



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם רמי בן עמי - שופט

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, קמ"ש אור בר)

נ ג ד

ח/XXX טוראי ע' פ' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד שגיא גרינפלד ; עו"ד יהונתן דנה)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 128/18 (רס"ן אילן סלע – שופט) ביום 20.3.2018. הערעור (קולת העונש) התקבל.

פ ס ק - ד י נ

רקע

1. טוראי ע' פ', **המשיב**, הורשע, על-פי הודאתו, בעבירה שעניינה היעדר מן השירות שלא ברשות, בשל השתמטותו מגיוס לצה"ל, החל מיום 8.8.2013, במשך 1,655 ימים, ועד למועד התייצבותו (18.2.2018).
בגין עבירה זו הטיל עליו בית הדין קמא ארבעים (40) ימי מאסר בפועל לצד מאסר מותנה בן ארבעים וחמישה (45) ימים, למשך שנה, שלא יעבור העבירה שבה הורשע.
2. התביעה לא השלימה עם קולת עונש המאסר בפועל שנגזר למשיב ואף לא עם מידת עונש המאסר המותנה, ומכאן הערעור שלפנינו.

גזר הדין של הערכאה קמא

3. בית הדין קמא הנכבד, פירט על אודות נסיבות ביצוע העבירה, כעולה מן הראיות שהובאו לפניו, וציין את הדברים הבאים:

"לא הייתה מחלוקת כי הנאשם היה בדחיית גיוס החל מגיל 18 במשך שנים לא מעטות. למעשה, מעמדו בוטל לאחר ששהה בחו"ל בסוף שנת 2011, למשך תקופה של למעלה מ-60 ימים, כאשר כפי הנטען הייתה התקופה המקסימלית שהייתה להימצא בחו"ל. מעדותו של הנאשם במסגרת הטיעונים לעונש עלה כי הוא שהה בחו"ל ימים ספורים מעל המותר, כ-65 ימים לערך, עדותו זו לא נסתרה. בהמשך לכך, משבוטל מעמדו, נקרא לגיוס. הנאשם פנה בכתב ליחידת מיטב כחודש לפני מועד הגיוס, פירט את נסיבותיו האישיות בכלל זה נשואיו וביקש לאשר לו שירות אזרחי. פנייה זו קיבלה מענה אוטומטי על אתר ובה צוין כי תשובה תישלח בדואר לביתו של הנאשם וכי אין צורך לפנות בנושא זה למרכז המידע והשירות. עדותו של הנאשם כי לא נתקבלה התשובה לבקשתו לא נסתרה".

4. אשר להיקף הפגיעה באינטרס החברתי, הטמון בעבירה שיוחסה למשיב וקביעת מתחם העונש ההולם, נקבע, כי:

"אין ולא יכולה להיות מחלוקת כי האחריות על הסדרת עניין דחיית שירות... מוטלת על המועמד לשירות ואין הוא יכול לפטור את עצמו בטענה כי לא פנו אליו וכי לא קיבל מענה לפנייתו... עם זאת, ברי כי מדובר בנסיבות רלוונטיות לביצוע העבירה. פשיטה כי אין דינו של מועמד לגיוס אשר מתעלם ולעתים נעלם באופן שלא ניתן לאתריו כדין מי שפונה לרשויות הצבא ושוטח בפניהם את מצוקותיו ואינו מבקש 'להיעלם'. כאמור, הנאשם היה בדחיית גיוס עד לגיל 23. לכל הפחות ועל פי עדותו שאף היא לא נסתרה, גם לאחר מועד זה ולמעשה עד למעצרו הוא למד במוסדות בהן למד קודם לכן או במוסדות אחרים... כאמור עדותיהם של הנאשם, אשתו וחבריו כמו גם של אביו בעניין זה לא נסתרו. לא ניתן לדעת מה היה קורה אילו היה הנאשם מתייצב לפני מועד הגיוס או לאחריו ושוטח את טענותיו הן אלו המתייחסות לחריגה (הקטנה) מהתקופה המותרת לשירות בחו"ל והן נסיבותיו האישיות... בעניין זה אציין שוב כי 6 שנים לאחר המועד בו מתגייסים אזרחי ישראל, הנאשם לא היה במעמד של משתמט וגם עובדה זו יש להביא בחשבון לעניין קביעת המתחם... בשים לב לכל האמור, אני סבור, כי מתחם העונש ההולם במקרה זה, בנסיבותיו, נע במאסר שבין 40 יום ועד 5 חודשים".

5. בתוך מתחם העונש ההולם, סבר בית הדין קמא, כי יש ליתן משקל להיותו "בן 28 נשוי ואב ל-2 תינוקות, אשר אשתו המפרנסת העיקרית בבית"; למצבו הכלכלי המורכב ולבריאותו הלקויה של בנו בן השנה; להודאתו באשמה; ו"לכך שבתחילת הדרך לא ניסה

להשתמט ופנה לצבא בפנייה אשר לא זכתה למענה". עוד נקבע, כי יש להתחשב בכך ש"מעשיו לא נבעו מתוך זלזול מוחלט במערכת ובדין וגם אם ניתן היה למנוע את מה שהוגדר כבעיה בירוקרטית אין מדובר בהשתמטות שהביעה זלזול מוחלט בדין". בית הדין אף שקל לקולה את ההמלצה של ועדת ההתאמה לשירות לפטור את המשיב משירות צבאי וכן את חג הפסח הקרב לבוא. לאור כך, מצא בית הדין קמא להעמיד את עונשו של המשיב בספו התחתון של המתחם והשית עליו ארבעים ימי מאסר בפועל.

6. להשלמת התמונה נציין, כי פסק הדין ניתן ביום 20.3.2018. המשיב זכה לחופשה מן הכלא ולמעשה, השלים את נשיאת עונש המאסר בפועל, כבר ביום 22.3.2018, בטרם הוגש ערעור התביעה. עוד נציין כי במועד הדיון בערעור, הוצגה לנו החלטתו של מפקד מיטב לפטור את המשיב משירות צבאי.

טענות התביעה בערעור

7. ראשית, טענה התביעה, כי בית הדין קמא שגה בקביעת מתחם העונש ההולם. נטען, כי "אף אם היה בידי המשיב לדחות את גיוסו מעת לעת בהתאם לקבוע בחוק, וככל שבקשתו (לו הייתה מוגשת), אף הייתה מתקבלת על-ידי הגורמים המוסמכים, הרי שאין באפשרות תיאורטית זו להקהות את הפגיעה המשמעותית הנובעת מהשתמטותו של המשיב בערכים החברתיים". לדידה של התביעה, השתמטות המשיב משירות צבאי באה על רקע "העדפת טובתו האישית, אשר באה לידי ביטוי בהחלטתו ללמוד בישיבה תורנית ולעבוד חרף קריאתו לגיוס". עוד נטען, כי המשיב לא הביע חרטה על מעשיו וכי לא הציג כל טעם רלוונטי להקלה בעונשו.

8. התביעה סבורה, כי מדיניות הענישה הנוהגת מצביעה על כי במקרים דומים, יש להשית עונשי מאסר בפועל לתקופות ממושכות הרבה יותר, והפנתה בהקשר זה, אל מספר פסקי-דין ובהם, ע/37/10 טור' רוסומחו נ' התובע הצבאי הראשי (2010); ע/134/09 טור' זידאן נ' התובע הצבאי הראשי (2008).

9. בסופו של יום, עתרה התביעה להשית על המשיב עונש מאסר בפועל ברף העליון של מתחם העונש ההולם, בהתאם לטיעוניה כמפורט לעיל. בד בבד הובהר, כי מאחר שהמשיב פוטר בינתיים משירות צבאי, התביעה אינה מבקשת עוד להחמיר ברכיב המאסר המותנה.

תשובת ההגנה

10. ההגנה עתרה להימנע מלהתערב בפסק-דינה של הערכאה קמא. נטען, כי נסיבות המקרה והעושה הן ייחודיות, וכי אלו נלמדו מן העדויות שנמסרו לפני הערכאה הדיונית, אשר מצאה לנכון לסמוך עליהן ממצאים שבעובדה.

11. עוד נטען, כי משסיים המשיב לרצות את עונש המאסר בפועל, לאחר שפוטר משירות צבאי, לנוכח נסיבותיו האישיות המורכבות וחג הפסח המצוי בפתח – אין מקום להחמיר עמו.

דיון והכרעה

12. כפי שבואר בפסיקתנו, ביחס לנסיבות דומות, אין לראות בהשתמטותו של המשיב מהשירות הצבאי עניין טכני בלבד (ראו: ע/81,88/17 **טור' אהרנטרוי נ' התובע הצבאי הראשי** (2017) ו-ע/82/17 **טור' שיינין נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). אכן, בשלוש השנים הראשונות, לאחר שהמשיב השלים הליכי צו ראשון והותאם לו פרופיל כשיר לגיוס, הסדיר האחרון את מעמדו אל מול רשויות הצבא וזכה לדחיית שירות, בהיותו תלמיד ישיבה ש"תורתו אומנותו". ברם, לאחר מכן, חרג המשיב מן התנאים לדחיית השירות הצבאי ובהתאם, "הורד" ממעמד זה ונקרא לשרת בצבא. אין חולק כי המשיב ידע על השינוי במעמדו ועל חובתו להתייצב לשירות צבאי. בקשתו שהוגשה עקב כך, ובעקבותיה לא התקבלה החלטה אחרת – אינה יכולה להועיל בעניין. בסופו של יום, התמונה הכוללת, מלמדת על מי שעשה דין לעצמו ופגע, לאורך שנים, בערכים חברתיים מרכזיים ובהם ב"אינטרס הציבורי להגן על חוסנו של הצבא, לקדם את שוויון בנטל השירות ולחזק את לכידותה של החברה בישראל" (ע/81,88/17 בעניין **טור' אהרנטרוי** לעיל).

13. בניגוד להוראת סעיף 40ג(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בית הדין קמא הנכבד כלל לא נדרש אל פסקי הדין הרלוונטיים בעת שקבע את מתחם העונש ההולם ולא התייחס אל מדיניות הענישה הנוהגת. בחינת פסקי הדין של בית-דין זה, לאורך השנים, מלמדת על ענישה מחמירה יותר ומתחם עונש הולם, הנע בין **שלושה לששה חודשי מאסר בפועל** (ראו והשוו ע/38/17 **טור' פרדימן נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע/37/10 **טור' רוסומחו נ' התובע הצבאי הראשי** (2010); ע/67/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' ברהנו** (2017)).

14. עם זאת, שורה של **טעמים מצטברים** הובילו אותנו להתחשב במשיב, להימנע מלמצות עמו את הדין, ולהשית עליו עונש המצוי **מתחת לספו התחתון של מתחם העונש ההולם**. כך, מצאנו להתחשב בנסיבותיו האישיות המורכבות של המשיב ובהן: היותו אב

לשני פעוטות שבריאותו של אחד מהם לקויה ; מצבה הכלכלי הדחוק של המשפחה ואף מצבה הנפשי הרעוע של אשתו. עוד התחשבנו לקולה, בפיטוריו של המשיב מן השירות הצבאי ובכך שסיים זה מכבר לרצות את עונש המאסר בפועל (ראו והשוו : ע/17/3 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' קובלצ'וק** (2017)). לפיכך, משערכאת הערעור אינה ממצה את הדין בקבלה את ערעור התביעה (ראו והשוו : ע/12/45 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' מוראשוב** (2012)), וכן מטעמים של חסד ורחמים (ראו והשוו : ע/17/48 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' סגל** (2017)), לפני משורת הדין – מצאנו להעמיד את עונשו של המשיב על **שבעים (70) ימי מאסר בפועל בלבד**, בניכוי ימי מעצרו.

15. מאחר שאנו מצויים בערבו של חג הפסח, לנוכח קשייו של המשיב מבית ומשהוא מצוי בחיק משפחתו מאז יום 22.3.2018, **בטרם הוגש ערעור התביעה** – מצאנו להורות, כי המשיב יתייצב לריצוי ייתרת עונש המאסר בפועל בבסיס כליאה XXX, ביום 8.4.2018 עד השעה 10:00.

16. ערעור התביעה מתקבל, אפוא.

ניתן והודע היום, ט' בניסן התשע"ח, 25 במארס 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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