



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם יואב כהן - שופט

בעניין :

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

נ ג ד

ח/XXX טוראי ו' מ' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד אילן כץ)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 95/18 (סא"ל סיגל טורג'מן-חזן – אב"ד; רס"ן שלי חורש סגל – שופטת; רס"ן נועם שטיינמן – שופט) ביום 18.6.2018. הערעור (קולת העונש) התקבל.

פ ס ק - ד י נ

רקע

1. טור' ו' מ', **המשיב**, הורשע על-פי הודאתו, בעבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בגין היעדרותו מיחידתו, גדוד הובלה XXX, החל מיום 30.7.2013 ועד ליום 5.2.2018, דהיינו, למשך 1652 ימים. ההיעדרות הסתיימה בהתייצבותו של המשיב.
2. גזר הדין בעניינו של המשיב ניתן ביום 18.6.2018. בית הדין קמא השית על המשיב שמונה (8) חודשי מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה. בית הדין אף הורה על הפעלת עונש מאסר מותנה בן חודשיים, מתיק קודם (מטכ"ל (מחוזי) 167/13), בחופף לעונש המאסר בפועל.

3. התביעה לא השלימה עם קולת העונש ומכאן הערעור שלפנינו.

התשתית העובדתית

4. עיון בראיות שהוצגו לפני הערכאה קמא מלמד על הפרטים הבאים :

א. כיום, המשיב נשוי ומתגורר עם רעייתו, בתו החורגת ואמו בדירה שכורה בת 4 חדרים. אביו נפטר בחודש יולי 2016.

ב. הוא התגייס לצה"ל ביום 10.8.2010 ושירת בתפקיד של נהג משא כבד. זוהי למשיב היעדרותו החמישית. בגין היעדרותו הקודמת, שמשכה 137 ימים, נידון בבית הדין הצבאי.

ג. בחודש מארס 2012, פנה לגורמי הת"ש ביחידתו ולאחר שהציג את נסיבותיו האישיות, ובהן: מקום מגוריו, מצבם הרפואי של הוריו, והחובות שרצו על המשפחה ועל המשיב הומלץ להעניק למשיב תשלומי משפחה, סיוע כלכלי, היתר עבודה פרטית, חופשה מיוחדת כלכלית והקלות בתנאי השירות הצבאי.

ד. בסמוך לאחר תחילת היעדרותו, ביום 4.8.2013, שוחח מפקדו של המשיב עמו. מ"דו"ח ביקור המפקד המחפש שנערך, למדנו כי "החייל מסר שמתכוון להיות עריק על מנת לקבל ועדת אי התאמה דרך 'גחלת' ושבועדות יצא מצה"ל כי יש לו מעל 250 ימי תב"ן".

ה. ביום 2.4.2018, הובא המשיב לפני וועדת התאמה לשירות שהמליצה על פיטוריו מן השירות בגין "התנהגות רעה וחמורה". לפני הוועדה, פירט המשיב על קשיים כלכליים שעייסם מתמודדת המשפחה עד היום.

גזר-דינה של הערכאה קמא

5. בית הדין קמא עמד על הערכים החברתיים שנפגעו באופן ממשי, כתוצאה ממעשי המשיב, לאור היעדרותו הממושכת, אשר הובילה לכך שלא יכלו את שירותו הצבאי, כדבעי. בהמשך, בחן בית הדין קמא את נסיבות המקרה ועמד על כך שעסקין ב"מי שהבין את אשר עשה ואת הפסול שבמעשיו. המשיב הכיר את המערכת הצבאית ושירת בה במשך תקופה משמעותית כוללת של כשנתיים וחצי. כך שהיה מודע למנגנוני התמיכה המתאימים בצבא ואף ידע לומר לחפש שהיעדרות ממושכת עשויה להביאו בפני גורמי גחל"ת לבחינת התאמתו כדי להשתחרר מן הצבא".

6. בד בבד, דחה בית הדין קמא את טענת ההגנה, שלפיה **סיבת ההיעדרות** נעוצה בהידרדרות במצבו הרפואי של האב, משלא מצא לה תימוכין. עם זאת, בית הדין

היה מוכן להניח, לטובת המשיב, "כי המצב המשפחתי בביתו... **השפיע** על שירותו הצבאי", בית הדין ציין כי "הרצון להשיג את שחרורו מן הצבא עמד בבסיס ביצוע ההיעדרות".

7. לאור זאת, ולאחר שסקר את מדיניות הענישה הנוהגת, מצא בית הדין קמא להעמיד את מתחם העונש ההולם על **שמונה עד שמונה-עשר** חודשי מאסר בפועל.

8. אף שנסיבותיו האישיות של המשיב השתנו במהלך השנים, ובינתיים "הקים בית ומשפחה", לא ראה, בית הדין קמא, לסטות ממתחם העונש ההולם מטעמים של שיקום. בקבעו את העונש בתוככי המתחם, נתן בית הדין משקל מכריע לתקופת שירותו התקינה, שאינה קצרה; לנסיבותיו האישיות הקשות מבית; לתפקיד המפתח של המשיב בביתו; ולכך שסיים את היעדרותו בהתייצבותו, נטל אחריות על מעשיו והודה בביצוע העבירה. מנגד, התחשב בית הדין בעברו הפלילי והמשמעותי, בעבירות דומות; ובפיטוריו משירות צבאי בגין "התנהגות רעה וחמורה". בסופו של יום, סבר, כי יש להעמיד את עונש המאסר בפועל בספו התחתון של המתחם שנקבע.

9. אשר לעונש המותנה שהושת על המשיב בעבר, ראה בית הדין לחרוג מן ההלכה שלפיה, ככלל, יש להורות כי הפעלתו תעשה במצטבר לעונש שהוטל, תוך שנימק כי "נוכח נסיבותיו האישיות... החלטנו להפעילו באופן חופף... בהתחשב בכך שהמשיב פוטר מן השירות ואינו צפוי עוד לשרת בצבא".

ערעור התביעה

10. התביעה טענה בערעורה, כי מתחם העונש ההולם אינו עולה בקנה אחד עם חומרתן של הנסיבות במקרה דנן ועם מדיניות הענישה הנוהגת, במקרים דומים. נטען, כי נסיבות המקרה מצביעות על מי שגמר בדעתו שלא לשרת בצבא, ובכך פגע פגיעה משמעותית בערכים החברתיים, אשר בבסיס העבירה שבה הורשע. הוטעם, כי תקופת ההיעדרות הממושכת, בודעו כי תלוי ועומד נגדו עונש מאסר מותנה, מלמדת, כי המשיב כפה את רצונו על המערכת הצבאית והשיג את מבוקשו, שלא להשלים את שירותו הצבאי. בהתאם, נטען, כי מעשים שכאלו ראויים לענישה חמורה מזו שהושתה, חרף נסיבותיו האישיות של המשיב.

11. כן נטען, כי שגה בית הדין קמא משהורה על חפיפה מלאה של עונש המאסר המותנה שהופעל, וכי יש להורות על הפעלתו במצטבר לעונש המאסר בפועל.

עמדת ההגנה

12. מנגד, עתרה ההגנה לבל נתערב בעונש אשר הושת על המשיב, וסמכה ידיה על ההנמקה שפורטה בגזר הדין. נטען, כי העונש שהושת מאזן נכונה בין נסיבותיו האישיות המורכבות של המשיב לבין אינטרס ההלימה וההרתעה שבענישה, משאין המדובר בעונש קל, בנסיבות העניין. ההגנה הדגישה את תקופת שירותו התורם והמועיל של המשיב וביקשה כי יינתן לתרומתו זו בשירות משקל של ממש, כפי שעשתה הערכאה קמא.

13. כן נטען, כי אין להתערב בעונש או באופן הפעלת המאסר המותנה, אף בשל מועד הגשת הערעור ומועד הדיון בו – יום לפני שהמשיב צפוי לסיים את ריצוי עונשו (לאחר הפחתה), וכי יש להתחשב אף באינטרס ההסתמכות של המשיב כי הוא עתיד לסיים את עונשו בהקדם.

דיון והכרעה

14. חומרת מעשיו של המשיב בולטת וכך גם פגיעת מעשיו בחובת הנשיאה השוויונית בנטל השירות הצבאי. אף שהמשיב שירת בצה"ל תקופה שאינה מבוטלת, ניתן להיווכח, כי לאחר כשנה וארבעה חודשים, כשבאמתחתו שלוש היעדרויות קצרות מן השירות הצבאי, הלכו היעדרויותיו והתארכו, משנעדר לתקופה ממושכת של 137 ימים, כשלאחריה – לאחר שסיים לרצות עונש כליאה ובחלוף מספר חודשים ספורים נוספים – החל בהיעדרותו הנוכחית. כפי קביעת בית הדין קמא ובהתאם להתבטאויותיו, **שם לו המשיב למטרה שלא להשלים את שירותו בצבא ולזכות בפטור המיוחל.**

15. בעשותו כן, פגעו מעשיו של המשיב פגיעה משמעותית בערכים המוגנים ובהם, אינטרס הציבור להגן על חוסנו של הצבא, לקדם את שוויון בנטל השירות ולחזק את לכידותה של החברה בישראל (ראו: בג"ץ 3267/97, 715/98 **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/17/18 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' שיץ** (2018)). משכה הארוך של תקופת ההיעדרות משירות ביחידה סדירה, אף שידע להיעזר בגורמים המתאימים בצבא, לשם קבלת סיוע כלכלי או אחר, ואף הנזק שנגרם בעקבות מעשיו, הכולל את פיטוריו של המשיב מן השירות הצבאי, מצביעים על פגיעה קשה באינטרסים החברתיים המצויים בבסיסה של החובה הכללית לשרת בצבא.

16. בחינת היקף הפגיעה באינטרס החברתי בראי נסיבות המקרה, ובהתחשב במדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים (ראו ע/8/15 **טור' מועדי נ' התובע הצבאי**

הראשי (2015); ע/14/68 טור' פנטה נ' התובע הצבאי הראשי (2014); ע/13/78 טור' טורצ'ינסקי נ' התובע הצבאי הראשי (2013)), מלמדת, כי ייתכן שראוי היה להעמיד את ספו התחתון של מתחם העונש שנקבע בנקודת מוצא מחמירה יותר, ואולם, לנוכח שיקול הדעת הרחב המסור בעניין זה לערכאה הדיונית, משלא מצאנו כי נפלה כאן שגגה מהותית – מצאנו להימנע מלהתערב במתחם, כפי שנקבע (ראו והשוו: ע"פ 2599/16 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 14.1.2018)).

17. אשר למידת העונש שנקבע, בנסיבות העניין, לנוכח היבטי החומרה שפורטו לעיל ובהם: עברו המכביד של המשיב – יש לקבוע כי הוא מקל. עם זאת, כידוע, ערכאת הערעור לא תתערב בעונש שגזרה הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים, שבהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין או שניכרת סטייה משמעותית ממדיניות הענישה הראויה (ראו: ע"פ 4668/14 אפללו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 18.2.2015)). במקרה זה, אף שכאמור, מבטא העונש שהושת הקלה והתחשבות משמעותית במשיב ובבני משפחתו הסמוכים על שולחנו, סברנו, ולו מטעמים של חסד ורחמים, כי אין המדובר בשגגה של ממש המחייבת התערבות.

18. שונים הם פני הדברים ביחס לאופן שבו הפעיל בית הדין קמא את עונש המאסר המותנה, משהורה על חפיפת העונשים באופן מלא. סעיף 33(ד) לחוק השיפוט הצבאי, קובע כי "מי שהוטל עליו עונש מאסר או מחבוש בשל עבירה נוספת והופעל נגדו עונש מחבוש או מאסר על תנאי, ישא את שתי תקופות הכליאה בזו אחר זו, זולת אם בית הדין שהרשיע בשל העבירה הנוספת, הורה מטעמים שיירשמו, ששתי התקופות, כולן או מקצתן, יהיו חופפות" (הדגשות הוספו). כידוע, בעקבות תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 וקביעת עקרון ההלימה כעקרון המנחה בענישה, שונתה נקודת האיזון, ונפסק כי "חפיפת עונשים אינה מתיישבת לכאורה עם עקרון ההלימה, ובעיקר ככל שמדובר בחפיפה מלאה של עונשים, ומחייבת הנמקה משכנעת" (ע"פ 1552/15 גואל נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 4.6.2015); ראו גם: ע/17/26 התובע הצבאי הראשי נ' טור' אסטפייב (2017); ע/17/43 התובע הצבאי הראשי נ' טור' זגייר (2017); ע/18/28,30 סמל ברקת נ' התובע הצבאי הראשי (2018)). משום כך, יש לקבוע, כי שגה בית הדין בקביעתו האמורה, ולא סברנו, כי יש בהנמקה שפירט כדי להצדיק סטייה מהכלל האמור.

19. בבואנו להכריע באשר לאופן הפעלת עונש המאסר המותנה, נחלקו דעות השופטים. אף שכאמור, מאוחדים אנו בדעה כי לא ראוי היה להורות על חפיפה מלאה של העונשים, סבר השופט שבמיעוט, כי משאין דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין בקבלה ערעור תביעה, לאור נסיבותיו האישיות המורכבות של המשיב, בהינתן שירותו הממושך טרם ההיעדרות, ובהתחשב אף בכך שהמשיב צפוי

היה לסיים לרצות את עונשו בימים הקרובים – ניתן להורות על חפיפה חלקית של העונשים, כך שלעונש המאסר שהושת יוספו 30 ימי מאסר, בעוד היתרה תרוצה בחופף.

20. רוב השופטים סברו, כי בראי ההלכה שפורטה, משיקולים של הלימה והרתעה, לאור נסיבות החומרה שפורטו ומשבית הדין קמא הלך כברת דרך של ממש לטובת המשיב בעת גזירת העונש – אין להוסיף ולהקל עימו אף ביחס לאופן הפעלת המאסר המותנה. המשיב החל בהיעדרותו הנוכחית זמן קצר לאחר שנשפט לפני בית הדין הצבאי, ביודעו כי עונש מאסר מותנה תלוי ועומד נגדו ולפיכך, חפיפה של העונש, תחטא למטרות הענישה ותעשה את פסיקתו של בית הדין קמא, בתיק הקודם (מטכ"ל (מחוזי) 167/13) – פלסתר. לפיכך, רוב השופטים לא ראו לסטות מן הכלל והם מורים כי המשיב יישא את עונש המאסר המותנה **במצטבר** לעונש המאסר בפועל, כך שבסך הכל ירצה המשיב עשרה (10) חודשי מאסר בפועל.

21. ערעור התביעה התקבל אפוא.

ניתן והודע היום, כ"ח בתמוז התשע"ח, 11 ביולי 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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