



**בבית הדין הצבאי המחוזי
במחוז שיפוטי מטכ"ל
בפני:**

רס"ן שחר גרינברג - שופט

(ע"י ב"כ, סגן קארינה אנטוניאן)

בעניין: התובע הצבאי

נגד

(ע"י ב"כ, סרן תאה חרזי; סרן עומר קנובלר)

ח/XXX טוראי מ' י'

הכרעת - דין

כללי

1. נגד הנאשם, טוראי מ' י', הוגש כתב אישום ביום 20/1/2014, המייחס לו עבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן – **חוק השיפוט הצבאי או חש"ץ**). על פי כתב האישום, נעדר הנאשם שלא ברשות מיחידתו, מיום 9/12/2010 ועד ליום 14/1/2014, דהיינו 1,133 ימים.
2. כתב האישום הוקרא לנאשם ביום 23/1/2014. הנאשם כפר בו, ולפיכך נקבע התיק לשמיעת הוכחות. במסגרת שמיעת ההוכחות העידו מטעם התביעה הצבאית: סא"ל (במיל') אבי זיו - לשעבר מפקד לשכת גיוס תל השומר, רס"ן אורלי מזרחי - סגנית מפקדת לשכת גיוס תל השומר, סגן רחל מנגיסטו - גובת אמרת הנאשם, נופר ברוך – מי ששירתה כנציגת שירות ביחידת מיטב והעידה בעניין תיעוד שיחת טלפון למערכת הווקס, אסף סובול – מי ששירת כאחראי משתמטים במדור ביקורת בלשכת הגיוס תל השומר, סג"ם (במיל') טוביה קידר – מי ששימש כראש תחום ייצוב וגיוס בלשכת גיוס תל השומר. במסגרת פרשת ההגנה, העידו הנאשם והרב יוסף אראבוב, מנהל ישיבת תפארת תמימים בגבעת אולגה.
3. גדר כפירת הנאשם היה כולל, והתייחס הן לאי חוקיות גיוסו של הנאשם, והן להיעדר מודעותו של הנאשם בדבר צו הגיוס שהוצא בעניינו.

טיעוני הצדדים

4. **לטענת התביעה**, מדובר במי שהשתמט לתקופה של כ-3 שנים, לאחר שחתם על דחיות גיוס משנת 2006 ועד 2008, עת היה במעמד בן ישיבה. בהמשך, עזב הנאשם לחו"ל ללא רשות, ללא שעדכן את לשכת הגיוס. בעקבות כך, בוטל מעמדו כבן ישיבה והוצא לו צו גיוס, לכתובת המעודכנת.
5. לטענת התביעה, צו הגיוס הוצא כחוק, על פי הראיות שנפרשו בפני בית הדין, ומודעותו של הנאשם לצו זה הוכחה באמצעות החזקה כי צו שנשלח בדואר הגיע לכתובת, בשים לב לכך שכתובתו המעודכנת של הנאשם לא השתנתה, והנאשם היה בקשר רצוף עם הוריו, המתגוררים בכתובת זו.
6. עוד טענה התביעה, כי מודעותו של הנאשם קמה אף מחתימתו על דחיות הגיוס, התייצבויותיו בלשכת הגיוס, ולכל הפחות מדובר בעצימת עיניים מצד הנאשם לגבי חובת התייצבותו לגיוס.
7. הוסיפה התביעה וציינה, כי אי העדת אביו של הנאשם, פועלת לחובתו, מאחר והאב יכול היה לאמת את גרסת הנאשם, לפיה לא התקבל צו גיוס והנאשם לא היה מודע לו.
8. התביעה הצבאית הפנתה לעדותה של רס"ן מזרחי, מי שהחליטה להוציא צו גיוס לנאשם לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, לאחר שהפעילה שיקול דעת על בסיס כלל הנתונים שהיו בפניה.
9. התביעה הצבאית הפנתה אף לעדותו של אסף סובול, אשר ציין כי במסגרת תפקידו כאחראי משתמטים בלשכת הגיוס, היה עובר על כל המסמכים, בטרם הכרזתו של מלש"ב כמשתמט.
10. התביעה הפנתה אף לעדותו של סא"ל אבי זיו, אשר אישר כי קיים נוהל לפיו חיילים מוסמכים בשמו לחתום ולשלוח צווים.
11. עוד צוין, כי בתיק האישי של הנאשם מצויה תעודת עובד ציבור, ממנה עלה כי הוצא צו גיוס ונשלח לכתובתו המעודכנת של הנאשם. סג"ם קידר, החתום על התע"צ, העיד בבית הדין ומסר את כל הפרטים לגבי הפעולות שביצע בעניין התע"צ עליו הוא חתום.
12. התובעת הצבאית הטעימה, כי משהוכחה חוקיות הוצאת הצו, קמה החזקה הקבועה בסעיף 55(ה) לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תשמ"ו-1986 (להלן – **חוק שירות ביטחון או חש"ב**), לפיה דבר הדואר הגיע ליעדו, אם לא הוכח אחרת. לשיטת התביעה, הנאשם לא הפריך חזקה זו, אלא העלה טענה בעלמא, כי לא קיבל את הצו.

13. התביעה ציינה עוד, כי מעדותה של נופר ברוך, מתעדת שיחת טלפון במערכת הווקס, עלה כי נוצר קשר עם הנאשם. לטענת התביעה, גרסתו של הנאשם, כפי שנמסרה בעדותו בבית הדין, הינה מיתממת, מתפתחת ובמקומות מסוימים אף עדות כבושה. זאת, מאחר והנאשם אף סתר עצמו במהלך עדותו, כאשר ציין כי חשב שלא נקרא לגיוס מאחר ונמצא לא כשיר, וכעת הוא מבקש להתגייס לצה"ל עם חבריו.

14. לדעת התביעה, הנאשם היה מודע לחובת גיוסו, אך בחר להתעלם מכך. לחילופין, לשיטת התביעה, הנאשם עצם את עיניו ולא יצר קשר עם לשכת הגיוס ביוזמתו, על אף שידע כי חלה עליו חובת גיוס לצה"ל. התביעה הצבאית הגישה פסיקה לביסוס טיעוניה.

15. **לטענת ההגנה**, על פי עיקרון חוקיות המנהל, לא הוצא צו הגיוס לפי סעיף 12, כדין. זאת, מהטעם כי סג"ם קידר הוסמך להוציא צווי 12 בשמו של אבי זיו, אך מי שהורתה על הוצאת צו 12 בעניינו של הנאשם הייתה רס"ן מזרחי. לשיטת ההגנה, לא ניתן לרפא פגם מהותי זה בהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית, מאחר שהפרה של סמכות מנהלית הנוגעת לגיוס לצבא, הינה בעלת השלכות רחבות ביותר, לרבות לעניין פגיעה בחירותו של הפרט, ולא ניתן לעשות שימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית במקרה כזה.

16. לשיטת ההגנה, תעודת עובד הציבור, שנערכה על ידי סג"ם קידר, גדושה בפגמים: כאמור, התע"צ הוצאה בשמו של סא"ל אבי זיו, כאשר רס"ן מזרחי היא זו שהורתה על הוצאת צו הגיוס; התע"צ אינו שלם; המיקוד המצוין בתע"צ הינו שגוי; לא מצוינת דרך שליחת הצו על התע"צ. לדעת ההגנה, צבר הפגמים האמורים, אינו מאפשר את הכשרת התע"צ באמצעות חזקת תקינות פעולות המנהל. בנוסף, טענה ההגנה, כי מאחר וסג"ם קידר מסר בעדותו כי צווי הגיוס הוכנסו למעטפות, ואלה נמסרו לשלישות היחידה אשר שלחה אותם לדואר, הרי שבהיעדר ראיה או עדות של גורם משלישות היחידה, אשר יכול לשפוך אור על נסיבות שליחת מעטפות צווי הגיוס לדואר, קם חסר בשרשרת שליחת הצו, המטיל ספק בשליחתו של צו הגיוס.

17. ההגנה ציינה עוד, כי לא הוכחה הפעלת שיקול דעתה של הפוקדת, רס"ן מזרחי, בטרם החליטה על הוצאת צו גיוס לפי סעיף 12 לחש"ב. זאת, מאחר והפוקדת הסתמכה על מידע שלא הוכח כמהימן. כך, למשל, התבססותה על שיחת טלפון שנערכה עם המלש"ב, כאשר לא ברור אם אכן השיחה נערכה עם המלש"ב עצמו. כך, אף לגבי הזימונים שנשלחו לכאורה לנאשם, על אף שבתיק האישי לא נמצאות ראיות המצביעות כי זימונים אלה נשלחו.

18. ההגנה הטעימה, כי אמיתות תוכן פלטי הווקס לגבי הסטטוסים והזימונים, בעניינו של הנאשם, לא הוכחה. ההגנה הדגישה כי לאורך כל ההליך המשפטי בעניינו של הנאשם, התנגדה באופן עקבי להגשת הווקסים כהוכחה לאמיתות תוכנם, והסכימה אך להגשתם כראייה להפעלת שיקול דעתה של רס"ן מזרחי, אשר הסתמכה עליהם בקבלת החלטה מנהלית, של הוצאת צו גיוס לנאשם.
19. לעניין מודעות הנאשם, ציינה ההגנה כי טענת התביעה כי הנאשם ידע ובחר להתחמק, אינה מבוססת. לשיטת ההגנה, הנאשם עבר מסלול לימודי תורה בחב"ד, עבר משיבה קטנה לישיבה גדולה, ובהמשך הוא נסע, ככל בני מחזורו, לביתו של הרבי מלובביץ', בארה"ב.
20. ההגנה הסכימה כי בזמן שהייתו של הנאשם בחו"ל מעמדו כבן ישיבה נשלל, ושליחה זו הייתה כדין, אך הנאשם קיים את חובתו, לשיטת ההגנה, והתייצב בלשכת הגיוס ביום 17/1/2010. בכך, לא ניתן ללמוד על מודעות הנאשם, מאחר והוא סבר שבזמן שהוא נמצא בחו"ל, עניינו מטופלים. לדעת ההגנה, חובת הגיוס לא הובהרה לנאשם באופן ישיר מעולם.
21. לשיטת ההגנה, לא ניתן ללמוד מהתייצבויותיו של הנאשם בלשכת הגיוס ומהשיחות שנערכו עמו, ועם אביו ב-2009 וב-2010 על מודעותו של הנאשם לחובת גיוסו בתאריך ספציפי.
22. לחילופין, טענה ההגנה, כי גם אם בית הדין יחליט כי חזקת המודעות קמה, בהתאם למנגנון הקבוע בסעיף 55(ה) לחש"ב, הרי שחזקה זו נסתרה, מאחר ומגרסת הנאשם עלה כי הוא הגיע ללשכת הגיוס בכל פעם שאביו עדכן אותו. לפיכך, אם האב לא עדכן את הנאשם, משמע שלא התקבל צו גיוס.
23. לשיטת ההגנה, לא ניתן לייחס לנאשם אף חלופת מודעות על פי עצימת עיניים, מאחר שכל הפעמים בהם היה קשר בין הנאשם ללשכת הגיוס, היו עובר למועד הוצאת צו הגיוס, ולכן הנאשם לא יכול היה לעצום את עיניו מפני עובדה שלא הייתה קיימת אותו זמן. עוד ציינה ההגנה, כי עצימת העיניים צריכה להיבדק על פי מבחן סובייקטיבי, בענינו של הנאשם, שהיה במעמד בן ישיבה, מעמדו בוטל והוא הגיע ללשכת הגיוס בכל פעם שנקרא לכך, בעדכנו של אביו.
24. ההגנה הוסיפה, כי הנאשם, ככל אדם סביר, לא קרא את האותיות הקטנות, בכל הקשור לתוצאת היא חתימה על דחיות הגיוס, אך הנאשם לא עומד לדין בגין כך שלא התייצב בלשכת הגיוס, לאחר שלא חתם על דחיות הגיוס, על פי חוק שירות ביטחון, אלא על היעדרות מהשירות, לפי חוק השיפוט הצבאי.

25. עוד נטען, עצם רצונו של הנאשם כעת, להתגייס לצה"ל, גם בתור מתנדב, אינו רלוונטי לעובדה כי לא היה חייב בגיוס במועד המיוחס לו על פי כתב האישום.
26. בסיום טיעוני ההגנה, צוין כי הנאשם הינו בחור חרדי, שלא גדל בסביבה בה המודעות לחובת הגיוס לצבא היא כשל כלל החברה בישראל. לשיטת ההגנה, יש להבחין בין חובת הגיוס על פי חוק, מבחינה אובייקטיבית, לבין מודעות ספציפית של בחור חרדי לחובה זו, מבחינה סובייקטיבית. לפיכך, ביקשה ההגנה כי בית הדין יזכה את הנאשם, ולו מחמת הספק.

דיון והכרעה

חוקיות הוצאת צו הגיוס לנאשם

27. אין חולק, כי גיוסו לצה"ל של הנאשם נדחה משנת 2006 עד 2008, בהתאם לחוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002. זאת, על פי הצהרת הנאשם, עליה חתם ב-20/3/2006 (ת/14), ועל פי עדותו בבית הדין מיום 23/2/2014, שם צוין כי התייצב לדחיות גיוס (עמ' 2 שור' 5). אין חולק אף, כי הנאשם פסק מלהתייצב ולחתום על דחיות הגיוס, דבר שהביא לביטול מעמדו כבן ישיבה. ההגנה ציינה זאת בסיכומיה בפה מלא "איננו מכחישים שבזמן שהייתו בחו"ל מעמדו נשלל ושלילה זו הייתה כדין" (פרוטוקול 25/02/2014 עמ' 15 שור' 7).
28. במסמך שכותרתו "ביטול מעמד תלמיד ישיבה" (ת/3), שנערך על ידי רס"ן מזרחי, סגנית מפקד לשכת גיוס תל השומר, צוין כי אושר ביטול מעמדו של הנאשם כתלמיד ישיבה והוארך תאריך תפוגת סעיף 20, שנה מתאריך החתימה על גבי ביטול מעמד זה. זאת, עקב אי שיתוף פעולה של הנאשם עם לשכת הגיוס אשר נפקד מזימונים להסדרת מעמדו בשלושה מועדים: 11/1/2009, 04/2/2009 ו-17/3/2009.
29. בעדותה בבית הדין, מסרה רס"ן מזרחי, בפירוט ואריכות כיצד היא מפעילה את שיקול הדעת בטרם קבלת ההחלטה להוציא צו גיוס לפי סעיף 12, כאשר בסיס הנתונים עליו היא משתיתה את החלטתה הינו תיקו האישי של המלש"ב וכלל הנתונים במחשב (פרוטוקול 28/01/2014: עמ' 4 שור' 36, עמ' 5 שור' 7, עמ' 8 שור' 28). השתכנעתי, כי על בסיס עדותה של רס"ן מזרחי, אשר נמצאה מהימנה בעיניי, קבלת ההחלטה בדבר הוצאת צו גיוס לנאשם על פי סעיף 12 לחש"ב, לאחר שמעמדו כבן ישיבה בוטל, התבססה על ראיות מנהליות מספיקות, הקיימות בתיקו האישי של הנאשם ובמערכת המחשב של לשכת הגיוס. ההגנה הסכימה כי בית הדין יקבל לידיו את התיק האישי וכלל פלטי מערכת הווקס וה-CRM, כראיות לעניין הפעלת שיקול דעתה המנהלי של רס"ן מזרחי כפוקדת.

