 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

**אלופה אורלי מרקמן -** הנשיאה
**תא"ל נועה זומר -** המשנה לנשיאה
**אל"ם מאיה גולדשמידט** **-**  שופטת

בעניין:

**ח/XXXXXXX טוראי ש' ב' –** המערער (ע"י ב"כ, עו"ד עדן זינו; עו"ד ספיר יפרח; עו"ד אופיר עמר)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן רעות פינקר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי חיל האויר שניתן בתיק ח"א (מחוזי) 210/23 (סא"ל טובי הארט - שופט) ביום 30.6.2024. הערעור נדחה.

**פ ס ק – ד י ן**

1. המערער, טור' ש' ב', הורשע לפי הודאתו בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, למשך 346 ימים (ובכללם, 53 ימים במהלך מלחמת "חרבות ברזל"), עד להתייצבותו ביום 29 בנובמבר 2023. המערער נעצר באותו מועד אך ביום 7 בדצמבר 2023 שוחרר ממעצר, במסגרת הליך של שילוב, שבו הומלץ על שינוי שיבוצו ליחידה אחרת. ביום 27 במארס 2024 פוטר משירות ביטחון, לאחר שהותאם לו פרופיל נפשי פוסל שירות. המערער הוצא מהליך השילוב ועניינו הוחזר למסלול הפלילי "השגרתי".
2. בית הדין קמא הנכבד מצא לדחות הסדר טיעון שאליו הגיעו הצדדים, שעיקרו מאסר בפועל החופף את תשעת ימי מעצרו של המערער, והשית עליו 75 ימי מאסר בפועל, בניכוי ימי המעצר. עוד נקבע, בהמשך להסכמת הצדדים בעניין זה, כי לא תחול הגבלה על מסירת מידע מן הרישום הפלילי ביחס להרשעה.
3. ההגנה לא השלימה עם פסק דינו של בית הדין קמא ועתרה להורות על אימוצו של הסדר הטיעון. מכאן הערעור.

