

עפ"ג 39953/11/13 - אליאב סבח, מרק סמירנוב נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 39953-11-13 סבח נ' מדינת ישראל

עפ"ג 26674-12-13 סמירנוב נ' משטרת ישראל תביעות- שלוחת חיפה

בפני הרכב כב' השופטים:

רון שפירא [אב"ד]

עודד גרשון

אלכס קיסרי

המערערים

1. אליאב סבח

2. מרק סמירנוב

נגד

מדינת ישראל

המשיבה

פסק דין

השופט א' קיסרי:

1. שני ערעורים, שהדיון בהם אוחד, על פסק דינו של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופט זאיד פלאח) מיום 3.11.13 בת"פ 55205-03-12. עפ"ג 39953-11-13 הוא ערעורו של אליאב בן סבח ("אליאב" או "נאשם 1"), ועפ"ג 26674-12-13 הוא ערעורו של מרק סמירנוב ("מרק" או "נאשם 2"). על שני המערערים, ילידי 1992, נגזר עונש מאסר בפועל לתקופה של שמונה עשר חודשים, וכן ששה חודשי מאסר על תנאי ותשלום פיצוי כספי.

שני הערעורים מופנים כנגד חומרת העונש.

האישום וההליך בבית משפט קמא

2. על פי עובדות כתב האישום, ביום 24.3.12 סמוך לשעה 03:45 הגיעו המערערים, יחד עם אחר שהוא קטין ("הקטין"), למועדון דיוויג'ן בחיפה ("המועדון"), שם נערכה מסיבת גיוס למתלונן טל שמש ("טל"). המערערים והקטין תקפו את חברו של טל, המתלונן דוד בלנקה ("דוד"). הקטין כיבה סיגריה דולקת על פניו, המערערים חבטו באגרופיהם בראשו ויחד עם הקטין הפילו אותו ארצה והמשיכו להכותו ולבעוט בו בעודו מוטל על הרצפה. טל ניסה להפריד בין המערערים והקטין לבין דוד, והם היכו אותו מכות נמרצות ובעטו בו בכל גופו. המערערים פצעו וחתכו את פניו של טל בשברי בקבוק זכוכית. יחד עם הקטין תקפו המערערים גם את המתלונן גל עמירה ("גל"), היכו אותו בפניו, הפילו אותו ארצה, והמשיכו להכותו ולבעוט בפניו גם כשהיה מוטל על הרצפה. בהמשך תקף אליאב גם את חברתו של טל, המתלוננת איזבלה יאצנב ("איזבלה"), הדף אותה והפילה ארצה. כתוצאה מאלה נגרמו לטל חבלות ופציעות גופניות של ממש, ובכללם חתכים עמוקים באזור האף שהצריכו

עמוד 1

תפירה בהרדמה, ופצעי שפשוף בראש, בפנים ובצוואר. לדוד נגרמו פצעי שפשוף בפניו ובאברים נוספים, ואצל איזבלה נמצאו סימני חבלה בגפיים העליונות והתחתונות.

3. בישיבת בית משפט קמא מיום 26.2.13 חזרו בהם המערערים מכפירתם בעובדות כתב האישום, הודו בהן והורשעו בעבירה של תקיפה וחבלה ממשית בנסיבות מחמירות, עבירה לפי סעיף 382 (א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ("**חוק העונשין**") ובעבירה של פציעה לפי סעיף 334 בצירוף סעיף 335(א)(1) לחוק העונשין. בשל גילם של המערערים הורה בית משפט קמא על הגשת תסקירי שירות מבחן בעניינם.

4. מתסקיר מיום 5.6.13 בעניינו של אליאב עולה כי הוא בן למשפחה חד הורית שחי עם סבתו, לאחר שניסיונותיה של אמו להחזירו לביתה נכשלו בשל בעיות בהתנהגותו. בבית סבתו התגוררו גם שניים מדודיו המעורבים בפלילים. שירות המבחן עמד על קשייו המשפחתיים של אליאב וכן על קשייו בבית הספר התיכון ובשירותו הצבאי, וציין כי אלו הותירו בו פגיעות והזנחה רגשית ותחושות של נטישה ודחייה, אשר הובילו בהמשך להתפתחות דפוסי התנהגות אימפולסיביים ולתגובות מתלהמות. ביחס לעבירה צוין כי אליאב מבקר את התנהגותו בחומרה ומביע חרטה, בושע וצער. להערכת שירות המבחן הסיכון להישנות עבירות אלימות בעתיד הוא בינוני, ולצד זאת הוא התרשם כי אליאב נמצא בתהליך גיבוש זהותו, כי הוא טרם הפנים ערכים עברייניים מושרשים, וכי הוא מביע רצון אמיתי לשינוי מצבו כדי להימנע ממעורבות בפלילים. כמו כן צוין כי במסגרת פיקוח מעצר של שירות המבחן שולב אליאב בקבוצה טיפולית, ובד בבד החל ביוזמתו בטיפול של ניהול כעסים, טיפול שהופסק כיוון שלא שמר על קשר רציף. עקב זאת ביקש שירות המבחן שהות לשם בחינת את התאמתו לטיפול. בתסקיר משלים מיום 26.8.13 צוין כי אליאב שולב בקבוצה טיפולית, ושירות המבחן התרשם מהתאמתו להמשך הטיפול ומנכונותו לקיים אורח חיים נורמטיבי. בהתחשב בגילו הצעיר, בהעדר עבר פלילי, בקבלת האחריות והבעת החרטה, בזמן הממושך שבו שהה במעצר בית ללא הפרתו וללא מעורבות נוספת בפלילים, ולנוכח שיתוף הפעולה עם שירות המבחן, הומלץ להעמידו בצו מבחן למשך 18 חודשים לצד ענישה מוחשית במסגרת מאסר קצר שירוצה בעבודות שירות או במסגרת צו של"צ בהיקף של 200 שעות, וכן תשלום פיצוי לנפגע העבירה.

