 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

**אל"ם מאיה גולדשמידט** **–** שופטת

בעניין:

**ח/XXXXXXX סמל נ' ז' –** המערער (ע"י ב"כ, עו"ד ניר ליסטר; עו"ד רון שטאובר)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, סגן יואב שטיין)

ערעור על החלטה של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המרכז שניתן בתיק מרכז מ"ת 29982-04-25 (סא"ל (מיל') צבי פרנקל – שופט) ביום 19.5.2025. הערעור התקבל.

**ה ח ל ט ה**

1. המערער, סמל נ' ז', נעצר ביום 14 באפריל 2025 בחשד לביצוע עבירות של סחר בסם מסוכן. ביום 8 במאי 2025 הגישה נגדו התביעה הצבאית כתב אישום המייחס לו שתי עבירות של סחר בסם מסוכן בצוותא, לפי סעיפים 13 ו-19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג - 1973 בצירוף סעיף 29(ב)לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 ועבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסם מסוכן לפי סעיפים 127א ו-250א(א) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955.
2. בכתב האישום נטען, כי בשתי הזדמנויות שונות, לאחר שחייל אחר בשם טור' ממן (אשר נעצר אף הוא ומתנהל נגדו הליך נפרד) סיכם עם סוכן סמוי של מצ"ח על עסקאות למכירת סם, העביר המערער את הסם לטור' ממן לשם מכירתו. באירוע הראשון מיום 26 בפברואר 2025, שהתרחש בשכונת הר חומה בירושלים, הגיע המערער בסמוך לרכב שבו ישבו טור' ממן והסוכן, טור' ממן יצא מהרכב, ושעה שלחץ את ידו של המערער, העביר לו האחרון מספר שקיות ובהן סם מסוג קוקאין. טור' ממן מכר לסוכן באותה עסקה חמש שקיות של קוקאין במשקל כולל של 4.9668 גרם תמורת סכום של 2,000 ש"ח. באירוע נוסף מיום 19 במארס 2025 ברח' זיסמן בירושלים, הגיע המערער לפי הנטען בסמוך לרכב שבו ישבו הסוכן והמערער, והעביר לטור' ממן שתי שקיות שהכילו 18 שקיות שקופות ובהן סם מסוג קוקאין וסם מסוג MMC במשקל כולל של 23.65 גרם נטו, אשר אותן מכר טור' ממן לסוכן תמורת 5,000 ש"ח. במהלך חקירתו של המערער ביום 15 באפריל 2025, סירב למסור דגימת שתן, על אף שהוצא צו קש"ב המחייבו לעשות כן.
3. לצד כתב האישום הגישה התביעה הצבאית גם בקשה להאריך את מעצרו של המערער עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. ביום 19 במאי 2025 התנהל דיון בבקשת התביעה, שבו ביקשה ההגנה את שחרורו של המערער ממעצר בתנאים מגבילים, והעידה מטעמה מפקחים פוטנציאליים. לאחר שמיעת טיעוני הצדדים ניתנה החלטתו של כב' השופט סא"ל (מיל') צבי פרנקל, שבה נעתר לבקשת התביעה באופן חלקי והורה על הארכת מעצרו הממשי של המערער עד ליום 18 ביולי 2025. ההגנה לא השלימה עם החלטת בית הדין קמא, ומכאן הערעור שבפניי.

**התשתית הראייתית**

1. ההגנה לא חלקה על קיומה של עילת מעצר. טענותיה התמקדו בשאלה האם מתקיימת בנסיבות העניין תשתית ראייתית לכאורה, המקימה סיכוי סביר להרשעה, שכן לשיטתה, חלו פגמים משמעותיים בהליך זיהויו של המערער כמי שמסר את הסמים לטור' ממן כנטען בכתב האישום.
2. מחומר הראיות שנאסף, עולה לכאורה, כי בעניינו של טור' ממן, אשר שירת בתפקיד כללי במחנה ענתות, נפתחה חקירה סמויה, שבמסגרתה פעל סוכן מצ"ח. במהלך הפעילות סיכמו הסוכן וטור' ממן כי האחרון ימכור לסוכן סם מסוג קוקאין, וטור' ממן אף בירר מול אחד מאנשי הקשר שלו בשם "ניתאי" את ההיתכנות למכירת הסם. ביום 26 בפברואר 2025 בשעות הצהריים נסעו השניים לשכונת הר חומה בירושלים לשם ביצוע העסקה. כפי שכתב הסוכן, לאחר שחנו במקום שאליו כיוון אותו טור' ממן: "שאלתי איפה הבחור? [טור' ממן] הצביע על בחור אשר חלף מול רכבי. הסתכלתי על הבחור שלבש בגדים שחורים וכובע, ראיתי את פניו אך לא מכיר אותו. בצלאל יצא מרכבו והלך לכיוון הבחור. הם לחצו ידיים ובזמן לחיצת היד ראיתי שהבחור העביר ל[טור' ממן] שקיות".
3. להשלמת התמונה יצוין, כי במזכר הנושא את התאריך 27 באפריל 2025, שנרשם על ידי מפעיל סוכנים שזהותו חסויה, נכתב כי בתאריך 26 בפברואר 2025 בשעה 17:05 הציג המפעיל לסוכן תמונה של נ' ז', והוא זיהה אותו כאדם שבו הבחין. עוד צורפה לתיק החקירה "טבלת סיכום פעילות" מתיק מבצעים, מיום 26 בפברואר 2025, שבה נכתב (מבלי שצוינה זהות עורך המסמך) כי שעה שרכבם של טור' ממן והסוכן היה בעצירה, "הגיע למקום נ' ז' לבוש בגדים שחורים וחובש כובע שחור וזוהה ביחד עם טור' ממן בסמוך לרכב". במזכר הבהרה שנכתב ביום 8 במאי 2025, שעליו חתם "אלמוג 41" (שזהותו חסויה), נכתב כי "בהמשך לפעילות שהתקיימה ב-26.2.2025 על [טור' ממן] זיהיתי את החייל נ' ז' [בצירוף מספר תעודת הזהות שלו] ובנוסף מצ"ב דוח זיהוי על פי תמונה של החייל נ' ז'". למזכר צורפה תמונתו של המערער.
4. מחומר החקירה עולה לכאורה עוד, כי ביום 5 במארס 2025 התקיימה בין הסוכן לבין טור' ממן עסקה נוספת, שבה היה מעורב גבר לבוש בשחור שמסר את הסם. אדם זה לא זוהה על ידי הסוכן ולמערער לא מיוחסת מעורבות בעסקה. לאחר האמור סוכמה בין טור' ממן לסוכן עסקה נוספת, שיצאה לפועל ביום 19 במארס 2025. באותו היום, בשעות אחר הצהריים, הגיע הסוכן לרח' זיסמן בשכונת הר חומה, טור' ממן נכנס לרכבו ואז, לפי דוח הסוכן, "הגיע בחור שלבש בגדים שחורים וכובע, אך אותו אני מזהה מהעסקה הראשונה. הבחור הגיע לחלון רכבי העביר ל[טור' ממן] 2 שקיות והלך". בטבלת סיכום פעילות של תיק המבצעים מאותו היום נכתב (מבלי שצוינה זהות עורך המסמך) כי "גבר לא מזוהה שלבש בגדים שחורים וחבש כיפה שחורה" מסר דבר מה לטור' ממן.
5. טור' ממן טען בחקירותיו בתחילה כי אינו מכיר כלל את המערער והכחיש את המיוחס לו. לאחר שהוצגו בפניו דוחות הסוכן אישר כי מכר לסוכן סמים אך טען כי עשה כן, לאחר שאולץ לעשות זאת, באיומיו של אדם אחר. טור' ממן הוסיף כי אינו מכיר את מי שמסר לו את הסמים לצורך מכירתם. בהמשך, טען כי מסר את דבריו כאמור, בשל הלחץ בחקירה ולאחר מכן, בחר לשמור על זכות השתיקה ונמנע מלהשיב לכלל השאלות שנשאל, לרבות באשר להיכרותו עם המערער.
6. המערער, המתגורר ברחוב שבו נערכו העסקאות, הכחיש בחקירותיו את המיוחס לו, טען כי אינו מכיר כלל את טור' ממן והעלה טענות הנוגעות למצבו הנפשי הקשה ולפוסט טראומה שממנה הוא סובל, בעקבות שירותו כלוחם במלחמת "חרבות ברזל" מאז ה-7 באוקטובר 2023. המערער סירב למסור את הסיסמה למכשיר הטלפון שלו, בטענה שאינו זוכר אותה עקב מצבו הנפשי. עוד סירב למסור דגימת שתן, גם לאחר שהוצא צו המחייבו לעשות כן, לטענתו בשל כעסו על החשדות שהופנו כלפיו ועל עצם הדרישה ממנו להיבדק כאמור. לחומר החקירה צורפה חוות דעת רפואית המלמדת כי למערער אכן ניתנו ימי מחלה על רקע נפשי, ואין מחלוקת כי מאז פוטר המערער על רקע נפשי.

**החלטת בית הדין קמא וטיעוני הצדדים בערעור**

1. בית הדין קמא קבע, כי בשלב דיוני זה, אין להיעתר לבקשת ההגנה לשחרורו של המערער לחלופת מעצר. בואר, כי שני גורמים שונים זיהו את המערער כמי שמסר את הסמים לטור' ממן; וכי גם אם בהליכי הזיהוי נפל פגם, הרי שמדובר בסוגיה של משקל הראיה, הנדרשת להיבחן במסגרת ההליך העיקרי ולא בהליך המעצר. כן עמד על עילות המעצר המשמעותיות המתקיימות בנסיבות העניין. עם זאת, נוכח טענות ההגנה בנוגע לסוגיית הזיהוי, מצא כאמור בית הדין לקצוב את המעצר עד לתאריך 18 ביולי 2025, באופן שיאפשר לשמוע את עדויותיהם של הסוכן ושל אלמוג 41 שזיהו כנטען את המערער, ולשוב ולהידרש, לאחר מכן, לשאלת המשך מעצרו של המערער.
2. לטענת **ההגנה** בערעור, שגה בית הדין קמא משקבע כי מתקיימת תשתית ראייתית לכאורית המצדיקה את המשך מעצרו של המערער. נטען, כי זיהוי המערער על ידי הסוכן ועל ידי האלמוג נעשה באמצעות תמונה אחת בלבד, ולא כנדרש במסגרת מסדר זיהוי מסודר (תוך שההגנה הפנתה להנחיית משטרת ישראל "נהלי עריכת מסדרי זיהוי" מס' 300.04.005). הודגש, כי עצם הזיהוי תועד כאמור רק כחודשיים לאחר מכן; כי התמונה שלפי הנטען הוצגה לסוכן ושעל פיה זיהה את המערער, לא צורפה לחומר החקירה ומפעיל הסוכנים שהציג לו אותה, לא נכלל ברשימת עדי התביעה; וכי לא ניתן כל הסבר באשר להצגת תמונתו של המערער דווקא בפני הסוכן ואלמוג 41. ההגנה הלינה עוד על כך שלא נבדקו מצלמות בסמוך לביתו ולרחוב מגוריו של המערער באופן שיכול היה להוכיח, כנטען, כי לא יצא מביתו במועדים הרלוונטיים. עוד הצביעה ההגנה על מצבו הנפשי של המערער ועל פיטוריו משירות לאור המצב האמור. על כן עתרה לשחרורו של המערער בתנאים מגבילים.
3. **התביעה** ביקשה לסמוך ידיה על החלטת בית הדין קמא, תוך שטענה כי המענה הראוי לקושי הנטען בזיהויו של המערער כמעורב בעבירות, על ידי שני גורמים שונים, מצא ביטוי בהחלטת בית הדין קמא לקצוב את המעצר. התביעה מסרה, כי בכוונתה לפנות בקרוב בבקשה להוציא תעודות חיסיון בפרשה, שעתידה לכלול גם את פעולות החקירה שהובילו לזיהויו של המערער. משהבקשה טרם הועברה למשרד הביטחון, הסכימה התביעה, כי ספק אם ניתן יהיה לשמוע את עדויותיהם של הסוכן ואלמוג 41 עד לסיום תקופת מעצרו הקצובה של המערער. על כל פנים, טענה התביעה כי נוכח כוונתה להגיש את בקשת החיסיון בהקדם, היא מעריכה כי עד לסיום תקופת המעצר הנוכחית ניתן יהיה לפחות להשלים את ההליכים בעתירה לגילוי ראיה.
4. התביעה הכירה בכך שקיים קושי בחיסוי המידע המפרט כיצד נעשה זיהויו של המערער, בנסיבות העניין, אך סברה כי עניין זה דינו להתלבן במסגרת עתירה לגילוי ראיה כאמור, וכי אין בכך לפגוע במסד הראייתי בשלב הנוכחי. עוד הטעימה כי אלמוג 41 כתב את המזכר המתעד את הליך הזיהוי "בזמן אמת" וכי המזכר שנכתב על ידיו ביום 8 במאי 2025 הוא בבחינת פראפראזה של אותו מזכר, אשר תוכנו המלא צפוי גם הוא להיכלל בתעודת החיסיון. לצד זאת לא ידעה התביעה להסביר מדוע נכתב המזכר המתעד את הצגת התמונה על ידי מפעיל הסוכנים לסוכן רק כחודשיים לאחר שהוצגה לו התמונה, וכן לא ידעה איזו תמונה הוצגה לסוכן שהובילה לזיהוי (על אף שהעריכה כי עסקינן באותה תמונה, שניטלה מהמאגר הצבאי, ואשר הוצגה גם לאלמוג 41). במענה לשאלותיי נמסר עוד כי לא נערך מסדר זיהוי מסודר נוכח השתתפותם של המזהים בפעילות בעת החקירה, באופן שלא איפשר זאת. כן ציינה התביעה, כי גורמי החקירה לא הצליחו לערוך חיפוש בטלפונים הניידים של המערער ושל טור' ממן נוכח סירובם למסור את הסיסמה לפתיחת המכשירים.

**דיון והכרעה**

1. כידוע על פי סעיף 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו - 1996, יש להורות על מעצרו של מי שהתקיימו בעניינו שלושה תנאים מצטברים -קיומן של ראיות לכאורה להוכחת אשמתו בעבירות המיוחסות לו, קיומה של עילת מעצר והעדר חלופת מעצר ראויה המשרתת את תכלית המעצר (בש"פ 2215/24 **נאסר נ' מדינת ישראל**, פסקה 18 (30.4.2024)).
2. אין חולק כי נוכח טיב העבירות המיוחסות למערער, מתקיימת, באופן רגיל, עילה למעצרו הממשי, בהתאם לסעיף 21(א)(1)(ג)(3) לחוק המעצרים, ובנוסף לעילת המעצר הסטטוטורית מתקיימות בנסיבות העניין עילת המסוכנות הצבאית והפגיעה במשמעת הצבאית, נוכח ביצוען של עסקאות בסם מסוכן, קשה, במעורבותם של שני חיילים. אשר לתשתית הראייתית הלכאורית, הרי שזו נבחנת בראי השאלה האם לאחר מעבר כור ההיתוך של ההליך פלילי,יהיה בכוחה להוכיח את אשמתו של המערער (בש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 133 (1996)), תוך שהבחינה הנדרשת היא בחינה לכאורית בלבד. רף ההוכחה במשפט הפלילי - מעל לכל ספק סביר - אינו הרף הדרוש בשלב המעצר (בש"פ 1748/21 **האושלה נ' מדינת ישראל** (25.3.2021)). עם זאת, מקום שבו עולות טענות כנגד התשתית האמורה, יש לבחון האם מתקיים בה "פגם גנטי" שיש בו כדי לקעקע או להחליש אותה במידה כזו שלא יהיה בה די לצורך הליך המעצר, וכאשר מתקיימת חולשה ראייתית יש לבחון היטב האם ראוי להורות על מעצר ממשי או להסתפק בנסיבות העניין בחלופת מעצר (בש"פ 4561/24 **אברהם נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 (24.7.2024)).
3. ביישום לענייננו, סבורני כי כבר בשלב זה ניתן לקבוע שמתקיימת חולשה בתשתית הראיות לכאורה, המצדיקה "ירידת מדרגה", בדמותשחרורו של המערער לחלופת מעצר.
4. נכון אמנם, כפי שקבע בית הדין קמא, כי המערער זוהה במהלך ביצוע העבירות המיוחסות לו בכתב האישום על ידי שני מזהים שונים. אלא שבעניינו של המערער לא התקיים כל מסדר זיהוי מסודר, בפרק זמן של חודשיים מאז העסקה הראשונה ועד למעצרו. המערער זוהה כאמור על פי תמונה יחידה שהוצגה לאלמוג 41 (כאשר בעניינו של הסוכן כלל לא ידוע איזו תמונה הוצגה); וכבר נפסק כי קיים קושי בהצגת תמונה יחידה של חשוד לעד באופן שעשוי למקד את זיכרונו לדמות הנשקפת מהתמונה ולשלול את ערכה של כל בחירה מאוחרת יותר מבין מספר דמויות (רע"פ 1421/24 **יפרח נ' מדינת ישראל ,** פסקה 18 (11.4.2024)). לכך יש להוסיף גם את חלוף הזמן שבין הזיהוי הנטען לבין עריכת המזכרים המתעדים אותו.
5. יתכן אמנם שעם הקושי האמור ניתן היה להתמודד בשלב דיוני זה, שכן, כפי שקבע בית הדין קמא הנכבד, ככלל דינן של טענות הנוגעות לפגמים במסדר זיהוי ולמהימנות עדים להיבחן בהליך העיקרי ולא במסגרת הארכת המעצר (בש"פ 10121/17 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פסקה 23 (14.1.2018); בש"פ 8800/10 **אלטלאלקה נ' מדינת ישראל**, פסקה 6(14.12.2010)). ואולם, לפגמים הנטענים מצטרפת הצהרת התביעה בדיון שלפניי, שלפיה בכוונתה לבקש תעודת חיסיון בנוגע להשתלשלות העניינים המלאה שהובילה לזיהוי המערער, באופן שאינו מאפשר כל התחקות אחר הבחירה להציג לאלמוג 41, ולאחריו לסוכן, את תמונתו של המערער דווקא. בנסיבות אלה, בחשד שמעורר אי-שיתוף הפעולה של המערער בחקירה, בסירובו למסור שתן ולמסור את סיסמת מכשיר הטלפון שלו (ע"מ 17/22 **סמל זרגרי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקאות 21 ו-25 (2022)), אין כדי לגבור על החוסר הראייתי והטענות שבליבת זיהויו כמבצע העבירות.
6. מובן כי אין בכך כדי להביע עמדה או לקבוע מסמרות באשר לעתירה לגילוי הראיה, ככל שתוצא בתיק תעודת חיסיון, אולם כבר נפסק כי "בהינתן מרכזיות ראיית הזיהוי בענייננו לא ניתן להתעלם מן הקשיים הללו כבר בשלב הדיון בראיות לכאורה" (בש"פ 8769/22 **מסארווה נ' מדינת ישראל**, פסקה 24 (22.1.2023)). בענייננו, כאמור, מבוססת התשתית הראייתית **כולה** על סוגיית הזיהוי, מבלי שהובאו ראיות נוספות פוזיטיביות שיש בהן כדי לחזק אותה, כמו למשל ראיה המלמדת על קיומו של קשר בין המערער לבין טור' ממן.
7. לעניין זה שקלתי עוד כי בקשת החיסיון טרם הוגשה על ידי התביעה לשר הביטחון, וזאת, יש להדגיש, **מבלי שהוגשה, על פי הדין, בקשה להארכת מועד** בעניין זה (ראו ע"מ 49/20 **טור' חמזה נ' התובע הצבאי הראשי** (2020)). בהיעדרה של תעודת החיסיון לא ניתן לקיים דיון בעתירה לגילוי ראיה, באופן שממילא צפוי לעכב גם את שמיעת הראיות בתיק לגופו - כך שנראה (גם על פי הערכת התביעה), כי לא ניתן יהיה להתקדם בשמיעת עדויות העדים המזהים עד למועד שנקבע.
8. לאור כל האמור, ומשהובא בפניי כי המערער פוטר משירות ביטחון נוכח מצבו הנפשי, עברו הפלילי נקי, ובני משפחתו (שנכחו אף בדיון בפניי) נכונים, כפי שהעידו בבית הדין קמא, לפקח עליו, מצאתי כי בנסיבות העניין ניתן להסתפק בחלופת מעצר הדוקה, כפי שיבואר להלן.
9. אני מורה אפוא על שחרורו של המערער ל"מעצר בית" מלא בבית הוריו, עד לתום ההליכים המשפטיים בעניינו. סבתו של המערער, הגב' אריאלה זנו, אמו ואביו, קארין ואילן זנו, יחלקו ביניהם את הפיקוח במהלך שעות היום והלילה. המערער ישוחרר לחלופת המעצר רק לאחר שיעמוד בתנאים הבאים:
10. הפקדת ערבון כספי בסכום של 15,000 ש"ח.
11. חתימה על ערבות צד ג' בסך 20,000 ש"ח.
12. הפקדת דרכון.
13. יציאתו של המערער מהארץ תיאסר ושמו יוכלל ברישום ביקורת הגבולות. יובהר כי אי עמידה בתנאים אלה, לרבות אי התייצבות של המערער לדיוני בית הדין בעניינו, תביא למעצרו.

ההחלטה ניתנה היום, א' בסיוון התשפ"ה, 28 במאי 2025, בלשכה ותועבר לצדדים על ידי המזכירות.

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

**אל"ם מאיה גולדשמידט**

**שופטת בית דין הצבאי**

**ל ע ר ע ו ר י ם**

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

 **סמ"ר מיקה אשרוב**

**תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצינת בית הדין**