



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא
 תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
 אל"ם מאיה הלר - שופטת

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט)

נגד

ח/XXX סמל ח' ח' – המשיב (ע"י ב"כ, סרן ליאור עייש ; סרן יעלה צפלאוי)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המרכז שניתן בתיק מרכז (מחוזי) 350/170 (רס"ן מיכאל קרשן – שופט) ביום 13.12.17. הערעור (קולת העונש) התקבל.

פסק-דין

כללי

1. המשיב, סמל ח' ח', הורשע בבית הדין קמא, על-פי הודאתו בכתב אישום מתוקן ולאחר שמיעת ראיות חלקית, בשתי עבירות שעניינן שימוש בסם מסוכן, לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. נקבע, במסגרת הרשעתו של המשיב בפרט האישום הראשון, כי ביום 1.11.2017, בשעה 02:00, בעמדת שמירה במוצב, בסמוך למחסום ארז, השתמש המשיב בסם מסוכן מסוג קנאביס בצוותא חדא עם חייל אחר. כמו כן, נקבע, במסגרת הרשעתו בפרט האישום השני, כי המשיב השתמש בסם האמור, החל מחודש נובמבר 2015 ועד ליום 1.11.2017, בנסיבות אזרחיות, בעשרות בודדות של הזדמנויות.

בעקבות הרשעתו, הושטו על המשיב ששים (60) ימי מאסר בפועל, מאסר מותנה, תשעה (9) חודשי פסילה בפועל של רישיונות הנהיגה והורדה לדרגת טוראי.

2. התביעה הצבאית לא השלימה עם קולת עונש המאסר בפועל וקולת עונש הפסילה בפועל ומכאן הערעור שלפנינו.

התשתית העובדתית

3. המשיב כפר חלקית באשמות שיוחסו לו. לאחר תום פרשת התביעה, במסגרת הסכמות בין הצדדים, הוגש כתב אישום מתוקן ולאחר הודאתו באשמות, הורשע המשיב בשתי העבירות כמפורט לעיל.

4. כעולה מכתב האישום המתוקן ועל-פי מסמך הפרטים הנוספים, המשיב, אשר התגייס בחודש נובמבר 2015, משרת כלוחם בצנחנים, בתפקיד מפל"ג. המשיב משמש אף כנהג מ"פ והוא שייך לסגל הפיקודי בפלוגה. מחוות הדעת של המפקדים, אשר הוגשו מטעם ההגנה, עולה גם, כי המשיב משמש אף כנהג מג"ד וכן, כי הוא אחראי על תחום כלי הרכב המבצעיים והאישיים של המג"ד וסגנו.

5. אשר לנסיבות ביצוע העבירות, שיוחסו למשיב, עלה, כי החקירה בעניינו החלה, לאחר שביום 1.11.2017 התקבל דיווח מפקדים בדבר שימוש בסמים מסוכנים והחזקתם על-ידי המשיב ולוחם נוסף מן היחידה, בעמדת שמירה במוצב, הממוקמת ליד מחסום ארוז, שבגבול ישראל-עזה. נקבע, כי לאחר שהמשיב סיים לבצע סבב עמדות, הוא הותיר את נשקו האישי בחדר ובשעה 02:00 לערך, ביקר את הלוחם האחר בעת שהאחרון שמר בעמדת השמירה כאמור. אז, עשו השניים את מעשה השימוש בסם המסוכן.

6. עוד עולה, כי לאורך שירותו הצבאי ועד סמוך למעצרו, השתמש המשיב בסם מסוכן בנסיבות אזרחיות, בעשרות בודדות של הזדמנויות.

7. מהתשתית העובדתית שהובאה לפני בית הדין קמא עלה אף, כי זוהי הסתבכותו הראשונה של המשיב עם רשויות החוק; כי מפקדיו שיבחו את תפקודו המצטיין, את ערכיותו, ואת תרומתו לביטחון המדינה; וכי הוריו לוקים בבריאותם.

8. אמו של המשיב, אשר עובדת ב"אשפוזית" לנגמלים מסמים, העידה על השבר אשר פקד את המשפחה בעקבות המקרה דנן ועל התגייסות המשפחה לשקם את המשיב, כך שלא ישוב עוד להשתמש בסמים וישלים שירות צבאי באורח תקין. לפני בית הדין הונח מסמך של עובדת סוציאלית, שבו צוין כי משפחתו של המשיב פנתה אליה לשם גיבוש תוכנית טיפול ושיקום מתאימה. פורט, כי תוכנית זו צפויה לכלול "בדיקות שתן ושיחות טיפוליות שבועיות". נציין, כי ההגנה הגישה לעיונו מסמך נוסף, שלפיו, לאחר פנייה של המשיב אל העובדת הסוציאלית, תואם שייפגשו לראשונה במהלך השבוע הבא.

