

## ת"פ 49376/08/17 - מדינת ישראל נגד ראיד מחאג'נה

בית משפט השלום בחיפה

ת"פ 49376-08-17 מדינת ישראל נ' מחאג'נה(עצור/אסיר בפיקוח)

בפני כבוד השופט שלמה בנג'ו  
בעניין:

מדינת ישראל באמצעות פרקליטות מחוז חיפה	המאשימה
ראיד מחאג'נה (עצור/אסיר בפיקוח) באמצעות באי כוחו עוה"ד מחאמיד, אזברגה, חמייסי, קטילאת	נגד הנאשם

### גזר דין

#### כתב האישום המתוקן:

הנאשם הורשע, לאחר שמיעת ראיות, בביצוע שש העבירות הבאות:

**באישום הראשון** - תמיכה בהתאחדות בלתי מותרת - עבירה לפי סעיפים 85 (1) (ז) + 85 (1) (ו) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (הוחלף על ידי סעיף 24 (א) (1) בחוק המאבק בטרור, תשע"ו - 2016) - 3 עבירות.

**באישומים השני עד הרביעי** - הסתה לטרור - עבירה לפי סעיף 24 (ב) (2) לחוק המאבק בטרור, תשע"ו - 2016 - 3 עבירות.

האישומים והעובדות הצריכות לעניין, מפורטים בהרחבה בהכרעת הדין. אציין, בקצרה, את תמציתן.

ארגון התנועה האיסלאמית (**להלן: "התנ"ס"**) הוכרז ביום 17/11/15, כהתאחדות בלתי מותרת, לפי תקנות ההגנה, כך גם ארגוני "המורביטון" ו-"המורביטאת".

הנאשם שימש כראש הפלג הצפוני של התנ"ס, עד שהאחרון, הוצא כאמור, מחוץ לחוק, והוכרז כארגון טרור.

הנאשם הינו מנהיג רוחני דתי ודמות מוכרת, ובעלת השפעה, בקרב האוכלוסייה המוסלמית בישראל, בגדה המערבית, ובעזה, משנת 1996.

ברקע הפרסומים/הנאומים שנשא הנאשם, מושא הכרעת הדין, מהומות ואירועי הפרות הסדר בהר הבית, שהתרחשו בחודש יולי 2017.

שיא האירועים הוא הפיגוע שהתרחש ביום 14/7/17 במתחם הר הבית, על ידי שלושה מחבלים, תושבי אום אל פאחם, בו נרצחו שני שוטרי מג"ב.

לאחר הפיגוע, אמר אחד המחבלים לשוטר, כי הוא "מאום אל פחם, מהחבר'ה של ראיד סאלח". לאחר הפיגוע, נסגר מתחם הר הבית, למשך יומיים, שלאחריהם החליטו גורמי הביטחון, להציב גלאי מתכות, בכניסה להר הבית, עד ליום 24/7/17.

בעקבות החלטה זו, שררה מתיחות ביטחונית רבה, באיזור הר הבית, אשר הובילה לעימותים אלימים, בין האוכלוסיה הערבית המוסלמית, לבין כוחות הביטחון.

באישום הראשון הביע הנאשם תמיכה מפורשת בארגון התנ"ס, אשר עם הכרזתו כהתאחדות בלתי מותרת ולאור החוק, נחשב כארגון טרור. הוא טען, כי הארגון ממשיך להתקיים חרף חסימתו כארגון לא חוקי ואף טען כי הוא עדיין עומד בראשו.

באישומים 2 עד 4, נשא הנאשם דברים, תוך שבח, אהדה, תמיכה והסתה לטרור. נאומיו/התבטאויותיו של הנאשם, ניסאו על רקע האקלים הביטחוני, המתואר לעיל.

#### **טענות הצדדים:**

#### **טענות התביעה:**

ב"כ המאשימה טענה, כי יש לראות במעשיו של הנאשם, אירוע אחד, המכיל בתוכו מספר מעשים, בהתאם, ביקשה לקבוע מתחם ענישה הולם לכלל מעשי הנאשם, תוך מתן דגש, לעובדה, כי מדובר באירוע המורכב ממספר מעשים ועבירות, ותוך הפניה לענישה הנוהגת, לפיה המאשימה רשאית לטעון לצירוף עונשי המקסימום, בגין מעשי העבירה השונים שביצע הנאשם, על אף היותם אירוע אחד.

לגישת המאשימה, מעשיו של הנאשם, פגעו בביטחון המדינה ואזרחיה, ולאור העוצמה הגבוהה של הפגיעה בערכים אלה, ועיקרון ההלימה, מתחייבת ענישה כבדה ומרתיעה, כלשונה. מדובר בפרסומים שנעשו על פי תכנון מוקדם, תוך הפצתם ברשת חברתית ("פייסבוק").

תוכנם משקף את השקפת עולמו של הנאשם, הרואה בארגון התנ"ס, אשר הוצא מחוץ לחוק, כארגון לגיטימי, אשר ימשיך לפעול במלוא עוזו. הוא הביע תמיכה בביצוע פיגוע טרור, בו נרצחו השוטרים, הוא שיבח את אלו הלוקחים חלק בעימותים האלימים עם כוחות הביטחון, הוא העביר מסרים ברוח זו, לקהל מאזיניו וקוראיו, תוך שימוש ברטוריקה משלהבת, והפניה למקורות דתיים, אשר כביכול תומכים בכך.

המעשים בוצעו מתוך מניע אידיאולוגי מובהק, העולה גם מהדברים אותם פירסם, כנגד השלטון הישראלי, אשר כלשונו צריך להיעלם מן העולם. מדובר במי שחוזר ועובר את העבירות, מתוך מניע אידיאולוגי, ארוך שנים, דבר המשליך על מסוכנותו העתידית של הנאשם.

השפעת דבריו של הנאשם, היא בעלת עוצמת נזק פוטנציאלי רב עוצמה, בהיותו דמות ציבורית פוליטית דתית פעילה ומוכרת היטב בחברה הישראלית, ובעיקר בחברה המוסלמית בישראל. האוירה הציבורית בה ניסאו הדברים הייתה ייחודית וקיצונית.

מתחם הר הבית, הוא מקום קדוש ליהודים ומוסלמים, ובעל רגישות פוליטית בינלאומית גבוהה, ועומד במוקד סכסוכים

ארוכי שנים ולכן פיגוע במקום כזה נחשב לאירוע מורכב וייחודי. הפיגוע והאירועים בעקבותיו, התסיסו מתיחות, ייצרו אלימות, שכמותם לא חוותה החברה הישראלית, הרוויה ממילא במתיחות, מזה זמן רב. הפיגוע והדברים שימשו השראה לצעירים נוספים, בתקופה שלאחר הפיגוע, לביצוע פעולות טרור, ויש חשש כי הדברים יהוו השראה דומה בעתיד.

בהקשר זה, מפנה ב"כ המאשימה, לביצוע פיגוע בחלמיש, ב-21/7/18 בו נרצחו שלושה בני משפחה, כאשר המחבל מבצע פיגוע, פירסם צוואה בדף הפייסבוק שלו, בה הצהיר כי ביצע את הפיגוע למען אל אקצה. גם מעשה זה, קיבל ביטוי בתקשורת, וברשתות החברתיות. ימים ספורים לאחר נאומיו של הנאשם, באישומים 2 - 4, הגיע אדם בשם עלא טוויל לתל אביב, במטרה לבצע פיגוע דקירה, בו רצה לפגוע ביהודים, ובסופו של דבר, חזר בו, והסגיר עצמו למשטרה. במסגרת חקירתו, מסר עלא, כי אחד מנאומיו של הנאשם, גרם לו לצאת לבצע פיגוע.

אשר למדיניות הענישה, הפנתה ב"כ המאשימה לפסיקה, בה לשיטתה דובר במקרים קלים בהרבה מהתיק הזה, בה הורשעו נאשמים ללא מעמד ציבורי, חלקם צעירים ללא עבר פלילי, אשר פרסמו אמירות מסיתות, בתקופה ובתפוצה מצומצמת, ולמרות זאת, נגזרו עליהם עונשי מאסר בפועל. כן הפנתה ב"כ המאשימה, לתיקו הקודם של הנאשם, שנדון בבית משפט השלום בירושלים ת"פ 5425/08, בו נדון הנאשם על נאום אחד שנשא בפני קהל של 1,000 איש, ל-8 חודשי מאסר בפועל, הוחמר בבית המשפט המחוזי ל-11 חודשים ובבקשת רשות ערעור, שהגיש הנאשם לבית המשפט העליון, הוקל עונשו, והועמד על 9 חודשי מאסר בפועל.

על יסוד מכלול טיעוניה, טוענת ב"כ המאשימה, כי מתחם העונש ההולם, בנסיבות תיק זה, נע בין 2 וחצי שנות מאסר ל-4 וחצי שנות מאסר, לצד עונש מאסר מותנה. המאשימה ביקשה לצבור את עונש המאסר המותנה של 8 חודשים, למאסר שיוטל על הנאשם. נטען, כי נוכח מכלול הנסיבות ונתונו של הנאשם יש לקבוע את העונש בחלקו העליון של המתחם.

### **טענות ההגנה:**

בפתיחת טיעוני ההגנה, חזרה ההגנה וטענה, טענות שהן באופיין טענות ערעוריות, אשר כוונו כנגד קביעותיו ומסקנותיו השונות של בית המשפט, בהכרעת הדין. אעיר, כבר עתה, כי טענות אלה אין מקומן בשלב הטיעונים לעונש.

עוד חזרה ההגנה, וטענה, כפי שטענה עובר להכרעת הדין, על השפעת האווירה הציבורית, ובעיקר פוליטיקאים ומנהיגים, על בית המשפט.

אשר לאישום הראשון, הנוגע לתמיכה בהתאחדות בלתי מותרת, על ביהמ"ש לקחת בחשבון את הטענות שהועלו, בזיקה לשאלה החוקתית, שלא נדונה על ידי בית המשפט, לעיצומה. נטען, כי לא מדובר בתמיכה בארגון טרור, התמיכה לא מהותית, הוא לא תמך בפעולות ובמעשים, ולכן, האמירה "בכבוד התנועה האיסלאמית", כמפורט באישום הראשון, אין לה משמעות עונשית.

אשר לאישומים השני עד הרביעי, גם כאן, חוזרת ההגנה וחולקת על קביעות בית המשפט בהכרעת הדין, בעיקר בהגדרה של "מעשה טרור". נטען, שבית המשפט הסתמך על ראיות שאינן מספקות את ההוכחה הוודאית, כי מדובר במעשה טרור. ידיעתו של הנאשם, הייתה פרגמנטלית, הוא לא היה מודע לטיב המעשה שנעשה בהר הבית. הנאשם ביטא צער כללי, על הריגת פלסטינאים, כינה אותם שאהידים, ללא זיקה לאירוע שהתרחש בהר הבית. לתפיסתו, הייתה פגיעה במקום המקודש למוסלמים, מסגד אל אקצה, וכאשר ישנה פגיעה בקודשי הדת המוסלמית, אין פלא שהייתה

הזדהות מצד הנאשם, אשר המקום קדוש לו, כאדם דתי, כמוסלמי, וכמנהיג.

אשר להשלכת מעשיו של הנאשם, על אותו עלאא טוויל, שניסה לבצע פיגוע בתל אביב, נטען כי אין זיקה בין מעשי הנאשם לאותו אחד. עוד צוין, כי העונש בנסיבות אלה, צריך להיות עונש קל. הנאשם שנים רבות לא הסתבך עם החוק, התיק הקודם שלו, היה לפני כ-7 שנים, עונש מאסר, רק יהפוך אותו לנערץ יותר בציבור שלו.

אשר למאסר המותנה, טענה ההגנה, כי עונש המאסר לא חל מהותית ואף לא תקף נוכח חלוף הזמן מאז ניתן גזר הדין המקורי.

### **דבר הנאשם בטרם מתן גזר הדין:**

הנאשם פתח את דבריו, ואמר, כי הכרעת הדין של בית המשפט, חיזקה את אחיזתו בעקרונותיו, וכך יהיה, עד שהוא יפגוש את אללה. עוד צוין, כי הריבאט המבוצע במסגד אל אקצה, והשאהדה, למען אללה, והספידה למתים, וכל מה שהזכיר, הם חלק מעקרונות המוסלמים, כפי שפירט בעדותו, ולא כפי שעוותה משמעותם, על ידי התביעה, וכפי ששגה בפירושן בית המשפט, במסגרת הכרעת דינו.

כן הדגיש הנאשם, כי הכרעת הדין של בית המשפט, אינה נגדו באופן אישי, אלא נגד האומה המוסלמית, העולם הערבי והעם הפלסטינאי "**...ועוד יראה כל מוסלמי וערבי ופלסטיני בעולם, שהכרעת הדין הזו, היא משום תקיפה כנגד הקוראן והסונה, ועל השפה הערבית, והפולקלור העממי, ועל מסגד אל אקצה המבורך**" (עמ' 392, שורות 29 - 31).

הנאשם הוסיף וציין, כי העוול שנעשה בידי מערכת המשפט של מדינה כלשהי, "**...מאיץ את השמדתה בידי אללה, וזאת בהתאם לחוק האלוהי, לגביו אומר הקוראן הקדוש, "ואלה הכפרים השמדנו אותם כאשר ביצעו עוול וקבענו מועד להשמדתם"...**", וזה מה שגורם לו לומר לאלה ששמחו לאחר מתן הכרעת הדין (עמ' 392 שורות 32 - 33; עמ' 393 שורות 1 - 2), ובהמשך צוין, כי אלה ששמחו לאיד, בעקבות הכרעת הדין, "**...עדיף לכם לבכות על הכרעת הדין הזו, כיוון שהיא מזרזת את השמדתכם בידי האל**" (עמ' 393, שורות 4 - 5).

עוד צוין הנאשם, כי כל החוטאים לא יחמקו מעונשו של אללה, בין אם אלה מהשב"כ, התביעה, ועדיה, או מערכת המשפט, והוא לא יופתע, אם האל יעמיד אותם למשפט, בבוא הימים, על העוול שעשו. הוא צוין, כי הוא ימשיך לשאת תפילות, כנגד המעוולים, וכנגד כל מי שעשה לו עוול בתיק הזה, ואל להם להקל ראש בתפילותיו.

לבסוף, צוין, כי אם ייאסר ויכלא, הוא המנצח בתיק הזה, משום שעמד איתן בכל עקרונותיו, ואילו אותם מעוולים, הם המפסידים, מכיוון שאיבדו את הצדק, התירו את העוול, ולחמו בקוראן ובסונה הנבואית, ובשפה הערבית.

### **דין והכרעה עונשית:**

#### **אירוע אחד או מספר אירועים (סעיף 40יג לחוק העונשין):**

לפי האמור בכתב האישום ובהכרעת הדין, מדובר בפרסומים שונים, במועדים שונים, ובמסגרות שונות. המאשימה, טענה כי לצורך הענישה, מדובר באירוע אחד, המכיל בתוכו מספר מעשים. ההגנה החרתה החזיקה אחריה. לקביעתי, אכן,

מדובר בפרסומים שקיימת ביניהם זיקה הדוקה וברורה, העונים על "מבחן הקשר ההדוק", כפי שנקבע בפסיקה, ולכן, לעניין קביעת העונש, הם מהווים אירוע אחד (ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (2014)). על כן, בקביעת מתחם העונש ההולם, יתייחס בית המשפט, לכל האישומים, כאירוע אחד, ויגזור עונש כולל לכל העבירות תוך מתן ביטוי, לכך שמדובר במספר מעשיי העבירה, בתדירותן ובזיקה ביניהן, תוך שמירה על יחס הולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש, כמתחייב מהוראות סעיף 40ג (ג) לחוק העונשין.

### **הערך החברתי שנפגע ומידת הפגיעה בו (סעיף 40ג (א) לחוק העונשין):**

כפי שהודגש בהכרעת הדין, חופש הביטוי הוא מאבני היסוד של שיטת המשפט בישראל, וזכות יסוד חוקתית במשטר דמוקרטי, העומדת לכל אזרח (דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (2009)). אך גם זכות יסודית זו, ככל זכות, אינה מוחלטת. היא כפופה להוראות הדין המגבילות אותה, ולעיתים תיסוג מפני האינטרס הציבורי, כפי שזה מותווה על ידי המחוקק, ובתי המשפט המצווים לערוך את האיזון הראוי, בין הזכויות המתנגשות, כך בישראל מקדמת דנא (בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים (1953); עניין אונגרפלד, שם בפסקה 11; וכך במשפט הבינלאומי המנהגי (19/9/2017) **Tamiz v United Kingdom**, European Court of Human Rights). מעשיו של הנאשם, התבטאו בביצוע עבירות ביטוי, המאופיינות בפריצת חופש הביטוי, למחוזות המלבים מחלוקות שנאה ואיבה, בין אזרחי המדינה, תוך תמיכה בטרור והסתה למעשי טרור, כעולה מהנאומים שנשא ומהדברים שפרסם, ותוך ביטוי אהדה ותמיכה בארגון התנ"ס, שהוכרז כארגון טרור, אשר הוצא מעבר לחוק, כמי שתופס עצמו, עדיין, כראש ארגון טרור אסור זה.

ביסוד הערכים בהם פגע הנאשם, ההגנה על חיי אדם, על שלומו, על בטחונו, ועל ביטחון המדינה על כלל אזרחיה. מעשיו של הנאשם, פגעו בערכים אלה, בעוצמה בינונית - גבוהה.

### **מדיניות הענישה (סעיף 40ג (א) לחוק העונשין):**

מנעד הענישה, בעבירות ביטוי מסוג זה, רחב. הוא תלוי בפרסום, טיבו, היקף תפוצתו, מיהות המפרסם, ההד הציבורי של הפרסום, האווירה בה פורסמו הדברים. ככל שלא מדובר בפרסום המגיע מאישי ציבור, ובפרסום שאינו נושא מאפיינים ייחודיים לחומרה, מנעד הענישה נע ממאסר מותנה וקנס (רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין ואח' (2011); דרך מאסר בעבודות שירות (ע"פ (מחוזי-ים) 4856/09 מדינת ישראל נ' נעם פדרמן (2010); או מאסרים של עד שנה, לסקירה ראה ת"פ (חיפה) 17491-10-17 מדינת ישראל נ' חלף (2018), וכלה בתקופות מאסר בפועל למשך מס' שנים, כאשר מהמעשה עולה חומרה יתרה ומתלוות לעבירת ההסתה, מעשיי עבירה נוספים - (ע"פ (מחוזי חיפה) 36438-03-14 מדינת ישראל נ' אלמקייס ואח' (2014); ע"פ (מחוזי-ים) מדינת ישראל נ' ש.ט. (2015); ע"פ 697/98 טטיאנה סוצקין נ' מדינת ישראל (1998)).

מקום בו מדובר בהסתה הנובעת מפיו של איש ציבור מתחמי הענישה, והעונשים עצמם, חמורים יותר. כך למשל, בעפ"ג 7773-11-16 (מחוזי-ים) מדינת ישראל נ' עומר אבו סארא (2016), נדון הנאשם, על נאום אחד, ל-14 חודשי מאסר. הנאשם, איש דת, נאם במסגד בהר הבית, בפני כ-100 מתפללים, נאום העוסק ב"תכונותיהם של היהודים על פי הקוראן". הנאום הוסרט, ולמחרת הועלה לאתר היוטיוב, בערוץ בו רשומים 2,174 חברים, ועד למועד הגשת כתב האישום, צפו בו 399 פעמים. עונשו הוחמר בביהמ"ש המחוזי, תוך שהודגש, כי מדובר באיש דת, שלדבריו משקל, והשפעה פוטנציאלית, בייחוד על רקע המקום בו נשא את דבריו, וכן, את חובת בית המשפט, ליתן ביטוי של אלמנט הרתעתי לנאשם, ולמי שמתעתד ללכת בדרכו.

ת"פ (נצרת) 12629-11-10 מ"י נ' אבו סלים, אימאם מסגד בנצרת, שהורשע בעבירות דומות, בהיקף נמוך מהעבירות בהן הורשע הנאשם, ונדון ל- 2 שנות מאסר; יצוין כי בית המשפט קבע שם מתחם עונש של 18 - 48 ח' מאסר, תחילה גזר עליו 3 שנים, לאחר ערעור וטענות לכשל ייצוגי, שב וגזר את דינו ושל מצבו הבריאותי, העמיד את העונש על שנתיים מאסר. בית המשפט המחוזי בנצרת אישר את האמור בגזר הדין (ע"פ 12576-09-19 מיום 14.1.20)

לצד מדיניות הענישה הנוהגת, יש להדגיש, כי בית המשפט העליון פסק, כי מדיניות הענישה הנוהגת, אינה אלא, רק **אחד מהשיקולים** בקביעת מתחם העונש ההולם ו"אין בה משום תחליף הולם להגדרת המתחם עצמו" (ע"פ 4815/13 מדינת ישראל נ' אלעוקבי (2014), שם בפסקה 12; על בית המשפט החובה "...לזהות את מתחם הענישה הראוי לקבוצת מעשים הדומים בנסיבותיהם" (ע"פ 7655/12 פייסל נ' מדינת ישראל (2013), שם, בפסקה 7).

על בית המשפט איפוא לעמוד על מעשי העבירה, מידת האשם שהופגנה, ומכלול שיקולי הענישה הצריכים לעניין, על מנת לקבוע מתחם ההולם את הנסיבות הכוללות, לאירוע זה.

### **נסיבות שקשורות בביצוע העבירה (סעיף 40ט לחוק העונשין):**

**התכנון שקדם לביצוע העבירות** - הנאשם פירסם את דבריו, מתוך תכנון, מחשבה וכוונה מיוחדת, בחשבון הפייסבוק, במספר הזדמנויות שונות, פרסומים, בהם קריאות תמיכה ואהדה למעשי אלימות או טרור, ותמיכה בהתאחדויות בלתי מותרות.

באישום הראשון, פרסם הנאשם, בחשבון הפייסבוק, סרטון, בו הציג את תוכנו של ספר "תורת המלך", וגרס, כי חיבור זה, משקף את מדיניות "הכיבוש הישראלי", לאורך השנים, המתירה את דמם של ילדים פלסטינאים, מדיניות אשר הכריזה, לשיטתו, מלחמת חורמה על הילדות הפלסטינאית, ובה הכריז, כי הבוגרים מתכוונים להקריב למען הילדים, לרבות ישיבה בכלא, לרבות מוות כשהידיים, למען הילדים, תוך שהוא חוזר וקורא, שמסגד אל אקצה, תחת סכנה. פרסום זה, זכה ל-1907 צפיות, 31 שיתופים, 224 סימני חיבוב ו-12 תגובות.

בפרסום נוסף, בחשבון הפייסבוק שלו, קרא הנאשם לציבור המוסלמי, להגיע לבית משפט, הדן בסכסוך קרקעות, כשהוא חותם את שמו, בשם ראש ארגון התנ"ס בפנים הפלסטיני, על אף שזה הוצא כאמור מחוץ לחוק. פרסום זה זכה ל-272 סימני חיבוב, 17 תגובות ו-38 שיתופים.

בפרסום נוסף, שכותרתו "נתניהו והפרנויה", אותו שלח הנאשם למפרסמים שונים, מתוך כוונה שיפורסם ברבים, טען הנאשם, שתנועת התנ"ס, נשאת וצומחת אחרי חסימתה, כפי שהייתה לפני חסימתה, ומעמד הראש שלה (הנאשם), כמו שהיה לפני החסימה, וטען לניצחון "על ירושלים ומסגד אל אקצה המבורכים". בהקשר זה, אחזור ואציין, כי עוד ב-17/11/15 הכריז שר הביטחון על ארגון התנ"ס, כהתאחדות בלתי מותרת, ומיום כניסתו לתוקף של חוק המאבק בטרור, בתאריך 1/11/16, הוכרז ארגון זה כארגון טרור. כך שלמעשה, פרסם הנאשם דברים בזכות ארגון טרור, ואף טען כי הוא עדיין עומד בראשו של ארגון זה.

באישומים השני עד הרביעי, נשא הנאשם נאומים ודרשות, בפני קהל של מאות אנשים.

בפרסום הראשון, מושא האישום השני, בירך הנאשם את ה"מורביטון", וה"מורביטאת", קבוצות של גברים ונשים, הנמצאים במסגד אל אקצה, אשר פעלו להתעמתות עם כוחות הביטחון, כנקבע בהכרעת הדין, תוך שהוא משבח את פעילותם זו, וקורא "ברוח בדם נפדה אותך אל אקצה", ומדגיש, באופן מפורש בדבריו, שהם "אינם מפסיקים לשמור ולהתעמת עם הכיבוש הישראלי".

גם כאן, אני חוזר ומדגיש, את העובדה שה"מורביטון", וה"מורביטאת", הוכרזו ביום 9/10/15 כהתאחדויות בלתי מותרות, ועם היכנסו לתוקף, של חוק המאבק בטרוור, הוכרזו, אף ארגונים אלה, כארגוני טרוור.

זאת ועוד, הנאשם בירך את שלושת המחבלים שנהרגו בהתעמתות בהר הבית, ובכך, כיוון דברי שבח, עידוד ותמיכה, למעשיהם.

באישום השלישי, בו הורשע, מתוארים הדברים שנשא הנאשם בהלוויית שלושת המחבלים. כנקבע בהכרעת הדין, בהלוויה זו, השתתפו אלפי אנשים, ביניהם רעולי פנים, נורו זיקוקים, נשמעו קריאות **"יא שאהיד, הירגע הירגע, אנחנו נמשיך את המאבק"**; **"ברוח בדם נפדה אותך יא אקצה"**; **"ברוח בדם נפדה אותך יא שאהיד"**, **"חייבר חייבר, יה יהוד"** (קריאה המזוהה, היסטורית, עם השמדת שבט יהודי, שחי בחצי האי ערב, ע"י צבא מוחמד, ראו הכרעת הדין). במהלך נשיאת נאמו בהלוויה, שיבח הנאשם את השלושה. הוא הבהיר בנאומו זה, כי יש שני סוגים של אנשים, ואלה שנהרגו, הם נעלים יותר. תיעוד מוסרט של הנאום הזה, הועלה לרשת האינטרנט וזכה ל-275 צפיות ו-3 סימני חיבוב.

באישום הרביעי נשא הנאשם נאום בתפילת יום השישי, באום אל פאחם, בפני קהל של מאות אנשים. בנאום זה, חזר ושיבח הנאשם את ה"מורביטון" וה"מורביטאת", במסגד אל אקצה, תוך שהוא שיבח את המאבק מול הכיבוש הישראלי, וציין, כי הם **"...ממשיכים לעשות ריבאט בפתחי מסגד אל אקצה המבורך, מול הכיבוש הישראלי, עושים ריבאט בלי פחד... ואומרים בקול אחד: ברוח, בדם, נפדה אותך אל אקצה"**.

עוד הוא ציין ושיבח, את גבורתם של אותם "מורביטין" ו"מורביטאת", שגברו לדבריו, על הגאווה של הכיבוש הישראלי, מפנה לשידור הישיר ברשתות התקשורת, ושיבח אותם על שהשתיקו את מה שהוא מכנה "הקולות הפנימיים המכוערים" שיצאו מפייהם של המנהיגים, והפנה לשורה של פוליטיקאים בהנהגת המדינה.

עוד הוא שיבח, את הקורבנות שהקריבו ה"מורביטין" וה"מורביטאת", ואומר: **"עד עכשיו בעזרת האל 8 שאהידים 1100 פצועים מאות עצורים רק אתמול נעצרו 120 מורביטון ונפצעו 110..."**.

תיעוד מוסרט של הנאום הזה, הועלה לרשת האינטרנט וזכה ל-10,097 צפיות, 461 סימני חיבוב, 65 סימני אהבה, 22 סימני עצב, 188 תגובות, ו-42 שיתופים.

אדגיש, כי עיון בתוכן המילולי של הנאומים, אינו מספק לקורא, הבנה מלאה של ההסתה בה הורשע הנאשם. הדברים כפי שהם, משתקפים באופן בלתי אמצעי, ללא כל פרשנות, בסרטונים שהוצגו במהלך שמיעת הראיות, מלמדים על נקיטת לשון חריפה, משלהבת, מתסיסה, תוך הסתמכות כביכול, על מקורות דתיים, על מנת להתסיס את הקהל ולשלהבו, לטעון למדיניות גזענית של שלטונות ישראל, המבוססת, כביכול, על הלכה יהודית ("תורת המלך"), על מנת לחרר שנאה ואיבה על בסיס לאומני, תמיכה בארגון התנ"ס שהינו ארגון טרוור לפי החוק, תמיכה שבח ואהדה למעשה הפיגוע בהר הבית, שבח ואהדה לקבוצות המתעמתות פיזית עם כוחות הביטחון, תוך דברי שבח על המחיר שמשלמים המתעמתים. כל זאת אמר הנאשם, כאשר ברקע הנאומים, המהומות המתחוללות בהר הבית, ההתעמתות עם כוחות

הביטחון, ונפגעי העימות, דבר אשר תרם, לשלהוב היצרים, כעולה ברורות מצפיה בסרטונים.

**חלקו של הנאשם בביצוע העבירות -** הנאשם ביצע את העבירות, באופן בלעדי, תוך שבאחד הפרסומים הוא מכריז על עצמו, ואומר, שהתנועה האיסלאמית שהינה, לפי החוק, ארגון טרור, ממשיכה לחיות ולפעול, כפי שפעלה לפני כן, והוא ממשיך לעמוד בראשה, דהיינו, כראש הארגון.

**הנזק הפוטנציאלי ו/או הממשי -** הנאשם הינו מנהיג דתי רוחני, ודמות ציבורית, רבת השפעה, בעיקר בקרב ציבור המוסלמים בישראל בגדה המערבית ובעזה. הוא מילא שורה של תפקידים ציבוריים, כפי שהוא העיד על עצמו, במהלך שמיעת הראיות. הוא שימש, כאמור, כמנהיג הפלג הצפוני של ארגון התנ"ס שהוכרז בחודש נובמבר 2011 כארגון טרור. הוא הכריז על עצמו כמנהיג התנ"ס, וכמי שעומד בראשו חרף הוצאתו מחוץ לחוק, ובכך הביע תמיכה מפורשת בו. כמנהיג בעל שיעור קומה ציבורי והד ציבורי כזה, להתבטאויותיו אלה, יש משקל ותהודה ציבורית משמעותיים בקרב קהליו.

זאת ועוד, לפי הראיות, הנאשם עודד ותמך במאבק אלים כנגד כוחות הביטחון בהר הבית בחודש יולי 2017, שיבח את המתעמתים, חיזק את ידם, את הקורבנות שהעימות גובה; עוד שיבח הנאשם את 3 המחבלים שביצעו את הפיגוע בהר הבית באותה עת ואת מעשיהם.

דבריו, זכו לחשיפה ואהדה רחבת היקף ברשתות החברתיות, לפי הנתונים העובדתיים המפורטים באישומים בהם הורשע.

הסיכון הטמון בדבריו המסיתים התממש, שעה שאותו צעיר עלאא טוויל, נטל סכין, ופנה לת"א לבצע פיגוע דקירה, כפי שהוא עצמו העיד; זאת ועוד, בצדק, מפנה התובעת להשראה דומה ביחס לפיגוע שהתרחש בחלמיש בליל ה- 21/7/18, בו נרצחו, בדם קר, שלושה בני משפחה. המחבל שביצע את הפיגוע הצהיר, כי ביצע אותו, בשל הסכנה לקדושת מסגד "אל אקצא" - טענה שהוביל הנאשם בכל נאומיו באותה עת שהייתה נפיצה ורוויית מתיחות, שכמוה לא ידעה המדינה.

**הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה -** המניע לביצוע הפרסומים, כפי שעלה משמיעת הראיות, הוא מניע אידאולוגי מובהק, הרואה בשלטון הישראלי רעה חולה שיש להכריתו מן העולם. כך הוא גם תופס כל דבר הנוגע לשלטון, לרבות את התביעה ואת בית המשפט, כפי שעולה ברורות, גם מדבריו טרם מתן גזר הדין, ואפנה בהקשר זה לדברים שאמר הנאשם טרם גזר הדין, ושצוטטו לעיל, המדברים בעד עצמם. מדובר במניע אידאולוגי רב עוצמה, המפעם בנאשם שנים ארוכות, דבר שבכוחו להצביע על המסוכנות העתידית הטמונה בנאשם (אפנה בהקשר זה להרשעותיו בעבירות ביטחוניות, ובעיקר להרשעתו הקודמת בשנת 2014 בעבירות דומות של הסתה לגזענות, אלימות וטרור).

**יכולתו של הנאשם להבין את הפסול במעשיו -** הנאשם הבין היטב מה הוא אומר, ומהי השפעת דבריו על הציבור, בפניו הוא נשא את דבריו. הוא טען במשפט, כי לא אמר דברי הסתה לטרור אלא מחא כנגד השלטון, וכי דבריו סולפו, עוותו, והוצאו מהקשרם. ברם, כפי שנקבע בהכרעת הדין, לא נדרשת התפלפלות ובלשנות בשפה הערבית, כדי להבין, כי תכני דבריו של הנאשם, היו דברי תמיכה והסתה לטרור, ברטוריקה משלהבת, שכל תכליתה לעודד ולשבח מעשים כאלה. ודוק: הנאשם יכול היה, בנקל, בכל עת, לתבל את דבריו, במסר המוקיע אלימות על כל גווניה. אך לא נשמעה במהלך נאומיו, ולו מילה אחת, מפיו הקוראת לכך, או המגנה שימוש באלימות. ההיפך מכך. כך למשל, בהלוויית שלושת המחבלים, נשמע ציבור מתלהם בפניו, וקורא, קריאות אלימות, ללחימה והשמדת יהודים ("חייבר חייבר יא יהוד"). הנאשם כמנהיג רב השפעה, שהיה ער לרגישות האווירה הציבורית אותה עת, לא זו בלבד שלא יצא נגד קריאות מסוג



זה, אלא שהוסיף "דלק למדורה", והמשיך בנאום המחזק את ידי הקהל המשולהב, תמך ושיבח התעמתות והתנגדות אלימה. וגם כאן, רק צפייה בסרטון המתעד את הנאום ממחישה, באופן בלתי אמצעי, את האמור.

**יכולתו של הנאשם להימנע מביצוע העבירה (השליטה שלו על המעשים)** - לא מדובר בהתבטאויות ספונטניות, אלא בנאומים מפורטים, מוכנים מראש ובמשנה סדורה של הנאשם המבטאת את השקפת עולמו. הוא נשא את נאומיו פעם אחר פעם, באופן ייזום, הוא ידע היטב מה הוא עומד לומר, ולמרות זאת, לא נרתע, ופעם אחר פעם, בהזדמנויות שונות, באופן מתוכנן וייזום, חזר ואמר דברי שבח למעשיי טרור ותמיכה בארגון טרור.

### **נסיבות נוספות שיש לקחת בחשבון, לצורך קביעת המתחם (סעיף 40 לחוק העונשין):**

התבטאויותיו ופרסומיו של הנאשם, שהינו כאמור, מנהיג רוחני ודתי, רב השפעה, מקבלים מימד ריאלי חמור במיוחד, נוכח התממשות השפעתם המסוכנת. מעשיו של אותו עלאא טוויל, אשר תכנן לבצע פיגוע דקירה, מוכיחים זאת. מהראיות החד משמעיות, שנשמעו, הוכח, כי אותו עלאא קיבל השראה ו"רוח גבית" מדברי הנאשם. בסמוך לנאום ששמע מפיו של הנאשם, החליט להפוך השראה למציאות, ויצא לבצע פיגוע דקירה בתל אביב. ויודגש, אין זו הסקה או פרשנות של בית המשפט. עלאא אמר את הדברים באופן מפורש בחקירתו במשטרה, כי קיבל השראה עידוד ותמיכה לרצונותיו לבצע פיגוע דקירה, בעקבות דבריו והתבטאויותיו של הנאשם.

כדי לסבר את אוזנו של הקורא, אציין, כי מדובר במי שהחליט באותו יום, להגיע לתל אביב, להצטייד בסכין, וביקש לדקור יהודים. בסופו של דבר, חזר בו, ולא מימש את מעשיו, והסגיר עצמו למשטרה.

הנה כי כן, מילים יכולות להביא לאלימות חמורה עד כדי ניסיון לרצוח חפים מפשע. בהקשר זה, יפים דברים שנאמרו, בבית המשפט המחוזי בירושלים:

**"צעירים לא מעטים מוכנים ליטול את חייהם של אחרים, ואף להקריב את חייהם שלהם, בין היתר, בהשפעתה של היוקרה שלה זוכים מפגעים לאחר מותם. ענישה מכבידה, הכוללת מרכיב של מאסר, לריצוי בפועל, הולמת את חומרתם של פרסומים שכאלה, ובנוסף, יש בה כדי להרתיע אחרים מלהפיץ" (עפ"ג (מחוזי י-ם) 5007-06-17 מדינת ישראל נ' עאמר זידאני).**

### **מתחם העונש ההולם (סעיף 40ג (ב) לחוק העונשין):**

בהינתן טיב הפרסומים ותוכנם, הערכים המוגנים שנפגעו כתוצאה ממעשיו של הנאשם, עוצמת הפגיעה בערכים אלו, מדיניות הענישה הנוהגת לגבי אישי ציבור בסוג זה של עבירות, מידת האשם הגבוהה שהפגין הנאשם, מיהותו של הנאשם כאיש ציבור רב השפעה, הסתברות השפעת דבריו של הנאשם שהביאו לניסיון פיגוע, כפי שהוכח במשפט, ריבוי המעשים והעבירות, נסיבות ביצוע העבירה, והאווירה הנפיצה בה בחר הנאשם להסית ולשבח טרור, אני קובע, כי מתחם העונש ההולם, נע בין 14 ועד 48 חודשי מאסר בפועל, לצד עונשים נלווים.

### **חריגה ממתחם העונש ההולם לקולה או לחומרה (סעיפים 40ד ו-40ה לחוק העונשין):**

אין בפני בית המשפט, תשתית שיקומית המצדיקה חריגה ממתחם העונש ההולם לקולה. הנאשם אף לא מכיר באחריותו

למעשיי העבירה. אשר לחריגה מהמתחם לחומרה, למרות מעשיו החוזרים של הנאשם (ראה הרשעתו הקודמת בעבירות דומות - ת"פ 5425/08 (שלום י-ם)), אין מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם לחומרה. סבורני, כי המתחם שנקבע, מאפשר מתן ביטוי עונשי, לריבוי המעשים, והלימה עונשית ראויה למכלול השיקולים העונשיים, בתוך המתחם.

### **הרתעה אישית והרתעת הרבים (סעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין):**

בשים לב לאופיין של העבירות בהן הורשע הנאשם, נסיבותיהן, תדירותן, סמיכותן, העובדה שמדובר במניע אידאולוגי מובהק לביצוען, הסיכון המוכח לציבור, הנשקף מהן, והסיכוי הממשי שהחמרה בעונשו של הנאשם, יהיה בה כדי להרתיעו, ולהרתיע את דומיו, מביצוע עבירות כאלה, על בית המשפט החובה להתחשב בשיקולים אלה, בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, כמצוות הוראות סעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין.

### **נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (סעיף 140א לחוק העונשין):**

**הפגיעה של העונש בנאשם ובמשפחתו -** אין ספק, כי הטלת עונש מאסר, יש בה פגיעה בנאשם, ובמשפחתו. מדובר בשלילת חירותו של אדם, והדברים משמעותיים יותר, כאשר שלילת חירות זאת, נעשית על רקע עבירות ביטוי. בקביעת העונש בתוך המתחם, יש להתחשב בכך.

**נטילת אחריות של הנאשם וחזרתו למוטב -** לדאבון הלב, הנאשם לא נטל שמץ של אחריות למעשיו ולא הביע חרטה כלשהי. כך למן תחילת המשפט, כך לכל אורכו, וכך גם בסיומו, לאחר הרשעתו, בדבריו לעונש. טענותיו כלפי המדינה, ומשהורשע, גם כלפי בית המשפט, התמקדו במישור הפרשנותי-פולמוסי של פרסומיו ונאומיו, תוך שיגור מסרים אלימים ומתלהמים כלפי מערכות אלה במשפט עצמו ואף עובר לגזר הדין.

כך, בהיבט הפרשני של הפרסומים, טען הנאשם, כי תמיכתו לא הייתה בארגון התנ"ס, כארגון, אלא תמיכה בעקרונות הדתיים העומדים ביסוד הארגון. ביתר פרסומיו, טען, כי דבריו לא היו הסתה או תמיכה במעשים אלימים, או בטרור כנגד כוחות הביטחון. לטענתו, כל שעשה הוא למחות כנגד מעשי השלטון הישראלי, שלתחושתו פגע ואיים על מקום קדוש, ומשום כך, אמר את הדברים שאמר. גם בהלוויית שלושת המחבלים, שביצעו את הפיגוע בהר הבית, טען, כי נשא דברי אשכבה וקידוש הנפטרים, המעוגנים במסורת המוסלמית, ולא דברים בשבח נקיטת אלימות וטרור, או תמיכה בהם (מה גם שלטענתו, לא הוכח שהשלושה ביצעו פיגוע בהר הבית). בדרך המתפלמסת, המתכחשת והממזערת הזו, הסביר הנאשם את כל התבטאויותיו, כאשר לכל אורך המשפט, טען כי מדובר ברדיפה דתית פוליטית אחריו, וכנגד כל האסלאם, והפנה אצבע מאשימה לעבר ההנהגה הישראלית, מערכת התביעה, מערכת המשפט, ואף אמר דברים חריפים ביותר, עובר לגזר הדין, בגנות אותן מערכות.

מכאן ברור, כי הנאשם לא נטל אחריות כלשהי, פניו אינם לשלום. הוא לא הפיק תובנות כלשהן מההליך, לא ערך התבוננות פנימית עצמית, כדי לעמוד על כשלי התנהגותו, ולכן מסוכנותו בעינה עומדת. לכן, חוששני, שלא ניתן לזקוף לזכותו הפנמה, חרטה כלשהי על מעשיו, וקבלה לעתיד לבוא, כשיקול לקולה.

**תרומתו לחברה -** הנאשם כיהן במס' תפקידים ציבוריים, שימש כראש עיריית אום אלפאחם, ובמסגרות הציבורית הלגיטימיות, בהן פעל, תרם לציבור אותו הוא מייצג.

**עברו הפלילי של הנאשם** - הנאשם בעל עבר פלילי לא מבוטל. לחובתו הרשעות רבות קודמות, הכוללות הרשעות בעבירות של חברות בהתאחדות בלתי מותרת, עליהן נדון ל-6 חודשי מאסר; הרשעות בעבירות של מגע עם סוכן חוץ, מתן שירות להתאגדות בלתי חוקית, החזקת חומר אסור, איסור עשיית פעולה ברכוש אסור, עליהן נדון בבית המשפט המחוזי בחיפה, ל-3 וחצי שנות מאסר; הרשעות בתקיפת שוטר, השתתפות בהתפרעות, עליהן נדון ב-2010, ל-5 חודשי מאסר בפועל; הרשעות בעבירות ביטוי שתכליתן פרסום הסתה לגזענות, הסתה לאלימות ולטרור, עליהן נדון ל-9 חודשים, ואף תלוי ועומד נגדו מאסר מותנה של 8 חודשים ברי הפעלה בתיק זה (ראה דיון מפורט בהמשך).

מדובר אם כן, בנאשם בעל עבר פלילי-ביטחוני מכביד, אשר ריצה עונשי מאסר, נדון בעבר על עבירות הסתה דומות, וחזר והורשע כעת בעבירות ביטוי, והפעם, עבירות שתכליתן הסתה ותמיכה בטרור.

יחד עם זאת, יש לזקוף לקולה, את העובדה, שמאז הרשעתו האחרונה בעבירות הסתה לאלימות וגזענות, לא נרשמה לחובתו הרשעה נוספת עד להרשעה נשוא דיוננו.

**חלוקי הזמן מאז ביצוע העבירות** - העבירות בוצעו בשנת 2017 ונוכח מועד הגשת כתב האישום המקורי, ומועד סיום המשפט, לא מצאתי, כי יש נפקות לחלוקי הזמן מאז ביצוען של העבירות, על גזירת העונש.

### **פרטים נוספים לצורך גזירת העונש בתוך המתחם (סעיף 40יב לחוק העונשין):**

הנאשם שהה במעצר בכליאה ממשית מיום 15/8/17 ועד יום 6/7/18 לאחר מכן, שהה במעצר באיזוק אלקטרוני בביתו, במשך כל המשפט עד למועד גזר הדין, כאשר לרשותו "חלון" איזור יומי בן 4 שעות. מדובר בתקופה ארוכה, אשר הוארכה, מעת לעת, ע"י בית המשפט. אמנם, לפי הדין אין מקום לנכות מהמאסר המוטל, את תקופת המעצר באיזוק, אך יש להתחשב בכך, בבואו של בית המשפט לגזור את עונשו של הנאשם, מתוך הבנה כי מדובר בשלילת חירותו של אדם והגבלתה באופן ניכר (ע"פ 6201/18 **טובול ואח' מדינת ישראל ואח'**).

### **העונש המתאים (סעיף 40יד (2) לחוק העונשין):**

מידת האשם שהפגין הנאשם גבוהה למדי. הנסיבות הן חמורות ומעשיי העבירה באירוע רבים וחמורים (3 עבירות של תמיכה בהתאחדות בלתי מותרת, בהתאם לתקנות 85 (1) (ז) + 85 (1) (ו) לתקנות ההגנה (שעת חירום), שהוחלפו בהוראות סעיף 24 (א) (1) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו 2016, שהעונש הקבוע בצד **כל עבירה** הוא 3 שנים; 3 עבירות של הסתה לטרור, בהתאם לסעיף 24 (ב) (2) לחוק המאבק בטרור, כשהעונש הקבוע בצד **כל עבירה** הוא 5 שנים).

הנאשם תמך במופגן בארגון התנ"ס שהינו ארגון טרור שהוצא מחוץ לחוק, ואף טען, כי הוא עדיין עומד בראשו, אך עיקר החומרה נעוץ בדברי ההסתה שנשא.

מדובר בדברים חמורים וחריפים, שנישאו כ"אדי דלק" באווירה "דליקה" במיוחד. ביטוי מוחשי לתבערתם, ולחומרת ההתממשות הסיכון הטמון בהם, נמצא בניסיונו של אותו עלאא טוויל, אשר ביקש לנסות ולהוציא, מן הכח אל הפועל, פיגוע דקירה באזרחים חפים מפשע בתל אביב.

מדובר בנאשם בעל עבר פלילי וביטחוני מכביד, ובמי שהורשע בעברו הלא רחוק, בעבירות הסתה לאלימות ולגזענות, ונדון לעונש מאסר בפועל ועונש מאסר על תנאי. למרות זאת, לא נתן הנאשם רסן ללשונו. הוא לא נרתע מלהשמיע דברים מסיתים, באופן משלהב ומתסיס, באווירה כה מתוחה, כשדמם של הנפגעים עדיין טרי, תוך שימוש ברטוריקה וטאקטיקה המאפיינת את דפוסיי התבטאויותיו פורצי הגבולות.

בהקשר אחרון זה אפנה להרשעתו האחרונה (ת"פ 5425/08) בעבירות דומות - הסתה לגזענות ואלימות, על מנת לעמוד בקצרה, על דפוסי התנהגותו החוזרים, החשובים לצורך קביעת העונש.

באותו עניין, נשא הנאשם דברים מסיתים, תוך שימוש בדימויים גזעניים כלפי יהודים. עוד טען, כי נשקפת סכנה כביכול למסגד "אל אקצה", והכל בתקופה מתוחה וטעונה, כמו זו המפורטת בהכרעת הדין הנוכחית.

עוד יצוין, כי גם אז התפלפל הנאשם, וטען כי דבריו לא הובנו, הפרשנות שנעשתה לדבריו לקויה, והרבה לתת פרשנויות ממצערות משלו לדבריו, תוך ניסיון לגמד את חומרתם. ברם, הוא הורשע בכל הערכאות.

לא זו אף זו, בערעור שהגיש הנאשם, בעניין הרשעתו ועונשו לבית המשפט העליון (רע"פ 7669/15), דן בית המשפט העליון, ברטוריקה ובדימויים המסיתים, בהם עשה הנאשם שימוש, וכך ציין כב' המשנה לנשיאה השופט א' רובינשטיין (ההדגשות בציטוטים שלי - ש.ב.):

**"המבקש הוא דמות מוכרת בעולם הערבי בישראל, הוא מראשי המנהיגים הדתיים של המוסלמים בישראל, עמד לדין בגין עבירות ביטחוניות ופגיעות בכוחות הביטחון, וריצה עונשי מאסר בשל אלה. דבריו נישאו בפני קהל רב, זועם ונסער, סמוך להר הבית, כאמור. ניכר שהדרשה הייתה סדורה ומתוכננת, ושהאווירה הציבורית הייתה נפיצה, לנוכח טענה לפגיעה במסגד "אל אקצה" אין צורך בהתפלפלויות כדי לתהות על קנקנם של הדברים. יותר מזאת, מובן שלא ניתן להתבונן על שנאמר במנותק, מן ההקשר הרחב - הסכסוך הישראלי-פלסטינאי בכלל, והסכסוך על הר הבית בפרט. כפי שהטיבה לציין המשיבה, בחירתו של המבקש, לאזכר בסיטואציה טעונה זו, את אחד מן הסמלים המובהקים ביותר לשנאת היהודים, ולכרוך אותו בצוותא חדא עם הקריאה להגן על מסגד "אל אקצה" מוליכה למסקנה הבלתי נמנעת, שתכלית דבריו הייתה להסית לגזענות. הקשבתי בקשב רב לדברי הסניגור המלומד, שבפרשנותו ניסה להציג את הסיפור במחוזות אחרים, ואולם, לצערי, התבוננות נוכחה על הדברים, שנאמרו בצירוף למכלול, אינה תומכת בניסיון זה..." (שם, בפסקה כ"ז).**

עמיתתו של כב' השופט א. רובינשטיין למותב, כב' השופטת ע. ברון, הוסיפה את הדברים הבאים בחוות דעתה:

**"בכל הנוגע לדרשתו של ראיד סלאח, שעיקרי דבריו צוטטו על ידי חברי המשנה לנשיאה א. רובינשטיין, דעתי היא, שאין כל קושי, לשרטט את קו הגבול, שבין דברים החוסים תחת הגנתו של עיקרון חופש הביטוי, לבין אמירות שיש בהן קריאה לגזענות, לאלימות ואף לטרור, המהוות סכנה ממשית לשלום הציבור, ועל כן הן אסורות. מילותיו של הדובר צועקות. הנאום הוא טעון ומתסיס, הוא נישא בימים של מתיחות, ואווירה מתלהמת, כתוצאה מאיסור על תפילות במסגד אל אקצה, והדובר קורא באופן מפורש, לפעולה אלימה נגד מדינת ישראל והעם היהודי...הדרשה שהשמיע הייתה מתלהמת, רבויה בגינוי שנאה כלפי ישראל והעם היהודי, שהמסר הברור שלה, הוא שיש לסלקם מירושלים וממסגד אל אקצה. בנאום חזר ראיד סלאח והציג את מדינת ישראל כמי שמנהלת קרב עקוב מדם נגד העם הפלסטיני על ירושלים הקדושה ועל מסגד אל אקצה. נעשה בדרשה שימוש חוזר במילים דם ושאהידים ובין היתר האשים ראיד סאלח את הממסד הישראלי**

**בכך שהוא מבקש לבנות את בית המקדש בירושלים...ראיד סלאח הדגיש בדבריו שוב ושוב, כי הקרב על ירושלים הוא קרב מדמם, שעודנו נמשך...** (שם, בפסקאות 1 ו-2 לחוות דעתה של כב' השופטת ע. ברון).

דבריו המסיתים של הנאשם נאמרו ב- 2007, ודברי בית המשפט העליון נאמרו בפסק דין שניתן בערעור ב- 2016 והדברים נאמרו ביחס לעבירה של הסתה לגזענות ולאלימות, אך דומה, כי לא נס ליחס, וכאילו הזמן עמד מלכת, השוואתם לחלק מהנאומים נשוא הכרעת הדין, מלמד, על הדימיון הרעיוני לנדוננו. מכל מקום, במהותם, הם יפים גם למקרה של הסתה לטרור, כפי שציינה כב' השופטת ע. ברון, בציטוט המובא לעיל מדבריה באותו ענין.

כיום, מדובר ב"עליית מדרגה". בנדוננו, הנאשם שיבח תמך והסית לטרור, ולא "רק" לגזענות ואלימות, כמו במקרה הקודם בו הורשע. דפוס התנהגותו, אז והיום, זהה. הרטוריקה והטקטיקה, המשלהבים לא השתנו. כמו אז, גם כיום, ישנו שימוש, במוטיב הסכנה למסגד "אל אקצה" כדי להצית את המון המאמינים, בטענה כי המקום הקדוש נתון כביכול בסכנה.

כמו אז גם היום, עושה הנאשם שימוש, כביכול, במקורות הלכתיים יהודיים ומוסלמים, לביסוס טענותיו, על מנת לשוות להם מימד תקף ואותנטי באוזני שומעיו, ומי יחלוק על דברים הנאמרים, לכאורה, מפי הגבורה. כמו אז, גם היום, טוען הנאשם לסילוף דבריו, לפרשנות לקויה, תוך נקיטת קו טיעון מתפלפל ומתפלמס, ולא מכיר בחומרת מוצא פיו, באווירה נפיצה במיוחד.

התוכן המסיתי, על המניע האידאולוגי ברקע המחלוקות המוכרות, נותר בעינו כשהיה, וגם כעת, על אף הניסיון לשוות לדברים, אופי מחאתי חריף, שתכליתו שמירה על זכויותיו של הציבור המוסלמי בהר הבית, הראיות שנשמעו לימדו על מציאות קוטבית לחלוטין.

הדברים נאמרו, באופן מסיתי, תוך אהדה ושבח למעשה טרור שאירע (הפיגוע בהר הבית), תוך שימוש ברטוריקה מלבה, מחרחרת ריב, שנאה, ומדון, שבכוחה לעודד שפיכות דמים. דברים שבינם לבין מחאה חריפה, המצויה בגדריו של חופש הביטוי, אין דבר וחצי דבר.

וידגש, לא מדובר בדברים מסיתים "בלבד", אלא, שבמקרה זה, החשש עליו הצביע המחוקק בהוראות חוק המאבק בטרור, מפני קיומה של אפשרות ממשית, שהדברים יהדהדו באוזני השומע ויובילו אותו, להפוך מילים למציאות עובדתית, התממש. הוכח, כי אותו עלא טוויל, הושפע מדברי הנאשם, וגמר אומר בליבו, לקום ולעשות מעשה. הוא שם פעמיו לעיר תל אביב לבצע פיגוע דקירה, ורק בדרך נס, חזר בו ונעצר. ואין פלא, עסקינן בביטויים מסיתים, והסתה היא הסתה, היא הסתה, למילים יש עוצמה, הם יכולים להסית לאלימות, לגזענות, ולטרור, הם יכולים להרוג.

השימוש הרטורי שעשה הנאשם בנאומיו במילים "דם", "פדיון מסגד" "אל אקצה" מפני שלטונות ישראל "ברוח ובדם", עידוד העימות, הפיגוע, דברי השבח לנפגעים, הברכה על מנין הנפגעים והמתים, תוך ציון מנינים, ועוד, כמפורט בהרחבה בהכרעת הדין - הם דברים מסיתים, הטומנים בליבותיהם של השומעים אותם, זרעי פורענות, שסופה מי ישרנו.

זהו דפוס פעולה וביטוי, המאפיין את הנאשם לאורך שנים רבות, כמוכח מהמקרה הקודם בהשוואה למקרה הנוכחי. השנים שחלפו מהרשעתו הקודמת, לא הקהו את מסוכנתו, ההיפך מכך. דפוס פעולה זה הסלים עם חלוף השנים, ולכן מצביע הדבר על החומרה היתרה שבמעשיו והמסוכנות האינהרנטית הטמונה בו.

עוד יש לתת את הדעת בקביעת העונש המתאים למיהותו של הנאשם. כפי שכבר צוין, מדובר במנהיג בעל השפעה,

מנהיג דתי רוחני פוליטי, שלדבריו ועמדותיו, השפעה רבה בציבור הערבי מוסלמי. מעידים על כך נאומיו ופרסומיו שזכו לחשיפה רבה מאוד בציבור, הן אלה שנכחו פיזית בנאומים, והן אלה שצפו בדברים באמצעות פרסום הדברים ברשתות החברתיות.

אשר לעיתוי הדברים שנאמר על ידו, כאמור הדברים נאמרו בצוק העיתים ובלהט הרוחות, באווירה נפיצה במיוחד, על רקע המהומות והפיגוע בהר הבית. במקרה בו מדובר באיש ציבור בעל שיעור קומה, כמו זה של הנאשם, אומר דברים מסיתים חמורים, ודבריו זוכים לחשיפה ציבורית כה רחבה, טמון בכך פוטנציאל גבוה לטרור ולאלימות.

בנסיבות כאלה, הפסיקה קבעה, כי יש להחמיר בעונשם, של אישי ציבור מעבר למסיתים שאינם אנשי ציבור:

בעפ"ג 7773-11-16 מ"י נ' אבו סארא, איש דת שנאם נאום אחד במסגד בפני מאה איש בלבד, הסית לאלימות וגזענות ונדון ל- 14 ח' מאסר;

ת"פ 12629-11-10 מ"י נ' אבו סלים, אימאם מסגד בנצרת, שהורשע בעבירות דומות, בהיקף נמוך מהעבירות בהן הורשע הנאשם, ונדון ל- 2 שנות מאסר; יצוין כי בית המשפט קבע שם מתחם עונש של 18 - 48 ח' מאסר, תחילה גזר עליו 3 שנים, לאחר ערעור וטענות לכשל ייצוגי, שב וגזר את דינו ושל מצבו הבריאותי, העמיד את העונש על שנתיים מאסר.

בית המשפט המחוזי בנצרת אישר את העונש (ע"פ 12576-09-19 מיום 14.1.20) עמד על חומרת הפרסומים, תדירותן, היותם סדורים ומתוכננים, אשר "לימדו על קו מחשבה והדרך הארוכה והעקלקלה בה פסע המערער..." (שם, בפסקה 25). עוד ציין בית המשפט המחוזי בנצרת, את החומרה היתרה שיש במי שהוא איש ציבור המבצע עבירות הסתה והשפעתו על הקהל רבה ומצדיקה חומרה, ולמרות מצבו הרפואי והעדר עבר פלילי, אושר כאמור עונש של 24 ח' מאסר בפועל.

עוד אציין, את מקרהו של הנאשם עצמו, שנדון ברע"פ 7669/15 בבית המשפט העליון, שם בגין מקרה בודד של הסתה לגזענות ואלימות, ואחרי תשע שנים מהאירוע, מצא בית המשפט העליון להעמיד את העונש על 9 ח' מאסר בפועל במקום 11 ח'. כן אפנה, לדבריו של כב' השופט רובינשטיין, בדבר ההבחנה העונשית שיש לעשות, בין בעלי השפעה ומנהיגים רוחניים ודתיים, לבין אנשים פרטיים (שם, פסקה לט').

לפיכך, לאור כל האמור, יש צורך לקבוע עונש שתהיה בו הלימה למכלול דברים זה, עפ"י עקרון ההלימה המנחה בענישה. בנוסף, יש לתת ביטוי בעונש להרתעת היחיד והרבים, כדי להרתיע אישית את הנאשם החוזר על מעשה דומה באווירה טעונה, ולהרתעת דומיו, נוכח הסיכון הרב לציבור ממעשים דומים, לבל ישנו.

לצד דברים אלה, יש לתת ביטוי, בקביעת העונש בתוך המתחם לשיקולים המקלים שפורטו לעיל, שהעיקרי שבהם הוא חלוף הזמן מאז הרשעתו הקודמת של הנאשם ועד לביצוע העבירות הנדונות, ויצוין, כי לולא שיקול זה, מן הראוי היה לקבוע את עונשו של הנאשם בחלק העליון של המתחם.

בהינתן מכלול שיקולים אלה, על העונש להיות עונש מאסר בפועל הולם מרתיע וממשי.

**הפעלת המאסר המותנה התלוי ועומד כנגד הנאשם:**

הנאשם הורשע ביום 26/3/15 בבית משפט השלום בירושלים (ת"פ 5425/08) בעבירות של הסתה לאלימות וגזענות. בית המשפט השלום גזר עליו, 11 חודשי מאסר בפועל, 8 חודשי מאסר על תנאי, שלא יעבור בתוך 3 שנים ממתן גזר הדין, את העבירות בהן הורשע.

מאסר על תנאי זה, הוא מושא הפלוגתא בין הצדדים.

התביעה טוענת, כי המאסר תקף ובר הפעלה, ואילו ההגנה טוענת, כי הוא לא חל מהטעמים שפירטה בפרוט' הטיעונים לעונש.

אפרט את סדר השתלשלות העניינים, כדי לסבר את האוזן ולדון ולהכריע בסוגיה:

ביום 7/11/13 הרשיע בית משפט השלום בירושלים את הנאשם בעבירה של הסתה לאלימות וזיכה אותו מעבירה של הסתה לגזענות.

ביום 4/3/14 גזר בית משפט השלום על הנאשם 8 חודשי מאסר בפועל ו- 8 חודשי מאסר על תנאי החלים על עבירה של הסתה לאלימות.

שני הצדדים ערערו על פסק הדין.

ביום 10/11/14 קיבל בית המשפט המחוזי את ערעור המדינה על זיכוי הנאשם מעבירת הסתה לגזענות ודחה את ערעור הנאשם על הרשעתו. בית המשפט המחוזי החזיר את הדין לביהמ"ש השלום **"כדי שיגזור את דינו של הנאשם על שתי העבירות בהן הורשע לפי פסק דין זה"**.

ביום 26/3/15 גזר בית משפט השלום את עונשו של הנאשם בשתי העבירות שיוחסו לו מלכתחילה - הסתה לגזענות, והסתה לאלימות או לטרור, בהתאם להנחיותיו של ביהמ"ש המחוזי. ביהמ"ש השלום הטיל עליו 11 חודשי מאסר בפועל, ו- 8 חודשי מאסר על תנאי "על העבירות בהן הורשע".

גם הפעם, ערערו שני הצדדים על גזר הדין. המדינה על קולת העונש והנאשם על חומרתו. בית המשפט המחוזי דחה את שני הערעורים, והותיר את העונש על כנו.

הנאשם ערער לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון עמד על חומרת המעשים, וקבע כי: **"נוכח העובדה שבתשע השנים שחלפו מן האירוע לא עבר המבקש עבירות נוספות דומות, ונוכח מדיניות הענישה שנהגה אותה עת...עונשו...יעמוד על 9 חודשי מאסר בפועל"** (רע"פ 7669/15).

נמצא כי, בחלוף 9 שנים מאז ביצוע העבירות, מצא ביהמ"ש העליון להפחית 2 חודשי מאסר מעונש המאסר, ללא התערבות במאסר על תנאי.

ההגנה גורסת, כי המאסר על תנאי לא חל משני טעמים עיקריים: ראשית, המאסר הוטל על עבירת הסתה לאלימות ולגזענות, ולא על העבירות בהן הורשע הנאשם. שנית, מאז הטיל ביהמ"ש השלום את המאסר המותנה, לא עוכב ביצועו, ונוכח מנין הימים מאז ניתן, אותו יש למנות, מאז ניתן לראשונה, חלף המועד, ולכן התנאי אינו תקף.

חוששני שאין בידי לקבל טענות אלה.

תכלית המאסר המותנה הינה הרתעתית למנוע מהעבריין לשוב לסורו ולעבור עבירות נוספות בעתיד, תוך מתן הזדמנות לעבריין לעלות על דרך הישר, כשידע שיש עין צופיה, תחת מיצוי הדין עימו (פרופ' א. אנקר, **מאסר על תנאי**, התשמ"א, פרק ראשון). מעבר לתכלית הרעיונית העומדת ביסוד המאסר המותנה, קיימת תכלית מהותית-עניינית. נפסק, כי **"עיקר הוא לא בקריאת החוק ה'יבש' ואין להסתפק אך בזיהוי נורמטיבי של הרכיבים היוצרים את העבירה השניה; עיקר הוא במהות - בהתנהגותו של הנאשם בעבירה השניה ובשאלה אם התנהגות זו מקיימת את רכיבי עבירת התנאי...עיקר הוא במעשה ולא בשם המעשה, בהתנהגות האסיר, ולא בכינוייה, בתוך ולא בקליפה"** (בג"צ 3315/04 **שיטרית נ' בית המשפט המחוזי בירושלים** פ"ד ס (2) 413, 426; וראו גם: ע"פ 49/80 **מסילתי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד (3) 808, 811; ע"פ 1867/00 **מדינת ישראל נ' גוטמן**, פ"ד נד (3) 145, 150; ע"פ 6420/10 **סלסנר נ' מדינת ישראל** (2011)).

אשר לטענה הראשונה, בפסק הדין מושא המאסר על תנאי, הורשע הנאשם, בסופו של דבר, בשתי עבירות: הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב (א) לחוק העונשין; הסתה לאלימות לפי סעיף 2ד144 (א) לחוק העונשין. המאסר על תנאי, חל "על העבירות בהן הורשע" הנאשם.

עבירת ההסתה לאלימות קבועה בסעיף 2ד144 הקובע כך:

**"המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה - פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות, דינו - מאסר חמש שנים.**

**בסעיף זה, "מעשה אלימות" - עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה...".**

השוואת יסודות עבירת ההסתה לטרור ותמיכה בו, בה הורשע הנאשם בתיק זה (סעיף 24 (ב) (2) לחוק המאבק בטרור), ליסודות עבירת ההסתה לאלימות מושא המאסר על תנאי (סעיף 2ד144 (א) לחוק העונשין), מלמדת, כי יסודותיה העובדתיים של העבירה בה הורשע הנאשם בתיק הנוכחי, מכילים את יסודותיה העובדתיים של עבירת התנאי. בעבירה לפי סעיף 2ד144 לחוק העונשין, מושא התנאי, נדרש יסוד התנהגותי של פרסום, שבח אהדה ותמיכה במעשה אלימות. ו"מעשה אלימות" מוגדר, בין היתר, כעבירה **"המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה"**.

בעבירה לפי סעיף 24 (ב) (2) לחוק המאבק בטרור בה הורשע הנאשם, נדרש יסוד התנהגותי דומה, הכולל את רכיב פרסום, תמיכה, אהדה במעשה טרור. קשת המעשים הכוללים **"מעשה טרור"** רחבה, ועל פי הגדרת מונח זה, היא לוכדת ברשתה רכיב התנהגותי של **"מעשים המעמידים אדם בסכנת מוות או חבלה חמורה"** (שבסעיף 2ד144 לחוק העונשין). שכן, הגדרת **"מעשה טרור"** בחוק המאבק בטרור, כוללת בתוכה מעשה **"... (ש)היה (בו) אחד מאלה: (א) פגיעה חמורה בגופו של אדם..."** (סעיף "ההגדרות" - ס' 2 (א) (3) לחוק המאבק בטרור). ופשוט הדבר, שכן, דעת לנבון נקל ש"מעשה טרור" הינו הצד הקיצון העליון ביותר של מעשה אלימות, כך שקיים גרעין התנהגותי זהה בשתי העבירות (וראו גם: י. הלוי; א. לדרמן, **עיקרים באחריות פלילית**, (תשמ"א) פרק ג', עמ' 830).

זאת ועוד, שני האיסורים ההתנהגותיים - זה הקבוע בעבירה מושא התנאי (הסתה לאלימות), וזה הקבוע בעבירה מושא דיונו (הסתה ותמיכה בטרור) - יונקים מאותו מקור ומאותה תכלית חקיקתית - הכוונה התנהגותית לצורך שמירה על



ביטחון הציבור שלומו וחייו. הערכים המוגנים החוסים הן בעבירת ההסתה לאלמוות והן בעבירת ההסתה לטרור, הם זהים - ביטחון הציבור ושלומו ממעשים שיכולים לסכן חיים ושלמות הגוף.

לכן, משישנה חפיפה עובדתית בין המעשים ואף חפיפה תכליתית ביסוד האיסורים הפליליים הללו, ומשהערך המוגן החוסה בעבירה מושא המאסר על תנאי, חופף אף הוא לערך המוגן בעבירות בהן הורשע הנאשם - המאסר על תנאי חל ותקף להפעלה בגין המעשים בהם הורשע הנאשם.

אשר לטענה השנייה ולמחלוקת הנוגעת למועד מנין תקופת התנאי.

סעיף 52 (ג) לחוק העונשין קובע:

**"תקופת התנאי תתחיל ביום מתן גזר הדין ואם הנידון נושא אותו זמן עונש מאסר - ביום שחרורו מן המאסר; אולם תקופה שאסיר נמצא בה מחוץ לבית הסוהר בשל שחרור בערובה מכח סימן ב' בפרק ג' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, בשל חופשה מיוחדת או מכח סימן ב1 לפרק ו', יראו אותה כתקופת תנאי מצטברת לתקופת התנאי שקבע בית המשפט; והכל כשבית המשפט לא הורה אחרת".**

כפי שצוין, בית המשפט השלום זיכה את הנאשם מעבירה אחת והרשיעו בשניה, וביום 4/3/14 ל - 8 חודשי מאסר בפועל, ו- 8 חודשי מאסר על תנאי, בגין העבירה בה הרשיעו.

אלא שהצדדים ערערו על פסק הדין. ערעור המדינה התקבל וערעור הנאשם נדחה.

לפי הוראות סעיף 213 (1) לחסד"פ לערכאת ערעור הסמכות:

**"לקבל את הערעור, כולו או מקצתו, ולשנות את פסק הדין של הערכאה הקודמת או לבטלו וליתן אחר במקומו, או להחזיר את המשפט עם הוראות לערכאה הקודמת" (סעיף 213 (1) לחסד"פ).**

בית משפט המחוזי שינה את פסק דינו של בית המשפט השלום. הוא הוסיף הרשעה בעבירה נוספת, והחזיר את "הגלגל אחורה", עם הוראות לביהמ"ש השלום, לדון מחדש, "כדי שיגזור את דינו של הנאשם על שתי העבירות בהן הורשע לפי פסק דין זה" (הדגשה שלי - ש.ב, ראו סייפת פס"ד של ביהמ"ש המחוזי (ע"פ 14-04-31172).

לפיכך, ביום 26/3/15 גזר בית המשפט השלום, שוב, את עונשו של הנאשם. עונש המאסר של - 8 חודשים נגזר כמו "בסיבוב הראשון", אך עונש המאסר בפועל הועמד "בסיבוב השני" על - 11 חודשים.

מעמדת המדינה עולה, כי עונש המאסר עוכב לצורך הערעור, לכן לא ברור על מה מסתמכת ההגנה בטיעון עובדתי זה. מכל מקום, אין לכך נפקות, הואיל וביהמ"ש המחוזי, ביטל, את גזר הדין "הראשון", הלכה ולמעשה, והורה לביהמ"ש השלום לגזור את דינו של הנאשם בשנית "על שתי העבירות", כמצוטט, מהחלטתו.

לכן, ובהתאם להוראות סעיף 52 (ג) לחוק העונשין, מניין תקופת התנאי (3 שנים), חל מיום 26/3/15, והואיל ומעשיי העבירה המפעילים את התנאי, באישומים 2 עד 4, הם מעשים מחודש יולי 2017 - לא פג תוקפו של המאסר על תנאי, כנטען.

טוענת ההגנה, כי הואיל וגזר הדין "בסיבוב השני" נושא כותרת "גזר דין משלים", ובשל תוכנו אשר התייחס לגזר הדין הקודם, המסקנה היא, שהוא משלים את גזר הדין "המקורי", שניתן "בסיבוב הראשון", ואם מדובר בהשלמת המקור, יש למדוד את מירוח תקופת התנאי, מיום גזר הדין המקורי ולא מיום ההשלמה.

חוששני שאין בידי לקבל זאת. הכרעת הדין וגזר הדין, הן שתי יחידות עונשיות המרכיבות את "השלם", היינו, את עונש המאסר הכולל שהטיל עליו בית המשפט (רע"פ 5798/00 ריזי נ' **מדינת ישראל** (2001); ע"פ 7510/00 **במנוקלר נ' מדינת ישראל**).

משמעות הדבר, ש"בסיבוב הראשון" הטיל ביהמ"ש השלום על הנאשם 16 ח' מאסר מהם 8' בפועל והיתרה על תנאי. כפי שהוטעם, ביהמ"ש המחוזי, ביטל את גזר הדין הזה, תיקן את הכרעת הדין, ע"י הוספת הרשעה בעבירה נוספת, והורה לגזור את הדין ביחס לשתי העבירות. בהתאם, נתן ביהמ"ש השלום גזר דין "חדש" מתוקן. מכיוון ש"בסיבוב הראשון" כבר פסק לגבי העונש ביחס לעבירת ההסתה לאליו, וכעת התווספה לו עבירת ההסתה לגזענות, ראתה שופטת השלום הנכבדה עצמה, משלימה את גזר הדין המקורי שניתן על ידה. אך כותרתו של גזר הדין, אינה משנה את מהותו, אין בכוחה לתת חיות לגזר הדין הראשון שבוטל ו/או להביא לפיצולו לשני גזר דין, כגרסת ההגנה.

זאת ועוד, גם כאשר מתקן בית המשפט פסק דין או החלטה, התיקון הופך את מועד התיקון, למועד בו יצאה תחת ידי של בית המשפט החלטה הסופית, אפנה בהקשר זה להוראת סעיף 81 (ג) לחוק בתי המשפט, הקובעת, כי תיקון של פסק דין "מותח" את מניין ימי הערעור עליו, כך "(ש)יראו, לענין ערעור, את מועד החלטת התיקון כמועד מתן פסק הדין או החלטה האחרת". לכן, אם **תיקון** של פסק דין "מותח" מועד פרוצדורלי, ברי, כי מתן גזר דין **מחודש** לפי הנחיית ערכאת ערעור, ובו קבועה תקופת איסור התנהגותי (מאסר על תנאי) שהוא לב ליבו של ההליך, מנין תקופה זו מתחילה עם גזר הדין המחודש, ולא לפי גזר הדין שבוטל.

קבלת עמדת ההגנה לפיה יש למנות את תקופת התנאי ממועד גזר הדין "בסיבוב הראשון" מובילה למצב אבסורדי המפצלת את גזר הדין לשני חלקים, ולשני מועדים, כמומחש עם מניין מועד הערעור עליו.

לכן, לעמדת, מועד גזר הדין "בסיבוב השני" הוא המועד ממנו מתחילה תקופת התנאי.

אשר להפעלת התנאי, סעיף 55 לחוק העונשין קובע, כי מי שנידון למאסר על תנאי, והורשע בעבירה נוספת, על בית המשפט להפעיל את התנאי. רק מקום בו הורשע נאשם בשל עבירה נוספת שחל עליה התנאי, אך לא הוטל עליו מאסר בגינה, רשאי בית המשפט, לפי סעיף 56 לחוק העונשין, לצוות, מטעמים שיירשמו, להורות על חידוש או הארכת התנאי, אם שוכנע שבנסיבות העניין לא יהיה זה צודק לעשות כן.

בנדוננו, הנאשם הורשע באישומים 2 עד 4 בשלוש "עבירות נוספות", ונוכח מכלול הטעמים שפורטו לעיל, מתחייבת הפעלת המאסר המותנה ואין מקום ובסיס להאריכו.

אשר לצבירת המאסר לעונש המאסר המוטל, לפי הוראות סעיף 58 לחוק העונשין, מי שנידון למאסר והופעל נגדו מאסר על תנאי, ישא בתקופת המאסר בזו אחר זו, אלא אם מצא בית המשפט "מטעמים שיירשמו", ששתי התקופות, כולן או חלקן, יהיו חופפות.

מכלול הנסיבות שפורטו לעיל, מלמד על ההלימה העונשית המרתיעה הראויה בנסיבות דנן. יחד עם זאת, העונש חייב להיות מידתי, תוך שנלקחת בחשבון, כל נסיבה לקולה לטובת הנאשם.

בעניין זה, בשים לב לכך, שהמאסר המותנה המופעל כנגד הנאשם, מקורו במעשים ישנים יותר, ובעיקר בשל העובדה, שבכל פרק הזמן מאז גזר הדין הקודם, לא הסתבך הנאשם בעבירות דומות, נמצא לנכון, להפעיל את המאסר המותנה, חציו בחופף וחציו במצטבר, לעונש המוטל, על מנת לשקף הלימה עונשית מידתית וראוייה.

### **אשר על כן, אני גוזר על הנאשם את העונשים הבאים:**

24 חודשי מאסר בפועל.

מופעל מאסר על תנאי של 8 חודשי מאסר מת"פ 5425/08 (ביהמ"ש שלום ירושלים; מיום 26/3/15).

**סה"כ ירצה הנאשם - 28 (עשרים ושמונה) חודשי מאסר בפועל בניכוי התקופה בה היה במעצר מ- 15/8/2017 ועד 6/7/2018.**

12 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים משחרורו והתנאי הוא שהנאשם לא יעבור עבירה מהעבירות בהן הורשע בתיק זה ו/או עבירות הסתה לגזענות או אלימות ו/או עבירת אלימות מסוג פשע.

### **זכות ערעור תוך 45 יום לבית המשפט המחוזי.**

ניתן היום, ט"ו שבט תש"פ, 10 פברואר 2020, במעמד הצדדים.