוב

מתחם העונש ההולם אלא יילקח בחשבון במסגרת גזירת עונשו בגדרי המתחם בלבד ובמקרה המתאים לצורך חריגה לחומרה ממתחם העונש למען הגנה על הציבור.

24. אשר לסוגיה השנייה – משך עונש המאסר בפועל שנגזר על המערערים – דינה להידחות. אף שהמבקשים מנסים לשוות לסוגיה זו נופך עקרוני, לא כך הדבר, ולמעשה בקשתם נטועה בדל"ת אמות עניינם הפרטני. כידוע, לא די בכך כדי להצדיק בקשת רשות ערעור במסגרת "גלגול שלישי" (רע"פ 8388/22 אביבי נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (8.12.2022)). יתר על כן, המערערים למעשה משיגים על חומרת העונש שנגזר עליהם, ובהקשר זה התערבותנו תהא במקרים נדירים בלבד בהם ניכרת סטייה מהותית ממדיניות הענישה הנוהגת בנסיבות דומות (רע"פ 8038/22 שילון נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (29.11.2022)). אם כך, יש לדחות את טענתם העקרונית של המערערים בסוגיה השנייה שלפיה עונש "מאסר קצרצר" של מספר ימים הוא "חומרה יתרה אשר אין לה צידוק".

כמפורט לעיל, עבירת שהייה בלתי חוקית עלולה לפגוע בביטחון מדינת ישראל ותושביה, ואף חותרת תחת זכותה של המדינה לקבוע מי ייכנס בגבולות שעריה. אמנם, כאשר העבירה מבוצעת לצרכי פרנסה ובהעדר עבירות נלווה לה, הפגיעה בערכים המוגנים אינה ברף הגבוה, אולם בכל זאת נדרשת ענישה הולמת אשר תיתן מענה לתופעה הרחבה של כניסה ושהייה בלתי חוקית בישראל.

25. בענייננו, לחובת המערערים רובצות הרשעותיהם הקודמות בעבירות כניסה לישראל שלא כדין ועבירות נוספות הדומות לה. המערער 2 אף ריצה בעבר עונש מאסר בפועל בגין הרשעותיו. העובדה שהמערערים נכנסו לישראל על רקע מצוקתם הכלכלית והצורך בפרנסת בני משפחתם אינה מצדיקה כניסה שלא כדין וללא היתר המהווה עבירה אשר העונש הקבוע בצידה הוא שנת מאסר אחת. העונש אשר נגזר על המערערים אינו מצדיק את התערבותנו ב"גלגול שלישי".

26. אחר הדברים האלה, בנסיבות דנן, כדי שהלכה חדשה לא תחרוש על גבם של המערערים, ונוכח הסכמת המשיבה, אציע לחבריי כי הערעורים לעניין הסוגיה הראשונה יתקבלו כפי שפורט לעיל בהרחבה ואשר לעונשי המאסר בפועל שנגזרו על המערערים אזי בעניינם הפרטני די בימי מעצרים לריצוי עונש המאסר בפועל שנגזר עליהם בבית המשפט המחוזי. יתר רכיבי גזרי הדין בעניינם של המערערים יוותרו על כנם.

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

שופט

השופט ח' כבוב:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון.

ניתן היום, ג' בטבת התשפ"ג (27.12.2022).

שופט

שופט

שופט