

ע' 2537/12

בית המשפט הצבאי לערעורים

בפני כב' ההרכב: אל"ם אריה נח – אב"ד  
 סא"ל צבי לקח – המשנה לנשיא  
 סא"ל רונן עצמון – שופט

המערער: א.ש, ת"ז \*\*\*\*\*

(באמצעות ב"כ עו"ד לביב חביב)

נגד

המשיבה: התביעה הצבאית (באמצעות ב"כ סגן גלעד פרץ)

ערעור על גזר דינו של ביהמ"ש הצבאי בשומרון  
 (בפני הרכב בראשות כב' השופט רס"ן אמיר דהאן והשופטים סא"ל ארי תיבון וסרן דניאל קינן)  
 בתיקים מס' 2279/11, 2699/11 מיום 23.9.12  
 (הערעור נדחה)

תאריך הישיבה: 20 במרץ 2013, כ"א בכסלו התשע"ג.

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](#)

[חוק הנוער \(שפיטה, ענישה ודרכי טיפול\), תשל"א-1971](#)

[צו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\), תש"ע-2009: סע' 168](#)

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 44, 45](#)

מיני-רציו:

\* נדחה ערעורו של המערער שעל פיו נתבקש בית המשפט להקל בעונשו. נפסק, כי הצדדים ערכו הסדרי טיעון ביחס לכלל השותפים. הם יצרו מדרג מסוים בין חברי הפרשייה. בית המשפט אינו צריך לשאול עצמו מהו המדרג שהוא היה יוצר, אלא האם המדרג שיצרו הצדדים הינו סביר ומקובל. במיוחד כשמדובר בהסדרי טיעון בפרשייה שלמה, על בית משפט להיזהר שבעתיים ולהימנע מלהניח כי כל השיקולים ידועים ומונחים בפניו.

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: הסדר טיעון

\* דיון פלילי – הסדר טיעון – סטייה ממנו

המערער הגיש ערעור אשר במסגרתו נתבקש בית המשפט להקל בעונשו של הנאשם חרף העובדה שבית משפט קמא כיבד את הסדר הטיעון שנקשר בין הצדדים, ולמרות שהסדר הטיעון הושג כשהמערער היה מיוצג על ידי סנגור בכל ההליכים בעניינו.

בית המשפט הצבאי לערעורים פסק כלהלן:

גם אם ניתן עקרונית לשקול במקרים חריגים סטייה לקולה מהסדר טיעון, עדיין יש לעשות זאת בזהירות. כאמור, עניין לנו בהסדר טיעון. במסגרת הסדר הטיעון תוקן כתב האישום ונמחקו ממנו פרטים שונים. בית המשפט אינו יודע תמיד מהן כלל הנסיבות שהובילו להסכמה בין הצדדים, ולכן עליו להיות זהיר ביותר בטרם יקבע כי העונש המוסכם היה שגוי.

כאשר שופטי הרוב בחנו את השאלה האם יש לכבד את הסדר הטיעון, היה עליהם לפעול בהתאם לכללים הקבועים בהלכת פלוני. כך עשו וכך פעלו, ואין כל פגם במסקנתם לכבד את הסדר הטיעון.

השאלה אם לכבד את הסדר הטיעון אינה עומדת כרגע לפנינו, ואף לא השאלה מהו העונש שאנו היינו מטילים על המערער. תפקיד ערכאת הערעור לבחון האם בית משפט קמא שגה כאשר החליט לאשר את הסדר הטיעון. בחינה זו היא בחינה ערעורית, ואמת המידה הינה האם בית המשפט בערכאה הראשונה סטה באופן קיצוני או ניכר מהעונש הראוי.

ערכאת הערעור, אשר דנה בשאלת העונש במסגרת ערעור בזכות, אינה צריכה, ככלל, להידרש לשאלת המתחם שנקבע, אלא שמתפקידה לבחון את השאלה, שהיא הרלוונטית בעיניי בערעורי עונש, קרי: האם סטה בית משפט קמא, באופן ניכר, מרף הענישה המקובל והראוי בעבירות דומות, או האם נפלה טעות מהותית בגזר הדין, באופן הדורש את התערבותה של ערכאת הערעור.

גם לאחר תיקון 113 לא השתנתה דרך הבחינה הערעורית, ועדיין יש להצביע על סטייה ניכרת או קיצונית מרמת הענישה הראויה על מנת להצדיק את התערבות ערכאת הערעור. אם כך לגבי ענישה שנקבעה שלא אגב הסדרי טיעון, קל וחומר כאשר בוחנים אפשרות לסטייה מהסדר טיעון סגור, המשקף את עמדת שני הצדדים, בין לקולא ובין לחומרא.

העבירות בהן הורשע המערער הינן חמורות ביותר. המדובר אמנם בקטין, אך כזה שפעל מתוך מניעים רצחניים וגזעניים, כדי לפגוע ביהודים באשר הם. על אף גילו הצעיר, לא נראה כי הוא נגרר אחר אחרים, אלא ההיפך הוא הנכון. באירועים בהם הורשע הוא היה בין היורים והנמצאים "בקו הראשון", וניסה לממש את מטרותיו ככל יכולתו. לו היה בגיר, ניתן היה לגזור עליו עונש חמור הרבה יותר.

הצדדים ערכו הסדרי טיעון ביחס לכלל השותפים. הם יצרו מדרג מסוים בין חברי הפרשייה. בית המשפט אינו צריך לשאול עצמו מהו המדרג שהוא היה יוצר, אלא האם המדרג שיצרו הצדדים הינו סביר ומקובל. במיוחד כשמדובר בהסדרי טיעון בפרשייה שלמה, על בית משפט להיזהר שבעתים ולהימנע מלהניח כי כל השיקולים ידועים ומונחים בפניו.

גם כאשר מביאים בחשבון את חלקו היחסי של המערער אל מול מעשי שותפיו, אין עניין לנו בעונש הסוטה באופן ניכר מרף הענישה המקובל והראוי בעבירות דומות, או כי עניין לנו בעונש הפוגע במדרג היחסי הראוי בפרשייה זו.

מאחר ולא קיימת הצדקה להתערבות ערכאת הערעור בהסדר הטיעון במקרה זה, יש להותיר את החלטת בית משפט קמא על כנה ולדחות את הערעור.

בית המשפט הוא שמופקד על ההגנה על אינטרס הציבור. חובתו לבחון היטב אם הסדר הטיעון אינו סוטה לא לחומרא ולא לקולא מהעונש הסביר, תוך שהוא מביא בחשבון את עצם קיומו של הסדר הטיעון כ"רע הכרחי". בכל מקום בו הסטייה אינה קיצונית ובלתי סבירה, עליו לכבד את הסדרי הטיעון, ולהניח כי הצדדים אכן מיוצגים ייצוג מקצועי ראוי ומלא.

משכך, אין להקנות משקל מראש ל"עדיפות הכוחות של התביעה". לא בכדי מחויב בית המשפט קודם לאישור הסדר הטיעון להבהיר לנאשם הבהר היטב כי בית המשפט אינו מחויב לקבל את ההסדר. הבהרה זו הינה בגדר אות וסימן אזהרה לכל הצדדים, ובמיוחד לנאשם, לבחון את עמדתו שוב, קודם שיכריע בית המשפט בבקשה לכבד הסדר.

קשה עוד יותר המצב בו יגיעו הצדדים להסכמה על ענישה, ובבית המשפט בשעת הטיעון, יבקש הסנגור לסטות ממנה לקולא והתביעה תבקש לסטות ממנו לחומרא.

על בית המשפט להקפיד קלה כבחמורה על זכויות הנאשם, אולם גם אינטרס הציבור ראוי להגנה ותפקידו של בית המשפט למנוע פגיעה של ממש באינטרס הציבור.

## פסק דין

### השופט סא"ל רונן עצמון:

השאלה המרכזית בערעור זה היא, האם מוצדק להקל בעונש המאסר שהוטל על המערער במסגרת הסדר טיעון בערכאה הראשונה.

### הרקע

המערער הוא תושב עזון, יליד 1996, שבעת ביצוע העבירות המיוחסות לו טרם מלאו לו 15 שנים. הוא נעצר והועמד לדין ביוני 2011. במסגרת הסדר טיעון בין ההגנה לתביעה אוחדו שני תיקים של העורר לכלל כתב אישום מתוקן אחד.

המערער הודה בכתב האישום המתוקן, וביום 17/6/12 הורשע בעבירות הבאות:

**יידוי אבנים לעבר כלי רכב נוסעים:** בשני מקרים בחודש מאי 2011 ביחד עם אחר השליך אבנים לעבר כלי רכב ישראליים. באחד המקרים השליך את האבנים ממרחק של כ- 10 מטרים.

במקרה שלישי, ב- 26/3/11 בערב, ביחד עם שניים מחבריו, השליך אבנים מטווח קצר לעבר רכב ישראלי שבו נהגה גב' שני סויסה. **אחת האבנים ניפצה את חלון הרכב וחדרה לתוכו. האבן פגעה בכף ידה של גב' סויסה וגרמה לשבר באצבעה.**

**השלכת בקבוק תבערה** : בתחילת 2011 ייצר המערער ביחד עם אחרים שלושה בקבוקי תבערה. יחד עם חבריו השליך את שלושת בקבוקי התבערה לעבר כלי רכב ישראליים בכביש הראשי הסמוך לעזון.

**סחר בציוד מלחמתי** : על כך שב- 20/4/11 המערער קיבל לידיו שני רובי ציד, שבהם השתמש לאחר מכן לביצוע ירי לעבר עמדות צה"ל.

**ניסיון לגרימת מוות בכוונה** : ביחד עם אחרים ירה מרובה ציד, מטווח של כ- 50 מטרים, לעבר עמדה של צה"ל. הנאשם היה בין מי שירה מן הנשק במו ידיו. כוחות צה"ל השיבו אש ולא נגרם נזק כלשהו.

שני פרטים של **ירי לעבר אדם** : על כך שבשתי הזדמנויות שונות, התקרב עם חברו לעבר עמדות צה"ל, כשהשניים חמושים בשני רובי ציד. המערער וחברו ירו מרובי הציד לעבר עמדת צה"ל. המערער היה אחד היורים. באחד המקרים השיבו כוחות צה"ל אש לעבר היורים, אך לא נגרם נזק כלשהו.

ביום 26/8/12 הציגו הצדדים בבית המשפט קמא עונש שהוסכם ביניהם. ההסכמה כללה מאסר בפועל של 8 שנים, פיצוי כספים בסך 5,000 ₪ שישולם לגבי סוויסה, ומאסר מותנה לפי שיקול דעת בית המשפט.

#### **גזר דינו של בית המשפט קמא**

לאחר ששמע את נימוקיהם של הצדדים כתב בית המשפט גזר דין ארוך ומנומק, בהתאם לקווים המנחים להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, כאמור בתיקון 113 [לחוק העונשין](#) בישראל.

