

בלמ"ס

ערעור (מעצרים) 31/11



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

תא"ל דורון פיילס - המשנה לנשיא

בעניין:

טור' א.ש. - המערערת

(ע"י ב"כ, סרן אבי פינרסקי; קמ"א אנסטסיה רוזנקרנץ)

נגד

התובע הצבאי הראשי - המשיב

(ע"י ב"כ, רס"ן לירון אלוש)

ובעניין:

התובע הצבאי הראשי - המערער

(ע"י ב"כ, רס"ן לירון אלוש)

נגד

טור' א.ש. - המשיבה

(ע"י ב"כ, סרן אבי פינרסקי; קמ"א אנסטסיה רוזנקרנץ)

ערעורים על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי מטכ"ל שניתנה בתיק מט/429/11 (סא"ל כרמל ווהבי – שופט) בתאריך 7/4/2011. הערעורים נדחו.

1. החלטה

2. לאחר ששקלתי את טיעוני הצדדים אני מוצא לדחות את שני הערעורים.
3. החלטת בית הדין קמא, שלפיה תשוחרר המערערת למעצר פתוח ביחידתה, תעמוד בעינה.
4. נימוקי החלטה זו יינתנו בנפרד.

ניתנה היום, ו' בניסן התשע"א, 10 באפריל 2011, בפומבי ובמעמד הצדדים.

דורון פיילס, תא"ל
המשנה לנשיא בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ר ו י ם

נימוקי ההחלטה

1. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים מצאתי לדחות את ערעוריהם. להלן נימוקי החלטתי.
2. טורי א.ש. (להלן: המערערת) מיוחסת עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 [לחוק השיפוט הצבאי](#), התשט"ו-1955. עניינה העדרות בת 502 ימים. התביעה הצבאית ביקשה בבית הדין קמא לעצור את המערערת עד תום ההליכים, במעצר ממשי. בית הדין קמא החליט כי המערערת תשהה במעצר פתוח עד תום ההליכים המשפטיים בעניינה. התביעה הצבאית ערערה על ההחלטה וביקשה כי תתקבל עתירתה המקורית. המערערת, בערעורה, ביקשה כי אורה לשחררה ללא תנאים מגבילים.
3. המערערת הגישה לרשויות הגיוס תצהיר לפטור מטעמי הכרה דתית, לפי סעיף 40 [לחוק שירות בטחון](#) [נוסח משולב], התשמ"ו-1986. במועד הדיון בבית הדין קמא הייתה מחלוקת האם התצהיר הוגש במועד, לפי איזו מן החלופות הקבועות [בתקנות שירות בטחון](#) (פטור נשים משירות בטחון מטעמים שבהכרה דתית), התשל"ח-1978, באופן שהוא פוטר את המערערת משירות בטחון. על עניין זה נסב חלק נכבד

מהחלטתו של השופט הנכבד קמא. עובר לדיון בערעור איתרה התביעה מסמך נוסף, תעודת עובד ציבור, אשר מעידה על משלוח צו גיוס למערערת. מסמך זה, בהנחה שהוא תקין, מלמד כי המערערת נקראה לשירות בטחון קודם למועד שהיה ידוע בעת הדיון בבית הדין קמא. מועד, שביחס אליו, הוגש התצהיר, בבירור, מאוחר מן המועדים המקסימאליים שנקבעו בתקנות. טוענת התביעה כי במצב דברים זה, אין עוד ספק כי המערערת הייתה חייבת בגיוס, משלא הייתה זכאית לפטור מכוחו של התצהיר. באי כוחה של המערערת סבורים, כי על הפוקד היה להפעיל שיקול דעת האם לקבל את תצהירה של המערערת באיחור, כמצוות תקנה 40(ב) לתקנות ("פוקד מוסמך רשאי לקבל את התצהיר במועד מאוחר מהמועד האמור בתקנת משנה (א), אם ראה לעשות כן מטעמים מיוחדים") ומשלא עשה כן, נגוע הליך הגיוס בפסול היורד לשורש תוקפו.

4. יצוין, כי משהתברר דבר קיומה של תעודת עובד הציבור הנוספת שינו, במהלך הדיון, באי כוחה של המערערת את עמדתם ולמעשה חזרו בהם מן הערעור וביקשו, נוכח הטיעון האמור, להותיר את החלטתו של בית הדין קמא בעינה. הסנגורים ציינו עם זאת, כי לגישתם יקשה להסתמך על תעודת עובד הציבור האמורה משני טעמים: הכתובת הנקובה בה אינה מדויקת - חסר הציון "א" ליד מספר הבית וחסר המיקוד וכן, לא ברור באיזה טווח של מועדים הוסמכה החיילת שהוציאה את הצווים להוציאם. ייאמר מיד, כי לא מצאתי ממש בשני טעמים אלה – בתעודה ננקבו העיר, הרחוב ומספר הבית. בכתב ההסמכה נכתב כי החיילת הוסמכה במועד שלפני מועד שליחת הצו. באלה די, לפחות לשלב דיוני זה.

5. נותרה הטענה שעניינה העובדה כי הפוקד לא שקל כלל לקבל את התצהיר באיחור. באי כוחה של המערערת סבורים, כי לפוקד מסורה סמכות שבשיקול דעת שהוא חייב להפעילה. משלא עשה כן, אין תוקף לגיוסה של המערערת. הסנגורים סבורים, בהיבט המעצר, כי מתעוררת כאן שאלה משפטית סבוכה הנוגעת לחוקיות הגיוס ומשכך, ניתן להסתפק בחלופה. התביעה סבורה כי אין הדבר כך.

6. אכן, שאלה הצריכה להכרעה היא מה חובתו של הפוקד בקבלו תצהיר שהוא סבור כי הוגש באיחור. התקנות מעניקות לפוקד, כאמור, סמכות לקבל את התצהיר מאוחר מן המועדים שנקבעו בתקנות, מטעמים מיוחדים. ככל שניתן להבין מן המסכת העובדתית שהובאה בפני בית הדין קמא ובפניי (בהיעדר תיק אישי), התצהיר לא הובא בפני הפוקד וממילא הוא לא שקל האם לקבלו באיחור. ככל הנראה, העניין נותר בטיפול מי מסגל לשכת הגיוס שאינו פוקד. נראה שאיש לא העמיד את המערערת על העובדה כי עניינה יכול להישקל, כחריג, על ידי הפוקד.

"כאשר מוענקת לרשות מנהלית סמכות, חלה עליה חובה מתמדת ומתמשכת לשקול את הצורך בהפעלתה. המשמעות המעשית העיקרית של חובה זו היא שעל הרשות לשקול את הצורך בהפעלת הסמכות ואסור לה לקבל החלטה מראש לגבי העמדה שתחזיק בה בעתיד באשר לאופן הפעלתה של הסמכות (וכך לפטור עצמה מבחינה נוספת של העניין)" (ד' ברק-ארז, **משפט מנהלי**, כרך א', 201 (2010)).

7. השאלה מה דין חובת השירות של המערערת, אם היה בעל הסמכות חייב לשקול לקבל את תצהירה באיחור ולא עשה כן – האם חייבת גיוס היא ומשלא התייצבה הרי היא נעדרת מן השירות שלא ברשות, האם פטורה היא משירות או שמא יש לתור כאן אחר תוצאה יחסית – לבחון כיום את קבלת תצהירה באיחור או פתרון ביניים אחר, צריכה גם היא הכרעה, והיא אינה פשוטה (לדיון רחב בעניין תוצאות הפגם המנהלי ראו שם, בפרק 22).

8. נמצא כי ישנן ראיות לכאורה לכך כי המערערת נקראה כדין לשירות, לא פוטרה הימנו ולא התייצבה אליו, אולם ישנן שאלות משמעותיות, שראוי כי תתבררנה במשפט גופו, אשר נוגעות לדרך שבה היה צריך לנהוג בתצהיר שהוגש באיחור והשלכות העניין על חוקיות הגיוס. "כידוע, כאשר עולה מחומר הראיות שאלה אמיתית ומורכבת בדבר חוקיות הגיוס, מוטב כי הסוגיה תתברר במשפט גופו, כשהנאשם אינו עצור..." (ע"מ/30/07 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' טגאו** (2007); וראו גם ע"מ/18/03 **טור' רגולה נ' ה תובע הצבאי הראשי** (2003); ע"מ/32/07 **טור' שוץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2007)).

9. משכך, מצאתי להותיר את החלטת בית הדין קמא בעינה.

ניתנו היום, י"ג באייר התשע"א, 17 במאי 2011, בלשכה. המזכירות תעביר עותק מן הנימוקים לצדדים.

דורון פיילס 54678313-31/11

דורון פיילס, תא"ל
המשנה לנשיא בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ו ר י ס

חתימת המגיה: _____ העתק נאמן למקור

גולני ניר סגן

תאריך: _____ ק' בית הדין

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)