



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם שי סולומון - שופט

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, סרן אריאלה סגל ; קמ"ש איה ברון)

נגד

ח/XXX טוראי ר' ח' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד קובי מרגולוב)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 147/18 (סא"ל שחר גרינברג – אב"ד ; רס"ן לימור הויזליך – שופטת ; סרן מאור קאופמן – שופט) ביום 16.4.2018. הערעור (קולת העונש) התקבל.

פסק דין

רקע

1. טוראי ר' ח', **המשיב**, הורשע, על-פי הודאתו, בעבירה שעניינה היעדר מן השירות שלא ברשות, בשל היעדרותו מיחידתו, מיטב XXX ר"ם XXX, מיום 29.5.2011 ועד ליום 14.2.2018 במשך 2453 ימים, לאחר שנעצר ביום 15.2.2018. בגין עבירה זו הטיל בית הדין קמא על המשיב שישה חודשי מאסר לריצוי בפועל לצד קנס בסך 1,500 ש"ח שישולם בשיעורים ופיצויים בסך 8,000 ש"ח, שישולמו בשיעורים. ביחס לשני רכיבים אלה, נקבע, כי יהיה על המשיב לרצות חודש מאסר תמורת כל תשלום שלא ישולם במועד. כמו כן, בהתאם לסעיפים 404א(ג)(2), ו-1

404א(ד) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, מצא בית הדין קמא לסטות מן הכלל לעניין הרישום הפלילי ולהורות על הגבלתו.

2. התביעה הצבאית לא השלימה עם גזר הדין ומכאן הערעור שלפנינו.

השתלשלות העניינים

3. מחומר הראיות עלה כי המשיב התגייס לצה"ל ביום 5.4.2006. בתום תקופת הטירונות, שובץ לשרת בתפקיד כללי עד ליום 3.1.2007, אז קיבל דחיית שירות עד ליום 29.5.2011, וזאת לצורך לימודים בארצות-הברית, לאחר שהוכר כ"ספורטאי מצטיין".

4. המשיב לא התייצב לשירות הצבאי בתום התקופה של דחיית השירות. בקשותיו לקיצור שירות או לפטור משירות, עקב שהייתו בארה"ב ועל-מנת שלא לפגוע בהליכים לקבלת אזרחות אמריקאית, נדחו. לפיכך הוכרז כמי שנעדר משירות שלא ברשות. חומר הראיות מצביע על כך שהמשיב היה מודע לחובתו לשוב ולשרת בצבא בשנת 2011, והיה מודע למעמדו כ"עריק".

5. המשיב נישא בארה"ב בשנת 2009. באמרותיו פירט על אודות נסיבותיו האישיות והסביר כי בשל השינוי שחל בחייו, לא שב לישראל ולא מימש את התחייבותו לצבא. לדבריו, "אמרתי להם שהנסיבות השתנו. אשתי הייתה אמריקאית לא יהודייה, לא מדברת את השפה לא יכולה לעלות לארץ. ובנוסף היה גרין קארד. אם אני משרת את הצבא הגרין קארד מתבטל ואני לא יכול לחזור לשם... הייתי צריך לבחור בין אשתי לבין השלמת השירות שזו בחירה בלתי אפשרית". בהמשך פירט על כך שבשנת 2015 התגרש, אך בינתיים נקלע לחובות עקב "מערבולת של סמים והימורים". בשנת 2017 החליט "לטפל בעצמו" ולפיכך, ביקש להסדיר את מעמדו מול רשויות הגיוס ואף שב לישראל לשם כך.

6. בחודש יוני 2017 נכנס המשיב לישראל באמצעות דרכונו האמריקאי. המשיב לא נעצר בשדה התעופה. כעבור יומיים, התייצב המשיב במיטב על-מנת להסדיר את מעמדו מול רשויות הצבא, אך נמסר לו כי עליו להתייצב בבסיס הכליאה. בהגיעו לבסיס הכליאה, נמסר לו, לדבריו, כי ההליך בגין היעדרותו מן השירות "סגור", ולכן סב על עקבותיו ואף חזר לארצות הברית.

7. בחלוף כשבוע נודע לו כי נמסר לו מידע שגוי וכי מעמדו טרם הוסדר. בקשות נוספות מצדו, לבטל את מעמדו כ"עריק", נדחו על-ידי רשויות הגיוס. ביום 15.2.2018, הגיע שוב לישראל ונעצר בשדה התעופה.

8. בעדותו בבית הדין הוסיף המשיב וציין כי הוא מתגורר בניו יורק ועובד שם לפרנסתו בבנק לאומי. המשיב ציין כי משום המוניטין שצבר בעבודתו "אמרו לי שהם מחכים ורוצים שאחזור", אך "במקרה ואקבל רישום פלילי הם יצטרכו לפטר אותי דבר שלא משפיע רק על העבודה הישירה שלי בבנק לאומי, אלא יכתים את רישיון הברוקר הציבורי מה שיוביל לכך שלא אוכל גם למצוא עבודה בתחום". המשיב הפנה למסמך מאת המחלקה המשפטית בבנק לאומי בניו-יורק (ס/16). כמו כן, לדבריו, חרף סיוע של בני משפחתו, טרם פרע את חובותיו, אשר הולכים ותופחים בתקופת מאסרו. המשיב ציין, כי במהלך שירותו בארה"ב השלים אף לימודי תואר שני.

9. בתקופת מעצרו, הובא המשיב לפני ועדת התאמה לשירות אשר המליצה על פיטוריו משירות ביטחון. המלצה זו אומצה על-ידי רע"ן עוצמה. צוין כי "הוזן תאריך שחרור מיועד ל- 8.4.2018". יוער, כי בפועל, טרם שוחרר המשיב מהשירות בצה"ל.

גזר-דינו של בית הדין קמא

10. בית הדין קמא הנכבד נתן דעתו לחומרתה של העבירה. בואר, כי "עבירת היעדר מן השירות הצבאי פוגעת פגיעה קשה בערך החברתי של שוויון בנשיאת נטל השירות הצבאי", ואף ביכולת הצבא "לתכנן ולממש את משימותיו". במסגרת בחינת נסיבות ביצועה של העבירה, ציין בית הדין, כי לפני המשיב עמדה "דילמה קשה", בעת ש"ביכר את שיקוליו האישיים" – טיפוח נישואיו בארצות הברית, לנוכח סירובה של אשתו להעתיק את מרכז חייהם לישראל, על פני חובתו לשוב ארצה ולהשלים את חובת השירות הצבאי. עוד צוין, כי במהלך השנים שבהן שהה המשיב בארצות הברית ולאחר גירושיו, התמכר להימורים, נקלע לחובות ואף השתמש בסם מסוג קנאביס. נסיבות אלו, לצד העובדה כי המשיב הגיע ארצה בהמשך, לשם הסדרת מעמדו בצבא, בחודש יוני 2017, נשקלו לזכותו של המשיב. הוטעם, כי "נסיבות ביצוע העבירה של הנאשם הינן בעלות אופי מיוחד, המצדיק התחשבות בקביעת הסף התחתון של מתחם הענישה". מנגד, נקבע כי המשיב "הפר בצורה גסה", את ההסכם שנכרת בינו לבין הצבא ולפיו, היה עליו לשוב ולהשלים את השירות הצבאי בתום דחיית שירות בת כארבע שנים, שהוענקה לו לצורכי לימודים ופיתוח קריירה כספורטאי. נוכח האמור, קבע בית הדין קמא, כי יש להעמיד את מתחם העונש ההולם על שישה (6) עד שמונה עשר (18) חודשי מאסר בפועל.

11. בבואו לגזור את דינו של המשיב בתוככי המתחם, שקל בית הדין קמא את הודאתו של המשיב, וחרטתו ה"גמורה", תוך שבואר כי המדובר בבן למשפחה

נורמטיבית, אשר תרמה לביטחון המדינה. בית הדין אף התחשב בגילו של המשיב היום ובכך שמרכז חייו בארה"ב. משקל של ממש ניתן על-ידי בית הדין קמא "לכך שהנאשם עלול לאבד את מקום עבודתו ואשרת שהייתו בארה"ב, אם יוטל עליו עונש אשר יכתימו ברישום פלילי מלא". משכך, ראה בית הדין לגזור על המשיב עונש המצוי בספו התחתון של המתחם שנקבע, דהיינו **שישה (6) חודשי מאסר בפועל**, והורה אף להגביל את תוצאות הרישום הפלילי. נקבע גם, כי מאחר ש"בבסיס העבירה... עמדו שיקולים אישיים, בהם שיקולים כלכליים", ומשום שעונש המאסר "מקל עמו באופן ממש" יש לכלול בתמהיל הענישה "גם רכיב כספי מכביד". משסבר בית הדין קמא כי המשיב פוטר משירות צבאי, ראה שלא להשית עליו עונש מאסר מותנה.

