



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5152/12

לפני: כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית

המערער: חאלד דסוקי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע
בתפ"ח 1139/09, שניתן על ידי כבוד השופטים ב' אזולאי,
נ' זלוצ'ובר וי' רז לוי

בשם המערער: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד ימימה אברמוביץ'

בשם המשיבה: עו"ד יאיר חמודות

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונח לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בתפ"ח 1139/09 (כב' השופטים ב' אזולאי, נ' זלוצ'ובר וי' רז לוי), בגדרו הורשע המערער בעבירות של קשר לביצוע פשע לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; קשר לעוון לפי סעיף 499(א)(2) לחוק; מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת לפי סעיף 85(ג) לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945; איסור הכנסת חפץ אסור לפי סעיפים 41 ו-52 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971; איסור העברה של חפץ אסור לפי סעיפים 42 ו-52 לפקודה. בגין העבירות האמורות הושת על המערער, בין היתר, עונש של שלוש שנות מאסר לריצוי בפועל, וכן 12 חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור עבירה נגד ביטחון המדינה במשך שלוש שנים.

רקע עובדתי

2. מעובדות כתב האישום בו הורשע המערער, עולה התמונה העובדתית הבאה: בעת הרלוונטית לאישום היה המערער עורך-דין, וחבר בלשכת עורכי הדין בישראל. ביום 6.7.2009 הגיע המערער לבית הכלא "קציעות" (להלן: "הכלא"), על מנת להיפגש עם ארבעה אסירים. בין האסירים אחד – זיאד קוואסמה (להלן: "קוואסמה") – אשר ריצה עונש מאסר ממושך בכלא, בשל עבירות ביטחון שנעברו בהיותו חבר בארגון החמאס. במסגרת מאסרו, סווג קוואסמה כאסיר ביטחוני, המשוויך לארגון החמאס. בעת שהמתין המערער להגעת האסירים לחדר המפגש, הניח את ידו על שלושה טלפונים ניידים, ושני כרטיסי סים. בסביבות השעה 09:00, נפגש המערער עם קוואסמה לבדו, ובמהלך המפגש עטף את מכשירי הטלפון וכרטיסי הסים בנייר, והעבירם לקוואסמה מתחת לדלת אשר חצצה ביניהם. במעשיו אלה, נטען בכתב האישום, קשר המערער קשר להעניק שירות עבור התאחדות בלתי מותרת, העניק שירות כאמור, הכניס חפצים אסורים לכלא והעבירם לאסיר ביטחוני. אשר על כן הואשם הוא בסעיפי האישום המתוארים לעיל.

הכרעת בית משפט קמא

3. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער במיוחס לו. בהליך קמא כפר המערער במעשים המפורטים בכתב האישום, לרבות העברת חפצים אסורים לקוואסמה. עמדה זו נדחתה על ידי בית משפט קמא. לצורך הצגת עיקר הכרעת הדין יצוין כבר עתה כי בא-כוח המערער אינו ממקד ערעורו בגזרה העובדתית של הכרעת הדין – דהיינו, העברת הטלפונים בין המערער לבין קוואסמה – וכלשונו: "לאור קביעותיו העובדתיות של בית המשפט קמא, והודאתו של המערער בהעברת הטלפונים לידי האסיר, הרי שאין נקודה זו נתונה עוד במחלוקת" (סעיף 12 להודעת הערעור).

על כן, תוצג הכרעת בית משפט קמא בעיקר ביחס לרכיב הנסיבתי של העבירות בהן הורשע המערער – האם ניתן שירות להתאחדות בלתי מותרת. זו הסוגיה השנויה במחלוקת לפנינו. בעניין זה, נתן בית משפט קמא משקל לסתירות שעלו בעדות המערער בשאלת ידיעתו כי קוואסמה הינו אסיר בטחוני. צוינו ההבדלים בגרסאות המערער, אשר בחקירתו הראשונה אמר כי האסירים אותם פגש בביקורו: "הם כולם ביטחוניים מהשטחים" (פסקה 4.ג. להכרעת הדין), כאשר לאחר מכן טען כי ייתכן שקוואסמה אינו אסיר ביטחוני, כיוון שראה אותו מטאטא בשטח הביקור: "[ולאסיר] בטחוני לא נותנים לעבוד לפי מיטב ידיעתי" (שם). בגרסה מאוחרת יותר ציין כי הניח שאחד האסירים הינו ביטחוני, כיוון שהוא הופרד משאר האסירים. ביחס לכך קבע בית

המשפט המחוזי: "גרסתו של הנאשם בעניין זה לפיה ידע שמדובר באסירים ביטחוניים, גרסה שניתנה בעניין זה ביום האירוע ובטרם חישב צעדיו לעניין הגרסה שיבנה בסופו של יום שתתאים לטענה שלא ידע שאלה אסירים ביטחוניים, היא הגרסה האוטנטית, הנכונה ומשקפת את ידיעתו. גרסה זו גם מתיישבת כפי שיוסבר להלן עם כל הראיות האחרות המעידות על כך שבאסירים ביטחוניים מדובר... התפתלות גרסתו של [המערער] בהמשך בעניין זה פועלת לחובתו".

לאחר שהכריע בית משפט קמא בסוגיות העובדתיות, נפנה הוא לבחינת המסגרת הנורמטיבית. צוין כי הגדרתו של אסיר כ"אסיר ביטחוני" הינה החלטה אדמיניסטרטיבית שנועדה להקל על ניהולו התקין של מתקן הכליאה. הודגש כי קוואסמה נידון לעונש של 13 שנות מאסר בגין עבירות נגד ביטחון המדינה, וכי על פי תדפיס מערכת "צוהר" של שב"ס, מוגדר קוואסמה כמשתייך לחמאס. נוכח האמור, קבע בית המשפט המחוזי כי:

"חזקה שאדם המוסר מכשירי פלאפון וכרטיסי סים לאסיר ביטחוני, קל וחומר כך כשמדובר בעורך דין שעיסוקו בטיפול באסירים ביטחוניים, יודע ומבין את הסיכון והחשש שחפצים אסורים אלה עלולים לשמש את ציבור האסירים הביטחוניים שלא לצרכי שמיים, אלא עלולים לשמש בדיוק לצרכים האסורים אותם מנסה שב"ס למנוע. הנטל להוכיח שהמעשה בוצע בתום לב מוטל על הנאשם. "תום לב" אין פירושו היתממות. יתרה מכך, במקרה זה יש לקבוע כי הנסיבות מצביעות על ידיעת הנאשם שהוא מבצע שירות אסור עבור התאגדות אסורה או שלפחות עצם עיניים בעניין זה ועצימת עיניים שקולה לכוונה".

בסופו של דיון נקבע כי הוכחה מעל לכל ספק סביר אשמתו של המערער בעבירות המיוחסות לו. במסגרת גזר הדין, ולאחר שנשקלו הטענות לקולא ולחומרא, הושת על המערער עונש של שלוש שנות מאסר לריצוי בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור במשך 3 שנים מיום שחרורו עבירה נגד ביטחון המדינה, ו-4 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור במשך 3 שנים מיום שחרורו עבירה מסוג עוון בה הורשע בתיק.

4. כאמור לעיל, בא כוח המערער ממקד טיעונו בגזרה הנסיבתית של עבירת "מתן שירות להתאחדות בלתי-מותרת". לאמור, "מתן שירות" בדמות העברת טלפונים סלולאריים – קיים, אולם הנסיבה "להתאחדות בלתי מותרת" – זהו המונח הקבוע בסעיף ולא "אסיר בטחוני" – אינה בנמצא. ראשית נטען כי נוכח היות סיווגו של אסיר כ"ביטחוני", סיווג אדמיניסטרטיבי גרידא, הרי שאין הוא נותן אינדיקציה לאופי העבירה הביטחונית שבוצעה, ויתרה מכך – אין הסיווג מגלה האם האסיר משתייך לארגון כלשהו דרך קבע, ספורדית או בכלל. הודגש כי קוואסמה מצוי במאסר כבר שמונה שנים, וגם בכך יש אינדיקציה לפיה ייתכן ואיבד כל קשר עם ארגון החמאס. בהמשך לאמור נטען כי לא הוצגה בפני בית המשפט תמונה עדכנית לפיה האסיר קוואסמה עודנו משתייך להתאחדות בלתי מותרת, והנטל מוטל היה על כתפי התביעה להוכיח כאמור. אף לא נטען באיזה אופן נהנית אותה התאחדות מהשירות הטלפוני שסופק.

הסניגור אף הטעים ביחס ליסוד הנפשי הנדרש בעבירה. הודגש כי בית משפט קמא קבע אמנם חזקה לפיה המעביר מכשירי טלפון סלולארי לאסיר ביטחוני, מבין את הסיכון הגלום בהעברה מעין זו – ובמיוחד כאשר מדובר בעורך דין. ואולם, בענייננו נטען כי החזקה האמורה ניתנת לסתירה. זאת בשל העובדה כי המדובר בפגישה הראשונה אי פעם בין המערער לבין קוואסמה. גם העובדה שקוואסמה זכה לביקורים סדירים ללא כל התנגדות מטעם גורמי המודיעין, מקשה על הוכחת מודעותו של המערער לכך שקוואסמה השתייך להתאחדות בלתי מותרת. לעניין זה הוסף כי "עצימת העיניים" הנטענת של המערער, ניתנת לייחוס רק לרכיב ההכרתי, ולא לרכיב החפצי – הרצון בקיום הפעולה האסורה.

במישור הכללי, יותר נטען כי נתקיימה בענייננו של המערער אכיפה בררנית, שעה שקיימים מקרים רבים בהם הוכנסו טלפונים סלולאריים לבתי הסוהר, והתביעה לא הגישה כתבי אישום בעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת.

באשר לגזר הדין נטען כי הושת על המערער עונש החמור יתר על המידה בנסיבות העניין, וכי במגוון רחב של פסקי דין, הדומים לענייננו, הוטלו עונשים קלים בהרבה מזה שנגזר על המערער.

5. לטענת המשיבה, דין הערעור להידחות. נטען כי מחומרי החקירה בתיק דנא עולה כי בבתי הסוהר קיימת "תעשייה" של הברחת טלפונים סלולאריים, בהם נעשה

שימוש מאורגן ולא שימוש פרטי, כטענת המערער. לעניין זה, כמות הטלפונים המדוברים – חמישה במספר (לרבות כרטיסי סים) – מדברת בעד עצמה. צוין כי ניתן לראות בהמשכיות פעילותם של אסירים ביטחוניים במסגרת הארגון אליו הם משתייכים, כמצוי בגדרי הידיעה השיפוטית. באשר לעונש, סבורה המדינה כי המדובר בעונש מתאים בנסיבות העניין, כפי שאלה פורטו בהכרעת בית משפט קמא, ובמיוחד נוכח היותו של המערער עורך דין, שבגד באמון המקצועי שניתן בו.

דיון והכרעה

6. אחד ממאפייניו המעניינים של עולם המשפט הוא בכך שלעיתים, בתוככי סבכו של יער העבות העובדתי והראייתי, שוכנת סוגיה משפטית צרה להכרעה. בענייננו, עולה השאלה: האם כל אסיר המסווג כ"בטחוני" הינו חבר בהתאחדות בלתי מותרת, באופן המוכיח את הנסיבה "התאחדות בלתי מותרת", הקבועה בסעיף 85(ג) לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945. לגישתי, עיון בחומר שהוגש על ידי התביעה במהלך המשפט הנדון, אינו עונה על השאלה ברמת הוודאות הנדרשת בהליך הפלילי.

כמוסכם על הצדדים, וכפי שנקבע בערכאה קמא, עצם סיווגו של האסיר כ"אסיר בטחוני" אינו מהווה סיווג שבדין, כי אם סיווג פרוצדוראלי-אדמיניסטרטיבי של שירות בתי הסוהר. אמנם, מהחומר שהוגש בשלב מאוחר יותר של דיונו בעניינו של קוואסמה (ואשר קשיים במציאתו על ידי התביעה והסנגוריה עד לימים האחרונים הביאו לעיכוב במתן הכרעה זו) עולה כי הורשע הוא על פי הודאתו בעבירות ביטחוניות חמורות. ברם, הן בהליך העיקרי והן בערעור הסתמכה המדינה בעיקר על הסיווג המינהלי האמור בטיעוניה. בנסיבות העניין, אין בדבר די. אבהיר.

עיון בסיכומי הצדדים ובהכרעת בית המשפט המחוזי מגלה כי עיקר הדיון בערכאה קמא עסק בסוגיה העובדתית של ביצוע העבירה. האם העביר המערער חפצים, ובאיזה חפצים עסקינן. קו ההגנה שהוצג על ידי המערער ביקש ללמד כי לא היו דברים מעולם, ולו היו – חפצים תמימים היו. לפי קו זה, טענה המדינה בסיכומיה כי העברת הטלפונים בוצעה גם בוצעה וזאת על רקע היותו של קוואסמה אסיר בטחוני. אולם, לא בטיעוניה בכתב ואף לא בהשלמת סיכומיה בעל פה לא נתנה המדינה דעתה לטענתו החלופית של המערער בסיכומיו לפיה: "המאשימה לא הביאה כל ראיה אשר מצביעה על כך שהאסיר הביטחוני עדיין פעיל בארגון ומשרת בו שכן האסיר בעדותו ציין שלא נחקר ולא הייתה לו חקירה בשב"כ או במשטרה בעבירות ביטחון מאז שנעצר מזה שנים". אף עיון בחקירתו הנגדית של המערער מלמד כי נקודה זו לא הובלטה כראוי על

ידי התביעה. ודוק, אין בענייננו צורך להגדרת רף הראיות הנדרש לצורך הוכחת השתייכות של אסיר להתאחדות בלתי מותרת בנקודה כלשהי על ציר זמן. היעדרה של כל ראיה נוספת מטעם המאשימה ביחס לקוואסמה באופן פרטני בתקופה הרלוונטית, ואף לא ביחס לסידורים והסדרים בבית הכלא קציעות, ולו במישור הכללי, עומדת לרועץ לתביעה בהליך הוכחת האשמה. כמו כן, ניתן היה להציג בבית המשפט חומר רחב ומפורט יותר לגבי הנהלים והמשמעויות של הסיווג הבטחוני.

בנסיבות התיק דנא, בגדרו לא הובאו תימוכין מספיקים, אין ההרשעה יכולה לעמוד על כנה. גם אם קיים חשד נגד המערער, ואף שראוי להילחם נגד התופעה של הברחת מכשירים סלולאריים לכתלי הכלא, אין באלה להשלים את החסר אל מול קו ההגנה של הסנגוריה. ודוק, אין לקבוע כי הרכיב הנסיבתי של עבירת מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת אינו ניתן להוכחה, או אפילו שיש קושי בדבר, אלא שהוא לא הוכח בפועל במסגרת הליך זה.

7. במצב דברים זה, הייתי מציע לחברי לזכות את המערער, מחמת הספק, מהעבירות של קשר לביצוע פשע לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; קשר לעוון לפי סעיף 499(א)(2) לחוק; ומתן שירות להתאחדות בלתי מותרת לפי סעיף 85(ג) לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945.

לצד מסקנה זו, יש לזכור כי אין להתערב בקביעה העובדתית לפיה העביר המערער לקוואסמה מכשירי טלפון סלולארי, וממילא המערער הודה בשלב הערעור בביצוע המעשים האמורים. על כן, יש להותיר על כנה את הרשעתו של המערער בעבירות של איסור הכנסת חפץ אסור לפי סעיפים 41 ו-52 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971; ואיסור העברה של חפץ אסור לפי סעיפים 42 ו-52 לפקודת פקודת בתי הסוהר. העונש המקסימאלי הקבוע בגין עבירות אלה הינו שישה חודשי מאסר. לא אסתיר כי הואיל ומדובר בעורך דין אשר מעל באמון שניתן בו, הייתי נוטה לשקול הטלת עונש חמור יותר, לו היה מאפשר כן המחוקק. על כן, הייתי מציע לחברי שבהתאם לתוצאה בערעור על הכרעת הדין, נגזור על המערער שישה חודשי מאסר בפועל.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. המערער הוא עורך דין במקצועו, והגיע לבית הכלא על מנת להיפגש עם מספר אסירים, שאחד מהם הוא קוואסמה. כפי שציין בית משפט קמא, אין זה סביר שהמערער הלך להיפגש עם אסירים מבלי שידע מה העבירות בגינן נדונו לעונשי מאסר וכיצד הם מסווגים, וכפי שהתבטא המערער עצמו בחקירתו הראשונה "... כפי שאני יודע הם כולם ביטחוניים מהשטחים".

מסכים אני עם חברי, השופט הנדל, כי לא סגי בעצם סיווגו של אסיר כביטחוני, כדי להביא למסקנה כי אותו אסיר הוא חבר בהתאחדות בלתי מותרת, וממילא, להרשעת נאשם בעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת. אילו הבריח המערער מכשיר טלפון אחד, נקל היה עלי להצטרף למסקנתו של חברי. דא עקא, שהמערער הורשע בהברחה של שלושה טלפונים ניידים, ומכאן קמה מסקנה המעוגנת בהגיון ובשכל הישר, כי המערער ידע שהטלפונים לא נועדו אך ורק לשימוש האישי של קוואסמה. לכן, גם אם קוואסמה עצמו אינו משתייך להתאחדות בלתי מותרת, עובר הנטל אל המערער להראות כי לא התכוון, או כי לא עצם את עיניו מהאפשרות כי מכשיר או שניים יועברו לחבריו של קוואסמה לתא או לאגף, לאסירים שהם עצמם חברים בהתאחדות בלתי מותרת. זאת, במיוחד בהתחשב בכך שהמערער הוא עורך דין שעיסוקו בטיפול באסירים ביטחוניים, וככזה, הוא מודע לנפקות הסיווג של אסיר ביטחוני ולמאפייני האסירים באגף הביטחוני.

מטעם זה, אני סבור כי יש להותיר את ההרשעה על כנה.

2. אשר לעונש שהוטל על המערער, אציין כי אך לאחרונה דן בית משפט זה ברמת הענישה הראויה לעבירה של הברחת טלפונים סלולריים לאסירים ביטחוניים (ע"פ 2891/12 מדינת ישראל נ' מוראד רבעא (15.7.2012)). בתוצאה הסופית נחלקו הדעות, אך בהיבט העקרוני, לא הייתה מחלוקת לגבי חומרת העבירה, ועמדה על כך השופטת ד' ברק-ארוז:

"החומרה הנודעת להברחת טלפונים אל תוך בית הסוהר מקבלת משנה תוקף כאשר אמצעי התקשורת המוכרח מיועד לאסירים ביטחוניים אשר ממשיכים לפעול כנגד המדינה אף בתוך בית הכלא. זאת ועוד: הטכנולוגיה הרווחת כיום במכשירי הטלפונים הניידים הופכת אותם ליותר מאמצעי לתקשורת קולית גרידא. כפי שמצוין בחוות הדעת שהגישה המדינה 'הטכנולוגיה הקיימת במכשירים סלולאריים מתקדמים הקיימים בשוק מעניקה

לכלואים יכולות תקשורת מגוונות עם גורמים מחוץ לכלא. מעבר לשיחות קוליות ושליחת מסרונים (SMS), ביכולת הכלואים לנהל שיחות וידאו בסלולר, לשגר מידע מסוגים שונים באינטרנט או חומר מצולם באמצעות תמונות (MMS) [...] במלים אחרות: הברחת מכשירי טלפון אל בין כתלי הכלא נחשבת על-ידי גורמי הביטחון לפעילות בעלת השלכות מזיקות ביותר. השלכותיה חורגות הרבה מעבר לשאלות של משמעת בבית הסוהר עצמו אל עבר היבטים ביטחוניים ממש ומניעת פעילות של פשע וטרור מחוץ לכותלי בית הסוהר. מבחינה זו, כל הברחה של מכשיר טלפון אל בית הסוהר יוצרת איום פוטנציאלי על שלום הציבור [...]. שימוש בטלפונים בבית הכלא מסייע לאסירים ביטחוניים לשמור על יכולת מבצעית גבוהה וכתוצאה מכך להוציא לפועל פיגועים. באמצעות המכשירים הסלולאריים מקיימים האסירים הביטחוניים קשרים עם תשתיות הטרור הקיימות וכן מקימים חדשות, כל זאת מתוך כותלי הכלא. בפועל, שימוש בטלפונים סלולאריים מאיין, לפחות באופן חלקי, את נוכחות החומות הבצורות של הכלא ועולם כמנהגו נוהג רק לכאורה. על רקע הדברים האמורים, ברור שהענישה במקרים מסוג זה צריכה להיות משמעותית".

3. הערה לפני סיום.

מאחר שהסכמתי עם חברי, השופט הנדל, כי ברמת העקרון, לא סגי בעצם סיווגו של אסיר כ"בטחוני" כדי להוכיח את הנסיבה של התאחדות בלתי מוכרת, ומנגד, לאור החומרה היתרה שיש לייחס להברחת טלפונים סלולאריים לבתי הכלא, טוב היה עושה המחוקק, אילו קבע עבירה נפרדת ומיוחדת לכך. זאת, באשר העונש על העבירות של הכנסה והעברה של "חפץ אסור" לפי סעיפים 41 ו-42 בצירוף סעיף 52 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, עומד על ששה חודשים בלבד, עונש הרחוק ממתחם הענישה ההולם לעבירה כגון דא.

ש ו פ ט

1. אני מצרפת דעתי לדעתו של חברי השופט הנדל. אכן, לא מן הנמנע כי המערער זוכה מן ההפקר, אך גם לדעתי לא עמדה התביעה בנטל להוכיח במידת הוודאות הנדרשת את כל יסודות העבירה. נראה כי המחלוקת הגורפת שהיתה בערכאה הראשונה לגבי עצם עשיית המעשה השכיחה את שצריך היה לזכור. גם לעניין העונש אני מצטרפת לדברי חברי השופט הנדל.

2. מקובלת עלי קריאתו של חברי השופט עמית למחוקק בעניין הצורך לקבוע עבירה מיוחדת להברחת טלפונים סלולאריים (ואולי גם מכשירים נוספים) לבית הכלא.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א

הוחלט כאמור, ברוב דעות בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ב באייר התשע"ג (22.4.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה מ ש נ ה ל נ ש י א