



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא

בעניין :

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

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 333/17 (סא"ל שחר גרינברג – שופט) ביום 27.4.2017. הערעור נדחה.

ה ח ל ט ה

רקע

1. כנגד טוראי א' ב', **המערער**, הוגש כתב אישום, המייחס לו עברה של העדר מן השירות שלא ברשות מיחידת מיטב, למשך 1,253 ימים, שהסתיימו עם התייצבותו בלשכת הגיוס בירושלים, ביום 23.4.2017.
2. המערער נעצר לאחר שהתייצב ובחלוף כ-48 שעות, לאחר שהוגש נגדו כתב האישום, עתרה התביעה הצבאית להורות על מעצרו הממשי של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. ההגנה התנגדה לבקשת התביעה ועתרה לשחרר את המערער ממעצר.
3. בית הדין קמא הנכבד נענה לבקשת התביעה והורה להאריך את מעצרו הממשי של המערער עד לתום ההליכים בעניינו. ההגנה לא השלימה עם החלטת בית הדין קמא ומכאן הערעור שלפני.
4. בפתח הדברים יש להבהיר, כי ההגנה אינה חולקת על קיומן של ראיות לכאורה להוכחת האשמה שיוחסה למערער ואף לא על קיומן של עילות מעצר בעניינו. לדידו

של הסנגור, מעצרו הראשוני של המערער, בטרם נבחן עניינו בבית הדין, אשר חרג מתקופה של 24 שעות, כמקובל ביחס לחשודים בפלילים בבתי המשפט ואף ביחס לחיילים, הנחקרים בחשד לפלילים על-ידי מצ"ח – פגום. נטען, כי פגם זה מהווה הפרה של זכותו של המערער לחירות, ולפיכך, ראוי כי יילקח במניין השיקולים, עת נבחנת עתירת התביעה למעצר עד תום ההליכים, וראוי כי יטה את הכף לטובת שחרורו המלא של המערער ממעצר, או למצער, למעצר פתוח במיטב.

5. כידוע –

"הפסיקה התייחסה בכובד ראש לסוגיית המעצר הבלתי חוקי בהיותו פוגע פגיעה קשה בחירותו של האדם ובזכויותיו של הנאשם. כאשר מתברר כי אדם היה עצור במעצר בלתי חוקי יש לקיים דיון בעניינו ולא ניתן להאריך את המעצר באופן טכני. לצד זאת קבעה הפסיקה כי הפגם שנפל במעצרו הבלתי חוקי של החשוד או הנאשם יהווה אחד מהשיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו להחליט על המשך מעצרו של אותו חשוד או נאשם, לצד יתר השיקולים העומדים בבסיס הבקשה למעצרו. מובן כי חומרת הפגם ועוצמתו יובאו בחשבון במסגרת האיזון בין השיקולים" (בש"פ 9113/12 פלוני נ' שירות הביטחון הכללי, פסקה 5 (טרם פורסם, 21.12.12); בש"פ 1219/12 אלקריץ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 14.2.12); בש"פ 9220/12 פרץ נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (טרם פורסם, 26.12.2012)).

6. עולה מן המקובץ, כי בהתאם לגדר המחלוקת, שומה עלי לבחון את טענותיו של המערער בנוגע לפגם שנפל במעצרו הראשוני ולאמוד את טיבו ועוצמתו, בצד בחינתן של עילות המעצר המתקיימות בעניינו. יש להעריך את משקלן של עילות המעצר בנסיבות העניין, לעומת משקלו של הפגם הנטען, ככל שזה אמנם קיים, ולבחון את יחסי הגומלין ביניהם בראי הדין הקיים. לשם כך, אדרש תחילה, בקליפת אגוז, אל המסד הראייתי לכאורה, ככל שהוא רלוונטי לסוגיית עילות המעצר בעניינו של המערער ולטענות ההגנה בנוגע לפגם שנפל במעצר ולהשלכותיו.

התשתית הראייתית לכאורה

7. המערער נעצר בחשד להשתמטות משירות צבאי למשך כשלוש וחצי שנים. עיון בתיקו האישי, מלמד כי המערער יליד הארץ, גדל וחי בארץ. הוא נכח בחלק מן ההליכים בלשכת הגיוס, שאליהם זומן, הציג מסמכים רפואיים ואף חתם על טפסים. ברם, המערער סירב להשלים בדיקות רפואיות. לאחר שהובהרו לו ההשלכות של חוסר שיתוף הפעולה מצדו בהליכי הגיוס, אישר סגן מפקד לשכת גיוס ירושלים לגייסו בהיעדר פרופיל רפואי, על-פי הוראת סעיף 12 לחוק שירות

ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986. אל המערער נשלח צו גיוס הקורא אותו להתייצב לשירות צבאי בן 36 חודשים, החל מיום 18.11.2013. הצו נשלח באמצעות דואר רשום אל כתובתו הידועה. זמן קצר לאחר מכן, העביר המערער לגורמים בלשכת הגיוס מסמך רפואי שנערך בעניינו במהלך חודש דצמבר 2013. הגורמים הרפואיים בלשכת הגיוס הודיעו למערער כי ייבדק, לאחר שישדיר את מעמדו. לאחר שיחות טלפון עם המערער ואף עם הוריו, משנמנע המערער להסדיר את מעמדו, הכריז עליו סגן מפקד הלשכה כמשתמט משירות צבאי, והודעה בעניין נשלחה אל המערער.

8. המערער התייצב בלשכת הגיוס בירושלים ובכך הסתיימה היעדרותו. בסיכום ראיון שנערך לו בלשכה ציין, כי "לא הגיע לגיוס, כי זה לא כל כך מתאים לו" וכי בחר להתייצב מאחר ש"זה 'תוקע' אותו, לא יכול לעבוד או לצאת מהארץ ורוצה להסדיר את מעמדו מול הצבא". המערער הציג מסמכים רפואיים שונים משנים קודמות ונבדק על-ידי גורמי ברה"ן, אשר התאימו לו ציון קשיי הסתגלות (קה"ס) 50 ומסרו כי אין מניעה לגייסו.

9. כמו כן, מייד עם מעצרו בבסיס המשטרה הצבאית בענתות, בטרם נגבתה אמרתו, נועץ המערער בסנגורו. באמרתו מסר המערער "לא ידעתי שאני משתמט, לא פנו אלי אחרי שעזבתי את הצו הראשון". המערער הוסיף באמרתו, כי לא היה ער לכך שהוא נעדר משירות צבאי.

החלטת בית-דין קמא

10. בית הדין קמא הנכבד, לאחר שהתרשם מקיומן של ראיות לכאורה להוכחת האשמה, עמד על כך שסמכות בית הדין להורות על מעצר לאחר הגשת כתב אישום, כאמור בהוראת סעיף 243(א)(2) לחוק השיפוט הצבאי, היא עצמאית וחלה אף כאשר מעצרו של הנאשם, עובר להגשת כתב האישום, לא היה חוקי. הוטעם, כי אי-חוקיות במעצר ראשוני מהווה שיקול, המתווסף לשיקולים אחרים "כמו החשדות העולים מחומר הראיות והאינטרס הציבורי שבמעצר".

11. בית הדין קמא עמד על עילות המעצר המתקיימות במקרה דנן וציין, כי "נוכח תקופת היעדרותו הארוכה משירות צבאי, משך למעלה מ-3 שנים, קמות במלוא עוזן עילות המעצר נגד הנאשם: 'הקלאסית' – חשש להימלטות מאימת הדין; המניעתית – חשש לנפקדות נוספת; וכן ההרתעתית". נקבע, כי עילות המעצר אינן מאפשרות נקיטת חלופת מעצר וכי טענות ההגנה העקרוניות, אינן מובילות, בנסיבות העניין, לשחרור ממעצר.

עמדת ההגנה

12. ההגנה מיקדה טענותיה בשני מישורים. הראשון, עניינו בתקיפת חוקיותו של סעיף 237א לחוק השיפוט הצבאי. נטען כי הסמכות הנתונה לגורם המתאים במשטרה הצבאית להורות על מעצר חייל למשך 48 שעות, בטרם יובא עניינו לבחינת שופט, אינה חוקתית ואינה עומדת במגבלות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הסנגור הפנה לבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון פ"ד נג(5) 241 (1999), שם נדונה חוקיות התיקון לחוק השיפוט הצבאי, אשר קיצר בזמנו את תקופת המעצר המקסימלית, בטרם יובא החייל החשוד לדין לפני שופט, משמונה ימים לתשעים ושש שעות. באותו פסק-דין נקבע, כי "הוראת החוק המתקן, הקובעת תקופת מעצר מרבית של 96 שעות, סותרת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותה פוגעת בחירות האישית, כפי שנקבעה בסעיף 5 לחוק היסוד, במידה העולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי, ולפיכך היא בטלה". לאחר דברים אלה, ציין בית המשפט העליון, כי:

"שאלה היא, מהי הוראת החוק שצריכה לבוא במקום ההוראה הבטלה. לשון אחר, מהי תקופת המעצר של חייל בידי שוטר צבאי, עד שהוא מובא בפני שופט, שפגיעתה בחירות האישית לא תעלה על המידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי. בנסיבות המקרה, בית-המשפט פטור ממתן תשובה, שכן המשיבים עצמם הגיעו למסקנה, והודיעו עליה לבית-המשפט, שראוי לקבוע בחוק תקופת מעצר מרבית של 48 שעות. האם תקופת מעצר של 48 שעות תעמוד במבחן המידתיות? הסמכות לקבוע את תקופת המעצר נתונה למחוקק, ובידו גם שיקול-הדעת בשאלה מהי התקופה הנדרשת, ובלבד שהתקופה לא תחרוג ממיתחם המידתיות. לכאורה, אם המחוקק יקבע תקופת מעצר של 48 שעות, היא התקופה הנראית למשיבים כתקופה ראויה, יש יסוד לטענה כי במצב הקיים כיום תקופה זאת לא תחרוג ממיתחם המידתיות, כפי שנדרש על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשלב זה אין בית-המשפט נדרש לתת תשובה פסקנית יותר" (שם, פסקה 43).

לדידו של הסנגור, התיקון המאוחר יותר לחוק השיפוט הצבאי, בעקבות בג"ץ צמח הנ"ל, שבמסגרתו קוצרה תקופת המעצר המרבית לארבעים ושמונה שעות, בעת הנוכחית ועם חלוף הזמן (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מספר 36) (קיצור תקופות המעצר), התש"ס-2000, עמ' 247), הפך לתיקון שאינו מידתי ואינו חוקתי. אליבא דהסנגור, יש להשוות את מעמדם של חיילים, החשודים בעבירה של היעדר מן השירות הצבאי, למעמדם של חשודים שהם אזרחים ותקופת המעצר הראשוני המרבית בעניינם אינה יכולה לחרוג מעשרים

וארבע שעות (כאמור בסעיף 29 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), (התשנ"ו-1996). הסנגור סבור, כי אין ולא יכולים להתקיים אילוצים כלכליים, אשר יצדיקו פגיעה רחבה בחירותו של החייל וכן, כי לא מתקיימים שיקולים ייחודיים, הקשורים ב"מהותו ואופיו של השירות הצבאי", המבססים אותה (ראו: סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

13. כתימוכין לעמדתו, מפנה הסנגור למדיניות הנוהגת ביחס לחיילים חשודים בפלילים, אשר נחקרים במצ"ח. אלה, בשנתיים האחרונות, מובאים לדיון בבתי הדין הצבאיים לשם בחינת המשך מעצרו, בתוך פרק זמן של 24 שעות. כמו כן, הפנה הסנגור המלומד לבג"ץ 4057/10 **משרד האסירים הפלסטינים נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 18.4.2017), שבמסגרתו הורה בית המשפט העליון על קיצור תקופות מעצר של חשודים, אשר מובאים לדיון בבתי המשפט הצבאיים ביהודה ושומרון.

14. המישור האחר שעליו נסב ערעור ההגנה, הוא המישור המנהלי. נטען, כי המדיניות של גורמי האכיפה בצה"ל, לעצור לתקופה מרבית של 48 שעות חיילים, החשודים בעבירה של היעדר מן השירות הצבאי בכלל ומשתמטים משירות צבאי בפרט, אף אם היא חוקית, אינה סבירה ואינה מידתית, נוכח האמצעים הטכנולוגיים הקיימים, וטיבו של ההליך לאיסוף ראיות בעבירה הנ"ל, בין היתר, נוכח היעדרו של גוף חקירות שנועד לחקור חשדות לעבירה של היעדר מן השירות הצבאי. לשיטתה של ההגנה, אופן הפעלת הסמכות המנהלית של גורמי האכיפה במקרים אלו ואף בעניינו של המערער, אינו הולם את זכות הפרט לחירות ופוגע בה שלא לצורך.

15. לאור האמור לעיל, סבורה ההגנה כי הפגם שנפל במעצרו הראשוני של המערער, אשר משכו חרג מן המותר ומן הנדרש, ראוי שישליך על שאלת מעצרו לאחר הגשת כתב אישום ויוביל לשחרורו ממעצר.

עמדת התביעה

16. התביעה עתרה לדחות את הערעור ולהותיר את המערער במעצר, נוכח עילות המעצר הידועות. הוטעם, כי עסקינן במי שלכאורה השתמט משירות צבאי במשך כשלוש וחצי שנים, נולד ומתגורר בארץ ואף היה מצוי בהליכי הגיוס. בהתאם, נטען, כי מתקיימות בעניינו עילות מעצר מובהקות, של חשש להימלטות מאימת הדין, מסוכנות צבאית וחשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, אשר אינן מאפשרות נקיטה של חלופת מעצר. כמו כן, נטען, כי העובדה, שהמערער סיים את

היעדרותו לאחר שהתייצב בלשכת הגיוס, בנסיבות המקרה דנן, אינה מקהה את עוצמתן של עילות המעצר.

17. עוד נטען, כי בנסיבות העניין, אף אם נפל פגם במעצרו הראשוני של המערער, הרי שלא נגרם לו נזק, המאיין את עילות המעצר. בהקשר זה, הדגישה התביעה, כי לא נפגעו זכויותיו של המערער בחקירה וכי אין מחלוקת על קיומן של ראיות לכאורה להוכחת אשמתו, כאמור לעיל. כמו כן, ציינה התביעה, כי לבית הדין סמכות עצמאית למעצר לאחר הגשת כתב אישום, כאמור בסעיף 243 לחוק השיפוט הצבאי.

18. בד בבד, נטען, כי מאחר שאין בפי ההגנה טענה כנגד יסודות העברה ואף לא כנגד סמכותו של בית הדין לדון בעניין – אין לבחון את ההסדר החוקי במסגרת תקיפה עקיפה.

19. לגופו של עניין, הוטעם, כי לדידה של התביעה הצבאית, אין מקום להשוואה שמבקש הסנגור לערוך, בין חשודים, חיילים או אזרחים, אשר נחקרים על חלקם בעברות פליליות שונות, לבין חיילים, הנעצרים בחשד לעברה של היעדר מן השירות הצבאי. הוטעם, כי העברה של היעדר מן השירות הצבאי היא ייחודית לצבא ומצויה בטבורה של המסגרת הצבאית. ללא טיפול יעיל ונמרץ במי שנעדר מן השירות הצבאי במהלך השירות או בתחילתו, לא ניתן יהיה לקיים את הכוונות והמשמעת המתחייבים במסגרת הצבאית והדבר יפגע פגיעה קשה ביכולת לתכנן את כוח האדם בצבא ולאייש את התפקידים השונים בו. ייחודיותה של העברה באה לידי ביטוי, בין היתר, בהיותה בעלת רבדים משמעותיים ופליליים גם יחד. פרק הזמן של 48 שעות נועד, בין היתר, למיון ולטיפול יעיל ומרתיע בחשודים, אשר מופנים לאפיק המשמעותי בגין היעדרותם משירות צבאי. כך למשל, ציינה התביעה, כי בשנת 2012, הופנו כ-35 אחוזים מן העצורים בעברה זו לשיפוט בדין משמעותי (הובהר, כי התביעה הצבאית לא נערכה עם נתונים מלאים בנושא). במקביל, מנוצלת תקופת המעצר הראשונית, במרבית המקרים, להשלמת איסוף חומר החקירה ואף להגשת כתב אישום במקרים המתאימים. נתון זה, לשיטת התביעה, רלוונטי אף הוא לאבחנה בין העצורים בחקירות פליליות שונות, לבין עצורים בחשד לעברה של היעדר מן השירות הצבאי, שכן, בעוד שבעניינם של חשודים בפלילים נמשכת החקירה, על-פי רוב, זמן רב יותר וכתב האישום בעניינם מוגש תוך פרק זמן ממושך יותר – הרי בעניינם של מרבית החשודים בעברה של היעדר מן השירות, מוגש כתב האישום, כאמור, תוך 48 שעות. התביעה הצבאית טענה, כי הקדמת דיון המעצר בעניינם של חשודים בעברה של היעדר מן השירות הצבאי תגדיל לאין שיעור את היקף דיוני המעצר בבתי הדין הצבאיים, אשר, למעשה,

ידונו גם במקרים המשמעותיים, ומנגד, במקרים האחרים, עשויה להוביל להגשת כתב האישום תוך פרק זמן ממושך יותר.

20. אשר למהלך החקירה, הוטעם, כי חומרי החקירה בעניינם של נעדרים מן השירות הצבאי נאספים מיחידות שונות, לרבות לשכות הגיוס ומדור עריקים במיטב, והתהליך כולל אף גביית אמרותיהם של החשודים, אשר נעצרים בבסיסי משטרה צבאית שונים, הפרוסים בכל רחבי הארץ.

21. עוד נטען, כי בשונה מחשודים בעברות אחרות, על-פי רוב, קיימת בעניינם של חשודים בעברה של היעדר מן השירות הצבאי, תשתית ראייתית לכאורה מוצקה, הנסמכת על אי-הימצאותם של החיילים ביחידתם ואף על חזקות עובדתיות, כאמור בסעיף 55 לחוק שירות ביטחון, נתון המצמצם במידה ניכרת את החשש מפני מעצר שווא. הוטעם גם, כי הכרזת העריקות בנוגע לחייל שנעדר מיחידתו לא נעשית באופן מיידי, אלא בחלוף 21 ימים (על-מנת ליתן לו הזדמנות לשוב ליחידתו), וכי החל משלב זה ואילך מתעצמות עילות מעצר מובהקות, אינהרנטיות לעברה, שעניינן החשש להימלטות מאימת הדין, המסוכנות הצבאית והחשש הניכר לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית.

22. התביעה סבורה, כי בנסיבות המקרה והעושה, מעצרו הראשוני של המערער היה מידתי וראוי, ומכל מקום, נוכח עילות המעצר המתקיימות בעניינו, לא ניתן לשחררו לחלופת מעצר.

דיון והכרעה

כללי

חוקיותו של חוק

23. הלכה פסוקה היא, כי בתי המשפט בישראל מוסמכים לקבוע כי חוק אינו חוקתי משום שאינו עומד בתנאים אשר נקבעו בחוק יסוד (ראו: עניין **צמח** לעיל, ע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל**, פ"ד מט(4) 221 (1995)). נקבע גם, כי הסמכות להכריז על בטלותו של חוק לא יוחדה לבית המשפט העליון וכי כל בית משפט, בדונו בנושא שבפניו, מוסמך לקבוע, **לצורך אותו דיון**, כי חוק מסוים אינו חוקתי. ברי, כי רק פסק-דין של בית המשפט העליון תקף כלפי כולי עלמא ומשמעותו – בטלות אותו חוק (ראו: בג"ץ 9134/12 **פרופ' גביש נ' הכנסת** (טרם פורסם, 21.4.2016), ומאמרו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס, פרופ' אהרון ברק, ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה צנטרליסטית (מבזרת), **משפט וממשל ח'**, 13 (תשס"ה)).

24. בצד זאת בואר, כי "לא בכל מקרה יראה בית המשפט מקום לתת סעד במקרה של תקיפה עקיפה, בנסיבות שבהן נמנע בעל הדין מהעמדת הפגם הנטען לביקורת שיפוטית במסגרת של הליך של תקיפה ישירה" (עניין **גביש** לעיל, בעמ' 10).

25. אשר לאופן הבחינה החוקתית של החוק, פסק בית המשפט העליון את הדברים הבאים:

"כידוע, הבחינה החוקתית המקובלת במשפטנו מחולקת לשלושה שלבים מרכזיים. בשלב הראשון (שלב הפגיעה) בוחן בית המשפט האם החוק פוגע בזכות החוקתית. אם נמצא כי החוק אינו פוגע בזכות, מסתיימת הבדיקה החוקתית. היה ונקבע כי החוק פוגע בזכות חוקתית, עוברת הבדיקה לשלב השני, בו בוחן בית המשפט האם החוק עומד בתנאים שנקבעו בפיסקת ההגבלה. פיסקת ההגבלה מתנה את תוקפה של פגיעה בעמידתה בארבעה תנאים מצטברים: הפגיעה נעשית בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה, והתנאי האחרון, הוא תנאי המידתיות, דורש כי הפגיעה אינה במידה העולה על הנדרש. אם עומד החוק בארבעת תנאי פיסקת ההגבלה, הפגיעה היא חוקתית, אם לאו, מגיעה הבדיקה החוקתית לשלב השלישי והאחרון, הוא שלב התוצאה. בשלב זה נדרש בית המשפט להכריע באשר לתוצאותיה של הפגיעה החוקתית" (בג"ץ 2442/11 עו"ד **שטנור נ' יו"ר הכנסת**, פסקה 23 (טרם פורסם, 26.6.2013)).

26. הוטעם גם, כי כאשר ההסדר החוקתי מצוי "במסגרת מיתחם התמרון החקיקתי" (המכונה אף 'מתחם המידתיות')... אין מקום ליתן לגביו סעד חוקתי, שכן **התערבות מסוג זה בנסיבות שכאלו שמורה רק למקרים חריגים שבחריגים...** התרופה הראויה איפוא במצבים שכאלו היא ריסון שיפוטי בהפעלת הסמכות" (ההדגשה אינה במקור, מתוך פסק-דינו של השופט מלצר, שם, פסקה ב').

27. בחינת הטיעונים שהוצגו לפני בכל הנוגע לחוקיותו של החוק, משני צידי המתרס, מעלה כי מטבע הדברים, נוכח היקף הבחינה הדרושה לבירור הטיעון שלפניי ובהתחשב באופיו של הדיון – אגב ערעור מעצר – לא הוצגה לי התמונה המלאה והמקיפה הדרושה להכרעה בעניין עקרוני זה (השוו לעניין **צמח**, שם נדונה השאלה שלא אגב מעצרים של העותרים).

28. ובמה דברים אמורים? אין חולק כי כל סמכות למעצר פוגעת בחירותו של הפרט, קל וחומר, עת עסקינן בסמכות למעצר שאינה מותנית בצו שיפוטי. טענות ההגנה, במקרה דנן, עניינן בפגיעה בחירותו של הפרט, הנעשית מכוח הסמכה מפורשת בחוק, והשאלה העיקרית שהן מעוררות עוסקת בקיומו של תנאי

המידתיות – האם כיום, נוכח אופיו של תהליך איסוף המסמכים והחקירה בעניינם של חיילים שנעצרו בחשד להיעדר מן השירות צבאי ובשים-לב לפרק הזמן המרבי למעצר ראשוני של חשודים אחרים בפלילים, אזרחים וחיילים – הפגיעה באותם עצורים, מכוח החוק המסמיך לעצור אותם למשך 48 שעות, בטרם יובאו בפני שופט, "אינה במידה העולה על הנדרש" (עניין **שטנגר** לעיל).

29. כידוע, סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע פסקת הגבלה **המיוחדת לכוחות הביטחון ולפיה: "אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הביטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות"** (ההדגשה אינה במקור). התביעה הציגה לפני טיעונים שונים, כולם ענייניים ובעלי משקל, לביסוס עמדתה כי פרק הזמן מירבי של 48 שעות אכן "נדרש ממהותו ומאופיו של השירות" ואף להצדקת האבחנה בהקשר זה בין חיילים, העצורים בחשד להיעדר מן השירות הצבאי, לבין עצורים אחרים בצבא ומחוצה לו. ואמנם, יש להדגיש, כי היעדרות שלא ברשות מן השירות הצבאי פוגעת בנשמת אפה של המסגרת הצבאית, במוכנותו של הצבא ובהיערכותו להגנה על **ביטחון המדינה**. זאת ועוד, יש בה משום פגיעה ניכרת באינטרס החברתי לקדם את **השוויון בנטל** השירות הצבאי ועל כך פירט בית המשפט העליון את הדברים הבאים:

"בית המשפט עמד על הצורך לקיים את חובת שירות הביטחון באופן שוויוני וקבע כי בהיעדר בסיס בחוק אין לחרוג מעקרון השוויון לעניין מילוי חובה זו. 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 ברמקר נ' שר הבטחון**, פ"ד נד(2), 297, 302-303 (2000)).

30. ברם, בשלב הדיוני הנוכחי, אין בידי להכריע בסוגיה העקרונית כבדת המשקל שהעלה הסנגור. לא הוצגו לפני כלל הנתונים הדרושים לבחינת הטיעונים השונים, במסגרת הדיון בתנאי המידתיות. כך למשל, לא עיינתי באחוזי ההתפלגות של מקרים המסתיימים בהליך משמעותי לעומת אלה, המובאים בפני בתי הדין, לאורך שנים. לא הוצגו לעיוני הנתונים בנוגע לאחוז כתבי האישום, המוגשים בתוך פרק הזמן של 48 שעות מתוך סה"כ המקרים; לא הובאו נתונים ביחס לאחוז הנאשמים, המסיימים את משפטם בהודאה לעומת אלה הכופרים באשמה; ומתוך אלה, לא בואר כמה מורשעים בדין וכמה נמצאים זכאים. גם טיעוניו של הסנגור

לא נסמכו על תמונה ראייתית מלאה ומסודרת ולמעשה, לא הוצג לי כל נתון לביסוס טענות ההגנה השונות. כך למשל, לא בואר כמה מן החשודים מסיימים את תקופת ההיעדרות במעצר לעומת אלה המתייצבים; לא הוצגו לי נתונים בנוגע לפריסה הארצית של מקומות המעצר של החשודים; לפריסה הארצית של המקומות, שבהם מתבצעת גביית האמרות; לאופן איסוף חומרי החקירה ועוד.

31. אשר לשאלה על מי נטל ההוכחה וכיצד משפיע המחסור בנתונים, אפנה לדבריו של השופט זמיר בעניין צמח, שלפיהם:

"ספק בעיני אם ההלכה בעניין נטל ההוכחה, שהורתה ותחולתה בתחום המשפט הפלילי ובתחום המשפט האזרחי, חלה באותה מתכונת גם בתחום המשפט הציבורי. אכן, גם בתחום המשפט הציבורי, כמו בתחום המשפט האזרחי, חל הכלל הקובע כי המוציא מחברו עליו הראיה. לכן, בשלב הראשון של ההתדיינות בתחום המשפט הציבורי, מוטל על העותר הטוען נגד החוקיות של חוק, תקנה או החלטה מינהלית, הנטל לעורר ספק מהותי בחוקיות. אולם, משעורר העותר ספק כזה (בין אם הוצא צו על-תנאי ובין אם לא הוצא צו כזה) שוב אין בית המשפט חייב להסתפק בראיות שהובאו בפניו על ידי העותר. למשל, אם העותר הצליח לעורר ספק מהותי בחוקיות השיקולים של הרשות או בסבירות של ההחלטה, אך לא הצליח להביא די ראיות כדי שבית המשפט יוכל לקבוע בפסקנות אם ההחלטה חוקית או אינה חוקית, בית המשפט אינו חייב לדחות את העתירה בשל חוסר ראיות. הוא רשאי לנקוט יוזמה ולדרוש מן הרשות להשיב על שאלות מסויימות או להביא בפניו ראיות נוספות כפי שיקבע: תצהירים, מסמכים, ועוד. זהו אחד ההבדלים בין הליך מינהלי לבין הליך פלילי והליך אזרחי. הבדל זה נובע, ראשית, ממהותו של ההליך המינהלי: הליך זה עוסק בהחלטה שנתקבלה על ידי הרשות מטעם הציבור ולמען הציבור, ולכן יש לציבור זכות עקרונית לדעת את העובדות והטעמים שביסוד ההחלטה. שנית, הבדל זה נובע גם מן העקרון של שלטון החוק: בהליך מינהלי בית המשפט אמור, לא רק להכריע בסכסוך בין שני צדדים, אלא גם לשמור על העקרון של שלטון החוק. על פי עקרון זה, אם נתעורר ספק מהותי בחוקיות של החלטה מינהלית, ראוי לברר ספק זה, כדי שלא תישאר החלטה בלתי-חוקית על כנה. מכאן נובע גם הבדל בשאלת נטל ההוכחה בין הליך מינהלי לבין הליך פלילי או הליך אזרחי. בהליך מינהלי, יותר מאשר בהליך פלילי או בהליך אזרחי, בית המשפט עשוי לפעול לחיזוק תשתית הראיות, לפי הצורך, עד שיוכל להכריע לגוף העניין בשאלת החוקיות של ההחלטה המינהלית. משום כך, בהליך מינהלי, לאחר שבתחילת ההליך התעורר ספק מהותי בחוקיות ההחלטה המינהלית, בדרך כלל לא

מתעוררת יותר, בהמשך ההליך, השאלה של נטל ההוכחה" (בג"ץ צמח לעיל, פסקה 24).

32. לטעמי, אופיו העקרוני של הטיעון החוקתי והשלכותיו החברתיות ואף הכלכליות מרחיקות הלכת, מצביעים על כך שהדיון שלפניי, במקרה דנן, אינו המסגרת המתאימה לבירור מעמיק וממצה של הדברים. תימוכין לכך מצויים בתמונה החלקית שהוצגה לפניי ובדבריו הנ"ל של השופט זמיר על אודות אינטרס הציבור להכריע בטיעון מעין זה לאחר בירור כלל הנתונים והשלמתם.

33. ואחרי כל זאת, כפי שאראה בהמשך, יישומן של **נסיבות המקרה הספציפיות**, במסגרת השלב השלישי לבחינת הטענה החוקתית, שלב "התוצאה", **מייתר** את הצורך להכריע בנושא במקרה דנן ומלמד, כי ההכרעה בסוגיה עקרונית זו, אינה דרושה לעניין.

סבירותה של המדיניות

34. כפי שפסקנו לאחרונה, כל החלטות התביעה, בהיותה רשות מנהלית, נדרשות לעמוד באמות המידה המקובלות של סבירות והפעלת שיקול דעת ענייני על יסוד כלל הנתונים הרלוונטיים (ע/85/16 רב"ט בקל נ' **התובע הצבאי הראשי** (2017); וראו: בג"ץ 6410/14 "אומץ" - **אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' פרקליט המדינה**, פסקה 69 (טרם פורסם, 4.2.2015); ע/81/16 רב"ט **דתנר נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקאות 35-37 (2017)). בצד זאת, יש להזכיר, כי לזכותה של התביעה, כרשות המנהלית, עומדת חזקת התקינות המנהלית ונטל ההוכחה מוטל על הטוען כנגד חוקיות פעולתה (בג"ץ 8756/07 **עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיינים**, פסקה 43 (טרם פורסם, 3.6.2008)).

35. אף בכל הנוגע לחלק זה של הדיון, משלא הוצגה לפניי התמונה המלאה ומשהסנגור לא ביסס את טיעונו על ראיות מסודרות – לא ניתן להעריך, במישור העקרוני הכללי, את סבירות מדיניותם של גורמי אכיפת החוק בצבא. ואולם, **במישור הפרטני**, כפי שאראה להלן, יש לקבוע, כי הסנגור לא הרים את נטל הראיה כאמור ואין לומר, בנסיבות העניין, כי החלטתה של התביעה הצבאית לעתור למעצר עד תום ההליכים של המערער, לאחר הגשת כתב אישום, בחלוף פרק זמן של כמעט 48 שעות מאז נעצר – לא הייתה סבירה.

36. כאמור, גורמי האכיפה פעלו בהתאם להסמכה מפורשת שניתנה להם בחוק. המערער סיים את היעדרותו מיוזמתו ולא ביוזמת הגורמים בצבא. הוא העמיד עצמו לרשות הצבא בלשכת הגיוס בירושלים וטען לבעיות רפואיות, אשר מונעות

ממנו להתגייס. המסמכים שהציג בלשכה, כמו גם שאלת התאמתו לשירות צבאי, נבדקו ונשקלו, לכאורה, על-ידי הגורמים המקצועיים בלשכת הגיוס ורק לאחר מכן, משהתקבלה החלטתם בעניין, הועבר המערער לבסיס המשטרה הצבאית בענתות. בהמשך, כאמור, ניתנה למערער הזכות להיוועץ בסגור והוא מימשה. בשלב מאוחר יותר, הועבר כל החומר שנאסף בעניינו של המערער, הן בלשכת הגיוס והן במשטרה הצבאית, לעיון הגורמים הרלוונטיים בתחום עריקים בפרקליטות הצבאית ובהמשך, לאחר שהושלמה הבדיקה ונבחנו הנתונים, הורתה ראש תחום עריקים להגיש את כתב האישום בעניינו.

37. אין בידי התמונה המלאה בנוגע לפרק הזמן שנדרש להשלים את הבדיקות הרפואיות בעניינו של המערער בלשכת הגיוס ואף לא בנוגע למשאבים שהיו פנויים לשם כך באותה עת; אין בידי נתונים בנוגע לפרק הזמן שנדרש לאיסוף חומר החקירה בעניינו של המערער או בנוגע למועד שבו התייצב בלשכת הגיוס והמועד שבו הגיע למשטרה הצבאית. למעשה, הצדדים כלל לא טענו בעניין. ובכל זאת, לא ניתן לקבוע, על-פני הדברים, כי חל שיהוי בטיפול במערער, או כי פרק הזמן שחלף מאז שנעצר ועד שעניינו נבחן על-ידי התביעה הצבאית לא היה סביר ונראה, כי ההליך בעניינו של המערער היה רב שלבי וכלל מספר בדיקות שנערכו תוך פרק זמן קצר למדי.

38. זאת ועוד, וזה העיקר – כפי שציינתי לעיל וכפי שאראה להלן, בראי התמונה הכוללת, לאחר בחינת כל הנתונים הדרושים לעניין, במבחן התוצאה, אין בטענות ההגנה כנגד פרק הזמן שחלף כדי לאיין את עילות המעצר המתקיימות בנסיבות המקרה הספציפי.

מבחן התוצאה

39. כאמור, השלב השלישי בבחינת חוקתיותו של חוק עוסק בתוצאות הפגם. תוצאה זו, מטבע הדברים, במסגרת תקיפה עקיפה, מוגבלת למקרה הנדון ותלויה בנסיבותיו. בדומה, השלכותיו של פגם מנהלי אף הן נבחנות על-פי מכלול נסיבות העניין הקונקרטי "על רקע ההקשר הכולל בו נוצר, השלכתו, משמעותו ותוצאותיו" (ע"פ 1523/05 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 2.3.2006), וראו גם: ע"מ/15/28 טור' האיילו נ' התובע הצבאי הראשי (2015)).

40. ברוח זו, כחלק מתורת האיזונים הנהוגה בשיטתנו, כפי שפירטתי לעיל, נקבע בנוגע לפגם שנפל במעצר ראשוני, כי:

"אין מדובר בערך מוחלט, ויש ליתן את הדעת לשיקולים אחרים המצדיקים את המשך מעצרו של

החשוד. בית המשפט, אם כן, יידרש לאזן בין הפגיעה בזכויות החשוד, מהותה, חומרתה ומשמעויותיה, משכה וכדומה, לבין האינטרס הציבורי בהמשך מעצרו של החשוד, הכולל את ערך גילוי האמת, הלחימה בפשיעה וההגנה על שלום הציבור, שייבחנו בין היתר בהתאם לאופי החשדות וצורכי החקירה" (עניין פרץ לעיל בפסקה 9, ראו גם: בש"פ 642/13 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 24.1.2013); ע"מ/16/90 סמל בין נ' התובע הצבאי הראשי (2016); ע"מ/16/107 רב"ט אלי-מלך נ' התובע הצבאי הראשי (2016)).

בהתאם, בואר בהקשר דומה, כי:

"גם אילו סברתי שהופרה זכות של העוררים, ועל פני הדברים איני רואה כן אף שבידי העוררים לשוב לכך בהליך העיקרי, אין בידי להיעתר לערר - וזאת מאחר שבאיזון שבין עוצמת הפגם לכאורה לבין השיקולים שתומכים בהמשך מעצרו של העוררים בענייננו, ידם של האחרונים על העליונה. רוצה לומר, כי אין בעוצמת הפגם הנטען בענייננו כדי להביא לשחרורם של העוררים בהתחשב באיזון מובהק אל מול האינטרס הציבורי בהמשך מעצרו בנסיבות המקרה" (בש"פ 1636/13 קאניאוונג נ' מדינת ישראל, פסקה י' (טרם פורסם, 24.3.2013)).

41. מן הכלל אל הפרט. בענייננו, לאחר שלמדנו כי, לכאורה, על אף מודעותו של המערער לחובתו להתייצב לשירות צבאי – התחמק המערער משירות צבאי, במשך כמעט שלוש שנים ומחצה – יש לקבוע, כי מתקיימת בענייננו עילת מעצר מובהקת של חשש להימלטות מאימת הדין. לפנינו, שוב – לכאורה, מי שהיה מודע היטב לחובתו החוקית, כאזרח במדינה שבה הוא נולד וחי, לשרת בצבא, ובחר במשך תקופה ארוכה ביותר, להתחמק מרשויות הצבא ומן השירות שבו הוא חייב, מטעמים של טובתו האישית. אין זאת אלא, כי עסקינן במי שאינו נרתע מלהפר את החוק, תוך שהוא מודע להשלכות מעשיו.

42. הלכה פסוקה, רבת שנים, קובעת, כי בענייננו של מי שנעדר משירות צבאי או השתמט משירות צבאי למשך תקופה ארוכה, מתקיימת חזקה עובדתית בדבר חשש ממשי להימלטות מאימת הדין (ראו: בג"ץ 4089/97 דמרי נ' מפקד בסיס כליאה 394 צה"ל (לא פורסם, 4.7.1997); ע"מ/97/15 טור' דמרי נ' התובע הצבאי הראשי (1997); ע"מ/05/51 טור' ספיאשווילי נ' התובע הצבאי הראשי (2005); ע"מ/06/49 התובע הצבאי הראשי נ' טור' אטדגי (2006); ע"מ/07/33 התובע הצבאי הראשי נ' טור' בירקובסקי (2007); ע"מ/16/36 טור' עובדיה נ' התובע הצבאי הראשי (2016)).

43. הוטעם גם, כי :

"התייצבותו החד פעמית של עריק לאחר היעדרות ממושכת משירות ביטחון לפני רשויות צה"ל איננה מפיגה את החשש הטבוע בו, והנלמד מאופי העברה שאותה לכאורה עבר, שהוא עלול לשוב ולהימלט מאימת הדין. הדברים הובהרו ובוארו בהחלטתו של המשנה לנשיא בית-הדין הצבאי לערעורים, תא"ל אורי שהם, במסגרת ע"מ/9/01 טור' ברניק נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 2001(ב) 574, 567 (2001) –
'עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחש"ץ נבדלת מעבירת העריקה, לפי סעיף 92 לחש"ץ, בכך שלא נטען כי הנאשם נעדר מן השירות מתוך כוונה שלא לחזור אליו.

משמע, ההנחה היא כי בשלב כלשהו יקטע החייל את היעדרותו ויעמיד עצמו לרשות הצבא. הנחה משפטית זו אינה עומדת בסתירה לניסיון החיים המלמד כי היעדרות לתקופה ארוכה עשויה להקים חשש ממשי לכך שהחייל ישוב ויפקד או ינסה למלט עצמו מאימת הדין. אין צריך לומר, כי יש לבחון כל מקרה ומקרה לגופו ועל-פי נסיבותיו המיוחדות, אך לגישתי יש בניסיון החיים המצטבר כדי להקים חזקה שבעובדה, לפיה אם ישוחרר החייל ממעצר סגור הוא ישוב ויעדר מן השירות או ימנע מלהתייצב במשפטו" (ע"מ/1/09 טור' סולסן נ' התובע הצבאי הראשי (2009)).

44. לצד זאת, בנפרד ובמצטבר, מתקיימות, בנסיבות שפורטו לעיל, עילת מעצר של מסוכנות צבאית, נוכח החשש, שמא ישוב המערער ויעדר משירות צבאי (ראו: ע"מ/37/11 טור' חריפקוב נ' התובע הצבאי הראשי (2011)), והעילה הצבאית הייחודית, שעניינה בחשש לפגיעה מוחשית וחמורה במשמעת הצבא. עילה זו מתקיימת כאשר משחררים ממעצר מי שביצע מעשה הפוגע קשות במשמעת הצבא ובעל השלכות על תפקוד הצבא בכללו (ראו עניין סולסן לעיל, עמודים 8-11). הגם שעילה זו מוחלת בצמצום, ומוגבלת לנסיבות צבאיות מיוחדות (ראו למשל: ע"מ/49/07 סגן י' ג' נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 8 (2007)), נפסק, כי עבירות של היעדר מן השירות הצבאי הן ממין העבירות שלגביהן מוצדק המעצר בשל עילה זו (ראו: עניין דמרי לעיל; עניין סולסן לעיל; עניין אטדגי לעיל). בבסיסה של הלכה זו, ההנחה כי :

"שחרורם ממעצר של נאשמים אשר נעדרו מן השירות שלא ברשות לתקופות ממושכות, עלול לעודד ריבוי נעדרים מן השירות, ובכך לפגוע באופן חמור במוכנות ובחוסן של הצבא וביכולתו למלא את ייעודו – ההגנה על בטחון המדינה" (ע"מ/44/03 סמ"ר אבו ענאם נ' התובע הצבאי הראשי (2003); וראו גם: עניין אטדגי

לעיל, עמודים 5-6; ע"מ/4/06 טור' שימשלשולי נ' **התובע הצבאי הראשי (2006)**.

45. עוצמתן של עילות המעצר המתקיימות בנסיבות העניין, במנותק מטענות ההגנה בנוגע לפגם במעצר הראשוני ואף לעומתן, מחייבת את מעצרו הממשי של המערער. ודוק: אף אם נקבל את טענות ההגנה, הרי שבנסיבות המקרה דנן, בהיעדר כל טענה בדבר פגיעה בזכויותיו של המערער בחקירה ובהיעדר כל טענה כנגד קיומה של תשתית ראייתית לכאורה – הגם שאין להמעיט בחומרה הכרוכה במעצר לא חוקי של חשוד, למשך 24 שעות, ככל שיוכח – מכלול הנתונים הקיימים, פרק הזמן הנטען ובעיקר, עוצמתן של עילות המעצר, בנפרד ובמצטבר – אינם מאפשרים שחרורו של המערער ממעצר ואף לא, למצער, נקיטת חלופה של מעצר פתוח.

46. סוף דבר, יש לקבוע כי בנסיבות העניין, לכאורה, מקים המסד הראייתי סיכוי סביר להרשעת המערער במיוחס לו ומקים עילות מעצר מובהקות של מסוכנות צבאית, חשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית וחשש להימלטות מאימת הדין, המחייבות את מעצרו הממשי של המערער ואינן מאפשרות לנקוט חלופה של מעצר פתוח.

47. ערעור ההגנה נדחה, אפוא.

ניתנה והודעה היום, ח' באייר התשע"ז, 4 במאי 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

אורלי מרקמן, תא"ל
המשנה לנשיא בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ו ר י ס

למקור	נאמן	העתק	_____:
מכני	קורל	סגן	
הדין	בית	קצינת	_____: