

ע"פ 30980/04 - בעניין: מדינת ישראל נגד רaad סלאח מחראג'נה

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לעערורים פליליים

ע"פ 30980-04-14

ע"פ 31172-04-14

לפני: כב' השופט אריה רומנווב

כב' השופט דוד מינץ

כב' השופט אסתר נחליאלי-חייאט

בעניין: מדינת ישראל

נגד

ראאד סלאח מחראג'נה

ב"כ המאשימה: עו"ד שלומית בן- יצחק, פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)

ב"כ הנאשם: עו"ד אביגדור פולדמן

פסק דין

השופט א' רומנווב

1. לפנינו שני עערורים על פסק דין של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט חנה מרום לומפ) שנitin בת"פ 5425/08. העורור האחד הוא עורור המאשימה באותו תיק (ע"פ 30980-04-14), והערעור השני הוא עורור הנאשם (ע"פ 31172-04-14). בהתאם להחלטה מיום 1.5.14, הדיון בשני העערורים התקיים במאוחדר. למען הנוחות יוכנו הצדדים בערעוריהם שלפנינו באופן בו כמו בבית משפט השלום, הינו "המאשימה" ו- "ה הנאשם".

2. בכתב האישום אותו הגישה המאשימה לבית משפט השלום היא ייחסה לנאים ביצוע של שתי עבירות:

עמוד 1

האחת, עבירה של הסטה לגזענות לפי סעיף 414ב(א) לחוק העונשין התשל"ג-1977, והשנייה, עבירה של הסטה לאלימות או לטרור לפי סעיף 414ד2(א) לחוק האמור. בהכרעת הדיון מיום 7.11.13 זיכה בית משפט השלום את הנאשם מהעבירה האחת והרשיע אותו בביצוע העבירה השנייה. בגזר הדין מיום 4.3.14 הטיל בית המשפט על הנאשם עונש מאסר לRICT 8 חודשים וכן עונש מאסר על תנאי.

3. שני הצדדים מ爭ים על פסק דיןו של בית משפט השלום, ומכאן שני הערעור שהוגש על ידי המאשימה מופנה נגד החלטתו של בית משפט השלום לזכות את הנאשם מהעבירה של הסטה לגזענות, וכן נגד קולת העונש שבית המשפט גזר על הנאשם בשל העבירה בה הרשיע אותו. הערעור שהוגש על ידי הנאשם מופנה נגד ההחלטה של בית משפט השלום להרשייע אותו בעבירה של הסטה לאלימות או לטרור. לחופין, מפנה הנאשם את ערעורו נגד חומרת העונש שגזר עליו בית משפט השלום.

4. על העובדות הבאות אין לטענה מחלוקת בין הצדדים: הנאשם הוא מנהיג הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל. במהלך חודש פברואר 2007 בוצעו על ידי הרשות הישראלית באזרע מעלה המוגברים הנמצא בכניסה להר הבית. עבודות אלה עוררו מחלוקת ומהומות בקרב הציבור הערבי. ביום שישי ה-16.2.07, בסמוך לשעה 10:00, הגיע הנאשם לירושלים בעקבות האירועים המתוארים. הויל ובאותו מועד היה תלוי ועומד נגדו צו הרחקה שהוחזק על ידי בית משפט השלום בירושלים יום קודם לכן, ואשר אסר עליו להימצא בתחום העיר העתיקה, או בסמוך לה, במשך 60 ימים, הגיע הנאשם לשכונות ואדי ג'יז בירושלים. במקום זה נשא הנאשם דברים באמצעות רמקולים באזני אלפי אנשים שהתקנסו במקום, וכן באזני אמצעי תקשורת רבים שנכחו במקום.

5. הדברים שהנ禀 נשא הוקלו ותומלו והם מחזיקים מספר עמודים. בכתב האישום אותו הגישה המאשימה נגד הנאשם, היא הביאה חלק מהדברים שנאמרו על ידי הנאשם באותו מעמד. באופן ספציפי ייחסה המאשימה לנ禀 את העבירות בהן הואשם בשל דברים שאמר בשתי פסקאות, קצרות יחסית, מתוך הקטע שהובא בכתב האישום. בשל דברים שאמר הנאשם בקטע אחד, ייחסה לו המאשימה עבירה של הסטה לגזענות, ושל דברים שאמר הנאשם בקטע השני, ייחסה לו המאשימה עבירה של הסטה לאלימות או טרור.

6. אלה הדברים שנאמרו על ידי הנאשם בקטע המובא בכתב האישום:

"**עכשו אנחנו בשטח הזה, המבורך, הצלול ובעל הברכה הטהורה, אילולא ההפרעות והшибושים, שפקדו אותנו על ידי הכיבוש הישראלי, שיסולק בעזרת השם, כמו שسلوكו אחרים כמוותם בעבר"**

"**אחרי פשע מchnerה רפיק אומרים לך הממסד הישראלי רוצה לבנות בית מקדש שיישמש כבית תפילהות למען אלוהים. כמה שהוא חזוף וכמה שהוא שקרן, מי שרוצה לבנות בית למען האלוהים לא יתכן שהוא יבנה בית למען אלוהים כשದמוני עודו על בגדיו, דמננו עודו על**

עמוד 2

דלותו ודמותו במזונו, ודמנו במשקתו, ודמנו עובר מגנאל טרוריסטי אל גנאל טרוריסטי אחר".

"ככה אנחנו ממשיכים בדרכנו ולא חוששים אלא מפני האלים ישתחבש שמו. לא חוששים אלא מפני האלים. בכלל זה אני אומר, אלה שחוصحابיהם שהם בעלי היסטוריה מدمמת בעלי גנראל הרג וטבחים, אלה, אם הם חחוصحابיהם שעלה ידי ההסתה נגדנו בערוצ' אוח, ובערוצ' שניים או שניים, אלה שחוصحابיהם שהם מסתירים נגדנו בערוצ' עשר וגלי צה"ל, אנו לא חוששים אלא מפני האלים. הרוגים הכאיפים בגורל שלנו זה שנפנוש את האלים כשאהידים בשטחו של מסגד אלאקצא".

"בגלל זה אני אומר את זה באופן ברור ובלי היסוסים: אתם שההמשיתים נגדנו, אל תנתנו לדרגות שמנוחות על כתפיים לפטות אתכם. הדרגות האלה והכוכבים שמנוחים על כתפיים נעשו מהגיגיות של השאהידים שלנו. אלה הם דרגות בושה ולא דרגות פאר. אלה הם דרגות חרפה ולא דרגות כבוד. אני מתפלא מכם. מי מבינכם שהורג יותר מאתנו, מקבל קידום לדרגות יותר גבירות".

"שאנו כאן מתכוונים לתפילה במתחם של מסגד "אלאקצא" המבורך.פה יוסרו כל עניין הקיפוח ממשמי ירושלים הקדושה. באותו יום יטוהרו כל רוחבות ירושלים הקדושה מדם של החפים מפשע אשר התירו את דם והוציאו את נשמהם חיל'י הכיבוש הישראלי, אשר כובשים את מסגד "אלאקצא" המבורך. ואכן כן, אז יפרחו שקדות ירושלים חדש, ועל עצי הדית יהיו ירוזקים חדש, והכבד יוחזר אל הכנסת הקבר, והכבד יוחזר לכל המסגדים והכנסיות. ולא רק זה, הרי אנו לא זדוניים ולא נהיה זدونים, אנו נשמר גם על כבוד בתיה הכנסת של היהודים. אנו לא אומנה שמבשת על ערכי הקנאה. אנו אכן אומנה שמתבשת על ערכי נקמה. אנו לא הרשנו אף פעם לעצמנו, ותקשיינו טוב, אנו אף פעם לא הרשנו לעצמנו ללוות את הלוחם של ארוחת שכירת הצום בחודש رمضان המבורך בדמות של הילדים. ואם מי שרוצה הסבר יותר מוחרב אז שישאל מה היה קורה לחילוק מהילדים של אירופה, אשר דם היה מתרבעב בבעץ של הלוחם הקדוש. אלוהים גדול, האם זו דת? ככה אלוהים רוצה? אלוהים עוד יתמודד אתכם על מה שאתם עושים..."