5. בתסקיר מיום 6.6.13 בעניינו של מרק תואר הרקע המשפחתי והאישי שלו. מרק הוא חייל בן 21 המנהל אורח חיים נורמטיבי ומשרת כלוחם ביחידה קרבית. לדבריו, העבירות בוצעו מתוך רצון להגן על הקטין, שהיה מעורב בקטטה שהתפתחה, ושירות המבחן התרשם כי מרק נטה להמעט בערך מעשיו והיה ממוקד בעצמו, אך גילה אמפתיה כלפי המתלוננים. התסקיר פירט את הקשיים שמרק התמודד אתם: קשיי הקליטה בארץ, הגירושין של הוריו וקשיים בתקופת התבגרותו. שירות המבחן סבר כי נסיבות חייו הובילו להתפתחותם של דפוסי התנהגות אימפולסיביים, וקיים סיכוי להישנות התנהגות בעלת אופי דומה בעתיד. יחד עם זאת צוין בתסקיר כי למרק כוחות ויכולות בתחום התפקודי, הבאים לידי ביטוי בכך שסיים בית ספר תיכון, התגייס לצה"ל ולא היה מעורב בפעילות פלילית. שירות המבחן הוסיף כי מרק מכיר בדפוסי התנהגותו הבעייתיים והוא החל ביוזמתו בטיפול ממוקד בניהול כעסים. לכן התבקשה שהות של חודשיים שבהם תיבחן יעילות הטיפול, ובהתאם לכך תגובש המלצה לעניין העונש. בתסקיר המשלים מיום 1.9.13 צוין כי מרק סיים את הטיפול הקבוצתי, והוא מגלה נכונות פנימית לשנות את דפוסי התנהגותו ואת דרך חשיבתו בנוגע לאלימות ולתקשורת עם הסובבים אותו. שירות המבחן סבר כי יש לתת למרק הזדמנות להמשיך בהליך הטיפול, והמליץ להטיל עליו צו מבחן

למשך 18 חודשים שבמהלכם ימשיך בהליכי טיפול פרטניים וקבוצתיים לצד ענישה מוחשית של צו של"צ בהיקף של 150 שעות, וכן המליץ על פיצוי כספי לנפגע. שירות המבחן ציין כי אינו ממליץ על מאסר שירוצה בעבודות שירות על מנת שלא לפגוע בהמשך שירותו הצבאי.

6. בטרם מתן גזר הדין ולבקשת המערערים, הורה בית משפט קמא לממונה על עבודות שירות לבחון את התאמת המערערים לעבודות אלה. בחוות דעת מיום 27.10.13 בעניינו של אליאב ובחוות דעת מיום 30.10.13 בעניינו של מרק, קבע הממונה כי המערערים מתאימים לרצות מאסר, ככל שיוטל עליהם, בדרך של עבודות שירות.

7. לאחר קבלת תסקירי שירות המבחן וחוות דעת הממונה על עבודות השירות ולאחר שהצדדים טענו לעונש, הטיל בית משפט קמא על המערערים ביום 3.11.13 את העונשים כאמור לעיל.

8. להשלמת תיאור הרקע יצוין הקטין הועמד לדין על חלקו באירועים בפני בית משפט השלום לנוער חיפה (כב' השופטת עדנה בן לוי) בת"פ 53037-03-12 אליו צירף שני תיקים נוספים בעבירות שעניין שבל"ר ונטישה במקום אחר בצוותא ובהחזקת סכין למטרה לא כשרה. מגזר הדין עלה כי על הקטין הוטלו שמונה עשר חודשי מאסר בפועל וזאת לאחר ששירות המבחן נמנע מהמלצה טיפולית בעניינו.

9. בגזר הדין עמד בית משפט קמא על חומרת המעשים שיוחסו למערערים, שנהגו באלימות ובבריונות כלפי ארבעת המתלוננים על לא עוול בכפם, וגרמו, בין היתר, לפגיעתו החמורה של טל. במצוות סעיף 40ג(א) לחוק העונשין קבע בית המשפט קמא כי מתחם העונש ההולם את מעשי העבירה של המערערים הוא בין ששה חודשי מאסר לבין עשרים וארבעה חודשי מאסר בפועל. בקשר לכך הדגיש בית משפט קמא את הפגיעה בשלומם ובביטחונם של המתלוננים ואת זכותם לנהל אורח חיים תקין ולשהות כרצונם ובתחושת ביטחון במקומות בילוי, והוסיף כי מידת פגיעתם של המערערים בערכים אלה היא בינונית. לאחר מכן נפנה בית המשפט קמא לשקול - הן לחומרה והן לקולא - את הנסיבות הקשורות במערערים, ובכלל זה את התנהגותם האלימה והבריונית מצד אחד, ואת הודאתם, החרטה שהביעו, עברם הנקי, תקופת מעצרים ושהותם הממושכת במעצר בית, שירותו הצבאי של מרק ומכלול נסיבותיהם האישיות, כפי שאלה פורטו בתסקירי שירות המבחן, מן הצד השני. בנוסף, הוא התייחס גם לגזר הדין שהוטל על הקטין שכלל עונש של 18 חודשי מאסר בפועל ועמד על ההבדלים בין המערערים לקטין. בין היתר הצביע בית משפט קמא על כך שהקטין צירף שני תיקים נוספים ועל כך שמעשיו חמורים פחות ממעשיהם של המערערים. בסופו של דבר החליט בית המשפט קמא שלא לאמץ את המלצות שירות המבחן, וקבע כי עונשם של המערערים אינו יכול להיקבע ברף התחתון של מתחם העונש ההולם, ולדעתו אף לא ניתן להימנע מהטלת עונשי מאסר לריצוי בפועל, ובהתאם לכך הטיל עליהם את העונשים האמורים לעיל.

