



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא
תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם אסתר מכאני - שופטת

בעניין :

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

נ ג ד

ב'XXX טוראי ד' ש' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד רוני קרדונר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 88\18 (רס"ן מנחם קליין – שופט) ביום 17.4.2018. הערעור (קולת העונש) התקבל.

פ ס ק - ד י נ

כללי

1. לפנינו ערעורה של התביעה הצבאית על קולת העונש שהושת על המשיב, **טור' ד' ש'**, אשר הורשע, על-פי הודאתו, בעבירה שעניינה העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בגין היעדרותו מיחידת XXX, למשך 1,142 ימים, שבסיומם נעצר.

2. בית הדין קמא גזר על המשיב עונש של מאה (100) ימי מאסר בפועל, לצד ארבעים וחמישה (45) ימי מאסר על תנאי למשך שנתיים. כמו כן, הורה בית הדין קמא על הפעלת עונש של מאסר מותנה בן ששים (60) ימים, שהוטל על המשיב בעבר (מטכ"ל

(מחוזי) 984/14 **התובע הצבאי נ' טור' שיץ** (16.11.2014), כך ששלושים (30) ימים מתוכו ירוצו במצטבר לעונש המאסר בפועל והיתרה תרוצה בחופף לו.

3. התביעה הצבאית לא השלימה עם גזר דינו של בית הדין המחוזי ועתרה, כי נורה על החמרה בעונש המאסר בפועל, שהוטל על המשיב. נטען גם, כי יש להורות על הפעלת עונש המאסר המותנה כאמור, כולו, במצטבר, לעונש המאסר בפועל. נציין עוד, כי בתחילה, עתרה התביעה לקבל כראיה, מסמך ת"ש שנערך בעניינו של המשיב, לאחר שבקשתה להגיש מסמך זה כראיית הזמה בערכאה קמא, נדחתה, אך בהמשך, בעקבות הערותינו בדיון – חזרה בה מבקשתה.

נסיבות המעשה ונסיבות העושה

4. כעולה מראיות התביעה, המשיב, אשר עלה עם משפחתו מאוקראינה, השלים תשע שנות לימוד (המשיב עצמו מסר בעדותו כי השלים שבע שנות לימוד). במהלך המיונים לקראת הגיוס, עלה כי המשיב ביקש להתגייס לשרת כנהג, אך לא התייצב לקורס קדם צבאי לנהיגה. המשיב מסר לגורמי הגיוס כי אינו מעוניין להתגייס ואמנם לא התייצב במועד הגיוס שאליו זומן.

5. בהמשך, לאחר שהשתמט משירות צבאי, נעצר המשיב ביום 20.9.2014. ביום 16.11.2014 נתן את הדין בגין היעדרותו משירות צבאי למשך 909 ימים. בית הדין המחוזי, בכבדו את עתירתם המשותפת של הצדדים להשית על המשיב שבעים ימי מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה, ציין, כי "חרף העובדה כי הסדר הטיעון בעניינו של הנאשם מקל באופן החורג מרמת הענישה המקובלת בבתי הדין הצבאיים... יש לכבד את הסדר הטיעון נוכח הנסיבות המיוחדות..." (שם). המשיב סיים לרצות את עונש הכליאה ביום 23.11.2014 ושלושה ימים לאחר מכן, ביום 26.11.2014, החל בהיעדרותו הנוכחית, אשר, כאמור, נמשכה למעלה משלוש שנים, עד למעצרו.

6. המשיב הובא לפני ועדת התאמה לשירות הן בתקופת כליאתו הקודמת והן בתקופת כליאתו הנוכחית. בעוד ששתי המלצות קודמות של הוועדה, לפטור את המשיב משירות צבאי, לא התקבלו במיטב, ביום 8.4.2018 התקבלה ההחלטה לפטור את המשיב משירות צבאי בגין "התנהגות רעה וחמורה". נציין עוד, כי במהלך הדיון בערעור, הציגה לעיונו ההגנה, מסמך שלפיו, בעקבות ערעור מטעמה, קיבל המערער תעודה שלפיה השלים שירות חובה "תקין" בן שלוש שנים.

7. בעדותו לפני בית הדין קמא, פירט המשיב בהרחבה על קשייה הכלכליים של המשפחה ועל החובות הכבדים שבהם נתונים הוא והוריו. המשיב אף הציג מסמכים המלמדים על צווי כינוס שהוצאו נגדו ונגד הוריו בהליכים להכרזתם כפושטי רגל. המשיב מסר, כי לאורך שנים, הוא מסייע לפרנסת המשפחה וכי נקלע לחובות גדולים לאחר שערב להלוואות שנטלה אמו. בדומה, העידה אמו, שנכחה בעת עדותו של

המשיב באולם בית הדין, כי נאלצה להיעזר במשיב לשם נטילת הלוואות וכי עקב כך, הסתבך המשיב בחובות בסכומים גבוהים. האם תיארה את הקושי שלה לגדל ולפרנס שמונה ילדים, את הרקע לגירושים בינה לבין אביו החולה של המשיב ואת המצוקה מבית, עד כדי חרפת רעב.

8. בעדותו, עומת המשיב עם דבריו כפי שנרשמו בטופס "ראיון ת"ש" מלשכת הגיוס, ביום 26.2.2012, שם ציין כי אינו מסתדר עם אביו וביקש כי יוכר כ"חייל בודד", וכן כי אינו תומך במשפחתו. המשיב השיב כי הוא זוכר שנערך עמו ראיון אך טען, שאינו זוכר את תוכנו. המשיב עומת אף עם תיעוד ראיון שערכה לו סגנית מפקד לשכת הגיוס, שלפיו מסר לה כי אינו מעוניין להתגייס לשירות צבאי והשיב כי אינו זוכר את דבריו בראיון, אך הוסיף כי הוא מסר לגורמים בלשכת הגיוס כי מצבה הכלכלי של המשפחה אינו מאפשר לו להתגייס. התביעה ביקשה להגיש את שני המסמכים, כראיית הזמה לדבריו של המשיב בעדות, אך בית הדין דחה את הבקשה בקבעו, כי "בשלב זה לא ניתן להגיש את המסמך לעמיתות [כך במקור] תוכנו". אף אמו של המשיב נשאלה, האם הגיעו לביתם גורמי ת"ש על מנת לברר את הפרטים הנדרשים להחלטה בבקשת המשיב למעמד של "חייל בודד". נטען, כי על-פי אותו מסמך, האם מסרה לגורמי הת"ש כי המשיב אינו מתגורר בבית ואינו מסייע למשפחה. האם לא זכרה את הביקור האמור אך מסרה, כי בתקופת הגירושים מבעלה, התגלו סכסוכים בין כל בני המשפחה גם הילדים יצאו מהבית וגם ריבים...".

גזר דינה של הערכאה קמא

9. בית הדין קמא קבע, כי לאור "נסיבות העבירה והרקע של הנאשם", יש להעמיד את מתחם העונש ההולם בין **שלושה לששה חודשי מאסר בפועל**. אשר למידת העונש, נקבע, כי :

"מדובר בנאשם שבגיל כה צעיר כבר הוכרז כפושט רגל ובמשפחה שידעה לא רק מחסור, אלא גם רעב של ממש (ובעניין זה, עדויות הנאשם והאמא מהימנות בעיניי). הנאשם כבר שוחרר משירות צבאי וכעת עלינו לקחת בחשבון כיצד הענישה תתרום לחברה באופן כללי ולא רק לחברה הצבאית. צודק הסנגור המלומד ששיקולי שיקום בתיק זה הם שיקולים בעלי משקל רב שכן החברה בכללותה מעוניינת באדם צעיר יצרני שיתרום לה על ידי כך שיוכל להתרום ממצבו הקשה כל כך, להתחיל חיים מחדש לאחר סיום הליכי פשיטת הרגל ולתרום לחברה בדרכים אחרות משלא עשה זאת בשירותו הצבאי. משכך, אני סבור שבמתחם הענישה שצוין לעיל יש לבחור בתחום שמתקרב לתחום הנמוך ולא התחום הגבוה."

10. לאחר כל אלה, כאמור, השית בית הדין על המשיב מאה ימי מאסר בפועל לצד מאסר מותנה.

11. אשר להפעלת עונש המאסר המותנה, הורה בית הדין, כאמור, **מבלי שנימק החלטתו**, כי חציו של עונש המאסר בפועל ירוצה במצטבר לעונש בתיק הנוכחי והיתרה תרוצה בחופף לו.

12. להשלמת התמונה נציין, כי המשיב סיים לרצות את עונש המאסר בפועל, בסמוך לאחר מתן פסק הדין וכי למעשה, הוא פטור משירות צבאי ואינו נתון במאסר, מזה כאחד עשר ימים.

ערעור התביעה הצבאית

13. התביעה טענה בערעורה, כי מתחם העונש ההולם אינו עולה בקנה אחד עם 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. הודגש, כי המשיב השתמט משירות צבאי ומיד לאחר שסיים לרצות את עונש המאסר בפועל שהוטל עליו בעקבות השתמטותו משירות, וחרף המאסר המותנה שהושת עליו, שב ונפקד מן השירות הצבאי לתקופה בת למעלה משלוש שנים, שהסתיימה עם מעצרו. כל אלה, מלמדים, כי, למעשה, המשיב כפה את רצונו להימנע משירות צבאי על המערכת הצבאית.

