



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אל"ם אורלי מרקמן - שופטת

בעניין :

ח/XXX טור' צ' ס' – המערערת (ע"י ב"כ, סרן חגי בן דב)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סגן אריאלה סגל)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 717/16 (רס"ן סיגל טורג'מן – שופטת) ביום 15.9.2016. הערעור התקבל.

ה ח ל ט ה

לאחר שבחנתי את טיעוני המערערת ועמדת המשיבה, משעיינתי בחומר החקירה שנאסף, סברתי כי פוטנציאל הראיות לכאורה ועילות המעצר המתקיימות במקרה דנן מאפשרים לנקוט חלופה של מעצר פתוח במיטב. המערערת תשחרר למעצר פתוח עד ליום 13.10.2016. נימוקים מפורטים להחלטה יועברו לעיון הצדדים במהלך יום א', 18.9.2016.

מפאת השעה והשבת המצויה בפתח, בשים לב לנסיבותיה האישיות של המערערת, תשחרר המערערת לחופשה בביתה, החל מהיום, 16.9.2016, שעה 12:00. על המערערת להתייצב במיטב עד ליום א', 18.9.2016, לא יאוחר מהשעה 9:00.

ניתנה והודעה היום, י"ג באלול התשע"ו, 16 בספטמבר 2016, בפומבי ובמעמד הצדדים.

נימוקי ההחלטה

ביום 16.9.2016 הוריתי לשחרר את המערערת למעצר פתוח. להלן, הנימוקים להחלטה.

רקע

1. כנגד טורי' צ' ס', **המערערת**, הוגש כתב אישום, המייחס לה עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, למשך 1519 ימים, שהסתיימו עם התייצבותה, ביום 12.9.2016.

2. בד בבד עם הגשת כתב האישום, עתרה התביעה הצבאית להורות על מעצרה של המערערת עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינה וההגנה התנגדה לכך. תחילה ציין בית הדין קמא הנכבד, כי הוא מורה על מעצרה של המערערת עד ליום 18.9.2016 "לצורך בחינת חומר הראיות בעניינה וקבלת החלטה". בהמשך, לאחר שההגנה עתרה לעיין בנימוקי ההחלטה למעצר, נוכח כוונתה לערער עליה, פרס בית הדין קמא את עיקרי נימוקיו והורה על הארכת מעצרה של המערערת עד ליום 13.10.2016.

ההגנה לא השלימה עם ההחלטה ומכאן הערעור שלפני.

החלטת בית הדין קמא

3. בית הדין קמא הנכבד סבר, כי המסד הראייתי מצביע, לכאורה, על צו גיוס חוקי לפי סעיף 12 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: **חוק שירות בטחון**), שהובא לידיעתה של המערערת. משום כך ומאחר שהמערערת חתמה על תצהיר דת, **לאחר** המועד הקבוע בתקנות, ואף לא שלחה אותו אל לשכת הגיוס כנדרש, כמו גם בשים לב לכך שנישאה לפני מספר חודשים בלבד – נקבע, כי מתקיימות בעניינה עילות מעצר, המחייבות את מעצרה הממשי. וכך נפסק:

"במקרה שלפנינו, משך תקופה של כמעט ארבע שנים נעדרה הנאשמת מן השירות עד אשר רק לאחרונה נישאה. על כן, לא מצאתי שיש בטענות בעניין זה, כדי להקהות את עילות המעצר בעניינה... הנאשמת השתמטה מן השירות בנסיבות של מודעות משך תקופה ארוכה מבלי שהסדירה את עניינה, לכן עילת ההימלטות מן ההליכים בעניינה עומדת בעינה.. הנאשמת היתה מודעת לאפשרות השגת הפטור. אולם, באמרתה הראשונה הסבירה שעבדה והיתה עם המשפחה וגם מאמרתה השנייה שלא השלימה את הליך הפטור כנדרש. העילה ההרתעתית בעניינה של הנאשמת עומדת בעינה, למרות שלפי חוק שירות בטחון אין עליה לשרת ובעניין זה המסוכנות הצבאית פחתה".

עמדת ההגנה

4. כאמור, בא כוחה של המערערת לא השלים עם החלטת בית הדין קמא להאריך את המעצר הממשי ועתר לשחרר את המערערת בתנאים, לטובת הבטחת התייצבותה להליכים בעניינה.

