



### בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא  
תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא  
סא"ל אילן איטח - שופט

בעניין :

**התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן גל באומהקר ; סרן ליאור  
רוזנשטרך)**

**נ ג ד**

**ח/XXX טוראי י' א' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד מנחם שטאובר)**

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק  
מטכל (מחוזי) 822/17 (רס"ן חיים בלילטי – שופט) ביום 11.10.2019. הערעור  
(הכרעת הדין) התקבל.

### פ ס ק - ד י נ

#### **רקע**

1. כנגד טוראי י' א', **המשיב**, הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של היעדר מן  
השירות שלא ברשות לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, בגין כך  
שנעדר משירות צבאי, מיום 22.7.2014 ועד ליום 17.12.2017, דהיינו במשך 1,244  
ימים. על-פי הנטען, המשיב לא התייצב במועד שאליו נקרא לעשות כן, ולפיכך  
השתמט מן השירות הצבאי.

2. המשיב כפר במיוחס לו בכתב האישום. נטען על-ידי ההגנה, כי הוא בעל אזרחות  
כפולה: ישראלית וצרפתית, וכי בהתאם ל"אמנה והסדר מינהלי בין ישראל ובין  
צרפת בדבר שירותם הצבאי של בעלי אזרחות כפולה" (מיום 30.6.1959) (להלן –

**האמנה**) – הוא פטור משירות צבאי בישראל. לצד זאת נטען, כי המשיב לא שהה בישראל בעת שנקרא לגיוס ולא היה מודע לחובתו להתייצב במועד הרלוונטי.

3. לאחר שמיעת ראיות, הורה בית הדין קמא על זיכוי של המשיב מאשמה, מחמת הספק.

4. התביעה הצבאית לא השלימה עם הכרעת-דינה של הערכאה קמא ומכאן הערעור שלפנינו.

### **המסכת הראייתית**

5. עיון בראיות שהוצגו לפני הערכאה קמא מלמד, כי ניתן לחלק אותן לשתי קבוצות עיקריות: הראשונה עניינה בראיות להוכחת הליכי הגיוס וקריאתו של המשיב לשירות צבאי בישראל; והשנייה עניינה בראיות הנוגעות לאמנה ולישומה בעניינו של המשיב, בפרט לאור השינוי שחל לפני מספר שנים במתווה השירות הצבאי בצרפת. להלן נסקור את קבוצות הראיות לפי סדרן.

### **על הליכי הגיוס וקריאתו של המשיב לשירות צבאי בישראל**

6. בחלק זה של הדיון **העידו מטעם התביעה** הגורמים המעורבים בהליכי הגיוס וכן הוצגו המסמכים מתיקו האישי של המשיב.

7. סא"ל (מיל') זלינגר, מפקדת לשכת הגיוס בירושלים בתקופה הרלוונטית, הציגה תעודות עובד ציבור המלמדות על משלוח צווי גיוס לכתובתו הרשומה של המשיב, שלפיהן נקרא לגיוס בחודש אפריל 2013 ולאחר מכן בחודש יוני 2014. העדה ציינה, כי המשיב מעולם לא פנה ללשכה בבקשה לשרת בצבא צרפת חלף השירות הצבאי בישראל.

8. רס"ן (מיל') יומטוב, סגן מפקד לשכת גיוס ירושלים בעת ההיא, מסר כי למשיב נשלחו שני צווי גיוס. הראשון נשלח בעת ששהה בארץ ועל השני, נמסר להוריו עדכון. כמו כן, הובהר לאביו של המשיב כי האחרון הוכרז כמשתמט, מאחר שלא התייצב לשירות הצבאי במועד. העד אף פירט, כי כחודשיים קודם להכרזתו כאמור, פנו המשיב ואביו ללשכה וטענו כי המשיב הוא תלמיד ישיבה, הזכאי לפטור משירות צבאי. השניים אף הציגו אישור מן הישיבה. בואר גם, כי נמסר למשיב כי הוא בבחינת משתמט משירות צבאי וכי המשיב פנה בבקשה שהגיש מחו"ל, להיכנס לארץ מבלי להיעצר.

9. מפקד מיטב, אל"ם מצליח, מסר כי על מועמד לשירות ביטחון המבקש לשרת בצבא צרפת, להגיש בקשה מתאימה בארץ. אף מעדותו עלה, כי המשיב לא הגיש בקשה כזו.

העד פירט, כי בכל הנוגע לשירות צבאי במדינה אחרת ולהשלכותיו על חובת השירות בצה"ל, יש לעמוד בתנאים שנקבעו בפקודות, ובהם "ישיבת קבע" במדינה האחרת. העד הסביר, כי הביטוי "ישיבת קבע" נבחן בהתאם למבחן "מירב הזיקות" של המועמד לשירות ביטחון ושל הוריו, לאחר שמלאו לו 16. המשיב עצמו התייצב להליכי הצו הראשון ואף ערך שיחות טלפון אל מוקד מיטב בבקשה להעלות פרופיל. בהמשך פנה בבקשה כי ייכלל בהסדר של תלמיד ישיבה ש"תורתו אומנותו". לאחר שלא התייצב במועד שאליו נקרא לגיוס נערכה שיחה עם אביו והאחרון עודכן בדבר מעמדו של בנו כמשתמט משירות צבאי.

10. בתיק האישי על-שם המשיב מצוי מסמך שנערך בביקורת גבולות, המלמד על כניסותיו ויציאותיו מן הארץ. כמו כן מצוי תיעוד שיחה מיום 27.4.2014, שלפיו המשיב פנה בבקשה להיכלל במעמד של בני ישיבות. קיים תיעוד אף של בקשה כתובה ואישור מן הישיבה שהועברו בפקס ולצד זאת, ציון, כי הבקשה נשללה בחודש מאי 2014. כמו כן קיים תיעוד על שיחת טלפון עם אביו של המשיב מיום 22.7.2014, שבמהלכה נמסר לאב כי המשיב לא התייצב לשירות הצבאי במועד הנדרש. על-פי אותו תיעוד, האב השיב, כי "הנ"ל בחו"ל והוא רוצה להיכנס למעמד של בני"ש. אמרתי כי בקשתו נשללה לכן מחויב להגיע לגיוס. אם לא יגיע יוכרז משתמט ותצא נגדו פ.מ. האב אמר שימסור לבנו את המסר". קיים גם תיעוד של שיחה נוספת, מיום 29.12.2014, שבמהלכה הובהר לאב מעמדו של בנו והשלכות אי-התייצבותו לגיוס. בחודש ינואר 2015 מתוארת פנייה לקצין פניות הציבור ולנציב קבילות חיילים מצד אדם בשם "גולדנטל", בבקשה להימנע מלעצור את המשיב עם כניסתו ארצה. כמו כן מצויים אישורי לימודים מישיבת "יחווה דעת" בירושלים ומישיבת "מערבא" בקרית ספר, שנשלחו ללשכה באמצעות פקס ביום 6.5.2014 וביום 14.5.2014. על-פי אותם אישורים, שצורפו לבקשה לקבלת המשיב למעמד בני ישיבה, עולה, כי המשיב למד בישיבת "מערבא" החל מאוגוסט 2010 ועד לאוגוסט 2013, וכי בחודש מאי 2014, מועד הגשת הבקשה, היה תלמיד קבוע בישיבת "יחווה דעת".

11. התביעה הציגה גם את אמרתו של המשיב מיום 18.12.2017. באמרה, הכחיש המשיב את החשדות נגדו וטען, כי הוא פטור משירות צבאי.

12. המשיב העיד בשלב פרשת ההגנה. הוא מסר, כי אמנם נולד בצרפת, אך גדל והתחנך בישראל. הוא פירט על קשייו להשתלב בלימודים בישיבות וטען כי החליט לעזוב את הארץ בעקבות כך שסולק מלימודיו בישיבה. המשיב הכחיש כי למד בישיבה "יחווה דעת" או כי שלח ללשכת הגיוס אישור לימודים מישיבה זו. ההגנה אף הציגה חוות-דעת של גרפולוג אשר חיווה דעתו, כי כתבי היד על גבי אישור הלימודים אינם דומים לכתב ידו של המשיב.

נטען על-ידיו, כי בחודש אוקטובר 2013 עזב לצרפת וכי כחודש לאחר מכן התייצב ל"יום ההכנה וההגנה" שם. המשיב מסר, כי עודכן על-ידי הרשויות בצרפת כי בכך יצא ידי חובת השירות הצבאי בשתי המדינות שבהן הוא אזרח. ביום ההכנה הוסבר לו על הצבא בצרפת ועל אפשרותו להתנדב לשרת בו. המשיב אישר כי לא קיבל מדים ביום ההכנה, לא אחז בנשק ולא קיבל תעודה שלפיה היה חייל בצבא צרפת. הוא ציין כי יום ההכנה נערך בבסיס צבאי, אך לא זכר את שם המקום. כמו כן טען, כי הניח שהגורמים בצרפת יפנו לרשויות הצבא בישראל על-מנת להסדיר את הפטור מן השירות הצבאי בארץ.

המשיב פירט כי לאחר אותו יום הכנה שב ארצה במספר הזדמנויות, לתקופות קצובות, וההגנה הציגה תדפיס ("בירור פרטים על נוסע"), שלפיו מאז חודש אוקטובר 2013, שהה המשיב בארץ במועדים הבאים: 29.11.2013-8.12.2013, 6.4.2014-4.4.2014 ובין 24.4.2014-1.5.2014. לאחר מכן, לטענת המשיב, שהה בצרפת ואף בקנדה, ושב לארץ, רק בחודש יולי 2017. לטענתו, הוא הגיע ארצה על-מנת לבקר את הוריו ובכוונתו לשוב לצרפת, שם הוא עובד לפרנסתו. המשיב פירט כי הוא עובד בצרפת בעסק לשיווק מזון כשר השייך לדודו. בואר גם, כי במסגרת עבודתו, נהג לטוס לקנדה, מפעם לפעם, ולשהות שם למשך פרקי זמן קצרים, באמצעות ויזת לימודים שאותה השיג עבורו אביו. בהקשר זה, לשאלת התביעה, השיב כי בעת שהותו בקנדה, נהג ללמוד במשך מספר שעות. המשיב מסר, כי קיבל תלושי שכר במהלך עבודתו אצל הדוד וכי ביכולתו להציגם לבית הדין. תלושי שכר לא הוגשו כראיה וההגנה ציינה, כי ויתרה על הצגתם כראיה, לאור שהותו של הדוד בצרפת.

נטען על-ידי המשיב כי לא עודכן על-ידי אביו בכל הנוגע למעמדו כמשתמט מן השירות הצבאי בארץ והוא אף הכחיש כי יצר קשר עם רשויות הצבא, לאחר שעזב את הארץ, בחודש אוקטובר 2013. המשיב טען, כי בהיותו בארץ, לא קיבל לידיו צו גיוס, אך אישר שקיבל זימונים להליכים מוקדמים יותר בלשכת הגיוס.

כמו כן טען, כי הכיר את האמנה בין ישראל לצרפת. בד בבד, משנשאל מדוע אם כן, לא פנה ללשכת הגיוס בבקשה מסודרת לקבלת פטור משירות צבאי, השיב כי לא ידע שעליו לעשות כן ואישר כי לא מילא כל טופס בהקשר זה.

13. ההגנה הציגה מסמך רשמי מצרפת מיום 26.2.2016, שלפיו המשיב "עמד בהתחייבויותיו בהתאם לקודקס השירות הצבאי. הוא עבר את יום הגנה ואזרחות ביום 11 בנובמבר 2013".

14. אחיו של המשיב, מר א' א', ציין כי לא היה בקשר טוב עם המשיב מאז שעזב לצרפת. כמו כן, נטען על-ידי, כי אבי המשפחה נוהג לקבל החלטות בנוגע לבניו, מבלי להיוועץ בהם.

### על חובת השירות הצבאי של בעל אזרחות כפולה: ישראלית-צרפתית

"אמנה והסדר מנהלי בין ישראל ובין צרפת בדבר שירותם הצבאי של בעלי אזרחות כפולה"

15. עיון בשלל המסמכים שהוגשו בנושא זה לפני בית הדין קמא, מעלה כי בחודש יוני 1959, נחתמה בפריז האמנה המדוברת. האמנה נכנסה לתוקף בחודש מאי 1962. בפתוח של האמנה בואר, כי האמנה נועדה "להסדיר בהסכם הדדי את שאלת שירותם הצבאי של אלה מאזרחיה" שהם בעלי אזרחות כפולה כאמור.

16. על-פי סעיף 2 לאמנה, בעלי אזרחות כפולה, ישראלית וצרפתית, מחויבים בהשלמת שירותם הסדיר במדינה (ישראל או צרפת) "שבה היו יושבים ישיבת קבע בגיל של 18 שנה". אלה היושבים בגיל 18 בארץ שלישית, "יהא בידם לברור, לשם ביצוע שירותם הצבאי הסדיר, באחת משתי המדינות". האמנה אף מסדירה את האופן שבו עליהם לפעול להסדרת הנושא.

נקבע גם, כי לבעלי האזרחות הכפולה אפשרות להתנדב לשירות צבאי במדינה שבה יבחרו, בטרם נקראו לשירות על-ידי המדינה האחרת. תקופת ההתנדבות תנוכה מתקופת שירותם הצבאי במדינה שבה הם חייבים בשירות הסדיר, כאמור בסעיף 2 לאמנה (סעיף 3).

בהתאם לסעיף 4 לאמנה, על בעלי האזרחות הכפולה להוכיח את "מעמדם הצבאי" באמצעות תעודה מתאימה, וסעיף 5 לאמנה קובע, כי כל עוד בעלי האזרחות הכפולה עומדים בתנאים הקבועים בסעיפי האמנה כמפורט לעיל, או שקיבלו פטור מן השירות הצבאי "מפאת אי כושר גופני או תוך הפעלת הדינים העומדים בתקפם במדינת ישיבתם... יהיו רואים אותם כאילו מילאו אחרי כל החובות הצבאיות שהוטלו עליהם... במדינה שבה לא נקראו לשירות".

על-פי סעיף 6 לאמנה, על הרשויות המוסמכות במדינה שבה בעלי האזרחות הכפולה צריכים היו לשרת, להודיע למדינה האחרת אם בעלי האזרחות השתמטו מחובת השירות הצבאי.

סעיף 11 קובע, כי האמנה לא תחול על נשים בעלות אזרחות כפולה.

17. בהמשך להוראת סעיף 9, צורף לאמנה הסדר מנהלי, המסדיר את דרכי הפעלתה. סעיף 3 להסדר קובע, כי לעניין האמנה, מקום ישיבת הקבע של בעל האזרחות הכפולה הוא במדינה שאליה "העביר או הוא מעביר את מקום ישיבתו הממשית ושה נמצא המרכז העיקרי של פעולותיו". לצורך זה, לא ייחשבו שהות בשטחה של

אחת מן המדינות "לצרכי ביקור במוסדות הוראה או טיפול בבית חולים, שהייה לצרכי לימוד או מטעמי משפחה, תעשיה, מסחר, חקלאות או דת" – כשיבת קבע. סעיף 4 מסדיר את טופסי ההצהרה שעל בעל האזרחות הכפולה למלא ולהגיש במסגרת ההליך לפי האמנה והתעודות שעליו להציג, וסעיף 5 מסדיר את הפרוצדורה להחזרת צו קריאה לרשויות, אם התקבל בידי בעל האזרחות הכפולה במקום שבו הוא אינו יושב דרך קבע. על-פי סעיף 6, עם קבלת הטפסים הנדרשים, יבטלו הרשויות כל תביעה בגין היעדרות משירות צבאי.

18. האמנה, ההסדר המנהלי וחליפת מכתבים בין המדינות להבהרת סעיפים מסוימים באמנה, פורסמו באופן רשמי בכתבי אמנה. בהתאם לכך, נקבע בהוראת קבע מתקני אכ"א מג 06-04 מחדש יוני 1979, המתווה ליישומה של האמונה, לרבות המסמכים הרשמיים שיש להציג לגורמי הצבא, במסגרתה. סעיף 9 להוראה מציין, כי "מאחר שתקופת השירות הסדיר הנהוגה בצרפת קצרה מזו הנהוגה בישראל, ניתן לקרוא לבעל אזרחות כפולה שעזב את הארץ כדי לשרת בצבא צרפת... (אך בגיל 18 היה מרכז העיקרי של פעילויותיו בישראל, ואפילו נמצא פיזית בצרפת), וחזר לישראל בתום שירותו בצבא צרפת, לשרת תקופת שירות סדיר נוספת בצה"ל... והוא ישלים יחד עם תקופת השירות בצרפת את אורך תקופת השירות בה היה חייב הנ"ל (אלמלא שירותו בצרפת) בהתאם לחוק". סעיף 11 קובע, כי בעל אזרחות כפולה אשר יציג אישור משלטונות צרפת, שלפיו "פוטר משירות סדיר בצבא צרפת מפאת כושר גופני או מחמת כל סיבה אחרת, יהיה פטור מחובת שירות סדיר גם בישראל, אולם אם יצא מהארץ לפני הגיעו לגיל 18, לא יהיה זכאי לפטור משירות סדיר בצה"ל... אלא אם ישלים את תקופת השירות".

כאשר מיועד לשירות ביטחון מצהיר כי הוא בעל אזרחות כפולה ובגיל 18 לא ישב ישיבת קבע בישראל, "יועבר תיקו לבדיקת מפקד לשכת גיוס או סגנו על מנת שיבדוק את מעמדו על פי האמנה" (סעיף 10(ב)).

להשלמת התמונה נציין, כי בהתאם להוראת קבע מתקני אכ"א 06-02 (אוגוסט 2005), שכותרתה "הכרה בשירות בצבא זר", מי ששירת שירות סדיר בצבא זר, תנוכה תקופת השירות מתקופת השירות הסדיר שבה הוא חייב, וככל שהתקופה שנותרה קצרה מששה חודשים, יחויב אותו מיועד לשירות צבאי בשירות מקוצר (סעיפים 6-5). מי שהאמנה המדוברת חלה עליו, רשאי לפעול במסלול שהותווה באמנה (סעיף 3).

#### עמדתה של מחלקת אמנות במשרד החוץ:

19. על-פי מסמך מטעם מחלקת האמנות הבין-לאומיות במשרד החוץ, מיום 3.1.2018 (ס/1), האמנה נועדה "למנוע בעייתיות ולשים קץ לקשיים המתעוררים כתוצאה

מחבות שירות צבאי כפולה שחלה על אזרחים בעלי אזרחות כפולה ישראלית וצרפתית". בשנת 1997 תוקן החוק הצרפתי. במסגרת אותו תיקון, הפך השירות הצבאי בצרפת משירות חובה לשירות התנדבותי, "ולמעשה, השמיט את הקרקע תחת ההצדקה להמשך קיומה [של האמנה] על-פי המתכונת שגובשה בשנות ה-60". לפיכך, ביוני 1999, נועדו נציגי שתי הממשלות לתיקון האמנה. לא נמצא מסמך מסכם, המלמד על "גיבוש תיקון מוסכם לאמנה".

על-פי המסמך מיום 3.1.2018, "יום ההכנה" האמור, כלל אינו מוזכר באמנה משנת 1959 וכעולה מסיכום פנימי של נציגי ממשלת ישראל, בואר במפגש משנת 1999, צה"ל "מסרב לראות בשירות של יום אחד כשווה ערך לשירות של שלוש שנים ולא יינתן בגינו פטור מכוח האמנה". כמו כן, "גם מנגנון הקיזוז... באמנה, לא יחול במקרה של התייצבות ליום הכנה". מנגנון זה יופעל רק לאחר שירות של "למעלה משנה או שירות קצר יותר משנה שמהווה הכנה צבאית ממשית".

20. עיון במסמך שערכה ביום 22.6.1999, עורכת הדין, הגב' אפרת-סמילג, מנהלת המחלקה למשפט כללי דאז וראש המשלחת הישראלית (ת/1), מעלה כי המפגש שנערך בין נציגי הממשלות סוכם על-ידיה וכי את עיקרי הדברים העלתה על הכתב. צוין, כי בעלי אזרחות כפולה היושבים ישיבת קבע באחת המדינות "ימלאו את התחייבותם הצבאית כמקובל באותה מדינה". מי שהעתיק את מקום ישיבת הקבע מצרפת לישראל, יחוייב בשירות צבאי כמקובל בישראל ומפרק הזמן הנדרש תנוכה תקופה בת שנה או יותר וכן "שרות הקרוי אצלם 'הכנה צבאית' (המדובר בהכנה צבאית ממשית שמשכה תלוי בסוג השירות העתידי בין שבועיים לחודש וחצי)". המסמך מפרט גם אלו נושאים טרם הוסדרו בין הנציגים: האם יחול שינוי בטפסים שצורפו לאמנה; נושא דחיית שירות; שירות בנות; וכן מהי "הצורה הפורמלית שתינתן להבנות שהושגו".

בפסקה 4 של המסמך בוארו הדברים הקשורים במקרה שלפנינו ומפאת חשיבותם נביאם בהרחבה:

"(א) נקודת המוצא של האמנה המקורית... היא קיום שירות חובה בכל אחת משתי המדינות... כאשר אדם ממלא את חובתו במדינה אחת כמקובל באותה מדינה הוא יחשב כמי שמילא את חובתו גם כלפי המדינה השנייה. זאת, גם אם משכי שירות החובה בכל אחת משתי המדינות הם שונים. במקרה שלנו, למרות שבישראל השרות לגברים הוא שלוש שנים ובצרפת היה שנה אחת ואח"כ אפילו פחות... מי שמילא את חובתו בצרפת, כמקובל שם, נחשב בארץ כמי שמילא את חובתו הצבאית והיה פטור משירות חובה.

