

ע"פ 3069/22 - מדינת ישראל נגד פלוני

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 3069/22

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ג' כנפי-שטייניץ
כבוד השופט י' כשר

המערערת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: פלוני

ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי לנוער
בחיפה מיום 24.3.2022 בתפ"ח 13267-11-19
שניתן על-ידי כבוד השופטים: א' לוי, ע' קוטון וא'
באומגרט

תאריך הישיבה: כ"ג בחשון התשפ"ג (17.11.2022)

בשם המערערת: עו"ד נגה בן סידי
בשם המשיב: עו"ד מורן לוי; עו"ד דיאנה זפרני

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. ערעור על גמר הדין של בית המשפט המחוזי בחיפה, בשבתו כבית משפט לנוער, מיום 24.3.2022, בתפ"ח 13267-11-19 (השופטים א' לוי, ע' קוטון ו-א' באומגרט), שבגדרו נמנע בית המשפט מהרשעת המשיב, וחלף זאת הורה בצו על נקיטת דרכי טיפול שונות, בהתאם לסמכותו שלפי סעיף 24 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול),

התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער).

עיקרי כתב האישום המתוקן והכרעת הדין

2. כתב האישום המתוקן מגולל מסכת חמורה ביותר של אירועים, שהתרחשו על-פני השנים 2018-2019, עת היה המשיב בן 14-16 שנים. במהלך תקופה זו, נהג המשיב להיכנס בשעות הלילה לחדרה של המתלוננת, אחותו הקטנה, שהיתה אז כבת 11-12 שנים, ולבצע בה מעשים מיניים, בלא הסכמתה החופשית. ביתר פירוט, מתוארת בכתב האישום המתוקן מסכת העובדות הקשה הבאה: ב-2 הזדמנויות שונות, ניסה המשיב להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלוננת, וחיכך את איבר מינו בין ישבניה; בהזדמנות אחרת, ניסה המשיב להחדיר את אצבעותיו לפי הטבעת של המתלוננת, ליטף את ישבניה ולאחר מכן חיכך ביניהם את אצבעותיו; בהזדמנות נוספת, ניסה המשיב להחדיר את אצבעותיו לאיבר המין של המתלוננת, ולאחר מכן ליטפו בידיו; בהזדמנויות אחרות, ליטף המשיב את הישבן, החזה ואיבר המין של המתלוננת, מעל ומתחת לבגדיה, וזאת לשם גירוי וסיפוק מיניים. בנוסף מתואר, כי באחד הלילות נכנס המשיב לחדרה של המתלוננת, ניגש למיטתה, הפשיל את מכנסיו ותחתוניו, הפשיל גם את מכנסיה ותחתוניה של המתלוננת, הניח את רגליו על רגלי המתלוננת, ליטף את חזה מתחת לחולצתה, וכמו כן נגע באיבר מינה - כל זאת לשם גירוי וסיפוק מיניים. בהמשך אותו אירוע, ניסה המשיב גם להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת של המתלוננת, ולאחר מכן חיכך את איבר מינו בין ישבניה. בלילה אחר, נכנס המשיב בלט לחדר המתלוננת, ניגש למיטתה, וזו החלה לנוע בחוסר נוחות ברגע שהתקרב. חרף זאת, המשיב תפס את ידי המתלוננת, מישש את חזה, הפשיל את מכנסיה ואת תחתוניה, וניסה להחדיר אחת מאצבעותיו לפי הטבעת שלה. המתלוננת שבה ונעה בחוסר נוחות במיטתה, אך המשיב הוסיף וניסה להחדיר את אצבעו לאיבר מינה.

3. ביום 14.5.2020 הוכרע דינו של המשיב. בית המשפט המחוזי קבע, על יסוד הודאת המשיב במסגרת הסדר טיעון, כי הלה ביצע את העבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן. בתוך כך, התייחס בית המשפט המחוזי להבחנה המעוגנת בסעיף 351(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), שעניינו בעבירות מין בתוך המשפחה - בין עבירות אינוס ומעשה סדום שבוצעו על-ידי מי שמלאו לו 15 שנים, לבין עבירות כאמור שבוצעו על-ידי מי שטרם מלאו לו 15 שנים. נקבע, כי בטרם הגיעו לגיל 15, ביצע המשיב מספר עבירות של ניסיון לביצוע מעשה סדום; עבירת ניסיון אינוס; ומספר עבירות של מעשים מגונים; וכי לאחר שמלאו לו 15 שנים, ביצע מספר עבירות של ניסיון לביצוע מעשה סדום בקטינה בת משפחה; עבירה אחת של ניסיון אינוס של קטינה בת משפחה; וריבוי עבירות של מעשים מגונים בקטינה בת משפחה.