9. בתום טיעוני ההגנה לעונש לפני בית הדין קמא, הביע המשיב רצון לשקם עצמו ולהשלים שירות צבאי כדן.

גזר הדין של בית הדין קמא

10. בית הדין קמא קבע מתחמי עונש נפרדים לכל אחד מפרטי האישום. ביחס לשימוש בסם בתוככי היחידה, פירט בית הדין, מהם הערכים החברתיים שבהם פגע המשיב, ובהם הפגיעה: "בבריאות, במשמעת הצבאית וביכולת הצבא כגוף לטפל במשימותיו". לצד זאת, סבר, כי יש להתחשב ב"שינוי מדיניות התביעה הצבאית בנוגע למשתמשים בסמים והפניית חלק מהם למסלול של הסדרים מותנים".

11. אשר לנסיבות השימוש בסם בתוככי היחידה, בואר, כי "מדובר במקרה חמור יחסית (שימוש בתוך עמדת שמירה על גבול רצועת עזה, בזמן שהחייל האחר אמור לבצע את תפקידו בתוך העמדה)". לאחר שהתייחס לפסיקה שעייין בה, העמיד בית הדין קמא את מתחם העונש ההולם על תקופה שבין 30 ימי מאסר בפועל ל-60 ימי מאסר בפועל. ביחס ל"שימוש החברתי במסגרות אזרחיות" בואר, כי "עסקינן בעשרות בודדות של מקרים, על פני תקופה של כשנתיים ימים". נוכח כך ולאחר שעייין בפסיקה, העמיד בית הדין את מתחם העונש ההולם על תקופה שבין 30 ימי מאסר בפועל ל-70 ימי מאסר בפועל.

12. בבואו לגזור את עונשו של המשיב בתוככי מתחמי העונש שנקבעו, ראה בית הדין קמא לגזור על המשיב עונש כולל אחד בשל שתי העבירות. בית הדין נמנע מלפרט מהי מידת העונש הראויה בגין כל אחת מן העבירות ומה היחס ביניהן. נקבע גם, כי אין לסטות מהמתחם לקולה, חרף התוכנית השיקומית שהונחה לפניו, וזאת בשל היקף המעשים וחומרתם. בתוך מתחמי העונש שנקבעו, התחשב בית הדין קמא בהודאתו של המשיב, אף שזו נשמעה אך בסיום פרשת התביעה; בעברו הנקי; בתרומתו ובהצטיינותו לאורך השירות הצבאי; בנסיבותיו האישיות והמשפחתיות המורכבות; בתקופת מעצרו; בחרטתו ובמוטיבציה שהביע להשתקם ולהשלים שירות צבאי כדין. לבסוף, העמיד בית הדין קמא את עונשו של המשיב על ששים ימי מאסר בפועל, לצד יתר רכיבי העונש, כמפורט לעיל ופירט כי:

"מן הראוי לגזור על הנאשם עונש בתחתית המתחמים ובוודאי לא בתקרתם... הנאשם שלפניי מעד מעידה חמורה, אך לא מן הסוג שמחייב להכתימו בכתם הרשעה מלא. הנאשם משלם וישלם את מחיר טעותו, אך לא באופן שיקשה על שיקומו לאחר שחרורו מן הצבא".

ערעור התביעה

13. התביעה הצבאית עתרה להחמיר הן בעונש המאסר בפועל והן בעונש הפסילה בפועל. נטען, כי מתחמי העונש ההולם שנקבעו מופרזים בקולתם, ובהתאמה, העונשים שנגזרו חוטאים למטרות הענישה ולמלחמת החורמה כנגד נגע הסמים אשר פשה

בחברה בכלל ובתוככי הצבא בפרט. לדידה של התביעה, העונש שהושת על המשיב אינו הולם את חומרת המעשים ואת הצורך בהרתעתו ובהרתעת הרבים.

