



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2891/12

לפני: כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערערת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: מוראד רבעא

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט א' אינפלד) ב-ת"פ 2034-06-11 שניתן ביום 29.02.2012.

תאריך הישיבה: ל' בסיון התשע"ב (20.06.12)

בשם המערערת: עו"ד דפנה פינקלשטיין

בשם המשיב: עו"ד דוד יפתח

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. לפנינו ערעור המדינה על קולת העונש שנגזר על המשיב על ידי בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט א' אינפלד) ב-ת"פ 2034-06-12, בתאריך 29.02.2012.

להלן יפורטו הנתונים הרלבנטיים להכרעה.

2. המשיב הורשע על-יסוד הודאתו בעובדות כתב אישום מתוקן, במסגרת הסדר טיעון, בעבירות של קשירת קשר לפשע (עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977), מתן שירות להתאחדות בלתי-מותרת (עבירה לפי סעיף 85(1)(ג)

לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945) ואיסור הכנסת חפץ אסור (עבירה לפי סעיף 41 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971).

הסדר הטיעון לא כלל הסכמה לעניין העונש, והמשיב נדון על-ידי בית המשפט המחוזי הנכבד לעונש של 20 חודשי מאסר בפועל ו-10 חודשי מאסר על-תנאי, כאשר התנאי הוא שלא יעבור כל עבירה מסוג פשע, שיש בה יסוד של סיוע לארגון טרור או אלימות פיזית כלפי גופו של אדם, במשך שלוש שנים מיום שחרורו מהכלא.

3. המשיב הוא סוחר ירקות, תושב הרשות הפלשתינית. על-פי עובדות כתב האישום המתוקן, קשר המשיב קשר עם אחר, אף הוא תושב הרשות הפלשתינית, להברחת 50 טלפונים ניידים, מטענים וסוללות (להלן: המכשירים) לאסירים ביטחוניים בכלא קציעות. בתמורה אמור היה המשיב לקבל לידיו סכום של 150,000 ש"ח. במסגרת הקשר ולשם קידומו, הזמינו אסירים החברים בהתאחדויות בלתי מותרות מאחראי הקנטינה בכלא כ-800 ק"ג עלי גפן, במטרה שאלה יסופקו על-ידי המשיב, באמצעות הנאשם 2 בכתב האישום, אזרח ישראלי שבבעלותו חנות ירקות. במקביל, קיבל המשיב מן האחר סכום של 5,000 ש"ח, שבאמצעותו רכש את המכשירים המיועדים להברחה. בהמשך הטמין המשיב את המכשירים בארגזים של עלי הגפן. הארגזים נשלחו לחנותו של הנאשם 2, אשר נסע עם עובדיו לכלא קציעות, שם הועברו הארגזים למשאית של שירות בתי הסוהר. המכשירים התגלו בעת שיקוף בטחוני שנערך לארגזים בכניסה לבית הסוהר.

4. שני מעורבים נוספים בפרשה, סאמר ופראס צופטה, אף הם תושבי הרשות הפלשתינית, הועמדו לדין בבית המשפט הצבאי בשומרון, שם הורשעו, על-יסוד הודאתם, בעבירות של מתן כלים או אמצעים לביצוע פשע (עבירות בניגוד לסעיף 246 לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009). על-פי כתבי האישום שהוגשו בעניינם, סאמר, בתיווכו של פראס, הוא שהציע למשיב להבריח את המכשירים תמורת הסכום האמור, העביר לו את 5,000 השקלים לרכישתם וערך עבורו בירורים במסגרת תכנון מבצע ההברחה. במסגרת הסדר טיעון נדון פראס לעונש של 6 חודשי מאסר, קנס כספי ומאסר על תנאי. בעניינו של פראס ציין בית המשפט הצבאי הנכבד כי החליט לכבד את ההסדר על-אף העונש המקל יחסית, וזאת בשים לב לחלקו השולי יחסית של פראס בפרשה, שהסתכם בתיווך בין סאמר לבין המשיב, וכן בשל קושי ראייתי שנתגלה בהוכחת ידיעתו בדבר מטרת הקשר שקשרו סאמר והמשיב. סאמר, שעברו הפלילי מכביד, וכולל, בין היתר, הרשעה בעבירת ביטחון שבגינה הושת עליו בעבר עונש של 7 שנות מאסר בפועל – נדון בגין חלקו

בפרשה, מושא הערעור שלפנינו, ל-10 חודשי מאסר בפועל, לקנס כספי ולמאסר על תנאי.

5. להשלמת התמונה יצוין כי הנאשם 2 ואחראי הקנטינה בבית הסוהר "קציעות" הורשעו, במסגרת הסדר טיעון, בעבירות של שוחד (לאחר שנתגלו קשיים ראייתיים בהוכחת ידיעתם אודות מהות ההברחה) – ונדונו למאסר של שישה חודשים, שירוצה על דרך של עבודות שירות.

גזר דינו של בית המשפט קמא

6. נוכח מיעוט הפסיקה הנוגעת למעשים מן הסוג שבו הורשע המשיב, נעזר בית המשפט הנכבד קמא, בבואו לגזור את דינו של המשיב, בהוראות המחוקק לעניין הבניית שיקול הדעת בענישה, כפי שנקבעו בחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 2330, תיקון אשר במועד מתן גזר הדין טרם נכנס לתוקפו (ואף עתה, לאחר שנכנס לתוקף – אין הוא חל על ענייננו, מכוח סעיף 3 שבו).

7. בגזר דינו המפורט, עמד בית המשפט המחוזי הנכבד על ההשלכות הקשות שהיו טמונות במעשי המשיב, אשר אילו צלחו היה בהם כדי לסייע לאסירים חברי ארגוני טרור, ולסכן את ביטחון הציבור. חומרה יתרה ייחס בית המשפט לכמות המכשירים שניסה המשיב להבריח, כמות שנודעת לה משמעות איכותית, שכן היא מעידה על כך שאין מדובר כאן בהברחה "שגרתית" של טלפון נייד לשימוש אישי של אסיר ספציפי, כי אם בהברחה סיטונאית. בענין זה התייחס בית המשפט גם לחוות דעת של מומחה מטעם שירות הביטחון הכללי (להלן: השב"כ), שהוגשה על-ידי המדינה, המדווחת על תופעה של הברחת טלפונים סלולאריים לאסירים בטחוניים השוהים בבתי הכלא בישראל, במגוון שיטות. על-פי האמור בחוות הדעת, הטלפונים מאפשרים לאסירים המשתייכים לארגוני טרור, וביניהם בכירים בעלי ניסיון מבצעי, להמשיך ליטול חלק בפעילות מתוך כתלי בית הכלא, לרבות בדרך של הכוונת מעשים בעלי היבטים ביטחוניים ישירים, כגון: גיוס פעילים, רכישת אמצעי לחימה ואף מתן הנחיות לביצוע פעולות טרור נגד יעדים ישראלים.

על-מנת לנסות ולעמוד על הענישה הנוהגת, סקר בית המשפט את גזרי הדין שהושתו על נאשמים בעבירות דומות. מן הסקירה עלה כי עד כה נגזרו על נאשמים בניסיונות להחדרת טלפונים ניידים לאסירים ביטחוניים עונשים של 5-6 חודשי מאסר

בפועל. בית המשפט איבחן את המקרים הנ"ל מן המקרה דנן, בציינו כי באותם מקרים דובר בהעברה של טלפון אחד או שניים, כאשר מטרת ביצוע העבירה היתה אישית, או משפחתית, להבדיל מכוונה לסייע לארגון טרור. לעומת זאת, במקרה שלפנינו – אין מדובר בהברחה המיועדת לאסיר ספציפי, בבחינת סיוע אישי, כי אם בכוונה לבצע הברחה של עשרות מכשירים, שנועדו בכירור לשימוש הכלואים, שהם פעילים של ארגוני טרור. בית המשפט ציין עוד בהקשר זה כי אמנם המניע שעמד בבסיס פעולתו של המשיב שלפנינו היה כספי, אך מטרת הפעולה היתה סיוע לכלואים בטחוניים. אבחנה זו היא שמסבירה גם את העובדה שהמשיב הואשם בעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי-מותרת, עבירה שעד כה כמעט שלא נעשה בה שימוש בגין מעשים מן הסוג הנדון.

לאחר הדברים האלה, קבע בית המשפט כי מתחם הענישה ההולם, לדעתו, את מעשה העבירה שביצע המשיב נע בין 25 ל-50 חודשי מאסר בפועל. זאת, בהתחשב בחומרת המעשה, בשים לב לערכים החברתיים שהיו עלולים להיפגע, ובראשם הסכנה הממשית לביטחון הציבור, וכן בתפקידו המרכזי של המשיב בפרשה. בהקשר זה עמד בית המשפט על העובדה כי המשיב פעל באופן אקטיבי להוצאתו לפועל של התכנון העברייני האמור, על-אף שלא הוא היה היוזם המקורי שלו (ונראה שפעל ממניע כלכלי, ולא אידיאולוגי). בהקשר זה הודגש עוד כי המשיב הוא שהגה את הרעיון להסתיר את המכשירים בתוך משלוח עלי גפן שיספק בעצמו, רכש את המכשירים, והטמין אותם בארגזי הירקות.

לעניין מיקום העונש בתוך מתחם הענישה ההולמת הביא בית המשפט בחשבון, כשיקול לחומרה, את הצורך בהרתעת הרבים מביצוע מעשים מהסוג הנדון תמורת סכומי כסף גבוהים, כך שעל העונש המושג לאיין את הפיתוי הכספי. כשיקולים לקולא התחשב בית המשפט בעובדה כי המשיב נעדר עבר פלילי, בנזק הכלכלי שנגרם ועוד ייגרם לו ולמשפחתו (שהמשיב לבדו אמון על פרנסתה) כתוצאה ממעצרו ומאסרו, וכן בכך שהסגיר עצמו למשטרה והודה במעשים.

לבסוף החליט בית המשפט להשית על המשיב עונש של 20 חודשי מאסר בפועל, וזאת משני טעמים עיקריים:

ראשית, משום שהמעשה בגינו הורשע המשיב בוצע זמן קצר בלבד לאחר שינוי מדיניות האכיפה בנוגע לעבירות מסוג זה, ומספר שבועות לאחר שניתנו גזרי הדין הראשונים בתחום.

שנית, נוכח העונש שנגזר על סאמר – שפנה אל המשיב בהצעה להכריח את הטלפונים ויזם את הקשר שבמוקד הפרשה – בבית המשפט הצבאי בשומרון.

בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי עונשו של המשיב צריך להיות חמור מעונשו של סאמר, באופן שישקף את העובדה כי מילא תפקיד מרכזי יותר בפרשה, אך סבר כי עקרון השוויון אינו מאפשר להשית על המשיב עונש מאסר שיהיה חמור יותר מפי שניים מעונשו של סאמר. זאת, בין היתר בהתחשב בעובדה כי לסאמר עבר פלילי מכביד, בעוד שהמשיב נעדר כל עבר פלילי.

טענות הצדדים בערעור

8. בערעורה טוענת המדינה כי בית המשפט המחוזי גזר על המשיב עונש שאיננו הולם את חומרת מעשיו, כאשר, לדבריה, הועדף פה באופן ברור ערך השוויון, על-פני שיקולי הענישה האחרים. לשיטתה, על-אף חשיבותו של עקרון אחדות הענישה, הרי שבמקרה זה יש להתחשב בעובדה שסאמר נשפט במערכת המשפט הצבאית, שהינה מערכת נפרדת מזו הפלילית הרגילה. לענין זה טוענת המדינה כי קיימים הבדלים רלוונטיים בין האינטרסים שעליהן אמונות שתי המערכות, המשליכים על היכולת להקיש מגזר דין שניתן בבית משפט צבאי באזור – לגזר דין שניתן במערכת השיפוט הפועלת במסגרת חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

עוד טוענת המדינה כי נוכח הייחוד הכמותי והאיכותי שבניסיון להכריח 50 טלפונים ניידים לכלא – אין ליתן נפקות לכך שמגמת ההחמרה במאבק בהברחת טלפונים לאסירים ביטחוניים החלה אך זה לא מכבר.

לסיום מבקשת המדינה להדגיש את ההיבט הביטחוני החמור שבמעשיו של המשיב. לענין זה, מפנה המדינה לדבריו של בית המשפט הנכבד קמא וכן לחוות הדעת מטעם השב"כ, באשר להשלכות הפוטנציאליות של העברת טלפונים ניידים לאסירים ביטחוניים המרצים עונשי מאסר בבתי הכלא בישראל – ומבקשת כי בית משפט זה יחמיר בעונשו של המשיב, כחלק ממאמץ כולל שצריך להיעשות על מנת להיאבק בתופעה.

9. בא כוח המשיב טוען, מנגד, כי המדינה לא הצביעה על כל טעות שנפלה בגזר דינו של בית המשפט קמא, המצדיקה התערבות של בית משפט זה, בשים לב לכך שהוא

הביא בחשבון את כלל השיקולים הרלוונטיים, ואף עמד בהרחבה על ההיבט הביטחוני בעבירה, שאותו הדגישה המדינה בטיעוניה. כן מציין בא כוח המשיב כי העבירה שבה הורשע המשיב החלה נאכפת באופן נמרץ רק זמן קצר בלבד לפני שבוצעה העבירה במקרה שלפנינו. לסיום מדגיש בא כוח המשיב את נסיבותיו האישיות של מרשו, שהינו מפרנס יחיד של משפחתו ונעדר כל עבר פלילי, וכן את העובדה כי הסגיר את עצמו, מיוזמתו, למשטרה והודה במיוחס לו.

דיון והכרעה

10. לאחר עיון בערעור ובמסמכים שצורפו לו, ושמיעת טענות הצדדים – הרי שאם תישמע דעתי, נדחה את הערעור.

11. הלכה ידועה היא כי ככלל אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בעונש שנגזר על-ידי הערכאה הדיונית. התערבותה תיעשה רק במקרים חריגים של סטייה מהותית ממדיניות הענישה הנוהגת בנסיבות דומות, או של התעלמות ממרכיב משמעותי שצריך היה להביאו בחשבון (ראו למשל: ע"פ 635/88 מדינת ישראל נ' אדרי, פ"ד מד(4) 227 (1990); ע"פ 9097/05 מדינת ישראל נ' ורישלובסקי (לא פורסם, 3.7.2006), וכן לאחרונה: ע"פ 7196/11 מדינת ישראל נ' ביזאוי (לא פורסם; 19.06.2012)). המקרה שלפנינו איננו נמנה עם המקרים החריגים הנ"ל. לא בכדי הארכת בתיאור גזר דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד. מדובר בגזר דין מקיף, מפורט ומנומק, שמביא בחשבון את כלל הנתונים והשיקולים הרלוונטיים. המדינה לא הצביעה על כשל משמעותי שנפל בגזר דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד, שיהיה בו כדי לבסס עילה להתערבותו של בית משפט זה. כל שנטען בעניין זה הוא שבית המשפט ייחס משקל מופרז לעונשים שהושתו על שותפיו של המשיב לביצוע העבירה, על-ידי בית המשפט הצבאי בשומרון. בית המשפט אכן ציין בגזר דינו כי לשיטתו אין מנוס מלהעניק כאן משקל נכבד לעקרון השוויון בין נאשמים. ואולם בכך בלבד אין די כדי להצדיק את התערבותנו בתוצאה שאליה הגיע בית המשפט הנכבד. זאת בשים לב לנסיבות המיוחדות של המקרה, שעליהן אעמוד להלן, ובהתאם להלכה שלפיה אין ערכאת הערעור נוטה למצות את הדין עם הנאשם.

12. בחינה של גזרי הדין האחדים שניתנו בעניינם של נאשמים בעבירות דומות מעלה כי העונשים שנגזרו אכן עמדו על 5-6 חודשי מאסר בפועל (ראו: תפ"ח (ב"ש) 15016-1010 מדינת ישראל נ' מטאעיד (לא פורסם; 27.03.2011); ת"פ (ב"ש) 20295-

02-11 מדינת ישראל נ' חגאזי (לא פורסם; 15.05.2011); ת"פ (ב"ש) 15081-04-11 מדינת ישראל נ' צלאח (לא פורסם; 17.07.2011)). מן הראוי לציין כי במקרה נוסף היתה אמנם ענישה קשה יותר, אך העונש המכביד שם בא בשל קיומן של נסיבות מחמירות מיוחדות, שדומות להן אינן מתקיימות כאן (ראו: תפ"ח (ב"ש) 1139-09 מדינת ישראל נ' דטוקי (לא פורסם; 20.05.2012)). עם זאת, כפי שציין גם בית המשפט הנכבד קמא – המקרה שלפנינו אכן שונה מהותית מאותם מקרים שאוזכרו לעיל, שבהם דובר בניסיונות להבריח טלפונים בודדים, בבחינת סיוע נקודתי, אישי או משפחתי. בענייננו מדובר במעין מבצע – בניסיון להברחה סיטונאית של מספר רב של מכשירים, שנשען על שילוב אינטרסים אידיאולוגיים או כלכליים של גורמים שונים. בהקשר זה דומה שאין מקום למחלוקת כי למספר המכשירים נודעת אמנם משמעות, שיש בה כדי להפוך כמות לאיכות, שכן הוא מעיד על מטרת הפעילות העבריינית: אספקת מכשירים לצורך מתן שירות להתאחדויות בלתי-מותרות.

13. ערעור המדינה מבוסס, בעיקרו, על שאיפתה להחמיר בענישה בגין עבירות של ניסיון להחדרת טלפונים ניידים לאסירים ביטחוניים השוהים בבתי הכלא בישראל. עמדת המדינה היא כי יש מקום להכביד בענישה בגין עבירות מסוג זה – וגישה זו מקובלת עלי לחלוטין. המדובר בעבירות שאין צורך להכביר מילים אודות השלכותיהן הפוטנציאליות, הרוח האסון (בהערת אגב אציין, עם זאת, כי אם התופעה מקבלת מימדים כה קשים, כנטען, ראוי לשקול, בצד הגברת האכיפה הפלילית, גם נקיטת אמצעים טכנולוגיים מונעים). ואולם, כפי שפסק בית משפט זה לא אחת – העלאת רף הענישה איננה יכולה להיעשות באיבחה אחת. עליה להיעשות בהדרגה, תוך בחינה של רמת הענישה הנוהגת בגין עבירות דומות (ראו למשל: ע"פ 8745/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם; 30.11.2011); 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל (לא פורסם; 12.1.2011)). הלכה זו מקבלת משנה תוקף בנסיבות המקרה שלפנינו, כאשר האיסורים על ההתנהלות האסורה שבגינה הורשע המשיב החלו להיאכף בצורה הדוקה זמן קצר בלבד טרם שהתרחשו האירועים, מושא הערעור. גזר הדין הראשון בתחום זה ובעבירות אלו ניתן מספר שבועות בלבד לפני ביצוע העבירה, מושא הערעור. גם בעובדה זו התחשב בית המשפט כשיקול המחייב הקלה בעונשו של המשיב ביחס לסטנדרט הענישה הראוי בגין עבירות מן הסוג שביצע המשיב, וזאת בהתאם לעקרון היסוד שלפיו אין עונשין אלא אם כן מזהירין.

14. זאת ועוד – אחרת. המשיב שיתף פעולה עם רשויות האכיפה, הסגיר את עצמו, מיוזמתו, והודה בביצוע המעשים. המידע שמסר במסגרת הודעותיו הוא שהוביל

לתפיסתם של שותפיו, שהועמדו לבסוף לדין בבית המשפט הצבאי בשומרון, וחומר זה שימש כראיה חשובה, אשר איפשרה את הגשת כתבי האישום נגדם. על רקע זה, בדין ייחס בית המשפט המחוזי משקל נכבד גם לעונשים המקלים עד מאוד שנגזרו על אותם שותפים. בפרט אמורים הדברים בנוגע לסאמר, אשר הוא זה שפנה אל המשיב בהצעה להשתתף בניסיון ההכרחה. במסגרת עקרון אחריות הענישה – לא ניתן איפוא להתעלם מן העונש שנגזר על סאמר, אשר בניגוד למשיב שלפנינו, הינו בעל עבר פלילי מכביד (הכולל הרשעה בעבירת ביטחון חמורה, שבגינה הושת עליו בעבר עונש של 7 שנות מאסר בפועל).

15. באופן דומה, לא ניתן להתעלם במכלול זה אף מן העונשים המתונים שהושתו על שני האזרחים הישראליים שהיו מעורבים בפרשה (וראו במיוחד את סעיף 6 לכתב האישום): אחראי הקנטינה בבית הכלא קציעות, וסוחר הירקות. אלה הורשעו, כאמור בפסקה 5 שלעיל, בעבירות של שוחד, ונדונו, במסגרת הסדרי טיעון, למאסר לתקופה של שישה חודשים בלבד, שירוצה על דרך של עבודות שירות. זה המקום להפנות גם ל: ת"פ (ב"ש) 35113-05-10 מדינת ישראל נ' חלב (לא פורסם; 29.05.2011), שבגדרו הושת עונש של 20 חודשי מאסר בפועל על קצין שב"ס שהורשע בעבירות של מרמה והפרת אמונים וקבלת שוחד, לאחר שהבריח, בשתי הזדמנויות שונות, לאסיר ביטחוני חבר ארגון חללי אל-אקצה (המוכרז כהתאחדות בלתי-מותרת) אשר מרצה עונשו בכלא קציעות – מספר כולל של בין שישה לשמונה טלפונים ניידים.

16. סיכומם של דברים – אינני סבור כי ראוי שנתערב זו הפעם בגזר דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד. מסקנתי נובעת אך ורק משילוב הנסיבות המיוחדות במקרה שלפנינו, ובשים לב להלכה שלפיה אין ערכאת הערעור נוטה למצות את הדין עם הנאשם. עם זאת, ברצוני להבהיר ולהדגיש כי העונש שהושת על המשיב שבכאן אכן נראה כחורג לקולא מגזר הדין הראוי לעבירות שבגינן הורשע. רף הענישה בגין עבירות הדומות בנסיבותיהן לעבירות שביצע המשיב צריך, בעתיד, להיות גבוה יותר, באופן שיתן ביטוי של ממש להיבטים הביטחוניים הכרוכים בעבירות אלו ולהשלכותיהן החמורות האפשריות.

1. השיקולים שהוצגו על-ידי חברי השופט ח' מלצר כשיקולים שצריכים לחול על הענישה במקרה זה מקובלים עלי. עם זאת, אני סבורה שהאיזון ביניהם צריך להיות שונה – לחומרא. לפיכך, אינני יכולה להסכים עם חברי, ואני מקבלת, לפחות באופן חלקי, את עמדת המדינה. בעיקרו של דבר, השיקולים הצריכים לעניין לצורך ההחלטה בשאלת העונש במקרה זה הם אלה: חומרת העבירה וההרתעה הנדרשת ביחס אליה; נורמת הענישה הנוהגת (ותפקידו של בית המשפט בשינויה); אחידות הענישה ועקרון השוויון ביחס לנאשמים באותה פרשה. להלן אציג שיקולים אלה, ואתיחס לאיזון ביניהם במקרה דנן.

2. חומרת העבירה וההרתעה הנדרשת – בית הכלא, כשמו כן הוא: כולא את האסיר ויוצר חיץ בינו לבין החברה. שלטונות בית הסוהר נדרשים לפקח על הקשר המצומצם שנותר בין האסיר לבין העולם שמחוץ לכלא. בהתאם לכך, חל פיקוח על ביקורים של מי שאינם אסירים בבית הכלא, מוסדרים כללי הכנסת הציוד לבית הכלא, ונקבעים כללים בדבר ציוד אסור ומותר לשימוש בבית הכלא (ראו: רע"ב 5493/06 פלד נ' שירותות בתי הסוהר (לא פורסם, 12.10.2010); רע"ב 9552/09 כהן נ' שירותות בתי הסוהר (לא פורסם, 2.4.2012)). הברחת חפצים לתוך בית הכלא לא רק מאיימת על ביטחון הכלואים והסוהרים בו, אלא ממש חותרת תחת מטרות הכליאה עצמה. חומרה יתרה נודעת להברחת טלפונים ניידים או כל אמצעי תקשורת אחר לתוך בית הכלא, מאחר שהיא מאיימת לאיין את אחת ממטרות הכליאה: הרחקתו של האסיר מן החברה. אכן, לעת עתה, אין חיקוק ספציפי שיוצר הבחנה פורמאלית בין הברחות של חפצים שונים לכלא לעניין חומרת המעשה או חומרת העונש. עם זאת, בית המשפט יכול להביא את נסיבות ביצוע העבירה בחשבון.

3. החומרה הנודעת להברחת טלפונים אל תוך בית הסוהר מקבלת משנה תוקף כאשר אמצעי התקשורת המוברח 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) "הברחה של "כמות סיטונאית" של טלפונים ניידים חדשים היתה עלולה להיות אקט "שובר שוויון" שיש בו כדי להטות את הכף לטובת פעילותם של ארגוני הטרור בבית הכלא. לשם המחשה בלבד וכפי שציין בית המשפט קמא, 50 טלפונים ניידים הינה כמות הגדולה פי עשרה מכמות הטלפונים הניידים המצויה בידי כלואי ארגון חמאס ברגע נתון בכלא קציעות.

4. 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 ומסכלת היבט חשוב של מטרות הענישה – ניתוקן של העברייני המורשע מרשת הפעילות העבריינית, ככל שהוא עדיין קשור בה. בנסיבות העניין, המערער היה הגורם הפעיל בתוכנית שתכליתה היתה הברחתם של חמישים מכשירי טלפון וכרטיסי חיג אל בין כתלי בית הכלא. פעילות מסדר גודל כזה, לו הצליחה, היתה יכולה ליצור נזק רחב היקף מבחינת השמירה על שלום הציבור. מבחינה זו, המדובר בפעילות חמורה הרבה יותר מעבר למקרים נקודתיים שנדונו בעבר של ניסיונות להבריא מכשיר טלפון אחד או שניים אל תוך הכלא. על דרך האנלוגיה, ועל-פי אותו היגיון, הדברים דומים לדרגת החומרה הרבה יותר שמיוחסת לעבירות סמים בהיקף משמעותי, כאלה המערבות רשתות הברחה רחבות היקף ומתוחכמות, בהשוואה לעבירות סמים אחרות (שהן, כמובן, חמורות גם כן). שימוש בטלפונים בבית הכלא מסייע לאסירים ביטחוניים לשמור על יכולת מבצעית גבוהה וכתוצאה מכך להוציא לפועל פיגועים. באמצעות המכשירים הסוללואריים מקיימים האסירים הביטחוניים קשרים עם תשתיות הטרור הקיימות וכן מקימים חדשות, כל זאת מתוך כותלי הכלא. בפועל, שימוש בטלפונים סוללואריים 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. העמדתו של עונש המאסר בפועל במקרה זה על 20 חודשים אינה נותנת ביטוי מספיק לחומרה זו.

5. הוצגו בפנינו תקדימים באשר לרמת הענישה בעבירות שעניינן הברחת מכשירי טלפון אל בין כתלי הכלא. אולם, תקדימים אלו הם בעלי אופי מוגבל. ראשית, הפרקטיקה העבריינית של הברחת טלפונים לבתי הסוהר היא חדשה יחסית, ולכן הפסיקה בעניין טרם התגבשה. שנית, הפסיקה המנחה בעניין זה ניתנה על-ידי בתי המשפט המחוזיים, ולכן לא ניתן לומר שקיים בנושא זה תקדים מחייב. שלישית, כפי

שיובהר להלן, מרבית פסקי הדין שניתנו בסוגיה נסבו על מקרים שונים חמורים פחות (באופן יחסי) ונסבו על ניסיונות להברחת מכשירים בודדים. על כן, בשונה מחברי, אינני סבורה שיש לייחס במקרה זה משקל של ממש לשיקול של חריגה מנורמת הענישה המקובלת. נורמה כזו טרם התגבשה, ועל בית משפט זה ליטול חלק ביצירתה.

6. לשיטתי, קיימים הבדלים רלוונטיים בין המקרה שלפנינו לבין פסקי הדין שעליהם מסתמך חברי. בת"פ (מחוזי ב"ש) 15081-04-11 מדינת ישראל נ' מחמוד צלאח (לא פורסם, 10.7.2011) הנאשם ניסה להבריח לאחיו, שהיה באותה עת אסיר בטחוני, מכשיר נייד אחד וכן שלושה כרטיסי זיכרון. בית המשפט גזר עליו שישה חודשי מאסר בפועל. בתפ"ח (מחוזי ב"ש) 15016-10-10 מדינת ישראל נ' מחמד מסאעיד (לא פורסם, 27.3.2011) ניסה הנאשם להעביר לאחיו, אסיר בטחוני באותה שעה, שני מכשירי טלפון נייד וכרטיסי חיוג. בנסיבות העניין, בית המשפט התחשב בכך שניסיון ההברחה נועד לאפשר לאח האסיר להתקשר לאמו החולה ולא לעזור לו לפשוע בעודו בכלא. כמו כן התחשב בית המשפט בכך שהנאשם הינו אב לשישה. הוא גזר עליו שישה חודשי מאסר בפועל. בת"פ (מחוזי ב"ש) 20295-02-11 מדינת ישראל נ' סמחה חגאזי (לא פורסם, 15.5.2011) הנאשמת ניסתה להבריח לאחיה מכשיר טלפון נייד אחד. בית המשפט התחשב בנתוניה האישיים של הנאשמת וכן נתן דעתו לרף הענישה הנהוג. בסופו של דבר, נגזרו על הנאשמת חמישה חודשי מאסר בפועל. פסקי דין אלה שונים הם בנסיבותיהם מן המקרה שלפנינו, הן בהיקפה של הפעילות העבריינית הקשורה בביצוע העבירה והן בשים לב לעובדה שהנאשמים היו בני משפחה של הכלואים, שפעלו גם מתוך מניע אישי של שמירה על קשר משפחתי.

7. לצד פסקי דין אלה, ניתן להצביע על כך שנסיונות מיוחדות לחומרא הובילו, גם במסגרת הפסיקה הקיימת, לענישה מחמירה יותר. בתפ"ח (מחוזי ב"ש) 1139-09 מדינת ישראל נ' דטוקי (לא פורסם, 20.5.2012) נדון עניינו של עורך דין שהבריח טלפונים ניידים וכרטיסי זיכרון לאסיר ביטחוני, בשירות החמאס. בית המשפט שיקלל את נסיבות המקרה ואת נתונו האישיים של הנאשם אשר היה לפני כן עורך דין מן המניין, ללא עבר פלילי, פעיל חברתית ובעל משפחה, וגזר עליו שלוש שנות מאסר בפועל. פסק דין זה משקף עמדה ראויה של החמרה במקרים שבהם הברחת הטלפון היא חלק ממערך ההתארגנות של ארגוני הטרור, כמו גם במקרה שלפנינו. מקרה נוסף שנזכר על-ידי חברי עסק בהברחת מספר טלפונים לאסירים ביטחוניים. בנסיבות העניין, נגזרו על הנאשם 20 חודשי מאסר בפועל, לאחר שבאת-כוח המאשימה עתרה לעונש קל יחסית, בשל מה שהוגדר "הבעיה הראייתית בתיק" (ת"פ (מחוזי ב"ש) 35113-05-10 מדינת ישראל נ' חלב (לא פורסם, 29.5.2011)).

8. גם בהקשרים עברייניים אחרים עמדו בתי המשפט, בכל הערכאות, על כך שהיקף ביצועה של העבירה משפיע על חומרתה, וממילא על מידת העונש. בע"פ 106/04 מדינת ישראל נ' ברודוב (לא פורסם, 16.11.2003) כתבה השופטת ד' ביניש (כתוארה אז) בעניין זה כך: "מקובל עלינו כי ההיקף בו מבוצעת עבירה יש לו השפעה על מידת העונש וכי אדם הסוחר במספר נשים ומעסיקן בזנות יש להחמיר בעונשו במידה ניכרת" (אם כי הוסיפה וציינה כי הדברים אינם נקבעים לפי "נוסחה מתמטית"). ברוח דומה, בהתייחס לעבירות של חלפנות כספים פסק בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטים י' צבן, י' נועם ור' כרמל) כי "ככל שההיקף הכספי של העבירה גדול יותר, כך מידת העונש גדולה יותר" (ע"פ (מחוזי י-ם) 8632/04 עסילה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 14.12.2004)), ובית משפט השלום בירושלים קבע כי היקף השידורים של תחנת רדיו בלתי-חוקית מהווה נסיבה מחמירה, בהשוואה לשימוש במשדר בודד או ב"תחנה מקומית" (ת"פ (שלום י-ם) 4830/98 מדינת ישראל נ' כץ (לא פורסם, 29.12.2003), בפסקה 14). כאמור, שיקול זה חזר והנחה את בתי המשפט בתחום של עבירות סמים. ראו למשל: ע"פ 344/81 מדינת ישראל נ' סגל, פ"ד לה(4) 313, 317 (1981) (התייחסות להבחנה בין עסקת סמים גדולה לבין מכירה של כמה "אצבעות" חשיש); ע"פ 329/87 מדינת ישראל נ' בר און, פ"ד מב(1) 382, 387 (1988) (התייחסות לכך שההרשעה נסבה על "כמות עצומה" של הירואין, במונחי אותה תקופה). זאת ועוד – בפסק הדין בעניין ע"פ 3759/03 תמיר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.2.2004), ציין השופט ס' ג'ובראן כשיקולים חשובים לעניין הענישה, בהיבט הנוכחי, את "תפקידם ומעמדם של הנאשמים בהיררכיה העבריינית ותרומתם לפעולות שקידמו את עסקי הסמים אשר בגינם הועמדו לדין", כמו-גם את "כמות הסמים ומספר העסקאות בהם נטלו חלק הנאשמים ותדירותן של העסקאות הנ"ל" (שם, בפסקה 14).

9. נורמת הענישה הנוהגת ותפקידו של בית המשפט בשינויה – על-פי המוסבר עד כה, החמרה עם המשיב במקרה דנן אינה סותרת נורמת ענישה מגובשת, ולא כל שכן ביחס לעבירה בהיקף שנדון כאן. מכל מקום, באופן כללי יותר, חשוב להדגיש כי רף ענישה אינו קופא על שמריו. ברי כי ניתן לשנותו בהתאם לשינויי העיתים – לקולא ולחומרא, ובלבד שהדבר ייעשה בהדרגה, כפי שציין גם חברי, תוך התייחסות הן לרף הענישה הנוהג ביחס לעבירות שבפני בית המשפט והן לרף הענישה הנוהג ביחס לעבירות אחרות (ראו ע"פ 2247/10 שלום ימיני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.1.2011), בפסקאות 79-80 לפסק דינו של השופט י' עמית).

10. דוגמה טובה ליישומן של אמות מידה אלה בכל הנוגע לעבירות של סחר בנשק שבה היו מעורבים רבים ניתן להביא מפסק הדין שניתן בע"פ 2251/11 נפאע נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 4.12.2011) (להלן: עניין נפאע). במקרה זה, כתבה השופטת א' חיות דברים היפים גם למקרה שלפנינו:

"בענייננו אני סבורה כי נוכח מימדיה המדאיגים של תופעת הסחר הבלתי חוקי בנשק, הסכנות הנשקפות ממנה והקלות היחסית שבה ניתן לבצען, אכן הגיעה השעה - בכפוף לנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה - להחמיר בעונשי המאסר הנגזרים על נאשמים בעבירות אלו לעומת העונשים הנגזרים כיום" (שם, בפסקה 7).

עניין נפאע חשוב לענייננו גם לנוכח העובדה שבית המשפט סמך ידיו על ההבחנה שנעשתה בו בין מעורבים שונים באותה פרשה – כאשר רק ביחס לחלקם הגישה המדינה ערעור על חומרת העונש. השופטת חיות הוסיפה וכתבה בעניין זה כך:

"עולה מן הנתונים כי המדינה גיבשה לעצמה אמות מידה שהגיוןן עימן עת בחנה באילו מקרים ראוי להגיש ערעור על קולת העונש. כך למשל לא הגישה המדינה ערעור על קולת העונש במקרים של אישום בעבירות סיוע או ניסיון בלבד... לעומת זאת ערערה המדינה על קולת העונש במקרים בהם נגזרו עונשים שבין 30 ל-45 חודשי מאסר על נאשמים שהיו מעורבים ביותר מעסקה אחת ובאופן המעיד לכאורה על דפוס התנהלות שיטתי של מעורבות בעבירות נשק" (שם, שם).

11. אכן, נדרשת גם התייחסות לסמיכות הזמנים בין ביצוע העבירות דנן לשינוי מדיניות האכיפה מצד המדינה. אין לכתד כי יש ליתן משקל לשיקול זה, אלא שבאיוון בין חומרת העבירה הנדונה, ובפרט בהתחשב בכך שכמות הטלפונים הגדולה אותה ניסה המשיב להברית עולה פי כמה מונים על הכמויות שנדונו עד כה בפסיקה, ידם של שיקולי הענישה האחרים, ובראשם שיקול ההרתעה, על העליונה.

12. אחידות הענישה בהשוואה למעורבים האחרים באותה פרשה – שני המעורבים הנוספים באותה פרשה נדונו בבתי דין צבאיים בשטחים והורשעו במסגרת הסדרי טיעון. בהתאמה, הושתו עליהם עונשי מאסר קלים בהשוואה לעונשו של המשיב – 6 חודשי מאסר (שירוצו בעבודות שירות) ועשרה חודשי מאסר, בהתאמה. ההשוואה לעניינם של אלה מהווה במקרה זה את השיקול המשמעותי ביותר כנגד קבלת ערעורה של המדינה, בהתחשב בחשיבות הנודעת לעקרון השוויון, הן בכלל ובאותה פרשה

בפרט. הקשינו על באת כוח המדינה בעניין זה בדיון לפנינו והיא הודתה בכך שהסדרי הטיעון שנעשו במקרה זה, ולכל הפחות באחד מן המקרים, לא שיקפו את מדיניות הענישה הראויה. בסופו של דבר, השאלה העיקרית שנותרה בפנינו היא האם טעות אפשרית בשיקול הדעת בטיפול בעניינם של המעורבים האחרים בפרשה צריכה להשליך על המקרה דנן, בנסיבות שבהן אין חולק כי המדיניות הכללית בתחום זה צריכה לבטא גישה מחמירה.

13. שיקול האחידות בענישה הוא חשוב, אך אינו עיקרון מוחלט. יש לאזנו אל מול שיקולי ענישה אחרים "כדי להגיע לתוצאת ענישה שקולה אשר תגשים את תכלית ההגנה על ענייניו של הפרט ושל הציבור המשולבים זה בזה" (ע"פ 10370/02 סויסה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 27.5.2003), בפסקה 4). ראו גם: דנ"פ 1109/02 שושני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 12.2.2012); ע"פ 3869/09 סלימן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.12.2009); וכן ע"פ 9792/06 חמוד נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.4.2002).

14. כפי שכבר צוין, גם בהתייחסות לנאשמים באותה פרשה (בהיבט של אחידות הענישה המכונה "רוחבית") יש להתחשב בחלקו ובמידת מעורבותו של כל אחד מהם בביצוע העבירות. בהחלט ייתכן שהענישה של מעורבים שונים בפרשה הנדונה תהא שונה. המשיב לקח חלק פעיל בביצוע העבירה וכדברי בית המשפט קמא "היה פעיל, יוזם, קונה, מטמין, שולח ומצפה לתשלום גבוה מאוד" (בפסקה 30 לגזר הדין). ההבדל ברמת הענישה נובע גם מכך. בשולי הדברים, ניתן לציין כי הדין, וממילא גם רמת הענישה, אינם בהכרח זהים בישראל ובאזור, וגם עניין זה יש להביא בחשבון. ראו: בג"ץ 10416/05 אלחרוב נ' בית המשפט הצבאי ביהודה (לא פורסם, 24.5.2007); בג"ץ 1073/06 מטאלמה נ' בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש (לא פורסם, 26.3.2006); דנג"ץ 3316/06 מטאלמה נ' מדינת ישראל; בג"ץ 1969/07 עוויאס נ' בית המשפט הצבאי בשומרון (לא פורסם, 5.2.2007).

15. האיזון בין השיקולים – בסופו של דבר, ההבדל בין עמדתי לבין עמדת חברי אינו נובע ממחלוקת באשר לשיקולי הענישה הראויים אלא באשר לאיזון ביניהם במקרה שלפנינו. לאחר ששקלתי את הדברים הגעתי לכלל דעה שלנוכח החומרה המיוחדת של העבירה שבפנינו ומשמעותה התקדימית לא ניתן להסתפק בעונש שהוטל על המשיב. בהעדר שיקולים לקולא ראוי היה להחמיר בעונשו של המשיב במידה ניכרת. במקרה זה, בהתחשב בעניינם של הנאשמים האחרים באותה פרשה, כמו גם בנסיבות אחרות שהוזכרו בפסק דינו של חברי, אני סבורה שנכון היה להעמיד את

עונשו של המשיב על 40 חודשי מאסר, מתוכם 30 חודשי מאסר בפועל והיתרה לריצוי על תנאי, על-פי התנאי שנקבע בבית המשפט קמא.

שופטת

השופט ט' ג'ובראן:

לאחר שעיינתי בחוות הדעת של חבריי, החלטתי להצטרף למסקנתו של חברי השופט ח' מלצר, על נימוקיה. אף לטעמי גזר דינו של בית המשפט המחוזי מנומק ומבוסס והעונש שהוטל על המשיב הוא עונש ראוי בנסיבות העניין. אכן, אין חולק לעניין חומרת העבירות שביצע המשיב. כמו כן, לא ניתן להתעלם מכך שלא מדובר בהעברה חד פעמית של מכשיר טלפון בודד אלא ניסיון להבריח כמות גדולה של מכשירי טלפון שיועדו לאסירים ביטחוניים. מדובר במעשים חמורים אשר יש בהם כדי לסכן את ביטחון הציבור. לפיכך, מקובלת עלי עמדתו של השופט מלצר לפיה העונש שהוטל על המשיב חורג לקולה ביחס לחומרת העבירות וכי יש מקום, ככלל, להחמיר בענישה בגין עבירות אלה. אלא, שכפי שציין חברי, החמרה זו יש לבצע באופן הדרגתי, שכן אין עונשין אלא אם מזהירים. לאור זאת, ולנוכח העובדה שהמשיב הודה ושיתף פעולה עם רשויות האכיפה, ואף לנוכח העונשים המקלים שהוטלו על שותפיו, אני סבור כי העונש שהוטל עליו הוא עונש הולם.

שופט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ה תמוז תשע"ב (15.07.2012).

שופטת

שופט

שופט