עיקרי גמר הדין של בית המשפט המחוזי

4. על רקע הכרעת הדין, ניגש בית המשפט המחוזי, ביום 24.3.2022, לקבוע את אשר יעשה בעניינו של המשיב, לנוכח הוראת סעיף 24 לחוק הנוער. במסגרת זאת, שקל בית המשפט המחוזי, מן העבר האחד, את חומרתן הרבה של העבירות, את הישנותן והימשכותן על פני פרק זמן ארוך, כשנתיים-ימים, וכן את הנזקים הקשים שנגרמו למתלוננת. מן העבר השני, שקל בית המשפט המחוזי את הסביבה המשפחתית המורכבת שבה גדל המשיב, את גילו הצעיר במועד ביצוע המעשים, ואת הודאתו המיידית במיוחס לו מרגע שנחשפו המעשים, שיתוף הפעולה עם גורמי החקירה, הבעת החרטה על-ידו, ופעולותיו למען שיקום היחסים עם המתלוננת. שיקול נוסף ששקל בית המשפט, לקולה, היה המלצת שירות המבחן, שלפיה "הדרך השיקומית בה צועד [המשיב]" מלמדת, כי בעניינו "אין צורך בהרשעה ובמאסר הצופה פני עתיד". שיקול זה, אשר קיבל משקל נכבד בגמר הדין, בהתאם להוראות חוק הנוער, סוכם על-ידי בית המשפט המחוזי כך: "[המשיב] הוכיח לעצמו, לשירות המבחן לנוער ולבית המשפט, כי הוא ראוי למתן

אמון, כי הוא נער המעוניין לתקן את שקללקל, ואדם צעיר המעוניין לנתב דרכיו לאפיקים חיוביים, תוך שהוא מודע למהמורות שבהן עלול הוא להיתקל בדרכו. [המשיב] מודע כיום היטב לחומרת מעשיו, לעוצמת כאבה של המתלוננת, ולכך שחיי לא ישובו להיות כשהיו. [המשיב] עשה מאמץ ראוי להערכה במהלך תקופה המתקרבת לכדי שנתיים וחצי".

5. לאור זאת, מצא בית המשפט המחוזי, כי בנסיבות ענייננו, ראוי להושיט למשיב "יד של חסד אשר יהיה בה למנף את יכולותיו וכישוריו ולהפנותם לעברי שיקום, התחברות, תרומה וצעידה חיובית בדרכיו של אדם בוגר, לאחר שקיבל כוחות וכלים לעשות זאת כראוי". בהתאם, חרף חומרת העבירות, נמנע בית המשפט המחוזי מהרשעת המשיב. חלף זאת, על-פי הוראת סעיף 24(2) לחוק הנוער, הורה בית המשפט המחוזי על נקיטת מספר דרכי טיפול, שבכללן צו מבחן למשך 30 חודשים; המשך מגורים בבית קרובי משפחתו של המשיב, תוך שביקורים בבית המשפחה הגרעינית, או ביישוב מגוריה, שם מתגוררת המתלוננת, יערכו בתיאום ובליווי של גורמי הטיפול; התחייבות בסך ₪ 20,000 להימנע מביצוע כל עבירת מין למשך שנתיים; פיצוי כספי למתלוננת, בסך ₪ 30,000; וכן ביצוע עבודות שירות לתועלת הציבור, בהיקף של 300 שעות.

6. עקב 'תקלה' - כדברי ב"כ המדינה בדיון על-פה שנערך שלפנינו - לא הוגשה יחד עם הודעת הערעור בקשה לעיכוב ביצוע רכיב העונש שעניינו בשירות לתועלת הציבור, ובנקודת הזמן הנוכחית, כפי שהובהר, המשיב כבר השלים את ביצועו של השל"צ.

