

שיפוט נוער – או שיפוט עבירותיו?

(הערוך על ע"פ 403/88 פלוני ואלמוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 570)

מאת

לסלי סבה **

האם קטין הנשפט על עבירה פלילית צריך להיענש בהתאם לחומרת העבירה שביצע או להיות מטופל בהתאם לנסיבותיו-הוא? בעניין זה נראה, כי המחוקק הישראלי הניח שיש מקום לעשות דיכוטומיזציה של אוכלוסיית הקטינים הנשפטים; שכן בבואו לחוקק את חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער) נקבעו שני מסלולים נפרדים. נוכח בית-המשפט כי הקטין ביצע את העבירה שבה נאשם, רשאי הוא להרשיעו ולגזור עליו את דינו¹. במקרה זה פתוחות לפני בית-המשפט לנוער אותן דרכי הענישה העומדות לרשותו של בית-המשפט רגיל בבואו לגזור את דינם של עבריינים בגירים, בכפיפות לסייגים מסוימים² ותוך הוספת אמצעי אחד – החזקתו של הקטין במעון נעול "במקום להטיל אליו מאסר"³. לעומת זאת, אם ירצה להימנע מהרשעתו ומענישתו של הקטין, רשאי בית-המשפט להסתפק באותה הקביעה כי ביצע את העבירה, ולנקוט אחד (או יותר) מה"אמצעים ודרכי הטיפול" המנויים בחוק⁴. מכך מתברר, כי אם נראה לבית-המשפט, לאחר שהובא בפניו מידע על הנאשם ועל נסיבות העבירה (יצוין כי כאשר מדובר בקטין, מוגש תסקיר מטעם קצין-מבחן בכל מקרה ומקרה, וזאת עוד בטרם בחר בין שני המסלולים⁵), כי המקרה שלפניו מתאים לתגובה טיפולית מצדה של המערכת – יעדיף את המסלול השני; ואם לא, יעדיף את המסלול ההרשעתי והענישתי⁶, באופן עקרוני נראה, כי המסלול הטיפולי הוא המתאים אם ברצונו של בית-המשפט להתחשב בראש-ובראשונה בנסיבות העברייני; ואילו

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** תודות נתונות ליאיר רונן, לענת שקולניקוב ולפרופ' דוד קרצמר על הערותיהם לגבי היבטים שונים של ההערה.

1 סעיף 24(1) לחוק הנוער.

2 כגון איסור על גירת עונש-מוות לגבי קטין כלשהו או על הטלת עונש-מאסר לגבי נער שגילו פחות מארבע-עשרה. ראה סעיף 25(ב) (ד) לחוק הנוער.

3 סעיף 25(א) לחוק.

4 ראה סעיף 24(2) וסעיף 26 לחוק הנוער.

5 ראה סעיף 22 לחוק הנוער.

6 למקרים פעוט-ערך קיים גם מסלול שלישי, היינו: האפשרות "לפטור את הקטין בלא צו" (ראה סעיף 24(3)). בסך-הכול ניתן להבחין בחמש גישות שונות לנוער עברייני במערכת המשפט הישראלי. ראה

L. Sebba, "Legalism versus Welfarism in Israel's Juvenile Justice System" 16 *Israel Law Rev.* (1981) 461-498.

כאשר מושם הרגש על תומרת העבירה, המסלול הענישתי הוא המתבקש – אם כי אין בהכרח מתאם מוחלט בין שני הממדים הללו (כלומר: התחשבות בעבריו – טיפול; והתחשבות בעבירה – עונש).⁷

אם חסרה בחוק הנחיה ברורה לגבי השאלה מתי יש להעדיף מסלול אחד על-פני משנהו, לפחות קיימת בו הבניה מסוימת של המסלולים, לאחר שנקבעה הבחירה העקרונית הזו; שכן לאחר שבחר בית-המשפט במסלול העדיף לו, כי או מצטמצמות האפשרויות העומדות לרשותו. אם בחר במסלול הטיפולי, שוב אין מקום לדרכי ענישה; ואילו אם בחר במסלול ההרשעתי-עונשי, אין כבר מקום לנקיטת צעדים טיפוליים מובהקים.⁸

לכאורה יש בהבניה זאת הקלה מסוימת על בתי-המשפט, המתבקשים למעשה לערוך סדר מסוים בקבלת החלטותיו בתחום הנדון. עם זאת, חופש-הפעולה שלהם עודנו גדול. לא זו בלבד שאין מגבלה פורמלית כאשר לבחירת המסלול הנראה להם עדיף, אלא שגם לאחר בחירה זו קיימת גמישות רבה בתוך כל אחד מן המסלולים. נראה כי המגבלה היחידה היא שתהיה עקביות מסוימת בין ההחלטה העקרונית – ענישה או טיפול – ובין ההחלטה הספציפית שבאה בעקבותיה, שבו נבחר העונש או הטיפול המסוים המתאים למקרה.

ואולם פסק-הדין שלפנינו מראה כי בבואם לעסוק בסוגייה זו הרצופה לבטים, אין בתי-המשפט תמיד שלמים אפילו עם מידה זו של עקביות; שכן השאיפה להתאים את הסנקציה לנסיבות האישיות של הנאשם נוטה לעתים לגבור גם במקרים שבהם בית-המשפט קבע באופן עקרוני כי חומרת העבירה היא הצריכה לקבוע את אופי הסנקציה, היינו: במקרים שבהם בחר בית-המשפט במסלול ההרשעתי-עונשי. במקרה כזה המסגרת התחקיתית שתוארה לעיל עומדת כמכשול בפני השגת היעד: משבחר בית-המשפט במסלול העונשי, אמצעי הטיפול השונים שוב אינם בסמכותו. האתגר העומד לנגד עיניו של בית-המשפט במקרה זה הוא למנוע מן המכשול האמור להוות מחסום; וכך היה במקרה הנוכחי.

7 ניתן להצביע על ביטויים שונים לכך שאין התאמה מוחלטת בין הציר עבריו-עבירה לבין הציר טיפול-עונש. ראשית, ההתחשבות באישיות של העבריו יכולה לפעול בכיוון ההחמרה, כגון במקרה של פסיכופט או עבריו מועד שביית-המשפט מבקש לכרז מן החברה לתקופה ממושכת כאמצעות מערכת-הענישה (השווה D.A. Thomas, *Principles of Sentencing* [London, 2nd ed., 1979] chap. 2). שנית, ייתכן שמעשה העבירה כה פשוט, שביית-המשפט מבקש להימנע מענישה (ואף מהרשעה) דווקא בשל אופי העבירה (אך במקרה זה התגובה ההולמת בהקשר של שיפוט הנזער תהיה "המסלול השלישי" שהוזכר בהערה הקודמת, ולא-דווקא דרך טיפולית ממש). שלישית, עצם ההבחנה בין ענישה לטיפול אינה חד-משמעית, שכן המען הנעול מסווג כמפורש הן כדרך ענישה על-פי סעיף 25 לחוק הנזער הן כדרך טיפול על-פי סעיף 26 לחוק הנזער; ואילו צו מבחן וקנס, המופיעים ברשימת הטיפולים שבסעיף 26 לחוק, יכולים להיקבע גם כעונשים לאחר ההרשעה (ראה א' שרון, נזער בפלילים [הוצאת "חמר", 1990] פרק יח. יתירה מזו: המען הנעול כסווג גם כאמצעי טיפול עבור "נוקדים" כהתאם לחוק הנזער (טיפול השגחה), חש"ך-1960). ולבסוף, עדיין אוחזים בתקנה כי המאסר – אמצעי ענישתי מובהק – יתרום גם לשיקום העבריו; בע"פ 1316/90 פלוני ואלמוני נ' מדינת ישראל (שתמציתו פורסמה בתפ"ד לה 383) סירב בית-המשפט העליון להמיר עונש-מאסר במען נעול בהתחשב בתומרת העבירה ("אונס אכזרי וברוטלי"), אך הביע תקווה כי "גם כתנאי מאסר יימשכו מאמצי החינוך והשיקום המופעלים כלפי המעצרים".

