



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

- תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם עמוס נחמני - שופט

בעניין :

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

נ ג ד

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

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המרכז שניתן בתיק מרכז (מחוזי) 82/17 (רס"ן נמרוד פלקס – שופט) ביום 6.4.2017. הערעור (קולת העונש) התקבל.

פ ס ק - ד י נ

כללי

1. בפנינו ערעורה של התביעה הצבאית על העונש שנגזר על המשיב, **טור' י' ל'**, שהורשע, על-פי הודאתו, בעבירה שעניינה העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בגין היעדרותו מיחידתו, אלמ"ר **XXX**, במשך 78 ימים.
2. בית הדין קמא גזר על המשיב עונש של נזיפה, לצד הארכת עונש של מאסר מותנה בן 60 ימים, שהוטל על המשיב בתיק מרכז (מחוזי) 450/16, למשך שנה נוספת מתום תקופת התנאי. בהתאם, שוחרר המשיב מן הכלא במועד מתן גזר הדין בעניינו (6.4.2017).

3. התביעה הצבאית לא השלימה עם העונש האמור ועתירתה מכוונת הן כנגד העונש שהוטל על המשיב והן כנגד אי-הפעלתו של עונש המאסר המותנה.

גזר-דינה של הערכאה קמא

4. בית הדין קמא נתן דעתו לערך החברתי אשר נפגע כתוצאה ממעשי המשיב, וכן התייחס לשירותו הצבאי, להיעדרויותיו החוזרות ונשנות ולהמלצה, מהעת האחרונה, לפטור אותו משירות ביטחון בגין "התנהגות רעה וחמורה". כן שקל בית הדין קמא במניין שיקוליו בעת גזירת הדין את נסיבות חייו הקשות של המשיב. בהינתן כל אלו סבר, כי יש לגזור על המשיב **עונש מאסר בפועל לתקופה של 45 ימים**. חרף האמור, בסופו של יום, ראה בית הדין קמא להימנע לחלוטין מלהשית על המשיב עונש מאסר בפועל, וזאת מן הטעמים הבאים:

"סבורני כי מתחם הענישה בנסיבות הספציפיות נע בין 30 ל 90 ימים ומעצרו בפועל של הנאשם בא בתוך מתחם זה. אכן כאמור סבורני כי האיזון הראוי היה להשית על הנאשם 45 ימי מאסר אך נוכח המגבלה שבחוק אשר ככל שאשית עונש מאסר בפועל יוביל הדבר לריצוי עונש מאסר שלא יפחת מ 60 ימים סבורני כי יש להקל עם הנאשם ולאפשר לו לשוב לחיק משפחתו לשם חגיגת חג החירות הבא עלינו לטובה בשבוע הבא".

ערעור התביעה הצבאית

5. התביעה הצבאית טענה בהודעת הערעור, כי שגה בית הדין קמא "עת קבע מתחם ענישה הנע בין 30 ל-90 ימים. מתחם זה חורג לקולה. אין בו כדי לבטא נכונה את מידת הפגיעה בערכים המוגנים, נסיבות ביצוע העבירה והפסיקה הנוהגת. מתחם זה מתעלם מן העובדה שמדובר בהיעדרותו השלישית של המשיב, ובעיקר כי זוהי עמידתו השנייה בפני בית דין צבאי". עוד נטען, כי שגה בית הדין קמא עת הורה על הארכת עונש המאסר המותנה "תוך מתן משקל בכורה לעובדת הקרבה לחג הפסח, והתעלמות מוחלטת מיתר השיקולים אותם יש לשקול במסגרת גזירת הדין", וזאת בניגוד לכלל הקבוע בסעיף 33(א) לחוק השיפוט הצבאי ומבלי שנתקיימו התנאים הקבועים לשם כך, בהתאם לסעיף 33(ג) לחוק השיפוט הצבאי. נטען גם, כי בית הדין קמא שגה עת הפחית ממידת העונש שהשית, תוך שהתחשב בהחלטתו במאסר הכולל אשר יידרש המשיב לרצות, אם יופעל עונש המאסר המותנה התלוי ועומד כנגדו. עוד הוטעם, כי בית הדין המחוזי שגה עת חרג לקולה ממתחם העונש ההולם שקבע, מבלי שנימק סטייה זו ומבלי שצוינו שיקולי שיקום מיוחדים על-ידי בית הדין ואף לא על-ידי

ההגנה. כן נטען, כי בהתאם לעקרון ההלימה, מן הראוי היה להורות על הפעלת עונש המאסר המותנה במצטבר להטלת עונש של מאסר בפועל. נטען גם, כי יש לראות חומרה יתירה בחוסר המוטיבציה של המשיב לשירות צבאי, אשר עמד ברקע ההיעדרויות החוזרות ונשנות. במצב דברים זה, הודגש, כי יש לזקוף לחובתו של המשיב את המלצת ועדת ההתאמה לשירות, כמפורט לעיל.