טענות הצדדים

10. המערערים משיגים על חומרת העונש שנגזר עליהם ובעיקר על רכיב המאסר בפועל. לטענתם, העונש נוטה לחומרה ובית משפט קמא לא נתן משקל ראוי לשיקולים רבים בעניינם ולנסיבותיהם האישיות שבהם עברם

הנקי, גילם הצעיר, ההודאה והחיסכון בזמן שיפוטי, נטילת האחריות וחרטתם הכנה. עוד נטען כי בית משפט קמא לא העניק די משקל למעצרו הממושך ולתקופה הארוכה ששהו במעצר בית בתנאים מגבילים.

11. בעניינו של אליאב נטען גם כי לא הייתה הצדקה להטיל עליו עונש הזהה לעונשו של הקטין, בהתחשב בכך שהקטין צירף לתיק זה שני תיקים נוספים, שתסקיר שירות המבחן בעניינו היה שלילי וללא המלצה טיפולית, ושחלקו באירוע היה דומיננטי יותר. בהקשר זה נטען גם כי במועד ביצוע העבירה היה הקטין על סף בגירות, ובמועד גזר הדין היה כבן 18 וחצי. עוד נטען כי אליאב היה "בגיר צעיר" וככזה ראוי להתחשב בשיקולי הענישה המיוחדים לגילאים אלו. בעניינו של מרק נטען גם כי שליחתו לממונה על עבודת שירות יצרה אצלו ציפייה כי לא ירצה מאסר מאחורי סורג וברח.

12. בנוסף על אלה חזרו המערערים בדיון שהתקיים בפנינו על טיעוניהם והפנו לפסיקה שלפיה בעבירות דומות הושתו עונשים פחותים מאלו שהושתו על המערערים. כמו כן נטען כי המלצת שירות המבחן ניתנה לאחר שאנשי השירות הכירו את המערערים במשך כשנה שבמהלכה היו המערערים בהליך טיפולי בפיקוחם, ועל כן חזרו וביקשו לקבל את המלצת שירות המבחן. בעניינו של מרק נטען גם כי במהלך מעצרו, ובפיקוח שירות המבחן, הסכים צה"ל להחזירו לשירות, והוא אכן משרת עד היום.

13. מנגד עמדה המשיבה על חומרת המעשים שבהם הורשעו המערערים, והפנתה לעדותו של טל בפני בית משפט קמא על השפעותיו של האירוע על מהלך חייו ועל הסבל בעקבותיו. לטענתה אין הצדקה להתערבות בגזר דינו של בית משפט קמא, ונסיבותיהם של המערערים נשקלו על ידי בית משפט קמא ואין בהן לפטור אותם מענישה הולמת. על כן טענה כי יש לדחות את הערעורים.

דין

14. כבר בפתח הדברים אציין, כי לאחר ששקלתי את טענות הצדדים ועיינתי בחומר שבפנינו, אציע לחברי לקבל את הערעור, להפחית את תקופת המאסר שנגזרו על המערערים ולהורות כי עונשי המאסר ירוצו בעבודות שירות. עוד אציע כי על כל אחד מן המערערים יוטל צו מבחן לתקופה של שמונה עשר חודשים, וכי יתר חלקי גזר הדין בנוגע לכל אחד מן המערערים יישארו על כנם.

15. ידועה ההלכה שערכאת ערעור, הבוחנת את סבירות העונש שהטילה הערכאה הדיונית, לא תתערב אלא במקרים חריגים שבהם נמצא כי נפלה טעות מהותית בגזר הדין או כאשר העונש שנגזר סוטה באופן קיצוני ממדיניות הענישה הראויה (ע"פ 5316/13 מסאלחה נ' מדינת ישראל (9.12.13); ע"פ 9074/12 מדינת ישראל נ' אבו אחמד (13.6.13); ע"פ 6347/12 מדינת ישראל נ' מרה (13.5.13)). עילת התערבות נוספת נקבעה לאחרונה כשנפסק שטעות בקביעת מתחם העונש ההולם, שהביאה להחמרה בענישה, היא מקרה המצדיק התערבות בעונש (ע"פ 1127/13 גברזג'י נ' מדינת ישראל (15.1.14)). יצוין כי בע"פ 8641/12 מוחמד סעד נ' מדינת ישראל (5.8.13) ("עניין סעד"), בפסקה 30 לפסק דינו של כב' השופט נ' סולברג, נקבע כי הלכה זו עומדת על מכונה גם לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, שבמסגרתו נחקק סימן א'1 בפרק ו' שכותרתו "**הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה**" ("תיקון 113"). עוד יצוין כי אמנם נמתחה ביקורת על הלכה זו (בועז סנג'ור, "מי מעוניין במאסרים מרובים", עלי משפט, כרך ה' 247, 253 (2005)), אולם אין צורך להידרש לכך, הן מפני עמוד 4

שלעת הזו זוהי ההלכה המחייבת אותנו והן, ובעיקר, מפני שכפי שאסביר להלן, עניינו של ערעור זה הוא האופן שבו יישם בית המשפט קמא את מצוות המחוקק בנוגע להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה כפי שזו באה לביטוי בהוראות תיקון מס' 113, שנכנס לתוקפו בשנת 2012. על השלבים בתהליך גזירת עונשו של נאשם ועל אופן יישומן של הוראות תיקון 113, עמד בית המשפט בהרחבה בעניין סעד. לעניין קביעת מתחם העונש ההולם ציין בית המשפט כי לפי סעיף 40ט' לחוק העונשין, על הערכאה הדיונית להתחשב בהתקיימותן של נסיבות, הן לחומרה והן לקולא, הקשורות בביצוע העבירה, ולענייננו רלוונטיים הדברים שנאמרו בהקשר זה:

"הנסיבות שבכוחן להשפיע לקולא בלבד הן: (6) יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו; (7) יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו, לרבות עקב התגרות של נפגע העבירה; (8) מצוקתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העבירה; (9) הקרבה לסייג לאחריות פלילית כאמור בסימן ב' לפרק ה'1" (ההדגשות הוספו, א"ק).

