



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

אל"ם מאיה הלר - שופטת

בעניין:

ח/XXX טוראי א' ע' – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן אורן ליבר; סרן מיה כץ)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן גל באומהקר; סגן אברהם קסה)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי הדרום שניתנה בתיק דרום (מחוזי) 511/18 (סא"ל מאיר ויגיסר – שופט) ביום 21.11.2018. הערעור התקבל.

החלטה

רקע

1. נגד המערער, טורי א' ע', לוחם בפלס"ר XXX, הוגש כתב אישום, שבו יוחסו לו שלוש עבירות: קשירת קשר לביצוע פשע, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; הוצאת נשק מרשות הצבא, לפי סעיף 78 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955; ועבירות בנשק (סחר בנשק) לפי סעיף 144(ב2) לחוק העונשין. על-פי הנטען בכתב האישום, בתאריך 10.11.2018, במוצב "סנאיי", הסמוך לגבול עזה, שוחח המערער בטלפון עם האזרח נדאר אלסאנע וקשר עמו קשר להוצאת אמצעי לחימה (אמל"ח). בהתאם לתוכנית, הוציא המערער חמש מחסניות מלאות בכדורי 5.56 מ"מ, מן המוצב והחביאן בסמוך לשער המוצב. בהמשך, בשעות הערב, הגיע האזרח למוצב, ברכב שבו נהג אדם אחר. המערער העביר אליו את המחסניות כדי שימכור אותן ויעביר אליו את הכסף, או לחלופין – ישמור אותן והמערער ימכרן בשלב מאוחר יותר. בשלב זה, בעת שהאזרח העביר את המחסניות שקיבל מהמערער

אל נהג הרכב, ניגש לעברם מפקד הפלוגה, סרן נעים, ולקח את המחסניות מידי של הנהג.

2. עם הגשת כתב האישום עתרה התביעה הצבאית להורות על מעצרו הממשי של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים. בית הדין קמא, לאחר שעייין בחומר החקירה שנאסף ובחן את טיעוני הצדדים, קיבל את עתירת התביעה באופן חלקי והורה על מעצרו של המערער עד ליום 23.12.2018.
3. ההגנה לא השלימה עם החלטה זו ומכאן הערעור.

החלטת בית הדין קמא

4. בית הדין קמא עיין בחומר הראיות שלכאורה ופירט את הדברים הבאים:

"ניכר כי קיימות ראיות לכאורה **בעוצמה רבה**, המלמדות על כך שהנאשם העביר 5 מחסניות לנדאר, מתוך כוונה למכור אותן תמורת סכום כספי. הנאשם ידע כי נדאר, שותפו לקשר הוא **סוחר בסמים** וגם אביו של נדאר סוחר בסמים. הנאשם עצמו מסובך בחובות ופעל כדי לכסות את חובותיו. עוד עולה מחומר החקירה כי לאחר מעצרו הנאשם איים על מפקדו שייתפוס אותו במרכזית והבטיח שייגנוב את כל הבסיס. יתר על כן, ניכר כי הנאשם **מעורה בעולם הפשע, מקיים קשרים עם גורמים עברייניים** ומכיר סוחרים בכלי נשק ואחרים המחזיקים בכלי נשק מסוגים שונים. הנאשם עצמו מפרט על הכמות הגדולה של כלי הנשק בשכונת מגוריו ומסביר כי מדובר **ב'סכנת חיים'** " (ההדגשות במקור).

5. בהתאם, בחן בית הדין קמא האם מעשיו הלכאוריים של המערער מקימים עילות מעצר והאם ניתן להלמן בחלופת מעצר. בית הדין קמא סקר באריכות פסיקה של בית-דין זה, במקרים דומים, וקבע כדלקמן:

"עבירות בנשק מקימות חזקת מעצר מניעתית של מסוכנות, והן מצדיקות מעצר, או למצער חלופת מעצר, מקום שקיימות ראיות לכאורה, מלבד במקרים חריגים שבהם המניע העומד ביסוד העבירה אינו פלילי או עוין...

בע"מ 45/16 טור' ר' ח' נגד **התובע הצבאי הראשי** (2016) אושרה החלטת בית הדין להורות על מעצרו של המערער עד לתום ההליכים בעניינו... אותו מערער, הוציא מרכב החפ"ק ביחידתו **כוונת לנשק** וכן **רימוני הלם**, ובאותו מועד הוציא מרכב הסיוור ביחידתו **רימון גז ורימון הלם נוסף**. כלל הפריטים שנטען כי הוציא, נמצאו ביום המחרת להיעלמותם בשלושה מקומות בחדרו של המערער ביחידה... בע"מ 26/07 **התובע הצבאי הראשי נגד רב"ט ענר** (2007) הואשם המשיב כי הוציא 26 רימוני עשן, ארבעה רימוני הלם וכמה עשרות זיקוקים על מנת להשתמש בהם במשחק הדרבי שהתקיים באצטדיון בלומפילד. ערעור התביעה התקבל ונקבע כי מתקיימת מסוכנות המחייבת את מעצרו עד לתום ההליכים המשפטיים... באופן דומה, נקבע בע"מ 17/01 **התובע**

הצבאי הראשי נגד טור' אבו בכר (2001) כי קיים קושי להסתפק בחלופת מעצר של מעצר פתוח משום ש'יחידת המשיב היא יחידה לוחמת קדמית, המוצבת כיום באזור עזה. מעצם טיבה וטבעה של היחידה, שמצויים בה כלי נשק ואמל"ח מגוונים... ע"מ 35/18 סמ"ר סלגן נגד התובע הצבאי הראשי (2018), שם נעצר המערער, על אף שהוציא מן היחידה 4 רימוני הלם, 3 רימוני עשן, 64 כדורי מא"ג ו-6 מחסניות מלאות בכדורי 5.56 מ"מ. באותו מקרה, המניע הפלילי היה פחות מובהק מבענייננו... המקרה הדומה ביותר, הוא ע"מ 98/08 סמ"ר כץ נגד התובע הצבאי הראשי (2008). המערער שם הוציא 8 רימוני גז מדמיע מן היחידה. נקבע כי הוא השתתף באופן אקטיבי בגנבת הרימונים, בהסתרתם ובתכנון למכור אותם וסייע בהוצאתם מן המסתור ובמסירתם לידי אחר... נקבע כי עומדת עילת המעצר הצבאית הייחודית, של הפגיעה במשמעת הצבא, נוכח היותו של אותו מערער מפקד. נראה כי הכלל צריך להיות ברור - מי שמהין להוציא מרשות הצבא אמצעי לחימה המשמשים להרג, במטרה למכור אותם מקים עילת מסוכנות ברורה ומובהקת.

ביישום לענייננו, הנאשם מעורה בעולם הפשע, מקיים קשרים עם גורמים עברייניים ומכיר סוחרים בכלי נשק ואחרים המחזיקים בכלי נשק מסוגים שונים. הנאשם עצמו מפרט על הכמות הגדולה של כלי הנשק בשכונת מגוריו ומסביר כי מדובר ב'סכנת חיים'. הנאשם ידע כי נדאר, שותפו לקשר אליו העביר את המחסניות הוא סוחר בסמים. לאחר מעצרו, איים הנאשם על מפקדו שיתפוס אותו במרכזית' והבטיח שייגנוב את כל הבסיס'. על כן, סברתי כי המקרה דנן, בנסיבותיו הייחודיות, מקים את עילת המעצר של המסוכנות ומחייב את מעצרו של הנאשם. לא ניתן לאתר חלופת מעצר מתאימה, שתפיג את המסוכנות, ובמיוחד נוכח ההיבטים הייחודיים הצבאיים של האירוע" (ההדגשות במקור).

טענות ההגנה בערעור

6. ההגנה לא חלקה על קיומה של תשתית ראיות לכאורה לביסוס כתב האישום, לרבות קיומו, לכאורה, של מניע פלילי למעשיו של המערער, אשר "נקלע לחובות והעביר את המחסניות לנדאר מתוך כוונה למכור אותן בעתיד ולכסות את החובות".

7. לזו טענותיה של ההגנה, כי לא קמות במקרה זה עילות המצדיקות מעצר. לשיטתה, "בנסיבות המקרה אין מקום למעצרו של המערער כלל ולמעצר למעצרו הסגור". לדידה של ההגנה, המדובר באירוע ספונטאני, "לא מתוכנן, נטול אופי עברייני למעט הנטילה עצמה, וללא תחכום כללי". בהקשר זה הוטעם, כי אין בהיקף אמצעי הלחימה שהוצאו מרשות הצבא, חמש מחסניות ובהן כדורים, כדי להצדיק את המשך המעצר, במיוחד משהמערער טרם השלים את פרטי התוכנית העבריינית, דהיינו לא בירר אודות קונים פוטנציאליים, לא סיכם מהו המחיר שידרוש וכיוצ"ב. נוכח כך נטען, כי למעשה המדובר ב"רעיון גרידא" שלא הוצא אל הפועל באופן מוגמר. כן נטען, כי יש בנטילת האחריות, במסגרת החקירה, כדי ללמד על עוצמה פחותה של מסוכנותו של המערער. ההגנה התייחסה בטיעוניה אף לתוצאת המעשה –

תפיסת המחסניות על ידי מפקדו של המערער ומניעת הוצאתן אל מחוץ לצבא – כנתון שאף בו יש כדי להשפיע על שאלת המעצר, משבפועל לא נגרם נזק, לצה"ל או לאחר.

תשובת התביעה הצבאית בערעור

8. התביעה הצבאית עתרה להותיר את החלטת בית הדין קמא על כנה. נטען, כי בנסיבותיו הייחודיות של המקרה, שעה שחומר הראיות שלכאורה מבסס כי המערער הוא אשר יזם את הוצאת אמל"ח ומסירתו למי שמוכר למערער כסוחר סמים, המצוי בסביבה שבה מוחזק נשק מסוג M-16, שלא כדין, וניתן להניח שניתן יהיה למכור את התחמושת בנקל, תוך תכנון המעשה שכלל הטמנת המחסניות מבעוד מועד מחוץ למוצב, מתקיימת עילת המסוכנות הכללית במלוא עוזה, אף בהינתן היקף האמל"ח שהוצא ונתפס. הוסיפה התביעה וציינה כי בנסיבות העניין, נלמדת מסוכנותו של המערער אף מכך שמשיחת טלפון שביצע עם חברו – חאמד – עולה חשד שמא אין המדובר בהזדמנות הראשונה שבה הוציא מחסניות מן היחידה.

דיון והכרעה

9. כאמור, ככלל, לא היתה מחלוקת כי קיימת תשתית ראיות לכאורה לביסוס כתב האישום, על כל חלקיו. אמנם גרסה ההגנה כי אין אינדיקציה לכמות הכדורים שהוטענו באותן המחסניות שהוצאו על-ידי המערער, ואולם לעת הזו, יש לדחות טענה זו משניתן להסתמך על הודעותיו של סרן נעים, אשר מסר כי כל אחת מן המחסניות היתה מלאה ב- 29 כדורים (הודעה מיום 11.11.2018 עמ' 1 שורות 28-32; עמ' 2 שורות 26-29).

10. כך, גם לא ראיתי לקבל את טענתה של ההגנה שלפיה מעשיו של המערער אינם אלא בבחינת "רעיון גרידא", אשר משום הספונטניות שבהם, לא עלה בידיו להשלים את הוצאתם אל הפועל. חומר הראיות הלכאורי תומך בכך שהמערער הוא אשר יזם את הוצאת האמל"ח מתוככי המוצב ומסירתו לחברו האזרח נידאר; בכך שהפעולה תוכננה מבעוד מועד, כך שתבצע בשעות הלילה; בכך שלמערער היתה שהות ליטול את האמל"ח ולהסתירו מחוץ לשער המוצב; בכך שנודעים למעשים תחכום ותעוזה מאחר שכאשר נאסר על המערער, על-ידי המ"מ, סגן עאידה, להמשיך להתקדם לעבר הרכב שבו ישב נידאר, שיקר המערער ומסר כי חברו הגיע למקום אך על-מנת למסור לו סיגריות.

11. בחינת תמונת הראיות הכוללת, מלמדת אפוא, לכאורה, כי המערער הוציא מרשות הצבא חמש מחסניות מלאות בכדורים, מסר אותן לחברו האזרח, ביודעו

שהחבר מעורב בפלילים, בשל מניע פלילי – בצע כסף, דהיינו, לשם פירעון חלק מחובותיו לאחר מכירת האמל"ח. אך בשל ערנותו של המ"פ, נתפסו המערער וחברו בכף והאמל"ח הושב ליחידה.

12. במצב דברים זה, יש לבחון האם מעשיו של המערער מקימים עילות המצדיקות את מעצרו הממשי, כטענת התביעה או שמא, יש בהיקף האמל"ח שהוצא, שאינו רב, כדי להפחית את עוצמתן של עילות המעצר או אף לאינן, כטענת ההגנה.

13. סעיף 21(א)(1)(ג)(4) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, קובע, כי מי שקיימות לגביו ראיות לכאורה, כי ביצע עבירה בנשק, חזקה כי הוא מסכן את בטחון המדינה והציבור. בהתאם, הלכה פסוקה היא כי אין לשחרר ממעצר מי שהואשם בעבירות של סחר באמצעי לחימה, אלא במקרים חריגים (ראו: בש"פ 6496/05 **כנאען נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 16.8.2005); בש"פ 8027/09 **מירם נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 15.10.2009); בש"פ 8742/12 **עביד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.12.2012); עניין **סלגן הנ"ל**; עניין **חלבי הנ"ל**).

14. יישום הדין על ענייננו, מצביע על כך שחזקת מסוכנותו של המערער במקרה זה לא נסתרה, במיוחד משהיה זה המערער אשר יזם את הוצאת האמל"ח מרשות הצבא ואת מכירתו לאחר והיה דומיננטי בהוצאת התוכנית העבריינית אל הפועל. מסוכנותו של המערער, כמו-גם, הפגיעה הממשית של מעשי המערער במשמעת הצבא, נלמדת אף מכך שניצל את השירות הצבאי, תפקידו והגישה הקלה לאמל"ח, נוכח האמון שניתן בחיילים המשרתים במשותף, על-מנת ליטול מחסניות מתוך ווסט שנותר באחד מחדרי המגורים, ללא השגחה.

15. כידוע, גם כשמדובר בעבירות חמורות, כפי שמיוחס למערער דכאן, קיימת חובה לשקול אם ניתן להשיג את תכלית המעצר על-ידי חלופה מתאימה. בענייננו, מבלי להקל ראש בחומרת העבירות, לכאורה, דומה שהיקף האמל"ח שהוצא וטיבו, מלמדים כי אין המעשים מצויים ברף הגבוה של מדרג עבירות הנשק, ובכך יש כדי להחליש את המסוכנות הטמונה, לכאורה, במערער, כך שניתן להלום אותה, כמו-גם את החשש לפגיעה משמעותית במשמעת היחידה, באמצעות חלופה של מעצר פתוח (ראו: בש"פ 7237/17 **עאסלה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 24.9.2017); בש"פ 1084/12 **בדרה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 9.2.2012); בש"פ 2304/02 **מדינת ישראל נ' רובין** (טרם פורסם, 15.3.2002); ע"מ/16/134 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אלקשחר** (2016)). אעיר, כי פסיקת בית-דין זה, אשר פורטה בהרחבה בהחלטתו של בית הדין קמא, אין בה כדי להוות אמת מידה לעניין שלפנינו, משניתן להיווכח כי בכל אותם מקרים דובר בהוצאת פרטי אמל"ח הכוללים אף רימונים (מסוגים שונים) ובהיקפים משמעותיים מאשר במקרה זה. בקבעי כאמור, לא

התעלמתי מניצול האמון שניתן במערער על-ידי מפקדיו ובנגישותו אל אמצעי לחימה. יחד עם זאת, דומני, כי אין דינו של סחר בחמש מחסניות (כ-150 כדורים), מבחינת המסוכנות הניבטת מן המעשים, כדין אותם מקרים שאליהם התייחס בית הדין קמא, ולא בכדי, לא הוצגה לעיוני החלטה, שנסיבותיה דומות, ואשר תמכה בעמדתה של התביעה.

16. עוד טענה התביעה כי אף בתוכן השיחות המוקלטות, שביצע המערער עם אדם בשם חאמד, יש כדי ללמד על מסוכנותו היתירה, אשר חרף היקף המעשים, מצדיקה במקרה דנן את הותרתו במעצר ממשי. לדידה של התביעה, שיחות אלו מלמדות לכאורה על כך שהמערער מסר לאותו חאמד, בעבר, ארבע מחסניות ריקות, כך שאין זו הפעם הראשונה שבה הוא נכשל במעשים ממין זה. מחומר הראיות עולה, לכאורה, כי שיחות אלו שבוצעו על-ידי המערער מטלפון של חייל אחר, הוקלטו, שלא בידיעתו של המערער ובהמשך, האזינו להן החייל האמור וסרן נעים, ללא אישור המערער. בהמשך, הועברה ההקלטה למצ"ח. טענה ההגנה כי המדובר בראיה שהושגה אגב האזנת סתר וככזו אין היא קבילה. מנגד, השיבה התביעה הצבאית כי בשלב דיוני זה, ניתן להסתייע בראיה, אף אם זו אינה קבילה.

17. כידוע, "שאלת קבילותה של הראיה הגולמית במשפט נבחנת בהליך מעצר על פי רמת ההסתברות להפיכתה לקבילה במשפט עצמו" (בש"פ 1572/05 **זוארץ נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.4.2005); וראו גם בש"פ 5759/16 **מיליאבסקי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 18.8.2016)). יחד עם זאת, סברתי, כי לצורך הכרעה בשאלת מעצרו של המערער אין אני נדרשת להכריע בשאלת פוטנציאל קבילותה של הראיה, כבר עתה. כפי שביאר בית הדין קמא, בהחלטתו, קיים "קושי לבסס מי הם הצדדים לשיחה ועל מה בדיוק שוחחו". אמנם, על פניו, תשובותיו של המערער, אשר עומת בחקירתו עם תוכן השיחה, אינן הגיוניות וקשה ליישב את ההסברים שסיפק עימה, אך בצד זאת, מהתמלול נלמד, לכאורה, כי דווקא הדובר השני (חאמד) הוא היה זה אשר הביא למערער, בהזדמנות הקודמת, מחסניות ריקות ("מערער: אתה רואה אלה ה-4 שפעם **הבאת לי** רק כמוהם מלאים"). יוצא אפוא, כי מבחינה עובדתית, קשה לבסס, בשלב זה, מעשים דומים קודמים של המערער דווקא, כטענת התביעה.

18. **ערעור ההגנה מתקבל אפוא.** אשר על כן, הנני מורה על חלופת מעצר בעניינו של המערער, ומורה כי מעצרו הפתוח יהיה במפקדת חטמ"ר דרומית XXX, עד ליום 23.12.2018 (כפי קביעת בית הדין קמא). כן הנני מורה כי מפקדיו של המערער במעצר הפתוח יוודאו כי **לא תהיה למערער גישה לנשק אישי או לאמצעי לחימה.**

ניתנה והודעה היום, י"ח בכסלו התשע"ט, 26 בנובמבר 2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

מאיה הלר, אל"ם
שופטת בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ר י ם

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