

ע"פ (ירושלים) 43477-07-24 - מדינת ישראל נ' בן ציון גופשטיין

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 43477-07-24 מדינת ישראל נ' גופשטיין
ע"פ 18997-09-24 גופשטיין נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: 302831/2012

לפני כבוד השופטים ח' מאק-קלמנוביץ, מ' ליפשיץ-פריבס, א' סלע

מדינת ישראל	המערערת בע"פ
ע"י ב"כ עו"ד עמיחי מרקס	43477-07-24 המשיבה
מפרקליטות מחוז ירושלים - פלילי	בע"פ 18997-09-24
	נגד

בן ציון גופשטיין	המשיב בע"פ
ע"י ב"כ עו"ד יצחק במ	43477-07-24 המערער
	בע"פ 18997-09-24

פסק דין

ההליכים וטענות הצדדים

1. בפנינו שני ערעורים על פסק הדין של בית המשפט השלום בירושלים (כב' השופטת סיגל אלבו) בת"פ 62177-11-19 - הכרעת הדין מיום 14.01.24 וגזר הדין מיום 4.06.24.

מדובר בכתב אישום שהוגש נגד בן ציון גופשטיין, אשר עמד במועדים הרלוונטיים לאישומים בראש ארגון להב"ה (ולמען הנוחות יכונה להלן: "המשיב"), אשר ייחס לו חמישה אישומים. באישומים הראשון, השני והשלישי יוחסו למשיב עבירות הסתה לאלימות לפי סעיף 144ד(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "החוק"); באישום הרביעי יוחסה למשיב עבירת הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב(א) לחוק, ובאישום החמישי יוחסה למשיב עבירת הסתה לטרור לפי סעיף 24(ב)(2) לחוק המאבק בטרור התשע"ו-2016.

במסגרת הכרעת הדין זוכה המשיב מהאישומים הראשון, השני, השלישי והחמישי, והורשע באישום הרביעי. בגזר הדין הושת על המשיב עונש של 260 שעות של"צ, קנס ומאסר על תנאי.

המדינה (שלמען הנוחות תכונה להלן: "המערערת") הגישה ערעור על זיכוי של המשיב

באישומים הראשון, השלישי והחמישי, וכן ערערה על קולת העונש. מנגד, המשיב ערער על הרשעתו באישום הרביעי.

2. על פי עובדות האישום הראשון, ביום 21.08.12 שודר באתר אינטרנט סרטון בו התייחסותו של המשיב לאירוע אלימות שבוצע כלפי נערים ממוצא ערבי. בין היתר נאמר על ידי המשיב כי **"המשטרה והתקשורת עושים כזה לינץ' לנערים היהודיים שאני לא בדיוק יודע מה קרה, אבל להערכתי מה שקורה יום יום, נערות יהודיות נתקפות על ידי ערבים ואין להם למי לפנות, המשטרה לא מתייחסת. כנראה שכאן הנערים הרימו את הכבוד היהודי מהרצפה ועשו את מה שהמשטרה הייתה צריכה לעשות, עשו דין בפורעים הערביים שהטרידו את הבנות היהודיות. חבל שהם נותנים את זה לבחורים לעשות ושלא המשטרה מטפלת בזה...בנות יהודיות הן לא הפקר"**.

בהכרעת הדין נקבע כי דברים אלו עולים בגדר פרסום דברי שבח לאלימות. אך לאור מכלול נסיבות הפרסום, בהם תוכן דבריו של המשיב, אשר התייחסו לפי דבריו כנגד מי שאינם חפים מפשע, ואופן אמירתם, נקבע כי לא הוכח שמתקיים הרכיב ההסתברותי לפיו קיימת אפשרות ממשית לכך שדברים אלו יביאו לכדי ביצוע מעשה אלימות, והנאשם זוכה מאישום זה.

3. **מהאישום השני** המשיב זוכה, והמערערת לא ערערה על כך, ועל כן אין צורך להרחיב לגביו.

באישום השלישי נטען כי ביום 26.12.13 שודרה כתבה העוסקת בין היתר בחתונת בתו של המשיב. בראיון שנערך במהלך החתונה התבטא המשיב כנגד העסקת מלצרים ממוצא ערבי בחתונה: **"התנאי הראשון שאני הולך לחתונה, זה שאין פלסטינים בחתונה אצלנו. אין ערבים בחתונה. אצלנו זה על טהרת העבודה העברית. בוא נגיד שאם היה פה מלצר ערבי הוא לא היה מגיש את האוכל (הנאשם מחייך)".** בתשובה לשאלה מה הוא היה עושה ענה המשיב, **"הוא היה מחפש את בית החולים הקרוב נראה לי"**. ביום 29.08.14 שודרה כתבה נוספת במהלכה חזר המשיב על דברים אלו והוסיף **"אנחנו לא אוהבים אויבים. אנחנו מעדיפים להעסיק את היהודים, את האחים שלנו ולא להעסיק ערבים בתור מלצרים. החברה של הגבעות שהיו בחתונה של הבת שלי לא מסתדרים עם האויבים הערבים, אבל זה מאד מכעיס ומעצבן, יכול להיות...רק שניה, אבל זה סיבה להוציא מחוץ לחוק?"**.

באשר לאישום זה נקבע, כי תוכן הדברים אינו כולל קריאה מסוימת לפעול באלימות ואינו מפורש דיו על מנת שיתפרש כקריאה לנקיטה ממשית של אלימות. נקבע, כי בהתאם לפירוש הסביר של המשיב, מדובר בתיאור מציאות קיימת בקרב "נערי הגבעות", כשהוא אינו מציין לשבח את האלימות. בית המשפט קבע כי הפרסום אינו מסית ובנוסף נקבע כי הדברים אינם מקימים אפשרות ממשית לכך שהם יביאו לכדי מעשה אלימות.

4. **באישום הרביעי** צוין כי במהלך עצרת זיכרון לזכרו של הרב מאיר כהנא שהתקיימה ביום 11.11.14 נשא המשיב דברים בפני הנוכחים. בנאום שתועד ופורסם לאחר מכן באתר אינטרנט, נשמע המשיב נושא את הדברים הבאים: **"האויבים שבתוכנו הם סרטן. ואם לא ניקח את הסרטן ונזרוק אותו, אנחנו לא נמשיך להתקיים וימותו כאן יהודים כל יום. לצערנו הסרטן הזה שלח גרורות**

לכל מקום - אתמול בתל אביב, בירושלים, ערד, באר שבע. אין מקום שאין לסרטן הזה גרורות, אותן גרורות שעוד הרב כהנא הזהיר אותנו. הסרטן הזה, הסרטן המסוכן של הדו קיום, ולצערנו, בתוך הממשלה יש כל מיני שרים עם כיפה ובלי כיפה שמעודדים את הדו קיום, שנותנים להם משרות, מכניסים אותם להייטק, שנותנים להם משרות ממוקדות של הסרטן, הגרורה הכי גדולה שיש, המוקד והשיא של הסרטן הוא נמצא בראש, הראש בהר הבית. הר הבית זה הגידול הכי גדול של הסרטן שנמצא לנו פה, וכל עוד ממשלת ישראל לא תתעשת ותוריד את הגידול הזה מהר הבית, לא נצליח להביא את המדינה לגאולה השלמה".

בהכרעת הדין נקבע כי לנוכח התבטאויות עבר של המשיב, נאומו של המשיב בעצרת כלל תוכן גזעני מובהק כנגד האוכלוסייה הערבית בכללותה, על אף שהוא השתמש במילה "אויבים" ולא הזכיר כלל "ערבים", בין היתר בקריאתו נגד העסקתם, ובהשוואת הדו-קיום למחלה ממארת. עוד נקבע כי דברים אלו נאמרו במטרה להסית. בשל האמור, הורשע המשיב בעבירת הסתה לגזענות.

5. באישום החמישי צוין כי ביום 2.03.17 השתתף המשיב בחתונה. במהלך הריקודים, חלק מהנוכחים היו רעולי פנים או כיסו את פניהם בצורה חלקית ואף אחזו בסכינים בידיהם או החוו בידיהם תנועות של אקדח. בשלהי המסיבה עלה המשיב אל הבמה ותוך שהוא מנופף בידיו ומשלהב את הרוקדים, נטל את המיקרופון ושר פעמיים את הפזמון "**ברוך הגבר, נכנס למערה, דרך הנשק וירה**". במילים אלו התכוון המשיב למעשה הטרור שביצע ברוך גולדשטיין במערת המכפלה בשנת 1994, במהלכו נרצחו 29 מתפללים מוסלמים. בהמשך השמיע המשיב את המילים "**מוחמד מת**".

בהכרעת הדין נקבע כי דבריו אלו של המשיב הינם שבח והלל למעשה טרור, אולם בהעדר התייחסות של ממש מצד אורחי החתונה לתוכן הדברים, לצד קביעה כי השיר אינו חורג באופן ניכר מאופיים של השירים שנהוג להשמיע בחתונות של השייכים לזרם הימני קיצוני, לא מתקיימת אפשרות ממשית לכך שהדבר יביא לידי מעשה טרור, והנאשם זוכה מאישום זה.

במסגרת אישום זה נדונה גם שאלת חוקיות החיפוש וקבילות הסרטונים שהוגשו כראיה על ידי המערערות, זאת לאחר מספר פגמים שנפלו בצו החיפוש, בפרט התייחסותו לכתובת שונה מזו שבה נערך החיפוש בפועל. נפסק, כי לנוכח העובדה כי למעשה לא נעשה חיפוש בבית, והסרטונים נמסרו לבקשת השוטר, ולצד חשיבותה הרבה של הראיה להוכחת האשמה, והעדר פגיעה בזכותו של המשיב להליך הוגן, אין הצדקה לפסילת הסרטונים. נקבע גם, כי הסרטונים משקפים את המציאות כהווייתה.

6. לצד הדיון הפרטני בכל אחד מהאישומים, דן בית משפט קמא בטענות המשיב להגנה מן הצדק בשל שיהוי בהגשת כתב האישום. זאת בשל כך שהמעשים שבאישומים הראשון עד הרביעי התרחשו בין השנים 2012-2014, וכתב האישום בעטיים הוגש רק בשנת 2019. לטענת המשיב השתהות המערערות בהגשת כתב האישום גרמה לו נזק ראייתי קונקרטי. המשיב טען כי מאחר שמרבית התבטאויותיו שפורטו באישומים השונים פורסמו לאחר עריכה, נדרש לבחון את כל חומרי הגלם שצולמו בכדי להבין מתוכם את ההקשר בו נאמרו הדברים. אולם מאחר שחלפו שנים רבות, אין באפשרותו של המשיב להצטייד בחומרים אלו. מנגד, טענה המערערות כי טענותיו אלו של המשיב הן כבושות שכן הוא לא טען זאת במסגרת חקירתו במשטרה. כן נטען, כי שיהוי נגרם בשל בחינת מכלול

הראיות והאינטרס הציבורי בהעמדה לדין. בית משפט קמא קבע כי במעשיה של המערערת לא נפל שיהיו קיצוני באופן המצדיק את ביטול האישומים. לצד זאת נקבע, כי נוכח השיהוי, ככל שטענות המשיב בנוגע לעריכת דבריו באיזה מהאישומים תעורר ספק בנוגע לדברים שנאמרו על ידו, הספק יפעל לטובתו.

טענות המערערת

7. כאמור, במסגרת הערעור טענה המערערת כנגד **הכרעת הדין** באישום הראשון, השלישי והחמישי.

באשר לאישום הראשון נטען כי שגה בית משפט קמא ביישום המבחן ההסתברותי שנקבע ברע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' מיכאל בן חורין** (26.12.11) (להלן: "**עניין בן חורין**"). נטען, כי בית המשפט יישם מבחן מחמיר יותר מזה שנקבע, הכולל איזון בין מעמדו הציבורי של המשיב, היקף הפרסום וקהל היעד, ומנגד תוכן הפרסום וההקשר בו נאמרו הדברים, ומשלא עמד המשיב בכל אחד ממבחני העזר, ייחס בית המשפט קמא את החיסרון לטובתו. המערערת טענה גם כי אף שדברי ההסתה לא הופנו כלפי חפים מפשע, המשיב אינו רשאי לעודד עשיית דין עצמי באלימות. לצד זאת נטען כי המשיב התראיין סמוך למקום האירוע, ובהתאם לכך, מידת הקונקרטיזם בה נאמרו הדברים עשויה להשפיע על מי מציבור שומעיו לבצע מעשה אלימות.

באשר לאישום השלישי נטען, כי חלק ניכר מאמירותיו של המשיב אינן בגדר אמירות של גורם מן החוץ המנתח את אורחותיהם של "נערי הגבעות". משכך, פרסום זה עולה כדי שבח לאלימות. לצד זאת נטען, כי זהותו של המשיב, ופרסום דבריו במהדורת החדשות המרכזית מגבשים עמידה במבחן ההסתברותי.

באישום החמישי נטען, כי האווירה הציבורית באולם החתונות הייתה יצרית ומתלהמת וכי קהל הנוכחים בחתונה היו חברים בארגון להב"ה בהנהגת המשיב. בנסיבות העניין התבטאויות המשיב, הגם שלא זכו להתייחסות בפועל, משקפים פוטנציאל ממשי להשפיע על קהל שומעיו של המשיב לבצע מעשה טרור.

בנוסף טענה המערערת כנגד **גזר הדין** בעניינו של המשיב. לטענתה השמעת דברי הסתה על ידי אנשים בעלי השפעה ציבורית, כגון המשיב, דורשת ענישה מחמירה יותר.

טענות המשיב

8. מנגד טען המשיב בתשובה לערעור הנוגע לאישומים הראשון, השלישי והחמישי, כי נוסף על הקושי בפירוש דבריו כדברי הסתה לאלימות או טרור, גם לא ניתן לקבוע כי קיימת אפשרות ממשית לכך שדבריו יובילו את קהל שומעיו להתגבר על עכבות פנימיות וחיצוניות ולבצע מעשה אלימות או טרור.

באשר לדברים המיוחסים למשיב **באישום הראשון** נטען כי האלימות חוסה תחת סייג של

הגנה עצמית. כמו כן נטען כי מדובר בראיון ערוך וכי לצד העובדה שהכתב מסר הודעה במשטרה בחלוף שלוש שנים מפרסום הכתבה, לא נסתרה האפשרות כי המשיב קרא לפעול על פי החוק.

באשר ל**אישום השלישי** נטען כי בית משפט קמא קיבל כעובדה את גרסת המשיב כי לא היה מודע לאופיים של הדברים כדברי שבח למעשה אלימות. כן נטען כי הדברים ששודרו הם חלק קטן מתוך שעות צילום רבות, ומאחר שהחלטה לפרסם רק את הקטע ששודר נתונה לכתב ועורכי המהדורה, אין לזקוף את שידור הדברים לחובת המשיב.

ביחס ל**אישום החמישי** שב המשיב וטען כי יש לפסול את צילומי החתונה שנתפסו שלא כדין. לדבריו, מדובר באי חוקיות מהותית ופגיעה קשה בפרטיות לצד העדר עניין ציבורי לקבל כראיה את השיר ששר המשיב. בייחוד כאשר הצלם, יוצר ההקלטה, לא העיד. כמו כן נטען כי האווירה בחתונה הושפעה מחג הפורים שחל בסמוך ובהתאם לכך ראה בית משפט קמא לנכון לייחס משקל משמעותי להקשרם של הדברים ולאווירה ששררה באירוע.

9. לצד האמור חזר המשיב בהרחבה על טענות נוספות שנטענו על ידו בבית משפט קמא ונדחו על ידו, בכלל זה שאלת השיהוי, העדר אחריותו של המשיב לפרסום בשל התערבות גורם זר של הגוף המפרסם, ואי התקיימות הנסיבות של המבחן ההסתברותי. נטען, כי המבחן שהמערערת מבקשת לאמץ, הוא מבחן רחב מידי העלול להוביל לענישה כנגד ביטויים שאינם מסיתים לאלימות ואך יוצרים "אקלים חברתי" בלתי רצוי.

כאמור, המשיב גם ערער על הרשעתו ב**אישום הרביעי** בעבירת הסתה לגזענות. נטען כי בית משפט קמא לא התייחס ברקע הדברים להיסטוריה ארוכת השנים של הסכסוך היהודי-ערבי. נטען גם, כי לאור העובדה שהקטע שודר לאחר עריכה, לא ניתן לקבוע כי בהמשך נאוומו לא נשא המשיב דברים המסייגים וממתנים את הדברים שפורסמו. המשיב הוסיף כי יש להבין את דבריו מתוכנו של הפרסום מבלי להיעזר באמירות חיצוניות שלו. לדבריו, במסגרת הדברים שפורטו בכתב האישום, הוא התכוון במפורש אך לאויבים, היינו ערבים המתנגדים לקיומה של מדינת ישראל, ולא לאוכלוסייה הערבית בכללותה.

דין

10. באשר לאישומים הראשון והשלישי, התוצאה אליה הגיע בית משפט קמא מקובלת עלינו, וכך גם עיקרי נימוקיו. בנסיבות אלו לא מצאנו להרחיב לגבי אישומים אלה.

לגבי **האישום הראשון**, בית המשפט סבר כי הדברים אכן מהווים דברי שבח ואלימות, אולם במכלול הנסיבות לא הוכח יסוד האפשרות הממשית להסתה לאלימות. נסיבות אלו כוללות, בין היתר, את היקף הפרסום וההקשר בו נאמרו הדברים - המיקוד בהבעת ביקורת על המשטרה ולא בשבח למעשי האלימות, והתוכן המתייחס בעיקר למי שאינם חפים מפשע (ראו פסקה 41 לפסק דינו של בית משפט קמא). בית המשפט אף התרשם מעדותו של המשיב כי לא קרא לעבירה על החוק ולא למעשי טרור.

לגבי **האישום השלישי**, בית המשפט השתכנע לאחר ששמע את הראיות כי דברי המשיב אינם כוללים קריאה לפעול באלימות אלא מהווים תיאור של מציאות קיימת בקרב "נערי הגבעות", ועל כן אין מדובר בדברי שבח. כך, למשל, בית המשפט הפנה לעניין זה לעדותו של המשיב כי גם כאשר הוא מדבר על העדפת "עבודה עברית", אינו קורא לנקוט באלימות להשגת מטרה זו (ראו סעיף 52 להכרעת הדין). בית המשפט הוסיף כי בנסיבות אלו, גם אילו היה מדובר בדברי שבח, אין בסיס לקבוע כי קיימת אפשרות ממשית שהדבר יגרום לכדי תוצאות. מדובר בהתרשמות של בית משפט קמא שאין עילה להתערב בה.

11. כפי שנפסק לא אחת, כשמדובר בעבירות שיש בהן כדי לצמצם את חופש הביטוי, יש לפרש את האמירות באופן שיצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי, וכך יש לפרש גם את האמרות הנ"ל. כך, נפסק כי

"פרשנותן של עבירות אלה תיעשה בשים לב לפגיעה שהן פוגעות בזכות היסוד לחופש ביטוי, ולהכרה שלפיה פרשנות מרחיבה יתר על המידה של העבירות מן הסוג הזה עלולה לפגוע בחופש הביטוי במידה בלתי רצויה. עוד יש לזכור כי סף הסיבולת של חברה דמוקרטית כלפי ביטויים חריגים צריך להיות גבוה, שכן גם ביטויים קשים ופוגעניים זכאים להגנה (ראו: בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421). ((1987 לפיכך יש לפרש עבירות הפוגעות בחופש הביטוי באופן המצמצם את הפגיעה עד למינימום הנדרש לשם הגשמת הערך המוגן של העבירה. בכך יש כדי להגשים גם את המגבלות החוקתיות המוטלות על פגיעה בחופש הביטוי" (דנ"פ 7383/08 יוסף אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פ"ד סה (1) 23, פסקה 11 (2011), וראו גם: ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (5) 221 (1996); רע"פ 5906/22 נחום שלום אריאל נ' מדינת ישראל (5.12.22)).

12. באשר ל**אישום הרביעי**, אין מחלוקת כי בדברים נשוא האישום המשיב התייחס ל"אוייבים שבתוכנו" ולא הזכיר את המילה "ערבים". בית משפט קמא קבע כי מכלול אמרותיו של המשיב בהזדמנויות אחרות בעניין אויבי ישראל מלמד כי לשיטתו כמעט כל ערביי ישראל נחשבים כאוייבים, בשל התנגדותם לקיומה של המדינה כמדינה יהודית. משום כך ראה בדברי המשיב ביטוי גזעני.

אנו סבורים כי בנסיבות העניין לא היה מקום לבחון את דברי של המשיב בהקשרים ובמקומות אחרים. דבריו של המשיב באירוע הנדון היו ברורים, ולא היה בהם, כאמור, אזכור של המילה ערבים. הוא כיוון את דבריו כלפי "האוייבים שבתוכנו" וה"סרטן", מבלי להבהיר במי מדובר. הוא התייחס באופן ספציפי למספר יישובים בארץ, באופן שהשתמע כהתייחסות למספר פיגועים שאירעו במועדים קרובים למועד השמעת הדברים.

13. צפינו בסרטון ואנו סבורים שלא ניתן ללמוד ממנו כי דבריו של המשיב כוונו כלפי הציבור הערבי בכללו. אכן, בהמשך דבריו אמר המשיב דברים העשויים להשתמע לשתי פנים, כשדיבר נגד דו קיום. אולם בעדותו בבית המשפט המשיב הבהיר כי אמר באירוע שדבריו על סרטן כוונו למי שמשבח

הרג של יהודי ותומך בכך, וכשדיבר על אויבים התכוון לאלה שחושבים "שהמדינה הזאת איננה מדינה יהודית" (ראו פסקה 77 להכרעת הדין). הכתב שפרסם את דבריו של המשיב אישר כי הסרטון נערך, וכשנשאל אם יתכן שקטע בו אמר המשיב כי הוא מתייחס רק ל"ערבים שהם נגד המדינה היהודית ולא על כל הערבים" נאמר ולא נכלל בסרטון, השיב שאינו יכול לשלול זאת (פסקה 76 להכרעת הדין). כך שגירסתו של המשיב לא נסתרה.

זאת ועוד, מדובר בפרסום שעבירה שיש בה כדי לצמצם את חופש הביטוי. כאמור, בעבירות אלו הנטיה היא לאמץ פרשנות שיש בה כדי לצמצם את הפגיעה החופש הביטוי, כעולה מהפסיקה שהבאנו לעיל.

על כל האמור יש להוסיף את השיהוי המשמעותי בהגשת כתב האישום בנוגע לאישום זה. מדובר באירוע משנת 2014, כאשר כתב האישום הוגש בשנת 2019. מעבר לשיהוי כשלעצמו, יש בכך כדי להשליך על האפשרות שהיתה למשיב להשיג את החומרים המלאים שנדרשו להגנתו, ובית משפט קמא קבע כי יש לייחס משקל לעניין זה (פסקה 17, עמ' 15 להכרעת הדין).

לנוכח כל האמור אנו סבורים שיש לזכות את המשיב מהמיוחס לו באישום הרביעי.

14. באשר ל**אישום החמישי**, בית משפט קמא זיכה את המשיב מאישום זה על אף שסבר כי מתקיימת הסתה לטרור, מאחר שסבר שלא מתקיים המבחן של אפשרות ממשית לביצוע מעשה טרור מעבר לספק סביר (פסקה 71 להכרעת הדין).

בעניין זה מסקנתנו שונה ממסקנת בית משפט קמא. צפינו בסרטון המתעד את החלק הרלוונטי בחתונת ביתו של המשיב. אין מחלוקת על כך שהמשיב שר במיקרופון דברים שיש בהם דברי שבח לאירוע טרור, לברוך גולדשטיין, שירה והרג מתפללים רבים במערת המכפלה. בסרטון ניתן לראות כי בזמן שהתנגן השיר "ברוך הגבר", המשיב נטל את המיקרופון ובמקום מילות השיר שר על מי ש"**נכנס למערה, דרך את נשקו ויצא**". המשיב עמד תחילה כחלק מקבוצת הרוקדים ובהמשך נכנס למרכז המעגל, כשחלק מהרוקדים לצידו אוחזים סכינים ומנופפים בהם וחלק קטן מהם רעולי פנים. לאחר מכן עלה המשיב לבמה ועמד בסמוך לתקליטן. הוא שר את השיר כאמור כאשר קהל הרוקדים עונה לו בשירה, פונה ומתקרב לעבר הבמה ולעברו. ברור לגמרי כי קיימת אינטראקציה בין המשיב השר על הבמה לבין הקהל העונה לשירתו, בהתלהבות ותוך הנפת סכינים.

כידוע, כאשר מדובר בהתרשמות מצפיה בסרטון, אין יתרון לערכאה הדיונית, ונטייתה של ערכאת הערעור להימנע מלהתערב פוחתת באופן ניכר (ראו ע"פ 1888/19 ג'ורג' גרייב נ' מדינת ישראל (5.4.20)).

15. בעניין **בן חורין הנ"ל** נפסק כי

"...המבחן הוא תוכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם. הסעיף אינו מציין במפורש את דומיננטיות המפרסם והאווירה המתלהמת. ודוק: נתונים אלה רלוונטיים על פי המבחן הכללי שמופיע בסעיף - נסיבות הפרסום. ברם, העדר

הפירוט בהגדרתן של נסיבות אלו איננו מקרי. הוא דורש כי בית המשפט יבחן את המקרה כמכלול, מבלי לקבוע מראש מעין מבחנים ראשיים. ודאי, מיהות המפרסם והאווירה השוררת בציבור הינם נתונים חשובים כאמור, אך הם אינם עומדים לבדם. יש לשקול גם שיקולים נוספים, כגון סוג האלימות המדוברת, היקף הקבוצה החשופה לאותה אלימות, היקף הפרסום וקהל היעד שלו, הקשר הפרסום, מקומו והמדיום שבו נעשה שימוש. יש לשאול, בין היתר - מי אמר, מה אמר, היכן נאמר, באיזה אופן נאמר, למי נאמר ובאיזו מסגרת נאמר. נכון יהא לתת את הדעת למהות הפרסום ואופיו: קריאה, דברי שבח, אהדה, עידוד, תמיכה או הזדהות. זו מצוות המחוקק - "תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם". (עניין בן חורין, פסקה 7).

לאחר שצפינו בסרטון איננו שותפים להתרשמותו של בית משפט קמא שהאווירה במקום לא היתה יצרית או מתלהמת ושלא היתה התייחסות ממשית מצד האורחים לתוכן הדברים המושמעים, כפי שעולה מתיאור הדברים בפסקה 14 לעיל. עוד ניתן לראות בסרטון כי הרוקדים לובשים חולצות של ארגון להבה, שבראשו עומד המשיב. התרשמותנו היא שמעמדו של המשיב כראש ארגון להבה, מעורבתו של המשיב ושירתו, עודדו את הקהל והלהיבו אותו, והחיבור בין מילות השיר ששר המשיב, הנפת הסכינים, והאווירה המשולהבת בחתונה - כל אלה יחד הקימו אפשרות ממשית להביא לעשיית מעשה טרור.

נוסיף עוד כי בשונה מאישומים אחרים, לגבי אישום זה לא מתקיים שיהוי ממשי, שכן החתונה התרחשה בשנת 2017 וכתב האישום הוגש בשנת 2019.

לאור כל האמור אנו סבורים שיש להרשיע את המשיב באישום החמישי.

16. התוצאה היא איפוא שאנו מקבלים את ערעור המשיב ומזכים אותו מהאישום הרביעי, מקבלים את ערעור המערערת ומרשיעים את המשיב באישום החמישי.

באשר לערעור על גזר הדין, לא מצאנו שיש עילה להתערב בעונש שהוטל על המשיב בבית משפט קמא. הגם שהרשענו את המשיב בעבירה חמורה יותר, איננו משנים את העונש שהוטל עליו, בין היתר בשל חלוף הזמן, כך שהערעור על גזר הדין נדחה.

שירות המבחן יגיש תכנית של"ץ לבית משפט השלום תוך 60 יום.

ניתן והודע היום ו' שבט תשפ"ה, ה' 04/02/2025 בהעדר הצדדים.

המזכירות תשלח העתק מפסק הדין לב"כ הצדדים ולשירות המבחן.

אילן סלע, שופט

מרים ליפשיץ פריבס,
שופטת

חגית מאק-קלמנוביץ,
שופטת