

הערת מערכת: הטלת מאסר עולם על קטינים – בחינה מחודשת לאור התפתחויות בחקר מוחם של בני נוער

מאת

איתן זרחיה*

כִּי יִהְיֶה לְאִישׁ בֶּן סוֹרֵר וּמוֹרֵה – אֵינָנו שֹׁמֵעַ
בְּקוֹל אָבִיו וּבְקוֹל אִמּוֹ, וְיִסְרוּ אוֹתוֹ וְלֹא יִשְׁמַע
אֲלֵיהֶם. וְתִפְשׂוּ בוֹ אָבִיו וְאִמּוֹ וְהוֹצִיאוּ אוֹתוֹ אֶל
זִקְנֵי עִירוֹ וְאֶל שַׁעַר מִקְמוֹ. וְאָמְרוּ אֶל זִקְנֵי
עִירוֹ: 'בְּנֵנוּ זֶה סוֹרֵר וּמוֹרֵה, אֵינָנו שֹׁמֵעַ בְּקוֹלָנוּ,
זוֹלֵל וְסָבָא!' וְרָגְמָהוּ כָּל אַנְשֵׁי עִירוֹ בְּאֲבָנִים
וּמָת וּבַעֲרָתָּ הָרַע מִקִּרְבְּךָ וְכָל יִשְׂרָאֵל יִשְׁמְעוּ
וְיֵרָאוּ (דברים כא 18–21).

מעמדם המיוחד של קטינים עוברי עבירה במשפט הפלילי זוכה להכרה נרחבת בעולם כולו, ובכלל זה גם במשפט הישראלי. לפיכך נהוג לייחס לקטינים אחריות פלילית מופחתת לעומת זו שמייחסים לאנשים בוגרים. עם זאת המשפט הישראלי מאפשר כיום להטיל על קטינים את העונש אשר בפועל הוא החמור ביותר בספר החוקים – מאסר עולם. הסדר זה אינו תאורטי בלבד אלא בא גם לידי ביטוי מעשי, כאשר בכמה מקרים בשנים האחרונות הוטל עונש זה על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה. בהערה זו אטען כי ההסדר בדין הפלילי הישראלי הנוגע להטלת מאסר עולם על קטינים, כפי שהוא כיום, אינו תואם את תכליות הענישה בדין הפלילי כפי שעוגנו בזמן האחרון בחוק העונשין. במסגרת זאת אתמקד בעיקר במחקרים מהעת האחרונה בפסיכולוגיה ובמדעי המוח אשר מצביעים על שוני ניכר בין מוחם של בני נוער לבין מוחם של אנשים בוגרים. שוני זה הביא לשינוי תפיסתי מסוים באשר לאחריותם הפלילית של בני נוער ברחבי העולם, ובהערה זו אנסה לבחון את משמעותם של הבדלים אלה להסדר הישראלי המאפשר הטלת מאסר עולם על קטינים. לבסוף אציע לבצע שינוי בדין הפלילי בישראל, שלפיו תוגבל האפשרות להטיל מאסר עולם על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה. כמו כן אדון בקצרה גם בבעיות הכלליות העולות מעונש מאסר עולם כפי שהוא נהוג בישראל, בעיות אשר באות לידי ביטוי גם כאשר העונש מוטל על אנשים בוגרים.

מבוא. א. רקע כללי. 1. מעמדם של קטינים במשפט הפלילי. 2. הרוצחים ועונשם. **ב. הטלת מאסר עולם על קטינים – הדין המצוי בישראל. ג. דיון בקשיים העולים מהדין המצוי.** 1. מידת אשמתם של ילדים ונוער. 2. המאפיינים הייחודיים של בני נוער לאור הדין הישראלי

* תלמיד שנה ג' לתואר בוגר במשפטים ולתואר מוסמך במנהל עסקים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, וחבר מערכת נא של כתב העת **משפטים**. ברצוני להודות למערכת כתב העת, ובמיוחד לעורכים גל דפדי ויחיאל אורן ולעורך המשנה מתניה רוזין, על עזרה רבה בתהליך הכתיבה ועל הערות והצעות מועילות ומלמדות.

בדבר הטלת מאסר עולם. ד. מאסר עולם לקטינים ברחבי העולם. 1. עמדת המשפט הבין-לאומי. 2. ארצות הברית. 3. צרפת ומדינות אירופה. ה. הצעות ליישום בדין הישראלי. ו. סיכום.

מבוא

במאה השנים האחרונות חלו תמורות ניכרות בדרכי הענישה הפלילית המתבטאות בעובדה שרוב מדינות העולם המערבי ביטלו את כל סוגי העונשים הגופניים, ובכללם עונש המוות. תמורות אלה לא פסחו על מדינת ישראל, וכמעט מייד עם קום המדינה בוטל עונש המלקות שהיה שריד לתקופת המנדט,¹ ושנים ספורות לאחר מכן בוטל עונש המוות על עבירת הרצח, ותחתיו הועמד עונש מאסר עולם. כמו כן כיום המשפט הפלילי ברוב מדינות העולם מכיר בהבדלים הניכרים בין ילדים ובני נוער לבין אנשים בוגרים, והכרה זו מוצאת גם את ביטוייה המעשי ביחסו המיוחד של המשפט לקטינים המעורבים בפלילים.

בשני העשורים האחרונים תפסה זו מקבלת חיזוק משמעותי בכמה וכמה מחקרים נירולוגיים והתנהגותיים שמצביעים על הבדלים בעלי חשיבות בין מוחם של בני נוער לבין מוחם של אנשים בוגרים. מחקרים אלה מסבירים במידה רבה את נטייתם של בני נוער לקחת סיכונים, את האימפולסיביות שלהם ואת הרגישות המוגברת שלהם להשפעות מהסביבה החברתית. מחקרים אלה מחזקים אפוא עוד יותר את התפיסה שלפיה ראוי לייחס לבני נוער אחריות מופחתת למעשיהם וכן את חשיבותה של תכלית השיקום בענישה בעניינם של בני נוער, בשל ההשפעה הגדולה שיש לסביבתם עליהם, אשר מאפשרת להם להשתנות ביתר קלות. נוסף על זה, מחקרים אלה היו נדבך חשוב בכמה וכמה פסקי דין של בית המשפט העליון של ארצות הברית שבהם הוגבלה במידה רבה סמכותם של בתי המשפט להטיל על קטינים את העונשים הכבדים ביותר.²

בהערה זו אדון בדין הישראלי המאפשר הטלת עונש מאסר עולם גם על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה. אטען כי בשל הממצאים שעלו בעשורים האחרונים באשר למידת התפתחותם של קטינים נדרש עיון מחדש בדין המצוי כיום. לפיכך אטען כי הטלת מאסר עולם על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה אינה עולה בקנה אחד עם תכליות הענישה שבבסיס המשפט הפלילי בישראל, הן בשל הקושי בהטלת העונש המקסימלי, אשר גם כך נשמר למקרים החמורים ביותר, על מי שאחריותו למעשיו פחותה ביחס לזו של נאשם רגיל, והן בשל מאפייניו הספציפיים של עונש מאסר עולם בישראל, אשר גם כשהוא מוטל על בגיר הוא נתון לביקורת רבה. לאור זאת, אציע כמה הצעות לשינוי הדין הקיים, שעניינן הגבלה כמעט מוחלטת של האפשרות להטיל מאסר עולם על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה.

בהערה זו אתמקד בעבירת הרצח אף על פי שקיימות עבירות נוספות המעמידות בצידן עונש מאסר עולם,³ מפני שמדובר בעבירה שנחשבת לפוגעת בערכים הבסיסיים ביותר של

1 חוק ביטול עונש מלקות, התש"י-1950.

2 ראו להלן פרק ג.1.

3 ראו למשל ס' 373(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

החברה ויוצרת סלידה חברתית עמוקה, ולכן הדיון המשפטי והציבורי מושא ההערה נסב בעיקר עליה. כמו כן אתמקד במערכת המשפט האזרחית ולא במערכת הצבאית. אומנם יש מקרים לא מעטים שבהם קטינים תושבי הגדה המערבית נידונו למאסר עולם (ואף לכמה מאסרי עולם) בבתי הדין הצבאיים בשל מעשי טרור שהם ביצעו,⁴ אולם מדובר בסוגיה סבוכה בפני עצמה שראוי לה שתידון בנפרד, ולא אדון בה במסגרת זו, אף שחלק מהטיעונים המהותיים שיובאו יכולים להתאים גם למקרים אלה.

בפרק הראשון יוצג רקע כללי הנוגע למעמדם של קטינים במשפט הפלילי בישראל וכן לעבירת הרצח ולעונש מאסר העולם לפי הדין הישראלי. בפרק השני יוצג הדין הנוהג בסוגיית עונש מאסר עולם לקטינים בישראל. בהמשך, בפרק השלישי, יוצגו הקשיים העולים מהדין הקיים אגב התייחסות למחקרים נירולוגיים והתנהגותיים מהשנים האחרונות שעסקו במאפייניהם המיוחדים של בני נוער. בפרק הרביעי יוצגו בקצרה הדין הנוהג בארצות הברית ובצרפת וכן עמדתו של המשפט הבין-לאומי בנושא. בפרק החמישי והאחרון יוצגו הצעות לשינוי הדין הקיים שעניינן הגבלה כמעט מוחלטת של האפשרות להטיל מאסר עולם על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה.

א. רקע כללי

1. מעמדם של קטינים במשפט הפלילי

תיקון 113 לחוק העונשין נועד לראשונה, בין השאר, להכווין את השופטים בבואם לגזור את דינם של נאשמים שהורשעו בביצוע עבירה.⁵ במסגרת תיקון זה עוגן "עקרון ההלימה" כעיקרון המנחה החשוב ביותר בענישה, ומשכך הוא מהווה את הבסיס לקביעת מתחם הענישה המתאים בהתחשב בנסיבות העבירה ובנסיבותיו האישיות של העבריין. לפי עיקרון זה, יש לוודא "קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו".⁶ במקרים חריגים ניתן לסטות ממתחם העונש ההולם שנקבע לפי האמור לעיל, לקולא (משיקולי שיקום) או לחומרא (משיקולי הגנה על שלום הציבור).⁷ מנגד, בשיקולי הרתעה ניתן להתחשב רק לצורך קביעת העונש הראוי בתוך מתחם הענישה.⁸

טרם חקיקתו של תיקון זה לא היו אמות מידה מסודרות וחד-משמעיות לקביעת גזר דינו של נאשם שהורשע. הפסיקה התייחסה לכמה תכליות בענישה: גמול, הרתעה, שיקום והרחקה מהחברה, אולם לא נקבעה הייררכייה כלשהי בין תכליות אלה.⁹ תיקון 113 לחוק העונשין מעגן בבירור את תכלית הגמול כעליונה ביחס לשאר תכליות הענישה, ובכך

4 ראו למשל ע' (ערעורים איו"ש) 1822/09 אבו דיה נ' התביעה הצבאית (נבו 28.6.2010).

5 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 102.

6 ס' 40 לחוק העונשין.

7 שם, ס' 40, דה.

8 שם, ס' 140, 140.

9 יורם רבין וניב ואקי דיני עונשין כרך ג 1444 (מהדורה שלישית, 2014).

לגזור את עונשו של נאשם, על בית המשפט לקבוע מתחם עונש הולם לפי תכלית זו.¹⁰ ממתחם זה, כאמור, ניתן לסטות במקרים חריגים בלבד. במילים אחרות, לפי המשפט הפלילי בישראל, אדם צריך להיענש בראש ובראשונה לפי מידת אשמו.

מקובל לחשוב שאחריותם של ילדים ובני נוער למעשיהם פחותה מזו של אנשים בוגרים.¹¹ המשפט הפלילי ברוב מדינות העולם המערבי מכיר בכך, ועל כן התייחסותו לנאשמים שהיו קטינים בעת ביצוע העבירה שונה מהתייחסותו לנאשמים בוגרים. לפיכך מדינות רבות קובעות רף קשיח של גיל אשר מתחתיו לא ניתן להטיל על אדם אחריות פלילית בשל מעשה שעשה (להלן: גיל האחריות הפלילית). עם זאת, ההסדרים הנוגעים לאחריות פלילית משתנים ממדינה למדינה, כאשר במדינות מסוימות אין כלל גיל כזה (או שהוא נמוך במיוחד), ובמדינות אחרות גיל האחריות הפלילית גבוה במיוחד.¹²

בישראל אין מוטלת אחריות פלילית על מי שלא מלאו לו שתיים-עשרה שנים ביום ביצוע העבירה.¹³ גם מעל לגיל זה הנאשמים נהנים מהסדרים מקילים, והאחריות הפלילית עולה בהדרגה עד ההגעה לגיל שמונה-עשרה.¹⁴ חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) הוא דבר החקיקה העיקרי המסדיר את הטיפול בעניינם של קטינים הנאשמים בעבירות.¹⁵ החוק קובע כמה וכמה הסדרים הנוגעים לנאשמים קטינים, החל במעצרים וכלה בהעמדתם לדין ובענישתם. הסעיף הראשון בחוק קובע עקרונות מנחים וכלליים הנוגעים ליחסו של המשפט הפלילי לקטינים, ולפיהם על בית המשפט לתת משקל ראוי לשיקומו של הקטין ולשילובו בחברה ולהתחשב בגילו של הקטין ובמידת בגרותו.¹⁶ החובה לתת משקל ראוי לשיקומו של הקטין עולה בקנה אחד עם התפיסה שזהו שיקול חשוב, ולעיתים אף החשוב ביותר, בענישת קטינים.¹⁷

נאשם שביצע עבירה בהיותו קטין יישפט בבית משפט לנוער, כמעט ללא יוצאים מן הכלל.¹⁸ מצב זה אינו מובן מאליה, שכן בכמה מדינות בעולם קיימת הפרקטיקה של שפיטת

10 שם, בעמ' 1447, ה"ש 129 (והמקור המצוטט שם).

11 אלי שרון **נוער בפלילים – שפיטה, דרכי טיפול וענישה** 17–18 (1998).

12 לימור עציוני **נוער במשפט הפלילי** 55 (2019). לסקירה עולמית ראו Child Rts. Int'l Network (2015) 16–20 *Inhuman Sentencing: Life Imprisonment of Children Around the World* (CRIN).

13 ס' 134 לחוק העונשין.

14 עציוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 57.

15 חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א–1971 (להלן: חוק הנוער).

16 ס' 1א(א) לחוק הנוער.

17 ראו עציוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 38–39. מעמדו של שיקול השיקום בענישת קטינים בישראל אינו חד-משמעי, ולעיתים שנוי במחלוקת. הייתה הצעה לקבוע בחוק הנוער כי בעניינם של קטינים לעקרון השיקום יינתן משקל מכריע, אולם הצעה זו נדחתה, ובסופו של דבר נקבע בחוק כי יש לתת לשיקולי השיקום "משקל ראוי". ואולם, נראה כי קיימת תמימות דעים בפסיקה ובספרות כי בעניינם של קטינים יש לתת לשיקום משקל מיוחד, גדול מהמשקל שניתן לו בעניינם של בגירים, בין השאר בשל סיכויי השיקום הגבוהים יותר של קטינים. להרחבה ראו שם, פרק 8.

18 ס' 3(א) לחוק הנוער. יש חריגים מעטים לכך, כגון מצב שבו הנאשם ביצע את העבירה בהיותו קטין, אולם ביום הגשת כתב האישום כבר מלאו לו 19 שנים. במקרה כזה לא יישפט הנאשם בבית משפט לנוער, אולם יחולו בעניינו חלק מהכללים החלים על עבריינים קטינים, לרבות האיסור על הטלת עונש מוות והסמכות להימנע מהטלת עונשי חובה או עונשי מינימום (שם, ס' 5א(ב)).

קטינים כבגירים במקרים מסוימים.¹⁹ מקרים אלה בדרך כלל כוללים קטינים הנאשמים בעבירות חמורות, כאשר נראה כי אמצעים טיפוליים ושיקומיים בלבד אינם מספיקים. על פרקטיקה זו נמתחה ביקורת לא מעטה, בעיקר בארצות הברית, ולפיה נעשה בה שימוש יתר, וכי בפועל נאשמים קטינים רבים מאוד נשפטים כבגירים, גם כשגילם צעיר יחסית וגם כשהעבירה איננה חמורה במיוחד. נוסף על זה, מחקרים מצאו כי אמצעי זה אינו יעיל ואינו תורם לירידה בפשיעה בקרב בני נוער.²⁰ כאמור, בישראל פרקטיקה כזו אינה קיימת, אולם לבית המשפט לנוער בישראל עומדות סמכויות נרחבות ביותר בענישת קטינים. במסגרת סמכויותיו, כפי שאפרט בהמשך, בית המשפט לנוער מוסמך להטיל על נאשם כל עונש שערכאה פלילית רגילה הייתה מוסמכת להטיל על נאשם בגיר, אף שיש לו שיקול דעת שלא לעשות כן.²¹

אחד ההסדרים החשובים ביותר שקובע חוק הנוער הוא סמכותו של בית המשפט לנוער לקבוע כי הנאשם ביצע את העבירה, אולם לא להרשיעו ותחת זאת להטיל עליו אמצעי טיפול. בין היתר אמצעי טיפול אלה כוללים תשלום פיצוי לנפגע; החזקת הקטין במעון נעול לתקופה שתקבע; העמדת הקטין במבחן; הגבלת אפטרופסות ההורים או מסירת הקטין לטיפולו של אדם אחר.²² לחלופין, אם בית המשפט מחליט להרשיע את הנאשם, הוא לא יהיה כפוף לעונשי מינימום או לעונשי חובה, אם קבועים כאלה לאותה עבירה שבה הקטין מואשם.²³ כלומר, בית המשפט לנוער נהנה מסמכויות רחבות ביותר בכל הקשור לקטינים, סמכויות שאינן נופלות מסמכויותיה של ערכאה פלילית "רגילה" הדנה בעניינם של נאשמים בגירים.

19 אמנון סטרשנוב ילדים ונוער בראי המשפט 119 (2000). מעניינת טענתו של סטרשנוב כי דרכי השפיטה והענישה של קטינים בישראל "הן מן המתקדמות והנאורות שבקרב אומות העולם" (שם), בין השאר בשל החובה המוחלטת לשפוט קטין בבית המשפט לנוער. הערה זו תנסה לאתגר קביעה זו, ומכל מקום, נראה כי בחלוף השנים מאז נכתב הספר המצב השתנה. דוגמאות למדינות המאפשרות שפיטת קטינים כבגירים, הן ארצות הברית, בריטניה והולנד. להרחבה, ראו באתר האינטרנט של הארגון CRIN, <https://tinyurl.com/ybhsg7ot> (בנתונים הספציפיים של כל מדינה). מדינות מסוימות מאפשרות גם במקרים חמורים שיפוט לפי הדין הפלילי החל על בגירים, אולם רק במסגרת בית המשפט לנוער, כמו למשל בצרפת (ראו להלן פרק ד.3).