"אנו לא בלבד במאבק הזה. יתכן שיבאו אליו ויגידו לך אתה מסית. הם רוצים להרווש לנו את "האקצא" ובאים ואומרים לי אתה מסית. אז, אחיכם שלוי, אני אומר לכם כן, ואני אומר שאנו לא בלבד במאבק הזה. וברצוני להגיד לכל אדם שפוי. אני רוצה להגיד את זה לכל אדם שפוי, שהקרב שפתחו בו כוחות הכיבוש הישראלי נגיד ירושלים הקדושה ונגיד מסגד "אלאקצא" המבורך לא נסגר עד עכשוו. אכן כן מראות המערכת זו התחליו רשמית בשנת 1948 לספירה. מאז השנה זו ממשיך הממסד הישראלי במלחמותו נגיד ירושלים הקדושה ומסגד "אלאקצא" המבורך. בשנים ההם שבערו התרחש שם מראה מדمم, וזה היה בשנת 1967 לספרה. הייתה שם מערכת שעדיין ממשיך אותו המוסד הכיבוש הישראלי, אשר כובש את ירושלים הקדושה ומסגד "אלאקצא" המבורך. הוא עדין ממשיך את הקרב. הקרב עודנו מתמשך... אך אנו מדגשים שאנו לא בלבד בקרב הזה, בעזות השם. אנו מבקשים מכל מוסלמי וערבי בהווה האסלאמי והערבי, באם היה שופט או מדען או מפלגה או מוסד ציבורי או פלגים או עמים. אנו חומדים מהם עכשוו, שעכשוו באה חובתם לסייע עם הפליטינו. עכשוו באה חובתם להוציא לדרך אינטיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיינוס לאוקיינוס, כתמייה בירושלים הקדושה ומסגד "אלאקצא" המבורך".

. 7. נראה שאין חולק על כך, שמדובר הדברים שנאמרו על ידי הנאשם אינו קל לשמיעה עבור חלקים נרחבים הציבור הישראלי, ואף ב"כ הנאשם אומר בערעור שהגיש: "אכן דברי המערער, המבטאים השקפת עולם של קבוצה שבראה הוא עומד וחלקים מן הציבור הערבי בישראל, הם דברים שיכולים להישמע מוקוממים ומרגינאים לחלקים נרחבים הציבור הישראלי" (סעיף 40 להודעת הערעור). עם זאת, הנאשם טוען כי הדברים שאמר הם ביטויים פוליטיים מובהקים המציגים בגבולות המותר בשיח המתנהל בחברה חופשית ודמוקרטית. לטענת ב"כ הנאשם: "ביטויים פוליטיים מריגינאים, מסוכנים וסוטיים, כמובן, אינם הופכים באופן מיידי לאסורים בפרסום, הם מהווים חלק משמעותי מהגרעין המוגן של חופש הביטוי בשיטת המשפט הישראלית" (סעיף 43 להודעת הערעור). לטענת ב"כ הנאשם "ההיסטוריה מלמדת כי לא מדובר מביא לאלימות אלא השתקה היא המתכוון הבתווח ביוטר לפניה אל דרך האלים" (שם).

. 8. מנגד סבורה המאשימה, כי הדברים שאמר הנאשם בשני הקטעים שיובאו להלן, חריגים מגבולות המותר גם בחברה דמוקרטית שוחרת חופש, באשר יש בהם הן הסתה לגזענות והן הסטה לאלימות או לטרור. מכאן, כאמור, כתוב האישום אותו הגישה המאשימה נגד הנאשם.

. 9. על רקע הדברים שנאמרו עד כה, אפנה עתה לערעוריהם שהגישו הצדדים. תחילת אדון בערעור המאשימה ולאחר כך בערעורו של הנאשם.

ערעור המדינה על זיכוי של הנאשם מעבירה של הסתה לגזענות

. 10. את הרשותו של הנאשם בעבירה של הסתה לגזענות ביקשה המאשימה לבסס על דבריו אלו של הנאשם:

"...אנו לא הרשנו אף פעם לעצמנו, ותקשייבו טוב, אנו אף פעם לא הרשנו לעצמנו לולוש את הלחם של ארוחת שבירת הצום בחודש رمضان המבורך בדים של הילדיים. ואם מי שרוצה הסבר יותר מורחב אז שישאל מה היה קורה לחלק מהילדים של אירופה, אשר דםם היה מתערבב בבערך של הלחם הקדוש. אלוהים גדול, האם זו דת? ככה אלוהים רוצה? אלוהים עוד יתמודד אתכם על מה שתם עושים..."

. 11. המאשימה טענה בבית משפט השלום והוא טוענת גם לפנינו, כי דברים אלו של הנאשם מתייחסים בצורה ברורה שאין לטעות בה לעילית הדם שהעלילו על העם היהודי במרוצת הדורות, והם נועדו להסתית נגד כלל העם היהודי. הנאשם כופר בעטעת המאשימה וטוען שאין כל קשר בין הדברים שאמר לבין העיליות שהעלילו על העם היהודי, וכי כוונתו בדברים המצוטטים הייתה אחרת. אביה, אפוא, את ההסברים שמסר הנאשם הן במסגרת חוקירתו במשטרת והן במהלך עדותו בבית המשפט.

. 12. וכן אמר הנאשם במסגרת חוקירתו במשטרת:

"אני מאמין שאין דת אלוהית שמסכימה להרג של תינוקות. ואני מאמין גם שאין שום דרך או דת שמיימת שמרשות לעצמןدم של תינוקות. אצלינו כמוסלים לפי החדית של הנביא, בربור לחלוון שהוא אומר "חילול קדושת המאמינים גדולה יותר אצל האל מחילול הcubeה" אבל מי שהרשא לעצמו שיחרג על הוראות הדינים האלוהיים אם היה הורג אפילו ילד אחד מהתינוקות של כל העולם זהה מעשה פשע חמור ביותר. אותו פשע ימשיך לרדו'ו אותו אפילו בלחם שהוא ואכל, וזה כבר קרה באירופה במחוזות שלנו באירופה באירועים היסטוריים מפורסמים וככלנו יודעים איך אותם פשעים (מחאכימים אלטפטייש במקור) בימי הביניים. כמו שהרגנו אלפי ילדים ולפי מدد זה ככלנו יודעים שאוטם בתי משפט הוקמו בשם הדת ובשם ההוראות הקדושות. ובהתאם לזאת זה חזר על עצמו בפשעים שקרו בבוסניה הרצגובינה ובצנניה. ויש עוד דוגמאות אחרות" (ת/1 שורות 85-77).

13. ואלו היו דבריו של הנאשם בעניין זה במהלך חקירתו הראשית בית המשפט:

"ש. אבקש שתסביר לנו את המשפט הבא: אנחנו לא הרשינו אף פעם לעצמנו לולש את הלוחם של ארוחת שבירת הצום בחודש ראמדן המבורך בדים של הילדיםומי שרצו הסבר יותר מאוחר שישאל מה קורה לחלק מהילדים של אירופה אשר דם היה מתערבב בבעץ של הלוחם הקדוש. אלוהים גדול. האם זו דת כהה אלוהים רוצה. אלוהים עוד יתמודד אתכם על מה שאתם עושים. הסבר מה התכוונת במשפטים אלה.