**פסק דינו של בית הדין קמא**

1. בית הדין סקר את כלל הראיות שהוצגו לו ובהן, ראיות ההגנה שעניינן הרקע הרפואי והנפשי של המערער.
2. נקבע, כי הראיות במישור הנפשי מלמדות בבירור על כי המערער "שוחרר משירות לפי דרישתו, בשל חוסר מוטיבציה מוחלט לשירות הצבאי, לצד חוסר נכונות לכל סוג של טיפול נפשי". כך, המערער לא העלה טענות כלשהן בדבר מצבו הנפשי לפני גיוסו או היעדרותו, אלא פנה לראשונה לפסיכיאטר מטעמו (פרטי), בעיצומה של היעדרותו משירות. בבדיקה זו, טען כי הוא חווה תסמיני פוסט טראומה ודיכאון בעקבות פיגוע שהיה עד לו בחודש אוקטובר 2022, וציין כי שיבוצו בצבא גורם לו לפחדים והוא "מזועזע מהמחשבה לשרת בצבא". עוד תיאר, כי הוצע לו להיבדק על ידי קב"ן, אך הוא סירב לכך. הפסיכיאטר המליץ על טיפול נפשי ותרופתי, אך לא הוצגה אינדיקציה כי המערער פנה להמשך טיפול כאמור. במהלך מעצרו, כאשר נערך לו במרכז אבחון וחוסן "מיפוי צרכים" לקראת הסדר השילוב, ציין אמנם המערער קשיים רגשיים וקשיי הסתגלות שהקשו עליו לשרת ביחידה שבה הוצב, אך לא העלה טענה כי קיימת מניעה נפשית לכך שישוב וישתלב בשירות תקין. עם זאת, בהמשך, כחודשיים לאחר ששוחרר ממעצר במסגרת הליך השילוב, ביום 28 בפברואר 2024, פנה לבדיקת קב"ן ודרש שם במפגיע פטור משירות, על רקע הפיגוע שהיה עד לו. עוד הצהיר בבדיקה, כי לא התייצב בבסיס יחידתו ולו פעם אחת, וכי "הסכים לתנאי בית דין משלב רק על מנת לצאת מהכלא. מדגיש שלא הסכים לתנאים שלהם ולא לוקח אחריות על מה שחתם להם... (ו)לא היו לו כוונות לכבד את ההסכם מלכתחילה". בבדיקה, סירב לשתף פעולה, והדף כל הצעה שאינה כוללת המלצה לשחרור מיידי. בסמוך לאחר מכן, נבדק המערער על ידי פסיכיאטר צבאי, שציין גם הוא כי בקשתו היחידה של המערער היא לקבל פטור משירות, ללא נכונות לטיפול; אף שיכול וקיימים תסמינים חרדתיים על רקע המצב הביטחוני, הרי שאלה "עוברים אגרבציה סביב חוסר המוטיבציה והקווים האישיותיים הבולטים". הפסיכיאטר ציין, כי לטעמו, נכון היה לשחרר את המערער משירות צבאי בוועדת התאמה לשירות, אך בשים לב לכך שאינו רואה דרך שבה המערער יצליח לשרת, המליץ להתאים לו פרופיל נפשי פוסל שירות בשל "הפרעת אישיות בלתי מוגדרת".
3. חרף סימני השאלה ביחס לכנותם של התסמינים הנפשיים שתיאר המערער, ציין בית הדין כי משמדובר בהסדר טיעון, וכלל המסמכים הוגשו בהסכמה, מבלי שהמערער העיד לגביהם - יש להניח כי המערער אכן חווה תסמיני חרדה ודיכאון, ולכך מתווספים קווים אישיותיים בולטים, שעל קיומם לא היה חולק. עם זאת, הוטעם כי מן המסמכים "עולה במובהק כי הגורם העיקרי להחלטה על פיטוריו של [המערער] משירות הוא חוסר המוטיבציה שגילה, לצד חוסר נכונותו לכל סוג של טיפול רפואי או פתרון אחר מלבד פטור זה". הוער, כי פנייה לגורמי בריאות הנפש לקבלת פטור משירות, תוך גילוי כה מובהק של חוסר מוטיבציה, היא בגדר הפרה בוטה של הסדר השילוב שבו נקשר המערער.
4. טענתה הנוספת של ההגנה, כאילו מצבו הנפשי של המערער הושפע גם ממצבו הרפואי והיעדר מענה הולם בעניין זה, נדחתה. נקבע, כי זמן רב קודם לגיוסו עבר המערער ניתוח ברגלו, והותאם לו פרופיל 64. לאורך שירותו, וגם בעת קבלתו למעצר, לא העלה המערער טענות הנוגעות לקושי רפואי נוסף בהיבט זה (למרכז אבחון וחוסן מסר כי הוא סובל מבעיה אורתופדית, המשפיעה על מצבו "במידה מועטה"). המערער פנה בעניין זה **לראשונה** כשבוע לאחר מעצרו, ורופא שבדק אותו הסתפק במתן הקלות