

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייים

ע"פ 8164/02

ע"פ 8685/02

ע"פ 8755/02

ע"פ 8776/02

בפני :
כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט י' טירקל
כבוד השופט י' אנגלרד

המערערים בע"פ 8164/02 :
1. פלוני
2. פלוני

המערער בע"פ 8685/02 :
3. פלוני

המערער בע"פ 8755/02 :
4. פלוני

המערער בע"פ 8776/02 :
5. פלוני

נ ג ד

המשיבה :
מדינת ישראל

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 4.9.2002 בת.פ.ח. 1181/01
שניתן על ידי כבוד השופטים : תחיה שפירא,
מרים סוקולוב, נתן עמית

תאריך הישיבה :
י"ג בכסלו התשס"ג (18.11.2002)

בשם המערערים
בע"פ 8164/02 :
עו"ד ד"ר חיים משגב ; עו"ד תום משגב

בשם המערער בע"פ 8685/02 :
עו"ד אלי-ישראל כהן

בשם המערער בע"פ 8755/02 :
עו"ד אסף רז

בשם המערער בע"פ 8776/02 :
עו"ד גיורא זילברשטיין

בשם המשיבה :
עו"ד יהושע למברגר

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

רקע

1. המתלוננת בעת התרחשות האירועים היתה בת 13. היא קיימה יחסי מין עם קטין בן גילה המתגורר במושב. על רקע זה נפוצו שמועות כי ניתן לקיים עמה יחסי מין בקלות. המערער 1 בע"פ 8164/02 (להלן – המערער 1), שהיה אותה עת בן כשש עשרה וחצי, פגש את המתלוננת במושב סמוך. היא ביקשה כי יסיע אותה בטרקטורון לסוכה במושב. מערער 1 עשה כן. בסוכה הציע לה לקיים עמו יחסי מין. היה ידוע לו כי גילה של המתלוננת נמוך מגיל 14. היא סירבה. אולם, המערער 1 הבטיח לה כי הוא מעוניין בקשר עמה. המתלוננת, שחיבבה את המערער, נעתרה לבקשתו. השניים קיימו יחסי מין. על רקע זה הואשם המערער 1 באינוס (עבירה על פי סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין, תשל"ז–1977 (להלן – חוק העונשין)). המערער (עבירה על פי סעיף 8164/02 (להלן – המערער 2) בן כשש עשרה וחצי במועד התרחשות האירועים, פגש מאוחר יותר במתלוננת במושב. השניים שוחחו אודות קשריה עם המערער 1. המערער 2 הציע לה לקיים עמו יחסי מין. היה ידוע לו כי גילה נמוך מגיל 14. הוא ציין כי המערער 1 מסכים שהשניים יקיימו יחסי מין. השניים קיימו יחסי מין. על רקע זה הואשם המערער 2 באינוס (עבירה על פי סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין).

2. כשבועיים לאחר אירועים אלה, המערער בע"פ 8755/02 (להלן – המערער 3), שהיה בן כחמש עשרה, והמערער בע"פ 8685/02 (להלן – המערער 4), שהיה בן כחמש עשרה וחצי עת התרחשו האירועים, נדברו ביניהם להביא את המתלוננת למושב סמוך כדי שיוכלו לקיים עמה יחסי מין. הם הכינו מבעוד מועד מזרון בתוך רכב נטוש במושב הסמוך. המערער 4 ואדם אחר אספו (ביום 7.10.2001) את המתלוננת והסיעו אותה למושב הסמוך. שם פגשו את מערער 3 וחברים נוספים שלהם, וכן מספר חברות של המתלוננת. המערער 4 ביקש מהמתלוננת לקיים עמו יחסי מין. הוא אמר לה כי אם לא תקיים עמו יחסי מין לא יחזיר אותה לביתה. השניים החלו לקיים יחסי מין בחצר בית הספר, כשחברו של המערער 4 שומר כי חברותיה של המתלוננת לא יפריעו להם. לאור הניסיונות של החברות להגיע אליה, הפסיקו השניים את מעשיהם. בשלב זה פנה המערער 3 למתלוננת וביקש כי תקיים עמו יחסי מין. הוא אמר לה כי אם לא תיענה לו, לא יחזירוה לביתה. היא הסכימה לקיים יחסי מין עם המערער 3. השניים קיימו יחסי מין ברכב

הנטוש. לאחר מכן שב המערער 4 וקיים יחסי מין עם המתלוננת. על רקע זה הואשמו המערערים 3 ו-4 באינוס (עבירה על פי סעיף 345(א)(3) לחוק העונשין).

3. המערער בע"פ 8776/02 (להלן - המערער 5), שהיה בן כחמש עשרה וחצי בזמן האירועים, הצטרף בשעות הלילה (של יום 7.10.2001) למספר אחרים שהסיעו את המתלוננת לסוכה במושב. הם הורו לה לעלות לסוכה. נאמר לה כי אם ברצונה לחזור לביתה, עליה לקיים עמם יחסי מין. אחד הנוכחים קיים עמה יחסי מין בסוכה. אחריו ניסה המערער 5 לקיים עמה יחסי מין, אך ללא הצלחה. על רקע זה הואשם המערער 5 בניסיון לאינוס (עבירה על פי סעיף 345(א)(3) ביחד עם סעיף 25 לחוק העונשין). שני בגירים שהיו מעורבים באותה פרשה הואשמו אף הם בהליכים נפרדים שאינם עומדים לעיון לפנינו. אחד מהם הורשע באינוס ונגזרו עליו בין השאר, שמונה עשר חודשי מאסר בפועל, במסגרת הסדר טיעון. האחר זוכה.

ההליכים בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לנוער

4. בבית המשפט המחוזי (השופטים עמית, סוקולוב ושפירא) שדן בעניינם של המערערים כבית משפט לנוער, הגיעה המשיבה להסדרי טיעון עם המערערים 1 ו-2. המערערים הודו בעובדות כתב האישום המתוקן. על פי הסדר הטיעון המשיבה ביקשה שלא להרשיע את המערערים, אלא לנקוט לגביהם בדרכי טיפול על-פי סעיף 26 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן - חוק הנוער), להעמידם בפיקוח שירות המבחן למשך שנה, על פי המלצת שירות המבחן לנוער, ולחייבם בביצוע שירות לתועלת הציבור. המערערים 3-5 הודו אף הם במעשים שיוחסו להם, אך לא הגיעו להסכמה עם המשיבה לעניין העונש, ועל כן טענו הצדדים ללא הגבלה מוקדמת לעניין זה. המשיבה ביקשה כי המערערים 3-5 יורשעו, ויוטל עליהם עונש מאסר בפועל. המשיבה ביקשה כי על המערערים 3-4 יוטלו בין ארבעה לשישה חודשי מאסר בפועל, ואילו על המערער 5, שהואשם בעבירת ניסיון, תוטל תקופת מאסר קצרה יותר. עוד ביקשה המשיבה כי המערערים 3-5 יועמדו בפיקוח שירות המבחן, וכי יוטל עליהם לפצות את המתלוננת. בית המשפט קיבל לידי את תסקירי שירות המבחן לנוער לגבי המערערים, וכן עיין בתסקיר בדבר מצבה של המתלוננת והנזק שנגרם לה.

5. בבואו לגזור את עונשם של המערערים, עמד בית המשפט על הפגיעה הקשה שנפגעה המתלוננת, ועל חומרת המעשים שבוצעו כנגדה. על רקע זה בחר שלא לקבל את הסדר הטיעון שהגיעו אליו המשיבה והמערערים 1-2. לאחר שעמד על תסקירי שירות המבחן שהוגשו בעניין המערערים הרשיע בית המשפט את כל המערערים. את עונשם של המערערים 1-2 גזר בית המשפט לעשרים וארבעה חודשי מאסר, מהם שישה חודשים לריצוי בפועל. מערערים אלה הועמדו בפיקוח שירות המבחן לתקופה של שנה אחת, במסגרתו ישולבו המערערים בקבוצה

טיפולית לעברייני מין. על המערערים 3-4 הוטלו שלושים ושניים חודשי מאסר, מהם ארבעה עשר חודשים לריצוי בפועל. הם הועמדו בפיקוח שירות המבחן לתקופה של שנתיים מיום שחרורם, במסגרתו ישולבו בקבוצה טיפולית לעברייני מין. על המערער 5 הוטלו שלושים חודשי מאסר, מהם שנים עשר חודשי מאסר לריצוי בפועל. גם הוא הועמד בפיקוח שירות המבחן במסגרתו ישולב בקבוצה טיפולית לעברייני מין.