מי ששמע את הדרישה הזאת, את כל הדרישה ולא לוקח רק משפט אחד, מי שקורא אותה לא יהיה לו קשה להבין שאני מדבר על בסיס המורכב מהנביא מוסא וישו ומוחמד עליהם השלום. אני מדגיש בתחילת הדרישה ואומר (מקראי בערבית) הכוונה בתחילת הדרישה היא: הנביא משה והנביא ישו והנביא מוחמד ושאר הנביאים לא מעזים בעצם לעשות פשע שהם הרגים ילדים או הורגים ילדים כך אני מדבר תחילת. זה לא משפט חריג שעברתי עלייו ושבחתי אותו. אני חוזר שוב על הבסיס המורכב ואומר כך: בזמן שמסגד אל אקצא אנחנו דורשים את הבודד למסגד ובאותו זמן אנחנו דורשים את הבודד לכנסייה וגם לעולם לא נהיה לאום אכזרי. גם אנחנו נשמר על הבודד של בתי הכנסת היהודים ואני מדגיש שוב את אותו משפט מורכב. כאשר אני מדבר על הילדים אני אומר על אותו בסיס אני אומר אנחנו לעולם לא נרצה לעצמנו לאכול את THEM הראמאנן עם דם של ילדים ואם אתם רוצים לראות דוגמה לפשע הזה תשאל אירופה שכן יש חלק מאנשי הדת ואני לעולם לא אומר הדת הנוצרית אלא אנשי הדת הנוצרית ויש הבדל יש חלק שמסוגל לסלף את הדת בשם הדם ואז יש חלק מאנשי הדת שכן הרגנו ילדים, כן שלחו ילדים במה שנקרה מסע הצלב יותר מזה, אני קורא בהיסטוריה שבאותו זמן בתקופת הצלבנים יש חלק שأكلו ילדים. ההיסטוריה באירופה אומרת זאת ולא אני. אכלו ילדים על האש והדבר חוזר על עצמו גם בbosnia בקוסובוה ויש אנשי דת שעוזו בעצם לומר כאלו זו מצווה דתית. יש אנשי דת שרצו לעשות לחם קדוש מדם הילדים האלה ובכל התקופות אם זה בימי הביניים או בזמן שאנחנו חיים פה.

ש. יש שיאמרו שאתה מתכוון לעילית הדם שאומרים שהיהודים שמים דם של ילדים במצב פ███ מה אתה אומר על כך?

ת. אני אומר חד וחילק לא. אני שמעתי על הנושא הזה.

ש. התכוונת פה ליהודים משתמשים בדם ילדיהם?

ת. אני שוב מדגיש בוודאי לא. אני שוב מדגיש שאני לא מאמין שהדת ממשיים מעזה להטייר
לקבוצה שמאמינה בו לעשות דבר כזה.

ש. האיסלאם מתייחס לדבר כזה נגד יהודים?

ת. האיסלאם אומרשמי שהורג אדם חף מפשע כאלו הרג את כל בני האדם.

ש. ולסיפור זה יש התייחסות באיסלאם שיהודים משתמשים בדם?

ת. לא אין דבר כזה." (ישיבה מיום 13.5.13. עמודים 25-26).

14. התייחסותו של בית משפט השלום לעבירה של הסטה לגזענות מצויה בסעיפים 11-6 להכרעת הדין. בסוף דין שקיים הגיע בית המשפט למסקנה כי יש לזכות את הנאשם מהעבירה של הסטה לגזענות שיוסחה לו, וזאת משנה טעםם: הטעם האחד הוא, שבית המשפט סבר כי דבריו של הנאשם אינם בהירים מספיק. הטעם השני הוא, כי בלבבו של בית המשפט נותר ספק אם הנאשם היה מודע לטיב המעשה ולאפשרות שדבריו יובילו להסתה לגזענות. וכך סיכם בית משפט קמא את קביעתו בעניין זה, כמוופיע בסעיף 11 להכרעת הדין:

"לענינו, אין ספק כי דבריו של הנאשם ביחס לעליות הדם, אינם בהירים מספיק. מדובר בבלבול בין מושגים שונים ובין דתוות שונות, כך כאשר ציין הנאשם כי את דם הילדיים מערבים בלחם הקודש - לחם הקודש לנוצרים, ולא במצות - לחם העוני הנاقل בפסח על פי המסורת היהודית, ואשר לגבי נקשו עליות הדם באירופה. הנאשם הבהיר כי דבריו נאמרו על רקע עליית דמשק ואני מקבלת את דבריו נכון הפרשנות שמסר להם (ר' עמ' 26 ש' 18-3)."

על מנת שדבריו של הנאשם יהוו עבירה של פירסום הסטה לגזענות, יש להוכיח כי **"הഫרסט היה מודע לטיב המעשה, לנسبותיו ולאפשרות הגרימה של הסטה לגזענות, וכי פירסם את הדבר במטרה להסית לגזענות, או, למצער, מתוך ראייה מראש, אפשרות קרובה לוודאי, שהפירסום יסייע לגזענות"** (ר' ס' 21 לדברי כב' הנשיא מצא בע"פ אלבה). לפיכך, נכון חוסר הבahirות בדברים ונוכח הסבירו של הנאשם נותר בלבבי ספק כי הנאשם היה מודע לטיב המעשה ולאפשרות שדבריו יובילו להסתה לגזענות. משכך, אני מזוכה את הנאשם מעבירה של הסטה לגזענות והדין בשאלת אם הדברים אוטם פرسم הנائم פורסמו **"מתוך מטרה להסית" מתייתר.**"

15. במסגרת הערעור המונח לפנינו טוענת המאשימה, כי שגה בית משפט השלום בכך שקבע כי דבריו של הנאשם אינם בהירים. טוענת המאשימה, אין כל ספק בכך שדבריו הנאשם מתייחסים לדת היהודית ועליות הדם שהוא מנת חלקו של העם היהודי במרוצת הדורות, ולא לשם ציבור אחר או לכל תופעה היסטורית אחרת. טוענת המאשימה, הדברים שיצאו מפיו של הנאשם לאורך כל הדרשה שנשא מופנים ארוך ורק כלפי מדינת ישראל וככלפי העם היהודי. הם אינם מופנים נגד נוצרים, צלבנים, בוסנים או כל גורם אחר, כדי ההסביר שמסר הנאשם, אשר המאשימה סבורה כי הם תומויים ובלתי משכנעים בלשון המעטה. המאשימה טוענת, כי לאורך כל הדרשה שנשא דבר הנiem ארוך ורק נגד מדינת ישראל ומבה על מעשי רצח ודיכוי הנעשים, כמובן, כלפי העם המוסלמי. לפיכך, כך טוענת המאשימה, אין לטעות בהבנת דברי הנאשם המתיחסים לעליות הדם הללו, ולא

לשום דבר אחר. לטענת המאשימה, ההסבר שמסר הנאשם אינו מתישב בשום צורה ואופן עם המיללים שאמר ועם ההקשר הכללי של הדרשה שנשא. בהקשר זה טענת המאשימה, כי במהלך חקירתו הנגדית טען הנאשם, כי לא אמר את המיללים "בצק" ו"ללווש" (עמודים 34-35 לפרטוקול). לטענת המאשימה, הכחשת הנאשם בחקירה הנגדית כי אמר את המיללים האלה מלמדת אלפי עדים שה הנאשם ידע והבין היטב כי אמרתן מכינסה אותו באופן מובהק אל תוך גדריה של עיריית הסתה לגזענות. המאשימה מוסיפה וטוענת, כי טעה בית משפט השלום בכך שלא שאל את האפשרות כי השימוש במונח "הבצק של הלוחם הקדוש" מתייחס ל"לחם הקדוש" של בני הדת הנוצרית ולא למצות חג הפסח היהודי ולעלויות הדם היודעות. לsicום, המאשימה מבקשת כי נקבע את הערעור שהגיעה ונרשיע את הנאשם בעבירה של הסטה לגזענות שיוחסה לו בכתב האישום.

16. בתשובה טען ב"כ הנאשם, כי יש להוtier את זיכויו של הנאשם על כנו. ב"כ הנאשם שב וטען לפניו, כי הדברים שאמר הנאשם בקטע המיויחס לו, לא הופיעו כלפי היהודים והוא לא התייחסו לעילית הדם המדוברת. לטענת ב"כ הנאשם, תנאי להרשעתו של אדם בעבירה של הסטה לגזענות הוא, שדברי הסתה אותם אמר הם ברורים וחיד-משמעותיים, דבר שאינו מתקיים, לטענתו, במקורה שלפנינו. זאת מושם שדברי הנאשם עמודים ובלתי בהירים ואין בהם התייחסות מפורשת לבני הדת היהודית. על כן, כך סבור ב"כ הנאשם, אין הדברים יכולים לשמש תשתיית להרשותה בפליליים, ולפיכך יש לדחות את ערעור המדינה.

