 

**ה ח ל ט ה**

1. לפנינו בקשת ההגנה **לעיין מחדש** בשאלת המשך מעצרו של המבקש. הבקשה הוגשה ביום 1.3.2022, למחרת מועד השלמת שמיעת עדות המתלוננת. מי **המותב** שראוי כי ידון ויכריע בבקשה זו, בנסיבות הקונקרטיות של ההליך דנן? – זוהי השאלה הניצבת לפנינו.
2. ביום 9 בדצמבר 2021 הוגש כנגד המבקש כתב אישום, המייחס לו שני פרטי אישום של **מעשה מגונה** לפי סעיף 348(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; **אינוס** לפי סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין וכן **מעשה מגונה בכוח** לפי סעיף 348(ג1) לחוק העונשין.
3. עם הגשת כתב האישום, עתרה התביעה הצבאית להארכת מעצרו הממשי של המבקש עד לתום ההליכים. הבקשה נידונה בפני כב' הנשיא, אל"ם רונן שור, אשר הורה על קציבת מעצרו הממשי של המבקש **עד ליום 14.04.2022**. ביום 23.12.2022 דחה בית הדין הצבאי לערעורים את ערעור ההגנה ואישר את החלטת הערכאה קמא בדבר הארכת מעצרו של המבקש עד המועד האמור.
4. ביום 10.01.2022, נפתחה פרשת התביעה לפנינו. עד כה נשמעו עדויותיהם של סרן א' פ', סגן א' א', רס"ם ג' ב' והמתלוננת – רב"ט ש' ש'.
5. בקשת ההגנה לעיון מחודש נסמכת על השקפתה, כי לאחר שמיעת עדות המתלוננת, "חל 'כרסום משמעותי' בראיות התביעה", אשר לצד התמשכות ההליכים הצפויה מצדיקים במקובץ, כבר עתה, את שחרורו של המבקש מכל מעצר, או למצער להורות על חלופת מעצר, בדרך של מעצר פתוח. אשר **לזהות המותב**, הפנה הסנגור להלכה שנקבעה בע"מ 10/18 **טור' שטרית נגד התצ"ר** (2018), אשר לפיה "דיון בטענת הגנה לשחרור ממעצר בשל כרסום במארג הראיות הלכאורי, יש לקיים, ככלל, בפני השופט המברר את המשפט".
6. התביעה הצבאית סברה, בתמצית, כי אין בראיות "כל שינוי" אשר מצדיק עיון מחודש במעצר" ומכאן שדין הבקשה להידחות על הסף. נטען כי לנוכח "השלב שבו מצויה פרשת התביעה", ובראי הפסיקה הנוהגת נכון יהיה שהדיון יערך בפני האב"ד.

**בחינת הדברים**

1. אין להתעלם מהיתרון המובנה הטמון בכך שבקשה לעיון מחודש הנשענת על **טעמים ראייתיים** תידון בפני המותב ששמע את העדויות, התרשם מהם באורח בלתי אמצעי ולו האמצעים להעריך את ה"מהפך הראייתי" הנטען לאור הראיות שכבר נשמעו, שהרי "מי כמו השופט, המברר את המשפט, יכול להעריך את משמעויותיהן של ההתפתחויות, שאירעו במהלך המשפט" (למשל, בש"פ 8090/06 **גואטה נ' מדינת ישראל** (19.10.2006); ב"ש 1/86 **מדינת ישראל נ' בדש**, פ"ד לט(4) 813 ,815-816 (1986)).
2. מטעם זה לאורך השנים, ניתנו בבית הדין הצבאי לערעורים, במקרים המתאימים, החלטות אשר אשרו כי **המותב** הדן בתיק **העיקרי**, **הוא** שיכריע בשאלת ההצדקה לעיין מחדש בשאלת המשך המעצר, תוך נתינת הדעת להתפתחות הראייתית ובשים לב למשך ההליך שעוד צפוי (ראו: ע"מ 22/19 **סמל א' י' נ' התובע הצבאי הראשי**, בפס' 17 (2019) ושלל האסמכתאות שם).
3. דא עקא, שאל מול שיקולים אלה, עמד בית המשפט העליון על **הקשיים המובנים** שבהעמדת המותב היושב בדין בפני הצורך להעריך את משקלן של הראיות שנשמעו בעיצומו של הליך הוכחות המתנהל, ואף להידרש לראיות הגולמיות שעל יסודם ניתנה החלטת המעצר, שאליהן, מטבע הדברים, אין ראוי כי הוא יהיה חשוף בשלב בירור האשמה (בש"פ 9445/17 **סלימאן נ' מדינת ישראל** (5.12.2017)). הוטעם כי -

"החלטה בעניין מעצרו או שחרורו של נאשם על ידי המותב שדן בתיק העיקרי בעניינו יכולה להתפרש כהבעת דעה באשר למהימנות העדים ולתשתית הראייתית, ובתוך כך אף לסיכויי ההרשעה בטרם ניתנה הכרעת דין. עוד צוין כי טעם נוסף להפרדה הדיונית זו נעוץ בשאיפה למנוע מהמותב שדן בהליך העיקרי מלהיחשף לראיות ולטענות שהוא אינו רשאי לתת להן משקל בהכרעת הדין"

1. נקבע כי "הפסיקה בסוגיה הנדונה היא ברורה ומתיישבת היטב עם הכלל לפיו בית המשפט **יימנע מהבעת עמדה מגובשת ומנומקת** ביחס לתוצאות ההליך המתנהל לפניו טרם סיומו" (בהקשר זה ראו גם: בש"פ 8056/16 **קעיק נ' מדינת ישראל** (15.11.2016); בש"פ 3715/13 **מ' ש' נ' מדינת ישראל**, פס' י"א (30.5.2016)). אף בעניין **חזיזה** עמד כב' השופט הנדל על הקשיים האמורים. בואר שם כי התשובה לשאלה האם רשאי המותב היושב בדין לדון בעיון מחודש במעצר, תהיה **חיובית** בכפוף **לשני** תנאים: האחד - כי הבקשה לעיון חוזר נסובה **אך ורק סביב שינוי בתשתית הראייתית**. השני - כשבית המשפט השומע את התיק העיקרי **מביע נכונות לשמוע את הבקשה** ( בש"פ 8888/10 **חזיזה נ' מדינת ישראל**, בפס' 3-2 (6.12.2010)).
2. בחינת מכלול השיקולים האמורים בראי ההליך **הקונקרטי** שלפנינו, הביאנו לכלל מסקנה, כי חרף עמדת הצדדים, ראוי שבקשת העיון המחודש תישמע בפני **שופט המעצרים** הדן בבקשת המעצר ולא בפני האב"ד.
3. מסקנה זו נשענת על **טיב הטענות** בבקשת ההגנה לעיון מחודש המתייחסות בעיקרן להערכת משקלה ומהימנותה של המתלוננת שהיא עדת התביעה העיקרית ולסתירות שכנטען עולות מעדותה; על **מסד הראיות** הנדרש לשם ההכרעה בהן, שלא ראוי כי בשלב מקדמי זה מי משופטי המותב ייחשף אליהן; וכן, בהתחשב **בעיתוי** העלאתן של טענות ההגנה בשלביה הראשונים של פרשת התביעה, לאחר שנשמעו ארבעה עדי תביעה בלבד (מתוך 27 עדים) ותוך נתינת הדעת לכך שהליך ההוכחות צפוי להישמע ברצף בחודשים מרץ ואפריל (לשיקולים המנחים ויישומם כאן, ראו עניין **א' י'** לעיל בפס' 18). שופט המעצרים אשר קבע קיומה של תשתית ראייתית לכאורית ובצדה עילות מעצר, הוא להשקפתנו מי שבידיו מיטב הכלים להעריך את הטיעון בדבר ה**כרסום** הנטען במארג הראיות הלכאורי.
4. סוף דבר הוא שהדיון בבקשת ההגנה לעיון מחודש יישמע בפני כב' נשיא בי"ד מרכז אל"ם שור. הדיון יתקיים ביום 13.3.2022 בשעה 13:30.

**העתק לשלישות הכלואים בבס"כ נווה צדק לשם הבאת המבקש במועד האמור.**

**העתק לקצינת בית דין מרכז וחה"א, על מנת שתוודא כי כלל הפרוטוקולים בתיק זה יועברו לצדדים, בהקדם האפשרי, בעותק דיגיטלי לשם היערכות מיטבית לדיון.**

**ניתנה היום, ג' באדר ב' התשפ"ב, 6.3.2022 בלשכה ותועבר לצדדים ע"י המזכירות.**

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

 **שופט אב"ד שופט**