 

**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, רס"ן גלי קטלן; סגן מורן ארקה)

**נ ג ד**

**ח/\*\*\*\*\*\*\* רב"ט ע' מ' –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן יוסי אלבז)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי הדרום שניתן בתיק דרום (מחוזי) 26/24 (רס"ן צבי פורר – שופט) ביום 4.4.2024. ערעור התביעה התקבל.

**פ ס ק - ד י ן**

1. המשיב, רב"ט ע' מ' הורשע על פי הודאתו, בכתב אישום מתוקן, בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות למשך 91 ימים, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955. המשיב נעדר מיחידתו (גדוד בחטיבת הנח"ל) החל מיום 26 באוקטובר 2023 ועד להתייצבותו ביום 24 בינואר 2024. בעקבות הרשעתו של המשיב, הושתו עליו 120 ימי מאסר בפועל, מאסר מותנה בן 90 ימים למשך שנתיים והורדה לדרגת טוראי.
2. התביעה לא השלימה עם קולת העונש שהוטל על המשיב, ועתרה להחמרה משמעותית בו. מכאן הערעור שלפנינו.

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

1. בפני בית הדין קמא הובאו מסמכים כתובים מטעם התביעה ומטעם ההגנה, ואף אביו של המשיב העיד מטעמה. מן הראיות השונות עלה, כי המשיב הוא בן למשפחה נורמטיבית, המתגוררת בנהריה. אביו הוכר בעבר כנכה צה"ל ואחותו הבכורה מאובחנת כמי שנמצאת על הרצף האוטיסטי, ומתקשה לתפקד באופן עצמאי. המשיב סיים 12 שנות לימוד והתגייס לצה"ל באוגוסט 2022, לשרת כלוחם בחטיבת הנח"ל. עקב חיכוכים עם מפקדיו והקושי שלו לשרת רחוק מביתו, עבר המשיב בחודש נובמבר 2022 לשרת כטבח בגדוד אחר, בתנאים מקלים ("שבוע-שבוע"). ביולי 2023 פגש המשיב בקב"נית, והעלה לפניה את בקשתו לשנות את שיבוצו ליחידה אחרת. המשיב טען לקשיי הירדמות, ולדבריו האוכל המוגש בבסיס גרם לו להקאות תכופות. כן טען, כי מפקדיו מתנכלים לו. הקב"נית לא התרשמה מקיומה של תחלואה נפשית (ויצוין, כי למסקנה דומה הגיעה גם קב"נית שבדקה את המשיב בבסיס הכליאה במהלך מעצרו). בחוות דעתה ציינה הקב"נית היחידתית כי: "הרושם לתגובה הסתגלותית עם מאפיינים התנהגותיים על רקע אישיותי וחרדתיים על רקע השירות הצבאי ללא קווי אישיות בולטים". הודגש גם, "כי ישנה אגרבציה וניסיון לרווח משני שמבוסס בעיקר על העדר מוטיבציה". הקב"נית סברה כי אין עילה להעביר את המשיב לשרת ביחידה אחרת והציעה לו מענה בדמות טיפול שיחתי, אולם המשיב דחה את הבקשה. כן הוצע לסייע בידי המשיב לפנות לטיפול רפואי, אך גם לכך לא נענה. אביו של המשיב טען אף הוא בעדותו, כי המשיב סבל מהקאות וירד במשקל.
2. מטופס דיווח היעדרות על שם המשיב עלה, כי הוא התלונן על חוסר מענה רפואי, אך כאשר זומן לבדיקות רפואיות לא התייצב אליהן; ויש לציין כי גם המסמכים הרפואיים שהוגשו מטעם ההגנה עסקו בתלונה רפואית נקודתית, שבגינה ניתנו למשיב ימי מחלה, מבלי שהוזכרו שם, למשל, ההקאות הנטענות. במכתב שאותו הקריא המשיב, בדבריו לאחר טיעוני הצדדים לעונש, הביע חרטה על היעדרותו ומוטיבציה להשלים שירות צבאי ביחידה אחרת, בהתאם להמלצת הגורמים במרכז לאבחון וחוסן. המשיב טען במכתבו כי היעדרותו מן היחידה נעוצה ביחסם של מפקדיו, ובסבל הגופני שחווה בעקבות ההקאות והירידה המשמעותית במשקלו.
3. בית הדין קמא הנכבד הניח, בשגגה, כי המשיב הועבר מתפקיד לחימה לתפקיד של טבח בעקבות אבחון גורמי בריאות הנפש בדבר בעיות חרדתיות שמהן הוא סובל. עוד סבר, כי יש להתחשב בנתון זה בעת קביעת מתחם העונש ההולם. כך, נקבע, כי "הפגיעה בערכים המוגנים אינה כה משמעותית אשר מצדיקה קביעת מתחם כפי שעותרת לו המאשימה...". עם זאת, לנוכח פסיקת בית דין זה בנוגע למי שנעדרו משירות צבאי בתקופת מלחמת "חרבות ברזל" (ע/9/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טוראי חיראני** (2024); ע/12,13/14 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט מלקו** (2024)), מצא בית הדין קמא לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין 110 ל-200 ימי מאסר בפועל, ולמקם את עונשו של המשיב בסמוך לספו התחתון של המתחם, מתוך התחשבות בהודאתו באשמה, בעברו הנקי וכן בהתרשמות בית הדין, שלפיה "הנאשם שלפניי ניסה לשרת בכל כוחו אולם כנראה שלא עמד לו כוחו הנפשי והוא התמודד כפי שהתמודד". עוד התחשב בית הדין קמא בקושי הנובע ממגורי המשיב ומשפחתו באיזור הצפון, בתקופת המלחמה.

**טיעוני הצדדים בערעור**

1. התביעה שבה על עתירתה לקבוע מתחם עונש הולם, הנע בין 240 ימי מאסר לשנת מאסר בפועל, ולמקם את עונשו של המשיב במחצית המתחם. נטען, כי בית הדין קמא שגה כאשר סבר כי מקורו של השינוי בשיבוצו של המשיב לתפקיד אחר באבחון של גורמי בריאות הנפש ביחס למצבו הנפשי, וכי בהיעדר תיעוד רפואי מתאים, לא היה גם בסיס להתרשמותו של בית הדין בדבר הזיקה בין מצבו הנפשי של המשיב להיעדרותו. הודגש, כי גורמי בריאות הנפש לא התרשמו מתחלואה של המשיב שהצדיקה שינוי שיבוץ או כל הוראה אחרת, אלא מהעדר מוטיבציה שלו לשרת ביחידתו. בדומה, נטען כי היה על בית הדין להתחשב בכך שהמשיב נמנע מלשתף פעולה עם מפקדיו, אשר ביקשו להפנותו לטיפול רפואי, לנוכח תלונותיו. כן נטען, כי לא הוצגו ראיות בדבר קשיים קונקרטיים של המשיב, הנובעים מהמתיחות בצפון.
2. התביעה טענה כי היעדרותו של המשיב, זמן קצר לאחר פרוץ המלחמה ובעיצומה, פגעה פגיעה ניכרת בערכים המוגנים ובהתאם, לנוכח מדיניות הענישה הנהוגה ביחס למקרים דומים, ראוי היה להחמיר במתחם העונש ההולם במידה רבה. לבסוף נטען, כי לא נכון היה להעמיד את עונשו של המשיב בתחתית מתחם העונש ההולם, בשים לב להעדר נסיבות אישיות מקלות חריגות ומנגד, לנוכח קיומם של שיקולי הרתעת היחיד והרתעת הרבים.
3. ההגנה סמכה ידיה על פסק דינו של בית הדין קמא. בטיעוניה עמדה על כך שהיבטי החומרה בעניינו של המשיב מגולמים כבר בעצם העמדתו לדין פלילי ולא משמעתי, בעובדה כי בקשתו לבחון את התאמתו להליך של שילוב נדחתה על ידי התביעה ואף בכך שלאור העונש שהושת עליו, הרשעתו נושאת רישום פלילי "מלא". נטען כי בנסיבות אלה, אין מקום להחמרה הנוספת שלה עותרת התביעה, ואשר איננה עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנהוגה. נטען גם כי המשיב עתיד לסיים את עונש המאסר בפועל, בתוך ימים ספורים, בערב חג הפסח - וכי גם בנתון זה יש להתחשב. עוד ביקשה ההגנה להתחשב בעברו הנקי של המשיב, בשירותו הצבאי התקין לאורך כשנה ואף בנסיבותיו המשפחתיות ובקשייו הנפשיים. נטען גם, כי יש לזקוף לזכותו את המוטיבציה שהביע כעת לשוב לשירות תקין.
4. לאחר הדיון בערעור, בהסכמת התביעה, הוצגה לנו חוות הדעת שנערכה למשיב במהלך מעצרו, על ידי מרכז אבחון וחוסן, שממנה עלה, כי המשיב מביע מוטיבציה להמשך שירות. בהתחשב בנסיבותיו האישיות, ניתנה הנחיה לשנות את שיבוצו ליחידה הקרובה לאזור מגוריו, בתנאי "יומיות".

**דיון והכרעה**

1. ביום 7 באוקטובר 2023 פרצה מלחמת חרבות ברזל, מלחמה ממושכת מהקשות שידעה מדינת ישראל עד כה. ראשיתה של המלחמה בחדירתם של אלפי מחבלים מרצועת עזה לישובים ובסיסי צבא סמוכים. המחבלים טבחו באכזריות באזרחים ובחיילים, חטפו אזרחים וחיילים וביצעו בהם מעשי זוועה קשים. בד בבד עם הלחימה בחזית הדרומית, מתמודדת המדינה עם איומים ותקיפות ממשיות בצפון הארץ ועם מצב בטחוני מורכב באזור יהודה ושומרון. המלחמה הקשה גבתה את חייהם של מפקדים וחיילים רבים, בשירות סדיר ובשירות מילואים, וסיומה טרם נראה באופק.
2. נפסק לא אחת, כי העדרות משירות צבאי פוגעת בערכים המוגנים שעניינם שמירה על החוסן הצבאי, המשמעת הצבאית, התכנון והמוכנות הצבאיים, הלכידות החברתית וקידום השוויון בנשיאה בנטל השירות הצבאי. הוטעם, כי משנה חומרה יש לייחס לפגיעה בערכים אלה בתקופה המלחמה (ראו אך לאחרונה ע/23/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טוראי כהן**, פסקה 25 והאסמכתאות שם (2024)). כן בואר, כי לעומק הפגיעה בערכים המוגנים השפעה ישירה על קביעת מתחם העונש ההולם, בהתאם לעיקרון ההלימה (סעיף 40ב לחוק העונשין, תשל"ז - 1977; ע/3/24 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר** **וורקה**, פסקה 24 (2024)).
3. המשיב החל בהיעדרותו בסמוך לאחר פרוץ המלחמה הקשה והסגיר את עצמו בחלוף למעלה משלושה חודשים. בנסיבות אלו, יש לקבוע כי פגיעתו בערכים המוגנים כמפורט לעיל, רבה וחמורה. זאת ועוד - הרקע להיעדרות, כעולה מן הראיות שנפרסו לפני בית הדין קמא, נעוץ ברצונו של המשיב לעזוב את יחידתו. בשונה מסברתו של בית הדין קמא, גורמי בריאות הנפש לא התרשמו כי מצבו הנפשי של המשיב מחייב להעבירו ליחידה אחרת, וניסיונותיהם של מפקדיו להושיט לו סיוע נפשי או רפואי אחר, נדחו על ידיו פעם אחר פעם. נציין גם, כי מבלי להקל ראש בקשיים שעמם מתמודדת משפחתו של המשיב, כפי שעלו מעדות האב ואף לנוכח מקום מגורי המשפחה והלחימה בגבול הצפון - הרי מדבריו של המשיב עצמו, במכתבו ובאמרתו בחקירה, לא עלה כי נתונים אלה הם שעמדו בבסיס היעדרותו. אשר על כן, לא היה מקום להתחשב במצבו הנפשי של המשיב או בנסיבותיו האישיות, בעת קביעת מתחם העונש ההולם.
4. יש לקבוע, אפוא, כי מתחם העונש ההולם שנקבע אינו מבטא כראוי את עומק הפגיעה בערכים המוגנים ואת החומרה הנלווית לנסיבות ביצוע העבירה. המתחם שנקבע גם אינו עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה כפי שהותוותה על ידי בית דין זה בחודשים האחרונים מאז פרוץ המלחמה, בהתחשב בהשלכותיה של המלחמה, משכה ועצימותה (ראו: ע/8/24 **טוראי כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/18,19/24  **טוראי טולדנו נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/10/24 **רב"ט וולקוביץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/16,17 **טוראי ריאן אלבז נ' התובע הצבאי הראשי** (2024),**; וכן** ע/9/24 **חיראני** לעיל וע/12,13/14 **מלקו** לעיל).
5. בשים לב להיקף הפגיעה בערכים המוגנים בנסיבות העניין ובראי מדיניות הענישה הנהוגה, יש לשנות את מתחם העונש ההולם (אף אם לא כעתירתה של התביעה), ולהעמידו כך שינוע בין 180 ל-250 ימי מאסר בפועל.
6. בעת בחינת עונשו של המשיב בתוך מתחם העונש ההולם, על אף קיומם של שיקולי הרתעה אישית ושיקולי הרתעת הרבים בולטים, סברנו, כי בהתחשב בנסיבותיו המשפחתיות של המשיב, עברו הנקי, הודאתו באשמה והמוטיבציה שלו להשלים שירות צבאי מלא, שעשויה לבוא לידי ביטוי בתנאי השירות שהותאמו לו לאחרונה - ניתן למקם את עונשו בסיפו התחתון של המתחם המתוקן, ולהעמידו על 180 ימי מאסר בפועל. קביעה זו אף מתיישבת עם הכלל הידוע, 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/18,19/24 **טולדנו** לעיל, בפסקה 36).
7. בשולי הדברים, לנוכח נסיבותיו של המשיב ומשחג הפסח מצוי בפתח, נציין, כי חזקה על מפקד בס"כ 416, ככל שתוגש לו בקשה מתאימה, כי יבחן את האפשרות לשחרר את המשיב לחופשת חג, במסגרת שיקול דעתו ועל פי סמכותו.
8. ערעור התביעה מתקבל אפוא. המשיב ירצה 180 ימי מאסר בפועל שיימנו מיום מעצרו. אין שינוי ביתר רכיבי הענישה.

ניתן והודע היום, י"ג בניסן התשפ"ד, 21 באפריל 2024, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

 **הנשיאה המשנה לנשיאה שופטת**

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

 **סרן כפיר לב**

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