

ע"פ 45090/03/20 - ראייד מחאג'נה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה

16 יולי 2020

ע"פ 45090-03-20 מחאג'נה(עצור/אסיר בפיקוח) נ' מדינת ישראל

לפני הרכב כבוד השופטים:
רון שפירא, נשיא [אב"ד]
בטינה טאובר
תמר נאות פרי
המערער

ראייד מחאג'נה (עצור/אסיר בפיקוח)

נגד

מדינת ישראל

המשיבה

הודעת ערעור מיום 24.3.20 על הכרעת דין מיום 24.11.19 וגזר דין מיום 10.2.20 של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופט שלמה בנג'ו) בתיק ת"פ 49376-08-17

פסק דין

כב' השופט ר' שפירא, נשיא [אב"ד]:

ביום 24.11.19 הרשיע בימ"ש קמא את המערער באישום הראשון לכתב האישום המתוקן - בעבירה של תמיכה בהתאחדות בלתי מותרת לפי סעיפים 85(ו)(ז) + 85(ו)(ו) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (הוחלף על ידי סעיף 24(א)(1) בחוק המאבק בטרור, תשע"ו - 2016) - 3 עבירות; וכן באישומים השני עד הרביעי לכתב האישום המתוקן - בעבירה של הסתה לטרור לפי סעיף 24(ב)(2) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו - 2016 - 3 עבירות.

על פי גזר הדין שניתן ביום 10.02.20 הוטל על המערער עונש מאסר בפועל לתקופה של 24 חודשים והופעל מאסר על תנאי לתקופה של 8 חודשים, מחציתם בחופף ומחציתם במצטבר, כך שבסך הכל הוטלו על המערער 28 חודשי מאסר בפועל; מאסר על תנאי לתקופה של 12 חודשים, שלא יעבור תוך 3 שנים מיום שחרורו עבירה מהעבירות בהן הורשע או עבירות הסתה לגזענות או אלימות או עבירות אלימות מסוג פשע.

כתב האישום:

לפי החלק הכללי לכתב האישום המתוקן שהוגש לבימ"ש קמא המערער/הנאשם בבית משפט קמא (יכונה להלן: "המערער" או "הנאשם") הינו דמות מוכרת ובעלת השפעה רבה בקרב האוכלוסייה המוסלמית בישראל, בגדה

עמוד 1

המערבית ובעזה ובנוסף עמד בראש הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית ("התנ"ס") משנת 1996 ועד הכרזתה כהתאחדות בלתי מותרת.

ביום 14.7.17 התבצע פיגוע טרור בהר הבית בירושלים ובו נרצחו שני שוטרים. את הפיגוע בצעו שלושה מחבלים צעירים מאום אל פאחם. אחד מהמחבלים שביצעו את הפיגוע אמר לאחר הפיגוע לשוטר כי הוא "מאום אל פאחם מהחברה של ראיד סלאח". לאחר הפיגוע נסגר מתחם הר הבית למשך יומיים שלאחריהם הוצבו גלאי מתכות בכניסה למתחם הר הבית עד ליום 24.7.17 ובעקבות זאת שררה בתקופה הרלוונטית לאישומים 2 - 4 לכתב האישום מתיחות ביטחונית רבה. בין היתר, באזור הר הבית התקיימו עימותים אלימים בין האוכלוסייה המוסלמית לבין כוחות הביטחון ואירועי טרור על רקע לאומני. ביום 30.07.17 נעצר בתל אביב על ידי כוחות הביטחון תושב אום אל פאחם שהגיע לעיר בכוונה לבצע פיגוע דקירה (טוויל) ובחקירתו מסר כי אחד ממניעיו לביצוע פיגוע הדקירה היו דברים ששמע במהלך נאומו של המערער מיום 28.07.17, כמפורט באישום 4 לכתב האישום, בו נכח.

על פי האישום הראשון לכתב האישום בתקופה הרלוונטית החזיק המערער חשבון ברשת החברתית פייסבוק, בו פרסם פרסומים בהם קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור ותמיכה בהתאחדות בלתי מותרת: ביום 27.12.15 פרסם בחשבון הפייסבוק סרטון המתעד נאום שנשא בעיר באקה אל גרביה, בו הציג את תוכנו של הספר "תורת המלך" ככזה המתיר דם של ילדים פלסטינים, וזאת בהתאם למדיניות "הכיבוש הישראלי" לאורך השנים, אשר הכריזה מלחמה על "הילדות הפלסטינית"; ביום 27.04.16 פרסם המערער רשומה בחשבון הפייסבוק בה קרא להגיע לאולם בית המשפט הדן בסכסוך קרקעות שבין חברת קרור אחזקות לבין הווקף האיסלאמי, בהקשר לבעלות על קרקע בו מצוי בית קברות מוסלמי, וחתם על הרשומה במילים "בתאריך 27.4.16, בכבוד התנועה האיסלאמית בפנים הפלסטיני, השיח' ראד סלאח"; עובר ליום 5.4.16 כתב המערער מאמר שכותרו "נתניהו והפרנויה" ושלה אותו למפרסמים שונים כדי לפרסמו ברבים, במסגרתו כתב, בין השאר, "ואנחנו נשארים כמו שאנחנו, והתנועה האיסלאמית נשארת וצומחת אחרי חסימתה כמו שהייתה לפני חסימתה, ונשאר מעמד הראש שלה כמו שהיה לפני החסימה, ואנחנו נשארים מחזיקים בכל הוהכחותינו האיסלאמית הערבית הפלסטינית, ואנחנו נשארים מנצחים לכל ההוכחות האלה ובראשה הניצחון על ירושלים ומסגד אלאקצא המבורכים". ביום 5.4.16 פרסם המאמר באתר האינטרנט של "המרכז הפלסטיני לתקשורת". במעשיו האמורים הוא הואשם כי כתב פרסם והפיץ תוך התייחסות להתאחדות בלתי מותרת ולטובתה (3 עבירות של תמיכה בהתאחדות בלתי מותרת).

על פי האישום השני לכתב האישום ביום 21.7.17 נשא המערער נאום בתפילת יום השישי באום אל פאחם בפני קהל של מאות אנשים, בו אמר, בין השאר, "מכאן, מהתפילה הזאת, ומהעיר אום אל פאחם, אני מברך את כל המראבטון והמראבטאת שעכשיו (נמצאים) בשער מג'לס ובשער האריות, במסגד אלאקצא המבורך, ובאזור ואדי ג'וז הסמוך למסגד אל אקצא ובכל המקומות שבני משפחותינו מתפללים בהם (יש לראותם) כמקום הכי קרוב למסגד אלאקצא המבורך, ברכות לכולם, לכל הנשים והגברים, המשחררים, בני בחורין, שלא מפסיקים מזה 8 ימים לשמור על הפתח הזה. הפתח של מסגד אלאקצא המבורך, כנציגים של האומה המוסלמית, העולם הערבי והעם הפלסטיני שמזה 8 ימים אינם מפסיקים לשמור (ולומר) שוב ושוב: ברח, בדם נפדה אותך אלאקצא. אינם מפסיקים לשמור ולהתעמת עם הכיבוש הישראלי, להתעמת עם הנשקים של הכיבוש הישראלי, עם האלות של הכיבוש הישראלי ולא מפחדים להיפגע, להיפצע, להיעצר, לא פוחדים אלא מאללה, אלוהים העצום מלך בורא שמים וארץ, חסד האל". ובהמשך "אני אומר את הדברים מתוך אמונה, יציבות, עמידה איתנה ושמירה (רבאט במקור - על אלאקצא). עד הרגעים האלה הכיבוש

הישראלי פצע 79 מבני משפחות המראבטון והמראבטאת של אלאקצא, שחלקם במצב מסוכן, פצועי ראש וחזה, שדמם הטהור (נשפך). "ובהמשך" "לכן בברכתי אני מבקש מאלוהים שירפא את כל הפצועים (שנפצעו) באלאקצא המבורך, מתפלל לאלוהים שיקבל את כל השהידים של מסגד אלאקצא המבורך, מהשהיד הראשון בהיסטוריה, מבקש שאלוהים יקבל את כל השהידים של מסגד אלאקצא היום. את השהיד מחמד, ואת השהיד מחמד, ואת השהיד מחמד. מבקש מאלוהים שיאסוף את (נשמתם) עם (נשמות) הנביאים והצדיקים והשהידים ההולכים בדרך הישר". תיעוד מוסרט של הנאום הועלה לרשת האינטרנט. במעשיו האמורים הוא הואשם כי פרסם דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו, ועל פי תכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה של טרור (עבירה של הסתה לטרור).

על פי האישום השלישי לכתב האישום ביום 27.7.17 התקיימה באום אל פחם הלוויית המחבלים, בה השתתפו אלפי אנשים, ביניהם רעולי פנים, נורו זיקוקים ונשמעו קריאות "יא שהיד הרגע הרגע אנחנו נמשיך את המאבק", "ברוח בדם נפדה אותך יא אקצא" ו"ברוח בדם נפדה אותך יא שהיד". במהלך ההלוויה נשא המערער נאום בו אמר את הדברים המפורטים במסגרת האישום השלישי המהווים דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו, כאשר על פי תכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה טרור (עבירה של הסתה לטרור).

בהתאם לאישום הרביעי לכתב האישום ביום 28.7.17 נשא המערער נאום בתפילת יום השישי באצטדיון באום אל פאחם בפני קהל של מאות אנשים, בו אמר את הדברים כמפורט במסגרת האישום הרביעי, כאשר תיעוד מוסרט של הנאום הועלה לרשת האינטרנט. במעשיו האמורים פרסם דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו, ועל פי תכנו של הפרסום והנסיבות בהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה טרור (עבירה של הסתה לטרור).

הכרעת הדין של בימ"ש קמא:

במסגרת הכרעת הדין של בימ"ש קמא, המשתרעת על פני 112 עמודים, ציין בימ"ש קמא כי המערער לא כפר בכך שפרסם את התכנים והתבטא בפרסומים אליהם מפנה כתב האישום המתוקן. טענתו המרכזית התמקדה בנכונות תרגום דבריו המפורטים בכתב האישום. נטען כי המתרגמים אינם בקיאים בשפה הערבית, הם תירגמו את דברי המערער באופן שגוי ומוטעה, עד כדי שינוי משמעות הדברים וסילופם, ודבר זה הוביל להגשת כתב אישום שלא בצדק נגדו. המערער אף העיד להגנתו וצוין כי בהתייחסו לתכני האישומים נגדו ירד לדקויות לשוניות וטען כי דבריו סולפו ותורגמו שלא כהלכה על ידי מתרגמים שאינם בקיאים בשפה הערבית. עוד הוסיף כי המשפט איננו נגדו, אלא נגד האסלאם כולו ולדבריו הוא נרדף פוליטית על ידי ראשי המדינה שבשםם נקב, אשר "סימנו" אותו, דבר שהוביל למעצרו, להגשת המשפט הלא צודק נגדו ולעיוות דין כלפיו.

בימ"ש קמא ציין כי המחלוקת נחלקת לשני חלקים: באישום הראשון ההגנה טוענת כי הוראת חוק המאבק בטרור ביטלה את תקנות ההגנה לשעת חירום ובהעדר איסור פלילי חליפי בחוק חלה הוראת סעיף 4 לחוק העונשין ולכן ככל שהייתה אחריות פלילית מצד המערער, היא התבטלה. לחילופין, חולקת ההגנה על חוקיותה של הוראת סעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור אשר הכלילה את ארגון התנ"ס כהתאחדות בלתי מותרת, בהיותה הוראת חוק בלתי חוקתית;

באישומים השני עד הרביעי - ההגנה חולקת על התרגום ופירוש הדברים שמייחסת המדינה למערער. נטען כי לא מדובר בדברי אהדה, עידוד או הסתה לטרור.

המאשימה טענה בבימ"ש קמא ביחס לטענות המערער בנוגע לאישום הראשון כי העבירות נשוא כתב האישום נעברו בשנים 2015 - 2016 טרם כניסתו לתוקף של החוק למאבק בטרור. כתב האישום הוגש באוגוסט 2017 לאחר כניסתו של החוק לתוקף. נטען כי טענת ההגנה היא טענה כבושה שלא נטענה כלל בשום שלב, אף לא בשלב סיום הבאת ראיות התביעה שאז העלתה את טענת "אין להשיב לאשמה", ועל כן יש לדחותה מטעם זה. המדינה טענה כי אף לגופה יש לדחות טענה זו הואיל וחוק המאבק בטרור יצר מתכונת חוקית חלופית, מרוכזת, של כלל ההוראות הנורמטיביות, שתכליתן עיגון האיסורים הפלייליים הגלומים בהוראות התקנות שבוטלו, תוך שזירתם בהוראת החוק. בכל הנוגע לעתירת ההגנה לאי חוקיותה של הוראת סעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור והטענות בדבר היותה לא חוקתית, ביקשה המדינה לדחות טענה זו. אשר לאישומים השני והרביעי טענה המדינה כי עדי התביעה אשר תרגמו את הדברים שנשא המערער הינם מתרגמים מקצועיים ומנוסים אשר תירגמו באופן נכון ומדויק את דבריו. כן נטען כי גם אם נניח כי היו טעויות בתרגום וכי חלק מהמילים או הביטויים שתורגמו סבלו פירוש אחר, אין מדובר בטעויות תרגום נרחבות ואין מדובר בטעויות המשנות מן הקצה לקצה את משמעות הדברים שנשא או פרסם המערער, העולה לכדי העבירות המיוחסות לו בכתב האישום. המדינה טענה כי במסגרת חקירתם הנגדית של עדי התביעה אשר תרגמו את הדברים הציעו להם הסניגורים פירושים שונים של הדברים שנשא המערער, אך בחינת הדברים בהקשר הנסיבתי של הדברים שנשא המערער מלמדת כי לא מדובר בתרגום שהוא שגוי מעיקרו.

בפרק הדיון וההכרעה הבהיר בימ"ש קמא כי חופש הביטוי הוא אחת מחירויות היסוד במדינה ומבצרה של חירות זו הוא במשפט אשר עוד מקדמת דנא עושה להבטחתה. עם זאת, אין זו זכות מוחלטת, אלא ככל זכות היא יחסית ויש בינה לבין זכויות אחרות מתח מובנה. כך הוא הדבר, כאשר מדובר בהתנגשותה של זכות זו עם זכות לא פחות משמעותית - הזכות לשמירה על ביטחון המדינה ושלוש תושביה. צוין כי במתח האמור קובעים המחוקק ופסיקת בית המשפט העליון כי ידה של האחרונה צריכה להיות על העליונה. צוין כי המשפט כאן עוסק במתח האמור ודן בגדריה של זכות זו, בין חופש הביטוי להפקרותו, בין הזכות למחות באופן חריף על השלטון ובין החשש להסתה, הטומנת בחובה סיכון ממשי לחיי אדם וביטחון המדינה.

בכל הנוגע לאישום הראשון, במסגרתו מיוחסים למערער פרסומים המהווים תמיכה בארגון התנ"ס, אשר הוכרז על פי החוק כהתאחדות בלתי מותרת ולפיכך מיוחס לו ביצוע עבירות של תמיכה בהתאחדות בלתי מותרת, קבע בימ"ש קמא כי יש לדון תחילה בטענות המשפטיות שטענו הסניגורים המכוונות להפקעת הבסיסי המשפטי עליו מונח האישום הראשון.

באשר לטענה כי חוק המאבק בטרור ביטל את תקנות ההגנה הנדונות באישום הראשון מבלי שהמחוקק החליף אותן בעבירה זהה בחוק קבע בימ"ש קמא כי מדובר בשאלה פרשנית במהותה, בה נדרש בית המשפט לבחון דבר חקיקה על מנת לעמוד על כוונת המחוקק ולקבוע באם על פי הפרשנות התכליתית הנוהגת במשפטנו נכלל האיסור הפלילי הנדון נוכח התכליות שניצבו בפני המחוקק בעת בה חוקק את הוראת החוק הנדונה. צוין כי תקנה 85 מונה שורה של איסורים פליליים בכל הנוגע לארגון התאחדות בלתי מותרת. בין היתר, נקבע כי חברות, החזקת תפקיד, נוכחות באסיפות, וכל

המלצה, הסתה או עידוד, בחוקתו, או בתעמולתו, של התאחדות בלתי מותרת, באחת מן הפעולות המפורטות, יביא לידי ביצוע עבירה לפי התקנות. הוראת סעיף 24(א) לחוק המאבק בטרור אף היא, על פי לשונה, מכוונת עצמה ויוצרת איסורים התנהגותיים בעילות דומות ולשם הגנה על ערכים מוגנים זהים. הוראת החוק אוסרת הזדהות עם ארגון טרור, על דרך של פרסום דברי אהדה או הזדהות הנובעת מסממנים ייחודיים של הארגון האסור, כמו החזקה/שימוש בסמלים של הארגון, כגון: דגל, המנון, סיסמה, נאסרת קריאה לביצוע מעשה טרור, תמיכה או הזדהות עמו, נאסרת החזקת חומרי פרסום של הארגון האסור ופרסום. התכלית הסובייקטיבית של התקנות והחוק הינה איסור על התנהגות טרוריסטית המכוונת לפגיעה במדינה ובתושביה ועידוד גורמים עוינים למדינה המסיתים לאיבה וטרור כלפיה. הערך המוגן החוסה בשתי מערכות אלה הינו שמירה על ביטחון המדינה ותושביה. באשר לתכלית האובייקטיבית של הוראת החוק נקבע כי החוק והעקרונות שהוא בא להגשים מובילים למסקנה כי המחוקק שעתק את האיסורים הפליליים בתקנות הנדונות להוראת החוק הנדונה. נקבע כי המחוקק רצה לוודא כי תתקיים רציפות של הדין הפלילי בין ביטול התקנות להסדר החוקי החדש שניהיג חוק המאבק בטרור. כן נקבע כי לא ניתן לקרוא לתוך הוראות החוק או ללמוד ממנו על ביטול האיסור הפלילי שהיה קיים ערב ביטול התקנות.

בימ"ש קמא קבע כי גם אם נניח כי הוראת סעיף 24(א) תיקנה את הוראת סעיף 4(ז) לפקודה למניעת טרור, הרי שנוכח זהות מרכיבי ההתנהגות האסורה בשתי הוראות החוק, אין לומר כי בוטל האיסור ההתנהגותי הפלילי. נקבע כי אין בכך גם כל טעם של היגיון וכי המחוקק לא ביקש לצמצם את האיסור ההתנהגותי אשר היה קבוע בתקנה 85 שעסקה בקשת מעשים, החל מאיסור חברות בארגון טרור, דרך תמיכה והזדהות מוראלית וכלכלית בארגון כזה, ועד לביצוע פעולות בשם הארגון. נקבע כי המחוקק הותיר בסעיף 24(א) לחוק את האיסור ההתנהגותי בדבר תמיכה ואהדה פומבית בארגון טרור באופן רחב וגורף תוך שימוש במילים "גילוי של הזדהות", "תמיכה", "אהדה" וכו' בהוראת החוק הנדונה. נקבע כי בכל תהליך החקיקה עמד המחוקק על כך שהאיסורים הפליליים הקבועים בתקנות יעמדו בתוקפם עד להחלפתם בחוק, תוך שהוא ער לחשש שייגרם חלל נורמטיבי באם הדבר לא יעשה. צוין כי כל תהליך החקיקה שבנדון נועד להתמודד עם סיוע ותמיכה לטרור ולהקדים תרופה למכה בדרכים שונות. נקבע כי סקירת לשון החוק, מרכיבי האיסורים הפליליים בתקנות הנדונות אל מול הוראת החוק הנדונה תוך בדיקת תכליתו הסובייקטיבית והאובייקטיבית תומכים במסקנה החד משמעית לפיה האיסור הפלילי שהיה מונח בתקנות לא בוטל עם חקיקת החוק, אלא מצא ביטוי בהוראת סעיף 24(א) ומכאן שאין תחולה להוראת סעיף 4 לחוק העונשין ואף הפסיקה שדנה בטענות זהות מצאה שלא לקבלן. על כן, נדחתה טענת ההגנה לעניין זה.

באשר לטענה כי היותו של ארגון התנ"ס כהתאחדות בלתי מותרת נובעת מהוראת סעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור, אשר שאבה לתוך החוק הכרזה זו מהתקנות, שבוטלו, בהכללה, באופן גורף, כל ארגון כדוגמת התנ"ס, ללא בדיקה וסינון, ובניגוד לאמות מידה חוקתיות ועל כן יש להכריז על בטלות הוראת החוק הנדונה קבע בימ"ש קמא כי אין לאפשר כעת תקיפה עקיפה בפני בימ"ש קמא. כן צוין כי בשל ההסדר שהחוק קובע להשגה על הכרזת ארגון, כארגון טרור, ודרכי ההתמודדות שהוא מתווה, מוסיף וקובע החוק מניעה חוקית השוללת את סמכותן של הערכאות הדיוניות להיזקק לטענה מסוג זה (סעיף 19(א) לחוק המאבק בטרור).

לסיכום, קבע בימ"ש קמא בכל הנוגע לטענות המשפטיות של המערער הנוגעות לאישום הראשון כי יש לדחות את הטענה בדבר ביטולו של האיסור הפלילי העומד ביסוד האישום הראשון, תוך שנקבע כי האיסור הפלילי שהיה קבוע בתקנה 85 הוחלף בהוראת סעיף 24(א) לחוק המאבק בטרור. כן נקבע כי בימ"ש קמא נעדר סמכות לדון כבשאלה

שבגררא בתוקפה החוקתי של הוראת סעיף 101 לחוק, שמכוחה נקבעה הכרזת ארגון התנ"ס כהתאחדות בלתי מותרת לאור הסדר ספציפי לתקיפת העניין, הקבוע בחוק, וזאת לצד נימוקים נוספים המביאים, כל אחד בנפרד, לדחיית הטענה.

באשר לאישום הראשון בו יוחסו למערער 3 עבירות של תמיכה לא התקבלה טענת המערער כי כשלים בתרגום גרמו למשמעות שונה שניתנה לנאומים ולפרסומים. באשר לפרסום הנאום מיום 27/12/2015 התומך בתנועה האסלאמית נקבע כי יש לבחון את הנאום ותכניו לאור הכרזת שר הביטחון ב-17/11/2015 על ארגון התנועה האסלאמית כהתאחדות בלתי מותרת. בימ"ש קמא קבע כי האבחנה שמבקש הנאשם לעשות בין תמיכה בתנועה האסלאמית כגוף משפטי שהוצא מחוץ לחוק לבין תמיכה בעקרונות דת האיסלאם שהנחו אותה היא אבחנה מלאכותית שאינה מתיישבת עם לשונו הפשוטה של הנאשם, עם הודאת הנאשם בחקירתו ואף לא עם ההיגיון והשכל הישר. נקבע כי אין חולק כי ארגון התנ"ס, שהנאשם היה מנהיגו, הוכרז על ידי שר הביטחון כהתאחדות בלתי מותרת, מכוח סמכותו לפי תקנה 85(1)(ב) לתקנות ההגנה (שעת חירום) ולכן תמיכה או הזדהות עמו אסורים על פי חוק. נקבע כי המשמעות המקופלת בהכרזה האמורה היא שהארגון על תורתו ועקרונותיו נמצאו על ידי שר הביטחון עוינים לביטחון המדינה. לכן תמיכה בעקרונות הארגון כמותה כתמיכה והזדהות בארגון זה אף עולים לכדי עבירה לפי החוק. כן נקבע כי תכני הפרסום מהווים בבירור תמיכה והזדהות עם ארגון הטרור שהוצא אל מחוץ לחוק. נקבע כי הנאשם אישר בחקירתו כי הוא מודע היטב לאיסור להשתמש ולחתום בשם התנ"ס הואיל והוא הוצאה מחוץ לחוק ולכן די בדברים האלה שפרסם הנאשם, אשר על תוכנם לא רק שהוא אינו חולק, אלא שהוא מאשר כי אף חתם בשם התנועה שהוצאה מחוץ לחוק - כדי להביא להרשעה בעבירה המיוחסת לנאשם. נקבע כי גם יתרת הנאום של הנאשם מובילה למסקנה זהה. בימ"ש קמא קבע כי לאחר שהנאשם תיאר אירועים שונים אותם כינה טבח בילדים פלסטינים, הוא טען להכרזת מלחמה מצד המדינה על ילדי החיראא, מתוך רדיפה דתית, סגירת בתי הספר ללימודי קוראן, וזאת תוך יצירת זיקה בין מעשי הטבח שטען להם לרדיפה הדתית אחר הילדים הפלסטינים. כמו כן, צוין כי הנאשם הדגיש "... מי שחשב בטעות שהם הכריזו את הוצאת התנועה האיסלאמית מהחוק, אני מדגיש להם ואומר, היום התחילה התנועה האיסלאמית, אני מדגיש להם ואומר הייתה התנועה האיסלאמית, והולכת להישאר התנועה האיסלאמית...". נקבע כי דברים מפורשים אלו אשר אינם מצריכים ביאור או פרשנות, אותם מדגיש וחוזר ומדגיש הנאשם, לא יכולים להתפרש אלא כתמיכה בתנועה האיסלאמית גופה שהוצאה מחוץ לחוק, ולא בעקרונות הדתיים האיסלאמיים.

בימ"ש קמא קבע כי הנאשם בעצמו משתמש במלל "התנועה האיסלאמית". הוא מבהיר כי "הם הכריזו את הוצאת התנועה האיסלאמית מהחוק" ובזה הוא מכוון להכרזת המדינה על התנועה כהתאחדות בלתי מותרת. הנאשם מדגיש ומחדד את הימשכות חיותה של התנועה האיסלאמית, על אף הוצאתה מהחוק, ומוסיף וטוען בהתרסה לכוחות הביטחון "אם אתם גברים עם שרירים בואו תסגרו את הדלתות שלנו על מנת לסגור את מוסד חיראא, אנחנו ממשיכים לפי העקרונות שלנו". נקבע כי כל בר דעת השומע את דברי הנאשם שומע היטב כיצד הנאשם טוען בבירור כי למרות שהשלטון הכריז על הוצאת התנועה האסלאמית מהחוק התנועה קיימת ותמשיך להתקיים כתנועה. צוין כי הנאשם בנאומו לא מדבר על העקרונות הדתיים שמנחים את התנועה, אלא על הוצאת התנועה מחוץ לחוק, ודבריו מכוונים פעם אחר פעם לעניין זה, ולא לעניין אחר. בימ"ש קמא מציין כי הנאשם בעדותו טען כי מדובר בנאום לא פוליטי המכוון לילדים הפלסטינים והקורא להם להישגים בלימודים. הוא טען כי התרגום שתרגמה מ' את הנאום, בו תרגמה את המילים "למות כשאהידים" משמעה "תעודה" ולא "למות כשאהידים". נקבע כי טענה זו חוטאת לפשוטו של מקרא ולמה שנשמע מפיו של הנאשם. המתרגמת אמנם הבהירה בחקירתה כי ייתכנו שני פירושים, האחד "תעודה" והשני כפי

שתרגמה "למות כשאהידים", מוות על קדושת האל, אך בימ"ש קמא כי אין לקבל טענת ההגנה וכי כמו בכל שפה ייתכנו מספר פירושים למילה והכל כפוף להקשר הכללי בו נאמרים הדברים והקשר הענייני. יש לבחון את הביטוי בו נקט הנאשם בנאומו על רקע מכלול הנאום, הפסקה בה הוא מופיע וההקשר בו נאמרה המילה במשפט עצמו.

נקבע כי הנאשם נשא נאום כאשר במשך פרק זמן ניכר הוא מתאר מה שהוא מכנה מלחמה כנגד הילדות הפלסטינית, בעשותו שימוש בספר "תורת המלך", תוך שהוא מפנה לאירועים שונים בהם הוא טוען שנעשה טבח של ילדים פלסטיניים. בהמשך, כאשר הוא פונה לילדים, הוא אומר להם שהתנועה האסלאמית, על אף הוצאתה מהחוק, נשארה קיימת, לא רק בתודעה אלא גם בפועל. הוא פונה ואומר לילדים כמה הם גיבורים, כיצד העוול הישראלי עשה מהם גיבורים. עוד הוא מפרט את ההקרבה שהעם הפלסטיני מוכן לשאת לטענתו בעבור הילדים. נקבע כי הפירוש של המילה "שהיד" כמות קדושים כפי שתרגמה המתרגמת מ' מתיישב היטב עם הקשר הדברים במשפט ועם הקשר הדברים בכללותם. לעומת זאת הפירוש המוצע "תעודה" בזיקה להישגים לימודיים הינו אבסורדי בהקשר הדברים ואינו מתיישב עם הקשר הדברים במשפט או ההקשר הכולל של הנאום. על כן, נקבע כי הוכחו העובדות המפורטות ביחס לפריט זה שבכתב האישום המתוקן.

בכל הנוגע לפרסום מיום 27/04/16 - קריאה לציבור המוסלמי להגיע לבית המשפט בירושלים שדן בסכסוך קרקעות בקשר לבעלות על קרקע בה מצוי בית קברות מוסלמי - מציין בימ"ש קמא כי הנאשם חתם את הפרסום במילים "בתאריך 27.04.16 בכבוד, התנועה האיסלאמית בפנים הפלסטיני, השייח ראאד סאלח". בימ"ש קמא מציין כי לא הייתה שום הסתייגות של ההגנה לתרגום הטקסט שנשא/פרסם הנאשם, נשוא האישום. המאשימה טענה כי חתימת הנאשם על רשומה זו, לצד התנועה האסלאמית, אינה יכולה להתפרש אחרת מאשר התייחסות לעניין ארגון התנועה האיסלאמית שהוצא מחוץ לחוק, וזאת בהינתן מעמדו של הנאשם בארגון זה, טרם הוצאתו מחוץ לחוק, וזהותו עם הארגון במשך שנים רבות. הנאשם טען כי גם כאן לא התכוון לתנועה האסלאמית כארגון וכגוף משפטי נפרד, אלא לעקרונות האסלאם אשר הנחו את התנועה והם עדיין חיים וקיימים כחלק ממורשת האיסלאם והאמונה הדתית. בימ"ש קמא קבע כי הנאשם, אשר מחה על מה שהוא תפס כתקיפת הריבונות האסלאמית על בית הקברות, קרא לקהל צופיו ושומעיו ברשת הפייסבוק להגיע לבית המשפט תוך שנקב ביום ובשעה בהם יתקיים הדיון וביקש מהקהל להגיע בהמוניו. נקבע כי כמי שמוביל את המאבק ורצה שהוא יישא פרי, חתם הנאשם את הרשומה בשמו ובשם "התנועה האיסלאמית בפנים הפלסטיני" כאיש ציבור ידוע וכמנהיגו לשעבר של ארגון התנ"ס שהוצא מחוץ לחוק. כן נקבע כי תרגום הדברים, לרבות חתימת הנאשם, לא זו בלבד שלא היה במחלוקת, אלא הוא פשוט וברור ולא סובל פרשנויות לכאן ולכאן. כן ציין בימ"ש קמא כי הנאשם מסר בחקירתו בביהמ"ש שהוא שייך לפנים הפלסטיני והוא קרא לכל הערבים להירתם למאבק כנגד אותה חברה ישראלית אשר ביקשה להשתלט על בית הקברות ולצורך כך ביקש מהם להתייצב בביהמ"ש. נקבע כי טענותיו אלה של הנאשם מוסיפות ומחזקות את המסקנה הברורה שהוא חתם את שמו לצד התנועה האסלאמית על מנת לשוות למאבקו, מאבק עקרוני מצד התנועה אותה הוא כביכול מייצג, כנגד מה שהוא תפס כתקיפת הריבונות הפלסטינית, על בית הקברות. נקבע כי הואיל ותנ"ס הוצאה מחוץ לחוק, דבריו אלה של הנאשם עולים כדי תמיכה אסורה בארגון. לכן נקבע כי הוכחו העובדות המפורטות ביחס לפריט זה שבכתב האישום המתוקן.

באשר לפרסום מיום 05/04/16 - מאמר הנאשם "נתניהו והפרנויה", במסגרתו כתב הנאשם "ואנחנו נשארים כמו שאנחנו, והתנועה האיסלאמית נשארת וצומחת אחרי חסימתה, כמו שהייתה לפני חסימתה, ונשאר מעמד הראש שלה, כמו שהיה לפני החסימה, ואנחנו נשארים מחזיקים, בכל הוכחותינו האיסלאמית, הערבית, הפלסטינית, ואנחנו נשארים



מנצחים, לכל ההוכחות האלה, ובראשה הניצחון על ירושלים, ומסגד אל אקצה המבורכים". בימ"ש קמא קבע כי המאמר מבקר את השלטון, ובמסגרתו טוען הנאשם כי הכיבוש הישראלי עבר משיגעון הטרור, תוך התרת דמם של הפלסטינים ופגיעה במקומות הקדושים להם והמשך האיום על מסגד אל אקצה, לפרנויה ורצון להשמיד ולהשתלט על מקומות אלה, תוך זריעת הרס. לדבריו, ראש הממשלה פועל משיגעון הגאווה, שיגעון המעצרים, תוך ביצוע רדיפות ביטחוניות, הפעלת חוקי חירום, חקיקת חוקים גזעניים, השתקת פיות ומניעת חופש הבעת הדעה. בימ"ש קמא ציין כי הנאשם הוסיף והדגיש את ניסיון ההשתלטות של השלטון הישראלי על מסגד אל אקצה, ללא כל זכות שם, תוך חילול המקום, הטחת קללות בדת המוסלמית ובנביא מוחמד, התקפות הנוכחים במסגד אל אקצה וחייב אנשים בהורדת כיסוי הראש. צוין כי הנאום מוסיף ותוקף את השלטון, את מה שמכנה הנאשם "מטונפי הכיבוש הישראלי" תוך טענה שהכיבוש מוציא להורג, שורף וחונק את המתפללים באל אקצה ומתריס בציניות כנגדו, כאשר לקראת סיום הנאום מציין הנאשם את העובדה שהתנ"ס "נשאר וצומחת אחרי חסימתה כמו שהייתה לפני חסימתה, ונשאר מעמד הראש שלה כמו שהיה לפני החסימה". בימ"ש קמא קבע כי לא מצא שהתרגום של התביעה שונה בתכלית מהמשמעות שההגנה מבקשת לתת לדברים וקבע כי תרגום המדינה הוא התרגום המשקף נכונה את הדברים שנשא הנאשם בנאומו. כן צוין כי גם אם נקבל את גרסת התרגום של ההגנה, הרי שהחלק החשוב בנאום נוגע לדבריו של הנאשם ביחס לתנועה האסלאמית ולגבי עניין זה אין שום הערה או הסתייגות משמעותית. מדבריו של הנאשם, כפי שהם נשמעים וכפי שתורגמו, עולה ברורות כי הוא אומר דברים מפורשים בדבר היוותרותה של התנועה האסלאמית כגוף לגיטימי גם אחרי שהוצאה מחוץ לחוק. הנאשם מדגיש זאת כאשר אומר שהתנועה "נשאר וצומחת אחרי חסימתה, כמו שהייתה לפני החסימה", וכי מעמדו כראש התנועה האיסלאמית נותר בעינו "כמו שהיה לפני החסימה".

בימ"ש קמא קבע כי פשט הדברים, שאין עליו חולק, הוא שהנאשם גורס שהתנועה האסלאמית, על אף שנחסמה והינה התאחדות בלתי מותרת על פי החוק, נותרה גוף לגיטימי וראוי, ומעמדו כראש התנועה נותר אף הוא כפי שהיה לפני הוצאתה מחוץ לחוק ולא זו בלבד, אלא שהתנועה "צומחת אחרי חסימתה כמו שהייתה לפני החסימה". בימ"ש קמא לא קיבל טענת הנאשם כי כוונתו היא לתמיכה בעקרונותיה הדתיים של התנועה ולא לתמיכה ועידוד והכרה בתנועה כגוף שהוצא מחוץ לחוק. נקבע כי הדברים פשוטים וברורים ולא ניתן להוציא מקרא מפשוטו. הנאשם מבהיר שהתנועה, על אף שנחסמה, כלשונו, הינה קיימת ומתפקדת, כפי שהייתה לפני הוצאתה מחוץ לחוק ואף לגרסתו היא צומחת אחרי חסימתה. נקבע כי הנאשם אף מוסיף ומדגיש את היותו מוביל התנועה ומנהיגה ומציין כי אף דבר זה נותר ללא שינוי, כמו שהיה לפני החסימה, כלשונו. בימ"ש קמא קבע כי ברי כי הנאשם מבקש להבהיר לקהל שומעיו כי דבר לא קרה וכי הוצאת התנועה מחוץ לחוק או חסימתה, כפי שהוא הגדיר זאת בנאומו, לא שינה מהמציאות בה התנועה קיימת ותמשיך להתקיים חרף פעולות השלטון.

בימ"ש קמא קבע כי הנאשם ידע היטב כי התרגום של דבריו מדויק ולא בכדי התפתל על דוכן העדים בניסיונות לטעון כאילו דבריו לא הובנו או לא תורגמו נכון. בימ"ש קמא קבע כי אין יסוד לטענה זו, לא בחומר הראיות ולא בתרגום מטעם ההגנה. נקבע כי התחמקויות הנאשם וסירובו להשיב לשאלות ומתן תשובות לא ענייניות, תוך התחמקות ברורה מהנושא שנשאל, חרף הבהרות שהבהיר לו ביהמ"ש ופרקליטיו לכל אורך עדותו, כי להתנהגות זו יכול ויתהיה נפקות משפטית לחובתו, מוסיפים ומחזקים את מסקנת בית המשפט אודות המגמתיות בעמדה הלא מהימנה שהביע הנאשם בהתייחסו לטקסט המתורגם שהוטח בפניו. לכן נקבע כי הוכחו העובדות המפורטות ביחס לפריט זה שבכתב האישום המתוקן.

בסיכומו של דבר קבע בימ"ש קמא ביחס לאישום הראשון כי על יסוד הממצאים שנקבעו ובהינתן יסודותיה של העבירה המיוחסת לנאשם באישום זה יש לקבוע כי המדינה הוכיחה את יסודות העבירה המיוחסת לנאשם (3 עבירות). נקבע כי הפרסומים שנעשו בפומבי עולים כדי "מעשה של הזדהות עם ארגון טרור", הם נעשו בהקשר כולל ממנו עולה "תמיכה או אהדה" בארגון התנ"ס שהוא מחוץ לחוק ומתוך "מטרה להזדהות עם ארגון טרור". לכן הורשע הנאשם במיוחס לו באישום הראשון.

בכל הנוגע לאישומים 2 עד 4 ולשאלת עידוד ושבח המתעמתים והמפגעים בהר הבית, בהם יוחסו למערער עבירות של הסתה לטרור בנוגע לשלושה נאומים שנשא בתאריכים שונים, סמוכים זה לזה ביולי 2017, ציין בימ"ש קמא כי הנאשם לא חלק על כך שהוא זה שנשא את הנאומים הללו ועל החשיפה הציבורית להם זכו. הוא חלק על התרגום של חלק מדבריו, בנאומים השונים, וכן חלק על קיומו של פיגוע בהר הבית וטען כי לא הוכח קיומו של מעשה טרור שבעטיו הוא ליבה את היצרים, עודד או הסית את קהל שומעיו למעשה טרור.

בימ"ש קמא ציין כי היסוד העובדתי של העבירה של הסתה לטרור לפי סעיף 24(ב)(2) לחוק המאבק בטרור מחייב פרסום המכיל "דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה או הזדהות עמו", דהיינו, כולל את נסיבות הפרסום על מאפייניו, תוך ציון העובדה שטמון בפרסום פוטנציאל הסתברותי בדמות "אפשרות ממשית" שיביא "לעשיית מעשה טרור". כן ציין כי "מעשה טרור" מוגדר בסעיף 2(א)(2) ו-2(א)(3) לחוק המאבק בטרור, בין היתר, כמעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כזה, אשר נעשה מתוך מניע "מדיני, דתי, לאומני או אידיאולוגי" או נעשה במטרה "לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת... לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה" ובמעשה עצמו ישנו "סיכון ממשי... לפגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו פגיעה חמורה בבטיחות הציבור...". ציין עוד כי הדרישה ההסתברותית שנקבעה על ידי המחוקק בהוראת סעיף 24(ב)(2) לחוק בדבר קיומה של "אפשרות ממשית" שדברי השבח, אהדה או העידוד, יביאו למעשה טרור דומה לזו הנדרשת בסעיף 144ד(2) לחוק העונשין. ציין כי כדי לעמוד על היתכנותה ההסתברותי הבהיר ביהמ"ש העליון [כב' השופט נ. הנדל ברע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' בן חורין** (2011) (להלן: "**פרשת בן חורין**")] כי יש לבחון את הדברים כמכלול תוך דגש על מספר פרמטרים: "מי אמר" - מיהות המפרסם והדומיננטיות שלו; "מה אמר" - תוכן הפרסום, תכניו, האם יש בו דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור; "היכן נאמר" - הבמה התקשורתית בה בחר המפרסם לומר את הדברים; "עיתוי הפרסום" - האווירה השוררת אותה עת בציבור הרלוונטי; "היקף הציבור" - היקף הקבוצה הנחשפת לפרסום. עוד ציין כי נפסק כי הבחינה ההסתברותית של התממשות האפשרות למעשה אלימות אינה מבחן המופנה לקהל האדם הסביר "אלא גם לקהל שעשוי לכלול אנשים שאינם סבירים או נורמטיביים ולו בתקופה הרלוונטית לפרסום". ציין כי על דברים אלה של כב' השופט נ. הנדל הוסיפה כב' הנשיאה ד. ביניש (כתוארה דאז) כי "... נוכח עוצמת הסיכון הנשקפת מפרסום גזעני ומהסתה לטרור, מתחייב בעבירות אלה, מבחן הסתברותי ברמה נמוכה יותר, וזאת בהתחשב באופיו ועוצמתו של הסיכון".

בימ"ש קמא ציין כי לצורך השתכללותה של עבירה אין דרישה לקיומה של "כוונה" מיוחדת, מדובר בעבירה התנהגותית ודי "בכוונה רגילה", דהיינו, די בכך שתוכח "מודעות" לטיב המעשה ולהתקיימות הנסיבות. כן ציין כי הודגש בפסיקת ביהמ"ש העליון כי "הרשימה שכלולה בתיבה "נסיבות" אינה סגורה, אלא פתוחה במכוון. מתפקידו של בית המשפט להתייחס למקרה שלפניו, על מכלול מאפייניו, כיחידה אחת, המורכבת מתת יחידות שונות. משקלה היחסי של נסיבה מסוימת, עשוי להשתנות, בראייה כוללת של הדברים, במקרה הקונקרטי".

באשר לשאלת הוכחת קיומו של פיגוע בהר הבית ציין בימ"ש קמא כי הימים הם ימים של מתיחות רבה בקרב הציבור המוסלמי, עקב הצבת גלאי מתכות במתחם הר הבית. ברקע הפרות סדר והתעמתויות בין המפגינים המוסלמיים הפוקדים את הר הבית, לבין כוחות הביטחון. בתאריך 14/07/17 במסגרת העימותים האמורים מצאו את מותם שני שוטרי מג"ב וכן שלושה תושבי אום אל פאחם. הצדדים חלוקים בשאלת הוכחת קיומו של פיגוע. המדינה טענה כי הוכח קיומו של פיגוע ומכאן שדבריו של הנאשם המשבחים, בין היתר, את הפיגוע, מהווים עבירה של הסתה לטרור. מנגד ההגנה טענה שלא הובאו ראיות לכך שמדובר בפיגוע כלל ועיקר ולכן לשיטתה בהינתן כי הוכחת "מעשה טרור" הוא יסוד מיסודותיה של העבירה המיוחסת לנאשם, בכל אחד מהאישומים הנדונים, נשמט הבסיס לעבירות המיוחסות לנאשם. כן נטען על ידי ההגנה כי הנאשם עצמו וקהל שומעיו לא התייחסו לאירוע זה כאל פיגוע אלא הרג חפים מפשע בידי כוחות הביטחון על לא עוול בכפם (תושבי אום אל פאחם שנהרגו) וממילא הדברים שנשא הנאשם לאחר האירוע לא היו עידוד, תמיכה או אהדה עם הרוגי העימות האמור, ואין הם מבססים עבירה של הסתה לטרור.

בימ"ש קמא פירט את הראיות שהביאה המדינה להוכחת קיומו של פיגוע וקבע כי הוכח דבר קיומו של פיגוע מראיות עצמאיות ואף מידיעה שיפוטית. צוין כי מוחמד אמארה, קרוב משפחה של הנאשם, נחקר ומסר הודעה (ת/53) אשר הוגשה בהסכמת ההגנה כראיה במקום חקירה ראשית. בימ"ש קמא ציין כי גם קרוב משפחתו הנ"ל של הנאשם, אשר משמש כאימאם במסגד "אל פארוק זלאפה", כאשר הוטח בו שוב ושוב כי מדובר בפיגוע, לא כפר בכך והבין היטב כי מדובר בפיגוע. עוד צוין כי גם העד עלא טוויל, תושב אום אל פאחם, נחקר ביום 2.8.17 בחשד לניסיון פיגוע דקירה בת"א בעקבות אירועי הר הבית, ואישר בעדותו כי מדובר בפיגוע. נקבע כי עד זה וארוסתו נור מסוודי, משקפים, לאור גרסאותיהם, תמונת מבט אותנטית למדי, המשקפת מיקרוקוסמוס של הבנת הציבור את דברי הנאשם, בהתייחסותו לפיגוע בהר הבית כאירוע לגיטימי מחויב המציאות, שתכליתו הגנה מקודשת על מסגד אל אקצה, תוך שימוש בכוח ואלימות כחלק מהמחויבות הדתית מוסלמית לגונן על מקומות קדושים. צוין כי העד טוויל אישר בחקירתו בבית המשפט כי אמר את האמת בחקירה במשטרה וחזר וסיפר כיצד בהשפעת אירועים שונים, לרבות נאומו של הנאשם, תכנן להגיע לתל אביב ולעשות פיגוע דקירה, אך בסוף התחרט ולא ביצע אותו. בימ"ש קמא ציין כי בכל הנוגע לשלושת ההרוגים תושבי אום אל פאחם חזר העד על דבריו בחקירתו במשטרה והבהיר כי אכן מדובר ברשומות שפרסם בחשבון הפייסבוק שלו וחזר ואישר כי כתב לצד התמונות הללו כי מדובר ב"שאהידים של אל אקצה שירו בשוטרים" וכי מדובר ב"שאהידים גיבורים". בימ"ש קמא ציין כי גם עד זה מתייחס לאירוע בו נהרגו השוטרים כאירוע שהינו פיגוע והוא מציין באופן מפורש כי הם אותם אלה "שירו בשוטרים" באירוע והינם "שאהידים גיבורים" ומחיש כי מדובר במעשה מכון שנעשה בעקבות הצבת גלאי המתכות בהר הבית, מה שנתפס בעיני האוכלוסייה המוסלמית כחילול המקום והצרת רגליהם של המאמינים. מאחר שהעד ביקש לחזור בו מדברים שמסר בחקירתו במשטרה וטען שאמר אותם עקב לחץ שהופעל עליו הוא הוכרז כעד עוין ובימ"ש קמא קבע כי יש להעדיף את גרסתו בחקירה על פני עדותו בבית המשפט בנוגע לפרטים מהם חזר בו בעדותו. נקבע כי העד מסר בחקירתו את דבריו מרצון חופשי ללא אונס וכפייה והם משקפים נכונה את מלוא תכניה.

בימ"ש קמא ציין כי לעדותו של טוויל מתווספת עדותה של ארוסתו, נור מסוודי, אשר השתתפה בהלוויית שלושת המפגעים (ת/44) ולעדותה, כמו לעדות בן זוגה טוויל, נפקות גם במישור אחר של יסודות העבירה המיוחסת לנאשם. בכל הנוגע להוכחת קיומו של פיגוע בהר הבית ציין בימ"ש קמא כי נור סיפרה שהייתה בהלוויה ביום 27/07/17 "שבו טמנו את 3 המחבלים" וכן סיפרה על נאומו של הנאשם בלוויה וציינה שהנאשם אמר שהפיגוע אותו הם ביצעו הוא פיגוע על קידוש השם. גם נור ביקשה לחזור בה מדברים שמסרה בחקירתה במשטרה ולכן הוכרזה כעדה עוינת ובימ"ש קמא

קבע כי יש להעדיף גרסתה במשטרה בחלקים בהם חזרה בה, על פני עדותה בבית המשפט. צוין כי בימ"ש קמא התרשם כי החוקר שגבה את הודעתה גבה ורשם את הדברים כהווייתם. כן צוין כי כאשר השתמשה במילה "מחבלים" החוקר רשם כך וכאשר אמרה "שאהידים" רשם כך החוקר והבדלים אלו מחזקים את המסקנה כי החוקר שיקף בהודעה שגבה את דבריה של נור במלואם ללא שינוי. נקבע כי הגרסה המפורטת בחקירתה מתיישבת היטב עם חלקים ניכרים מעדותה ותואמת אותה. נקבע כי הירידה לפרטים, התאמת דבריה, והשתלבותם בסרטונים שתיעדו את האירוע עליו העידה והתאמתם לדברים שמסר ארוסה, טוויל, כל אלה מחזקים את המסקנה בדבר גביית עדות אמת של העדה. גובה הודעתה של נור מסר כי הודעתה נגבתה תוך שיתוף פעולה מלא מצידה, ללא לחץ או כפייה, והוא לא הוסיף או גרע ממנה דבר והיא חתמה עליה מרצונה.

בימ"ש קמא קבע גם כי את מכלול הראיות העצמאיות-חיצוניות אלה המוכיחות את דבר הפיגוע מחזקת גם חקירת הנאשם. צוין כי הנאשם נחקר ומסר גרסה מפורטת ביחס לכל אחד מהנאומים שנשא ובין היתר התייחס לשאלת קיומו של פיגוע בהר הבית, שבמסגרתו נהרגו שני השוטרים ושלושת תושבי אום אל פאחם (הודעה מיום 18/08/17 שעה 08.28 - ת/א7). צוין כי הנאשם נשאל בתחילת חקירתו האם היה נוכח בהלווייתם של שלושת הצעירים אשר ביצעו את פעולת רצח השוטרים בירושלים והוא השיב "כולם יודעים שאני הייתי שם". הנאשם לא סתר את טענת החוקר ולא טען בשלב זה כנגד העובדה שמדובר ב"פעולת רצח השוטרים בירושלים". בהמשך דבריו אישר כי הוא זה שנשא את הדברים בהלוויה, לאחר שצפה בסרטון הווידאו המתעד את הנאשם שנשא, כשהוא אומר "מי שמדבר הוא אנוכי בהלוויית שלושת השאהידים מוחמד מוחמד ואיני זוכר בדיוק את התאריך". בהמשך חקירתו שוב נשאל "האם ייתכן שדרשתך זו הייתה ביום שישי 21 ביולי 2017 שבוע לאחר פעולת הרצח בירושלים ובערך שבוע לפני ההלוויה?" והנאשם השיב "ייתכן, איני זוכר את התאריך". גם כאן לא טען הנאשם בפני החוקר שלא מדובר בפעולת רצח. רק בשלב מתקדם יותר של החקירה כאשר נשאל הנאשם על 8 שאהידים באל אקצה הסביר הנאשם את משמעות המילה "שאהיד" וטען כי מדובר במילה המשקפת ציווי דתי רחב המוגבל לקוראן ולסונה, תוך שהוא נותן דוגמה מדברי הנביא מוחמד וטוען כי מי שטובע, נפגע בבטנו, נדקר, הינו "שאהיד", מי שנרצח ללא כספו, הרי הוא "שאהיד", ומי שמת ללא כבודו, הוא "שאהיד", וזאת בהסתמך על המשנה הנבואית, אותה מצטט הנאשם בחקירתו. עוד הוא מוסיף כי מי שנהרג על ידי כיבוש כלשהו נחשב אף הוא "שאהיד" ומי שנהרגו על ידי הכיבוש הישראלי וטען כי מדובר בהכרזת מלחמה על דת האסלאם. בימ"ש קמא ציין כי גם בעדותו בבית המשפט כפר הנאשם בכך שמדובר בפיגוע וגרס כי כל מה שקרה באותו תאריך במסגד אל אקצה הוא שמע מכלי התקשורת וכי מדובר ב"שקרים של המשטרה הישראלית" וטען כי יש להקים וועדת חקירה ממלכתית אשר תחקור את העניין (ישיבה מיום 23/01/19 עמ' 215 שורות 8 - 19; עמ' 216 שורות 21 - 26; עמ' 217 שורות 1 - 3; עמ' 217 שורות 10 - 12).