17. אני סבור כי הדיון עם המאשימה ועל כן יש לקבל את ערעורה. הדברים שאמר הנאשם לא נאמרו בחיל הריק אלא בהקשר ברור והוא, המכחאה שההתעוררה בקרב חלקים הציבור המוסלמי בעקבות עבודות שבוצעו על ידי הרשות הישראלית באזרע מעלה המוגברים הנמצא בכניסה להר הבית ובסימון למסגד "אל אקצא". מהכחאה זו אינה עומדת לבדה, אלא כפי שעולה מדברי הנאשם עצמו, היא באה על רקע הסכסוך הקיים באזרענו מזה שנים רבות. אכן אין לטעות, הדרשה אותה נשא הנאשם מכוonta כלפי מדינת ישראל והציור היהודי, ולא כלפי כל גורם אחר. אין מדובר בדיון תיאולוגי שכלהני ומונוטק, אלא בדברים אשר "מוטיב הדם" שבוחזר ומודגם בהם, שנאמרו בהקשר ברור וכנגדי גורם ברור, והוא עיקרו של הציור היהודי והישראל, מדינת ישראל ורשויתו המוסמכת. אין לקבל, אפוא, את טענת הנאשם, כי הוא התייחס בדבריו לנוצרים, צלבנים, בוסנים, צ'יצ'נים, או כל גורם אחר. גם אם בקטע המצווט לא אמר הנאשם, בצורה ברורה ומפורשת, כי הוא מתכוון בדבריו לבני העם היהודי, לא ניתן לטעות בכך שהוא כוונתו.

18. מדברי הנאשם בקטע המצווט עולה, ובצורה ברורה, כי בקטע המצווט אין הנאשם משתמש בצורה סימבולית במוטיב הדם והלחם כמו שמדובר, כי אדם השופך דם נקיים כי אז, בצורה סימבולית, הלחם אותו הוא אוכל נדמה כצד הטבול בדם. שימוש זהה נעשה, אמן, על ידי הנאשם בחלק אחר בדרישה שנשא עת אמר: "... מי שרצה לבנות בית למען האלים לא יתכן שהוא יבנה בית למען אללים כشدמוני עוד על בגדי, דמננו עוד על דלתותינו ודמננו במזונו, ודמננו במשקהו, ודמננו עבר מגנרט טוריסטי אל גנרט טוריסטי אחר".

19. בקטע שהבאתني זה עתה, אכן השימוש במוטיב הדם והלחם הוא שימוש סימבולי. ואולם אין כך הדבר בקטע בגין מבקשת המאשימה להרשייתו את הנאשם בעבירה של הסטה לגזענות. בקטע זה אין מדובר בסימבוליקה, אלא בliesthet לחם בדם, פשוטו כמשמעו ("אנו אף פעם לא הרשנו לעצמנו ללווש את הלחם... בדים של

הילדים... אשר דם היה מתערבב בבעץ של הלוחם..."). ולא בסתם דם מדובר, אלא בדם של ילדים. ולא בסתם לחם, אלא בלחם קדוש אשר נרמז כי נاقل בחג ("ארוחת שבירת הצום בחודש رمضان המבורך"). ולא בסתם ילדים מדובר, אלא בילדים של אירופה, שם נולדה עלילת הדם המוכרת. אכן, הנאשם השתמש בביטוי "לחם קדוש" המוכר בקרב הדת הנוצרית, ולא במונח "מצחה של פסח". אלא שהדבר אינו מעלה או מוריד, הון משומם שמדוברו הנאשם עולה כי הוא ביקש לצין שהלחם בו מדובר הוא לחם מיוחד הנאכל בחג (ואין זה חשוב אם לא צין כי מדובר במצוות הנאכלת בחג הפסח), והן משומם שכפי שכבר ציינתי, הדרישה אותה נשא הנאשם לא עסקה ביחסים שבין דת הנוצרית או לכל דת אחרת, אלא ביחסים שבין המוסלמים ליהודים.

20. עניין זה מביא אותנו למספר משפטים המובאים בסמוך לפניו הקטע המצווט על ידי המاشימה, ולמשפט המסייעים אותו. במשפטים המובאים בסמוך לפניו הקטע המצווט על ידי המاشימה, מתאר את הנאשם את המצב שישורר, לדבריו, לאחר הגיעו "יום הדין" הינו, כך ניתן להבין, לאחר ניצחון האסלאם. הנאשם אומר בדרשתו, כך עולה מדבריו, כי בגין מטבח השורר היום, לטענתו, כאשר הריבונות נתונה בידי ישראל, "הכבד יוחזר אל כנסיית הקבר, והכבד יוחזר לכל המסגדים והכנסיות". ולא רק זאת, אלא שלדברו הנאשם, כאשר הריבונות תיהה בידי בני דת האסלאם, "אנו נשמר גם על כבוד בתיה הנקדשות של היהודים. אנו לא אומה שمبرשת על ערכינו הקנאה. אנו איננו אומה שמתבססת על ערכינו נקמה. אנו לא הראשונים אף פעם לעצמנו... לוש את הלוחם של ארוחת שבירת הצום... בדם של הילדים". מן האמור עולה, אפוא, כי דבריו של הנאשם בעניין הלוחם והדם נאמרו כדי לעממת זה מול זה את האסלאם והיהדות, ולא בהקשר אחר כלשהו, כפי שנטען על ידו.

21. זאת ועוד, במשפט המסייעים את הקטע המצווט על ידי המاشימה, לאחר תיאור דם של הילדים המתערבב בבעץ של הלוחם הקדוש אומר הנאשם: "אלוהים גדול, האם זו דת? כמה אלוהים רוחה? אלוהים עוד יתמודד אתכם על מה שתם עושים....". אך מובן, כי דבריו אלה של הנאשם מכונים לדת היהודית ולבני הדת היהודית, ולא לשום גורם אחר.

22. עניין נוסף הרואין לציין בדבריו של הנאשם הוא, כי בעת שה הנאשם תחיל לדבר על עניין הלוחם והדם, הוא עצר לרגע את מהLEN דבריו, פנה אל קהל שומעו ו אמר להם: "תקשיבו טוב...". פשוט, שה הנאשם לא היה פונה אל קהל שומעו וمبקש את תשומת ליבם המיוחדת, כדי לספר להם על דברים רחוקים ומנותקים שאירעו בימי הביניים בתקופת מסעות הצלב או במהלך המלחמה בbiosnia הרצגובינה. פניטו של הנאשם לקבלת תשומת לב מיוחדת, וזאת לזכות בתשומת לב שומעו בקטעה שהוא סבר כי הוא חשוב בדרשתו, שעניינו, כאמור, המתח הקיים בין הציבור עליו נמנעה הנאשם ואשר את חלקו הוא מנהיג, לבין עיקרו של הציבור היהודי והישראלית, ופעולות רשות ישראל בסמוך להר הבית ומסגד "אל אקצא".

23. סיכום של הדברים עד כה הוא, שאני סבור כי יש לקבל את טענת המاشימה כי דבריו של הנאשם התייחסו לעילית הדם שהעלילו על היהודים במרוצת הדורות; כי זו הייתה כוונתו הסובייקטיבית של הנאשם; וכי כוונה זו בוטאה בworthy ונήירה בדברים שאמר. זאת, כאמור, הן משומם התוכן המפורש של הדברים שנאמרו כי שעדתי על כך לעיל, והן משומם ההקשר הכללי של הדרישה שנשא הנאשם. השאלה אליה יש להידרש עתה היא, האם דברים אלה מהווים הסתנה למשמעות?

24. סעיף 144א' לחוק העונשין, תשל"ז-1977 קובע, כי "גזענות" היא, "רדיפה, השפה, ביזוי, גילוי איבה, עינויות או אלימות, או גרים מינים כללים או חלקים של האוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני". אני סבור, כי לא יכול להיות ספק בכך שדברי עלילת הדם שהייתה מנת חלקו של העם היהודי, עונה אחורי הגדרה זו.

25. באותו אופן אני סבור שלא יכול להיות ספק בכך שבנאים התקנים גם היסוד הנפשי הנדרש בסעיף 144ב'(א) לחוק, בו הוא הנאשם. סעיף זה קובע, כי "המפרנס דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו - מאסר חמיש שנים". היסוד הנפשי הנדרש הוא, "מטרה להסית לגזענות". על רקע תוכן הדברים שנאמרו על ידי הנאשם, ההקשר בהם נאמרו, מעמידו של הנאשם וזהות קהל שומיעו, ובהעדר הסבר מניה את הדעת של הנאשם (שהרי ההסבר אותו מסר לא התקבל), לא יכול להיות ספק כי הנאשם אמר את הדברים "מתוך מטרה להסית לגזענות" (דין נרחב ביסודות העבירה של "הסתה לגזענות" ראו: ע"פ 2831/95 **רב עידו אלה נ' מדינת ישראל** (1996)).

