



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס – הנשיא

בעניין :

ח/XXX טור' ע' ע' – המערער (ע"י ב"כ, סרן חגי בן דב; סגן איתי המר)

נגד

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

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 588/16 (אל"ם מאיה הלר – הנשיאה) ביום 7.8.2016. הערעור התקבל.

ה ח ל ט ה

1. לאחר ששקלתי את טיעוני הצדדים ועיינתי בחומר הראיות אני רואה לקבל את הערעור. המערער ישוחרר מן המעצר וישהה במעצר פתוח ביחידת מיטב, עד תום ההליכים.
2. מובהר, כי אין כל מניעה להשלים את הליכי קביעת הפרופיל או היבטי כשירות אחרים, במהלך שהיית המערער במעצר פתוח. אין מניעה שלאחר שתקבע כשירותו לשירות יחל בטירונות וישובץ לתפקיד. מובהר, כי יש לקבל את אישור בית הדין המחוזי לשינוי מקום המעצר הפתוח ולחופשות ממנו.
3. נימוקי החלטה זו יינתנו בנפרד.

ניתנה והודעה היום, ז' באב התשע"ו, 11 באוגוסט 2016, בפומבי ובמעמד הצדדים.

נ י מ ו ק י ה ה ח ל ט ה

1. ביום 11 באוגוסט 2016 הוריתי כי המערער, טור' ע' ע', ישוחרר מן המעצר וישהה במעצר פתוח ביחידת מיטב, עד תום ההליכים המשפטיים. להלן נימוקי ההחלטה.
2. כנגד המערער הוגש כתב אישום, אשר מייחס לו עבירת היעדרות מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. עניינה בהשתמטות

משירות בת 971 ימים, שהסתיימה בהתייצבותו. בית הדין המחוזי נעתר לבקשת התביעה והורה על מעצרו של המערער עד תום ההליכים המשפטיים בעניינו. המערער משיג על החלטה זו ומבקש לשחררו מן המעצר, ולחלופין לשחררו לחלופת מעצר.

3. מחומר החקירה עולה, כי ביום 21.8.2012 נשלח למערער מכתב שכותרתו "התייצבותך לצו ראשון – דגשים". המכתב נשלח ל"ירכא", תוך ציון המיקוד הכללי של הישוב וללא ציון כתובת ספציפית. מתדפיס "זימונים למועמד רשימה" עולה, כי נשלחו למערער שלושה זימונים לצו ראשון (בימים – 11.10.2012, 30.10.2012 ו-25.11.2012), שאליהם לא התייצב המערער. התדפיס אינו מפרט לאיזה מען נשלחו זימונים אלו. עוד עולה מחומר החקירה, כי נערכו מספר ניסיונות לשוחח עם המערער טלפונית, אולם אלה לא צלחו. ביום 6.1.2013 הודיע מש"ק איתור לרמ"ד ביקורת ההתייצבות בלשכת הגיוס, כי המערער נמצא בסטאטוס "בירור כתובת" מיום 26.11.2012, וכי טרם התקבלו תשובות מהעירייה, מהביטוח הלאומי ומ"בזק", בכל הנוגע לאיתורו של המערער. עוד צוין, כי לא נערך ביקור בית למערער. בעקבות כך, המליצה רמ"ד ביקורת ההתייצבות על הוצאת פקודת מעצר כנגד המערער והעמקת ניסיונות האיתור בהמשך. המלצה זו אושרה ביום 16.1.2013 על-ידי מפקד לשכת הגיוס. בחומר החקירה מצויה גם תכתובת דואר אלקטרוני בין מספר משתתפים, וביניהם רמ"ד ביקורת ההתייצבות, מפקד לשכת הגיוס, סגן מפקד מיטב לגיוס, ראש מנהל אוכלוסיות ומפקד המרחב הדרוזי והצ'רקסי. בהודעת דואר אלקטרוני מיום 17.3.2013 פירטה רמ"ד ביקורת ההתייצבות שמות של מלש"בים, ביניהם המערער, וציינה: "המלש"בים הבאים נמצאים כעת לפני צו 12, צ"ג ללא נתונים. לא אותרו על ידינו מעולם... אתם חייבים להבין שאם מלש"בים הנמצאים בבירור כתובת, בפקודת מעצר ולפני צווי 12 לא יאותרו ויגיעו ללי"ג- בעוד כחודשיים-שלושה גם הם יהיו משתמטים כי ייצא להם צו 12 וכך המעגל הזה רק ילך ויגדל... עם המלש"בים הבאים אמתין כשבועיים, אך אם בזמן זה לא אקבל מידע עליהם- אאלץ להוציא להם צווי 12 מבלי שאיתרנו אותם...". בהודעת דואר אלקטרוני מיום 7.5.2013 ששלחה רמ"ד ביקורת ההתייצבות למפקד לשכת הגיוס נכתב: "לא קיבלתי סיכומי ב"ב על אף אחד מהמלש"בים... לכל המלש"בים... פגה כבר הפ"מ לפני זמן רב ואנו צריכים להוציא להם צווי 12, אך הם לא מאותרים... או שהמנהל יבצע ביקורים או שנקבל החלטה להוציא להם צווי 12 מבלי שאותרו ומבלי שיש ב"ב". באותו היום שלח מפקד לשכת הגיוס הודעת דואר אלקטרוני לראש מנהל האוכלוסיות וכתב "ישנם עשרות מלש"בים שעתידיים להיות מוכרזים כמשתמטים... שים לב לרשימה מטה הכמות גדולה ואין לנו כל אינדיקציה, אבקשך לעזור בטיפול בביקורים אלו על מנת לטפל במלש"בים כנדרש", בהמשך לאותה