14. נטען, כי שגה בית הדין קמא משלא נתן את המשקל הראוי לנסיבות החומרה שבמקרה זה, ובהן, היות המשיב "לוחם וותיק המשמש בתפקיד פיקודי פורמאלי, בעמדת שמירה, על גבול ישראל-עזה, בצוותא חדא עם חייל נוסף, הנתון בעיצומה של משימת השמירה... בסמוך לסבב שביצע בעמדות השמירה, שתכליתו, מטבע הדברים, לוודא דריכות הלוחמים ואת מוכנותם לביצוע משימת ההגנה עליה הם אמונים". נטען עוד, כי "אף השימושים שביצע המשיב בקנאביס, בנסיבות אזרחיות, משקפים כישלון רב-פעמי, ארוך ומתמשך ביותר, העולה, למרבה הצער, כדי אורח חיים של ממש", וכי התמונה הכוללת מצביעה על הסלמה במעשים.

15. הוסיפה התביעה וטענה, כי שגה בית הדין קמא עת התחשב בשינוי מדיניות התביעה ביחס לאלו הראויים להתחשבות ונכנסים בגדרי מדיניות ההסדרים המותנים, שעה שאין הנדון דומה לראיה. כן נטען, כי שגה בית הדין קמא, עת התעלם ממדיניות הענישה הנוהגת, כפי שזו הודגמה בפסקי-דין רבים שהוצגו לפנינו. נטען גם, כי לא הוצגה אלא תוכנית שיקומית ראשונית וכי מכל מקום, בנסיבות המקרה דנן, מן הראוי היה ליחס משקל בכורה לשיקולי הלימה והרתעה.

16. אשר לעונש הפסילה בפועל, נטען, כי הן מטעמים של מניעה והן מטעמים של הרתעה וגמול, ואף בשים-לב לכך שהמשיב שימש כנהג מ"פ ואף כנהג מג"ד בתפקידו הצבאי, ראוי היה להשית עליו עונש פסילה ממושך באופן משמעותי.

עמדת ההגנה

17. ההגנה עתרה להותיר את גזר הדין על כנו ולהימנע מלהתערב בו. נטען, כי בחינת מדיניות הענישה הנוהגת בכלל ולאחר השינוי במדיניות ההעמדה לדין של התביעה הצבאית בעבירות הסמים בפרט, מלמדת, כי לא נפלה שגגה בקביעת מתחמי העונש ההולם.

18. בתוך המתחמים, לנוכח תרומתו הרבה של המשיב, לאורך שירות צבאי תובעני ומסוכן, בהתחשב בעברו הנקי, בנטילת האחריות ובהבעת החרטה, ואף בשים-לב לנסיבותיו מבית ולתוכנית השיקומית שהוצגה – נכון היה להעמיד את העונש הכולל בספם התחתון. לדידה של ההגנה, בנסיבות העושה, מטעמים של שיקום, אין להכתיב את המשיב ברישום פלילי "מלא" ועל מידת העונש להיגזר בהתאם. בעניין זה, הפנתה ההגנה אל הוראות תיקון 63 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (סעיף 404א(ב)).

19. בדומה, נטען, כי אין מקום להתערב בעונש הפסילה בפועל וכי מידתו אינה חורגת מן המקובל במקרים דומים.

דיון והכרעה**ריבוי עבירות**

20. בפתח הדיון נבהיר, כי אכן, לנוכח מאפייני החומרה הבולטים של מעשה השימוש ביחידה ונסיבותיו, ואף לנוכח מאפייניהם של פרטי ההרשעה בעבירה השנייה – מן הראוי היה לייחד מתחם עונש נפרד לכל עבירה (ראו המבחנים שפותחו בעניין זה בהלכה הפסוקה: ע"פ 5668/13 **מזרחי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 17.3.2016); ע"פ 4910/13 **בני ג'אבר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 29.10.2014); דני"פ 2999/16 **מזרחי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 22.5.2017); ע"פ 2519/14 **אבו קיעאן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 29.12.2014)). בהתאם, לנוכח ההבדלים בין העבירות, היה על בית הדין קמא לקבוע את מידת העונש ביחס לכל אחת מהן וכן לדון בזיקה שביניהן, על-מנת לבחון את דרך נשיאתם, אם בחופף, באופן מלא או חלקי, ואם במצטבר.

מעשה השימוש בסם בנסיבות צבאיות

21. **אשר למתחם העונש ההולם** בנוגע למעשה השימוש בנסיבות צבאיות. כפי שפירטנו לאחורונה "נקודת המוצא היא, מימים ימימה, כי טיבה ואופייה של המסגרת הצבאית, צורכי הביטחון, הדרושה למוכנותו והיבטי המשמעת הכרוכים בהם, מחייבים להרחיק את נגע הסמים מבין שורות הצבא. המערכת הצבאית אינה יכולה להתפשר במלחמתה בנושא וחייבת לנקוט אמצעי אכיפה נמרצים לשם הרתעה מפני שימוש בסם ביחידה ואף מחוצה לה" (ע/64/17 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט רחמים** (2017); וראו: בג"ץ 5000/95 **טור' ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד מט(5) 64, עמ' 72-73 (1995); ע"מ/52/08 **טור' פרג'ון נ' התובע הצבאי הראשי** (2008); ע"מ/22/00 **טור' אולמן נ' התובע הצבאי הראשי** (2000)). בפסיקתו של בית-דין זה, לאורך שנים, הוטעם, כי "שימוש בסמים על ידי חיילים מכרסם בחוסנו של הצבא ובכשירותו ושומה להרתיעם מכך בדרך של ענישה משמעותית" (ע/40/11 **רב"ט ימיני נ' התובע הצבאי הראשי** (2011); וראו גם: ע/80/12 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר גטהון** (2012); ע/68/08 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' קרמניסקי** (2008)). צריכת הסם בתוככי היחידה מגבירה את החשש מפני פגיעה ברמת הביצוע של המשימות הצבאיות, והיא אף עלולה "להדביק" חיילים נוספים בנגע העבירות של צריכת סם מסוכן.

22. נסיבות המקרה דנון, מלמדות על **פגיעה קשה וממשית באינטרס החברתי המוגן**. השתלשלות העניינים כפי שפירטנו לעיל, מלמדת "על עזות מצח, תוך חריגה ממושכלות יסוד של מהות המערכת הצבאית והכללים המתחייבים בה" (ע/197/02 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' חונדיאשוילי**, פס' 5 (2002); וראו גם: ע/19/17 **טור' חיים נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). המשיב, אשר היה חלק מן הסגל הפיקודי ובתוך כך דמות

מובילה ומשפיעה בקרב חיילי היחידה, פגע הן באמון מפקדיו והן במעמד של המפקדים ביחידה ובתדמיתם בעיני הלוחמים. זאת ועוד, לנוכח מיקומה של עמדת השמירה, במוצב קדמי באזור מסוכן, מעשהו של המשיב, אשר נערך באישון לילה, בצוותא עם מי שהופקד על השמירה במקום – היה כרוך בסיכון בלתי מבוטל לחייו של המשיב ולחיילי הלוחמים האחרים במקום, לביטחון המדינה בכלל ולתושבי האזור בפרט. המשיב נדרש להוות דוגמא ומופת לחיילים שעליהם הוא פקד, אך במעשיו – מעל בתפקידו!

23. בנסיבות אלה, לנוכח האינטרס החברתי המוגן ומימדי הפגיעה בו, בהתאם למדיניות הענישה הנוהגת (ראו למשל: עניין **חיים** לעיל; ע/58/15 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל זוהר** (2016); ע/63/12 **סמ"ר סאסי נ' התובע הצבאי הראשי** (2012); ע/77/08 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט ענקי** (2008)) – יש להעמיד את **מתחם העונש ההולם בין ארבעים וחמישה לתשעים ימי מאסר בפועל**.

24. ודוקו: השינוי במדיניות התביעה הצבאית בכל הנוגע להעמדה לדין בעבירות סמים ובאפשרות לערוך הסדרים מותנים והסדרי הקפאה (הנחיה 3.07 להנחיות התביעה הצבאית הראשית), נועד לחול על **מקרים קלים** בלבד. על-פי הנחיית התביעה הצבאית הראשית, האפשרות לערוך הסדרים אלו מוגבלת למקרים שבהם קיים מסד ראייתי בנוגע ל"ארבעה שימושים לכל היותר, ובנסיבות חריגות גם חמישה שימושים", בנסיבות אזרחיות, כאשר, בהתאם להלכה הפסוקה, ניתן להלום את מידת המסוכנות והפגיעה במשמעת הצבאית במעצר פתוח (ראו הסקירה המצויה בע"מ/58/17 **רב"ט יפימנקו נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקאות 38-39 (2017)). שינוי זה, כידוע, נעשה "ברוח תיקון 66 לחסד"פ" (מתוך הנחייה 3.07 לעיל), והרי על-פי תיקון 66 הנ"ל, ניתן "לסגור תיק בהסדר" בעבירות קלות, על-פי רוב, עבירות מסוג חטא או עוון, ובהיעדר עניין לציבור (ראו: סעיף 67 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; וראו גם דברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט-2008, שלפיהם "מטבע הדברים הסדר זה נועד לשמש בעיקר במקרים של עבירות קלות או עבירות שבוצעו בנסיבות מקלות... משמעות ההסדר המותנה היא כי **תיק החקירה ייסגר בשל היעדר עניין לציבור**").

עולה מן המקובץ, כי השינוי במדיניות התביעה הצבאית **לא נועד לחול או להשפיע על מעשי שימוש בסם מסוכן, במקרים החמורים**.

25. **אשר למידת העונש**, צבר הנתונים מלמד, כי אין לחרוג ממתחם העונש ההולם לקולה. נבהיר בהקשר זה, כי אכן, מסמכי ההגנה בנוגע לאפיק שיקומו של המשיב, משפחתו הנורמטיבית והתומכת, תרומתו הרבה בשירות הצבאי, גילו הצעיר, עברו הנקי ועמדתו ביחס להמשך השירות, כפי שהוצגה לפני בית הדין – כל אלה מלמדים על פוטנציאל לשיקום ועל סיכוייה הטובים של תוכנית שיקומית, לאחר שתותאם למשיב.

ברם, בכל אלה, אין כדי לדחוק את מיקומם של שיקולי ההלימה, כמפורט לעיל, ואת צורכי ההרתעה המובהקים המתקיימים במקרה זה. בשקלול הדברים, ומשאין ערכאת הערעור ממצה את הדין בקבלה את ערעור התביעה על קולת העונש, מצאנו, כי ניתן להעמיד את עונשו של המשיב, בכל הנוגע למעשה השימוש ביחידה, על **ששים (60) ימי מאסר בפועל**.

מעשי השימוש בסם בנסיבות אזרחיות

26. אף ביחס לעבירה השנייה, לפנינו לוחם ותיק, הנמנה עם הסגל הפיקודי ביחידה ועשוי להידרש בכל עת לפעילות מבצעית, חייל אשר עוסק בפעילות מסוכנת ובתוך כך אף בנהיגה בתנאים מבצעיים, תוך הובלת מפקדי היחידה. מעשי השימוש בסם מסוכן, בהיקף נרחב ולאורך זמן – פוגעים פגיעה קשה באינטרס החברתי המוגן, שעניינו השמירה על מוכנותו וחוסנו של צה"ל. המשיב החל במעשיו כבר בתחילת השירות הצבאי ולמעשה, לא חדל מהם ביוזמתו משך כל השירות הצבאי, ואלה נפסקו רק בעקבות מעצרו.

27. נסיבות אלה, המלמדות, כאמור, על פגיעה ממשית באינטרס החברתי המוגן, בשים-לב למדיניות הענישה הנוהגת (ראו והשוו: ע/55/13 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל נחשון** (2013); ע/56/13 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ברמן** (2013)) – חייבו להעמיד את **מתחם העונש ההולם בין שבעים וחמישה (75) למאה עשרים (120) ימי מאסר בפועל**.

28. בתוך מתחם העונש ההולם, אף כאן, ראוי להתחשב בפוטנציאל השיקומי של המשיב, בתרומתו הרבה בשירות הצבאי ובנסיבותיו המשפחתיות. התחשבות זו יש לאזן אל מול צורכי ההרתעה המתקיימים. איזון בין מכלול שיקולי הענישה ובחינת מלוא הנתונים הרלוונטיים, מעלים, כי יש להעמיד את עונשו של המשיב בגין העבירה השנייה, על **תשעים (90) ימי מאסר בפועל**.

אופן נשיאת העונשים

29. כידוע, ההחלטה בדבר חפיפת העונשים או הצטברותם נתונה לשיקול דעת בית המשפט, ברם, עם תיקונו של חוק העונשין (תיקון מס' 113), שונתה נקודת המוצא בסוגיה זו, באופן שהכלל הוא הצטברותם של עונשים ולא חפיפתם (ע"פ 5915/15 **ח'ורי נ' מדינת ישראל**, פסקה 22 (טרם פורסם, 3.11.2016); סעיף 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

30. לאחר בחינת מכלול הדברים, מצטיירת תמונה מדאיגה, שלפיה, מעשיו של המשיב הלכו והסלימו. תחילה, הסתפק המשיב במעשי שימוש בסם מסוכן בנסיבות אזרחיות, ודווקא בעת שהיה חייל וותיק, לאחר שקיבל אחריות ונשא בתפקיד פיקודי, הרהיב עוז

והשתמש בסם ביחידה, בנסיבות החמורות שפורטו לעיל. אין זאת אלא, כי מעורבותו של המערער בעולם הסמים אינה רגעית או חד-פעמית, אלא מתמשכת ולמעשה, כמפורט לעיל, נפסקה אך לאחר שנתפס בכף ונעצר. היקף מעשי השימוש, אשר בוצעו לאורך זמן, מחוץ ליחידה ובתוכה, מצביע על פגיעה משמעותית בהיבטי המשמעת הצבאית, המצויים בלב ליבה של המסגרת הצבאית ועל פגיעה במוכנות הצבא.

31. באיזון בין כלל הנתונים, בהתחשב בהיבטים המייחדים כל עבירה ומאידך גיסא בזיקה ביניהן, ואף בהתחשב בכלל שלפיו אין ערכאת הערעור ממצה את הדין בקבלה את ערעור התביעה על קולת העונש – סברנו כי יש להורות ששלושים ימים ירוצו בחופף והיתרה במצטבר, כך שסך הכל, ירצה המשיב **מאה ועשרים (120) ימי מאסר בפועל**.

32. נבהיר, כי הרצון שלא להכתים את המשיב ברישום פלילי מלא אינו חזות הכל ואין הוא יכול לדחוק את מקומם של שיקולי הענישה בכלל, ואת שיקול ההלימה בפרט. וכבר נפסק, אגב דיון בתכלית חקיקתו של תיקון 63 לחוק השיפוט הצבאי (חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 63), התשע"א-2011), 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); ע/97/11 רב"ט ווקנין נ' התובע הצבאי הראשי (2012); ע/81/16 רב"ט דתנר נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

עונש הפסילה בפועל

33. אכן, נסיבות הרשעתו של המשיב, היקף המעשים לאורך זמן ותפקידו הכרוך באחריות רבה ואף בנהיגה מבצעית – כל אלה מחייבים, משיקולי הלימה, מניעה והרתעה, להשית על המשיב עונש פסילה בפועל ממושך ומרתיע (ראו והשוו: ע/56,59/10 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט סחרוביץ** (2010); ע/28/08 **טור' וולטרס נ' התובע הצבאי הראשי** (2010); ע/124/05 **התובע הצבאי הראשי נ' גוזי** (2005); ע/55/05 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' זבולון** (2005); ע/31/08 **סמל גלסברג נ' התובע הצבאי הראשי** (2008)).

34. עם זאת, משאין זו דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין, בהתחשב בהחמרה ברכיב המאסר בפועל ובתמהיל הענישה הכולל, לא מצאנו להתערב במשך הפסילה בפועל, במקרה דנן.

הערה לפני סיום

35. עניינו של המשיב ממחיש שוב, כבשורה ארוכה של מקרים, את הקושי הרב שמעוררת הוראת תיקון 63 לחוק השיפוט הצבאי. למעשה, עם כניסתו של התיקון לתוקף, מאז שנת 2011, מתחבטים בתי הדין הצבאיים בבעיות הקשורות במתח שיצר התיקון, בין מידת העונש בעבירות מסוג עוון לבין סוגיית הרישום הפלילי הנלווה להרשעתם של חיילים צעירים, רובם בעלי עבר נקי. הזיקה שיצר התיקון, בין עונשי מאסר קצרים לבין הרישום הפלילי, מובילה לא פעם, לפתרונות חריגים, אשר לא אחת מעוררים קושי. כמו למשל, החלטה שלא לנכות מתקופת המאסר בפועל את תקופת המעצר. נראה, כי הניסיון שנצבר מאז נכנס התיקון לתוקף והמסקנות המתבקשות, מחייבים חשיבה מחודשת בכל הנוגע לעיצוב ההסדר החוקי, המאפשר את צמצום השלכות הרישום הפלילי על חיילים, העומדים לדין בבתי הדין הצבאיים.

36. דומה, כי בחלוף שבע שנים, בשלה השעה לבחון את הנושא לעומק. נציע על כן, כי הפרקליטות הצבאית תיתן דעתה בעניין. נוכח האמור, יועבר **פסק הדין לעיון הפרקליט הצבאי הראשי**.

סוף דבר

37. עולה, אפוא, כי ערעור התביעה מתקבל כך שעונש המאסר בפועל יועמד על **120 ימי מאסר בפועל**, בניכוי ימי המעצר. אין שינוי ביתר רכיבי העונש.

ניתן והודע היום, ג' בטבת התשע"ח, 21 בדצמבר 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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