

תאריך: 18/2/16

בית המשפט הצבאי לערעורים

תיק מס': 3111/15

בפני כב' השופט: סא"ל רונן עצמון

המערער: עבד אללטיף נואף עבד אללטיף אלמחטאר, ת"ז XXXXXXXXXX  
(באמצעות ב"כ עו"ד עסאם מראר)

נגד

המשיבה: התביעה הצבאית  
(באמצעות ב"כ סרן נתנאל יעקב-חי)

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני כב' השופט רס"ן חיים בלילטי)  
בתיק מס' 8098/14 מיום 28/10/15  
(הערעור נדחה)

תאריך הישיבה: 08 בדצמבר 2015, כ"ו בכסלו התשע"ו.

כתבי עת:

[חמי בן נון, "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות", שערי משפט, כרך ה \(תש"ע\) 177](#)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 40, 140](#)

[תקנות ההגנה \(שעת-חירום\), 1945: סע' 84, 85](#)

[צו בדבר הוראות ביטחון \[נוסח משולב\] \(יהודה והשומרון\) \(מס' 1651\), תש"ע-2009: סע' 10, 10\(ה\), 86, 237, 238](#)

[פקודת הראיות \[נוסח חדש\], תשל"א-1971: סע' 12](#)

**פסק דין**

הרקע

ההגנה מערערת על הכרעת הדין ועל גזר הדין בתיק זה, בטענה, שהמערער לא היה חבר בהתאחדות בלתי מותרת, ומכל מקום העונש שנגזר עליו חמור מדי, לאור העובדה שהוא כלל לא היה קרוב לפגוע בביטחון האזור.

### **ההליך בערכאה הראשונה**

כתב האישום שהוגש נגד המערער כלל שלוש עבירות: חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת, אימונים צבאיים ומגע עם ארגון עוין מחוץ לגבולות האזור, ומגע עם האויב.

לפי כתב האישום, המערער יצא מן האזור ללמוד רפואה בגרמניה. בראשית שנת 2014, במהלך השנה הרביעית ללימודיו, נסע דרך טורקיה לסוריה, כדי לטפל בפצועים מאזורי הלחימה שם. כשהגיע המערער לסוריה יצר קשר עם אדם אחר, מאלק עמאש (להלן - מאלק), ובהנחייתו הגיע לאזור חמרא, שם טיפל בפצועים מן הלחימה. לאחר מכן מילא המערער טפסים לצורך קבלתו לארגון "גי'בהת אלנוצרה".

ביחד עם מאלק עבר המערער במסגרת ארגון זה אימונים צבאיים שונים, לרבות ירי ברובה, שימוש בסכין, וקרב מגע. לאחר כשבועיים החל המערער להתאמן ב"צבא מחמד", המכשיר זרים לקראת לחימה עבור הארגון. הוא עבר אימוני כושר, ואף שינה את שמו ל"לית' אלשאמי", כפי שהוצע לו על ידי פעילי הארגון.

לפי כתב האישום, במהלך האימונים נאמר למערער כי מטרת הלחימה כעת היא סוריה, אך בהמשך יפעלו באזור ובשטחי ישראל.

לאחר מכן חזר המערער לעבודתו בבית החולים, וכעבור מספר חודשים שב - דרך סוריה - לאזור.

בבית המשפט קמא נשמעו עדים, הוגשו אמרותיו של המערער מחקירותיו בשב"כ ובמשטרה, הוגשה חוות דעת מומחה מטעם השב"כ והמומחה נחקר עליה בידי הצדדים, המערער העיד להגנתו, ובית המשפט כתב הכרעת דין מפורטת.

### **הכרעת הדין**

בהכרעת הדין תיאר כב' השופט בלילטי את תוכן עדותו של כל אחד מן העדים, סקר את סיכומי הצדדים וכתב את ממצאי המהימנות והמסקנות שהסיק מן הראיות.

השופט הנכבד מצא את עדויותיהם של חוקרי השב"כ והמשטרה - מהימנות; הוא הסיק כי החקירה התנהלה כראוי וכי המערער מסר אמרות חופשיות ומרצון; הוא נתן משקל נמוך לעדותו המכחישה של המערער ומשקל גבוה להודאותיו במסגרת החקירה, ולכן ראה לנכון לדרוש תוספת ראייתית בעלת משקל "רגיל", ולא תוספת מוגברת או יוצאת דופן; השופט קבע כי להודאות יש תוספות ראייתיות מספקות: תוספת משמעותית מצא בית המשפט בעדות אביו של מאלק, לפיה המערער התקשר עמו בחשבון פייסבוק של ארגון ג'י'בהת אל נוצרה. המערער הודה כי השתמש בחשבון זה, אך מחק אותו מחשש שיאפשר להתחקות אחר צעדיו. עוד מסר אביו של מאלק, כי

ביקר את המערער בגרמניה, והוא הראה לו את חפציו של בנו, שהיה באותה עת בסוריה. השופט קמא הקפיד להבחין בין דברים שמסר האב מידיעה אישית לבין דברים שהיו בגדר עדות שמיעה. לבית המשפט הוצגו פלטים של ביקורת הגבולות, המתעדים את יציאת המערער מן האזור וחזרתו אליו, במועדים שעליהם מדובר בכתב האישום.

בית המשפט קמא בחן האם הארגון "גי'בהת אל נוצרה" היה התאחדות בלתי מותרת, כהגדרתה בתקנות ההגנה, בזמן שהמערער פעל במסגרתו. לא הייתה מחלוקת על כך שבמועד שבו נסע המערער לסוריה ופעל במסגרת הארגון, הוא עדיין לא הוכרז באזור כהתאחדות בלתי מותרת.

השופט קמא הסתמך על חוות דעתו ועל עדותו של איש שב"כ המכונה "רפאל", שההגנה לא חלקה על מומחיותו ועל נכונות התשתית העובדתית שבבסיס חוות דעתו. לפי המכונה "רפאל", ארגון "גי'בהת אל נוצרה" מתכוון לפעול בעתיד הקרוב גם נגד ישראל והאזור, מטרה זו קיימת מאז ראשית פעילותו של הארגון, בשנת 2012, ולכן הארגון היה בגדר התאחדות בלתי מותרת גם כאשר המערער החל לפעול בו, בשנת 2014.

עוד מצא השופט הנכבד, כי חוות הדעת משתלבת עם עדותו של המערער, לפיה שמע בסוריה נציגים של הארגון מדברים על כך שבקרוב יחלו לפעול גם בפלסטין. ביסוס נוסף לתוקפה של חוות דעת המומחה מצא בכך, שמפקד האזור הכריז על הארגון כ"התאחדות בלתי מותרת" בספטמבר 2014.

לאור כל זאת, קבע בית המשפט קמא כי המערער היה חבר ופעיל ב"גי'בהת אל נוצרה", שהייתה כבר באותו מועד התאחדות בלתי מותרת, שאחת ממטרותיה פגיעה בביטחון האזור. הוא עבר אימונים בעלי אופי צבאי במסגרת הארגון ובכך ביצע עבירה של אימונים ומגע עם ארגון עוין מחוץ לאזור.

בית המשפט סבר, כי העבירה שבפרט האישום השלישי, שעניינה מגע עם האויב (דהיינו עם אדם מסוים השייך לגורם עוין), חופפת ונבלעת במלואה ביסודות העבירה של מגע עם ארגון עוין שבפרט האישום השני. לכן זיכה את המערער מפרט האישום השלישי.

## גזר הדין

לאחר הרשעתו של המערער נשמעו בבית המשפט טיעוני הצדדים לעונש, ולאחר המתנה קצרה לפסיקה שתמוך בטיעוניהם, גזר בית המשפט את דינו של המערער.

את גזר הדין ניסח השופט קמא בהתאם לעקרונותיו של תיקון 113 לחוק העונשין בישראל.

בראשית גזר הדין שב השופט הנכבד והסתמך על חוות דעת המומחה "רפאל" בנוגע לסיכון הנשקף לאזור מפעילות ארגון "גי'בהת אל נוצרה". הוא חזר על הקביעה, כי הארגון דוגל בשיטת השלבים, לפיה תחילה ישתלט על שטחי מדינות ערב השכנות, ולאחר מכן יפנה להשתלטות בכוח על ישראל והאזור. עוד ציין, כי אמנם עד כה הארגון לא פעל נגד האזור, אך התבטאויותיו כיום מלמדות על הכוונות לעשות זאת, ועל איום הנשקף לביטחון ישראל והאזור. יציאת תושבי האזור

לאזורי הלחימה בסוריה וחזרתם לאזור לאחר מכן יוצרת סיכון, כי התושבים הללו יפעלו בתוך תחומי האזור ויפגעו בביטחוננו.

בעת קביעת "מתחם עונש הולם" למעשי המערער ציין השופט קמא כי העבירות אותן ביצע המערער חמורות. אמנם כרגע אין "כוונה לפגיעה קונקרטית באזור או במטרות ישראליות" אך המעשים יצרו סיכון פוטנציאלי לפגיעה עתידית בביטחון ישראל והאזור. בית המשפט ציין כי המערער הצטרף לארגון תוך מודעות למטרותיו, ולאחר שעבר תהליך של התקרבות לאידיאולוגיה הסלפית העומדת בבסיסו. הוא עבר אימונים צבאיים בנשק, ובכך פגע בערכים החברתיים המוגנים של ביטחון הציבור. מעשיו בעלי פוטנציאל להפצת האידיאולוגיה הסלפית הקיצונית בתוך האזור.

כאשר בחן את מדיניות הענישה הנוהגת, הסתמך בית המשפט קמא על פסיקה של בתי המשפט בישראל, ומהם למד כי העונשים מצויים בין 15 ל- 36 חודשי מאסר בפועל, ולעיתים אף חמורים יותר.

בנוסף, בחן את מדיניות הענישה הנוהגת בבתי המשפט הצבאיים באזור בעבירות של חברות בהתאחדות בלתי מותרת, ואימונים צבאיים ללא היתר. הוא מצא כי העונש בגין חברות בארגון טרור הוא כשנתיים מאסר בפועל, ובגין אימונים צבאיים – מ- 17 חודשים ועד 4 שנות מאסר.

עוד שקל בית המשפט קמא את השיקולים הבאים בעת קביעת מתחם העונש ההולם את המערער: בתחילה הייתה מטרתו של המערער לסייע רפואית לפצועים מן הלחימה בסוריה; כאשר יצא מגרמניה לסוריה לא היה גיבהת אל נוצרה בגדר ארגון טרור מוכרז, ואין אינדיקציה לכך שרצה לפגוע בביטחון האזור; הוא לא לקח חלק בלחימה; הוא שהה בסוריה כ- 3 חודשים בלבד; מאז ששב לאזור לא לקח חלק בפעילות אסורה.

מצד שני, המערער בחר לצאת לסוריה דווקא, ולא הסתפק בטיפול בפצועים במדינה אחרת שאינה מעורבת בלחימה; הוא הצטרף רשמית לארגון האלים, שינה את שמו ועבר אימונים בנשק.

לאור זאת, קבע בית המשפט קמא, כי מתחם העונש ההולם את מעשי המערער מצוי בין 20 חודשי מאסר בפועל לבין 4 שנות מאסר בפועל. לכך יש להוסיף עונש קנס שבין 1,000 לבין 5,000 ₪.

בקביעת עונשו של המשיב בתוך מתחם העונש ההולם התחשב כב' השופט בלילטי בכך שהמערער צעיר כבן 26, שעברו הפלילי נקי. הוא סטודנט לרפואה ומאסר ממושך יפגע בהמשך לימודיו, אם כי המערער עצמו קטע את לימודיו כאשר נסע לסוריה למספר חודשים; המערער לא הביע חרטה על מעשיו ולא הודיע כי זנח את דרכו של הארגון ואת מטרותיו. המערער לא חסך זמן שיפוטי כלשהו וניהל משפט הוכחות מלא. לבסוף, שקל בית המשפט גם את העובדה שמאז המעשים שבכתב האישום ועד לגזירת הדין חלפו כשנה ו-4 חודשים.

לאור כל זאת, ראה לנכון בית המשפט קמא למקם את עונשו של המערער "מעט מתחת למרכז מתחם העונש ההולם", וגזר עליו **32 חודשי מאסר בפועל**, 18 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור עבירה על תקנה [85](#) לתקנות ההגנה (למעט עבירה של נוכחות באסיפה של התאחדות בלתי מותרת)

ועבירה על [סעיפים 237 ו-238](#) לצו בדבר הוראות ביטחון; 9 חודשי מאסר על תנאי, שלא יעבור עבירה של נוכחות באסיפה של התאחדות בלתי מותרת; וקנס של 2,000 ₪.

## הערעור

### **טיעוני המערער**

ההגנה הגישה ערעור הן על הכרעת הדין והן על חומרת העונש.

בנוגע להכרעת הדין טען הסנגור הנכבד, עו"ד עסאם מראר, כי אין מחלוקת על כך שהמערער נסע לסוריה כדי לטפל בפצועים מן הלחימה המתחוללת שם. המחלוקת היא על מעשיו לאחר מכן. המערער טוען, כי כלל לא הצטרף לארגון כלשהו, אלא לכל היותר פגש אנשים שהציגו עצמם כחברי ארגון "גיבהת אל נוצרה", כשם שפגש אנשים התומכים בנשיא סוריה אסד. כשהרגיש המערער כי הוא עלול להסתבך עם אנשים בעלי מטרות זרות למטרותיו – ברח לטורקיה כדי לחזור למשפחתו באזור.

בזמן שישב המערער בסוריה נגנבו ממנו מסמכיו המזהים, והוא לא יכול היה לחזור לגרמניה, אלא נאלץ לקבל תיעוד חלופי בטורקיה ולחזור לאזור.

מאז שיצא המערער מן האזור ועד שחזר אליו, ארגון ג'יבהת אל נוצרה לא היה מוכרז כהתאחדות בלתי מותרת. מטרת הארגון הייתה לחימה בנשיא סוריה אסד. המומחה מטעם שב"כ אישר בעדותו במשפט, כי הארגון לא פעל כלל נגד ישראל או נגד האזור. אין הוכחה לכך שהמערער פעל או ביקש לפעול נגד האזור. בהיעדר איסור מפורש על פעילות עם ארגון מסוים, לא ניתן להרשיע בעבירה; כשמדובר באדם שעברו נקי, ואשר יצא את האזור לפני מספר שנים לצורך לימודי רפואה, ולאחר ששב לכאן לא פעל כלל נגד ביטחון האזור, אין סיבה להניח כי המערער התכוון לפגוע בביטחון האזור, או כי פעל כחבר בהתאחדות בלתי מותרת.

לכן ביקש הסנגור הנכבד לזכות את המערער מן העבירות בהן הואשם.

למקרה שההרשעה תעמוד בעינה, טען הסנגור לעניין העונש הראוי למערער. לדבריו, העובדה שהמערער לא פעל נגד הביטחון מאז שובו לאזור מוכיחה שאינו מסוכן. הוכחה נוספת מצויה בכך שזמן קצר לאחר שהבין שישנם אנשים שרוצים לרתום אותו למאבק מזוין, הוא ברח מסוריה בחזרה לאזור, למרות שנגנבו ממנו מסמכיו האישיים.

לבסוף טען, כי על פעילי טרור בכירים שנשפטו באזור – כדוגמת חאלדה ג'ראר – נגזרו לאחרונה 15 חודשי מאסר בפועל. מעשיו חמורים פחות ממעשיה של חאלדה, ולכן גם עונשו צריך להיות קל יותר מעונשה. הסנגור ביקש שאסתפק בעונש החופף את תקופת מעצרו של המערער עד כה.

### **טיעוני התביעה**

התביעה ביקשה לדחות את הערעורים על הכרעת הדין ועל העונש.

אשר לעבירה של חברות בהתאחדות בלתי מותרת, טען התובע כי ניתן להרשיע את המערער בחברות בגיבהת אל נוצרה מכמה טעמים: האחד, כיוון שהארגון הוא שלוחה של "אל קאעדה", שהוא ארגון טרור המוכרז באזור מזה שנים כהתאחדות בלתי מותרת. השני, משום שהרשעה בחברות בהתאחדות בלתי מותרת אינה מותנית בקיומה של הכרזה של המפקד הצבאי על כך שמדובר בארגון טרור אסור. התביעה יכולה להוכיח כי גוף מסוים הוא התאחדות בלתי מותרת על ידי הוכחת מטרותיו ודרכי פעולתו. במקרה זה, הוכח בידי העד המומחה מטעם שב"כ, כי בין מטרותיו לעתיד של הארגון היו פגיעה בביטחון ישראל והאזור. השלישי, המערער היה מודע לכך שחלק ממטרותיו של ארגון גיבהת אל נוצרה – שאליו הצטרף – הוא פעולה נגד ישראל והאזור, שכן הדברים נאמרו לו במפורש, והוא בחר להישאר חבר בארגון בכל זאת.

גם אם נסיעתו של המערער לסוריה החלה כפעולה הומאניטארית, היא הסתיימה בחברות בהתאחדות בלתי מותרת ובאימונים צבאיים.

בית המשפט קמא נתן משקל גבוה לאמרותיו של המערער, יש חיזוקים ראייתיים מספיקים להודאותיו, וגם שקריו של המערער בבית המשפט יכולים לתמוך בהודאות אלה.

לעניין העונש, טען התובע הנכבד כי מדובר בעונש שהולם את הסיכון העולה מחברות בארגון טרור כמו גיבהת אל נוצרה. הסיכון מן הארגון הנמצא בסוריה אינו מידי, אך כניסתו לאזור של המערער – כשהוא מחזיק באידיאולוגיה הקיצונית שגרמה לו להצטרף לארגון בחו"ל - יוצרת סיכון ממשי וחדש. יש צורך להרתיע אותו מלפעול ולסכן את ביטחון האזור. לשם השוואה הביא בפניי את העונשים שנגזרו לאחרונה בישראל על מי שהצטרף לארגון, אף מבלי לצאת את האזור ואת ישראל ([ע"פ 1272/13 אברהים אכתיילאת](#)).

## דין והכרעה

### **הערעור על הכרעת הדין**

פסק דינו המרשיע של בית המשפט קמא מנוסח בבהירות ומנומק היטב, ולא מצאתי בו טעות המצדיקה את התערבותי.

שתיים הן השאלות המרכזיות, בהן עסק כב' השופט בלילטי בהכרעת הדין: האם יש די ראיות לכך שהמערער עשה את מה שמיוחס לו בכתב האישום, והאם במעשיו יש עבירה של חברות בהתאחדות בלתי מותרת, למרות שבמועדים הרלוונטיים ארגון גיבהת אל נוצרה עדיין לא הוכרז כהתאחדות בלתי מותרת. לדעתי, בשתיהן הגיע השופט למסקנות משפטיות נכונות.

ההגנה לא חולקת למעשה על ממצאי המהימנות של בית המשפט קמא בנוגע לעדי התביעה שהעידו בפניו: חוקרי השב"כ והמשטרה מסרו כי המערער הודה בפניהם – מרצונו ובאווירה טובה - בכך שהצטרף לגיבהת אל נוצרה בסוריה, שינה את שמו, ואף עבר אימונים צבאיים שונים; ואביו של מאלק העיד שפגש במערער בגרמניה וראה את חפציו של בנו בחזקתו של המערער.

ההגנה חולקת על קביעתו של בית המשפט קמא, כי עדותו של המערער בפניו הייתה בלתי מהימנה, בכל הנוגע למעשיו בסוריה, לדעות בהן הוא מחזיק, ולקשר שלו עם מאלק ועם אביו.

אני מקבל את התיאור והניתוח של בית המשפט קמא לעדויות ולמסמכים שהיו בפניו. אני מקבל גם את מסקנתו, כי חקירתו של המערער נעשתה באווירה טובה יחסית, כי הוא הודה ללא לחץ, וכי הכחשותיו המאוחרות אינן מתיישבות עם עדותיהם של חוקרי השב"כ ואביו של מאלק.

הממצאים העולים מעדויות אלה הם, שהמערער יצא מן האזור ללימודי רפואה בגרמניה, ואחרי כ-4 שנים החליט לנסוע לסוריה וליצור קשר עם גורמים הלוחמים בנשיא אסד. הוא היה בקשר עם מאלק, שלמד עמו רפואה, ואשר גם הוא נסע לטורקיה וככל הנראה גם לסוריה (אם כי עניין זה לא הוכח במידת ודאות מספקת); המערער קרא על האידיאולוגיה הסלפית-ג'יהאדית (שעליה ארחיב בהמשך), מילא טפסים שונים והצטרף לארגון ג'יהת אל נוצרה. מלבד טיפול בפצועים מן הלחימה בשטח סוריה, עמד המערער בקשר עם אנשי הארגון. לאחר זמן מה עבר אימונים צבאיים במסגרת הארגון, אך לא עסק בלחימה בפועל. הוא ברח מסוריה ללא מסמכים מזהים, ולאחר שהוסדרו לו מסמכי מעבר בנציגות הפלסטינית בטורקיה – שב לאזור. מאז שחזר היה במעצר ובחקירה ברשות הפלסטינית, ולאחר ששוחרר מידיה נעצר בידי ישראל. המערער לא ביצע פעילות כלשהי מטעם הארגון בתוך תחומי האזור.

#### הוכחת המעשים לפי הודאת המערער

הקושי הראיתי המרכזי בתיק זה הוא, שההוכחות היחידות לכך שהמערער ביצע את המעשים שבכתב האישום מצויות רק באמרותיו של המערער עצמו. בראיות חיצוניות לאמרות אין הוכחה לביצוע העבירות, אלא רק למעשים אחרים שעשה המערער באותה תקופה. המערער הכחיש בעדותו גם את ביצוע העבירות, גם את נכונות הודאותיו בחקירה וגם את הראיות שנועדו לתמוך בהודאות אלה.

לפי דיני הראיות אין מניעה להרשיע נאשם על סמך הודאתו, אם יש דבר-מה התומך בה. פסיקה ענפה, שהשופט קמא הסתמך על חלק ממנה, דנה רבות בסוגיית הראיות שבכוחן לתמוך את הודאת הנאשם ולאפשר את הרשתו. בין היתר נפסק, כי על בית המשפט לבחון את ההודאות על פי מבחן המשקל הפנימי (מידת הבהירות, הסדר וההיגיון בדברים שנאמרו בהודאה) והמבחן החיצוני (מידת ההתאמה של ההודאה למציאות ולראיות חיצוניות לאמרה) (ראה [ע"פ 774/78](#) יוסף לוי נ' מ"י (פורסם 28/6/1979); עוד נפסק, כי מהותה ומשקלה של ראית "דבר-מה" משתנה בהתאם למשקלה של ההודאה: יש ביניהן יחס הפוך, וככל שהודאת הנאשם נראית אמינה יותר ובעלת משקל רב יותר על פי המבחן הפנימי, יידרש דבר-מה בעל משקל קל יותר, ולהיפך.

כמו כן, ראית "דבר-מה" אינה צריכה לסבך את הנאשם בעבירה, או להוכיח דברים הקשורים בעבירה או בסוגיה השנויה במחלוקת דווקא, אלא עליה לשכנע כי דבריו של הנאשם הם אמת באופן כללי (רע"פ [4142/04](#) סמל איתי מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 14/12/06). אפשר למצוא פסיקה, שלפיה במקום שבו כלל אין ראיה חיצונית שבוצעה עבירה (חסר ה"קורפוס דליקטי") יידרש דבר מה בעל משקל מוגבר.

במאמר מוסגר אציין, כי לדעתי, הדרישות והמבחנים המקובלים כיום לראיה שבכוחה לאמת הודאת נאשם אינם מספיקים כדי למנוע הרשעות שגויות. בשנים האחרונות הולכים ומתרבים המחקרים, שמלמדים על מגבלותיהם של נחקרים, חוקרים ושופטים, שעלולים להביא להודאות שווא ולהפללות שגויות. הניסיון מראה, שנחקרים מודים (בחקירה וגם בבית המשפט) במעשים שלא עשו, בשל מגוון גדול של סיבות ומניעים, שקשה לגלותם; שחוקרים עלולים לפעול בחקירה, גם שלא בכוונה, בצורה שתגרום לנחקר להודות בדברים שלא עשה, או תחשוף בפניו פרטים מוכמנים שלאחר מכן ייחשבו כ"דבר מה" המאמת את ההודאה; וששופטים לא תמיד מסוגלים לגלות מי דובר אמת ומי בחר לומר שקר, רק מתוך עיון בנוסח ההודאה, התבוננות בתיעוד וידיאו של חקירה, או מהתרשמות מן האדם הדובר בפניהם.

