 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תא"ל אורלי מרקמן** |  **-** | המשנה לנשיא  |
| **אל"ם נועה זומר****אל"ם רמי בן עמי** |  **-** **-**  |  שופטת שופט |

בעניין:

**ב/\*\*\*\*\*\*\* טוראי ח' א' –** המערערת (ע"י ב"כ, עו"ד גיל בנדל)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן עינב אוראל כהן; סגן עמית בן שלום)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 324/21 (סא"ל ענת שחר ויינברג – שופטת) ביום 22.11.2021. הערעור (חומרת העונש) נדחה.

**פ ס ק - ד י ן**

**רקע**

1. טור' ח' א' , **המערערת**, הורשעה לפי הודאתה בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בגין היעדרותה משירות צבאי (השתמטות), החל מיום 16.7.2018 ועד ליום 17.10.2021, במשך 1190 ימים. היעדרותה הסתיימה בהתייצבותה.
2. בית הדין קמא הנכבד השית על המערערת 80 ימי מאסר בפועל, בכליאה ממשית, לצד מאסר מותנה בן עשרה ימים למשך חצי שנה, לבל תעבור את העבירה שבה הורשעה.
3. ההגנה לא השלימה עם חומרתו של עונש המאסר בפועל שהושת על המערערת, ומכאן הערעור שלפנינו.

**המסגרת העובדתית**

1. מן המסמכים שהוצגו לבית הדין בשלב הראיות לעונש, עלה כי המערערת, ילידת אתיופיה, עלתה ארצה בהיותה כבת שנתיים. עוד עלה, כי:

 "... [המערערת] לא שיתפה פעולה עם רשויות הגיוס ולא התייצבה לזימונים הראשונים שנקבעו לה. בשלב מסוים לפני גיוסה התייצבה ... בלשכת הגיוס, עברה חלק מהמבחנים הנדרשים והותאמו לה נתוני איכות נמוכים ביותר ... לאחר שלא התייצבה להמשך הזימונים נקבע לה תאריך גיוס ליום 16.7.2018 בהתאם לסמכות לשכת הגיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו -1986... [המערערת] לא התייצבה במועד גיוסה... עולה כי נוצר קשר עם [המערערת] ... לפני ההכרזה על גיוסה, הוסבר לה מעמדה, שוחחו גם עם אמה... בעקבות האמור צוין בהחלטת ההשתמטות כי מדובר במי שיש לה מודעות מלאה לגיוס לרבות שיח לפני הגיוס ועל כן אושרה ההשתמטות".

1. באמרתה מיום 18.10.2021, מסרה המערערת כי לא התייצבה במועד לשירות הצבאי משום ש"הייתה לי בעיה משפחתית". במענה לשאלה מדוע, אפוא, התייצבה כעת, עובר למעצרה, השיבה - "זה עוצר אותי מכל דבר אפשרי, רישיון, שקט נפשי".
2. עלה עוד, כי המערערת התייצבה בבסיס הכליאה כשברשותה חוות דעת פסיכיאטרית מיום 7.10.2021. בחוות הדעת צוין, כי המערערת הופנתה על ידי בא כוחה לבדיקה, לצורך הערכת מצבה הנפשי ומידת התאמתה למערכת הצבאית.
3. כעולה מחוות הדעת, המערערת מסרה לפסיכיאטר שחוותה בילדות ובבגרות אירועים של דחייה חברתית, וכי משפחתה עברה משבר לאחר שאביה עזב את הבית. המערערת ציינה לפני הפסיכיאטר כי היא מרבה לבכות ומתקשה לישון בלילות, אך הבהירה, כי לא פנתה לטיפול נפשי בעבר. בסיכום חוות הדעת כתב הפסיכיאטר, כי התרשם "שמדובר בנערה בעלת קווי אישיות גבוליים, כאשר הסבירות שתצליח להסתגל למערכת הצבאית, אף בתנאים מוגנים, נמוכה". עוד הוסיף כי מדובר "במי שנמצאת בקבוצת סיכון גבוהה להתפתחות משברים נפשיים בחשיפה למצבי דחק". הפסיכיאטר התרשם, כי למערערת: "emotionally unstable personality disorder borderline type".
4. בעקבות חוות הדעת הפסיכיאטרית ולבקשת בא כוחה, נבדקה המערערת גם על ידי גורמי בריאות הנפש בכלא הצבאי. מחוות הדעת הפסיכיאטרית של הגורמים בכלא, מיום 17.11.2021, עלה כי למערערת אין רצון לשרת בצבא. לצד זאת, נמסר כי המערערת דיווחה על דיכאון שממנו סבלה ונקבע, כי "ככל הנראה, הנבדקת סובלת ממצב דכאוני, כעת ברמיסיה חלקית". בעקבות זאת, הותאם למערערת פרופיל רפואי פוטר משירות צבאי.
5. להשלמת התמונה, נציין כי המערערת לא העידה בשלב הראיות לעונש, ואף בחרה שלא לומר דבר, לאחר סיכומי הצדדים לעונש.

**עיקרי גזר הדין**

1. בית הדין קמא הנכבד עמד על היקף הפגיעה באינטרס החברתי הטמון במעשיה של המערערת וציין את הדברים הבאים:

"בחירתה של הנאשמת להתחמק מחובת השירות, פגעה **בערכים חברתיים וביטחוניים** חשובים של שמירה על חוסנו של הצבא, כוננותו, לכידותה של החברה ושוויון בחלוקת הנטל בין כלל החייבים בשירות, כאשר הנחת המוצא שלחלקם קיימים קשיים לא מבוטלים מבית... " [הדגשות במקור].

1. הוטעם, כי המערערת החלה בהיעדרותה הממושכת, במשך למעלה משלוש שנים, לאחר שבחרה שלא להתייצב במועד הגיוס, והעדיפה לעבוד ולקדם את ענייניה האישיים על פני מילוי חובתה לשרת בצבא. בואר עוד, כי ההיעדרות הסתיימה לא משום חרטתה של המערערת, אלא, בעקבות רצונה להתקדם בחייה.
2. בית הדין קמא ציין בגזר דינו, כי ההגנה לא תמכה את טיעוניה ביחס לנסיבות חייה ומצבה הנפשי של המערערת בתקופת ההיעדרות, בראיות מתאימות; ולפיכך, בואר, כי בית הדין **לא התרשם** "כי מצבה הנפשי של ... [המערערת] הוא שעמד בבסיס היעדרותה מן השירות. הדבר בולט ועולה מכלל המסמכים שהונחו לפניי לרבות המסמכים הנפשיים". בהקשר זה, הודגש גם כי המערערת בחרה שלא לשאת דברים בדיון בעניינה, ובכך נמנע מבית הדין להתרשם ישירות מדבריה.
3. לאחר האמור, נקבע כי אין בעובדת פיטוריה של המערערת מן השירות הצבאי כדי להוביל להקלה ניכרת **במתחם העונש ההולם** וכי זה, בשים לב למדיניות הענישה הנוהגת, **נע בין 70 ימי מאסר בפועל לשישה חודשי מאסר בפועל**.
4. בדיון בשאלת **מידת העונש** שיש להשית על המערערת, פירט בית הדין קמא את הדברים הבאים:

"לא מצאתי כי ניתן להתעלם מחוסר המוטיבציה של ... [המערערת] לשרת בצבא, מהעובדה ש... לא העמידה עצמה לרשות הצבא, ולא ניסתה לשלב בין הקשיים הנטענים מבית לבין השירות הצבאי... אדגיש כי לא הוכח במסגרת הטיעונים או במסגרת המסמכים שהוגשו לעיוני, דבר ביחס למצב הנפשי של ... [המערערת] בעת הגיוס ואף לא בתקופה לאחריו. לצד האמור, מצאתי להתחשב בכך שזהו הפרופיל הראשון שהותאם ... [למערערת] ואשר הוביל לפיטוריה מן השירות. עוד מצאתי לתת משקל לכך שיש התייחסות מסוימת במסמכים שהוגשו לבית הדין, למשבר המשפחתי שפקד את משפחת [המערערת] ... בשנים האמורות. בהתחשב בכלל המפורט, מצאתי למקם את עונשה של ... [המערערת] בחלק התחתון של המתחם".

1. לאחר האמור, השית בית הדין על המערערת, כמפורט לעיל, 80 ימי מאסר לריצוי בפועל.

**ערעור ההגנה**

1. סנגורה של המערערת עתר להסתפק בימי מעצרה של המערערת עד כה. נטען, כי מן הראוי היה ליתן משקל של ממש לחוות הדעת הפסיכיאטרית, שניתנה בעניינה של המערערת בתקופת הכליאה, וכי התרשמותו של הפסיכיאטר כי המערערת סובלת מדיכאון, גם אם מצבה כעת טוב יותר - מלמדת אף על מצבה הנפשי עובר לביצוע העבירה ובמהלכה. נטען, כי לנוכח האמור, ראוי היה לקבוע את הרף התחתון של מתחם העונש ההולם בעונש מאסר בפועל שמשכו כמניין ימי מעצרה של המערערת במועד מתן גזר הדין (36 ימים).
2. עוד נטען, כי מדיניות הענישה הנוהגת בעניינם של משתמטים, אשר נעדרו מן השירות הצבאי למשך תקופות דומות, היא של כשלושה חודשי מאסר בפועל, וכי אף משום כך, לנוכח הפרופיל הנפשי שהותאם למערערת, ראוי היה להשית עליה עונש מאסר בפועל, קל בהרבה. הסנגור הפנה בעניין זה לע/50/17 **רב"ט אוחנה נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ולע/95/17 **מויסה נ' התובע הצבאי הראשי** (2017).

**תשובת התביעה**

1. מנגד, טענה התביעה כי אין להתערב בגזר הדין, מאחר שבית הדין המחוזי שקל את כלל השיקולים הדרושים לעניין ואיזן ביניהם נכונה - ובוודאי אין לומר כי נפלה בגזר הדין טעות המצדיקה את התערבות ערכאת הערעור.
2. התביעה הדגישה בטיעוניה, כי לא הובאה כל ראיה בנוגע למצבה הנפשי או המשפחתי של המערערת עובר לתקופת ההיעדרות או במהלכה, ולפיכך, בהיעדר זיקה ביניהם לבין ביצוע העבירה, לא היה מקום להתחשב בהם בעת קביעת מתחם העונש ההולם.
3. נטען עוד, כי העונש שהוטל המערערת עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנוהגת.

**דיון והכרעה**

1. היקף הפגיעה המשמעותי בערך החברתי, הנובע ממשכה הרב של ההיעדרות, על רקע חוסר המוטיבציה שהפגינה המערערת לכל אורך הדרך – מחייב, ככלל, ענישה משמעותית. שיקולי ההלימה מצדיקים להטיל עליה עונש מאסר בפועל בן מספר חודשים, אשר יהיה בו כדי להלום את הפגיעה באינטרס החברתי של קידום השוויון בנטל השירות הצבאי, שתכליתו להגן על חוסנו של הצבא ועל לכידותה של החברה הישראלית (ראו והשוו: ע/28/17 **טור' אמבאו נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע/4/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' רובל** (2017); ע/27/12 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' לוי** (2012) וע/52/07 **רב"ט מהרט נ' התובע הצבאי הראשי** (2007)). בעניין זה, נקבע זה מכבר בפסיקת בית המשפט העליון, כי

"השירות הצבאי הוא חלק מהותי מחייו של כל צעיר בישראל, ואין לתת יד לגישה לפיה רק מעטים יישאו בעול השירות, יתרמו ממיטב שנותיהם ואף יסכנו את חייהם, שעה שאחרים ימצאו דרכי מילוט שלא לשאת בנטל" (בג"ץ 1532/00 **דה ברמקר נ' שר הבטחון**, פ"ד נד(2) 297, 303-302(2000)).

1. בד בבד, במסגרת קביעת מתחם העונש ההולם ועל-פי עיקרון ההלימה, יש לבחון גם את "נסיבות ביצוע העבירה" ו"מידת אשמו" של העושה. המציאות מלמדת, כי לעיתים, יהיה קשר ישיר בין ראשיתה של היעדרות משירות צבאי ואף משכה, לנסיבות אישיות ולמצבו הנפשי של החייל הנעדר באותה תקופה (ראו והשוו: ע/36/19 **התובע הצבאי הראשי נ' טוראי ספריקין** (2019); ע/68/16 **ורמלוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2016)). באותם מקרים, יהיה על ההגנה לבסס את התשתית העובדתית הרלוונטית ברף של מאזן ההסתברויות (ראו: סעיף 40י(ג) סיפא לחוק העונשין, תשל"ז-1977; וראו גם: ע"פ 7876/15 **חמאמרה נ' מדינת ישראל** פסקה 25, (לא פורסם, 30.8.2017)).
2. במקרה דנן, כפי שקבע בית הדין קמא, ההגנה לא הציגה ראיות מתאימות בנוגע למצבה הנפשי או המשפחתי של המערערת עובר לביצוע העבירה ובמהלכה, והמערערת נמנעה מלהעיד בנושא. ההיסק שביקש הסניגור ללמוד מן השיפור במצבה הנפשי של המערערת, לכך שמצבה היה בכי רע עוד קודם לתחילת ההיעדרות, ולכך שמצבה הוא שהביא לביצועה של ההיעדרות ולהתמשכותה עד עתה – אינו עומד בנטל ההוכחה המוטל על ההגנה, כמובא לעיל. אשר על כן, ובשים לב למדיניות הענישה הנוהגת (ראו והשוו: עניין **ספריקין** לעיל, והפסיקה המנויה בפסקה 31 שם, ע/6/18 **טוראי שומל נ' התובע הצבאי הראשי** (2018); ע/32/16 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' אברוטוב** (2016); ע/11/13 **טוראי גילבה נ' התובע הצבאי הראשי** (2013)) – אין מקום לקבוע כי נפלה טעות בקביעת מתחם העונש ההולם.
3. לקשייה הנפשיים של המערערת (אשר כאמור, בעת הנוכחית מכבידים עליה פחות), שהובילו לפיטוריה מן השירות הצבאי, ניתן משקל ממשי לקולה, ועונשה נגזר בקרבת הרף התחתון של מתחם העונש ההולם. מכל מקום, בנסיבות העניין, ודאי שאין לקבוע כי נפלה טעות בגזר הדין, המחייבת את ערכאת הערעור להתערב בו (ראו והשוו: ע/3/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' קובלצ'וק** (2017)).
4. עולה אפוא, כי יש לדחות את ערעור ההגנה.

ניתן והודע היום, כ"ו בכסלו התשפ"ב, 30 בנובמבר 2021, בפומבי ובמעמד הצדדים.

 **\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

 **המשנה לנשיא שופטת שופט**

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור
 רס"ל עדי לביא
תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצינת בית הדין**