



### בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא  
אל"ם מאיה הלר - שופטת  
אל"ם רן גרשקוביץ - שופט

בעניין :

ח/XXX טוראי ח' ב' ד' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד אליהו ארביב; עו"ד עדיה אלון)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן ליאור רוזנשטרך)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוט חיל האוויר שניתן בתיק ח"א (מחוזי) 263/18 (רס"ן טובי הארט – אב"ד; רס"ן אורית רוסו – שופטת; סרן דנה דגני – שופטת) ביום 29.1.2019. ערעור ההגנה (הכרעת הדין) נדחה. ערעור ההגנה (חומרת העונש) התקבל.

### פסק-דין

#### רקע

1. טוראי ח' ב' ד', המערער, הורשע לאחר שמיעת ראיות, בעבירה של עריקה, לפי סעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. נקבע, כי המערער נעדר משירות צבאי ביחידתו, בח"א XXX, למשך 3,015 ימים, החל מיום 13.4.2010 ועד למועד התייצבותו, 14.7.2018. עוד נקבע כי היעדרותו לוותה בכוונה שלא לחזור לשירות צבאי. נוכח הרשעתו הושתו על המערער 13 חודשי מאסר בפועל לצד מאסר מותנה. כמו כן, הורה בית הדין קמא על הפעלתו במצטבר של מאסר מותנה בן תשעים ימים,

שהוטל על המערער בעבר, בתיק ח"א (מחוזי) 684/09 ועל הפעלתו בחופף של מחבוש מותנה בן שבעה ימים, שהוטל גם הוא על המערער, בעבר. ההגנה לא השלימה עם פסק הדין וערערה הן כנגד ההרשעה והן כנגד חומרת העונש.

### הערעור על הכרעת הדין

#### **עובדות שאינן במחלוקת**

2. בפתח חלק זה של הדיון יש לעמוד על גדר הכפירה ועל העובדות שאינן שנויות במחלוקת. למעשה, ההגנה לא חלקה על היעדרותו של המערער משירות צבאי, שלא ברשות, במועדים שנטענו בכתב האישום ואף לא על מודעותו להתנהגותו ולנסיבות ביצוע העבירה. לוז טיעוני ההגנה, בבית הדין קמא ואף לפנינו, מצוי בהכחשת הכוונה "שלא לחזור לשירות בצבא", כנדרש להוכחת סעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי. בהתאם, כבר עתה, ניתן לקבוע שהוכחו כנדרש העובדות הבאות:

א. המערער התגייס לשירות צבאי ביום 5.4.2009 ושובץ לטירונות בבח"א XXX. ימים ספורים לאחר מכן, ביום 20.4.2009, החל בהיעדרות מן השירות למשך 213 ימים, שהסתיימה במעצרו. בגין היעדרות זו הועמד המערער לדין לפני בית-דין צבאי ולאחר שהודה באשמה, במסגרת הסדר טיעון, הושתו עליו 105 ימי מאסר בפועל לצד 90 ימי מאסר על תנאי (תיק ח"א (מחוזי) 684/09). ביום 18.2.2010, לאחר סיום ריצוי עונש המאסר בפועל, שב המערער ליחידתו ושירת בה כחודשיים. במהלך התקופה נעדר מיחידתו למשך שישה ימים ונדון, בדין משמעתי, לעונש מחבוש על תנאי. ביום 13.4.2010 החל המערער בהיעדרותו הנוכחית.

ב. בתאריך 17.5.2010 נערך בבית הוריו ביקור מטעם קצינה מן היחידה.

ג. בתקופת ההיעדרות ועוד קודם לכן, נמצא (כך, גם על דעת התביעה), כי המערער נקלע לחובות בגין הימורים. עוד עלה, כי בחודש יולי 2017 נישא המערער לחברתו מזה כשש שנים. השניים התגרשו בחודש מארס 2018. כמו כן, לא הייתה מחלוקת כי הוריו של המערער נטלו הלוואה בסך 325,000 ש"ח, כנגד ביתם וכי זמן קצר לאחר מכן, התייצב המערער במשטרה צבאית באילת.

ד. ביום 9.8.2018, בהמלצת ועדת התאמה לשירות, פוטר המערער משירות צבאי בעילה של "התנהגות רעה וחמורה".

3. כעת, לאחר פירוט העובדות המוסכמות, נפנה לבחון את טיעוני הצדדים בערעור ואת קביעותיו של בית הדין קמא.

## טענות ההגנה

4. לב טיעוני ההגנה בחלק זה של הדיון עוסק בהשלכות שיש לייחס לבעיית ההימורים של המערער על הוכחת כוונתו שלא לשוב ולשרת בצבא. נטען כי מהעובדות המוסכמות ואף מעדויותיו של המערער לפני בית הדין קמא, יש להניח, כי בתחילת שירותו הצבאי, היה המערער בעל מוטיבציה לשרת בצבא. לדידה של ההגנה, תמונת הראיות שנפרשה, לרבות השתלבותו של המערער בעבודות מזדמנות בלבד, החובות שאליהם נקלע וגירושיו, זמן קצר לאחר שנישא – מלמדת על השינוי שחל בו בעקבות התמכרותו להימורים. לדידה של ההגנה, בעיית ההימורים שללה את יכולתו של המערער לכלכל את צעדיו ומנעה ממנו את האפשרות לנהל את ענייניו כאזרח נורמטיבי. לעניין זה נטען, כי בשל חובותיו הכספיים של המערער והתמכרותו להימורים "לא עלה בידי המערער לעשות מעשה ולחזור לשירות צבאי". לפיכך, לשיטת ההגנה, המערער כלל לא יכול היה לגבש "כוונה שלא לחזור לשירות בצבא", כנדרש במסגרת הוכחתה של עבירת העריקה. אשר על כן הוטעם, כי שגה בית הדין קמא משקבע שבמערער התקיימה "כוונה מותנית" לשוב לשירות בצבא, שהרי מפאת מצבו הכלכלי לא יכול היה כלל לגבש רצון כלשהו לחזור אל השירות צבאי.

5. בהתאם נטען, כי שגה בית הדין קמא "משהתעלם כליל" ממצבו הנפשי של המערער ומהקושי שחווה, בהיותו מכור להימורים, לפנות לעזרה ולתמיכה במצבו.

6. עוד נטען, כי שגה בית הדין קמא משקבע שהסיבה שבגינה נעדר המערער היתה חוסר שביעות רצונו משיבוצו בבח"א XXX, בשל רצונו לשרת קרוב לביתו ומשום שלא היה מרוצה מיחס מפקדיו. כן נטען כי שגה בית הדין קמא משנתן משקל לעובדת היותו של המערער פטור משירות מטעמי אי-התאמה, בפרט כאשר מפאת גילו של המערער, בהיותו בן 28, לא יוכל לשוב לשירות בצבא.

7. נטען גם, כי שגה בית הדין קמא משלא נתן משקל לכך שגורמי הצבא לא עשו דבר על-מנת לעצור את המערער במועד מוקדם מהמועד שבו, לבסוף, התייצב ובכך תרמו גורמי הצבא להתמשכות העבירה. אשר לחקירתו של המערער, לאחר מעצרו, נטען, כי שגה בית הדין קמא משלא נתן משקל להתרשלות גורמי החקירה "אשר מלבד שני תשואלים לא חקרו את המערער ובשל כך לא עלה בידי למסור גרסה". עוד נטען לעניין זה, שחרף "תחינותיו החוזרות" נרמסה זכותו של המערער להיוועץ בעורך-דין, זכות יסוד בשיטתנו המשפטית. לשיטת ההגנה, לו היה עולה בידי המערער למסור גרסה, הוא היה מתאר את השתלשלות האירועים כדבעי, כך שניתן היה להתחשב בדבריו ולא לייחס לו עבירה של עריקה, אלא עבירה של היעדר מן השירות, בלבד.

8. ההגנה טענה עוד, כי עברו של המערער וקיומו של הליך משפטי קודם בעניינו, הם נתון רלוונטי לעונש. לפיכך נטען, כי לא היה מקום להתחשב בנתון זה במסגרת הכרעת הדין, בעת בחינת התקיימות יסודות העבירה וכי התחשבות בעבר פלילי בשלב הכרעת הדין פסולה.

