



## בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

אל"ם מאיה הלר - שופטת

בעניין:

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

### נגד

**התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט; סגן נינה שמעונוב)**

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוט המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 822/17 (רס"ן מיכל אמברם-שחר – שופטת) ביום 20.12.2017. הערעור התקבל.

### החלטה

#### רקע

1. נגד המערער, טורי' י' א', הוגש ביום 20.12.2017, כתב אישום המייחס לו עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, על כך שהשתמט מגיוס לצה"ל החל מיום 22.7.2014 ועד ליום 17.12.2017, כלומר במשך 1244 ימים, עד להתייצבותו. בד בבד עם הגשת כתב האישום, עתרה התביעה הצבאית למעצרו של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. בית הדין קמא נעתר לבקשה זו והורה על מעצרו של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.
2. ההגנה לא השלימה עם החלטה זו ומכאן הערעור שלפניי.

#### מסגרת הראיות לכאורה

3. לפני בית הדין קמא הונחה התשתית העובדתית הבאה, בנוגע להליכים הקשורים לגיוסו של המערער לצה"ל:

א. מדו"ח סטטוסים ודו"ח זימונים עולה כי המערער, יליד 3.6.1996, התייצב לבדיקות ורישום בלשכת הגיוס ירושלים ביום 19.3.2013; ביום 8.4.2013 השלים הליכי צו ראשון (מבחנים לקביעת דפ"ר); באותו היום נשלח למערער צו גיוס הקורא לו להתגייס ביום 21.7.2014; בהמשך, נמנע המערער מלהתייצב למיון מתקדם לתפקידים מסווגים שנקבע ליום 24.3.2014 ואף לא התייצב למיון לתפקיד קצין יח"ש שנקבע ליום 7.5.2014 וכך גם לא התייצב לכנס נהיגה אליו זומן ליום 9.6.2014.

ב. ביום 27.6.2013 פנה המערער בבקשה לשנות את הפרופיל הרפואי שנקבע לו, על-מנת להשתלב בשירות קרבי. הובהר למערער כי עליו לצרף לבקשה מסמכים רפואיים עדכניים. ביום 11.7.2013 נשללה הבקשה; ביום 27.4.2014 הגיש המערער בקשה "להיכנס למעמד בני"ש". בקשתו נשללה בתאריך 7.5.2014 משום שהמערער לא הגישה במועד;

ג. מתדפיסי CRM עולה כי נערכו מספר שיחות טלפון עם אביו של המערער. ביום 22.7.2014 הובהר כי המערער לא התייצב לגיוסו. האב השיב כי המערער שוהה בחו"ל. הובהר לאב כי בקשתו של המערער לדחות את שירותו על-מנת ללמוד בישיבה נשללה; ביום 29.12.2014 הובהר מעמדו של המערער כמשתמט חו"ל;

ד. ביום 26.6.2014 נשלח למערער צו גיוס הקורא לו להתגייס ביום 22.7.2014; המערער לא התייצב לגיוסו. ביום 23.7.2014 נשלחה למערער הודעה בדבר היותו משתמט גיוס.

ה. באמרתו מיום 18.12.2017, כפר המערער בחשד שלפיו נעדר מן השירות, ציין כי גר בצרפת כל העת וכי לא ידע שעליו להתייצב לשירות בצבא וכי "הצבא עודכן שאני פטור".

4. במהלך הדיון הציג בא-כוח המערער את הראיות הבאות:

א. מסמך מתורגם לעברית בידי נוטריון מטעם מרכז השירות הצבאי – שגרירות צרפת שכותרתו "אישור מצב שירות צבאי", מיום 26.2.2016, ובו נכתב כי המערער "עמד בהתחייבויותיו בהתאם לקודקס השירות הצבאי" מאחר ש"הוא התייצב ביום ההגנה והאזרחות ביום 11 בנובמבר 2013";

ב. מסמך ממשרד הביטחון הצרפתי משנת 2008, ממנו עולה לכאורה, כי "אמנה והסדר מנהלי בין ישראל ובין צרפת בדבר שירותם הצבאי של בעלי אזרחות כפולה" (שנכנסה לתוקף ביום 7.5.1962; להלן: "האמנה") עודנה בתוקף וכי רשויות השלטון הישראלי הכירו בהסדר הגיוס הנהוג בצרפת, לרבות ביום ההתייצבות, כשירות צבאי בכל הנוגע לאמנה.

5. במסגרת טיעונו ציין בא-כוח המערער, כי הלה עלה עם משפחתו לישראל בהיותו פעוט, גדל והתחנך בה עד אשר בחודש אוגוסט 2013, עזב את ישראל וחזר לצרפת. (יוער, כי אין אינדיקציה בתדפיס כניסות ויציאות של משרד הפנים ליציאה זו של המערער מן הארץ, אם כי, ייתכן, כי יצא את ישראל באמצעות דרכונו הצרפתי).

### החלטת בית הדין קמא

6. בית הדין קמא סקר את התשתית הראייתית וקבע כי "בשום שלב עד למועד גיוסו לא פנה הנאשם בבקשה לפטור אותו משירות בטחון במדינת ישראל מן הטעם שהוא בעל אזרחות צרפתית וחי בשירות צבאי בצרפת". כן נקבע כי קיימת תשתית ראיות לכאורה לכך שנשלח למערער צו גיוס כדין וכי המערער, אף שבמעלה הדרך חדל מלשתף פעולה עם לשכת הגיוס, היה מודע לחובת גיוסו.

7. בית הדין קמא בחן את טענת הסנגור שלפיה, בהתאם לאמנה, המערער לא היה חי בשירות צבאי בישראל מאחר שמילא את חובתו החוקית לשירות בצבא צרפת, ולפיכך, יש להורות על שחרורו מעצר לאלתר. בית הדין דחה את עמדתה של התביעה, שלפיה האמנה אינה בת תוקף משום שבוטלה חובת השירות בצרפת וכי "יום ההכנה להגנה", הוא היום אליו התייצב המערער בצרפת, אינו מהווה חליף לשירות צבאי הפוטר אותו משירות בצה"ל, וזאת בהעדר תימוכין. בצד זאת, קבע בית הדין קמא את הדברים הבאים:

"די במסמכים המשפטים שהוצגו לעיוני, והם האמנה כמו גם הוראות קבע מתקני אכ"א מג 04-06 'שירותם הצבאי של בעלי אזרחות כפולה ישראלית – צרפתית'... כדי ללמד כי הנאשם לא עמד בחובה המוטלת עליו להתייצב כנדרש במועד גיוסו לצה"ל, או לכל הפחות לפנות כמתחייב לרשויות הצבא על מנת לעתור לקבלת פטור משירות צבאי על רקע מילוי החובה שהוטלה עליו לכאורה בצבא צרפת. עיון באמנה מעלה כי... בסעיף 3 לאמנה נקבע כי חרף הוראת סעיף 2 עומדת לבעלי האזרחות הכפולה הזכות להתנדב במדינה שבה יבחרו ובלבד שיעשו כן 'בטרם נקראו על ידי המדינה האחרת למלא את שירותם הצבאי הסדיר', הטעם לכך הוא ברור ותכליתו שלא לאפשר לבעל האזרחות הכפולה לחמוק מחובתו החוקית בדרך של התנדבות במדינה האחרת. בנסיבות מקרה זה הליכי קריאתו של הנאשם החלו כזכור, בחודש מרץ 2013, הנאשם היה מודע לכך, ואף שיתף פעולה באורח חלקי כאמור עם רשויות הגיוס בישראל. בחודש אוגוסט 2013 עזב את מדינת ישראל, ורק בחודש נובמבר 2013 התייצב ביום ההגנה והאזרחות... הסנגור נדרש להשיב לכך בבית הדין וטען כי התייצבות הנאשם בנובמבר 2013 לא היתה התנדבות אלא תולדה של קריאה חוקית על פי החוק הצרפתי. דא עקא שלא הוצג כל מסמך המלמד כי הנאשם נקרא להתייצב במועד זה כחוק על ידי רשויות הגיוס בצרפת. זאת ועוד, סברתי כי במועד זה היה דווקא 'מרכז חייו' של הנאשם בישראל ולא בצרפת חרף העובדה ששהה פיזית בצרפת... הנאשם גדל

והתחנך בישראל, וזאת למן שנות ילדותו המוקדמת ועד למגעים שנוהלו בינו לבין לשכת הגיוס והחלטתו לעזוב באוגוסט 2013. במצב דברים זה אין מתקבל על הדעת שיוכל הנאשם למלט עצמו מחובתו כדין לשרת בצה"ל... לכך, יש להוסיף את לשון הק"א מג 06-04 שמשלימה את התמונה. בסעיף 8 להוראה נקבע כי בעל אזרחות כפולה היושב ישיבת קבע בישראל ולפיכך חייב בשירות בישראל, נדרש להגיש **לפני המועד שבו עליו להתייצב לשירות סדיר** בקשה לצאת את הארץ כדי לשרת בצבא צרפת. רק אז יהיה זכאי להיתר שתוקפו לתקופה בת חצי שנה... נוכח התמונה הראייתית המתקבלת כי מדובר שמי שהיה מודע לכל אורך הדרך לחובת הגיוס בצה"ל בישראל לאחר שגדל והתחנך בה, ואשר החל בשנת 2014 ניתק מגע עם רשויות הגיוס בישראל ובהמשך נמנע באורח פוזיטיבי מלברר את חבותו בגיוס בישראל לנוכח אזרחותו הכפולה; ורק בשנים 2016 ו- 2017 (לכל המוקדם בשנת 2015) בחר לעשות כן, אין ניתן לומר בעניינו כי מילא אחר החובה המוטלת עליו על פי דין".

8. משלא הועלו טענות כנגד קיומה של תשתית ראיות לכאורה לביסוס המסד העובדתי של כתב האישום, קבע בית הדין קמא כי בשים לב "למשך ההיעדרות מתקיימות עילות מעצר מבוררות בדמות מסוכנות צבאית וחשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית כמו גם חשש להמלטות מאימת הדין... שבנסיבותיו של מקרה זה... [הוא] חשש ממשי לנוכח העובדה שבעבר יצא הנאשם את הארץ תוך שימוש בדרכונו הצרפתי, מבלי שהדבר מצא ביטוי בנגררת כניסות ויציאות לחו"ל". בהתאם הורה על מעצרו של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.

#### ערעור ההגנה

9. ההגנה חזרה ושטחה לפני את טענותיה, כפי שאלו הובאו בפני הערכאה קמא, ואף הוסיף עליהן, ככל שנדרש, עקב הצגת מסמכים על ידי התביעה, במהלך הדיון בערעור, ואלו הן בתמצית:

א. נטען, כי מכוח האמנה האמורה, ומאחר שהמערער, בהיותו בעל אזרחות כפולה, ישראלית וצרפתית, **חייב היה להתייצב** ל"יום ההכנה להגנה", כאמור, הרי שיצא ידי חובתו החוקית לשירות בצבא צרפת. הוטעם, כי בהתאם להוראות האמנה אין המערער חב עוד בשירות צבאי בישראל, שכן בעת שמלאו לו 18 שנים התגורר בצרפת, כך שהיה מחויב בשירות צבאי בצרפת ולא בישראל. הסנגור טען כי שגה בית הדין קמא בקבעו כי מרכז חייו של המערער בחודש נובמבר 2013 היה בישראל והוסיף וטען, כי ממילא אין האמנה נוקטת במונח "מרכז חייו" כי אם בוחנת אך את מקום מושבו הפיזי. יתר על כן, אף אם ראוי היה לבחון את מקום מושב הקבע

של המערער או מקום "מרכז חייו", אזי בהתאם לפרשנות ביטויים אלו בדין, לא ניתן היה לקבוע כי זה נותר בישראל במועד הרלוונטי.

ב. כן נטען, כי שגה בית הדין קמא עת קבע, כי המערער נקרא לשירות בטרם מימש את חובתו האזרחית לשרת בצבא צרפת, שכן בחודש מרץ 2013 אך נקרא לרישום ובדיקות, וזאת בשונה מקריאתו למלא את שירותו הצבאי הסדיר.

ג. אשר לתוקפה של האמנה ותחולתה, נטען, כי בניגוד למסמכים שהציגה התביעה ואשר כביכול מלמדים על שינוי במעמדה של האמנה, באופן שאינו מחייב את צה"ל להמשיך ולהכיר בהתייצבות ליום ההכנה הנ"ל, ככזה המאיין את חובת השירות בצה"ל, אין לרשויות הצבא כל סמכות לקבוע כך. הוטעם, כי "החלטת ממשלה על אשרור האמנה היא 'הוראת מנהל'... מטעם הממשלה, בה מכפיפה הממשלה עצמה להוראות האמנה... שינוי הוראת מנהל זו כפוף להוראות סעיף 15 לחוק הפרשנות... צריך שיעשה באותה דרך בה נתקבל – קרי, בענייננו, על ידי הממשלה"; פגם נוסף עליו עמד המערער ואשר משליך לדידו על האפשרות להסתמך על שינוי המדיניות המקופל במסמכים האמורים, נעוץ בהעדר פרסומם בפומבי, באופן ששינוי הדין לא הובא לידיעת הציבור בכלל ומודעותו של המערער בפרט.

ד. זאת ועוד, נטען, כי ההגנה הציגה ראיות הניצבות בסתירה למסמכי התביעה, באופן המלמד על כך שתוקפה של האמנה לא פג וכי ישראל מחויבת להכיר בשירות הצבאי החד-יומי, שביצע המערער. ההגנה הפנתה בהקשר זה למסמך ממשרד הביטחון הצרפתי משנת 2008 – הנ"ל, ובנוסף, הגישה לעיוני תכתובת דוא"ל בין נציגים מהשגרירות הצרפתית בישראל לבין גורמים מטעמו של המערער. נטען על-ידי הסנגור, כי תכתובת זו מלמדת על כי האמנה עודנה בתוקף וכי המערער היה חב בשירות צבאי בצרפת, ולפיכך, שגה בית הדין קמא, עת קבע כי התייצבות המערער ליום ההכנה הצרפתי היה בבחינת התנדבות.

ה. לחלופין נטען, כי מאחר ששאלת תחולתה של האמנה על עניינו של המערער מעלה שאלה ראייתית מורכבת, ראוי להסתפק בחלופת מעצר.

### **תשובת התביעה**

10. התביעה עתרה כי אדחה את הערעור, תוך שהסתמכה על מסמכים המסמכים דיונים שנערכו בין משרד החוץ הישראלי למשרד החוץ הצרפתי, מחודש יוני 1999, והמלמדים, לשיטתה, כי האמנה המדוברת אינה חלה על עניינו של המערער. נטען, כי מאחר שבשנת 1997 בוטלה חובת השירות בצבא צרפת, ובמקומה קיימת דרישה להתייצב ל"יום הכנה להגנה" בלבד, הוסכם בין המדינות, כי האמנה תוסיף ותחול,

אך עם זאת, ההתייצבות ליום האמור לא תחשב כ"שירות צבאי", אשר יפטור את חובת השירות בצה"ל, ככל שחובה כזו תחול. אשר על כן, לדידה של התביעה, אין באישור שהציג הסנגור, בדבר התייצבותו של המערער ביום 11 בנובמבר 2013 ליום ההכנה להגנה בצרפת, כדי להוות פטור עבורו ומאחר שלא התייצב לגיוס, אליו זומן כדין, יש לראותו כמשתמט. הוסיפה התביעה וטענה, כי פרשנות זו של המצב המשפטי העדכני נמסר למערער ולגורמים מטעמו במספר הזדמנויות, כך שלא ניתן לטעון כי המערער הסתמך, לכאורה, על הוראות האמנה וסבר בתום לב שהוא אכן פטור. הוטעם אף, כי המערער לא ציין, באף אחת מפניותיו לגורמי מיטב, כי הוא עתיד לעזוב את הארץ ולמלא את חובתו לשרת בצבא צרפת, בהתאם לדין הצרפתי. יתר על כן, המערער יצא את הארץ באמצעות דרכונו הזר, מבלי שקיבל היתר מרשויות הצבא לצאת לחו"ל ועל אף שהיה מחויב בכך. זאת ועוד, גם לאחר שעזב את ישראל והתייצב ליום ההכנה להגנה הצרפתי, ובטרם חל מועד גיוסו לצה"ל, לא עדכן את רשויות צה"ל בכך, אלא עשה כן, לכל המוקדם, אך בשנת 2015.

11. אשר על כן, נטען, מוצדק מעצרו של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו, משזומן כדין לשירות צבאי בישראל, בו הוא חייב מכוח חוק, ובמודע, בחר לעזוב את הארץ ולא למלא חובתו זו. במצב דברים זה, חלות, כנטען, עילות מעצר מובהקות שעניינן חשש להימלטות מאימת הדין לצד פגיעה במשמעת הצבא המצדיקות את מעצרו הממשי של המערער.

### דין והכרעה

12. אף שלזו המחלוקת שבין באי-כוח הצדדים נעוץ בשאלת תוקפה של האמנה שנחתמה בין ישראל וצרפת בדבר שירותם של בעלי אזרחות כפולה, שומה עלי לציין תחילה, כי הנני תמימת דעים עם הערכאה קמא בעניין קיומן של ראיות לכאורה לזימונו של המערער, כדין, לגיוס לשירות צבאי ליום 22.7.2014 ולכך שהמערער היה מודע לחובתו זו. חומר הראיות שנאסף מצביע על כי נשלח לכתובתו הידועה של המערער צו גיוס, לפי סעיף 13 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, חתום כדין, כי המערער היה בקשר עם רשויות הצבא ושיתף עימן פעולה תחילה, התייצב בלשכת הגיוס לרישום ולבדיקות, וכי אף בהמשך, כשחדל מלהתייצב למיונים לתפקידים מסוימים, עמד עם לשכת הגיוס בקשר טלפוני והוסיף לשלוח בקשות, עליהן נענה הן בטלפון והן בכתב. גם לאחר שלא התייצב למועד אליו נקרא לגיוס, נוצר קשר טלפוני עם אביו, הובהר מעמדו כמשתמט ואף נשלח לכתובתו הידועה מכתב בנושא.

13. יחד עם זאת, לאור המחלוקות שפורטו ובעקבות הערותיי, הסכימו באי-כוח הצדדים כי בטרם יוכרע ערעור זה, תומצא חוות-דעת מטעם היועץ המשפטי של משרד החוץ, אשר תבהיר מהו מעמדה של האמנה והיקף תחולתה. מסמך מטעם מחלקת אמנות בינלאומיות במשרד החוץ התקבל אך היום – 3.1.2018.

14. מהמסמך עולה, כי אף ששונה החוק הצרפתי בשנת 1997 "והפך את השירות הצבאי בצרפת משירות חובה לשירות התנדבותי... שתי הממשלות הסכימו על הצורך לתקן את האמנה ולהתאימה למצב החדש, ונציגיהן נפגשו למטרה זו ביוני 1999". עם זאת, הוסף, כי **"לא מצאנו אינדיקציה לכך שבתום אותם מגעים גובש תיקון מוסכם לאמנה"**.

15. בנוסף, נכתב כי –

א. "אין אזכור של יום ההכנה בהסכם המקורי שנחתם ב-1959".  
 ב. "בסיכום פנימי של המפגש הבהיר הצד הישראלי מפורשות כי צה"ל 'מסרב לראות בשירות של יום אחד כשווה ערך לשירות של שלוש שנים, ולא יינתן בגינו פטור מכוח האמנה'. יתר על כן, בסיכום נכתב עוד כי מנגנון הקיזוז שמוצע באמנה לא יחול במקרה של התייצבות ליום ההכנה, אלא רק לאחר שירות של למעלה משנה או שירות 'קצר יותר משנה שמהווה הכנה צבאית ממשית'".

16. בעקבות כך, שינתה התביעה הצבאית את עיקר טיעונה, ובשונה מטיעוניה לפני הערכאה קמא, עמדה על כך שמרכז חייו של המערער בעת הגיעו לגיל 18 היה בישראל, וזאת משום שגדל והתחנך בישראל, כי הוריו המשיכו להתגורר בישראל ומאחר שהוסיף ועמד בקשר עם לשכת הגיוס גם לאחר שעזב את הארץ. משכך נטען, בהתאם לסעיף 2 לאמנה יש לראותו כמי שחייב בשירות צבאי בישראל.

17. בהמשך הדיון, שינתה התביעה את טיעוניה פעם נוספת וגרסה כי לאמנה אין מעמד נורמטיבי מחייב משום שלא אומצה בחקיקה בישראל. לפיכך, נטען, המערער לא יכול להסתמך על תוכנה והוא היה מחויב לפעול בהתאם להוראות קבע מתקני אכ"א, מג 04-06, שכותרתה: "שירותם הצבאי של בעלי אזרחות כפולה ישראלית-צרפתית" (להלן: "הקמ"א"). נטען, כי בהתאם לסעיפים 2א, 2ב ו-3 לחוק השיפוט הצבאי יש לראות הוראה זו כ"פקודה כללית אחרת" שכמוה כדן. אשר על כן נטען, כי המערער לא פעל על-פי הוראות ההקמ"א כנדרש ויש לראותו כמשתמט מחובת שירותו בצה"ל.

18. ההגנה עמדה על דעתה שלפיה חוות הדעת העדכנית של משרד החוץ תומכת בטיעוניה, שלפיהם חב המערער בשירות צבאי חובה בצרפת, בהיותו תושב קבע

בצרפת בהגיעו לגיל 18 וכי משקיים את חובתו החוקית, בהתאם לסעיף 2 לאמנה, אין הוא חייב בשירות בצה"ל.

### 19. **דין הערעור להתקבל.**

20. דומה, כי בעקבות תיקון החוק בצרפת בשנת 1997, אשר ביטל את חובת השירות הצבאי הממושך וחייב את אזרחי צרפת בהתייצבות "חד-יומית" בלבד, עלה צורך מובהק להסדיר את מעמדה של האמנה ובהתאם אף את הוראות ההקמ"א, אשר פורסמה בחודש יוני 1979. דא עקא, כעולה ממסמכי משרד החוץ מחודש יוני 1999, המלאכה לא הושלמה. כך נכתב בסעיף 6 לסיכום הדיונים: "ההמשך – סוכס ששני הצדדים יעבירו את הסיכום לבדיקה נוספת 'בבית'. **המגמה היא לסכס בהקדם**". זאת ועוד, כאמור, הובהר במסמך של משרד החוץ מהיום, כי לאחר אותן שיחות, שהחלו בשנת 1999, **לא בוטלה האמנה, לא תוקנה ולא שונו הוראותיה**, כך שיתאימו לדרישות צה"ל, לאור ביטול שירות החובה בצרפת.

21. משנותרו הוראות האמנה על כנן, יש לבדוק האם היה המערער מחויב לשרת בצה"ל מכוחו, והאם יש לראותו כמי שהשתמט מחובת השירות הצבאי, והכל לכאורה.

22. להלן נסקור את הוראות האמנה, ככל שהן רלוונטיות לענייננו:

א. האמנה חלה על המערער בהיותו בעל אזרחות כפולה: ישראלית וצרפתית (סעיף 1 לאמנה);

ב. המערער חייב היה להשלים את שירותו הצבאי הסדיר בצרפת, בשל היותו יושב "ישיבת – קבע" במדינה זו, בהגיעו לגיל 18 (סעיף 1)2 (לאמנה); אמנם קבע בית הדין קמא, כי יש לראות את מקום מושבו הקבוע של המערער, בהגיעו לגיל 18, בישראל מאחר "שגדל והתחנך" בה, וזאת על אף שהתגורר למעשה בצרפת (ואף התביעה טענה כך, כמפורט לעיל) אך קביעה זו **מחייבת בירור עובדתי ומשפטי מעמיק**, שכן לכאורה, אין קביעה זו מתיישבת עם עובדות המקרה, המלמדות על כך שהמערער עזב את ישראל במהלך חודש אוגוסט 2013 לערך, על-מנת לשוב ולהשתקע בצרפת, ממנה לא שב לישראל אלא כעת, בחלוף שנים רבות. בהתאם לחומר הראיות שלפניי המערער עזב את הארץ חודשים מספר לפני שמלאו לו 18 (על פי גרסת ההגנה כ-11 חודשים; מטופס "סיכום תיק – הכרזת מלש"ב כמשתמט גיוס" עולה כי המערער הוכרז כמשתמט מגיוס בחו"ל), ובהתאם לאמרתו, אשר לכאורה אינה נסתרת בחומר הראיות, התגורר המערער בצרפת כל אותה עת (וראו בנסיבות דומות, לעניין הקביעה בדבר מקום ישיבת הקבע והעדר זיקה לישראל: ע"מ/15/67 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' חזין**



(2015); ע"מ/48/08 התובע הצבאי הראשי נ' טור' קדוש (2008); ע/33/07 התובע הצבאי הראשי נ' טור' בירקובסקי (2007); ע"מ/20/07 התובע הצבאי הראשי נ' טור' בושמרין (2007); ע"מ/2/01 רב"ט אלדר נ' התובע הצבאי הראשי (2001)).

גם עיון במונח "ישיבת קבע" המוגדר בסעיף 3 להקמ"א כ"ישיבה במדינה אליה העביר המבקש את מקום ישיבתו הממשית ושה נמצא המרכז העיקרי של פעולותיו, למעט ישיבה לצורך ביקור חולים, מוסדות הוראה וכיו"ב למעט מי שבא לישראל לתקופה שאינה עולה על חצי שנה", תומכים לכאורה בפרשנות, שלפיה, בחלוף 11 חודשי ישיבה בצרפת, הפכה מדינה זו וחזרה להיות למרכז חייו של המערער; התביעה הצביעה על כך שהמערער הוסיף לפנות למיטב גם לכאורה לאחר שעזב את ישראל כאינדיקציה לכך שמרכז חייו נותר כאן. הנמקה זו אין לקבל. ההחלטות שאוזכרו לעיל מלמדות על כך, שלא אחת נעשות פניות אל גופים רשמיים בישראל, ובכלל זאת בצה"ל, למשל על-מנת להסדיר מעמד, גם כאשר מרכז החיים אינו בישראל. אף העובדה שהוריו של המערער נותרו להתגורר בישראל (כך על-פי התביעה ומבלי שיש לכך אינדיקציה בחומר הראיות), אינה מחייבת כי המערער, שהינו בגיר, יוגדר על-פי בחירתם של הוריו באשר למקום מגוריהם. יתר על כן, סוגיה זו הדנה במקום מושבו של המערער, מצויה בלב המחלוקת שבין באי-כוח הצדדים ויש בה כדי להכריע את גורלו של כתב האישום בעניינו של המערער, שכן גם על-פי האמנה וגם על-פי ההקמ"א – קביעה שלפיה מקום ישיבת הקבע של המערער, בהגיעו לגיל 18, היתה בצרפת, מקימה, מינייה וביה, את חובת השירות בצרפת (סעיף 2 לאמנה; סעיף 5 ונספח א (3) להקמ"א).

אשר על כן, בעוד שבאותן החלטות לא היתה מחלוקת באשר לחובת השירות, אלא אך באשר לעילת המעצר בשל הזיקה הקלושה לישראל, בעניינו סוגיה זו תכריע בשאלת עצם חבותו של המערער לשרת בצה"ל ומשליכה על שאלת סמכותו של בית הדין הצבאי לדון אותו. די בכך, לטעמי, לאור מורכבות הסוגיה, כדי לאפשר למערער לנהל את הגנתו כאשר אין הוא מצוי במעצר. קביעה זו מתעצמת אף לאור יתר הסוגיות המשפטיות הסבוכות בעניינו של המערער כפי שאוסיף לפרט להלן.

ג. מחלוקת נעוצה בין הצדדים אף ביחס לתחולתו של סעיף 3 לאמנה על עניינו של המערער. בעוד התביעה גורסת כי התייצבותו של המערער ל"יום הכנה להגנה" היא בגדר התנדבות גרידא, ולפיכך חלות הוראות סעיף זה, הקובעות כי "תהא לבעלי האזרחות הכפולה האפשרות להתנדב לשירות בצבא המדינה שיבחרו בה, בטרם נקראו על ידי המדינה האחרת למלא את שירותם הצבאי הסדיר. זמן השירות הסדיר שישלימו באופן זה כמגוייסיים ינוכה מזמן שירותם החוקי

במדינה, שבה היו צריכים להשלים באופן תקין את שירותם הסדיר, אילו הופעלו הוראות סעיף 2 שלעיל". משכך, גרסה התביעה, כי המערער נקרא למלא את שירותו הצבאי הסדיר בישראל בחודש מרץ 2013 ולפיכך, אף אם התנדב לשירות "חד-יומי" בצרפת, אזי לכל היותר, יש לנכות יום זה מתקופת שירות החובה, בת שלוש שנים, בה חב הוא בישראל. מנגד, טען הסנגור, כי הראיות שבידו מצביעות על כך שהתייצבותו של המערער ליום ההכנה להגנה בצרפת היא בגדר **חובה שבחוק**, ולפיכך סעיף 3 לאמנה לא חל בעניינו של המערער.

מספר אינדיקציות מצביעות, לכאורה, על כך שהתייצבותו של המערער ל"יום ההכנה להגנה" היא בגדר חובה חוקית:

1) בסעיף 4(ג) למסמך המסכם את דיוני ישראל וצרפת מחודש יוני 1999 פורטה "מערכת של כללים" החלה על כל אזרח צרפתי, ובהם: 'הכנה להגנה' בת יום אחד. צוין כי **"כל אלה חלים על כולם"**, בעוד שיתר האפשרויות לשירות צבאי הן בגדר התנדבות;

2) בסעיף 4(ד) למסמך האמור פורט כי **"החובה המעשית היחידה החלה בצרפת על כולם היא להתייצב ליום אחד בלבד של 'הכנה להגנה'"** וכי הצרפתים "המשיכו לשלוח... טפסים לפי האמנה הקיימת שבהם הם התייחסו ליום זה כאל מילוי החובה הצבאית בצרפת". אמנם, המשך הסעיף מלמד על כי "צה"ל סירב לראות בשירות של יום אחד זה כמקביל למילוי החובות הצבאיות בצרפת" ואולם, השאלה הנדרשת בשלב זה אינה האופן שבו צה"ל הכיר בהתייצבות ליום זה, שכן עמדתו של צה"ל לא עוגנה בתיקון לאמנה, אלא האם המדובר באינדיקציה לכך שהמדובר בחובה חוקית לשירות צבאי, להבדיל מהליך התנדבותי.

3) המערער הציג מסמך מטעמה של עו"ד דניס-וורנה, אשר ציינה כי נקבעה בסעיף 2-114 לחוק מספר 97-1019 הצרפתי, כי חלה חובה לבצע את יום "הקריאה להכנה והגנה" על כל אזרח צרפתי.

4) המערער הציג מסמך ממשרד הביטחון הצרפתי משנת 2008, ממנו עולה לכאורה, כי "השלטונות הישראליים, הכירו ביום התייצבות והכנה להגנה (JAPD) כשירות שווה ערך. כתוצאה מכך הצעירים המתגוררים דרך קבע בצרפת כהגדרת האמנה האמורה, ואשר ביצעו את ה-JAPD מוכרים כעמדו בהתחייבויותיהם כלפי ישראל".

נוכח האמור לעיל, עולה לכאורה, כי התייצבותו של המערער ליום ההכנה להגנה לא היתה בגדר התנדבות ומשכך לא חל עליו סעיף 3 לאמנה. במצב דברים זה

מתייטר הצורך לבחון האם "התנדב" המערער לשירות זה בטרם נקרא לשירות צבאי בצה"ל או שמא לאחריו. אף שיתכן, כי חלק מהמסמכים שמפורטים לעיל אין בהם כדי להוכיח את תוכנו של הדין הצרפתי באופן המיטבי (וראו: ע"פ 5664/93 **כנען נ' United States of America**, פ"ד נא(1) 120 (1997); ע"פ 8019/96 **עמיר נ' מדינת ישראל** פ"ד נג(4) 459 (1999); ע"פ 6796/97 **ברג יעקב ובניו (רהיטים) בע"מ נ' BERG EAST IMPORTS INC**, פ"ד נד(1) 697 (2000); רע"א 9745/16 **COMVERSE TECHNOLOGY INC נ' דויטש** (טרם פורסם, 23.1.2017)) לא ניתן להתעלם מהם בשלב דיוני זה.

ד. המערער עמד בחובת הוכחת מעמדו שעה שהציג אישור ממשרד הביטחון הצרפתי המלמד על שירותו הצבאי, על כך שהתייצב ל"יום ההגנה והאזרחות" בתאריך 11.11.2013 (סעיף 4 לאמנה);

ה. משעמד המערער בחובת השירות הצבאי, על-פי הדין הצרפתי, כך ש"השלים למעשה את שירותו... יהיו רואים אותו כאילו מילא אחרי כל החובות הצבאיות שהוטלו עליו בזמן שלום על ידי דיניה הצבאיים של המדינה, שבה לא נקרא לשירות" (סעיף 5 לאמנה).

23. הלכה פסוקה היא, כי –

"בהתאם להוראות סעיף 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996... נאשם ייעצר עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו אם נוכח בית המשפט כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמתו בעבירות המיוחסות לו. על בית המשפט להשתכנע כי יש בתשתית הראייתית הלכאורית הקיימת כדי לבסס סיכוי סביר להרשעת הנאשם במשפטו, לאחר שראיות אלו יעובדו בכור ההיתוך של ההליך הפלילי" (בש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133, 145-147 (1996)).

יוצא אפוא, כי לכאורה, בהתאם לחומר הראיות שנאסף ובהתאם להוראות האמנה, כמפורט לעיל, תתקשה התביעה להוכיח את אשמתו של המערער.

24. כפי שפורט, הוסיפה התביעה וטענה היום לראשונה, כי יש לזנוח את ההסתמכות על האמנה, לצורך הכרעה בעניינו של המערער וכי יש להעדיף על פניה, מבחינה נורמטיבית, את הוראת ההקמ"א. מבלי להכריע במעמדה הנורמטיבי של הוראת קבע מתקני אכ"א והאם עולה היא כדי "פקודה כללית אחרת" בהתאם לסעיף 2א(ג) לחוק השיפוט הצבאי, שוכנעתי כי אין בכך כדי לסייע לתביעה הצבאית. ראשית, קובע סעיף 5 להקמ"א, כאמור, כי מי שיושב ישיבת קבע בצרפת בהגיעו לגיל 18 יחויב בשירות צבאי בצרפת בלבד. שנית, קובע סעיף 10(ב) להקמ"א, כי אם מתברר "בדרך אחרת כלשהי" כי מלש"ב, בהגיעו לגיל 18, לא ישב ישיבת קבע בישראל "יועבר תיקו לבדיקת

מפקד לשכת הגיוס או סגנו על מנת שיבדקו את מעמדו על פי האמנה – ויבהירו לו את מעמדו". טען המערער כי פנה בעניין זה לסגן מפקד מיטב (בביקורו בשגרירות בקנדה). דא עקא, שלא קיימת בחומר הראיות אינדיקציה לכך שסגן מפקד מיטב שקל את פנייתו של המערער ומהם הנימוקים שהנחו אותו בהחלטתו. לפיכך, קשה לטעון כי גורמי מיטב פעלו בעניין זה בהתאם להנחיות המחייבות אותם ומתי הובהר למערער מעמדו לאחר אותה בדיקה. ביתר הוראות ההקמ"א אין כדי להשפיע על ההכרעה בסוגיות הרלוונטיות לענייננו.

25. סוף דבר, ענינו הרואות, כי המדובר במקרה ייחודי המעלה שאלות מורכבות וסבוכות באשר לחובת שירותו הצבאי של המערער. דומה, כי לאחר ששונה החוק בצרפת בשנת 1997, באופן שלא חייב עוד את האזרחים הצרפתים בשירות חובה משמעותי וממושך, נעשה ניסיון מטעם גורמי הייעוץ והחקיקה בפרקליטות הצבאית, בשילוב זרועות עם משרד החוץ, להביא לתיקונה של האמנה (ראו מסמכים הדיונים משנת 1999). עם זאת, בסופו של יום, דיונים אלו לא הביאו לשינוי הוראות האמנה. גם ההקמ"א, אשר נכתבה בשנת 1979 לא תוקנה ולא התאימה את הוראותיה מאז. במצב דברים זה, ועל אף תחושת אי הנוחות מכך שלכאורה, יש בהתייצבות ליום ההכנה להגנה הצרפתי כדי לצאת ידי חובת השירות הצבאי בצה"ל, סברתי, כי אין מקום להורות על המשך מעצרו של המערער, אף לא תוך נקיטה בחלופת מעצר פתוח, שעה שעולה שאלה נכבדה באשר לסיכוי הוכחת אשמתו של המערער (וראו: ע"מ/00/2 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' ליברמן** (2000)).

26. יחד עם זאת, על-מנת להבטיח את התייצבותו של המערער להשלמת ההליכים המשפטיים בעניינו, סברתי כי יפים לענייננו קביעותיו של בית-דין זה בעניין **בושמרין**, הנ"ל –

"אמנם, כידוע, אין לבית הדין הצבאי סמכות לשחרר בערובה חיילים, בשירות סדיר או בשירות מילואים פעיל, כל עוד לא חדלו להיות חיילים (ראו סעיף 243א לחוק השיפוט הצבאי); אולם, כאמור, תחילת ההיעדרות של המשיבה היא ביום שבו לא התייצבה לשירות מילואים חד-יומי, וזיקתה לארץ קלושה. מכיוון שכך, סברה הערכאה קמא, כי קמה הסמכות לשחרר את המשיבה בערובה.

שאלה זו אמנם אינה נקייה מספקות, אולם בנסיבות המיוחדות של המקרה שלפניי, לאור הזיקה החלשה של המשיבה לשירות, נראה כי אין טעם ממשי המצדיק להתערב בהחלטתה של הערכאה קמא לשחרר את המשיבה בערובה (השוו, למשל, ע"מ/98/9 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל מרקוביץ'**)".

אשר על כן, הנני מורה על שחרורו של המערער ממעצרו הפתוח וזאת לאחר **שיפקיד את דרכונו הישראלי וכן כל דרכונו נוסף שברשותו** במזכירות בית הדין (אם אין בידו

דרכון נוסף כלשהוא יצהיר בכתב על כך בפני עו"ד, והצהרתו תוגש חלף הגשת הדרכון) ותאסר יציאתו מן הארץ עד להחלטה אחרת. כן יימסרו בתצהיר כתובת מגוריו של המערער בישראל, בזמן שהותו כאן. המערער יחויב להתייצב לכל ההליכים המשפטיים בעניינו.

ניתנה והודעה היום, ט"ז בטבת התשע"ח, 3 בינואר 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

מאיה הלר, אל"ם  
 שופטת בית הדין הצבאי  
 לערערו ים

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