

ע"פ 30980/04/14 - בעניין: מדינת ישראל נגד ראאד סלאח מחאג'נה

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 30980-04-14

ע"פ 31172-04-14

לפני: כב' השופט אריה רומנוב

כב' השופט דוד מינץ

כב' השופטת אסתר נחליאלי-חיאט

בעניין: מדינת ישראל

נגד

ראאד סלאח מחאג'נה

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

ב"כ הנאשם: עו"ד אביגדור פלדמן

פסק דין

השופט א' רומנוב

1. לפנינו שני ערעורים על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת חנה מרים לומפ) שניתן בת"פ 5425/08. הערעור האחד הוא ערעור המאשימה באותו תיק (ע"פ 30980-04-14), והערעור השני הוא ערעור הנאשם (ע"פ 31172-04-14). בהתאם להחלטה מיום 1.5.14, הדיון בשני הערעורים התקיים במאוחד. למען הנוחות יכוננו הצדדים בערעורים שלפנינו באופן בו כונו בבית משפט השלום, היינו "המאשימה" ו-"הנאשם".

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

האחת, עבירה של הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב(א) לחוק העונשין התשל"ז-1977, והשנייה, עבירה של הסתה לאלימות או לטרור לפי סעיף 2ד144(א) לחוק האמור. בהכרעת הדין מיום 7.11.13 זיכה בית משפט השלום את הנאשם מהעבירה האחת והרשיע אותו בביצוע העבירה השנייה. בגזר הדין מיום 4.3.14 הטיל בית המשפט על הנאשם עונש מאסר לריצוי בפועל לתקופה של 8 חודשים וכן עונש מאסר על תנאי.

3. שני הצדדים משיגים על פסק דינו של בית משפט השלום, ומכאן שני הערעורים שלפנינו. הערעור שהוגש על ידי המאשימה מופנה נגד החלטתו של בית משפט השלום לזכות את הנאשם מהעבירה של הסתה לגזענות, וכן נגד קולת העונש שבית המשפט גזר על הנאשם בשל העבירה בה הרשיע אותו. הערעור שהוגש על ידי הנאשם מופנה נגד החלטתו של בית משפט השלום להרשיע אותו בעבירה של הסתה לאלימות או לטרור. לחלופין, מפנה הנאשם את ערעורו נגד חומרת העונש שגזר עליו בית משפט השלום.

4. על העובדות הבאות אין למעשה מחלוקת בין הצדדים: הנאשם הוא מנהיג הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל. במהלך חודש פברואר 2007 בוצעו על ידי הרשויות בישראל עבודות באזור מעלה המוגרבים הנמצא בכניסה להר הבית. עבודות אלה עוררו מחאות ומהומות בקרב הציבור הערבי. ביום שישי ה-16.2.07, בסמוך לשעה 10:00, הגיע הנאשם לירושלים בעקבות האירועים המתוארים. הואיל ובאותו מועד היה תלוי ועומד נגדו צו הרחקה שהוצא על ידי בית משפט השלום בירושלים יום קודם לכן, ואשר אסר עליו להימצא בתחומי העיר העתיקה, או בסמוך לה, למשך 60 ימים, הגיע הנאשם לשכונת ואדי ג'וז בירושלים. במקום זה נשא הנאשם דברים באמצעות מערכת רמקולים באוזני כאלף אנשים שהתכנסו במקום, וכן באוזני אמצעי תקשורת רבים שנכחו במקום.

5. הדברים שהנאשם נשא הוקלטו ותומללו והם מחזיקים מספר עמודים. בכתב האישום אותו הגישה המאשימה נגד הנאשם, היא הביאה חלק מהדברים שנאמרו על ידי הנאשם באותו מעמד. באופן ספציפי ייחסה המאשימה לנאשם את העבירות בהן הואשם בשל דברים שאמר בשתי פסקאות, קצרות יחסית, מתוך הקטע שהובא בכתב האישום. בשל דברים שאמר הנאשם בקטע האחד, ייחסה לו המאשימה עבירה של הסתה לגזענות, ובשל דברים שאמר הנאשם בקטע השני, ייחסה לו המאשימה עבירה של הסתה לאלימות או לטרור.

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

"עכשיו אנחנו בשטח הזה, המבורך, הצלול ובעל הברכה הטהורה, אילולא ההפרעות והשיבושים, שפקדו אותנו על ידי הכיבוש הישראלי, שיסולק בעזרת השם, כמו שסולקו אחרים כמותו בעבר"

"אחרי פשע מחנה רפיח אומרים לך הממסד הישראלי רוצה לבנות בית מקדש שימשמש כבית תפילות למען אלוהים. כמה שהוא חצוף וכמה שהוא שקרן, מי שרוצה לבנות בית למען האלוהים לא ייתכן שהוא יבנה בית למען אלוהים כשדמנו עודו על בגדיו, דמנו עודו על

עמוד 2

דלתותיו ודמנו במזונו, ודמנו במשקהו, ודמנו עובר מגנרל טרוריסטי אל גנרל טרוריסטי אחר."

"ככה אנחנו ממשיכים בדרכנו ולא חוששים אלא מפני אלוהים ישתבח שמו. לא חוששים אלא מפני האלוהים. בגלל זה אני אומר, אלה שחושבים שהם בעלי היסטוריה מדממת בעלי גנרלי הרג וטבחים, אלה, אם הם חושבים שעל ידי ההסתה נגדנו בערוץ אחד, ובערוץ שניים או שתיים, אלה שחשבו שהם מסיתים נגדנו בערוץ עשר וגלי צה"ל, אנו לא חוששים אלא מפני אלוהים. הרגעים הכיפיים בגורל שלנו זה כשנפגוש את אלוהים כשאהידים בשטחו של מסגד אלאקצא".

"בגלל זה אני אומר את זה באופן ברור ובלי היסוסים: אתם שהמסיתים נגדנו, אל תתנו לדרגות שמונחות על כתפיהם לפתות אתכם. הדרגות האלה והכוכבים שמונחים על כתפיהם נעשו מהגולגולת של השאהידים שלנו. אלה הם דרגות בוושה ולא דרגות פאר. אלה הם דרגות חרפה ולא דרגות כבוד. אני מתפלא מכם. מי מבינכם שהורג יותר מאתנו, מקבל קידום לדרגות יותר גבוהות".

"כשאנו כאן מתכוננים לתפילה במתחם של מסגד "אלאקצא" המבורך. פה יוסרו כל ענני הקיפוח משמי ירושלים הקדושה. באותו יום יטוהרו כל רחובות ירושלים הקדושה מדמם של החפים מפשע אשר התירו את דמם והוציאו את נשמתם חיילי הכיבוש הישראלי, אשר כובשים את מסגד "אלאקצא" המבורך. ואכן כן, אז יפרחו שקדיות ירושלים מחדש, ועלי עצי הזית יהיו ירוקים מחדש, והכבוד יוחזר אל כנסיית הקבר, והכבוד יוחזר לכל המסגדים והכנסיות. ולא רק זה, הרי אנו לא זדונים ולא נהיה זדונים, ואנו נשמור גם על כבוד בתי הכנסת של היהודים. אנו לא אומה שמבססת על ערכי הקנאה. אנו איננו אומה שמתבססת על ערכי נקמה. אנו לא הרשנו אף פעם לעצמנו, ותקשיבו טוב, אנו אף פעם לא הרשנו לעצמנו ללוש את הלחם של ארוחת שבירת הצום בחודש רמדאן המבורך בדמם של הילדים. ואם מי שרוצה הסבר יותר מורחב אז שישאל מה היה קורה לחלק מהילדים של אירופה, אשר דמם היה מתערבב בבצק של הלחם הקדוש. אלוהים גדול, האם זו דת? ככה אלוהים רוצה? אלוהים עוד יתמודד אתכם על מה שאתם עושים..."

"אנו לא לבד במאבק הזה. יתכן שיבואו אלי ויגידו לי אתה מסית. הם רוצים להרוס לנו את "האלקצא" ובאים ואומרים לי אתה מסית. אז, אחים שלי, אני אומר לכם כן, ואני אומר שאנו לא לבד במאבק הזה. וברצוני להגיד לכל אדם שפוי. אני רוצה להגיד את זה לכל אדם שפוי, שהקרב שפתחו בו כוחות הכיבוש הישראלי נגד ירושלים הקדושה ונגד מסגד "אלאקצא" המבורך לא נסגר עד עכשיו. אכן כן מראות המערכה הזו התחילו רשמית בשנת 1948 לספירה. מאז השנה הזו ממשיך הממסד הישראלי במלחמתו נגד ירושלים הקדושה ומסגד "אלאקצא" המבורך. בשנים ההם שעברו התרחש שם מראה מדמם, וזה היה בשנת 1967 לספירה. היתה שם מערכה שעדיין ממשיך אותו המוסד הכיבוש הישראלי, אשר כובש את ירושלים הקדושה ומסגד "אלאקצא" המבורך. הוא עדיין ממשיך את הקרב. הקרב עודו מתמשך... אך אנו מדגישים שאנו לא לבד בקרב הזה, בעזרת השם. אנו מבקשים מכל מוסלמי וערבי בהווה האסלאמי והערבי, באם היה שופט או מדען או מפלגה או מוסד ציבורי או פלגים או עמים. אנו חומדים מהם עכשיו, שעכשיו באה חובתם לסייע לעם הפלסטיני. עכשיו באה חובתם להוציא לדרך אינתיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיינוס לאוקיינוס, כתמיכה בירושלים הקדושה ומסגד "אלאקצא" המבורך."

7. נראה שאין חולק על כך, שמכלול הדברים שנאמרו על ידי הנאשם אינו קל לשמיעה עבור חלקים נרחבים בציבור הישראלי, ואף ב"כ הנאשם אומר בערעור שהגיש: "אכן דברי המערער, המבטאים השקפת עולם של קבוצה שבראשה הוא עומד וחלקים מן הציבור הערבי בישראל, הם דברים שיכולים להישמע מקוממים ומרגיזים לחלקים נרחבים בציבור הישראלי" (סעיף 40 להודעת הערעור). עם זאת, הנאשם טוען כי הדברים שאמר הם ביטויים פוליטיים מובהקים המצויים בגבולות המותר בשיח המתנהל בחברה חופשית ודמוקרטית. לטענת ב"כ הנאשם: "ביטויים פוליטיים מרגיזים, מסוכנים וסוטים, ככאלה, אינם הופכים באופן מיידי לאסורים בפרסום, הם מהווים חלק משמעותי מן הגרעין המוגן של חופש הביטוי בשיטת המשפט הישראלית" (סעיף 43 להודעת הערעור). לטענת ב"כ הנאשם "ההיסטוריה מלמדת כי לא דיבור מביא לאלימות אלא השתקה היא המתכון הבטוח ביותר לפנייה אל דרך האלימות" (שם).

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

9. על רקע הדברים שנאמרו עד כה, אפנה עתה לערעורים שהגישו הצדדים. תחילה אדון בערעור המאשימה ואחר כך בערעורו של הנאשם.

ערעור המדינה על זיכוי של הנאשם מעבירה של הסתה לגזענות

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

"...אנו לא הרשנו אף פעם לעצמנו, ותקשיבו טוב, אנו אף פעם לא הרשנו לעצמנו ללוש את הלחם של ארוחת שבירת הצום בחודש רמדאן המבורך בדמם של הילדים. ואם מי שרוצה הסבר יותר מורחב אז שישאל מה היה קורה לחלק מהילדים של אירופה, אשר דמם היה מתערבב בבצק של הלחם הקדוש. אלוהים גדול, האם זו דת? ככה אלוהים רוצה? אלוהים עוד יתמודד אתכם על מה שאתם עושים..."

11. המאשימה טענה בבית משפט השלום והיא טוענת גם לפנינו, כי דברים אלו של הנאשם מתייחסים בצורה ברורה שאין לטעות בה לעלילת הדם שהעלילו על העם היהודי במרוצת הדורות, והם נועדו להסית כנגד כלל העם היהודי. הנאשם כופר בטענת המאשימה וטוען שאין כל קשר בין הדברים שאמר לבין העלילות שהעלילו על העם היהודי, וכי כוונתו בדברים המצוטטים הייתה אחרת. אביא, אפוא, את ההסברים שמסר הנאשם הן במסגרת חקירתו במשטרה והן במהלך עדותו בבית המשפט.

12. וכך אמר הנאשם במסגרת חקירתו במשטרה:

"אני מאמין שאין דת אלוהית שמסכימה להרג של תינוקות. ואני מאמין גם שאין שום דרך או דת שמימית שמרשות לעצמן דם של תינוקות. אצלינו כמוסלמים לפי החדית של הנביא, ברור לחלוטין שהוא אומר "חילול קדושת המאמינים גדולה יותר אצל האל מחילול הכעבה" אבל מי שהרשה לעצמו שיחרוג על הוראות הדינים האלוהיים אם היה הורג אפילו ילד אחד מהתינוקות של כל העולם שזה מעשה פשע חמור ביותר. אותו פשע ימשיך לרדוף אותו אפילו בלחם שהוא ואכל, וזה כבר קרה באירופה במחזות שראינו באירופה באירועים היסטוריים מפורסמים וכולנו יודעים איך אותם פשעים (מחאכים אלתפטיש במקור) בימי הביניים. כמו שהרגו אלפי ילדים ולפי מדד זה כולנו יודעים שאותם בתי משפט הוקמו בשם הדת ובשם ההוראות הקדושות. ובהתאם לזאת זה חזר על עצמו בפשעים שקרו בבוסניה הרצגובינה ובצצניה. ויש עוד דוגמאות אחרות" (ת/1 שורות 77-85).

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

"ש. אבקש שתסביר לנו את המשפט הבא: אנחנו לא הרשינו אף פעם לעצמנו ללוש את הלחם של ארוחת שבירת הצום בחודש ראמדת המבורך בדמם של הילדים ומי שרוצה הסבר יותר מאוחר שישאל מה קורה לחלק מהילדים של אירופה אשר דמם היה מתערבב בבצק של הלחם הקדוש. אלוהים גדול. האם זו דת ככה אלוהים רוצה. אלוהים עוד יתמודד אתכם על מה שאתם עושים. הסבר מה התכוונת במשפטים אלה.

ת. מי ששומע את הדרשה הזאת, את כל הדרשה ולא לוקח רק משפט אחד, מי שקורא אותה לא יהיה לו קשה להבין שאני מדבר על בסיס המורכב מהנביא מוסא וישו ומוחמד עליהם השלום. אני מדגיש בתחילת הדרשה ואומר (מקריא בערבית) הכוונה בתחילת הדרשה היא: הנביא משה והנביא ישו והנביא מוחמד ושאר הנביאים לא מעזים בעצמם לעשות פשע שהם הורגים ילדים או הורגים חולים כך אני מדבר תחילה. זה לא משפט חריג שעברתי עליו ושכחתי אותו. אני חוזר שוב על הבסיס המורכב ואומר כך: בזמן שמסגד אל אקצה אנחנו דורשים את הכבוד למסגד ובאותו זמן אנו דורשים את הכבוד לכנסייה וגם לעולם לא נהיה לאום אכזרי. גם אנחנו נשמור על הכבוד של בתי הכנסת היהודיים ואני מדגיש שוב את אותו משפט מורכב. כאשר אני מדבר על הילדים אני אומר על אותו בסיס אני אומר אנחנו לעולם לא נרשה לעצמנו לאכול את לחם הראמדת עם דם של ילדים ואם אתם רוצים לראות דוגמה לפשע הזה תשאל אירופה שכן יש חלק מאנשי הדת ואני לעולם לא אומר הדת הנוצרית אלא אנשי הדת הנוצרית ויש הבדל יש חלק שמסוגל לסלק את הדת בשם הדם ואז יש חלק מאנשי הדת שכן הרגו ילדים, כן שלחו ילדים במה שנקרא מסעי הצלב ויותר מזה, אני קורא בהיסטוריה שבאותו זמן בתקופת הצלבנים יש חלקם שאכלו ילדים. ההיסטוריה באירופה אומרת זאת ולא אני. אכלו ילדים על האש והדבר חזר על עצמו גם בבוסניה בקוסובה ויש אנשי דת שהעזו בעצמם לומר כאילו זו מצווה דתית. יש אנשי דת שרצו לעשות לחם קדוש מדם הילדים האלה ובכל התקופות אם זה בימי הביניים או בזמן שאנו חיים פה.

ש. יש שיאמרו שאתה מתכוון לעלילת הדם שאומרים שהיהודים שמים דם של ילדים במצות פסח מה אתה אומר על כך?

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

ש. התכוונת פה ליהודים שמתמשים בדם ילדים?

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

ש. האיסלאם מתייחס לדבר כזה כנגד יהודים?

ת. האיסלאם אומר שמי שהורג אדם חף מפשע כאילו הרג את כל בני האדם.

ש. ולסיפור הזה יש התייחסות באיסלאם שיהודים משתמשים בדם?

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

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

"לעניינינו, אין ספק כי דבריו של הנאשם ביחס לעלילות הדם, אינם בהירים מספיק. מדובר בבלבול בין מושגים שונים ובין דתות שונות, כך כאשר ציין הנאשם כי את דם הילדים מערבבים בלחם הקודש - לחם הקדוש לנוצרים, ולא במצות - לחם העוני הנאכל בפסח על פי המסורת היהודית, ואשר לגביו נקשרו עלילות הדם באירופה. הנאשם הכחיש כי דבריו נאמרו על רקע עלילת דמשק ואני מקבלת את דבריו נוכח הפרשנות שמסר להם (ר' עמ' 26 ש' 18-3).

על מנת שדבריו של הנאשם יהוו עבירה של פירסום הסתה לגזענות, יש להוכיח כי "המפרסם היה מודע לטיב המעשה, לנסיבותיו ולאפשרות הגרימה של הסתה לגזענות, וכי פירסם את הדבר במטרה להסית לגזענות, או, למצער, מתוך ראייה מראש, כאפשרות קרובה לוודאי, שהפירסום יסית לגזענות" (ר' ס' 21 לדברי כב' הנשיא מצא בע"פ אלבה). לפיכך, נוכח חוסר הבהירות בדברים ונוכח הסבריו של הנאשם נותר בליבי ספק כי הנאשם היה מודע לטיב המעשה ולאפשרות שדבריו יובילו להסתה לגזענות. משכך, אני מזכה את הנאשם מעבירה של הסתה לגזענות והדיון בשאלה אם הדברים אותם פרסם הנאשם פורסמו "מתוך מטרה להסית" מתייתר.

15. במסגרת הערעור המונח לפנינו טוענת המאשימה, כי שגה בית משפט השלום בכך שקבע כי דבריו של הנאשם אינם בהירים. לטענת המאשימה, אין כל ספק בכך שדברי הנאשם מתייחסים לדת היהודית ולעלילות הדם שהיו מנת חלקו של העם היהודי במרוצת הדורות, ולא לשום ציבור אחר או לכל תופעה היסטורית אחרת. לטענת המאשימה, הדברים שיצאו מפיו של הנאשם לאורך כל הדרשה שנשא מופנים אך ורק כלפי מדינת ישראל וכלפי העם היהודי. הם אינם מופנים נגד נוצרים, צלבנים, בוסנים או כל גורם אחר, כדברי ההסבר שמסר הנאשם, אשר המאשימה סבורה כי הם תמוהים ובלתי משכנעים בלשון המעטה. המאשימה טוענת, כי לאורך כל הדרשה שנשא דיבר הנאשם אך ורק נגד מדינת ישראל ומחה על מעשי רצח ודיכוי הנעשים, כביכול, כלפי העם המוסלמי. לפיכך, כך טוענת המאשימה, אין לטעות בהבנת דברי הנאשם המתייחסים לעלילות הדם הללו, ולא

לשום דבר אחר. לטענת המאשימה, ההסבר שמסר הנאשם אינו מתיישב בשום צורה ואופן עם המילים שאמר ועם ההקשר הכולל של הדרשה שנשא. בהקשר זה טוענת המאשימה, כי במהלך חקירתו הנגדית טען הנאשם, כי לא אמר את המילים "בצק" ו"ללוש" (עמודים 34-35 לפרוטוקול). לטענת המאשימה, הכחשת הנאשם בחקירה הנגדית כי אמר את המילים האלה מלמדת כאלף עדים שהנאשם ידע והבין היטב כי אמירתן מכניסה אותו באופן מובהק אל תוך גדריה של עבירת ההסתה לגזענות. המאשימה מוסיפה וטוענת, כי טעה בית משפט השלום בכך שלא שלל את האפשרות כי השימוש במונח "הבצק של הלחם הקדוש" מתייחס ל"לחם הקדוש" של בני הדת הנוצרית ולא למצות חג הפסח היהודי ולעלילות הדם הידועות. לסיכום, המאשימה מבקשת כי נקבל את הערעור שהגישה ונרשיע את הנאשם בעבירה של הסתה לגזענות שיוחסה לו בכתב האישום.

16. בתשובה טען ב"כ הנאשם, כי יש להותיר את זיכוי של הנאשם על כנו. ב"כ הנאשם שב וטען לפנינו, כי הדברים שאמר הנאשם בקטע המיוחס לו, לא הופנו כלפי היהודים והם לא התייחסו לעלילת הדם המדוברת. לטענת ב"כ הנאשם, תנאי להרשעתו של אדם בעבירה של הסתה לגזענות הוא, שדברי ההסתה אותם אמר הם ברורים וחד-משמעיים, דבר שאינו מתקיים, לטענתו, במקרה שלפנינו. זאת משום שדברי הנאשם עמומים ובלתי בהירים ואין בהם התייחסות מפורשת לבני הדת היהודית. על כן, כך סבור ב"כ הנאשם, אין הדברים יכולים לשמש תשתית להרשעה בפלילים, ולפיכך יש לדחות את ערעור המדינה.

17. אני סבור כי הדין עם המאשימה ועל כן יש לקבל את ערעורה. הדברים שאמר הנאשם לא נאמרו בחלל הריק אלא בהקשר ברור והוא, המחאה שהתעוררה בקרב חלקים בציבור המוסלמי בעקבות עבודות שבוצעו על ידי הרשויות בישראל באזור מעלה המוגרבים הנמצא בכניסה להר הבית ובסמוך למסגד "אל אקצא". מחאה זו אינה עומדת לבדה, אלא כפי שעולה מדברי הנאשם עצמו, היא באה על רקע הסכסוך הקיים באזורנו מזה שנים רבות. אכן אין לטעות, הדרשה אותה נשא הנאשם מכוונת כלפי מדינת ישראל והציבור היהודי, ולא כלפי כל גורם אחר. אין מדובר בדיון תיאולוגי שכלתני ומנותק, אלא בדברים אשר "מוטיב הדם" שב וחוזר ומודגש בהם, שנאמרו בהקשר ברור וכנגד גורם ברור, והוא עיקרו של הציבור היהודי והישראלי, מדינת ישראל ורשויות המוסמכות. אין לקבל, אפוא, את טענת הנאשם, כי הוא התייחס בדבריו לנוצרים, צלבנים, בוסנים, צ'צ'נים, או כל גורם אחר. וגם אם בקטע המצוטט לא אמר הנאשם, בצורה ברורה ומפורשת, כי הוא מתכוון בדבריו לבני העם היהודי, לא ניתן לטעות בכך שזו הייתה כוונתו.

18. מדברי הנאשם בקטע המצוטט עולה, ובצורה ברורה, כי בקטע המצוטט אין הנאשם משתמש בצורה סימבולית במוטיב הדם והלחם כמי שמבקש לומר, כי אדם השופך דם נקיים כי אז, בצורה סימבולית, הלחם אותו הוא אוכל נדמה ככזה הטבול בדם. שימוש כזה נעשה, אמנם, על ידי הנאשם בחלק אחר בדרשה שנשא עת אמר: "... מי שרוצה לבנות בית למען האלוהים לא ייתכן שהוא יבנה בית למען אלוהים כשדמנו עוד על בגדיו, דמנו עוד על דלתותיו ודמנו במזונו, ודמנו במשקהו, ודמנו עובר מגנרל טרוריסטי אל גנרל טרוריסטי אחר".

19. בקטע שהבאתי זה עתה, אכן השימוש במוטיב הדם והלחם הוא שימוש סימבולי. ואולם אין כך הדבר בקטע בגינו מבקשת המאשימה להרשיע את הנאשם בעבירה של הסתה לגזענות. בקטע זה אין מדובר בסימבוליקה, אלא בלישת לחם בדם, פשוטו כמשמעו ("אנו אף פעם לא הרשנו לעצמנו ללוש את הלחם... בדמם של

הילדים... אשר דמם היה מתערבב בבצק של הלחם..."). ולא בסתם דם מדובר, אלא בדמם של ילדים. ולא בסתם לחם, אלא בלחם קדוש אשר נרמז כי נאכל בחג ("ארוחת שבירת הצום בחודש רמדאן המבורך"). ולא בסתם ילדים מדובר, אלא ב"ילדים של אירופה", שם נולדה עלילת הדם המוכרת. אכן, הנאשם השתמש בביטוי "לחם קדוש" המוכר בקרב הדת הנוצרית, ולא במונח "מצה של פסח". אלא שהדבר אינו מעלה או מוריד, הן משום שמדברי הנאשם עולה כי הוא ביקש לציין שהלחם בו מדובר הוא לחם מיוחד הנאכל בחג (ואין זה חשוב אם לא ציין כי מדובר במצה הנאכלת בחג הפסח), והן משום שכפי שכבר ציינתי, הדרשה אותה נשא הנאשם לא עסקה ביחסים שבין דת האסלאם לדת הנוצרית או לכל דת אחרת, אלא ביחסים שבין המוסלמים ליהודים.

20. עניין זה מביא אותנו למספר משפטים המובאים בסמוך לפני הקטע המצוטט על ידי המאשימה, ולמשפט המסיים אותו. במשפטים המובאים בסמוך לפני הקטע המצוטט על ידי המאשימה, מתאר את הנאשם את המצב שישורו, לדבריו, לאחר הגיע "יום הדין" היינו, כך ניתן להבין, לאחר ניצחון האסלאם. הנאשם אומר בדרשתו, כך עולה מדבריו, כי בניגוד למצב השורר היום, לטענתו, כאשר הריבונות נתונה בידי ישראל, "הכבוד יוחזר אל כנסיית הקבר, והכבוד יוחזר לכל המסגדים והכנסיות". ולא רק זאת, אלא שלדברי הנאשם, כאשר הריבונות תהיה בידי בני דת האסלאם, "אנו נשמור גם על כבוד בתי הכנסת של היהודים. אנו לא אומה שמבססת על ערכי הקנאה. אנו איננו אומה שמתבססת על ערכי נקמה. אנו לא הרשנו אף פעם לעצמנו... ללוש את הלחם של ארוחת שבירת הצום... בדמם של הילדים". מן האמור עולה, אפוא, כי דבריו של הנאשם בעניין הלחם והדם נאמרו כדי לעמת זה מול זה את האסלאם והיהדות, ולא בהקשר אחר כלשהו, כפי שנטען על ידו.

21. זאת ועוד, במשפט המסיים את הקטע המצוטט על ידי המאשימה, לאחר תיאור דמם של הילדים המתערבב בבצק של הלחם הקדוש אומר הנאשם: "אלוהים גדול, האם זו דת? ככה אלוהים רוצה? אלוהים עוד יתמודד אתכם על מה שאתם עושים...". אך מובן, כי דבריו אלה של הנאשם מכוונים לדת היהודית ולבני הדת היהודית, ולא לשום גורם אחר.

22. עניין נוסף הראוי לציין בדבריו של הנאשם הוא, כי בעת שהנאשם התחיל לדבר על עניין הלחם והדם, הוא עצר לרגע את מהלך דבריו, פנה אל קהל שומעיו ואמר להם: "תקשיבו טוב...". פשיטא, שהנאשם לא היה פונה אל קהל שומעיו ומבקש את תשומת ליבם המיוחדת, כדי לספר להם על דברים רחוקים ומנותקים שאירעו בימי הביניים בתקופת מסעות הצלב או במהלך המלחמה בבוסניה הרצגובינה. פנייתו של הנאשם לקבלת תשומת לב מיוחדת, נועדה לזכות בתשומת לב שומעיו בקטע שהוא סבר כי הוא חשוב בדרשתו, שעיקר עניינה, כאמור, המתח הקיים בין הציבור עליו נמנה הנאשם ואשר את חלקו הוא מנהיג, לבין עיקרו של הציבור היהודי והישראלי, ופעולות רשויות ישראל בסמוך להר הבית ומסגד "אל אקצא".

23. סיכומם של הדברים עד כה הוא, שאני סבור כי יש לקבל את טענת המאשימה כי דבריו של הנאשם התייחסו לעלילת הדם שהעלילו על היהודים במרוצת הדורות; כי זו הייתה כוונתו הסובייקטיבית של הנאשם; וכי כוונה זו בוטאה בצורה ברורה ונהירה בדברים שאמר. זאת, כאמור, הן משום התוכן המפורש של הדברים שנאמרו כפי שעמדתי על כך לעיל, והן משום ההקשר הכולל של הדרשה שנשא הנאשם. השאלה אליה יש להידרש עתה היא, האם דברים אלה מהווים הסתה לגזענות?

24. סעיף 144א' לחוק העונשין, תשל"ז-1977 קובע, כי "גזענות" היא, "רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסיה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני". אני סבור, כי לא יכול להיות ספק בכך שדברי עלילת הדם שהייתה מנת חלקו של העם היהודי, עונה אחרי הגדרה זו.

25. באותו אופן אני סבור שלא יכול להיות ספק בכך שבנאשם התקיים גם היסוד הנפשי הנדרש בסעיף 144ב' (א) לחוק, בו הוא הואשם. סעיף זה קובע, כי "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו - מאסר חמש שנים". היסוד הנפשי הנדרש הוא, "מטרה להסית לגזענות". על רקע תוכן הדברים שנאמרו על ידי הנאשם, ההקשר בהם נאמרו, מעמדו של הנאשם וזהות קהל שומעיו, ובהעדר הסבר מניח את הדעת של הנאשם (שהרי ההסבר אותו מסר לא התקבל), לא יכול להיות ספק כי הנאשם אמר את הדברים "מתוך מטרה להסית לגזענות" (דיון נרחב ביסודות העבירה של "הסתה לגזענות" ראו: ע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל (1996)).

26. לא למותר לציין, כי לא נטען לפנינו על ידי ב"כ הנאשם - ולו כטענה חלופית - שגם אם ייקבע שהדברים אותם אמר הנאשם כוונו כלפי העם היהודי, אין להרשיע אותו בעבירה של הסתה לגזענות שכן לא התמלאו יסודות עבירה זו. כל שנטען על ידי ב"כ הנאשם הוא, כי הנאשם לא הפנה בדבריו לעלילת הדם הידועה; כי הדברים שאמר לא כוונו כלפי העם היהודי; וכי בכל מקרה אין מדובר בדברים ברורים וחד משמעיים. אלא שמהטעמים אותם פרטתי הגעתי לכלל מסקנה, שאין מקום לקבל את טענת ב"כ הנאשם בעניין זה.

27. הבאתי לעיל את דברי ב"כ הנאשם בדבר חשיבותו של חופש הביטוי בחברה חופשית ודמוקרטית, ועל הצורך ואף האינטרס של החברה ורשויותיה לאפשר לאדם להשמיע את אשר במחשבתו, ואת אשר על ליבו, גם אם דבריו קשים ופוגעים וצורבים מאד. על כך אין איש חולק. ואולם באותה מידה אין איש חולק על כך, שגם אם לחופש הביטוי יש מעמד עליון בחברה שוחרת חופש, אין מדובר בחופש ללא גבולות. בית משפט השלום הביא בהכרעת הדין שניתנה על ידו דברים שנאמרו על ידי כב' הנשיא ברק בבש"פ 5934/05 שי מלכה נ' מדינת ישראל (2005), ואין טוב מלשוב ולהביא את הדברים גם עתה:

"שמירת הדמוקרטיה מחייבת שמירה על חופש הביטוי. שמירה על חופש הביטוי מחייבת שמירה על הדמוקרטיה. השימוש ברטוריקה של דמוקרטיה וזכויות אדם כבסיס לפעילות הפוגעת בדמוקרטיה ובזכויות האדם הוא מרשם בדוק להרס הדמוקרטיה מתוכה היא. אמת, הדמוקרטיה מכירה בזכות הביטוי וההפגנה של כל אדם בה; היא תעשה הכול כדי לכבד זכות זו, אך דמוקרטיה לא תאפשר שימוש בזכויות שהיא מעניקה כדי להביא להרס עצמי. דמוקרטיה צריכה להיות סובלנית גם לחסרי הסובלנות, אך דמוקרטיה אינה צריכה לאפשר בסובלנותה את עצם חיסולה"

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

אישום בשל מכלול הדברים שאמר במהלך אותה דרשה, הגם שכאמור אין הדברים קלים לשמיעה, אלא אך בגין שתי פסקאות שנאמרו על ידו, בקשר לאחת מהן, זו הנדונה עתה, היא ייחסה לו עבירה של הסתה לגזענות. אני סבור כי בדבריו אלה חצה הנאשם את גבולות המותר והכניס את עצמו אל התחום האסור. העלאתה מן המחשכים של עלילת דם המייחסת ליהודים רציחתם של ילדים על מנת להשתמש בדמם לשם אפיית מאכל מיוחד ביום חגם, אינה דבר לגיטימי, גם במקום בו יש מחלוקת נוקבת, תהום עמוקה, זעם ומשטמה. מחזור עלילת הדם הידועה אינו משרת אף אחת מהתכליות אשר לשמן הוענק לחופש הביטוי מעמד כה רם, אלא הוא נועד להרבות את השנאה, להעמיק את התהום, להגדיל את הריחוק, ולעורר מדנים. לכך, לא ניתן להסכים. דברים אלה אמורים במשנה תוקף על רקע מעמדו של הנאשם כמנהיג ציבור ועל רקע העובדה שהדברים נאמרו על ידו ברגע של מתיחות כבדה ביחס למקום כה רגיש כהר הבית.

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

ערעור הנאשם על הרשעתו בעבירה של הסתה לאלימות או לטרור

30. סעיף 144ד2 קובע כך:

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

31. את הרשעתו של הנאשם בעבירה של הסתה לאלימות או לטרור השתית בית משפט השלום, כפי שהתבקש על ידי המאשימה, על דבריו אלו של הנאשם:

"...אנו מבקשים מכל מוסלמי וערבי בהווה האסלאמי והערבי, באם היה שופט או מדען או מפלגה או מוסד ציבורי או פלגים או עמים. אנו חומדים מהם עכשיו, שעכשיו באה חובתם לסייע לעם הפלסטיני. עכשיו באה חובתם להוציא לדרך אינתיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיינוס לאוקיינוס, כתמיכה בירושלים הקדושה ומסגד "אלאקצא" המבורך"

32. בית המשפט קבע בפסק דינו כי בדברים אלה קרא הנאשם לאינתיפאדה. למסקנה זו הגיע בית משפט על סמך האמירה: "עכשיו באה חובתכם להוציא לדרך אינתיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיינוס לאוקיינוס", וכן על ההקשר הכולל של דברי הנאשם אשר יש בהם שימוש חוזר על המילים "דם" ו"שהידים". בית המשפט קבע בסעיף 18 להכרעת דינו, כי מההקשר הכללי של הדרשה שנשא הנאשם, מהשימוש החוזר בביטוי "דם" ומדבריו כי "נפגוש את אלוהים כשהידים בשטחו של אלאקצא המבורך", לא ניתן להבין את הקריאה לאינתיפאדה כדרך

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

33. בערעור המונח לפנינו מעלה הנאשם מספר השגות נגד החלטתו של בית משפט השלום עת הרשיע אותו בעבירה של הסתה לאלימות או לטרור. לטענת הנאשם, בהכרעתו של בית המשפט נפל פגם מהותי, שכן בית המשפט לא התייחס להסברים אותם מסר הנאשם במהלך עדותו בבית המשפט בדבר תוכן הדברים שאמר, משמעותם והפרשנות הנכונה שיש לתת להם. תמצית טענת הנאשם היא, כי דברים אלה לא היו מופנים אל שומעיו ואל הציבור הישראלי, אלא אל כלל העולם המוסלמי, וכי בדברים שאמר לא ביקש הנאשם לגרום לאלימות פיזית, אלא לפעילות פוליטית להגנת ירושלים ומסגד אלאקצא. בהודעת הערעור שהגיש הביא ב"כ הנאשם קטעים מהדברים שאמר הנאשם בחקירתו במשטרה ובמהלך עדותו בבית משפט השלום בעניין זה, ואלה יובאו בהמשך.

34. לטענת ב"כ הנאשם, הפרשנות לה טוען הנאשם נלמדת הן מהגורמים אליהם הופנו דברי הנאשם, והן מהמיקום הגיאוגרפי - מן האוקיאנוס אל האוקיאנוס. באשר לגורמים אליהם מופנית הקריאה טוען ב"כ הנאשם, כי מדובר בגופים שאין מתקבל על הדעת שיפרצו באינתיפאדה אלימה, כגון מושלים שתפקידם בעיקר פוליטי ומדיני, מפלגות ומוסדות כאלה ואחרים. לטענת ב"כ הנאשם מתוכן הדברים עולה בבירור כי כוונתו של הנאשם הייתה להתעוררות גלובאלית, למודעות, למחאה, אך בהחלט לא לפעולה אלימה.

35. וכך טוען ב"כ הנאשם בערעורו: "מאליו מובן כי הדיבור הוא מעל ראשי המקשיבים והוא על פי כוונת הנואם אמור להתפשט לרחבי העולם כולו ולעורר [כך במקור - א.ר.]. למודעות למעשי עוול ופגיעה שלהבנת הנואם מתרחשים בישראל ובשטחים הכבושים... כך שאל הקריאה אל הגורמים שברור כי לא מצופה מהם להוציא אל הפועל פעולה אלימה, מצטרף הגוון **האוניברסאלי המובהק** שבקריאה. קריאתו של הנאשם אינה בגדר קריאה להוצאתה של אינתיפאדה בדמותה המוכרת מן הסכסוך הישראלי-פלסטיני שמופנית אל קהל השומעים לקום ולעשות מעשה, אלא שקריאת הנאשם, היא קריאה המופנית אל כולי עלמא, הן במובן של מיהות מקבל הקריאה והן במובן של מיקומו הגיאוגרפי - מן האוקיאנוס אל האוקיאנוס. אמירה זו מגלמת בתוכה מסר ברור, שכל איש, בכל תפקיד, בכל מקום, יכול לסייע **להתעוררות- אינתיפאדה** של העולם המוסלמי והערבי בנוגע לסוגיית ירושלים ומסגד אלאקצה- להתעורר ולשים סוגיה זו בראש סדר העדיפויות" (סעיפים 25-28 להודעת הערעור).

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

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

38. יש לציין, כי בסעיפים 7-8 לכתב האישום נטען על ידי המאשימה, כי בתום הדרשה שהנאשם נשא והתפילה שנערכה במקום החל הקהל שנכח במקום להתפרע וליידות אבנים לעבר כוחות המשטרה שהיו במקום. על פי הנתען, במהלך ההתפרעות נפצעו 3 שוטרי מג"ב. במסגרת הכרעת הדין שניתנה על ידו דן בית משפט השלום באריכות בטענה זו של המאשימה, ובתום דיון שערך קבע בית המשפט כי לא הוכח מעבר לכל ספק קיומו של קשר סיבתי בין ההתפרעות שהייתה במקום לבין דרשתו של הנאשם. יצוין, שכפי שעולה מציטוט הוראת החוק שהובאו לעיל, אין צורך שדברי ההסתה שנאמרו על ידי המסית הביאו בפועל למעשי אלימות, אלא די בכך שקיימת אפשרות ממשית שדברי הסתה יביאו לעשיית מעשים כאלה. בית משפט השלום סבר, כך ניתן להבין, כי דבריו של הנאשם יצרו את אותה אפשרות ממשית, לנוכח העובדה שאותם ימים היו ימים מתוחים, "רחובות העיר ירושלים היו סוערים והעולם הערבי כולו זעק על העבודות שהתבצעו בדרך העולה להר הבית" (סעיף 17 להכרעת הדין); על כך שהנאשם נשא את דרשתו אל מול מאות אנשים; על כך שהנאשם נשא את הדברים במסגרת תפילת יום השישי; ועל כך שהנאשם הנו דמות מוכרת בקרב הציבור הערבי. בית המשפט סיכם את דבריו בכך שקבע כי "ודאי שיש בכל אלה משום השפעה על ציבור השומעים את הדברים אותם נשא הנאשם" (שם).

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

"שאלה: באותה עצרת גם אמרת שיש חובה לכל הערבים והמוסלמים לצאת באינתיפאדה מוסלמית וערבית מהאוקיינוס ועד האוקיינוס כתמיכה בירושלים הקדושה ומסגד אל אקצאא המבורך. מה כוונתך?
תשובה: אני אמרתי שאנו חומדים את המורשת האסלאמית והערבית על כל מרכיביה מנהיגים, אנשי דת, ותקשורת, ומפלגות ומוסדות משפחתיים ולא משפחתיים ועמים שיצאו באינתיפאדה תומכת בירושלים הקדושה ובמסגד אלאקצאא המבורך. והפירוש ברור לחלוטין והוא הזמנה לתת את מירב המאמצים על מנת לשמור על חובתם בשמירה על ירושלים הקדושה ומסגד אלאקצאא המבורך. וזה תפקיד המנהיגים אשר מתבטא בתפקיד פוליטי מדיני. וכנ"ל אותו תפקיד של אנשי הדת (עולמאא - תורגם בנאום כמדען- הערת הח"מ) לחבב על האנשים את מסגד אלאקצאא. וזה גם מתקשר לאמצעי התקשורת שצריכים לתת דגש על הבעיה בירושלים ובמסגד אלאקצאא המבורך. זה גם מתבטא במפלגות ובמוסדות המשפחתיים והעמים אשר צריכים לתת את הדגש וילחצו על מנהיגיהם לצאת ביוזמה פוליטית תומכת לירושלים הקדושה ומסגד אלאקצאא המבורך."

40. ובמהלך עדותו בבית המשפט אמר הנאשם כך:

"ש. נעבור על עוד פסקה, אתה אומר שאנו מבקשים מכל מוסלמי וערבי ואם היה מושל או מדען או מפלגה או מוסד ציבורי או פלגים או עמים אנו מבקשים מהם שעכשיו חובתם לסייע לעם הפלשתיני וחובתם להוציא לדרך אינתיפאדה איסלאמית ערבייה מאוקיינוס לאוקיינוס כתמיכה לירושלים הקדושה ולמסגד אלאקצה המבורך למה אתה מתכוון?

ת. אני לא מגזים שדווקא המילה אינתיפאדה היא מילה בינלאומית וגם היהודי משתמשים במילה זו. גם שולמית אלוני השתמשה במילה זו וזה גם בכל השפות.

ש. מה מקור המילה?

ת. המקור שלה היא התעוררות. אינתיפאדה זאת אומרת שאדם ישן ובפעם אחת התעורר והכוונה שלה שאני רוצה לעשות דבר ז"א שאני נותן את כל יכולתי לדבר הזה ולכן עכשיו אומרים אינתיפאדה כלכלית או פוליטית או חינוכית היום כל העולם משתמש במילה זו. בזמן שאני אומר אנחנו קוראים למושל, למדען, למפלגות, לתקשורת או לעם לעשות אינתיפאדה אני לפני כן אומר להם לפני שדיברתי על אינתיפאדה אני אומר שיתנו עזרה. אחר כך אני אומר שתהיה אינתיפאדה. אני קורא להם ככל שהם יכולים לעזור לעם הפלשתיני ודאי אני בזמן שאני מדבר את הדברים האלה בוודאי אני לא מחכה שהמושל יעשה אינתיפאדה או איך התקשורת תעשה אינתיפאדה בוודאי אני מתכוון לאינתיפאדה תקשורתית תרבותית ופוליטית." (עמודים 26-27 לפרוטוקול).

41. במהלך טיעוניה לפנינו תמכה ב"כ המאשימה בהכרעת דינו של בית משפט השלום בעניין זה, והיא ביקשה כי נותיר את הרשעתו של הנאשם על כנה.

42. אני סבור כי ההסבר שמסר הנאשם אינו בלתי מתקבל על הדעת, ומכאן שלא ניתן לקבוע במידת הוודאות הנדרשת בפלילים כי בדבריו אלה התכוון הנאשם לעורר מעשי אלימות פיזיים מסוג אלה המוכרים לנו. נזכור, כי הדרשה שמסר הנאשם ניתנה על רקע טענה שהועלתה בקרב חלקים מהציבור המוסלמי בדבר כוונתן של רשויות ישראל לפגוע באחד מהמקומות המקודשים לבני דת האסלאם - הוא מסגד "אל אקצה". מהדברים שהנאשם אמר בדרשתו עולה, כי הנאשם הדגיש כי העניין העומד על הפרק אינו עניין מקומי הנוגע אך לתושבי המקום, אלא עניין הנוגע לכל בני דת האסלאם, באשר הם.

43. וכך אמר הנאשם, בין היתר, בקטעים הקודמים לקטע בגינו הורשע בעבירה של הסתה לאלימות או לטרור: "ובגלל זה אחים, אנו מודעים.... אנו מודעים שירושלים הקדושה ומסגד "אל אקצה" המבורך הוא "פקדון" באחריותנו, הוא באחריותנו אנו העם הפלסטיני. ואנו מתפארים ומתגאים בזה שאלוהים נתן לנו את הכבוד שנהיה בין מיליארד וחצי מוסלמים וערבים, שנושאים את האחריות הזו על ירושלים הקדושה ועל מסגד "אל אקצה" המבורך, בשם מיליארד וחצי מוסלמים וערבים..." בהמשך הדברים אמר הנאשם מספר פעמים "שאנו לא לבד במאבק הזה". ואז מגיע משפט הקודם לקטע בגינו הורשע הנאשם בו שב הנאשם ואומר: "אך אנו

מדגישים שאנו לא לבד בקרב הזה בעזרת השם", ולאחריו משמיע הנאשם את הדברים בגינם הורשע: "אנו מבקשים מכל מוסלמי וערבי בהווה האסלאמי וכו'..."

44. הנה כי כן, בדרשתו הרחיב הנאשם את היריעה אל מעבר לגבולות הזמן והמקום. הנאשם הדגיש בדבריו, כי אין מדובר אך בסכסוך הישראלי-פלסטיני, אלא בעניין הנוגע לכלל בני דת האסלאם, שכן מסגד "אל אקצא" יקר וקדוש לליבו של כל מוסלמי, באשר הוא. על רקע דברים אלה לא ניתן לשלול את דברי הנאשם כי בקטע בגינו הורשע הוא ביקש מכל מוסלמי לתרום את תרומתו, בגבולות יכולתו ומומחיותו, לשם הגנה על מסגד "אל אקצא". הנאשם פנה בדבריו אל "כל מוסלמי וערבי בהווה האסלאמי והערבי", והוא אף הביא דוגמאות לנמעניו: שופט, מדען, מפלגה, מוסד ציבורי, פלגים או עמים. הנאשם פנה אל אותם גורמים ואמר להם כי "חובתם לסייע לעם הפלסטיני", ולבסוף אמר הנאשם: "עכשיו באה חובתם להוציא לדרך אינתיפאדה אסלאמית ערביית מהאוקיאנוס לאוקיאנוס כתמיכה בירושלים הקדושה ומסגד אל אקצא המבורך...". אכן, המונח "אינתיפאדה" מוכר לנו ככזה המתייחס לפעילות אלימה. ואולם כאן דיבר הנאשם על "אינתיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיאנוס לאוקיאנוס", ואני סבור כי בהקשר בו הדברים נאמרו ובתוכן הדברים, לא ניתן לשלול את הסברו של הנאשם כי אין מדובר בהסתה לפעילות אלימה או למעשי טרור, אלא בקריאה להתגייסות כוללת, לא בהכרח אלימה, לשם הגנה על מה שנראה בעיני הנאשם כפגיעה במקום קדוש.

45. אפשר שיטען הטוען כי כשם שהנאשם פנה אל "השופט" ו"המדען" בבקשה שיפעלו למען מסגד "אל אקצא" בגבולות יכולתם, כך הוא פנה גם אל האוחז באבן בבקשה שיזרוק אותה. אלא, שהדברים לא נאמרו וחוששני שיהיה זה מרחיק לכת לקבוע זאת. לכך יש להוסיף, שגם אם זאת הייתה כוונתו הסובייקטיבית של הנאשם וגם אם כך הובנו דבריו על ידי מי משומעיו, ספק בעיניי אם פנייה עקיפה וכללית כזו יכולה ליצור את אותה "אפשרות ממשית" לעשיית מעשה אלימות או טרור עליה מדבר החוק.

סוף דבר

46. הגעתי לכלל מסקנה שיש לקבל את ערעור המדינה על זיכוי של הנאשם מעבירה של הסתה לגזענות, ויש לקבל את ערעור הנאשם על הרשעתו בעבירה של הסתה לאלימות או לטרור. הייתי מציע לצדדים לקיים את הטיעונים לעונש בגין העבירה של הסתה לגזענות לפנינו, ובהעדר הסכמה - הייתי מורה על החזרת התיק לבית משפט השלום על מנת שהטיעונים לעונש יישמעו לפניו. משהגעתי לכלל מסקנה שיש לזכות את הנאשם מעבירה של הסתה למעשי אלימות או לטרור, ממילא יש לדחות את ערעור המדינה על קולת העונש שבית משפט השלום גזר על הנאשם בגין עבירה זו.

השופטים ד' מינץ, וא' נחליאלי-חיאט

מסכימים אנחנו עם פסק דינו של חברנו כב' השופט רומנוב בכל הנוגע לקבלת ערעור המדינה על זיכוי הנאשם בעבירת הסתה לגזענות, אך חלוקים אנחנו עמו בכל הנוגע לקבלת ערעור הנאשם על הרשעתו בעבירת הסתה

לאלימות לגביה היינו מותירים את הכרעת בית משפט השלום על כנה, שכן נימוקי בית משפט השלום מקובלים עלינו.

כדי להרשיע בעבירה של הסתה לאלימות המיוחסת לנאשם, על בית המשפט לבדוק האם על פי תוכן הפרסום ונסיבותיו קיימת אפשרות ממשית לתוצאה של עשיית מעשה אלימות או טרור. הכוונה הדרושה הינה כוונה רגילה, דהיינו מודעות לטיב המעשה ולהתקיימות הנסיבות (רע"פ 2433/10 **מדינת ישראל נ' בן-חורין** (פורסם בנבו, 26.12.11)). כפי שהצביע חברנו, יש להיווכח כי על פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, קיימת אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור. אמת המידה של "אפשרות ממשית" מצויה בתוך בין "ודאות קרובה" לבין "אפשרות סבירה" ו"חשש לאפשרות" (בן חורין, שם).

כדי לקבוע אם המקרה הספציפי הנמצא לפני בית המשפט נכנס לגדרה של העבירה, יש לבדוק לא רק את תוכנו של הפרסום, אלא גם את מכלול הנסיבות שבהן פורסם. סעיף 2ד144 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "החוק") דורש כי בית המשפט יבחן את המקרה כמכלול, מבלי לקבוע מראש מעין מבחנים ראשיים. בין היתר, מיהות המפרסם, האווירה השוררת בציבור, סוג האלימות המדוברת, היקף הקבוצה החשופה לאותה אלימות, היקף הפרסום וקהל היעד שלו, הקשר הפרסום, מקומו והמדיום שבו נעשה שימוש. וכפי שאמר בית המשפט בפרשת בן חורין:

"יש לשאול, בין היתר - מי אמר, מה נאמר, 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". חשוב עד מאוד להדגיש, כי אלו דוגמאות בלבד לרשימה שעשויה להיות חלק מהנסיבות. הרשימה שכלולה בתובה "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 הכוללת של הדברים במקרה הקונקרטי."

כמו כן, נפסק כי מעשה האלימות שאת האפשרות למימושו יש לבחון, אינו חייב להיות מעשה דומה לזה שמופיע בפרסום. סעיף קטן ב' לסעיף 2ד144 לחוק מבהיר שדי בפגיעה בגופו של אדם. "לשם דוגמה, פרסום תמיכה ברצח שעלול להביא לתקיפה "בלבד" עונה על דרישות הסעיף" (בן חורין שם). בנוסף, בדיקת האפשרות הממשית של מעשה אלימות אינה מופנית דווקא לקהל יעד המורכב מאנשים סבירים, אלא גם לקהל שעשוי לכלול אנשים שאינם סבירים או נורמטיביים, ולו בתקופה הרלוונטית לפרסום.

ולמקרה זה. די לעיין באותו חלק מהנאום המובא בכתב האישום גופו, עליו שם בית המשפט השלום את הדגש, כדי להשתכנע שלא ניתן באופן פרשני להבין אחרת את דברי הנאשם אלא כקריאה לאלימות. אף אם תאמר כי ניתן היה להבין את המילה "אינתיפאדה" כקריאה בלתי אלימה ל"התעוררות" כשהיא לעצמה - דבר שאנחנו שוללים אותו לכל דבר ועניין - הרי שלא ניתן להבין בשום פנים ואופן את הקריאה לאינתיפאדה כקריאה בלתי אלימה כאשר מספר משפטים לפני כן - באותו הקשר ממש - של השמירה על מסגד אל-אקצה, שיבח הנאשם שאהידים באומרו כי:

"הרגעים הכי יפים בגורל שלנו זה כשנפגוש את אלוהים כשאידיים בשטחו של מסגד אל-אקצה."

אכן כפי שאומר חברנו, הקריאה לאינתיפאדה הייתה לעבר כל העולם המוסלמי "מן האוקיאנוס אל האוקיאנוס", ולא רק לקהל ולתומכיו של הנאשם בתוך גבולות ישראל, אך אין בכך לדעתנו להקהות את העוקץ מתוכן הדברים, כאשר ברור כי ככל שהם התייחסו לקהל בישראל, מדובר בקריאה לאלימות. מה גם, שאין לשלול קריאה זהה לאלו המצויים מעבר למדינת הים.

אך מעבר לכך. כאמור, אין להיזקק רק למבחנים פרשניים, כי גם לשאר נסיבות העניין. בתשובתו של הנאשם לכתב האישום מיום 1.3.2009 הודה כי הוא ראש הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל, כי הורחק מירושלים וכי התקופה בה נשא את הנאום הייתה תקופה מתוחה מאוד. אדרבה, במענה לאמור בכתב האישום בו נכתב בסעיף 2 כי בוצעו עבודות באזור מעלה המוגרבים בכניסה להר הבית אשר בעקבותיהן התעוררו מחאות ומהומות בציבור הערבי, ראה הנאשם להוסיף משלו והדגיש כי העבודות שבוצעו היו הריסת אתרים קדושים המהווים חלק בלתי נפרד ממסגד אל-אקצה ועל רקע זה הושמעו מחאות רבות בקרב המוסלמים בעולם, בישראל ובגדה המערבית. הוא גם לא הכחיש כי נאם לפני קהל רב של תומכיו (אם כי הכחיש כי התומכים הגיעו עמו מצפון הארץ). הנאשם אף הדגיש בתשובתו לאישום כי לא היה מדובר "בנאום" כי אם ב"שיעור דת" ו"בדרשת השבוע", דבר המהווה נסיבה נוספת המצביעה על ההשפעה שהיו לדברים שנשמעו בקרב קהל השומעים. גם אין מחלוקת כי הנאשם הגיע במיוחד לעיר ירושלים לאזור הקרוב לעיר העתיקה ולמסגד אל-אקצה, כדי לומר את דבריו שהופנו כנגד מעשי השלטון הישראלי בהר הבית.

יוצא אפוא, כי לא רק מבחינת פרשנותו הפשוטה של תוכן הדברים, אלא גם מבחינת כל הנסיבות, היינו: מיהות המפרסם - ראש הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל; האווירה ששררה בציבור הערבי באותה עת - היינו המתיחות הגדולה ששררה בכל העולם המוסלמי בשל מה שהם חשבו כפגיעה באחד מהמקומות הקדושים ביותר לדתם; סוג האלימות המדוברת - היינו התקוממות אלימה כנגד השלטון בישראל; היקף הפרסום והקבוצה החשופה לאותה אלימות - היינו לא רק אותם אנשים שנכחו בנאום, כי אם גם קהל מאמינים רחב יותר; מקומו - בקרבת הר הבית; הזמן - דרשת יום שישי שהיא התפילה הקדושה ביותר לאסלאם - הדברים שנאמרו על ידי הנאשם היוו עידוד, תמיכה והזדהות עם מעשה אלימות, וודאי דברי שבח ואהדה להם.

גם לא ראינו מקום לתת משקל להסבריו של הנאשם, לא במשטרה ולא בבית המשפט באשר לפירוש המילולי של "אינתיפאדה". בעניין זה, מקובלים עלינו דברי בית משפט השלום, שהסבריו של הנאשם אינם עולים בקנה אחד עם תוכן הנאום, עם השימוש החוזר ונשנה במונח "דם", עם ההקשר, כאמור, לשאידיים - וראו גם עדותו בבית המשפט מיום 13.15.15 בעמוד 32 לפרוטוקול בה מאשר הנאשם את הקריאה לשאידיים לשם "הגנה" על מסגד אל-אקצה - ועם העובדה שהנאשם היה מודע היטב שהדברים שאמר אמורים היו להתפרש כהסתה כפי שאמר "ברחל בתך הקטנה" בנאום גופו.

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

הביטוי שניתן לו.

סיכום

כאמור, ערעור המדינה על זיכוי הנאשם בעבירת הסתה לגזענות מתקבל פה אחד וערעור הנאשם מהרשעתו בעבירת הסתה לאללימות נדחית ברוב דעות של השופטים מינץ ונחליאלי-חיאט כנגד דעתו החולקת של השופט רומנוב.

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

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