

# ע"פ 5590/16 - איברהים נתשה, מג'ד קרק, מוחמד בקרי נגד מדינת ישראל

## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 5590/16

ע"פ 5648/16

ע"פ 5668/16

ע"פ 5682/16

לפני:

כבוד השופט א' שהם

כבוד השופט ד' מינץ

כבוד השופט י' אלרון

איברהים נתשה

המערער ב-ע"פ 5590/16

המשיב ב-ע"פ 5682/16:

מג'ד קרק

המערער ב-ע"פ 5648/16

מוחמד בקרי

המערער ב-ע"פ 5668/16

נגד

מדינת ישראל

המערערת ב-ע"פ 5668/16

והמשיבה ב-ע"פ 5590/16

;5648/16 ;5682/16

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ירושלים  
מיום 30.06.0016 ב-ת"פ 60637-11-14 שניתן על ידי

כב' השופט מ' דרורי

(03.01.2018)

ט"ז בטבת התשע"ח

תאריך הישיבה:

עו"ד רמזי קטילאת

בשם המערער ב-ע"פ 5590/16

המשיב ב-ע"פ 5682/16

בשם המערער ב-ע"פ 5648/16: עו"ד לאה צמל  
בשם המערער ב-ע"פ 5668/16: עו"ד יחיא מוסטפא  
בשם המערער ב-ע"פ 5668/16: עו"ד אופיר טישלר  
והמשיבה ב-ע"פ 5590/16  
5648/16; 5682/16  
בשם שירות המבחן למבוגרים: גב' ברכה וייס  
מתורגמן: מר ג'ריס גבריס

## פסק-דין

השופט י' אלרון:

1. לפנינו ערעורים על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט מ' דרורי) בת"פ 60637-11-14 מיום 30.5.16.
2. המערערים הורשעו בעבירות ביטחוניות שונות הקשורות רובן לתכנון וביצוע התפרעויות במתחם הר הבית, שכוונו נגד כוחות הביטחון ומבקרים יהודים, מתוך מניע לאומני. על פי המתואר בכתב האישום, המערערים היו שותפים להכנת בקבוקי תבערה ולהברחת זיקוקים למתחם הר הבית, וכן השתתפו בהתקהלויות אסורות במהלכן ידו יחד עם אחרים אבנים ובקבוקי תבערה, וכן ירו זיקוקים, לעבר כוחות הביטחון, במטרה לפגוע בהם ולגרומם להם חבלות חמורות.
3. המערער בע"פ 5590/16 והמשיב בע"פ 5682/16, איברהים נתשה (להלן: נתשה), הודה במסגרת הסדר טיעון והורשע בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע; ייצור נשק (ארבע עבירות); נשיאת נשק (שלוש עבירות); הצתה (שלוש עבירות); חבלה בכוונה מחמירה (ארבע עבירות); תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות (שתי עבירות); מעשה פיזיות ורשלנות בחומר נפיץ (שתי עבירות); נסיון פגיעה בנסיבות מחמירות; התקהלות אסורה; התפרעות (שתי עבירות); נסיון ייצור נשק; וסיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה (שתי עבירות). יצוין כי בעת ביצוע חלק מהעבירות המיוחסות לו באישום האחד-עשר בלבד היה נתשה קטין.
4. בית משפט קמא גזר על נתשה עונש מצטבר, בגין ביצוע כל העבירות, של 9 שנות מאסר בפועל. כמו כן הפעיל בית המשפט קמא עונש של 3 חודשי מאסר על תנאי שהיה תלוי נגד נתשה, במצטבר לעונש המאסר שהוטל עליו בהליך זה, כך שבסך הכל הושת עליו עונש מאסר בפועל של 9 שנים ושלושה חודשים. כן גזר בית משפט קמא על נתשה עונש של 12 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים, שלא יעבור אחת מן העבירות שבגין הורשע. לבסוף השית בית המשפט על נתשה קנס בסך 1,000 ש"ח או עשרים ימי מאסר תמורתו.
5. המערער בע"פ 5648/16, מג'ד קרקי (להלן: קרקי), הודה במסגרת הסדר טיעון והורשע בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע ממניע של עוינות כלפי ציבור מחמת דת; ייצור נשק (שתי עבירות); נשיאת נשק; הצתה (שתי עבירות); חבלה בכוונה מחמירה; תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות; נסיון תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות (שלוש עבירות); מעשה פיזיות ורשלנות בחומר נפיץ (ארבע עבירות); התפרעות (ארבע עבירות); התקהלות אסורה; סיוע למעשה פיזיות ורשלנות בחומר נפיץ; מתן אמצעים לביצוע פשע; היזק בזדון; וגניבה.

6. בית משפט קמא גזר על קרקי עונש מצטבר, בגין כל העבירות, של 8 שנות מאסר, וכן עונש של 12 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים, שלא יעבור אחת מן העבירות שבגין הורשע. כן השית בית המשפט על קרקי קנס בסך 3,000 ש"ח או שישים ימי מאסר תמורתו.

7. המערער בע"פ 5668/16, מוחמד בקרי (להלן: בקרי) הודה במסגרת הסדר טיעון והורשע בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע ממניע של עוינות כלפי ציבור מחמת דת; ייצור נשק; נשיאת נשק; הצתה; חבלה בכוונה מחמירה; תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות (שתי עבירות); מעשה פזיזות ורשלנות בחומר נפיץ (שתי עבירות); התפרעות (שתי עבירות); והתקהלות אסורה.

8. בית משפט קמא גזר על בקרי עונש מצטבר, בגין כל העבירות, של 7 שנות מאסר בפועל. כמו כן הפעיל בית המשפט קמא עונש של 6 חודשי מאסר על תנאי שהיה תלוי נגד בקרי, במצטבר לעונש המאסר שהוטל עליו בהליך זה, כך שבסך הכל הושת עליו עונש מאסר בפועל של 7 שנים ושישה חודשים. כן גזר בית משפט קמא על בקרי עונש של 12 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים, שלא יעבור אחת מן העבירות שבגין הורשע. לבסוף השית בית המשפט על בקרי קנס בסך 1,000 ש"ח או עשרים ימי מאסר תמורתו.

כתב האישום

9. כתב האישום המתוקן הוגש נגד ארבעה נאשמים, בהם שלושת המערערים ונאשם נוסף, מחמוד ג'אבר, והוא כולל 11 אישומים (האישומים מוספרו 1-12 אך האישום העשירי במספר נמחק) אשר חלקם אינם נוגעים לכל הנאשמים.

10. כאמור, מרביתם של האישומים עוסקים בתכנון וביצוע עבירות של התפרעויות במתחם הר הבית, הכוללות ייצור בקבוקי תבערה, יידי אבנים ובקבוקי תבערה ויריית זיקוקים לעבר כוחות הביטחון במקום. בנוסף, כולל כתב האישום המתוקן שני אישומים - האישום האחד-עשר והאישום השנים-עשר - המיוחסים לנתשה לבדו. שני האישומים הללו רלוונטיים לענין הטענות שהועלו בערעורו של נתשה ובערעורה של המערערת בע"פ 5682/16 והמשיבה בע"פ 5590/16 (להלן: המדינה), אשר תוצגנה להלן, ועל כן מצאנו לנכון לפרטם.

11. על פי העובדות המתוארות באישום האחד-עשר, בתחילת חודש אוקטובר 2012, במועד שאינו ידוע במדויק, נפגש נתשה עם אחר, מוחמד עלי (להלן: עלי) והשניים קשרו קשר ליידות בקבוקי תבערה לעבר כוחות הביטחון בכיכר "מניות" בכניסה לכפר א-ראם (להלן: הכיכר). עלי הביא עמו ארבעה בקבוקי תבערה שהכין, והשניים הציתו את הבקבוקים והשליכו אותם מהכביש הראשי בכניסה לכפר לעבר כוחות הביטחון, שעמדו במרחק של כארבעים מטרים מהם. בקבוקי התבערה שהוצתו פגעו בכיכר.

עוד באישום זה, מתואר כיצד ביום 20.6.13 נפגש נתשה עם עלי ונדבר עמו גם הפעם להשליך בקבוקי תבערה לעבר כוחות ביטחון בכיכר. עלי הביא עמו ארבעה בקבוקי תבערה שהכין, והשניים הציתו אותם והשליכו אותם ממרחק של כשלושים מטרים לעבר ג'יפ צבאי שיצא מהבסיס הסמוך לכיכר. שניים מבקבוקי התבערה שהוצתו פגעו בג'יפ

והשניים האחרים פגעו בכיכר.

לבסוף מתואר באישום זה כי בחודש אוקטובר 2013, במועד שאינו ידוע במדויק, השליך נתשה בקבוקי תבערה יחד עם אחרים לעבר כוחות הביטחון בכניסה לכפר א-ראם.

12. על פי העובדות המתוארות באישום השנים-עשר, במהלך שנת 2014, במועד שאינו ידוע במדויק, הכין נתשה מטעני חבלה בדרך של מילוי צינורות ברזל בחומר נפיץ אשר נמצא בזיקוקים, והוספת פתיל של הזיקוקים. נתשה אף בדק את תקינותם של מטעני החבלה על ידי הצתת אחד מהם.

לאחר חודש הרמאדן של שנת 2014, במועד שאינו ידוע במדויק, בשעות הלילה, לקח נתשה את אחד ממטעני הצינור שהכין, הציתו וזרק אותו לעבר ג'יפ צבאי שנסע באזור תחנת הדלק "אבו שלבק" בכפר א-ראם. מטען הצינור נפל במרחק של כארבעים מטרים מהג'יפ.

במהלך חודש אוגוסט 2014, רכש נתשה חמישה מטעני צינור מאחר בסך של 200 ש"ח. בשלוש הזדמנויות שונות הצית נתשה את מטעני הצינור וזרק אותם לעבר כוחות הביטחון, פעם אחת לעבר בסיס צבאי ופעמיים לעבר ג'יפ צבאי. בכל ההזדמנויות התפוצצו המטענים.

עוד במהלך חודש אוגוסט 2014, לקח נתשה מטען צינור מאחר, הציתו וזרק אותו לעבר ג'יפ צבאי ורכב נוסף שבו ישב חייל, אשר נסעו שניהם בכביש המחבר בין הכניסה לכפר א-ראם לבין הבסיס הצבאי הסמוך. המטען התפוצץ אך לא פגע בכלי הרכב.

כן מתואר באישום זה כיצד במהלך חודש ספטמבר 2014, במועד שאינו ידוע במדויק, תכנן נתשה להכניס בערמה שלושה מטעני צינור אשר ייצר בביתו, למתחם הר הבית, ויצא לדרכו על מנת לעשות כן, תוך שנסע באוטובוס מביתו לכיוון העיר העתיקה. כאשר הגיע נתשה לכניסה למתחם הר הבית ראה שהשערים סגורים ולא מתאפשר כניסה למתחם, ולכן החביא את המטענים במסעדה סמוכה ושב על עקבותיו.

גזר דינו של בית משפט קמא

13. לאחר שפירט את האישומים השונים בכתב האישום ואת העבירות שהורשעו בהן כל הנאשמים בכתב האישום, פנה בית משפט קמא לבחון את תסקירי שירות המבחן שהוגשו בעניינם.

ביחס לקרקו, נכתב בתסקיר כי הוא לוקח אחריות על ביצוע העבירות ומביע חרטה על מעשיו. כן נכתב כי עובר לביצוע העבירות ניהל אורח חיים תקין. שירות המבחן תיאר כי לפי גרסתו של קרקו, המניע לביצוע העבירות היה מידע שקרי שהופץ בערוצי התקשורת, לפיו "היהודים שורפים את הר הבית ומתנהגים באכזריות לנשים ולילדים". שירות המבחן התרשם כי הוא "מאמץ עמדה קורבנית ומשליך אחריות על גורמים מסיתים בתקשורת" וכי הוא בעל "כוחות אגו

חלשים, שבאו לידי ביטוי, בין היתר, בהיסחפותו למעשים בהם הורשע, על אף התוצאה האפשרית". שירות המבחן נמנע מלהמליץ על ענישה שיקומית, נוכח חומרת העבירות והיקפן, ולצד זאת המליץ לשקול, בין יתר שיקולי הענישה, את גילו הצעיר והעובדה שזו מעורבותו הראשונה בפלילים.

14. ביחס לבקרי, נכתב בתסקיר כי הביע חרטה על מעורבותו בעבירות בשל המחיר הכבד שהוא נאלץ לשלם. לפי דברי בקרי, כפי שהוצגו לשירות המבחן, הוא וחבריו "פעלו כדי להפחיד יהודים להיכנס להר הבית, מסיבות דתיות", והוא עצמו נגרר אחר חבריו, שהשפיעו עליו לרעה. שירות המבחן התרשם כי בקרי מגלה קשיים בהכרה בחומרת מעשיו ובלקיחת אחריות על דפוסי התנהלותו ובחירותיו, וכי הוא נוטה להשליך את האחריות על סביבתו, אך יחד עם זאת המעצר הנוכחי חידד עבורו את הצורך לעריכת שינוי בחייו. גם בעניינו של בקרי נמנע שירות המבחן מלהמליץ על ענישה שיקומית, לנוכח חומרת העבירות ולנוכח קשייו לקחת אחריות על מעורבותו בביצוען, למרות עברו הפלילי הקודם.

15. ביחס לנתשה נכתב בתסקיר כי הוא מודה בביצוע העבירות, אך עם זאת מתקשה לבחון את התנהגותו באופן בוגר ואחראי. לפי התרשמותו של שירות המבחן נתשה "לוקח אחריות על מעשיו ברמה ההצהרתית בלבד, תוך קושי ממשי לבחון את החלקים באישיותו שהביאוהו לביצוע העבירות". עוד נכתב בתסקיר כי נתשה מושפע מאוד מלחצים המופעלים עליו מהסביבה בה גדל, וכי "קיימת רמת סיכון להתנהגות פורצת גבולות". לנוכח זאת, המליץ שירות המבחן להטיל על נתשה עונש מאסר מאחורי סורג ובריח, שכן להערכתו עונש זה "עשוי להוות גורם מרתיע ומציב גבולות ברמה מסוימת" עבור נתשה.

16. בית משפט קמא פסק כי בהתאם למבחני ההלכה הפסוקה, יש לראות את האישומים השונים שבכתב האישום כעבירות נפרדות המהוות אירועים שונים, ועל כן קבע מתחם ענישה ביחס לכל אירוע בנפרד, בהתאם להוראות סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק). כנדרש בסעיף 40ב לחוק, בחן בית המשפט את הגורמים הרלוונטיים לקביעת רף הענישה: הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה; מידת הפגיעה בערך זה; מדיניות הענישה הנהוגה; והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

17. בין הערכים החברתיים המוגנים, מנה בית המשפט את השמירה על שלמות הגוף וקדושת החיים; שמירה על הסדר הציבורי ועל ביטחון הציבור; הגנה על כוחות הביטחון; "הנזק המערכתי, עם ההשלכות לביטחון, לסדר הציבורי, ולמעמדה הבינלאומי של ישראל"; פגיעה ביסודות ריבוניים של המדינה (בשל האישום הראשון, המתאר בין היתר קשירת קשר כדי לפגוע בחבר הכנסת משה פייגלין שהיה צפוי לעלות להר הבית); וכן הגנה על המקומות הקדושים. בקשר לענין אחרון זה, קבע בית משפט קמא כי "המצב המשפטי הוא ברור. הר הבית הוא מקום מקודש ליהודים (מבלי לפגוע בזכות הגישה והתפילה שיש למוסלמים במסגד אל-אקצא)"; כי "הר הבית הינו מקום קדוש שחל עליו חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967"; וכן כי זכות הגישה של יהודים להר הבית מעוגנת הן על פי חוק זה הן על פי חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, תוך שהפנה בהרחבה לדיון בבג"ץ 4185/90 עמותת נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 221 (1993). לנוכח קביעה זו, שלל בית המשפט את המניע לביצוע העבירות כפי שהוצג על ידי חלק מהמערערים, לפיו הם חשו כי נפגעות זכויותיהם במסגד אל-אקצא וכי מטעם זה ביקשו לפעול למניעת כניסת יהודים להר הבית.

18. אשר למידת הפגיעה בערכים המוגנים, קבע בית משפט קמא כי זו חמורה ביותר, בעיקר בשל כך ש"הנאשמים עצמם, מוסלמים, השתמשו במקום המקודש להם, מסגד אל-אקצא, כמקום מחבוא לנשק או כמקום מסתור להם,

לאחר פגיעה באחרים, כאשר דברים אלה סותרים את קדושת המקום ואת המצווה הבסיסית של כל דת, לנהוג בשלום ובאחוה, ולא לפגוע באחר".

19. לאחר שהתייחס למדיניות הענישה הנהוגה, כפי שבאה לידי ביטוי בתיקים אחרים, דן בית המשפט בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, כהוראת סעיף 40 לחוק, ובכלל זה ב"תכנון מחושב של רצון לפגיעה"; בחלקם המשמעות של שלושת המערערים בביצוע העבירות; בנזקים החמורים שהיו מתרחשים לו היתה הפגיעה מתממשת; ובמודעות של המערערים לעבירות ולתוצאותיהן הצפויות. בהקשר אחרון זה התייחס בית המשפט לנתשה, וקבע כי "העבירות שבוצעו על ידי נאשם 4 בהיותו קטין, היו סמוך לבגרותו, ולא נטען כי עקב גילו היה פגם בהבנתו", וכן כי להיותו קטין יש לייחס "משקל מועט יחסית, שכן עתה הוא בגיר, ובמיוחד כאשר הסיבה לכך שלא הועמד לדין בהיותו קטין נבעה מכך שהוא נתפס רק בהיותו בגיר". כן הדגיש בית המשפט כי לא היתה התגרות שקדמה לביצוע העבירות, וכי ככל שנכונה טענתה של באת כוחו של קרק, לפיה המניע של קרק לביצוע העבירות היה התנגדות סובייקטיבית לעצם עלייתם של יהודים להר הבית, דבר זה אף תומך בהחמרת הענישה.

20. בסיכום הדברים קבע בית המשפט את מתחמי הענישה הבאים:

בענינו של קרק: בגין האישום הראשון - בין 8 ל-20 חודשי מאסר; בגין האישום השני - בין 4 ל-8 שנות מאסר; בגין האישום החמישי - בין 13 עד 30 חודשי מאסר; בגין האישום השישי - בין 8 עד 18 חודשי מאסר; בגין האישום השביעי - בין 6 עד 18 חודשי מאסר; בגין האישום השמיני - בין שנתיים לשש שנות מאסר.

בענינו של בקרי: בגין האישום הראשון - בין 8 ל-20 חודשי מאסר; בגין האישום השני - בין 4 ל-8 שנות מאסר; בגין האישום החמישי - בין 15 ל-30 חודשי מאסר.

בענינו של נתשה: בגין האישום הראשון - בין 8 ל-20 חודשי מאסר; בגין האישום השני - בין 4 ל-8 שנות מאסר; בגין האישום השלישי - בין 3 ל-6 שנות מאסר; בגין האישום הרביעי - בין 12 ל-30 חודשי מאסר; בגין האישום השישי - בין 8 ל-18 חודשי מאסר; בגין האישום האחד-עשר - בין 3 ל-6 שנות מאסר. יצוין כבר עתה כי בית המשפט נמנע מלקבוע מתחם ענישה לאישום השנים-עשר בו הורשע נתשה.

21. בגזירת עונשם של המערערים, שקל בית המשפט גם את הנסיבות המנויות בסעיף 40 לחוק, ובכלל זה הודאת המערערים מחד גיסא, ועברם הפלילי של בקרי ונתשה מאידך גיסא. אשר לשיקולי שיקומם של המערערים, קבע בית המשפט כי לא נטענו טענות רלוונטיות בדבר הליך שיקום שהחלו בו, וכי הסוגיה של שיקום במהלך המאסר אינה רלוונטית לגזירת הדין. בית המשפט הדגיש כי שיקולי ההגנה על שלום הציבור ושיקולי הרתעת הציבור תומכים בכך שהעונש שייקבע למערערים כולם יהיה באמצע המתחם, ולא פחות ממנו. בהביאו בחשבון את כל השיקולים האמורים גזר בית משפט קמא על המערערים את עונשם כאמור, ובין היתר השית על בקרי עונש של שבע שנות מאסר בפועל, על קרק עונש של שמונה שנות מאסר בפועל, ועל נתשה עונש של תשע שנות מאסר בפועל. מכאן הערעורים שבפנינו.

הערעורים על חומרת העונש

22. בנימוקי הערעור ובטיעוניה בפנינו טענה באת-כוחו של קרקקי, כי בעת גזירת דינו לא נתן בית משפט קמא משקל הולם לרקע לביצוע העבירות. לטענתה, העבירות התרחשו במהלך תקופה של שלושה חודשים "בה הגיע המתח הבין-דתי לשיא קיצוני", כאשר המניע למעשי קרקקי הוא מידע שקיבל אודות "כוונתן של קבוצות יהודיות קיצוניות של יהודים להפר את הסטטוס קוו על הר הבית", וכי חש כי הוא "נקרא אל הדגל" להיאבק למען "מקום קדוש שהוא קשור אליו וחושש לעתידו". בהקשר זה הדגישה באת-כוחו של קרקקי, כי בהסדר הטיעון בין קרקקי למדינה נקבע כי המדינה לא תסתור את הטענה שכוונתו של קרקקי בביצוע המעשים המיוחסים לו באישום הראשון היתה "למנוע השתלטות יהודים על מסגד אל-אקצא".

23. כן טענה באת כוחו של קרקקי, כי לקביעתו של בית משפט קמא לפיה "הר הבית הוא מקום מקודש ליהודים" לא היה בסיס עובדתי או משפטי, וכי קביעה מוטעית זו, לשיטתה, הביאה להחמרה בעונשו של קרקקי. עוד נטען כי קרקקי עצמו לא היה דמות מובילה בתכנון ובביצוע העבירות, וכי נגרר אחר אחרים; כי הנזקים שנגרמו היו נזקי רכוש בלבד; וכי האמצעים שבהם נעשה שימוש לצורך ביצוע העבירות (אבנים, בקבוקי תבערה וזיקוקים) היו "אמצעים פרימיטיביים ועלובים". לבסוף נטען כי מתחמי הענישה שנקבעו ביחס לאישומים השונים החמירו, ללא הצדקה, עם קרקקי, וכי בגזירת עונשו לא ניתן משקל מספק לעברו הפלילי הנקי של קרקקי; לאמירות החיוביות אודותיו בתסקיר המבחן; לפגיעה הקשה בו ובבני משפחתו; ולהודאתו של קרקקי בביצוע העבירות.

24. בנימוקי הערעור ובטיעוניה לפנינו טען בא כוחו של בקרי, כי בית משפט קמא החמיר יתר על המידה הן בקביעת מתחם הענישה הן בגזירת העונש.

אשר למתחם הענישה שנקבע על ידי בית משפט קמא, נטען כי קביעת מתחמים שונים לאישומים השונים בהם הורשע המערער בטעות יסודה, שכן סמיכות הזמן בין העבירות והמיקום הזהה שבו בוצעו מלמדים כי יש לראותם כאירוע אחד, וממילא לקבוע מתחם ענישה אחד.

אשר לגזירת עונשו של בקרי, נטען כי בית המשפט לא שמר על יחס הולם בין העונשים שהוטלו על כל השותפים לביצוע העבירות בכתב האישום, לבין המעשים שיוחסו לכל אחד מהם, וכי העונש שהושת על בקרי חורג במידה קיצונית מהעונש שהיה ראוי להטיל עליו ביחס שווה למעורבותו בביצוע העבירות. כן נטען כי בית המשפט לא ייחס משקל ראוי לנסיבותיו האישיות של בקרי, לגילו הצעיר בעת ביצוע העבירות (טרם מלאו לו 19 שנים), להודאתו בביצוע המעשים המיוחסים לו, לחרטה הכנה שהביע בבית המשפט, ולשיקולי שיקום.

25. בנימוקי הערעור טען בא כוחו של נתשה, כי מתחם הענישה שנקבע על ידי בית משפט קמא הוא חמור בהשוואה למקרים דומים. בטיעוניה בעל פה בפנינו נטען גם כי לא היה מקום לקבוע מתחמי ענישה שונים ביחס לכל אחד מהאישומים.

אשר לגזירת העונש, נטען כי בית משפט קמא לא נתן משקל הולם לנסיבות חייו של נתשה, אשר הביאו אותו לביצוע המעשים. עוד נטען, כי בית המשפט לא נתן משקל מספק להשלכות העונש על בני משפחתו, לשיקולי שיקום, ולהודאתו של נתשה. בהקשר אחרון זה נטען כי הודאתו של נאשם בעבירות חמורות היא בעלת משקל כבד במיוחד, שכן נאשם זה יודע שהודאתו תביא עמה שנים רבות מאחורי סורג ובריח. כן נטען כי לא ניתן ביטוי הולם בגזר דינו של בית משפט קמא לכך שנתשה היה קטין בעת ביצוע העבירות המיוחסות לו באישום האחד-עשר.

26. לבסוף נטען, כי שגה בית משפט קמא כשקבע כי יש לראות את הר הבית כמקום קדוש, ולפיכך קבע כי יש לראות במיקום ביצוע העבירות נסיבה מחמירה.

27. עמדתה של המדינה, כפי שהוצגה על ידי בא כוחה בדיון בעל פה בפנינו, היא כי דין הערעורים כולם להידחות. בא כוח המדינה הדגיש את חומרתן של העבירות ואת הסיכון הממשי והקרוב לחיי אדם הטמון בביצוען. בא כוח המדינה הדגיש, כי העובדה שלא נפגע איש היא מקרית, ובוודאי לא צריכה להיזקף לזכותם של המערערים. כמו כן הדגיש בא כוח המדינה את "השימוש הציני" שעשו המערערים במסגד אל-אקצא ובתפילות המתקיימות בו, כמקום מקלט וכמקום מסתור לנשק, ואת הרקע הלאומני-אידאולוגי לביצוע העבירות. אשר לטענות המערערים בנוגע לשיקולי השיקום, הבהיר בא כוח המדינה כי לטענות המערערים אין עוגן במציאות, שכן שירות המבחן התרשם שלקיחת האחריות היתה מן השפה ולחוץ בלבד.

ערעורה של המדינה על קולת העונש בעניינו של נתשה

28. טענתה המרכזית של המדינה בערעורה על קולת העונש של נתשה, היא כי שגה בית משפט קמא בשל כך שלא קבע מתחם ענישה לאישום השנים-עשר בו הורשע נתשה, וזאת בניגוד ליתר מתחמי הענישה שנקבעו ביחס לכל אחד מהאישומים בהם הורשע. לשיטת המדינה, טעות זו של בית המשפט הובילה לכך שבעת גזירת דינו של נתשה לא נלקח בחשבון האישום השנים-עשר בו הורשע, שהוא, לשיטת המדינה, האישום החמור ביותר בכתב האישום, וממילא הוטל על נתשה עונש קל יותר מכפי הראוי.

29. בהקשר זה יצוין, כי ביום 15.6.16, כשבועיים לאחר מתן גזר הדין, הגישה המדינה בקשה לתיקון טעות בגזר הדין לבית משפט קמא, בה ביקשה כי בית המשפט יעשה שימוש בסמכותו לפי סעיף 81(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ויתקן את הטעות שנפלה בגזר הדין, לשיטתה, תוך שיקבע מהו מתחם הענישה לאישום השנים-עשר ויחמיר בעונשו של נתשה, בהתאם. ביום 17.6.2016 דחה בית משפט קמא את הבקשה, וקבע כי אין המדובר בתיקון טעות לפי הסעיף האמור, וכי בפני המדינה סלולה הדרך להגיש ערעור על גזר הדין.

30. בא כוחו של נתשה התנגד לערעורה של המדינה, וטען כי בעת גזירת הדין לקח בית המשפט בחשבון גם את האישום השנים-עשר, כעולה מהחלטתו מיום 17.6.2016.

תסקירי שירות המבחן המשלימים

31. עובר לדיון בעל פה שנערך בפנינו, הוגשו תסקירים משלימים בעניינם של קרקי ונתשה. מהתסקירים עולה כי שני המערערים לא נמצאים בקשר עם גורמי הטיפול, על רקע היותם אסירים ביטחוניים.

אשר לבקרי, במכתבו של שירות המבחן מיום 1.1.2018 נכתב כי שירות המבחן לא הצליח לאתרו, וממילא לא נתקבל דיווח עדכני אודותיו. בדיון שנערך בפנינו הבהירה נציגת שירות המבחן כי חלה טעות ברישום וכי שירות המבחן לא הצליח ליצור קשר עם בא כוחו של בקרי. בדיון שנערך בפנינו ביקשנו מבא כוחו של בקרי להציג בפנינו את הנסיבות



המקלות אשר לטעמו היו מוצגות על ידי שירות המבחן, לו היה נערך תסקיר, והלה הסכים לכך.

## דין והכרעה

32. לאחר שעיינו בגזר דינו של בית משפט קמא, ולאחר ששקלנו את טיעוני הצדדים, באנו לכלל מסקנה כי דינם של ערעורה של המדינה וערעורו של בקרי להתקבל, ואילו דין ערעורם של קרקי ונתשה להידחות. נדון להלן בכל אחד מן הערעורים.

### ערעורו של קרקי וערעורו של נתשה

33. אנו סבורים, כאמור, כי ערעוריהם של קרקי ונתשה להידחות, שכן הם אינם באים בגדר המקרים החריגים שבהם תתערב ערכאת הערעור בחומרת העונש שהושת על ידי הערכאה הדיונית. בניגוד לבקרי, ולהבדיל מערעורה של המדינה בעניינו של נתשה, לא הוכיחו המערערים כי נפלה טעות מהותית בגזר הדין, או כי העונש שהוטל עליהם חורג באופן קיצוני מהענישה המקובלת במקרים דומים אחרים (להלכה הפסוקה בענין התערבותו של בית משפט זה ראה למשל ע"פ 9821/16 פלוני נ' מדינת ישראל (30.11.2017)).

34. בניגוד לטענת בא-כוחו של נתשה (שנטענה גם על ידי בא כוחו של בקרי), לפיה היה על בית המשפט לקבוע מתחם ענישה אחד, אנו סבורים כי קביעת מתחם נפרד לכל אחד מהאישומים בדין יסודה. על אף שהעבירות שביצעו קרקי ונתשה יחד עם אחרים דומות במהותן, מבחינת מקום ביצוע העבירות ומבחינת קהל היעד אליו כונו, עצמת הקשר שביניהן חלשה, שכן הן לא התרחשו בסמיכות זמנים ולא היה קשר הדוק ביניהם במובן של שרשרת אירועים, כך שביצועה של עבירה אחת נועדה לאפשר את ביצועה של העבירה האחרת, או את ההימלטות ממנה. משכך, מקובלת עלינו החלטתו של בית משפט קמא לראות בכל אחד מהאישומים אירוע נפרד וממילא לקבוע מתחמי ענישה נפרדים (למבחני העזר שנקבעו בפסיקה בענין זה ראו ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (29.10.2014); ע"פ 1261/15 מדינת ישראל נ' דלאל (3.9.2015)).

35. העונש שהוטל על המערערים משקף במידה ראויה את העבירות החמורות שהורשעו בהן, אשר תוארו באריכות בכתב האישום המתוקן. בשבע הזדמנויות שונות פעל נתשה, ובשש הזדמנויות שונות פעל קרקי, לצורך תכנון וביצוע עבירות חמורות, אשר היה בכוחן לגרום לפגיעה קשה ביותר באנשי כוחות הביטחון ובאזרחים יהודים שעלו למתחם הר הבית, שהוא המקום המקודש ביותר בתרבות היהודית. ביצוע העבירות דווקא במתחם הר הבית, הן בשל קדושתו הן בשל רגישותו הבין-דתית, מלמד על החומרה שיש לייחס למעשיהם של המערערים ושותפיהם לכתב האישום. בניגוד לטענת בא כוחו של קרקי, המניע האידיאולוגי-לאומני שעמד ברקע למעשיו של קרקי, אף מוסיף מימד של חומרה למעשיו. מניע זה ראוי לגינוי חריף ולתגובה עונשית שתהא מרתיעה דיה הן עבורו הן עבור אחרים.

36. הגם שהפגיעה בנפש לא התממשה בסופו של דבר, והנזק שנגרם ממעשיהם של המערערים ושותפיהם הסתכם בפגיעות ברכוש, אין בכך כדי להפחית מחומרת המעשים, ובוודאי שאין לזקוף זאת לזכותם, כפי שביקשו באי כוחם לטעון. אף השימוש באמצעים פרימיטיביים כביכול, בהם זיקוקים, בקבוקי תבערה ואבנים, לצורך השגת מטרתיהם של המערערים, אינו מפחית מעוצמת הנזק שאמצעים אלו עלולים לחולל. ידוי אבנים ובקבוקי תבערה, ויריית זיקוקים,

טומנים בחובם חומרה רבה, שכן הם עשויים לגרום פגיעות משמעותיות בגוף וברכוש, ואף לגרום לאבדן חיי אדם.

37. בניגוד לטענותיה של באת כוחו של קרק, קבע בית משפט קמא כי מעורבותו של זה האחרון בביצוע העבירות היתה גדולה, והמעשים הרבים המיוחסים לו באירועים השונים הכלולים באישומים בהם הורשע מאששים קביעה זו. אשר לנתשה, עיון בכתב האישום מלמד כי הוא היה הרוח החיה, במרבית המקרים יחד עם קרק, מאחורי תכנון וביצוע העבירות, ואין מחלוקת באשר למעורבותו העמוקה בהן.

38. אשר לטענותיהם של המערערים בדבר נסיבותיהם האישיות, הודאתם בעבירות והיעדר עבר פלילי (בעניינו של קרק בלבד), הרי שעיון בגזר דינו המנומק היטב של בית משפט קמא מלמד כי ניתן לנסיבות אלה המשקל הראוי להן, ואין בקיומן כדי להצדיק הקלה נוספת בעונשם של המערערים.

39. לא נעלמה מעינינו טענת נתשה באשר להיותו קטין בעת ביצוע העבירות המיוחסות לו באישום האחד-עשר. עיון באישום זה, כפי שפורט לעיל, מלמד כי נתשה, יליד 13.7.95, היה קטין בעת האירוע הראשון שפורט באישום זה (אשר התרחש, כמפורט לעיל, בחודש אוקטובר 2012), וכי האירוע השני שפורט באישום זה התרחש שלושה שבועות לפני הגיעו לגיל 18. האירוע השלישי שפורט באישום התרחש כשהיה נתשה בגיר בשל כך שרק במועד זה הוא נתפס. בנסיבות היותו של נתשה קטין, שכן, כפי שצוין, כתב האישום הוגש נגדו בהיותו בגיר בשל כך שרק במועד זה הוא נתפס. בנסיבות אלה, ולנוכח העובדה שנתשה היה קטין רק בעת ביצוע שניים מהאירועים מתוך אירועים רבים המתוארים בשבעת האישומים בהם הורשע - לא מצאנו כי יש בעובדה זו בלבד כדי להקל בעונש שנגזר עליו, מעבר למשקל שנתן בית משפט קמא בעת גזירת עונשו לעובדת היותו קטין בעת ביצוע עבירות אלה.

40. סיכומם של דברים, לאחר שבחנו את מדיניות הענישה הנהוגה, ושקלנו את כל האמור, נחה דעתנו כי העונש שהוטל על קרק הולם את חומרת מעשיו, ואין להתערב בו. אשר לעונשו של נתשה, אנו סבורים כי לא זו בלבד שיש לדחות את ערעורו על חומרת עונשו, אלא כי יש לקבל את ערעורה של המדינה על קולת עונשו, כפי שיבואר להלן.

ערעורה של המדינה

41. עיון בגזר דינו המפורט של בית משפט קמא מלמד, כי טענתה העיקרית של המדינה בערעורה, בדין יסודה. העובדה שבית משפט קמא לא קבע מתחם ענישה לאישום השנים-עשר בין יתר מתחמי הענישה שנקבעו לאישומים כולם, הביאה לכך שבעת גזירת דינו של נתשה לא נלקחו בחשבון העבירות שיוחסו לו באישום זה, וממילא היעדרו של מתחם ענישה ביחס לאישום זה השפיע על קולת העונש.

יש להדגיש, בהקשר זה, כי האישום השנים-עשר מייחס לנאשם ייצור מטעני חבלה ושימוש בהם או נסיון שימוש בהם בחמישה אירועים שונים, ועל כן משקלן המצטבר של העבירות שיוחסו לנתשה באישום זה גבוה במיוחד בהשוואה לאישומים האחרים שהורשע בהם. דבר זה היה צריך לקבל ביטוי ממשי בעת גזירת העונש.

42. העובדה שהעונש שהושת על נתשה - תשע שנות מאסר - גבוה רק בשנה מהעונש שהוטל על קרקו, וזאת כאשר שניהם הורשעו, בין היתר, בשלושה אישומים זהים (האישום הראשון, האישום השני והאישום השישי), וכאשר ביתר האישומים שבהם הורשע נתשה נקבעו מתחמי ענישה גבוהים יותר בהשוואה למתחמי הענישה שנקבעו באישומים בהם הורשע קרקו - מחזקת את המסקנה כי נפלה שגגה תחת ידו של בית משפט קמא, בכך שלא לקח בחשבון גם את הרשעתו של נתשה באישום השנים-עשר.

43. לנוכח זאת, אנו מקבלים את ערעורה של המדינה ומורים על העמדת עונשו של נתשה על 11 שנות מאסר, תחת העונש של 9 שנות מאסר בפועל שהוטל עליו בגזר דינו של בית משפט קמא. יודגש כי אין בעונש של 11 שנות מאסר כדי למצות את הדין עם נתשה, בשל חומרת העבירות והמעשים המיוחסים לו, וזאת על פי ההלכה לפיה ערכאת הערעור אינה ממצה את הדין עם הנאשם. לעונש זה יתווסף עונש המאסר על תנאי שהופעל במצטבר, כך שבסך הכל יעמוד עונש המאסר בפועל על 11 שנים ושלושה חודשים. יתר רכיבי הענישה שהושתו על ידי בית משפט קמא יעמדו בתוקפם.

ערעורו של בקרי

44. הגם שמעשיו של בקרי בשלושת האישומים שהורשע בהם חמורים אף הם, מצאנו טעם בטענת בא-כוחו של בקרי בדבר היעדר הלימה בין העונש שהוטל עליו לבין העונשים שהוטלו על שותפיו לכתב האישום, וזאת תוך התחשבות באישומים בהם הורשע כל אחד מהם ובחלקם בביצוע העבירות.

על פי עקרון אחידות הענישה, שהוא עיקרון יסוד בשיטתנו המשפטית, במצבים דומים מבחינת אופי העבירות ונסיבותיהם האישיות של הנאשמים, ראוי להחיל, במידת האפשר, שיקולי ענישה דומים (ראו ע"פ 27/17 בסל נ' מדינת ישראל (12.12.2017)). לעיתים יחייב עקרון זה השתת עונש דומה על נאשמים שונים, השותפים לכתב האישום, ולעיתים יחייב עקרון זה דווקא הבחנה בין נאשמים שונים הנכללים באותו כתב אישום, בהתאם לחלקו של כל אחד מהם בביצוע העבירות.

45. העונש שהושת על בקרי חורג לחומרא מעקרון אחידות הענישה, במובן זה שאין הלימה בין חומרת המעשים שהורשע בהם לבין העונש שהוטל עליו, וזאת בהשוואה לנאשמים האחרים בכתב האישום. כך, בהינתן מתחמי הענישה שקבע בית המשפט לאישומים בהם הורשע בקרי; בהינתן מסקנתו של בית משפט קמא לפיה יש לקבוע את עונשם של המערערים כולם באמצע מתחמים אלו; ובהתחשב גם בעמדת התביעה, אשר נדמה שהיתה מקובלת על בית המשפט, לפיה לא יוטלו כל העונשים במצטבר אלא הצבירה תהיה חלקית. אכן, העונש שהוטל על זה האחרון בסופו של דבר קרוב יותר לעונש שביקשה המדינה להשית עליו, גם זאת בהשוואה לעונשם של האחרים, שעונשם נמוך באופן משמעותי מהעונש אותו ביקשה המדינה להטיל.

46. לא מן המותר לציין בהקשר זה, כי בין שיקולי הענישה שמנה בית משפט קמא, הוא מצא לנכון לציין, בעמדו על הנסיבה של "חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה" המנויה בסעיף 40ט(א) לחוק, כי חלקו של בקרי בביצוע המעשים פחות במידת מה מחלקם של קרקו ונתשה. משכך, ככל שמוצדקת שונות בין מידת החומרה של העונשים, ביחס למתחם הענישה שנקבע לכל אחד מהשותפים בכל אחד מהאישומים, הרי שהקלה מסוימת מוצדקת דווקא בנסיבותיו של בקרי, בניגוד לאופן גזירת עונשו על ידי בית משפט קמא.

עמוד 11

47. לנוכח זאת, אנו מקבלים את ערעורו של בקרי, וקובעים כי עונש המאסר בפועל שהושת עליו יעמוד על שש שנים, תחת העונש של שבע שנות מאסר בפועל שהוטל עליו בגזר דינו של בית משפט קמא. לעונש זה יתווסף עונש המאסר על תנאי שהופעל במצטבר, כך שבסך הכל יעמוד עונש המאסר בפועל על שש שנים ומחצה. יתר רכיבי הענישה שהושתו על ידי בית משפט קמא יעמדו בתוקפם.

סוף דבר

48. סיכומם של דברים, לנוכח כל האמור לעיל, אנו דוחים את ערעורם של קרקי ונתשה, כאמור בפסקה 40 לעיל; ומקבלים את ערעורו של בקרי, כאמור בפסקה 47 לעיל, ואת ערעורה של המדינה, כאמור בפסקה 43 לעיל.

ניתן היום, א' בשבט התשע"ח (17.1.2018).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

---