



ת"פ (ירושלים) 37040-10-23 - מדינת ישראל נ' ג'מאל מוסטפא

בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 37040-10-23 מדינת ישראל נ' מוסטפא

לפני כבוד השופט אלעזר נחלון

בעניין: המאשימה מדינת ישראל

נגד

הנאשם ג'מאל מוסטפא

בשם המאשימה:

בשם הנאשם: עו"ד מוסטפא יחיא

גזר דין

א. כללי

1. הנאשם הורשע בדין, על פי הודאתו שניתנה במסגרת הסדר טיעון, בעבירה שכותרתה "גילוי החלטה לבגוד". ביסוד ההרשעה דברים קשים שנשא הנאשם בפני שומעי לקחו במסגד, ימים ספורים לאחר מראות שבעה באוקטובר, ובתוך ימיה הראשונים של מלחמת "חרבות ברזל" אשר נכפתה על מדינת ישראל.

2. במסגרת ההסדר הוסכם בין הצדדים שעל הנאשם יוטל עונש מאסר בפועל, בטווח שבין 18 ל-48 חודשי מאסר. הגיעה העת לגזור את העונש.

ב. הדברים שנשא הנאשם והעבירה שבה הורשע

3. על פי כתב האישום שבעובדותיו הודה הנאשם (כפי שתוקנו והובהרו בהכרעת הדין מיום 17.7.24), הנאשם הוא תושב ישראל, איש דת מוסלמי, שבעבר היה הדרשן של המסגד המרכזי בשכונת עיסאווייה בירושלים, ופרש עוד קודם לאירועים מושא כתב האישום. הנאשם נהג לייעץ לתושבי השכונה בעניינים שונים, וכן נהג לשאת דרשה שבועית במסגד בצהרי יום שישי, בפני כ-400 עד 500 מתפללים. דרשות אלה גם הושמעו בכל הסביבה באמצעות מערכת הגברה, אם כי לא הנאשם הוא שדאג לכך.

4. ביום 12.10.23, ימים ספורים לאחר שבעה באוקטובר ותוך כדי מלחמת "חרבות ברזל", הפיץ ארגון חמאס מנשר שבו קרא לכל בני אומת האסלאם לעלות לכיוון ירושלים ולהצטרף ללחימה ביום שישי שלמחרת, 13.10.23. קריאה זו פורסמה בכלי תקשורת רבים בארץ ובעולם, וכן במזרח ירושלים.



5. בצהרי אותו יום שישי ממש, נשא הנאשם דרשה במסגד, שבה קרא לצאת ולהצטרף ללחימה. כתב האישום מצטט חלק ארוך מדברי הנאשם (תוך תרגומם לעברית), הכוללים גם הפניות לפסוקי קוראן. בין היתר אמר הנאשם את הדברים הבאים: **"הלחימה היא חובה, חובה על האומה הזאת בזמן הזה; על כל מוסלמי שיכול לבצע ג'יהאד בנפשו [על ידי הקרבתה] ובכספו. חובה על כל מי שיכול לבצע ג'יהאד לעשות זאת".** הנאשם הוסיף **"מה יפה הוא המקום ומה יפה הוא המעמד לפגוש את אללה כשהיד למען אללה, כשאתה נלחם ומגן על בני האומה הזאת, אלה שדוכאו על פני האדמה. כל מי שמושך ידו מהלחימה ומן הג'יהאד בזמן הזה אינו חלק מאומת האסלאם וייסוריו ועונשו מאת אללה...."** עוד אמר הנאשם כי **"הניצחון בוא יבוא ללא ספק וכבר החל שחרור המולדת הזאת, ואם ירצה אללה הניצחון יסתיים רק בהגעה לאלאקצא, לירושלים ולכל ארץ פלסטין"**. הנאשם אמר גם כי **"האומה והעמים המוסלמים בזמן הזה מתחננים לאללה שיעזור לאומה הזאת [לנצח], שיעזור לקבוצה [הזאת], יעזור ללוחמי הג'יהאד, לעזור לתושבי עזה, לתושבי פלסטין...."** כמו כן איחל הנאשם **"ביטחון ורוגע למפקדים, ביטחון ורוגע ללוחמים ולמתנגדים"**, ופנה לקהל שומעיו באמרו **"מה אתם רואים בזמן הזה? ... האם הפחד אינו מוטל בליבותיהם? אתם עשיתם ג'יהאד נגדם כולם בעוד הם בורחים ומתחבאים כאילו אינם קיימים...."** הנאשם אמר עוד שאללה ציווה להכין כוח לקראת הקרב וציין כי **"ההתנגדות [חמאס] כבר הכינה ועדיין מכינה, היא עשתה את אשר הורה ריבוננו, נשגב במרומים, הכינה ולאחר מכן יצאה...."**

6. כתב האישום מציין כי מאוחר יותר באותו יום החלו התפרעויות בשכונה שכללו יידוי בקבוקי תבערה, ירי זיקוקים והשלכת אבנים, אולם המאשימה הבהירה כי במסגרת ההליך היא אינה טוענת שקיים קשר סיבתי בין דברי הנאשם לבין אותן התפרעויות (עמוד 12 לפרוטוקול שורות 4-5).

7. בגין דבריו אלה הורשע הנאשם בעבירה של "גילוי החלטה לבגוד", לפי סעיפים 100 ו-99 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). מדובר בעבירה שהעמדה לדין בגינה לא הייתה נפוצה לאורך השנים, ועל כן אפרט בתמצית את מרכיביה.

8. סעיף 100 לחוק קובע כי

מי שעשה מעשה המגלה אחת הכוונות האמורות בסעיפים 97, 98 או 99, דינו מאסר עשר שנים.

מבין סעיפים 97-99, הרלוונטי לענייננו הוא סעיף 99(א), אשר קובע כי

מי שעשה, בכוונה לסייע לאויב במלחמתו נגד ישראל, מעשה שיש בו כדי לסייע לכך, דינו - מיתה או מאסר עולם.

9. הנה כי כן, שני הסעיפים מתייחסים לעשיית מעשה ולכוונה לסייע לאויב במלחמתו, אולם בעוד שסעיף 99 מתייחס למעשה שיש בו כדי לסייע לאויב במלחמתו, סעיף 100 שבו הורשע הנאשם מסתפק בכך שהמעשה יגלה כוונה כזו. בהתאם, העונש הקבוע לעבירה על סעיף 100 חמור פחות (לפירוש הסעיף ראו למשל יעקב קדמי, על הדין בפלילים חלק רביעי, 1840 (מהדורה מעודכנת, 2006); לאבחנה בין הנוסח "שיש בו כדי" לנוסח "המגלה אחת הכוונות האמורות..." ראו גם ע"פ



307/73 סולטן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2), 794, 798 (1974), המתייחס אל סעיפי חוק אחר, אשר בוטל בינתיים).

ג. ההליך והראיות לעניין העונש

10. עוד לפני ההגעה להסדר טיעון, הנאשם ניהל את ההליך באופן ענייני. בין היתר הושגו הסכמות עובדתיות משמעותיות, והוגשו חוות דעת מומחים בנוגע למשמעות דברי הנאשם.

11. בפתח הדיון שבו אמורות היו להישמע העדויות, הגיעו הצדדים להסדר טיעון. על פי ההסדר, הנאשם הודה בעובדות כתב האישום כפי שהן (למעט תיקונים קלים, כאמור שם), והורשע בעבירה שיוחסה לו, כאשר הוסכם כי הנאשם יעתור לעונש של 18 חודשי מאסר בפועל, ואילו המאשימה תעתור לעונש של 48 חודשי מאסר בפועל ולצדו לעונשים נוספים (פרוטוקול מיום 17.7.24).

12. במסגרת הראיות לעניין העונש העידו שני מכרים של הנאשם, וסיפרו על מעמדו המרכזי בשכונתו, לרבות כמי שהיה נותן את הדרשות במסגד בימי חגים ובאירועים דתיים, ועל כך שהוא איש של שלום הפועל לפייס בין בעלי ריב. אחד העדים ציין שהנאשם מטיף לסובלנות, והוא אף סייע לו בעת שניסה להיבחר למועצת העיר, תוך שכנוע לפעול "בדרך החברות וההידברות ולא בדרך של קיצוניות ואלימות" (עמוד 17 לפרוטוקול מיום 17.7.24 שורות 34-35). העד הנוסף ציין לגבי הנאשם כי "אין לו שום דעות גזעניות או לאומניות... הוא היה קורא לשלום ולא לאלימות" (עמוד 18 לפרוטוקול הנזכר שורות 19-21).

כמו כן הציג הנאשם תיעוד המתייחס למצבו הרפואי, המלמד, בין היתר, כי הוא סובל מסוכרת וכן מבעיות בריאות נוספות.

הנאשם הציג גם שלושה כתבי אישום שהוגשו במקרים דומים, ואשר לטענתו מצדיקים להקל בעונשו, כפי שיפורט בהמשך.

13. הצדדים הגישו עיקרי טענות בכתב והשלימו את טענותיהם בדיון.

ד. טענות הצדדים

14. המאשימה טוענת כי מתחם העונש ההולם למעשי הנאשם נע בין 3 ל-6 שנות מאסר בפועל, וכי העונש המתאים לו הוא 4 שנות מאסר בפועל ולצדן מאסר על תנאי וקנס.

מבחינת הערכים החברתיים שנפגעו, נטען כי מעשי הנאשם עלולים היו לפגוע בעצם קיומה של מדינת ישראל ובביטחון תושביה.

מבחינת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המאשימה מפרטת את אימי שבעה באוקטובר, והימים הקשים שבעקבותיו, שבהם ההלם והאבל הכבד הצטרפו לחרדה מפני הבאות ולחשש אמיתי לקיומה של המדינה, לרבות נוכח קריאת חמאס לכל בני אומת האסלאם להצטרף ללחימה, כמפורט בכתב האישום. במציאות קשה זו ובעיתוי כה רגיש, כך נטען, בחר הנאשם לתאר את מעשי החמאס כ"תחילת הניצחון בשחרור המולדת", ולקרוא להשתתפות בלחימה כחובה דתית. זאת כאשר הוא מוכר כאיש דת



ומנהיג ציבור, וכאשר הדברים נישאים באוזני מאות מתפללים ורבים אחרים שמחוץ למסגד.

מבחינת נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה נטען כי יש לזקוף לזכות הנאשם את הודאתו, המגלמת לקיחת אחריות ומביאה לחיסכון במשאבי בית משפט ורשויות האכיפה. כמו כן יש לשקול את העובדה שהנאשם הוא כבן שבעים, בעל בריאות לקויה, ונעדר עבר פלילי. מנגד כך צוין, יש לשקול את הצורך בהרתעה אישית ובהרתעת הרבים.

המאשימה טוענת כי מתחם העונש ההולם שאותו עתרה לקבוע, והעונש שאותו עתרה לגזור על הנאשם, כבר משקללים את התקדימיות של העמדה לדין בסעיפי העבירה שבהם הורשע הנאשם, ואילולא כן היה מקום לקבוע מתחם גבוה יותר ולגזור עונש חמור יותר.

15. בא כוח הנאשם מצידו טוען כי מתחם העונש ההולם למעשי הנאשם נע בין 18 ל-36 חודשי מאסר, והעונש המתאים לו מצוי בתחתית המתחם.

מבחינת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, נטען כי הנאשם נשא את הדרשה באופן שאינו מתוכנן, בלא להכינה מראש, וכשל בלשונו; כילא הוכחה מידת השפעתו הפוטנציאלית על קהל השומעים; וכי בפועל הדברים לא גרמו לנזק כלשהו. בא כוח הנאשם מציין כי סיום הדרשה ביטא אמונה בכך שהאל הוא הקובע מי ינצח, ותו לא.

מבחינת נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה נטען כי הנאשם הוא בן למעלה משבעים, נעדר עבר פלילי כלשהו, איש דת בעל משפחה ענפה, שכבר אינו עובד מזה שנים. עוד נטען כי הנאשם אינו "אדם קיצוני המטיף לאלימות" ואינו בעל דעות "לאומניות וגזעניות". כמו כן נטען כי תנאי מעצרו של הנאשם קשים במיוחד לעת הזו, לרבות בשים לב למצב הבריאותי במתקני הכליאה. נאמר גם כי אין צורך ליתן משקל לשיקולי הרתעה שכן "אין מדובר בעבירה שכיחה".

בא כוח הנאשם מוסיף וטוען כי החמרה במדיניות האכיפה צריכה להיעשות באופן הדרגתי, וכי משהורשע הנאשם בעבירה חמורה יותר באופן תקדימי, יש לאזן זאת בדרך של הטלת עונש מתון יחסית. עוד טוען בא כוח הנאשם כי יש להקל בעונשו של הנאשם גם משום ששלושה נאשמים אחרים, שיוחסו להם דברים דומים, הועמדו לדין בעבירות חמורות פחות, של הסתה לטרור או גילוי הזדהות עם ארגון טרור לפי סעיף 24 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור).

16. המאשימה התייחסה לטענות בעניין סעיף העבירה שיוחס לנאשם. לטענת המאשימה, קיימים הבדלים בין דברי הנאשם לבין הדברים המיוחסים לאותם שלושה נאשמים אחרים, ומכאן השוני בסעיפי העבירה שיוחסו להם.

17. הנאשם עצמו אמר כי הוא פרש מעבודתו לפני כעשור, וכי במועד הדרשה נקלע למסגד במקרה, ואז גם נתבקש להחליף את הדרשן הקבוע שלא התייצב. הנאשם הדגיש כי הוא לא אמר דברים דומים בעבר, וכי הוא אינו משתייך לאף תנועה. הנאשם הוסיף כי בגילו ובמצבו הוא אינו צריך לשהות מאחורי סורג ובריח, והתחייב כי לא ישוב לשמש כדרשן. למרבה הצער, בשום שלב הנאשם לא חזר בו מדבריו או התנצל על אמירתם באופן ברור.



ה. דיון והכרעה

18. במסגרת גזר הדין, אדון תחילה בשאלה האם יש לכבד את ההסדר בין הצדדים ולגזור את העונש בטווח שעליו הוסכם. לאחר מכן אתייחס לעונש המתאים לנאשם.

ה(1) האם יש לכבד את ההסדר

19. כבר נקבע כי בבואו של בית המשפט לגזור את דינו של נאשם במסגרת הסדר טיעון הכולל ענישה קונקרטית מוסכמת או טווח ענישה מוסכם, עליו "לקבוע אם התקיים האיזון הראוי בין אינטרס הציבור לטובת ההנאה שניתנה לנאשם" (ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577, 609 (2002), להלן: עניין פלוני). במסגרת אינטרס הציבור יש לבחון מכלול של שיקולים, ובין היתר את התועלת שבהתייחסות ניהול הליך משפטי מלא; את החשיבות שבהרשעת הנאשם הקונקרטי ללא סיכון שיזוכה (נוכח ההנחה שהודאתו היא הודאת אמת); את החשיבות שבקבלת אחריות הנאשם על מעשיו; ועוד. במסגרת בחינת טובת ההנאה לנאשם יש לבחון "מהי מידת ההקלה שניתנה לו עקב הסדר הטיעון", וזאת על רקע השאלה "מה היה העונש הראוי לנאשם אלמלא הסדר הטיעון", כמו גם על רקע סיכויי הרשעתו ללא ההסדר (שם; ע"פ 3068/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 39-44 (1.11.2010), להלן: עניין פלוני; ע"פ 2021/17 מצגר נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-13 (30.4.2017), להלן: עניין מצגר).

20. במקביל לבחינה הנזכרת של אינטרס הציבור מול טובת ההנאה לנאשם, כך נקבע, יש ליתן משקל מרכזי לעצם קיומו של הסדר הטיעון, נוכח הסתמכותו של הנאשם הקונקרטי על ההסדר ונוכח האינטרס הציבורי שבהמשך עריכתם של הסדרי טיעון (עניין פלוני, שם; עניין פלוני, שם; עניין מצגר, שם). לפיכך, ככלל יש לכבד הסדרי טיעון שערכה התביעה, ולחרוג מהם רק אם "נוצר יחס בלתי הולם בין ההקלה הניתנת לנאשם לבין אינטרס הציבור" (עניין פלוני, 610). בהתאם, כך נקבע, "לא בנקל ידחה בית המשפט הסדר טיעון שמובא לאישורו" (עניין מצגר, פסקה 11).

21. המחוקק לא הסדיר באופן ממצה את שאלת היחס בין אופן גזירת הדין, כאשר הושג הסדר טיעון הכולל ענישה מוסכמת או טווח ענישה מוסכם, לבין הוראות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה הכלולות בסימן א'1 לפרק ו של חוק העונשין לאחר תיקון 113 (ראו למשל: ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (4.12.2013)). עם זאת בהלכה הפסוקה נקבע כי הוראות אלה משתלבות באופן שבו על בית המשפט לבחון מה היה העונש הראוי לנאשם אילו לא הסדר הטיעון, לצורך הערכת טובת ההנאה שניתנה לו (ראו ע"פ 921/17 אבו זעילה נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (28.5.2017); ע"פ 1548/18 גיא נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (28.11.2018); עניין מצגר, פסקאות 15-16).

לכאורה, לשם כך יש צורך לקבוע מהו מתחם העונש ההולם למעשי הנאשם ומהו העונש המתאים לו אילו לא ההסדר (ראו למשל ע"פ 6197/20 מדינת ישראל נ' גולאני (28.11.2021)). עם זאת, בפסיקה קיימת גם גישה שלפיה במקרים שבהם ברור כי טווח העונש שעליו הוסכם מאפשר גזירת עונש ראוי על יסוד מכלול השיקולים הרלוונטיים, אין צורך בקביעת של מתחם עונש הולם קונקרטי ועונש מתאים מדויק אילו לא ההסדר (ראו למשל: ע"פ 6943/16 גלקין נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (28.1.2018); לסקירה של העמדות השונות ראו ע"פ 2454/18 שיינברג נ' מדינת ישראל, פסקה 19).



(2.12.2018) וע"פ 2014/20 אנקרי נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (19.1.2021).

כל אחת מן הגישות מגלה טעם רב. כשלעצמי, וככל שמדובר במקרה מובהק, אני נוטה לגישה האחרונה, וזאת הן משיקולי יעילות, והן משום שעל רקע ההלכה שלפיה סטייה מהסדר טיעון תיעשה במקרים חריגים בלבד, דווקא הגישה הראשונה עלולה להביא להשפעה של טווח הענישה המוסכם במקרה מסוים על מתחם העונש ההולם שייקבע באותו מקרה, כדי להימנע מפער גדול מדי ביניהם. מתחם כזה עלול, בתורו, להשליך באופן לא רצוי על מקרים עתידיים שבהם לא הושג הסדר לעניין העונש. מכל מקום, גישה כזו מוצדקת לטעמי בייחוד במקרים שבהם, כמו במקרה שכאן, מדובר בהסדר הנערך במסגרת הליך תקדימי, כך שממילא קיים קושי לעמוד על מדיניות הענישה הנהוגה, שהיא מרכיב מרכזי בקביעת מתחם העונש ההולם (כפי שמציינת המאשימה עצמה). במקרים מעין אלה נראה כי נכון יהיה לבחון האם יש לכבד את ההסדר (ובהמשך - לגזור את העונש הראוי במסגרתו) על יסוד מכלול השיקולים הרלוונטיים לענישה על פי פרק ו' סימן א'1 לחוק העונשין, אולם ללא קביעת מתחם קונקרטי בהעדר מסד נתונים מספק. מתחם כזה ייקבע במקרים שבהם לא הושג הסדר לעניין העונש, או בהמשך לאחר שתצטבר פסיקה נוספת במקרים דומים, וניתן יהיה לבחון את הדברים במבט רחב יותר.

22. על רקע האמור, סבורני כי יש לכבד את הסדר הטיעון שאליו הגיעו הצדדים במקרה שכאן.

מבחינת אינטרס הציבור, הרי שקיימת חשיבות רבה בכך שהנאשם קיבל אחריות על מעשיו ללא סייג, וללא כל תיקון משמעותי של כתב האישום. הנאשם אף חסך משאבים של התביעה ושל בית המשפט. נכון הוא כי הסדר הטיעון גובש במועד שנקבע לשמיעת העדויות, כך שהחיסכון לא היה מרבי, אולם על רקע התקדימיות של ההליך, ועל רקע העובדה שעד לאותו מועד הנאשם לא נכח פיסית באולם בית המשפט בשל הוראות הדין החלות לעת הזו, אני סבור שעיתי זה צריך להיזקק לחובתו.

מבחינת טובת ההנאה שניתנה לנאשם, הרי שנוכח תקדימיות ההליך לא ניתן לשלול את האפשרות שאילו מטענותיו בנוגע לעבירה שיוחסה לו היו מתקבלות. כמו כן נוכח תקדימיות זו קיים כאמור קושי לעמוד על מדיניות הענישה באותה עבירה. מכל מקום, טווח הענישה שעליו הוסכם עולה על מדיניות הענישה הנהוגה בעבירה של הסתה לטרור לפי סעיף 24(ב)(2) לחוק המאבק בטרור, לרבות לאחר אירועי שבעה באוקטובר (למדיניות הענישה בעבירה זו ראו למשל את הסקירה שבת"פ (מחוזי י-ם) 35488-11-23 מדינת ישראל נ' שלודי, פסקאות 30-34 (9.7.2024), ששני הצדדים הפנו אליו). נוכח החומרה היתירה בדברים שנשא הנאשם ובעבירה שבה הוא הורשע, פער כאמור הוא ראוי, ובה בעת עצם קיומו יכול לתמוך במסקנה שבהסכמה על טווח הענישה הנאשם לא זכה לטובת הנאה בלתי סבירה ביחס לאינטרס הציבורי המגולם בהסדר, וזאת גם מבלי לקבוע מתחם קונקרטי למעשיו אילולא ההסדר.

23. אין זה אפוא המקרה החריג אשר מצדיק שלא לכבד את הסדר הטיעון שאליו הגיעו הצדדים.

ה(2) גזירת הדין במסגרת ההסדר

24. לצורך קביעת העונש בתוך הטווח המוסכם, הרי שיש להביא בחשבון מכלול של שיקולים, חלקם הקשורים במעשה וחלקם הקשורים בעושה, כמפורט בסימן א'1 לפרק ו' של חוק העונשין.



25. מבחינת הערכים שנפגעו, הרי שקשה להפריז בחומרת דברי הנאשם, שלמעשה הביע תמיכה במעשי חמאס ואף "קרא לצאת ולהצטרף ללחימה", כלשון סעיף 4 לעובדות כתב האישום. בדברים אלה גלומה בגידה במדינה שהנאשם הוא תושבה, ובאוכלוסייה שבתוכה הוא חי, ולא בכדי זו כותרת העבירה שבה הורשע הנאשם; יש בהם לעודד שנאה בין קבוצות שונות בחברה; ומעל הכל, הם היו עלולים להביא על נקלה למעשים הפוגעים באופן ישיר בערכים חברתיים של חיי אדם, שלמות הגוף, שלום הנפש, ביטחון הציבור והסדר הציבורי.

26. מבחינת נסיבות ביצוע העבירה, הרי שאמנם מדובר היה בדרשה יחידה, אולם במהלכה חזר הנאשם פעם אחר פעם על דברים שמהותם תמיכה בחמאס ובמעשיו וכן קריאה להצטרפות למלחמה, המהדהדת את קריאתו של חמאס עצמו לעשות כן. גם אם כטענת הנאשם הדרשה נישאה באופן לא מתוכנן, הדברים הקשים חזרו ונשנו בה, כך שאין מדובר ב"פליטת פה" חד פעמית. הדברים נאמרו על ידי איש דת מוערך ובעל סמכות בשכונתו בפני מאות שומעי לקחו, ומעמדו זה של הנאשם עולה הן מעובדות כתב האישום שעליהם הוסכם והן מדברי העדים מטעמו. עיתוי נשיאת הדברים ומקום נשיאתם היו רגישים עוד יותר, שכן מדובר היה בצהרי יום השישי, בירושלים, ובאותו מועד שבו קרא חמאס לכלל בני אומת האסלאם לצעוד ירושלימה ולהצטרף למלחמה בישראל. הדברים נישאו גם ימים ספורים לאחר ההלם שאחז במדינת ישראל על רקע ההתקפה האכזרית שחוותה והמעשים הנוראיים שנעשו באזרחיה ובתושביה, יהודים ולא יהודים. בעת נשיאת הדברים, היו כוחות הביטחון עסוקים בכל כוחם בלחימה, ויכולתם להפנות משאבים גם לפרעות בתוך בירת ישראל הייתה מוגבלת.

27. מבחינת מדיניות הענישה, הרי שבית המשפט העליון התייחס בעבר לעניינו של מי שגם הוא הורשע בעבירה של "גילוי החלטה לבגוד", יחד עם שורת עבירות נוספות, באמרו:

ראוי לציין את גישתו המחמירה של בית משפט זה לעבירות בעלות היבט בטחוני, שתכליתן לערער את שלום הציבור ואת בטחון המדינה, ולפגוע בגורמים המופקדים על אכיפת החוק. נקבע, כי בעבירות מעין אלה, חומרת העבירה ופוטנציאל הנזק הגלום בה לשלום הציבור ולבטחונו מצדיקים ענישה קשה ומרתיעה, כאשר לנסיבותיו האישיות של הנאשם, יינתן משקל פחות יותר במלאכת גזירת הדין.

(ע"פ 1787/14 אבו קוידר נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (19.10.2014))

28. כאמור, נוכח נדירות ההעמדה לדין בעבירה על סעיף 100 לחוק העונשין בכלל, ונוכח תקדימיות ההעמדה לדין בעבירה זו בגין דברים שנישאו בפני ציבור בפרט, קשה למצוא מקרים שבהם מדובר היה גם בדברים דומים וגם בעבירה זוהי. אתייחס אפוא למקרה שברע"פ 1161/20 אבו סלים נ' מדינת ישראל (24.3.2020) שם נאמרו דברים שרמת חומרתם אינה כה שונה מרמת חומרת דברי הנאשם, אם כי ההרשעה הייתה בעבירות של הסתה אלימות וגילוי הזדהות עם ארגון טרור, שהעונש המרבי בגין הוא חמש ושלוש שנות מאסר, בהתאמה.

באותו מקרה מדובר היה באימאם במסגד, אשר פרסם פרסומים שונים שביטאו תפיסת עולם הזזה לזו של הג'יהאד העולמי, תמיכה בארגון הטרור אל קעידה, ועידוד מעשי אלימות. הפרסומים נעשו בדרכים מגוונות, לרבות בכתב, בעל פה ובאמצעות המרשתת, ובעקבותיהם ננקטו מעשי אלימות קשים נגד יהודים ונוצרים לרבות חטיפה ורצח. הערכאה הדיונית קבעה כי מתחם העונש ההולם למעשים נע



בין 1.5 ל-4 שנות מאסר, וגזרה על אותו נאשם 24 חודשי מאסר לצד עונשים נוספים. ערעור שהגיש הנאשם נדחה, וצוין כי המתחם הוא סביר ואף מקל במידת מה, וכן כי העונש אינו חורג ממדיניות הענישה הנהוגה. גם בקשת רשות ערעור נדחתה, תוך התייחסות לכך שהעונש אינו חורג מן המדיניות המקובלת ומן הענישה הראויה.

המקרה שם חמור יותר מבחינה זאת שמדובר היה במספר פרסומים, מתוכננים מראש, באמצעים שונים, שאף הביאו באופן ישיר למעשי אלימות ורצח. מנגד, המקרה שכאן חמור יותר מבחינת עיתוי נשיאת הדרשה וההזדהות הישירה עם אויבי ישראל בעת מלחמה קיומית, תוך היענות לקריאה קונקרטי של להם להצטרף אליה, ומבחינת ההזדהות עם מעשים נוראיים במיוחד כמו אלה שנעשו בשבעה באוקטובר. אוסיף כי, כפי שצוין, ערכאת הערעור סברה שמתחם העונש שנקבע באותו מקרה הוא מקל במידת מה; כי מאז אותו פסק דין מדיניות הענישה הוחמרה אף ביחס לעבירות ההסתה; וכי העבירה שבה הורשע הנאשם חמורה יותר (אם כי יש כאמור ליתן משקל לתקדימיות ההעמדה לדין בעבירה זו).

29. מבחינת נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, הנאשם הוא אדם מבוגר כבן שבעים, נעדר עבר פלילי, ולא נטען כי הדברים שנשא בדרשה משקפים את דרך חייו קודם לכן. אדרבה, עדי הנאשם העידו ההיפך. ניתן אמנם לתהות כיצד מי ש"אין לו שום דעות גזעניות או לאומניות... הוא היה קורא לשלום ולא לאלימות" (עמוד 18 לפרוטוקול מיום 17.7.24, שורות 19-21) נושא את הדברים הקשים שנשא הנאשם בכלל, ובעיתוי שבו נשא אותם בפרט, אולם כאמור אין טענה להתבטאויות קודמות דומות. הנאשם גם הודה וחסך ממשאבי בית המשפט וגורמי האכיפה, וכפי שכבר צוין בנסיבות המקרה איני סבור שהעובדה שההסדר הושג בפתח המועד שנקבע לשמיעת העדויות ולא קודם לכן צריכה להיזקק לחובתו. כמו כן יש ליתן משקל למצבו הרפואי של הנאשם, כעולה מן התיעוד שהוגש, ולתנאי המעצר הנוקשים שבהם הוא שוהה, על כלל השלכותיהם.

מנגד, בדבריו לפני הנאשם אמנם צוין כי הוא אינו חבר בארגון כלשהו וכי לא נשא דברים דומים בעבר, אולם כאמור לא הביע במפורש צער על דבריו ולא התחרט עליהם.

כמו כן לטעמי לעת הזו, נוכח השכיחות הגדלה והולכת של התבטאויות המשקפות תמיכה במעשי חמאס, ונוכח המצב הביטחוני המורכב, יש לתת משקל משמעותי לשיקולי הרתעת הרבים (ראו ת"פ 35488-11-23 הנזכר, פסקה 39).

30. הנאשם טען כאמור כי יש להקל בעונשו משום שנאשמים אחרים, שיוחסו להם דברים דומים, הועמדו לדין בעבירות חמורות פחות (למקרים שאליהם הפנה הנאשם ראו ת"פ (שלום י-ם) 31674-10-23; ת"פ (שלום י-ם) 17327-11-23; ת"פ (שלום י-ם) 36083-12-23).

מקובלת עלי העמדה העקרונית שלפיה "יש לסעיף העבירה המיוחס לנאשם, נפקות מסוימת לענין עונשו, אך את עיקר הדגש ראוי לשים על העובדות המתוארות בכתב האישום" (ע"פ 1997/13 פלוגי נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (29.8.2013)). ממילא, אין ליצור אבחנה חדה מדי בין מעשים דומים, רק בשל השוני בסעיף העבירה.

עם זאת, בעניינם של אותם שלושה נאשמים טרם ניתנו הכרעות דין, ועל כן כלל לא ברור מה יהיה



מתחם העונש ההולם שייקבע למעשיהם, אם יורשעו במיוחס להם. כמו כן טווח הענישה שעליו הוסכם במקרה שכאן מצוי מתחת לעונש המרבי לעבירות שיוחסו לאותם נאשמים. אוסיף כי יש טעם בעמדת המאשימה שלפיה השוואת הדברים שנשא הנאשם עם הדברים המיוחסים לכל הפחות לשניים מאותם נאשמים אחרים, מלמדת כי דברי הנאשם כוללים קריאה מובהקת יותר וישירה יותר לקהל השומעים להצטרף ללחימה, וממילא ראויים לענישה חמורה יותר.^[1]

31. באיזון בין מכלול השיקולים, לרבות תקדימיות ההעמדה לדין בעבירה על סעיף 100 לחוק העונשין בנסיבות מעין אלה שכאן וכן גילו ומצבו הרפואי של הנאשם, וכן העונש שנגזר ברע"פ 1161/20 הנזכר, סבורני כי יש לגזור על הנאשם עונש מאסר בפועל המצוי מעט מעל אמצע הטווח שעליו הסכימו הצדדים. מבלי לקבוע מתחם עונש הולם קונקרטי, אציין כי עונש זה מצוי בחלק התחתון של משרע המתחמים הרעיוניים השונים שהיה ניתן לקבוע למעשים אילולא ההסדר. כמו כן יש לגזור על הנאשם עונש מאסר על תנאי לצורך הרתעה אישית. על רקע משך המאסר, ועל רקע העובדה שהעבירה אינה בעלת היבטים כלכליים, לא מצאתי לנכון לגזור גם עונש של קנס.

ו. סיכום

32. בשים לב לאמור לעיל, נגזרים בזאת על הנאשם העונשים הבאים:

א. 36 חודשי מאסר בפועל, שיימנו החל מיום מעצרו.

ב. מאסר על-תנאי לתקופה של 12 חודשים. הנאשם יישא עונש זה אם בתוך שלוש שנים מיום שחרורו יעבור עבירה על חוק המאבק בטרור; כל עבירת פשע המנויה בפרק 2 לחוק העונשין; או כל עבירת פשע ממניע לאומני.

ג. מאסר על תנאי לתקופה של 8 חודשים. הנאשם יישא עונש זה אם בתוך שלוש שנים מיום שחרורו הוא יעבור עבירה ממניע לאומני שאינה חטא.

33. ניתן לערער על פסק הדין לבית המשפט העליון בתוך 45 ימים.

ניתן היום, ד' חשוון תשפ"ה, 05 נובמבר 2024, במעמד הצדדים.

[1] עניין זה, לצד הבדלים משמעותיים מבחינת מעמדו של המפרסם ועיתוי הפרסום, עומד גם ביסוד האבחנה בין מעשהו של הנאשם לבין מעשי ההסתה לטרור שנידונו בת"פ 35488-11-23 הנזכר, שעליו ביקש בא כוח הנאשם להסתמך.