



## בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

אל"ם מאיה הלר - שופטת

בעניין:

ח/XXX טוראי י' ו' – המערער (ע"י ב"כ, סרן חגי בן דב; סגן אנסטסיה סורז'נקו)

נגד

**התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סגן נינה שמעונוב)**

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מעצרים) 326/17 (אל"ם נועה זומר – הנשיאה) ביום 14.8.2017. הערעור נדחה.

## ה ח ל ט ה

### כללי

1. ביום 14.8.2017, הורתה כבוד הנשיאה, אל"ם נועה זומר, על הארכת מעצרו הממשי של המערער, טוראי י' ו', עד ליום 20.8.2017, בגין חשד לביצוע עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, מאז יום 4.2.2008 ועד ליום מעצרו – 8.8.2017.
2. המעצר הוארך לשם הגשת כתב אישום. במהלך התקופה המבוקשת צפוי להיערך למערער שימוע בטרם יוגש נגדו כתב אישום בגין עבירה שעניינה עריקה, לפי סעיף 92 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.
3. ההגנה לא השלימה עם ההחלטה ומכאן הערעור שלפני.

**החלטת בית הדין קמא**

4. בית הדין קמא סקר את התשתית הראייתית שנאספה בשלב זה בעניינו של המערער וציין בעקבות כך את הפרטים הבאים: המערער, לכאורה, החל בהיעדרותו הנוכחית משירות צבאי, יום לאחר סיום ריצוי עונש מאסר קודם (מטכ"ל (מחוזי) 815/07); באמרתו מיום 8.8.2017 הודה במיוחס לו והסביר את ההיעדרות באי-רצונו להתגייס, כמו כן ציין, כי אינו זוכר האם קיבל צו גיוס, אך ידע שעליו להתייצב לשירות צבאי; באמרה מאוחרת מיום 11.8.2017 מסר כי לא ידע שהיה עליו להתגייס, שכן אינו אזרח ישראלי וכי סבר כי בתום ריצוי עונש המאסר דאז שהוא משוחרר; ביום 5.8.2003 התייצב בלשכת הגיוס, חתם על טופס התייצבות לשירות ביטחון ועדכן פרטים אישיים ליצירת קשר; מבדיקה שערכה לשכת הגיוס עלה, כי המערער קיבל מעמד של תושב קבע; קיים בחומר הראיות העתק צו גיוס מיום 20.7.2004 הקורא למערער להתגייס לצה"ל מכוח סעיף 12 לחוק שירות ביטחון ביום 27.12.2004 והממוען לכתובתו הידועה של המערער. עם זאת נקבע, כי לא קיימת אינדיקציה ליצירת קשר עם המערער לאחר יום התייצבותו בלשכת הגיוס, כאמור, ואין תשתית ראייתית למשלוח צווים למערער או למודעותו להם.

5. נוכח זאת, קבע בית הדין קמא כי "המסלול האישי של גיוסו של החשוד לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון קרס". לפיכך, נפנה בית הדין המחוזי לבחון את תחולת צו הפוקד הכללי בעניינו של המערער ופסק, כי מכוח צו שירות ביטחון (התייצבות לרישום, לבדיקות ולשירות ביטחון), התשס"ב-2001, היה על המערער להתייצב לגיוס ביום 12.8.2004.

6. לאחר מכן, בחן בית הדין קמא את טענות ההגנה: כך נדחתה הטענה שלפיה התביעה הצבאית מושתקת מלטעון כי המערער גויס מכוח צו פוקד כללי מכיוון שבעבר, בגין היעדרות קודמת, הגישה נגדו כתב אישום, שבו הודה, אשר ייחס לו השתמטות משירות צבאי החל מיום גיוסו בהתאם למסלול האישי; נדחתה אף הטענה שלפיה המערער סבר כי שוחרר משירות צבאי לאחר שעמד לפני וועדת התאמה לשירות, משנקבע כי גרסה זו אינה עולה בקנה אחד עם הודאתו של המערער באמרתו הראשונה ואף לא עם גרסתו באמרתו השנייה; כן נדחתה הטענה שלפיה בעת שהותו של המערער במאסר בגין כליאתו הקודמת חלפו 30 הימים שבהם חייבים היו רשויות הגיוס להתאים למערער פרופיל רפואי, משנקבע, כי בהתאם לפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים יפה כוחה של הלכת סמורגנסקי (רע"פ 3080/10 טור' סמורגנסקי נ' התובע הצבאי הראשי, (טרם פורסם, 25.12.2012)) בעניין מניין הימים, רק להליכים המאוחרים לה, כך שבעניינו של המערער יש למנות אך שבוע ימים מאז יום מעצרו (ראו ע"מ 69,70/14 טוראי מירסון נ' התובע הצבאי הראשי (2014)).

