



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1589/23

לפני: כבוד השופט י' אלרון  
כבוד השופט י' כשר  
כבוד השופטת ר' רונן

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי לנוער בחיפה מיום 19.1.2023 ב-תפ"ח 39000-05-21 שניתן על ידי השופטים א' לוי, ע' קוטון ו-א' באומגרט

תאריך הישיבה: י"ד בתמוז התשפ"ג (3.7.2023)

בשם המערער: עו"ד רחל דניאלי; עו"ד גלית זמירי

בשם המשיבה: עו"ד נגה בן סידי

בשם שירות המבחן לנוער: עו"ס טלי סמואל

### פסק-דין

השופט י' אלרון:

המערער, קטין בן 15 שנים ו-10 חודשים בעת ביצוע המעשים, הורשע בעבירות של מעשה סדום, מעשים מגונים, סחיטה באיומים, החזקת סכין שלא כדין ופגיעה בפרטיות. כך תיאר בית המשפט לנוער בבית המשפט המחוזי בחיפה (השופטים א' לוי; ע' קוטון; ו-א' באומגרט) בגזר דינו מיום 19.1.2023 את מעשיו:

"אירוע מזעזע נתגלגל לפתחנו במסגרת הפרשה, המגיעה לקיצה במסגרת גזר-דין זה. אכן, מקרא כתב-האישום מעורר בקרב כל הקורא אותו מחשבות נוגות על החברה הישראלית

בכללה ועל התהומות המוסריים והערכיים האיומים שאליהם נתגלגלה החברה בישראל בתקופתנו. אכן, מדובר במעשים, המלמדים על אובדן צלם האנוש כמעט; מעשים המעוררים חלחלה וגועל; מעשים אשר יקשה להאמין שבן-אנוש מסוגל לבצעם בזולתו. קורבן המעשים, קטין, נושא בנפשו את הצלקות העמוקות, שחדט בו הנאשם שלפנינו במעשיו הנפשעים והנבזיים. הנתון המזעזע מכולם נעוץ בגילו של העושה בעת ביצוע המעשה. לא היה זה עבריין מנוסה וותיק אשר ביצע את המעשים; כזה, שליבו גס כבר בסבל האנושי; אדם, שניסיונו וחוויותיו הפכוהו קהה-חושים ונטול-חמלה. העושה בפרשה בה אנו דנים כאן הוא לא אחר מאשר נער נורמטיבי לכאורה [...]”

דברים נכוחים כתב בית המשפט המחוזי. קשה להאמין, אך חוב כספי פעוט שחב קטין אחד לאחר, הוא שהניע את המערער למעשיו האכזריים. מעשים אשר הובילו לכך שנגזר עליו עונש של 6 שנות מאסר לריצוי בפועל בניכוי 12 חודשים בשל תקופת מעצרו ושהותו במעון נעול – כך שלמעשה יהא עליו לרצות 5 שנות מאסר בפועל, לצד ענישה נלווית; מעשים, שבעולה מתסקירי נפגע העבירה, טלטלו את חייו של נפגע העבירה טלטלה כה קשה, ממנה הוא מתקשה להתאושש ואשר שינתה את חייו לבלי היכר.

המערער משיג לפנינו על חומרת עונשו.

עיקרי כתב האישום המתוקן

1. פרטי כתב האישום המתוקן קשים לקריאה, אולם אין מנוס מלתארם בפירוט. יצוין, כי נתונים מסוימים יושמטו מתיאור העובדות על מנת למנוע את זיהוי נפגע העבירה (ראו החלטת בית המשפט המחוזי מיום 23.1.2023).

2. בין המערער לקטין אחר (להלן: המתלונן) הייתה היכרות מוקדמת. המתלונן היה אמור לשלם למערער סכום כסף עבור סם מסוג מריחואנה שהאחרון סיפק לו. לאחר שהמתלונן הודיע למערער כי אין ביכולתו לשלם את הסכום במועד, הלה הודיע לו כי משכך עליו לשלם לו סכום כפול.

במועד מסוים, המערער פגש באקראי את המתלונן. על רקע החוב, המערער ביקש כי המתלונן יתלווה אליו. במהלך צעידתם, המערער איים על המתלונן באומרו “היום אתה לא חוזר הביתה” כדי להניעו לשלם את החוב. המתלונן ביקש מהמערער שיאפשר לו ללכת להביא את סכום הכסף האמור – אולם המערער סירב לבקשתו.

כאשר השניים הגיעו לחורשה סמוכה, המערער הוציא מכיסו סכין מתקפלת אותה החזיק שלא כדין. הוא אחז את הסכין בידו באופן מאיים והורה למתלונן לחשוף את איבר מינו. בידו השנייה, המערער אחז בטלפון הנייד שלו והסריט את המתלונן שלא בהסכמתו. בשל פחדו מהמערער, המתלונן הפשיל את מכנסיו ותחתוניו, אחז באיבר מינו וביקש מהמערער "בחייך לא את הזין". המערער הורה למתלונן למתוח בידו את איבר מינו ואיים עליו באומרו "אני חותך לך את הכל".

המתלונן, מפאת פחדו מהמערער, מתח את איבר מינו ואמר "אני לא רוצה להיות עקר אחי... אני אמות מזה אחי יש לי פה עורק". המערער הפך את הסכין שאחז בידו, כך שחלקו המשוני של הלהב פונה כלפי מעלה, והעביר את חלקו של הלהב על איבר מינו של המתלונן על מנת להפחידו. המערער אמר למתלונן "סתום למה שאני אחתוך לך את הזין יא חמור" וחדל מלהסריטו.

בהמשך המערער הכניס את הסכין לכיס מכנסיו, הורה למתלונן להרים את מכנסיו ולהתלוות אליו. המתלונן עשה כן והשניים ישבו ושוחחו תוך שהמערער שב ודרש מהמתלונן את תשלום החוב. בשלב מסוים, המערער הוביל את המתלונן לחורשה אחרת. בהגיעם לשם, וכשהסכין בכיסו של המערער, המערער נטל כבל שהיה במקום, כרך אותו סביב ידי המתלונן והורה לו לכרוע על ברכיו. המתלונן עשה כן.

המערער הוריד את מכנסיו ותחתוניו, אחז בידו בצווארו של המתלונן והורה לו למצוץ את איבר מינו. בשל פחדו מהמערער וביודעו כי המערער מחזיק סכין בכיסו – המתלונן עשה זאת. בהמשך, המערער הורה למתלונן לשכב על גבו וקשר את הכבל שהיה כרוך סביב ידי המתלונן לעץ סמוך. המערער הניח את הג'קט של המתלונן על עינו והתיישב על פניו לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.

המערער הורה למתלונן לבוא עמו למקום אחר והשניים הלכו יחדיו. שם, אמר המערער למתלונן כי לא ישחרר אותו עד לתשלום החוב. המתלונן הבטיח לשלם את סכום החוב באופן מידי; המערער הסכים לכך והמתלונן, בפחדו ממנו, הלך והביא את סכום הכסף – הכפול מסכום החוב המקורי, ומסר אותו למערער. מאוחר יותר, המערער העביר את הסרטון שצילם במהלך האירוע לגורם אחר הקשור אליו.

3. בגין מעשים אלו, יוחסו למערער עבירות של מעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); מעשים מגונים, לפי סעיף 348(ב) בנסיבות סעיף 345(ב)(2) לחוק; סחיטה באיומים, לפי סעיף 428 סיפה

לחוק; החזקת סכין שלא כדין, לפי סעיף 186 לחוק; ופגיעה בפרטיות, לפי סעיפים 2(3), (4) ו-5 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

תמצית ההליכים לפני בית המשפט המחוזי

4. על יסוד הודאת המערער במסגרת הסדר טיעון, בית המשפט המחוזי קבע כי המערער ביצע את העבירות המיוחסות לו בכתב האישום המתוקן בהתאם לסעיף 21 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער). בהסדר הטיעון לא הושגה הסכמה על מסגרת עונשית וכל צד טען למידת העונש באופן חופשי. המשיבה הבהירה כי ההסדר נעשה על דעת המתלונן והוריו, בהסכמתו ובהסכמתם, כאשר השיקול המרכזי היה לחסוך למתלונן את הצורך להעיד בבית המשפט.

5. בגזר הדין, נקבע שבהתאם להמלצת שירות המבחן לנוער ולמעשה בהיעדר התנגדות הסניגור, יש להרשיע את המערער במיוחס לו בהתאם לסעיף 24(1) לחוק הנוער. בית המשפט המשיך וגזר את דינו של המערער.

6. בפתח גזר הדין, בית המשפט המחוזי עמד כאמור על החומרה הרבה שבמסכת האירועים שלפניו. לאחר זאת, סקר את המסגרת הנורמטיבית לענישת קטין; את התסקירים שהוגשו ביחס לנפגע העבירה – המתלונן; את תסקירי שירות המבחן בעניינו של המערער; את עדויות גורמי הטיפול שנשמעו לפניו – מנהל המעון שבו שוהה המערער, קצינת המבחן לנוער ודבריה של מדריכה במעון. עוד פורטו דברי המערער עצמו, במסגרתם הביע צער על מעשיו וחרטה על הנזק שגרם למתלונן.

7. בגזר הדין תואר כי ניכר שינוי חברתי בכך שבעוד שבעבר תיקי נוער של עבריינות קשה היו חזיון נדיר, בימים אלו נרשמת מעורבות ודומיננטיות של בני נוער בעבירות החמורות ביותר. בית המשפט קבע כי שינוי זה אינו מחייב שינוי תפיסתי בתהליך ענישת קטינים, אולם – "מקום בו החינוך נכשל, אין מנוס משימוש בהרתעה; הרתעת היחיד העומד לדין לפני המותב היושב לדין והרתעה הרבים, הלא הם הקטינים האחרים, הסבורים לתומם ש'קטינות' מהווה חסינות' וכי בלי קשר למעשי הזוועה שאותם יבצעו, אין הם צפויים לעונשי מאסר ממשיים אלא לכל היותר לטיפול במסגרת הליכי שיקום [...]".

עוד הודגשה חשיבות עקרון ההלימה, ובכלל זה הלימה לפגיעה שנגרמה לקורבן העבירה. נקבע, כי אמנם שיקול השיקום הוא שיקול מוביל בענישת קטין, אך לשיקולי הלימה והרתעה יש להקנות גם כן משקל נגד של ממש. על כן, צוין כי "מקום בו המלצות

הגורמים הטיפוליים ושירות המבחן לנוער אינן מאזנות שיקולים אלו כדבעי, לא יהסס בית- המשפט לסטות מאותה המלצה ויטיל עונש המהווה איזון ראוי בין מכלול השיקולים הללו תוך ייחוס משקל מתאים לכל אחד מהם. בית המשפט המחוזי הוסיף וניתח את פסיקת בית משפט זה, ותיאר כי ניתן למצוא בה "שינוי גוון" ביחס למידת מחויבות בית המשפט להמלצות שירות המבחן לנוער, למשקלו הפנימי של שיקול השיקום ולמשקל שיש להקנות לאינטרס השיקום כאינטרס מוביל בהענשת קטינים שביצעו עבירות חמורות.

8. על רקע דברים אלו, נלקח בחשבון גילו של המערער בעת האירוע – 15 שנים ו- 10 חודשים כאמור; העובדה שמדובר בעבירות שבוצעו במסגרת "אירוע אחד"; מידת הפגיעה הגבוהה עד קיצונית בערכים החברתיים; ומדיניות הענישה הנהוגה. בית המשפט הוסיף ונימק שמדובר במעשה מתוכנן ו"מתגלגל" שארך מספר שעות על פני מספר זירות, והוביל לפגיעה קשה ובעלת אופי ארוך טווח במתלונן.

בהקשר זה, נדחתה טענת הסניגור שלפיה מדובר בנפגע עבירה אשר מלכתחילה היה "מוחלש". נקבע, כי עובדה זו, במובן מסוים, רק מחמירה את מעשיו של המערער. עוד נומק, כי במעשיו של המערער בלטו מאפיינים דומיננטיים של אכזריות, אלימות, התעללות וניצול חולשתו היחסית של המתלונן, וכן: "אילו צריכים היינו לקבוע מתחם ענישה הולם למעשיו של הנאשם (כבגיר) אין ספק שמתחם זה היה נקבע מתחילתו מעל ל-10 שנות מאסר לנשיאה בפועל; ובהחלט ייתכן שקצהו העליון של מתחם שכזה עשוי היה לעמוד על 15 שנות מאסר ואולי אף מעבר לכך."

9. אשר להתקדמות המערער באפיק השיקומי, נקבע שלא רק שאין לומר עליו שהוא שוקם, אלא שאבחנת השיקום "לוטה בערפל", כאשר אין לדעת אם התהליך השיקומי שבו הוא מצוי הוא אותנטי; או שמא המערער יודע בחוכמתו לייצר אצל אנשי הצוות והמדריכים השונים תחושה כי הוא משתף פעולה ומשנה גישתו באורח מהותי על מנת להשיג המלצה להקלה בעונשו. יוער, כי המלצת שירות המבחן לנוער בשלב זה הייתה להרשיע את המערער בדין, להעמידו במבחן למשך 30 חודשים שבמסגרתם ימצא במעון הנעול למשך שנתיים, כאשר בחצי השנה האחרונה יחזור לקהילה וילווה על ידי שירות המבחן. זאת, בנוסף לעונש מאסר על תנאי משמעותי, של"צ בהיקף 250 שעות ופיצוי לטובת נפגע העבירה.

בית המשפט המחוזי קבע כי יש לסטות מהמלצת שירות המבחן באופן משמעותי ומהותי ולהעניק בנסיבותיו של מקרה זה משקל בכורה לשיקולי הלימה, מניעה והרתעה.

10. מכלל נימוקים אלו, נגזר על המערער כאמור עונש של 6 שנות מאסר לריצוי בפועל בניכוי תקופת מעצרו מאחורי סורג ובריה; 18 חודשי מאסר על תנאי, לבל יעבור עבירה מסוג "פשע" שיש בה יסוד של איום, אלימות או פגיעה מינית, למשך 3 שנים; 6 חודשי מאסר על תנאי, לבל יעבור עבירה מסוג "עוון" שיש בה יסוד של איום, אלימות פגיעה מינית או פגיעה בפרטיות, למשך 3 שנים; וכן נפסק שהמערער יפצה את המתלונן בסכום של 120,000 ש"ח.

11. בהחלטה משלימה מיום 23.1.2023 בית המשפט המחוזי נעתר באופן חלקי לבקשת הסניגור והורה על ניכוי 12 חודשים מתוך תקופת המאסר בפועל שנגזרה על המערער בהתחשב בפרק הזמן שבו שהה במעצר ובמעון נעול.