אשר לגזירת העונש האינדיווידואלי, ציין בית המשפט בעניין סעד כי:

"ככלל יגזור בית המשפט את העונש המתאים לנאשם בתוך מתחם הענישה, אשר נועד כאמור להגשים את עקרונן ההלימות. ברם, בית המשפט מוסמך לקבוע עונש החורג ממתחם הענישה, במידה והתקיים אחד משני חריגים: האחד הוא חריג לקולה, אם "מצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם" (סעיף 40ד(א) לחוק העונשין); והשני הוא חריג לחומרה, אם "מצא כי יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור" (סעיף 40ה לחוק העונשין). שני שיקולים נוספים שבית המשפט רשאי להתחשב בהם בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם הם הרתעה אישית והרתעת הרבים (סעיפים 40 ו-40ז לחוק העונשין). אולם, בשונה משני השיקולים הראשונים שצוינו לעיל (שיקום והגנה על שלום הציבור), בגינם רשאי בית המשפט לחרוג ממתחם הענישה, הרי שבית המשפט איננו מוסמך לחרוג ממתחם הענישה בשל שיקולי הרתעה" (ההדגשות במקור, א"ק).

עוד הוסיף בית המשפט, והדברים חשובים לענייננו, כי:

"...תיקון 113 קבע גם חובת הנמקה באשר לארבע מן התחנות בדרך לגזירת עונשו של נאשם: קביעת מתחם העונש ההולם; גזירת העונש המתאים; חריגה ממתחם העונש ההולם בשל אחד משני החריגים; והתייחסות לגזירת הדין של נאשם שהורשע בכמה עבירות בכמה אירועים" (ההדגשה במקור, א"ק).

16. כאמור, בית המשפט קמא קבע כי מתחם העונש ההולם הוא בין ששה חודשי מאסר לשמונה עשר חודשי מאסר בפועל, ומשהמערערים לא טענו כנגד קביעה זו, אין מקום להתערב בה. יחד עם זאת, וכפי שאסביר להלן, מקביעת מתחם העונש נעדרת הנמקה כנדרש, ובמיוחד כך כאשר לא ניתן להבין מפסק הדין אם ועד

כמה נתן בית המשפט קמא את דעתו לגילום של המערערים כאשר קבע את מתחם העונש. גילו של הנאשם הוא נסיבה רלוונטית לקביעת המתחם הקשורה בביצוע העבירה הן לפי ס"ק (6) והן לפי סעיף ס"ק (9) של סעיף 40ט(א) לחוק העונשין, ואם סבר בית המשפט קמא שאין הן רלוונטיות, כי אז היה עליו לנמק את הדבר, ומפסק הדין נראה שהוא לא עשה כן. לדעתי, העדר ההנמקה בעניין זה מהווה תמיכה, ביחד עם נימוקים אחרים, למסקנה שעונש המאסר שהוטל על המערערים - המצוי ברף העליון של מתחם העונש ההולם - חורג במידה בלתי סבירה מן העונש הראוי, ולכן יש להתערב בו.

17. משנקבע מתחם העונש, היה על בית משפט קמא לגזור את עונשם של המערערים תוך מתן משקל לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, כמפורט בסעיף 40יא' לחוק העונשין, כאשר נסיבות אלו, וביניהן גיל הנאשם (סעיף 40יא(1) לחוק העונשין), יכולות להישקל לקולא בתוך מתחם העונש ההולם, אולם אינן מאפשרות לחרוג ממנו. כמו כן על בית משפט היה להתחשב גם בשיקולי שיקום, או סיכוי ממשי לשיקום, כאמור בסעיף 40ד(א) לחוק העונשין כאשר עיון בהוראות סעיפים אלה, וכפי שציין בית המשפט בעניין סעד, מלמד ששיקולי שיקום מאפשרים לבית המשפט לחרוג לקולא ממתחם העונש ההולם (סעיף 40ד(א)). אף על פי כן, לא ניתן למצוא בפסק הדין הנמקה מספקת לכך שנסיבותיהם האישיות של המערערים, כפי שקיבלו ביטוי בתסקירי שירות המבחן כמו גם המלצות שירות המבחן עצמן, לא קיבלו משקל מספיק - ולטעמי, לא קיבלו משקל כלל - בגור הדין.

18. בית משפט קמא עמד על כך שהמערערים התנהגו באלימות ובבריונות ועל חומרתה של התנהגות מעין זו. על השקפתו זו של בית משפט קמא איני רואה לחלוק וכפי שכבר נפסק, העבירות שביצעו המערערים הן חלק מתופעה חמורה של צעירים הנוהגים באלימות "לשם פתרון סכסוכים ומחלוקות של מה בכך" (ע"פ 371/08 מדינת ישראל נ' ביטאו (27.10.08)), תוך שהם עושים שימוש בנשק קר וגורמים לפגיעות חמורות המסתיימות לעתים אף באובדן חיים. תמונתו של טל לאחר הפגיעה בו הן עדות לחומרת מעשיהם של המערערים (ראו, בין השאר, ע"פ 1132/07 מקונן נ' מדינת ישראל, (5.8.07)).