מסיבה זו, לדעתי, התוספת הראייתית הנדרשת לשם אימות הודאתו של נאשם צריכה הייתה להיות דומה מאד לסיוע: לקשור את הנאשם למעשה העבירה, או לפחות לגעת בסוגיה השנויה במחלוקת במשפט (ראה מאמרו של ב' סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האמנם מלכת הראיות" או שמא קיסרית הרשעות השווא" (פורסם בנבו, וב-עלי משפט ד' תשס"ה);

ראה גם דעת המיעוט של פרופ' קרמניצר ב-דוח הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (פורסם בדצמבר 1994, בעמ' 64), ולפיה התוספת הראייתית להודאה צריכה להיות בגדר "סיוע" (כלומר מסבכת את הנאשם בעבירה ונוגעת לנושא השנוי במחלוקת), ורק במקרים מיוחדים אפשר יהיה להסתפק בדרישה פחותה ממנה. בין המקרים החריגים שיצדיקו דרישה מופחתת מנה פרופ' קרמניצר עבירה שבוצעה לפני זמן רב ולא היה ידוע על ביצועה, או ביצוע העבירה בדרך שהעלימה סימנים תומכים.

צעדים בכיוון הנכון, לפי דעתי, נעשים בעת האחרונה לגבי הודאות מפי נחקרים, המשתייכים לאוכלוסיות, שנחשבות בעלות סיכון מוגבר למסור הודאות שווא בחקירה. בתזכיר הצעת החוק לתיקון פקודת הראיות (הודאת נאשם), תשע"ה- 2015 שפורסם ברשומות ב- 2015, נכתב כי מחקרים העלו שאוכלוסיות מסוימות – ובהן קטינים, אנשים בעלי מוגבלות שכלית, ואנשים בעלי הפרעות נפשיות - הן בעלות נטייה וסיכון רב יותר למסור הודאות שווא. הוצע, כי ברירת המחדל בדיני הראיות תוסיף להיות דרישה "מאמתת" בלבד להודאת נאשם בחקירה; אך תידרש תוספת "מסבכת", בראיה חיצונית להודאה, במקרים שבהם יש חשש מוגבר לנכונות ההודאה – למשל, כאשר הנחקר משתייך לאחת האוכלוסיות הרגישות שהוזכרו, או כשהופעלו אמצעי לחץ בחקירה (שאינם מגיעים לכדי עינויים), או כשהחקירה לא תועדה כראוי. אולם, כאמור אני הייתי מרחיב את תחולת השינוי, וקובע ברירת מחדל של תוספת ראייתית "מסבכת" לכל סוגי ההודאות, וחריגה ממנה רק במקרים מיוחדים.

בדברים שכתבתי לעיל אין כדי לשנות את הדין הנוהג באזור, כל עוד לא שונו דיני הראיות הנהוגים בבתי המשפט בישראל (ראה [סעיף 86](#) לצו בדבר הוראות ביטחון). עם זאת, ראוי שבתי המשפט ייקחו בחשבון כבר עתה את הבעייתיות שבהסתמכות על הודאת נאשם כראיה עיקרית, ויבקשו תוספת ראייתית משמעותית ככל הניתן, להסרת החשש מפני הרשעה שגויה.



דיני הראיות בישראל ובאזור – שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון בישראל בפרשנות [לסעיף 12 לפקודת הראיות](#) – אינם מחייבים כיום שהתוספת הראייתית להודאת נאשם תהיה בעלת מאפיינים המסבכים את הנאשם בביצוע העבירה, או שתתייחס לשאלה השנויה במחלוקת. כל שנדרש כיום הוא אימות לדברים המופיעים בהודאה, שיש בו כדי לחזק את האמון בהודאת הנאשם. לכך יש להוסיף, כי מקרה כמו זה שבפנינו, שבו אדם מודה בעבירות **התנהגות** (שאין להן תוצאות נראות לעין) **שבוצעו מחוץ לאזור**, יכול להיכנס לגדר אותם מקרים, שבהם – גם לפי התיקון המוצע [לחוק העונשין](#) - אין מנוס מלהסתפק בראיה "מאמתת". זאת משום שכאשר מדובר בעבירות שבוצעו מחוץ לאזור, במקומות שאין בהם רשויות חקירה המשתפות פעולה עם ישראל, הסיכוי שיימצאו במקרים כאלה ראיות חפציות או עדויות מסבכות – הוא נמוך.

לכן, בית המשפט קמא לא שגה כאשר הסתפק בראיות מאמתות, שאינן נוגעות לביצוע העבירה.

בית המשפט קמא בחן את נכונות האמרה בשלושה מבחנים שנקבעו בפסיקה: מידת השתלבותה של ההודיה במציאות, ההזדמנות שהייתה לנאשם לבצע את העבירה, והאם הנאשם מסר בהודאתו פרטים מוכמנים, שיכולים להיות ידועים רק למבצע העבירה.

למעשה נמצא שההודאות עומדות בשני המבחנים הראשונים. בהיעדר פרטים ממקור חיצוני על מעשי העבירות עצמם, לא ניתן לדעת אם המערער מסר בהודאתו פרטים מוכמנים.

ראיתי לנכון להסב את תשומת הלב לנושא שלא נדון בהכרעת הדין, והוא נוגע **למשקל** התוספת הראייתית הנדרשת במקרה זה (להבדיל **מסוג** הראיה המאמתת). אין ראיות חיצוניות לכך שבוצעה העבירה שבה הודה המערער. לא הוצג תיעוד כלשהו – מחוץ לדברי המערער בחקירה - לכך שהמערער היה בסוריה, או שנפגש שם עם אנשי ארגון עיון, או שהשתתף באימונים צבאיים. בנסיבות אלה, בהיעדר "קורפוס דליקטי", הפסיקה קבעה כי בדרך כלל תיידרש תוספת ראייתית "מוגברת". כלומר ראיות בעלות משמעות ממשית, ולא תמיכה קלה בלבד בהודאה (ראה [ע"פ 6613/99 סטיבן סמירק נ' מ"י](#) (פורסם בנבו, 4/3/2002)).

אולם, הערה זו אין בה כדי לשנות את התוצאה הסופית: אם משווים את התוספות הראייתיות שהספיקו להרשעת נאשמים במקרים דומים למול התוספות הראייתיות הקיימות בעניינו של המערער, רואים כי די בהן להצדיק את ההרשעה (השווה [ע"פ 6613/99 סטיבן סמירק נ' מ"י](#) הנ"ל, שם אושרה הרשעתו של אדם על פי הודאתו, בכך שהגיע לישראל בשליחות חיזבאללה בכוונה לאסוף מידע לצורך פיגוע. זאת, למרות שלא היו הוכחות חיצוניות ישירות לכך שאכן אומן ונשלח על ידי חיזבאללה).

בפסיקה בעניינם של נאשמים מן השנתיים האחרונות, בנוגע לפעילות עם דאע"ש ואל קאעידה מחוץ לישראל, לא הוזכרו ראיות חיצוניות שתמכו בהודאות הנאשמים. מרבית התיקים הסתיימו בהסדרי טיעון או בהודאות הנאשמים בבית המשפט, מבלי לבחון את דיוטן של הראיות המחזקות. מתיאור הראיות שהיו בפני בתי המשפט נראה, כי גם בתיקים אלה הסתפקו בראיות נסיבתיות, שאינן מוכיחות כי בוצעו העבירות הנדונות, כחיזוק להודאות הנאשמים. (ראה לדוגמה

[עפ"ג \(ח"י\) 32085-11-14 מ"י נ' אחמד שורבאגי](#) (פורסם 3/11/2014); [תפ"ח \(נצ"י\) 48354-11-14](#)  
מ"י נ' חמזה מג'אמסה (פורסם בנבו, 15/4/2015).