תמצית טענות הצדדים בערעור

12. יצוין תחילה, כי לקראת הדיון בערעור הונח לפנינו תסקיר משלים מיום 27.6.2023 המצייר תמונה חיובית באופן יחסי באשר להתקדמות התהליך הטיפולי של המערער. במסגרת התסקיר הומלץ לשלב דרכי טיפול וענישה ולהמיר את עונש המאסר בפועל שהוטל עליו לצו מעון נעול חלף המאסר (לפי סעיף 25(א) לחוק הנוער), עד הגיעו לגיל 20; ליתן צו פיקוח בתנאי מגורים, עד הגיעו לגיל 21; בנוסף לצו פיקוח בקהילה למשך שנתיים נוספות. הומלץ כי לצד זאת יוטל על המערער עונש מאסר על תנאי לתקופה משמעותית וביצוע של"צ בהיקף של 300 שעות. כן הומלץ שבתקופת שהותו במעון יותר למערער לצאת לחופשות בהתאם להתקדמותו בתהליך הטיפולי.

13. בדיון בערעור, טענות המערער נפרשו לפנינו בהרחבה באמצעות באות-כוחו – בעל-פה ובכתב. לטענתו, משך עונש המאסר בפועל שנגזר על המערער, כמו גם גובה הפיצוי, מופרזים לחומרה. על פי הנטען, בית המשפט המחוזי שגה בכך שלא נתן אמון מספק באבחנתם המקצועית של גורמי הטיפול ביחס לסיכויי שיקומו של המערער, כפי שבא לידי ביטוי בקביעתו כי אבחנת השיקום בעניינו "לוטה בערפל" כאמור לעיל.

עוד נטען, כי בית המשפט המחוזי שגה בכך שדחה את המלצת שירות המבחן לנוער ואף לא העניק לשיקולי שיקומו מקום בכורה בקביעת עונשו. נומק, כי שליחת המערער לתקופת מאסר ארוכה אשר תרוצה בבית סוהר של בגירים תחשוף אותו לחברה עבריינית קשה ותפגע גם באינטרס הציבורי הכללי. עוד נטען בערעור, כי בית המשפט המחוזי שגה גם בכך שהתווה בגזר הדין "מתווה חדש" לענישת קטינים; וכן בכך שהטיל על המערער לבסוף עונש מאסר לא פרופורציונאלי ו"דרקוני", כלשונו.

14. נוסף לתסקיר המשלים שהוגש כאמור, הוצגה לפנינו בעל-פה עמדת שירות המבחן לנוער. לפי עמדה זו, בגזר הדין ישנן קביעות המערערות על יסודות בשפיטת קטינים ועל תפקיד שירות המבחן לנוער. באופן ספציפי נטען כי הקביעות בגזר הדין עלולות לפגוע במרכזיות התסקיר וחשיבותו לגזירת הדין וכן לגרוע מהתפקיד המרכזי שיש להקנות לשיקולי שיקום במסגרת ענישת קטין. הוצג, כי התרשמות שירות המבחן היא שהמערער בעל פוטנציאל טיפולי גבוה והוא מצוי בתהליך משמעותי לתיקון עיוותים אישיותיים ועל כן קיימת חשיבות רבה להמשך ההליך הטיפולי.

15. מנגד, לעמדת המשיבה יש להורות על דחיית הערעור. לטענתה, מדובר באירוע חמור בצורה קיצונית והפגיעה שנגרמה למתלונן אף היא חמורה במיוחד. הודגש, כי גזר הדין נסמך על ההלכה הפסוקה שלפיה שיקולי שיקום בענישת קטין אינם חזות הכול, ויש מקום גם לשיקולי הלימה, הרתעה והגנה על הציבור. המשיבה סבורה כי קביעות בית המשפט המחוזי ביחס להליך השיקומי מבוססות כדבעי על קריאת התסקירים וכן על התרשמותו הבלתי אמצעית מגורמי הטיפול שהעידו לפניו, כך שאין להתערב בהן.

לעמדת המשיבה, הגם שנעשתה התקדמות מסוימת באפיק השיקומי, מדובר בהתקדמות מעטה, בשלב מאוחר, וכאשר בפני המערער נותרה ככרת דרך ארוכה גם בהתחשב באמור בתסקיר המעורכן. מכלל התסקירים שהוגשו ביחס למערער עולה, על פי הנתען, תמונה מורכבת, הכוללת גם אמירות "מדאיגות". המשיבה הוסיפה כי העונש שנקבע תחילה הופחת, הלכה למעשה, בשנה; וכי אמנם אכן אין מקרים רבים שבהם נגזר עונש דומה על קטין, אולם גם אין מקרים רבים שרמת חומרתם מצדיקה עונש שכזה, כפי שנגזר על המערער.

דיון והכרעה

ענישת קטין – מסגרת נורמטיבית

16. אין חולק בדבר השוני בהליך הפלילי בין ענישת בגיר לענישת קטין. ההסדר שעוצב בחוק בעניינם של קטינים קובע שבשלב הכרעת הדין בית המשפט לנוער מכריע תחילה אם לזכות את הקטין או לקבוע כי ביצע את העבירה (סעיף 21 לחוק הנוער). אם נקבע כי הקטין ביצע את העבירה, הדין מחייב קבלת תסקיר קצין מבחן, טרם הרשעתו (סעיף 22 לחוק הנוער).

לאחר קבלת התסקיר, בית המשפט יכול להרשיע את הקטין ולגזור את דינו (סעיף 24(1) לחוק הנוער). חלף זאת, יכול הוא לעשות שימוש באמצעים מגוונים ודרכי טיפול כמפורט בסעיף 26 לחוק הנוער. מבין אלו – שהייה של הקטין במעון יומי לתקופה שיקבע בית המשפט (סעיף 26(4) לחוק הנוער); קבלת התחייבות, בערובה או בלי ערובה, מאת הקטין או הורהו בדבר התנהגותו של הקטין בעתיד (סעיף 26(3) לחוק הנוער); בידי בית המשפט אף הסמכות להורות על מסירת הקטין לטיפולו והשגחתו של אדם הראוי לכך שאינו הורה הקטין, לתקופה שיקבע בית המשפט, וזאת לצד הגבלת זכויותיהם של הורי הקטין כאפורופסיו במשך התקופה האמורה (סעיף 26(1) לחוק הנוער).

הדין אף מקנה לבית המשפט את הסמכות להימנע מהרשעת קטין על אף שהוכח כי ביצע עבירה, תוך קביעה שאין להטיל עליו כל אמצעים או דרכי טיפול כאמור (סעיף 24(3) לחוק הנוער).

17. גם מקום בו מחליט בית המשפט להרשיע את הקטין ולגזור את דינו, עליו להתחשב בקביעת עונשו בקטינותו. סעיף 40טו(א) לחוק קובע: "על ענישת קטין יחולו הוראות חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971. משמעות הדברים היא שהוראות הרפורמה להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה (חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102) (להלן: תיקון 113) אינן חלות במישורין על ענישת קטין (ראו גם: ע"פ 6339/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (7.12.2017)).

בהשלמה לכך, סעיף 40טו(ב) לחוק מבהיר: "בלי לגרוע מהאמור בסעיף קטן (א), בית המשפט רשאי להתחשב בעקרונות ובשיקולים המנחים בענישה המנויים בסימן זה, תוך התאמתם לענישת הקטין, ככל שסבר שראוי לתת להם משקל בנסיבות המקרה." בהמשך לכך נקבע כי "מן הראוי הוא כי 'רוחו' של התיקון תחול גם על גזרי דינם של קטינים [...]" (ע"פ 4074/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (22.7.2019)).

18. ככלל, ניתן לומר כי השיקולים שבית המשפט נדרש להעמיד מול עיניו הם אותם השיקולים שנבחנים לצרכי קביעת עונשו של בגיר, אולם המשקל שניתן לכל שיקול ושיקול – שונה הוא. כאשר בקטין עסקינן, ניתן משקל רב יותר לנסיבות האישיות ולשיקולי שיקום. עם זאת, "קטינות אינה יוצרת חסינות" ולעיתים שיקולי גמול, הרתעה ומניעה יגברו על שיקולים הנוגעים לנסיבותיו האישיות של קטין וסיכויו להשתקם (ע"פ 1465/20 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 12 (19.3.2020)); ע"פ 7238/19 פלוני נ' מדינת

ישראל, פסקה 17 (18.3.2020); ע"פ 8164/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 577, 583-584 (2004).

מן הכלל אל הפרט

19. מעשיו של המערער מפליגים בחומרתם. הם מגלמים אכזריות וערלות לב. המערער עשה שימוש בגודלו הפיזי ובכך שהיה חמוש בסכין כדי לכפות את רצונו על המתלונן המבוהל, אשר כל שרצה הוא לשוב לביתו בבטחה. שותף אני באופן מלא לתחושות הקשות של המותב קמא אשר באו לידי ביטוי בהרחבה בגזר הדין. כיצד חוב כספי פעוט מוביל למעשים שכאלו בין קטין אחד לאחר – לא נבין. כעת ניצב המערער לפנינו כאשר בפי אות-כוחו טענות בדבר התקדמותו בהליך השיקומי, ואנו נדרשים לבחון את האיזון שערך בית המשפט קמא בין שיקולי הענישה הרלוונטיים.

אקדים ואומר, כי לטעמי עלינו לדחות את הערעור ולהותיר בעינו את העונש אשר נגזר על המערער.

20. אני מהלך מזה עשרות שנים במשעול הצר של שיקולי ענישה שונים של בגירים וקטינים כאחד. הדילמה העונשית היא קשה בכל תיק ותיק ונסיבותיו. אודה, כי תמיד ניצב לפניי הקורבן – נפגע או נפגעת העבירה, בין אם הוא נוכח באולם בית המשפט ובין אם במחשבותיי הנודדות אליו כאשר הוא נמצא באותה העת.

כך גם במקרה שלפנינו, שבו חושב אני כיצד ענישת המערער יהא בה כדי לתרום לשיקומו של המתלונן, באופן אשר יסייע לו להיחלץ מהמצוקה אליו הכניס אותו המעוול ברוב רשעותו ורוע ליבו. ענישה מקלה בדמות אימוץ המלצת שירות המבחן לנוער רק תעמיק את תחושת הבדידות של המתלונן והניכור החברתי שבו שם עצמו ובו הוא מצוי. קשה לאמוד את תחושות הפחד, החרדה והבושה של המתלונן כתוצאה מאותו מסע אימים שהוביל אותו המערער תוך שהוא מטיל עליו את מורתו וחיתתו. המתלונן עודנו חושש כי יפגוש את המערער באופן אקראי ברחובות עירו – וחששו אינו נטול בסיס. קיים אפוא במקרה זה קשר ישיר בין שיקום המתלונן להרחקת המערער.

לטעמי ענישה ראויה של המערער במקרה זה הולכת יד ביד עם גזר דינו של בית המשפט המחוזי, והדברים אף נתמכים בתסקירי נפגע העבירה שהוגשו לעיוננו. משכך, אני קובע כי בענייננו, יש להעניק משקל משמעותי לפגיעה הקשה שהמערער הסב למתלונן, אשר אף הוא היה קטין בעת האירועים. תסקיר נפגע העבירה מתאר את עומק

הפגיעה: פלאשבקים, זיכרונות פולשניים ומעוררי חרדה קשה; תחושות חוסר אונים וחולשה; שחזור החוויה הקשה שעבר לפרטי פרטים; רתיעה קשה ממגע; חוויית בדידות, היעדר אמון ואף בושה; גם מחשבות אובדניות פוקדות את המתלונן והוא אף עשה ניסיון לממשן. המתלונן נדרש לשחזר את שארע פעמים רבות בחקירות שנאלץ לעבור במשטרה ונדרש אף להתכונן לעדותו לפני בית המשפט המחוזי בטרם הוסכם על הסדר טיעון.

כמתואר בתסקיר נפגע העבירה, המתלונן נושא את עינו אל ההליך הפלילי בעניינו של המערער ומיחל למיצוי הדין עם מי שהסב לו פגיעה כה קשה. בדיון בערעור ציינה באת-כוח המשיבה כי אם המתלונן נמנעה מלספר לו על הגשת הערעור, פן הדבר יחריף עוד יותר את מצבו.

אם כן, בעוד שהמתלונן לא נכח באופן פיזי בדיון בערעור, הפגיעה הקשה ויוצאת הדופן בו, אשר אינה שנויה במחלוקת, מחייבת להניח את מצבו במוקד הדיון.

21. גורמי טיפול התייצבו לטעון לטובת המערער, לבקש הפחתה בעונשו ולהדגיש את הליך השיקום שהוא נמצא בעיצומו. עיינתי עיין היטב בתסקירים הרבים שהוגשו ובדומה לבית המשפט המחוזי איני רואה לקבל את המלצת שירות המבחן לנוער. אין בכך כדי לזלזל כהוא זה במלאכתם הברוכה והמורכבת של אותם גורמי טיפול, או לפקפק בעמדתם המקצועית אשר מסייעת רבות בידי בית המשפט.

עם זאת, לעיתים היושב בדין נדרש להרחיב מבטו ולבכר שיקולים אחרים. תסקיר שירות המבחן הוא גורם אחד בלבד בבואו של בית המשפט לשקול את גזר דינו של נאשם זה או אחר, והמלצותיו, כשמן כן הן, המלצות בלבד אשר אין חובה לנהוג לפיהן. אוסיף בהקשר זה, כי קריאה זהירה של תסקירי שירות המבחן לנוער שהונחו לפני בית המשפט המחוזי, תומכת במסקנתו בגזר הדין ובוודאי שאינה סותרת אותו.

22. יש לקוות כי המערער יתמיד בכיוון החיובי העולה מהתסקיר האחרון גם באמצעות המסגרות הטיפוליות-שיקומיות הנגישות בין כותלי בית הסוהר לאסירים שביצעו עבירות דומות. אולם, מעשים כפי שביצע המערער מחייבים עונש מאסר משמעותי מאחורי סורג ובריח. זאת, גם אם הדבר עלול לפגוע במידה מסוימת בהתקדמותו באפיק הטיפולי. לטעמי, ריצוי עונש המאסר יהווה לא רק מענה ראוי אלא גם חלק מההליך השיקומי.

מלבד זאת, שיקום הוא שיקול משמעותי ביותר בענישת קטיין – אך אין הוא השיקול הבלעדי. המערער אדם צעיר, בן 18.5 שנים, ועתידו לפניו. אם יוסיף ויצעד בדרך השיקום דרך זו תניב פירות לו ולכלל החברה. אין בכך כדי לגרוע מהעובדה שהצעדים שכבר פסע בדרך השיקום אינם מצדיקים הקלה משמעותית בעונשו כפי שממליץ שירות המבחן לנוער.

23. אשר לנסיבותיו האישיות של המערער – לא התרשמתי כי בית המשפט המחוזי התעלם משיקולים אלו. אדרבה, בית המשפט נימק, באופן משכנע לטעמי, מדוע בכל זאת הוא מעניק את משקל הבכורה לשיקולים אחרים. כאמור, איני מוצא פגם בכך בנסיבות המקרה שלפנינו.

24. יש להדגיש כי המשקל שניתן לשיקול השיקום בעניינו של המערער ולנסיבותיו האישיות אינו מועט כלל ועיקר. לו המערער היה בגיר בעת האירועים, ולו נסיבותיו האישיות היו שונות, אני סבור כי הוא היה ניצב לפני ריצוי עונש מאסר ממושך באופן משמעותי, אולי אף כפול מזה שנגזר עליו. דברים דומים נכתבו בגזר הדין כמתואר לעיל. יש להזכיר, כי בית המשפט המחוזי אף ראה לבסוף לנכות מתקופת מאסרו פרק זמן של שנה.

25. גם זאת יש להדגיש: אין לפנינו עונש חמור באופן חסר תקדים, ודאי שלא "דרקוני" כנטען (ראו והשוו: ע"פ 6590/17 מדינת ישראל נ' פלוני (11.11.2018), שבו נגזר על קטיין עונש מאסר בפועל כולל של 5 שנים; ע"פ 3732/19 פלוני נ' מדינת ישראל (24.10.2019) (להלן: עניין פלוני), שבו נגזר על ידי הערכאה הדיונית עונש מאסר בפועל בן 6 שנים, אשר הופחת בבית משפט זה ל-5 שנות מאסר בפועל).

בעוד שאין לכחד כי העונש שנגזר על המערער אינו מקל, ואף ניתן לומר כי הוא עונש כבד, עובדה זו אינה מצדיקה את התערבות ערכאת הערעור. התערבות שכזו שמורה למקרים חריגים שבהם ישנה סטייה ניכרת ממדיניות הענישה הראויה או כאשר נפלה בגזר הדין טעות מהותית (ע"פ 5725/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (4.8.2016)). לא כך במקרה שלפנינו.

26. אף לא התרשמתי כי בית המשפט קמא סטה מהוראות הדין והפסיקה בתהליך שבו גזר את עונשו של המערער. במהותם של דברים, בית המשפט עמד בגזר הדין על המתח הקיים בגזירת עונשו של קטיין בין שיקולי שיקום לבין שיקולי גמול והרתעה. מורכבות רבה במיוחד ישנה באיזון בין שיקולים אלו כאשר על הפרק עניינו של קטיין

שהורשע בביצוע עבירות מין (להרחבה ראו: אליקים רובינשטיין "על הקטין במשפט" משפחה במשפט ג'-ד' 35, 57-58 (תשס"ט-תש"ע)). באשר לאיזון עדין זה, אף אני קבעתי בעבר:

"יש להעביר מסר חינוכי המדגיש את החומרה הרבה שבביצוע עבירות מין בידי קטינים, ובתי המשפט נדרשים לסייע בהפצת מסר זה באמצעות הטלת ענישה מרתיעה על עבירות כאלו. יש לקוות כי בכך יהיה כדי להגביר את מודעותם של בני נוער לגבולות האסור והמותר" (ע"פ 7238/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (18.3.2020)).

כך גם בענייננו: בית המשפט נתן דעתו לשיקולי שיקום אך הבהיר מדוע לגישתו הם נסוגים במידה מסוימת בהתחשב בחומרת המקרה. כאמור, איני רואה להתערב במסקנתו.

27. הדברים דומים ביחס לרכיב הפיזיו. ערכאת הערעור תתערב בגובה פיצוי שהושת על נאשם במקרים קיצוניים בלבד ואך ורק כאשר גובהו חורג בצורה משמעותית ממדיניות הפיזיו שנקבעה בפסיקה, או בשל נסיבות כלכליות חריגות (ע"פ 7781/12 פלוני נ' מדינת ישראל (25.6.2013)). בענייננו, בהתחשב בהיקף הנזק שנגרם למתלונן, שרק מקצתו תואר לעיל, אין הצדקה להתערב בגובה הפיזיו (ראו: עניין פלוני, בפסקה 8).

28. טרם סיום, ועל רקע הייחודיות המסוימת של מקרה זה, מצאתי להעיר הערה כללית ביחס למלאכת הענישה. מלאכה זו אינה מלאכה טכנית: "אין עסקינן במלאכת מחשב, כי אם במלאכת מחשבת" (ע"פ 8279/11 מור נ' מדינת ישראל, פסקה 2 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (1.7.2013)).

היושב בדין אינו נדרש לאתר מקרים הדומים ככל שניתן למקרה שלפניו, לחשב מעין ממוצע ולהשית על הנאשם שלפניו את העונש המתאים לתוצאה שהתקבלה. לא בהשוואה בין מקרים עסקינן; אלא בבחינת כל מקרה ונסיבותיו שלו. בחינה זו נעשית כאשר אנו מצוידים בפסיקה קודמת, אולם בהתחשב בכך שמדיניות הענישה הנהוגה אינה חזות הכול. אף במסגרת תיקון 113, אשר אינו חל במישורין על ענייננו כאמור, נקבע כי מדיניות הענישה הנהוגה היא רק שיקול בודד מבין השיקולים המעצבים את גבולות מתחם הענישה ההולם (סעיף 40ג(א) לחוק). שיקול דעת רחב הותיר המחוקק בידי בית המשפט – ועל בית המשפט לעשות שימוש בשיקול דעת זה. לא באופן שרירותי, חלילה; אלא באופן מושכל, לפי ניסיון המותב ומיטב הבנתו המקצועית.

רוצה לומר: ישנם מקרים חריגים שבהם הערכאה הדיונית מתרשמת כי האירוע שלפניה חמור במיוחד וככזה הוא מצדיק עונש חריג בחומרתו. כל עוד קביעת הערכאה הדיונית מנומקת היטב ונשענת על יסודות איתנים בדין ובפסיקה; וכל עוד אין סטייה ניכרת ממדיניות הענישה הראויה – העובדה כי העונש ניצב בקצה העליון של מנעד הענישה, אין היא מהווה עילה להתערבות ערכאת הערעור.

29. סוף דבר: מכלל טעמים אלו אציע לחברי ולחברתי כי נדחה את הערעור.

30. אחר הדברים האלה: באופן חריג, תהום פעורה בין מסקנתי למסקנת חבריי. מעשיו של המערער קשים, איומים ומחרידים – ובכל זאת, בנסיבות דנן, לא יהא עליו לרצות ולו יום אחד במאסר מאחורי סורג ובריח. יגעתי אחר הליך שיקום יוצא דופן מצד המערער – אך כזה לא מצאתי. למעשה, עד תסקיר שירות המבחן האחרון היו סימני שאלה ביחס לכנות מאמציו של המערער. אף לא מצאתי בתסקיר האחרון את שחברי מוצאים, ויתרה מזאת, לא מצאתי בתסקיר מענה לשיקולי ענישה אחרים, כבדי משקל. שניים היו מעורבים באותו אירוע נורא מושא כתב האישום: המערער והמתלונן. קשה עליי התחושה כי תוצאת פסק הדין שמה במרכזה רק את עניינו של המערער – העבריין; ואילו עניינו של הקורבן התמים – קטין אף הוא, נדחק לקרן זוית. אם כן, גם לאחר שעיינתי בעמדות חבריי, נותרתי איתן בדעתי כי יש לדחות את הערעור ולהותיר על כנו את העונש החמור שנגזר על המערער.

ש ו פ ט

השופטת ר' רונן:

1. קראתי את חוות דעתו המקיפה של חברי השופט י' אלרון. כמוהו, אף אני סבורה כי הדילמה העונשית היא קשה בכל תיק ותיק, וכך אף ביתר שאת בתיק זה. כמוהו, אף אני הזדעזעתי עמוקות ממעשיו המחרידים של המערער. מדובר במסכת ממושכת ואכזרית של מעשים נתעבים; שבוצעו כלפי קרבן חסר ישע, קטין בעצמו; תוך נקיטה באלימות, תוך זריעת פחד ובעיקר השפלה עמוקה של המתלונן. המתלונן, כפי שציין חברי, נפגע פגיעה אנושה שספק אם תוכל לתקון, והוא נשא ויישא עמו את הצלקות של התנהגותו המחפירה של המתלונן גם בעתיד.

ואולם, מלאכת הענישה היא – כפי שציין גם חברי – מלאכה מורכבת, שצריכה להביא בחשבון מגוון שיקולים ולאזן ביניהם. אין המדובר ב"נוסחה מתמטית" אלא הכרעה המחייבת הפעלת שיקול דעת רחב בכל מקרה על-פי נסיבותיו, בהתאם למתווה

הענישה כפי שהוא נקבע בהוראות החוק ולהנחיות בפסיקה. אכן, מדובר לא אחת במקרים מזעזעים ומחרידים, אולם גם אז שומה עלינו לבצע את מלאכת האיזון בין מכלול השיקולים וליישם את מסקנותיה על עובדות המקרה, אף אם נטיית לבנו הראשונית היא לקבוע אחרת.

שיקולי הענישה בבגירים ובקטינים

2. שני סוגים עיקריים של שיקולים נשקלים בהתייחס לענישתו של מי שהורשע בדין – שיקולי גמול מצד אחד, ושיקולים תועלתניים מהצד השני. מבלי להיכנס לדקויות שבשני סוגי השיקולים הללו ולתורות השונות המצדדות בכל אחד מהם, ניתן לומר בקצרה כי הגישה ה"גמולנית" מודדת כל עבירה לפי מידת החומרה שלה וגוזרת בהתאם לכך לעברייני עונש ה"הולם" את חומרת העבירה (כאשר השאלה מהי מידת החומרה היא כמובן שאלה מורכבת, ולא כל הגישות הגמולניות מתייחסות אליה באותו אופן). הגמול לעברייני אינו נובע מתחושת נקם, אלא הוא מהווה הצהרה חברתית ברורה אודות החומרה בה רואה החברה את מעשיו, ואת חריגתו מהכללים תוך גרימת נזק – הן לקורבן והן למערכת החוק הכללית שאותה מצווים כל תושבי המדינה לכבד. על-פי גישה זו, קיימת חובה מוסרית להטיל על עברייני עונש ההולם את חומרת העבירה שביצע ללא קשר לתוצאות הענישה הצפויות (טלי גל והדר דנציגר-רוזנברג "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי" משפטים מג 183, בעמוד 214 (תשע"ג); ראו גם: יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 420 (התשע"ג).

3. מנגד, הגישה התועלתנית שמה את הדגש על ענישה כאמצעי לשיפור פני החברה בעתיד. העונש המוטל על העברייני לפי גישה זו נועד כדי להביא לתוצאות שיביאו תועלת לחברה מתוך מטרה לצמצם את הפשיעה. בכלל זה נועד העונש להרתיע מפני ביצוע עבירה בעתיד, כשנהוג בהקשר זה להתייחס להרתעה כללית ולהרתעה ספציפית. ההרתעה הכללית מכוונת לעבריינים פוטנציאלים אחרים, כאשר ההנחה היא כי ביצוע עבירות יימנע אם עבריינים כאלה יהיו מודעים למחיר העונשי שיהיה עליהם לשלם אם הם יפרו את החוק. העונש צריך להיות כזה שיהפוך את ביצוע העבירה לבלתי "משתלם". באופן דומה, ההרתעה הספציפית נועדה להרתיע את העברייני עצמו מלחזור ולבצע עבירות. גם ביחס לעברייני הספציפי, ההנחה היא כי הטלת עונש תרתיע אותו מלחזור ולהפר את החוק (ראו: הדר ודנציגר-רוזנברג; ואקי ורבין).

בנוסף, במסגרת השיקולים התועלתניים לענישה ניתן לציין גם את השיקול של ההרחקה של העברייני מהחברה, בשל החשש שהעברייני הוא מסוכן והוא עלול לחזור

ולבצע עבירות ולפגוע בקורבנות נוספים. מטרה נוספת של הענישה בהתאם לגישה זו היא השיקום. ענישה משקמת היא כזו שנועדה להביא לכך שהעבריינין יחדל בעתיד מלעבור על החוק לאור תהליך שהוא יעבור, שיטפל בסיבות בשלהן הוא עבר על החוק מלכתחילה. במסגרת זו ניתן למנות בין היתר טיפולי גמילה שונים, מסגרות ללימוד מקצוע וטיפולים פסיכולוגיים. יוער כבר עתה כי התועלת הנלווית של הענישה המביאה לשיקום העבריינין, היא ערך מוסף של הטלת עונש שגם תומכי הגישה הגמולנית עשויים להצדיקו ולצדד בו.

4. במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין התשל"ז – 1977 (להלן: חוק העונשין), קבע המחוקק הישראלי את אופן הבניית הענישה ואת השיקולים שעל בתי המשפט לשקול במסגרת התהליך המורכב של גזירת הדין. השיקול הראשוני לענישה בהתאם לתיקון זה הוא גמולני – הלימה בין חומרת המעשה לבין העונש. כך, ס' 40 לחוק העונשין קובע כי "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו".

בהתאם לשיקול זה, מורה המחוקק לבתי המשפט, בסעיף 40 לחוק העונשין, לקבוע בשלב הראשון של גזירת הדין את מתחם העונש תוך הגדרת העונש המינימלי והמקסימלי ההולמים את העבירות אותן ביצע הנאשם בהתאם לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. הסעיף מפרט את המבחנים הקונקרטיים שיש ליישם לצורך קביעת מתחם העונש ובכלל זה: הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה; מידת הפגיעה בו; מדיניות הענישה הנהוגה; ונסיבות אחרות הקבועות בסעיף 40 לחוק.

בשלב השני של גזירת הדין רשאי בית המשפט לסטות ממתחם הענישה שנקבע – בית המשפט רשאי להחמיר מעבר למתחם כאשר נדרשת הגנה על הציבור מפני הנאשם (סעיף 40 לחוק); והוא רשאי להקל על עונשו של הנאשם מתחת לרף הענישה התחתון אם הוא סבור כי ישנו פוטנציאל ממשי לשיקום הנאשם (סעיף 40ד(א) לחוק העונשין). לנושא זה אתייחס בהרחבה בהמשך.

5. לאחר קביעת מתחם הענישה, מצווה בית המשפט להתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כדי למקם את עונשו של הנאשם בתוך המתחם. בשלב זה מצווה בית המשפט להתחשב בנסיבותיו האישיות של הנאשם וכן בנסיבות אחרות שאינן קשורות בביצוע העבירה כדי למקם את עונשו של הנאשם בתוך המתחם שנקבע. בין היתר ניתן להביא בחשבון בשלב זה את שיקולי ההרתעה בעבירות מסוג זה ושיקולי מניעה בהתחשב במסוכנותו של הנאשם.

