

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 49/09

בפני : כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט י' דנציגר

המערערת : מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים : 1. פלוני
2. פלוני

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי לנוער בחיפה,
בת.פ.ח. 403/07, מיום 19.11.08, שניתן על ידי כבוד
השופטות: ש' שטמר, י' וילנר, ד' סלע

תאריך הישיבה : כ"ב בשבט התשס"ט (16.02.09)

בשם המערערת : עו"ד איתמר גלבפיט

בשם המשיבים : עו"ד מנא חוסין

בשם שירות המבחן : גב' שלומית מרדר

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

1. לפנינו ערעור המדינה על קולת העונש שגזר בית המשפט המחוזי חיפה על המשיבים ביום 19.11.2008 (תפ"ח 403/07; כבוד השופטים ש' שטמר, י' וילנר וד' סלע), לאחר שהמשיבים הודו בפניו בפרטי כתב האישום המתוקן שהוגש כנגדם במסגרת הסדר טיעון. כתב האישום שבעובדותיו הודו המשיבים כלל מעשים מגונים שלא בהסכמתו החופשית של המתלונן, עבירות לפי סעיפים 348(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן-חוק העונשין) בנסיבות סעיף 345(ב)(1) ו-345(ב)(5) (ריבוי עבירות); ניסיון למעשי סדום לפי סעיפים 347(ב) וסעיף 25 לחוק העונשין, בנסיבות סעיף 345(ב)(1) (ריבוי עבירות). לגבי המשיב 1 בלבד – מעשה סדום, עבירה לפי סעיף 347(ב) לחוק העונשין בנסיבות סעיף 345(ב)(1) לחוק האמור.

2. בבעלות הוריהם של המשיבים, שהם אחים, הייתה חנות מכולת. צמוד למכולת היה חדר פנימי ששימש כמחסן לצרכיה של החנות. המתלונן, שכנם של המשיבים, היה במהלך ביצוע העבירות על ידי המשיבים כבן שמונה שנים, משיב 1 היה בן 13 שנים וחודשיים ואילו משיב 2 היה בן 15 שנים ושבעה חודשים. בתקופה שבין אוגוסט לנובמבר 2006, נהגו המשיבים לתפוס את המתלונן בעת ששיחק כדורגל בשכונה או כשבא לקנות מוצרים במכולת ולהכניסו לחדר הפנימי. שם הפשיטו אותו וניסו להחזיר את איבר מינם לפי הטבעת של המתלונן. המשיב 1 אף הכניס את איבר מינו לפיו של המתלונן. הנאשמים נגעו באיבר מינו ובישבנו של המתלונן ו"שיחקו" באיבר מינו. כל זאת עשו המשיבים שלא בהסכמתו החופשית של המתלונן.

3. בית המשפט המחוזי הרשיע את המשיבים על בסיס הודאתם וגזר עליהם את העונשים כלדקמן. על המשיב 1 נגזרו 18 חודשי מאסר על תנאי, צו מבחן למשך שנתיים במסגרתו ישהה המשיב 1 במעון ויהיה עליו להשתתף בקבוצה טיפולית שתוכן לו על ידי שירות המבחן. כן, הוא חויב לשלם למתלונן פיצוי של 8,000 ₪. על המשיב 2 נגזרו 18 חודשי מאסר על תנאי וצו מבחן למשך שנתיים, במסגרתו יהיה על המשיב 2 להשתתף בתוכנית טיפולית בקהילה, שתוכן לו על ידי שירות המבחן לרבות השתתפות בקבוצה טיפולית, כפי שיקבע שירות המבחן. עוד חויב המשיב לשלם למתלונן פיצוי של 12,000 ש"ח.

4. הערעור שלפנינו מופנה כנגד קולת העונש. לטענת המערער, חומרת מעשיהם של המשיבים מחייבת השתתפות מאסר בפועל, כביטוי לשיקול הגמול אשר גובר בנסיבות העניין על שיקול השיקום. בנוסף, טוענת המערער כי העדר רכיב של מאסר בפועל בגזר הדין משמעו העדר ביטוי הולם לשיקול ההרתעה שאף אותו היה מקום לשיקול בנסיבותיו הקשות של המקרה שלפנינו. לטענת המערער, גם תסקירי שירות המבחן אינם נוטים באופן חד צדדי לטובת המשיבים ומשקפים את הבעייתיות הנשקפת מהמשיבים. לבסוף, טוענת המערער כי את שיקול השיקום ניתן להגשים גם בין כותלי הכלא. לאור כל אלו, מבקשת המערער להחמיר בעונשם של המשיבים.

5. אין בידי לקבל את עמדת המערער לפיה חומרת העבירות מחייבת להשית מאסר בפועל על המשיבים. לפיכך, אמליץ לחבריי לדחות את הערעור - בראש ובראשונה בשל היותם של המשיבים קטינים. המשיב 1 היה בן 13 שנים וחודשיים בעת ביצוע העבירות, כפסע בלבד מגיל האחריות הפלילית, והמשיב 2 היה בן 15 שנים ושבעה חודשים. כידוע, נתון מרכזי בגזירת דינו של נאשם קטין – תהא העבירה בה הורשע אשר תהא – הוא קטינותו [ע"פ 346/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם),

11.1.2009). ככל שהנאשם צעיר יותר, כך תגבר נטייתו של בית המשפט להפעיל בעניינו אמצעים שיקומיים תחת אמצעים עונשיים, וזאת מתוך התפיסה כי ככל שגיל העבריין צעיר יותר כך יש ליתן משקל רב יותר לסיכויי השיקום [ע"פ 4524/04 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.6.2005)]. אשר על כן, סבורני כי העונש שהושת על המשיבים על ידי בית המשפט המחוזי לנוער הינו עונש הולם וכי אין מקום להתערבותנו בגזר הדין. להלן נימוקיי.

מדיניות הענישה של קטינים – המסגרת הנורמטיבית

6. הפרשה שהצמיחה את האישומים ואת העונשים שהוטלו על הנאשמים בהליך זה הינה קשה ביותר. מערכת אכיפת החוק אינה יכולה להשלים עם עבירות מין אותן מבצעים צעירים תוך ניצול אכזרי של גילם הרך ושל חולשתם של הקורבנות וחוסר האונים בו הם מצויים. עלינו לקבוע אמת מידה עונשית שתמחיש את סלידתנו ממעשיהם הנפשעים של העבריינים ושיתן משקל ראוי הן להיבט הגמול והן להיבט ההרתעה [ע"פ 10715/05 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.9.2007)].

