**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תא"ל נועה זומר** | **-** |  המשנה לנשיאה  |
| **אל"ם מאיה גולדשמידט אל"ם ולדימיר סלוצקי** | **-** **-**  |  שופטת שופט |

בעניין:

**התובע הצבאי הראשי –** המערער (ע"י ב"כ, רס"ן עמית גרינהויז גלסמן; קמ"ש יואב שטיין)

**נ ג ד**

**ח/XXXXXXX טוראי זהר מולקנדוב –** המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן (מיל') עדי אייזנר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה שניתן בתיק ז"י (מחוזי) 150/24 (רס"ן (מיל') אלעד שור – שופט) ביום 29.8.2024. הערעור התקבל.

**פ ס ק - ד י ן**

1. המשיבה, טור' זוהר מולוקנדוב, הורשעה על פי הודאתה בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות מיחידתה, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955, למשך 92 ימים, החל מיום 13 במארס 2024 ועד ליום 12 ביוני 2024. בעקבות הרשעתה הושת עליה עונש של 100 ימי מאסר בפועל ועונש מאסר מותנה בן 90 ימים למשך שנתיים.
2. התביעה לא השלימה עם קולתו של עונש המאסר בפועל שהושת על המשיבה, ומכאן הערעור שלפנינו.

**מסד הראיות ופסק דינו של בית דין המחוזי**

1. מהראיות שהובאו בפני בית הדין קמא עלה, כי המשיבה, בת להורים גרושים, מתגוררת עם אחיה, אמה וסבתה שהיא חולת לב ונזקקת לסיוע. למשפחה קשיים כלכליים והיא מטופלת על ידי גורמי הרווחה. המשיבה סיימה 12 שנות לימוד במסגרת בית ספר "הזדמנות שניה" על רקע קשיי למידה וקשיים רגשיים (אשר פורטו בהרחבה במסמכים שהוגשו לעיון בית הדין). שירותי הרווחה בעיר מגוריה המליצו כי תשרת בתנאים מקלים, על מנת לסייע לאמה ולסבתה.
2. המשיבה התגייסה לצה"ל בינואר 2024. לאחר השלמת הטירונות, החלה קורס של טכנאי מערכות ירי, ובמהלכו, בעקבות מפגשים עם גורמי בריאות הנפש (שבהם ביקשה לקבל פטור משירות ביטחון), הותאמו לה, כעשרה ימים לפני תחילת היעדרותה, הגנות בשירות. כמו כן ניתנו לה הקלות ת"ש. לפי תדפיסה האישי, הורשעה המשיבה בהליך משמעתי ביום 12 במארס 2024 בגין היעדרות שאינה עולה על 24 שעות, ונידונה לעונש של קנס. למחרת, החלה בהיעדרותה. בשיחה שנערכה עם מפקדתה במהלך ההיעדרות טענה כי אינה מעוניינת בהכשרה שאליה יועדה, וכי בכוונתה לפנות לעורך דין לשם קבלת פטור משירות צבאי. לאחר התייצבותה מסרה המשיבה באמרתה כי נדרשה לטפל במצבה הנפשי ולסייע בביתה.
