 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תא"ל נועה זומר** | **-** |  המשנה לנשיאה  |
| **אל"ם מאיה גולדשמידט****אל"ם איתי בר אילן** | **-** **-**  |  שופטת שופט |

בעניין:

**ח/XXXXXXX טוראי ש' מ' –** המערער (ע"י ב"כ, סרן ליאור פורת; סרן אריאל הראל)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן תכלת מרדכי פייגנסון; סגן רם לוי)

ובעניין:

**התובע הצבאי הראשי –** המערער (ע"י ב"כ, סרן תכלת מרדכי פייגנסון; סגן רם לוי)

**נ ג ד**

**ח/XXXXXXX טוראי ש' מ' –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן ליאור פורת; סרן אריאל הראל)

ערעורים על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המרכז שניתן בתיק מרכז (מחוזי) 78/24 (סא"ל לידור דרכמן – אב"ד; רס"ן לודמילה פירר – שופטת; רס"ן דניאל ציפרשטיין - שופט) ביום 10.7.2024. ערעור ההגנה (חומרת העונש) נדחה. ערעור התביעה (קולת העונש) נדחה.

**פ ס ק – ד י ן**

1. המערער, טור' ש' מ', הורשע לפי הודאתו בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955, למשך 334 ימים (ובכללם, 176 ימים במהלך מלחמת "חרבות ברזל"). בגין הרשעתו, הושת עליו מאסר בפועל למשך 334 ימים, לצד מאסר מותנה בן 90 ימים למשך שנתיים. עונש מחבוש מותנה בן 10 ימים הופעל במצטבר לעונש המאסר בפועל.
2. שני הצדדים לא השלימו עם משכו של המאסר בפועל, כפי שנקבע בפסק דינו של בית הדין קמא הנכבד. מכאן הערעורים.

**פסק דינו של בית הדין קמא**

1. בית הדין סקר את כלל הראיות לעונש, המלמדות על נסיבות חיים שאינן קלות, ועל קשיים התנהגותיים והסתגלותיים ממשיים שעמם התמודד המערער לאורך שנות ילדותו והתבגרותו. בהיותו כבן 15, הסתבך בפלילים ונידון בבית המשפט לנוער. בהמשך, החל ללמוד במסגרת של פנימיה, וגם שם התמודד עם קשיים לימודיים שונים.
2. בחודש נובמבר 2022 התגייס המערער, המגיע מרקע חרדי, לצה"ל. הוריו לא תמכו בגיוס. בתום הכשרת הטירונות, בבסיס "חוות השומר", גילה המערער מוטיבציה גבוהה לשרת כלוחם, אך נמצא בלתי מתאים לכך מבחינה רפואית. מפקדו העיד על מוטיבציה פחותה שלו לשרת בתפקיד שבו שובץ, כנהג משא כבד. ניתנה לו תמיכה כלכלית ואושר לו גם טיפול שיניים פרוטטי. בחודש מארס 2023 נידון המערער בדין משמעתי בגין היעדרות משירות בת מספר ימים, והושת עליו מחבוש מותנה בן 10 ימים. בחלוף כחודש ומחצה, החל בהיעדרותו הנדונה.
3. באימרתו במשטרה הצבאית, לאחר שהסגיר עצמו, ציין המערער כי "לא היה לו טוב בתפקיד", ומסר כי לא התייצב לשירות לאחר פרוץ מלחמת "חרבות ברזל" בשל נפילת חברו הקרוב מן הפנימיה, ועקב ניתוח שעבר (במסמך סיכום האשפוז, מחודש נובמבר 2023, נכתב כי המערער שוחרר לביתו למחרת הניתוח, וניתנו לו 14 ימי מחלה. בביקורת בחלוף כחמישה שבועות הומלץ על חזרה הדרגתית לפעילות גופנית, ללא הגבלה). כאשר נשאל באימרתו, האם הוא מעוניין לשרת, השיב המערער בשלילה, משום ש"זה לא המקום שלו". בעדותו בבית הדין, חזר על כך ש"לא הסתדר" במקום שירותו, ואף שציין כי "לא רק בגלל זה יצאתי להיעדרות", לא פירט סיבות נוספות, גם כשנשאל על כך פעם נוספת בחקירתו הנגדית. הוא שב ומסר כי אינו מעוניין להמשיך לשרת בצה"ל - אלא אם ישרת בתפקיד לוחמה.
4. גורמי בריאות הנפש שבדקו את המערער לאחר תחילת ההיעדרות ובמהלך מעצרו לא מצאו מקום לפטור אותו משירות על רקע נפשי. להתרשמותם, סובל המערער ממצוקה הסתגלותית, עם מוטיבציה שלילית לשירות, בעיקר לאור אכזבה וקשיים מול מפקדיו. תחושת התסכול שחווה המערער הוזכרה גם בתסקיר העונש, שם הומלץ על פיטוריו משירות ביטחון, לאור קשיי ההסתגלות, המורכבות ביחסים המשפחתיים וחוסר המוטיבציה לשירות. בעקבות פסק הדין, אכן הובא המערער בפני ועדת התאמה לשירות ופוטר משירות ביטחון, בשל "התנהגות רעה וחמורה".
5. בית הדין קבע, כי מן הראיות שהוצגו, כמפורט לעיל, "השתקפה תמונה ברורה שלפיה הרקע להיעדרותו של [המערער] נעוץ בחוסר שביעות רצונו משיבוצו לתפקיד נהג וברצונו לקבלת פטור מהמשך שירות בצה"ל", הכל חרף התמיכה והסיוע שקיבל. נסיבות חייו של המערער, ובכללן קשיי ההסתגלות, יציאתו מבית המשפחה בגיל צעיר, מעברי המסגרות הלימודיות ומצבו הרפואי לאורך שירותו לא נעלמו מעיני בית הדין, אך משלא הוכחה זיקה בינן לבין ביצוע העבירה - לא נשקלו בעת קביעתו של מתחם העונש ההולם. נקבע, כי גם ההליך הרפואי שעבר המערער בחודש נובמבר 2023 אינו מצדיק את המשכה של ההיעדרות לאחר תקופת ההחלמה הקצרה, וכך גם הליווי והתמיכה שהעניק המערער למשפחת חברו הטוב שנפל, שלאחריהם מצופה היה כי יתייצב ויתרום גם את חלקו שלו במלחמה.
6. בשים לב לנסיבות ביצוע העבירה, למדיניות הענישה הנהוגה במלחמת "חרבות ברזל" ולהיקף הפגיעה בערכים המוגנים שעניינם השוויון בנטל, צרכי המשמעת ומוכנות הצבא לבצע את משימותיו - נקבע מתחם העונש ההולם כנע בין תשעה ל-15 חודשי מאסר בפועל. בתוך המתחם, נשקלו לחובת המערער היעדרותו הקודמת, שבגינה הושת עליו כאמור מחבוש מותנה בר הפעלה, וכן חוסר רצונו להמשיך בשירות, שלא בתנאים כבקשתו. לקולה, נשקלו נסיבותיו האישיות, מצבו הנפשי והניתוח שעבר, אובדן חברו הטוב, רקעו המורכב והקשיים המשמעותיים שבהם נתקל לאורך חייו. במכלול השיקולים, הועמד עונשו של המערער מעט מתחת לאמצעו של המתחם - 11 חודשי מאסר, כאמור. משהחל בהיעדרותו זמן קצר לאחר שהושת עליו מחבוש מותנה בגין היעדרות קודמת, ונוכח ברירת המחדל הנקובה בסעיף 33(ד) לחוק השיפוט הצבאי, הורה בית הדין על הפעלתו של המחבוש המותנה במצטבר לעונש המאסר שהוטל.

## ערעור ההגנה

1. לשיטת ההגנה, נסיבותיו האישיות של המערער, שבגינן היה בגדר נער בסיכון, קשורות קשר ישיר להיעדרותו, ומצויות "בליבת נסיבות ביצוע העבירה", באופן המפחית מעוצמתם של שיקולי ההלימה ומשליך על קביעתו של מתחם העונש ההולם, ולא רק על העונש במסגרתו (ע/37/19 **טור' ויצמן נ' התובע הצבאי הראשי** (2019)). כך, למשל, ציינה עורכת התסקיר לעונש כי היעדרם של גורמי תמיכה משמעותיים, והקשיים שהערימה משפחתו של המערער, לא אפשרו לו להתמקד בצבא ובצרכיו; גורמי בריאות הנפש הצבאיים אף הם הצביעו (אמנם, בבדיקתו של המערער לאחר תחילת היעדרותו) על פוטנציאל נמוך להסתגלות לשירות, והפטור משירות שניתן למערער בסופו של דבר, אף אם כותרתו היא "התנהגות רעה וחמורה", הוא תולדה של כלל הנסיבות הנזכרות. לדידה של ההגנה, ותוך שאבחנה לקולה את מדיניות הענישה הנהוגה, יש לפיכך לקבוע כי מתחם העונש ההולם ינוע בין ששה ל-12 חודשי מאסר בפועל.
2. לדעת ההגנה, ראוי יהיה להעמיד את עונשו של המערער על הסף התחתון של מתחם העונש הנ"ל, בשים לב לנסיבות האישיות שנוצרו במהלך תקופת המלחמה (נפילת חברו הטוב ומצבו הנפשי והגופני, כפי שתואר). נטען, כי ההיעדרות היחידה הנזקפת לחובת המערער בעבר אינה מצדיקה את מיקום עונשו קרוב לאמצעו של המתחם כפי שנקבע. משכך, עתרה ההגנה להשית על המערער עונש מאסר בפועל שלא יעלה על שבעה חודשים.

**ערעור התביעה**

1. התביעה, לעומת זאת, סבורה כי מתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא אינו משקף את מלוא החומרה שבהצהרותיו החוזרות ונשנות של המערער, שלפיהן אינו מעוניין לשרת בצה"ל, אף שנמצא כשיר לכך וחרף הסיוע שניתן לו. נטען, כי המתחם אינו משקף גם את התקופה המשמעותית, במהלך מלחמת "חרבות ברזל", שבה נמשכה היעדרותו של המערער, אף שיכול היה לתרום את חלקו כמי שמיועד לשרת כנהג משא כבד. הוטעם, כי קביעתו של בית הדין קמא, בדבר חוסר המוטיבציה שבבסיס היעדרותו של המערער, והיעדר הזיקה בין הנסיבות האישיות לבין ביצוע העבירה, מתבססת גם על התרשמות בלתי אמצעית מן העדים שנשמעו.
2. בשים לב לאמור, ולמדיניות הענישה הנהוגה במהלך מלחמת "חרבות ברזל", סבורה התביעה כי על מתחם העונש ההולם לנוע בין 14 ל-20 חודשי מאסר בפועל. את עונשו של המערער עתרה למקם בחלקו העליון של המתחם, בסמוך לאמצעו, בשל היעדר נסיבות מקלות חריגות (לטעמה, נתן בית הדין קמא משקל מופרז לנסיבות אלה), וכן בשל היעדרותו הקודמת של המערער ולאור טעמים של הרתעת היחיד והרבים, ודאי בשעת מלחמה.

**דיון והכרעה**

1. כידוע, "הלכה היא כי ערכאת הערעור לא תתערב בדרך כלל בגזר הדין שהטילה הערכאה הדיונית, למעט במקרים בהם חלה טעות מהותית בגזר הדין, או שהעונש הנגזר חורג בצורה משמעותית ממתחם הענישה הנוהג בנסיבות דומות... יצוין בהקשר זה כי ערכאת הערעור נוטה לבחון בעיקר את התוצאה הסופית אליה הגיעה הערכאה הדיונית ואת סבירותה" (ע"פ 7533/23 **שמס נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 (23.7.2024); ע/25/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' ג' ש'**, פסקה 24(2024)). לאחר עיון, מצאנו כי המקרה שלפנינו אינו מצדיק התערבות כאמור.
2. אכן, היעדרותו של המערער משירות היא ממושכת, והחלה זמן לא רב לאחר שנידון למחבוש מותנה בגין היעדרות קודמת: "נסיבות ביצוע העבירה בעניינו של המערער ובהן משכה של ההיעדרות ממיטב, על רקע היעדרות סמוכה קודמת וסיומה במעצר, מצביעות על פגיעה ניכרת בערך השוויון במדינת ישראל. בטחון המדינה, שהוא הבסיס לחיוניותה של חובת השירות בצה"ל ולהיקפה הכולל - מחייב כל אזרח ותושב ישראל להתגייס לשורות הצבא ולתרום את תרומתו לחוסנה של המדינה ולשלום תושביה. העובדות שהוצגו בעניינו של המערער, כמפורט לעיל, מלמדות כי המערער חסר מוטיבציה לשרת בצבא וכי לא פעל לנסות ולשלב בין מצוקותיו מבית לבין חובתו לשרת בצבא" (ע/37/19 **טור' ויצמן** הנ"ל, פסקה 13). ואם כך בעת שגרה - הרי על אחת כמה וכמה, מתחדדת הפגיעה בערכים מוגנים אלה בשעה שבה אנו נתונים, של מלחמה קשה וממושכת, הגובה מדי יום קורבנות נוספים:

"בית דין זה 'שב והטעים, לאורך החודשים האחרונים, את השלכותיה של המלחמה העזה על העונש הראוי בגין היעדרות משירות במהלכה, ו'על שיקולי ההלימה במקרה דכאן - על נסיבות ביצוע העבירה ועל עומק הפגיעה בערכים החברתיים החשובים ובערך ההגנה על המולדת, השוויון והרעות בין כלל הנושאים בנטל. אף 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/46/24 **טור' שובי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 23, והאסמכתאות שם (2024)).

1. פיטוריו של המערער משירות ביטחון, בגין "התנהגות רעה וחמורה", תוך שהוא מביע חוסר מוטיבציה לשרת, גם בתקופה קשה זו - "ודאי אינם נסיבה לקולה, אלא הם בבחינת 'הנזק שנגרם מביצוע העבירה' (סעיף 40ט לחוק העונשין" (ע/48/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' סויד**, פסקה 26, והאסמכתאות שם (2024)).
2. לא מצאנו להתערב בהתרשמותו הבלתי אמצעית של בית הדין קמא מעדותו של המערער, כפי שנתמכה בהתרשמותם של גורמי בריאות הנפש ובדברי מפקדו, ולפיה נבעה היעדרותו מחוסר מוטיבציה לשירות בתפקיד שבו הוצב. מתבקש היה, אילו היו עוד "סיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה" (סעיף 40ט(א)(5) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977) - כי המערער היה מפרטן באמרתו או בעדותו בבית הדין. איננו סבורים, לכן, כי עלה בידי ההגנה, הטוענת כי היעדרותו של המערער נעוצה בעיקרה בנסיבותיו האישיות והמשפחתיות, לעמוד בנטל ההוכחה הנדרש לגבי נסיבה מקלה הקשורה בביצוע העבירה - קרי, מאזן הסתברויות (40י(ג) לחוק העונשין; ע/42/41/24 **טור' לוי נ' התובע הצבאי** הראשי, פסקאות 21-19 (2024); ע/48/24 **טור' סויד** הנ"ל, פסקאות 22-20. ראו והשוו ע/37/19 **טור' ויצמן** הנ"ל, פסקאות 15-14).
3. בשים לב לכך, מתחם העונש ההולם מגלם את מדיניות הענישה הנהוגה לגבי היעדרות בנסיבות דומות (ראו, למשל, לגבי היעדרות זהה במשכה ובנסיבות הפטור משירות שבעקבותיה, את ע/3/10 **טור' בן יהודה נ' התובע הצבאי הראשי** (2010), שם אושר מאסר בפועל בן שבעה חודשים). אשר להחמרה הנדרשת עקב הימשכות העבירה גם בתקופת המלחמה, הרי שהמתחם אינו סוטה באופן משמעותי ממתחמים שנקבעו במקרים אחרים, בשינויים המחויבים (למשל, ע/31,28/24 **טור' ארמיאס נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/47/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' גולברג** (2024)), ואינו מצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור, לקולה או לחומרה (על התערבות ערכאת הערעור במתחמי העונש ההולם ראו ע/22,21/24 **סא"ל חלואני נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 44 (2024); ע/39,25/23 **סמל אפריאט נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 23, והאסמכתאות שם (2024)).
4. אשר למידת העונש, איננו סבורים, כדעת התביעה, כי לנסיבותיו האישיות של המערער ניתן משקל מופרז לקולה. אף אם נסיבות אלה אינן "הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה", לצורך קביעתו של מתחם העונש ההולם (סעיף 40ט(5) לחוק העונשין) - הרי שאין להתעלם מהשפעתן, בעת קביעת העונש בתוך המתחם, לפי סעיף 40יא(8) לחוק:

"אין כל פגם בכך שבית המשפט לקח בחשבון בעת מיקומו של העונש בתוך מתחם עונש ההולם, ולא בעת קביעת מתחם העונש, את מצבה הנפשי, המשפחתי והרגשי של המערערת ואת נסיבות חייה הקשות כפי שעלו מחוות הדעת שהוגשה מטעמה (וראו: סעיף 40יא(8) לחוק, המונה נסיבות חיים קשות שהייתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה כאחת הנסיבות 'שאינן קשורות בביצוע העבירה')".

(ע"פ 5052/22 **סזונוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 12 (11.1.2023)).

בענייננו, "נקודת הפתיחה" של המערער, לאור קשייו הרבים והמסלול שעבר לפני גיוסו לצה"ל, לא הייתה מן המשופרות, ויש לברך על כי ביקש להשתלב בלוחמה - אף כי אכן, כפי שהדגיש בית הדין קמא, בסירובו של המערער לשרת בתפקיד אחר, לא תרם לתיקון תוצאות מעשיו (סעיף 40יא(5) לחוק העונשין).

1. נזכיר, כי "הלכה ידועה היא שערכאת הערעור מתמקדת בתוצאה העונשית הסופית של גזר הדין" (בג"ץ 4982/24 **עראערה נ' בית המשפט הצבאי לערעורים**, פסקה 9 (23.6.2024)). עולה מן האמור, כי אף שעונשו של המערער נוטה מעט לקולה הרי שבשים לב לנסיבותיו הנזכרות - לא מצאנו כי תוצאת פסק הדין מחייבת, במכלול השיקולים, את התערבותנו.
2. ערעורי הצדדים נדחים שניהם, אפוא.

ניתן והודע היום, כ"ח באב התשפ"ד, 1 בספטמבר 2024, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

 המשנה לנשיאה שופטת שופט

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

 **סרן כפיר לב**

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