ערעור התביעה

12. לדידה של התביעה הצבאית, אין במתחם העונש שנקבע כדי להלוס את חומרת העבירה. נטען, כי בית הדין קמא השית על המשיב עונש "החורג לקולא באופן קיצוני מרמות הענישה" הנהוגות במקרים כגון דא. נטען גם, כי שגה בית הדין קמא "עת מיקם את רכיב המאסר ברף הנמוך של מתחם העונש ההולס", תוך שהתעלם מנסיבות החומרה הרבות המתקיימות במקרה דנן. אשר לסיוג משך תקופת הרישום הפלילי נטען, כי "לא הייתה הצדקה ממשית... לסייג את הרישום הפלילי... בשונה מנאשמים אחרים שהורשעו בעבירה דומה". בהקשר זה הוטעם, כי כפי שעלה מעדותו של המשיב, מעמדו כיום בארצות-הברית הוא של אזרח, כך "שהכתמתו" ברישום פלילי "מלא" לא תוביל לביטול אזרחותו, כפי שנקבע בשוגג על-ידי הערכאה קמא. עוד נטען, כי הפסיקה הכירה בכך שהשימוש בסמכות להגביל את משך הרישום הפלילי, צריך להיעשות במקרים חריגים, במשורה ובעיקר נוכח מוטיבציה של הנאשם לשרת בצה"ל ולממש את חובתו האזרחית. משכך, הוטעם, כי בעניינו של המשיב, לא היה מקום לעשות שימוש בסמכות זו שהרי שהלה לא הביע מוטיבציה לשרת והגעתו לישראל נעשתה אך לשם הסדרת מעמדו והשגת הפטור המיוחל.

13. הוסיפה התביעה וטענה כי "לא היה מקום להטלת רכיב עונש כספי בדמות קנס, חלף מאסר בפועל, לא כל שכן מבלי לקבוע מתחם עונש הולס גם לרכיב עונש זה כמצוות תיקון 113 לחוק העונשין". לעניין הפיצוי נטען כי "לא היה מקום לחייב את המשיב בפיצויים, חלף עונש המאסר בפועל, שכן אין המדובר בעבירה כלפי רכוש או בעבירה בה יש נפגע מביצוע העבירה אותה יש לשפוט". עוד נטען, כי שגה בית הדין קמא משלא הטיל על המשיב עונש מאסר מותנה, משום שהמשיב טרם פוטר משירות ביטחון.

תשובת ההגנה

14. ההגנה ביקשה כי נדחה את ערעור התביעה וסמכה ידה על גזר-דינה של הערכאה קמא. לדידה של ההגנה שקל בית הדין קמא את מכלול הנסיבות שהובאו לפניו, ואיזן כדבעי בין השיקולים השונים. נטען, כי גזר הדין שקול וראוי בנסיבות העניין. משכך, סבורה ההגנה, כי אין להתערב בעונשים שנקבעו. הסנגור שב ועמד על נסיבותיו החריגות של המשיב והדילמות שעמן התמודד לאורך השנים, כפי שפורט לעיל. לצד זאת, פירט הסנגור על ההשלכות המשמעותיות הנלוות להחמרה בעונש המאסר, נוכח הרישום הפלילי שנלווה לו, ועל הנזק ארוך הטווח הצפוי מכך למשיב. נטען, כי אף שהמשיב פוטר משירות צבאי ולא תרם את חלקו, הרי שעשה כן בעל כורחו וכי במהלך השנים פעל על-מנת להסדיר מעמדו אל מול רשויות הגיוס.

דיון והכרעה

15. ככלל, ערכאת הערעור לא תתערב בעונש שגזרה הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים, כאשר 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)). נבחן, אפוא, האם נפלה טעות מהותית בגזר הדין, בהתאם לשיקולי הענישה המקובלים והכללים שנקבעו בפסיקה מתאימה.

16. כידוע, במסגרת קביעת מתחם העונש ההולם ובהתאם לעיקרון ההלימה, יש לבחון גם את "נסיבות ביצוע העבירה" ו"מידת אשמו" של העושה. לעניין עבירה של היעדר מן השירות הצבאי בכלל, וביחס להיעדרות ממושכת בפרט, נקבע כי:

"היקף הפגיעה המשמעותית בערך החברתי, הנובע ממשכה הרב של ההיעדרות... מחייב, ככלל, ענישה משמעותית... שיקולי ההלימה מצדיקים להטיל עונש מאסר בפועל בן מספר חודשים, אשר יהיה בו כדי להלום את הפגיעה באינטרס החברתי של קידום השוויון בנטל השירות הצבאי, שתכליתו להגן על חוסנו של הצבא ועל לכידותה של החברה הישראלית" (ע/28/17 **טור' אמבאו נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).

אף בית המשפט העליון נתן דעתו לחשיבות השירות הצבאי בקבעו כי:

"השירות הצבאי הוא חלק מהותי מחייו של כל צעיר בישראל, ואין לתת יד לגישה לפיה רק מעטים ישאו בעול השירות, יתרמו ממיטב שנותיהם ואף יסכנו את חייהם, שעה שאחרים ימצאו דרכי מילוט שלא לשאת בנטל" (בג"ץ 1532/00 **זה ברמקר נ' שר הבטחון**, פ"ד נד(2) 297, 302-303 (2000); וראו גם: ע/27/12 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' לוי** (2012), ע/52/07 **רב"ט מהרט נ' התובע הצבאי הראשי** (2007), ע/11/13 **טור'**

**גילבה נ' התובע הצבאי הראשי (2013), וע/13/38
התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוזיאל (2013).**

בית-דין זה קבע עוד, כי ראוי להחמיר בעונשו אף של מי אשר תוצאת היעדרותו הממושכת מן השירות הובילה לפיטוריו משירות ביטחון (ראו: ע/12/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' לוי (2013)**).

17. בענייננו, החומרה המיוחדת הניבטת מהיעדרותו של המשיב אינה מתמצית אך במשכה של העבירה, אלא נובעת גם ובעיקר מרקעה המיוחד. המדובר במי אשר זכה להקלות משמעותיות בתנאי השירות, במהלך תקופת שירותו הקצרה, על רקע היותו "ספורטאי מצטיין". בהמשך, קיבל, לבקשתו, הטבה מפליגה נוספת, שבה זוכים מתי מעט, עת נדחה שירותו הצבאי, תחילה למשך שנה, ובהמשך למשך ארבע שנים, על מנת שיוכל להגשים את שאיפותיו הספורטיביות ולשלבן עם לימודים במכללה בארצות הברית, במימונה. אין חולק, כי המשיב היה מודע לתנאים שעמדו בבסיס הטבה זו ובראשם – חובתו לשוב בתום התקופה לישראל ולהשלים את שירותו הצבאי. חרף זאת, זמן קצר לאחר שעזב את הארץ, נישא בארה"ב, החל בהליכים לקבלת אזרחות אמריקאית ובמקביל השלים את לימודי התואר הראשון והשני. בתוך כך, זנח את התחייבויותיו לשוב ולשרת בצה"ל ועשה כל שלאל ידו על-מנת להשיג פטור משירות צבאי או לחלופין קיצור שירות. חרף ניסיונות אלו, הובהר למשיב, פעם אחר פעם, כי לא יזכה בפטור המיוחל. דא עקא, שלא היה בכך להועיל והמשיב חזר לישראל רק במחציתה של שנת 2017 על-מנת להסדיר מעמדו. בואר, כי חזרתו לישראל באותו מועד לא נעשתה על-מנת להשלים את שירותו הצבאי. במצב דברים זה, אין אלא לקבוע, בשונה מקביעתה של הערכאה קמא, כי יש **בנסיבות ביצוע העבירה וב"מידת אשמו"** של המשיב **כדי להחמיר עימו** בעת קביעת מתחם העונש ההולם. יפים לעניין זה הדברים שנקבעו בע/58/03 **טור' ניקמן נ' התובע הצבאי הראשי (2003)** :

"תכלית הענישה היא להוות ביטוי הולם לאיזון בין היבטי החומרה בה רואה החברה את מעשה העבירה לנסיבות לכף זכות ולכף קולא. בענייננו גוברות נסיבות החומרה. העובדה שהמשיב עשה דין לעצמו שנים רבות, ובכלל זה במהלך תקופה ארוכה שבה משרתים בני גילו שרות קשה ותובעני בתקופת לחימה – אינה מאפשרת התייחסות סלחנית".

18. אף בחינת מדיניות הענישה הנוהגת מלמדת כי ספו התחתון של המתחם שקבע בית הדין קמא, חורג מן המקובל ואינו עונה על שיקולי ההלימה במקרה דנן (ראו למשל: ע/241/02 **טור' סמירנוב נ' התובע הצבאי הראשי (2002)**; ע/6/03 **טור' חרזי נ' התובע הצבאי הראשי (2003)**; ע/68/14 **טור' פנטה נ' התובע הצבאי הראשי**

(2014); ע/53/17 טור' מיכייב נ' התובע הצבאי הראשי (2017); ע/44/17 טור' דבורקין נ' התובע הצבאי הראשי (2017); ע/33/17 התובע הצבאי הראשי נ' טור' אסרף (2017)).

19. אשר על כן, לאחר בחינת חומרת מעשה העבירה בנסיבותיה, האינטרסים החברתיים שנפגעו כתוצאה ממעשיו של המשיב ומידת הפגיעה בהם, מידת אשמו של המשיב ומדיניות הענישה הנוהגת, ראינו להעמיד את מתחם העונש ההולם על שמונה (8) עד שמונה-עשר (18) חודשי מאסר בפועל.

20. לא נעלמו מעינינו הטעמים שבגינם נקבע ספו התחתון של מתחם העונש ההולם על-ידי בית הדין קמא וטיעוניו המפורטים של בא כוח המשיב בסוגיית הרישום הפלילי. עם זאת, בהתאם לתכליתה של הוראת סעיף 404א לחוק השיפוט הצבאי ובראי נסיבות העניין, לא ראינו, ממילא, כי יש לסייג את תקופת הרישום הפלילי, משנקבע כי:

"מעשה חקיקה זה נועד לתת פתרון ביניים מידתי לעבירות שאינן חמורות. מידת החומרה נמדדת בחוק באורכו של עונש המאסר המוטל. רוצה לומר – ברישום פלילי 'מופחת' יזכה מי שלפי טיב מעשיו, היקפם וחומרתם, ראוי לעונש שאינו עולה על חודשיים מאסר. פשיטא, שברגיל, מי שראוי לעונש כבד יותר לא יזכה להקלה שברישום המופחת" (ע/56/13 סמל ברמן נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 11 (2013); וראו: ע/97/11 רב"ט ווקנין נ' התובע הצבאי הראשי (2012); ע/81/16 רב"ט דתנור נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

כך אף נקבע בע/35/13 רב"ט ר' א' נ' התובע הצבאי הראשי (2014), ביחס לכלל המחייב רישום פלילי "מלא", כי:

"הסטייה ממנו, נוכח תכלית החקיקה כאמור, צריכה להיעשות במשורה, כדי שלא לסכל את מטרתו זו של המחוקק לצמצום היקף הרישום הפלילי. זאת ועוד: הטלת החובה על הערכאה הדנה לרישום את טעמיה לסטייה מהכלל הקבוע בחוק באשר לרישום הפלילי הנובע מהענישה שהוטלה, מלמדת על הצורך בקיום טעמים ממשיים, בני משקל ומהותיים".

21. בענייננו, לא מצאנו כי הטעמים שציין בית הדין קמא בכל הנוגע לנסיבות חייו של המשיב ובהן, העובדה כי נבצר ממנו, בשל נישואיו, לשוב ארצה ולהסדיר את מעמדו, ובהמשך – התמכרותו להימורים מחד גיסא, והשתקעותו בעבודה ובלימודים, מאידך גיסא – מצדיקים הקלה כה מופלגת בעונש. כפי שבואר, המשיב ביכר להפר את הדין באורח בוטה, נמנע מלמלא אחר התחייבויותיו ופגע, ברגל גסה, באמון שניתן בו על-ידי רשויות הצבא, והכל על-מנת לעשות לביתו ולתועלתו האישית. מעשים שכאלו, ראויים לענישה מכבידה.

22. עם זאת, משאין דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין בקבלה את ערעור התביעה, ראינו להעמיד את עונשו של המשיב בספו התחתון של המתחם שקבענו. בהתאם, אנו מורים כי עונשו יועמד על שמונה (8) חודשי מאסר בפועל. בצד זאת, נוכח ההחמרה בעונש המאסר בפועל ומשרכיבי הענישה הכלכליים הושתו על-מנת ליצור תמהיל ענישה הולם, ראינו לבטל את עונש הקנס שנפסק וכן לבטל את רכיב הפיצויים שנקבע. מאחר שהמשיב טרם פוטר משירות ביטחון, הננו מטילים אף עונש מאסר מותנה בן ארבעה חודשים למשך שנתיים, לבל יעבור את העבירה שבה הורשע.

23. ערעור התביעה מתקבל, אפוא.

ניתן והודע היום, ב' בסיון התשע"ח, 16 במאי 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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