



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא

בעניין :

ח/XXX טוראי י' ש' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד מנחם שטאובר)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, קמ"ש מעיין צעיר)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתנה בתיק מטכ"ל (מחוזי) 680/17 (סא"ל סיגל טורג'מן – שופטת) ביום 26.10.2017. הערעור התקבל.

ה ח ל ט ה

רקע

1. כנגד טוראי י' ש', **המערער**, הוגש כתב אישום, המייחס לו עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות מיחידת מיטב, החל מיום 7.2.2016 ולמשך 621 ימים, שהסתיימו עם מעצרו, ביום 20.10.2017.
2. עם הגשת כתב האישום, עתרה התביעה הצבאית להורות על מעצרו הממשי של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. ההגנה התנגדה לבקשת התביעה ועתרה לשחרר את המערער ממעצר.
3. בית הדין קמא הנכבד נענה לבקשת התביעה והורה להאריך את מעצרו הממשי של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. ההגנה לא השלימה עם החלטת בית הדין קמא ומכאן הערעור שלפני.

השתלשלות העניינים ומסד הראיות לכאורה

4. עיון בחומר הראיות שהוצג לעיוני מעלה, כי למערער נשלח צו גיוס לשירות צבאי, מבלי שנקבע כושרו, על-פי הוראת סעיף 12 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986. אין חולק כי המערער לא שהה במסגרת הצבאית בתקופת ההיעדרות והמחלוקת בין הצדדים נסבה על שאלת חוקיות גיוסו של המערער לצבא ועל מודעותו לחובת גיוסו. אציין עוד, כי המערער נמנה עם קהילה חרדית וכי הוא תלמיד ישיבה. הוסכם גם, כי המערער לא הגיש בקשה מסודרת לדחות את מועד גיוסו לצבא, מטעם כזה או אחר. נוכח גדר המחלוקת, אפרט בהרחבה על הראיות בנוגע למהלך גיוסו של המערער.

5. על-פי נתוני משרד הפנים, בעת הרלוונטית, התגורר המערער בעיר בני ברק, ברחוב XXX. בהמשך, החל מחודש אפריל 2017, עדכן במשרד הפנים, שעבר להתגורר בעיר חדרה, בכתובת של הישיבה, שבה הוא לומד. זו אף הכתובת שצוינה על-ידי באמרה. 6. על-פי פלט זימונים המצוי בתיק האישי, במהלך שנת 2014, נקרא המערער, בשלוש הזדמנויות, ל"צו ראשון-בנים דתיים" ולא התייצב. על-פי אותו התדפיס, הזימון הראשון נשלח כזימון רגיל, השני כהתראה והשלישי כמברק. בשלהי שנת 2014 ובראשית שנת 2015 נערך "בירור כתובת לפני פניה למשטרה". לא הוצג לעיוני תדפיס שיחות טלפון שערכו גורמי הלשכה עם המערער או עם מי מבני משפחתו.

7. ביום 17.5.2015, הועבר עניינו של המערער לטיפול במדור ביקורת בלשכת הגיוס. ביום 24.8.2015 כותבת ע' רמ"ד ביקורת והתייצבות את הדברים הבאים: "פ"מ [פקודת מעצר] XXX... מסרתי נוהל. מודעות. מדרג תקין", וממליצה להוציא בעניינו פקודת מעצר. ביום 25.8.2015, מתקבלת החלטתה של סגנית מפקדת לשכת הגיוס, כי "לאור האמור... מאושר פ"מ". ישנו גם העתק של מכתב מיום 26.8.2015, שיועד אל המערער, בכתובתו בעיר בני ברק. המכתב, אשר כותרתו "צו התייצבות לבדיקת כושר והתראה לפני הוצאת צו גיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון", נושא את חתימת מפקד לשכת הגיוס, ומורה למערער להתייצב באופן מיידי. במכתב מצוי אף עדכון על הוצאת פקודת מעצר.

8. ביום 6.10.2015 מציינת מש"קית "פ"מ צו 12" את הדברים הבאים: "אין אינדיקציה שמונעת פ"מ. מדרג זימונים תקין. ב CRM [המערכת הממוחשבת] יש תיעוד שיחה שבו: 'XXX' פ"מ? מסרתי נוהל". נכתב גם, כי הכתובת עדכנית וכי מומלץ גיוס ללא פרופיל. ביום 13.10.2015 ממליצה ע' רמ"ד ביקורת התייצבות "העברה לצו 12", ללא פרופיל וביום 15.10.2015 מאשרת סגנית מפקד לשכת הגיוס

את גיוסו של המערער, ללא פרופיל. נימוקי החלטתה של סגנית מפקד לשכת הגיוס, לא פורטו.