בפתח גזר דינו ציין האב"ד כב' השופט דהאן כי כאשר טען הסנגור שהסדר הטיעון מחמיר עם מרשו, ביקשה התביעה לחזור בה מן ההסדר, לבטל את ההרשעה ולתקן שוב – לחומרא – את כתב האישום המתוקן. עוד נכתב בגזר הדין כי בסופו של דבר שכנע בית המשפט את התביעה כי הבעת הסתייגות מהסדר הטיעון מצד ההגנה אינה דבר חריג, ואין לראות בה בהכרח חזרה מן ההסדר, בייחוד כשבסופו של דבר הסנגור לא ביקש לחרוג לקולא מן המוסכם.

בית המשפט מנה את השיקולים שהנחו אותו בקביעת העונש הראוי למערער: קביעת מתחם עונש הולם בהתחשב בחומרת העבירה, בגילו ובאשמו של המערער, תוך מתן משקל גם להעדרם של אמצעי שיקום וטיפול בנוער עבריין באזור. עוד הדגיש את העובדה שהמערער פעל בקבוצה, שכל חבריה כבר נשפטו בפני אותו הרכב שופטים, ואת הקושי למצוא תקדימים למקרה כזה, בו קטינים צעירים מאד ביצעו עבירות חמורות ומסוכנות כל כך, ונדונו למאסר בפועל של מספר שנים.

כב' השופט דהאן השווה את מעשיו של המערער למעשיהם של המעורבים האחרים בפרשייה, שהיו בוגרים מן המערער, ובחן מה צריכה להיות ההשלכה של השוואה זו על העונש ההולם את המערער. לאחר שהבהיר כי למרות שהעונש מוסכם על הצדדים, הפוסק האחרון בעניין העונש

הראוי למערער הוא בית המשפט, מנה בית המשפט קמא את הנסיבות המקלות והמחמירות שבהן התחשב, אלה הקשורות בביצוע העבירה ואלה שאינן קשורות לעבירה.

בין הנסיבות שקשורות לביצוע העבירות שקל בית המשפט את התכנון המוקדם של העבירות, והכנת כלי הנשק מראש; את הפעולה בחבורה, ואת חלקו המרכזי של המערער, כמי שירה והשליך חפצים במו ידיו ומטווח קרוב; את רצף העבירות בפרק זמן קצר, שיצרו סיכון לחיי חיילים ואף גרמו לפציעת נהגת, והטילו מורא על סביבותיו של המערער במשך אותו זמן; השימוש בנשק חס, אך בחלקו נשק מאולתר שסכנתו פחותה משל נשק תקני.

בית המשפט מנה את מתחם העונש ההולם את העבירות המרכזיות שבהן הורשע המערער: לעבירה של ניסיון רצח בנשק שאינו תקני קבע מתחם של 7 עד 9 שנות מאסר בפועל, בהתאם לפגיעותה של המטרה; לירי לעבר אדם בנסיבות שבהן פעל המערער קבע כי העונש הממוצע הוא 3 שנות מאסר בפועל; לעבירה של יידוי חפצים לעבר רכב נוסע בכביש ראשי, שגרם לפציעה לא חמורה, מצא עונש ממוצע של 5 שנות מאסר בפועל; ליידוי חפץ מבעיר ללא פגיעה קבע עונש של 1.5 שנות מאסר בפועל. לדעתו, שאר העבירות חמורות פחות, ועל כן עונשיהן "יבלעו" בעונשים שהזכיר.

לבסוף מנה בית המשפט קמא את השיקולים לעונש **שאינם** קשורים בביצוע העבירה. בראש שיקולים אלה ציין בית המשפט את עברו הנקי ואת גילו הצעיר של המערער בעת ביצוע העבירות; את המשמעות הגדולה שיש לכל שנת חיים בגילו של המערער, על מידת בגרותו והבנתו את חומרת מעשיו, ועל ההצדקה לענישה מקלה לעבריין צעיר. את שיתוף הפעולה החלקי של המערער בחקירה, שכן בתחילה הודה רק במה שחברו כבר חשף, ורק בשלב מאוחר יותר – לאחר ששותף אחר נעצר - הודה בכל מה שיוחס לו (זו הסיבה לכך שהוגשו נגדו שני כתבי אישום בזה אחר זה); ואת החיסכון בזמן במהלך המשפט.

בית המשפט קמא ביקש ליישם את הלכת בית המשפט העליון ב-[ע"פ 1958/98 פלוני נ' מ"י](#) (פורסם בנבו, 25/12/2002) המורה לכבד הסדרי טיעון, גם אם הם חורגים מרמת הענישה שאותה היה קובע בית המשפט, אלא אם כן החריגה קיצונית. כב' השופט דהאן ציין כי לטעמו, העונש שהיה גוזר על המערער היה כולל 5 שנות מאסר בפועל. יחסית לעונש כזה העונש של 8 שנות מאסר מהווה "חריגה קיצונית" מרמת הענישה ההולמת, ועל כן מוצדק לסטות מן ההסדר שהוצג בפניו. בהתאם להבנתו את הלכת **פלוני** שלעיל, המורה לגזור את העונש שהיה גוזר "לו הובא בפניו הסדר טיעון שקול ומאוזן" הציע כב' השופט דהאן לחבריו למותב לגזור על המערער 6 שנות מאסר בפועל, מאסר מותנה, קנס ומאסר למקרה שהקנס לא ישולם, ופיצוי למתלוננת. עוד קבע כי כל סכום כסף שישלם המערער ייזקף תחילה לחשבון הפיצוי, ורק לאחר מכן לחשבון הקנס.

שני שופטי המותב האחרים הסכימו עם הניתוח של כב' השופט דהאן, ואף הביעו דעתם כי העונש המוסכם שהוצג לבית המשפט מחמיר עם המערער יתר על המידה, שכן אינו משקף נכונה את פער הגילים בין המערער לבין שותפיו הבוגרים ממנו. עם זאת, השופט ארי תיבון כתב כי "רמת החריגה בחומרת הענישה שנקבעה בהסדר הטיעון אינה מצדיקה את התערבות בית המשפט", והשופט דניאל קינן כתב "לא השתכנעתי כי הענישה שהוצעה בהסדר המסגרת עסקת הטיעון

הנ"ל חרגה באופן קיצוני ממתחם הענישה שהיה מתקבל אלמלא הסדר הטיעון". לכן העדיפו שני שופטי הרוב לכבד את הסדר הטיעון וקבעו כי רכיב המאסר בעונשו של המערער יהיה 8 שנות מאסר בפועל.

ההגנה הגישה ערעור על חומרת העונש. כבר בכתב הערעור הודיע בא כוחו של המערער כי הערעור מתמקד ברכיב המאסר בפועל בעונשו של המערער, ובו בלבד. לאחר מספר עיכובים בהגשת הערעור ונימוקיו, ביום 20/3/13 שמענו את טיעוני שני הצדדים.

### נימוקי הערעור

#### טיעוני הסנגוריה

הסנגור המלומד טען בפנינו בכישרון ובטעם רב. הוא ביקש כי נעדיף את דעת המיעוט בבית המשפט קמא על פני דעת הרוב, נתערב בעונש שהציגו הצדדים ונקל בעונשו של המערער.

הסנגור הציג פנים מקלים בפרטי האישום שבהם הורשע המערער: למשל, שהנשק שבו עשו שימוש היה נשק לא תקני, שמידת הסיכון ממנו לא הוכחה; שהירי בוצע לעבר עמדת צה"ל מבוצרת ולכן לא יצר סיכון גבוה; בעת ביצוע העבירות היה המערער בן 14 ועשרה חודשים, הצעיר מבין קבוצה של בני 17.

אשר לאפשרות להתערב בגזר דין שניתן במסגרת הסדר טיעון, הציג הסנגור לא רק את הנימוקים הענייניים המאפשרים זאת, אלא גם הזכיר את הלכת **מוראד טואלבה (ע' 225/02 מוראד טואלבה נ' התוב"ץ** (פורסם בנבו, 12/5/2004)). שם הקל בית המשפט לערעורים בעונשו של מערער, אף שגזר הדין בערכאה הראשונה ניתן פה אחד. בעניינו של מערער שבפנינו כבר קיימת דעת מיעוט מנומקת ומקלה של האב"ד בבית המשפט קמא. גם שופטי הרוב ציינו כי העונש המוסכם מחמיר עם הנאשם, אך בחרו לכבד את הסדר הטיעון.

קיימות נסיבות שבהן גם לתביעה הצבאית מותר **שלא** לעמוד מאחורי עונש שנקבע בהסדר טיעון, ואין סיבה שלא לאפשר זאת גם להגנה. כשבית המשפט לערעורים רואה עונש החורג מן הראוי – לקולא או לחומרה – בסמכותו להתערב, גם אם העונש הוצג במסגרת הסדר טיעון.

הסנגור ביקש להזכיר, כי למרות שמדובר בהסכמה בין שני צדדים, אין הם שווים בכוחם, ובהחלט ייתכן שסנגור או נאשם יסכימו בלית ברירה להסדר שלדעתם אינו ראוי, כדי להקטין את הסיכון שייגרם לנאשם נזק חמור עוד יותר. יש לאפשר להם, בנסיבות מסוימות, שלא לעמוד מאחורי הסדר זה ולערער עליו.

אחד השותפים של המערער, עותמאן עיסא, שהיה בן 17, הורשע במרבית העבירות שיוחסו גם למערער (למעט ייחודי האבנים שממנו נפצעה גב' סויסה). בנוסף לכך הורשע עותמאן עיסא גם בחברות בהתאחדות בלתי מותרת ובניסיון לגרימת מוות בכוונה, על כך שירה לעבר מכונית

ישראלית ופגע בה. נגזרו עליו 9 שנות מאסר בפועל. לטענת הסנגור, השוואה נאותה לעונשו של עותמאן הייתה צריכה להוביל לעונש קל בהרבה למערער. הפרש של שנה אחת אינו משקף את הפער בחומרת המעשים ובמידת הבגרות של שני הנאשמים.

בעקבות הערותינו בדיון הסכים הסנגור לכך שיוגש תסקיר רווחה בעניינו של המערער. כמו כן, לאחר הדיון הוא הגיש לעיוננו מספר תקדימים שבהם נגזרו עונשים קלים יותר על נאשמים בעבירות דומות.

### **טיעוני התביעה**

בפתח טיעוני התביעה הציע בית המשפט לצדדים להידבר ביניהם ולנסות להסכים על הקלה מסוימת בעונש. התובע הביא את ההצעה בפני הממונים עליו. פרקליט איו"ש הודיע לבית המשפט עוד באותו יום כי התביעה לא תסכים לשנות את הסדר הטיעון, אך תהיה מוכנה להחזיר את התיק לבית המשפט קמא, כדי שיגזור את עונשו של המערער לפי כתב האישום המקורי. הסנגור התנגד לכך וביקש שיינתן גזר דין בערער.

התובע המלומד טען, כי אין מקום להתערב בגזר דינו של בית המשפט קמא. בית המשפט – בשתי הערכאות - לא נחשף לכל השיקולים שהובילו את הצדדים לתקן את כתב האישום כפי שתוקן, ולהסכים דווקא לעונש שהוצג. בהיעדר ידע על שיקולים אלה, לא יכול בית המשפט להעריך מהו העונש שהיה ראוי למערער לולא הסכים להסדר הטיעון.

אמנם המערער צעיר מן המעורבים האחרים, אך חלקו במעשים היה גדול ומשמעותי יותר מחלקם של מי שהיו תצפיתנים ומסייעים. התובע הציע להגיש לבית המשפט תקדימים של עונשים דומים לנאשמים בני גילו של המערער.

### **דיון והכרעה**

להבנת, ערעור זה מעורר שתי שאלות עיקריות: האחת, מהו עונש המאסר בפועל שהיה ראוי לגזור על העורר לו הורשע בכתב האישום המתוקן **שלא** בהסדר טיעון. השאלה השנייה היא, אם עונש מאסר זה שונה מן המאסר שעליו הסכימו הצדדים, האם נכון להתערב בהסדר הטיעון ולשנות את העונש.

### **העונש הראוי למערער**

יש להזכיר, כי לפי הוראות תיקון 113 [לחוק העונשין](#) בישראל, כאשר גוזרים את דינו של קטין, מחילים את דרכי הענישה שלפי [חוק הנוער \(שפיטה, ענישה ודרכי טיפול\)](#), תשל"א-1971, ואין חובה להבנות את שיקול הדעת לפי עקרונות חוק העונשין. אולם, כיוון שבאזור חסרים כלי השיקום ודרכי הענישה הייחודיות שבחוק הנוער, נכון עשה בית המשפט קמא כששקל את העונש הראוי לפי עקרונות תיקון 113, תוך התאמתם לגילו הצעיר של המערער.

בקביעת העונש הראוי למערער אני מקבל את הניתוח שערך כב' השופט דהאן, בהתאם לקווים המנחים של תיקון 113 [לחוק העונשין](#) בישראל, בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה. למעשה, לניתוח זה הצטרפו גם שופטי הרוב בגזר הדין. כל השופטים הסכימו כי העונש צריך להיות קל יותר מזה שעליו הסכימו הצדדים, אך בסופו של דבר החליטו שופטי הרוב לכבד את הסדר הטיעון, ולכן גזרו על המערער עונש חמור מזה שהם ראו לנכון.

הנסיבות העיקריות הקשורות לביצוע העבירה ואשר השפיעו על מתחם העונש ההולם הן: תפקידו המרכזי של המערער במעשים, העובדה שהיה שותף לתכנון, תמיד היה בין היורים ומייד החפצים במו ידיהם, וחזר על מעשיו שוב ושוב בפרק זמן קצר. השימוש בנשק חס מוסיף אף הוא חומרה לעבירות. מעשיו של המערער פגעו בערך החברתי החשוב של שמירת חייהם ושלמות גופם של בני אדם. במעשיו סיכן את שלומם של חיילי צה"ל ופגע בגופה של גב' סויסה שנסעה ברכב בכביש ראשי. פגיעה כזו עלולה הייתה להסתיים בתוצאה קטלנית, אך בפועל הסתיימה בפגיעה קלה יחסית; אם כי גם היא בוודאי גרמה לכאב ולסבל שאין להתעלם מהם.

בהיעדר תקדימים רבים שיוכלו להצביע על מדיניות הענישה ה"מקובלת" במקרים כאלה, עונשו של השותף האחר בפרשייה רלוונטי ביותר בקביעת העונש ההולם. עותמאן חסין נדון בתיק בית המשפט שומרון 2729/11 בין היתר ל-9 שנות מאסר בפועל, כלומר שנת מאסר אחת יותר מן המערער. כפי שציין בית המשפט קמא, עותמאן בוגר מהמערער בשנתיים, ופער זה משמעותי במיוחד כשלמערער טרם מלאו 15, ואילו לעותמאן מלאו כבר 17 שנים בעת שביצעו את העבירות.

הנסיבות המקלות שאותן שקל בית המשפט קמא היו עברו הנקי של המערער, גילו הצעיר בעת ביצוע העבירות ובעת גזירת עונשו, שיתוף הפעולה שלו עם רשויות החקירה (אם כי רק כשעומת עם הפללות נגדו), ההודאה והחיסכון בזמן בעת המשפט.

עניין גילו של המערער ראוי להרחבה מסוימת. כמעט אין עוד צורך לומר כי השיקולים המשמשים את בית המשפט בעת ענישתו הפלילית של קטין שונים משיקולי ענישתו של בגיר. ככל שהנאשם הקטין צעיר יותר - כך תהיה נכונות רבה יותר לשיקול ענישה מקלה, ואף אמצעי שיקום כתחליף לעונשי מאסר (ראה [ע"פ 49/09 מ"י נ' פלוני](#) (פורסם בנבו, 8/3/2009)).

בקצרה נציין, כי השיקולים העיקריים המכוונים לגישה מקילה כלפי עבריינים קטינים הם: העובדה כי תודעתו ושיקול דעתו של ילד ומתבגר – אינם כשל בוגרים; מוחו של המתבגר לא תמיד השלים את התפתחותו בתחומי הערכת טוב ורע, משמעותם של סיכונים ותוצאותיהם, והפגיעה הצפויה בקורבן ובנאשם עצמו; רצון להגן על קטינים מפני תנאי הכליאה והמפגש עם עבריינים בכלא; המחויבות לנסות ולשקם נאשמים קטינים, כדי לאפשר להם להמשיך להתפתח, לא לפגוע בעתידם, לשלב אותם בחיים נורמטיביים, ולמנוע חזרתם לדרך עבריינית. הניסיון מראה כי סיכויי שיקומם של עבריינים קטינים גבוהים משל בגירים.

גם המחוקק באזור גילה דעתו על המגבלות שיש להטיל על ענישת קטינים. [בסעיף 168](#) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב], תש"ע-2009 נכתב:



- "(א) בקביעת עונשו של נער או בוגר רך יתחשב בית המשפט הצבאי, בין השאר, בגילו בשעת ביצוע העבירה.
- (ב) היה הנידון ביום גזר הדין נער והחליט בית המשפט הצבאי לגזור עליו עונש מאסר - לא תעלה תקופת המאסר על ששה חודשים.
- (ג) היה הנידון ביום גזר הדין בוגר רך והחליט בית המשפט הצבאי לגזור עליו עונש מאסר - לא תעלה תקופת המאסר על שנה אחת אלא אם כן הורשע בעבירה שהעונש המרבי הקבוע בצדה עולה על חמש שנות מאסר."

ביום מתן גזר דינו של המערער היה גילו גבוה אך במעט מ-16 שנים, כלומר הוא היה סמוך מאד לגיל, שבו בדרך כלל לא יישפט נאשם-קטין ליותר משנת מאסר אחת. לא נעלם מעיניי כי הגבלת העונש לשנת מאסר אחת אינה חלה משהורשע המערער בעבירות חמורות, שעונשן המרבי עולה על 5 שנות מאסר; אך בכל זאת ראוי לזכור מהי אמת המידה המקלה שעליה הורה המחוקק באזור בענישת קטינים.

כפי שציין בית המשפט קמא, הגישה המקלה כלפי קטינים אינה מבטיחה להם חסינות מפני ענישה קשה במקרים המתאימים. בית המשפט הזכיר תקדימים שבהם נגזרו עונשי מאסר בפועל של 15 ואף 18 שנות מאסר על קטינים שהורשעו בניסיונות רצח בישראל, אם כי קטינים אלה היו בוגרים מן המערער בשנתיים לערך בעת שביצעו את העבירות ([ע"פ 2125/92 עודה ואח' נ' מ"י](#) [פורסם בנבו] (תק-על 95 (1) 714; [ע"פ 6931/02 אבתיסאם עיסאוי נ' מ"י](#) [פורסם בנבו]) וראה באזור את [ע"פ 1707/09 מחמד עמורי נ' התוב"ץ](#), [פורסם בנבו] שם הנאשם החל בביצוע עבירות בגיל 15 וסיים בגיל 17 בביצוע ירי לעבר גיפ ובסיס צבאי, ונגזרו עליו 9 שנות מאסר בפועל).

במקרים רבים זכו קטינים להתחשבות משמעותית בגילם הצעיר, ולעונשים מקלים ביותר, גם כשעברו עבירות חמורות. בדרך כלל מטרת הענישה המקלה הייתה לאפשר את שיקומם של הקטינים. דוגמה לכך הביא גם הסגנור: ב-[ע"פ 2155/09 תאמר חמאיל](#) [פורסם בנבו] היה הנאשם בן 14 וחצי בעת שהחל בביצוע שורה ארוכה של עבירות מסוכנות, **אותן סיים כשהיה כבר בגיר**. הוא הורשע ב-10 מקרים של יידוי בקבוקי תבערה, סחר בכלי נשק, שני פרטים של ירי לעבר מגדל שמירה וניסיון לגרימת מוות על ידי ירי לעבר כוח צה"ל מרובה מאולתר. נגזרו עליו, בין היתר, 7 וחצי שנות מאסר בפועל.

על רקע הפסיקה שנסקרה לעיל, ועל רקע הניתוח שערך בית המשפט קמא, אני מוכן לצאת מנקודת הנחה כי העונש שהיה בית המשפט גוזר על המערער - לולא הוצג הסדר הטיעון - היה נמוך מ-8 שנות מאסר בפועל, וככל הנראה קרוב יותר ל-6 שנות מאסר. מתחם ענישה זה נראה הולם בעיניי בהתחשב בנסיבותיו האישיות של המערער.

משכך קבעתי, יש צורך לבחון את ההצדקה לסטות מן העונש שנקבע בהסדר הטיעון בין הצדדים, ואשר אומץ על ידי דעת הרוב בערכאה הראשונה.

**סטייה מהסדר טיעון - כללי**

ההלכה המנחה בעניין כיבוד הסדרי טיעון מצויה כיום בפסק הדין [ע"פ 1958/98 פלוני נ' מ"י](#) (פורסם בנבו, 25/12/2002) (להלן – הלכת פלוני). לפי הלכה זו, קיומו של הסדר טיעון הוא שיקול מרכזי בעת גזירת העונש, ובדרך כלל על בית המשפט לכבד הסדרי טיעון שמוצגים בפניו. עם זאת, נותר בידי בית המשפט שיקול הדעת שלא לכבד הסדר טיעון, שכן הוא הפוסק באחרון בעניין השמירה על האינטרסים של הציבור ושל הנאשם. על בית המשפט לוודא שנעשה איזון נכון בין אינטרס הציבור לבין אינטרס הנאשם; יש לתת משקל גם לאינטרס הציפיה של הנאשם שהודה באשמה; סטייה מותרת רק אם מצא ביהמ"ש שלא נעשה איזון מתאים בין האינטרס הציבורי לבין טובת ההנאה שניתנה לנאשם.

בנוסף לכך נקבע בהלכת פלוני כי אם מחליט בית המשפט לסטות מהסדר טיעון, עליו לגזור על הנאשם עונש, שאותו היה מכבד לו הוצג בפניו במסגרת הסדר טיעון שקול ומאוזן (עמ' 616-617 לפסק הדין).

קריאה בפסק הדין פלוני מלמדת, כי למעשה הוא מתייחס בעיקרו להסדרי טיעון שבית משפט סבור כי הם מקלים מדי, כלומר למקרים שבהם הסטייה מהסדרי הטיעון נובעת מרצונו של בית המשפט להחמיר את עונשו של הנאשם. לכן רבות ההתבטאויות בפסק הדין על הצורך לשקול את האינטרס הציבורי בענישת עבריינים למול טובת ההנאה שקיבל הנאשם מן התביעה, הצורך באמון הציבור המונע הקלה מופרזת בעונש, הצורך לשקול את אינטרס ההסתמכות והציפיה של הנאשם, שייגזר עליו עונש מקל, וכו'. למעשה, לא מצאתי בפסק הדין אמירות הנוגעות ישירות לסטייה מהסדר טיעון המחמיר מדי עם הנאשם.

ואכן, הניסיון מלמד כי נדירים המקרים, בהם נגזר על נאשם בהסדר טיעון עונש המחמיר עמו מעבר למה שבית המשפט היה גוזר עליו. הדעת נותנת גם כי במקרים שבהם הציגו הצדדים עונש מוסכם המחמיר עם הנאשם, מידת ההחמרה לא הייתה רבה, ועל כן לרוב לא ראה בית המשפט צורך לסטות מן העונש המוסכם, ועל כן גם לא הוגש ערעור על עונש כזה.

עם זאת, פערי הכוחות בין התביעה לבין הנאשם בהליך הפלילי עשויים להביא למצבים שבהם נאשם יסכים לעונש שהוצע לו, שיהיה חמור מזה שהיה צפוי לו לולא הסדר הטיעון. במאמרם של מ' קרמניצר וליל בנון "ביקורת שיפוטית על הסדרי טיעון בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' מ"י" [פורסם בנבו] (מגמות בדיני ראיות והסדר הדין הפלילי, 2010, עמ' 291) מנו המחברים את הסיבות לכך שמצב זה אפשרי, ובהם הפער בין משאביה הרבים של המשטרה והתביעה לבין משאביו הדלים של הנאשם הממוצע; העובדה שהתביעה היא שקובעת את נקודת הפתיחה למשא ומתן, בניסוח כתב האישום ובהצבת הדרישה לעונש; הסיכון האישי הגדול לנאשם למול היעדר סיכון אישי לתובע; העובדה שגם סנגור אינו יכול תמיד להוות גורם מאזן מול כוחה של התביעה, ולעיתים לו עצמו יש אינטרס אישי בסיום מהיר של ההליך. כל אלה יכולים לגרום לנאשם להסכים לעונש חמור מן הראוי לו.

ישנם מקרים שבהם העונש שהוסכם בהסדר טיעון מתברר בדיעבד כחמור מדי, למשל כאשר שותף לעבירה מקבל עונש קל יותר, או כאשר מתגלות נסיבות חדשות שמצדיקות הקלה בעונש (למשל, מחלה של הנאשם או בן משפחתו).

### סטייה מהסדר טיעון לטובת הנאשם

השאלה היא, האם הדין מאפשר סטייה מהסדר טיעון לטובתו של הנאשם, ומתי תהיה הצדקה לסטייה כזו.

בית המשפט העליון בישראל נדרש תחילה לשאלה ההפוכה: מתי ניתן לתביעה להתנער מהסדר טיעון שעשתה, ולהציג עמדה מחמירה יותר בערעור על גזר הדין (דנ"פ 1187/03 מ"י נ' פרץ פ"ד נט(6) 281 (משנת 2005). משהכיר בית המשפט העליון בזכותה של התביעה לדרוש בערעור עונש חמור מזה שהסכימה לו בהסדר טיעון, נפתחה הדלת להשמעת טיעון דומה מטעם ההגנה.

ואכן, בע"פ 1421/10 פלוני נ' מ"י [פורסם בנבו] (פורסם בתקדין, 18/7/2012) נדונה השאלה הנוגעת ישירות לענייננו: האם יש לתת לנאשם לחזור בו בשלב הערעור מן ההסכמה שנתן בהסדר טיעון, ולסטות לקולא מן הענישה שעליה הסכימו הצדדים.

בית המשפט העליון, מפי כב' השופטת עדנה ארבל (ובהסכמה עקרונית של כב' השופט הנדל), פסק:

*"...אין לקבוע כלל גורף המונע מנאשם שהורשע על פי הסדר טיעון לחזור בו מהסכמתו לרכיב העונש או לטווח הענישה, ויהי מה. סבורה אני כי הנחת יסוד זו מתחייבת נוכח פערי הכוחות וחוסר האיזון האינהרנטי בין התביעה לבין ההגנה המאפיינים את ההליך הפלילי. כידוע, מהעבר האחד של המתרס עומדת התביעה - המדינה, שהיא בגדר "שחקן חוזר" במשפט הפלילי. למדינה כוחות, משאבים וסמכויות רבות בכל הנוגע לאכיפת הדין הפלילי. למדינה מיומנות, נגישות רבה למידע וניסיון בניהול ההליך. מעברו השני של המתרס מצוי הנאשם שהוא לרוב בגדר "שחקן חד-פעמי" בהליך הפלילי. לא אחת אין הנאשם בקיא ברזי ההליך וכלליו, לעיתים הוא אינו מיוצג על ידי עורך דין, ובנסיבות מסוימות הוא יתקשה להגיע באופן עצמאי אל חומר הראיות הנחוץ לו על מנת להתגונן מפני אישומים, שאם יימצא חייב בהם הוא צפוי לשאת בעונש. מתן אפשרות לנאשם לחזור בו מהסכמתו לעניין רכיב העונש מצמצם אפוא את חוסר האיזון האינהרנטי המאפיין את ההליך הפלילי, כפי שעושים מנגנונים רבים נוספים הקבועים בדין"*

מכאן שמבחינה משפטית, אין איסור גורף על סטייה מהסדר טיעון לטובת הנאשם. הכללים שנקבעו בהלכת פלוני, ואשר מחייבים את בית המשפט לשקול את הסדר הטיעון כשיקול מרכזי בעת גזירת העונש – חלים גם על הסדר טיעון מחמיר. בדרך כלל צריך בית המשפט (בערכאה הראשונה ובערעור) לכבד הסדר טיעון ולגזור את הדין לפיו, גם אם ההסדר מחמיר מעט עם הנאשם. אולם, גם מהסדר כזה רשאי בית המשפט לסטות, אם אין איזון סביר בין האינטרסים השונים המגולמים בו.

מתי יהיה זה מוצדק לסטות מהסדר טיעון, שלדעת בית המשפט החמיר עם הנאשם? לשם מענה על שאלה זו, יש להיזכר באינטרסים ובשיקולים הייחודיים למצב זה: כאשר בית המשפט מתערב

בהסדר טיעון ומקל בעונשו של הנאשם, הוא אומר לתביעה כי מדיניות הענישה שלפיה פעלה מחמירה מדי; זאת, בלא שהיה מודע למלוא התמונה הראייתית ולשיקולים המורכבים שהביאו את הצדדים להסדר הטיעון. אך אין זה הקושי המשמעותי ביותר. קושי גדול יותר יש במתן תמריץ לסנגוריה להגיע להסדר כלשהו – לא מקל במיוחד - תמורת תיקון כתב האישום, ולאחר מכן לטעון בבית המשפט כי העונש מחמיר, ולצפות שבית המשפט יסטה מן ההסדר ויקל בעונש. בתגובה, הדבר עלול לגרום לתביעה להימנע מהסדרי טיעון שכוללים תיקון מקל בכתב האישום, מתוך חשש שמא בית המשפט יסטה מן ההסדר ויקל עם הנאשם מעבר לראוי לו. בשני אלה יש חשש גדול לפגיעה ב"מוסד" הסדרי הטיעון שבהם העונש מוסכם, שהוא מרכזי ביותר בהליך הפלילי בישראל. קושי נוסף יש גם ברמיזה לנאשם, כי סנגורו לא השיג עבורו את העונש הטוב ביותר האפשרי, דבר העלול לפגוע באמון בין הסנגור לבין לקוחותיו הקיימים והעתידיים. כל אלה מכוונים למסקנה, שסטייה לקולא מהסדר טיעון היא בעייתית וראוי להימנע ממנה.

תשובה מסוימת לקשיים אלה אפשר למצוא כבר בע"פ [1958/98 פלוני](#) בעמ' 605-606:

*"יש הגורסים כי גישת "העונש הראוי" עלולה לעודד את התביעה לשנות מעובדות האישום המחמירות, כדי להגיע לתוצאה של הקלה בעונש. ייאמר מיד כי ספק בעיני אם בדרך-כלל אמנם קיים חשש רציני כי שיקול כזה ינחה את התביעה הכללית בניסוח כתבי-אישום. מוסכם על הכל כי חובתה של התביעה לפעול בתום-לב בעריכת הסדרי הטיעון. על-פי מדיניות ראויה, מצווה התביעה להקפיד על כך שהעובדות המתוארות בכתב-האישום ישקפו את המעשים המיוחסים לנאשם כהוויתם ללא שינוי מהותי מאופן התרחשותם בפועל, ובלבד שיש ראיות לתשתית העובדתית הנטענת. כלל זה הוא הבסיס הנדרש כדי שבית-המשפט לא יוטעה, ועל-מנת שירשיע את הנאשם על-פי מעשיו ולא על-פי מסכת עובדתית שאינה משקפת את המציאות בהתאם לראיות שבידי התביעה. (ראו לעניין זה דבריי בע"פ 2536, 1820/98 אנגיל ואחי' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(106-105, 97(5))."*

מצד שני יש לזכור, כי מטרתו של ההליך הפלילי המודרני היא להעניש את האשמים רק כפי המגיע להם. שניים מן העקרונות המרכזיים בענישה כיום - עקרון הגמול ועקרון ההלימה - מחייבים את התביעה ואת בית המשפט להימנע מעונש שהוא מעבר לדרוש להשגת מטרות הענישה. שיקולי שיקום מחייבים להימנע מעונש שיגרום נזק מיותר לנאשם ולציבור (ראה את ניתוח שיקולי הענישה בעד"י [2594/12 נסים עלאמה](#)) [פורסם בנבו]. כאשר מדובר בנאשם קטין, הרצון בשיקום העברין והצורך להימנע מעונש שיזיק לנאשם יתר על המידה – מקבלים משקל נוסף.

בית המשפט העליון עסק בשאלה זו בפסק הדין בע"פ [1421/10 פלוני](#) הנ"ל. בית המשפט הזכיר, כי בהלכת פרץ נפסק, שרק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן תהא התביעה רשאית לסטות מהסדר טיעון בשלב הערעור. לא די בכך שבית המשפט קמא גזר עונש מחמיר יותר, אלא צריכות להתקיים נסיבות חדשות ומשמעותיות, שיהיה בהן להצדיק שינוי בעמדת התביעה.

ב-ע"פ 1421/10 פלוני הנ"ל בית המשפט העליון פסק כי על ההגנה לא חלות מגבלות מחמירות כאלה. אמנם יש מקום לרסן את יכולתו של נאשם לחזור בו מהסכמתו לעונש בהסדר טיעון, כדי לא לפגוע במוסד הסדרי הטיעון, אך אין להגבילו באותן מגבלות קשות החלות על התביעה. הנאשם יידרש לנמק את בקשתו ולהצביע על נתונים חדשים שלא הובאו בחשבון בעת שהגיע להסדר הטיעון, אך אין לקבוע רשימה סגורה של מקרים בהם תהיה לנאשם אפשרות לבקש לסטות מהסדר טיעון.

השופטת ארבל ציינה כדוגמה -

*"מקום בו דעת המיעוט בערכאה הדיונית מצאה כי יש לסטות לקולא מהסדר הטיעון, לא ניתן לשלול מן הנאשם את האפשרות לערער על העונש שהוטל עליו...כך גם בנסיבות בהן הנאשם המערער על גזר דינו מבקש לטעון כי העונש שנקבע במסגרת הסדר הטיעון שגובש סוטה מעקרון אחידות הענישה ביחס לנאשמים אחרים בפרשה".*

אף אני בדעה, כי בנסיבות מסוימות מוצדק יהיה לסטות מהסדר טיעון גם כדי להקל עם הנאשם. כפי שהזכרתי לעיל, השיקולים לשלול אפשרות כזו הם בעיקרם שיקולים הנוגעים לנוחותה ויעילותה של המערכת השיפוטית והפרקליטות. לדעתי, אין הם כבדי משקל מספיק כדי להצדיק הותרתו של נאשם בכלא הרבה מעבר לראוי לו. בעיניי, הערך של מניעת סבל מעבר לדרוש הוא כה חשוב, עד שהוא מצדיק אפילו פגיעה באינטרסים ציבוריים חשובים כמו יעילות במשפט ושמירת "מעמדו" של הסדר טיעון.

במאמר מוסגר אציין, כי לא תהיה זו הפעם הראשונה שבה הרצון למנוע עוול מנאשם יצדיק פגיעה באינטרס ציבורי אחר, שאף הוא משמעותי: למשל, הרצון למנוע עוול מנאשם עומד בבסיס החובה לזכות נאשם שקיים ספק סביר באשמתו, גם אם יש חשש ממשי שבשל כך יוסיף פושע להלך חופשי; זו גם הסיבה לכך [שסעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות](#) מורים, שהאיסור לחשוף ראייה חסויה לא יחול במקום שהראיה דרושה לשם עשיית צדק. בפועל, עשוי הדבר להביא לכך שראייה חסויה תיחשף במחיר פגיעה בפעולתן של רשויות ביטחון, או שהמשפט נגד נאשם יופסק, גם אם קיימות ראיות משמעותיות נגדו.

החשש, שמא נאשמים וסנגורים ירבו לערער על הסדרי טיעון לאחר **שנובדו** בערכאה הראשונה הוא חשש מובן, שיש להתמודד עמו. אולם אני שותף להערכה, שהפגיעה בתביעה ובמוסד הסדרי הטיעון אינה צפויה להיות גדולה: הניסיון מלמד, כי ברוב רובם של המקרים, המשא ומתן בין התביעה להגנה יניב הסדר טיעון המקל עם הנאשם ולא מחמיר עמו. יש לזכור כי התבטאות של בית המשפט לפיה העונש שהסנגור השיג עבור לקוחו מחמיר מדי - פוגעת ביוקרתו המקצועית של הסנגור, ואין להניח כי סנגורים רבים יסכימו להעמיד עצמם במצב כזה. לכן, המקרים בהם תסכים ההגנה להציג בבית המשפט עונש שייראה לבית המשפט מחמיר מדי - הם נדירים. המקרים שבהם ההחמרה בעונש המוסכם תהיה במידה כזו שתצדיק התערבות של בית המשפט - נדירים עוד יותר. אשר להתערבות ערכאת הערער: כיוון שלפי הפסיקה בע"פ 1421/10 פלוני יידרש מערער להצביע על נסיבות חדשות שמצדיקות סטייה מהסדר הטיעון, המקרים שבהם יתערב בית המשפט לערעורים בהחלטת הערכאה הראשונה לכבד את ההסדר המחמיר או להקל

בעונש – אף הם יהיו יוצאי דופן. לכן, כאמור, אין חשש ממשי להצפת בתי המשפט בנאשמים ובמערערים החוזרים בהם מהסדרי הטיעון שהשיגו, ואין סיבה למנוע מבית המשפט – במקרים המתאימים – להתערב בהסדר טיעון שהחמיר עם הנאשם.

**כסיכום ביניים** אפשר לקבוע, כי נאשם רשאי לבקש לסטות מהסדר טיעון לעניין עונש, אם ינמק את בקשתו ויסביר מהם הנתונים החדשים שלא נלקחו בחשבון בערכאה הראשונה. נסיבה חדשה יכולה להיות דעתו של בית המשפט קמא (אפילו בדעת מיעוט) כי העונש המוסכם מחמיר עם הנאשם, ויכולה שתהיה עונשו של מעורב אחר בפרשייה.

מתי נכון יהיה לקבל את ערעורו של נאשם, ולהתערב בעונש שהוטל עליו בערכאה הראשונה? האם נדרש פער גדול במיוחד בין העונש שנגזר לבין העונש ההולם, או שדי בפער קטן יחסית?

הגישה הרווחת בפסיקה בישראל ובאזור היא, שערכאות הערעורים אינן מתערבות בעונש – לקולא או לחומרא – אלא במקרים חריגים, שבהם יש סטייה ברורה ממדיניות הענישה הראויה, ויש שיאמרו סטייה "ניכרת" מן העונש הראוי (ראה [ע"פ 8526/12 פלוני נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו] תק-על-2013(1), 9929, עמ' 9932; [ע"פ 2678/12 אבו כף נ' מדינת ישראל](#), [פורסם בנבו] פסקה 12 (15.1.2013)).

המלומד ב' [סג'רו כתב במאמרו מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין \(תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, תשס"ה-2005\)](#), עלי משפט ה תשס"ו בעמ' 253, כי קשה לו להשלים עם הגישה הרווחת כיום בערכאות הערעור, ולפיה אין מתערבים בעונש אם אין בו סטייה גדולה מן העונש הראוי. לדעתו, גישה זו אפשר אולי להצדיק כאשר הסטייה היא לטובת הנאשם, אך אם בית המשפט קמא החמיר בעונש, כיצד יכול השופט "לישון בשקט בלילה" בידיעה שהנאשם יצטרך לרצות מאסר ארוך מן הראוי לו?

בע"פ [1421/10 פלוני הנ"ל](#) אמנם פסקה כב' השופטת ארבל כי ניתן להתערב בהסדר טיעון מחמיר לא רק בנסיבות קיצוניות וחריגות. (ההשלכה של הלכה זו על עונשים שנגזרו שלא בהסדר טיעון לא נדונה באותו פסק דין, ואף אני אשאיר אותה בצריך עיון). אך בסופו של דבר החליט בית המשפט העליון שלא להתערב בעונשו של המערער באותו מקרה, משום שמצא אותו הולם את חומרת העבירה. על כן לא מצאתי בפסיקת בית המשפט העליון בישראל אמת-מידה ברורה למקרים שבהם מוצדק יהיה להקל בעונש המוסכם.

בית הדין הצבאי לערעורים בישראל התייחס לסוגיה זו של סטייה לקולא מהסדר טיעון. ב-[ע"ת 82/10 תוב"ץ נ' יהודיה יהואלה](#) (פורסם בנבו, 23/1/2011) כתב כב' השופט אל"ם אבי לוי, כי הוא נוטה לדעה שמותר לסטות לקולא מהסדר טיעון בקלות יחסית, "גם אם אין למצוא פער ניכר בין העונש הראוי לבין העונש המוצע וגם אם לא נמצא כל פסול בשיקולי התביעה" (יש הדגשה גם במקור – ר"ע). לגישתו, "כבילתו של שופט להטיל עונש שהוא חמור יותר מהראוי בעיניו לוקה בפגם מוסרי ואין בה הצדקה עניינית."

כב' השופט דהאן, האב"ד בבית המשפט קמא, כתב בפסק דינו כי ערך בדיקה ומצא, שבתי המשפט מתערבים בהסדר טיעון מקל ומחמירים בעונש כאשר העונש הראוי לדעתם גדול ב- 50% מן העונש שהוצג בפניהם. לעומת זאת, הם נוטים להתערב ולהקל בעונש מוסכם, אם העונש הראוי קל ב- 33% לערך מן העונש שהוסכם. השופט קמא לא פירט את הפסיקה שהביאה אותו למסקנתו, וקרא למחקר נוסף בעניין זה.

בקביעת אמות המידה למקרים שבהם יהיה נכון להתערב ולהקל בעונש שהוסכם בהסדר טיעון, יש להימנע מאמות מידה מקלות מדי, כדי שלא יחשבו נאשמים בטעות, כי הסדר טיעון הוא רק שלב ביניים בדרך לערכאת הערעור. צריך להיות ברור לכל כי להסדר טיעון יוסיף להיות משקל מכריע וכי רק במקרים שמקיימים תנאים ברורים – יתערב בית המשפט לערעורים. חלק מן התנאים מניתי לעיל (הסבר על הסיבות שהביאו להסדר הטיעון, הצבעה על נסיבות חדשות שלא נלקחו בחשבון בעת עריכת ההסדר). חלק אחר נוגע למידת החמרה של העונש המוסכם יחסית לעונש שנתפס כראוי.

לא אוכל להצביע על ערכים מספריים להצדקת הסטייה מן העונש המוסכם, כפי שמנה אותם כב' השופט דהאן. אציין רק כי לדעתי, כאשר עוסקים בעונש בהליך פלילי, לא די בניתוח חשבוני רגיל של אחוז הסטייה מן העונש הראוי, ויש להוסיף מרכיב נוסף, שיאפשר לשקלל את הערך שניתן למידת הסטייה מן העונש שהוסכם. כפי שאבקש להראות להלן, בשל מגוון סיבות, תקופת מאסר מסוימת היא בעלת משמעות שונה בעיניי נאשמים שונים.

תחום המחקר הנקרא פסיכו-פיסיקה מלמד, כי התייחסותם של אנשים לגירויים ולמידות תלויה לא רק בגודלו המוחלט של הגירוי, אלא גם בהשוואה בינו לבין נקודת התייחסות קודמת: למשל, המעבר מטמפרטורה של 5 מעלות ל- 8 מעלות נתפס סובייקטיבית כהתחממות רבה יותר מאשר מעבר מ- 16 ל- 19 מעלות. גם ההפרש בין 11 ל- 13 ש"ח נתפס בעיני רוב האנשים כמשמעותי יותר מן המעבר מ- 5345 ל- 5347 ש"ח (ראה "תורת הערך" ו-"פונקציית הערך" בוויקיפדיה, באינטרנט, וספרו של דניאל אלגום, "תפיסה ופסיכופיזיקה" בהוצאת האוניברסיטה המשודרת, 1986).

בעשורים האחרונים נעשו מחקרים רבים על המשמעות המורכבת שנותנים בני אדם לרווח ולהפסד, להנאה ולסבל. התברר כי הערך שמעניקים אנשים לרווח ולהפסד אינו ניתן לביטוי בפונקציה ליניארית פשוטה ואף לא בתיאור הכלכלי הפשטני של תוחלת הרווח (מכפלת הסיכוי לרווח בגודל הרווח הצפוי): הערך של רווח, וההנאה ממנו, אינם ממשיכים לעלות ביחס ישר לעליה ברווח, אלא ככל שהרווח עולה, הרי בעיני המרוויח ה"שווי" של יחידת הרווח הנוספת פוחת והולך.

אצל המפסיד המצב הפוך: הוא כואב מאד את ההפסדים הראשוניים, (אף יותר משהוא שמח על יחידות הרווח הראשונות, שכן רוב האנשים שונאי הפסד יותר משהם אוהבי רווח). אך ככל שההפסד גדל, הערך שהוא נותן לכל יחידת הפסד נוספת – פוחת.

יש משמעות גם לנושא שאליו קשור הרווח או ההפסד: בטיחות, בריאות, ממון אישי, עסקים וכד'. למשל, אנשים שמייעדים סכום כסף למטרה החשובה להם (למשל רכישת בית מגוריהם), יתנו לכל הפסד הקשור לסכום זה משקל גדול יותר משהיו נותנים להפסד בהשקעות עסקיות רגילות. לא מצאתי מחקרים על הערך שנותנים אנשים לחירותם ולשלילתה, אך ההנחה הרווחת במדעי החברה ובעולם המשפט היא, שחירות אישית היא אחד הערכים החשובים ביותר לאדם.

עוד נמצא כי יש הבדל בין "ערך ההחלטה" לבין "ערך ההתנסות". ערך ההחלטה הוא מידת המשיכה (האטרקטיביות) של אפשרות, שטומנת בחובה סיכוי להפסד או לרווח עתידיים, לפני שהם מתממשים. ערך ההתנסות הוא התחושה הנלווית לרווח או להפסד כשהם מתרחשים בפועל. לרוב, ערך ההתנסות בהפסד בפועל גדול מהערך שניתן להפסד מראש, בשלב שבו רק העריכו כי ייגרם הפסד עתידי. מי שעומד בפני סיכוי להפסד צריך להזכיר לעצמו כי בסופו של דבר יהיה עליו לשאת במלוא ערכו של ההפסד, גם אם הוא נתפס בעיניו לפני כן כחמור פחות. (ראה דניאל כהנמן ועמוס טברסקי, בחירה, ערכים וייצוגים, תרגום מאמר שפורסם ב- American Psychologist, 1984 ניתן למוצאו באינטרנט)

אפשר לראות בעונש בהליך הפלילי צעד שיש לו משמעות של הפסד או סבל. לנאשמים העומדים בפני החלטה אם להסכים לעונש שהציעה התביעה או לנסות מזלם בטיעון בבית המשפט – יש ככל הנראה שיקולים, שניתן לנתחם לפי תורת הערך ופונקצית הערך שתוארו לעיל. יש לצפות, שהסכמתם של נאשמים לעונש שהוצע להם על ידי התביעה תהיה מושפעת מההפרש בין העונש המוצע לבין נקודת הייחוס שלהם (הסיכוי לזיכוי מוחלט, או העונש שהם מצפים לו ללא הסדר טיעון, או עונשו של שותף לעבירה); היא עשויה להיות מושפעת גם מהמשמעות של העונש לחייהם האישיים (מאסר קצר עשוי להיות בעל משמעות רבה ביותר לאיש נורמטיבי; קנס גדול עשוי להיות בלתי משמעותי לנאשם עשיר).

אך בערעור זה אנו עוסקים בהחלטה מסוג אחר: לאחר שכבר הוסכם על עונש בין התביעה לבין ההגנה, ובית המשפט סבור כי קיים פער בין עונש זה לבין העונש הראוי לנאשם, כיצד עליו להעריך פער זה: מתי יהיה הפער משמעותי מספיק כדי להצדיק התערבות. האם על בית המשפט לשים עצמו בנעליו של הנאשם ולהעריך מה משמעותו ומה ערכו של העונש עבורו; או שמא עליו להחיל אמות מידה אובייקטיביות, אחידות וכלליות יותר. אני סבור כי התשובה היא שילוב של שני המישורים – האובייקטיבי והסובייקטיבי. יש לקחת בחשבון גם את מה שמקובל בקרב "אנשים מן היישוב" – למשל, בנוגע למשמעותה של שלילת חירות אישית – וגם את תפיסתו האישית של הנאשם המסוים, כפי שתבטא בדבריו או בדברי הקרובים לו בפני בית המשפט.

כאשר שוקלים להוסיף או להפחית מעונשו של נאשם, צריך לזכור את ההטיה הקוגניטיבית שנוצרת עקב העיסוק במספרים וביחסים ביניהם: אם שוקלים, למשל, את הפער בין 16 לבין 17 שנות מאסר, הוא נראה מעט פחות משמעותי מן הפער בין 3 ל-4 שנות מאסר. אך בסופו של דבר יצטרך הנאשם לשבת בכלא במשך אותם 365 ימים נוספים, יום ועוד יום של שלילת חירות ושל סבל. ראוי שנזכיר זאת לעצמנו, כדי שלבנו לא יהפוך גס באותם ימים נוספים שבין 16 ל-17 שנות מאסר.



על ההבדלים ביחס ובערך שניתן למספרים שונים ראוי להוסיף עוד הערה: כשם שערכו של קנס כספי עבור העני שונה מערכו בעיני העשיר, להערכת קיים שוני גם בערכן של תקופות מאסר עבור נאשמים שונים: להערכת, שנת מאסר לאדם בריא בן 25, שחייו עוד לפניו, הפסדה בעיניו פחות מהפסד שנת חיים לאדם מבוגר החולה במחלה קשה; שבוע מאסר לבעל עסק או למי שבנו חולה וזקוק לו, בדרך כלל משמעותי יותר מאותו שבוע מאסר לרווק מובטל.

על כן, כאשר בוחן בית המשפט את מידת הסטייה של העונש המוסכם שהוצג בפניו מן העונש הראוי לנאשם, עליו להתחשב לא רק בגודל המספרי של הסטייה, אלא גם במשמעות שיש לה עבור הנאשם, ואולי גם עבור אנשים אחרים: משפחת הנאשם, הקורבן ומשפחתו, קורבנות פוטנציאליים אחרים וכו'.

**לסיכום**, עמדת בעניין סטייה לקולא מהסדר טיעון היא כדלקמן:

- א. אין לשלול באופן עקרוני את האפשרות לסטות מהסדר טיעון ולהקל בעונשו של הנאשם.
- ב. בטרם מחליט בית המשפט כי העונש המוסכם חמור מדי וכי יש לסטות מהסדר טיעון, עליו להבין את שיקולי הצדדים בהגעה להסדר הטיעון. ייתכן שלאור הסבריהם ישתכנע כי העונש הולם בכל זאת. לשם כך עליו לבקש את הסבריהם של הצדדים על הסיבות להסדר; על טובת ההנאה שקיבל הנאשם במסגרת ההסדר; על השינויים שנעשו בכתב האישום, וכיוצא באלה הסברים שעשויים להבהיר מדוע העונש הולם.
- ג. לפני החלטה לסטות מהסדר טיעון צריך בית המשפט להשתכנע מתקדימים מתאימים, מהי רמת הענישה ההולמת את המקרה. לכאורה, בעידן שלאחר תיקון 113 [לחוק העונשין](#) בישראל, הדבר ברור. אך כידוע, כשבאים הצדדים לבית המשפט להציג עונש שהוסכם ביניהם, בדרך כלל אין הם נדרשים לנמק את העונש לפי כל כלליו של תיקון 113. לכן, לא תמיד מצוידים הצדדים בתקדימים שתומכים בעונש המוסכם. לדעתי, לא יהיה זה נכון לסטות מהסדר טיעון על סמך "תחושת בטן" והערכה אישית של השופט את העונש שהוצג לו, אלא יש לבחון באיזו מידה הוא תואם את מדיניות הענישה הנוהגת.
- ד. אם מצא בית המשפט כי העונש שהוסכם בין הצדדים מחמיר עם הנאשם החמרה של ממש יחסית לרמת הענישה ההולמת, נכון יעשה אם יקל בעונש. במונח "החמרה של ממש" אין כוונתי לדרוש שהחמרה תהיה קיצונית או רבה מאד. מצד אחד אין להתערב בשל החמרה פעוטה, אך מצד שני אין להמתין למקרים חריגים וקיצוניים.
- ה. הקביעה אם העונש המוסכם סוטה "סטייה של ממש" מן העונש ההולם אינה עניין של מספרים ואחוזים בלבד; הערכתה של החמרה צריכה להיעשות לפי השיקולים של תיקון 113 [לחוק העונשין](#): גם מבחינת הפגיעה בנאשם לאור נסיבותיו, וגם מבחינת הפגיעה באינטרס הציבורי, בהרתעה ובמניעה. אם מדובר בעבריין קטין, חולה, זקן או בעל מצב אישי ייחודי מסוג אחר – ייתכן שגם החמרה לא-רבה תהיה בעלת משקל ממשי עבורו.

1. בעת שבוחנים את מידת הסטייה מן העונש הראוי, צריך בית המשפט להזכיר לעצמו את החשש להטיה קוגניטיבית הנובעת מ"פונקצית הערך" ומן העיסוק במספרים: עליו לזכור כי ההפרש בין שבוע לבין שבועיים מאסר בפועל הוא בדיוק כמו ההפרש בין 12 שבועות לבין 13 שבועות מאסר; וההפרש בין 2 ל-3 שנות מאסר הוא בדיוק כהבדל בין 14 ל-15 שנות מאסר; הנאשם יידרש לשבת בכלא כל אחד ואחד מן הימים שבין העונשים הללו.
2. נאשם שיבקש לערער על עונש שנפסק בהתאם להסדר טיעון יידרש להצביע על נסיבות חדשות, שלא נלקחו בחשבון בעת שהגיע להסדר עם התביעה. נסיבות כאלה יכולות להיות, בין היתר, דעת מיעוט בערכאה הראשונה שסברה כי העונש מחמיר, או עונשו של שותף אחר לפרשייה.

### מן הכלל אל הפרט

הצדדים נתנו הסברים מסוימים לדרך שבה הושג הסדר הטיעון. התביעה סבורה שתיוקון כתב האישום והשמטת עובדות מסוימות ממנו היווה הקלה מספקת למערער, ואילו ההגנה הסבירה כי נאלצה להסכים לעונש חמור יחסית, כי הסיכון שבהרשעה בכל העבירות היה רב מדי. כפי שציינתי בראשית פסק הדין, אני מודע לכך שלא הוצגו בפנינו מלוא שיקוליהם של הצדדים, ושהתערבות של בית המשפט בהסדר טיעון, לאחר שכתב האישום תוקן בדרך המקלה עם המערער, עלולה לגרום לתביעה להירתע מתיקונים דומים בעתיד. אין לי אלא לקוות, כי הצדדים חשפו את השיקולים המרכזיים והאמיתיים שהנחו אותם, וכי מקרה נדיר זה לא יגרום לשינוי במדיניות המשפטית הכללית של התביעה, מדיניות שאמורה לתמוך בהשגת הסדרי טיעון, לתועלת כל הצדדים.

כפי שהזכרתי, הסגור הציע להגיש תסקיר רווחה. לא ראיתי צורך בשלב זה, הן משום שבית המשפט עמד על נסיבותיו האישיות של המערער - מדברי המערער ואביו וטיעוני הסגור - ולא הייתה מחלוקת עליהן, הן משום שלא עומדים על הפרק צעדי שיקום וטיפול כלשהם אלא עונש מאסר ממושך, והן משום שבסופו של דבר החלטתי ממילא להקל עם המערער.

אני מצטרף לדעתם של שלושת השופטים בערכאה הראשונה, כי העונש שהוסכם בין הצדדים, ואשר הוצג לבית המשפט במסגרת הסדר טיעון, הוא חמור יחסית לעונשים שהיו נגזרים בישראל על קטין בן גילו, ויחסית לעונשיהם של מעורבים אחרים בפרשה, שהיו בוגרים ממנו. עמדה זו של השופטים בערכאה הראשונה הם נסיבה חדשה ומשמעותית, שבגללה הגשת ערעור ההגנה על העונש לא הייתה מופרכת.

לאור הפסיקה שהובאה בגזר דינו של בית המשפט קמא, ואשר לא מצאתי בה טעות, גם אני סבור כי במקום 8 שנות מאסר בפועל, אפשר היה להסתפק ב-6 שנים. כאשר מדובר בהפרש של שנתיים בין העונשים, שהם למעלה מ-700 ימי כליאה נוספים, המדובר בהתמרה של ממש, לכל הדעות.

ההחמרה מקבלת משקל נוסף כאשר מדובר בקטין יליד 1996, שעבר את העבירות ואף נעצר כשהיה בן פחות מ- 15 שנה, וכיום הוא כבן 17 שנה. כך או כך, המערער אמור לשבת בכלא במרבית שנות נערוֹתו והתבגרותו. תוספת של שנתיים למאסרו יש בה הגדלה רבה של סבלו (יחסית לסך שנות חייו), ופגיעה משמעותית בסיכוי לשיקומו.

כיוון שמסקנתי היא, שהעונש שהוסכם בין הצדדים חורג חריגה של ממש מן העונש הראוי, ואף שאין זו חריגה קיצונית, נכון היה עושה בית המשפט קמא לו התערב בהסדר הטיעון כפי שכנראה רצה לעשות. אני סבור, כי מה שלא עשה בית המשפט קמא, צריכים אנו לעשות.

לכן, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מקבלים את ערעור ההגנה, ובמקום 8 שנות מאסר בפועל היינו גוזרים על המערער 6 שנות מאסר בפועל. שאר רכיבי העונש יישארו ללא שינוי.

לאחר שקראתי את פסקי דינם של חבריי להרכב אני רואה לנכון לחזור ולהבהיר, כפי שעשיתי גם בגוף פסק דיני, כי אני מודע לחשש שמא סנגורים יהפכו את הסדרי הטיעון ל"נקודת מוצא" לטיעון לעונש, וירבו לבקש לסטות מהם או לערער עליהם. כפי שצינתי, יש מאפיינים מובנים בהסדרי הטיעון שימנעו תופעה נרחבת כזו (בין היתר הרצון של נאשמים בוודאות שמספקים הסדרי הטיעון, והימנעות של סנגורים מן האמירות כי לא השיגו את ההסדר הטוב ביותר לנאשם). גם בערכאת הערעור לא יתקבל כל ערעור על הסדר טיעון, וישקלו לגופם רק מערערים שיעמדו בתנאים שנקבעו בע"פ 1421/12 פלוני, ויסבירו מהן הנסיבות החדשות, שלא היו ידועות בעת השגת הסדר הטיעון, ואשר הופכות את הסדר הטיעון למחמיר מעבר לראוי.

### **המשנה לנשיא סא"ל צבי לקח :**

קראתי את חוות דעתו המקיפה של חברי, כבי' השופט עצמון, אולם אינני יכול להצטרף לתוצאה אליה הגיע, ואני מסתייג גם ממרבית נימוקיו.

אני סבור כי חברי שגה בהנחת המוצא שלו, כי העונש עליו הסכימו הצדדים במסגרת הסדר הטיעון הינו חמור יתר על המידה ביחס לעבירות בהן הודה למערער. משכך, ניתן להותיר בצריך עיון את מרבית הסוגיות עליהן עמד חברי.

לדעת שופט המיעוט בערכאה הראשונה, היה מקום לגזור על המערער עונש נמוך יותר באופן משמעותי. רוב שופטי בית המשפט קמא בחנו האם הסדר הטיעון סוטה ממתחם העונש ההולם, והגיעו למסקנה שלילית, ועל כן כיבדו את ההסדר.

בערעור זה מבקשת ההגנה כי נקל בעונש חרף העובדה שבית משפט קמא כיבד את הסדר הטיעון שנקשר בין הצדדים, ולמרות שהסדר הטיעון הושג כשהמערער היה מיוצג על ידי סנגור בכל ההליכים בעניינו. גם אם ניתן עקרונית לשקול במקרים חריגים סטייה לקולה מהסדר טיעון (ע"פ 1421/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.7.2012), עדיין יש לעשות זאת בזהירות.

כאמור, עניין לנו בהסדר טיעון. במסגרת הסדר הטיעון תוקן כתב האישום ונמחקו ממנו פרטים שונים. בית המשפט אינו יודע תמיד מהן כלל הנסיבות שהובילו להסכמה בין הצדדים, ולכן עליו להיות זהיר ביותר בטרם יקבע כי העונש המוסכם היה שגוי.

לכן, על פניו, כאשר שופטי הרוב בחנו את השאלה האם יש לכבד את הסדר הטיעון, היה עליהם לפעול בהתאם לכללים הקבועים בהלכת פלוני (ע"פ 1958/98) [פורסם בנבו]. כך עשו וכך פעלו, ואינני מוצא פגם במסקנתם לכבד את הסדר הטיעון.

יתר על כן, השאלה אם לכבד את הסדר הטיעון אינה עומדת כרגע לפנינו, ואף לא השאלה מהו העונש שאנו היינו מטילים על המערער. תפקידנו כערכאת ערעור לבחון האם בית משפט קמא שגה כאשר החליט לאשר את הסדר הטיעון. בחינה זו היא בחינה ערעורית, ואמת המידה הינה האם בית המשפט בערכאה הראשונה סטה באופן קיצוני או ניכר מהעונש הראוי. חברי סבור שיש לשנות אמת מידה זו ולאמץ אמת מידה אחרת, קלה ממנה. אין בידי לקבל את עמדתו ואף פסיקת בית המשפט העליון אינה תומכת בעמדה זו. כך למשל ציין כב' השופט שהם ברע"פ 4719/13 **צוקרן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 20.8.2013):

*"דעתי היא כי גם ערכאת הערעור, אשר דנה בשאלת העונש במסגרת ערעור בזכות, אינה צריכה, ככלל, להידרש לשאלת המתחם שנקבע, אלא שמתפקידה לבחון את השאלה, שהיא הרלוונטית בעיניי בערעורי עונש, קרי: האם סטה בית משפט קמא, באופן ניכר, מרף הענישה המקובל והראוי בעבירות דומות, או האם נפלה טעות מהותית בגזר הדין, באופן הדורש את התערבותה של ערכאת הערעור".*

דברים דומים נקבעו לאחרונה גם בע"פ 7368/12 **אגבאריה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (פורסם בתקדין, 28.4.2013) כדלקמן:

*"אכן, בהתחשב בכך שהמניע למעשים לא היה אידיאולוגי אלא כלכלי, ייתכן כי העונש שהוטל על המערער נוטה לרף הגבוה, אולם הלכה ותיקה עמנו כי אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בחומרת העונש שהוטל על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים של סטייה ממדיניות הענישה הראויה, ולא זה המקרה שבפנינו".*

מהדברים האמורים עולה בבירור כי גם לאחר תיקון 113 לא השתנתה דרך הבחינה הערעורית, ועדיין יש להצביע על סטייה ניכרת או קיצונית מרמת הענישה הראויה על מנת להצדיק את התערבות ערכאת הערעור. אם כך לגבי ענישה שנקבעה שלא אגב הסדרי טיעון, קל וחומר כאשר בוחנים אפשרות לסטייה מהסדר טיעון סגור, המשקף את עמדת שני הצדדים, בין לקולא ובין לחומרא.

חברי סבור כי בית משפט קמא טעה באופן מהותי כאשר אישר את הסדר הטיעון, כיוון שלטעמו העונש הראוי במקרה זה נמוך מזה שהוצג על ידי הצדדים. אינני שותף למסקנה זו.

בכל הכבוד, העבירות בהן הורשע המערער הינן חמורות ביותר. המדובר אמנם בקטין, אך כזה שפעל מתוך מניעים רצחניים וגזעניים, כדי לפגוע ביהודים באשר הם. על אף גילו הצעיר, לא נראה כי הוא נגרר אחר אחרים, אלא ההיפך הוא הנכון. באירועים בהם הורשע הוא היה בין היורים והנמצאים "בקו הראשון", וניסה לממש את מטרותיו ככל יכולתו. לו היה בגיר, ניתן היה לגזור עליו עונש חמור הרבה יותר.

הצדדים ערכו הסדרי טיעון ביחס לכלל השותפים. הם יצרו מדרג מסוים בין חברי הפרשייה. בית המשפט אינו צריך לשאול עצמו מהו המדרג שהוא היה יוצר, אלא האם המדרג שיצרו הצדדים הינו סביר ומקובל. במיוחד כשמדובר בהסדרי טיעון בפרשייה שלמה, על בית משפט להיזהר שבעתיים ולהימנע מלהניח כי כל השיקולים ידועים ומונחים בפניו.

גם כאשר מביאים בחשבון את חלקו היחסי של המערער אל מול מעשי שותפיו, אינני סבור כי עניין לנו בעונש הסוטה באופן ניכר מרף הענישה המקובל והראוי בעבירות דומות, או כי עניין לנו בעונש הפוגע במדרג היחסי הראוי בפרשייה זו.

לפיכך, ומאחר שאינני סבור כי קיימת הצדקה להתערבות ערכאת הערעור בהסדר הטיעון במקרה זה, עלינו להותיר את החלטת בית משפט קמא על כנה ולדחות את הערעור.

#### **האב"ד אל"ם אריה נח :**

קראתי והתעמקתי בחוות דעתו של כב' השופט סא"ל עצמון ובחוות דעתו של כב' השופט סא"ל לקח.

חוות דעתו של כב' השופט עצמון מנומקת ומפורטת, ופותחת פתח לדיון נרחב ביותר בסוגיית השיקולים העומדים מאחורי הגעה להסדרי טיעון, מתי החובה לכבדם, ובעיקר מתי על בית המשפט "לסטות לקולא מהסדר".

ספק בעיניי אם זה המקרה הראוי לדיון שכזה. במקרה שלפנינו הציגו הצדדים הסדר טיעון בבית המשפט, שחזקה עליהם כי שקלו היטב את יתרונותיו ומגרעותיו. בשלב הטיעון לעונש, והנימוקים לכיבוד הסדר הטיעון, ביקש הסנגור לטעון כי ההסדר מחמיר עם הנאשם. התביעה הגיבה בבקשה לחזור בה מההסדר, לנוכח מה שנראה בעינייה כחזרה מההסדר מצד המערער. בית המשפט לא אפשר את חזרת התביעה מההסדר, בנימוק כי דברי הסנגור אינם בגדר חזרה מההסדר, ואין לראות בהם בקשה להקלה מן המוסכם.

לאחר הבהרה זו ביקשו הצדדים לכבד את ההסדר.

בעיניי הגשת ערעור ההגנה על פסק הדין, ולמעשה על עמדתו של בית המשפט לכבד את ההסדר, חורגת מאותה אמירה של בית המשפט קמא. שהרי ממך נפשך: אם בית המשפט לא כיבד את בקשת התביעה, לחזור בה מההסדר, באמירה כי דברי הסנגור (שההסדר מחמיר) אינם מהווים

בקשה לחרוג מההסדר, הרי הגשת ערעור ההגנה לאחר שבית המשפט כיבד את ההסדר, היא חריגה מההסדר.

כאמור בראשית דבריי, הצעת חברי פותחת דיון הדורש חשיבה רבה. להלן אפרט רק מקצת הקשיים הנגלים על פניהם שעה שבוחנים את ההצעה האמורה, והם אינם היחידים.

חברי כב' השופט עצמון מציע, כי בית המשפט יברר את שיקולי הצדדים להגעה להסדר. המערכת המשפטית שלנו אמונה על השיטה האדברסרית. בירור שכזה מעביר את השופט "ממגרש השיפוט" למגרש החקירה, ואולי אף הייעוץ לצדדים. מדובר בשינוי הדורש מחשבה מעמיקה, האם אכן לכך פנינו.

אם בשלב ההבהרה שתיארתי לעיל היה בית המשפט קמא מבצע את אותו בירור המוצע, ומסקנתו הייתה כי ההסדר כלל אינו מחמיר, אלא אף מקל, מה אז? האם התביעה הייתה חוזרת בה מההסדר? יתכן ונמצא עצמנו בדרך זו חותרים תחת יסודות הסדרי הטיעון באשר הם.

חברי מצביע על קיום לכאורה של "פערי כוחות" בין התביעה לסנגוריה כהצדקה לבירור כזה ולאפשרות לסטות לקולא מהסדר מוסכם. "פערי הכוחות" בין ההגנה לתביעה, אם קיימים, לא מצדיקים את אותה "חקירה" שבית המשפט יתבקש לעשות בבירור עמדות והסברי הצדדים להסדר.

נזכור, כי בהסדרי טיעון מודה לעיתים קרובות נאשם בכתב אישום מתוקן. מה אם במסגרת ההסברים שיינתנו לבית המשפט תטען התביעה כי ההסדר מבוסס בין היתר על קשיים ראייתיים. ובית המשפט יוסיף ויבקש להוסיף ולברר מהם אותם קשיים? ולאחר קבלת הסבר יקבע כי אין קשיים שכאלה, משום שחומר הראיות שכבר הוצג בפניו מספיק להכרעה? האם אז לא פגענו בזכויות הנאשם? די לקרוא את הפרוטוקול אודות אשר אירע בדיון בבית המשפט קמא בתיק זה כדי להבין את גודל הקשיים.

משמעות עמדתו של חברי כב' השופט עצמון הינה אחת ויחידה. למעשה, ולאחר ניפוי כל הסייגים, סבור חברי כי הסגור לעולם יהיה רשאי לערער ולבקש הקלה מהסדר בעוד התביעה תהיה כבולה אליו.

גם אם עמדה זו נראית במבט ראשון כמקלה עם הסנגוריה, סופה להתנקם בנאשמים עצמם. מרגע שיוברר לתביעה כי ההסדר מחייב רק אותה ואילו הסגור אינו מנוע מלבקש מבית המשפט לחרוג מההסדר לקולא, והנאשם אף רשאי לערער על פס"ד שכיבד את ההסדר, הרי התביעה תימנע מלהגיע להסדרים ודווקא הנאשמים הם שיפגעו.

עוד תהייה אחת עולה בהקשר לכך, והיא בוודאי לא היחידה והאחרונה: למעשה אימוץ עמדת חברי כב' השופט עצמון משמעותה פשוטה: העונש המוסכם יהפוך "לתקרת הענישה" שביחס אליה יהיה הסגור רשאי לטעון ככל שיחפוץ, כאשר שיקול הדעת של בית המשפט כמעט לעולם יהיה חייב להיות חד צדדי – להקל עם הנאשם.

בכך אנו שוללים את שיקול הדעת מבית המשפט. בית המשפט הוא שמופקד על ההגנה על אינטרס הציבור. חובתו לבחון היטב אם הסדר הטיעון אינו סוטה לא לחומרא ולא לקולא מהעונש הסביר, תוך שהוא מביא בחשבון את עצם קיומו של הסדר הטיעון כ"רע הכרחי". בכל מקום בו הסטייה אינה קיצונית ובלתי סבירה, עליו לכבד את הסדרי הטיעון, ולהניח כי הצדדים אכן מיוצגים ייצוג מקצועי ראוי ומלא.

משכך, אין להקנות משקל מראש ל"עדיפות הכוחות של התביעה". לא בכדי מחויב בית המשפט קודם לאישור הסדר הטיעון להבהיר לנאשם הבהר היטב כי בית המשפט אינו מחויב לקבל את ההסדר. הבהרה זו הינה בגדר אות וסימן אזהרה לכל הצדדים, ובמיוחד לנאשם, לבחון את עמדתו שוב, קודם שיכריע בית המשפט בבקשה לכבד הסדר.

**גם תיאור השאלה העומדת בפני הנאשם "כצעד שלו משמעות של הפסד או סבל. לנאשמים העומדים בפני החלטה אם להסכים לעונש שהציעה התביעה או לנסות מזלם בטיעון בבית משפט יש ככל הנראה שיקולים, שניתן לנתחם לפי תורת הערך...".** תיאור זה אינו תואם לחלוטין את המציאות המוכרת לנו.

נזכיר כי מרבית הסדרי הטיעון שמוצגים בפני בית המשפט הינם הסדרי טיעון המגלמים בתוכם גם מחיקת סעיפים מכתב האישום המקורי. משכך, באותה פונקציה יש לשקול, לא רק את הסיכוי לקבלת עמדת התביעה ביחס לעונש, אלא גם הסיכון להרשעה בסעיפים נוספים, וכתוצאה מכך להחמרה נוספת בענישה.

קבלת עמדת חברי כב' השופט עצמון תביא לתוצאה אבסורדית. קודם יתדיינו הצדדים על מחיקת סעיפים כנגד הסכמה על ענישה. לאחר שיימחקו הסעיפים, כתב האישום יקבל צביון שונה ומקל. עתה יגיעו הצדדים לשלב הבא, בו יבקש הסנגור לסטות מההסדר. התוצאה האבסורדית זועקת לעין. שהרי כנגד מחיקת סעיפים ותיקון כתב תביעה הגיעו הצדדים לענישה מוסכמת, אך זו תחייב את התביעה בלבד! והרי זה המקרה שלפנינו. הנאשם הודה בכתב אישום מתוקן - ומסתמא גם מקל לעומת כתב האישום המקורי (ונזכיר כי התביעה ביקשה לחזור בה, ולחזור לכתב האישום המקורי וההגנה סירבה) - ועתה מבקש הסנגור לסטות מההסדר.

קשה עוד יותר המצב בו יגיעו הצדדים להסכמה על ענישה, ובבית המשפט בשעת הטיעון, יבקש הסנגור לסטות ממנה לקולא והתביעה תבקש לסטות ממנו לחומרא.

עמדתי על מקצת הקשיים המתעוררים מקבלת העמדה הבסיסית של חברי כב' השופט עצמון. דומני שקשיים שביישום העקרונות שמתווה חברי סא"ל עצמון ברורים ומובנים ודורשים חשיבה מעמיקה יותר קודם לאימוצם וקביעת מסמרות בעניין.

נשוב למקרה העומד לדיון :

הצדדים הציגו הסדר לאחר הודאה בכתב אישום מתוקן. הובהר בבית משפט קמא כי ההסדר מקובל, ואין בדעת הסנגור לבקש לסטות ממנו. בעיניי הגשת ערעור, לאחר הבהרה זו, עומדת בסתירה מוחלטת לעמדת הסנגוריה, כפי שהובהרה בבית משפט קמא, ואין להתיר אותה. הצגת ההסדר בפני בית המשפט אינה משחררת את בית המשפט מהחובה לבחון אם הסדר זה אינו סוטה מהמקובל. לעולם זו חובתו של בית המשפט כמגן על אינטרס הציבור.

בית המשפט בחן את ההסדר וברוב דעות קבע כי אינו סוטה מהסביר והחליט לכבדו. בעניין זה אני מסכים לחלוטין להנמקתו של כב' השופט סא"ל לקח בדבר תפקידו של בית משפט קמא ובדבר תפקידו שלנו כבית משפט לערעורים, לבחון משפטית אם שגה בית המשפט שעה שהחליט לכבד את הסדר הטיעון.

נזכיר עוד, כי בית המשפט לערעורים אינו מתערב בשיקול הדעת של בית משפט קמא, אלא אם יש בו חריגה של ממש ממדיניות הענישה הראויה. אמירה זו נכונה שבעתיים, שעה שבית המשפט כיבד הסדר טיעון שהצדדים הניחו בפניו במשותף. בהניחם את ההסדר בפניו, נמצאים הצדדים מצהירים מכללא, כי לעמדתם כיבוד ההסדר הוא היישום הנכון של הדין בבית המשפט.

בחנתי את פסק דינו של בית משפט קמא ומקובלים עלי דבריו של כב' השופט לקח שפסק הדין אינו חורג חריגה של ממש מהענישה הסבירה. בוודאי שלא מצאתי כל טעות של ממש המצדיקה התערבות בפסק דינו של בית המשפט קמא, שכיבד את רצון הצדדים.

על בית המשפט להקפיד קלה כבחמורה על זכויות הנאשם, אולם גם אינטרס הציבור ראוי להגנה ותפקידו של בית המשפט למנוע פגיעה של ממש באינטרס הציבור.

אוסף למעלה מהצורך, כי לו סברתי כי במקרה זה יש חריגה של ממש לעומת העונש הסביר, היה מקום להשיב את התיק לבית המשפט קמא ולהורות לו לשמוע את התיק על בסיס כתב האישום המקורי קודם לתיקונו, ולא להתערב רק בשאלת הענישה עצמה.

משכך אין מקום להתערבות שלנו, ועלינו להשאיר את פסק דינו של בית משפט קמא על כנו, כפי שהחליט כב' השופט לקח.

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט צ' לקח, ובניגוד לדעתו החולקת של השופט ר' עצמון.

**ניתן והודע היום, 11 בדצמבר 2013, ח' בטבת התשע"ד, בנוכחות המערער, ב"כ המערער והתוב"ץ.**

(-)

(-)

(-)



שופט

אב"ד

שופט

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

אריה נח 54678313-2537/12

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה