 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

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

בעניין:

**ח/\*\*\*\*\*\*\* טוראי א' ה' –** המערער (ע"י ב"כ,עו"ד עדן זינו; עו"ד גיל בנדל)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן לירן שצ'וקין; קמ"ש הגר לבנטר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 153/24 (סא"ל סיגל טורג'מן חזן – סגנית הנשיא) ביום 21.4.2024. ערעור ההגנה התקבל.

**פ ס ק - ד י ן**

1. המערער, טור' א' ה' , הורשע על פי הודאתו, בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות למשך 573 ימים, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955. המערער השתמט משירות צבאי ונעדר מיחידת מיטב החל מיום 29 באוגוסט 2022 ועד להתייצבותו ביום 23 במארס 2024. בעקבות הרשעתו הושתו עליו 135 ימי מאסר בפועל ומאסר מותנה בן 120 ימים למשך שנתיים.
2. ההגנה לא השלימה עם חומרת העונש שהוטל על המערער, ועתרה להקל בו משמעותית. מכאן הערעור שלפנינו.

**השתלשלות העניינים בבית דין המחוזי ופסק הדין**

1. בית הדין קמא סקר בפסק דינו את נסיבותיו האישיות של המערער, יליד 2002, אשר עלה לארץ מבילורוסיה בשנת 2018 בגפו, במסגרת תכנית "מסע". בספטמבר 2021 נישא לאשתו אשר התגוררה אף היא בבילורוסיה, והגיעה לארץ רק בראשית אוגוסט 2022. גיוסו נקבע ליום 29 באוגוסט 2022. עובר למועד זה התייצב המערער לבדיקות לכשירות לשירות ואף עבר ראיון ביחידת מיטב, שבו מסר כי הוא מתגורר עם הוריו, עובד למחייתו ואינו מעוניין לשרת, כיוון שהוא נדרש לעבוד ולממן את אשתו ואת משפחתו. בעקבות האמור החליט הפוקד לגייסו לשירות צבאי, תוך מתן סיוע כלכלי ושיבוץ בתנאי "יומיות".
2. המערער לא התייצב לשירות במועד שאליו נקרא, ולבסוף סיים את היעדרותו, כאמור, בחודש מארס 2024. באמרתו מסר כי היה מודע לחובתו להתגייס לצה"ל, אולם באותה תקופה הגיעה אשתו לארץ לאחר שלא התראו תקופה ארוכה. כן טען כי הוא נדרש לעבוד ולכלכל את משפחתו, ועל כן אינו מעוניין גם כעת להתגייס לצה"ל.
3. בפני בית הדין קמא הוצגו ראיות, לרבות עדויות של אמו ואשתו של המערער, המלמדות על חובות של המערער ומשפחתו, ועל קשיים אישיים שעמם הוא מתמודד. במהלך כליאתו, הציג המערער חוות דעת של פסיכיאטר פרטי, אשר התרשם מהפרעת הסתגלות של המערער בעקבות אירוע טראומטי שחווה בעבר, שעניינו תאונת ירי שבה נפצע אחיו. פסיכיאטר צבאי אבחן אצל המערער קשיי הסתגלות, שבגינן המליץ על הורדת הפרופיל הרפואי שלו ל-64. עניינו של המערער הובא גם בפני מפקד מיטב, אשר מצא כי אין מקום לפטור אותו משירות צבאי. המערער עצמו לא העיד בשלב הראיות לעונש. בדבריו טרם גזירת הדין מסר, כי לא ידע שאי התייצבות לגיוס תגרור אחריה ענישה פלילית, וביקש כי העונש שיושת עליו "לא יהרוס את חייו".
4. כעולה מפסק דינו של בית הדין קמא, התביעה עתרה לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין 60 ל-100 ימי מאסר בפועל, וזאת בהתבסס על ההחמרה הנדרשת בתקופת הלחימה, הן ביחס למי שנעדרו משירות שבו החלו והן בעניינם של מי שהשתמטו משירות. מנגד ביקשה ההגנה לקבוע מתחם עונש הלם הנע בין 30 ל-60 ימי מאסר בפועל, בטענה שמדיניות האכיפה המחמירה של התביעה בתקופת לחימה לא הוחלה על משתמטים משירות, ותוך הדגשה כי עניינו של המערער חורג אך במעט מתקופת ההשתמטות שבגינה ניתן להסתפק בהעמדה לדין משמעתי. שני הצדדים ביקשו לקבוע את עונשו של המערער ברף התחתון של מתחם העונש שייקבע.
5. בעקבות בקשה שהגישה התביעה לבית הדין קמא לתיקון פרוטוקול ניתנה החלטה שבה פורטה השתלשלות העניינים כדלקמן: במהלך הדיון ביקש בית הדין מהתביעה להסביר, על איזו פסיקה היא נסמכת לשם גיבוש עתירתה לעונש. התביעה השיבה כי משטרם נקבע בפסיקה מתחם עונש הולם לגבי השתמטות משירות בעת תקופת הלחימה, הרי שעתירתה מתבססת על מדיניות הענישה לגבי השתמטות משירות לפני הלחימה, בראי ההחמרה הנדרשת. בית הדין ציין בפני הצדדים כי בכוונתו לקבוע מתחם עונש מחמיר יותר מזה שאליו עתרה התביעה, והפנה את הצדדים להידבר ביניהם. בהתייחסותה של כב' האב"ד לבקשה לתיקון פרוטוקול נכתב, כי הצדדים התבקשו להידבר ביניהם, "משנשמע שהפער אינו גדול בין הצדדים".
6. בפסק דינו, עמד בית הדין קמא הנכבד על נסיבותיה הייחודיות של תקופת הלחימה המתמשכת, תוך שהוטעם, כי על אף שהשתמטותו של המערער משירות החלה טרם הלחימה, הרי שנמשכה במהלכה, ומכאן החומרה היתרה במעשיו. בית הדין ציין, כי המערער לא העיד על הסיבות שהובילו אותו להיעדרות, וכי מהראיות שהובאו עלה כי היה מודע לחובתו להתייצב לשירות צבאי אך נעדר מוטיבציה לשרת בצבא. הוטעם, כי טענתו בדבר הצורך לתמוך באשתו ובמשפחתו, ובדבר כך שאינו נעזר בהוריו, נסתרה בעדות אמו, שלפיה הוא ואשתו מתגוררים בבית ההורים. זאת ועוד, טענותיו של המערער בנוגע לטראומה שעבר, שהקשתה עליו, לטענתו, את הגיוס, לא נתמכה במסמכים או עדויות נוספות. לבסוף, הדגיש בית הדין כי היבט חומרה נוסף נעוץ בכך שהמערער מסר שהחליט לעזוב את בילורוסיה ולעלות לישראל, כדי למצוא מפלט מפני המלחמה המתחוללת בין רוסיה לאוקראינה ומכאן שהוא "מתנכר לחובתו האזרחית באותו מקום מפלט".
7. בית הדין נדרש למדיניות הענישה שנקבעה לגבי השתמטות משירות צבאי, וציין, כי המדיניות האמורה אינה מתאימה ליישום בימים אלה, נוכח מגמת ההחמרה ביחס להיעדרות מן השירות בעת מלחמה. צוין, כי החמרה כאמור נדרשת לחול גם על עניינם של משתמטים משירות.
8. לבסוף נקבע, כי אמנם "ככלל אל לו לבית המשפט להיות יותר קטגור מהקטגור ולהחמיר בעונש מעבר לעמדת התביעה" אך "במקרה שבו עותרת התביעה למתחם ענישה שאינו מבטא את חומרת המקרה ונסיבותיו, בית הדין לא נדרש לטמון ראשו בחול ולהתעלם מן הפער המשמעותי בין מדיניות ההחמרה בענישה אל מול עתירת התביעה. במקרה כזה, יכול בית הדין לסטות מעתירתה ובלבד שינמק זאת". משסבר בית הדין כי המתחם שלו עתרה התביעה אינו מבטא את נסיבות החומרה ואת היקף הפגיעה בערכים המוגנים בתקופת הלחימה, נקבע מתחם עונש הולם הנע בין 120 ל-210 ימי מאסר בפועל.
9. בתוך המתחם שנקבע, שקל בית הדין לחומרה, כי המערער חסר מוטיבציה לשירות על אף שלא נמצא כי יש מקום לפטרו, התייצב רק על מנת להסדיר את מעמדו ואף לא נתן הזדמנות לצה"ל לסייע לו לשלב בין חובת השירות לבין פרנסת משפחתו. מנגד, התחשב בית הדין בכך שהמערער הודה באשמה ונטל אחריות על מעשיו, וכי מדובר בעולה חדש, המתמודד עם קשיי שפה והתאקלמות במדינה חדשה. צוין, כי ככלל, היה מקום לקבוע את עונשו של המערער באמצע המתחם שנקבע, אך "נוכח עתירתה המתונה של התביעה" ומשנקבע מתחם עונש העולה על עתירתה של התביעה, ניתן למתן העונש, כך שיועמד על 135 ימי מאסר בפועל, בסמוך לרף התחתון של המתחם. לצד זאת, הושת מאסר מותנה מכביד, לשם הרתעתו של המערער מלשוב ולעבור את העבירה.

**טיעוני הצדדים בערעור**

1. לטענת ההגנה, התביעה, אשר תיקנה את הנחיותיה בנוגע להעמדה לדין ועתירה לעונש בגין היעדרות מן השירות בתקופת מלחמת "חרבות ברזל", לא החילה את התיקון האמור על עניינם של משתמטים משירות - וכך אכן ראוי, לאור נוכח זיקתם המצומצמת של משתמטים לשירות הצבאי והעדר הפנמה של חובת השירות, שהביאו בעבר למדיניות ענישה מקלה יותר, ואף בגין השתמטות לתקופות ממושכות יותר מאלה של המערער (ע/47/18 **טור' דריקס נ' התובע הצבאי הראשי** (2018); ע/17/18 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' שיץ** (2018); ע/48/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' סגל** (2017); ע/9/18 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' פרג'ון** (2018)). ההגנה שבה והפנתה גם לכך שפרק הזמן שבו נעדר המערער משירות עולה אך במעט על הרף המבדיל בין העמדה לדין משמעתי לבין הגשת כתב אישום.
2. נטען, לכן, כי בית הדין קמא השית על המערער עונש החורג לחומרה ממדיניות הענישה הנהוגה, ואף חרג ממתחם העונש ההולם שעתרה התביעה לקבוע. כל זאת, מבלי שהמערער הוזהר כי בכוונת בית הדין לגזור עליו עונש המוביל לרישום פלילי "מלא" - שאם לא כן, הייתה ההגנה פונה, מבעוד מועד, בבקשה לעריכת תסקיר עונש בעניינו. נטען עוד, כי בית הדין לא נימק כדבעי את החלטתו לסטות לחומרה ממתחם העונש שאליו עתרה התביעה. ההגנה הלינה אף על קביעת בית הדין קמא כי יש למקם את עונשו של המערער, חרף נסיבותיו האישיות והמשפחתיות, שלא ברף התחתון של המתחם, שוב בניגוד לעתירת התביעה בעניין זה.
3. התביעה ביקשה לסמוך ידיה על פסק דינו של בית הדין קמא ולדחות את הערעור. בעת שניסתה להסביר את הפער בין עמדתה העונשית בערעור לבין עתירתה בפני בית הדין קמא, ציינה כי "יכול להיות שטעינו", וזאת משטרם ניתנה פסיקה המתווה את מדיניות הענישה הראויה למשתמטים משירות לאחר פרוץ המלחמה. עם זאת, טענה כי גם עתירתה בפני בית הדין קמא היתה מחמירה לעומת מדיניות הענישה לפני המלחמה, וביקשה לנמק את עמדתה תוך היקש מסוים מהאפשרות העומדת לתביעה בעת ערעור על אי קבלת הסדר טיעון, שלא לעמוד מאחורי ההסדר.

**דיון והכרעה**

1. בפתח הדברים נטעים, כי לא מצאנו חומרה יתרה, כשלעצמה, בעונש שנגזר על המערער בבית הדין קמא. אכן מדיניות הענישה שאליה הפנתה ההגנה, מגלמת בחובה את ההתחשבות בעניינם של משתמטים משירות צבאי כמי שזיקתם למערכת הצבאית נמוכה יותר וטרם הפנימו את הנורמות הצבאיות המחייבות. לצד זאת, אף בהיעדרות משירות בדרך של השתמטות יש כדי לפגוע בערכים המוגנים שהוכרו בפסיקתנו - שמירה על החוסן הצבאי, המשמעת הצבאית, התכנון והמוכנות הצבאיים, הלכידות החברתית וקידום השוויון בנשיאה בנטל השירות הצבאי. נפסק כי משנה חומרה יש לייחס לפגיעה בערכים אלה בתקופה המלחמה (ראו ע/23/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' כהן**, פסקה 25 והאסמכתאות שם (2024)), וכי 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)). דברים אלה יפים בוודאי גם לעניינם של משתמטים משירות צבאי, בהינתן הימנעותם הנמשכת מלהתייצב לשירות צבאי ולקחת חלק במאמץ המלחמתי.
2. מידת הפגיעה בערכים המוגנים בתקופת המלחמה הובילה להחמרה ניכרת במדיניות הענישה בעניינם של נעדרים משירות חובה ומילואים, בהתחשב בהשלכותיה של המלחמה, משכה ועצימותה (ראו: ע/8/24 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/18,19/24  **טור' טולדנו נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/10/24 **רב"ט וולקוביץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/16,17 **טור' אלבז נ' התובע הצבאי הראשי** (2024),**;** ע/12,13/14 **טור' מלקו נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/26/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' מרגוליס** (2024); ע/28,31/24 **טור' ארמיאס נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/3/24 **וורקה** לעיל). על ההחמרה במדיניות הענישה לבוא לידי ביטוי - באופן מידתי ובשינויים המחוייבים - אף בעניינם של מי שהשתמטו משירות צבאי במהלך המלחמה. בדין נהג כך בית הדין קמא בנסיבות העניין, תוך שאף נימק, כנדרש, את שיקוליו להחמיר בעניינו של המערער מעבר לעמדת התביעה (ראו ע/35/21 **טור' מור נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 26 (2021)). במתחם שנקבע, הנע בין 120 ל-210 ימי מאסר בפועל, לא מצאנו חומרה מיוחדת, בהינתןנסיבות החומרה שצוינו לעיל, של משך ההיעדרות והיעדר המוטיבציה לעמוד בחובת השירות ולקחת חלק שווה בנטל, גם כעת.
3. על אף האמור, בענייננו, ציין בית הדין בפני הצדדים כי בכוונתו להחמיר במתחם העונש, אך בד בבד, הפנה אותם להידבר ביניהם, "משנשמע שהפער אינו גדול בין הצדדים". היינו, לא השתמע כי בכוונת בית הדין להשית על המערער עונש העולה על שלושה חודשי מאסר בפועל, המביא ככלל, לפי סעיף 404א(ג)(2) לחוק השיפוט הצבאי, לתוצאה רישומית של רישום פלילי "מלא" (נזכיר כי גם התביעה, מצידה, עתרה להסתפק בעונש המצוי ברף התחתון של המתחם שהציעה, קרי עונש המביא לתוצאה רישומית של רישום פלילי "מופחת"). בנסיבות אלה מצאנו, כי לא די היה באזהרתו זו של בית הדין, כדי שההגנה תוכל לכלכל את צעדיה, משההידברות הנוספת עם התביעה לא נשאה פרי (ראו והשוו ע"פ 5611/14 **אבו עוואד נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 לפסק דינו של כב' הש' זילברטל (8.5.2016);רע"פ 9004/10 **שמעיה נ' מדינת ישראל**, פסקה ט' (26.1.2011)). בצדק, ציינה ההגנה כי אילו הייתה מועמדת על האפשרות כי מתחם העונש ההולם יביא בהכרח לענישה הגוררת רישום פלילי "מלא", כבענייננו - יכולה הייתה לעתור להכנתו של תסקיר עונש בעניינו של המערער, בהתאם ל"פיילוט" המתקיים במערכת הצבאית (ראו ע/11/24 **רס"ם גבאי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 23 (2024)). תסקיר כאמור יכול היה לכלול המלצה מתאימה בדבר העונש הראוי למערער, ולהשליך גם על סוגיית הרישום הפלילי. בדיון בפנינו, לא חלקה על כך גם התביעה, בהגינותה.
4. בנסיבות מיוחדות אלה, ומבלי שיש בכך כדי לשמש תקדים לגבי הענישה הראויה בעניינם של משתמטים בתקופת מלחמה, מצאנו להעמיד את עונשו של המערער על 90 ימי מאסר בפועל. עונש זה יביא לתוצאה רישומית של רישום פלילי "מופחת", לפי סעיף 404א(ג)(1) לחוק השיפוט הצבאי. חרף הנסיבות המקלות, ובעיקרן קשיי ההתאקלמות של המערער ומשפחתו בישראל, לא מצאנו כי יש מקום להקל עוד בעונשו, מעבר לאמור, כעתירת הסניגורית - וזאת גם לאור צרכי ההרתעה האישית, משהוחלט כי ימשיך בשירות (סעיף 40ו לחוק העונשין).
5. ערעור ההגנה מתקבל אפוא. המערער ירצה 90 ימי מאסר בפועל שיימנו מיום מעצרו. אין שינוי ביתר רכיבי הענישה.

ניתן והודע היום, ח' אייר התשפ"ד, 16 במאי 2024, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

המשנה לנשיאה שופטת שופט

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

**סרן כפיר לב**

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