19. אלא שכאמור, היה על בית המשפט קמא לתת את דעתו לנסיבות המקלות, הן אלה לצורך קביעת מתחם העונש ההולם, הן אלה המאפשרות להקל בעונשם של המערערים בתוך מתחם העונש ההולם והן אלה המאפשרות לחרוג לקולא ממתחם העונש ההולם והן. נסיבה אחת שנראה שבית המשפט קמא לא נתן דעתו עליה היא גילם של המערערים. בעת ביצוע העבירות, היה גילו של אליאב מעט למעלה מעשרים ושל מרק אף מעט פחות מכך. ככאלה הם משתייכים לקבוצת "בגירים צעירים" שאליה התייחס בית המשפט בע"פ 7781/12 פלוני נ' מדינת ישראל (25.6.13) ("עניין פלוני"), עת נדרש לשיקולי ענישה בעניינם. בית המשפט ציין את השפעת עונש המאסר על עבריינים הנמנים עם קבוצה זו באומרו:

"... אחד מהשיקולים המרכזיים בענישת קטינים היא השפעה ההרסנית הפוטנציאלית עליהם כתוצאה ממאסר מאחורי סורג ובריאח (...). בהקשר זה, יש לראות שיקול זה ככרוך ובלתי נפרד משיקולי ההתפתחות וההתבגרות. זאת, מאחר שהקושי הכרוך בנשיאת מאסר נובע בעיקר מן המאפיינים ההתפתחותיים והקוגניטיביים של קטינים. במילים אחרות, קווי השקה הרבים בין מאפיינים של קטינים לאלה של ה"בגירים צעירים", הם המובילים למסקנה שיש לבחון את השפעת המאסר על נאשמים שהם "בגירים צעירים", תוך התחשבות בגילם. בהמשך לכך, מחקרים רבים הראו כי הנזק הפסיכולוגי שגורם עונש מאסר בפועל על בגירים צעירים חמור מהשפעתו על

בגירים מעל לגיל 25, ודומה בהרבה להשפעתו על קטינים (...). כמו כן, מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח פוגע גם בסיכוי של "בגיר צעיר" להמשיך בתהליך ההתבגרות, ובכך "מקבע" דפוסים פסיכולוגיים וקוגניטיביים (...). (שם, פסקאות 44-47).

20. בפסק הדין בעניין פלוני עמד בית המשפט על החשיבות והמשקל שיש לייחס לתסקיר שירות המבחן בעניינם של "בגירים צעירים" ואמר:

"לאור כל האמור לעיל, לגישה, יש מקום להתחשב במסגרת שיקולי הענישה בייחודיותה של קבוצת ה"בגירים צעירים". חשוב להבהיר כי אין בקביעתנו זו כדי לקבוע כי בגזירת עונשם של קבוצה זו, יש לשקול שיקולים זהים לאלו של קטינים. יחד עם זאת, על בית המשפט בקובעו את עונשו של "בגיר צעיר" לייחס לגילו משקל משמעותי. במסגרת זאת, עליו לשקול בין היתר את קרבתו לגיל 18, ההשפעה האפשרית של מאסר בפועל על שיקומו ומצבו הנפשי, ובגרותו. הכול כעולה מתסקיר המבחן שיוגש בפניו בטרם גזירת העונש" (שם, פסקה 58, הדגשות אינן במקור).

21. על משקלם של השיקום והסיכוי לשיקום עמד בית המשפט כבר לפני שנים רבות בע"פ 433/89 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4), 170 (1989):

"בנוסף לכל השיקולים האמורים, קיים ועומד השיקול החשוב והמהותי של תיקונו של הנאשם ושיקומו, ובהתקיים, במקרה מסוים, נסיבות מיוחדות ונכונות, ייתכן ששיקול אחרון זה יגבר על השיקולים האמורים האחרים ויקבע, באותו מקרה מסוים, את מידת העונש וצורתו. "ענישתנו היא ענישה אינדיבידואלית של כל עבריין 'באשר הוא שם'" (ע"פ 291/81, בעמ' 442). זאת תורת הגישה האינדיבידואלית בתורת הענישה, המקובלת עלינו כקו מנחה בסוגיה קשה וסבוכה זו שלהענישה ומטרותיה, ואין אנו רשאים ל"הקל" על עצמנו ולהחמיר עם הנאשם, מתוך הסתמכות על הנימוק והחשש שמא הקלה במקרה מסוים הראוי לכך תשמש תקדים למקרים אחרים שאינם ראויים לכך" (וראו גם ע"פ 3503/12 אירמייב נ' מדינת ישראל(29.7.13)).

22. על חשיבותו ומשקלו של תסקיר שירות המבחן עמד בית המשפט בע"פ 1399/91 ליבוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1), 177 (1993):

"קצין המבחן הופקד מטעם המחוקק לסייע בידי בית המשפט, בכך שיביא לידיעתו של השופט מידע והמלצה בעניין אחד השיקולים החשובים והמהותיים בדרכי הענישה - שמפאת חשיבותו של שיקול זה העמיד המחוקק לרשות בית המשפט אדם מיומן ובעל כישורים מתאימים, שיסייעו בקשר לכך, והוא - תיקונו של העבריין ושיקומו. לידי המלצתו יבוא קצין המבחן לאחר שיקול אחראי ונבון של כל הנסיבות ושל מידת הסיכוי להחזרה למוטב; זוהי המשימה האחת בהמלצתו, ואין לבוא אליו בטרוניה - שנשמעת לא אחת בין כותלי בית המשפט - על שום מה קצין המבחן מתעלם בהמלצתו מחומרת העבירה, מהצורך להרתיע עבריניים בכוח וכיוצא באלה. שיקולים אחרונים אלה הם מתפקידו ומסמכותו של בית המשפט, הגוזר את הדין, והשופט הוא אשר ישים במאזני שיקוליו, כאחד השיקולים החשובים, גם את המלצתו של קצין המבחן בדבר טיב העונש, שיש בו משום תיקונו של הנאשם ושיקומו".

