



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא

אל"ם מאיה הלר - שופטת

אל"ם רמי בן עמי - שופט

בעניין :

ח/XXX טוראי י' כ' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד אליהו ארביב)

נ ג ד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן ברית דביר ; קמ"ש אור בר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 77/18 (רס"ן אילן סלע – שופט) ביום 24.4.2018. הערעור (חומרת העונש) נדחה.

פ ס ק - ד י נ

רקע

1. טוראי י' כ', **המערער**, הורשע על-פי הודאתו, בעבירה שעניינה היעדר מן השירות שלא ברשות, למשך 1,170 ימים, שבסיומם נעצר. בגין עבירה זו, הטיל בית הדין קמא על המערער, מאתיים (200) ימי מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה.
2. ההגנה לא השלימה עם מידתו של עונש המאסר בפועל, אשר הוטל על המערער ומכאן הערעור שלפנינו.

התשתית העובדתית

3. עיון בראיות שהוצגו לפני הערכאה קמא מלמד על השתלשלות העניינים הבאה :
 - א. למערער, בן למשפחה חרדית, 11 שנות לימוד. בעדותו בבית הדין מסר, בהיותו בן 17 עזב את לימודי הישיבה ועבר להתגורר עם סבתו שאינה דתיה.

ב. המערער לא שיתף פעולה בהליכי המיון בלשכת הגיוס ואף לא התייצב במועד שאליו נקרא לגיוס. הוא החל בשירות צבאי ביום 27.10.2014, מבלי שנקבע לו פרופיל רפואי. המערער נשפט בדין משמעתי על היעדרותו מן השירות הצבאי (השתמטות) ונדון לשמונה עשר ימי מחבוש בפועל. זמן קצר לאחר מכן, ביום 12.11.2014 החל בהיעדרותו הנוכחית, שהסתיימה עם מעצרו בביקורת הגבולות, ביום 25.1.2018.

ג. בתקופת כליאתו התבקש להשלים את הבדיקות הרפואיות לשם קביעת כושרו הרפואי וסירב. לאחר מכן, נבדק המערער על-ידי הפסיכיאטרית הצבאית שעיינה בחוות-דעת של פסיכיאטר מטעמו של המערער. הפסיכיאטרית בכלל אבחנה את המערער כ"בעל הפרעת הסתגלות עם תסמינים פוסט טראומטיים" והמליצה על טיפול תרופתי ועל התאמת פרופיל 64. בהמשך ולאחר שהמערער הופנה לוועדת התאמה לשירות, החליטו גורמי מיטב על פיטוריו משירות צבאי בגין "התנהגות רעה וחמורה". להשלמת התמונה נציין, כי המערער נבדק גם על-ידי פסיכיאטר בקופת חולים ביום 16.9.2016, אשר ציין כי "הנ"ל מוכר לי מבדיקה חד פעמית בשנת 2014. מתלונן על חרדות, פחדים, נדודי שינה. במשך כחמש שנים מסרב להתגייס לצה"ל ועקב כך לא ישן בבית". אף פסיכיאטר זה אבחן את המערער כבעל הפרעת הסתגלות עם תגובות חרדה ודיכאון.

ד. בעדותו בבית הדין, אישר המערער, כי לא שיתף פעולה בהליכי הגיוס. המערער טען, כי ברקע היעדרותו, מצוי אירוע של תקיפה מינית, שחוה בישיבה, שבה למד עד גיל 17. כמו כן, טען, כי נמסר לו מעורך-דין שטיפול בו בעבר, לאחר שסיים לרצות את עונש המחבוש, כי הוא פטור משירות צבאי. המערער אישר, כי נעצר בדרכו לחופשה בחו"ל עם חברים. לשאלת התובע, פירט, כי עבד בעבודות מזדמנות על-מנת לממן סמים ואלכוהול. אמו של המערער העידה אף היא בבית הדין ומסרה, כי בהיותו בן 17, ניתק המערער את הקשר עם המשפחה, אך לאחרונה, בעקבות אירוע מוחי שחוה אביו, השתפרו יחסיהם.

גזר הדין בערכאה קמא

4. בית הדין קמא בבוחנו את העדויות והמסמכים שהוצגו לפניו, קבע את הדברים הבאים :

"הנאשם טוען כאמור כי ברקע היעדרותו תקיפה מינית שעבר. איני יכול לקבוע אכן אירעו הדברים. הנאשם, לפי דבריו, נצר את האירועים בליבו ולכן לא ניתן למצוא אסמכתא להם במועדים קודמים. אין ספק

כי אם הדברים אירעו מדובר בחוויה קשה, קשה מאוד, וקשה לקבל טענה כי אין בדברים אלו כדי לעמוד בבסיס היעדרותו מהשירות. לצד זאת מאחר והדברים לא הוכחו ועדותו של הנאשם עוררה מספר קשיים באשר לנכונות הדברים שמסר מאחר ועלה כי הנאשם כן עבד בתקופה זו, למצער, לפרקים וכן קיים חיי חברה ואף ביקש לנסוע עם קבוצת חברים לחוץ לארץ, קשה לומר כי האירועים הנטענים יכולים להוות בסיס של ממש במסגרת השיקולים לעונש.