6. אם כן, המחוקק הישראלי אשר עיגן את שיקולי הענישה ייחס חשיבות הן לשיקולי הגמול והן לשיקולים התועלתניים ובהם שיקום, הגנה על שלום הציבור והרתעה אישית וכללית. החוק, על-ידי התוויית הגדרת עקרונות הענישה, אף קבע את משקלם היחסי של השיקולים השונים. בהתאם למתווה זה, העיקרון המנחה בקביעת מתחם העונש הוא עיקרון ההלימה (קרי; עונש בו מתקיים יחס הולם בין חומרת המעשה ואשמו של הנאשם לבין חומרת העונש); כאשר שיקולי תועלת שונים מובאים בחשבון לאחר מכן לקביעת העונש המדויק בתוך המתחם; ושיקולים שיקומיים מאפשרים לסטות ממתחם זה לקולא.

7. השאלה אילו נסיבות יצדיקו חריגה מטעמי שיקום, בכלל ובפרט כאשר מדובר בעבירה חמורה ביותר כמו בענייננו, אינה שאלה פשוטה.

ככלל ניתן לומר כי כאשר מדובר בנאשם בגיר, האפשרות לחרוג ממתחם הענישה לצורך נקיטה בהליך שיקומי – היא חריג ולא הכלל (ראו למשל: ע"פ 4876/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (3.12.2015)). את שיקולי השיקום יביא בית המשפט בחשבון בדרך כלל בקביעת העונש בתוך מתחם הענישה שנקבע על ידיו (ראו למשל מהעת האחרונה: ע"פ 4071/23 פלוני נ' מדינת ישראל (12.7.2023); ע"פ 163/23 טקלה נ' מדינת ישראל (15.6.2023)). רק במקרים חריגים ויוצאי דופן, יוכלו שיקולים אלה להצדיק סטייה ממתחם הענישה כלפי מטה.

8. הדברים האמורים נכונים ביחס לגזירת עונשו של בגיר. מערכת השיקולים שיש להפעיל בעת גזירת עונשו של קטין היא שונה וייחודית. כפי שציין חברי, סעיף 40טו(א) לחוק קובע כי על ענישת קטין יחולו עקרונותיו של חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) התשל"א – 1971 (להלן: חוק הנוער) ולא הוראות תיקון 113 לחוק העונשין.

מדיניות הענישה הנוהגת בעניינם של עבריינים קטינים מעניקה משקל רב לעצם קטינותם. בית משפט זה עמד בעבר על שלוש הצדקות עיקריות להבחנה זו: ההצדקה הראשונה מתייחסת למידת האחריות והאשמה של הנאשם הקטין. ההנחה היא כי כאשר מדובר בקטינים, מידת האשם היא שונה ופחותה מאשר אילו אותו מעשה עצמו היה מבוצע על ידי נאשם בגיר. זאת, בשל חוסר בשלותו האישיותית של הקטין שטרם סיים את התפתחותו הפיזיולוגית והקוגניטיבית, והעדר ניסיון חיים; ההצדקה השנייה מתייחסת לחומרת העונש כאשר מדובר בקטין, ולפיה אותו עונש שייגזר על נאשם בגיר או נאשם קטין, יהיה קשה יותר עבור הקטין; ההצדקה השלישית קשורה באינטרס

החברתי בשיקומו של הקטין, כאשר ההנחה היא שסיכוייו להשתקם גבוהים יותר (ראו: ע"פ 7416/15 פלוני נ' מדינת ישראל, סעיפים 8-9 (22.5.2016); ע"פ 5048/09 פלוני נ' מדינת ישראל (14.2.2010); ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני (8.3.2009) (להלן: ע"פ 49/09)).

יובהר בהקשר זה כי מחקרים מצביעים על כך שהליך השיקום של קטינים עשוי, במידה רבה יותר מבגירים, לתרום לכך שיוכלו לשוב למעגל החיים הנורמטיבי. זאת לאור הנסיבות המובילות בדרך כלל לעבריינות של קטינים; לאור השלב בו הם נמצאים מבחינת התפתחותית; ובשל האפשרות להשפיע על דפוסי המחשבה של קטינים ביתר קלות. מאידך גיסא, אוכלוסיית הקטינים עוברי החוק שאינה עוברת תהליך שיקומי, היא אוכלוסייה הנוטה באופן מיוחד לרצידיביזם (קרי חזרה למעגל הפשיעה לאחר ריצוי העונש). משום כך ישנה חשיבות גדולה אף יותר להליך השיקום של מי שעבר עבירה בהיותו קטין (ראו: סוזי בן-ברוך, הילה סיני ואברהם שיינפלד "בין ענישה לשיקום: גישות ושיקולים משתנים ביחס לנוער עובר חוק בחקיקה ובהליך המשפטי בישראל ובעולם" נוער בבלגן – קטינים עוברי חוק בישראל: דרכי מניעה, אגיפה ושיקום 67 (2015); אילי גולדברג "תקופת המאסר כהזדמנות לטיפול בנוער עברייני" נוער בבלגן – קטינים עוברי חוק בישראל: דרכי מניעה, אגיפה ושיקום 268 (2015); ע"פ 49/09 המוזכר לעיל, פסקאות 14-15 והמחקרים המאוזכרים שם. יוער כי בע"פ 49/09 הפנה בית המשפט גם לגישת המשפט האמריקאי המעדיפה שיקולי שיקום כאשר מדובר בקטינים).

בהתאם לשלוש ההצדקות האמורות לעיל להבחנה בין קטינים לבוגרים, בית המשפט נוהג באופן שונה ביחס לקטינים הן בקביעת מתחם הענישה; והן בהתייחס לאיזון בין שיקולי השיקום האפשרי של הנאשם לבין שיקולי הגמול וההלימה בין חומרת העבירה לבין העונש. כך, כבר בהתייחסות למידת אשמו של נאשם קטין לצורך קביעת העונש ההולם, על בית המשפט להביא בחשבון את העובדה שהוא ביצע את העבירה בעודו קטין (ראו גם סעיף 25(ג) לחוק הנוער).

9. יתרה מכך, בניגוד לדין החל על נאשמים בגירים, השם כזכור את הדגש הראשוני על שיקולי הלימה, מערך שיקולי הענישה ככל שהדבר נוגע לקטינים הוא שונה, ובהתייחס אליהם הדגש הוא דווקא על שיקולי שיקום (ע"פ 990/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (30.11.2022); ע"פ 6933/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (7.12.2017)). סעיף 1א(א) לחוק הנוער קובע כי "מימוש זכויות של קטין, הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו ייעשו תוך שמירה על כבודו של הקטין, ומתן משקל ראוי לשיקולים של שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה ותקנת השבים, וכן בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו."

10. ויובהר; בהתאם לדין ולפסיקה, גם בגזירת עונשו של קטין, בית המשפט רשאי להתחשב בעקרונות ובשיקולי הענישה בהתאם לחוק העונשין, תוך התאמתם של עקרונות אלה לענישת הקטין, ככל שהוא סבור כי יש לתת להם משקל. בהתאם לכך, על אף מעמד הבכורה שניתן לשיקולי השיקום, בית המשפט אינו צריך להתעלם מיתר השיקולים. אכן, מקובלים עלי דבריו של חברי בפסק דינו, כי קטינות אינה יוצרת חסינות, וכי שיקולי גמול, הרתעה ומניעה עשויים לעיתים לגבור על שיקולים הנוגעים לנסיבות האישיות של הקטין ולסיכויי השיקום שלו. ההבדל בין ענישת קטין וענישת בגיר איננו בסוג השיקולים שעל בית המשפט לשקול, אלא במשקל היחסי שניתן לכל אחד מהם, כך שנקודת המוצא היא כי כאשר בית המשפט גוזר את דינו של נאשם קטין, עליו לתת משקל מוגבר לשיקולי שיקום ולהתחשבות בנסיבותיו האישיות.

מובן גם כי גם ביחס לקטינים יש לבחון כי כל מקרה לאור מכלול נסיבותיו. בכלל זה על בית המשפט לבחון – מחד גיסא, את חומרת העבירה בה הורשע הקטין ואת גילו בעת שהוא ביצע את העבירה. ככל שמדובר בעבירה חמורה יותר, שבוצעה על ידי קטין שחצה זה מכבר את גיל האחריות הפלילית והוא קרוב יותר ל"בגירות" (קרי; לגיל 18 שהוא קו פרשת המים בסיווג הסטטוטורי בין "קטין" ל"בגיר") – כך יגבר משקלם של שיקולי הגמול והרתעה. עוד יש להביא בחשבון בהקשר זה את עברו הפלילי של הקטין; את השאלה האם המקרה בגינו הוא עומד לדין הוא מקרה חד פעמי או שמא מדובר במספר אירועים, ואם כן – את החומרה היחסית של כל אחד מהם; את השאלה האם מביע העבריינות הקטין חרטה כנה על ביצוע העבירה ונוטל אחריות למעשיו; וכמובן – את סיכויי השיקום של העבריינות הקטין, כאשר לצורך כך ייעזר בית המשפט בחוות דעתם של הגורמים המקצועיים האמונים על מתן חוות דעת לבית המשפט בהקשר זה (ראו: ע"נ 49/09 פ' המוזכר לעיל, פסקה 13). ככל שהסיכויים לשיקום רבים ומשמעותיים יותר בעיניהם של הגורמים המקצועיים, כך יינתן משקל רב יותר לשיקולים אלה.

מעבר לכל אלה, יש להביא בחשבון – כפי שאפרט להלן – את אמצעי הטיפול שננקטו ושיינקטו ביחס לקטין. אף שאין מדובר ב"אמצעי ענישה", יש לאמצעים אלה משמעות רבה: הן ביחס לסיכויי השיקום של הקטין והן ביחס לשיקולי הענישה האחרים – הגמול והרתעה של הקטין עצמו ושל נאשמים פוטנציאליים אחרים. כך, וכפי שיובהר גם בהמשך, ישנם "אמצעי טיפול" שניתן לעשות בהם שימוש ביחס לקטין השונים מאמצעי הענישה המקבילים המוטלים על בגירים. אולם גם לאמצעים אלה יש משמעות רבה – הן בשלילת החירות המלאה של הקטין עובר העבירה; הן בקיומו של מנגנון של

פיקוח הדוק ומחייב; ובה בעת – גם בקיומה של אפשרות של הקטין לשנות את דרכיו ולהשתקם.

מן הכלל אל הפרט

11. ניישם אם כן את האמור לעיל על נסיבות המקרה דנן. מדובר – כפי שציינתי בראשית הדברים, במקרה קשה המציב את הדילמה בין שיקולי גמול והרתעה לשיקולי שיקום במלוא עוצמתה. ראשית, העבירה בה הורשע המערער היא חמורה ביותר, וכאמור כתב האישים מגולל מסכת התעללות איומה של הקטין במתלונן אשר אין מחלוקת ביחס לפגיעה הקשה ויוצאת הדופן בו.

שנית, בהתייחס לגילו של המערער - בעת ביצוע העבירה הוא היה בן 15 ו-10 חודשים. אין מדובר אם כן במי שקרוב מאוד לגיל 18 (אף שלא מדובר בילד רך בשנים אלא במי שיכול וצריך היה להבין את החומרה הרבה במעשיו). גילו של המערער מהווה כשלעצמו נסיבה מקלה גם בבחינת שיקולי ההלימה, מאחר שכפי שהובהר, החומרה המיוחסת למי שמצוי עדיין בשלבי העיצוב של אישיותו, היא חומרה פחותה לעומת זו המיוחסת למי שכבר התגבר ועמד על דעתו.

12. ואולם, חומרת העבירות איננה חזות הכל ויש להמשיך ולבחון גם את סיכויי השיקום, שבמקרה המתאים עשויים להביא, כשמדובר בקטינים, לחריגה מהרף הנמוך של מתחם העונש ההולם (ראו: ע"פ 7870/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (14.4.2021) (להלן: ע"פ 7870/19)).

למערער לא היה עבר פלילי למעט העבירה נושא הערעור דנן. מעבר לכך – העבירה שיוחסה לו, הגם שהיא מתייחסת למעשה מתמשך וחמור במיוחד, היא עבירה חד-פעמית הנוגעת לאירוע אחד.

13. באשר לסיכויי השיקום של המערער דנן, הרי שחלה התפתחות במהלך הזמן בין מועד מתן גזר דינו של בית משפט קמא לבין מועד הדיון בערעור. מאחר שמדובר בשאלת הסיכוי שהמערער אכן ישתקם וישכיל להמשיך את חייו כאדם נורמטיבי, יש לבחון את פני הדברים נכון למועד מתן פסק דינו, היינו בהתאם למצב הדברים לאור התסקיר הערכני של שירות המבחן.

14. התסקיר העדכני של שירות המבחן (מיום 27.6.2023) מפרט קודם כל את הרקע המשפחתי של המערער. אביו של המערער נהג לשתות לשוכרה והיה אלים מילולית ופיזית כלפי אמו, אלימות אליה היו חשופים גם הילדים. האב הורחק מהבית בעקבות תלונה של האם בשנת 2006, ומאז חיו בני הזוג בנפרד. בשנת 2016 האב נפטר. אמו של המערער שהחלה לבקרו לאחרונה במעון בו הוא שוהה, דיווחה על שינוי שחל אצלו ועל שיפור ניכר בקשר ביניהם. היא רואה את הצורך בטיפול עבור בנה ומעוניינת שהוא ימשיך את הטיפול במעון הסגור.

שירות המבחן מתאר את קליטתו של המערער במעון לאחר מעצרו. בתחילה הוא התקשה לקבל את סמכות הצוות, אולם לאחר שיח והצבת גבולות, הוא הצליח להתארגן ולחזור לתפקוד תקין. עוד צוין כי לאחר גזר הדין, התקשה המערער להשתתף באופן עקבי בפעילות המעון, אך הצוות התרשם כי הוא עושה מאמצים ומגלה מוטיבציה לעבודה עצמית; הוא ביסס יחסי אמון וקשרים מיטיבים עם דמויות סמכות; הוא מצליח לזהות מצבים בהם הוא מתנהל בצורה שאינה מותאמת וחוצה גבול; ונראה כי הוא זקוק למרחב טיפולי המאופיין בשיקופים תדירים ונראות לצורך הפנמת גבולות. כן התרשם הצוות מהמערער כבעל יכולות גבוהות, רגשיות ותפקודיות, הנעזר במרחב הטיפולי המוצע לו ואף מצליח להציע עזרה לסביבתו. לצד זאת הוא נמצא עדיין בתהליכי למידה, והוא זקוק להמשך עבודה בתחומים שונים בהם הוא נדרש לבצע שינוי. לעיתים במצבי משבר הוא מתקשה מול שינויים המעוררים לחץ וחרדה. צוות המעון משקף זאת באופן המאפשר לו להתמודד ולהמשיך בתהליך הטיפולי על אף הקושי. עוד צוין כי חרף החרדה ותחושת הייאוש על רקע גזר הדין, המערער מצליח להיעזר בצוות המעון ולהימנע ממעורבות באירועים חריגים.