14. עוד נטען, כי הגם שנסיבות חייו של המשיב אינן קלות, הרי שיש ליתן משקל לדבריו לפני הגורמים בצבא המלמדים על חוסר מוטיבציה לשרת בצבא, ומכל מקום, נוכח נסיבות ההיעדרות, אין בכך כדי להצדיק הקלה כה ניכרת וחריגה ממדיניות הענישה הנוהגת.

15. לדידה של התביעה, על אף שהמשיב סיים לרצות את עונש המאסר בפועל לפני מספר ימים, נוכח הפגיעה הרבה באינטרס החברתי, כעולה מנסיבות ביצוע העבירה ואף מעברו של המשיב – אין מנוס מלהחמיר בעונשו ולהשיבו למאסר בכליאה ממשית.

תשובת ההגנה

16. ההגנה סמכה ידיה על פסק דינה של הערכאה קמא ועתרה לדחות את ערעור התביעה הצבאית. ההגנה סבורה, כי נסיבותיו האישיות של המשיב ונתוניו הדלים מצדיקים התחשבות ניכרת בעת גזירת עונשו. לדידה, אף אם הושת על המשיב עונש מקל, הרי שבנסיבות העניין, נוכח נסיבותיו האישיות של המשיב, אין המדובר בהקלה משמעותית, המצדיקה את התערבותו של בית דין זה, זאת, במיוחד, שעה שהמשיב, אשר פוטר בינתיים משירות צבאי – סיים לרצות את עונש המאסר בפועל, לפני מספר ימים.

דיון והכרעה

17. בחינת הרקע העובדתי כמפורט לעיל, מלמדת, כי המשיב גמר בדעתו שלא לשרת בצבא. התנהגותו של המשיב עובר לשירות הצבאי; גיוסו כמשתמט לאחר היעדרות בת כשנתיים ומחצה; העובדה כי החל בהיעדרותו הנוכחית מייד לאחר שסיים לרצות עונש מאסר בפועל שהוטל עליו בבית דין צבאי וחרף חרב המאסר המותנה שהתנופפה מעליו; משכה של ההיעדרות הנוכחית אשר הסתיימה במעצר – כל אלה מצביעים על זלזול בוטה בחוק והתעלמות מופגנת מחובתו של המשיב לשרת בצבא.

18. מעשיו של המשיב פגעו פגיעה ניכרת בערכים המוגנים: באינטרס הציבורי להגן על חוסנו של הצבא, לקדם את השוויון בנטל השירות ולחזק את לכידותה של החברה בישראל (ראו: בג"ץ 715/98, 3267/97 **רובינשטיין ואח' נ' שר הבטחון**, פ"ד נב(5), 481 (1998); בג"ץ 1532/00 **זה ברמקר נ' שר הבטחון ו-2 אח' פ"ד נד(2)**, 297 (2000); ע/81,88/17 **טור' אהרנטרוי נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). פיטוריו של המשיב משירות צבאי, מבלי ששירת כלל בצבא ומבלי שעשה כל ניסיון להשתלב במסגרת הצבאית, מלמדים על היקפה הנרחב של הפגיעה בערכים החברתיים המוגנים ומהתמונה הכוללת, נשקף מי שעשה דין לעצמו ופגע לאורך שנים באינטרסים החברתיים המצויים בבסיסה של החובה הכללית לשרת בצבא.

19. בית דין זה חזר ושנה, כי "מי שמבחירה ומדעת בוחר להשתמט מן החובה לשרת בצבא, ועושה כך על פני שנים, ראוי לעונש כבד, אשר יבהיר לו ולשכמותו כי מעשים כאלו פוגעים בחוסנה של המדינה ובחלוקה השוויונית של נטל הגנתה" (ע/113/07 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' אלחזוב** (2007)).

20. אכן, כפי שעולה מהראיות שהובאו לפני בית הדין קמא, נתוניו של המשיב דלים והוא ובני משפחתו שרויים, מזה שנים, בקשיים כלכליים ניכרים. עם זאת, משהעיד המשיב על עצמו, לכל אורך הדרך, כי אין בכוונתו לשרת בצה"ל, חרף החובה החוקית לעשות כן, סברנו כי אין ליתן לנסיבותיו האישיות של המשיב משקל בכורה. לא מצאנו כי המשיב נקט צעדים לבחון את האפשרות להשתלב במסגרת הצבאית בתפקיד כלשהו, או כי עשה מאמץ אמיתי לבקש עזרה כזו או אחרת, על מנת לקיים את חובתו לשרת בצבא. משכך, בנסיבות המקרה, אין לקבוע כי הרקע המשפחתי של המשיב מנע ממנו לשרת בצבא ואין בו כדי להשפיע על מידת אשמו של המשיב בביצוע העבירה.

21. בהתאם, אין במתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא, כדי לבטא נכונה את מידת הפגיעה בערכים המוגנים, את נסיבותיה המחמירות של העבירה ואף לא את מדיניות הענישה הנוהגת (ראו והשוו: ע/44/17 **טור' דבורקין נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע/69/14 **טור' לגנקוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2014); ע/106/10 **טור' בוארון**

נ' התובע הצבאי הראשי (2010). מצאנו, אפוא, להעמיד את מתחם העונש ההולם על **ארבעה וחצי עד תשעה חודשי מאסר בפועל.**

22. אשר למידת העונש ההולם, אכן יש ליתן משקל של ממש לנתוניו הדלים של המשיב ואף לנסיבותיו המורכבות מבית. כמו כן, כידוע, לעובדה כי המשיב סיים לרצות את עונש המאסר שהוטל עליו בבית הדין קמא עובר למועד הדיון בערעור, יש ליתן משקל משמעותי. בואר, כי:

"אין זה דבר של יום ביומו, כי בית-דין זה בקבלו ערעור על קולת העונש, ישיב נאשם אל בין כותלי מתקן כליאה למרות שסיים את ריצוי העונש שנגזר לו. זו אף הלכתו של בית המשפט העליון (ראו ע"פ 652/88 **מדינת ישראל נ' סעדיה**, פ"ד מב(4) 523 (1989); רע"פ 9019/06 **בשיתי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 31.12.2006); רע"פ 11072/05 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.1.2006); רע"פ 5588/04 **צורי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 14.6.2004). אין ספק, כי הדבר ייעשה במקרים חריגים ונדירים ורק מקום בו העונש שהוטל על ידי הערכאה הראשונה סוטה באורח קיצוני וחוטא כליל למטרות ההרתעה וההלימה הנדרשים" (ע/3/11 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' רוסיה** (2011); וראו גם: ע/3/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' קובלצ'וק** (2017); ע/4/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' רובל** (2017)).

23. בהתאם, לאור שחרורו של המשיב מן המאסר, כאמור, ומתוך שאין דרכה של ערכאת הערעור למצות עם המשיב את הדין בקבלה את ערעור התביעה - ראינו להטיל עליו עונש המצוי בספו התחתון של מתחם העונש ההולם – **ארבעה חודשים וחצי של מאסר בפועל.**

24. שגגה נוספת מצויה בהחלטת בית הדין קמא להורות על הפעלת המאסר המותנה בעניינו של המשיב באופן שחציו חופף לעונש המאסר בפועל. 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 – בית הדין הצבאי לערעורים]. בית הדין קמא לא נימק את החלטתו כאמור, ומכל מקום, בשים לב לכך שהמשיב החל בהיעדרותו **מיידי** לאחר שסיים לרצות את עונש המאסר הקודם, בידעו כי חרב המאסר המותנה מונחת על צווארו, ומאחר שלא פעל על-מנת לנסות ולשלב בין צרכיו האישיים לבין חובת השירות הצבאי – לא היה מקום לחפוף, ולו באופן חלקי, בין עונש המאסר בפועל שהושת בגין ההיעדרות הנוכחית לבין עונש המאסר המותנה שהופעל (ראו ע/43/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' זגייר** (2017); ע/24/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוידה** (2017); ע/1/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' סמואל** (2017)).

25. סוף דבר, מצאנו לקבל את ערעור התביעה ולהעמיד את עונש המאסר בפועל על **ארבעה חודשים וחצי לריצוי בפועל**. כמו כן, מצאנו להורות כי עונש המאסר המותנה מתיק מטכ"ל (מחוזי) 984/14, ירוצה במצטבר לעונש המאסר בפועל, כך שסך הכל, יהא על המשיב לרצות **ששה חודשים וחצי של מאסר בכליאה**, בניכוי ימי מעצרו (שיימנו החל מיום 24.1.2018 ועד ליום 18.4.2018).

26. המשיב יתייצב לתחילת ריצוי עונשו ביום 13.5.2018 עד השעה 10:00 בבס"כ XXX. יציאתו של המשיב מן הארץ תיאסר עד למועד התייצבותו לריצוי עונש המאסר בפועל ודבר איסור זה יירשם ברשימת ההכללה ברישום ביקורת הגבולות, לצורך הודעה למזכירות בית הדין הצבאי לערעורים.

12. בשולי פסק הדין מצאנו להפנות העתק ממנו למפקד מיטב, המתבקש לבחון, כיצד, בנסיבות העניין, אוחז המשיב בטופס רשמי, שלפיו שירת שירות חובה תקין, במשך שלוש שנים.

ניתן היום, י"ד באייר התשע"ח, 29 באפריל 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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