



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, רס"ן מתן פורשט ; סרן שחף חיטמן-אפיני)

נגד

ח/XXX טור' ו' א' – המשיב (ע"י ב"כ, סרן עמית שוחנצקי)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי חיל האוויר שניתן בתיק ח"א (מחוזי) 80/17 (רס"ן נמרוד פלקס – שופט) ביום 16.3.2017 הערעור (קולת העונש) נדחה.

פסק דין

כללי

1. בפנינו ערעורה של התביעה הצבאית על העונש שנגזר על המשיב, **טור' ו' א'**, שהורשע, על-פי הודאתו, בעבירה שעניינה העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בגין היעדרותו מיחידתו, מפקדת כנף XXX, במשך 50 ימים.

2. בית הדין קמא גזר על המשיב עונש של שלושים (30) ימי מאסר לריצוי בפועל, לצד שלושים (30) ימי מאסר על תנאי למשך שנתיים. כן הורה על הפעלתו של עונש מאסר מותנה בן ארבעים (40) ימים, כך שמחציתו, עשרים (20) ימים, תרוצה במצטבר לעונש

המאסר בפועל שהושת, ומחציתו תרוצה בחופף לו. סך הכל נקבע, כי המשיב ירצה 50 ימי מאסר בפועל, **שימנו החל מיום מעצרו**.

3. התביעה הצבאית לא השלימה עם גזר-דינו של בית הדין המחוזי ומכאן הערעור שלפנינו.

השתלשלות ההליכים בבית הדין קמא

4. ביום 15.2.2017 נעצר המשיב בגין היעדרותו מן השירות שלא ברשות, מושא כתב האישום. ביום 17.2.2017, לבקשת התביעה הצבאית, נעצר עד לתום ההליכים.

5. ביום 2.3.2017, נגזר דינו של המשיב בגין הרשעתו בשתי עבירות שעניין סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, לפי סעיפים 127א ו-250א לחוק השיפוט הצבאי. על המשיב הושתו **40 ימי מאסר בפועל, שמניינם החל במועד גזר הדין (ח"א (מחוזי) 120/16 התובע הצבאי נ' טור' אסטפייב, להלן: "תיק הסירובים")**. המשיב צפוי לסיים לרצות עונש זה ביום 6.4.2017.

6. ביום 16.3.2016 הורשע המשיב בעבירה של היעדר מן השירות הצבאי, על-פי הודאתו, ונגזר דינו, כאמור, ל-50 ימי מאסר בפועל. המשיב צפוי לסיים עונש זה ביום 31.3.2017.

7. התביעה הצבאית עתרה לפני בית הדין קמא להורות כי עונשו של המשיב **"ירוצה במצטבר לעונש שהושת עליו בתיק ח"א 120/16 [תיק הסירובים]"**. נטען גם, כי "כיוון שמדובר כבר בעונש שהושת על הנאשם שגם איננו חלוט, אין מניעה להחליט כי כל עונש שיושת בתיק זה יהיה מצטבר לעונש שיושת בתיקו השני של הנאשם... ככל שיוחלט על ידי ערכאת הערעור להתערב בעונש שהושת בתיק השני לא יהיה בכך להשליך על הקביעה עונשים להיות מצטברים אחד לשני".

להשלמת התמונה, נציין, כי במועד מתן גזר הדין, היה תלוי ועומד ערעור ההגנה על חומרת עונש המאסר שהושת **בתיק הסירובים**. ביום 19.3.2017 דחה בית-דין זה את ערעור ההגנה על חומרת העונש באותו עניין (ראו ע/17/22 **טור' אסטפייב נ' התובע הצבאי הראשי**).

8. מנגד, עתרה ההגנה בפני בית הדין קמא, לבל יכריע בסוגיית האופן בו יישא המשיב בעונשים ויותר שאלה זו לקביעת בית הדין הצבאי לערעורים, אשר, כאמור, באותו מועד, עתיד היה לדון בערעור ההגנה, על חומרת העונש שהושת בתיק הסירובים.