הודעת דואר אלקטרוני פנה מפקד לשכת הגיוס לסגן מפקד מיטב וכתב "אבקש אישורך לאישור גורף לאי שיתוף פעולה והוצאת צווי 12 לפני השתמטות". למחרת, ביום 8.5.2013 השיב סגן מפקד מיטב כי "נמתין להתייחסות המנהל אבל מאושר בעקרון". ביום 1.7.2013 המליצה רמ"ד ביקורת התייצבות על גיוסו של המערער לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986. בהמלצתה ציינה, כי המערער "לא היה בל"ג מעולם ולא אותר על ידינו מעולם... ביקשנו אינספור פעמים ממנהל אוכי ביצוע ב"ב למלש"ב, אך טרם קיבלנו מהם התייחסות לגביו או סיכום ב"ב... למלש"ב אח שהתגייס ב-2010, כך שאני מניחה שהמלש"ב מודע לחובת שירותו. שוחחנו עם תיכון אחווה בירכא... מסרו לנו שהוא לומד אצלם בכיתה י"ב... ומסרו לנו טל' שלו אך הם לא מחוברים". בהמשך, ביום 1.7.2013, אישר מפקד לשכת הגיוס את גיוס המערער לפי סעיף 12, מבלי לציין נימוקיו. ביום 4.7.2013 נשלח למערער צו גיוס לפי סעיף 12, הקורא לו לגיוס ביום 3.12.2013, וביום 21.8.2013 נשלח למערער זימון שדחה את מועד הגיוס ל-4.12.2013. גם צווים אלה נשלחו לישוב ירכא, ללא ציון רחוב או מספר בית. ממסמך שכותרתו "פורמט ביקור בית מד"ן" עולה, כי ביום 23.8.2013 שוחח מד"ן טלפונית עם המערער. בשיחה הוסבר לו מעמדו לפי "צו 12", והמערער מסר כי הוא מעוניין להתגייס. ביום 6.10.2013 התייצב המערער בלשכת הגיוס בחיפה ונערך לו ראיון, שבמהלכו מסר את פרטיו האישיים, לרבות כתובתו המעודכנת ומספר טלפון שבו ניתן להשיגו. המערער ציין כי לא התייצב עד כה, מפני שלא קיבל זימונים, וכי התייצב כעת בלשכת הגיוס כי "רצה לדעת מה קורה איתו". בתחתית סיכום הראיון המליצה רמ"ד ביקורת התייצבות "צו 1 ובסיום – מתן צ"ג רגיל". את ההמלצה אישרה סגנית מפקד לשכת הגיוס בחיפה. עוד באותו היום חתם המערער על הצהרת מלש"ב, שלפיה הוא מודע למעמדו לפי סעיף 12 ולתאריך גיוסו הספציפי, וכי עליו להתייצב להליכים מקדמיים לגיוס ביום 21.10.2013. המערער לא התייצב להליכים המקדמיים. ביום 13.11.2013 נערכה שיחה טלפונית עם המערער, שבה הוא מסר כי הוא מעוניין להתגייס ויגיע על מנת להסדיר את מעמדו. אף על פי כן, לא הגיע המערער ליום גיוסו ב-4.12.2013. לאחר מספר שיחות טלפוניות שנערכו עם המערער, אימץ מפקד לשכת הגיוס ביום 31.12.2013 את המלצות רמ"ד ביקורת התייצבות, מש"ק משתמטים ו-ע' רמ"ד תנועה והכריז על המערער כ"משתמט גיוס בארץ". למחרת, נשלח למערער מכתב, שבו צוין כי הוא עובר עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, כי הוצאה נגדו פקודת מעצר, וכי עליו להתייצב בלשכת הגיוס באופן מיידי. ביום 24.7.2016 התייצב המערער בלשכת הגיוס בחיפה, שם נערך לו ראיון נוסף, שבמהלכו הצהיר כי אינו מעוניין להתגייס כלל. נאמר לו, כי עליו להמתין עד הגעת המשטרה הצבאית, אך הוא לא עשה כן ומסר שיסגיר את עצמו

לבד. ביום 1.8.2016 התייצב המערער בלשכת הגיוס ונעצר על-ידי המשטרה הצבאית.

4. בבית הדין המחוזי עתרה התביעה למעצרו של המערער עד תום ההליכים בעניינו. להשקפתה, חומר הראיות מבסס את קריאתו כדין לשרות בטחון ותקופת העדרותו הממושכת מצדיקה את המעצר. ההגנה טענה, כי על אף שבפסיקה נקבע שהסמכות הנתונה מכוח סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, היא סמכות חריגה ובעייתית, ובכל זאת נעשה במקרה דנן שימוש בסמכות חריגה זו באופן גורף. עוד טענה ההגנה, כי פרטי הכתובת על גבי הזימונים שנשלחו אל המערער לא היו מפורטים דיים, וצוין בהם אך שם הישוב והמיקוד, ללא ציון כתובת ספציפית. נטען, כי המערער התקשר ללשכת הגיוס והתייצב שם מספר פעמים, אך לא נרשם תיעוד על התייצבותו. ההגנה הציגה תצהיר מטעם אביו של המערער, שאישר כי המערער התייצב יחד איתו מספר פעמים בלשכת הגיוס וחרף זאת, התביעה נמנעה מלערוך בירור בעניין. ההגנה ציינה עוד, כי הצו הפוקד הכללי הרלוונטי מזמן את המערער ל-16.8.2015, ומשזאת תחילת ההיעדרות, שניתן לייחס למערער, על רקע הקשיים האמורים, התקופה אינה מצדיקה הגשת כתב אישום, לפי הנחיות התביעה.

5. בית הדין קמא קבע, כי אמנם המכתב שנשלח למערער, נקב רק בשם הישוב, "ואולם המסמך מפרט את מספר תעודת הזהות של הנאשם וכן את המיקוד". עוד נקבע, כי אין כל תיעוד בחומר הראיות לשיתוף פעולה של המערער עם רשויות הגיוס ולהתייצבותו בלשכה, מלבד תצהיר שנחתם על-ידי אביו. מנגד, נקבע, כי תיעוד שיחות טלפון במערכת מלמד, כי נוצר קשר טלפוני באופן רציף עם המערער והובהר לו מועד גיוסו. משכך, נקבע כי קיימת תשתית ראיות לכאורה לביסוס כתב האישום. נקבע, כי השתמטות של כשנתיים ושמונה חודשים משירות ביטחון מקימה עילות מעצר. נוכח האמור הורה בית הדין קמא על מעצרו של המערער עד תום ההליכים המשפטיים בעניינו.

6. בערעורה, טענה ההגנה, כי מפקד לשכת הגיוס פעל בצורה בלתי סבירה, שעה שהחליט לאשר הוצאת פקודת מעצר כנגד המערער, בשלב שבו היה ברור כי המערער אינו מודע לזימונים שהוצאו לו והומלץ על-ידי רמ"ד ביקורת התייצבות להעמיק את הניסיונות איתורו. עוד טענה ההגנה, כי המחוקק נתן בידי הפוקד, באמצעות סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, סמכות "קיצונית ובעייתית" להורות על גיוסם של מלש"בים שטרם נקבע כושרם. נטען, כי החלטתו של מפקד לשכת הגיוס להוציא צו גיוס למערער, בנסיבות המקרה, אינה סבירה באופן קיצוני. ההגנה הדגישה, כי התנאי הראשון להוצאת צו גיוס לפי סעיף 12, הוא חוסר שיתוף פעולה מצד המלש"ב. ההגנה טענה, כי בשלב שבו הוחלט על הוצאת צו גיוס לפי סעיף 12, היה ברור לגורמי לשכת הגיוס כי המערער אינו מודע למעמדו, וכי הצו ישלח לכתובת

כללית. נטען, כי משאישר מפקד לשכת הגיוס את ההמלצה לגייס את המערער מכוח סעיף 12, פעל הוא בחוסר סמכות. שכן, המערער לא היה מודע למעמדו או לזימונים שנשלחו אליו, ואין בחוסר מודעות משום חוסר שיתוף פעולה, שהוא התנאי להוצאת צו גיוס לפי סעיף 12. ההגנה הפנתה לסעיף 2(ד) של "צו 12-פק"ל לשכות הגיוס- מדור ביקורת" המורה כי אם מלש"ב אינו מתייצב לשלושה זימונים, על הלשכה לערוך שיחת טלפון ולוודא שהמלש"ב מודע למעמדו. בהקשר זה, טענה ההגנה, כי בעניינו של המערער ערכה לשכת הגיוס אך שתי שיחות טלפוניות, למספרי טלפון שזהות משתמשיהם אינה ידועה למערער, ומבלי שנערך ניסיון לאתר את המערער בדרך אחרת – כגון עריכת ביקור בבית הספר שבו למד. נטען, כי אין מקום לבחון את השתלשלות האירועים שלאחר הוצאת צו הגיוס, מכיוון שצו הגיוס שהוצא למערער, הוצא בחוסר סמכות והוא נגוע בחוסר חוקיות, השוללת את תוקפו. כן נטען, כי מיד כשנודע למערער דבר ההליכים בעניינו, התייצב המערער בלשכת הגיוס ועבר את כל ההליכים שנדרש.

דיון והכרעה

7. הלכה היא, כי סמכות הגיוס לפי סעיף 12 היא סמכות חריגה, שיש להפעילה במשורה ובזהירות. ברע"פ 1057/99 יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365, 377 (1999) קבע בית המשפט העליון כי –

"...הסמכות לחייל אדם אף-על-פי שכושרו לשרת בצבא עדיין לא נקבע, מכוח סעיף 12, היא סמכות קיצונית ובעייתית. יש בעיה בחיול אדם שעשוי להתגלות, כאשר יעמוד לבדיקה רפואית, כחסר כושר לשירות בטחון. חיול כזה, שעשוי להתבטל בעקבות הבדיקה הרפואית, מכביד גם על הצבא וגם על אותו אדם. זאת ועוד. הזמן החולף בין החיול של אדם כזה לבין סיום הבדיקה הרפואית הוא זמן מבוזבז, שכן סעיף 12 קובע כי אותו אדם ילא יתחיל באימון צבאי כל עוד לא נבדק בבדיקה רפואית לצורך קביעת כשרו הרפואי לשירות בטחון ונמצא כשר לשירות. הזמן החולף לבטלה (ומשך הזמן תלוי, בין היתר, בנכונות של אדם זה לשתף פעולה בביצוע הבדיקה הרפואית) פוגע בצבא, ובין היתר הוא מכביד על התכנון של השימוש הראוי במשאבי אנוש, כגון, בתכנון קורסים צבאיים. כתוצאה אף נוצרת הבחנה בלתי ראויה בין אלה שנענו לצו הקריאה, ולפיכך חויילו לאחר שעברו בבדיקה רפואית, לבין אלה שהשתמטו מן הצו, ולפיכך עברו את הבדיקה הרפואית רק לאחר שחויילו, על חשבון השירות הפעיל.

אכן, המחוקק סבר, בשל הצורך להיאבק בהשתמטות משירות בטחון, כי יש לאפשר גם חיול של אדם שעדיין לא עבר בבדיקה רפואית. לכן הקנה המחוקק את הסמכות המיוחדת שבסעיף 12; אך סמכות מיוחדת אמורה להיות מופעלת במקרים מיוחדים, ולא דווקא באופן שגרתי; לכן היא נקבעה כסמכות רשות, והפעלתה כרוכה בשיקול דעת" (ראו גם: ע"מ/15/17,18 טור' טקה נ' התובע הצבאי הראשי (2015), ע"מ/15/77 טור' יהושע נ' התובע הצבאי הראשי (2015)).

היה על הפוקד, בעת הוצאת צו גיוס לפי סעיף 12, להפעיל, אפוא, שיקול דעת פרטני בעניינו של המערער, רק לאחר שנחה דעתו כי פעלו די כדי להביא להתייצבותו של המערער בלשכת הגיוס. פרטנו לעיל, באריכות, את השתלשלות העניינים כאן. עולה מן הדברים, לכאורה, כי גורמי לשכת הגיוס עשו שימוש גורף בקריאה מכוח סעיף 12 לחוק, שלא לפי תכליתו. גורמי לשכת הגיוס הוציאו צווים מכוח סעיף 12 לרשימת מלש"בים, אשר לא אותרו, מבלי שנעשה ניסיון ממשי לאתרם, ומבלי שהופעל שיקול דעת פרטני לגבי כל אחד מהם. בעניינו של המערער לא עלה כי הוא נקרא כדין ולא התייצב או שהתייצב ולא שיתף פעולה, אלא כי צו הגיוס לא בא לידיעתו (גם לא באופן קונסטרוקטיבי) או שלמצער, גורמי הלשכה סברו כי לא בא לידיעתו. הם בחרו להוציא פקודת מעצר וצו לפי סעיף 12, **כתחליף** למשלוח הצו באופן המקיים מודעות לקבלתו. זאת עשו, במקום לנקוט אמצעים אפשריים כדי לאתר את המערער ולהביא לידיעתו את דבר קריאתו (כך למשל, היה ידוע לגורמי לשכת הגיוס כי למערער אח, חייל בצה"ל, אולם לא יצרו עמו קשר; כי המערער לומד בבית ספר מסוים, אך לא ערכו ביקור בבית סיפרו; למערער אף לא נערך ביקור בית בביתו). אין ניתן לומר, אפוא, מניה וביה, כי עובר להוצאת הצו התמלאו התנאים לפי סעיף 12. שאלת תוקפו המחייב של צו כזה ראויה לדיון, בראי דוקטרינת התוצאה היחסית (השוו: ע"מ/12/75 **התובע הצבאי הראשי נ' טורי קריחלי** (2012)).

8. כידוע –

"ככלל, כאשר מתעוררות שאלות מורכבות אודות חוקיות הגיוס... וכאשר אין ניתן לברר את השאלות האמורות תוך ימים ספורים... הנטייה צריכה להיות להימנע ממצע ממשי ולשקול, ביתר שאת ובמשנה תוקף, מקום שקיימות ראיות לכאורה ועילת מעצר, כמו במקרה דנן, להסתפק בחלופת מעצר... " (ע"מ/03/6 **רב"ט פרץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2003)) וראו גם עניין **קריחלי** דלעיל).

9. משכך, הוריתי כי המערער ישוחרר למעצר פתוח.

ניתנו היום, כ"ה באב התשע"ו, 29 באוגוסט 2016, בלשכה ויועברו לצדדים על-ידי המזכירות.

דורון פיילס,
אלוף
נשיא בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ר ו ר י ס

חתימת המגיה: _____ העתק נאמן למקור

סגן קורל מכני

תאריך: _____ קצינת בית הדין