גם הטענה כי הנאשם סבר כי הוא אינו נדרש לשירות לאחר ששוחרר מהכלא בשנת 2014, תמוהה ועדותו של הנאשם בעניין זה אף היא עוררה קשיים לא מבוטלים. מעדותו למשל עלה כי אך לפני שנה התייעץ עם עו"ד באשר לחובת הגיוס שלו.

הנאשם קיבל פטור משירות אך זאת לא בשל מצב נפשי, על אף שבשלב זה מצבו הנפשי והסיבות הנטענות לכך עמדו בפני רשויות הצבא... אלא בשל התנהגות רעה וחמורה. ברי אפוא כי אין לזקוף את הפטור משירות לזכותו של הנאשם."

5. בעמדו על נסיבות ביצוע העבירה שהוכחו לפניו ועל הפגיעה בערכים המוגנים, מצא בית הדין לקבוע "כי מתחם העונש ההולם בנסיבות מקרה זה נע בין 5 חודשי מאסר ועד 12 חודשי מאסר לצד עונש מאסר מותנה צופה פני עתיד".

6. אשר לעונש המאסר בפועל בתוך המתחם, התחשב בית הדין קמא בגילו של המערער, ברקעו המשפחתי ובנסיבותיו האישיות המורכבות. בואר גם כי יש ליתן משקל למצבו הנפשי של המערער, כפי שהתרשמה ממנו הפסיכיאטרית הצבאית. בשכלול כלל הנתונים, נקבע, כי "הגם שאין לגזור את עונשו של הנאשם בתחתית המתחם עונשו צריך להיגזר במחצית התחתונה שלו", ולפיכך, הועמד עונשו של המערער על 200 ימי מאסר בפועל לצד מאסר מותנה.

ערעור ההגנה

7. הנימוק המרכזי בערעור ההגנה עניינו בטענת אפליה. ההגנה הציגה לעיוננו פסק-דין, שבמסגרתו אושר הסדר טיעון, שהוצג לבית הדין המחוזי, זמן קצר לאחר שנגזר עונשו של המערער (תיק מטכ"ל (מחוזי) 164/18 **התובע הצבאי נ' טור' שוחט** (2018)). באותו מקרה, נדון עניינו של מי שנעדר ממיטב למשך 869 ימים, שבסיומם נעצר. קדמה להיעדרות זו היעדרות קצרה נוספת. מעיון בפרוטוקול הדיון, עולה, כי הצדדים שם עתרו במשותף להשית על הנאשם 58 ימי מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה ונימקו את עתירתם המשותפת ב"נסיבות משפחתיות קשות" ו"במצבו הנפשי הקשה" של הנאשם. בית הדין המחוזי, לאחר שעיין במסמך התומך באותן נסיבות קשות ובמצבו הנפשי של הנאשם, הורה לכבד את הסכמת הצדדים. בואר, כי "מטעמים של צנעת הפרט", לא פורטו נסיבותיו של אותו נאשם ואף לא צוינה האבחנה ביחס למצבו

הנפשי. ההגנה בערעור שלפנינו, סברה כי עמדת התביעה שאושרה בבית הדין המחוזי יוצרת אפליה ברורה בין אותו נאשם לבין המערער דכאן.

8. נטען גם, כי לא ניתן המשקל המתאים להשתלשלות חייו של המערער, כפי שפירט בעדותו ולמצבו הנפשי לאורך השנים. לדידו של הסנגור, ראוי היה לייחס משקל רב לשיקומו של המערער ולצורך בשילובו המהיר והיעיל בחברה.

תשובת התביעה הצבאית

9. התביעה מנגד, עתרה להימנע מלהתערב בפסק-דינו של בית הדין קמא. נטען, כי העונש שהושת על המערער מאוזן וראוי, ונוטל בחשבון את רקעו האישי והמשפחתי של המערער, ואת הקשיים, שעמם הוא מתמודד.

דיון והכרעה

10. נקודת המוצא לדיון שלפנינו היא התשתית העובדתית הרלוונטית, כפי שהוכחה לפני בית הדין קמא, לאחר שהתרשם ישירות מעדי ההגנה. ידועה ההלכה, שלפיה "ככלל, ערכאת הערעור לא תתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית. הרציונאל העומד בבסיס הלכה זו הוא כי לערכאה הדיונית יתרון אינהרנטי על פני ערכאת הערעור בשל התרשמותה הבלתי אמצעית מהעדים והראיות שנשמעו לפניה" (ע"פ 5921/12 סבג נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם, 7.5.2013) וכן ראו: ע"פ 5019/09 חליוה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 20.8.2013)). מטבע הדברים, כלל זה ישים אף ביחס לממצאי מהימנות שנקבעו לגבי העדים לעניין העונש.