9. בית הדין קמא, קיבל לכאורה את עמדת ההגנה וכך קבע –

"מקובל[ת] עלי עמדת ההגנה כי אין מקום שאכריע בסוגיית צבירת עונש המאסר שנגזר על הנאשם בת/7 אשר בגינו תלוי ועומד כנטען ערעור ואותיר בכל הכבוד מלאכה זו לערכאת הערעור".

10. בד בבד, קבע בית הדין קמא, כי עונש המאסר בפועל שהשית יימנה מיום מעצרו של המשיב, דהיינו החל מיום 15.2.2017. על משמעות קביעה זו נעמוד בהמשך.

ערעור התביעה הצבאית ומהלך הדיון לפנינו

11. ערעור התביעה הצבאית "מופנה כנגד הימנעותו של בית הדין קמא מלהכריע בבקשת התביעה באשר לאופן ריצוי עונש המאסר בגין תיק זה ביחס לעונש המאסר שהוטל על המשיב בתיק ח"א (מחוזי) 120/16". התביעה עתרה כי נורה על ריצוי עונש המאסר דכאן "כולו במצטבר" לעונש שהושת בגין תיק הסירובים.

12. נטען, כי לאור סעיף 34(ב) לחוק השיפוט הצבאי ובהתאם לעתירת התביעה לפניו, היה על בית הדין קמא, להחליט האם עונש המאסר שהטיל ירוצה במצטבר או בחופף לעונש מאסר אחר אשר הושת על המשיב והוא טרם סיים לרצותו. משנמנע בית הדין קמא להחליט בעניין, הרי שהמדובר בטעות מהותית בגזר הדין ששומה עלינו להתערב בה.

13. הוסיפה התביעה וטענה, כי בהתאם להלכה הפסוקה, בנסיבות העניין, מוצדק היה להורות על צבירת העונשים משיקולים של גמול והרתעה. לדידה, המשמעות המעשית של גזר הדין, שלפיה העונשים חופפים זה לזה, חוטאת לאינטרס הציבורי ולמעשה, מאפשרת למשיב להימנע מלשאת בעונש ההולם, בגין כל עבירה ועבירה.

14. במהלך הדיון לפנינו, הארנו את עיניה של התביעה הצבאית והראינו, כי אף אם מבחינה רטורית, הצהיר בית הדין קמא על כי יותיר את ההכרעה בנוגע לאופן ריצוי העונשים לערכאת הערעור (במסגרת הערעור על חומרת העונש בתיק הסירובים, ע/22/17), הרי שבפועל, פסק בית הדין קמא והכריע בסוגיה זו, עת הורה כי עונש המאסר שהשית ירוצה החל מיום מעצרו של המשיב. יוצא אפוא, כי הלכה למעשה, הורה בית הדין קמא על **חפיפת העונשים**. כמו כן, נשאלה התביעה, הכיצד מתיישבת עמדתה, עם העובדה, כי המשיב נתון במעצר בגין העבירה של היעדר מן השירות מאז יום 15.2.2017, דהיינו: עוד לפני שניתן גזר הדין בתיק הסירובים וכי, כמקובל, נוכח טיבו של המעצר ותכליתו, יש לנכות את משכו ממשך המאסר בפועל בתיק זה.

15. בעקבות דברינו, ביקשה התביעה הצבאית לחרוג מד' אמות הודעת הערעור שהגישה. התביעה הבהירה, כי אינה חולקת על כך שיש לנכות את תקופת ימי המעצר של המשיב מתקופת ימי המאסר שהושתו עליו באותו עניין, באופן שריצוי העונש יחל, כפי שהורה בית הדין קמא, ביום 15.2.2017, אך כעת, ציינה, כי היא מבקשת להורות על **הפסקת** ריצוי עונש המאסר בפועל, החל מהיום בו החל המשיב לרצות את עונשו בגין תיק הסירובים (2.3.2017), ועל חידוש ריצויו, החל מהמועד בו צפוי

המשיב להשלים את עונש המאסר בפועל בתיק הסירובים (למחרת יום 6.4.2017). יובהר עוד, כי, בהמשך לאמור בהודעת הערעור מטעמה, ציינה התביעה, שאין היא מערערת על קולת עונש המאסר שנגזר בגין העבירה של היעדר מן השירות הצבאי. 16. התביעה הצבאית התקשתה להצביע על אסמכתה בדין לעתירתה ולבסוף הופנינו על-ידיה להוראת סעיף 460 לחוק השיפוט הצבאי, שכותרתה "עניינים בלתי צפויים", והקובעת כי –

"בכל ענין של סדרי דין שאין עליו הוראה בחוק זה או בתקנות שהותקנו לפיו, ינהג בית דין צבאי בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית משפט צדק, ובלבד שינמק את החלטתו לעניין זה".

עמדת ההגנה

17. ההגנה לא חלקה על סמכותו של בית הדין קמא להורות על מידת הצטברותם או חפיפתם של עונשים. עם זאת, נטען, כי במועד הדיון בערעור, שעה שהמשיב סיים לרצות את חלק הארי של עונשו, אין מקום להתערב בגזר-דינה של הערכאה קמא. כן נטען, כי בחינה כוללת של עונשי המאסר שהושתו על המשיב, בראי נסיבות המקרים ונסיבותיו האישיות של המשיב, אשר לאחרונה אף פוטר מן השירות הצבאי, מלמדת על כי אין המדובר בעונש החורג מן המקובל, בנסיבות דומות. 18. הסנגור הסתייג מטענת התביעה באשר לסמכות בית הדין להיענות לבקשתה ולהורות על הפסקת ריצוי עונש המאסר, אותו מרצה המשיב, כאמור, החל מיום 15.2.2017. הסנגור הטעים, כי אין זה ראוי לפרש את סעיף 460 לחוק השיפוט הצבאי כמקנה סמכות לבית הדין להורות על הפסקת ריצוי עונש מאסר ופיצול ריצוי העונש בשני מועדים נפרדים.

דין והכרעה

19. סעיף 34(ב) לחוק השיפוט הצבאי שכותרתו "מאסר ומחבוס מצטברים ומקבילים" קובע בזו הלשון –

"מי שנידון למאסר או למחבוס, ולפני שנשא כל ענשו חזר ונידון למאסר או למחבוס בשל עבירה אחרת, תקופת העונש השניה תתחיל מיד ובמקביל לראשונה, ואם נמצאה עודפת על הראשונה ישא לאחריה ביתרה; והוא, כשבית הדין שהטיל את העונש השני לא הורה הוראה אחרת בענין זה."

20. בית המשפט העליון, אשר נדרש לפרשנותו של סעיף 45(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (מקבילו של סעיף 34(ב) הנ"ל) קבע כי –

"מדובר בהוראה טכנית-פרשנית-ניטרלית, שנועדה אך למלא את החסר מקום שביט המשפט לא קבע במפורש אם העונשים ירצו באופן חופף או במצטבר. הוראה זו אינה קובעת עקרון מנחה של חפיפת עונשים ולא הכרעה ערכית לפיה בנסיבות כאלה ראוי לקבוע עונשים באופן חופף... ככלל, בית המשפט הגוזר עונש מאסר על מי שנדון למאסר בהליך קודם וטרם נשא את כל ענשו, **מוטל עליו לדון ולהחליט, בכל מקרה לגופו ולנסיבותיו, בהכרעה מנומקת**, האם עונש המאסר שהטיל ירוצה במצטבר או בחופף לעונש המאסר שהנאשם טרם סיים לרצות. רק מקום שביט המשפט נמנע ממילוי חובתו זו ולא קבע בגזר הדין אם העונש ירוצה בחופף או במצטבר, חלה הוראת סעיף 45(ב) כברירת מחדל פרשנית" (ע"פ 7907/14 ואזנה נ' **מדינת ישראל** (טרם פורסם, 22.2.2015)).

21. הנה כי כן, חרף הניסוח המילולי של הסעיף, אשר לכאורה אינו מחייב את בית המשפט לקבוע את מידת הצטברותם של עונשי המאסר או את מידת חפיפתם (שאז תחול ההוראה השיורית, שלפיה, בהעדר הוראה אחרת, יחפפו העונשים זה לזה), פורשה ההוראה ככזו המחייבת את בית המשפט להידרש לסוגיה האמורה בגזר הדין. יתר על כן, בעקבות תיקון 113 לחוק העונשין וקביעת עקרון ההלימה כעקרון המנחה בענישה, נקבע אף, כי שונתה נקודת האיזון, כך שעל הענישה בכללותה לשקף את העובדה כי מדובר בעונשים שהושתו בגין אירועים נפרדים ובכך יינתן ביטוי הולם לפגיעתם של המעשים בערכים חברתיים שונים. נקבע עוד, כי "חפיפת עונשים אינה מתיישבת לכאורה עם עקרון ההלימה, ובעיקר ככל שמדובר בחפיפה מלאה של עונשים, **ומחייבת הנמקה משכנעת**" (וראו ע"פ 1552/15 **גואל נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 4.6.2015)).

22. יוצא אפוא, כי על פני הדברים, בגזר הדין של בית הדין קמא נפלו שתי שגיאות. האחת עניינה בדבריו של בית הדין קמא, שלפיהם ראוי להותיר את ההכרעה באשר לעתירת התביעה להורות על הצטברותם של העונשים, בידי ערכאת הערעור (אשר דנה בערעור **הגנה** על חומרת עונש בתיק **אחר** של המשיב), חרף חובתו לדון ולהכריע בסוגיה; והשנייה עניינה בהחלטתו, הלכה למעשה, על **חפיפת העונשים**, שעה שקבע כי ריצוי העונש יחל מיום מעצרו של המשיב, 15.2.2017, **מבלי שנימק את הכרעתו**.

23. דא עקא, שבנסיבות העניין ונוכח השתלשלות העניינים, אין בקביעה, כי נפלו שגיאות בגזר הדין, כדי להוביל לקבלת ערעור התביעה הצבאית במקרה דנן.

24. תחילה נציין, כי כידוע, לא בנקל יידרש בית-דין זה לעתירה חדשה, שלא הובאה בהודעת הערעור מבעוד מועד (ראו והשוו: ע"פ 7182/15 **ימין נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.1.2016); רע"פ 6190/08 **צברי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.1.2009); וכן סעיף 429 לחוק השיפוט הצבאי). השינוי בעתירת התביעה, במהלך הדיון בערעור,

הקשה על ההגנה להיערך כדבעי, לפרוס את מלוא טיעוניה ולבססן. כמובא לעיל, ערעור התביעה הצבאית הופנה כנגד **הימנעותו** של בית הדין קמא מלהחליט בעתירתה להורות על צבירת העונשים שנגזרו למשיב. כאמור, משהובהר כי, למעשה, בית הדין המחוזי החליט בעניין זה, אף שלא נימק החלטתו כדבעי, שינתה התביעה הצבאית, במהלך הדיון, את בקשתה בערעור ועתרה כי נורה על הפסקת ריצוי עונשו של המשיב ופיצולו לשתי תקופות נפרדות.

25. זאת ועוד, התביעה הצבאית הפנתה לסעיף 460 לחוק השיפוט הצבאי, כמקור הסמכות לקביעה בדבר פיצול תקופות המאסר. המדובר בסעיף כללי אשר נועד ליתן מענה בעניינים של סדרי דין שאינם מוסדרים בהוראות חוק השיפוט הצבאי, וזאת לשם עשיית משפט צדק. באופן טבעי, עשיית שימוש בסעיף זה תעשה במקרים פרוצדוראליים והשימוש בו כמקור סמכות לפגיעה בזכויות נאשם, כאשר סמכות מעין זו אף אינה מצויה במפורש בדין הכללי, ראוי כי ייעשה במשורה, אם בכלל (לטיבו הפרוצדורלי של הסעיף ראוי למשל: עלב"ש/97/11 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' צירקונוב** (2011); ע"מ/65/07 **רב"ט רוד נ' התובע הצבאי הראשי** (2007)). ספק אם הסוגיה שלפנינו, חוסה תחת היריעה הצרה, כאמור. מכל מקום, המדובר בשאלה משפטית מורכבת, אשר כפי שנראה להלן, בנסיבות העניין, אינה דרושה להכרעה כעת וניתן להותירה לעת מצוא.

26. במקרה דנן, נוכח השתלשלות העניינים, כמפורט לעיל, שוכנענו כי יש לדחות את ערעור התביעה, אף מבלי להכריע בשאלה העקרונית. בע"פ 149/15 **מורה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.3.2016), **בנסיבות שונות**, דחה בית המשפט העליון בקשה של **נאשם** להורות על הפסקת ריצוי עונשו עד למתן פסק-דין בערעורו על הכרעת-דין מרשיעה ועל חומרת העונש. כאמור, עניין **מורה** שונה מעניינו של המשיב באשר נידונה שם בקשת ביניים של **נאשם** להורות על הפסקת ריצוי עונשו עד להכרעה בערעור שהוגש מטעמו, בעוד שבעניינו בקשת **התביעה**, עלתה במהלך הדיון לגופו של ערעור, שהוגש מטעמה. לפיכך, ככל שאמנם קיימת סמכות לדון בבקשת התביעה להפסקה בעונש, לאור אופייה של הבקשה וטיבה, סברנו כי המבחנים המחמירים שנקבעו באותו עניין, יפים **מכוח קל וחומר**, אף לעניינו של המשיב, וכך נקבע –

"מצד אחד ובמיוחד לאחר שהמבקש נמצא במאסר יותר משנה - ייטה בית המשפט לא להתערב בהמשך ריצוי עונש המאסר עד למתן פסק דין בערעור. מהצד האחר, שחרור המבקש מצוי בסמכותו של בית המשפט... ודוק, הפסיקה שהובאה מחדדת את הנקודה כי אין הבדל בין הפסקת ריצוי עונש מאסר, לבין עיכוב מועד ביצוע עונש המאסר ברמה הכללית של הבחינה המשפטית. אולם היישום שונה. רוצה לומר, כי **העובדה שהנאשם החל בריצוי עונש מאסרו תקשה על קבלת בקשתו לעומת**

**המצב שבו טרם החל לרצות עונש זה. ככל שתקופת
הריצוי תהיה ארוכה יותר כך יתעצם הקושי בהתאם".**

27. נמצאנו למדים, כי משעה שנאשם החל לרצות את עונשו, לא במהירה ייעתר בית המשפט לבקשת נאשם להורות על הפסקת ריצוי העונש או עיכובו, במיוחד ככל שחלפה תקופה ממושכת יחסית. יישום מבחנים אלו, בנסיבותיו הכוללות של המקרה שלפנינו, מוביל למסקנה, שלפיה אין הצדקה להתערבותה של ערכאת הערעור, בהחלטת בית הדין קמא להורות על חפיפת עונשי המאסר. כפי שפורט, המשיב נעצר ביום 15.2.2017, **בהתאם לעתירת התביעה הצבאית**. זאת ועוד, המשיב ריצה חלק משמעותי מתקופת המאסר בפועל, כך שהוא צפוי לסיים את ריצוי עונשו (50 ימי מאסר בפועל) **ביום 31.3.2017**, דהיינו, בעוד ימים ספורים. למעשה, המשיב ריצה אף חלק ניכר מהעונש אשר נגזר עליו בתיק הסירובים ובמצב דברים זה, ממילא, הנטייה היא שלא לקבל את ערעור התביעה (על ההשלכה של שחרור קרוב ממאסר על קבלת ערעור התביעה על קולת העונש, ראו: ע/127/03 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט טספהון** (2003); ע/13/02 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' לוי** (2002); בש"פ 1691/92 **מדינת ישראל נ' ריבו**, פ"ד מ"ו(3) 332 (1992); ע"פ 4038/14 **מדינת ישראל נ' אבו עאבד** (טרם פורסם, 15.7.2014)). לכך יש להוסיף, את העובדה כי המשיב פוטר לאחרונה משירות צבאי, את חג החירות המצוי בפתח ואף את השינוי שחל בעתירת התביעה, כמבואר לעיל. קבלת ערעור התביעה, בנסיבות העניין, תהיה אפוא, בלתי מידתית, זאת אף משאין דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין משמוגש ערעור תביעה על קולת העונש.

28. סוף דבר, ערעור התביעה נדחה.

ניתן היום, ב' בניסן התשע"ז, 29 במארס 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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