(ב) בצרפת נחקק ב-28.10.97 חוק המבטל, למעשה, את שירות החובה בצבא הצרפתי. מבחינה מעשית, מעתה, השירות בצבא הצרפתי הוא בהתנדבות בלבד. על ההתנדבות לא חלים הכללים המקובלים של מניעת שירות חובה. במקרה של התנדבות הכלל הרגיל הוא קיזוז בלבד. דהיינו

לא מכירים במי ששירת בהתנדבות במדינה אחת כשירות מלא, אלא מקזזים שירות זה ממה שהוא חייב לשרת במדינה השנייה. כך נקבע באמנה הקיימת בינינו לבין הצרפתים וכך נקבע גם באמנות אחרות, ביניהן באמנה של מועצת אירופה בנדון.

עקרונית מבוסס גם ההסדר החדש עם הצרפתים על עיקרון הקיזוז (ג) **במקום שירות החובה** יש בצרפת מאז החוק החדש מערכת של כללים: הכנה תיאורטית במסגרת שיעורי האזרחות בבתי הספר; רישום; 'הכנה להגנה' בת יום אחד. כל אלה חלים על כולם (לרבות נשים שלא היו חייבות בגיוס עד לחוק החדש). מכאן ואילך הדברים מותנים ברצונות של הפרט. בפני מי שמעוניין בכך קיימות האפשרויות הבאות: גיוס למעין שירות קבע... ל-3 שנים; התנדבות לצבא או לגופים אחרים שהשרות בהם מקביל לשרות צבאי, לתקופות של שנה כל פעם; תקופות של הכנה לשרות מילואים (... לתקופות של שבועיים עד חודש וחצי).

(ד) למרות שמאז החוק החדש, החובה המעשית היחידה החלה בצרפת על כולם היא להתייצב ליום אחד בלבד של 'הכנה להגנה', המשיכו הצרפתים לשלוח אלינו טפסים לפי האמנה הקיימת שבהם הם התייחסו ליום זה כאל מילוי החובה הצבאית בצרפת. צה"ל סירב לראות בשירות של יום אחד זה כמקביל למילוי החובות הצבאיות בצרפת. **גם בדיונים הבהרנו שהאמנה מתייחסת (בסעיף 2 הקיים) לשירות סדיר בלבד.** כן הדגשנו שאנו חייבים להקפיד שיהיה שוויון בין החובות של אזרחי ישראל. איננו יכולים לראות בשירות בן יום שווה ערך לשירות חובה מלא בן 3 שנים. **כמו שעולה גם מהסיכום, בנקודה יסודית זו נתקבלה עמדתנו. הכלל היסודי שנקבע הוא קיזוז. גם זה יוכל רק משירות של שנה ומעלה או משירות קצר יותר שהוא הכנה צבאית ממשית.**

(ה) ... הסכמנו להתייחס, לפחות סמנטית, לשירות בצרפת כאל שירות צבאי ולא הבחנו מפורשות בין השירות אצלם שהוא מעשית, התנדבות, לבין השירות הצבאי אצלנו... תיאורטית, אם אצלם יש מעטה... רק התנדבות, אזי לכאורה... היה צורך לגייס מייד את המבקרים. כמו כן, הסכמנו לאפשר לאזרחים כפולים, הישובים ישיבת קבע במדינה שלישית לבחור את מקום השירות. גם כאן, תיאורטית, לא היינו צריכים לאפשר זאת, מפני שעקרונית השירות בצרפת אינו חובה... בנוסח הצרפתי מופיע אכן המונח **השעיית שירות החובה** (ולא ביטול). אולם, בתשובה לשאלותינו, אמרו הצרפתים... אם ירצו להחזיר בצרפת את הגיוס הכללי, יהיה צורך בחוק חדש" [הדגשות הוספו].

21. לבית הדין קמא הוגש גם המסמך המסכם מן המפגשים בחודש יוני 1999, כפי שתורגם ביום 7.7.1999 (סומן – ת/2, התרגום נושא את חתימתה של עוה"ד אפרת-סמילג). מן המסמך שכותרתו "רשימת הסיכומים" עולה, כי בעקבות התמורות בחקיקה בנוגע ל"שירות הלאומי" בצרפת, ולאחר שנקבע בדין הצרפתי כי "**השירות הלאומי הכללי כולל חובות: התפקדות, התייצבות להכנה ולהגנה והתייצבות לשירות. שירות זה כולל גם התנדבויות**", נועדו שתי המשלחות. סוכם, כי האמנה תקפה ותחול על בעלי אזרחות כפולה, אשר ככל שהם תושבי קבע בצרפת, "מילאו חובת שירות לאומי בהתאם לחוק שבתוקף". כמו כן, "בעלי אזרחות כפולה שקבעו את מגוריהם הקבועים בישראל... תקופת שירות של שנה או יותר שנעשתה

בהתנדבות וכן תקופות של הכנה לשירות הצבאי, **תקווה** מחובתם לשירות הצבאי לה הם כפופים בישראל".

22. כמו כן, הוגש לבית הדין קמא מסמך שכותרתו "פרוטוקול בנושא משא ומתן על אמנת צרפת-ישראל, ביחס לשירות הצבאי לבעלי אזרחות כפולה, אשר נחתמה בפריז ב-30 ליוני 1959" (מתאריכים 11-13 ביולי 2000). תרגום של המסמך הוגש לנו על-ידי ההגנה, בהסכמת התביעה, בעקבות הדיון בערעור. עולה מן המסמך, כי משלחות צרפת וישראל נפגשו במועדים האמורים, כדי להבהיר את "תנאי קיומה של האמנה", בעקבות "כניסתו לתוקף של החוק הצרפתי מיום 28.10.1997, אשר מהווה רפורמה בשירות הלאומי, ושל ההסדר האדמיניסטרטיבי". המסמך מציין, כי על-פי התיקון לחוק הצרפתי, "חובות השירות הלאומי האוניברסאלי הם: הרישום במרשם האוכלוסין, הקריאה ליום ההכנה וההגנה והקריאה על תחת הדגל, יש גם אפשרות לשירות בהתנדבות". בהמשך, נקבע כי "הקריאה אל תחת הדגל הוקפאה כלפי כל הצרפתים אשר נולדו לאחר ה-31 לדצמבר 1978... הוא ישוחרר בכל עת, על-פי חוק, ברגע שתנאי ההגנה של האומה או המטרות שהוקצו לצבא דורשים לכך [כך בתרגום]". המשך המסמך חוזר על הפרטים שצוינו במסמך המסכם (ת/2).

23. בבית הדין קמא העידה מטעם התביעה, עורכת הדין שחר, מנהלת מחלקת אמנות בין-לאומיות במשרד החוץ. ממסמך הכנה לעדות של עוה"ד שחר (ס/2א) עלה כי היא ציינה בריאיון עם התביעה, כי עמדת ישראל בעניין נקבעת על-ידי הצבא. מדיניות הצבא היא "שמרגע ששונה החוק בצרפת ובוטלה חובת השירות הצבאי, הוא אינו מכיר ביום ההכנה כשירות צבאי". מכל מקום, עוה"ד שחר חיוותה-דעתה, כי הפרט אינו "קונה זכויות" מכוח האמנה, אשר "מהווה התחייבות בין לאומית, בין שתי ממשלות" ואת המסגרת הנורמטיבית יש לבחון על-פי הוראות הצבא.

בבית הדין, מסרה עורכת הדין שחר כי תכלית האמנה למנוע שירות חובה "כפול" בשתי המדינות, וכי בעקבות ביטול שירות החובה בצרפת קם הצורך לעדכן אותה כך שתתאים למציאות בת ימינו. עורכת הדין שחר ציינה כי האמנה עודנה בתוקף וכי הסיכומים בעקבות המפגשים וההבנות לא פורסמו באופן רשמי.

בהמשך, משהוצג לעדה מסמך, המתעד שאילתה שהופנתה אל משרד הביטחון בצרפת – (ס/6), שם נמסר כי הרשויות בישראל הכירו ביום ההכנה בצרפת כשירות שווה ערך לשירות הצבאי בישראל, השיבה, כי תוכנו של המסמך אינו על דעת ממשלת ישראל ואינו משקף את הפרקטיקה הנהוגה בישראל.

עדויותיהם של גורמי הגיוס

24. סא"ל (מיל') זלינגר, מי שהייתה, כאמור, המפקדת של לשכת הגיוס בעת משלוח צו הגיוס למשיב, נשאלה בעדותה בבית הדין על האופן שבו יש ליישם את הוראת קבע אכ"א מג-04-06, שעניינה שירותם הצבאי של בעלי אזרחות כפולה ישראלית-צרפתית. העדה מסרה, כי לדידה, לא היה מקום להידרש להוראה מכיוון שאין עוד שירות צבאי שהוא חובה בצרפת. כמו כן, ציינה, כי המשיב לא פנה ללשכת הגיוס בבקשה לשרת בצבא צרפת חלף שירותו הצבאי בישראל.

25. רס"ן (מיל') יומטוב, סגן מפקדת הלשכה, השיב על שאלות דומות וציין כי בעבר נהגו להודיע למיועדים לשירות ביטחון, שהם בעלי אזרחות כפולה, על האפשרות לשרת בצבא צרפת. הוא פירט, כי כיום אין נוהגים כך מאחר שהשירות בצרפת אינו עוד שירות חובה: "הם נקראים יום אחד לדגל, זה תואם לצו הראשון שלנו פחות או יותר והשירות הוא התנדבותי". העד ציין עוד, כי הוראת קבע אכ"א מג-04-06 אינה רלוונטית עוד, מאחר שהשירות בצבא צרפת אינו חובה. לשאלה נוספת, השיב כי "זיקה לארץ", נבחנת על-פי מקום המגורים בשנים הרלוונטיות, מקום הלימודים ונסיבות נוספות.

26. בדומה, מסר מפקד מיטב, אל"ם מצליח, כי ההתייחסות לאמנה בין ישראל לצרפת שונתה בעקבות ביטול חובת השירות בצבא צרפת. לשאלה כיצד נבחן המונח "ישיבת קבע", השיב כי הדבר נקבע "על-פי מירב הזיקות". בין היתר, נבדקת גם כתובת מגורי ההורים. העד ציין, כי מי שעזב לחו"ל, שבוע לפני גיוסו, לא ייחשב כמי שהוא תושב קבע במדינה שאליה עזב.

#### ראיות ההגנה בנושא

27. ההגנה הציגה לעיון בית הדין קמא אישור מיום 26.2.2016, מאת משרד הביטחון בצרפת, על כך שביום 11.11.2013, עבר המשיב את "יום הגנה ואזרחות" וכי "עמד בהתחייבויותיו בהתאם לקודקס השירות הלאומי" (ס/5).

28. הוגש גם מסמך, אשר נחזה לתעד תשובה לשאלתה שהופנתה אל משרד הביטחון בצרפת, מיום 2.10.2007 (ס/6). על-פי הפניה, בעקבות חטיפתו של גלעד שליט, שהוא בעל אזרחות כפולה, צרפתית וישראלית, התבקשה עמדת השר לגבי מקרה שבו החטוף הוא אזרח צרפתי אך משרת כחייל ישראלי וכן לגבי שאלת מעורבותו של אזרח צרפתי כחייל בצבא אחר, בסכסוך שצרפת אינה צד לו. בתשובה האמורה, הוזכרה האמנה משנת 1959. נכתב גם, בין היתר, כי מאז כניסתה של הרפורמה לשירות הצבאי בצרפת לתוקף, החל משנת 1997, "השלטונות הישראלים הכירו ביום הקריאה וההכנה להגנה כשירות (JAPD) שווה ערך".

29. ההגנה העידה אף את עורכת הדין, ד"ר נטלי גרשון, כמומחית לדין הצרפתי הנוהג. בחוות-דעתה (ס/7), ציינה ד"ר גרשון, כי באוקטובר 1997 שונה הדין הצרפתי. בקודקס השירות הצבאי, בסעיף L.112.2, נקבע כי השירות הצבאי "מושעה" ויחזור כאשר, על-פי חוק, תנאי ההגנה על המולדת ידרשו זאת. מכאן, מסיקה ד"ר גרשון, כי "כתוצאה מכך הפך השירות הצבאי הסדיר והממושך בצרפת לחובת התייצבות ליום ההגנה". לשיטתה, קיימות שלוש חובות על-פי החוק הצבאי בצרפת: השתתפות במפקד, השתתפות ביום ההגנה והאזרחות, וכן "הקריאה תחת דגלי המדינה במקרה הצורך". בתקופות של שלום, די לעמוד בשני התנאים הראשונים. עוד היא סבורה, כי מאחר שהשירות הצבאי "הושעה בצרפת והוחלף בחובת התייצבות ביום ההגנה", הרי שבהיעדר תיקון לאמנה שבין צרפת לישראל – האישור שקיבל המשיב, לאחר שהתייצב ליום ההגנה, מלמד כי עמד בהתחייבויותיו הצבאיות כלפי צרפת וישראל. תימוכין לעמדתה מוצאת ד"ר גרשון בשאילתה למשרד הביטחון כאמור (ס/6), אשר התפרסמה ברשומות בצרפת. ד"ר גרשון הבהירה, כי "התשובות לשאלות לא מחליפות פסקי דין... למרות זאת, הפרקטיקה המנהלית הינה בעלת השפעה ממשית על פרשנות הדין".

בעדותה בבית הדין, מסרה ד"ר גרשון, כי משמעות השינוי בחוק הצרפתי הוא כי השירות הצבאי הסדיר הושעה. כיום, די לצעירים בצרפת להתייצב למפקד אוכלוסין וליום ההגנה, שהוא חובה. לשאלת הסנגור מסרה, כי על-מנת להלוו את השינוי, מן הראוי לתקן את האמנה בין צרפת לישראל בנושא. לשאלות התביעה השיבה, כי למעשה, אין יותר חובת שירות צבאי בצרפת, בעת שלום, ואזרח יכול לבחור האם לשרת בצבא. בעת מלחמה, עשויה לחול חובה לשרת בצבא. העדה הבהירה, כי אף קודם לכן, בטרם בוטלה החובה לשרת בצבא, בצד השירות הסדיר, נקראו אזרחים לזימונים נוספים.

העדה מסרה, כי אינה יודעת אם המשיב התייצב למפקד אוכלוסין. אשר ל"יום ההכנה", הבהירה, כי "היום הזה הוא גם באחריותו של משרד החינוך... חשוב... לחנך את הצעירים האלה... וגם להעביר מידע... הסברה על האפשרויות להתגייס לצבא המקצועי של צרפת". העדה אישרה כי בסוף יום ההכנה ניתן אישור על השתתפות, שהוא מסמך פנימי. כמו כן ציינה, כי אי-התייצבות ליום ההכנה אינו גורר סנקציות פליליות, אלא אזרחיות, כגון קושי לקבל רישיון נהיגה או להתקבל ללימודים. לדעתה, על-מנת לקבל פטור משירות צבאי בישראל, יש לפנות לקונסוליה הצרפתית בישראל או לגורמי הצבא בישראל ועל מבקש הפטור להציג מסמכים ולמלא טפסים מתאימים.

העדה הבהירה, כי מסקנתה, שלפיה המשיב עמד בהתחייבויות הצבאיות, בהתאם לאמנה, מבוססת על התשובה לשאלתה של משרד הביטחון בצרפת, על האמנה ועל "היגיון בריא". העדה אישרה, כי פרסום התשובה לשאלתה אינו הופך את התשובה ל"דין" בצרפת.

### הכרעת הדין

30. לאחר בחינת כל הראיות וטיעוני הצדדים, ניגש בית הדין להעריך את מהימנות העדויות ומשקלן. ככלל, נקבע כי :

"עדי התביעה העידו על פעילותם במסגרת תפקידם באופן בוטח, סודר ובהיר... מדובר בעדים אובייקטיביים ונטולי פניות ועיקר עדותם הסתמכה על פועלם השגרתי במסגרת תפקידם... מדובר בעדים מהימנים".

לאור האמור, מצא בית הדין קמא "להעניק לראיות ולעדויות עדי התביעה משקל ולסמוך עליהם ממצאים".

31. אשר לעדות המשיב, קבע בית קמא כי :

"עדות הנאשם מתחמקת בחלקה, וזאת בכל הנוגע לקשר עם לשכת הגיוס. הנאשם לא סיפק הסבר מניח את הדעת כיצד חרף 'המון בעיות' בדואר קיבל צווים לבדיקות רפואיות והליכים בלשכת הגיוס, כן לא נתן הסבר משכנע לתיעוד שיחה עמו, אשר הוגש בהסכמת ההגנה, ולפיו הודע לו על מועד הגיוס. הנאשם אף לא סיפק הסבר באשר לתיעוד שיחה עמו המלמד על פנייה מצדו להיכנס למעמד בני"ש והתכחש לקיומה של השיחה או למשלוח אישורי לימודים מצד ישיבות כלשהן, זאת חרף העובדה שבסמוך לאחר אותה שיחה התקבלו בלשכת הגיוס באמצעות פקס אישורים על לימודים בישיבה כפי שהונחה הנאשם לעשות בשיחת הטלפון. יוער, כי אף תיעוד שיחה זו, מן העת בה שהה הנאשם בארץ, הוגש על דעת ההגנה. **התרשמותי הבלתי אמצעית מן הנאשם הייתה כי הוא מבקש להרחיק עצמו מכל קשר ללשכת הגיוס ואף לארץ מן המועד בו ביצע את יום ההכנה להגנה בצרפת. בד בבד, ביקש הנאשם להציג תמונה לפיה הסתמך על האמנה בדבר שירותם של בעלי אזרחות כפולה ישראלית-צרפתית על אף שלא הכיר את תוכנה של האמנה, לא עיין בה ולמעשה לדבריו הסתמך על משפחתו בצרפת בעניין זה.** הנאשם לא סיפק הסבר מניח את הדעת כיצד לא נודע לו על מעמדו מבני משפחתו בארץ עמם היה מצוי בקשר ואשר כעולה מתיק התביעה יודעו באשר למעמדו כמשתמט... דווקא העובדה שהנאשם נמנע מלבקר בארץ מאז חודש מאי 2014 ועד לחודש יולי 2017, שעה שהעיד כי שמר על קשר טוב עם הוריו וכאשר עיון בפלט כניסותיו ויציאותיו מלמד כי נהג לצאת ולשוב מן הארץ בנערותו, לצד העובדה שבתיקו האישי פניה שהוגשה, בין אם מדעתו ובין אם שלא מדעתו, בבקשה כי לא ייעצר בכניסתו ארצה (פנייה שהועברה על ידי הרב גולדנטל לקצין פניות הציבור ולנקח"ל ומענה לה ניתן כפי שתואר לעיל בפרק הראיות) מחזקות את הראיות ביחס לשאלת מודעותו".

32. על יסוד האמור נקבע, כי משהמשיב עבר הליכים שונים בלשכת הגיוס; מאחר ש"אין כל חולק בדבר חוקיות צו הגיוס"; לנוכח חזקת המסירה אשר למשלוח צווי הגיוס, שלא הופרכה והקביעות בנוגע למודעותו של המשיב לחובתו להתייצב לשירות בצה"ל – הוכח שלמשיב הוצא צו גיוס, הקורא אותו להתייצב לשירות ביטחון ביום 21.7.2014, שהובא לידיעתו מבעוד מועד.

33. מכאן פנה בית הדין קמא לבחון את מעמדה של האמנה בין ישראל לצרפת ואת השלכותיה על חוקיות גיוסו של המשיב ועל חובתו לשרת בצבא.

34. בית הדין עמד על מעמדן הנורמטיבי של אמנות בין-לאומיות בדין הישראלי ועל כוחן הפרשני. הוטעם, כי על-פי המנגנון הקיים בישראל, הממשלה היא הגורם המאשר את האמנות ואולם, "גם כיום קיים מנגנון פיקוח על אישורן של אמנות בינלאומיות בדרך של הצגת שאילתות בכנסת או הצעות אי אמון ביחס לאמנות קיימות... אמנות בינלאומיות אינן מובאות לאישור הממשלה אלא לאחר שהיו מונחת במזכירות הכנסת לפחות שבועיים בתקופת המושב (... **תקנון הכנסת**, בפרק אשרור ואישור אמנות בינלאומיות, עמ' 178 (פורסם באתר הכנסת, 14.6.2018); מסמך רקע בנושא: תפקיד הפרלמנט באישור אמנות והסכמים בינלאומיים, הכנסת – מרכז מחקר ומידע (פורסם באתר הכנסת ביום 10.7.2003))." בואר עוד, כי "במקרה דנן, עברה האמנה הליך אישור ופורסמה בכתבי האמנה ברשומות", וכן, כי "הוראות האמנה לא אושרו אך בהחלטת הממשלה ולאחר מכן פורסמו ברשומות אלא אף קיבלו ביטוי בהוראות קבע אכ"א". לאור האמור, נקבע, כי:

"בכל הנוגע לטענת התביעה כי הפרט אינו רוכש זכויות מכוח האמנה וכי אמנה אינה חלה על הפרט, ראיתי לציין כי על אף שאמנה אכן אינה חלה על אנשים פרטיים, לא ניתן להתעלם מ**כוחה של האמנה כמייצרת חובה בכל הנוגע לפרשנות הוראות האמנה והוראות סעיפי חוק בדין הפנימי**, וודאי שביחס לגופים ציבוריים כגון הצבא. הדברים נובעים משילוב של הוראות הדין הבינלאומי המעניקות תוקף מחייב לאמנה שנחתמה ואושרה בין מדינות, מן התוקף המוענק לאמנה בעת אישורה בממשלה, ומהוראות הפנימיות בצבא בדמות הוראות קבע מתקני אכ"א המחילות את הוראות האמנה על הצבא פנימה ומסדירות נוהל להפעלת האמנה, כאמור".

35. אשר לפרשנות סעיפי האמנה ויישומם במקרה דנן, נקבע כי "אין נפקות לעצם העובדה כי הנאשם החזיק בידו צו גיוס בגיל 18 הקורא אותו לשירות ביטחון. עובדה זו הטילה על הנאשם חובות שונות, מכוח האמנה, ההסדר המנהלי והוראות קבע אכ"א אולם אין בכוחה כדי ליטול, מיניה וביה, את האפשרות להסתמך על הוראות האמנה".

36. בית הדין מצא, כי הוכח לפניו, במידה הנדרשת, כי מקום ישיבת הקבע של המשיב בגיל 18 היה צרפת, ופירט בעניין זה את הדברים הבאים:

"במקרה דנן, העיד הנאשם כי בהיותו בן 17 לערך גמלה בליבו החלטה לעזוב את הארץ ולעבור להתגורר בצרפת עם משפחתו. הנאשם, כעולה מ-4/עזב את גבולות הארץ בחודש אוקטובר 2013 ומאז שהותו בארץ הייתה לימים אחדים בלבד עד כי בחודש מאי 2014 עזב את גבולות הארץ אליה לא חזר עד לחודש יולי 2017 שאז נעצר. התביעה לא הציגה כל ראיה הסותרת עובדות אלו ועדותו של הנאשם בנושא זה הייתה מהימנה, סבירה והשתלבה ביתר הראיות שבתיק. כך, נתמכה טענתו זו בעצם קיומה של פנייה, מאת הרב גולדנטל להתיר לנאשם לבקר בארץ מבלי שייעצר. אין כל ספק כי מרכז חייו של הנאשם עד גיל 17 וכ-4 חודשים היה בארץ. הנאשם גדל בארץ, התחנך בה ולמד במוסדות חינוך שונים. הוא עבר הליכי גיוס בלשכת הגיוס בירושלים ואף נשלח לו צו גיוס לשירות ביטחון. עם זאת, הבחינה באמנה איננה מתייחסת לתקופה הקודמת לגיל 18 אלא לגיל 18 בלבד...

אין כל ראיה כי מיום הגיעו לגיל 18 ועד למועד שובו ארצה, בחודש יולי 2017 (אז נעצר) דרכה כף רגלו של הנאשם בארץ ישראל. כיצד ניתן אפוא לקבוע כי ישיבתו הממשית היה בארץ? כי מרכז פעולותיו היה בארץ? אציון, כי לא נעלמה מעיני העובדה כי דרכו הצרפתי של הנאשם לא הוצג ולא הונחה בפני התמונה המלאה ביחס למקום שהותו המדויק של הנאשם בכל התקופה הרלוונטית. ברם, אין בכוחה של העדר ראיה זו, הרובצת במידת מה לפתחה של ההגנה, אלא לחזק 'יש' ראיתי...

אציון עוד כי לשון ההסדר המנהלי נוקטת אף במילה "מעביר" היינו לשון הווה. כלומר, פרשנות ישיבת הקבע לפי האמנה היא מרחיבה אף יותר מן המצב בענייננו. די בכוונת בעל האזרחות הכפולה להעביר את מקום ישיבתו כדי לעמוד בתנאי האמנה ואין דרישה, כבענייננו, להעברה שהתבצעה כבר.

מצאתי צדק בטיעוני הסנגור כי בשים לב לכך שהנאשם נעדר רכוש ממשי ומשפחה יקשה לבסס כי התכוון להעתיק את מקום ישיבתו מן הארץ לצרפת לבד ממקום מגוריו הפיזי."

37. בשלב הבא בחן בית הדין את השאלה האם "יום ההכנה" בצרפת נחשב כשירות צבאי ובהתאם – מי שנטל בו חלק נחשב כמי שעמד בחובת השירות הצבאי בצרפת ואינו חייב עוד בשירות צבאי בישראל. בעניין זה נקבע כדלקמן:

"עיקרה של האמנה נוגע לרעיון הבסיסי ולפיו שירות חובה באחת משתי המדינות יעמוד לבעל האזרחות הכפולה אף במדינה השנייה. יצוין כי כבר בעת כריתת האמנה היה משך שירות החובה בישראל ובצרפת שונה. 53. ברם, בשנת 1997 שונה המצב המשפטי בצרפת באופן שהשהה (או השעה) את חובת השירות בצרפת. חרף האמור, נותרו עדיין חובות בהתאם לקודקס השירות הצבאי בצרפת. בין חובות אלו נמנה יום ההכנה להגנה בו נטל הנאשם חלק. מדובר ביום שהוא חובה לפי הוראה L-114-2 לקודקס השירות הצבאי בצרפת. **בחינה מהותית של אופיו של יום ההכנה להגנה ובחינה מהותית של הגורם האמון עליו מביא למסקנה כי אין מדובר בשירות צבאי בישראל.** הדברים נלמדים משלל הדברים אותם ציינה מומחית ההגנה בעדותה, ד"ר גרשון ואשר עלו מעדות הנאשם. היום מצוי באחריות משרד החינוך, מטרתו חינוכית בעיקרה, הוא אינו מתבצע על מדים, לא נערך בו מטווח בנשק, ולא ניתנת תעודת חוגר במהלכו. במהלכו מקבלים המשתתפים בו הסבר בדבר האפשרויות להתנדב לצבא צרפת או להתמקצע בו.

נשאלת השאלה האם יש לראות ביום ההכנה להגנה כשירות צבאי סדיר על פי האמנה או שמא בהתנדבות לשירות שאז יש להחיל מנגנון של 'קיוז' בלבד. בשים לב לכך שעניין לנו באמנה תיבחן פרשנותה בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי בדבר פירוש אמנות... אמנה יש לפרש בתום לב ולפי כללי הפרשנות הכלליים. מטבעם של דברים יש להתייחס לכוונת הצדדים אך בראש ובראשונה לפשוטם של דברים ולמקרא טקסט האמנה ופרשנותו בהתאם למשמעותו הרגילה... זאת, אלא אם פרשנות הדברים על פי משמעותם תגרור משמעות הסותרת את תכלית האמנה ומטרתה" [הדגשות הוספו].

38. בית הדין קמא הגיע למסקנה, כי "לנוכח הספק המתעורר בפרשנות של האמנה בנקודה זו, ומשעה שבהליך פלילי עסקינן, יש להעדיף לצורך ההליך את הפרשנות המקלה עם הנאשם. מצאתי כי פרשנות זו עולה אף היא בקנה אחד, עם תכליתה של האמנה" [הדגשות במקור]. תימוכין למסקנתו הנ"ל מוצא בית הדין באישור שניתן למשיב, שלפיו עמד האחרון "בהתחייבויותיו בהתאם לקודקס השירות הצבאי", וכן בפרשנות שייחס לסיכום המפגש בשנת 1999 (פסקה 4(ה)). הוטעם, כי משלא נערך תיקון רשמי לאמנה, יש להתייחס אל נוסחה המקורי. עוד נקבע, כי מאחר שבמשפט פלילי יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם, כאשר הדין ניתן לפירושים שונים – "יום ההכנה" עולה כדי שירות צבאי סדיר בצרפת, כמשמעו באמנה ולו מחמת הספק.

39. בית הדין קבע, כי אמנם המשיב לא פעל במתווה שנקבע באמנה ובנוהל שלפיה, ולא הגיש בקשה מסודרת לפטור משירות בצה"ל בגין שירות בצבא צרפת. ברם, הוטעם, כי מאחר שאף למשיב לא נשלחה הודעה מסודרת בדבר האפשרות לשרת בצבא צרפת ועניינו לא הועבר לבחינה של מפקד לשכת הגיוס, כפי שקובעות ההוראות בעניין – לא ניתן לזקוף לחובתו של המשיב את התנהלותו. נקבע עוד, כי "פרשנות הנוטלת מן הנאשם כל אפשרות ליהנות מהוראות האמנה אינה סבירה בנסיבות העניין. אמנם על הנאשם הייתה מוטלת החובה להוכיח מעמדו במידת הצורך כלפי רשויות הצבא. אולם, חובה זו אינה תחומה בזמן לא באמנה ולא בהוראת קבע אכ"א הרלוונטית... ניתן לקבל מסירה מאוחרת של התעודה או ההצהרה מצד הרשויות המוסמכות".

40. נקבע, אפוא, כי המשיב הסדיר את עניינו כעת, עם הגעתו לארץ, וכי משהוכיח את שירותו הצבאי על-פי הדין בצרפת – יש להסיק כי הוא אינו חייב בשירות צבאי בישראל. לנוכח האמור, זוכה המשיב, מחמת הספק, מן המיוחס לו.

#### **ערעור התביעה הצבאית**

41. ערעור התביעה הצבאית נחלק לשניים. תחילה, חלקה התביעה על קביעתו העובדתית של בית הדין קמא, שלפיה הוכח, כי מקום ישיבת הקבע של המשיב בגיל

18 היה בצרפת. נטען, כי משבית הדין התרשם שהמערער אינו מהימן ועדותו מגמתית, לא היה מקום לפלגה ואין לייחס משקל לדבריו של המשיב בעדותו על אודות מקום מושבו בגיל 18. לדידה של התביעה, מאחר שבית הדין קמא לא נימק את החלטתו לפלג את עדותו של המערער, כמתחייב מן הכלל בדבר פלגין דיבורא, לא ניתן לסמוך ממצאים שבעובדה על עדותו של המשיב. התביעה הפנתה בהקשר זה לע/97/14 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל קויליאקוב** (2015). עוד נטען, כי לנוכח ראיות התביעה, הרי שהיה על ההגנה הנטל להראות כי המשיב העתיק את מקום מושבו הקבוע מישראל לצרפת בגיל המתאים וכי ההגנה לא עשתה כן ולא עמדה בנטל הנדרש.

42. חלקו השני של הערעור נסב על טענת התביעה כי לא ניתן לקבל פרשנות של האמנה, שלפיה "יום ההכנה" בצרפת שווה ערך לשירות סדיר בצבא. לטעמה של התביעה, יש ליתן פרשנות תכליתית לסעיפי האמנה, אשר נועדה למנוע כפל שירות צבאי של בעלי אזרחות כפולה ולא להעניק מקלט עבור מי שמבקש להתחמק משירות צבאי. התביעה סבורה, כי הפרשנות, כפי שהתקבלה בבית הדין קמא, אינה סבירה והיא חוטאת לעקרון השוויון בנטל חובת השירות. לדידה, "יום ההכנה" אינו, אלא, חובה אזרחית ואילו השירות הצבאי המנדטורי הסדיר בצרפת, למעשה, הושעה.

43. נטען גם, כי אין לקבל את הטענה שהמשיב הסתמך על מצג שהוצג לו בצרפת, שלפיו די ב"יום ההכנה" על-מנת שיהיה פטור משירות צבאי בישראל ולו מן הטעם, שהמשיב לא הגיש כל בקשה מתאימה ולא פנה בדרכים המקובלות לשם כך. התביעה סבורה, כי המשיב אינו "נקי כפיים" ולא יכול ליהנות מסעד שמקורו במישור הצדק וההגינות. בעניין זה, לשיטת התביעה, אין לבוא בחשבון עם התנהלות הצבא, שהרי נקודת המוצא לה היא כי אין עוד שירות חובה בצרפת, השקול לשירות הצבאי הארץ. 44. אשר על כן, עתרה התביעה הצבאית להורות על הרשעתו של המשיב במיוחד לו ולהחזיר את הדיון בעניינו לערכאה קמא, על-מנת לגזור את עונשו.

### **תשובת ההגנה**

45. מנגד, עתרה ההגנה לדחות את ערעור התביעה ולהימנע מלהתערב בפסק הדין של בית הדין קמא.

46. תחילה, עתר הסנגור המלומד לדחות את טיעוני התביעה כנגד הקביעה העובדתית של בית הדין בכל הנוגע למקום ישיבת הקבע של המשיב בגיל 18. בעניין זה ביקשה ההגנה לסמוך ידיה על הכלל שלפיו ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאים שבעובדה. נטען גם, כי ההגנה הוכיחה כנדרש שמקום ישיבת הקבע של המשיב בהיותו בן 18 היה צרפת וכי יש להפנות בעניין זה לעדות המשיב בנושא, לעדותו של אחיו,

ולתדפיס היציאות של המשיב מישראל. בואר, כי תלושי השכר של המשיב ממקום עבודתו בצרפת לא הוצגו, מאחר שמעסיקו, דודו, שוהה בצרפת וכן כי דרכונו הצרפתי של המשיב, הגם שלא הוצג במהלך פרשת ההגנה, מופקד בבית הדין למשמרת. ההגנה טענה אף כי כעולה מחוות הדעת של הגרפולוג מטעמה, כתב ידו של המשיב לא זוהה מעל גבי המסמכים שהועברו ללשכת הגיוס כתימוכין לבקשה להיכלל במעמד של בני ישיבה לשם פטור משירות צבאי ויש לקבל את עדותו בנושא, שלפיה עבר להתגורר בצרפת ולא הוא ביקש מגורמי הצבאי לכלול אותו בסטאטוס של "תורתו אומנותו", כדי לדחות את מועד השירות בצבא.

47. נטען גם, כי העובדה שהמשיב עבר להתגורר, לשיטת ההגנה, עובר להגעתו לגיל 18, בצרפת ועובדת שהותו בקנדה מפעם לפעם, אינן משנות מן העובדה שמקום "ישיבת הקבע" שלו, במועד הרלוונטי, היה בצרפת ואינן מכרסמות בתחולת האמנה בעניינו.

48. אשר לטיעון המשפטי, ההגנה סבורה כי בצרפת נחשב "יום ההכנה" לשירות צבאי, בהתאם לאמנה שעודנה בתוקף, כעולה מעדותה של ד"ר גרשון; ממסמך השאילתה שהופנתה למשרד הביטחון בצרפת ואף מסיכומי הפגישות שנערכו על-מנת לבחון את נחיצותו של התיקון לאמנה – עולה, כי התייצבותו של המשיב ל"יום ההכנה" בצרפת שקולה כנגד השירות בצה"ל. בהתאם, נוכח האישור שהציג המערער לרשויות הצבא, גם אם באיחור – אין הוא חייב עוד בשירות צבאי בישראל.

49. נטען עוד, כי ככל שהאמנה ניתנת למספר פירושים, יש לפרשה באופן המיטיב עם המשיב, כמקובל בפלילים.

## דיון והכרעה

### פרשנות האמנה והיקף תחולתה

50. בחלק זה של הדיון מקובלת עלינו קביעתו של בית הדין קמא בכל הנוגע למעמדה של האמנה בדין הישראלי. הגם שזו לא נקלטה בדין הפנימי על-ידי אקט חקיקתי של הכנסת, הרי שהעובדה כי אושרה על-ידי ממשלת ישראל בשנת 1959 ואושרה כתקפה אף בהמשך, בשנים 1999 ו-2000; לאחר שפורסמה בכתבי האמנה ברשומות ואף קיבלה, כאמור, ביטוי בהוראות הצבא – יש לקבוע כי היא בעלת משקל וקיימות לה השלכות בדין הישראלי (ראו והשוו: עניין **בוכריס** לעיל; עע"מ 4204/13 **מדינת ישראל נ' סולו** (טרם פורסם, 27.7.2014)). מכל מקום, בוודאי שיש לאמנה השלכה פרשנית על הדין הפנימי ויפים לכאן הדברים הבאים:

"חזקה היא כי תכליתו של כל חוק לעלות בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של המדינה. אכן, 'מן הדין לפרש את החוק החרות, שעה

שהוא משתמע לכאן ולכאן ותכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי (השופט אגרנט בע"פ 336/61 **אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד טז 2033, 2041) (עניין **בוכריס** לעיל, פסקה 14).

ועוד הוטעם, כי:

"במקום שנפל ספק בפרשנותו של דבר חקיקה, 'חזקת ההתאמה' קובעת שבהינתן שתי אפשרויות פרשניות, יש להעדיף את הפרשנות המתאימה עם הוראות האמנה..." (בג"צ 4542/02 **עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 346 (2006); דנ"א 5698/11 **מדינת ישראל נ' זיראני** (טרם פורסם, 15.1.2015)).

בד בבד, להשלמת התמונה, נציין כי "חזקת ההתאמה", כאמור, היא "חזקה פרשנית אחת מקשת רחבה של חזקות המגבשות את תכליתו של החוק" (עניין **בוכריס** לעיל, פסקה 14).

51. דא עקא שאין בידינו לקבל את מסקנתו של בית הדין קמא בכל הנוגע לפרשנות הלשונית, התכליתית והסבירה של האמנה בכלל ושל סעיף 12(1) בפרט – לא ניתן לקבוע כי הסעיף שלפיו "בעלי אזרחות כפולה היושבים באחת משתי המדינות חייבים להשלים את **שירותם הצבאי הסדיר** במדינה שבה היו יושבים ישיבת קבע בגיל של 18 שנה", כולל גם פירוש שלפיו "יום ההכנה", כפי שהוא מוגדר וכפי שהוא נערך בצרפת, ייחשב "שירות צבאי סדיר". פרשנות שכזו, כפי שנראה להלן, אינה מתיישבת עם תכלית האמנה ואינה סבירה. זאת ועוד, ההוראות הנורמטיביות הפנימיות הרלוונטיות לענייננו מנויות בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, (סעיפים 35 ו-54) ובפקודות הצבא שלפיו (הקמ"א מג 04-06 הני"ל). אכן, הוראות אלה, יש לפרש, בין היתר, על-פי "חזקת ההתאמה" להתחייבות הבין-לאומית שנטלה על עצמה המדינה במסגרת האמנה. סעיף 7 להקמ"א מסדיר את הנוהל במקרה של מיועד לשירות צבאי, מלש"ב, אשר "על-פי האמנה... **חייב שירות בצבא צרפתי**" [הדגשות הוספו]. במקרה כזה על גורמי הצבא לשלוח למלש"ב הודעה מסודרת על אפשרויותיו על-פי האמנה ולאפשר לו לפעול בהתאם. ברם, כעולה מן המפורט לעיל, החל משנת 1997, **אין עוד שירות צבאי שהוא חובה בצרפת** ולמעשה, שירות החובה בצבא צרפת הושעה.

52. אכן, סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע כי "ניתן דין לפירושים סבירים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין" (על כלל הפרשנות התכליתית ויישומו ראו מן הזמן האחרון, בג"ץ 6301/18 **פוזנסקי כץ נ' שרת המשפטים** (טרם פורסם, 27.12.2018)). עקרון זה נועד להכריע במצב שבו דין מסוים, **על-פי לשונו ותכליתו**, מצמיח מספר פירושים סבירים. "או-אז, כאשר כפות המאזניים מאוינות ולא ניתן להכריע איזה

מבין הפירושים גובר, נכנס לפעולה סעיף זה ומשמש כמעין 'שובר שוויון' (ע"פ 4143/17 **עאבד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 13.8.2018); וראו גם: ע"פ 2597/04 **רויטמן נ' מדינת ישראל**, פסקה 7 (טרם פורסם, 20.11.2006); דנ"פ 2334/09 **פרי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (3) 502, פס' 86 (2011)). ואולם, כמפורט להלן, כלל פרשני זה, שעליו סמך בית הדין קמא הכרעתו בעניינו של המשיב, אינו ישים למקרה שלפנינו, שכן הדין הרלוונטי במקרה דנן אינו מעורר קושי פרשני המחייב הכרעה בין מספר פירושים **סבירים**, העולים בקנה אחד עם תכליתו.

53. כאמור, האמנה שנחתמה בין שתי המדינות, ישראל וצרפת, בתקופה שבה היה שירות חובה בצבא צרפת – נועדה למנוע מצב שבו בעלי אזרחות כפולה **חייבים בשירות צבאי** בשתי המדינות. תכלית האמנה היא, אפוא, להסדיר את הנושא ולמנוע כפילויות. הסכמה זו באה על רקע החובה הכללית לשרת בצה"ל, לנוכח הסכנות הקיומיות הרובצות לפתחה של המדינה ולשלום תושביה, ולנוכח צורכי הביטחון המובהקים. בד בבד, כידוע, את החובה הכללית לשרת בצבא ולהגן על תושבי המדינה יש ליישם בקפידה בהתחשב בעיקרון מרכזי שהוא מיסודותיה של המדינה – עיקרון השוויון בין אזרחיה, הן לעניין זכויותיהם והן לעניין חובותיהם (ראו: בג"ץ 1532/00 **זה ברמקר נ' שר הבטחון**, פ"ד נד(2) 297 (2000)). וכבר נפסק, לאמור:

"אכן, השוויון הינו 'מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו' (השופט לנדוי בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(698, 693) (1). זהו עקרון 'השלב ושובר בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן' (השופט שמגר בבג"ץ 114/78 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב(2) 806 (800). בצדק ציין המשנה לנשיא, השופט אלון, כי: 'העקרון של שוויון זכויות וחובות לכל אזרחיה של מדינת ישראל הוא ממהותה ומאופיה של מדינת ישראל' (ע"ב 2/88 **בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה**, פ"ד מג(4) 221, 272)... הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה... אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזוהרת העצמית של האדם' (פרשת **פורז**, בעמ' 332) (בג"ץ 715/98, 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הבטחון**, פ"ד נב(5), 481 (1998)).

54. האמנה אינה מנותקת מעקרונות היסוד של החברה במדינת ישראל, אין היא באה להפר אותם ויש לפרשה לאורם. כך למשל, על בסיס עיקרון השוויון, הוחרגו הנשים בעלות האזרחות הכפולה, מן האמנה, מאחר שממילא, לא חלה עליהן **החובה לשרת בצבא** בצרפת ולכן לא היה מקום לפטור אותן משירות צבאי בישראל.

55. ברי, אפוא, כי משהושעה השירות הצבאי הסדיר (שירות החובה) בצבא צרפת – אין עוד מקום להפנות את המלש"ב, בעל האזרחות הכפולה, לאפשרותו לשרת שירות חובה בצבא צרפת.

56. נשאלת השאלה מדוע אם כן, התכנסו נציגי שתי המדינות לאחר הרפורמה בשירות הצבאי בצרפת, מה דין ההסכמות שהושגו ביניהם בעקבות אותם מפגשים ומה המשמעות לכך שהאמנה נותרה בתוקף, מבלי שתוקנה. עיון בשלל המסמכים שהוצגו בעניין, המשתלבים היטב בהסברים שסיפקה עורכת הדין שחר ממשד החוץ, מעלה כי לב ליבם של הדיונים באותם מפגשים, נוגע בסוגיית האפשרות **להתנדב** לשירות בצבא צרפת או לשרת שם שירות **קבע** (בשכר), ובשאלה כיצד ראוי להתחשב בשירות **צבאי** שכזה, משאין עוד חובה לעשות כן. בחינת המסמכים מלמדת כי נוכח השאיפה להגיע להבנות בעניין ולהמשיך את שיתוף הפעולה בין המדינות, אומץ עיקרון **הקיצוץ** במקרה של מי ששירת שירות התנדבותי כזה או אחר בצבא צרפת – שירות **לפרק זמן משמעותי, שהוא בעל מאפיינים צבאיים מובהקים** – המבקש להתיישב לאחר מכן, בישראל. במקרה כזה, הביעה ישראל נכונות, הגם שאין עוד שירות חובה בצבא צרפת, לקצוץ את התקופה **הצבאית** מתקופת השירות בצה"ל.

57. אשר ל"יום ההכנה", עמדת ישראל בנושא הייתה ברורה ועקבית – יום זה אינו יכול להיחשב כשירות צבאי, שיש להתחשב בו. כעולה מעדותה של עדת ההגנה, ד"ר גרשון, עסקינן בחובה אזרחית, שבצידה סנקציות אזרחיות, בעלת תכנים חינוכיים וללא כל מאפיינים צבאיים. "יום ההכנה" נועד לסקור, בין היתר, את האפשרויות של אזרחי צרפת לשרת בצבא ואולי אף לעורר בהם מוטיבציה לכך, אך **הוא אינו מהווה הכשרה או אימון צבאיים ואינו נושא כל סממן צבאי**.

58. אין זאת, אלא, שכעולה מעדותה של ד"ר גרשון על מאפייני יום ההכנה וטיבו, בהתאם לעמדתם העקבית והברורה של משרד החוץ של ישראל וצה"ל, בשים-לב לתכלית האמנה ולשונה, ועל רקע עקרונות היסוד כמפורט לעיל – לצורך בחינת היקף האמנה ויישומה – יש לפרש את לשון האמנה ולשון ההקמ"א, בכל הנוגע להגדרת **שירות סדיר מנדטורי בצבא צרפת השקול לשירות סדיר בצה"ל**, כשירות צבאי בצרפת הכולל שלושה תנאים **מצטברים** – רישום למפקד, יום הכנה להגנה **והתייצבות לפרק של שירות צבאי** ("קריאה לדגל").

59. כל פרשנות אחרת של סעיפי האמנה על רקע הרפורמה בדין הצרפתי וכל משמעות אחרת לפקודות הצבא בעניין, חותרות תחת עקרונות היסוד של שיטתנו ואינן מתיישבות עם הערכים החברתיים המרכזיים של השוויון בנשיאה בנטל.

60. עולה מן המקובץ, כי הפרשנות שניתנה על-ידי בית הדין קמא בעניין אינה יכולה להיחשב סבירה ואינה עולה בקנה אחד עם תכליתה של המסגרת הנורמטיבית בנושא.

**האישור שניתן למשיב בצרפת ותשובת משרד הביטחון הצרפתי – מה השלכותיהם במישור הפלילי?**

61. שאלה נוספת עניינה במשמעות שיש לייחס לאישור שניתן למשיב, ולפיו הוא עבר את "יום הגנה ואזרחות" ב-11.11.2013, ועמד בהתחייבויותיו, בהתאם לקודקס השירות הלאומי בצרפת (ס/5). כפי שפירטנו לעיל, אין באישור זה, כשלעצמו, כדי להועיל למשיב, באשר אין הוא מלמד, אלא, על השתתפותו באותו "יום הגנה ואזרחות", שאינו יכול להיחשב כשקול לשירות חובה בצבא. בצד זאת, יש להוסיף ולבדוק מהן השלכותיו של האישור שנמסר בידי המשיב, על רקע מסמך אחר שהציגה ההגנה – תשובת משרד הביטחון בצרפת לשאלתה מיום 17.6.2008, כמפורט לעיל. על-פי המסמך, משרד הביטחון בצרפת השיב, בין היתר, כי "השלטונות הישראליים, הכירו ביום הקריאה וההכנה להגנה כשירות שווה ערך" וכתוצאה מכך "צעירים המתגוררים בדרך קבע בצרפת... ואשר ביצעו את ה-JAPD [יום 'ההכנה להגנה'] מוכרים כמי שעמדו בהתחייבויותיהם כלפי ישראל". תשובה זו אינה עולה בקנה אחד עם העמדה הברורה והעקבית של נציגיה הרשמיים של ישראל, שלפיה אין כל מקום ליתן לאותו "יום הכנה" מעמד של שירות חובה בצבא צרפת, וכמן כן, כעולה מחוות הדעת של עדת ההגנה, ד"ר גרשון, היא אינה בעלת מעמד של דין במשפט הצרפתי. ברם, משעסקין במשפט פלילי, סברנו כי ראוי לבחון את השלכותיהם של האישור והתשובה לשאלתה במישור של **הגנה מן הצדק** – מה השפעתם של מסמכים אלה על הגינות ההליך הפלילי בעניינו של המשיב והאם מתעורר הצורך להעניק לו סעד הולם, ככל שאמנם נפל פגם במקרה הנוכחי.

62. בפסק-דין מן העת האחרונה, עמד בית המשפט העליון על ההתפתחות הפסיקתית שחלה במהלך השנים האחרונות, בעניין תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק ועל הרחבתה. בואר, כי "דוקטרינת ההגנה מן הצדק ככלל, והטענה לאכיפה מפלה בפרט – אינן מוגבלות בקיומו של מניע פסול העומד בבסיס פעולת הרשות" (רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי** (31.10.2018); ראו גם: ע/85/16 **רב"ט בקל נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). בפסק דין אחר הוטעם, כי:

"עם השנים, התרככה הדוקטרינה של הגנה מן הצדק והפכה – בנוסף להיותה אמצעי פיקוח על שיקול דעתן של רשויות התביעה על עצם הגשת כתב האישום – לכלי בידי בית המשפט המאפשר לאזן את ההליך עם ערכי הצדק וההגינות של המשפט הפלילי. ההגנה, באופייה החדש, מרחיבה את העדשה דרכה בוחן בית המשפט את מעשה העבירה ואת ההליך המשפטי, ומאפשרת לבית המשפט – אף במקרים בהם הוכחו כל יסודות העבירה – להביט אל עבר הרגע שלפני ביצוע העבירה ואף אל התנהלות ההליך הפלילי הנמצא בעתידו של מעשה העבירה" (ע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל**, פסקה 44 לפסק דינו של השופט הנדל, (טרם פורסם, 1.3.2017)).

ניתן, אפוא, להניח כי תחולת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק התרחבה ברבות השנים, ועל בית המשפט להשקיף במבט כולל על שלבי החקירה ועל ההליך המשפטי, ולבחון האם יש בהם כדי לקפח את זכותו של נאשם להליך הוגן.

63. על פני הדברים, מצג של משרד הביטחון בצרפת כלפי אזרחים, שלפיו התייצבות ליום "הכנה והגנה" בצרפת שקולה כנגד חובת השירות הצבאי בישראל של בעל אזרחות כפולה, שמקום ישיבת הקבע שלו בגיל 18 הוא צרפת – עשוי לעורר תהיות בכל הנוגע להגנותו של הליך העמדתו של הפרט לדין פלילי, בגין השתמטות משירות צבאי בישראל. ברם, כפי שנראה להלן, בחינה מקיפה של העובדות והשתלשלות העניינים במקרה דנן, כפי שהוכחו בבית הדין קמא על-פי ממצאי המהימנות שנקבעו על-ידיו – מעלה כי לא נפל פגם בהליך הפלילי בעניינו של המשיב ולא נפגעה זכותו להליך הוגן. התמונה הכוללת, הקונקרטית, מלמדת על מי שביקש לעשות דין לעצמו ולהתחמק מחובת השירות הצבאי בישראל, ואף לא פנה בבקשה מסודרת להסדיר את מעמדו במסגרת אותה אמנה, שעליה הוא נסמך היום, ולא פעל בדרכים החוקיות והמקובלות שהותוו לפיה.

64. כאמור, הוכח שהמשיב נטל חלק בהליכים שונים בלשכת הגיוס, לאחר שהתקבלו בידיו זימונים לאותם מפגשים. המשיב עצמו פנה ללשכת הגיוס בבקשות שונות לפטור אותו משירות צבאי, נערכו עמו שיחות טלפון והוא אף המציא ללשכה אישורים על לימודיו בישיבות תורניות, במסגרת בקשתו להיכלל במעמד של בני ישיבות ולהימנע מגיוס. נציין, כי הגם שבית הדין קמא לא קבע ממצאים בנוגע לחוות הדעת הגרפולוגית שהגישה ההגנה כתימוכין לגרסתו של המשיב, שלפיה לא שוחח עם נציגי הלשכה בבקשה להיכלל במעמד של בני ישיבות ולא שלח את המסמכים מן הישיבות, הרי שהסבריו של המשיב בנושא ואף הסבריו לתיעוד השיחות שקיימו נציגי הלשכה עם אביו באותו עניין – נמצאו על-ידי בית הדין, דחוקים ובלתי מהימנים. ממצאי המהימנות השליליים בעניינו של המשיב תומכים בעדויותיהם המפורטות של מפקדת לשכת הגיוס וסגנה, אשר בהתאם למסמכים השונים שהוצגו מתוך תיקו האישי של המשיב – מצביעות על מי שהיה ער לחובתו להתגייס לשירות הצבאי, בהיותו אזרח המדינה שגדל והתחנך בה לאורך השנים. המסקנה הטבעית וההגיונית המתבקשת מהתנהלותו של המשיב כפי שהוכחה בראיות בבית הדין קמא היא, כי עזב את הארץ זמן קצר לפני הגיעו לגיל 18, לאחר שנקרא לשרת בצבא, במטרה להתחמק מן הגיוס לצה"ל.

65. זאת ועוד, המשיב לא פנה בשום שלב בבקשה להסדיר את מעמדו על-פי האמנה, לא הגיש כל טופס ואף את האישור על "יום ההכנה" הגיש רק לאחרונה, בעיצומו של ההליך המשפטי בעניינו (לאחר שנעצר).

66. בנסיבות אלו, וודאי שאין לקבל טענה של הסתמכות מצד המשיב וציפיותיו לפטור משירות צבאי. שיקולי הצדק אינם פועלים בעניין זה לזכותו (ראו: ע/16/35, 37/35, 37/35 סמ"ר חמוס נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 66 (2017)), וכבר נפסק בכגון דא, כי: "על המבקש סעד מכוח הגנה מן הצדק חלה חובת ניקיון הכפיים" (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, בעמ' 823 (2005)).

### מקום "ישיבת קבע"

67. למעלה מן הנדרש, נעיר, כי אף לו הייתה מתקבלת טענת ההגנה, שלפיה קיים ערך ל"יום ההכנה" ויש להתחשב בו בעת שנבדקת חובתו של המשיב לשרת שירות סדיר בצבא, הרי שבחינה מעמיקה מלמדת כי לא הוכח, במידת הוודאות הנדרשת, כי המשיב העתיק את מושבו ועבר להתגורר דרך קבע בצרפת.

68. כאמור, סעיף 3 להסדר המנהלי שצורף לאמנה קובע, כי לעניין האמנה, מקום ישיבת הקבע של בעל האזרחות הכפולה הוא במדינה שאליה "העביר או הוא מעביר את מקום ישיבתו הממשית ושבח נמצא המרכז העיקרי של פעולותיו" [הדגשות הוספו], וכן כי לא ייחשבו לשם כך שהות בשטחה של אחת מן המדינות "לצרכי ביקור במוסדות הוראה או טיפול בבית חולים, שהייה לצרכי לימוד או מטעמי משפחה, תעשייה, מסחר, חקלאות או דת". בס"ק 3(ב) להקמ"א מג-04-06 הוגדר המונח "ישיבת קבע", כ"ישיבה במדינה אליה העביר המבקש את מקום ישיבתו הממשית ושבח נמצא המרכז העיקרי של פעולותיו, למעט ישיבה לצורך ביקור בבתי חולים, מוסדות הוראה וכיוצא ב".

69. עיון בפסיקה אשר עסקה בפרשנות שיש לייחס למונח "ישיבת קבע" (אגב בחינת סוגיות שונות, כמו ענייני מס, תשלומי ביטוח לאומי ועוד), מעלה כי על המבקש ליהנות מפטור או התחשבות מסוימת בגין מקום "ישיבת קבע", להראות כי מרכז חייו נמצא באותו מקום וכי מתקיימות לגביו "מירב הזיקות" (ראו למשל: ע"א 4862/13 פקיד שומה כפר סבא נ' ספיר (טרם פורסם, 20.5.2014); עב"ל (ארצי) 1293-12-15 פלוני - המוסד לביטוח לאומי (2.11.2018); עב"ל (ארצי) 65521-09-14 קואס - המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 27.3.2017)). הוטעם, כי:

"מבחן מרכז החיים... הוא מבחן מהותי... מטרת המחוקק היא ללכוד ברשת המס את אותם הנישומים אשר עיקר האינטרסים והזיקות הכלכליים, המשפחתיים, האישיים והקהילתיים שלהם, אכן מצוי בישראל. בהתאם לכך, מרכז הכובד בהגדרת התושבות מונח על פרמטרים איכותיים, כדוגמת מקום ביתו הקבוע של הנישום ובני משפחתו והמקום בו מצויים מירב האינטרסים של הנישום, ולא רק על מדדים טכניים... אמות המידה שלאורן ייבחן מרכז החיים של הנישום הן בעיקרן אמות מידה אובייקטיביות" (ע"א 3328/15 פלוני נ' פקיד שומה אשקלון (טרם פורסם, 22.2.2017)).

70. בואר גם, כי נטל ההוכחה בדבר תושבות מוטל, ככלל, על הטוען לקיומה (ראו למשל: עב"ל (ארצי) 363/09 עזה - המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 13.3.2011)), וכן כי "נטל ההוכחה בשאלת תושבות לצורך קבלת גמלה מן המוסד, צריך להיקבע על-פי המצב עובר לתקופה הנתבעת הרלוונטית" (עב"ל (ארצי) 470/08 אינאס - המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 18.8.2009), וראו גם: עב"ל (ארצי) 7502-06-14 שקור - המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 6.4.2017)).

71. הגם שהמבחן נקבע אגב דיון בהליכים אזרחיים, הרי שהוא ישים אף לענייני ועולה בקנה אחד עם תכלית האמנה, ועם ההגדרות שנקבעו בהסדר המנהלי שלפיה ובפקודות הצבא.

72. כעולה מן הראיות שהובאו לפני בית הדין קמא, אשר לא היו שנויות במחלוקת, המשיב אמנם נולד בצרפת אך הוא ומשפחתו עלו לישראל, בהיותו רך בשנים. המשיב גדל והתחנך בישראל מגיל צעיר מאד ולמעשה, לאורך השנים ועד לחודש אפריל 2014, זמן קצר לפני הגיעו לגיל 18, שהה בארץ מרבית הזמן ושורשיו היו נטועים בה. נסיבות אלו, אשר לימדו כי מרכז חייו של המשיב היה בישראל, חייבו את ההגנה להציג תשתית ראייתית מוצקה, המבססת את טענתה כי מאז היותו של המשיב בן 18 (יוני 2014) – מקום ישיבת הקבע שלו עבר לצרפת.

73. בית הדין קמא קיבל את טענות ההגנה בעניין. החלטתו נסמכה זה על תדפיס הכניסות של המשיב לישראל, באמצעות דרכונו הישראלי, על פנייה מאת הרב גולדנטל לגורמי הצבא לאפשר למשיב לבקר בארץ, מבלי שייעצר וכן על גרסתו של המשיב בנושא זה, כפי שנמסרה בבית הדין. דא עקא, שבית הדין, לאחר שהתרשם ישירות מעדותו של המשיב ובחנה לאור כלל הראיות והעדויות שהוצגו לו, קבע כי עדותו של המשיב הייתה מתחמקת, מגמתית ולמעשה – בלתי מהימנה. בית הדין מצא לדחות את דבריו של המשיב בנוגע למעורבותו בהליכי הגיוס ואף בנוגע למודעותו לכך שנקרא לגיוס בחודש יולי 2014. בד בבד, כאמור, סמך בית הדין ידיו על גרסתו של המשיב בנוגע למקום ישיבת הקבע שלו בגיל 18, מבלי שנימק את הפילוג שנקט ומבלי שפירט מה הוביל אותו לעשות כן.

74. כידוע, "הכלל של 'פלגין דיבורא' מאפשר אומנם לפצל את עדותו של עד ולערוך הבחנה בין דברי האמת שאותם תאמץ הערכאה הדיונית, ובין דחיית הדברים שהם תמוהים, סתורים או מסופקים. הבחנה שכזו בדברי עד מחייבת הנמקה מה טעם ראתה הערכאה הדיונית לאמץ רק חלק מדברי העד ולדחות, אגב כך, את יתרתם (ראו ע"פ 1275/09 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 44 (טרם פורסם, 1.9.2009))" (עניין קוייליאקוב לעיל, פסקה 16). בהיעדר הנמקה מתאימה יקשה על ערכאת הערעור

לקבל כמהימנים חלקים מתוך דבריו של עד, אשר עדותו נמצאה מגמתית ומתחמקת, ויקשה עליה לאשר ממצאים שבעובדה, הנסמכים על אותה עדות. מכל מקום, בנסיבות המקרה שלפנינו, נוכח הראיות שהוצגו בבית הדין קמא ומשקלן, לא נמצא הבסיס אשר יכול להסביר את פיצול העדות, כאמור.

75. בחינת התמונה הכוללת, כמפורט לעיל, מלמדת כי לא היה די בראיות שהציגה ההגנה על-מנת לבסס, ולו במידה של ספק סביר, תשתית מתאימה להוכחת ה**שינוי במרכז חייו** של המשיב והמעבר לצרפת, כמקום של **ישיבת קבע**. משפחתו של המשיב נותרה בישראל, הוא עצמו שהה במדינות שונות ולמעשה, ההגנה לא הצביעה בראיות אובייקטיביות וממשיות על הזיקות בינו לבין צרפת ולא הציגה בראיות כאמור את קשריו של המשיב למקום.

### סוף דבר

76. ערעור התביעה מתקבל, אפוא ולפיכך, מורשע המשיב באישום המיוחס לו – היעדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, בכך שנעדר משירות צבאי, למשך 1,244 ימים, החל מיום 22.7.2014 ועד ליום 17.12.2017.

77. משהורשע המשיב בעבירה שיוחסה לו, מתחייבת בחינה של עונשו. על-מנת שתשמר לצדדים זכות הערעור בעניין, **מצאנו להורות על החזרת התיק לבית הדין המחוזי לשמיעת טיעונים לעונש ולגזירת עונשו של המשיב.**

ניתן והודע היום, ד' בשבט התשע"ט, 10 בינואר 2019, בפומבי ובמעמד הצדדים.

| שופט  | המשנה לנשיא | הנשיא              |  |
|-------|-------------|--------------------|--|
| נאמן  | העתק        | חתימת המגיה: _____ |  |
| למקור | סגן         |                    |  |
| כהן   | קצין        | תאריך: _____       |  |
| הדין  | בית         |                    |  |