



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן – המשנה לנשיא

בעניין :

מ/XXX סגן ס' ב' – המבקש (ע"י ב"כ, עו"ד מיכאל כרמל)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן קרן נחמן)

בקשה לעיכוב ביצוע העונש. הבקשה התקבלה.

ה ח ל ט ה

פתח דבר

1. ביום 24.11.2016, ניתנה בעניינו של המבקש, סגן ס' ב', הכרעת דין, שבמסגרתה, לאחר שמיעת ראיות, זוכה המבקש, מחמת הספק, משתי עבירות של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ומשתי עבירות של מעשה סדום, לפי סעיפים 347(ב) ו-345(א)(1) לחוק העונשין. המבקש הורשע בעבירה של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין; בעבירה של נהיגה ברכב בקלות ראש או ברשלנות, לפי סעיף 62(2) לפקודת התעבורה, התשכ"א-1961, ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

לאחר שהתקבלה הערכת המסוכנות בעניינו של המבקש, שהצביעה על מסוכנות נמוכה-בינונית, ביום 31.1.2017, נגזר דינו של המבקש והוא נדון לשבעה חודשי מאסר בפועל (בניכוי כשלושה חודשי מעצר), לעונשי מאסר מותנה ולעונש של הורדה לדרגת טוראי. על המבקש הושתו גם פיצויים לטובת המתלוננת.

2. להשלמת התמונה, אציין, כי המערער, שהיה נתון במשך כשלושה חודשים במעצר ממשי, שוחרר במהלך חודש אוגוסט, בתנאים של "מעצר בית" מלא, הפקדה של 10,000 ש"ח וערבות צד ג' בסך של 10,000 ש"ח, להבטחת קיום תנאי מעצר הבית והפיקוח. ביום 13.12.2016 שוחרר ל"מעצר בית לילי" ומאז מועד גזר הדין, לא חלות עליו מגבלות תנועה (הסכום והערבות שהפקיד טרם הושבו לו). ריצויו של עונש המאסר בפועל עוכב מעת לעת ועד היום, בין היתר, על מנת לאפשר להגנה להגיש הודעת ערעור מנומקת. בפרק הזמן שחלף מאז מועד גזר הדין, התביעה לא עתרה להטיל על המערער מגבלות כדוגמת "מעצר בית".

3. ביום 12.2.2017 הגישה ההגנה בשמו של המבקש ערעור המופנה הן כנגד הרשעתו החלקית והן כנגד חומרת העונש. בד בבד נעתר נשיא בית הדין הצבאי לערעורים לבקשתה להציג את נימוקי הערעור במועד מאוחר יותר. נימוקי ההגנה לערעור הוגשו ביום 14.3.2017. בסמוך לאחר מכן, ביום 16.3.2017, הגישה גם התביעה ערעור המופנה כנגד הזיכוי החלקי ועתרה, כי ככל שיתקבל הערעור מטעמה, יוחזר הדיון בעניינו של המבקש אל בית הדין המחוזי, על-מנת לשקול מחדש את העונש הראוי.

4. כעת מבקשת ההגנה לעכב את ביצוע עונש המאסר בפועל שנותר, כארבעה חודשים, עד למועד ההכרעה בערעור. ההגנה מבססת את בקשתה על הלכת שוורץ (ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 769 (2000)), ומדגישה, כי עסקינן בערעור שמכוון כנגד ההרשעה החלקית ולחלופין כנגד חומרת העונש. נטען גם, כי משך הזמן שנותר למערער לרצות במאסר בפועל, על-פי גזר-דינה של הערכאה קמא, קצר מאד (כארבעה חודשים), וכי ממילא, המבקש משוחרר מכל מגבלה על חירותו מאז חודש ינואר השנה. עוד נטען, כי על-פי הפרקטיקה המקובלת, התביעה "האזרחית", אינה נוהגת להתנגד לעיכוב ביצוע עונש מאסר בפועל אשר אינו עולה על שנת מאסר בפועל, מקום שבו מתבקש עיכובו לשם דיון בערעור מטעם הנאשם, בוודאי לא כאשר הערעור נוגע להכרעת הדין. אשר למדיניות התביעה הצבאית, הסנגור הפנה לשתי החלטות שניתנו לאחרונה במקרים שבהם הוטלו עונשי מאסר ממושכים יותר, ובמסגרתם, התביעה הצבאית לא הביעה התנגדות לבקשה לעיכוב ביצוע העונש (ב"ש/48/17 סמ"ר אוסטרייכר נ' התובע הצבאי הראשי (2017); ב"ש/37/17 סמל אזריה נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

5. התביעה מתנגדת לבקשה. לטעמה ערעור ההגנה מכוון כנגד ממצאי מהימנות של בית הדין קמא, ולפיכך, סיכוייו אינם רבים. בהתאם, נוכח חומרת העבירה, אין מקום להיעתר לבקשה לעכב את ביצוע העונש.

התביעה לא חלקה על קיומה של פרקטיקה, שלפיה התביעה "האזרחית" אינה נוהגת להתנגד לעיכוב ביצוע עונש מאסר בפועל בן מספר חודשים ועד שנה, אך לשיטתה, בבית הדין הצבאי לערעורים, ניתן לקיים את הדיונים ביעילות רבה יותר, ולכן, אין להקיש ממדיניות זו לענייננו. אשר לשתי ההחלטות שאליהן הפנה הסנגור כדוגמא למקרים קודמים, שבהם התביעה הצבאית הותירה את בקשת ההגנה לעיכוב ביצוע עונש המאסר בפועל לשיקול דעת בית הדין, נטען, כי באותם מקרים היה היקף חומר ראיות רב והדיון נסב על סוגיות משפטיות מורכבות.

דיון והכרעה

פרטי המקרה

6. בפתח חלק זה של הדיון, מפאת קוצר היריעה, יובאו להלן אך עיקרי הרשעתו של המבקש, ככל שהם דרושים להחלטה בבקשה שלפני.

7. כאמור, המבקש זוכה ממרבית פרטיו של כתב האישום והורשע בחלקו. פרטי הרשעתו פורטו בהכרעת הדין שניתנה בבית הדין המחוזי, כדלקמן:

"הנאשם מורשע, אפוא, בעבירה של מעשה מגונה, לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, על כך שביום 01 במאי 2016, בסמוך למצפה אדיר, לאחר שהוא והמתלוננת היו במושב האחורי ברכב, הוא הורה למתלוננת לעצור, וזו הפסיקה לבצע בו מין אוראלי. הנאשם יצא מהרכב, סגר את הדלת, נכנס מצדו השני של הרכב, מאחורי המתלוננת, והוריד את מכנסיה של המתלוננת עד ירכיה ואת תחתוניה, על אף התנגדות המתלוננת שאמרה לו בתגובה 'לא, לא, לא'. הנאשם חיכך את איבר מינו בישבנה של המתלוננת, תוך שהוא אומר לה 'איזה תחת יש לך', וכן סטר הנאשם על ישבנה של המתלוננת מספר פעמים. בהמשך, נשען הנאשם מעל המתלוננת ושאל אותה 'את רוצה להיות האישה שלי ושאני אכבד אותך או הזונה שלי?', או מילים בעלות משמעות דומה. המתלוננת לחשה בתגובה 'האישה שלך', והנאשם בתגובה צקצק בלשונו.

כמו כן מורשע הנאשם בעבירה זו, על כך שלאחר מכן, ולאור דברי המתלוננת, הוא התרחק ממנה והיא לבשה את בגדיה, ובזמן שנעמדו מחוץ לרכב, ולאחר ששאל אותה 'מה את מבוהלת, מה יש לך?' והיא ענתה כי היא עייפה, ואף הוסיפה שזה היה 'יותר מדי בשבילה', הוא אחז במתלוננת, התבונן בה, סובב אותה כך שפניה הופנו לכיוון הרכב והוריד את מכנסיה ותחתוניה עד ירכיה, והחל לחכך שוב את איבר מינו בישבנה.

כן מורשע הנאשם בעבירה של נהיגה ברכב בקלות ראש או ברשלנות, לפי סעיף 62(2) לפקודת התעבורה,

תשכ"א-1961, על כך שבאותו מועד, נהג הנאשם ברכב בזמן שהמתלוננת מבצעת בו מין אוראלי, ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, לאור מעשיו, ונוכח דרגתו".

8. בגזר הדין, פירט בית הדין קמא את הדברים הבאים :

"לנגד עינינו היקף הפגיעה במתלוננת, וההתעלמות מרצונה, אף תוך הפעלת אלימות ותוך ביזוי והשפלה, מתבקשת המסקנה שלפיה נדרש עונש שבכוחו גם להרתיע אחרים מביצוע מעשים דומים, בוודאי בהקשרים צבאיים.

לא יכולה להיות מחלוקת כי הרשעת הנאשם בעבירה פלילית תביא לפגיעה בו, בשל גילו הצעיר והעובדה שהוא טרם החל את חייו האזרחיים. הדברים נכונים בהחלט שעה שמדובר בהרשעה בעבירת מין... ממה שעלה בפנינו ניתן להניח כי תהיה פגיעה גם במשפחת הנאשם, שסבלה מקשיים רבים בעבר, והנאשם שימש כדמות הורית בבית. כאמור, הנאשם לא נטל אחריות על מעשיו, ולא הביע חרטה עליהם, לא במהלך החקירה ולא במהלך ניהול המשפט, אולם בדברו האחרון ביקש להביע צער בפני המתלוננת על הפגיעה בה... בתוצאה הסופית של הכרעת הדין, זוכה הנאשם ממרבית העבירות שיוחסו לו בכתב האישום אך זאת מחמת הספק ותוך קביעה כי הספק נוצר בשאלת התקיימות היסוד הנפשי בקרבו של הנאשם... יש לציין את עברו הנקי של הנאשם, ואת המסמכים שלימדו על אופיו ועל תרומתו לקהילה, וכן על רצונו להשתלב בהליך טיפולי, לשם הבנת הפסול במעשיו, ועל השתלבותו בפועל. בהקשר זה, יש לציין כי הערכת המסוכנות המינית של הנאשם אינה גבוהה, אולם מאידך אינה נמוכה בלבד, כפי שהובא קודם לכן.

על כן, ולאור כלל אלו, ובעיקר בשל היבטי גמול והרתעה, אך גם תוך התחשבות בשיקולי שיקום ובנסיבות האישיות, סברנו כי יש להעמיד את עונש המאסר לריצוי בפועל על 7 חודשים, בניכוי ימי המעצר הסגור".

9. אשר לנימוקי הערעור, אציין בתמצית, כי הן התביעה בערעורה כנגד הזיכוי החלקי והן ההגנה בערעורה כנגד ההרשעה החלקית, משיגות על הקביעות העובדתיות של בית הדין קמא. שני הצדדים טוענים, משני צידי המתרס, כי הרשעתו של המערער בביצוע מעשה מגונה בחלקו האמצעי של אירוע מתגלגל ורב שלבים וזיכוי ממעשים מגונים ומעשי סדום בתחילתו ובסופו של האירוע, על בסיס אותם ממצאי מהימנות – מעוררים קושי ניכר.

כללי

10. כידוע, בבוא בית המשפט לדון בשאלת עיכוב ביצוע גזר-דין, נקודת המוצא היא כי אין בהגשת הערעור כשלעצמה להצדיק את עיכוב עונש המאסר (ראו: ע"פ 4498/14 גרידיש נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 24.8.2014), ע"פ 4111/14 קורד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 30.6.2014); ב"ש/134/14 רב"ט בריזדה נ' התובע הצבאי הראשי (2014)). בואר, כי הטעמים לכלל זה הם שלושה: לנידון לא עומדת עוד חזקת החפות לאחר שהורשע בדין (הלכת שוורץ לעיל, בעמ' 259); החשש לפגיעה בביטחון הציבור אם ישוחרר הנידון במהלך תקופת הערעור בשים-לב לרמת המסוכנות הנשקפת ממנו (שם, בעמ' 260, 267) והאינטרס הנעוץ באכיפה אפקטיבית של הדין הפלילי ובהרתעת עבריינים פוטנציאליים (שם, בעמ' 260, 268).

11. בצד זאת, קבע בית המשפט העליון את הדברים הבאים:

"הודגש בהלכת שוורץ כי לצד הגישה המקובלת ביחס לעיכוב ביצוע גזר הדין בתקופת הערעור הלכה והתפתחה לה במשך השנים גישה שונה הנוטה להגמיש את התנאים לעיכוב ביצוע עונש המאסר עד להכרעה בערעור שהגיש הנידון... לפי גישה זו, לצד הכלל התקף ברוב המקרים, יש צורך 'בעריכת איזון בכל מקרה ומקרה, לפי נסיבותיו ואפיוניו'... ברוח זו נפסק בהלכת שוורץ כי 'לאחר הגשת ערעור על פסק-הדין שבו הוטל עונש המאסר, עומד בפני ערכאת הערעור נתון נוסף אשר יש בו כדי להשפיע על מגוון השיקולים הנוגעים לדחיית מועד הביצוע של המאסר. ההכרעה בשאלת עיכוב הביצוע בתקופת הערעור תביא בחשבון, מלבד הכלל הרחב בדבר ביצוע מיידי של המאסר, גם שיקולים מיוחדים הנוגעים לקיומו של ערעור תלוי ועומד על פסק-הדין'... הנה כי כן, בהלכת שוורץ עוגנה 'גישת האיזון' אשר לצד הכלל הרחב בדבר ביצוע מיידי של עונש המאסר, מותירה שיקול דעת רחב בידי השופט היושב בדין לערוך איזון פרטני בגדריו של כל מקרה לגופו תוך מתן משקל מיוחד לחשש לפגיעה בלתי מוצדקת בחירות הנידון" (הדגשות הוספו, ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 18.5.2011)).

12. למעשה, בהתאם להלכת בית המשפט העליון, מוטל על המבקש הנטל לשכנע את בית המשפט הנוגע בדבר, שבנסיבות המקרה, נסוג האינטרס הציבורי בביצוע מיידי של עונש המאסר בפועל מפני האינטרסים הנוספים, המעורבים בסוגיה (ראו למשל: ב"ש/236/09 טור' פרץ נ' התובע הצבאי הראשי (2009)).

13. מקובל, כי בבואו לבחון בקשה לעיכוב ביצוע עונש מאסר בפועל, על בית המשפט לבחון, בין היתר, "את חומרת העבירה ונסיבות ביצועה, משך תקופת המאסר, טיב הערעור וסיכויי הצלחתו, עברו הפלילי של הנאשם וכן את נסיבותיו האישיות המיוחדות של הנידון" (בש"פ 2462/16 גיגי נ' **מדינת ישראל** (טרם פורסם, 31.7.2016), וראו גם: ע"פ 2028/15 **ג'וליס נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 18.10.2015)).

14. בהתאם, בעניין **שוורץ** לעיל, הורה בית המשפט העליון לעכב את ביצוע עונש המאסר בפועל שהוטל על מי שהורשע בעבירות של אינוס ומעשה סדום, ונידון לשלוש שנות מאסר בפועל, חרף חומרת העבירות שבהן הורשע, וזאת, בעיקר, מאחר "שהמבקש משוחרר בערובה תקופה ארוכה" (עניין **שוורץ**, פסקה 21). ברוח זו, בעניין **גיגי** לעיל, הורה בית המשפט העליון לעכב את ביצועו של עונש מאסר בפועל בן ארבע וחצי שנים, שהוטל על מי שהורשע לאחר שמיעת ראיות בעבירות של קשירת קשר וסחיטה באיומים, נוכח "מורכבותו והיקפו החריג" של הדיון בערעור ולאור "בחינת התנהלותו של המבקש בבית המשפט הנכבד קמא", אשר לימדה כי "עד כה לא התעורר חשש ממשי להימלטותו מאימת הדין, שכן עובר למתן גזר הדין בבית המשפט קמא הנכבד המבקש היה משוחרר בתנאים מגבילים במשך כ-18 חודשים, והוא הקפיד על תנאי שחרורו והגיע לכל הדיונים כסדרם" (עניין **גיגי** לעיל, פסקאות 18-19). אף בעניין **קצב** לעיל, התחשב בית המשפט העליון בהיות המבקש משוחרר ממעצר בתקופת המשפט ובעברו הנקי, בקבעו, כי "ספק אם קיים חשש להימלטותו של המבקש מאימת הדין". בהתאם, ובשים לב לטענות המבקש בערעור וההערכה, כי **ערעורו יישמע בתוך פרק זמן קצר יחסית** – נקבע, כי עונש המאסר בפועל יעוכב עד להכרעה בערעור (ראו עניין **קצב** לעיל, פסקאות 58-59).

מן הכלל אל הפרט

15. בפתח הדברים אציין, כי בנסיבות המקרה והעושה, ולאור מצוות הפסיקה, כמפורט לעיל, ראיתי, לקבל את בקשת ההגנה. להלן אבחן את הנתונים והשיקולים הנוגעים בעניין.

16. אכן, המבקש הורשע בעבירה חמורה, שהערכים החברתיים המוגנים על-ידיה, כבוד האדם והזכות לפרטיות, הם מערכי היסוד של מדינת ישראל והפגיעה בהם, מחייבת, על-פי רוב, ענישה מחמירה מטעמים של הלימה והרתעה (ראו למשל: ע/44/16 **רב"ט טאפש נ' התובע הצבאי הראשי** (2016); ע/62/16 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ברום** (2016)). זאת ועוד, על העונש לקחת בחשבון אף את הנזק לנפגעת העבירה (ראו עניין **ברום**, הנ"ל), ואף בכך יש להתחשב בבחינת הבקשה לעיכוב ביצוע עונש המאסר בפועל.

17. בצד זאת, אין להתעלם מן הנסיבות הייחודיות במקרה דנן ובהן, העובדה כי המבקש אינו נתון במעצר ממשי מאז חודש אוגוסט ולמעשה מאז חודש ינואר, אין עליו מגבלות. נתונים אלה מצטברים לעברו הנקי של המבקש, לרקע הנורמטיבי שלו ואף להערכת המסוכנות, כמפורט לעיל. כל אלה מלמדים על מידת הסיכון הנמוכה לציבור, הכרוכה בעיכוב ביצוע עונש המאסר בפועל.

18. אשר לאינטרס הנעוץ באכיפה אפקטיבית של הדין הפלילי, בהרתעת עבריינים פוטנציאליים, אף בהתחשב במצבה ובמעמדה של נפגעת העבירה במקרה דנן, העובדה כי המבקש משוחרר ממעצר מזה חודשים ארוכים ואף העובדה כי זוכה ממרבית האישומים נגדו – אף הם נתונים שצריכים להילקח בחשבון.

19. זאת ועוד, עיון בהודעת הערעור הארוכה, המנומקת והמפורטת, ובחינת טיבם של הנימוקים בנפרד ואף בהשוואה לנימוקי הערעור שהגישה התביעה – מצביעים, על פני הדברים, על מורכבותו של הדיון ועל הצורך להעמיק בערעור.

20. היבט זה, על רקע משכו **הקצר** יחסית של עונש המאסר בפועל, שנותר למערער לרצות, ככל שפסק הדין יוותר על כנו – מטים את הכף, בהתאם להלכה הפסוקה, לטובת עיכוב ביצוע העונש עד להכרעה בערעור.

21. עולה מן המקובץ, כי חרף חומרת העבירה, נוכח כלל השיקולים המתקיימים במקרה דנן, במצטבר, יש לעכב את ריצוי עונש המאסר בפועל עד להכרעה בערעור.

22. בשולי הדברים אבהיר, כי בהתאם להודעת ההגנה, ישמשו ההפקדה וערבות צד ג' שהפקיד המבקש במזכירות בית-דין צפון, כערובה להתייצבותו להליכי הערעור.

ניתנה והודעה היום, כ"ד באדר התשע"ז, 22 במארס 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

אורלי מרקמן, תא"ל

המשנה לנשיא בית הדין הצבאי

ל ע ר ע ו ר י ס

חתימת המגיה: _____ העתק נאמן למקור

סגן קורל מכני

תאריך: _____ קצינת בית הדין