כמו בעניין **סמירק** גם בעניינו של המערער, הוכחו מעשים, שמשתלבים עם הגרסאות המפורטות שמסר באמרותיו: קשריו עם מאלק, שעזב את לימודיו בגרמניה ואמר להוריו שהוא בסוריה; התנהגותו החשדנית והמתחמקת של המערער כלפי אביו של מאלק; התאמה של תיעוד יציאתו וחזרתו של המערער ללוחות הזמנים שעליהם העיד; ההזדמנות לעשות את המעשים; אובדן הדרכון ומסמכים מזהים; שימוש בחשבון פייסבוק שנשא את שם הארגון ג'בהת אל נוצרה, וההזדהות בשם החדש שנתן לעצמו; לאחר מכן מחיקת החשבון ללא הסבר סביר. אני מסכים עם בית המשפט קמא, כי יש סיכוי נמוך ביותר שהמערער בדה ממוחו, תוך כדי הלחץ בחקירתו, סיפור שקרי המשתלב במידה כה טובה בכל הפרטים החיצוניים הללו.

זאת ועוד, המערער לא ביסס באופן המניח את הדעת את טענתו, כי הודה הודאת שווא בחקירתו. הסבריו כאילו חוקריו הפעילו עליו לחץ להודות – נסתרו בעדויות החוקרים, ולא התקבלו על דעת בית המשפט.

לאור זאת, איני רואה סיבה להתערב ולשנות את קביעתו של בית המשפט קמא, כי יש די ראיות התומכות בהודאת המערער. לפי הראיות הוא נסע מגרמניה לטורקיה ולסוריה, נפגש עם פעילי הארגון ג'בהת אל נוצרה והצטרף אליהם, שינה את שמו בהשפעתם, עבר אימונים צבאיים מטעם הארגון, ואז בא לאזור ללא מסמכים מזהים.

#### **האם מעשי המערער מהווים עבירה באזור**

המחלוקת העיקרית בין הצדדים הייתה, האם ארגון "ג'בהת אל נוצרה" היה התאחדות בלתי מותרת בזמן שהמערער פעל במסגרתו, למרות שבאותה עת טרם פורסמה הכרזה רשמית כי הוא התאחדות בלתי מותרת.

במאמר מוסגר אעיר, כי הצדדים לא טענו לעניין סמכותו של בית המשפט הצבאי לדון בחברות בהתאחדות בלתי מותרת **בסוריה**. בית המשפט קמא לא בחן שאלה זו. למיטב ידיעתי, שאלה זו לא נדונה עד כה בבתי המשפט בישראל, גם כששפטו תושבי ישראל, שפעלו במסגרת הארגונים האסלאמיים בסוריה. בחלק מן המקרים לא יוחסו לנאשמים עבירות של חברות ופעילות בארגון הטרור, אלא רק יציאה מישראל שלא כדין ומגע עם סוכן חוץ, ובחלק מן המקרים הנאשמים הודו בעבירת החברות בארגון מבלי שהוכרעה שאלת הסמכות הטריטוריאלית של בית המשפט. גם כשהטענה עלתה ונדונה, תוקן כתב האישום, והנאשם הודה בעבירות שאינן כוללות חברות בהתאחדות בלתי מותרת (ראה למשל [ת"פ 22760-05-14 אחמד שורבאגי](#) המוזכר לעיל).

סמכות השיפוט של בתי המשפט הצבאיים באזור קבועה [בסעיף 10](#) לצו בדבר הוראות ביטחון. לפי [סעיף 10\(ה\)](#) לצו מוסמך בית המשפט הצבאי לשפוט גם מי שעשה מעשה עבירה מחוץ לאזור, אם המעשה היה מהווה עבירה לו נעשה באזור, והוא פגע או היה מיועד לפגוע בביטחון האזור. מכאן,

שלו היה נקבע בהכרעת הדין כי המערער לא עשה מעשה שנועד לפגוע בביטחון האזור (למשל, התכוון לפעול רק נגד נשיא סוריה או רק נגד ארגון חיזבאללה), אי אפשר היה לשפוט אותו בבית משפט צבאי, כל עוד לא עבר עבירה באזור.

**סעיף 238** לצו בדבר הוראות ביטחון עניינו איסור מגע עם ארגון עוין ואיסור על אימונים צבאיים **מחוץ לאזור**. "ארגון עוין" מוגדר בסעיף כאדם או חבר בני אדם שמתכוונים לפגוע בביטחון ישראל או האזור. תכלית הסעיף עולה בבירור מלשונו: עצם המגע עם ארגון עוין, גם כשהוא נעשה מחוץ לאזור, מהווה פגיעה בביטחון האזור, ועל כן הוא מהווה עבירה ונתון לסמכות השיפוט של בית משפט צבאי באזור.

העבירה על **תקנה 85 לתקנות ההגנה (שעת חירום)**, 1945 קובעת את העונש למי שמצטרף להתאחדות בלתי מותרת או פועל מטעמה. התאחדות תיחשב בלתי מותרת אם כך יוכרז על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור, או אם תוכיח התביעה כי מטרותיה של ההתאחדות הן פגיעה בשלטון ובמוסדותיו באזור (ראה **ע"מ 2373/13 התביעה הצבאית נ' סמיר עטאטרה**).

בדרך כלל מואשמים בעבירה זו אנשים שפעלו עבור ארגוני טרור וקבוצות אלימות אחרות, **בתוך תחומי האזור**. לא כך הוא בעניינו של המערער. הוא הואשם ואף הורשע בחברות בג'בהת אל נוצרה כאשר היה **בסוריה**. לא מיוחסת לו פעילות אסורה כלשהי שבוצעה בתוך האזור. אם לא יוכח כי פעילותו של המערער או של הארגון אליו הצטרף אכן פגעה או הייתה מיועדת לפגוע בביטחון האזור, לא ניתן יהיה להעמיד את המערער לדין בפני בית משפט צבאי באזור.

ההגנה טענה, גם בערכאה הראשונה וגם בערעור, כי המערער נסע לסוריה רק כדי לטפל בפצועים. לטענתה, המערער לא הצטרף לארגון אסור כלשהו, ולא עבר אימונים אסורים. הוא ביקש לסייע כאיש צוות רפואי לנפגעי הלחימה בסוריה, ולא התכוון לפעול נגד האזור. עוד נטען, כי אין ראיה כלשהי לכך שבמועדים הרלוונטיים לכתב האישום פעל ארגון ג'בהת אל נוצרה נגד ישראל או האזור.

מטעם התביעה הוצגו חוות-דעת וכן עדות של מומחה מטעם השב"כ, המכונה "רפאל", ובעזרתן ביקשה היא להוכיח כי ארגון ג'בהת אל נוצרה היה מסוכן לביטחון ישראל והאזור כבר בשנים 2013 ו-2014, כשהמערער פעל עבורו, ואף לפני שהוכרז כהתאחדות בלתי מותרת באזור.

לפי עדות המומחה, הארגון ג'בהת אל נוצרה הוא שלוחה של ארגון "אל קאעידה", ונועד ליישם את גישתה הסלפית-ג'יהאדית. לפי גישת הארגון, יש לפעול בדרך ה"ג'יהאד" – מלחמת הקודש - להקמתה מחדש של ח'ליפות אסלאמית גדולה, ששטחה יכלול גם את סוריה, לבנון וירדן, וגם את שטח מדינת ישראל ואיו"ש. הארגון דוגל ב"תורת שלבים", לפיה על המוסלמים להילחם תחילה בשלטונות העריצים המוסלמים, ולאחר מכן עליהם להילחם נגד מדינות המערב, ובהן ארה"ב וישראל.

עוד ציין המומחה, כי לרשות הארגון הפועל בסוריה עומדים אלפי לוחמים, חלקם ממדינות זרות ואף מישראל, העוברים הכשרות לחיזוק האידיאולוגיה ה"סלפית" הקיצונית שלהם, וכן אימונים צבאיים. בידי פעילי הארגון כלי נשק רבים, לרבות רקטות, טילים וכלי רכב משוריינים. לפי חוות הדעת, ארגון ג'בהת אל נוצרה מנסה לבסס עצמו גם ברמת הגולן. פעילי הארגון הפלסטינים מהווים סיכון מיידי לביטחון האזור, ולא סיכון עתידי בלבד, שכן לאחר שהם עוברים "התחזקות" של עמדתם הדתית והכשרה ללחימה, כשהם חוזרים לאזור הם עשויים לפעול בתוכו כמפגעים בודדים, או להעביר מידע לפעילי הארגון היושבים מחוץ לאזור, שיסייע להם לפעול נגד ישראל והאזור.

הסנגור לא חלק על מומחיותו של העד "רפאל", לא על תשתיתה העובדתית של חוות הדעת ואף לא על מרבית מסקנותיה. כל שטען הוא, שגם לפי עמדת המומחה "רפאל", בתקופה שבה שהה המערער בסוריה, הארגון כלל לא פעל נגד ישראל או האזור. לכן המערער לא פגע ולא התכוון לפגוע בביטחון האזור, ולמעשה לא יכול היה לדעת שמדובר בהתאחדות בלתי מותרת.

בית המשפט קמא דחה את טענתו זו של הסנגור, הן על סמך חוות הדעת והן על סמך דברים שמסר המערער עצמו בחקירותיו.

ראשית, לדברי העד "רפאל", "תורת השלבים" של ג'בהת אל נוצרה, לפיה יפעל הארגון בעתיד גם נגד ישראל ושטחי איו"ש, אפיינה את הארגון מראשית פעילותו, ועמדה בתוקפה גם בזמן שהמערער הצטרף לארגון. שנית, המערער מסר באמרותיו בחקירה, כי בזמן ששהה בסוריה שמע פעילים של הארגון אומרים, כי בקרוב יחלו לפעול גם בשטחי "פלסטיין"; הללו כוללים כידוע, הן את ישראל והן את איו"ש. כאמור לעיל, האמרות התקבלו כראיות בעלות משקל שבכוחן לבסס הרשעה.

מכאן הסיק השופט הנכבד, כי ארגון ג'בהת אל נוצרה היה התאחדות בלתי מותרת כהגדרתה [בתקנה 84](#) לתקנות ההגנה, כבר בתקופה שהמערער פעל במסגרתה, ואף לפני שהוכרזה באופן פורמאלי על ידי מפקד כוחות צה"ל כהתאחדות אסורה כזו. (למסקנה דומה הגיע בית המשפט המחוזי בישראל ב-תפ"ח (חי') 62355-01-15 מ"י נ' אמין סנובר (פורסם בנבו, 20/1/2016))

אף שיש קושי מסוים בכך שהמערער הצטרף לארגון, בשלב שבו הארגון טרם עשה מעשה כלשהו שפגע בפועל בביטחון האזור, לא מצאתי טעות במסקנותיו של בית המשפט קמא. הדבר מתיישב גם עם פסיקה של בתי המשפט המחוזיים בישראל, שראו בהצטרפות לארגון הטרור "המדינה האסלאמית" (המכונה דאע"ש) וארגון "ג'בהת אל נוצרה" מעשה שיש בו פגיעה בכוח בביטחון ישראל, אף שעד היום ארגון זה לא פעל נגד ישראל (ראה [תפ"ח \(נצ'\) 48354-11-14 מ"י נ' חמזה מג'אמסה](#) (פורסם בנבו, 15/4/2015); [ע"פ 2058/14 פלוני נ' מ"י](#) (פורסם בנבו, 5/5/2014)).

זאת ועוד, גם אם ארגון ג'בהת אל נוצרה כשלעצמו לא היה התאחדות בלתי מותרת, הרי מעצם היותו שלוחה של ארגון "אל קאעידה" – שבאותה עת כבר היה מוכרז באזור כהתאחדות בלתי מותרת – מהווה גם הוא התאחדות בלתי מותרת, וההצטרפות אליו והפעילות במסגרתו היו עבירה, שנועדה לפגוע בביטחון האזור.

האנשים שפגש המערער בסוריה, ואשר צירפו אותו לשורות ג'בהת אל נוצרה היו בהכרח נציגיו של "ארגון עויין", והאימונים שעבר מטעם הארגון היו אימונים בעלי אופי "צבאיים". לכן מוצדק היה להרשיע את המערער גם בעבירה של אימונים צבאיים ומגע עם ארגון עויין מחוץ לאזור.

לא היה ערעור על זיכוי של המערער מעבירה של מגע עם האויב, ולכן לא ארחיב על כך.

לאור על האמור לעיל, איני רואה הצדקה להתערב בהכרעת הדין ובהרשעתו של המערער.

### הערעור על גזר הדין

כפי שתיארתי בראשית פסק הדין, בית המשפט קמא ניסח את גזר דינו לפי עקרונות תיקון 113 [לחוק העונשין](#) הישראלי. אף אני בחנתי את העונש הראוי למערער לפי עקרונות אלה.

כידוע, נדרש בית המשפט לקבוע תחילה מתחם עונש הולם לכל אירוע עברייני, לפי הערך החברתי שנפגע ממעשי הנאשם, לפי חומרת נסיבות ביצוע העבירה ולפי מדיניות הענישה הנוהגת. לאחר מכן עליו למקם את העונש בתוך מתחם זה בהתאם לנסיבות האישיות של הנאשם, שאינן קשורות בביצוע העבירה. לעיתים, אפשרית חריגה מן המתחם, אם קיימות נסיבות חריגות המצדיקות החמרה או הקלה מיוחדות.

בעניינו של המערער, הערך החברתי שנפגע **באזור** אינו ברור מאליו. המערער יצא לסוריה כדי לטפל בפצועים, ולאחר מכן הצטרף לארגון שלוחם בנשיא סוריה אסד, ועד כה לא פעל נגד ישראל או נגד האזור. ובכל זאת, בהסתמך על חוות דעתו של המומחה "רפאל" – שלא נסתרה על ידי ההגנה - קבע בית המשפט קמא כי נגרמה פגיעה לביטחון האזור.

ארגון ג'בהת אל נוצרה מתכוון לתקוף את ישראל ואת שטחי האזור כחלק ממשנתו הסלפית-ג'יהאדית הקיצונית והאלימה, ובהתאם ל"תורת השלבים" שבה הוא נוקט. גם אם כרגע מופנה עיקר מרצו כנגד שלטונות המדינות הסמוכות לנו, אין להקל ראש ברצון שהוא מביע לפעול בעתיד נגד האזור. זאת ועוד, בדומה לדרך פעולתם של ארגוני טרור אסלאמיים אחרים, דרך פעולתו של הארגון כוללת הכשרה – הן רעיונית והן צבאית – של פעילים שהם תושבי מדינות שמחוץ למעגל הלחימה בסוריה, כדי שאותם פעילים ישמשו זרוע של הארגון במדינות שמהן באו. פעילים "זרים" כאלה, החוזרים למדינותיהם כשהם מחזיקים באידיאולוגיה אסלאמית קיצונית ואלימה, וברשותם ידע המאפשר להם לתרגם את רעיונותיהם למעשי טרור, מהווים סיכון חמור לביטחון של המדינות הללו.

לפי חוות דעתו של המומחה "רפאל", הדבר נכון גם לגבי תושבי האזור ותושבי מדינת ישראל, שהצטרפו לארגונים האסלאמיים הלוחמים על אדמת סוריה, ועברו אימונים במסגרתם. הסיכון הנשקף מהם כולל חשש שישמשו סוכנים של הארגונים באזור, יעבירו לארגונים מידע שסייע להם לתקוף באזור ובישראל, יפיצו באזור את האידיאולוגיה הסלפית האלימה, וישתמשו בידע הצבאי שרכשו בסוריה, כדי לפעול כמפגעים בודדים או להקים חוליות טרור ולהכין אמצעי לחימה. יש לציין, כי סיכונים אלה התקבלו גם על דעת בתי המשפט המחוזיים בישראל (ראה [תפ"ח \(נצ'\) 48354-11-14 מ"י נ' חמזה מג'אמסה](#) (פורסם בנבו, 15/4/2015); [תפ"ח \(נצ'\) 252-02-15](#)

מ"י נ' מהראן חאלדי (פורסם 21/10/2015), ואף על דעת בית המשפט העליון ב-ע"פ 2058/14 פלוני נ' מ"י (פורסם בנבו, 5/5/2014).

בית המשפט קמא הזכיר בקצרה, כי הוא רואה את מעשיו של המערער כמכלול אחד, ועל כן קבע להם מתחם עונש הולם אחד. לא ראיתי סיבה להתערב בכך.

במסגרת הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה יש לזכור, כי המערער אולי החל את דרכו מתוך כוונות טובות – לטפל בפצועים – אך הוא בחר לנסוע לסוריה דווקא, ולא לאזור אחר כלשהו, שבו אזרחים חפים מפשע סובלים מבעיות רפואיות. המערער אימץ אידיאולוגיה הדוגלת באלימות ולחימה, והשקיע מאמצים לא מבוטלים כדי להגיע לסוריה בדרכי עקיפין בלתי מוסדרות. הוא הצטרף לשורות ארגון העוסק בלחימה בשלטון בסוריה, שינה את שמו כביטוי להזדהות עם הארגון, ועבר אימונים צבאיים מסוגים שונים. הוא לא נרתע ולא חדל גם כששמע מפעילי הארגון, כי בכוונתם לפנות בקרוב לפעילות נגד האזור ונגד ישראל. רק כעבור כ- 3 חודשים החליט לעזוב את סוריה ולחזור לאזור.

מצד שני, לזכותו של המערער זקף בית המשפט קמא את העובדה שבמועד ביצוע העבירות לא היה הארגון מוכרז כ"התאחדות בלתי מותרת", ופעילותו נגד ישראל והאזור הייתה בגדר תוכנית לעתיד. כמו כן ציין, כי עיקר פעילותו של המערער בארגון היה טיפול רפואי בפצועים. הוא לא השתתף בפעולות לחימה, ובארבעת החודשים שבהם שהה באזור מאז שובו מסוריה לא פעל נגד הביטחון.

על רמת הענישה ההולמת אפשר ללמוד מגזרי הדין שניתנו בישראל בשנים האחרונות.

ב-ע"פ 1272/13 אברהים אכתילאת נ' מ"י (פורסם בנבו, 11/11/2013) נדון עניינם של שניים, תושבי ישראל, שקשרו קשר לבצע פיגועים, לשם קידום רעיונות ה"סלפיה ג'יהאדיה", הקוראת להשלת האסלאם על כל העולם. אמנם הקשר לא יצא מן הכוח אל הפועל, אך בכל זאת נעשו מספר פעולות לקידום מימושו בעתיד. על מי שהיה הרוח החיה בקשירת הקשר נגזרו 4 שנות מאסר בפועל, ועל שותפו נגזרו 12 חודשי מאסר בפועל.

ב-ע"פ 2058/14 פלוני נ' מ"י (פורסם בנבו, 5/5/2014) גזר בית המשפט העליון 15 חודשי מאסר בפועל על מי ששהה מספר ימים בסוריה, חבר לארגון ג'בהת אל נוצרה – עוד לפני שהוכרז כארגון טרור בישראל – והחזיק בנשק.

ב-ע"פ 32085-11-14 (ח"י) מ"י נ' אחמד שורבאגי (פורסם בנבו, 8/1/2015) אושר עונש של 22 חודשי מאסר בפועל, שנגזר בבית המשפט השלום. זאת, לאחר שהנאשם הורשע בחברות בדאע"ש – עוד בטרם הוכרז בישראל כארגון אסור - ובאימונים צבאיים. הנאשם הסתגל לסוריה דרך טורקיה ושהה בה כ- 3 חודשים, עבר אימונים צבאיים והשתתף בקרבות מטעם הארגון.

ב-תפ"ח (נצי') [48354-11-14](#) מ"י נ' חמזה מג'אמסה (פורסם בנבו, 15/4/2015) – הורשע הנאשם על פי הודאתו כי יצא לסוריה, חבר לארגון דאע"ש, עבר אימונים צבאיים ולמד להרכיב ולפרק נשק. שהותו בסוריה נמשכה כ-10 ימים. נגזרו עליו **36 חודשי מאסר בפועל**.

תפ"ח (נצי') [252-02-15](#) מ"י נ' מהראן חאלדי (פורסם 21/10/2015), שם הורשע הנאשם על פי הודאתו בחברות ופעילות בדאע"ש, - לאחר שכבר הוכרז כארגון אסור בישראל - עבר אימונים בנשק ונטל חלק בלחימה נגד כוחות של השיעים. הוא נפצע במהלך הקרבות ושב לישראל. נגזרו עליו **42 חודשי מאסר בפועל**.

ב- ע"פ [5718/14](#) מ"י נ' ראפת אל חלבי (פורסם בנבו, 17/12/2014) הוחמר עונשו של מערער, שיצא מישראל לסוריה על ידי חיתוך גדר הגבול, חבר למשטר הסורי ולחם במורדים בשלטון. הוא שהה בסוריה כחודשיים, ומסר מידע בעל משמעות ביטחונית לגורמי מודיעין סורים. עונשו הועמד על **30 חודשי מאסר בפועל**.

השופט קמא סיכם בצורה מדויקת את מדיניות הענישה הנוהגת בבתי המשפט בישראל בעבירות דומות בשנתיים האחרונות, ואת העונשים המקובלים באזור בעבירות של חברות בהתאחדות בלתי מותרת ואימונים צבאיים. הוא הגיע למסקנה, כי מתחם העונש ההולם את מעשי המערער שבפניו, הוא בין 20 חודשי מאסר בפועל לבין 4 שנות מאסר בפועל.

כאמור, הנסיבות שמנה כב' השופט בליטי והמשקל שנתן להן בקביעת מתחם העונש ההולם נראים נכונים בעיניו, אך ראיתי לנכון להוסיף עליהם מספר הערות.

הערה אחת נוגעת לכך, שגזרי הדין של מי שחברו בחו"ל לארגון ג'בהת אל נוצרה בטרם הוכרז כארגון טרור היו קלים במידה ניכרת מעונשיהם של אלו שהורשעו בכך לאחר ההכרזה. העונשים הוחמרו ככל שזמן השהייה בסוריה היה ארוך יותר, ומטבע הדברים גם ככל שהפעולות שעשו הנאשמים בסוריה חרגו מגדר אימונים והפכו ללחימה של ממש.

הערה אחרת קשורה להשוואה בין חומרת מעשיו של המערער לבין מעשיהם של נאשמים אחרים, העומדים לדין באזור בגין עבירות של חברות בהתאחדות בלתי מותרת ואימונים צבאיים. בהכללה מסוימת אפשר לומר, כי מתחם העונש המקובל בבתי המשפט הצבאיים באזור לנאשמים, שמצטרפים לארגון טרור זמן קצר לפני מעצרו ולא מבצעים פעילות משמעותית במסגרתו, מצוי בין שנה לבין 26 חודשי מאסר בפועל (ראה עד"י 1018/13 **לואי עראר נ' התביעה הצבאית**). העונשים המקובלים בגין אימונים צבאיים קצרים אינם עולים על שנתיים מאסר בפועל.

נשאלת אפוא השאלה, מהי הסיבה שבגללה בחלק מגזרי הדין של בתי המשפט בישראל נגזרו עונשים של מספר **שנות** מאסר בפועל בגין הצטרפות לדאע"ש או ג'בהת אל נוצרה מחוץ לישראל, והאם מוצדק היה לקבוע במקרה זה מתחם שבין 20 חודשים לבין 4 שנות מאסר בפועל, ולהטיל עונש של **32 חודשי מאסר בפועל**.



יש להימנע מהטיה קוגניטיבית של "זמינות". הטיה זו גורמת לנו להעריך בטעות את שכיחותם וחומרתם של סיכונים בשיעור גדול מן השיעור הנכון שלהם, רק משום שקל לנו לזכור אותם או להעלות בדעתנו את תוצאותיהם, כי הם חדשים, או דרמטיים או מוצגים רבות בתקשורת. וגם ההיפך הוא הנכון: בגלל אותה טעות חשיבה, אנשים מייחסים שכיחות נמוכה או חומרה פחותה לדברים שאינם כה דרמטיים ו"מתוקשרים", למרות שהם שכיחים יותר ואולי אף מסוכנים יותר מבחינה אובייקטיבית. לשם דוגמה, אנשים רבים מייחסים סיכון גדול יותר לתאונות דרכים מאשר לדלקת ריאות, למרות שמספר מקרי המוות מדלקת ריאות גדול יותר. הוא הדין בדעה הרווחת בנוגע לסיכון למות מתאונות מטוס או מהתקפות טרור, יחסית למוות מתאונות דרכים (על הטיית קוגניטיביות ממין זה ראה ורדה ליברמן "חשיבה ביקורתית" (1996) בעמ' 121 ואילך; טברסקי וכהנמן "רציונאליות, הוגנות, אושר" (2006) בעמ' 53; חמי בן-נון "הטיית קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות - אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" (שערי משפט ה תש"ע) בעמ' 207).

האמנם חברות ופעילות במסגרת ג'בהת אל נוצרה ודומיה בסוריה חמורה ומסוכנת יותר מפעילות דומה במסגרת החמאס או הג'יהאד האסלאמי באזור? הרי כולם ארגוני טרור, שמונעים על ידי חזון של מיגור תרבות המערב והקמת אימפריה אסלאמית, ומצדיקים את דרך הג'יהאד ורצח של אזרחים לשם כך.

דאע"ש וארגוני המורדים בנשיא אסד זוכים לסיקור תקשורתי נרחב; השימוש של הארגונים האסלאמיים בסרטוני אינטרנט של לחימה, איומים והוצאה להורג של לוחמים ואזרחים, יוצרים להם תדמית מפחידה ואכזרית במיוחד. אך האומנם הם מסוכנים לביטחון האזור יותר מארגוני הטרור, שמקובלים על האוכלוסייה באזור מזה מספר עשורים? האם חברות בארגון שעדיין לא פעל נגד האזור חמורה יותר מחברות בארגון, שכבר רצח מאות קורבנות בישראל ובאזור? אם התשובה שלילית, האם יש הצדקה לכך שהענישה בעבירות הנוגעות לחברות בארגונים האסלאמיים בסוריה תהיה דומה או אף מחמירה יותר מאשר ענישה בגין חברות בארגונים "המוכרים" באזור?

לדעתי, אפשר למצוא לפחות שתי הצדקות לענישה מחמירה של החברות בארגונים האסלאמיים בסוריה: האחת, היא הקושי לגלות ולאסוף ראיות קבילות נגד מי שמבצע עבירות ביטחוניות מחוץ לאזור. קושי זה גורם לכך שהסיכוי להיתפס ולתת את הדין על המעשים שנעשו בסוריה נמוך למדי, ויש בכך תמריץ לאנשים לעבור את העבירות. לפי התיאוריה המקובלת כיום לגבי ענישה פלילית, הרתעה מושגת משילוב של ודאות הענישה, מיידיות הענישה וחומרת הענישה. כאשר ודאות הענישה (הסיכוי להיתפס ולהיות מורשע בדין) נמוכה, ענישה מחמירה אמורה לאזן אותה, ולקיים רמת הרתעה מתאימה.

סיבה שנייה להחמרה בעונש היא, שמדובר בתופעה מסוכנת חדשה, שעדיין לא השתרשה באזור, וכדאי לנסות ולגדוע אותה בעודה באיבה, עוד בטרם הפכה ל"מכת אזור". הנמקה זו מנוגדת אמנם לגישה רווחת אחרת, לפיה כאשר מעמידים לדין בגין מעשי עבירה מסוג חדש, או משנים



מדיניות ביחס למעשי עבירה מסוימים – כאשר הנאשמים לא היו מודעים לחומרה שמיוחסת להם - ראוי לגזור תחילה עונשים קלים יחסית, ורק לאחר מכן להחמיר את הענישה בהדרגה. אך אפשר להבין גם את הגישה המדגישה את הצורך במניעה ובהרתעה מוגברות מפני תופעה חדשה.

ביטוי לגישה כזו אפשר למצוא בפסיקת בית המשפט העליון ב- [בש"פ 6539/15 מ"י נ' כרים אבו סאלח ואח' \(פורסם בנבו, 19/10/2015\)](#). כב' השופט עמית הורה להמשיך את מעצרו של מספר נאשמים, שהקימו חוליה של דאע"ש בישראל, והחלו להכין עצמם לביצוע פיגועים בעתיד. בהחלטתו כתב כב' השופט עמית:

*"י"אמר בקול ברור וצלול, כי מדינת ישראל, במצב הביטחוני בו היא שרויה, אינה יכולה להרשות לעצמה את ה"מותרות" של התעסקות עם דאע"ש, כמו מדינות אחרות באירופה, המתמודדות עם צעירים הנוסעים לסוריה ולעיראק כדי להילחם בשורות הארגון. יידע כל אחד כי לדאע"ש לא מתקרבים, ושומר נפשו ירחק מכל בדל של עיסוק בנושא."*

מכאן, שאפשר להבין ואף לקבל את הגישה העונשית המחמירה של בתי המשפט בישראל, שאותה אימץ בית המשפט קמא, כתגובה לחברות ופעילות בארגונים האסלאמיים הקיצוניים הפועלים בסוריה.

כאשר מנסחים את גזר דינו של נאשם בעבירות כאלה, אפשר לשקול לא רק את הגמול אישי הראוי לנאשם, אלא אף שיקולים של הרתעת הרבים והגנה על שלום הציבור. השיקול הראשון – הרתעת הרבים - יכול לשמש להחמרת העונש בתוך מתחם העונש ההולם ([סעיף 140 לחוק העונשין](#)), ואילו השיקול השני (הגנה על שלום הציבור) יכול להצדיק החמרה אפילו מעבר למתחם העונש ההולם ([סעיף 40ה לחוק העונשין](#)). אם מתכוונים לטעון לצורך במניעת סיכון אישי – יש להצביע על ראיות התומכות בכך. אפשר להסתמך על העבר הפלילי של המערער או על חוות דעת מקצועית, שתלמד כי יש "חשש ממשי" שהמערער ישוב לעבור עבירות, והחקתו מן הציבור נדרשת כדי להגן עליו.

#### מן הכלל אל הפרט – העונש הראוי למערער

בקביעת עונשו של המערער בתוך מתחם העונש ההולם התחשב כב' השופט בלילטי בכך שהמערער כבן 26; עברו הפלילי נקי; הוא סטודנט לרפואה ומאסר ממושך יפגע ביכולתו להמשיך בלימודיו; גזר הדין ניתן לאחר שחלפו למעלה משנה ו-4 מביצוע המעשים. המערער לא נטל אחריות למעשיו, לא הכיר בטעותו ולא הביע חרטה כלשהי; הוא לא אמר כי זנח את דרך הארגון שאליו חבר; הוא אמנם הודה במעשיו, אך הדבר היה רק לאחר חקירה מאומצת; והוא חזר בו מהודאה זו וניהל משפט הוכחות מלא. עם זאת, המערער נסע לסוריה והצטרף לארגון ג'בהת אל נוצרה לפני שנודע ברבים שמדובר בארגון, שפעילותו אסורה בעיני הרשויות באזור. הוא לא עשה שום מעשה שפגע בביטחון האזור, וגם לא הוכח שיש לו כוונה לעשות זאת בעתיד.

בעניינו של המערער, התביעה אמנם צירפה חוות דעת על הסיכון הנשקף מתושבי האזור היוצאים לאזורי הלחימה ומצטרפים לארגוני הטרור בסוריה, אך למערער עבר נקי מהרשעות, ולא הוצגה חוות דעת על חשש ממשי שהוא עצמו יחזור לעבור עבירות דומות. לכן, לדעתי צדק כבי' השופט קמא כאשר למרות הצורך בשמירה על שלום הציבור מפני המערער, לא חרג לחומרא ממתחם העונש ההולם שאותו קבע.

לפי הפסיקה שהוזכרה בגזר הדין ובפסק דיני לעיל, היו נאשמים, שבגין מעשים דומים שעשו בסוריה עוד לפני שהוכרז ג'בהת אל נוצרה כארגון אסור, נענשו ב- 15 או 22 חודשי מאסר בפועל. לעומתם, המערער שהה בסוריה זמן רב יחסית, לא הודה באשמתו, לא נטל אחריות למעשיו, ולא הביע חרטה או חזרה מן הדעות שהובילו אותו להצטרף לג'בהת אל נוצרה. בנסיבות אלה מוצדק לראותו כאדם שעודנו מסוכן, וכמי שיש להגן על הציבור מפניו על ידי קביעת עונשו במקום גבוה יותר במתחם העונש ההולם. המערער לא חסך מזמנו של בית המשפט קמא, וגם בשל כך אינו זכאי להקלה בתוך מתחם העונש ההולם.

לאור כל זאת, לא ראיתי סיבה להתערב בעונש שגזר בית המשפט קמא על המערער, והערעור נדחה.

ניתן היום, 18 בפברואר 2015, ט' באדר א' התשע"ו, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופט

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

רו"ן עצמון 3111/15-54678313

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה