



בש"פ 6720/17 - פואז קנדיל נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 6720/17

כבוד השופט ד' מינץ
פואז קנדיל

לפני:
המבקש:

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

עתירה לגילוי ראיה חסויה לפי סעיף 44 לפקודת
הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971

תאריך הישיבה: ד' בתשרי התשע"ח (24.09.17)

בשם המבקש: עו"ד עבד אבו עאמר

בשם המשיבה: עו"ד נורית הרצמן; עו"ד מירב עמר-כהן

החלטה

לפני עתירה לגילוי ראיה חסויה לפי סעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: הפקודה).

הרקע לעתירה

1. ביום 13.3.2016 הוגש לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע כתב אישום מתוקן נגד העותר (תפ"ח 25668-03-16), המייחס לו עבירות של פעילות וחברות בהתאחדות בלתי מותרת, עבירה לפי סעיף 85(1)(א) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: התקנות); מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת, עבירה לפי סעיף 85(1)(ג) לתקנות; עבירות בנשק, לפי סעיפים 144(א), 144(ב), 144(ב2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); אימונים צבאיים אסורים, עבירה לפי סעיף 143(א)(1)(2) לחוק; וניסיון לרצח - עבירה לפי סעיף 305(1)(2) לחוק.

עמוד 1



2. על פי הנטען באישום הראשון, בשנת 2007 לערך פנה פעיל בארגון גדודי חללי אל אקצא (להלן: הארגון) לפעילים נוספים, ובהם העותר, והציע להם להצטרף אליו ולשגר פצצות מרגמה מרצועת עזה לעבר מדינת ישראל. העותר ושאר הפעילים נענו להצעה והגיעו לשם כך לאזור וואדי אלשעף שברצועה. שם הוציא העותר את צינור המרגמה ומסרו לפעיל אחר לצורך שיגור הפצצות. הפעילים האחרים שגרו באמצעות המרגמה ארבע פצצות לכיוון הקיבוץ נחל עוז, וזאת בכוונה לגרום למותו של אדם. באישום זה הואשם העותר בפעילות וחברות בהתאחדות בלתי מותרת; עבירות בנשק (הובלת נשק); ועבירת ניסיון לרצח.

באישום השני נטען כי בשנת 2007 או בסמוך לכך, פנה פעיל בארגון אל העותר והציע לו להיות אחראי על אזור אלשעף שברצועת עזה ולגייס פעילים נוספים לחוליה. העותר נענה להצעה, ולאחר שגייס ארבעה פעילים נוספים נסע עמם במשאיתו לאזור בו היו בעבר ישובים יהודיים על מנת להצטלם באזור זה ולפרסם את תמונותיהם. העותר הואשם במסגרת אישום זה בעבירת פעילות בהתאחדות בלתי מותרת.

על פי המתואר באישום השלישי, בשנת 2007 לערך פעיל בארגון בשם אברהים אלפסיס (להלן: אברהים) פנה אל העותר ובקשו להצטייד ברכב. בהמשך מצא העותר ג'יפ ונסע בו ביחד עם אברהים למגדלי אלקרמה שבעזה, על מנת לשגר טיל לכיוון מחסום ארז שבישראל, בכוונה לגרום למותו של אדם. העותר ופעילים נוספים ששהו במגדלים באותה העת ניסו מספר פעמים לשגר את הטיל, אך ללא הצלחה. העותר התבקש על ידי אחד מהפעילים להביא למקום את יצרן הטיל על מנת לאתר את מקור התקלה. העותר החל לעשות דרכו לשם כך, אך חזר על עקבותיו כאשר יצרן הטיל הגיע למקום בכוחות עצמו. לאחר שחברה סוללה קטנה אל הטיל, הטיל שוגר לכיוון ישראל, וזאת בכוונה לגרום למותו של אדם. העותר צילם את ניסיון השיגור הראשון, אך לאחר התקלה הראשונה הועברה המצלמה לפעילים אחרים. במסגרת אישום זה הואשם העותר בפעילות וחברות בהתאחדות בלתי מותרת; בעבירות בנשק (הובלת נשק); ובניסיון לרצח.

על פי המתואר באישום הרביעי, במהלך מבצע עופרת יצוקה (2008-2009) מונה העותר לאחראי על יחידת הנ"ט באחד מן הפלגים הצבאיים השייכים לארגון. העותר, ביחד עם פעילים נוספים, בצעו ירי מרגמות לעבר ישראל. עוד הניחו העותר והפעילים האחרים מטענים נגד טנקים בעזה, בין היתר בקרבת בית ספר, במטרה לפגוע בכוחות צה"ל אם אלו יכנסו לאזור. בגין מעשים אלה יוחסו לעותר עבירות של פעילות בהתאחדות בלתי מותרת; עבירות בנשק (החזקת נשק והובלת נשק); וניסיון רצח.

האישום החמישי עניינו במאגר נשק ותחמושת שהחזיק העותר בבית אביו שברצועת עזה, ואשר כלל שני רובי קלצ'ניקוב, שני מטולי RPG, 900 שתי פצצות RPG, כדורי קלצ'ניקוב, 16 רימוני יד, 16 מחסניות לקלצ'ניקוב, אקדח ורובה. לאחר שנתפס המאגר על ידי אנשי חמאס בחיפוש שנעשה בבית אבי העותר, ביקש העותר מאברהים שינפיק מסמך לפיו הנשק והתחמושת שייכים לארגון. בחלוף 15 ימים מהנפקת המסמך הוחזר הנשק אל העותר. העותר העביר את ה-RPG לפעילי הארגון, ואת הרובים והאקדח מכר לאחרים. בשל מעשיו אלו הואשם העותר בעבירות מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת; פעילות וחברות בהתאחדות בלתי מותרת; עבירות בנשק (סחר בנשק, החזקת נשק ותחמושת).

על פי עובדות האישום השישי, במועד שאינו ידוע למאשימה במדויק, בין השנים 2009-2011, הוקמו גדודי אלחוסיני - פלג של הארגון. החל ממועד הקמתם היה העותר חבר ופעיל בגדודים. במסגרת פעילותו בארגון מונה העותר לאחראי



יחידת הנ"ט וערך אימונים צבאיים עם אחרים, במהלכם היה רעול פנים. העותר גייס פעילים נוספים לגדודי אלחסוני ומונה להיות אחראי על אזור אלשעף ועל החוליה במסגרתה פעל. בשנת 2011 לערך מונה העותר על ידי אברהם לאחר איחוד הטיילים. לאחר מינויו זה נתבקש על ידי אברהם לשמור בביתו טילים, ולספקם בעת הצורך לפעילים אחרים. בהתאם לכך העביר העותר ברכבו טילים ומטעני חבלה לביתו והחזיקם. בחלוף זמן מה, בהוראת אברהם, העביר העותר את אחד הטיילים לפעילים אחרים. העותר הואשם במסגרת אישום זה בפעילות וחברות בהתאחדות בלתי מותרת; עבירות בנשק (הובלת נשק והחזקה); ובאימונים צבאיים אסורים.

3. בד בבד עם הגשת כתב האישום, הגישה המשיבה בקשה למעצרו של העותר עד לתום ההליכים נגדו (מ"ת 25645-03-16), במסגרתה פורטו בתמצית הראיות לכאורה הקיימות להוכחת אשמתו של העותר ובתוכן הודאתו של העותר וחיזוקים לדבריו בהודעות עדים נוספים ובתעודות עובד ציבור. עוד נכתב בבקשת המשיבה כי לאור חזקת המסוכנות ועילות המעצר הקמות כנגד העותר, לא קיימת כל חלופה שיש בה כדי להבטיח את מטרות המעצר.
4. ביום 31.3.2016 הורה בית המשפט המחוזי, בהסכמת בא-כוח העותר, על מעצרו של העותר עד לתום ההליכים נגדו.
5. בנוסף, ביום 16.6.2016 חתם שר הביטחון על תעודה בדבר ראיות חסויות, מתוקף סמכותו לפי סעיף 44(א) לפקודה (להלן: התעודה). בתעודה הביע שר הביטחון את דעתו לפיה מסירת ראיות ופרטי מידע כמפורט להלן, עלולה לפגוע בביטחון המדינה:

1. מקורות המידע של כוחות הביטחון לרבות כל פרט ו/או תוכן המידע שיש בו כדי לחשפם.
2. א. שיטות ודרכי פעולה, פעילות מבצעית, נהלי עבודה, ודרכי השגת מידע של שירות הביטחון הכללי, ככל שהם מתייחסים לאיסוף מידע מחוץ ובמסגרת חקירה, לרבות תוכן מידע העלול להביא לחשיפת שיטות ונהלים אלה.
- ב. אמצעים טכניים של שירות הביטחון הכללי להשגת חומר מודיעיני וחומר חקירה, לרבות החומר אשר נאסף באמצעים אלה.
3. תפקידים, שמות ומשימות של עובדי שירות הביטחון הכללי לרבות כל פרט אחר שיש בו כדי לגלות או לחשוף בדרך כלשהי את זהותם.
4. החסיון חל על רשימת החומר והמידע החוסים תחת תעודה זו, לרבות כל פרט מזהה לגביהם ו/או אשר יש בו כדי להעיד על מהותו, היקפו וכמותו של החומר החסוי ולמעט העובדה כי מדובר במידע מודיעיני וחומר חקירה חסוי.

6. תעודת החיסיון הועברה לעותר בצירוף שתי פרפרזות.

העתירה לגילוי ראיה



7. עתירה זו הינה עתירה שנייה במסגרת הליכי המשפט המתנהלים כנגד העותר, המוגשת לאור התפתחות שחלה לדעתו בישיבת ההוכחות האחרונה שהתקיימה, ואשר הוא סבור כי יש בה כדי לחזק את טענתו לפיה הודאתו ניתנה בעקבות לחץ ואיומים. עתירתו הראשונה של העותר נדחתה על ידי בית משפט זה (השופט נ' הנדל) ביום 3.11.2016.

8. העותר מתמקד בעתירתו הנוכחית בהוראת סעיף 2(א) לתעודה אשר חוסה על מקורות המידע של שירות הביטחון הכללי ועל חומרי החקירה שנאספו ובכך לטענתו היא פוגעת פגיעה ממשית בהגנתו. זאת מפני שבחקירות אלה נמסרו פרטים עליהם מתבססת המשיבה בטענותיה, בעוד שהעותר אינו יכול לבסס את טענותיו בעניין חקירות אלה בהגנתו. בנוסף, בניגוד לתעודות חיסיון אחרות המוכרות והמקובלות, התעודה אינה מחריגה ולו חלק קטן ביותר מהמידע בעניינו של העותר.

9. העותר אינו מבקש לחשוף את זהותם של מי שסייעו להפלתו (להלן: המדובבים) אך מבקש לקבל את תרשומות המדובבים, ואת ההקלטות שקרוב לוודאי הוקלטו, ומתעדות את שיחותיו עמם. העותר טוען כי הוא נאלץ לגבש את הגנתו מבלי שכל הראיות מונחות בפניו ובכך נפגעת זכותו להליך הוגן. לפיכך מבקש העותר מבית המשפט להורות על מסירת החומר החסוי לרבות רשימה מפורטת שלו.

10. ביום 26.10.2016 כפר העותר בעובדות כתב האישום וטען כי הודאותיו בפני המדובבים נעשו לאור תחושת האיום שהיה נתון בה. לטענתו, תעודת החיסיון אינה חלה על ראיות הנוגעות לטענת הזוטא לפיה היה מאוים על ידי המדובבים. טענתו העיקרית בעתירה נוגעת לישיבת ההוכחות האחרונה שהתקיימה בפני בית המשפט המחוזי ובה נחשף על ידי המשיבה תרגיל חקירה שבוצע לעותר. על אף חשיפה זו, החומר הנוגע לאותו התרגיל שנחשף לא הועבר לידי. לטענתו, משהחליטה המשיבה לחשוף את תרגיל החקירה ובכך למעשה להסיר מעליו את החיסיון, הרי שעליה להעביר לעותר את מלוא החומר הנוגע לאותו התרגיל.

11. עוד מציין העותר כי תעודת החיסיון עומדת בסתירה לסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) המבחין בין חומר החקירה עצמו לבין רשימת החומר. מאחר שהמשיבה לא מסרה לידי ההגנה אף את רשימת חומר החקירה החסוי, אין ביכולתו לברר אם יש בחומר מידע החיוני להגנתו. לטענתו עוד, לאור תרגיל החקירה המורכב שנחשף, יש מקום לטעון כנגד קבילות הודאותיו שניתנו רק בשל לחצים שהופעלו עליו באמצעים פסולים ובשל המצב הנפשי הקשה בו היה שרוי.

12. ביום 24.9.2017 התקיים דיון לפני. באת-כוח המשיבה ביקשה לדחות את העתירה וציינה כי לאחר בחינה מעמיקה של בית משפט זה, בעת שהיה מודע לחלוטין לקיומו של תרגיל החקירה המדובר, ביום 3.11.2016 נדחתה העתירה הקודמת שהוגשה. לטענתה, מסירתו של כל חומר מעבר לזה שנמסר לעותר זה מכבר עלולה לחשוף שיטות ואמצעים חסויים ולא נמצא כל חומר שיש בו כדי לסייע להגנה מעבר לפרפרוזות שנמסרו לו בשלביו המוקדמים של ההליך.

13. המשיבה ציינה כי חשיפתו של תרגיל החקירה נועד להעניק להגנה ולבית המשפט תמונה מלאה וברורה באשר למתרחש. עם זאת, מסירת פרטים נוספים אינה מוצדקת והחומר שנחשף מקיים איזון ראוי בין הצורך בהגנת הנאשם לבין האינטרס הציבורי של שמירה על ביטחון המדינה.



דין והכרעה

14. לאחר שהאזנתי לטענות הצדדים בחלק הגלוי של הדיון, ועיינתי בחומר החסוי שנמסר לעיוני בתום הדיון, שוכנעתי כי מדובר בחומר אשר על פי טיבו ומהותו מצדיק את הטלת החיסיון מאחר שגילוי עולול לפגוע בביטחון המדינה.

15. בהתאם לכלל הקבוע בסעיף 74 לחסד"פ, על התביעה להציג בפני הנאשם את מכלול הראיות נגדו, לצורך הגשמת האינטרס של גילוי האמת ועשיית צדק. אולם לצידו של כלל זה חריגים בדמות חסיונות ואינטרסים מוגנים אחרים (ראו: בש"פ 120/10 פלוני נ' מדינת ישראל (24.2.2010)). החיסיון הרלוונטי לענייננו מעוגן בסעיף 44(א) לפקודה ולפיו:

"אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראיה אם ראש הממשלה או שר הבטחון הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בביטחון המדינה, או אם ראש הממשלה או שר החוץ הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע ביחסי החוץ של המדינה, אלא אם מצא שופט של בית המשפט העליון, על-פי עתירת בעל-דין המבקש גילוי הראיה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה, ובהליך פלילי - כי הראיה עשויה להועיל להגנת הנאשם ומידת התועלת שבה להגנה עולה על הענין שיש לא לגלותה, או שהיא חיונית להגנת הנאשם".

16. בבחינת בקשה לגילוי ראיה חסויה על בית המשפט לערוך מבחן דו-שלבי. בשלב הראשון על בית המשפט לקבוע האם החומר שגילוי מתבקש אכן נכלל בגדר העניינים שהוגדרו כחסויים בתעודת החיסיון. ככל שהתשובה לכך חיובית, על בית המשפט לבחון, בשלב השני, את טיבו של החומר החסוי ואת מידת חשיבותו של החומר להגנת העותר (בש"פ 3416/14 אלעמרני נ' מדינת ישראל (11.6.2014); בש"פ 6719/17 פקי נ' מדינת ישראל (28.9.2017); בש"פ 3540/15 פלוני נ' מדינת ישראל (1.7.2015); בש"פ 6696/16 פלוני נ' מדינת ישראל (25.9.2016)). כאשר מגיע בית המשפט למסקנה לפיה הראיה החסויה הינה חיונית להגנתו של הנאשם במובן זה שגילויה עשוי לעורר ספק סביר בדבר אשמתו של הנאשם, תיטה הכף להעדפת עניינו של הנאשם על פני חיסיון הראיה (ע"פ 459/95 אבו-רמדאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 775 (1996); בש"פ 120/10 בעניין פלוני; ע"פ 621/01 מדינת ישראל נ' חמדאן, פ"ד נה(2) 823 (2001); בש"פ 5965/12 פלוני נ' מדינת ישראל (18.10.2012)). ואולם, אם מצא בית המשפט כי החומר אינו חיוני להגנת הנאשם אך גלויה בו תועלת עבורו, על בית המשפט לערוך איזון בין התועלת שבגילוי הראיה החסויה להגנת העותר לבין הפגיעה באינטרס הביטחוני שביסוד החיסיון (בש"פ 872/17 אבו טהה נ' מדינת ישראל (9.3.2017); בש"פ 6696/16 בעניין פלוני).

17. בענייננו, עיון בחומר החסוי מגלה כי הוא נופל כולו בגדרי תעודת החיסיון שהוצאה. גם שוכנעתי כי גילוי של החומר החסוי עשוי לגרום לפגיעה ממשית בביטחון המדינה וכי התועלת העשויה לצמוח לעותר מן הגילוי אינה שקולה כנגד פגיעה זו. כמו כן, אי גילוי של החומר החסוי אינו גורר עמו פגיעה בזכותו של העותר למשפט הוגן, שכן לא קיימת בחומר החסוי ראיה החיונית להגנתו בשים לב לקווי ההגנה האפשריים אשר נמנו על ידו ובפרט, לא מצאתי בחומר החסוי דבר המסייע להוכחת טענת הזוטא שהעלה העותר לפיה הודאתו נבעה מאיומי המדובבים.



18. באשר לרשימת החומר החסוי, נחה דעתי כי הטעמים העומדים ביסוד הוצאת תעודת חיסיון חלים בענייננו אף על רשימת החומר החסוי. אכן, הוראת סעיף 74 לחסד"פ קובעת כי הנאשם וסנגורו רשאים לעיין ב"רשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת והנוגע לאישום שבידי התובע". ואולם, כפי שעולה מסעיף 78 לאותו החוק, אין להורות על העברת הרשימה כאמור, שעה שיש בה כדי לחתור תחת החיסיון עצמו ולפגוע בביטחון המדינה (בש"פ 6719/17 בעניין פקי; בש"פ 2849/15 אבו סאלח נ' מדינת ישראל (11.6.2015); בש"פ 3540/15 בעניין פלוני; בש"פ 4257/16 פלוני נ' מדינת ישראל (16.11.2016)). בנוסף, לא מצאתי כי רשימת החומר החסוי עשויה להועיל ולקדם את ההגנה, כאשר מנגד העברתה עלולה לחתור תחת האינטרס העומד ביסוד החיסיון. לפיכך גם הכללת הרשימה בתעודת החיסיון נעשתה כדין.

לאור האמור, אין מקום לגילוי הראיות המבוקש ודין העתירה להידחות.

ניתנה היום, י"ב בתשרי התשע"ח (2.10.2017).

ש ו פ ט