



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת
אל"ם אסתר מכאני - שופטת

בעניין:

ח/XXX טוראי ג' י' ד' – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן עומר קנובלר; סגן ליאור אטקין)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן שחף חיטמן-אפיני; קמ"ש אור בר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה שניתן בתיק ז"י (מחוזי) 380/17 (סא"ל מאיר ויגיסר – שופט) ביום 24.12.2017. הערעור (הכרעת הדין וחומרת העונש) התקבל.

פסק-דין

רקע כללי

1. נגד המערער, טור' ג' י' ד', הוגש כתב אישום מתוקן, שבמסגרתו יוחסה לו עבירה שעניינה העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. נטען, כי המערער נעדר מיחידתו, בהליך XXX, בתאריכים הבאים: מיום 20.9.2017 עד ליום 4.11.2017, למעט במועדים הבאים: 24.9.2017 עד 25.9.2017; 27.9.2017 עד 28.9.2017; 15.10.2017 עד 18.10.2017 ו-18.10.2017 עד 19.10.2017, בסך הכל במשך 34 ימים.

2. המערער כפר באשמה וטען כי אף שנעדר מן היחידה, עשה כן לתקופה שסך ימיה אינו עולה על 30 ימים. לטענתו, שהה ביחידה בחלק מן המועדים שבהם נטען כי נעדר ממנה וביחס למועדים אחרים, העלה טענה, שלפיה לא נדרש כלל להגיע ליחידה. נטען

גם, כי בעת שהתייצב ביחידתו, בחלוף 23 ימי היעדרות, לכל היותר, ובהתאם, ביקשה יחידתו להעמידו לדין משמעתי לפני מפקדו – שגתה סגניתה של רת"ח עריקים בתביעה הצבאית, כשדחתה בקשה זו ומשקבעה כי "לא ניתן לתת אישור שיפוט מאחר שמדובר במי שהוא מעל רף העמדה לדין פלילי... יש לקחת אותו למעצר במשטרה צבאית, על מנת שעניינו יובא בפני בית דין צבאי". כן נטען, כי מבחינה עובדתית, מאחר שהמערער סיים את היעדרותו הראשונה בהתייצבות ביחידה, ולאחר שהות בת שלושה ימים ביחידה שב ונעדר למשך 11 ימים, המדובר למעשה בשתי תקופות היעדרות נפרדות, שכל אחת מהן קצרה מ-30 ימים, שלא ניתן לגביהן "אישור רצף". לפיכך, הגשת כתב האישום בעניינו של המערער מנוגדת לפקודות הצבא ולהנחיית התובע הצבאי הראשי (מספר 2.14), באופן המחייב את ביטולו של כתב האישום, מטעמים של צדק, בשל "אכיפה בררנית".

3. בית הדין קמא דחה את כלל טענות ההגנה – הן מבחינה עובדתית והן מבחינה משפטית והרשיע את המערער במיוחס לו. לאחר מכן, גזר על המערער שלושים (30) ימי מאסר בפועל, לצד הפעלת עונש מאסר מותנה בן שבעים (70) ימים, תוך שהורה על חפיפת חמישה-עשר (15) ימים. בפועל ריצה המערער שמונים וחמישה (85) ימי מאסר. כן נגזר למערער עונש מאסר מותנה.

4. ההגנה לא השלימה עם הרשעתו של המערער ועתרה להורות על זיכוי. לחלופין עתרה, כי נורה על המרת סעיף האישום, באופן שההרשעה לא תגרור רישום פלילי מלא.

הכרעת הדין של בית הדין קמא

5. בתום פרשת הראיות, שכללה שמיעת עדים (לרבות עדותו של המערער) ועיון במסמכים, נפסק, כי יש לתת אמון מלא בעדויותיהם של עדי התביעה. בהתאם, קבע בית הדין קמא, כי הוכחה לפניו, במידה הנדרשת בפלילים, התשתית העובדתית הבאה:

"הוצגו בפני ראיות חד משמעיות המלמדות על היעדרותו של הנאשם מיחידתו במהלך כל התקופה המיוחסת לו בכתב האישום, למעט בין התאריכים 22/10/17 עד 24/10/17. טופס 750, המתבסס על דיווח גורמי השלישות של יחידתו של הנאשם, בשילוב עם עדויות המפקד והפק"ר מלמדים כי הנאשם לא שהה ביחידתו במהלך התקופה האמורה בכתב האישום. אמרתו של הנאשם ועדותו בבית הדין תומכים אף הם במסקנה זו... היחידה ניהלה מעקב מסודר אחר הנאשם... סא"ל לוי העיד כי עקב בעצמו אחר הנפקדים ביחידתו... כל מפקדיו של הנאשם היו מודעים ועקבו באופן מתמיד אחר היעדרותו. התנהלות הנאשם במהלך הנפקדות תועדה במסמכים השונים שערכה היחידה... ההתכתבויות באמצעות יישומון ה'ווטסאפ'... תומכות בעדויות המפקדים. טופס 750 עצמו מהווה ראיה לכאורה לאמינות

תוכנו, בהתאם לסעיף 481 לחש"צ, וההגנה לא הביאה כל ראיה הסותרת את מהימנותו, למעט בנוגע לתאריכים 22/10/17 עד 24/10/17... בהיותו של הנאשם חייל בשירות סדיר בצה"ל, הוא נדרש לנכחות תמידיה ביחידתו, אלא אם קיבל אישור לחופשה. הנאשם מחויב לפעול על פי הוראות מפקדיו. על כן, בתום חופשת המחלה שקיבל, היה על הנאשם להתייצב באופן מידי ביחידתו ולהעמיד את עצמו לרשות מפקדיו, אלא אם ניתן לו אישור לשהות בביתו. כך היה עליו לנהוג, בערבי החג, וכך בימי שישי... הנאשם עצמו הודה בעדותו כי ידע זאת, ולכן ניסה ליצור קשר עם מפקדו לפני ערב ראש השנה, אך משלא הצליח בכך, החליט שלא להגיע ליחידה... באשר לטענת ההגנה, כי יש לנכות מתקופת ההיעדרות את התאריכים 29/09/17-30/09/17 ו-21/10/17-19/10/17... באותה העת, סברו המפקדים בתום לב, כי מדובר בתקופה שבה שהה הנאשם בחופשת מחלה, אולם בנקודת הזמן שבה אנו בוחנים את הדברים, עולה בבירור כי הנאשם לא החזיק באישורים על חופשת מחלה בתאריכים אלו, על אף שדיווח אחרת למפקדיו...

מצאתי לנכון לקבל את טענת ההגנה כי בין התאריכים 22/10/17 ל-24/10/17 שהה הנאשם ביחידתו... הנאשם התייצב ביחידתו בתאריך 22/10/17 בשעה 19:00 לערך. למחרת, 23/10/17, בשעה 11:50, פחות מ-24 שעות לאחר מכן, כבר התקבלה הודעת הפרקליטות כי על הנאשם להתייצב להישפט בבסיס של המשטרה הצבאית. רס"ל ברנס חיפש את הנאשם החל מהשעה 9:33 באותו היום, אך הנאשם לא השיב לפנייתו אלא למחרת, בשעה 13:00. מכאן, שחוסר שיתוף הפעולה של הנאשם עם מפקדיו והיעלמויותיו הם שהובילו להימשכות זמן שהייתו הפיזית של הנאשם ביחידתו, הגם שלא העמיד עצמו לרשות מפקדיו... הנאשם המשיך באופן רציף את היעדרותו מיד לאחר שעזב את היחידה ונמנע מלהתייצב, כפי שהורו לו מפקדיו, בבסיס של המשטרה הצבאית."

6. לאור קביעות עובדתיות אלו, הוסיף בית הדין קמא וקבע, כי:

"ההחלטה שלא לקטוע את הרצף (ולא להתייחס אל היעדרותו כאל שתי היעדרויות נפרדות) היא בדין, ועומדת בדרישות סעיף 53 להוראת קבע אכ"א 31-05-13. בהתאם לסעיף 53ב, כאשר חייל מתייצב ביחידתו ושוהה בה פרק זמן קצר מ-24 שעות ולבסוף משוחרר באישור, אך ההיעדרות נמשכת לאחר מכן, יש לנכות את יום הנוכחות בעת שיפוטו מימי היעדרותו... לפי רוחה של ההוראה, לטובתו של הנאשם, אנכה מתקופת היעדרותו את הימים 22/10/17 עד 24/10/17."

7. בית הדין קמא דחה אף את טענת ההגנה לאכיפה בררנית, משקבע כי התנהלותו של

המערער, פגעה "קשות במשמעת הצבאית, בכוננות היחידה ובתחושת הרעות והשוויון

בנשיאה בנטל השרות", כמו-גם, בכבודם של מפקדיו. בנסיבות אלו, בואר, כי:

"התקשיתי להבין כיצד מצפה ההגנה שתתקבל טענת ההגנה מן הצדק. האם תחושת הצדק תיפגע כתוצאה מכך שהנאשם ייתן את הדין על מעשיו? האם המצפון מזדעזע מכך שהפרקליטות הצבאית החליטה למצות עמו את הדין ולהעמידו לדין בבית דין צבאי, לאחר שנעדר בפעם השמינית מיחידתו, ולתקופה העולה על 30 יום?!"

8. בית הדין קמא הוסיף וקבע, כי בנסיבות שהוכחו, ואף אם היה קובע, כי היעדרותו של המערער הייתה קצרה מ-30 יום, פעלה התביעה בד' אמותיה, עת הורתה על הגשת כתב אישום נגד המערער, שכן הנחיית התצ"ר 2.14 שכותרתה "היעדר מן השירות שלא ברשות, עריקה וניתוק קשר" קובעת, כי ניתן להעמיד לדין גם בגין היעדרות קצרה מ-30 ימים, בהתקיים נסיבות מתאימות, כגון: "**קרבת משך ההיעדרות אל רף העמדה לדין, היעדרויות קודמות**: האם החייל עמד לדין בגין עבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות בפני בית דין צבאי או במסגרת הליך משמעותי, **משך הזמן שחלף מההיעדרויות הקודמות** או מעת סיום ריצוי העונש שנגזר עליו בגינה". ביישמו את ההנחיה על עניינו של המערער, קבע בית הדין קמא כי מאחר ש"היעדרותו של הנאשם החלה לאחר שנשפט בבית דין צבאי והוטל עליו עונש מאסר מותנה מרתיע. זמן קצר לאחר מכן, נשפט בדין משמעותי לעונש מחבוש, וכאשר התבקש לרצות את התקופה הקצרה שנותרה מעונש המחבוש, החל בהיעדרות", מוצדק היה להורות על העמדתו של המערער לדין פלילי.

טענות ההגנה בערעור

9. ההגנה חזרה בערעורה על שלל הטענות שהעלתה לפני הערכאה קמא. בתמצית, נציין, כי ההגנה לא חלקה על ממצאי המהימנות שקבע בית הדין קמא, אך ביקשה להתערב בקביעות העובדתיות, שהן תולדה של **מסקנות** בית הדין מהעדויות ששמע ומהמסמכים בהם עיין. כך נטען, כי יש לנכות מתקופת ההיעדרות, את התאריכים 29.9.2017-30.9.2017 ו-20.10.2017-21.10.2017, משאלו לא נמנו במניין ימי היעדרותו של המערער, כפי שעולה ממסמך "השתלשלות אירועים בתהליך נפקדות ע"ש ג' ד' ח/XXX" (2/ס) שנערך בידי סא"ל לוי, סגן מפקד היחידה ומעדויותיהם של סא"ל לוי ורס"ל ברנס (פק"ר היחידה). לחלופין נטען, כי יש לנכות ממניין ימי ההיעדרות את תקופת חג ראש השנה (20.9.2017-23.9.2017) משמפקדו הישיר של המערער, רס"ב אסייג, העיד כי לו היה יודע שברשות המערער אישור מחלה לתקופה שקדמה לחג, "ככל הנראה לא היה מבקש מהמערער להגיע לבסיס בחג". אף ביחס לקביעה העובדתית, שלפיה לא העמיד עצמו המערער לרשות מפקדיו, בעת שהתייצב ביחידה ביום 22.10.2017 ועד 24.10.2017, נטען, כי זו ניצבת בסתירה לעדויות המפקדים ואינה נתמכת בראיות.

10. ההגנה טענה אף כנגד המסקנות המשפטיות, שאליהן הגיע בית הדין קמא. נטען, כי קטיעת תקופת היעדרותו של המערער, בשל התייצבותו ביחידתו, כאמור, לפרק זמן העולה על 24 שעות, מחייבת, על-פי פקודות הצבא, להשקיף על התקופות כשתי היעדרויות, הנפרדות זו מזו, משום שאין בראיות "אישור רצף". כמו כן, משתקופת

ההיעדרות הראשונה אינה עולה על 30 ימים, ואף לא התקופה המאוחרת, שומה היה, לכל היותר, להעמיד את המערער לדין משמעותי. הוסיפה ההגנה וטענה, כי אף קביעת בית הדין קמא, ביחס להוראתה של סגנית רת"ח עריקים, בעת שהתייצב ביחידה, שלפיה לא ניתן לשפוט את המערער ביחידתו, שכן מניין ימי ההיעדרות חצה את רף העמדה לדין פלילי, אינה יכולה להישאר על כנה. נטען, כי גם בהקשר זה הסיק בית הדין קמא מסקנות עובדתיות, שאינן מתיישבות עם הראיות שהונחו לפניו, מבלי לאפשר השמעת עדים לעניין זה (למשל, את העדת הסגנית). יתר על כן, נטען, כי העמדתו של המערער לדין פלילי מהווה אכיפה בררנית, הפוגעת בתחושת הצדק.

עמדת התביעה

11. התביעה עתרה לדחות את ערעור ההגנה ולהימנע מלהתערב בפסק-דינה של הערכאה קמא. נטען, כי טענותיה של ההגנה בנוגע לקביעות העובדתיות של בית הדין קמא ביחס למשך תקופת ההיעדרות צריכות להידחות, שכן ממצאי בית הדין קמא מעוגנים בחומר הראיות.

12. בדומה, ביקשה התביעה תחילה, כי נאמץ את קביעות בית הדין קמא אף ביחס לסוגיית התייצבותו של המערער ביחידתו ונדחה את הטענה, שלפיה המערער העמיד עצמו לרשות מפקדיו במהלך התייצבותו ביחידה. נטען, כי משכך, פקודות הצבא לא חייבו קבלת "אישור רצף" לשתי ההיעדרויות וכי, בדין לא התירה סגנית רת"ח עריקים את שיפוטו של המערער בדין משמעותי ביחידתו. לאחר הערותינו בעניין, הודיעה התביעה, כי בהתאם לעדויותיהם של עדי התביעה ובהם מפקדיו של המערער, לא ניתן היה להגיע למסקנה משכנעת, כי המערער לא העמיד עצמו לרשות מפקדיו באותם שלושה ימים. עם זאת, נטען, כי יש להשקיף על הפגם שנגרם מאי-קבלת "אישור רצף" לשתי תקופות ההיעדרות כפגם מנהלי ולבחנו בראי מבחני הבטלות היחסית שנקבעו בפסיקה. נטען, כי בנסיבות העניין, כאשר עסקינן במי אשר לוו היעדרותו השמינית משירות צבאי, אשר החל בהיעדרותו במועד שבו היה עליו לרצות עונש מחבוש בגין היעדרות קודמת – אין להורות על סעד בדמות ביטולו של כתב האישום.

13. אשר להחלטתה של סגנית רת"ח עריקים שלא לתת אישור שיפוט ביחידה, במועד התייצבותו של המערער, נטען, כי הנחיה זו עולה בקנה אחד עם פקודות הצבא והנחיית התצ"ר האמורה. התביעה טענה, כי יש להניח שסגנית רת"ח עריקים בחנה גם את המסמך שערכו המפקדים ובו פורטו ימי המחלה שניתנו למערער (ס/2) וגם את המפורט בתדפיסו האישי. עם זאת, מאחר ש"מדובר במקרה אשר היה צריך ללבן [בן

את העובדות", הופנה המערער לגורמי המשטרה הצבאית, על-מנת שיוכל לשטוח את הסבריו ואלו יתבררו כדבעי.

דין והכרעה

14. את קביעותיו ביחס למשכה של ההיעדרות ביסס בית הדין קמא, כאמור, על ראיות שהונחו לפניו ובהן: טופס 750, עדויות פק"ר היחידה ומפקדיו של המערער, אשר, כאמור, נמצאו מהימנות על בית הדין. כפי שפורט – גם עדותו של המערער תמכה במסקנה שלפיה נעדר מלוא התקופה שיוחסה לו בכתב האישום המתוקן. למעשה, ההגנה לא חלקה על כך שהמערער לא שהה ביחידתו במועדים אותם ביקשה להפחית מתקופת ההיעדרות הכוללת. בצד זאת, נטען, כי במספר מועדים, הצדיקו **טעמים אחרים**, שלא לכללם במניין תקופת ההיעדרות מן השירות, בה הורשע.

15. כידוע, ככלל, לא תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות, שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, שלה יתרון מובנה, בשל יכולתה להתרשם באופן בלתי אמצעי מהעדים והראיות שנשמעו לפניו (ראו: ע"פ 5921/12 סבג נ' **מדינת ישראל**, (טרם פורסם, 7.5.2013); ע/79/16 טור' **פנחס נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). עם זאת, הפסיקה הכירה בחריגים לכלל האמור. בע"פ 216/16 **רדיאדה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 29.1.2017) מנה בית המשפט העליון את רשימת החריגים, ובהם:

"מקום בו ממצאיה של הערכאה הדיונית מסתמכים על ראיות בכתב, שיקולים שבהיגיון, או כאשר ממצאים אלה אינם מבוססים על התרשמות ישירה מן העדים, שכן במקרים שכאלה הערכאה הדיונית איננה נהנית מיתרון מובנה על פני ערכאת הערעור" (וראו גם: ע"פ 4453/16 **מדינת ישראל נ' פלוני** (טרם פורסם, 20.7.2017); ע"פ 8146/09 **אבשלום נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 8.9.2011); ע/45/03 **רס"ב אלקובי נ' התובע הצבאי הראשי** (2003)).

