



### בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

**תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא**

בעניין:

**ח/XXX טוראי ד' ר' – המערער (ע"י ב"כ, סרן תמר גטה; סרן איתי המר)**

### **נגד**

**התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, קמ"ש אור בר; קמ"ש עמית ברנע)**

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מעצרים) 164/18 (סא"ל שחר גרינברג – סגן הנשיאה) ביום 24.5.2018. הערעור התקבל.

### ה ח ל ט ה

#### רקע

1. **המערער**, טוראי ד' ר', נעצר ביום 16.5.2018, בחשד למעורבות בעבירה של היעדר מן השירות הצבאי, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. ביום 24.5.2018, הורה בית הדין קמא על מעצרו הממשי עד ליום 27.5.2018, לשם הגשת כתב אישום. ההגנה לא השלימה עם החלטת בית הדין קמא ומכאן הערעור שלפני.

2. **ערעור ההגנה** נסב על ארבע טענות מרכזיות. האחת עניינה בטענה כנגד קיומו של מסד ראייתי להוכחת **מודעותו** של המערער לצו הגיוס שנשלח לכתובתו הידועה, מאחר שהמערער עזב את הארץ, זמן קצר לאחר ההליכים בלשכת הגיוס. הטענה השנייה מצויה במישור של עילות המעצר ועניינה בטענת ההגנה כי למערער **זיקה חלשה** למדינת ישראל. הטענה השלישית עסקה בעמדת ההגנה, שלפיה **רשויות המדינה הבטיחו** למערער ולאחרים המצויים במעמדו, במסגרת חגיגות יום העצמאות ה-70 למדינת ישראל, כי יוכלו לשהות בארץ, בין המועדים 16.5.2018-1.4.2018, **מבלי להיעצר**. נטען גם, כי על אף שהטענה הוצגה בהרחבה בערכאה קמא, בית הדין לא נידרש אליה בהחלטתו. טענתה הרביעית של ההגנה, עניינה בהשפעת

העובדה כי המערער ביקר בלשכת הגיוס, **במספר הזדמנויות במהלך החודש האחרון**, ולא נעצר. נטען, כי בנסיבות אלה, ניתן לאיין את החשש להימלטות מאימת הדין, באמצעות הפקדת הדרכון של המערער.

3. **התביעה** הציגה לעיוני את חומר הראיות שנאסף. לשיטתה, בהתאם לחזקה המנויה בסעיף 55 (5) לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, ואף לנוכח השתלשלות העניינים בהמשך, יש לקבוע, כי המערער, לכאורה, היה מודע למועד שאליו נקרא לגיוס, ולאחר מכן, להיותו במעמד של משתמט משירות צבאי. אשר לטענה בדבר זיקתו לארץ, נטען, כי במועד שבו היה על המערער לשרת בצבא, היה האחרון בעל זיקה ברורה וממשית למדינה. בכל הנוגע לטענה של הפרת ההבטחה המנהלית, כאמור, נטען, כי המערער ביכר להסדיר את מעמדו כמשתמט ולו במחיר של מעצרו, ועל כן, על פני הדברים, לא הופרה ההבטחה כאמור. לדידה של התביעה, עילות המעצר המתקיימות בעניינו של המערער, אינן מאפשרות לנקוט חלופה של מעצר פתוח.

4. להלן, אבחן את טענות ההגנה כסדרן.

#### **פוטנציאל הראיות להוכחת האשמה**

5. בחינת המסמכים שנאספו, מעלה, כי המערער, יליד שנת 1990, עלה עם אמו מרוסיה לישראל, בהיותו כבן שלוש. האם, שחקנית כדורסל מקצועית, השתלבה בקבוצות כדורסל מקצועיות בארץ ואף נמנתה עם סגל הנבחרת של מדינת ישראל. בשנת 1996, לאחר הליך של גיור, היא ובנה קיבלו אזרחות ישראלית.

6. בשנת 2008 נקרא המערער ללשכת הגיוס בירושלים. המערער התייצב בחודש מרץ 2008 להליכי צו ראשון. הוא חתם על טפסים ואף הותאם לו פרופיל 97. בהמשך, בחודש מרץ 2008, לכאורה, הופק צו שקרא אותו לגיוס בחודש מרץ 2009. הצו הופק על-ידי סטטוסרית מוסמכת ולכאורה, נשלח באותו המועד, לכתובתו הרשומה של המערער, בדואר ישראל.

7. המערער עזב עם אמו את הארץ בחודש מאי 2008, בהיותו בן למעלה מ-17 שנים.

8. כמו כן, על-פי מכתבים המצויים ברשות התביעה וכעולה משתי האמרות שמסר המערער, בשנת 2014 ביקרה אמו של המערער בארץ ולאחר שובה לרוסיה, מסרה למערער כי הוא הוכרז כ"משתמט". זאת ועוד, במהלך שנת 2015, המערער, אף הוא שחקן כדורסל מקצועי, ביקש להסדיר את מעמדו ולפטור אותו משירות צבאי, על מנת שיוכל לשחק בקבוצת הכדורסל מכבי תל-אביב.

9. המערער הגיע ארצה ביום 5.4.2018, לאחר שלמד על חלון ההזדמנויות שהעניקו הרשויות במדינה, בין המועדים כמפורט לעיל. לדבריו, ביקש לבחון את האפשרות להסדיר את מעמדו ולהתקבל כשחקן, לשורות קבוצת הכדורסל מכבי תל-אביב.
10. עולה מן המקובץ, כי לפנינו, לכאורה, מי שמודע לצו שקרא אותו להתייצב לגיוס בחודש מרץ 2009 ונמנע מלעשות כן. המערער אף מודע למעמדו כמשתמט גיוס, שכן הגעתו לישראל נועדה להסדיר את מעמדו. להשלמת התמונה, ולמעלה מן הנדרש, אציין עוד, כי בעניינו של המערער חל גם צו פוקד כללי, אשר לפיו, היה עליו להתייצב לגיוס החל מיום 25.3.2009.
11. מסכת ראיות זו, מקימה, **ברגיל**, עילות מעצר מובהקות של חשש להימלטות מאימת הדין, מסוכנות צבאית וחשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית. אלה, במצטבר, היו מחייבות את מעצרו הממשי של המערער (ראו והשוו: ע"מ/12/41 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' בנהיים** (2012)). עם זאת, יש להוסיף ולבחון, כיצד, אם בכלל, משפיעות טענות ההגנה האחרות על משקלן המצטבר של עילות המעצר, בנסיבות המקרה דנן.

### זיקתו של המערער לארץ

12. אף בסוגיה זו אין בידי לקבל את טענות ההגנה. הלכה פסוקה היא, כי:

**"מי שהוטלה עליו חובת השירות בהיותו אזרח ישראל ותושב ישראל, ועזב את הארץ ובכך, סיכל את האפשרות, כי יציית לחובה שהוטלה עליו מקים עילות מעצר ברורות וחד משמעיות, כאשר הוא מואשם בעבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות. יחולו לגביו עילת החשש להימלטות מאימת הדין, עילת המסוכנות הצבאית שמא לא יבצע את החובה אשר עדיין מוטלת עליו והעילה הצבאית הייחודית, אשר עניינה בפגיעה החמורה במשמעת הצבא, הגלומה בהיעדרות משירות צבאי" (הדגשות במקור, ע"מ/12/58 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' גוזפוד** (2012)).**

13. באותו מקרה, בואר, כי:

"עניין לנו במי שעלה ארצה בגיל צעיר עם משפחתו. יש להשקיף עליו אפוא, כיליד הארץ לכל דבר ועניין. עניין לנו במי שהתחנך בארץ ובהיותו נער כבן 17 זומן והתייצב לבדיקות בלשכת הגיוס ואף נקבע לו פרופיל רפואי כשיר לשירות. לפיכך, עניין לנו במי שרשויות הגיוס הבהירו לו באורח ברור וחד משמעי כי שירותו הצבאי נדרש... סוגיית הזיקה, אשר נבחנה פעם אחר פעם בפסקי הדין השונים, מתייחסת בבירור למועד בו נדרש היה המלש"ב להתייצב לשירות צבאי ולא למועד שבו הוא מתייצב בשערי מדינת ישראל נעצר ומובא למשפט. מועד אחרון זה הוא מועד אקראי אשר תלוי אך ורק ברצונו הטוב של העבריין. לעומת זאת, מועד הגיוס נקבע באופן חוקי על ידי לשכת הגיוס בהתאם לצרכי