11. כאמור, בית הדין קמא הנכבד, לאחר שבחן את כלל העדויות והמסמכים שהוצגו לפניו, התרשם, כי גרסתו של המערער מעוררת קשיים ותמיהות והתקשה לייחס לה משקל. בהתאם, נמנע בית הדין מלקבל את עדותו של המערער בכל הנוגע לתקיפה מינית בעברו ובכל הנוגע לקשר בינה לבין נסיבות ביצוע העבירה במקרה דנן. בדומה, דחה בית הדין את דבריו של המערער, שלפיהם נמסר לו על-ידי עורך-דין ששכר מטעמו, כי הוא פטור משירות צבאי, לאחר שסיים לרצות עונש של מחבוש. בד בבד, נקבע, כי אכן למערער נסיבות משפחתיות מורכבות, בריאותו של אביו לקויה ואף למערער מצב נפשי מורכב. על רקע קביעות אלו, נבחן מהו מתחם העונש ההולם במקרה שלפנינו.

12. חומרת מעשיו של המערער בולטת וכך גם פגיעת מעשיו בחובת הנשיאה השוויונית בנטל השירות הצבאי. ניכר, בהתאם לנסיבות ביצוע העבירה ולאור השתלשלות העניינים, כי המערער גמר אומר בדעתו שלא לממש את חובתו החוקית ולא לשרת בצה"ל. המדובר במי שלא שיתף פעולה בהליכים לגיוסו, לא התייצב למועד שאליו

זומן לגיוס, נשפט בגין השתמטות ומייד לאחר שסיים לרצות עונש של מחבוש, החל בהיעדרותו הנוכחית שנמשכה למעלה משלוש שנים, עד שנעצר, בדרכו לבלות בחו"ל עם חברים. אף לאחרונה, במהלך תקופת המעצר, סירב להיבדק לשם בחינת כושרו הרפואי. עולה, אפוא, כי המערער לא עשה דבר על-מנת לנסות ולשלב בין נסיבותיו האישיות לבין תנאי השירות הצבאי ובפועל, הביאה התנהגותו הקלוקלת לכך שלא ישרת בצבא.

13. הלכה פסוקה היא, כי "מי שמבחירה ומדעת בוחר להשתמט מן החובה לשרת בצבא, ועושה כך על פני שנים, ראוי לעונש כבד, אשר יבהיר לו ולשכמותו כי מעשים כאלו פוגעים בחוסנה של המדינה ובחלוקה השוויונית של נטל הגנתה" (ע/113/07 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' אלחזוב** (2007); ע/43/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' זגייר** (2017)). בדומה, הוטעם, כי שיקולי הלימה מחייבים ענישה מחמירה וכי ההתחשבות בנסיבות האישיות ראוי שתהייה מוגבלת (ראו והשוו: ע/24/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוידה** (2017); ע/45/11 **טור' איסקוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)).

14. אף בחינת מדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים, מלמדת כי מתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא, מבטא נכונה את מידת הפגיעה בערכים המוגנים, את נסיבות ביצוע העבירה במקרה דנן, ואת מידת אשמו של המערער (ראו למשל: עניין **זגייר לעיל**; ע/44/17 **טור' דבורקין נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע/68/14 **טור' פנטה נ' התובע הצבאי הראשי** (2014); ע/38/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוזיאל** (2013); ע/78/13 **טור' טורצ'ינסקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2013)).

15. בדומה, באיזון בין עברו של המערער לבין ההתחשבות בנטילת האחריות וההודאה באשמה, נסיבותיו של המערער ומצבו הנפשי – אין לקבוע, כי נפלה שגגה בקביעת מידת עונש המאסר בפועל, בתוככי המתחם, כמפורט לעיל.

16. כאמור, טענתה המרכזית של ההגנה עניינה בהשוואה שערך הסנגור בין המערער לבין עניינו של חייל אחר, אשר הסתיים, במועד סמוך, בהסדר טיעון (עניין **שוחט הנ"ל**). אין בידינו לקבל את טענת ההגנה. ככלל, העובדה כי נאשם אחר נשפט בעבירה דומה, במסגרת הסדר טיעון, מצדיקה אף היא התייחסות שונה לעונש שנגזר אליו וכבר נפסק, כי "עונש המוטל במסגרת הסדר טיעון אינו יכול להוות אמת מידה... לענישת מעורב אחר באותה פרשה" (ע"פ 3987/98 **סונינו נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 15.11.1998); ע/15/13 **סמל ביטון נ' התובע הצבאי הראשי** (2013)). זאת ועוד, במקרה שאליו הפנה הסנגור, לא ניתן לבחון את הנתונים שעמדו לנגד עיני בית הדין קמא ואף לא את שיקולי הצדדים, שהרי כאמור, מטעמים של צנעת הפרט, לא פורטו נסיבותיו האישיות ומצבו הנפשי של אותו נאשם, אשר עמדו בבסיס הסכמת הצדדים.

ניתן והודע היום, ג' באייר התשע"ח, 17 במאי 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופט		שופטת		המשנה לנשיא	
למקור	נאמן	העתק		חתימת המגיה :	
מכני	קורל	סרן			
הדין	בית	קצינת		תאריך :	