23. בדומה לכך, גם בעניין פלוני הדגיש בית המשפט את חשיבות האמור בתסקיר עת באים לגזור את עונשו של "בגיר צעיר":

"... במסגרת זאת בית משפט זה קבע פעמים רבות כי בקביעת עונשם של "בגירים צעירים", וזאת מכוח אותן טענות שמעלה באת כוח המערער, יש להעניק משקל נכבד לפוטנציאל השיקומי כעולה מתסקיר המבחן. כך, ציינתי בעבר כי: "אני סבור כי שיקולי השיקום מקבלים משנה תוקף, כאשר גילו של המערער קרוב לגיל הקטינות ולפניו פרושים כל חייו" (...). במסגרת זאת, עצם הקביעה בדבר חובת עריכת תסקיר מבחן ל"בגיר צעיר" בין הגילאים 18-21, למעשה מכירה במתן חשיבות לשיקולי שיקום בגזירת עונשו של "בגיר צעיר" עד לגיל 21. במסגרת שיקול זה, כעולה מתסקיר המבחן, לא מבחין הדין בין קטין ובין "בגיר צעיר". לפיכך, מבלי לקבוע יתדות, נראה כי בקבוצה זו יש לייחס משקל גבוה יותר (בדומה לקטינים) כאשר ניתנת המלצה של שירות המבחן לשלב את הנאשם במסגרת שיקומית, בשל קרבה לגיל הקטינות" (שם, פסקאות 49-50, הדגשות אינן במקור).

24. בענייננו לא ראה בית משפט קמא את גילם הצעיר של המערערים כנסיבה מקילה בקביעת מתחם העונש ובגזירת עונשם ולא נתן ביטוי למשקל שיש להעניק לשיקולי השיקום ולאמור בתסקירי השירות כנסיבה המאפשרת לחרוג לקולא ממתחם העונש ההולם שנקבע, ולדעתי יש בכך הצדקה להתערבותנו בגזר הדין.

25. מתסקירי שירות המבחן עולה כי לשני המערערים אופק שיקומי, לשניהם קשר ממושך ומוצלח עם שירות המבחן, התסקירים בעניינם חיוביים ושירות המבחן המליץ, מן הנימוקים שפורטו בהרחבה בתסקירים, להימנע משליחתם לריצוי מאסר מאחורי סורג ובריח. בענייניו של אליאב ציין שירות המבחן כי הוא מודע לחומרת מעשיו, כי קיבל אחריות מלאה על התנהגותו ותואר כמי שמבקש שינוי בהתנהגותו וזקוק להליך טיפולי. שירות המבחן תיאר את הקשר הטיפולי המוצלח, את התרשמותו כי המוטיבציה להמשך טיפול היא פנימית וכנה וכי שאיפתו של אליאב היא לקיים חיים נורמטיביים. על רקע כל אלה ראוי לתת משקל ליכולתו של אליאב להתגייס להליך הטיפולי אשר יוביל בסופו של דבר לתפקודו התקין בחברה.

26. בענייניו של מרק מעידים התסקירים כי למרות נסיבות חיים קשות הוא הצליח לתפקד בכל המסגרות וללא מעורבות בפלילים. שירות המבחן התרשם מיוזמתו של מרק להשתלב בהליכים טיפוליים ובמוטיבציה שלו לשנות דפוסי התנהגותו הבעייתיים. נראה לי כי נכונותו של מרק להמשיך בטיפול ומאמציו לשוב ולהשתלב בשירותו הסדיר בצה"ל תוך כדי משפטו, מעוררים תקווה וראויים להתחשבות.

27. לכל אלה יש להוסיף כי לאחר האירוע היו המערערים עצורים במשך כחודשיים, שלאחריהם שהו תקופה ממושכת במעצר בית בתנאים מגבילים. נוכח גילם של המערערים ראוי לתת גם לשיקול זה משקל הולם, שכן ניתן להניח שבתקופות המעצר יש כדי לענות על הצורך בהרתעה אישית של המערערים מלשוב לסורם.

28. לסיום אוסיף עוד כי המערערים הפנו למספר מקרים שבהם גזר בית משפט זה עונשים קלים מאלה שנגזרו עליהם, אף שהנסיבות היו דומות לאלה שבענייננו (ת"פ (מחוזי חי') 42432-11-11 מדינת ישראל נ' בן ימין (8.7.12), ת"פ (מחוזי חי') 31215-08-11 מדינת ישראל נ' גורוביץ (16.1.13), ת"פ (מחוזי חי')

14611-05-12 מדינת ישראל נ' עיסא (24.11.13)), אלא שאיני בטוח שניתן להסיק מן הפסיקה במקרים אלה לגבי העונש הראוי שיש להטיל על המערערים בענייננו. לדעתי, הוראותיו של תיקון 113 נועדו לאפשר לבית המשפט לשקול את העונש הראוי בכל מקרה ומקרה. ועל האופן שבו יש לנהוג על פי הוראות אלה עמד בית המשפט בעניין סעד. כפי שהשתדלתי להראות, גזר הדין שגזר בית המשפט קמא לא התחשב די בהוראות תיקון 113, והתוצאה שאליה הוא הגיע מצדיקה לכן את התערבותנו.

