 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תא"ל נועה זומר** | **-** | המשנה לנשיאה  |
| **אל"ם מאיה גולדשמידט** **אל"ם רמי בן עמי** | **-** **-**  |  שופטת שופט |

בעניין:

**התובע הצבאי הראשי –** המערער (ע"י ב"כ, סרן לירן שצ'וקין, סגן עידו זגורי)

**נ ג ד**

**ח/\*\*\*\*\*\*\* טור' א' ו' –** המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד מקסים קושטרק)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 101/24 (סא"ל (מיל') עמית פרייז – שופט) ביום 29.5.2024. ערעור התביעה (קולת העונש) התקבל.

**פ ס ק – ד י ן**

1. המשיב, טור' אנטון וסילבסקי, הורשע לפי הודאתו בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955. ההיעדרות החלה ביום 19 באוקטובר 2023, לאחר פרוץ מלחמת "חרבות ברזל", ביציאתו הבלתי מורשית של המשיב לחו"ל, ונמשכה 126 ימים, עד שובו ארצה ומעצרו. בגין הרשעתו, נגזר למשיב עונש מאסר בפועל בן ארבעה חודשים, לצד עונש מאסר מותנה בן ששה חודשים למשך שנתיים.
2. התביעה עותרת להחמיר בעונש המאסר בפועל, ומכאן הערעור.

**הראיות לעונש ופסק דינו של בית הדין קמא**

1. מן הראיות שהוגשו עולה כי המשיב, שעלה ארצה בחודש דצמבר 2021, התגייס לצה"ל בראשית חודש ספטמבר 2023, והחל בהכשרת הטירונות. ביום 18 באוקטובר 2023 כתב למפקדתו כי הוא אמור להיות למחרת בביתו, כדי לאסוף את חפציו, משום שהוא "טס לבלארוס". כאשר כתבה לו כי "אם הוא טס לבלארוס זה כלא ואסור להיכנס לישראל יותר", השיב "אני יודע". ביום 22 באוקטובר 2023 נערכה עמו שיחה טלפונית, שממנה עלה כי הוא מבין את השלכות היעדרותו ועומד מאחורי החלטתו לעזוב את הארץ בשל המלחמה. כך עלה גם משיחה שנייה שנערכה עמו, ביום 5 בנובמבר 2023. ביום 12 בנובמבר 2023 ניתק שיחה נוספת שנערכה אליו. ביום 17 בנובמבר 2023 יצר קשר עם מפקדתו, בשאלה אם "אי פעם יצטרך להתגייס לצבא", ככל שישוב לישראל. גם אביו שאל לגבי עונשו ולגבי המשך שירותו. בסופו של דבר, שב המשיב ארצה ונעצר ביום 23 בפברואר 2024.
2. באימרתו במשטרה הצבאית, לאחר מעצרו, הסביר המשיב את היעדרותו, ואת נסיעתו לבלארוס, בחשש שלו ושל אמו מן המלחמה. לשאלה, האם הוא מעוניין לשוב לשירות, השיב בשלילה, ונימק זאת במצבו הנפשי. בעדותו בבית הדין, לעומת זאת, מסר כי הוא מעוניין לשרת שירות סדיר מלא ותקין.
3. בית הדין קמא הנכבד הטעים, כי למשיב הובהר כאמור על ידי מפקדותיו, בסמוך לפני היעדרותו, כי עליו להימנע מלצאת את גבולות המדינה; וכי לאחר שעשה כן בכל זאת, הובהר לו כי עליו להימנע מלהמשיך לשהות בחו"ל. צוין, כי אף שמצבה הנפשי של אמו הוחמר מאז החלה המלחמה, הרי שאין להסיק מכך כל הצדקה ליציאתו של המשיב, עימה ועם בני משפחה נוספים, אל מחוץ לגבולות המדינה - שכן "עם כל המראות והמוראות של המלחמה הקשה, הרי שאין דינם של חיילים כדינם של אזרחים בשאלה של קיום זכות בחירה האם להישאר במדינה או באיזור כזה או אחר שלה בזמן המלחמה. כל חייל, יהא תפקידו אשר יהא, נדרש 'להיכנס מתחת לאלונקה' ולתרום את התרומה שהצבא הגדיר לו למאמץ המלחמתי... בשעת לחימה מתחדד עוד יותר עיקרון השוויון בנטל". בשים לב לכך, למשך ההיעדרות, ולאי-שובו של המשיב ארצה חרף ניסיונות השכנוע של גורמי הצבא בחודש הראשון להיעדרותו - ומנגד, לחזרתו בסופו של דבר לישראל, קבע בית הדין כי מתחם העונש ההולם נע בין ששה לעשרה חודשי מאסר בפועל.
4. עם זאת, מצא בית הדין לסטות לקולה ממתחם העונש שנקבע, מטעמי שיקום - בשל נטילת האחריות, החרטה שהביע המשיב, והמוטיבציה שלו כעת לשוב לשירות תקין - בדגש על רצונו לקחת חלק בהליך של שילוב, ועל התרשמותו החיובית של מערך גחל"ת לגבי התאמתו של המשיב להליך כאמור. אמנם, המשיב לא שולב לבסוף בהליך כזה, אך נוכח התרשמותו של מערך גחל"ת, והתרשמותו של בית הדין עצמו, מכך שפניו של המשיב לדרך של שירות צבאי תקין (כך, למשל, צוין כי לא ביקש אבחון של גורמי בריאות הנפש, בניסיון לקבל פטור משירות) - נקבע כי יש לראות את עניינו "בגדר קטגוריית ביניים בין אותו נאשם היפותטי [אשר במסגרת הליך שילוב, היה משוחרר ממעצר לאחר כחודשיים] לבין נאשם שאין לגביו כל שיקול שיקומי, אשר עונשו היה נגזר במסגרת המתחם... לרף התחתון של המתחם [היינו, ששה חודשי מאסר בפועל]". עונשו של המשיב הועמד אפוא, כאמור, על ארבעה חודשי מאסר בפועל. בשל ההקלה ברכיב זה של העונש, הושת עליו מאסר מותנה מכביד יותר, בן ששה חודשים.

## ערעור התביעה

1. התביעה עתרה לקבוע את מתחם העונש ההולם ככזה הנע בין תשעה ל-12 חודשי מאסר בפועל, ולהעמיד את העונש בחלקו העליון של המתחם.
2. נטען, כי בית הדין שגה במשקל שייחס להבעת רצונו, באיחור, של המשיב לשרת שירות תקין - וזאת בשים לב להצהרותיו ההפוכות, גם באימרתו, באותו עניין ממש (הוער, כי עובדתית, ובניגוד לקביעת בית הדין קמא, המשיב אכן ביקש את הפניית עניינו לגורמי בריאות הנפש, במהלך הדיון בהארכת מעצרו).
3. אשר למתחם העונש ההולם, הודגשה הפגיעה בערכים המוגנים של רעות, שוויון והגנה על המולדת, מצד מי שבוחרים להיעדר משירות צבאי, בכלל, ובזמן מלחמה, בפרט - ובייחוד, לאור יציאתו של המשיב לחו"ל בסמוך לאחר פרוץ המלחמה, חרף מודעותו המלאה לחובת השירות בצבא ולהשלכות היעדרותו. נטען, כי מדיניות הענישה הנהוגה לגבי היעדרות בשעת מלחמה, ובזמן מלחמת "חרבות ברזל" בפרט, לצד צבר נסיבות החומרה הנדונות כאן, מצדיקות את קביעתו של מתחם עונש הולם מחמיר מזה שקבע בית הדין קמא.
4. לשיטת התביעה, טעמי ההלימה וההרתעה, הגוברים על נסיבותיו האישיות של המשיב (שאינן חריגות ממילא), מצדיקים את קביעת עונשו במרכז המתחם, גם אם יחייב הדבר את החזרתו למאסר, לאחר שסיים לרצות את עונשו ביום 29 במאי 2024. הוטעם, כי סטייה ממתחם העונש מטעמי שיקום, כפי שנהג בית הדין קמא, תיעשה במקרים חריגים בלבד, במקום שבו הצביעה ההגנה על סיכוי של ממש לשיקום - ובהבעת מוטיבציה לשירות בלבד, המנוגדת כאמור להצהרות קודמות של המשיב, לא סגי. הליך השילוב, כדוגמה להליך שיקומי, דורש מחויבות והשקעה מצד חייל הנוטל בו חלק, ואין מקום לקבוע, כפי שעשה בית הדין קמא, מעין "קטגוריית ביניים", של מי שנמצא מתאים להליך של שילוב אך לא השתתף בו.

**תשובת ההגנה**

1. ההגנה סמכה ידיה על פסק דינו של בית הדין קמא, מטעמיו, והדגישה את נסיבותיו המשפחתיות של המשיב, שעמדו ברקע ההיעדרות. עוד הדגישה, כי המשיב סיים, כבר לפני מספר ימים, את ריצוי עונשו, ועתיד לצאת לקורס צבאי בזמן הקרוב, כחלק מרצונו העז לעלות על מסלול שירות תקין. לאור האמור, עתרה לדחות את ערעור התביעה ולחלופין, להסתפק בהכבדה ברכיב המאסר המותנה.

**דיון והכרעה**

1. ביום 7 באוקטובר 2023 נכפתה על מדינת ישראל מלחמת "חרבות ברזל". ראשיתה 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 ובחזיתות נוספות. המלחמה הקשה, שסיומה טרם נראה באופק, גבתה את חייהם של מאות מפקדים וחיילים, בשירות סדיר ובשירות מילואים.
2. 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/8/24 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקאות 20-19 והאסמכתאות שם (2024)). ואם כך, ככלל - נכונים הדברים, **על אחת כמה וכמה**, בעניינו של מי **שיצא את גבולות הארץ, ללא רשות, עקב המלחמה, תוך עזיבת המערכה**. זאת, אף אם לא השתתף בלחימה בפועל, אלא היה בהכשרת הטירונות, כבענייננו, או שירת בכל תפקיד צבאי אחר שהוא.
3. המשיב החל בהיעדרותו בסמוך לאחר פרוץ המלחמה, יצא מן הארץ אף שהובהר לו כי הדבר יביא למאסרו, וחזר לישראל אך בחלוף למעלה מארבעה חודשים. פגיעתם של מעשיו בערכים המוגנים הנזכרים לעיל היא **משמעותית**, אף אם נהג כך עקב מצוקתה של אמו, שאליה התלווה לבלארוס. ספק, לכן, אם במתחם העונש ההולם שנקבע, הנע בין ששה לעשרה חודשי מאסר בפועל, יש כדי לבטא נכונה את עומק הפגיעה בערכים המוגנים ואת החומרה הנלווית לנסיבות ביצוע העבירה, או את מדיניות הענישה הנהוגה, המתחשבת בהשלכותיה של המלחמה, משכה ועצימותה (ראו ע/3/24 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר וורקה** (2024); ע/8/24 **טור' כהן** הנ"ל; ע/9/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' חירני** (2024); ע/10/24 **רב"ט וולקוביץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/13,12/24 **רב"ט מלקו נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/26/24 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט מרגוליס** (2024);ע/31,28/24 **טור' ארמיאס נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/33/24 **טור' המבורג נ' התובע הצבאי הראשי** (2024)).
4. בנסיבות אלה, ודאי **לא היה מקום** לחרוג מן המתחם - המקל ממילא - מטעמי שיקום, כפי שעשה בית הדין קמא הנכבד, בשל המוטיבציה העדכנית שאותה מביע המשיב לשירות תקין. זאת, בין משום שכידוע, "שיקולי שיקום אינם חזות הכל, והם נמדדים בגזירת העונש לצד שיקולי ענישה נוספים" (ראו, למשל, ע"פ 5754/23 **ענזה נ' מדינת ישראל**, פסקה 15 (3.3.2024)); בין בשל "השימוש הזהיר שראוי שייעשה בסעיף 40ד(א) לחוק העונשין, שעניינו חריגה ממתחם הענישה בשל שיקולי שיקום" (ע"פ 1810/22 **מדינת ישראל נ' פלונית**, פסקה 14 (31.5.2022)); ובין משום שלצורך חריגה כאמור מן המתחם מטעמי שיקום, נדרשות "אינדיקציות **לשינוי עמוק** בהתנהגות ובדרך החשיבה" (ע"פ 6637/17 **קרנדל נ' מדינת ישראל**, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. ההדגשה הוספה (18.4.2018)). חרף הבעת המוטיבציה לשירות, המבורכת כשלעצמה, אין המדובר במי שעבר "תהליך **שיקומי-טיפולי משמעותי**" (ע"פ 971/21 **אמאצ'י נ' מדינת ישראל**, פסקה 12. ההדגשה במקור (31.12.2021); ע/22,21/23 **סמל אסולין נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 39 (2023)). ממילא, לכן, אין להתחשב במציאתו של המשיב כמתאים להליך של שילוב - כל עוד **לא עבר בפועל** הליך כזה, הכולל **מעטפת של ליווי ופיקוח**, לתקופה בת **שנה** (ראו ע/18,19/24 **טור' טולדנו נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקאות 27-26 (2024)).
5. עם זאת, המשיב סיים לרצות את עונש המאסר שהוטל עליו כבר לפני שבוע ימים, ביום מתן גזר הדין בבית הדין קמא, ומאז שב ליחידתו, ומפקדיו מייעדים אותו לצאת לקורס בזמן הקרוב. לא ניתן היה לדון בערעור התביעה מוקדם יותר, בשל אילוצים שונים של הצדדים. מצב דברים זה "יוצר ציפייה לאי-חזרה לכלא, בה מצווים אנו להתחשב... כמו כן, עלינו לפעול לפי הכלל בדבר אי-מיצוי הדין בערכאת הערעור" (ע"פ 3184/24 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פסקאות 20-19 (29.5.2024)).
6. אכן, אילולא רצונו של המשיב לעלות על מסלול שירות תורם ותקין, והתרשמותו הבלתי אמצעית של בית הדין קמא מכנותם של הדברים - ראוי היה המשיב לעונש **חמור הרבה יותר**. דווקא משום כך, יש לקוות כי עונש מאסר בפועל, לתקופה שאינה ממושכת, לא יניא את המשיב מלממש את המוטיבציה שהביע (ראו, בדומה, ע"פ 2421/21 **ברמי נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 (7.7.2022); ע/32/23 **רב"ט כהן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 32 (2023)).
7. לאור כלל האמור, ובייחוד לאור סיום המאסר שהושת על המשיב בבית הדין קמא, מצאנו לקבל את ערעור התביעה, אך **למתן** את מידת ההחמרה בעונש.
8. עונשו של המשיב מועמד אפוא על **ששה** חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו. אין שינוי ברכיב המאסר המותנה.
9. על המשיב להתייצב לריצוי יתרת עונשו בבס"כ 416 ביום 9 ביוני 2024, עד השעה 11:00.

ניתן והודע היום, כ"ח באייר התשפ"ד, 5 ביוני 2024, בפומבי ובמעמד הצדדים.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

 **המשנה לנשיאה שופטת שופט**

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

 **סרן כפיר לב**

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