



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם שגיא עילם - שופט

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, סגן אריאלה סגל)

נ ג ד

ח/XXX טור' מ' ע' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד ענאן ח'יר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 62/17 (סא"ל רונן שור – שופט) ביום 2.3.2017. הערעור (קולת העונש) התקבל.

פ ס ק - ד י נ

כללי

1. בפנינו ערעורה של התביעה הצבאית על העונש שנגזר על המשיב, **טור' מ' ע'**, שהורשע, על-פי הודאתו, בעבירה שעניינה העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955, בגין היעדרותו מיחידתו, מיטב **XXX**, במשך 342 ימים.
2. בית הדין קמא גזר על המשיב עונש של תשעים (90) ימי מאסר לריצוי בפועל, לצד ששים (60) ימי מאסר על תנאי למשך שנתיים. כן הורה על הפעלתו של עונש מאסר מותנה, בן ארבעים וחמישה (45) ימים, במצטבר לעונש המאסר בפועל שהושת. סך הכל נקבע, כי המשיב ירצה מאה שלושים וחמישה (135) ימי מאסר בפועל.
3. התביעה הצבאית לא השלימה עם קביעת מתחם העונש ההולם ועם מידתו של עונש המאסר בפועל שהושת ומכאן הערעור שלפנינו.

גזר-דינה של הערכאה קמא

4. בית הדין קמא עמד, במסגרת גזר-דינו, על כך שהמשיב לא שירת שירות צבאי כלל וזאת בשל היעדרויות חוזרות ונשנות, שנבעו מאי-שביעות רצונו משיבוצו. כן נתן דעתו, לכך שהיעדרותו של המשיב נמשכה זמן רב והסתיימה אך במעצרו. מנגד, התחשב בית הדין קמא, במצבו הכלכלי הקשה של המשיב ובמצבו המשפחתי המורכב, אף שציין כי המשיב לא פעל לשלב בין חובת השירות בצבא לבין נסיבותיו האישיות. בנסיבות אלו, קבע, כי מתחם העונש ההולם נע בין תשעים (90) ימי מאסר בפועל למאה ושמונים (180) ימי מאסר בפועל.

5. בבוא בית הדין קמא לגזור את דינו של המשיב בתוככי מתחם העונש שנקבע, נתן את דעתו לגילו הצעיר של המשיב, וכן לפגיעה של העונש במשיב ובמשפחתו לאור העזרה שהוא מעניק לאביו, הלוקה בבריאותו. כן התחשב בהודאתו של המשיב ובהבעת החרטה על-ידו. עוד ציין, כי אף ההחלטה "ביחס לאופן הפעלת עונש המאסר המותנה", כמפורט להלן, מהווה שיקול בקביעת העונש. בהתאם, קבע בית הדין קמא, את העונש בספו התחתון של המתחם.

6. משהחל המשיב את היעדרותו הנוכחית מיד בסמוך לאחר שסיים לרצות עונש מאסר בגין היעדרות קודמת מן השירות, ולימד בכך שאין בעונש זה כדי להרתיעו מלשוב ולבצע את העבירה האמורה, סבר בית הדין קמא, כי אין לסטות מההלכה, שלפיה יש להורות על הפעלת עונש מאסר מותנה באופן מצטבר לעונש המושת בגין העבירה הנוכחית.

ערעור התביעה הצבאית

7. התביעה טענה בערעורה, כי שגה בית הדין קמא "עת מצא לקבוע מתחם ענישה ועונש מאסר בפועל הנוטים לקולה בצורה קיצונית, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הפגיעה החמורה בערכים המוגנים, נסיבות ביצוע העבירה והפסיקה הנוהגת". הוטעם, כי יש לראות חומרה יתירה בהיעדרותו של המשיב בשל חוסר מוטיבציה לשירות צבאי. עוד נטען, כי בית הדין קמא לא נתן משקל ראוי להיעדרויותיו החוזרות והנשנות של המשיב. במצב דברים זה, נטען, כי יש לזקוף את פיתוריו של המשיב משירות ביטחון בשל "התנהגות רעה וחמורה" – לחובתו. לבסוף נטען, כי שגה בית הדין קמא עת הפחית ממידת עונש המאסר בפועל שקבע, תוך שהתחשב בהחלטתו באשר לאופן הפעלת עונש המאסר המותנה.

עמדת ההגנה

8. ההגנה עתרה לדחות את ערעור התביעה הצבאית. תחילה, נטען, כי התביעה הצבאית מושתקת מלטעון כנגד קביעת המתחם וזאת משום שלא ציינה בפני בית הדין קמא את גבולות המתחם שיש לקבוע, לשיטתה. ההגנה אף שבה והטעימה, כי נסיבותיו האישיות של המשיב מצדיקות התחשבות משמעותית בעת גזירת עונשו ולפיכך, אין להצביע על שגיאה של בית הדין קמא. אשר להתחשבות בית הדין המחוזי, בעת קביעת העונש, בהחלטה להורות על הפעלת עונש המאסר המותנה במצטבר לעונש שנגזר, הוטעם, כי אף אם נפל בהנמקה זו פגם, הרי שבסקלול כלל השיקולים הצריכים לעניין, אין המדובר בהקלה בעונש המצדיקה את התערבותו של בית-דין זה.

דיון והכרעה

9. חומרת מעשיו של המשיב בולטת וכך גם פגיעת מעשיו בחובת הנשיאה השוויונית בנטל השירות הצבאי. כפי קביעת בית הדין קמא, שם לו המשיב למטרה שלא לשרת בצה"ל, מאחר שלא שובץ בתפקיד שבו חפץ. לחובתו היעדרויות חוזרות ונשנות ואף עמידתו הקודמת בפני בית הדין הצבאי לא הרתיעה אותו מלשוב ולהיעדר מן השירות הצבאי, על-אף שתלוי ועומד נגדו עונש מאסר מותנה בר הפעלה. בפועל, עד כה, לא שירת המשיב שירות צבאי של ממש ולא עשה כל ניסיון להסתייע בגורמי הצבא לצורך בחינת האפשרות לשלב בין חובת השירות הצבאי לבין נסיבותיו האישיות. לאחרונה אף פוטר המשיב משירות ביטחון בשל "התנהגות רעה וחמורה", כך שהוא אינו צפוי עוד לשרת בצה"ל.

10. נוכח האמור לעיל, ובשים לב למדיניות הענישה הנהוגה (ראו: ע/17/17 **טור' זבלסקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע/17/4 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' רובל** (2017); ע/13/38 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוזיאל** (2013); ע/12/48 **רב"ט בצלאל נ' התובע הצבאי הראשי** (2012); ע/12/11 **טור' צפר נ' התובע הצבאי הראשי** (2012)), שוכנענו, כי אין במתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא, כדי לבטא נכונה את מידת הפגיעה בערך המוגן ואת מידת אשמו של המשיב בביצועה, שעה שבחר לעשות דין לעצמו ולא לנסות ולהשתלב בשירות הצבאי, כמתחייב על-פי דין. בנסיבות העניין, מן הראוי היה להעמיד את מתחם העונש ההולם על **4 חודשי מאסר בפועל ועד 8 חודשי מאסר בפועל**.

11. עוד סברנו, כי שגה בית הדין קמא, עת השית על המשיב עונש בספו התחתון של מתחם העונש שקבע, תוך שהתחשב לעניין זה באופן הפעלת עונש המאסר המותנה (במצטבר). אמנם, טעמים של הלימה והרתעה חייבו, כפי שקבע בית הדין קמא, להורות על נשיאתו של עונש המאסר המותנה במצטבר, אשר היה תלוי ועומד נגד המשיב, (ראו הוראת סעיף 33(ד) לחוק השיפוט הצבאי וכן ע/08/57 **טור' נבט נ' התובע**

הצבאי הראשי (2008); ע/198/00 התובע הצבאי הראשי נ' טור' פוליבייב (2000)
וע/46/02 התובע הצבאי הראשי נ' טור' לוי (2002)). עם זאת, קביעה זו אינה יכולה להימנות במניין השיקולים בעת קביעת עונשו של המשיב בגין העבירה הנוכחית.
 12. בנסיבות העניין, ראינו עוד ליתן משקל מוגבל לנסיבותיו האישיות של המשיב, שעה שלא הן אלו שעמדו בבסיס היעדרותו מן השירות, אלא העדר המוטיבציה לשירות צבאי. לפיכך, ובהתאם למצוות המחוקק, ראינו לבכר על פניהן את שיקולי ההלימה. במצב דברים זה, יפים לענייננו דבריו של בית-דין זה, אשר קבע, 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" **(וע/113/07 התובע הצבאי הראשי נ' טור' אלחזוב (2007)).**

13. סוף דבר, באנו לכלל דעה, כי יש להחמיר בעונשו של המשיב ולקבל את ערעור התביעה. עם זאת, לאור הכלל, שלפיו אין בית הדין לערעורים ממצה את הדין בקבלו את ערעור התביעה, מצאנו להעמיד את עונש המאסר בפועל על **ארבעה וחצי חודשים (4.5)**. אין שינוי ביתר רכיבי גזר הדין ובהוראת בית הדין בדבר צבירת עונש המאסר המותנה, כך שבסך הכל ירצה המשיב מאה ושמונים (180) ימי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו.

ניתן היום, ט' בניסן התשע"ז, 5 באפריל 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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