



רע"פ 1510/21 - לי עוז כהן נגד התובע הצבאי הראשי

בבית המשפט העליון

רע"פ 1510/21

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות

המבקש: לי עוז כהן

נגד

המשיב: התובע הצבאי הראשי

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בע/20/41,40 מיום 1.11.2020 אשר ניתן על ידי המשנה לנשיא תא"ל א' מרקמן והשופטות אל"ם נ' זומר ואל"ם א' מכאני; תגובת המשיב לבקשה למתן רשות ערעור מיום 11.4.2021

בשם המבקש: עו"ד שלמה רכבי; עו"ד איתי המר

בשם המשיב: עו"ד ליאור עייש

החלטה

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בע/20/41,40 מיום 1.11.2020 שניתן על ידי המשנה לנשיא, תא"ל א' מרקמן והשופטות אל"ם נ' זומר ואל"ם א' מכאני.

1. בשנת 2017 הוגש נגד המבקש, ששירת כנגד וכמפקד מעצר בבסיס של המשטרה הצבאית, כתב אישום המייחס לו עבירה של התעללות לפי סעיף 65(א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי או החוק) ועבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק. בתמצית, המבקש הואשם בכך שהתעמת עם חייל עציר (להלן: המתלונן) אשר התווכח עם סגל הכליאה, ובין היתר תפס אותו בצווארון חולצתו וטלטל אותו בחוזקה. בית

עמוד 1



הדין הצבאי במחוז מרכז (השופטים רס"ן ע'שחר ויינברג, רס"ן ע'סיטבון ורס"ן ד'גריבוב) קבע כי המבקש הפנה אל המתלון אמירות מאיימות, תפס אותו בצווארון חולצתו, טלטל אותו ו"תוך כדי הטלטול קיבל המתלון מספר אגרופים בחזהו מידי הקפוצות של הנאשם [המבקש] כתוצאה מניעורו" (פסקה 31 לפסק הדין). עוד נקבע כי כתוצאה מהטלטול מעד המתלון על הקיר שלצדו והמבקש החזיר אותו לעמוד. בית הדין המחוזי הוסיף וקבע כי כשביקש המתלון את פרטיו המזהים של המבקש, הוא השיב לו שימסור לו את פרטיו המזהים כשימצא לנכון; ולתשובת המתלון לפיה לא ייכנס לתא המעצר עד אשר לא יקבל את הפרטים שביקש, השיב המבקש ברוח הדברים של "אם זה לא יילך בטוב, זה ייגמר ברע". לאחר מכן הדף המבקש את המתלון בחזהו לכיוון תא המעצר ומשך אותו בבגדיו לאורך 2-3 מטרים לכיוון תא המעצר. המבקש, כך נקבע, הוסיף והדף את המתלון בכוח למסדרון תאי המעצר כשהוא אזוק, נעל אחריו את הדלת וצעק לעברו כי הוא "ישלם על מעשיו". עם זאת, בית הדין המחוזי לאקבע כממצא שהמתלון היכה באמצעות ברכו את המתלון, וזאת בהיעדר תימוכין לכך לבד מעדות המתלון, אף שזו נמצאה מהימנה.

בית הדין המחוזי קיבל את הטענה כי אירעו במקרה דנן מחדלי חקירה, אך קבע כי אין בהם כדי לקפח את הגנת המבקש. נוכח הממצאים העובדתיים שנקבעו סבר בית הדין המחוזי שאין להרשיע את המבקש בעבירה של התעללות, בין היתר, משום שמדובר באירוע ספונטני וקצר מאוד; מכיוון שהאלימות שהפעיל לא הייתה קשה או ממושכת; ומשום שאין מדובר בהפעלת אלימות לשמה או במעשה שמטרתו הטלת פחד או אימה משמעותיים, וממילא פוטנציאל הנזק שנשקף מהאלימות היה נמוך. החוק הצבאי אינו כולל עבירה של שימוש בכוח שלא כדין, דוגמת סעיף 19(א) לתוספת הראשונה לחוק המשטרה, התשס"ו-2006. לפיכך, הורשע המבקש (בדעת רוב) בעבירה חלופית של חריגה מסמכות לפי סעיף 68 לחוק ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק.

2. הן המבקש והן המשיב ערערו על הכרעת הדין לבית הדין הצבאי לערעורים אשר קיבל את ערעור המשיב ודחה את ערעור המבקש. בית הדין הצבאי לערעורים אימץ את גרסת המתלון במלואה, קבע כי המבקש היכה את המתלון באמצעות ברכו (פסקה 63 לפסק הדין) ודחה את טענות המבקש בנוגע למחדלי חקירה ולפגיעה ביכולתו להתגונן. אשר ליסודות עבירת ההתעללות הקבועה בחוק השיפוט הצבאי וליחס בינה ובין מקבילתה שבסעיף 368 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), קבע בית הדין הצבאי לערעורים (בדעת רוב) כי מעשיו של המבקש, בנסיבות שהוכחו, מבססים עבירת התעללות בין לפי חוק השיפוט הצבאי ובין לפי הפרשנות הצרה שניתנה בפסיקת בית המשפט העליון למקבילתה של ההוראה הרלוונטית בחוק העונשין. על כן, כך הוסיף בית הדין הצבאי לערעורים, ניתן להותיר בצריך עיון את הדיון לגבי היחס בין העבירות. בהקשר זה נקבע כי:

"התנהגות אלימה של מפקד מהמשטרה הצבאית, אשר אחראי על עצורים במתקן כליאה צבאי ונקיטת לשון של השפלה ואיומים, בנוכחות כלואים ואחרים, כלפי כלוא כבול באזיקים, שהיה נתון למשמורתו - כל אלה, במצטבר, עונים על מאפייניו של היסוד העובדתי בעבירת ההתעללות, כפי שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון ובית דין זה בסוגיה, והם מבססים את עבירת ההתעללות כמפורט בסעיף 65(א) לחוק השיפוט הצבאי.

נבהיר, כי אין המדובר במקרה גבולי. משלא נשקף מן המתלון סיכון כלשהו, לא הייתה [למבקש] כל סמכות להשתמש נגדו בכוח פיזי. הרשעת [המבקש] בעבירה של חריגה מסמכות בגין האמור, מחטיאה את נסיבותיו הנוספות והחמורות של האירוע - פערי הכוחות בין [המבקש] למתלון, יחסי התלות ביניהם, בוודאי כאשר הכלוא כבול באזיקים, ואופיו המשפיל של האירוע. כל אלה הם אינדיקציה ברורה לקיומה של התעללות" (פסקה 97 לפסק הדין).

שופטת המיעוט סברה כי מאפייני האירוע אינם מבססים את יסודות עבירת ההתעללות וכי יש להרשיע את



המבקש בעבירה של אלימות כלפי חייל, לפי סעיף 61 לחוק.

3. לאחר קבלת הערעור, הוחזר ההליך לבית הדין המחוזי שקיבל הסדר טיעון שאליו הגיעו הצדדים לענין העונש וגזר על המבקש 30 ימי מאסר לריצוי בדרך של עבודה צבאית החל מיום 4.4.2021; פיצויים בסך 500 ש"ח למתלונן; חודשיים מאסר מותנה למשך שלוש שנים, בתנאי שהמבקש לא יבצע עבירה שיש בה יסוד של אלימות פיזית, התעללות, שימוש בכוח שלא כדין או ניצול מרות; והורדה לדרגת טוראי.

4. המבקש עותר למתן רשות ערעור בגין שני טעמים. הראשון, משום שנגרם לו לגישתו עיוות דין מהותי וזאת נוכח "התעלמות" בית הדין הצבאי לערעורים, כך לטענתו, ממחדלי חקירה מהותיים. הטעם השני המצדיק מתן רשות ערעור לגישת המבקש הוא השאלה המשפטית העוסקת ביחס שבין עבירת ההתעללות שבחוק השיפוטי הצבאי ובין עבירת ההתעללות הקבועה בחוק העונשין.

5. המשיב טוען כי אין מקום למתן רשות ערעור שכן בית הדין הצבאי לערעורים קבע במפורש שעניינו הפרטני של המבקש אינו מחייב דיון והכרעה בסוגיית היחס שבין עבירת ההתעללות שבחוק השיפוטי הצבאי ובין רעותה שבחוק העונשין. אשר לטענה בדבר ההתעלמות כביכול ממחדלי חקירה, טוען המשיב כי הן בית הדין המחוזי הן בית הדין הצבאי לערעורים קבעו כי החקירה לא הייתה מיטבית, אך בהתאם למבחנים שהותוו בפסיקה קבעו כי אין במחדלי החקירה כדי לקפח את הגנת המבקש – וזאת, בין היתר, נוכח השלמת מחדלי החקירה במהלך ניהול ההליך על ידי ההגנה.

למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 9.3.2021 עוכב, בהסכמת הצדדים, ביצוע העונשים שנגזרו על המבקש עד למתן החלטה אחרת.

6. דין הבקשה להידחות.

סעיף 440ט(ב) לחוק השיפוטי הצבאי קובע כי לא תינתן רשות לערער על פסק דין של בית הדין הצבאי לערעורים אלא בשאלה משפטית שיש בה "חשיבות, קשיות או חידוש". שיקולים נוספים שיכולים להצדיק מתן רשות ערעור לדיון ב"גלגול שלישי" בפני בית משפט זה הם שיקולי צדק ושיקולים הנוגעים לשיקומו של המבקש. ויודגש, מדובר במקרים נדירים וחריגים ביותר שבהם מתגלה אי-צדק בולט, או כאשר מתעורר חשש שנגרם למבקש עיוות דין (ראו, למשל: רע"פ 1730/14 פלוני נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 6 (9.3.2014) (להלן: עניין פלוני)).

אין זה המקרה שלפנינו.

עיקר טענות המבקש מופנה כלפי השאלה המשפטית שמתעוררת לגישתו בהליך זה, והיא הגדרת היסוד העובדתי שבעבירת ההתעללות לפי חוק השיפוטי הצבאי והיחס בין פרשנות עבירת ההתעללות בחוק זה ובין מקבילתה בחוק העונשין. ואולם, בית הדין הצבאי לערעורים קבע, כאמור, כי יש להותיר סוגיה זו בצריך עיון משום שמעשיו של המבקש מבססים את עבירת ההתעללות בחוק השיפוטי הצבאי אף בהתאם לפרשנות המצמצמת של עבירה זו בחוק העונשין, על פי פסיקת בית המשפט העליון. לפיכך, השאלה המשפטית שמעלה המבקש אינה מתעוררת בנסיבות המקרה דנן (ראו לענין זה בנסיבות דומות: רע"פ 6322/07 חיימוביץ נ' התובע הצבאי הראשי (16.4.2008)).



7. אשר לטענה בדבר מחדלי החקירה: בית הדין הצבאי לערעורים מתח ביקורת על פגמים שנפלו בחקירתו של המבקש ואף הורה על העברת פסק הדין לעיונו של התובע הצבאי הראשי לשם הפקת לקחים מתאימים. עם זאת, בית הדין הוסיף וקבע כי על פי ההלכה הפסוקה יש לבחון "האם המחדלים הנטענים הם חמורים במידה המעוררת חשש שהגנת הנאשם קופחה כיוון שהתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו [...] [וזאת] תוך שקלול המחדלים הנטענים על רקע התשתית הראייתית שהונחה בפני בית המשפט" (ע"פ 8902/11 חזיה נ' מדינת ישראל, פסקה 66 (15.11.2012); וראו פסקאות 66-70 לפסק הדין).

בנסיבות המקרה, כך נקבע, הוכחו מעבר לכל ספק סביר חלקו ומעורבותו של המבקש באירוע והגנתו לא קופחה. זאת, בין היתר, משום שהוא זימן לעדות מטעמו שני קצינים שנטלו חלק באירוע שתוכן עדותם לא נחשף בפני המשיב לפני החקירה הנגדית. בנסיבות אלה אי-גביית עדותם בחקירה יש בה משום "מחדלי חקירה אשר על אף שכמובן מוטב היה שלא יתרחשו, הם ניתנים לריפוי ול'שחזור' בדרכים שונות, כגון תשאול בחקירה נגדית או זימון לעדות בבית המשפט מטעם ההגנה" (ע"פ 846/10 בדוו' נ' מדינת ישראל, פסקה 69 (14.7.2014)). בית הדין הצבאי לערעורים הדגיש כי תצרף הראיות המלא מלמד שלהגנה ניתנו הכלים הדרושים להתמודד עם ראיות התביעה, לעמת את עדי התביעה בחקירה נגדית מקיפה, וכן להציג באופן מלא ומסודר את גרסת ההגנה ואת העדים מטעמה – ועל כן אין לקבוע כי הגנת המבקש קופחה או שנפגעה זכותו להליך הוגן (פסקה 69 לפסק הדין).

הנה כי כן, בניגוד לטענת המבקש בית הדין הצבאי לערעורים לא "התעלם" מטענות בדבר מחדלי חקירה אלא יישם את ההלכה הפסוקה בנושא וטענות המערער בהקשר זה הן ערעוריות במהותן ואינן מלמדות על חשש לעיוות דין (עניין פלוני, פסקה 6).

8. סיכומם של דברים, הבקשה נדחת. ההחלטה בדבר עיכוב ביצוע העונש מיום 9.3.2021 מבוטלת והמבקש יתייצב ביום 18.5.2021 עד השעה 09:00 במשרדה של רמ"ד שיקום לתחילת ריצוי עונש העבודה הצבאית.

ניתנה היום, כ"ג באייר התשפ"א (5.5.2021).

ה נ ש י א ה