**הטענות בערעור ההגנה**

7. בפי ההגנה מספר טענות כנגד החלטתה של כבוד הנשיאה, בגינן ביקשה כי אורה על שחרורו של המערער למעצר פתוח. נטען, כי מאחר שלא נוצר קשר עם המערער מאז התייצבותו בלשכת הגיוס בחודש אוגוסט 2003, אזי אין לגרוס כי המערער לא שיתף פעולה עם רשויות הגיוס ומכאן שלא הוכחה סבירות הפעלת שיקול דעת הפוקד לקרוא למערער לשירות מכוח סעיף 12 לחוק שירות ביטחון.

8. כן נטען, כי קיים קושי להחיל בעניינו של המערער את צו הפוקד הכללי, מאחר שבהתאם לו, נדרש המערער להתייצב לבדיקות לקביעת כושרו הרפואי עד ליום 25.7.2001, בעוד שהמערער הגיע לישראל רק בחודש נובמבר 2001. עוד טענה ההגנה כי המערער לא היה מודע לחובת גיוסו לצבא, כך שאין לגרוס כי התעלם מחובתו זו, וכי אין ראייה להוכחת המועד שבו הפך לתושב קבע בישראל.

9. אשר לאי-קביעת כושרו הרפואי, נטען, כי המערער היה מצוי ברשות רשויות הצבא כ-90 ימים (מהם 82 ימים במהלך כליאתו הקודמת), מבלי שנקבע כושרו הרפואי, ומבלי שפורטו טעמים מיוחדים המצדיקים את אי-קביעת הכושר הרפואי במועד. אשר על כן מדובר בפגם מהותי המחייב מתן סעד כבר עתה.

10. לבסוף נטען, כי לא היה מקום להורות על החזרתו של המערער למעצר ממש, לאחר שהות במעצר פתוח, משהוכח כי הוא ממלא אחר כל הוראות מפקחיו, כך שלאור זאת ולאור הצבר הפגמים שפורטו, ניתן להסתפק בחלופת מעצר.

11. במהלך הדיון בערעור, הוסיפה ההגנה וטענה כי אף אם יקבע כי לא נפלו פגמים בהליכי גיוסו של המערער, הרי שאין כל אינדיקציה למודעותו של המערער לביצוע העבירה שעה שמסר באמרתו (השנייה) כי סבר שלאחר סיום ריצוי עונש המאסר הוא משוחרר משירות צבאי. לדידה של ההגנה, אין בחומר הראיות ראייה לסתור גרסה זו, המתיישבת עם העובדה כי המדובר במי אשר לא גדל בישראל ולא הכיר את אורחותיה ואת חובת השירות הצבאי (נטען גם, כי אין חולק כי התייצב בלשכת הגיוס מיוזמתו ומבלי שנקרא לשירות מלכתחילה). עוד נטען, היעדר אינדיקציה לכך שניתן למערער צו הצבה בסיום הכליאה או כי הובאה לידיעתו ההחלטה של ועדת ההתאמה לשירות שבפניה בא, ואשר הורתה על שיבוצו בסמכות – תומך בטענתו בדבר היעדר מודעות להיעדרות.

**עמדת התביעה הצבאית**

12. התביעה הצבאית סמכה ידיה על התוצאה שאליה הגיעה נשיאת בית הדין קמא, אך סברה כי לא היה מקום לקבוע כי המסלול האישי קרס באופן מלא. התביעה גרסה כי

ניתן להסתמך על חומר הראיות מתיקו האישי של המערער על-מנת לבסס קיומה של תשתית ראייתית מנהלית לקריאתו של המערער לבדיקות רפואיות ולא-שיתוף פעולה מצדו לצורך השלמת הבדיקות לקביעת כושרו. בצד זאת, אישרה התביעה, כי לא קיימת תשתית ראייתית מתאימה לקריאתו של המערער לגיוס, במסלול האישי, ולפיכך, בסופו של דבר, תמכה בקביעות הערכאה קמא, שלפיהן חובת הגיוס התבססה על המסלול הכללי.

13. מעבר לכך, נטען, כי בהתאם לאמרתו הראשונה, היה המערער מודע לחובת השירות וכי אף אם נפל פגם באי-קביעת כושרו הרפואי של המערער במועד, הרי שבנסיבות העניין, יש לקבוע כי הרשות המנהלית פעלה בתום לב ובהתאם למדיניות שהיתה נהוגה באותן שנים, כך שעל פי מבחני הבטלות היחסית אין לקבוע כי יש להורות על שחרורו של המערער משירות. אשר לשאלת מודעותו של המערער לחובת השירות הפנתה התביעה להודאתו של המערער מיום 8.8.2017. לפיכך, הוטעם, כי אם בחר המערער לעזוב את השירות הצבאי לאחר סיום ריצוי עונשו מבלי ששוחרר כדין, הרי שאין לו אלא להלין על עצמו.

14. במהלך הדיון לפני, הציגה התביעה שתי ראיות שלא באו לפני הערכאה קמא. לדבריה, בוצעה השלמת חקירה על אף הצהרתה כי החקירה הסתיימה. האחת – תכתובת מייל שממנה עולה כי המערער מצוי במעמד של תושב קבע מאז יום הגעתו לישראל – 19.11.2001; השנייה – אישור פוקד להארכת התקופה לקביעת כושר רפואי מיום 16.8.2017.

### דיון והכרעה

#### **חוקיות הגיוס**

15. מהמסמכים המצויים בתיקו האישי של המערער עולה כי ביום 19.11.2001 הגיע לישראל. על-פי הבירור שנערך אתמול עולה כי עם הגיעו לישראל זכה למעמד של תושב קבע. ביום 5.8.2003 התייצב המערער בלשכת הגיוס בחיפה והגיש "בקשה אישית של מלש"ב" להתגייס לצה"ל. המערער ציין בבקשה את כתובתו – הלולב 27/5 בנצרת עלית וכן שלושה מספרי טלפון. ממסמך "טופס פתיחת רשומה" עולה כי הסיבה לפתיחת הרשומה בלשכת הגיוס בעניינו של המערער היא כי הנ"ל "לא קיבל זימון, למרות גילו/עלייתו לפני למעלה משנתיים". עוד באותו יום חתם המערער על "הצהרת מועמד לשירות בטחון" והחל בהליכי רישום ובדיקות (בדיקות רפואיות ומבחנים פסיכוכיניים). עקב בעיה רפואית זומן להשלמת בדיקות לקביעת כושרו הרפואי. קיימת אינדיקציה כי, בשלב זה, שיתף המערער פעולה באופן חלקי עם לשכת הגיוס וביצע חלק מהבדיקות שנדרש לבצע. בכל הנוגע לאחת הבדיקות שאותה נדרש לבצע

בקופת החולים, צוין כי זו לא בוצעה משום שאין מרפאה מתאימה בקרבת מקום מגוריו של המערער. עוד צוין, כי החל מיום 30.12.2003 לא עלה בידי רשויות הגיוס ליצור קשר עם המערער (או עם דודו, שהיה איש הקשר אליו), וביום 31.12.2003 הומלץ לגייסו ללא השלמת הבדיקות הרפואיות, בהתאם לסעיף 12 לחוק שירות ביטחון.

16. ביום 1.1.2004 הועבר תיקו האישי מלשכת הגיוס בחיפה ללשכת הגיוס בטבריה. קיים מסמך המלמד על כי הודעה בעניין זה הועברה לכתובתו הידועה של המערער (אם כי יוער, כי אין אינדיקציה לשליחה בפועל של המכתב). ביום 1.3.2004 נוצר קשר טלפוני על-ידי רמ"ד ביקורת התייצבות עם דודו של המערער ו"סוכם ש[המלש"ב] יגיע בתאריך 10.3.2004 להשלמת הליכים בלשכה". ביום 2.5.2005 נערכה שיחה נוספת של רמ"ד ביקורת התייצבות עם קרוב משפחה של המערער, במספר טלפון שמסר בבקשתו להתגייס, נמסר כי המערער מתגורר באותה הכתובת שמסר בבקשתו האמורה. עם זאת, משלא נוצר קשר עם המערער עצמו, הוצא, כאמור, צו התייצבות לשירות בטחון מכוח סעיף 12 לחוק שירות ביטחון למשך 36 חודשים החל מיום 27.12.2004, מבלי שנקבע כושרו לשירות ביטחון. אין אינדיקציה למשלוח הצו, כמו-גם למשלוח מכתבים מאוחרים יותר, שמוענו אל המערער ואשר עליהם נרשמה כתובתו הידועה.

17. משאין חולק על כי התיק האישי אינו מכיל ראיות לכאורה, להוכחת משלוח צווים, או מסמכים אחרים, אל המערער, במידה הנדרשת, שומה עלי לבחון את המשמעות הניבטת מכך.

18. כפי שנקבע, לא אחת, משקורס מסלול הגיוס האישי, משום שלא הוכח, כי נמסרה הודעה אישית למלש"ב להתייצב לבדיקות או לרישום ולא הוכח כי הגיעה לידיעתו – "לא תוכל התביעה להסתמך על החזקה שבחוק, המלמדת, כי הוא הגיע לתעודתו" (ע"מ/10/38,37 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' בונר** (2010)). אשר על כן, אין לבחון את עניינו של המערער במסגרת מסלול הגיוס האישי. במצב שכזה, נפסק, כי יש להיזקק למסלול הגיוס הכללי, היינו, לצווי פוקד כלליים, המטילים חובת התייצבות לבדיקות, להשלמתן או לגיוס, בהתאמה (ראו: ע"מ/10/7,8 **טור' טירונק נ' התובע הצבאי הראשי** (2010); עניין **טור' בונר הנ"ל**; ע"מ/12/35 **התובע הצבאי הראשי נ' טור חיון** (2012)).

19. בעניינו של המערער קיימים מספר צווי פוקד כלליים רלוונטיים. צו שירות בטחון (התייצבות לרישום, לבדיקות ולשירות ביטחון), התשס"ב-2001 (פורסם ברשומות ביום 14.8.2001) חל על המערער, באשר הוא גבר אשר נולד ביום 5.11.1984 ובמעמד של תושב קבוע מאז יום 19.11.2001, מכוח הגדרתו כ"בר רישום". על-פי סעיף 7 לצו נקרא המערער להתייצב לשירות סדיר ביום 12.8.2004.

20. טענה ההגנה, כי אין להחיל על המערער את הוראות הצו האמור וזאת בשל שני טעמים מצטברים. טענה ראשונה עוסקת בכך שהצו פורסם ברשומות טרם הגעתו של המערער לישראל ולפיכך, אין הוא חל עליו. הטענה השנייה עוסקת בכך שעל-פי הצו נקרא המערער לכאורה לבדיקות רפואיות ולהשלמתן (סעיפים 3 ו-5 לצו) במועדים המוקדמים למועד הגעתו לישראל, כך שלא יכול היה לקיים את הוראות הצו.

21. דין הטענות להידחות, משהפרשנות הנטענת על-ידי ההגנה עומדת בסתירה ללשון הצו ולתכליתו. ניתן להיווכח כי המונח "בר רישום" קובע לצורך התקיימותו שני תנאים **בלבד**: מעמד של אזרח או תושב קבוע ותאריך לידה בין טווחי זמן מוגדרים. עם קבלת מעמד כתושב קבוע, ביום 19.11.2003, קיים המערער את שני התנאים האמורים. משפורסם הצו ברשומות עוד טרם הגעתו של המערער לישראל, אך חזקה היא כי הצו הגיע לידיעתו עם הגיעו לישראל. פרשנות זו מתיישבת אף עם לשון הצו, שעה שמחוקק המשנה נמנע מלהגדיר תנאי נוסף, המופיע, למשל, בהגדרת המונח "עולה" בצו, והוא כי המעמד כאזרח או כתושב קבוע, נקבע "**לפני** יום פרסום צו זה ברשומות". משמע, כי תנאי זה אינו נדרש להגדרת "בר רישום". פרשנות זו מתיישבת אף אם תכלית הצו. לעניין זה כבר נפסק כי "הוא נועד לתפוס ברשת הביטחון שאותה הוא פורס את מי שכתוצאה מטעויות כאלו או אחרות נפל בין הכיסאות' ולא זומן לאחד מהליכי טרום-הגיוס או לגיוס עצמו" (עניין **טור' בונר הנ"ל**). לתכלית זו משנה תוקף נוכח ההווי הביטחוני של מדינת ישראל, מאז קום המדינה ועד היום, ולאור תכליתו של חוק שירות ביטחון, לתת בידי רשויות הביטחון כלים לגיוסם של אזרחים לשורות הצבא, תוך מניעת השתמטויות מגיוס וכבר נפסק כי "אין לתת יד לגישה לפיה רק מעטים יישאו בעול השירות, ייתרמו ממיטב שנותיהם ואף יסכנו את חייהם, שעה שאחרים ימצאו דרכי מילוט שלא לשאת בנטל" (בג"ץ 1532/00 **זה ברמקר נ' שר הביטחון**, נד(2) 297 (2000)).

22. כאמור, אף הטענה השנייה דינה להידחות. כפי שהובהר, צו הפוקד הכללי נועד להחליף את המסלול האישי רק מרגע "קריסתו" ולא קודם לכן. לפיכך, בהחלט ייתכן, כי הליכי הגיוס יתחילו במסלול האישי ורק לאחר שזה ייכשל, יופנה העניין למסלול הכללי. כך גם בעניינו של המערער. כפי שניתן להיווכח מחומר הראיות, החל המערער הליכי גיוס בלשכת הגיוס, ובכלל זאת בדיקות רפואיות אותן לא השלים. לאחר מכן, ולו מכוח חזקת התקינות המנהלית, נבחנו הראיות המנהליות על-ידי הפוקד, והוחלט על גיוסו לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, מבלי שהשלים את הבדיקות לקביעת כושרו הרפואי – ברם, בהיעדר תשתית ראייתית מתאימה על מודעותו של המערער לחובת הגיוס – נזנח מסלול זה (והשוו: ע"מ/75/12 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' קריחלי** (2012)). זאת ועוד, סעיף 7 לצו, מאפשר, גיוסו של מי אשר טרם נקבע לו פרופיל רפואי.

לפיכך, יש לקבוע, כי אין הכרח להחיל את צו הפוקד הכללי בשלמותו על המלש"ב וניתן, כפי שיש לעשות בענייננו, להחיל רק חלק מהוראותיו, בהתאם לנדרש.

23. למעלה מן הצורך, אציין, כי על המערער חלים אף צו שירות בטחון (התייצבות לרישום, לבדיקות ולשירות ביטחון), התשס"ג-2003 (פורסם ברשומות ביום 16.1.2003) וצו שירות בטחון (התייצבות לרישום, לבדיקות ולשירות ביטחון) (מס' 2), התשס"ג-2003 (פורסם ברשומות ביום 3.8.2003), מכוח הגדרת המונחים "עולה" ו"חייב בשירות סדיר", שכן המערער נולד ביום 5.11.1984, ובמועד הקובע טרם שירת שירות סדיר ועלה לישראל לפני יום פרסום הצו ברשומות. לדידי, יכול שמלש"ב יכנס לגדרה של יותר מהגדרה אחת בצו ויותר מצו אחד, והכל – בהתאם לתכליתו הרחבה של חוק שירות ביטחון והצו שהוצא מכוחו. אין הגדרות אלו מוציאות זו את זו. בהתאם לצווים אלו שומה היה על המערער להתייצב להשלמת הבדיקות הרפואיות, על-פי סעיף 5 לצו, ביום 15.1.2004 (הוא המועד המוקדם מבין המועדים המופיעים בצווים). כפי שפורט לעיל, משעה שביום 30.12.2003, לכל המאוחר, כבר נותק הקשר שבין לשכת הגיוס למערער, וכאמור, נכנס המסלול הכללי תחת המסלול האישי, אזי, ניתן היה לחייב את המערער להשלים את הבדיקות הרפואיות במועד האמור. משכך, משלא התייצב לבדיקות אלו, ניתן היה לזמנו לשירות, על פי המסלול הכללי.

24. כאמור וכפי שנפסק בעבר, יכול שיחולו על מלש"ב מספר צווים כלליים במקביל ואלו יעמדו בתוקפם עד שתמולא החובה שמכוחם (ראו סעיף 49 לחוק שירות: "ניתן צו לפי חוק זה המטיל על אדם למלא חובה בזמן שנקבע בצו, והוא לא מילא את החובה באותו זמן, יעמוד הצו בתקפו לגבי אותו אדם עד שהוא ימלא את החובה; האמור בזה אינו גורע מאחריותו הפלילית של אדם על אי-מילוי חובה בזמן שנקבע בצו, וחיובו בדין על אי-מילוי חובה המוטלת עליו אינו פוטר אותו מאותה חובה"). עוד נפסק כי לא נתונה למלש"ב זכות הבחירה בין המועדים לביצוע החובות שנקבעו בצווים ואין הוא יכול לבחור דווקא בקיום החובה במועד המאוחר יותר (ראו: עניין **טור' בונר הנ"ל**; עניין **טור' טירונק הנ"ל**; וראו גם רע"פ 1057/99 **טור' יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נג(3) 365 (1999)).

25. מהמקובץ לעיל עולה, אפוא, כי לא עלה בידי ההגנה להצביע על פגם שנפל בהליכי גיוסו של המערער לצה"ל. לפיכך דינה של טענה זו להידחות.

### טענת ההשתק

26. הוסיפה ההגנה וטענה, כי אין התביעה יכולה לפנות לאפיק הגיוס הכללי, אשר לכאורה קורא למערער להתגייס לשירות צבאי בחודש אוגוסט 2004, בעוד שבעבר ייחסה לו עבירה של השתמטות משירות צבאי, בהתאם לחובת הגיוס שבמסלול האישי,

דהיינו החל ביום 27.12.2004. לדידה של ההגנה חל בעניין זה "השתק שיפוטי", שמכוחו מנועה התביעה לטעון טענה עובדתית חלופית לעניין המועד בו היה המערער חייב בגיוס. 27. כידוע, הטענה שלפיה נאשם בבית דין צבאי לא היה חייל בעת מעבר העבירה המיוחסת לו היא ברגיל, טענה רדומה. אולם משזו נעורה, על התביעה מוטל הנטל להביא ראיות להוכיח את חוקיות הגיוס (ראו ע"מ/29/07 טור' ברצלבסקי נ' התובע הצבאי הראשי (2007); ע"מ/47/17 טור' אוחיון נ' התובע הצבאי הראשי (2017)). כך אף בעניינו של המערער. כעולה מהראיות, המערער נשפט בתיק מטכ"ל (מחוזי) 815/07 והורשע על סמך הודאתו בכתב האישום, אשר ייחס לו עבירה של העדר מן השירות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, החל מיום 27.12.2004 ועד ליום 10.11.2007. חומר הראיות אשר עמד בבסיס האישום לא הועמד לבירור משהמערער לא כפר בדינו ולא הונח לפני בית הדין באותו הליך משפטי, ואף לא לפני בדין הנוכחי. בית הדין הצבאי המחוזי לא נדרש להכריע בשאלה מתי קמה חובת גיוסו של המערער, אלא אך לקבוע האם נעדר מן השירות במועדים שיוחסו לו. וכך עשה, על-פי הודאתו של המערער. כפי שקבע בית הדין קמא, משלא הכריע בית הדין בשאלה הנידונה ומשלא נקבעו קביעות שיפוטיות באשר למועד שבו קמה חובת הגיוס של המערער, אין בסיס לטענת ההשתק. זאת ועוד, מושכלות יסוד הן, כי ההליך הפלילי "אינו תחרות או מאבק בין תובע לנאשם, אשר כל סטייה מכללי התחרות או המאבק יש בה כדי להכריז על המנצח. ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו, לקבוע חפות או אשמה. לשם כך על ההליך הפלילי לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית" (ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505 (1981)). יישום עיקרון זה על עניינו של המערער מלמד, אפוא, כי משהעלתה ההגנה, לראשונה, טענות כנגד חוקיות גיוסו של המערער, נדרשה התביעה לבחון את המארג הראייתי שנאסף בגין החשד להיעדרותו הנוכחית מן השירות, ואין לומר, כי בעשותה כן, בנסיבות העניין, יש לראותה כמי שמדברת בשני קולות. לפיכך, גם דין טענה זו להידחות.

### קביעת הפרופיל הרפואי

28. סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, שכותרתו "אי-התייצבות לבדיקה אינה פוטר 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; ...

(1א) במניין התקופה האמורה בסעיף קטן (א), לא יובאו בחשבון -

(1) תקופות שעל פי סעיף 18(א) ו-(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)

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

.. (ב) ..."

29. נטען, כי המערער היה נתון ברשות גורמי הצבא תקופה של למעלה מ-30 ימים (כ-90 ימים) בטרם נקבע לו פרופיל וזאת, מבלי שפוקד אישר כדין, מטעמים מיוחדים, את הארכת התקופה האמורה. אשר על כן נטען, כי לא מן הנמנע, כי בית הדין בערכאה הדיונית יסבור, כי הפגם שנפל ביחס לאי קביעת הפרופיל הרפואי של המערער במועדים שנקבעו בחוק יגרור סעד שיחייב את ביטול האישום. במצב דברים זה, לכל הפחות יש לקבוע כי עניין לנו בסוגיה מורכבת המצדיקה ירידת מדרגה ונקיטה בחלופת מעצר בעניינו של המערער.

30. מנגד, טענה התביעה, כי מתוך פרק הזמן הנטען, שהה המערער 82 ימים במאסר בשל כליאה קודמת, ונוכח זאת ומאחר שבאותו מועד היתה נקוטה מדיניות שלפיה אין למנות במניין תקופת השירות תקופות שבהן היה נתון חייל במאסר, אף כי מדיניות זו התבררה ככזו שאינה מקיימת את הוראות הדין, אזי בחינת התנהלות הרשות במבחני הבטלות היחסית מלמדת על התנהלות בתום לב, אשר אינה גוררת אחריה תוצאות של בטלות מדעיקרא.

31. בית המשפט העליון נדרש לסוגיה זו ברע"פ 3080/10 טור' סמורגונסקי נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 25.12.12) וקבע, כי הוראת סעיף 12 לחוק שירות ביטחון נועדה להגן על זכויות מהותיות של חייל שגויס ולפיכך, יש לערוך את הבדיקה בתוך חודש ימים, לרבות בהם היה נתון החייל במעצר או במאסר. גם החוק שתוקן מונה

תקופה זו, למעט כאשר מתקיים בעניינו החריג, שלפיו אין החייל משתף פעולה. אשר על כן, דומה כי אין מנוס מלקבוע כי אכן נפל פגם עת לא נקבע כושרו הרפואי של המערער במועד הקבוע בחוק שעה שמועד זה לא הוארך כנדרש. במצב דברים זה נשאלת השאלה בדבר נפקותו של הפגם על שאלת המעצר כעת.

32. הלכה פסוקה היא כי בהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית, פגם משפטי שנפל בפעולת הרשות המנהלית נבחן על רקע נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה. עם זאת, ברע"פ סמורגונסקי נמנו שיקולים אשר יכולים להוות כלי עזר בעת בחינת הפגם, ובהם: 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 החריגה בזמנים מצד רשויות הגיוס הייתה לפני פסק הדין של בית הצבאי לערעורים בענייננו או שמא לאחר שכבר הובהר כי ימי מעצר או מאסר נמנים במניין הימים... 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. בנוסף, אין להתעלם מהנזק שעלול להיגרם אם יבוטל הגיוס או אם תחול על רשויות הגיוס חובה לשחררו... פקיעת החיול לפי סעיף 12 נושאת עמה נזק לאינטרס הציבורי... תוצאה זו אינה רצויה שכן מלכתחילה הפעלת הסמכות לפי סעיף 12 נועדה – כאמור – להתמודד עם ניסיונות השתמטות בדרך של התחמקות מביצוע בדיקה רפואית".

33. בחינת השיקולים שנמנו לעיל מלמדת על כך שעניין לנו בתקיפה עקיפה של מי אשר נמנע מלהשלים את הליכי הבדיקות טרם גיוסו לצה"ל; לא ביקש להשלים את הבדיקות ביוזמתו; השתמט מגיוס; החל בהיעדרותו הלכאורית הנוכחית, מיד לאחר שסיים לרצות עונש מאסר, כך שלא החל בשירות צבאי של ממש; וכי הבדיקה הרפואית לא הושלמה בשל מדיניות שגויה של רשויות הגיוס אשר נהגה על פיה לפני שניתן פסק הדין המנחה בעניין סמורגונסקי, כך שנעשתה בתום לב. כמו כן, חשוב לא פחות – יש לקבוע, כי בשלב הדיוני הנוכחי, ביטול גיוסו של המערער לשירות צבאי עלול לפגוע באינטרס ציבורי משמעותי, שעה שהמדובר במי אשר נעדר לכאורה מן השירות הצבאי במשך כ-9 שנים, וזאת מיד לאחר שנידון בבית-דין צבאי בגין השתמטות משירות צבאי למשך 1,045 ימים.

34. אמנם, על בית הדין הצבאי המחוזי יהיה להכריע בכל הסוגיות שפורטו לעיל, בהתאם לטענות שיובאו לפניו ולראיות שהצדדים יציגו, ואולם מכלול השיקולים שצוינו, במצטבר, מטים את הכף, כעת, לעבר קביעה שלפיה לא עלה בידי ההגנה להצביע על קיומו של פגם מהותי ומובנה בהתנהלות הרשות, אשר מצדיק את שחרורו של המערער ממעצר כבר עתה.

### **מודעות המערער**

35. נטען, כי המערער לא היה מודע לחובת שירותו הצבאי לאחר שסיים לרצות את עונש המאסר ומשכך, אם מתקיים בעניינו היסוד הפיזי של העבירה, הרי שאין הוכחה לקיומו של היסוד הנפשי הנדרש לה.

36. כפי שקבע בית הדין קמא, טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם דבריו של המערער, אשר פורטו באמרתו מיום 8.8.2017. המערער הודה בביצוע העבירה בה הוחשד, הסביר כי נעדר מן השירות משום ש"לא רציתי להתגייס", ובנוסף, לשאלה מפורשת – האם ידע כי עליו להתייצב לשירות בצבא, השיב בחיוב. אמנם באמרתו המאוחרת, ביום 11.8.2017, חזר בו מדברים אלו ועמד על גרסתו שלפיה לא ידע כי היה אמור להתגייס וכי סבר כי בתום ריצוי עונשו "אני משוחרר", אך כידוע, גרסה כבושה בשלב הדיוני הנוכחי אין בכוחה לאיין את אמרת ההודאה ומשקלה ייבחן בהליך הדיוני.

37. זאת ועוד, במהלך כליאתו הובא המערער בפני ועדת התאמה לשירות אשר המליצה על "שיבוץ מחדש דרך הסמכות". אמנם, אין ראייה כי המלצה זו הובאה לידיעתו של המערער, אך קשה להלום מצב בו נאמר למערער, על-ידי מאן דהוא, בניגוד להחלטות גורמי הצבא, כי הוא פטור או משוחרר מצה"ל, ולמעשה אף המערער אינו טוען כי כך נמסר לו. כידוע, משעה שהמערער הפך "חייל" אין הוא יכול ליטול את הדין לידי ולבחור שלא להתייצב עוד לשירות כסעד עצמי. לפיכך, גם דינה של טענה זו להידחות.

### **עילות המעצר**

38. הלכה פסוקה היא כי מי שנעדר משירות צבאי סדיר למשך תקופה ארוכה, קל וחומר כשבעברו השתמטות משירות צבאי ותלוי ועומד נגדו עונש מאסר מותנה בר הפעלה, מתקיימות לגביו עילות מעצר של מסוכנות צבאית שמא ישוב וייעדר וכך לא ישוב לשירות הצבאי; שיימלט, עקב כך, מאימת הדין וכן עילת המעצר הייחודית שעניינה הפגיעה החמורה במשמעת הצבא.

39. חרף זאת, נטען על-ידי ההגנה, כי מאחר שהמערער הומלץ לפטור משירות בטחון, (לפני דקות אחדות), הרי שיש בכך כדי להקהות את עילות המעצר ולהצדיק נקיטה

בחלופת מעצר. ההגנה ציינה אף את גילו של המערער (32), מצבו המשפחתי. לדידה, בשל נסיבות אלו, מתקחה החשש כי ימלט מן הארץ.

40. בע"מ/1/09 טור' סולסן נ' התובע הצבאי הראשי (2009), דחה בית דין זה את הטענה שלפיה יש בפיטורים צפויים מן השירות הצבאי, אשר נעוצים בגילו של המערער ובימי ה"תב"ן" הרבים שצבר, כדי להצדיק שחרור למעצר פתוח. באותו עניין נקבע, כי –

"התייצבותו החד פעמית של עריק לאחר היעדרות ממושכת משירות ביטחון לפני רשויות צה"ל איננה מפיגה את החשש הטבוע בו, והנלמד מאופי העברה שאותה לכאורה עבר, שהוא עלול לשוב ולהימלט מאימת הדין. הדברים הובהרו ובוארו בהחלטתו של המשנה לנשיא בית-הדין הצבאי לערעורים, תא"ל אורי שהם, במסגרת ע"מ/9/01 טור' ברניק נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 2001(ב) 567, 574 (2001)

עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחש"ץ נבדלת מעבירת העריקה, לפי סעיף 92 לחש"ץ, בכך שלא נטען כי הנאשם נעדר מן השירות מתוך כוונה שלא לחזור אליו.

משמע, ההנחה היא כי בשלב כלשהו יקטע החייל את העדרותו ויעמיד עצמו לרשות הצבא. הנחה משפטית זו אינה עומדת בסתירה לנסיון החיים המלמד כי העדרות לתקופה ארוכה עשויה להקים חשש ממשי לכך שהחייל ישוב ויפקד או ינסה למלט עצמו מאימת הדין. אין צריך לומר, כי יש לבחון כל מקרה ומקרה לגופו ועל-פי נסיבותיו המיוחדות, אך לגישתי יש בנסיון החיים המצטבר כדי להקים חזקה שבעובדה, לפיה אם ישוחרר החייל ממעצר סגור הוא ישוב וייעדר מן השירות או ימנע מלהתייצב במשפטו.

חזקה עובדתית זו ניתנת, כמובן, לסתירה על-ידי הנאשם (ראו: ע"מ/15/97 טור' דמרי נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1997(ב) 470 (1997)) (ראו עוד בג"ץ 4089/97 דמרי נ' מפקד בסיס כליאה 394 צה"ל (1997) (יבמקרה דגן קמה עילה 'קלאסית' למעצר עד תום ההליכים – חשש להמלטות מן הדין – ובכגון דא אין סיבה מספקת להתערבותנו))."

41. קביעות אלו יפות אף לענייננו. אמנם פיטוריו הצפויים של המערער מהמשך שירות צבאי עשויים להקהות את עצמתה של עילת המסוכנות הצבאית משהמערער לא יוכל לשוב ולהיעדר מן השירות, ברם, אין בכך כדי להקהות את החשש מפני הימלטותו של המערער מאימת הדין כמו-גם להפיג את החשש, הטמון במעשיו של המערער, לכאורה, במשמעת הצבא, בכוננותו ובחוסנו (וראו עניין סולסן הנ"ל; ע"מ/71/07 טור' גורב נ' התובע הצבאי הראשי (2007)).

42. המערער אמנם, אינו יליד ישראל ולא התחנך בה כילד וכנער. עם זאת, מזה שנים ארוכות, כ-16 שנים (!) הוא חי בה, מתפרנס בה, מגדל את ילדיו וזוכה ליהנות מזכויותיו כתושב קבוע בה. לכאורה, במעשיו, סיכל המערער את האפשרות שימלא את חובתו החוקית ויתרום את תרומתו לביטחון המדינה. אשר על כן, לא סברתי כי בשלב הדיוני הנוכחי, ניתן להלוס את עילות המעצר המובהקות שקמות במקרה זה, בדרך של חלופת מעצר. יובהר, כי בקובעי כך, לא התעלמתי מן העובדה כי המערער היה נתון במעצר פתוח במשך מספר ימים וכי מילא אחר ההוראות שבמעצר הפתוח. עם זאת, אין בנקיטת עמדה מתונה על-ידי התביעה, נוכח הצורך בהשלמת החקירה, כדי להצדיק את שחרורו למעצר פתוח כעת, משהושלמה החקירה ולאור קיומה של תשתית ראייתית מתאימה, המלמדת על כי גיוסו לצה"ל היה כדין, וכי יש באלו כדי להקים את עילות המעצר, כאמור.

### סוף דבר

43. ערעור ההגנה נדחה, אפוא. החלטת בית הדין קמא תישאר בעינה.

ניתנה היום, כ"ה באב התשע"ז, 17 באוגוסט 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

מאיה הלר, אל"ם  
שופטת בית הדין הצבאי  
ל ע ר ע ר י ס

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