עם זאת, מערכת השיקולים שיש להפעיל בעת גזירת עונשו של קטין היא שונה וייחודית מזו שיש להפעיל ביחס לעבריין בגיר, כאשר ההתייחסות השונה נגזרת מהוראותיו של חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן - חוק הנוער) [ראו למשל: ע"פ 7113/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 15.12.2008)]. כך, בעת גזירת עונשו של קטין, אף אם הורשע בעבירות קשות וחמורות במיוחד, שומה על בית המשפט ליתן משקל יתר לשיקולים אינדיבידואליים הנוגעים לאותו הקטין ולאזן בין שיקולי השיקום לשיקולי ההרתעה [ע"פ 10715/05 הנ"ל].

7. שעה שבית המשפט עוסק במלאכת האיזון האמורה בין שיקולי השיקום וההרתעה, נדרש הוא ליתן משקל רב במיוחד לנסיבותיו האישיות של העבריין הקטין, לגילו ולסיכויי שיקומו. חוק הנוער מעניק לבית המשפט מגוון אפשרויות חילופיות לעונש המאסר, אשר יש בהן מרכיב טיפולי ושיקומי דומיננטי. בכך הביע המחוקק את עמדתו לפיה ענישת קטינים תכוון, ככל הניתן, לשיקומו של הקטין במטרה להחזירו לתפקוד נורמטיבי בחברה [ע"פ 4920/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 594, 602 (2001)]. ביסוד תפיסה זו ניצב הרצון "לאפשר לקטין שסרח לפתוח דף חדש ולנהל חיים נורמטיביים כאזרח מתפקד ושומר חוק, תחת שיעמיק את הידרדרותו אל לב המדמנה העבריינית" [ע"פ 10715/05 הנ"ל, פסקה 4 לפסק דינה של כבוד השופטת ע' ארבל].

8. ויודגש - עיקר מטרתו ושאיפתו של בית המשפט לנוער בבואו לגזור את דינו של קטין, היא להעניק לו טיפול במטרה להביא לשיקומו. על כן, אין בית המשפט לנוער "ממהר" לגזור עונש על קטין, בפרט לא עונש מאסר, אלא חוזר הוא ונוקט בדרכי טיפול ואינו נלאה מכך כל עוד רואה הוא שביב אור בקצה המנהרה וסיכוי להחזיר את הקטין למוטב ולתפקוד נורמטיבי בחברה [ראו: אלי שרון נוער בפלילים 421 (1998); ע"פ 10715/05 ה"ל].

9. לאור האמור לעיל, מדיניות הענישה הנוהגת והראויה בעניינם של עבריינים קטינים מעניקה משקל רב לעצם קטינותם, וזאת מן הטעמים שלהלן:

(א) הטעם הראשון הוא גילו הצעיר של הקטין, שבשלו יש להתייחס לחומרתן של עבירותיו באופן שונה בהשוואה להתייחסותנו לחומרת עבירותיו של העבריין הבגיר. למעשה, כאשר מדובר בנאשמים שהם קטינים, פעמים רבות אין הכרתם ותודעתם מפותחות ובשלות די הצורך. בנערותו, אין האדם מבחין בהכרח בין טוב לרע על פי אותן אמות מידה המשמשות בני אדם בגירים. גם כאשר עבר הקטין את גיל האחריות פלילית, הרי שגילו הצעיר עשוי להצביע על חוסר בשלות אישית וחוסר יכולת להבין לעומקם של דברים את משמעות המעשה הפלילי ותוצאותיו. חוסר בשלות מהווה שיקול לקולא בענישתם של קטינים [ע"פ 10715/05 ה"ל].

(ב) הטעם השני הוא הרצון להגן על קטינים מפני תנאי הכליאה ומפני החשש למפגש עם עבריינים בוגרים. תנאי הכליאה בבית הסוהר אינם הולמים את גילו הצעיר של העבריין הקטין. בעצם הכנסתו של קטין לבית הסוהר טמון פוטנציאל לפגיעה בלתי מידתית בו, זאת בשל התוודעותו לאורחות החיים של הקהילה העבריינית, היטמעותו בה והסיכון לניצולו ולפגיעה גופנית ונפשית בו בידי אסירים אחרים בשל חולשתו היחסית ומעמדו השברירי. השפעתו השלילית של עונש המאסר על העבריין הקטין עלולה להיות חמורה מההשפעה על העבריין הבגיר. תוצאה זו הינה בלתי רצויה ובלתי צודקת [ראו: ע"א 534/04 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד נט(4) 885 (2005)].

(ג) הטעם השלישי הוא מחויבותה של החברה לנסות ולמצוא כל דרך לשקם עבריינים קטינים שהורשעו בעבירה פלילית, אף אם חמורה, ולהעלותם על מסלול חיים תקין וראוי, בטרם תוחמץ ההזדמנות לכך. יש ליתן לחובתה של החברה לעשות לשיקום העבריין הצעיר ולצורך למצות את דרך השיקום משקל

משמעותי בעת גזירת דינו של קטין, בעבירה קלה כחמורה [ע"פ 10715/05 הנ"ל].

10. עיון בפסיקתו של בית משפט זה לאורך השנים מעלה כי פעמים רבות העניק הוא משקל נכבד לעצם קטינותם של קטינים שהורשעו בעבירות שונות, לרבות עבירות חמורות ביותר ובכלל זה עבירות מין. למעשה, רף הענישה הקיים בעניינם של עבריינים קטינים הושפע בצורה מכרעת מגילם ומסיכויי שיקומם (הנגזרים מגילם) וזאת גם בעבירות מין ואללימות קשות ביותר [ראו למשל: ע"פ 1148/96 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 837 (1996); ע"פ 117/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(2) 408 (2000); ע"פ 4920/01 הנ"ל; ע"פ 10564/02 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 30.5.2005); ע"פ 5703/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 175 (2003); ע"פ 3314/04 פלוני נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 23.6.2005); ע"פ 4272/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 175 (2005); ע"פ 11178/04 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.9.2005); ע"פ 10715/05 הנ"ל; ע"פ 6768/05 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 25.1.2007); ע"פ 9040/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.2.2007); ע"פ 9737/06 פלוני נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 3.5.2007); ע"פ 9828/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.6.2007); ע"פ 5409/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.9.2007); ע"פ 7113/08 הנ"ל; ע"פ 346/08 הנ"ל].

11. אין להפחית מן החשיבות הנודעת לשיקומו של קטין שהסתבך בפלילים, בפרט כאשר עסקינן בעבירות מין המבוצעות על ידי קטינים. קיים אינטרס ציבורי ראשון במעלה לפעול לשיקומו של הקטין ולהחזרתו למוטב. לכן, יש ליתן משקל רב לסיכויי השיקום המיוחדים לקטין ובפרט כאשר ישנה המלצה חיובית מטעם שירות המבחן והגורמים הטיפוליים הנוספים [ע"פ 7113/08 הנ"ל].

12. לא נעלמה מעיני אמת המידה המנחה לפיה קטינות אינה מעניקה חסינות מפני ענישה ראויה כשהמדובר במי שביצע פשע חמור. הצורך להגן על הציבור מפני עבריינים אלימים חל גם במקום שמבצע הפשע הוא קטין. ברם, הרציונאל הדומיננטי בגזירת עונשם של קטינים, לפיו בראש ובראשונה על בית המשפט ליתן מעמד בכורה לסיכויי השיקום של הקטין - בהתאם לעקרון המנחה לפיו "אין זדון רשעתו כזדון רשעתו של מי שמלאו לו שמונה עשרה" [ע"פ 15831/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו(5) 94, 99 (1992)] - חל גם בעניינם של קטינים שביצעו עבירות מין מהחמורות והבזויות ביותר. לאור עקרונות השיטה המנחים בגזירת עונשם של קטינים, אין זה ראוי ואף אין זה נכון להחיל חזקה לפיה החמורה שמשקפת מעבירות מין שביצעו קטינים

תאיין את שיקול השיקום. משמע - אין לומר כי כל אימת שקטין ביצע עבירת מין, חומרת העבירה היא כה גבוהה עד אשר אין מקום להביא בחשבון את שיקול השיקום.

13. אמת ויציב, כאשר מדובר בקטינים שביצעו עבירות מין חמורות, קיימים אינטרסים ציבוריים חשובים אשר מתנגשים באינטרס שיקום הקטין. ואולם, גם במקרים אלו אין להשית על הקטין מאסר בפועל באופן אוטומאטי, אלא יש להכריע על דרך של איזון בין השיקולים המתחרים.

ניתן להצביע על מספר גורמים ושיקולים שאותם על בית המשפט לבחון טרם הכרעתו בדבר אופי העונש שיוטל על קטין שביצע עבירת מין [כפי שאלו פורטו בע"פ 7113/08 הנ"ל]:

(א) גילו של העבריין הקטין בעת ביצוע העבירה. אין דינו של קטין שביצע את העבירה על סף גיל האחריות הפלילית כדינו של קטין אשר חצה את גיל האחריות הפלילית זה מכבר [ע"פ 10715/05 הנ"ל, פסקה 4 לפסק דינה של כבוד השופטת ע' ארבל];

(ב) האם מביע העבריין הקטין חרטה כנה על ביצוע העבירה והאם נוטל הוא אחריות למעשיו [ע"פ 10292/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.4.2008)]. תפיסה זו של התחשבות בגילו של הקטין מקבלת משנה תוקף במקרים בהם הוא מקבל עליו, כבר במסגרת המשפט המתנהל נגדו, אחריות למעשיו ומביע חרטה כנה ואמיתית. ודוק - גם קטין המתכחש לאחריותו בעת המשפט אינו בהכרח נטול סיכויי שיקום [ע"פ 10715/05 הנ"ל, פסקה 14 לפסק דינה של כבוד השופטת א' פרוקצ'יה];

(ג) עברו הפלילי של העבריין הקטין. לקיומו של עבר פלילי אצל קטין יש ליתן משקל לחומרא בעת גזירת עונשו, כשם שיש ליתן משקל לקולא לעברו הנקי [שם];

(ד) סיכויי השיקום של העבריין הקטין. על מנת לברר מהם סיכויי השיקום בעניינו של הקטין, ייעזר בית המשפט בחוות דעתם של הגורמים המקצועיים כגון שירות המבחן, המוסדות הטיפוליים בהם שהה הקטין, פסיכולוגים שבדקו את הקטין והצלחותיהם של הליכים שיקומיים קודמים, אם ישנם [ע"פ

2502/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 6.7.2006) פסקה 12; ע"פ 9828/06 הנ"ל, פסקאות 17-18;]

(ה) חומרת מעשיו של העבריין הקטין [ע"פ 2502/06 הנ"ל, פסקה 10].

סיכויי שיקומם של עברייני מין קטינים

14. להבדיל מעברייני מין בגירים, סיכויי השיקום של קטינים הינם, לרוב, טובים יותר, שכן במהלך גיל ההתבגרות סטייה זו אינה מגובשת עדיין, אינה כרונית ולא נוצר לגביה קיבעון. דפוסים סוטים אצל קטינים הינם מושרשים פחות ולכן קל יותר לסלקם. במקרים רבים, קטינים עדיין בודקים דפוסים שונים של סיפוק מיני ואינם מתמקדים בדפוס קבוע. בנוסף, דפוסי מחשבה של קטינים ניתנים לשינוי ביתר קלות, שכן קטינים פתוחים ללמידה חדשה ולקבלת מיומנויות והתנהגויות חברתיות. מסיבה זו, נודעת חשיבות רבה לשבירת הדפוס של "סטייה מינית" בתקופת ההתבגרות, לפני שהיא הופכת כרונית ומקובעת. ההתנהגות הסוטה נוטה להתגבר בשכיחות ובחומרה ככל שהתוקף מתבגר, ומכאן נובעת חשיבותה של התערבות טיפולית מוקדמת. ראו: מיכה הרן "מודל לטיפול בעברייני-מין קטינים בשירות המבחן לנוער בירושלים", עבריינות ועבודה סוציאלית: ידע והתערבויות, בעריכת י. ווזנר, מ. גולן, מ. חובב, 164 (1994); וראו גם:

Timothy E. Wind, *The Quandary of Megan's Law: When the Child Sex Offender is a Child*, 37 J. Marshall L. Rev. 73, 105 (2003); United States of America v. Juvenile, 347 F.3d 778 (2003), (להלן - עניין Juvenile).

15. מחקרים מצאו כי עברייני מין צעירים הגיבו באופן חיובי לטיפול קוגניטיבי - התנהגותי ואף הסכימו לקבלת טיפול מניעתי. כמו כן, נמצא כי עברייני מין קטינים שטופלו ושוקמו הפגינו את שיעור העבריינות הרצידביסטית הנמוך ביותר בהשוואה לעברייני מין אחרים. ראו למשל:

Christina D. Rule, A Better Approach to Juvenile Sex Offender Registration in California, 42 U.S.F. L. Rev. 497, 524 (2007); Stacey Hiller, *The Problem with Juvenile Sex Offender Registration: The Detrimental Effects of Public Disclosure*, 7 B.U. Pub. Int. L.J. 271, 291 (1998); Brief for Juvenile Law Center as Amici Curiae Supporting Petitioner, K.W. v. Commonwealth of Pennsylvania Department of Public Welfare, 1857 C.D. 2006 (2006) (No. 21-05-624).