8 וזאת בכפופות לחפיפה ברשימת העונשים וברשימת הטיפולים שצוינה בהערה הקודמת.

פרשת העבירה – כפי שהוצגה בפסק-דינו של בית-המשפט העליון – היתה חמורה למדי. שני הנאשמים, פלוני ואלמוני, נאשמו בשוד של אדם זקן ועיוור, שעמד לקבל את קצבת הביטוח הלאומי. הנאשמים הועמדו לדין בפני בית-המשפט המתווז, בשבתו כבית-המשפט לנוער, כפי שמתחייב מסעיף 3 לחוק הנוער⁹.

מתוך שני המסלולים שתוארו לעיל (הרשעה ועונש לעומת טיפול), בחר בית-המשפט להרשיע את הנאשמים ולהטיל עליהם עונשים. על פלוני הוטל עונש מאסר לתקופה של עשרים חודש, "מתוכם שמונה חודשים בניכוי אחד-עשר ימי מעצר, לריצוי בפועל במעון נעול, והיתרה על-תנאי"; ואילו על אלמוני הוטל מאסר לתקופה של שלוש שנים, "מתוכן שנה וחצי לריצוי בפועל במעון נעול (בניכוי אחד-עשר ימי מעצר) והיתרה על-תנאי"¹⁰. שני הנאשמים חויבו גם לשלם פיצויים למתלונן, ואילו אלמוני נפסל מלהחזיק רשיון-נהיגה לתקופה של שלוש שנים (נראה כי העונשים הכבדים יותר שהוטלו על אלמוני בהשוואה לפלוני – תקופת-מאסר ארוכה יותר וכן פסילה מלנהוג – נבעו מכך ש"העונשים שהוטלו על אלמוני מתייחסים גם לעבירות נוספות של שימוש ברכב, התפרצויות ותקיפה הגורמת חבלה של ממש, עבירות שצורפו לאישום, ובביצוען הורה המערער"¹¹; וזאת על-אף שאלמוני היה צעיר מפלוני בשנה)¹².

הערעור שהוגש לבית-המשפט העליון התבסס על כך, כי אין סמכות לבית-המשפט – לאחר שהרשיע את הקטין – לגזור מאסר "לריצוי במעון נעול", אלא (על-פי סעיף 25 לחוק הנוער) עליו לבחור בין מאסר לבין מעון נעול; ולטענה זו הסכימה המדינה¹³. כן ביקשו המערערים לבטל את ההרשעה ובמקום זאת להשתמש במסלול החלופי, היינו: לצוות על אחת מדרכי הטיפול המנויות בסעיף 26 לחוק.

בית-המשפט העליון קיבל את הטענה באשר לאי-חוקיותו של העונש שהוטל על-ידי בית-המשפט המתווז, אך דחה את בקשתם של המערערים להחליף את ההרשעה והעונש ב"דרך טיפולית". לדברי בית-המשפט, "המעשה כוצע באלמנות ולכאורה הוא מחייב תגובה עונשית מרתיעה על-ידי בית-המשפט"¹⁴. מאחר שכאמור, בית-המשפט העליון היה בדעה כי בית-המשפט דלמטה לא היה רשאי להטיל "מאסר במעון נעול", ולכן, בהתחשב בנסיבות, היה מקום להטיל עליהם במקום עונש מאסר החזקה במעון נעול. התקופה שנקבעה לשם כך על-ידי

9 מאז קיום המשפט הוסמך בית-המשפט השלום לנוער לדרך בכמעט כל עכירה שבה נאשם קטין – לרבות העכירה הנדונה במקרה הנוכחי; ראה צו הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (הסמכת בית-המשפט שלום לנוער לדרך קטנים על פשעים), החש"ן-1990.

10 פלוני ואלמוני, שם, עמ' 570-571.

11 שם, עמ' 571, ליד האות א.

12 השווה שם, עמ' 570, ליד האות ז.

13 נראה כי בפועל השילוב (הפסול להלכה) בין מאסר למעון היה מקובל על-ידי בתי-המשפט לנוער; ראה א' שרון, נוער בפלילים, שם, 454. אך באחרונה אישר בית-המשפט העליון שוב את העדר סמכותה לצוות על ריצוי מאסר במעון נעול; ראה ע"פ 1316/90 פלוני ואלמוני נ' מדינת ישראל (לעיל, הערה 7). אשר לדרך החוקית להגיע לתוצאה דומה, ראה להלן.

14 פלוני נ' אלמוני, שם, עמ' 571, ליד האות ד.

בית-המשפט המחוזי בודאי איננה ארוכה מדי¹⁵. כלומר: בית-המשפט ציווה על שהות במעון נעול לתקופה השווה לתקופת-המאסר שנקבעה בבית-המשפט המחוזי, ובכך הגיע למעשה לתוצאה דומה בעיקרה לזו של הערכאה הנמוכה יותר, שציוותה, כזכור, כי תקופת-המאסר תיעשה במעון נעול.

מסתבר, לפחות לכאורה, כי בית-המשפט העליון נקט עמדה ברורה למדי באשר לברירה העקרונית העומדת בפניו בתיהמשפט לנוער. מתוך הקטע המצוטט נראה, כי בית-המשפט זה בחר באופן חד-משמעי במסלול העונשי – כפי שעשה למעשה גם בית-המשפט המחוזי; ואילו בתוך המסלול העונשי בחר בית-המשפט העליון (בניגוד לבית-המשפט המחוזי) באורח חד-משמעי בעונש המעון הנעול.

ואולם החד-משמעויות הזו לא אפיינה את המשך פסק-הדין¹⁶ של בית-המשפט העליון; שכן מתוך התסקירים שנעשו על-ידי שירות-המבחן התברר לו, כי לשני המערערים היו נסיבות מיוחדות שהצדיקו סטייה כלשהי מן העונש שנקבע כעונש הראוי. כתוצאה מכך חל כרסום משמעותי בעמדה הנחרצת-לכאורה שנקט בית-המשפט מלכתחילה. כדי להגיע לתוצאות שנראו רצויות יותר לאור הנסיבות שהוכרו בפניו, אימץ בית-המשפט דרכים הרצופות בעיות וא-נומליות, הן מבחינת מבנה פסק-הדין והן מבחינת תוכנו המהותי. בכך יש כדי להצביע על הקשיים העומדים בפני בית-המשפט בבואו לגבש מדיניות ענישה (או טיפול) כלפי קטינים.

