 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

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

בעניין:

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

**נ ג ד**

**ח/\*\*\*\*\*\*\* טור' נ' כ'** **–** המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד עדן זינו)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המרכז שניתן בתיק מרכז (מחוזי) 307/23 (רס"ן (מיל') דוד שאול גבאי ריכטר – שופט) ביום 14.3.2024. ערעור התביעה התקבל.

**פ ס ק - ד י ן**

**רקע**

1. ביום 30 בנובמבר 2023 הוגש בעניינו של המשיב, טור' נ' כ', כתב אישום בגין עבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955. על פי כתב האישום המשיב נעדר מיחידתו למשך 1,297 ימים, החל מיום 11 במאי 2020 ועד למועד התייצבותו, 28 בנובמבר 2023. לבקשת התביעה הוארך מעצרו של המשיב עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.
2. בד בבד, בהתאם להוראת סעיף 203 לחוק השיפוט הצבאי, הודיעה התביעה כי בכוונתה לעתור בעניינו של המשיב לעונש החורג ממגבלת הסמכות של מותב "דן יחיד", ועתרה כי נשיא בית הדין המחוזי יורה כי משפטו של המשיב יידון לפני מותב תלתא. ביום 3 בדצמבר 2023, דחה כב' נשיא בית הדין המחוזי, אל"ם רונן שור, את הבקשה (תיק מרכז (ב"ש) 53/23).
3. בהמשך, הודה המשיב באשמה לפני מותב של דן יחיד והורשע בעבירה שיוחסה לו. לאחר הצגת הראיות ושמיעת הטיעונים לעונש, נגזר דינו של המשיב והושת עליו עונש מאסר בפועל בן שבעה חודשים לצד מאסר על תנאי. נקבע גם, כי עונש מאסר מותנה שהוטל עליו בתיק קודם (מרכז (מחוזי) 338/19), בן 30 ימים, יופעל כך ש-15 ימים מתוכו ירוצו במצטבר לעונש המאסר בפועל והיתרה תרוצה בחופף לו.
4. התביעה לא השלימה עם החלטתו של נשיא בית הדין המחוזי לדחות את עתירתה כי משפטו של המשיב יידון לפני הרכב תלתא, ואף לא עם קולתו של עונש המאסר בפועל. מכאן הערעור שלפנינו.

**החלטה לפי סעיף 203 לחוק השיפוט הצבאי**

**כללי**

1. על פי דין, בתי הדין הצבאיים המחוזיים, ידונו "בשלושה או בחמישה" (סעיף 201 לחוק השיפוט הצבאי). עם זאת, בעיקר מטעמים של יעילות (ראו דברי ההסבר להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מספר 57) (דיון לפני דן יחיד בעבירות מסויימות) (כ"ג בתמוז התשס"ו, 19.7.2006), עמ' 568) - נקבע בסעיף 203(א) לחוק השיפוט הצבאי, כי בעבירות לפי סעיפים 94, 94א ו-121 (לצד עבירות כמו שימוש והחזקה לצריכה עצמית של סמים שהוספו בהמשך), ככלל, ידון בית דין מחוזי במותב שבו "שופט צבאי-משפטאי אחד" (דן יחיד).
2. סעיף 203(ב) מגביל את סמכות הענישה של דן יחיד בעבירות אלו וקובע כי "שופט צבאי-משפטאי שדן בעבירה לפי הוראות סעיף קטן (א) לא יטיל, בשל אותה עבירה, עונש מאסר לריצוי בפועל העולה על שנה". לצד זאת, נקבע בסעיף 203(ג) כי ניתן יהיה לדון בעבירות אלה בהרכב לפי סעיף 201 הנ"ל, "באחד מאלה: (1) נשיא בית הדין או סגנו החליט, ביוזמתו או לבקשת הנאשם או תובע צבאי, כי יש לקיים את הדיון במותב כאמור; (2) הפרקליט הצבאי הראשי הודיע לנשיא בית הדין כי הוא סבור שיש צורך לקיים את הדיון לפני מותב כאמור". הרכב כאמור, אינו מוגבל בסמכות הענישה הקבועה בסעיף 203(ב), אלא בעונש המירבי שנקבע בחוק לצד העבירה הנדונה.
3. כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק דלעיל "סמכות זו תופעל, בין השאר, במקרים שבהם נסיבות ביצוען, חומרתן או היקפן של העבירות, בשים לב למשמעות המיוחדת המיוחסת להן, לאור העובדה שהן נעברות בידי חיילים במסגרת צבאית, מצדיקות הרחבת המותב הדן בהן, למשל כדי שיהיה ניתן להטיל עונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שנה" (שם, בעמוד 570). ברוח זו, הוטעם בהלכה הפסוקה, כי החלטה בבקשה להרכבת מותב צריכה להיות "מנומקת, גם אם בתמצית, כדי שניתן יהיה להבין את הגיונה" (ע/31/09 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' מגידש**, פסקה 10 (2009)), וכן כי על הנשיא לשקול את **חומרת העונש** הצפוי לנאשם או **האם מתעוררות שאלות מורכבות או חשובות** שראוי כי ידונו לפני מותב רחב.

"אילו שיקולים ראוי לשקול בהחלטה אם להרחיב את ההרכב, לבקשת צד או ביוזמת בית הדין? שיקול אחד הוא חומרת העונש הצפוי לנאשם. לפי סעיף 203 לחש"ץ, דן יחיד מוסמך להטיל עד תשעה חודשי מאסר בפועל [ומאז תיקון מס' 60 לחוק השיפוט הצבאי תשס"ט-2009, עד שנה של מאסר בפועל - בית הדין הצבאי לערעורים], ואילו מותב תלתא מוסמך להטיל על נאשם את העונש המרבי הקבוע בצד העבֵרה, שלוש שנות מאסר בפועל (ס' 94 לחוק השיפוט הצבאי). אם התביעה מודיעה כי בכוונתה לבקש להטיל על נאשם עונש העולה על סמכותו של דן יחיד, הרי שדחיית בקשתה להרחבת ההרכב, דינה כדין הגבלה מוקדמת של עתירתה בשלב גזר הדין בטרם הובאו הראיות לעונש. משום כך על התביעה לפרט בבקשתה את הנסיבות שמצדיקות החמרה בדינו של הנאשם. אם סבור נשיא בית הדין המחוזי כי בנסיבות העניין, על פניה, עתירת התביעה אינה מוצדקת, עליו ליתן בהחלטתו ביטוי לכך. מובן כי מותב תלתא אינו חייב להטיל עונש מאסר בפועל בן למעלה מתשעה חודשים. למותר לציין כי לאחר שישמע את כלל הראיות והטענות, ישקול בית הדין מהו העונש הראוי – בין אם בגבול סמכותו של דן יחיד, בין אם מעבר לה...

שיקול נוסף הוא שאלת התעוררותן של שאלות מורכבות או חשובות שראוי לברר בפני הרכב שלושה דווקא.

מובן כי בתיקים מסוימים יתעוררו נסיבות ייחודיות אחרות שיצדיקו אף הן את הרחבת המותב, הכול לפי מיטב שיקול דעתו של נשיא בית הדין המחוזי" (ע/34/09, 29 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' סולסן**, פסקאות 15-14 (2009)).

1. עוד יש לציין, כי ההחלטה בבקשה לפי סעיף 203(א) הנ"ל היא בבחינת החלטת ביניים בהליך הפלילי, שאינה ניתנת לערעור בפני עצמה, אלא רק במסגרת הערעור על פסק-הדין, לאחר סיום ההליך בערכאה הדיונית (ראו בג"ץ 4497/21 **שטיינברג נ' בית המשפט המחוזי לוד (**22.7.2021)). ככל שהערעור על ההחלטה יתקבל, הרי בואר בהקשר זה, כי:

"ייאמר מיד כי תֵּזת התביעה [שביקשה כי ערכאת הערעור תדון בשאלת עונשו של המשיב בהתאם לסמכות העונש הנתונה בידי הרכב], שלפיה חלף הליכה 'בדרך המלך', ניתן לילך 'בדרך הקיצור', שמשמעה 'דילוג' על בירור עניינו של המערער בפני ערכאה דיונית של הרכב תלתא – אינה יכולה לעמוד. אין תימה שבא כוח המשיב טען לפנינו כי אם נמצא לקבל את עמדת התביעה בשאלת ההרכב, אזי עתירתו היא להחזיר את הדיון לערכאה קמא, על מנת שהמשפט יישמע מראשיתו לפני בית הדין המחוזי, בהרכב הראוי לכך. אכן, בדין טען כן הסנגור, שכן זכות עומדת לו למערער, שמשפטו יתנהל כדין – בפני ערכאה דיונית תחילה, ולאחר מכן זכות ערעור נתונה לו" (עניין **סולסן** לעיל, פסקה 17).

**מן הכלל אל הפרט**

1. כאמר, התביעה ביקשה את הוראתו של נשיא בית הדין הצבאי המחוזי כי משפטו של המשיב יידון לפני הרכב. בקשתה נסמכה על "משך ההיעדרות הארוך והעובדה כי המשיב נעדר משירות בזמן מלחמת 'חרבות ברזל'... העובדה כי המשיב פתח בהיעדרות הנוכחית מספר חודשים לאחר שנשפט בבית הדין בגין היעדרות קודמת ועומד לחובתו מאסר מותנה בר הפעלה ... וכוונת התביעה לעתור לעונש החורג מסמכות דן יחיד" (פסקה 2 להחלטתו של נשיא בית הדין המחוזי). ההגנה מצדה התנגדה לבקשה תוך שהפנתה לנסיבות אישיות ומשפחתיות של המשיב.
2. בנמקו את החלטתו לדחות את בקשת התביעה להרכיב בעניינו של המשיב מותב של תלתא, ציין כב' נשיא בית הדין המחוזי את הדברים הבאים:

"מקרה זה מעורר התלבטות, זאת נוכח תקופת ההיעדרות הכוללת המיוחסת למשיב, בעוד חלקה בוצע במהלך מלחמת 'חרבות ברזל' המחייבת התגייסות וכוננות מלאות של כלל הכוחות הסדירים העומדים לרשות הצבא. בנוסף, לחובת המשיב עומד עונש מאסר מותנה בגין היעדרות קודמת. מנגד, חלק מן השיקולים שהנחו את הצדדים בהגעה להסדר טיעון בתיקו הקודם נבעו מהמלצת ועדת התאמה לשירות לפטור את המשיב משירות, המלצה שככל הנראה לא יושמה נוכח העובדה כי המשיב פתח בחלוף מספר חודשים בהיעדרות נוספת מן השירות שלא ברשות. נוסף על כך מצבו המשפחתי והנפשי המורכב של המשיב, כפי שעלה מן המסמכים שהציגה ההגנה, ואשר משליכים לאחור על תקופת ההיעדרות הנוכחית (וייתכן שאף קודם לכן). כמו כן, עיינתי ברמת הענישה הנוהגת במקרים דומים ....

בנסיבות הכוללות, מצאתי כי במקרה הפרטני של המשיב, על נסיבותיו הייחודיות לעיל, הכך נוטה לעבר דחיית הבקשה לקביעת התיק בפני הרכב" (פסקאות 5-3 להחלטה).

1. נסיבות החומרה אשר הוצגו לכב' נשיא בית הדין הצבאי המחוזי בעת בחינת הבקשה ועל רקע תכליתו של סעיף 203(ג), כמפורט בפסקה 7 לעיל – **חייבו** הרכבת מותב בתיק. היעדרותו של המשיב **בוצעה במהלך שירות סדיר; היא נמשכה פרק זמן העולה על שלוש שנים ומחצה; והסתיימה לאחר פרוץ מלחמה 'חרבות ברזל' ובמהלכה. ההיעדרות אף החלה זמן קצר לאחר שהמשיב נשפט בבית דין צבאי מחוזי בגין היעדרות קודמת ונדון, בין היתר, לעונש של מאסר על תנאי –** נסיבות אלו, בוודאי במצטבר, הצדיקו לאפשר לתביעה לעתור לעונש החורג מסמכותו של דן יחיד – עד שנת מאסר בפועל. למעשה, אף ללא החומרה הנלווית להיעדרות בתקופת מלחמה, משכה של היעדרות כגון זו שיוחסה למשיב היא בבחינת נימוק לקבלת הבקשה להעביר את הדיון לפני הרכב. תקופה שכזו מנויה כשיקול בהנחיותיה הידועות של התביעה הצבאית הראשית לעתור להרכבת מותב של תלתא ולעונש מאסר בפועל ממושך (ראו סעיפים 51-50 להנחית התובע הצבאי הראשי 2.14 שכותרתה "היעדר מן השירות שלא ברשות, עריקה וניתוק קשר"), לא כל שכן בעת מלחמה (ראו הנחיה 2.14.1 שכותרתה "הוראת שעה – היעדר מן השירות בתקופת מלחמת 'חרבות ברזל'". לעניין ההחמרה במדיניות הענישה הנהוגה ביחס להיעדרות בתקופת מלחמה, אף כאשר החלה קודם לפרוץ המלחמה ואף כאשר הסתיימה לפני המועד שבו הצהירה התביעה כי תבקש להחמיר בענישה במידה ניכרת, ראו: ע/8/24 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2024)). לא למותר להפנות בהקשר זה, גם למתחם העונש ההולם שנקבע בעניינו של המשיב בסופו של דבר, שספו העליון (15 חודשים), ממילא עלה על מגבלת הסמכות של המותב אשר דן בעניינו.
2. בנסיבות העניין, ובמיוחד שעה שנשיא בית הדין עצמו הכיר בהתלבטות שמעורר המקרה, היה עליו להיעתר לבקשת התביעה להרחבת המותב, ולהימנע מלסכל מראש את עתירתה לעונש החורג ממגבלות הסמכות של דן יחיד, **עוד בטרם הוצגה התמונה המלאה והובאו הראיות לעונש**. בוודאי לא נכון היה להניח, כפי שהעריך כב' נשיא בית הדין המחוזי בהחלטתו, כי אלמלא החל בהיעדרותו הנוכחית היה המשיב מפוטר משירות צבאי זה מכבר (ואכן, בשלב הראיות לעונש התברר כי ההמלצה בעניין זה **לא התקבלה** והגורמים המוסמכים הורו להותירו בשירות צבאי ולשנות את שיבוצו ליחידה אחרת); ובדומה, לא נכון היה לקבוע, באותו שלב דיוני מוקדם, כי "מצבו המשפחתי והנפשי המורכב של המשיב, כפי שעלה מן המסמכים שהציגה ההגנה ... משליכים לאחור על תקופת ההיעדרות הנוכחית (וייתכן שאף קודם לכן)" (פסקה 4 להחלטה), ואכן, כמפורט להלן, נושא זה אף לא הוכח בהמשך.
3. עולה, אפוא, כי **לא היה מקום לדחות את** **בקשת התביעה להרכבת מותב של תלתא**, ולסכל את אפשרותה לעתור, בנסיבות העניין, לעונש החורג ממגבלת סמכותו של דן יחיד (שנת מאסר בפועל).
4. אמנם, כפי שציינה התביעה בערעורה, "דרך המלך" היא להחזיר את עניינו של המשיב לערכאה קמא, הפעם, לפני מותב של תלתא, וככל שהמשיב יורשע שוב במיוחס לו, לקיים דיון מסודר בעתירתה של התביעה להחמרה ניכרת בעונש המאסר בפועל. עם זאת, בהתחשב בהתנגדות ההגנה להשיב את הדיון לערכאה קמא ובתקופת מעצרו של המשיב עד כה, ומתוך ראייה כוללת של העונש המוטל על ידי ערכאת הערעור במקרה של קבלת ערעור על קולתו - הכל, כמפורט להלן - סברנו, מטעמים מעשיים, כי די **בהעמדת ההלכה על מכונה** באשר **למתווה הבחינה** של בקשה לפי סעיף 203(ג) הנ"ל, **לשיקולים** המשמשים בה **ולנסיבות** שבהן ראוי להורות על דיון לפני הרכב תלתא. בעניין **הקונקרטי** נימנע, אפוא, מלהשיב התיק לערכאה הדיונית (ראו והשוו: עניין **סולסן** לעיל, פסקה 17).
5. נעבור עתה לבחון את עתירתה של התביעה להחמרה בעונש.

**הערעור על קולת העונש**

**נסיבות העושה והמעשה, ועיקרי גזר הדין**

1. המשיב התגייס לצה"ל בחודש אוקטובר 2018 והשלים הכשרה כנהג ברכב משא כבד, אך סירב לבצע את תפקידו. הוא נעדר מן השירות צבאי בשלוש הזדמנויות קודמות, ועל האחרונה שבהן, בת 110 ימים שבסיומם נעצר, נדון ביום 8 בדצמבר 2019 לפני בית דין צבאי, אשר כאמור, השית עליו, בין היתר, עונש מאסר מותנה בן 30 ימים. ממסמכים שהוצגו בשלב הראיות לעונש עולה, כי המפקדים התרשמו שהמשיב מסוגל ומתאים לשרת בצה"ל, אך הוא הפגין לכל אורך הדרך מוטיבציה נמוכה לשירות ופעל להביא לשחרורו מן השירות הצבאי.
2. המשיב פנה אל גורמי בריאות הנפש בצבא במספר הזדמנויות, עובר לשירות הצבאי ובמהלכו, ואף הציג בפגישותיו חוות דעת של פסיכיאטרים מחוץ לצבא. גורמי בריאות הנפש בצבא התאימו למשיב ציון קשיי הסתגלות (קה"ס) 41 ובהמשך, בתקופת מעצרו הנוכחי, לאחר ששב והציג חוות דעת של פסיכיאטר פרטי, נקבע כי יש להתאים לו פרופיל 45 נפשי. עם זאת, בשונה מן ההמלצה שנכללה בחוות הדעת שהציג – הוחלט שלא לפסול אותו משירות צבאי מטעמים נפשיים.
3. בתקופת מאסרו הקודם, הובא המשיב לפני ועדת התאמה לשירות, אשר המליצה לפטור אותו משירות. בהמשך, דחו גורמי מיטב את הבקשה והורו תחתיה לשנות את שיבוצו של המשיב ליחידה אחרת, בתנאי שירות מקלים יותר. עוד בטרם עבר המשיב ליחידה החדשה, ומשהתבקש על ידי מפקדיו להשלים לשם כך שעות הכשרה, סירב המשיב לעשות כן והחל בהיעדרותו הנוכחית, אשר נמשכה כאמור, שלוש שנים ומחצה. גם בתקופת מעצרו הנוכחי, הובא המשיב לפני ועדת התאמה לשירות. הפעם, בהתאם להמלצת הוועדה, הוחלט לפוטרו משירות ביטחון, בגין התנהגותו הרעה והחמורה.
4. לבית הדין קמא הוצג תסקיר עונש ובו נסקרו נסיבות אישיות ומשפחתיות מורכבות של המשיב. אמו של המשיב אשר העידה בבית הדין קמא, תיארה אף היא קשיים משפחתיים. מטעמים של צנעת הפרט נימנע מלהרחיב בנושא, אך נציין בתמצית, כי המשיב התקשה להסתגל למסגרות חינוכיות בעבר, הגם שהשלים 12 שנות לימוד. בין נסיבותיו המשפחתיות המורכבות נזכיר את מצבם הבריאותי של הוריו ואת האסון שפקד את המשפחה בעבר. עורכת התסקיר התרשמה כי היעדר היציבות בילדותו של המשיב תרמה לעיצוב אישיותו הבלתי בשלה ולקושי שלו להשתלב במסגרות, ומשום כך, המליצה "לשקול הפחתה בענישתו".
5. בית הדין קמא הנכבד קבע בגזר דינו כי מידת הפגיעה של מעשי המשיב בערכים המוגנים "ניכרת וממשית". בית הדין ציין, כי טענות המשיב בדבר הקשיים שחווה במהלך השירות הצבאי אינן יכולות להצדיק את היעדרותו הממושכת, אך לצד זאת, סבר כי מצבו הנפשי, כפי שתואר במסמכי ההגנה, ראוי שישפיע לקולה על מתחם העונש ההולם. נקבע גם, כי משניתנה בעניינושל המשיב המלצה לפטור עוד בשנת 2019, בתקופת מעצרו אז, "יש טעם לפגם בכך שלמרות ההמלצות האמורות לא מצאו רשויות הצבא לאמצן". עוד שקל בית הדין כי מרבית תקופת ההיעדרות של המשיב קדמה למלחמת "חרבות ברזל". לנוכח האמור, ולאחר בחינתה של מדיניות הענישה הנהוגה, בעבר ולאחרונה, במהלך המלחמה – העמיד בית הדין קמא את מתחם עונש הולם כך שינוע בין **שבעה ל-15 חודשי מאסר בפועל**.
6. בעת קביעת עונשו של המשיב בתוך המתחם שב בית הדין והתחשב לקולה בנסיבותיו האישיות והמשפחתיות של המשיב, וכן בהודאתו באשמה. לצד זאת נשקל לחומרה עברו של המשיב ובסופו של דבר נקבע כי יש להשית על המשיב מאסר בפועל בספו התחתון של מתחם העונש ההולם – שבעה חודשים. בית הדין הורה עוד, מבלי שנימק את החלטתו, כי 15 ימים מעונש המאסר המותנה שהופעל בעניינו של המשיב, ירוצו במצטבר לעונש המאסר בפועל ו-15 ימים ירוצו בחופף לו.

**טיעוני הצדדים בערעור על קולת העונש**

1. לטענת התביעה, יש להחמיר בעונש המאסר בפועל שהושת על המשיב, שכן מתחם העונש ההולם אינו משקף נכונה את הפגיעה העמוקה בערכים המוגנים הכרוכה בנסיבות ביצוע העבירה, ובהן תקופת ההיעדרות הממושכת, שחלקה לאחר פרוץ המלחמה העזה המתחוללת בארצנו מאז ה-7 באוקטובר 2023. זאת, לצד היעדר המוטיבציה של המשיב לכל אורך הדרך, למשל בנסיונותיו השונים להתחמק משירות צבאי ובפיטוריו בסופו של דבר, בגין התנהגות רעה וחמורה. נטען עוד, כי אף שיש להתחשב בנסיבותיו המשפחתיות והאישיות של המשיב, שיקולי ההרתעה המתקיימים בעניינו, מחייבים אף הם החמרה ניכרת בעונשו.
2. מנגד, ביקשה ההגנה לסמוך ידיה על גזר הדין של בית הדין קמא ולהימנע מלהתערב בו. ההגנה שבה והדגישה כי המשיב סיים את היעדרותו בהתייצבות, הודה באשמה ונטל אחריות למעשיו. נטען גם, כי יש ליתן משקל רב לקולה לנסיבותיו המשפחתיות ולמצבו הנפשי. ההגנה הפנתה לתסקיר העונש שנערך בעניינו של המשיב ולתיעוד שערכו גורמי בריאות הנפש בצבא בעניינו, ולבסוף, ביקשה כי נתחשב גם בחג החירות הקרב ובא.

**דיון והכרעה**

1. ערעור זה בדין יסודו. מתחם העונש שקבע בית הדין קמא הנכבד, בין שבעה ל-15 חודשי מאסר בפועל, אינו משקף נכונה את שיקולי ההלימה המתקיימים במקרה דכאן, ואינו מבטא כנדרש את עומק הפגיעה בערכים המוגנים, את חומרתן של נסיבות ביצוע העבירה ואת מדיניות הענישה הנהוגה.
2. משכה של ההיעדרות משירות סדיר, **שלוש שנים ומחצה**, והתנהגותו של המשיב לכל אורך שירותו הצבאי, מלמדות על מי שגמר אומר בדעתו שלא לציית לחובתו החוקית לשרת בצה"ל, חרף הניסיונות לסייע לו, על דרך שינוי תפקיד. מעשיו של המשיב פוגעים במידה רבה בחוסן הצבאי, במשמעת הצבאית, בתכנון ובמוכנות הצבאיים, בערך הלכידות החברתית ובקידום השוויון בנשיאה בנטל השירות הצבאי (ראו: בג"ץ 2638/22 **פלונית נ' משרד הביטחון**, פסקה 20 (22.6.2022); בג"ץ 1532/00 **דה ברמקר נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(2) 297, 303 (2000); ע/36/19 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' ספריקין**, פסקה 30 (2019) ע/28/17 **טור' אמבאו נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע/113/07 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' אלחזוב** (2007)).
3. משנה חומרה יש לייחס לפגיעה בערכים אלה בתקופה הנוכחית, בעיצומה של מלחמת "חרבות ברזל" אשר נכפתה עלינו ב-7 באוקטובר 2023, לאחר שאלפי מחבלים חדרו מעזה לשטח מדינת ישראל ובאכזריות, טבחו באזרחים ובחיילים, חטפו אזרחים וחיילים וביצעו מעשי זוועה קשים וחמורים. מדינת ישראל מתמודדת מאז עם איומים והתקפות טרור בזירות שונות, והמלחמה הקשה גובה את חייהם של מפקדים וחיילים, בשירות סדיר ובשירות מילואים.
4. בפסיקת בית דין זה מן העת האחרונה, נקבע כי יש להחמיר במדיניות הענישה בעבירות של היעדר מן השירות שלא ברשות, באופן שיגלם את השלכותיה של המלחמה העזה על שיקולי ההלימה, "על נסיבות ביצוע העבירה ועל עומק הפגיעה בערכים החברתיים החשובים ובערך ההגנה על המולדת, השוויון והרעות בין כלל הנושאים בנטל... 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/8/24 **כהן** לעיל, פסקאות 20-19 והאסמכתאות שם; ע/16,17/24 **טור' אלבז נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/19/24, 18 **טור' טולדנו נ' התובע הצבאי הראשי** (2024)).
5. עולה מן המקובץ, כי אין במתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא כדי לבטא נכונה את שיקולי ההלימה המתקיימים במקרה דכאן. גם במיקום העונש בתוך המתחם יש להתערב. הגם שראוי להתחשב בקשייו הנפשיים של המשיב ובנסיבותיו המשפחתיות המורכבות, כפי שתוארו בתסקיר העונש שהוצג ובעדותה של האם - אין להתעלם מעברו המכביד ומן העובדה כי החל את היעדרותו הנוכחית, זמן קצר לאחר שנידון בבית דין לריצוי מאסר בפועל, ובעוד עונש של מאסר על תנאי מרחף מעליו. באיזון שבין ההתחשבות בנסיבותיו של המשיב והודאתו באשמה, לבין שיקולי ההרתעה המתקיימים, בראי ההחמרה המתבקשת במתחם העונש ההולם - יש להיעתר לבקשת התביעה ולהחמיר בעונש המאסר בפועל במידה ניכרת.
6. עם זאת, משאין זו דרכה של ערכאת הערעור למצות את העונש בקבלה את ערעור התביעה על קולתו (ראו, עניין **טולדנו** לעיל, פסקה 36 והפסיקה המנויה שם), סברנו כי בנסיבות העניין, יש להעמיד את **עונש המאסר בפועל על 11 חודשים**.
7. ודוקו: העונש ההולם את מעשיו של המשיב חמור עוד יותר, אלא שבנסיבות שנתהוו כאמור, הייתה הערכאה הראשונה מוגבלת בעונש המירבי שיכולה הייתה להשית עליו. אף אילולא מגבלה זו, הרי כידוע, אין זו דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין בערעור על קולת העונש. בשים לב לכך, ובשל הטעמים הנוספים שמנינו לעיל, נמנענו מלהשיב את עניינו של המשיב לדיון מחודש בפני מותב שלושה, ולפיכך, מצאנו להחמיר בעונשו ברוח האמור בעניין **סולסן** לעיל, שם נקבע, כי "גבול סמכות הענישה הוא העונש המֵרבי שמוסמך להטיל דן יחיד. עד גבול זה נגיע, מבלי שנתקרב למידת העונש שראוי היה לוֹ המערער לוּ בא עניינו כסדרו בפני הערכאה הדיונית, בהרכב תלתא" (פסקה 38).
8. אשר לאופן נשיאתו של עונש המאסר המותנה שהושת על המשיב בעבר, בתיק מרכז (מחוזי) 338/19 הנ"ל, בית הדין קמא לא נימק את החלטתו להורות כי מחצית מן העונש תרוצה בחופף לעונש המאסר בפועל. מכל מקום, בנסיבות העניין, בראי שיקולי ההלימה ולנוכח הכלל הקבוע בהוראת סעיף 33(ד) לחוק השיפוט הצבאי - יש להורות כי המשיב יישא את עונש המאסר המותנה בן 30 הימים, **במצטבר** לעונש המאסר בפועל בגין העבירה הנוכחית (ראו והשוו: ע/8/24 **כהן** לעיל, פסקה 24).
9. סוף דבר, ערעור התביעה מתקבל. עונש המאסר בפועל יוחמר ויעמוד על 11 חודשים, ואליו יצטבר במלואו עונש המאסר המותנה שהופעל, בן 30 ימים. על המשיב יהיה לרצות תקופת כליאה כוללת בת **12 חודשים.**

ניתן והודע היום, ב' בניסן התשפ"ד, 10 באפריל 2024, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

 הנשיאה המשנה לנשיאה שופטת

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

 **סרן כפיר לב**

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