 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

**אלופה אורלי מרקמן -** הנשיאה
**תא"ל נועה זומר -** המשנה לנשיאה
**אל"ם מאיה גולדשמידט**  **-** שופטת

בעניין:

**ח/XXXXXXX טור' אאוטה ווסיה –** המערער (ע"י ב"כ, רס"ן אלמוג מגל; סרן אהרן פופקו)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן הודיה אביב; סגן יעל יוסילביץ')

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 323/24 (סא"ל סבסטיאן אוסובסקי – אב"ד; רס"ן תמיר קלפה – שופט; רס"ן ליה שרובסקי – שופטת) ביום 26.12.2024. הערעור התקבל.

**פ ס ק - ד י ן**

1. המערער, טור' אאוטה ווסיה, הורשע על פי הודאתו, בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955. המערער נעדר מיחידתו, XXX, החל מיום 25 באפריל 2021 ועד ליום 3 ביולי 2024, למשך 1,166 ימים, כאשר מתוכם 271 ימים במהלך מלחמת "חרבות ברזל". בעקבות הרשעתו הושת עליו (בדעת רוב) עונש של 18 חודשי מאסר בפועל. דעת המיעוט סברה כי היה מקום להשית עליו עונש של 15 חודשי מאסר בפועל. כלל השופטים מצאו לקבוע כי עונש מחבוש מותנה בן שבעה ימים שהוטל על המערער בעבר, בדין משמעתי ביחידתו, ירוצה במצטבר לעונש המאסר בפועל. כן הושת עליו עונש של מאסר מותנה בן 30 ימים למשך שנתיים.
2. ההגנה לא השלימה עם פסק דינו של בית הדין קמא, והיא מבקשת להקל בעונש המאסר בפועל שנגזר על המערער. מכאן הערעור שלפנינו.

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

1. המערער לא העיד בשלב הראיות לעונש. מן הראיות שהובאו בפני בית הדין קמא עלה, כי הוא מתגורר עם הוריו, אשר עלו מאתיופיה, ויש לו 11 אחים. המשפחה מסתייעת בשירותי הרווחה בשל קשיים כלכליים. בהיותו נער, לאחר הסתבכות פלילית, נשלח המערער למוסדות טיפוליים. המערער לא השלים את לימודיו התיכוניים והוגדר כ"נער בסיכון גבוה".
2. המערער הביע רצון להתגייס לשירות צבאי, אם כי בשלב מאוחר יותר, התוודה כי עשה כן על מנת להשתחרר מן המסגרת בטיפולית שבה שהה עובר לשירות הצבאי, וכי בפועל לא היה בעל מוטיבציה לשרת בצבא. גורמי בריאות הנפש במיטב התרשמו כי למערער דפוסים של היעדר בשלות, ולפיכך, הותאם לו "ציון קשיי הסתגלות" (קה"ס) גבוה. המערער התגייס במסגרת "איתן" והחל את הכשרתו הצבאית הראשונית בבסיס חוות השומר.
3. בפרק הזמן הקצר שבו שהה בשירות צבאי, עוד בהכשרת הטירונות, נעדר המערער מיחידתו בשתי הזדמנויות ונשפט על כך בדין משמעתי, בין היתר, לעונש של מחבוש מותנה. מפקדיו מסרו כי גם בעת ששהה ביחידה, תפקודו היה לקוי ורצוף בבעיות משמעת. לאחר שהחל בהיעדרותו הנוכחית, סירב המערער לפגוש את מפקדיו שהגיעו לבקרו בביתו ואף בסיום היעדרותו, עת התייצב בבסיס הכליאה, מסר כי: "לא רציתי לעשות צבא, לא רוצה לעשות צבא" וכי התייצב כדי "לסיים עם זה".
4. על אף שהמערער טען כי ברקע היעדרותו מצויים קשיים כלכליים, הרי שבפועל, עלה מן הראיות שהוצגו כי המערער לא עבד ולא סייע לפרנסת משפחתו, ואף לווה כספים מאחיו לכיסוי חובות שצבר. במהלך כליאתו פוטר המערער משירות בשל "התנהגות רעה וחמורה".
5. בית הדין קמא הנכבד, שקל את כלל הנסיבות דלעיל, בראי משך היעדרותו של המערער, אשר נמשכה גם לאחר פרוץ מלחמת "חרבות ברזל". לאור נסיבות ביצוע העבירה, נוכח היקף הפגיעה בערכים המוגנים ובשים לב למדיניות הענישה המחמירה שנקבעה לאחר פרוץ המלחמה בפסיקת בית דין זה (ע/57/24 **טור' נקש נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/35,38/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' טאדלה** (2024); ע/23/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' כהן** (2024)) - נקבע מתחם עונש הולם, הנע בין 13 ל-21 חודשי מאסר בפועל.
6. בעת קביעת עונשו בתוך המתחם, שב בית הדין קמא ועמד על חוסר המוטיבציה של המערער לשירות צבאי ועל "היחס השלילי והמזלזל כלפי הגורמים שניסו לסייע לו להשלים שירות תקין". בואר כי התייצבותו בסיום ההיעדרות אינה מלמדת על חרטה אלא על רצון תועלתני לסיים את תקופת ההיעדרות, וכי למצבו הכלכלי יש ליתן "משקל מוגבל", בשים לב לכך שלא תרם לפרנסת משפחתו. נקבע גם, כי יש להתחשב בעברו המכביד של המערער.
7. לצד זאת, נחלקו דעות השופטים ביחס לעונש הראוי בנסיבות העניין. שופטי הרוב סברו כי שיקולי החומרה מחייבים להעמיד את עונשו של המערער מעל מחציתו של מתחם העונש ההולם כך שירצה 18 חודשי מאסר בפועל. לעומת זאת, שופט המיעוט סבר כי יש ליתן משקל רב לקשיי ההסתגלות של המערער, המלווים אותו לאורך שנים ועוד לפני גיוסו, ולהשלכותיהם על יכולתו של המערער לשרת שירות תקין. לאור האמור, ומתוך התחשבות ברקע שממנו מגיע המערער והקשיים שחווה במהלך חייו, סבר שופט המיעוט כי יש להעמיד את עונשו על 15 חודשי מאסר בפועל.

**טיעוני הצדדים בערעור**

1. ההגנה טענה בערעורה כי בית הדין קמא שגה הן בקביעת מתחם העונש ההולם והן ביחס למיקום העונש בתוך המתחם שנקבע. ההגנה עתרה לקבוע מתחם עונש הולם הנע בין 10 ל-14 חודשי מאסר בפועל, ולהשית על המערער עונש בן 10 חודשים, היינו, ברף התחתון של המתחם המבוקש. לטענת ההגנה, רקעו של המערער, נסיבותיו האישיות, נתוניו הדלים וקשיי ההסתגלות שלו למסגרות, הם בעלי קשר ישיר לקושי שלו להסתגל לשירות הצבאי ולפיכך, מצויים ברקע היעדרותו משירות. נטען, כי יש לתת לנסיבות אלה משקל משמעותי בעת קביעת מתחם העונש ההולם, וכי יש בהן כדי להפחית מחומרת המעשים ולמתן מעוצמת שיקולי ההלימה.
2. אשר לקביעת העונש בתוך המתחם נטען, כי בית הדין קמא שגה כאשר שב ושקל בעת קביעת העונש בתוך המתחם, שיקולים הקשורים לנסיבות ביצוע העבירה, כגון חוסר המוטיבציה של המערער לשירות, וכי בחינת העונש כאמור, אינה עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 40יא לחוק העונשין, תשל"ז - 1977. כן נטען, כי קביעת העונש במחצית העליונה של המתחם אינה מוצדקת בנסיבות העניין, בשים לב לנסיבותיו האישיות של המערער, לפיטוריו משירות (באופן המאיין את שיקולי הרתעת היחיד) ולפסיקה שלפיה בהעדר נסיבות חומרה חריגות, הנטייה תהיה למקם את העונש בסמוך לרף התחתון של מתחם העונש ההולם (ע/48/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' סוויד** (2024); ע/41,42/24 **טור' לוי נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/20,21/24 **טור' טולדנו נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/16,17/24 **טור' אלבז נ' התובע הצבאי הראשי** (2024)).
3. התביעה, מנגד, ביקשה לסמוך ידיה על פסק הדין של דעת הרוב בבית הדין קמא. נטען כי תוצאת פסק הדין ראויה, וכי מתחם העונש ההולם שנקבע מתיישב עם מדיניות הענישה שנקבעה בבית דין זה לאחר פרוץ מלחמת "חרבות ברזל", ומבטא נכונה את נסיבות ביצוע העבירה ואת מידת הפגיעה בערכים המוגנים הנלווית להן (הגם שהתביעה סבורה כי הרף התחתון במתחם צריך היה להיות חמור יותר). אשר לקביעת העונש בתוך המתחם נטען, כי משהתברר שהמערער אינו תורם בפועל לפרנסת ביתו, לאחר שלא עשה כל מאמץ לשרת בצבא ומלכתחילה נעדר מוטיבציה לשירות צבאי, לנוכח פיטוריו משירות צבאי בעקבות היעדרותו - אין להתערב בהכרעת הרוב, גם בעניין זה.

**דיון והכרעה**

1. לאחר בחינת טיעוני הצדדים, סברנו כי לא נפל פגם במתחם העונש ההולם, כפי שקבע בית הדין קמא. מתחם זה משקף נכונה את מדיניות הענישה המחמירה שנקבעה בבית דין זה לאחר פרוץ מלחמת "חרבות ברזל", בהתאם לעיקרון ההלימה, נוכח מחירה הכואב, בגוף ובנפש, משכה הארוך, היקפה הרחב ועצימותה (ע/3/24 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר וורקה**, פסקה 24 (2024)). כפי שהוטעם, הפגיעה בערכים המוגנים שעניינם שמירה על החוסן הצבאי, המשמעת הצבאית, התכנון והמוכנות הצבאיים, הלכידות החברתית וקידום השוויון בנטל השירות הצבאי - עמוקה באופן ניכר ומשמעותי בתקופה זו (ע/47/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' גולברג** (2024); ע/35/24 **טור' טאדלה** הנ"ל; ע/26/24 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עידן מרגוליס** (2024); ע/16,17/24 **אלבז** הנ"ל; ע/12,13/14 **טור' מלקו נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/10/24 **רב"ט וולקוביץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2024); ע/8/24 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2024)).
2. אשר לנסיבות ביצוע העבירה - אורכה של ההיעדרות והעובדה כי נמשכה גם במהלך המלחמה, מבטאות את חומרתן. ודוקו: אף כאשר היעדרות החלה עוד קודם למלחמה, מקום שבו נמשכה במהלכה, יש לבחון בראי האמור את מידת הפגיעה בערכים המוגנים (ע/57/24 **טור' נקש** לעיל, פסקה 21 (2024)). היעדרותו של המערער נמשכה קרוב לשמונה חודשים לאחר שפרצה המלחמה (ובסך הכל למעלה משלוש שנות היעדרות).
3. זאת, ועוד, גם לאחר שהמערער התייצב, הבהיר האחרון כי עשה כן על מנת לסיים את ההליכים בעניינו, וכי אין בכוונתו לשרת בצה"ל. בהקשר זה, נשוב ונזכיר, כי המערער אף פוטר בסופו של דבר משירות צבאי בגין "התנהגות רעה וחמורה". התנהלותו לכל אורך הדרך שיקפה חוסר מוטיבציה לשירות צבאי, ולא נמצא כי נבעה מאילוצים משפחתיים. עוד יש לציין, כי בבדיקתו על ידי גורמי בריאות הנפש במתקן הכליאה, לאחר מעצרו, נמצא, כי על אף קיומם של קשיי הסתגלות משמעותיים (כפי שיבואר בהמשך), המערער כשיר לשירות צבאי תוך נקיטת הגנות מתאימות (קה"ס 50). בהתאם, לאור האמור, לא מצאנו להתערב במתחם העונש ההולם שנקבע, ולא סברנו כי הוא חמור יתר על המידה.
4. שונים הם פני הדברים באשר לקביעת עונשו של המערער **בתוך** מתחם העונש ההולם. עיון בהנמקת שופטי הרוב מעלה, כי חוסר המוטיבציה של המערער לשירות צבאי ויחסו השלילי לשירות, נשקלו לחומרה, פעמיים - הן בשלב קביעת מתחם העונש ההולם והן בבחינת מידת העונש בתוכו. בנסיבות העניין דכאן, ראוי היה לבחון שיקולים אלה, הנוגעים במישרין לנסיבות ביצוע העבירה, בעת קביעת המתחם ולא בעת קביעת מידת העונש בתוכו (ראו סעיפים 40ט' ו-40יא לחוק העונשין). מכל מקום, מששיקולים אלה אכן שמשו לקביעת מתחם העונש ההולם, כמבואר לעיל, לא היה מקום לשוב ולהתחשב בהם לחומרה בתוך המתחם (על ההבחנה שערך תיקון 113 לחוק העונשין בין בחינת הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה שיש בהן כדי לגבש את מתחם העונש ההולם לעומת הנסיבות שיש לבחון בתוך המתחם שנקבע, ראו למשל רע"פ 1195/22 **אשחאדאת נ' מדינת ישראל**, פסקאות 15-14 (27.12.2022)).
5. יתר על כן, בעניינו של המערער, ראוי היה להתחשב במידה רבה יותר בנתוניו הדלים, בהיעדר תמיכה אפקטיבית בו ובקשיי ההסתגלות למסגרות, שליוו אותו לאורך כל השנים (ראו סעיף 40יא(8) לחוק העונשין). לפיכך, לנוכח נסיבותיו האישיות החריגות, נכון היה למקם את עונשו בסמוך לרף התחתון. אכן, אין להעמיד את עונשו של המערער ברף התחתון של מתחם העונש ההולם, לנוכח עברו המכביד (ביחס לתקופת שירותו), בשים לב לשיקולי הרתעת הרבים וכן, משלא בוססו טענותיו כי היעדרותו נבעה מרצון לסייע למשפחתו. עם זאת, בהתחשב בקשיי ההסתגלות הניכרים של המערער, המלווים אותו שנים ארוכות ולנוכח הודאתו באשמה - סברנו, בדומה לדעת המיעוט, כי יש למקמו בקירוב לרף התחתון ולהעמידו על 15 חודשי מאסר בפועל.
6. סוף דבר, ערעור ההגנה מתקבל, כך שעל המערער יושתו **15** חודשי מאסר בפועל, שאליהם יצטבר עונש המחבוש המותנה שהופעל, בן שבעה ימים, כמפורט לעיל. אין שינוי ביתר רכיבי העונש.

ניתן והודע היום, כ"ג באדר התשפ"ה, 23 במארס 2025, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

 הנשיאה המשנה לנשיאה שופטת

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

 **סרן נועם בזיזה**

**תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצינת בית הדין**