עמדת ההגנה

6. מנגד, עתרה ההגנה לדחות את ערעור התביעה הצבאית, אם כי לא כיחדה כי נפלה שגגה מלפני בית הדין קמא, באשר לאופן ההנמקה בגזר הדין. ההגנה ציינה, כי נסיבותיו האישיות של המשיב מצדיקות התחשבות משמעותית בעת גזירת עונשו ולפיכך, הגם שנפלו שגיאות משפטיות באופן בו נימק בית הדין קמא את גזר הדין, אין בכך כדי להצביע על שגיאה ביחס לתוצאה העונשית. עוד ביקשה ההגנה כי נתחשב בעובדת שחרורו של המשיב מן הכלא, במועד מתן גזר הדין. בהקשר זה נטען, כי השבתו אל מאחורי סורג ובריח תהווה פגיעה בלתי מידתית בו. בסופו של דבר, נטען, כי אף אם נפל פגם בהנמקת גזר הדין, כאמור, הרי שבסקלול כלל השיקולים הצריכים לעניין, אין המדובר בהקלה בעונש המצדיקה את התערבותו של בית-דין זה.

דיון והכרעה

7. בית-דין זה שב ופסק, לאורך שנים, כי מי ששב ונעדר מן השירות, פעם אחר פעם, מתוך רצון לקבל פטור משירות צבאי, פוגע פגיעה קשה בחובת הנשיאה השוויונית בנטל השירות הצבאי. היקף הפגיעה המשמעותית בערך החברתי, נוכח היעדרות משירות צבאי שנובעת מחוסר המוטיבציה לשרת בצבא – מחייב, ככלל, ענישה משמעותית אשר יהיה בה כדי להלום את הפגיעה באינטרס החברתי, שתכליתו להגן על חוסנו של הצבא ועל לכידותה של החברה הישראלית (ראו והשוו: ע/28/17 **טור' אמבאו נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע/4/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' רובל** (2017); ע/27/12 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' לוי** (2012) וע/52/07 **רב"ט מהרט נ' התובע הצבאי הראשי** (2007)). קביעות אלו יפות לענייננו, שעה שהמשיב נעדר מן השירות זמן קצר בלבד לאחר שסיים לרצות עונש מאסר 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. נציין גם, כי שתי היעדרויות האחרונות של המשיב, הסתיימו במעצרו.

8. למעשה, עד כה, לא שירת המשיב שירות צבאי של ממש ולא נקלט ביחידה סדירה. אמנם, למשיב נתונים דלים מאד ונסיבותיו האישיות מבית מורכבות. בפני בית הדין קמא אף הונחה תשתית ראייתית, המלמדת כי למשיב ולמשפחתו קשיים כלכליים

בלתי מבוטלים. עם זאת, המשיב לא עשה ניסיון של ממש להסתייע בגורמי הצבא לצורך בחינת האפשרות לשלב בין חובת השירות הצבאי לבין קשייו האישיים מבית.

9. בית הדין קמא העמיד, כאמור, את מתחם העונש ההולם בנסיבות העניין, על 30 ימי מאסר לריצוי בפועל ועד 90 ימי מאסר לריצוי בפועל. מתחם זה מביא לידי ביטוי התחשבות מלאה בנתוניו האישיים של המשיב, ככל שיש זיקה של ממש בינם לבין נסיבות ביצוע העבירה. ברם, אף אם נצא מנקודת הנחה, שלפיה בנסיבות העניין אין הצדקה להתערב במתחם העונש ההולם שנקבע, הרי שבהתאם להוראות חוק העונשין, התשל"ז-1977, שומה היה על בית הדין קמא לנמק מדוע סטה ממתחם העונש ההולם שקבע (סעיף 40(ד3)) וממילא, ככלל, היה עליו לבסס את החריגה ממתחם העונש ההולם לקולה על שיקולי שיקום, אשר, כמפורט לעיל, לא באו לידי ביטוי במקרה דנן (סעיף 40 לחוק העונשין, וראו: רע"פ 430/17 **אזולאי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 7.3.2017)). זאת ועוד, כפי שפסקנו לאחרונה, הפעלתו של עונש מאסר מותנה מתיק קודם, אינה יכולה להוות שיקול במניין השיקולים בעת קביעת העונש הראוי לנאשם בגין מעשיו, שיקול מעין זה חוטא לעקרון ההלימה ולאופן הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה המתחייב על-פי תיקון 113 לחוק העונשין ואינו מתיישב עם הוראת סעיף 33(ד) לחוק השיפוט הצבאי (ראו: ע/24/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוידה** (2017)).

