

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
 אל"ם מאיה הלר - שופטת
 אל"ם שי בלאיש - שופט

בעניין :

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

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן מירב תמיר בן-עטר ; קמ"ש אור
 בר ; קמ"ש מעיין צעירי)

ובעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן מירב תמיר בן-עטר ; קמ"ש אור
 בר ; קמ"ש מעיין צעירי)

נגד

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

ערעורים על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן
 בתיק מטכ"ל (מחוזי) 684/17 (סא"ל רונן שור – שופט) ביום 19.11.2017. ערעור
 ההגנה (חומרת העונש) נדחה. ערעור התביעה (קולת העונש) נדחה.

פ ס ק - ד י ן**רקע**

1. טוראי י"א, **המערער**, הורשע בהתאם להודאתו, בעבירה שעניינה היעדר מן השירות שלא ברשות, בשל השתמטותו מגיוס לצה"ל, החל מיום 9.12.2014, במשך 1,045 ימים, עד למעצרו (19.10.2017).

בגין עבירה זו הטיל בית הדין קמא על המערער שלושה חודשי מאסר בפועל לצד מאסר מותנה.

2. שני הצדדים לא השלימו עם עונש זה ומכאן הערעורים שלפנינו.

גזר הדין של הערכאה קמא

3. לפני בית הדין קמא הובאו ראיות המלמדות על כי המערער למד בישיבת פוניבז', החל מחודש מאי 2016. אל המערער נשלח צו הקורא אותו לגיוס לצה"ל, מבלי שנקבע כושרו הרפואי, שכן לא שיתף פעולה עם גורמי הצבא בהליכי הגיוס. נקבע, כי אף לאחר מעצרו, סירב המערער לשיתף פעולה עם ניסיונותיהם של רשויות הגיוס לקבוע את כושרו הרפואי.

4. בית הדין קמא הנכבד נתן דעתו לחומרתה של העבירה, ל"פגיעה [ה]ממשית באינטרס הציבורי להגן על חוסנו של הצבא, לקדם את השוויון בנטל השירות הצבאי ולחזק את לכידותה של החברה בישראל" ולנסיבותיה, היינו, לכך שהמערער "לא שיתף פעולה עם רשויות הגיוס... וזאת לפרק-זמן לא מבוטל עד שנעצר". נקבע, כי התנהלותו של המערער מלמדת על כי "אינו חפץ בשירות צבאי". בית הדין הוסיף ועמד על כך שהתעלמותו של המערער מחובותיו המעוגנות בחוק, פוגעות ביכולתו של הצבא לתכנן את היקף כוח האדם העומד לרשותו וקבע, כי היעדרותו של המערער אינה אך "טכנית" במהותה, אף כי אפשרי שרשויות הצבא היו מזכות את המערער בדחיית שירות או בפטור מגיוס, אם היה פונה להסדיר את מעמדו כחוק. נוכח אלו, ובהתאם למדיניות הענישה הנוהגת, קבע בית הדין קמא כי יש להעמיד את מתחם העונש ההולם על **חודשיים (2) עד חמישה (5) חודשי מאסר**.

5. בתוככי מתחם העונש ההולם שקל בית הדין קמא את הודאתו של המערער באשמה ואת הפגיעה האפשרית של עונש המאסר בפועל במערער ובמשפחתו.

ערעור ההגנה

6. הסנגור המלומד, עו"ד שטאובר, טען, כי קביעתו של בית הדין קמא, שלפיה, אין המדובר בהשתמטות טכנית בלבד, שגויה, שעה שלא היתה מחלוקת עובדתית כי

המערער מנהל אורח חיים חרדי אדוק, וכי הקדיש את עתותיו ללימוד התורה בישיבה. נטען גם, כי בית הדין קמא שגה עת קבע כי "ההימנעות מהסדרת הדיחוי גרמה לצבא נזק... שכן קשה להניח שהצבא היה סבור ששורותיו יתמלאו בתלמידי ישיבת פוניבז' ומכל מקום עניין זה לא הוכח". עוד נטען, כי קיימת פסיקה עניפה, המלמדת על כי מדיניות הענישה הנהוגה פחותה בחומרתה מזו שנקבעה על-ידי בית הדין קמא. אשר על כן, עתרה ההגנה להעמיד את מתחם העונש ההולם בין מאסר על תנאי לבין ששים (60) ימי מאסר בפועל, ולהורות על הקלה בעונשו של המערער, בהתאמה.

