



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם סער כרמלי - שופט

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, סגן אריאלה סגל ; קמ"ש מעיין צעירי)

נגד

ב/XXX טור' ר' ז' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד לואי אלמן)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 211/17 (רס"ן נמרוד פלקס – שופט) ביום 23.5.2017. הערעור (קולת העונש) התקבל.

פסק - דין

רקע

1. טוראי ר' ז', **המשיב**, הורשע על-פי הודאתו, בעבירה שעניינה היעדר מן השירות שלא ברשות, למשך 711 ימים.
2. בגין עבירה זו הטיל בית הדין קמא על המשיב, מאה שלושים וחמישה (135) ימי מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה וכן הורה על הפעלתו של עונש מאסר מותנה, בן ששים (60) ימים, חציו במצטבר לעונש המאסר בפועל שהושת וחציו בחופף לו, כך שבסך הכל, על המשיב לרצות מאה ששים וחמישה (165) ימי מאסר בפועל.
3. התביעה לא השלימה עם מידתו של עונש המאסר בפועל אשר הוטל על המשיב ומכאן הערעור שלפנינו.

התשתית העובדתית

4. עיון בראיות שהוצגו בפני הערכאה קמא מלמד על השתלשלות עניינים הבאה :
- א. המשיב גויס לצה"ל בשנת 2014 לאחר תקופת השתמטות ממושכת מגיוס, בת 1188 ימים, בגינה נידון בפני בית הדין הצבאי והושת עליו עונש מאסר בפועל לצד מאסר מותנה בן 60 ימים.
- ב. בהתאם להמלצת בית הדין אז הובא המשיב בפני ועדת התאמה לשירות, אשר מצאה את המשיב מתאים לשירות צבאי. ערעור שהגיש על החלטה זו נדחה. מיד כשנודעה לו החלטה זו החל המשיב בהיעדרותו הנוכחית, אשר הסתיימה עם התייצבותו. כמו כן, במהלך תקופת מעצרו באותה עת, נדרש המשיב לשתף פעולה עם רשויות הגיוס לשם קביעת פרופיל רפואי, אך סירב לעשות כן.
- ג. בתקופת מעצרו הנוכחית, הובא המשיב לפני ועדת התאמה לשירות אשר החליטה, בזו הפעם, על פיטוריו משירות בטחון על רקע התנהגות רעה וחמורה.

גזר הדין בערכאה קמא

5. בית הדין קמא פירט את הטעמים שהביאוהו לגזור את דינו של המשיב, כדלקמן :

"סקירת פסקי הדין של ערכאת הערעור... מלמדת כי בעבירה זו כאשר משך ההיעדרות נע בין שנה למספר שנים... מתחם הענישה ההולם נע בין 3 חודשי מאסר בפועל לבין 8 חודשי מאסר בפועל... בתוך מתחם הענישה האמור הנני מביא לנגד עיני את מצבו הכלכלי של הנאשם ובפרט את מצבה הכלכלי של משפחתו... אכן קשה להלום מצב דברים בו חייל מופטר משירות מפאת התנהגות רעה וחמורה ומבקש להשתמש בכך משום נסיבה לקולא. אך עולה כי... מצב כלכלי קשה ומצב רפואי בכי רע של אבי הנאשם... הנאשם לא ביקש באופן ממשי להשתלב בשירות הצבאי וספק אם עשה מאמץ כלשהו בעניין זה, יחד עם זאת דומני שנסיבות חיו האמורות הן שהובילו אותו... לביצוע העבירה... הותרת הנאשם במאסר ממושך תפגע במשפחת הנאשם... ואף בנאשם עצמו... המקרה דנן הוא מקרה המצדיק לטעמי חפיפה חלקית של התנאי מפאת הפגיעה בפרנסת משפחת הנאשם ובהתחשב בכך ש... עונש מאסר... המגיע כמעט לכדי חצי שנה מהווה משום הרתעה הולמת אף כלפי הציבור בכללותו".

ערעור התביעה

6. התביעה הצבאית עתרה להחמיר בעונשו של המשיב. נטען, כי בית הדין קמא שגה משלא קבע מתחם עונש הולם, הנוטל בחשבון את נסיבות ביצוע העבירה של המשיב, וכי נראה, כי לא שקל את הפגיעה בערך החברתי, שנגרמה כתוצאה ממעשי המשיב והתעלם מנסיבות המקרה. כן נטען, כי שגה בית הדין קמא עת העמיד את עונשו של המשיב בספו התחתון של המתחם, תוך מתן משקל בכורה לנסיבותיו האישיות של המשיב. לבסוף נטען, כי בהתאם להוראת סעיף 33(ד) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, שגה בית הדין קמא עת הורה לחפוף חלק מתקופת התנאי מתוך התחשבות במשך עונש המאסר שהושת ותוך סטייה מן הכלל, שלפיו יש להורות על הפעלת מאסר מותנה במצטבר לעונש מאסר בפועל.

