 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

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

בעניין:

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

**נ ג ד**

 **מ/XXXXXXX סמ"ר (מיל') ד' ק' –** המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד אביעד רייפר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה שניתן בתיק ז"י (מחוזי) 112/24 (רס"ן (מיל') אריאל ממן – שופט) ביום 9.7.2024. הערעור התקבל.

**פ ס ק - ד י ן**

1. המשיב, סמ"ר (מיל') ד' ק' , הורשע על פי הודאתו בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955. המשיב נעדר משירות מילואים, החל מיום 22 ביוני 2021 ועד למועד מעצרו ביום 24 באפריל 2024, במשך 1,039 ימים (מתוכם 200 ימים בתקופת מלחמת "חרבות ברזל"). בעקבות הרשעתו נגזר עליו עונש של 90 ימי מאסר בפועל, עונש מאסר מותנה בן 60 ימים למשך שנתיים והורדה לדרגת טוראי.
2. התביעה לא השלימה עם משך המאסר בפועל שהוטל על המשיב, ועתרה כי נחמיר בו משמעותית. מכאן הערעור שלפנינו.

**פסק דינו של בית הדין קמא**

1. מהראיות שהובאו בפני בית הדין קמא עלה, כי המשיב שירת בשירות סדיר כלוחם בחטיבת גולני בין השנים 2014 - 2017 ואף זכה למספר תעודות הערכה והצטיינות. לאחר שחרורו, ביצע בשנת 2019 שירות מילואים בשתי הזדמנויות במסגרת תעסוקה מבצעית, שאליהן נקרא (ובסך הכל, שירת באותה שנה 21 ימים בשירות מילואים). המשיב שב ונקרא ביום 20 ביוני 2021 לשירות מילואים פעיל בן חמישה ימים, שמטרתו אימון לצורך הקמתה של פלוגה חדשה, והתייצב אליו. ואולם, למחרת תחילתו של האימון התקשר למפקדו וטען שהוא "לא עושה כלום" וביקש לשוב לביתו. מפקדו שהיה בשטח באותה עת, מסר לו כי הוא צפוי לשוב בקרוב והם יוכלו לשוחח; אולם טרם הגעתו עזב המשיב את המקום והחל בהיעדרותו. בהמשך לכך, בתגובה לפניות גורמים מיחידתו, הלין המשיב על העברתו לשירות מילואים ביחידה חדשה ובנפרד מחבריו לשירות עד כה, וסירב לשוב ליחידתו ולעמוד לדין משמעתי בגין ההיעדרות. לפניות טלפוניות של נציגי היחידה השיב בגסות, בכעס ובזלזול והצהיר כי הוא מודע לכך שיוכרז כעריק ולהשלכות הנובעות מכך. היעדרותו הסתיימה במעצרו בשדה התעופה, בדרכו לחופשה בת מספר ימים.
2. כמו כן, עלה כי בשנת 2022 נפצע המשיב בכתפו והוא סובל מפריקות כתף חוזרות ומהגבלה בתנועת הכתף. לאחר מעצרו, נבדק, הומלץ לו על ניתוח לייצוב הכתף ונקבע כי הוא זקוק לשיקום אינטנסיבי ופיזיותרפיה. בעקבות האמור גם הותאם לו בוועדה רפואית פרופיל 64. עוד הוצגו בפני בית הדין קמא מכתבי הערכה מחברת התרופות שבה מועסק המשיב, ומסמך המאשר, כי אביו הוכר כנכה על ידי המוסד לביטוח לאומי. המשיב לא העיד בפני בית הדין קמא, אך מסר טרם גזירת עונשו, כי הוא מתחרט על מעשיו ומבקש לחזור ולתרום ככל יכולתו.
3. בעת קביעת מתחם העונש ההולם מצא בית הדין קמא כי יש לתת משקל מרכזי למידת אשמו של המשיב, אשר נעדר משירות לתקופה ממושכת שחלקה בתקופת המלחמה, וכן להתרשמות שלפיה קיים קשר ישיר בין ראשית ההיעדרות לבין אי שביעות רצונו של המשיב משיבוצו בשירות המילואים. לצד זאת התחשב בית הדין בפציעתו של המשיב בשנת 2022, שלגביה יש להניח כי הייתה מונעת ממנו לשרת כלוחם במהלך המלחמה, וכן בסיועו של המשיב לאביו. לאור האמור נקבע מתחם עונש הולם הנע בין 70 ל-150 ימי מאסר בפועל.
4. בעת קביעת העונש בתוך המתחם, שקל בית הדין קמא את נסיבותיו האישיות והמשפחתיות של המשיב, ואת הודאתו באשמה והבעת החרטה אל מול שיקולי ההרתעה. באיזון הכולל, החליט לגזור על המשיב עונש של 90 ימי מאסר בפועל, לצד עונשים נוספים כמבואר לעיל.

**טיעוני הצדדים בערעור**

1. התביעה שבה בערעורה על עתירתה בפני בית הדין קמא, לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין 180 ל-300 ימי מאסר בפועל, ולמקם את עונשו של המשיב במחצית המתחם. נטען, כי בית הדין קמא נתן משקל יתר לנסיבותיו האישיות של המשיב בעת קביעת מתחם העונש ההולם, ומנגד לא ניתן משקל מספק לנסיבות החומרה שליוו את היעדרותו: עזיבת הבסיס לאחר תחילת שירות המילואים, בשל חוסר שביעות רצונו משיבוצו; תגובותיו הבוטות לפניותיהם של גורמי יחידתו וחוסר שיתוף הפעולה שלו עמם; היעדרותו במשך שלוש השנים האחרונות, ובכלל זה במשך חודשים ארוכים מאז פרוץ המלחמה; ומעצרו בעת יציאה לחופשה בחו"ל. כן נטען, כי לא הובאו ראיות לכך שהמשיב סועד את אביו, אשר הוכר כנכה לפני למעלה מ-20 שנים, עוד לפני תחילתו של שירותו הסדיר של המשיב כלוחם.
2. נטען עוד, כי מצבו הרפואי של המשיב כעת, כפי שנוצר חודשים ארוכים לאחר תחילת ההיעדרות, אינו יכול להשליך על מידת אשמו ביחס להיעדרותו בתקופה הממושכת שקדמה לכך, ואף לא על מידת אשמו לאחר מכן, בשים לב לכך שלא עשה דבר כדי להסדיר את מעמדו ואף לא עשה ניסיון לשוב לשירות מילואים התואם את מצבו הרפואי הנוכחי. הוטעם, כי גם כעת, לאחר התאמת הפרופיל העדכני, נמצא המשיב כשיר לשירות מילואים, ויכול היה לתרום למאמץ המלחמתי בתפקיד עורפי.
3. התביעה הפנתה לעונשי מאסר בפועל, בני 40 עד 60 ימים, בגין היעדרויות משירות מילואים בעת מלחמה: ע/3/24 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר (מיל') וורקה** (2024); ע/52/11 **סמל (מיל') קלימי נ' התובע הצבאי הראשי** (2011); ע/94/02 **סמ"ר (מיל') קטוע נ' התובע הצבאי הראשי** (2002) - תוך שביקשה לאבחן לחומרה את עניינו של המשיב, בשל משך ההיעדרות ונוכח משכה, עצימותה וייחודה של מלחמת "חרבות ברזל". להשקפתה, יש להחמיר אף בקביעת עונשו של המשיב בתוך המתחם, בשים לב להעדרן של נסיבות אישיות משמעותיות, לכך שנעצר בדרכו לחופשה ולחוסר רצונו המובהק, עד מעצרו, לשוב לשירות מילואים ולתרום את חלקו, באופן המחייב מתן משקל יתר לשיקולי ההרתעה.
4. הדיון בערעור התקיים ימים ספורים לאחר שחרורו של המשיב ממתקן הכליאה, אולם התביעה סברה כי נוכח מידת הפגיעה בערכים המוגנים, מחייב האינטרס הציבורי את השבתו של המשיב למתקן הכליאה, תוך שהפנתה לע"פ 3184/24 **מדינת ישראל נ' מלאק** (29.5.2024) ולע/39/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' וסילבסקי** (2024). נטען, כי למשיב אין זכות קנויה שלא לשוב למאסר, ודאי שעה ששוחרר ממנו עקב קבלת ניכוי מנהלי וחופשה "מוצמדת" לפני שהיה סיפק לדון בערעור.
5. ההגנה ביקשה לסמוך ידיה על פסק של דינו בית הדין קמא ולדחות את ערעור התביעה, תוך שאף היא ביקשה לאבחן - לקולה - את עניינו של המשיב מזה שנדון בע/3/24 **סמ"ר וורקה** לעיל, בין היתר בכך שהמשיב הודה במיוחס לו, ולא עמד על שמיעת הראיות, כבאותו מקרה. כן נטען כי אף הפסיקה הנוספת שהוצגה על ידי התביעה, בע/52/11 **סמל (מיל') קלימי** לעיל וע/54/02 **סמ"ר (מיל') קטוע** לעיל, אינה תומכת בעתירת התביעה לעונש. עוד הפנתה להסדרי טיעון שנכרתו עם התביעה בערכאה המחוזית, בתיקי היעדרות משירות מילואים לאחר פרוץ המלחמה, והמשקפים לפי הטענה מדיניות ענישה העולה בקנה אחד גם עם העונש שהושת על המשיב.
6. כן הפנתה ההגנה למצבו הרפואי של המשיב (ולערעור שהוגש מטעמה לגורמי הרפואה הצבאיים על הפרופיל הרפואי העדכני שנקבע לו). נטען כי המשיב צפוי לעבור ניתוח עקב מצבו (אף כי טרם נקבע לכך מועד), כי מצבו הרפואי מגביל מאוד את יכולתו הפיזית, וכי הוא סבר, בטעות, עם פרוץ המלחמה, שבשל מצבו לא תהיה לו האפשרות לתרום במסגרת שירות המילואים, לאחר ששירת עד כה כלוחם ולא בתפקידים אחרים. לצד זאת טענה ההגנה, כי המשיב תרם בכל זאת, בעקיפין, למאמץ המלחמתי במסגרת עבודתו האזרחית בחברת תרופות המספקת ציוד גם לצה"ל.
7. הוטעם עוד, כי יש לזקוף לזכותו של המשיב כי התייצב מלכתחילה לשירות המילואים שאליו זומן, תוך שהוסבר כי עזיבתו את האימון, אף שהייתה מוטעית, נובעת מתחושה שלפיה לא תרם כלל, ביחידה חדשה שלא הכיר את אנשיה; וכי המשיב מתחרט בדיעבד על התנהלותו ועל האופן שבו השיב לפניות גורמי היחידה. נטען, כי נוכח כלל האמור, נענש המשיב די והותר, ואין מקום להחמיר עמו עוד, לאחר שכבר סיים את ריצוי עונשו.

**דיון והכרעה**

1. כידוע, הערך המוגן שעומד בבסיס חובת השירות בצה"ל, לרבות שירות המילואים, עניינו בחלוקת נטל השירות הצבאי באופן שוויוני בין כלל החייבים בשירות (ע/52/11 **סמל מיל' קלימי** לעיל, פסקה 8 והאסמכתאות שם). וכבר נפסק בע/3/24 **סמ"ר (מיל') וורקה** לעיל, כי מקום שבו עסקינן, כבענייננו, בהיעדרות המתקיימת לפחות בחלקה בעת מלחמה, הרי שיש בה כדי לפגוע פגיעה קשה ביותר גם בערכים העומדים **בבסיס קיומה של המדינה** - ערך ההגנה על המולדת והרעות בין כלל הנושאים בנטל.
2. עוד לפני פרוץ המלחמה הנוכחית, נקבעה בבית דין זה מדיניות ענישה מחמירה יותר ביחס להיעדרות משירות מילואים בתקופת לחימה; וזאת אף ביחס להיעדרויות שהחלו עוד לפני תקופת הלחימה. כך למשל בע/52/11 **סמל (מיל') קלימי** לעיל, שעסק במי שנעדר לתקופה בת 994 ימים, שחלקה במסגרת מבצע "עופרת יצוקה" והושת עליו עונש של 40 ימים; ובע/52/02 **סמ"ר (מיל') קטוע** לעיל,שם אושר עונש של חודשיים מאסר בפועל למי שנעדר משירות המילואים למשך תקופה של שנה ו-105 ימים, שחלקה בתקופת מבצע "חומת מגן".
3. מאז ראשיתה של מלחמת "חרבות ברזל", שבנו וקבענו, כי משכה, היקפה ועצימותה משליכים על מידת הפגיעה בערכים המוגנים ועל עיקרון ההלימה, המכתיבים את מתחם העונש ההולם (סעיף 40ג לחוק העונשין, תשל"ז - 1977). בהתאם לכך הוחמרה הענישה בעניינם של נעדרים משירות סדיר במהלך המלחמה (ראו למשל ע/35/24 **טור' מלאדה 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)); וכך גם נקבע ביחס להיעדרות משירות מילואים, בע/3/24 **סמ"ר (מיל') וורקה** לעיל, אשר נעדר משירות במשך 504 ימים, לאחר שזומן לשירות מילואים של יומיים שאליו לא התייצב. היעדרותו של המשיב בעניין זה הסתיימה בהתייצבותו במהלך חודש דצמבר 2023, בעקבות פניה קודמת שלו לרשויות הצבא, מיד לאחר פרוץ המלחמה, שבה ביקש להיות מזומן לשירות מילואים. כמו כן, באותו עניין, כאמור, כפר המשיב באשמה ונשמעו ראיות הצדדים, אולם טרם מתן פסק הדין הודה באשמה ונגזר עליו עונש של 30 ימי מאסר בפועל, אשר הוחמר בערכאת הערעור, מבלי למצות את הדין, ל-60 ימי מאסר בפועל.
4. בעניינו של המשיב שלפנינו חברו להן מספר נסיבות מחמירות, לעומת העניין שנדון בע/3/24 **סמ"ר (מיל') וורקה** לעיל, ובהן, משך ההיעדרות, אופן סיומה והתנהלותו של המשיב במהלכה, לרבות לאחר פרוץ המלחמה. יוטעם, כי המשיב אמנם הצטיין בעבר כלוחם בשירות הסדיר ואף התייצב כנדרש לשתי תקופות מילואים שאליהן זומן - ואף לאימון האחרון שממנו נעדר, אלא שאין להסכין עם עשיית דין עצמית בנטישת האימון, עם הזלזול בפניותיהם החוזרות של גורמי היחידה ועם אי-הסדרת המעמד לאחר מכן, גם לא לאחר פרוץ המלחמה.
5. כאמור, למלחמת 'חרבות הברזל' מאפיינים ייחודיים, שלא ניתן להשוותם למבצעים מוגבלים בהיקפם בעבר, כגון אלה שנדונו בע/52/11 **סמל (מיל') קלימי** לעיל ובע/52/02 **סמ"ר (מיל') קטוע** לעיל, ובכך יש להשליך גם על מדיניות הענישה. בעת פקודה - שעה שמאות אלפי אנשי מילואים גוייסו למאמץ הלאומי (רבים מהם בהתנדבות), עזבו את בתיהם ואת משפחותיהם לצורך הגנה על המדינה באחת מהמלחמות הקשות שידעה עד כה - לא מצא המשיב לנכון להסדיר את מעמדו אל מול יחידתו, להתייצב ולתרום את חלקו, בכל תפקיד שבו היה מוצב בהינתן מצבו הרפואי. חלף זאת המשיך המשיב בהיעדרותו הממושכת, שלא הסתיימה בהתייצבותו, אלא במעצרו בדרכו לחופשה.
6. בשים לב לכל האמור, סברנו כי מתחם העונש ההולם שנקבע על ידי בית הדין קמא אינו משקף די הצורך את הנסיבות המחמירות אשר בבסיס היעדרותו של המשיב ואת מידת הפגיעה בערכים המוגנים. ראוי היה לקבוע, בנסיבות העניין, **מתחם עונש הולם, הנע בין 120 לבין 200 ימי מאסר בפועל**.
7. בעת בחינת מידת העונש בתוך המתחם הנ"ל, שקלנו את שיקולי הרתעת היחיד והרבים (סעיפים 40ו ו-40ז לחוק העונשין; ע/3/24 **סמ"ר וורקה** לעיל, בפסקה 31). לצד זאת סברנו כי יש להתחשב במצבו הרפואי העדכני של המשיב, בשירותו המועיל בעבר ובהעדר הרשעות קודמות, בהודאתו באשמה ובחרטה שהביע, לצד הבעת רצונו לשוב ולתרום בשירות (לאחר הסדרת מצבו הרפואי). בכל אלה יש כדי להוביל לקביעת עונשו בסמוך לסף התחתון של מתחם העונש ההולם ולהעמידו על **140 ימי מאסר בפועל**.
8. עם זאת, לא נעלם מעינינו כי המשיב סיים לרצות את עונש המאסר שנגזר עליו, עוד טרם הדיון בערעור, וכפי שנקבע בע"פ 3184/24 **מלאק** לעיל בפסקאות 20-19 (בקשה לדיון נוסף נדחתה - דנ"פ 4780/24 **מלאק נ' מדינת ישראל** (16.6.2024)), ובע/39/24 **טור' וסילבסק** לעיל (בפסקה 16), מצב דברים זה "יוצר ציפייה לאי חזרה לכלא בה מצווים אנו להתחשב... כמו כן עלינו לפעול לפי הכלל בדבר אי מיצוי הדין בערכאת הערעור". בנסיבות אלה, וגם בשים לב להשלכה הרישומית, בדמות רישום פלילי "מלא" הנלווית כעת להרשעתו של המשיב (סעיף 404א(ג)(2) לחוק השיפוט הצבאי) - מצאנו למתן את מידת ההחמרה בעונש, כך שהמשיב **ירצה את יתרת עונשו בדרך של עבודה צבאית**. זאת לאחר שההגנה הביעה בשמו הסכמה לכך, והמשיב נמצא מתאים לריצוי העונש באופן זה.
9. לאור האמור, מתקבל ערעור התביעה כך שהמשיב ירצה 140 ימי מאסר בפועל. את יתרת עונש המאסר בפועל, בת 50 ימים, ירצה המשיב בדרך של עבודה צבאית, בהתאם לתנאים שנקבעו בחוות דעתה של רמ"ד שיקום במקמצ"ר. המשיב יתייצב לריצוי עונש המאסר בעבודה צבאית ביום א', 4 באוגוסט 2024, עד השעה 10:00, במקום שעליו תורה רמ"ד שיקום. אין שינוי ביתר רכיבי העונש.

ניתן והודע היום, כ"ג בתמוז התשפ"ד, 29 ביולי 2024, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

 **המשנה לנשיאה שופטת שופט**

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

 **סרן כפיר לב**

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