**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

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

בעניין:

**התובע הצבאי הראשי –** המערער (ע"י ב"כ, סרן תכלת פייגנסון)

**נ ג ד**

**ח/\*\*\*\*\*\*\* טוראי מ' ט' –** המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד עדן זינו)

ובעניין:

**ח/\*\*\*\*\*\*\* טוראי מ' ט' –** המערערת (ע"י ב"כ, עו"ד אראל הראל)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן תכלת פייגנסון)

ערעור על פסק הדין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה שניתן בתיק ז"י (מחוזי) 329/33 (סא"ל סבסטיאן אוסובסקי- אב"ד; רס"ן קרן זיו- שופטת; סרן עפרי מייק- שופט) ביום 26.2.2024. ערעור התביעה התקבל. ערעור ההגנה נדחה.

**פ ס ק - ד י ן**

1. המערער, טור' מ' ט' , הורשע על פי הודאתו בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות למשך 1,033 ימים, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955. המערער נעדר מיחידתו, בית הספר להנדסה צבאית, במשך 1,033 ימים, החל מיום 28 בפברואר 2021 ועד להתייצבותו ביום 27 בדצמבר 2023. בעקבות הרשעתו הושתו עליו 11 חודשי מאסר בפועל ומאסר מותנה בן 90 ימים למשך שנתיים.
2. שני הצדדים לא השלימו עם משכו של עונש המאסר בפועל שהושת על המערער, ומכאן הערעורים שלפנינו.

**המסד הראייתי ופסק דינו של בית דין המחוזי**

1. בפני בית הדין קמא הובאו ראיות, ביניהן גם תסקיר עונש, המלמדות כי המערער, יליד אתיופיה, עלה לארץ בגיל חמש עם אימו ושלושת אחיו. הקשר עם האב, שנותר באתיופיה, נותק. אימו של המערער מועסקת כעובדת ניקיון במשרה חלקית, ומקבלת קצבת נכות מהביטוח הלאומי. המערער מתגורר עם אימו ועם אחד מאחיו, שנסיבותיו, והשלכותיהן על חיי המשפחה, מורכבות. המערער השלים טרם גיוסו 12 שנות לימוד לשם קבלת תעודת בגרות, ואף עבד לפרנסתו. לצד זאת מסר לעורכת התסקיר כי עבר בנערותו פגיעה, שלא תפורט, אשר בגינה סבל מ"חרדה ממקומות סגורים ומאנשים" ואף נמנע במשך תקופה מסוימת מלהגיע ללימודיו.
2. המערער התגייס לצה"ל באוגוסט 2020, ויועד לשרת כנהג משא כבד. לאחר שהשלים את הכשרתו הראשונית, שובץ במחלקת הרכב ביחידתו, פנה לקבלת עזרת ת"ש והוכר כזכאי לסיוע. במסגרת זו, ניתנו לו מענקים, סיוע כלכלי ותשלומי משפחה. כארבעה חודשים לאחר גיוסו, פנה המערער לקצין בריאות הנפש, אשר התרשם ממצוקה הסתגלותית בעלת מאפיינים דיכאוניים, לאור זיקה שלילית לשירות הצבאי. לאחר שהציג חוות דעת של פסיכולוג שבדק אותו, נבדק המערער שוב על ידי גורמי בריאות הנפש הצבאיים, אשר לא שינו את אבחנתם. המערער אף החל בהליך של מעבר ליחידה אחרת, אשר לא הושלם עקב היעדרותו משירות.
3. באמרתו, מסר המערער כי התייצב על מנת לסיים את היעדרותו וכי הוא מבקש לקבל פטור משירות. לגורמי בריאות הנפש שבדקו אותו במהלך כליאתו הציג המערער חוות דעת של פסיכיאטר שאליו פנה במהלך היעדרותו, ולפיה אובחן כמי שסובל מדיכאון מאז'ורי. התרשמות גורמי בריאות הנפש במתקן הכליאה הייתה, לעומת זאת, כי המערער סובל מ"מצב דכאוני קל", וכי "קיים גם רכיב מוטיבציוני וסף תסכול מעט נמוך בכל הנוגע לשירותו הצבאי". לאור האמור הותאם לו פרופיל 45 וניתן לו טיפול תרופתי. בבדיקות נוספות שנערכו לו, שב ודרש מגורמי בריאות הנפש שחרור משירות צבאי.
4. המערער לא העיד לעונשו, אולם בטרם נגזר דינו מסר כי הוא מצטער על מעשיו, וכי "עבר הרבה דברים בחיים" (הדברים שמסר לא יפורטו מטעמי צנעת הפרט). אימו של המערער העידה ומסרה כי היא נתונה בחובות, ואין מי שמסייע לה; וכי המערער, שחווה בעיות רבות בנערותו, נותר בזמן ההיעדרות בחדרו בביתו, ולא סייע לה (דברים דומים עלו גם מחוות הדעת של גורמי בריאות הנפש שהוגשו לבית הדין).
5. בעת קביעת מתחם העונש ההולם, עמד בית הדין על כך שהמערער נעדר משירות למשך תקופה ממושכת והתייצב רק 82 יום לאחר תחילת המלחמה. הודגש, כי נעדר על אף שזכה לטיפול וקשב של מפקדיו, גורמי הת"ש ובריאות הנפש וכי נראה שבבסיס המצוקה שהוא חווה עומד יחסו השלילי לשירות הצבאי, אשר לא השתנה גם לאחר התייצבותו. צוין עוד, כי על אף עדות אימו של המערער בדבר הקשיים המשמעותיים שעימם היא מתמודדת במישור הרפואי, הרגשי והכלכלי, הרי שהמערער לא תרם באופן כלשהו לשיפור מצבה או לפרנסת המשפחה.
6. בית הדין עמד עוד על מגמת ההחמרה בענישה בגין עבירות העדר מן השירות לאחר פרוץ מלחמת חרבות ברזל (ע/23/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' כהן** (2024); ע/12,13/14 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' מלקו** (2024); ע/16,17/24 **טור' אלבז נ' התובע הצבאי הראשי** (2024)) ועל מדיניות הענישה בגין היעדרויות ממושכות משירות גם בעבר (ע/8/15 **טור' מועדי נ' התובע הצבאי הראשי** (2015); ע/31/18 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' מורוזוב** (2018)). לאור כל האמור, מצא בית הדין קמא לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין תשעה ל-15 חודשי מאסר בפועל.
7. בעת קביעת עונשו של המערער בתוך מתחם העונש ההולם, התחשב בית הדין בכך שאין בעברו היעדרויות נוספות, וכן שקל את מצבו המשפחתי, את קשיי ההסתגלות שהובילו להיעדרותו ואת מצבו הנפשי. לאור האמור הועמד עונשו על 11 חודשי מאסר בפועל.

**טיעוני הצדדים בערעור**

1. ערעורה של ההגנה מופנה כלפי אופן קביעת עונשו של המערער בתוך מתחם העונש ההולם; תוך שנטען כי ראוי היה לגזור לו עונש מאסר של תשעה חודשים, בסיפו התחתון של מתחם העונש. נטען, כי לאור התייצבותו בסיום היעדרותו, הודאתו באשמה תוך חיסכון בזמן שיפוטי והבעת חרטה, נסיבותיו האישיות המורכבות ומצבו הנפשי, וכן בשים לב להמלצת עורכת התסקיר להקל בעונשו, לא היה מקום להחמיר בעת קביעת העונש בתוך המתחם. עוד מסרה ההגנה, כי בינתיים, החליטה ועדת התאמה לשירות שדנה בעניינו של המערער לפוטרו משירות ביטחון, על רקע "התנהגות רעה וחמורה", ומכאן שגם שיקולי הרתעת היחיד אינם מצדיקים החמרה כאמור. עוד הפנתה ההגנה לפסיקת בית דין זה, לגבי היעדרות משירות במהלך המלחמה, שבה נקבעו עונשי המאסר בסיפם התחתון של מתחמי העונש ההולמים, גם במקום שבו התקבלו ערעורים על קולת העונש (ע/18,19/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' טולדנו** (2024); ע/26/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' מרגוליס** (2024); ע/28,31/24 **טור' ארמיאס נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/9/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' חיראני** (2024)).
2. התביעה שבה על עתירתה, כפי שהושמעה גם בפני בית הדין קמא, לקבוע מתחם עונש הולם, הנע בין 14 ל-20 חודשי מאסר. בטיעוניה עמדה על כך שהרקע להיעדרות הנדונה נעוץ, למן ראשית דרכו של המערער בצבא, בחוסר מוטיבציה מובהק, וכי על אף סיוע רב שקיבל מכלל הגורמים לא עשה כל מאמץ לשרת בצה"ל. הודגש, כי נסיבות חייו של המערער אינן קשורות לנסיבות ביצוע העבירה, שכן היעדרותו לא נועדה על מנת לסייע למשפחתו. עוד נטען, כי מדיניות הענישה מלמדת אף היא על הצורך בהחמרה בעונשו של המערער, שהמשיך בהיעדרותו גם בתקופת המלחמה. נטען, לפיכך, כי מידת הפגיעה של העבירה בערכים המוגנים היא משמעותית עד מאוד. כן עתרה התביעה לקבוע את עונשו של המערער ברף העליון של מתחם העונש ההולם, לאור היעדרן של נסיבות אישיות חריגות, שיקולי ההרתעה והצהרתו העקבית של המערער בדבר חוסר רצונו לשוב לשירות צבאי. להשקפתה, אין לראות בפיטוריו של המערער משירות, לאחר שכפה אותם למעשה על רשויות הצבא בהתנהגותו, משום נסיבה מקלה.

