



ת"פ 48257/11/13 - מדינת ישראל נגד סאהר גזאוי

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 48257-11-13 מדינת ישראל נ' גזאוי
בפני כבוד השופט שמואל הרבסט

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

סאהר גזאוי

הנאשם

הכרעת דין

האם יש בצעקות "אללה הוא אכבר" ברחבת מסגד אל אקצה בירושלים כדי ליצור "התנהגות פסולה במקום ציבורי", כפי הגדרתו בסעיף 216(א)(4) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977?

זו השאלה הניצבת בפני בתיק דנן.

ביום 21.9.11, לפני כחמש שנים, קרא הנאשם לכיוונה של קבוצת יהודים אשר שהו בהר הבית קריאות "אללה הוא אכבר".

עקב קריאות אלו, עוכב הנאשם על ידי השוטרים רמי שרוף, דניאל סרגה ודימיטרי יוספוב, והובל לתחנת המשטרה במקום.

בדרכם לשם, סירב הנאשם להמשיך בצעידתו, ועל כן הודיעו לו השוטרים על מעצרו. הנאשם הניף את ידיו באוויר ודחף את השוטר יוספוב אשר נפל כתוצאה מכך לרצפה, ומכשיר הטלפון הנייד שלו נשבר. בשלב זה השתמשו השוטרים בכוח סביר על מנת לעצור את הנאשם, ולהובילו לחקירה.

בשל כל אלו, הואשם הנאשם בעבירות של התנהגות העלולה להפר את שלום הציבור והפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו, וזאת על פי סעיפים 216(א)(4) ו-275 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977.

לטענת הנאשם, הוא אכן קרא קריאות אלו, אולם מדובר בקריאה דתית המתבצעת במקום דתי, ועל כן אין זו עבירה פלילית, אלא התנהגות דתית-פולחנית.



בהמשך, משעוכב, כך לדבריו, הוא ביקש לעשות את צרכיו, ומשסירבו השוטרים לכך, התפתח דין ודברים אשר בסופו הם נטלוהו משם בכוח, שהיה לדעתו, בלתי סביר בנסיבות העניין.

ראיות המאשימה

1/ת - הודעת הנאשם מיום 21.9.11

בראשית הודעתו זו מכחיש הנאשם כי קרא "אללה הוא אכבר" לעבר קבוצת המבקרים היהודים אשר שהו במקום. לשיטתו, השוטר דניאל סרגה התנכל לו אף הפעם, כפי שעשה פעמים נוספות בעבר בעת שנפגשו על ההר (ש' 2-5).

לאחר שעוכב על ידי השוטר סרגה, כך לדבריו, הוא ביקש לגשת לשירותים, אך השוטרים התנגדו לכך, וה"קצין דניאל" (סרגה- ש.ה.) תפס בו בחזקה וצעק עליו תוך שהוא גורר אותו לכיוון שער פייסל ואומר לו **"אני אחנך אותך ואלמד אותך לקח..."** (ש' 9-15).

לאחר מכן, בהגיעם לשער פייסל, דחף הקצין סרגה את הנאשם לכיוון ספסל שהיה במקום והורה לו לשבת במקום **"כמו כלב"**, אך משסירב לעשות כן הוא הופל לאדמה על ידי שלושה שוטרים אשר אזקו את ידיו באגרסיביות והיכו אותו בגבו עד אשר ידיו התנפחו (על אף שלא נצפו על ידיו סימני חבלה שכאלו, וזאת על פי הערת חוקר - נא ראה ש' 15-21).

בהמשכה של החקירה, טען הנאשם כי אכן קרא קריאת **"אללה הוא אכבר"**, אך הדבר היה יחד עם כל קבוצתו אשר ישבה עמו במקום, ובדבריו שלו- **"האנשים אמרו אללה הוא אכבר ואני אמרתי איתם"** (ש' 30-39).

לשיטתו, הוא סירב לעיכוב כי הושפל על ידי הקצין דניאל ונפגע כתוצאה מכך, כפי שהוא מתבטא במילותיו שלו: **"אפילו חמור שמשפילים אותו הוא לא הולך יותר...אני עמדתי ורציתי ללכת...אני הייתי במצב לא טוב מהמכות וההשפלות, זה מעצבים..."** (ש' 45-62).

2/ת ו- 3/ת - תצלומי הר הבית ובהם סומנו על ידי פקד סרגה שער המוגרבים (1), הרחבה בה התרחשו לכאורה האירועים המתוארים בכתב האישום (2), באב אל חוטא (3) ושער פייסל (4).

4/ת - תצלומי הר הבית ובהם סומנו על ידי רס"ר שרוף מספר אתרים ברחבת הר הבית, וביניהם- שער המוגרבים (1), והרחבה בה התרחשו לכאורה האירועים המתוארים בכתב האישום (2).

5/ת - סרטון המתאר את האירוע נשוא כתב האישום והכרוך בהתנגדותו של הנאשם, לכאורה, למעצרו. יובהר, כי האירוע המתואר בתחילתו של כתב האישום (צעקות **"אללה הוא אכבר"**) לא צולם ולא תועד בשל היעדרן של מצלמות על ההר.

עדי המאשימה



פקד דניאל סרגה

פקד סרגה שימש אותה העת כקצין משמרת ביחידת המקומות הקדושים בהר הבית.

לדבריו, כחלק מתפקידו זה, הוא ליווה קבוצה של מתפללים יהודים אשר הגיעו להר, ואז "נכנסה קבוצת יהודים להר הבית...הקבוצה החלה בהליכה במסלול שלה וכאשר הגיעה לרחבת מסגד אל אקצה, הבחנתי בחשוד שהחל בקריאות תכביר אללה הוא אכבר... בשלב הזה לאחר מספר קריאות החלו יתר המוסלמים שנכחו עימו גם הם בקריאות אללה הוא אכבר" (עמ' 5 ש' 17-27).

העד שלל כל אפשרות לפיה קריאת התכביר הינה חלק מתפילה סדירה אשר התקיימה במקום משתי סיבות עיקריות. האחת, לא מדובר היה בזמן התפילה הקבועה (עמ' 8 ש' 4-5), ושנית, קריאותיו של הנאשם לא נשמעו ולא נקראו טרם נכנסה קבוצת היהודים להר הבית, ובלשונו שלו: "אין סיבה שאדם יקום על רגליו ויחל לצעוק בקולי קולות אללה הוא אכבר...קבוצת המוסלמים שנכחה בהר הבית באותה זמן ובאותה נקודה בעצם נכחה במקום כאשר אחת המטרות שלה לשבש את שגרת הביקורים בהר הבית..." (עמ' 5 ש' 27-30, עמ' 9 ש' 1-7, וכן עמ' 7 ש' 13-18).

פקד סרגה מוסיף עוד כי קבוצות של תיירים שאינן בעלי חזות יהודית דתית מתקבלות בשקט בהר הבית ו"והיא לא מקבלת שום התייחסות מצד המוסלמים" (עמ' 8 ש' 28-31), וזאת בניגוד לקבוצה היהודית אשר חברה היו בעלי סממנים יהודיים דתיים חיצוניים אשר תוארה לעיל.

לדברי עד זה, כאשר מתחילות להישמע קריאות אלו, הרי שזה "מרתיע ומשבש את השגרה ומפר את הסדר הציבורי בהר הבית" (עמ' 8 ש' 23-24 וכן עמ' 9 ש' 8-15).

פקד סרגה תיאר כי החליט לעכב את הנאשם והודיע לו על כך, תוך שהוא מלווהו לשער פייסל, אך עם הגיעם לשער סירב הנאשם להמשיך ולהתקדם, ושם הוא נתבקש לשבת על ספסל אבן שהיה במקום. הנאשם התיישב, אך קם לאחר זמן קצר, צעק לעבר השוטרים "אתם כלבים...אתם לא מחליטים עלי אני עושה מה שאני רוצה" תוך שליחת ידיו ורגליו לכל עבר, ולאחר מספר שניות של מאבק אשר במהלכם הוא דחף אותו ואת השוטר דימיטרי יוספוב, נאזק מאחר ש"ברור שהמטרה שלו הייתה להמלט מהאחיזה שלנו ולברוח מהמקום" (עמ' 6).

עוד מוסיף עד זה כי לא ביזה את הנאשם ולא כינה אותו "כלב", אלא הבחין כי ברצונו להמלט מהמקום, וניסה למנוע ממנו זאת (עמ' 11 ש' 29 ועד עמ' 12 ש' 14).

רס"ר רמי שרוף

השוטר שרוף הצהיר בתחילת עדותו כי הוא אינו זוכר את האירוע, ואם בכל זאת זכור לו "משהו" מקורות אותו היום - הרי שמדובר בזיכרון מטושטש ותו לא (עמ' 14 שורה 26).

לדבריו, "ברגע שנכנסה הקבוצה מי שנמצא שם החשוד שעצרנו אותו.... עמד והתחיל לקרוא קריאות אללה אל אכבר, אחרים חזרו אחריו, עשה את זה במשך כמה שניות, וחזר על זה, הוא התחיל את זה, לא היו קריאות לפני כן, הוא גם הסתכל על הקבוצה של היהודים. נכנסו גם קבוצה של תיירים והם לא צעקו..." (עמ' 15 שורות 5 עד 8).



העד שרוף מציין כי עצר את הנאשם בשל "פעולה של הפרת הסדר הציבורי" תוך שהוא מסביר כי עבירה מעין זו יכולה לגרום "השלכות ובעיות בהמשך" (עמ' 16 שורות 4 עד 9).

עוד הוא הדגיש כי צעקת "אללה הוא אכבר" עשויה להיות צעקת תפילה תמימה אך לעתים היא עשויה להגיע כאשר היא משמשת כהקדמה לביצוע עבירה (עמ' 16 שורות 12 עד 19).

במהלך עדותו הסכימו באי כוח הצדדים, כי השוטר שרוף מסר במשטרה הצהרה לפיה "עד שהקבוצה של המבקרים הגיעה לחשוד וחבריו הוא יושב על הרצפה ולא צעקו ולא קראו שום קריאה, החשוד החל בצעקות רק כשקבוצת המבקרים הגיעו לידם" (עמ' 19 שורות 30 עד 32), וזאת על אף שהודעה זו לא הוגשה לעיוני.

אחר מכן, מתאר העד כי הנאשם הושב על מדרגה בשער פייסל ו"זיהיתי שהוא ניסה לברוח תוך שהוא נתן לקצין לא יודע אם זה בכוונה, תפסת אותו תוך שהוא נאבק איתנו בידיים ורגליים, הורדנו אותו על הרצפה ואזקנו וחיכינו לניידת...." עמ' 15 שורות 17 עד 19.

בסוף עדותו, פוסל העד את האפשרות כי הקצין סרגה קילל את הנאשם או השפיל אותו בדרך זו או אחרת (עמ' 21 שורות 12 עד 13).

רס"ל דימיטרי יוספוב

רס"ל יוספוב תיאר לפני את התקרית שאירעה בשער פייסל, תוך שהוא מציין כי לפתע פתאום קם הנאשם וניסה לברוח לכוון הר הבית, ואז כאשר הוא ויתר השוטרים ביקשו ממנו למנוע ממנו לעשות כן, הוא החל לנופף בידיו ולהשתולל.

תוך כדי הניסיונות לעצרו, נפל רס"ל יוספוב על הרצפה והוא העיד כי מכשיר הטלפון הסלולרי שלו נשבר (עמ' 21 - 22).

ראיות ההגנה

1/ג - דו"ח עיכוב שנערך על ידי השוטר רמי שרוף

בדו"ח זה מציין השוטר שרוף כי הנאשם נעצר בשל סירובו לעיכוב ובשל תקיפת שוטרים, תוך שעילת המעצר הינה יסוד סביר להניח כי נעברה בפני השוטר או זה מקרוב עבירה הכרוכה במסוכנות שמקורה, בין היתר, ב"עבר של הפרות סדר בהר הבית" (סעיפים 1 ו-2 לדו"ח העיכוב).

עדות הנאשם

הנאשם ציין בעדותו לפני כי קריאת "אללה הוא אכבר" הנה קריאה מקובלת בעולם המוסלמי ומשתמשים בה בעת שמחה ובעת תפילה.

עוד הוא ציין כי לאחר שעוכב בשל קריאה זו, ביקש מהקצין להיכנס לשירותים ולהתפנות, אולם הקצין סירב לתת לו



לעשות כן, דחף אותו ואף כינה אותו "כלב".

לדברי הנאשם, בשל רגישותו, הוא חש מושפל והוא מציין כי "בזמן הזה נלחצתי מאד, רציתי לברוח מהמקום הזה.... הרגשתי מושפל" (עמ' 23 שורות 8 עד 15).

במהלך חקירתו הנגדית התברר, כי הוא נהג להגיע באופן תדיר להתפלל על הר הבית בשל קדושתו של המקום, אך התקשה להסביר באיזה אמצעי תחבורה הוא משתמש - האם ברכבו הפרטי או שמא בהסעות מאורגנות על ידי תנועת "עמרת אל אקצה" (עמ' 24 ועד עמ' 25 שורה 6).

הנאשם אף זיהה עצמו בסרטון שסומן 5/ת, אך לא היה בידיו הסבר להתנהגותו בשער פייסל, והוא חזר וענה כי הוא אינו זוכר דבר בשל העובדה כי האירוע המתואר בסרטון אירע לפני 4 שנים, והוא אינו זוכר כראוי (עמ' 26).

דין והכרעה

עם תום שמיעת העדויות והצגת הראיות, הגישו ב"כ הצדדים את סיכום טענותיהם בכתב. כל אחד מהם התייחס לפן העובדתי של העבירות המנויות בכתב האישום, אולם מרבית טיעוניהם עסקו בשאלה המשפטית ככל שהיא נוגעת להגדרת העבירה "התנהגות פסולה במקום ציבורי", גבולותיה והזכויות המיוחדות המוגנות העומדות בבסיסה, ויישומה במקרה דנן.

השאלות העובדתיות

למעשה, מספר שאלות עובדתיות נתונות במחלוקת בין הצדדים.

1. האם הנאשם פתח בצעקת "אללה הוא אכבר" בעת שהבחין בקבוצת היהודים או שמא הצטרף לצעקותיהם של אנשי קבוצתו כתפילה תמימה ואשר אינה קשורה לקבוצת המתפללים היהודים אשר שהו במקום?

2. האם הנאשם ביקש, לאחר עיכובו, לגשת לשירותים וסורב תוך שהוא מושפל בקללות?

למותר לציין, כי בשתי שאלות אלו, חלוקים השוטרים אשר העידו בפני עם גרסתו של הנאשם דנן.

הקצין סרגה והשוטר שרוף היו סמוכים מאד להתרחשות המתוארת בכתב האישום, עד כדי מרחק של מטרים ספורים ממנה, ואף פחות מכך.

שמעתי את עדותם לפני, ואני מוצא אותם אמינים ומהימנים. שוטרים אלו הינם שוטרים מקצועיים אשר זירת פעולתם רגישה היא עד מאד, וניכר כי הם מודעים היטב לכובד המשקל הכרוך בעבודה זו ולגודל האחריות הנובע ממנה.

שוטרים אלו, היטיבו לתאר את המאמצים הנעשים על מנת לשמר אווירה רגועה ומכבדת במתחם הר הבית כלפי באי כל הדתות המגיעים להר המקודש, ולא מצאתי בדבריהם כל רצון ומוטיבציה להפללת יתר של הנאשם שבפני.

מעדויות אלו עולה תמונה חד משמעית וחסרת ספק, לפיה הנאשם וקבוצתו עסקו בענייניהם הדתיים עד אשר הגיעה



למקום קבוצה אשר אנשיה היו בעלי סממנים יהודיים.

משהגיעה קבוצה זו, כך עולה מעדויותיהם של השוטרים, החל הנאשם לזעוק את זעקת "אללה הוא אכבר" כתוצאה מהגעתה של הקבוצה ובהקשר לנוכחותה שם.

יצוין כי הנאשם עצמו אינו מכחיש את עצם הצעקה, אך טוען כי לא היה הראשון לצעוק אותה, עניין אשר יש בו כדי לחזק את גרסתם של השוטרים בעניין זה, ולהוריד מסדר היום הראייתי טענות של קנוניה, עלילה או הפללה מכוונת שנרקמה על ידי שוטרים אלו.

בעדותו לפני, הציג הנאשם חזות מתחמקת וענה באופן חלקי וכללי לשאלות שנשאל. מגמה זו משתלבת היטב בגרסאותיו המתפתחות של הנאשם כפי שפורטו לעיל. בתחילה ציין הנאשם כי לא צעק "אללה הוא אכבר" כפי שמיוחס לו, אולם בהמשך חקירתו הוא מודה כי צעק, אולם מציין כי הדבר נעשה כחלק מתפילה ולאחר שחבריו האחרים ששהו במקום החלו לצעוק בדרך זו.

כך בעניינה של זעקת "אללה הוא אכבר" וכך אף בעניינו של המעצר אשר מתועד בסרטון. סרטון זה (אשר סומן ת/5) מלמד כי הנאשם קם לפתע מספסל האבן עליו ישב והחל לדחוף את השוטרים תוך שהוא מנופף בידיו. סרטון זה תואם לעדויותיהם של שלושת השוטרים שהעידו לפני, ובעניין זה ניתן לומר כי סרטון אחד טוב יותר מאלף מילים. נמצינו למדים כי הסרטון אף מחזק את אמינותם של השוטרים סרנגה ושרוף בכל הקשור לגרסתם באשר לצעקת "אללה הוא אכבר" של הנאשם, כמובא בחלקו הראשון של כתב האישום, והרושם האמין של גרסתם, קיבל משנה תוקף בשל קיומה ראייה אובייקטיבית זאת. למותר לציין, כי הנאשם, בדרכו הפתלתלה, הכחיש בתחילה את המיוחס לו אף בעניין זה, אך משהוצג לו הסרטון (ת/5) הוא איבד את זכרונו, וטען כי אינו מסוגל לשחזר אירוע אשר אירע לפני כארבע שנים.

אכן שקרי נאשם אינם מהווים תחליף לריק ראייתי והם מהווים "קומה" ראייתית שניה, אשר יש בה כדי לחזק קומה ראשונה קיימת, אולם, במקרה דנן הקומה הראשונה הינה מבוססת ויציבה ואדניה הם עדויות השוטרים אשר, בניגוד לנאשם, היו עקביים במהלך עדותם לפני אשר נמצאו אמינות ומתאימות לגרסאותיהם הראשונות שנגבו סמוך מאד (כרונולוגית) לאירועים המתוארים בכתב האישום.

בשל כל אלו, אני קובע כי הנאשם היה הראשון אשר זעק "אללה הוא אכבר" כלפי קבוצת המבקרים היהודית, וכן התנגד לעיכובו בשער פייסל תוך שהוא מנופף בידיו ודוחף את השוטרים.

אין בקביעה זו, כדי לסתור את דברי הנאשם באשר לתחושת ההשפלה והעלבון שחש, אולם אין בתחושה זו כדי לשנות את הקביעות העובדתיות אשר צוינו לעיל.

השאלה הנורמטיבית

סעיף 216 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 קובע עבירה של התנהגות פסולה במקום ציבורי, ומונה מספר דרכי התנהגות אשר ייחשבו כהתנהגות כזו.

החלופה בה הואשם הנאשם שלפני היא זו הקבועה בסעיף 261(א)(4) ועל פיו:



"העושה אחת מאלה, דינו - מאסר שישה חודשים:

(4) מתנהג במקום ציבורי באופן העלול להביא להפרת השלום".

ייחודה של עבירה זו בעמימותם של יסודותיה העובדתיים שאינם פשוטים להגדרה, עד כי דומה שלמעט בהירותו של היסוד "במקום ציבורי", שאר יסודותיה העובדתיים הם בגדר "מונחי שסתום" שמעצם טיבם, עמומים הם וקשים להגדרה תחומה וברורה (ראו י' קדמי, **על הדין בפלילים**, חלק ד' מהדורה מעודכנת, תשס"ו-2006, בעמ' 2246).

מכאן שהדין ביסודות עבירה זו יהא בשאלות הבאות: מהי אותה "התנהגות" ומהו אותו "אופן העלול להביא להפרת השלום"?

אשר ל"התנהגות" הנדרשת, קבעה הפסיקה כי מדובר בכל צורה של התנהגות, וכי זו אינה מוגבלת לפעילות גופנית בלבד, אלא כוללת גם דיבור, הקנטת עוברים ושבים, ועשויה להתקיים גם ללא דיבור (ר' י' קדמי, **שם**, והפסיקה המובאת שם בע"פ 15/63 **וייס וספקטור נ' מדינת ישראל**, פ"ד יז(4) 2310,2321).

עוד נקבע כי גם התנהגות אשר כשלעצמה מותרת וחוקית היא, עשויה להיחשב כהתנהגות אסורה אם נסיבות ביצועה מלמדות שיש בכוחה להביא להפרת השלום, והדברים אמורים גם כאשר אותה התנהגות מצויה בגדר זכות יסוד:

"ואין נפקא מינה, אם ה'התנהגות' כשלעצמה מותרת או אסורה על פי חוק. שהדגש מושם כאן על כוחה להביא להפרת השלום... להדגיש: גם כאשר מדובר בהתנהגות המצויה בגדר 'זכות יסוד' של כל אדם כגון: זכותו של הפרט להביע באופן חופשי את דעותיו- מועדפת השמירה על שלום הציבור, על פני עשיית השימוש בזכות יסוד" (י' קדמי, **שם, בעמ' 2247).**

ברוח דברים אלו, קבע בית המשפט כי הנפת דגל ישראל, התנהגות חוקית ומקובלת, הינה עבירה של התנהגות פסולה, משזו נעשתה בהר הבית והיה בה פוטנציאל להתלקחות במקום הקדוש והרגיש עד מאד (ר' פסק הדין בת"פ (י-ם) 3691/00 **מדינת ישראל נ' פרלמן**, פסק דינה של כב' השופטת א' אפעל-גבאי, מיום 20.10.02, פורסם בנבו).

אימתי ייקבע כי אותה התנהגות נעשתה "באופן העלול להביא להפרת השלום"?

מלשון הסעיף עולה, כי לא נדרש שההתנהגות גרמה בפועל להפרת השלום, אלא די בכך שזו "עלולה" לגרום להפרת השלום. המבחן הקובע האם אותה התנהגות עלולה הייתה להפר את השלום הוא מבחן הוודאות הקרובה לכך שנגרמה תוצאה זו, כלומר אין צורך בוודאות ברורה או מידית, אך מאידך אין די באפשרות תיאורטית. על ההערכה לוודאות הקרובה להתבסס על עובדות ידועות, לרבות ניסיון העבר, ואין די בספקולציות וחששות (ר' פסק הדין בת.פ. 3691/00 והפסיקה המובאת שם בת.פ. 4209/95 **מדינת ישראל נ' גרינבלט** (לא פורסם), ת.פ. 3132/95 **מדינת ישראל נ' מבורך** (לא פורסם) וכן בג"ץ 153/83 **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח(2) 393, 411).

ומן הכלל אל הפרט.



האם קריאות דתיות אלו ("אללה אכבר") מפירות את הסדר ואת השלום?

תלוי.

תלוי היכן נאמרו הקריאות? מתי? כלפי מי ובאיזה אופן? למה נאמרו? למה דווקא הן נאמרו בעת שבה נאמרו?

ככל שמדובר בקריאות הנקראות בזמן התפילה, במקום התפילה, ובעת בו הן מופיעות בסדר התפילה, הרי שאין מדובר בהפרעה לשלום הציבור, אלא בתפילה תמימה המהווה זכות יסוד מובהקת.

אולם כאשר קריאות אלו משמשות מסווה להפגנה, מחאה, רצון לייצר מהומה ואי סדר, הרי שאין מהוות תפילה, ויש בהן הפרעה ברורה לשלום הציבור.

הסניגור המלומד, עוה"ד רמזי קטילאת, טען כי אין קשר סיבתי בין קריאת התכביר שקרא הנאשם לבין הפרת סדר, בהיותה חלק מקריאותיו היומיות של המואזין לתפילה בכל רחבי תבל, ולא יעלה על הדעת שכל קריאה שכזו טומנת בחובה גם הסתברות להפרת הסדר. לשיטתו, הגם שבמקרים מסוימים עשויה קריאה זו **ללוות** מעשים שיש בהם הפרת סדר, אין בה כשלעצמה להביא לכך.

לא ניתן לקבל טענה זו.

צודק ב"כ הנאשם, כי קריאת "אללה אכבר" מהווה חלק מתפילה, אולם עובדה זו אינה מקנה לה חסינות מהאפשרות שתחשב כהתנהגות אסורה. זאת, בהתאם לפסיקה שעל פיה עצם העובדה שהמעשה עצמו הוא חוקי וכשר, אינה שוללת את היותו, במקרים מסוימים, התנהגות העלולה להפר את השלום. לא ניתן גם לתאר את הקריאה כתפילה תמה וזכה ולהתעלם מכך שהיא, לעיתים ולמרבה הצער, אותה הקריאה הנשמעת למרחוק מפי מחבלים ומרצחים בעת ביצוע מעשי טרור מתועבים בשם האדרת האל (בעיניהם ולשיטתם), כמשמעה של הקריאה עצמה.

משום כך, על אותה קריאת "אללה אכבר" שהשמיע הנאשם באותו יום להיבחן בהקשר, בנסיבות וברקע המיוחד האופפים את האירוע, ואלו הם אשר יכריעו האם זו היותה בנסיבות העניין התנהגות שיש בה כדי להפר את השלום.

הנסיבה הראשונה הבולטת במקרה זה, היא השמעת קריאת הנאשם במקום הציבורי, שאיננו ככל מקום ציבורי ניטרלי, אלא בזירה מיוחדת המצויה בליבו של סכסוך ומחלוקת בין עמים ובין דתות. רגישותו המיוחדת של הר הבית, על רקע רצונם של בני שתי הדתות, היהודית והמוסלמית, לממש בו את זכויות היסוד שלהם בתחומיו, נודעה בפסיקה הדנה בסוגיות שונות הקשורות בו כ "**חבית אבק שריפה המאיימת להתפוצץ מאליה**" וכ "**ליבתו של הר הגעש ממש**" (ר' למשל בפסק הדין בת"פ 4209/95 **מדינת ישראל נ' גרינבלט** (פסק דינו של כב' השופט י' ענבר, בעמ' 33 לפסק הדין (לא פורסם)). משכך, בזירת התרחשות זו, המתוחה מאין כמוה, כל התגרות פעוטה טומנת בחובה פוטנציאל התלקחות, והאש כטבעה, עשויה להתפשט במהירות, לצאת את גבולות הר הבית וסופה מי ישרנה.

על היותה של הקריאה עלולה להפר את הסדר, מלמדות העדויות שעל פיהן הקריאות שקרא הנאשם במקרה דנן, קשורות באופן ישיר להופעתה של הקבוצה היהודית בהר הבית. כך עלה מעדות הפקד סרגה, כי הנאשם קרא את קריאתו על עבר קבוצה היהודים אשר הגיעה למקום, ושלל כי מדובר היה בזמן התפילה הקבוע או חלק מתפילה. מובן שבנסיבות אלה, יש בקריאות כדי ליצור מתח רב, לסכל את הסיור המתוכנן לאותה קבוצה ולהפר בכך את הסדר הציבורי השביר והעדין במקום קדוש זה.



ניסיון העבר בישראל, מלמד על השימוש הנפוץ של הקריאה, שלא כחלק מתפילה, אלא כמלווה מעשי התפרעות ולעיתים גם טרור וחבלה. שימוש זה בקריאה, מעיד על המשמעות הנוספת והפרובוקטיבית שלו, וכפועל יוצא הימנה, פוטנציאל הסכנה וההתלקחות של זעקה זו, שלא במסגרת תפילה סדורה, אל עבר קבוצת מבקרים בעלי סממנים יהודיים- רב הוא.

בהר הבית, על נפישותו המיוחדת, על רקע המפגש בין הנאשם לקבוצת המתפללים בעלת הסממנים היהודיים המובהקים, קריאתו המכוונת והמתגרה לעברם, מהווה **כשלעצמה ולבדה** את הניצוץ הבודד הנדרש להבערת המקום, הטעון ממילא.

לקראת סיום, אוסיף ואציין נקודה משמעותית נוספת. הנאשם, כמסלמי, יכול היה להכנס לתחומו של הר הבית, לשוטט בכל אתר ואתר בתחומו, ללמוד לימודי דת, להתפלל ואף לזעוק את זעקת ה"תכביר" במסגרת תפילה זו. מדובר בקשת זכויות מפליגה שלא כל באי הר קדוש זה זוכים ליהנות ממנה. כל שנדרש ממנו הוא לנצל זכויות יסוד אלו מבלי לפגוע בזכויותיהם (השונות בהיקפן) של בני דתות אחרות בהר, אך הוא בחר שלא לעשות כן, כפי שתואר לעיל. התנהגות זו מעידה אף היא על קיומם של היסודות העובדתיים והנפשיים של העבירה הנדונה, כפי שפורט לעיל.

במאמר מוסגר יצוין, כי העובדה שקריאת הנאשם לא גרמה בפועל להתלקחות, אינה מעידה כי ההתנהגות לא הייתה כזו שעלולה להפר את הסדר, ודי בכך שהמציאות בשטח הצביעה על סכנה ממשית לכך, כפי שאכן היה.

אשר על כן, פעולה שכזו מהווה עילת מעצר של מסוכנות שיש בה כדי להפר את השלום והסדר הציבורי במקום מיוחד ורגיש בו הפרה שכזו היא בעלת משמעויות נרחבות.

משכך, הרי שעיקובו של הנאשם בדין היה יסודו, ועל כן אין להכביר מילים על התנגדותו של הנאשם לביצוע העיכוב בדרך של דחיפת השוטרים ונפנוף בידיו כמתואר בסרטון ת/5 ובהתאם לקביעות העובדתיות שנקבעו על ידי.

תחושת העלבון וההשפלה של הנאשם, אשר אותה כאמור לא ניתן לשלול, אינה מהווה הצדקה או הגנה בפני מעשיו של הנאשם, כפי שעולה מהראיות שהוצגו לפני.

לאור כל אלו, נוכח עדויות השוטרים אשר נמצאו כאמינות על ידי, גרסתו החסרה של הנאשם, הסרטון שהוגש לעיוני, הטיעונים המשפטיים ויתר השיקולים שפורטו לעיל, אני קובע כי המאשימה הרימה את הנטל הראייתי המוטל לפתחה, והוכיחה מעבר לכל ספק סביר את אשמתו של הנאשם בעבירות המיוחסות לו, ואני קובע כי הוא בצען, ומרשיעו בכך.

ניתנה היום, כ' סיוון תשע"ו, 26 יוני 2016, במעמד הצדדים.