אשר לפלוני, התברר שתוך שבועות אחדים ממועד הדיון בפני בית-המשפט העליון היה עליו להתייצב בפני שלטונות צה"ל לקראת האפשרות של גיוס, כאשר התקיימה "הסתברות גבוהה ששלטונות הצבא אמנם יגייסו אותו לצה"ל, לאור תוצאות הערעור"¹⁷. (כנראה המילים האחרונות כווננו לכך, כי צה"ל עשוי לגייס את פלוני אם העונש המוטל אליו מאפשר זאת.) מכאן ביקש שירות-המבחן להמיר את "תקופת המאסר במעון נעול" (אותו העונש החריג שהוטל על-ידי בית-המשפט המחוזי) במאסר על-תנאי וכן המליץ להפנותו לעבודה לתועלת הציבור¹⁸.

בית-המשפט העליון השתכנע, כי "בעיקרון" יש לקבל את חלקה הראשון של ההמלצה¹⁹, כלומר: להמיר את העונש שכבר הוחלף על-ידו מ"מאסר במעון נעול" למעון נעול גרידא – למאסר על-תנאי; וזאת כדי לאפשר לנאשם להתגייס לצה"ל. אולם מאחר שטרם נודע באופן סופי אם אמנם יגויס, נקבע כי "אנו דוחים את שמיעת הערעור במה שנוגע לחלק זה של גזר הדין המתייחס אליו לתאריך שייקבע..."²⁰. לבסוף, באותו התאריך שצוין בהחלטה כמועד התייצבותו של פלוני לצה"ל, נתכנס בית-המשפט פעם נוספת ו"לאחר שהוברר שהמערער פלוני יגויס

15 שם, שם.

16 או "החלטה", כפי שכונתה. ראה להלן.

17 שם, עמ' 571, ליד האות ה.

18 שם, ליד האות ו.

19 מכך משתמע, כי בית-המשפט העליון לא מצא לנכון להטיל על פלוני "עבודה לתועלת הציבור" (הכוונה היתה כנראה לשירות לתועלת הציבור, על-פי סימן 17 שבפרק 1 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ולא לנשיאת מאסר בעבודת-שירות על-פי סימן 10 לפרק זה, המוגבל למקרים שבהם הוטל מאסר בפועל). ואכן, תמוה כי שירות-המבחן המליץ על סנקציה זו לגבי נער שעמד להתגייס.

20 פלוני ואלמוני, שם, עמ' 571, ליד האות ו.

היום, אנו קובעים, שבמקום יתרת עונשו של פלוני, העודפת על העונש שויצח, יכול מאסר על-תנאי...²¹ כלומר: בשל הסיכויים השיקומיים הטמונים בגיוסו של הנאשם לצה"ל שינה בית-המשפט את הסנקציה שעל-פי דבריו בישיבתו הקודמת היה מקום להטילה, וקבע סנקציה אחרת שתאפשר את הגיוס.

בחלק זה של פסק-דינו של בית-המשפט העליון, המתייחס למערער פלוני, אין פגם משפטי של ממש. ואולם אין ספק שהוא מלווה היבטים פרוצדורליים יוצאי-דופן: הרי לבית-המשפט אין סמכות לגזור את דינו על נאשם ולהזליפו במועד מאוחר יותר (אם כי מופקדות בידיו סמכויות לשנות צו טיפולי, אם נתבקש לכך)²². לכן בחר בית-המשפט לכנות²³ בשם "החלטה" את כל קביעותיו המפורטות שנסקרו לעיל באשר לשני המערערים; ואילו התוספת הקצרה שניתוספה לאחר-מכן, שבה נקבע כי אכן מתקבל המערער הראשון לצבא, ועל-כן יש להמיר את עונשו למאסר על-תנאי – כונתה "פסק-דין"²⁴.

מעבר לחריג הפרוצדורלי האמור ישנה בטכניקה שאומצה משום אנומליה; שהרי כדי לאפשר לנאשם להתגייס לצבא למען שיקומו הוחלט להמיר את עונש המעון הנעול, שהוטל מלכתחילה, במאסר על-תנאי. האנומליה היא בכך שכדי לאפשר את שיקומו של המערער הוטלה סנקציה שמבחינות מסוימות חמורה מן הסנקציה המקורית – אף אם היא רצויה יותר מבחינת הנאשם. הרי מאסר על-תנאי הוא סנקציה עונשית מובהקת, שאינה נמנית עם דרכי הטיפול שניתן לקבוצ לקטין על-פי סעיף 26 לחוק הנוער. ניתן להתייחס למאסר על-תנאי כסוג של מאסר שביצעו נדחה²⁵; ואף כי אין הוראה המגבילה את השימוש במאסר על-תנאי למקרים שבהם הנאשם היה ראוי בנסיבות המקרה למאסר בפועל²⁶, בכל-זאת "מן הראוי שיוטל רק במקרים שבהם סבור השופט, כי מאסר בפועל יהיה עונש מתאים אם יופר התנאי"²⁷. לעומתו, המעון הנעול אמנם נתוסף לרשימת העונשים שרשאי בית-המשפט לנוער להטיל על קטין שהורשע בדין על-פי סעיף 24 לחוק הנוער, אך הוא גם נחשב כדרך טיפול על-פי סעיף 26 לאותו חוק. כדי להגשים איפוא יעד שיקומי (היינו: לאפשר לנאשם להתגייס), הומרה סנקציה מעין-טיפולית בסנקציה עונשית טהורה.

- 21 שם, עמ' 572, ליד האות ו.
- 22 ראה סעיפים 30, 31 ו-33 לחוק הנוער. על הצעה להרחיב סמכויות אלו, גם במקרים מסוימים של ענישה ראה להלן.
- 23 שם, עמ' 571, ליד האות ז.
- 24 ניתן לטעון, כי אכן יש לקרוא את קביעותיו האופרטיביות של בית-המשפט בענין העונש הטיפולי "החלטות", וזאת בהתאם לסעיף 24 של חוק הנוער. אך במקרה זה אין מקום לשלב נוסף הקרוי "פסק-דין". אשר לפרקטיקה של בית-המשפט בענין דחיית החלטותיו בתחום העונש ראה א' שרון (לעיל, הערה 13), 295-296.
- 25 ראה לשונו של סעיף 52(א) לחוק העונשין, חשל"ז-1977. ראה גם דברי ש' אגרנט בחוק: "דפיקן (עורך), דרכי ענישה בישראל, (פרסומי המכון לקרימינולוגיה, 1963) 16. והשווה L. Sebba, "Penal Reform and Court Practice, The Case of the Suspended Sentence", in: I. Drapkin (ed.), *Studies in Criminology* (Jerusalem, 1969) 133, 165.
- 26 ראה א' אנקר, מאסר על תנאי (אוניברסיטת בר-אילן, תשמ"א-1981), 68.
- 27 שם, עמ' 64.