עמדת ההגנה

7. בא-כוחו של המשיב עתר, מנגד, להימנע מלהתערב בפסק-דין של בית הדין קמא. נטען, כי העונש שהושת על המשיב מאוזן וראוי, ונוטל בחשבון את רקעו האישי והמשפחתי של המשיב ובעיקר, את הקשיים הכלכליים שעומדים מתמודדת המשפחה לאורך השנים. במצב דברים זה, הוטעם, כי אף אם העונש אשר הוטל על המשיב מקל עימו במידת מה, עדין אין המדובר בסטייה, המחייבת את התערבות ערכאת הערעור בו ולפיכך יש להותירו על כנו. עוד נטען, כי יש ליתן משקל לעובדה, כי המשיב צפוי לסיים את עונש המאסר בפועל בימים הקרובים.

דיון והכרעה

8. חומרת מעשיו של המשיב בולטת וכך גם פגיעת מעשיו בחובת הנשיאה השוויונית בנטל השירות הצבאי. ניכר, בהתאם לנסיבות ביצוע העבירה, לאור השתלשלות העניינים, כי המשיב גמר אומר בדעתו שלא לממש את חובתו החוקית ולא לשרת בצה"ל. המדובר בהיעדרות ממושכת ביותר, אשר החלה מיד לאחר שנודע למשיב כי לא יפוטר מצה"ל, חרף בקשתו, בסמוך לאחר שסיים לרצות עונש מאסר בפועל שהושת עליו על-ידי בית הדין הצבאי בגין השתמטות ארוכה ושעה שתלוי ועומד נגדו עונש מאסר מותנה בר הפעלה. למעשה, המשיב לא עשה דבר על-מנת לנסות ולשלב בין נסיבותיו מבית לבין תנאי השירות הצבאי. במקרים כגון דא, מתאימות קביעותיו של בית-דין זה, אשר 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)). כן נקבע כי

מעשים אלה, שעה שבבסיסם העדר מוטיבציה לשירות צבאי, מחייבים ענישה הולמת ומרתיעה וכי ההתחשבות בנסיבות האישיות ראוי שתהייה תחומה ומוגבלת (ראו: ע/24/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוידה** (2017); ע/45/11 **טור' איסקוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)).

9. בקובענו כך, הרי שאין במתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא, כדי לבטא נכונה את מידת הפגיעה בערכים המוגנים, את נסיבותיה המחמירות של העבירה במקרה דנן, ואף לא את מדיניות הענישה הנוהגת (ראו למשל: ע/68/14 **טור' פנטה נ' התובע הצבאי הראשי** (2014); ע/38/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוזיאל** (2013); ע/78/13 **טור' טורצ'ינסקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2013)). לפיכך, ראינו להעמיד את מתחם העונש ההולם על עונש מאסר בפועל, הנע בין **חמישה חודשים לעשרה חודשים**.

10. עוד שוכנענו, כי הערכאה קמא נתנה משקל יתר לנסיבותיו האישיות של המשיב, ובכך חטאה לחובתה לקבוע עונש אשר יהלום גם מטרות של גמול והרתעה ולא איזנה כראוי בין שיקולי הענישה השונים. זה המקום להעיר, כי בשונה מבית הדין המחוזי, לא התרשמנו, כי מצבה הכלכלי של משפחת המשיב מצדיק התחשבות רבתי זו.

11. 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 אינן במקור]. אמנם, בית הדין קמא נימק את החלטתו להורות על חפיפה חלקית בין העונשים, בהתחשבות בצרכים הכלכליים של המשפחה ומתוך שסבר כי די בכך כדי להלום את חומרת המעשים, ואולם, בשים-לב לקביעתנו דלעיל, באשר למצבה הכלכלי של המשפחה ובהינתן כי המשיב החל בהיעדרותו מייד לאחר שהתברר לו כי בקשתו לפטור מן השירות הצבאי נדחתה, **בסמוך** לאחר שסיים לרצות עונש מאסר קודם, וביודעו כי חרב המאסר המותנה מונחת על צווארו, משכלל לא פעל על-מנת לנסות ולשלב בין צרכיו האישיים לבין חובת השירות – הרי שלא היה מקום לחפוף, ולו באופן חלקי, בין עונש המאסר בפועל שהושת בגין ההיעדרות הנוכחית לבין עונש המאסר המותנה שהופעל (ראו ע/24/17 הנ"ל; ע/1/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור'**

סמואל (2017); ע/57/08 טור' נבט נ' התובע הצבאי הראשי (2008); ע/46/02 התובע הצבאי הראשי נ' טור' לוי (2002)).

12. סוף דבר, ראינו לקבל את ערעור התביעה ולהחמיר בעונשו של המשיב. עם זאת, לאור הכלל, שלפיו אין ערכאת הערעור ממצה את הדין בעת קבלת ערעור התביעה לעונש, הננו מורים כי עונש המאסר בפועל יעמוד על 165 ימים. כן אנו מורים כי עונש המאסר המותנה, בן 60 הימים, יופעל וירוצה **כולו** במצטבר לעונש המאסר הנוכחי, כך שבסך הכל ירצה המשיב **225 ימי מאסר בפועל**. אין שינוי ביתר רכיבי הענישה.

ניתן והודע היום, כ"ז בסיון התשע"ז, 21 ביוני 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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