תסקיר קצין מבחן לנוער

7. תסקיר שירות המבחן, אשר הוגש לעיוננו, מוסיף ומתקף את ממצאי התסקיר אשר עמד לנגד עיני שופטי בית המשפט המחוזי. כך, בתמצית, מתואר בתסקיר כי המשיב לוקח אחריות מלאה על העבירות שביצע, ומביע חרטה כנה על המעשים. עוד מתוארת ההתקדמות השיקומית שעבר המשיב, הן בנוגע להתמודדות וליחס למעשים החמורים שביצע, הן בנוגע למסגרות החינוכיות שבהן למד ופעל בשנים האחרונות. התסקיר אף מתאר את נכונות המשיב להשתלב בתכניות טיפול ומוגנות עתידיות; את העדרן המלא של הפרות חוק נוספות, מצד המשיב, בתקופה שלאחר חשיפת העבירות; וכן את החשש מכך שהרשעה תפגע באפיקי השיקום, ואף תסיג לאחור את שהושג עד כה.

טענות הצדדים

8. ערעור המדינה ממוקד בסוגיית אי-ההרשעה, וזאת בין היתר נוכח הטעות שנפלה בנוגע לרכיב העונש שעניינו בשירות לתועלת הציבור. בהקשר זה, לטענת המדינה, תוצאה של אי-הרשעה אינה הולמת את חומרת המעשים שבביצועם הודה המשיב, הכוללים פגיעות מיניות ברף הגבוה, שבוצעו באופן שיטתי, חוזר ונשנה, משך תקופת זמן ארוכה, באישון לילה, בחדרה ובמיטתה של המתלוננת. זאת ועוד - כעניין עקרוני, הוסיפה המדינה וטענה, כי "ככלל, מי שהובא לדיון ונמצא אשם, יורשע בעבירות שיוחסו לו", כאשר "נסיבות מקילות שלזכותו תוכלנה, לכל היותר, להצדיק הקלה בעונש הנלווה להרשעה". לגישת המדינה, את אי-ההרשעה יש לשמור "למקרים מיוחדים בלבד, בהם שוכנע בית המשפט כי הפגיעה הקשה שתיגרם לנאשם בעטייה של ההרשעה, אינה שקולה כלל לתועלת הציבורית המעטה שזו תניב". כלל זה יפה, לטענת המדינה, אף לגבי קטינים, חרף המשקל הרב שיש ליתן לשיקולי שיקום בעניינם, בפרט "כאשר מדובר במקרים קשים", שבהם "ישנ[ה] חשיבות למסר המרתיע היוצא מבית המשפט [...] [ו]יש לתת משקל הולם גם לחומרת העבירה ולשיקולי הרתעה וגמול". עצם ההרשעה, כך גורסת המדינה, תעביר מסר חד וברור למשיב עצמו, כמו גם לציבור בכללותו, בדבר החומרה היתרה שדבקה במעשיו, תהלום את הנזק הקשה שנגרם למתלוננת,

ואף תוכל לסייע לה להתמודד עם הטראומה הקשה שחוותה. לצד זאת, בשולי דבריה, מוסיפה המדינה וטוענת, כי נכון היה להשית על המשיב ענישה מחמירה יותר מזו שהושתה עליו, שתהווה "חלק של ממש בתיקונו של [המשיב]".

9. המשיב מנגד, טוען כי אין מקום להתערב בפסק הדין של בית המשפט המחוזי. לדבריו, אין להעתר לבקשת המדינה, לקיים דיון ב"שאלה נורמטיבית-ערכית", בעלת השלכות רחבות, על גבו-שלו, במסגרת הערעור דנן. כמו כן, לגישתו, השאלה העקרונית שמעלה המדינה - לאו שאלה היא, מאחר שהמחוקק הסמיך את בית המשפט לנוער במפורש, בגדרי סעיף 24 לחוק הנוער, "לשלב ולהחזיר קטינים שנגזר דינם בעבירות חמורות לחברה אף בביטול הרשעתם", תוך הידרשות בלבדית ל"טובת הקטין ו[ל]נסיבותיו הפרטניות". על כל פנים, לעמדת המשיב, אפילו היה מקום לקיים דיון בסוגיה העקרונית, כפי בקשת המדינה, הרי שהמקרה דנן אינו מתאים לכך - שכן הוא ממלא, במובהק, אחר כלל התנאים שגיבשה הפסיקה ביחס לאפשרות לנקוט דרכי טיפול, ללא ההרשעה. ראשית, בהיותו קטין, נקודת המוצא היא ש"דרך של אי הרשעה יותר מקובלת", תוך ששיקולי השיקום גוברים על שיקולי הלימה, וכל כיוצא בהם. על-פי המשיב, ישום גישה זו בעניינו, נוכח הליך השיקום המשמעותי שעבר, ושעודנו עובר במאמץ רב, מלמד בבירור כי יש הצדקה להימנע מהרשעתו. עוד טוען המשיב, כי הלכה פסוקה היא, שנדרשים טעמים כבדי משקל, לצורךסטיה מהמלצת שירות המבחן, והמדינה לא הצביעה על טעמים שכאלה במקרה דנא. כמו כן מוסיף המשיב וטוען, בכל הנוגע לסוגיית נזקי ההרשעה, כי משמעות ההרשעה תהיה פגיעה קשה, הן בהליך שיקומו, הן בהליך האיחוי המורכב שהוא עובר ביחד עם המתלוננת ועם משפחתו בכללותה; מלבד זאת, לדבריו, הרשעה תסכל את שאיפתו לשירות משמעותי, תורם ומיטיב בצה"ל.

דיון והכרעה

10. ראשיתו של סיפור המעשה הנורא - חושך ואפילה; מעשי המשיב - נפשעים ושפלים, מזעזעים ומעוררי חלחלה. הלב יוצא למתלוננת, כאבה עומד כל העת לנגד עינינו. ואולם, בהמשך הדברים - בקעה מתוך האפילה קרן אור קטנה, אשר יש רק לקוות כי תוסיף להתעצם, ועד כמה שהדבר אפשרי, אף תדחה דחיית-מה את החושך. השאלה הניצבת לפנינו קשה להכרעה: מהי דרך התגובה המתאימה, מצד הערכאה הפלילית, ובפרט זו העוסקת בעניינם של נאשמים בני נוער, בנסיבות הקשות והמורכבות שתוארו. לאחר עיון, סבורני כי חרף ההערכה הרבה לתהליך השיקום שעבר המשיב, ועמה גם הרצון להוסיף ולעודד תהליך חשוב ורצוי זה, אין מקום - בהתחשב בנסיבותיו הקשות של המקרה, ובחומרם הרבה של המעשים - להימנע מהרשעתו.

11. כידוע, ההכרעה בדבר הימנעות מהרשעתו של מי שביצע עבירה, מצריכה איזון בין שני אינטרסים מרכזיים. האחד הוא אינטרס הציבור, הקורא למיצוי הדין עם פושעים, ולהחלה שוויונית של הדין הפלילי. מטבע הדברים, ככל שהעבירה הנדונה חמורה יותר - כך גובר כוחו של אינטרס זה. מנגד, ניצב ועומד האינטרס הפרטי של הנאשם, אשר בגדרו נבחנים נתוניו האישיים, וכן הנזק שצפוי להיגרם לו כתוצאה מההרשעה (ע"פ 5931/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (10.2.2014)). על מנת להימנע מהרשעת מי שנקבע כי ביצע עבירות שיוחסו לו, על בית המשפט להשיב בחיוב עלשתי שאלות: (1) האם סוג העבירה מאפשר להימנע מהרשעה, מבלי שיהיה בכך משום פגיעה מהותית בשיקולי ענישה אחרים; ו-(2) האם ההרשעה צפויה להביא לכדי פגיעה חמורה בסיכויי שיקומו של הנאשם (ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד יב(3) 337 (1997); רע"פ 5745/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (23.10.2019)). שתי שאלות אלה הן השאלות המנחות גם כאשר נדונה האפשרות להימנע מהרשעת קטין. אולם, במקרים מסוג זה משתנה מערך האיזונים, כך ש"בעוד שהימנעות מהרשעתו של בגיר תיעשה במקרים חריגים ויוצאי דופן בלבד, הנכונות לסטות מחובת מיצוי הדין בעניינם של קטינים היא גדולה יותר". זאת, מאחר שבמקרים אלה נדרש לתת "משקל יתר לנסיבותיו האישיות של הקטין, ובכלל זה לגילו, לנזק הצפוי לו בגין ההרשעה, לאפשרויות הטיפול בו ולסיכויי שיקומו", תוך ש"לכך

מצטרף גם האינטרס הציבורי בהשבתו של הקטין לתפקוד נורמטיבי בחברה בעודו בתחילת דרכו בחיים" (ע"פ 821/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (19.7.2016)).

12. על רקע אמות המידה האמורות, אגש לבחון את שאלת הרשעתו של המשיב. בראש ובראשונה, העבירות שביצע המשיב – קשות כמעט מאין כמוהן. מדובר במעשים פליליים ברף הגבוה, שכללו ניסיונות לביצוע אינוס ומעשה סדום, אשר נעברו בנסיבות מחמירות ביותר: אח בכור, דמות 'בעלת השפעה' במשפחה, שסיפק את צרכי המיניים, תוך רמיסת כבודה של אחותו הקטנה, ובחר לפגוע בה מספר רב של פעמים, בעודה שרויה בחוסר אונים, במקום שצריך לשמש עבורה 'מקום מבטחים' – בביתה, בחדרה ובמיטתה. ברי, אם כן, כי לגבי המתלוננת מדובר באירועים טראומטיים וקשים עד מאוד, שבגינם יהיה עליה לעבור התמודדות ארוכה וכואבת. מטעמים אלה, סבורני, כי אף בהתחשב בגילו של המשיב במועד ביצוע המעשים, ובשיקולים שיש לשקול בענישת קטינים, המקרה שלפנינו אינו מתאים להימנעות מהרשעה, לנוכח הפגיעה המהותית ביתר שיקולי הענישה. בפסיקה הובהר זה מכבר, כי "קטינות אינה יוצרת חסינות, ולעתים שיקולים של הרתעה, מניעה ותגמול עולים במשקלם על השיקול השיקומי" (ע"פ 8164/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 577, 583-584 (2004)). ברוח זו, ובמקרה קרוב קרבת-מה לעניינו – שבו נדונו עבירות של פגיעה בפרטיות, בדרך של פרסום סרטון מיני של מתלוננת – נקבע כי מדובר ב"בעבירה המצדיקה, ככלל, הרשעה – גם אם מדובר בקטין" (רע"פ 1728/17 פלוני נ' מדינת ישראל (10.3.2017)); ההדגשה הוספה – נ' ס'). בהתאמה לכך, לא פעם ולא פעמיים קבע בית משפט זה כי יש להרשיע קטינים שביצעו עבירות מין, וזאת חרף הברכה על התקדמותם השיקומית (ראו: ע"פ 4472/22 מדינת ישראל נ' פלוני (3.10.2022); ע"פ 7238/19 פלוני נ' מדינת ישראל (18.3.2020); ע"פ 2502/06 פלוני נ' מדינת ישראל (9.7.2006)).

13. לזאת אוסיף, כי סעיף 351(א) לחוק העונשין קובע, כי כאשר נעברת בקטין עבירה של אינוס או של מעשה סדום, בידי מי שהוא "בן משפחתו" של הקטין, עולה עונש המקסימום מתקופת מאסר בת 16 שנים, לתקופת מאסר בת 20 שנים. סעיף 351(ה) שלאותו חוק, כולל בהגדרת 'בן משפחה', בין היתר, אח אשר מלאו לו 15 שנים. כפי שצינתי לעיל, נסיבה מחמירה זו מתקיימת בחלק לא מבוטל מן העבירות שביצע המשיב באחותו הקטינה. נמצאנו למדים, כי המחוקק בחר, באופן מפורש, להחמיר עם קטינים, שגילם מעל 15 שנים, ושביצעו עבירות של מעשה סדום או אינוס. בהינתן זאת, קשה להלום תוצאה של אי-הרשעה, למרות התקיימות הנסיבה האמורה, שלה יחס המחוקק חומרה יתירה.

14. נוכח החומרה הניכרת במעשי המשיב, נדרש הלה להוכיח קיומה של פגיעה משמעותית במיוחד שתיגרם לו כתוצאה מן ההרשעה. זאת, נוסף על הדרישה הכללית, שלפיה על המשיב להצביע על פגיעה קונקרטיה שהיא חמורה מזו הטבועה מיניה וביה בהרשעה ובאות הקין הנלווה לה (ע"פ 1233/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (12.8.2020)). בעניינו, סבורני כי לא עלה בידי המשיב להוכיח, כי מתקיימת לגביו פגיעה שכזו. המשיב טוען, כי משמעות הרשעתו בדין, תהיה פגיעה והכבדה בכל הנוגע לגיוסו לצה"ל, שאליו נשואות עיניו, עד כדי מניעת הגיוס לגמרי. אין בידי לקבל טענה זו. כפי שהובהר ונשנה בפסיקה, עניין זה "נתון לשיקול דעתו של צה"ל, השוקל שיקולים רבים ובוחן כל מקרה לגופו, וממילא אין בחשש לפגיעה באפשרותו של קטין להתגייס לצה"ל, כדי להצדיק כשלעצמו הימנעות מהרשעה" (ע"פ 207/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 18 והאסמכתאות שם (15.10.2017) (להלן: ע"פ 207/16); ע"פ 2280/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (19.8.2013)). בהקשר זה יוזכר עוד, כי לא זו בלבד שרשויות הצבא מקיימות בחינה אינדיבידואלית בכל מקרה ומקרה, אלא שהללו הוסיפו ועיגנו גם את "נוהל המלצת צה"ל למתן חנינה לבעלי עבר פלילי", במסגרת הוראת קבע באכ"א; נוהל זה קובע, בין היתר, כי "צה"ל קולט לשורותיו מיועדים לשירות הביטחון (מלש"בים) בעלי עבר פלילי ומגייסם לשירות חובה. בהתגייס המלש"ב, הוא פותח דף חדש בחייו, ובדרך כלל

זהו צעדו הראשון החשוב בחייו כבגיר. ביכולתו של החייל לבחור לעצמו דרך חיים חדשה, לתקן את דרכיו ולהוכיח כי עלה על דרך הישר, וכי יש בתרומתו למדינה כדי לכפר על מעידותיו טרם גיוסו. צה"ל יכול לסייע לחייל בהגשת הבקשה למחיקת הרישום הפלילי שמתקופת טרם גיוסו על ידי מתן המלצה לנשיא המדינה, באמצעות שר המשפטים, ליתן חנינה לחייל אשר שירת שירות חובה תורם ומועיל למדינתו" (סעיף 2 לנוהל). לאור כל זאת, חזקה על גורמי הצבא שישקלו בשום שכל את עניינו היחודי של המשיב, על מכלול נסיבותיו. בנוסף, ככל שהדבר יתאים, עשויים גורמים אלה אף לסייע למשיב במחיקת הרשעתו. מחיקה זו, אם תתאפשר, יהיה בה גם כדי להקלות מהנזק הצפוי לו בעתיד בגין הרישום הפלילי (ראו, ביחס לכך: ע"פ 5931/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 3 לחוות דעתו של השופטא' שהם (10.2.2014)).

15. גם טענת המשיב, שלפיה צפויה ההרשעה לפגוע בהליך השיקום שעבר עד כה, ושהוא עודנו עתיד לעבור - אין בה כדי להכריע את הכף. אכן, טענות אלה נתמכות - ולו באופן חלקי - בהמלצת שירות המבחן. ברם, חרף המשקל הרב שיש ליתן, דרך כלל, להמלצות שירות המבחן, ביחוד בעניינים של קטינים, בסופו של דבר ההכרעה מוטלת על כתפי בית המשפט, ועליו לבסס אותה על מלוא השיקולים והאינטרסים הניצבים לפניו (ע"פ 207/16, פסקה 19 והאסמכתאות שם). בעניינינו-אנו, איני מוצא כי מדובר בפגיעה קונקרטי וחריגה במשיב, שיש בה כדי לגבור על האינטרס החזק בהרשעתו. בהקשר זה אציין, כי קיים קושי אינהרנטי בטענה כי קביעה שיפוטית בדבר הרשעה תסב נזק כה קשה לתהליך השיקום, עד כדי אינו. מבלי להפחית, חלילה, מן המורכבות והקושי אשר טמונים בשיקום ובהתמודדות עם חטאי העבר, סבורני, כי אם אכן מדובר בתהליך שיקומי מעמיק ומשמעותי, כזה שמוצדק כי יובא בחשבון על-ידי בית המשפט - יהיה בו כדי לגלות עמידות-מה כלפי הכרעות שיפוטיות שונות, לרבות הרשעה, שלא כפי שעולה מטיעוני המשיב לפנינו (ראו והשוו: ע"פ 2421/21 ברמי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (7.7.2022)).

16. לבד מן האמור, אני סבור כי המגבלות והכבלים שבהם נתון שופט בשר ודם, מחייבים את זה האחרון למודי היטב את המשקל שינתן לתשובתם ולשיקומם של נאשמים, בבואו להכריע בדבר ענישתם או הרשעתם. בהקשר זה, תועלת רבה נוכל להפיק מארון הספרים היהודי, ומגישות המצויות בו על אודות היחס לתשובת החוטא. העמדות המגוונות שהובעו בעניין זה במשך הדורות, השפיעו השפעה ניכרת על הדין הישראלי בעניינים קרובים, והיוו השראה, למשל, לחקיקת חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט-2019, ובשמו הקודם: חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 (ראו: הצ"ח הממשלה 1514, 216-217 (התשמ"א); נחום רקוברתקנת השבים - מעמדו של עבריין שריצה את עונשו 22-24, 603-609 (2007) (להלן: רקובר)).

17. עמדתי בעבר על הקושי שבו נתקל שכל אנוש, למקרא דברי חז"ל על מעלת התשובה, המעמידה את בעליה במקום שבו צדיקים גמורים אינם עומדים (בבלי, ברכות לד, ב; משנה תורה, הלכות תשובה ז, ד), ובמקום אחר נאמר: "גדולה תשובה שזדונות נעשות לו [לחוטא - נ' ס'] כזכויות" (בבלי, יומא פו, ב). כל זאת, כאשר אפילו הרהור תשובה - הרי הוא כבר כתשובה (בבלי, קידושין מט, ב; ראו עוד: חוות דעתי בע"פ 2392/21 פלוני נ' מדינת ישראל (12.8.2021) (להלן: ע"פ 2392/21)); נעם סולברג "חרטה של נאשם - קלות התשובה וקשייה" שו"ת ועוד: עלון המשפט העברי - מחוז ת"א והמרכז, לשכת עורכי הדין בישראל 1, 3 (2014)). אכן, חרף הדברים הנשגבים שנזכרו לגבי התשובה במקורות המשפט העברי, אשר המובא לעיל מהווה אך מעט שבמעט מהם, נקבע גם כיהתשובה אינה מועילה לחוטא כנגד ענישת בית דין 'דלמטה', כך שחרף תשובתו, ותהיה המעולה שבמעולות - ישא החוטא-השב בעונשו (בבלי, מכות יג, א-ב; רקובר, עמודים 49-52).

18. לא אאריך בהצעות שהועלו להסברת פער לכאורי זה, בין מידת א-לזה למידת בשר ודם, בכל הנוגע להשפעת

התשובה על הענישה (ראו על כך, בהרחבה: שם, עמודים 57-83); אסתפק בשני הסברים מרכזיים, הרלבנטיים לענייננו, שהראשון להביאם היה ר' משה מטראני, המבי"ט, חכם בן המאה ה-16. הסבר ראשון, עניינו בכך שהתשובה עדיין אינה מייתרת את הצורך בענישת בית דין בשר ודם: "אינה מספקת התשובה לסלק מעליו עונש בית דין, כי גם שחזר בתשובה בוידוי, ונחשב צדיק - צריך הוא לקבל את עונשו" (ר' משה מטראניבית א-להים 61 (מהדורת ווארשא תרמ"ב) (להלן: המבי"ט)). בסיבת הדבר, אבקש להציע - ברוח פרשנותו של רקובר (עמוד 58) - כי אף לאחר פעולת התשובה, הממוקדת ביחסו המחשבתי של החוטא-השב לחטאי העבר, עדיין נותר מקום לענישה, שכן זו מבטאת התייחסות מסוימת למעשי העבר, ולרשמים שהותירו, גם בעולם המעשה. ההרשעה, הכורכת עמה גינוי למעשי החוטא, נוטלת אפוא חלק בעיצוב יחסו להתנהגותו העבריינית שבעבר, ומכוח זאת ביכולתה להועיל לו גם לאימוץ דרכו השונה, בהווה ובעתיד. לפיכך, סבורני כי לא זו בלבד שאין לקבל גישה שלפיה עצם ההרשעה מנוגדת לשיקולי שיקום, אלא שלפחות בהיבטים מסוימים - יש בה אפילו כדי לתרום לתהליך השיקומי; להעמיק וגם להשלים את היחס הראוי למעשי העבר, על נזקיהם ועל פגיעתם. מעשים חמורים אלה, שומה עלינו לזכור, אינם נעלמים ואינם נמחקים, מותרים הם רושם בחיי המעשה, בנאשם ובקרבת העבירה. הסבר שני המובא אצל המבי"ט, נוגע למובגלות התפיסה האנושית: "וגם כי אין בית דין יכולין לחקור את ליבו, אם גמר תשובה בלבו אם לאו" (המבי"ט, עמוד 61). בהקשר זה ציינתי לא מכבר, כי "שופט בשר ודם איננו יודע אם באמת ובתמים ניחם הנאשם על הרעה, אם עזב את החטא 'עזיבה עולמית' וחזר בתשובה. ממילא, המירב שניתן לעשות בגזר דין אנושי הוא להקל במידה מסוימת בעונש" (ע"פ 2392/21, פסקה 5 לחוות דעתי; וראו גם, להמשגה קרובה של הטעמים הנזכרים: בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 15 לחוות הדעת של השופט נ' הנדל (8.5.2016)).

19. כללו של דבר: חרף משיכת הלב לסייע ככל הניתן לחוטא-השב, ובכלל זאת אף להימנע מהרשעתו או מענישתו, סבורני כי טעמים כבדי-משקל מורים לנו לנקוט לגבי צעדים מעין אלה משנה זהירות. אשר על כן, למרות הרצון שלא לרפות, חלילה, את ידי המשיב, שעשה עד כה דרך שיקומית משמעותית, שיש אך לקוות כי יוסיף לילך בה, סבורני כי מעשיו הקשים - אינם מותרים בידינו ברירה. הבחירה להסתפק בדרכי טיפול, מבלי שהמשיב ישא עונש מאחורי סורג ובריח, מהווה לטעמי התחשבות ראויה ומספקת בתהליך השיקום המבורך שעשה עד כה; אולם, מהרשעתו - לא נוכל להימנע.

לפיכך, אציע לחבכי כי נקבל את הערעור, במובן זה שהנאשם יורשע במעשים שנקבע כי אותם ביצע, תוך שדרכי הטיפול שאותן קבע בעניינו בית המשפט המחוזי - תיוותרנה על כנן. לא נחמיר בעונשו, לבד מעצם ההרשעה.

ש ו פ ט

השופטת ג' כנפי-שטייניץ:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

1. עיינתי בפסק דינו המקיף והרגיש של חברי, השופט נ' סולברג, והנני מסכים לנימוקיו ולתוצאה שבסופו.
2. סבורני כי לא יהיה זה מיותר להדגיש כי גם לאחר קבלת ערעור המאשימה לעניין אי הרשעתו של המשיב, התוצאה היוצאת תחת ידינו, במסגרת ערעור זה, מקלה עד מאוד עם המשיב, לאור חומרתן היתרה של העבירות בהן הורשע.

כך, ברי כי בגין המעשים בהם הורשע המשיב נגזרים, ככלל, עונשים כבדים הכוללים שנות מאסר מרובות מאחורי סורג ובריח. פסיקה שכזו ניתן למצוא גם בעניינם של קטינים (וראה ע"פ 5363/15 פלוני נ' מדינת ישראל (16.6.2020); ע"פ 5962/11 פלוני נ' מדינת ישראל (2.5.2012); ע"פ 4565/09 פלוני נ' מדינת ישראל (9.9.2009)). כמו כן וכפי שהיטיב חברי, השופט נ' סולברג, להצביע - המחוקק, בהגדרת "בן משפחה", בסעיף 351(ה) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, גילה דעתו כי קטין שמלאו לו 15 שנה נכלל בגדרה של ההגדרה שמשמעותה החמרה ניכרת בענישה (לכדי 20 שנות מאסר).
3. חסד עשתה המאשימה עם המשיב כאשר בחרה בתיק דנן, בשל נסיבותיו המיוחדות, עוד בעת שהציגה את עמדתה בפני בית המשפט המחוזי, לבקש, בצד הרשעה, עונש מקל (מאוד) של מאסר שירוצה בעבודות שירות. אין זו עמדה הברורה מאליה כלל ועיקר.
- בפנינו, ולאור התקלה שארעה לעניין אי הגשת בקשה לעיכוב ביצוע ובעקבות כך השלמת ביצוע עונש השירות לתועלת הציבור על ידי המשיב, המאשימה מיקדה את טיעוניה בעצם הרשעתו של המשיב והייתה מוכנה להסתפק, בנוסף לכך, בעונש מאסר שירוצה בעבודות שירות, לתקופה מינימלית. אף זאת עמדה שבנקל יכולה להיות קשוחה הימנה.
- אכן, עקב כל האמור, גם אחר קבלת הערעור כאמור בפסק דינו של חברי, השופט נ' סולברג, התוצאה שהתקבלה הינה מקלה מאוד עם המשיב.

4. קיצורם של דברים: כאמור לעיל, הנני מצטרף לפסק דינו של חברי, השופט נ' סולברג.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, כ"ו בכסלו התשפ"ג (20.12.2022).

שופט

שופטת

שופט