אם בפיתרון שאומץ על-ידי בית-המשפט לגבי פלוני יש משום אנומליה, אין ספק כי פתורנו לגבי אלמוני רצוף בעיות מהותיות יותר. ראשית, נציין את הנסיבות המיוחדות שהביאו את בית-המשפט במקרה זה לשנות את עמדתו העקרונית כפי שקבע מלכתחילה, שלפיה נקבע, כזכור, כי התגובה ההולמת גם במקרה זה היא הרשעה וריצוי עונש במעון נעול.

הנסיבות המיוחדות במקרה זה הוצגו על-ידי בית-המשפט באלו הדברים:

לפי התסקירים של שירות המבחן נתברר, שהמערער השני נמצא כעת בהוסטל הירושלמי 'בית עלם', ולאחר שנמצא מתאים להתגורר בו, הסתגלותו לדרישות המסגרת האמורה היא מהירה ומוצלחת. התסקיר מציין, שמערער זה מצטייר כדמות חיובית, תורם למסגרת שבה הוא נמצא, והתרשמותו של שירות המבחן היא, שהוא מתחרט על מעשיו באמת ובתמים ושהוא רוצה לשנות את דרכו²⁸.

ומה היו המסקנות האופרטיביות שהסיק בית-המשפט מן הצורך – או לפחות מן הרצון מצדו – להתחשב בנסיבות אלו? ברי כי חבל היה לבית-המשפט להוציא את המערער אלמוני מן המעון (הבלתי-נעול), שבו נמצא בדרך לשיקום, ולהעבירו למעון נעול. ואולם במקרה זה קבע בית-המשפט שאין מקום שהוא עצמו יפתור את הבעיה. שכן "מאחר שהחלטנו, שהמערער השני ירצה את עונשו במעון נעול ולא במאסר, אין עוד מקום להתערבותנו" – אם כי לא ברור במה נבדל מבחינה זו המקרה הנדון מן המקרה של פלוני, שגם לגביו הוחלט כי שהוא במעון נעול היא העונש המתאים, ובכל-זאת "התערב" בית-המשפט והמיר עונש זה במאסר על-תנאי. מכל-מקום, במקרה של אלמוני מצא בית-המשפט דרך אחרת למנוע את התוצאה הבלתי-רצויה הצפויה מהחלטתו המקורית, היינו: העברת הנאשם למעון הנעול תוך פגיעה אפשרית בשיקומו. וזו הדרך שהוצעה על-ידי בית-המשפט להגשמת היעד:

...אנו מפנים תשומת לבן של הרשויות להוראות סעיף 31(א) לחוק... שעל-פיו רשאי הממונה על המעונות להעביר קטין מהמעון הנעול ולהחזיקו במעון, והממונה אמנם יוכל להורות על החזקתו של המערער השני בהוסטל האמור, אם ימצא זאת לנכון. החלטתו תינתן תוך 15 ימים מהיום ובינתיים ישאר מערער זה בהוסטל, שבו הוא נמצא כעת²⁹.

(כפועל נענה הממונה ל"רמיזה" זו של בית-המשפט העליון, ואלמוני אכן נשאר בהוסטל הבלתי-נעול³⁰).

פיתרון זה נראה בעייתי בשל ניסוחו של סעיף 31(א) לחוק הנוער, שעליו הסתמך בית-המשפט בהפנייתו לממונה על המעונות, הקובע כדלקמן:

28 שם, עמ' 572, ליד האות א.

29 שם, שם.

30 כך נמסר לי על-ידי הרשויות הנוגעות בדבר.

ציווה בית-משפט לנוער על החזקת קטין במעון נעול, רשאי הממונה על המעונות להעביר את הקטין מהמעון הנעול ולהחזיקו במעון, ובלבד שהקטין הוחזק במעון נעול במשך תקופה סבירה וקיימות נסיבות המצדיקות את העברתו כאמור.

אם כן, תנאי מוקדם להפעלת הסמכות הנ"ל הוא ש"הקטין הוחזק במעון נעול במשך תקופה סבירה...". לא זו בלבד שניתן לעורר ספק, אם 15 הימים שקבע בית-המשפט העליון כתקופה שאחריה הוטל על הממונה להפעיל את שיקול דעתו באשר להעברת הנאשם למעון שאינו נעול, הם אכן "תקופה סבירה" לצורך זה – בהתחשב בתקופה של שנה-יוחצי שנגזר עליו לשהות במעון הנעול; אלא שלמעשה גם תקופה קצרה זו שהה הנאשם, על-פי פסק-דינו של בית-המשפט, במעון הבלתי-נעול שבו נמצא בעת הדיון ("ובינתיים יישאר מערער זה בהוסטל..."). כלומר: המערער אלמוני כלל לא הוחזק במעון נעול ולא נתמלא איפוא התנאי של החוקה לתקופה סבירה, כאמור בסעיף 31(א). מכאן שלא היתה סמכות לממונה על המעונות ל"העבירו" וממילא לא היה מקום שבית-המשפט יציע לו לשקול זאת. שנית, נראה כי אין זה מתפקידו של בית-המשפט ליזום הליך מסוג זה מטעם הממונה על המעונות. הרי הסמכויות המצוינות בסעיפים 30 ואילך של חוק הנוער, העוסקים בהחלפת הטיפול ובהארכתו, נועדו לספק פתרונות למצבים שבהם חלו שינויים במצבו של הקטין או בנסיבותיו, ויש מקום למתן או לשנות את הצו המקורי³¹ ולא לסייע לבית-המשפט בשלב של קביעת העונש המקורי. בכך יש גם לגרוע משיקול דעתו העצמאי של הממונה על המעונות, השואב את סמכויותיו מן החוק³². קביעתו של בית-המשפט העליון, כי הממונה "יוכל להורות על החזקתו של המערער השני בהוסטל האמור, אם ימצא זאת לנכון..." לא הותירה לממונה את החופש המירבי המעוגן בחוק להפעיל את שיקוליו המקצועיים כיאות, מה גם שנצטווה להגיע להחלטה תוך 15 ימים³³.

מעבר לבעיה המשפטית המהותית בפיתרון שאומץ על-ידי בית-המשפט טמונים בכך שני פרדוקסים: הפרדוקס הראשון קשור למגבלה התחקיקתית שנעקפה על-ידי בית-המשפט, היינו: "התקופה הסבירה" של שהות במעון הנעול המתחייבת בטרם תופעל סמכותו של הממונה על המעונות להעביר את החוסה למעון בלתי-נעול, כפי שצוינה בסעיף 31(א) לחוק הנוער. מגבלה זו הוכנסה לחוק כדי לשלול מן הממונה על המעונות את הסמכות להעביר חוסה ממעון נעול למעון פתוח מיד לאחר שבית-המשפט הטיל עליו לשהות במעון נעול דווקא, אף אם נוצרו "נסיבות מצדיקות" להעברה זו (תנאי נוסף המופיע בסעיף האמור); שכן העברה

31 סמכויות אלו תואמות את ההשקפה השיקומית המאפיינת את מרבית סעיפי החוק, אם כי בחלקן מתייחסות למעון הנעול שנקבע גם במסגרת סעיף 25 העונשי.

32 אין המקרה משול לביקורת השיפוטית של בית-המשפט הגבוה לצדק, המוסמך לכוון את הרשות המנהלית לאחר שזו האחרונה דנה בעניין ומגיעה להחלטה תמוהה (השווה בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1; והרי גם הבג"צ אינו נוטה להתערב בטרם נדון הגושא על-ידי הרשות המוסמכת (בג"צ 325/85 מיערי נ' י"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 122).

33 זאת לאחר שבית-המשפט קבע, כי "אין עוד מקום להתערבותנו" (ראה לעיל).

כזו עלולה היתה לפגוע בכבודו של בית-המשפט ולעשות פלסטר את החלטתו השקולה³⁴. ואילו במקרה הנוכחי, במקום שייפגע כבודו של בית-המשפט מפעולתו של הממונה, נראה כי הן המגבלה של המחוקק והן מעמדו של הממונה נפגמו על-ידי קביעתו של בית-המשפט, שבהוראותיו לממונה על המעונות היה בכדי לצמצם – אם לא לשלול לחלוטין – את מידת שיקול הדעת שלהלכה הופקדה בידיו.

הפרדוקס השני הטמון בהחלטתו של בית-המשפט במקרה זה קשור ליחס שבינו לבין בית-המשפט המחוזי. החלטתו של בית-המשפט המחוזי שונה בראש-ובראשונה בהיותה מוטעית, בכך שהוטל על שני המערערים תקופות-מאסר "לריצוי במעון נעול" – סנקציה שאין בסמכותו של בית-המשפט להורות עליה – אם כי ניתן היה להגיע לתוצאה דומה בדרכים שונות³⁵.

34 המגבלה האמורה לא הופיעה בהצעת החוק המקורית: ראה סעיף 31(א) להצעת חוק הנער (שפיטה, ענישה דרכי טיפול), תשכ"ט-1969 (הצ"ח 825 תשכ"ט 161, 170). ראה גם א' סבה, "הצעת חוק הנער (שפיטה, ענישה דרכי טיפול)", תשכ"ט-1969 משפטים ב (1970) 388, 409-408.

35 דרך אחת היא, כמובן, לצוות על מעון נעול במקום מאסר. דרך שנייה מעוגנת בחקיקה המנדטורית. על-פי סעיף 2 לתקנות בתי-הסוהר ובתי-הספר לתיקן עבריינים צעירים משנת 1932, "יכול הנציב של בתי-הסוהר להעביר כל אסיר זכר שלא מלאו לו שמונה עשרה שנה לבית ספר לתיקן עבריינים צעירים...". מסתבר, כי "הוראות אלו אינן מיושמות כיום, כך שאין מודעות לקיומן וכך השניר במבנה שירותי בתי הסוהר והרווחה..." (א' שרון [לעיל, הערה 13], 443); הקטע האחרון מכוון לכך כי המוסד הקולט, היינו: המעון, כפוף כיום למשרד-העבודה-הרווחה, כאשר בעת החקיקה הגיל בתי-הספר לתיקן עבריינים צעירים שקדם את המעון היה כפוף לשירות בתי-הסוהר. התקנות הגיל הוצאו בזמנו מכוח פקודת בתי-הסוהר, 1921 (ראה 1238, 1241 Drayton, Laws of Palestine III 2078; II). אין ספק, כי בעצם ביטול הפקודה האמורה אין כדי לירוקן מתוקפן את התקנות. ראה פקודת בתי-הסוהר, 1940, סעיף 70; פקודת בתי-הסוהר, 1946, סעיף 97; וחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, סעיף 23. יתר על כן: הגדרתם של בתי-הספר לתיקן עבריינים צעירים כ"מעונות" נקבעה במפורש בתקנות חסות הנער (מעונות), תשט"ו-1955, ומכאן שניתן להחיל תקנות שהתייחסו לבתי-ספר אלה גם על מעונות. הספק בדבר תוקפן של התקנות הללו יכול להתעורר רק מלשונן של סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תשי"ח-1948, שהשאיר בתוקפו את המשפט הקיים בכפפות "לשנינים הנוכעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". האם הקמת משרד-הסעד (ראו) וההפקדה בידיו את הטיפול במוסדות הנער העבריינים (השוה י' בן אור, בית המשפט לנער, [משרד הסעד, תשי"ז גה] היה כה כדי ליצור "שינוי", כאמור, ולבטל את ההוראה המסמיכה את שירות בתי-הסוהר (במקור – המפקח הכללי של המשטרה ושל בתי-הסוהר) להעביר אסירים צעירים למוסדות אלה? ייתכן שהחשובה לשאלה זו נעוצה גם בניסוחו ובמטרתו של סעיף החוק שמכוחו הותקנו התקנות, היינו: סעיף 12 לפקודת בתי-הסוהר, 1921. סעיף זה הסמיך את המפקח הכללי של המשטרה (באישור הנציב העליון) להתקין תקנות לצרכים רבים ומפורטים, וקשה לקבוע באורח חד-משמעי למען הקידום של איזה מן הצרכים הללו הותקנו התקנות הנדונות כאן. אם הותקנו לצורך "The transfer of prisoners from one kind of prison to another", על-פי סעיף קטן (2)(h) לסעיף 12, ניתן היה לטעון כי פג תוקפה של הסמכות להעביר קטינים מבתי-הסוהר לבתי-ספר לעבריינים צעירים, ברגע שחול מוסד זה האחרון להיות "סוג של בית-סוהר" (אם אכן כך היה לפני), היינו: כאשר הועברו מוסדות אלו לרשות-הסעד (ובהמשך הוגדרו מחדש כ"מעונות"). לעומת זאת, אם התקנות התבססו על סעיף קטן (א) (1) לסעיף המסמיך, שהתייחס ל-"securing the special treatment of prisoners whose habits of life make a difference of treatment requisite" – כי אז מושם הדגש דווקא על מעבר למשטר טיפולי, אשר ייתכן שלא מן הנמנע כי יהיה צורך לבצע דווקא מחוץ למסגרות העונשיות הטהורות; ואם לצורך זה הותקנה התקנה, כי אז לא יפגע תוקפן מהוצאתם של המוסדות לעבריינים צעירים מחוץ למערכת-הענישה (ואולם יצוין, כי בשנת 1936 – ולאחר התקנת התקנות האמורות – סוג הסעיף המסמיך בפקודת בתי-הסוהר למקרים שבהם זקן-השופטים מורה על "טיפול מיוחד" עבור האסיר: ראה 1936 Punishment of Offenders (Imprisonment) Ordinance. דין זה חל גם אם הותקנה התקנה מכוח סעיף קטן (2)(o) של סעיף 12, המתייחס ל-"any other matter".

ואולם תחת ההחלטה המוטעית קבע בית-המשפט סנקציה אחרת, שספק אם היא פחות מוטעית – היינו: שליחתו של קטין שהורשע למעון בלתי-נעול – או לפחות מתן הנחיה כמעט-מחייבת לממונה על המעונות לשקול זאת; שכן מעבר לחוסר-תקינות במתן הנחיה מעין זו, כפי שצוין לעיל, היתה למעשה התעלמות מוחלטת מן הדרישה החוקית של שהות "לתקופה סבירה" במעון נעול³⁶. כזכור, כמשך "תקופת-ההמתנה" של 15 יום, המשיך הנאשם לשהות במעון הבלתי-נעול, על-פי הוראתו של בית-המשפט.

כאמור לעיל, החוק הקיים מאלץ את בית-המשפט לבחור בין שני מסלולים, כאשר באחד מושם הדגש על חומרת העבירה, ובשני ההתייחסות היא לנאשם. מובן כי גם במקרה הנוכחי בית-המשפט יכול היה לפעול במסגרת זו. בעניין אלמוני, אם סבר בית-המשפט כי חומרת העבירה מחייבת מתן עדיפות למסלול העונשי, ובמסגרת זו מצא לנכון לקבוע מעון נעול כעונש המתאים – כי אז לא היה מקום "לסגת" מעונש זה בדרך עקיפה, אף אם העקיפה נתפשת כדרך משקמת. נראה כי המחוקק התכוון לכך, שאם חומרת העבירה היא השיקול הדומיננטי, שוב אין לתת עדיפות לשיקול השיקומי. לעומת זאת, אם בכל-זאת סבר בית-המשפט כי הנסיבות האישיות של הקטין (היינו: שהותו המוצלחת במעון בלתי-נעול טרם הדין) מחייבות – על-אף חומרת העבירה – לנקוט דרך טיפולית דווקא (לאמור: המשך שהותו באותו המעון), עליו היה להיות עקבי ולקבוע מלכתחילה דרך טיפולית, תוך הימנעות מהרשעת הנאשם³⁷.

המקרה של פלוני מסוכך יותר מבחינה זו, שכן בגורם הגיוס יש כדי לשבש את הבחירות המקובלות מבחינת המסגרות האפשריות שניתן להטילן על הקטין³⁸. נראה, כי במקרה הנוכחי עדיף היה לדחות את מתן פסק-הדין עד למועד שיתבהר

"requiring regulation". מכל-מקום, לא נראה לי כי יש לראות את התקנות הנדונות כמבוטלות מכוח סעיף 11 לפקודה הנ"ל, היינו: בשל הקמת משרד-הסעד והמסירה לידי את הטיפול בנער עבריין; שכן ניתוח זה היה גורם לכך כי מסירת הטיפול בנער עבריין מרשות ענישתית לרשות טיפולית (קרי: משרד-הסעד), כפי שנעשתה על-ידי המדינה החדשה מן הסתם לשם חיזוק הרעיון הטיפול-שיקומי, היחה בסופו של דבר מונעת צעד שתכליתו שיקומית-טיפולית דווקא, היינו: העברת קטינים מן המערכת העונשית למערכת הטיפולית. ולבסוף יש להעיר, כי נוסח יותר מעודכן של סמכות ההעברה הרצע במסגרת הצעת חוק הנער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 2), חש"ם-1979 (ראה להלן), אף הצעה זו טרם נחקלה.

36 בהוראה המנדטורית המקבילה באשר להעברה מבית-הסוהר לבית-הספר לחיך עבריינים צעירים (ראה הערה קודמת) לא צוינה תקופת-מינימום. מכאן, שאם בית-המשפט המחוזי היה מטיל עונש מאסר וממליץ בפני נציב בתי-הסוהר על ריצוי העונש במעון (השווה שרון, [לעיל, הערה 13], 443), הפגם היה פחות חמור מזה הטמון בהחלטתו של בית-המשפט העליון.

37 נראה, כי קיימת גם דרך חוקית לצוות על שהות במעון בלתי-נעול לאחר הרשעה, וזאת באמצעות צרמבתן הכפוף לתנאי כזה (אם הנאשם יסכים לכך): ראה שרון (לעיל, הערה 13), 459. בכך דוגמא נוספת של העדר הפרדה נקייה בין המסלול העונשי למסלול הטיפול. ראה לעיל, הערה 7.

38 מצד אחד, הגיוס לצבא נחשב כצעד שיקומי בהתפתחותו של הקטין, ומן הסתם עשוי להיות חלק מן השיקולים כאשר בחר בית-המשפט במסלול הטיפול. לעומת זאת, טידת הנוקשות ושליטת החירות הכרוכה בגיוס מעמידות את הצבא במישור עם מוסדות-הענישה הכבדים יותר (בלשון הסוציולוגים, בשני המקרים מדובר ב"מוסדות טוטליים").

מעמדו הצבאי של הנאשם, וזאת כדי למנוע את הצורך לגזור עונש מסוים (מעון נעול) ולאחר-מכן להמירו לעונש אחר (מאסר על-תנאי). לחילופין יש הטוענים, כי במקרה כזה ניתן לצוות על מעון נעול על-תנאי – פיתרון אידאלי במקרה כגון זה שלפנינו³⁹, אך הכסים המשפטי לכך נראה רעוע⁴⁰.

ולבסוף, ניתן היה לגזור את עונש המעון הנעול המיוחל ולהשאיר את ה"התער-בות" הנוספת לגורם שהוסמך לשם כך על-ידי המחוקק, היינו: ועדת-השחרורים. ועדה זו, שהוקמה על-פי סעיף 35 לחוק הנער, רשאית לצוות על שחרורו של קטין המוחזק במעון או במעון נעול אם עברה שנה מיום כניסתו; או אף לפני מועד זה, אם קיימים טעמים מיוחדים המצדיקים זאת...⁴¹. נראה כי נכונות הצבא לגייס את הקטין תוכל לשמש "טעם מיוחד" במסגרת הסעיף האמור. כמרכן קיימת אפשרות של התערבות מרשויות-החנינה, (אך ייתכן כי פיתרונות אלה האחרונים נתפשים כבלתי-מחאימים בשל הסיכוי שעצם הטלת עונש המעון היתה מרתיעה את שלטונות-הצבא מלגייס את הנאשם. כאמור, ההסדרים התחקיתיים הקיימים למעשה אינם ערוכים להתמודד עם הבעיה הספציפית הזאת, הטענה דיון מיוחד). מכל-מקום, בית-המשפט נמנע מלאמץ פיתרונות אלה, שהם "נקיים" יחסית מבחינה פרוצדורלית, והעדיף שלא לבחור באופן ישיר וחד-משמעי בסנקציה שתוטל הלכה למעשה, אלא להפגין אמביבלנטיות לאו-דווקא בשלב המקובל של הרהורים בטרם קיבל את החלטותיו, אלא בעצם ההחלטות שאימץ, על אופיין ההפכףכ⁴².

אם החלטותיהן הפורמליות של בתי-המשפט על שתי ערכאותיהם במקרה זה אינן עומדות בפני הביקורת המשפטית, הרי שהן משקפות מדיניות אשר האמביבלנטיות המאפיינת אותה היא מובנת ואף מתגלה כנורמות הקיימות והמוצעות בתחום שיפוט הנער בעולם כולו. המדיניות המסורתית שדגלה באופן חד-משמעי בהתאמת הסנקציה לצורכי הקטין בלבד זכתה לביקורת בשנים האחרונות בין משום שלא התחשבה בזכויות הקטין ל-"due process" ובין משום שלא הגנה די הצורך על הציבור מפני עבריינים צעירים אך מסוכנים⁴³.

כאמור, התוצאה היא מידה רבה של אמביבלנטיות במדיניות המוצעת כלפי נער עבריין. כך, למשל, בשנים האחרונות הוצעו בדיונים בינלאומיים תקנות מינימום

39 ראה שרון (לעיל, הערה 13), 456.

40 הטעון מחבסס על "הקשה" למאסר על-תנאי, כאשר התנאי אינו אלא מעין תוספת למאסר (שם), ואולם תוספת זו זוכה לסימן מיוחד בחוק העונשין, תשל"ז-1977, ואילו למעון על-תנאי אין זכר בחקיקה.

41 סעיף 36(א) לחוק הנער.

42 אופי זה בא לידי ביטוי גם בניגוד בין הלשון החד-משמעית של ה"החלטה", שלפיה "העניש המוטל על שני המערערים יהיה החזקה במעון נעול" (ראה פלוני ואלמוני [לעיל, הערה 7], 572, ליד האות ג), לבין המשך פסק-הדין, כאשר באופן מעשי אף אחד מהם לא חויב לבצע עונש כזה: הרי עונשו של המערער הראשון הומר (אמנם, לאחר שהות קצרה בסעון נעול) למאסר על-תנאי, ואילו המערער השני, כזכור, לא שהה במעון נעול אף יום אחד.

43 ראה B. Krisberg, I.M. Schwartz, P. Litsky & J. Austin, "The Watershed of Juvenile Justice Reform" 32 *Crime & Delinquency* (1986) 5-38; A. Morris & H. Giller, *Understanding Juvenile Justice* (London, 1987).

(ה"Beijing Rules) בנושא שיפוט הנוער – כללים שאושרו לבסוף על-ידי העצרת הכללית של האו"ם⁴⁴. בהתאם לתקנה מס' 5:

The juvenile justice system shall emphasize the well-being of the juvenile and shall ensure that any reaction to juvenile offenders shall always be in proportion to the circumstances of both the offenders and the offence.

תקנה זו מדגישה והן את טובת הקטין ("the well-being of the juvenile") והן את נסיבותיו של העבריין. בכך יש עקביות ומשתקפת המדיניות המסורתית של אינדיבידואליזציה.

ואולם במקביל לדגש שהושם על נסיבותיו של העבריין, צוינו גם נסיבותיה של העבירה. יתירה מזו: נאמר באורח מחייב וחד-משמעי, כי ה"תגובה" (היינו: העונש או הטיפול) "לעולם תהיה פרופורציונלית לנסיבות הן של העבריינים והן של העבירה". אין זה ברור כלל ועיקר איך ניתן להתאים את הסנקציה (וביחוד עד כדי פרופורציונליות) הן לעבריין⁴⁵ והן לעבירה; יש כאן סתירה מינימומית – ניסיון לאמץ באורח מוחלט שתי תפישות המנוגדות זו לזו.

אין להעלות על הדעת כי ניסוח זה הוא גילוי של חסר תשומת-לב. האמנה הבינלאומית לזכויות הילד, אשר – להבדיל מהתקנות לדוגמא שצוטטו לעיל – מהווה מסמך משפטי מחייב לגבי המדינות המאשרות אותה⁴⁶, מכילה גם היא ביטויים סותרים (כמו אלו שצוטטו לעיל) ומדיניות בלתי-ברורה בסוגיה שלפנינו⁴⁷; ומכאן כי האמביבלנטיות בנושא זה אינה מיוחדת לבתי-המשפט הישראליים. בקרב הגורמים העוסקים בסוגיית שיפוט הנוער קיים בדרך-כלל רצון עז להגשים שתי מטרות סותרות: (א) עשיית "צדק" במובן המקובל במדיניות הענישה, היינו: נהיגת מידה של פרופורציה בין העבירה לבין התגובה; ו-(ב) השאיפה ל"הצלת הילד"⁴⁸ באמצעות מדיניות של אינדיבידואליזציה. מטרות אלו סותרות זו את זו, ומתקשים להמציא מבנה משפטי שיאפשר את שילובן.

כאמור בתחילת הערות אלו, חוק הנוער מ-1971 אכן התיימר ליצור את המסגרת המיוחדת באמצעות שני המסלולים העיקריים שנקבעו בו – הרשעה וענישה,

44 ה"Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice" אומצו על-ידי העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1985.

45 ספק כלל אם חיתכן "פרופורציה לנסיבות העבריין". פרופורציה היא בדרך-כלל העיקרון המנחה לדונגלים במדיניות ענישה "קלסית", או ב"מודל הצדק". המבקשים לקבוע את חומרת העתש בהתאם לחומרת העבירה. ראה (A. von Hirsch, *Past or Future Crimes* (New Brunswick, 1985); השוואה ג' שהם וג' שביט, עבירות ועונשים בישראל (עם עובד, 1990) פרק שמיני, על ישום המודל בתחום משפט הנוער ראה, Barry C. Feld, "The Juvenile Court Meets the Principle of Offense — Punishment, Treatment, and the Difference It Makes" 68 *Boston University Law Review* (1988) 821-915.

46 מדינת ישראל נמנית עם המדינות הללו.

47 ראה סימן (4)40 U.N. Convention on the Rights of the Child, שאומץ על-ידי העצרת הכללית של האו"ם ב-1989 ונכנסה לתוקף בשנת 1990 (באחרונה אושרה גם על-ידי מדינת ישראל).

48 השוואה A. Platt, *The Child Savers* (Chicago, 1967).

מכאן, וקביעת דרכי טיפול, מכאן. ואולם המקרה שנדון בשורות אלו מצביע על נוקשות יתירה של המסגרת התחקית הקיימת – לפחות מבחינת תפישתם של השופטים המבקשים לפרצה (אם כי על-פי גישת ה"צדק", המחייבת אחדות בענישה, שיקול הדעת המופקד בידי בתי-המשפט בתחום זה רחב מדי)⁴⁹.

תחושה דומה בקרב הגורמים האחראים על הטיפול בנוער עבריין במשרד-העבודה והרווחה גרמה לכך, כי בשנת תש"ם הוצעה שורה של תיקונים לחוק האמור, שנועדו רובם ככולם "להגמיש" את מסגרת הטיפול⁵⁰. על-פי ההצעה, ניתנות סמכויות נוספות הן לשופטים והן לגורמים האחראים על מערכת הענישה והטיפול (בשירות בתי-הסוהר ובמערכת המעונות) להעביר קטינים ממסגרת עונשית/טיפולית אחת למשנה. כלומר: לאחר ההחלטה השיפוטית המקורית, שטיפול עדיין במסגרת הדיכטומית הקיימת, יוקל על המערכות הנוגעות בדבר לשנותה – גם תוך פריצת המחיצה בין שני המסלולים⁵¹.

ואולם נראה, כי גם הצעה זו לא תענה על שאיפותיו של בית-המשפט, אם שאיפות אלו אכן באו לידי ביטוי בפסק-הדין הנדון כאן: שכן המקרה מצביע, כאמור, על רצונו של בית-המשפט "לפרוץ" את המסגרת הדיכטומית כבר בעת התהוותה, היינו: בשלב של פסק-הדין המקורי.

אין זה אומר בהכרח כי רצוי לשנות את החוק כדי לאפשר את הגמישות שבית-המשפט שואף אליה, וזאת בשל כמה טעמים: ראשית, המתח בין מחוקק שבדעתו להכניס יותר עקביות והכנייה למדיניות-הענישה, לבין מערכת-שפיטה המבקשת להעניש על-פי נסיבות המקרה, הוא דפוס מתמיד⁵²; ואין הכרח כי המתקן ייכנס לרצונו של בית-המשפט בעניין זה⁵³. שנית, כפי שצוין לעיל, במקרה הקונקרטי ניתן היה למצוא פיתרונות גם במסגרת החוק הקיים, כך שגם מבחינה זו אין הכרח בשינוי. יתר על כן – וזהו הטעם השלישי – אין אנו יודעים באיזו מידה הקושי שבית-המשפט נתקל בו במקרה זה במציאת פיתרון הולם במסגרת החוק הקיים מהווה תופעה שכיחה כיום בבתי-המשפט לנוער.

49 השווה המקורות המצוינים לעיל, בהערה 45.

50 ראה הצעת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 2), תש"ם-1979. ההצעה נפלה בקריאה ראשונה, והוגשה מחדש. ראה הצ"ח 1429 תש"ם 83; והצ"ח 1435 תש"ם 110. באחרונה הופץ תוכנית-חוק חדש בעניין זה מטעם משרד-העבודה והרווחה.

51 ראה סעיף 4 להצעת החוק המוצעת, הבא להסמך את בית-המשפט להרשיע קטין שקודם נקבע לו אמצעי טיפול ללא הרשעה. לטעמו של מחבר שורות אלו, יש בתיקונים המוצעים הגברה יתירה של סמכויות המטפלים (והמענישים) תוך פגיעה בזכויות הקטין. ראה א"ל סבה, "הצעת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 2), תש"ם-1979" משפטים יא (1981) 322-367. וכדאי יש בכך גם התרחקות מן הנטייה הגוברת בעולם לשריץ את עיקרון הפרופורצייה בין מעשה לתגובה (השווה לעיל, הערה 1 ו-45).

52 יזכרו הוויכוחים שהתנהלו בקרב הקהילה המשפטית בארץ בשנים האחרונות סביב ההצעה לנוסח חדש של החלק הכללי של חוק העונשין (ראה שי' פלר ומ' קרמניצר, "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק העונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד (1984) 129), ובה הוראות המחייבות את בתי-המשפט בנושא הענישה. ולכסוף, ההצעה לא אומצה. לעומת זאת, בארצות-הברית בתי-המשפט מתחילים באחרונה לנזור את העונש על-פי "הנחיות" מועדה: ראה, למשל, ר' קנאי, "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעת בקביעת העונש" מחקר משפטי ה 263-234 (1986).

53 על המאבק בין המחוקק לבין הרשות השופטת בנושא עונשי מינימום ראה L. Sebba, "Minimum Sentences" 6 *Israel Law Review* (1971) 227-239.

עם זאת, מאחר שהדיכטומיה הקיימת, על שני שלביה, אינה לגמרי הגיונית⁵⁴, ניתן גם לשקול שינויים בחוק שיספקו פיתרונות נוחים יותר למקרים כמו זו שלפנינו. אפשרות אחת היא, כמובן, לבטל את ההבניה הקיימת בחוק הקיים ולנתק את ההחלטה בשאלה אם להרשיע את הנאשם – שאלה שמשמעותה כיום מצומצמת יחסית⁵⁵ – מן השאלה, איזה עונש, טיפול או אמצעי ייקבע לו. בכך תינתן אפשרות לבית-המשפט להרשיע קטין בהתחשב בחומרת העבירה ולקבוע בהמשך את הסנקציה המתאימה – לרבות האפשרות של סנקציה טיפולית – ללא הגבלה. ואולם נראה, כי המסר בתיקון מעין זה הוא יותר מדי בכיוון האינדיבידואליזציה, תוך כדי ביטול המרכיבים המינימליים של ההבניה (ומכאן, לאחידות) בהתייחסות השיפוטית לנוער עבריין.

אפשרות אחרת היא לתקן את סעיף 25 לחוק הנוער, הקובע את דרכי הענישה, ולהוסיף הוראה שתסמיך את בתי-המשפט בנסיכות מיוחדות גם לאחר הרשעה, לצוות על כל אחד מאמצעי הטיפול המנויים בסעיף 26 לחוק (ולאודיוקא להצטמצם למעון נעול, כפי שמתאפשר היום). זוהי "הצעת-ביניים", שיש בה כדי להוסיף גמישות נוספת למבנה הענישה-טיפול, מבלי לבטל כליל את ההבניה הקיימת. הקושי בקיטת לשון כזו הוא בהגדרת "הנסיכות המיוחדות", אך אין ספק כי הצפייה לגיוס לצבא עשרה ליפול במסגרת זו.

בטרם יתוקן החוק, מן הראוי, כאמור, לערוך מחקר כדי לעמוד על היקף "מצוקתם" של בתי-המשפט לנוער, כלומר: שכיחות המקרים שבהם נתקלים בקשיים בהגעה להחלטה הולמת במסגרת החוק הנוכחי. מן הראוי לשקול היטב את ההשלכות של בחירה במדיניות שבה מושם יותר דגש על גמישות (רווחה) לעומת בחירה במדיניות שבה הדגש הוא יותר על אחידות (ליגליזם)⁵⁶. אך הגיסיון הבינלאומי שהוכר לעיל מלמד על כך שצפוי קונסנסוס בעד המשך מדיניות אמביבלנטית, מה גם שמדינת ישראל מחויבת למדיניות זו מכוח הצטרפותה לאמנה הבינלאומית לזכויות הילד ואשרורה של אמנה זו.

ואולם במסגרת מדיניות זו אין זה רצוי כי האמביבלנטיות תתבטא בכך שבחוק ייקבע עיקרון כלשהו שיעקף על-ידי בית-המשפט, כפי שקרה במקרה הנדון כאן. רצוי יותר כי הפיתרונות המשולבים יזכו לגושפנקא מפורשת בחקיקה.

54 ראה לעיל, הערות 7 ו-37.

55 גם החלטותיו של בית-המשפט על-פי סעיף 26 לחוק, ללא הרשעה, רשומות במרשם הפלילי, לעומת זאת, גם אם יש הרשעה, גילוי מידע מתוך הרישום מוגבל יותר, ותקופות ההתיישנות קצרות יותר כשמדובר בקטינים. ראה סעיפים 2, 13 ו-14 לחוק המרשם הפלילי וחקנת השבים, התשמ"א-1981.

56 ראה Sebba (לעיל, הערה 6).