10. אף לגופו של עניין, בנסיבות המקרה והעושה, לא היה טעם, שהצדיק להימנע מלהורות על הפעלתו של עונש המאסר המותנה אשר תלוי ועומד כנגד המשיב, בניגוד לכלל הקבוע בסעיף 33(א) לחוק השיפוט הצבאי. אכן, בצד הכלל האמור, קבוע חריג שלפיו "מטעמים שיירשמו... אם שוכנע בית הדין שבנסיבות העניין לא יהיה זה צודק להפעיל את... המאסר על תנאי" רשאי הוא להורות על הארכת התנאי (ראו סעיף 33(ג) לחוק השיפוט הצבאי). עם זאת, חריג זה, יש להחיל במשורה ורק במקרים המתאימים לכך, על-מנת שלא לסטות מעקרון הבכורה בענישה, הוא עקרון ההלימה, תוך הנמקה ראויה (ראו והשוו: ע/54/06 **טור' יחזקאל נ' התובע הצבאי הראשי** (2006); ע/161/04 **טור' טפליצקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2005)); ע/76/12 **טור' גברזגי נ' התובע הצבאי הראשי** (2012)). הצבר של טעמים ובהם: משך ההיעדרות הנוכחית; סיומה במעצרו של המשיב; קיומן של שתי היעדרויות סמוכות קודמות, שעה שתלוי ועומד נגד המשיב עונש מאסר מותנה; היעדר מוטיבציה להמשך שירות צבאי והיעדר כל ניסיון להשתלב בשירות הצבאי – כל אלה חייבו, מטעמים של הלימה והרתעה, בהתאם לכלל הקבוע בחוק, להורות על הפעלת עונש המאסר המותנה, אשר היה תלוי ועומד נגד המשיב, חלף הארכתו (ראו והשוו: ע/4/13 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2013); ע/11/12 **טור' צפר נ' התובע הצבאי הראשי** (2012)). בנסיבות העניין, קביעתו של בית הדין קמא, להימנע מהפעלת מאסר מותנה על-מנת לאפשר

למשיב לחוג את חג החירות עם בני משפחתו, אינה יכולה לעמוד ואין בה כדי להצדיק חריגה מהכלל שפורט.

11. 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, ואף בהתחשב בכך שהמשיב שוחרר אך לאחרונה ממעצרו ולא בנקל יורה בית הדין על השבתו של נאשם אל מאחורי סורג ובריח (ראו: עניין **התובע הצבאי הראשי נ' טור' רובל** (2017); ע/45/12 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' מוראשוב** (2012)), מצאנו להימנע מלמצות את הדין עם המשיב ואף להקל עמו. סברנו, כי נוכח השתלשלות העניינים ואף בהתחשב בנתוניו הדלים של המשיב, במצוקתו מבית, ובחג החירות המצוי בפתח, להעמיד את עונשו של המשיב על 50 ימי מאסר בפועל, ולהורות כי עונש המאסר המותנה שתלוי ועומד נגדו, יופעל וירוצה בחופף לו. כמו כן, לפנינו משורת הדין, מצאנו להורות כי המשיב ישהה בחופשה עד לאחר חג הפסח. לצד זאת, מוטלים על המשיב 75 ימי מאסר על תנאי, לבל יעבור את העבירה בה הורשע, למשך שנתיים.

12. לפיכך, על המשיב להתייצב בבס"כ XXX לריצוי יתרת עונשו, ביום ד', 12.4.2017, עד לשעה 10:00.

13. ערעור התביעה מתקבל, אפוא, כך שעל המשיב לרצות, סך הכל, 60 ימי מאסר בכליאה החל מהיום, בניכוי ימי מעצרו עד כה.

ניתן היום, י"ג בניסן התשע"ז, 9 באפריל 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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