



בש"פ 5639/21 - חאמד אל טוחי נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון
בש"פ 5639/21

לפני: כבוד השופט א' שטיין

העורר: חאמד אל טוחי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי באר
שבעשניתנה ביום 9.8.2021 (השופט ג' דניאל) במ"ת
5236-07-21

בשם העורר: עו"ד אבנר שמש

בשם המשיבה: עו"ד חיים שוייצר

החלטה

1. לפני ערר לפי סעיף 53(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), על החלטת בית המשפט המחוזי באר שבע (השופט ג' דניאל) אשר ניתנה ביום 9.8.2021 במ"ת 5236-07-21, ואשר במסגרתה נקבע כי העורר ימשיך להיות במעצר עד תום ההליכים המשפטיים המתנהלים נגדו בת"פ (מחוזי ב"ש) 5275-07-21 (להלן: ההליך העיקרי).

עיקרי כתב האישום והליכים קודמים

2. ביום 4.7.2021 הוגש נגד העורר ושני נאשמים נוספים בהליך העיקרי (להלן: הנאשמים הנוספים) כתב אישום המייחס להם עבירות בנשק (יבוא ומסחר) לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק) והפרעה לשוטר בשעת מילוי תפקידו- עבירה לפי סעיף 275 לחוק.



3. על פי עובדות כתב האישום, עובר ליום 14.6.2021, סיכמו העורר ושני הנאשמים הנוספים עם גורמים שזהותם אינן ידועה למדינה, ביניהם תושבי ירדן (להלן: הירדנים), לייבא כלי נשק מירדן לישראל. ביום 14.6.2021, בסמוך לשעה 18:00, הובאו מהצד הירדני של גבול ישראל-ירדן, סמוך לק"ד 71, בסמוך ליישוב פארן, 12 כלי נשק ותחמושת (להלן: הנשק והתחמושת) עטופים בשקים ובבדים. על פי כתב האישום, הנאשם 3 בהליך העיקרי (להלן: הנאשם 3) היה אמון על ביצוע העברת הנשק והתחמושת בגבול, בעוד שהנאשם 1 בהליך העיקרי (להלן: הנאשם 1) והעורר השתתפו בניהול מבצע הייבוא ובביצוע תצפית. במסגרת זו, נטען כי הנאשם 1 והעורר עמדו בקשר טלפוני עם הירדנים ועם הנאשם 3, כאשר הנאשם 1 הוא זה שתיאם עם הירדנים את נקודת המפגש ואופן ביצוע עסקת הנשק. הנאשם 3 הגיע לגבול עם רכב מסוג איסוזו D-MAX (להלן: רכבה איסוזו), בעוד הנאשם 1 והעורר התמקמו בקרבת המקום ברכב מיצובישי הנטר (להלן: רכבה מיצובישי). לפי כתב האישום, לאחר שהירדנים החביאו את הנשק והתחמושת באזור המפורז שמעבר לקו הגבול, הורה הנאשם 1 לנאשם 3 להגיע אל המקום החבאת הנשק והתחמושת. הנאשם 3 הגיע עם רכב איסוזו, חנה אותו על קו הגבול, נטל את הנשק והתחמושת ממקום המחבוא והניחם על הקרקע בסמוך לרכב האיסוזו (להלן: מקום הנחת הנשק והתחמושת). לפי כתב האישום, הנאשם 3, שהבחין בשוטרים מתקרבים למקום, רץ אל רכב האיסוזו והחל בנסיעה מהמקום, בהותירו מאחור את הנשק והתחמושת. לאחר מרדף, נתפס הנאשם 3 על ידי השוטרים. במקביל, הנאשם 1 והעורר התרחקו בנסיעה ממקום ההברחה, ולאחר מרדף - חלקו ברכב המיצובישי וחלקו רגלי - השניים נתפסו ונעצרו על ידי כוחות המשטרה שדלקו אחריהם. במקום הנחת הנשק והתחמושת נמצאו כלי נשק מסוגים שונים, וביניהם תתי מקלע מסוג קלצ'ניקוב, תתי מקלע מסוג M16, רובי צלפים ואקדחים, וכן תחמושת לכלי נשק שונים.

4. בד-בבד עם הגשת כתב האישום, הגישה המדינה בקשה למעצרו של העורר ושני הנאשמים הנוספים עד תום ההליכים המשפטיים נגדם. בבקשה נטען כי בידי המדינה ראיות לכאורה להוכחת אשמתם של העורר ושני הנאשמים הנוספים. ראיות אלו כוללות דו"חות פעולה של השוטרים באירוע; תיעוד ההברחה והבריחה מהשוטרים, שנעשה ממטוס; תיעוד ההברחה על ידי תצפיתניות שהיו בקו הגבול; האזנות סתר; עוקבים; מחקרי תקשורת; דו"חות פעולה של לוחמי לוט"ר שתפסו את הנאשם 3; השוואת קולות; וכן אישור קצין להיות המוצגים נשק. עוד נטען כי נגד העורר והנאשמים הנוספים קמה עילת מעצר מכוח האמור בסעיף 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים, מאחר שקיים חשש שיסכנו את בטחון האדם והציבור; עילת מעצר וחזקת מסוכנות סטטוטורית מכוח האמור בסעיף 21(א)(1)(ג)(2) לחוק המעצרים, הואיל ועסקין בעבירות נשק אשר מוגדרת כעבירת ביטחון בסעיף 35(ב)(1) לחוק המעצרים; וכן עילת מעצר מכוח סעיף 21(א)(1)(א) לחוק המעצרים, היות שנטען כי קיים חשש סביר כי אם ישוחררו העורר והנאשמים הנוספים, ינסו לשבש מהלכי משפט ולהימלט מהדין. עוד הודגש בבקשה כי לעורר ולנאשמים הנוספים יש הרשעות קודמות; ובהקשר זה יובהר, כי עברו הפלילי של העורר - אשר כולל הרשעה אחת בלבד בגניבה ובהשגת גבול משנת 2014, בגינה הוא נדון לשלושה חודשי מאסר בפועל - איננו מכביד.

5. בדיון שהתקיים ביום 8.8.2021, חלק העורר על קיומן של ראיות לכאורה להוכחת המיוחס לו בכתב האישום. ביום 9.8.2021, קבע בית המשפט המחוזי באר שבע (השופט ג'דניאל) כי קיימות ראיות לכך שהעורר נהג ברכבו של הנאשם 1 ונמלט עמו מכוחות הביטחון עד שהשניים נתפסו; וכי העורר שהה עם הנאשם 1 בזמן שהלה קיים שיחות טלפון רבות עם גורמים המעורבים בהברחה - הן הירדנים והן הנאשם 3. עוד קבע בית המשפט קמא, כי אין בנסיבותיו של העורר ובעובדה שעברו הפלילי אינו מכביד כדי להביא לחריגה מהכלל לפיו בעבירות נשק המאומתות בראיות לכאורה מן הדין לעצור את הנאשם עד תום ההליכים מאחורי סורג ובריח - זאת בפרט לנוכח המסוכנות הרבה



שבהברחת כמות גדולה של כלי נשק ותחמושת לישראל. בית משפט קמא קבע אפוא כי קיימות ראיות לכאורה בעוצמה הנדרשת לביסוס הנטען בכתב האישום ביחס למעורבות העורר במבצע ההברחה וכי נגד העורר קמה עילת מעצר עד תום ההליכים המשפטיים המתנהלים נגדו. בית המשפט הורה על כן על מעצרו של העורר מאחורי סורג ובריח עד תום משפטו.

מכאן הערר שלפניי.

טענות הצדדים

6. העורר טוען כי בית משפט קמא שגה בקבעו כי קיימות ראיות לכאורה נגדו. לטענתו, על מנת לקשור אותו למיוחס לו בכתב האישום, המדינה סמכה את ידיה על דיסק ובו סרט וידאו המתעד את המרדף אחר העורר (להלן: הדיסק). העורר טוען כי הדיסק לא נכלל בחומרי החקירה שהועברו לעיונו של באכוחו, ולכן אין למדינה זכות חוקית להתייחס לדיסק האמור כראיה. למען שלמות התמונה, יצוין כי בתיק החקירה מצוי דו"ח צפייה של הדיסק; ואולם, טוען העורר כי מדובר בעדות שמועה שאין בה כדי להחליף את הראיה העיקרית – הדיסק גופו. העורר טוען כי בית משפט קמא חייב היה לקבוע, למצער, כינוצר כרסום משמעותי בראיות אשר מצדיק את שחרורו לחלופת מעצר.

7. עוד נטען כי בית משפט קמא שגה בקושרו את העורר לעבירת הייבוא. לטענת העורר, מוטל היה על המדינה להראות כי הוא שהה במחיצת הנאשמים הנוספים, או במחיצתו של אחד מהם, לאורך מבצע ההברחה כולו, ודבר זה אינו נלמד מחומר הראיות. זאת, מאחר שישנו ניתוק זמן של כשעה בתצפית על רכב המיצובישי, ואין ראיה המצביעה על כך שהעורר שהה ברכב המיצובישי לאורך כל זמן ההברחה. בהקשר זה נטען כי אין ממש בטענת המדינה לפיה העורר היה מצוי עם הנאשם 1 מספר שעות טרם המעצר בסמוך לסניף סופרמרקט שופרסל, מאחר שבדיסק המתעד את האירוע לא נראה העורר במקום. זאת ועוד: העורר טוען כי לא ניתן לזקוף את בריחתו מהרכב בשעת המעצר וניסיונו להימלט משוטרים לחובתו – דבר שלדבריו נעשה אך ורק מתוך פחד.

8. כמו כן, טוען העורר כי בית משפט קמא טעה בסברו כי הוא שהה עם הנאשם 1 לאורך כל היום, ועל כן ידע על ההברחה. בהקשר זה, מפרט העורר וטוען כי לא עומת בחקירתו עשהיחות בין הנאשמים הנוספים אשר הוקלטו בהאזנות סתר ואשר לטענת המדינה מעידות על מודעותו לנעשה במבצע ההברחה.

9. העורר מסכם וטוען כי בית משפט קמא שגה בהחליטו לעצרו עד תום ההליכים מבלי להורות לשירות המבחן לערוך תסקיר אשר יתייחס, בין היתר, לחלופות מעצר.

10. מנגד, סומכת המדינה על ההחלטה קמא ועל נימוקיה.

דיון והכרעה

11. בדיון שנערך לפניי ביום 5.9.2021, הסכים בא-כוח העורר, לאחר דין ודברים, כי בהימצא ראיות לכאורה



לביסוס המיוחס למרשו בכתב האישום, לא יהא מנוס ממעצרו מאחורי סורג ובריש בשלב הנוכחי – זאת, מאחר שהעורר חוסה בצלה של חזקת מסוכנות וכן בשל המסוכנות הקונקרטית אשר נגזרת מהסוג ומהכמות של הנשק שהלה ניסה לכאורה להבריש לישראל בצוותא חדא עם הנאשמים הנוספים. הסכמה זו היתה במקומה: בידוע הוא, כי "כאשר כתב אישום שהוגש נגד נאשם בגיר מאומת כדבעי בראיות לכאורה, והנאשם חוסה בצילה של חזקת המסוכנות אשר נקבעה בסעיפים 21(א)(1)(ג) ו-22(ב) לחוק המעצרים, השאלה שיש לשאול ביחס לאפשרות לשחררו מן הכלא בתנאים מגבילים או להעבירו למעצר בפיקוח אלקטרוני אל מחוץ לכותלי הכלא, היא לא "למה לא?", אלא "למה כן?" כל אחת מחלופות אלה לא תתאפשר אלא בהתקיים טעמים מיוחדים" (ראו: בש"פ 250/21 מדינת ישראל נ' פרוך, פסקה 19 והאסמכתאות שם(31.1.2021); ובמקרה דנן, טעמים מיוחדים שבכוחם להצדיק חלופה למעצרו של העורר בכלא אינם בנמצא).

12. לנוכח הסכמה זו, התמקד הדיון בקיומן של ראיות לכאורה לפי אמות המידה אשר נקבעו בהלכתזאדה (בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133 (1996)).

13. ראיות אלה כוללות, בראש ובראשונה, את הימצאותו של העורר במחיצתו של הנאשם 1 בכל נקודות הזמן הקריטיות של מבצע ההברחה – כאשר העורר נוהג ברכב המיצובישי גם במהלך הימלטותו, יחד עם הנאשם 1, מכוחות הביטחון. כמו כן אין חולקת על כך שהעורר נתפס ונעצר, יחד עם הנאשמים הנוספים, בתום המרדף אחריהם אשר נוהל על ידי כוחות הביטחון. על פי מבחן "הסרט האילם" (ראו: פסקה 39 לפסק דינו של השופט י' עמית בע"פ 11068/08 מדינת ישראל נ' סנקר (12.7.2010)), נסיבות אלו מקימות הנחה לכאורה כי העורר היה שותף מלא למבצע ההברחה. העורר טוען לנוכחות תמימה ולהיותו מזדמן מקרי שפשט הגיע למקום הלא נכון בזמן הלא נכון, אולם טענה זו נראית מפוקפקת בעליל לנוכח הדברים שהלה אמר – ולא אמר – בחקירתו במשטרה אשר ניתנה על ידו, לאחר היוועצות בבא-כוחו, ביום 23.6.2021. במהלכה של חקירה זו, בחר העורר בזכות השתיקה כל אימת שנתבקש להסביר את הימצאו במחיצתו של הנאשם 1, ונתן מענה "לא יודע" לכל השאלות הבאות:

א. בחקירה עלה שאתה נהגת ברכב [המיצובישי] מה יש לך להגיד?

ב. [...] היית ביחד ברכב אז מי נהג?

ג. יש סיבה [שהנאשם 1] יגיד שאתה נהגת [ברכב המיצובישי]?

כך התנהל העורר בחקירתו אחרי שבחקירתו הקודמת, אשר התקיימה ביום 15.6.2021, סיפר לחוקרו כי הגיע למקום שבו הוא נתפס ונעצר כדי לטייל בחברת אנשים שאותם אינו מכיר.

14. סבורני כי בנקודה זו אין סיבה שאמשיך לנתח את הראיות הנוספות אשר מאמתות לכאורה את המיוחס לעורר בכתב האישום. די אם אומר כי התנהלות העורר בחקירותיו מחזקת את המסקנה שלכאורה עולה מתוך ה"סרט האילם" – זאת, מפני ששתיקתו במענה לשאלות הקריטיות, כמצויין לעיל, עשויה לספק חיזוק לראיות שבאותו סרט (ראו: סעיף 28(א) סיפא לחוק המעצרים) ומפני שמה שנראה בדבריו, לכאורה, כשקר בוטה וחד-משמעי עשוי אף לספק סיוע לראיות אלו, מעבר לנדרש להרשעתו בעבירות המיוחסות לו (ראו דברי מ"מ הנשיא מ' שמגר (כתוארו אז) בע"פ 814/81 אל שבאב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 826, 832 (1982) ("אם שקרי הנאשם לובשים צורת הכחשה



של עובדות מוגדרות, שקיומן מוכח על-ידי ראיות אחרות, או מתבטאים באמצאה כוזבת של מערכת נתונים, ואלו מצביעים על רגש אשמה ועל רצון להרחיק עצמו מן העבירה, אין סיבה, מדוע לא יראו בשקרים פוזיטיביים כמתואר את הסיוע הנדרש; זאת כמובן, בתנאי שהשקר האמור מוכח על-ידי הודאתו של הנאשם או על-ידי ראיות בלתי תלויות ...").

15. סוף דבר: הערר נדחה.

ניתנה היום, ו' בתשרי התשפ"ב (12.9.2021).

ש ו פ ט
