



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אל"ם מאיה הלר - שופטת

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, סרן ליאור רוזנשטרך ; סגן נינה שמעונוב)

נ ג ד

א/XXX טוראי א' ק' – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן חגי בן דב ; סרן אנסטסיה סורז'נקו)

ובעניין :

א/XXX טוראי א' ק' – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן חגי בן דב ; סרן אנסטסיה סורז'נקו)

נ ג ד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן ליאור רוזנשטרך ; סגן נינה שמעונוב)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 577/18 (סא"ל מיכל אמברם-שחר – שופטת) ביום 23.10.2018. ערעור התביעה נדחה. ערעור ההגנה נמחק.

ה ח ל ט ה

לאור הערותיי משכה ההגנה את ערעורה ולפיכך ערעור ההגנה נמחק.
לאחר ששמעתי באריכות את טיעוני הצדדים ראיתי לדחות את ערעור התביעה ולהותיר את החלטת בית הדין קמא על כנה. נימוקי החלטה יינתנו בנפרד ויועברו לבאי כוח הצדדים על-ידי מזכירות בית הדין.
אשר על כן יועבר המערער למעצר פתוח במיטב עוד היום.
ניתנה והודעה היום, ט"ז בחשוון התשע"ט, 25 באוקטובר 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

מאיה הלר, אל"ם

שופטת בית הדין הצבאי

ל ע ר ע ו ר י ם

נימוקי החלטה

1. ביום 25.10.2018 דחיתי את ערעור התביעה על החלטת בית הדין קמא הנכבד, לשחרר את המשיב, טור' א' ק', למעצר פתוח עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.

רקע כללי

2. ביום 7.10.2018 הוגש נגד המשיב כתב אישום המייחס לו עבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, על כך שנעדר מיחידת אכ"א XXX ע"א מרכז, החל מיום 4.8.2016 ועד ליום 1.10.2018, תקופה של 789 ימים. היעדרות שהסתיימה עם מעצרו.

3. בד בבד, עם הגשת כתב האישום עתרה התביעה הצבאית למעצרו של המשיב עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. תחילה, הוארך מעצרו הממשי של המשיב מעת לעת, בהסכמת ההגנה, לצורך בחינת המשך שירותו בצה"ל ובכלל זה בחינת המשך השתלבותו במסלול העתודה האקדמית. ביום 23.10.2018, דחה בית הדין קמא את עתירת התביעה להורות על מעצרו הממשי של המשיב והורה על מעצרו הפתוח במיטב, עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו, זאת בשל הצורך "בליבון של סוגיות משפטיות הכרוכות בבירור חוקיות צו הגיוס שקורא אותו להתייצבות בת יום אחד, על רקע השאלה האם נחתם ובידי מי, בצירוף הליך גריעתו ממסלול העתודה האקדמית ואופן הבאת החלטה זו לידיעתו", אשר נקבע לגביהן – ש"ראוי כי יתבררו בהליך העיקרי כאשר הנאשם אינו נתון מאחורי סורג ובריח".

4. מלכתחילה, הן ההגנה והן התביעה הצבאית ערערו על החלטה זו. יחד עם זאת, במהלך הדיון ובעקבות הערותיי, משכה ההגנה את ערעורה. להלן אפוא, נימוקי החלטתי לדחיית ערעורה של התביעה.

התשתית העובדתית לכאורה

5. מחומר הראיות שנאסף עולה, לכאורה, התשתית העובדתית הבאה:

א. ביום 22.10.2014 חתם המשיב על הסכם הצטרפותו למסלול העתודה האקדמית, שבמסגרתו אושר לו ללמוד בפקולטה לכלכלה באוניברסיטת תל אביב. במסמכי ההסכם אישר המשיב בחתימתו את תנאי השילוב במסלול דחיית השירות ואת התחייבויותיו לאורו. להסכם צורף צו דחיית שירות, לפי סעיף 36 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, חתום על-ידי מפקד מיטב, הדוחה את שירותו הצבאי החל מיום 1.10.2014 ועד ליום 1.7.2018.

ב. כעולה מדו"ח הזימונים במערכת הממוחשבת "נחשון" של מדור עתודאים בלשכת הגיוס, ביום 15.3.2015 נערך למשיב ראיון עם נציג מדור עתודאים, שבמסגרתו הוזן לו סטטוס אקדמי "לא תקין" לנוכח אי-עמידה בדרישות הלימודים האקדמאים. בהמשך, במועדים 2.8.2015, 26.10.2015, 24.11.2015 ו-9.12.2015 זומן למעקבים אקדמיים, ליום עיון ולכנס ולא התייצב.

ג. אף על פי כן, מפלט הסטטוסים של המערכת הממוחשבת עולה, כי ביום 26.10.2015 אכן התייצב המשיב לראיון מעקב אקדמי עם נציג המדור בשם דור. מסיבה לא ברורה, המעקב לא נקלט במערכת, אך המידע אומת עם נציג המדור. בפלט נכתב, כי המשיב ביקש לעבור מסלול, אך ללא תכנית לימודים והכרה בנקודות זכות. נמסר למשיב, כי עליו לשלוח את המסמכים הנדרשים החסרים לצורך הגשת בקשה. במהלך החודשים נובמבר 2015 עד לינואר 2016 נדרש המשיב להעביר בקשה סדורה הנתמכת במסמכים, אך הוא לא מילא אחר ההנחיות, כנדרש.

ד. ביום 24.1.2016 זומן המשיב מחדש למעקב אקדמי לבירור. למשיב נערך ראיון בפני נציג מדור עתודאים בשם איליה, ולאחריו הוזן לו סטטוס אקדמי "לא תקין" לנוכח מעבר מסלול ללא אישור. הובטח לו, כי הבקשה למעבר מסלול אקדמי תועבר לבחינתה של רמ"ד עתודה אקדמית, בהקדם. מדו"ח סטטוסים מיום 24.1.2016 ומפלט מודפס בכתב יד עולה, כי המשיב הודרך ביחס למסמכים שעליו להעביר בדחיפות – "גיליון ציונים, הכרה בנקודות זכות, תכנית לימודים לשנה, מכתב אישי".

ה. ביום 23.2.2016 התקבלה החלטת רמ"ד עתודה אקדמית בדבר "קבלת החלטה שלילית וסגירת הבקשה" בשל "הפסקת לימודים. עבר ללא אישור, מגמת משפטים

בעודף וכלכלה בחוסר. לא עבר מיון מפצ"ר ואישורים. במידה ויהיה מעוניין לחזור לכלכלה ניתן לבחון תחילה מול יועכ"ל (ראיון) + משמעות אורך דח"ש". באותו היום אף נערכה שיחה טלפונית עם אמו של המשיב, שבמסגרתה התבקשה לעדכנו כי הוא יכול "להירשם לכלכלה אך לא למשפטים".

ו. מדו"ח הזימונים עולה, כי בהמשך המשיב לא התייצב ליום "שח"ר עוזבים" שהתקיים ביום 3.7.2016.

ז. ביום 17.7.2016 התייצב המשיב במדור עתודה אקדמית ונשפט בדין משמעתי בפני רמ"ד עתודה אקדמית. המשיב "נמצא אשם **עקב נפקדות מחזרה לשירות**, שכן לא הגיע ולא יצר קשר" (ההדגשה כאן ובהמשך – הוספה, אלא אם צוין אחרת). בטופס התלונה צוין, כי "בתור עתודאי בדחיית שירות נפקדת מפעילות שח"ר עוזבים בתאריך 3.7.2016, הוא הודה באשמה". המשיב מסר כי "קיבלתי את הצו יום אחרי הגיוס ב- 5.7.2016 לא ידעתי שלא אישרו לי את המעבר למשפטים הלכתי למנהל אוכלוסיות כי לא ידעתי מה לעשות". קצינת השיפוט כתבה, כי המשיב "הודה באשמה. הוכחתי אותו כי קיבל תשובה מנומקת כבר בפברואר 2016 על שלילת בקשתו מעבר למשפטים, אמו קיבלה את ההודעה. לא פנה למנהל אוכלוסיות מיוזמתו אלא אנחנו ביקשנו מהמנהל ליצור עמו קשר מאחר וניסיונותינו כשלו. נפקד במודע. גם אם קיבל את הצו יומיים אחרי המועד יכול היה להתייצב במדור **לחזרה לשירות**". מכיוון שהתייצב ללא מדים וללא ציוד צבאי, הוחלט כי המשיב ישוב לביתו ויתייצב למחרת ב-18.7.2016. בד בבד, משום שהמשיב הביע רצון להמשיך לימודים במסלול כלכלה, נכתב כי רמ"ד עתודאים ביקשה שיגיע למדור עתודה עם גיליון ציונים וכי **המשך לימודיו ייבחן במעמד זה**.

ח. באותו היום אף נערכה שיחה עם אביו של המשיב, אשר ביקש לדעת מדוע בנו נידון משמעתי. האב טען, כי שוחח עם ראש מנהל אוכלוסיות, שהבטיח כי יסייע לו להסדיר את מעמד בנו, כדי שימשיך בלימודיו. הוסבר לאב, כי בנו נשפט "מכיוון שנפקד משח"ר עוזבים" וכי על בנו להתייצב במדור למחרת במדים. האב ציין, כי "אם הבן שלו לא ישרת כעתודאי הוא לא ישרת כלל וכי לא יגיע לשח"ר עוזבים".

ט. למחרת, ביום 18.7.2016, התייצב המשיב במדור עתודה אקדמית עם אביו "לצורך חזרה לשירות כחייל מן המניין לאחר שהופסקו לימודיו במסלול אך לא הגיע". המשיב ביקש לערער על הפסקת לימודיו. הוסבר לו, כי הוא "לא מאושר לחזרה ללימודים". באותו היום ניתן למשיב "**צו לחזרה לשירות בתאריך 4.8.2016**" והמשיב חתם על ספח אישור קבלת הצו. המשיב לא התייצב ביום 4.8.2016 ובכך החלה ההיעדרות מן השירות המיוחסת למשיב בכתב האישום.

י. מפלט הזימונים עולה, לכאורה, כי המשיב זומן ליום אחד (תאריך התחלה 3.7.2016; תאריך סיום צפוי 3.7.2016).

יא. דו"ח חפש מיום 10.8.2016 מעלה, כי הוסבר למשיב מעמדו והוא מסר כי הוא "יודע וצריך להסגיר את עצמו".

יב. באמרתו מיום 2.10.2018, הודה המשיב בתקופת ההיעדרות המיוחסת לו בכתב האישום וציין כי יפרט את סיבותיו להיעדרות "בפני השופט". באמרתו מיום 6.10.2018, הכחיש המשיב כי נעדר משירות וככלל שמר על זכות השתיקה.

החלטת בית הדין קמא

6. לפני בית הדין קמא טענה ההגנה מספר טענות שבעטיין נתבקש לדחות את עתירת התביעה למעצרו הממשי של המשיב. בית הדין קמא בחן טענות אלו לעומקן. אף שבת הדין קמא סבר כי קיימות ראיות לכאורה לכתב האישום, התבססה החלטתו שלא להיעתר לעתירת התביעה על כך שנותרו בעניין זה סוגיות ראייתיות ומשפטיות מורכבות, המצדיקות חלופת מעצר. כך, נקבע כי קיים קושי באשר לאי-קיום הליך של שימוע למשיב, כנדרש, טרם גריעתו ממסלול העתודה האקדמית. נקבע כי:

"בהקשר שלפנינו, לא קוים באורח פורמלי הליך השימוע. אכן, ניתנו לנאשם שלל הזדמנויות להשמיע את עמדתו ונעשו ניסיונות רבים ליצור עמו קשר שרק לחלקם הוא נענה... אף-על-פי-כן, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי בכל אחת מהפגישות שהתקיימו עמו, ואף בתום הריאיון שנערך לו ב- 24.1.2016 הוצג בפניו מצג כי הדרך לבחינת מעבר מסלול עודנה פתוחה בכפוף להצגת מסמכים... הוא אכן נמנע מהעברת המסמכים חודש ימים והתנהלות זו לא ראוי שתבוץ לפתחה של הרשות, אך דומה כי ראוי היה להוסיף נדבך נוסף הקורא אותו לראיון בפני הגורם המוסמך רמ"ד עתודה אקדמית, טרם קבלת ההחלטה על גריעה מן המסלול לאחר שחלף זמן ולא הגיש מסמכים. מכל מקום קיים אף קושי לכאורה בכך שהחלטה על גריעה מן המסלול נמסרה אך בשיחה טלפונית לאם, שבה המלל לא היה ברור דיו אלא נאמר שיעליו להירשם לכלכלה ולא למשפטים, וזאת חלף אמירה ברורה כי הוא נגרע ממסלול העתודה האקדמית, החלטה הרת גורל הנוגעת לעתידו בשירות הצבאי".

7. בהמשך פנה בית הדין קמא לבחון את צו הקריאה לחזרה לשירות צבאי. הודגש, כי העתק של הצו לא הוצג בחומר הראיות, אך הנספח לצו זה ואשר נחתם על-ידי המשיב קיים בחומר. בית הדין קמא תמה האם מדובר במסמך בעל משקל ראייתי, שכוחו מספק כתימוכין לחזקת תקינות המנהל והאם סגן סלופסקי, ששמו מופיע כמקבל הנספח, אכן הוסמך על-ידי מפקדתו כדין למסירת צו כאמור למשיב. בהקשר זה פורטו הדברים הבאים:

"לכאורה את סמכותו של סגן סלופסקי ניתן לבסס, כאמור, על היותו בעל תפקיד מנוסה וגורם מקצועי מוסמך שהואצלה אליו הסמכות מכללא. אלא שבהעדרו של צו, ובהעדר כל חתימה ולו של סגן סלופסקי על הנספח לצו, עולה שאלה עד כמה יכולה חזקת תקינות המנהל להכשיר את הקריאה לשירות בטחון לאחר גריעה ממסלול עתודה אקדמית, ללא שם בעל הסמכות וללא חתימה".

8. לבסוף ציין בית הדין קמא הנכבד, כי עניינו של המשיב מקים עילות מעצר של חשש להימלטותו מאימת הדין ופגיעה חריפה במשמעת הצבא, "אשר בעטיין ובהינתן התמונה הראייתית המתקבלת, ובשילוב נתוני האישיים, מצבו מבית ונכונותו להשתלב בשירות צבאי", הביאוהו למסקנה כי יש להורות על מעצרו הפתוח של המשיב במיטב עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.

טענות התביעה בערעור

9. לעמדת התביעה, שגה בית הדין קמא הנכבד, עת קבע, כי חל כרסום בתשתית הראיות לכאורה המחייב "ירידת מדרגה" ועתרה כי אורה על מעצרו הממשי של המשיב.

10. נטען, כי שגה בית הדין קמא, עת קבע כי היה על רשויות הגיוס להעניק למשיב הזדמנות נוספת לשטוח בפניהם את טענותיו, טרם קבלת ההחלטה על גריעתו ממסלול העתודה האקדמית והחזרתו לשירות. זאת, הן משום שסיבת דחיית השירות פסקה, משבחר המשיב להפסיק את לימודיו במסלול כלכלה, מבלי לפנות בבקשה מבעוד מועד למיטב, ובכך הפר "הפרה מהותית של חוזה העתודה" והן משום שניתנו למשיב הזדמנויות רבות להשמיע את טענותיו, אך הוא נימנע מלהתייצב או לשתף פעולה ולכן יש לראותו כמי שבהתנהגותו ויתר על זכות השימוע. זאת ועוד, הודגש, כי למשיב ניתנה הזדמנות נוספת לשטוח את טענותיו בפני הרשות, עת נשפט בדין משמעתי בפני רמ"ד עתודה ואף למחרת נמסר לו ולאביו אודות החלטת רמ"ד עתודה על גריעתו ממסלול הלימודים ועל חזרתו לשירות. לעמדת התביעה, מהאמור עולה, כי למשיב ניתנו הזדמנויות רבות מצד הרשות בטרם הוחלט באופן סופי על חזרתו לשירות עקב הפרת החוזה מצדו.

11. התביעה הוסיפה וטענה, כי המשיב היה מודע להחלטת הרשות לגרוע אותו ממסלול עתודה אקדמית ולהחזירו לשירות צבאי, משעולה מחומר הראיות הלכאורי כי הרשות הודיעה לאמו על כך ואף מהתנהלותו המאוחרת של המשיב אל מול רשויות הצבא.

12. כן נטען, כי חומר הראיות, לכאורה, מלמד על כי רמ"ד עתודה, שהוסמכה כפוקדת, היא שקיבלה את ההחלטה להפסיק את לימודיו של המשיב ולפיכך אף בסוגיה זו לא מתעורר קושי.

13. התביעה הצבאית צירפה להודעת הערעור **צו קריאה לשירות** שלא הונח לפני בית הדין קמא, זאת אף שלדבריה, ביקשה התביעה לקבלו ממדור עתודה במהלך החקירה וטרם נערך הדיון בערכאה קמא. ההגנה התנגדה כי אקבל ראייה זו במסגרת הליך הערעור (**ב"ש/18/77**) וטענה כי מדובר בהשלמת חקירה שנערכה שלא כדין. במהלך הדיון הוסיפה ההגנה וטענה שפרטים המופיעים על גבי הצו שהודפס (וצורף להודעת הערעור), מצביעים על כך שאין המדובר בהעתק של הצו המקורי ואף בשל כך ביקשה שלא יתקבל כראיה בשלב דיוני זה.

דיון והכרעה

14. אף שאין להקל ראש בסוגיות הראייתיות שעליהן עמדה הערכאה קמא ואשר בעטיין נדחתה עתירת התביעה, ואף ששמעתי בקשב רב את טיעוני באי-כוח הצדדים ביחס לסוגיות אלו, סברתי כי ניתן להותיר את ההכרעה בהן לערכאה הדיונית וכי די בקושי הראייתי שעליו אעמוד להלן, כדי להצדיק את הותרת החלטתה של הערכאה קמא על כנה.

15. במה דברים אמורים? עיון בספח קבלת צו הקריאה מלמד כי המשיב נקרא לכאורה ל"חזרה לשירות סדיר" מתאריך **4.8.2016** ועד לתאריך **4.8.2016**, היינו זימון להתייצבות **חד יומית**. אמנם, ביקשה התביעה לשכנעני כי יש להידרש לכותרת הצו – חזרה לשירות סדיר – ולראיות נוספות המלמדות על כי המשיב "היה צריך להתייצב במדור עתודה לצורך חזרה לשירות כחייל מן המניין לאחר שהופסקו לימודיו" (מכתבו של סגן סלופסקי מיום 4.12.2016), ואולם, לאחר בחינת מכלול הראיות סברתי כי לא עלה בידי התביעה לבסס טענה זו כדבעי, בשלב דיוני זה.

16. כפי שניתן להיווכח, על-פי הרישומים במערכת הממוחשבת, דין תקופת הצו שאליו זומן, לכאורה, המשיב ביום 4.8.2016 כדין תקופת הצו שאליו זומן ביום 3.7.2016. בשני המקרים סוג הפעילות זהה: "שח"ר עוזבים" וכך גם מיקום הפעילות: "תל השומר – מיטב, מדור עתודה אקדמית". יתר על כן, ובכך העיקר – תאריך ההתחלה ותאריך הסיום של הפעילות מלמד על זימון לפעילות חד יומית (בשונה למשל מזימונו של המשיב לטירונות בנים 2015 שתאריך תחילתה ביום 7.9.2015 וסיומה ביום 12.10.2015). מסקנה לכאורית זו נתמכת אף בתוכנו של טופס התלונה והדיון בעניינו של המשיב. עיון בו מלמד כי המשיב נידון ביום 17.7.2016 בדיון משמעתי על כך ש"בתור עתודאי בדחיית שירות נפקד **מפעילות שח"ר עוזבים בתאריך 3/7/16**". עוד פורט בטופס התלונה והדיון, כי המשיב עבר עבירה בתאריך 3.7.2016 בשעה 08:00 עד לתאריך 3.7.2016 בשעה 08:05. רוצה לומר, רמ"ד עתודה אקדמית עצמה, לא ראתה בצו שנשלח למשיב להתייצבות ביום 3.7.2016 ככזה הקורא לו לחזור לשירות סדיר, אלא כצו שחייבו בהתייצבות חד יומית בלבד.

17. זה המקום לציין, כי מצאתי לקבל את עתירת ההגנה שלא לאפשר לתביעה הצבאית להציג לעיוני את הצו שצורף להודעת הערעור. מבלי להידרש לטענה שלפיה אסור היה לתביעה להשלים את החקירה, די לטעמי בפגמים שעליהם הצביעה ההגנה (למשל – כי פרטי הפוקד שצוינו מעל גבי הצו אינם רלוונטיים למועד שאליו נקרא המשיב) (מועד הנפקת הצו המקורי), מאחר שבאותה עת, בעל התפקיד) כדי שלא לאפשר הסתמכות עליו כראיה, בשלב הדיוני הנוכחי.

18. אמנם, המשיב הודה, לכאורה, באמרתו הראשונה, בהיעדרות מן השירות למשך מלוא התקופה שיוחסה לו, ואף למפקד המחפש מסר כי הוא מודע להיעדרותו וכי עליו "להסגיר את עצמו", ואולם אין בכך רבותא משידוע כי המדובר בעבירה נמשכת (ראו סעיף 49 לחוק שירות ביטחון הקובע כי אם אדם לא מילא חובה שהוטלה עליו בצו לפי חוק זה, יעמוד הצו בתוקפו עד שאותו אדם ימלא את החובה וכן ראו: רע"פ 1057/99 טור' יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365 (1999); ע/21/13 התובע הצבאי הראשי נ' טור' דהן (2013); ע"מ/36/17 טור' מזור נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

19. במצב דברים זה, אכן יש ללבן לעומק את השאלה בדבר תכלית זימונו של המשיב ואף את השאלה על אודות התקופה שאליה נקרא, לכאורה, על-פי צו הקריאה שניתן בידיו. סוגיות ראייתיות מורכבות אלו, מצדיקות לנקוט חלופת מעצר שתאפשר את בירורן באופן יסודי (והשוו ע"מ/36/17 הנ"ל).

20. נוכח זאת, דחיתי את ערעור התביעה והוריתי על הותרתו של המשיב במעצר פתוח עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.

ניתנו היום, כ"ט בחשוון התשע"ט, 7 בנובמבר 2018, בלשכה ויועברו לבאי-כוח הצדדים על-ידי מזכירות בית הדין הצבאי לערעורים.

מאיה הלר, אל"ם

שופטת בית הדין הצבאי

ל ע ר ע ו ר י ם

חתימת המגיה: _____ העתק נאמן למקור

סרן קורל מכני

תאריך: _____ קצינת בית הדין