5. בפתח דבריו, טען הסנגור, כי בהיעדר תיק אישי בכלל ובהיעדר מסמך על אופן הפעלת שיקול הדעת של הפוקד בפרט, אין די בתשתית הראייתית שנאספה, אף לא בהתחשב בחזקת תקינות פועלה של הרשות המנהלית. הסנגור פירט, כי המערערת לא אותרה על-ידי הגורמים בלשכת הגיוס ולשיטתו, אין בדיווח, המצוי במערכת הממוחשבת הצבאית, על שיחת טלפון מחודש ספטמבר 2011, כדי ללמד אחרת. משכך, נטען, כי אין די ראיות להוכחת חוקיות הגיוס במסלול האישי.

אשר למסלול הכללי, הרי שהצו הרלוונטי קרא את המערערת לשרת במהלך שנת 2013 ולשיטת הסנגור, על-פי המסמכים שנאספו, ניתן להיווכח, לכאורה, כי משהובא לידיעתה של המערערת, כי עליה להתייצב ולשרת בצבא, הסבירו לה הגורמים במיטב כי תוכל לקבל פטור משירות צבאי לאחר מתן "תצהיר דת". בהתאם, נגשה המערערת אל בית הדין הרבני באזור מגוריה וביום 5.9.2012 חתמה על תצהיר מתאים. נטען, כי התצהיר לא הוגש לרשויות הצבא, נוכח סברתה המוטעית של המערערת, כי די בחתימה עליו. להוכחת אמינות גרסתה של המערערת, הוצגו לעיוני התצהיר, כפי שאותר בבית הדין הרבני וכן תמונות ומסמכים, המלמדים על אורח החיים הדתי-חרדי של המערערת, לכל אורך השנים. הסנגור אף הצביע על אמרותיה של המערערת, שם פירטה את גרסתה, כבר בהזדמנות הראשונה.

6. הסנגור סבור, כי התמונה הכוללת, המלמדת על אורח חיים דתי-חרדי של המערערת לאורך שנים; נישואיה, המזכים אותה בפטור משירות צבאי, כאמור בהוראת סעיף 39(ב) לחוק שירות בטחון; ואף נסיבות התייצבותה לחקירה – מקהים במידה ניכרת את עילות המעצר המקובלות ומחייבים לשחררה ממעצר, גם אם בתנאים מתאימים.

עמדתה של התביעה הצבאית

7. התביעה הצבאית סמכה ידיה על פלטי הזימונים, פלטי הסטאטוסים ועדכון על שיחת טלפון מחודש ספטמבר 2011, שהופקו מן המערכת הממוחשבת – כראייה מנהלית מתאימה, אשר לצד חזקת תקינות פועלה של הרשות המנהלית, יש בה, בהתאם להלכה הפסוקה, כדי לבסס פוטנציאל ראיות מתאים להוכחת חוקיות

הגיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות בטחון. בהמשך דבריה, הצביעה התביעה על תעודת עובד ציבור וכתב הסמכה, להוכחת משלוח צו גיוס תקין וכן על מודעותה של המערערת לחובתה לשרת בצבא. בהקשר זה, הפנתה התביעה אף אל דבריה של המערערת באמרה המאוחרת, שלפיהם ידעה על צו הגיוס ולתיעוד השיחות, שערכו עמה הגורמים בלשכה לאחר המועד שנקבע בצו הגיוס.

8. עוד נטען, כי עובדת נישואיה של המערערת לפני מספר חודשים אינה מקהה את עילות המעצר המקובלות במידה המאפשרת שחרורה לחלופת מעצר. בעניין זה, הפנתה התובעת להחלטת בית דין זה, בע"מ/58/09 טור' שקורי נ' התובע הצבאי הראשי (2009).

דיון והכרעה

המסגרת הראייתית

9. על-פי חומר הראיות שנאסף, לכאורה, נשלח אל המערערת בדואר, צו גיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות בטחון, אשר קרא אותה להתייצב לשירות צבאי החל מיום 15.7.2012. הצו נשלח על-ידי גורם מוסמך והמערערת הייתה ערה לקיומו, לכל הפחות, בשלב שבו נערכו עמה שיחות טלפון, במהלך חודש אוגוסט 2012. המחלוקת בין הצדדים נסבה על השתלשלות הדברים ומשמעותה, עובר להוצאת הצו ובהמשך, לאחר שנודע למערערת עליו. יש לבחון, אפוא, את פוטנציאל הראיות ביחס ליסודות העבירה, שיוחסה למערערת.

היסוד העובדתי בעבירה

10. כאמור, התיק האישי של המערערת לא אותר וחומר הראיות בעניין הליכי גיוסה דל. ברשות התביעה פלט זימונים, שלפיו המערערת לא התייצבה לזימונים לצו ראשון וכן פלט סטאטוסים מתאים. עוד ברשות התביעה פלט על תיעוד שיחות טלפון שנערכו בניסיון לאתר את המערערת. על-פי פלט זה, הגורמים המתאימים בלשכה לא הצליחו לאתר את המערערת ולא נוצר עמה קשר. כאמור, התביעה הצביעה על תדפיס, שלפיו נערכה שיחה אחת, בחודש ספטמבר 2011, ובמהלכה המערערת יצרה קשר עם הלשכה ונאמר לה כי עליה להתייצב בהקדם. אך יש להדגיש, כי בשיחות שנערכו קודם לכן ואף לאחר מכן, המערערת לא אותרה. אין בנמצא ראיות לכאורה, באשר למאמצים נוספים שנקטה הלשכה על מנת לאתר את המערערת, ולמעשה, אין כל תיעוד לניסיון ליצור עם המערערת קשר, החל מחודש

ספטמבר 2011 (עוד בטרם הגיעה לגיל 17), ועד בסמוך למועד בו היה עליה להתגייס (2.7.2012), חודש לאחר שהגיעה לגיל 18. כמו כן, לא קיים כל תיעוד באשר לבחינת עניינה של המערערת על-ידי הגורמים בלשכת הגיוס ובאשר לאופן הפעלת שיקול הדעת של הפוקד, אשר הורה על גיוסה לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון.

11. בית-דין זה, פסק כי אף במקרים שבהם לא הוצג תיעוד בנוגע לאופן הפעלת שיקול דעתו של הפוקד, עובר להוראה מטעמו לגיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות בטחון, הרי שניתן, במקרים מתאימים, כאשר קיימים מסמכים, המלמדים על בסיס ראייתי, ברמה המנהלית, לחוסר שיתוף פעולה של המועמד לגיוס ועל כך שעניינו נשקל על-ידי הגורמים המתאימים בלשכה, בהתבסס על חזקת תקינות פועלו של המנהל – לקבוע כי הוכחה תשתית ראייתית לכאורה, לחוקיות הגיוס. וכך נפסק:

"אכן אין ראיה ישירה בתיק. יש בחומר תכתובת דוא"ל המלמדת כי לא ניתן היה להפיק מן המערכת, בשל בעיה מיכונית, מסמך אשר נוגע לכך. יש, עם זאת, שלל ראיות לכך שעניינו של המערער נשקל כדבעי בידי גורמי הלשכה, שהמליצו לקרוא למערער לשירות מכח סעיף 12 לחוק. דבר הקריאה לפי סעיף 12 תועד במערכת והוצא צו על-ידי סטטוסרית מוסמכת, שמציינת במסמכים, כי הצו הוצא בשל סירובו של המערער להיבדק לקביעת פרופיל. הרקע אשר מצדיק הוצאת צו לפי סעיף 12 עולה בבירור ממסכי המערכת הממוחשבת – אי התייצבות חוזרת ונשנית לבדיקות בלשכת הגיוס.

אכן, מוטב היה לו היה אישור חתום של הפוקד כי יוצא צו לפי סעיף 12 בעניינו של המערער. אולם, מהצבר הראיות שנסקר לעיל עולה הייתה הצדקה קונקרטיית להוציא צו כזה, כי גורמי הלשכה טיפלו בעניין, שלב-שלב, וכי מי שהוסמך להוציא צו בשם הפוקד עשה כן. אין קושי, על כן, להתבסס במקרה זה על ההנחה כי גם השלב שאין לו תיעוד ישיר נעשה כהלכה, מכח חזקת תקינות מעשי המנהל" (ע"מ/16/43 טור' קליינבוק נ' התובע הצבאי הראשי (2016) (הדגשות אינן במקור); וראו גם: ע"מ/12/77 טור' פרדה נ' התובע הצבאי הראשי (2012); ע"מ/13/52 טור' זרו נ' התובע הצבאי הראשי (2013)).

12. בנוגע למערערת, כאמור, אין כל תיעוד לכך שעניינה נשקל כדבעי על-ידי גורמים בלשכה, ועם זאת, יובהר, כי אלמלא צבר של בעיות נוספות, כמפורט להלן, ייתכן כי די היה בכך, כדי לבסס את המסד הראייתי הנדרש, לכאורה, להוכחת חוקיות הגיוס בשלב הדיוני הנוכחי.

13. אשר למסלול הכללי, כאמור, הצו הרלוונטי קרא את המערערת להתייבב לשירות בחודש דצמבר 2013, אלא שבשלב זה, כמפורט להלן, התעורר קושי נוסף, שעניינו בהוכחה, לכאורה, של היסוד הנפשי.

היסוד הנפשי בעבירה

14. כאמור, אין חולק כי, לכל הפחות, בחודש אוגוסט 2012, נוצר עם המערערת קשר והיא הייתה ערה לצו גיוס, אשר לפיו הייתה צריכה להתייבב לשירות צבאי בחודש יולי 2012 ואף למעמדה כמשתמטת. ברם, מתיעוד שיחות הטלפון שנערכו עם המערערת, אשר עולה בקנה אחד עם הדברים שמסרה באמרותיה, ניתן ללמוד, לכאורה, כי לאחר שהמערערת הסבירה שלא תוכל לשרת בצבא מטעמי דת, מסרו לה הגורמים בלשכה, כי עליה לחתום על תצהיר מתאים ("תצהיר דת"). בתצהיר הדת, שנחתם ביום 5.9.2012, ואותר בבית הדין הרבני האזורי באשקלון, הצהירה המערערת, כי טעמים של דת מונעים ממנה לשרת בשירות בטחון.

15. כבר באמרתה הראשונה, מיום 11.9.2016, הכחישה המערערת את החשדות נגדה וציינה "עשיתי כל מה שאמרו לי והמליצו לי לעשות". בהמשך מסרה: "הייתי בטוחה שקיבלתי את הפטור במיוחד כי הצבא לא פנה אלי כל התקופה הזאת". המערערת שבה על דבריה אף באמרה נוספת שנגבתה ממנה ביום 13.9.2016.

16. יש להדגיש, כי המערערת עלתה מצרפת בשלהי שנת 2001, יחד עם אמה. על-פי תעודות שהציגה ההגנה לעיוני, המערערת למדה כל חייה, בצרפת ובישראל, במוסדות של חינוך הדתי-חרדי. לכך יש להוסיף, כי גרסתה בדבר סברתה המוטעית, שלפיה הניחה כי היא פטורה משירות צבאי בעקבות התצהיר, מתיישבת עם התנהגותה בהמשך, שהרי, לא נראה כי קיים טעם הגיוני אחר לכך שנמנעה מלהעביר את התצהיר לידי הגורמים בלשכת הגיוס. כמו כן, למעט תיעוד של שיחת טלפון מחודש אוקטובר 2012, לא קיים תיעוד על ניסיון ליצור קשר עם המערערת בהמשך והמערערת אף הבהירה, כי למדה על מעמדה כמשתמטת עובר למועד בו התייבבה לחקירה, עת נסעה לחו"ל לחופשת "ירח דבש", וכי מייד עם שובה מאותה חופשה, התייבבה לשם בירור מעמדה בצה"ל.

17. כידוע, הכללים החלים על דרך בחינת הראיות בשלב המעצר נקבעו בבש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133 (1996), וכך נפסק:

"נקודת המבט של השופט, המכריע בשאלת המעצר עד תום ההליכים, היא כוללת. עליו לעיין בחומר החקירה כולו, לרבות חומר החקירה התומך בעמדת הנאשם. אין עליו לצמצם עצמו לחומר הראיות המפליל בלבד. עליו

לפרוס בפניו את מלוא התשתית הראייתית כפי שזו מופיעה בחומר החקירה, לרבות 'ראיות ההגנה'... (שם, בעמ' 148).

יפים לכאן דבריו של בית הדין הצבאי לערעורים, שלפיהם:

"... בית המשפט חייב להתרשם מהראיות המוצגות לפניו תוך שימוש בכלים של היגיון ושכל ישר. על השופט להעביר ראיות אלו במנסרות השכל הישר וההשתלבות במציאות ובניסיון החיים, ובהתאם לממצאי בדיקות אלו לקבוע את משקלן היחסי. מקום שבו בא לכלל דעה כי הראיות המזכות הללו בעלות משקל ממשי המקים סיכוי סביר לזיכויו של הנאשם מהאשמה שיוחסה לו, עליו לקבוע כי משקלן של הראיות לכאורה הופחת, ולפיכך אין מקום להורות על מעצר או לכל הפחות יש מקום להיזקק לחלופת מעצר" (ע"מ/63/08 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אלמקיס (2008)).

18. התמונה הכוללת במקרה דנן, אינה מאפשרת להתעלם מגרסת המערערת על סברתה המוטעית, כי היא פטורה משירות צבאי, ויש ליתן לה משקל כבר בשלב הדיוני הנוכחי. לפיכך, יש לקבוע, כי במצטבר לבחינת היסוד העובדתי, אף במישור היסוד הנפשי התעוררו שאלות ראייתיות מורכבות וכבדות משקל.

19. למען הבהירות אציין, כי בנסיבות המקרה דנן, לא היה מקום לבחון, במסגרת הדיון ביסוד העובדתי של העבירה, את מעמדו של תצהיר דת שנחתם באיחור (ראו סעיף 40 לחוק שירות בטחון ותקנה 4 לתקנות שירות בטחון (פטור נשים משירות בטחון מטעמים שבהכרה דתית), התשל"ח-1978), שהרי לא היה חולק, כי המערערת כלל לא שלחה את התצהיר אל הגורמים המתאימים בצבא. הדיון בתצהיר רלוונטי לבחינת היסוד הנפשי בעבירה, ככל שהדבר משליך על מודעותה, לכאורה, של המערערת לחובתה לשרת בצבא.

עילות המעצר

20. עולה מן המקובץ, כי עניינה של המערערת מעורר שאלות ראייתיות, 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/104/16 טור' ידידיה נ' התובע הצבאי הראשי (2016); ע"מ/30,31/11 טור' שקרגי נ' התובע הצבאי הראשי (2011); ע"מ/17/13 התובע הצבאי הראשי נ' טור' כהן (2013)).

21. זאת ועוד, במקרה שלפנינו, חל כרסום בעילות המעצר המקובלות אף מתוקף מעמדה של המערערת כאישה נשואה, אשר, כאמור, זכאית לפטור משירות צבאי, על-פי חוק; ואף נוכח התייצבותה לחקירה, בסמוך לאחר שלמדה על מעמדה כמשתמטת (ראו פסקה 16 לעיל).

22. התביעה הציגה לעיוני את החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בעניינה של טור' שקורי, שם נדחה ערעור ההגנה על מעצרה של המערערת, חרף היותה נשואה וחרף העובדה שהתייצבה לחקירה, נוכח "עילת המעצר ההרתעתית" והחשש להימלטות מאימת הדין. דא עקא, שבאותו עניין, בשונה מן המקרה שלפנינו, הטעים בית הדין הצבאי לערעורים כי לא התעוררה "בעיית סמכות" (עניין שקורי, פסקה 8). מכאן, שבנסיבות המקרה דנן, נוכח צבר הבעיות הראייתיות הנוגעות לחוקיות הגיוס וליסוד הנפשי לעבירה, נתוניה האישיים של המערערת והתייצבותה לבירור מעמדה – חל כרסום בעילות המעצר ויש לנקוט חלופת מעצר הולמת (השוו וראו: ע"מ/20/07/2007 התובע הצבאי הראשי נ' טור' בושמין (2007)).

23. לפיכך, הוריתי לקבל את ערעור ההגנה ולשחרר את המערערת למעצר פתוח.

ניתן והודע היום, ט"ו באלול התשע"ו, 18 בספטמבר 2016, ויועבר לצדדים על-ידי מזכירות בית הדין.

אורלי מרקמן, אל"ם
שופטת בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ו ר י ס

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