**דיון והכרעה**

1. בבואנו להכריע בערעורי הצדדים, סברנו כי נוכח נסיבות החומרה העומדות בבסיס היעדרותו של המערער והיקף הפגיעה בערכים המוגנים, יש לקבל את ערעור התביעה על קולת העונש. ברי אפוא, כי לא מצאנו שיש ממש בערעור ההגנה.
2. הטעם העיקרי לכך הוא חוסר המוטיבציה המובהק של המערער לשרת בצה"ל, בכל דרך שהיא, אשר עמד ברקע היעדרותו. מן הראיות שהוגשו עלה, כי מעת הגעתו ליחידתו, טופל המערער על ידי גורמי הת"ש וזכה לסיוע כלכלי נרחב; מפקדיו נענו לבקשותיו והוא אף החל תהליך של מעבר ליחידה אחרת; לבקשתו גם נפגש מספר פעמים עם גורמי בריאות הנפש במהלך שירותו ביחידתו, ואף זאת במטרה אחת מוצהרת - קבלת פטור מהשירות הצבאי, תוך שהמערער דחה כל אפשרות שהעלו גורמי בריאות הנפש לסייע לו ולהקל עליו בדרכים אחרות. לא נעלמו מאיתנו הקשיים שעמם התמודד המערער עוד בטרם גיוסו; אולם אין חולק, כי הללו לא מנעו ממנו לעבוד, להשלים את לימודיו התיכוניים ולתפקד באופן רגיל. גם מבדיקת גורמי בריאות הנפש הצבאיים שנערכה לו לאחר מעצרו, ההתרשמות הייתה מחוסר מוטיבציה (ואמנם, מצבו הנפשי הביא להורדת הפרופיל הרפואי, אך לא לקביעת פטור על רקע נפשי).
3. אשר לנסיבותיו המשפחתיות של המערער, שאינן קלות, הרי שהובא לפנינו, כאמור, כי ניתן לו סיוע רחב היקף לצורך התמודדות עם הקשיים בביתו, וכי בתקופת ההיעדרות הממושכת לא סייע לפרנסת המשפחה או לאימו, על אף קשייה הבריאותיים והאחרים. לאור האמור, ובשים לב להצהרותיו החוזרות של המערער, הן למפקדיו, הן באמרתו והן לגורמי בריאות הנפש, בדבר רצונו לקבל פטור משירות צבאי - ברי כאמור, כי נעדר משירות בשל חוסר מוטיבציה מובהק, ובסופו של דבר אף כפה את התוצאה בעניין זה על המערכת הצבאית.
4. היעדרויות ממושכות משירות, דוגמת זו של המערער, הובילו לקביעת ענישה מחמירה בבית דין זה גם בעבר. כך למשל ראו בע/8/15 **מועדי** הנ"ל, שם נקבע מתחם ענישה הנע בין 12 ל-18 חודשי מאסר ונקבע עונש של 15 חודשי מאסר למי שנעדר משירות לתקופה בת 1,074 ימים בשל העדר מוטיבציה ופוטר גם הוא בשל "התנהגות רעה וחמורה". הדברים אמורים על אחת כמה וכמה בענייננו, שעה שהמערער הסגיר עצמו רק 82 ימים לאחר פרוץ מלחמת "חרבות ברזל" - באופן המעמיק עוד יותר את הפגיעה בערכים המוגנים שעניינם שמירה על החוסן הצבאי, המשמעת הצבאית, התכנון והמוכנות הצבאיים, הלכידות החברתית וקידום השוויון בנטל השירות הצבאי במהלכה (ע/8/24 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/18,19/24 **טור' טולדנו** הנ"ל ע/10/24 **רב"ט וולקוביץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/26/24 **טור' מרגוליס** הנ"ל; ע/12,13/14 **טור' מלקו** הנ"ל ע/39/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' וסילבסקי** (2024); ע/16,17/24 **אלבז** הנ"ל). כל אלה משפיעים באופן ישיר על קביעת מתחם העונש ההולם, בהתאם לעיקרון ההלימה (סעיף 40ב לחוק העונשין, התשל"ז - 1977; ע/3/24 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר** **וורקה**, פסקה 24 (2024)). כך נפסק גם לגבי מי שהחל בהיעדרות ממושכת עוד לפני פרוץ המלחמה (ראו, למשל, את ע/23/24 **טור' כהן** לעיל. באותו עניין לא מוצה הדין בערעור, בשים לב לכך שהדיון התקיים בערכאה הראשונה בפני דן יחיד, באופן שהגביל את סמכות הענישה, בהתאם לסעיף 203(ב) לחוק השיפוט הצבאי).
5. לאור כלל האמור, מצאנו כי מתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא, בין תשעה ל-15 חודשי מאסר בפועל, הקל עם המערער יתר על המידה ביחס למידת אשמו; ולאור כלל הנסיבות, מצאנו להעמיד את המתחם בטווח שבין 13 ל-18 חודשי מאסר בפועל.
6. בתוך המתחם, יש לשקול לזכותו של המערער את היעדרן של עבירות נוספות, ואת סיום ההיעדרות בהתייצבות, ההודאה באשמה והבעת החרטה. עוד התחשבנו בקושי הנפשי המסוים שהועלה ובנסיבותיו מבית. מנגד, גם לאחר התייצבותו, שב המערער ודרש פטור משירות, כך שלא נקט "מאמצים לתיקון תוצאות העבירה" (סעיף 40יא(5) לחוק העונשין), באופן המקים, חרף הפטור שניתן לבסוף למערער, גם שיקולים של הרתעת הרבים (סעיף 40ז לחוק העונשין).
7. לאור כלל השיקולים שבוארו לעיל, ומתוך התחשבות בכלל שלפיו אין ערכאת הערעור ממצה את הדין בקבלה את ערעור התביעה על קולת העונש (ע"פ 2883/23 **מדינת ישראל נ' פלוני,** פסקה 22 (21.2.2024); ע/28,31/24 **ארמיאס** לעיל, בפסקה 15), מצאנו לקבוע כי המערער ירצה עונש של 15 חודשי מאסר בפועל. אין שינוי ביתר רכיבי העונש.
8. סוף דבר, ערעור התביעה התקבל. ערעור ההגנה נדחה.

ניתן והודע היום, כ"א בסיוון התשפ"ד, 27 ביוני 2024, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

 המשנה לנשיאה שופטת שופט

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

 **סרן כפיר לב**

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