3. במהלך היעדרותה פנתה המשיבה לפסיכיאטר פרטי, שעדותו נשמעה בפני בית הדין קמא. הפסיכיאטר המליץ כי ייבדק כושרה של המשיבה לשירות שכן היא "חסרת כוחות והתמודדות עם המערכת הצבאית". גורמי בריאות הנפש הצבאיים שפגשו בה בתקופת מעצרה, ומהם שבה וביקשה כי יינתן לה פטור משירות, התרשמו כי היא חווה "מצוקה הסתגלותית בעלת מאפיינים התנהגותיים וחרדתיים על רקע אישיותי ועל רקע השירות הצבאי" וכי ניכרים קווים של חוסר בשלות ונוקשות אל מול דרישות המציאות - אך נקבע, כי בהגנות שהותאמו לה עוד טרם היעדרותה יש כדי לתת מענה לדברים.
4. המשיבה העידה בבית הדין קמא על אירועים קשים שחוותה במסגרת המשפחתית וכן במסגרת מערכת יחסים זוגית שניהלה, לרבות אירוע שבגינו לטענתה, לא הייתה מסוגלת להחזיק בנשק. לדבריה, לא סיפרה את הדברים לגורמי צה"ל ובכללם לגורמי בריאות הנפש, בשל המוטיבציה הרבה שהייתה לה לשירות בטרם גיוסה. דבריה על אודות המצב המשפחתי נתמכו בעדות אמה.
5. בית הדין קמא הנכבד מצא לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין 70 ל-150 ימי מאסר בפועל, בהתחשב במדיניות הענישה שנקבעה בבית הדין זה בע/9/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' חיראני** (2024) ובע/23/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' כהן** (2024). בעת קביעת עונשה של המשיבה בתוך המתחם נקבע, כי אף אם לא יינתן משקל לחוות דעתו של הפסיכיאטר מטעמה של המשיבה, הרי שיש במסמכים שהוצגו כדי ללמד כי סבלה מקשיים שהצריכו התחשבות מיוחדת ותחילתם עוד בתקופה שלפני גיוסה לצה"ל. כן התרשם בית הדין מנסיבותיה המשפחתיות והאישיות המורכבות של המשיבה, אשר נקבע כי הן "התעוררו בגיל צעיר ולא טופלו כראוי עד היום". בית הדין מצא עוד להתחשב בכך שבשל קושי תקציבי לא ניתן היה לערוך תסקיר עונש בעניינה של המשיבה. נקבע כי "מחדל זה צריך להיזקף לזכותה של ה[משיבה] ולא לחובתה, קרי יש לראות בכך שלא ניתן לקבל תסקיר בעניינה כאילו אם היה מתקבל תסקיר בעניינה שהיה תסקיר חיובי הממליץ בהתחשבות מקסימלית". לאור האמור נקבע עונשה של המשיבה מעט מעל הרף התחתון של המתחם, והועמד כאמור על 100 ימי מאסר בפועל. בית הדין הפנה את עניינה של המשיבה לבחינת התאמתה להמשך שירות. נמסר, כי ועדה בעניין זה עתידה לדון בכך ביחידתה.

**טענות הצדדים בערעור**

1. התביעה טוענת בערעורה כי שגה בית הדין קמא הן בקביעת מתחם העונש ההולם והן בעת שהעמיד את עונשה של המשיבה בסמוך לרף התחתון של המתחם. נטען, כי בעת קביעת המתחם לא נתן בית הדין קמא משקל מתאים להשלכות שיש לתקופת המלחמה המתמשכת על הפגיעה בערכים המוגנים, כעולה מפסיקת בית דין זה (ע/12,13/14 **טור' מלקו נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/10/24 **רב"ט וולקוביץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); וע/9/24 **טור' חיראני** לעיל). לפיכך ביקשה התביעה לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין 180 ל-360 ימים ולמקם את עונשה של המשיבה "מעט מעל מרכז המתחם".
2. התביעה הפנתה לנסיבות ביצוע העבירה, לרבות היעדרותה של המשיבה מהכשרה לתפקיד שהוא "משמעותי ונחוץ בזמן מלחמת חרבות ברזל"; וכן לעמדתה השלילית כלפי השירות הצבאי והעובדה כי לדבריה, הסתירה מגורמי צה"ל את נסיבותיה וקשייה הנפשיים, ולא אפשרה לרשויות הצבא לסייע לה להשלים שירות תקין. לדעת התביעה, לא הוצגו נסיבות מקלות חריגות בעניינה של המשיבה, שהצדיקו את ההקלה בתוך המתחם, וממילא, נוכח שיקולי ההרתעה המשמעותיים והצורך במסר ברור בדבר העונש הראוי בגין היעדרות בעת מלחמה, לא ראוי היה לתת משקל כה רב לנסיבותיה האישיות. הוטעם, כי גורמי בריאות הנפש מצאו שדי בהתאמת ציון קשיי ההסתגלות למשיבה על מנת לאפשר לה לחזור לשירות תקין, וכי היא כשירה לשירות צבאי. עוד סבורה התביעה כי לא ראוי היה לשקול לטובת המשיבה את אי עריכתו של תסקיר העונש, משעריכתו אינה מחויבת על פי חוק.
3. נוכח החלטת המשיבה להחליף את ייצוגה בשלב הערעור, נדחה הדיון בערעור והתקיים כשבוע לאחר שסיימה לרצות את עונש המאסר בפועל שנגזר עליה בבית הדין המחוזי. על כל פנים, לטענת התביעה, נוכח שיקולי החומרה שנמנו והחריגה הקיצונית לקולה, בראייתה, ממדיניות הענישה הנהוגה, אין מקום לתת לכך משקל ממשי, וניתן להשיב את המשיבה לכליאה מאחורי סורג ובריח, כפי שנעשה לאחרונה בע/39/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' וסילבסקי** (2024) ובע/47/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' גולברג** (2024). כן התנגדה התביעה לכך שההחמרה בעונשה של המשיבה תהא בדרך מתונה יותר של מאסר בפועל בעבודה צבאית, בטענה כי הדבר אינו עולה בקנה אחד עם הענישה הנהוגה בעניינם של נעדרים משירות סדיר, וכי אין הצדקה להקל כך עם המשיבה.
4. מנגד, ביקשה ההגנה לדחות מכל וכל את ערעור התביעה, מאחר שפסק דינו של בית הדין קמא אינו מגלם כל חריגה, לפי הנטען, ממדיניות הענישה הנהוגה. ההגנה טענה, כי גם בראי מגמת ההחמרה בעבירות העדר מן השירות במלחמה, הרי שאין פסיקה התומכת במתחם העונש ההולם שעתרה התביעה לקבוע בענייננו (ההגנה הפנתה בהקשר זה לע/18,19/24 **טור' טמיר מזרחי טולדנו נ' התובע הצבאי הראשי (2024); ול**ע/16,17/24 **טור' אלבז נ' התובע הצבאי הראשי** (2024)).
5. עוד נטען, כי אין חומרה יתרה בנסיבות היעדרותה של המשיבה, נוכח נסיבותיה האישיות והנפשיות הסבוכות, קשייה התפקודים והסוציאליים שמקורם עוד בילדותה והרקע המורכב שממנו היא מגיעה. ההגנה עמדה עוד על כך שבתקופת הקורס שבמהלכו החלה המשיבה את היעדרותה, לא ניתן היה ליישם את ההגנות וההקלות שהותאמו לה, ונטען כי נוכח קשייה לא הצליחה המשיבה להתמודד עם השירות בתנאים אלה.
6. ההגנה טענה, כי בהיעדרו של טופס התלונה בגין היעדרותה הקודמת, שממילא לא עלתה על יממה, אין לייחס משקל להליך המשמעתי שננקט נגדה, כך שבעיקרו, המדובר במי שעברה נקי. בהתווסף האמור להודאתה באשמה ונטילת האחריות, אין מקום גם להתערב בקביעת עונשה של המשיבה בתוך המתחם; וזאת בין השאר בראי שחרורה ממאסר זה מכבר, ובנפקות המועטה שתהיה להשבתה לעונש מאסר קצר, נוכח הניכוי הצפוי. עוד סבורה ההגנה, כי יש טעם בהחלטת בית הדין קמא לגבי אי עריכתו של תסקיר העונש, שמטרתו הייתה להביא בפני בית הדין נתונים סוציאליים רלוונטיים. בהעדר תסקיר נגרם למשיבה, כך נטען, נזק ראייתי - ומשכך, אכן יש להניח לטובתה את תוצאותיו, לו נערך. לבסוף נטען, כי יש להתחשב גם בכך שאף לפי העונש שהושת עליה בבית הדין קמא, תישא הרשעתה של המשיבה תוצאה רישומית של רישום פלילי "מלא". לצד זאת מסרה ההגנה, כי ככל שיוחלט להחמיר בעונשה של המשיבה, היא תעדיף לרצות את יתרת המאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית.

**דיון והכרעה**

1. דין ערעור התביעה להתקבל; שכן העונש שהושת על המשיבה אינו עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה בראי מלחמת "חרבות הברזל", ואינו משקף די הצורך את הנסיבות המחמירות שבבסיס היעדרותה של המשיבה ואת מידת הפגיעה בערכים המוגנים.
2. בית דין זה קבע לא אחת, כי נוכח היקפה הרחב ועצימותה של המלחמה, הגובה לדאבון הלב חללים רבים ומסבה פציעות קשות ורבות - יש להחמיר בעניינם של נעדרים מן השירות בתקופת המלחמה, משיקולים של הלימה (ע/3/24 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר וורקה**, פסקה 24 (2024)). הפגיעה בערכים המוגנים שעניינם שמירה על החוסן הצבאי, המשמעת הצבאית, התכנון והמוכנות הצבאיים, הלכידות החברתית וקידום השוויון בנטל השירות הצבאי - עמוקה באופן ניכר ומשמעותי בתקופה זו (ע/35/24 **טור' טאדלה נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/26/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' מרגוליס** (2024); ע/18,19/24 **טור' טולדנו הנ"ל**; ע/16,17/24 **אלבז** הנ"ל; ע/12,13/14 **טור' מלקו** הנ"ל; ע/10/24 **רב"ט וולקוביץ** הנ"ל; ע/8/24 **טור' כהן** הנ"ל).
3. בית הדין קמא לא שקל די הצורך בעת קביעת מתחם העונש ההולם מספר נסיבות מחמירות העומדות בבסיס העבירה: ביצועה של ההיעדרות בעיצומה של המלחמה, בשעה שהמשיבה הייתה בקורס בעל תכלית חשובה ללחימה, כטכנאית מערכות ירי; תחילתה של ההיעדרות, למחרת הליך משמעתי בגין נפקדות, ולאחר שהותאמו למשיבה הגנות וניתן לה סיוע של מערך הת"ש; והצהרתה של המשיבה, שלפיה אינה מעוניינת כלל לשוב לשירות והיא מתכוונת לפנות לעורך דין כדי לקבל פטור משירות צבאי - הצהרה שעולה בקנה אחד עם בקשתה מגורמי בריאות הנפש לקבל פטור משירות, בין לפני ההיעדרות ובין במהלך מעצרה; וכל זאת שעה שגורמי בריאות הנפש שבחנו אותה מצאו כי היא כשירה לשוב לשירות, תוך התאמת הגנות שונות.
4. לצד זאת בעת בחינת נסיבות ביצוע העבירה, נתנו דעתנו גם לרקע ולנסיבות המורכבות של המשיבה, אשר ליוו אותה **עוד בטרם גיוסה**, והביאו כאמור להתאמת הגנות במהלך שירותה - באופן המבסס קשר ישיר בין נסיבות אלה למידת אשמתה של המשיבה, כאמור בסעיף 40ב לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (ראו והשוו ע/42,41/24 **טור' לוי נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/50,49/24 **טור' מרסיאנו נ' התובע הצבאי הראשי** (2024)). מטעם זה, באיזון מול מדיניות הענישה שנקבעה לעבירות ההיעדרות מן השירות בתקופת המלחמה (ע/16,17/24 **טור' אלבז** לעיל; ע/12,13/24 **טור' מלקו** לעיל; ע/9/24 **טור' חיראני** לעיל) מצאנו לקבוע את מתחם העונש ההולם בטווח שבין 130 ל-200 ימי מאסר בפועל.
5. בעת קביעת עונשה של המשיבה בתוך המתחם, סברנו כי שגה בית הדין קמא עת נתן משקל כה מכריע לאי עריכת תסקיר בעניינה של המשיבה. אכן יש להצר על כך שעריכת התסקיר לא התאפשרה בשל שיקולים שאינם תלויים במשיבה; ועל אף שאין חובה על פי חוק לעריכת התסקיר, הרי שעמדנו בעבר על החשיבות שיש לקבלת הערכה של גורם מקצועי ומיומן בדבר סיכויי השיקום של הנאשם (ע/24/18 **טור' דאויס נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 37 (2018)). לצד זאת, בפני בית הדין הוצגו ראיות רבות בתחום הרפואי, הנפשי, הסוציאלי ועוד, אשר היה בהן כדי לתת תמונה מלאה ושלמה על אודות המשיבה, גם ללא הגשת תסקיר (ראו ע"פ 4109/15 **מירז נ' מדינת ישראל**, פסקה 43 לפסק דינו של כב' השופט זילברטל (9.7.2017); ע/11/24 **רס"ם גבאי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 25 (2024) בקשת רשות ערעור נדחתה - רע"פ 4028/24 **פלוני נ' התובע הצבאי הראשי** (16.5.2024)).
6. בעת בחינת האיזון הראוי שבין שיקולי הרתעת היחיד והרבים המשמעותיים בעניינה של המשיבה לבין נסיבותיה האישיות והנפשיות, ובהעדר עבר מכביד, סברנו כי יש לקבוע את עונשה של המשיבה בקרבת מחציתו של מתחם העונש ההולם ולהעמידו על 160 ימי מאסר בפועל. לצד זאת, שקלנו כי המשיבה סיימה את ריצוי עונש המאסר בפועל, בטרם נשמע הדיון בערעור. כפי שנקבע בע"פ 3184/24 **מלאק** לעיל בפסקאות 20-19 (בקשה לדיון נוסף נדחתה - דנ"פ 4780/24 **מלאק נ' מדינת ישראל** (16.6.2024)), ובע/39/24 **טור' וסילבסקי** לעיל (בפסקה 16), מצב דברים זה "יוצר ציפייה לאי חזרה לכלא בה מצווים אנו להתחשב..." וכן עלינו לפעול לפי הכלל בדבר אי מיצוי הדין בערכאת הערעור (ע"פ 2883/23 **מדינת ישראל נ' פלוני,** פסקה 22 (21.2.2024); ע/18,19/24 **טור' טולדנו** לעיל, בפסקה 36).
7. בנסיבות **ייחודיות** אלה, משנתנו דעתנו גם לנתוניה של המשיבה ולקשייה עוד בטרם השירות הצבאי כפי שעלו מהראיות שהובאו בפנינו; וכן מתוך התחשבות בשיקולי החסד והרחמים נוכח חגי תשרי העומדים בפתח, מצאנו למתן את מידת ההחמרה בעונש, כך שהמשיבה **תרצה את יתרת עונשה בדרך של עבודה צבאית** (ראו, במקרים קודמים **וייחודיים** שהתאימו לכך, את ע/45/24 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר (מיל') קרסיק** (2024); ע/6/23 **טור' אלול נ' התובע הצבאי הראשי** (2023)). זאת, לאחר שההגנה הביעה בשמה הסכמה לכך, והמשיבה נמצאה מתאימה לריצוי העונש באופן זה.
8. סוף דבר, ערעור התביעה מתקבל. עונש המאסר בפועל יוחמר ויעמוד על 160 ימים. המשיבה תרצה את יתרת עונשה, 60 ימי מאסר, בעבודה צבאית, בהתאם לתנאים שנמנו בחוות דעתה של רמ"ד שיקום. אין שינוי ביתר רכיבי העונש.
9. על המשיבה להתייצב לריצוי העונש במשרדה של רמ"ד שיקום, ביום 6 באוקטובר 2024 עד השעה 9:00.

ניתן והודע היום, כ"א באלול התשפ"ד, 24 בספטמבר 2024, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

 המשנה לנשיאה שופטת שופט

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

 **סרן כפיר לב**

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