המחקרים האמורים מובילים למסקנה לפיה בדרך כלל יש להימנע מהשתת מאסר בפועל על עברייני מין קטינים, בשל קיומה של חלופה טיפולית אפקטיבית בקהילה. אמנם, החלופה הטיפולית מציבה סיכון לפתחה של החברה - האיום הנשקף מעברייני המין - אך איום זה ניתן לניטרול באמצעות מעקב צמוד וקפדני כפי שאף מוכר בישראל במסגרת חוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין, התשס"ו - 2006. למעשה, המחקרים הראו כי סיכוייהם של עברייני מין צעירים שהושת עליהם מאסר בפועל לחזור על דפוס התנהגותם הסוטה, גבוה לעין שיעור בשנה הראשונה לאחר שחרורם, בהשוואה לעברייני מין צעירים שטופלו ושוקמו בתוכניות טיפוליות בקהילה (ראו פרק C סעיף 9 בעניין Juvenile).

לכן, משברור שלא ניתן לכלוא את עברייני המין לעד ובשלב כלשהו ממילא יצא הוא לחופשי, הרי שהאינטרס הציבורי במניעת הישנותן של עבירות מין מחייב להעניק את הבכורה לאפיק השיקומי-טיפולי בבוא בית המשפט לגזור את עונשו של עברייני מין קטין.

משפט משווה - מדיניות הענישה כלפי קטינים בארה"ב

16. Federal Juvenile Delinquency Act 18 U.S.C. § 5031 (1994) (FJDA) (להלן – חוק הנוער האמריקאי) הינו המקבילה האמריקאית לחוק הנוער הישראלי. בדומה לשיטת המשפט הישראלית, גם בתי המשפט בארה"ב רשאים על פי חוק הנוער האמריקאי לגזור על קטין עונש מאסר בפועל ואולם, לפי ההלכה הפסוקה שנקבעה בעניין Juvenile, בעת גזירת עונשו של קטין, מוגבל שיקול דעתו של בית המשפט על ידי תכליתו של החוק האמור שהיא, בראש ובראשונה, טיפול ושיקום הקטין. לפיכך, נקבע באותו העניין כי יש להעניק משנה תוקף לשיקול הקטנות במסגרת גזירת עונשו של קטין, תוך העדפת אפיק של טיפול ושיקום (סעיף 4 לעמדת הרוב בעניין Juvenile). עוד נקבע באותו העניין כי השקפת העולם שביסוד חוק הנוער האמריקאי היא כי כל קטין הינו בר שיקום, גם אם ביצע עבירות חמורות וקשות.

חוק הנוער האמריקאי קובע חזקה לפיה שיקול השיקום והטיפול בקטין הינו שיקול מכריע ודומיננטי בעת גזירת עונשו, גם במקרים של עבירות קשות וחמורות. על פי חזקה זו, שלילת חירותו של קטין תתבצע אך ורק כמוצא אחרון, כאשר אין כל אופק שיקומי במקרה הקונקרטי שבא לפני בית המשפט. על מנת לסתור את החזקה האמורה, יש צורך כי יתקיימו שני תנאים מצטברים: עבירות שחומרתן היא קשה מנשוא וגם העדרו של אופק שיקומי כלשהו. ויודגש – שיטת המשפט האמריקאית אינה מתעלמת

מהצורך בהרתעתם של עבריינים צעירים שביצעו עבירות חמורות, אך יחד עם זאת קובעת היא, כאמור, כי אין בכוחן של עבירות אלה כשלעצמן כדי לאיין את חזקת שיקום הקטין. לפיכך, בתי המשפט בארה"ב אינם רשאים להתעלם מחזקה זו ועליהם ליתן לה משקל של ממש במסגרת מלאכת האיזון בין האינטרסים המתנגשים השונים. עוד נקבע כי תכליתו השיקומית של חוק הנוער האמריקאי מחייבת, בדרך כלל, שלא להטיל עונש מאסר בפועל אשר ישלול את חירותו של הקטין ויגרום להרחקתו מהקהילה.

כליאתו של קטין והרחקתו מהקהילה הינה בבחינת המוצא האחרון, רק כאשר אין בנמצא אופק שיקומי כלשהו. מדובר בביטוי לעקרון המידתיות, לפיו מחויב בית המשפט לנקוט בדרך שתגשים את המטרה - שיקום הקטין - תוך גרימת הפגיעה הפחותה ביותר האפשרית בקטין.

17. למעלה מכך, עקרון המידתיות בגזירת עונשם של קטינים זכה להכרה רשמית של ה-Institute of Judicial Administration (IJA), וכן עוגן בכללי לשכת עורכי הדין של ארה"ב (בסעיף 2.1 לכללים שכותרתם: "Standards Relating to Dispositions"). המשפט האמריקאי קובע כי יישומו של עקרון המידתיות דוחה את הרעיון לפיו חומרת העבירה הינה חזות הכל, ומחייב כי האיזון בין הערכים המתנגשים יתן משקל הולם לשיקולים האינדיבידואליים, תוך שימת דגש על קטינותו של מי שהורשע בדין. מדינות רבות ברחבי ארה"ב עיגנו בחוקי הנוער שלהן את עיקרון המידתיות בגזירת עונשם של קטינים ועיקרון זה זכה להכרה אף בפסיקתם של בתי המשפט המדינתיים השונים, כחלק מיישומה של תכלית השיקום והטיפול בעבריינים קטינים (סעיף 5 לעמדת הרוב בעניין Juvenile). למעשה, דעת הרוב בעניין Juvenile קבעה כי העוגן המרכזי והעיקרון אשר צריך להנחות את בית המשפט בבואו לגזור את דינו של קטין הינו שיקול השיקום (סעיף 6 לעמדת הרוב בעניין Juvenile).

18. בית המשפט העליון של ארה"ב נתן את דעתו לעניין המשקל הייחודי והדומיננטי שיש להקנות לשיקול הקטינות בגזירת עונשם של קטינים במסגרת פסק הדין בעניין Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005) (להלן – עניין Roper). באותו המקרה, נדונה השאלה האם ניתן לגזור עונש מוות על קטין אשר ביצע רצח אכזרי בכוונה תחילה. בית המשפט העליון האמריקאי, בהתבסס על עקרון המידתיות החוקתי (כפי שאף יושם בעניין Juvenile) ועל עקרון טובת הילד, פסק כי בבוא בית המשפט לגזור את דינו של קטין, עליו לשוות לנגד עיניו את משמעותה של הקטינות ולהקנות לה משקל מיוחד. זאת, משום שאין זדונו של קטין כזדונו של בגיר. נקבע כי

יש להעניק לשיקול זה מעמד משמעותי באיזון בין הערכים והאינטרסים המתנגשים (שם, סעיף 3 לעמדת הרוב).

19. בעניין Roper, מנה בית המשפט העליון של ארה"ב את השיקולים העיקריים אשר בעטיים צריכה מדיניות הענישה הננקטת כלפי קטינים להיות שונה משמעותית מזאת הננקטת כלפי בגירים. ראשית, שיקול דעתם של קטינים הוא בלתי מגובש ולפיכך, אין הם מסוגלים להבחין בין טוב לרע. שנית, קטינים חשופים להשפעה סביבתית שלילית ביתר קלות ואינם עמידים בפני לחץ חברתי בהשוואה לבגירים ולפיכך, מעשיהם אינם פרי הפעלתו של שיקול דעת מושכל ומאוזן. לבסוף, אישיותם של קטינים טרם התגבשה ולפיכך דפוסי התנהגות סוטים טרם התקבעו בהם, כך שסטייתם הזמנית ניתנת לטיפול ותיקון. בהינתן הבדלים עקרוניים אלו בין קטינים לבין בגירים, הדגיש בית המשפט העליון של ארה"ב כי יש לייחס חומרה פחותה לסטייתם של קטינים; כי עבריינים קטינים זכאים לכך שמעשיהם יבחנו באור שונה וכי הואיל ואישיותו של הקטין טרם התגבשה, אין משמעות ביצועה של עבירה חמורה ובזוויה כי העבריין הקטין אינו ראוי או כשיר לשיקום. עוד נקבע כי גם מהבחינה המוסרית יהיה זה כשל חמור לשפוט את סטיותו של הקטין מאותה נקודת מבט בה נבחנת חומרת מעשיו של עבריין בגיר, הואיל וסטיותו של הקטין ניתנות לתיקון וטיפול ביתר שאת.

20. מן המקובץ עולה כי מדיניות הענישה כלפי קטינים הנוהגת בארה"ב יסודה בתכלית השיקומית-טיפולית, אשר מאפילה על האינטרסים הכלליים של גמול והרתעה, גם כאשר מדובר בעבירות קשות במיוחד. מדיניות הענישה האמורה מבוססת על אדנים דמוקרטיים-ליברליים של עקרון המידתיות ועקרון טובת הילד.

אדנים אלו אינם זרים לשיטתנו. כך, עקרון המידתיות הינו עקרון יסוד במשטר החוקתי של מדינת ישראל [ראו: סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תשנ"ב-1992; אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 323-347, 516-518 (1994)]; דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון 281 (1997) ולכן חל הוא גם בסוגיית הטיפול בקטינים [ראו למשל: פסק דינה של כבוד השופטת א' פורקצ'יה בדנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246 (2004)]. עקרון טובת הילד גם הוא עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית בכל הקשור בטיפול בקטינים (שם), ומכאן שהוא חל הן במישור האזרחי והן במישור הפלילי, כאשר הקטין נמצא בליבת ההליך. יוצא אפוא, כי בבסיס שיטת המשפט האמריקאית ובבסיס שיטת המשפט הישראלית בסוגיית גזירת דינם של קטינים מונחים

ערכים משותפים. הואיל וכך, ניתן וראוי להיעזר בדרך בה נוהג הדין האמריקאי בסוגיה זו בבואנו לגזור דינם של קטינים.

מן הכלל אל הפרט

21. בית משפט המחוזי לנוער חיפה (תפ"ח 403/07, כבוד השופטים ש' שטמור, י' וילנר וד' סלע) קיבל את המלצת שירות המבחן שלא להטיל על המשיב 1 מאסר בפועל. בית המשפט גזר עליו עונש מאסר על תנאי למשך תקופה בת 18 חודשים, כאשר התנאי הוא שלא יעבור במשך שלוש שנים עבירה שהיא עבירת מין או פשע. ואולם, בשל חומרת המעשים שבהם הורשע, בית המשפט העמידו בצו מבחן למשך שנתיים, במהלכן ישהה במעון ויהא עליו להשתתף בקבוצה טיפולית. עוד חויב המשיב לשלם למתלונן פיצוי בסך 8,000 ₪. השיקולים שהנחו את בית המשפט המחוזי לנוער בגזירת דינו של המשיב 1 היו גילו הצעיר, עברו הנקי והמלצת שירות המבחן לפיה קיים אופק שיקומי בעניינו.

22. בדומה, קיבל בית המשפט המחוזי לנוער את המלצות שירות המבחן שלא להטיל על המשיב 2 עונש מאסר בפועל או שהות במעון נעול. הנימוקים לכך היו שחלקו של המשיב 2 במעשי העבירה היה קטן במידת מה מזה של המשיב 1, הוא נטל אחריות על מעשיו, הביע חרטה כנה ושיתף פעולה באופן מלא עם שירות המבחן. לפיכך, סבר בית המשפט המחוזי לנוער כי שיקומו של המשיב 2 במסגרת תוכנית למניעת עבירות מין בקהילה יהיה יעיל יותר מהשמתו במעון נעול. בית המשפט המחוזי לנוער גזר על המשיב 2 מאסר על תנאי למשך תקופה בת 18 חודשים, כשהתנאי הוא שלא יעבור במשך שלוש שנים עבירה שהיא עבירת מין או פשע. בנוסף, העמיד בית המשפט המחוזי לנוער את המשיב 2 בצו מבחן למשך שנתיים, במסגרתו חויב הוא להשתתף בתוכנית טיפולית, לרבות השתתפות בקבוצה טיפולית לפי שיקול דעתו של שירות המבחן. לבסוף, חויב המשיב 2 לשלם למתלונן פיצוי בסך 12,000 ₪.

23. סבורני כי האיזון שערך בית המשפט המחוזי לנוער בין הערכים המתנגשים בענינם של שני המשיבים תואם את מדיניות הענישה הראויה כלפי קטינים כפי שתוארה בהרחבה לעיל. לפיכך, אני מוצא עילה להתערבות בגזר דינו.

ראשית, המשיבים היו קטינים בעת ביצוע העבירות בהן הורשעו והמשיב 1 היה אף על סף גיל האחריות הפלילית ולכן שיקול השיקום תקף בעניינו אף ביתר שאת

ומטעם זה יש להעניק לשיקול השיקום משקל גדול מזה הניתן לשיקולי ההרתעה והגמול.

שנית, המשיב 2 נטל אחריות מלאה למעשיו, הביע חרטה ושיתף פעולה באופן מלא עם שירות המבחן ואין להקל בכך ראש.