7. במהלך הדיון לפנינו, משהפנינו את תשומת-לבו של הסנגור כי לא הונחה לפני בית הדין קמא תשתית ראייתית המלמדת על כי המערער למד לימודים תורניים במועד שבו יועד לגיוסו, ציין הסנגור כי המדובר בשגגה. בואר, כי המערער אכן למד בישיבה גם בשנים הרלוונטיות. בתום הדיון, הגישה ההגנה בקשה להתיר לה להמציא אישור מתאים על כך. התביעה התנגדה לבקשה, משהמסמך לא הועמד לעיון בית הדין קמא. נטען כי "ערעור איננו בגדר מקצה שיפורים אשר במסגרתו ניתן להגיש מסמכים נוספים".

8. נבהיר, כי הגם שאין המדובר בראיה שאותרה לאחר הדיון בערכאה קמא, מששוכנענו, כי המדובר בשגגה שבהיסח הדעת, ועל-מנת למנוע עיוות דין (ראו: ע"פ 8080/12 **מדינת ישראל נ' אולמרט**, פסקה 2 (טרם פורסם, 16.6.2014)), התרנו את הגשתה בשלב הערעור. נבהיר, כי המסמך אכן משלים את התמונה וכי עולה, כי המערער למד בישיבה החל מחודש ספטמבר 2013, דהיינו עוד קודם למועד שאליו נקרא לגיוס.

ערעור התביעה

9. התובעים המלומדים, רס"ן מירב בן עטר וקמ"ש מעיין צעירי, טענו לפנינו, כי נפלה שגיאה בפסק-דינו של בית הדין קמא, משלא ניתן, בעת קביעת מתחם העונש ההולם, המשקל הראוי לפגיעת מעשיו של המערער בחוסנו של צה"ל, וכתוצאה מכך בביטחון המדינה; לפגיעה בערך השוויון בנטל השירות הצבאי; הפגיעה בשלטון החוק והפגיעה במשמעת הצבא. הוטעם, כי אין באפשרות התאורטית, שלפיה ייתכן ששירותו הצבאי של המערער היה נדחה או שהמערער היה פטור ממנו, כדי "להקהות את הפגיעה המשמעותית הנובעת מהשתמטותו של [המערער] בערכים החברתיים". עוד נטען, כי לו היה המערער פונה להסדיר את מעמדו כמי ש"תורתו אומנותו", "היה בידי הצבא לאמוד נכונה את שורותיו ואת פילוח המועמדים לשירות ביטחון העתידים להתגייס". לדידה של התביעה, אף התנערותו של המערער

מחובתו לקבוע את כושרו הרפואי, לשם השלמת נתוני השירות, מצביעה על המשך הפגיעה בערכים החברתיים כאמור. כן נטען, כי משבחר המערער להתמיד בלימודיו התורניים חרף חובת הגיוס, הרי שיש לראותו כמי שבחר "לעשות לביתו" ויש לראות את עניינו כמצוי ברף חומרה זהה למי אשר בוחר להשתמט מגיוס בשל רצונו ללמוד או לעבוד. משכך, עתרה התביעה לקבוע מתחם עונש הולם "אשר ישקף נכונה את מעשיו של המערער".

10. אשר לקביעת העונש בתוככי מתחם הענישה, נטען, כי שגה בית הדין קמא בנתנו משקל משמעותי לפגיעה האפשרית במערער ובמשפחתו, בעוד המערער נמנע מלהעיד ולפרט הכיצד השפיעו נסיבותיו האישיות על ביצוע העבירה וכן הכיצד ישפיע עונש של כליאה על המערער ומשפחתו, משידוע כי המערער למד ולא עבד או סייע לפרנסת המשפחה. נוכח כך, לדידה של התביעה, חוטא העונש אשר נגזר למערער אף לאינטרס הרתעת היחיד והרבים.

דיון והכרעה

11. בענייננו, המערער נמנע מלהגיש בקשה לדחיית השירות הצבאי בשל היותו תלמיד ישיבה ש"תורתו אומנותו". כאמור, ביקש הסנגור לשכנענו, כי חרף האמור, יש לקבוע כי השתמטותו של המערער משירות צבאי היא טכנית במהותה, משברי, כי גיוסו של המערער היה נדחה ממילא בהיותו תלמיד ישיבה, לו היתה מוגשת הבקשה כדן.

12. אין בידינו לקבל טענה זו. סעיף 26ה(א) לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, שכותרתו "דחיית שירות לתלמיד ישיבה שמלאו לו 18 שנים וטרם מלאו לו 22 שנים" קובע, כי "שר הביטחון, לבקשת מיועד לשירות ביטחון שהוא תלמיד ישיבה... רשאי לדחות, בצו, את מועד התייצבותו של המבקש לשירות סדיר, אם מצא כי מתקיימים לגביו התנאים לדחיית שירות, וראה לנכון לעשות כן בהתחשב בצורכי הביטחון ובהיקף הכוחות הסדירים". ללמדנו, כי על-פי חוק, טרם קבלת ההחלטה על דחיית השירות, מחויב המיועד לשירות בטחון להגיש בקשה מתאימה לשר הביטחון ולעמוד בתנאים שנקבעו לשם כך, כגון: השלמת מכסת שעות לימוד מינימאלית, איסור על עבודה בשעות הלימוד וכיוצ"ב. יתר על כן, אף אם עמד בקריטריונים שנקבעו, מחויב שר הביטחון להוסיף ולשקול האם דחיית הגיוס מתיישבת עם צורכי הביטחון והיקף הכוחות. גם היבטים אלו אינם כפשוטם ובוודאי שלא ניתן לקבוע כי הם "טכניים" בלבד. כידוע, חוק שירות ביטחון מוסיף וקובע מנגנון שלפיו, מוסמך שר הביטחון להעניק דחיית שירות רק בהיקף שיבטיח עמידה במכסות שיקבעו על בסיס יעדי גיוס (ראו: חוק שירות ביטחון (תיקון מס'

19), התשע"ד-2014); חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 21), התשע"ו-2015). עוד יש לציין, כי בית המשפט העליון פסל תיקוני חקיקה אלו, משנמצא כי לא די באמצעים שנקבעו בהם על-מנת "לממש את המטרה של צמצום משמעותי של אי-השוויון בחלוקה בנטל השירות הצבאי" (בג"ץ 8017/15, 1877,1937,2660/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פסקה 73 (טרם פורסם, 12.9.2017)). יש לקבוע, אפוא, כי אין לקבל את הטענה, שלפיה, דחיית השירות היא אוטומטית או טכנית מטיבה. אשר על כן, מקובלת עלינו הקביעה כי "בשום מקום לא ניתן פטור מהסדרת המעמד או מועד הגיוס, ללא הליך מסודר, כנדרש בחוק" (ע"מ/75/17 **טור' נחמני נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).

13. משקבענו כך, שומה עלינו לבחון מה משמעות בחירתו של המערער להשתמט משירות צבאי, תוך הימנעותו מלהסדיר את דחיית שירותו ומהו היקף הפגיעה באינטרס החברתי הכרוך בה. בעניין **נחמני הנ"ל**, קבע בית-דין זה, את הדברים הבאים, היפים לענייננו:

"בחברה מתוקנת, שבה שלטון החוק הוא מנשמת אפה, לא ניתן להשלים עם התעלמות מדרישות החוק ועם הפרתו בגלוי. 'על פי חוק יסוד: הצבא, הצבא נתון למרות הממשלה, ושר הביטחון הוא הממונה מטעמה על הצבא; האחריות לביטחון המדינה היא בידי הממשלה, והשר הוא הפועל מטעמה. על פי חוק שירות בטחון, נתון בידי שר הביטחון שיקול דעת רחב לעניין הפטור משירות צבאי' (בג"ץ 7622/02 **זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי פ"ד נו(1)**, 726, עמ' 738-739 (2002)). בד בבד, ברור מאליו, כי אין אדם יכול לדחות את הערכים המקובלים בחברה או את הנהלים שעל-פיהם, כפי שעוגנו בחוק, 'מפני העדפותיו האישיות, שאם לא כן, 'כל דאליס גבר' (מתוך דיון בגבולותיה של הגנת הצורך, אגב טענה לפטור משירות צבאי, ע/58/04 **טור' בן-ארצי נ' התובע הצבאי הראשי** (2006))" (שם, פסקה 42).

ברוח זו, בע/38/17 **טור' פרידמן נ' התובע הצבאי הראשי** (2017), פירט בית-דין זה, בנוגע למידת הפגיעה באינטרסים החברתיים כתוצאה מהשתמטות ממושכת משירות צבאי, על רקע דומה, וכך נפסק:

"חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 וחוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, קובעים מנגנון שלפיו יכול מועמד לשירות בטחון לבקש את דחיית הגיוס מאחר שיתורתו אומנותו. דא עקא, שהתעלמות מחובות אלו, המעוגנות בחוק, לצד השתמטות מהתייצבות לגיוס, פוגעות ביכולתו של הצבא לתכנן את היקף

כוח האדם העומד לרשותו ולאייש באופן מיטבי את שורותיו (ראו: ע/23/13 טור' נעים נ' התובע הצבאי הראשי (2013); ע/33/11 התובע הצבאי הראשי נ' טור' כהן (2011)). משכה הארוך של ההיעדרות והאופן שבו הסתיימה, מצביעים על פגיעה משמעותית באינטרס החברתי של קידום השוויון בנשיאה בנטל השירות הצבאי (ראו: ע/27/12 התובע הצבאי הראש נ' טור' לוי (2012); ע/52/07 רב"ט מהרט נ' התובע הצבאי הראשי (2007); ע/11/13 טור' גילבה נ' התובע הצבאי הראשי (2013); ע/38/13 התובע הצבאי הראשי נ' טור' עוזיאל (2013)). בית דין זה, עמד בעבר על הפגיעה המשמעותית בערכים החברתיים האמורים, הכרוכים בעבירה של השתמטות משירות צבאי: 'הגיוס לצבא במדינת ישראל הוא צורך קיומי למדינה והוא חובה על פי החוק. 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.

הרשויות רואות, במקרים המתאימים, לדחות גיוסם של מיועדים לשירות ביטחון או לפטור מי מהם משירות- לפי הדין ולפי הכללים הנהוגים בעניין. הדברים יפים כמובן גם לגבי אלה שסבורים שאינם יכולים לשרת בצבא מטעמים דתיים ומובן כי עליהם החובה לפנות ולבקש דחייה ופטור. אל להם לעשות דין לעצמם' (ע/20/11 טור' עקיבא נ' התובע הצבאי הראשי (2011); וראו גם ע/23/13 הנ"ל).

מהמקובץ לעיל עולה, כי קביעותיו של בית הדין קמא, שלפיהן פגעו מעשיו של המערער "באינטרס הציבורי להגן על חוסנו של הצבא, לקדם את השוויון בנטל השירות ולחזק את לכידותה של החברה בישראל" מיוסדות על אדנים מוצקים.

14. בצד זאת, התחשב בית הדין קמא, במסגרת שיקוליו בעת בחינת נסיבות ביצוע העבירה, לרבות בחינת מידת אשמו של המערער, בהיותו תלמיד ישיבה, אשר לא השתמט משירות צבאי על-מנת "לעשות לביתו". אמנם, לדידה של התביעה, יש לראות במערער אשר עסק בלימודים תורניים, כמי שהעדיף את טובתו האישית על-פני השירות הצבאי, ואולם, אין להתעלם מן התמונה המלאה, ובתוך כך, יש ליתן את הדעת לרקע המשפחתי של המערער, לקהילה שבה הוא חי, ולאורחות חייו והווייתם.

15. נוכח המפורט לעיל, ובשים-לב למדיניות הענישה הנוהגת (ראו: עניין פרידמן הנ"ל; ע/3/17 התובע הצבאי הראשי נ' טור' קובלצ'וק (2017); ע/67/17 התובע

הצבאי הראשי נ' טור ברהנו (2017) – סברנו, כי בית הדין קמא, איזן כדבעי בין מכלול השיקולים הצריכים לעניין, ולפיכך לא מצאנו להתערב במתחם העונש ההולם שנקבע על-ידיו.

16. אף ביחס לקביעת עונשו של המערער בתוככי המתחם, לא ראינו כי נפלה שגגה מלפני בית הדין קמא, אשר התחשב בהודאתו של המערער ונטילת האחריות על המעשה, כמו גם בהשפעתו של העונש על המערער ומשפחתו. שוכנענו, כי בית הדין קמא איזן נכונה בין חומרת העבירה ומשכה לבין רקעו האישי והמשפחתי של המערער ולא ראינו מקום להתערב בעונש אשר נגזר עליו.

17. הערעורים נדחים, אפוא.

ניתן והודע היום, כ"ג בכסלו התשע"ח, 11 בדצמבר 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופט		שופטת	המשנה לנשיא
למקור	נאמן	העתק	חתימת המגיה: _____
מכני	קורל	סגן	
הדין	בית	קצינת	תאריך: _____