 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

 בפני:

 **אל"ם מאיה גולדשמידט –** שופטת בעניין:

**\*\*\* טור' א' ס' -** המערער (ע"י ב"כ, סא"ל טל זיסקוביץ')

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי -** המשיב (ע"י ב"כ, סרן עומר שילון; סרן אנסטסיה יעקובסון)

ובעניין:

**התובע הצבאי הראשי -** המערער (ע"י ב"כ, סרן עומר שילון; סרן אנסטסיה יעקובסון)

**נ ג ד**

**\*\*\* טור' א' ס' -** המשיב (ע"י ב"כ, סא"ל טל זיסקוביץ')

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המרכז שניתנה בתיק מרכז (מחוזי) 122/22 (סא"ל שאול ארבל – שופט) ביום 4 במאי 2022. הערעורים נדחו.

**ה ח ל ט ה**

לאחר שמיעת טיעוני הצדדים ועיון בחומר החקירה, מצאתי לדחות את ערעוריהם של שניי הצדדים. המערער ישוחרר איפוא למעצר פתוח ביחידתו עד ליום 30 ביוני 2022, בשעה 12:00, כפי שנקבע על ידי בית הדין קמא.

נימוקי ההחלטה יועברו לצדדים בהקדם.

בשלב זה, יעצר המערער במעצר פתוח ביחידתו הנוכחית. ככל שההגנה מבקשת שימשיך את המעצר הפתוח ביחידתו הקודמת, וככל שהדבר יתואם עם המפקדים באותה יחידה, תוכל ההגנה לפנות בבקשה מתאימה.

ניתנה היום, ז' באייר התשפ"ב, 8 במאי 2022, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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

**אל"ם מאיה גולדשמידט שופטת בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ו ר י ם**

**נ י מ ו ק י ה ח ל ט ה**

1. ביום 8 במאי 2022 החלטתי לדחות את ערעוריהם של שני הצדדים על החלטתו של בית הדין קמא (כב' השופט סא"ל שאול ארבל) להורות על שחרורו של המערער לחלופה של מעצר פתוח ביחידתו, לתקופה קצובה, עד ליום 30 ביוני 2022. להלן יפורטו נימוקי ההחלטה.

**רקע**

1. המערער נעצר ביום 28 באפריל 2022 בגין חשד לנטילת אמצעי ראיית לילה (אמר"ל) מיחידתו. מעצרו הממשי הוארך על ידי בית הדין קמא, לצרכי חקירה.
2. ביום 4 במאי 2022 הגישה התביעה הצבאית כתב אישום נגד המערער, המייחס לו עבירה של הוצאת נשק מרשות הצבא, לפי סעיף 78 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. בכתב האישום נטען, כי הבחין ביום 27 באפריל 2022 בנרתיק המכיל אמר"ל מסוג "שח"ם", אשר נותר ללא השגחה בבסיסו, על מושב ספסל הממוקם בין פלוגת ההכשרות לנשקייה. המערער ניגש לנרתיק, פתח אותו והבחין באמר"ל. או אז, נטל אותו לרשותו מבלי לעדכן את הגורמים המתאימים ביחידה, והסתירו מאחורי מכולה הממוקמת בחניית הבסיס - והכל, לפי הנטען, בכוונה למכור את האמר"ל לבן מיעוטים. נטען עוד, כי בהמשך לכך, כ-20 דקות לאחר נטילת האמר"ל, התקשר המערער למכרו, סמל נור, וביקש ממנו להשיג עבורו מכשיר טלפון.
3. עם הגשת כתב האישום הגישה התביעה הצבאית גם בקשה להארכת מעצרו הממשי של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים. בית הדין קמא הורה, כאמור, על שחרורו של המערער למעצר פתוח ביחידתו, לתקופה קצובה. החלטה זו נומקה בקיומו של "קושי משמעותי לאבחן את מניעיו המדוייקים" של המערער. צוין, כי אמנם המערער נטל את האמר"ל, כשבשלב מסוים לאחר מכן עברה במוחו המחשבה כי מכירתו יכולה לסייע בהשבת חובותיו. עוד פורט, כי מדובר במי שלאחרונה סיים לרצות עונש מאסר בגין עבירות של שימוש בסמים; אך מנגד, הוטעם כי לאחר מכן, המערער ניסה להביא את חברו למצוא את האמר"ל ולהשיבו, והאמר"ל נמצא לבסוף בעקבות הודאתו. עוד נקבע, כי קיים "קושי משמעותי" ביחס לתשאול שנערך למערער על ידי מפקדיו, לאחר שכבר החלה חקירת מצ"ח, באופן שפגע ביכולתו למסור הודאה חופשית ומרצון. לאור התקיימותן של עילות המעצר שעניינן מסוכנות צבאית ופגיעה במשמעת הצבאית, תוך איזונן אל מול הקשיים הראייתיים, מצא אפוא בית הדין קמא להורות על "ירידת מדרגה", בדרך של נקיטה של חלופת מעצר, כך שהמערער ישהה במעצר פתוח ביחידתו, לתקופה קצובה.
4. שני הצדדים לא השלימו עם החלטת בית הדין קמא. התביעה עתרה, בערעורה, להארכת מעצרו הממשי של המערער, בעוד שההגנה עתרה לשחרורו המוחלט, ללא תנאים.
5. כאמור, לאחר שמיעת טיעוני הצדדים ועיון בחומר החקירה מצאתי שלא להתערב בהחלטת בית הדין קמא ולהותירה על כנה. להלן נימוקי ההחלטה.

**התשתית הראייתית**

1. התשתית הראייתית ברובה אינה שנויה במחלוקת בין הצדדים, אולם הם חלוקים ביחס לפרשנות שיש לתת לעובדות העולות, לכאורה, מחומר החקירה.
2. המערער סיים לאחרונה לרצות עונש מאסר בפועל בגין עבירות שעניינן שימוש בסם מסוכן. בעבר שירת בתפקיד מבצעי בגדוד לוחם, אך ימים ספורים לפני האירוע מושא האישום הוצב בתפקיד של עובד כללי.
3. ביום 27 באפריל 2022 נטל רב"ט אופק, אחד הלוחמים ביחידה, את האמר"ל לנשקייה לשם תיקונו. בדרכו חזרה מהנשקייה, פגש שניים מחבריו. הם ישבו על ספסל במחנה והאמר"ל נשכח שם. רב"ט אופק מסר, כי לא הבחין בכך עד למחרת בבוקר, שאז הבין כי האמר"ל אינו ברשותו ודיווח על כך למפקדיו. בעקבות זאת נפתחו חיפושים ביחידה.
4. מאוחר יותר באותו ערב מילא המערער משימה שניתנה לו על ידי מפקדו, שעניינה ביצוע פעולות ניקיון בכביש הראשי של המחנה. במהלך עבודתו, הבחין המערער בספסל ועליו נרתיק שבו היה האמר"ל מונח. המערער פתח את הנרתיק וזיהה את האמר"ל, שאותו הכיר מתפקידו הקודם. כיוון שידע שעל מכשירים מעין אלה להיות מוחזקים במקום נעול ותחת השגחה, נטל המערער את האמר"ל, לטענתו, במטרה להשיבו לאחד המפקדים.
5. לפי גרסת המערער באמרותיו, לאחר שנטל את האמר"ל לידיו, החל לחשוב על כך שיש לו חובות רבים, ומכירת האמר"ל עשויה לסייע לו כלכלית; הוא ידע כי מדובר במכשיר יקר, וסבר שיתכן כי בני מיעוטים עשויים להתעניין בו. עם זאת, לטענתו, כעבור זמן קצר, הבין כי תהא זו טעות לגנוב את האמר"ל ולמכור אותו, הן משום שהדבר יסבך אותו והן בשל ההשלכות הכרוכות בהגעת האמר"ל לידיים עוינות. על כן חזר בו ממחשבה זו. עם זאת, הלחץ שבו היה נתון הוביל אותו להחלטה לא מוצלחת (כך לדבריו) - וחלף השבת האמר"ל לגורם מוסמך, החליט להניח אותו על מזגן ליד מכולות הרס"ר, במקום מרוחק יותר בבסיס; וזאת בתקווה שהאמר"ל יימצא שם על ידי אחד מהעובדים הכלליים, אשר ישיבו למקומו. לדבריו, היה האמר"ל בידיו כרבע שעה בלבד. בבוקר שלמחרת סייע המערער בארגונו של טקס במחנה, ואז שוחרר לביתו, לחופשת סוף השבוע.
6. למחרת, ביום 28 באפריל 2022, משהתברר דבר היעדרו של האמר"ל, החלו חיפושים קדחתניים ביחידה. המפקדים התבוננו בצילומי האבטחה של הבסיס, שבהם הבחינו בדמות שלא ניתן לזהות את פניה, נוטלת את האמר"ל מהספסל בבסיס. הסרטון המתעד זאת הופץ בקרב קבוצות שונות של חיילים מהיחידה וגם המערער קיבל אותו. רנ"ג היחידה, רס"ם רועי, ערך שיחת ועידה טלפונית לחיילי מחלקתו, שעמם נמנה המערער. בשיחה הבהיר בפניהם כי מי שיימצא אחראי לנטילת האמר"ל עשוי לעמוד בפני השלכות קשות, לרבות ריצוי מאסר ואובדן תפקידו כלוחם. לפיכך ביקש ממי שאחראי למעשה ליצור איתו קשר באופן אישי. המערער טען, כי הבין מהשיחה האמורה, שהובטח למי שישתף פעולה בהשבת האמר"ל, כי לא יינקטו נגדו צעדים. כשנשאל רס"ם רועי האם הבטיח דבר מה לחיילים, השיב: "כי זה היה בחיתולים. אמרתי להם אם זה מישהו שהתבלבל וחשב שזה סתם מוצג שיחזיר את זה ונגמר ונטפל בו ביחידה וזה לא יעבור הלאה. אמרתי את זה שיהיה קצה חוט".
7. לאור הבנתו של המערער, כי נערכים חיפושים אחר האמר"ל, וכי קיים סרטון שבו צולם (אף כי פניו לא זוהו), החליט לנסות ולהביא למציאת האמר"ל מבלי להסגיר את עצמו. באותו יום, ה-28 באפריל 2022, יצר קשר עם אחד מהלוחמים, שאותו הכיר מהגדוד הקודם שבו שירת, סמל עומר; ומבלי לספר לו כי הוא אחראי למעשה, ניסה להביאו לחפש את האמר"ל במקום שבו הניחו, אך ללא הועיל. סמל עומר מסר, כי המערער אכן יצר עמו קשר, וכי התרשם מהשיחה שהמערער ניסה במידה רבה לקבל ממנו מידע בדבר המתרחש. לצד זאת, אישר את דבריו של המערער על כך שהאחרון הציע לו לערוך חיפוש במכולות באזור הרס"ר. כיוון שסמל עומר לא היה באותה עת בבסיס, וכנראה גם לא ייחס חשיבות לדבריו של המערער (היות ולא ידע כי המערער הוא האחראי לנטילת האמר"ל), הדבר לא הסתייע.
8. במקביל, נשאל המערער באותו היום על ידי מפקדו הישיר, סמ"ר נריה, האם הוא מכיר את האדם המצולם בסרטון והאם יתכן שהוא עצמו אחראי לנטילת האמר"ל. המערער השיב בשלילה. לדבריו, קיווה כל העת שהאמר"ל יימצא מבלי שהדבר יסבך אותו, מפני שחשש ונלחץ מכך.
9. בשעות אחר הצהריים הגיעו אל היחידה חוקרי מצ"ח, ונפתחה חקירה בנסיבות העלמותו של האמר"ל. בשלב מסוים, לאחר שהחוקרים כבר היו ביחידה, ביקש רס"ם רועי מסמ"ר נריה להתקשר אל המערער, והשניים החלו לשוחח עמו בשיחת ועידה. במהלך השיחה, שאל רס"ם רועי את המערער האם הוא מזהה את האדם בסרטון האבטחה, ולאחר מכן הבהיר לו כי בקרוב עתידים להיבדק צילומי האבטחה מן המצלמות בשק"ם, באופן שעשוי להוביל לזיהוי הדמות. כן מסר למערער כי עתידים להתבצע איכוני טלפונים. לפי תיאורו של רס"ם רועי, "הוא הבין שאני סוגר אותו מכל הכיוונים". בעקבות זאת ביקש המערער לדבר איתו באופן אישי, שיחה שבה נטל אחריות לנטילת האמר"ל, סיפר לו שניסה להביא למציאת האמר"ל קודם לכן אך ללא הצלחה, וכן מסר לרס"ם רועי את המיקום בו הניח את האמר"ל, באופן שהוביל למציאתו המיידית. רס"ם רועי הקליט את עיקר השיחה עם המערער, וההקלטה צורפה לתיק החקירה.
10. המערער מסר, כי בחר להתוודות בפני רס"ם רועי על מעשיו, נוכח הלחץ שהפעיל עליו האחרון, וגם מפני שסבר, לאור השיחה שערך רס"ם רועי עם החיילים באותו בוקר, כי להתוודותו לא יהיו השלכות. המערער הודה, כי טעה בכך שלא דיווח למפקדים מיידית עם מציאת האמר"ל, וזאת בשל רגשות הפחד והבושה שאפפו אותו באותה עת; אך שב והדגיש, כי המחשבות למכור את האמר"ל לבן מיעוטים היו רגעיות וחולפות, וכי לא פעל לממשן בכל אופן שהוא. יצויין, כי עיון ידני שנערך במכשיר הטלפון של המערער לא הוביל לממצא כלשהו.
11. במהלך החקירה נערך מחקר תקשורת למכשיר הטלפון של המערער, ובו התגלו מספר שיחות שערך בערב האירוע וביום שלמחרת. אחת מהשיחות, שיחה קצרה שארכה פחות משתי דקות, נערכה בין המערער לבין סמל נור, לוחם בגדוד שבו שירת המערער בעבר, וזאת לאחר שהמערער גם שלח לו הודעה, ובה רשום: "מה אומר אח".
12. סמל נור, אשר נחקר במצ"ח כשבוע לאחר האירוע, טען בתחילה כי ראה את המערער לאחרונה כארבעה חודשים טרם חקירתו, וכי הקשר ביניהם לא היה קרוב או חברי. גם כשהוצגו לו מחקרי התקשורת, חזר וטען כי אינו זוכר את השיחה, שכן ייתכן שישן באותה עת. על כל פנים, הכחיש בתוקף כי המערער שוחח עמו על אפשרות למכירת אמר"ל. בהמשך חקירתו נזכר סמל נור, כי "נכון, הוא התקשר אליי ורצה ממני טלפון, ממש טלפון. אמר לי שהמשטרה לקחו לו את הטלפון. נזכרתי, הייתי ישן, בכלל הטלפון שלו לא רשום אצלי". כשנשאל מדוע נזקק המערער לטלפון השיב כי: "הוא היה בחקירה ואז לקחו לו את הטלפון ואז הוא רצה שאני יסדר לו טלפון". כמו כן עת נשאל, האם בקשה זו עלתה בשיחתם בשבוע האחרון, השיב כי אינו זוכר, אבל היה זה כשדיבר עם המערער בפעם האחרונה. עוד ציין, כי המערער אמר לו שביקש גם מאנשים נוספים לעזור לו. הוא, מצידו, אמר למערער כי אינו יכול לסייע לו בהשגת מכשיר טלפון.
13. אשר למערער, כשהוצגה לו שיחת הטלפון עם נור, טען שמדובר היה בשיחה שגרתית בין חברים ליחידה, וכי כששירתו יחדיו היו חברים טובים. בהמשך, כשנשאל שאלות לגבי פניות לחבריו להשגת מכשיר טלפון, ציין כי "יש מצב עכשיו שאת אומרת את זה שביקשתי מכמה אנשים בזמן שהטלפון שלי היה מוחרם אם הם יכולים לארגן לי טלפון חדש, ואם אני לא טועה נור היה אחד מהם". המערער העריך כי שיחה זו התקיימה כחודשיים או שלושה לפני חקירתו הנוכחית, והכחיש כי שוחח עם סמל נור על השגת מכשיר הטלפון בשיחה שהתקיימה אחרי נטילת האמר"ל. לדעתו, סמל נור התבלבל בנוגע למועד השיחה שעסקה בנושא הנזכר. עוד מסר, כי מעולם לא היה מבקש למכור לסמל נור את האמר"ל, אף שהוא בן מיעוטים.

**טיעוני הצדדים בערעור**

1. **התביעה** טענה בערעורה, כי המערער פעל מתוך מניע פלילי של בצע כסף, שעניינו הוצאת האמר"ל מרשות הצבא לשם מכירתו לאחרים; וכל זאת תוך שימוש בידע שצבר מהכשרתו כלוחם בצה"ל, שהקנה לו הבנה בדבר חשיבותו וערכו הכספי הרב של האמר"ל. בנסיבות אלה, נטען כי מתקיימת חזקת המסוכנות הסטטוטורית בהתאם לסעיף 21(א)1)(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, וכן מתקיימות עילות המעצר שעניינן מסוכנות צבאית ופגיעה במשמעת הצבאית. לדעת התביעה, ניתן ללמוד על מניעיו של המערער, גם מהשיחה עם סמל נור שנערכה כ-20 דקות לאחר נטילת האמר"ל, אשר מצביעה על כך שהמערער נקט פעולות לצורך קידום מכירת המכשיר.
2. אשר לבירור הפיקודי שנערך על ידי מפקדו של המערער, נטען כי הוא אינו מלמד על פגם של ממש בחקירה, ודאי לא כזה שישליך על קבילות התוודותו של המערער בפני מפקדו; וכי עניין זה ראוי שיתברר בהליך העיקרי.
3. לדעת התביעה לא ניתן לאיין את מסוכנותו של המערער באמצעות חלופת מעצר של מעצר פתוח, שכן ביחידתו תהיה לו גישה לציוד רגיש וכלי נשק; והדברים אמורים ודאי, כאשר אותה מוטיבציה שהנחתה אותו לביצוע העבירה מלכתחילה, שבבסיסה חובותיו הכלכליים, נותרה בעינה.
4. **ההגנה** עתרה לשחרורו המוחלט של המערער, ללא כל תנאי. בערעורה טענה, כי לא ניתן לייחס למערער מניע פלילי בעת נטילת האמר"ל, שכן המערער נטל אותו על מנת להשיבו לידי אחד המפקדים; ואף אם עלו בו הרהורי עבירה לא מגובשים, הוא לא ביצע כל פעולה כדי להוציא מחשבות אלה אל הפועל, אלא התחרט על כך ואף ניסה להוביל את חבריו ליחידה למציאת האמר"ל. עוד נטען, כי השיחה עם סמל נור בנושא השגת הטלפון נערכה כחודשיים לפני האירוע, בעת שהמערער היה בחקירה, ולפיכך לא ניתן ללמוד ממנה דבר. בנוסף לכך טענה ההגנה כי מפקדיו של המערער פעלו באופן פסול, בעת שלמעשה חקרו אותו, תוך פגיעה משמעותית בזכויותיו, על אף שבאותה שעה שהה בבסיס צוות חקירה של מצ"ח.

**דיון והכרעה**

1. בפתח הדברים, יש להבהיר, כי האמר"ל אותו נטל המערער הוא בבחינת "נשק", בהתאם להגדרה שניתנה למונח זה בסעיף 1 לחוק השיפוט הצבאי: "נשק - לרבות חלקים ואביזרים של כלי נשק... מכשירים המשמשים כלי עזר להפעלה או להכוונה של נשק..", ואף ההגנה לא חלקה על כך. בחוות דעתו של רס"ן אריאל, ראש תחום ניהול המלאי בחטיבת הלוגיסטיקה באט"ל, פורטו היבטים שונים בנוגע ליכולותיו המבצעיות של האמר"ל ולמשמעות הנודעת לאובדן שלו. בהתאם לכך גם נקבע בעבר בפסיקת בית דין זה כי מדובר בפריט צבאי מסווג ויקר ערך, אשר הוצאתו מרשות הצבא אף מקימה את עילת המסוכנות (ע"מ/56/13 **רב"ט אלחויטי נ' התובע הצבאי הראשי** (2013). כן ראה ע/13/11 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אלולידי** (2011); ע/173/08 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר דרורי** (2008)).
2. עבירות שעניינן הוצאת נשק מרשות הצבא מקימות באופן ברור ומובהק את עילת המעצר שעניינה סיכון לשלום הציבור ובטחונו, כמו גם את עילת המעצר שעניינה פגיעה במשמעת הצבאית; ואין צורך להכביר מילים על הסיכון הגלום בכך שכלי נשק ואמצעי לחימה יוצאו מרשות צה"ל ויפלו לידיים בלתי מורשות, בין אם עסקינן במי שמבקש לעשות בכך שימוש למטרות של פגיעה בביטחון המדינה (ודאי במציאות הבטחונית השוררת בימים אלה ממש) ובין אם למטרות פליליות ופגיעה בסדר הציבורי. לאור פגיעתן הרעה של עבירות מעין אלה, גם נחקקה בשנה האחרונה הוראת שעה, שלפיה מקום שבו הורשע אדם בעבירות שונות בנשק לא יפחת עונשו מרבע העונש המירבי שנקבע לאותה עבירה (סעיף 144(ז) לחוק העונשין, התשל"ז–1977). להחמרה, ביחס לעבירות בנשק, ראו גם ע/5,6/22 **סמל ישראל נ' התובע הצבאי הראשי** (2022) והאסמכתאות שם.
3. לצורך הערכת עצמתה של המסוכנות, נבחנת בעיקר שאלת **המניע** להחזקת הנשק שלא כדין. בכך יש כדי להשליך על מידת חומרתה של העבירה ומידת המסוכנות הנשקפת ממי שנוטל חלק בביצועה - ומכאן שזו נקודת המוצא לבחינת ההצדקה למעצר (ר' ע"מ/69/21 **סמל ישראל נ' התובע הצבאי הראשי**,בפסקה 20 (2021); ע"מ/35/18 **סמ"ר סלגן נ' התובע הצבאי הראשי**,בפסקה 19 (2018); ע"מ/5/22 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' זיגל** (2022)). לצורך קביעת אותו מניע לכאורי, ניתן לפעול לפי ההיגיון הבריא, לא נדרש שכנוע מעבר לספק, ודי במסקנה סבירה העשויה להילמד מנסיבות המקרה (ע"מ/60/19,61 **רב"ט מוסא וטור' שאהין נ' התובע הצבאי הראשי**,פסקה 21 (2019); ע"מ/57/21 **טור' אלסראיעה נ' התובע הצבאי הראשי,** פסקה 19 (2021)).
4. אכן, המערער לא כיחד ממפקדו וממצ"ח, כי לאחר נטילת האמר"ל חלפה במוחו המחשבה למכור את האמר"ל, מתוך תאוות בצע. נוכח שירותו בעבר כלוחם, ידע כי שוויו של האמר"ל רב, וכי הדבר יכול לסייע לו בהשבת חובותיו. עם זאת, טען בכל אמרותיו, כי מדובר היה במחשבות בלבד, אשר לא הבשילו לכלל פעולה ממשית, והוא זנח אותן כעבור זמן קצר.
5. הקושי העיקרי בגרסתו של המערער, נעוץ בכך שעל אף שלשיטתו זנח כעבור זמן קצר את ההחלטה למכור את האמר"ל, לא שב מיד לתכניתו המקורית הנטענת, בעת שנטל את האמר"ל מלכתחילה - להשיבו לאחד המפקדים; אך לצד זאת יש לזכור כי המערער לא הטמין את האמר"ל באופן המונע לחלוטין את גילויו. אף שהניח את האמר"ל על סבכת הברזל המפרידה בין המזגן לבין הקיר באזור מכולות הרס"ר, היה זה, עדיין, שטח פתוח בבסיס, ללא מגבלות גישה.
6. בנוסף לכך, אין ראיה לכך שהמערער נקט בפעולה אקטיבית כלשהי כדי להגשים את רעיון מכירת האמר"ל. למחרת היום יצא את הבסיס מבלי לקחת את האמר"ל, בעיון ידני במכשיר הטלפון שלו לא נמצא דבר, ואף הראיה המרכזית שעליה נסמכת התביעה בהיבט זה, שיחת הטלפון עם סמל נור, אינה משמשת ראיה לכאורה מובהקת לכך. סמל נור קשר אמנם, בגרסה לא קוהרנטית, בין שיחתו האחרונה עם המערער לבין בקשתו של האחרון כי ישיג עבור מכשיר טלפון נייד, באופן המקים חשד כבד לקידומן של פעולות למכירת האמר"ל. עם זאת, ציין סמל נור מיוזמתו, כי הבין מן השיחה כי למערער נדרש מכשיר טלפון משום שמכשירו האישי נלקח ממנו בעת חקירתו במצ"ח. גרסה זו מתיישבת גם עם האפשרות כי השיחה בין השניים נערכה לפני המקרה של נטילת האמר"ל, לנוכח העובדה כי המערער אכן נחקר במצ"ח לפני חודשים ספורים (בגין עבירת סמים), כנטען על ידיו. על כן, כבר בשלב הדיוני הנוכחי קיים קושי לבסס על סמך עדותו של נור, את ההנחה כי השיחה בין השניים עסקה בהשגת מכשיר טלפון נייד ובקידומה של מכירה דווקא.
7. לכל אלה יש להוסיף, כי המערער פעל ביום שלאחר נטילת האמר"ל כדי להביא לגילויו ולהשבתו למקומו. אמנם, יש להניח כי פעולותיו בעניין זה הושפעו בעיקר מכך שלמד על החיפושים האינטנסיביים הנערכים ביחידה אחר האמר"ל, ועל האפשרות הממשית כי יזוהה במצלמות האבטחה. עם זאת, גרסתו שלפיה ניסה להביא להחזרת האמר"ל, באמצעות השיחה עם סמל עומר, אושרה על ידי האחרון, לפחות באופן חלקי; והמערער הוא שבחר להתוודות לבסוף בפני מפקדו, והוביל למציאת האמר"ל.
8. כאן המקום לומר כי יש טעם גם בטענת ההגנה בדבר אופן התנהלות הבירור הפיקודי אל מול המערער. יוזכר, כי אמנם בידי המפקדים, האחראים לתפקוד היחידה באופן תקין, נתונה הסמכות לערוך בירור ראשוני, כדי לעמוד על קיומו של ממש בחשד שהועלה, עוד טרם הפניית הנושא למצ"ח. בין השאר ראוי לבחון האם החשד מבוסס, מה טיב ההתרחשויות והאם לפי מהותן הן מחייבות פתיחת חקירת מצ"ח (ע/6,8/09 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אדרי וערעור שכנגד** (2009)). יש להניח, כי אובדן האמר"ל, נוכח סיווגו, מחירו ונחיצותו המבצעית, עורר סערה ביחידה והוביל לעריכת כל מאמץ מצד המפקדים לאתרו; וכך אכן ראוי כי ייעשה. עם זאת, גם בראי הנחה זו, יש טעם לפגם בכך שמפקדו של המערער בחר לקיים איתו שיחה שיש בה היבטים חקירתיים של ממש (עימות עם צילומי אבטחה, הסברים בדבר איכון טלפוני) ולאחר שחוקרי מצ"ח כבר היו במקום; וכל זאת מבלי שניתנו לו זכויותיו על פי דין וכשרס"ם רועי מגדיר את התחקור בכך שהוא "סוגר עליו"; וכל זאת לאחר שמאמירה קודמת של המפקד, ניתן היה להבין, כי לא יאונה רע למי שיתוודה על נטילת האמר"ל.
9. בשלב דיוני זה אין לקבוע, כי ההתנהלות המתוארת יורדת לשורשן של הראיות לכאורה, המבוססות, בראש ובראשונה, על אמרותיו של המערער, שנמסרו לאחר היוועצות בסניגור ונתמכות בפרט מוכמן מהותי - מציאת האמר"ל במקום שאליו הפנה המערער. טענות ההגנה לעניין השפעתו של תחקור המפקדים על הראיות הנגזרות תיבחנה בהליך העיקרי. עם זאת, יש בכך כדי להוות שיקול נוסף, אף אם לא מכריע, בהחלטה האם להתערב בהחלטתו של בית הדין קמא הנכבד.
10. בנסיבות אלה, ובייחוד לאור האינדיקציות הראייתיות, כי המערער חזר בו בתוך זמן קצר מן הרצון למכור את האמר"ל, תוך שניסה להביא את חברו למצוא את האמר"ל, ולאחר מכן מסר את מיקומו המדויק לרס"ם רועי - הרי שאף אם לא ניתן לקבוע כי חזקת המסוכנות בעניינו של המערער נסתרה (ועל כן גם אין מקום לקבל את ערעורה של ההגנה) - סברתי כי ניתן לאשר את החלטתו של בית הדין קמא להלום את המסוכנות הנשקפת ממנו, כמו גם את החשש לפגיעה במשמעת הצבאית, באמצעות חלופה של מעצר פתוח ביחידה, לתקופה קצובה (ראו איזון דומה שנערך על ידי בית דין זה בע"מ/134/16 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אלקשחר** (2016)).
11. לצד האמור, מצאתי להורות כי המערער לא יישא נשק, וכי מפקדיו ימנעו ממנו גישה לאמצעי לחימה ביחידה.
12. עתירתו של הסניגור, להורות על חלופה של מעצר פתוח ביחידתו הקודמת של המערער, ככל שיידחה ערעורו, הועלתה בערעור לראשונה. על הסניגור להעלותה לדיון בפני בית הדין קמא, ככל שיבחר בכך, ובית הדין יחליט בה כמיטב שיקול דעתו.

נימוקי ההחלטה ניתנו בלשכה היום, י"א באייר התשפ"ב, 12 במאי 2022, ויועברו לידיעת הצדדים על ידי מזכירות בית הדין.

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

**אל"ם מאיה גולדשמידט שופטת בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ו ר י ם**

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור
 רס"ל עדי לביא
תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצינת בית הדין**