בראי כללים אלה, נבחן את טענות ההגנה כנגד הכרעת-דינה של הערכאה קמא.

תקופת ההיעדרות – בחינה עובדתית

16. בהתאם לסעיף 1481(1) לחוק השיפוט הצבאי, משמש מסמך שנחתם על-ידי גורם מוסמך, כמפורט בהוראה, במהלך מילוי תפקידו והכולל פרטים בדבר שירות בצבא או העדר משירות כזה, ראיה לכאורה על תוכנו. הלכה רבת שנים היא כי "משמש טופס 750, הכולל פרטים בדבר שירות בצבא או היעדר משירות כזה", ראיה לכאורה לנכונותם של פרטים אלה. ההלכה הפסוקה היא, כי אין בעל דין יכול להשמיע עדויות על מנת להראות כי אין כל ערך לרישום זה. הוא רשאי לסתור בראיות את העובדה המוסקת, שהינה במקרה שלנו היעדרות מן השירות שלא ברשות" (ע/40/96 טור' **כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (1996)). בענייננו, הוגש טופס 750, חתום בידי סגן צילרו,

ראש תחום מתייצבים רשומת אכ"א, המלמד על כי המערער נעדר משירות בבהל"ץ XXX בין התאריכים 17.9.2017 ועד 4.11.2017. נשאלת אפוא השאלה, האם עלה בידי ההגנה להביא ראיות הסותרות ראייה זו, ביחס למועדים בהם לא שהה המערער ביחידה, אך גם לא הציג אסמכתא כי שהה בימי מחלה.

ראש השנה: 20.9.2017-24.9.2017

17. אין חולק על כי המערער לא נכח ביחידה במהלך חג ראש השנה, בין התאריכים 20.9.2017 ועד 24.9.2017, ועד בכלל. אין אף טענה, כי המערער שהה בחופשת מחלה או שאושר לו, מבעוד מועד, לשהות בחופשה בביתו במועדים האמורים. יתר על כן, על-פי עדותו שלו, ניסה המערער ליצור קשר עם מפקדו, אך החליט שלא להגיע ליחידה, אף משלא עלה בידו ליצור קשר עם המפקד. המערער אף אישר בעדותו כי אין לאשר חופשה בשיחת טלפון.

18. חרף אלו, ביקשה ההגנה להיבנות מעדותו של מפקדו של המערער, רס"ב אסייג, כי לא היה, כביכול, מורה למערער לשוב ליחידה, לו היה יודע כי הוא מצוי בחופשת מחלה מאושרת בין התאריכים 17.9.2017 ועד 19.9.2017, ובלשונו: "אם זה היה ימי מחלה מאושרים גם במרפאה סביר להניח שבערב חג לא הייתי אומר לו לחזור בערב חג לבסיס" (עמוד 18 שורות 9-16).

19. אין בידינו לקבל טענה זו, אשר מבקשת להתבסס על סיטואציה **היפותטית**, משהמערער לא אישר, במועד הרלוונטי, ימי מחלה במרפאה (או בפני מפקדיו) ובהמשך, לא קיבל את אישור מפקדו שלא להתייצב ביחידה, בערב החג. שוכנענו, כי לא נפלה טעות בקביעתו של בית הדין קמא, אשר הסתמך על עדותו של המפקד, שלפיה "ברגע שהחייל לא הגיע לפני החג ליחידה לסגור את הנפקדות, הנפקדות שלו ממשיכה קדימה, לערב החג, לחג, יש רצף, הוא לא בחופש, אם הייתי עוצר ומבקש מהשלישות לכתוב לו חופש, אני לא יכול לסגור את הטופס תלונה, נפקדות וחופש לא הולך ביחד. צריך לסגור את הנפקדות כדי להזין חופש" (עמוד 13 שורות 28-31). כפי שנקבע על-ידי בית הדין קמא, בתום חופשת המחלה, שהסתיימה ביום 19.9.2017, "היה על המערער להתייצב ביחידתו ולהעמיד עצמו לרשות מפקדיו", משידע כי הוא מדווח כנפקד, משום שלא הציג, כנדרש, אישורים כאסמכתא להיעדרותו מיחידתו. גם עדותו של רס"ל ברנס תומכת בקביעה זו, משהעיד כי "אצלנו ביחידה, ביחידות הכשרה, אין הדממות מסודרות אין חופשים בחגים בצורה מסודרת, אין לא להגיע ליחידה מבלי לבקש אישור על כך" (עמוד 34 שורות 27-30). למעשה, עדויות אלו מתיישבות אף עם הוראות פקודת מטכ"ל 33.0201 שכותרתה "שעות פעילות במפקדות צה"ל ובמתקניו", הקובעת כדלקמן:

"כללי

1. מפקדות צה"ל ומתקניו יפעלו עשרים וארבע שעות ביממה.

שעות פעילות שגרתיות

2. במצב כוננות רגיל, יפעלו מפקדות צה"ל ומתקניו בהרכבם המלא, בין השעות 08:00-17:30 - בימים א-ה, ובין השעות 08:00-13:00 - **בערבי חגים שאינם ימי ו**. בערב יום הכיפורים תסתיים הפעילות השגרתית בשעה 10:00.

פעילות ביום ו

... 12. לגבי חיילים **בשירות חובה** ובשירות מילואים, יהיה גם יום ו יום פעילות שגרתית, אולם מפקדו של חייל, כאמור, רשאי, אם צורכי המערכת מאפשרים זאת, לאשר לו יום פנוי ביום ו, שלא על חשבון רגילה, לפי פ"מ 35.0402.

יוצא אפוא, כי המערער שהה בביתו בערב חג ראש השנה, שחל ביום רביעי באותו השבוע, ובמהלך ימי החג שלאחריו, מבלי שקיבל אישור לכך ממפקדיו, ובניגוד לפקודות הצבא.

20. אשר על כן, כאמור, ראינו לאמץ את מסקנותיו של בית הדין קמא, ביחס להיעדרותו של המערער במהלך ראש השנה, באופן מלא.

תאריכים נוספים: 2017.9.29-2017.9.30 ; 2017.10.20-2017.10.21

21. נטען, כי שגה בית הדין קמא עת לא הפחית ממניין ימי ההיעדרות את התאריכים הנ"ל, שאותם מנה סגן מפקד היחידה, סא"ל לוי, כימי מחלתו של המערער, בעת שדיווח על ימי היעדרותו של המערער למיטב (מסמך ס/2, סעיף 6). הוטעם, כי גם משנדרשו לעניין זה, בעדויותיהם, מסרו סא"ל לוי ורס"ל ברנס כי "זה עובדה" שהמערער שהה בימי מחלה באותם תאריכים וכי בהתאם, צוינה עובדה זו במסמך האמור. אשר על כן, טענה ההגנה, כי במועד כתיבת המסמך, 23.10.2017, כבר הוצגו לעיון המפקדים טפסי ימי המחלה, קל וחומר – בעת שהעידו, כך שאין לקבל את קביעת בית הדין, שלפיה "סברו המפקדים בתום לב, כי מדובר בתקופה שבה שהה הנאשם בחופשת מחלה... על אף שדיווח אחרת למפקדיו".

22. גם את טענותיו של המערער בהקשר זה ראינו לדחות. כאמור, על ההגנה היה להציג ראיות לסתור את תוכנו של טופס 750. משאין חולק כי המערער לא נכח ביחידה במועדים הרלוונטיים; משלא הציג אסמכתא המלמדת על כי שהה בחופשת מחלה; ולא הובאה ראיה המצביעה על כי קיבל אישור לשהות בביתו – אין אלא לקבוע כי יש למנות את הימים האמורים במניין ימי ההיעדרות, כפי שעשה בית הדין קמא. אין במסקנתם של מפקדיו של המערער בעניין זה (מסקנה שגויה), אשר התבססה על הצהרות כזב של המערער, כדי לשנות בעניין זה.

התייצבות המערער ביחידה : 24.10.2017-22.10.2017

23. אין חולק, כי המערער התייצב ביחידתו ביום 22.10.2017, בשעות הערב ושהה בה עד ליום 24.10.2017. באי-כוח הצדדים, לא חלקו על ההלכה הפסוקה, שלפיה "אין די בביקור של החייל ביחידתו כדי להפסיק את מירוץ תקופת הנפקדות. [אלא] רק מששב החייל ומכפיף את עצמו לשליטת הצבא, מביע רצונו למסור עצמו לשליטת הצבא ומעמיד עצמו לרשות הצבא – ניתן לראות בהתייצבותו התייצבות של ממש, המביאה להפסקת נפקדותו" (ע/23/99 רב"ט כהן נ' התובע הצבאי הראשי (1999)), אך טענו, לפני בית הדין קמא, כל אחד על-פי שיטתו, באשר לאופן הראוי ליישמה במקרה דכאן. כאמור, בית הדין קמא, אימץ בהכרעת דינו את טענות התביעה ובהתאם קבע, כי המערער לא הכפיף עצמו לשליטת מפקדיו, משלא עמד בקשר רציף עם מפקדו ולא השיב, בהמשך, להודעה שנשלחה לטלפון הנייד שברשותו מרס"ל ברנס, הפק"ר, אלא בחלוף יממה.

24. ההגנה לא השלימה עם קביעות אלו, אשר לטענתה, אינן מבוססות על חומר הראיות שהונח לפני בית הדין קמא.

25. דין טענות ההגנה להתקבל, משלא עלה בידי התביעה לבסס בחומר הראיות, כי המערער לא העמיד עצמו לרשות מפקדיו. למעשה, חומר הראיות תומך בהיפוכה של המסקנה. כאמור, במהלך הדיון בערעור ובעקבות הערותינו, קיבלה אף התביעה את טענות ההגנה בעניין זה ונאותה להסכים, כי למעשה, התשתית הראייתית אינה תומכת במסקנת בית הדין קמא. נבאר להלן קביעה זו.

26. בעדותו של רס"ב אסייג, מפקדו של המערער, עולים הדברים הבאים:

"ת: אילו משימות נתת לחייל בזמן שהוא התייצב?

ע: כלום, הוא לא עשה שום דבר.

ת: למה הוא לא עשה שום דבר?

ע: הוא חיכה למשפט לראות מה קורה איתו, אני לא צריך להעסיק אותו בעבודות כשיש לו משפט על הראש" (עמוד 14 שורות 14-18).

ניתן להיווכח אפוא, כי המפקד, שלפניו התייצב המערער, בחר שלא להטיל על המערער משימות, עד לבירור מעמדו המשפטי. לפיכך, אין לזקוף לחובתו של המערער את שהייתו ביחידה בחוסר מעש. בהמשך, ביום 23.10.2017, בשעה 11:50, שללה סגנית רת"ח עריקים את פנייתו של רס"ל ברנס, לקבל אישור לשיפוטו של המערער ביחידה. עם זאת, התקשינו לראות, הכיצד ניתן ללמוד מן ההודעה שנשלחה באמצעות יישומון ה"ווטסאפ": "איפה אתה?", על-ידי רס"ל ברנס למערער, כשעתיים לפני תשובתה של סגנית רת"ח עריקים (בשעה 9:42), כדי לקבוע מסמרות ביחס לסוגיה הנדונה. לו רצתה התביעה לבסס על כך את עמדתה, כי המערער לא העמיד עצמו לרשות מפקדיו, היה עליה לבסס זאת בשאלות מתאימות לעדים מטעמה. התביעה נמנעה מלעשות כן,

ואף המערער לא נשאל כל שאלה בנושא, על-ידי התביעה. כידוע, אי-הצגת שאלה מהותית לעד והימנעות מחקירתו הנגדית פועלת לחובתו של מי שנמנע מלעשות כן. ההלכה הפסוקה היא כי "כאשר בעל דין נמנע מחקירה נגדית של עד מבלי שהציג הסבר סביר להימנעותו זו, ההנחה היא כי אינו חולק על דברי העד, ועל בית המשפט להביא עובדה זו בבואו להעריך את משקלה הראייתית של אותה עדות... הגיונה של הנחה זו נעוץ בהכרה בתרומתה המשמעותית של החקירה הנגדית לבירור האמת ולהערכה נכונה של משקל העדות" (ע"פ 5606/10 **בוניפד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 19.12.2012)).

יותר מכך, גם רס"ל ברנס אישר, כי המערער התייצב במשרדו ביום 22.10.2017, וכי ביום 24.10.2017 עזב את היחידה, לאחר שנתן לו "כרטיס ערבה". משנשאל האם הוא יודע מה עשה המערער במהלך שהותו ביחידה השיב בשלילה (עמוד 31 שורות 5-10). לשאלת בית הדין "מה ההנחיות שה[מערער] קיבל?", השיב: "אני לא יודע להגיד. **אני לא המפקד שלו, זה לא אצלי...** תדרוך יציאה וכל זה, זה דרך **המפקדים**" (עמוד 31 שורות 20-24). יוצא אפוא, כי אף לשיטת סגל היחידה, לא נדרש המערער לקבל הנחיות מרס"ל ברנס באשר למשימותיו ביחידה או למקום שהייתו בה. זאת ועוד, גם הפעם, נמנעה התביעה מלברר עם רס"ל ברנס האם המערער השיב לפנייתו הכתובה בדרך אחרת, למשל, שוחח עימו בטלפון. באופן דומה, כאמור, גם המערער לא נשאל על כך דבר. לפיכך, באנו לכלל דעה, כי לא ניתן להשלים חלל ראייתי זה בהשערה הפועלת לחובתו של המערער. כידוע, "בית-המשפט מצווה לבדוק בקפדנות את השילוב והתיאום בין הראיות הנסיבתיות שהובאו. כל פגם או חסר מעורר ספק בבטיחות הגרסה כולה, ומספק כזה זכאי הנאשם ליהנות" (ע"פ 4456/14 **קלנר נ' מדינת ישראל**, פסקה 65 (טרם פורסם, 29.12.2015)).

למעשה, גם ראיות נוספות, אשר הוגשו ללא התנגדות התביעה, תומכות בטענת ההגנה. בתכתובת "ווטסאפ" שנמצאה במכשיר הטלפון של המערער, בקבוצה המכונה "שמאלנית סמויה", נשאל המערער ביום 23.10.2017 היכן הוא והשיב, בשעה 16:33: "פה בחדר של רפיי" (ס/7; עמוד 36 שורות 22-31). רס"ב אסייג לא נשאל האם הוא מאשר את נכונות הדברים ואף המערער לא נחקר על כך. לפיכך, אין להניח לחובתו של המערער כי תשובתו, שנמסרה לחבר מיחידתו, לא שיקפה את הדברים כהווייתם.

בנוסף, רס"ל ברנס אישר בעדותו, כי המערער מסר לו בהודעה כתובה, ביום 24.10.2017, כי נכח במשרדו בשעות הבוקר של אותו היום וכי חייל מטעמו של רס"ל ברנס, פיני שמו, אמר לו לשוב בשעה 14:00 (ס/5; עמוד 32 שורות 19-25). רס"ל ברנס אישר בעדותו כי פיני הוא חייל המצוי תחת פיקודו. אף אם היינו מקבלים את הטענה שלפיה פנייתו של רס"ל ברנס למערער מלמדת על תחילת "ניתוק הקשר" מצידו, חובה

היה לברר, בהתאם לגישה פרשנית זו, באיזו שעה התייצב המערער במשרדו של רס"ל ברנס והאם עשה כן לפני 9:42 בבוקר, דהיינו בחלוף פחות מ-24 שעות ממועד משלוח ההודעה. גם עניין עובדתי זה לא הוברר.

27. נוכח כל המפורט לעיל, סברנו כי קביעת בית הדין קמא, שלפיה "רס"ל ברנס חיפש את הנאשם החל מהשעה 9:33 באותו היום, אך הנאשם לא השיב לפנייתו אלא למחרת, בשעה 13:00. מכאן שחוסר שיתוף הפעולה של הנאשם עם מפקדיו והיעלמויותיו הם שהובילו להימשכות זמן שהייתו הפיזית של הנאשם ביחידתו, הגם שלא העמיד עצמו לרשות מפקדיו" אינה יכולה לעמוד (למעלה מן הצורך נעיר, כי אם סבר בית הדין קמא, כי המערער לא העמיד עצמו לרשות מפקדיו, לא היה מקום להפחית ימים אלו ממניין תקופת ההיעדרות).

ההיעדרות הנוספת: 4.11.2017-24.10.2017

28. אין חולק, כי ביום 24.10.2017 קיבל המערער הנחיה ממפקדו "לעזוב את היחידה, להסגיר את עצמו במשטרה צבאית" (עמוד 10 שורות 22-23). המערער יצא את יחידתו ביום 24.10.2017 בשעות הערב, אך בניגוד להנחיה התייצב בבסיס משטרה צבאית רק ביום 5.11.2017. חשוב לציין גם, כי חומר הראיות **אינו כולל "אישור רצף"**, של מיטב בכל הנוגע לשתי תקופות ההיעדרות ואין חולק, כי לא נעשתה פנייה בעניין.

מעורבות תחום עריקים בפרקליטות הצבאית בעניינו של המערער

29. להשלמת התמונה העובדתית ולנוכח טענות ההגנה בערעור, יש לציין, כי לאחר שהמערער התייצב ביחידה ביום 22.10.2017, צירף רס"ל ברנס לפנייתו לפרקליטות עריקים, על-מנת לקבל אישור שיפוט של המערער ביחידה, מסמך שערך וכותרתו: "השתלשלות אירועים בתהליך נפקדות ע"ש ג' ד' ח/XXX" (ס/2; וראו עדותו של סא"ל לוי – עמוד 22 שורות 22-37; ועדותו של רס"ל ברנס – עמוד 33 שורות 5-29). במסמך פורטו 15 מועדים שבהם, כך הניחה היחידה, שהה המערער בימי מחלה ולפיכך יש לנכותם מן התקופה הכוללת. דהיינו, אל סגנית רת"ח עריקים נשלח מסד עובדתי, המלמד על היעדרות שמינית של המערער משירות צבאי; למשך 37 ימים (החל מיום 17.9.2017); שיש להפחית ממנה 15 ימי מחלה.

30. סגנית רת"ח עריקים השיבה לרס"ל ברנס, בזו הלשון: "לא ניתן לתת אישור שיפוט מאחר שמדובר במי שהוא מעל רף העמדה לדין פלילי. על כן יש לקחת אותו למעצר במשטרה צבאית, על מנת שעניינו יובא בפני בית דין צבאיי" (ס/6).

31. בית הדין קמא דחה את בקשת ההגנה להעיד את גורמי התביעה ולחקרם בחקירה נגדית על השתלשלות העניינים בשלב זה של הטיפול במערער. עם זאת, במהלך סיכומי התביעה, ציינו באי-כוחה את הדברים הבאים:

"אדגיש כי ההחלטה של הפרקליטות באותו הרגע לא הייתה להגיש כתב אישום בעניינו אלא שלא לאשר אוטומטית את בקשת היחידה לשפוט אותו בדין משמעתי, וקיים הבדל. המכתב שהועבר לפרקליטות עריקים כלל בתוכו שני גימלים נוספים שלא היו ולא נבראו... וזה מדגיש את הצורך בבדיקה מעמיקה... באותו רגע מבחינתה עניינו של הנאשם היה מעל רף העמדה לדין מפני שהיא רצתה לבחון את הטענה שהועלתה לגבי ימי המחלה, לא הוחלט על הגשת כתב אישום והתבקש ממנו להתייצב בבסיס הכליאה על מנת שיוכל לבחון את הטענות עד הסוף" (עמוד 56 שורות 22-31).

32. בית הדין קמא קיבל את הנמקת התביעה, כפי שצוינה בסיכומים. ברם, משסגניתה של רת"ח עריקים לא פירטה בתשובתה מלכתחילה, כי בין מניין שיקוליה, עמד גם הצורך לבחון את דיווח המפקדים באשר לימי המחלה שנרשמו למערער (סעיף 6 לס/2), מעורר העניין קושי. ניתן להיווכח, כי ההחלטה נוסחה באופן שאינו מלמד על התלבטות, המצריכה בדיקה, וכי יש בה משום הפניית המערער לבסיס משטרה צבאית, לשם מעצרו ו"על מנת שעניינו יובא בפני בית דין צבאי". יתר על כן, מתכתובת הדואר האלקטרוני שנתקבלה וסומנה ס/6 עולה, כי אין אינדיקציה לכך שמכתבו של סא"ל לוי (ס/2), צורף, בפועל, לתכתובת שהובאה בסופו של דבר, בפני סגנית רת"ח עריקים (התכתובת נעדרת סימון של קובץ מצורף), וקיימת אפשרות, כי סגנית רת"ח עריקים שגתה בקביעתה כי תקופת ההיעדרות של המערער חצתה את סף ההעמדה לדין, משום שלא הונחה לפניה מלוא התשתית העובדתית הרלוונטית.

סיכום ביניים – תקופת ההיעדרות

33. יוצא אפוא, כי המערער נעדר מיחידתו החל מיום 20.9.2017 ועד ליום 21.10.2017 (למעט בתאריכים בהם שהה בחופשת מחלה: 24.9.2017 עד 25.9.2017; 27.9.2017 עד 28.9.2017; 15.10.2017 עד 19.10.2017), כלומר במשך 23 ימים (להלן: "ההיעדרות הראשונה"). לאחר מכן התייצב ביחידתו ביום 22.10.2017, ושהה בה עד ליום 24.10.2017, במשך שלושה ימים. ביום 24.10.2017 מסר לו מפקדו, כי עליו להתייצב בבסיס משטרה צבאית לשם העמדתו לדין לפני בית-דין צבאי, שכן לא אושר להעמידו לדין משמעתי ביחידתו. נציין אף כי, מעדותו של המערער וכן מתכתובות "ווטסאפ" (ס/7 ו-ס/8) עלה, כי בעטיה של החלטה זו, החל המערער בהיעדרותו השנייה, שנועדה לאתר עורך-דין, על-מנת שייצגו במשפטו. מכל מקום, המערער יצא מהיחידה, בהיתר, אך בהמשך, לא התייצב כנדרש והחל בהיעדרות נוספת, החל מיום 25.10.2017 ועד

ליום 4.11.2017, כלומר במשך 11 ימים (להלן: "ההיעדרות השנייה"), עד להתייצבותו.

תקופת ההיעדרות - "אישור רצף" ומשמעויות אופרטיביות

34. נשאלת השאלה מה דינן של שתי תקופות ההיעדרות האמורות. האם יש להשקיף עליהן כעל תקופה אחת, שסך מניינה 34 ימים, או שמא, בשל העדר "אישור רצף" בין התקופות, יש להתייחס לכל תקופת היעדרות ככזו הניצבת בפני עצמה. תשובה לשאלה זו, תשליך על האופן שבו תבְּחנה החלטותיה של הרשות המנהלית, ובמקרה זה התביעה הצבאית, בפרשה זו. תחילה, החלטתה מיום 23.10.2017, אז הנחתה סגנית רת"ח עריקים שלא להעמיד את המערער לדין משמעתי ביחידתו אלא להפנותו למשטרה צבאית לשם העמדתו לדין בבית-דין צבאי; ובהמשך, ביום 9.11.2017, ההחלטה על הגשת כתב אישום נגד המערער, לבית הדין המחוזי, בתום תקופת ההיעדרות השניה, תוך ייחוס עבירת העדר מן השירות שלא ברשות, בגין שתי התקופות, כאחת. על-מנת לבחון את ההחלטות בהתאם לכללים והעקרונות מתחום המשפט המנהלי ואת השלכותיהן במישור הפלילי, בראי דוקטרינת הבטלות היחסית, נעמוד תחילה על הפקודות וההנחיות המסדירות את הסוגיה.

35. העקרונות הכלליים לטיפול בהיעדרות מן השירות הצבאי מוסדרים בפקודת מטכ"ל 31.0513 שכותרתה: "היעדרות משירות סדיר" (להלן: "הפקודה"). נקבע, כי חייל אשר התייצב ביחידה לאחר היום ה-30 להיעדרות, יועמד לדין משמעתי, בתוך 24 שעות, אלא אם סך כל תקופות היעדרויותיו עולות על 75 ימים. במקרים אלה תפנה היחידה מיד לפרקליט הצבאי על-מנת שישקול את העמדת החייל לדין בבית-דין צבאי (סעיף 21); הורה הפרקליט הצבאי על העברת החייל לבסיס משטרה צבאית חלף שיפוטו ביחידה, על היחידה להעביר את החייל בליווי חייל אחר מטעם היחידה לבסיס המשטרה הצבאית הקרוב ללא דיחוי (סעיף 23); נעצר או התייצב עריק בבסיס המשטרה הצבאית, בנסיבות המנויות בסעיף 21 לעיל, יועבר עניינו לבחינת הפרקליט הצבאי (סעיף 26); חזר חייל מהיעדרות ובטרם נשפט שב ונעדר, תפעל היחידה בהתאם להוראות הקבועות בהוראת קבע אכ"א 13-05-31 (סעיף 11).

36. הוראת קבע אכ"א הנ"ל, שכותרתה: "היעדרות משירות סדיר" (להלן: "ההוראה") מטרתה לפרט את נהלי הטיפול "השלישתיים" בנעדר מן השירות. סעיפים 41 ו-50 להוראה חוזרים על הקבוע בסעיפים 21 ו-26 שבפקודה, בהתאמה. כמו כן, יוחד בהוראה פרק העוסק בסיטואציה שבה התייצב חייל ביחידתו ובטרם נשפט חזר ונעדר ממנה, כבענייננו, שזו לשונו:

"היעדרות שנפסקה ונמשכה (אישור רצף)"

53. חזר החייל מהיעדרות ושב ונעדר בטרם נשפט, **על היחידה לפעול לשם סגירת הליכי היעדרותו הראשונה של החייל ולפעול לשם הכרזת היעדרות חדשה, החל מתחילת היעדרותו הנוספת.** עם זאת, רשאית היחידה לפעול בהתאם לאמור להלן:

א. התייצב חייל שנפקד ביחידתו, ושהה בה **לפרק זמן קצר מ- 24 שעות**, ואז שב ונפקד, תימשך היעדרותו ברצף ללא צורך בנקיטה מחודשת של ההליכים לפי הוראה זו...

ב. התייצב חייל שנפקד ביחידתו, ושהה בה **לפרק זמן קצר מ- 24 שעות**, המהווה יום עבודה מלא ביחידה, ושחרר באישור, ונמשכה היעדרותו לאחר מכן, הרי שתימשך היעדרותו ללא צורך בנקיטה מחודשת של ההליכים לפי הוראה זו.

ג. ...

ד. קיבל החייל המלצה לימי מנוחה בביתו ("גימלים") על-ידי גורם מוסמך, המלצה אשר אושרה כנדרש על-פי פקודות הצבא, לתקופה שאינה עולה על 14 ימים ברצף, תמשך היעדרותו ברצף ללא צורך בנקיטה מחודשת של ההליכים לפי הוראה זו. **יש לנכות את הימים שבהם שהה החייל בימי מנוחה מתקופת היעדרות בעת שיפוטו.**

ה. **במקרים אחרים**, שבהם נקטע רצף ההיעדרות, באפשרות היחידה לפנות למיטב - על מנת **שייתן הוראה לטפל בכל התקופות שבהן היה נעדר כאילו היו תקופה אחת**.

37. משקבענו, כי המערער התייצב ביחידתו ביום 22.10.2017 ושהה בה עד ליום 24.10.2017 (שלושה ימים), בהתאם להוראות, היה על היחידה לפעול "לסגירת" היעדרותו הראשונה של המערער. בהמשך, מששב ונעדר מן היחידה, ראוי היה לפתוח בהכרזת היעדרות נוספת, בנפרד, בהתאם לסעיף 53 להוראה. אפשרות אחרת הייתה לפעול בגדרו של סעיף 53 להוראה, ובהתאם, לפנות למיטב, לשם קבלת "אישור רצף", ולאחר מכן, להתייחס אל מלוא תקופת היעדרות, כאילו היתה תקופה אחת. כאמור, **אין מחלוקת כי אישור שכזה לא התבקש ופועל יוצא מכך, אף לא התקבל.**

38. ודוקו: סעיף 62 להנחיית התביעה הצבאית הראשית בסוגיה (הנחיה 2.14, שכותרתה: "היעדר מן השירות שלא ברשות, עריקה וניתוק קשר"), קובע, כי "חזר חייל מהיעדרות ושב ונעדר בטרם נשפט, תיחשב התקופה שבה שב המערער ונעדר כהיעדרות נפרדת מן השירות. זאת, אלא אם בחומרי העריקות מצויים אישורי רצף מיחידת החייל... או שמבחינה מהותית התקיימו התנאים להוצאתם של אישורים כאמור". על-פני הדברים, הסעיף אינו עולה בקנה אחד עם הכללים המוסדרים בהוראת קבע אכ"א, כאמור. ברם, משפקודת מטכ"ל 31.0513 הנ"ל קובעת בסעיף 11, כי ההוראות המחייבות במצב שבו "חוזר חייל מהיעדרות ובטרם נשפט שב ונעדר מיחידתו" יוסדרו בהוראת קבע אכ"א 31-05-13, ספק אם הנחיית התביעה הצבאית הראשית יכולה לגבור עליה במדרג הנורמטיבי. יוצא אפוא, כי בהעדר "אישור רצף",

לא ניתן היה לצרף את מניין אחד עשר (11) הימים, של ההיעדרות השנייה (בין התאריכים 25.10.2017 ועד 4.11.2017), לתקופת ההיעדרות הראשונה.

39. זאת ועוד, בהתאם לסעיף 53ד להוראה, יש לראות את תקופת היעדרותו של חייל כרצופה, גם אם ניתנו במהלכה ימי מחלה, אף כי יש לנכותם ממניין הימים המיוחסים באותה היעדרות. משמעות הוראה זו לענייננו, היא כי המערער התייצב ביחידתו בחלוף **33 ימים** מיום תחילת ההיעדרות, החל מיום 20.9.2017 ועד יום 22.10.2017, שרק אז, **בדיעבד**, הציג את ימי המחלה שקיבל במהלך התקופה, ולפיכך יש לראותו כמי ש"התייצב ביחידה **לאחר היום ה-30 להיעדרות**" (סעיף 41 להוראה). בד בבד, יש לחשב את מניין ימי ההיעדרות הראשונה, בניכוי ימי המחלה, כך שיעמדו על **23 ימים בלבד** (בניכוי תשעה ימי מחלתו, ובניכוי יום התייצבותו ביחידה לסיום ההיעדרות).

40. נוכח המפורט דלעיל: כאשר התייצב המערער ביחידתו לאחר היום ה-30 להיעדרותו, ומאחר שסך תקופת היעדרותו, במהלך שירותו הצבאי, עלו על מניין 75 הימים (שבע היעדרויותיו הקודמות של המערער הצטברו ל-116 ימים), **בדין** פנה רס"ל ברנס, ביום 23.10.2017, לפרקליטות עריקים, לשם קבלת אישור לשפוט את המערער ביחידתו, בגין היעדרותו הראשונה (ס/6). ואולם, כאמור, על-פי המסמך שצירף לפנייתו (ס/2) ובו פורטו 15 מועדים שבהם, לשיטת היחידה, שהה המערער בימי מחלה – עמדו לפני סגנית רת"ח עריקים, **לכאורה**, ראיות מנהליות, אשר לימדו כי הגם שזוהי היעדרותו השמינית של המערער משירות צבאי – היעדרותו של המערער נמשכה, בסך הכל, 23 ימים. לפיכך, החלטתה של סגנית רת"ח עריקים כי "לא ניתן לתת אישור שיפוט מאחר שמדובר במי שהוא מעל רף העמדה לדין פלילי". על כן יש לקחת אותו למעצר במשטרה צבאית, על מנת שעניינו יובא בפני בית דין צבאי" (ס/6), הייתה שגויה ומנוגדת להוראות.

41. למעשה, ההחלטה, הניצבת בסתירה לפקודות הצבא (שפורטו לעיל), אינה מתיישבת אף עם הנחיית התביעה הצבאית הראשית, הקובעת, כאמור, כי אין להורות על הגשת כתב אישום נגד חייל שנעדר משירות לתקופה הקצרה מ-30 יום:

א. סעיף 27 להנחיה קובע כי "ככלל, עריק מן השירות הסדיר שתקופת היעדרותו הינה למעלה מ-100 ימים במצטבר והיעדרותו הנוכחית, הינה בת למעלה מ-30 ימים – יוגש נגדו כתב אישום בבית דין צבאי".

ב. סעיפים 37-47 להנחיה מונים "שיקולים נוספים בעת בחינת העמדה לדין" ובהם: קרבת משך ההיעדרות אל רף העמדה לדין; היעדרויות קודמות; האם החייל עמד לדין בפני בית-דין צבאי בגין עבירה דומה בעבר; משך הזמן שחלף מההיעדרות הקודמת; היחס בין תקופות השירות התקין של החייל לבין תקופת ההיעדרות; ועוד.

ג. סעיף 48 להנחיה מורה, כי אם לא מתקיימים בעניינו של החייל תנאי הסף הקבועים בסעיף 27 (למשל), "בסמכות הפרקליט להורות על הגשת אישום חרף כך, כאשר הנסיבות הנוגעות לאותו חייל כרוכות בהיבטי חומרה מהותיים ובולטים, המצדיקים הגשת כתב אישום".

ד. סעיף 64 להנחיה מורה את התביעה לנכות מסך תקופת ההיעדרות את מניין ימי המחלה.

42. הנה כי כן, הסמכות להורות על העמדה לדין, לפני בית-דין צבאי, להבדיל משיפוט בהליך משמעותי, תופעל בהתאם להנחיות שפורטו דלעיל, כך שהכלל הוא שאין להורות על הגשת כתב אישום כנגד מי אשר נעדר לתקופה הקצרה מ-30 ימים, אלא במקרים חריגים שחומרתם בולטת. ברי, כי הנחיות אלו, המפרטות את שיקולי ההעמדה לדין, ישימות אף לשלב מוקדם יותר בתהליך, כאשר נעשית פניה לפרקליטות הצבאית לשם מתן אישור שיפוט בדין משמעותי, ביחידה. גם במצב דברים זה, מתחייבת קבלת ההחלטה בהתאם לקריטריונים הקבועים בהנחיה.

43. הלכה היא, כי על החלטה של רשות מנהלית "לעמוד בדרישות המשפט המינהלי וכלליו, ולהתקבל על בסיס שיקולים ענייניים, על יסוד תשתית עובדתית רלוונטית, בהגינות, בסבירות ובמידתיות" (בג"ץ 3884/16 פלונית נ' השר לביטחון פנים (טרם פורסם, 20.11.2017)). כפי שפירטנו לעיל, השיקול היחיד שנמנה בהחלטתה של סגנית רת"ח עריקים היה כי המערער מצוי "מעל רף העמדה לדין פלילי". משמע, נקודת המוצא העובדתית (השגויה), הייתה כי נתקיימו בעניינו הקריטריונים המנויים בסעיף 27 להנחיה.

44. נבהיר, כי אף הניסיון המאוחר של התביעה הצבאית, בשלב הסיכומים, להסביר בדיעבד, את ההחלטה הנ"ל ברצון לבחון את מעמדו המשפטי של המערער בעת שהוא נתון במעצר, באמצעות חקירה במשטרה הצבאית, אינו יכול להועיל, שהרי באותה עת, על-פי הודעת היחידה, היעדרותו של המערער (הראשונה), היתה קצרה מ-30 ימים!

45. למעשה, לוקה ההחלטה במספר פגמים מצטברים:

א. העדר הנמקה באופן המלמד על תשתית עובדתית חסרה. כידוע –

"חובת ההנמקה מבקשת לסייע בהבניית שיקול הדעת המנהלי. ההכרח לתת טעם להחלטות המנהל מעודדת חשיבה מסודרת ומקשה על קבלת החלטות שרירותיות. שנית, היא מסייעת לנפגע מן ההחלטה המנהלית בהתמודדותו עמה, בשני היבטים עיקריים. מחד גיסא, היא מגבירה את אמונו של האזרח ברשות ובהליך שהוביל להחלטה בעניינו ובכך, היא ממתיקה במעט את הגלולה המרה שבהחלטה ולעיתים אף משכנעת בצדקתה. ומאידך גיסא, היא ממקסמת את יכולתו של האזרח לתקוף את ההחלטה ככל שירצה בכך. שלישית, חובת ההנמקה מאפשרת ביקורת עצמית, פנימית

וחיצונית על ההחלטה" (בג"ץ 4288/10 עו"ד גרון נ' המנהל הכללי של משרד התקשורת (טרם פורסם, 28.10.2010)).

משסגנית רת"ח עריקים, לא פירטה, בין מניין שיקוליה, את הצורך לבחון את דיווח המפקדים באשר לימי המחלה שנרשמו למערער (סעיף 6 לס/2), ובראי הפסיקה האמורה, יש לקבוע כי לא בואר כדבעי, הכיצד ניתן לקבל את טענתה האמורה של התביעה, בדיעבד. נזכיר, כי ההנמקה הועלתה על-ידי התביעה אך במהלך הסיכומים, היא אינה מעוגנת בראיות, וייתכן כי אף ניצבת בסתירה להן.

ב. יש להניח, אפוא, כי סגנית רת"ח עריקים שגתה בקביעתה כי תקופת ההיעדרות של המערער חצתה את סף ההעמדה לדין (בהתאם לסעיף 27 להנחיה), משום שלא הונחה לפנייה מלוא התשתית העובדתית הרלוונטית. המשמעות הניבטת מקביעתנו זו, כי לא הוכח שסגנית רת"ח עריקים שקלה, בעניינו של המערער, את השיקולים הנדרשים לצורך קבלת החלטה החורגת מהכלל, בהתאם לסעיף 48 להנחיית התביעה הצבאית הראשית. כידוע, בית הדין הצבאי פועל במרחב הפלילי, רק מקום שבו המעשים המובאים לפניו, עוברים בחומרתם את הרף הפלילי וראויים להיות מתויגים ככאלו. כן נקבע, כי יש לראות את המשפט הפלילי ככלי שיורי, כלומר, צריך להתקיים מדרג לטיפול בחריגות נורמטיביות. תחילה יש לבחון אם ניתן לטפל בהן במרחב האתי, לאחר מכן במרחב המשמעותי במסגרת דיון משמעותי בפני מפקד, ורק מקרים שאינם מתאימים לטיפול בשני מרחבים אלו, ינותבו למרחב הפלילי (ראו: ע/180,181/01 סמל כספי נ' התובע הצבאי הראשי (2002); ע/123/02 אל"ם ישי נ' התובע הצבאי הראשי (2004); ע/88,89/11 אל"ם מור חיים נ' התובע הצבאי הראשי (2012)). אשר על כן, נוכח המשמעות הניבטת מההליך הפלילי, לרבות התיוג הנלווה לו, דומה כי החלטה שעניינה העמדתו של חייל לדין פלילי, חלף העמדתו לדין משמעותי, אשר על פניה, חורגת מההוראות שנקבעו לשם כך, חייבת להתקבל בשום שכל, להישען על תשתית עובדתית מתאימה, ולפרט כדבעי, את השיקולים העומדים בבסיסה.

ג. היבטים נלווים להליך הפלילי. עדי התביעה העידו, כי בעקבות תשובתה של סגנית רת"ח עריקים, נדרש המערער להתייבב בבסיס משטרה צבאית, תוך שנאמר לו כי יועמד לדין בבית-דין צבאי. מעדותו של המערער וכן מתכתובות "ווטסאפ" (7/ס ו-8/ס) עולה, כי בעטייה של החלטה זו, החל המערער בהיעדרותו השנייה, שנועדה לאתר עורך-דין, על-מנת שייצגו במשפטו. מובן שאין בכך כדי להצדיק את היעדרותו השנייה של המערער, אך יש בכך כדי ללמד, על כך שלהחלטתה האמורה של סגנית רת"ח עריקים היו השלכות מיידיות על המשך התנהלותו של המערער, ועל החרפת מצבו המשפטי.

ד. פגיעה בזכות לשוויון. כפי שנפסק, "מובן, שבהליך הפלילי על תובע להפעיל את שיקול דעתו מתוך שוויון וללא הפלייה. הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור, כי רשויות התביעה מקבלות את החלטותיהן מתוך שוויון ונמנעות מיחס של איפה ואיפה בהעמדה לדין" (עניין אל"ס מור חיים הנ"ל).

אך לאחרונה, חזר ושנה בית המשפט העליון, כי:

"הנחיות מנהליות הן כללים מנחים אשר המינהל הציבורי קובע לעצמו על מנת להדריכו במילוי תפקידיו ובהפעלת סמכויותיו... בשונה מחוקים ותקנות, הנחיות מינהליות אינן מחייבות את הרשות אלא מנחות אותה בהפעלת שיקול דעתה בהתאם לנסיבות הספציפיות העומדות לפניה. עם זאת, ההלכה היא שככלל על רשות מנהלית אשר מוציאה הנחיות לנהוג בהתאם להנחיות אלו ולא לסטות מהן בהעדר הצדקה מיוחדת... הובהר כי סטייה מהנחיות מנהליות היא בבחינת היוצא מן הכלל, והיא אפשרית רק כשקיימים טעמים סבירים וראויים, והנטל להוכיח קיומם של טעמים אלו מוטל על הרשות" (ע"פ 106/17 פלוניים נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 30.1.2018)).

בעניין פלוניים, כבענייננו, לא נימקה המדינה מדוע פעלה בניגוד להנחיית פרקליט המדינה עת הגישה כתב אישום תוך חריגה מההנחיות. בית המשפט העליון קבע, כי יש לראות בהתנהלות זו משום אכיפה סלקטיבית, ה"פוגעת בזכותו לשוויון בפני החוק" (שם, שם). קביעות אלו יפות אף לענייננו, משהראינו, כי ההחלטה שלא להעמיד את המערער לדין משמעת ביחידתו חורגת מהוראות ההנחיה, מבלי שפורטו הטעמים המצדיקים זאת.

46. נוכח המפורט דלעיל, ספק בעינינו אם הונחה בפני סגנית רת"ח עריקים התשתית העובדתית הרלוונטית, לצורך גיבוש החלטתה. בהעדר תשתית עובדתית שכזו, אשר היתה בהישג ידה של התביעה, פשיטא, כי ההחלטה לוקה בפגם מנהלי ותוצאתה פגיעה ביישומה השוויוני של מדיניות ההעמדה לדין פלילי. ודוקו: אם הונח מכתבו של סגן מפקד היחידה בפני סגנית רת"ח עריקים והיה בידיעתה, טרם קבלת ההחלטה, הרי שהחלטתה של סגנית רת"ח עריקים חרגה מההוראות שהתוו את ד' אמות סמכותה, עת לא החסירה ממניין ימי ההיעדרות את ימי מחלתו של המערער, מבלי להסביר את פשר ההחלטה. על נפקותו של הפגם האמור, נעמוד בהמשך.

47. גם ההחלטה המנהלית השנייה, הוראת הפרקליטה, רת"ח עריקים, על הגשת כתב האישום נגד המערער, אינה חפה מקשיים. אמנם, בשלב זה, הוסיף המערער ונעדר למשך אחד-עשר (11) ימים נוספים, באופן שהעמיד את מלוא התקופה על 34 ימים, ואולם, אין מחלוקת, כי לא התקיים התנאי הקבוע בסעיף 53 להוראה (המחייב "אישור רצף"). משמע, בהעדר "הוראה לטפל בכל התקופות שבהן היה נעדר כאילו היו

תקופה אחת", נכון היה להשקיף על היעדרותו של המערער ככזו שהתבצעה בשתי תקופות נפרדות.

48. אמנם, סעיף 48 להנחיית התביעה הצבאית הראשית לעיל, מאפשר הגשת כתב אישום גם אם ההיעדרות היא לתקופה הקצרה מ-30 ימים, ואף שוכנענו, כי במקרה דנן חברו נסיבות חומרה "מהותיים ובולטים", כגון: הישנות העבירה, היות העבירה סמוכה לעבירה קודמת, הרשעתו של המערער לפני בית-דין צבאי בגין עבירה קודמת וכיוצ"ב. עם זאת, אופן ניסוח כתב האישום וייחוס עבירה אחת שעניינה היעדר מן השירות שלא ברשות, מצביע על הנחת העבודה, כי לפנינו היעדרות כוללת, מקשה אחת, וספק אם בנסיבות העניין, נשקל היעדרו של "אישור רצף" בעניינו של המערער ונשקלו הפגמים שנפלו בהחלטתה של סגנית רת"ח עריקים, כמפורט לעיל.

סיכום ביניים – הפגמים

49. לאור קביעותנו דלעיל, ניתן להצביע על שני פגמים מנהליים מרכזיים. האחד, עניינו, החלטתה של סגנית רת"ח עריקים והוראתה שניתנה ליחידתו של המערער, שלא להעמידו לדין משמעת, אלא להביאו למשטרה צבאית לשם מעצרו והבאתו לדין בפני בית הדין הצבאי, וזאת בניגוד להוראות, נוכח העדר תשתית עובדתית מתאימה (ניכוי ימי המחלה ע"ש המערער) או, לחלופין, קבלת החלטה בניגוד להנחיות המחייבות אותה ובהעדר הנמקה מתאימה. הפגם השני, עניינו בהחלטת הפרקליטה על הגשת כתב אישום בגין פרט אישום אחד, שעניינו העדר מן השירות שלא ברשות, המייחס למערער היעדרות **רציפה** החל מיום 20.9.2017 ועד ליום 4.11.2017, על אף שבניגוד להוראות, לא התקבל אישור רצף למלוא תקופת היעדרות ולמעשה, אף מבלי שנשקל הפגם שנפל בהחלטה המנהלית הראשונה של סגנית רת"ח עריקים.

50. ראינו להעיר עוד, כי אף היחידה לא פעלה בהתאם להוראות המחייבות אותה, משלא העבירה את המערער "בליווי חייל אחר מטעם היחידה לבסיס המשטרה הצבאית הקרוב ללא דיחוי" (בניגוד לסעיף 43 להוראה), אלא אישרה לו לצאת את היחידה ללא ליווי והורתה לו להגיע "עצמאית" לבסיס המשטרה הצבאית. אך לא סברנו, כי יש בהתנהלות זו, בנסיבות העניין, ומאחר שהמערער ניצל את אמון מפקדיו בו והמשיך, לעשות דין לעצמו, כדי להשליך על תוצאת הליך זה.

הסעד

51. אך לאחרונה, סקר בית-דין זה, מהי נפקותו של פגם הנופל בהחלטה מנהלית. נביא את הדברים כלשונם:

"את נפקותו של פגם שנפל בהחלטה המנהלית... בדומה לפגמים אחרים בהחלטות מנהליות שונות, יש לבחון במשקפיה של דוקטרינת הבטלות היחסית (המכונה גם מבחן "התוצאה היחסית"). יפים לכאן, הדברים הבאים :

'החלטת התובע על העמדת המערער לדין היא החלטה מינהלית... אולם כלל ידוע הוא כי יש להבחין בין פגם בהליך לבין תוצאת הפגם. פגם משפטי מאותו סוג עשוי להוביל במקרים שונים לתוצאות שונות, לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. מטבע הדברים, החלטת דוקטרינת הבטלות היחסית בנוגע לפגם משפטי בפעולת הרשות נעשית תמיד על רקע נסיבותיו הפרטניות של המקרה. דוקטרינה זו הוחלה גם בהליך הפלילי... כזו היא החלטת תובע בדבר העמדה לדין'...

הוטעם, כי ככל שנפל פגם במעשה המנהלי עשוי הסעד להשתנות על-פי הנסיבות ובהתאם לדוקטרינת הבטלות (או התוצאה) היחסית... דוקטרינת הבטלות היחסית מעניקה לבית הדין שיקול דעת באשר לתוצאות הפגם, תוך התחשבות במכלול הנסיבות של ההפרה והתמקדות בשאלה מהו העוול שנגרם כתוצאה ממנה. נקבע, כי 'תורת' הבטלות היחסית' מתייחסת למיוחדות של המקרה, מפרידה בין הפגם לבין הסעד הניתן בגינו, ומתאימה את התרופה הראויה לא רק בהתייחס לפגם, אלא גם בשים לב לכלל הנסיבות האחרות של המקרה' (בש"פ 984/10 פלוני נ' מדינת ישראל (25.2.2010)). בהתאם, תוצאות הפגם המנהלי אינן קבועות מראש, אלא משתנות ויחסיות (ראו: רע"פ 2413/99 טוראי גיספן נ' התובע הצבאי הראשי נה (4) 673) (ע/69/17 התובע הצבאי הראשי נ' סמל אטרש (2018); וראו גם: ע/85/16 רב"ט בקל נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

52. בהתאם, שומה עלינו לבחון מה הנפקות שיש ליתן לפגמים שנפלו, בנסיבות המקרה דנן, כמפורט לעיל. בין היתר, שומה עלינו לבחון את טיבם של הפגמים והיקפם וכן את השלכותיו של הסעד המבוקש, בראי השיקולים השונים ובאיזון בין האינטרס הציבורי בהעמדתו לדין של חייל, אשר זוהי לו היעדרותו השמינית מן השירות הצבאי, לבין זכותו של המערער להליך הוגן ושוויוני.

53. במקרה שלפנינו, נפגעה תחושת ההגינות והצדק, מכך שהמערער הועמד לדין פלילי חלף העמדתו לדין משמעתי ביחידתו. עמדנו בקצרה על המשמעויות הנלוות להעמדה לדין פלילי, בעיקר בהיבט התיוג הפלילי. במקרה דנן, מאחר שזו הפעם השנייה, שבה נותן המערער את הדין בבית-דין צבאי, בעבירה של היעדר מן השירות הצבאי, ניבטת לכך משמעות של ממש, וזאת לאור הוראת סעיף 404א(ו) לחוק השיפוט הצבאי, הקובעת כי לא תחול הגבלה על מסירת מידע מהמרשם הפלילי וקיצור תקופת הרישום ("רישום מופחת") "לעניין נאשם שהוטל עליו עונש מאסר על-תנאי ובשל הרשעתו בעבירה נוספת... רשאי בית הדין שהרשיעו כאמור לצוות על הפעלת העונש על-תנאי".

משמע, העמדתו לדין פלילי פעם נוספת והרשעתו בעבירה, כרוכות ברישום פלילי "מלא".

54. מנגד, כאמור, אין לכחד, כי המערער עשה דין לעצמו, עת נעדר מיחידתו פעם אחר פעם. זוהי, כאמור, היעדרותו השמינית משירות צבאי, אשר החלה זמן לא רב לאחר היעדרות קודמת, ואף שעה שתלוי ועומד נגדו עונש מאסר מותנה בר הפעלה. עוד למדנו, כי מפקדיו של המערער עשו כל אשר לאל ידם על-מנת לסייע למערער, חרף התנהגותו המזלזלת בהם ובדרישות הצבא. מובן אף, כי מעשיו של המערער פגעו באינטרס הציבורי המחייב נשיאה שוויונית בנטל השירות.

55. במצב דברים זה, סברנו כי קבלת עתירתה של ההגנה במלואה, על דרך של ביטולו של כתב האישום, תהיה בלתי מידתית ותחטא לאינטרס הציבורי. בחינת כלל נסיבות המקרה מצביעות על כך, שניתן לרפא את הפגמים שנפלו בדרך מאוזנת של המרת סעיף האישום, לכזה שהרשעת המערער בו לא תגרור רישום פלילי "מלא". נזכיר, כי הגם שהרישום הפלילי אינו מסווג כעונש, "לעתים, תוצאות הלוואי של הרישום הפלילי חמורות יותר, מבחינתו של הנאשם, מהעונש אשר יוטל עליו" (ע/43/01 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל אטדגי** (2001); וראו גם עניין **פלוניים הנ"ל**; ע/124/10 **סמ"ר אסמאעיל נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)).

56. על כן, מצאנו להורות על ביטול הרשעתו של המערער בעבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי. חלף זאת, יורשע המערער בעבירה שעניינה התנהגות מבישה, לפי סעיף 129 לחוק השיפוט הצבאי, סעיף שאינו נושא רישום פלילי.

הערעור כנגד גזר הדין

57. המרת סעיף האישום, שבו הורשע המערער, משליכה, מטבע הדברים, על הסמכות להורות על הפעלת עונש מאסר מותנה בגין עבירה "נוספת". בענייננו, סיים המערער לרצות את מלוא תקופות המאסר שהושתו עליו, בסמוך לאחר הדיון בערעור. אשר על כן, לא תהא לקיצור עונש המאסר שהושת על המערער על-ידי בית הדין קמא, נפקות על עניינו של המערער ולמעשה, אף ההגנה לא עתרה להקלה ברכיבי העונש השונים, אלא כיוונה לתוצאות ההליך, במישור הרישום הפלילי.

58. במצב דברים זה, ובשים-לב לנסיבות החומרה שנמנו לעיל, אנו מורים, כי על המערער, בגין הרשעתו בעבירה של התנהגות מבישה, בנסיבות העניין, יושת עונש מאסר בפועל בן 85 ימים, כמניין ימי המאסר שריצה, ומבלי שיופעל עונש המאסר המותנה שהוטל על המערער בהליך קודם.

סוף דבר

59. ערעור ההגנה על הכרעת הדין מתקבל, אפוא, כך שהמשיב יורשע בעבירה של התנהגות מבישה, לפי סעיף 129 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, חלף הרשעתו בעבירה של העדר מן השירות שלא ברשות. עונש המאסר בפועל יועמד על 85 ימים, כמניין ימי שהותו בכלא.

60. לאור האמור בפסקה 38 דלעיל, יועבר פסק הדין לתובעת הצבאית הראשית.

ניתן והודע היום, כ"א באדר התשע"ח, 8 במארס 2018, בפומבי ובמעמד בעלי הדין.

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