**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

**תא"ל (מיל') אבי לוי** - שופט

בעניין:

**ב/XXXXXX טוראי א' א' א' –** המערער (ע"י ב"כ, סרן מישל צ'רניחובסקי; קמ"ש גילעד כהן)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, קמ"ש תהל ברון; סרן יצחק אלמו)

ערעור על החלטת מעצר של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי הצפון שניתנה בתיק צפון (מחוזי) 29/23 (אל"ם שחר גרינברג - שופט) ביום 2.5.2023. הערעור התקבל באופן חלקי.

**ה ח ל ט ה**

1. זהו ערעור ההגנה, אשר הופנה כלפי החלטת שופט בית הדין הצבאי במחוז שיפוטי הצפון במסגרת תיק צפון (מחוזי) 29/23, בעניינו של העורר א' א' א'. במסגרת אותה החלטה הורה השופט הנכבד על הארכת המעצר עד תום ההליכים המשפטיים.
2. עובדות המקרה הן פשוטות: נגד העורר הוגש כתב אישום בחודש ינואר 2023 בגין היעדרות בת 67 ימים. הוחלט על בדיקת התאמתו להליך שילוב בבית הדין המשלב. ביום 6 בפברואר הוא שוחרר בתנאים (כולל חובת התייצבות לשירות ולישיבות בבית הדין). בדיון מעקב ראשון עלה כי הוא החל להיעדר שוב יום אחד בלבד לאחר ששוחרר מן המעצר כאמור. הוצאה בעניינו פקודת מעצר. ביום 30 באפריל 2023 הוא התייצב מיוזמתו בבסיס הכליאה 416 ונעצר, ולמחרת תוקן כתב האישום המקורי והוספה היעדרות בת 77 ימים. התבקש מעצרו עד תום ההליכים וכאמור בית הדין קמא הורה על מעצר עד תום ההליכים. בית הדין ציין בהחלטתו כי היעדר מן השירות מקים עילות מעצר מובהקות: חשש להיעדרות נוספת, פגיעה במשמעת הצבא וחשש להימלטות מאימת הדין. בית הדין הכיר בכך שבמקרה זה אין עוד חשש לאי התייצבות לשירות (העורר פוטר מהמשך שירות), וכי הפגיעה במשמעת הצבא מצטמצמת כשעוסקים במי שאינו עוד חייל. עם זאת, חשש ההימלטות המוגבר בעילה שעניינה הפרת תנאי מעצר, הקים עילת מעצר חזקה ובית הדין הגיע למסקנה שאין ניתן להלום עילות מעצר אלו בחלופה כלשהי. בית הדין קמא לא התעלם מנסיבותיו האישיות של העורר אך סבר שאלו כשלעצמן אינן מטות את הכף. העורר לא ניצל את ההזדמנות שניתנה לו ובכך לימד על עצמו כי הוא אינו ראוי לאמון המגולם בחלופת מעצר.
3. בערר אשר הוגש כנגד ההחלטה טענו סנגוריו קמ"ש כהן וסגן צ'רניחובסקי כי לאור פיטוריו של העורר, עילות המעצר התאיינו - אין חשש שהוא לא יחזור לשירות, אין חשש לאובדן הרתעה (עניין לנו בהיעדרות קצרה של מי שהתייצב להסדיר את מעמדו פעמיים), ובכל מקרה, את החשש להימלטות מאימת הדין ניתן לאיין באמצעות תנאי שחרור מתאימים. הסנגורים קבלו על כך שחלופה אשר הוצעה בידי ההגנה כלל לא נבחנה, ואף טענו כי הדרך שבה בחר ללכת הנשיא הנכבד משמעה שכל עריק אשר הפר את הסדר השילוב צפוי למעצר, וחלופות לא יישקלו בעניינו. הופניתי במסגרת כתב הערר ובדיון לשתי החלטות שניתנו בערכאה הראשונה, מטכ"ל (מחוזי) 375/22 **התובע הצבאי נ' טוראי בן לולו** (2022) וצפון (מחוזי) 147/22 **התובע הצבאי נ' טוראי סבג** (2022), שבמסגרתן הורו בתי הדין על שחרור בתנאים של נאשמים אשר הואשמו בהיעדר מן השירות תוך כדי הליך שילוב בבית דין משלב.
4. באי כוח המשיבה עתרו לדחיית הערר. למעשה הם תמכו בהנמקתו של כבוד הנשיא ואף הפנו אל החלטת המשנה לנשיא (כתוארה דאז) אלופה אורלי מרקמן בע"מ/71/17 **רב"ט בוריק נ' תובע הצבאי הראשי** (2017), שבה נקבע כי הפרת תנאי שחרור ממעצר מהווה עילת מעצר עצמאית הנעוצה בהפרת האמון שניתן על ידי בית המשפט בנאשם, שעה שהשחרור לחלופת המעצר נוצל על ידו לביצוע עבירה נוספת. יוער שאותה החלטה שבה הוחלט על הותרת העוררת במעצר עסקה בחיילת שהייתה עדיין בשירות, על כל המשמעויות הניבטות מכך.
5. ערר זה ייחתך בסופו של דבר כפועל יוצא של מידה, ולא של קביעה החלטית לכאן או לכאן. אבהיר את דבריי. מקום שבו נדון עניינו של מי שמואשם בהיעדר מן השירות שלא ברשות שתחילתה בהפרת תנאי שחרור שנקבעו על ידי בית דין צבאי תקום עילת מעצר חזקה של חשש להימלטות מאימת הדין. חשש זה איננו נחלש רק בגלל שהנאשם פוטר בינתיים מהשירות. עם זאת, כפי שציין הנשיא הנכבד קמא, אין עוד תחולה במקרה של מי שפוטר מן השירות לעילה המניעתית - חשש לאי התייצבות לשירות. כמו כן, עילת הפגיעה במשמעת מוקהית במידה רבה.
6. אמרתי שאנו מצויים כעת בעולם של מידה ולא בעולם של הכרעה בינארית, שכן סוגיית החשש מהימלטות מאימת הדין נבחנת בכל מקרה לגופו. אינני סבור שיש מקום לאמירה גורפת שלפיה כל מי שנפקד במסגרת הליכי שילוב ונמנע מלהתייצב בדיונים בבית הדין ייעצר ויהי מה. קביעה שכזו תעמוד בניגוד להוראות החוק המחייבות בחינת חלופה בכל מקרה ומקרה. ההחלטות שאליהן הופניתי בעניינם של **בן לולו וסבג** מוכיחות זאת. מסכים אני עם טענת המשיבה כי שני המקרים הללו שונים וקלים מהמקרה בו אנו עוסקים כאן. אין ספק שאותם מקרים מתאפיינים בייחוד, באשר באחד עניין לנו במי שנקבע לו פרופיל בלתי כשיר לשירות ובאחר מדובר בעריק "מיטב" אשר מלכתחילה היסס הצבא אם לגייסו לנוכח רישום פלילי, וההחלטה לפוטרו הגיעה במהרה ועוד בטרם החל שירות של ממש.
7. עם זאת, סבורני שראוי בכל מקרה ומקרה לבחון האם ניתן להלום את החשש להימלטות מאימת הדין בחלופה. ראוי להניח לכף אחת של המאזניים את מספר ההיעדרויות הקודמות, משכן, דרך סיומן, ועוד נתונים הקשורים לעבירות ומן הצד השני את יכולתה של החלופה המוצעת לתת מענה טוב לאותו סיכון. במקרים מסוימים יהיה ברור ששום חלופה לא תסכון. יהיו מקרים אחרים שבהם הנטל הכבד שמוטל על הנאשם, שהחשש שלא יתייצב לדיונים ניתן להפרכה, יורם על ידי הצעת חלופה מתאימה.
8. דומני שהמקרה שלפנינו נוטה יותר לכיוון המקרים שבהם יקשה מאוד על הנאשם להציג חלופה מתאימה, איך אינני מוכן לומר בהתחשב **בכל** הנתונים ובהם התייצבויותיו, העובדה שהתייצבותו האחרונה הגיעה בלי קשר לפטור ועוד כהנה וכהנה נתונים, כי שום חלופה לא תסכון.
9. סבורני שסכום הפקדה גבוה (ולא רק כתלות ביכולתו הכלכלית של העורר) לצד ערבויות עצמאיות טובות נוספות ועוד תנאים שעשויים להיקבע, יכולים לתת מענה לאותו חשש.
10. סבורני אפוא שמוטל על בית הדין קמא לבחון חלופה שתוצע לו לגופה ובלבד שתתאם את רוח הדברים האמורים לעיל.
11. התוצאה היא שערר מתקבל באופן חלקי כך שהעניין מוחזר לבחינה של חלופה בבית הדין קמא. מטבע הדברים הנטל מוטל על ההגנה וכפי שניתן להבין מהאמור לעיל מדובר בנטל כבד מאוד.
12. עד לקבלת החלטה אחרת בידי בית הדין קמא יוותר העורר במעצר.

 ניתנה היום, י"ב באייר התשפ"ג, 3 במאי 2023, בפומבי ובמעמד הצדדים.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

 **תא"ל (מיל') אבי לוי**

 **שופט בית הדין הצבאי
 ל ע ר ע ו ר י ם**

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

 **סרן כפיר לב תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצין בית הדין**