



### בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אל"ם מאיה הלר - שופטת

בעניין :

ח/XXX טוראי ר' א' – המערער (ע"י ב"כ, סרן יחיאל ציפורי)

### נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סגן נינה שמעונוב ; קמ"ש מעיין צעירי)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המרכז שניתנה בתיק מרכז (מחוזי) 236/17 (אל"ם כרמל ווהבי – נשיא) ביום 31.7.2017. הערעור נדחה.

### ה ח ל ט ה

#### כללי

1. נגד המערער, טורי ר' א', הוגש כתב אישום בו יוחסה לו עבירה שעניינה העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בגין היעדרותו מחטיבה XXX, לתקופה של 225 ימים, בין התאריכים 5.12.2016 ועד ליום 17.7.2017, עד להתייצבותו.

2. עם הגשת כתב האישום, ביום 20.7.2017, עתרה התביעה למעצרו הממשי של המערער. מעצרו של המערער נקצב, בהסכמה, עד ליום 31.7.2017, לצורך בדיקתו על-ידי גורמי בריאות הנפש. בדיון שהתקיים ביום 31.7.2017 בבית הדין קמא, בשאלת הארכת מעצרו של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו, העלתה ההגנה טענות כנגד קיומה של תשתית ראיות לכאורה לכך שהמערער גויס לצה"ל כדיון. כן נטען, כי חומר הראיות אינו מלמד על כי מפקדיו של המערער דימו בתום לב כי נתקבל כדיון לכוחות הסדירים של הצבא.

3. בית הדין קמא, דחה את טענות ההגנה והורה על מעצרו הממשי של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.
4. ההגנה לא השלימה עם החלטה זו ומכאן הערעור שלפני.

### החלטת בית הדין קמא

5. בית הדין קמא, אשר נדרש לטענות ההגנה, קבע כי הוכחה תשתית ראיות לכאורה המבססת את היעדרותו של המערער מן השירות ומאידך לא הונחה ולו תשתית ראיות ראשונית לביסוס אי-חוקיות הגיוס. וכך פורט:

"הנאשם גויס לכאורה לצבא בתאריך 01/12/2016 והיה מיועד לשרת כלוחם במסגרת חטיבה XXX. מלבד אמרתו של הנאשם, במסגרתה הודה... צורפו... טופס 750, המתייחס לתקופה הרלוונטית... במסגרת האמרה... לא עלתה כל טענה באשר לחוקיות גיוסו, כך שלמעשה טענה זו של ההגנה עלתה לראשונה במהלך ישיבת היום מבלי שנמצא לה כל בסיס, ולו ראשוני, בחומר הראיות... בהתאם לפסיקה טענה זו במישור חוקיות הגיוס, ביחס למי שנעדר מיחידה סדירה היא טענה רדומה, שעל הגורם שמעורר אותה מוטלת החובה להרים נטל מסוים ולו ראשוני. ההגנה לא הציגה בפני בית הדין ולו ראשית [ראייה] בעניין זה... לתיק צורף סיכום ראיון ת"ש שנערך לנאשם בתאריך 01/01/2017, בלשכת הגיוס בטבריה... מסמכי ההיעדרות מן היחידה... מלמדים כי הנאשם נקלט ביחידתו בתאריך 1/12/2016 ונקלט אצל גורמי השלישות. יום למחרת יצא הנאשם לביתו לחופשת סוף שבוע ובתאריך 4/12/2016 התייצב לכאורה ביחידתו, כאשר יום למחרת ברח מהיחידה".

### טענות ההגנה בערעור

6. טענה ההגנה, כי מאחר שהמערער התייצב ביחידתו ביום גיוסו, שוחרר לחופשת סוף שבוע ומאז החל בהיעדרותו, מבלי שרואיין על-ידי מפקד ביחידתו, או החל בפעילות צבאית כלשהי, אזי לא עלה בידי התביעה הצבאית לבסס את הטענה, כי תנאיו של סעיף 4 לחוק השיפוט הצבאי מתקיימים במקרה זה, שכן אין בחומר החקירה ראיות לגיוסו של המערער לצה"ל כדין ואף אין ראיות ללמד על כי מי ממפקדיו של המערער דימה בתום לב כי הלה התגייס כדין לצבא.
7. עוד נטען, כי שגה בית הדין קמא עת הטיל על כתפי ההגנה את נטל הבאת הראייה (הראשונית) לביסוס טענתה בדבר פגם בחוקיות הגיוס. כן נטען, כי שגה בית הדין קמא בהתבססו על ראיון הת"ש שנערך למערער בלשכת הגיוס, שכן הן מתוכנו והן ממקום ביצועו, ניתן ללמוד על כי התקיים עת היה המערער מועמד לשירות ביטחון (מלש"ב) ולא בתאריך שהוטבע עליו (1.1.2017).

8. בהודעת הערעור הוסיפה ההגנה וטענה טענות בנוגע למצבו הנפשי של המערער. עם זאת, ההגנה לא חזרה על טענות אלו לפניי.

### דיון והכרעה

9. בית-דין זה פסק בעבר, כי –

"הטענה לפיה נאשם בבית דין צבאי לא היה חייל בעת מעבר העבירה המיוחסת לו היא ברגיל, טענה רדומה, שעל מי שמבקש לטעון אותה מוטלת החובה לעוררה. אולם משמעורר נאשם את הטענה, על התביעה מוטל הנטל להביא ראיות להוכיח כי אכן אותו נאשם היה, בעת הרלוונטית, חייל. בהקשר שלנו יסוד זה נוגע הן לסמכות השיפוט של בית הדין והן לנסיבות העבירה הקונקרטית" (ע"מ/29/07 טור' ברצלבסקי נ' התובע הצבאי הראשי (2007), ההדגשה הוספה).

10. כן נפסק, כי החזקה בדבר תקינות מעשי המנהל חלה "גם בקשר להליכי גיוס וגם בהקשר הפלילי" (ע"מ/64/11 טור' חתוכה נ' התובע הצבאי הראשי (2011); וראו: רע"פ 1057/99 יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365 (1999); ע"מ/1/09 טור' סולסון נ' התובע הצבאי הראשי (2009)). ההגנה לא העלתה כל טענה קונקרטית שיש בה לסתור חזקה זו (והשוו: עניין חתוכה הנ"ל; ע"מ/66/13 טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי (2014)), אלא טענה בעלמא, כי שעה שהתביעה לא הציגה ראיות המלמדות על חוקיות הגיוס, הרי שלא עמדה בנטל ההוכחה לעניין זה, זאת, אף לא בשלב הדיוני הנוכחי.

11. דין טענת ההגנה שלפיה על התביעה הצבאית היה להמציא ראיות המלמדות על חוקיות גיוסו של המערער (מסמכים מתיקו האישי) – להידחות.

12. משמעויותה של חזקה תקינות מעשי המנהל במקרה דנן, כי אין להניח שגיוסו של המערער נעשה שלא כדין, שעה שמחומר הראיות עולה לכאורה, כי המערער, יליד ישראל, אשר היה חייב בשירות לפי גילו (שנת לידה 1997), התייצב לשירות צבאי במועד שנקבע לגיוסו – 1.12.2016, לאחר שהותאם לו בחודש אוקטובר 2016 פרופיל רפואי 82, יועד לשרת כלוחם חי"ר, ושובץ לטירונות רובאי 05 בסמכות חטיבה XXX. אזכיר עוד, כי המערער הודה באמרתו בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום ולא העלה כל טענה באשר לחוקיות גיוסו.

13. במצב דברים זה, משביקשה ההגנה לטעון כנגד חוקיות הגיוס, היה עליה לעורר את הטענה הרדומה בדבר אי-חוקיות הגיוס, זאת בדרך של העלאת טענה קונקרטית

הנוגעת להליכי גיוסו של המערער, תוך הנחת תשתית עובדתית ולו ראשונית לטענה זו.

14. משההגנה בחרה שלא לעשות כן, ובהינתן התשתית הראייתית הלכאורית שפורטה לעיל, לא ראיתי כי שגה בית הדין קמא בדחותו את טענתה לגבי העברת נטל הבאת הראיה לעניין חוקיות הגיוס על כתפי התביעה.

15. זאת ועוד, בעניינו של המערער יש לקבוע כי אף התקיימה החלופה הנוספת הקבועה בסעיף 4 לחוק השיפוט הצבאי, שלפיה:

"מי שנתקבל כדין, או דימו בתום לב שנתקבל כדין, לכוחות הסדירים של הצבא או לשירות בכוחות המילואים של הצבא, יחול עליו חוק זה כל עוד לא קיבל שחרור מן הכוחות הסדירים או מאותו שירות מילואים".

16. בחינת תכליתה של החלופה הקבועה בסעיף 4 לחוק השיפוט הצבאי, שלפיה ניתן לראות במי ש"דימו" לגביו כי נתקבל כדין למסגרת הצבא, להרחיב את היריעה של תחולתו של החוק הצבאי וסמכותם של בתי הדין הצבאיים, בקבעה, כי אף אם לא היה הגיוס, כדין – "הרי מן הרגע שנתקבל באופן פיזי במקום שנתקבל... אז אם אך היתה קבלתו באותו מקום בתום לב, אין הוא חופשי ליטול את החוק לידי ולעזוב את שורות הצבא בלעדי שחרור לפי התקנות הנוגעות לענין שהינן בתוקף בצבא, וכל עוד לא שוחרר כך, יחול עליו חש"צ... כוונת הסעיף היתה שלא יעשה אותו אדם דין לעצמו, אלא אם כן לא זו בלבד שלא נתקבל כדין לצבא אלא שגם ברור בעליל שלא היה דמוי בתום לב שנתקבל כך" (עניין סולסן הנ"ל).

17. אכן, המערער שהה בשירות צבאי פרק זמן קצר ביותר, של ימים ספורים עד לתחילת היעדרותו. יחד עם זאת, חומר הראיות מלמד, לכאורה, על כך שהמערער הוצב ביחידה סדירה (בא"ח XXX), נקלט ביום גיוסו, 1.12.2016, בשלישות היחידה באורח תקין ומלא (ראו טופס 19), יצא בהיתר לחופשת סוף שבוע (-2.12.2016) 3.12.2016), התייצב כנדרש בחזרה ביחידתו ביום 4.12.2016 (ראו מכתבו של שלישי מגמת נצח יהודה מיום 1.1.2017) ועזב את היחידה רק למחרת. כפי שפורט לעיל, למערער נקבע פרופיל רפואי עוד טרם גיוסו והוא יועד להתחיל טירונות רובאי 05, כלוחם חי"ר, בסמכות. גם מדו"חות "ביקור נפקד" ניתן להיווכח כי בשתי הזדמנויות בוצעו ביקורים בבית המערער על-ידי מפקדו הישיר, אשר הבהיר להורי המערער את מעמדו. במצב דברים זה, אין לגרוס כי המערער היה נטול יחידת קבע או שהיה נעדר מפקדים (אף אם טרם רואיין על-ידי מפקדו) (והשוו ע"מ/19/12 התובע הצבאי הראשי נ' טור' מזרחי (2012); ואבחנו מע"מ/29/07 טור' ברצלבסקי

נ' התובע הצבאי הראשי (2007)). אעיר, כי בקביעותי אלו לא הסתמכתי על ראיון הת"ש למלש"ב, מששוכנעתי כי הוא קדם במועדו למועד התייצבותו של המערער ביחידתו.

18. אשר על כן, באתי לכלל מסקנה, כי בנסיבות העניין, לא עלה בידי ההגנה להצביע על ראשית ראיה לכך שגיוסו של המערער לא היה כדין. זאת ועוד, דומה כי ניתן להסיק אף שמפקדיו של המערער דימו בתום לב כי הלה גויס כדין, אף ששהה ביחידה פרק זמן קצר, וסברו כי הינו חייל מן המניין ביחידתם.

19. יוצא אפוא, כי המערער נעדר לכאורה מההכשרה הבסיסית (טירונות) ביחידתו הסדירה במשך 225 ימים. המערער העיד על עצמו, בהודאתו, כי הוא אינו מעוניין לשרת בצה"ל. נוכח זאת, הנני קובעת, כי קמות במלוא עוזן עילות המעצר – החשש מהימלטותו מאימת הדין והפגיעה החריפה במשמעת הצבא, באופן שלא ניתן להלמן בדרך של נקיטה בחלופת מעצר.

20. סוף דבר, נדחה ערעור ההגנה. החלטת בית הדין קמא תיוותר בעינה.

ניתנה היום, ט' באב התשע"ז, 1 באוגוסט 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים והמערער.

מאיה הלר, 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: \_\_\_\_\_