26. לא לモתר לציין, כי לא נתען לפנינו על ידי ב"כ הנאשם - ولوقطענה חלופית - שגם אם יקבע שהדברים אוטם אמר הנאשם כוונו כלפי העם היהודי, אין להרשיע אותו בעבירה של הסתה לגזענות שכן לא התמלאו יסודות עבירה זו. כל שנטען על ידי ב"כ הנאשם הוא, כי הנאשם לא הפנה בדבריו לעילת הדם הידועה; כי הדברים שאמר לא כוונו כלפי העם היהודי; וכי בכל מקרה אין מדובר בדברים ברורים וחידושים. אלא שמהטעמים אוטם פרטתי הגעתו לכל מסקנה, שאין מקום לקבל את טענת ב"כ הנאשם בעניין זה.

27. הבאת לייעיל את דבריו ב"כ הנאשם בדבר חשיבותו של חופש הביטוי בחברה חופשית ודמוקרטי, ועל הצורך ואף האינטרס של החברה ורשותה לאפשר לאדם להشمיע את אשר במחשבתו, ואת אשר על ליבו, גם אם בדבריו קשים ופגעים וצורבים מאד. על כך אין איש חולק. ואולם באותה מידת אין איש חולק על כך, שגם אם לחופש הביטוי יש מעמד עליון בחברה שוחרת חופש, אין מדובר בחופש ללא גבולות. בית משפט השלום הביא בהכרעת הדין שניתנה על ידו דברים שנאמרו על ידי ב"כ הנאשם ברק בבש"פ 5934/05 **שי מלכה נ' מדינת ישראל** (2005), ואין טוב מלהשוו ולהביא את הדברים גם עתה:

"שמירת הדמוקרטייה מחיבת שמירה על חופש הביטוי. שמירה על חופש הביטוי מחיבת שמירה על הדמוקרטייה. השימוש ברטורייקה של דמוקרטייה זכויות אדם כבסיס לפעולות הפוגעת בדמוקרטייה ובזכויות האדם הוא מושם לבדוק להרס הדמוקרטייה מתוכה היא. אמתה, הדמוקרטייה מכירה בזכות הביטוי וההפגנה של כל אדם בה; היא תעשה הכל כדי לכבד זכויות זו, אך דמוקרטייה לא אפשר שימוש בזכויות שהיא מעניקה כדי להביא להרס עצמי. דמוקרטייה צריכה להיות סובלנית גם לחסרי הסובלנות, אך דמוקרטייה אינה צריכה לאפשר בסובלנותה את עצם חיסולה"

28. כפי שציינתי לעיל, מכלול הדברים שנאמרו על ידי הנאשם במהלך הדרשה שנשא באותו יום אינם קלילים לשמיעה עבור חלקים נרחבים הציבור הישראלי. עם זאת יודגש, כי המאשימה לא הגישה נגד הנאשם כתב

אישור של מכלול הדברים שאמר במהלך אותה דרשה, גם שכאמר אין הדברים קלים לשםעה, אלא אף בגין שתי פסקאות שנאמרו על ידו, בקשר לאתה מהן, זו הנדונה עתה, היא ייחסה לו עבירה של הסתה למצענות. אני סבור כי בדבריו אלה חזה הנאשם את גבולות המותר והכניס את עצמו אל התחום האסור. העלההה מן המוחשיים של עלילת דם המיחסת ליהודים רציחתם של ילדים על מנת להשתמש בדם לשם אפיית מאכל מיוחד ביום חג, אינה דבר לגיטימי, גם במקום בו יש מחלוקת נוקבת, תחום عمוקה, עצם ומשמעותה. מחוור עלילת הדם הידועה אינם משרות אף אחת מהתכלויות אשר לשמנן הוענק לחופש הביטוי מעמד כה רם, אלא הוא נועד להרבות את השנהה, להעמיק את התהום, להגדיל את הריחוק, ולעורר מדניהם.ocr, לא ניתן להסבירם דברים אלה אמרו במסנה תוקף על רקע מעמדו של הנאשם ציבור ועל רקע העובדה שהדברים נאמרו על ידו ברגע של מתייחסות כבده ביחס למקום כה רגיש כהר הבית.

29. לנוכח כל האמור הגעת, כאמור, לכל מסקנה שיש לקבל את ערעור את המאשימה, ולהרשיע את הנאשם בעבירה של הסתה לגצעות לפי סעיף 144ב'(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977. ומכאן אפנה לערעור הנאשם.

ערעור הנאשם על הרשותו בעבירה של הסתה לאלימות או לטרור

30. סעיף 144ז קובע כך:

"(א) המפרסם קרייה לעשית מעשה אלימות או טרור, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות או טרור, תמיכה בו או הזרחות עמו (בסעיף זה - פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשית מעשה אלימות או טרור, דינו - מאסר חמיש שנים".

31. את הרשותו של הנאשם בעבירה של הסתה לאלימות או לטרור השתיית בית משפט השלום, כפי שהتابקש על ידי המאשימה, על דבריו אלו של הנאשם:

"...אנו מבקשים מכל מוסלמי וערבי בהווה האסלאמי והערבי, אם היה שופט או מدعן או מפלהה או מוסד ציבורי או פליגים או עמים. אנו חומדים מהם עכשו, שעכשו באה חובתם לסייע לעם הפלסטיני. עכשו באה חובתם להוציא לדרך אינטיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיאנוס לאוקיאנוס, כתמיכה בירושלים הקדושה ומסגד "אלאקטא" המבוור".

32. בית המשפט קבע בפסק דין כי בדברים אלה קרא הנאשם לאינטיפאדה. למסקנה זו הגיע בית משפט על סמך האמרה: "עכשו באה חובתכם להוציא לדרך אינטיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיאנוס לאוקיאנוס", וכן על ההקשר הכלול של דבריו הנאשם אשר יש בהם שימוש חוזר על המילים "דם" ו"شهادים". בית המשפט קבע בסעיף 18 להכרעת דין, כי מההקשר הכללי של הדרישה שנשא הנאשם, מהשימוש החוזר בביטוי "דם" ומדובר כי "נפגש את אלוהים כשחאים בשטחו של אלאקטא המבוור", לא ניתן להבין את הקרייה לאינטיפאדה כדרר

של התקומות אזרחות לא אלימה, וכי אין ספק כי בקריה זו יש משום הסטה לאלימות. בית המשפט עמד בהכרעת דינו על פסיקתו של בית משפט העליון שקבע לא אחת, כפי שכבר ציינתי, כי לחופש הביטוי יש גבולות; כי יש להבחין בין חופש להפקרות; וכי "דמוקרטיה אינה צריכה לאפשר בסובלנותה את עצם חיסולה" (דברי כבוד הנשיא ברק המובאים לעיל).

33. בערעור המונח לפניו מעלה הנאשם מספר השגות נגד החלטתו של בית משפט השלום עת הרשע אותו בעבירה של הסטה לאלימות או לטרור. לטענת הנאשם, בהכרעתו של בית המשפט נפל פגם מהותי, שכן בית המשפט לא תיחס להסבירים אותם מסר הנאשם במהלך עדותו בבית המשפט בדבר תוקן הדברים שאמר, משמעותם והפרשנות הנכונה שיש לתת להם. תמצית טענת הנאשם היא, כי דברים אלה לא היו מופנים אל שומיעו ואל הציבור הישראלי, אלא אל כלל העולם המוסלמי, וכי בדברים שאמר לא ביקש הנאשם לגרום לאלימות פיזית, אלא לפעולות פוליטית להגנת ירושלים ומסגד אלקצא. בהודעת הערעור שהגיש הbia ב"כ הנאשם קטיעים מהדברים שאמר הנאשם בחיקירתו במשטרתו ובמהלך עדותו בבית משפט השלום בעניין זה, ואלה יבואו בהמשך.

