



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא

בעניין :

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

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן ליאור רוזנשטרך ; קמ"ש ליאור דאיץ ; קמ"ש גיל אוחיון)

ובעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, סרן ליאור רוזנשטרך ; קמ"ש ליאור דאיץ ; קמ"ש גיל אוחיון)

נגד

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

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 106/19 (סא"ל שחר גרינברג – סגן הנשיאה) ביום 28.2.2019. הערעורים נדחו.

ה ח ל ט ה

רקע כללי

1. ביום 27.2.2019 הוגש נגד המערער, טוראי מ' ב', כתב אישום המייחס לו עבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955,

על כך שנעדר משירות צבאי החל מן המועד שאליו נקרא לגיוס, 6.12.2016 ועד למועד מעצרו, 25.2.2019, תקופה של 812 ימים.

2. בד בבד עם הגשת כתב האישום, עתרה התביעה הצבאית למעצרו של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. ההגנה מנגד, עתרה לשחרורו המלא. בית הדין קמא קבע, "כי נוכח קיומן של שאלות פרשניות כבדות משקל המחייבות בחינה עובדתית ומשפטית, אין זה ראוי כי הנאשם יהיה נתון במעצר ממשי בזמן ברור שאלות אלה. גם אם קיימות ראיות כלשהן בחומר החקירה שיש בהן כדי לבסס מודעות של הנאשם לחובת גיוסו, הרי שעצמת כלל הראיות בשלב זה אינה מצדיקה מעצר סגור של הנאשם, אלא ירידת מדרגה". לאור זאת, הורה בית הדין לשחרר את המערער למעצר פתוח במיטב עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.

3. הן התביעה והן ההגנה לא השלימו עם החלטה זו ומכאן הערעורים שלפניי.

התשתית העובדתית לכאורה

4. נוכח טענות ההגנה כנגד פוטנציאל ההרשעה הגלום בראיות שנאספו והמשמעות העובדתית והמשפטית שיש לייחס להן, אסקור להלן, את עיקרי הראיות שנאספו בתיק התביעה:

א. כעולה מן התדפיס האישי, המערער, **נולד בארץ, ביום 25.8.1995**. ביום 1.7.2012, בהיותו כבן 17, התייצב בלשכת גיוס וחתם על שני מסמכים: "הצהרת מועמד לשירות ובקשה לדחיית המבחנים הפסיכוכימיים מטעמי דת ומצפון" ו"בקשה לדחיית הבדיקות לתלמידי ישיבה", שבמסגרתה הצהיר כי הוא לומד בישיבה תורנית החל מגיל 16. שני המסמכים נחתמו על-ידי הגורמים המתאימים בלשכת הגיוס וראש מדור תנועה אישרה, כי המערער "עומד בקריטריונים למעמד 'תורתו אומנותו' וכי יש לדחות את הליכי הגיוס עד ליום 1.7.2013" (זמן קצר לפני הגיעו של המערער לגיל 18). ביום 2.7.2012 שונה הסטטוס של המערער במערכת הממוחשבת בלשכת הגיוס ל"מושהה – ממתין מדור בני ישיבות חרדי".

ב. הליכי הגיוס של המערער התחדשו בחודש **ינואר 2015**, בהיותו **בן 19 וחצי**. הוא זומן להגיש "טופס דיחוי" בארבע הזדמנויות שונות: 12.1.2015, 28.1.2015, 13.5.2015 ו-31.5.2015. המערער לא התייצב לזימונים ובעקבות זאת, **ביום 29.11.2015**, פנה ראש מדור בני ישיבות להסירו ממעמד "ממתין מדור בני ישיבה". בקשתו אושרה באותו היום על-ידי מפקדת לשכת הגיוס. סטטוס המערער במערכת הממוחשבת עודכן ל"מושהה – ברור מיוחד".

ג. בהמשך, החל מיום 10.1.2016, על-פי נגירת זימונים, נשלחו אל המערער מספר זימונים ל"ועדה רפואית" (צו שני). המערער לא התייצב אליהם ובדומה, לא התייצב לראיון ביום 25.9.2016 ולסיכום פרופיל ב-24.11.2016.

ד. לאור זאת ולאחר שעל-פי התיעוד שערכו גורמי הלשכה, בשיחת טלפון שנערכה עם המערער, הודע לו על חובתו להתייצב לבדיקה רפואית לאלתר (והוא ניתק), על-פי ההמלצות של בעלי התפקידים בלשכת הגיוס – הורתה מפקדת הלשכה על גיוסו של המערער ללא פרופיל, בהתאם להוראת סעיף 12 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986.

ה. על-פי "סיכום תיק מבחינת תאריך תפוגת 20 לחש"ב", שנערך בלשכת הגיוס, חושבה תקופה של חודש של אי-שיתוף פעולה של המערער עם הליכי הגיוס (8.2.2016-12.1.2016). בסיכום שנערך על-ידי ראש מדור גיוס בלשכה, נקבע כי יש לגייס את המערער בתוך שנה משינוי הסטטוס – ביטול מעמדו כבן ישיבה, שעודכן כאמור, ביום 29.11.2015, בתוספת תקופה של חודש בגין אי-שיתוף פעולה. היינו – עד ליום 29.12.2016.

ו. כעולה מן הראיות שנאספו (העתק מן הצו, תעודת עובד ציבור וכתב הסמכה של מי שחתום עליה), ביום 19.5.2016 נשלח צו הקורא למערער להתייצב לשירות בטחון בן 32 חודשים, ביום 6.12.2016. הצו נשלח בדואר רשום לרחוב XXX, דירה XXX, בעיר XXX.

ז. על-פי נגירת שיחות טלפון נערכו מספר פניות טלפוניות אל המערער ובני משפחתו. כך, ב-21.11.2016 נמסר לאב על מועד הגיוס ועל החובה להתייצב לבדיקה רפואית, וביום 5.12.2016, נמסר למערער על מועד הגיוס (למחרת). המערער ובני משפחתו ניתקו את השיחות. ביום 15.12.2016, משהמערער לא התייצב לשירות צבאי, הוכרז עליו כמשתמט גיוס.

ח. המערער נעצר ביום 26.2.2019 על-ידי משטרת ישראל והועבר למשטרה צבאית. במתחם המעצר נגבתה ממנו אמרה, שבמסגרתה עדכן כי הוא מתגורר ברחוב XXX, ב-XXX, החל מחודש אוקטובר 2018 וכי לפני כן התגורר בעיר XXX. הוא ציין, כי לא עדכן את נציגי הצבא על שינוי הכתובת. המערער מסר כי הוא "נופר באשמה". לצד זאת, אישר כי קיבל צו "לפני שבע שנים, לפני חוק טל" וטען, כי "מאז לא קיבלתי צווים. בעקבות הצו התייצבתי, לקחו פרטים ודחיה ומאז לא קיבלתי צווים". המערער מסר עוד, כי לכל אורך הזמן למד בישיבה וכי גם עתה, לאחר שנישא, הוא תלמיד ישיבה. המערער לא נשאל על שיחות הטלפון שנערכו עמו, כעולה מנגירת השיחות של לשכת הגיוס ופרטי השיחות, כמו גם מספרי

הטלפון שמהן נערכו – לא הוצגו לו. **יש לציין, כי על-פי התדפיס האישי** (אשר ייתכן שעודכן לאחר מעצרו של המערער), **המערער מתגורר בישוב XXX, בכתובת שציין, וכי חומר הראיות שנאסף אינו כולל נגרות כתובות.**

החלטת בית הדין קמא

5. בית הדין קמא הצביע בהחלטתו על מספר קשיים, אשר מחייבים, לטעמו, בירור עובדתי ומשפטי מעמיק, כשהמערער אינו נתון במעצר ממשי. כך, ציין בית הדין כי מועד הגיוס של המערער חורג מן המגבלה המנויה בסעיף 20 לחוק שירות ביטחון, וכי השאלה, האם יש לנהוג בעניינו אחרת, בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, כמבואר להלן, היא שאלה כבדת משקל שיש לברר לעומק. כמו כן, נקבע כי אף טענות ההגנה בכל הנוגע לאכיפה בררנית בהקשר זה, ראויות להתברר בהליך העיקרי וכך גם סימני השאלה בנוגע למודעות המערער, נוכח הקושי להוכיח, לכאורה, כי הצו נשלח אמנם לכתובתו הידועה.

טענות ההגנה בערעור

6. ההגנה מיקדה את טיעוניה בשלוש סוגיות. טענתה המרכזית עניינה במועד שאליו נקרא המערער לגיוס. הסנגור המלומד סבור, כי **מועד זה חרג מן התקופה המותרת בסעיף 20 לחוק שירות ביטחון** ולכן הצו שנשלח למערער אינו תקף. בתשובה לטענות התביעה שיפורטו בהמשך, ציין הסנגור בהקשר זה, כי החלטת בית המשפט העליון שנועדה להסדיר את המעבר בין הסדרי הגיוס של תלמידי ישיבה על-פי החוק שעמד בתוקף בתחילת הליכי הגיוס בעניינו של המערער, חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 ("חוק טל"), שבוטל בבג"ץ 07/6298 **רסלר נ' כנסת ישראל** (טרם פורסם, 21.2.2012), לבין הסדרי הגיוס שנקבעו בתיקון 19 לחוק שירות ביטחון לאחר מכן (התשע"ד-2014) – אינה רלוונטית בהקשר זה ואינה מסייעת בידי רשויות הגיוס "למתוח" את פרק הזמן שבמהלכו היה עליהן לקרוא למערער, על-פי סעיף 20 הנ"ל.

7. עוד נטען, כי בשני הליכים מן העת האחרונה (בג"ץ 5269/17 **צינמון נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 6.9.2017) ובג"ץ 398/19 **זכריה נ' מפקד מיטב** (טרם פורסם, 16.1.2019)), ביחס למקרים דומים, הציגה המדינה עמדה, שלפיה אין לנקוט הליכים פליליים בעניינם של בני הישיבות שלא נקראו לגיוס במועד הרלוונטי, לפי סעיף 20. ההגנה אף הפנתה להחלטת בית-דין מטכ"ל (מחוזי) 76/17 **התובע הצבאי נ' טורי שואקה** (2017), שם בהוראת בית הדין, שוחרר הנאשם למעצר פתוח, לאחר שבית הדין סבר, כי "קבלת הפרשנות לפיה מכוח צו ביניים, שנתן בית המשפט העליון

ואשר בוטל בהמשך, **שונו** הוראות חקיקה ראשית – סעיף 20 לחוק שירות ביטחון, כך שהן פוגעות בזכויותיהם החוקתיות של הנאשם ואחרים היא **מוקשית**" (הדגשות במקור). נטען, כי החלטה זו שעליה לא ערערה התביעה ועמדת המדינה כפי שהוצגה בשני ההליכים, כמפורט לעיל, מלמדות על אכיפה בררנית, אשר יש בה, כבר בשלב הדיוני הנוכחי, להצדיק את שחרור של המערער ממעצר.

8. כמו כן, טענה ההגנה, כי הראיות שנאספו, אינן מבססות את מודעותו של המערער לקריאתו לגיוס ואת מודעותו לכך שנעדר מן השירות הצבאי שלא כדין.

9. הסוגיה השלישית שהעלה הסנגור עניינה בטענה של אפליה, אל מול נשים שנעדרו משירות צבאי והן אימהות לילדים. נטען, כי לגבי אלה, קיימת מדיניות מוצהרת של הצבא והתביעה הצבאית, שלפיה אין לבקש את מעצרן וכי מדיניות זו מפלה שלא כדין בינן לבין גברים, כדוגמת המערער, שהם אבות לילדים.

טענות התביעה בערעור

10. התביעה הצבאית סבורה כי הראיות שברשותה מבססות, לכאורה, את יסודות העבירה שיוחסה למערער ובתוך כך מקימות עילות מעצר מובהקות של מסוכנות צבאית, חשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית וכן חשש להימלטות מאימת הדין, אשר אינן מאפשרות לנקוט חלופת מעצר בעניינו של המערער.

11. נטען, כי ממסגרת פרק הזמן שבו ניתן היה לגייס את המערער, על-פי הוראת סעיף 20 לחוק שירות ביטחון, ניתן לנכות שבעה חודשים, ולפיכך, גיוסו של המערער נעשה בתוך התקופה המותרת. בהקשר זה, סמכה התביעה ידיה על החלטת בית המשפט העליון שניתנה בבג"ץ 12/5823 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 22.8.2013). באותה עתירה הודיעו המשיבים (ובהם שר הביטחון, צה"ל, ממשלת ישראל וכנסת ישראל), כי "נעשות הפעולות הנדרשות על מנת לגייס לשירות סדיר את ילידי השנים 1994 ו-1995" וכי "בני ישיבות אלה אמורים היו להתגייס החל מיום 18.8.2013", אולם "שר הביטחון החליט לדחות את מועד התייצבותם לשירות... לחודש דצמבר 2013" (שם, פסקאות 2-4). בית המשפט העליון לא קבל את בקשת העותרים להורות לשר הביטחון להימנע מדחייה ולגייס לאלתר את תלמידי הישיבות, ילידי השנים 1994-1995, אך בד בבד, הורה על צו ביניים, אשר "מונע הפחתה של תקופת השירות או כל תקופה רלוונטית אחרת לעניין גיוסם ושירותם של בני הישיבות". בואר, כי התכלית העומדת בבסיס צו זה, היא כי "בני הישיבות לא יפיקו יתרון... כתוצאה מכך שבשלב הנוכחי לא נפלה הכרעה בשתי העתירות העוסקות בגיוסם לשירות צבאי" (שם, פסקה 6). צו זה עמד בתוקף עד למועד כניסת תיקון 19 לחוק שירות ביטחון לתוקף (20.3.2014), ומכאן למדה

התביעה כי פרק הזמן שבו חל הצו (שבעה חודשים), אינו נמנה במניין התקופה של סעיף 20 הנ"ל וכי בעניינו של המערער, יליד שנת 1995, משמעות ההחלטה היא כי מועד הגיוס שאליו נקרא, לא חרג מן התקופה המותרת בחוק.

12. לדידה של התביעה, שלב המעצר אינו השלב הדיוני המתאים לבחינת עניינם של העותרים בבג"ץ **צינמון** ובבג"ץ **זכריה** הנ"ל, וטענות ההגנה ראוי שייבחנו בהליך העיקרי. עוד נטען, כי עניינם של העותרים בשתי העתירות הנ"ל, שהם ככלל, ילידי השנתונים 1992-1993, **שונה** מעניינו של המערער. התביעה ציינה, כי בעוד שלגבי המערער, שבמועד מתן צו הביניים עוד לא היה בן 18 וטרם הגיש "טופס דיחוי", יש לבחון את המועד לגיוס בהתאם להוראת סעיף 20(א)(1), "תוך עשרים וארבעה חדשים מיום שהגיע לגיל שמונה עשרה", הרי שבנוגע לכלל העותרים בשני ההליכים כאמור, כבר נתנה דחיית שירות בעקבות הגשת "טופס דיחוי" ולפיכך, עניינם נבחן בהתאם לחלופה של סעיף 20(ב), "יוצא-צבא שמועד התייצבותו לרישום, לבדיקה או לשירות ביטחון נדחה לפי בקשתו... מותר לקרוא לו להתייצב לשירות סדיר, אם המועד שנקבע להתייצבותו הוא תוך שנים עשר חדשים מיום תום תקופת הדחיה או תוך התקופה שנקבעה בסעיף קטן (א), לפי המאוחר".

13. אציין עוד, כי במהלך הדיון בערעור, הבהירה התביעה כי היא אינה נוהגת לנכות מן התקופה לגיוס, חוסר שיתוף פעולה של מיועדים לשירות ביטחון אשר לא התייצבו לזימון שנועד לאפשר להם להגיש בקשה לדחיית שירות צבאי ("טופס דיחוי" במקרה זה), באשר אין מדובר ב"אי קיום **חובה על פי דין**", כאמור בסעיף 20(ג)(1) לחוק שירות ביטחון.

14. אשר להוכחת היסוד הנפשי בעבירה, התביעה הסבירה כי **בשגגה לא צורפה לחומר החקירה "נגררת כתובות"** של המערער וכי בעניין זה, היא מבקשת להסתמך על שיחות הטלפון שנערכו עמו ועל התמונה הכוללת, לביסוס מודעותו של המערער לקריאתו לשירות צבאי.

15. התביעה לא הציגה טיעון מסודר בכל הנוגע לטענת ההגנה לאפליה בין המערער לבין משתמטות משירות צבאי, שהן אימהות לילדים.

16. התביעה סבורה, כי משהמערער לא התייצב לזימונים שקראו לו להשלים את בדיקותיו, במספר הזדמנויות, בדין נקרא על-ידי הגורם המוסמך בלשכה, לגיוס מבלי שנקבע לו פרופיל רפואי, בהתאם לסעיף 12 לחוק שירות ביטחון. אשר על כן, משלא התייצב לגיוסו, על אף זימונו כדין, יש לראותו כמי שהשתמט מחובת הגיוס.

דין והכרעה

17. כמפורט לעיל, אין חולק, כי המערער לא שהה במסגרת הצבאית בתקופה הרלוונטית, וכי נשלח בעניינו צו הקורא אותו לגיוס ביום 6.12.2016, שאליו לא התייצב. להלן, נבחן את טענות ההגנה כסדרן ונבדוק האם עלה בידי התביעה להראות כי ניתן בעניינו של המערער צו גיוס **תקף** והאם המערער היה **מוזע** לחובתו על-פיו.

מועד גיוסו של המערער – סעיף 20 לחוק שירות ביטחון

18. כאמור, סעיף 20 לחוק שירות ביטחון מונה שתי תקופות רלוונטיות לענייננו, לגיוס. האחת, "לגבי מי שהיה אזרח ישראלי או תושב קבוע בהגיעו לגיל שמונה עשרה – **תוך עשרים וארבעה חדשים מיום שהגיע לגיל שמונה עשרה**" (הדגשות הוספו, סעיף 20(א)(1)); והשנייה לגבי "יוצא-צבא שמועד התייצבותו... לשירות ביטחון נדחה לפי בקשתו... מותר לקרוא לו להתייצב לשירות סדיר, אם המועד שנקבע להתייצבותו הוא **תוך שנים עשר חדשים מיום תום תקופת הדחיה**" (סעיף 20(ב)).

19. סעיף 20 נועד להגביל את המדינה "לגייס אדם שהגיע לפרקו תוך שנתיים, או תוך שנה, בגילים גבוהים יותר; פירושו של דבר, שאדם צריך להיות מוכן וערוך שיקראו אותו לגיוס תוך 24 חודש. חובה היא על המדינה להודיע לאזרחים מתי יגייסו אותם, למען יידעו כיצד לערוך את חייהם האזרחיים ותכניותיהם" (עמ' 1614 לפרוטוקול הישיבה ה-79 של הכנסת הראשונה, י"ד אלול התש"ט (8 ספטמבר 1949), וראו גם: רע"פ 99/1057 טור' יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365 (1999)).

20. בהמשך לכך, על מנת ש"חוטא לא יצא נשכר", קובע סעיף 20(ג)(1) כי "במניין התקופות להתייצבות... לא יבואו... תקופה שחלפה עקב אי קיום חובה על פי דין על ידי מיועד לשירות ביטחון, לרבות אי התייצבותו של המיועד לשירות ביטחון לרישום או לבדיקת כושרו לשירות ביטחון, או סירובו להיבדק או להשלים את הבדיקות" (ראו: רע"פ 2524/01 טור' סרדיוק נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נח(4) 279 (2004)).

21. כמו כן, ברבות השנים תוקן החוק ונקבע בסעיף 20(ג), כי כאשר "חלפה התקופה לקריאה לשירות, רשאי פוקד לקרוא ליוצא צבא להתייצב לשירות סדיר, **בתוך שנים עשר חודשים מתום התקופה לקריאה לשירות**, ובלבד שממשך השירות שבו חייב יוצא הצבא, **יופחת משך הזמן שחלף מתום התקופה לקריאה לשירות**" (תיקון מס' 12 לחוק שירות ביטחון (תש"ס-2000)).

22. עולה אם כן, כי בעניינינו של המערער, אזרח ישראלי שנולד ביום 25.8.1995, חלפו שנתיים מיום הגיעו לגיל 18 (25.8.2013), ביום 25.8.2015. השנה השלישית, כאמור בתיקון מס' 12 הנ"ל, חלפה, אפוא, ביום 25.8.2016, למעלה משלושה חודשים לפני המועד שאליו נקרא המערער לגיוס.

23. כאמור, התביעה טוענת, כי החלטת בית המשפט העליון בבג"ץ 12/5823 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון, מיום 22.8.2013, מאפשרת לנכות מן התקופה הרלוונטית שבעה חודשים (החל מיום 22.8.2013 ועד ליום 20.3.2014), ולפיכך, המועד שאליו נקרא המערער מצוי בתוך התקופה המותרת; ואמנם, עיון בהחלטה מעלה, כי לכך בדיוק נועדה:

"ביום 21.2.2012 קבע בית משפט זה, ברוב דעות, כי חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, הידוע כחוק טל, לא יוארך, וכי תוקפו יפוג ביום 1.8.2012. בשתיים מבין שלוש העתירות... מבוקש לצוות על המשיבים לאכוף את עם פקיעתו של חוק טל.

ביום 15.11.2012 החליט מותב תלתא... להוציא צו על תנאי... הצו המצומצם הוצא לאחר שהמשיבים הודיעו כי נעשות הפעולות הנדרשות על מנת לגייס לשירות סדיר את ילידי השנים 1994 ו-1995... הממשלה החדשה שהוקמה בעקבות הבחירות האחרונות לכנסת הקימה בחודש אפריל 2013 ועדת שרים בסוגיה של השוויון בנטל בשירות הצבאי. בעקבות זאת גובש, בין היתר, תזכיר של הצעת חוק בנושא שירותם הצבאי של בני ישיבות. הצעת החוק... אושרה על ידי ועדת השרים לחקיקה והונחה על שולחן הכנסת. בהודעה מעדכנת של פרקליטות המדינה, שהוגשה ביום 11.7.2013, הודע על דבר ההתפתחויות הנזכרות וכן נמסר כי שר הביטחון שוקל לדחות את מועד ההתייצבות לשירות של בני הישיבות מן השנתונים 1994 ו-1995. בני ישיבות אלה אמורים היו להתגייס החל מיום 18.8.2013. בעקבות ההודעה הנזכרת של פרקליטות המדינה הגישה העותרת... בקשה דחופה לצו ביניים. הסעד שנתבקש בבקשה היה לצוות על שר הביטחון שלא לדחות את מועד הגיוס של בני הישיבות שנקראו להתגייס החל מיום 18.8.2013...

מסתבר, כי הצעות החוק אושרו בכנסת בקריאה ראשונה ביום 22.7.2013 וכי הוקמה בכנסת ועדה מיוחדת לדיון בהצעת החוק בנושא השוויון בנטל בשירות הצבאי. עוד נמסר כי שר הביטחון החליט לדחות את מועד התייצבותם לשירות של בני הישיבות שאמורים היו להתגייס בחודשים אוגוסט 2013-אוקטובר 2013. דחיית ההתייצבות היא לחודש דצמבר 2013.

נוכח ההתפתחויות החדשות ובמיוחד ההחלטה לדחות את גיוסם של בני הישיבות ילידי השנים 1994 ו-1995, יש אכן מקום להוציא צווים על תנאי כמבוקש בעתירות וכך אנו מחליטים.

צו הביניים המבוקש... מכוון להביא לגיוס מיידי של בני הישיבות שאמורים היו להתגייס החל מיום 18.8.2013... מן החומר שהובא בפנינו עולה כי חלוף הזמן הינו בעל השלכה אף לגבי בני ישיבות רבים אחרים. כך סעיף 20 לחוק שירות ביטחון קובע מסגרות זמן שונות לגבי מועד ההתייצבות לשירות. סעיף 20(ג) לאותו חוק מורה כי חלוף הזמן יביא להפחתה בשיעור ישיר של תקופת

השירות הצבאי. על רקע הוראות אלה, העלינו בדיון מיום 20.8.2013 את האפשרות לפיה יינתן צו ביניים המורה כי מעתה ועד להתפתחות רלוונטית (כגון, קבלתו של חוק חדש) לא תהא כל נפקות לחלוף הזמן לגבי תקופות השירות. במלים אחרות, בני הישיבות לא יפיקו יתרון, מבחינת קיצור תקופת השירות הצבאי או תקופה רלוונטית אחרת, כתוצאה מכך שבשלב הנוכחי לא נפלה הכרעה בשתי העתירות העוסקות בגיוסם לשירות צבאי...
 אנו סבורים שלעת הזו אין ליתן את צו הביניים שנתבקשנו לתיתו... לעומת זאת, מתן צו ביניים שמקפיא את מירוץ הזמן אין משמעו המעשי קבלה של העתירות, אך הוא מונע הפקת יתרון כלשהו בתקופת הביניים עד להכרעה בעתירות או עד להתפתחות בעלת רלוונטיות... אשר על כן... ניתן בזה צו ביניים המונע החל מהיום הפחתה של תקופת שירות או כל תקופה רלוונטית אחרת לעניין גיוסם ושירותם של בני ישיבות" (הדגשות הוספו).

24. עינינו רואות, כי על מנת לאפשר השלמתם של תיקוני החקיקה שעמדו על הפרק, בעקבות פקיעת "חוק טל", משלא נעתר לבקשות העותרים ומתוך התחשבות במרוץ הזמן לפי סעיף 20 לחוק שירות ביטחון – הקפיא בית המשפט העליון את פרק הזמן שבין מועד מתן ההחלטה לבין כניסת ההסדר החוקי החדש לתוקף. תכליתו של צו הביניים הייתה למנוע את השפעתו של חלוף הזמן, שבו, למעשה, בהיעדר הסדר חוקי מיוחד לגיוס בני ישיבה, בעקבות פקיעת "חוק טל", חל ההסדר הכללי "הרגיל" בחוק שירות ביטחון, שחייב לגייס את השנתונים המתאימים ובהם, ילידי שנת 1994-1995 לאלתר, לצבא. הצו ניתן בהתחשב בעמדת שר הביטחון, שנשענה אף על צורכי הצבא ועל יכולתו להיערך לכך. כך, בעיקר ביחס לאוכלוסייה המבוגרת יותר, הבהירה המדינה בתשובתה מיום 6.1.2013 לבג"ץ 5823/12, את הדברים הבאים:

"חשוב להדגיש כי הקפאת הטיפול באוכלוסייה זו בשלב זה לא נעשתה לצורך הלימודים בישיבה, וכתוצאה מכך אף לא מוטלות מגבלות כלשהן על מעשיה. מדובר בהקפאה זמנית, שיסודה בצרכים צבאיים, אשר נועדה לאפשר למערכת הביטחון להתמקד בגיוס האוכלוסייה הצעירה יותר ולהיערך לבחינת דרכי הפעולה ביחס לאוכלוסייה זו. כתוצאה מכך אף תיוותר גמישות מירבית למחוקק, ככל שיבחר לחוקק הסדר כללי בסוגיה" (עמ' 12, פסקה 35).

25. ודוקו: הגם שהמדינה ציינה דרך טיפול שונה באוכלוסייה הצעירה (שנתונים 1994-1995), צו הביניים שנתן בג"ץ אינו מבחין בין השנתונים ונועד להלום אף את דחיית הגיוס של האוכלוסייה הצעירה, בהתאם להוראת שר הביטחון, אשר כאמור, בניגוד לעמדת העותרים, ביקש לדחות את מועד גיוסה לחודש דצמבר 2013, כמפורט לעיל.

26. כאמור, הסנגור הציג לעיוני את החלטת בית הדין המחוזי בתיק מטכ"ל 76/17, שלפיה פרשנות סעיף 20, באופן שצו הביניים הוסיף על הנאמר בחוק בקבעו תקופה

חדשה, שלא תימנה בפרק הזמן לגיוס המיועד לשירות צבאי שהוא בן ישיבה, בשנתונים הרלוונטיים, באופן המגביל את חירותו ופוגע בזכויותיו – היא פרשנות "מוקשית". ברם, לטעמי, צו זה ניתן **במסגרת סמכותו של בית המשפט העליון לבדוק את חוקיותו של חוק לאור חוקי היסוד**. סמכות זו, המביאה במקרים יוצאי דופן, לפקיעת חוקים קיימים, **כוללת גם את הסמכות להסדיר את תקופות הביניים, עד לקביעת הסדר חדש בחוק**. על-פי רוב, מתייחסת פסיקתו של בית המשפט העליון, כבר בשלב בחינת תוקפו של החוק, למועד המתאים ולתקופה הנדרשת להסדרת הנושא בחקיקה ראויה; ואולם, לעיתים, בעקבות שינויים פוליטיים, עשוי לחול עיכוב בהסדרת הנושא בחוק. במקרים אלה אין ריק, ואולם לא תמיד תתאים ברירת המחדל הקיימת בחוק להסדרת הנושא בתקופת הביניים (ראו והשוו, הדיון אגב החלטת בית המשפט העליון בעת פקיעת חוק מיטיב, בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג"ד (5) 241 (1999), וראו גם: א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט יג** (תשנ"ו-תשנ"ז), 5, עמ' 16, 25).

27. בהתאם, יש לקבל את עמדת התביעה, שלפיה החלטת הביניים בבג"ץ 5823/12 **הקפיאה את מרוץ הזמן**, כאמור בסעיף 20 לחוק שירות ביטחון, למשך שבעה חודשים, בין חודש אוגוסט 2013 לחודש מארס 2014.

אכיפה בררנית

28. ככלל "דרך המלך להעלאת טענה של אכיפה בררנית עוברת בהליך העיקרי" (בש"פ 12/7148 **כנאנה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 14.10.2012); ע"מ/18/9 **טור' דה האס נ' התובע הצבאי הראשי** (2018); ע"מ/18/6 **טור' איסקוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2018)). עם זאת, לא נשללה לחלוטין האפשרות להעלותה אף במסגרת הליך המעצר (ראו: בש"פ 17/1495 **מדינת ישראל נ' זאודי** (טרם פורסם, 21.2.2017)).

29. כמפורט לעיל, הציגה ההגנה לעיוננו שלושה הליכים, אשר לשיטתה, מלמדים על מדיניות שונה של התביעה במקרים דומים. כך, בבג"ץ 5269/17, בעניין **צינמון** לעיל, אגב הדיון בעניינם של שלושה עותרים (ובהמשך שניים), נבחנו סוגיות שונות (בעיקר בקשת העותרים לקיים בעניינם שימוע במסגרת בקשתם לשוב למעמד של תלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם"). בין היתר, התעוררה גם שאלת חישוב פרק הזמן לצורכי סעיף 20 לחוק שירות ביטחון והשלכותיו של צו הביניים בבג"ץ 5823/12 הנ"ל. בהחלטה מיום 20.9.2018, הורה בית המשפט העליון "כי ראוי ששאלת הרוחב שהעלו הצדדים [חישוב פרקי הזמן במסגרת סעיף 20 לחוק שירות ביטחון] תוסדר ותובהר בהליכי חקיקה שתלויים ועומדים בשלב הנוכחי". ברוח זו, במסגרת

ההליכים בעניין **צינמון** לעיל ואף בעניינם של העותרים בבג"ץ 398/19 **זכריה** לעיל, אשר העלו שאלות דומות, בהסכמת המדינה, הוקפאו צווי מעצר וצווי עיכוב יציאה מן הארץ, שהוצאו כנגד העותרים בעקבות הכרזתם כמשתמטים משירות צבאי. לכך יש להוסיף, כי אף בעניינו של הנאשם בתיק מטכ"ל 76/17 הנ"ל, אגב דיון בשאלות דומות, לא ערערה התביעה על ההחלטה לשחררו למעצר פתוח.

30. אבהיר, כי אכן העותרים בשני ההליכים בבית המשפט העליון והנאשם בתיק מטכ"ל הנ"ל, כולם **ילידי השנתונים 1992-1993**. כמו כן, בשונה מעניינו של המערער, בעת שפקע חוק טל, היו כלל העותרים במעמד של תלמידי ישיבה ש"תורתם אומנותם", לאחר **שכבר הגישו "טופסי דיחוי" ובקשתם לדחיית שירות צבאי נשקלה ונענתה** (ראו הפירוט המצוי בכל הנוגע למתווה הקיים בחוק לדחיית שירות של בני ישיבה, בע"מ/26/18 טור' **חזקיה נ' התובע הצבאי הראשי** (2018)), בהתאם, עד לכניסתו של תיקון 19 לחוק שירות ביטחון, לא יכלו לחדש את מעמדם ולהגיש בקשות נוספות. עם זאת, כאמור, אף התביעה סבורה כי צו הביניים בבג"ץ 5823/12 **חל הן על ילידי שנתונים אלה והן על המערער ובני גילו**, שהרי גם האחרונים לא יכלו להגיש בקשה מסודרת ל"דיחוי", נוכח פקיעת "חוק טל" בסמוך למועד שבו הגיעו לגיל 18. אשר על כן, בהתאם לברירת המחדל (ההסדר הכללי בחוק שירות ביטחון), אלמלא צו הביניים, היה על גורמי הצבא לפעול לגיוסם בדחיפות, בדומה לעניינם של ילידי השנתונים 1992-1993. עוד אזכיר, כי הליכי הגיוס בעניינו של המערער חודשו רק בחודש ינואר 2015, בהיותו בן 19 וחצי, וכן, גורמי הגיוס חשבו בעניינו את פרקי הזמן הרלוונטיים במסגרת סעיף 20, כמי שמועד הגיוס בעניינו **נדחה, לבקשתו** (לפי סעיף 20(ב) לחוק שירות ביטחון), לאחר שקבעו את המועד לגיוס, **בתוך שנה** מן המועד שבו שונה הסטטוס בעניינו.

31. מכל מקום, השאלה האם עניינו של המערער הוא ממין המקרים המבססים הגנה מן הצדק בטענה של אכיפה בררנית וכן שאלת השלכותיה של ההגנה והסעד הראוי בגינה, הן שאלות מורכבות המחייבות בירור מעמיק של פרטי המקרים המתבררים בעניין **צינמון** לעיל, בעניין **זכריה** לעיל ואף בתיק מטכ"ל (מחוזי) 76/17 הנ"ל. **שלב הדיון במעצר אינו השלב המתאים לבירור מקיף של הפרטים והשוואתם לעניינו של הערער ומן הראוי לקיים דיון מלא ומסודר לבירור הטענה, בהליך העיקרי.**

32. ניתן לסכם חלק זה של הדיון בקבענו כי על פני הדברים, צו הגיוס בעניינו של המערער הוצא במועד, לאחר, שלכאורה, נמצאו בידי הגורם המוסמך ראיות מתאימות המלמדות על חוסר שיתוף פעולה מצדו, באופן שהצדיק לגייסו ללא קביעת פרופיל רפואי מתאים, לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון. עם זאת, נקיטת ההליכים בעניינו לעומת עמדת המדינה בהליכים אחרים, במקרים שעשויים

להיחשב דומים, מעוררת סוגיה מורכבת של אכיפה בררנית, המחייבת בירור עובדתי ומשפטי מעמיק.

היסוד הנפשי בעבירה – מודעות לצו גיוס

33. התיעוד הקיים על שיחות הטלפון בין נציגי הלשכה למערער, בוודאי על רקע מעורבותו בהליכי הגיוס המוקדמים, עונה על מסד הראיות הנדרש לגורם המוסמך בלשכת הגיוס, כרשות מנהלית, להורות על גיוסו של המערער ללא קביעת פרופיל מתאים ובהמשך, על הכרזתו כמשתמט. כידוע, על הרשות המנהלית לבסס החלטתה על תשתית עובדתית מלאה ורלוונטית, אשר בבסיסה "ראיות מנהליות" משכנעות, אם כי לאו דווקא כאלו, שהיו קבילות במסגרת הליך פלילי (ראו: בג"ץ 3884/16 פלונית נ' השר לביטחון פנים, פסקה 39 (20.11.2017); רע"ב 06/426 חווא נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, 12.3.2006); בש"פ 17/1988 גנגינה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 27.3.2017); ע/81/16 רב"ט דתנר נ' התובע הצבאי הראשי (2017)). נשאלה השאלה, האם די בראיות שנאספו על מנת לבסס, לכאורה, את מודעותו של המערער לכך שנקרא בצו להתגייס ביום 6.12.2016, בהליך הפלילי.

34. כמפורט לעיל, בידי התביעה ראיות למשלוח הצו בדואר רשום לכתובת המצויה בעיר בני ברק. המערער עצמו אישר שקיבל לידיו זימון לבדיקות במסגרת צו ראשון, אך הכחיש שקיבל את צו הגיוס וציין כי הוא מתגורר בישוב מודיעין עילית וכי קודם לכן, התגורר בעיר חדרה. בד בבד, אישר, כי לא עדכן את רשויות הצבא בעניין.

35. התמונה הכוללת מעלה, לכאורה, כי המערער קיבל לידיו את הזימון להליכי הצו הראשון ומכאן שהתגורר אז בכתובת שהייתה הרשומה בצבא. זאת ועוד, לדבריו, לא עדכן את רשויות הצבא על שינוי מקום מגוריו. לכך יש להוסיף את התיעוד הקיים לשיחות הטלפון שנערכו, כנטען, בין נציגי לשכת הגיוס לבין המערער ואביו, שבמהלכן, הודיעו נציגי הלשכה על מועד הגיוס שנקבע למערער. אציין, כי הגם שכאמור, תיעוד השיחות לא הוצג למערער בחקירה והוא לא התבקש לאמת את דבר קיום השיחות ואת תוכן, אין לקבוע, כי הוא חסר "תוקף ראייתי לכאורי, זאת בטרם העידו עורכי השיחות ונחקרו על פשר מעשיהם" (ע"מ/44/13 התובע הצבאי הראשי נ' טור' ריבק (2013)). לפיכך, ואף בהסתמך על חזקת תקינות המעשה המנהלי במקרה זה (וראו: ע"מ/43/16 טור' קליינבוך נ' התובע הצבאי הראשי (2016); ע"מ/13/17 טור' יונס נ' התובע הצבאי הראשי (2017)) – ניתן לקבוע כי הצו נשלח לכתובת שהיא "מען מקום מגוריו הקבוע", כאמור בסעיף 55ה(2) לחוק שירות ביטחון. בהתאם, מתקיימת החזקה כי הצו הקורא אותו לגיוס הגיע לידיעתו של

המערער (סעיף 55(ה)(2) הנ"ל). למצער, משהמערער לא עדכן את השינויים במגוריו, נוכח מעורבותו בהליכי הגיוס בשלבים המוקדמים, יש לקבוע כי עצם את ענינו לאפשרות כי נשלחים אליו זימונים מטעם הצבא לכתובת האחרונה, שנמסרה על-ידיו ולפיכך, שקולה התנהלותו לקיומה של מודעות לנסיבות ביצוע העבירה (סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

36. עם זאת, היעדרה של "נגררת כתובות" רשמית, חלוף הזמן שחלקו נעוץ בשינויי החקיקה השונים ואף הכתובת שעודכנה כעת בתדפיס האישי (מודיעין עילית), מעוררים קושי בהיבט זה ומחייבים לברר אף סוגיה זו לעומק וביסודיות.

עילות המעצר והטענה לאפליה

37. המערער השתמט, לכאורה, משירות צבאי במשך למעלה משנתיים והיעדרותו הסתיימה במעצרו. בהתאם להלכה הפסוקה, מתקיימות בעניינו של המערער עילות מעצר מובהקות של מסוכנות צבאית וחשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית (ראו: ע"מ/21/17 טור' סויסה נ' התובע הצבאי הראשי (2017); ע"מ/105/16 טור' בטיט נ' התובע הצבאי הראשי (2016); ע"מ/54/99 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אזולאי (1999); ע"מ/2/01 רב"ט אלדר נ' התובע הצבאי הראשי (2001)). הטעם לכך בואר היטב בע"מ/44/03 סמ"ר אבו ענאם נ' התובע הצבאי הראשי (2003):

"שחרורם ממעצר של נאשמים אשר נעדרו מן השירות שלא ברשות לתקופות ממושכות, עלול לעודד ריבוי נעדרים מן השירות, ובכך לפגוע באופן חמור במוכנות ובחוסן של הצבא וביכולתו למלא את ייעודו - ההגנה על בטחון המדינה".

ובדומה, הובהר, כי:

"התייחסות סלחנית, בין במישור העמדה לדין ובין ביחס למדיניות הענישה, חוטאת לעיקרון זה [עיקרון השוויון בין אזרחי המדינה] ויש בה כדי לכרסם במידה ניכרת בתחושת השייכות והמחויבות של המיועדים לשרת בצבא ושל המשרתים בו, ובתוך כך- לפגוע פגיעה קשה בחוסנו של הצבא ובביטחונה של המדינה. עילת מעצר הייחודית של חשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית יונקת את תוקפה מעיקרון זה ומהשלכות הפגיעה בו" (ע"מ/10/19 טור' עזרן נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 40 (2019)).

38. העובדה כי אפשר שלו היה המערער מגיש בקשה מסודרת, כנדרש על-פי חוק, היה מועד גיוסו לצבא נדחה, אינה מאיינת את עילות המעצר, וכבר נפסק, כי:

"בחברה מתוקנת, שבה שלטון החוק הוא מנשמת אפה, לא ניתן להשלים עם התעלמות מדרישות החוק ועם הפרתו בגלוי. 'על פי חוק יסוד: הצבא, הצבא נתון למרות הממשלה, ושר הביטחון הוא הממונה מטעמה על הצבא; האחריות לביטחון המדינה היא בידי

הממשלה, והשר הוא הפועל מטעמה. על פי חוק שירות בטחון, נתון בידי שר הביטחון שיקול דעת רחב לעניין הפטור משירות צבאי (בג"ץ 02/7622 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי פ"ד נז(1), 726 עמ' 739-738 (2002)). בד בבד, ברור מאליו, כי אין אדם יכול לדחות את הערכים המקובלים בחברה או את הנהלים שעל-פיהם, כפי שעוגנו בחוק, 'מפני העדפותיו האישיות, שאם לא כן, 'כל דאלים גבר' (מתוך דיון בגבולותיה של הגנת הצורך, אגב טענה לפטור משירות צבאי, ע/58/04 טור' בן-ארצי נ' התובע הצבאי הראשי (2006)).

הדברים מקבלים משנה חשיבות, עת עסקין במילוי הוראות החוק הקשורות בטבורה של המסגרת הצבאית, שבה הציות לחוק ולכללים, הוא הבסיס לקיומה. " (ע"מ/75/17 טור' נחמני נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

39. זאת ועוד, לצד עילות המעצר הייחודיות למערכת הצבאית, מתקיימת אף העילה הקלאסית של החשש להמלטות מן הדין (ראו: ע"מ/15/97 טור' דמרי נ' התובע הצבאי הראשי (1997), החלטה שאושרה בבג"ץ 97/4089 דמרי נ' מפקד בסיס כליאה 394 צה"ל (לא פורסם); ע"מ/9/01 טור' ברניק נ' התובע הצבאי הראשי (2001); ע"מ/71/07 טור' גורב נ' התובע הצבאי הראשי (2007)). משכה של ההיעדרות וסיומה במעצרו של המערער מלמדים אף על החשש להימלטות מאימת הדין.

40. הסנגור המלומד טען כי מדיניות הצבא בכלל והתביעה הצבאית בפרט, שלא להורות על מעצר של נשים, אשר נעדרו משירות צבאי, שהן אימהות לילדים, מפלה לעומת מעצרו של המערער, שאף הוא אב לתינוקת. ייאמר מייד, כי טענה זו לא לובנה לעומק במהלך הדיון בערעור והצדדים לא הציגו לפני נתונים מתאימים או הוראות מסודרות בעניין.

41. כידוע, הגם שחובת השירות הצבאי בישראל מוטלת על כלל אזרחי המדינה באופן שוויוני, קיימים בחוק שירות ביטחון חריגים, ש"נועדו בעיקרם לבטא סובלנות חברתית כלפי קבוצות דתיות ועדות מסורתיות אשר על פי מערכת הערכים שלהן קיימת שונות בסיסית בין גבר לאישה" (בג"ץ 04/2383 מילוא נ' שר הביטחון, פסקה 6 (טרם פורסם, 9.8.2004); וראו גם: בג"ץ 739/15 כליפה נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 15.10.2015)). שונות זו באה לידי ביטוי גם בהוראת סעיף 39(א) לחוק שירות ביטחון, שלפיה "אם לילד ואשה הרה יהיו פטורות מחובת שירות בטחון משהודיעו על כך". בכך, ניתן אולי להסביר ולו באופן חלקי, את המדיניות השונה לעניין מעצרן של אותן נשים (ראו והשוו גם: בש"פ 5693/16 זגה נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (טרם פורסם, 24.7.2016)).

42. מכל מקום, בהיעדר תמונה מלאה ומסודרת על אודות מדיניות הצבא בהקשר זה, הרקע והטעמים לה, נוכח עילות המעצר כמפורט לעיל, לא מצאתי כי יש בטענת האפליה כאמור, כדי להועיל להגנה.

סוף דבר

43. בעניינו של המערער מתקיימות ראיות לכאורה, המקימות סיכוי סביר להרשעה ועילות מעצר המצדיקות את מעצרו הממשי, ואולם, משהתעוררו שתי שאלות מורכבות המשליכות הן על בחינת חוקיות הליך הגיוס (תוקף צו הקריאה), במסגרת טענה של הגנה מן הצדק ביחס לנקיטת הליך פלילי בעניינו של המערער, והן על קיומו של היסוד הנפשי בעבירה – ראוי כי אלו יתבררו שעה שהמערער אינו מצוי מאחורי סורג ובריח. אשר על כן, בהתאם להלכה מימים ימימה, יש לנקוט בעניינו של המערער חלופת מעצר ולהסתפק במעצר פתוח במיטב (ראו והשוו: ע"מ/13/5 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' מלחם** (2013); ע"מ/32/07 **טור' שוץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2007)).

44. החלטת בית הדין קמא היא, אפוא, ראויה ומאוזנת ואין להתערב בה.

45. ערעור ההגנה וערעור התביעה נדחים.

ניתנה והודעה היום, כ"ו באדר א' התשע"ט, 3 במארס 2019, בפומבי ובמעמד המערער ובאי-כוח הצדדים.

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

חתימת המגיה: _____
העתק נאמן למקור
סגן עמית כהן
קצין בית הדין
תאריך: _____