בהיבט החברתי, המערער מתואר כבעל מעמד חברתי גבוה מול קבוצת השווים. צוין כי הוא נגרר לעיתים לציניות ולשיח מילולי שאינו מותאם לכללי המעון. עוד צוין כי חל שיפור בתקשורת של המערער עם נערי הביתן, וכי ניכר שהוא מצליח להקרין סמכות בצורה חיובית ונעימה ולא כוחנית כפי שנהג בעבר. מבחינה לימודית המערער שומר על כללי ההתנהגות ואין לו בעיות משמעות. לפני גזר הדין ולאחריו, עבר המערער תקופה בה הוא התקשה מאוד לפנות עצמו ללמידה, אולם עדיין שמר על תפקוד יציב ברמה מסוימת. לאחר ההחלטה על עיכוב הביצוע הוא חזר לתפקוד מלא, והוא מגיע לכל השיעורים ונכון להצטיין בהם.

15. המערער משולב בקבוצה טיפולית ייעודית לנערים פוגעים מינית, ומנחי הקבוצה מוסרים כי הוא התאקלם בה היטב והפך להיות משמעותי ואף מוביל בה. הוא משתף בגילוי לב בחלקים רגישים ופגיעים שלו, ובכלל זה שיתף את הקבוצה לאחרונה בקשרים שלו עם הוריו. הוא מוכן לגעת בחלקים כואבים ועמוקים יותר, משתף ברגשותיו באופן הנחוה כאותנטי, ומדגיש את חשיבות הטיפול בשבילו ואת המשמעות של התהליך הקבוצתי שהוא עובר.

לעיתים הוא מתמקם בעמדה מיואשת בהתאם למצבו המשפטי, אך הוא קשוב לשיקוף במצבים אלה וניכר בו שינוי כבר במפגש שאחרי. המערער שיתף את הקבוצה בעבירה שהוא ביצע, אולם נדרשת עדיין עבודה ממוקדת על מעגל הפגיעה האישי שלו. הוא מבין כי פעל במעשה העבירה מתוך צורך להשיג שליטה וכוח, הוא מודע לכך שדפוס זה ניהל את יחסיו בעבר, והוא מביע רצון לשנותו.

גם במסגרת הטיפול הפרטני בו המערער מצוי במהלך 7 חודשים, מביא המערער תכנים משמעותיים מעולמו הפנימי, ובכלל זה קשריו עם הוריו, וכל דפוסי הבריונות והכוח שהוא מכיר בעצמו לאורך השנים. הוא מבקש ללמוד מהם ולייצר שינוי. ההתרשמות של העובדת הסוציאלית היא כי המערער הוא בעל מוטיבציה גבוהה להליך טיפולי משמעותי, שיסייע לו לווסת את רגשותיו והתנהגותיותו, לפתח את עולם הערכים האישי שלו ולצמצם דפוסי כוח שאפיינו אותו לאורך חייו.

16. מעבר לכל אלה נמצא המערער גם במעקב של פסיכיאטר אשר ציין כי לאורך תקופת המעקב נערכה לו הערכה שמסקנותיה מצביעות על שינוי בהתרשמות לעומת הערכה פסיכו-דיאגנוסטית קודמת. כך, המערער לאחר טיפול ממושך אינו עומד בקריטריונים לקיומה של הפרעת אישיות אנטי-סוציאלית, והוא נמצא בתהליך משמעותי לתיקון העיוותים האישיותיים שנוצרו כתוצאה מחוויות טראומטיות בעברו. עוד ציין הפסיכיאטר כי העברתו של המערער למסגרת שאינה טיפולית שיקומית, עלולה לגרום לנסיגה ולקבע דפוסים מהעבר המתבססים על יצר ההישרדות הראשוני שקיים בו.

17. עורכת התסקיר מטעמו של שירות המבחן, קיימה אף היא שיחות נוספות עם המערער. גם היא התרשמה כי הוא מגלה חיבור למעשיו ולרגשותיו, כי הוא משתף פעולה באופן מלא, כי הוא חש אי-נוחות לדבר על העבירות בהן הואשם וכי הוא מביע תחושות בושה ואשמה נוכח מעשיו. המערער מגלה אמפתיה כלפי נפגע העבירה ותובנה לרגשותיו בעת הפגיעה. הוא מבין את חומרת המעשים שביצע, נוטל אחריות ונכונות לפיצוי

ולכפרה. הוא מוכן לעבוד קשה לשם כך, אך מודע לכך שכל אלה לא יתקנו את מעשיו. הוא מביע רצון להמשיך בהליך הטיפולי ומתאר את הדרך המשמעותית שהוא עבר.

עורכת התסקיר ציינה כי נדרש המשך עיבוד של אופני ההתמודדות של המערער, וזאת תוך יכולת שלו לזהות את השלבים בהתנהגותו הפוגענית ולתקנם. כן נבחן השינוי שעבר המערער לאורך התהליך ויכולתו להתקדם בשלבים השונים. עורכת התסקיר התרשמה כי המערער נכון להמשיך בעבודה זו וכי ישנו פוטנציאל רב להמשך התהליך השיקומי שלו.

18. המלצותיו של שירות המבחן בתסקיר שהוגש לנו מביאות לידי ביטוי את גורמי הסיכון והסיכוי לאור מכלול האמור לעיל. מבחינת הסיכון, מונה שירות המבחן את חומרת העבירות בהן הורשע המערער, הכוללות פגיעה מינית קשה ומרכיבים של אלימות והתעללות נפשית קשה במתלונן; קיומם של קשיים אורגניים של קשב וריכוז; שימוש אינטנסיבי בסמים בעבר; רקע משפחתי מורכב; משברים ופגיעות שכלל הנראה לא טופלו או לא עובדו ברמה מספקת; וחשש לרמת מסוכנות גבוהה לאחרים ללא קבלת טיפול נפשי ארוך טווח.

מול אלה הובאו בחשבון גורמי הסיכוי ובכלל זה – תפקוד ורמה קוגניטיבית גבוהה; הודאה בביצוע העבירות; תחושות של חרטה וקבלת אחריות; יכולת אמפתיה לנפגע; התייחסות להתנהגות הפוגעת כמשקפת הליך שינוי; הבנה למהות התנהגותו, לחומרה ולנזק; יכולת מוכחת לתפקוד תקין ועקבי במסגרות ושיתוף פעולה עם גורמי הטיפול.

כן צוין כי המערער מביא לידי ביטוי את חוזקותיו ויכולותיו בפעילות חברתית, הוא נתמך על ידי אמו, מסוגל להפנים את ההליך הפלילי כגורם מרתיע, ומביע נכונות להמשיך ולהירתם להליך טיפולי ארוך טווח במסגרת חוץ ביתית. עוד צוין כי המערער זקוק להמשך טיפול סמכותי אינטנסיבי לצד שילוב בטיפול ייעודי בקבוצה של נערים פוגעים מינית, כדי שהתנהגותו הפוגעת תקבל מענה טיפולי הולם.

19. נוכח מכלול השיקולים וגורמי הסיכון והסיכוי, ממליץ שירות המבחן לשלב דרכי טיפול וענישה ולהמיר את עונש המאסר לצו מעון נעול חלף מאסר, עד הגיעו לגיל 20; צו פיקוח בתנאי מגורים עד הגיעו לגיל 21 במהלכו ימשיך לשהות במעון; וצו פיקוח בקהילה למשך שנתיים נוספות. כן הומלץ להטיל על המערער מאסר על תנאי לתקופה משמעותית כעונש הרתעתי לעתיד וביצוע שעות לתועלת הציבור בהיקף מורחב של 300

שעות. באשר לפיצוי, הומלץ כי הוא ישולם לנפגע העבירה לאחר שהמערער יסיים את שהותו במעון. עוד צויין כי אם המערער לא יעמוד בתנאי הצו בתקופת שהותו במעון, עניינו יוחזר לבית המשפט אשר יוכל לגזור את עונשו מחדש.

יישום מכלול השיקולים על גזירת דינו של המערער

20. הבאתי את מסקנות תסקיר שירות המבחן בהרחבה רבה, מאחר שעולה ממנו באופן חד-משמעי העובדה שהמערער עבר דרך ארוכה ומשמעותית ממועד ביצוע העבירה ועד למועד עריכת התסקיר. התסקיר אינו חד צדדי, ומפורטים בו גם הקשיים שהמערער עדיין ניצב בפניהם. דרכו לשיקום טרם הסתיימה והמערער נמצא בעיצומה. אולם כתוצאה מהתהליך, מצוי עתה המערער במקום שונה לחלוטין מזה בו הוא היה בתחילת הדרך.

אין מדובר בדרך קלה שהוא עבר – לאור נקודת המוצא הבעייתית מאוד שאפיינה אותו ואת התנהגותו, לא רק בעבירה נושא הערעור. המערער מודה כי כלל התנהגותו בעבר התאפיינה בדפוסי בריונות וכוח. השיפור איננו משתקף רק בדיווחי גורמי הטיפול במעון, שכולם מתייחסים לקשייו של המערער ובה בעת להצלחתו לנסות להתגבר עליהם. השיפור עולה גם באופן ברור מחוות הדעת הפסיכיאטרית שמהווה חלק מתסקיר שירות המבחן. כפי שצויין, הפסיכיאטר הבהיר כי בניגוד לעבר, המערער אינו עוד בעל הפרעת אישיות אנטי-סוציאלית, והתהליך שהוא עובר עשוי להביא לתיקון העיוותים האישיותיים שלו. זוהי חוות דעת משמעותית לגבי שינוי מרחיק לכת אותו עבר המערער.

21. מול כל אלה, נמצאת ההערכה – הן של גורמי הטיפול והן של הפסיכיאטר, לפיה ישנו חשש משמעותי שבלא הטיפול המקיף והאינטנסיבי שהמערער לוקח בו חלק במעון, ואם הוא יפסק כתוצאה מהעברתו של המערער למאסר, עלולים ההישגים המשמעותיים שפורטו בתסקיר לרדת לטמיון. כך, לדברי הפסיכיאטר עלולה העברתו למסגרת שאינה טיפולית שיקומית, לגרום לנסיגה ולקבע דפוסים מהעבר.

22. מהו אם כן העונש הראוי שיש לגזור בעניינו של המערער? כזכור, חברי, השופט אלרון, סבור כי במקרה דנן, יש להעניק משקל משמעותי לפגיעה הקשה שהמערער הסב למתלונן וכי חומרת המעשים שביצע המערער מחייבים עונש מאסר משמעותי מאחורי סורג וברית. זאת, גם אם הדבר עלול לפגוע במידה מסוימת בהתקדמותו של המערער באפיק הטיפול. בכך העניק חברי לשיקולי הגמול (וההרתעה) את מירב המשקל וביכר אותם על פני שיקולי השיקום. דעתי ביחס לאיזון הנכון במקרה דנן היא שונה. אני

סבורה, לא בלי התלבטות, כי מן הראוי לקבל במקרה זה את המלצת שירות המבחן ולבטל את עונש המאסר שנגזר על המערער.

כפי שהבהרתי בראשית הדברים, כאשר מדובר בנאשם שביצע עבירה בעודו קטין, מערך השיקולים משתנה, ושיקול השיקום מקבל את הבכורה. אכן, גם כאשר הנאשם הוא קטין – אין להתעלם משיקולי ההלימה והגמול כמו גם משיקולי ההרתעה – הן לרבים והן לנאשם עצמו. מבחינתם של שיקולים אלה, אין ספק כי היה ראוי להטיל על המערער עונש מאסר בפועל (אף אם לא בהכרח ברמת החומרה שנקבעה על ידי בית משפט קמא). אולם, בהינתן מכלול הנסיבות הרלוונטיות למקרה זה, הוא אינו לטעמי מסוג המקרים בהם שיקולי הגמול וההרתעה צריכים להתגבר על שיקולי השיקום. אתיחס בהקשר זה למספר נסיבות משמעותיות.

23. ראשית, גילו של המערער בעת ביצוע העבירה לא היה קרוב מאוד לגיל 18. מדובר אם כן ב"קטין צעיר", שהחוק והפסיקה מייחסים לו מלכתחילה רמה מופחתת את אחריות למעשיו ולתוצאותיהם (ע"פ 5559/16 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 14 (4.8.2016); ע"פ 2357/13 רוש נ' מדינת ישראל, פסקה יט (6.10.2013)).

כאמור, האירוע שיוחס למערער – חמור ככל שיהיה, הוא אירוע חד פעמי. אין למערער עבר פלילי ולא יוחסו לו עבירות נוספות בכתב האישום למעט האירוע הנוגע למתלונן.

24. יתרה מכך, וזה העיקר – בחינת תהליך השיקום של המערער מביא למסקנה שהן מבחינת המערער עצמו והן מבחינת שיקולי התועלת הציבורית, הדרך המיטבית היא קבלת המלצתו של שירות המבחן. את הנזק הנורא שנגרם למתלונן – אין להשיב. אולם המערער, בהיותו עדיין אדם צעיר, היה מסיים לרצות את עונשו בעודו אדם צעיר מאוד גם אילו היה מוטל עליו העונש המלא שנגזר על ידי בית המשפט המחוזי.

בתקופה לאחר ריצוי העונש, היה המערער עלול – אלמלא טופל ושוקם, לגרום נזקים נוספים (ואולי להיענש גם עליהם). מובן כי אין מקום לסליחה ומחילה למערער רק מטעם זה. אולם מבחינת התועלת הציבורית, מוטב כי המערער יחזור לחברה כאזרח מועיל ושומר חוק, על פני האפשרות שהוא יהיה עבריין מפר חוק שיסב נזקים נוספים לאחרים.

כאמור, שיקול זה לא היה מטה את הכף ככל הנראה אילו היה מדובר בנאשם בוגר, לאור הנחיית המחוקק ביחס למשקלו של שיקול השיקום לעומת שיקול הגמול וההלימה. אולם המערער לא היה בוגר, ולכן שיקולי השיקום בעניינו הם בעלי משקל רב.

25. שאלת הערכת סיכויי השיקום של המערער היא שאלה מקצועית שככלל בית המשפט נעזר במענה עליה בגורמים המקצועיים. הגורמים המקצועיים שהביעו את עמדתם בהקשר זה הם מכלול הגורמים שנזכרו בדוח המפורט של שירות המבחן: כל הגורמים המטפלים במערער במעון הנעול; העובדת הסוציאלית שערכה את הדוח מטעם שירות המבחן; והפסיכיאטר המטפל. כל אלה היו אחידים בדעתם: המערער עבר דרך משמעותית וארוכה; הוא לא סיים עדיין את תהליך השיקום שלו והוא מצוי במצב שברירי שעלול להתדרדר; אולם יש סיכוי טוב שאם הוא ימשיך בתהליך, הוא אכן ישתקם. דווקא כאשר מדובר במי שעשה מעשה כה נורא ומחריד, הסיכוי הזה הוא חשוב ומשמעותי במיוחד.

בהקשר זה יש להדגיש כי אכן, בהתאם להלכה, וכפי שציין גם חברי, בית המשפט אינו כבול להמלצת שירות המבחן. יחד עם זאת, מקום שבו מדובר בגזירת דינו של קטין, יש לתת משקל רב להמלצות שירות המבחן, ואין לסטות מהן כדבר שבשגרה, אלא רק על סמך טעמים כבדי משקל המצדיקים זאת (ע"פ 7870-19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (14.4.2021)). יפים לעניין זה הדברים האמורים בע"פ 49/09 המוזכר לעיל:

“כאשר מדובר בעבריינים קטינים, מדיניות הענישה מחייבת מלכתחילה את בית המשפט להקנות משקל מכריע ודומיננטי לשיקול השיקום. לכן, בהליך שבו שיקולי השיקום והטיפול הם באופן אינהרנטי לב ליבו של העניין, יש לתת משקל יתר להמלצות אנשי המקצוע מהדיסציפלינה הטיפולית. הגם שתסקירי שירות המבחן הינם בגדר המלצה בלבד שאינה מחייבת את בית המשפט [...] בעניינם של קטינים אל לו לבית המשפט לסטות מהמלצות שירות המבחן כאשר יש בנמצא אופק שיקומי, אלא מטעמים כבדי משקל [...]” (סעיף 27 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר).

עוד יצוין כי בחוות דעתו ציין חברי כי לטעמו, “ריצוי עונש המאסר יהווה לא רק מענה ראוי אלא גם חלק מההליך השיקומי” (פסקה 22). ואולם, במקרה של המערער שלפנינו, דברים אלה מנוגדים למסקנות העולות מתסקיר שירות המבחן. כאמור, מתסקיר

זה עולה כי קיים סיכוי רב יותר להחזיר את המערער למסלול חיים תקין אם לא ירצה עונש מאסר, בעוד שהעברתו למאסר עשויה לקטוע את התהליך השיקומי. אין בפנינו קביעה מקצועית אחרת של גורם טיפולי, ובהעדר נסיבות מיוחדות, יש להביא בחשבון אם כן את עמדת הגורמים המטפלים כפי שהיא באה לידי ביטוי בתסקיר בהקשר זה.

26. זאת ועוד – שיקול נוסף התומך באימוץ המלצותיו של שירות המבחן הוא כי המשמעות של קבלת המלצותיו איננה כי המערער ייצא ללא כל סנקציה ולא ישלם כל מחיר שהוא על מעשיו. במקרה דנן, משמעות קבלת התסקיר היא המרה של עונש מאסר בתכנית טיפולית, שיש לה משמעויות מרחיקות לכת על חירותו של המערער. כך, המערער ישהה במעון נעול עד גיל 20 (שהוא הגיל המקסימלי שבו ניתן לשהות במעון הסגור). בסך הכל הוא ישהה במעון במשך כשלוש וחצי שנים (חמישה חודשים שהה המערער במעון "נווה חורש"; מיום 13.12.2023 עד היום – כשנה וחצי – הוא שוהה במעון הנעול "מצפה ים"; כאשר כיום המערער בן 18.5 ולכן נותרה לו שנה וחצי נוספת לשהות במעון זה). בהמשך, מגיל 20 עד 21 יוסיף המערער לשהות במעון במסגרת צו פיקוח בתנאי מגורים עד הגיעו לגיל 21.

בהקשר זה יצוין כי בהתאם לחוק הנוער, בית משפט לנוער רשאי, במקום להטיל על קטין שהורשע עונש מאסר "לצוות על החזקתו במעון נעול לתקופה שיקבע, ובלבד שלא תעלה על תקופת המאסר המרבית הקבועה בדין לעבירה בה הורשע הקטיין" (סעיף 25(א)(1) לחוק הנוער; וראו גם סעיף 26(1) לחוק). עולה מהאמור כי המחוקק הניח כי צו על החזקה במעון נעול, הגם שאינו זהה לעונש מאסר, אינו יכול להינתן לתקופה העולה על תקופת המאסר המרבית שניתן היה להטיל על הקטיין, ומבחינה זו הוא בעל משמעות דומה לזו של עונש מאסר.

27. העברת המערער למעון נעול למשך כשלוש שנים וחצי בסך הכל (עד שימלאו לו 20), ולשנה נוספת עד גיל 21 בהתאם להמלצת שירות המבחן, היא משמעותית לטעמי גם בהתייחס לשיקולי ההלימה ולשיקולי ההרתעה הפרטית והכללית. מבחינת שיקולי ההלימה – לאחר שנקבע כי המערער אשם וכי יש להטיל עליו עונש או דרכי טיפול, ולאחר שנבחרה דרך הטיפול הקיצונית ביותר מבחינת שלילת חירותו של המערער, יש בכך כדי להביע את שאט הנפש של בית המשפט ביחס למעשיו של המערער, ואת החומרה הרבה שמייחס בית המשפט למעשים.

שלילת החירות במסגרת המעון הנעול למשך פרק הזמן המקסימלי האפשרי, משרתת גם את אינטרס ההרתעה, אף אם לא במידה בה משרת עונש מאסר את האינטרס

הזה. מדובר במסגרת מחייבת, אינטנסיבית, שהמערער נדרש בה כל העת לקחת חלק בפעילויות שנועדו לטפל בו. מעבר לכל אלה, אם ימעד המערער במסגרת זו, אין מניעה – וכך גם המליץ שירות המבחן – כי עניינו יוחזר לבית המשפט ויוטל עליו עונש הולם. אינטרס ההרתעה יבוא לידי ביטוי גם בגזירת עונש מאסר על תנאי משמעותי על המערער, וכן בחיובו בביצוע עבודות לתועלת הציבור.

בכך מועבר מסר ברור ומרתיע גם לקטינים אחרים כי מעשיו של המערער ראויים לגינוי. למסר זה יש משמעות רבה נוכח העלייה בעבריינות הקשה גם בתיקי נוער. ראוי כי גם בני נוער יהיו מודעים אם כן לכך שהם אינם חסינים מדרכי טיפול אינטנסיביות ושוללות חירות, וכי בשום מקרה הם לא יוכלו לצאת פטורים בלא-כלום אם יבצעו עבירות חמורות.

28. בהקשר זה יש לציין כי אינני תמימת דעים עם בית המשפט המחוזי אשר קבע בגזר הדין כי "מקום בו החינוך כשל, אין מנוס משימוש בהרתעה". אכן, הרתעה עשויה לתרום ולהניא עבריינים קטינים פוטנציאליים מביצוע עבירות חמורות בעתיד. ואולם, דווקא כאשר מדובר בקטינים, שטרם סיימו את התפתחותם המנטלית והמוסרית ואשר סיכויי השיקום שלהם גבוהים יותר, נראה כי נכון יותר לומר כי מקום בו החינוך כשל וכאשר ישנו עדיין סיכוי לשינוי, מתחזק הצורך במערכת שיקומית-טיפולית חוץ-ביתית.

29. יתרה מכך, עיון בהלכה הפסוקה מעלה כי במקרים לא מעטים אחרים, נמנע בית משפט זה גם בעת האחרונה מהטלת עונשי מאסר בפועל על קטינים, ובחר מטעמי שיקום בדרכי ענישה אלטרנטיביות. זאת, בנסיבות דומות לנסיבות המקרה דנן ואף בנסיבות חמורות מהן.

כך, למשל, בע"פ 7870/19 שהוזכר לעיל, נדון ערעור על גזר דינו של קטין אשר הורשע בביצוע מספר עבירות של מעשה סדום וגרם מעשה מגונה בבני משפחתו – האחד כבן 3 והשנייה כבת 6. בית המשפט המחוזי לנוער השית על הקטין, שהיה כבן 15-16 בעת ביצוע המעשים, עונש של 15 חודשי מאסר בפועל. במסגרת הערעור אימץ בית משפט זה את המלצתו העדכנית של שירות המבחן, וקבע כי כדי לא לפגוע בהליך השיקומי אותו עובר המערער באותו עניין, יש לבטל את עונש המאסר בפועל שהוטל עליו. חלף זאת נקבע כי המערער יוסיף לשהות במעון סגור בצו מבחן בתנאי מגורים עד הגיעו לגיל 21 (ובסך הכל ישהה 3 שנים במעון הסגור), לאחר מכן יוטל עליו צו מבחן בקהילה למשך שנה נוספת, ובנוסף ביצוע 300 שעות עבודות לתועלת הציבור.

בע"פ 5593/21 פלוני נ' מדינת ישראל (2.10.2021) נדון ערעור על פסק דינו של בית משפט המחוזי בשבתו כבית משפט לנוער, במסגרתו הורשע המערער באותו עניין בביצוע מעשה סדום ומעשה מגונה בקטין ונגזר עליו עונש מאסר של 24 חודשים. המערער היה כבן 15 וחצי בעת ביצוע המעשים. בית משפט זה קיבל את הערעור וקבע כי חלף עונש המאסר מאחורי סורג ובריח, יש להורות על המשך שהייתו של המערער במעון הנעול. זאת, בהתאם להמלצת גורמי המקצוע שהצביעו על כך שהמשך שהות המערער במעון יתרום לשיקומו, בעוד ששליחתו למאסר תשיג את המטרה ההפוכה ותפגע ביכולתו להשתקם בעתיד.

בע"פ 2064/22 פלוני נ' מדינת ישראל (18.7.2022) נדון ערעורו של קטין שהורשע בעבירה של אינוס קטינה בהיותו בן 15. בית המשפט המחוזי לנוער קבע כי עליו לשאת ביתרת עונשו במעון נעול. במסגרת הערעור קיבל בית משפט זה את המלצתו של שירות המבחן לנוער וקבע כי האינטרס הציבורי ושיקולי שיקום תומכים בהחזקת המערער במעון פתוח חלף מעון נעול, אשר עלול להביאו לכדי רגרסיה.

בע"פ 7105/22 פלוני נ' מדינת ישראל (12.1.2023) נדון ערעור של קטין אשר בהיותו בן 13.5-15.5 ביצע עם אחר בהזדמנויות שונות במשך שנתיים עבירות מין באחיהם הקטנים ובשני קטינים נוספים. במסגרת הערעור, נתן בית משפט זה משקל משמעותי לשיקולי השיקום, באיזון ביניהם לבין שיקולי הענישה. זאת לאחר שהשתכנע מתסקירי שירות המבחן כי המערער עבר כבר כפרת דרך משמעותית וכי תקופת המאסר שהושתה עליו לא תאפשר ברמת ודאות גבוה טיפול ואף תגדע אותו (זאת בניגוד למערער השני שעניינו היה שונה). משכך, בוטל עונש המאסר בפועל בן 10 חודשים, והוטל עליו עונש מאסר בפועל למשך תשעה חודשים אשר ירוצה בדרך של עבודות שירות ככל שיימצא מתאים לכך (עוד ראו: ע"פ 214/15 פלוני נ' מדינת ישראל (2.6.2016); ע"פ 7113/08 פלוני נ' מדינת ישראל (26.11.2008); ע"פ 1631/07 פלוני נ' מדינת ישראל (13.6.2007)).

30. לפני סיום ברצוני לשוב ולהתייחס למתלונן. חברי, השופט אלרון, היטיב לתאר את האופן בו תמיד ניצב לנגד עיניו קורבן העבירה, ואת מחשבותיו הנודדות אליו באשר הוא נמצא באותה עת. אף מחשבותיי שלי נודדות אל קורבן העבירה. לבי עמו. העוול שנעשה לו על ידי המערער זועק ואינו מרפה. אולם, האינטרס של קורבן העבירה איננו האינטרס היחיד ואף לא העיקרי שעל בית המשפט לשוות לנגד עיניו בעת גזירת הדין. ההליך הפלילי הוא הליך שהצדדים לו הם המדינה מצד אחד והעבריין מהצד השני. המדינה מגנה אמנם על המתלונן ועוצמת הפגיעה בו מהווה את אחד השיקולים הנשקלים

ביחס למידת האשם של הנאשם וקביעת מתחם העונש ההולם את מעשיו. אולם מעבר לשיקול זה, המדינה מביאה בחשבון מכלול של שיקולים נוספים, וכך אף בית המשפט כאשר הוא גוזר את הדין.

בית המשפט מצווה אם כן וכפי שהבהרתי להציב לנגד עיניו שורה של שיקולים ולאזן ביניהם, בשאיפה להגיע לתוצאה המיטבית בהתאם להוראות החוק והפסיקה, לאור האיזון הזה. בית המשפט מצווה ליישם את התוצאה הזו, אף אם הרצון האינטואיטיבי הוא למקד את תשומת הלב בקורבן ובו בלבד.

אני תקווה כי המתלונן ייטיב להבין כי המסקנה אליה הגעתי איננה נובעת בשום פנים ואופן מהקלת ראש במעשי המערער, אלא כאמור ממכלול השיקולים שפורטו לעיל, וכי הוא ימשיך לפסוע בדרך השיקום שלו עצמו. כאמור, המערער אף ימשיך לשהות לתקופה נוספת ולא מבוטלת במעון נעול הרחק מהציבור, ובפרט מהמתלונן.

31. לאור כל האמור לעיל, אם דעתי תישמע נאמץ את המלצתו העדכנית של שירות המבחן לנוער. זאת תוך שיובהר למערער כי החזקתו במעון הסגור מותנית, בין היתר, בהשתתפות בהליך הטיפול; וכי ככל שהמערער לא יעמוד בתנאי זה או ימעד במסגרת המעון הסגור – עניינו יוחזר לבית המשפט המחוזי אשר יוכל להחליט להעבירו להמשך ריצוי עונשו מאחורי סורג ובריח. כמו כן, בהתאם להמלצתו העדכנית של שירות המבחן לנוער, יוטל על המערער מאסר על תנאי לתקופה משמעותית וכיצוע שעות לתועלת הציבור.

32. אשר על כן, אציע כי העונשים שיוטלו על המערער יהיו כדלקמן:

(א) המערער יוחזק במעון נעול בחסות הנוער, חלף מאסר, בהתאם לסעיף 25א לחוק הנוער, עד הגיעו לגיל 20; לאחר מכן ימשיך המערער לשהות במעון על-פי צו פיקוח בתנאי מגורים עד הגיעו לגיל 21; וכן יינתן צו פיקוח בקהילה למשך שנתיים נוספות. כפי שהובהר לעיל, החזקתו של המערער במעון הסגור, חלף מאסר, מותנית, בין היתר, בהשתתפותו בהליך הטיפול.

(ב) צו שירות לתועלת הציבור בהיקף של 300 שעות, בהתאם לתכנית שתוכן על-ידי שירות המבחן לנוער ובפיקוחו.

(ג) 24 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור במשך 3 שנים עבירה מסוג פשע שיש בה יסוד של איום, אלימות, פגיעה מינית.

(ד) 12 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור במשך 3 שנים עבירה מסוג עוון שיש בה יסוד של איום, אלימות, פגיעה מינית או פגיעה בפרטיות.

(ה) המערער יפצה את נפגע העבירה כפי שקבע בית משפט קמא.

## ש ו פ ט ת

### השופט י' כשר:

1. שני חבריי, השופטים י' אלרון ו-ר' רונן, עמדו, בחוות הדעת המעמיקות שיצאו תחת ידם, על העובדות הנוגעות לערעור דנן ועל העקרונות המשפטיים החלים על ענישה, בכלל, ועל ענישת קטינים, בפרט. אין בכוונתי, כמובן, לחזור על הדברים.

חוות הדעת שיצאו תחת ידם של חבריי הינן מפורטות ומבטאות היטב את הקווים המנחים שהנחו את כל אחד מהם בדרכו אל התוצאה אליה הגיעו.

חוות הדעת של חבריי הגיעו לתוצאות השונות מהותית זו מזו. אין להתפלא על כך: הנסיבות דנן אכן מצייבות דילמה לא פשוטה כלל שאף אני התלבטתי בה רבות, תוך שעמדתי, ביני לבין עצמי, נעה כמטוטלת, עד שהגעתי לתוצאה שתפורט להלן.

2. קודם שאגיע לגופו של עניין, אבקש תחילה להתייחס למסקנות שהסיק בית המשפט קמא מפסק דינו של חברי, השופט נ' סולברג, בע"פ 3069/22 מדינת ישראל נ' פלוני (20.12.2022) (להלן: ע"פ 3069/22), בהרכב בו ישבתי גם אני, לגבי מעמדן של המלצות שירות המבחן בענישת קטינים בעבירות חמורות.

בית המשפט קמא ביקש ללמוד מפסק הדין בע"פ 3069/22 הנ"ל, בין היתר, כי חל שינוי במידת המחויבות של בית המשפט להמלצות שירות המבחן, בעניין ענישת קטינים, כך שלאחר פסק הדין "...חלה התקרבות בין מידת החיוב שבהמלצת שירות המבחן לנוער לבין מידת חיובה של המלצת שירות המבחן למבוגרים". איני רואה בסיס לקביעה זו וגם לא אחיזה לה בפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג בע"פ 3069/22. מה שנאמר, בקטע שבית המשפט קמא מפנה אליו, הוא ש: "חרף המשקל הרב שיש ליתן, דרך כלל, להמלצת שירות המבחן, ביחוד בעניינם של קטינים, בסופו של יום ההכרעה מוטלת על כתפי בית המשפט, ועליו לבסס אותה על מלוא השיקולים והאינטרסים הניצבים לפניו". בדברים

אלו, כך אני סבור, אין כל חידוש או סטייה מההלכות המוכרות בסוגיה, ודאי שלא פחות במעמדן ומשקלן של חוות דעת שירות המבחן, בהתייחס לענישת קטינים.

עוד הסיק בית המשפט קמא מאותו פסק דין כי: "אם עד כה, נטו בתי המשפט לסמוך על הערכת שירות המבחן לנוער ביחס לפרוגנוזת השיקום של הנאשם הקטין ולגבש עמדה משלהם בעניין זה בהסתמך על עמדה זו, מנחנו פסק הדין הנ"ל להיזהר בבואנו לייחס עומק והצלחה לתהליך שיקומי במגבלות האנושיות הטבועות." אף בהקשר זה לא מצאתי חידוש בפסק הדין בע"פ 3069/22 או מקור לפיחות במעמד ההמלצות של שירות המבחן בכל הנוגע לענישת קטינים: שירות המבחן הוא הגורם המקצועי המסייע בידי בית המשפט לעניין השיקום ופוטנציאל השיקום של הנאשם, לצורך מלאכת גזירת הדין. אכן, על בסיס חוות הדעת המקצועית של שירות המבחן (ובלא שיהיה כבול לה, שהרי גם בעניין זה ההכרעה נתונה בסופו של יום בידי בית המשפט, בדומה לגישה המוכרת לגבי חוות דעת מומחה מטעם בית המשפט), מגבש בית המשפט את מסקנתו בהקשר זה. אין גם מחלוקת שהיבטי שיקום, במיוחד באשר להערכת הצלחות וסיכונים בעתיד, אינם מעצם טיבם, ודאיים או מוחלטים. לא מצאתי ששירות המבחן עצמו סבר או סובר אחרת וגם בהקשר זה אין לכן, בפסק הדין בע"פ 3069/22, כל פיחות במעמדה ובמשקלה של חוות הדעת של שירות המבחן.

לסיום, בית המשפט קמא מצא, בפסק הדין בע"פ 3069/22, תמורה בכל הנוגע ל-"משקלו של אינטרס השיקום כאינטרס מוביל עת באים להעניש קטינים אשר ביצעו עבירות חמורות". אף לכך איני מוצא תימוכין בפסק הדין: לשיקול השיקום מוקנה משקל מיוחד כאשר עסקינן בענישת קטינים. עדיין אין שיקול השיקום עומד לבדו, קטינות אינה חסינות, וברי ששיקולים אחרים, ובמרכזם שיקול ההלימה, תופסים יתר מקום ומשקל ככל שהעבירה חמורה יותר, גם בענישת קטינים.

3. קיצורם של דברים: לדעתי, שיקולי הענישה בכל הנוגע לענישת קטינים, לרבות ענישת קטינים בעבירות חמורות, הינם כמפורט בחוות דעתה של חברתי השופטת ר' רוןן ואין כל ניגוד בין האמור שם לבין האמור בפסק הדין בע"פ 3069/22.

4. ומכאן לגופם של דברים.

בית המשפט קמא גזר על המערער 6 שנות מאסר (ולאחר הפחתה, בשל תקופת מעצר קצרה ובעיקר בשל החזקתו הארוכה של המערער במעון נעול – 5 שנות מאסר). חברי, השופט י' אלרון, מצא לדחות את הערעור ולהותיר עונש זה על מכונו. לא על נקלה החלטתי שלא לצרף את דעתי לדעתו של חברי, לאור ידענותו וניסיונו הרב של חברי, בתחום בו עסקינן, וחוות דעתו המשכנעת. אסביר להלן את נימוקיי לכך.

5. במסגרת נימוקיו התייחס חברי למשקלה של הפסיקה הנוהגת בעת קביעת מתחם הענישה במקרה נתון (סעיף 28 לחוות דעתו). מסכים אני עם חברי כי קביעת מתחם הענישה לנסיבותיה של עבירה ספציפית אינה תוצאה של חישוב ממוצע מתמטי וכי מתחם הענישה נקבע בהתאם לנסיבותיה של העבירה הספציפית בה עסקינן.

ברם, עדיין, תכליתו המובהקת של תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), הינה, כמצוין בדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה – 241, 446): "מטרת החוק המוצע לכוון את שיקול דעתו של השופט בגזירת הדין ולצמצם את פערי הענישה מקום שאינם מוצדקים, אך זאת תוך הותרת שיקול דעת בידי בקביעת העונש הסופי". בניסוחו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, לימים שופט בית משפט זה מ' מזוז, בדיון בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת מיום 9.7.2006, מטרת החוק היא: "להביא לצמצום האקראיות והשרירותיות בקביעת העונש. כלומר, להתגבר על המציאות של חוסר ודאות בקביעת העונש לנאשמים לכל נאשם באשר הוא והמטרה השניה ואולי החשובה ביותר זה למנוע את המציאות של חוסר אחידות וממילא של חוסר השוויון בגזירת הדין" (פרוטוקול ישיבה 26 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (9.7.2006)). וכך גם בפתח דו"ח ועדת גולדברג, אביו מולידו של התיקון לחוק: "מעיקרון החוקיות... מתבקש כי המשפט יופעל באופן שיטתי ואחיד ככל האפשר. עיקרון החוקיות מחייב, על כן, לקבוע את גודל שיקול דעתו של השופט בהפעלת הדין כשהוא גוזר את הדין, כדי לגרום ליתר וודאות, בהירות, וצפיות מראש, וכדי להקטין את הפערים בענישה בין שופטים שונים וחוסר שוויון בפסיקתם." (משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (1997)).

רוצה לומר: אין מדובר בחישובים מתמטיים והפסיקה הנוהגת, ובמיוחד, כמובן, פסיקתו של בית משפט זה, במקרים הדומים ככל האפשר לנסיבות העבירה בה עסקינן, אינה חזות הכול. עדיין, ולו לאור תכליתו של התיקון לחוק העונשין, הפסיקה הנוהגת (ובעיקר פסיקתו של בית משפט זה), הינה, לדעתי, נקודת מוצא ואבן פינה בקביעת מתחם הענישה בכל מקרה נתון ובמקרה דנן בכלל האמור. למעשה, בחינתה של הפסיקה הנוהגת במקרים הדומים ככל האפשר לנסיבות העבירה במקרה הנדון, והתייחסות אליה כנקודת מוצא ואבן פינה כאמור, הינה כלי עיקרי להשגת תכליתו של התיקון לחוק – הבניית שיקול הדעת השיפוטי והקטנת הפערים בענישה בין שופטים שונים.

סבור אני כי כך הוא גם לגבי אמירתו של חברי בדבר "מקרים חריגים שבהם הערכאה הדיונית מתרשמת כי האירוע שלפניה חמור במיוחד וככזה הוא מצדיק עונש חריג בחומרתו" – הקביעה, במקרה נתון, שאמנם מדובר ב-"מקרה חריג", בעל חומרה יוצאת

דופן, המצדיקה גם "עונש חריג בחומרתו", צריכה להיות ביטוי למסקנה המעוגנת בהשוואה למקרים שנדונו בפסיקה (ובמיוחד בפסיקתו של בית משפט זה) וגזרי הדין שנגזרו בהקשרם. אם לא ייעשה כן, עלולים להיווצר אותם פערים משמעותיים בענישה, שהתיקון לחוק העונשין נועד לצמצמם.

ועוד הערה: למותר לציין כי כפי שהדבר בסוגיות דין אחרות, לבית משפט זה הסמכות לסטות מתקדימיו שלו גם בענייני ענישה ולקבוע מתחמי ענישה השונים מהמתחמים שנהגו קודם לפסיקתו בעניין זה, בנסיבות עבירה דומות. זאת, כאשר בית משפט זה מוצא כי ראוי לעשות כן בראיה נורמטיבית כוללת (ולרבות שאלת מידת החלת קביעה שכזו על המקרה שבפניו). חבריי, שניהם, לא ביססו את עמדתם על קביעה מסוג זה, כך שהאמור לעיל הינו לצורך שלמות התמונה בלבד.

6. אף אני מסכים (ודומה שכך גם לגבי כל הקורא את פרטי כתב האישום המובאים בחוות דעתו של חברי השופט י' אלרון), כי מעשיו של המערער איננם הם. בגין מעשיו אלו הורשע המערער, בין היתר, בעבירות חמורות ביותר של ביצוע מעשה סדום, מעשים מגונים וסחיטה באיומים.

אלא שמתברר, למרבה הצער, כי בתי המשפט, לרבות בית משפט זה, נדרשו ונדרשים לגזור את דינם של קטינים שביצעו מעשים נוראים ולעיתים נוראים אף יותר.

סקירה מלאה של הפסיקה שעניינה בגזירת דינם של קטינים שביצעו עבירות מין חמורות תחרוג מתחום הנדרש לצורך חוות דעתי זו ואסתפק במספר הפניות לפסקי דין של בית משפט זה, בשנים האחרונות בלבד (ובמרבית המקרים, פסקי דין המלמדים על עמדתו של בית המשפט שלא על דרך דחיית ערעור הנאשם-הקטין בלבד):

(-) ע"פ 3582/22 פלוני נ' מדינת ישראל (12.1.2023) – המערער 1 היה בעת ביצוע העבירות בן 15-17 שנים והמערער 2 בן 13.5-15.5 שנים. השניים ביצעו (כל אחד לחוד ובמקרה אחד, בצוותא), עבירות מין בארבעה מתלוננים (ילדים בני 8-14 שנים בעת ביצוע המעשים). בית המשפט המחוזי גזר על המערער 1 עונש של 20 חודשי מאסר, ועל המערער 2 עונש של 10 חודשי מאסר. בית משפט זה דחה את ערעורו של המערער 1 אולם קיבל את ערעורו של המערער 2, והעמיד את עונש המאסר שהוטל עליו על 9 חודשי מאסר בעבודות שירות.

(-) ע"פ 5776/22 פלוני נ' מדינת ישראל (19.12.2022) – קטין, כמעט בן 15, ביצע שורה ארוכה ומזעזעת של עבירות מין בילדה בת 12. הקטין הורשע בלא פחות מ-7 אישומים בעבירות שונות של אונס קבוצתי, אונס, מעשי סדום, אונס

קבוצתי תוך צילום האירוע ואינוס בצוותא. אמנע לפרט את פרטי האישום ודי שאציין שמעשיו של המערער בערעור דנן מחוירים לעומת מעשיו של המערער בע"פ 5776/22. עונשו של הקטין נגזר ל-4 שנות מאסר, וערעורו על עונש זה נדחה.

(-) ע"פ 5593/21 פלוני נ' מדינת ישראל (21.10.2021): קטין בן 15.5 שנים, הורשע בכך שהסיע ילד בן 12 על אופניו החשמליים, ביצע בו מעשה מגונה ולאחר מכן מעשה סדום. בית המשפט המחוזי גזר עליו 24 חודשי מאסר. בית משפט זה, לאור המלצת שירות המבחן ובמיוחד לנוכח החשש שמאסרו של המערער יביא לפגיעה קשה בשיקומו, ביטל את עונש המאסר והורה על המשך החזקתו במעון נעול.

(-) ע"פ 7870/19 פלוני נ' מדינת ישראל (14.4.2021): המערער היה בן 15.5-16.5 שנים בעת ביצוע העבירות. המערער הורשע בביצוע מעשי סדום וכן מעשים מגונים בילדים, בני משפחה, שהיו בני 3 ו-6 שנים. גם במקרה זה ביטל בית משפט זה עונש מאסר בפועל שהוטל על המערער והמירו בהחזקה במעון נעול, וזאת כדי לא לפגוע בהליך שיקומו של המערער.

(-) ע"פ 7248/19 פלוני נ' מדינת ישראל (29.1.2020): המערער, בן 14 (פחות חודש) בעת ביצוע העבירות, ביצע שני מעשי סדום בנפגעת מבוגרת ממנו. בית המשפט המחוזי גזר עליו 3 שנים במעון נעול. בית משפט זה החליט להקל מעט בעונשו בכך שניתנה הסמכות לממונה על המעונות בחסות הנוער להפוך את השנה השלישית לשהותו במעון לכזו שבה ישהה המערער במעון שאינו נעול.

(-) ע"פ 8863/15 פלוני נ' מדינת ישראל (7.6.2016): בית משפט זה נדרש לערעורם של 5 קטינים (מבין 11 שהורשעו בדין), שביצעו את העבירות כשהם בני 13-15. העבירות בוצעו בקטינה בת 12.5 הסובלת מלקויות שונות. במשך שבוע שלם, ביצעו המערערים מעשים מצמררים רבים של עבירות סדום ואונס (חלקן הגדול בצוותא), תוך צילום המעשים. גם במקרה זה לא אפרט את תיאור המעשים כדי ללמד שגם למילה "חמורים" יש אופקים רחוקים מאוד. על הנאשם 1 נגזרו 24 חודשי מאסר; על הנאשם 2 נגזר צו במעון נעול למשך שנתיים; על הנאשם 3 נגזרו 15 חודשי מאסר, על הנאשם 4 נגזרו 18 חודשי מאסר, על הנאשם 5 נגזרו 22 חודשי מאסר בפועל. בית משפט זה הפחית את עונשם של כל המערערים עליהם נגזרו עונשי מאסר, בחודשים אחדים (מ-24 ל-20 חודשים; מ-15 חודשים ל-12 חודשים; מ-22 חודשים ל-18 חודשים).

לדעת, הפסיקה דלעיל מלמדת כי גזר הדין של בית המשפט קמא בעניינו חורג, משמעותית, מהפסיקה הנוהגת.

7. חברי, השופט י' אלרון, הפנה לשני פסקי דין שלשיטתו מלמדים על כך שגזר הדין בעניין דנן אינו חריג, ואלו הם:

(-) ע"פ 3732/19 פלוני נ' מדינת ישראל (24.10.2019): במקרה זה, המערער, בן 16 בעת ביצוע המעשים, ביצע בילד שטרם מלאו לו 10 שנים, בשתי הזדמנויות שונות, מעשה סדום, לאחר שקשר את ידיו. בית המשפט המחוזי גזר על המערער 6 שנות מאסר. המערער כפר באישומים נגדו וניהל את המשפט עד לתומו (כולל הצורך להעיד את המתלונן). המערער הביע חוסר רצון מוחלט בהליך שיקומי כלשהו. למרות זאת מצא בית משפט זה להפחית את עונשו ל-5 שנים.

נזכיר כי ההרשעה במקרה דלעיל הייתה בשני מעשי סדום (בעניינו – אחד), הנפגע היה צעיר בהרבה מהנסיבות דנן, הנאשם לא הודה וכאמור הביע חוסר רצון מוחלט בהליך שיקומי כלשהו, להבדיל מהמערער דנן שהודה ועבר ועובר הליך שיקומי ארוך ומוצלח עד מאוד (ועל כך בהמשך).

בנסיבות אלו איני יכול לצרף את דעתי לדעתו של חברי כי פסק דין זה מלמד כי גזר הדין שהוטל על המערער דנן אינו חריג. ההפך.

(-) ע"פ 6590/17 מדינת ישראל נ' פלוני (11.11.2018) – המערער היה בן 17 ו-11 חודשים בעת ביצוע המעשים. וכך תוארו מעשיו של הערער בפסק הדין:

"...המערער, שהיה אז בן 17 ו-11 חודשים וחמוש בקרש ארוך, קרא לילד בן שלוש-עשרה וחצי אשר חלף לידו ברחוב (להלן: הקורבן) לגשת לעברו. המערער אחז בידו של הקורבן ואיים עליו כי אם לא יסיר את מכנסיו יכהו באמצעות הקרש. הקורבן נכנע לאיום, השיל את מכנסיו ולבשם בחזרה. לאחר מכן, משך המערער את מכנסיו של הקורבן ונישק את ישבנו, באומרו: 'יש לך תחת עסיסי' – וזאת חרף התנגדותו של הקורבן. בהמשך, נשא המערער את הקורבן למקום שאינו גלוי לעין, הפשיט את מכנסיו ותחתוניו, לפת את צווארו, קרע את חולצתו, ליקק את ישבנו, השכיבו כשפניו לרצפה וניסה להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת של הקורבן, בניגוד לרצונו. משהבחין המערער בעובר אורח ובניידת משטרה, גרר את הקורבן למקום אחר, שם הפשיט את מכנסיו ותחתוניו של הקורבן וחרף התנגדותו, החדיר בכוח חלק מאיבר מינו לפי הטבעת של הקורבן. במהלך המעשה, המערער מנע

מהקורבן לצעוק לעזרה על ידי החזקת ידו ופניו וכן איים עליו כי אם יספר על המעשה למשטרה או למשפחתו יפגע בו. כתוצאה ממעשים אלו, לקורבן נגרם קרע בפי הטבעת והוא סבל מכאבים, כמו גם מהדרדרות במצבו הנפשי עד כדי ביטויים אובדניים. משפחתו הקרובה של הקורבן, אף היא חוותה סבל נפשי בל יתואר אשר עודדנו רחוק מלחלוף".

אכן, דומה שגם המתואר בקטע הקשה לקריאה שצוטט לעיל, מבסס את המסקנה בדבר היות מעשיו האיומים של המערער דנן, למרבה הצער, לא חסרי תקדים, וכך גם השלכותיהם הקשות של מעשים מסוג זה על הקורבן ומשפחתו.

וזאת לציין: למערער בע"פ 6590/17 היו הרשעות קודמות, לרבות בעבירות מין, ואף הוטלו עליו עונשי מאסר על תנאי שהיו בני הפעלה בעת שביצע את מעשיו. חוות דעת שירות המבחן לגבי המערער בע"פ 6590/17 לימדה על הליכים טיפוליים שנכשלו כישלון חרוץ בעבר, על מסוכנותו הגבוהה של המערער ועל חשש לביצוע עבירות דומות בעתיד (ובלשון המאשימה, על היותו של המערער "לא בר שיקום"). בית המשפט המחוזי גזר על המערער בע"פ 6590/17 עונש של 4.5 שנות מאסר וכן הפעיל את עונשי המאסר על תנאי שהוטלו על המערער באופן ש-6 חודשים ירוצו במצטבר לגזר הדין.

הן המערער והן המאשימה ערערו על פסק הדין ובית משפט זה החליט לדחות את שני הערעורים (קרי – מצא שעונש של 4.5 שנים הוא העונש הנכון לנסיבות העבירה ולנסיבותיו של הנאשם, כמתואר לעיל).

השוואת הנסיבות לנסיבות דנן תלמד על כל אלו: על היות המערער בע"פ 6590/17 מבוגר בעת ביצוע העבירות במידה ניכרת (כפסע – חודש בלבד – בינו לבין גיל הבגירות) מהמערער דנן (בן 15 ו-9 חודשים בעת ביצוע העבירות); על עבר פלילי מכביד ורלוונטי של המערער בע"פ 6590/17 (בעוד המערער דנן נעדר עבר פלילי); על היות המערער בע"פ 6590/17 נעדר כל אופק שיקומי (והיפוכו, כאמור, במערער דנן).

גם בהיבט שחברי הדגיש מאוד בפסק דינו – הפגיעה בקורבן העבירה – המתואר לעיל אינו חמור פחות מהנסיבות דנן.

העולה מהאמור לעיל הינו, לדעתי, שגם פסק דין זה אינו תומך במסקנה שגזר דינו של בית המשפט קמא, בענייננו, אינו חריג, אלא ההפך.

8. התוצאה העולה מהמקובץ, לדעתי, הינה שגזר דינו של בית המשפט קמא, בעניין דנן, הינו חריג בחומרתו, ומצדיק את התערבותנו כערכאת ערעור.

על כן, לולא האמור להלן, וככל שהייתי סבור שיש לגזור על המערער עונש מאסר מאחורי סורג ובריה, הייתי מציע לחבריי לגזור על המערער עונש מאסר בפועל לתקופה משמעותית (הנמדדת בשנים ולא בחודשים), אולם קצרה באופן משמעותי מהתקופה שנגזרה על ידי בית המשפט קמא.

9. ואם לא די בהחלטה הקשה שלא לצרף את דעתי לדעתו של חברי השופט י' אלרון, מציבה בפניי חברתי, השופטת ר' רונן, דילמה קשה נוספת, לאור עמדתה לפיה יש לבטל כליל את עונש המאסר שהוטל על המערער ולהמירו, בהתאם להמלצת שירות המבחן, לצו החזקה במעון נעול עד גיל 20 (קרי, נכון למועד גזר הדין של בית המשפט קמא, לשנתיים נוספות), צו פיקוח בתנאי מגורים לשנה נוספת וצו פיקוח בקהילה לשנתיים נוספות לאחר מכן.

10. לא קל להצטרף לדעתה של חברתי (וניכר שאף חברתי הגיעה למסקנתה לאחר התלבטות קשה). זאת, גם משום שדעתי היא כי, ככלל, חומרתן של העבירות שביצע קטין יכולה בהחלט שתגיע לדרגה שבה יהיה ההליך השיקומי שעובר הקטין מוצלח ומבטיח ככל שיהיה ותהיינה ההמלצות של שירות המבחן חד-משמעיות ככל שתהיינה, לא ניתן להורות אלא על מאסר מאחורי סורג ובריה ולפרק זמן משמעותי. שיקול השיקום, גם לגבי קטינים, אינו עומד לבדו וככל שהעבירה חמורה יותר כן משקל שיקול ההלימה נהיה כבד יותר.

מעשיו של המערער דנן נראים כקרובים, למצער, לגדר תחומם של נסיבות כאמור, תחום בו שיקול ההלימה אינו מאפשר אלא מאסר מאחורי סורג ובריה ואף לתקופה משמעותית.

11. על אף האמור, לבסוף, החלטתי לצרף את דעתי לדעתה של חברתי, וזאת בשל הנימוקים הבאים.

ראשית – הפסיקה עליה עמדתי לעיל (וקיימת פסיקה רבה נוספת, חלקה החשוב אוזכר בפסק דינה של חברתי), מלמדת כי עמדתה של חברתי עולה בקנה אחד עם חלק ניכר של הפסיקה הנוהגת. כך, בנסיבות דומות בחומרתן ואף חמורות יותר (וזאת מבלי להמעיט, כמובן, מחומרתן של הנסיבות דנן), נגזרו עונשים דומים למוצע על ידי חברתי, ולעיתים בית משפט זה, בנסיבות חמורות לא פחות, אף התערב בפסיקה של הערכאה הראשונה, ביטל עונשי מאסר בפועל והמירם בצו להחזקה במעון נעול.

שנית – שכנעו אותי נימוקיה של חברתי כי צו להחזקה במעון נעול, כרוך אף הוא באובדן חרות ואין הוא בגדר "לצאת בלא כלום" או אפילו קרוב לכך. הדבר בולט במיוחד בנסיבות דנן: אימוץ חוות דעתה של חברתי יביא לתוצאה לפיה המערער ישהה תקופה כוללת של שלוש שנים וחצי במעון נעול (ולאחר מכן שנה נוספת במעון שאינו נעול, ועוד שנתיים תחת צו מבחן בקהילה).

שלישית – בדומה לחברתי, אף אני קורא את חוות הדעת המעודכנת של שירות המבחן, שהונחה בפנינו, כמלמדת על הליך שיקום שאמנם טרם הסתיים אולם נחל עד כה הצלחה משמעותית ביותר שניתן לראותה כיוצאת דופן לטובה. בכך שונה התמונה אשר נפרשה בפנינו מהתמונה שהייתה בפני בית המשפט קמא, וקרוב אני לחשוב שגם בית המשפט קמא היה מוציא תחת ידו גזר דין שונה לו תמונה מעודכנת זו היתה בפניו.

רביעית – עוד אני מתלבט ודעתי משתנה, פעם לכאן ופעם לשם, הגיע לידי פסק דינה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, בע"פ 1523/23 בכר נ' מדינת ישראל (26.7.2023). עניינו של אותו מקרה היה בצעיר (בן 19), בלא עבר פלילי, שביצע, בזה אחרי זה, שלושה מעשי שוד, כלפי עוברי אורח, בלילה אחד. שירות המבחן המליץ, לאור התגייסותו של המערער להליך טיפולי, להימנע מעונש של מאסר בפועל, תוך שהינו מביע את החשש שהפסקת ההליך הטיפולי ושליחתו של המערער למאסר מאחורי סורג ובריח תפגע קשות בהליך השיקומי. בית המשפט המחוזי לא קיבל את המלצת שירות המבחן וגזר על המערער עונש של שנת מאסר בפועל. בית משפט זה החליט להמיר את עונש המאסר בן השנה לעונש של 9 חודשי מאסר שירוצו בעבודות שירות וצו מבחן של שנה, וזאת מטעמי שיקום. בין היתר, קבעה השופטת ד' ברק-ארז את הדברים הבאים:

"התרשמותנו היא שהטלתו של עונש מאסר לריצוי בפועל בהיקף שעליו הורה בית המשפט המחוזי הייתה במקרה זה בבחינת 'לא בשר ולא חלב' – מחד גיסא, מדובר בעונש אשר משקף הכרה בכך שאין למצות את הדין עם המערער, ומאידך גיסא, הכניסה למאסר בפועל הייתה קוטעת באחת את ההליך הטיפולי המשמעותי שהחל בו. מוטב לתת משקל מלא לנסיבות הנזקפות לזכותו של המערער במקרה ייחודי זה, באופן שיטה את הכף לטובת האפשרות של שיקומו" (פסקה 7 לפסק הדין).

העובדות כמובן שונות לחלוטין אולם ההנמקה – "לא בשר ולא חלב" – משכנעת ומשתלבת היטב עם דעתה של חברתי, השופטת ד' רונן: בנסיבות המיוחדות דנן, שיגורו של המערער למאסר (לתקופה מופחתת, כדעתי כפי שהובהרה לעיל), לאור הליך השיקום המיוחד שהוא עובר והחשש, ששירות המבחן הביע באופן החד-משמעי

ביותר, של פגיעה בתוצאותיו של הליך השיקום אם יופסק, יהיה בו משום החמצת המטרה.

12. לפני סיום, אבקש להבהיר אף זאת: טעות ייעשה מי שיבקש להשתמש בפסק דין זה כתקדים המתאים לשמש לכלל או אף לחלק משמעותי מהמקרים בהם קטינים מורשעים בעבירות חמורות.

נסיבות המקרה דנן הינן מיוחדות: בראשן הליך שיקום ארוך ויוצא דופן וחוות דעת והמלצות שאף הן יוצאות דופן של שירות המבחן, בנוסף לכך תוצאה של החזקה כוללת של הקטין במעון נעול בתקופה כוללת של שלוש שנים וחצי, וכן ביצוע עבירות שמהוות אירוע אחד בעת שהקטין בן 15 ו-9 חודשים, העדר עבר פלילי, הודאה, לקיחת אחריות והבעת חרטה. רק צירופן של כל הנסיבות דלעיל יחד ואף זאת לאחר התלבטות קשה, נפסק לגבי המערער את אשר נפסק לאור עמדתה של חברתי ועמדתי שלי.

13. הנני מצרף אפוא את דעתי לדעתה של חברתי ומקווה שהמערער יידע לנצל את ההזדמנות שניתנה לו, למרות חומרתם המפליגה של מעשיו. הזדמנות שכזו, מעצם טיבה, הינה הזדמנות בלתי חוזרת.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ר' רונן אליה הצטרף השופט י' כשר נגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון.

ניתן היום, כ' באב התשפ"ג (7.8.2023).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט