



ע"פ 465/05/21 - יוסף אליצור נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 465-05-21 אליצור נ' מדינת ישראל ואח'
ע"פ 1457-05-21 מדינת ישראל נ' אליצור

בפני כבוד השופטת הבכירה, מיכל ברנט- אב"ד כבוד השופט בורנשטין כבוד השופט
קרן
המערער והמשיב שכנגד יוסף אליצור
נגד
המשיבה והמערערת שכנגד מדינת ישראל

פסק דין

1. לפנינו ערעורים על פסק דינו של בית משפט השלום בפתח תקוה (כב' השופטת א' דניאלי) בת"פ 30993-06-17, במסגרתו הורשע מר יוסף אליצור (להלן: **המערער**) ביום 2.2.2021, לאחר שמיעת ראיות, בביצוע שתי עבירות של הסתה לאלוימות, לפי סעיף 2ד144 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **החוק**), בחלופה של פרסום דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, תמיכה בו או הזדהות עמו. המערער נדון ביום 18.3.2021 לעונשים של 4 חודשי מאסר על-תנאי למשך שלוש שנים, לבל יעבור את העבירה בה הורשע וקנס בסך 3,000 ₪ או 30 ימי מאסר תמורתו.

2. ערעור המערער מופנה נגד הרשעתו בדין; ערעור המדינה מופנה נגד קולת העונש.

כתב האישום

3. בכתב האישום שהוגש נגד המערער נטען כי בין השנים 2013-2014 אירעו בשטחי יהודה ושומרון ובישראל אירועים אלימים רבים כלפי ערבים. ביום 30.4.2013 נרצח בצומת תפוח בשומרון תושב יצהר אביתר בורובסקי ז"ל על ידי מפגע פלסטיני. לאחר הרצח וסביב יום השלושים לו, וכתגובה לרצח, אירעו בשטחי יהודה ושומרון אירועים אלימים כלפי ערבים.
4. המערער שימש במועדים הרלבנטיים רב ומורה בכיר בישיבת "עוד יוסף חי" ביצהר, וכן מורה של בני נוער במועצה האזורית שומרון. החל משנת 2012 ועד למועד הגשת כתב האישום, היה הנאשם בעל טור דעה קבוע באתר האינטרנט החדשותי "הקול היהודי" (להלן: **האתר**), בו פרסם ברבים מעת לעת, בעצמו או באמצעות גורמים במערכת האתר, מאמרי דעה שונים שכתב לשם פרסומם ברבים.
5. בשניים ממאמרי הדעה אשר פרסם המערער, בסמוך לאחר רצח אביתר ז"ל ובסמוך ליום השלושים לרצח, נטען כי המערער הסית לאלוימות נגד ערבים באשר הם.
6. ביום 1.5.2013, יממה אחרי רצח אביתר בורובסקי ז"ל, פרסם המערער באתר מאמר דעה שכותרתו **"אסור להתיימש - רק לצמוח יש! דעה"**, בו כתב בין היתר את הדברים הבאים:
- "ישנה תופעת הולכת ומתרחבת של פעולות שעושים יהודים חמים כנגד האויב. אפשר לראות בכך מעשים נואשים של ציבור שנדחק לפינה, אבל מי שיתקרב יבחין כי מדובר בניצנים של ציבור הולך וגדל שלוקח אחריות על ביטחון היהודים.



אחרי הירצחו של הקדוש, אביתר בורובסקי הי"ד, התבצעו פעולות שונות ברחבי הארץ. הפעולות כונו בעיקר כנגד האוכלוסיה הערבית, המחפה על פשע...

העיקר הוא שהולך ומתרחק ציבור שיש לו חזון אחר, חזון של שלטון שמייצג את העם היהודי. הציבור הזה גם פועל פעולות בשטח האויב. הפעולות הללו אינן נובעות מייאוש; הן מעשים ראשוניים של הרמת ראש על ידי ציבור חדש. במעשים הללו מתחילים להתבטא היהודים המפוכחים, אלה שמבינים שהיהדות היא עיקר הקיום שלנו פה. המעשים הללו הם ניצנים ראשוניים של אמון יהודי, ערבות הדדית ודאגה לשלום היהודים בארץ ישראל ובעולם..."

המאמר (להלן: **המאמר הראשון**) זכה ל- 23 תגובות, חלקן תומכות ואוהדות.

7. ביום 28.5.2013, ערב יום השלושים לרצח, פרסם המערער באתר מאמר דעה נוסף אשר כותרתו "איך

"לתפוס" את מבצעי תג מחיר - דעה", בו כתב בין היתר את הדברים הבאים:

"אני לא בא להמעיט בכישרונותיהם של מבצעי "תג מחיר" האלמוניים, וביכולת המבצעית שלהם. ובכל זאת - דומני שהסיבה לכשלון המהדהד של כוחות הביטחון בתפיסת אלה שמבצעים מה שהם מכנים "תג מחיר" קשורה גם - אם לא בעיקר - לשלל הביטויים שדוברים בתקשורת ובמערכת הפוליטית נוטים להוסיף לדיון בשאלה. למשל: "כיצד יתכן שכוחות הביטחון לא מצליחים לתפוס את קומץ הקיצונים שמבצעים את המעשים המתועבים הללו?". הנה, במשפט הזה הכניס הדובר הנכבד הנחת יסוד: המעשים הללו מתועבים, לא מובנים, אין בהם שום הגיון. ממילא - ברור שמדובר בקומץ קיצוניים והזויים, וכיצד ייתכן שכוחות הביטחון אינם מתמודדים עם קומץ שכזה?

אני חושב שהנחת היסוד הזו, שגם כוחות הביטחון שבוים בה, היא היא היסוד לכשלון המהדהד שלהם. אותם אנשי ביטחון ששנים חיו בסגנון של "אין פתרון צבאי לאינתיפאדה", ושהתייחסו להתקוממות הערבית כאל דבר הגיוני וסביר (גם אם צריך לתת לו "גבולות" ולא לאפשר לו להיות "מוגזם")...אותם כוחות שבשם התפיסה המבינה את הצד הערבי הרצחני מחליטים "להכיל" את הרצחנות הערבית ולהפקיר את חיילי צה"ל למשיסה וקלס יומיומיים - אותם אנשים פשוט לא מסוגלים להאמין שהצד היהודי מוכרח להתקומם.

הם לא מסוגלים להבין שכאשר מתייחסים בסלחנות מופלגת לאלימות של בני הנכר ודורכים על הציבור היהודי - יוצרים ציבור הולך וגדל שמבין שהוא מוכרח לעשות מעשים כדי להתגונן מפני הרשעות המאיימת על היהודים בארץ ישראל. אולי מעטים מבצעים בפועל את המעשים המדוברים - אבל רבים יותר ויותר מבינים את המעשים הללו, ומרגישים שטוב שיש מי שעוד לב חם בו לבעור כנגד העוול והרשעות, נגד "ההכלה" ו"הסובלנות" שנותנים עוד ועוד כח ותחושת ניצחון בידי הצד הרצחני והאלים...

עד כאן הסברנו מה קורה אצל "כוחות ה(אי)בטחון". אבל אני חושב שבאמת צריך "לתפוס" את המעשים הללו. לתפוס במובן החיובי - ללכד. המעשים הללו, שנולדים מחום וערבות הדדית של יהודים, אינם התכלית (גם אם בהחלט אפשר להבין אותם במציאות הנוכחית). בסופו של דבר איש אינו רוצה לחיות באנרכיה, וגם אם יש זמן שבו נאלצים לחיות לפי חוק הג'ונגל ולהראות לרשעי אומות עולם שגם במשחק הזה יהודים יכולים לשחק - המטרה היא להגיע למסד מתוקן שהדאגה ליהודים היא חלק מובנה ממנו, בו הצדק והטוב מנחים את העוול והרע, ולא רק שומרים על "איזון" בין דרישות הרשעים לבין דרישות ההישרדות של הנרדפים...

דווקא בגלל שאנחנו מבינים היטב מדוע אנשים מרגישים צורך לפעול בעצמם נגד הרשעות, כאשר הם נרדפים ומוכים בידי ממסד עוין ומנוכר - אנחנו יכולים "לתפוס" את המעשים הללו. אנחנו יכולים לתת



להם משמעות אמיתית, ומתוך כך להביא את המעשים להיות חלק מבנין של ציבור יהודי מתוקן, שחי על פי תורה בארצו הקדושה".

מאמר זה (להלן: **המאמר השני**) זכה ל-9 תגובות, מרביתן תומכות ואוהדות.

8. התכנים האמורים, אותם פרסם המערער, נותרו מפורסמים באתר ממועד פרסומם ועד הגשת כתב האישום.

נטען כי למערער הייתה יכולת לפעול להסרת התכנים מהאתר בכל עת, אך הוא בחר שלא לעשות כן גם לאחר שנחקר באזהרה בחשד לכך שבתכנים אלה יש משום הפרה לכאורה של הדין הפלילי. עוד נטען, כי במעשיו אלו פרסם המערער קריאה לעשיית מעשה אלימות, או דבר שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, תמיכה בו או הזדהות עמו, ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות בהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות.

יריעת המחלוקת

9. המערער אישר בבית המשפט קמא את עובדת הירצחו של אביתר בורובסקי ז"ל במועד האמור, אך טען שאינו יודע אם לאחר הרצח וסביב יום השלושים לו התרחשו ביהודה ושומרון אירועי אלימות נגד ערבים.

10. המערער הודה כי בתקופה הרלבנטית שימש רב ומורה בכיר ביישוב "עוד יוסף חי" ומורה של בני נועד במועצה האזורית שומרון. לדברי המערער, לא היה בעל טור קבוע באתר וכל מאמר פרי עטו פורסם באתר על ידי עורכי האתר ולא על ידו.

11. המערער לא הכחיש שכתב את שני המאמרים ואלו פורסמו במועדים שנטענו בכתב האישום, אך טען כי לא כתב כל מילה המופיעה במאמרים ואין הוא יודע האם המאמרים עודם מופיעים באתר. אין למערער יכולת להסיר תכנים מהאתר והמדינה גם לא דרשה להסיר את הפרסומים מאלו המורשים לעשות כן.

תמצית הכרעת הדין

12. בית המשפט קמא בחן את התקיימות יסודות העבירה של הסתה לאלימות בהתאם לפסק הדין המנחה של בית המשפט העליון ברע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' בן חורין** (26.12.2011); להלן: **הלכת בן חורין**.

13. לעניין נסיבות הפרסום קבע בית המשפט קמא כי קריאה תמה בשני המאמרים מלמדת כי המערער לכל הפחות הביע במסגרתם תמיכה במעשים אלימים שבוצעו כלפי האוכלוסייה הערבית. המערער יצא במאמרו נגד ההתייחסות אל מבצעי פעולות "תג מחיר" כאל קומץ קיצוניים המבצעים מעשים מתועבים שאין בהם היגיון והבהיר כי "הצד היהודי" חייב להתקומם ולבצע מעשים כדי להתגונן מפני "הרשעות המאיימת על היהודים בארץ ישראל".

14. בית המשפט קמא קבע, על יסוד עדותו של איש מודיעין בשם "מאיר" מהמחלקה היהודית בשב"כ, וכן בהסתמך על מאמרים אחרים שפרסם המערער, לרבות חיבורו "תורת המלך", ומסמכים שנמצאו בחיפוש במחשבו של המערער, כי למערער הזדהות אידיאולוגית עם גורמים יהודים לאומניים הנוקטים באלימות כלפי ערבים.



- על יסוד עדות "מאיר" נקבע גם כי המערער זוכה לכבוד רב מצד תלמידי הישיבות, הסופגים באופן ישיר ורציף את השקפת עולמו ומושפעים ממשנתו האידיאולוגית, והמערער מנצל גם את הבמה שנתנה לו באתר להפצת דעותיו.
15. בית המשפט דחה את הפרשנות התמימה שנתן המערער לכתוב במאמרו. נקבע כי הגרסה לפיה נתכוון למנוע פעולות אלימות מצד המתיישבים ו"לתעל" את תחושותיהם לאפיקים מועילים יותר "של אכפתיות ותקווה", היא גרסה כבושה, שכן המערער בחר לשתוק בחקירותיו. נדחה הסברו של המערער כי שמר על זכות השתיקה בשל "תחושת רדיפה".
- בית המשפט בחן את הגרסה גם לגופה וקבע כי זוהי גרסה "מתפלפלת", שאינה עולה בקנה אחד עם הטקסט הברור המופיע במאמרים.
16. בית המשפט קמא קבע כי שני המאמרים פורסמו באתר בהסכמתו של המערער וברצונו שכן יעשה. נקבע כי בטענת המערער כי ידו לא הייתה במעל יש משום "היתממות והתנערות", שעה שאין חולק כי המערער הוא שכתב את המאמרים ואף לשיטתו לכל הפחות הסכים לפרסומם.
17. עוד נקבע כי למערער מעמד והשפעה כלפי הציבור הרלבנטי. המערער הוא רב, בעל טור דעה באתר חדשותי ומי שמחנך מאות תלמידים לאורך השנים. הוא כיום המנהל החינוכי בישיבות והיה בתקופה הרלבנטית בעל מעמד ציבורי, חינוכי ודתי.
18. בית המשפט קמא קבע עוד כי שני המאמרים פורסמו על ידי המערער סמוך להירצחו של אביתר, בתקופה מתוחה ורגישה מאוד. על יסוד עדותו של "מאיר" נקבע גם כי כאשר קיימת עליה בטרור כלפי יהודים חלה עלייה גם בפעולות "תג מחיר" ובתסיסה במדינה.
19. בית המשפט קמא בחן את תוכן פרסומיו של המערער וקבע כי בנסיבות העניין, כאשר נעשו שני פרסומים באתר חדשותי, והפרסומים לא סויגו על ידי המערער בדרך כלשהי ואין לו כל שליטה על זהות הנחשפים להם, ובהינתן האווירה הציבורית בעת שנעשו הפרסומים, מתקיימת אפשרות ממשית לתוצאה של עשיית מעשה אלימות "ודאי כאשר נבחן אם עסקינן בדברי שבח למעשה שכזה" (עמ' 263 שורה 26).
20. בית המשפט קמא דחה מכל וכל את טענת המערער כי מעשי "תג מחיר" אינם בהכרח מעשה אלימות כהגדרת מונח זה בחוק, משום שאפשר שהכוונה הייתה לפגיעה ברכוש. זאת, בין היתר, משום שהמערער עצמו העיד כי התכוון למושג כפי פרשנותו המקובלת היום.
21. לבסוף דחה בית המשפט קמא את טענות "הגנה מן הצדק" שהעלה המערער.
22. נדחתה הטענה כי ננקטה כלפי המערער אכיפה בדרנית.
- נקבע כי לא הוכחה הטענה כי המדינה מפלה בהקשר זה בין יהודים לערבים ובין יהודים מצדה הימני של המפה הפוליטית לצדה השמאלי, מה גם שאף בעניינו של המערער עצמו נמנעה המדינה מאכיפה פלילית לפחות שלוש פעמים בעבר.



נדחתה גם טענת המערער כי הופלה יחסית לשותפיו לפעילות באתר. נמצא כי ההחלטות לא להגיש כתבי אישום נגד אלה, ובראשם אריאל גרונר, עוגנו בתשתית הראיות שנאספו כלפי אותם גורמים וממילא לא היו נגועות בשיקולים זרים או בהפליה פסולה כלפי המערער.

23. נדחתה גם טענת השיהוי שהעלה המערער. נקבע כי לא נפל פגם בהחלטת הרשות לעכב את ההחלטה בעניינו של המערער משום הצורך בקבלת אישורם של גורמים בכירים, השלמות חקירה כמו גם העובדה כי בשנת 2015 פרסם המערער מאמר נוסף שכותרתו "אני מייחל לכשלון המחלקה היהודית" והמדינה שקלה האם להעמידו לדין גם בגין פרסום זה.

גזר הדין

24. בית המשפט קמא קבע כי הערכים המוגנים בעובדות בה הורשע המערער הם ביטחון הציבור ושלומם והסדר הציבורי והחברתי.

בית המשפט קמא התחשב ברצונו הלגיטימי של המערער "ללחוץ" על הממסד לשנות את דרכו וכן ברקע פרסום המאמרים - הירצחו של אביתר בורובסקי ז"ל וכן הירצחם של קרוביו וחבריו של המערער בפיגועי טרור - כנסיבות לקולה לצורך קביעת מתחם העונש ההולם, ולאחר שסקר פסיקה רלבנטית בא לכלל מסקנה כי זה יתחיל במאסר על-תנאי ויסתיים במספר חודשי מאסר בפועל, אותם ניתן לרצות בעבודות שירות.

25. בכל הקשור לגזירת העונש בתוך המתחם קבע בית המשפט קמא כי הנאשם לא נטל אחריות על מעשיו, ואולם אין להתעלם מחלופי הזמן מעת ביצוע המעשים, המלמד על כך שהמערער חדל מביצוע פרסומים דומים ואף מיתן את דרכיו באופן שהשתקף בעדותו של "מאיר".

במצב דברים זה ראה בית המשפט קמא להקל עם המערער ונמנע מלגזור עליו עונש ממשי.

הערעור נגד הכרעת הדין

26. המערער טוען, באמצעות באות כוחו מהסנגוריה הציבורית, כי קריאה בטקסט המופיע במאמרים מגלה כי אין מדובר בפרסום מסית, כהגדרתו בחוק, וכי לכל היותר מדובר בטקסט "עמום", שניתן למספר פרשנויות, ולא היה זה נכון לבחור לרעת המערער את הפרשנות המפלילה.

27. המערער שב ומציע לאמץ את הפרשנות לטקסט להתקיימותה טען בבית המשפט קמא, לפיה מדובר ב"פענוח" גרידא של הלכי רוח בציבור המתיישבים, ללא נקיטת עמדה בנוגע למעשי אלימות, אלא רק הבעת תמיכה בכוונותיהם של מבצעי המעשים (סעיף 40 לנימוקי הערעור).

עוד נטען בהקשר זה כי בית המשפט קמא צמצם, בפרשו כך את הטקסט במאמרים, באורח לא ראוי את חופש הביטוי של המערער.

28. המערער קובל נגד השימוש שנעשה בהכרעת הדין בעובדה שהמערער לא מצא לגנות את הפעולות האלימות המתוארות במאמרים. לדעתו, בית המשפט קמא הרחיב בכך את גבולות האיסור הפלילי נגד הסתה לאלימות.

29. המערער מבקש להתערב במסקנה שהסיק בית המשפט קמא מן העובדה כי שתק בחקירותיו. לדידו צריך היה בית המשפט קמא לקבל את הסברו כי שמר על זכות השתיקה משום חוסר האמון שיש לו ברשויות אכיפת החוק, בין היתר לאור חקירותיו שלו בעבר, ומכל מקום בנסיבות העניין לא מדובר בטענות מן הסוג



שכבישתן צריכה לגזור מסקנות בנוגע למהימנותן.

30. המערער קובל גם נגד השימוש שעשה בית המשפט קמא בדמותו של המערער ופרסומיו בעבר, כראיות לחובתו. לדעתו, לא היה מקום להביא נגד המערער ראיות שהן חיצוניות לפרסומיו. עיקר טענות המערער בעניין זה מכוונות כלפי השימוש שעשה בית המשפט קמא בחיבור "תורת המלך", בגינו הוחלט לא להעמיד לדין את המערער ובעדותו של "מאיר". נטען כי המדינה עשתה שימוש בראיות אלה על מנת להשחיר את פני המערער, ולא רק כדי לבסס את מעמדו של המערער לצורך ביסוס אחד ההיבטים של "האפשרות הממשית".

לענין חוות דעתו של "מאיר", נטען כי לאור פגמים שנפלו בעריכתה (לרבות חוסר הבחנה בין ההתבססות על חומר גלוי להתבססות על חומר חסוי לצורך קביעת הממצאים המצויים בה) לא היה מקום לייחס לה משקל כלשהו.

31. בדיון שהתקיים לפנינו חזרו ב"כ המערער על מכלול הטענות שנטענו בערעור ובין היתר חידדו כי האתר בו פורסמו המאמרים הוא אתר חדשותי ששונה מאתר פייסבוק פרטי, ואולם היקף החשיפה לאתר היה נמוך באופן שצריך היה להשפיע על מסקנת בית המשפט בכל הקשור להיקף הפרסום.

32. המדינה הגישה כתב תשובה מפורט לערעור על הכרעת הדין.

הערעור נגד הכרעת הדין - דיון והכרעה

33. הערעור נגד הכרעת הדין כולל, בין היתר, טענות נגד ממצאי עובדה מובהקים ונגד המסקנות שהסיק מהם בית המשפט קמא.

34. נפתח ונאמר כי השגות המערער לענין ממצאי העובדה וממצאי המהימנות שקבע בית המשפט קמא דין להידחות, באשר אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים אלו [ראו, מיני רבים, ע"פ 319/21 אבו אל היג'א נ' מדינת ישראל (10.4.2022)]; ע"פ 7229/20 מירזייב נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (20.12.2021)].

35. לא מצאנו אפוא כל מקום להרהר אחר מסקנות בית המשפט קמא כי המערער הוא שעמד מאחורי פרסום המאמרים, כמו גם מעמדו של המערער בציבור אליו כיוון את מאמריו או משמעות המונח "תג מחיר" בציבוריות הישראלית.

לא הוצגה גם עילה כלשהי להתערב במסקנה, המבוססת על הערכה זהירה של העדויות ויתר הראיות שבאו בפני בית המשפט קמא, כי גרסת המערער ביחס לכוונת הדברים המופיעים במאמרים היא גרסה כבושה (נוכח שתיקת המערער בחקירה), שלא ניתן הסבר סביר לכבישתה, ועל כן משקלה מועט.

36. איננו סבורים כי ממצאים אלה ואחרים שקבע בית המשפט קמא נשענים, בוודאי לא במידה רבה, על עדותו וחוות דעתו של "מאיר", או על ראיות שהביאה המדינה לפרסומים אחרים של המערער ובהם החיבור



"תורת המלך". אף לא מצאנו כי חיבוריו הקודמים של המערער הוגשו על מנת להשחיר את פני המערער (להבדיל מביסוס מעמדו של המערער בקהל הרלבנטי לפרסומים - דבר שאף לדעת המערער ניתן היה לעשות).

משכך, לא מצאנו לערוך דיון מפורט במשקלה של חוות הדעת של "מאיר" או בכוונותיו של המערער בכותבו את החיבור "תורת המלך" - בוודאי משנמצא לא להעמיד את המערער לדין בגין חיבור זה.

37. עבירת ההסתה לאלימות קבועה בסעיף 2ד144 לחוק, וזו לשונה:

2ד144. (א) 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.

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

(ג) פרסום דין וחשבון נכון והוגן על פרסום האסור על פי הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב), אינו עבירה לפי סעיף זה.

38. העבירה של הסתה לאלימות היא עבירת התנהגות.

ביסוד העובדתי נדרש "פרסום", כהגדרתו בסעיף 34כד לחוק, של קריאה לעשיית מעשה אלימות או של תמיכה או הזדהות עם מעשה אלימות. נדרשת גם אפשרות ממשית, על פי תוכנו של הפרסום והנסיבות בהן פורסם, שהפרסום המסית יביא לעשיית מעשה אלימות, כהגדרתו בסעיף קטן (ב), קרי: עבירה הפוגעת בגופו של אדם או מעמידה אותו בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה.

היסוד הנפשי אותו יש להוכיח הוא מודעות להתנהגות ולנסיבות.

39. בית המשפט קמא קבע, ולא הוצגה לנו כאמור כל עילה להתערב בכך, כי המערער פרסם את שני המאמרים מושא ההליך. בכך התמלא יסוד הפרסום.

40. יש לדחות בשתי ידיים את טענת המערער כי המאמרים שפרסם לא כללו "דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, תמיכה בו או הזדהות עמו".

41. מקובלת עלינו מראשיתה ועד סופה קביעת בית המשפט קמא כי קריאה פשוטה של שני המאמרים מובילה למסקנה אחת ויחידה, והיא שהמערער הביע תמיכה מלאה במעשי האלימות שבוצעו ושיש לבצע כלפי ערבים.

המערער הביע במאמרו לא רק הבנה למניעיה של "הקבוצה המתרחבת" של אותם "יהודים חמים" שביצעו מעשים שכאלה, "בשטח האויב". הוא קבע כי מדובר בציבור שפשוט נוטל אחריות לביטחונו, נוכח כישלון השלטון לספק לו הגנה. תוכן המאמרים מדבר בעד עצמו, וכך גם הנימה. מבצעי הפעולות האלימות זכו לשמות תואר חיוביים, כגון: "חמים", "מפוכחים", "כשרונותיהם", בעלי "לב חם", ועוד.

פעולותיהם האלימות של אלה זכו אף הן למחמאות: "ניצנים ראשונים של אמון הדדי, ערבות הדדית ודאגה לשלום היהודים בארץ ישראל ובעולם", את המעשים יש לתפוס "במובן החיובי", הם נולדים מ"ערבות הדדית של יהודים". במאמר השני אף הובהר שלא מדובר במעשים "מתועבים, לא מובנים, אין בהם שום הגיון", ולא מדובר ב"קומץ קיצוניים והזויים". במסגרת המאמר השני הגדיל המערער עשות כאשר הסביר כי כוחות הביטחון גילו סלחנות



- לטרור הערבי ואינם מבינים כי כתוצאה מכך ציבור הולך וגדל מבין שצריך לעשות מעשה. הוא אף הבהיר כי רבים יותר ויותר מבינים את המעשים הללו והם "חלק מבניין של ציבור יהודי מתוקן, שחי על פי תורה בארצו הקדושה".
42. את הדברים שכתב המערער יש להבין כפשוטם. הפרשנות התמימה שביקש המערער לייחס בעדותו למופיע במאמרים נדחתה, ובצדק נדחתה בידי בית המשפט קמא. כאמור לעיל מדובר בממצא עובדתי בו לא מצאנו עילה להתערבותנו.
43. הוכחה גם הנסיבה שלפיה "על פי תוכנו של הפרסום והנסיבות" ישנה אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות.

את המקרה יש לבחון כמכלול (**הלכת בן חורין**, פסקה 7 לפסק דינו של השופט נ' הנדל), ואכן השילוב בין תוכן המאמרים לבין מעמדו הבכיר והמשפיע של המערער בציבור הרלוונטי, כפי שקבע בית המשפט קמא, סוג האלימות שזכה לשבחי המערער, בני הקבוצה אליה כוון הפרסום ועיתוי הפרסומים - סמוך מאוד לתקופה בה נרצח אביתר בורובסקי ז"ל בידי בני עוולה ועל רקע פעולות אלימות נוספות שבוצעו משני צדי המתרחס - ביסס כנדרש את המבחן ההסתברותי, שלפיו נוצרה "אפשרות ממשית" שהפרסום יביא לעשיית מעשה אלימות (כהגדרתו בסעיף החוק).

ודוק: "אפשרות ממשית" הוא מבחן הסתברותי מחמיר יותר מן המבחן של "אפשרות סבירה", אך אינו עולה כדי "ודאות קרובה" (**הלכת בן חורין**, פסקה 6 לפסק דינו של השופט נ' הנדל). בענייננו, צלחה המדינה את הרף ההסתברותי הנדרש.

44. המערער לא העמיד לשבט ביקורתנו את הכרעת בית המשפט קמא לדחות את הטענות מסוג "הגנה מן הצדק" שהעלה במשפטו, וטוב שכך עשה.
45. סיכומו של דבר לא מצאנו עילה להתערב בהכרעת הדין. הרשעת המערער על מכוונה עומדת.

ערעור המדינה על גזר הדין

46. המדינה השיגה לפנינו על הכרעת בית המשפט קמא לא לגזור על המערער עונש ממשי. בחנו את טענות הצדדים בעניין זה ובאנו לכלל מסקנה כי אמנם לא ניתן לקבל את מתחם העונש ההולם שקבע בית המשפט קמא, אך נוכח הזמן הרב שחלף מעת ביצוע העבירות לא יהיה זה נכון להתערב בעונש שנגזר על המערער.
47. העבירה של הסתה לאלימות, הגם שיש בה הגבלה על חירות הביטוי, היא מכשיר חיוני להגנה על אינטרסים חיוניים לקיום הפרט והחברה. זוהי עבירה מסוג פשע, שהעונש המרבי הצמוד לה הוא 5 שנות מאסר. בצדק טענה המדינה כי אין להתייחס לעבירה מסוג זה בקלות ראש, ויש לנקוט יד קשה כלפי נאשמים החוטאים בביצועה.

אנו סבורים כי האיזון בין חופש הביטוי לערכים המוגנים העומדים ביסוד העבירה מתבטא באופן שבו עוצב האיסור הפלילי, ובין היתר צמצום הגדרת המונח "פרסום מסית" וקביעת המבחן ההסתברותי של "אפשרות ממשית". לא היה אפוא מקום לשקול במסגרת גזר הדין פעם נוספת את חירות הביטוי של המערער, כפי שעשה בית המשפט קמא.

48. יתרה מכך, ההבחנה שערך בית המשפט קמא בין החלופה הראשונה בסעיף העבירה, "פרסום קריאה לעשיית מעשה אלימות", לבין החלופה השנייה, בה הורשע המערער, דהיינו "פרסום דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות", אינה מקובלת עלינו. לשתי החלופות נקבע עונש מרבי זהה, 5 שנות מאסר, וניתן בהחלט להעלות על הדעת מקרים בהם פרסום דברי עידוד למעשה אלימות הוא חמור יותר אפילו מקריאה



מפורשת לעשיית מעשה אלימות. אין זה פלא שבהלכת **בן חורין** ביטל בית המשפט העליון את ההבחנה שערך בית המשפט המחוזי שם בין שתי החלופות (אמנם לענין רכיבי העבירה אך, בשינויים המחויבים, יפה הקביעה גם לעניינו).

כך או אחרת, בעניינו נסיבות ביצוע העבירות חמורות למדי, בהיבט מעמדו של המערער ויתר הנסיבות. 49. בהינתן האמור מעלה, ובשים לב לנסיבות החמורות של ביצוע העבירה על ידי המערער, כפי שנקבע בהכרעת הדין, ראוי היה לקבוע בעניינו של המערער מתחם עונש הולם שונה מזה שקבע בית המשפט קמא, אף אם חלק מפסקי הדין ביטאו עד כה ענישה מקלה. עמדתנו היא כי מתחם העונש ההולם את מעשי המערער נע בין 6 חודשי מאסר בפועל ל-12 חודשי מאסר בפועל, כפי שעתרה המדינה בבית המשפט קמא.

50. בשונה מן הנתען לפנינו על ידי המדינה, אנו סבורים כי נכון עשה בית המשפט קמא כאשר ראה למקם את עונשו של המערער בתחתית מתחם העונש (אם כי, כאמור, המתחם שקבע אינו הולם את נסיבות ביצוע העבירה). בית המשפט אינו רשאי לשקול לחובת נאשם את בחירתו לנהל משפט, הוא לא אמור היה לזקוף לחובת המערער פרסומים אחרים, "גבוליים" בגינם לא הועמד לדין, ויתר הנסיבות שהובאו לפני בית המשפט קמא אכן הצדיקו גזירת עונש בתחתית המתחם.

51. יוצא אפוא שהעונש הראוי למערער צריך היה להיות 6 חודשי מאסר בפועל, שניתן במקרה זה לרצות בעבודות שירות.

52. למרות האמור החלטנו, לא בלי היסוס, לא להתערב בעונש שגזר בית המשפט קמא על המערער כך שירצה עונש מאסר ממשי.

כך אנו עושים משום שאיננו יכולים להתעלם מחלוף הזמן הרב מעת ביצוע העבירות ועד הלום. הנאשם נדרש לתת היום את הדין על מעשים שבוצעו לפני תשע שנים, וגם אם לא נפל פגם בהתנהלות רשויות האכיפה בעניינו של המערער אין כל אפשרות להתעלם מנתון מהותי זה, על כל הכרוך בו מבחינת זכויות המערער ואפקטיביות הענישה הפלילית.

53. בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן אלה, ובהינתן הכלל לפיו ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בחומרת העונש שהטילה הערכאה הדיונית, בהעדר חריגה בולטת מרמת הענישה הראויה [(ע"פ 2576/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (24.4.2022); ע"פ 2251/21 אבו עראר נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (15.12.2021)], החלטנו להסתפק במקרה דנן בהחמרת המאסר על-תנאי שנגזר על המערער.

לפיכך חלף 4 חודשי המאסר על-תנאי שקבע בית המשפט קמא יבוא עונש של 7 חודשי מאסר על-תנאי, והתנאי הוא כי במשך תקופה בת שלוש שנים מהיום, לא יעבור המערער עבירה בה הורשע. ביתר חלקי גזר הדין לא יחול שינוי.

אשר על כן הוחלט לדחות את שני הערעורים.

ניתן היום, כ"ח אייר תשפ"ב, 29 מאי 2022, במעמד המערער וב"כ עירית שלזינגר וב"כ המשיבה עו"ד רועי רייס.

מיכאל קרשן, שופט

שמואל בורנשטיין, שופט

מיכל ברנט, שופטת בכירה
אב"ד