34. לטענת ב"כ הנאשם, הפרשנות לה טוען הנאשם נלמדת הן מהגורמים אליו הופנו דברי הנאשם, והן מהמקום הגיאוגרפי - מן האוקיאנוס אל האוקיאנוס. באשר לגורמים אלה מופנית הקריה טוען ב"כ הנאשם, כי מדובר בגופים שאין מתאפשר על הדעת שייפרצו באינטיפאדה אלימה, כגון מושלים שתפקידם בעיקר פוליטי ומדיני, מפלגות ומוסדות כאלה ואחרים. לטענת ב"כ הנאשם מתוקן הדברים עולה בברור כי כוונתו של הנאשם הייתה להתעוררויות גלובאלית, למודעות, למחאה, אך בהחלט לא לפעול אלימה.

35. וכן טוען ב"כ הנאשם בערעוורו: "מאלו מובן כי הדיבור הוא מעיל ראשי המקשיבים והוא על פי כוונת הנאשם אמרו להתפשט לרוחבי העולם כולו ולעורר [כך במקור - א.ר.] למודעות למשעי עול ופגעה שלhalbת הנוואם מתרחשים בישראל ובשטחים הכבושים... כך שאל הקריה אל הגורמים שבBOR כי לא מצופה מהם להוציא אל הפועל פעולה אלימה, מצטרף הגון **האוניברסיטאי המובהק** שבקריה. קרייתו של הנאשם אינה בוגדר קרייה להזאתה של אינטיפאדה בדמותה המוכרת מן הסכסוך הישראלי-פלסטיני שמופנית אל קהיל השומעים לקום ולעשות מעשה, אלא שקריית הנאשם, היא קרייה המופנית אל כולל עולם, הן במובן של מיהות מקבל הקריה והן במובן של מיקומו הגיאוגרפי - מן האוקיאנוס אל האוקיאנוס. אמרה זו מגמת בתוכה מסר ברור, שכלי איש, בכל תפקיד, בכל מקום, יכול לסייע **להתעוררות- אינטיפאדה** של העולם המוסלמי והערבי בנוגע לסוגיות ירושלים ומסגד אלקצא- להתעורר ולשים סוגיה זו בראש סדר העדיפויות" (סעיפים 28-25 להודעת הערעור).

36. בהקשר זה מצין ב"כ הנאשם, כי במסגרת הדיון שהתקיים בבית משפט השלום הודיע הנאשם כי הוא חולק על כך שלמילה אינטיפאדה יש רק משמעות של פעילות אלימה. לדברי ב"כ הנאשם, על רקע דברים אלה, כך נראה, ביקש המאשימה להגיש חוות דעת של מומחה, ד"ר הלל פריש, שאמור היה להוכיח כי משמעותה של המילה "אינטיפאדה" בהקשר הנדון היא בהכרח אלימה. אלא, שבעקבות העורות בית המשפט הודיעה המאשימה כי היא מותרת על עדותו של ד"ר פריש, ועל כן עדות זו לא נשמעה.

37. כאן המקום לומר, כי ביחס לעבירה של הסטה לאלימות או לטרור, בשונה מעבירה של הסטה לגזענות, אין די באמירת דברים בעלי תוכן מסית. ככל שמדובר בעבירה של הסטה לאלימות או לטרור קובע החוק, כי לצורך גיבוש העבירה תנאי הוא ש"על פי תוכנו של הפרסום, המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשי אלימות או טרור". לטענת ב"כ הנאשם, לא הוכח כי הדברים שאמר הנאשם הקימו "אפשרות ממשית" לעשייתם של מעשי אלימות או טרור.

38. יש לציין, כי בסעיפים 8-7 לכתב האישום נטען על ידי המאשימה, כי בתום הד儒家 שהנאשם נשא והתפילה שנערכה במקום החל הקהל שנכח במקום להתרפרע ולידות אבניים לעבר כוחות המשטרה שהיו במקום. על פי הנטען, במהלך ההתפרעות נפצעו 3 שוטרי מג"ב. במסגרת הכרעת הדין שניתנה על ידו דין בית משפט השלום באricsות בטענה זו של המאשימה, ובתום דין שערך קבע בית המשפט כי לא הוכח מעבר לכל ספק קיומו של קשר סיבתי בין ההתפרעות שהייתה במקום לבין דרישתו של הנאשם.指出, שכי שעולה מציטוט הוראת החוק שהובאו לעיל, אין צורך בדברי ההסתה שנאמרו על ידי המאשימה הביאו בפועל למשדי אלימות, אלא די בכך שקיים אפשרות ממשית בדברי ההסתה יביאו לעשיית מעשים כאלה. בית משפט השלום סבר, כך ניתן להבין, כי בדבריו של הנאשם יצרו את אותה אפשרות ממשית, לנוכח העובדה שאוותם ימים היו ימים מותחים, "רחבות העיר ירושלים היו סוערים והעולם הערבי כלו זעק על העבודות שהתבצעו בדרך העולה להר הבית" (סעיף 17 להכרעת הדין); על כך שהנאשם נשא את דרישתו אל מול מאות אנשים; על כך שהנאשם נשא את הדברים במסגרת תפילה يوم השישי; ועל כך שהנאשם הנה דמות מוכרת בקרב הציבור הערבי. בית המשפט סיכם את דבריו בכך שקבע כי "ודאי שיש בכל אלה מושם השפעה על ציבור השומעים את הדברים אותם נשא הנאשם" (שם).

39. כאמור, הנאשם טוען כי לא התקoon בדבריו לעורר אינטיפאדה אלימה, וכך הוא אמר בחקירה במשטרה מיום 1.4.07 (ת/1, ש' 86-95):

"שאלת: באotta עצרת גם אמרת שיש חובה לכל הערבים והמוסלמים לצאת באינטיפאדה מוסלמית וערבית מהאוקיינוס ועד האוקיינוס כתמיהה בירושלים הקדשה ומסגד אל אקצא המבורך. מה כוונתך?"

תשובה: אני אמרתי שאנו חומדים את המורשת האסלאמית והערבית על כל מרכיביה מנהיגים, אנשי דת, ותקורת, ומפלגות ומוסדות משפחתיים ולא משפחתיים ועמים שייצאו באינטיפאדה תומכת בירושלים הקדשה ובמסגד אלאכצא המבורך. והפירוש ברור לחלוtin והוא הזמןה לתת את מירב המאמצים על מנת לשמר על חותם בשמייה על ירושלים הקדשה ומסגד אלאכצא המבורך. וזה תפקיד המנהיגים אשר מתבטא בתפקיד פוליטי מדיני. וכן"ל אותו תפקיד של אנשי הדת (עלמאא - תורגם בנאוםCMDUN- הערת הח"מ) לחבב על האנשים את מסגד אלאכצא. וזה גם מתקשר למפלגות ובמוסדות המשפחה והעמים אשר צריכים לתת את הדגש המבורך. זה גם מבהיר תקשורת לצרכים לחש על הבעה בירושלים ומסגד אלאכצא ילחזו על מנהיגיהם לצתת ביוזמה פוליטית תומכת לירושלים הקדשה ומסגד אלאכצא המבורך."

40. ובמהלך עדותו בבית המשפט אמר הנאשם כר:

"ש. נubby על עוד פסקה, אתה אומר שאנו מבקשים מכל מוסלמי וערבי ואם היה מושל או מדען או מפלגה או מוסד ציבורי או פלגיים או עמים או מבקשים מהם שעכשו חובתם לסייע לעם הפלסטיני וחובתם להוציאו בדרך אינטיפאדה איסלאמית ערבית מאוקיינוס לאוקיינוס כתמייה לירושלים הקדושה ולמסגד אלאקצא המבורך למה אתה מתכוון?
ת. אני לא מגדים שדווקא המילה אינטיפאדה היא מילה ביןלאומית וגם היהודי משתמשים במילה זו. גם שולמית אלמוני השתמשה במילה זו וזה גם בכל השפות.

ש. מה מקור המילה?

ת. המקור שלו היא התעוררות. אינטיפאדה זאת אומרת שאדם ישן ובפעם אחת התעורר והכוונה שלה שאני רוצה לעשות דבר ז"א שאני נותן את כל יכולתי לדבר זהה ولكن עכשו אומרים אינטיפאדה כלכלית או פוליטית או חינוכית היום כל העולם משתמש במילה זו. בזמן שאני אומר אנחנו קוראים למושל, למפלגות, לתקשות, לתקשות או לעם לעשות אינטיפאדה אני לפניו כן אומר להם לפני שדיברתי על אינטיפאדה אני אומר שיתנו עזרה. אחר כך אני אומר שתהיה אינטיפאדה. אני קורא להם ככל שהם יכולים לעזור לעם הפלסטיני ודאי אני בזמן שאני מדובר את הדברים האלה בזודאי אני לא מכחשה שהמושל יעשה אינטיפאדה או איך התקשות תעשה אינטיפאדה בזודאי אני מתכוון לאינטיפאדה תרבותית ופוליטית." (עמודים 26-27 לפירוטוקול).

41. במהלך טיעוניה לפנינו תמכה ב"כ המأشימה בהכרעת דינו של בית משפט השלום בעניין זה, והוא ביקשה כי נותר את הרשותו של הנאשם על כנה.

42. אני סבור כי ההסבר שמסר הנאשם אינו בלתי מתקין על הדעת, ומכאן שלא ניתן לקבוע במידת הוודאות הנדרשת בפליליים כי בדבריו אלה התכוון הנאשם לעורר מעשי אלימות פיזיים מסווג אלה המוכרים לנו. נזכר, כי הדרישה שמסר הנאשם נתנה על רקע טענה שהועלתה בקרב חילוקים מהציבור המוסלמי בדבר כוונתו של רשותות ישראל לפגוע באחד מהמקומות המקודשים לבני דת האסלאם - הוא מסגד "אל אקצא". מהדברים שה הנאשם אמר בדרשתו עולה, כי הנאשם הדגיש כי העניין העומד על הפרק אינו עניין מקומי הנוגע אך לתושבי המקום, אלא עניין הנוגע לכל בני דת האסלאם, באשר הם.

43. וכך אמר הנאשם, בין היתר, בקטעים הקודמים לקטע בגין הורשע בעבירה של הסתה לאלימות או לטרור: "ובגל זה אחים, אנו מודיעים.... אנו מודיעים שירושלים הקדושה ומסגד "אל אקצא" המבורך הוא "פָקְדּוֹן" באחריותנו, הוא באחריותנו אנו העם הפלסטיני. ואנו מתפרקם ומתגאים בזה שאליהם נתן לנו את הכבוד שנהייה בין מיליארד וחצי מוסלמים וערבים, שנושאים את האחריות הזה על ירושלים הקדושה ועל מסגד "אל אקצא" המבורך, בשם מיליארד וחצי מוסלמים וערבים..." בהמשך הדברים אמר הנאשם מספר פעמים "שאנו לא בלבד במאבק זהה". אז מרגע משפט הקודם לקטע בגין הורשע הנאשם בו שב הנאשם ואומר: "אך אנו

מדגישים שאנו לא בלבד בקשרזה בעזרת השם", ולאחריו ממשיע הנאשם את הדברים בגנים הורשע: "אנו מבקשים מכל מוסלמי וערבי בהווה האסלמי וכו'..."

44. הנה כי כן, בדרשתו הרחיב הנאשם את היריעה אל מעבר לגבולות הזמן והמקום. הנאשם הדגיש בדבריו, כי אין מדובר אף בסכסוך הישראלי-פלסטיני, אלא בעניין הנוגע לכל בני דת האסלאם, שכן מסגד "אל אקצא" יקר וקדוש לילבו של כל מוסלמי, באשר הוא. על רקע דברים אלה לא ניתן לשולח את דברי הנאשם כי בקטע בגנים הורשע הוא בקש מכל מוסלמי לתרום את תרומתו, בגבולות יכולתו ומוחciות, לשם הגנה על מסגד "אל אקצא". הנאשם פנה בדבריו אל "כל מוסלמי וערבי בהווה האסלמי והערבי", והוא אף הביא דוגמאות לנמעני: שופט, מדען, מפלגה, מוסד ציבורי, פלגים או עמים. הנאשם פנה אל אותם גורמים ואמר להם כי "חובהם לסייע לעם הפלסטיני", ולבסוף אמר הנאשם: "עכשו באהו חובתם להוציא לדרך אינטיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיאנוס לאוקיאנוס כתמייה בירושלים הקדשה ומסגד אל אקצא המבורך...". אכן, המונח "איןטיפאדה" מזכיר לנו כזה המתיחס לפעולות אלימה. ואולם כאן דיבר הנאשם על "איןטיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיאנוס לאוקיאנוס", ואני סבור כי בהקשר בו הדברים נאמרו ובתוכן הדברים, לא ניתן לשולח את הסבבו של הנאשם כי אין מדובר בהסתה לפעולות אלימה או למשעי טרור, אלא בקריאה להתניותות כללית, לא בהכרח אלימה, לשם הגנה על מה שנראה בעיני הנאשם כפגיעה במקום קדוש.

45. אפשר שיטען הטוען כי כשם שהנאשם פנה אל "השופט" ו"המדען" בבקשתה שייפלו למען מסגד "אל אקצא" בגבולות יכולתם, כך הוא גם אל האוחז באבן בבקשתה שיזורך אותה. אלא, שהדברים לא נאמרו וחושבניהם הייתה זה מרחק לכת לקבוע זאת. לכך יש להוסיף, שגם אם זאת הייתה כוונתו הסובייקטיבית של הנאשם וגם אם כך הובנו דבריו על ידי מי משומעיו, ספק בעיני אם פניה עקיפה וככלית זו יכולה ליצור את אותה "אפשרות ממשית" לעשית מעשה אלימות או טרור עליה מדובר החוק.

סוף דבר

46. הגעתו לכל מסקנה שיש לקבל את ערעור המדינה על זכויות של הנאשם מעבירה של הסטה לגזענות, ושלקבל את ערעור הנאשם על הרשותו בעבירה של הסטה לאלימות או לטרור. הייתה מציע לצדים לקיים את הטיעונים לעונש בגין העבירה של הסטה לגזענות לפניו, ובהעדר הסכמה - הייתה מורה על החזרת התקין לבית משפט השלום על מנת שהטיעונים לעונש ישמעו לפניו. משגהעתו לכל מסקנה שיש לזכות את הנאשם מעבירה של הסטה למשעי אלימות או לטרור, ממילא יש לדוחות את ערעור המדינה על קולת העונש שבית משפט השלום גזר על הנאשם בגין עבירה זו.

השופטים ד' מינץ, וא' נחליאלי-חיאט

מסכימים אנחנו עם פסק דין של חברי כב' השופט רомнוב בכל הנוגע לקבלת ערעור המדינה על זכויות הנאשם בעבירות הסטה לגזענות, אך חלקים אנחנו עמו בכל הנוגע לקבלת ערעור הנאשם על הרשותו בעבירות הסטה

לאלימות לביה הינו מותרים את הכרעת בית משפט השלום על כנה, שכן נימוקי בית משפט השלום מקובלים עליינו.

כדי להרשיء בעבירה של הסתה לאלימות המוחסת לנאים, על בית המשפט לבדוק האם על פי תוקן הפרטום ונסיבותיו קיימת אפשרות ממשית לתוכאה של עשיית מעשה אלימות או טרור. הכוונה הדרישה הינה כוונה רגילה, דהיינו מודעות לטיב המעשה ולהתקיימות הנסיבות (רע"פ 2433/10 **מדינת ישראל נ' בן-חוריין** (פורסם בנובו, 26.12.11)). כפי שהצביע חברי, יש להיווכח כי על פי תוכנו של הפרטום המSTIT והנסיבות שבהן פורסם, קיימת אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור. אמת המציאות של "אפשרות ממשית" מצויה בתחום בין "ודאות קרוביה" לבין "אפשרות סבירה" ו"חשש לאפשרות" (בן חוריין, שם).

כדי לקבוע אם המקירה הכספי הנמצא לפני בית המשפט נכנס לגדרה של העבירה, יש לבדוק לא רק את תוכנו של הפרטום, אלא גם את מכלול הנסיבות שבהן פורסם. סעיף 144 ז' לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "החוק") דורש כי בית המשפט יבחן את המקירה מכלול, מבלי לקבוע מראש מעין מבחנים ראשיים. בין היתר, מיהوت המפרטם, האווירה השוררת הציבור, סוג האלימות המדוברת, היקף הקבוצה החשופה לאותה אלימות, היקף הפרסום וקהל היעד שלו, הקשר הגרפי, מקומו והמדים שבו נעשה שימוש. וכך אמר בית המשפט בפרשת בן חוריין:

"יש לשאול, בין היתר - מי אמר, מה נאמר, היכן נאמר, באיזה אופן נאמר, למי נאמר ובאיזה מסגרת נאמר. נכן יהא לחת את הדעת למהות הפרסום ואופיו: קריאה, דברי שבח, אהדה, עידוד, תמייכה או הזדהות. זו מצוות החוק - "תוכנו של הפרסום המSTIT והנסיבות שבהן פורסם". חשוב עד מאד להציג, כי אלו דוגמאות בלבד לרשימה שעשויה להיות חלק מהנסיבות. הרשימה כוללה בתיבה "נסיבות" אינה סגורה, אלא פתוחה במכoon. מתפקידו של בית המשפט להתייחס למקרה שלפניו על מכלול מאפייניו כיחידה אחת המורכבת ממת-יחידות שונות. משקלה היחסי של נסיבה מסוימת עשוי להשתנות בראיה הכלולות של הדברים במקרה הקונקרטי".

כמו כן, נפסק כי מעשה האלימות שאת האפשרות לימיושו יש לבחון, אינו חייב להיות מעשה דומה לזה שמוופיע בפרסום. סעיף קטן ב' לסעיף 144 ז' לחוק מבhair שדי בפגיעה בגופו של אדם. "לשם דוגמה, פרסום תמייכה ברצח שעלול להביא לתקיפה "בלבד" עונה על דרישות הסעיף" (בן חוריין שם). בנוסף, בדיקת האפשרות המשיטת של מעשה אלימות אינה מופנית דווקא לקהל יעד המרכיב אנשים סבירים, אלא גם לקהל שעשי לככל אנשים שאינם סבירים או נורמטיביים, ولو בתקופה הרלוונטית לפרסום.

ולמקרה זה. די לעיין באותו חלק מהנאום המובא בכתב האישום גופו, עליו שם בית המשפט השלום את הדגש, כדי להשתקנע שלא ניתן באופן פרשני להבין אחרת את דברי הנאשם אלא כקריאה לאלימות. אף אם תאמיר כי ניתן היה להבין את המילה "איןטיפאדה" כקריאה בלתי אלימה ל"התעוררות" כשהיא עצמה - דבר שאנו חזו שוללים אותו לכל דבר ועניין - הרי שלא ניתן להבין בשום פנים ואופן את הקריאה לאינטיפאדה כקריאה בלתי אלימה כאשר מספר משפטיים לפניו כן - באותו קשר ממש - של השמירה על מסגד אל-אקצא, שיבח הנאשם שאחדים באומרו כי:

"הרגעים הכה יפים בגורל שלנו זה שנפגש את אלוהים כשאחים בשטחו של מסגד אל-אקצא."

אכן כפי שאומר חברנו, הקרייה לאינטיפאדה הייתה בעבר כל העולם המוסלמי "מן האוקיאנוס אל האוקיאנוס", ולא רק לקהיל ולתומכיו של הנאשם בתחום גבולות ישראל, אך אין בכך לדעתנו להקהות את העוקץ מתוכן הדברים, כאשר ברור כי ככל שהם התייחסו לקהל בישראל, מדובר בקרייה לאלים. מה גם, שאין לשולק קרייה זהה לאלו המציגים מעבר למדינת הים.

אך מעבר לכך. כאמור, אין להזיק רק למחנים פרשנויים, כי גם לשאר נסיבות העניין. בתשובתו של הנאשם לכטב האישום מיום 1.3.2009 הודה כי הוא ראש הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל, כי הורחק מירושלים וכי התקופה בה נשא את הנאום הייתה תקופה מתחזה מאד. אדרבה, בمعنىו לאמור בכתב האישום בו נכתב בסעיף 2 כי בוצעו עבודות באזרע מעלה המוגברים בכינוי להר הבית אשר בעקבותיהן התעוררו מחאות ומהומות בצדior הערבי, ראה הנאשם להוסיף משלו והציג כי העבודות שבוצעו היו הריסת אטרים קדושים מהווים חלק בלתי נפרד ממשג' אל-אקצא ועל רקע זה הושמעו מחאות רבות בקרב המוסלמים בעולם, בישראל ובגדה המערבית. הוא גם לא הכחיש כי נאם לפני קהל רב של תומכיו (אם כי הכחיש כי התומכים הגיעו עמו מצפון הארץ). הנאשם אף הדגיש בתשובתו לאישום כי לא היה מדובר "בנאום" כי אם ב"שיעור דת" ו"בדרשת השבוע", דבר המהווה נסיבה נוספת המצביע על ההשפעה שהוא לדברים שנשמעו בקרב קהל השומעים. גם אין מחלוקת כי הנאשם הגיע במיוחד לעיר ירושלים לאזרע הקרוב לעיר העתיקה ולمسجد אל-אקצא, כדי לומר את דבריו שהופנו כנגד מעשי השלטון הישראלי בהר הבית.

ויצא אפוא, כי לא רק מבחינת פרשנותו הפשטota של תוכן הדברים, אלא גם מבחינת כל הנסיבות, הינו: מיהوت המפרטים - ראש הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל; האווירה ששררה הציבור הערבי באותה עת - הינו המתיחות הגדולה ששררה בכל העולם המוסלמי בשל מה שהם חשבו כפגיעה באחד מהמקומות הקדושים ביותר לדתם; סוג האלים המדברת - הינו התקומות אלימה כנגד השלטון בישראל; היקף הפרטום והקבוצה החשופה לאותה אלימות - הינו לא רק אותם אנשים שנרכזו בנאום, כי אם גם מאמינים רחבי יותר; מקום - בקרב הר הבית; הזמן - דרשת יום שישי שהיא התפילה הקדושה ביותר לאסלאם - הדברים שנאמרו על ידי הנאשם היוUIDOT, תמיינה והזדהות עם מעשה אלימים, וזאת דברי שבchant ואהדה להם.

גם לא ראיינו מקום לחתם משקל להסבירו של הנאשם, לא במשפטה ולא בבית המשפט באשר לפירוש המילולי של "איןטיפאדה". בעניין זה, מקובלים علينا דברי בית משפט השлом, שהסבירו של הנאשם אינם עולים בקנה אחד עם תוכן הנאום, עם השימוש החוזר ונשנה במונח "דם", עם ההקשר, כאמור, לשאחים - וראו גם עדותם בבית המשפט מיום 13.15.15 בעמוד 32 לפירוטוקול בה מאשר הנאשם את הקרייה לשאחים בשם "הגנה" על מסגד אל-אקצא - ועם העובדה שהנאים היה מודע היטב שהדברים שאמר אמורים היו להתרפרש כהסתה כפי שאמר "ברחל בתוך הקטנה" בנאום גופו.

לפיכך, אין מקום להתייחס לכל טענות הנאשם הנוגעות לחופש הביטוי, זכות יסוד המקובלת علينا כל עוד השימוש בה הוא במסגרת החוק, מה שלא נעשה במקרה זה, כמפורט לעיל, שעה שהמערער נצל לרעה, כאמור, את חופש

הביתוי שניתן לו.

סיכום

כאמור, ערעור המדינה על זיכוי הנאשם בעבירות הסתה לגזענות מתקבל פה אחד וערעור הנאשם מהרשעתו בעבירות הסתה לאלימות נדחת ברוב דעתות של השופטים מינץ ונחליאלי-חיאט כנגד דעתו החלטת של השופט רומנו.

נוכח תוצאה זו, אין מקום לדון בעונש שהושת על הנאשם בגין עבירת ההסתה לאלימות בלבד, ואני מורים כי הדיון יחזור לבית משפט השלום כדי שיגזר את דינו של הנאשם על שתי העבירות בהן הורשע לפי פסק דין זה.

ניתן היום, י"ז בחשוון תשע"ה, 10 בנובמבר 2014, במעמד הנוכחים.