רפואיות מתונות. בהמשך, לאחר ששוחרר ממעצר, שב המערער והעלה טענות הקשורות לכאבים בקרסולו, וביקש ימי מנוחה רבים בשל כך, אך בהזדמנויות רבות לא נמצא ממצא פיזי משמעותי התומך בכך. לחלק מן הבדיקות שאליהן זומן, כלל לא התייצב. אמנם, המערער עבר לבסוף ניתוח חוזר בקרסולו (לפני כן הוסבר לו כי באפשרותו לבחור בטיפול שמרני חלף הניתוח), אך המסמכים אינם מלמדים על חומרה יוצאת דופן במצבו. לסיכום, חרף החשש הממשי כי המערער ביקש לעשות שימוש בטענותיו הרפואיות כדי להימנע משירות בכלל וביחידתו בפרט, הרי שגם בעניין זה מצא בית הדין לצאת מנקודת ההנחה הנוחה למערער, כי אכן סבל מכאבים חוזרים בקרסולו וכי בעיה זו הקשתה עליו בתקופת השילוב והצדיקה חלק מהיעדרויותיו מן היחידה באותה תקופה. עם זאת, לא נמצאו תימוכין לטענות כי המצב הרפואי השפיע על המערער באופן ממשי בתקופת היעדרותו, או כי מצבו הרפואי מנע ממנו להשתלב בשירות תקין, כפי שהתחייב בהליך השילוב, או כי נמנע מן המערער טיפול רפואי באופן שהשפיע על מצבו הנפשי.
5. ולבסוף, גם ההצדקה הנוספת שמסרו הצדדים להסדר הטיעון - עיכוב שחל בהעברתו של המערער לשרת ביחידה אחרת, בעקבות הנחיית מרכז אבחון וחוסן - נדחתה. צוין, כי בשל המלחמה, חלו עיכובים לא מעטים בהליכים רבים, עד ליישום מלא של הנחיות מרכז אבחון וחוסן, והוטעם כי בפועל, ממילא, המערער לא נכח כלל ביחידתו המקורית (בשל ימי מחלה ובשל חופשה מיוחדת, בת שבועיים, שניתנה לו).
6. לאור כלל האמור, נקבע כי המערער - כפי שהצהיר במפורש בפני גורמי בריאות הנפש הצבאיים - לא התכוון מעולם לכבד את תנאיו של הסדר השילוב, והפר אותו במפגיע בעת שפנה לקבלת פטור על רקע נפשי. חרף הקשיים הרפואיים והתסמינים החרדתיים והדיכאוניים המוצאים ביטוי במסמכים שהוגשו, "עולה במובהק כי אלמלא חוסר המוטיבציה הנחרץ ניתן היה להקל על [המערער] באמצעות טיפול רפואי ונפשי הולם, כך שיכול היה להשלים שירות צבאי באופן תקין". הוטעם, כי ניצולו של הליך השילוב לרעה, מתוך חוסר מוטיבציה מוחלט של המערער לתרום את חלקו - קל וחומר, בתקופת לחימה - מוביל לכך שהסדר הטיעון המקל שאליו הגיעו הצדדים נגוע בפגם משמעותי ומעביר מסר שגוי לחיילים המשרתים, לחיילים הנעדרים משירות ולחיילים המשולבים בהליכי שילוב.
7. נקבע עוד, כי משך ההיעדרות (346 ימים), תחילתה פחות מחודש לאחר הצבתו של המערער ביחידתו, מבלי למצות סיוע שהוצע לו, חוסר המוטיבציה המוחלט לשירות והמשך ההיעדרות, גם לאחר פרוץ מלחמת "חרבות ברזל", ובהמשך ניצולו לרעה כאמור של הליך השילוב - מצדיקים את קביעתו של מתחם עונש הולם הנע בין שלושה לששה חודשי מאסר בפועל. צוין, כי בשים לב לעברו הנקי של המערער ולהודאתו באשמה, לצד קשייו הרפואיים, ראוי היה להשית עליו עונש המצוי במרכז המתחם, היינו ארבעה חודשי מאסר ומחצה בפועל. הוטעם גם, כי לצדדים הובהרו, בשני דיונים משלימים, הקשיים שמצא בית הדין בהסדר הטיעון. אלא שגם לאחר עתירת הצדדים המתוקנת - להחמיר ברכיב עונשי של קנס, לצד עתירה לקבוע כי לא תחול ההגבלה על מסירת המידע מן המרשם הפלילי - תמונת הדברים הכוללת, המצביעה על הסדר טיעון החוטא לאינטרס הציבורי, נותרה בעינה, ולא ניתן לכבד את ההסדר. עם זאת, בשים לב לכך שמדובר בסטייה מהסדר טיעון, מצא בית הדין לחרוג לקולה מן המתחם ההולם, ולהשית על המערער 75 ימי מאסר בפועל, בניכוי תשעת ימי מעצרו. לאור הטלתו של רכיב המאסר בפועל, לא הושת על המערער רכיב עונשי של קנס.

