



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

אל"ם אורלי מרקמן - שופטת

בעניין:

ח/XXX טור' י' ג' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד עדי ריטיגשטיין-אייזנר; עו"ד מנחם שטאובר)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סגן מאי ארבל)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 671/16 (סא"ל רונן שור – שופט) ביום 4.9.2016. הערעור התקבל.

ה ח ל ט ה

רקע

1. כנגד טוראי י' ג', **המערער**, הוגש כתב אישום, המייחס לו עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות מיחידת מיטב, למשך 1,553 ימים, שהסתיימו עם מעצרו, ביום 28.8.2016.
2. עם הגשת כתב האישום עתרה התביעה הצבאית להורות על מעצרו הממשי של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. ההגנה התנגדה לבקשת התביעה ועתרה לשחרר את המערער לחלופת מעצר במיטב.
3. בית הדין קמא הנכבד נענה לבקשת התביעה והורה להאריך את מעצרו הממשי של המערער עד לתום ההליכים בעניינו. ההגנה לא השלימה עם החלטת בית הדין קמא ומכאן הערעור שלפני.

נימוקי בית הדין קמא

4. בהחלטתו, הבהיר בית הדין קמא הנכבד, כי ההגנה לא חלקה על חוקיות גיוסו של המערער ומשכך נקודת המוצא לדיון הייתה, כי המערער גויס כדין. עיקר טענות ההגנה נסב סביב עמדתה, כי נפלו פגמים בחומר הראיות, בכל הנוגע להוכחת מודעותו של המערער לחובתו להתייצב לשירות צבאי, בתקופה המנויה בכתב האישום.

5. אשר למסד הראייתי הלכאורי בעניין זה, פירט בית הדין קמא הנכבד כדלקמן:

"הנאשם, יליד 1990, הצהיר בשנת 2007 על לימודיו בישיבה תורנית והליכי גיוסו נדחו. כיוון שלא הסדיר לאחר מכן את מעמדו, חרף שיחות עם בני משפחתו, בוטל מעמדו כבן ישיבה ואושר גיוסו מכוח סעיף 12 לחוק שירות ביטחון... לנאשם נשלח בדואר רשום צו התייצבות לשירות ביטחון לחודש מרץ 2010. לנאשם אף הובהר במכתב נפרד, כי אם לא יגיע עד למועד גיוסו ללשכה לא ניתן יהיה לדון במעמד 'תורתו אומנותו' מחדש. כיוון שלא התייצב לגיוס נשלח מכתב בדואר רשום לנאשם, לפיו הוצאה כנגדו פקודת מעצר וכי עליו להתייצב באופן מידי בלשכת הגיוס. הנאשם הוכרז אף כמשתמט גיוס. בעניינו של הנאשם אף חל צו פוקד כללי, המורה להתייצב בחודש מרץ 2010.

בחודש יולי 2011 נעצר הנאשם. באמרה שמסר הודה במיוחס לו, וטען כי נעדר משירות בשל חובות כספיים וכי עזרתו נדרשת בבית ועל-כן אינו יכול לשרת. כן ציין, כי אורח חייו אינו מתאים לשירות בצבא, למד בפועל בישיבה הגם שלא היה רשום בה. פרקליט עריקים הורה על העמדתו לדין משמעתי וגיוסו כמשתמט אושר. הוא קיבל צו קליטה ליחידת מיטב אך לא התייצב והחל שוב בנפקדות. בשיחות עם אמו בחודשים אוגוסט- ספטמבר 2011 עלה, כי הנאשם אינו מעוניין לשרת בשל רקעו הדתי. נערך ביקור בביתו וככל הנראה מצוי בישיבה.

הנאשם נעצר בשנית בחודש מאי 2012. באמרה שמסר הודה במיוחס לו וטען כי אינו מעוניין להתגייס שכן יש לי דברים מהעבר שמפריעים לי לזה' וכי הגיוס נוגד את אורח חייו מכיוון שהוא לומד בכולל. אז הורה סגן פרקליט עריקים על העמדתו של הנאשם לדין משמעתי. הנאשם נשפט ונדון למחבוש בפועל. חרף הוראה להתייצב במיטב, עם סיום ריצוי עונשו, החל הנאשם בהיעדרותו הנוכחית. בשיחה שנערכה עם אמו בחודש מאי 2012 מסרה, כי אינה יודעת מדוע בנה נפקד אך כי נדרש לעבוד בכדי לסייע כספית למשפחתו, ואמרה כי תמסור לבנה שיגיע בהקדם ללשכת הגיוס. בביקור שנערך בביתו בחודש יוני 2012 עלה, כי הנאשם אכן גר בכתובת האמורה, אך איש מבני משפחתו לא נכח ומשכך הושאר מכתב.

לאחר מעצרו הנוכחי הכחיש הנאשם כי השתמט משירות וטען כי נאמר לו בישיבה שישדירו את מעמדו וכך סבר. הוא לומד בכולל, גר עם משפחתו בביתו ולא קיבל מכתב

מהצבא. לדבריו, לא ידע כי עליו להתייצב לשירות ולא פנה לצבא".

6. בהמשך, בכל הנוגע לשאלת המעצר, ציין בית הדין קמא הנכבד בהחלטתו את הדברים הבאים:

"קיימות ראיות לכאורה, לפיהן הנאשם היה מודע למעמדו, נשפט בדין משמעותי ולאחר סיום ריצוי עונשו התבקש להתייצב ביחידת מיטב, אך נעדר מן השירות... כעת טוען הנאשם, לראשונה, כי לאחר סיום ריצוי עונשו המשמעותי בפעם הקודמת, בשנת 2012, פנה אל ראש הכולל בו למד בכדי שמעמדו יוסדר. ההגנה הציגה מסמך (שאינו נושא תאריך) מראש הכולל ... לפיו הנאשם לומד במקום מאז שנת 2012 ... לדברי ראש הכולל, לאחר שחרורו של הנאשם ממעצרו פנה ראש הכולל לאחראים בוועד הישיבות בכדי להסדיר את מעמדו של הנאשם. נמסר לראש הכולל, כי הנאשם יכול להמשיך ללמוד בכולל ללא הפרעה וכך הודיע לנאשם. ההגנה סבורה, כי הנושא לא נחקר לעומקו ומשכך יש לקבל את גרסת הנאשם בסוגיה השנויה במחלוקת. לעת הזאת, אינני יכול לקבל את הטענה. בשלב הנוכחי, עסקינן במסמך כללי ומפי השמועה, שאינו יכול ללמד כי גורם מוסמך אכן פטר את הנאשם משירות. בתיק האישי אין פנייה כל שהיא מצד הנאשם או מצד גורם בוועד הישיבות לפיו מתבקש מתן פטור משירות עבור הנאשם. קשה להלום את טענת הנאשם, כי סבר שדי בפנייתו לראש הכולל בכדי להסדיר את מעמדו, ומבלי שיבדוק באופן אישי מול הגורם המוסמך – קרי, לשכת הגיוס – כי מעמדו אכן הוסדר".

עמדת ההגנה

7. במסגרת הודעת הערעור, לראשונה, העלתה ההגנה טענות כנגד חוקיות גיוסו של המערער. נטען לפני, כי המסד הראייתי, בכל הנוגע למהלך גיוסו של המערער, דל ומכל מקום, עיון במסמכים הסרוקים מעלה, כי המכתבים השונים, לרבות צו הגיוס, נשלחו מלשכת הגיוס אל כתובת, שאינה הכתובת העדכנית על-פי הרישומים ממשרד הפנים. עוד נטען, כי בהתאם לכך, ניתן להניח, שאף הזימונים ללשכה (זימונים להסדרת מעמדו של המערער כתלמיד ישיבה ובהמשך, זימונים לצו שני) – נשלחו לכתובת שגויה. לפיכך, סברה ההגנה, כי יש לתהות אחר אופן הפעלת שיקול הדעת של הפוקד, עת הורה על גיוסו של המערער במסגרת סעיף 12 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, שהרי באותה עת, לא ניתן היה להראות שהמערער היה ער לזימונים השונים ללשכת הגיוס.

ההגנה אף הצביעה על נסיבות חייו של המערער והקשר הרופף בינו לבין אמו, כאינדיקציה ברורה לכך שלא ניתן היה להסתמך על השיחות הטלפוניות שערכו נציגי הלשכה עם האם, בכל הנוגע לזימונו למיונים בלשכה. מה עוד שביחס לאחת השיחות

נרשם, כי הקשר נוצר עם אשתו של המערער, הגם שבאותה עת, המערער כלל לא היה נשוי.

8. בד בבד, נטען, כי אין להסתמך על צו הפוקד הכללי, אשר לכאורה, חייב את המערער להתייצב לשירות ביום 10.3.2010. בעניין זה, ציינה ההגנה, כי מאחר שמועד הגיוס על-פי המסלול הכללי קדם למועד הגיוס על-פי המסלול האישי (24.3.2010), ובאותו שלב המערער היה תלמיד ישיבה, והניח, כי הוא במעמד של מי ששירותו הצבאי נדחה – אין לקבוע כי הצו חייבו להתייצב לשירות צבאי. לראייה הצביעה ההגנה על שיחה מאוחרת, מיום 14.4.2010, שערכו נציגי הלשכה עם בני המשפחה, שבמסגרתה שוב ניתנה למערער ההזדמנות להסדיר את מעמדו עד ליום 25.5.2010.

ההגנה אף הפנתה להחלטתו של פרקליט עריקים, בשתי הזדמנויות קודמות, להעמיד את המערער לדין משמעותי, הגם שתקופות ההיעדרות שיוחסו לו חצו את רף ההעמדה לדין בבית דין, כמקובל. מכאן, למדה ההגנה, כי אף התביעה לא סברה שיש בצו הפוקד הכללי כדי לרפא את הפגמים שנפלו בראיות להוכחת חוקיות גיוסו של המערער.

9. לשיטתה של ההגנה, הטענות בנוגע לחוקיות הגיוס מצטברות לטענות בדבר טעות סבירה במצב דברים, שהעלה המערער כבר בהזדמנות הראשונה, ולפיהן, פנה אל ראש הכולל, שבו הוא לומד מזה שנים ארוכות ונמסר לו, לאחר בחינת הדברים, כי מעמדו כתלמיד ישיבה הוסדר וגיוסו נדחה. נטען, כי התביעה לא עשתה די לבירור הטענה, שהועלתה כבר בראשית החקירה, ואף משום כך, יש ליתן לה משקל בשלב הדיוני הנוכחי.

10. בשלהי דבריה, הציגה ההגנה לעיוני חוות דעת של גורמי בריאות הנפש בכלא, המפרטת על נסיבות חייו הקשות של המערער, על מצבו המשפחתי העדכני ועל הקשיים הנפשיים מהם הוא סובל. הערכת מצבו הנפשי של המערער טרם הושלמה.

עמדת התביעה

11. בפתח דבריה עתרה התביעה להשיב את הדיון לערכאה קמא, נוכח הטענות החדשות, שהעלתה ההגנה בערעור ביחס לחוקיות הגיוס של המערער. טענות, שכאמור, לא התבררו בבית הדין קמא. דא עקא, שהתביעה עצמה הציגה לעיוני חומר ראיות חדש (מסכים מתוך המערכת הממוחשבת), שנאסף בעקבות טענות ההגנה בהודעת הערעור, על פגמים שנפלו בהליכי גיוסו של המערער. משכך, בשים לב להוראת סעיף 53(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, ואף נוכח השתלשלות ההליכים עובר לדיון שלפני – סברתי כי ראוי יהיה להידרש לערעור ההגנה על כלל טיעוניה.

12. אשר לטענות כנגד חוקיות הגיוס, כאמור, במהלך הערעור הציגה התביעה לעיוני תדפיס של מסכים מתוך המערכת הממוחשבת, שלפיהם, בדומה לרישומים במשרד הפנים, על-פי הרישומים במערכת הצבאית, עודכנה כבר בחודש פברואר 2007 כתובת שונה מן הכתובת אליה נשלחו המכתבים השונים, ששלחו הגורמים בלשכת הגיוס (במשרד הפנים עודכנה הכתובת החדשה כבר בשנת 2005). אלא, שעל-פי המערכת הממוחשבת, בחודש מרץ 2008, שוב הוזנה במערכת הצבאית הכתובת הקודמת של המערער, שאליה נשלחו הצווים והזימונים השונים, ככתובת עדכנית. נטען גם, כי אינדיקציה לתקינותה של הכתובת, מצויה באמרות שמסר המערער, אשר נגבו ממנו עובר לדין המשמעתי בשנת 2011, ועובר לדין המשמעתי בחודש מאי בשנת 2012. התביעה ציינה, כי המערער לא העלה טענות בנוגע למודעותו בעניין ואף בכך יש כדי לבסס את עמדת התביעה בכל הנוגע לחוקיות גיוסו של המערער מכוח הוראת סעיף 12 לחוק שירות ביטחון. התביעה סברה, כי יש לייחס משקל אף לשיחות הטלפון שערכו גורמי הלשכה עם אמו של המערער ועם מי שכונתה אשתו, ולו נוכח הרישום על התייצבותו של המערער בלשכה, בסמוך לאחר אותן שיחות.

13. לחילופין נטען כי לצו הפוקד הכללי תחולה בנסיבות העניין, וכי ניתן לבסס את חוקיות הגיוס עליו.

14. מטעמים אלה ונוכח הנימוקים, אשר בבסיס החלטתו של בית דין קמא הנכבד, עתרה התביעה לדחות את ערעור ההגנה ולהותיר את ההחלטה על מעצרו של המערער על כנה.

דיון והכרעה

15. הלכה פסוקה היא, כי –

"ככלל, כאשר מתעוררות שאלות מורכבות אודות חוקיות הגיוס... וכאשר אין ניתן לברר את השאלות האמורות תוך ימים ספורים.. הנטייה צריכה להיות להימנע ממעצר ממשי ולשקול, ביתר שאת ובמשנה תוקף, מקום שקיימות ראיות לכאורה ועילת מעצר, כמו במקרה דנן, להסתפק בחלופת מעצר..." (ע"מ/6/03 רב"ט פרץ נ' התובע הצבאי הראשי (2003) וראו גם ע"מ/75/12 התובע הצבאי הראשי נ' טור' קריחלי (2012), וע"מ/91/16 טור' עאיק נ' התובע הצבאי הראשי (2016)).

16. במקרה דנן, הטענות שהועלו לפני בערעור בכל הנוגע לחוקיות גיוסו של המערער, במסגרת הוראת סעיף 12 לחוק שירות ביטחון – מעוררות סוגיות ראייתיות מורכבות. כך למשל, בהליך העיקרי, יהיה מקום להידרש ליחס בין נגירת הכתובות במשרד הפנים לבין נגירת הכתובות במערכת הצבאית; לשאלת מעמדם וכוחם הראייתי של התדפיסים מן המערכת הממוחשבת החדשה, במסגרת בחינת

שיקול דעתו המנהלי של הפוקד; וכן, בהיעדר מסמכים מתאימים – לאופן בו תבסס התביעה את התשתית הראייתית, שעמדה בפני הפוקד באותה עת.

17. אף מעמדו של צו הפוקד הכללי אינו מובן מאליו בנסיבות הספציפיות של המקרה דנן ונכון יהיה להעמיק את הבירור ביחס לטענות ההגנה, על הסטאטוס בו היה נתון המערער באותה עת; לטענות בדבר היקף מודעותו של המערער וציפיותיו באותה עת; וכן, לטענות של "ההגנה מן הצדק" בנוגע למעמדה של חוות דעתו של פרקליט עריקים, שניתנה בהמשך, ובמסגרתה, כאמור, הועדף ערוץ הדין המשמעותי על פני ההליך הפלילי, חרף קיומו של אותו צו פוקד כללי.

18. נוכח צבר סימני השאלה כמפורט לעיל, ומשאלה מצטברים אל טענת ההגנה על טעות במצב הדברים והיעדר יסוד נפשי מתאים בכל הנוגע לתקופת ההיעדרות הנוכחית, הרי שיש בכך כדי לשנות מן התמונה הכוללת שעמדה בפני בית הדין קמא ולהטות את הכף לטובת בירור כלל נושאים, בעת שהמערער אינו נתון מאחורי סורג ובריח. לכך יש להוסיף את מצוקתו הנפשית של המערער כעולה מחוות הדעת של גורמי בריאות הנפש בכלא ואת נסיבותיו האישיות החריגות. בגין כל אלה, סברתי, כי חרף עילות המעצר המתקיימות ברגיל, יש לנקוט חלופת מעצר בדמות מעצר פתוח במיטב.

19. ערעור ההגנה מתקבל, אפוא, והמערער ישוחרר למעצר פתוח במיטב, עד לתום ההליכים בעניינו.

20. כעולה מחוות הדעת של גורמי בריאות הנפש, יש להשלים בהקדם את הבירור הנדרש להערכת מצבו הנפשי של המערער.

ניתנה והודעה היום, ג' באלול התשע"ו, 6 בספטמבר 2016, בפומבי ובמעמד הצדדים.

אורלי מרקמן, אל"ם
שופטת בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ו ר י ם

חתימת המגיה: _____ העתק נאמן למקור
סגן קורל מכני
קצינת בית הדין תאריך: _____