



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא

בעניין:

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

נ ג ד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן ניר שני; סרן ברית דביר)

ערעור על החלטות של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנו בתיק מטכ"ל (מחוזי) 9/19 (רס"ן ענת שחר-ויינברג – שופטת) ביום 23.1.2019 וביום 29.1.2019. הערעור נדחה.

ה ח ל ט ה

רקע והשתלשלות העניינים

1. כנגד המערער, טור' א' ע', הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של עריקה, לפי סעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. נטען בכתב האישום, כי המערער נעדר ממייטב, מתוך כוונה שלא לחזור, במשך 4,292 ימים (כ-11 שנים ושמונה חודשים), החל מיום 26.3.2007 ועד למועד מעצרו.
2. המערער נעצר ביום 25.12.2018. כתב האישום בעניינו הוגש ביום 3.1.2019, וביום 8.1.2019, דן בית הדין המחוזי בבקשת התביעה למעצרו עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. בית הדין דחה את טענות ההגנה בכל הנוגע להיעדר תשתית של ראיות לכאורה ולאחר שעמד על עילות המעצר המתקיימות בעניינו של המערער, הורה על מעצרו של המערער עד לתום ההליכים.
3. בין לבין, החליף המערער ייצוג וביום 23.1.2019, לאחר שגורמי מיטב החליטו על פיטוריו משירות צבאי, מחמת "התנהגות רעה וחמורה", עתר בא-כוחו, עו"ד

שטאובר, לעיין מחדש בהחלטת המעצר. בקשתו נדחתה, לאחר שבית הדין קמא התרשם מקיומן של ראיות לכאורה ומקיומן של עילות מעצר, לאחר שמיעת אשתו של המערער וחבריו, שהציעו עצמם כמפקחים למעצר בית מלא, ולאחר בחינת האפשרות לערבות עצמית ולערבות צד שלישי – נמצא כי אינן מאפשרות לנקוט חלופת מעצר בעניינו של המערער.

4. מייד לאחר ההחלטה בבקשה לעיון מחדש, עתר הסנגור להפנות את המערער לתסקיר מעצר. בית הדין המחוזי קבע, כי משבחן לעומק את כלל הנסיבות האישיות של המערער והתרשם באופן בלתי אמצעי מן המפקחים המוצעים, ולנוכח החלטתו שלפיה לא ניתן להלום את עילות המעצר המתקיימות באמצעות התנאים שהוצגו – אין מקום להיעתר אף לבקשה זו.

5. ההגנה לא השלימה עם ההחלטה הדוחה את בקשתה לעיון מחדש בעניין מעצרו של המערער וערערה הן על הקביעה כי נאספו ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של המערער והן על הקביעה שמתקיימות בעניינו עילות מעצר, אשר אינן מאפשרות לנקוט חלופה, כאמור. הודעת הערעור לא כללה התייחסות להחלטה המאוחרת, שלא להפנות את המערער לתסקיר מעצר.

6. ביום 24.1.2019 נדון ערעור ההגנה לפניי ובהמשך היום, קבעתי כי אין להתערב בהחלטת בית הדין קמא וכי יש להותיר את המערער במעצר ממשי עד לתום ההליכים בעניינו (ע"מ/19/10 טור' א' ע' נ' **התובע הצבאי הראשי** (2019)).

7. לאחר הקראת ההחלטה ביקש הסנגור להפנות את המערער לתסקיר מעצר וכן, **לראשונה**, להורות על מעצרו בפיקוח אלקטרוני. בהחלטה משלימה, בואר כי על ההגנה להגיש הודעת ערעור מסודרת ומנומקת בכל הנוגע לערעור על החלטת בית הדין קמא שלא להפנות את המערער לתסקיר מעצר וכי בנוגע לבקשה החדשה לעניין מעצר בפיקוח אלקטרוני, ראוי כי יפנה בבקשה מתאימה תחילה לערכאה הדיונית.

8. בעקבות זאת, פנה הסנגור לבית הדין המחוזי בבקשה נוספת לעיון מחדש במעצרו של המערער, וביקש להורות על מעצרו בפיקוח אלקטרוני. ביום 29.1.2019, נדחתה בקשתו של המערער לעיון מחדש, כאמור. להשלמת התמונה אציין, כי בד בבד, לאחר שהמערער כפר באשמה, נקבעו שלושה מועדים לשמיעת הראיות במשפטו, 5.2.2019, 10.2.2019, ו- 12.02.2019.

9. ההגנה לא השלימה עם ההחלטה שלא להורות על מעצרו של המערער בפיקוח אלקטרוני והיא מבקשת לערער אף על ההחלטה מיום 23.1.2019, שלא להפנות את המערער לתסקיר מעצר. מכאן הערעור שלפניי.

טענות ההגנה בערעור

10. בכל הנוגע לטענות כנגד ההחלטה שלא להפנות את המערער לתסקיר מעצר, פירט הסנגור כי לתסקיר המעצר "תפקיד חיוני בהבאת כלל העובדות החיוניות לשיקולים עובר לקבלת ההחלטה האם ראוי להורות על מעצרו של אדם או שניתן להסתפק בחלופת מעצר" וכי "שירות המבחן נהנה ממומחיות ייחודית בסוגיה זו". נטען, כי ללא תסקיר כאמור, לבית הדין **תמונה חסרה** בכל הנוגע לשאלה כיצד ניתן להלום את החשש להימלטות מאימת הדין, אם בכלל. לפיכך, נטען, כי היה על בית הדין המחוזי להפנות את המערער לתסקיר מעצר של שירות המבחן על-מנת לקיים בחינה מעמיקה ולשקול את האפשרות להלום את עילות המעצר בחלופה מתאימה.

11. אשר לערעור על ההחלטה שלא להורות על מעצרו של המערער בפיקוח אלקטרוני, נטען כי היה על בית הדין לבחון תחילה את סוגיית הסמכות להורות כן, טרם יכריע בעניין הקונקרטי של המערער. הגנה סבורה כי לבתי הדין הצבאיים סמכות טבועה להורות על מעצר בפיקוח אלקטרוני וכי סמכות זו נובעת אף מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומסעיף 460 לחוק השיפוט הצבאי, שלפיו "בכל ענין של סדרי דין שאין עליו הוראה בחוק זה או בתקנות שהותקנו לפיו, ינהג בית דין צבאי בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית משפט צדק".

12. לשיטת ההגנה, אין להלום מצב שבו ערכאה שיפוטית מוסמכת להורות על מעצר בכליאה ואינה מוסמכת לשקול פגיעה מצומצמת יותר בחירותו של חשוד או נאשם – בדרך של מעצר בפיקוח אלקטרוני. נטען, כי אין טעם ענייני להבחין בסוגיה זו בין עצור במערכת השפיטה הצבאית לבין עצור במערכת השפיטה הכללית, בוודאי שלא ביחס לעצור, שסיים את השירות הצבאי זה מקרוב. לדידו של הסנגור, משנקבע בחוק השיפוט הצבאי ובהלכה הפסוקה כי קיימת סמכות לשחרר עצור שסיים שירות צבאי בערבות, בהתאם לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים) התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק המעצרים**), יש לקבוע כי קיימת לגביו גם סמכות למעצר בפיקוח אלקטרוני.

13. ההגנה סבורה כי אין לקבל את עמדת התביעה הצבאית, שלפיה ההסדר שנקבע בחוק השיפוט הצבאי ביחס לדיני המעצרים בצבא, הוא הסדר ממצה. לראייה, לשיטתה, עילות המעצר הצבאיות אינן מנויות בחוק השיפוט הצבאי ואף בנושאים אחרים של סדרי דין ומהות, אשר אינם מופיעים בו – הוחלו ההסדרים מן הדין הכללי על חשודים ונאשמים בבתי הדין הצבאיים, מכוח ההלכה הפסוקה.

14. אשר למקרה דנן, נטען כי מעצר בפיקוח אלקטרוני לצד מפקחים וערובה, בנסיבותיו של המערער, מאיינים את החשש להימלטות מאימת הדין. בכל הנוגע

לעילת המעצר שעניינה החשש לפגיעה חמורה במשמעת הצבאית, לשיטת ההגנה עסקינן בעילת מעצר הרתעתית שאינה חוקתית ומכל מקום, יש ליתן לה משקל מועט בלבד במסגרת הדיון במעצר.

תשובת התביעה

15. רס"ן ניר שני וסרן ברית דביר, באי-כוח התביעה הצבאית, התנגדו לשחרורו של המערער ממעצר ממשי ועתרו להותיר את החלטת בית הדין קמא על כנה.

16. תחילה נטען, כי לא חל שינוי בנסיבותיו של המערער מאז ההחלטה שניתנה ביום 23.1.2019 (והערעור עליה ביום 24.1.2019) ולפיכך לא היה מקום להידרש לבקשת ההגנה לעיון מחודש.

17. לגופו של ערעור, בנוגע לטענות ההגנה על ההחלטה שלא להפנות את המערער לתסקיר מעצר, הפנתה התביעה להחלטת בית הדין קמא. נטען, כי משבית הדין המחוזי התרשם ישירות מעדי ההגנה, אשר הציעו עצמם כמפקחים על מעצר בית מלא של המערער ובחן את מלוא הנתונים בעניינו, ומשנבחנה האפשרות לחלופת מעצר אל מול עילות המעצר המתקיימות במקרה דנן – אין עוד תועלת בהפנייתו של המערער לתסקיר מעצר.

18. אשר לערעור ההגנה על ההחלטה להימנע ממעצרו של המערער בפיקוח אלקטרוני, התביעה סבורה כי אין צורך להידרש לדיון בסוגיית הסמכות שכן, ממילא, נוכח מסד הראיות לכאורה, אין ליתן אמון במערער ומגבלה מעין זו אף אינה הולמת את העילה של חשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, אשר מתקיימת במלוא עוזה במקרה דנן.

19. כמו כן, סבורה התביעה כי יש לדחות את ערעור ההגנה גם לגופם של דברים, מן הטעם של היעדר סמכות בחוק השיפוט הצבאי להורות על מעצר בפיקוח אלקטרוני. הגם שהתביעה אינה מוציאה מכלל אפשרות, כי ייתכנו מקרים של עצורים שסיימו את השירות הצבאי, אשר ראוי יהיה לשקול לגביהם לנקוט מעצר בפיקוח אלקטרוני – לטעמה, ראוי להסדיר את הנושא בחוק ואין להחיל את ההסדר הקיים בדין הכללי, בדרך של פרשנות. התביעה מפנה בעניין זה לסעיף 243 לחוק השיפוט הצבאי שכותרתו "סייג לתחולת חוק סדר הדין הפלילי" ולפיו "על אף האמור בסעיף 1(ג) בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, יחול החוק האמור על הליכי מעצר לפי חוק זה, רק מקום שחוק זה הפנה אליו". נטען, כי הוראה זו שוללת את האפשרות להחיל בדרך של **פרשנות** הסדרי חקיקה העוסקים בדיני המעצרים, שלא הוחלו ישירות בחוק השיפוט הצבאי.

20. להשלמת התמונה אציין, כי לאחר הדיון בערעור, עדכנה התביעה הצבאית בכתב כי "מעיון בפרוטוקולים של דיוני חקיקה בכנסת עלה כי לא היה נציג מטעם הצבא בהליכי החקיקה של חוק פיקוח אלקטרוני".

עיקרי ההחלטות של בית הדין המחוזי

21. כאמור, עם סיום שירותו הצבאי של המערער, מחמת "התנהגות רעה וחמורה", התבקש בית הדין המחוזי להורות על שחרורו ממעצר בתנאים מתאימים. ההגנה הביאה לעדות שלושה מחבריו, שהציעו עצמם כמסוגלים לפקח על מעצר בית מלא; העידה את אשתו של המערער על אודות נסיבותיו המשפחתיות של המערער והודיעה על נכונותו של המערער להעמיד סכום כסף במזומן, כערבות עצמית וערבות צד שלישי והכל – כדי לשכנע כי קיימת חלופת מעצר מתאימה. בית הדין המחוזי קבע, כי אין בחלופה שהוצעה כדי לאיין את עילות המעצר של חשש להימלטות מאימת הדין וחשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית. **לאחר** מתן ההחלטה, ביקשה ההגנה להפנות את המערער לתסקיר מעצר על מנות לבחון את התנאים לחלופת מעצר מתאימה.

22. כאמור, בית הדין המחוזי דחה את בקשתה של ההגנה להפנות את המערער לקבלת תסקיר מעצר. בית הדין פירט במסגרת החלטתו את הנימוקים הבאים:

"דומה כי ההגנה בחרה לילך בנתיב אחר וליהפוך מעט את היוצרות, שכן במסגרת העיון המחודש במעצרו של הנאשם עתרה לשחרורו של הנאשם, תוך שהציעה חלופת מעצר ואף הגיעו לדיון מפקחים אפשריים, מהם יכולתי להתרשם בצורה בלתי אמצעית. ואכן, במקרה זה, אני סבורה שניתן היה לקבל החלטה מושכלת גם ללא תסקיר מעצר... בעת שהחלטתי להורות שלא להיעתר לבקשת העיון המחודש, ערה הייתי לנסיבותיו האישיות המורכבות של משפחת הנאשם, לקושי הנובע ממעצרו של הנאשם על אשתו ועל ילדיו, וכן הייתי ערה לחלופת המעצר האפשריות... משכך, משהמטרה העומדת בבסיס קבלת תסקיר מעצר, היא להאיר את 'עיניו' של בית המשפט ולספק לו את המידע החסר הנדרש לצורך קבלת ההחלטה הדבר אפשרויות השחרור, לא סברתי כי יש צורך בכך בנסיבות העניין, משמכלול הנתונים הובא בפני באופן בלתי אמצעי, משהקשבתני במסגרת הדיון גם לאשת הנאשם, ומששקלתי בכובד ראש את אפשרויות לשחרר את הנאשם לחלופת מעצר, ומצאתי בשלב זה לדחות".

23. בהמשך, כאמור, לאחר שערעור ההגנה על החלטות המעצר נדחה, פנה הסנגור אל בית הדין המחוזי בבקשה נוספת – להורות על מעצרו של המערער בפיקוח אלקטרוני. בית הדין המחוזי דחה את בקשתו ופירט כדלקמן:

"עילות המעצר בעניינם של מי שערקו מן השירות למשך תקופות ארוכות אשר הסתיימו במעצרו, בפרט באורח המלמד על כוונה להשתמט לחלוטין מחובת השירות, הינן עילות מעצר מובהקות... במקרים אלו, מתקיים, ככלל, חשש כבד להימלטות מאימת הדין; וכן מתקיימת במלוא עוזה העילה הצבאית הייחודית, לאור הפגיעה הקשה במשמעת הצבא ובכוננותו. במצב

דברים זה, כך נקבע, ייקשה מאד להלום את עילות המעצר באמצעות חלופה...

הנאשם נעצר לראשונה אך ביום 26.12.2018. הנאשם כפר במיוחס לו, וכבר עתה נקבעו שלושה מועדי לשמיעת הראיות בתיק, 05.02.2019; 10.02.2019, 12.02.2019, בהתאם לתאריכים שנמסרו על ידי הסניגור בהודעת הכפירה שהעביר בכתב. מן המקובץ עולה, כי משפטו של הנאשם, צפוי להתחיל בימים הקרובים, ואף צפוי להתנהל בקצב משביע רצון. משכך אין לומר שמתקיימת בעניינו של הנאשם התמשכות הליכים, אשר עשויה, במקרים המתאימים ובעת המתאימה, להקהות את עילות המעצר.

אף בחינת ההלכות הנוגעות לשימוש במעצר על דרך איזוק אלקטרוני, מלמדת, כי לא אחת, החלטות בתי המשפט לפנות למעצר במסלול זה, של פיקוח אלקטרוני, מתרחשת לאחר שחלפו תשעת חודשי המעצר הראשונים מיום הגשת האישום, ולאחר שמתברר כי הצפי לסיום ההליכים עוד רחוק... משברור הוא שזה אינו המצב הקיים בעניינו, הרי שזהו טעם נוסף, המצביע על כך שאין מקום לפנות להליך של מעצר על דרך של פיקוח אלקטרוני."

24. בית הדין המחוזי הדגיש עוד, כי אף ההסדר הקיים בחוק לעניין מעצר בפיקוח אלקטרוני, ככלל, אינו חל על נאשמים בעבירות של בריחה ממשמורת חוקית. בואר, כי יש להסיק מכך ש"המחוקק בחר מפורשות להחריג עבירות אשר יש בהן חשש מובנה להימלטות מאימת הדין. חשש זה קיים כאמור בעניינו". נקבע, אפוא, כי "לאור הצבר הנסיבות בעניינו של הנאשם, מצאתי בהחלטתי בבקשה לעיון מחודש בשאלת המעצר, כי אין ניתן ליתן אמון בנאשם ולשחררו לחלופת מעצר... למסקנה דומה הגיעה כבוד המשנה לנשיא בית הדין לערעורים במסגרת החלטתה בערעור המעצר... משזו המסקנה אליה הגעתי, אין מקום להורות על מעצרו של הנאשם על דרך של פיקוח אלקטרוני".

25. אשר לשאלת הסמכות להורות על מעצר בפיקוח אלקטרוני, בית הדין הבהיר כי נוכח הכרעתו כאמור, שאלה זו אינה דרושה הכרעה, בנסיבות העניין. בצד זאת, מצא בית הדין לציין את הדברים הבאים:

"מצאתי טעם בדברי התביעה, לפיהם בעת חקיקת הסעיפים העוסקים במעצר באמצעות פיקוח אלקטרוני, בוצעו תיקוני חקיקה עקיפים בדברי חקיקה נוספים... אך לא בוצע תיקון מתאים בחוק השיפוט הצבאי, דבר המלמד לטעמם, כי עניין זה נעשה בכוונת מכוון. היינו המדובר בהסדר שלילי, שאינו מאפשר הוספת סמכות מהותית בדרך של פרשנות. עניין נוסף רלוונטי, הוא העובדה שפרק ג' 1 לחסד"פ מעצרים, קובע הסדר מקיף ומורכב, הכולל מינוי של בעלי תפקידים המוסמכים להחליט החלטות מהותיות - לרבות על הפסקת הפיקוח והשבה למעצר - כאשר רוב בעלי התפקידים המנויים בהסדר החקיקתי הם בעלי תפקידים המשרתים במערך שירות בתי הסוהר".

דיון והכרעה**ראיות לכאורה ועילות המעצר**

26. לאחר שסקרתי את השתלשלות העניינים, את טיעוני הצדדים ואת עיקרי ההחלטות של בית הדין קמא, יש להתייחס לראיות לכאורה ולעילות המעצר, אשר עמדו בבסיס החלטות המעצר, בבית הדין המחוזי ובערעור.

27. בהחלטתי בערעור המעצר הקודם (ע"מ/19/10 הנ"ל), בחנתי את כלל הראיות שנאספו ועמדתי על קיומה של תשתית ראיות לכאורה להוכחת האשמה שיוחסה למערער ועל קיומן של עילות מעצר בענייניו. כמו כן, בואר כי עילות המעצר, במצטבר, אינן מאפשרות לנקוט חלופת מעצר.

28. מפאת חשיבות הדברים לצורך הדיון שלפני, אביאם להלן, בהרחבה:

"לאחר שהמערער פוטר ואינו צפוי עוד לשרת בצבא, לא מתקיימת בענייניו עילת המעצר של מסוכנות צבאית, ואין עוד צורך מניעתי בהותרתו מאחורי סורג ובריח..."

בצד זאת, ידועה הלכת בית הדין הצבאי לערעורים, כי:

'... אף לאחר פיטוריו של נאשם בעבירה של היעדר מן השירות הצבאי, עשויה להוסיף ולהתקיים עילת המעצר ההרתעתית, שבבסיסה החשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, הגם שהיא נחלשת (ראו: ע"מ/33/02 טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי (2002); ע"מ/18/14 טור' חי נ' התובע הצבאי הראשי (2014)).' (ע"מ/60/18 דריקס נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 19 (2018)).

בואר, כי הטעם להחלטה של עילת המעצר הצבאית הייחודית במקרים של היעדר מן השירות הצבאי, מצוי בחשש, כי:

'... 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...' (ע"מ/44/03 סמ"ר אבו ענאם נ' התובע הצבאי הראשי (2003); וראו גם: ע"מ/17/18 טור' ברשישט נ' התובע הצבאי הראשי (2018)).

מן הראוי לשוב ולהזכיר כי השירות הצבאי במדינת ישראל נקבע כחובה כללית המוטלת על אזרחי המדינה, לנוכח הסכנות הקיומיות הרובצות לפתחה ולשלום תושביה, ולנוכח קיומם של צורכי ביטחון מובהקים. בד בבד, הוטעם לאורך שנים, כי את החובה הכללית לשרת בצבא ולהגן על תושבי המדינה יש ליישם בקפידה בהתחשב בעיקרון מרכזי שהוא מיסודותיה של המדינה – עיקרון השוויון בין אזרחיה, הן לעניין זכויותיהם והן לעניין חובותיהם (ראו: בג"ץ 1532/00 זה ברמקר נ' שר הבטחון ו-2 אח' פ"ד נד(2), 297). ...

התייחסות סלחנית, בין במישור העמדה לדיון ובין ביחס למדיניות הענישה, חוטאת לעיקרון זה 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 המעצר

הייחודית של החשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית יונקת את תוקפה מעיקרון זה ומהשלכות הפגיעה בו.

כמו כן, נקבע כי אפילו 'התייצבות' אחד פעמית של עריק, לאחר היעדרות ממושכת משירות ביטחון, לפני רשויות צה"ל - איננה מפיגה את החשש הטבוע בו, והנלמד מאופי העבירה שאותה לכאורה עבר, **שהוא עלול לשוב ולהימלט מאימת הדין** (הדגשות במקור, עניין דריקס לעיל, פסקה 21; וראו גם: בג"ץ 4089/97 דמרי נ' **מפקד בסיס כליאה 394** (8.7.1997); ע"מ/9/01 טור' ברניק נ' **התובע הצבאי הראשי** (2001); ע"מ/1/09 טור' סולסון נ' **התובע הצבאי הראשי** (2009)). למעשה, ניסיון החיים והשכל הישר הובילו להלכה שלפיה, ככלל, מתקיימת **חזקה עובדתית בדבר חשש סביר להימלטות מאימת הדין**, מקום שבו נאשם נעדר מן השירות או השתמט הימנו לתקופה ארוכה... הוטעם גם, כי אף מקום שבו מי שנעדר מיחידתו פוטר מן השירות הצבאי במהלך ההליך המשפטי בעניינו, בין אם על רקע נפשי ובין אם נוכח היעדרותו הממושכת, אין בכך, בהכרח, כדי להקהות מעוקצה של העילה (ראו עניין סולסון לעיל; ע"מ/20/13 טור' בורגל נ' **התובע הצבאי הראשי** (2013)).

עולה, אפוא, כי מי שקיימות לגביו ראיות לכאורה להיעדרות מן השירות הצבאי לתקופה ממושכת, ככלל, מתקיימת לחובתו חזקה כי מתקיים בעניינו חשש ממשי להימלטות מאימת הדין ועליו הנטל להפריכו.

בנסיבות המקרה דנן, מצביעה התשתית הראייתית, לכאורה, על קיומו של חשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, אם ישוחרר המערער ממעצר. כמפורט לעיל, מסד הראיות לכאורה, מצביע על אזרחי ישראל, יליד הארץ ומי שהתגורר מאז ומתמיד בה. המערער, לכאורה, נמצא מתאים לשרת בצבא והיה מעורב בהליכי הגיוס. זאת ועוד, רשויות הצבא אף נעתרו לבקשתו לדחות את מועד הגיוס על מנת להשלים לימודי מקצוע, אלא שהוא, לכאורה, בחר לעשות לעצמו, העדיף את האינטרס האישי שלו והתעלם מחובתו לכלל, בעוד שחבריו מתגייסים למסגרת הצבאית ותורמים ממיטב שנותיהם, לעיתים, תוך סיכון חייהם. היעדרותו של המערער הסתיימה כעבור כמעט 12 שנים, והובילה, למעשה, לנוכח השינוי במצבו המשפחתי, לפיטוריו מן השירות הצבאי. בנסיבות מעין אלה, השפעת שחרורו ממעצר מקימה חשש מובהק לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, לפגיעה במוטיבציה לשאת בנטל ובתוך כך, לפגיעה בחוסנו של הצבא ובביטחון המדינה.

לצד זאת, יש לקבוע, כי בעניינו של המערער, היעדרותו הממושכת, בנסיבות שבהן ניתן ללמוד, לכאורה, על מודעותו לחובתו לשרת בצבא ולמעשה, על התעלמות מופגנת ממנה; על רקע ההסכם שנחתם בינו לבין רשויות הצבא ושאותו בחר המערער שלא לקיים; ובשים לב לסיום ההיעדרות במעצר – כל אלה מבססים היטב את החשש להימלטות מאימת הדין, ככל שישוחרר ממעצר.

יש לציין גם את היסוד הנפשי המיוחד, במסגרת העבירה שיוחסה למערער, אשר מחייבת, ככלל, לאחר הרשעה, ענישה מכבידה...

למערער מצב משפחתי מורכב. הוא הביע נכונות להפקדת ערבויות וחבריו אף הצהירו על נכונותם לפקח אחר שהותו במעצר בית מלא, ואולם, בנסיבות העניין, בראי התמונה הכוללת, אין בכך כדי להפיג את החשש מפני הימלטות מאימת הדין. משכה של תקופת ההיעדרות, העולה על 11 שנים,

והנסיבות שפורטו לעיל, מלמדים כי לא ניתן לסמוך על התחייבותו של המערער, כמפורט לעיל, ויש לקבוע כי החשש להימלטות מאימת הדין בעניינו הוא חשש מבוסס ואין בחלופה שהוצעה כדי לאיינו... יש לקבוע, אפוא, כי אכן מתקיימים בעניינו של המערער הן החשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית והן החשש להימלטות מאימת הדין, ובשלב הדיוני הנוכחי, אין בחלופת המעצר שהוצעה כדי להלום אותם" (הדגשות במקור).

תסקיר מעצר

29. סעיף 21א לחוק המעצרים קובע כי בעת דיון בבקשה למעצר, "רשאי בית המשפט להורות על הגשת תסקיר מעצר". נקבע עוד, כי התסקיר, הנערך על-ידי שירות המבחן, "יכלול את נסיבותיו האישיות של הנאשם, משמעות המעצר, החלופות למעצר ולשחרור, או המלצה בדבר תנאים מיוחדים לשחרור בערובה והפיקוח עליהם".

30. הוטעם בהלכה הפסוקה כי "תסקיר מעצר נועד לשמש כלי עזר חשוב בידי בית המשפט, אך הוא אינו בגדר חובה. לבית המשפט נתון שיקול הדעת האם להורות על עריכת תסקיר מעצר... נפסק לא פעם כי בהינתן מסוכנות חמורה מצידו של נאשם, אין כל הכרח להורות על עריכתו של תסקיר" (הדגשות הוספו, בש"פ 466/18 גרוס נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 25 (טרם פורסם, 7.2.2018); וראו גם: בש"פ 3086/05 אבו הדובה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 14.4.2005)). התסקיר נועד לסייע ב"מקרים בהם לבית המשפט חסרה אינפורמציה בנוגע למידת המסוכנות של נאשם או ביחס לנתונים אחרים שיש להם רלוונטיות לצורך בחינת האפשרות לשחרר את הנאשם לחלופת מעצר, או אז משמש שירות המבחן כידו הארוכה של בית המשפט, המספקת לו את המידע החסר לצורך קבלת ההחלטה בדבר אפשרות השחרור" (בש"פ 1660/15 מסעד נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (טרם פורסם, 16.3.2015)). לפיכך, "תסקיר המעצר מתייתר גם כאשר ברי כי חלופת מעצר לא תסכון" (בש"פ 8832/13 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 5.1.2014)).

31. אשר לסמכותו של בית הדין הצבאי להפנות עצור לתסקיר מעצר – כאמור, סעיף 243א לחוק השיפוט הצבאי קובע, כי "מי שהוסמך להאריך מעצר בהתאם לסעיף 240 או ליתן פקודת מעצר לפי סעיף 243, על מי שחוק זה חל עליו לפי סעיפים 6... רשאי לצוות על שחרור בערבות" וכן, כי "על שחרור בערבות לפי סעיף זה יחולו סעיפים 41 ו-44 עד 58 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים)". בתי הדין הצבאיים קבעו, כי הסעיף מעגן את סמכותם להורות על שחרור בערבות אף של עצור, שסיים את שירותו הצבאי לאחר הגשת כתב האישום (ע"מ/00/57 סמל איבנוב נ' התובע הצבאי הראשי (2000)). כמו כן נקבע, כי במקרים חריגים, כגון במקרה שבו בית הדין שוקל להתנות שחרור ממעצר בחובה לקבל טיפול למשתמשים בסמים, באישורו של

קצין מבחן (סעיף 48(א)(7) לחוק המעצרים) – סעיף זה הוא הבסיס הנורמטיבי לסמכותם העקרונית של בתי הדין הצבאיים להורות כאמור ואף להפנות לשם כך, לקבלת תסקיר מעצר (ע"מ/05/58 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' עמר** (2006)).

32. מכאן, שבמקרים יוצאי דופן, כאשר בית הדין הצבאי שוקל להתנות שחרורו של עצור שסיים את השירות הצבאי (בהתאם לסעיף 6 לחוק השיפוט הצבאי), בחובה להימצא בפיקוחו של קצין מבחן (סעיף 48(א)(6) לחוק המעצרים), או בחובה לקבל טיפול למשתמש בסמים (סעיף 48(א)(7)) – קיימת סמכות עקרונית להפנותו לקבלת תסקיר מעצר.

33. ועדיין, נשאלת השאלה כיצד יש להפעיל את שיקול הדעת באותם מקרים – האם ראוי לעשות שימוש בסמכות זו, בעניינו של המערער, בשלב הדיון הנוכחי. לטעמי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה, וזאת משני טעמים נפרדים.

34. הטעם הראשון עניינו **בעצמתן ובהיקפן של עילות המעצר** בנסיבות המקרה דנן. כמפורט לעיל, הראיות לכאורה אשר בבסיס כתב האישום, מבססות **חשש ממשי להימלטות של המערער מאימת הדין ומלמדות על כי אין ליתן בו אמון**. מי שלכאורה, לאורך **כמעט 12 שנים**, עד **שנעצר**, התחמק מחובתו על-פי דין לשרת בצבא ובתוך כך, הפר במשך שנים ארוכות את החוק במדינה – קיים לגביו **חשש מוצק כי יימלט מאימת הדין** (ראו והשוו: ע"מ/18/60 **דריקס נ' התובע הצבאי הראשי** (2018) פסקה 21 והפסיקה המנויה שם). זאת ועוד, כמפורט לעיל, הראיות לכאורה על **היעדרות משירות צבאי למשך פרק זמן ממושך**, בוודאי במקרה של עבירת עריקה, הנעברת מתוך **כוונה שלא לשרת בצבא**, של מי ששירותו הצבאי נדחה בעבר, לבקשתו, לטובת לימודים על-תיכוניים – מצביעות אף על **חשש מובהק לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית**, ככל שהמערער ישוחרר ממעצר. בנסיבות העניין, יש לקבוע, כי שחרורו של המערער ממעצר, בנסיבות העניין, "עלול לעודד ריבוי נעדרים מן השירות, ובכך לפגוע באופן חמור במוכנות ובחוסן של הצבא וביכולתו למלא את ייעודו – ההגנה על בטחון המדינה" (ע"מ/03/44 **סמ"ר אבו ענאם נ' התובע הצבאי הראשי** (2003); וראו גם: ע"מ/18/17 **טור' ברשיטט נ' התובע הצבאי הראשי** (2018)).

אשר על כן, כאשר נוכח עילות המעצר, נשללת האפשרות לחלופת מעצר על פניה, אין מקום להורות על עריכת תסקיר לצורך בחינת האפשרות לשחרור בתנאים (ראו והשוו: ע"מ/08/36 **טור' אבו גאד נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 10 (2008); ע"מ/09/12 **טור' צאיג נ' התובע הצבאי הראשי** (2009)).

35. הטעם האחר מצוי בהשתלשלות העניינים כמפורט לעיל. כאמור, עוד קודם שביקשה ההגנה להפנות את המערער לתסקיר מעצר, התייצבו לעדות, ביוזמתה, שלושה מחבריו של המערער, אשר הציעו עצמם כמפקחים על מעצר בית מלא שלו ואף

אשתו, אשר פרטה בהרחבה על מצבם המשפחתי, לרבות על היותה בהיריון בסיכון ועל הקשיים הכלכליים של המשפחה. לפני בית הדין קמא נפרשה, אפוא, באורח בלתי אמצעי, התמונה המלאה על אודות כלל הנסיבות הדרושות לשם קבלת החלטה בעניין. 36. עוד נטען, כי שירות המבחן הוא הגורם המקצועי המיומן ועל כן, עדיפה בחינתו והתרשמותו על פני התרשמות בית הדין, כאמור. אין בידי לקבל את טענת ההגנה. תחילה יש לציין, כי התנהלות ההגנה היא שהובילה ל"היפוך הסדר" ומכל מקום, כאמור, שירות המבחן הוא בבחינת אמצעי עזר, "ידו הארוכה" של השופט, בבואו לבחון את האפשרות לנקוט חלופת מעצר שתהלוך את עילות המעצר. שיקול הדעת בעניין, בסופו של הליך, מסור לשופט ולפיכך, מקום שבו הוצגה לשופט התמונה המלאה, אין עוד תועלת לפנות, בעת הזו, לקבלת תסקיר מעצר מאת שירות המבחן. הדברים אמורים ביתר שאת, מקום שאחת מעילת המעצר המתקיימות בעניינו של העצור היא עילת מעצר צבאית ייחודית, כגון החשש מפני פגיעה חריפה במרקם הצבאי, באדני המשמעת של המסגרת הצבאית ובהשפעה על חוסנה ומוכנותה. מטבע הדברים, המומחיות בעניין זה מסורה לבתי הדין הצבאיים דווקא ולא לשירות המבחן (ראו והשוו: ע/24/18 טור' דאויס נ' התובע הצבאי הראשי (2018), פסקה 37).

37. עולה מן המקובץ, כי מן הטעמים כמפורט לעיל, אין מקום בשלב הנוכחי, להפנות את המערער לתסקיר מעצר.

מעצר בפיקוח אלקטרוני

א. כללי

38. בעקבות חוק פיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על-תנאי (תיקוני חקיקה), התשע"ה-2014, הוסף לחוק המעצרים סימן ג'1 שכותרתו "מעצר בפיקוח אלקטרוני". החוק מסמיך את בית המשפט, אם מצא "כי התמלאו התנאים למתן צו מעצר לפי הוראות סעיף 21(א), וכי לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה כאמור בסעיף 21(ב)1... להורות כי חלף החזקת העצור במקום מעצר, יימצא העצור במקום שיקבע ולמשך תקופה שיקבע, בתנאי פיקוח אלקטרוני" (סעיף 22(ב)א).

39. כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק (הצ"ח 835, כ"ז בשבט התשע"ד, 28.1.2014):

"מטרתה של תכנית הפיקוח האלקטרוני היא בראש ובראשונה לשמש חלופת כליאה לעצורים ולאסירים אשר מפאת מסוכנותם (וכן בשל עילות מעצר נוספות הקבועות בחוק ובפסיקה), לא ניתן היה לאפשר את שחרורם ממעצר או ממאסר בדרך אחרת, בהיעדר אפשרות לפיקוח אפקטיבי על עמידתם בתנאי השחרור... העמדת כלי פיקוח אפקטיבי במקרים אלה, מרחיבה את חלופות הכליאה הקיימות כיום ובכך מאפשרת את צמצום נזקי המעצר. לגבי נאשמים, הדבר מתבטא באפשרות הניתנת להם להמשיך לחיות, במידה מסויימת, בקרב המשפחה והקהילה... ולגבי אסירים,

בהרחבת האפשרויות לשחרורם על-תנאי... כמו כן מאפשר כלי זה חיסכון ניכר במקומות כליאה במתקני שירות בתי הסוהר... וממילא הוא מאפשר את ריווח מתקני הכליאה, ותורם גם לחיסכון תקציבי.

מובן, כי הצלחתה של תכנית הפיקוח האלקטרוני מותנית בכך שהפעלתה תיעשה מתוך שמירה על עקרונות של הגנה על שלום הציבור וביטחון, באמצעות יישום קפדני וזהיר, וכן בכפוף להוראות הדין בכל הנוגע לעילות המעצר השונות ולשיקולי שחרור על-תנאי ממאסר, לפי העניין.

40. החוק נועד להסדיר את פרויקט הפיקוח האלקטרוני אשר התקיים מאז שנת 2005, בניהולו של המשרד לביטחון פנים, על-ידי שירות בתי הסוהר. בחוק עצמו נקבע המנגנון להפעלת התוכנית ועוגנו המשאבים שהוקצו לו. כך, עוסקים סעיפי החוק "בחברה המפעילה" (סעיף 22ז), ו"במכסת המפוקחים" (סעיף 22יב). לעניין זה, אף קובע החוק, כי "לשם החלטה על מעצר בפיקוח אלקטרוני יקבל בית המשפט דיווח מאת המנהל או מי מטעמו כי... מעצר העצור בפיקוח אלקטרוני עומד במכסת מספר המפוקחים שקבע השר לפי סעיף 22יב" (סעיף 22בג) לחוק המעצרים). בואר, בדברי ההסבר להצעת החוק, כי קביעת מכסה של מפוקחים "מתחייבת מעצם טיבה של התוכנית, המחייבת היערכות מתאימה בהיבטים רבים, ובכלל זה הקצאת הציוד הטכנולוגי הדרוש לקיום הפיקוח האלקטרוני ותקצובו, ההתקשרות עם החברה המפעילה והגדרת היקף תפקידיה והיערכותה בהתאם לכך" (שם).

41. במסגרת שיקול הדעת המסור בידי בית המשפט בנושא, לאחר שהנאשם נתן הסכמתו למעצר בפיקוח אלקטרוני, על בית המשפט לבחון אם "בנסיבות המקרה מעצר בפיקוח אלקטרוני יאפשר את השגת תכלית המעצר, לאחר ששקל, בין השאר, את כל אלה: (א) חומרת העבירה שבה מואשם הנאשם; (ב) עברו הפלילי של הנאשם; (ג) אם נעצר הנאשם במעצר בפיקוח אלקטרוני בעבר - האם עמד בתנאי הפיקוח, בהתאם לדיווח שימסור התובע לעניין זה" (סעיף 22בא).

42. כמו כן, **בדומה לחזקת המסוכנות** החלה במקרה של מעצר ממשי, "לא יוטל מעצר בפיקוח אלקטרוני לגבי מי שנאשם בעבירות המפורטות להלן, אלא אם כן שוכנע בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, כי בשל נסיבות ביצוע העבירה או נסיבותיו המיוחדות של הנאשם, ובכלל זה היותו של הנאשם קטין, ניתן להסתפק במעצר בפיקוח אלקטרוני...: עבירה מהעבירות המנויות בסעיף 21(א)(1)(ג)" (סעיף 22בב). הסעיף אף קובע **חזקה של הימלטות מאימת הדין**, בקבעו כי לא יוטל מעצר בפיקוח אלקטרוני לגבי מי שנאשם בעבירות של בריחה ממשמורת חוקית (עבירה לפי סעיף 257, 258 או 259 לחוק העונשין, תשל"ז-1977), "אלא אם כן שוכנע בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, כי בשל נסיבות ביצוע העבירה או נסיבותיו המיוחדות של הנאשם... ניתן להסתפק במעצר בפיקוח אלקטרוני" (סעיף 22בב).

43. לשם הטלת מעצר בפיקוח אלקטרוני, מוסמך בית המשפט להפנות את העצור לתסקיר מעצר מתאים (סעיף 22ג). ברם, הלכה פסוקה היא, כי מקום שבו ממילא אין ליתן אמון בעצור – מטעמים של מסוכנות או נוכח החשש להימלטות מאימת הדין, הגם שעל-פי החוק, השמה בפיקוח אלקטרוני נחשבת "מעצר" (להבדיל משחרור בתנאים) – אין טעם לשלוח את העצור לתסקיר כאמור (ראו והשוו: בש"פ 7206/10 מדינת ישראל נ' אגרונוב (טרם פורסם, 24.10.2010); בש"פ 5285/15 מדינת ישראל נ' פלוני (טרם פורסם, 10.8.2015); בש"פ 299/19 שיבלי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 30.1.2019)).

44. בסופו של דבר, האיזוק האלקטרוני מאפשר מתן התרעה מיידית על הפרת תנאי שחרור ולפיכך, יש בו כדי לצמצם אך לא למנוע, מסוכנות לציבור או הימלטות מאימת הדין (ראו עניין אגרונוב לעיל, פסקה 17).

ב. סוגיית הסמכות

45. הלכה פסוקה היא, מימים ימימה, כי בכל הנוגע לדיני המעצרים בצבא:

"יש בנושא אשר עליו סבה העתירה הסדר חקיקתי שונה המיוחד לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. החוק האמור מתשט"ו מביא, בעיקר בחלק ה', פרק ראשון, סימן א', הוראות המיוחדות להליכים הדיוניים הטרם-משפטיים בפני רשויות הצבא ומפרט גם את הסמכויות בקשר למעצר לפני ההליכים המשפטיים ובקשר למעצר על ידי ערכאה שיפוטית צבאית. המבנה של הסמכויות הוא מיוחד לשיפוט הצבאי וניתן להוסיף כאן, כי ייחודן של ההוראות בעניין המעצר החלות במסגרת השיפוט הצבאי אינו דבר יוצא דופן מבחינת מבנהו הכללי של החוק הצבאי וייעודו. חוק השיפוט הצבאי נועד לשמש קודקס מקיף ומיוחד המגדיר את אלו הנתונים לשיפוט הצבאי, מפרט עבירות, מכונן בתי דין ומגדיר סמכויותיהן וקובע סדרי דין מפורטים" (הדגשות הוספו, בג"ץ 695/88 אדלר נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מג(2), 185, עמ' 186-187 (1988)).

46. ואכן, כמפורט לעיל, קובע סעיף 243ג לחוק השיפוט הצבאי, שכותרתו "סייג לתחולת חוק סדר הדין הפלילי [תיקון התשנ"ו (מס' 5)]", כי "על אף האמור בסעיף 1ג) בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, יחול החוק האמור על הליכי מעצר לפי חוק זה, רק מקום שחוק זה הפנה אליו" (דוגמאות להפניה מפורשת מתוך חוק השיפוט הצבאי לחוק המעצרים מצויות בסעיפים 227א, 243א ו-243ב לחוק השיפוט הצבאי).

47. בד בבד, ידועה ההלכה הכללית שלפיה:

"קו הפרשנות המנחה את בית דין זה, שבמרכזו תפישה חוקתית של 'הרמוניה נורמטיבית' ככל שהדבר ניתן; וקביעת דין שונה, אך ורק, מקום שההסדר החקיקתי הוא שונה או כאשר הדבר מתחייב מצרכיה או מאפייניה הייחודיים של המסגרת הצבאית (ראו: ע"מ/00/22 טור' אולמן נ' "

התובע הצבאי הראשי, פס' 9 (2000)). על שורשי תפישה זו, ראו פסיקתו המנחה של בית המשפט העליון (רע"פ 8731/06 **זאהר נ' התובע הצבאי הראשי**, מפי כב' הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 30.4.2007)) (הדגשות במקור, עלב"ש/134/08 **סא"ל בוחבוט נ' התובע הצבאי הראשי** (2010); וראו גם: בג"ץ 4723/96 **עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נא(3) 714 (1997); ע"ת/31/06 **התובע הצבאי הראשי נ' סא"ל מזור** (2008)).

48. על-פי תפיסה זו, **בעת הדיון בפרשנות** של סעיפים מן הדין הצבאי ויישומו של הדין הכללי, יש לבחון האם מתקיימים שיקולים צבאיים ייחודיים, המחייבים הסדר שונה (ראו למשל, הדיון בסמכות להורות על הפסקה של עבודה צבאית, עלב"ש/111/17 **טור' עדרי נ' התובע הצבאי הראשי** (2017), פסקה 32 והפסיקה המנויה שם).

49. אשר לסוגיה שלפנינו, על פני הדברים, ככל שהדבר נוגע לאוכלוסייה, אשר בהתאם להוראותיו של חוק השיפוט הצבאי והפסיקה הצבאית (ראו והשוו: עניין **איבנוב** לעיל), **זיקתה למסגרת הצבאית קלושה** וניתן לשחררה בערובה, בתנאים המפורטים בסעיפים 44-58 לחוק המעצרים (למשל, במקרה של עצור שהוא מכור לסמים, ראו והשוו: עניין **עמר** לעיל) – **במקרים הייחודיים וככל שעילות המעצר יאפשרו זאת** – ייתכן שראוי יהיה לבחון את האפשרות **לפסוע בנתיב המתווה הקיים בדין הכללי**, והדבר אף עולה בקנה אחד עם הוראות סעיפים 8 ו-9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו והשוו הדיון בסוגיה זו בבג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999), פסקאות 18-23). אציין עוד, כי לטעמי, עשויים הדברים לבוא לידי ביטוי אף בכל הנוגע לסמכות הוועדה לעיון בעונש, ועדת השחרורים הצבאית, להורות על שחרור אסיר בתנאי של פיקוח אלקטרוני, סמכות המתחייבת הן מן הטעם של **הקפדה על זכויות הפרט והן מטעמים של הגנה על הציבור**.

50. ברם, הגם שהחלת ההסדר באופן המצומצם, כאמור, עשויה להיות **רצויה**, עדיין, יש להוסיף ולבחון, האם ניתן לעשות כן בדרך פרשנית, או שמא, יש להמתין עד שיאמר המחוקק את דברו.

51. שתי שאלות דרושות הכרעה בעניין זה. שאלה אחת עניינה, כאמור, בהתייחסות הברורה, המפורשת, בחוק השיפוט הצבאי, שלפיה בדיני המעצר, תחולתו של חוק המעצרים מוגבלת וסלקטיבית. בית-דין זה דן בשאלה זו לעומק, אגב בחינת הטענה, שלפיה יש להחיל את סעיף 38 לחוק המעצרים, אשר עוסק במתן פיצוי בשל מעצר, בהליכים לפי חוק השיפוט הצבאי. מפאת חשיבותם של הדברים, אביאם להלן, בהרחבה:

"אין לקבל את פרשנות ההגנה שלפיה את סעיף 243 לחוק השיפוט הצבאי, יש לפרש כמי שיוצר שני מסלולי תחולה חלופיים לחוק המעצרים על חוק השיפוט הצבאי: המסלול האחד – סעיפים שקשורים ל'גרעין' או ל'ליבה'

של הליך המעצר שאז יחול הסייג שבסעיף 243ג לחוק השיפוט הצבאי שיקבע שאין חלות הוראות חוק המעצרים בהעדר הפנייה מפורשת; המסלול האחר – סעיפים שקשורים ל'פריפריה' של הליך המעצר, לרבות עיכוב, ערר על מעצר וכן סוגיית פיצוי בגין מעצר וכו', שלגביהם חל באופן ישיר סעיף 1(ג) לחוק המעצרים בלא שיחול הסייג של סעיף 243ג. אבחנה זו חוטאת לתכלית החקיקה ואינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק ועם החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין **עובד** שביקש ליצור אבחנה כאמור בין הליכי מעצר להליכי עיכוב בלבד...

בעניין **יקימוב** הועלתה בבית המשפט העליון הטענה בדבר קיומם של שני מסלולים להחלת הוראות חוק המעצרים על הליכי מעצר צבאי. באותו עניין נדונה שאלת תחולתו של סעיף 53(א) לחוק המעצרים המעניק זכות ערר לבית המשפט העליון. נטען כי לפי שזכות הערר מצוייה ב'פריפריה' של "הליכי המעצר" כהגדרתם בסעיף 243ג לחוק השיפוט הצבאי- הסייג לתחולת חוק המעצרים אינו חל על זכות ערר, וכי זכות זו לערר חלה באורח ישיר על הליכי מעצר בצבא מכוח סעיף 1(ג) לחוק המעצרים. כבי' השי' פוגלמן, דחה טענה זו בזו הלשון – 'סעיף 1(ג) לחוק המעצרים קובע כי הוראות חוק המעצרים יחולו 'על מעצר... לפי כל חוק, אלא אם כן נקבעו הוראות אחרות'. סעיף 243ג לחוק השיפוט הצבאי קובע - כאמור - כי למרות הוראת סעיף 1(ג) לחוק המעצרים, הוראות חוק המעצרים יחולו 'על הליכי מעצר לפי חוק זה [חוק השיפוט הצבאי], רק מקום שחוק זה הפנה אליו'. לטעמי, שיקולים של הרמוניה חקיקתית מחייבים לפרש את גדר התפרשות המונח 'הליכי מעצר' שבחוק השיפוט הצבאי באופן החופף לגדר התפרשות המונח 'על מעצר... לפי כל חוק' שבהוראת סעיף 1(ג) לחוק המעצרים... לשון אחר - היקף העניינים הנתפסים בהוראת התחולה הכללית שבסעיף 1(ג) לחוק המעצרים, זהה להיקף העניינים הנתפסים בהוראה המסייגת שבסעיף 243ג לחוק השיפוט הצבאי. אין בנמצא שני מסלולים להחלת ההסדרים שבחוק המעצרים על מעצר צבאי, אלא מסלול אחד בלבד - זה הקבוע בסעיף 243ג לחוק השיפוט הצבאי, המחייב הפנייה להוראות חוק המעצרים. בהקשר הנוכחי, תוצאת הדברים היא כי יש לפרש את המונח 'הליכי מעצר' שבסעיף 243ג לחוק השיפוט הצבאי ככולל גם הליכי ביקורת שיפוטית על החלטת המעצר, ומשכך, כמבואר לעיל, בהעדר הפנייה להסדר שבסעיף 53 לחוק המעצרים, אין ההסדר חל בהליכי מעצר צבאי. פרשנות שכזו עולה בקנה אחד עם לשונו של הסעיף ואף מתחייבת ממנו. היא תואמת את תכליתה הסובייקטיבית של ההוראה, עליה עמדנו. היא גם תואמת את תכליתו של חוק השיפוט הצבאי, להוות קודקס מקיף ונפרד' (עניין יקימוב, פס' 10).

דברים אלה, שנאמרו בהקשר של זכות הערר, יפים גם לעניין דנן, שהוא עניין שלפי מהותו הוא חלק מהליכי המעצר. מקומה של ההוראה, בחוק המעצרים, מלמד כי אף המחוקק ראה כך את הדברים. מכל האמור, עולה, אפוא, כי בדין קבעה הערכאה קמא כי דין הטענה בדבר תחולה ישירה של סעיף 38 לחוק המעצרים על הליכי המעצר בצבא להידחות" (עלב"ש/09/214 סמ"ר יסחקוב נ' התובע הצבאי הראשי (2011); וראו: בש"פ 6313/07 יקימוב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.12.2007); וע"מ/99/41 רב"ט עובד נ' התובע הצבאי הראשי (1999), שהוזכרו בהחלטה).

52. עולה מן המקובץ, כי בשונה מנושאים אחרים, כאשר עסקינן בדיני מעצר, ניתן יהיה להחיל הסדרים מחוק המעצרים, רק מקום שבו חוק השיפוט הצבאי מפנה לכך

במפורש. ודוקו: עדיין יש לתהות, כפי שטען הסנגור המלומד, **משניתנה בידי בתי הדין הצבאיים הסמכות להורות על מעצר ממשי ומשהוסמכו בתי הדין הצבאיים מפורשות להורות על שחרור בערובה, על-פי חוק המעצרים, האם אין לקבוע כי מעצר בפיקוח אלקטרוני, שפגיעתו בחירות מצומצמת מזה של מעצר ממשי, הגם שהוגדר בחוק כדרך של "מעצר" – אף הוא במשמע.**

53. לקושי בהחלת ההסדר מחוק המעצרים שאינו מוזכר בחוק השיפוט הצבאי, מצטרף מכשול משמעותי נוסף, אשר נעוץ בלשונו של חוק המעצרים. כמפורט לעיל, הגדיר חוק המעצרים את הסמכות להורות על **מעצר בפיקוח אלקטרוני כחלק מתוכנית, המוגבלת במשאבים, אשר מצויה באחריות שירות בתי הסוהר והמשרד לביטחון פנים, ואף כהוראת שעה** (למשך שלוש שנים, החל מחודש יוני 2015, ראו: סעיף 22 לחוק המעצרים).

54. מכל מקום, כפי שאראה להלן, **ניתן להותיר שאלה מורכבת זו לכשיזדמן הדבר, באשר, כפי שסבר בית הדין המחוזי, עניינו של המערער – אינו מחייב הכרעה בה.**

ג. מן הכלל אל הפרט

55. אף בהינתן הסמכות להורות על מעצר בפיקוח אלקטרוני, כמבואר להלן, אין עניינו של המערער הולם סוג זה של פיקוח.

56. כפי שציינתי, בהחלטתי בערעור הקודם (ע"מ/19/10), עמדתי על עילות המעצר המתקיימות במלוא עוזן במקרה דנן – החשש להימלטות מאימת הדין והעילה הצבאית הייחודית, היא החשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית.

57. בשולי הדיון בערעור הנוכחי, שב הסנגור וטען לפני, כי אין לבסס את מעצרו של המערער על העילה הצבאית הייחודית. לשיטתו, בהיותה בעלת מאפיינים של הרתעת הרבים, לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומשנקבע בהלכה הפסוקה ואף בחוק המעצרים, כי חומרת העבירה לא תחשב עילה למעצר – עילה זו אינה חוקתית. ברם, הגם שעילות המעצר הצבאיות אינן מוסדרות בחקיקה; ההלכה הפסוקה, הן זו שיצאה לפני בית-המשפט העליון (ראו: בש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי פרקליטות חיל האוויר, פ"ד נא(2) 686 (1997)), והן זו שיצאה לפני בית-דין זה (ראו: עניין **אולמן** לעיל; עניין **צאיג** לעיל), הכירה בתוקפן ובנחיצותן.

58. בד בבד, בכל הנוגע לעילה של החשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, הודגש, כי יש ליישמה **בצמצום**, באופן העולה בקנה אחד עם חוק המעצרים ועם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בואר, כי:

"נוכח עקרונות היסוד בשיטתנו ואף מטעמים של אחדות והרמוניה בין מערכות השפיטה הפלילית... יש להידרש לעילה זו בצמצום. נפסק, כי:

עילה זו מוחלת... במשורה, כשישנם שיקולים בולטים, ערכיים, של שמירת המשמעת בצבא והקפדה על ערכי יסוד נוספים שיש להקפיד על שמירתם, בין שורות הצבא' (הדגשות הוספו, ע"מ/09/35 בעניינו של סגן א' מ' לעיל, פסקה 13, וראו גם: ע"מ/08/98 סמ"ר כץ נ' התובע הצבאי הראשי, פסי 12 (2008); ע"מ/02/1 התובע הצבאי הראשי נ' סג"ם פיודורוב (2002); ע"מ 45/00 רב"ט טרגש הנ"ל; ע"מ/07/49 סגן ג' נ' התובע הצבאי הראשי (2007))" (ע"מ/17/58 רב"ט יפימנקו נ' התובע הצבאי הראשי (2017); וראו גם: ע"מ/10/97 רב"ט שרעבי נ' התובע הצבאי הראשי (2010)).

59. אשר לענייננו, כידוע, השירות הצבאי במדינת ישראל נקבע כחובה כללית המוטלת על אזרחי ותושבי המדינה, לנוכח הסכנות הקיומיות הרובצות לפתחה, לאורך שנים. החלתו של השירות הצבאי באופן כללי ושוויוני על אזרחי המדינה ותושביה, נגזרת מעקרון השוויון, שהוא עיקרון יסוד בשיטתנו. כפי שפירטתי: "התייחסות סלחנית, בין במישור העמדה לדין ובין ביחס למדיניות הענישה, חוטאת לעיקרון זה 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 המעצר הייחודית של החשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית יונקת את תוקפה מעיקרון זה ומהשלכות הפגיעה בו" (מתוך ע"מ/19/10 הנ"ל, פסקה 40). לפיכך, מאחר שבעניינו של המערער: "מסד הראיות לכאורה, מצביע על אזרחי ישראל, יליד הארץ ומי שהתגורר מאז ומתמיד בה". משהמערער, לכאורה, נמצא מתאים לשרת בצבא ואף היה מעורב בהליכי הגיוס; לאחר שרשויות הצבא אף נעתרו לבקשתו לדחות את מועד הגיוס "על מנת להשלים לימודי מקצוע, אלא שהוא, לכאורה, בחר לעשות לעצמו, העדיף את האינטרס האישי שלו והתעלם מחובתו לכלל, בעוד שחבריו מתגייסים למסגרת הצבאית ותורמים ממיטב שנותיהם, לעיתים, תוך סיכון חייהם"; ומשהיעדרותו של המערער הסתיימה בחלוף כמעט 12 שנים, והובילה, למעשה, לנוכח השינוי במצבו המשפחתי, לפיטוריו מן השירות הצבאי – יש לקבוע, כי "בנסיבות מעין אלה, השפעת שחרורו ממעצר מקימה חשש מובהק לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, לפגיעה במוטיבציה לשאת בנטל ובתוך כך, לפגיעה בחוסנו של הצבא ובביטחון המדינה" (שם, פסקה 43-44).

60. לא למותר לציין, כי בשונה מעילות המעצר בדין הכללי, כמפורט בסעיף 21 לחוק המעצרים, מונה סעיף 22(ב)(א)(2) את "חומרת העבירה" כשיקול שעל בית המשפט להתחשב בו בבוחנו את התאמתו של מעצר בפיקוח אלקטרוני, למקרה שלפניו.

61. ברוח זו, יש להזכיר אף את סעיף 22(ב)(2), כמפורט לעיל, הקובע חזקה להימלטות מאימת הדין בעבירות של בריחה ממשמורת. לגבי אלה, רק מטעמים מיוחדים שיירשמו, ובהינתן קיומן של "נסיבות ביצוע העבירה או נסיבותיו המיוחדות

של הנאשם, ובכלל זה היותו של הנאשם קטיין" – "ניתן להסתפק במעצר בפיקוח אלקטרוני". אף במקרה דנן, מואשם המערער בעבירה אשר מעצם טיבה היא עבירה של "בריחה" – עריקה, שהיא היעדר מן השירות הצבאי שלא ברשות וללא כוונה לשרת בצבא (ליישום "הכוונה המיוחדת" בעבירה של היעדר מן השירות המיוחדת למשתמטים משירות צבאי, ראו: ע/21/13 התובע הצבאי הראשי נ' טור' דהן (2013)). מטבע הדברים, משנמצא כי קיימות ראיות לכאורה, אף באישום בעבירה זו יש כדי ללמד על חזקת הימלטות מאימת הדין (ראו והשוו: ע"מ/33/07 התובע הצבאי הראשי נ' טור' בירקובסקי (2007); ע"מ/25/17 טור' בצלאל נ' התובע הצבאי הראשי (2017) והפסיקה המנויה שם).

62. בהמשך לכך, אפנה שוב לדברים שצינתי בהחלטה הקודמת בעניינו של המערער:

"היעדרותו הממושכת, בנסיבות שבהן ניתן ללמוד, לכאורה, על מודעותו לחובתו לשרת בצבא ולמעשה, על התעלמות מופגנת ממנה; על רקע ההסכם שנחתם בינו לבין רשויות הצבא ושאותו בחר המערער שלא לקיים; ובשים לב לסיום ההיעדרות במעצר – כל אלה מבססים היטב את החשש להימלטות מאימת הדין, ככל שישוחרר ממעצר.

יש לציין גם את היסוד הנפשי המיוחד, במסגרת העבירה שיוחסה למערער, אשר מחייבת, ככלל, לאחר הרשעה, ענישה מכבידה...

למערער מצב משפחתי מורכב. הוא הביע נכונות להפקדת ערבויות וחבריו אף הצהירו על נכונותם לפקח אחר שהותו במעצר בית מלא, ואולם, בנסיבות העניין, בראי התמונה הכוללת, אין בכך כדי להפיג את החשש מפני הימלטות מאימת הדין. משכה של תקופת ההיעדרות, העולה על 11 שנים, והנסיבות שפורטו לעיל, מלמדים כי לא ניתן לסמוך על התחייבותו של המערער, כמפורט לעיל, ויש לקבוע כי **החשש להימלטות מאימת הדין בעניינו הוא חשש מבוסס ואין בחלופה שהוצעה כדי לאיינו (ראו והשוו: ע"מ/26/13 טור' פחימה נ' התובע הצבאי הראשי (2013); ע"מ/51/05 טור' ספיאשווילי נ' התובע הצבאי הראשי (2005))**" (הדגשות במקור, ע"מ/10/19 לעיל, פסקאות 45-47).

63. עולה, אפוא, כי בעניינו של המערער מתקיימות עילות מעצר מובהקות של חשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית וחשש להימלטות מאימת הדין, היקפן ועצמתן של אלה, **במצטבר**, אינן מאפשרות לנקוט מעצר בפיקוח אלקטרוני ומגבלה זו, אינה הולמת אותן ואינה מאיינת את החששות אשר בבסיסן.

64. אזכיר עוד, כפי שפירטתי בעבר, כי "ההליכים בבתי הדין הצבאיים מתאפיינים ביניהול מהיר של ההליכים וסיום המשפטים תוך שבועות אחדים" (ע"מ/27/08 התובע הצבאי הראשי נ' טור' פרג'ון (2008)). כך, אף במקרים שבהם מתבררות עבירות חמורות" (שם, פסקה 50). משפטו של המערער נקבע לשמיעת ראיות בשלושה מועדים קרובים (5.2.2019, 10.2.2019, 12.2.2019). כך, שאין חשש להתמשכות

הליכים ומכל מקום, ככל שיחול עיכוב בהם, חזקה על הסנגור כי ידע לפנות בבקשה מתאימה לעיון מחודש בשאלת המעצר.

65. ערעור ההגנה נדחה, אפוא.

66. בשולי ההחלטה, לנוכח האמור בפסקאות 49 ו-52 לעיל, יופנה העתק מן ההחלטה לפרקליט הצבאי הראשי, המתבקש לבחון הכיצד ניתן להסדיר, במקרים המתאימים, שלהערכתו הם אינם רבים, הפנייתם של עצורים ואסירים שישוחררו על תנאי, בהליכים שלפי חוק השיפוט הצבאי, למעצר או שחרור ממאסר בפיקוח אלקטרוני.

ניתנה היום, כ"ח בשבט התשע"ט, 3 בפברואר 2019, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

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