טענות הצדדים

6. על פסק דינו של בית המשפט המחוזי הוגשו הערעורים שלפנינו. הערעורים כולם מכוונים כנגד ההחלטה להרשיע את המערערים, וכנגד גזרי הדין שהוטלו עליהם. המערערים 1-2 מצביעים על כך כי הנסיבות בהן הורשעו שונות מאלה של יתר המערערים. יחסי המין ביניהם לבין המתלוננת לא היו במסגרת קבוצתית, והתבססו על הסכמתה של המתלוננת. זאת ועוד: לדעת המערערים 1 ו-2 היה מקום לכבד את הסדר הטיעון שהושג בעניינם. כמו כן הם מצביעים על כך כי לא הודע להם על ההחלטה לסטות מהסדר הטיעון, להרשיעם, ולהטיל עליהם עונשי מאסר בפועל, לפני מועד הקראת גזר הדין. לטענתם, לא ניתנה להם הזדמנות נאותה להשמיע טיעוניהם לעונש. לבסוף, הם טוענים כי אין להטיל את מלוא האשמה למצבה החברתי והנפשי הקשה של המתלוננת עליהם. על כן יש לכבד את הסדר הטיעון, ולחילופין להמיר את עונש המאסר בשירות לתועלת הציבור.

7. המערער 3 טוען כי בית המשפט המחוזי צריך היה לאמץ את המלצת שירות המבחן לפיה לא היה מקום להרשיעו, ולהעדיף את ההליך השיקומי בעניינו. לטענתו, בית המשפט לא התחשב בהיותו הצעיר מהנאשמים. כן נטען על ידו כי בית המשפט שגה כשהחמיר מעבר לעונש שביקשה המשיבה, שהציעה מאסר בפועל שיעמוד בין ארבעה לשישה חודשים. על בית המשפט היה לתת משקל להודייתו המיידית שחסכה זמן שיפוטי יקר, ומנעה את הקשיים הכרוכים בהעדת המתלוננת. עוד מצביע המערער 3 על כנות החרטה שלו. גם המערער 4 טוען כי בית המשפט המחוזי צריך היה לאמץ את המלצת שירות המבחן לפיה לא היה מקום להרשיעו, ולהעדיף את ההליך השיקומי בעניינו. לטענתו, סיכויי השיקום שלו גבוהים. עוד נטען על ידו כי יחסי המין בינו לבין המתלוננת התקיימו ללא התנגדותה. גם המערער 5 טוען כי לא היה מקום להתעלם מהמלצת שירות המבחן בעניינו. לטענתו, העובדה כי הורשע בניסיון לאינוס ולא באינוס, היתה צריכה לזכות למשקל משמעותי הרבה יותר בגזר הדין.

8. המשיבה, במסגרת הטיעון שלפנינו, תמכה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. אשר למערערים 1-2 טענה המשיבה כי הסדר הטיעון שגובש עם מערערים אלה לא היה ראוי ובדין בחר בית המשפט המחוזי לסטות ממנו. אין טעם, לטענת המשיבה, להחזיר את הדיון בגזירת

העונש של מערערים 1–2 לאור הפגמים שנפלו, לטענת המערערים, בהליך גזירת דינם. גזר דין זה הוא ראוי לגופו ומשקף כהלכה את מכלול השיקולים שעל הפרק. גם ביחס למערערים 3–5 טענה המשיבה כי גזר הדין שהוטל עליהם הוא ראוי ומאזן כהלכה בין מכלול השיקולים כאמור.

ענישה וענישת קטינים

9. הקשה בתפקידי השופט הוא בגזירת עונשו של נאשם. השיקולים אותם רשאי וחייב השופט לשקול הם רבים ומגוונים, והם כוללים בחובם הן שיקולים כלליים והן שיקולים שהם אינדיבידואליים לנאשם העומד לדין (ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421, 434; ראו גם ע"פ 1399/91 ליבוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 177, 179 (להלן - פרשת ליבוביץ)). במסגרת שיקולי הענישה עלינו לשקול את חומרת העבירה ואת מהותה, ואת הצורך בהרתעתם של אחרים מפני ביצועה. עלינו להגשים מטרות שיקומיות הטמונות בהליך הענישה. "שיקומו של העבריין הוא אחד השיקולים החשובים במכלול דרכי הענישה ומטרותיה" (פרשת ליבוביץ, בעמ' 185). יש להתחשב בנסיבותיו האישיות של העבריין שבאים לגזור את עונשו. שיקולים אלה לרוב מוליכים לכיוונים נוגדים, ועל בית המשפט ליתן להם משקל, ולאזן ביניהם. כמובן, כל נאשם ונסיבותיו הוא, כל נאשם והשיקול של הרכיבים השונים לגביו. זהו עיקרון הענישה האינדיבידואלית (ע"פ 433/89 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 170, 175 (להלן - פרשת אטיאס)).

10. לצד שיקולי ענישה כלליים אלה, יש להוסיף את העובדה כי המערערים שלפנינו הם נערים קטינים. לא הרי הענשתו של קטין כהרי הענשתו של בגיר. כך הדבר לעניין עצם ההרשעה. ההחלטה להרשיע קטין בעבירה אותה עבר הינה מורכבת יותר לגבי קטין, ולבית המשפט לנוער עומד שיקול דעת רחב לעניין זה לאחר שמצא כי הקטין ביצע את העבירה (סעיף 24 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971). כך הדבר לעניין דרכי הענישה. במסגרתם של אלה מקובל עלינו כי המימד השיקומי הוא בעל משקל כבד יותר בהליך הענישה של קטינים מאשר בזה של בגירים (ע"פ 4890/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 594, 602). יחד עם זאת, קטינות אינה יוצרת חסינות, ולעיתים שיקולים של הרתעה, מניעה ותגמול עולים במשקלם על השיקול השיקומי. אכן, לעתים הצורך למנוע את ביצוע העבירה בעתיד עולה במשקלו על הצורך לשקם את העבריין. מכאן הצורך, לעתים, שלא לקבל את המלצתו של שירות המבחן (המתרכז בעבריין) ולהעדיף על פניה שיקולים של הרתעה, מניעה ותגמול (המתרכזים בעבירה ובעבריין גם יחד). הכל תלוי בנסיבות העניין. על רקע זה נפנה לבחון את ענינם של המערערים שלפנינו. נפתח בענינם של המערערים 3–5.

11. בעניינם של מערערים אלה הונחו לפנינו תסקירים מטעם שירות המבחן לנוער. ההמלצה העולה מהם חוזרת על ההמלצה שהיתה לנגד עיניו של בית המשפט המחוזי, לפיה יש לנקוט בהליכי שיקום. אשר למערער 3 מצביע שירות המבחן על שיתוף הפעולה שלו עם השירות, והוכחת הפנמה של הפסול שבמעשיו ושל הנורמות הראויות. כמו כן נפגש המערער 3 עם פסיכולוגית קלינית. נטען לפנינו כי הטיפול יקטע אם ישלח המערער 3 לריצוי עונש מאסר בפועל. המערער הביע גם בפנינו את החרטה שחש, וחשנו בכנות חרטתו. אשר למערער 4 מצביע שירות המבחן לנוער על הטיפול המשפחתי שהוא עובר יחד עם הוריו במסגרת המועצה המקומית. מערער זה משתף פעולה עם שירות המבחן ומייחס למפגשיו עם קצינת המבחן לנוער חשיבות. אותר אצלו פוטנציאל שיקום טוב, וקיים חשש כי בבית הסוהר ייגרר המערער אחר אסירים אחרים. גם לגבי מערער 5 מצביע שירות המבחן לנוער על הצלחת המפגשים עמו, ועל הפנמה של מעשיו ושל האחריות להם.

12. המעשים בהם הורשעו המערערים 5-3 הם קשים וחמורים. הם פגעו בנפשה, בגופה ובכבודה של המתלוננת. הם מזעזעים את הסדר החברתי עליו כולנו נשענים. יש להרתיע את המערערים ואת שכמותם מביצוע העבירות הקשות בהם הורשעו; יש לבטא באמצעות הענישה את סלידתה של החברה מהתנהגותם. גופם של ילד או ילדה אינו הפקר (ע"פ 4890/01 פלונני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 594, 606). על כבודם יש לשמור ואת ביטחונם יש להבטיח. המערערים 5-3 לחצו על המתלוננת בקבוצות לקיים עימם יחסי מין. הם איימו עליה כי אם לא תיעתר למעשיהם יותירוה לבדה ללא אפשרות לחזור לביתה. הם ראו בה אמצעי לסיפוק צרכיהם המיניים. הם היו מודעים לגילה. לא נעשתה כל התחשבות ברגשותיה ובכבודה. הפגיעה במתלוננת הוכחה כהרסנית. על כן צדק בית המשפט המחוזי בהחלטתו להרשיע את המערערים 5-3. צדק בית המשפט המחוזי בהחלטתו להטיל עליהם עונשי מאסר בפועל. לא התרשמנו כי עונשי המאסר שהוטלו מופרזים בחומרתם. בהתחשב בנסיבות המתוארות אין הם חמורים כלל ועיקר, זאת גם אם לוקחים בחשבון כי הודאתם של מערערים אלה חסכה את הצורך להעיד את המתלוננת. הוא הדין לגבי המערער 5 שהורשע בניסיון לאינוס. מעורבותו באירועים בסוכה שבמושב הייתה מקיפה ומשמעותית. עונש המאסר שהוטל עליו מוצדק אף הוא בנסיבות העניין. על כן, אנו דוחים את הערעורים של המערערים 5-3.

13. עניינם של המערערים 1-2 הינו מורכב יותר. המשיבה הגיעה עמם להסדר טיעון לפיו הם לא יורשעו, ויינקטו כלפיהם דרכי טיפול על פי סעיף 26 לחוק הנוער. שירות המבחן לנוער יפקח עליהם למשך שנה, ויוטלו עליהם שירות לתועלת הציבור. בית המשפט המחוזי בחר שלא לקבל את הסדר הטיעון, בנימוק ש"התוצאה המוצעת איננה מקובלת... כתוצאה סבירה ומאוזנת כראוי" (עמ' 17 לפסק הדין). לאור זאת הרשיע את המערערים והטיל עליהם, בין השאר, עשרים וארבעה חודשי מאסר מהם שישה חודשי מאסר בפועל. על רקע זה טוענים המערערים 1-2 כי על בית המשפט היה לקבל את הסדר הטיעון, וכי לא היה מקום לסטות ממנו.

14. האם היה מקום לסטות מהסדר הטיעון בעניינם של המערערים, ולהטיל עליהם את העונש שהוטל הלכה למעשה? נקודת המוצא היא כי שיקול הדעת אם לאמץ את עיסקת הטיעון אם לאו נתון לבית המשפט. הוא אינו כבול בהסדר הטיעון, והוא רשאי לסטות ממנו (ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543). בבית משפט זה נתגלעו גישות שונות לעניין המצבים בהם ראוי שבית המשפט יסטה מהסדר טיעון (ראו ע"פ 4722/92 מרקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 45 (להלן – פרשת מרקוביץ); ע"פ 1289/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 158; ע"פ 6967/94 נקן נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 397; ע"פ 6675/95 שילוח נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 672 (להלן – פרשת שילוח)). לאחרונה ניתן פסק דין על-ידי הרכב מורחב של בית משפט זה שהסדיר את הסוגיה בה אנו עוסקים (ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם; להלן – פרשת פלוני)). בית המשפט דחה את גישת "העונש הראוי" לפיה יש להסתפק בבחינת השאלה האם עולה הסדר הטיעון בקנה אחד עם רף הענישה המקובל בגין העבירות בהן הורשע הנאשם (לניתוח גישה זו ראו בפרשת פלוני, בפסקה 10 לפסק דינה של השופטת ביניש). תחת זאת אומצה "גישת האיזון". במסגרת גישת האיזון יש לקחת בחשבון מצד אחד את היתרונות הגלומים בהסדר הטיעון ובקיומו הלכה למעשה. הסדר הטיעון מקצר את ההליכים הפליליים ואת עינוי הדין של הנאשמים. הוא מאפשר לרשויות האכיפה ולבתי המשפט לעסוק במספר רב יותר של עניינים הרובצים לפתחם. הוא מקל על הליך השיקום של קורבנות העבירות (פרשת פלוני, בפסקה 18 לפסק דינה של השופטת ביניש). מן הצד השני על בית המשפט לשקול אם הסדר הטיעון פוגע באמון הציבור במערכת אכיפת החוק, ובאינטרס הציבורי בהפעלה נאותה של מדיניות הענישה. תנאי חיוני לשלטון החוק הוא אכיפה שיויונית, שאינה מפלה איש ואינה מעדיפה איש.

15. מלאכת איזון זו היא מלאכה מורכבת. כפי שציינה חברתי השופטת ביניש:

”במסגרת בחינתו של העונש המוצע, ייתן בית-המשפט דעתו לכל שיקולי הענישה הרלוונטיים, ויבחן אם מקיים העונש המוצע את האיזון הדרוש ביניהם. לשם כך, יבחן בית המשפט את העונש ההולם בנסיבות העניין, וישקיף עליו גם באספקלריה שהעמידה לרשותו התביעה בהסדר הטיעון שערכה... בית-המשפט אינו יכול לקבוע אם התקיים האיזון הראוי בין אינטרס הציבור לטובת ההנאה שניתנה לנאשם, בלא שיבחן מה היה העונש הראוי לנאשם אלמלא הסדר הטיעון ומהי מידת ההקלה שניתנה לו עקב הסדר הטיעון. לשם הערכת מידת ההקלה יהיה על בית-המשפט לשקול, כמידת יכולתו ובשים לב למגבלות הנובעות מהנתונים שלפניו, את מידת הויתור שויתר הנאשם נוכח סיכויי ההרשעה או הזיכוי אלמלא ההסדר, ..., בית-המשפט יבחן, כמובן, את שיקוליה הפרטניים של התביעה בנסיבות העניין הנדון. כך למשל, ייתן דעתו לקשיים הצפויים בניהול המשפט, לרבות ריבוי עדים, הצורך בגביית עדויות מעדים שאינם בארץ, התחשבות בנפגע העבירה והצורך לחסוך ממנו עדות וחקירות. כן ייתן בית-המשפט דעתו לאינטרס הציבורי שבהשגת הודית הנאשם ובקבלת אחריותו למעשיו. עוד יביא בחשבון את האינטרס הציבורי במובנו הרחב – החסכון בזמן השיפוטי ובמשאבי התביעה.” (פרשת פלוני, בפסקה 18 לפסק דינה של השופטת ביניש).

בכל אלה ”תמיד חייב בית-המשפט עצמו לשקול את השיקולים הראויים לעונש, שכן תפקידו ואחריותו אינם מאפשרים לו להסתתר מאחורי גבה של התביעה” (שם; כן ראו בפרשת נקו, בעמ' 418).

16. ביקשנו את עמדת הצדדים לגבי ההשלכה של פסק דינו של בית משפט זה בפרשת פלוני על עניינם. המערערים טוענים כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי אינו עולה בקנה אחד עם הלכת פלוני. לטענתם, יישם בית המשפט את גישת ”העונש הראוי” ולא את ”גישת האיזון”. עוד טוענים המערערים כי לא נפל כל פגם בשיקולי התביעה בעניינם, וכי היה על בית המשפט לייחס להסדר הטיעון את המשקל הראוי לו ולאמצו. לעומתם, המשיבה מצביעה על הקושי לחלוץ מפסק דינו של בית המשפט המחוזי איזו גישה הנחתה אותו כשהחליט לסטות מהסדר הטיעון. לטענתה, נסמך בית המשפט המחוזי על גישת השופט קדמי בפרשת שילוח הקרובה יותר לגישת ”העונש הראוי” מאשר ל”גישת האיזון”. לאור האפשרות כי בית המשפט המחוזי פעל שלא על-פי גישת האיזון המשיבה אינה עומדת על דעתה שיש לדחות את הערעור, ומותרת את העניין לשיקול דעתו של בית משפט זה. לחלופין מציעה המשיבה כי הדיון יוחזר לבית משפט קמא שיידרש לגזירת הדין לאור פרשת פלוני.

