



ה ח ל ט ה

1. נגד הנאשם, טורי ת' ג', הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של היעדר מן השירות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. אין חולק, כי הנאשם הצטרף למסלול העתודה האקדמית וגיוסו נדחה בהתאם. התביעה טענה כי בהמשך הוחלט על ביטול דחיית השירות והוצא צו הקורא לו לחזרה לשירות. לפי הטענה, הנאשם לא התייצב בבה"ד XXX ונעדר מן השירות החל מיום 7/12/2016 ועד ליום 5/11/2017, בסך הכל 334 ימים. הנאשם נעצר ביום 6/11/2017.
2. ההגנה ביקשה להורות על שחרורו של הנאשם מן המעצר, או לחילופין להורות על מעצרו הפתוח עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. היא טענה כי סעיף 38(ד) לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ב-1986 מחייב כי החזרתו לשירות של אדם שצורף למסלול העתודה האקדמית, ייעשה בצו מנומק כדין ולאחר קיום שימוע, אלא שלא הוצגו ראיות להתקיימותם של תנאים אלו. ההגנה הבהירה כי הנאשם מעוניין להמשיך לשרת ואף הציעה להעמיד את הנאשם במבחן.
3. ראיות התביעה הצבאית, כוללות, בין היתר, את המסמכים הבאים:
 - (א) **הודאתו של הנאשם**, בה הסביר באופן הבא את היעדרותו: "בגלל לימודים, הייתי עתודאי ולא נתנו לי להמשיך את הלימודים". לדברי הנאשם באמרתו, בתקופת היעדרותו, המשיך את לימודיו.
 - (ב) "**טופס הצטרפות למסלול העתודה האקדמית**" החתום על ידי הנאשם ביום 10/10/2013.
 - (ג) **בקשה של הנאשם לדחיית גיוס** מיום 1/10/2013 ועד ליום 1/7/2017, כלומר למשך 48 חודשים. בתאריך 10/10/2013 חתם הנאשם על בקשתו ובאותו היום אישר מפקד מיטב את הבקשה ואת התאריכים המופיעים בה.
 - (ד) **צו קריאה לשירות**. הנאשם נקרא להתייצב בתל השומר - מיטב, מדור עתודה אקדמית, למטרה של **חזרה לשירות**, מתאריך 6/12/2016 בשעה 8:00 ועד 6/12/2016 ועד בכלל. בשם הפוקד מופיע שמו של אל"מ מצליח, מפקד מיטב ובשם חותם הצו המורשה לכך, מופיע סגן סלופסקי.
 - (ה) **רישומי שיחות** עם הנאשם ממועדים שונים במהלך החודשים יוני 2014 ועד דצמבר 2016. מהרישומים עולה כי הנאשם היה במעמד של "סמסטר תנאי", בעקבות מעקב אקדמי. ביום 23/05/2016 הנאשם לא הגיע לראיונות, בשל טיפול

שיניים. רושם ההערה גילה במערכת נחשון כי הנאשם "מופסק לימודים" והחליט לבטל את הראיונות עמו. בתאריך 15/8/2016 הודיעו לנאשם כי לא אישרו לו לטוס לחו"ל "כי יש לו שחר עוזבים". הנאשם השיב "שהודיעו לו כי הוא בסמסטר תנאי ולא היה לו בכלל מעקב". לאחר בירור, נמסר לנאשם כי עליו "לשלוח גיליון ציונים כדי לבדוק אם הוא תקין אקדמית". בתאריך 07/9/2016 נמסר לנאשם שעליו להגיע לשחר עוזבים, אך מצבו המשיך להיבדק על ידי הגורמים המטפלים בעניין. בתאריך 11/9/2016 התקשרו אל הנאשם לברר מדוע לא הגיע לשחר עוזבים והוא "טען שלא חזרו אליו". מרישומי השיחות במהלך חודש ספטמבר, עולה כי הנאשם ואביו התקשרו מספר פעמים וביקשו לאפשר לנאשם להמשיך בלימודיו. ברישום הבא, מיום 2/11/16, נרשם: "עדכנתי אותו לגבי חזרה לשירות בתאריך 20/11/2016". ברישום מיום 28/11/2016 נרשם: "עודכן לגבי שח"ר עוזבים ב 6/12".

(ו) הודעת דואר אלקטרוני צבאית שנשלחה, ביום 12/11/17, אל התביעה על ידי ראש תא מרכז ודרום, סגן דור סלופסקי. האחרון רשם כי הנאשם היה חניך במסלול העתודה האקדמית בין התאריכים 10/10/2013 ועד 6/12/2016. בתאריך 6/12/2016 חזר לשירות חובה לאחר עזיבתו את המסלול. הנאשם הועבר באותו היום מטיפול מדור עתודה לטיפול מדור סדיר ושם שובץ כמכונאי רק"ם ואף הוצב בבה"ד XXX רמ 4ג. תהליך הנפקדות וגריעתו לעריקות בוצע לאחר שעזב את מסלול העתודה ולא בוצע על ידי מדור עתודה אקדמית. סגן ס' הבהיר כי הנאשם התייצב בתאריך 6/12/2016. כאן המקום לציין, כי בשורת החתימה על צו הקריאה לשירות, נרשם כי אותו סגן ס', הוא שחתם על צו הקריאה ביום 12/11/2017, כלומר באותו היום של משלוח הדוא"ל.

(ז) תיעוד שיחה טלפונית עם הנאשם מיום 25 בדצמבר 2016. בשיחה נמסר לנאשם כי הוא נפקד משירות והאחרון אישר כי הוא מבין זאת וטען כי הוא "בתהליך טיפול של בריאות הנפש".

(ח) תדפיסו האישי של הנאשם, ממנו עולה כי אושרו לו דחיות שירות מרובות, לתאריכים שונים ועד לתאריך 10/3/2019. כן נרשם בתדפיס האישי, כי בתאריך 6/12/2016 הנאשם עזב את מסלול העתודה.

דין והכרעה

4. כבר עתה אומר, כי יש טעם רב בטענות ההגנה. בהתאם להוראות סעיפים 38 ו-55(א) לחוק שירות ביטחון, קובעת הלכת בית הדין הצבאי לערעורים כי הצבה לאחר דחיית שירות בשורות צה"ל צריכה להיעשות בצו כדין – צו ברור, שניתן לאחר זכות

טיעון, ותוך הנמקה והפעלת שיקול דעת (ראו ע"מ/25/10 טור' זגורי נ' התובע הצבאי הראשי (2010); ע"מ/10/11 טור' מרים בסוב נ' התובע הצבאי הראשי (2011); ע"מ/25/07 טור' מלינצ'נסקי נ' התובע הצבאי הראשי (2007), פסקה 10(ג) ופסקה 11; להלן: פרשת מלינצ'נסקי). תוצאה אפשרית של פגמים מהותיים בדרישה להוצאת הצו היא בטלותו. תוצאה אפשרית אחרת היא קביעה בדבר בטלות יחסית. לאחר עיון בראיות התביעה, סברתי כי קיימות שאלות מורכבות המחייבות דיון מעמיק ובירור יסודי ולכן יש לדחות את בקשת התביעה ולהורות על שחרורו של הנאשם למעצר פתוח ביחידתו. כעת, אפרט את הפגמים שמצאתי בראיות התביעה.

5. **ראשית**, כלל לא ברור מי הוא הגורם שקרא לנאשם לחזור לשרות. בשורת החתימה של סגן סלופסקי דור, ראש תא מרכז ודרום, **נרשם באופן מכני התאריך 12/11/2017**. במועד זה, היה הנאשם כבר במעצר, ומוכן כי התאריך התווסף באופן אוטומטי, כאשר המסמך הודפס על ידי אותו סגן ס'. אך האם סגן ס' הוא הגורם שחתם על המסמך המקורי בשנת 2016? האם הוא קרא לנאשם לחזור לשירות? על כך אין תשובות בחומר החקירה. בשים לב לכך שהמסמך, **אינו חתום בחתימה ידנית**, עולה חשש אמיתי כי גם המסמך המקורי כלל לא נחתם, ונותר כטיוטה ממוחשבת, או עותק ממוכן, שאיש לא בחן אותו והפעיל שיקול דעת בטרם הוא הוצא (ראו והשוו לפרשת מלינצ'נסקי האמורה, פסקה 7).

6. **שנית**, אף אם נניח שסגן ס' הוא שקרא לנאשם לחזור לשירות, הרי **שלא הוצג הסמכתו** לכך. בעוד שבפרשת מזור האמורה הוצג כתב הסמכה של מפקד מיטב הקודם, כך שחידושו של כתב ההסמכה היה עניין בעל אופי "טכני", הרי שבענייננו, בשונה מפרשת מזור, **לא הוצג כתב הסמכה כלל**. בשים לב לנפקותו של צו הקריאה לשירות בעניינו של הנאשם – צו אשר מבטל את התחייבות הצבא לאפשר לנאשם ללמוד טרם השירות ומפסיק את לימודיו של הנאשם, ולפגיעתו של הצו האמור בזכויותיו של הנאשם, הרי שיש חשיבות מרובה לכך שגורם בעל סמכה יחתום על הצו, לאחר הפעלת שיקול דעת. התביעה טענה שעניין זה צריך להתברר במהלך המשפט, אך לטעמה על הנאשם להיוותר במעצר עד להבהרת הסוגיה המורכבת. כפי שיובהר בהמשך, דעתי אינה כדעתה בנושא זה.

7. **שלישית**, הנאשם זומן לשירות **ליום אחד בלבד**, לתאריך 6/12/2016 ואין חולק כי הנאשם **אכן התייצב** לשירות באותו יום (ראו והשוו לע"מ/36/17 טור' ראובן מזור נ' התובע הצבאי הראשי (2017), שם הנאשם זומן ליום אחד אך לא התייצב לאותו מועד; להלן: פרשת מזור). בשונה מפרשת מזור, בענייננו, לא ברור על מה מתבססת התביעה בטענתה, כי הנאשם נעדר מן השירות החל מיום 7/12/2016, נוכח העובדה שלא הוצג צו הקורא לנאשם לשירות ליום 7/12/2016.

8. **רביעית**, בהתחשב בהשלכות של צו החזרה לשירות בטרם השלמת הלימודים על חייו של אותו אדם שבחר במסלול העתודה והתחיל לימודיו במוסד אקדמי, דורש חוק שירות ביטחון כי תינתן לנאשם האפשרות להעלות את טענותיו בטרם הוצאת הצו. ואולם, מחומר הראיות שהוצג, **לא עולה כי הנאשם זומן לשימוע או שניתנה לו אפשרות אחרת לו לשטוח את טענותיו** (ראו סעיף 38 לחוק שירות ביטחון וסעיף 20 להוראת קבע אכ"א בנוגע לעתודה אקדמית, המחייבים מתן שימוע). הדברים מתחדדים, נוכח בקשותיהם החוזרות ונשנות של הנאשם ואביו מרשויות הגיוס כי יאפשרו לו להמשיך וללמוד וניסיונותיהם להסביר לרשויות הצבא את עמדתם. כידוע, הפסיקה ייחסה חשיבות רבה למתן זכות הטיעון והשימוע בטרם קבלת החלטה מנהלית, שיש בה פגיעה בזכויות אדם חוקתיות. במקרים המתאימים, בהיעדר שימוע, הוחלט על בטלותה של החלטה המנהלית. יתר על כן, אף אם הוחלט שלא לקיים שימוע, נדרש היה שבעל הסמכות יתייחס לכך, ויבהיר שקיבל את החלטתו מבלי לקיים שימוע, וזאת מהטעמים שיפרט.

9. **חמישית**, **לא הצלחתי לאתר בחומר פירוט כלשהו בנוגע לאופן שבו הפעיל בעל הסמכות את שיקול דעתו**, בטרם החליט על הדחתו של הנאשם ממסלול העתודה האקדמית, הוצאתו ממסגרת הלימודים שאליה התחייב בפני המוסד האקדמי, והחזרתו לשירות. לטעמי, בהתחשב בנסיבות שבענייננו, נדרשת ראייה המפרטת את שיקוליו של בעל הסמכות (וראו גם החלטת הנשיאה א' מרקמן בתיק מטכ"ל (מעצרים) 732/11 **התביעה הצבאית נ' טור' אלכסיי מלונצ'ין** (2011)).

10. לא התעלמתי מכך, שחווה העתודה שעליו חתם הנאשם מסתיים בחודש יולי 2017, אולם על פי התדפיס האישי, הוארכה תקופת דחיית השירות בעניינו של הנאשם, מעת לעת, עד לשנת 2019. כידוע, התדפיס האישי קביל כראיה לכאורה על תוכנו, בהתאם לסעיף 483 לחוק השיפוט הצבאי (ראו ע"מ/32/07 **טור' מקסים שוץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2007) בפסקה 6, וכן החלטת כבוד השופטת נ' זומר בתיק מטכ"ל (מחוזי) 582/06 **התובע הצבאי נ' טור' אלכסנדר צ'רני** (2006)). מכאן יוצא, שיש ממש בטענת ההגנה כי קביעה אפשרית, בהתבסס על התדפיס האישי, היא שיש להניח לטובת הנאשם, כי שירותו נדחה עד לשנת 2019 (ראו פרשת מלינצ'נסקי האמורה, פסקה 10).

11. לסיכום, הראיות שהציגה התביעה אינן מספיקות כדי לעמוד בדרישת הפסיקה ל"ראיות לכאורה". אומנם, קיימות ראיות למכביר בנוגע ליסוד הנפשי – מודעותו של הנאשם לכך שנעדר מן השירות, אך קיים קושי ממשי בכל הנוגע ליסוד הפיזי; צו הגיוס, המורה על חזרתו של הנאשם לשירות לאחר דחיית השירות – צו האמור להיות בריח התיכון בראיות התביעה – אינו מקורי ולא ברור האופן שבו הוצא. על

כן, השתכנעתי כי קיים חלל ראייתי בראיות התביעה המעורר שאלות ראייתיות ומשפטיות כבדות משקל, אשר יש לבררן בהליך העיקרי בתיק. בשונה מטענת התביעה, ההלכה היא כי מקום שמתעוררות שאלות מורכבות על חוקיות הגיוס שאין ניתן לבררן בתוך ימים ספורים, ראוי להימנע ממעצר ממשי ויש לשקול להסתפק בחלופת מעצר (ראו ע"מ/52/07 התובע הצבאי הראשי נ' טור' רושדי חמוד (2007) וכן פרשת מקסים שוץ והאסמכתאות המופיעות שם בפסקה 9).

12. באשר לעילת המעצר, בשים-לב לכך שהנאשם מעוניין לשרת, סברתי כי ניתן להלום את החשש מהיעדרויות נוספות באמצעות מעצר פתוח של הנאשם ביחידתו.

13. סוף דבר, הנאשם ישהה במעצר פתוח עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו, בבסיס בה"ד XXX.

זכות ערעור כחוק.

ניתנה והודעה היום, ח' בכסלו התשע"ח, 26 בנובמבר 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

סא"ל מאיר ויגיסר

שופט