## ערעור ההגנה

1. ההגנה הדגישה, כי הסדר הטיעון לא נכרת כלאחר יד, אלא לאחר שהתביעה שקלה את כלל השיקולים בעניינו של המערער, ובכללם סיום היעדרותו לפני כניסתה לתוקף של עתירתה המחמירה לעונש בזמן המלחמה, הניסיונות לשלבו בשירות תקין, מצבו הרפואי המורכב והפטור על רקע נפשי שהותאם לו. נטען בהקשר זה, כי לרוב, התביעה, כפי שהצהירה בעבר, אינה עותרת לעונש מאסר בפועל, החורג מתקופת המעצר, של מי שפוטר משירות ביטחון במהלך הסדר שילוב. בדיון בערעור, הבהירה התביעה כי אין מדיניות כזו, אלא אכן קיים שיקול דעת הנבחן בכל מקרה לגופו.
2. כטענת סף, ובהתאם לאמור בדנ"פ 1187/03 **מדינת ישראל נ' פרץ**, פ"ד נ"ט(6) 281 (2005)), נטען כי התביעה מנועה מלשנות את עמדתה, בערכאת הערעור, ביחס להסדר הטיעון, בהיעדרן של נסיבות חדשות ומשמעותיות המצדיקות זאת, ובהינתן כי כלל חומר הראיות עמד לרשותה עוד קודם שנקשרה בהסדר.
3. לגופו של עניין, הוטעם כי ההסדר שאליו הגיעו הצדדים בערכאה קמא הוא מאוזן וראוי בנסיבות העניין, אינו חריג בנסיבות של פטור משירות ביטחון (למשל, בהשוואה לע/28/19 **טור' שמעיה נ' התובע הצבאי הראשי** (2019), או למי שהפר את הסדר השילוב, בע/6/23 **טור' אלול נ' התובע הצבאי הראשי** (2023) ובע/24/24 **רב"ט אוחיון נ' התובע הצבאי הראשי** (2024)), ואינו נמנה עם המקרים המצדיקים התערבות בהסכמה שהושגה, הנשענת על חשיבותו הרבה של מוסד הסדרי הטיעון ועל אינטרס ההסתמכות של המערער - מה גם שבית הדין לא העמיד את המערער, לפי הנטען, על האפשרות הספציפית כי יתערב ברכיב המאסר בפועל. נטען, כי אף לקביעה בדבר אי-תחולתה של הגבלה בדבר מסירת מידע מן המרשם הפלילי לגבי ההרשעה משמעות רבה לעתידו של המערער ואף אותה יש לשקול במסגרת השלכותיו של תמהיל העונש שהוצע.
4. הוטעם, כי הפטור על רקע נפשי ניתן למערער לאחר בדיקה של גורמי המקצוע הצבאיים. הראיות בעניין זה הוגשו בהסכמה, ובהיעדר עדויות של גורמי בריאות הנפש או טיעונים של הצדדים בעניין זה, לא היה מקום כי בית הדין יטיל ספק במסקנותיהם של המומחים שבדקו את המערער. נטען, כי הדברים יפים גם ביחס למסקנותיו של בית הדין בדבר מצבו הרפואי של המערער, והבעיה האורתופדית שבגינה נאלץ לעבור ניתוח. אף הקביעה העובדתית, שלפיה הפסקתו של הליך השילוב הייתה מתוכננת ונעוצה בחוסר רצונו המופגן של המערער לשרת בצה"ל - התקבלה, לפי הנטען, מבלי שבית הדין התרשם מן המערער ובלא שנוהל הליך משפטי סדור המאפשר לו הזדמנות להתגונן בעניין זה. הודגש, כי הקביעה בדבר הפרה בוטה של הסדר השילוב, בקבלת הפטור על רקע נפשי, מתעלמת מכך שהמערער הופנה לבדיקה נפשית על ידי בית הדין המשלב (אשר שב והורה על כך, לאחר שהחלטה קודמת בעניין לא מומשה), ומכך שהמערער, לפי הנטען, איבד אמון במערכת הצבאית בעקבות כשלים בטיפול הרפואי בו. לעניין זה, נטען כי אין לבוא בטרוניה למערער גם על ימי מחלה שניתנו לו כדין בתקופת השילוב, ואף אין להקל ראש בעיכוב - בן חודשיים - שחל בהעברתו של המערער לשירות ביחידה אחרת, או להניח, מבלי שהוצג לכך ביסוס, כי עיכוב זה נבע מן המלחמה.
5. ההגנה עתרה אפוא לבטל את רכיב המאסר בפועל שהושת על המערער, ולהורות על כיבודו של הסדר הטיעון שנכרת בין הצדדים.