9. בתיק האישי מצוי צו גיוס, שהופק ביום 18.10.2015, ולפיו, מפקד לשכת הגיוס קורא את המערער להתייצב לשירות בן 32 חודשים, החל מיום 24.1.2016. בתיקו האישי של המערער מצוי צו גיוס נוסף, אף הוא מכוח הוראת סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, שהוצא ביום 1.11.2015. שני הצווים נושאים חתימת סטטוסר מוסמך (קיים כתב הסמכה). על-פי הצו המאוחר, מפקד לשכת הגיוס, קרא למערער להתייצב לגיוס ביום 7.2.2016, למשך 32 חודשים. על הצו מופיעה כתובתו של המערער בבני ברק והוא נושא מדבקה של דואר רשום. מצויה גם תעודת עובד ציבור בחתימת הסטטוסר, מיום 2.11.2015, שלפיה, הצו שהופק ביום 1.11.2015, נשלח אל כתובתו של המערער בבני ברק. אין לפני תיעוד בכל הנוגע לרקע להוצאת שני הצווים בעניינו של המערער ולטעם העומד מאחורי הוצאת הצו הנוסף.

10. ביום 2.3.2016, לאחר שהמערער לא התייצב לגיוס ביום 7.2.2016, כותב מש"ק משתמטים את הדברים הבאים: "ניסיתי לאתר את י" ש", לשאול למה לא התייצב לגיוס שלו... דרך המערכת, אין מספרים, דרך 144 אין מספרים... כתובת עדכנית בני ברק XXX". ביום 9.3.2016 כתב רמ"ד גיוס, כי "צו 12 – אין מספרים במערכת. לא פנה מעולם למרכז שירות, אין פניות, לא אותר מעולם. ממליץ משתמט גיוס בארץ" (הדגשות אינן במקור). למחרת, 10.3.2016, המליצה רמ"ד תכנון ומיצוי בלשכת הגיוס להכריז על המערער כמשתמט גיוס. בהמלצתה נכתב, כי "אחיו משתמט פרקליטותי, הצעיר בפ"מ, כתובת עדכנית וזהה לכולם" וכי באוגוסט 2015 "פנה יזום למרכז השירות ועודכן במעמדו" (מנוסח הדברים אין זה ברור האם התכוונה במילים "פנה יזום למרכז השירות", למערער או לאחד מאחיו). באותו היום הכריזה סגנית מפקד הלשכה, על מעמדו של המערער כ"משתמט גיוס בארץ". במסמכים שהוצגו לעיוני לא מצויה הנמקתה בעניין.

11. בתיקו האישי של המערער נמצא העתק ממכתב מיום 14.4.2016. המכתב מוען לכתובתו הידועה של המערער בעיר בני ברק וכותרתו "הודעה בדבר מעמדך כמשתמט גיוס". במכתב מודיע רמ"ד גיוס בלשכת הגיוס של תל השומר למערער על הוצאת פקודת מעצר בגין אי התייצבותו לגיוס ביום 7.2.2016.

12. באמרתו, מוסר המערער, כי הוא מתגורר בעיר חדרה, ברחוב כלנית. הוא מכחיש את החשד נגדו ומוסיף "אני תלמיד ישיבה ולכן אני פטור מגיוס". המערער מציין, כי בתקופה הרלוונטית, למד בישיבה, בכתובת שציין. כמו כן, מסביר המערער, כי לא פנה אל רשויות הצבא, כי "הישיבה הייתה אמורה לטפל בנושא הזה".

נימוקי בית הדין קמא

13. לאחר שבחן את מסד הראיות לכאורה, בכל הנוגע לחוקיות צו הגיוס בעניינו של המערער, פירט בית הדין קמא את הדברים הבאים:

"במקרה שלפנינו, אף שהנאשם זומן 3 פעמים, לא התייצב לאף אחד מן הזימונים... בחודש אוגוסט 15 פנה מיוזמתו למרכז השירות ועודכן במעמדו... נעדר מן התיק תיעוד הנוגע לשיחות טלפון שנערכו עם הנאשם או לניסיונות לערוך כאלה... במקרה שלפנינו, בחינה של הטופס הבוחן את חוסר שיתוף הפעולה עולה לכאורה, כי אין אינדיקציה שמונעת פ"מ. מדרג הזימונים תקין. בCRM יש תיעוד שיחה שבו: 'XXX' פ"מ? מסרתי נוהל'. כתובת עדכנית על פי בגים... על נתונים אלו מצא להסתמך הפוקד. **אפילו היה מקום לערוך בחינה מעמיקה יותר, נראה, כי נתונים אלו עדיין נמצאים בגבולות הסבירות.**

יוער, כי בעת הכרזת ההשתמטות מסרה רמ"ד תכנון ומיצוי כי גם אחיו של הנאשם משתמטים. במצב דברים זה, נראה כי החלטה על הוצאת צו לפי סעיף 12 עבור מי שאינו משתף פעולה עם רשויות הצבא וגם הרקע המשפחתי שלו דומה היא החלטה סבירה. היעדר החתימה של הפוקד על הוצאת הצו לפי סעיף 12, אף שמוטב היה לו צורף אישור חתום, איננו פוגם בתוקפו הלכאורי של הצו, לאחר שהצבר הראיות מלמד על הצדקה קונקרטיה להוצאת הצו וכי גורמי הלשכה טיפלו בעניין שלב שלב באופן שמי שהוסמך להוציא צו בשם הפוקד עשה כן. **לפיכך, בהתאם לחזקת תקינות המנהל ניתן להניח שגם השלב הנעדר תיעוד ישיר נעשה כהלכה"** (הדגשות אינן במקור).

14. בהמשך, בכל הנוגע לסוגיית מודעותו של המערער לצו הגיוס, ציין בית הדין קמא, כדלקמן:

"**סעיף 55 (ה) (2) לחש"ב** קובע חזקה חלוטה, לפיה צו שנשלח בדואר רשום לפי מען מגוריו הקבוע, רואים אותו כאילו הגיע לידיעת אותו אדם בתום 72 שעות ממועד מסירתו לדואר למשלוח... הראייה שהציג הסנגור לימדה כי הצו לא רק נשלח אלא גם הגיע לכתובת המשלוח. אם תתקבל טענת הסנגור הרי שבנקל ניתן יהיה להימנע מקבלת צווים מאת רשויות הגיוס על דרך של אי דרישת הדואר...

נוסף על כל אלה, מחומר הראיות נלמד כאמור כי הנאשם יצר קשר עם רשויות הגיוס לבירור מעמדו סמוך למועדים שנדרש להתייצב לבדיקות. כך שלא ניתן לטעון שלא ידע כלל על חובתו להתגייס או להתייצב לבדיקות. באמרתו גרס כי היה על הישיבה לטפל בעניינו כך שלא ניתן לומר שלא היה מודע לכך שקיימת חובת גיוס, אשר צריכה הייתה להיות מטופלת בדרך של 'דיחוי' על ידי

הישיבה. טענת הסנגור בדבר 'טעות במצב דברים' היא, לטעמי, טענה מיתממת בנסיבות העניין. בפרט כאשר נלמד מחומר הראיות כי הנאשם איננו היחיד מבני משפחתו שנעדר מן השירות".

15. בית הדין מסכם את הדברים וקובע, כי "בהתחשב בכל האמור ומבלי שנעלמה מעיניי דלותו של החומר בעניינו של הנאשם, מצאתי שקיימת בחומר הראיות תשתית ראייתית לכאורית המלמדת על חוקיות לכאורה של צו הגיוס שהוצא בעניינו ועל מודעות לכאורה לחובת הגיוס בצבא" (הדגשות אינן במקור). בהמשך, משנמצא, כי קיימת תשתית ראייתית לכאורה, קבע בית הדין קמא, כי מתקיימות "במלוא עוזן עילות המעצר שעניין עילה מניעתית, עילת המסוכנות הצבאית והחשש להמלטות מאימת הדין".

ערעור ההגנה

16. ההגנה סבורה, כי אין בחומר הראיות שהוצג כדי להקים מסד עובדתי מתאים להוצאת צו חריג, כדוגמת צו גיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון. לדידו של הסנגור, תדפיס הזימונים לבדו, אינו מבסס תשתית מתאימה להוכחת חוסר שיתוף פעולה והוא אף סותר את הוראת פק"ל לשכות הגיוס בעניין "צו 12". משכך, ואף נוכח היעדר תיעוד לאופן הפעלת שיקול הדעת של הפוקד, יש לקבוע כבר כעת, כי נפל פגם בצו הגיוס בעניינו של המערער. הסנגור הדגיש, כי לשיטתו, לא ראוי היה להסתמך על מעמדם של בני משפחתו של המערער בכל הנוגע להליך קבלת החלטות בלשכה, וכי הצגת הנתונים בעניינם כנתונים רלוונטיים להכרזה על המערער כמשתמט, היא בבחינת שיקול פסול, הפוגם בהחלטה עצמה.

17. עוד נטען, כי היה על הפוקד להפעיל שיקול דעת עצמאי, בנפרד, עובר להוצאת הצו המאוחר, וכי אין בנמצא תיעוד להליך שכזה.

18. נטען גם, כי שהותו של המערער בישיבה לאורך זמן, כפי שמסר באמרה, מצביעים על היעדר מודעותו לצו הגיוס ומכרסמים בפוטנציאל הראיות לכאורה.

19. נוכח כל אלה, סבור הסנגור, כי יש להורות על שחרורו של המערער מכל מעצר.

עמדת התביעה

20. התביעה סמכה ידיה על החלטתו של בית הדין קמא ועתרה להימנע מלהתערב בה. נטען, כי היקף הביקורת וההתערבות בהחלטה מנהלית, כדוגמת החלטת הפוקד בעניינו, ראוי כי יהיה מצומצם וכי לגופו של עניין, די היה בנתונים שהוצגו לפני הפוקד, על-מנת לבסס את המסד הראייתי המנהלי לשם קבלת החלטה במקרה דנן.

21. התביעה טענה אף, כי משלוח הצו בדואר רשום אל כתובתו הידועה של המערער, כפי שנלמד מתעודת עובד הציבור והמסמכים הנוספים, מקים חזקה חלוטה, כי המערער קיבל לידיו את צו הגיוס והיה מודע לו. נטען גם, כי בנסיבות העניין, דבריו של המערער באמרה, אינם מכרסמים בפוטנציאל הראיות הקיים.

22. אציין, כי לקראת תום הדיון בערעור, התבקשה התביעה להציג לפני העתק קריא של צו הגיוס המוקדם וכן את הוראות פק"ל לשכות הגיוס. התביעה אף התבקשה לבחון את עמדתה בנוגע לאפשרות לשחרר את המערער לחלופה של מעצר פתוח, לנוכח טענות ההגנה בערעור. בהמשך, לאחר הדיון בערעור, באו הצדדים בדברים והתביעה מסרה בכתב, כי היא מבקשת ארכה, על-מנת לשקול את עמדתה בערעור ולשוב אל אולם הדיונים. לאחר מכן, מששבו הצדדים אל אולם הדיונים, הודיעה התביעה, כי היא עומדת על מעצרו הממשי של המערער וכן, להפתעתו של הסנגור, ביקשה להציג לפני ראיות חדשות נוספות. ההגנה, שכבר כפרה, זה מכבר, באשמה שיוחסה למערער, בהליך העיקרי בבית הדין המחוזי, שם אף התנהל דיון בבקשתה לעיין בחומר חקירה – התנגדה נמרצות לבקשה החדשה. בשלב זה, נוכח השתלשלות העניינים, התבקשה התביעה לשקול את בקשתה מחדש ואכן, נמנעה מלהציג את המבוקש.

23. מטעמים אלה ונוכח הנימוקים, אשר בבסיס החלטתו של בית-דין קמא הנכבד, עתרה התביעה לדחות את ערעור ההגנה ולהותיר את ההחלטה על מעצרו של המערער, על כנה.

דיון והכרעה

24. במקרה שלפנינו, לכאורה, נשלח אל המערער צו גיוס, החתום על-ידי סטטוסר מוסמך, בהתאם להוראת הפוקד. הצו נשלח, לכאורה, בדואר רשום, אל כתובתו הידועה. מכאן, שקיימת תשתית ראייתית, המלמדת על חוקיות צו הגיוס ועל מודעתו של המערער אליו (ראו סעיף 55(ה)(2) לחוק שירות ביטחון, על חזקת המסירה בדואר הרשום). ברם, כפי שאף ציין בית הדין המחוזי בהחלטתו, המסד הראייתי הקיים, בכל הנוגע לאופן הפעלת שיקול הדעת של הפוקד – מעורר קושי.

25. במה דברים אמורים, כפי שהוטעם לאחרונה, "סמכות הגיוס לפי סעיף 12 היא סמכות חריגה, שיש להפעילה במשורה ובזהירות (ראו: רע"פ 1057/99 יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365, 377 (1999))" (ע"מ/17/75 טור' נחמני נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

26. בד בבד, בואר, כי נוכח התכלית החקיקתית אשר בבסיס הוראת סעיף 12 הנ"ל – הצורך להיאבק בהשתמטות משירות בטחון (ראו: ע"מ/17,18/15 טור' טקה נ' התובע הצבאי הראשי (2015)), ע"מ/77/15 טור' יהושע נ' התובע הצבאי הראשי (2015)) – "משהונחה תשתית ראייתית מתאימה, המבססת, ברמה המנהלית, חוסר שיתוף פעולה מצדו של המערער, לאורך זמן - אין אלא לקבוע כי שיקול דעתו של הפוקד, להורות על גיוסו של המערער, מבלי שנקבע כשרו, היה סביר, ומסקנה זו עולה בקנה אחד עם חזקת תקינות המנהל" (עניין נחמני לעיל, פסקה 20).

נפסק גם, כי אף במקרים שבהם לא הוצג תיעוד בנוגע לאופן הפעלת שיקול דעתו של הפוקד, עובר להוראה מטעמו לגיוס לפי סעיף 12 לחוק שירות בטחון, הרי שניתן, במקרים מתאימים, למשל, כאשר קיימים מסמכים, המלמדים על בסיס ראייתי, ברמה המנהלית, לחוסר שיתוף פעולה של המועמד לגיוס ועל כך שעניינו נשקל על-ידי הגורמים המתאימים בלשכה, בהתבסס על חזקת תקינות המנהל – לקבוע, כי הוכחה תשתית ראייתית לכאורה, לחוקיות הגיוס (ראו: ע"מ/43/16 טור' קליינבוק נ' התובע הצבאי הראשי (2016)); ע"מ/77/12 טור' פרדה נ' התובע הצבאי הראשי (2012); ע"מ/52/13 טור' זרו נ' התובע הצבאי הראשי (2013)).

זאת ועוד, על-פי כללי המשפט המנהלי, "כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראיה המנהלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המנהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית משפט (כגון עדות שמיעה) אך אדם סביר היה סומך עליהן לצורך קבלת החלטה בעניין העומד על הפרק" (ע/111/07 טור' סמורגנסקי נ' התובע הצבאי הראשי (2010)).

27. דא עקא, שבמקרה דנן, אין לפני כל תיעוד ליצירת קשר עם המערער ולא קיים תיעוד לשיחות עמו או עם מי מבני משפחתו. מן המסמכים שהוצגו לעיוני, לא ניתן לדעת האם נוצר קשר טלפוני בשלב כזה או אחר עם המערער, או עם מי מבני משפחתו (בנוגע להתייצבותו של המערער בלשכת הגיוס), ולמעשה, כפי שכותב רמ"ד גיוס ביום 9.3.2016, המערער "לא אותר מעולם". בית הדין קמא, ציין כי קיים תיעוד על שיחת טלפון, ברם, לא ניתן לדעת מהאופן שבו אוזכרה השיחה, עם מי נערכה ולמי שייד אותו מספר טלפון. מנגד, שבים ומציינים, מספר גורמים בלשכה, כי כלל לא איתרו מספר הטלפון של המערער ומעולם לא הצליחו ליצור עמו קשר טלפוני או אחר. גם התיעוד, שלפיו יצר קשר עם מרכז השירות של גורמי הגיוס, נראה כאילו אינו מתייחס למערער, אלא לאחד מאחיו ואינו בהיר דיו. אין זאת, אלא, כי על פני הדברים, על-פי התיעוד הקיים, המסד הראייתי אשר עמד לנגד עיניו של הפוקד היה דל, והתמצה בשלושת הזימונים שהופיעו בתדפיס הזימונים (נראה גם כי מסד נתונים זה אינו עומד בדרישות המנויות ב"פק"ל לשכות הגיוס – צו 12").

28. כידוע, נקבע, כי "חובה על גורמי הגיוס לנקוט מאמץ ולפעול בשקיזה ראויה ובאחריות, לאיתור המיועד לשירות ביטחון ולזמנו לבדיקות השונות לקביעות כושרו לשרת בצבא. בהמשך, על הפוקד להפעיל שיקול דעת פרטני, ביחס לכל מקרה ומקרה, ולהורות על גיוסו של המיועד לשירות על-פי סעיף 12 לחוק שירות ביטחון, רק לאחר שנחה דעתו, כי פעלו די כדי להביא להתייצבותו בלשכת הגיוס" (עניין נחמני לעיל, פסקה 23; וראו גם: ע"מ/91/16 טור' עאיק נ' התובע הצבאי הראשי (2016)). בנסיבות המקרה דנן, לאחר שגורמים שונים בלשכת הגיוס ציינו, כי המערער "לא אותר מעולם", וכי לא נוצר עמו קשר, הרי שסוגיית סבירות החלטתו של הפוקד מעוררת קושי ומצריכה בדיקה מעמיקה.

29. אף היעדר הנמקות מסודרות להחלטות הפוקד, בשלבים השונים של הליכי גיוסו של המערער והתייחסות הגורמים אל מעמדו של אחיו כמשתמטים, כנתון רלוונטי לקבלת ההחלטות, מעוררים סימני שאלה ותהיות.

30. לצד כל אלה, על רקע התמונה המצטיירת, לכאורה, של אי-יצירת קשר עם המערער או עם מי מטעמו, לכל אורך ההליך, והגם, שככלל, נוכח חזקת המסירה בדואר רשום, לא יהיה מקום להידרש בשלב המעצר, לטענות המיועד לשירות, כי סבר שגורם אחר מטפל בדחיית המועד לגיוסו – הרי שאף דבריו של המערער, מקבלים משמעות (ראו והשוו: ע"מ/114/16 טור' סעדה נ' התובע הצבאי הראשי (2016)).

31. הלכה פסוקה היא, כי –

"ככלל, כאשר מתעוררות שאלות מורכבות אודות חוקיות הגיוס... וכאשר אין ניתן לברר את השאלות האמורות תוך ימים ספורים... הנטייה צריכה להיות להימנע ממעצר ממשי ולשקול, ביתר שאת ובמשנה תוקף... להסתפק בחלופת מעצר" (ע"מ/6/03 רב"ט פרץ נ' התובע הצבאי הראשי (2003); וראו גם ע"מ/20/07 התובע הצבאי הראשי נ' טור' בושמרין (2007); ע"מ/75/12 התובע הצבאי הראשי נ' טור' קריחלי (2012); ע"מ/104/16 טור' ידידיה נ' התובע הצבאי הראשי (2016)).

32. במקרה דנן, הטענות שהועלו לפני בערעור, מעוררות סוגיות ראייתיות מורכבות, העוסקות בהוכחת היסוד העובדתי והיסוד הנפשי בעבירה. כפועל יוצא מכך, עולה אף שאלת סמכותו של בית הדין הצבאי לדון בעניינו של המערער. נוכח צבר סימני השאלה כמפורט לעיל, הרי שיש בכך כדי להטות את הכף לטובת בירור כלל נושאים, בעת שהמערער אינו נתון מאחורי סורג וברית.

33. עם זאת, יש להדגיש, כי סימני השאלה אינם שומטים את הקרקע תחת פוטנציאל הראיות לכאורה והסיכוי הסביר להרשעתו של המערער במיוחס לו (על האופן שבו יש לבחון את התשתית הראייתית בשלב המעצר, לאחר הגשת כתב האישום, ראו: בש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל** פ"ד נ(ג) 133, 151 (1996)).

34. פוטנציאל הראיות, כמפורט לעיל, לנוכח משך ההיעדרות המיוחסת למערער והעובדה, כי, לכאורה, הסתיימה עם מעצרו, מצביעים על עילות מעצר של מסוכנות צבאית וחשש לפגיעה חריפה במשמעת הצבאית, ואף על חשש להימלטות מאימת הדין (ראו עניין **נחמני** לעיל, והפסיקה המנויה בפסקאות 41-43). הסוגיות הראייתיות, המחייבות העמקה ובירור, מאפשרות לנקוט בעניינו של המערער חלופה של מעצר פתוח, אשר יהיה בה כדי להלום את עילות המעצר דלעיל ובמקביל, לאחר שהמערער כבר באשמה, לאפשר את בירורה. לא ניתן, בנסיבות העניין, לשחרר את המערער שחרור מלא ואף לא בתנאים אחרים.

35. ערעור ההגנה מתקבל, אפוא, באופן שהמערער ישוחרר למעצר פתוח במיטב, עד לתום ההליכים בעניינו.

ניתנה והודעה היום, י"ג בחשוון תשע"ח, 2 בנובמבר 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

אורלי מרקמן, תא"ל
המשנה לנשיא בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ו ר י ס

חתימת המגיה: _____
העתק נאמן למקור
סגן קורל מכני
קצינת בית הדין
תאריך: _____