29. עוד אוסיף, ולא למעלה מן הצורך, כי לא מצאתי ממש בטענת המערערים המבוססת על עקרון אחדות הענישה כי יש להקל בעונשם מן הטעם שעליו להיות קל מעונשו של הקטין. דינו של הקטין נגזר משיקולי ענישה המיוחדים לקטינים ואשר לא עמדו למערערים, וכפי שכבר נפסק "אין דינו של קטין כדינו של בגיר וגם לא כדינו של בגיר צעיר" (ע"פ 5336/13 צדוק נ' מדינת ישראל (17.11.13)). לכך יש להוסיף שיקולים נוספים ובהם עברו הפלילי של הקטין, חלקו באירוע ותסקיר שירות המבחן בעניינו. גם אם אניח לטובת המערערים כי עקרון אחדות הענישה נותר בעינו גם לאחר תחילת תוקפו של תיקון 113, ההלכה שנפסקה היא שלצורך החלתו צריך להתקיים דמיון בנסיבות הרלוונטיות לעונש (ע"פ 6917/13 דניאל טייברג נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (23.12.13)). בענייננו מתקיים שוני משמעותי, מפני שמצד אחד מדובר בקטין, ומן הצד האחר העונש שנגזר עליו נשקל על רקע אישומים נוספים שאותם הוא צירף. בית המשפט קמא שקל נסיבות אלה, ואין מקום להתערב בהחלטתו שלא לקבל את טענת המערערים בעניין זה.

30. לאור כל האמור, אציע לחברי להפחית את תקופת המאסר שהוטלה על המערערים, להעמידה על ששה חודשים ולהורות שהמאסר ירוצה בדרך של עבודות שירות. בנסיבות המקרה, לא נורה להפחית את התקופה בה שהה כל אחד מהמערערים במעצר, מתקופת ריצוי עונש המאסר בעבודות שירות. עוד אציע כי בהתאם להמלצת שירות המבחן, יועמד כל אחד מן המערערים בצו מבחן לתקופה של שמונה עשר חודשים. ביתר חלקי גזר הדין לא יחול שינוי.

א' קיסרי, שופט

השופט ר' שפירא [אב"ד]:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט קיסרי, ולנימוקיו. אבקש להוסיף כדלקמן:

סעיף 40ד(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977, קבע עקרון של מתן משקל של ממש לסיכויי נאשם להשתקם כעילה לחריגה לקולא ממתחם העונש ההולם שקבע בית המשפט. החוק אינו מסתפק בקביעת העיקרון אלא גם מתווה דרך ליישמו כאמור:

"קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו, וכן להורות על נקיטת אמצעי שיקומי כלפי הנאשם, לרבות העמדתו במבחן לפי סעיפים 82 או 86 או לפי פקודת

המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969. (ההדגשה הוספה. ר.ש.).

סעיף 16 לפקודת המבחן [נוסח חדש] תשכ"ט 1969 (להלן: "פקודת המבחן"), שעניינו בהרשעה נוספת בתקופת מבחן קובע כדלקמן:

"הוכח להנחת דעתו של בית המשפט שנתן את צו המבחן כי הנבחן הורשע על עבירה נוספת, רשאי הוא -

(1) ...

(2) אם ניתן צו המבחן לאחר הרשעה לפי סעיף 1(1)(א) - להטיל עליו עונש על העבירה המקורית במקום צו המבחן, והכל כפי שבית המשפט היה רשאי להטיל אילו זה עתה הורשע בפניו על אותה עבירה, ובהתחשב, בין השאר, בשיקולים אלה:

(א) התקופה שחלפה מיום העמדתו של הנידון במבחן;

(ב) הדרך שבה עמד במבחן עד למועד ביצוע העבירה הנוספת;

(ג) חומרת העבירה הנוספת;

(3) אם ניתן צו המבחן לאחר הרשעה לפי סעיף 1(1)(ב) - להטיל עליו עונש נוסף על העבירה המקורית במקום צו המבחן, בהתחשב, בין השאר, בכל עונש אחר שהוטל עליו על העבירה המקורית ובשיקולים האמורים בפסקה (2)." (ההדגשות הוספו. ר.ש.)

סעיף 20 לפקודת המבחן, שעניינו בהפרת צו מבחן שלא בדרך של ביצוע עבירה, קובע אף הוא הסדר דומה כדלקמן:

הוכח להנחת דעתו של בית המשפט שנתן את צו המבחן, שהנבחן לא מילא אחרי הוראה מהוראותיו של צו המבחן, רשאי בית המשפט, בהתחשב, בין היתר, בתקופה שחלפה מיום העמדתו של הנידון במבחן, בדרך שבה עמד במבחן באותה תקופה ובנסיבות אי מילוי הוראות צו המבחן לעשות אחד מאלה:

(1) להזהיר את הנבחן בלי לפגוע בהמשך תקפו של צו המבחן;

(2) להטיל על הנבחן קנס בלי לפגוע בהמשך תקפו של צו המבחן, ואם לאחר מכן יבוא בית משפט להטיל עונש על הנבחן לפי סעיפים 16 או 17 או סעיף זה, יובא הקנס האמור בחשבון בקביעת אותו עונש;

(3) אם ניתן צו המבחן בלא הרשעה על העבירה שבגללה ניתן - להרשיע את הנבחן ולהטיל עליו עונש, ואם ניתן צו המבחן לאחר הרשעה לפי סעיף 1(1)(א) - להטיל על הנבחן עונש על העבירה המקורית במקום צו המבחן, הכל כפי שבית המשפט היה רשאי להטיל על הנבחן אילו זה עתה הורשע בפניו על אותה עבירה;

(4) אם ניתן צו המבחן לאחר הרשעה לפי סעיף 1(1)(ב) - להטיל עליו עונש נוסף על העבירה המקורית במקום צו המבחן, בהתחשב בכל עונש אחר שהוטל עליו על העבירה המקורית.

(ההדגשות הוספו. ר.ש.)

ככל שנגזר עונש הכולל רכיבי ענישה שאינם חורגים מאלו המפורטים בסעיף 1(1)(ב) לפקודת המבחן כי אז ניתן לשלב ענישה בהעמדת נאשם בפיקוחו של שירות המבחן. שילוב זה מאפשר לבית המשפט לבחון בצורה מתמשכת, וגם לאחר גזירת דינו של הנאשם, אם אכן אותם סיכויי שיקום המצדיקים חריגה לקולא ממתחם הענישה מתממשים. היה ואותו

סיכוי שנחזה בעת גזירת הדין אינו מתממש והנאשם חוזר לסורו, כי אז פתוחה הדרך בפני בית המשפט לחזור למתחם הענישה אותו קבע מלכתחילה ולגזור עונש ראוי שבבסיבו עקרון ההלימה. אין המדובר בגזר דין שעניינו בעונש מותנה לעניין ביצוע עבירה בעתיד אלא בגזר דין שכולו מותנה והתנאי הוא שסיכויי השיקום שראה בית המשפט לנגד עיניו מתממשים.

השימוש בצו המבחן הופך, בפועל, את גזר הדין לבלתי סופי כאשר הנאשם מכוון בהתנהגותו את סופיות הענישה. יממש יגשים הנאשם את תכלית הוראת סעיף 40ד(א) לחוק העונשין ויוכיח כי אין מדובר רק בסיכוי של ממש לשיקום אלא גם בשיקום בפועל, כי אז יהפוך גזר דינו לסופי. לא יעשה כן ויוכיח כי הסיכוי שנחזה בעת שנגזר דינו היה רק למראית עין, יוכל בית המשפט לחזור אל מתחם הענישה שקבע ולגזור על הנאשם עונש נוסף, כפי שיכול היה לעשות עת גזר את דינו לראשונה.

סבור אני שבמקרים המתאימים נכון לעשות שימוש בהוראות סעיף 40ד(א) לחוק העונשין תוך שילוב של ענישה בצד העמדת נאשם בפיקוח. בדרך זו ניתן ביטוי של ממש לרכיב הסיכוי הממשי לשיקום כעילה להקלה בעונש, בצד פיקוח שיפוטי ארוך טווח לבחינת התממשות סיכויי השיקום ושמירה על האפשרות לתיקון טעות, ככל שהנאשם מוכיח כי הסיכוי לשיקומו לא מומש, וזאת באשמו.

סבור אני כי במקרה שבפנינו נכון ליתן לנאשמים את הזדמנות להוכיח כי הסיכוי הנחזה לשיקומם הוא ממשי, זאת בצד השמירה על האפשרות לחזור ולבחון את עניינו של כל אחד מהם, וזאת אם יכשל מי מהם בעתיד. מטעמים אלו, במצטבר לטעמים שפורטו בפסק דינו של חברי, השופט קיסרי, אני מצטרף לתוצאה אליה הגיע.

**ר' שפירא, שופט
[אב"ד]**

השופט ע' גרשון:

אני מסכים לדברי חברי השופט אלכס קיסרי וכן לתוספת שהוספה על ידי חברי אב בית הדין השופט שפירא.

ע' גרשון, שופט

בסיכומי של דבר הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט קיסרי. אנו מורים להפחית את תקופת המאסר שהוטלה על המערערים, להעמידה על ששה חודשים. עוד אנו מורים שהמאסר ירוצה בדרך של עבודות שירות. בנסיבות המקרה, לא נורה להפחית את התקופה בה שהה כל אחד מהמערערים במעצר, מתקופת ריצוי עונש המאסר בעבודות שירות. בנוסף, בהתאם להמלצת שירות המבחן, יועמד כל אחד מן המערערים בצו מבחן לתקופה של שמונה עשר חודשים. ביתר חלקי גזר הדין לא יחול שינוי.

בשים לב לחוות דעת הממונה על עבודות השירות, לפיהן מתאים כל אחד מהמערערים לריצוי עונשו בדרך של עבודות שירות, אנו מורים כי כל אחד מהמערערים יתייצב ביום א' 2/2/14 שעה 09:00 אצל הממונה על עבודות השירות לשם קליטתו לעבודות שירות. המערערים יתייצבו במפקדת עבודות השירות, בימ"ר עמקים המצוי במתחם תחנת משטרת

טבריה בכתובת דרך הציונות 14 טבריה. טלפונים: 04-6728405, 04-6728421, 08-9775099.

הממונה על עבודות השירות ידווח לבית המשפט על קליטת כל אחד מהמערערים לעבודות השירות.

הוסבר לכל אחד מהמערערים כי אם יפרו את הוראות הממונה על עבודות השירות ו/או אל הוראות המעסיק וכן אם יבצעו עבירה נוספת כל שהיא במהלך תקופת ריצוי עבודות השירות ניתן יהיה להפקיע את עבודות השירות ולהורות על ריצוי יתרת המאסר כמאסר בפועל במתקן כליאה.

עוד הוסבר לכל אחד מהמערערים כי אם יפר את הוראות שירות המבחן ו/או יבצע עבירה נוספת בתקופת הפיקוח ניתן יהיה להחזיר את עניינו לדיון בבית המשפט ולגזור עונש נוסף בהתאם לעבירה בה הורשע.

כל סניגור ידאג לוודא העברת פסק הדין לממונה על עבודות השירות ולשירות המבחן וכן לתאום הגעת המערער אל הגורמים הנ"ל.

המזכירות תשלח עותק פסק דין לשירות המבחן ולממונה על עבודות השירות.

ניתן היום, כ"ב שבט תשע"ד, 23 ינואר 2014, במעמד הצדדים ובאי כוחם.

א' קיסרי, שופט

ע' גרשון, שופט

ר' שפירא, שופט
[אב"ד]