



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא

בעניין :

ח/XXX טוראי ר' א' – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן חגי בן-דב ; סרן יעלה צפלאוי)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סגן נינה שמעונוב ; קמ"ש עמית ברנע)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 793/17 (סא"ל סיגל טורג'מן-חזן – שופטת) ביום 13.12.2017. הערעור התקבל.

ה ח ל ט ה

כללי

1. כנגד המערער, טורי ר' א', הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. על-פי כתב האישום נעדר המערער ממיטב החל מיום 20.2.2017, למשך 286 ימים ועד למועד מעצרו, 3.12.2017.

2. ביום 13.12.2017, הורה בית הדין קמא הנכבד, על הארכת מעצרו הממשי של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. ההגנה לא השלימה עם ההחלטה ומכאן הערעור שלפני.

החלטת בית הדין קמא

3. תחילה, סקר בית הדין קמא בהרחבה את תשתית הראיות לכאורה, כעולה מן המסמכים שהונחו לפניו. נקבע, כי :

"הנאשם לא התייצב לארבעה זימונים לצו ראשון (דו"ח סטטוסים וזימונים), למרות שהיה קשר עמו ועם אמו והתריעו בפניהם על האפשרות שיגוייס מבלי שייקבע לו פרופיל. לבסוף הוצא לו צו לפי סעיף 12 לחש"ב ביום 23/02/15, להתייצב ביום 4/08/15 (צורף לצו הסמכה לקרוא לגיוס ותע"ץ על הקריאה). יוער... כי [מ]חומר הראיות נעדר מסמך המסכם את אופן הפעלת שקול דעת הפוקד לצורך הוצאת צו לפי סעיף 12. גם לאחר שהוכרז הנאשם כמשתמט נוצר עם השניים קשר והובהר לו מעמדו (ראו תיעודי השיחות במערכת CRM).

עוד עלה, כי ההיעדרות הסתיימה ביום 1/01/17 ואז הוגש נגד הנאשם כתב אישום, בגין השתמטותו משירות, אלא שלבסוף הוחלט, מטעמים שלא הובררו די הצורך, לבטל את כתב האישום ולהעמידו לדין משמעתי (צורף צו ביצוע לביטול כתב האישום). ביום 13/01/17 הוא נשפט בפני קש"ב ומסר כי 'עשיתי עריקות כיוון שקיבלתי צו ראשון ולא הגעתי לצו ראשון. אין לי תשובה מדוע. אחר כך לא קיבלתי שום צווים. אני מטפל באבא שלי יש לו נכות 100%. אני לא יכול לשרת בצבא'.

ביום 19/01/17 סיים הנאשם לרצות את עונש המחבוס שהוטל עליו. ביום 24/01/17 התייצב בפניו וה"ל. החלטתה של זו היתה 'גר עם המשפחה, שני אחים חולי נפש, לא רוצה לעשות צבא, טוען שחרדי, טוען שאבא על כסא גלגלים וחייב לעזור לו בבית, יש 8 אחים, הומלץ המשך שירות ושיבוץ בעתיד בפקמ"ז כעובד כללי'. התשובה הרשמית הופצה ביום 13/02/17. הנאשם קיבל דח"ש בין התאריכים 27/01/17 ועד לתאריך 19/02/17 לצורך קבלת תשובת הוה"ל...

הצדדים נחלקו ביניהם אם הנאשם התייצב ביום 20/02/17 לצורך קבלת 'פס'. במסמך מאת עדן סוכרי צויין, כי קיבל 'פס' ביום 20/12/17 בשעה 16:43 להתייצב יומיים לאחר מכן, כך שאי ההתייצבות ביומיים אלו לכאורה היתה מאושרת. לעומת זאת, הפנתה התביעה לטופס 750 המגדיר את תחילת ההיעדרות ביום 20/02/17 ולמסמך מאת ליאב עבודי מיום 6/03/17, ממנו עלה, כי בתאריך 20/02/17 החל הנאשם בהיעדרות 'בכך שטרם התייצב מפס של משרד תנועה'. מצאתי, כי לצורך השלב הראייתי הלכאורי בו אנו נמצאים, ישנן ראיות לכאורה שההיעדרות החלה ביום 20/02/17. זאת, בהתחשב במעמדו הראייתי של טופס 750, במסמך של עבודי ובכך שבדו"ח 'תיעוד שיחה – פרטי נפקד' צויין כי תחילת ההיעדרות ב-20/02/17 וכי נערכו מספר שיחות אל הנאשם ביום למחרת ב-21/02/17 בנוגע לנפקדותו, הלוא מה הטעם להתקשר אליו ביום למחרת אלמלא לא התייצב והחל בהיעדרות.

בתיק קיימות ראיות בנוגע להיעדרות מן השירות נשוא כתב האישום וביחס לכך לא העלתה ההגנה טענות נוספות. באמרתו במ"צ מיום 3/12/17 מסר הנאשם, כי – 'אני הייתי עצור ועליתי ועדת התאמה ומבחינת זה שאני בחור ישיבה ומטפל באבא שלי שהוא נכה שלחו אותי לבית ומאז לא קיבלתי כלום ולא טלפון ולא מכתבים ולא היו איתי בקשר'.

ביום 6/12/17 הוצא אישור פוקד להארכת התקופה הקבועה לקביעת כושרו הרפואי מאת... מפקד מיטב. במכתבו אישר להאריך את פרק הזמן לקביעת הפרופיל ב-30 ימים נוספים".

4. בית הדין קמא מצא, כי במקרה שלפנינו, מצביעות הראיות על "קשר שוטף עם הנאשם ואמו והיה מודע לחובת הגיוס ולמועד הגיוס שנקבע בצו". אשר למועדים שצוינו בכתב ההסמכה של הסטטוסר, קבע בית הדין, כי "אין ספק שנפלה בהם שגגה" ואולם הפנה לפסיקה (ע"מ/14/21 **התצ"ר נ' טור' דסטה** (2014)), שם "אושרה ההסמכה גם כאשר נלמד שפג תוקפה". נקבע גם, כי "במקרה שלפנינו, נתן פוקד דעתו להסמכת הסטטוסר וחזקת תקינות המנהל מאפשרת להסתמך על כך למרות טעות הקולמוס בכתובת ההסמכה". אשר להעדרו של מסמך המלמד על שיקול הדעת של הפוקד להורות על גיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, קבע בית הדין, כי "כאשר הוצגה בפני הפוקד תמונה ברורה של חוסר שיתוף פעולה מתמשך מצד המלש"ב, מאפשרת חזקת תקינות המנהל לקבוע כי הפוקד הפעיל שקול דעת עצמאי וסביר עת הורה על גיוסו מבלי שנקבע לו פרופיל". הוטעם גם, כי "במקרה שלפנינו הביא הסטטוסר לידיעתו של הנאשם את הצו שעליו הורה הפוקד".

5. בהמשך, בחן בית הדין את טענת ההגנה שלפיה, העדרם של מסמכים בנוגע לדחיית שירות של המערער (דח"ש), אינם מאפשרים לבחון קיומו של צו חזרה לשירות צבאי. נקבע, כי בהתאם לפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים –

"אין צורך בצו שיקרא למלש"ב לחזור מהדח"ש ודי במועד שנקבע להתייצבות חזרה (ע"מ/14/10 **התובע הצבאי הראשי נ' בן יעקב**; ע"מ/14/17 **טור' פרטוש סבן נ' הובע הצבאי הראשי** (2014)). במקרה שלפנינו התייצב הנאשם בסיום תקופת הדח"ש, כך לפי התדפיס האישי בעניינו".

6. לאחר מכן, נדרש בית הדין קמא לטענת ההגנה בדבר חריגה מפרק הזמן שנקבע בחוק לקביעת כושרו הרפואי בעניינו של מי שגויס לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון (30 ימים). בית הדין דחה את טענת ההגנה, שלפיה יש להביא במניין התקופה הקבועה בחוק את פרק הזמן שבו שהה המערער בדח"ש.

7. לבסוף, בחן בית הדין את הטענה שהעלה המערער באמרתו ולפיה לא היה ער להחלטתה של ועדת ההתאמה לשירות בעניינו, אשר מצאה כי הוא מתאים לשירות צבאי. בהקשר זה נטען, כי מאחר שעל-פי המסמכים הקיימים, ההחלטה הופצה ביום 13.2.2017, לאחר שכבר שהה בדח"ש, המערער לא היה מודע לחובתו לשוב לצבא. בית הדין דחה אף טענה זו והפנה אל "טופס מיון ושיבוץ" הנושא את שמו של

המערער, שלפיו, ביום 19.2.2017, נערך למערער ראיון עם קצין המיון והוסבר לו "שהוחלט וה"ל המשך שירות, הוסבר לחייל שהכי טוב לו יהיה לעלות מדים". להשלמת התמונה בעניין זה אציין עוד, כי בחומר הראיות, מצוי דו"ח שוטר מ"י על נסיבות עיכובו של המערער ומעצרו. מדו"ח זה עולה, כי המערער ציין לפני השוטר, כי הוא "עריק". מכל מקום, על-פי חומר הראיות, לכאורה, המערער שב לשירות הצבאי ביום 19.2.2017 ויצא לביתו, לאחר שקיבל "פס" להתייצבותו ביחידה בהמשך.

8. בהתאם, משנקבע כי לא מתעוררות במקרה דנן שאלות סבוכות הדורשות בירור מעמיק כנטען, מצא בית הדין קמא, כי מתקיימות עילות מעצר מובהקות, אשר חרף נסיבות אישיות מורכבות, אינן מאפשרות לנקוט חלופת מעצר והורה, כאמור, על מעצרו של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.

טענות ההגנה בערעור

9. בפי ההגנה מספר טענות כנגד החלטתו של בית הדין קמא. תחילה נטען, כי זימונו של המערער להליכים בלשכת הגיוס, אינו עולה בקנה אחד עם הוראות פק"ל לשכות הגיוס בעניין "צו 12". לאחר מכן נטען, כי בהיעדר מסמך המלמד על שיקול דעת פוקד, נוכח ההלכה שלפיה יש להפעיל את הסמכות לגייס מבלי שנקבע כושרו הרפואי של המיועד לשירות בטחון בצמצום, אין להסתמך על חזקת תקינות המנהל לשם ביסוס חוקיותו של צו הגיוס לפי סעיף 12 הנ"ל. נטען גם, כי הדברים אמורים ביתר שאת, לנוכח הפגמים שנפלו בכתב ההסמכה של הסטטוסר, אשר חתום כמי שהוציא את צו הגיוס ושלחו למערער: הסמכתו לגיוס לפי סעיף 13 לחוק שירות ביטחון ולא לפי סעיף 12; וציון מועד הסמכה מוקדם למועד שיבוצו ליחידה (לשכת הגיוס). ההגנה אף הפנתה להיעדרם של המסמכים בנוגע לדח"ש, כתימוכין לטענתה, כי אין לבסס את חוקיות הליכי הגיוס בעניינו של המערער על חזקת תקינות המנהל.

10. טענה מרכזית נוספת של ההגנה, עניינה במניין הימים שחלפו מאז גויס המערער כמשתמט חסר פרופיל רפואי. לשיטתה, מאחר שסעיף 12(א) לחוק שירות ביטחון אינו מונה את תקופת הדח"ש כתקופה בלתי נמנית בפרק הזמן שבו על הרשויות בצבא לבדוק ולקבוע את כושרו הרפואי של הצבא – יש למנות גם את תקופת הדח"ש במניין הימים. לפיכך, נטען, כי בירור השלכות החריגה מפרק הזמן הסטטוטורי, ראוי כי ייעשה בעת שהמערער אינו נתון מאחורי סורג ובריח. לחלופין, נטען, כי אף ללא מניין ימי הדח"ש, הורה הפוקד המוסמך על הארכת התקופה רק לאחר שחלפו 30 ימים הקבועים בחוק ואף לכך השלכות על מעצרו של המערער.

11. נטען גם, כי קיים קושי ראייתי, הנוגע לקביעת המועד לתחילת ההיעדרות, נוכח הסתירה בין המסמך, שבו תיעדו גורמי מיטב את השתלשלות העניינים עם שובו של המערער מדח"ש לשירות צבאי, ביום 19.2.2017 וציינו כי ניתן בידיו אישור ("פס"), אשר לפיו היה עליו להתייצב חזרה ליחידה רק ביום 22.2.2017; לעומת מסמכים אחרים ובהם, טופס 750 ובתדפיס האישי, אשר לפיהם, החל המערער את היעדרותו כבר ב-20.2.2017, וכי זה המועד שבו היה עליו להתייצב ביחידה, על-פי ה"פס". לדידה של ההגנה, פער זה עשוי אף הוא להימנות ולהצטבר לתקופה שבה היה על רשויות הצבא לקבוע את כושרו הרפואי של המערער.

12. בשולי הדברים, פירטה ההגנה על נסיבות חייו הקשות של המערער והציגה מסמכים מתאימים. בהמשך, לנוכח כל האמור לעיל, נטען, כי צבר השאלות המתעוררות בעניינו של המערער, נסיבותיו האישיות ואף משך ההיעדרות העולה אך במעט על רף ההעמדה לדין, מאפשרים לנקוט חלופה של מעצר פתוח בעניינו.

עמדת התביעה הצבאית

13. התביעה הצבאית סמכה ידיה על התוצאה שאליה הגיע בית הדין קמא. נטען, כי התנהלותה של לשכת הגיוס בעניינו של המערער מתיישבת עם תכליתו של סעיף 12 לחוק שירות ביטחון ועם הפק"ל בנושא – לאפשר למיועד לשירות ביטחון הזדמנות מסודרת וממשית להגיע לבדיקות הדרושות לקביעת כושרו הרפואי עוד בטרם יגויס לצבא. בדומה, נטען, כי חוסר שיתוף הפעולה של המערער עם הליכי הגיוס בעניינו, נוכח ארבעת הזימונים שאליהם לא התייצב ושיחות הטלפון הרבות שנערכו עמו ועם אמו, הצדיק לקרוא לו לשירות צבאי בצו לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון. התביעה אף הפנתה לדבריו של המערער כפי שנרשמו בטופס התלונה והדיון המשמעותי, שבמהלכו הורשע בעבר, על-פי הודאתו, בהיעדר מן השירות הצבאי שלא כדין (השתמטות משירות). באותו דיון, אישר המערער, כי קיבל לרשותו זימון ל"צו ראשון". בהתאם ובהסתמך על חזקת תקינות המנהל, נטען, כי אין בהיעדרו של מסמך המתעד את אופן הפעלת שיקול דעת הפוקד בעניין זה, כדי לפגום במסד הראייתי להוכחת חוקיות הגיוס בעניינו של המערער. נטען גם, כי הסמכתו של הסטטוסר הייתה כדין וכי הפגם שנפל בציון המועד שבו הגיע לשרת ביחידה, אינו אלא טכני ומקורו בטעות אנוש.

14. אשר לטענות שהעלתה ההגנה בבית הדין קמא בנוגע לחוקיות סיום הדח"ש, ציינה התביעה, כי המערער שב לשירות צבאי בתום התקופה שנקבעה לדח"ש, כעולה

מן התדפיס האישי וכי הדבר מחזק את טענתה, שלפיה, על-פי חזקת תקינות המנהל, אין לקבוע כי נפל פגם תביעה בהליך הדח"ש.

15. בכל הנוגע למניין הימים לקביעת כושרו הרפואי של המערער, לדידה של התביעה, עיון בהוראות חוק שירות ביטחון ומעמדו של המערער בתקופת הדח"ש, כמי שאינו חייל, מלמדים על כי אין למנות את תקופת הדח"ש במניין הימים כאמור. חישוב התקופה ללא פרק הזמן שבו שהה המערער בדח"ש, מלמד על כי הפוקד הורה להאריך את התקופה ביום ה-31, ולפיכך, לכל היותר, לפנינו חריגה מינימאלית, אשר בהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית, אינה יכולה להביא לשחרורו של המערער למעצר פתוח.

דיון והכרעה

להלן, נדון בטענות ההגנה כסדרן.

חוקיות הגיוס

16. עיון בראיות התביעה, מלמד, ברמה המנהלית, על חוסר שיתוף פעולה בולט מצדו של המערער (על טיבן ואופיין של הראיות הנדרשות לצורך קבלת החלטה מנהלית ראו: ע"מ/17/75 **טור' נחמני נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 19 (2017) והפסיקה המנויה שם). התמונה המצטיירת מעלה, כי המערער זומן בארבע הזדמנויות שונות להליכי צו ראשון ולא התייצב (על-פי פק"ל לשכות הגיוס בנושא די בשלושה זימונים בטרם קבלת החלטה לקרוא למיועד לשירות ביטחון לגיוס, לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון), וכי נעשו עמו ועם אמו מספר שיחות טלפון בנושא. ואמנם, כפי שציינה התביעה, בעת ההליך המשמעותי בגין השתמטותו משירות צבאי, כעולה מטופס הדיון, אישר המערער כי זומן לצו ראשון.

17. כאמור, אין ברשות התביעה מסמכים המתעדים את אופן הפעלת שיקול דעתו של הפוקד עובר לקריאתו של המערער לגיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון. למעשה, אף אין לפני תיעוד בנוגע לקבלת ההחלטה של הפוקד על הוצאת פקודת מעצר בעניינו של המערער ואף לא על הכרזתו כמשתמט, בשלב מאוחר יותר. עם זאת, כידוע, בנסיבות דומות, קבע בית-דין זה, כי חרף היעדר תיעוד בנוגע לאופן הפעלת שיקול הדעת של הפוקד, אשר הורה על גיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, בהסתמך על תמונה ראייתית מתאימה של חוסר שיתוף פעולה מצדו של המיועד לשירות ביטחון וחזקת תקינות המנהל – יש לקבוע כי התביעה הוכיחה, לכאורה, כי המערער נקרא כדין לשירות לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון (ע"מ/12/77 **טור' פרדה נ' התובע הצבאי הראשי** (2012)).

18. אשר לטענות ההגנה על אודות אי-ציון הוראת סעיף 12 לחוק שירות ביטחון בכתב ההסמכה של הסטטוסר, אשר, לכאורה, הוציא את צו הגיוס ושלחו אל המערער, שב בית-דין זה לאחרונה, על ההלכה, שלפיה:

"בכל הנוגע להיעדרו של סעיף 12 מבין הסעיפים שאזכרו בו, אפנה להחלטתו של בית דין זה, שלפיה, גם גיוס בהתאם לסעיף 12 לחוק נעשה (כעולה מלשון סעיף 12 גופו) לפי סעיפים 13 או 27 ולפי העניין. לפיכך, אין רבותה רבה באי ציון סעיף 12 כמקור הנורמטיבי להוצאת הצו על גב צו הפוקד גופו או על גבי תעודת עובד הציבור, המתעדת את הוצאתו... (הדגשות במקור, ע"מ 35/12 התובע הצבאי הראשי טור' חיון (2012))" (ע"מ/17/78 טור' פריימן נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

19. בואר גם, כי, ככלל, 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 (שם, פסקה 22 וראו גם: ע"מ/14/21 התובע הצבאי הראשי נ' טור' דסטה (2014)). אשר לטענה בדבר המועדים שצוינו בכתב ההסמכה, טענה זו, לכל היותר, מלמדת על פגם מצומצם, טכני, שאינו יורד לשורש תוקפו של צו הגיוס. בד בבד, מן הראוי לציין שוב, כי אין בין הראיות שנאספו, תיעוד על טיבו של שיקול הדעת של הפוקד לאורך הליכי הגיוס בעניינו של המערער, וכי כאמור, ההנחה בדבר תקינותו נסמכת על חזקת תקינות המנהל ועל חוסר שיתוף הפעולה הבולט מצד המערער.

20. מן המקובץ לעיל עולה, אפוא, כי לא עלה בידי ההגנה להצביע על פגם משמעותי-מובנה, שנפל בהליך גיוסו של המערער לצה"ל, עובר למעצרו כמשתמט.

21. בדומה, הגם שאין מסמכים לתיעוד הדח"ש, יש להניח, על-פי חזקת תקינות המנהל, כי אף חזרתו של המערער מדח"ש נעשתה כדין ולראיה, המערער שב לשירות הצבאי ביום 19.2.2017, הוא המועד שבו, על-פי נתוני התדפיס האישי, הסתיימה תקופת הדח"ש (ראו והשוו: ע"מ/14/10 התובע הצבאי הראשי נ' טור' בן יעקב (2014)).

קביעת הפרופיל הרפואי

22. שאלה מורכבת יותר, עניינה בחישוב מניין הימים לקביעת כושרו הרפואי של המערער. סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, שכותרתו "אי-התייצבות לבדיקה אינה פוטרת מהתייצבות לשירות בטחון" קובע, לאמור –

12"א) מיועד לשירות בטחון שנקרא להתייצב לבדיקת כשרו לשירות בטחון ולא התייצב, או שהתייצב וסירב להיבדק או להשלים את הבדיקות, רשאי פוקד לקרוא לו להתייצב לשירות בטחון... אף על פי שכשרו לשירות בטחון עדיין לא נקבע; אך הוא לא יתחיל באימון צבאי כל עוד לא נבדק בדיקה רפואית לצורך קביעת כשרו הרפואי לשירות בטחון ונמצא כשר לשירות...; הבדיקה תיערך תוך חודש ימים לאחר התייצבותו אלא אם כן אישר פוקד שהוא בדרגת אלוף משנה לפחות כי קיימים טעמים מיוחדים שיירשמו המצדיקים את הארכת התקופה; סירב יוצא הצבא להיבדק, יהא דינו כדין מי שהפר את סעיף 122 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

(א1) במניין התקופה האמורה בסעיף קטן (א), לא יובאו בחשבון -

(1) תקופות שעל פי סעיף 18(א) ו-1(ב) אין רואים אותן, לעניין חישוב זמן השירות, כתקופה שבה מילא אדם חובת שירות סדיר, ולעניין תקופות שבהן ריצה אותו אדם עונש מאסר או מחבוש בבית סוהר צבאי, מחנה מעצר צבאי או חדר משמר צבאי כמשמעותם בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 - רק אם במהלך תקופות אלה סירב אותו אדם להיבדק או להשלים את הבדיקה;

(2) תקופות שבהן אדם היה נתון במעצר על פי החלטה של בית דין צבאי או של בית משפט אחר, למעט מעצר פתוח על פי סעיף 244 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ולעניין תקופות שבהן היה אותו אדם עצור בבית סוהר צבאי, מחנה מעצר צבאי או חדר משמר צבאי כמשמעותם בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 - רק אם במהלך תקופות אלה סירב אותו אדם להיבדק או להשלים את הבדיקה;

(3) תקופות שבהן אדם היה מנוע מלהמשיך בשירות תקין ביחידתו בשל פסק דין או החלטה של בית דין צבאי או של בית משפט אחר, ובכלל זה החלטה בדבר שחרור ממעצר בתנאים;

(4) תקופות שבהן נעדר אדם מן השירות ובשלהן הוכרו על פי פקודות הצבא כנפקד או כעריק".

23. כאמור, לדידה של ההגנה, משלא נקבע במפורש, בסעיף 12(א1) הנ"ל, כי תקופה של דח"ש אינה מוחרגת ממניין חודש הימים, שבמהלכו יש לבדוק את כושרו של מי שהתייצב - יש למנות בפרק הזמן שחלף מאז גויס המערער, 1.1.2017, אף את 25 הימים, שבהם שהה בדח"ש. נטען גם, כאמור, כי מתעוררת שאלה ראייתית, בנוגע למועד תחילת ההיעדרות ולשיטת ההגנה, יש להניח לטובתו של המערער, כי חלפו עוד שלושה ימים עד שנעדר מן השירות שלא ברשות. משכך, ומאחר שחלפו ארבעה ימים נוספים מאז שהמערער נעצר ועד שהורה הפוקד על הארכת התקופה לקביעת

כושרו של המערער, אליבא דההגנה, יש לקבוע כי חלפו 57 ימים עד שהוארכה התקופה לקביעת כושרו (דהיינו: חריגה של 27 ימים).

24. נשאלת השאלה, כיצד יש לקרוא את הוראות חוק שירות ביטחון בכלל ואת הוראת סעיף 12 הנ"ל, בפרט. על פני הדברים, מי שנמצא בדח"ש אינו במעמד של חייל ואינו נתון ברשות הצבא. מכאן, שהסעיף אשר נועד לתחום את פרק הזמן של הרשות לקבוע את כושרו הרפואי של מי שהתגייס ללא קביעה כאמור, כאשר הוא נתון ברשות הצבא, אינו אמור לחול במקרה של דח"ש. מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם הוראת הסעיף, שלפיה, מי שסירב לשתף פעולה בהליך לקביעת כושרו הרפואי "יהא דינו כדין מי שהפר את סעיף 122 לחוק השיפוט הצבאי". ואולם, אין לשלול על הסף את עמדתה של ההגנה בעניין זה (ראו והשוו את הוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק שירות ביטחון והתקופות שאינן נמנות בתקופה לקריאת מיועד לשירות צבאי לגיוס). מכל מקום, הסוגיה מחייבת בחינה מעמיקה לנוכח הרציונל העומד בבסיס הקביעה, כי הסמכות לגייס את מי שטרם נקבע כושרו הרפואי, לפי סעיף 12 הנ"ל, היא סמכות חריגה, שיש להפעילה במשורה ובזהירות (ראו: רע"פ 1057/99 **יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נג(3) 365, 377 (1999)), וכבר נפסק, כי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון נועד להגן על זכויות מהותיות של חייל שגויס ולפיכך, יש לערוך את הבדיקה בתוך חודש ימים, לרבות בעת שהחייל נתון במעצר או במאסר (רע"פ 3080/10 **טור' סמוגונסקי נ' התובע הצבאי הראשי**, (טרם פורסם, 25.12.2012)). בהתאם, תוקן חוק שירות ביטחון כך שפרק הזמן לקביעת הכושר הרפואי מונה את תקופות של כליאה, למעט כאשר הכלוא אינו משתף פעולה (תיקון מס' 20 לחוק שירות ביטחון, התשע"ה-2014).

25. אף אם נפל פגם בעקבות אי-קביעת כושרו הרפואי של המערער במועד הקבוע בחוק והמועד לא הוארך כנדרש, אין בכך סוף פסוק ובהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית, יש להוסיף ולבחון את נפקות הפגם על רקע נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה (ראו: ע"מ/17/54 **טור' ונגרסקי נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). בעניין **סמוגונסקי** לעיל נמנו שיקולים אשר יכולים לסייע ולהוות כלי עזר בעת בחינת הפגם. כך, יש לבחון את התנהלות הצדדים; התנהלות החייל – האם השתמט מחובת התייצבותו לבדיקות עובר לגיוסו; "האם התנהלות החייל לאחר גיוסו הקשתה על עריכת הבדיקות; האם הועלתה דרישה מצדו לערוך את הבדיקות; מהי הסיבה שבעטיה רשויות הגיוס לא ערכו את הבדיקה במועד; האם בוצעו הבדיקות בסופו של יום, ובאיזו מידה חרגו רשויות הגיוס מפרק הזמן הנקוב בחוק; האם התקיימו טעמים מיוחדים שהצדיקו את הארכת התקופה על-ידי פוקד בדרגת אלוף משנה לפחות, ואם כן – מדוע לא הוארכה... האם החייל מעלה אותה בסמוך לחלוף

המועד לביצוע הבדיקה (ולאחר מיצוי הליכים - בתקיפה ישירה, על-ידי הגשת עתירה לבית משפט זה) או שמא הוא נאחז בה בדיעבד במסגרת תקיפה עקיפה".

26. בחינת השיקולים שנמנו לעיל ויישומם במקרה שלפנינו, מלמדים על כך שעניין לנו בתקיפה עקיפה של מי אשר נמנע מלהשלים את הליכי הבדיקות טרם גיוסו לצה"ל; לא ביקש להשלים את הבדיקות ביוזמתו; גויס כמשתמט; החל בהיעדרותו הנוכחית, לכאורה, בסמוך לאחר שנודע לו כי ועדת התאמה לשירות מצאה אותו מתאים לשרת בצבא; טרם החל בשירות צבאי של ממש; וכן, בחלק הארי של התקופה החורגת, כנטען, שהה מחוץ למסגרת הצבאית, במסגרת דח"ש, שנועדה, לבקשתו, לאפשר את בחינת התאמתו לצבא. דומה, כי בחינת מכלול השיקולים, מטה את הכף לטובת צמצום השלכותיו של הפגם על ההליך המשפטי בעניינו של המערער.

27. עם זאת, עסקינן בסוגיה מורכבת ויהיה מקום לבחון אותה לעומק במסגרת ההליך בערכאה הדיונית, אשר תידרש אף לטענותיה העובדתיות של ההגנה, בכל הנוגע למועד תחילת ההיעדרות וחישוב התקופה החורגת.

סוף דבר

28. התשתית הראייתית בעניינו של המערער מלמדת, לכאורה, על מי שלא שיתף פעולה עם רשויות הצבא בהליכי גיוסו, בהמשך גויס כמשתמט ובסמוך לאחר מכן, נעדר מן השירות הצבאי. התמונה המלאה מלמדת, לכאורה, על חוסר מוטיבציה לשרת בצבא. בהתאם, יש לקבוע, כי מתקיימות בעניינו של המערער עילות מעצר של מסוכנות צבאית, חשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית ואף חשש להימלטות מאימת הדין. חרף האמור, סברתי, כי צבר השאלות המתעוררות בעניינו של המערער, ובעיקר השאלה העוסקת בחישוב התקופה לבחינת כושרו הרפואי – מחייבות בירור ראייתי ומשפטי כאחד, אשר יצריך דיון מעמיק.

29. כידוע, הלכה פסוקה היא, כי –

"ככלל, כאשר מתעוררות שאלות מורכבות אודות חוקיות הגיוס... וכאשר אין ניתן לברר את השאלות האמורות תוך ימים ספורים.. הנטייה צריכה להיות להימנע ממעצר ממשי ולשקול, ביתר שאת ובמשנה תוקף... להסתפק בחלופת מעצר" (ע"מ/6/03 רב"ט פרץ נ' התובע הצבאי הראשי (2003); וראו גם ע"מ/20/07 התובע הצבאי הראשי נ' טור' בושמרין (2007); ע"מ/75/12 התובע הצבאי הראשי נ' טור' קריחלי (2012); ע"מ/104/16 טור' ידידיה נ' התובע הצבאי הראשי (2016)).

30. נקבע, כי כאשר מעוררות טענות ההגנה סוגיות מורכבות, העוסקות אף בשאלת סמכותו של בית הדין הצבאי לדון בעניינו של המערער, "הרי שיש בכך כדי להטות את הכף לטובת בירור כלל נושאים, בעת שהמערער אינו נתון מאחורי סורג ובריח" (ע"מ/17/76 טור' שמואלי נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

31. אשר על כן, בסיכומו של דבר, נוכח כלל טענות ההגנה וסימני השאלה שהוצגו, סברתי, לאחר התלבטות, כי יש להורות על שחרורו של המערער למעצר פתוח במיטב, עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.

32. ערעור ההגנה מתקבל, אפוא.

ניתנה היום, כ"ו בכסלו התשע"ח, 14 בדצמבר 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

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