



בבית המשפט העליון

רע"פ 7669/15

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת ע' ברון

המבקש: ראאד סלאח מחאגינה

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 10.11.15 בע"פ 30980-04-14 שניתן על-ידי השופטים א' רומנוב, ד' מינץ ו-א' נחליאלי-חיאט

תאריך הישיבה: ט"ז בשבט התשע"ו (26.1.16)
בשם המבקש: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד עומר חמייסי;
עו"ד חאלד אזברגה; עו"ד אריאל פיצוטקה
בשם המשיבה: עו"ד דפנה פינקלשטיין; עו"ד שלומי אברמזון

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. פרשנות עבירות ההסתה לגזענות וההסתה לאלימות הן הסוגיות הנדונות בתיק זה. בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטים רומנוב, מינץ ונחליאלי-חיאט) בע"פ 30980-04-14 ובע"פ 31172-04-14 מיום 10.11.14, שבגדרו התקבל ערעור המשיבה על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (השופטת לומפ) בת"פ 5425-08 מיום 4.3.14. כן מכוונת בקשת רשות הערעור כנגד פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטים כרמל, מוסק ורנר) בעפ"ג 15799-05-15 ובעפ"ג 16604-05-15 מיום 27.10.15, אשר בגדרו נדחו ערעור המשיבה וערעור המבקש בגין קולת העונש וחומרתו בהתאמה, על גזר דינו של בית משפט השלום בירושלים (השופטת לומפ) מיום 26.3.15, בו נדון המבקש ל-11 חודשי מאסר בפועל ושמונה חודשי מאסר על תנאי. במוקד בקשת רשות הערעור,

הרשעתו של המבקש, יליד 1958, מנהיג הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל, בעבירת הסתה לגזענות לפי סעיף 144ב(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן עבירת הסתה לגזענות) ובעבירת הסתה לאלימות או לטרור לפי סעיף 144 ד 2(א) לחוק העונשין (להלן עבירת הסתה לאלימות).

רקע

ב. במהלך חודש פברואר 2007 נעשו על ידי רשויות ישראל עבודות ארכיאולוגיות באזור מעלה המוגרבים בכניסה להר הבית (מעלה המוגרבים הוא סוללת עפר המובילה אל שער המוגרבים, שער למתחם הר הבית, הנמצא בצדו הדרומי של הכותל המערבי) טרם עבודות בניה בסוללה. פעולות אלה לוו במהומות בקרב הציבור הערבי בטענה-טענת שווא-כי הרשויות הישראליות מבקשות לחבל במקומות הקדושים.

ג. כנטען בכתב האישום, ביום שישי 16.2.07 סמוך לשעה 10:00 הגיע המבקש לירושלים, ועמו מאות תומכים מאזור הצפון. עקב הוראת המשטרה אשר הגבילה את כניסת המתפללים להר הבית, ולנוכח צו הרחקה שהוצא במסגרת ב"ש 2181/07, אשר בגדרו נאסר על המבקש להימצא בתחומי העיר העתיקה או במרחק 150 מטר ממנה למשך 60 ימים, התרכזו המבקש ותומכיו בשכונת ואדי ג'וז בירושלים לשמיעת דרשה מפיו של המבקש ולתפילת יום השישי. במקום הוצבה במה מאולתרת, ומעליה נשא המבקש את דבריו באמצעות רמקולים באוזניהם של כאלף איש שהתכנסו במקום ושל כלי תקשורת רבים. המבקש אמר, בין היתר, את הדברים הבאים, שעל אמירתם אין מחלוקת:

"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 שישמש 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 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 הכי יפים בגורל שלנו זה כשנפגוש את אלוהים כשאהידים בשטחו של מסגד 'אל אקצא'."

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

"כשאנו כאן מתכוונים לתפילה במתחם של מסגד 'אל אקצא' 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 'אל אקצא' 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 הרשינו אף פעם לעצמנו, ותקשיבו טוב, אנו אף פעם לא הרשינו 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 'האקצא' 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 'אל אקצא' 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 'אל אקצא' 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 'אל אקצא' 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, ויהא זה שופט או מדען או מפלגה או מוסד ציבורי או פלגים או עמים, אנו שואפים מהם עכשיו (כך במקור-א"ר), שעכשיו באה חובתם לסייע לעם הפלסטינאי. עכשיו באה חובתם להוציא

לדרך אינתיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיינוס לאוקיינוס, כתמיכה בירושלים הקדושה ומסגד 'אל אקצא' המבורך (הדגשות הוספו; הקטעים שהודגשו הם אלה שבהם התמקדו האישומים, הראשון לעניין הגזענות והשני לעניין האלימות).

כנטען, דרשתו של המבקש הופסקה מפעם לפעם, על ידי קהל מאזיניו, אשר קראו קריאות "אלוהים גדול" ו"בנפש ובדם נפדה אותך 'אל אקצא'". כנטען, בתום הדרשה והתפילה, החל הקהל שנכח במקום להתפרע וליידות אבנים לעבר כוחות המשטרה שהיו בקרבה. במהלך ההתפרעות נפצעו שלושה שוטרי מג"ב.

ד. למבקש יוחסו בעקבות הדברים הללו, כאמור, עבירה של הסתה לגזענות ועבירה של הסתה לאלימות.

פסק דינו של בית משפט השלום

ה. את הרשעת המבקש בעבירה של הסתה לגזענות ביקשה המשיבה לבסס על דבריו הבאים של המבקש, בטענה כי בדברים אלה כיון לעלילות הדם הנודעות, אשר לאורך ההיסטוריה הובילו לאנטישמיות: "אנו לא הרשינו אף פעם לעצמנו, ותקשיבו טוב, אנו אף פעם לא הרשינו 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...". בית משפט השלום לא קיבל את עמדת המדינה וקבע, כי דבריו של המבקש ביחס לעלילות הדם אינם בהירים דיים, וכי קיים בלבול בין שני מושגים שונים ובין דתות שונות - כך הוא, כאשר ציין המבקש כי את דם הילדים מערבבים בלחם הקדוש, ולא במצות חג הפסח. צוין, כי הסבריו של המבקש וחוסר הבהירות בדבריו הותירו ספק האם היה מודע לטיב המעשה ולאפשרות שדבריו יובילו להסתה לגזענות. המבקש זוכה מביצוע עבירה זו.

ו. עם זאת הרשיע בית משפט השלום את המבקש בעבירה של הסתה לאלימות. נקבע, כי בדבריו "עכשיו באה חובתכם להוציא לדרך אינתיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקיינוס לאוקיינוס", קרא המבקש להתקוממות אלימה. צוין, כי מן ההקשר הכללי של הדרשה שנשא המבקש, מהשימוש החוזר במלה "דם" ומדבריו כי "נפגוש את אלוהים כשהידים בשטחו של מסגד 'אל אקצא'", לא ניתן להבין את הקריאה לאינתיפאדה אלא בדרך של התקוממות אזרחית אלימה. הוטעמו בהקשר זה "נסיבות

הזמן והמקום": הימים היו מתוחים, רחובות ירושלים געשו וסערו, המבקש הוא דמות מוכרת בקרב הציבור הערבי ובעל השפעה, והוא נשא דבריו בפני המון כועס ומתוסכל שנמנעה ממנו בנסיבות הכניסה להר הבית לתפילת יום השישי. לבסוף הוסבר, כי כדי לקיים את יסודות העבירה אין נדרש כי ההסתה תוביל לאלימות בפועל, וכי די באפשרות ממשית כי הפרסום יביא לעשיית מעשה אלימות; ואולם, בית המשפט בחן כנסיבה מחמירה לעבירה את הקשר הסיבתי בין ההסתה לאלימות בפועל, ולאחר שסקר את עדויות השוטרים שהיו במקום ואת עדויות ההגנה, קבע כי לא התקיים קשר סיבתי בין דרשת המבקש לבין ההתפרעות שהתרחשה בסמוך לכך.

גזר הדין המקורי (המקורי – כי הוא הוחמר לימים בעקבות הערעור)

ז. בית המשפט דן בערך החברתי הטמון בעבירה של הסתה לאלימות - שמירה על שלום הציבור והגנה מפני פגיעה פוטנציאלית בו - ובמדיניות הענישה הנוהגת. כן נתן בית המשפט דעתו לנסיבות הקשורות בכיצוע העבירה ולמידת אשמו של המבקש. צוין, כי המבקש הוא איש ציבור מוערך, ודבריו נישאו מול קהל רב והועברו באמצעי התקשורת. כן הודגש, כי המבקש נשא דבריו במסגרת תפילת יום השישי מול קהל "טעון", אשר הגיע מרחוק ונמנעה ממנו הכניסה למסגד "אל אקצא" כדי להתפלל. בית המשפט הוסיף, כי המקרה דנא מצוי במדרג חומרה גבוה באופן יחסי למקרי הסתה אחרים שנדונו על ידי בתי המשפט בישראל, וזאת לנוכח מעמדו הרם של הדובר, קהל שומעיו, הנסיבות שבהן הדברים נאמרו, חומרת הביטויים ופוטנציאל הנזק האינסופי הטמון בהם. מנגד התחשב בית המשפט בכך, שבפועל לא נגרם נזק ישיר מדבריו של המבקש.

ח. נוכח אלה הועמד מתחם הענישה על 3-18 חודשי מאסר. בקביעת העונש בגדרי המתחם נתן בית המשפט דעתו לעברו הפלילי של המבקש הכולל עבירות בטחוניות, לשיקולי הרתעה ולכך שהמבקש לא נטל אחריות על מעשיו מזה, וכי לא עבר - נכון לעת ההיא - עבירות נוספות מאז העבירות מושא הבקשה מזה. עוד צוין, כי ניהול המשפט והיעדרויותיו הרבות של המבקש הובילו להתמשכות ההליכים, וכי לא הובאו בפני בית המשפט נסיבותיו האישיות של המבקש מלבד גילו ומעמדו. על המבקש הוטלו איפוא שמונה חודשי מאסר בפועל ושמונה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

ט. על פסק הדין הוגשו ערעור מטעם המשיבה וערעור מטעם המבקש. בית המשפט המחוזי (בהרכב השופטים רומנוב, מינץ ונחליאלי-חיאט) קיבל את ערעור המשיבה, וקבע כי יש להרשיע את המבקש גם בעבירה של הסתה לגזענות. צוין, כי דברי המבקש לא נאמרו בחלל ריק, אלא בהקשר ברור, והוא המחאה שהתעוררה בקרב חלקים בציבור המוסלמי בעקבות עבודות שבוצעו על ידי רשויות ישראל באזור מעלה המוגרבים. הוסבר, כי מחאה זו אינה עומדת בגפה, והיא צמחה על רקע הסכסוך הקיים באזורנו מזה שנים רבות, וכי "אין מדובר בדיון תאולוגי שכלתני ומנותק, אלא בדברים אשר 'מוטיב הדם' שב וחוזר ומודגש בהם, שנאמרו בהקשר ברור וכנגד גורם ברור...". הוסף, כי "העלאתה מן המחשכים של עלילת דם המייחסת ליהודים רציחתם של ילדים על מנת להשתמש בדמם לשם אפית מאכל מיוחד ביום חגם, אינה דבר לגיטימי, גם במקום בו יש מחלוקת נוקבת, תהום עמוקה זעם ומשטמה... הוא נועד להרבות את השנאה, להעמיק את התהום, להגדיל את הריחוק, ולעורר מדנים". במענה לטענה כי בשימוש המבקש בביטוי "לחם קדוש", המוכר בקרב הדת הנוצרית כ"לחם הקודש", ולא בביטוי "מצה של פסח", יש להעיד שהוא לא כיון דבריו כלפי הציבור היהודי, הוסבר, שמדברי המבקש עולה כי הוא ביקש לציין שהלחם שבו מדובר הוא לחם מיוחד הנאכל בחג, וכי הדרשה שאותה נשא לא עסקה ביחסים שבין דת האסלאם לדת הנוצרית או לכל דת אחרת, אלא ביחסים שבין המוסלמים ליהודים. נקבע איפוא, שעל רקע הדברים שנאמרו, ההקשר שבו נאמרו, מעמדו של המבקש וזהות קהל שומעיו, לא יתכן ספק כי אלה נאמרו מתוך מטרה להסית לגזענות.

י. שופטי ההרכב נחלקו באשר להרשעת המבקש בעבירה של הסתה לאלימות. השופט רומנוב סבר כי יש לזכות את המבקש מעבירה זו. לדידו, לא ניתן לשלול את הסברו של המבקש, כי בדבריו אין הסתה לפעילות אלימה או למעשי טרור, אלא קריאה להתגייסות כוללת ולא בהכרח אלימה, לשם הגנה מפני מה שנראה בעיניו כפגיעה במקום קדוש. הודגש, כי בדרשתו הרחיב המבקש את היריעה אל מעבר לגבולות הזמן והמקום, ועל רקע זה לא ניתן לשלול את הסבריו כי ביקש מכל מוסלמי לתרום את תרומתו בגבולות יכולתו ומומחיותו, לשם הגנה על מסגד "אל אקצא". השופטים מינץ ונחליאלי-חיאט סברו לעומת זאת שלא ניתן להבין את דברי המבקש אלא כקריאה לאלימות; זאת בפרט כאשר מספר משפטים קודם לכן, בהקשר של ההגנה על מסגד "אל אקצא", הילל המבקש שהידים. עוד הוסף, כי אף אם הקריאה לאינתיפאדה היתה לעבר כל העולם המוסלמי, אין בכך להקהות את חומרת הדברים - שכן נהיר שככל שדברי המבקש התייחסו לקהל בישראל הם היוו קריאה לאלימות - או לשלול קריאה דומה למצויים מעבר לים. הוסבר, כי אף הנסיבות שעיקרן מיהות המבקש, האוירה ששררה בציבור הערבי באותה עת, היקף הפרסום והקבוצה החשופה לו, מיקום הדרשה

והיותה דרשת יום שישי תומכים בכך שמדובר בעידוד מעשי אלימות, בתמיכה בהם ובהזדהות עמם. הוסף באשר לפירוש המילולי של המונח "אינתיפאדה", שהסבריו של המבקש, הטוען כי כל שביקש הוא לקרוא להתעוררות, למחאה אך לא לאלימות, אינם מתיישבים עם תוכן הדרשה, השימוש החוזר במלה "דם" והקשר הדברים.

גזר דינו המשלים של בית משפט השלום

י"א. משהורשע המבקש אף בעבירה של הסתה לגזענות, הושב התיק לבית משפט השלום לגזירת הדין גם ביחס לזו. בית המשפט ציין, כי נוסף על הערכים המוגנים שעניינם שמירה על שלום הציבור והגנה מפני פגיעה פוטנציאלית בו, טומנת העבירה של הסתה לגזענות בחובה תכלית נוספת, והיא הגנה על כבוד האדם. בית המשפט הטעים גם הפעם, כי המבקש הוא איש ציבור מוערך ומוכר, וכי דבריו נאמרו בימים שבהם האוירה ברחובות ירושלים היתה מתוחה. בית המשפט עמד על חומרת הביטויים, ומנגד התחשב בכך שבפועל לא נגרם נזק ישיר ממעשיו של המבקש. מתחם הענישה העדכני הועמד על 5-20 חודשי מאסר, ו"זאת כדי לתת ביטוי לסלידת החברה מאמירות גזעניות ומקריאה לאלימות, וכן בשל הצורך להוקיע את מי שאוחזים ברטוריקה זו...". השיקולים לקולה ולחומרה שאותם מנה בית המשפט בגזר הדין המקורי - לרבות הרשעה לאחר מתן גזר הדין המקורי בתקיפת שוטר כדי להכשילו במילוי תפקידו כאשר ערך בידוק בטחוני לרעייתו של המבקש, לה לא ניתן משקל משמעותי שכן בוצעה על "רקע אישי"- הביאו את בית משפט השלום להעמיד את עונשו של המבקש על 11 חודשי מאסר בפועל ושמונה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים.

הערעור על גזר הדין המשלים

י"ב. המשיבה הגישה ערעור לבית המשפט המחוזי על קולת העונש, והמבקש הגיש ערעור על חומרתו. הערעורים נדחו. נומק, כי המבקש לא נטל אחריות על מעשיו, לא הודה בהם ואף לא הביע חרטה. בית המשפט (השופטים כרמל, מוסק ורנר) הטעים את חומרת העבירות ואת נסיבות ביצוען, שהוסיפו לחומרתן. צוין, כי המבקש עשה, במעטה של שיעור דת, שימוש במעמדו, בידעו כי זה מקנה לו השפעה בקרב שומעיו כדי להעביר את מסריו, וכי לא דובר בהתבטאות ספונטנית קצרה, אלא בדרשה מתוכננת וסדורה בנוכחות ציבור רב שכניסתו להר הבית לא התאפשרה באותו מועד. כן נדחתה הטענה כי שתי העבירות שבהן הורשע המבקש נובעות מאירוע אחד, והן חופפות, שלא לומר זהות. הוסבר, שכל עבירה מתייחסת לחלק שונה משמעותי ונפרד

מן הדרשה. לבסוף צוין באשר לטענה כי לראשונה מוטל מאסר בפועל על עבירות ביטוי גרידא, כי "אין מקום להשוואה בין מעמדו, השפעתו, יוקרתו, משקלו הציבורי והמשמעות המיוחסת לדברים הבאים מפיו של המערער, כל זאת לקהל עצום ורב, לבין אותם נאשמים שאף שאמרו דברי הסתה חמורים, אין משקלם וחשיבותם הציבורית ברי השפעה, בודאי לא כה רחבה וכה משמעותית כפי שיש למערער" (הדגשה הוסרה-א"ר). זאת ועוד, בית המשפט התחשב בעברו הפלילי של המבקש מזה, ובכך שמעת ביצוע העבירות עד למועד גזר הדין חלפו כשמונה שנים שבהן לא היה מעורב בפלילים מזה (למעט הרשעה כאמור בתקיפת שוטר לאחר מתן גזר הדין המקורי). צוין, כי העבירות החמורות ונסיבות ביצוען מחייבים עונש ממשי שיש בו לקיים גם את אינטרס ההרתעה. בית המשפט בא למסקנה כי נוכח אלה אין מקום להתערבות בחומרת העונש. כן נדחה ערעור המשיבה באשר לקולת העונש. בית המשפט התחשב בעיכובים הרבים בניהול התיק, שנגרמו מטעמים התלויים במבקש מחד גיסא, ובעובדה שהמבקש לא שב על מעשיו מאידך גיסא.

בקשת רשות הערעור

י"ג. לטענת המבקש, הבקשה מעלה שאלות כבדות משקל, וביניהן היכן מצוי קו התפר בין הזכות לחופש הביטוי לבין עבירות הסתה, ומהו מתחם הענישה הראוי בעבירות אלה. אשר לעבירה של הסתה לגזענות נטען, כי דבריו של המבקש לא היו ברורים, ונוכח יכולותיו הרטוריות המרשימות, הנה ככל שכוונתו היתה להסית לגזענות, ספק אם היה מנסח דבריו באופן זה. הודגש, כי אין אזכור של העם היהודי או מדינת ישראל בדבריו. באשר לעבירה של הסתה לאלימות נטען, כי בעבירות ביטוי נודעת חשיבות מירבית לבחינת גירסתו של הנאשם, ואילו בענייננו ניתן להסבירו משקל נמוך. נאמר, כי משמעות המונח "אינתיפאדה" היא התעוררות, וכי כוונתו של המבקש היתה להתעוררות גלובלית למודעות ולמחאה, אך לא לפעולה אלימה. הודגש אף הגוון האוניברסלי שבקריאה. עוד נטען, כי השימוש במלה "שהידים" לא נעשה בהקשר שבו התייחסו אליו שופטי הרוב, וכי זו מכוונת לחפים מפשע שנפלו קרבן ושילמו בחייהם בגין הסכסוך. הוסבר, כי השימוש במוטיב הדם נעשה באופן מטאפורי בלבד, וכי אין בו או בביטויים אחרים שבהם נעשה שימוש, להקנות לדבריו של המבקש כוח מסית. אשר לגזר הדין נטען, כי העונש שהוטל על המבקש הוא תקדימי בחומרתו, ולראשונה ירצה בישראל אדם עונש מאסר ממושך בגין עבירות שכל עניינן ביטוי. המבקש סקר מספר מקרים התומכים בטענתו שבהם הורשעו הנאשמים דשם בעבירות הסתה, והדגיש כי גם בהם דובר בדמויות מוכרות ובעלות השפעה כבענייננו (למשל רע"פ 9066/08 בן גביר נ' מדינת ישראל (2008) (להלן עניין בן גביר); ע"פ (י-ם)

4856/09 (להלן עניין פדרמן) מדינת ישראל נ' פדרמן (2010)). עוד נטען, כי העבירות שבהן הורשע המבקש חופפות.

ד"ד. בקשת רשות הערעור הועברה לדיון בפני מותב תלתא על ידי השופט ג'ובראן, ועונש המאסר שהוטל על המבקש עוכב עד למתן החלטה בבקשת רשות הערעור (החלטה מיום 29.11.15).

טענות המשיבה

ט"ו. לטענת המשיבה, אין מקום למתן רשות ערעור, שכן הבקשה נוגעת לאופן יישומן של הלכות נוהגות בעניינו של המבקש המסוים. יתר על כן, עיקר טיעונו של המבקש מכוון לקביעותיהן העובדתיות של הערכאות הקודמות ולאופן שבו פורשו הדברים בכתב האישום, ואף מטעם זה אין הבקשה מעלה כל היבט המצדיק מתן רשות. לעיצומו של עניין נטען ביחס לעבירה של הסתה לגזענות, כי דבריו של המבקש מקיימים את מבחן הודאות הקרובה לגרימת סיכון. בחירתו המודעת של המבקש לאזכר בסיטואציה כה טעונה את אחד הסמלים המובהקים ביותר לשנאת יהודים ולכרוך אותה במכוון עם הקריאה להגן על מסגד "אל אקצא", היא שמחייבת את המסקנה שמטרת דבריו היתה להסית לגזענות. אשר לעבירה של הסתה לאלימות נטען, כי אין לקבל את טענת המבקש שקריאתו לאינתיפאדה היתה קריאה להתעוררות גלובלית, לא אלימה, וכי ההנחה שהמאזינים הבינו את הדברים באופן מופשט, ולא כפשטם, תמוהה. יתר על כן, הקשר הדברים בשילוב אמירות המתייחסות לטרור ולרצח המבוצע על ידי השלטון הישראלי, תוך העמדתו של מסגד "אל אקצא" במרכז הדברים, יוצר בנסיבות הסתה לאלימות. הוסף כי יש בשילוב האלמנט התוכני עם הנסיבות כדי לעמוד אף ביסוד ההסתברותי של העבירה, ושלפיו ישנה אפשרות ממשית כי הדברים יובילו לאלימות או לטרור. זאת בין היתר לנוכח מעמדו הרם של הדובר, קהל השומעים, היקף הפרסום, האוירה הציבורית ומיקום הדרשה ונושאה.

ט"ז. לעניין גזר הדין נטען, כי עונשו של המבקש נובע ישירות מן המכלול החרוג של הנסיבות המחמירות שבהן בוצעו מעשיו, וממובהקות הפגיעה בערכים המוגנים שלשמן חוקקו עבירות ההסתה. עוד נטען, כי אין מקום לטענה שלפנינו אכיפה בררנית, משעניינו של המבקש הובחן לחומרה על רקע מעמדו ונסיבות העניין האחרות. הוסף, כי אין מדובר בעונש תקדימי, ואף אם כך הוא, אין בזאת להקים עילה למתן רשות ערעור. גזר דינו של המבקש הוא מדוד ומדויק לנסיבות, והעונש שהוטל עליו רחוק עד מאוד מן העונש המרבי הקבוע לצידה של כל אחת מהעבירות שבהן הורשע.

אשר לטענה כי העבירות חופפות במהותן ומצדיקות ענישה אחת צוין, כי כל עבירה מתייחסת לחלק אחר בדרשה ופוגעת בערך מוגן שונה.

הדיון בפנינו

י"ז. בדיון ביום 26.1.16 הפנה בא כוח המבקש לבג"צ 2684/12 התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה (2015) (להלן בג"צ תורת המלך), והדגיש כי בעניין זה נפסק שלשם השתכללותה של עבירת ההסתה לגזענות, על דברי הגזענות להיות ברורים, חד משמעיים ומובנים לשומעים על נקלה, מה שאין כן בענייננו. הוטעם, כי נרטיב עלילות הדם אינו מוכר לכל, וכי עלינו לשאול עצמנו האם עסקינן בדעה גזענית גרידא או בהסתה לגזענות. ודוק; כנטען, החוק אינו אוסר על החזקת דעה גזענית, אלא על פרקטיקה גזענית. אשר לעבירה של הסתה לאלימות נטען, כי לא קמה בענייננו אפשרות ממשית לאלימות. יתר על כן, משמעות המונח "אינתיפאדה" - כנאמר - היא מעבר ממצב של פסיביות למצב של התעוררות. לא זו אף זו, הפניה של המבקש ממוענת, כך נטען, לאומה הערבית בכללותה ולציבור בלתי מסוים, ועל כן בודאי אין כאן קריאה העלולה להוליד אפשרות ממשית לאלימות. לעניין העונש צוין, כי המבקש נשפט בחומרה יתירה בהשוואה לנאשם יהודי המבצע עבירות דומות.

י"ח. באי כוח המשיבה טענו, כי המבחן בעבירות הסתה לגזענות והסתה לאלימות הוא לעולם מבחן משולב של תוכן ונסיבות. הוטעם, כי ענייננו במנהיג מוערך שנאסר עליו יום קודם לכן להיכנס להר הבית, אשר ניצב מול קהל מתוסכל שלא הורשה בנסיבות להיכנס למסגד "אל אקצא" לתפילת יום השישי, והנושא דרשה שתוכננה בקפידה. בדבריו ליבה את היצרים, וכלל מוטיב של דם, של מערכה, של קרב. הוא קרא להלל "שהידים", ובסוף הדרשה קריאה ברורה לאינתיפאדה. אם לא די בכך, המבקש עצמו ציין בזמן אמת כי הוא יודע שהוא מסית. הוסבר ביחס לבג"צ תורת המלך, כי שם דובר בטקסט דתי במובחן מפוליטי, ובענייננו אין כל ערך שעליו הטקסט מבקש להגן, וכי הבנתו וגזירת מסקנות הימנו אינה דורשת מן הקורא התפלפלות יתרה. אשר לעונש נטען, כי אין הוא מחמיר יתר על המידה, וכי אנו עדים לכוחה ההרסני של ההסתה היום יותר מתמיד. נאמר, כי קולו הברור של בית המשפט צריך שיישמע לא רק בפן העונשי, אלא גם ככלי מניעתי, הן משיקולי הרתעת הרבים והן משיקולי הרתעת היחיד.

דיון והכרעה

י"ט. החלטנו, נוכח השאלות הפרשניות העולות בתיק ובעיקר השלכות הרוחב של הנושא, ליתן רשות ערעור ולדון בבקשה כאילו הוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. אציע לחבריי שלא להיעתר לערעור על הכרעת הדין, ולקבל במידת מה את הערעור על גזר הדין, כפי שיוסבר.

עבירת הסתה לגזענות

כ. עבירת ההסתה לגזענות, מעוגנת בסעיף 144ב לחוק העונשין:

(א) המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים; (ב) לעניין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא.

גזענות מוגדרת בסעיף 144א לחוק:

"גזענות" – 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.

דיון מקיף ביסודות העבירה של הסתה לגזענות נערך בע"פ 2831/95 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5), 221 (1996) (להלן עניין אלבה). התיק נדון בהרכב של שבעה שופטים, ושופטי הרוב נחלקו ביניהם במספר עניינים (ראו י' נחושטן "חילוץ הלכה במצבי אי-הסכמה" הפרקליט נ(2) (תש"ע), 631, 638). בבג"צ תורת המלך הוסבר, כי בית המשפט נדרש בעניין אלבה תחילה לשאלה האם ה"דבר" שבפרסום לפי לשון סעיף 144ב צריך להיות גזעני במהותו לשם השתכללות העבירה. שנית, התגלעה מחלוקת לעניין הצורך בודאות קרובה להסתה בפועל לשם השתכללות העבירה. לדעתו של הנשיא ברק, נדרשת ודאות קרובה; ולגישת השופט – כתארו אז – מצא, הדבר אינו נחוץ. מחלוקת שלישית שהתעוררה בעניין אלבה נגעה להלכת הצפיות המעוגנת בסעיף 20(ב) לחוק העונשין – האם הלכת הצפיות חלה רק בעבירות תוצאתיות, או גם בעבירות התנהגותיות בעלות רכיב של מטרה. בבג"צ תורת המלך לא מצאנו ששאלות אלה רלבנטיות לאותו עניין (יצוין כי השופט ג'ובראן, בדעת מיעוט, דן בסוגיית הלכת הצפיות בהרחבה, נוכח החשיבות שראה ביישום הלכה זו בעבירות של הסתה לגזענות), ונראה כי שאלות אלה אף אינן בלזו הבקשה דנא, שכן אין העיקר מהותם הגזענית של הדברים או רמת הודאות שדבריו של המבקש אכן יסיתו, אלא הוכחת היסוד של מטרה

להסית; אף אין נחוצה הכרעה בעניין הלכת הצפיות, נוכח כוונתו הברורה של המבקש העולה מדבריו, כפי שיתואר להלן.

כ"א. תחילה אבקש להתייחס בקצרה להיבט ההיסטורי של הסיפר-הנרטיב שזכה לכינוי "עלילות דם". למרבה הצער, יהודים שימשו משחר ההיסטוריה מאז ימי המן במגילת אסתר (ג', ח'), ועודם משמשים מושא לרדיפה על רקע גזעני ברחבי העולם, ששיאה בשואת עמנו באירופה (ראו רשימתי "מדינת ישראל, זכרון השואה והמאבק באנטישמיות" בספרי נתיבי ממשל ומשפט - סוגיות במשפט הציבורי בישראל (תשס"ג), 463 וכן "זכור את אשר עשה לך עמלק" שם, 471; "על האנטישמיות, מקומה ותפקידה של מדינת ישראל במלחמה באנטישמיות" משואה ל"א (תשס"ג), 55-65 וגם החוברת על האנטישמיות (מרכז ההסברה-תשמ"ח)). העלילות השונות שנפוצו על היהודים ברחבי העולם ולאורך ההיסטוריה רבות מספור; המוכרת והבולטת שבהן היא העלילה בדבר שימוש בדם ילדים נוצרים לשם אפיית מצות לחג הפסח. על שמה כונו כלל העלילות על היהודים "עלילות דם", ניב לשוני המשמש גם כיום כאשר מאן דהוא מתקומם מאוד כנגד עלילה כלפיו. להלן עיקרי דברים בנושא, כמובן בלא יומרה למצות או למחקר היסטורי.

כ"ב. ראשיתה של העלילה באנגליה. בשנת 1144 הואשמו היהודים כי הרגו את הילד הנוצרי, שנתקדש לאחר מכן בשם סט' ויליאם מנורוויץ'. יהודי מומר ושמו תיאובלד מקימברידג', מסר בעדותו בפני הנזיר תומס ממונמות', שחקר את האירוע, כי היהודים באירופה קשרו להפיל בכל שנה גורל שלפיו ייקבע באיזה מקום יקריבו ילד נוצרי לחג הפסח. אף לא יהודי אחד הובא למשפט בשל האשמה זו, ואיש לא נענש על הרצח, אולם עדות המומר היתה חזקה בעיני ההמון, והיתה בסיס לעלילות בערים אחרות בעשרות השנים הבאות, בהן נעשה שימוש להפיכת ה"נרצחים על-ידי היהודים" לקדושים, להרבות את הבאים לכנסיות, ולהגדלת הכנסותיהן. מאנגליה עשתה העלילה דרכה לגרמניה, לצרפת ועוד, ומן המאה השבע עשרה למזרח אירופה – פולין וליטא, לרוסיה, לארצות מוסלמיות, וכמובן לתעמולה נאצית והיתה כלי בידי אנטישמים; ראו גם פרופ' י' גוטמן בערך "אנטישמיות" באנציקלופדיה של השואה (תש"ן), כרך א', 98, 104-105, וכפי שכותב פרופ' גוטמן, גם כשנסוג מעליל דם כמו אוגוסט רולינג בפראג "כפי שקורה בפרשיות עלילה, השמועה הסנסציונית מכה גלים חזקים יותר מהאמת המכחישה אותה"; ראו הערך "עלילת דם" בחלקו מאת פרופ' י' סלוצקי, באנציקלופדיה העברית כרך כ"ו (תשל"ד), 857; פרופ' סלוצקי כתב את הערך Blood Libel ב-Encyclopedia Judaica (1972) vol.4, 1120; פרופ' ש' סימונסון "עלילת הדם" עתמול י"ז (2) (1991), 100 אתר מטח המרכז לטכנולוגיה חינוכית. זו אולי ראשיתם של

דברים, אך לא אחריתם, ועלילות דם נפוצו ברחבי אירופה, ולימים פשטו גם לארצות האסלאם. נודעה במיוחד עלילת דם שהתחוללה בדמשק בשנת 1840 בעקבות היעלם של כומר נוצרי ומשרתו המוסלמי. דמויות מרכזיות בקהילה היהודית בדמשק הואשמו בחטיפתם וברציחתם של השניים לצורך שימוש בדמם לאפיית מצות. בחקירה שנוהלה על ידי מושל סוריה ולובתה על ידי הקונסול הצרפתי, נכלאו ועונו הנחקרים, ואחד מהם הודה במעשה. פרעות דמים פרצו בדמשק, ופסקו לבסוף תודות להתערבות אישי ציבור יהודים ומדינאים ממערב אירופה. עלילות הדם לא חדלו איפוא גם בעת החדשה. אף במאה השנים האחרונות נחרדו קהילות ישראל מעלילות דם שהתרחשו במדינות שונות: עלילת הדם טיסא אסלאר בהונגריה, ומשפט מנדל בייליס ברוסיה (ראו עליו ד"ר מ' קוטיק, משפט בייליס עלילת דם במאה העשרים (תשל"ט)); משפט בייליס הסעיר כל כך את יהדות רוסיה שבמכתב ברכה מאת בחור ישיבה (נ"צ געצל) לחברו י"א בוצ'קו לקראת חתונתו של האחרון, כותב המברך בתאריך המכתב בשנת "המשפט מנחם בייליס" – בגימטריה תרע"ד (סוף 1913); מכתב מ' חשון תרע"ד, בספרו של ח' שלם (תשע"ו) מנובהרדוק דרך מונטרה לירושלים על חיי הרב י"א בוצ'קו, עמ' ל"ג). עוד תוזכר עלילת הדם בנירנברג הנאצית, ובראשית שנות החמישים של המאה העשרים סער העולם היהודי לתפוצותיו למשמע הידיעות מברית המועצות לשעבר על עלילות דם המופצות ברבים.

כ"ג. הסופר הנודע אחד העם (אשר צבי גינצברג) (המאות הי"ט-הכ'), במאמרו "חצי נחמה", המליץ י"ד תשרי תרנ"ג (1892), נדפס בכל כתבי אחד העם (תשי"ט), נדרש לעלילת הדם, וכותב כי "היא היחידה בין כל רעותיה אשר בה לא תוכל ההסכמה (הסכמה כללית בנוגע לתכונות העם היהודי – א"ר) להביא גם אותנו לידי ספק... מיוסדת כולה על שקר מוחלט... כל איש ישראל שנתחנך בתוך עמו יודע בבירור גמור, שאין בתוך כלל ישראל אף פרט אחד האוכל דם אדם לשם שמיים" (עמ' ע"א, הדגשות במקור). לשיטתו, חצי הנחמה הוא של לקח, כי התחדשות עלילת הדם מאפשרת ליהודי שלא להיכנע בפני הטענות ובפני "ההסכמה הכללית" בדבר תכונות היהדות "...ועלילת הדם תוכיח. פה הרי היהודים זכאים וטהורים כמלאכי השרת: יהודי ודם! היש שני הפכים גדולים מאלו?...".

כ"ד. מורי משכבר אלוף (מיל') פרופ' יהושפט הרכבי, בספרו החשוב עמדת הערבים בסכסוך ישראל-ערב (תשכ"ח) נדרש לנושא עלילת הדם, ומתאר (עמ' 250) – בין שבעה ספרים נסקרים – ספר שיצא באכסניה רשמית מצרית ב-1962 ושמו זבחי אדם תלמודיים, הדפסה מחודשת של ספר מ-1890, ובו מדובר על "... תעודת אשמה... הנסמכת על ראיות חותכות... כי העם הזה מתיר שפיכת דם ועושה מכך חובה דתית אשר קבעה

התלמוד..."; אותו ספר נדרש לעלילת דמשק מ-1890 (קדמה לה העלילה הנודעת יותר מ-1840), בדבר נער "אשר היהודים טבחו אותו בדמשק ומצצו את דמו כדי לערבבו בבצק שממנו מכינים מצה לחג הפסח"; עוד מביא הרכבי ספרים נוספים שהוצאו במצרים בשנות החמישים והשישים, ובאחד מהם נאמר (1964- הוצאה רשמית): "אלוהי היהודים אינו מסתפק בקרבנות של חיות, אלא יש צורך לרצותו בקרבנות אדם. מכאן מנהג היהודים לטבוח ילדים ולמצוץ את דמם כדי לערבבו במצות הפסח" (שם, עמ' 252). הרכבי מסיים אמנם בנימה אופטימית (254): "עלילת הדם כמו שהיא מוצגת בשבעה ספרים אלה מחרידה, אך אין עלילת הדם שכיחה בספרות הקונפליקט, ואין להניח שנקלטה בציבוריות הערבית. יתכן גם שהיא זרה להלך הרוח הבסיסי של הערבים לגבי היהודים, שהרי בארצות האסלאם לא הואשמו היהודים במעשי זוועה כעלילות הדם, הרעלת בארות והפצת מגפות, כבאירופה הנוצרית, ומשום כך אולי אפשר לקוות שרעיונות אלה לא יתקבלו. ערכה של פרשה זו הוא כסימפטום, לומר, לאיזה מרחק יכולה לדחוק השנאה לישראל"; ראו גם הע' 31 בעמ' 455 לממד ההיסטורי; ועוד, במקום אחר מתוארים היהודים בספרות הערבית בנושאי הסכסוך, בין השאר כ"מוצצי דם" (עמ' 315).

כ"ה. חוקרים מסוימים העלו את הסברה כי עלילות הדם התפתחו נוכח הבנה מוטעית של הנוצרים באשר למנהגי היהודים. כך בניגוד לגישה המקובלת הוצע, כי עלילות הדם צמחו בתקופת מסעות הצלב על רקע בחירתם של יהודים להתאבד ולהרוג את ילדיהם ויקיריהם "על קידוש השם" כדי שלא יוכרחו להתנצר; אירוע שבו נספו עשרות יהודים על "קידוש השם", התרחש ביורק, אנגליה, ב-16 במרץ 1190 (י' יובל "הנקם והקללה, הדם והעלילה: מעלילות קדושים לעלילות דם" ציון נח (תשנ"ג), 33). אליבא דפרופ' יובל, פירשו הנוצרים את הקרבת הילדים בידי הוריהם על קידוש השם כתאוות רצח, אשר מופנית גם כלפי ילדים נוצרים. כן נכתב על הקשר בין מנהגי חג הפורים, ובפרט תליית המן או שריפתו והטלת הפור, לבין סיפורי עלילות הדם (בעקבות הדברים פרץ פולמוס חריף; ראו ביקורתו הנוקבת של ע' פליישר "יחסי נוצרים-יהודים בימי הביניים בראי עקום" ציון (תשנ"ד), 267 ותגובת יובל שם, וכן ספרו של יובל שני גויים בבטן: יהודים ונוצרים – דימויים הדדיים (תש"ס); ג' מנטגן "היוצרותה של הברכותה על עלילות הדם" ציון נט (תשנ"ד), 343; Cecil Roth. "The Feast of Purim and the Origins of the Blood Accusation." *Speculum* 8.04 (1933) 520-526.

כ"ו. בהקשר זה קשה שלא להזכיר גלגול מאוחר יותר של עלילות הדם – הם "הפרוטוקולים של זקני ציון". פרסום זה כולל לכאורה דיונים מפגישות סודיות שקיימו אבות האומה היהודית בזמן התכנסות הקונגרס הציוני הראשון בשנת 1897, כדי לקשור

לכינון ממלכה יהודית עולמית שתשלוט בגויים. הגירסה המקובלת בעולם, נערכה על ידי הכומר הרוסי סרגיי נילוס והופיעה לראשונה בשנת 1905 בספרו "הגדול בקטן". לאחר המהפכה הרוסית ותבוסת גרמניה במלחמת העולם הראשונה, זכה חיבור זה לתפוצה רחבה ולתרגומים רבים (ראו מאמרה של ש' לסקוב "מי חיבר את הפרוטוקולים של זקני ציון" עת מול: עיתון לתולדות ארץ ישראל ועם ישראל י"ח 6 (1993), 110). ראו גם נ' כוהן, הכשר לרצח עם, תולדות ה"פרוטוקולים של זקני ציון" (1971); ראו גם ספרה החשוב של השופטת ה' בן-עתי השקר מסרב למות: מאה שנות פרוטוקולים של זקני ציון (תשנ"ח); רשימתי "הפרטיכלים של זקני ציון" בסכסוך הערבי-יהודי בארץ-ישראל בשנות העשרים" המזרח החדש כ"ו (תשל"ז), 37-42, שפורסמה מחדש ברוח מזרחית, בטאון החברה המזרחית הישראלית 3 (2006), 48-54; וכן הרכבי שם 212-219).

כ"ז. נשוב לענייננו: קשה לפקפק בגישתו הגזענית של המבקש כשלעצמו, ולמקרא כלל דרשתו נשוא התיק אי אפשר שלא לראותה כגזענות, אולם כפי שצוין בבג"צ תורת המלך (פסקה ל"ב), וכפי שחזר והטעים בא כוח המבקש, השאלה אינה גזענות הדובר, אלא האם נתקיימו יסודות העבירה. לפנינו טקסט שהמבקש ניסה לצבעו בצבעים מתונים, ואילו המשיבה בצבעים עזים, המצריך התבוננות אל התוכן בהצטרף הנסיבות כמכלול. בנדון דידן, כמותי כבית המשפט המחוזי סבורני, כי עיון בדברים, ובפרט בקטע שבו תומכת המשיבה את טיעוניה, מלמד, כי זו מכוונת כלפי מדינת ישראל והציבור היהודי באשר הם, וכי קשה עד מאוד לראותה כמכוונת כלפי ציבור אחר - צלבנים, בוסנים, צ'צ'ניים - כפי שטען המבקש. דומה בעיניי, שהדברים ברורים כשמש בצהרי היום, וכוונת המבקש זועקת מהם. קריאה פשוטה של הקטע שאליו הפנתה המשיבה, בהצטרף לדבריו האחרים של המבקש בדרשה, אינה מותירה כל ספק, כי אין הכוונה לביקורת או לשאיפות בקשר ל"כיבוש הישראלי" בירושלים; שהרי בנשימה אחת נכללים בדרשה דברים על הממסד הישראלי שלפיהם "דמנו במזונו, דמנו במשקהו ודמנו עובר מגנרל טרוריסטי אל גנרל טרוריסטי אחר". אלה דברי פתיח, ואז בא ההמשך - תיאור דם ילדים המתערב בבצק הלחם הקדוש, מצוין כאנטיתזה להתנהגות הציבור המוסלמי אשר ישמור על "כבוד בתי הכנסת של היהודים". ההתייחסות ללישת בצקו של הלחם הקדוש הוזכרה בנשימה אחת, כפי שציינ בית המשפט המחוזי, עם "הילדים של אירופה", בדרשה שכולה התייחסה ליחסים שבין המוסלמים ליהודים. לאלה מתוספות נסיבות הדרשה, וגם מקומו של השכל הישר אינו נפקד. "אנו (המוסלמים שמנהיג המבקש - א"ר) אף פעם לא הרשינו לעצמנו ללוש את הלחם של ארוחת שבירת הצום בחודש רמדאן המבורך בדמם של הילדים (אנו לא - אבל מי כן? הנה התשובה - א"ר) "אם מי שרוצה הסבר יותר מורחב אז שישאל מה

היה קורה לחלק מהילדים של אירופה, אשר דמם היה מתערבב בכצק של הלחם הקדוש (כלומר – ישנם ילדים אירופים שבדמם נעשה שימוש ללישת הלחם הקדוש – א"ר). והשאלה הרטורית עתה, "אלוהים גדול, האם זו דת... אלוהים רצה בה". המבקש הוא דמות מוכרת בעולם הערבי ובישראל; הוא מראשי המנהיגים הדתיים של המוסלמים בישראל, עמד לדין בגין עבירות בטחוניות ופגיעה בכוחות הביטחון, וריצה עונשי מאסר בשל אלה. דבריו נישאו בפני קהל רב, זועם ונסער סמוך להר הבית, כאמור. ניכר שהדרשה היתה סדורה ומתוכננת, ושהאווירה הציבורית היתה נפיצה לנוכח טענה לפגיעה במסגד "אל אקצא". אין צורך בהתפלפלויות כדי לתהות על קנקנם של הדברים. יותר מזאת, מובן שלא ניתן להתבונן על שנאמר במנותק מן ההקשר הרחב - הסכסוך הישראלי-פלסטינאי בכלל והסכסוך על הר הבית בפרט. כפי שהיטיבה לציין המשיבה, בחירתו של המבקש לאזכר בסיטואציה טעונה זאת את אחד מן הסמלים המובהקים ביותר לשנאת היהודים ולכרוך אותו בצוותא חדא עם הקריאה להגן על מסגד "אל אקצא", מוליכה למסקנה הבלתי נמנעת שתכלית דבריו היתה להסית לגזענות. הקשבתי בקשב רב לדברי הסניגור המלומד, שבפרשנותו ניסה להציג את הסיפור במחוזות אחרים, ואולם, לצערי התבוננות נכוחה על הדברים שנאמרו בצירוף למכלול, אינה תומכת בניסיון זה.

כ"ח. באשר לטענה כי המבקש לא כיון בדבריו לעלילות הדם הנודעות, והראיה – בדבריו התייחס ל"לחם הקודש" המיוחס לדת הנוצרית, ולא ל"מצה של פסח", יובהר, כי לחם הקודש הוא חלק מטקס פולחן האוכריסטה בדת הנוצרית המכונה ה"ליטורגיה" (משמעות המלה "ליטורגיה" ביוונית היא "פולחן ציבורי"). בטקס זה בוצע הכומר לחם ומוזג יין, המסמלים את בשרו ודמו של ישו, ואף שלא משתנה מראיתם, משתנה מהותם, לפי המסורת הנוצרית, בתהליך המכונה טרנסובסטנציאציה. הטקס מאזכר את הסעודה האחרונה של ישו ותלמידיו, מפיצי בשורתו. בשפה הערבית לחם הקודש המיוחס לטקס הנוצרי קרוי خبز القربان או القربان (ח'בז אל-קרבאן או אל-קרבאן) - לחם הקרבן, ואילו המבקש השתמש בדרשתו בביטוי الخبز المقدس (אל-ח'בז אל מוקדס) - הלחם המקודש. הבחנה זו מחזקת את העמדה, אם כי לא על פיה יקום דבר, שהמבקש לא כיוון ללחם הקודש הנוצרי, אלא ללחם מיוחד הנאכל בחג יהודי. ציין המבקש כאמור, תוך הנגדה ליהודים "אנו אף פעם לא הרשינו לעצמנו ללוש את הלחם של ארוחת שבירת הצום בחודש רמדאן המבורך בדמם של הילדים". אף מדברים אלה אנו למדים, כי כוונתו היתה להשוות את חג הרמדאן לחג אחר (חג הפסח), ולא לטקס המתקיים בשגרה (טקס הליטורגיה). בסופו של יום, רוב מלים אך למותר, וברי לטעמי

כי הנושא דברים עזים באוזני קהל משולהב - ואין צורך בתחכום רב לשם כך - שלפיהם לשים היהודים בצק בדם ילדים, מה זו אם לא הסתה לגזענות.

כ"ט. המבקש משליך יהבו, כאמור, על בג"צ תורת המלך, שבו, יוזכר, נדונה עתירה כנגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין, מחוסר ראיות מספיקות, את מחברי הספר "תורת המלך"; זאת, בין היתר, בעבירות של הסתה לגזענות והסתה לאלימות. לא למותר לציין, כי בג"צ תורת המלך עניינו בביקורת מינהלית על החלטת היועץ המשפטי לממשלה. תפקידו של בית המשפט בכגון דא והיקף התערבותו שונים במהותם מאשר אלה בשדה המשפט הפלילי, לאחר שהוגש כתב אישום והתנהל הליך הוכחות.

ל. יתר על כן, בבג"צ תורת המלך נדרש הקורא בחיבור נשוא התיק להתפלפלות ולדקדוק בטקסט דתי-הלכתי כדי להבין את כוונתו: אין זה נהיר האם הספר מסית כנגד הציבור הערבי באופן ספציפי; האם הנורמות האלימות המתוארות בו חלות באופן בלעדי על המדינה וכוחות הביטחון, או גם על אנשים פרטיים; והאם מדובר ב"בירור הלכתי" שהוא רלבנטי בעיקר לתקופת מלחמה אם לאו. בנדון דידן, אין צורך להיות "תלמיד חכם" מופלג כדי להבין למה כיון המבקש. הדברים הונחו "על השולחן", ואינם דורשים רוב מלים. יוסף, כי בבג"צ תורת המלך סבר חברי השופט ג'ובראן, בדעת המיעוט, שלנוכח מציאות חיינו והאקלים החברתי שעליו עמד, יש להנמיך את הרף הגבוה מדי לטעמו להגשת כתב אישום בעבירה של הסתה לגזענות. לגבי דידו הרף הגבוה מדי שהציב היועץ המשפטי לממשלה בא לידי ביטוי במספר נקודות בהחלטתו שם, וביניהן, מתן פרשנות מצמצמת לרכיב המטרה בעבירה של הסתה לגזענות והיעדר התייחסות להלכת הצפיות; ניתוח תוכן באופן שמקל עם המחברים; והשוואה לוקה בחסר לעניין אלבה. בחינת דבריו של המבקש באמות המידה שעליהן עמד חברי השופט ג'ובראן בבג"צ תורת המלך, מלמדת, בבחינת קל וחומר, כי דבריו של המבקש, שכאמור אינם דורשים העמקה ופרשנות, כפי שנדרש היה בספר ההלכה "תורת המלך", עולים כדי הסתה.

ל"א. כללם של דברים: איננו נעתרים לערעור על ההרשעה בעבירה של הסתה לגזענות.

ל"ב. סבורני כי אין מקום להיעתר לערעור אף ביחס להרשעה בעבירת ההסתה לאלימות. עבירה זו מעוגנת בסעיף 2ד144 לחוק העונשין:

"(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.
 (ב) בסעיף זה, "מעשה אלימות או טרור" - עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה.
 (ג) פרסום דין וחשבון נכון והוגן על פרסום האסור על פי הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב), אינו עבירה לפי סעיף זה."

כאמור את הרשעת המבקש בעבירה זו ביקשה המשיבה לבסס על דבריו כי "עכשיו באה חובתכם להוציא לדרך אינתיפאדה אסלאמית ערבית מהאוקינוס לאוקינוס".

לטענת המבקש המונח "אינתיפאדה" משמעו התעוררות, וכל כוונתו היתה להתעוררות גלובלית למודעות, למחאה, אך לא לפעולה אלימה. קשה עד מאוד להלום טענה זו. מונח זה, שקנה לו שביתה במקומותינו והפך להיות שגור כאילו היה מאז ומעולם, התייחס בשיח היום יום בתקופה הרלבנטית לשתי תקופות של התקוממות מאופיינת במעשי טרור בשנים 1987-1991 ו-2000-2005. התקופה הראשונה התאפיינה, במיוחד אך לא רק, ביידוי אבנים; התקופה השנייה התאפיינה, במיוחד אך לא רק, במחבלים מתאבדים תוך פגיעות רבות מאוד בנפש. מונח זה הפך "שם גנרי" להתקוממות פלסטינאית אלימה. כדי לסבר את האוזן, ראו הגדרת המונח "אינתיפאדה" במלון אבן שושן (מחודש ומעודכן לשנות האלפיים (2007)): "כינויה של התקוממות האוכלוסייה הערבית בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה נגד השליטה הישראלית בהם". דעת לנבון נקל, כי כך נתפס מונח זה באוזני הכל, ואולי מקל וחומר באוזני שומעי דבריו של המבקש המוכר לכל בר בי רב, שאין סיבה להבינם שלא כפשוטם. אין מקום להיתמם ולדבר במונח של "מילונאות קלאסית", קרי, "אינתיפאדה" במובנה המלוני הבסיסי של "התעוררות". יתר על כן, בטענה כי הדרשה מופנית לקהל בלתי מסוים, אוניברסלי, אין כדי לשנות מתמונת המצב ולהעטות על דבריו של המבקש אצטלה של פנייה תיאורטית ומופשטת נטולת כל תוחלת מעשית בארץ או מעבר לים.

ל"ג. אכן, בא כוחו המלומד של המבקש טען כי אזכור "שופט או מדען" כמושאי הקריאה מראה שאין אופיה אלים. טענה זו שוכת לב, אך בהינתן משמעותו של המונח שכבר נשתרש והוא בחינת ידיעה שיפוטית, קשה להלמה.

ל"ד. ברע"פ 2533/10 מדינת ישראל ואח' נ' מיכאל בן חורין (2011) (להלן עניין בן חורין), עליו עמדו הצדדים ובתי המשפט הקודמים, נקבע, כי קיומה של עבירת ההסתה לאלימות מותנה בכך שהפרסום, על פי תוכנו ונסיבותיו יביא, בהסתברות של אפשרות ממשית, לעשיית מעשה אלימות. הוסבר, כי נדרש קשר בין הפרסום לתוצאה בכוח, אך זאת על פי המבחן של אפשרות ממשית, "לא מעבר לכך אך גם לא פחות מכך" (פסקה 6, השופט הנדל), וכי על בית המשפט לבחון את המקרה כמכלול, מבלי לקבוע מראש מבחנים ראשיים. נקבע, כי בין היתר תינתן הדעת למיהות המפרסם ולאוריה השוררת בציבור, לסוג האלימות המדוברת, להיקף הקבוצה החשופה לאותה אלימות, להיקף הפרסום ולקהל היעד שלו, להקשר הפרסום, למקומו ולמדיום שבו נעשה שימוש: "יש לשאול, בין היתר - מי אמר, מה נאמר, היכן נאמר, באיזה אופן נאמר, למי נאמר ובאיזו מסגרת נאמר" (פסקה 7). מעניינת בהקשר זה הצעת חוק המאבק בטרור, תשע"ה-2015 (הצעות חוק הממשלה תשע"ה, 1067), שבו נערכה הבחנה בין "קריאה לביצוע מעשה טרור", שלפיה אין נדרש לצורך התקיימות יסודות העבירה, כי הקריאה תביא לביצוע מעשה טרור, למול החלופה של "פרסום דברי שבת, הזדהות, תמיכה, אהדה או עידוד, בקשר למעשה טרור", הכוללת מבחן הסתברותי, שהוא שונה מזה הקיים ("אפשרות סבירה...לביצוע מעשה טרור או לביצוע עבירת אלימות") (סעיף 27). צוין בדברי ההסבר להצעת החוק כי "המבחן ההסתברותי המוצע מאזן באופן ראוי בין הצורך למנוע פגיעה בערכים המוגנים על ידי האיסור, לבין הגנה על עקרון חופש הביטוי, וזאת לעומת מבחן האפשרות הממשית, אשר הוא קשה להערכה ולהוכחה, ועל כן אינו מאפשר הגנה מספקת על הערכים המוגנים על ידי האיסור, בשים לב לנזק הצפוי מעצם הפרסום המסית" (עמ' 1096); כן ראו לעניין ההשתלשלות החקיקתית שהובילה לנוסח החוק דהאידנא, בג"צ תורת המלך, פסקאות ע"ה-ע"ז.

ל"ה. כאמור, המבקש הוא דמות מוכרת בקרב הציבור הערבי ובעל השפעה, אשר נשא דברים בפני המון זועם, סמוך להר הבית בתפילת יום השישי, היא התפילה הקדושה למוסלמים, בתקופה שבה רחובות ירושלים, בעיקר באזורים המאוכלסים ערבים, געשו. כפי שגם נומק על-ידי בתי המשפט הקודמים, ההקשר הכללי של הדרשה שנשא המבקש, השימוש החוזר ונשנה במלה "דם" ודבריו "נפגוש את אלוהים

כשהידים בשטחו של מסגד 'אל אקצא', מקשים לטעות באשר לתכלית דבריו. דומה בעיניי כי נהיר לכל בר דעת שלא בדיון תיאורטי עסקינן, אלא בקריאה הלכה למעשה. וכדי להסיר ספק, באים דברי המבקש בזמן אמת ומעידים כמאה עדים על מטרותו: "יתכן שיבואו אלי ויגידו לי אתה מסית. הם רוצים להרוס לנו את 'האקצא' ובאים ואומרים לי אתה מסית. אז, אחים שלי, אני אומר לכם כן, ואני אומר שאנו לא לבד במאבק הזה". שילוב תוכן הדברים עם הנסיבות יש בו איפוא כדי לקיים את הדרישה, של אפשרות ממשית כי דברי המבקש יובילו לאלימות, לשם אישוש יסודות העבירה. ההרשעה בעבירה של הסתה לאלימות - על כנה.

ל"ו. בסיפת הדברים, אם כי לא כאחרון בחשיבות, אציין שלנגד עינינו מעמדו של חופש הביטוי בשיטתנו, החשיבות בביצורו והריסון בשימוש במשפט הפלילי בהקשרים אלה. עם זאת, כפי שגם הודגש לא פעם, חופש הביטוי אינו ניצב בדד (רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (2006)); וראו עמדתי בדנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין, פסקאות כ"ז-מ' לחוות דעתי (2014), אמנם במיעוט), וקיימים חריגים הראויים לחקירה פלילית. בבג"צ תורת המלך התייחסתי (פסקה נ"ח) לזהירות שבה נוקטים היועצים המשפטיים לממשלה בסמכותם לאשר כתב אישום לעניין הסתה לגזענות והסתה לאלימות; אדגיש כי יש אף מקום מסוים בקבלת החלטה כגון דא לשיקול, שעיקרו כי בהגשת כתב אישום יש משום מתן במה ופרסום לביטויים נלוזים רווי שטנה, וכך יוצא החפץ להסית כשחצי תאוותו בידו. סבורני כי המקרה דנא חצה במובהק את גבולות חופש הביטוי הלגיטימי, אף זה הקשה והמקומם. דברי המבקש הרחיקו לכת, הרחיקו מדיי.

ל"ז. ולאחר שאמרנו כל זאת, יש להטעים בקול רם וברור – אי אפשר שלא להתקומם למול ביטויי שנאה כלפי כל אדם או ציבור, שחטאם הוא השתייכותם הדתית, מוצאם הלאומי, גזעם או צבעם, ועל כולנו, בודאי בתי המשפט, לצאת כנגד גילויי שנאה אלה ולגנותם בכל פה; היא ראשית והיא אחרית. אין בהכרעתנו לגרוע במלוא הנימה מן המחויבות לפעול לשוויון לערבים בישראל (ראו גם רשימתי "על השוויון לערבים בישראל" ספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג) 276), שכן "על דברים כגון אלה ביחס לשוויון לערבים נזדמן לי לחזור לא אחת ... מתוך אמונה עמוקה – וכי אפשר אחרת – במדינה שלא רק שבהגדרתה היא יהודית ודמוקרטית והכרזת העצמאות שלה מדברת בלשון שוויון, אלא גם האתוס ההיסטורי של נרדפות עמנו לאורך תולדותיו כקרבת גזענות מצוה עלינו יחס של שוויון למיעוטים" (בג"צ תורת המלך, פסקה ל"ז), ורוב מלים אך למותר.

ל"ח. כללם של דברים: אין בידינו להיעתר לערעור לעניין הכרעת הדין.

גזר הדין

ל"ט. אשר לעונש, שני צדי המחלוקת הטעימו את הכוחות המושכים לכאן ולכאן, חומרם היתרה של הדברים שנשמעו מפי המבקש מזה, ואי הרשעתו בעבירות נוספות, כמו גם מדיניות הענישה הנוהגת, מזה. הסוגיה הנורמטיבית נעוצה בנדון דידן בחומרת המעשה, ובכך חובר אני לעמדת המשיבה ביסודה. סבורני כי מתחם הענישה שהציע בית משפט השלום, ראוי בהתחשב באינטרסים ובערכים שעל הפרק. אשר לעונש עצמו, ניתן למצוא פסיקה מגוונת; ראו עניין בן גביר, שבגדרו הוטל עונש של עבודות שירות לתועלת הציבור ומאסר על תנאי בגין עבירות הסתה לגזענות ותמיכה בארגון טרור ועניין פדרמן, שבגדרו הוטל עונש מאסר שירוצה בדרך של עבודות שירות ומאסר על תנאי בגין עבירות הסתה לגזענות, הסתה לאלימות ועבירות ניסיון; אל מול ת"פ (י-ם) 44725-12-14 מדינת ישראל נ' שלבי (2015), שבגדרו הושת עונש מאסר בפועל בן תשעה חודשים ומאסר על תנאי בגין עבירות של הסתה לאלימות ותמיכה בארגון טרור ות"פ (י-ם) 44930-12-14 מדינת ישראל נ' עאבדין (2015), שבגדרו הוטל בין היתר עונש מאסר בפועל בן עשרה חודשים ומאסר על תנאי בגין עבירות הסתה לאלימות ותמיכה בארגון טרור. ברם אין מקרה דומה למשנהו. אמנם בעניין פדרמן ובן גביר ב-2008 ו-2010 בהתאמה, לא הוטל מאסר בפועל וכך גם במקרים נוספים (ראו למשל ע"פ 71624/04 פנידי נ' מדינת ישראל (2007), שבו הורשעו הנאשמים בעבירות של השחתת פני מקרקעין והסתה לגזענות), אך המגמה בפסיקה, לנוכח גילויי השנאה והאלימות על רקע אידיאולוגי שפושטים והולכים היא החמרה, למען "יראו וייראו", וכביטוי לשאט הנפש ולסלידה העמוקה מהתבטאויות ומעשים כגון דא (וראו לאחרונה 5794/15 מדינת ישראל נגד טויטו (31.1.16), שבו הוחמר עונשם של המעורבים בהצתת בית הספר הדו-לשוני בירושלים). ועוד, בא כוח המבקש טען בפנינו כי במקרים שהוצגו על-ידיו, דובר בבעלי השפעה כבענייננו, ועליהם לא הוטל כאמור עונש מאסר בפועל. ואולם, נראה שאין הנדון דומה לראיה; בנדון דידן מדובר במי שהוא מנהיג רוחני ודתי רב השפעה, בניגוד לדמויות שהזכיר בא כוח המבקש, שאינם אנשי דת ושהשפעתם היא בקרב ציבורים מצומצמים.

מ. לבסוף, לא מצאתי להיעתר לטענה, כי כיון שענייננו בשתי עבירות המתייחסות לאותו מעשה, ולנוכח מהותן, לא היה מקום להחמיר בעונשו של המבקש לאחר

הרשעתו גם בעבירה של הסתה לגזענות. סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982 קובע: "בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אך לא יענישהו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה". בע"פ 9826/05 ג'מאל מחאג'נה נ' מדינת ישראל (2008) עמד בית משפט זה על פרשנות התיבה "אותו מעשה" ועל המבחנים לכך, בציינו כי "המבחן הצורני-עובדתי מנתח את מכלול עובדות האירוע הפלילי, ובוחן האם התנהגותו העבריינית של הנאשם הינה בגדר פעולה פיזית אחת בלתי-ניתנת לחלוקה, או שמא מדובר ברצף של פעולות הניתנות לפיצול, שניתן להבחין ביניהן. המבחן המהותי-מוסרי בוחן את אופי הפגיעה לה גרמה העבירה הספציפית, את מהות האינטרסים המוגנים על ידי העבירה, את חשיבותו של הערך הנפגע, ואת אופי השיקולים המוסריים העומדים בבסיס ההגנה על קרבן העבירה. במסגרת האמורה, נשקלים גם שיקולים הרתעתיים, שעניינם מתן משקל לחומרת העבירה במסגרת ענישת העבריינין, לשם העברת מסר מרתיע לעבריינים פוטנציאליים" (פסקה 18) (הנשיאה ביניש). אך טבעי, כי הערכים המוגנים העומדים ביסודן של כל אחת מן העבירות מושא הבקשה שלפנינו, חופפים בחלקם, כגון הגנה על בטחון הציבור - והאמור נכון ביחס לעבירות רבות אחרות שאינן קשורות לביטוי ולהסתה - אולם כל אחת מהן חובקת ערכים מוגנים נוספים. מעבר לכך, ולא פחות חשוב, כפי שכבר נאמר, עסקינן בחלקים נפרדים ושונים בדרשת המבקש, המקיימים - כל אחד לכשעצמו - את יסודות העבירה הרלבנטית.

מ"א. לאחר כל אלה, על אף האמור ולא בלי התלבטות, סבורני בסופו של יום שיש ללכת כברת-מה לקראת המבקש. בתי המשפט הקודמים נתנו דעתם כדבעי לשיקולים השונים ולנסיבות הקונקרטיות, אולם נוכח העובדה שבתשע השנים שחלפו מן האירוע לא עבר המבקש עבירות נוספות דומות, ונוכח מדיניות הענישה שנהגה אותה עת, נראה כי יהא צודק להקל עמו במידת-מה. עונשו של המבקש יעמוד אם כן על תשעה חודשי מאסר בפועל; תקופת המאסר על תנאי תעמוד בעינה.

מ"ב. סוף דבר וסיכומו: אציע שלא להיעתר לערעור לעניין הכרעת הדין ופסק דינו של בית המשפט המחוזי לעניין זה יותר על מכונו. אשר לגזר הדין, אציע כי עונשו של המבקש יופחת כאמור כפסקה מ"א. המבקש יתייצב לריצוי עונשו בימ"ר ניצן ביום 8.5.16 עד השעה 10:00. תנאי שחרור קיימים בעינם עד להתייצבות.

המשנה-לנשיאה

השופט ט' ג'בראן:

קראתי את חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ובעוד שאני מצטרף אליו לתוצאה לפיה יש להתיר את הרשעתו של המבקש בעבירת ההסתה לגזענות על כנה, אינני סבור כי היה מקום להרשיעו בעבירת ההסתה לאלימות. לו תישמע דעתי, אציע לזכות את המבקש מעבירה זו, ובהתאם להקל בעונשו כך שירצה אותו על דרך של עבודות שירות.

בבית המשפט המחוזי, המבקש הורשע פה אחד בעבירת ההסתה לגזענות, והורשע בעבירת ההסתה לאלימות ברוב דעות של השופטים ד' מינץ וא' נחליאלי-חיאט אל מול דעתו החולקת של השופט א' רומנוב. דעתי כדעת שופט המיעוט רומנוב, כפי שיפורט להלן.

כאמור בחוות דעתו של חברי, הרשעת המבקש בעבירת ההסתה לאלימות מבוססת על דבריו הבאים בדרשה שנשא בירושלים:

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

בשונה מעבירת ההסתה לגזענות, כדי להרשיע בעבירה של הסתה לאלימות, לא די באמירת דברים בעלי תוכן מסית, אלא יש לבדוק האם על פי תוכן הפרסום ונסיבותיו קיימת אפשרות ממשית לתוצאה של עשיית מעשה אלימות או טרור (בג"ץ 2684/12 י"ב בחשוון התנועה לחיזוק הטובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 9 לפסק דיני (9.12.2015); רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין (26.12.2011)).

המבקש טוען כי לא התכוון בדבריו לעורר אינתיפאדה אלימה, ובמהלך חקירתו במשטרה הסביר את כוונתו כך:

"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 אלאצאא 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 לחבב על האנשים את מסגד אלאקצאא. וזה גם מתקשר לאמצעי התקשורת שצריכים לתת דגש על הבעיה בירושלים ובמסגד אלאקצא המבורך. זה גם מתבטא במפלגות ובמוסדות המשפחתיים והעמים אשר צריכים לתת את הדגש וילחצו על מנהיגיהם לצאת ביוזמה פוליטית תומכת לירושלים הקדושה ומסגד אלאקצא המבורך" (שם, ש' 86-95; ההדגשות הוספו – ס.ג').

ובמהלך עדותו בבית משפט השלום העיד המבקש כך:

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

[...]

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" (פרוטוקול הדיון, עמ' 26-27; ההדגשות הוספו – ס.ג').

חזרתי והפכתי בדבריו של המבקש וכן בחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה, ועדיין נותר בי ספק כי יש בתוכן הדברים ונסיבותיהם כדי להביא כאפשרות ממשית למעשה אלימות.

חברי סבור כי שילוב תוכן הדברים עם הנסיבות, יש בו כדי לקיים את הדרישה של אפשרות ממשית כי דברי המבקש יובילו לאלימות (וראו פסקה ל"ה לחוות דעתו), ואולם דעתי שונה. אכן, המונח "אינתיפאדה" (انتفاضة) לרוב מיוחס לפעולה אלימה, אך סבורני כי בהקשר שבו הדברים נאמרו – עליו אעמוד מיד – לא ניתן לשלול את הסברו של המבקש כי אין מדובר בהסתה לפעילות אלימה, אלא בקריאה להתגייסות כוללת, לא בהכרח אלימה, לשם הגנה על מה שנראה בעיני המבקש כפגיעה במקום קדוש.

יזכר, כי הרקע לדרשה שנשא המבקש היה הטענה שהועלתה בקרב חלקים מהציבור המוסלמי בדבר כוונתן של הרשויות הישראליות לפגוע באחד מהמקומות הקדושים לדת המוסלמית – הוא מסגד "אל-אקצא". ניתן להיווכח בכך מהדגשותיו החוזרות ונשנות של המבקש בדרשתו כי העניין העומד על הפרק אינו עניין מקומי הנוגע אך לתושבי המקום, אלא עניין הנוגע לכל בני דת האסלאם, באשר הם.

רקע זה יש לשקלל במסגרת בחינת נסיבות הפרסום על מנת להגיע למסקנה בדבר האפשרות הממשית להובלת הדברים לאלימות. לטעמי, ישנה חשיבות רבה לאוניברסאליות של הקהל הנמען בדרשה בהבנת משמעותם של כלל הדברים האמורים לעיל. סבורני, כי העובדה שהמבקש לא דיבר אל קהל ספציפי, להוט ופוליטי, אלא אל קהל כללי בכל רחבי העולם מפחיתה מספציפיות הקריאה, וכפועל יוצא מפחיתה את האפשרות כי קריאה זו תביא כאפשרות ממשית לעשיית מעשה אלימות. בהקבלה גסה, כשם שהאוניברסאליות של הקריאות הרווחות ל"שלום עולמי" מפחיתות מהיתכנות השפעתה של הקריאה להבאה לשלום, כך גם אני סבור כי אין בקריאות כלליות ל"אינתיפאדה עולמית" כדי להביא באופן ממשי לאלימות.

בנסיבות האמורות, ספק בעיני אם דרשתו של המבקש יכולה ליצור את אותה "אפשרות ממשית" לעשיית מעשה אלימות הנדרשת על פי החוק, ועל כן עמדתי היא, כאמור בתחילה – כי יש לזכות את המבקש מעבירת ההסתה לאלימות.

באשר לעונש, מאחר שמצאתי כי יש לזכות את המבקש מעבירת ההסתה לאלימות; ומאחר שעבר זמן רב מאז האירוע מושא תיק זה ועד היום, ובזמן זה הוא לא עבר עבירות נוספות דומות, אציע לחברי להעמיד את עונשו של המבקש על ששה חודשי מאסר לריצוי על דרך של עבודות שירות.

ש ו פ ט

השופט ע' ברון:

1. 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); להלן: עניין בן חורין). ואולם, ככל זכות חוקתית אחרת במשפט הישראלי, גם הזכות לחופש ביטוי אינה מוחלטת, ויש שהיא תיסוג מפני עקרונות ואינטרסים חשובים אחרים. האיסורים הפליליים 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 הציבורי (ראו: דברי הנשיא א' ברק ב-ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל פ"ד נ(5) 221, 285-286 (1996); להלן: עניין אלבה). 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.

בכל הנוגע לדרשתו של ראאד סלאח, שעיקרי דבריו צוטטו על ידי חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, דעתי היא שאין כל קושי לשרטט את קו הגבול שבין דברים החוסים תחת הגנתו של עקרון חופש הביטוי, לבין אמירות שיש בהן קריאה לגזענות, לאלימות, ואף לטרור, ומהוות סכנה ממשית לשלום הציבור ועל כן הן אסורות. מילותיו של הדובר צועקות. הנאום הוא טעון ומתסיס, הוא נישא בימים של מתיחות ואווירה מתלהמת כתוצאה מאיסור על תפילות במסגד אל-אקצא, והדובר קורא באופן מפורש לפעולה אלימה נגד מדינת ישראל והעם היהודי. משכך, אני שותפה לדעתו של חברי המשנה לנשיאה, כי יש לדחות את הערעור על הכרעת הדין ולהותיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנו.

2. המבקש, שייח ראאד סאלח, הוא מנהיג דתי וציבורי, אדם בעל מעמד בקרב ערביי ישראל המוסלמים. הוא שימש בעבר כראש עיריית אום אל פאחם (בין השנים 1989-2001), ולמן פרישתו מתפקיד זה שימש כראש הפלג הצפוני בתנועה האסלאמית בישראל – אותו פלג שלאחרונה הוכרז על ידי הממשלה כ"התאחדות בלתי מותרת" (החלטת הקבינט המדיני-ביטחוני מיום 17.11.2015). האירוע הנדון התרחש בשנת 2007 – כשברקע עבודות חפירה ארכיאולוגיות שביצעה המדינה בסמוך להר הבית, לקראת חידוש הגשר בשער המוגרבים בעיר העתיקה בירושלים. ברחוב הערבי החלו להישמע האשמות חמורות נגד מדינת ישראל – כי היא משמידה במכוון ממצאים ארכיאולוגיים מתקופות אסלאמיות שונות שנמצאו באזור החפירות; ובמקביל נאסרו גם התפילות במסגד אל-אקצא. באותה נקודת זמן יחסיהם של ערביי ישראל עם הממסד

הישראלי היו טעונים במיוחד, ויש לומר אף נפיצים. זו התפאורה לאירוע נושא הערעור, שבו ראאד סלאח היה שחקן ראשי.

ביום שישי ה-16.2.2007 עמד ראאד סלאח על במה שהוקמה בשכונת ואדי ג'וז בירושלים, ונשא דברים. מולו עמד קהל רב, כ-1,000 איש, בקרבם מאות מתומכיו של ראאד סלאח שעשו דרכם מאזור הצפון, וכן כלי תקשורת רבים. ההמונים התאספו שם, משנאסרה עליהם כאמור הכניסה למסגד אל-אקצא, לצורך תפילת יום שישי ודרשה מפיו של ראאד סלאח. הדרשה שהשמיע היתה מתלהמת, רוויה בגילויי שנאה כלפי ישראל והעם היהודי, כשהמסר הברור שלה הוא שיש לסלקם מירושלים וממסגד אל-אקצא. בנאומו חזר ראאד סלאח והציג את מדינת ישראל כמי שמנהלת קרב עקוב מדם נגד העם הפלסטיני על ירושלים הקדושה ועל מסגד אל-אקצא. נעשה בדרשה שימוש חוזר במילים "דם" ו"שאהידים", ובין היתר האשים ראאד סלאח את הממסד הישראלי בכך שהוא מבקש לבנות את בית המקדש בירושלים "כשדמנו (דמו של העם הפלסטיני-ע'ב') עודו על בגדיו, דמנו עודו על זלתותיו ודמנו במזונו, ודמנו במשקהו, ודמנו עובר מגנרל טרוריסטי אחד לגנרל טרוריסטי אחר." ועוד נאמר, כי דרגותיהם של אותם "גנרלים" ישראלים "נעשו מהגולגלות של השאהידים שלנו". ראאד סלאח הדגיש בדבריו שוב ושוב כי הקרב על ירושלים הוא קרב מדמם, שעודנו נמשך, וכי "אנו (העם הפלסטיני-ע'ב') לא חוששים אלא מפני אלוהים. הרגעים הכי יפים בגורל שלנו זה כשנפגוש את אלוהים כשאהידים בשטחו של מסגד אל אקצא." בגין שתי התבטאויות ספציפיות מתוך דרשה זו הואשם ראאד סלאח בעבירות של הסתה לגזענות ולאלימות, ואליהן אתייחס כעת.

3. בעודו מתאר את היום שלאחר שחרורה של ירושלים מעול הכיבוש היהודי, מסביר ראאד סלאח למאזיניו כי העם הפלסטיני לא ינקום ביהודים, משום שהפלסטינים אינם רוצחי ילדים כיהודים, כפי המסופר בעלילת הדם המפורסמת:

"הרי אנו לא זדונים ולא נהיה זדונים, ואנו נשמור גם על כבוד בתי הכנסת של היהודים. אנו לא אומה שמבוססת על ערכי נקמה. אנו לא הרשינו אף פעם לעצמנו, ותקשיבו טוב, אנו אף פעם לא הרשינו 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..."

בגין דברים אלה הואשם והורשע ראאד סלאח בהסתה לגזענות. בהמשך הדרשה קרא ראאד סלאח למאזיניו לצאת לאינתיפאדה לשחרור ירושלים ומסגד אל אקצא:

”אנו מבקשים מכל מוסלמי וערבי בהווה האסלאמי והערבי, ויהא זה שופט או מדען או מפלגה או מוסד ציבורי או פלגים או עמים, אנו שואפים מהם עכשיו, שעכשיו באה חובתם לסייע לעם הפלסטינאי. עכשיו באה חובתם להוציא לדרך אינתיפאדה אסלאמית ערבית מאוקיינוס לאוקיינוס, כתמיכה בירושלים הקדושה ומסגד אל אקצא המבורך.”

בגין קריאתו לאינתיפאדה הואשם והורשע ראאד סלאח בהסתה לאלימות.

4. סעיף 144ב(א) לחוק העונשין, שעניינו איסור הסתה לגזענות, מורה כי “המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים.” מדובר בעבירה התנהגותית: “הפרסום” – הוא היסוד ההתנהגותי; ה”דבר” – היא הנסיבה; ה”מטרה להסית” – היא המחשבה הפלילית. בפסיקה התעוררו מספר שאלות בנוגע לאופן ההוכחה של יסודות אלה, ובין היתר קיימת עמדה שלפיה ה”דבר” המפורסם צריך להיות בעל מסר גזעני העלול, בוודאות קרובה, לפגוע בשלום הציבור (ראו: הנשיא א’ ברק בעניין אלבה, עמ’ 290-291; דברי השופט ס’ ג’ובראן ב-בג”ץ 2684/12 י”ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ’ היועץ המשפטי לממשלה, בפסקה 9 (9.12.2015); להלן: בג”ץ תורת המלך). ב-בג”ץ תורת המלך נחלקו ביניהם חברי, השופט א’ רובינשטיין והשופט ס’ ג’ובראן, בשאלה אם ניתן לעשות שימוש בדוקטרינת הצפיות להוכחת היסוד הנפשי של “מטרה” בעבירת ההסתה לגזענות. ואולם גם בענייננו אין מקום להכריע בשאלות נכבדות אלה, שכן התקיימותם של היסודות העובדתיים, המחשבה הפלילית (“מטרה”), ואף המבחן ההסתברותי (“ודאות קרובה”) נלמדת במובהק מתוך הדרשה עצמה והנסיבות שבהן הושמעה.

סעיף 144א(א) לחוק העונשין, שעניינו איסור הסתה לאלימות או לטרור, קובע כי “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 לחמש שנים.” רף ההוכחה שנקבע לעבירה זו, שאף היא עבירה התנהגותית, נמוך מרף ההוכחה של עבירת ההסתה לגזענות. בעוד שבעבירת ההסתה לגזענות נדרש יסוד נפשי מיוחד של מטרה, היסוד הנפשי הקבוע בעבירת ההסתה לאלימות הוא מודעות בלבד. גם היסוד ההסתברותי שבעבירת הסתה

לאלימות ("אפשרות ממשית"), הועמד במפורש על רף נמוך יותר מהמבחן ההסתברותי שקבעה הפסיקה בעבירת הסתה לגזענות ("ודאות קרובה") (ראו: דברי חברי השופט רובינשטיין ב-בג"ץ תורת המלך, בפסקאות עה-עו (9.12.2015)). יסודותיה של עבירת ההסתה לאלימות מתקיימים אף הם במלואם בדרשתו של ראד סלאח; ואבאר.

עבירות ההסתה מבוססות על התבטאויות; על מילים. משכך התקיימות יסודותיהם של העבירות – ובהם מובנן של המילים, תוחלת הנזק שבצידן וכוונתו של הדובר – נלמדים מתוך תוכנו של הפרסום המסית, ומכלול הנסיבות:

"ודאי, מיהות הפרסום, המפרסם והאוירה השוררת בציבור הם 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 נאמר, היכן נאמר, באיזה אופן נאמר, למי נאמר ובאיזו מסגרת נאמר" (עניין בן חורין, בפסקה 7).

יצוין כי הדברים הובאו בנוגע לעבירת ההסתה לאלימות, ואולם כוחם יפה, בשינויים המחויבים, גם בהתייחס לעבירה של הסתה לגזענות (ראו: בג"ץ תורת המלך, בפסקה עז).

5. במסגרת ההליך שבפנינו טוען ראד סאלח כי אין לייחס לדבריו את משמעות המילים כפשוטן – אלא שיש לקרוא את הדרשה "קריאה רגישה" ולשמוע את קריאותיו ב"אוזן חוקתית". בתמצית, לגרסתו של ראד סאלח כאשר קרא לאינתיפאדה כוונתו היתה למשמעות המילולית של המילה – קרי: להתעוררות; והמסר שביקש להעביר הוא קריאה להתעוררות גלובלית בעולם הערבי, למודעות, למחאה, ובשום אופן לא לפעולה אלימה. ובהתייחס לאזכור של עלילת הדם בדרשתו – ראד סלאח מכחיש כי כיוון לאותה עלילה שלפיה יהודים עושים שימוש בדם של ילדים נוצרים להכנת מצות חג הפסח. לגרסתו, האזכור מתייחס באופן כללי לפשעים הנעשים בשם הדת בעולם כולו, ובהם מסעות הצלב בעבר, ובימנו הפשעים בבוסניה ובקוסובו למשל. בהינתן האמור, לעמדתו של ראד סלאח הדרשה שנשא חוסה תחת ההגנה החוקתית המוקנית לביטויים פוליטיים כחלק מחופש הביטוי, ולו רק מחמת הספק.

כפי שכבר צוין, דברי ההסתה שבדרשתו של ראד סלאח צועקים מתוך הדף. לא ניתן לטעות בהבנתם. אמנם הוא מנסה עתה להציג את הדברים שנשא כמשתמעם

לשני פנים, ככאלה שסובלים אף פרשנות מרוככת מזו המיוחסת לדרשה – ואולם לא מדובר אלא בהתפלגות, ובהצדקה בדיעבד, וכזאת אי אפשר. מובנו של הטקסט נבחן כפי שהוא נשמע באוזני הקהל המשולהב בזמן אמת – ולא "בתנאי מעבדה", ותוך הזקקות להגדרות מילוניות. ויוזכר – אותה דרשה שבה עסקינן נשמעה על רקע אווירה מתלהמת ומלאת יצרים, שנוצרה עם סגירתו של מסגד אל-אקצא למתפללים. ראאד סלאח, ששמו הולך לפניו כמי ששולל את הלגיטימיות של מדינת ישראל, שפך בנאומו שמן למדורה. הוא נשא דרשה רוויה בגילויי שנאה ואלימות נגד העם היהודי, השזורה במוטיבים חוזרים של "דס" ו"שאהידים". עלילת הדם הידועה, הנזכרת בדרשתו של ראאד סלאח, היא סמל לשנאת יהודים. כריכתה עם הקריאה לאינתיפאדה מבהירה כי הדובר אינו קורא "להתעוררות" כנטען על ידו בדיעבד – אלא להתקוממות אלימה. לא למותר לציין בהקשר זה, כי דרשתו של ראאד סלאח נישאה על ידו לאחר שכבר הוזרה על ידי ועדת אור (ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000), בגין אחריותו למהומות שפרצו. וכך, בין היתר, קבעה הוועדה:

"בהיותו ראש הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית, ראש עיריית אום אל-פחם ואיש ציבור, היה אחראי, בתקופה שלפני אירועי אוקטובר 2000, לרבות בשנים 1998-2000, להעברת מסרים חוזרים ונשנים של עידוד השימוש באלימות ואיום באלימות כדרך להשגת מטרות של המיגזר הערבי במדינת ישראל. מסרים אלה התייחסו גם למטרה אשר הוגדרה כשחרור מסגד אל-אקצא. בנוסף, ערך אסיפות המוניות והפעיל שיטות תעמולה מתלהמות לעורר אוירה ציבורית משולהבת סביב נושא רגיש זה. בכל האמור לעיל, תרם תרומה ממשית לשלהוב הרוחות ולהתפרצות האלימה ורחבת ההיקף שהתרחשה במגזר הערבי בתחילת חודש 2000."

זאת ועוד. במועד שבו נשא ראאד סלאח את הדרשה, היה תלוי ועומד נגדו צו האוסר עליו להימצא בתחומי העיר העתיקה בירושלים, ובמרחק של 150 מטר ממנה – זאת לאחר שעמד בראש התקהלות אסורה של כ-30 איש בשער האשפות בירושלים, שוב על רקע ביצוע העבודות בשער המוגרבים. ראאד סלאח הואשם בכך שתקף את אחד השוטרים שהוצב במקום על מנת לחסום את מעבר המתפרעים אל שטח העבודות, ירק בפניו, וסינן לעברו "אתם גזענים ורוצחים אין לכם כבוד". בגין מעשים אלה הוא הורשע בעבירות של השתתפות בהתפרעות ותקיפת שוטר כדי להכשילו ונגזר עליו עונש מאסר בפועל ופיצוי כספי לשוטר.

6. הנה כי כן, תוכן הדרשה ומכלול הנסיבות האופף את המעמד שבו היא נישאה, מעידים בבירור על התקיימותם של היסודות העובדתיים והנפשיים הדרושים בעבירות של הסתה לגזענות והסתה לאלימות. שימוש במילים טומן בחובו כוח רב, ואף הרסני לעיתים; ועל כן כבר נאמר כי "חיים ומוות ביד הלשון". על מנהיגים ואנשי ציבור מוטלת חובה מוגברת בהקשר זה, ובעיקר באקלים הטעון של הסכסוך הישראלי-פלסטיני. ויפים לעניין זה דברים שנאמרו זה מכבר על ידי חברי השופט ס' ג'ובראן:

"רוחות רעות של גזענות ושנאת האחר אשר מנשבות במדינתנו מובילות להתפרצויות אלימות על רקע גזעני ודתי בתכיפות הולכת וגוברת. ביטויי גזענות נשמעים לא רק בקרנות הרחוב או מפי דוברים המייצגים 'שוליים קיצוניים', אלא גם על ידי אנשי ציבור ופוליטיקאים הנחשבים לחלק מהזרם המרכזי בחברה הישראלית (יובל קרניאל 'גזענות, תקשורת ולשון הרע- האם מותר לומר על גזען שהוא 'נאצי'? המשפט יא 409, 434 (התשס"ז) (להלן: קרניאל)). באקלים הנוכחי – שבו הסתה לגזענות ולאלימות הפכה לחזון נפרץ – ישנו צורך מובהק כי הרשויות האמונות על אכיפת החוק ויישומן יעמדו על המשמר בכל תוקף ויסייעו במיגורה של התופעה.

...

סבורני, כי במציאות זו שבה דברי הסתה הנכתבים בעט מושחזת גוררים אחריהם לא אחת שימוש קטלני בסכין מושחזת, מוטלת עלינו החובה לשקול ביתר שאת מקרים מהסוג שלפנינו, לרבות העמדה לדין והרשעה במקרים המתאימים." (בג"ץ תורת המלך, בפסקאות 12-13).

7. ועתה – לגזר הדין. כידוע, אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בעונש, אלא במקרים חריגים של סטייה ניכרת ממדיניות הענישה הראויה או טעות מהותית שנפלה בגזר הדין; והדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בגלגול שלישי של ההליכים. כשלעצמי לא הייתי מתערבת בעונש שנגזר על ראד סלאח בגין העבירות שבהן הורשע – הגם שהוא על הרף הגבוה ביחס למקרים אחרים שנדונו בפסיקה. ואולם במחלוקת שנפלה בין חבריי, אני רואה לנכון להצטרף לעמדתו של המשנה לנשיאה שלפיה עונש המאסר בפועל יופחת מ-11 ל-9 חודשים.

ש ו פ ט ת

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ניתן היום, י' בניסן התשע"ו (18.4.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 15076690_T04.doc רח
מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il