



**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני :

**תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא**

בעניין :

**ח/XXX טוראי א' ע' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד מנחם שטאובר)**

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן ברית דביר ; קמ"ש עומר אלאוף)**

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 9/19 (רס"ן ענת שחר-ויינברג – שופטת) ביום 23.1.2019. הערעור נדחה.

**ה ח ל ט ה**

**רקע**

1. כנגד המערער, טור' א' ע', הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של עריקה, לפי סעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. נטען, כי המערער נעדר ממיטב, מתוך כוונה שלא לחזור, במשך 4,292 ימים (כ-11 שנים ושמונה חודשים), החל מיום 26.3.2007 ועד למועד מעצרו.
2. המערער נעצר ביום 25.12.2018 ומעצרו הוארך מעת לעת לצורכי חקירה. כתב האישום הוגש ביום 3.1.2019, וביום 8.1.2019, דן בית הדין המחוזי בבקשת התביעה למעצרו עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. בית הדין דחה את טענות ההגנה בכל הנוגע להיעדר תשתית ראיות לכאורה ולאחר שעמד על עילות המעצר המתקיימות בעניינו של המערער, הורה על מעצרו של המערער עד לתום ההליכים. לא הוגש ערעור על ההחלטה.
3. בין לבין, החליף המערער סגור וביום 23.1.2019, לאחר שגורמי מיטב החליטו על פיטוריו משירות צבאי, מחמת "התנהגות רעה וחמורה", עתר בא-כוחו, עו"ד

שטאובר, לעיין מחדש בהחלטת המעצר. אף בקשה זו נדחתה, לאחר שבית הדין קמא התרשם מקיומן של ראיות לכאורה ומקיומן של עילות מעצר, אשר אף לאחר שמיעת המפקחים ובחינת הערובות שהציגה ההגנה, נמצא כי אין מאפשרות לנקוט בעניינו של המערער חלופת מעצר. לאחר ההחלטה עתר הסנגור להפנות את המערער לתסקיר מעצר. בית הדין המחוזי קבע, כי משבחן לעומק את כלל הנסיבות האישיות של המערער והתרשם מן המפקחים המוצעים, ומשמצא כי לא ניתן להלום את עילות המעצר המתקיימות באמצעות התנאים שהוצגו – אין מקום להיעתר לבקשה.

4. ההגנה לא השלימה עם ההחלטה הדוחה את בקשתה לעיון מחדש בהחלטה למעצר עד תום ההליכים. כמו כן, מבקש המערער, במסגרת הערעור, להשיג אף על הקביעה כי נאספו בעניינו ראיות לכאורה להוכחת אשמתו. מכאן, הדיון שלפני.

### **טענות ההגנה בערעור**

5. כאמור, ערעור ההגנה נסב הן על בחינת הראיות לכאורה והן על הקביעה בדבר קיומן של עילות המעצר – היקפן והאפשרות להלום אותן בחלופה מתאימה.

6. בכל הנוגע לטענות כנגד קיומן של ראיות לכאורה, בקליפת אגוז אציין, כי ההגנה סבורה שאין ברשות התביעה ראיות על הוצאת צו גיוס חוקי; על משלוח צו גיוס ואף לא על משלוח הודעה על השתמטות (תחליף צו). בהתאם, נטען כי אין בנמצא ראיות לכאורה להוכחת מודעותו של המערער לחובתו להתייצב לשירות הצבאי במועד הנטען. לדידה של ההגנה, לא ניתן להיעזר לשם כך בתיעוד הקיים על שיחות טלפון מן המערכת הממוחשבת (CRM), אשר נראה כי הוא מתוארך למועדים שגויים ואינו כולל את מספר הטלפון שממנו נערכה השיחה. עוד נטען, כי לא ניתן להיעזר במסמכים הנחזים ככאלה שנשלחו על-ידי המערער לנוכח טענתו כי לא הוא ערך אותם.

7. נטען גם כי אין להסתמך על קיומו של צו פוקד כללי בעניינו, מאחר שהמערער, כנטען, היה במעמד של עתודאי שגיוסו נדחה. בהקשר זה אף נטען, כי היעדרו של הליך מסודר וצו המורה לבטל את דחיית השירות הצבאי שניתנה למערער ולהחזירו למסלול השירות הצבאי, והיעדרו של הליך שימוע קודם לכך – אף הם מכרסמים בראיות התביעה לכאורה. כמו כן, סבורה ההגנה כי קיומה של בקשה לביטול פקודת המעצר משנת 2008, החתומה על-ידי מפקד לשכת הגיוס, אף היא מעוררת סימן שאלה בנוגע לחוקיות גיוסו של המערער.

8. אשר לקיומן של עילות המעצר. תחילה, נטען על-ידי ההגנה, כי נוכח נסיבותיו האישיות של המערער, במצטבר לעדויות המפקחים וההצעה לערבות, כפי שהוצגו

בבית הדין המחוזי, יש לקבוע כי חלופה הכוללת מעצר בית מלא, בפיקוח ותוך מתן ערבות מתאימה, מאיינת את החשש להימלטות מאימת הדין.

9. כמו כן, לדידו של הסנגור, העילה ההרתעתית, שעניינה בחשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, שאף עליה ביסס בית הדין קמא את החלטת המעצר – אינה קיימת בדין הכללי ובעקבות זאת, נקבע בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים, כי היא שמורה למקרים חריגים בלבד. נטען על-ידי ההגנה, כי המקרה דנן אינו נמנה עימם ומכל מקום, התביעה לא הצביעה על קיומו של חשש קונקרטי לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, כתוצאה משחרורו של המערער ממעצר, בתנאים, מה עוד שהמערער פוטר משירות צבאי. עוד נטען, כי שהותו של המערער במעצר במשך כחודש ימים, עונה על צורכי ההרתעה, ככל שישנם.

10. ולבסוף, נטען על-ידי הסנגור, כי כפירת המערער באשמה וכוונת ההגנה לנהל הליך של הוכחות, על רקע מצבו המשפחתי המורכב, אף הן מטות את הכף לטובת שחרורו ממעצר.

### **תשובת התביעה**

11. התביעה התנגדה לשחרורו של המערער ממעצר ממשי ועתרה להותיר את החלטת בית הדין קמא על כנה.

12. נטען, כי הראיות שנאספו מלמדות על סיכוי סביר להרשעת המערער באישום המיוחס לו. לדידה של התביעה, קיומו של תחליף צו, בחתימת הפוקד, במצטבר לראיות על מודעותו של המערער להיותו במעמד של משתמט מגיוס, די בהם כדי לבסס סיכוי סביר להרשעת המערער במיוחס לו. נטען, כי פנייתו של המערער, שבמסגרתה הודיע על סיום לימודיו, עונה על הדרישה לשימוע ולפיכך לא נפל פגם בקריאתו לשירות הצבאי, כאמור ולחלופין, חל בעניינו אף צו פוקד כללי, אשר אף לפיו, המערער נעדר משירות צבאי מאז אוגוסט 2007.

13. עוד נטען, כי עילות המעצר בעניינו של המערער, בשים לב להשתלשלות העניינים בהליכי הגיוס, לתקופת ההיעדרות שהסתיימה במעצרו ולכוונה המיוחדת, הנלמדת ממעשיו – שלא לשוב לשירות צבאי – אינן מאפשרות לנקוט חלופה של מעצר, כמבוקש.

### **תשתית הראיות לכאורה**

14. הראיות שנאספו בעניינו של המערער נסקרו בהרחבה ובדיוק רב בהחלטה מיום 8.1.2019. באותה החלטה, פירט בית הדין המחוזי את הדברים הבאים :

"הנאשם יליד הארץ, נולד בינואר 1988. בתחילת הליכי גיוסו התייצב הנאשם לבדיקה לקביעת כושרו הרפואי ונקבע לו פרופיל כשיר לשירות כבר בחודש ינואר 2015. בהמשך לכך, בחודש מרץ 2016 [צ"ל 2006], חתם הנאשם על בקשה לדחיית גיוס לשירות ביטחון במסגרת העתודה הטכנולוגית. במסגרת בקשה זו, באחד מן הנספחים לה (נספח ג' שכותרתו בקשה לדחיית גיוס) ביקש הנאשם כי מועד גיוסו יידחה מעת לעת בהתאם להתמדתו בלימודיו במסגרת המסלול. במסגרת הנספח חתם הנאשם כי הוא מבין שאין בחתימתו על ההסכם 'כדי לחייב את רשויות צה"ל המוסמכות לכך לאשר דחיית הגיוס לפי בקשתו'. הנאשם התחייב במסגרת בקשתו, כי יתייצב לשירות סדיר בסיום הדחייה המבוקשת או במועד מוקדם אחר שייקבע על-ידי צה"ל לביצוע השירות הסדיר ואף הסכים, כי צה"ל יכול להורות על הפסקת לימודיו בכל עת, גם בתוך תקופת דחיית הגיוס האמורה, לבטל את הדחייה ולצוות עליו להתייצב לאלתר לשירות סדיר.

צו דחיית הגיוס, אותו ביקש הנאשם לא נחתם כלל... בתיקו האישי של הנאשם מצוי מסמך בכתב יד, אשר נשלח בפקס ביום 14.11.2016 [צ"ל 2006]. מפאת חשיבות המסמך יצוטט הוא ככתבו – **'לכבוד לשכת הגיוס. הנדון הפסקת לימודים. הנני א' ע', ת.ז. XXX הגר באשדוד ב-XXX הייתי לומד באחד ממסלולי העתודה והפסקתי את לימודיי. בתודה מראש'**.

מסמך בתיק האישי מיום 15.11.2016 [צ"ל 2006]... שמוען לרמ"ד קד"ץ וכותרתו נושאת את שמו של הנאשם נשלח מטעם... רכזת מידע ופניות בלשכת הגיוס ב"ש. במסגרתו צוין 'רצ"ב פנייתו של המלש"ב הנדון בנושא בקשה לויתור על עתודה שאינה אקדמאית'. על גבי המסמך מצוין כי הוא טופל בכתב יד לצד חתימה. בתחתית המסמך ניתן לראות את המילים הבאות: 'לפקס לע"ט- שייך לשח"ק'.

בתיק מסמך בחתימת פוקד, מפקד לשכת הגיוס דאז, סא"ל שלומי רון, הממוען לכתובתו של הנאשם ואשר כותרתו היא 'גיוס בנכס לצה"ל'. במסמך זה מצוין הפוקד כי הנאשם נקרא לשירות ביטחון לתאריך 26.3.2007 אך לא התייצב. המסמך הופק ביום 1.4.2007 ואין ראיה למשלוחו בתיק.

מסמך 'סיכום תיק טיפול במשתמט גיוס' מלמד כי לנאשם ניתן סטטוס מספר 6021 ביום 20.11.2016 [צ"ל 2006], מסי ימים לאחר בקשתו האמורה. בחינת נגררת הסטטוסים מלמדת כי מדובר בסטטוס שמשמעו 'צו גיוס רגיל בוגרים מקצועיים'. עיון בסיכום התיק מלמד כי במועד זה נשלח לנאשם צו גיוס. צו גיוס מעין זה אינו בנמצא בתיקו האישי של הנאשם או בתיק החקירה. התיק אף נעדר תע"ץ המצביע על קיומו של צו כאמור או מועד בו נשלח.

בהמשך מסמך סיכום הטיפול במשתמט גיוס מתוארות פניות המלש"ב ללשכת הגיוס. כעולה מן המסמך בוצעה פנייה בנושא קד"ץ ביום 6.11.2016 [צ"ל 2006] מצד משפחת המלש"ב וטופלה טלפונית. ב-14.11.2016 [צ"ל 2006] נשלח בפקס מטעם המלש"ב בקשת ויתור על מסלול העתודה, במועד בו עולה מן התיק נתקבל הפקס הנזכר לעיל... החלטת סגנית מפקד לשכת הגיוס באותו מסמך, מיום 28.3.2007, היא להכריז על הנאשם כמשתמט גיוס. יצוין, כי עיון במסמך מלמד כי בשיחה טלפונית שנערכה עם הנאשם הצהיר כי אינו מעוניין להתגייס. תיעוד זה, כעולה מפלטי מערכת הוקס,

נערך על ידי חיילת בשם שירן גאנס ביום 26.3.2007, הוא יום קריאתו לשירות של הנאשם, לפי המיוחס בכתב האיטום.

בתיק תיעוד שיחה טלפונית שנערך לכאורה עם הנאשם מיום 5.6.2007 אותה ביצע חייל בשם אלדד אבינועם. בתיעוד השיחה מצוין כי הנאשם סירב לתת כתובת מעודכנת ומספר טלפון עדכני. בפירוט השיחה מצוינות המלים: 'מה קורה איתי?' ובסיכומה: 'אתה משתמט בטיפול משטרה ועלך להתייצב בלשכה בהקדם'. גם תיעוד שיחה אחרון זה מוצא ביטוי אף בפלטים ממערכת הוקס אשר מצויים בתיק החקירה.

בתיק מצויים אף תיעודי פניות ושיחות ממערכת CRM. תיעודים אלו נושאים כולם תאריך זהה – 28.4.2011 ולפיכך קיים קושי לסמוך ממצאים על המועדים בהם נערכו. ברם, עיון בתוכן המסמכים מלמד כי במועד מסוים נרשמה פנייה שתוכנה 'רוצה לוותר על שוחרות' ובצידה המלים 'שישלח בקשה'. תחת הגורם הפונה מצוינת המילה 'משפחה'. דברים אלו מתיישבים עם מסמך הכרזת ההשתמטות ממנו עולה כי התקבלה פנייה מן המשפחה שטיבה 'בירור מידע בנושא קד"ץ'...

עם מעצרו של הנאשם נגבתה ממנו התייחסות של השוטר מבצע העיכוב. בתגובה מסר הנאשם 'אז היו לי בעיות נפשיות ושלחתי להם את זה גם בדואר כולל אישורים של פסיכולוג וחשבתני שהכל יסתדר'. באמרה שנגבתה ממנו עם מעצרו בחשד לעבירה של עריקה, הודה הנאשם בעבירה המיוחסת לו ושב על דברים דומים 'חשבתני שסידרתי את זה עם פסיכיאטר לפני 12 שנה'. הנאשם אישר כי ידע שהיה עליו להתייצב לשירות צבאי לפני 12 שנה. עוד מסר כי פנה לרשויות הצבא בעניינו ולא קיבל תשובה.

באמרה נוספת שנגבתה ממנו הכחיש הנאשם את המיוחס לו. הוא מסר כי אינו אדם 'שיברח מהצבא בידיעה'. הוא טען כי התייצב כשקיבל צו גיוס וכי מי שפנה לרשויות הצבא הייתה אמו אשר מסרה לו כי 'סידרה את העניינים'. הנאשם מסר כי במהלך ההיעדרות 'למדתי, קצת עתודה, התחזקתי, היו לי בעיות נפשיות'. הוא טען כי המכתב שנשלח מטעמו ללשכת הגיוס לא נשלח על ידו אלא על ידי אמו וכי זהו כתב ידה. בצד זאת, במענה לשאלות החוקר, אישר כי בשנת 2007 ולאחריה כבר ידע שאינו עתודאי, אך לא היה בריא בנפשו. הנאשם מסר כי באותה עת לא חשב על הגיוס אלא על הבריאות שלו. הוא הכחיש קבלת צווים או זימונים פרט לצו הראשון בעניינו.

### חלופת המעצר שהוצגה

15. כאמור, במהלך הדיון בבקשת ההגנה לעיון מחודש במעצר, ביקשה ההגנה להעיד מספר חברים של המערער וכן את אשתו, על-מנת ללמד על נסיבותיו האישיות ועל תנאי השחרור המבוקשים. אשתו של המערער פירטה על מצבם המשפחתי (המערער הוא אב לחמישה ילדים בני שבע עד שנה וחצי), על היותה 'בהיריון בסיכון' ואף על הקשיים הכלכליים. כמו כן מסרה, כי אין בנמצא בני משפחה אחרים שיוכלו לסייע לה בטיפול בילדים. עוד העידו, כאמור, שלושה מחבריו של המערער, כולם בוגרי

שירות צבאי, אשר לומדים בצוותא עם המערער בכולל. השלושה הציעו לפקח אחר המערער בביתו, כל אחד במשך שמונה שעות ביום, לסירוגין וברצף.

### **ההחלטות בבית הדין המחוזי**

16. כאמור, ביום 8.1.2018, הורה בית הדין המחוזי על הארכת מעצרו של המערער עד לתום ההליכים בעניינו.

17. תחילה, קבע בית הדין, כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של המערער. בתמצית נציין, כי לאחר בחינת כלל המסמכים אשר ברשות התביעה, נמצא, לכאורה, כי המערער ביקש ללמוד במסלול של עתודה טכנולוגית ואכן צורף למסלול זה. בהמשך, בחודש נובמבר 2006, הודיע כי הוא מבקש לסיים את הלימודים ועקב כך, הועבר המערער ממסלול העתודה הטכנולוגית ונקרא לגיוס. בית הדין הטעים, כי החלטה של גורמי הגיוס באותה עת, כמקובל, נסמכת על ראיות מנהליות ולפיכך, לא היה עליהם להרחיב את הבדיקות מעבר לשיחות הטלפון עם המערער ובני משפחתו והמכתב שהתקבל בעניין. מכיוון שכך אף לא היה מקום לקיים שימוע, לקראת הקריאה לגיוס. בעניין זה בואר, כי אין ראיה שהמערער אמנם קיבל דחיית גיוס לצורך לימודי העתודה אך מכל מקום, די היה בפנייתו, שלפיה אין הוא מעוניין להמשיך ללמוד, ולא היה צורך בזימון לשימוע נפרד, בטרם יקרא לשירות צבאי. צוין גם, כי אף אם נפל פגם בהתנהלותם של הגורמים בלשכת הגיוס, הרי שנוכח מבחני ה"תוצאה היחסית" (או ה"בטלות היחסית"), כמקובל בהלכה הפסוקה, אין בכך כדי לשמוט את הבסיס מחוקיות קריאתו של המערער לשירות צבאי.

עוד נקבע, כי התמונה הכוללת מצביעה על מודעותו, לכאורה, של המערער לחובתו להתייצב לשירות צבאי במועד שאליו נקרא וכי מכל מקום, חל בעניינו צו פוקד כללי, אשר בנסיבות העניין – חזקה על המערער כי היה מודע לחובתו להתייצב לפי המועד שנקבע בו.

18. לאחר כל אלה, קבע בית הדין המחוזי כי מתקיימות בעניינו של המערער עילות מעצר אשר אינן מאפשרות לנקוט חלופת מעצר והורה על מעצרו עד לתום ההליכים המשפטיים.

19. כאמור, בהמשך, ביום 23.1.2019, דחה בית הדין המחוזי את בקשת ההגנה, אשר נסמכה על החלטתם של גורמי מיטב לפטור את המערער משירות צבאי, לעיין מחדש בהחלטה ולשחרר את המערער ממעצר ממשי, בתנאים. נקבע, כי:

"תקופת ההיעדרות המיוחסת לנאשם היא ממושכת ביותר, 4292 ימים, כ 11 שנים ושמונה חודשים. היעדרותו זו נסתיימה אך במעצרו. על בסיס חומר הראיות הקיים, יוחסה לנאשם עבירה של עריקה, מתוך כוונה שלא לחזור, ולא עבירה של היעדר מן השירות. גם בחינת ההחלטה על פיטוריו

מן השירות מלמדת, כי פיטורי הנאשם מן השירות, מסתמכים על מצבו המשפחתי נכון להיום, והיא אינה נסמכת על נתונו של הנאשם נכון למועד הגיוס, שאז היה הנאשם כשיר לשירות, רווק ללא ילדים. עיון בנתונו של הנאשם עובר לגיוסו, מלמדים על כך שלנאשם היה פרופיל 97 וקב"א גבוה 51, ואין חולק כי הנאשם יכול וצריך היה למלא את חובתו האזרחית ולשרת בצה"ל ולא מן הנמנע שבמסגרת שירותו אף היה תורם תרומה ממשית למערכת הצבאית. אין המדובר במי שלא התאים לשירות מלכתחילה... לאור האמור, בנסיבות המקרה המפורטות, סברתי כי אין ניתן לומר, שעובדת פיטוריו של הנאשם מחמת התנהגות רעה וחמורה, הקהתה את עילות המעצר הקיימות. בהקשר זה אציין, כי במעמד הדיון, שמעתי בקשב רב את המפקחים המוצעים, חבריו של הנאשם מהכולל, אשר הביעו נכונות לפקח על הנאשם בביתו, כל אחד מהם למספר שעות ביום, לכל פרק זמן שיידרש. עוד אני ערה לחובה לשקול האם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה והטלת תנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה... יחד עם זאת, לא מצאתי במקרה זה, כי חלופת המעצר המוצעת הולמת את עילות המעצר הקיימות, בעוצמתן – בין במישור החשש לפגיעה במשמעת הצבאית (במובנה כמפורט מעלה) ובין ביחס לחשש להימלטות מאימת הדין... התנהלותו של הנאשם עובר לגיוסו; התנערותו המודעת מחובת הגיוס, גם לאחר שמעמדו הובהר לו פעמיים על ידי נציגי לשכת הגיוס; משך תקופת ההיעדרות הממושך; והעובדה כי היעדרותו הסתיימה אך במעצרו – מוליכים, בהצטברותם, למסקנה כי לא נסתרה החזקה העובדתית ולפיה קיים חשש סביר להימלטות מאימת הדין. נוכחותם של המפקחים המוצעים איננה מהווה פתרון הרמטי, או קרוב לכך, לחשש כי הנאשם יימלט מנתינת הדין בגין העבירה החמורה המיוחסת לו, ככל שישורשע, דווקא על רקע הנסיבות המשפחתיות המורכבות. ההיעדרות הממושכת, שעניינה עשיית דין עצמית ואי התייצבות נמשכת לגיוס – מקימה, במלוא עוזה, ואף לאחר הפיטורים משירות, את העילה הצבאית הייחודית, באופן שאף הוא, בפני עצמו ובהצטבר לעילה ה'יקלאסית' של החשש להימלטות – אינו מאפשר הסתפקות בחלופה".

## דיון והכרעה

### ראיות לכאורה – הסיכוי הסביר להרשעה

20. בפתח חלק זה של הדיון יש לבחון תחילה האם ראיות התביעה מצביעות על סיכוי סביר להרשעת המערער במיחוס לו.
21. העובדה כי המערער לא היה בשירות צבאי בתקופה הנטענת אינה שנויה במחלוקת והשאלה שאותה יש לבדוק, במסגרת הדיון בראיות התביעה להוכחת **היסוד העובדתי** בעבירה, עניינה בתקינות קריאתו לשירות צבאי, היינו האם נקרא לשירות צבאי כדין.
22. בחינת המסמכים שנאספו מלמדת כי המערער התייצב להליכי "צו ראשון" ביום 5.1.2005, ולאחר בדיקות רפואיות, נמצא כשיר לגיוס (פרופיל 97) ואף בעל נתוני איכות טובים (קב"א 51). בהמשך, ביום 30.3.2006, התייצב פעם נוספת בלשכה וחתם על חלקו בהסכם, שלפיו הוא מבקש להצטרף למסלול של עתודה טכנולוגית. על-פי

תנאי ההסכם, הותר למערער להמשיך ללימודים בכיתה י"ג וככל שיבקש, אף בלימודי כיתה י"ד. היינו, דחיית שירות צבאי לחודש מאי 2008. על ההסכם חתם גם גורם צבאי אך הוא אינו כולל חתימה והוראה של פוקד מוסמך, לדחות את מועד הגיוס. עם זאת, על-פי נגירת סטטוסים, צורף המערער למסלול של עתודה טכנולוגית שמשמעו דחיית השירות הצבאי.

23. לאחר מכן, כעולה מחומר החקירה שנאסף, התקבל דיווח על שיחת טלפון ממשפחתו של המערער והתקבלה פנייה שנשלחה ללשכת הגיוס בפקס, הכוללת את פרטיו המלאים של המערער. מפניות אלה עלה, כי במהלך חודש נובמבר 2006 (ככל הנראה תחילתה של שנת הלימודים בכיתה י"ד), הודיע המערער כי הוא מפסיק את לימודיו. ימים ספורים לאחר מכן, מופיעים פרטיו של המערער בסטטוס של "בוגרים מקצועיים" במערכת הממוחשבת של לשכת הגיוס. ממסמכים נוספים, אשר יפורטו להלן, עולה כי המערער נקרא לגיוס בחודש מרץ 2007.

24. על-פי סעיף 38 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, בטרם תבוטל דחיית שירות, יש לאפשר למי שניתנה לו הדחייה לטעון כנגד ביטולה, למעט במקרה שבו הגורם המוסמך לבטל "נתבקש בכתב לעשות כן מאת מי שהצו חל עליו". עולה, אפוא, כי משפנה המערער והודיע על סיום לימודיו, שהם העילה לדחיית השירות הצבאי, בהתאם להסכם שעליו חתם, לא היה צורך לאפשר לו טיעון נוסף (ראו והשוו: ע/11/48 טור' **ציפרפל נ' התובע הצבאי הראשי** (2012)).

25. בעניין זה יש לציין כי הגורמים בלשכת הגיוס ובהם הפוקד, הם בבחינת רשות מנהלית אשר חלה לגביה חזקת החוקיות של החלטתה המנהלית (ראו: ע/16/81 **רב"ט דתנר נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). כמו כן, על-פי עקרונות המשפט הציבורי, "כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראיה המנהלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המנהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית משפט (כגון עדות שמיעה) אך אדם סביר היה סומך עליהן לצורך קבלת החלטה בעניין העומד על הפרק" (ע/111/07 טור' **סמורגנסקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2010); ע"מ/17/75 טור' **נחמני נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע"מ/17/78 טור' **פריימן נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). עולה, אפוא, כי ניתן להניח שהפוקד הוא שקיבל את ההחלטה להורות על גיוסו של המערער, וזאת, על סמך המידע הרלוונטי בנושא (הפניה הכתובה והשיחה הטלפונית שקדמה לה).

26. למעלה מן הנדרש, אציין עוד כי אף אם נפל פגם בהתנהלותו של הפוקד, משלא אפשר למערער לטעון כנגד קריאתו לגיוס (ביטול הדחייה), כידוע, בוודאי משעסקין בתקיפה עקיפה של החלטתו, אגב משפט פלילי של מי שלכאורה, לא קיים את חובתו על-פי חוק – יש לבחון את מכלול הנתונים במשקפי דוקטרינת התוצאה (או הבטלות)



היחסית. בהתאם, יש לבחון את טיבם של הפגמים בהליך המנהלי, אם אמנם הם קיימים, את עוצמתם ואת השלכותיהם, והכל – בראי האיזון בין הערכים החברתיים הרלוונטיים (ראו: ע"מ/17/36 טור' מזור נ' **התובע הצבאי הראשי**, פסקה 23 (2017); יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך ב', עמ' 849-850 (2011)). לא למותר לציין, כי המערער עצמו, בדבריו בחקירה, לא הלין על כך שהוצא ממסלול העתודה ואף לא טען כי סבר, לאורך השנים, שהוא עדיין מצוי ב"דחיית שירות".

27. אשר לראיות על החלטתו של גורם מוסמך (הפוקד) לקרוא למערער לגיוס ביום 26.3.2007, הרי שאף כי אין ברשות התביעה העתק מן הצו או תעודת עובד ציבור המעידה על הוצאתו, הרי שקיימים בתיק האישי מסמכים המלמדים על עמדתו של הפוקד (מפקד לשכת הגיוס) בעניין: ההכרזה על היותו של המערער משתמט, לאחר שלא התייצב במועד שנקרא לגיוס; והודעה בעניין זה, הממוענת אל הוריו. כידוע, "אין מתחייב, כי 'צו' ישא כותרת כזו ויהיה בפורמט מסוים כדי שיחשב 'צו' מחייב ובלבד שיוצא על ידי בעל הסמכות, בגדר הסמכות ויגיע לידיעת הנמען" (ע"מ/13/54 טור' דז'רניוק נ' **התובע הצבאי הראשי** (2013); ע"מ/11/79 טור' סויסה נ' **התובע הצבאי הראשי** (2011); עניין **ציפרפל הנ"ל**), ודי בכך שמן הבחינה המהותית נבחן עניינו של המיועד לשירות ביטחון על-ידי הגורם בעל הסמכות לקריאתו לשירות, אשר נתן דעתו לעצם חובתו לשרת בצבא ולמועד המתאים לכך (ראו: ע"מ/14/17 טור' **פרטוש סבן נ' התובע הצבאי הראשי** (2014)).

28. אציין עוד, כי אין במסמך בחתימת הפוקד שכותרתו "בקשה לביטול פקודת מעצר", כדי ללמד על החלטה אחרת של הפוקד ולראיה, מעמדו של המערער כמשתמט לא השתנה (ראו למשל נגרת סטטוסים) והוא אף נעצר.

29. עולה מן המקובץ, כי **הראיות שהוצגו לפני מלמדות, לכאורה, על הפוטנציאל המתאים להוכחת היסוד העובדתי שבעבירה.**

30. אשר ל**יסוד הנפשי**, מודעותו של המערער לקריאתו לגיוס ביום 26.3.2007, הרי שזה נלמד משורה של מסמכים ובהם: מזכרים המתעדים את השיחות שערכו הגורמים בלשכת הגיוס עם המערער, בסמוך לאחר שלא התייצב למועד שאליו נקרא לשירות הצבאי ואף כחודשיים לאחר מכן, עת התקשר, לכאורה, לברר את מצבו. השיחות נערכו על-ידי בעלי תפקידים מתאימים בלשכת הגיוס, אשר הבהירו למערער את מעמדו והוא בתגובה, מסר כי אין בכוונתו להתייצב לשירות צבאי. תוכן השיחות משתלב היטב עם דבריו של המערער בעת שעוכב בידי שוטרי משטרת ישראל ולאחר מכן, בשתי האמרות שמסר בחקירה. המערער אישר בדבריו בחקירה כי היה ער לחובתו לשרת בצבא לפני כ-12 שנים, הגם שנטען על-ידיו כי הניח שאמו הסדירה את סוגיית השירות הצבאי על רקע בעיות נפשיות שמהן סבל באותה עת. בהקשר זה יש

להדגיש, כי טענותיו של המערער על בעיות נפשיות לא נתמכו במסמכים ואף ההגנה לא שבה עליהן בדיוני המעצר.

31. ודוקו: אף אם נאמר כי הראיות מצביעות על מודעותו של המערער לחובתו להתייצב לשירות צבאי, לאחר שחלף מועד קריאתו לגיוס, כאמור, אין בכך כדי לשמוט את הקרקע תחת הוכחת היסוד הנפשי, שהרי בהתאם להוראת סעיף 55 לחוק שירות בטחון "צו יחייב את האדם שעליו הוא חל מן הזמן שהגיע לידיעתו" (ראו גם: ע"מ/54/12/2012 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' בדוסה** (2012); ע"מ/100/09/2012 **טור' קאופמן נ' התובע הצבאי הראשי** (2009)).

32. אף על התכלית הנלווית לרכיב המודעות ביסוד הנפשי של עבירת העריקה, "הכוונה שלא לחזור לשירות בצבא", ניתן ללמוד מתוך דבריו של המערער ומהתנהגותו, כמפורט לעיל (לישום "הכוונה המיוחדת" בעבירה של היעדר מן השירות המיוחסת למשתמטים משירות צבאי, ראו: ע/21/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' דהן** (2013)).

33. אשר על כן, יש לקבוע כי אף בכל הנוגע להוכחת היסוד הנפשי בעבירה, קיימות ראיות לכאורה.

34. זאת ועוד, כידוע, הלכה היא כי: "מקום בו המסלול האישי קרס, מטעם כלשהו, ניתן לפנות אל המסלול הכללי, המשלימו בהסדרת הגיוס... מקום בו כשל המסלול האישי מכל טעם שהוא... הנובע ממחדל של הרשות, רשאית הרשות להיזקק לצו הפוקד הכללי; שהרי, לכך הוא נועד - לתפוס ברשת הבטחון שאותה הוא פורס את מי שכתוצאה מטעויות כאלו או אחרות 'נפל בין הכיסאות' ולא זומן לאחד מהליכי טרום-הגיוס או לגיוס גופו" (הדגשות הוספו, ע"מ/37,38/10/2007 **התובע הצבאי ראשי נ' טור' בונר** (2010); וראו גם: ע"מ/30/07/2010 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' טגאו** (2007); ע"מ/7,8/10/2010 **טור' טירונק נ' התובע הצבאי הראשי** (2010); ע"מ/26/18/2010 **טור' חזקיה נ' התובע הצבאי הראשי** (2018)). בהתאם, משבעניינו של המערער, אזרח ישראלי שנולד ביום 17.1.1988, חל צו פוקד כללי, שלפיו היה עליו להתייצב ביום 6.8.2007, ככל שלא קיבל הודעה אישית הקוראת אותו להתייצב לשירות סדיר, נוכח היקף מודעותו כמפורט לעיל – הרי שאף לפי צו כללי זה, נעדר המערער משירות צבאי, לכאורה, במשך כ-11 שנים וחמישה חודשים.

#### עילות המעצר – כללי

35. לאחר שהמערער פוטר ואינו צפוי עוד לשרת בצבא, לא מתקיימת בעניינו עילת המעצר של מסוכנות צבאית, ואין עוד צורך מניעתי בהותרתו מאחורי סורג ובריח

(ראו: ע"מ/17/36 **טור' מזור נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע"מ/18/60 **דריקס נ' התובע הצבאי הראשי** (2018)).

36. בצד זאת, ידועה הלכת בית הדין הצבאי לערעורים, כי:

"אף לאחר פיטוריו של נאשם בעבירה של היעדר מן השירות הצבאי, עשויה להוסיף ולהתקיים עילת המעצר ההרתעתית, שבבסיסה החשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, הגם שהיא נחלשת (ראו: ע"מ/02/33 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2002); ע"מ/14/18 **טור' חי נ' התובע הצבאי הראשי** (2014))" (עניין **דריקס** לעיל, פסקה 19).

37. כך, הוטעם, כי כאשר "מדובר... בהיעדרות ארוכה מאוד, שהסתיימה במעצר... שרירה וקיימת עילת המעצר ההרתעתית" (ע"מ/07/71 **טור' גורב נ' התובע הצבאי הראשי** (2007)). נקבע עוד, כי על אף הכלל, שלפיו מוחלת העילה הצבאית בצמצום ומוגבלת למקרים שבהם מתקיימות נסיבות צבאיות ייחודיות – עבירות של היעדרות מן השירות... הן ממין העבירות לגביהן מוצדק המעצר בשל עילה זו" (שם, פסקאות 9-7).

38. בואר, כי הטעם להחלתה של עילת המעצר הצבאית הייחודית במקרים של היעדר מן השירות הצבאי, מצוי בחשש, כי:

"שחרורם ממעצר של נאשמים אשר נעדרו מן השירות שלא ברשות לתקופות ממושכות, עלול לעודד ריבוי נעדרים מן השירות, ובכך לפגוע באופן חמור במוכנות ובחוסן של הצבא וביכולתו למלא את ייעודו – ההגנה על בטחון המדינה" (ע"מ/03/44 **סמ"ר אבו ענאם נ' התובע הצבאי הראשי** (2003); וראו גם: ע"מ/18/17 **טור' ברשישט נ' התובע הצבאי הראשי** (2018)).

39. מן הראוי לשוב ולהזכיר כי השירות הצבאי במדינת ישראל נקבע כחובה כללית המוטלת על אזרחי המדינה, לנוכח הסכנות הקיומיות הרובצות לפתחה ולשלום תושביה, ולנוכח קיומם של צורכי ביטחון מובהקים. בד בבד, הוטעם לאורך שנים, כי את החובה הכללית לשרת בצבא ולהגן על תושבי המדינה יש ליישם בקפידה בהתחשב בעיקרון מרכזי שהוא מיסודותיה של המדינה – **עיקרון השוויון** בין אזרחיה, הן לעניין זכויותיהם והן לעניין חובותיהם (ראו: בג"ץ 1532/00 **דה ברמקר נ' שר הבטחון**, פ"ד נד(2) 297 (2000)). וכבר נפסק, לאמור:

"אכן, השוויון הינו 'מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו' (השופט לנדוי בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(698, 693) (1). זהו עקרון 'השלוש' ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן' (השופט שמגר בבג"ץ 114/78 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב(2) 806 (800)). בצדק ציין המשנה לנשיא, השופט אלון, כי: 'העקרון של שוויון זכויות וחובות לכל אזרחיה של מדינת ישראל הוא ממהותה ומאופיה של מדינת ישראל' (ע"ב 2/88 **בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה**, פ"ד מג(4) 221,272... הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה... אכן, אין לך גורם הרסני

יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזוהרתו העצמית של האדם' (פרשת פורז, בעמ' 332) " (בג"ץ 715/98, 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481 (2000)).

40. התייחסות סלחנית, בין במישור העמדה לדין ובין ביחס למדיניות הענישה, חוטאת לעיקרון זה ויש בה כדי לכרסם במידה ניכרת בתחושת השייכות והמחויבות של המיועדים לשרת בצבא ושל המשרתים בו, ובתוך כך – לפגוע פגיעה קשה בחוסנו של הצבא ובביטחונה של המדינה. עילת המעצר הייחודית של החשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית יונקת את תוקפה מעיקרון זה ומהשלכות הפגיעה בו.

41. כמו כן, נקבע כי אפילו התייצבות "חד פעמית" של עריק, לאחר היעדרות ממושכת משירות ביטחון, לפני רשויות צה"ל - איננה מפיגה את החשש הטבוע בו, והנלמד מאופי העבירה שאותה לכאורה עבר, שהוא עלול לשוב ולהימלט מאימת הדין" (הדגשות במקור, עניין דריקס לעיל, פסקה 21; וראו גם: בג"ץ 4089/97 דמרי נ' מפקד בסיס כליאה 394 (טרם פורסם, 8.7.1997); ע"מ/9/01 טור' ברניק נ' התובע הצבאי הראשי (2001); ע"מ/1/09 טור' סולסון נ' התובע הצבאי הראשי (2009)). למעשה, ניסיון החיים והשכל הישר הובילו להלכה שלפיה, ככלל, מתקיימת חזקה עובדתית בדבר חשש סביר להימלטות מאימת הדין, מקום שבו נאשם נעדר מן השירות או השתמט הימנו לתקופה ארוכה (ראו והשוו: ע"מ/33/07 התובע הצבאי הראשי נ' טור' בירקובסקי (2007); ע"מ/25/17 טור' בצלאל נ' התובע הצבאי הראשי (2017) והפסיקה המנויה שם; ומנגד, למקרה שבו נסתרה החזקה, ראו: ע"מ/51/13 התובע הצבאי הראשי נ' טור' נגאוקר הוד (2013)). הוטעם גם, כי אף מקום שבו מי שנעדר מיחידתו פוטר מן השירות הצבאי במהלך ההליך המשפטי בעניינו, בין אם על רקע נפשי ובין אם נוכח היעדרותו הממושכת, אין בכך, בהכרח, כדי להקהות מעוקצה של העילה (ראו עניין סולסון לעיל; ע"מ/20/13 טור' בורג'ל נ' התובע הצבאי הראשי (2013)).

42. עולה, אפוא, כי מי שקיימות לגביו ראיות לכאורה להיעדרות מן השירות הצבאי לתקופה ממושכת, ככלל, מתקיימת לחובתו חזקה כי מתקיים בעניינו חשש ממשי להימלטות מאימת הדין ועליו הנטל להפריכו.

#### עילות המעצר – מן הכלל אל הפרט

43. בנסיבות המקרה דנן, מצביעה התשתית הראייתית, לכאורה, על קיומו של חשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, אם ישוחרר המערער ממעצר. כמפורט לעיל, מסד הראיות לכאורה, מצביע על אזרח ישראל, יליד הארץ ומי שהתגורר מאז ומתמיד בה.

המערער, לכאורה, נמצא מתאים לשרת בצבא והיה מעורב בהליכי הגיוס. זאת ועוד, רשויות הצבא אף נעתרו לבקשתו לדחות את מועד הגיוס על-מנת להשלים לימודי מקצוע, אלא שהוא, לכאורה, בחר לעשות לעצמו, העדיף את האינטרס האישי שלו והתעלם מחובתו לכלל, בעוד שחבריו מתגייסים למסגרת הצבאית ותורמים ממיטב שנותיהם, לעיתים, תוך סיכון חייהם. היעדרותו של המערער הסתיימה כעבור כמעט 12 שנים, והובילה, למעשה, לנוכח השינוי במצבו המשפחתי, לפיטוריו מן השירות הצבאי.

44. בנסיבות מעין אלה, השפעת שחרורו ממעצר מקימה חשש מובהק לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, לפגיעה במוטיבציה לשאת בנטל ובתוך כך, לפגיעה בחוסנו של הצבא ובביטחון המדינה.

45. לצד זאת, יש לקבוע, כי בעניינו של המערער, היעדרותו הממושכת, בנסיבות שבהן ניתן ללמוד, לכאורה, על מודעותו לחובתו לשרת בצבא ולמעשה, על התעלמות מופגנת ממנה; על רקע ההסכם שנחתם בינו לבין רשויות הצבא ושאותו בחר המערער שלא לקיים; ובשים לב לסיום היעדרות במעצר – כל אלה מבססים היטב את החשש להימלטות מאימת הדין, ככל שישוחרר ממעצר.

46. יש לציין גם את היסוד הנפשי המיוחד, במסגרת העבירה שיוחסה למערער, אשר מחייבת, ככלל, לאחר הרשעה, ענישה מכבידה. יפים לאן הדברים הבאים:

"אכן, עריקה משורות הצבא איננה דומה לשימוש בסמים מסוכנים או להיעדרות מן השירות לתקופה קצרה מתוך כוונה לשוב לשורות הצבא. לפיכך, קבע המחוקק עונש מאסר מרבי חמור וממושך לצדה; לפיכך, הערכאות הצבאיות מצאו להטיל על המורשעים בביצועה עונשי מאסר למשך שנים. עילות המעצר המתקיימות בעניינו של המואשם בעריקה משירות, בפרט כשעניין לנו בכאלה שערקו משירות למשך תקופות ארוכות המסתיימות במעצרו, ובפרט באורח המלמד על כוונה להשתמט לחלוטין מחובת השירות הינן **עילות מעצר מובהקות**. מתקיים, ככלל, במקרים אלה חשש **כבד** להימלטות מאימת הדין; מתקיימת במלוא עוזה העילה הצבאית הייחודית שכן פגיעת המעשה לכאורה במשמעת הצבא ובכוננותו אדירה; יקשה **מאד** בכגון דא להלום חששות אלו באמצעות חלופת מעצר. אכן, גם במקרים אלה, כמתחייב מהיות הנאשם עצור, חלה חובה על בית-הדין לנהל את ההליכים במהירות. עם זאת, סיום ההליך תוך שבועות אחדים איננו תנאי בל יעבור; אין מתקיימת במקרים אלה במלוא עוזה ה'פרובלמטיקה המיוחדת' הנוצרת בעונשי מאסר קצרים יחסית הנגזרים על עצורים עד תום ההליכים; אמנם, מתחייב **יחס נאות** בין תקופת המעצר עד לסיום ההליך לבין עונש המאסר הצפוי לנאשם אם יורשע בדינו; אך, מאחר שכפי שראינו, העונשים הנגזרים בכגון דא נמדדים **בשנות מאסר**, גם הבאת חזקת החפות בחשבון והתחשבות בסיכויי הזיכוי של הנאשם ואף התחשבות במראית פני הצדק אינן מחייבות שחרור הנאשם מן המעצר תוך חודשים ספורים, על המשמעויות הקשות הנלוות לכך" (ע"מ/12/21 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' אליקשווילי** (2012)).

הדברים נאמרו אמנם, בעת שהעונש המירבי בצד העבירה עמד על 15 שנים וכיום העמידו המחוקק על שבע שנים (חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 68), התשע"ו-1996), אך רוח הדברים והעקרונות העומדים בבסיסם, שרירים וקיימים.

47. למערער מצב משפחתי מורכב. הוא הביע נכונות להפקדת ערבויות וחבריו אף הצהירו על נכונותם לפקח אחר שהותו במעצר בית מלא, ואולם, בנסיבות העניין, בראי התמונה הכוללת, אין בכך כדי להפיג את החשש מפני הימלטות מאימת הדין. משכה של תקופת ההיעדרות, העולה על 11 שנים, והנסיבות שפורטו לעיל, מלמדים כי לא ניתן לסמוך על התחייבותו של המערער, כמפורט לעיל, ויש לקבוע כי החשש להימלטות מאימת הדין בעניינו הוא חשש מבוסס ואין בחלופה שהוצעה כדי לאיינו (ראו והשוו: ע"מ/26/13 טור' פחימה נ' התובע הצבאי הראשי (2013); ע"מ/51/05 טור' ספיאשווילי נ' התובע הצבאי הראשי (2005)).

48. יש לקבוע, אפוא, כי אכן מתקיימים בעניינו של המערער הן החשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית והן החשש להימלטות מאימת הדין, ובשלב הדיוני הנוכחי, אין בחלופת המעצר שהוצעה כדי להלום אותם.

49. ערעור ההגנה נדחה.

50. בשולי ההחלטה אציין, כי כידוע, ההליכים בבתי הדין הצבאיים מתאפיינים ב"ניהול מהיר של ההליכים וסיום המשפטים תוך שבועות אחדים" (ע"מ/27/08 התובע הצבאי הראשי נ' טור' פרג'ון (2008)). כך, אף במקרים שבהם מתבררות עבירות חמורות. בהמשך לכך, נוכח נסיבותיו המשפחתיות של המערער ובשים-לב להודעת ההגנה על כפירתו באשמה, יועבר העתק מן ההחלטה לעיונה של נשיאת בית הדין, המתבקשת לקבוע את הדיונים במשפט בהקדם האפשרי.

51. העתק נוסף יועבר אף לעיון מפקד בסיס כליאה 394, וזאת, נוכח היותו של המערער אב לילדים קטנים ונוכח מצבה הרפואי של אשתו.

ניתנה היום, י"ח בשבט התשע"ט, 24 בינואר 2019, בפומבי ובמעמד הצדדים.

תא"ל                      אורלי                      מרקמן

המשנה לנשיא בית הדין הצבאי

ל ע ר ע ר ו י ס

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

סגן                      עמית                      כהן

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