**תשובת התביעה**

1. התובעת הצהירה, כי בגיבושו של הסדר הטיעון בערכאה קמא נפלה טעות בתום לב בשיקול הדעת, משלא הבחינה באמירותיו המתריסות של המערער בפני גורמי בריאות הנפש, בדבר ניצולו לרעה של הליך השילוב. הודגש, כי בית הדין העלה, בשתי ישיבות, קושי באימוץ הסדר הטיעון, "והיה ברור שהוא שוקל להטיל על המערער מאסר בפועל" - כך שהמערער יכול היה לכלכל את צעדיו בהתאם, ולבקש, למשל, לחזור בו מהודאתו באשמה בישיבה הראשונה.
2. נמסר, כי בעקבות פסק הדין, הודיעה התביעה לסניגורית כי יכול שלא תעמוד על כיבודו של הסדר הטיעון בערכאת הערעור, ואכן, כמצוות הפסיקה בדנ"פ 1187/03 **פרץ** הנ"ל, שבה התביעה ובחנה את עמדתה ביחס להסדר (ואף תחקרה את המקרה והפיקה ממנו את הלקחים הנדרשים), והיא סבורה כעת כי הוא מגלם סטייה משמעותית מן העונש הראוי (לעניין זה, הודגש כי המקרה שבפנינו נבדל מן הנסיבות החריגות שבבסיס ע/24/24 **רב"ט אוחיון** הנ"ל). הודגש, כי הסדר הטיעון אינו מתיישב גם עם האינטרס הציבורי, המחייב לשמר את הליכי השילוב בבית הדין המשלב. משכך, עתרה התביעה לדחות את ערעור ההגנה.

**דיון והכרעה**

1. אכן, "לא בנקל ידחה בית המשפט הסדר טיעון שמובא לאישורו, וזאת נוכח קיומם של שיקולים כבדי משקל שתומכים בכך, ובראשם החשש שמא יחול כרסום במעמדם של הסדרי טיעון ובוודאות שהם נוסכים בנאשם החותם על ההסדר, וכפועל יוצא - בתכליות הרצויות שהם מגשימים" (ע"פ 2021/17 **מצגר נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 (30.4.2017)). כפי שנפסק, הבחינה היא אם התקיים האיזון "בין טובת ההנאה הצומחת לנאשם מהסדר טיעון לעניין העונש, לבין אינטרס הציבור כפי שהוא בא לידי ביטוי בעונש שבית-המשפט גוזר" (ע"פ 1958/98 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 577, 606 (1998)). אל מול האינטרס הציבורי בקיומם של הסדרי טיעון, והעובדה כי הנאשם ויתר, בהודאתו באשמה, על זכותו לניהול ההליך עד תומו, "ניצבים שיקולים נוגדים ובהם הצורך להגיע למיצוי הדין במקרים מסוימים, והפגיעה האפשרית באמון הציבור במערכת המשפט נוכח הסדרי טיעון שנראים כמקלים. מעבר לקיומו של הסדר הטיעון, על בית המשפט לשקול, האם העונש המוצע בהסדר הטיעון הינו עונש ראוי בעניינו של הנאשם שבפניו לאור מכלול שיקולי הענישה הרלבנטיים. **במידה והתשובה לכך היא בשלילה, חובתו של בית המשפט היא לסטות מן ההסדר**" (ע"פ 5982/08 **כהן נ' מדינת ישראל**, פסקה 2 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור. ההדגשה הוספה (22.4.2009)).
2. בענייננו, שבה התביעה ובחנה את עמדתה ביחס להסדר הטיעון הנדון, שבו עתרו הצדדים למאסר בפועל בן **תשעה ימים**, בגין היעדרות בת **346 ימים**, מהם **53 ימים** במהלך מלחמת "חרבות ברזל". בתום הבחינה, הודיעה כי שינתה את עמדתה. ואמנם, "כמי שמופקדת על ייצוג האינטרס הציבורי וכחלק מחובת האמון כלפי הציבור חייבת התביעה בעריכת ביקורת פנימית שוטפת על החלטותיה. בייחוד חייבת התביעה בעריכת בקרה עצמית כאשר הסדר טיעון שערכה נדחה על-ידי הערכאה הדיונית" (דנ"פ 1187/03 **פרץ** הנ"ל, בעמ' 304).
3. כפי שהטעימה הסניגורית, חומר הראיות הונח, מבעוד מועד, בפני התביעה. בית הדין שב והתריע על "קשיים מהותיים בהסדר שהוצג, ככל שהוא נסמך בעיקרו על חוות הדעת הנפשית" (החלטה מיום 19 במאי 2024); ואף ביקש מן התביעה "לחזור על פרטי התיק לפני הצגת ההסדר" (ישיבה מיום 17 ביוני 2024, עמ' 1 ש' 20) - ובכך, נתן אזהרה מספקת לשני הצדדים, שאפשרה להם לכלכל את צעדיהם (ראו והשוו ע/33/24 **טור' המבורג נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 17, והאסמכתאות שם (2024)). מכאן עולה, כי אין המדובר בנסיבות חדשות שנוצרו בשלב הערעור, וקשה אף לקבל את הטענה כי המדובר בעובדות שלא היו בידיעת התביעה בעת ההגעה להסדר הטיעון, ולא היה ניתן לבררן במועד, באופן המבסס טעמים כבדי משקל המצדיקים את שינוי עמדתה של התביעה בשלב הערעור (דנ"פ 1187/03 **פרץ** הנ"ל, בעמ' 308-307). טוב עשתה התביעה, לכן, משהודיעה על הפקת לקחיה מן המקרה.
4. ברם, כפי שנפסק -

"**כידוע מלאכת גזירת הדין היא בעלת אופי נורמטיבי, ובית המשפט הוא שאמון על קביעת העונש ההולם** - ומשכך בכל מקרה פעל בית המשפט המחוזי בעניינו של המערער בגדר סמכותו. ובלשונו של השופט מ' חשין:

**'בסוף-כל-הסופות בית-המשפט הוא המכריע לשבט או לחסד, ובמקום שהדין הוא לשבט - הוא הגוזר עונש.** הסמכות והכוח לענישה - ובהם עיקר - הם בידי בית-המשפט; האחריות לענישה על כתפי בית-המשפט מונחת היא, ומילתו של בית-המשפט היא המילה האחרונה והקובעת. נדע מכאן כי עמדתה של התביעה באשר לגזירת העונש, חשובה ככל שתהא, אין היא אלא אחד המרכיבים בשיקול-דעתו של בית-המשפט - מרכיב חשוב, מרכיב מרכזי, ללא כל ספק - ואולם כנגדו ובצדיו יתייצבו במקרים המתאימים שיקולים כבדי-משקל העשויים למעט ממשקלו' ([דנ"פ 1187/03](http://www.nevo.co.il/case/5752835) **[מדינת ישראל נ' פרץ](http://www.nevo.co.il/case/5752835)**[, פ"ד נט](http://www.nevo.co.il/case/5752835)(6) 281, 325 (2005)).

(ע"פ 5725/15 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 17 (4.8.2016). ההדגשות הוספו).

1. ביישום כל האמור לענייננו, מצאנו כי הפער בין העונש שהוצע בהסדר הטיעון לבין העונש הראוי **הוא אכן כזה המצדיק את דחייתו של ההסדר**. נבהיר את טעמינו.
2. היעדרותו הממושכת של המערער נמשכה גם בזמן מלחמת "חרבות ברזל". חרף התייצבותו בסמוך לפני החמרת מדיניותה העונשית של התביעה, הרי שבהפעלת שיקול דעתו העצמאי של בית הדין, "לא ניתן להתעלם מן המלחמה העזה ומהשלכותיה על שיקולי ההלימה" (ע/8/24 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 19 (2024)). ואכן, בית דין זה "שב והטעים, לאורך החודשים האחרונים, את השלכותיה של המלחמה העזה על העונש הראוי בגין היעדרות משירות במהלכה, ו'על שיקולי ההלימה במקרה דכאן - על נסיבות ביצוע העבירה ועל עומק הפגיעה בערכים החברתיים החשובים ובערך ההגנה על המולדת, השוויון והרעות בין כלל הנושאים בנטל. אף בחינת מדיניות הענישה הנוהגת ביחס להיעדרות מן השירות שחלקה או כולה מתרחשת בתקופה של מלחמה צריכה להיעשות תוך נתינת הדעת להיקפה של המלחמה, למשכה ולעצימותה'" (ע/39/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' וסילבסקי**, פסקאות 14-13 והאסמכתאות שם (2024)).
3. בואר עוד, כי ההחמרה בענישה בעקבות המלחמה מתחייבת גם כאשר נקבע כי ביסוד העבירה עומדים קשיים נפשיים של הנאשם (ע/24,28/31 **טור' ארמיאס נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/26/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' מרגוליס** (2024); ע/10/24 **טור' וולקוביץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/48/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' סויד** (2024)) - והדברים נכונים גם כאשר מדובר בקשיים רפואיים אחרים. בכך, תשובה לטענות ההגנה בדבר מצבו הנפשי והרפואי של המערער, וזאת אף בהתעלם מן הספקות שהעלה בית הדין קמא ביחס לקביעותיהם של גורמי בריאות הנפש הצבאיים (הגם שספקות אלה עולים במובהק מתוך התיעוד הקיים).
4. אף לטענותיה הנוספות של הסניגורית המלומדת, כי לא המערער הפר את הסדר השילוב, אלא היה זה בית הדין המשלב שהנחה על בדיקתו הנפשית; וכי לא הוכח כי העיכוב בהעברתו של המערער ליחידה אחרת, כהמלצתו של מרכז אבחון וחוסן, נבע מאילוצי המלחמה, כסברתו של בית הדין קמא - לא מצאנו לתת משקל מכריע. נקודת הזמן החשובה לענייננו היא **מועד הכניסה להליך השילוב**. במועד זה, כפי **שהעיד המערער על עצמו** בפני גורמי בריאות הנפש הצבאיים, "התגייס לפני כשנה, בפועל רוב הזמן היה עריק ולא שירת, פנה בהמלצת בית הדין המשלב, **לא** **רוצה לשרת בכלל ולא הייתה לו כוונה מלכתחילה לכבד את ההסכם איתם**". הדברים מוצאים ביטוי **בראיות ההגנה שהוגשו**, ומכאן כי המדובר בנסיבה מחמירה הקשורה בביצוע העבירה, שהוכחה כדבעי (סעיף 40י(ג) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977). המערער אמנם לא העיד לעונש, אך בית הדין קמא אפשר לצדדים להציג ראיות נוספות, לאחר שמיעת הסיכומים ומשהבהיר, **בשלישית**, את הקושי בכיבודו של הסדר הטיעון, תוך הודעה מפורשת כי הוא שוקל לסטות לחומרה מן ההסדר (ישיבה מיום 17 ביוני 2024, עמ' 3, ש' 5-4). גם לאחר הודעה זו, לא ביקשה ההגנה להעיד את המערער לעניין התבטאויותיו הנזכרות, שאינן משתמעות לשתי פנים.
5. כידוע, "הליכי השילוב בבית הדין המשלב עניינם בשחרור ממעצר בתנאים, לאחר הגשת כתב אישום **ובטרם הרשעה**, והם, למעשה, מסלול ייחודי **במסגרת ההליך הפלילי**, אשר מעניק לנאשם הזדמנות נוספת לתקן את דרכיו ולהשתלב בשירות הצבאי. **בסיומו של ההליך, מודה החייל שעמד בתנאי השילוב, בכתב אישום מתוקן, שאינו נושא רישום פלילי ודינו נגזר לתקופת מאסר, שאינה חורגת מתקופת מעצרו, עובר לשילובו בתכנית השיקום**" (ע/19,18/24 **טור' טולדנו נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 27. ההדגשות במקור (2024)). ברי, כי אם הפרה של הליך השילוב מגלמת **פגיעה משמעותית** באמון שניתן בחייל ובמאמצים הרבים המושקעים כדי לסייע לו, הן של גורמי היחידה והן של גורמי טיפול, באופן המחייב החמרה בעונשו (ע/9/22 **טור' צרוק נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 19 (2022); ע/6/23 **טור' אלול** הנ"ל, פסקה 24; ע/19,18/24 **טור' טולדנו** הנ"ל, פסקה 33) - הרי **שמקל וחומר, יש להחמיר בעונשו של מי שעשה בהליך השילוב קרדום לחפור בו**, כדי להשתחרר ממעצר **וללא כוונה כלשהי לעלות על מסלול שירות תקין**.
6. לאור המפורט, לא מצאנו חומרה יתירה במתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא לעניינו של המערער, הנע בין שלושה לששה חודשי מאסר בפועל - וממילא, לא מצאנו חומרה כאמור במידת העונש שקבע למערער, תוך סטייה לקולה מן המתחם, ובהעמדתו על 75 ימי מאסר בפועל.
7. הערעור נדחה אפוא. המערער יתייצב לריצוי עונשו בבס"כ XXX ביום 15 בספטמבר 2024, עד השעה 10:00.

ניתן והודע היום, ח' באב התשפ"ד, 12 באוגוסט 2024, בפומבי ובמעמד הצדדים.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

 הנשיאה המשנה לנשיאה שופטת

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור**

 **סרן כפיר לב**

**תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצין בית הדין**