### **תשובת התביעה**

9. התביעה הצבאית סמכה ידיה על הכרעת-דינה של הערכאה קמא ועתרה לבל נתערב בה. לטענת התביעה, הוכח כדבעי כי המניע הראשוני להיעדרות המערער משירותו נעוץ בחוסר שביעות רצונו משיבוצו בחיל האוויר. לעניין זה נטען, כי במועד תחילת ההיעדרות המתין המערער לתחילתו של קורס שאליו שובץ, ולמעשה נדרש להגיע לבסיסו "יום או יומיים בשבוע" בלבד, כך שלא נמנעה ממנו יציאה לעבודה. מכאן, לשיטת התביעה, כי הטעם להיעדרותו של המערער משירות אינו נעוץ בקושי כלכלי. עוד נטען, כי בהתאם לראיות שהוכחו, לאחר שהחל בהיעדרותו, ערכו גורמי הצבא ביקור בביתו של המערער. על-פי הנטען, כפי קביעת בית הדין קמא, במהלך הביקור הבהיר אביו של המערער כי הוא מפציר בבנו לשוב לשירות אך ללא הועיל, מפאת "היעדר מוטיבציה" של המערער.

10. התביעה הדגישה כי סוגיית ההימורים לא הוזכרה כלל. אמנם, התביעה לא חלקה על כך שהמערער חווה קשיים כלכליים במהלך תקופת עריקותו ואולם, לטענתה, לא עשה כל ניסיון לשוב לשירות או לחלופין לפנות לרשויות הצבא בבקשה להתאים את צרכי שירותו לנסיבות חייו.

11. אשר לטענת ההתמכרות להימורים נטען, כי לבקשת ההגנה, נבדק המערער, לא אחת, על-ידי גורמי בריאות הנפש בכלא ובבדיקות לא נמצא כי הקשיים הכלכליים שחווה המערער מקורם בהתמכרותו להימורים. התביעה ציינה לעניין זה, כי אף אביו של המערער לא ציין, בעת ביקורה של הקצינה, כי בנו מעורב בהימורים.

12. לעניין התייצבותו של המערער בתום תקופת עריקותו נטען, כי המערער עשה כן אך מן הטעם שידע כי בשלב זה, התייצבותו תוביל לפיטוריו מן השירות, וכי אין המדובר בהתייצבות מתוך מטרה לשוב ולשרת בתום תקופת היעדרות ארוכה.

13. לדידה של התביעה, תקופת היעדרותו הממושכת של המערער, שהסתיימה אך בשל רצונו לקבל פטור משירות צבאי, מעידה על כוונה שלא לשרת בצבא, כנדרש במסגרת היסוד הנפשי להוכחת עבירת העריקה. למצער, נטען, כי כוונתו של המערער לשוב לשירות הייתה מותנית בכך שישדיר את מצבו הכלכלי תחילה. כמו כן נטען, כי בהתאם להלכה הפסוקה, שקולה הכוונה המותנית לכוונה שלא לשוב לשירות צבאי.

14. לעניין ההתנהלות בחקירתו של המערער נטען, כי הגם שזו היתה לקויה, ניתן לפגמים שנפלו בה סעד מתאים עת בחר בית הדין קמא שלא לראות בעדותו של המערער משום עדות כבושה, כך שגרסתו נתקבלה כמעט במלואה. נטען, כי בנסיבות העניין, אין הצדקה להתחשבות נוספת במערער בשל אופן חקירתו.

### **עיקרי הכרעת הדין של בית הדין קמא**

#### קביעות שבעובדה

15. לעניין חקירתו של המערער, מצא בית הדין קמא "שהנאשם אמנם נחקר פעמיים, אך זאת על מנת 'לצאת ידי חובה'". אשר לחקירתו הראשונה (ת/2), שבה הוזהר המערער בחשד לביצוע עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, נמצא כי לא הובהרה למערער חשיבות גרסתו בהיבט חומרת העבירה הצפויה להיות מיוחסת לו. צוין עוד, כי "לא כל השאלות והתשובות נרשמו, וגם כשמסר תשובות סתמיות לא התבקש להבהירן או למסור פרטים נוספים". בית הדין קמא קבע שבאמרה זו אין די, וודאי כאשר מדובר בעבירה של עריקה.

לעניין חקירתו הנוספת של המערער (ת/1), שבפתחה הוזהר בחשד לביצוע עבירה של עריקה, לפי סעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי, מצא בית הדין קמא כי זו נערכה בשעות הלילה, ללא הצדקה ובלא שנבחנה כשירותו של המערער להשיב לשאלות כדבעי. נמצא גם, כי המערער ביקש במהלכה של החקירה, להיוועץ בעורך-דין אך הדבר לא הסתייע, וחרף זאת המשיך החוקר להציג בפניו את מלוא השאלות.

16. לפיכך, קבע בית הדין כממצא שבעובדה "שלא התאפשר לנאשם לפרוס את גרסתו לאחר מימוש זכות ההיוועצות בעו"ד". פועל יוצא מקביעה זו, כי בית הדין קמא ראה שלא לייחס משקל לדברים שמסר המערער באמרותיו לחובתו, "ואף לא... להתייחס לעדותו של הנאשם... כ'עדות כבושה'". בהתאם בואר, כי קביעותיו העובדתיות של בית הדין קמא מבוססות, בעיקרן, על עדותו של המערער לפני בית הדין קמא.

17. לאחר מכן, בחן בית הדין קמא את הסיבה שבעטיה החל המערער בהיעדרותו. לעניין זה העידה מטעם התביעה קצינה מיחידתו של המערער, רס"ן טמורוב, אשר ביקרה בשעתו בביתו של המערער, ותייעדה את מהלך הביקור (ת/3). בדוח הביקור פורט כי המערער לא נכח בבית והעדה פגשה באביו של המערער אשר מסר "שגם הוא וגם אשתו לוחצים על בנם לחזרתו לבסיס, אך ללא הועיל. ח' ב' ד' לא מוכן להקשיב וכל הזמן טוען שהוא יחזור מחר אך הדבר לא קורה... אביו טען שח' ב' ד' אינו מעוניין לשרת בצה"ל וחסר מוטיבציה ולכן זוהי הסיבה שהוא בורח". בית הדין קמא ראה להעדיף את עדותה של רס"ן טמורוב על פני עדותו של האב, בהקשר זה, משהתרשם

ממהימנותה וממקצועיותה. נקבע אף שדו"ח הביקור "הוא בעל היגיון פנימי רב והדברים המפורטים בו נכתבו בסמוך לאחר הפגישה בעת שזיכרונה של העדה היה טרי". כן נקבע, כי חלק ניכר מן הכתוב בדו"ח תאם את שמסר אביו של המערער בעדותו.

18. אשר לעדות האב, מצא בית הדין קמא כי "הוא הותיר רושם אמין במרבית עדותו, ובפרט בכל הנוגע לרצונו כי הנאשם ישרת באופן תקין". עם זאת, ביחס להתכחשות האב לכך שאמר לרס"ן טמורוב כי המערער "חסר מוטיבציה לשירות", נקבע כי "הייתה לאב מוטיבציה מובהקת להתנער מהאמירה כי הנאשם חסר מוטיבציה... במסגרת זו אף נקלע למסירת גרסה שאינה סבירה על פניה, לפיה כלל לא נערכה שיחה ביחס להיעדרות אלא הקצינה שתתה תה (במשך 40 דקות) והלכה. בנוסף... האב עצמו אישר... מסירת פרטים שנרשמו בדו"ח, בשונה מגרסתו הראשונית".

19. בצד זאת נקבע, כי ייתכן שדברי האב ביחס לחוסר המוטיבציה של בנו מקורם במסקנתו האישית. לפיכך, ניתנה לדברים משמעות מוגבלת לחובתו של המערער.

20. לעניין עדותו של המערער ביחס למניע להיעדרותו, מצא בית הדין קמא כי "הנאשם תיאר באופן כן צמתים מרכזיים בהיעדרותו, ובפרט היווצרות חובות לגורמים מפוקפקים על רקע הימורים... הקרע שנוצר בינו לבין אשתו על רקע זה, הצער שהנאשם חש על כך שבשל מעשיו נאלצו הוריו ליטול הלוואה כגד ביתם על מנת לכסות את חובותיו, וההחלטה להתייצב בעקבות כיסוי החוב". בית הדין קמא ציין כי עדות המערער נתמכת בראיות חיצוניות. עם זאת, נמצא כי "ניסיונו של המערער לייחס לעצמו מוטיבציה לשירות מאז תחילת שירותו ועד היום, אותה לא הצליח להביא לידי ביטוי בשל 'חוסר ברירה'", לא היה משכנע, שעה שבית הדין התרשם כי "הנאשם מסר תשובות מיתממות... ואף נקלע לסתירות בתשובותיו". כך העיד המערער כי רצה לשרת בשירות קרבי ולכן שיבוצו במערך הטכני בחיל האוויר לא היה לרוחו ובד בבד הסביר, כי לאור החובות שצבר "רציתי לעשות יומיות". כך, תלה המערער את היעדרותו בחובות שצבר, ולאחר שהוצג לו כי תנאי שירותו באותה עת אפשרו לו לצאת ולעבוד, טען כי החל בהיעדרות בשל היחס שהפגינה כלפיו מפקדתו.