17. לגופו של עניין, טענה המשיבה, במהלך הדיון שלפנינו, כי הסדר הטיעון שהוצע על ידי בבית המשפט המחוזי היה הסדר טיעון לא ראוי, שאינו מאזן כהלכה בין האינטרסים השונים העומדים על הפרק. גם לאחר פסק הדין בפרשת פלוני סבורה המשיבה כי הסדר הטיעון כפי שגובש בבית המשפט המחוזי הינו פגום. בשל כך החליטה המשיבה שלא להגן בפנינו על הסדר הטיעון אותו גיבשה היא עצמה. טוענים המערערים כי המשיבה לא יכולה לנהוג כך, וכי עליה להגן על הסדר הטיעון (ראו ע"פ 7132/02 פרץ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). לדעתי, בהסדר הטיעון מתחייבת התביעה להביא עמדתה המקלה בפני הערכאה הגוזרת את הדין. ככלל, ראוי שהתביעה תכבד הסדרי טיעון שערכה גם בערכאת הערעור. אולם, כאשר הסדר הטיעון שהובא לעיונה של הערכאה הראשונה, נבחן בידי בית-המשפט של הערעור, רשאית התביעה הכללית לבחון מחדש את עמדתה לגביה. בשלב זה, עומד לנגד עיניה נתון נוסף והוא פסק דינה של הערכאה הראשונה, שבחנה את הסדר הטיעון וגזרה את הדין. עליה לקחת בחשבון נתון נוסף זה במסגרת האיזון בין מכלול השיקולים אותו היא עורכת ושעליהם עמדנו (ראו בפסקה 17 לפסק דין זה). אם התביעה סבורה כי הסדר הטיעון היה ראוי ובית המשפט אישרו, הרי שתגן על פסק דינו של בית המשפט ועל הסדר הטיעון בערכאת הערעור. אם היא סבורה כי הסדר הטיעון היה ראוי, למרות שבית המשפט דחה אותו, הרי שתגן על הסדר הטיעון בערכאת הערעור ולא תגן על פסק דינו של בית המשפט. לעומת זאת, אם לאחר עיון מחודש היא סבורה כי הסדר הטיעון אינו ראוי, ופסק דינו של בית המשפט שדחה אותו הוא הראוי, הרי היא רשאית להגן על פסק דינו של בית המשפט ולא על הסדר הטיעון. על רקע הניתוח האמור יכולה הייתה המשיבה, במהלך הדיון לפנינו, לבחור להגן על פסק דינו של בית המשפט, אם הייתה סבורה כי הסדר הטיעון שגיבשה היה פגום במידה המצדיקה התנערו ממנו על אף הסתמכותם של הנאשמים עליו. וכך אכן עשתה הלכה למעשה.

18. עמדת התביעה לחוד ועמדת בית המשפט לחוד. מעיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי לא עולה מענה חד משמעי לשאלה איזו גישה יישם בית המשפט כשהחליט לדחות את הסדר הטיעון. כשלעצמי ספק בליבי אם בית המשפט הינחה עצמו על פי גישת "העונש הראוי" או גישה הקרובה אליה. התלבטתי בשאלה האם ראוי להחזיר את הדיון בנקודה זו לבית המשפט המחוזי שיידרש לגזר הדין תוך יישום הלכת פלוני. הגעתי למסקנה כי לא יהיה זה ראוי לעשות כן בנסיבות העניין. עיכוב נוסף בהכרעה בעניינם של המערערים יגרום להם לעינוי דין. על רקע זה יהיה עלינו לבחון האם הוטל על המערערים גזר דין ראוי בהתחשב בפרמטרים שגובשו בפרשת פלוני. כאן יהיה עלינו להבחין בין שתי שאלות. השאלה הראשונה היא האם היה מקום לסטות מהסדר הטיעון שגובש בבית המשפט המחוזי? אם המענה לשאלה זו הוא בחיוב, עולה השאלה השנייה והיא האם מוצדקת התערבותנו בעונש שהוטל על המערערים בנסיבות העניין?

19. אשר לשאלה הראשונה נראה לי כי יישום "גישת האיזון" בנסיבות המקרה שלפנינו, צריך להוליך לתוצאה כי לא היה מקום לאמץ את הסדר הטיעון שגובש בבית המשפט המחוזי. על-פי עובדות כתב האישום המגעים המיניים בין המערערים 1–2 לבין המתלוננת התקיימו בשעה שגילה נפל מגיל ארבע-עשרה, והמערערים היו מודעים לגילה. על רקע זה הם ביקשו ממנה לקיים עמה יחסים מיניים. נסיבות אלה עומדות בלב הגדרת האינוס בסעיף 345(א)(3) לחוק העונשין, האוסר על בעילת קטינה מתחת לגיל ארבע עשרה גם אם זו מסכימה לקיים יחסי מין. למעשיהם יש להתייחס בחומרה. לשיקולים של גמול והרתעה יש ליתן משקל כבד. שיקולים אלה ראויים הם. עם זאת, התביעה ייחסה חשיבות לעובדה כי הסדר הטיעון איפשר להימנע מהצורך להעיד את המתלוננת, והבטיח קביעה כי נעשו המעשים המיוחסים למערערים בהליך הקשה להוכחה. נראה כי הסדר הנמנע מלהרשיע את המערערים בפרשות שלפנינו לא מייחס את המשקל הראוי לחומרת המעשים שעשו המערערים, ולצורך החיוני להרתיע נערים שכמותם מפני התנהגות דומה. עיסקת הטיעון אינה ראויה, ומן הדין היה לסטות ממנה, שכן נוצר יחס בלתי הולם בין היתרונות (לציבור ולנאשם) שבעיסקת הטיעון לבין מדיניות הענישה הראויה.

20. השאלה השנייה בה יש להכריע היא האם גזר הדין שהוטל על המערערים, לאור המסקנה כי לא היה מקום לאמץ את הסדר הטיעון, מצדיק את התערבותנו? אין מקום להתערבותנו בכל הנוגע להרשעת המערערים 1 ו-2. הרשעה זו, בנסיבות העניין, בדין יסודה. אך האם יש מקום להשאיר על כנו את עונש המאסר בפועל שהוטל עליהם? לדעתי, התשובה היא בשלילה. אין להתייחס למעשיהם של המערערים 1 ו-2 באותה חומרה כמו זו של המערערים 3-5, שם דובר במעשי מין קבוצתיים בהם הופעלו איומים על המתלוננת על מנת שתקיים יחסי מין עם חברי הקבוצה. לשיקול זה יש לצרף את העובדה כי גובש הסדר טיעון עם המערערים שאיפשר הרשעתם בלא לסמוך על עדותה של המתלוננת ועל הצורך להביאה לעדות. בעצם קיומו של הסדר זה – גם אם מוצדק היה לסטות ממנו – יש להתחשב (ראו פרשת פלוני, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת ביניש). הנה כי כן, יש מקום להקל בעונשם של המערערים 1 ו-2. תחת עונש המאסר, ולצד הפיקוח שיש להטיל עליהם מטעם שירות המבחן לנוער, נראה ראוי להטיל על המערערים שירות לתועלת הציבור. על כן, יש לקבל בחלקו את ערעורם של המערערים 1 ו-2, לבטל את חיובם בעונש המאסר, ובכללו עונש המאסר בפועל, ולהמירו בפיקוח שירות המבחן לנוער ובשירות לתועלת הציבור.

21. לאור זאת, אין לנו צורך להידרש לשאלת הפגם שנפל, לטענת המערערים 1–2, בהליך גזירת דינם. לטענתם, לא ניתנה להם יכולת מספקת לטעון לעניין העונש משנדחתה עסקת הטיעון בעניינם. אם היינו מקבלים טענתם, הרי שהיה עלינו להחזיר את עניינם לשם דיון מחודש בגזירת דינם לבית המשפט המחוזי. תוצאה זו היתה מכבידה על המערערים, ועל צדדים

נוספים שלא לצורך. לפנינו טענו הצדדים אודות העונש הראוי, ולרשותנו עמד מכלול השיקולים על מנת לדון בטענותיהם.

התוצאה

22. ערעורם של המערערים 3–5 נדחה. ערעורם של המערערים 1–2 מתקבל בחלקו. הרשעתם של המערערים תיוותר על כנה. שירות המבחן לנוער יגיש לנו, תוך 30 יום מיום מתן פסק הדין, תסקיר ובו הצעתו לפיקוח על המערערים 1-2 והצעה לביצוע שירות לתועלת הציבור, שיוטל עליהם.

ה נ ש י א

השופט י' טירקל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' אנגלרד:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, י"ג באדר ב' התשס"ג (17.3.2003).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א