30. כידוע, רשות מנהלית מוסמכת פועלת כדין כאשר היא מחליטה החלטה במסגרת גבולות סמכותה, ואין צורך בהבאת ראיות המספיקות לצורך הרשעה בפלילים, מעל לכל ספק סביר, אלא די בהבאת ראיה מנהלית (ע' 48/11 **טוראי ציפרפל נ' התובע הצבאי הראשי** (2012), עמ' 35 (להלן – **עניין ציפרפל**)). רס"ן מזרחי הסבירה כי מאחר והנאשם לא שיתף פעולה ולא המשיך לחתום על דחיות הגיוס בהתאם לחוק, ואף לא נענה לזימונים, בהתאם לנתונים המוזנים במערכת המחשב שבלשכת הגיוס, כאשר כתובתו הידועה לגורמי הצבא לא השתנתה, הרי שהיה מקום להוציא לנאשם צו גיוס לפי סעיף 12 לחש"ב (לתכליתו של סעיף 12 לחש"ב, ראו רע"פ 1057/99 **טור' יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נג(3) 356 (1999)). הסבריה של רס"ן מזרחי מפרטים את התשתית העובדתית שניצבה בפניה, בטרם החליטה על הוצאת צו הגיוס לפי סעיף 12 לחש"ב, ומלמדים על שיקול דעת פרטני שהופעל על ידה במקרה של הנאשם.

31. בעל סמכות מנהלית, שעה שהוא מפעיל את שיקול דעתו, רשאי לעיין בתשתית העובדתית שהוכנה על ידי יועציו, ואין צורך כי בעל הסמכות יקרא בעצמו כל אחד ממקורות המידע ששימשו בסיס להכנת התשתית העובדתית עליה הסתמך בהחלטתו. לפיכך, הנני קובע כי החלטתה המנהלית של רס"ן מזרחי בדבר הוצאת צו גיוס לנאשם מכוח סעיף 12 לחש"ב הינה סבירה, מידתית ולא נפל בה פגם (ראו ע' 111/07 **טוראי דניס סמורגונסקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2010) בפסקה 15 (להלן – **עניין סמורגונסקי**)).

32. מעדותו של סג"ם קידר, החתום על תעודת עובד הציבור (ת/15), ממנה עלה כי הוצא לנאשם צו גיוס, עלה כי סג"ם קידר הוסמך להוציא צווי גיוס על פי הסמכה שקיבל ממפקד לשכת הגיוס, סא"ל אבי זיו. הסמכה זו אף התבטאה במסמך רשמי שכותרתו "אישור לייצוב מלש"בים לגיוס" עליו חתום סא"ל אבי זיו (ת/9). העובדה כי מי שהורתה על הוצאת צו הגיוס לנאשם לפי סעיף 12, הייתה רס"ן מזרחי, ואילו הסמכתו של סג"ם קידר להוצאת צו 12 והפקת תע"צ מתאים, נעשתה על ידי סא"ל אבי זיו, אינה מבטלת כלל את חוקיות הוצאת הצו.

33. כפי שכבר נקבע "**הסתייעות הפוקד ב"סטטוסר" לשם הוצאת צווים נעשית בהתאם לחוק ועולה בקנה אחד עם כללי המשפט המנהלי, המאפשרים לרשות מנהלית להיעזר באחרים בביצוע תפקידה**" (עניין **ציפרפל**, עמ' 37). כפי שנקבע בעניין **ציפרפל** "**אצילה זו ל"סטטוסר" משקפת, אפוא, תפישה ניהולית לגיטימית של הסתייעות בגורמים כפופים, ואין היא אלא היעזרות טכנית מותרת להבדיל מאצילת סמכות מהותית**" (עניין **ציפרפל**, עמ' 60). בעניין זה, מסרה רס"ן מזרחי בעדותה כי "**למפקד לשכה ולסגן יש את אותם סמכויות. לגבי צו 12, אני אישרתי**

את הצו 12, אני בדקתי את התיק ואישרתי את הצו, אבי זיו היה מפקד הלשכה באותה תקופה, הוא מאציל את סמכותו לטוביה קידר שחותם על כל הצווים ואתה יכול לראות שבאותה תקופה אני אישרתי את הצו 12, אבי זיו היה מפקד הלשכה, הוא פוקד וגם אני פוקדת כסגנית מפקדת הלשכה" (פרוטוקול 28/01/2014 עמ' 10 שור' 15-18).

34. לעניין זה התייחס אף סא"ל אבי זיו בעדותו, וציין "הרי בכל יום יוצאים מאות צווים אז אני לא חותם על כל צו, יש נוהל שאנו מסמיכים את ראש המדור הרלוונטי להוציא צווים בשמי, וזה הנוהל זה משהו שהוא מקובל וכך אנו נוהגים" (פרוטוקול 10/02/2014 עמ' 7 שור' 32-34).

35. סג"ם קידר מסר בעדותו בבית הדין בעניין זה, כי "שמו של אבי זיו מופיע על התע"צ כי הוא אישר אותי להוציא צווי גיוס, והתע"צ זה האסמכתא רק לכך שהצו עצמו יצא. צריך לעשות את ההפרדה לבין צו 12 שזו ההחלטה האם מלכתחילה להוציא את הצו, והיא מאושרת על ידי פוקד בלבד שמי שהיו מוסמכים באותו רגע לאשר צו 12, זה מפקד לשכת הגיוס סגן אלוף אבי זיו, וסגנית מפקדת לשכת הגיוס רס"ן אורלי מזרחי. חשוב לערוך את האבחנה. התע"צ הוא לא האסמכתא להוציא צו 12, אלא האסמכתא שהצו הונפק ויצא... חשוב להדגיש שגם לאורלי מזרחי יש את הסמכות כפוקד לאשר לי להיות מוסמך גיוס, ולהיות רשומה על צו הגיוס הרגיל כפוקדת. מי שמאשר את צו ה-12 הוא למעשה מי שמוסמך באותו רגע כמפקד, כלומר בהיעדרותו של אבי זיו מסיבות כאלה ואחרות או דיונים, אורלי מזרחי מוסמכת לחתום במקומו על צווי 12, מאושר לה על פי חוק שירות ביטחון לעשות זאת ללא קשר לשם שחתום על התע"צ עצמו... אין קשר בין העובדה שאבי זיו רשום על התע"צ עצמו כמפקד לשכת גיוס שאישר את סמכותי להוציא צווים, לבין העובדה שרס"ן אורלי מזרחי רשאית לאשר צווי 12 ובמידה והיא תאשר שמה יכול להופיע על צו ה-12 עצמו. אין קשר בין הדברים... לפי כתב ההסמכה כל פוקד שמטיל עליי להנפיק צווים, גם פוקד שהוא נמוך מהפוקד הגבוה ביותר, רשאי להטיל עליי להנפיק צווים מסוימים כגון צווי 12" (פרוטוקול מיום 17/02/2014: עמ' 8 שור' 1-6; שור' 24-33; עמ' 9 שור' 22-26).

36. אציין, כי התרשמתי מכל עדי התביעה, כי העידו בצורה משכנעת ומהימנה, ללא פניות ובאופן משכנע. כידוע, "ערכה של עדות שבעל-פה ומהימנותם של עדים הם עניין של בית המשפט להחליט בו על-פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט" (סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971).

37. יוטעם, כי ניתוח פעולות הגורמים בלשכת גיוס תל השומר, כרשות מנהלית, לא העלה בעיני כל כרסום בחזקת תקינות המנהל. גם אם עלו סימני שאלה או תהיות בנקודות מסויימות, אין באלה כדי לסתור את החזקה, ששורשיה נטועים היטב בשיטתנו המשפטית (ראו עניין **סמורגונסקי**, פסקה 13; השוו גם ל-ע"מ 29/07 **טורי ברצלבסקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2007)).

38. לא מצאתי כל פגם בעובדה כי סג"ם קידר הוסמך להוציא צווים על פי כתב הסמכה שנחתם על ידי מפקד לשכת הגיוס, סא"ל אבי זיו, כאשר במקרה זה הוציא סג"ם קידר צו גיוס לפי סעיף 12 לחש"ב, לפי החלטתה של סגנית מפקד לשכת הגיוס, רס"ן מזרחי, אף היא פוקדת. זאת, מהטעם כי חלוקת עבודה מעין זו עולה בקנה אחד עם סמכויות הרשות המנהלית, אצילת סמכויות והסתייעות בגורמים כפופים.

39. על פי תעודת עובד הציבור שהוצאה על ידי סג"ם קידר, נשלח צו גיוס לכתובתו המעודכנת הידועה של הנאשם ברחוב יצחק שדה מס' 9 באזור. כתובת זו היא הכתובת המעודכנת על פי רישומי משרד הפנים, הן לגבי הנאשם (ת/6) והן לגבי הוריו (ת/16). לא מצאתי בטיעוני ההגנה לגבי הפגמים שעלו לטענתה בתע"צ, כל ממש.

40. סג"ם קידר הסביר בעדותו בבית הדין כי הפער בין מועד הפקת התע"צ (10/6/2010) לבין מועד שליחת הצווים (13/6/2010) נבע מהעובדה כי התע"צ הופקה ביום חמישי, 10/6/2010, והצווים נשלחו בדואר ביום ראשון, 13/06/2010. כמו כן, הסביר סג"ם קידר, כי דרך שליחת הצווים (בדואר/בדואר רשום/ידנית) אינה מוקפת בעיגול בתע"צ, מאחר ותעודת עובד הציבור מכילה סיכום של כלל הצווים שנשלחו באותו מועד, כאשר דרך השליחה של כל צו שונה, ולא מדובר בדרך שליחה זהה של כל הצווים המפורטים באותה תע"צ. עוד הסביר סג"ם קידר בעדותו, כי חרף העובדה שהתע"צ אינה מלאה בתיקו האישי של הנאשם, ומכילה רק את שני העמודים הרלוונטיים לנאשם, בהם מופיעים פרטי הכתובת הראשית והכתובת המשנית, אליהן נשלחו הצווים לנאשם, לא מוצאת יותר מתע"צ אחת בכל מועד בלשכת הגיוס, ולכן לא ייתכן כי במועד המצוין בתע"צ, הייתה קיימת תע"צ נוספת בלשכת הגיוס (פרוטוקול 17/2/2014 עמ' 4 שור' 19; עמ' 5 שור' 4-6). עוד ציין סג"ם קידר, כי במידה וכתובת משלוח הצו שגויה, או שהצו לא מגיע לתעודתו מסיבה אחרת כלשהי, חוזר הצו אל לשכת הגיוס בדואר חוזר.

41. סג"ם קידר ציין כי ככלל, צווי 12 נשלחים מלשכת הגיוס בדרך דואר רשום. **"בצו 12 אין צו ידני, אם יש בעיה אנו מחכים עם הצו עד שהמערכת תסודר, כי צו 12 צריך להישלח בצורה הכי חוקית ובגלל שזה דואר רשום אנו חייבים שזה יהיה**

מונפק בהדפסה (פרוטוקול 17/2/2014 עמ' 10 שור' 35-37). יחד עם זאת, ציין סג"ם קידר כי אינו יודע לומר אם במקרה זה נשלח הצו בדואר רשום, מאחר שאין תיעוד לכך, אך **"אפשר לבדוק זאת על ידי מסמכים בשלישות תל השומר, הם שומרים העתקים של דואר רשום שנשלחו 7 שנים אחורה"** (פרוטוקול 17/2/2014 עמ' 7 שור' 10-12).

42. על השאלה **"האם די בחתימתו של העד על גבי תעודת עובד ציבור בנוסף להסבריו בעל פה לפני בית הדין על מנת לבסס, ברמת הדרושה במשפט פלילי, את הקביעה, כי הצו אכן נשלח אליו בדואר לפי מען מקום מגוריו הקבוע"**, כלשון הסעיף (סעיף 55(ה)(5) לחש"ב – ש.ג.) נטה בית הדין הצבאי לערעורים בעניין **ציפרפל** להשיב בחיוב, אך לא קבע בה מסמרות. בית הדין הצבאי לערעורים ציין, כי טוב הייתה עושה לשכת הגיוס, לו, על מנת להסיר כל חשש או ספק ספיקא, הייתה מתעדת לא רק את הליך מילוי הצו והכנסתו למעטפה אלא גם את הליך מסירתו לבית הדואר, אך קבעה כי **"היעדרו של תיעוד שכזה אין בו להקים ספק סביר ביחס לטענה, כי הצו אכן נשלח לכתובתו של המערער"** (עניין **ציפרפל**, עמ' 38). זאת, מהטעם כי סעיף 55 (ה)(5) לחש"ב יוצר חזקה, לפיה צו שנשלח אל אדם בדואר לפי מען מגוריו, הגיע לתעודתו בתום 72 שעות מרגע שנמסר לדואר למשלוח, אלא אם הוכח אחרת.

43. בית הדין הצבאי לערעורים ציין בעניין **ציפרפל**, כי אין ערובה מוחלטת כי מסירת דבר למשלוח תסתיים בהכרח בהגעת דבר הדואר לתעודתו. ניסיון החיים מלמד, כי שיעור גבוה ביותר מתוך דברי הדואר הנשלחים, אכן מגיעים לייעדם. הנטל להביא ראיות להפרכת החזקה האמורה בסעיף 55(ה)(5) לחש"ב מוטלת על הטוען להפרכת החזקה – בענייננו, הנאשם.

44. השתכנעתי כי התמלאו הדרישות לצורך ההוכחה כי צו גיוס לפי סעיף 12 הוצא לנאשם ונשלח לכתובתו הידועה. משהנאשם לא שינה את כתובתו המעודכנת ברישומי משרד הפנים. **"לא עדכנתי אבל בתעודת הזהות שלי אני נמצא באזור על הכתובת של ההורים שלי... אם צריך לשלוח אליי דואר שישלחו לאזור... זה לא משנה, כי זה ההורים שלי"** (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 6 שור' 30, 35), או ברישומי הצבא, חזקה שהצו הגיע לנאשם. הדבר מתחזק, ביתר שאת, בענייננו, מאחר שהנאשם מאשר בעדותו בבית הדין כי קיבל זימונים מהצבא לכתובת הוריו, בתקופה בה חתם על דחיות גיוס (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 2 שור' 5-7, שורה 17). זאת ועוד, חרף העובדה כי לפי גרסת הנאשם, למד הנאשם בתקופות מסוימות בשיבות מחוץ לביתו, ולא גר, הלכה למעשה, בכתובתו הרשומה, הרי שבמהלך שליחותו בשיבת תפארת תמימים, בגבעת אולגה, היה חוזר לעשות שבתות בבית

הוריו, ואף היה מזמין לבית הוריו תלמידים לשבת, כפי שעלה מעדותו של כב' הרב יוסף אראבוב בעדותו בבית הדין (פרוטוקול 25/2/2014 עמ' 2 שור' 32).

45. אילו טען הנאשם כי לא היה בקשר עם הוריו, היה בכך כדי להעלות ספק בהתקיימות החזקה האמורה. זאת, מאחר ושליחת צו לכתובתו הידועה של נאשם אשר אינו מתגורר שם ואינו בקשר עם משפחתו, סותר את התקיימות החזקה כי הצו הגיע לידיעתו. דא עקא, שבענייננו לא זו בלבד שהנאשם היה בקשר עם הוריו, ואף הגיע לביקורים בשבתות בביתו, הרי שמגרסת הנאשם עולה תמונה של מערכת יחסים הדוקה וקרובה מאוד בין האב לבין הנאשם **"אבא שלי היה מעדכן אותי בכל דבר והוא אמר לי יום אחד שמחפשים אותי ואז הוא לקח אותי"** (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 2 שור' 32-33); **"כל הזמן, מתי שאבא שלי היה אומר לי שאני צריך ללכת, הייתי הולך לישיבה מבקש מהישיבה את הזה, כנראה שזה הטופס, וחותרם אותו עם מי שצריך לחתום אותו ונוסע להביא אותו ללשכת הגיוס"** (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 5 שור' 1-3); **"המציאות היא שאבא שלי קרא לי מתי שכן"** (פרוטוקול 23/2/14 עמ' 6 שור' 26); **"אבא שלי כל דבר שהיה הוא היה מעדכן אותי ברוך השם"** (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 9 שורה 23).

46. לטענת ההגנה, גרסת הנאשם כי אביו עדכן אותו בכל דבר, ואף גרס לו להגיע ללשכת הגיוס בכל פעם שהתבקש, מצביעה על כך, כי אילו היה מגיע לבית הורי הנאשם צו גיוס, היה אביו של הנאשם מעדכן את הנאשם אף בכך. טענת הגנה זו, הינה שובת לב, אך אינה עולה בקנה אחד עם אמירה ברורה וחד משמעית של הנאשם לפיה **"אבא שלי לא רצה שאני אעשה צבא"** (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 12 שור' 34). זאת ועוד, מתיעוד שיחת טלפון שנערכה בין חיילת מלשכת הגיוס, לבין אביו של הנאשם, ביום 8/4/2010 (ת/1), עלה כי כאשר מסרה החיילת לאביו של הנאשם כי היא מלשכת גיוס תל השומר והנאשם כבר אינו במעמד בן ישיבה, מסר האב **"טוב. אז לא ישיבה והוא לא עושה צבא ולא נעליים... לא צבא ולא לשגע לי את השכל תשכחו מזה"**. בתיעוד שיחה זו, אשר הוגש בהסכמה על דעת שני הצדדים, ציינה החיילת ויקי מועלם כי הסבירה לאביו של הנאשם ש**"אין דבר כזה, שיש חוק שירות ביטחון, הוא לא יכול לעשות מה שבא לו"**, וציינה שתצא נגדו פקודת מעצר. תגובת האב, על פי תיעוד השיחה, הייתה **"אין בעיה!"**.

47. משסימני שאלה גדולים מתנוססים בעניין עדכון הנאשם על ידי אביו בכל הנוגע לגיוסו לצבא, ואשר יש בעניין זה כדי לשפוך אור על שאלת מודעותו של הנאשם לחובת גיוסו וקבלת צו גיוס, אך טבעי היה שאביו של הנאשם יעלה להעיד במסגרת פרשת ההגנה, ויתמוך בעדותו בגרסת הנאשם.

48. מסיבות השמורות עם ההגנה, בחרה זו שלא להעיד את אביו של הנאשם, ולו על מנת לסתור את טענות התביעה בעניין מודעותו של הנאשם באמצעות אביו. לא זאת אף זאת, אלא שאף לאחר סיכומי התביעה, בהם העלתה התביעה הצבאית את משקל אי העדתו של אביו של הנאשם לחובת הנאשם, המשיכה ההגנה לשמור על שתיקתה הרועמת בעניין זה, ולא התייחסה כלל לטעם שבאי העדתו של אביו של הנאשם.

49. דומה, כי אין צורך להכביר מילים לגבי משמעותה של אי הבאת ראיה רלוונטית על ידי בעל דין. הימנעות אביו של הנאשם מלהעיד, מותירה את גרסתה העובדתית של התביעה, כפי שזו משתקפת מראיות התביעה, בלא מענה עובדתי כלשהו. הימנעות שכזו, עשויה אף לרפא פגמים אשר נפלו בראיות התביעה (השוו לעניין הימנעות הנאשם מלהעיד במשפטו, עניין **ציפרפל** בעמ' 40). **"הלכה פסוקה היא, שהימנעות מהזמנה לעדות של עד הגנה, אשר לפי תכתיב השכל הישר עשוי היה לתרום לגילוי האמת, יוצרת הנחה, שדבריו היו פועלים לחיזוק הגירסה המפלילה, בה דוגלת התביעה"** (ע"פ 437/82 אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 85, 97 (1983); ע/13,16/09 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' דונסקוי** (2009)). לפיכך, הימנעות ההגנה מלהעיד את אביו של הנאשם, אשר הינה עדות מכריעה, לאור זירת המחלוקת העובדתית שנתגלעה בין הצדדים, מהווה חיזוק משמעותי לראיות התביעה.

50. מעבר לאמור, הוצגו בפני בית הדין, שורה של ראיות, המעידות בבירור על מודעותו של הנאשם כי חלה עליו חובת גיוס: שיחת טלפון שנערכה עם הנאשם או עם אביו (ת/10, ת/11, ס/2) התייצבות הנאשם בלשכת הגיוס ביום 17/1/2010, ואף דברים שמסר הנאשם בעדותו בבית הדין, שיש בהם כדי לחזק קביעה בדבר מודעותו לחובת גיוס (עניין **ציפרפל** בעמ' 61; עניין **סמורגונסקי** בפסקה 24). ודוק **"דין הוא כי על התביעה מוטלת החובה להוכיח את שהיא מבקשת להוכיח בראיה "מספקת" ואין כלל המחייב אותה בהשגת הראיה "המקסימאלית" (עניין **ציפרפל**, בעמ' 3).** בעניינינו, יצאה התביעה ידי חובתה, בהנחת תשתית ראיתית מספקת, על מנת להוכיח את שביקשה התביעה להוכיח.

51. השתכנעתי, כי הנאשם לא הרים את נטל הבאת הראייה, אשר היה מוטל על שכמו, משקמה החזקה הקבועה בסעיף 55(ה) לחש"ב. לאור כלל הראיות שפורטו לעיל, בצד שתיקתו הרועמת של אבי הנאשם שלא העיד במסגרת פרשת ההגנה, זוכה החזקה האמורה לתמיכה ראיתית משמעותית, והופכת לראיה סופית וחלוטה.

52. עדותו של הנאשם בפני בית הדין הייתה רבת פנים. פעמים הסביר הנאשם כי הוא **"רק חתם"** על דחיות הגיוס ולא ידע מעבר לכך. פעמים הסביר הנאשם כי אביו היה מעדכן אותו בכל דבר. עדותו של הנאשם לא הייתה קוהרנטית. הנאשם ציין כי

סבר שאינו כשיר לשירות, ואם היה כשיר, היה נקרא לשירות. יחד עם זאת, ציין הנאשם כי כשהוא יושב ולומד הוא שומר על ארץ ישראל. תשובותיו של הנאשם היו לעיתים מהוססות, מבולבלות וניכר היה כי הנאשם אינו מצליח להתהלך בקו עובדתי ברור ומובן. כיום, הצהיר הנאשם, הוא מבקש להתגייס לצה"ל, יחד עם חבריו. יצויין, כי במסגרת עדותו של הנאשם בבית הדין, העלה הנאשם, בין השיטין, טענות אשר עשויות להצביע, לפחות, על עצימת עיניים מצידו. כך, "אם אני כשיר שייקראו לי, אין לי מושג" (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 3 שור' 2, שור' 15, שור' 17) ובהמשך אף ציין "מתי שאני יושב ולומד בישיבה אני שומר על ארץ ישראל" (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 4 שור' 29); "אני לא בן אדם שקורא את האותיות הקטנות" (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 5 שור' 12); "אם הם היו רוצים, הם היו מעדכנים אותי" (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 6 שור' 18); "אני לא מנסה להעמיד את עצמי במצבים של מחלוקת" (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 9 שור' 2); "אם היו קוראים לי אז כן, אין לי משהו נגד זה, אבל לא הייתי הולך מעצמי" (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 11 שור' 6-7); לשאלת התביעה האם הנאשם מבין כי יש חובת שירות במדינה, השיב הנאשם "לחרדים לא" (פרוטוקול 23/2/2014 עמ' 11 שור' 15-16).

53. עצימת עיניים, שקולה למודעות, בהתאם לסעיף 20 לחוק העונשין, התשל"ז-1977: **רואים אדם שחשד בדבר טיב התנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להן, אם נמנע מלבררם.** "עצימת עיניים" פורשה בפסיקה כבר בקדמת דנא, בטרם הוכנסה דוקטרינה זו אל חוק העונשין, עוד בזמן היותה יציר הפסיקה, כך: **"הנאשם חשד בנוכחותה של העובדה הנדונה אך נמנע מלחקור בדבר, הואיל 'ולא רצה לדעת' פן תתאשר העובדה ואז לא יוכל להכחיש, לאחר מעשה, כי ידע עליה"** (ד"נ 8/68 המטרפסט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(2) 536, 546 (1968); ע/315/97 רב"ט רטמן נ' התובע הצבאי הראשי (1999)).

54. כאמור, הקביעה כי הנאשם עצם את עיניו, לפחות, אם לא ידע, ידיעה ממשית, לגבי חובת גיוסו לצה"ל, הינה מעל הדרוש בעניינו, משקבעתי כי ידיעתו הוכחה על פי החזקה הקבועה בסעיף 55(ה)(5) לחש"ב, ולא הוכח אחרת על ידי הנאשם.

55. אציין, כי בתיק עלו סוגיות משפטיות שונות, אליהן אף התייחסו הצדדים בסיכומיהם. לא מצאתי מקום לדון בכל הסוגיות שעלו, מאחר שלא היה בדיון זה, כדי להשליך על המחלוקת בתיק שלפני, נוכח התוצאה אליה הגעתי, כאמור. כידוע, **"בית המשפט אינו מכריע, דרך כלל, בענין שהפך תיאורטי"** (בש"פ 8845/04 אלטויל נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(4), 2500, 2501 (2005)).

56. אין בית הדין דן, ואף אינו נדרש לקבוע מסמרות, בסוגיות משפטיות - חשובות ככל שיהיו - אשר אינן נדרשות לצורך הכרעה במחלוקת הניצבת בפניו, כפי שנקבע "

בית המשפט לא יידרש לשאלות משפטיות שהפכו להיות תיאורטיות אף אם מדובר בשאלות חשובות ועקרוניות (רע"פ 8873/07 היינץ ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2011(1) 81, 92 (2011); ראו גם ע/63/06 סמל חיימוביץ נ' התובע הצבאי הראשי (2006), שם החליט בית הדין הצבאי לערעורים להשאיר בצריך עיון את הדיון בשאלה האם עבירת ההתעללות אשר בחוק העונשין זהה לעבירת ההתעללות המנויה בחש"ץ).

57. מטעם זה, לא מצאתי להידרש למחלוקת שנתגלעה בין הצדדים בסוגיית קבילותם של פלטי מערכת הווקס וה-CRM, כראייה לאמיתות תוכנם של פלטים אלה, לגביה העבירו הצדדים סיכומים בכתב. זאת, מאחר והתוצאה אליה הגעתי לא הצריכה הידרשות לסוגיה זו, משהיו די ראיות בתיק על מנת להכריע בשאלת חוקיות גיוסו של הנאשם ומודעותו.

58. כל עוד התביעה הצבאית הוכיחה את חוקיות הוצאת צו הגיוס ואת מודעות הנאשם, בלא שהיה צורך להישען לשם כך על פלטי הווקס וה-CRM, נותרה שאלת קבילותם של אלה כראייה לאמיתות תוכנם, שאלה תיאורטית, אשר אינה דרושה הכרעה בעניין שלפני. אם תעלה שאלה זו בעתיד, תהא פתוחה הדרך להביא שאלה זו בפני בית הדין, לצורך הכרעה מסויימת, באופן קונקרטי ולא בעלמא (ע"פ 6659/06 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2008(2) 3270, 3285 (2008)). בשולי הדברים, יוער, כי הסוגיה האמורה, קבילות פלטי מחשב כראייה לאמיתות תוכנם, נדונה והוכרעה כבר בעניין **ציפרפל** (עמ' 28-30).

59. מהטעם האמור, לא מצאתי אף להידרש לטענת ההגנה, כי מודעותם של בחורים חרדים בישראל, לעניין גיוסם לצה"ל, שונה ממודעותם של בחורים שאינם חרדים, בשים לב לאורח חייהם המיוחד. סוגיה זו מעלה קושיות מורכבות, ומצריכה שמיעת ראיות מיוחדות וקיום דיון מיוחד, אולי בצירוף בעלי דין נוספים, אשר יש וקולם ראוי שישמע בסוגיה עקרונית מעין זו.

60. בסופו של יום, לאור כל המפורט לעיל, מצאתי כי אשמתו של הנאשם הוכחה מעבר לכל ספק סביר, והריני מרשיע אותו בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, בהתאם לכתב האישום.

• **ניתנה היום, 5 במארס 2014, ג' באדר א' התשע"ד והודעה בפומבי, ובמעמד הנאשם והצדדים.**



**בבית הדין הצבאי המחוזי
במחוז שיפוט מטכ"ל
בפני:**

רס"ן שחר גרינברג

(ע"י ב"כ, סגן קארינה אנטוניאן)

בעניין: התובע הצבאי

נגד

(ע"י ב"כ, סרן תאה חרזי; סרן עומר קנובלר)

ח/XXX טוראי מ' י'

גזר - דין

כללי

1. הנאשם, טוראי מ' י', הורשע, לאחר שמיעת ראיות, בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בכך שנעדר **מיום 9/12/2010 ועד יום 1/1/2014**, דהיינו **סה"כ 1133 ימים**, בהתאם לכתב האישום.

2. הנימוקים להרשעתו של הנאשם פורטו בהרחבה בהכרעת הדין. בקליפת אגוז אציין כי הנאשם הורשע בעבירה של היעדר מן השירות, לאחר שלא התייצב לשירות, ולא ציית לצו גיוס שהוצא לו, לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון. בואר, כי מעמדו של הנאשם כתלמיד ישיבה שתורתו אומנותו בוטל, עקב אי שיתוף פעולה כנדרש. גרסתו של הנאשם, שלפיה לא עודכן ולא ידע על משלוח צו הגיוס – נדחתה.

3. בשלב הראיות לעונש, העידה מטעם ההגנה גב' פנינה ששון, חמתו של הנאשם. כמו כן, הוגשו על ידי ההגנה מסמך רפואי (**ס"ע/1**) בעניינו של בנו של הנאשם, שם צויין כי התינוק כבן 3.5 חודשים, סובל מאי שקט, פליטות וצרבות. בית הדין התבקש "לקחת בחשבון את מצב התינוק בזמן משפטו] הצבאי של האב"; עוד הוגשה "תעודת הוקרה" מטעם חב"ד (**ס"ע/2**), בה צוין כי הנאשם השקיע ימים ולילות בשליחות ב-ימרכז משיח' וסיים בהצלחה את לימודי ההסמכה לרבנות.

טיעוני הצדדים לעונש

4. **התובעת** המלומדת, סגן אנטוניאן, עמדה על משך תקופת היעדרותו של הנאשם, 1133 ימים, אשר החלה לאחר שגיוסו נדחה מספר פעמים, לאורך שנים, משהוכר

כתלמיד ישיבה שתורתו אומנותו, עד אשר הפסיק הנאשם לחתום על דחיות הגיוס, לא התייצב בלשכת הגיוס ולא נענה לצו הגיוס שהוצא לו בעקבות כך.

5. לשיטת התביעה, ביכר הנאשם את האינטרסים האישיים שלו, התקדם בלימודיו, ואף שימש בשליחויות בחו"ל – בהודו, ברוקלין ופלורידה. התביעה עמדה על כך, שרק כעת הביע הנאשם רצון להתגייס לצבא, יחד עם חבריו, בהתאם לנוחיותו.

6. עוד ציינה התובעת, כי לא קיימת מדיניות שונה בין מלש"בים חרדים לבין מלש"בים חילוניים, ואין כל אבחנה בחובת הגיוס כלפי שני המגזרים. לפיכך, ביקשה התביעה כי בית הדין ימצה את הדין עם הנאשם באופן שוויוני, כפי שנעשה במקרים של משתמטים אחרים, על ידי השתת עונש מאסר בפועל הולם, לצד עונש מאסר מותנה.

7. התביעה הפנתה לפסיקה של בית הדין הצבאי לערעורים:

ע' 83/99 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' אבו רוש** (1999) – שם הושתו 4 חודשי מאסר בפועל בגין השתמטות בת 623 ימים.

ע' 37/10 **טור' רוסומחו נ' התובע הצבאי הראשי** (2010) – שם הושתו 6 חודשי מאסר בפועל, בגין השתמטות בת 1035 ימים.

ע' 102/10 **טור' אמון נ' התובע הצבאי הראשי** (2010) – שם הושתו 135 ימי מאסר בפועל בגין השתמטות בת 663 ימים, לאחר שבית הדין הצבאי לערעורים הקל בעונשו של הנאשם, לאחר שוועדת התאמה לשירות החליטה לפטור את הנאשם בשל אי התאמה.

ע' 20/11 **טור' עקיבא נ' התובע הצבאי הראשי** (2011) – שם הושתו 135 ימי מאסר בפועל, בגין השתמטות בת 560 ימים.

8. **הסנגור** המלומד, סרן קנובלר, עמד על כך כי היעדרותו של הנאשם צריכה להיבחן על רקע אורחות חייו של הנאשם, אשר הינו חרדי. הסנגור הדגיש כי הרשעת הנאשם התבססה על החזקה הקבועה בחוק שירות ביטחון, ולא מדובר במי שמצהיר במופגן כי אינו מעוניין לשרת בצה"ל.

9. הסנגור ציין עוד, כי הנאשם התייצב בעבר בלשכת הגיוס, ואף מעצרו, בוצע לאחר שהתייצב בלשכת הגיוס. הוסיף הסנגור, כי הנאשם לא עוכב או נעצר במעבר הגבול כשיצא ונכנס לארץ, ואין אינדיקציה לכך כי חיפשו אותו או שלחו משטרה לבדוק היכן הוא. לשיטת ההגנה, לו היה נעשה כך, היעדרותו של הנאשם הייתה מסתיימת במועד מוקדם יותר.

10. עוד ציין הסנגור, כי יש לזקוף לזכות הנאשם את רצונו להתגייס לצה"ל כיום. לשיטתו, העובדה כי רשויות הצבא לא הסכימו לבדוק את התאמתו לשיבוץ בצה"ל

כיום, עד לסיום ניהול משפטו בבית הדין, חרף רצונו של הנאשם, אינה צריכה להיזקף לחובתו.

11. הסנגור ביקש כי בית הדין יתחשב בשיקול שיקומו של הנאשם ויקל משמעותית בעונשו, לאור נסיבות ביצוע העבירה המיוחדות, נסיבות חייו של הנאשם, ותרומתו לחינוך ילדים קשיי למידה, כפי שעלה מעדותו של הרב יוסף אראבוב.

12. עוד ביקש הסנגור, כי בית הדין יתחשב בהיותו של הנאשם נשוי ואב לפעוט בן מספר חודשים, בשים לב להשפעת מעצרו של הנאשם על אשתו והתינוק, כפי שעלה מעדותה של חמתו, גב' פנינה ששון.

13. הסנגור חזר על טענה שאף הועלתה מטעם ההגנה בסיכומים לפני מתן הכרעת הדין, לפיה **"אבקש להזכיר שמרשי מגיע ממסלול של בן ישיבה ומעולם שאין זה ברור בו שעל כל נער להתגייס ושהוא יעשה זאת עוד מרצונו ויפנה לרשויות הצבא"** (פרוטוקול 10/3/2014 ע"מ 5 שור' 28-29).

14. לדעת הסנגור, מתחם העונש ההולם בנסיבות ביצוע העבירה בעניינו של הנאשם, ראוי לנוע בין תקופת ימי מעצרו עד כה ועד 90 ימים. הסנגור הפנה לפסקי הדין הבאים:

ע' 23/13 טור' נעים נ' התובע הצבאי הראשי (2013) – שם הושתו 3 חודשי מאסר בפועל בגין השתמטות בת 1418 ימים.

מטכ"ל (מחוזי) 208/04 התובע הצבאי נ' טור' טטינר – שם הושתו 4 חודשי מאסר בפועל בגין השתמטות בת 5 שנים ו- 80 ימים.

מטכ"ל (מחוזי) 613/07 התובע הצבאי נ' טור' אלון – שם הושתו 3 חודשי מאסר בפועל בגין השתמטות בת 1637 ימים.

מטכ"ל (מחוזי) 270/13 התובע הצבאי נ' מושינסקי – שם הושתו 3 חודשי מאסר בגין השתמטות בת 3149 ימים.

מטכ"ל (מחוזי) 1260/13 התובע הצבאי נ' טור' נגאוקר (2014) – שם הושתו 7 ימי מאסר בפועל, בגין השתמטות בת 633 ימים.

15. הנאשם, בדבריו האחרונים בטרם גזירת הדין, ציין כי הוא נתון במעצר מזה כחודשיים, הלא עוול בכפו. הנאשם ציין, כי השהות בכלא קשה עבורו, במיוחד נוכח היותו דתי שומר מצוות. הנאשם חזר על רצונו להשתלב בצבא.

דיון והכרעה

16. כידוע, בתיקים בהם נדונה היעדרותו של פלוני משירות בצה"ל, למשך תקופה ארוכה, המועד העיקרי, בו יש להתחשב בעת בחינת העונש הראוי, הוא המועד המקורי של הגיוס ולא מועד מתן גזר הדין (ע/113/07 התובע הצבאי הראשי נ' טור' 16

אלחוזב (2007); ע/98/07 התובע הצבאי הראשי נ' טור' אלכסייב; ע/152/98 התובע הצבאי הראשי נ' טור' גסנוב).

17. על פי מצוות המחוקק, על גזירת העונש להיעשות על פי אמות המידה שנקבעו בסעיף 40 לחוק העונשין (תיקון 113), התשל"ז-1977. סעיף זה קובע כי העיקרון המנחה בענישה הוא עקרון ההלימה - קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו.

18. לפיכך, קביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה בו הורשע הנאשם תעשה בראי עקרון ההלימה האמור, תוך התחשבות בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

19. השתתפות במערכה הביטחונית, בהגנה על המדינה, הינה חובה לאומית. אף התורה רואה בכך מצווה עקרונית ומדגישה את האחריות שביציאה לשדה הקרב. החובה היא כללית. לכל אחד ואחת מבני ישראל "במלחמת מצווה הכל יוצאין ואפילו חתן מחדרו וכלה מחופתה" (הרמב"ם, הלכות מלכים, פ"ז, ה"ד). השתמטות הנאשם משירות בצה"ל "חותרת תחת לכידותנו החברתית ותחת יכולתה המוסרית של החברה לחייב כל אחד ואחד להשתתף בנטל הביטחוני" (ע/9/11 התובע הצבאי הראשי נ' טור' גיטלמן (2011)).

20. אף מעדותה של עדת ההגנה, הגב' ששון, חמתו של הנאשם, עלה כי בעלה שירת בצה"ל כקצין קרבי "בעלי היה בצבא כאשר היו לי 10 ילדים. הוא יכל להשתחרר אבל הוא לא השתחרר, ידענו שזה התפקיד, הוא היה מ"פ בחברון" (פרוטוקול 10/03/2014 עמ' 3 שור' 3-4).

21. בית הדין הצבאי לערעורים חזר ושנה כי "הגיוס לצבא במדינת ישראל הוא צורך קיומי למדינה וחובה על פי חוק. בית דין זה חזר והדגיש כי המשתמטים מחובת הגיוס פוגעים בחוסנה של המדינה ובחלוקה השוויונית של נטל הגנתה. ההשתמטות מן השירות היא תופעה רחבה ומסוכנת לביטחון המדינה שיש למגרה באמצעות ענישה מרתיעה" (ע/20/11 טור' עקיבא נ' התובע הצבאי הראשי (2011)).

22. רמת הענישה הנוהגת בתיקי משתמטים, עומדת על חודשי מאסר ארוכים. בית הדין הצבאי לערעורים עמד לא פעם על כך, שבמקרים שכאלה ראוי להטיל ענישה מרתיעה, הולמת וכואבת (ע/46/11 התובע הצבאי הראשי נ' עבדאללה (2011); ע/67/11 התובע הצבאי הראשי נ' טור' משרקי (2011)).

"בית-דין זה עמד לא פעם על כך, שמי שמשמט מחובת השירות הצבאי, פוגע קשות בערכים ביטחוניים וחברתיים חשובים. הוא פוגע בעקרון השוויון; הוא מטיל את חלקו בנשיאת הנטל הביטחוני על כתפי אחרים; הוא פוגע ביכולת הצבא לתכנן את היקף כוח האדם העומד לרשותו; הוא

מוציא עצמו מן הכלל. לפיכך, פסקנו פעם אחר פעם, ששיקולי ההלימה וההרתעה מחייבים להעניש את מי שמשתמט משירות בטחון בחומרה... בהיעדרן של נסיבות אישיות יוצאות דופן, ראוי להטיל על מי שפעל כך **עונש הולם ומרתיע** (ההדגשות במקור, ע/33/11 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' כהן** (2011)).

23. אף מפסקי הדין שהגישה **ההגנה** לבית הדין (אשר רובה הינה פסיקה של בתי הדין הצבאיים המחוזיים בערכאה הראשונה, חלקם במסגרת הסדרי טיעון, למעט ע/23/13, וככזו אינה מהווה הלכה מחייבת) עולה רמת ענישה הנעה **בין 3 ל-4 חודשי מאסר בפועל**. יוטעם, כי לא מצאתי כל קשר בין עניין הנאשם שבפני לבין עניינו של **נגאוקר** (מטכ"ל (מחוזי) 1260/13 **התובע הצבאי נ' טור' נגאוקר** (2014)), שם אישר בית הדין המחוזי (כב' השופט שור) הסדר טיעון של 7 ימי מאסר בפועל, כמניין ימי מעצרו הסגור של הנאשם שם, עקב קיומם של קשיים ראיתיים, אשר הובילו לשחרור הנאשם למעצר פתוח. לפיכך, אין הנדון דומה לראיה.

24. בעניינו של הנאשם שלפני, **לא** הובאו בפני בית הדין כל ראיות המצביעות על **קשיים כלכליים, מצב נפשי מיוחד, או מסמכים של גורמים סוציאליים או שירות הרווחה המצביעים על קשיים אחרים** בסביבת הנאשם. **הנסיבות הרפואיות** היחידות שהוצגו לבית הדין בעניינו של הנאשם, התייחסו למצב בנו, בן 3.5 חודשים, אשר על פי חוות דעת רפואית קצרה ולאקונית (ס/1) "סובל מאי שקט, פליטות וצרבות".

25. נסיבות אלה, אינן נסיבות "קיצוניות" או "חריגות", בהשוואה לנסיבות חיים קשות ומורכבות שהובאו בפני בתי הדין הצבאיים במסגרת תיקי משתמטים אחרים (השוו ל-ע/45/11 **טור' איסקוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2011); ע/108/13 **טור' טור' אוסטפיוק נ' התובע הצבאי הראשי** (2013); ע/127/13 **טור' אורליק נ' התובע הצבאי הראשי** (2013)).

26. לגבי טענת ההגנה, כי היה על רשויות הצבא לאתר את הנאשם במועד מוקדם יותר, אציין אך כי בית הדין הצבאי לערעורים קבע לא פעם כי "רשלנותה התורמת" של המערכת הצבאית אשר לא עשתה די לאיתור הנאשם, אינה מצדיקה הקלה של ממש בעונש (ע/3/11 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' רוסייה** (2011)).

27. בשים לב לכל האמור לעיל, מצאתי כי **מתחם העונש ההולם** למעשה העבירה שביצע הנאשם נע בין **3 חודשי מאסר בפועל ל-6 חודשי מאסר בפועל**, לצד עונש מאסר מותנה.

28. במסגרת גזירת העונש בתוך מתחם הענישה שנקבע לעיל, שקלתי את השיקולים שאינם קשורים לביצוע העבירה. התחשבתי בעובדה כי הנאשם בן 25 היום, **נשוי ואב**

לתינוק. עוד התחשבתי, בכך כי הנאשם הביע **מוטיבציה לשירות**, הגם שהתנה זאת בכך שאופי השירות יהיה מותאם לצרכיו ולרצונותיו – למשל, לצאת בשעה 13:00 לביתו. עוד התחשבתי בעובדה כי הנאשם **נתון במעצר מזה 58 ימים** (מיום 15/1/14), וכי ציין כי תנאי המעצר קשים לו.

29. לקחתי בחשבון את הפגיעה הצפויה בנאשם ובמשפחתו כתוצאה מהשתת עונש מאסר, הגם שככל נאשם שנמצא אשם בדין, אשר צפוי לרצות עונש מאסר, אך טבעי הוא כי שלילת חירותו של הנאשם, פועל יוצא מהשמתו מאחורי סורג וברית, תפגע הן בנאשם והן במשפחתו הגרעינית והרחבה.

30. כפירתו של הנאשם באשמה וניהול הוכחות אינם צריכים להיזקף לחובתו, כאמור בסעיף 40א(6) סיפא לחוק העונשין. יחד עם זאת, אין הנאשם זכאי **להקלה** לה ראויים אלה המודים באשמתם ונוטלים אחריות למעשיהם, ואשר הודאתם מבטאת נטילת אחריות על המעשה והפנמת הפסול אשר טמון בו, ככתוב **"מודה ועוזב – ירוחם"** (משלי, כ"ח, י"ג).

31. לא התרשמתי כי הנאשם מתחרט על שנעשה, או כי הפנים את הפסול שמעשיו, אף לא בדבריו האחרונים, בטרם גזירת דינו. אף לכך יש לתת משקל, בהתאם לאמור בסעיף 40א(4) לחוק העונשין (ראו גם ע/12/11 **התובע הצבאי הראשי נ' סג"ם קרפינסקי** (2011)).

32. הסנגור המכובד, ביקש כי בית הדין יחרוג לקולא ממתחם העונש ההולם, משיקולי שיקום, בהתאם לאמור בסעיף 40ד (א) לחוק העונשין, לאור העובדה כי קיימים סיכויים ממשיים כי הנאשם ישתלב במסגרת הצבאית, נוכח הצהרתו לפיה הוא מבקש להתגייס לצה"ל, ולאור הסכמתם של הגורמים הרלוונטיים בצבא, העוסקים בשילובם של חיילים חרדים בצה"ל, איתם יצרה קשר הסנגוריה הצבאית.

33. בעניין זה, שיקולי השיקום אינם יכולים להוות בריח מרכזי לקביעת עונשו של הנאשם. זאת, משני טעמים:

האחד, כי נכון למועד מתן גזר הדין לא נבדקה אפשרות שילובו של הנאשם ביחידה ספציפית בצה"ל, ועתידו הצבאי לוט בערפל, ויש להמתין להחלטת הגורם המוסמך והמקצועי בדבר סיכויי הנאשם להתגייס לצה"ל ולבצע שירות מלא ותקין (ראו ע"מ 56/11 **לוטקין נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)). מה עוד, שהנאשם, כאמור, התנה את שירותו הצבאי בתנאים.

השני, נעוץ בהלכת בית הדין הצבאי לערעורים שבכגון דא **"שיקולי ההלימה וההרתעה בולטים בחומרתם, [ולפיכך], משקלם של שיקולי השיקום אינו יכול להכריע"** (ע' 37/10 **טור' רוסומחו נ' התובע הצבאי הראשי** (2010); ע' 14/09 **טור' לב נ' התובע הצבאי הראשי** (2009)).

34. נוכח האמור, גם אם מצאתי להקל, במידת מה, בעונשו של הנאשם, לא מצאתי כי יש מקום להשית על הנאשם עונש החורג לקולא, לפני משורת הדין (על ענישה לפני משורת הדין ראו ע/116/06 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' ויצמן** (2008)).

35. בטרם חתימה, יודגש, כי לא נעלמה מעיני בית הדין העובדה כי חג הפסח, הוא חג החירות, קרב ובא, ומידת הרחמים שורה בימים כאלה על היושבים בדין ביתר שאת (ראו ע/108/13 **טור' טור' אוסטפיוק נ' התובע הצבאי הראשי** (2013)). עובדה זו, נשקלה אף היא, בשקלול הענישה הכולל, על מנת לאפשר לנאשם לסיים את מאסרו, ככל שיקבל הפחתה בגין התנהגות טובה, עוד קודם לחג החירות.

36. אשר על כן, הריני גוזר על הנאשם את העונשים המצטברים הבאים:

א. מאה שלושים וחמישה (135) ימי מאסר לריצוי בפועל, אשר ימנו מיום מעצרו.

ב. תשעים (90) ימי מאסר על תנאי, למשך שנתיים (2), מיום סיום מאסרו, לבל יעבור עבירה לפי סעיפים 92, 94 או 121 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

העתק גזר דין זה יועבר למפקד מיטב לצורך שקילת מסלול שירותו הצבאי של הנאשם, בראי נתוניו האישיים הנוכחיים.

- זכות ערעור כחוק.
- ניתן והודע היום, 13 במארס 2014, יא' באדר א' התשע"ד, בפומבי ובמעמד הצדדים והנאשם.

שופט