



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פילס - הנשיא
אל"ם אורלי מרקמן - שופטת
אל"ם מרב דוידוביץ - שופטת

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, סגן יאיר מתוק)

נגד

ח/XXX טור' א' ו' – המשיבה (ע"י ב"כ, סרן עומר קנובלר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 552/16 (רס"ן שמאי בקר – שופט) ביום 28.9.2016. הערעור (קולת העונש) נדחה.

פסק-דין

רקע

1. טוראי א' ו', המשיבה, הורשעה בבית הדין הצבאי המחוזי, על סמך הודאתה, בעבירה של היעדר מן השירות צבאי, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1956, למשך 793 ימים.
2. בגין עבירה זו הטיל עליה בית-הדין קמא הנכבד שבעים ואחד (71) ימי מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה בן שלושים (30) ימים, למשך שנה.
3. התביעה לא השלימה עם מידתו של עונש המאסר הממשי, אשר הוטל על המשיבה, ומכאן ערעורה.

השתלשלות העניינים וגזר הדין בערכאה קמא

4. במסגרת הראיות לעונש, הגישה התביעה לעיון בית-דין קמא מסמכים, המלמדים, כי המשיבה גויסה לשירות צבאי ביום 22.4.2014, כמשתמטת חסרת פרופיל. באותו מועד נדונה במיטב בדין משמעתי בגין סירוב לקיים פקודה ונדונה לעונש של מחבוש בפועל. מייד לאחר מכן, החלה המשיבה בהיעדרותה הנוכחית, אשר אף היא הסתיימה במעצר.

5. בשלב ראיות ההגנה לעונש העידה אחותה של המשיבה ומסרה כי השתיים עלו ארצה בשנת 1999, לאחר שהוריהן התגרשו, בצוותא עם אמן ואחות נוספת. האם נישאה מחדש ובן זוגה, שהיה מכור לטיפה המרה, נקט אלימות כלפיהן. המשיבה למדה בתנאי פנימייה אך לא השלימה לימודים תיכוניים ולמעשה חיה לבדה ולא הייתה בקשר עם שאר בני המשפחה. ההגנה הציגה מסמכים כלכליים, המלמדים על חובות כספיים של המשיבה, וחוות דעת של קב"ן ממתקן הכליאה, אשר התרשם "ממצוקה הסתגלותית בעלת מאפיינים התנהגותיים עקב נסיבות אישיות" והמליץ לבחון את התאמתה לשירות הצבאי. ועדת התאמה לשירות המליצה לפטור את המשיבה משירות צבאי.

6. בסיום משפטה בבית הדין קמא, מסרה המשיבה, כי אימה לא הייתה מעוניינת לגדל אותה בביתה וכי המשפחה לא הייתה בקשר עם האב, שנותר ברוסיה. היא פרטה על הקשיים שחוותה בניסיון למצוא מקום ללון, על החובות שאליהם נקלעה ועל מאמציה להתפרנס ולקנות מזון. המשיבה טענה, כי לא ידעה אל מי לפנות על מנת להסדיר את מעמדה בצבא.

7. התביעה הדגישה את משך ההיעדרות של המשיבה, את אופן סיומה ואת עברה המכביד ועתרה להשית "עונש חמור", בין היתר, נוכח העובדה כי במהלך תקופת ההיעדרות חל מבצע "צוק איתן".

8. מנגד, עתרה ההגנה להסתפק במאסר בפועל, כמניין ימי מעצרה של המשיבה (שבעים ואחד ימים), נוכח נסיבות חייה המורכבות ואף על-מנת לאפשר לה להנות מרישום פלילי "מופחת".

9. בית הדין קמא נמנע מלקבוע מתחם עונש הולם ובאשר למידת העונש, קיבל את עתירת ההגנה, תוך שהוא מציין, בין היתר, את הדברים הבאים:

"אני סבור, כי יש להתייחס אחרת לנאשמים כגון דא, ואיני מתעלם מהפסיקה הרבה שהניחה התביעה בפניי... איני מציע לבטל את עונש המאסר על משתמטים ועריקים, והצורך בהם ברור, אולם על פני הדברים רמת הענישה חייבת להיות, מדודה יותר, מתונה יותר, והמלחמה שאוסרת התביעה על שאיפתה לקבל דווקא ענישה שתתיר

חותם פלילי על המסכנים שניצבים היום מולי – נשגבת מבינתי... עוד לא ראיתי נפקד או נאשם אחד, שסתם לא בא לו השירות הצבאי, שהוא מעדיף לגלוש בים, או שהוא מבכר קריירה של דוגמנות. כל הנאשמים שבאו בפניי הם מסכנים בני מסכנים, חיים בעליבות כלכלית, לעתים קרובות גם רגשית, והנאשמת שבפניי היא דוגמה מובהקת... ראיתי לנגד עיני גם את העובדה כי עד היום לא נקבע לנאשמת פרופיל צבאי, חרף נחיצותה בשדה הקרב, ולא אצה לאף אחד הדרך להביאה אל הצבא, במשך כ 800 ימים, והיא כאמור אסופית בודדה בעולם שלא חיך אליה עד היום, ולו לרגע, וגם הקב"ן התרשם שהצבא יכול גם יכול לוותר עליה".

השתלשלות העניינים עובר לדיון בערעור וטיעוני הצדדים

10. בעקבות גזר דינו של בית הדין קמא, סיימה המשיבה, למעשה, לשאת בעונש המאסר בפועל במועד מתן גזר הדין. התביעה הגישה את הערעור על קולת העונש באותו היום ודיון בערעור נקבע למחרת. אלא שאז, נוכח הקושי שהציגה הסנגוריה הצבאית להיערך לדיון בערעור באותו מועד ובהתחשב בראש השנה שהיה מצוי בפתח, נדחה המועד לשמיעתו להיום, כשבוע לאחר מועד סיום ריצויו של עונש המאסר בפועל, שהושת על המשיבה בבית הדין קמא.

11. במהלך הדיון בערעור, עתרה התביעה להחמיר במידה ניכרת בעונש המאסר בפועל שהוטל על המשיבה, אף אם הדבר יהיה כרוך ברישום פלילי "מלא". הוטעם, כי מטעמים של הלימה והרתעה, נוכח פרק הזמן הממושך שנעדרה המשיבה משירות צבאי, עברה המכביד ואופן סיום ההיעדרות, גזר הדין של הערכאה קמא אינו יכול לעמוד. עוד נטען, כי ראוי להתייחס בזehירות ואף במידה של ספקנות לטענות על מצבה האישי של המשיבה, נוכח התיעוד הדל שהוגש ביחס לחובותיה ואף בשים לב לכך שאחותה שרתה בצבא שירות מלא. התביעה הציגה לעיונו שורה של פסקי דין, המלמדים, לשיטתה, על מדיניות הענישה הנוהגת ועל עונשי מאסר ממושכים בנסיבות דומות.

12. מנגד, עתרה ההגנה להימנע מלהתערב בגזר הדין של הערכאה קמא. נטען, כי יש ליתן משקל רב לסיפור חייה המורכב של המשיבה, לבדידותה ולכך שנעדרה כל מסגרת תומכת, לקשייה הכלכליים ולמאמציה לשרוד ולהשתלב בחברה. ההגנה הפנתה לחוות דעתו של הקב"ן, אשר קשר בין נסיבותיה האישיות של המשיבה לבין התרשמותו מקשיי הסתגלות שלה למסגרת הצבאית. הסנגורית טענה, כי הכבדה בעונש מאסר בפועל, אשר תכתים את המשיבה ברישום פלילי "מלא", במצטבר לנתונייה הדלים, עשויה להקשות עליה עוד יותר להשתלב בחברה.

דיון והכרעה

13. כידוע, תיקון 113 לחוק העונשין קובע **הליך מובנה** לגזירת עונשו של נאשם, שלפיו יש להידרש תחילה לבחינת מתחם העונש ההולם ולאחריו, למידת העונש בהתחשב באותו מתחם, והכול – בהתאם לשיקולי הענישה המקובלים (ראו: ע"פ 8641/12, 8678 סעד נ' **מדינת ישראל**, (טרם פורסם, 5.8.2013)). עיקרון ההלימה, אשר נקבע כעיקרון המנחה בענישה, בוחן את "קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו" (סעיף 40ב לחוק העונשין, התשל"ז-1977). בעת קביעת מתחם העונש ההולם, יש להתחשב בערך החברתי שנפגע בעקבות ביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, בהתאם לנסיבות ביצוע העבירה, ואף במדיניות הענישה הנוהגת (סעיף 40ב וסעיף 40ג(א) לחוק העונשין).

14. משכה הארוך של ההיעדרות, האופן שבו הסתיימה ואף הרקע שקדם לה – כל אלה מצביעים על פגיעה משמעותית באינטרס החברתי יקר הערך, של קידום השוויון בנטל השירות הצבאי. תכליתו של אינטרס מרכזי זה להגן על חוסנו של הצבא ועל לכידותה של החברה הישראלית (ראו למשל ע/27/12 **התובע הצבאי הראש נ' טור' לוי** (2012), ע/52/07 **רב"ט מהרט נ' התובע הצבאי הראשי** (2007), ע/11/13 **טור' גילבה נ' התובע הצבאי הראשי** (2013), ע/38/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוזיאל** (2013)).

15. יפים לכאן דבריו של בית המשפט העליון, אשר עמד לא פעם על חשיבותו ומעמדו של האינטרס החברתי בהקשר זה –

"חשיבותו ומשמעותו של שירות צבאי על-פי חוק שירות בטחון נידונו לאחרונה בבית משפט זה, בבג"צ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון** [2]. בית-המשפט עמד על הצורך לקיים את חובת שירות הביטחון באופן שוויוני וקבע כי בהיעדר בסיס בחוק אין לחרוג מעקרון השוויון לעניין מילוי חובה זו. השירות הצבאי הוא חלק מהותי מחייו של כל צעיר בישראל, ואין לתת יד לגישה שלפיה רק מעטים ישאו בעול השירות, יתרמו ממיטב שנותיהם ואף יסכנו את חייהם, שעה שאחרים ימצאו דרכי מילוט שלא לשאת בנטל" (בג"ץ 1532/00 **זה ברמקר נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(2) 297, עמ' 303-302 (2000)).

16. 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 ולרקע המשפחתי של החייל הנעדר. במקרה דנן, כעולה מחוות הדעת של הקב"ן במתקן הכליאה, נסיבותיה האישיות של המשיבה ומאפייני אישיותה השליכו

על יכולתה להשתלב במסגרת הצבאית והם הבסיס לקשיי ההסתגלות שלה. על כן, נכון היה ליתן משקל כבד במסגרת הדיון במתחם העונש ההולם, אף לנתונים אלו.

17. בחינת מכלול הנתונים, לצד עיון בפסיקה רלוונטית, מעלה כי מתחם העונש ההולם בנסיבות המקרה, נע בין שבעים ימי מאסר בפועל לבין חמישה חודשי מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה (ראו למשל: ע/32/16 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' אברוטוב** (2016), ע/139/13 **טור' אוחיון נ' התובע הצבאי הראשי** (2013), עניין **גילבה** הנ"ל ועוד).

18. אף בתוך מתחם העונש ההולם, לא ניתן להתעלם מהיבטי החומרה במקרה דנן ובהם עברה המכביד של המשיבה וחוסר המוטיבציה שלה לשרת בצבא. יש להדגיש, כי היבטים אלה, משיקולים של הלימה והרתעה, **מחייבים היו ברגיל, להשית עונש מאסר בפועל ממושך וחמור מזה שהוטל על המשיבה** (ראו למשל: ע/33/11 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' כהן** (2011)).

19. עם זאת, התרשמנו כי במקרה דנן מתקיים צבר נסיבות ייחודי, המצדיק, ולו מטעמים של חסד ורחמים, לסטות מן הכלל. בחינת התמונה המלאה מלמדת על משיבה, אשר מגיל צעיר מאד נעדרה מסגרת משפחתית תומכת ולא זכתה להכוונה מסודרת מצד הוריה או כל גורם אחר. למעשה, המשיבה, מזה מספר שנים, חיה לבדה ונאבקת לשרוד בחברה, ולכלכל עצמה בכבוד. ניתן להתרשם שחייה מתאפיינים בחוסר יציבות ובהיעדר כל גורם תומך, אשר יסייע בידה להשתלב בחברה בכלל ובשירות צבאי בפרט. אין זאת אלא, שנסיבותיה האישיות הכבידו על יכולתה לכלכל את צעדיה כנדרש.

20. לכך יש להוסיף את הכלל, שלפיו לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בעונש שהוטל בערכאה קמא ולא תמהר להשיב אל מאחורי סורג ובריה, מי שסיים לרצות את עונש המאסר בפועל (ראו ע/45/12 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' מוראשוב** (2012), ע/8/12 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' סקורופה** (2012)).

21. לפיכך, נוכח מכלול הנתונים הקונקרטי במקרה דנן ואף נוכח יום הכיפורים המצוי בפתח, סברנו כי ניתן להימנע מלהתערב בגזר-דינו של בית הדין קמא.

22. בשולי פסק הדין, מצאנו כי לא ניתן להתעלם מן השגיאות שנפלו בגזר-דינו של בית הדין קמא הנכבד. כאמור, בית הדין קמא לא התייחס להוראות תיקון 113 לחוק העונשין, לא בחן את מתחם העונש ההולם ולמעשה כלל לא התייחס למדיניות הענישה הנוהגת. זאת ועוד, בית הדין קמא הנכבד נקט, שלא לצורך, לשון קשה ומוכיחה כלפי התביעה, על אף שזו עשתה מלאכתה נאמנה והציגה את עתירתה המנומקת והמבוססת לעונש, ואף הסתייג ממדיניות האכיפה הכללית בהקשר זה. דומה, כי בית

הדין קמא לא ייחס המשקל הראוי למאפייניה הייחודיים של המסגרת הצבאית, אשר לא פעם מהווים מרכיב חשוב ואף דומיננטי בתחומים שונים בשפיטה הצבאית. וכבר נפסק, כי –

"בקבעו מערכת שיפוט צבאית נפרדת מן המערכת האזרחית, נתן המחוקק ביטוי להשקפה הנהוגה בשיטות משפט רבות בהן מתקיימת במקביל למערכת האזרחית, מערכת שיפוט נפרדת, המצויה במסגרת הצבא, ומביאה בחשבון את צרכיו המיוחדים של הצבא. לחקיקה מיוחדת זו שורשים עמוקים בשיטות המשפט מימים ימימה" (בג"צ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714, עמ' 729-730 (1997)).

23. סוף דבר, מן הטעמים המפורטים לעיל, ערעור התביעה נדחה.

ניתן והודע היום, ד' בתשרי התשע"ז, 6 באוקטובר 2016, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופטת		שופטת	הנשיא
למקור	נאמן	העתק	חתימת המגיה: _____
מכני	קורל	סגן	
הדין	בית	קצינת	תאריך: _____