21. אשר על כן, קבע בית הדין כממצא עובדתי, כי ההיעדרות לא החלה "בלית ברירה" בשל הצורך לעבוד ולכסות חוב זה... שכן באותו מועד דווקא היה באפשרותו לעבוד (או להמר); אלא בעיקר בשל כך שלא היה מרוצה משיבוצו בבח"א XXX". בקבעו כך הסתמך בית הדין קמא גם על עדות האב שלפיה "הוא רצה חיל ירוק והכניסו אותו לחיל האוויר הוא נלחם איתם שיעבור לחיל ירוק ולא נתנו לו".

22. לעניין מהלך היעדרותו של המערער והסיבות להתמשכותה נמצא "שלא הייתה מחלוקת של ממש על כך שהנאשם נקלע לחובות בגין הימורים וכי לחובות אלה הייתה השלכה ישירה על ההיעדרות". צוין, כי המערער אמנם לא הזכיר את נושא ההימורים באמרותיו, אך הדבר עשוי להיות מוסבר בחקירה הדלה ובפגמים שנפלו בה. עם זאת, בית הדין לא קיבל את טענת המערער כי **התמכר** להימורים דווקא. בואר כי ההגנה לא הציגה חוות-דעת מומחה מטעמה שתתמוך באבחנה זו; וכי מעדות האב עלה כי עד להגעת הנושים לביתו, שנים רבות לאחר תחילת ההיעדרות, לא היה מודע להיקפה של הבעיה, אף שידע כי בנו מהמר, דהיינו, בזמן אמת לא סבר שבנו התמכר להימורים. יתר על כן, נקבע כי ממילא אין להסתמך על עדותו של האב לעניין האבחנה, משאינו מומחה בתחום; עוד נקבע כי המערער התנהל באורח מחושב שעה שתכנן לשוב לשירות לאחר שיפרע את חובותיו, וכי דה פקטו, כאשר האב נטל הלוואה וחובותיו נפרעו, התייצב המערער לסיום היעדרותו. למעלה מן הצורך הטעים בית הדין קמא כי ממילא אין להתמכרות להימורים כשלעצמה בבחינת סייג לאחריות פלילית בעבירות המבוצעות על רקע של הימורים.

23. עוד נמצא, כי אף תשובותיו של המערער ביחס לרצונו והבנתו בנוגע לצפוי לו בתום ההיעדרות הותירו רושם שלילי ומיתמם. טענת המערער כי לא התנגד לשוב לשרת וכי פיטוריו משירות **נכפו** עליו נדחתה, משנמצא, כי טרם התייצבותו שוחח המערער עם אחרים ולמד כי בנסיבות דומות פוטרו אחרים מן השירות הצבאי, כך שאף המערער הניח שיפוט כמותם. לפיכך נקבע כי "הנאשם [היה] מודע היטב לכך שהוא צפוי לפטור משירות בשל גילו והיעדרותו הממושכת, ואם היה מוכן לחזור לשירות כלשהו – הרי שהיה זה רק בתנאי שלא יצטרך לשאת כעת בעונש בגין היעדרות זו".

24. לאור המקובץ לעיל, דחה בית הדין קמא, מבחינה מהותית, את הטענה שלפיה ההיעדרות נגרמה מ"חוסר ברירה אמיתי" וקבע, כי המניע הישיר להיעדרותו של המערער היה חוסר שביעות רצון משיבוצו ומיחס מפקדיו. כן נקבע כי המערער לא התכוון לשוב לשרת כל עוד הוא חייב כספים, תוך שהוא נמנע מכל צעד העשוי לסייע לו לצאת ממעגל חובותיו, עד לעת האחרונה, אז כאמור, התייצב והסגיר עצמו לאחר שכבר הניח שיפוט משירות צבאי.

#### הדין ויישומו

25. בית הדין קמא פירט מהם יסודות העבירה של עריקה, תוך שקבע כי על-מנת להפריך את חזקת הכוונה שלא לחזור לשירות בצבא, הקבועה בסעיף 93 לחוק השיפוט הצבאי והקובעת כי "חייל שנעדר משירותו בצבא שמונה עשר חודשים, שלא ברשות,

רואים אותו כמי שנעדר מן השירות מתוך כוונה שלא לחזור, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר" – אין נאשם נדרש להראות שהתקיימה אצלו כוונה פוזיטיבית לשוב לשירות, אלא להראות, במידה של מאזן הסתברויות, שלא התקיימה בו כוונה שלא לשוב לשרת. יחד עם זאת, פורט, כי בהתאם להלכה הפסוקה, הכוונה אינה יכולה להיות מסויגת או מותנית, למשל – כ"שהמצוקה תחלוף".

26. ביישמו את הדין על עניינו של המערער, קבע בית הדין קמא, כי המערער נעדר מן השירות תקופה של למעלה משמונה שנים, כך שיש לראותו כמי שנעדר מן השירות מתוך כוונה שלא לחזור. עוד נקבע כי לא עלה בידי המערער לסתור את החזקה האמורה, שכן אין בתקוותו של המערער כי "ביום מן הימים יעלה בידו לכסות את חובות ההימורים ואז יתייצב להסדרת מעמדו" יותר מתקווה ערטילאית, במיוחד לאחר ש"הנאשם העיד על עצמו כי לא פעל לחזור לשירות, ובפועל התכוון שלא לחזור לשירות כל עוד לא כיסה חובות ההימורים, שכן חשש מפני הנושים". בהתאם, הסיק בית הדין קמא כי "המדובר במובהק ב'כוונה מותנית' לחזור לשירות, אשר מחזקת דווקא את החזקה בדבר קיום כוונה שלא לחזור לשירות". הוטעם, כי מעבר לכך שאין בבעיית ההימורים כדי להוות סייג לאחריות פלילית, אשר שולל את התקיימות יסוד הכוונה, היה בידיו של המערער "לפעול ליציאה ממעגל ההימורים והחובות ולחזור לשירות צבאי, גם אם הדבר כרוך במאמץ ממשי עבורו, אולם הוא נמנע מלעשות כן". כן נקבע, כי מאחר שהמערער התייצב, בסופו של יום, שלא על מנת לשרת "אלא מתוך הבנה שהוא צפוי לפטור משירות בשל גילו והיעדרותו הממושכת, ולאור רצונו להתחיל בשיקום חייו האזרחיים; או לכל היותר – מתוך נכונות לשירות מסוים בתנאי שהדבר יבוא במקום עונש", אין בעובדת התייצבותו, כאמור, כדי לסתור את החזקה.

### מהלך הדיון בערעור

27. בפתח הדיון הסבירה ההגנה את היעדרה של חוות-דעת רפואית בנוגע לבעיית ההימורים שממנה, כנטען, סובל המערער, בכך שידה של המשפחה אינה משגת לשלם עבור חוות-דעת מאת גורם פרטי. נטען גם, כי גורמי בריאות הנפש בבסיס הכליאה, אינם ערוכים לאבחן את הבעיה או להציע טיפול מתאים לה. עם זאת, במהלך הדיון, בעקבות הערותינו, הוצגו לנו, בהסכמתה של התביעה, מסמכים מאת גורמי בריאות הנפש בבסיס הכליאה, שנערכו בעניינו של המערער, במהלך תקופת מעצרו.

28. מתיעוד זה עלה, כי ביום 2.8.2018, נבדק המערער אצל קב"ן בכלא ומסר, כי אינו מתאים לשירות צבאי. המערער פירט לפני הקב"ן את נסיבותיו המשפחתיות וציין כי נקלע לחובות כבדים "בגלל חוסר תפקוד לאורך שנים" ובעקבות הלוואות שנטל.

המערער אף מסר, כי לא השתלב במקום עבודה מסודר ולא התמיד בעבודה קבועה. עם זאת, המערער לא ציין כי הוא נוהג להמר. המערער אף ציין כי "הסגיר את עצמו כדי לסיים את התהליך ולהשתחרר". בסיום הבדיקה נמצא, כי המערער "סובל ממצוקה הסתגלותית, עם מאפיינים התנהגותיים על רקע השירות הצבאי... ללא עדות לתחלואה מאג'ורית". הקב"ן ציין כי אינו מתרשם מעילה לשחרור אך המליץ, "עקב גילו ונסיבות חייו המורכבות", להפנות את המערער לוועדת התאמה לשירות. בבדיקת קב"ן נוספת מיום 9.8.2018, בעקבות פנייה שניה של המערער, שב ותאר המערער את החובות הכבדים שאליהם נקלע, בגין הלוואות שנטל. כמו כן, מסר לקב"ן, כי "מוכן לשבת חצי שנה. מציין כי הסגיר את עצמו. יודע שצריך לשלם על הטעות שלו. לצד זאת, גילו מבוגר ומעוניין להתחיל בחייו". באותה בדיקה ציין הקב"ן כי המערער "שולל התמכרויות... במשפחה... שולל טיפולים פסיכולוגיים בעברו. מתאר כי היה נכנס לחובות לאור חוסר תפקוד בעבודה, לדבריו לא חשב על המחר, אלא היה עסוק ליהנות כאן ועכשיו". בבדיקה זו, נמצא כי המערער "מגלה מצוקה הסתגלותית לשירותו הצבאי עם ביטויים התנהגותיים (עריקות), ללא מרכיבים אפקטיביים בתגובתו וללא הפרעה תפקודית בתחומים אחרים". אף קב"ן זה המליץ להפנות את המערער לוועדת התאמה לשירות.

ביום 29.11.2018, בעקבות הנחיית בית הדין המחוזי שהתקבלה לבקשת ההגנה, הבהיר ראש צוות הקב"נים בבסיס הכליאה, כי המערער "נבדק מספר פעמים על-ידי גורמי ברה"ן בבס"כ, שלא התרשמו מהפרעה נפשית בכלל".

## דיון והכרעה

### **הערעור על הכרעת הדין**

29. לוז ערעור ההגנה עניינו בתקיפת ממצאי העובדה שנקבעו על-ידי הערכאה קמא, ובהם העובדות כי המערער נעדר מוטיבציה לשירות צבאי, החל מראשיתו; כי המניע להיעדרות ולהימנעותה אינם נעוצים דווקא בנטייתו להימנעות; וכי כוונתו של המערער לחזור לשירות היתה מותנית. ההגנה לא הסתייגה ממצאי המהימנות שקבע בית הדין קמא, אך טענה כנגד המסקנות העובדתיות שהוסקו מן הראיות שהונחו לפניו.

30. כידוע:

"הלכה מושרשת היא שאין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי מהימנות ובממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית. נקבע כי 'הרציונאל העומד בבסיס הלכה זו הוא כי לערכאה הדיונית יתרון אינהרנטי על פני ערכאת הערעור בשל התרשמותה הבלתי

אמצעות מהעדים והראיות שנשמעו לפניו (ע"פ 5921/12 סבג נ' **מדינת ישראל** (7.5.2013); ע"פ 3308/15 שמיאן נ' **מדינת ישראל** (טרם פורסם, 17.5.2018); ע/7,11,12/17 טור' **טויל נ' התובע הצבאי הראשי** (2018)...)...

ודוקו: אין משמעות הדברים כי ערכאת הערעור תמנע מלבחון את מסקנותיה של הערכאה המבררת, אלא שבחינה זו תעשה בזהירות המתחייבת, בראי החריגים לכללי אי ההתערבות שהוכרו בפסיקה (ראו: ע"פ 8146/09 **אבשלום נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 8.9.2011); ע"פ 7653/11 **ידען נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 26.7.2012); ע"פ 2840/17 **ניאזוב נ' מדינת ישראל**, (טרם פורסם, 4.9.2018)). עם זאת, 'במצב הדברים הרגיל, שבו הממצאים אינם מופרכים או לוקים בטעויות משמעותיות, ערכאת הערעור אינה מתערבת בהם' (ע/29/15 **רב"ט בר נ' התובע הצבאי הראשי** (2015)) " (ע/44,45/18 **סמ"ר לוי נ' התובע הצבאי הראשי** (2019)).

אוחזים בכללים אלה, נבחן את טענות ההגנה כנגד הכרעת-דינה של הערכאה קמא, אך תחילה, נעמוד על יסודות העבירה שיוחסה למערער – עריקה – בראי הדין.

31. עבירת העריקה מוגדרת בסעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי, בזו הלשון:

"92. עריקה

חייל שנעדר משירותו בצבא מתוך כוונה שלא לחזור לשירות בצבא, דינו - מאסר שבע שנים; נעדר החייל משירותו בצבא בעת פעילות מבצעית או פעולה קרבית של יחידתו, מתוך כוונה שלא לחזור לשירות בצבא, דינו - מאסר עשר שנים."

32. בענייננו, כמפורט לעיל, לא היתה מחלוקת כי היסוד העובדתי שבעבירה – היעדרותו של חייל מן השירות – התקיים, וכי המערער נעדר מיחידתו, בח"א XXX, במשך 3,015 ימים. המחלוקת שבין הצדדים ניטשה, כאמור, ביחס להוכחת רכיב הכוונה המיוחדת שביסוד הנפשי.

33. בע/31/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' דהן** (2013) עמד בית-דין זה, בהרחבה, על גדרי היסוד הנפשי של עבירת העריקה, ועל דרכי הוכחתו. וכך נקבע:

"בהתאם להוראת סעיף 20 לחוק העונשין, ה'מחשבה פלילית' ביחס לעבירה התנהגותית מחייבת להוכיח מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות הנמנים עם פרטי העבירה... סעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי מגדיר את עבירת העריקה כ'העדר מן השירות בצבא מתוך כוונה שלא לחזור לצבא'. בכך, למעשה, נבדל סעיף זה... מסעיף 94 לחוק, הדן בעבירה של היעדר מן השירות הצבאי, שאינה מלווה בכוונה שלא לחזור אל הצבא... סעיף 20 לחוק העונשין מגדיר את המונח 'כוונה' כימטרה לגרום לאותן תוצאות הנמנות עם פרטי העבירה'. מאחר שהעבירה המנויה בסעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי היא עבירה התנהגותית שאינה דורשת תוצאה, יש להיעזר בהוראת סעיף 90 לחוק העונשין, שכותרתו, 'פרשנות היסוד הנפשי'. סעיף זה קובע כי: '... בכל מקום בחיקוק שנחקק לפני תחילתו של חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי),

התשנ"ד-1994... 'בכוונה'... יתפרש המונח **כמניע** **שמתוכו נעשה המעשה או כמטרה להשיג יעד** כפי שנקבע בעבירה, לפי ההקשרי (הדגשה אינה במקור).

ומה בין מניע למטרה? בעניין זה, מציין פרופסור פלר במאמרו 'נפקדות על מנת להשתמט מתפקיד קרבי' **הפרקליט** 534, את הדברים הבאים:

'... **המניע** הוא אותו '**מדוע**' פנימי שהביא את הנאשם לידי החלטה לעשות את העבירה ואילו **המטרה** היא אותו '**מה**' אשר שואפים להגשימו או להשיגו באמצעות המעשה'.

בחינת לשון סעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי מובילה למסקנה כי יש לפרש את דרישת 'הכוונה' בסעיף כמטרה להשגת יעד ולא כמניע פנימי שמתוכו נעשה המעשה. עסקינן בשאיפתו של העושה שלא לחזור לשירות –

'המרכיב של 'כוונה' שלא לחזור לשירות' מהווה **יעד**... היסוד המנטאלי של עבירת העריקה מצריך הוכחת כוונה מלאה (דהיינו **שאיפה להשגת תכלית** של אי שיבה לשירות). ע/157/85 **טור' ויצמן נ' התובע הצבאי הראשי** (1985).

עולה מן המקובץ, כי על מנת להרשיע בעבירה של עריקה יש להוכיח כי ההיעדרות מן השירות הצבאי לוותה במטרה שלא לחזור אל הצבא.

במסגרת הוכחת המטרה 'שלא לחזור לצבא', שומה עלינו להידרש להוראת סעיף 93 לחוק השיפוט הצבאי... קריאת לשון הסעיף וההקשר מלמדים כי לפנינו חזקה שבחוק, הניתנת לסתירה. בעניין זה פועל הכלל שלפיו 'חזקה שבחוק מטילה את נטל סתירתה על מי שהיא פועלת לחובתו, ברמת ודאות המוטלת על תובע במשפט אזרחי, קרי: ברמה של עמידה במאזן הסתברויות; ועל כן – כאשר מדובר בנאשם בהליך פלילי – אין די לו לעניין זה בהקמת ספק לזכותו' (ראו ספרו של המלומד י. קדמי **על הראיות** חלק רביעי, בעמוד 1703 (2009)). רוצה לומר, כי בנסיבות המנויות בסעיף 93 לחוק השיפוט הצבאי, מתקיימת חזקה שלפיה העושה התכוון שלא לשוב אל השירות הצבאי ומכאן הנטל המוטל עליו, במידה של מאזן הסתברויות, להפריכה.

אשר לאופן שבו ניתן להפריך את החזקה, הבהיר בית הדין הצבאי לערעורים, בפסיקתו רבת השנים, את הדברים הבאים:

'חובת ההוכחה שהטיל המחוקק על הנאשם בסעיף 93 הינה שלילת כוונת העריקה המוגדרת בסעיף 92... חייל העוזב את הצבא שלא ברשות בלי לתת דעתו כלל לשאלת החזרה, אינו עובר עבירה של עריקה. על-כן הפרכת החזקה הקבועה בסעיף 93, אפשרית על-ידי הוכחה שלא נתקיימה בנאשם 'הכוונה' שלא לחזור לשירות'. הפרכה כזו, יכול שתעשה על-ידי הוכחה שהנאשם התכוון לשוב לצבא, אך אין זו הדרך הבלעדית לסתירתה וכל ראיה אחרת המצביעה על העדר כוונה של עריקה, כגון חוסר התייחסות לשאלת החזרה לשירות, יש בכוחה לשמש הוכחת 'היפוכו של דבר' (ע/251/74 **טור' טויטו נ' התובע הצבאי הראשי** (1974)).

בדומה, נפסק בעניין **ויצמן**, לעניין משמעות המילים 'היפוכו של דבר' כי:

'משמעות ביטוי... זה היא שדי... להראות באורח נגטיבי שלא נתגבשה אצלו כוונה שלא לחזור לשרות ואין הוא צריך להוכחה, של כוונה פוזיטיבית לחזור לשרות... באדישות, כאמור, לא סגי לשם קיום היסוד הנפשי של העבירה...'

נדבך נוסף בפרשנות הסעיף עניינו בכלל לפיו:

'אין הנאשם יוצא ידי חובת הוכחת 'היפוכו של דבר' אם הראה כוונה לחזור לשרות **המסוייגת בהתגשמות תנאים שונים... שכן דווקא בכך מראה הנאשם שכל עוד לא מתקיים התנאי המוצג על ידו אין בכוונתו לחזור לשרות... ולבסוף, גם אמירת דברים בעלמא, על רצון לחזור לשירות אינה מספקת אם הנסיבות מלמדות על כוונה אחרת' (עניין **ויצמן** הנ"ל).**

בית המשפט העליון, עת נדרש לשאלת הכוונה המותנית במסגרת בחינת קיומה של הכוונה המנויה בעבירת העריקה, הבהיר כהאי לישנא:

'כלל ידוע הוא, דרך משל, שתקוותו גרידא של נאשם בגנבה, שביום מן הימים יהיה לאל ידו להחזיר לבעלים את דבר הגזלה, אין בה כדי לסתור את כוונתו לשלול את הדבר מבעליו... **העובדה (הנטענת), שכל רצונו של המערער אינו אלא לשמור על שלמות חיי המשפחה, וכי אילו ניתן היה לישוב מטרה זו עם המשך שירותו בצה"ל, היה עושה כן ברצון, אין בה כדי לסתור את הכוונה שלא לחזור אלא דווקא כדי לבססה. כוונה אינה חייבת להיות רצויה לנאשם, כדי שתתקיים...**' (ע"א 224/79 **דימנט נ' שר הבריאות פ"ד לה(2), 424, עמ' 440-441 (1981)**)

ובדומה פסק בית דין זה לאמור:

'אדם אשר מתנה את נכונותו לחזור לשירות במפורש או במרומז אינו עומד בנטל השכנוע הנדרש ממנו לפי סעיף 93 לחש"ץ בדבר כוונתו לחזור ולשרת. כדי שהחזקה תופרך חייבת להיות הוכחה גלויה על הרצון לחזור ולשרת וללא כל תנאי' (ע/68/79 **טור' ביטון נגד התובע הצבאי הראשי (1979)**)...

לסיכום החלק הכללי של הדיון על אודות דרישת הכוונה... יש להראות כי המשיב התכוון שלא לחזור אל הצבא. בנסיבות של היעדרות ממושכת... מתקיימת חזקה שבחוק, שלפיה המשיב התכוון שלא לשוב אל הצבא. הנטל להפרכת החזקה הוטל על שכמו של המשיב, במידה של מאזן הסתברויות. ודוק: המשיב לא היה צריך להוכיח דווקא כוונה לשוב לשירות צבאי ודי היה כי יוכיח שלא התקיימה בו הכוונה שלא לשוב אל הצבא. ברם, וזאת יש להדגיש – כאשר הוכחה כוונה מותנית לשוב אל הצבא, למשל, כוונה לשוב אל הצבא, לאחר שהמצב הכלכלי יוטב – יש לקבוע כי המשיב לא עמד בנטל הפרכת החזקה, נהפוך הוא."

34. **מן הכלל אל הפרט.** המערער נעדר מן השירות הצבאי תקופה ממושכת העולה באופן ניכר על "18 חודשים", התקופה המנויה בסעיף 93 לחוק השיפוט הצבאי. לפיכך, מתקיימת בעניינו החזקה שלפיה התכוון שלא לחזור לשירות הצבאי. משכך, הועבר נטל הבאת הראיה להפריך את החזקה אל כתפי המערער. דא עקא, שבחינת התשתית הראייתית שהוכחה מלמדת כי לא עלה בידי המערער לסתור את החזקה האמורה. נבאר מסקנתנו.

35. כפי שעולה מעדותו של המערער, אף שגרס כי בתחילה היה בעל מוטיבציה גבוהה לשירות וכי אך בשל חוב כספי של 30,000 ש"ח נאלץ להעדר, נמצא שדבריו נסתרו בעדותו שלו וכן בהתנהגותו. כך, מסר בעדותו כי כש"הבנתי ששלחו אותי לטכני בחיל האוויר וכבר שם אמרתי להם שאני לא מעוניין בתפקיד הזה כי אני לא רוצה להיות ג'ובניק". כמו כן, במהלך הטירונות פנה המערער לקב"ן ביחידה וביקש להתאים לו תנאי שירות שיאפשרו לו לעבוד. בהתאם, המליץ הקב"ן על "לינה ביתית חובה", אך המערער התעקש כי זו תתחיל "מהיום", והקב"ן הסבירו כי הדבר אינו אפשרי. לבסוף מסר המערער כי "ההיעדרות הזו נפתחה גם בגלל [מפקדתו] שהעלתה אותי למשפט". לדבריו, התנהלותה, לא היתה לרוחו משום שלא ענתה לשיחות בכל פעם שהתקשר אליה, באופן שגרם לו להמתין מחוץ לבסיס, עד לקבלת אישור הכניסה. יתר על כן, הן בעת שנשפט בבית הדין בגין היעדרותו הקודמת והן לפני מפקדו בדין משמעתי (ת/4 ו-ת/6), לא העלה המערער טענות על בעיות כלכליות, בכלל או על חובות בשל הימורים, בפרט. המערער טען אמנם כי בית הדין נחשף לעברו הפלילי של המערער בטרם הכרעת הדין, באופן נפסד. אולם עיון בפרוטוקול מלמד כי ההגנה הסכימה "להגשת ההליך הקודם" כראיה בשלב ההוכחות (עמ' 26 שורות 27-32) ומכאן שבית הדין רשאי היה להסתמך על ראיה זו (על קבילותן של ראיות שהוגשו בהסכמה ראו: ע"פ 6251/94 **בן ארי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 45 (1995); רע"פ 1012/13 **גריידי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 20.7.2014); ע"פ 8653/10 **פלונית נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 28.7.2011); ע"פ 8220/02 **ברוכים נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(5) 724 (2004); י" קדמי, **על הראיות**, חלק רביעי, עמ' 1820). מהראיות אף עלה כי תנאי שירותו בתחילה אפשרו למערער לעבוד ולפרוע חובות, אך אף בכך לא היה כדי להניח את דעתו של המערער, אשר בחר שלא להמתין עד להצבתו ביחידה קבועה, משום ש"זו לא תקופה שידעתי 4 חודשים קדימה מה יקרה איתי בצבא". למעשה, גם אביו עמד על כך שהמערער לא היה מרוצה משיבוצו בחיל האוויר. עולה, אפוא, כי מכלול הראיות שנפרס לפני בית הדין קמא תומך במסקנתו שלפיה "הנאשם לא התחיל בהיעדרות 'בלית ברירה' בשל הצורך לעבוד ולכסות חוב זה... אלא בעיקר בשל כך שלא היה מרוצה משיבוצו בבח"א XXX". מסקנתו של בית הדין מבוססת על אדנים ראייתיים מוצקים ולא ראינו כי

מדובר באותם מקרים המצדיקים את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי העובדה.

36. גם הנסיבות שבשלן הסתיימה העריקות מצביעות על כך שלא נסתרה חזקת הכוונה. משנשאל המערער בחקירתו הראשית מדוע החליט להתייצב ולסיים את תקופת ההיעדרות השיב את הדברים הבאים, אשר מפאת חשיבותם יובאו במלואם :

"לסיים עם זה. החיים שלי גמורים, הרסתי למשפחה שלי את החיים, להורים שלי שהם בני 60 פלוס ועובדים במפעל, הם שיעבדו את הבית בגללי, זה הכסף שהיה אמור להיות להם להמשיך את החיים. רציתי לסיים עם זה **שאני אוכל לעזור להם**, לעזור להם להחזיר את החובות. אמרתי **אני אכנס לכלא, אצא ואתחיל לעבוד** להחזיר להם מה שלקחתי. ארצה לצאת לעשות טיפול".

משמע, תשובתו של המערער מלמדת על כי לא התכוון להשלים את השירות הצבאי, אלא לשאת בעונש ולאחר מכן, לעשות לביתו. אמנם, כפי קביעת בית הדין קמא, ניסה המערער – באורח מיתמם – לטעון כי קיבל פטור משירות צבאי שלא בטובתו – ואולם, בדין נקבע כי אין לתת לדברים אלו משקל ממשי וכי טענתו הנ"ל עמדה בסתירה לדבריו, שלפיהם הניח כי לאחר תקופת היעדרות כה ממושכת יפוטרו משירות, כפי שלמד מניסיון חבריו: "הם השתחררו מהכלא וגם מהשירות". גם בבדיקותיו אצל גורמי בריאות הנפש מסר המערער כי "לאחר טירונות קצרה יצא לעריקות אחרי כמה שנים חזר ועכשיו בשנית הסגיר את עצמו **כדי לסיים את התהליך ולהשתחרר**" (סע/2-1). בפגישה הנוספת, ציין המערער בפני הקב"ן כי "לדבריו אינו מתאים לשירות צבאי. מעלה כי יודע שיקבל פטור מוה"ל" (סע/2-2). בדומה, בחקירתו הנגדית, כשנשאל בדבר כנות רצונו לשרת בצבא כעת, השיב כי הוא מוכן לעשות כן רק כתחליף לריצוי עונשו: "אמרתי לה שאם עכשיו היו אומרים לי תצא מהכלא מחר ותתחיל לשרת הייתי עושה את זה". ניתן, אפוא, להיווכח כי אף בנסיבות סיום ההיעדרות, חרף התייצבותו, אין כדי ללמד על רצונו של המערער לשוב ולשרת בצבא, ואף לא להטות את מאזן ההסתברויות בעניין החזקה, כאמור.

37. אשר למשכה של תקופת ההיעדרות, ההגנה ביקשה לשכנענו, כי המערער התמכר להימורים ולפיכך לא יכול היה לסיים את היעדרותו. נטען בעניין זה, כי שגה בית הדין קמא משלא קבע כי המערער סבל מהתמכרות להימורים, וכי יש בכך ללמד על שלא התכוון שלא לשוב לשירות בצבא. גם דין טענה זו להידחות, בוודאי משלא נמצא לה ביסוס ראייתי כנדרש. ראשית, כפי שפורט בהכרעת הדין, ההגנה לא הניחה לפני בית הדין קמא חוות-דעת מומחה, שלימדה על אבחנה שכזו. שנית, המערער עצמו לא הלך על התמכרות להימורים לפני גורם טיפולי כלשהו. נהפוך הוא. המערער שלל "תחלואה נפשית במשפחה, שולל התמכרויות... במשפחה" (סע/2-2). המערער תלה את חובותיו

בכך "שלא היה עובד מסודר היה גם מלווה מאנשים וכתוצאה מכך נכנס לחובות אדירים"; "כל מה שעניין אותי זה לבלות ולבלות בלי להתאמץ אז הייתי לוקח הרבה הלוואות ולא חושב מה יהיה" (סע/2-1). מעבר לכך, ובזאת העיקר, **התמכרות להימורים אינה בבחינת סייג לאחריות פלילית** (ראו: ע"פ 7075/03 אלון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 2.8.2006)), ואף נקבע כי אינה, בהכרח, בסיס להקלה בעונש: שם; רע"פ 227/04 מכלוף נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 26.2.2004); ע"פ 7103/02 טובול נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 21.1.2003); וראו והשוו לעניין סייג השכרות: רע"פ 6382/11 קאדריה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 9.6.2013).

38. ולבסוף, כעולה מעדותו, **התנה** המערער את חזרתו לשירות הצבאי בפירעון חובותיו. וכך העיד: "אמרתי אני תכף סוגר את החוב ואלך להסגיר את עצמי"; "תמיד אמרתי כשיסתיימו החובות קודם כל העריקות הזו... אני אסיים את החובות ואחזור לצבא לשרת רגיל"; "לא הייתה לי אפשרות לחזור לצבא ברגע שיש לי את כל הבלגן הזה בחוץ"; "ותמיד הייתי אומר אני אשיג את הכסף כמה חודשים ואסיים את החוב... כל פעם דחיתי את זה עוד חודש ועוד חודש, לפעמים הייתי אומר אני היום אסגיר את עצמי ואז הייתי חושב על החובות שאני לא יכול ללכת במצב הזה של החובות לכלא". עולה אפוא, כי המערער העיד על עצמו שהתכוון שלא לשוב לשירות צבאי כל עוד לא יסדיר את חובותיו. בכך, כפי שבואר, לא נסתרה החזקה הקבועה בסעיף 93 לחוק השיפוט הצבאי, נהפוך הוא! המערער בדבריו חיזק את המסקנה הנלמדת מן החזקה, שעה שלגרסתו, כוונתו לשוב לשירות **הותנתה** בהטבה במצבו הכלכלי, כפי שאכן קרה, לאחר פירעון החובות על-ידי הוריו. המערער לא פנה לסיוע כלכלי קודם לכן ואף לא פנה אל רשויות הצבא בבקשות לסיוע או להתאמת תנאי שירותו הצבאי לקשייו הכלכליים, כך שניתן להיווכח, כי כלל לא התכוון לסיים את תקופת היעדרותו באותן השנים ולא חש כי הזמן דוחק בו.

39. נוכח המקובץ לעיל, נדחה ערעור ההגנה על הכרעת הדין. הרשעתו של המערער בעבירה של עריקה, לפי סעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי, תעמוד בעינה.

### הערעור על העונש

#### **גזר הדין של בית הדין קמא**

40. בית הדין קמא עמד על כך שעבירת העריקה מבטאת פגיעה חמורה בערך השוויון בנשיאה בנטל השירות הצבאי, לצד פגיעה בכוונות הצבא, בכשירותו ובחוסנו, נוכח הפגיעה ביכולת לתכנן את סדר הכוחות העומד לרשותו. כן נקבע כי המערער גרם לפגיעה חמורה במשמעת הצבא.

41. לעניין נסיבות החומרה הקשורות בביצוע העבירה צוין, כי המערער, יליד הארץ, היה מודע היטב לחובת השירות בצה"ל. עוד צוינה התקופה הארוכה והחריגה של ההיעדרות, שהחלה בעקבות חוסר שביעות רצון מן השיבוץ, מבלי שהמערער עשה ניסיון להשתלב ביחידתו. בואר, כי המערער גמר אומר בלבו שלא לשוב לשירות הצבאי אלא אם יכסה את חובות ההימורים, אך למעט שאיפה ערטילאית לעשות כן, לא עשה דבר לקדם את הנושא. עוד צוין, כי כעת, משהמערער פוטר משירות צבאי, הוא לא יקיים את חובת שירותו וכי עסקינן בהיעדרותו השלישית מן השירות הצבאי, שעה שעונש מאסר מותנה לא הרגיעו מלשוב ולהיעדר.

42. בהתאם למידת הפגיעה בערכים המוגנים, נסיבות ביצוע העבירה ומדיניות הענישה הנוהגת קבע בית הדין קמא מתחם ענישה הנע בין 10 ל-20 חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד מאסר מותנה.

43. לכף הזכות, מצא בית הדין קמא להתחשב, בעת גזירת העונש בתוככי המתחם, בכך שבמהלך תקופת ההיעדרות הסתבך המערער בהימורים שהולידו חובות כבדים ובנסיבותיו האישיות בכלל. אף התייצבותו של המערער בתום תקופת ההיעדרות, לאחר שנים שבהם לא פעלו רשויות האכיפה באופן ממשי לעצרו, נזקפה לזכותו. בית הדין קמא התחשב אף בכשלים שעלו בחקירתו של המערער. בסופו של יום, גזר בית הדין קמא על המערער 13 חודשי מאסר לריצוי בפועל.

44. בהתאם להלכה הפסוקה הורה בית הדין קמא להפעיל את עונש המאסר המותנה, בן 90 ימים, במצטבר לעונש שהושת בגין היעדרותו הנוכחית. עונש המחבול המותנה, בן 7 ימים, הופעל בחופף לעונש המאסר שהושת.

### טענות ההגנה כנגד חומרת העונש

45. לטענת ההגנה, שגה בית הדין קמא משקבע מתחם עונש הולם שני בין 10-20 חודשי מאסר לריצוי בפועל, שכן לשיטתה, מתחם זה סוטה לחומרה מן המקובל בעבירות דומות. טענה ההגנה כי היה על בית הדין לתת משקל מכריע יותר לנסיבותיו האישיות של המערער, לבעיית ההימורים שממנה הוא סובל ולכך שבמועד היעדרותו לא שירת המערער בתפקיד מוגדר ו"היה ממתין בלבד", כך שלמעשה המערער לא פגע בסדר הכוחות של הצבא. לחלופין נטען, כי בנסיבות העניין, ראוי היה להסתפק בעונש מאסר בספו התחתון של המתחם, קרי 10 חודשי מאסר וכי העונש שהושת מפלה לרעה את המערער ביחס לנאשמים אחרים.

46. עוד נטען, כי שגה בית הדין קמא עת הורה על ריצוי במצטבר של עונש המאסר המותנה שהופעל, באופן שהתוצאה הכוללת. הוטעם בהקשר זה כי עונש המאסר

המותנה שנגזר על המערער בגין היעדרות קודמת אינו פרופורציונאלי לעונש המאסר שהוטל בשעתו – "90 ימים על תנאי מול 105 ימי מאסר לריצוי" ואף חורג מן המקובל, וכי יש להתחשב בכך בעת הפעלת העונש המותנה כיום.

47. כן נטען, כי לא נשקלו כדבעי, בעת גזירת העונש, האופן הפסול שבו נוהלה חקירתו של המערער ואף העובדה שהמערער סיים את היעדרותו ביוזמתו. נטען גם, כי אף שהמערער ביכר לנהל הוכחות, הרי שההליך הסתיים תוך פרק זמן קצר, אשר לא גזל זמן שיפוטי יקר, כך שאין לזקוף זאת לחובתו.

48. הוסיפה ההגנה והעלתה טענות כנגד התנהלות בית הדין. נטען, כי מאחר שגזר הדין ניתן זמן לא ארוך לאחר שהושמעו הטיעונים לעונש "עלה חשש בלב ההגנה כי גזר דינו של המערער נכתב בטרם שמע ביה"ד קמא הנכבד את הטיעונים לעונש".

### תשובת התביעה

49. התביעה הצבאית סמכה ידיה על גזר-דינו של בית הדין קמא ועתרה לבל נתערב בו. לשיטתה, מתחם העונש שקבע בית הדין קמא הולם את הפגיעה באינטרס החברתי שנפגע, משעסקין בהיעדרות מהשירות הצבאי לתקופה כה ממושכת, שלא על-מנת לחזור לשירות ועולה, בקנה אחד, עם מדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים. כן נטען, כי בית הדין קמא התחשב בנסיבותיו האישיות של המערער עת מיקם את עונשו בחלקו התחתון של המתחם. לדידה של התביעה, אף אין לתת משקל מכריע לכשל שנפל בחקירה, זאת מאחר שממילא בית הדין קמא לא יחס משקל לאמרותיו של המערער בשלב הכרעת הדין.

50. כן נטען, כי בהתאם להלכה הפסוקה, לא נפל פגם עת הורה בית הדין קמא להפעיל את עונש המאסר המותנה במצטבר לעונש המאסר שהושת, וכי דרך זו עולה בקנה אחד עם עקרון ההלימה.

### דין והכרעה

51. אין חולק כי חייל שנעדר מן השירות פוגע פגיעה של ממש באינטרסים חברתיים מובהקים. יפים לכאן דבריו של בית המשפט העליון, שלפיהם:

"השירות הצבאי הוא חלק מהותי מחייו של כל צעיר בישראל, ואין לתת יד לגישה לפיה רק מעטים ישאו בעול השירות, יתרמו ממיטב שנותיהם ואף יסכנו את חייהם, שעה שאחרים ימצאו דרכי מילוט שלא לשאת בנטל" (בג"ץ 1532/00 **זה ברמקור נ' שר הבטחון**, פ"ד נד(2) 297, עמ' 302-303 (2000)).

כן בואר כי:

"השתמטות מהתייצבות לגיוס, [פוגעת] ביכולתו של הצבא לתכנן את היקף כוח האדם העומד לרשותו ולאישי באופן מיטבי את שורותיו (ע/38/17 טור' פרידמן נ' התובע הצבאי הראשי (2017); וראו: ע/23/13 טור' נעים נ' התובע הצבאי הראשי (2013); ע/33/11 התובע הצבאי הראשי נ' טור' כהן (2011))."

52. נסיבות עניינו של המערער מלמדות על כי לא עשה כל מאמץ לשלב בין קשייו האישיים לבין חובת השירות הצבאי, וכי כבר בסמוך לאחר גיוסו לצה"ל, עוד במהלך הכשרתו הבסיסית, נעדר מן השירות. היעדרותו הראשונה נמשכה תקופה של כשמונה חודשים, ובגינה נידון המערער בבית הדין הצבאי והושת עליו, בין היתר, עונש מאסר מותנה, אשר לא היה בו כדי להרתיעו ומהר מאד שב המערער לסורו. תחילה לתקופה קצרה, שבגינה נידון בדין משמעתי ולאחר מכן לשנים ארוכות, העומדות בבסיס עבירת העריקה, שבגינה הוא נותן את הדין כעת. בסופו של יום, מפאת גילו ובשל התנהגותו הרעה והחמורה, פוטר המערער משירות ביטחון והוא אינו צפוי עוד לשרת בצה"ל. אין זאת אלא, שמשכה הארוך של ההיעדרות והתנהגותו הפסולה של המערער, הובילו לכך שלא ישרת בצבא, והן מחייבות ענישה הולמת ומרתיעה בדרך של מאסר לתקופה משמעותית (ראו: ע/53/17 טור' מיכייב נ' התובע הצבאי הראשי (2017); ע/44/17 טור' דבורקין נ' התובע הצבאי הראשי (2017); ע/21/13 הנ"ל; ע/45/11 טור' איסקוב נ' התובע הצבאי הראשי (2011)). אשר לטענתו של המערער שלפיה לא פגע בסדר הכוחות של הצבא משום שהיעדרותו החלה בעת הכשרתו הבסיסית ובטרם שובץ ליחידה סדירה, הרי שאין בה ממש. כפי שניתן להיווכח, המערער היה מיועד לשרת במערך הטכני של חיל האוויר ושובץ בסמכות זו. לפיכך, לא ראינו כי נפל פגם בקביעת מתחם העונש ההולם על-ידי בית הדין קמא ואנו קובעים כי אין בו חומרה יתירה.

53. עוד סברנו, כי לא יצאה שגגה מלפני בית הדין קמא משלא ראה לסטות ממתחם העונש שנקבע, מטעמי שיקום. כפי שבואר, המערער לא הציג ראייה שלימדה על התמכרות להימורים. למעשה, בעת בדיקתו במהלך מעצרו נמצא המערער "בעל כוחות אגו תקינים להתמודדות, ללא קשיים בתפקוד החברתי והאישי". במצב דברים זה, לא עלה בידי ההגנה להצביע על תחלואה או בעיה אחרת שמהן סובל המערער, או על היזקקותו להליך טיפולי – שיקומי, וממילא, המערער טרם החל בטיפול שכזה.

54. עם זאת, סברנו, כי ראוי היה להתחשב ביתר שאת, בעת גזירת העונש בתוככי המתחם, בכשלים שהתגלו בחקירתו של המערער במשטרה הצבאית ובעיקר, בפגיעה בזכותו להיוועץ בעורך-דין, שהיא זכות בעלת אופי חוקתי (ראו: ע"פ 1301/06 עזבון המנוח אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177 (2009)). כעולה מהכרעת-דינה של הערכאה קמא, טרם מסר את גרסתו בחקירתו השנייה, שוחח המערער עם עורך-דין

במשך מספר דקות, לאחר שניסיון לשוחח עם הסניגור הצבאי התורן לא צלח. בפועל, בשיחה שקיים לא הוסדר נושא הייצוג, כך שהמערער לא זכה לממש את זכותו להיוועץ כדבעי. חרף האמור, ועל אף שביקש לשוחח עם עורך-דין טרם ימסור את גרסתו, ביכר החוקר להמשיך בחקירה "ללא הצדקה של ממש", כמצוין בהכרעת הדין. יתר על כן, המערער נחקר בשעת לילה מאוחרת, ללא כל הצדקה, ואף בלא שנבחנה כשרותו להשיב לשאלות באותו מועד. גם במסגרת חקירתו הראשונה של המערער, נתגלו קשיים בלתי מבוטלים – לא הובהרה לו חשיבות גרסתו וחומרת העבירה שבה הוא נחשד, החוקר לא הקפיד על רישום ותיעוד מלא של החקירה, שהייתה דלה ובלתי ממצה.

לפיכך, בדין קבע בית הדין קמא, כי המערער אמנם נחקר פעמיים, אך זאת כדי "לצאת ידי חובה בלבד".

55. מן האמור לעיל עולה, כי בחקירותיו של המערער נפלו כשלים מהותיים, ודאי ביחס לחומרת העבירה שיוחסה לו ולחשיבות גרסתו ביחס אליה. אמנם, בית קמא מצא שלא לייחס לחובתו של המערער את הגרסה שמסר בחקירותיו ואף נמנע מלהשוות בין עדותו לבין אמרותיו בחקירה ולא התייחס לעדותו כאל "עדות כבושה", אולם, שוכנענו, כי אין די בכך. לעניין זה יפות הקביעות הבאות של בית המשפט העליון:

"חובת הרשויות לניהול ומיצוי הליכי חקירה כראוי, מהווה גם חלק מזכות הנאשם למשפט תקין והוגן, בהיותו אמצעי לחשיפת האמת. לאור האמור, נקבעה ההלכה בעניין מחדלי חקירה, לפיה על בית המשפט לבחון האם אכן התקיימו מחדלים שכאלה והאם קופחה בעטיים הגנתו של הנאשם באופן שהקשה עליו להתמודד עם חומר הראיות נגדו" (ע"פ 846/10 **בדוי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 14.7.2014)).

56. לעניין נפקותם של הפגמים שנפלו בחקירתו של המערער, ובפרט של הפגיעה בזכותו להיוועץ בעורך-דין, יפים לענייננו דבריו של השופט מלצר (כתוארו אז) בע"פ 10715/08 **ולס נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.9.2009):

"על פי גישתי, המסקנה כי לאחר שקבענו כי ניהול ההליך הפלילי - בשלב החקירה - נפגם בליקוי של שלילת זכות ההיוועצות של החשוד עם עורך-דין וכן היה הדבר כרוך בפגיעה בכבודו כאדם דתי - מן הראוי להפחית קמעא בעונשו מחמת ההגנה מן הצדק. הקלה זו איננה מטעמים הנוגעים לעבירה בה הורשע המערער, או לנסיבותיו האישיות, אלא בשל העובדה שההתנהלות החקירתית כאן - בשני ההיבטים שנסקרו לעיל - עמדה בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית ואף לכך חייב להיות ביטוי ממשי כלשהו למען לא ישנו הדברים".

57. מכאן, שניהול כושל של החקירה, בלא שהמערער זכה להשמיע את גרסתו כדבעי לאחר שנועץ בעורך-דין, ראוי שיתבטא, בהקלה מסוימת, בהתאם לעוצמתה של

הפגיעה, בעונשו של המערער (והשוו: ע/124/10 סמל אסמאעיל נ' התובע הצבאי הראשי (2011); ע/35,37/16 סמל חמוס נ' התובע הצבאי הראשי (2017)). כפי שהראינו, מאחר שבית הדין קמא לא נזקק, לצורך קביעותיו העובדתיות, לגרסאותיו של המערער בחקירותיו, והסתמך על עדותו לפניו ועל ראיות נוספות, דומה, כי עוצמתה של הפגיעה בו, בשל כשלי החקירה, אינה מן הגבוהות. עם זאת, סברנו כי יש ליתן לה ביטוי מסויים במידת העונש ולפיכך, ראינו להעמיד את עונשו של המערער בשל עבירת העריקה על 11 חודשים בפועל.

58. אשר לאופן הפעלת עונש המאסר המותנה – סעיף 33(ד) לחוק השיפוט הצבאי, קובע כי "מי שהוטל עליו עונש מאסר או מחבוש בשל עבירה נוספת והופעל נגדו עונש מחבוש או מאסר על תנאי, ישא את שתי תקופות הכליאה **בזו אחר זו**, זולת אם בית הדין שהרשיע בשל העבירה הנוספת, הורה **מטעמים שיירשמו**, ששתי התקופות, כולן או מקצתן, יהיו חופפות". בדומה, בעקבות תיקון 113 לחוק העונשין אשר עיגן את עקרון ההלימה כעקרון המנחה בענישה, נקבע כי "על הענישה בכללותה לשקף את העובדה כי מדובר בעונשים שהושתו בגין אירועים נפרדים ובכך יינתן ביטוי הולם לפגיעתם של המעשים בערכים חברתיים שונים" (ע/26/17 **טור' אסטפייב נ' התובע הצבאי הראשי (2017)**). כן נקבע כי "חפיפת עונשים אינה מתיישבת לכאורה עם עקרון ההלימה" (ראו: ע"פ 1552/15 **גואל נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 4.6.2015)**).

59. אשר על כן, ביישמו הלכה זו, לא נפלה שגגה מלפני בית הדין קמא, עת הורה על הפעלת עונש המאסר המותנה בן 90 הימים, שהוטל בגין היעדרותו הקודמת של המערער מן השירות הצבאי, במצטבר. גם בטענה שלפיה שומה היה על בית הדין קמא להתחשב במשך המאסר המותנה הקודם, שנטען לגביו שהינו ממושך, בעת הפעלתו – אין ממש. ראשית, להווה ידוע, כי יש להפעיל עונש מאסר מותנה "במלואו" (ראו: רע"פ 5111/16 **קלדרון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 4.7.2016)**, כך שברי שלא ניתן היה להורות על הפעלת חלק מעונש זה. שנית, עונש המאסר המותנה שהושת בגין היעדרותו הקודמת, נגזר, במסגרת הסדר טיעון בין הצדדים ואף מטעם זה, אין זה ראוי כי המערער ילין על משכו. שלישית, לו סבר המערער כי יש חומרה יתירה בעונש המאסר המותנה האמור, היה עליו לערער על חומרתו, בשעתו, במסגרת פרק הזמן הקבוע בחוק. אף לגופו של עניין, נראה כי עונש המאסר המותנה שנגזר בגין היעדרותו הקודמת היה חלק מתמהיל ענישה כולל, ולא ראינו חומרה יתירה בו. יש אפוא להצטער על כך, שלא היה בעונש זה משום הרתעה מספיקה למערער ובכל זאת ההין לעזוב את יחידתו.

60. אשר לטענת ההגנה כנגד התנהלות בית הדין קמא ראינו לדחותה מכל וכל. הסנגור לא הצביע ולו על טיעון אחד שהועלה על ידו במהלך טיעוניו לעונש ואשר לא קיבל

התייחסות בגזר הדין. אין אלא שהטענה שלפיה גזר הדין נכתב מבעוד מועד נעדרת כל ביסוס עובדתי. מדובר אפוא בטענה בעלמא שמוטב היה בלעדיה.

### סוף דבר

61. סוף דבר, ערעור ההגנה על הכרעת הדין נדחה. ערעור ההגנה על חומרת העונש מתקבל באופן זה שעונשו של המערער יועמד על 11 חודשי מאסר לריצוי בפועל. אין שינוי ביתר רכיבי הענישה, כך שלעונש האמור, יצטבר עונש המאסר המותנה, בן 90 ימים. בסך הכל ירצה המערער 14 חודשי מאסר בפועל החל מיום מעצרו.

ניתן והודע היום, י"א באדר ב' התשע"ט, 18 במארס 2019, בפומבי ובמעמד הצדדים.

| שופט  |      | שופטת | המשנה לנשיא        |
|-------|------|-------|--------------------|
| למקור | נאמן | העתק  | חתימת המגיה: _____ |
| כהן   | עמית | סגן   |                    |
| הדין  | בית  | קצין  | תאריך: _____       |