20 להרחבה בנושא ראו DAVID L. MYERS, BOYS AMONG MEN: TRYING AND SENTENCING JUVENILES AS ADULTS (2005); Alexandra O. Cohen, Richard J. Bonnie, Kim Taylor-Thompson & B.J. Casey, *When Does a Juvenile Become an Adult: Implications for Law and Policy*, 88 TEMP. L. REV. 769 (2016). כן ראו Steven N. Zane, Brandon C. Welsh & Daniel P. Mears, *Juvenile Transfer and the Specific Deterrence Hypothesis*, 15 CRIM. & PUB. POL'Y 901 (2016); Barry C. Feld & Donna M. Bishop, *Transfer of Juveniles to Criminal Court*, in THE OXFORD HANDBOOK OF JUVENILE CRIME AND JUVENILE JUSTICE (Donna M. Bishop & Barry C. Feld eds., 2011). לסקירה מדינתית של משרד המשפטים האמריקאי ראו U.S. Dep't of Justice, *Trying Juveniles as Adults: An Analysis of State Transfer Laws and Reporting*, in JUVENILE OFFENDERS & VICTIMS: NAT'L REP. SERIES (Sep. 2011) <https://bit.ly/3wKBVka>.

21 לבד מעונש מוות, שממילא אינו בשימוש בישראל. ראו דיון בנושא בפסקאות הבאות.

22 ס' 24(2), 26 לחוק הנוער.

23 שם, ס' 25(ב).

עם זאת החוק בכל זאת מגביל את סמכותו של בית המשפט לנוער במקרים מסוימים. למשל: לא יוטל עונש מאסר על קטין שלא מלאו לו 14 שנים ביום מתן גזר הדין.²⁴ נוסף על זה, בית המשפט לנוער אינו רשאי לגזור על קטין עונש מוות.²⁵ אולם לבד ממגבלות אלה נראה כי לבית המשפט לנוער נתונות כלל הסמכויות הנתונות לכל ערכאה פלילית. כמו כן על אף העיקרון שלפיו האחריות הפלילית עולה בהדרגה עם הגיל, למעט ההגבלות שהוצגו לעיל, החוק כמעט שאינו מבדיל בין קטינים בגילים שונים כל עוד הם מעל לגיל האחריות הפלילית, לבד מחובת בית המשפט, בעת שקילת העונש, להתחשב בגילו של הקטין בעת ביצוע העבירה.²⁶ אופן יישומה של חובה זו נתון לחלוטין לשיקול דעתו של בית המשפט. נוסף על ההסדרים בדין הפנימי הישראלי, ראוי לציין כי ישראל חתומה משנת 1991 על האמנה בדבר זכויות הילד של האו"ם,²⁷ אשר מחייבת את המדינות החתומות עליה לשמור על זכויות ילדים ונוער בהליך הפלילי.²⁸ בתוך כך האמנה אוסרת על הטלת עונש מוות או מאסר עולם "ללא אפשרות שחרור" על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה.²⁹ אומנם האמנה איננה חלק מחייב מהמשפט הישראלי כל עוד לא עברה כחיקה בכנסת, אולם על בית המשפט לפרש את הדין הישראלי ככל הניתן פירוש שתואם את התחייבויותיה הבין-לאומיות של המדינה, אלא אם יש סתירה מובהקת בין שניהם.³⁰

2. הרוצחים ועונשם

עבירת הרצח נחשבת לאחת העבירות החמורות ביותר בספר החוקים. לפני קום המדינה קבע החוק המנדטורי עונש מוות כעונש חובה בגין עבירת הרצח,³¹ והוראה זו נשארה בתוקף גם בשנותיה הראשונות של המדינה.³² בשנת 1954 בוטל עונש המוות על עבירת הרצח, ותחתיו הועמד עונש של מאסר עולם, גם הוא כעונש חובה.³³ בתיקון לחוק נקבע כהוראת מעבר כי כל מי שנידון למוות לפני חקיקתו יומר עונשו למאסר עולם. עונשם של כמה נאשמים שהורשעו ברצח ונידונו למוות עוכב עד להחלטת הכנסת בעניין, והומתק בהתאם להוראות

24 שם, ס' 25(ד). ראוי לציין כי לאחרונה פקעה הוראת שעה שאפשרה לבית המשפט לחרוג מכלל זה במקרים של רצח או הריגה. במקרה כזה נקבע כי ניתן להטיל עונש מאסר גם לפני גיל 14, ובלבד שעד לגיל זה ירצה הקטין את עונשו במעון נעול. ניסיון להאריך את הוראת השעה לא צלח בשל התפורות הכנסת.

25 שם, ס' 25(ב).

26 שם, ס' 25(ג).

27 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה).

28 שם, ס' 40.

29 שם, ס' 37.

30 בהקשר זה ראו ע"פ 3112/94 אבר-חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, פס' 9 לפסק דינה של השופטת דורנר (1999).

31 ס' 215 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1, 263.

32 ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1945 (סעיף זה נותן תוקף לחקיקה המנדטורית עד שתחלף בחקיקה ישראלית חדשה).

33 ראו ס' 1-2 לחוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), התשי"ד-1954, ס"ח 76 (החוק מבטל את עונש המוות על עבירת הרצח, למעט במקרים של פושעי מלחמה נאצים).

החוק החדש.³⁴ למעשה, עד לתיקון החוק לא הוצא איש להורג במדינת ישראל מכוח הדין הישן.³⁵

נוסף על זה, וסמוך לאישורו של תיקון זה, נקבעה בפקודת החוק הפלילי הוראה שלפיה בגין עבירה שעונשה מאסר עולם, ולא נקבע שהוא עונש חובה, יטיל בית המשפט לכל היותר עשרים שנות מאסר.³⁶ מהלך זה נעשה ככל הנראה על מנת לקבוע מדרג ענישה חדש לאחר ביטולו של עונש המוות ולשמור את ה"מאסר עולם" כפשוטו (קרי מאסר קצוב ללא הגבלת זמן) לעבירות החמורות ביותר, אשר עד אז היה קבוע בצידן עונש מוות.³⁷ הניסוח הכללי של הסעיף יצר בעיות וסתירות משפטיות, הן בהקשר של מאסר עולם לקטינים (על כך בהמשך) והן בהקשרים אחרים.³⁸ הסדר זה, בנוסחו המקורי, מעוגן כיום בסעיף 41 לחוק העונשין.³⁹

עד לאחרונה קבע חוק העונשין עונש של מאסר עולם כעונש חובה על עבירת הרצח, ובית המשפט היה מוסמך לחרוג מעונש זה במקרים חריגים בלבד.⁴⁰ כאמור, משום היותו עונש חובה, משמעותו התאורטית של העונש הייתה מאסר ללא הגבלת זמן, עד ליומו האחרון של האסיר.

בשנת 2007 מינה שר המשפטים ועדה מיוחדת בראשות פרופ' מרדכי קרמיניצר לבחינת יסודות עבירות ההמתה בדיני העונשין הישראליים. הוועדה הגישה את המלצותיה בשנת 2011, וב־1 בינואר 2019, ימים ספורים לפני פיזור של הכנסת ה־21, התקבל תיקון מס' 137 לחוק העונשין, המבוסס ברובו על נוסח המלצת הוועדה.⁴² תיקון זה, אשר נכנס לתוקף ביולי 2019, ביצע רפורמה מקיפה בעבירות ההמתה, ועיקר השינוי הוא פיצול של עבירת ההריגה, וכך המתה ביסוד נפשי של אדישות שנכללה בתוכה בעבר נכנסה בגדרה של עבירת

34 בועז סנג'רו "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" **עלי משפט** ב 127, 181 ה"ש 229 (2002).

35 שם, בעמ' 179 (אייכמן הוא היחיד שהוצא להורג במדינת ישראל).

36 ס' 2 לחוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1954, ס"ח 234.

37 רבין וואקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1592-1593.

38 כפי שיוצג בהמשך, סעיף זה הביא למחלוקת פרשנית באשר לשאלה אם הוא חל על עבירת רצח שביצע קטין, שכן עונשי חובה אינם מחייבים את בית המשפט בעניינו של קטין. אולם הניסוח הכללי של הסעיף הביא לבעיות פרשניות נוספות. למשל, ברע"ב 7501/06 **זיאדה נ' שירות בתי הסוהר** (נבו 27.12.2007) נדון עניינו של נאשם שהורשע בעבירה לפי ס' 58 לתקנות ההגנה (שעת חירום), אשר קבוע בצידה עונש מוות כעונש מרבי. בית המשפט סקר את ההיסטוריה החקיקתית של ס' 41 לחוק העונשין, וקבע כי הוא לא נועד לחול על עבירות שעונשן המרבי חמור ממאסר עולם, כמו במקרה זה (ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1596). עם זאת במקרה של עבירת הסיוע לאויב במלחמה (ס' 99 לחוק העונשין), שהעונש עליה הוא "מיתה או מאסר עולם", נקבע כי משמעותו של עונש מאסר העולם היא 20 שנה לפי הוראותיו של ס' 41. בפרשת **זיאדה** (שם), בית המשפט נמנע מלהסביר מהו ההבדל בין שתי העבירות, וקבע כי אין צורך להידרש לכך בנסיבות העניין (שם, פס' 18 לפסק הדין).

39 ס' 41 לחוק העונשין.

40 ס' 300 לחוק העונשין (תיקון מס' 44), התשנ"ה-1995, ס"ח 391.

41 משרד המשפטים **דין וחשבון הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה** (2011) (להלן: דוח ועדת קרמיניצר).

42 חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019, ס"ח 230.

הרצח (שכבר אינה דורשת יסוד נפשי של כוונה תחילה),⁴³ ואילו המתה ביסוד נפשי של קלות דעת, שנכללה גם היא בעבירת ההריגה, נקבעה כעבירה נפרדת.⁴⁴ לצורך דיונו חשובה העובדה כי בתיקון נקבעו שתי דרגות חומרה לעבירת הרצח: רצח בנסיבות מחמירות, עבירה שבצידה עונש מאסר עולם חובה;⁴⁵ עבירת רצח בסיסית, שבצידה עונש מאסר עולם כעונש מרבי.⁴⁶ נוסף על זה, בתיקון נקבע כי גם בגין עבירת הרצח הבסיסית לא יהיה בית המשפט מוגבל לעונש מרבי של עשרים שנות מאסר, אלא יהיה מוסמך לגזור על הנאשם מאסר עולם כפשוטו או מאסר לתקופה קצובה שלא תעלה על שלושים שנות מאסר, אף שמאסר עולם אינו עונש חובה על עבירה זו.⁴⁷ אחד מנימוקי הוועדה לשינוי זה היה כי עונש מאסר עולם לא תמיד תואם את מידת האשמה של העבריין בכל מקרה רצח (קרי חוטא לתכלית הגמול בענישה).⁴⁸ הוועדה דנה אף בשאלה אם ראוי לבטל כליל את עונש מאסר העולם, בשל היותו עונש אכזרי ולא מידתי, אולם בסופו של דבר החליטה בדעת רוב לא לעשות זאת, והצעה זו נשארה בגדר דעת מיעוט מטעם הסניגוריה הציבורית.⁴⁹

ככלל, אסיר עולם רשאי לפנות לוועדת שחרורים מיוחדת בחלוף שבע שנים מתחילת מאסרו, וועדה זו מוסמכת להמליץ לנשיא המדינה להפעיל את סמכות החנינה הנתונה לו ולהמיר את עונשו של האסיר בעונש מאסר לתקופה קצובה.⁵⁰ הוועדה, ככלל, מוסמכת להמליץ על קציבת העונש לתקופה שלא תפחת משלושים שנות מאסר.⁵¹ ההחלטה אם להמליץ על קציבת עונשו של אסיר נתונה לחלוטין לשיקול דעתה של הוועדה, ולאחר מכן לשיקול דעתו של נשיא המדינה, שאינו חייב לקבל את המלצתה.⁵² אסיר שעונשו נקצב, ככל אסיר אחר, רשאי לבקש שחרור מוקדם מוועדת השחרורים, לרבות קיצור שליש מעונשו בגין התנהגות טובה.⁵³

ראוי לציין כי המונח "מאסר עולם" מקבל לעיתים משמעות שונה במקומות ובמקרים שונים. ככלל, מקובל להבחין בין שני סוגים של מאסר עולם: מאסר עולם ללא אפשרות

43 ס' 300 (א) לחוק העונשין.

44 שם, ס' 301 ג.

45 שם, ס' 301 א.

46 שם, ס' 300 (א).

47 שם, ס' 311 א (סעיף זה קובע כי על אף הוראות ס' 41 לחוק העונשין, בית המשפט רשאי להטיל מאסר עולם כפשוטו בשל עבירה שדינה מאסר עולם, גם כאשר הוא אינו עונש חובה).

48 ראו דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 17.

49 שם, בעמ' 16.

50 ס' 29 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א–2001 (להלן: חוק שחרור על-תנאי). לפי ס' 29 (ב) לחוק זה, כאשר האסיר מרצה כמה מאסרי עולם מצטברים התקופה מתארכת ל-15 שנה. כן ראו ס' 11 (ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה.

51 ס' 29 (א)–(ב) לחוק שחרור על-תנאי.

52 אם כי ברוב המקרים ההמלצה מתקבלת כלשונה. ראו אלון הראל "כבוד אסיר העולם וחירותו" הסניגור 204, 4, 12 (2014). למעשה, בין השנים 2016–2019 נשיא המדינה קיבל את כל המלצות הוועדה, מלבד בשני מקרים (ראו דואר אלקטרוני משרון שפי, יועצת מנכ"ל בית הנשיא, לאיתן זרחיה, כותב ההערה, במענה לבקשה לפי חוק חופש המידע (28.10.2020, 12:31)).

53 ס' 3 לחוק שחרור על-תנאי.

שחרור ומאסר עולם עם אפשרות שחרור.⁵⁴ עונש מהסוג הראשון מתייחס למונח "מאסר עולם" כפשוטו, קרי מאסר בלתי קצוב עד ליומו האחרון של האסיר. עונש מסוג זה נהוג למשל ברבות ממדינות ארצות הברית, ובמסגרתו בית המשפט קובע כי האסיר לא יוכל להגיש בקשה להקלה בעונשו ("Life Without Parole" או LWOP). עונש מאסר עולם מהסוג השני משמעותו תקופת מאסר לא קצובה הכוללת מתן אפשרות לאסיר לבקש הקלה בעונשו בחלוף תקופה מסוימת מתחילת מאסרו (תקופה זו נקבעת לעיתים על ידי בית המשפט לפי נסיבות המקרה).⁵⁵

בישראל נראה כי העונש של "מאסר עולם", גם כאשר אינו נופל בגדרו של סעיף 41 לחוק העונשין,⁵⁶ הוא עונש מהסוג השני, הכולל אפשרות שחרור, בשל האפשרות הנתונה לאסיר העולם להגיש בקשה לוועדת השחרורים המיוחדת כאמור לעיל.⁵⁷ עם זאת, כפי שאראה בהמשך, קביעה זו אינה מובנת מאליה כלל ועיקר, ונראה כי המצב בישראל מורכב מכפי שנדמה. מכל מקום, במדינות רבות בעולם לא קיים עונש של מאסר עולם ללא אפשרות שחרור, ובהן תמיד ניתנת האפשרות לאסיר העולם לבקש שחרור מוקדם. יש מדינות שהלכו צעד אחד נוסף וביטלו את עונש מאסר העולם לחלוטין, ולכן כיום ניתן להטיל במסגרת מערכת המשפט שלהן עונשי מאסר קצובים בלבד.⁵⁸

ב. הטלת מאסר עולם על קטינים – הדין המצוי בישראל

כפי שהוצג בפרק הקודם, חוק הנוער מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב ביותר בקביעת עונשו של קטין. לפיכך נקבע כי בית המשפט איננו כפוף לעונשי חובה או עונשי מינימום, אם יש כאלה הקבועים לאותן עבירות שבהן הקטין מואשם.⁵⁹ אומנם בית המשפט לנוער אינו רשאי לגזור עונש מוות על נאשם, אולם לבד מאיסור זה הוא מוסמך להטיל כל עונש

54 להרחבה ראו DIRK VAN ZYL SMIT & CATHERINE APPLETON, LIFE IMPRISONMENT: A GLOBAL HUMAN RIGHTS ANALYSIS (2019) (בפרק השני של הספר נדונה בהרחבה משמעות ההבדל בין שני הסוגים בעולם כולו).

55 חשוב להדגיש כי גם במקרים של מאסר עולם הכולל אפשרות שחרור, אפשרות זו אינה מובטחת והיא תלויה בגוף המאשר. בארצות הברית למשל עלו בעבר טענות על שהמוסדות האמונים על שחרור על-תנאי או הקלה בעונש נתונים להשפעה פוליטית רבה, וכי במדינות רבות בארצות הברית ברוב המקרים האסירים מסיימים את חייהם בכלא, גם אם ניתנה להם אפשרות שחרור. נוסף על זה, לעיתים בית המשפט גוזר עונשי מאסר ארוכים מאוד, הרבה יותר מתוחלת החיים הצפויה של האסיר, ולפיכך המשמעות היא למעשה עונש מאסר עד יומו האחרון, גם אם זה אינו מוגדר כך פורמלית. לקריאה נוספת ראו CHARLES J. OGLETREE JR. & ASHLEY NELLIS & RYAN S. KING, SENTENCING PROJECT, NO EXIT: THE EXPANDING USE OF LIFE SENTENCES IN AMERICA 5 (2009) (Austin Sarat eds., 2012). <https://tinyurl.com/ycgp47xo>

56 ס' 41 לחוק העונשין. כן ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 39.

57 ס' 29 לחוק שחרור על-תנאי. כן ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 50.

58 ראו הראל, לעיל ה"ש 52, בעמ' 7–8. לסקירה מלאה ראו SMIT & APPLETON, לעיל ה"ש 54, בעמ' 328–337.

59 ס' 25(ב) לחוק הנוער. כן בעניין זה ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 23.

שיבחר, כל עוד הוא אינו חמור מעונש המקסימום הקבוע לאותה עבירה.⁶⁰ לפיכך על פני הדברים קטין שהורשע בעבירה שדינה מאסר עולם, בית המשפט רשאי לגזור עליו עונש זה, אך אינו חייב לעשות כן אף אם מדובר בעונש חובה על העבירה הרלוונטית. עם זאת בשנת 1992 נחלקו שופטי בית המשפט העליון בעניין פלוני בשאלה אם ניתן לגזור עונש מאסר עולם על מי שהיה קטין בביצוע העבירה.⁶¹ מדובר בערעור על חומרת העונש שנגזר על קטין שהורשע ברצח ונידון למאסר עולם. המערער הסתמך על סעיף 41 לחוק העונשין שנדרש לעיל,⁶² הקובע כזכור כי "עבירה שדינה מאסר עולם ולא נקבע שהוא עונש חובה, תקופת המאסר שיטיל בית-המשפט לא תעלה על עשרים שנה".⁶³ סעיף זה לא היה רלוונטי לעבירת הרצח, שכן עד לאחרונה היה קבוע בצידה עונש של מאסר עולם חובה.⁶⁴ אולם המערער טען שמשילוב של סעיף 41 לחוק העונשין עם סעיף 25(ב) לחוק הנוער עולה כי עבור קטין שמבצע רצח העונש איננו עונש חובה, ולכן בית המשפט מוסמך לגזור עליו רק תקופת מאסר ש"לא תעלה על עשרים שנה", כלשונו של סעיף 41. בית המשפט דחה טענה זו בדעת רוב, כאשר קבע כי סעיף 41 המדובר אינו מצמצם את שיקול הדעת של בית המשפט.⁶⁵ לשיטתו של השופט שמגר, עובדת היותו של המערער קטין אינה משנה את העונש על עבירת הרצח, שהיה ונותר מאסר עולם כפשוטו, וסעיף 25(ב) לחוק הנוער נועד אך ורק להקנות שיקול דעת רחב יותר לבית המשפט לחרוג מעונש החובה כאשר מדובר בקטין, הא ותו לא. השופט בך, בדעת מיעוט, סבר אחרת, ולשיטתו אין מנוס מלקבוע כי השילוב של שני הסעיפים הללו מוביל למסקנה שלא ניתן לגזור על קטין שהורשע ברצח עונש מאסר העולה על עשרים שנה.⁶⁶ דעה זו, כאמור, לא התקבלה. הלכה זו אושרה פעמים נוספות בבית המשפט העליון,⁶⁷ אם כי זכתה גם לביקורת,⁶⁸ ועדיין לא נסתרה נכון לכתיבת שורות אלה. כמו כן במקרה אחר נקבע כי גם כאשר בית המשפט משתמש בסמכותו לסטות מעונש החובה ולא להטיל מאסר עולם על קטין, הוא רשאי לגזור עליו עונש קצוב העולה על עשרים שנות מאסר מבלי שנקבעה תקרת ענישה למצב זה.⁶⁹ ראוי לציין כי כיום, בעקבות הרפורמה בעבירות ההמתה, השאלה המשפטית הזאת במידה רבה התייתרה, לכל הפחות בכל הנוגע לעבירת הרצח הבסיסית, בשל הוראתו של סעיף 311א לחוק העונשין, הקובע בין השאר כי ס' 41 לחוק לא יחול על עבירת הרצח הבסיסית, ובית המשפט יהיה מוסמך לגזור על מי שהורשע בה מאסר עולם כפשוטו אף

60 שם.