הצבא. במועד זה, מתחיל ביצוע העברה ומועד זה הוא, אפוא, המועד הרלבנטי לבחינת זיקת המלש"ב אל מדינת ישראל... אין עניין לנו במי שזיקתו לארץ במועד הרלבנטי הייתה קלושה. ההפך הוא הנכון, עניין לנו במי שחי בארץ 10 שנים ביחד עם הוריו, מי שזכה לאזרחות ישראלית ביחד עם הוריו ולמעשה, זוהי האזרחות היחידה המצויה ברשותו גם היום. בחירתו של המשיב להימנע משירות צבאי, הביאה אותו לעמוד לדין ואין הוא יכול להטיל את האחריות בעניין זה על אחרים" (שם).

14. הדברים יפים אף לעניינו. המערער עלה לארץ בגיל שלוש לערך, גדל והתחנך בישראל, כמעט עד גיל 18, ובעת שעזב את הארץ היה מצוי בעיצומם של הליכי הגיוס - הותאם לו פרופיל רפואי כשיר לגיוס ואף נשלח אליו צו לגיוס. זיקתו של המערער לארץ, באותם הימים, הייתה **זיקה מובהקת וברורה**, ואין בחלוף הזמן ובשהותו הממושכת של המערער בחו"ל, לאחר מכן, כדי לכרסם בעילות המעצר, המתקיימות בעניינו.

### הפרת הבטחה מנהלית

15. בשונה מטענות ההגנה הקודמות, הרי שהטענה כנגד התנהגות הרשות והפרה לכאורה של ההבטחה המנהלית, מעוררת קושי ניכר. כידוע:

"ההבטחה המינהלית הנטענת על-ידי המערער נוגעת להפעלת סמכות, המצויה בידיה של הרשות השלטונית. היינו, הסמכות לנקוט בהליכים פליליים כלפי מי שביצע עבירה וחוק העונשין חל עליו. בהבטחה הנטענת נאמר על-ידי איש הנתפס בעיני המערער כנציג הרשות, כי סמכות זו לא תופעל. הכלל הוא, כי 'הבטחה' כזו עשויה להיות תקפה ומחייבת. כלל זה נובע מהחובה המוטלת על רשות לכבד הסכמים שהיא חותמת עליהם. חובה זו יונקת מתקנת הציבור. היא מתבקשת גם מן החובה הכללית שלה כפוף השלטון, לנהוג בהגינות ובסבירות (ראה: בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67 (1997)). תוקפו של הסכם מסוג זה מוכר אף בגדרי המשפט הפלילי (ראה פרשת קוגן וכן בג"ץ 218/85 ארביב נ' פרקליטות מחוז תל אביב, פ"ד מ(2) 393 (1986))" (ע"פ 6411/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 150 (2000)).

16. בעניינו, רשויות הביטחון פרסמו הודעה מסודרת ורשמית, שלפיה "החל מיום 1.4.2018... ועד ליום 15.5.2018... תתאפשר כניסה חד פעמית לישראל של משתמטים מחובת שירות בטחון, אשר שוהים בחו"ל שלא ברשות ללא מעצרים" (מכתבו של סגן מפקד מיטב מיום 8.3.2018). בואר, כי "יציאתם של משתמטים אלה ממדינת ישראל ללא מעצרים תתאפשר עד ליום 16.5.2018 בלבד. יובהר, כי החל מיום 17.5.2018, ייעצרו המשתמטים טרם יציאתם ממדינת ישראל" (שם). והנה, המערער, אשר מעמדו כמשתמט השוהה בחו"ל, הגיע ארצה ביום 5.4.2018, בעקבות אותו "חלון הזדמנויות" ונעצר, בניגוד לפרסום האמור, ביום 16.5.2018.

17. מבירור שערכה התביעה עלה, כי המערער התייצב בלשכת גיוס ירושלים ביום 17.4.2018, וביום 22.4.2018. בסיכום ראיון שנערך עמו ביום 22.4.2018, נכתב, כי: "לא רוצה להתגייס, סבר שיקבל פטור משירות לאור מסמכים רפואיים שהציג... הובהר, כי מעמדו כמשתמט בתוקף **וצפוי להיעצר עם כניסתו הבאה לארץ**". המערער הציג מסמכים רפואיים והותאם לו פרופיל 64. ביום 15.5.2018, ביקש להתייצב שוב בלשכת הגיוס על-מנת להשלים ההליכים. נמסר לו כי לנוכח פעילות יחידתית, הוא מוזמן להגיע ללשכה למחרת. בהתאם, התייצב המערער בלשכה ביום 16.5.2018 ובסיכום ראיון מאותו המועד, נכתב, כי "הנ"ל הגיע ביום 22.4.2018 וסבר שיקבל פטור אך לא קיבל. במסגרת ההסדר המיוחד לא ניתן היה לעצור אותו ולכן שוחרר. התייצב היום שוב ורוצה להסדיר את המעמד. מאשר גיוסו כמשתמט".

18. התביעה למדה מהשתלשלות העניינים הנ"ל, כי המערער, ביקש להסדיר את מעמדו ולו במחיר מעצרו. ההגנה, מנגד, טוענת בתוקף, כי המערער סמך על הבטחת הרשויות, שלפיה עד ליום 17.5.2018, יוכל לשהות בארץ מבלי שייעצר. נטען על-ידיה, כי המערער הניח, שאם לא יזכה לפטור מגיוס, יוכל לצאת מן הארץ ולשוב אל ביתו.

19. ברי, כי אם תתקבל גרסתו של המערער, אשר נסמכת, ולו לכאורה, על הודעת הרשויות, הרי שראוי כי זו תילקח בחשבון במישור האחריות, כטענה של הגנה מן הצדק ולחלופין, לכל הפחות, כטענה במישור העונש. לפנינו, אפוא, סוגיה עובדתית בעלת נפקות ומשקל של ממש (ראו והשוו: ע/37/16 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר חמוס (2017)**). עסקינן בשאלה ראייתית מרכזית, אשר ראוי, לנוכח השלכותיה האפשריות, כי תתברר לעומק, בהליך העיקרי, כאשר המערער אינו נתון מאחורי סורג ובריה (ראו והשוו: ע"מ/6/03 **רב"ט פרץ נ' התובע הצבאי הראשי (2003)**; ע"מ/20/07 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' בושמרין (2007)**; ע"מ/75/12 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' קריחלי (2012)**; ע"מ/104/16 **טור' ידידיה נ' התובע הצבאי הראשי (2016)**).

20. **בנסיבות ייחודיות אלה**, ואף בשים-לב להתייצבותו של המערער בלשכת הגיוס, במספר הזדמנויות, שומה עלי לבחון, ביתר שאת, את האפשרות לשחרר לחלופת מעצר, חרף עילות המעצר הקיימות, כמפורט לעיל. אמנם, סימני השאלה אינם שומטים את הקרקע תחת פוטנציאל הראיות לכאורה והסיכוי הסביר להרשעתו של המערער במיוחס לו, ואולם, הסוגיה הראייתית, המחייבות העמקה ובירור, כמפורט לעיל – מאפשרת לנקוט במקרה דנן, חלופה של מעצר פתוח, אשר יהיה בה כדי להלום את עילות המעצר דלעיל ובמקביל, לאפשר את בירורה לעומק. לא ניתן, בנסיבות העניין, לשחרר את המערער שחרור מלא ואף לא בתנאים אחרים.

21. ערעור ההגנה מתקבל, אפוא, באופן שהמערער ישוחרר למעצר פתוח במיטב, עד לשעה 16:00 היום, לשם הגשת כתב האישום בעניינו.

ניתנה והודעה היום, י"ד בסיון התשע"ח, 27 במאי 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

למקור	נאמן	העתק	חתימת המגיה: _____
מכני	קורל	סרן	
הדין	בית	קצינת	תאריך: _____