



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם אייל מרום - שופט

בעניין :

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

נ ג ד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט ; רס"ן מירב בן עטר ;
קמ"ש אור בר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 195/18 (רס"ן חיים בלילטי – שופט) ביום 13.5.2018. הערעור (חומרת העונש) נדחה.

פ ס ק - ד י נ

כללי

1. טוראי ח' ד', המערער, הורשע, על-פי הודאתו, בעבירה לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, שעניינה היעדר מן השירות שלא ברשות. נקבע, כי נעדר מיחידתו, מיטב XXX, החל מיום 29.1.2017, במשך תקופה בת 434 ימים, שהסתיימה במעצרו, עובר ליום 8.4.2018.

2. בית הדין המחוזי השית עליו ארבעה חודשי מאסר בפועל לצד מאסר מותנה בן שבעים (70) ימים, למשך שנתיים, לבל יעבור עבירה לפי סעיפים 92 או 94 לחוק השיפוט הצבאי.

3. המערער לא השלים מידת עונש המאסר בפועל וביקש להשיג אף על החלטת בית הדין קמא, שלא להידרש לתסקיר מטעם שירות המבחן, בטרם גזר את עונשו ומכאן הערעור שלפנינו.

השתלשלות העניינים בערכאה קמא

4. כתב האישום בעניינו של המערער הוגש ביום 10.4.2018. ביום 30.4.2018 פנתה ההגנה לבית הדין וביקשה, כי בטרם ישיב לאשמה, יופנה המערער לוועדת התאמה לשירות הצבאי. התביעה התנגדה לבקשה ובית הדין קמא קבע, כי "לא השתכנעתי בשלב הזה כי הנאשם מקיים אורח חיים מיוחד, המחייב דווקא עכשיו את בחינת התאמתו לשירות הצבאי".

5. ביום 13.5.2018, הודה המערער באשמה, והורשע בעבירה כמפורט לעיל. לאחר מכן, ביקשה ההגנה להפנות את המערער לשירות המבחן, לשם עריכת תסקיר בעניינו, בהתאם להוראת סעיף 38 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. נטען, כי מאחר שהדין הכללי מחייב עריכת תסקיר מבחן לפני הטלת עונש מאסר על נאשם שטרם מלאו לו 21 שנים, ביום ביצוע העבירה (אכרזת דרכי-ענישה (תסקיר של קצין-מבחן), התשכ"ד-1964) – מן הראוי להפנות אף את המערער, בהיותו מתחת לגיל הנדרש, לתסקיר שכזה.

6. בית הדין קמא דחה את בקשת ההגנה, בהסתמך על הוראות חוק השיפוט הצבאי ועל ההלכה הפסוקה בנושא זה. נקבע, כי "אין מדובר בחסר בחוק אלא בקביעה ברורה של המחוקק אשר החליט שלא להעניק לבתי הדין הצבאיים סמכות להורות על עריכת תסקיר לעניין העונש". הודגש, כי בתי הדין הצבאיים ערים לכך שהבאים בשעריהם "הם, ככלל צעירים, בראשית דרכם כאזרחים בגירים וכי לרבים מהם זהו המפגש הראשון עם מערכת אכיפת החוק הפלילית. על יסוד הנחת מוצא זו גזר וגוזר בית הדין הצבאי את עונשם של הנאשמים תוך התחשבות במערך שלם של שיקולים, לרבות נסיבות אישיות, המובאות תדיר לעיונו של בית הדין באמצעים שונים ומגוונים". בית הדין ציין, כי, בשונה מעניינם של נאשמים שסיימו את השירות הצבאי, שאז יש מקום לבחון את פוטנציאל השתלבותם בחברה, "בחיים האזרחיים", שירותו הצבאי של המערער עוד לפניו, ואף מטעם זה, יש לדחות את בקשתו בעניין.

7. לאחר מכן, פנה בית הדין קמא לבחון את העונש ההולם, בהתאם לראיות שהוצגו לפניו, כמפורט להלן.

נסיבות המעשה ונסיבות העושה

8. כעולה מראיות התביעה, במהלך שנת 2015, החל המערער בהליכי גיוס. לאחר שנמצא כשיר ומתאים למסגרת הצבאית, נקרא המערער להתייצב לשירות צבאי ביום 9.8.2016. המערער לא התייצב לשרת בצבא ובהמשך, ביום 22.1.2017, הועמד לדין

משמעתי בגין היעדרותו מן השירות הצבאי. המערער מסר באותו מעמד, כי אינו מעוניין להתגייס "על רקע דתי". הוא ציין, כי הוא לומד בישיבה של "חוזרים בתשובה" והציג אישור, שלפיו הוא תלמיד בישיבה, החל מחודש ספטמבר 2016. הוא נדון לשבעה ימי מחבוש בפועל.

9. בהסכמת ההגנה הוצג גם "טופס מיון ושיבוץ" עבור המערער. בסיכום בדיקות מיון, שנערכו למערער, לאחר שנעצר כמשתמט, בראשית חודש פברואר 2017, פירטו הגורמים במיטב, כי לנוכח טענותיו של המערער והתנהגותו במהלך הריאיון, הגם שנתפס בעיני הגורמים הממיינים כ"לא אמין" – הוא הופנה לאבחון, ככל הנראה של גורמי בריאות הנפש במיטב. בסופו של דבר, הותאם למערער ציון קשיי הסתגלות (קה"ס) 41, שהצטרף לפרופיל רפואי 82 (שנקבע כבר בשנת 2015).

10. בסיים ריצויו של עונש המחבוש, החל המערער בהיעדרותו הנוכחית, אשר כאמור, הסתיימה עם מעצרו.

11. ההגנה, מצידה, הציגה אישור, שלפיו המערער השתתף "בפעילות המדרשייה לנערים מתחזקים", בתנועת הנוער "אור ישראל", החל משנת 2015, וכי מאז הוא מקיים אורח חיים חרדי. על-פי מסמך נוסף שהוצג, החל מחודש ספטמבר 2017, המערער הוא תלמיד מן המניין בישיבת "נזר ישראל". המערער בחר שלא להעיד בשלב הראיות לעונש, אך ציין בדבריו לאחר טיעוני הצדדים, כי "החוק מחייב אותי להתגייס ואני רוצה להתגייס".

גזר-דינה של הערכאה קמא

12. בית הדין קמא הנכבד, עמד על הפגיעה בערכים החברתיים, כעולה מנסיבות ביצוע העבירה, ובראשם, הפגיעה "בעיקרון השוויון ובנשיאה המשותפת בנטל השירות הצבאי". בצד זאת, ציין בית הדין את הפגיעה "במשמעת הצבא, בכוננותו, במוכנותו וביכולתו לתכנן את כוחותיו". הוטעם, כי ממעשיו של המערער נשקפת חומרה יתרה לנוכח תקופת ההיעדרות הארוכה, אשר החלה **בסמיכות** לתקופת השתמטות משירות צבאי והעובדה כי הסתיימה עם מעצרו של המערער. בית הדין למד מנסיבות ביצוע העבירה, כי "המדובר במי שביקש לכפות את רצונו שלא לשרת בצה"ל על המערכת הצבאית". נקבע גם, כי אמירתו של המערער בבית הדין, על רצונו לשרת בצבא, "מבלי שגובתה בפנייה כלשהי... לגורם צבאי כלשהו, ראויה למשקל מצומצם למדי, אם בכלל".

13. בית הדין קמא נטל בחשבון אף את נסיבותיו האישיות של המערער. בואר, כי הגם שלא היה זכאי למעמד של "בן ישיבה", שכן החל לקיים אורח חיים דתי **לאחר** שהגיע לגיל 18 **ולאחר שהשלים את הליכי הגיוס** – יש להתחשב לקולה בשינוי שחל באורח

חייו. כמו כן, ניתן משקל לנטילת האחריות מצידו של המערער ומשקל מצומצם אף לעובדה, כי הביע נכונות לשאת בחובתו על-פי דין ולשרת בצבא.

14. בית הדין סקר את מדיניות הענישה הנוהגת ומצא להעמיד את מתחם העונש ההולם בין **שלושה לשבעה חודשי מאסר בפועל**, לצד מאסר מותנה. נקבע עוד, כי לא מתקיימים בעניינו של המערער שיקולי שיקום, המחייבים לסטות מן המתחם לקולה, וכי בסופו של דבר, באיזון בין כלל שיקולי הענישה, יש להעמיד את עונשו של המערער "בחציו התחתון של המתחם". בהתאם, הושתו על המערער **ארבעה חודשי מאסר בפועל** לצד מאסר מותנה, כמפורט לעיל.

ערעור ההגנה

15. הבריח התיכון לערעור ההגנה, מצוי בהיעדר תסקיר מבחן בעניינו של המערער. לשיטת ההגנה, ללא התסקיר, יש לקבוע, כי לא הונח לפני בית הדין קמא המסד הראייתי **המלא**, הנדרש להערכת פוטנציאל השיקום של המערער. נטען, כי למעשה, לא ניתן היה לאמוד את משקלו של שיקול השיקום בעניינו של המערער.

16. לדידו של המערער, בהיותו צעיר, למטה מגיל 21, אשר נעדר עבר פלילי, ובשים-לב לאורחות חייו ולמאפייניה של קהילת החוזרים בתשובה, שעמה הוא נמנה, קיימת חשיבות מרבית לחוות-דעת מקצועית באשר לסיכויי לשיקום. לשיטתו, שירות המבחן הוא הגורם המקצועי המתאים לכך.

17. לשאלתנו במהלך הערעור, הבהירה ההגנה, כי שיקום בהקשר שלפנינו, משמעו – **סיכויי של המערער להשתלב במסגרת הצבאית, בהתאם לחובתו על-פי דין**.

18. אשר למקור הנורמטיבי לקבלת תסקיר מבחן בעניינו של המערער, נטען על-ידי ההגנה, כי הוראותיו של חוק השיפוט הצבאי, אינן יוצרות "**הסדר שלילי**" בעניין זה, אלא, מתייחסות **להיעדר חובה** להפנות לתסקיר מבחן ואינן **שוללות את סמכות הרשות** של בתי הדין הצבאיים להורות על עריכת תסקירי מבחן. נטען גם, כי לבית הדין הצבאי קיימת **סמכות טבועה** להורות על עריכת תסקיר מבחן, ככל שימצא לנכון וכי סמכות מעין זו, אף נגזרת מסמכות בתי הדין הצבאיים לזמן עדים, "לברור המשפט" (סעיף 368 לחוק השיפוט הצבאי). לצד כל אלה, ציינה ההגנה, כי כללי הפרשנות המקובלים, שלפיהם יש לנקוט גישה מרחיבה בעת שעסקינן בזכויות נאשמים, אף הם תומכים בעמדתה, שלפיה בתי הדין הצבאיים רשאים להפנות נאשם לתסקיר מבחן, בטרם ייגזר-דינו. ההגנה תמכה עמדתה בדבריו של בית-דין זה, בע"מ/37,38/10 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' בונר** (2010), שם נכתב, כי: "מצב זה, שבו אין בידי ההגנה אמצעים מתאימים (בדומה לתסקיר שירות המבחן) להציג את

עניינו של הנאשם לפני בית-הדין תוך היעזרות בחוות דעת מקצועיות ראיות איננו הולם, וסבורני, כי ראוי שהוא יטופל" (הדגשות במקור).

19. ההגנה סבורה, כי במקרה דנן, לתסקיר מבחן משנה חשיבות, שהרי המערער, בהיותו מי שנעדר משירות ממיטב ("עריק בקו"ס"), אינו עומד בקריטריונים לאבחון פוטנציאל לשירות צבאי, על-ידי מערך גחל"ת (גורמי חזרה לשירות תקין) במשטרה הצבאית, ובית הדין המחוזי, כאמור, דחה אף את בקשת ההגנה להפנותו לוועדת התאמה לשירות הצבאי. נטען גם, כי אבחון של גורמי בריאות הנפש בצבא אינו יכול להחליף את חוות הדעת של שירות המבחן, באשר תכליתו לאבחן תחלואה נפשית ולא להעריך את פוטנציאל ההשתלבות של המערער במסגרת הצבאית, בהתחשב בתפיסת עולמו ואורח חייו.

20. לחלופין, נטען כי בנסיבות העניין, אף ללא תסקיר מבחן, מן הראוי להתערב במידת עונש המאסר בפועל ולהקל בעונשו של המערער, באופן שלא יגרור אחריו "רישום פלילי מלא".

תשובה התביעה הצבאית

21. התביעה הצבאית עתרה להימנע מלהתערב בפסק הדין של הערכאה קמא. נטען, כי מתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים, וכי בגזר הדין לא נפלה טעות המצדיקה את התערבות ערכאת הערעור. לעניין זה צוין, כי נסיבות המקרה מצביעות על מי שגמר בדעתו שלא לשרת בצבא, ובכך פגע פגיעה משמעותית בערכים החברתיים, אשר בבסיס העבירה שבה הורשע.

22. אשר לטענת ההגנה על חיוניותו של תסקיר מבחן במקרה דנן ועל ההשלכות שיש להיעדרו לעניין היכולת להעריך את פוטנציאל השיקום של המערער – נטען, כי הוראותיו של חוק השיפוט הצבאי שוללות באופן מפורש את הסמכות להורות כן. התביעה ציינה, כי בימים אלה, נערכת עבודה מטה לבחינת הנושא, בעקבות יוזמה של הסנגוריה הצבאית, וכי ראוי להסדיר את הסוגיה בחוק.

23. נטען גם, כי לגופו של עניין, הונחה לפני בית הדין קמא תשתית מלאה ומפורטת בכל הנוגע לסיכוייו של המערער לשרת בצבא. המערער פגש בגורמי המיון השונים בשלבי הגיוס השונים ואף בהמשך, לאחר שנעצר כמשתמט. לדידה של התביעה הצבאית, שירות המבחן ממילא אינו הגורם המתאים לאבחון סיכוייהם של נעדרים משירות צבאי להשתלב בשורות הצבא.

24. במהלך הדיון בערעור, לשאלתנו, ציינה ראש תחום עריקים בתביעה הצבאית, כי במקרים של משתמטים משירות צבאי או נעדרים ממיטב (עריק בקו"ס), אשר מביעים

נכונות לשרת בצבא, פתוחה הדרך ל"הסדר הקפאה". במסגרת ההסדר הנכרת בין הנאשם לתביעה, לאחר שנבחנת התאמתו לשרת בצבא, על הנאשם להתחייב להימנע מביצוע עבירה נוספת של היעדר מן השירות הצבאי ועבירות משמעותיות נוספות. בתמורה לכך, מבקשת התביעה מבית הדין הצבאי לשחרר את הנאשם ממעצר ולעכב את משפטו, על מנת שניתן יהיה לעקוב, באופן עיתי, אחר השתלבותו בשירות הצבאי. לאחר פרק זמן מוסכם, ככל שהנאשם אכן משתלב בשירות צבאי, מבקשת התביעה את רשות בית הדין לתקן את כתב האישום ולהמיר את סעיף האישום בסעיף שאינו נושא רישום פלילי וכן בהמשך, לאחר ההרשעה, אינה עותרת להחמרה בתקופת המאסר בפועל, מעבר לתקופת המעצר שהסתיימה זה מכבר. התביעה ציינה, כי המערער לא פנה בבקשה להשתלב ב"הסדר הקפאה".

25. אשר לטענות ההגנה כנגד הרישום הפלילי "המלא", הנלווה לפסק הדין במקרה דנן, לשיטת התביעה הצבאית, בנסיבות העניין, נוכח תקופת ההיעדרות הממושכת, אשר הסתיימה במעצר, על רקע עברו של המערער – מתחייב בעניינו רישום פלילי "מלא".

השתלשלות העניינים בערעור

26. לאחר הדיון בטענות הצדדים, לנוכח דבריו של המערער בשולי הדיון האחרון בבית הדין קמא, בהיעדר חוות-דעת של גח"ת ומשעניינו לא נבחן בוועדת התאמה לשירות, הורינו, בהסכמת הצדדים, להפנות את המערער למיון נוסף, **עדכני**, במיטב. גורמי מיטב התבקשו להעריך את מידת התאמתו של המערער לשירות הצבאי ולפרט, ככל שיימצא מתאים למסגרת הצבאית, באיזה תפקיד ראוי לשלבו ובאלו תנאים (החלטתנו מיום 3.6.2018).

27. ביום 10.6.2018, התקבל סיכום ראיון שערך למערער ראש ענף סדיר במיטב. בואר, כי הריאיון נועד לבחון את התאמתו של המערער למסלול של שירות צבאי, וכי בראיון נכחו גם ראש מדור סדיר וראש מדור בני ישיבות. על-פי הסיכום, המערער ציין לפני הגורמים המראיינים כי לא למד בתיכון דתי או בישיבה, וכי החל ללמוד בישיבה לאחר שקיבל צו גיוס. הובהר למערער כי קיימים מספר מסלולים בשירות הצבאי שיכולים להתאים לאורח חייו והוצע לו לשרת במסלול "נצח תומכי לחימה". המערער מסר, כי לא יוכל להסכים לכך מאחר שהוא "שומר עיניים" ואינו יכול לראות נשים. הוא עמד על סירובו גם לאחר שהוסבר לו כי מדובר בגדוד של גברים בלבד, וכי בגדוד מוגש אוכל כשר למהדרין. משהמערער ציין כי הוא מעוניין להמשיך בלימודיו, הוצע לו לשרת במסלול שירות בפיקוד מרכז, "במתחם של חרדים", בשעות קבועות, שיאפשרו לו להמשיך בלימודי תורה. המערער התמיד בסירובו והשיב, כי אינו יכול

לשרת בצבא. ראש ענף סדיר במיטב קבע, כי אין מקום לפטור את המערער משירות צבאי.

28. בדיון המשך שנערך לפנינו ביום 12.6.2018, שבה ההגנה וטענה, כי הריאיון שערכו הגורמים הממיינים במיטב אינו יכול להוות תחליף הולם לתסקיר מבחן, וכי **שירות המבחן הוא הוא הגורם המקצועי** הרלוונטי לבחינת התאמתו של המערער למסגרת הצבאית, **בהתחשב בנסיבות חייו הייחודיות**. מצד התביעה נטען, כי סיכום הריאיון שהוצג אך מחזק את נימוקי תשובתה, כמפורט לעיל ולפיכך, אין מקום להתערב בפסק דינו של בית הדין המחוזי.

דיון והכרעה

מסד הראיות לעונש – על בקשת ההגנה לתסקיר מבחן

29. סעיפים 37-38 לחוק העונשין, בשילוב עם הוראת שר המשפטים באכרזות דרכי ענישה (תסקיר של קצין מבחן), משנת 1964, מעגנים את **החובה להידרש לתסקיר מבחן, בטרם יושת על נאשם, שעדיין לא מלאו לו 21 שנים ביום ביצוע העבירה, עונש "מאסר שלא על תנאי"**. תסקיר המבחן עשוי להתייחס לעברו של הנאשם; מצבו המשפחתי; מצבו הכלכלי; מצב בריאותם של הנאשם ובני משפחתו; וכן "לנסיבות פרטיות מיוחדות - אם ישנן - שהביאוהו לידי עבירה". בתסקיר, "רשאי קצין המבחן להמליץ לפני בית המשפט על טיב העונש שיש בו לדעתו, סיכוי להחזיר את הנאשם למוטב".

30. על חשיבות וחיוניות הסיוע של קצין המבחן, עמד בית המשפט העליון בדבריו הבאים:

"סיוע זה מידי קצין המבחן חשוב וחיוני הוא לבית המשפט, ונועד למלא חלל ריק בחומר שלפני השופט בעשותו במלאכת הענישה, שהרי אופיו, טיבו וסביבתו של העבריין, הרקע לעבריינותו והסיכויים להחזירו למוטב מידע הכרחי וחיוני הם לשופט בבואו להטיל עונש מתאים והולם בטיבו ובמידתו, ובדרך כלל לא עומד לרשותו מקור כל שהוא, שהימנו יוכל לשאוב ולדעת על כל אלה" (ע"פ 344/81 **מדינת ישראל נ' סגל**, פ"ד לה(4), 313, עמ' 323-324 (1981)).

31. ברוח זו, כאשר העיר בית המשפט העליון על "היעדר טיפול שיקומי - לגמרי או כמעט - לאסירים ביטחוניים בבתי הסוהר" (ע"פ 4102/08 **זירבאס נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.12.2008)), בואר, כי:

"שירותי המבחן - למבוגרים ולנוער - הם גורמים סטטוטוריים הממלאים תפקיד חיוני מאין כמוהו במערכת המשפטית והסוציאלית בארצנו. הם מהווים זרועות הממלאות תפקיד שהוא כפול - מחד גיסא, ייעוץ לבתי המשפט (וגם למערכת התביעה והחקירה) באשר

לחשוד ולנאשם בשלבים השונים של הטיפול בו, וכיום גם באשר לנפגעי עבירה. הם מהווים עיניים, אוזניים וגם קול הלב לבתי המשפט בבואם להחליט בדבר מעצר או עונש, זאת, גם אם לא תמיד מתקבלת דעתם" (שם; על חשיבותו ומעמדו של שירות המבחן ראו גם: רע"פ 1094/15 **יחיאלוב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 23.8.2017)).

32. את חוות הדעת עורך קצין מבחן, מי שמונה על-פי חוק והוא בעל המיומנות והכישורים המתאימים, לסייע לשופט להעריך את פוטנציאל השיקום של הנאשם, שהוא מן השיקולים המרכזיים והחשובים במלאכת הענישה (על חשיבותו של שיקול השיקום ומרכזיותו בענישה אף לאחר תיקון 113, ראו: ע"פ 6637/17 **קרנדל נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 18.4.2018)).

33. אין חולק, אפוא, על תרומתו החשובה של תסקיר המבחן למלאכת הענישה בהליך הפלילי, ועדיין, נשאלת השאלה, מהו הדין בנושא זה בעניינם של העומדים לדין פלילי על-פי חוק השיפוט הצבאי. פרק ו' לחוק העונשין, שכותרתו "דרכי ענישה", לא הוחל באופן גורף בחוק השיפוט הצבאי. סעיף 541 לחוק השיפוט הצבאי, אשר עוסק ב"תחולת חוק העונשין", קובע, מפורשות, כי פרק ו' לחוק העונשין, לא יחול על נושא שבו עוסק חוק השיפוט הצבאי פרט לסעיפים המפורטים בו, וסעיפים 37 ו-38 לחוק העונשין, אינם מנויים בו (ראו גם סעיף 17 לחוק השיפוט הצבאי).

34. אף סעיף 33 לחוק השיפוט הצבאי, שכותרתו "העמדה במבחן", קובע כי העמדה במבחן על-פי פקודת המבחן, אפשרית רק לגבי נאשמים שהם אזרח שנמסר לו נשק מטעם הצבא; עובד בשירות הצבא; עובד בשליחות הצבא; או איש מילואים שאינו בשירות ("מקום שבית דין צבאי דן את הנאשם מפני שחוק זה חל עליו לפי סעיפים 7, 8(2), 8(3) או 11"). בכך, למעשה, גילה המחוקק דעתו, כי יש לצמצם את אפשרות הפניה לפקודת המבחן, למקרים (המעטים, יש לומר), המפורטים בסעיף, ואין לפקודת המבחן תחולה מלאה ואוטומטית על נאשמים בבית הדין הצבאי.

35. בע/51/15 **סמל בניזרי נ' התובע הצבאי הראשי** (2016), העלתה המערערת טענה, שלפיה, "מטעמים של שוויון", היה על בית הדין המחוזי לקבל בעניינה תסקיר עונש משירות המבחן, שכן במועד ביצוע העבירה טרם מלאו לה 21 שנים, ואף מכיוון שדינה נגזר בחלוף זמן רב מאז סיימה את השירות הצבאי. בואר, כי:

"נוכח הוראת סעיף 541 לחוק השיפוט הצבאי, לפיה פרק ו' לחוק העונשין לא יחול בהליכים לפי חוק השיפוט הצבאי, ההוראות לעניין קבלת תסקיר עונש מטעם שירות המבחן, **אין חלות**, כפשוטן, בעניינה של המערערת. **בית דין זה העיר כי הסדר חקיקתי זה ראוי לבחינה עדכנית, בייחוד לגבי מי שהשתחרר מהשירות הצבאי טרם שנגזר דינו, אולם זה עניין למחוקק לענות בו** (ראו הערתנו בעניין זה בע/40,46/14 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל גטה** (2014))" (הדגשות הוספו, שם, פסקה 11).

לגופו של עניין, נדחה ערעור ההגנה על מידת עונש המאסר בפועל, לאחר שהוטעם, כי "התאפשר למערערת להציג כל ראיה מטעמה על אודות השלכות הענישה שתוטל עליה, עניין שהמערערת, מטעמיה, בחרה להימנע ממנו".

36. המערערת שם שבה על טענתה בנוגע לנחיצותו של תסקיר מבחן, במסגרת פנייתה לבית המשפט העליון, בבקשה לרשות ערעור. בית המשפט העליון דחה את הבקשה ופסק כהאי ליסנא:

"בנוסף טוענת המבקשת כנגד חוקתיותו של סעיף 541 לחוק השיפוט הצבאי, הקובע כי אין לערכאות הצבאיות סמכות להורות על קבלת תסקיר מטעם שירות המבחן. לטענתה, לו הייתה נשפטת בהליך פלילי 'אזרחי' הייתה חובה חוקית לעריכת תסקיר מטעם שירות המבחן בעניינה משום שבמועד ביצוע העבירה טרם מלאו לה 21 שנים. היא סבורה שמניעת תסקיר מטעם שירות מבחן בעניינה רק משום שנשפטה לפי החוק הצבאי היא אפליה פסולה. בית הדין הצבאי לערעורים קבע בעניין זה כי 'הסדר חקיקתי זה ראוי לבחינה עדכנית, בייחוד לגבי מי שהשתחרר מהשירות הצבאי טרם שנגזר דינו, אולם זה עניין למחוקק לענות בו'. זוהי טענתה היחידה של המבקשת שיש לה אופי משפטי עקרוני. ואולם, אף אם אניח לטובת המבקשת כי **סוגיה זו אכן מעוררת קושי מסוים, בפרט מכיוון שהשתחררה מהשירות הצבאי טרם שנגזר דינה**, הרי שהמקרה דנא אינו המקרה המתאים לבירור הסוגיה. זאת, נוכח העובדה שהעונש שהוטל על המבקשת ממילא הולם את חומרת המעשים שבהם הורשעה ועוד על הרף הנמוך, וודאי שאינו מצדיק התערבות של ערכאה שלישית בדרך של מתן רשות ערעור" (הדגשות הוספו, רע"פ 536/16 **בניזרי נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 1.2.2016)).

37. כפי שניתן לראות, הערות בית המשפט העליון ובית-דין זה בסוגיית היעדרו של תסקיר מבחן לנאשמים בבתי הדין הצבאיים, ניתנו אגב דיון בעניינם של נאשמים שהורשעו בעבירה שונה מן העבירה שבה הורשע המערער (גניבה בעניין **בניזרי** לעיל ואלימות בעניין **גטה** שהוזכר), ולאחר שסיימו זה מכבר את השירות הצבאי, אך התפיסה הכללית ורוח הדברים רלוונטיים אף בעבירות של היעדר מן השירות הצבאי ואף ביחס למי שמצוי בראשיתו או במהלכו של השירות הצבאי (ראו עניין **בונר** לעיל). בעניינם של אלה וגם אלה קיימת חשיבות רבה להערכתו של גורם מקצועי ומיומן, שאינו מוטה לטובת מי מהצדדים, באשר לסיכויי השיקום של הנאשם. ואולם, בעוד שלגבי נאשמים שסיימו את השירות הצבאי יש לבחון את סיכויי השתלבותם כאזרחים נורמטיביים בחברה, הרי שתוכנו של אפיק השיקום עשוי להשתנות, בעת שעסקינן בנאשם שהשירות הצבאי עוד לפניו. בנסיבות אלה, בוודאי בעבירה של היעדר מן השירות הצבאי, ככלל, נכון לבחון את סיכויי השתלבותו התקינה של הנאשם במסגרת הצבאית, ונכון לאמוד את יכולתו לשרת בצבא, בד בבד עם בחינה מסודרת של תנאי השירות ואופי התפקיד המתאימים לו. ניתן להניח, כי בעניינם של

נאשמים, המשרתים בצבא, ראוי לשקול קיומו של גוף מקצועי ומיומן, **אף אם מתוך הצבא**, המשלב בתוכו אנשים בעלי הכשרה מתאימה, הן בהיבטים סוציאליים והן בהיבטים של ארגון ומשאבי אנוש בצבא, להערכת פוטנציאל השיקום בשירות הצבאי. 38. נעיר, כי מערך גחל"ת במשטרה הצבאית, אשר נועד לבחון את פוטנציאל החזרה לשירות תקין של עצורים, שהואשמו בעבירות של היעדר מן השירות הצבאי, עוסק בחלק מן הנושאים, אך הוא אינו בוחן את מלוא ההיבטים בסוגיה, והנחיותיו נועדו לסייע למפקדים. מכל מקום, מערך גחל"ת אינו מאבחן את כלל הנאשמים בבתי הדין הצבאיים ובהם, משתמטים מגיוס ו"עריקי בקו"ם".

39. כך או כך, עניינו הראות, כי אין עסקינן בקושי **שהמענה הראוי לו מצוי בדרך של הפניה לתסקיר מבחן של שירות המבחן**. המדובר בסוגיה מורכבת, ויש להסדירה, באופן מושכל, לאחר שקילת כלל השיקולים הרלוונטיים ומלוא הנתונים הנוגעים בעניין.

40. כאמור, הובא לידיעתנו, כי בימים אלו ממש, בעקבות פנייה של הסגוריה הצבאית, נערכת עבודת מטה מסודרת לבחינת הנושא ולהסדרתו, ויש לקוות כי תושלם בהקדם. נזכיר עוד, כי לאחרונה, החל מתקיים **בית דין משלב** במתכונת ניסיונית (פיילוט), המאפשר (בשלב זה לחיילים מיחידות מסויימות), שנעדרו משירות צבאי לשקם עצמם ולהשתלב בשירות הצבאי, בליווי מפקדים ואף תוך מעורבות של גורמי רווחה לתמיכה במשפחתם. ההליך בבית הדין המשלב הוא בבחינת אפיק שיקומי משמעותי, אשר צפוי להוות ערוץ חלופי להליך הפלילי המקובל, עבור נאשמים בעבירה של היעדר מן השירות הצבאי, המבקשים לעלות על מסלול שירות תקין.

41. אשר למקרה דנן, לגופו של עניין, כפי שנפרט להלן, **מצויה בידינו תמונה ברורה ומקיפה, באשר לאומדן סיכוייו של המערער לשיקום**. כאמור, אף ההגנה לא חלקה על טיבו של השיקום בנסיבות העניין – מימוש החובה לשרת בצבא, המוטלת על המערער על-פי הדין, לאחר בחינת התנאים המתאימים להשתלבותו במסגרת הצבאית. ברם, הנתונים שנפרסו לפנינו מלמדים, **כי פוטנציאל השיקום של המערער מצומצם**.

42. במה דברים אמורים. תחילה יש לציין, כי המערער נכח בהליכי מיון בשלבי הגיוס המוקדמים ואף בהמשך, לאחר שנעצר כמשתמט והביא לידיעת גורמי מיטב את השינוי באורח חייו וחזרתו בתשובה, שבו ונדרשו הגורמים הממיינים לסוגיית התאמתו לשירות הצבאי. אמנם, במצב הקיים, נוכח חלוף הזמן, ראוי היה כי עניינו ייבחן שוב, למשל, על-ידי הגורמים המאבחנים בכלא (גחל"ת או ועדת התאמה לשירות), ואולם, כאמור, במהלך הערעור, הופנה המערער לגורמי המיון המוסמכים במיטב ובכך יש כדי להשלים את התמונה.

43. המערער ציין בבית הדין המחוזי, בשולי הדיון בעניינו, כי הוא נכון לקיים את חובתו לשרת בצבא. הגם שהמערער בחר שלא להעיד בבית הדין קמא והגם שדבריו סתרו אמירות קודמות שלו במיטב, מצאנו ליתן לו הזדמנות נאותה להשמיע את דבריו ולהציג את צרכיו לפני גורמי המיון בצבא, פעם נוספת. דא עקא, שאף בהזדמנות זו, לאחר שהגורמים המוסמכים הציגו לפניו את האפשרויות והתנאים לשרת בצבא ולהמשיך לקיים אורח חיים חרדי, ואף לשלב לימודי תורה – דחה המערער כל מסלול שירות שהוצע לו ושב על עמדתו, כפי שהציגה לאורך כל הדרך, שלפיה **הוא אינו מעוניין לשרת בצבא**. נזכיר עוד, כי אף האפשרות ל"הסדר הקפאה" הייתה פתוחה עבור המערער, אך הוא נמנע מלנצל אותה. אין זאת, אלא, כי המערער אינו מעוניין לשרת בצבא והוא עצמו, מתקשה להאמין שיוכל להימנע מביצוע עבירות דומות בעתיד.

44. עמדתו של המערער, בהתחשב במשך ההיעדרות, בסיומה במעצר ואף בכך שהחלה בסמוך להשתמטות משירות צבאי – **מצביעה על היעדר מוטיבציה לשרת בצבא**.

מתחם העונש ההולם

45. נסיבות ביצוע העבירה, כמפורט לעיל, מלמדות, כי המערער גמר בדעתו שלא לשרת בצבא. התנהגותו של המערער עובר לשירות הצבאי; גיוסו כמשתמט לאחר היעדרות בת כמעט חצי שנה; העובדה כי החל בהיעדרותו הנוכחית מייד לאחר שסיים לרצות עונש של מחבוש בפועל; משכה של ההיעדרות הנוכחית וסיומה במעצר – כל אלה מצביעים על זלזול בוטה בחוק ועל התעלמות מופגנת מן החובה לשרת בצבא.

46. מעשיו של המערער פגעו פגיעה ניכרת בערכים המוגנים: באינטרס הציבורי להגן על חוסנו של הצבא, לקדם את השוויון בנטל השירות ולחזק את לכידותה של החברה בישראל (ראו: בג"ץ 715/98, 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הבטחון**, פ"ד נב(5), 481 (1998); בג"ץ 1532/00 **זה ברמקר נ' שר הבטחון** פ"ד נד(2), 297 (2000); ע/81,88/17/81 **טור' אהרנטרוי נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).

47. הגם שיש להתחשב במידת מה באורח חייו החרדי של המערער, שסביבתו הקרובה אינה מעודדת שירות בצבא, יש לזכור, כי המערער החל לקיים אורח חיים חרדי לאחר הגיעו לגיל 18 ולאחר שהשלים את הליכי הגיוס. את לימודיו בישיבה החל זמן רב לאחר תחילת ההיעדרות (בחודש ספטמבר 2017) ובתוך כך, לא נקט כל מאמץ להסדרת מעמדו ולא הגיש כל בקשה בעניין. בית-דין זה חזר ושנה, 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)).

48. בנסיבות העניין, בחינת מדיניות הענישה הנוהגת מעלה, כי **לא נפלה טעות בקביעת מתחם העונש ההולם**, בין שלושה לשבעה חודשי מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה, וכי המתחם שנקבע מבטא נכונה את מידת הפגיעה בערכים המוגנים, בראי נסיבות ביצוע העבירה (ראו והשוו: ע/24/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוידה** (2017); ע/4/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' רובל** (2017); ע/48/12 **רב"ט בצלאל נ' התובע הצבאי הראשי** (2012); ע/38/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוזיאל** (2013)).

מידת עונש המאסר בפועל

49. אף בקביעת בית הדין בכל הנוגע למיקומו של עונש המאסר בפועל בחציו התחתון של המתחם והעמדתו על ארבעה חודשים, **לא נפלה שגגה ולא מצאנו להתערב בה**. כמפורט לעיל, פוטנציאל השיקום בעניינו של המערער אינו רב ובוודאי שאינו מצדיק לחרוג לקולה מספו התחתון של המתחם. בית הדין קמא שקל את כלל הנתונים הרלוונטיים ואיזן כדבעי בין שיקולי הענישה השונים. כך, התחשב בית הדין לקולה בנסיבותיו האישיות של המערער, בגילו ובעברו, בהודאתו באשמה ובחיסכון בזמן שיפוטי; ומנגד, שקל לחומרה את שיקולי ההרתעה המתקיימים במקרה דנן (ראו סעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין).

על סוגיית הרישום הפלילי

50. סעיף 404א(ג) לחוק השיפוט הצבאי, אשר דן ב"הגבלה על מסירת מידע מהמרשם הפלילי וקיצור תקופת הרישום" קובע, בעניינו של מי שהורשע בעבירה לפי סעיפים 94 או 94א לחוק השיפוט הצבאי (ס"ק (2)) – **כי, ברירת המחדל במקרה של "עונש העולה על שלושה חודשי מאסר בפועל ואינו עולה על שישה חודשי מאסר בפועל" – היא רישום פלילי "מלא"**, וכי "ההגבלה לא תחול, אלא אם כן הורה בית הדין, מטעמים שיירשמו, כי היא תחול".

51. בית-דין זה, לאחר שעמד על הרקע להוראה (חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 63), התשע"א-2010), פירט, בכל הנוגע לתכלית החקיקה, כי:

"מעשה חקיקה זה נועד לתת פתרון ביניים מידתי לעבירות שאינן חמורות. מידת החומרה נמדדת בחוק באורכו של עונש המאסר המוטל. רוצה לומר – ברישום פלילי 'מופחת' יזכה מי שלפי טיב מעשיו, היקפם וחומרתם, ראוי לעונש שאינו עולה על חודשיים מאסר. פשיטא, שברגיל, מי שראוי לעונש כבד יותר לא יזכה להקלה שברישום המופחת" (ע/56/13 **סמל ברמן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 11).

(2013); וראו גם: הצעת חוק השיפוט הצבאי (הגבלה על מסירת מידע מהמרשם הפלילי וקיצור תקופת הרישום), (תיקון מס' 61), התש"ע-2010; ע/97/11 **רב"ט ווקנין נ' התובע הצבאי הראשי** (2012); ע/81/16 **רב"ט דתנר נ' התובע הצבאי הראשי** (2017).

52. בהתאם, בכל הנוגע לסמכות לסטות מן הכלל ולהחיל את ההגבלה כמפורט לעיל, במקרה שהושת עונש מאסר בפועל, העולה על שלושה חודשי מאסר בפועל (ושאינו עולה על ששה חודשי מאסר בפועל), בואר, כי: "הטלת חובה על הערכאה הדנה לרשום את טעמיה לסטייה מהכלל הקבוע בחוק באשר לרישום הפלילי הנובע מהענישה שהוטלה, מלמדת על הצורך בקיום טעמים ממשיים, בני משקל ומהותיים" (ע/35/13 **רב"ט אידרי נ' התובע הצבאי הראשי** (2014); וראו גם: ע/19/18 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' חאזי** (2018)).

53. בענייננו, לא מצאנו כי הטעמים שהוצגו, כמפורט לעיל, בכל הנוגע לנסיבות חייו של המערער, מצדיקים הקלה בעונש. כפי שבואר, המערער, מבחירה ומדעת, לאורך שנים, פעם אחר פעם, הפר את הדין ונמנע מלמלא אחר חובתו לשרת בצבא. בהתאם, פסקנו כי העונש שהושת עליו, ארבעה חודשי מאסר בפועל לצד מאסר מותנה, הולם את מידת הפגיעה בערכים החברתיים ומאזן נכונה בין ההתחשבות בנסיבותיו האישיות של המערער לבין שיקולי ההרתעה המתקיימים במקרה דנן.

54. בדומה לקריטריונים בפסיקה הדנה בהימנעות מהרשעה (שתוצאותיה הרישומיות, לפי סעיף 13 ו-16(ב) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981, זהות), בנסיבות המקרה דנן, באיזון שבין האינטרס הציבורי בהרשעה, כחלק מהשגת ההרתעה והאכיפה השוויונית של החוק, לבין עניינו האינדיבידואלי של המערער (ראו והשוו: ע"פ 2083/96 **כתב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(3) 337, בעמ' 341 (1997); ע"פ 2669/00 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד נד(3) 685, בעמ' 689-690 (2000)) – **לא מצאנו**, כי עלול להיווצר יחס בלתי סביר בין חומרת העבירה, לבין הנזק הצפוי למערער אם הרשעתו תישא רישום פלילי מלא.

55. זאת ועוד, ההגנה לא פירטה כיצד עלולה ההרשעה לפגוע בשיקומו או בעתידו של המערער, במיוחד משלעניין זה, דורשת הפסיקה התייחסות לנזק חמור, מוחשי וקונקרטי, ואין די באפשרויות תיאורטיות שלפיהן עלול להיגרם נזק כלשהו בעתיד (ראו: רע"פ 8627/12 **הנסב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 31.12.2012)). הוטעם, כי:

"בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע, כי על העותר לאי-הרשעה מוטלת החובה להצביע על כך שהרשעתו תביא לפגיעה קשה וקונקרטית בסיכויי שיקומו, ולתמוך את טענותיו בתשתית ראיתית מתאימה" (רע"פ 3589/14 **לוזון נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.6.2014); וראו גם: רע"פ 2180/14 **שמואלי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 24.4.2014); רע"פ 1439/13 **קשת נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 4.3.2013); רע"פ 7224/14 **פרנסקי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם,

10.11.2014; רע"פ 5949/17 **אמר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם,
25.7.2017).

56. הדברים יפים, מקל וחומר, לעניינו, **משברירת המחדל הסטטוטורית, מחייבת רישום פלילי "מלא"**, ומאפשרת לסטות ממנה, אך ורק במקרים חריגים, כמפורט לעיל. אשר על כן, לא מצאנו לסטות מן הכלל ולהורות על הגבלת המרשם הפלילי בעניינו של המערער.

סוף דבר

57. ערעור ההגנה נדחה, אפוא. אין שינוי ברכיבי הענישה שהוטלו על המערער בערכאה קמא.

58. בשולי הדברים, נוכח הערותינו על נחיצותו של גוף מתאים למתן חוות-דעת מקצועיות, בנוגע להערכת סיכויי השיקום של נאשמים בבתי הדין הצבאיים (פסקאות 29-40), **מצאנו להפנות העתק מפסק הדין לראש אכ"א ולפרקליט הצבאי הראשי.**

ניתן היום, א' בתמוז התשע"ח, 14 ביוני 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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