בימ"ש קמא ציין כי הנאשם חזר באריכות רבה, לא אחת, בעדותו בבית המשפט על פירוש המילה "שאהיד" בשפה הערבית, תוך שהוא מציין את מקור המילה במורשת המוסלמית ומדגיש את חוסר ההבנה של המתרגמים מצד המדינה וניכר היה שנוח לו להתחמק עם הראיות, תוך שהוא מנסה לשוות לדברים הפשוטים העולים מהראיות צביון של רדיפה דתית אישית כלפיו. ברם, בחקירתו במשטרה, ניכר היטב כי הוא לא כפר עם תחילת חקירתו כי מדובר בפיגוע. כאשר החוקר פנה ושאל אותו שוב ושוב אודות "פעולת הרצח בירושלים" ולגבי "שלושת הצעירים שביצעו את הרצח בירושלים" השיב הנאשם, שהיכולת הרטורית שלו גבוהה מאוד, מבלי שכפר ולו ברמז בטענה שהטיח בו החוקר, כי מדובר ברצח השוטרים. רק בשלב מתקדם יותר של החקירה, כאשר הבין שהחוקר מייחס לו דברי שבח ועידוד למעשה הטרור (רצח השוטרים), באמצעות המילה "שאהיד" נסוג הנאשם והחל נותן הסברים היסטוריים דתיים על משמעות המילה "שאהיד"

וטען כי השלטונות הם שהרגו את השלושה ואין אמת בטענה כי השלושה ביצעו פיגוע ורצחו שוטרים. צוין כי בעדותו בבית המשפט נקט בגישה דומה והתמקד במובן המילה "שאהיד" תוך מתן הסברים ארוכים אודותיה, מקורה, ונמנע מזיקה כלשהי בין מילה זו למי שמבצע פיגוע. בימ"ש קמא התרשם מעדותו של הנאשם כי הוא הבין היטב כי מדובר בפיגוע בהר הבית שביצעו השלושה והוא הבין זאת היטב בחקירתו. צוין כי הוא אף נטל חלק בהלוויית השלושה כדמות דתית וכמנהיג התנועה האסלאמית, כפי שהוא תופס את עצמו, על אף שהוצאה מחוץ לחוק, נשא דברים בשבח מעשי השלושה. צוין כי כאשר הבין הנאשם בחקירתו במשטרה כי החוקר חותר לקשור אותו לפיגוע, הוא בחר להסיט את הדיון והתמקד בפרשנות דבריו וכך גם עשה בעדותו בבית המשפט כאשר חקרה אותו התובעת, תוך הרצאת דברים היסטוריים-דתיים על המונח "שאהיד". נקבע כי אמנם אין בדבריו המפורשים של הנאשם בחקירתו כדי להצביע על הודאה מפורשת שלו בדבר קיומו של פיגוע והוא אף כפר בכך, אך יש בתשובותיו בחקירה כדי לחזק את הראיות שכן אלה נבחנות בראי יתר הראיות והשתלשלות העניינים.

בימ"ש קמא קבע כי העדויות הברורות שלעיל מצביעות בבירור על התרחשותו של פיגוע בהר הבית, אשר אף תרם לרצונו של טוויל לתכנן ביצוע פיגוע דקירה בת"א. כן נקבע כי הצדק עם המדינה כאשר היא גורסת כי מדובר באירוע משמעותי שאירע במדינה, אשר בקוויו הכלליים ידוע כפיגוע ירי והוא בבחינת ידיעה שיפוטית של בית המשפט. צוין כי הפסיקה מכירה עוד מקדמת דנא ועד ימינו אנו במציאות ביטחונית מוכרת וידועה או באירוע המטלטל את הציבור, שביט המשפט יכול להסתמך על קיומו בקוויו הכלליים מבלי לרדת פרטי פרטיו העובדתיים. נקבע כי אירועי הר הבית טלטלו את המדינה וגרמו לסערה ציבורית, בית המשפט בתוך עמו הוא יושב פקוח עיניים, ואירוע כמו הפיגוע בהר הבית, מהסוג הנדון, בפרטיו הכלליים, באים בגדרה של ידיעתו השיפוטית, שכן מדובר במידע בסיסי המצוי בתחום ידיעתו של כל תושב המדינה, קל וחומר של אדם משכיל. לכן קבע בימ"ש קמא כי הוכחה העובדה הקבועה בכתב האישום כי עובר לנאומיו של הנאשם התרחש פיגוע ירי בהר הבית.

באשר לתוכן הנאום של הנאשם מיום 21/07/17 באום אל פאחם בתפילת יום השישי, אשר פורסם באתר האינטרנט "אל עראב" (ת/20, ת/22) ופורסם ברשומה של מוחמד חאלד עאמר בפייסבוק (ת/25א), צוין בימ"ש קמא כי ההגנה לא חלקה על תכני הנאום, למעט מספר תיקונים נקודתיים שערכה בו. בימ"ש קמא קבע כי צפייה בסרטון ועיון בתרגומים של שני המתרגמים, הן מטעם התביעה והן מטעם ההגנה, וכן בעדותם, מלמדת כי דבריו של הנאשם כוונו לשבח את מפרי הסדר, אשר אותה עת פעלו מזה שמונה ימים בהר הבית, אל מול כוחות הביטחון. בימ"ש קמא השווה בין התרגומים בנקודות המחלוקת ולגבי חלק מהדברים קבע כי הוא מקבל את התרגום שהציעה ההגנה, שלטעמו אינו שונה במהותו מהתרגום שהציעה העדה מטעם התביעה.

לגבי הביטוי "ריבאט" שנאמר על ידי הנאשם נקבע כי למרות הניסיון של ההגנה לטעון כי לא מדובר בעידוד התעמתות אלא בעידוד אל מי שעומדים פאסיביים אל מול כוחות הביטחון, הרי שהדברים אינם מתיישבים עם הטקסט המדובר ואף לא עם מציאות הדברים כפי שהיא באה לידי ביטוי בסקירות והמידע הרב שפרשה המדינה בדוחות שהוגשו לעניין זה (ת/30; ת/31). נקבע כי התרגום שהציעה התביעה מתיישב יותר עם ההקשר הכולל של הקשר הדברים, בחלק הספציפי הזה של הנאום ואף מתיישבים עם תוכנו של כל הנאום והדברים כפי שמשקפים מצפייה בנאום המשלהב שנושא הנאשם. נקבע כי ההקשר הכולל של הדברים הוא עידוד וקריאה לציבור הפלסטיני להתעמת אל מול כוחות הביטחון שאותם מכנה הנאשם בנאומו "כוחות הכיבוש הישראלי", תוך שהנאשם משתמש בתמורות לשוניות כאלה ואחרות בנאומו. צוין כי הנאשם הקדים לאמור את זכותם הניצחת של המוסלמים להחזיק בהר הבית וטען בהמשך

הדברים שאך להם שמורה הזכות לשמירת הסדר בהר הבית. הוא הוסיף והדגיש שהעם הפלסטיני מזה שמונה ימים אינו מפסיק לשמור על המסגד, כשהוא אומר "ברוח, בדם, נפדה אותך אל אקצה".

בימ"ש קמא ציין כי הדברים הללו נאמרו לאחר פיגוע הירי וניכרה בהם "הרוח הגבית" שהנאשם מבקש ליתן לקהל שומעיו להמשיך במאבק ובהתעמתות תוך שהוא מדגיש את הזכות ההיסטורית דתית של המוסלמים לאחוז בכח במקום קדוש ומשבח את הגברים והנשים העושים כן. בימ"ש קמא קבע כי הדקדקנות בהצעת פירוש אחד של המילה "פי וג'ה" למילה "בפני" ולא "להתרסה" (בפני כוחות הביטחון), כפי שניסתה ההגנה לעשות, אינה משנה את המשמעות הכוללת של הדברים. נקבע כי ברור לחלוטין מהנאום שנשא הנאשם שהוא קורא ומעודד את הציבור להמשיך ולהתמודד באופן אקטיבי ולא פאסיבי, תוך קריאה להתעמתות עם כוחות הביטחון, דבר אשר מיוסד לשיטת הנאשם בנאומו על מסורת עתיקת ימים של קיום הריבאט. צוין כי לא בכדי קורא הנאשם לציבור המתנגדים, גברים ונשים, "מורביטון" ו"מורביטאת" שכן לשונות הם עושי פעולת ה"ריבאט", תוך שהוא מסתמך על המסורת המוסלמית המוכרת לציבור שומעיו, ממנה שאובים הביטויים/המילים הללו, כשהזיקה במקורות היא לקריאה להילחם בכובש, בפולש לאדמת קודש או למקומות הקדושים לאיסלאם. צוין כי על רקע זה קרא הנאשם את הקריאה הידועה "ברוח, בדם, נפדה אותך אל אקצה" המבטאת על פי משמעותה המילולית נכונות הקרבה עצמית, פידיון של מקום קדוש (אל אקצה), באמצעות רוחו ודמו של אדם. צוין כי בהקשר הנוכחי קריאה זו התלוותה לעידוד האלים אותו עודד הנאשם, אשר התבטא לפי חומר הראיות בהפרות סדר והתעמתות פיזית המונית במתחם הר הבית עם כוחות הביטחון.

כן ציין בימ"ש קמא את הברכות שנשא הנאשם מיד לאחר שקרא את הקריאה של "ברוח, בדם, נפדה אותך אל אקצה", את הברכות לשאהידים (הקדושים) ולשלושת המפגעים בהר הבית. נקבע כי הנאשם יוצר זיקה הדוקה וברורה בין אלה שהתעמתו באופן פיזי עם כוחות הביטחון ונהרגו במהלך התעמתות זו לבין אלה העושים מזה שמונה ימים ריבאט בפתח מסגד אל אקצה ומתעמתים עם כוחות הביטחון, תוך שהוא מפנה לכך שהם אינם פוחדים לא מרוביו של הכיבוש הישראלי ולא מאלותיו, אלא אך מאללה. כמו כן, ברכתו ביחס לשלושת המפגעים היא שהם התאחדו עם "צדיקים ושאהידים ועם ההולכים בדרך הישר", כלומר, ההתעמתות והקריאות של הנאשם לקהל שומעיו משווית על ידו לנביאים והצדיקים במסורת האיסלאמית ועם אלה ההולכים בדרך הישר. נקבע כי אף מדבריו אלה עולה זיקה ברורה בין מה שמטיף הנאשם כהליכה על פי המסורת בדרך הישר ושכרם בעולם הבא לבין ההתעמתות הפיזית שבה מצדד הנאשם בנאומו. לכן נקבע כי ההתפלפלות אודות תרגומה הטכני של מילה ספציפית באופן נקודתי במשפט ותוך ניתוקה של אותה מילה מהתוכן הכולל של הדברים ומשמעותה הינה קשה ואינה מתיישבת עם ההקשר הכולל של הדברים.

באשר למונח "בני עוולה" שהזכיר הנאשם בנאומו קיבל בימ"ש קמא את גרסת התביעה לפיה הכוונה היא כי הנאשם מדבר על כוחות הביטחון ועל שליטת ישראל בכלל באותו אזור כבני עוולה שיש להשמידם בהתאם למשל שנתן מהקוראן ולא כמי שגרמו עוול כפי שגרסה ההגנה. בסיכומו של דבר נקבע כי הוכחו העובדות המפורטות ביחס לפריט זה בכתב האישום המתוקן.

בנוגע לנאום מיום 27/07/17 אשר נישא על ידי הנאשם בהלוויית המפגעים אשר ביצעו את הפיגוע בהר הבית, צולם ופורסם ביוטיוב ובאתר "KNOOZ.NET" קבע בימ"ש קמא כי מטעונו ההגנה וסיכומיה בשלבים השונים שלהם עולה כי אין למעשה מחלוקת ממשית על התרגום והמתרגם אף לא נחקר ולא עומת עם התרגום שנערך לנאום זה. באשר

לתוכן הנאום צוין כי לפי התרגומים שבפני ביהמ"ש, בנאום משבח הנאשם את שלושת המפגעים ומכנה אותם "שאהידים" (קדושים). הוא ממשיך ומסביר לציבור שומעיו כי ישנם שני סוגי אנשים, הסוג האחד הם אלה ש"מתים כדי לחיות" והסוג השני הם אלה ש"מתים כדי שהאדמה תבלע אותם". מי שמת כדי לחיות "הוא מי שאלוהים כיבד אותו במות קדושים". אלה לא באמת מתים ולפי דרשת הנאשם הם חיים "ואצל אלוהים פרנסתם". כן מבחין הנאשם בין שני סוגי אנשים בעולם הזה - אלה שמתים למען האנוכיות שלהם והמטרות האישיות הזולות שלהם ואלה שחיים למען ציות לאל, להגן על ירושלים ומסגד אל אקצה. הנאשם מדבר על שלושת המפגעים ומבקש שאלוהים יכניס אותם לגן העדן ויאחד אותם עם הנביאים והצדיקים והשאהידים וישרי הדרך. אשר לאווירה במהלך הנאום ציין בימ"ש קמא כי מחומר הראיות הנמצא בפניו והמאפשר להתרשם באופן בלתי אמצעי מהאווירה הכללית וממה שהתרחש במהלך הנאום עולה כי בנאום השתתף קהל רב ביניהם רעולי פנים ונשמעו קריאות "יא שאהיד הרגע הרגע אנחנו נמשיך את המאבק; ברוח בדם נפדה אותך יא אקצה; ברוח בדם נפדה אותך יא שאהיד".

בימ"ש קמא ציין כי התביעה גורסת כי למרות שהדברים כללו אמירות כלליות המבקשות רחמים למת הנאמרות לפי טענת הנאשם בכל דרשה מסוג זה, שאר חלקי הדרשה המופנים לנוכחים בלוויה לא נשאו אופי כזה ואינם יכולים לשאת אופי כזה, אלא מדובר בדברי שבח, אהדה והזדהות עם המפגעים, העולים לכדי העבירה המיוחסת לנאשם באישום השלישי. מנגד טענו הנאשם ובאי כוחו כי מדובר בנאום שהוא מעין תפילת אשכבה למת, ודברים שנאמרים בדרך כלל בהלוויות של מוסלמים, כמו קריאה לרחמים ומחילה לנפטרים, הכנסתם לגן עדן, השכנתם בין כנפי השלום וכו' ועל כן ביקשה ההגנה לראות את הדברים במסגרת פולחן דתי ולא כדברי שבח למפגעים או דברי אהדה והזדהות עם מעשיהם. בימ"ש קמא קבע כי עיון בתרגום שאינו שנוי במחלוקת מלמד כי הנאשם יוצר זיקה ברורה בין אלה שלטענתו זוכים למות מות קדושים כמי שפעלו בציות האל ושליחו, מתו על הגנת ירושלים ומסגד אל אקצה לבין מבצעי הפיגוע בהר הבית. בכך, נקבע, יוצר הנאשם זיקה הדוקה וברורה בין הפיגוע לבין מותם של שלושת המפגעים, לאמור, אלה שמתו, מתו מות קדושים, מעשיהם היו למטרה קדושה ונעלה והיא הציות לאל, הציות לשליח האל, בהגנה על מסגד אל אקצה. נקבע כי דברי הנאשם המתייחסים לפיגוע שביצעו שלושת המפגעים מבקשים לשוות למעשה ולעושים נרטיב דתי חיובי כמי שקיימו מצווה ונפרדו מהעולם הזה במוות השמור לקדושים, מריטרים, כאשר פעלו כ"מורביטין" (מקיימים ריבאט) במסגד אל אקצה והגנו על אדמה קדושה. צוין כי לפי הדרשה המסר שמבקש הנאשם להעביר הוא כי השלושה משתייכים לאותו סוג אנשים, עליו דיבר בפתיחת דבריו, שחיו חיים של "ציות לאל, ציות לשליח האל" ועל מתו "גדולים וישלחו אל האלוהים גדולים" ולא כאותם אלה שחיים חיים אנוכיים, סתמיים "שחי קטן ימות קטן וישלח לאלוהים קטן".

בימ"ש קמא מצוין כי אם היה ספק כלשהו שזוהי המשמעות העולה מדבריו של הנאשם הרי שאין טוב מנקודת המבט של קהל שומעי הדרשה וביניהם העדה נור מסוודי, ארוסתו של עלא טוויל מי שתכנן פיגוע דקירה בת"א, שכאמור, אף הודה בחקירתו כי אחד הדברים שדחף אותו לרצות לתכנן את הפיגוע היה הנאום של הנאשם. בימ"ש קמא מצוין כי נור מסרה שהייתה בבית הקברות שבו טמנו את שלושת המחבלים והתייחסה להיקף הקהל שנכח במקום וטענה כי מדובר בקהל שמנה כ-20,000 איש. אשר לתוכן הנאום היא הבהירה שהנאשם אמר שצריך לפדות את אל אקצה ולפתוח את השערים. הוא דיבר על השאהידים שהם גיבורים ושהפיגוע שהם ביצעו הוא פיגוע איסתשהדיה (פעולה על קידוש השם). נקבע כי ניכר היטב מעדותה של נור כמי שמשקפת את קהל שומעיו של הנאשם שכך כפי שתיארה הובנו דבריו של הנאשם ולא אחרת. עוד צוין כי החוקר שגבה את עדותה שאף הוא בעל רקע אקדמי בספרות הערבית ובעל תואר שני במזרח תיכון הוסיף והבהיר ביחס לקריאה "ברוח ובדם נפדה את אל אקצה" כי מדובר בקריאה שנאמרת בקונוטציה ביטחונית לאומנית. עוד הוא הבהיר כי הביטוי "איסתשהדיה" שמופיע בעדות שגבה מנור הוא ביטוי "...לוחמני, שבא

לשקף קונוטציה לוחמנית, מות על קידוש השם". לגבי המושג שאהיד הבהיר כי מי שנהרג מיריות של חיילים או מי שמבצע פעולת חבלה, זה וגם זה נקראים "שאהיד". לגבי הביטוי "אמליה איסתשהדיה" (פעולה או מבצע לקידוש השם) הבהיר העד כי הפירוש של המילה "שאהיד" נגזר מאיזה נסיבות הוא מת. כלומר, ככל שמדובר באירוע בו אותו אדם ביצע איזה פעולה, פעולת חבלה, מדובר ב"אמליית איסתשהדיה" ואז מותו יהיה מות קדושים שכן הקריב עצמו לקידוש האל.

עוד הפנה בימ"ש קמא בעניין זה להודעתו של עלא טוויל (ת/50) ועדותו בביהמ"ש, כמי שתכנן לעשות פיגוע דקירה בתל אביב. הוא אמנם לא היה בלוויה אך צילם אותה מגג הבית שלו ומסר שהוא שמע את הנאום של הנאשם בלוויה ומה שהניע אותו לתכנן פיגוע דקירה בתל אביב אליו נערך, רכש דגל וסכין בדרכו לת"א, היה הנאום של הנאשם, הפיגוע של שלושת המפגעים באל אקצה, מה שקרה ביפו ומריבה עם ארוסתו.

בימ"ש קמא מצא כי על אף הניסיון לשוות לדברים שנשא הנאשם בלוויה אופי פולחני דתי הרי שהמציאות מלמדת שלא זו הייתה משמעות דבריו של הנאשם, וראיה ניצחת לכך היא כיצד הדברים נקלטו אצל ציבור שומעיו של הנאשם באותה לווייה בה נשא את דבריו. המסקנה אליה הגיע בימ"ש קמא היא כי הנאשם נשא דברים, בהם נקב אישום זה, הכוללים דברי שבח, אהדה, תמיכה והזדהות עם הפיגוע בהר הבית, תוך שזירת הדברים ותמיכתם באמונה הדתית, ואמירתם באופן משלב, הניכר היטב מהתבוננות באופן בו הרצה את דבריו, בפני קהל שומעיו. בימ"ש קמא דחה את הטענה כאילו נאמרו דברים שנסבו אך סביב הקונטקט הדתי של קדושת המת וכדברי השכבה לשלושה. נקבע כי פרשנות זו אינה מסתברת ואינה מתיישבת עם תכני הנאום, הקשר הדברים ואף לא עם הבנתם של השומעים, כפי שהודגמה מפיהם של נור וטוויל. נקבע כי הדרישה ההסתברותית הקבועה בחוק והדין אף היא התמלאה, שכן מדובר בנאשם שהינו איש ציבור רב מעלה בקרב קהיליו, הוא נשא את תכני הנאום בלוויה, באופן משלהב, בפני המון רב, שמנה אלפי אנשים ולמצער מאות, כאשר דבר מותם הטרי של שלושת ההרוגים באוויר. נקבע כי באותה אווירה "נפיצה" שיבח הנאשם את מעשי "הריבאט", יצר זיקה הדוקה לשלושת המפגעים, שיבח אותם וקשר את הדברים לאמונה המוסלמית ולמותם כמות קדושים, תוך שהוא הפנה אצבע מאשימה לכוחות הביטחון שהרגו אותם וברקע ההתעמתות עם כוחות הביטחון במסגד אלאקצא. בימ"ש קמא ציין אף כי לא יפלא הדבר, שהציבור המשולהב מהדברים הגיב בקריאות לחיסול יהודים כמו הקריאה "חייבר חייבר יה יהוד" שמקורה ההיסטורי הוא בחיסול שבט יהודים שחי בערב הסעודית על ידי צבאו של מוחמד.

בימ"ש קמא ציין כי ביהמ"ש העליון הבהיר כי בפירוש הדברים אין להיזקק להגדרות מילוניות בתנאי מעבדה אלא יש להתרשם ממכלול הדברים כיצד הם התקבלו בזירה בה נשא הדובר את דבריו, באוזני הקהל המשולהב, בזמן אמת. נקבע כי תוכנם של הדברים, כפי שפורטו בהרחבה על ידי בימ"ש קמא, הנסיבות בהן הם נאמרו בפני קהל משולהב, שמתיו מוטלים בפניו, אופי הלוויה, תגובת השומעים, כפי שהדברים עולים מהסרטון וחומר הראיות, כל אלה מלמדים על דברי שבח, אהדה ועידוד למעשה שלושת המפגעים, שהוא מעשה טרור ולקיומה של אפשרות ממשית לביצוע מעשה אלים ופוגעני. נקבע כי ביטוי והוכחה ברורה לכך הינה העובדה כי עלא טוויל החליט, בין היתר, בעקבות הנאום ששמע, להפוך מחשבה למציאות. ארוסתו נור חיזקה את המשמעות המסיתה העולה מהדברים שנשא הנאשם והדגישה כי הנאשם נשא דברים בשבח הפיגוע שביצעו שלושת המפגעים ובזכות ההתעמתות האלימה עם כוחות הביטחון, כשדבריו נסמכים על בסיס דתי והצורך להגן על המסגד. לכן נקבע כי הוכחו העובדות המפורטות ביחס לפריט זה שבכתב האישום המתוקן.

בכל הנוגע לאישום מס' 4 והנאום שנשא הנאשם ביום 28/07/17 במגרש הכדורגל באום אל פאחם בפני ציבור רחב (ת/21; ת/33; ת/37), נאום שצולם ותועד בפייסבוק של אחד העיתונאים, ציין בימ"ש קמא כי הסרטון המתעד את הנאום הוגש כראיה לבית המשפט (ת/26א) ותורגם על ידי רפ"ק רפי נוריאל (ת/15א). בימ"ש קמא ציין כי הנאום נישא על ידי הנאשם יום למחרת הסרת גלאי המתכות ממתחם הר הבית. כן צוין כי הסרטון מתחיל כאשר הנאשם כבר נושא דברים ולכן נראה כי לא צולם מראשית הנאום. בנוסף, במהלך הצפייה בסרטון ישנה קפיצה (מקטע) במהלך הנאום. בימ"ש קמא מנתח את דברי הנאשם בנאום זה ומציין כי גדר המחלוקת בנוגע לאישום הרביעי נוגעת למהימנות הראיה שמכוחה בוצע התרגום, קרי, סרטון הווידאו. ההגנה טענה כי ביהמ"ש לא יכול להשתית ממצא כלשהו אודות הנאום החסר (בשל המחסור בתחילת הנאום ומקטע באמצע), בהעדר יכולת לבחון את הדברים מתחילתם לתומם. כן טענה ההגנה לטעויות בתרגום. בימ"ש קמא קבע כי תיקוני התרגום שביקשה ההגנה אינם מהותיים ואינם משנים את תוכן הנאום עד כדי שינוי משמעות הדברים העולה ממנו. נקבע כי התרגום שהניחה המדינה בפני ביהמ"ש משקף נכונה את משמעות הדברים. כן נקבע כי מדובר בנאום ניצחון שנשא הנאשם יום למחרת שהסירו כוחות הביטחון את גלאי המתכות שהציבו בהר הבית ואשר בא לשבח את הכוחות בשטח שהתעמתו עם כוחות הביטחון. נקבע כי דברי הנאשם, הנאמרים על רקע אידיאולוגי - דתי, בנסיבות האלה, אינם אלא דברי שבח, תמיכה ואהדה לאותם אלה אשר התעמתו פיזית עם כוחות הביטחון ובמיוחד לאותם שלושת המפגעים שלפי דברי הנאשם שפכו את דמם במסגרת הקרבה מקודשת זו. נקבע כי פירוש הדברים לו גורס הנאשם הוא במקרה הטוב מיתמם, אינו מתיישב עם מכלול הראיות הכתובות והויזואליות, אשר מסתמכות על מוצא שפתיו של הנאשם עצמו. כן נקבע כי אין בטענות ההגנה בדבר אי צילום הנאום מתחילתו וה"קפיצות" בסרטון כדי להפקיע את התוכן המסית שיש בדברי הנאשם. נקבע כי ראוי היה להביא את כל הנאום מתחילתו באופן רציף אך אין לומר כי הסרטון אינו משקף את תוכן דבריו של הנאשם, המכילים תכנים מסיתים. עוד נקבע כי בשל מיהותו של הנאשם, תוכן דבריו, עיתויים, היקף הקהל שנחשף אליהם והאווירה ששררה אותה עת, טומנים הדברים היתכנות הסתברותית גבוהה וסיכון ממשי לביצוע מעשי אלימות. על כן, נקבע כי הוכחו העובדות המפורטות ביחס לפריט זה שבכתב האישום המתוקן.

על כן, ביחס לכל האישומים קבע בימ"ש קמא לאור חומר הראיות ומהנימוקים המפורטים לעיל כי הוכחו כל יסודות העבירות המיוחסות לנאשם בכתב האישום המתוקן.

באשר לטענות הנאשם לאכיפה בררנית קבע בימ"ש קמא כי טענת הנאשם לאפליה על בסיס גזע או לאום כבר עלתה בשלב מוקדם יותר במשפט עם תום הבאת ראיות התביעה שאז טען הנאשם "אין להשיב לאשמה". בימ"ש קמא דן בטענה זו ודחה אותה בהעדר תשתית ראייתית המבססת אותה. בהמשך הועברו נתונים מהתביעה להגנה בעניין זה ובימ"ש קמא ציין כי בחן את כתבי האישום שהועברו להגנה ולא מצא יסוד לטענת האפליה. נקבע כי לא נמצא כי הונח מסד ראייתי כלשהו מצד ההגנה. על כן, נדחתה טענת האפליה באכיפה.

בנוגע לטענת הנאשם בדבר זיהום ההליך המשפטי עקב התבטאויות שונות מצד בכירי ממשל, הגנה מן הצדק ושאלת עיוות הדין קבע בימ"ש קמא כי לא מצא בדברים שנאמרו מפי אישים בכירים בממשלה משום השפעה בלתי הוגנת. כן צוין כי הנחת המוצא היא שבדין יושב שופט מקצועי, נטול פניות, השוקל לצורך בירור שאלת הוכחת האשמה המיוחסת לנאשם שבפניו, ראיות קבילות המוגשות לו, לחובת ולזכות הנאשם, מתוכן הוא מזקק מסקנות עובדתיות ומשפטיות לשבט או לחסד הנאשם. צוין כי הממצאים והמסקנות המפלילות שבהכרעת הדין לא הושפעו או ניזונו משום מקור אחר, אלא מפיו של הנאשם עצמו, תרתי משמע. נקבע כי בימ"ש בחן בקפידה את מכלול הראיות, תוך שהקפיד על זכותו של

הנאשם לומר כל אשר חפץ לומר להגנתו, כפי שמעידים הדיונים הרבים שחלקם הארי מוקלט. על בסיס ראיות צרופות אלה והדין הרלוונטי ניתח בית המשפט את העניין שבפניו ועל סמך אלו ייסד את הכרעתו. לכן נדחתה הטענה.

בסיכומו של דבר נקבע כי דבריו של הנאשם/מערער באירועים השונים שנפרסו בכתב האישום חצו את המותר והאפשר לפי החוק ועל כן אינם חוסים תחת חופש הביטוי. לכן הורשע המערער לאחר שמיעת ראיות בביצוע שלוש עבירות של תמיכה בהתאחדות בלתי מותרת (האישום הראשון לכתב האישום המתוקן) ובשלוש עבירות של הסתה לטרור (אישומים שני עד רביעי לכתב האישום המתוקן). סך הכול הורשע בשש עבירות הנוגעות לארגוני טרור או ארגונים שהוצאו מחוץ לחוק על פי תקנות ההגנה משנת 1945.

גזר הדין של בימ"ש קמא:

במסגרת גזר הדין שניתן ביום 10.02.20 נקבע כי מדובר בפרסומים שונים, במועדים שונים ובמסגרות שונות, אך מאחר שמדובר בפרסומים שקיימת ביניהם זיקה הדוקה וברורה העונה על "מבחן הקשר ההדוק", כפי שנקבע בפסיקה, נקבע כי לעניין קביעת העונש הם מהווים אירוע אחד ולכן בקביעת מתחם העונש ההולם יש להתייחס לכל האישומים כאירוע אחד ולגזור עונש כולל לכל העבירות, תוך מתן ביטוי לכך שמדובר במספר מעשי עבירה, בהתחשב בתדירותם והזיקה ביניהם, תוך שמירה על יחס הולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש.

נקבע כי העבירות שביצע הנאשם/המערער מאופיינות בפריצת חופש הביטוי למחוזות המלבים מחלוקות שנאה ואיבה בין אזרחי המדינה, תוך תמיכה בטרור והסתה למעשי טרור ותוך ביטוי אהדה ותמיכה בארגון התנ"ס שהוכרז כארגון טרור אשר הוצא מעבר לחוק וכמי שתופס עצמו עדיין כראש ארגון טרור אסור זה. נקבע כי ביסוד הערכים בהם פגע הנאשם ההגנה על חיי אדם, על שלומו, על ביטחונו, ועל ביטחון המדינה על כלל אזרחיה. נקבע כי מעשיו של הנאשם פגעו בערכים אלה בעוצמה בינונית - גבוהה.

בימ"ש קמא ציין כי מנעד הענישה בעבירות ביטוי מסוג זה הוא רחב ותלוי בפרסום, טיבו, היקף תפוצתו, מיהות המפרסם, ההד הציבורי של הפרסום והאווירה בה פורסמו הדברים. צוין כי מקום בו מדובר בהסתה הנובעת מפיו של איש ציבור מתחמי הענישה והעונשים עצמם הם חמורים יותר.

באשר לנסיבות שקשורות בביצוע העבירות קבע בימ"ש קמא כי הנאשם פרסם את דבריו מתוך תכנון, מחשבה וכוונה מיוחדת, בחשבון הפייסבוק, במספר הזדמנויות שונות, פרסומים בהם קריאות תמיכה ואהדה למעשי אלימות או טרור ותמיכה בהתאחדויות בלתי מותרות, כל זאת כאשר ברקע הנאומים המהומות המתחוללות בהר הבית, ההתעמתות עם כוחות הביטחון ונפגעי העימות, דבר אשר תרם לשלהוב היצרים כעולה מצפיה בסרטונים. נקבע כי הנאשם ביצע את העבירות באופן בלעדי תוך שבאחד הפרסומים הוא מכריז על עצמו ואומר שהתנועה האיסלאמית שהינה לפי החוק ארגון טרור, ממשיכה לחיות ולפעול כפי שפעלה לפני כן והוא ממשיך לעמוד בראש, דהיינו, כראש הארגון. כן נקבע כי הנאשם הינו מנהיג דתי רוחני ודמות ציבורית רבת השפעה, בעיקר בקרב ציבור המוסלמים בישראל בגדה המערבית ובעזה. הוא מילא שורה של תפקידים ציבוריים, כפי שהוא העיד על עצמו, במהלך שמיעת הראיות. הוא שימש כמנהיג הפלג הצפוני של ארגון התנ"ס שהוכרז בחודש נובמבר 2011 כארגון טרור. הוא הכריז על עצמו כמנהיג התנ"ס וכמי

שעומד בראשו חרף הוצאתו מחוץ לחוק ובכך הביע תמיכה מפורשת בו. נקבע כי כמנהיג בעל שיעור קומה ציבורי והד ציבורי כזה, להתבטאויותיו אלה יש משקל ותהודה ציבורית משמעותיים בקרב קהליו. כן נקבע כי לפי הראיות הנאשם עודד ותמך במאבק אלים כנגד כוחות הביטחון בהר הבית בחודש יולי 2017, שיבח את המתעמתים, חיזק את ידם, את הקורבנות שהעימות גובה, ושיבח את 3 המחבלים שביצעו את הפיגוע בהר הבית באותה עת ואת מעשיהם. צוין כי דבריו זכו לחשיפה ואהדה רחבת היקף ברשתות החברתיות לפי הנתונים העובדתיים המפורטים באישומים בהם הורשע. נקבע כי הסיכון הטמון בדבריו המסיתים התממש שעה שאותו צעיר עלאא טוויל נטל סכין ופנה לת"א לבצע פיגוע דקירה כפי שהוא עצמו העיד. כן נקבע כי בצדק מפנה התובעת להשראה דומה ביחס לפיגוע שהתרחש בחלמיש בליל ה-21/07/18 בו נרצחו בדם קר שלושה בני משפחה. צוין כי המחבל שביצע את הפיגוע הצהיר כי ביצע אותו בשל הסכנה לקדושת מסגד אל אקצא - טענה שהוביל הנאשם בכל נאומיו באותה עת שהייתה נפיצה ורוויית מתיחות שכמוה לא ידעה המדינה.

באשר לסיבות שהביאו את הנאשם לביצוע העבירות נקבע כי המניע לביצוע הפרסומים, כפי שעלה משמיעת הראיות, הוא מניע אידיאולוגי מובהק, הרואה בשלטון הישראלי רעה חולה שיש להכריתו מן העולם. נקבע כי כך הוא גם תופס כל דבר הנוגע לשלטון, לרבות התביעה וביהמ"ש, כפי שעולה ברורות גם מדבריו טרם מתן גזר הדין. נקבע כי מדובר במניע אידיאולוגי רב עוצמה, המפעם בנאשם שנים ארוכות, דבר שבכוחו להצביע על המסוכנות העתידית הטמונה בנאשם.

בכל הנוגע ליכולתו של הנאשם להבין את הפסול במעשיו נקבע כי הנאשם הבין היטב מה הוא אומר ומהי השפעת דבריו על הציבור, בפניו הוא נשא את דבריו. צוין כי הוא טען במשפט כי לא אמר דברי הסתה לטרור אלא מחאה כנגד השלטון וכי דבריו סולפו, עוותו והוצאו מהקשרם. אך צוין כי כפי שנקבע בהכרעת הדין לא נדרשת התפלפלות ובלשנות בשפה הערבית כדי להבין כי תכני דבריו של הנאשם היו דברי תמיכה והסתה לטרור ברטוריקה משלהבת שכל תכליתה לעודד ולשבח מעשים כאלה. צוין כי לא נשמעה במהלך נאומיו ולו מילה אחת מפיו המוקיעה שימוש באלימות. ההיפך מכך, כאשר נקראו קריאות אלימות מצד הציבור המתלהם בפניו הוא המשיך בנאום המחזק את ידי הקהל המשולהב, תמך ושיבח התעמתות והתנגדות אלימה.

באשר ליכולתו של הנאשם להימנע מביצוע העבירות נקבע כי לא מדובר בהתבטאויות ספונטניות, אלא בנאומים מפורטים, מוכנים מראש ובמשנה סדורה של הנאשם המבטאת את השקפת עולמו. הוא נשא נאומיו פעם אחר פעם באופן ייזום, ידע היטב מה הוא עומד לומר ולמרות זאת לא נרתע ופעם אחר פעם בהזדמנויות שונות ובאופן מתוכנן ויזום חזר ואמר דברי שבח למעשי טרור ותמיכה בארגון טרור.

במסגרת נסיבות נוספות שיש לקחת בחשבון לצורך קביעת המתחם ציין בימ"ש קמא כי התבטאויותיו ופרסומיו של הנאשם שהינו מנהיג רוחני ודתי רב השפעה מקבלים מימד ריאלי חמור במיוחד נוכח התממשות השפעתם המסוכנת. למשל, מעשיו של עלאא טוויל, אשר תכנן לבצע פיגוע דקירה וקיבל השראה ורוח גבית מדברי הנאשם. נקבע כי מילים יכולות להביא לאלימות חמורה עד כדי ניסיון לרצוח חפים מפשע.

בימ"ש קמא נקבע כי בהינתן טיב הפרסומים ותוכנם, הערכים המוגנים שנפגעו כתוצאה ממעשיו של הנאשם, עוצמת הפגיעה בערכים אלו, מדיניות הענישה הנוהגת לגבי אישי ציבור בסוג זה של עבירות, מידת האשם הגבוהה שהפגין

הנאשם, מיהותו של הנאשם כאיש ציבור רב השפעה, הסתברות השפעת דבריו של הנאשם שהביאו לניסיון פיגוע, כפי שהוכח במשפט, ריבוי המעשים והעבירות, נסיבות ביצוע העבירות והאווירה הנפיצה בה בחר הנאשם להסית ולשבח טרור, מתחם העונש ההולם נע בין 14 ועד 48 חודשי מאסר בפועל, לצד עונשים נלווים.

כן נקבע כי אין בפני ביהמ"ש תשתית שיקומית המצדיקה חריגה ממתחם העונש ההולם לקולה. הנאשם אף לא מכיר באחריותו למעשי העבירה. אשר לחריגה מהמתחם לחומרה, למרות מעשיו החוזרים של הנאשם והרשעה קודמת בעבירות דומות, נקבע כי אין מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם לחומרה, שכן המתחם שנקבע מאפשר מתן ביטוי עונשי לריבוי המעשים והלימה עונשית ראויה למכלול השיקולים העונשיים בתוך המתחם.

נקבע כי בשים לב לאופיין של העבירות בהן הורשע הנאשם, נסיבותיהן, תדירותן, סמיכותן, העובדה שמדובר במניע אידיאולוגי מובהק לביצוען, הסיכון המוכח לציבור הנשקף מהן והסיכוי הממשי שהחמרה בעונשו של הנאשם יהיה בה כדי להרתיע ולהרתיע את דומיו מביצוע עבירות כאלה, על ביהמ"ש החובה להתחשב בשיקולים אלה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם.

באשר לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה ציין בימ"ש קמא את הפגיעה של העונש בנאשם ומשפחתו ואת העובדה שהנאשם לא נטל אחריות למעשיו ולא הביע חרטה כלשהי. צוין כי הנאשם כיהן במספר תפקידים ציבוריים ובמסגרות הציבוריות הלגיטימיות בהן פעל תרם לציבור אותו הוא מייצג. כן צוין כי הנאשם בעל עבר פלילי לא מבוטל ולחובתו הרשעות רבות קודמות הכוללות הרשעות בעבירות של חברות בהתאחדות בלתי מותרת, הרשעות בעבירות של מגע עם סוכן חוץ, מתן שירות להתאגדות בלתי חוקית, החזקת חומר אסור, איסור עשיית פעולה ברכוש אסור, תקיפת שוטר, השתתפות בהתפרעות, עבירות ביטוי שתכליתן פרסום הסתה לגזענות, הסתה לאלימות וטרור. על כן, צוין כי מדובר בנאשם בעל עבר פלילי ביטחוני מכביד אשר ריצה עונשי מאסר, נדון בעבר על עבירות הסתה דומות וחזר והורשע כעת בעבירות ביטוי והפעם עבירות שתכליתן הסתה ותמיכה בטרור. יחד עם זאת צוין כי יש לזקוף לקולה את העובדה שמאז הרשעתו האחרונה בעבירות הסתה לאלימות וגזענות לא נרשמה לחובתו הרשעה נוספת עד להרשעה נשוא דיון זה. צוין גם כי העבירות בוצעו בשנת 2017 ונכח מועד הגשת כתב האישום המקורי ומועד סיום המשפט לא נמצא כי יש נפקות לחלוף הזמן מאז ביצוען של העבירות על גזירת העונש.

כן הובא בחשבון שהנאשם שהה במעצר בכליאה ממשית מיום 15/08/17 ועד יום 06/07/18 ולאחר מכן שהה במעצר באיזוק אלקטרוני בביתו במשך כל המשפט עד למועד גזר הדין כאשר לרשותו חלון אוורור יומי בן 4 שעות ומדובר בתקופה ארוכה (תקופת המעצר באיזוק) שאין מקום לנכותה מהמאסר המוטל אך יש להתחשב בכך.

בסיכומו של דבר, בשל חומרת המעשים והאירועים הרבים, וכן בשל מיהותו של הנאשם שהינו מנהיג בעל השפעה רבה בציבור הערבי המוסלמי ועיתוי הדברים שנאמרו על ידו בצוק העיתים ובלהט הרוחות, באווירה נפיצה במיוחד, הוטל על המערער עונש מאסר בפועל לתקופה של 24 חודשים והופעל מאסר על תנאי לתקופה של 8 חודשים מחציתם בחופף ומחציתם במצטבר, כך שבסה"כ הוטלו על המערער 28 חודשי מאסר בפועל. כן הוטל מאסר מותנה. ניתן עיכוב ביצוע לריצוי עונש המאסר עד לבירוך הערעור.



טענות המערער:

המערער הגיש ערעור כנגד הכרעת הדין וגזר הדין.

במסגרת הודעת הערעור המפורטת, אשר נקלטה לתיק באיחור ולאחר המועד שנקבע, נטען כי כל העבירות בהן הורשע המערער הן עבירות דיבור או מילים, מודפסות או מוקרנות, הנעות סביב שני צירים עיקריים. הציר הראשון הוא התנ"ס, אשר המערער עמד בראשה משנת 1996 ועד שהוכרזה כתנועה אסורה והוצאה מחוץ לחוק, על פי תקנות ההגנה, והפכה להיות ארגון טרור על פי חוק המאבק בטרור. הציר השני נוגע לאירוע שהיה במתחם הר הבית במסגד אל אקצה ביום 14.07.17, שבו נהרגו שלושה ערבים תושבי אום אל פאחם ושני שוטרים ממשמר הגבול.

כן נטען כי כבר בחלק הכללי בפתח הכרעת הדין של בימ"ש קמא, אשר אמור להיות סקירה ניטרלית של העובדות שאינן במחלוקת ואינן חלק מן העבירה המיוחסת לנאשם, נכתב כי "ביום 14.7.2017 התבצע פיגוע במתחם הר הבית על ידי שלושה מחבלים תושבי אום אל פאחם..", זאת כאשר בימ"ש קמא ידע היטב כי המערער מכחיש כי ידע שהאירוע היה "פיגוע חבלני" ומכחיש שהאירוע היה פיגוע חבלני. לכן נטען כי הכללת הביטוי "פיגוע" ותיאור השלושה שנהרגו במהלכו כחבלנים אינה חלק מן העובדות הניטרליות השוכנות תחת הכותרת "חלק כללי". כן נטען כי מיד לאחר מכן כותב בימ"ש קמא "לאחר הפיגוע אמר אחד המפגעים כי הוא מאום אל פאחם מהחברה של שיח ראאד, הוא הנאשם". נטען כי אמירה זו לא הוכחה כלל במשפט ולא הובאה ראיה כשרה לאמת אותה. נטען כי אמירה חפוזתה זו בפתח הכרעת הדין מעוררת חששות של ממש עד כמה היה השופט קמא הוגן, ניטרלי, ועד כמה נטה לרעת המערער ומראש ראה בו מנהיג של "החברה", של המחבלים שהשתתפו באירוע במסגד אל אקצה.

בכל הנוגע לאישום הראשון מודה המערער כי הוא החזיק וניהל חשבון ברשת החברתית פייסבוק בשם "שיח ראאד סאלח" באותיות לועזיות והוא מודה כי הוא נושא באחריות לכל מה שפורסם באתר זה, על אף שמן הבחינה הטכנית הסתייע באחרים. נטען כי ביום 27.12.15 פרסם המערער בפייסבוק הקלטת וידאו ואודיו של נאום שנשא בעיר באקה אל גרביה ועניינו הספר "תורת המלך". נטען כי הספר צוטט בפסק דין של בית המשפט העליון בבג"צ 2684/12 ומהציטוטים ניתן ללמוד כי בעיקרו הספר טוען כי מצווה היא, או לפחות אין איסור להרוג גוי, ואין ספק שהספר מתכוון לערבים הנלחמים בנו ומפריעים לנו לממש את שליטתנו הקדושה בארץ ישראל. נטען כי הספר אינו מפרט את הנסיבות המתירות הריגת הגוי, אך נדמה שכל גוי המפריע ליהודים לממש את שליטתם בארץ ישראל דינו מוות. העתירה שהוגשה לבג"צ נדחתה ונקבע כי אין לחייב היועמ"ש להעמיד לדין את האחראים ל"תורת המלך".

בכל הנוגע לעבירות של תמיכה בארגון טרור נשוא האישום הראשון נטען כי אמנם כתב האישום אינו מדגיש באיזה ארגון טרור תמך לכאורה המערער, אך הסעיפים מתמקדים בארגון "התנועה האסלמית". נטען כי יש הבדל בין הגדרת "ארגון טרור" לפי חוק המאבק בטרור לבין ההגדרה בתקנות ההגנה. כן נטען כי התנ"ס הוכרז כהתאחדות בלתי חוקית לפי תקנות ההגנה ולטענת המערער, אשר נטענה גם בבימ"ש קמא, סעיף 101 לחוק המאבק בטרור המתייג ארגונים שהוכרזו על פי תקנות ההגנה כארגוני טרור הוא לא חוקתי ופוגע בארגונים שאין כלום ביניהם ובין הפרופיל של ארגון טרור לפי חוק המאבק בטרור, זאת מכיוון שיש שוני בין תקנות ההגנה לחוק המאבק בטרור. נטען כי בימ"ש קמא בחר שלא לדון בטענה זו בהיותה טענה חוקתית בעלת השפעה רוחבית משמעותית ולהותיר את ההכרעה לביהמ"ש העליון בשבתו כבג"צ. נטען כי באותה עת אכן הייתה תלויה בבג"צ עתירה שביקשה להכריז על סעיף 101 לחוק המאבק

בטרור כבלתי חוקתי, אך עתירה זו נמחקה בהסכמת הצדדים. המערער טוען כי אין מנוס אלא להכריע בטענה בדבר אי חוקתיות סעיף 101 לחוק המאבק בטרור שכן הכרעה זו נוגעת לבסיס ההרשעה של המערער לפחות על פי האישום הראשון. נטען כי היה וייקבע כי סעיף 101 אינו חוקתי, מתבטלת הרשעתו של המערער בעבירת התמיכה בטרור. כן נטען כי כאשר מדובר בתיק פלילי וחירותו של המערער תישלל ממנו לתקופה של 28 חודשים לא ניתן לא לדון בטענה שהסעיף בטל מעיקרו.

עוד נטען כי אין בפסקאות מדברי המערער משום הבעת תמיכה בארגון טרור. המערער טוען כי ארגון טרור כמשמעותו בחוק ההגנה הוא ארגון מעשי, חברי בני אדם שחברו יחד לבצע פעולות טרור, כהגדרתם בחוק המאבק. נטען כי החוק לא ביקש לאסור על מחשבה או על אידיאולוגיה, אלא להגן על הציבור ממעשי טרור המתבצעים בדרך כלל על ידי ארגונים ולא על ידי מפגעים בודדים שגם תמיכה בהם אסורה. נטען כי המערער העיד לפני בימ"ש קמא וטען כי לא התכוון לגוף המעשי של התנ"ס, כי מאז שהוכרז כארגון טרור חדל לחלוטין מלפעול, אלא ברעיונות שאותם ביטא התנ"ס, בעיקר בכל הנוגע להגנת מסגד אל אקצא שלדעת המערער עומד בסכנה ומדינת ישראל מנסה מדי פעם לפגוע בו כמקום קדוש לאוכלוסייה המוסלמית. נטען כי הכוונה בדברי המערער היא שההכרזה על התנ"ס כארגון טרור לא חיסלה את רעיונות התנ"ס. התנ"ס אינה קיימת אך רעיונותיה ממשיכים להתקיים. נטען כי תמיכה ברעיונות של ארגון טרור שחדל מלהתקיים לחלוטין אינה תמיכה בארגון טרור. כן נטען כי העבירה של תמיכה בארגון טרור מחייבת שאכן קיים ארגון טרור ממשי הפועל במסתורין ומבצע את כל אותן פעולות עליהן מכריז החוק כמעשי ארגון טרור. נטען כי תמיכה רעיונית בארגון התנ"ס, שלא קיים כארגון ממשי, אינה תמיכה בארגון טרור אלא שימוש לגיטימי בחופש הביטוי. נטען כי הרשעתו של המערער באישום הראשון ראויה להתבטל הן משום שהיא נסמכת על הוראת חוק סעיף 101 לחוק המאבק בטרור והן משום שאין בציטוטים שהובאו מפי המערער תמיכה בארגון טרור חי וממשי, אלא בתנ"ס שחדלה מלהתקיים כארגון עם הוצאתה מחוץ לחוק עוד בתקנות ההגנה ולא חזרה לפעול. נטען כי מאחר שהתנועה האסלאמית אינה קיימת עוד לא ניתן להרשיע את המערער בתמיכה בארגון שאינו קיים. כן נטען כי כאשר המערער חותם בשם התנועה האסלאמית הוא מתכוון לעקרונות התנועה האסלאמית שאף פעם לא הוצאו מחוץ לחוק.

לטענת המערער, קביעת בימ"ש קמא כי הוצאת התנועה האסלאמית מחוץ לחוק משמעותה הוצאה מחוץ לחוק של עקרונות התנועה האסלאמית, השקפותיה והאידיאולוגיה, היא תפישה שגויה שלא לומר טוטליטרית. נטען כי חוק המאבק בטרור לא עוסק בהשקפות עולם, אלא במלחמה אמיתית, בארגוני טרור אמיתיים וקיימים. נטען כי באותו אופן ניתן לקבוע כי הוצאת התנ"ס מחוץ לחוק משמעותה הוצאת האיסלם מחוץ לחוק, הוצאת העיקרון כי אל אקצה הינו מקום מקודש למוסלמים. המערער טוען כי קביעתו של בימ"ש קמא לעניין זה אינה חוקתית.

בכל הנוגע לאישום השני בו הורשע המערער, בו הואשם בעבירה של הסתה לטרור בשל נאום שנשא בתפילת יום שישי באום אל פאחם המתקשר לאירוע שהתרחש במסגד אל אקצה נטען כי לא הוכח כי היה במסגד אל אקצה מעשה טרור כהגדרתו בחוק המאבק בטרור. נטען כי בימ"ש קמא הגיע למסקנה כי היה פיגוע שהוא מעשה טרור על יסוד הודעה שהוגשה בהסכמה של פלוני עלא טוויל, המתגורר באום אל פאחם, שלא היה נוכח באירוע במסגד אל אקצה. נטען כי התביעה ביקשה להראות כי האיש הגיע לתל אביב בעקבות נאום של המערער, לכאורה כדי לבצע בעצמו פיגוע, שממנו חזר בו, ובבית משפט קמא התברר כי מניעיו היו שונים לחלוטין. נטען כי לא ניתן ללמוד מעדות העד, אשר חזר בו מן האמרה בבית המשפט, כעדות ישירה למה שהתרחש במסגד אל אקצה. נטען כי לא נשמעה ולו ראייה אחת שסיפרה מה התרחש באל אקצה, מי היו האנשים מאום אל פאחם שנהרגו, מה היו מניעיהם, האם היו שייכים לארגון טרור כלשהו,

וכדומה. כן נטען כי בימ"ש קמא הסתמך על "דיעה שיפוטית" בכל הנוגע לאירועי הר הבית ולא קבע על בסיס הקריטריונים שנקבעו בחוק האם מדובר באירוע טרור. נטען כי בהעדר ראייה ממשית על אירוע טרור כהגדרתו בחוק, נשמט הבסיס להרשעת המערער בעבירה של הסתה לטרור. עוד נטען כי מתוכן הדברים המצוטטים בכתב האישום לא ניתן ללמוד כלל על הסתה לטרור. נטען כי הפנייה אל המורביטון אינה פנייה אל אותו ארגון שהוצא מחוץ לחוק. מורביטון ומורביטאת הן מלים העומדות בפני עצמן ומבטאות הגנה על מקומות קדושים. נטען כי התברר מחקירת המתרגמים כי הנאום הוא קריאה להגנה פסיבית על מסגד אל אקצה והתנגדות לא אלימה ולא ניתן לראות בו הסתה למעשה טרור. נטען כי אפילו על פי מסקנתו של בימ"ש קמא שהמערער קורא לציבור הפלסטיני להגן על מסגד אל אקצה ואפילו להתעמת עם השוטרים ולהקריב עצמם בהגנה זו אין בה כדי הסתה למעשי טרור.

באשר לאישום השלישי נטען כי מדובר בנאום כלשהו המיוחס למערער מיום 27.7.17, שלא ידוע מי צילם אותו ומי ערך אותו, מי העלה אותו לאינטרנט, מה היה בפרטיו החסרים, והמערער סירב בבימ"ש קמא להתייחס לתוכנו. נטען כי על התביעה החובה להביא בפני בימ"ש ראיות אותנטיות, לא ערוכות, ולעתים דווקא בנאומים מסוג זה משמעות הדברים עולה משלמותם. נטען כי מסמך חסר זה של תיעוד הצילום, שערך מקטעים שונים ששזרו יחד, אינו ראוי להיות ראייה קבילה בבימ"ש. המערער טוען "שהנאום הוא תפילת אשכבה כאשר נקברות גופות שלושת בני המין הנושאים את השם מחד מאום אל פאחם שנהרגו במסגד אל אקצה" (כך נכתב ע"י ב"כ המערער - ר.ש.). נטען כי מובן כי לנאום כזה יש מעמד מיוחד, כולו אפוף מסורות דתיות ואמונות מאמינים. כן נטען כי הנאום מפתח את הרעיון כי אלה שנהרגו לשם אלוהים זוכים ליחס מועדף לאחר מותם וזהו אחד מעקרונות הדת, אך אין פירוש הדבר שהוא קורא לאיש לבצע פעולה כזו. נטען כי רק מי שסבור שתורת האיסלם הוצאה מחוץ לחוק יכול להגיע למסקנה שזו קריאה לטרור ולא פירוט הדברים האמורים בקוראן ומוכרים לכל מוסלמי מאמין.

בסיכומו של דבר טוען המערער כי הכרעת הדין של בימ"ש קמא מבטאת השקפת עולם עוינת את המערער ואת דתו ואמונותיו שלדעת בימ"ש קמא הוצאו מחוץ לחוק.

באשר לגזר הדין נטען כי העונש שהוטל על המערער הוא חמור וכבד ואינו לוקח בחשבון כלל את התקופה הארוכה של שנתיים וחצי במעצר בית מוגבל רק לביתו. נטען כי העונש חורג מכל מסגרת ענישה הנהוגה בעבירות שיש בהן רק יסוד של ביטוי, מתוך כוונה ליתן לחופש הביטוי מרחב מקסימאלי.

טענות המשיבה:

המשיבה מבקשת לדחות את הערעור וטוענת כי בימ"ש קמא סקר בהכרעת דין ארוכה ומפורטת את מכלול הראיות בתיק, התייחס לכל טענות ההגנה, דן בהן תוך התייחסות לראיות שהוצגו בפניו, להלכות משפטיות, והרשיע את המערער במיוחס לו בהכרעת דין מנומקת ומבוססת שאין להתערב בה.

ביחס לאישום הראשון נטען כי בימ"ש קמא דן בכל אחד מהפרסומים והתייחס לכל אחת מטענות ההגנה. ביחס לפרסום הראשון התייחס בימ"ש קמא לרקע לנאום אשר נישא כחודש לאחר שהוכרז ארגון התנועה האסלאמית כהתאחדות בלתי מותרת וכן התייחס לאווירה ששררה אותה עת בציבור הערבי בארץ ולתכנון הברור של הנאום גם בהקשר לארגון

התנועה האסלאמית. בימ"ש קמא קבע, תוך התייחסות לטענות ההגנה, שהדברים מפורשים, לא מצריכים ביאור או פרשנות, ולא יכולים להתפרש אלא כתמיכה בתנועה האסלאמית גופה, שהוצאה מחוץ לחוק, ולא בעקרונות הדתיים האסלאמיים. בהקשר לכך בימ"ש קמא התייחס לשימוש במילים שהן שם הארגון, בהתייחסות שלו להוצאת הארגון אל מחוץ לחוק בתוך הטקסט ולחידוד שאותו ארגון חי וממשיך להתקיים על אף הוצאתו מחוץ לחוק.

המשיבה מדגישה כי העבירה המיוחסת למערער בגין הנאום הזה ובכלל לא נוגעת לעובדה שהוא יוצא נגד הספר "תורת המלך", אלא בהתייחס לדברים האחרים באותו נאום, שיש בהם תמיכה בארגון התנועה האסלאמית שהוא מחוץ לחוק ושהוא היה יושב הראש שלו. נטען כי ההתייחסות של המערער לספר הזה באותו נאום ראשון הוא רק הקדמה קצרה לדברים הארוכים שהוא נושא בהמשך, שמהם הוא יוצא להתייחסות ארוכה להכרזת המלחמה של מה שהוא מכנה "הכיבוש הישראלי על הילדות הפלסטינית" תוך תיבול הדברים בדוגמאות שונות, כאשר בהמשך לאותם דברים הוא מציין באופן מפורש "היום התחילה התנועה האסלאמית. אני מדגיש להם ואומר - הכריזו את הוצאת התנועה האסלאמית, והולכת להישאר התנועה האסלאמית", כאשר כלל ההתייחסויות של המערער בנאום הזה למילים "התנועה האסלאמית" מתייחסות לארגון התנועה האסלאמית גם בקטעים מוקדמים יותר באותו הנאום.

המשיבה טוענת כי גם ביחס לפרסום הבא בית המשפט קמא התייחס וכן לפרסום השלישי, כאשר בימ"ש קמא קבע שנאמרים דברים מפורשים בדבר היוותרותה של התנועה האסלאמית כגוף לגיטימי גם לאחר שהוצא מחוץ לחוק והוא מדגיש לא רק שהיא נשארת וצומחת אחרי הוצאתה מחוץ לחוק, אלא גם תפקיד יושב הראש שלה נשאר.

באשר לטענת המערער כי יש לעשות הבחנה בין ארגון לרעיון טוענת המשיבה שזו טענה שלא נטענה בבימ"ש קמא וזו הרחבת היריעה שלפי הפסיקה בימ"ש שלערעור לא צריך להתייחס אליה. כן נטען כי לרעיונות אין יושב ראש ובכל מקרה הטענה הזו נדחתה על ידי בימ"ש קמא נוכח התוכן הברור של הדברים שאמר המערער בפרסומים השונים שמתייחסים לארגון בשמו, להוצאתו אל מחוץ לחוק, יחד עם ההודאה שלו בחקירה, כשהוא מודע היטב לאיסור להשתמש ולחתום בשם הזה לאחר שהוצא אל מחוץ לחוק. המשיבה טוענת שקביעת בימ"ש קמא לעניין זה היא נכונה ודי להפנות לתוכן הברור של הפרסומים שלא ניתן להבינם אחרת מלבד התייחסות לארגון עצמו. נטען כי בלא מעט ארגונים שמוכרזים כארגוני טרור שהוצאו אל מחוץ לחוק יש גם ארגוני טרור שמבצעים פעולות טרור ברורות, אלימות וכולי. בדרך כלל הרעיונות שלהם מקודמים באמצעים שהם לא לגיטימיים. נטען כי המערער לא התייחס בדברים שלו באותם נאומים לעקרונות הדת. הוא דיבר על עקרונות התנועה האסלאמית שהוצאה מחוץ לחוק וצריך להתייחס גם לנסיבות שהיו באותה עת ולקהל השומעים ולכך שהמערער עמד שם ונאם בידיעה שהוא מוכר כבעל תפקיד בכיר בארגון, גם אם זה ארגון לשעבר, והתייחס להמשך קיום עקרונות התנועה וגם הקהל הבין את זה כפשוטו. כן נטען כי בימ"ש קמא לא התייחס לטיעון הזה לבדו כטיעון שביסס את ההרשעה, אלא הוא נכנס לתוכן הדברים ומתוכם למד את התמיכה ואת ההזדהות עם הארגון.

המשיבה טוענת כי חוק המאבק בטרור אינו דורש שהארגון יהיה פעיל. מטרת החוק היא להיאבק בכל אספקט שיש בו כדי לפגוע בביטחונה של מדינת ישראל. כן נטען כי המערער החיה את התנועה בנאומיו ואמר שהוא יודע שהתנועה הוצאה אל מחוץ לחוק אבל למרות שהיא הוצאה מחוץ לחוק היא קיימת בתוכם. נטען שתכלית חוק המאבק בטרור נועדה להגן גם על אמירות מהסוג הזה. עוד נטען כי גם אם ארגון הטרור לא קיים יש מקום להעמיד לדין אנשים



שתומכים בארגון שלא קיים עוד.

באשר לטענות המערער בדבר אי חוקיות סעיף 101 לחוק המאבק בטרור טוענת המשיבה כי טענה זו נוגעת רק לאישום הראשון, שרק בו יש עבירות של תמיכה שמתייחסות לארגון התנועה האיסלאמית. נטען כי בימ"ש קמא קבע שאינו יכול לדון בטענה שהסעיף לא חוקתי וקביעה זו סבירה ונכונה ולא צריך להתערב בה. נטען כי כפי שבימ"ש קמא קבע קיים הסדר חוק ספציפי למיצוי הליכים, סעיף 7ב' ו-8 לחוק והארגון לא פעל על פיו מאז חקיקת החוק וכן קביעה מפורשת של סעיף 19א' לחוק המאבק בטרור ששוללת את סמכות הערכאות הדיוניות להיזקק לטענה מסוג זה. לכן נטען כי בימ"ש קמא לא קבע שהוא חסר סמכות לדון בזה אלא שקיים סעיף חוק ספציפי שאומר שהעניין הזה הוא בסמכות בג"צ. כן התייחס בימ"ש קמא לשיהוי, אך גם לא פטר עצמו מלהתייחס לטענה גם מהבחינה המהותית וקבע כי הפלטפורמה הדיונית הנוכחית אינה נכונה לליבון כזה והמקום הנכון לעשות את זה הוא בג"צ שלו הסמכות והמומחיות לשאלות מסוג זה. נטען כי לא ניתן לקבל טענת המערער שמכיוון שהבג"צ שהוגש בעניין זה נמחק קיימת סמכות שירותית. נטען כי העתירה שהוגשה לבג"צ נמחקה בהסכמת הצדדים לאחר שהייתה הסכמה מצד העותרים ללכת לוועדה המייעצת. כלומר, הוועדה המייעצת היא ההליך החלופי שניתן לדון בו ויש למצות שם את ההליכים. כן נטען כי יש בג"צ נוסף באותו עניין שתלוי ועומד לפני ביהמ"ש העליון ומספרו 3642/19 וקבוע לדיון בחודש יולי הקרוב.

באשר לאישומים 2 עד 4 לכתב האישום טוענת המשיבה כי האישומים מתייחסים גם לדברים שאמר המערער ביחס לפיגוע, שיש עליו מחלוקת, וגם לדברים שאמר בנוגע למוראביטון ומוראביטאת. זאת אומרת, ההסתה מיוחסת לשני סוגים של אמירות, כאשר ביחס להוכחה של אירוע פיגוע כמעשה טרור מדובר בידיעה שיפוטית כפי שקבע בימ"ש קמא. נטען כי בימ"ש קמא הסתמך גם על הראיות וגם על ידיעה שיפוטית כאשר קבע שהוכח קיומו של פיגוע. באשר לטענת המערער כי בימ"ש קמא התייחס לאירוע כאל פיגוע מתחילת ההליך וכראיה לכך רשם בתחילת הכרעת הדין שאחד מהמחבלים אמר את אותו משפט לשטר טוענת המשיבה כי זה רק ציטוט של בימ"ש קמא את עובדות כתב האישום, את החלק הכללי של כתב האישום ולכן אין בסיס לטענה שבימ"ש קמא אינו נייטרלי. עוד נטען באשר לאישומים 2 עד 4 כי בימ"ש קמא התייחס באריכות לתוכן הנאומים ולמחלוקות תרגומיות אחת לאחת. נטען כי כפי שקבע בימ"ש קמא הדברים צריכים להיבחן בהתאם להקשר ולא על פי המילה עצמה וכפי שבימ"ש קמא הדברים מוכיחים ללא צל של ספק שהעבירות בוצעו והדברים של המערער כוונו לברך ולשבח גם את המתעמתים עם כוחות הביטחון וגם את מבצע הפיגוע. נטען כי בימ"ש קמא התייחס לטענות המערער וקבע שטענותיו אינן מתיישבות עם הטקסט או מציאות הדברים כפי שהיא באה לידי ביטוי בראיות שהובאו בפניו, אשר התייחסו לעימותים אלימים שהתרחשו באותה תקופה סביב המתחם. נטען כי בימ"ש קמא קבע בקשר לביטויים שבמחלוקת שגם אם נקבל את הפירוש שהציג המערער זה לא ישנה את המשמעות הכוללת של הדברים והוא מפנה לתוכן הכולל של הנאום, להתבטאויות אחרות של המערער בנאום, לקריאות שהן רלוונטיות לאלימות, לזיקה שהמערער יצר בין אלה שהתעמתו עם כוחות הביטחון לבין שלושת המחבלים וכולי. באשר לאישומים 2 עד 4 טוענת עוד המשיבה כי יש להתייחס למיקומים שבהם ניתנו הנאומים והזמן שבו ניתנו ולביטויים התומכים במפגעים. המשיבה טענה כי יש לבחון גם את מכלול הנסיבות, שאחת מהן היא גם זהות הנאום.

באשר לטענת המערער לפיה הדברים בהם תומך המערער בנאום נשוא האישום השלישי הם תכנים דתיים, קדושת המת, דברי אשכבה וכדומה טוענת המשיבה שתוכן הנאום הוא לא תפילה. התפילה מגיעה אחרי 4 דקות ו-11 שניות כאשר המערער לוקח קטע דתי ומפרש אותו עבור הציבור תוך שהוא מתייחס לעובדה שמי שחי למען ציות האל הוא

שמגן על ירושלים ומסגד אל אקצה וזאת בהקשר של אותם 3 מחבלים שביצעו את הפיגוע ובהלוויה שלהם הוא נושא את הנאום. באשר לטענת המערער בסעיף 90 להודעת הערעור ולאחריו לפיה המערער טוען שהתייחס לאותם אנשים כאנשים שביצעו פיגוע והוא רק אומר שהדת מאפשרת את זה נטען כי המערער הוא זה שבחר לאילו פסוקים להתייחס ובאילו מונחים להשתמש, באילו הקשרים ואיזו פרשנות אקטואלית ופוליטית לתת להם.

באשר לטענות המערער בנוגע לאישום הרביעי בדבר העריכה והקפיצות והקיטועים בקטע הווידאו טוענת המשיבה כי הקיטועים לא משנים כפי שקבע בימ"ש קמא ואין בהם חסר ממשי מכיוון שהמערער שם לוקח פסוק ומחלק אותו לחלקים ומסביר כל חלק ואין חלק חסר בנאום הזה. כמו כן נטען כי אין טענה קונקרטיית של המערער שאמר דברים שונים לחלוטין בקטע החסר.

בכל הנוגע לגזר הדין טוענת המשיבה שהעונש שהוטל לא חורג מחומרתו בהינתן הנסיבות המיוחדות של העושה והמעשה בתיק זה ולעובדה שהעונש כולל צבירה חלקית של עונש מותנה, הכל כפי שפורט בנימוקי גזר הדין. נטען כי בימ"ש קמא התייחס לדברים כסדרם, התייחס לכל אחד מהקריטריונים הרלוונטיים על פי החוק ומצא לנכון להתחשב בפגיעה של העונש במערער ומשפחתו, בתרומתו לחברה, בעובדה שלא נרשמה לחובתו הרשעה בשנים האחרונות ובחלוף הזמן. כן ציין באופן מפורש את התקופה הארוכה שבה שהה המערער בתנאי מעצר ואיזוק כנתון שיש להתחשב בו בעניין העונש מתוך הבנה שמדובר בשלילת חירותו של אדם והגבלתה באופן ניכר. נטען כי הטענה שהעונש של המערער חורג מכל עונש שהוטל לגבי יהודים שהורשעו בעבירות מסוג זה היא טענה בעלמא ולא הובא פסק דין אחד בנסיבות דומות שביסס את הטענה הזו. ביחס לתחולת התנאי טוענת המשיבה כי בימ"ש נימק באופן מפורט והתייחס לכך באריכות ואין מקום להתערב.

דין והכרעה בערעור:

לאחר ששקלתי את טענות הצדדים ועיינתי בתיק בימ"ש, בהכרעת הדין וגזר הדין, אציע לחברותי למותב לדחות את הערעור שכן לא מצאתי כי נפל בפסק דינו של בימ"ש קמא פגם המצדיק התערבות.

הערות כלליות בנוגע לנטען בפנינו במסגרת הערעור:

טענה השזורה בטענות הנאשם בערעור בפנינו היא כי מדובר בבסיס האישום בהגבלת חופש ביטוי ומניעת ביקורת כנגד החלטות הממשלה והעומד בראשה. נבהיר, בטרם נתייחס לטענות בפירוט, כי אין מדובר במקרה זה בכל הגבלה של חופש ביטוי אלא במניעת ואיסור הסתה ותמיכה בארגון טרור. זכותו של הנאשם, כמו כל אחד אחר, לבקר את הממשלה והעומד בראשה. ואולם אין לו כאדם, ובמיוחד כמנהיג בקהילתו, את הזכות להסית ולתמוך בפעולות טרור המנוגדות לחוק.

עבירות של הסתה ותמיכה בארגון טרור, המתייחסות לאמירות הנאמרות, הן אכן עבירות תלויות נסיבות הקשורות לעיתוי האמירה וזהות הדובר, כפי שהובהר בפסק הדין שניתן בפרשת בן חורין. הדבר נכון בכל עבירה שעניינה באמירה, ואף בשתיקה. אמירה, שהיא מעשה, ושתיקה, שהיא מחדל, יכולות להחשב בנסיבות מסוימות לעבירה, בעוד שבנסיבות

אחרות יחשבו כהבעת עמדה לגיטימית. בעניין זה קיימת חשיבות לנסיבות בהן נאמרים דברים, או שנמנעים מלומר דברים, ובזוהות הדמות הקשורה באותם דברים. אמירה של מנהיג הקורא לתמיכה בפעולת טרור, כמו גם שתיקה של מנהיג הרואה את צאן מרעיתו מבצע פעולת טרור או מסית כנגד המדינה ו/או ממלאי תפקידים מטעם המדינה, מהווה תמיכה בטרור ובמעשה והסתה. **המנהיג מודע לכך שהציבור הנושא אליו עיניו לומד מאמירותיו, כמו גם משתיקתו, על תמיכתו במעשה נפשע. ומכאן אחריותו, בין אם אמר במפורש דברי תמיכה ובין אם שתק, העלים עין ותמך במעשה מעצם ההימנעות מגינויו.**

בכל הנוגע לקיומו של "ארגון טרור" כמשמעו בחוק ולטענה כי התנועה האיסלמית שבראשה עומד המערער היא אינה עוד אירגון (בהעדר משרדים וכד') אלא בגדר של רעיון ואידיאולוגיה - ארגון טרור, מטבע הדברים, אינו מאופיין בסממנים של ארגון חוקי. אין לו כתובת, משרד רשום, תעודות חבר וכד'. ארגוני טרור פועלים, בארץ ובכל העולם, בצורה חשאית תוך הסתרת התשתית הארגונית, זהות החברים בארגון וכד' (כך למשל בארגונים דע"ש, אל קאעידה, בוקו חראם, באדר מינהוף וכד').

לא בכדי חוקק חוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016 "לתת בידי רשויות המדינה כלים מתאימים בתחום המשפט הפלילי הציבורי, לשם התמודדות עם איומי הטרור שבפניהם ניצבת מדינת ישראל, וזאת בשל ייחודה של תופעת פשיעה זו, הבא לידי ביטוי בעוצמת הפגיעה שלה מחד גיסא, ובקושי להיאבק בה בשל היקפה ומורכבותה מאידך גיסא." החוק נועד, בין היתר, ליצור הגדרות אחידות למונחים הקשורים במאבק בטרור, שהוגדרו בצורות שונות בדברי חקיקה קודמים ולהתאים את ההגדרות והכלים להתמודדות עם תופעות הטרור, לרבות בתשתית ביצועית וממונית של ארגוני הטרור, למציאות המתפתחת בתחומים אלו וכן לחקיקה במדינות זרות (בעיקר באנגליה ובאוסטרליה) ולאמנות בין-לאומיות [ראו בדברי ההסבר שבהצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015, פורסם בה"ח הממשלה תשע"ה 1067].

החוק החדש משלב אמצעים והליכים מינהליים בצד פרק שעניינו אכיפה פלילית. הכרזה על ארגון כארגון טרור או על אדם כפעיל טרור היא הכרזה מינהלית והביקורת השיפוטית עליה מסורה לבג"צ [ראו לעניין זה: בג"ץ 6897/95 כהנא נ' תת-ניצב קרויזר - קצין אג"מ, משטרת ישראל, פ"ד מט(4) 853, 859-860 (1995)]. ביצוע עבירות שונות הקשורות בארגון שהוכרז כארגון טרור או המאופיינות כפעילות טרור, מוסדר בפרק העונשין בחוק, הקובע עבירות, עונשים וכן הסדרים בנוגע לדיני הראיות ולהליכי המעצר [ראו לעניין מבנה החוק והאבחנה שבין הסוגיות המנהליות לפליליות בדברים שכתבתי בספר "מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית" (הוצאת נבו, תשע"ט - 2019) עמ' 341 - 349].

בהתאם, אין מקום לקבוע, במסגרת ההליך שבפנינו, האם סיווגו של ארגון התנועה האיסלמית כ"ארגון טרור" נעשה כדין או שלא כדין. עניין זה מסור לסמכותו של בג"צ במסגרת הליך מנהלי המעמיד תחת שבט הביקורת השיפוטית את החלטת הגורם המנהלי האמון על כך. עם זאת נעיר כי המערער עצמו מגדיר את תפקידו כמנהיג העומד בראשות התנועה. אמירותיו אלו בצד הטענה כי למעשה הארגון כלל אינו קיים כמסגרת, מהוות סתירה פנימית שאינה יכולה לעמוד. נוסף עוד כי קיומם של מאפייני ארגון חוקי, כגון משרדים וכד', אינם הרכיב המהותי בבחינת ההתנהגות העבריינית ככזו המאפיינת ארגון טרור, על המסוכנות הנובעת מכך [ראו: עע"מ 8342/02 בן גביר נ' מפכ"ל משטרת ישראל, פ"ד נז(1) 61].

מעבר לכך, לעיתים ארגון טרור הוא ארגון טרור מובהק שמטרות חבריו ביצוע פעולות טרור. במקרים רבים אחרים מדובר בארגונים שיש להם מטרות מעורבות, חלקן חוקיות וחלקן בלתי חוקיות, וכן בארגוני מעטפת המרכזים פעילות חוקית (כגון: חינוך, סעד וצדקה) בצד זיקה, קשר ותמיכה בארגון טרור או תנועה פוליטית שבבסיסה ארגון טרור [ראו לעניין זה: ליאת לבנון, **חברות בארגון טרור**, מחקר מדיניות 94 (הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012). יש גם פעילות שבמסגרת מעטפת אחת תחשב לפעילות חוקית, בעוד שבמעטפת אחרת תחשב כפעילות של תמיכה ועידוד לטרור [בש"פ 6552/05 **ראסם עבידאת ואח' נ' מדינת ישראל** (17.8.2005)]; עפ 4143/17 **מחמד עאבד נ' מדינת ישראל** (13.8.2018)]. העובדה שפעילות שלכאורה היא בגדר פעילות אזרחית לגיטימית יכולה בנסיבות אחרות להחשב כפעילות טרור או כתמיכה בפעילות טרור ידועה היטב למערער [בש"פ 7223/03 **שיח' ראיד בן סאלח מחאג'נה נ' מדינת ישראל** (18.8.2003)].

לאחר שהבהרתי עקרונות יסוד אלו, לדיון בסוגיה שבפנינו, אתיחס לטענות כפי שנטענו.

הערעור על הכרעת הדין בכל הנוגע לממצאים עובדתיים וקביעות מהימנות שקבע בימ"ש קמא:

הערעור כנגד הכרעת הדין נסב מלבד הסוגיות המשפטיות גם על ממצאים עובדתיים וקביעות מהימנות שקבע בימ"ש קמא במסגרת הכרעת הדין.

"מושכלות יסוד הן כי ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בממצאי מהימנות ועובדה שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. זאת, משום שערכאת הערעור חסרה את היכולת להתרשם, באופן בלתי אמצעי, מהעדים ומהראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא (ע"פ 3308/15 שמיאן נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (17.5.2018); ע"פ 4818/16 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (9.1.2018); ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (25.8.2016) (להלן: עניין ח'ליפה)). להלכה האמורה התגבשו ברבות הימים מספר חריגים, המאפשרים לערכאת הערעור לבחון מחדש ובאופן עצמאי את ממצאיה של הערכאה הדיונית. כך הוא הדבר, כאשר הכרעתה של הערכאה הדיונית מתבססת על ראיות בכתב, להבדיל מהתרשמותה הבלתי אמצעית מן העדים; כאשר ממצאי המהימנות שנקבעו מושתתים על שיקולים שבהיגיון ושל שכל ישר; כאשר דבק פגם ממשי באופן הערכת מהימנות העדים על ידי הערכאה הדיונית; או כאשר קיימות עובדות המצביעות על כי לא היה באפשרותה של הערכאה המבררת לקבוע את הממצאים שפורטו בהכרעת הדין (ע"פ 3776/17 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (2.5.2018); ע"פ 6162/16 דלו נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (4.2.2018) (להלן: עניין דלו); ע"פ 434/15 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (4.2.2016); ע"פ 4583/13 סך נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (21.9.2015))."

ע"פ 2589/15 פרדי וינוקורסקינ' מדינת ישראל (29.10.2018).

בענייננו, בימ"ש קמא התרשם ישירות ובאופן בלתי אמצעי מהעדים ומהראיות שהוצגו בפניו וקבע ממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות בהם מבקש המערער שביהמ"ש שלערעור יתערב. לא מצאתי כי מתקיים בענייננו חריג המצדיק התערבות בממצאים עובדתיים וממצאי מהימנות שקבע בימ"ש קמא.

טענות המערער בכל הנוגע לאישום הראשון לכתב האישום:

טענת המערער כי יש הבדל בין הגדרת "ארגון טרור" לפי חוק המאבק בטרור לבין ההגדרה בתקנות ההגנה וטענתו כי התנ"ס הוכרז כהתאחדות בלתי חוקית לפי תקנות ההגנה וכי סעיף 101 לחוק המאבק בטרור המתייג ארגונים שהוכרזו על פי תקנות ההגנה כארגוני טרור הוא לא חוקתי ופוגע בארגונים שאין כלום ביניהם ובין הפרופיל של ארגון טרור לפי חוק המאבק בטרור:

סעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור קובע כי "חבר בני אדם שהוכרז, לפני יום התחילה, שהוא ארגון טרוריסטי לפי סעיף 8 לפקודת מניעת טרור, התש"ח - 1948 (בסעיף זה - פקודת מניעת טרור) או שהוא התאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 84(1)(ב) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, יראו אותו כאילו הכריזו עליו בהכרזה קבועה שהוא ארגון טרור לפי סעיף 6 לחוק זה".

ניתן לראות מהוראת סעיף זה כי כפי שקבע בימ"ש קמא, המחוקק רצה לוודא שתתקיים רציפות של הדין הפלילי בין ביטול תקנות ההגנה להסדר החוקי החדש שניהג חוק המאבק בטרור. כפי שקבע בימ"ש קמא, גם אני אינני סבור כי ניתן ללמוד מהוראת החוק על ביטול האיסור הפלילי שהיה קיים ערב ביטול התקנות. יש לראות בתנ"ס כהתאחדות בלתי מותרת שהוכרזה כארגון טרור, זאת מכוח הוראת המעבר הקבועה בסעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור, שקובע כי יש לראות בחבר בני אדם אשר הוכרז לפני יום התחילה כהתאחדות בלתי מותרת לפי תקנות ההגנה, כאילו הכריזו עליו כארגון טרור לפי סעיף 6 לחוק המאבק בטרור.

כאמור, המערער טוען עוד כי סעיף 101 לחוק המאבק בטרור המתייג ארגונים שהוכרזו על פי תקנות ההגנה כארגוני טרור אינו חוקתי ופוגע בארגונים שאין כלום ביניהם ובין הפרופיל של ארגון טרור לפי חוק המאבק בטרור. בימ"ש קמא קבע לעניין זה כי אין לאפשר כעת תקיפה עקיפה לעניין זה בפני בימ"ש קמא. כן קבע בימ"ש קמא כי בשל ההסדר שהחוק קובע להשגה על הכרזת ארגון, כארגון טרור, ודרכי ההתמודדות שהוא מתווה, מוסיף וקובע החוק מניעה חוקית השוללת את סמכותן של הערכאות הדיוניות להיזקק לטענה מסוג זה (סעיף 19(א) לחוק המאבק בטרור).

סעיף 19 לחוק המאבק בטרור קובע כי :

"(א) בכל הליך משפטי, לרבות הליך משפטי לפי חוק זה, לא יזדקק בית משפט לטענה כי חבר בני אדם או אדם שהוכרז לפי הוראות פרק זה אינו ארגון טרור או פעיל טרור, לפי העניין, או לטענה שעניינה בטלותה של הכרזה על ארגון טרור או על פעיל טרור, וסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, לא יחול לעניין זה.

(ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכות בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, לפי סעיף 15(ג) ו-(ד) לחוק-יסוד: השפיטה".

לאור האמור בסעיף 19 הנ"ל סבורני כי בצדק קבע בימ"ש קמא כי אין מקום במסגרת הליך זה לדון כבשאלה שבגררא בתוקפה החוקית של הוראת סעיף 101 לחוק, שמכוחה נקבעה הכרזת ארגון התנ"ס כהתאחדות בלתי מותרת לאור



הסדר ספציפי לתקיפת העניין, הקבוע בחוק. אני סבור כי למעט מקרים חריגים, לא ראוי שערכאה דיונית תכריע בשאלת חוקתיותו של דבר חקיקה של הכנסת כעניין שבאגב-אורחא או בתקיפה עקיפה [ראו לעניין זה גם ת"פ (י-ם) 29121-07-17 **מדינת ישראל נ' נהאד זע'יר** (07/03/2018) והמקורות אליהם הפנה ביהמ"ש שם: "ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), פס' 138 לפסק-דינו של כב' השופט (כתוארו אז) מ' חשין; אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 332 (2004); זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים-הסמכות להכריז על אי חוקתיות החקיקה-למי?" משפטים כ"ח 239 (תשנ"ז); והשוו: המילה "רשאי" בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, העשויה ללמד על רכיב של שיקול-דעת שיפוטי בשאלת הפעלתה של סמכות נגרות במקרים מתאימים)]. כפי שציינ גם ביהמ"ש בת"פ (י-ם) 29121-07-17, עמדה זו מקבלת משנה תוקף בשים לב לסעיף 19 לחוק הקובע כי במסגרת כל הליך משפטי בית המשפט לא ייזקק מכוח סמכותו הנגרת לטענה כנגד תוקף הכרזה על אדם כפעיל טרור או על חבר בני אדם כארגון טרור לפי חוק המאבק לטרור, תוך שסעיף 19 מוסיף וקובע כי אין בכך כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק לדון בעניין. בהתאם ללשונו של סעיף 19 ובהתאם לרוחו ותכליתו של הסדר זה, אל לבית משפט זה להיזקק לסוגיה זו והיא מצויה בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. בנוסף, אין מחלוקת כי לפני בית משפט גבוה לצדק תלויה ועומדת כיום עתירה כנגד תוקפו החוקתי של סעיף 101 לחוק המאבק בטרור, הקבועה לדין בחודש יולי הקרוב, ובנסיבות אלו סבורני כי ההכרעה בסוגיה זו תינתן בבית המשפט הגבוה לצדק ואין מקום להיזקק לבחינה החוקתית ולהכריע בה במסגרת הליך זה. לכן, כל עוד לא הוחלט אחרת על ידי הערכאה השיפוטית העליונה שלפניה תלוי ועומד העניין, הנחת המוצא לגבי סעיף 101 לחוק המאבק בטרור היא כי חלה לגבי חזקת החוקתיות וכי מדובר בהוראת חוק תקפה שניתן להעמיד לדין פלילי בהתבסס עליה.**

כן הנני מקבל את טענת המשיבה כי בהתאם להוראות החוק הוועדה המייעצת היא ההליך החלופי שניתן לדון במסגרתו בעניין זה ויש למצות את ההליכים בעניין זה לפני הערכאה המתאימה שנקבעה בחוק. מן הראוי כי טענות בעניין תוקפה החוקתי של הוראת הסעיף יידונו בהליך המתאים ולא במסגרת הליך זה במסגרת תקיפה עקיפה.

עוד יצוין כי במסגרת ע"פ 3793/18 **פלוני נ' מדינת ישראל** (03/05/2020) נקבע כי אכן ההגדרה של "ארגון טרור" בחוק המאבק בטרור היא מצומצמת יותר משהייתה בחיקוקים קודמים, אך נקבע שם כי הכרזה על ארגון כארגון טרור אינה תנאי לאישום ולהרשעה בעבירות לפי חוק המאבק בטרור אלא היא כלי עזר ראייתי בלבד. על כן, העובדה שלא קדמה להגשת כתב האישום הכרזה על הארגון כ"ארגון טרוריסטי" בהתאם להגדרתו בחוק המאבק בטרור אינה שוללת את האפשרות להרשיע את הפעילים. פסק הדין שם התייחס להרשעה בעבירה של חברות בארגון טרור אך הדברים יפים גם לענייננו. עוד נקבע שם כי הכרזה כי חבר אנשים מסוים הינו ארגון טרוריסטי תשמש הוכחה לכך אלא אם יוכח ההיפך, ואולם פתוחה בפני התביעה האפשרות להוכיח, בדרכי ההוכחה הרגילות, כי חבר אנשים הינו ארגון טרוריסטי. כן צוין שם כי בדברי ההסבר להצעת החוק הובהר כי עצם טיבה של פעילות הארגון במטרה לקדם מעשי טרור מגדירה אותו כארגון טרור אף אם טרם הוכרז עליו וחלות עליו כל הוראות החוק הנוגעות ל"ארגון טרור" באשר הוא כזה. על כן, סבורני כי ניתן לקבוע כי גם אם הארגון שבנדון לא הוכרז כארגון טרור בהתאם להגדרתו בחוק המאבק בטרור, עדיין יש לקבל את טענת המשיבה כי עצם טיבה של הפעילות במטרה לקדם ולתמוך במעשי טרור מגדירה את העושים וחלות עליהם הוראות החוק הנוגעות לארגון טרור.

טענת המערער כי התנ"ס איננו עוד ארגון טרור ממשי וכי תמיכה רעיונית בארגון התנ"ס, שלא קיים כארגון

ממשי, אינה תמיכה בארגון טרור אלא שימוש לגיטימי בחופש הביטוי:

כפי שצוין במסגרת ע"פ 3793/18 הנ"ל בפסיקה "נקבע כי אין זה תנאי כי לארגון יהיה מבנה פורמלי, כפי שאין צורך להוכיח קיומה של היררכיה, ודרכי החברות בארגון יכולות להיות רבות ומגוונות (עניין מנקס, בעמ' 1952-1951; עניין ג'בארין, בעמ' 209-208; ת"פ (י-ם) 216/03 מדינת ישראל נ' זליגר, [פורסם בנבו] פסקה 3 (3.12.2004); ע"פ 645/05 זליגר נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (5.12.2006), להלן: עניין זליגר. כן ראו: עמנואל גרוס, מאבקה של דמוקרטיה בטרור - היבטים משפטיים ומוסריים 31 (תשס"ד); מנחם אמיר "ארגוני טרור וארגוני פשע מאורגן: הדמיון, השוני והקשר ביניהם" משטרה וחברה 5, 107 (2001); ליאת לבנון, חברות בארגון טרור (מחקר מדיניות 94, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 62-65, 2012)).".

כן נכתב שם, כאמור לעיל, כי עצם טיבה של פעילות במטרה לקדם מעשי טרור מגדירה חבר בני אדם כארגון טרור וחלות עליו כל הוראות החוק הנוגעות ל"ארגון טרור" באשר הוא כזה. על כן, סבורני כי אין לקבל טענות המערער כי תמיכה רעיונית בארגון התנ"ס, שאינו קיים כארגון ממשי, אינה תמיכה בארגון טרור אלא שימוש לגיטימי בחופש הביטוי.

כפי שקבע גם בימ"ש קמא בהכרעת הדין, ארגון התנ"ס על תורתו ועקרונותיו נמצאו על ידי שר הביטחון עוינים לביטחון המדינה. לכן תמיכה בעקרונות הארגון כמוה כתמיכה והזדהות בארגון זה ועולים לכדי עבירה לפי החוק. בימ"ש קמא קבע כי תכני הפרסומים המפורטים בכתב האישום מהווים בבירור תמיכה והזדהות עם ארגון הטרור שהוצא אל מחוץ לחוק.

בכל הנוגע לאישום הראשון לכתב האישום ולפרסום הנאום מיום 27/12/2015 נקבע כי הנאשם אישר בחקירתו כי הוא מודע היטב לאיסור להשתמש ולחתום בשם התנ"ס הואיל והיא הוצאה מחוץ לחוק, אך למרות זאת אישר כי חתם בשם התנועה שהוצאה מחוץ לחוק - ודי בכך כדי להביא להרשעה בעבירה המיוחסת לנאשם. כמו כן, בימ"ש קמא ציין כי הנאשם בנאומו אומר שהתנועה האסלאמית ממשיכה להתקיים ומדובר בדברים מפורשים אשר אינם מצריכים ביאור או פרשנות, אותם מדגיש וחוזר ומדגיש הנאשם, ואינם יכולים להתפרש אלא כתמיכה בתנועה האיסלאמית גופה שהוצאה מחוץ לחוק, ולא בעקרונות הדתיים האיסלאמיים. בימ"ש קמא קבע כי הנאשם בעצמו משתמש במלל "התנועה האיסלאמית". הוא מבהיר כי "הם הכריזו את הוצאת התנועה האיסלאמית מהחוק" ובזה הוא מכוון להכרזת המדינה על התנועה כהתאחדות בלתי מותרת. הנאשם מדגיש ומחדד את הימשכות חיותה של התנועה האיסלאמית, על אף הוצאתה מהחוק, ומוסיף וטוען בהתרסה לכוחות הביטחון "אם אתם גברים עם שרירים בואו תסגרו את הדלתות שלנו על מנת לסגור את מוסד חיראא, אנחנו ממשיכים לפי העקרונות שלנו". בימ"ש קמא קבע כי כל בר דעת השומע את דברי הנאשם שומע היטב כיצד הנאשם טוען בבירור כי למרות שהשלטון הכריז על הוצאת התנועה האסלאמית מהחוק התנועה קיימת ותמשיך להתקיים כתנועה. כאמור, בימ"ש קמא ציין כי הנאשם בנאומו לא מדבר על העקרונות הדתיים שמנחים את התנועה, אלא על הוצאת התנועה מחוץ לחוק, ודבריו מכוונים פעם אחר פעם לעניין זה, ולא לעניין אחר. נקבע שהנאשם אומר שהתנועה האסלאמית, על אף הוצאתה מהחוק, נשארה קיימת, לא רק בתודעה אלא גם בפועל. לאור האמור קבע בימ"ש קמא כי הוכחו העובדות המפורטות ביחס לפריט זה שבכתב האישום וכאמור אינני סבור כי יש להתערב בקביעתו של בימ"ש קמא לעניין זה.

בכל הנוגע לפרסום מיום 27/04/16 - קריאה לציבור המוסלמי להגיע לבית המשפט בירושלים שדן בסכסוך קרקעות



בקשר לבעלות על קרקע בה מצוי בית קברות מוסלמי - מציין בימ"ש קמא כי הנאשם חתם את הפרסום במילים "בתאריך 27.04.16 בכבוד, התנועה האיסלאמית בפנים הפלסטיני, השייח ראאד סאלח". בימ"ש קמא מציין כי לא הייתה שום הסתייגות של ההגנה לתרגום הטקסט שנשא/פרסם הנאשם, נשוא האישום. המאשימה טענה כי חתימת הנאשם על רשומה זו, לצד התנועה האיסלאמית, אינה יכולה להתפרש אחרת מאשר התייחסות לעניין ארגון התנועה האיסלאמית שהוצא מחוץ לחוק, וזאת בהינתן מעמדו של הנאשם בארגון זה, טרם הוצאתו מחוץ לחוק, וזהותו עם הארגון במשך שנים רבות. הנאשם טען כי גם כאן לא התכוון לתנועה האיסלאמית כארגון וכגוף משפטי נפרד, אלא לעקרונות האסלאם אשר הנחו את התנועה והם עדיין חיים וקיימים כחלק ממורשת האסלאם והאמונה הדתית. בימ"ש קמא קבע כי הנאשם, אשר מחה על מה שהוא תפס כתקיפת הריבונות האיסלאמית על בית הקברות, קרא לקהל צופיו ושומעיו ברשת הפייסבוק להגיע לבית המשפט תוך שנקב ביום ובשעה בהם יתקיים הדיון וביקש מהקהל להגיע בהמוניו. נקבע כי כמי שמוביל את המאבק ורצה שהוא יישא פרי, חתם הנאשם את הרשומה בשמו ובשם "התנועה האיסלאמית בפנים הפלסטיני" כאיש ציבור ידוע וכמנהיגו לשעבר של ארגון התנ"ס שהוצא מחוץ לחוק. כן נקבע כי תרגום הדברים, לרבות חתימת הנאשם, לא זו בלבד שלא היה במחלוקת, אלא הוא פשוט וברור ולא סובל פרשנויות לכאן ולכאן. כן ציין בימ"ש קמא כי הנאשם מסר בחקירתו בביהמ"ש שהוא שייך לפנים הפלסטיני והוא קרא לכל הערבים להירתם למאבק כנגד אותה חברה ישראלית אשר ביקשה להשתלט על בית הקברות ולצורך כך ביקש מהם להתייצב בביהמ"ש. נקבע כי טענותיו אלה של הנאשם מוסיפות ומחזקות את המסקנה הברורה שהוא חתם את שמו לצד התנועה האיסלאמית על מנת לשוות למאבקו, מאבק עקרוני מצד התנועה אותה הוא כביכול מייצג, כנגד מה שהוא תפס כתקיפת הריבונות הפלסטינית, על בית הקברות. נקבע כי הואיל ותנ"ס הוצאה מחוץ לחוק, דבריו אלה של הנאשם עולים כדי תמיכה אסורה בארגון. לכן נקבע כי הוכחו העובדות המפורטות ביחס לפריט זה שבכתב האישום המתוקן ואינני סבור כי יש להתערב בקביעתו של בימ"ש קמא לעניין זה.

באשר לפרסום מיום 05/04/16 - מאמר הנאשם "נתניהו והפרנויה", במסגרתו כתב הנאשם "ואנחנו נשארים כמו שאנחנו, והתנועה האיסלאמית נשארת וצומחת אחרי חסימתה, כמו שהייתה לפני חסימתה, ונשאר מעמד הראש שלה, כמו שהיה לפני החסימה, ואנחנו נשארים מחזיקים, בכל הוכחותינו האיסלאמית, הערבית, הפלסטינית, ואנחנו נשארים מנצחים, לכל ההוכחות האלה, ובראשה הניצחון על ירושלים, ומסגד אל אקצה המבורכים". בימ"ש קמא קבע כי המאמר מבקר את השלטון, ובמסגרתו טוען הנאשם כי הכיבוש הישראלי עבר משיגעון הטרור, תוך התרת דם של הפלסטינים ופגיעה במקומות הקדושים להם והמשך האיום על מסגד אל אקצה, לפרנויה ורצון להשמיד ולהשתלט על מקומות אלה, תוך זריעת הרס. לקראת סיום הנאום מציין הנאשם את העובדה שהתנ"ס "נשארת וצומחת אחרי חסימתה כמו שהייתה לפני חסימתה, ונשאר מעמד הראש שלה כמו שהיה לפני החסימה". בימ"ש קמא קבע כי לא מצא שהתרגום של התביעה שונה בתכלית מהמשמעות שההגנה מבקשת לתת לדברים וקבע כי תרגום המדינה הוא התרגום המשקף נכונה את הדברים שנשא הנאשם בנאומו. כן צוין כי גם אם נקבל את גרסת התרגום של ההגנה, הרי שהחלק החשוב בנאום נוגע לדבריו של הנאשם ביחס לתנועה האיסלאמית ולגבי עניין זה אין שום הערה או הסתייגות משמעותית. מדבריו של הנאשם, כפי שהם נשמעים וכפי שתורגמו, עולה ברורות כי הוא אומר דברים מפורשים בדבר היוותרות של התנועה האיסלאמית כגוף לגיטימי גם אחרי שהוצאה מחוץ לחוק. הנאשם מדגיש זאת כאשר אומר שהתנועה "נשארת וצומחת אחרי חסימתה, כמו שהייתה לפני החסימה", וכי מעמדו כראש התנועה האיסלאמית נותר בעינו "כמו שהיה לפני החסימה".

בימ"ש קמא קבע כי פשט הדברים, שאין עליו חולק, הוא שהנאשם גורס שהתנועה האיסלאמית, על אף שנחסמה והינה

התאחדות בלתי מותרת על פי החוק, נותרה גוף לגיטימי וראוי, ומעמדו כראש התנועה נותר אף הוא כפי שהיה לפני הוצאתה מחוץ לחוק ולא זו בלבד, אלא שהתנועה "צומחת אחרי חסימתה כמו שהייתה לפני החסימה". בימ"ש קמא לא קיבל טענת הנאשם כי כוונתו היא לתמיכה בעקרונותיה הדתיים של התנועה ולא לתמיכה ועידוד והכרה בתנועה כגוף שהוצא מחוץ לחוק. נקבע כי הדברים פשוטים וברורים ולא ניתן להוציא מקרא מפשוטו. הנאשם מבהיר שהתנועה, על אף שנחסמה, כלשונו, הינה קיימת ומתפקדת, כפי שהייתה לפני הוצאתה מחוץ לחוק ואף לגרסתו היא צומחת אחרי חסימתה. נקבע כי הנאשם אף מוסיף ומדגיש את היותו מוביל התנועה ומנהיגה ומציין כי אף דבר זה נותר ללא שינוי, כמו שהיה לפני החסימה, כלשונו. בימ"ש קמא קבע כי ברי כי הנאשם מבקש להבהיר לקהל שומעיו כי דבר לא קרה וכי הוצאת התנועה מחוץ לחוק או חסימתה, כפי שהוא הגדיר זאת בנאומו, לא שינה מהמציאות בה התנועה קיימת ותמשיך להתקיים חרף פעולות השלטון.

בימ"ש קמא קבע כי הנאשם ידע היטב כי התרגום של דבריו מדויק ולא בכדי התפתל על דוכן העדים בניסיונות לטעון כאילו דבריו לא הובנו או לא תורגמו נכון. בימ"ש קמא קבע כי אין יסוד לטענה זו, לא בחומר הראיות ולא בתרגום מטעם ההגנה. נקבע כי התחמקויות הנאשם וסירובו להשיב לשאלות ומתן תשובות לא ענייניות, תוך התחמקות ברורה מהנושא שנשאל, חרף הבהרות שהבהיר לו ביהמ"ש ופרקליטיו לכל אורך עדותו, כי להתנהגות זו יכול ותהיה נפקות משפטית לחובתו, מוסיפים ומחזקים את מסקנת בית המשפט אודות המגמתיות בעמדה הלא מהימנה שהביע הנאשם בהתייחסו לטקסט המתורגם שהוטח בפניו. לכן נקבע כי הוכחו העובדות המפורטות ביחס לפריט זה שבכתב האישום המתוקן ואינני סבור כי יש להתערב בקביעתו של בימ"ש קמא לעניין זה.

בסיכומי של דבר, אינני סבור כי יש להתערב בקביעותיו של בימ"ש קמא ביחס לאישום הראשון לפיהן על יסוד הממצאים שנקבעו ובהינתן יסודות העבירה המיוחסת לנאשם באישום זה יש לקבוע כי המדינה הוכיחה את יסודות העבירה המיוחסת לו - 3 עבירות של תמיכה בהתאחדות בלתי מותרת. כפי שקבע בימ"ש קמא, הפרסומים שנעשו בפומבי עולים כדי "מעשה של הזדהות עם ארגון טרור", הם נעשו בהקשר כולל ממנו עולה "תמיכה או אהדה" בארגון התנ"ס שהוצא מחוץ לחוק ומתוך "מטרה להזדהות עם ארגון טרור". לכן הורשע הנאשם בצדק במיוחס לו באישום הראשון.

טענות המערער בכל הנוגע לאישומים 2 - 4 לכתב האישום:

טענות המערער כי מתוכן הדברים המצוטטים בכתב האישום לא ניתן ללמוד כלל על הסתה לטרור וכי לא היה במסגד אל אקצא אירוע טרור:

כפי שקבע בימ"ש קמא לא ניתן לקבל טענות המערער כי מתוכן הדברים המצוטטים בכתב האישום לא ניתן ללמוד על הסתה לטרור. בכל הנוגע לאישומים 2 עד 4 ולשאלת עידוד ושבח המתעמתים והמפגעים בהר הבית, בהם יוחסו למערער עבירות של הסתה לטרור בנוגע לשלושה נאומים שנשא בתאריכים שונים, סמוכים זה לזה ביולי 2017, ציין בימ"ש קמא כי הנאשם לא חלק על כך שהוא זה שנשא את הנאומים הללו ועל החשיפה הציבורית להם זכו. הוא חלק על התרגום של חלק מדבריו, בנאומים השונים, וכן חלק על קיומו של פיגוע בהר הבית וטען כי לא הוכח קיומו של מעשה טרור שבעטיו הוא ליבה את היצרים, עודד או הסית את קהל שומעיו למעשה טרור.

כפי שציין בימ"ש קמא, היסוד העובדתי של העבירה של הסתה לטרור לפי סעיף 24(ב) לחוק המאבק בטרור מחייב פרסום המכיל "דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה או הזדהות עמו", דהיינו, כולל את נסיבות הפרסום על מאפייניו, תוך ציון העובדה שטמון בפרסום פוטנציאל הסתברותי בדמות "אפשרות ממשית" שיביא "לעשיית מעשה טרור". כן צוין כי "מעשה טרור" מוגדר בסעיף 2(א) ו-2(א) לחוק המאבק בטרור, בין היתר, כמעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כזה, אשר נעשה מתוך מניע "מדיני, דתי, לאומני או אידיאולוגי" או נעשה במטרה "לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת... לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה" ובמעשה עצמו ישנו "סיכון ממשי... לפגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו פגיעה חמורה בבטיחות הציבור...". צוין עוד כי הדרישה ההסתברותית שנקבעה על ידי המחוקק בהוראת סעיף 24(ב) לחוק בדבר קיומה של "אפשרות ממשית" שדברי השבח, אהדה או העידוד, יביאו למעשה טרור דומה לזו הנדרשת בסעיף 144ד(2) לחוק העונשין. צוין כי כדי לעמוד על היתכנותה ההסתברותי הבהיר ביהמ"ש העליון [כב' השופט נ. הנדל ברע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין (2011)] כי יש לבחון את הדברים כמכלול תוך דגש על מספר פרמטרים: "מי אמר" - מיהות המפרסם והדומיננטיות שלו; "מה אמר" - תוכן הפרסום, תכניו, האם יש בו דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור; "היכן נאמר" - הבמה התקשורתית בה בחר המפרסם לומר את הדברים; "עיתוי הפרסום" - האווירה השוררת אותה עת בציבור הרלוונטי; "היקף הציבור" - היקף הקבוצה הנחשפת לפרסום. עוד צוין כי נפסק כי הבחינה ההסתברותית של התממשות האפשרות למעשה אלימות אינה מבחן המופנה לקהל האדם הסביר "אלא גם לקהל שעשוי לכלול אנשים שאינם סבירים או נורמטיביים ולו בתקופה הרלוונטית לפרסום". צוין כי על דברים אלה של כב' השופט נ. הנדל הוסיפה כב' הנשיאה ד. בייניש (כתוארה דאז) כי "... נוכח עוצמת הסיכון הנשקפת מפרסום גזעני ומהסתה לטרור, מתחייב בעבירות אלה, מבחן הסתברותי ברמה נמוכה יותר, וזאת בהתחשב באופיו ועוצמתו של הסיכון". בימ"ש קמא צוין כי לצורך השתכללותה של עבירה אין דרישה לקיומה של "כוונה" מיוחדת, מדובר בעבירה התנהגותית ודי "בכוונה רגילה", דהיינו, די בכך שתוכח "מודעות" לטיב המעשה ולהתקיימות הנסיבות. כן צוין כי הודגש בפסיקת ביהמ"ש העליון כי "הרשימה שכלולה בתיבה "נסיבות" אינה סגורה, אלא פתוחה במכוון. מתפקידו של בית המשפט להתייחס למקרה שלפניו, על מכלול מאפייניו, כיחידה אחת, המורכבת מתת יחידות שונות. משקלה היחסי של נסיבה מסוימת, עשוי להשתנות, בראייה כוללת של הדברים, במקרה הקונקרטי".

באשר לשאלת הוכחת קיומו של פיגוע בהר הבית ציין בימ"ש קמא כי הימים הם ימים של מתיחות רבה בקרב הציבור המוסלמי, עקב הצבת גלאי מתכות במתחם הר הבית. ברקע הפרות סדר והתעמתויות בין המפגינים המוסלמיים הפוקדים את הר הבית, לבין כוחות הביטחון. בתאריך 14/07/17 במסגרת העימותים האמורים מצאו את מותם שני שוטרי מג"ב וכן שלושה תושבי אום אל פאחם. המדינה טענה כי הוכח קיומו של פיגוע ומכאן שדבריו של הנאשם המשבחים, בין היתר, את הפיגוע, מהווים עבירה של הסתה לטרור. מנגד ההגנה טענה שלא הובאו ראיות לכך שמדובר בפיגוע כלל ועיקר ולכן לשיטתה בהינתן כי הוכחת "מעשה טרור" הוא יסוד מיסודותיה של העבירה המיוחסת לנאשם, בכל אחד מהאישומים הנדונים, נשמט הבסיס לעבירות המיוחסות לנאשם. כן נטען על ידי ההגנה כי הנאשם עצמו וקהל שומעיו לא התייחסו לאירוע זה כאל פיגוע אלא הרג חפים מפשע בידי כוחות הביטחון על לא עוול בכפם (תושבי אום אל פאחם שנהרגו) וממילא הדברים שנשא הנאשם לאחר האירוע לא היו עידוד, תמיכה או אהדה עם הרוגי העימות האמור, ואין הם מבססים עבירה של הסתה לטרור. בימ"ש קמא פירט את הראיות שהביאה המדינה להוכחת קיומו של פיגוע וקבע כי הוכח דבר קיומו של פיגוע מראיות עצמאיות ואף מידיעה שיפוטית. גם לעניין זה סבורני כי אין מקום להתערב בקביעתו של בימ"ש קמא כי הוכח לפניו קיומו של פיגוע מראיות עצמאיות וגם מכוח ידיעה שיפוטית. בימ"ש קמא פירט את עדויות העדים אשר נחקרו והעידו כי מדובר בפיגוע, כגון העד עלא טוויל וארוסתו נור מסוודי ששיקפו, כפי שקבע בימ"ש קמא, תמונת מבט אותנטית למדי, המשקפת מיקרוקוסמוס של הבנת הציבור את דברי הנאשם,

בהתייחסותו לפיגוע בהר הבית כאירוע לגיטימי מחויב המציאות, שתכליתו הגנה מקודשת על מסגד אל אקצה, תוך שימוש בכוח ואלימות כחלק מהמחויבות הדתית מוסלמית לגונן על מקומות קדושים. גם טוויל וגם ארוסתו התייחסו בהודעותיהם במשטרה לאירוע כפיגוע ולמפגעים כמחבלים. בימ"ש קמא התרשם כי החוקר שגבה את הודעותיהם גבה ורשם את הדברים כהווייתם.

בימ"ש קמא קבע גם כי את מכלול הראיות העצמאיות-חיצוניות אלה המוכיחות את דבר הפיגוע מחזקת גם חקירת הנאשם. צוין כי הנאשם נחקר ומסר גרסה מפורטת ביחס לכל אחד מהנאומים שנשא ובין היתר התייחס לשאלת קיומו של פיגוע בהר הבית, שבמסגרתו נהרגו שני השוטרים ושלושת תושבי אום אל פאחם (הודעה מיום 18/08/17 שעה 08.28 - ת/א7). צוין כי הנאשם נשאל בתחילת חקירתו האם היה נוכח בהלווייתם של שלושת הצעירים אשר ביצעו את פעולת רצח השוטרים בירושלים והוא השיב "כולם יודעים שאני הייתי שם". הנאשם לא סתר את טענת החוקר ולא טען בשלב זה כנגד העובדה שמדובר ב"פעולת רצח השוטרים בירושלים". בהמשך דבריו אישר כי הוא זה שנשא את הדברים בהלוויה, לאחר שצפה בסרטון הווידאו המתעד את הנאשם שנשא, כשהוא אומר "מי שמדבר הוא אנוכי בהלוויית שלושת השאהידים מוחמד מוחמד ואיני זוכר בדיוק את התאריך". בהמשך חקירתו שוב נשאל "האם ייתכן שדרשתך זו הייתה ביום שישי 21 ביולי 2017 שבוע לאחר פעולת הרצח בירושלים ובערך שבוע לפני ההלוויה?" והנאשם השיב "ייתכן, איני זוכר את התאריך". גם כאן לא טען הנאשם בפני החוקר שלא מדובר בפעולת רצח. רק בשלב מתקדם יותר של החקירה כאשר נשאל הנאשם על 8 שאהידים באל אקצה טען הנאשם כי המילה "שאהיד" משקפת ציווי דתי רחב המוגבל לקוראן ולסונה, תוך שהוא נותן דוגמה מדברי הנביא מוחמד וטוען כי מי שטובע, נפגע בבטנו, נדקר, הינו "שאהיד", מי שנרצח ללא כספו, הרי הוא "שאהיד", ומי שמת ללא כבודו, הוא "שאהיד", וזאת בהסתמך על המשנה הנבואית, אותה מצטט הנאשם בחקירתו. עוד הוא מוסיף כי מי שנהרג על ידי כיבוש כלשהו נחשב אף הוא "שאהיד". בימ"ש קמא ציין כי גם בעדותו בבית המשפט כפר הנאשם בכך שמדובר בפיגוע וגרס כי כל מה שקרה באותו תאריך במסגד אל אקצה הוא שמע מכלי התקשורת וכי מדובר ב"שקרים של המשטרה הישראלית" וטען כי יש להקים וועדת חקירה ממלכתית אשר תחקור את העניין (ישיבה מיום 23/01/19 עמ' 215 שורות 8 - 19; עמ' 216 שורות 21 - 26; עמ' 217 שורות 1 - 3; עמ' 217 שורות 10 - 12).

בימ"ש קמא ציין כי הנאשם חזר באריכות רבה, לא אחת, בעדותו בבית המשפט על פירוש המילה "שאהיד" בשפה הערבית, תוך שהוא מציין את מקור המילה במורשת המוסלמית ומדגיש את חוסר ההבנה של המתרגמים מצד המדינה וניכר היה שנוח לו להתחמק עם הראיות (כך נכתב ע"י בימ"ש קמא), תוך שהוא מנסה לשוות לדברים הפשוטים העולים מהראיות צביון של רדיפה דתית אישית כלפיו. ברם, בחקירתו במשטרה, ניכר היטב כי הוא לא כפר עם תחילת חקירתו כי מדובר בפיגוע. כאשר החוקר פנה ושאל אותו שוב ושוב אודות "פעולת הרצח בירושלים" ולגבי "שלושת הצעירים שביצעו את הרצח בירושלים" השיב הנאשם שהיכולת הרטורית שלו גבוהה מאוד, מבלי שכפר ולו ברמז בטענה שהטיח בו החוקר, כי מדובר ברצח השוטרים. רק בשלב מתקדם יותר של החקירה, כאשר הבין שהחוקר מייחס לו דברי שבח ועידוד למעשה הטרור (רצח השוטרים), באמצעות המילה "שאהיד" נסוג הנאשם והחל נותן הסברים היסטוריים דתיים על משמעות המילה "שאהיד" וטען כי השלטונות הם שהרגו את השלושה ואין אמת בטענה כי השלושה ביצעו פיגוע ורצחו שוטרים. בימ"ש קמא ציין כי בעדותו בבית המשפט נקט בגישה דומה והתמקד במובן המילה "שאהיד" תוך מתן הסברים ארוכים אודותיה, מקורה, ונמנע מזיקה כלשהי בין מילה זו למי שמבצע פיגוע. בימ"ש קמא התרשם מעדותו של הנאשם כי הוא הבין היטב כי מדובר בפיגוע בהר הבית שביצעו השלושה והוא הבין זאת היטב בחקירתו. צוין כי הוא אף נטל חלק בהלוויית השלושה כדמות דתית וכמנהיג התנועה האסלאמית, כפי שהוא תופס את עצמו, על אף שהוצאה

מחוץ לחוק, ונשא דברים בשבח מעשי השלושה. צוין כי כאשר הבין הנאשם בחקירתו במשטרה כי החוקר חותר לקשור אותו לפיגוע, הוא בחר להסיט את הדיון והתמקד בפרשנות דבריו וכך גם עשה בעדותו בבית המשפט כאשר חקרה אותו התובעת, תוך הרצאת דברים היסטוריים-דתיים על המונח "שאהיד". נקבע כי אמנם אין בדבריו המפורשים של הנאשם בחקירתו כדי להצביע על הודאה מפורשת שלו בדבר קיומו של פיגוע והוא אף כפר בכך, אך יש בתשובותיו בחקירה כדי לחזק את הראיות שכן אלה נבחנות בראי יתר הראיות והשתלשלות העניינים.

בימ"ש קמא קבע כי העדויות הברורות שלעיל מצביעות בבירור על התרחשותו של פיגוע בהר הבית, אשר אף תרם לרצונו של טוויל לתכנן ביצוע פיגוע דקירה בת"א. כן נקבע כי הצדק עם המדינה כאשר היא גורסת כי מדובר באירוע משמעותי שאירע במדינה, אשר בקוויו הכלליים ידוע כפיגוע ירי והוא בבחינת ידיעה שיפוטית של בית המשפט. צוין כי הפסיקה מכירה עוד מקדמת דנא ועד ימינו אנו במציאות ביטחונית מוכרת וידועה או באירוע המטלטל את הציבור, שביית המשפט יכול להסתמך על קיומו בקוויו הכלליים מבלי לרדת פרטי פרטי העובדתיים. נקבע כי אירועי הר הבית טלטלו את המדינה וגרמו לסערה ציבורית, בית המשפט בתוך עמו הוא יושב פקוח עיניים, ואירוע כמו הפיגוע בהר הבית, מהסוג הנדון, בפרטיו הכלליים, באים בגדרה של ידיעתו השיפוטית, שכן מדובר במידע בסיסי המצוי בתחום ידיעתו של כל תושב המדינה, קל וחומר של אדם משכיל. לכן קבע בימ"ש קמא כי הוכחה העובדה הקבועה בכתב האישום כי עובר לנאומיו של הנאשם התרחש פיגוע ירי בהר הבית.

אינני סבור כי יש מקום להתערב בקביעתו של בימ"ש קמא כי מדובר בפיגוע. בימ"ש קמא ניתח בפירוט את עדויות העדים אשר הביאו למסקנה כי אף הנאשם עצמו והעדים טוויל וארוסתו התייחסו בתחילה לאירוע כפיגוע ולמבצעים כמחבלים. כמו כן, בימ"ש קמא היה רשאי להסתמך על ידיעה שיפוטית לעניין זה. כפי שציין בימ"ש קמא, בית המשפט בתוך עמו הוא יושב ואירוע מסוג זה בא בגדרה של ידיעה שיפוטית. בימ"ש קמא הסתמך גם על הראיות וגם על ידיעה שיפוטית כאשר קבע שהוכח קיומו של פיגוע ואינני סבור כי יש מקום להתערב בקביעה זו. לא ניתן גם לקבל טענת המערער כי בימ"ש קמא התייחס לאירוע כאל פיגוע מתחילת ההליך כאשר הוא טוען כי ראיה לכך כי בימ"ש קמא רשם בתחילת הכרעת הדין שאחד המחבלים אמר את אותו משפט לשוטר. מדובר בציטוט של עובדות כתב האישום בחלק הכללי ואין בסיס לטענה כי בשל אמרה זו בימ"ש קמא לא היה נייטרלי.

באשר לתוכן הנאומים והמחלוקות התרגומיות להן טוען המערער בכל הנוגע לאישומים 2 עד 4 התייחס בימ"ש קמא באריכות לדברים אלה. כפי שקבע בימ"ש קמא, אף אני סבור כי הדברים צריכים להיבחן בהתאם להקשר ולא על פי המילה עצמה ובחינת הדברים על רקע הנסיבות מוכיחים ללא צל של ספק שהעבירות בוצעו והדברים של המערער כווננו לברך ולשבח גם את המתעמתים עם כוחות הביטחון וגם את מבצעי הפיגוע. בימ"ש קמא התייחס בפירוט ובאריכות לטענות המערער בדבר תוכן הנאומים והמחלוקות התרגומיות וקבע שטענותיו של המערער אינן מתיישבות עם הטקסט או מציאות הדברים כפי שהיא באה לידי ביטוי בראיות שהובאו בפניו, אשר התייחסו לעימותים אלימים שהתרחשו באותה תקופה סביב המתחם. יצוין כי בימ"ש קמא קבע בקשר לביטויים שבמחלוקת שגם אם נקבל את הפירוש שהציג המערער זה לא ישנה את המשמעות הכוללת של הדברים והוא מפנה לתוכן הכולל של הנאום, להתבטאויות אחרות של המערער בנאום, לקריאות שהן רלוונטיות לאלמות, לזיקה שהמערער יצר בין אלה שהתעמתו עם כוחות הביטחון לבין שלושת המחבלים וכולי.

באשר לאישומים 2 עד 4 סבורני, כפי שקבע גם בימ"ש קמא, כי אין בטענות שהעלה המערער בדבר תוכן הנאומים והמחלוקות התרגומיות כדי לשנות את המשמעות הכוללת של הדברים. אני סבור, כפי שסבר גם בימ"ש קמא, כי יש להתייחס למיקומים שבהם ניתנו הנאומים והזמן שבו ניתנו ולביטויים התומכים במפגעים. כפי שטענה המשיבה, יש לבחון את מכלול הנסיבות, שאחת מהן היא גם זהות הנואם.

כפי שציין גם בימ"ש קמא כאשר מדובר במנהיג הנושא נאום משלהב באותן נסיבות שאליהן מתייחס כתב האישום, כאשר ההקשר הכולל של הדברים הוא עידוד וקריאה לציבור הפלסטיני להתעמת אל מול כוחות הביטחון שאותם מכנה הנאשם בנאומו "כוחות הכיבוש הישראלי", וכאשר המערער מדבר על זכותם הניצחת של המוסלמים להחזיק בהר הבית וטוען בהמשך הדברים שאך להם שמורה הזכות לשמירת הסדר בהר הבית, כאשר המערער אומר בנאומו "ברוח, בדם, נפדה אותך אל אקצה" וזאת לאחר פיגוע הירי וניכרת בדבריו, כפי שקבע בימ"ש קמא, "הרוח הגבית" שהוא מבקש ליתן לקהל שומעיו להמשיך במאבק ובהתעמתות תוך שהוא מדגיש את הזכות ההיסטורית דתית של המוסלמים לאחוז בכוח במקום קדוש ומשבח את הגברים והנשים העושים כן, אין משמעות לניסיון של ההגנה לדקדק במילים מסוימות ומילים אלו אינן משנות את המשמעות הכוללת של הדברים. כפי שקבע בימ"ש קמא, ברור לחלוטין מהנאומים שנשא המערער שהוא קורא ומעודד את הציבור להמשיך ולהתמודד באופן אקטיבי ולא פאסיבי, תוך קריאה להתעמתות עם כוחות הביטחון, דבר אשר מיוסד לשיטתו על מסורת עתיקת ימים של קיום הריבאט. כמו כן, כפי שקבע בימ"ש קמא, על רקע זה קרא הנאשם את הקריאה הידועה "ברוח, בדם, נפדה אותך אל אקצה" המבטאת על פי משמעותה המילולית נכונות הקרבה עצמית, פיידיון של מקום קדוש (אל אקצה), באמצעות רוחו ודמו של אדם. כפי שציין בימ"ש קמא, בהקשר הנוכחי קריאה זו התלוותה לעידוד האלים אותו עודד המערער, אשר התבטא לפי חומר הראיות בהפרות סדר והתעמתות פיזית המונית במתחם הר הבית עם כוחות הביטחון.

בימ"ש קמא ציין כי ביהמ"ש העליון הבהיר כי בפירוש הדברים אין להיזקק להגדרות מילוניות בתנאי מעבדה אלא יש להתרשם ממכלול הדברים כיצד הם התקבלו בזירה בה נשא הדובר את דבריו, באוזני הקהל המשולהב, בזמן אמת. כפי שציין בימ"ש קמא וכפי שקבע ביהמ"ש העליון ברע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' מיכאל בן חורין** (26/12/2011), אליו הפנה בימ"ש קמא, העוסק בעבירות של הסתה לעשיית מעשה אלימות או טרור, המבחן הוא תוכנו של הפרסום והנסיבות בהן פורסם. מיהות המפרסם והאווירה השוררת בציבור הם נתונים חשובים, כמו גם סוג האלימות שבה מדובר, היקף הקבוצה החשופה לאותה אלימות, היקף הפרסום וקהל היעד שלו, הקשר הפרסום, המקום שלו והמדיום שבו נעשה שימוש. יש לשאול בין היתר מי אמר, מה נאמר, היכן נאמר, באיזה אופן נאמר, למי נאמר ובאיזו מסגרת נאמר. יש לתת את הדעת למהות הפרסום ואופיו: קריאה, דברי שבח, אהדה, עידוד, תמיכה או הזדהות [רע"פ 2533/10 הנ"ל].

גם במסגרת רע"פ 7669/15 **ראד סלאח מחאג'נה נ' מדינת ישראל** (18.04.2016), שם טען המערער שבפנינו טענות דומות כנגד הרשעתו בעבירה של הסתה לעשיית מעשה אלימות או טרור, נקבע כי המערער הוא דמות מוכרת בקרב הציבור הערבי ובעל השפעה, אשר נשא דברים בפני המון זועם, בתקופה שבה הרחובות געשו. כפי שנקבע שם, סבורני כי גם במקרים הנדונים במסגרת תיק זה, דבריו מקשים לטעות באשר לתכליתם ונהיר לכל בר דעת שלא בדיון תיאורטי עסקינן אלא בקריאה להלכה למעשה. שילוב תוכן הדברים עם הנסיבות יש בו כדי לקיים את הדרישה של אפשרות ממשית כי דבריו יובילו לאלימות או טרור.

על כן, בנסיבות העניין, בצדק נקבע כי תוכנם של הדברים, כפי שפורטו בהרחבה על ידי בימ"ש קמא, הנסיבות בהן הם נאמרו בפני קהל משולהב, תגובת השומעים, כפי שהדברים עולים מהסרטון וחומר הראיות, כל אלה מלמדים על דברי

שבח, אהדה ועידוד למעשה שלושת המפגעים, שהוא מעשה טרור ולקיומה של אפשרות ממשית לביצוע מעשה אלים ופוגעני. נקבע כי ביטוי והוכחה ברורה לכך הינה העובדה כי עלאא טוויל החליט, בין היתר, בעקבות הנאום ששמע, להפוך מחשבה למציאות. ארוסתו נור חיזקה את המשמעות המסיתה העולה מהדברים שנשא הנאשם והדגישה כי הנאשם נשא דברים בשבח הפיגוע שביצעו שלושת המפגעים ובזכות ההתעמתות האלימה עם כוחות הביטחון, כשדבריו נסמכים על בסיס דתי והצורך להגן על המסגד. כמובן שזהות נושא הדברים, המערער שהינו ראש התנועה לשעבר, גם אם אינה קיימת עוד, הינה חשובה לעניין זה. כך גם נסיבות נשיאת הנאומים, באיזה אופן נאמרו הדברים, למי נאמרו ובאיזו מסגרת. כל הנתונים הללו מביאים בענייננו למסקנה כי מדובר בהסתה לטרור. על כן, כאמור, אינני סבור כי יש להתערב בקביעותיו של בימ"ש קמא לעניין זה ואין להתערב בהרשעת המערער גם בעבירות הסתה לטרור.

בכל הנוגע לזכות לחופש הביטוי, כפי שהודגש לא פעם, חופש הביטוי אינו ניצב בדד וקיימים חריגים הראויים לחקירה פלילית [רע"פ 7669/15 הנ"ל]. במקרה שבנדון מדובר בחציית גבולות חופש הביטוי הלגיטימי, כפי שקבע בימ"ש קמא, ואין מקום להתערב בקביעותיו.

טענות המערער באשר לאישום הרביעי לגביו נטען כי מדובר בנאום כלשהו המיוחס למערער מיום 27.7.17, שלא ידוע מי צילם אותו ומי ערך אותו, מי העלה אותו לאינטרנט, מה היה בפרטיו החסרים, והמערער סירב בבימ"ש קמא להתייחס לתוכנו:

בכל הנוגע לאישום מס' 4 והנאום שנשא הנאשם ביום 28/07/17 במגרש הכדורגל באום אל פאחם בפני ציבור רחב (ת/21; ת/33; ת/37), נאום שצולם ותועד בפייסבוק של אחד העיתונאים, ציין בימ"ש קמא כי הסרטון המתעד את הנאום הוגש כראיה לבית המשפט (ת/26א) ותורגם על ידי רפ"ק רפי נוריאל (ת/15א). בימ"ש קמא ציין כי הנאום נישא על ידי הנאשם יום למחרת הסרת גלאי המתכות ממתחם הר הבית. כן צוין כי הסרטון מתחיל כאשר הנאשם כבר נושא דברים ולכן נראה כי לא צולם מראשית הנאום. בנוסף, במהלך הצפייה בסרטון ישנה קפיצה (מקטע) במהלך הנאום. בימ"ש קמא מנתח את דברי הנאשם בנאום זה ומציין כי גדר המחלוקת בנוגע לאישום הרביעי נוגעת למהימנות הראיה שמכוחה בוצע התרגום, קרי, סרטון הווידאו. ההגנה טענה כי ביהמ"ש לא יכול להשתית ממצא כלשהו אודות הנאום החסר (בשל המחסור בתחילת הנאום ומקטע באמצע), בהעדר יכולת לבחון את הדברים מתחילתם לתומם. כן טענה ההגנה לטעויות בתרגום.

בימ"ש קמא קבע כי תיקוני התרגום שביקשה ההגנה אינם מהותיים ואינם משנים את תוכן הנאום עד כדי שינוי משמעות הדברים העולה ממנו. נקבע כי התרגום שהניחה המדינה בפני ביהמ"ש משקף נכונה את משמעות הדברים. כן נקבע כי מדובר בנאום ניצחון שנשא הנאשם יום למחרת שהסירו כוחות הביטחון את גלאי המתכות שהציבו בהר הבית ואשר בא לשבח את הכוחות בשטח שהתעמתו עם כוחות הביטחון. נקבע כי דברי הנאשם, הנאמרים על רקע אידיאולוגי - דתי, בנסיבות האלה, אינם אלא דברי שבח, תמיכה ואהדה לאותם אלה אשר התעמתו פיזית עם כוחות הביטחון ובמיוחד לאותם שלושת המפגעים שלפי דברי הנאשם שפכו את דמם במסגרת הקרבה מקודשת זו. נקבע כי פירוש הדברים לו גורס הנאשם הוא במקרה הטוב מיתמם, אינו מתיישב עם מכלול הראיות הכתובות והוויזואליות, אשר מסתמכות על מוצא שפתיו של הנאשם עצמו. כן נקבע כי אין בטענות ההגנה בדבר אי צילום הנאום מתחילתו וה"קפיצות" בסרטון כדי להפקיע את התוכן המסית שיש בדברי הנאשם. נקבע כי ראוי היה להביא את כל הנאום מתחילתו באופן רציף אך אין

לומר כי הסרטון אינו משקף את תוכן דבריו של הנאשם, המכילים תכנים מסיתים. עוד נקבע כי בשל מיהותו של הנאשם, תוכן דבריו, עיתויים, היקף הקהל שנחשף אליהם והאווירה ששררה אותה עת, טומנים הדברים היתכנות הסתברותית גבוהה וסיכון ממשי לביצוע מעשי אלימות. על כן, נקבע כי הוכחו העובדות המפורטות ביחס לפריט זה שבכתב האישום המתוקן.

אינני סבור כי יש להתערב בקביעותיו של בימ"ש קמא לגבי הנאום המיוחס למערער באישום הרביעי. כפי שקבע בימ"ש קמא, טענותיו של המערער אינן מתיישבות עם תוכן הדברים ומכלול הנסיבות. אין מקום להתערב בקביעה כי הסרטון משקף את תוכן דבריו של המערער, המכילים תכנים מסיתים ובשל מיהותו של המערער, תוכן דבריו, עיתויים, היקף הקהל שנחשף אליהם והאווירה ששררה אותה עת, טומנים הדברים היתכנות הסתברותית גבוהה וסיכון ממשי לביצוע מעשי אלימות או טרור. המערער אף אינו מציג טענה קונקרטיית או תוכן חלופי לדברים. לכן אינני סבור כי יש מקום להתערב בקביעתו של בימ"ש קמא כי יש להרשיע את המערער גם בפריט זה לכתב האישום המתוקן.

סיכום לעניין הערעור על הכרעת הדין:

אני סבור כי לא נפל בהכרעת הדין של בימ"ש קמא פגם המצדיק את התערבות ערכאת הערעור. לא מצאתי כי יש מקום להתערב בקביעות העובדתיות או המשפטיות של בית משפט קמא ולזכות את המערער מן העבירות שבהן הורשע. ביחס לכל האישומים סבורני, כפי שקבע בימ"ש קמא, כי לאור חומר הראיות והנימוקים המפורטים לעיל הוכחו כל יסודות העבירות שיוחסו למערער בכתב האישום המתוקן.

ערעור המערער על גזר הדין:

בבואנו לדון בערעור על גזר הדין, אנו נותנים דעתנו לכך שערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בחומרת העונש שהושת על נאשם, אלא במקרים חריגים, שבהם נפלה בגזר הדין טעות מהותית או שיש בעונש שנגזר משום חריגה קיצונית מרמת הענישה המקובלת [ראו ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל פסקה 7 (3.2.1998)]; ע"פ 6992/08 כץ נ' מדינת ישראל פסקה 17 (12.10.2009); ע"פ 1964/14 הנ"ל]. המקרה דנן אינו נמנה על מקרים חריגים אלה.

לא מצאתי במקרה זה כי יש מקום להתערב בעונש שנגזר על המערער. אינני סבור כי מדובר במקרה חריג או כי נפלה בגזר הדין טעות מהותית. בימ"ש קמא התחשב בכל השיקולים הרלוונטיים ואף בשיקולים לטובתו של המערער כגון הפגיעה של הענישה במערער ומשפחתו, תרומתו לקהילה והזמן שחלף ומעצרו הממושך של המערער בתנאים מגבילים ומקרה זה אינו נמנה על המקרים החריגים המצדיקים התערבות. מדובר במעשים חמורים ואין צורך להכביר מילים בדבר חומרת המעשים והעבירות בהן הורשע המערער, מעשים הטומנים בחובם סכנה לשלום הציבור ותמיכה בעמדות קיצוניות, בדרכי אלימות ובפעולות המערערות את סדרי המשטר הדמוקרטי. כפי שצוין בע"פ 3793/18 הנ"ל וכן ברע"פ 7669/15 הנ"ל, נקבעה בפסיקה מדיניות ענישה מחמירה בעבירות הנעברות על רקע אידיאולוגי - לאומני, לפיה נדחים ככלל שיקולי ענישה אחרים ובהם נסיבות אישיות ושיקולי שיקום, מפני שיקולי ההגנה על שלום הציבור וביטחוננו ושיקולי הרתעת היחיד והרבים. במיוחד יפים הדברים כאשר מדובר במי שהוא מנהיג רוחני ודתי רב השפעה [רע"פ 7669/15].

בסיכומו של דבר, אינני סבור כי העונש שהוטל על המערער הוא חמור יתר על המידה וכאמור העונש שהוטל מגלם גם התחשבות בנסיבותיו האישיות של המערער ובתקופה הארוכה בה שהה בתנאי מעצר ואיזוק תוך שלילת חירותו והגבלתה באופן ניכר, כפי שפורט בגזר הדין של בימ"ש קמא. על כן, אינני סבור כי יש מקום להתערב בגזר הדין.

סיכום:

בסיכומו של דבר אציע לדחות את הערעור על כל חלקיו. לא מצאתי מקום להתערב בהכרעת הדין או בגזר הדין של בימ"ש קמא.

רון שפירא, נשיא [אב"ד]

השופטת תמר נאות-פרי:

אף אני בדעה כי יש לדחות את הערעור על כל חלקיו, ואבקש להוסיף את ההערות הבאות.

לגבי האישום הראשון -

1. המערער הורשע באישום זה בעבירה של תמיכה בהתאחדות בלתי מותרת - עבירה לפי סעיפים 185(1)+185(2)(ו) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: "תקנות ההגנה"), אשר הוחלפו על ידי סעיף 24(א)(1) בחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016 (להלן: "חוק המאבק בטרור").
2. סעיף 24(א)(1) לחוק המאבק בטרור, מגדיר כעבירה "הזדהות, תמיכה או אהדה" כלפי "ארגון טרור". ההגדרה של "ארגון טרור", מופיעה בסעיף ההגדרות (סעיף 2) של חוק המאבק בטרור, ובהמשך - סעיף 6 לחוק זה מסדיר מהו המנגנון של ההכרזה על ארגון פלוני כעל "ארגון טרור". בנוסף, בהתאם לסעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור, כל ארגון שהוכרז כ"התאחדות בלתי מותרת", לפי תקנות ההגנה, יראו אותו כאילו הוכרז כארגון טרור, גם לפי חוק המאבק בטרור. משמע, שארגון שהיה "ברשימה" של הארגונים האסורים לפני כניסתו לתוקף של חוק המאבק בטרור, עובר אוטומטית ל"רשימה" של ארגוני הטרור לפי החוק.
3. התנועה האסלאמית הוכרזה כ"התאחדות בלתי מותרת" בשנת 2015, ועל כן, לשיטת המשיבה - נחשבת כ"ארגון טרור" לפי חוק המאבק בטרור החל משנת 2016, וכך - הוגש כתב האישום כנגד המערער, המייחס לו הבעת תמיכה בתנועה האסלאמית.
4. הטענה הראשונה של המערער לגבי האישום הראשון הייתה שלא קיים אותו "מעבר אוטומטי" בין "הרשימה האסורה" לפני חוק המאבק בטרור לבין "הרשימה" שלאחריו, וכי קיים "פער חקיקתי" בנקודת התפר שבין

תקנות ההגנה לבין חוק המאבק בטרור. אני מצטרפת לאמור מעלה לגבי דחיית טענה זו, שכן חוק המאבק בטרור בבירור מורה על רצף, כך שלא ישאר פרק זמן שבו ארגון מסוים יצא מהוראות תקנות ההגנה וטרם יכנס אל תוך ההגדרות המתאימות בחוק המאבק בטרור, וראו - בין היתר - את סעיף 100 לחוק, הקובע כי תקנות ההגנה יבוטלו רק שלושה חודשים אחרי כניסתו לתוקף של חוק המאבק בטרור.

5. הטענה השנייה של המערער הייתה שסעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור, המורה על "ההכרזה האוטומטית", והמעבר המובנה הקבוע בחוק מ"הרשימה הקודמת" אל ה"רשימה החדשה" - הינו סעיף בלתי חוקי, בהיותו גורף, ויש להורות על בטלותו, ולמצער - על זיכוי מעבירה המתבססת עליו. אף טענה זו יש לדחות, שכן הדיון בבית המשפט השלום בתיק הפלילי הנוכחי אינו המסגרת הראויה לדיון חוקתי בדרישה להורות על ביטול סעיף בחוק המאבק בטרור, וזאת כאשר המסגרת הראויה הינה בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ, והראיה היא שכבר הוגשו עתירות לבג"צ הכוללות את הטענה האמורה (ביחד עם טענות נוספות). לכן, אין מקום להתערב בהחלטה קמא שלא לאפשר תקיפה עקיפה של סעיף 101(א) במסגרת ההליך קמא.

6. בנוסף, אף אם ניתן היה להעלות טענות לגבי חוקיותו של סעיף 101(א) במסגרת ההליך קמא, מן הראוי היה להעלותן בהקשר הספציפי של התנועה האסלאמית ובהקשר הרלבנטי לתיק הפלילי הנוכחי (שהרי טענה עקרונית חוקתית לגבי הסעיף באופן כללי, בוודאי שאינה מאפשרת או מצדיקה תקיפה עקיפה). כלומר, שהיה צריך לטעון באופן ממוקד וקונקרטי שההכרזה "האוטומטית" בהתייחס לתנועה האסלאמית אינה ראויה, וכי העובדה שהיא הייתה ב"רשימת" ההתאחדויות הבלתי מותרות משנת 2015 אינה מצדיקה לכלול אותה ברשימת ארגוני הטרור לאחר שנת 2016.

אלא מאי? שטענה שכזו - לגבי מהותה של התנועה האסלאמית, פעילותה ומטרותיה - יכולה להתברר רק בהתאם למנגנון הקבוע בחוק המאבק בטרור, המסדיר את האפשרות להגיש בקשה לביטול הכרזה אודות היותו של ארגון מסוים בבחינת "ארגון טרור", ואף מסדיר את פועלה של הוועדה המייעצת, אשר בפני ניתן להעלות טענות בדבר ביטול הכרזה כאמור. במיוחד יש לתת את הדעת לסעיף 19 לחוק המאבק בטרור הקובע באופן מפורש כי בכל הליך משפטי "לא יזדקק בית משפט לטענה כי חבר בני אדם או אדם שהוכרז לפי הוראות פרק זה אינו ארגון טרור ... או לטענה שעניינה בטלותה של הכרזה על ארגון טרור ... וסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, לא יחול לעניין זה". כלומר, שהוראות חוק המאבק בטרור שוללות במפורש את האפשרות לבקש להורות על ביטול הכרזה במסגרת הליך פלילי כגון ההליך קמא והדרך היחידה היא עתירה לבג"ץ (כפי שהוגשה, ומתבררת בימים אלו). משכך, ובהיעדר אפשרות לברר במסגרת ההליך קמא נקודתית אם הייתה פגיעה בתנועה האסלאמית עקב יישומו של סעיף 101(א) לחוק המאבק בטרור לגביה - בוודאי שלא היה כל מקום לתקיפה עקיפה של עצם חוקיותו של סעיף 101(א) במסגרת פסק הדין קמא.

בהערת אגב רק אוסיף כי אינני בטוחה ממילא שיש לקבל את הטענה לגבי אי חוקיותו של סעיף 101(א) המחייבת את בטלותו, וזאת נוכח קיומם של המנגנונים המוזכרים מעלה, המאפשרים ביטול הכרזה, ואשר מאזנים במובן מסוים את הליך "ההכרזה הגורפת" עליה מורה סעיף זה.

7. הטענה השלישית שהעלה המערער הייתה כי לא ניתן להרשיעו בתמיכה בתנועה האסלאמית היות והתנועה האסלאמית חדלה מלהתקיים לאחר הכרזתה כהתאחדות בלתי מותרת. אף טענה זו נדחתה בפסק הדין קמא - ובצדק. ראשית, שעה שהמערער עצמו פועל להחיות את התנועה האסלאמית, פועל ברצף כשליח של התנועה האסלאמית וטוען בהתבטאויותיו כי התנועה האסלאמית "חיה וקיימת" ותמשיך להתקיים בעתיד - אזי שהטיעון מטעמו מגלם סתירה פנימית, ודי בכך כדי להביא לדחייתו. שנית, לא הוכח כי התנועה האסלאמית "חדלה מלהתקיים", כפי שטוען המערער. שעה שמהראיות עולה שהוא מקיים פעילות תחת התנועה האסלאמית, חותם על מסמכים בשמה

ומזכיר אותה ואת פועלה בנאומיו - הנטל עובר אל שכמו להראות כי היא "אינה קיימת עוד".

8. הטענה הרביעית של המערער בהקשר זה הייתה כי אי אפשר להוציא אל מחוץ לחוק רעיונות, כגון השאיפה לשמור על המקומות הקדושים לאסלאם ובראשם מסגד אל-אקצא וכגון הרעיונות האסלאמיים הנוספים אשר מהווים את יסודותיה של התנועה האסלאמית. כלומר, שלא ניתן להגדיר כ"לא חוקית" תמיכה ברעיונות, אלא רק פעילות פיזית במסגרת ארגון מסוים; ובהתייחס למערער - הרי שהוא לא תמך בפעילות קונקרטיה מוחשית של התנועה האסלאמית אלא רק ברעיונות שלה, אשר אף הוא שותף להם - והיות והדבר לא יכול לעלות כדי עבירה פלילית, יש לזכותו. אף טענה זו יש לדחות. מקדמית, כפי שטוענת המשיבה, הטענה ככזו לא נטענה בבית המשפט קמא. שנית, הטענה שובת לב במבט ראשון, אלא שהמערער לא הביע "רק" אהדה או תמיכה או הזדהות עם עקרונות האסלאם או עם השאיפה לשמור על מסגד אל-אקצא, אלא הביע תמיכה והזדהות ברורות, מפורשות ונחרצות בתנועה האסלאמית עצמה, כתנועה, ואין צורך לחזור על הציטוטים הנסקרים מעלה בהרחבה. זאת ועוד. ברור כי הוראות חוק המאבק בטרור לא נועדו להוציא אל מחוץ לחוק את דת האסלאם או את עקרונות האמונה האסלאמית, וכל הטענות אשר הועלו במישור זה אינן מן העניין - ודין דחייה.

לגבי האישום השני עד הרביעי -

9. כאן, המערער הורשע בשלוש עבירות של הסתה לטרור לפי סעיף 24(ב)(2) לחוק המאבק בטרור, המתייחס למי אשר: "מפרסם דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה או הזדהות עמו, ועל פי תוכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה טרור." משמע, שיש להוכיח שלושה רכיבים - (1) פרסום דברי שבח, אהדה או עידוד; (2) אשר מתייחסים ל"מעשה טרור"; ו-(3) כי יש בדברים שפורסמו כדי להביא לעשיית מעשי טרור ברמה של "אפשרות ממשית".

10. נתחיל דווקא בדיון לגבי הרכיב השני. טענת המשיבה הייתה כי האמירות של המערער המפורטות באישומים 2-4 מתייחסות ל"מעשה טרור", שבוצע ביום 14.7.2017, עת שלושה תושבים מאום אלפאחם (בסיוע של רביעי), הגיעו למסגד אל-אקצא, הכניסו כלי נשק לשטח המסגד, פתחו בירי לעבר כוחות הביטחון אשר במקום, גרמו למותם של רס"מ האיל סתאוי ז"ל ורס"מ כמיל שנאן ז"ל ולפציעת נוספים, ולאחר מכן - נורו השלושה (להלן: "**שלושת היורים**") על ידי כוחות הביטחון. טענת המשיבה היא כי האירוע הנ"ל (להלן: "**האירוע**") מהווה "מעשה טרור", כמשמעו בחוק המאבק בטרור. מנגד, טענת המערער היא כי המאשימה לא הוכיחה שעסקין ב"מעשה טרור", המוגדר בסעיף ההגדרות של חוק המאבק בטרור כך:

"מעשה טרור" - מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל אלה:

(1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי;

(2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה;

(3) במעשה שנעשה או במעשה שאיימו בעשייתו, היה אחד מאלה, או סיכון ממשי לאחד מאלה:

(א) פגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו;

(ב) ... (ה),



(א) נעשה המעשה או האיום כאמור בפסקה (3)(א) תוך שימוש בנשק או בסכין, יראו אותו כמעשה טרור גם אם לא התקיים בו האמור בפסקה (2) ...;

11. עמדתו היא כי הטענה של המערער לפיה המשיבה לא הוכיחה שהאירוע היה "מעשה טרור" ולמעשה לא הוכיחה שהתרחש בכלל, הינה טענה מיתממת ומקוממת במידת מה, ובכל מקרה - בדין נדחתה.

12. לגבי עצם קרות האירוע - המערער עצמו אישר בחקירתו שהיה אירוע אשר במהלכו נורו שני שוטרים ולאחריו נורו שלושת היורים - ודי בכך.

אף אם הוא לא היה מאשר שאכן התרחש האירוע עצמו (ללא קשר להגדרתו כ"מעשה טרור" דווקא) - סבורני כי אכן ניתן לעשות שימוש בידיעה שיפוטית בהקשר זה.

כפי המקובל, בגדר המושג "ידיעה שיפוטית" נכללות עובדות שהן נחלת הכלל, כגון עובדות היסטוריות, עובדות שבפיזיקה בסיסית, גיאוגרפיה, תוצאות מחקרים ידועים וכיוצא באלה, ואף עובדות הניתנות לברור מיידי ומדויק על ידי עיון במקורות מוסמכים אשר אינם שנויים במחלוקת (ע"א 759/76 פז נ' נוימן, פ"ד לא(2) 169, 175; ע"א 4868/90 אנגל נ' בודסקי, פ"ד מו(4) 434, 437; רע"א 9728/04 עצמון נ' חיפה כימיקלים בע"מ, פ"ד נט(3) 760, 766-767 (2005); ע"א 941/05 אגודת הכורמים הקואופרטיבית של יקבי ראשון לציון וזכרון יעקב בע"מ נ' חברת הכרם בע"מ, פ"ד סא(3) 350, 376-378 (2006); א' הרנון דיני ראיות (תשל"ז, חלק שני) 45; י' מלך "ידיעה שיפוטית", המשפט כרך ב' 223 (1995)).

העובדה כי בוצע הירי, במועד ובמקום הנטען, על ידי שלושת היורים, והעובדה כי נגרם מותם המצער של הקורבנות - הן עובדות שבבחינת "נחלת הכלל", ולמצער - ניתנות לברור מהיר ומהימן במאגרי המידע, ולכן - לא שגה בית המשפט קמא שעה שקבע כי לא היה צורך להוכיח את הנתונים וכי ניתן להסתמך על ידיעה שיפוטית לגביהם (ואפנה לדוגמא הבאה, בהקשר הפרטני שבו עסקינו, שם נקבע כי ניתן להתבסס על "ידיעה שיפוטית" בנוגע לעצם התרחשותם של אירועים בארץ, כגון - מעשי ירי, הרג, הפגנות, מהומות וכו' - רע"פ 8670/19 דוד עובד נ' מדינת ישראל (27.02.2020)).

13. לגבי סיווג האירוע כ"מעשה טרור" - תיאורטית, יכולה הייתה לעלות הטענה כי האירוע לא היה בבחינת "מעשה טרור" (אלא אירוע פלילי או שמניעיו אחרים), וניתן אולי לטעון כי אין עסקינו בידיעה שיפוטית "מובהקת", כלומר - שהעובדה שהאירוע כונה "פיגוע" ושלושת היורים כונו "מחבלים" באמצעי התקשורת, אינה מספיקה לצורך הוכחת כל הרכיבים של המונח "אירוע טרור" כפי שמצוטט מעלה; אלא שאף כאן - דומה כי המשיבה עמדה בנטל המוטל על שכמה.

מאחר וברור שאכן היה אירוע ירי ונגרמה פגיעה חמורה בחיי הקורבנות - אזי שהתקיים הרכיב השלישי של ההגדרה מעלה ואין צורך להוכיח את הרכיב השני. מכאן, שנתר רק הצורך לבחון את הרכיב הראשון, משמע - אם המעשה נעשה מתוך "מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי". כאן, סבורני כי בחירת המיקום של ביצוע הירי, העיתוי וה"בחירה" של הקורבנות - מחייבים את המסקנה כי אכן המדובר ב"מעשה טרור".

בהקשר זה ניתן אף להפנות לבג"ץ 5887/17 **אחמד מוסא ג'בארין נ' משטרת ישראל** (25.07.2017) שם התבררה עתירה שהגישו הוריהם של שלושת היורים בדרישה להשבת הגופות של השלושה לצורך קיום ההלוויות שלהם (הלוויות אשר במהלכן נשא המערער חלק מהדברים נשוא כתב האישום קמא). בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, כמה ימים לאחר האירוע, מתאר את המחלוקת בהליך דשם, באלו המילים: "העתירה שלפנינו כוונה כלפי החלטתה של



משטרת ישראל לדרוש התחייבויות שונות מהעותרים כתנאי להעברת גופותיהם של שלושה מפגעים שביום 14.7.2017 ביצעו את מתקפת הטרור באזור הר הבית שבה נפלו השוטרים כמיל שנאן ז"ל והאיל סתאווי ז"ל. בנוסף לכך, התבקש בה סעד שעניינו ביצוע נתיחה שלאחר המוות בגופות. העותרים הם הוריהם של המפגעים. 2. המשטרה מתנה את העברת הגופות לידי ההורים בהסכמתם של האחרונים לתנאים שבהם יערכו הלוויות, הכוללים הגבלות שונות, ובכלל זה על מספר המשתתפים ושעת קיומן. "משמע, שלא יכולה להיות מחלוקת שהאירוע היה "מעשה טרור", ושלושת היורים היו מפגעים - וזאת על פי קביעה קודמת בהליך בו ההורים של שלושת היורים היו צד. הקביעה אינה פלוגתא מושתקת במובן הצר - אך יש לדברים משקל.

14. ועתה נשוב לבחינת הרכיב הראשון של העבירה. באשר לפרסומים עצמם - אף אני בדעה שיש בשלושת הפרסומים כדי הבעת תמיכה בשלושת היורים ובפעולה שביצעו, במעשה הטרור, והדברים ברורים (ללא קשר לתרגום של מילה בודדת באופן זה או אחר). לגבי טענות המערער סביב המונח "שאהיד" - אוסיף כי יש לדחותן בהיותן ניסיון ציני לחמוק מהאחריות עקב שימוש במילים טעונות ומוכרות אלו, וראו כי הניסיון לטעון שהמונח "שאהידים" מתייחס לחפים מפשע שנפלו קרבן ושילמו בחייהם בגין הסכסוך הישראלי-ערבי, הינו ניסיון שכבר נדחה באופן מפורש במסגרת ההליך הפלילי הקודם שהתנהל כנגד המערער, שם הורשע בעבירות של הסתה לגזענות והסתה לאלימות, אגב שימוש במונח "שאהידים" (רע"פ 7669/15 ראד סלאח מחאג'נה נ' מדינת ישראל (18.04.2016)). עוד אעיר כי העובדה שהמערער חוזר וקורא לשלושת היורים "שאהידים", מחזקת את המסקנה הקודמת כי האירוע היה "מעשה טרור".

בנוסף, לא ניתן לקבל את הטענה שלא היו בדברים משום עידוד לביצוע מעשים דומים וכי הקריאה הייתה להגנה פאסיבית על מסגד אל-אקצא, שכן הקריאה להתעמת עם שוטרים ולהיות מוכנים להקרבה במהלך העימות - אינה מכוונת לפעילות פאסיבית אלא אקטיבית עד מאד.

15. באשר לרכיב השלישי - כלומר, לגבי השאלה אם יש אפשרות ממשית שהפרסומים יביאו לעשיית מעשה טרור - אזי שלא רק שהדברים מהווים הסתה לטרור בכוח (ודי בכך לצורך הרשעה), אלא שהם היו הסתה בפועל. אני מסכימה עם עמדת המערער כי הנתון המוזכר בפתיח של כתב האישום, המתייחס לכך שאחד משלושת היורים אמר לשוטר כי הוא "מאום אל פחם, מהחבר'ה של ראיד סאלח" - הינו נתון עובדתי שלא הוכח ושהיה צריך להוכיח, כלומר - שלא הוכח שדבריו של המערער הביאו את היורה האמור לביצוע מעשה הטרור;

אך קיימות בתיק ראיות לגבי כך שדבריו של המערער כן עודדו מפגע אחר, המכונה טוויל, והביאו אותו לכדי מעשה (אף אם היו לו מניעים נוספים משתלבים). בהקשר זה, הדברים המופיעים בהודאה של טוויל ובהודעה של אשתו, נור, מהווים ראיה מספקת, ובכל מקרה - הקביעה בהקשר זה הינה קביעה עובדתית שאין להתערב בה.

הפסיקה קבעה שדי בהסתברות ברמה זו או אחרת שהפרסומים יביאו לכדי מעשה טרור, וכאן - אין עסקינן רק בהתרחשות הסתברותית, ואין אנו בוחנים רק את הפוטנציאל של הדברים, אלא את התממשות הסיכון הלכה למעשה.

באשר לגזר הדין -

16. המתחם כפי שנקבע (14 עד 48 חודשים), והעונש בתוך המתחם - הולמים את העבירות ונסיבותיהן - ואין מקום להתערב בהנמקותיו של בית המשפט קמא והתוצאה אליה הגיע.

17. לסיים, ובאשר למתח שבין חופש הביטוי לבין ההגנה על שלום הציבור, אותו מתח אשר אליו מפנים סנגוריו של המערער את טיעוניהם - אצטט שוב מרע"פ 7669/15 בעניינו של המערער, מהכתוב בפתח חוות דעתה של כב' השופטת ברון, כדלקמן:



"עקרון חופש הביטוי הוא מאבני היסוד של משטר דמוקרטי. פגיעה בחופש הביטוי "כמוה כפגיעה בציפור נפשה של הדמוקרטיה" (ע"פ 255/68 **מדינת ישראל נ' בן משה**, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968)). כדבריו של השופט נ' הנדל, "מבחנו של חופש הביטוי אינו כאשר תוכנו ניצב בדרך המלך, אלא כאשר הוא מצוי בשולי שוליה. כפי שנפסק: 'חופש הביטוי אינו רק החופש לבטא או לשמוע דברים המקובלים על הכל. חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות, אשר הציבור סולד מהן ושונא אותן' (בג"ץ 399/85 **כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3) 255, רע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' בן חורין**, בפסקה 5 (26.12.2011...)).

ואולם, ככל זכות חוקתית אחרת במשפט הישראלי, גם הזכות לחופש ביטוי אינה מוחלטת, ויש שהיא תיסוג מפני עקרונות ואינטרסים חשובים אחרים. האיסורים הפלייטים על הסתה לגזענות ולאלימות נועדו להגן על קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, על כבוד האדם והשוויון שבין בני האדם, על הסדר החברתי ושלומו הציבור (ראו: דברי הנשיא א' ברק ב-ע"פ 2831/95 **אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5) 221, 285-286 (1996) ...).

אכן, מטבע הדברים יש בעבירות אלה משום פגיעה בחופש הביטוי - ואולם לא ניתן להטיל ספק בכך שפגיעה זו היא לתכלית ראויה. מידתיות הפגיעה טמונה בפרשנות הניתנת לעבירות ההסתה לגזענות ולאלימות."

18. אסיים עם ציטוט מדבריו של השופט האמריקאי LEARNED HAND, מתוך פסק דינו בתיק Masses (Publishing Co. v. Patten, 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917)), לאמור:

"Words are not only the keys of persuasion, but the triggers of action"

ובתרגום -

"מילים הן לא רק המפתח לשכנוע, אלא גם ההדק המשחרר לפעולה."

19. אשר על כן, אני מצטרפת לכל האמור בדבר דחיית הערעור.

תמר נאות פרי, שופטת

כב' השופטת ב. טאובר

אני מסכימה.

בטינה טאובר, שופטת

הוחלט לדחות את הערעור על כל חלקיו.

בנסיבות העניין, תוך התחשבות במצב תחלואת הקורונה, נאפשר למערער לעבור הליך של מיון מוקדם בטרם תחילת המאסר. וכן אנו מביאים בחשבון לעניין זה את חגה של העדה המוסלמית, חג הקורבן. בהתאם אנו מורים כי המערער יחל לרצות את מאסרו ביום 4.8.20. המערער יתייצב למאסרו בבית מעצר קישון במועד הנ"ל עד השעה 9:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. עליו לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס, טלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

עד למועד התייצבותו למאסר ישארו בעינם כל תנאי הפיקוח שנקבעו ושחלים עד היום.

ניתן היום, כ"ד תמוז תש"פ, 16 יולי 2020, במעמד המערער וב"כ הצדדים.

תמר נאות פרי, שופטת

**בטינה טאובר,
שופטת**

**רון שפירא, נשיא
[אב"ד]**