שלישית, מתסקירי המבחן המשלימים שהגיש שירות המבחן לבית משפט זה במסגרת הערעור שלפנינו, עולה כי המשיב 1 מפגין התקדמות בהליך השיקומי ומשתלב במסגרת המעון. אף המשיב 2 מתקדם בהליך הטיפול באופן משמעותי. לפיכך, קטיעת המהלך הטיפולי בדרך של הטלת מאסר בפועל ישם לאל מאמץ כביר שהושקע על ידו ועל ידי הגורמים הטיפוליים ויש אף בכך כדי להטות את הכף לטובת שיקול השיקום. למעלה מכך, משפחתו של המשיב 2 נרתמה להליך שיקומו ולשם כך השקיעה משאבים ומאמצים על מנת להעתיק את מקום מגוריה לאזור אחר. דרך הפעולה שננקטה, של הבניית תוכנית שיקום מיוחדת לקטינים תוך מעורבות ופיקוח של בני משפחתם, הינה חיובית ביותר ויש לעודדה. במקרה שלפנינו, כפי שהדבר נלמד מן התסקירים העדכניים, השקיעו המשיבים מאמצים על מנת להשתקם תוך שהם נוטלים חלק בתוכנית הטיפול השיקומית. בנסיבות אלה, על מנת שלא לפגוע במאמצי השיקום הרבים שהושקעו במשך השנתיים האחרונות הן על ידי גורמי הרווחה והן על ידי המשיבים עצמם ובני משפחתם, איני רואה מקום לגזור עליהם עונש מאסר בפועל [להרחבה אודות חשיבותה של המשכיות ההליך השיקומי ראו: ע"פ 7211/04 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 13.3.2006)].

24. המעשים בהם הורשעו המשיבים הינם חמורים וקשים עד מאוד. ואולם, אין בחומרת המעשים כדי לאיין את שיקול השיקום וחשיבותו, זאת בהסתמך, בין היתר, על רף הענישה שנקט בית משפט זה במקרים דומים. כך למשל, בע"פ 6768/05 ה"ל, הורשע קטין בביצוע עבירות מין חמורות ואכזריות במשך תקופה ממושכת בנסיבות מחמירות, כלפי קטינה אחרת - בת משפחתו, בהיותו בן . למרות העבירות החמורות והנסיבות בהן בוצעו, נגזר על הקטין עונש מאסר בן ששה חודשים שהומר לעבודות שירות משיקולי שיקום, כמו גם עונש מאסר על תנאי וצו מבחן למשך 18 חודשים. ערעורה של המדינה על קולת העונש נדחה. בע"פ 346/08 ה"ל, הורשע קטין בביצוע עבירות מין חמורות אותן ביצע בהיותו בן 14 שנים ו-10 חודשים בקטין אחר הצעיר ממנו בארבע שנים. בית משפט זה קבע כי "במקרים דומים... ננקט רף ענישה פחות

באופן משמעותי, לעיתים ללא מאסר בפועל כל עיקר... " [נשם, דבריו של כבוד השופט א' רובינשטיין בפסקה יד' לפסק הדין].

25. סבורני כי העונש שגזר בית המשפט המחוזי לנוער על המשיבים, אשר אינו כולל רכיב של מאסר בפועל, הולם את חומרתם של המעשים שבהם הורשעו, בהתחשב בשיקול השיקום, כפי שנפסק בערכאות הדיוניות במקרים דומים. כך למשל, בת"פ (שלום לנוער תל-אביב-יפו) 1109/06 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 25.4.2007), הורשע קטין בביצוע מעשה אינוס בנסיבות מחמירות, אולם נשיאת מערכת בתי משפט השלום לנוער, השופטת ג' מור-ויגוצקי, על אף שבחירה להרשיע את הקטין בשל חומרת מעשיו, גזרה עליו עונש מאסר על תנאי בלבד ללא כל רכיב של מאסר בפועל וזאת "בהתחשב בגילו, בהעדר עבר פלילי, (ו)בהתחשב בכך כי מאז... לא ביצע עבירות נוספות...". לדוגמאות נוספות ראו: ת"פ (מחוזי לנוער חיפה) 506/02 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 25.2.2003); תפ"ח 211/02 (מחוזי לנוער תל-אביב-יפו) מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 21.4.2004); תפ"ח 204/04 (מחוזי לנוער תל-אביב-יפו) מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 13.7.2005); תפ"ח (מחוזי לנוער נצרת) 103/05 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 6.3.2007); תפ"ח 114/06 (מחוזי לנוער באר-שבע) מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 31.6.2007); תפ"ח 405/07 (מחוזי לנוער חיפה) מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 22.9.2008); ת"פ (שלום לנוער נתניה) 142/01 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 17.9.2002); ת"פ 1855/05 (שלום לנוער תל-אביב-יפו) מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 2.3.2005).

מעמדו של תסקיר שירות המבחן בעניינם של עבריינים קטינים

26. על חשיבות תרומתו של שירות המבחן בהליכים כגון דא פסק כבוד השופט א' רובינשטיין בע"פ 4102/08 דירבאס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.12.2008), כדלקמן:

"שירותי המבחן - למבוגרים ולנוער - הם גורמים סטטוטוריים הממלאים תפקיד חיוני מאין כמוהו במערכת המשפטית והסוציאלית בארצנו. הם מהווים זרועות הממלאות תפקיד שהוא כפול - מחד גיסא, ייעוץ לבתי המשפט (וגם למערכת התביעה והחקירה) באשר לחשוד ולנאשם בשלבים השונים של הטיפול בו, וכיום גם באשר לנפגעי עבירה. הם מהווים עיניים, אוזניים וגם קול הלב לבתי המשפט בכואם להחליט בדבר מעצר או עונש זאת, גם אם לא תמיד מתקבלת דעתם... ומאידך גיסא, היותם של שירותי המבחן גורם טיפולי ומעקבי חשוב באשר לחשודים, לנאשמים ולמי שמרצים או ריצו עונשם".

27. 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 [ראו: אהרן ברק "התסקיר וקצין המבחן למבוגרים" כתבים, בעריכת ח"ה כהן וי' זמיר 653 (2000); אלי שרון שיטת המבחן בדין הפלילי 258 (1987); חיה כהן-זנדבנג "על מעמדו של שירות המבחן בהליך הפלילי" משפטים כה 435 (1995); רע"פ (8787/03) מנסור נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 11.1.2004)], בעניינם של קטינים אל לו לבית המשפט לסטות מהמלצות שירות המבחן כאשר יש בנמצא אופק שיקומי, אלא מטעמים כבדי משקל [כן ראו: פסקה 7 לפסק דינה של כבוד השופטת ע' ארבל בע"פ 7113/08 הנ"ל]. קביעה זאת נכונה במיוחד מקום שבו המלצות שירות המבחן עולות בקנה אחד עם רף הענישה המקובל בעבירות בעלות אופי דומה. בהתאם לכך, סבורני כי עלינו לאמץ כלל מנחה לפיו כל אימת שמדובר בגזירת דינם של קטינים יש לתת משנה תוקף להמלצות שירות המבחן, זאת מבלי שתוגבל סמכותו של בית המשפט לדחות את ההמלצות בהתקיים טעמים מיוחדים המצדיקים זאת.

28. לאור כל האמור לעיל, סבורני כי טוב עשה בית המשפט המחוזי לנוער בקבלו את המלצותיו של שירות המבחן שלא להשית על המשיבים עונש מאסר בפועל, מה גם שהעונש אותו גזר עליהם עולה בקנה אחד עם רף הענישה הנוהג במקרים דומים. זהו נימוק נוסף בגינו אין להתערב בגזר דינו של בית משפט קמא.

אי התערבות ערכאת הערעור בעונש שנגזר על ידי הערכאה הדיונית

29. כידוע, הלכה פסוקה היא כי אין ערכאת הערעור מתערבת בעונש שנגזר על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בהם טענה הערכאה הדיונית טעות של ממש או שהעונש שנגזר על ידה חורג באופן קיצוני מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות [ראו למשל: ע"פ 1323/08 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 29.10.2008); ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.2.1998); ע"פ 7150/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.6.2008); ע"פ 1494/07 אבו כף נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2.6.2008)]. איני סבור כי המקרה שלפניי נופל בגדר המקרים החריגים המצדיקים

התערבות כאמור, שכן לא מצאתי טעות בגזר דינו של בית המשפט המחוזי לנוער, אשר ממילא תואם את רף הענישה במקרים דומים. קל וחומר שאין בו טעות של ממש.

30. איני מוצא ממש בטענת המערערת לפיה לא העניק בית המשפט קמא משקל מספיק לחומרת העבירות או לנזק שגרמו המשיבים לקורבן ולמשפחתו. בית המשפט קמא התייחס במפורש לשיקולים אלו ואף ציין כי העניק להם משקל רב. כידוע, בית המשפט המחוזי לנוער, בשבתו כבית משפט לעניינים פליליים, רשאי היה גם שלא להרשיע את המשיבים אלא לנקוט בדרכי טיפול בלבד (סעיף 24(2) לחוק הנוער), וזאת בשל חשיבותו של שיקול השיקום בעניינם של קטינים. ואולם, על אף התכלית השיקומית, בחר בית המשפט המחוזי לנוער להרשיע את המשיבים, והדגיש כי הוא עושה כן עקב חומרת העבירות, ובמיוחד עקב הפרשי הגילאים בין הקורבן לבין המשיבים וגילו הצעיר מאוד של הקורבן. בית המשפט המחוזי לנוער סבר - ובצדק - כי שיקולי ההרתעה והגמול יוגשמו במקרה זה על ידי ההרשעה עצמה, המבטאת את סלידתה של החברה מעבירות מסוג זה. עצם ההרשעה יש בה כדי להרתיע עבריינים אחרים היות שהיא מעבירה את המסר שעבירות מעין אלה דינן הוקעה והטלת כתם של הרשעה.

31. בנוסף, סבורני כי בדין קבע בית המשפט המחוזי לנוער כי במסגרת שיקולי ההרתעה והגמול יש להביא בחשבון את העובדה ששני המשיבים שהו עקב מעשיהם במעצר כ-38 ימים, כאשר לקטינים בגילם, שהם נטולי עבר פלילי, וודאי היווה המעצר אירוע טראומטי. בנוסף, המשיבים שהו במעצר בית חלקי תקופה בלתי מבוטלת (במסגרתו רשאים היו לצאת מהבית לצרכי לימודים בלבד) וגם נתון זה יש לשקלל במסגרת שיקולי הגמול וההרתעה.

32. אשר על כן, אמליץ לחבריי לדחות את הערעור, כך שגזר דינו של בית המשפט קמא יותר על כנו.

ש ו פ ט

קראתי את חוות דעתו של חברי השופט דנציגר, ודעתי כדעתו, לפיה יש לדחות את ערעור המדינה.

כפי שמפורט בחוות דעותיהם של חבריי, הערעור שבפנינו מגולל את קורותיה של פרשה קשה, בה ביצעו שני המשיבים, אחים שהיו באותה עת קטינים בני שלוש עשרה וחמש עשרה, עבירות מין חמורות בקטין רך בשנים, בן שמונה בלבד.

כבכל הפרשות הדומות, אשר מגיעות לפתחם של בתי המשפט לא פעם, מלאכת גזירת הדין הינה קשה שבקשות, ודורשת איזון עדין בין שיקולי הענישה השונים. כך, מן הצד האחד עומד שיקול הגמול, שעניינו הצורך להביע את סלידתה החמורה של החברה כלפי מי שפגע פגיעה כה עמוקה בגופו ובנפשו של הקורבן הקטין, פגיעה אשר לא בנקל תימחה על ידי חלוף הזמן. היטב ידענו כי לא פעם תותיר פגיעה זו בנפשו של הקורבן פצעים שאין להם מזור, ולעיתים אך כפסע בין פגיעה זו ובין נטילת חייו של הקורבן ממש. לפיכך, פגיעה חמורה זו מחייבת על פי רוב הטלת ענישה כבדה ומשמעותית כנגד מי שביצע עבירות מסוג זה, כביטוי לסלידת החברה ממעשים נפשעים אלו (ראו ע"פ 7461/05 דדוש נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.4.2006); ע"פ 7657/00 מחג'נה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.1.2002)).

מנגד עומד בענייננו השיקול שבשיקומם של מבצעי העבירה. שיקול זה מביא לידי ביטוי הן את האינטרס החברתי שבהשבתם אל המוטב וחזרתם אל החברה כגורם חיובי, והן את האינטרס של מבצעי העבירה – קטינים אף הם, בשיקומם. יצוין כי השיקול של שיקום מבצע העבירה חזק במיוחד בשעה שמדובר בקטינים, ועל כן, דרך הכלל, בעת גזירת עונשם של עבריינים קטינים יטה בית המשפט להעדיף את השיקול הנוגע לשיקומו של הקטין על פני שיקולי הענישה האחרים (ראו ע"פ 4920/01 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 17.3.2003); ע"פ 1004/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 9.8.2006); ע"פ 3615/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.6.2007)). זאת, משום שהקטין עדיין נמצא בשלב בו אישיותו טרם נתגבשה סופית וההנחה היא שבאמצעות טיפול מתאים ניתן יהיה להחזירו למוטב (ראו ע"פ 8164/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 577 (2003); א' שרון נועד בפלילים (תשנ"ח) 421-422). מלבד סיכויי השיקום של הקטין, מן הראוי ליתן משקל רב במיוחד לנסיבותיו האישיות, כמו גם לגילו. כך למשל, ככל שהנאשם צעיר יותר, יטה בית המשפט להעדיף הפעלתם של

אמצעים שיקומיים על-פני אמצעים עונשיים (ע"פ 4524/04 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 9.6.2005)).

בית המשפט המחוזי בחיפה, בשבתו כבית משפט לנוער, שקל שיקולים אלו בגזר דינו, במסגרתו אף הכריע בשאלה בדבר הרשעת המשיבים. לשם גזירת העונש, התחשב בית המשפט לנוער מחד גיסא בגילם הצעיר של המשיבים, בהעדרן של הרשעות אחרות לחובתם ובהמלצותיהם של קציני המבחן; ומאידך גיסא בחומרת העבירות, בהיעדר התחשבותם של המשיבים בקורבנם ובנזק המתמשך שמעשיהם הביאו עליו, באינטרס הציבורי במניעת העבירות ולרגישות המיוחדת שיש לקורבן ולמשפחתו הגרים בסמיכות למשיבים. כן הביא בית המשפט בחשבון את העובדה שהמשיבים שהו במעצר 38 ימים, ולאחר מכן שהו במעצר בית בבית דודם. בסופו של יום השית בית המשפט לנוער על המשיב 1 עונש של 18 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, שלא יעבור עבירות מין מסוג פשע; וכן צו מבחן למשך שנתיים במהלכו ישהה במעון "אחוזה" ויהיה עליו להשתתף בקבוצה טיפולית שתוכן לו על ידי שירות המבחן. עוד הורה בית המשפט כי על המשיב 1 לפצות את קרבן העבירות בסכום של 8,000 ש"ח. על המשיב 2 נגזר עונש של 18 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים, שלא יעבור עבירות מין מסוג פשע; וכן צו מבחן למשך שנתיים, במסגרתו יהא עליו להשתתף בתוכנית טיפולית שתוכן לו על ידי שירות המבחן, לרבות השתתפות בקבוצה טיפולית. כן הורה בית המשפט כי המשיב 2 יפצה את קורבן העבירות בסכום של 12,000 ש"ח.

כידוע, הלכה היא כי אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בעונש שנגזר על ידי הערכאה הדיונית. ערכאת הערעור אינה נכנסת לנעליה של הערכאה הדיונית בסוגיה זו ואינה יושבת בשנית על המדוכה, כך שהתערבותה מוגבלת למקרים בהם הערכאה הדיונית נכשלה בטעות או שהעונש שנגזר על ידה חורג בצורה קיצונית מן העונשים המוטלים בדרך כלל בנסיבות דומות (ראו ע"פ 1242/97 ליאור נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.2.1998); ע"פ 9097/05 מדינת ישראל נ' ורשילובסקי (לא פורסם, 3.7.2006); ע"פ 10159/07 מדינת ישראל נ' שהואן (לא פורסם, 14.2.2008)).

בענייננו, ולאחר לבטים לא פשוטים, ומבלי להמעיט בחומרת מעשיהם של המשיבים, כפי שתואר לעיל, לא מצאתי כי יש מקום להתערבותנו בעונש שנגזר על ידי בית המשפט המחוזי לנוער. עונש זה נגזר תוך ביצוע האיזון הנדרש בין השיקולים המתנגשים המתוארים לעיל, תוך מתן מקום מרכזי לתסקירים שנערכו על ידי שירות

המבחן לנוער, אשר הדגישו את האפשרות הממשית לשיקומם של המשיבים, ותוך המלצה על האמצעים השיקומיים שאומצו בגזר הדין. לא מצאתי כי בנסיבות העניין, יש בעונש שנגזר על המשיבים משום חריגה מהענישה המקובלת במקרים דומים. לכל הפחות, לא מצאתי כי יש בה חריגה ברמה המצדיקה את התערבותנו (השוו ע"פ 3615/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.6.2007), והדיון שם).

אשר על כן, אני מצטרף כאמור לדעתו של השופט דנציגר, לפיה יש לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

לא אחזור על עובדות המקרה הנוכחי באשר אלה הובאו בחוות דעתו של חברי השופט י' דנציגר. עם זאת, אדגיש כי מדובר בשניים שהודו כי במספר הזדמנויות במהלך שנת 2006, נהגו להוביל קטין אחר, יליד חודש נובמבר 1998, למחסן בחנות המוחזקת על ידי הוריהם, שם נהגו להפשיטו מבגדיו וניסו להחדיר את איבר מינם לפי הטבעת שלו. משיב 1 גם החדיר את איבר מינו לפיו של הקטין, ושני המשיבים נגעו באיבר מינו ובישבנו.

המדינה עותרת בפנינו להחמיר בעונשם של המשיבים, והשקפת המדינה מקובלת עלי. אכן, המשיבים היו קטינים בעת ביצוען של העבירות, אולם הם חטאו לא במעידה חד-פעמית, אלא בהתנהגות אכזרית ממושכת, דוחה ומעוררת שאט נפש, שגם אצל מבוגרים אין מרבים להיתקל בה. הם הובילו למחסן מבודד ילד בן 8 שנים בלבד, שכנם, שאך טבעי היה כי ייתן בהם אמוץ, ושם ביצעו בו עבירות מין שככל הנראה יותירו בנפשו צלקות, שספק אם אי-פעם ימצא להן מזור. אכן, לעובדה כי מדובר בנאשמים צעירים הניתנים לשיקום, ראוי וגם חובה ליתן משקל, אולם כבר נקבע לא אחת כי "קטינות אינה מעניקה חסינות מפני ענישה ראויה כשהמדובר במי שבצע פשע חמור. הצורך להגן על הציבור מפני עבריינים אלימים חל גם במקום שמבצע הפשע הוא קטין". (ע"פ 5090/99 שמשונוב נ' מדינת ישראל, לא פורסם). יתרה מכך, בית המשפט מצווה לתת את דעתו גם על הקורבן, ובמקרה זה קטין אף הוא, שלפתע מצא את עצמו מטרה לסטיותיהם של שכניו, תוך שהוא נעדר יכולת להגן על עצמו ועל שלמות גופו.

זניחת עניינו של זה האחרון והדגשת קטינותם של המשיבים בלבד, אינה עושה צדק עם הקורבן, פוגעת באמון הציבור המבקש לראות כי מדיניות הענישה המחמירה בתחום זה גם מיושמת, ומחטיאה את הצורך בהרתעת הרבים.

לפיכך, ואם דעתי היתה נשמעת, הייתי מקבל את הערעור ודן את המשיבים לשנת מאסר, שלאחריה הם יהיו נתונים בפיקוח שרות המבחן במשך שנתיים, במהלכן יחויבו להשתתף בתהליך טיפולי לעברייני מין. הייתי מותיר את המאסר על-תנאי אותו גזר בית המשפט המחוזי (18 חודשים) על כנו, וקובע את תחילת מניינו ביום שחרורם של המשיבים מן הכלא.

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט ברוב דעות השופטים י' דנציגר וס' ג'ובראן, כנגד דעתו החולקת של השופט א' א' לוי, לדחות את הערעור.

ניתן היום, י"ב באדר התשס"ט (08.03.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט