



## בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אל"ם ארז פורת - שופט

בעניין :

ח/XXX טור' ב' ז' – המערער (ע"י ב"כ, סרן ליאור עייש ; סגן איתי המר)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן אלי ציטרון ; סגן אריאלה סגל)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 236/16 (סא"ל רוני שור – שופט) ביום 16.3.2016. הערעור נדחה.

### ה ח ל ט ה

1. המערער משיג על החלטת בית הדין קמא בה נעתר לבקשת התביעה הצבאית והורה על מעצרו הממשי עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו.
2. כנגד המערער הוגש כתב-אישום בו יוחסה לו עבירה, שעניינה היעדר מן השירות שלא ברשות למשך 71 ימים. המערער טען כי צו הגיוס בעניינו, שהוצא מכוח סעיף 12 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן – "החוק"), הינו בטל ונטול כל תוקף משפטי, ומשלא גויס כדין, אין לבית הדין הצבאי סמכות לדון בעניינו ולהורות על מעצרו. המערער סבור, כי מחומר הראיות משתקף שיתוף פעולה נרחב מצידו עם רשויות הגיוס, ואין זה סביר, לפיכך, לגייסו באפיק החריג של סעיף 12 לחוק.
3. התשתית העובדתית הנוגעת להליכי גיוסו של המערער אינה שנויה במחלוקת: המערער לא התייצב לשלושה זימונים מאת לשכת הגיוס, שזימנו אותו להליכים

שונים בין החודשים מאי-יולי 2014. בחודש אוגוסט 2014 התייצב בלשכת הגיוס על-פי זימון שקיבל.

ביום 3.12.2014 נשלח למערער "צו התייצבות לבדיקת כושר והתראת גיוס לפי סעיף 12 לחש"ב". בצו זה צוין כי "מאחר ולא התייצבת בלשכת הגיוס... לשם סיום ההליכים אותם נדרשת לבצע לצורך גיוסך... הנני קורא לך להתייצב לבדיקת כושרך... באופן מידי". מכאן ואילך התייצב המערער בלשכת הגיוס על-פי זימונים שקיבל בשלוש הזדמנויות נפרדות: בינואר, מארס ויוני 2015. בעת שהתייצב בלשכת הגיוס בחודש יוני 2015, נמסר לו שעליו להמציא מסמכים רפואיים על אודות בעיה רפואית מסוימת ולהתייצב לבדיקת רפואית נוספת ביום 14.7.2015. ממסמך שכתבה יו"ר הוועדה הרפואית בלשכת הגיוס והמצוי בחומר הראיות עולה, שהמערער לא העביר את המסמכים הרפואיים מאז 20.8.2014, וכי הוסברה לו חשיבות שיתוף הפעולה מצידו.

סמוך לפני המועד שנקבע להתייצבותו ביולי, יצר המערער קשר טלפוני עם לשכת הגיוס, טען כי מסר כבר את מלוא המסמכים הרפואיים שהיו בידו, וכי אינו מבין מדוע עליו להתייצב לבדיקה רפואית נוספת. נאמר לו בתשובה, כי הוא "מחויב להתייצב באותו היום". המערער לא התייצב לבדיקתו זו.

4. ימים ספורים אחרי המועד שנקבע להתייצבות המערער כאמור, החליט מפקד לשכת הגיוס לזמן את המערער לגיוס לפי סעיף 12 לחוק, ליום 19.10.2015. החלטה זו נשענה על המלצת גורמים בלשכת הגיוס, לפיה, הגם שהמערער היה מודע לכך שהרשות שוקלת לגייסו לפי סעיף 12 לחוק, הוא נמנע מלהתייצב לבדיקה הרפואית הנוספת בחודש יולי ולהביא עימו מסמכים רפואיים נוספים.

5. כחמישה ימים לפני המועד שנקבע לגיוסו, התייצב המערער בלשכת הגיוס, חתם על מסמך בו צוין, בין היתר, כי "הובהר לי שגיוסי נקבע על פי סעיף 12... לאור אי שיתוף פעולה מצידו... הנני מצהיר בזאת שאשתף פעולה עם לשכת הגיוס... תאריך הזימון הקרוב 18.10.2015 מגיע עם מסמכים רפואיים". בו ביום החליטה מפקדת לשכת הגיוס כי יש "להשלים הפרופיל" בעניינו של המערער, וציינה בהחלטתה כי אם ימצא כשיר לשירות "יקבל צו גיוס בהתאם".

6. מחומר החקירה עולה, כי ביום 18.10.2015 המערער לא התייצב בלשכת הגיוס, ובשיחה טלפונית עימו הובהר לו, כי המסמכים הרפואיים שהעביר "אינם רלוונטיים" בשל כך שאינם עדכניים, וכי צו הגיוס בעניינו, ליום המחרת, עומד בעינו. המערער התייצב ביום 19.10.2015, שוחרר לביתו, כשנאמר לו להתייצב שוב למחרת. הוא לא התייצב כך, החל בהיעדרות ממושכת בעטייה נדון בהליך משמעותי, ריצה עונש מחבוש ועם סיומו החל בנפקדות נשואת כתב האישום המיוחס כעת.

7. המערער סבור כי בנסיבות שפורטו, גיוסו באפיק החריג של סעיף 12 לחוק אינו סביר באופן קיצוני: הוא התייצב לא אחת בלשכת הגיוס וניתן היה להשלים את מכלול הבדיקות הנדרשות בעניינו. זאת ועוד, משחזר לשתף פעולה ולהתייצב, אם סבורה הייתה הרשות כי הוא שב והפסיק לשתף פעולה, היה עליה לפעול על-פי פק"ל לשכת הגיוס, המחייב משלוח זימון נוסף, ולאחריו התראה נוספת לפניו צו לפי סעיף 12 לחוק. נטען כי צעדים כאלה לא ננקטו במקרה הנדון.

8. בית הדין קמא קבע כי בנסיבות שתוארו החלטת הפוקד לגייס את המערער לפי סעיף 12 לחוק הינה "החלטה סבירה הנסמכת על צירופם של שיקולים ונתונים מגוונים". נקבע כי המערער שיתף פעולה באופן חלקי בלבד וכי "ביחס לדרישה המרכזית שנגעה לעניינו – השלמת ההליכים הרפואיים – נמנע הנאשם מלשתף פעולה". בית הדין הדגיש כי למערער ניתנו הזדמנויות נוספות אף בשלבים שלאחר הוצאת צו הגיוס "להשלים את נתוניו האישיים ולשלוח את המסמכים הרפואיים העדכניים". עוד נקבע, כי אף משעה שהמערער התייצב על-פי צו הקריאה, הרי שרשויות הגיוס קבעו כי אם ימצא כשיר לשירות יגויס הלכה למעשה, בצו חדש, שלא מכוח סעיף 12.

9. המערער שב בפניו על הטענות שהשמיע בבית הדין קמא כאמור, ועתר כי אקבע כבר עתה, שצו הגיוס שהוצא בעניינו, על פניו, בטל ומחוסר תוקף, מן הטעמים שפורטו.

10. התביעה הצבאית עתרה לדחיית הערעור. הוטעם, כי שיתוף הפעולה של המערער לא היה שלם ומנע את השלמת הליך בדיקת כושרו לגיוס. אף היעדר שיתוף פעולה מלא, מצדיק, להשקפת התביעה, גיוס באפיק סעיף 12 לחוק, ואין לראות כל דופי בהחלטת הפוקד.

### דיון והכרעה

11. הסמכות לקריאה לשירות צבאי מכוח סעיף 12 לחוק מיועדת, על-פי לשונו של הסעיף, למצבים בהם "מיועד לשירות בטחון שנקרא לבדיקת כשרו לשירות בטחון ולא התייצב או שהתייצב וסירב להיבדק או להשלים את הבדיקות". סעיף 12 חל, בין היתר, על מי שכלל לא משתף פעולה עם רשויות הגיוס ונמנע מלהתייצב כדי שכשרו לשירות ייבדק, אולם לצד זאת, הסעיף חל גם על מי שהתייצב אולם סירב להיבדק או להשלים את הבדיקות. הסירוב בו מדובר בסעיף 12 יכול להיות מלא – קרי שלא להיבדק כלל, אולם יכול הוא ללבוש צורה של סירוב חלקי, המתבטא בסירוב להשלים את הבדיקות. סעיף 12 מקנה, אפוא, לרשויות הגיוס כלי לגייס בו מיועדים לשירות בטחון אף מבלי שכשירותם לשירות נבדקה, וזאת בשל חוסר שיתוף פעולה מצידם, שהביא לכך שהליכי בדיקתם טרם הגיוס לא החלו או שהחלו

ולא הושלמו עד תום. די, אפוא, בהימנעות משיתוף פעולה אף אשר לרכיב מסוים ונקודתי מתוך כלל הליכי הבדיקה שנדרשו, בכדי להקים את סמכות הגיוס מכוח סעיף 12, ובלבד שבעטיו של אי שיתוף הפעולה, לא ניתן היה להשלים, כיאות, את הליכי הבדיקה.

12. בענייננו, שיתוף הפעולה של המערער עם רשויות הגיוס היה חלקי: לעיתים התייצב לזימונים שזומן, ולעיתים נמנע מכך. מכל מקום, **לאורך כל הליכי גיוסו** וכעולה ממסמך יו"ר הוועדה הרפואית הוא נמנע תקופה ממושכת, מאז הליכי הצו הראשון, מלהמציא מסמכים רפואיים, כפי שהתבקש. המערער הועמד על החשיבות שמייחסת רשות הגיוס לעניין זה וניתנה לו שהות והזדמנויות רבות למלא אחר הנדרש. כעולה מחומר החקירה, נמסר למערער במפורש כי מדובר בעניין אשר עלול להביא לגיוסו באפיק סעיף 12 לחוק, וחרף כך הוא נמנע מלמלא אחר הדרוש ממנו. בנסיבות האמורות אין לראות במערער כמי שאך לא התייצב לבדיקה אחת, כטענתו, אלא כמי שבמשך חודשים רבים ורצופים נמנע מלמלא אחר בקשת הרשות לקבל הימנו תיעוד רפואי חיוני. התייצבותו לצרכים אחרים במהלך פרק הזמן, אין בה בכדי לשנות מהעובדה שהוא נותר בחוסר שיתוף פעולה לגבי דרישת הרשות להמצאת מסמכים רפואיים. הימנעותו זו, אחר פניות חוזרות ונשנות מצד לשכת הגיוס עולה, לכאורה, כדי סירוב להשלים את הבדיקות ומקימה סמכות גיוס בתוואי של סעיף 12 כפי שנקט, לבסוף, בעניינו. משמדובר בחוסר שיתוף פעולה מתמשך, לא היה מקום לנקוט בפעולות שנמנו בפק"ל הגיוס כלפי מי שחדל מחוסר שיתוף הפעולה, כפי טענת המערער.

13. בנסיבות האמורות איני סבור כי הליכי גיוסו של המערער נגועים בפגם חריף, שיש בו בכדי להביא לשלילת תוקפו המחייב של צו הקריאה שנשלח למערער.

14. למעלה מהדרוש אוסיף, כי אף אם נכון הייתי לקבל את טענת המערער בדבר קיומו של פגם בגיוס המערער בתוואי של סעיף 12, הרי שעל-פי עקרונות הבטלות היחסית המוחלים על הנפקות שיש ליתן לפגמים בהליך המנהלי –

"יש מקום להתאים את נפקות ההפרה (לרבות הסעד הניתן על ידי בית המשפט) לנסיבות המקרה. והעניין מסור לשיקול הדעת של בית המשפט בכל מקרה. בין היתר עשוי בית המשפט לשקול את חומרת ההפרה; אם מדובר בתקיפה ישירה או בתקיפה עקיפה של החלטה; האם החלטה מותקפת על ידי אדם שנפגע במישרין מן החלטה או על ידי אדם אחר; מתי מותקפת החלטה; מה הנזק שנגרם לאדם משום שנמנע ממנו שימוע מוקדם ומה הנזק שעלול להיגרם לציבור אם תבוטל החלטה; ומה הסיכוי לתקן את המעוות בדרך של שימוע מאוחר" (בג"צ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 306 (1994)).

בפסיקה הוחלו כללי הבטלות היחסית אף על פגמים מן הסוג של חריגה מסמכות וחוסר סמכות:

"תורת הבטלות היחסית התפתחה בעיקר כדי לפרק את המשוואה האומרת כי חוסר סמכות שווה בטלות מוחלטת, לאחר שהתברר כי נזקה של משוואה זו עולה על תועלתה" (ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 816, 793 (1996)).

יישומם של כללים אלה על הנסיבות שבפניי מעלה כי גם אם הייתי נכון לקבל את טענת המערער לקיום של פגם בהליכי גיוסו, וכאמור אין זו דעתי, הרי שהאפשרויות שניתנו למערער פעם אחר פעם להימנע מאכיפת גיוסו במתווה סעיף 12, אם יעשה לתיקון הדרוש, לרבות האפשרות להיבדק ממש ביום הגיוס שבצידה נכונות להוציא בענייניו צו קריאה חדש, לא היו מבססים את הסעד הקיצוני לו עתר המערער – הכרזה על נפסדות מעיקרא של צו הגיוס בענייניו. תוצאה זו נתמכת גם בהתנהלות המערער לאחר מועד הגיוס, עת נמנע מכל ניסיון להקדים את הליכי בדיקתו והיענות לבקשתן החוזרת והנשנית של הרשויות לסיים את בדיקת כושרו. חלף זאת, החל להעדר מהשירות, ובכך גילה דעתו כי הוא איתן שלא לשתף פעולה עם רשויות הגיוס.

15. מהטעמים האמורים סברתי כי צדק בית הדין קמא בקבעו כי הפעלת שיקול דעת הפוקד הייתה סבירה בנסיבות העניין. נוכח האמור, ומשלא היה חולק על קיום עילות מעצר בנסיבות העניין, החלטתי לדחות את הערעור. החלטת הערכאה קמא לעניין מעצרו של המערער תעמוד, אפוא, בעינה.

ניתנה היום, י"ב באדר ב' התשע"ו, 22 במארכ 2016, בלשכה ותודע לבאי-כוח הצדדים.

ארז פורת, אל"ם

שופט בית הדין הצבאי

ל ע ר ע ר י ס

חתימת המגיה: \_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור

סגן קורל מכני

תאריך: \_\_\_\_\_ קצינת בית הדין