61 ע"פ 530/90 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 648 (1992).

62 ס' 41 לחוק העונשין. כן ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 39.

63 שם.

64 ס' 300(א) לחוק העונשין.

65 עניין פלוני, לעיל ה"ש 61, פסק דינו של הנשיא שמגר.

66 שם, פסק דינו של השופט בך.

67 ראו למשל ע"פ 1583/91 מדינת ישראל נ' פלונים, פ"ד מו(5) 94 (1992); ע"פ 9937/01 חורב נ' מדינת

ישראל, פ"ד נח(6) 738 (2004); ע"פ 4379/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 196 (2006).

68 ראו ש"ז פלר "מאסר עולם חובה", מאסר עולם ומאסר עשרים שנה" משפט וממשל ב 507 (1994) (מדובר בתגובה לפסיקת בית המשפט העליון בעניין פלוני, לעיל ה"ש 61. פלר טוען כי בית המשפט שגה בפירוש החוק בהתרתו הטלת מאסר עולם על קטינים).

69 ע"פ 4379/02, לעיל ה"ש 67, פס' 29 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.

שהעונש אינו עונש חובה בגין עבירה זו. עם זאת השאלה המשפטית עומדת בעינה בכל הנוגע לעבירה החמורה יותר של רצח בנסיבות מחמירות, שכן עדיין עומד בצידה עונש חובה של מאסר עולם. מכל מקום, שאלה זו אינה עומדת במוקד ההערה, ולענייננו די בהנחה כי כיום הדין מאפשר הטלת מאסר עולם גם על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה. בפועל קשה לאמוד במדויק את שכיחות הפעלתו של עונש זה על קטינים. בבדיקה שעשתה הסניגוריה הציבורית נמצא כי מתוך עשרה מקרים בעשור האחרון שבהם הורשעו קטינים ברצח, בשלושה נגזר על הנאשם מאסר עולם.⁷⁰ גם בעשור שלפניו (2000–2009) מצאתי לפחות שלושה מקרים שבהם נגזר על קטין מאסר עולם בגין רצח שביצע.⁷¹ מטבע הדברים אינני מתיימר להסיק מסקנות סטטיסטיות מהנתונים שהובאו לעיל, הן בשל מיעוט המקרים והן בשל היותם של הנתונים חסרים ולא מדויקים. אולם אני סבור שנתונים אלה מוכיחים כי הדיון בהטלת מאסר עולם על קטינים איננו שאלה תאורטית גרידא אלא פרקטיקה שבאה גם לידי ביטוי מעשי. די בכך, לדעתי, לצורך הדיון בהערה זו.⁷² בשל מיעוט המקרים, בשורות הבאות אסקור בקצרה את המקרים המרכזיים שבהם הוטל עונש מאסר עולם על קטין אגב התייחסות לשיקוליו של בית המשפט לצורך קביעת העונש הראוי ולדעת השופטים באשר להתאמתו של עונש מאסר עולם לקטינים בכלל.

בשנת 2000 הועמד לדין רעי חורב באשמת הרצח של אסף שטיירמן ז"ל שבוצע יחד עם שתי חברותיו. הרצח בוצע בשנת 1996, בהיותו של חורב בן 17 ו־5 חודשים. מקרה זה נתפס כחמור במיוחד, שכן הרצח נעשה ללא מניע של ממש. רק כארבע שנים לאחר מכן נתפס חורב, לאחר שהתוודה בפני אשתו כי הוא שביצע את הרצח, ואשתו דיווחה על כך למשטרה. בית המשפט המחוזי בתל אביב שדן במקרה הרשיע את חורב ברצח בכוונה תחילה וגזר עליו מאסר עולם. בדעת הרוב צוין כי "מעשהו של הנאשם הוא כל־כך מְקִיעַ וכל־כך זועתי, שהגיל שלו במועד ביצוע העבירה, 17 שנה ו־5 חודשים, שהוא גיל על סף גיל הבגרות, אינו מעלה ואינו מוריד לעניין העונש, ואין בו כדי להצדיק הפחתה מהעונש המירבי שנקבע לעבירת רצח בחוק העונשין, מה גם, שמדובר בבחור בעל אינטליגנציה גבוהה, בן להורים משכילים, שלא חסר לו דבר בביתו".⁷³ נוסף על זה צוין כי "נוכח הפשע החמור שביצע הנאשם, ראש וראשון לשיקולי בית־המשפט הוא שיקול התגמול, פשוטו כמשמעו, ויש לנקוט בו על־מנת להשיב לנאשם כגמולו, במידה המירבית המותרת על־פי החוק".⁷⁴

70 דואר אלקטרוני מעו"ד רחל דניאלי, הממונה הארצית על ייצוג נוער בסניגוריה הציבורית, לאיתן זרחיה, כותב ההערה (18.6.2020, 9:06). לשלושת המקרים שבהם נגזר על הנאשם מאסר עולם ראו ע"פ 2067/16 פלוגי נ' מדינת ישראל (נבו 8.2.2018); ע"פ 2741/14 פלוגי נ' מדינת ישראל (נבו 6.10.2016) (שני הנאשמים במקרה זה נידונו למאסר עולם).

71 ראו ע"פ 11006/07 פלוגי נ' מדינת ישראל (נבו 25.9.2009); ע"פ 900/07 פלוגי נ' מדינת ישראל (נבו 5.8.2010); פרשת חורב, לעיל ה"ש 67.

72 יצוין כי נתונים אלה מתייחסים למערכת המשפט האזרחית בלבד, וכי אף שלא אעסוק בכך, קיימים לא מעט מקרים במערכת הצבאית שבהם קטינים נדונו למאסר עולם (ראו לעיל ה"ש 4).

73 תפ"ח (מחוזי ת"א) 1005/01 מדינת ישראל נ' חורב, פס' 20 (נבו 30.10.2001).

74 שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט עמית.

לעומת זאת השופטת רנה משל (שהם) סברה בדעת מיעוט כי יש להטיל על הנאשם עונש של 20 שנות מאסר, וכי אין הצדקה להטלת העונש המרבי במקרה זה. השופטת ציינה: "לפי גישתנו המשפטית, אין הגמול ניצב כשיקול יחידי, או ראשון במעלה, בקביעת העונש, אלא לצדו ניצבים שיקולים נוספים [...] שיקולים נוספים, כאמור, הנם, למשל, הרתעה ושיקום. האחרון משמעותי במיוחד, כאשר מדובר בעבריינים צעירים".⁷⁵ במקרה זה, בשל הבעת חרטה מצד הנאשם סברה השופטת ששיקול השיקום אינו ניתן לביטול. עוד ציינה השופטת כי "אף אם בסמכות בית המשפט להטיל מאסר עולם, על מי שביצע מעשה רצח בעודו קטין, מן הראוי לעשות שימוש בסמכות זו – רק במקרים נדירים ובנסיבות קשות במיוחד".⁷⁶ ואולם, כאמור, דעה זו נותרה דעת מיעוט. הערעור שהגיש הנאשם על חומרת העונש לבית המשפט העליון נדחה אף הוא,⁷⁷ והעונש נותר על כנו.

במקרה נוסף, בשנת 2007, בפרשת **פלוני**, הורשע קטין בביצוע רצח ומעשה מגונה בנערה. הנאשם ככל הנראה ניסה לאנוס את המנוחה, ולאחר שהתנגדה רצח אותה. בית המשפט לנוער ציין כי "מעשיו האכזריים [...] מחייבים התייחסות מחמירה. 14 החודשים החוצצים בין גיל הבגירות לבין הטלת עונש מאסר עולם חובה, לא צריכים למנוע מבעדנו לגזור עליו את העונש הראוי במקרה זה והוא עונש מאסר עולם".⁷⁸ ערעור שהגיש הנאשם לבית המשפט העליון נדחה, והשופטים ציינו כי "אנו סבורים כי מקרה זה הוא מסוג המקרים בו היה נכון וראוי לגזור לרצח מאסר עולם".⁷⁹

בפרשה נוספת, והיא אולי מהחמורות ומהמזעזעות ביותר, הורשע קטין ברצח ובאונס של נערה בת 15 שלא הכיר. הקטין היה בן פחות מ-16 בעת ביצוע העבירה, אולם לא הודה במעשיו ולא הביע חרטה עליהם. בית המשפט לנוער הדגיש את הנסיבות החמורות והחריגות של המקרה, את האינטליגנציה הגבוהה של הנאשם, את הבנתו את מעשיו ואת עברו הפלילי הנרחב. בשל העובדה ששירות המבחן לא מצא כל דרך טיפול אפשרית להמליץ עליה בעניינו של הנאשם, קבע בית המשפט כי: "אין לומר במקרה דנן שהשיקול השיקומי מאבד את מעמד הבכורה ומהווה רק שיקול אחד מתוך מכלול השיקולים לעונש, הוא פשוט אינו קיים לעת הזאת".⁸⁰ נוסף על זה, עמד בית המשפט על מסוכנותו של הנאשם לציבור אשר נמצאת במגמה של הסלמה. בשל כל זאת גזר בית המשפט על הנאשם מאסר עולם ועוד 15 שנות מאסר בגין שתי עבירות המין שבהן הורשע. עם זאת נתן בית המשפט משקל לגילו הצעיר של הנאשם בקביעתו כי שני העונשים ירצו בחופף ולא במצטבר. ערעור שהגיש הנאשם לבית המשפט העליון נדחה: שופטי הערעור קבעו כי זהו מקרה שבגיניו היה ראוי להטיל מאסר עולם.⁸¹

במקרה נוסף הועמדו לדין שני רוצחים שהיו כבני 17 בעת ביצוע העבירה. מדובר בשני נערים שרצחו את חברים ללימודים מבלי שהתגרה בהם או פגע בהם באופן כלשהו, ככל

75 שם, פס' 3(ב) לפסק דינה של השופטת משל.

76 שם, פס' 3(י).

77 פרשת **חורב**, לעיל ה"ש 67.

78 תפ"ח (נוער מחוזי חי') 402/07 **מדינת ישראל נ' פלוני** (נבו 15.11.2007).

79 ע"פ 11006/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 5 (נבו 25.2.2009).

80 תפ"ח (מחוזי ת"א) 204/05 **מדינת ישראל נ' פלוני** (נבו 25.1.2007).

81 ע"פ 900/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (נבו 5.8.2010).

הנראה מתוך קנאה. בית המשפט לנוער ציין כי "במקרה של הנאשמים שבפנינו, שמעשיהם כל כך מבעיתים וזוועתיים, גילם בעת ביצוע העבירה (17 וחודשיים לנאשם 1 ו-16 ו-8 חודשים לנאשם 2) אין בו כדי להצדיק הפחתה מהעונש המרבי".⁸² עוד ציין בית המשפט כי עונש מאסר עולם הוא עונש "ראוי ומידתי" עבור עבירת הרצח, גם כאשר המבצע הוא קטין.⁸³ כאשר למידת בגרותם של הנאשמים, בית המשפט קבע כי נראה שהבינו לחלוטין את מעשיהם, ולכן אינם יכולים לחסות תחת הגנת הקטינות.⁸⁴ גם במקרה זה נדחה הערעור שהוגש לבית המשפט העליון, וזה קבע כי בנסיבות המקרה העונש של מאסר עולם הוא ראוי.⁸⁵

המקרה האחרון הידוע לי שבו הוטל מאסר עולם על קטין הוא הרצח של מחמד אבו-חדיר ז"ל, שהתרחש בשנת 2014 בידי בגיר ושני קטינים. בית המשפט המחוזי ציין כי מעשיהם של הנאשמים היו "קיצוניים בחומרתם, מעוררים שאט נפש, מזעזעים".⁸⁶ כאשר להטלת מאסר עולם צוין כי "השתתף מאסר עולם על קטין רוצח הינה אפשרית תוך בחינה זהירה של כל הנתונים", וכי בשנים האחרונות ניכרת מגמה של החמרה בענישת קטינים המורשעים ברצח.⁸⁷ לכן אף שצוין כי הקטינים הביעו חרטה וכי יש להם "פוטנציאל שיקום מסוים", ולמרות העובדה שיוזם האירוע היה הנאשם הבגיר, גזר בית המשפט עונש מאסר עולם על אחד הנאשמים הקטינים. על הנאשם השני, הסובל מבעיות אישיות, אשר חלקו במעשה היה פעיל פחות, נגזרו 21 שנות מאסר.⁸⁸ ערעור שהוגש לבית המשפט העליון נדחה, והשופט עמית ציין כי בשל חומרתם הרבה של המעשים העונשים שהוטלו "משקפים את שיקולי הגמול והרתעת הרבים, אשר לאור ייחודיותו של המקרה, ניגפים בפניהם שיקולי השיקום".⁸⁹

לסיכום נקודה זו, נראה כי לא נקבעו בפסיקה קריטריונים עקביים להטלת עונש מאסר עולם על קטין שהורשע ברצח. מהרטוריקה העולה מפסקי הדין נראה כי עונש זה מוטל בעיקר במקרי רצח בעלי חומרה מיוחדת. כך, למשל, בעניין אלמוני נקבע כי בקביעת עונשו של קטין שביצע עבירה חמורה, כולל עבירת הרצח, יש לתת את הדעת לגילו של הנאשם, לעברו הפלילי, לחומרת מעשיו ועוד, וכי די בקטינותו של הנאשם כשלעצמה כדי להצדיק חריגה מהעונש המרבי.⁹⁰ עם זאת נקבע במפורש כי הקטינות אינה מקנה "פטור" אוטומטי מעונש מאסר עולם, וכי כאשר בעבירת הרצח עסקינן, יש לתת גם משקל לא מבוטל לשיקולי הגמול וההרתעה ולאזן כראוי ביניהם לבין שיקול השיקום.⁹¹ בפסקי דין אחרים הושמעה רטוריקה מחמירה אף יותר: בפרשת חורב למשל נקבע כי בעבירות רצח עונש של

82 תפ"ח (נוער מחוזי ב"ש) 22518-03-11 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 14 (נבו 6.9.2014).

83 שם, פס' 12.

84 שם, פס' 14.

85 ע"פ 2741/14, לעיל ה"ש 70.

86 תפ"ח (מחוזי ים) 34700-07-14 מדינת ישראל נ' בן דוד, פס' 12 (נבו 4.2.2016).

87 שם.

88 אם כי השופט רפי כרמל, בדעת מיעוט, ביקש לגזור מאסר עולם גם עליו.

89 ע"פ 2067/16, לעיל ה"ש 70, פס' 60.

90 ע"פ 6490/11 מדינת ישראל נ' אלמוני, פס' 23 לפסק דינו של השופט דנציגר (נבו 1.8.2013).

91 שם, פס' 20.

מאסר עולם הוא "ראוי ומידתי" גם כאשר המבצע הוא קטין.⁹² נוסף על זה, מתחילת העשור הקודם ניכרת מגמה של החמרה בענישת קטינים המואשמים בעבירות חמורות, ובייחוד עבירת הרצח, בשל ריבוי מקרי האלימות והפשעה המבוצעים בידי קטינים. מגמה זו הוכרה במפורש בבית המשפט העליון עצמו.⁹³ באחד המקרים הביעה השופטת דורנר דעה אחרת לפיה יש לגזור מאסר עולם על קטין בנסיבות חריגות בלבד. אולם דעה זו לא התקבלה ונשארה דעת מיעוט.⁹⁴

קטין שנידון למאסר עולם, ככל אסיר עולם אחר, רשאי לפנות לוועדת השחרורים המיוחדת על מנת שתמליץ על קציבת מאסרו.⁹⁵ בשל מיעוט המקרים אין בידי נתונים אמפיריים המתייחסים לטיפול הוועדה באסירי עולם קטינים, אולם החוק אינו מתייחס למצב של אסיר שהיה קטין בעת ביצוע העבירה לבד מקביעת גילו של האסיר (אך לא בהכרח גילו בעת ביצוע העבירה) כשיקול שיש להביאו בחשבון.⁹⁶

כאמור, האמנה בדבר זכויות הילד של האו"ם אוסרת על הטלת מאסר עולם ללא אפשרות שחרור על קטין.⁹⁷ טיעון זה עלה בבית המשפט ונדחה: השופטים ציינו כי בפועל עונש "מאסר עולם" במדינת ישראל איננו "ללא אפשרות שחרור", כלשון האמנה, שכן לפי הדין הישראלי עומדת לאסיר העולם האפשרות לבקש הקלה בעונשו ושחרור מוקדם.⁹⁸ מעניין לציין כי בעבר הוצע לבטל את האפשרות להטיל מאסר עולם על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה, במסגרת הצעת פלר-קרמניצר לחקיקת חלק כללי לחוק העונשין,⁹⁹ אך בסופו של דבר הושמטו בהצעת החוק הסופית פרקים רבים, ובהם הפרק העוסק בעבריינות נוער, מבלי שהתקיים דיון מהותי בנושא.¹⁰⁰

92 פרשת **חורב**, לעיל ה"ש 67, פס' 8 לפסק דינו של השופט לוי, שם נכתב כך: "רצח טומן בחובו הפרה של אחד הערכים היותר חשובים בכל חברה מתוקנת – קדושת חיי אדם – לפיכך ענישתו של עבריין מסוג זה, גם אם היה קטין בשעת מעשה, צריכה לבטא את סלידתה העמוקה של החברה מהמעשה [...] מנקודת השקפה זו, עונש של מאסר עולם בעבירת רצח המבוצעת על-ידי קטין, הוא עונש ראוי ומידתי. עם זאת היה המחוקק ער גם לכך שבעניינם של קטינים יש לנהוג בזהירות יתרה, ועל-כן בצד עונש החובה נתן בידי בית-המשפט את הכלים לעצב את העונש על-פי מידותיו של הקטין, אף אם תהיה כרוכה בו סטייה מעונש החובה".

93 ע"פ 2741/14, לעיל ה"ש 70, פס' 12 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן וכן שורת פסקי הדין המצוטטים שם.

94 עניין **אבו-חסן**, לעיל ה"ש 30. שאר השופטים קבעו כי אין צורך להכריע בשאלה הקריטריונים הנדרשים להטלת מאסר עולם על קטין, ולכן לא הצטרפו לדעתה של השופטת דורנר, אך גם לא הביעו את דעתם בסוגיה.

95 ס' 29 לחוק שחרור על-תנאי.

96 שם, בס' 9(10).

97 ס' 37 לאמנה, לעיל ה"ש 27.

98 פרשת **חורב**, לעיל ה"ש 67, פס' 9 לפסק דינו של השופט לוי.

99 ראו ש"ז פלר ומרדכי קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק פלילי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" **משפטים** יד 128, 192, ס' 206(א) (3) (1985).

100 דואר אלקטרוני מפרופ' מרדכי קרמניצר, לאיתן זרחיה, כותב ההערה (2020.8.25, 17:02).

ג. דיון בקשיים העולים מהדין המצוי

כפי שהוצג בפרק הקודם, הדין בישראל מאפשר הטלת מאסר עולם על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה. יתר על כן, דין זה אכן מיושם בפועל. אני סבור שעובדה זו מעלה כמה קשיים המצדיקים עיון מחדש בדין הקיים. ראשית אטען כי הטלת מאסר עולם על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה חוטאת לתכליות הענישה בישראל, ובייחוד לתכליות הגמול והשיקום, וזאת לפי מחקרים מהשנים האחרונות אשר מבססים את הטענה בדבר הבדלים ניורולוגיים והתנהגותיים בין בני נוער לבין אנשים בוגרים. בהתאם לכך, בעשורים האחרונים ניכרת מגמה עולמית של מתן יחס מקל יותר לקטינים עוברי עבירות ומתן משקל גדול לשיקומם מתוך הבנה כי רמת אחריותם למעשיהם פחותה מזו של עבריינים בגירים.¹⁰¹ לכן לדעתי נדרש עיון מחודש גם בדין הישראלי, המאפשר את הטלתו של העונש החמור ביותר האפשרי על קטין.

בנוסף, וכחיוזק לטיעון זה, אטען כי העונש מאסר עולם כפי שהוא נהוג בישראל מעלה בעיות וקשיים רבים מאוד כשלעצמו, גם כאשר הוא מוטל על בגירים. לפיכך הטלת העונש על מי שהיו קטינים בזמן ביצוע העבירה הופכת את הפגיעה בנאשם לקשה אף יותר, ופוגעת קשות ב"עקרון ההלימה", שצריך להיות העיקרון המנחה בקביעת הענישה.

1. מידת אשמתם של ילדים ונוער

כאמור, מקובל לחשוב שאחריותם של ילדים ושל נוער למעשיהם פחותה מזו של עבריינים בגירים, וזוהי הסיבה ליחס המקל הניתן לקטינים ברוב שיטות המשפט. יחס זה בא לידי ביטוי בין השאר בקיומה של ערכאת שיפוט נפרדת לנוער, אשר נתון לה שיקול דעת רחב ביותר בקבלת החלטות בעניינו של קטין שביצע עבירה.¹⁰²

בשני העשורים האחרונים נעשו מחקרים רבים שעסקו בהתפתחות המוח של בני נוער. מחקרים אלה ניסו, בין השאר, לעמוד על הסיבות הניורולוגיות לנטייתם של בני נוער להתנהגות מסוכנת הגדולה מנטייה כזאת אצל אנשים בוגרים. מחקרים אלה, לדעתי ולדעת רבים, מחזקים במידה ניכרת את התפיסה שילדים ובני נוער שונים מהותית מאנשים בוגרים, ובשל כך יש להעניק להם יחס מיוחד גם כאשר הם נאשמים בפלילים. המסקנות שעלו מהמחקרים צוטטו בפסיקה ובספרות המשפטית, וניתן להניח שהיה להם חלק נכבד במגמת השינוי ביחס לעבריינים קטינים, כפי שיוסבר להלן. בפסקאות הבאות אנסה להציג בתמצית את המסקנות העולות ממחקרים אלה וכן את תרומתם לשיפור הדין באשר לקטינים הנאשמים בעבירות.

ראשית, מחקרים מצאו כי האזור במוח הקשור לרגשות ולתחושת גמול משתנה בתדירות גבוהה במהלך ההתבגרות, ובשל כך נוצרת בקרב בני נוער רגישות מוגברת לקבלת תגמולים וחיוזקים מהסביבה.¹⁰³ נוסף על זה נמצא כי בקרב בני נוער קיים מתאם חיובי בין רגישות

101 ראו להלן פרק ד.

102 ראו לעיל פרק א.

103 ראו Elizabeth Scott, Natasha Duell & Laurence Steinberg, *Brain Development, Social Context*, Brief for Am. Psych. Ass'n et al. and Justice Policy, 57 WASH. U. J. L. & POL'Y 13 (2018).

לתגמולים לבין נטייה לפזיזות וללקיחת סיכונים, ולכן נטייתם של מתבגרים להתנהגויות סיכון גדלה ככל שהם רגישים יותר לקבלת תגמולים וחזוקים מהסביבה.¹⁰⁴ כמה וכמה מחקרים התנהגותיים הראו כי בני נוער אכן מגלים רגישות לתחושת גמול מהסביבה שהיא רבה מזו של אנשים בוגרים.¹⁰⁵ העובדה הזאת יכולה להסביר את נטייתם להתנהגויות סיכון. נוסף על זה ידוע כי בני נוער רגישים הרבה יותר להשפעה וללחץ חברתי מקרב אנשים אחרים, כאשר הרגישות הגבוהה ביותר היא ללחץ המגיע מחברים בקבוצת הגיל שלהם.¹⁰⁶ רגישות זו מתגברת במעבר מילדות לנערוּת ושוכנת מאוחר יותר בהדרגה לקראת סיום גיל ההתבגרות.¹⁰⁷ השפעה זו יכולה להיות ישירה, בדמות לחץ ישיר מצד החברים לבצע מעשה מסוים, או עקיפה, קרי עשיית מעשים מסוימים מתוך מחשבה שזה ישפר את המצב החברתי בקבוצה ויוביל לתגובות חיוביות מהחברים.¹⁰⁸ בהקשר זה מחקרים מצאו כי השפעה זו חזקה במיוחד בסיטואציות קבוצתיות, וכי בני נוער נוטים להסתכן יותר כאשר הם במסגרת קבוצתית עם חבריהם. לכן כאשר החברה שהמתבגר נמצא בה מעודדת ביצוע מעשים פליליים, הוא יתקשה להימנע מכך בעצמו.¹⁰⁹

בהקשר זה מחקרים הראו כי בני נוער נוטים להסתכן כאשר הם יודעים שחבריהם צופים בהם יותר מבמצב שבו הם נמצאים לבדם, אף מבלי שמופעלת עליהם השפעה ישירה מצידם. נטייה כזו, חשוב לציין, לא נמצאה כלל בקרב אנשים בוגרים. לא מפתיע אפוא כי שיעור הפשיעה של בני נוער כאשר הם בקבוצה, גבוה מזה שבקרב אנשים בוגרים. כאמור, הנטייה להתנהגויות סיכון במסגרת הקבוצה שוכנת בהדרגה בתום תהליך ההתבגרות בעקבות שני תהליכים שחלים בד בבד: ראשית, בני הנוער שמרכיבים את הסביבה החברתית מפסיקים לייחס חשיבות גבוהה לחזוקים שהם מקבלים מהסביבה; שנית, הקבוצה ככלל מעודדת פחות עשיית מעשים מסוכנים, בשל התבגרות החברים שבה.¹¹⁰

al. as Amici Curiae Supporting Petitioners, *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012) (No. 10-9646) (להלן: Brief for Am. Psych). לקריאה נוספת ראו Linda Van Leijenhorst et al., *What Motivates the Adolescent? Brain Regions Mediating Reward Sensitivity Across Adolescence*, 20 CEREBRAL CORTEX 61 (2010); Jason Chein et al., *Peers Increase Adolescent Risk Taking by Enhancing Activity in the Brain's Reward Circuitry*, 14 DEV. SCI. FL, F1 (2011) Brief 104 ראו Scott, Duell & Steinber, לעיל ה"ש 103, בעמ' 22 ה"ש 30–31 והמקורות המצוטטים שם; Brief for Am. Psych, לעיל ה"ש 103, בעמ' 12, ה"ש 20. כן ראו Elizabeth Cauffman et al., *Age Differences in Affective Decision Making as Indexed by Performance on the Iowa Gambling Task*, 46 DEVELOPMENTAL PSYCHOL. 193, 206 (2010) נוער בגיל ההתבגרות נוהגים להעריך את התועלת יותר מאשר את העלות, ולפיכך בוחרים באופציות בעלות סיכון גבוה יותר, לעומת אנשים בוגרים, אשר מתאפיינים בנטייה לשקול הן את העלות והן את התועלת. כלומר, בני נוער נוהגים להגיב לחזוקים חיוביים יותר מאשר לחשש מתוצאה רעה (חזוק שלילי).

105 Scott, Duell & Steinber, לעיל ה"ש 103, בעמ' 22–23.

106 שם, בעמ' 24; Brief for Am. Psych, לעיל ה"ש 103, בעמ' 15.

107 Scott, Duell & Steinber, לעיל ה"ש 103, בעמ' 25.

108 שם.

109 שם.

110 שם, בעמ' 45. להרחבה ראו גם Chein, לעיל ה"ש 103. המחקר המוצג שם בדק את הפעילות המוחית של המשתתפים בעת ביצוע סימולציית נהיגה. המשתתפים ביצעו את הסימולציה פעמיים – פעם אחת

הגורם השלישי שיכול להסביר את נטייתם של בני נוער להתנהגויות סיכון הוא האימפולסיביות והשליטה בדחפים. גם בנושא זה נמצאו הבדלים ניכרים בין בני נוער לבין אנשים בוגרים. בעבר הראו מחקרים כי ככלל, לבני נוער יש יכולת קוגניטיבית לקבל החלטות שאינה נופלת מזו של אנשים בוגרים, ובמובן זה אין כל הבדל ביניהם. לעומתם, מחקרים מהשנים האחרונות מצאו כי אמירה זו נכונה במצב רגיל, בתנאים רגועים אשר מאפשרים קבלת החלטה רציונלית, אולם המצב שונה כאשר עסקינן בקבלת החלטות בתנאי מתח ולחץ, חיוביים ושליילים כאחד ("עוררות רגשית"). במסגרת זאת נמצא כי כאשר בני נוער היו נתונים במצב של עוררות רגשית חיובית היו הישגיהם בשליטה עצמית נמוכים יחסית לאלה של מבוגרים צעירים (גילאים 18–21) ולאלה של אנשים בוגרים (מעל גיל 21). עוד נמצא כי כאשר בני נוער ומבוגרים צעירים כאחד היו נתונים במצב של עוררות רגשית שלילית, היו הישגיהם בשליטה עצמית נמוכים יחסית לאלה של אנשים בוגרים, שהפגינו שליטה עצמית טובה יותר.¹¹¹ מלבד זאת, מחקר העלה שבני נוער אשר נמצאו חלשים יותר בשליטה עצמית הפגינו התנהגות מסוכנת יותר בסימולטור נהיגה, דבר שמצביע על מתאם שלילי בין רמת השליטה העצמית של הנבדק לבין נטייתו להסתכן יותר. לפיכך נראה כי גם הקושי היחסי בשליטה העצמית שבו מתאפיינים בני נוער גורם לנטייתם להתנהג בצורה מסוכנת יותר.¹¹²

מדוע בני נוער מתקשים בשליטה עצמית יותר מאנשים בוגרים? מדוע בני נוער, אף שמבחינת יכולתם הקוגניטיבית נחשבים "כשירים" לקבל החלטות לא פחות מאנשים בוגרים, מתקשים לעשות זאת כאשר הם נתונים בלחץ נפשי? מחקרים מהשנים האחרונות מציעים מודל דואלי למענה על שאלה זו. לפי מודל זה, בגיל ההתבגרות קיים פער ניכר בין אזורים במוח אשר נמצאו בין השאר אחראים לרגשות ולתחושת גמול מהסביבה, לבין קליפת המוח הקדם-מצחית, האחראית לשיקול דעת, לוויסות רגשות ושליטה בדחפים.¹¹³ כאמור, אזורים במוח שאחראים לתחושת גמול מהסביבה עוברים שינויים רבים ותכופים כבר בתחילתו של גיל ההתבגרות. אזורים אלה מתפתחים מוקדם יחסית, והם מפותחים מאוד כבר בתחילת גיל ההתבגרות. עם זאת, קליפת המוח הקדם-מצחית, אשר

לברם ופעם אחת כאשר אחרים צפו בהם. מהמחקר עלתה המסקנה כי כאשר בני נוער יודעים שחבריהם צופים בהם, הם ייטו יותר להסתכן, ככל הנראה בשל החיזוק החיובי אשר לדעתם יתקבל מחבריהם בשל כך.

111 Scott, Duell & Steinber, לעיל ה"ש 103, בעמ' 26–28 והמקורות המצוטטים שם. החלטות רפואיות, למשל, בדרך כלל אינן מתקבלות תחת לחץ. לכן נראה שבני נוער כשירים לקבל החלטות רפואיות – בשל יכולותיהם הקוגניטיביות הדומות לאלה של מבוגרים. ואכן, בשנים האחרונות נהוג לאפשר לבני נוער חופש פעולה רב יותר ויותר בנושא זה, אשר היה בעבר בסמכותם הבלעדית של ההורים. מנגד, נמצא כי בני נוער נוטים יותר לוותר על זכויותיהם בחקירה ולהודות באשמה בשל הלחצים המופעלים עליהם. ממצא זה אינו מפתיע, שכן החלטות כאלה מתקבלות כשהם נתונים בלחץ רב. נראה כי זו הסיבה לכך שסדר הדין הפלילי כולל הסדרים מיוחדים הנוגעים לבני נוער, כגון נוכחות הורים בחקירה וזכות מוגברת לייצוג משפטי.

112 שם.

113 שם, בעמ' 28–29; Elizabeth P. Shulman et al., *The Dual Systems Model: Review, Reappraisal*, ; 29–28, Brief for Am. Psych ; and Reaffirmation, 17 DEV. COG. NEURO-SCI. 103, 103–105 (2016), לעיל ה"ש 103, בעמ' 29–30.

אחראית בין השאר לשליטה עצמית, לקבלת החלטות לטווח רחוק ולוויסות עצמי של רגשות, מתפתחת בקצב איטי הרבה יותר והתפתחותה אינה מסתיימת לפני סיום תקופת ההתבגרות ואף לאחריו.¹¹⁴ מצב זה, המביא לחוסר איזון ולרגישות מוגברת לקבלת חיזוקים מידיים מהסביבה, לצד קושי בוויסות הנטייה הזאת וקושי בראייה לטווח ארוך, מביא להתנהגויות סיכון. נוסף על זה, כישורים קוגניטיביים בסיסיים ויכולת ניתוח והבנה של מידע קשורים גם הם לקליפה הקדם-מצחית, אולם הם מתפתחים מוקדם יחסית בגיל ההתבגרות ומגיעים לשיאם בגיל 15 בקירוב. מנגד, כל הקשור בשליטה עצמית ובוויסות רגשות מגיע לסיום התפתחותו מאוחר הרבה יותר, לעיתים כמה שנים לאחר גיל ההתבגרות. לכן אף שבני הנוער בגיל ההתבגרות מסוגלים לחשוב ולקבל החלטות בדומה לאדם מבוגר, כישורים קוגניטיביים מתקדמים יותר, כגון ויסות רגשות ושיקול דעת "קר", עדיין אינם מפותחים אצלם.¹¹⁵ לכן, כאמור, בני נוער מתפקדים באופן סביר במצב רגיל, אולם יכולת קבלת ההחלטות שלהם נפגמת במצבי לחץ ועוררות רגשית (שלילית או חיובית).

מאמר שפורסם לאחרונה סקר את מאפייניהם המיוחדים של בני נוער שהוצגו לעיל ואת המחקרים החדשים בנושא. לדעת כותבי המאמר, מממצאים אלה מתבקשת המסקנה כי מידת האשם המוסרי של קטינים, ככלל, קטנה מזו של בגירים. בני נוער אינם מסוגלים לשלוט בהתפתחותם המוחית, בנטייתם להתנהגויות סיכון, באימפולסיביות שלהם, בהיותם נוחים להשפעה מצד חבריהם ובקושי שלהם לחשוב לטווח ארוך.¹¹⁶ מאפיינים אלה מעלים את הסיכוי של בני נוער להיות מעורבים בפעילות פלילית ולבצע מעשים לא מוסריים, בעיקר כאשר הם נתונים ללחץ או להשפעה חיצונית של הוריהם, חבריהם והסביבה שממנה הם מגיעים.¹¹⁷ לפיכך לא מפתיע הממצא שלפיו נטייתם של בני נוער לבצע פשעים במסגרת קבוצתית גדולה במידה ניכרת מנטייתם של אנשים בוגרים לעשות זאת.¹¹⁸ כאמור, אין להמעיט בהשפעתה של הקבוצה על סיכוייהם של בני הנוער להיות מעורבים במעשים פליליים, ומדובר אף בגורם החיזוי הטוב ביותר לכך.¹¹⁹

נוסף על זה המאמר עונה לביקורות המופנות כלפי הגישה שלפיה יש הצדקה להקל בעונשם של קטינים שביצעו עבירות. לפי ביקורות אלה, העובדה כי בני נוער מעטים מבצעים עבירות פליליות, ומעטים עוד יותר מבצעים עבירות חמורות במיוחד, מביאה למסקנה שאין הצדקה להקל בעונשם של אלה שעושים זאת, שכן נראה שאין קשר בין ביצוע העבירות לבין מאפייניהם המיוחדים כקטינים. כלומר, לפי הביקורות הללו, בני נוער כאלה שונים מבני נוער אחרים בדיוק כפי שעבריינים בוגרים שונים מבוגרים אחרים. מנגד, מחברי המאמר טוענים שההבדלים הביולוגיים אינם חזות הכול. אכן, אצל בני נוער שידגלו בסביבה נורמטיבית ההבדלים הביולוגיים שהוצגו לעיל יבואו לידי ביטוי בדרכים שאינן בהכרח פליליות, כגון נהיגה לא זהירה, יחסי מין לא בטוחים וכדומה. לעומת זאת אצל

114 Scott, Duell & Steinber, לעיל ה"ש 103, בעמ' 28–30.

115 שם.

116 שם, בעמ' 63.

117 שם, בעמ' 46–48.

118 שם, בעמ' 25.

119 שם, בעמ' 47–48.

