



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא

בעניין :

ח/XXX טוראי ט' ל' – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן חגי בן-דב; סגן אירנה בוצ'צקי)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סגן אריאלה סגל; קמ"ש איה ברוך)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 55/18 (סא"ל שחר גרינברג – שופט) ביום 28.1.2018. הערעור התקבל.

ה ח ל ט ה

לאחר שעיינתי בקפידה בחומר הראיות שנאסף בעניינה של המערער ומשבחנתי את טענות ההגנה בערעור ואת תשובת התביעה, מצאתי כי בעניינה של המערער מתעוררות שאלות מורכבות, סבוכות, אשר קשורות בטבורה של סוגיית הסמכות לדון באישום שהוגש כנגדה.

על כן, בהתאם להלכה הפסוקה, הגם שמתקיימות בעניינה עילות מעצר מובהקות, מן הראוי לנקוט חלופת מעצר אשר תאפשר לבחון את השאלות המתעוררות לעומק, בעת שהמערער אינה נתונה מאחורי סורג ובריה ויש לשחררה למעצר פתוח במיטב, עד לתום ההליכים בעניינה.

לבקשת ההגנה, בהיעדר התנגדות מטעם התביעה, תופנה המערער לבדיקת גורמי ברה"ן במיטב, בימים הקרובים.

נימוקיי המפורטים להחלטה יועברו לעיון הצדדים בהקדם.

ניתנה והודעה היום, כ"א בשבט התשע"ח, 6 בפברואר 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

נימוקי ההחלטה

ביום 6.2.2018 הוריתי לשחרר את המערערת למעצר פתוח. להלן, הנימוקים להחלטה.

רקע

1. נגד המערערת, טור' ט' ל', הוגש כתב אישום, המייחס לה עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בגין היעדרותה ממיטב, החל מיום 1.8.2017, למשך 168 ימים, שהסתיימו עם מעצרה.
2. לאחר הגשת כתב האישום נענה בית הדין קמא לבקשת התביעה הצבאית והורה על מעצרה של המערערת עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינה. ההגנה לא השלימה עם החלטה זו ועתרה לשחררה ממעצר לחלוטין.

השתלשלות העניינים

3. אין חולק, כי המערערת לא התייצבה במועד שנקראה אליו לגיוס, 17.7.2016, וכי נעצרה בגין השתמטות ביום 23.1.2017. המערערת הועמדה לדין משמעתית ונדונה לשבעה ימי מחבוש בפועל. בהמשך, ביום 29.1.2017, לאחר שנשאה בעונש, לא התייצבה, כנדרש, במיטב והחלה בהיעדרות נוספת. היעדרות זו אף היא הסתיימה במעצר, ביום 16.7.2017, ואף בגינה הועמדה המערערת לדין משמעתית.

על המערערת הוטלו עשרים ימי מחבוש, שמונה מהם על תנאי. לאחר שסיימה לשאת בעונשה, ביום 1.8.2017, שוב נעדרה המערערת מן השירות הצבאי. בגין היעדרותה האחרונה, הוגש נגדה כתב האישום, כמפורט לעיל.

4. ההגנה מיקדה את טיעוניה כנגד חוקיות גיוסה של המערערת, מלכתחילה. לשיטתה, כבר עתה ניתן להצביע על פגמים שנפלו בהליך הגיוס ולפיכך, נוכח קשיים ראייתיים משמעותיים, הנוגעים לשאלת סמכותו של בית הדין הצבאי לדון בעניינה של המערערת, יש לשחררה מכל מעצר.

5. להלן, אבחן, אפוא, את מסכת הראיות לכאורה, בכל הנוגע להליך גיוסה של המערערת.

מסגרת הראיות לכאורה

6. מפאת חשיבותם של הדברים לדיון שלפנינו, נביא את הפרטים העולים מן המסמכים השונים, בהרחבה –

א. המערערת, בת למשפחה המונה שבע נפשות, מתגוררת עם משפחתה ברחוב

XXX, בניין XXX, דירה XXX במעלה אדומים על-פי נתוני הרישום בצה"ל,

למערערת 10 שנות לימוד וציון עברית 7.

ב. מנגררת זימונים של לשכת הגיוס עלה, כי המערערת לא התייצבה לצו ראשון,

בארבע הזדמנויות. אין בתדפיס שיחות הטלפון תיעוד לשיחות שנערכו עמה או

עם מי מבני משפחתה, עובר להוצאת צו הגיוס בעניינה. עם זאת, בתיעוד

ההמלצות לפוקד, לקראת הוצאת צו גיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון

[נוסח משולב], התשמ"ו-1986, צוין כי מעמדה הובהר לאחיה הגדול.

ג. בתיקה האישי מצוי העתק מ"צו התייצבות לבדיקת כושר והתראת גיוס לפי

סעיף 12 לחש"ב", אשר נושא את הכתובת "XXX מעלה אדומים מיקוד

XXX". כן מצוי תיעוד לכך שביום 9.3.2015 המליצה רמ"ד ביקורת התייצבות

בלשכה, על גיוסה של המערערת לפי סעיף 12, וביום 10.3.2015, אישר סגן מפקד

לשכת הגיוס את גיוסה ללא פרופיל.

ד. על-פי תעודת עובד ציבור המצויה בתיק האישי, ביום 16.3.2015 הוצא

למערערת צו לפי סעיף 12, אשר קרא אותה להתייצב לשירות צבאי ביום

17.7.2016. על-פי צילום מדבקות הדואר הרשום, הצו נשלח למחרת לכתובת

XXX בניין XXX דירה XXX במעלה אדומים. על תעודת עובד הציבור חתום

סטטוסר אשר אושר ביום 5.3.2014, על-ידי מפקדת לשכת הגיוס, לייצוב מועמדים לשירות צבאי לגיוס.

ה. ביום 5.4.2016, התייצבה המערערת בלשכת הגיוס והגישה תצהיר דת החתום על-ידה, ומאושר על-ידי בית הדין הרבני האזורי בירושלים. התצהיר הוצא ביום 16.2.2016.

ו. במסמך שכותרתו "סיכום ראיון מלש"ב" מיום 5.4.2016, צוין כי המערערת אינה מצויה במסגרת לימודים כבר מאמצע שנת הלימודים של כיתה י"א ולפני כן למדה בתיכון "XXX". צוין כי עזבה את התיכון ועברה ללמוד במדרשה, שאף אותה עזבה כחודשיים קודם לכן. מפיה נרשם, כי היא "מתחזקת, מעוניינת בשידוך ולהתחתן, לא מעוניינת להתגייס... מסרה שהיא שומרת על צניעות, מגיעה מבית דתי, ובעבר הייתה חילונית". נכתב גם, כי המערערת לא התייצבה לצווים הקודמים, כי רצתה להגיש תצהיר הדת. בהמשך מציינת המראיינת, שפרטיה אינם ידועים, כי המערערת "שכחה" מדוע צמים ביום כיפור ובתשעה באב. בסיפת סיכום הריאיון, בסעיף "סיכום והמלצות", נכתב, כי המערערת נמצאה "מחוברת בשבת לחשבון הוואטסאפ שלה", וכי מומלץ להביאה לראיון בפני פוקד.

ז. מתיעוד שיחת טלפון שנערכה עם המערערת ביום 9.5.2016, צוין כי נמסר לאחרונה שעליה להתייצב ביום 10.5.2016 למבחני דפ"ר ובדיקת שתן, והובהר לה כי תאריך גיוסה הוא 17.7.2016. נכתב, כי המערערת השיבה שתגיע. מתיעוד שיחת טלפון עם המערערת ביום 19.5.2016, עלה כי הודע למערערת, כי היא מזומנת לראיון ביום 23.5.2016 בנוגע לבחינת הצהרת הדת שהגישה.

ח. הריאיון נערך ביום 25.5.2016. בסיכום הריאיון, ציין הפוקד, סגן מפקד הלשכה, כי המערערת אינה "עובדת, עזבה את הלימודים כי בית הספר לא היה דתי, ולא רצתה ללמוד יותר". צוין כי המערערת טענה שהגיעה ממשפחה דתית "ירדה מהדת וחזרה". עוד צוין כי נמסר למערערת שישנן הוכחות לכך ש"חשבון הוואטסאפ שלה פעיל בשבתות" והוסברו לה ההשלכות של הצהרה כוזבת. הוסבר, כי באפשרותה למשוך את הצהרתה, או שיש ביכולת רשויות הגיוס להגיש נגדה תלונה על הצהרה כוזבת. המערערת הכחישה שהייתה מחוברת ל"וואטסאפ בשבת, מסרה שלא תתגייס, מעוניינת להתחתן ומוכנה לשבת בכלא". בסעיף ההחלטה במסמך, נכתב כי "להערכת הגבוהה לא מדובר בצדיקה אמיתית אלא מתחזה. ממליץ גיוס בתוקף".

ט. מתיעוד ביקורה של המערערת בלשכה ביום 25.5.2016 (במערכת הממוחשבת), עולה כי באותו מועד נערך לה ראיון פוקד, שבמהלכו לא משכה את הצהרת הדת שלה. נמסר לה, כי "עליה לערוך את ההליכים של הצו הראשון כרגיל - סירבה לשתף פעולה. הובהרו השלכות של חוסר שיתוף פעולה - הבינה. הובהר מעמד ותאריך גיוס 17.7.2016". עוד עולה, כי באותו מועד, הותאמו למערערת סימול עברית ונתונים נוספים.

י. מתכתובת בין לשכת גיוס ירושלים לבין סגן מפקד מיטב לגיוס, עלה כי ביום 29.5.2016, אחראית מצהירות בלשכת הגיוס מצאה בחשבון האינסטגרם של המערערת תמונות חושפניות "מהחודש האחרון", אחת מהן הועלתה במהלך "השבת האחרונה" (יצוין, כי בתמונות המצויות בידי התביעה, אין ציון התאריך והשעה, שבהם הועלו למרשתת). לאחר מכן, הורה סגן מפקד מיטב "דחו את בקשתה לפטור מטעמים דתיים". אין אינדיקציה בחומר הראיות לכך שהמערערת קיבלה הודעה מסודרת בעניין.

יא. בהמשך, מתיעוד שיחת טלפון שנערכה עם המערערת ביום 20.7.2016, עלה כי נשאלה מדוע לא התייצבה לגיוס וכי השיבה, שמסרה הצהרת דת. אז נמסר לה, שהצהרת הדת שהגישה נדחתה וכי עליה להתייצב כבר למחרת לגיוס. מתיעוד שיחת טלפון נוספת, ביום 21.7.2016, עלה כי שוב נשאלה מדוע לא התייצבה לגיוס וכי הובהר לה כי עליה להתייצב באופן מידי בלשכה, שאחרת תיעצר.

יב. באמרתה, מסרה המערערת כי לא קיבלה לידיה צו גיוס, אך אישרה כי ידעה שעליה להתייצב לשירות צבאי. בעת שהועמדה לדין משמעתי, מסרה כי אינה יכולה להתגייס מטעמי דת וכי היא באה מבית דתי. המערערת ציינה כי היא מעוניינת בשירות לאומי.

החלטת בית הדין קמא

7. בית הדין קמא הנכבד דן בכלל טענות ההגנה, שהועלו לפניו. תחילה בחן את הטענה כנגד חוקיות הוצאת צו גיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון ובעניין זה קבע, כי "מקום בו הנאשמת לא שיתפה פעולה ולא נענתה לזימונים, בהתאם לנתונים המוזנים במערכת המחשב שבלשכת הגיוס, כאשר כתובתה הידועה לגורמי הצבא לא השתנתה, הרי שהיה מקום להוציא לנאשמת צו גיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון... זאת גם על בסיס תשתית עובדתית שהוכנה על ידי גורמים אחרים בלשכת הגיוס". אשר לטענה, כי המועד שצוין בכתב ההסמכה של הסטטוסור, החתום על הוצאת צו הגיוס למערערת ועל משלוח הצו בדואר, מוקדם למועד

שמופיע כתחילת שירותו בלשכת הגיוס, בואר, כי "לכאורה נפלה טעות קולמוס בכתובת התאריך על ידי מפקדת לשכת הגיוס החתומה על המסמך". בית הדין אף הפנה לקביעתו של בית-דין זה, שלפיה "פעולתו של הסטטוסר היא טכנית ואינה כרוכה בהפעלת שיקול דעת של ממש. למעשה, תפקידו של הסטטוסר להביא לידיעתו של המיועד לשירות ביטחון את צו הגיוס שעליו הורה הפוקד... אשר לטענה בדבר המועדים שצוינו בכתב ההסמכה, טענה זו, לכל היותר, מלמדת על פגם מצומצם, טכני, שאינו יורד לשורש תוקפו של צו הגיוס" (ע"מ/17/88 טור' אלמלח נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

8. בהמשך, דן בית הדין בטענת ההגנה כנגד מודעותה של המערערת לקריאתה לגיוס. בית הדין הבהיר, בזהירות הנדרשת, כי אין "להיזקק לחזקה הקבועה בסעיף 55(ה)(2) לחוק שירות ביטחון לפיה צו הגיע לידיעת האדם אליו נשלח אם הוא נשלח אליו בדואר רשום לפי מען מקום מגוריו הקבוע – בתום שבעים ושתיים שעות מזמן שנמסר לדואר למשלוח... כי על פי צילום מדבקות הדואר הרשום, נשלח צו הגיוס לכתובת דומה, אך לא לכתובת של הנאשמת – במדבקת הדואר הרשום נכתבה הכתובת 'XXX מעלה אדומים', בעוד שכתובתה העדכנית של הנאשמת היא 'XXX מעלה אדומים'". בד בבד, נקבע, כי "מודעותה של הנאשמת בדבר מועד גיוסה לצבא... נלמדת מראיונות שנערכו לנאשמת בלשכת הגיוס ביום 5/4/16 וביום 25/5/16, וכן משיחות טלפון שנערכו עמה בימים 9/5/16, 19/5/16... ובהן נמסר לה כי מועד גיוסה הוא 17/7/16. לאור זאת, יש לקבוע כי הנאשמת הייתה מודעת למועד הגיוס אליו נקראה – 17/7/16" (הדגשות במקור).

9. אשר לטענת ההגנה, כנגד אופן הפעלת שיקול הדעת של גורמי מיטב, שלא לקבל את תצהיר הדת מטעמה של המערערת, הגם שהוגש במועד, נקבע, כי:

"בהתאם להלכה... יש לקבוע כי קיים שיקול דעת בידי הרשות האם לקבל תצהיר דת, גם אם הוגש במועד... בענייננו, זומנה הנאשמת לשני ראיונות בלשכת הגיוס, לא ידעה להשיב על שאלות בסיסיות הקשורות לאורח חיים דתי (מדוע צמים ביום הכיפורים ובתשעה באב), ולא ידעה לתת תשובות מספקות לראיות מנהליות שהצביעו לכאורה על כך שאינה שומרת שבת. בנסיבות דומות נקבע בפרשת כליפה כי 'בראיון שנערך לעותרת בלשכת הגיוס... נמצא כי היא אינה מקיימת אורח חיים דתי – ובנסיבות אלה ברי כי בכל מקרה לא היה מקום להיעתר לבקשתה לפטור, אפילו היתה זו מוגשת מלכתחילה במועדים שנקבעו בתקנות" (שם, פסקה 14).

10. בית הדין מצא לדחות אף את טענות ההגנה, שלפיהן גורמי מיטב לא היו מוסמכים לערוך חקירה ובדיקה ברשת האינטרנט, לרבות ברשתות חברתיות, על-מנת לאסוף ראיות לבדיקת אמיתות תצהיר דת שהגישה המערערת. נקבע, כי "גם דינה של טענה זו להידחות, משבמקרים שהובאו בפני בית המשפט העליון לא נקבע כי יש פסול בבדיקה האמורה, נהפוך הוא".

11. לאור מסקנותיו בדבר התשתית הראייתית שנאספה ולאחר שנמצא, כי המערערת נעדרה, לכאורה, זו הפעם השלישית משירות צבאי, שאליו, לכאורה, גויסה כדין – מצא בית הדין כי מתקיימות "במלוא עוזן עילות המעצר, אשר מתחדדות ממילא נוכח הצהרותיה החוזרות של הנאשמת, הן בפני הפוקד בראיון בלשכת הגיוס עובר לגיוסה, הן בפני הקש"ב בהליך המשמעותי בו נדונה, והן בחקירתה במשטרה הצבאית לאחר שנעצרה, כי אינה מעוניינת להתגייס ולשרת" (הדגשות במקור) והורה על מעצרה של המערערת עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינה.

טענות ההגנה בערעור

12. בפי המערערת טענות כנגד פגמים שנפלו בהחלטות המנהליות שהתקבלו בהליכי גיוסה. לשיטתה של ההגנה, טענות אלה, בוודאי במצטבר, שומטות כבר עתה את הבסיס הראייתי להוכחת חוקיות גיוסה של המערערת.

13. תחילה נטען, כי שיקול הדעת של הפוקד, בעת קבלת ההחלטה להורות על גיוסה של המערערת לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, נסמך על מסד עובדתי לקוי וחסר, שכלל אינו עומד בדרישות הוראת פק"ל לשכות הגיוס בעניין "צו 12". נטען, כי כאמור, תדפיס שיחות הטלפון אינו כולל תיעוד של שיחה עם "אחיה הגדול" של המערערת וכי בהתאם, לא ניתן להניח ששיחה כזו אכן נערכה. אשר על כן, מסקנתו של הפוקד בדבר חוסר שיתוף פעולה של המערערת, נסמך על ארבעה זימונים לצו ראשון, שאליהם לא התייצבה ותו לא. זאת ועוד, נטען, כי הכתובת השגויה שצויינה בעת משלוח צו הגיוס בדואר רשום, סותרת את חזקת תקינות המנהל ומלמדת על האפשרות כי כלל הזימונים לצו ראשון, שלגביהם לא קיים תיעוד באשר לאופן המשלוח, נשלחו אף הם לכתובת שגויה.

14. אשר לתצהיר הדת שהוגש על-ידי המערערת. לדידה של ההגנה, משהמערערת, בת למשפחה דתיה, שמרבית שנותיה למדה במוסדות חינוך דתיים, חתמה בבית הדין הרבני על תצהיר מתאים והגישה אותו במועד שנקבע בחוק ובתקנות ללשכת הגיוס, מיוזמתה – לא היה מקום לפקפק בהיותה דתיה ולא היה מקום לחקור

אותה בנושא. ההגנה סבורה, כי שיקול הדעת של גורמי הגיוס שלא לפטור מיועדת לשירות ביטחון, אשר הגישה תצהיר דת במועד ובהתאם לכללים, צר ומוגבל למקרים חריגים בלבד.

15. נטען גם, כי המסמך המתעד את הריאיון שנערך למערערת בלשכה אינו נושא את פרטי המראיינת, ובכך, נמנעה מן ההגנה האפשרות לחקור בנושא. עוד נטען, כי סגן מפקד לשכת הגיוס, אשר שוחח עם המערערת בהמשך ועימתה עם הטענה, כי יישומון ה-whatsApp במכשיר הטלפון הנייד שלה היה מחובר במהלך השבת, לנוכח היעדר פירוט ותיעוד מסודר בעניין, ובשים לב להכחשתה של המערערת – לא היה מוסמך להעביר את המלצתו לסגן מפקד מיטב, שלא להכיר בתצהיר שהגישה המערערת לפטור משירות צבאי הניתן לנשים דתיות. בדומה, נטען, כי אף בהמשך, לא היה ראוי לערוך חיפוש בחשבון ה"אינסטגרם" של המערערת לשם בחינת "דתיותה" וכי הדבר אף מהווה פגיעה בפרטיותה. ההגנה הלינה אף כנגד החלטתו של סגן מפקד מיטב לדחות את תצהיר הדת, על בסיס אותן תמונות, מבלי שאלה הוצגו למערערת ומבלי שניתנה לה זכות טיעון בעניין. הסנגורים הוסיפו וציינו כי החלטתו של סגן מפקד מיטב ניתנה ללא נימוקים וכי כלל לא הועברה בצורה מסודרת למערערת. נטען, כי למעשה, המערערת למדה על ההחלטה שלא להכיר בתצהיר הדת שהגישה, לאחר שחלף מועד הגיוס, בשיחת הטלפון, שבה הובהר לה מעמדה כמשתמטת.

16. ההגנה הבהירה, כי המפגש הראשון של המערערת עם גורמי לשכת הגיוס, אשר כאמור, לא שוחחו עמה בטלפון קודם לכן, ארע בעת שהגישה את התצהיר. ימים ספורים לאחר מכן, ביום 25.5.2016, הגיעה המערערת לראיון אצל סגן מפקד הלשכה, בעקבות הספקות שעלו ביחס לתצהיר הדת שהגישה. על-פי התיעוד המצוי במערכת ובתדפיסי הנתונים, החלה המערערת, באותו מעמד, בבדיקות לאימות נתוניה (נקבע לה סימול עברית) ואף נאמר לה, כעולה מן התיעוד במערכת ה-CRM, כי "עליה לעבור את ההליכים של הצו הראשון". חרף זאת, לא זו בלבד שהמערערת לא קיבלה הודעה מסודרת על כך שתצהיר הדת שלה לא הוכר, המערערת כלל לא זומנה להשלמת הליכי צו ראשון או לכל בדיקה נוספת, וגורמי הלשכה נסמכו על קריאתה לגיוס, לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, אשר הוצאה בעבר, בטרם נוצר עמה הקשר ובטרם התייצבה בלשכה. אף בכך, לשיטת ההגנה, יש משום פגם בהתנהלותם של גורמי הגיוס. נטען, כי ראוי היה, לנוכח התייצבותה של המערערת בלשכה, בשתי הזדמנויות והקשר הטלפוני שנוצר עמה, לבחון את

עניינה מחדש ולהפעיל שיקול דעת נוסף, בנפרד, על-מנת להעריך האם יש לגייס את המערערת ללא בדיקת כושרה לשירות צבאי.

תשובת התביעה

17. התביעה ביקשה לסמוך ידה על החלטתו של בית הדין קמא. לשיטתה, לא נפלה טעות מהותית בהחלטה ולפיכך, אין מקום להתערב בה.

18. אשר לטענות ההגנה, התביעה סבורה, כי נוכח חזקת תקינות המנהל יש להניח, כי אכן נערכה שיחת טלפון עם אחיה הגדול של המערערת, על-מנת לזמנה להליכי צו ראשון, הגם שלא קיים תיעוד לשיחה במערכת הממוחשבת. נטען עוד, כי מן הריאיון שנערך למערערת בלשכת הגיוס בעת שהתייצבה והגישה את תצהיר הדת, עולה כי הייתה מודעת לזימונה לצו ראשון ולכן, אין להניח כי לא קיבלה לידיה את הזימונים המנויים בפלט הזימונים. בהתאם, לדעת התביעה, אין לקבוע, כי נפל פגם בשיקול דעת הפוקד, עת הורה לגייסה לשירות צבאי, ללא קביעת כושרה הרפואי, לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון.

19. אשר לטענות כנגד אי-קבלת תצהיר הדת שהגישה המערערת, נטען, כי בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, לרשויות הגיוס שיקול דעת שלא לקבל את התצהיר. לדידה של התביעה, מאחר שברישומי הצבא צוין שהמערערת למדה זמן מה במוסד חילוני, היה מקום לראיין אותה ולבחון את אמיתות תצהירה. נטען, כי שיקול הדעת שהופעל בנושא זה על-ידי סגן מפקד מיטב – סביר ונסמך על תשתית ראייתית מנהלית מתאימה. כמו כן, התביעה סבורה, כי במשקפי דוקטרינת הבטלות היחסית, על אף שלא ניתנה למערערת זכות טיעון בנוגע לתמונות אשר עמדו בבסיס החלטתו של סגן מפקד מיטב והגם שהאחרון לא נימק את החלטתו, התנהלותה של המערערת בהמשך מלמדת על עשיית דין עצמי וחוסר ניקיון כפיים. נטען, כי העובדה שהמערערת נעדרה משירות צבאי בשלוש הזדמנויות, על אף שחובתה לשרת בצבא הייתה ידועה לה – אינה מאפשרת לה להיבנות מהטענות בנוגע לפגמים בהליך המנהלי, בהקשר זה.

20. בהתאם, נטען, כי עברה המשמעתי של המערערת והדברים שהשמיעה במהלך הליכי הגיוס ואף באמרתה, שלפיהם היא אינה מעוניינת בשירות צבאי, כל אלה, מצביעים על עילות מעצר מובהקות, אשר אינן מאפשרות לנקוט חלופת מעצר בעניינה.

דיון והכרעה

21. כאמור, ההגנה טענה כנגד כל אחת מקביעותיה של הערכאה קמא. להלן, אדון בטענות כסדרן.

גיוס לפי סעיף 12 – שיקול דעת הפוקד

22. כפי שבואר בפסיקת בית המשפט העליון ובפסיקתו של בית-דין זה "סמכות הגיוס לפי סעיף 12 היא סמכות חריגה, שיש להפעילה במשורה ובזהירות" (ע"מ/76/17/17 טור' שמואלי נ' התובע הצבאי הראשי (2017); וראו גם: רע"פ 1057/99 יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365, 377 (1999); ע"מ/75/17/17 טור' נחמני נ' התובע הצבאי הראשי (2017)). בואר, כי התכלית החקיקתית אשר בבסיס הוראת סעיף 12 הנ"ל, היא הצורך להיאבק בהשתמטות משירות בטחון (ראו: ע"מ/17,18/15/15 טור' טקה נ' התובע הצבאי הראשי (2015), ע"מ/77/15/15 טור' יהושע נ' התובע הצבאי הראשי (2015)), ולפיכך, "משהונחה תשתית ראייתית מתאימה, המבססת, ברמה המנהלית, חוסר שיתוף פעולה מצדו של המערער, לאורך זמן - אין אלא לקבוע כי שיקול דעתו של הפוקד, להורות על גיוסו של המערער, מבלי שנקבע כשרו, היה סביר, ומסקנה זו עולה בקנה אחד עם חזקת תקינות המנהל" (עניין נחמני לעיל, פסקה 20; וראו גם: ע"מ/43/16/16 טור' קליינבוך נ' התובע הצבאי הראשי (2016); ע"מ/77/12/12 טור' פרדה נ' התובע הצבאי הראשי (2012); ע"מ/52/13/13 טור' זרו נ' התובע הצבאי הראשי (2013)).

23. ברם, במקרה דנן, בהיעדר תיעוד מתאים לשיחת טלפון עם מי מבני משפחתה הבגירים של המערערת ומשלא נוצר קשר עם המערערת, מתעורר קושי להראות, כי אכן הוצגה לפוקד תשתית ראייתית מתאימה להוכחת חוסר שיתוף פעולה מצדה של המערערת (נראה גם כי מסד הנתונים אינו עומד בדרישות המנויות ב"פק"ל לשכות הגיוס – צו 12"). כידוע, "על גורמי הגיוס לנקוט מאמץ ולפעול בשקידה ראויה ובאחריות, לאיתור המיועד לשירות ביטחון ולזמנו לבדיקות השונות לקביעות כושרו לשרת בצבא. בהמשך, על הפוקד להפעיל שיקול דעת פרטני, ביחס לכל מקרה ומקרה, ולהורות על גיוסו של המיועד לשירות על-פי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, רק לאחר שנחה דעתו, כי פעלו די כדי להביא להתייצבותו בלשכת הגיוס" (עניין נחמני לעיל, פסקה 23; וראו גם: ע"מ/91/16/16 טור' עאיק נ' התובע הצבאי הראשי (2016)). מן התמונה הראייתית שהוצגה באותו השלב, לכאורה, עולה, כי המערערת לא אותרה וספק אם נוצר קשר עם מי מבני משפחתה הבגירים המתגוררים עמה.

24. עם זאת, יש לציין, כי הגם שסוגיית סבירות החלטתו של הפוקד מעוררת קושי ומצריכה בדיקה, משניתן ללמוד ממסמכים מאוחרים על מודעותה של המערערת להליכי הגיוס בעניינה ואף לנוכח התנהלותה הפסולה בהמשך – במשקפיה של דוקטרינת הבטלות היחסית ובאיזון בין הערכים החברתיים המושלים בכיפה – **בסוגיה זו בלבד** – לא היה כדי להצדיק את שחרורה למעצר פתוח (ראו והשוו: ע"מ/36/17 טור' מזור נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 23 (2017); ע"מ/78/17 טור' פריימן נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

דחיית תצהיר דת

25. תיקון מספר 18 לחוק שירות בטחון (תיקון מס' 18 והוראת שעה, התשע"ב-2012) מסדיר את סוגיית הפטור לנשים משירות ביטחון מטעמים ש"בהכרה דתית". סעיף 40 לחוק, שכותרתו "פטור מטעמי הכרה דתית", קובע כי:

- "(א) מיועדת לשירות בטחון שהצהירה בכתב לפי סעיף 15 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, בפני שופט או דיין בבית דין רבני, שלושה אלה:
- (1) טעמים שבהכרה דתית מונעים אותה מלשרת בשירות בטחון;
 - (2) היא שומרת על כשרות בבית ומחוצה לו;
 - (3) היא אינה נוסעת בשבת –

תהא פטורה מחובת שירות בטחון לאחר שתמסור את התצהיר, באופן ובמועד שייקבעו בתקנות, לפוקד שהוסמך לכך.

(ב) חדל להתקיים לגבי מיועדת לשירות בטחון תנאי מהתנאים שלגביהם הצהירה כאמור בסעיף קטן (א), במהלך 24 החודשים שלאחר מסירת התצהיר או במהלך תקופת הקריאה להתייצבות לשירות סדיר כאמור בסעיף 20, לפי המאוחר, תודיע על כך מיד לפוקד".

26. בואר, כי:

"בנוסח הקודם של חוק שירות ביטחון, לפני שנת 1978, נדרשה המיועדת לשירות ביטחון להוכיח בפני ועדת פטור כי טעמים שבהכרה דתית מונעים ממנה לשרת בשירות ביטחון, וועדת הפטור הוסמכה לקבוע, לאחר קבלת ראיות ושמיעת המיועדת לשירות, כי לא הוכחו התנאים לקבלת הפטור" (ע"מ/52/06 טור' חסון נ' התובע הצבאי הראשי (2006)).

27. להשלמת התמונה, יש לפרט אף את הוראות החוק, בעקבות תיקון 18 הנ"ל, העוסקות בביטול הפטור שניתן למיועדת לשירות ביטחון מטעמים של הכרה דתית. בעניין זה קובע סעיף 40א(ב) לחוק, שכותרתו "בקשה לביטול פטור של מיועדת לשירות ביטחון לפי סעיף 40 על ידי פוקד", כי:

"היה לפוקד יסוד ממשי להניח כי מיועדת לשירות ביטחון שקיבלה פטור לפי סעיף 40(א) נהגה באופן שאינו תואם מהותית תנאי מהתנאים שלגביהם הצהירה בהתאם לאותו סעיף, במהלך 24 החודשים שלאחר מסירת התצהיר או במהלך תקופת הקריאה להתייצבות לשירות סדיר כאמור בסעיף 20, לפי המאוחר, **רשאי הוא להגיש לוועדה בקשה לביטול הפטור, ובלבד שמסר על כך הודעה למיועדת לשירות ביטחון**" (הדגשה אינה במקור).

נקבע גם, כי "זכותה של המיועדת לשירות ביטחון... להתייצב לפניו ולטעון את טענותיה לעניין זה אם תרצה בכך, בעצמה או בלוויית מי מטעמה, וזכותה לשלוח את טיעוניה בכתב, והכל בתוך 30 ימים מיום שקיבלה את ההודעה", וכן כי "זכותה להשמיע את טענותיה לפני הוועדה, בעצמה או בלוויית מי מטעמה, אם יגיש הפוקד בקשה לביטול הפטור לוועדה" (סעיף 40ב לחוק שירות בטחון). עוד נקבע, כי הודעת הפוקד תהייה מפורטת (סעיף 40ב לחוק), וכי "הוועדה תחליט בבקשה, בתוך שלושים ימים מיום שהומצאה למיועדת לשירות ביטחון הודעת הפוקד כאמור בסעיף קטן (א), **לאחר שנתנה לצדדים הזדמנות לטעון את טענותיהם לפנייה**" (הדגשות אינן במקור, סעיף 40ד) וכי "ההחלטה סופית של הוועדה בבקשה לביטול פטור לפי סעיף 40ד, ניתנת לערעור לפני בית משפט לעניינים מנהליים" (סעיף 40ה לחוק).

קיימת אף סמכות לביטול הפטור, כאשר המיועדת לשירות ביטחון מעדכנת, כי לא מתקיים בה עוד תנאי מן התנאים שלגביהם הצהירה, או אם "הורשעה מיועדת לשירות בטחון בפסק דין סופי של בית משפט על עבירה לפי סעיף 46 או על עבירה לפי סעיף 239 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בשל תצהיר לפי סעיף 40א". במקרה זה, בטל הפטור מעיקרו (סעיף 41 לחוק שירות ביטחון).

28. חשוב לציין, כי הליך ביטול הפטור מטעמי הכרה דתית כמפורט בתיקון 18 הנ"ל, טרם נכנס לתוקפו ותחילתו מותנית בפרסום תקנות בעניין. מפניית הצוות המשפטי של ועדת חוץ וביטחון אל חברי הוועדה המשותפת לוועדת חוץ וביטחון ולוועדת החוקה, חוק ומשפט (מיום 31.12.2017), העוסקת בפרסום התקנות בעניין, עולים הדברים הבאים:

"תיקון 18 ביקש לפשט את ההליכים בדבר ביטול פטור מטעמי הכרה דתית, במקרה בו חדלו להתקיים במיועדת לשירות ביטחון התנאים שבשלם ניתן לה הפטור מחובת שירות ביטחון... הפטור יכול להתבטל גם במצב שבו יש לפוקד יסוד ממשי להניח כי המיועדת לשירות ביטחון נהגה באופן שאינו תואם מהותית תנאי מהתנאים שעליהם הצהירה. במקרה זה עליו להגיש בקשה לביטול הפטור אל הוועדה לבחינת הפטור... אך בטרם הגשת הבקשה לוועדה, על הפוקד להודיע למיועדת על כוונתו לעשות כן ולאפשר לה, תוך 30 ימים, להביא בפניו את עמדתה או להגיש את טענותיה בכתב, כחלופה להתייצבות בפניו. הפוקד אף יודיע לה על אפשרותה להשמיע טענותיה בעצמה או בלוויות מי מטעמה בפני ועדה... במקרה והפוקד לא שוכנע מטענות המיועדת לשירות ביטחון, או שהיא לא התייחסה להודעתו, יוכל הפוקד להגיש בקשה לוועדה. הפוקד חייב להודיע על החלטתו להגיש את הבקשה לביטול הפטור לוועדה למיועדת לשירות ביטחון, בהודעה בדואר רשום או במסירה לבן משפחה. הוועדה תחליט בבקשת הפוקד בתוך 30 ימים מהמועד שבו קיבלה המיועדת לשירות ביטחון את בקשת הפוקד לביטול הפטור...

תיקון 18 מאפשר הן לפוקד והן למיועדת לשירות ביטחון לערער על החלטת הוועדה בפני בית המשפט לעניינים מנהליים. תיקון 18 קבע כי כלל ההוראות שתוארו לעיל יעמדו בתוקפן למשך 3 שנים כהוראת שעה. הדבר נובע מהצורך לבחון את נחיצותו של הסדר זה, לצד הציפייה להפחתה בניצול לרעה של הפטור מטעמי הכרה דתית. תיקון 18 אף קבע כי הוראותיו ייכנסו לתוקף רק לאחר פרסום התקנות, היינו התקנות המובאות עתה לאישור הוועדה המשותפת" (הדגשה במקור).

29. עולה אפוא, כי תיקון מספר 18, הקובע את התנאים לפטור של מיועדת לשירות ביטחון משירות זה, מטעמים של "הכרה דתית", עיגן הליך מסודר לביטול הפטור, הכולל, בין היתר, זכות טיעון של בעלת הפטור, חובת הנמקה של עמדת הפוקד ואף זכות ערעור לבית המשפט לעניינים מנהליים. הליך זה טרם נכנס לתוקף, מאחר שטרם תוקנו התקנות בעניין. פטור מדעיקרא יינתן לאחר הרשעתה בפלילים של בעלת הפטור בעבירות שעניינן מסירת ידיעות כוזבות.

30. בית המשפט העליון, בהידרשו לשאלת פרשנותו של סעיף 40 האמור, קבע, כי "אין לקבל את העמדה שלפיה עצם הגשת התצהיר מעקרת לחלוטין את שיקול הדעת הנתון לרשויות הגיוס במתן הפטור. שיקול דעת בכל זאת קיים, גם אם היקפו מצומצם יחסית בהשוואה לפטורים אחרים לפי חוק שירות ביטחון"

(הדגשות אינן במקור, בג"ץ 739/15 **כליפה נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 15.10.2015)). הוטעם, כי בבסיס פרשנות זו מצויים הטעמים הבאים:

"מטבע הדברים, נשים שאינן דתיות עלולות לנצל את הקלות היחסית שבה ניתן לקבל פטור משירות צבאי מטעמים שבהכרה דתית - והחשש הוא מפני תופעה של השתמטות מגיוס בקרב נשים. ודוק: הסכנה הגלומה בהשתמטות אינה מתמצית בנוק למצבת כוח האדם של צה"ל. היא יוצרת אפליה בין הנשים המחויבות לשרת שירות צבאי; היא עלולה להשפיע השפעה מורלית שלילית על הלכידות החברתית בשירות הצבאי; וכן עלולה להביא לשחיקה מסוכנת של ההליך הדמוקרטי, המחייב קבלת מרות הרוב ונשיאה שוויונית בנטל החובות הכלכליות, החברתיות והביטחוניות, שהיא חיונית לקיומן ולתפקודן התקין של החברה והמדינה" (שם, פסקה 11).

בהתאם, נקבע, כי:

"התצהיר אינו עניין טכני או פרוצדוראלי גרידא, אלא שהגשתו היא העילה להענקת הפטור מטעמים שבהכרה דתית - בהיותו כלי המשמש להוכחת התקיימותם של התנאים המנויים בסעיף 40(א) לחוק ועומדים ביסוד בקשת הפטור. משכך, כאשר **ברור** כי התצהיר כוזב - אין לפטור את המועמדת לגיוס מחובת השירות" (הדגשה אינה במקור, שם, פסקה 12; ראו גם: בג"ץ 3564/16 **פלונית נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 28.9.2016); ע"מ/13/17 **טוראי יונס נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).

על-פי הלכה זו, מסורה לרשויות הגיוס הסמכות שלא להעניק פטור משירות צבאי, אף למי שהגישה תצהיר כדין ובמועד, אך שיקול הדעת מצומצם ועניינו במקרים שבהם **ברור**, כי התצהיר כוזב.

31. במקרה שלפנינו, בשונה מעניין **כליפה** לעיל ומעניין **יונס** לעיל (בעניין **פלונית** דובר במי שהייתה בשלבים הסופיים של הליכי הגיוס ורק לאחר שהסתבר לה כי לא תשרת בתפקיד שאליו כיוונה, הגישה תצהיר דת) – **אין עסקינן במי שהגישה תצהיר באיחור**, שאז ממילא, תקנות שירות בטחון (פטור נשים משירות בטחון מטעמים שבהכרה דתית), התשל"ח-1978, מסמיכות את הפוקד לקבל את התצהיר במועד מאוחר "אם ראה לעשות כן מטעמים מיוחדים" (אציין עוד, כי בעניין **כליפה** לעיל, העותרת למדה לימודים תיכוניים במכללה הטכנולוגית של חיל האוויר).

32. ודוקו: אין בנסיבות המקרה דין כדי להצביע על כי, בהכרח, נפל פגם בשיקול דעתו של סגן מפקד מיטב שלא לקבל את התצהיר או בהחלטת הגורמים בלשכה

לבדוק את אמתותו. הקושי של המערערת להשיב על שאלות בסיסיות מתחום הדת ואף התמונות שנמצאו בחשבון האינסטגרם שלה, בהנחה כי הן מן העת הרלוונטית, אכן עשויים לעורר סימן שאלה ביחס לאמיתות תצהירה. ברם, המקרה שלפנינו מעורר סוגיה מורכבת, אשר **טרם נבחנה**, באשר להיקף שיקול דעתם של הגורמים המוסמכים, מקום שבו הוגש תצהיר דת על-פי הכללים הקבועים בחוק ובתקנות, חתום על-ידי בית הדין הרבני ובמועד. בחינת ההליך הסטוטורי העוסק בשלילת הפטור, לפי תיקון 18 לחוק שירות ביטחון ובחינת הלכת בית המשפט העליון בעניין **כליפה**, אשר דנה בעצם **מתן פטור** – מצביעות על שיקול דעת מצומצם שלא לקבל את התצהיר, ויש לבחון את השאלה המשפטית בנושא זה לעומק, לאחר בירור מלוא העובדות הרלוונטיות, בהליך העיקרי.

33. זאת ועוד, על פני הדברים, **בשונה מהמקרים שנדונו בפסיקה**, כמפורט בסעיף 30 לעיל, במקרה זה אף **ההליך המנהלי עצמו אינו נקי מקשיים**. בניגוד למנגנון שנקבע בתיקון מספר 18 הנ"ל ובניגוד לכללי המשפט המנהלי, למערערת לא ניתנה אפשרות להתמודד עם התמונות, אשר היוו הבסיס הראייתי להחלטה המנהלית בעניינה, **ובכך – נשללה ממנה זכות הטיעון**, חרף ההשלכות מרחיקות הלכת של החלטה בעניינה (על מעמדה של זכות הטיעון כזכות יסוד במשפטנו, ראו לאחרונה ע/69/17 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל אטרש** (2018), פסקה 31 והפסיקה המנויה שם).

למעשה, מאפשרת זכות הטיעון לפוקד לקבל **החלטה מנהלית מושכלת, שבבסיסה כלל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין** (ראו: ספרו של פרופ' י. זמיר, **הסמכות המנהלית**, כרך ב' 742 (1996), וכן ראו והשוו: ע"מ/31/11/30 **טור' שקרגי נ' התובע הצבאי הראשי** (2011), וע"מ/17/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' כהן** (2013); שם נאמרו הדברים ביחס לשיקול דעתו של הפוקד לקבל תצהיר שהוגש באיחור והדברים אמורים מקל וחומר, בעת שעסקינן בתצהיר שהוגש במועד, על-פי דין).

34. כמו כן, החלטתו של סגן מפקד מיטב לדחות את תצהירה של המערערת ניתנה **ללא הנמקה** (על חובתה של הרשות המנהלית לנמק החלטותיה ראו בספרה של פרופ' ברק ארז, **משפט מנהלי**, כרך א, בעמ' 423 (2010)), ולמעשה, **ההחלטה כלל לא הובאה לידיעתה של המערערת**, באופן מסודר ובמועד (לחובת פרסומה של החלטה מנהלית ראו ספרה של פרופ' ברק ארז, שם, בעמ' 327).

35. כל אלה מעוררים שאלות משפטיות מורכבות, אשר מן הראוי יהיה לבחון אותן בהליך העיקרי, לאחר בחינת כלל העובדות הדרושות לעניין.

36. אבהיר עוד, כי נוכח מסקנתי בעניין זה, מצאתי שלא להידרש, לעת הזו, לטענות ההגנה בדבר הפגיעה בפרטיותה של המערערת, אגב הבדיקה שנערכה ביחס לאמיתות תצהירה.

הדרישה לבחון מחדש את עניינה של המערערת

37. אף טענת ההגנה בכל הנוגע לצורך לבחון מחדש את עניינה של המערערת, לאחר שהתייצבה בלשכה ולאחר שנוצר עמה קשר טלפוני מסודר, ראוי כי תיבחן לעומק (על חובת הרשות המנהלית "לחזור ולבחון החלטות ישנות, בהתחשב בשינויים שחלו בנסיבות או בנתונים חדשים", ראו ספרה של פרופ' ברק ארז, שם, בעמוד 206).

38. יש להבהיר, כי נוכח דבריה של המערערת בלשכת הגיוס, ייתכן כי נכון היה לבחון מחדש את ההחלטה שלפיה, יש להורות על גיוסה על-פי הוראת סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, מבלי שתשלם את הליכי הגיוס כמקובל. עם זאת, חשוב לציין, כי לאחר שהמערערת התייצבה בלשכה, הודע לה, כי עליה להשלים את הבדיקות הנדרשות לצו ראשון, אך לא נשלח אליה כל זימון בעניין. מכל מקום וזה העיקר – אין כל תיעוד לכך שעניין גיוסה אכן נשקל שוב על-ידי הגורם המתאים.

39. משכך, אף בהיבט זה מתעוררת סוגיה מורכבת, המחייבת בחינה יסודית לאחר בירור העובדות בהליך העיקרי.

סוף דבר

40. עולה מן המקובץ, כי עניינה של המערערת מעורר שאלות ראייתיות ומשפטיות, הנוגעות לשאלת חוקיות גיוסה, שאלות הקשורות בטבורה של סוגיית הסמכות של בית הדין לדון בעניינה. הלכה היא, כי "כאשר עולה מחומר הראיות שאלה אמיתית ומורכבת בדבר חוקיות הגיוס, מוטב כי הסוגיה תתברר במשפט גופו, כשהנאשם אינו עצור" (ע"מ/30/07 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' טגאו** (2007); וראו גם: ע"מ/114/16 **טור' סעדה נ' התובע הצבאי הראשי** (2016); ע"מ/104/16 **טור' ידידיה נ' התובע הצבאי הראשי** (2016); ע"מ/30,31/11 **טוראי שקרג'י נ' התובע הצבאי הראשי** (2011); ע"מ/17/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' כהן** (2013)).

41. לפיכך, על אף שבעניינה של המערערת מתקיימות עילות מעצר של מסוכנות צבאית, חשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית והחשש להימלטות מאימת הדין – סברתי, כי מן הראוי לנקוט חלופה של מעצר פתוח במיטב, על-מנת לאפשר לה

לנהל את משפטה, אשר צפויות להתברר במהלכו סוגיות משפטיות ועובדתיות מורכבות, בעת שאינה נתונה במעצר ממש.

42. ערעור ההגנה התקבל, אפוא, באופן חלקי, משהוריתי על שיחרורה של המערערת למעצר פתוח במיטב, עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינה.

ניתנו היום, כ"ב בשבט התשע"ח, 7 בפברואר 2018 בלשכה, ויועברו לצדדים באמצעות מזכירות בית הדין הצבאי לערעורים.

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

חתימת המגיה: _____ העתק נאמן למקור

סגן קורל מכני

קצינת בית הדין תאריך: _____