ילדים שגדלים בסביבה בעייתית יותר ההבדלים הללו אכן יכולים לבוא לידי ביטוי במעשים פליליים.¹²⁰

אכן, גם אדם בוגר יכול להיות מושפע מסביבתו, ותנאי חיים קשים לא תמיד יהיו הצדקה להקלה בעונש. אולם קטינים, מתוקף מעמדם החוקי, אינם יכולים לשלוט על סביבתם ולשנות אותה גם אם היא מהווה כר פורה להתנהגות עבריינית. ילדים ונוער אינם בוחרים את הוריהם, את מקום מגוריהם (על כל המשתמע מכך), את בית ספרם, ואף לא תמיד בוחרים את סביבתם החברתית. אומנם גם אנשים בוגרים אינם בוחרים את מעמדם החברתי-כלכלי, אולם כאנשים בוגרים, ככלל, יש להם השפעה עצומה על חייהם. לא ניתן להשוות את מצבם לזה של קטינים שנמצאים בחזקת הוריהם על פי החוק על גיל 18 ואינם יכולים לברוח ממשפחתם או מסביבתם. בנוסף, לא מן הנמנע כי קטינים בדרך כלל יתקשו או לא יוכלו לזהות כלל השפעה רעה מצד הוריהם או חבריהם, ולכן אף אם הייתה להם אפשרות לעזוב, לא בטוח שראוי לבוא אליהם בטענות על שלא עשו זאת.¹²¹

נראה כי מאפיינים אלה מחזקים מאוד את התפיסה שאשמם המוסרי של בני נוער ואחריותם למעשיהם פחותים מאלה של אנשים בוגרים. ואולם, בני נוער שונים גם במובן של יכולתם להשתקם. כפי שהוצג בפסקאות הקודמות, מוחם של בני נוער עובר שינויים רבים במהלך ההתבגרות. אחד המאפיינים של תהליך ההתבגרות הוא היכולת להשתנות ולעצב את האישיות. למעשה, תהליך ההתבגרות הוא מעין "הזדמנות אחרונה" לעיצוב האישיות של המתבגר, ולכן יש חשיבות רבה לסביבה שבה הוא נמצא. לכן למשל קיימת חשיבות רבה בתכנון מסגרות טיפוליות או עונשיות לנוער שיהיה בהן כדי לאפשר את התפתחותו התקינה של המתבגר, את שיקומו ואת יציאתו ממעגל הפשיעה.¹²² לפיכך, ככלל, הסיכוי לשינוי, לשיקום וליציאה ממעגל הפשיעה של קטין גבוה במידה ניכרת מסיכוי של אדם מבוגר שאישיותו מעוצבת. לכן גם במובן זה שונים בני נוער מאנשים בוגרים, ותכלית השיקום בענישה אפוא רלוונטית להם הרבה יותר. כפי שראינו, כבר הוכר בחקיקה ובפסיקה העיקרון שלפיו בעניינם של קטינים יש לתת לתכלית השיקום משקל גדול,¹²³ אולם הממצאים שהובאו לעיל מחזקים עוד יותר עיקרון זה.

בפועל, עיקרון זה לא תמיד עולה בקנה אחד עם המציאות, ולא ברור עד כמה תוכניות השיקום בישראל לאסירים קטינים אכן אפקטיביות על מנת להוציא את הקטין ממעגל הפשיעה. כך, למשל, מחקרים מצאו ששיעור החזרה לפשיעה (רצדיביזם) בקרב נערים גבוה בהרבה מזה של אנשים בוגרים.¹²⁴ עם זאת, לדעתי, אין בכך כדי לסתור את העיקרון שלפיו קטינים ישתקמו בקלות רבה יותר. מלבד היותם של הנתונים חלקיים וחסרים, סביר להניח שהכישלון בשיקום אסירים קטינים נובע מבעיות בהליך השיקום עצמו ובתנאי ההחזקה של אסירים קטינים, ולא מכך שקטינים אינם ניתנים לשיקום. בהקשר זה ניתן אף

120 שם, בעמ' 15–20.

121 להרחבה בנושא ראו שם, בעמ' 52, 64.

122 להרחבה ראו שם, בעמ' 57–61. בפרק זה נדונה החשיבות הרבה ביצירת סביבה שתאפשר התפתחות תקינה ויציאה ממעגל הפשיעה במסגרת מתקני ענישה של קטינים.

123 ראו לעיל ה"ש והטקסט הסמוך לה.

124 עדו אבגר שיקום אסירים קטינים (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2016).

להעלות טענה הפוכה, ולפיה החזרה לפשיעה של אסירים קטינים נובעת משהייתם בקרב אוכלוסייה בעייתית בכלל, ומכאן שקטינים רגישים יותר להשפעות מהסביבה, גם כאשר הן שליליות. ובאשר לשיעורי הרצדיביזם הגבוהים, ייתכן מאוד שהם נובעים מכך שבתי המשפט נוקטים משנה זהירות בעניינם של קטינים ונמנעים ככל האפשר מלשלוח קטינים לעונשי מאסר בפועל.¹²⁵

ראוי לציין כי גם הפסיקה בישראל הכירה במפורש בהבדלים אלה בין בני נוער לבין מבוגרים. בפרשת פלוני מנה השופט הנדל את ההצדקות ליחס השונה הניתן לקטינים במשפט הפלילי, כאשר שתיים מהן עניינן אחריותם המופחתת ויכולתם הגבוהה להשתקם.¹²⁶

על בסיס שני הבדלים אלה, בשני העשורים האחרונים קבע בית המשפט העליון האמריקאי הלכות אשר הגבילו במידה רבה את היכולת לגזור את העונשים החמורים ביותר על מי שהיו קטינים בעת ביצוע העבירה, בקובעו כי עונשים אלה מפרים את הוראות התיקון השמיני לחוקה האוסר על ענישה אכזרית ובלתי אנושית.¹²⁷ ראשית, בשנת 2005 ביטל בית המשפט לחלוטין את האפשרות להטיל עונש מוות על נאשם קטין ללא תלות בעבירה שבה הואשם. בפסיקה מאוחרת יותר נקבע כי לא ניתן להטיל עונש מאסר עולם ללא אפשרות שחרור על קטין שלא הואשם ברצח. ולבסוף, נקבע כי הטלת עונש מאסר עולם ללא אפשרות שחרור על קטין כעונש חובה, ללא שיקול דעת של בית המשפט, אינה חוקתית אף היא. בית המשפט לא אסר לחלוטין הטלת עונש זה על קטין, שכן סבר כי לצורך המקרה הנדון לא היה צורך להכריע בשאלה זו.

בפסקי הדין הללו התייחס בית המשפט לשני המאפיינים הייחודיים של קטינים שנדונו לעיל וקבע כי מידת אשמם הפחותה וסיכויים להשתקם מחייבת מתן יחס לקטינים השונה לחלוטין מן היחס הניתן לבגירים.¹²⁸ כאמור, במקרה של עונש המוות אף נקבע קו גבול שרירותי, ולפיו אשר לעבירות שבוצעו בידי קטין לא ניתן להטיל עונש זה כלל, תהא החומרה אשר תהא. גבול זה נקבע אף שבית המשפט הכיר בכך שיש מקרים בהם נאשמים ספציפיים, על אף קטינותם, מראים רמת בגרות ובשלוח שאינה נופלת מזו של אדם בוגר ממוצע.¹²⁹

ואולם, הענישה בישראל שונה מהענישה בארצות הברית. גם משמעותו של עונש מאסר העולם בישראל שונה ממשמעותו בארצות הברית, ולכן אף אם נקבל את קביעותיו של בית המשפט העליון האמריקאי, הן לא בהכרח מתאימות למצב בישראל. בתת-הפרק הבא

125 שם, בעמ' 27. לקריאה נוספת בנושא ראו למשל סוזי בן-ברוך, הילה סיני ואברהם שיינפלד "בין ענישה לשיקום: גישות ושיקולים משתנים ביחס לנוער עובר חוק בחקיקה ובהליך המשפטי בישראל ובעולם" **נוער בבלגן – קטינים עוברי חוק בישראל: דרכי מניעה, אכיפה ושיקום** 67 (אורי תימור, סוזי בן ברוך ואיתי אלישע עורכים, 2015).

126 ע"פ 5048/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סד (1) 1, פס' 5 (2010).

127 ראו להלן פרק ד.

128 ראו Miller v. Alabama, 567 U.S. 460, 463–464 (2012); Roper v. Simmons, 543, 571 U.S. 551 (2005).

129 שם, בעמ' 574.

אסביר כיצד הדיון שנעשה לעיל במאפייניהם הייחודיים של קטינים רלוונטי לדין הישראלי ולאפשרות להטיל עונש מאסר עולם על קטינים.

2. המאפיינים הייחודיים של בני נוער לאור הדין הישראלי בדבר הטלת מאסר עולם

כפי שהוזכר בתחילת ההערה, בישראל קיימים שני סוגים של מאסר עולם: מאסר שנופל בגדרו של סעיף 41 לחוק העונשין, כלומר לא נקבע כעונש חובה לעבירה מסוימת, ומשמעותו עונש מאסר לתקופה שלא תעלה על 20 שנים; מאסר עולם שאינו נופל בגדרו של סעיף 41 לחוק העונשין, ומשמעותו התאורטית היא תקופת מאסר לא קצובה עד ליומו האחרון של האסיר.¹³⁰

העונש מאסר עולם "כפשוטו" (מהסוג השני) נחשב למעשה לעונש החמור ביותר בישראל. אומנם עונש המוות עדיין קיים בצידן של כמה עבירות, אולם במערכת האזרחית נעשה בו שימוש פעם אחת בלבד בכל תולדות המדינה, במקרה חריג ביותר.¹³¹ נראה כי החוק לביטול עונש המוות על עבירת הרצח משנות החמישים יצר מדרג חדש של ענישה, ובראש הפירמידה הוצב עונש מאסר עולם חלף עונש המוות שהיה נהוג עד אז. על מנת לשמור על הדרגתיות בענישה ולמנוע "אינפלציה" של מאסרי עולם נקבע כי מאסר עולם שאינו עונש חובה משמעו עונש מאסר שלא יעלה על 20 שנה. זוהי למעשה תכליתו של סעיף 41 לחוק העונשין: לשמור את עונש מאסר העולם כפשוטו למקרים החמורים ביותר – עבירת הרצח ודומותיה.¹³²

כמו כן לאחרונה הצטמצמה תחולתו של העונש עוד יותר עם כניסתה לתוקף של הרפורמה בעבירות ההמתה. כאמור, כיום קיים עונש מאסר עולם חובה אך ורק במקרה של רצח בנסיבות מחמירות, אולם העונש על עבירת הרצח הבסיסית הוא מאסר עולם כעונש מרבי בלבד. עם זאת אף שאין מדובר בעונש חובה, יהיה בית המשפט רשאי לגזור על נאשם מאסר עולם כפשוטו, והוא לא יהיה מוגבל לתקרת ענישה של 20 שנות מאסר.¹³³

כפי שראינו בתת-הפרק הקודם, ככלל, ראוי לייחס לבני נוער אשם מוסרי מופחת מזה המיוחס לאנשים בוגרים, וסיכויי השיקום שלהם גבוהים יותר. כזכור, העיקרון המנחה והחשוב ביותר בענישה במשפט הפלילי בישראל הוא עקרון ההלימה, שמגלם למעשה את עקרון הגמול, שלפיו אדם צריך להיענש לפי מידת אשמתו.¹³⁴ לכן לדעתי מתבקשת המסקנה כי כשמדובר בקטינים, הטלת העונש המרבי, שכבר נקבע שלא תמיד מתאים גם לנאשמים בגירים,¹³⁵ אינה עולה בקנה אחד עם אשם המופחת של קטינים. לפיכך אני

130 לדיון בנושא ראו לעיל פרק ב.

131 להרחבה ראו סג'ר, לעיל ה"ש 35.

132 לדיון בנושא ראו לעיל פרק ב.

133 ס' 311א לחוק העונשין. בעניין זה, ראו לעיל ה"ש 47 והטקסט הסמוך לה.

134 ס' 40ב לחוק העונשין. בעניין זה ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 6.

135 ראו דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 17–18. לפי דעת הרוב, עונש חובה אינו תואם אף פעם אחת את כל קשת המקרים האפשריים. לכן עונש החובה נותר רק על העבירה של רצח בנסיבות מחמירות. גם כאן ניתן "פתח מילוט" כאשר בית המשפט סבור שבשל נסיבותיו המעשה אינו בעל

סבור שמעצם היותו עונש מרבי וחמור במיוחד, הטלתו על קטינים, שאחריותם למעשיהם פחותה באופן מובנה ביחס לבגירים קשה ובעייתית, עדיין מבלי לדון במהותו של העונש הספציפי עצמו. האיסור על הטלת עונש מוות על קטינים מלמד לדעתי כי לא ראוי להטיל על קטינים את העונשים החמורים ביותר.¹³⁶ איסור זה היה קיים בישראל עוד מלפני קום המדינה,¹³⁷ עת עונש המוות היה שריר וקיים, ואף היה עונש חובה על עבירת הרצח.¹³⁸ כיום, כאשר המדרג השתנה, אני סבור שיש לפעול על פי אותו הרציונל, בייחוד בשל הממצאים החדשים בדבר אשמת המופחת של קטינים.

ניתן כמובן לטעון כי העובדה שישנו עונש מרבי אין בה כשלעצמה כדי למנוע את הפעלתו על כל קטין שהוא. גם כאשר לאיסור על עונש המוות ניתן לטעון כי הסיבה שהטלתו על קטינים נאסרה היא אכזריותו ומהותו של העונש הספציפי הזה, וכי אין סיבה לעשות זאת כאשר עונשי המקסימום שונים במהותם מעונש המוות. אכן, יש היגיון בטענה זו, אולם כשלעצמי אני נוטה לבטל כלאחר יד את גישת ההדרגתיות בענישה שהוצגה בפסקה הקודמת. כאמור, הדעה המקובלת היא שקטינים שונים שינוי מהותי מאנשים בוגרים, וראוי לייחס להם אחריות פחותה למעשיהם. כמו כן אין חולק שקו הגבול שנקבע כמפריד בין קטינות לבגירות לא תמיד משקף נכון את מידת בגרותו של אדם,¹³⁹ וכי ייתכנו מקרים אינדיווידואליים שבהם אנשים בוגרים ונבונים ייחשבו לקטינים על פי החוק, ומנגד, יהיו מקרים שבהם אנשים שנחשבים בגירים על פי החוק לא צריכים להיחשב לכאלה על פי מאפייניהם האישיים. לפיכך ברור מאליו כי יכולים להיות מקרים ספציפיים שבהם הן בשל נסיבות העבירה והן בשל נסיבותיו של העבריין הספציפי ראוי להטיל עונש מאסר עולם גם אם מי שביצע את העבירה עשה זאת בהיותו קטין. אכן, מידת אחריותו של אדם למעשיו אינה גדלה בבת אחת עם הגיעו לגיל 18, ויש בני נוער שרמת בגרותם גבוהה משל האדם הבוגר הממוצע. אף על פי כן המחוקק בחר לסרטט קו גבול קשיח בין הקטינות לבגירות, וניתן להניח שעשה זאת משום שהמיעוט הקטן של המקרים שייפלו בצד הלא נכון של הגבול אינו מצדיק קביעת סטנדרט גמיש.

גישת זו מתחדדת עוד יותר בשל היישום הקשיח של גיל האחריות הפלילית בישראל. אכן, אדם אינו הופך ביום הולדתו ה-12 כבמטה קסם מילד שאינו אחראי למעשיו לאדם בוגר שכשיר לתת את הדין עליהם. ולמרות זאת המחוקק העדיף בבירור לבצע הפרדה קשיחה ומוחלטת, ללא חריגים, על פני מתן שיקול דעת לבית המשפט לקבוע בכל מקרה לגופו אם הקטין אחראי למעשיו.¹⁴⁰ לאור האמור לעיל, לדעתי, אם מגיעים למסקנה

חומרה מיוחדת. במקרה כזה בית המשפט יכול להרשיע בעבירת הרצח הבסיסית, ו"להימלט" מעונש החובה.

136 ס' 25(ב) לחוק הנוער.

137 ס' 13 לפקודת העבריינים הצעירים, 1937, ע"ר תוס' 1, 121.

138 ס' 215 לפקודת החוק הפלילי. בעניין זה ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 31.

139 בן-ברוך, סיני ושיינפלד, לעיל ה"ש 125, בעמ' 69.

140 יש לציין כי בעבר הייתה נהוגה גישה שונה בנוסחו המקורי של חוק העונשין. אז אומנם היה גיל האחריות הפלילית 12 שנים, אולם לבית המשפט הייתה סמכות לקבוע כי קטין מתחת לגיל זה כשיר לשאת באחריות פלילית במקרים המתאימים (כל עוד גילו של הקטין בעת ביצוע העבירה היה תשע

שככלל אשמתם של קטינים פחותה מזו של בגירים, סביר לקבוע כי אין להטיל עונשי מקסימום בכל עבירה שהיא על מי שהיה קטין בעת ביצועה. במציאות שאינה אידיאלית, כמו זו שמקיפה אותנו, לעיתים הנזק שבמתן שיקול דעת רחב לבית המשפט, שיכול להתבטא בענישת יתר, עולה על התועלת שבו – מתן מענה למקרים חריגים ונדירים שבהם יש הצדקה להשית את העונש המרבי. יישום של גישה זו ניתן למצוא בדין הפלילי הצרפתי, שלפיו קטין שמואשם בעבירה מסוימת, בית המשפט לנוער רשאי להטיל עליו עונש שלא יעלה על מחצית מהעונש המרבי לאותה עבירה.¹⁴¹

ובכל זאת, בפסקאות הבאות אנסה להראות כי גם לפי מאפייניו של עונש מאסר העולם בישראל הייחודיים לו, ולא רק משום היותו עונש מרבי, הטלתו על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה מעלה קשיים רבים.

גם כאשר עונש מאסר העולם מופעל על בגירים, ההסדר הישראלי בעניינו מעלה כמה בעיות וקשיים, ובשל כך נמתחה עליו ביקורת בספרות, ואף הוטל ספק בחוקתיותו בשל פגיעתו לכאורה בכבוד האדם.¹⁴² סוגיה זו חורגת מעט מגדרי הערה זו, אולם כפי שיוצג להלן, לדעתי כלל הטיעונים בדבר הפגיעה בכבוד האדם שהועלו נגד ההסדר מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בקטינים. נוסף על זה, גם ועדת קרמניצר שנדונה לעיל המליצה לשר המשפטים לבחון את ההסדר הישראלי ולשקול לערוך בו שינויים, אולם קבעה כי נושא זה נמצא מחוץ לתחום סמכותה ולכן לא פרסמה המלצות קונקרטיות בעניין.¹⁴³ להלן סקירה קצרה של קשיים אלה.

ראשית, קיימים סתירות וחוסר ודאות באשר למשמעותו המעשית של העונש. כאמור, גם במקרה של מאסר עולם מהסוג הראשון, האסיר רשאי להגיש בקשה לקציבת עונשו לוועדת השחרורים המיוחדת, אשר מוסמכת להמליץ לנשיא המדינה להשתמש בסמכות החנינה שלו ולהמיר את עונשו של האסיר לתקופה קצובה שלא תפחת מ-30 שנות מאסר.¹⁴⁴ בפועל הדעה המקובלת היא שעונשם של רבים מאסירי העולם נקצב והם אינם מסיימים את חייהם בין כותלי בית הסוהר.¹⁴⁵ ואולם, סברה זו אינה מדויקת, וכבר נטען בשנים האחרונות כי קיימת מדיניות של הקשחה והחמרה בהחלטותיהן של ועדות השחרורים, ועונשם של אסירים רבים נקצב בחלוף זמן רב מתחילת מאסרם, ולתקופות ארוכות מהמינימום הנדרש

לפחות (ס' 13 לחוק העונשין). הסדר זה, כידוע, השתנה, וניתן להבין מכך שהמחוקק העדיף הסדר הכולל קו גבול שרירותי קשיח. להרחבה ראו שרון, לעיל ה"ש 11, בעמ' 18.

141 ראו להלן ה"ש 199 והטקסט הסמוך לה. יש לציין שבמקרים חריגים בית משפט רשאי לחרוג מהמדיניות הזאת ולהעניש את הקטין כבגיר אך ורק אם גילו הוא מעל 16 שנה ואם ישנן נסיבות מיוחדות שמצדיקות זאת. עם זאת במקרה שהעונש על העבירה הוא מאסר עולם, בית המשפט יוכל להטיל לכל היותר 30 שנות מאסר.

142 ראו הראל, לעיל ה"ש 52.

143 דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 18.

144 ס' 29 לחוק שחרור על-תנאי, בעניין זה ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 50.

145 ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 223 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19, 7 (16.7.2014) (מתוך דבריו של חבר הכנסת דוד צור).

של 30 שנה. לעיתים עונש המאסר אף איננו נקצב כלל.¹⁴⁶ מדיניות הקשחה זו הוכרה בעבר גם במשרד המשפטים.¹⁴⁷

נוסף על זה, נראה כי התפיסה שבבסיס עונש מאסר העולם היא כי מדובר בעונש מאסר שאינו קצוב בזמן, ולאסיר עולם אין עומדת זכות קנויה לכך שעונשו ייקצב. נהפוך הוא, בבית המשפט הובעה כמה פעמים הדעה כי קיצור העונש הוא סמכות חנינה שאינה חלק מהעונש, שמשמעותו מאסר עד סוף ימיו של האסיר.¹⁴⁸ גם המחוקק החזיק בגישה דומה, כפי שעולה מתיקון מס' 14 לחוק לשחרור על תנאי ממאסר.¹⁴⁹ בתיקון זה נקבע כי בית המשפט שהרשיע נאשם בעבירת רצח יוכל לקבוע כי הרצח בוצע "בנסיבות חריגות בחומרתן". אם בית המשפט קבע כך, לא תוכל ועדת השחרורים להמליץ על קציבת עונשו של הרוצח לתקופת זמן שתפחת מ-40 שנות מאסר.¹⁵⁰ במקום תקופת מינימום של 30 שנה במצב רגיל. בתיקון זה נקבעה הוראת מעבר שלפיה בית המשפט יוכל לעשות זאת אף בעניינו של נאשם שביצע את העבירה לפני כניסתו של התיקון לתוקף,¹⁵¹ שכן אין מדובר בהחמרת הענישה ממש (שעודנה מאסר עולם לא קצוב) אלא בסמכות החנינה, שהיא מעשה של חסד למעלה מן הצורך.¹⁵²

קושי נוסף טמון בשאלה מיהו הגוף המחליט. בישראל, בניגוד למדינות אחרות בעולם, היחיד אשר נתונה לו הסמכות לקצוב את עונשם של אסירי עולם הוא נשיא המדינה. הוא יכול לעשות זאת מכוח סמכות החנינה הכללית שלו, אשר במסגרתה הוא מוסמך לקצר או לבטל כל עונש של כל אדם שהורשע בעבירה. אומנם ועדת השחרורים מוסמכת להמליץ

146 הראל, לעיל ה"ש 52, בעמ' 12.

147 ישיבה מס' 223 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 113, בעמ' 8–9 (מתוך דבריה של אמי פלמור). בעבר היו בקשות לקציבת עונשם של אסירי עולם מועברות לנשיא המדינה, וברגיל הוא היה קוצב את העונש ל-24 שנות מאסר. הנשיא עזר ויצמן סירב להמשיך ולקיים נוהג זה ובדק בקשות לקציבת העונש בדיקה פרטנית, ולפי תוצאות הבדיקות נקצב לעיתים העונש לתקופה ארוכה בהרבה מ-24 השנים, ולעיתים נדחתה הבקשה והעונש לא נקצב כלל. מצב זה יצר חוסר אחידות בענישה, וזו הייתה הסיבה לחקיקתו של חוק שחרור על-תנאי ממאסר בשנת – ליצור אחידות ושוויוניות. ואולם חוק זה מבטא החמרה לעומת המצב הקיים, שכן ועדת השחרורים אינה מוסמכת להמליץ על קציבת העונש לתקופה שתפחת מ-30 שנות מאסר, ואכן, נראה שכיום עונשי המאסר נקצבים, אם בכלל, לתקופות ארוכות בהרבה מ-24 השנים שהיו נהוגות בעבר. בהקשר זה ראו גם ישיבה מס' 237 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-19 (22.9.2014).

148 ראו למשל בג"ץ 849/00 ש"ן נ' שר המשפטים, פ"ד נו(5) 571 (2002); בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עניינים בישראל נ' ועדת השחרורים בית הסוהר מעשיהו שב"ס, פ"ד נה(2) 838, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (2002); רע"ב 433/07 הוכברג נ' שירות בתי הסוהר, פס' 5 (נבו 2.12.2007); רע"ב 8538/17 בשיר נ' ועדת השחרורים המיוחדת במושב ליד כלא מעשיהו, פס' 16 (נבו 20.12.2017).

149 חוק שחרור על-תנאי ממאסר (תיקון מס' 14), התשע"ה–2014, ס"ח 23.

150 שם.

151 שם, ס' 3.

152 הייעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט "מסמך הכנה לדיון בהצעת חוק שחרור על-תנאי ממאסר (תיקון מס' 14) (אסיר עולם שהורשע ברצח חריג בחומרתו), התשע"ד–2014 (פ/2113/19) (של חברי הכנסת איילת שקד, דוד צור, יריב לוין, רוברט אילטוב, ישראל חסון, אורית סטרוק, שולי מועלם-רפאלי ומרדכי יוגב) – הכנה לקריאה שנייה ושלישית" (17.9.2014).

לנשיא על קציבת עונשו של אסיר עולם, אולם הנשיא אינו חייב לקבל את המלצתה, והוא מוסמך לסטות ממנה – אם בקיצור העונש ואם בהותרת העונש על כנו.¹⁵³ מצב זה אינו אידיאלי, מכמה סיבות: ראשית, נשיא המדינה אינו איש מקצוע, ולא תמיד שיקוליו משפטיים גרידא. יש חשש, לדעת המבקרים, כי לחצים ציבוריים או פוליטיים יכולים להשפיע על החלטתו בעניינו של אסיר מסוים.¹⁵⁴ נוסף על זה, לבית המשפט כמעט אין אפשרות להשפיע על העונש שירצה הנאשם בפועל. אומנם המצב השתנה מעט עם מתן הסמכות לבית המשפט לקבוע כי רצח מסוים הוא חריג בחומרתו, אולם עדיין לבית המשפט נתונה סמכות מוגבלת ביותר לעניין זה, בניגוד למדינות אחרות שבהן בית המשפט מוסמך לקבוע תקופת מינימום שיהיה על הנאשם לרצות לפני שיוכל לבקש עיון מחדש בעונשו. כך נוצר מצב שבו למעשה המשפיעים העיקריים על העונש אינם בית המשפט.¹⁵⁵ לדעת, הקשיים שהוצגו לעיל בנוגע למאסר עולם ככלל הם בעלי חומרה יתרה כאשר מדובר בקטינים ולא בבגירים.

ראשית, כפי שראינו, הדין הישראלי נותן את המשקל הגדול ביותר לתכלית הגמול. אולם זו אינה התכלית היחידה. גם לתכלית השיקום חשיבות רבה מאוד, והיכולת לסטות ממתחם הענישה ההולם משיקולי שיקום היא הוכחה חותכת לכך.¹⁵⁶ אולם מלבד זאת, כאשר עסקינן בנאשם קטין, לתכלית השיקום משקל גדול אף יותר.¹⁵⁷ כפי שראינו, מהחוק ומהפסיקה לא תמיד עולה קול ברור בשאלת משקלה של תכלית השיקום בענישת קטינים. בפסקי דין מסוימים נאמר כי יש לתת לו "מעמד בכורה", גם כאשר מדובר בעבירות חמורות,¹⁵⁸ ואילו בפסקי דין אחרים (במיוחד בתיקי רצח) נאמר כי שיקול זה הוא אחד מני רבים, ויש לדאוג שהוא לא יאפיל על שיקולים חשובים אחרים, כגון גמול והרתעה.¹⁵⁹ ואולם, אין מחלוקת שלשיקום משקל חשוב הרבה יותר כאשר מדובר בנאשם קטין. אומנם כאמור לעיל עונש מאסר העולם בישראל אינו "ללא אפשרות שחרור", ולכן הטלתו על קטין אינה מבטלת את שיקומו לחלוטין, וכמעט תמיד עומדת לאסיר התקווה להשתקם ולפנות לוועדת השחרורים על מנת שתשקול להמליץ על קציבת עונשו,¹⁶⁰ ועם זאת, כאמור, אין עומדת לאסיר זכות לשחרור מוקדם, ומשמעותו האמיתית של העונש בראי

153 וזאת מכוח סמכות החנינה הכללית הנתונה לו, שהיא סמכות חוקתית על-חוקית. ראו עניין **שץ**, לעיל ה"ש 148; בג"ץ 9631/07 **כץ נ' נשיא המדינה**, פס' 19 לפסק הדין (נבו 14.4.2008). אומנם בפסיקה מאוחרת יותר נקבע כי במקרים חריגים רשאי שר המשפטים לסרב לחתום חתימת קיום על החלטת נשיא המדינה להשתמש בסמכות החנינה שלו, אולם נקבע כי ניתן לעשות זאת במקרים חריגים בלבד של חוסר סבירות קיצוני או חשש לשיקולים זרים. השופטים החליטו שלא להכריע בשאלה מה קורה כאשר נשיא המדינה חורג מהמלצת ועדת השחרורים, ראו דנג"ץ 219/09 **שר המשפטים נ' זוהר**, פ"ד סד (2) 421 (2010).

154 דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 41, נספח ג, בעמ' 21.

155 שם, נספח ג, בעמ' 22.

156 ראו דיון לעיל בפרק א.1.

157 ראו עיצוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 38–39. בעניין זה ראו לעיל ה"ש 17.

158 ע"פ 49/09 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד סג (1) 752, פס' 12 לפסק דינו של השופט דנציגר (2009).

159 עניין **אלמוני**, לעיל ה"ש 90, פס' 20 לפסק הדין.

160 מלבד, כמובן, בנסיבות המפורטות בסעיף 30 לחוק שחרור על-תנאי (המלצה לעניין אסיר עולם שהורשע ברצח ראש הממשלה).

הדין היא מאסר עד לסוף חייו של הנדון, כאשר האפשרות לקציבה היא "מעשה של חסד" ולא מעשה שבחובה.¹⁶¹ לפיכך, להיותו של אדם אסיר עולם משמעות רבה באשר לתנאי מאסרו. כך, למשל, לאסירי עולם אין עומדת האפשרות לצאת לחופשה אלא במקרים חריגים, ואפשרותם להשתתף בתוכניות שיקום מוגבלת.¹⁶² לכן נראה כי המסר שמעבירה המדינה לקטין שנשלח למאסר עולם הוא מסר של הרחקה מהחברה לצמיתות. מהאמור לעיל נובעת המסקנה שהטלת מאסר עולם על קטין משמעה מתן משקל קטן מאוד, אם בכלל, לשיקומו.

מלבד זאת, כאשר אדם נידון למאסר עולם, הוא נתון במצב של חוסר ודאות באשר לאורך תקופת המאסר שיהיה עליו לרצות. כפי שציינתי לעיל, ייתכן שישוחרר התוך 20 שנה (במקרים הקלים ביותר), וייתכן גם שירצה תקופת מאסר ארוכה בהרבה, ואף שלא ישוחרר כלל.¹⁶³ חוסר ודאות זה מתעצם עוד יותר בשל העובדה שמי שמוסמך להורות על שחרורו איננו גוף משפטי אלא נשיא המדינה אשר יש לו שיקול דעת רחב ביותר לקבל החלטה בעניינו של האסיר.¹⁶⁴ כבר הובעה הדעה כי חוסר הוודאות הזה כשלעצמו אינו יכול להיות ענישה לגיטימית, וכי לאדם שהואשם בעבירה יש זכות לדעת מה עונשו.¹⁶⁵ במקרה של קטין, נראה שחוסר הוודאות הזאת חמור עוד יותר, שכן הקטין עתיד להיות במאסר תקופה ארוכה הרבה יותר מתקופת חייו כאדם חופשי עד לתחילת הנשיאה בעונש, מבלי יכולת לדעת מתי, אם בכלל, יזכה לסיים לשאת את עונשו ולהתחיל את חייו כאדם בוגר. מדובר לדעתי במצב שונה לחלוטין ממצבו של אדם בוגר שחי תקופת חיים ארוכה לפני המאסר.¹⁶⁶

בשולי הדברים אציין כי יש ספק לא מבוטל בשאלת האפקטיביות של הטלת עונש מאסר עולם על קטין מבחינת הרתעת הרבים. ייתכן שקטין טיפוסי יתקשה יותר מאדם בוגר להבין ולהפנים את משמעותו המלאה של עונש מאסר העולם, וממילא האימפולסיביות והנטייה להסתכן המאפיינת בני נוער מקטינה את הסיכוי שפחד מעונש ימנע הרבה מהפשעים.¹⁶⁷ מכל מקום, לא בטוח כלל שעונש מאסר קצוב שאורכו 30 או 40 שנה ירתיע קטינים פחות מעונש של מאסר עולם.

161 ראו לעיל את הטקסט בסמוך לה"ש 147.

162 ראו הראל, לעיל ה"ש 52, בעמ' 6, 12.

163 ראו עניין הוכברג, לעיל ה"ש 148, פס' 5 ("חוסר הוודאות בה שריו, כנטען, אסיר-העולם, אינו כזה כלל ועיקר. ודאותו של הלה היא, כי משנטל את חייו של אחר, שוב לא תושב לו חירותו. ודאותו היא, כי עונשו נגזר לריצוי שארית ימיו מאחורי סורג ובריח. ודאות זו היא מנת חלקו, כל עוד לא החליטו הגורמים המוסמכים לשנות מן הדבר. ואם צער וסבל כרוכים בכך, הרי את אלה המיט אסיר-העולם על ראשו-הוא, במעשה הנפשע בו שלח ידו").

164 ראו לעיל את הטקסט בסמוך לה"ש 153.

165 דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 68 (במסגרת דעת המיעוט של חברי הוועדה מהסניגוריה הציבורית).

166 טענה זו נכונה, כמובן, במבט כללי בלבד, שכן ההבחנה בין קטין בן 17 לבין בגיר בן 21 אינה מהותית במיוחד בהקשר זה.

167 ראו עציוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 35-36.

לסיכום דיון זה, אני סבור שעונש מאסר עולם כפי שנהוג בישראל אינו מתאים לענישתם של עבריינים שביצעו את העבירה בהיותם קטינים. עונש זה, כפי שהראיתי לעיל, אינו מקדם את תכליות הענישה שבבסיס הדין הפלילי הישראלי.

ד. מאסר עולם לקטינים ברחבי העולם

בפרק זה אציג בקצרה את הדין הנוהג בסוגיה של הטלת מאסר עולם על קטינים במשפט הבין-לאומי ובמדינות נבחרות. כפי שאראה בהמשך, אני סבור כי פנייה לדין הזר מחזקת את גישתי באשר לדין הרצוי בישראל, ויש בה כדי לסייע לגיבושו. ככלל, ממחקר שעשה ארגון CRIN בנושא מאסר עולם לקטינים בשנת 2015 עולה כי נכון לשנה זו, לפחות ב-73 מדינות ברחבי העולם הדין מאפשר הטלת מאסר עולם, על צורותיו השונות, על נאשם שהיה קטין בעת ביצוע העבירה. מנגד, כ-112 מדינות לפחות אסרו איסור מוחלט על פרקטיקה זו.¹⁶⁸ אולם נראה שהמצב שונה בין היבשות השונות. למשל, באירופה רובן המוחלט של המדינות אוסר על פרקטיקה זו, וכך גם במדינות אמריקה הלטינית (אשר חלק גדול מהן ביטל לחלוטין את עונש מאסר העולם). מנגד, באמריקה הצפונית, באסיה ובעיקר באפריקה פרקטיקה זו נפוצה יותר.

בתתי-הפרקים הבאים תוצג עמדתו של המשפט הבין-לאומי וכן יוצגו הדין הנוהג בארצות הברית ובצרפת. חשוב לציין כי אין מדובר בסקירה מלאה או ממצה אלא בתמצית בלבד שנועדה לתת חומר למחשבה ולשמש חומר רקע לגיבוש הסדר משביע רצון. עם זאת חשוב לזכור כי הדין הנוהג בארצות הברית בסוגיה זו נחשב למחמיר ביותר ביחס לכל מדינות המערב. לכן אני סבור שהצגתו של הדין בארצות הברית לצד סקירה כללית של הדין באירופה, ובייחוד צרפת (אשר ביטלה לאחרונה לחלוטין את האפשרות להטיל מאסר עולם על קטינים), נותנת מושג כללי על שני הקצוות של הגישות הנהוגות בסוגיה זו בעולם המערבי.

1. עמדת המשפט הבין-לאומי

האמנה בדבר זכויות הילד של האו"ם משנת 1990 אושררה על ידי רובן המוחלט של המדינות החברות באו"ם, ובכללן ישראל. האמנה תובעת בין השאר מהמדינות החברות בה לשמור על זכויות הקטינים בהליך הפלילי. החובה העיקרית הרלוונטית לענייננו שקובעת האמנה היא האיסור על הטלת עונש מוות או מאסר עולם ללא אפשרות שחרור על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה. על פי שיטת המשפט הישראלית, האמנה איננה חלק מחייב מהמשפט בישראל כל עוד לא אושרה בחקיקה בכנסת. אומנם נקבע כי יש לנסות לפרש את הדין הישראלי בהרמוניה עם התחייבויותיה הבין-לאומיות של המדינה, אולם במקרה של סתירה ממשית – הדין הישראלי יגבר.

שאלת היחס בין האמנה לבין הדין הישראלי נדונה גם בהקשר של מאסר עולם לקטינים. בכמה פסקי דין נקבע כי התחייבותה של ישראל בהיותה חתומה על האמנה אינה שוללת את

168 ראו CRIN, INHUMAN SENTENCING, לעיל ה"ש 12.

סמכות בית המשפט לגזור מאסר עולם על קטין. האמנה איננה חלק מחייב מהדין הישראלי, לפי שיטת המשפט בישראל, שכן הכנסת מעולם לא עיגנה אותה במפורש בחקיקה, אולם יש לפרש דברי חקיקה ישראלים פירוש שיעלה, ככל הניתן, בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינ-לאומיות של ישראל. ואולם בית המשפט קבע כי מאסר העולם שנהוג בישראל אינו "ללא אפשרות שחרור", כלשון האמנה, בשל ההסדרים המעוגנים בחוק שחרור על-תנאי ממאסר, המסמיכים ועדת שחרורים מיוחדת להמליץ על קציבת עונשו של אסיר עולם. בית המשפט אומר כי אומנם אין עומדת לאסיר עולם זכות קנויה לקציבת עונשו, אולם לפי האמנה די בכך שתהיה "אפשרות" שחרור – ואפשרות זו, לדעת בית המשפט, קיימת כמעט תמיד.¹⁶⁹

מנגד, היו גם דעות אחרות. השופטת דורנר סברה בפרשת **אבו-חסן** כי סמכותו של נשיא המדינה לקצוב עונש מאסר עולם אינה משנה את מהותו של העונש, אשר עודנה מאסר לא קצוב, שכן הזכות לקציבת העונש אינה מובטחת לאסיר. לפיכך, לשיטתה, הטלת עונש מאסר עולם במתכונתו בישראל אכן מפירה את הוראות האמנה. אומנם, כאמור, האמנה אינה חלק מחייב מהדין הישראלי, אולם כאשר ניתן שיקול דעת לבית המשפט, עליו ליישמו ככל הניתן בשימת לב להתחייבויותיה הבינ-לאומיות של המדינה. לפיכך בין השאר הגיעה השופטת דורנר למסקנה שראוי להימנע מלגזור עונש מאסר עולם על קטין, ולכל היותר ניתן לעשות זאת בנסיבות חריגות בלבד.¹⁷⁰ השופטים טירקל וקדמי, מצידם, סברו כי הדין בשאלה זו הוא בבחינת למעלה מן הצורך במקרה זה, שבו הוסכם כי מכל מקום ראוי להקל בעונשו של המערער. לכן דעתה של השופטת דורנר לא התקבלה, ונותרה דעת מיעוט.¹⁷¹ בפרשה מאוחרת יותר הפנה קטין שהורשע ברצח ונידון למאסר עולם בערעורו לדעת המיעוט של השופטת דורנר. בית המשפט, מפי השופט חשין, דחה עמדה זו.¹⁷²

הוועדה לזכויות האדם של האו"ם דנה בשנת 2014 בתלונה שהגישו אליה כמה נערים מווילס ומאוסטרליה אשר הורשעו ברצח ונידונו למאסר עולם. לטענתם, בין השאר, העונש שנגזר עליהם הוא הפרה של האמנה בדבר זכויות הילד, האוסרת הטלת מאסר עולם ללא אפשרות שחרור על קטינים, וכן מפר את ה-ICCPR, האוסרת על ענישה אכזרית ולא אנושית וכן דורשת טיפול נאות בקטינים עוברי עבירה התואם את גילם. במקרה זה משמעותו של העונש הייתה מאסר לא קצוב, אולם היה אפשר להגיש בקשה לקבלת חנינה במקרה שבו

169 פרשת **חורב**, לעיל ה"ש 67, פס' 9.

170 עניין **אבו-חסן**, לעיל ה"ש 30, פס' 9 לפסק דינה של השופטת דורנר.

171 שם, פסקי הדין של השופטים טירקל וקדמי.

172 ע"פ 4379/02, לעיל ה"ש 67, פס' 24–25 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין, שהסתמך על כך שהשופטת דורנר הפנתה בפסק דינה למאמרו של לסלי סבה, שנכתב לפני חקיקתו של חוק שחרור על-תנאי ממאסר, ובו נכתב כי חקיקתו של החוק יכולה להוות פתח לעקיפת האיסור להטיל מאסר עולם על קטינים, שכן החוק יעגן אפשרות שחרור ממשית, בניגוד למצב הקודם. ראו לסלי סבה "זכויות האדם ומערכת הענישה" **מחקרי משפט** יג 183, 218 (התשנ"ז). השופט חשין סבר אפוא כי דעה זו אינה רלוונטית עוד, שכן מאז השתנה המצב המשפטי עם חקיקת החוק. לדעתי, קשה לקבל עמדה זו, שכן החוק לא שינה את המצב המשפטי שלפיו לנשיא המדינה שיקול דעת אם לקבל את המלצתה של ועדת השחרורים המיוחדת. ההסדר החדש דווקא החמיר את מצבם של אסירי העולם והביא למצב שבו עונשם של אסירי עולם נקצב לתקופות ארוכות מבעבר, ולפעמים לא נקצב כלל (ראו לעיל את הטקסט ליד ה"ש 147).

האסיר נמצא על סף מוות או שאינו מסוגל מבחינה נפשית לרצות את העונש. הוועדה קבעה כי על מנת לקיים את הוראות האמנה, כאשר מדובר בקטינים עונש מאסר העולם צריך להיות בעל אפשרות שחרור ממשית, ולא די באפשרות תאורטית ולא סבירה. אפשרות זו, לפי החלטת הוועדה, צריכה להתחשב גם בשיקולי שיקום ולתת לאסיר הזדמנות אמיתית לשוב לחברה. במקרה זה נקבע כי עונש המאסר שנגזר על שני הקטינים אינו כולל אפשרות ממשית להשתחרר, ובשל כך מפר את הוראות האמנה.¹⁷³

בהקשר הישראלי על פני הדברים עונש מאסר העולם עולה בקנה אחד עם הוראות האמנה, שכן הוא כולל אפשרות שחרור מהותית. לראיה, נראה כי ברוב המקרים אפשרות זו אף ממומשת בפועל, ורוב אסירי העולם זוכים שעונשם ייקצב. לכן לפי החלטת הוועדה נראה שהדין הישראלי הנוכחי אינו מפר במפורש את התחייבויותיה הבין-לאומיות של המדינה.

ואולם, הוועדה לזכויות הילד של האו"ם המליצה כבר בשנת 2007 לכלל המדינות לאסור על הטלת מאסר עולם על קטינים, גם אם הוא כולל אפשרות להשתחרר.¹⁷⁴ המלצה זו חוזרת על עצמה מדי כמה שנים, עד היום. נוסף על זה, בשנת 2015 קבע הדוח המיוחד של האו"ם בדבר עינויים וענישה או טיפול אכזריים ולא אנושיים, כי הטלת עונשי מאסר ארוכים מאוד או לא מוגבלים בזמן על קטינים הם ענישה אכזרית ולא מידתית.¹⁷⁵ לכן הדוח ממליץ לכלל המדינות לאסור לחלוטין הטלת מאסר עולם (על כל סוגיו) על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה.

2. ארצות הברית

כידוע, דרכי הענישה הפלילית בארצות הברית משתנות ממדינה למדינה. עם זאת החוקה האמריקאית, ובייחוד עשרת התיקונים לחוקה שהתקבלו בשנת 1791, נועדו לשמור על זכויות הפרט של האזרחים, ובכלל זה על זכויות נאשם במשפט הפלילי. עקרונות אלה, כמו כל חלק אחר בחוקה, מחייבים את כלל המדינות. התיקון השמיני לחוקת ארצות הברית אוסר על ענישה אכזרית או לא אנושית של עבריינים.¹⁷⁶ תיקון זה פורש אחרת לאורך השנים, ובשנים האחרונות הוא משמש עוגן להגבלת העונשים שניתן להטיל על עבריינים קטינים.

לפיכך, בשנת 2005 קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית בפרשת *Roper* בדעת רוב כי הטלת עונש מוות על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה נוגדת את התיקון השמיני,

173 ראו Hum. Rts. Comm., Commc'n. 1968/2010, Blessington & Elliot v. Australia, U.N. Doc. CCPR/C/112/D/1968/2010 (Nov. 3, 2014), <https://bit.ly/3yQKFY9>.

174 Comm. on the Rts. of the Child, General Comment No. 24 (2019) on Children's Rights in the Child Justice System, U.N. Doc. CRC/C/GC/24 (Sep. 18, 2019), <https://undocs.org/CRC/C/GC/24>.

175 Juan E. Méndez (Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) Rep. to the Hum. Rts. Comm., U.N. Doc. A/HRC/28/68 (Mar. 5, 2015), <https://bit.ly/34P4ykR>.

176 U.S. Const. amend. VIII.

ולכן אינה חוקתית.¹⁷⁷ בית המשפט ביסס את החלטתו, בין השאר, על אשמת המופחת של בני נוער ביחס לבגירים ועל סיכויי השיקום הגבוהים שלהם יחסית. בית המשפט ציין כי לפי פסיקותיו בעבר, עונש המוות צריך להיות מופעל רק במקרים חריגים ובעלי חומרה מיוחדת, והוא אינו יכול להיות עונש שגרתי או נפוץ. הטלת עונש כזה על קטין, לדעת בית המשפט, אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה שקטינים הם ככלל בעלי אחריות ואשם מופחתים, ובשל אשמת המופחת אין להטיל עליהם את העונשים החמורים ביותר.¹⁷⁸ בית המשפט הכיר בכך שייתכנו מקרים מסוימים שבהם נסיבות העבירה והעברייני יצדיקו הטלת עונש מוות, גם אם העברייני היה קטין בעת ביצוע המעשה, שכן יש קטינים שרמת בגרותם והבנתם גבוהה משל אדם מבוגר ממוצע. אולם לדעת בית המשפט, זהו חיסרון שקיים בכל איסור קטגורי ובכל קו גבול שרירותי, כמו למשל בגיל האחריות הפלילית.¹⁷⁹ ועדיין, לעיתים יש צורך לשים גבול ברור וקשיח מתוך הבנה והכרה בכך שהוא אינו נותן מענה מלא לכל המקרים, מתוך חשש שמתן שיקול דעת לבתי המשפט ולמושבעים יביא למקרים שבהם יוטלו עונשים קשים מדי על קטינים.

בשנת 2010 נרשמה עליית מדרגה, כאשר בפרשת *Graham* קבע בית המשפט כי על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה לא ניתן לגזור עונש מאסר עולם ללא אפשרות שחרור ("Life Without Parole") כאשר אין מדובר בעבירת רצח, שכן מדובר בהפרה של התיקון השמיני לחוקה.¹⁸⁰ בפרשה זו התייחס בית המשפט למחקרים הנוגעים להתפתחות המוח של בני נוער וקבע, בהמשך לפרשת *Roper*, כי לקטינים אחריות ואשם מופחתים, וכן כי סיכויי השיקום שלהם גבוהים יותר.¹⁸¹ לפיכך קבע בית המשפט כי גם כאן יש לקבוע איסור קטגורי על הטלת מאסר עולם ללא אפשרות שחרור בעבירות שאינן רצח. אומנם איסור קטגורי אינו מאפשר לבית המשפט להפעיל שיקול דעת במקרים המתאימים, אולם בשל ההבדל המהותי בין קטינים לבגירים יש לתת לנאשם את ההזדמנות להיטיב את דרכיו ואולי אף להשתחרר בבוא היום. כל קביעה אחרת, לדעת בית המשפט, אינה תואמת את התיקון השמיני.¹⁸²

שנתיים מאוחר יותר נרשמה עליית מדרגה נוספת, כאשר בפרשת *Miller* קבע בית המשפט העליון כי הטלת עונש מאסר עולם ללא אפשרות שחרור על קטין כעונש חובה, ללא שיקול דעת של בית המשפט, אינה חוקתית, גם כאשר מדובר בעבירות רצח.¹⁸³ אומנם לא נשללה מבתי המשפט באופן מוחלט הסמכות להטיל מאסר עולם ללא אפשרות שחרור, שכן דעת הרוב סברה כי אין צורך להכריע בשאלה זו לצורך המקרה, אולם כאשר מדובר בקטינים תמיד יהיה להם שיקול דעת להקל בעונש, גם כאשר מדובר בעונש חובה. עם זאת בית המשפט לא פירט בפסק דינו קריטריונים או נסיבות ספציפיות שיש לשקול על מנת להטיל את העונש הזה על קטין, ובכך למעשה הקנה שיקול דעת רחב לבתי המשפט

177 פרשת *Roper*, לעיל ה"ש 128 (ההחלטה התקבלה ברוב של 5 שופטים למול 4 שהתנגדו).

178 שם, בעמ' 571.

179 שם, בעמ' 574.

180 *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010).

181 שם, בעמ' 74–75 לפסק דינו של השופט קנדי.

182 שם, בעמ' 82.

183 פרשת *Miller*, לעיל ה"ש 128.

המדינתיים.¹⁸⁴ ואולם, בית המשפט הבהיר כי מאסר עולם ללא אפשרות שחרור צריך להיות מוטל על קטינים במספר קטן מאוד של מקרים חריגים בלבד, שכן קשה מאוד עד בלתי אפשרי לקבוע בשלב המשפט אם קטין אכן בלתי ניתן לשיקום.¹⁸⁵ בפסיקה מאוחרת יותר אף נקבע שהלכת *Miller* חלה רטרואקטיבית,¹⁸⁶ ובכך נפתח פתח לשימועים חוזרים לרוצחים שהוטל עליהם מאסר עולם ללא אפשרות שחרור, אם ביצעו את העבירה בהיותם קטינים.¹⁸⁷

בעקבות הפסיקה קבעו שבעה מתוך אחד-עשר בתי משפט עליונים מדינתיים שדנו בנושא, כי כדי להטיל מאסר עולם על קטין, יש להוכיח כי הוא אינו ניתן לשיקום (Incorrigible, "חסר תקנה").¹⁸⁸ לעומתן יש מדינות שלא הלכו בדרך זו: בית המשפט העליון של מיסיסיפי פירש, בפסיקה שזכתה לביקורת, את הלכת *Miller* פירוש מצמצם ביותר במקרה שבו אישר מחדש גזר דין של מאסר עולם ללא אפשרות שחרור שהוטל על קטין שהיה בן 17 בעת ביצוע העבירה, וקבע כי לא חלה חובה להוכיח שהקטין הוא "חסר תקנה".¹⁸⁹ לאחרונה גם בית המשפט העליון הפדרלי דחה עתירה המבקשת לקבוע כי ניתן להטיל מאסר עולם על קטין רק אם נקבע שהוא "בלתי ניתן לשיקום".¹⁹⁰ חשוב לציין כי כמה מדינות בארצות הברית בחרו בעצמן לאסור על הטלת מאסר עולם ללא אפשרות שחרור על קטין.¹⁹¹ אך כאמור עמדת בית המשפט העליון האמריקאי היא כי עונש זה אינו נוגד את החוקה כל עוד בית המשפט אינו מטילו אוטומטית. אולם לא ניתן להתעלם מהמגמה בבית המשפט העליון של ארצות הברית, שלפיה האפשרות להטיל עונש זה על קטינים מוגבלת יותר ויותר.

3. צרפת ומדינות אירופה

ממחקר שנעשה בשנת 2014 עולה כי רובן המוחלט של מדינות אירופה אסרו על הטלת מאסר עולם לכל סוגיו על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה, וכך שלוש מדינות בלבד אפשרו רשמית פרקטיקה זו: בריטניה, צרפת וקפריסין.¹⁹² בשנת 2016 גם צרפת הצטרפה לרוב מדינות אירופה, כאשר ביטלה לחלוטין את האפשרות הנדירה להטיל מאסר עולם על עבריין קטין.¹⁹³ יש לציין שכמה מדינות באירופה החליטו לבטל לחלוטין את עונש מאסר

184 Chandler v. State, 132 HARV. L. REV. 1756, 1756 (2019).

185 ראו פרשת *Miller*, לעיל ה"ש 128, בעמ' 479.

186 Montgomery v. Louisiana, 577 U.S. 190 (2016).

187 ראו פרשת *Chandler*, לעיל ה"ש 184, בעמ' 1759.

188 שם, בעמ' 1762 (מספר זה אינו כולל מדינות שאסרו לחלוטין הטלת מאסר עולם על קטינים).

189 שם.

190 ראו Jones v. Mississippi, 593 U.S. ____ (2021).

191 ראו Jodh, Cara H. Drinan, *The Miller Revolution*, 101 IOWA L. REV. 1787, 1816 (2016).

192 Rovner, *Juvenile Life Without Parole: An Overview*, SENT'G PROJECT (Feb. 25, 2020) (לפי

מסמך זה, יש בארצות הברית כ-29 מדינות בלבד אשר מאפשרות הטלת מאסר עולם על מי שהיה קטין

בעת ביצוע העבירה).

192 CRIN, INHUMAN SENTENCING, לעיל ה"ש 12, בעמ' 7.

193 להרחבה על הדין בצרפת ראו להלן.

העולם, ותחתיו להעמיד עונשי מאסר קצובים בזמן בלבד. גם בית הדין האירופי קבע כי עונש מאסר עולם ללא אפשרות שחרור מנוגד לאמנה האירופית לזכויות אדם משום שאינו מותיר פתח של תקווה לאסיר (ההחלטה גורפת, ומכוונת לא רק לקטינים).¹⁹⁴ לפיכך ברוב מדינות אירופה עונש מאסר עולם כולל בדרך כלל אפשרות ממשית של קציבת העונש ושחרור מוקדם.¹⁹⁵ בפסקאות הבאות אציג בקצרה את הדין הנוהג בצרפת.

בצרפת, כאשר בית המשפט מטיל עונש של מאסר עולם, הוא קובע תקופת מינימום שעל האסיר לרצות לפני שיוכל לבקש הקלה בעונשו.¹⁹⁶ במקרים חריגים במיוחד בית המשפט יכול לקבוע כי הנאשם לא יהיה זכאי להקלה כלל,¹⁹⁷ אולם גם במקרה כזה האסיר יכול להגיש בקשה לוועדה שיפוטית לאחר שריצה 30 שנות מאסר לפחות, והיא מוסמכת לבטל את קביעת בית המשפט ולאפשר לאסיר להגיש בקשה לעיון מחדש בגזר הדין.¹⁹⁸

החוק בצרפת קובע אחריות פלילית החל מגיל 13. ככלל, בענישת קטין בית המשפט מוסמך להטיל עונש של עד מחצית מעונש המאסר הקבוע בצד העבירה שבה הוא מואשם.¹⁹⁹ כאשר העונש על העבירה הוא מאסר עולם, בית המשפט מוסמך להטיל על קטין המואשם בה עונש של עד 20 שנות מאסר. בעבר היה אפשר לקבוע שקטין שהיה בן 16 ומעלה בעת ביצוע העבירה יישפט כבגיר (אם כי עדיין בבית המשפט לנוער) לאחר שקילת נתוניו האישיים, בגרותו ומודעותו למעשיו. במקרה כזה דינו היה כשל בגיר לכל דבר ועניין, והיה אפשר להטיל עליו גם מאסר עולם.²⁰⁰ בשנת 2016 תוקן החוק, וכיום הוא אוסר לחלוטין על הטלת מאסר עולם על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה. תחת זאת, אם הקטין היה בן 16 ומעלה בעת ביצוע העבירה, ניתן כבעבר לשפוט אותו כבגיר, אולם בית המשפט רשאי לגזור עליו לכל היותר עונש מאסר שאינו עולה על 30 שנה.²⁰¹

194 הראל, לעיל ה"ש 52, בעמ' 7.

195 Smit & Appleton, לעיל ה"ש 54, בעמ' 327–337.

196 CODE PÉNAL [C. PÉN] [PENAL CODE] art. 123–132 (Fr.) (ברירת המחדל היא תקופת מינימום של 18 שנה. עם זאת בית המשפט מוסמך לקבוע תקופה ארוכה יותר, שלא תעלה על 22 שנה).

197 שם, ס' 221(3)–(4). סעיפים אלה מפרטים את המשמעות של מניעת אפשרות השחרור, וכן את המקרים בהם ניתן לקבוע קביעה כזו, הכוללים מקרי רצח חמורים ביותר כגון רצח קטין, שוטר בעת מילוי תפקידו וכו'.

198 Code de procédure pénale [C.pr.pén] [Criminal procedure code] art. 720–4 (Fr.)

199 Ordonnance 45-174 du 20 février 1945 [Law 45-174 of February 4, 1945] relative à l'enfance délinquante art. 2, JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE [J.O.] [OFFICIAL GAZETTE OF FRANCE], Feb. 4, 1945, p. 530

200 Loi 2014-896 du 15 août 2014 [Law 2014-896 of August 17, 2014] relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (1) art. 7, JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE [J.O.] [OFFICIAL GAZETTE OF FRANCE], Aug. 17, 2014, p. 13647 (מדובר בגרסה ישנה של החוק הנוכחי).

201 Loi 2016-1547 du 18 novembre 2016 [Law 45-174 of November 18, 2016] de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE [J.O.] [OFFICIAL GAZETTE OF FRANCE], Nov. 19, 1945, p. 135

ה. הצעות ליישום בדין הישראלי

כפי שהוצג לעיל, קיים שוני רב בין בני נוער לבין אנשים בוגרים. שוני זה, כאמור, מביא לכך שככלל אשמם של קטינים ואחריותם למעשיהם פחותים מאלה של בגירים, וכי לקטינים קיים סיכוי גבוה הרבה יותר להשתקם ולצאת ממעגל הפשיעה. נוסף על זה הראיתי כי עונש מאסר העולם הוא למעשה העונש החמור ביותר במשפט הפלילי הישראלי, וככזה הוא נשמר למקרים החמורים ביותר. לכן ובשל מאפייניו הייחודיים של ההסדר בישראל, לדעתי, המסקנה המתבקשת היא כי אין להטיל עונש זה על נאשמים שהיו קטינים בעת ביצוע העבירה.

אני בהחלט סבור, כפי שקבע בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית, שאשמם המופחת של קטינים מחייב את המסקנה כי לא יוטלו עליהם העונשים החמורים ביותר, אשר ממילא שמורים למקרים בעלי חומרה מיוחדת.²⁰² אומנם בארצות הברית היה מדובר בעונש מוות או במאסר עולם ללא אפשרות שחרור, בשונה מישראל, אולם מדרג הענישה בארצות הברית חמור בהרבה מזה שבישראל ובמדינות אירופה. לדעתי, כפי שמאפייניהם המיוחדים של בני נוער שדנתי בהם בהרחבה נמדדו ביחס לאנשים בוגרים, כך העונשים שראוי להטיל על קטינים צריכים להימדד ביחס לעונשים המוטלים על בגירים באותה המדינה. למעשה, במובן יחסי זה הדין בישראל מחמיר אף יותר מזה של ארצות הברית, שכן לבית המשפט לנוער כיום עומדת אותה סמכות ענישה כמו לאדם בגיר.

לפיכך, אציע לצמצם בחקיקה את סמכותו של בית המשפט לנוער, כך שלא יוכל להטיל עונש מאסר עולם על קטין שנשפט לפניו, ללא קשר לחומרת העבירה. תחת זאת אציע לקבוע תקרת ענישה של 30 שנות מאסר כעונש מרבי על עבירה שעונשה מאסר עולם (ולא חל עליה סעיף 41 לחוק העונשין). נוסף על זה, יש לדעתי מקום לקבוע תקרת ענישה של 40 שנות מאסר במקרה שבו בית המשפט יקבע כי הקטין ביצע רצח בנסיבות "חריגות בחומרתן".²⁰³ שתי תקרות ענישה אלה הן למעשה התקופה המינימלית שעליה ועדת השחרורים יכולה להמליץ לפני הנשיא בעניינו של אסיר עולם, ולכן הצבתה כעונש מרבי מבטאת, לדעתי, איזון ראוי בין אשמם המופחת של קטינים לבין הצורך להענישם ענישה הולמת, במיוחד במקרים חמורים.

למרות האמור לעיל אני סבור כי יש מקום לתת מענה גם למקרים חריגים וחמורים במיוחד, שבהם מאפייניו האישיים של נאשם כלשהו אינם מצדיקים הקלה בעונשו משום קטינותו, וכאשר קיים חשש ממשי לשלום הציבור. במסגרת זאת אציע לאפשר במקרים המתאימים העמדה לדין של קטין לפני בית משפט מחוזי רגיל, אשר יהיה מוסמך לדון את

202 פרשת *Roper*, לעיל ה"ש 128, בעמ' 771. בעניין זה ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 178. אומנם חלק מהנימוקים בפסקי הדין הללו היו מהותיים והתייחסו לעונשים עצמם. למשל: אחד הנימוקים הוא העובדה כי בעונש מוות ובעונש מאסר עולם ללא אפשרות שחרור אין לאסיר אפשרות להשתקם כלל, שכן הוא אינו אמור לחזור לעולם לחברה כאדם חופשי. זה אינו מתיישב עם סיכויי השיקום הגבוהים של קטינים. נוסף על זה נטען כי עבור קטינים עונש של מאסר עולם לא קצוב חמור הרבה יותר, שכן תקופת המאסר שלהם תהיה ארוכה יותר. עם זאת אני סבור שהנימוק המרכזי הוא אשמם היחסי של קטינים ביחס לזה של בגירים, וכי הנימוקים הללו הם בבחינת חיזוק להכרעת בית המשפט ותו לא.

203 לפי ס' 30 לחוק שחרור על-תנאי. בעניין זה ראו לעיל את הטקסט הסמוך לה"ש 149.

הנאשם כאילו היה בגיר, ובכלל זה להטיל עליו עונש מאסר עולם. פרוצדורה כזו ראוי שתאושר רק בהתקיים שלושת התנאים המצטברים האלה: העבירה שביצע הקטין בוצעה בנסיבות בעלות חומרה מיוחדת וחריגה; בית המשפט מתרשם שסיכוייו של הקטין להשתקם נמוכים,²⁰⁴ ושחרורו ממאסר מהווה סכנה ממשית לפגיעה בשלום הציבור; בית המשפט, לאחר ששמע חוות דעת של אנשי מקצוע, התרשם שהקטין בוגר לגילו ומבין לחלוטין את משמעות מעשיו, ולכן למעשה ראוי להתייחס אליו כאל בגיר לכל דבר. אשר לתנאי השלישי, ראוי לקבוע כי הוא מתקיים בין השאר כאשר ברור שהקטין החליט ותכנן לבצע את העבירה בעצמו, לא היה נתון להשפעה של אדם אחר ולא עשה את המעשה מתוך אימפולסיביות רגעית, אלא לאחר תכנון.

כפי שצוין בפרק א, פרקטיקה של שפיטת קטינים כבגירים נפוצה מאוד במדינות העולם, אם כי בארצות הברית היא נתונה לביקורת רבה הנוגעת לאופן הפעלתה. הביקורות העיקריות טוענות ל"יד קלה על ההדק", ולכן בפועל קטינים רבים מועברים לשיפוט כבגירים, לעיתים גם בגילאים צעירים מאוד. ייתכן שבמדינות מסוימות בארצות הברית מצב זה נובע מכך שהסמכות לקבוע כי קטין יישפט כבגיר נתונה לתביעה, ואין צורך באישורו של בית המשפט לכך. נוסף על זה, מחקרים מצאו כי פרקטיקה זו אינה מורידה את רמת הפשיעה בקרב בני נוער.²⁰⁵ לכן על מנת למנוע קשיים אלה חשוב להדגיש כי הצעתי היא להשתמש באמצעי זה במקרים החריגים והחמורים ביותר, ואין להשתמש בו כדבר שבשגרה. כדי להבטיח זאת יש לקבוע גיל מינימלי אשר רק מעליו יהיה אפשר לשיפוט קטין כבגיר, למשל גיל 16 או אפילו 17. עוד יש לקבוע כי הסמכות להעביר את הקטין לשיפוט כבגיר תהיה נתונה אך ורק לבית המשפט לנוער, אשר יוכל לעשות זאת אם ימצא לנכון, בכפוף לתנאים המצטברים שהועלו לעיל. לחלופין, על מנת לצמצם עוד יותר את האפשרות להשתמש באמצעי זה, ניתן לקבוע כי רק נשיא בית המשפט העליון יוכל לאשר בקשה כזו, בדומה לסמכותו לקבוע את ערכאת השיפוט בסכסוכים שעניינם המעמד האישי כאשר שני הצדדים הם בני עדות שונות.²⁰⁶

לדעתי, אמצעי זה של שפיטת קטין כבגיר במקרים חריגים מאוד יכול לאזן בין חוסר ההתאמה של עונש מאסר העולם לקטינים, לבין הימצאותם של מקרים חריגים וקיצוניים אשר דורשים מתן מענה ראוי, ובעיקר בשל חשש לשלום הציבור בעקבות שחרורו של האסיר. הפרוצדורה שהוצגה לעיל נועדה בין השאר להקשות על גופי התביעה וגם על בתי המשפט ולהביא אותם לשקול ברצינות הראויה אם האמצעי החריג של שפיטה כבגיר, שבו יהיה הקטין חשוף לעונש המרבי, נחוץ במקרה שמובא לפניהם. כך לדעתי יימנע מצב שבו החריג ייהפך לכלל.

לסיכום נקודה זו אדגיש כי ההצעה המוצגת בפרק זה מגלמת אמירה נורמטיבית באשר לדין הראוי. ככזו, מטבע הדברים, ההצעה איננה מתיימרת לספק מענה מושלם לכל מקרה

204 לא מצאתי לנכון לדרוש קביעה של אי־יכולת להשתקם, בדומה לגישה הנוהגת בחלק ממדינות ארצות הברית (ראו לעיל פרק ד), שכן בישראל, בניגוד לחלק מהמקרים בארצות הברית, שיקום אסיר עולם יכול להביא לשחרורו, בכפוף להחלטת הנשיא.

205 ראו לעיל ה"ש 20 והמקורות המאוזכרים בה.

206 ס' 55 לדבר המלך במועצה על ארץ־ישראל, 1922 עד 1947.

ומקרה. איני יודע, ומכל מקום איני מנסה לקבוע, אם ההחלטות שהוצגו בפרק ג, שלפיהן החליט בית המשפט לשלוח את הנאשמים אל מאחורי סורג ובריח לתקופה בלתי מוגבלת, היו נכונות או שגויות. כמו כן ייתכנו מקרים מסוימים שבהם תכלית הגמול, עם שאר תכליות הענישה יחד, יצדיקו הטלת מאסר עולם גם על נאשם שהיה קטין בעת ביצוע העבירה גם כשהמודל המוצע אינו מאפשר זאת.²⁰⁷ ואולם, שיקול הדעת בענישה חייב להיות מוגבל באופן מסוים. חוק העונשין על סעיפיו ועל העבירות הקבועות בו מדגים זאת היטב: שיקול הדעת נתון לבית המשפט, אולם הוא תחום באמצעות הגבולות שקבע המחוקק, באמצעות תקרות ענישה, ולעיתים באמצעות עונשים מזעריים ועונשי חובה. לדעתי, מהמסקנות שאליהן הגעתי באשר לאחריותם של ילדים ונוער עולה כי ברוב המוחלט של המקרים מאסר עולם אינו עונש הולם כאשר מדובר בקטין. לכן ראוי לקבוע קו גבול ברור וכמעט מוחלט שלפיו ככלל לא יהיה אפשר לשלוח קטין למאסר עולם, מתוך ידיעה והכרה בכך שהמודל המוצע לא יביא למיצוי הדין עם הנאשם במאה אחוז מהמקרים.²⁰⁸

בשולי הדברים, כפי שכבר הוצע בעבר, ראוי שהמחוקק יסדיר את ההסדר בדין הישראלי בדבר עונש מאסר העולם ומשמעותו.²⁰⁹ המצב הנוכחי שיש בו כאמור עמימות וחוסר אחידות באשר למהות העונש, אינו רצוי. לכן, ראשית, כנהוג במדינות רבות בעולם, יש לקבוע הליך של קציבת העונש שיהיה נתון לשיקול דעתה הבלעדי של ערכאה שיפוטית או מעין-שיפוטית, ואשר לא ידרוש את אישורו של נשיא המדינה. ניתן לעשות זאת ללא קושי רב גם כיום, באמצעות מתן סמכות לוועדת השחרורים המיוחדת לקבל החלטה בעניין קציבת עונשו של אסיר עולם, בדומה לסמכות ועדת השחרורים לשחרר אסיר על-תנאי במקרים מסוימים. לדעתי, סמכות החנינה של הנשיא צריכה להישמר כסמכות של חסד ורחמים, כאשר עדיין תהיה לו סמכות מקבילה לזו של ועדת השחרורים להקל עוד יותר בעונשו של אסיר, כפי שימצא לנכון.

מלבד זאת ראוי לאפשר לבית המשפט השפעה גדולה יותר על העונש שיישא אסיר העולם. במסגרת זאת ניתן לתת לבית המשפט סמכות לקבוע זמן מינימום שיהיה על האסיר לרצות לפני שיוכל לבקש שעונשו ייקצב. במקרה כזה ועדת השחרורים המיוחדת לא תוכל לקצוב את עונשו של האסיר לתקופת קצרה מזמן המינימום הזה (ואולם לנשיא המדינה עדיין תהיה הסמכות לעשות זאת). במקרה כזה, בדומה להצעות שעלו בעבר, ראוי לקבוע חזקה שלפיה יש לקצוב את עונשו של האסיר אלא בנסיבות מיוחדות, כגון אי-הבטת חרטה, סכנה שהאסיר מהווה לציבור וחוסר רצון או יכולת להשתקם. כך, ישתנה המצב שלפיו השחרור המוקדם הוא מעשה של חסד או רחמים. ייתכן כי במקרים החמורים ביותר ראוי

207 על פני הדברים, נראה כי נסיבותיו של המקרה המתואר לעיל (בסמוך לה"ש 80–81) מצדיקות הטלת מאסר עולם גם לפי המודל שאני מציע. מדובר בפשע מזעזע בחומרתו, אשר תוכנן ובוצע בידי הנאשם בלעדית. נוסף על זה בית המשפט קבע כי סיכויי השיקום של הנאשם אינם קיימים כלל בעת מתן גזר הדין, וכי מסוכנותו גבוהה. עם זאת גילו היה פחות מ-16 בעת ביצוע העבירה. אולם כאמור, דיון והתייחסות פרטנית למקרים ספציפיים חורגים מגדרה של הערה זו.

208 זו הייתה גם גישת בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Roper*, לעיל ה"ש 128. ראו לעיל ה"ש 179 והטקסט הסמוך לה. אומנם עונש מוות שונה ממאסר עולם במובנים מסוימים, אולם אני סבור שהרציונל המוצג שם בהקשר זה נכון גם כאן.

209 ראו הראל, לעיל ה"ש 52; דוח ועדת קרמניצר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 18 (בנספח ג, בעמ' 21).

לאפשר לבית המשפט לקבוע חזקה שלפיה אין לשחרר את האסיר כלל, אולם גם במקרה כזה ראוי לתת לוועדת השחרורים סמכות לדון בעניינו בחלוף זמן מסוים מתחילת מאסרו ולהחליט, אם היה שינוי נסיבות או אם יש הצדקה אחרת לכך, על קציבת עונשו של האסיר ושחרורו המוקדם. אם תינתן אפשרות זו, אציע כמובן כי לא יהיה אפשר ליישמה במקרה של קטין.

כאמור, הצעות אלה הנוגעות למאסר עולם ככלל חורגות מהדיון בהערה זו, והן בבחינת מצע לדיון בלבד ולא בהכרח פתרון מלא או מושלם. נוסף על זה הצעות ברוח זו כבר הועלו בעבר. עם זאת אני מוצא לנכון להתייחס לכך גם בהערה זו, שכן פתרון כולל ואידיאלי לבעיית מאסר עולם לקטינים ראוי שיהיה, ככל הניתן, במסגרת ניסיון להסדיר בכלל את עונש מאסר העולם בישראל.

מכל מקום, כל עוד הדין בישראל מאפשר הטלת מאסר עולם על קטינים, ראוי שבית המשפט יימנע ככל האפשר מלהטיל עונש זה אלא במקרים חריגים. אם בכל זאת נדרש, לדעת בית המשפט, לפעול כך במקרה ספציפי, ראוי שבית המשפט יעשה זאת רק אם הוא מגיע למסקנה כי מידת הבנתו ובגרותו של הנאשם הקטין אינה פחותה מזו של אדם בוגר, ולפיכך ראוי להתייחס אליו כאל בוגר ולהענישו בהתאם. נוסף על זה ראוי כי עונש זה יוטל רק אם בית המשפט סבור שסיכויי השיקום של הנאשם נמוכים, וכי הוא מהווה סכנה לשלום הציבור, וצריך אפוא להחמיר בעונשו. מכל מקום, חומרת העבירה כשלעצמה אינה יכולה לדעתי לשמש צידוק מספק להטלת עונש מאסר עולם על קטין.

ו. סיכום

הדין הישראלי כיום מאפשר להטיל עונש של מאסר עולם על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה. מחקרים מהשנים האחרונות העוסקים בהתפתחות המוח של מתבגרים הראו כי קיים שוני התפתחותי רב בין בני נוער לבין אנשים בוגרים, ומהבדל זה עולה כי ראוי לייחס לבני נוער הן אשם מוסרי קטן מזה של בוגרים והן יכולת גבוהה יותר להשתקם, לצאת ממעגל הפשיעה ולשוב לחברה. לפיכך ניסיתי להראות כי הדין הישראלי המאפשר הטלת עונש מאסר עולם על קטינים אינו תואם את תכליות הענישה העיקריות בדין הישראלי ואינו מבטא איזון ראוי ביניהן. לאחר סקירה קצרה של הדין הקיים בארצות הברית ובצרפת ושל עמדת המשפט הביין-לאומי, הצעתי כמה הצעות לשינוי הדין הנוהג, אשר מגבילות כמעט לחלוטין את האפשרות להטיל מאסר עולם על קטינים.

אולם חשוב להתייחס לנקודה נוספת, וחשובה לא פחות: העבירות והמעשים שבהם עוסקת ההערה הם מהקשים והחמורים ביותר. מבצעי המעשים הללו, על אף היותם קטינים, ביצעו את העבירות החמורות ביותר בספר החוקים, ואולי חשוב מכך, הפרו את אחד הציוויים החשובים ביותר של המוסר האנושי – "לא תרצח". משחרר ההיסטוריה הייתה הימנעות משפיכות דמים אחד הערכים החשובים ביותר שבלעדיו חברה אנושית אינה יכולה להתקיים. לא קל, בלשון המעטה, להיחשף לפרטי המקרים שהוצגו לעיל שבהם בני נוער לקחו לעצמם את החופש לקפח חיי אדם. גם עובדות אלה עמדו לנגד עיני בעת כתיבת ההערה. קשה לדעתי, ואף שגוי, לקיים דיון בנושא בניתוק מוחלט מההיבט האנושי.

המסקנות שאליהן הגעתי בהערה זו אינן מקילות ראש בחומרת המעשים שנעשו או בעבירת הרצח בכללותה. כמו כן אינני טוען כי קטינותם של עבריינים צריכה להקנות להם פטור מענישה הולמת וראויה. ואולם, הדין הפלילי לא נועד לבצע נקמה שלוחת רסן בעבריינים. בבואנו להפעיל את ההליך הפלילי, וכאשר מדובר בקטינים – אף ביתר שאת – חובה עלינו לאזן כראוי בין שיקולי הענישה השונים ולוודא כי שיקולים תועלתניים כדוגמת הרתעה לא יגרמו לזילות של שיקולי הגמול והשיקום ויביאו לאכיפה שאינה תואמת את אשמתו של העבריין.

אני סבור כי יש בפתרונות שהצעתי כדי לאזן בין שיקולי הענישה השונים, כאשר מצד אחד יש להתחשב במאפייניהם המיוחדים של בני נוער, שלא ניתן להתעלם מהם, ומהצד האחר יש לוודא כי עבריין יקבל את העונש הראוי לו. לא נותר לי אלא לקוות כי הדיון בנושא ההערה יוותר ככל שניתן במישור התאורטי ויגיע כמה שפחות לדיון מעשי.