

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3338/99

כבוד השופט י' זמיר
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט ע' ר' זועבי

בפני:

דמיאן פקוביץ

המערער:

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

ערעור על פסק הדין של בית-המשפט המחוזי
בירושלים מיום 15.4.99 בת.פ. 109/98
שניתן על ידי כבוד השופט מ' רביד.

י"א בטבת תש"ס (20.12.99)
י"ז בשבת תש"ס (24.01.00)

תאריכי הישיבות:

עו"ד רמי בביאן

בשם המערער:

עו"ד חובב ארצי
עו"ד דרורה נחמני-רוט

בשם המשיבה:

פסק-דין

השופטת ד' ביניש:

בפנינו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בירושלים (השופט מ' רביד), אשר הרשיע את המערער בשלושה אישומים בהם הואשם וגזר את דינו לחמש שנות מאסר, מהן 42 חודשי מאסר בפועל והיתרה מאסר על תנאי.

העובדות:

1. ביום 14.1.98 הוגש נגד המערער כתב אישום בו הואשם בשלושה אישומים. האישום הראשון מייחס למערער ביצוע עבירות של קשירת קשר לביצוע עוון, כניסה שלא ברשות למקום פולחן או קבורה והתקהלות אסורה. על-פי העובדות שפורטו באישום זה, ביום 4.9.97 סיכמו ביניהם המערער ואדם נוסף בשם אביגדור אסקין (להלן - אסקין), להניח ראש חזיר על קברו של עז-אדין-אלקסאם בבית הקברות המוסלמי בנשר. ביום 7.9.97 רכש המערער ראש חזיר והניחו על קבר בבית הקברות המוסלמי בנשר, בסברו כי זהו קיברו של עז-אדין-אלקסאם. לאחר הנחת ראש החזיר כאמור, התקשר המערער - בהתאם לסיכום המוקדם עם אסקין - לעיתונאים ודיווח להם על המעשה. ביום 10.9.97 התקהלו הנאשם ואסקין יחד עם אנשים נוספים מול בית הקברות המוסלמי בנשר בהתקהלות בלתי חוקית. האישום השני מייחס למערער עבירה של הצתה ושל קשירת קשר לביצוע פשע, בכך שיחד עם אסקין תכנן להצית סניף של תנועת "דור שלם דורש שלום" בירושלים (להלן - הסניף), ובליל ה- 29.10.97 ביצע את ההצתה כמתוכנן. באישום השלישי הואשם המערער בקשירת קשר לחילול מקום קדוש ולפגיעה ברגשות כלפי אותו מקום ובעבירה של המרדה. על-פי המתואר בכתב האישום, ביום 10.11.97 נפגש המערער עם אדם בשם הראל הרשטיק בבית-כלא ניצן, בו היה הרשטיק עצור בגין כתב אישום שהוגש נגדו בבית-המשפט המחוזי בחיפה. במהלך הפגישה העלה הרשטיק בפני המערער רעיון שהגה להטיל ראש חזיר ובפיו ספר קוראן לרחבת הר הבית בעת התקהלות מאמינים מוסלמים במקום, באמצעות משגר ("קטפולטה" בלשון כתב האישום), ובין השניים סוכם על ביצוע התוכנית. ביום 17.12.97 עדכן פקוביץ את אסקין בדבר התוכנית האמורה.

הדין ופסק-הדין בבית-המשפט המחוזי:

2. במשפטו הכחיש המערער את האישומים נגדו. אשר לאישום הראשון (להלן - פרשת הנחת ראש החזיר), גירסת המערער במשפט היתה, בעיקרה, כי אכן רכש ראש חזיר על-פי תכנון מוקדם עם אסקין, אלא שלטענתו השאיר את ראש החזיר בידי אסקין מיד לאחר רכישתו ולא עשה בו כל שימוש. אשר לאישום השני (להלן - פרשת ההצתה), המערער הודה בתכנון ההצתה ביחד עם אסקין, בתגובה להצתת דלת בית משפחתו של יגאל עמיר, ואף ברכישת בניין לצורך ביצוע ההצתה, אלא שלטענתו לאחר שרכש את הבניין התחרט ומסרו לאסקין. המערער העלה טענת אליבי ביחס למקום שהייתו בעת ההצתה. ביחס לנטען באישום השלישי (להלן - פרשת הר הבית), היתה גירסת המערער כי לא התייחס ברצינות לתוכנית שהעלה בפניו הרשטיק, וכי לא התכוון לקחת חלק בביצועה ולא נקט בפעולה כלשהי לקידומה.

3. עם פתיחת המשפט, העלה בא-כוח המערער טענות נגד קבילות הודאותיו של המערער במהלך חקירתו בפני חוקרי השב"כ והמשטרה. נוכח טענותיו של בא-כוח המערער, קיים בית-המשפט קמא משפט זוטא בעניין קבילות ההודאות. עיקר טענתו של בא-כוח המערער במשפט הזוטא היה, כי חקירת המערער על-ידי חוקרי השב"כ נעשתה שלא כדין, תוך שימוש באמצעים פסולים מצד החוקרים וכשהמערער נתון בתנאי מעצר קשים ביותר, וכי באלה יש כדי לשלול את קבילות הודאותיו. בא-כוח המערער טען גם לאי-קבילות הודאותיו של המערער במשטרה, וזאת נוכח העובדה שההודאות במשטרה נגבו במהלך התקופה בה היה המערער עצור במתקני השב"כ וכפוף למרותם של חוקרי השב"כ. טענת התביעה במשפט הזוטא היתה כי לא ננקטו אמצעי חקירה "חריגים" כלפי המערער וכי באמצעי החקירה שנקטו לא היה כדי לשלול את רצונו החופשי במתן הודאותיו. בית-המשפט קמא דחה את עיקר טענותיו של המערער וקבע כי הודאותיו - הן בפני חוקרי השב"כ והן בפני חוקרי המשטרה - ניתנו מרצונו החופשי. הודאותיו של המערער התקבלו, איפוא, כראיות מטעם התביעה במשפט.

4. בפסק-דינו הרשיע בית-המשפט קמא את המערער בכל האישומים אשר יוחסו לו. אשר לפרשת הנחת ראש החזיר, דחה בית-המשפט את גירסת המערער, וקבע כי המערער הניח את ראש החזיר על קבר בבית הקברות המוסלמי בנשר. בית-המשפט קמא דחה אף את גירסת המערער בקשר לאישום השני בפרשת ההצתה, וקבע כי הצתת הסניף בוצעה על-ידו. אשר לפרשת הר הבית, דחה בית-המשפט קמא את גירסתו של המערער כי הוא לא התייחס ברצינות לתוכנית שהעלה בפניו הרשטיק. בית-המשפט קבע לעניין זה כי הקשר בין המערער להרשטיק נקשר בעת שהמערער ביקר את הרשטיק בבית-כלא ניצן, וכי ראיות נסיבתיות הנוגעות להתנהגות המערער במועד שלאחר קשירת הקשר, מלמדות על מעורבותו של המערער בתוכנית ועל רצינות כוונותיו ביחס אליה.

הערער:

5. בהודעת הערעור המפורטת שהגיש תקף בא-כוח המערער את פסק-הדין של בית-המשפט קמא על כל חלקיו. ערעורו נסב הן על הרשעת המערער בכל אחד מהאישומים המפורטים לעיל והן על חומרת העונש אשר הושת עליו. כן טען בא-כוח המערער בהרחבה כנגד ההחלטה במשפט הזוטא לפיה נתקבלו הודאות המערער בשב"כ ובמשטרה.

בדיון לפנינו הודיעה התביעה מפי בא-כוחה, עו"ד ארצי, כי ביחס לאישום הראשון והשני היא איננה מבקשת עוד להתבסס על הודאותיו של המערער בפני חוקרי השב"כ והמשטרה. עמדת התביעה בערעור היא

כי ניתן לבסס את ההרשעה על הראיות האחרות שבתיק, אשר שימשו אף הן תשתית להרשעת המערער בבית-המשפט קמא. על הקשיים הכרוכים ביותר על ראיות בשלב הערעור, נרחיב את הדיבור להלן במסגרת דיונו באישום הראשון והשני. מכל מקום, מאליו מובן כי נוכח עמדת התביעה, אין לנו עוד צורך לדון בטענות המפורטות שבהודעת הערעור באשר להחלטת בית-המשפט קמא במשפט הזוטא. בנוסף לטיעון המפורט בכתב, טען בפנינו בא-כוח המערער כל שניתן לטובת מרשו, טענות שבעובדה ובמשפט. נדון בטענותיו להלן על פי סדר האישומים בהם הורשע המערער.

התשתית הראייתית בערעור:

6. כאמור, עמדת התביעה בפנינו היא, כי ניתן לבסס את הרשעת המערער בפרשיות נשוא שני האישומים הראשונים על תשתית ראייתית שאינה כוללת את הודאותיו בפני גורמי החקירה השונים. בא-כוח המערער התנגד ל"שינוי חזית" ראייתי זה של התביעה. לטענתו, בשלב הערעור אין לאפשר שינוי כה גורף של התשתית הראייתית שעמדה בפני בית-המשפט קמא ושישימה לקביעת ממצאיו. עוד טוען הוא כי זכותו של נאשם שעניינו יידון תחילה בפני הערכאה הדיונית, כך שממצאיה והכרעותיה יעמדו למבחן בביקורתה של ערכאת הערעור, ואילו משמעות מהלך התביעה במקרה דנן היא כי הבחינה הראייתית הראשונית תבצע על-ידי ערכאת הערעור. נדגיש כי בא-כוח המערער לא ביקש להחזיר את הדיון בתיק לבית-המשפט קמא ואין ספק כי בנסיבות העניין ובשלב בו נשמע הערעור - בסמוך לתום ריצוי העונש - גם לא היה מקום לכך. לו סברנו כי יש יסוד לטענות בא-כוח המערער בעניין זה היה בכך כדי להשפיע על תוצאת הערעור, אולם מהטעמים שיפורטו להלן לא ראינו לקבל את הטענה.

יאמר תחילה, כי לדעתנו אין מקום לקבוע כלל גורף האוסר על התביעה לחרוג בעת הדיון בערעור מהמסכת הראייתית עליה הסתמכה בערכאה הדיונית, על דרך של "ויתור" על ראיה שהתקבלה על-ידי בית-המשפט קמא, או בדרך של שינוי בדגש או במשקל שניתן לראיה פלונית במסגרת המכלול הראייתי. התביעה היא הנושאת בנטל הבאת הראיות המפלילות והוכחתן. ההנחה היא כי אם התביעה מצאה לנכון שלא להסתמך עוד על ראיה מסויימת בשלב הערעור, אין זאת אלא שמצאה טעמים בעלי משקל המצדיקים זאת. העובדה כי מסקנה זאת התגבשה על-ידי התביעה רק בשלב הערעור ולא בשלב הדיוני, יכולה להיות מוסברת בגורמים שונים. כך, לעיתים עצם מעורבותו של גורם מקצועי נוסף בתיק בשלב הערעור, עשויה להביא לשינוי בעמדת התביעה באשר לתשתית הראייתית שראוי להסתמך עליה. שינוי עמדה כאמור, המבוסס על הפעלת מערכות הביקורת הפנימיות של התביעה, הוא לגיטימי ולעיתים רצוי, בשמשו כמנגנון בקרה נוסף לניהול התקין של ההליך הפלילי. כמו-כן, אפשר כי בהתחשב בממצאים שנקבעו על-ידי הערכאה הדיונית ובקביעותיה ביחס

למהימנות העדויות שנשמעו לפניו, סבורה התביעה כי התשתית העובדתית מוצקה דיה גם ללא ראייה כלשהי שלגביה ניטשת מחלוקת בין הצדדים; "ויתור" על ראייה כזו בשלב הדיון בערעור יכול, איפוא, לתרום לייעול הדיון ולמניעת התדיינות מיותרת שאין בה כדי לשנות את תוצאות המשפט.

עם זאת, אין גם לומר כי החלטה של התביעה בשלב הדיון בערעור לשנות את התשתית הראייתית אשר עמדה בפני בית-המשפט קמא, חסינה מביקורתה של ערכאת הערעור. בנסיבות מתאימות, רשאי בית-המשפט להגביל את התביעה במהלכה זה או להסיק ממנו מסקנות לעניין התוצאה המתחייבת מכך ביחס להמשך הדיון בערעור. יש לזכור כי הליך הערעור מיועד מעיקרו לבחינת פסק-הדין של הערכאה הדיונית. במצב העניינים הרגיל, הליך הערעור איננו מיועד לפתיחת ההליך הדיוני מחדש, ולעריכת "מקצה שיפורים" לדיון שהתנהל בו. התשתית העובדתית הנדרשת לקבלת ההכרעה בתיק, נקבעת בערכאה הראשונה, שבידיה הכלים המתאימים לכך, ואילו ערכאת הערעור מעבירה תשתית זו - כמו גם כמובן את ההכרעה עצמה - תחת שבט ביקורתה. שינויים ב"חלוקת עבודה" בסיסית זאת, אף שלעיתים הם אפשריים, צריכים ככלל להיעשות בזהירות יתרה על מנת שלא לשבש את האיזון הראוי בין תפקידי הערכאה הדיונית וערכאת הערעור, באופן שעלול לפגוע בתכלית ההליך הפלילי - חשיפת האמת ועשיית צדק.

כאשר מבקשת התביעה לשנות בשלב הערעור את התשתית הראייתית ששימשה להוכחת האישום בבית-המשפט קמא, תוך "ויתור" על ראייה או ראיות שהתקבלו על-ידי בית-המשפט, על בית-המשפט של הערעור לבחון אם הבקשה תואמת את העקרונות של שמירה על גבולות תפקידה של ערכאת הערעור ועל הבטחת זכויותיו של הנאשם. אשר לעניין הראשון - יש לבחון האם כתוצאה משינוי עמדת התביעה, התיק אכן מתאים לבירור בפני ערכאת הערעור. כך, למשל, יש לבחון האם עקב השינוי בעמדת התביעה מתעורר צורך לקבוע ממצאים חדשים, על בסיס ראיות שבית-המשפט קמא לא עשה בהן שימוש ולא קבע ביחס אליהן קביעות של מהימנות. כאשר מתעורר צורך כזה, הרי שככלל, ובהתחשב במכלול נסיבות העניין, אין זה ראוי לקיים את הדיון בתשתית העובדתית "החדשה" בפני ערכאת הערעור. מנגד, אם הראיות שהמדינה מסתמכת עליהן בערעור נבחנו על-ידי בית-המשפט קמא, אשר קבע ביחס אליהן ממצאי מהימנות או ממצאים אחרים, הרי שככלל אין מניעה (בכפוף לאמור להלן) כי ערכאת הערעור תבחן האם התוצאה אליה הגיע בית-המשפט קמא מבוססת גם על יסוד הראיות שהתביעה מבקשת להסתמך עליהן בערעור. אשר לשמירה על זכויותיו הדיוניות של הנאשם, ראוי להחיל בעניין זה את מבחן ה"הזדמנות הסבירה להתגונן". מבחן זה הוחל על-ידי המחוקק בכל הנוגע לסטייה מההליכים המקוריים, הן לצורך ההרשעה בבית המשפט של הערכאה הראשונה (הוראת סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982) והן בערכאת הערעור (סעיף 216 לחוק). בפסיקתנו

יישמנו את מבחן ההזדמנות הסבירה לעניין קביעת ממצא לחובתו של נאשם, על בסיס עובדות שלא פורטו בכתב האישום. לעניין זה אמרנו בדנ"פ 4603/97:

"עיקרון העל שלפיו אין להרשיע נאשם אם לא ניתנה לו 'הזדמנות סבירה להתגונן', יחול לא רק על הרשעה בעבירה אשר לא הואשם בה מלכתחילה בכתב האישום, אלא על כל עניין המתעורר בהליך הפלילי וסופו להוביל למסקנה לחובת הנאשם."

(דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"א (3) 160, בעמ' 197).

עלינו ליישם, איפוא, את העקרונות האמורים על הסוגיה שבפנינו; בהתאם לכך, נבחן האם נוכח השינוי בעמדת התביעה ניתן לברר את עניינו של המערער בערכאת הערעור, והאם נתקפחה הגנתו של המערער כתוצאה מהשינוי האמור. לשם כך נבדוק, בין היתר, מה היה משקלן של הראיות שהתביעה מסתמכת עליהן בערעור, בעת הדיון בבית-המשפט קמא. כן נשקול האם יש אפשרות סבירה שממצאי בית-המשפט קמא ומסקנותיו היו שונים אילו אלה היו הראיות המרכזיות שבפנינו; אולם בכך לא סגי. השאלה מה היתה עמדת בית-המשפט קמא על-פי אותן ראיות היא רק נדבך אחד בהליך ההכרעה. בנוסף על כך ניתן דעתנו לעוצמתן ולמשקלן של הראיות שהתביעה מבקשת להסתמך עליהן, בעומדן לעצמן בפני ערכאת הערעור. כמובן שבכל מקרה עלינו לבחון האם היתה לנאשם הזדמנות הוגנת להתמודד עם הראיות הרלוונטיות. ניתן לקבוע כי בדרך כלל כאשר הראיות הנותרות לאחר ויתור התביעה על חלק מהראיות, הן ראיות שעמדו במבחן הערכאה הדיונית, כאשר בית-המשפט שלערעור שוכנע כי לנאשם ניתנה הזדמנות נאותה להתגונן ביחס אליהן, וכך גם כאשר הראיות לעצמן משכנעות במידה הדרושה להרשעה במשפט פלילי - רשאית ערכאת הערעור להסתמך עליהן במסקנותיה.

7. העניין שבפנינו יוצא דופן בכך שאיננו בגדר שינוי בדגש ובמשקל שניתן לראיות תביעה מסויימות בשלב הערעור. שאלת קבילותן של הודאות המערער היתה נתונה במחלוקת קשה בין הצדדים בעת הדיון בבית-המשפט קמא, מחלוקת שנתבררה בפירוט ובאריכות במשפט זוטא שקיים בית-המשפט במשך מספר ישיבות. ההודאות האמורות היוו ללא ספק חלק מרכזי מהתשתית הראייתית שביסוד הרשעתו של המערער; התביעה ויתרה, איפוא, על חטיבת ראיות שתפסה מקום חשוב בדיון שהתקיים בבית-המשפט קמא ובהרשעתו של המערער. "ויתור" התביעה על חטיבת ראיות זו בשלב הערעור, וביסוס האישומים נגד המערער על ראיות אחרות, איננו צעד שגרתי.

עם זאת הגענו למסקנה כי אין ב"ויתור" על הראיות הנזכרות כדי לפגום בקיום הדיון בערכאת הערעור או לשלול את הצדקתו. ראשית, הראיות עליהן מסתמכת התביעה בערעור, היו כולן בפני בית-המשפט

קמא, והן נזכרות בפסק-דינו כחלק מהתשתית הראייתית המהווה בסיס להרשעה. לגבי חלק מהראיות יש אומנם שוני במשקל שניתן להן בפסק-הדין לעומת המשקל שמבקשת המדינה להעניק להן בערעור, אך מדובר בראיות שעברו את מבחנה של הערכאה הדיונית ונמצאו על-ידה מהימנות ומבוססות. יתרה מזו, ביחס לאותן ראיות קבע בית-המשפט קמא בפסק דינו כי אלה "ראיות שעומדות בזכות עצמן ואינן מצריכות 'דבר מה' או סיוע". כמו-כן, מעיון בפרוטוקול הדיון בבית-המשפט קמא עולה כי למערער ניתנה הזדמנות מלאה להתגונן ביחס לאותן ראיות העומדות עתה במרכז הדיון בערעור; מדובר, איפוא, בראיות שהתקבלו בבית-המשפט קמא והיוו חלק מהתשתית הראייתית הכוללת עליה השתיתה התביעה את האישומים נגד המערער. אין מדובר בראיות אשר הוזנחו על-ידי הצדדים בחקירותיהם ובטיעוניהם. נוכח האמור לעיל, הגענו למסקנה כי אין כל מניעה לדון בערעור דגן על בסיס התשתית הראייתית עליה עמדה התביעה בטיעוניה בפנינו.

לסיכום עניין זה נוסיף עוד כי לא זו בלבד שרשאים אנו לדון על פי הראיות שנתרו, אלא שנראה כי יפה עשה בא-כוח התביעה בכך שחסך מזמנו של בית-המשפט את הדיון במחלוקת שבין הצדדים ביחס לקבילות ההודאות, ובעיקר בכך שביקש לסלק מתשתית ההרשעה כל בדל ראיה שיש ספק בדבר קבילותה ומהימנותה.

8. בטרם נדון בראיות לגופן נתייחס עוד לטענת בא-כוח המערער בפנינו, כי נוכח הסתמכותו של בית-המשפט המחוזי על הודאות המערער בשב"כ ובמשטרה שהן לטענתו ראיות בלתי קבילות, יש להחיל על העניין שבפנינו את המסקנה המתבקשת מההלכה שנקבעה בדנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא (2) 1, ולזכות את המערער. באותו עניין נדונה שאלת פרשנותו של סעיף 56 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א 1971- (להלן - פקודת הראיות), הקובע לאמור:

"ראיה שנתקבלה שלא כדין" 56. ראיה שאינה קבילה במשפט פלילי ונתקבלה בטעות או בהיסח הדעת, לא תשמש הוכחה לאשמה ואין לבסס עליה שום פסק דין; אף על פי כן, העובדה שבית המשפט שמע את הראיה לא תפסול את פסק הדין, אלא אם סבור בית המשפט שהנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראיה או שאין ראיה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה".

בעניין אבוטבול הנ"ל נקבע בדעת רוב, כי הסיפא של סעיף 56 מציבה שני מבחנים חלופיים לפסלות פסק-דין שניתן על בסיס ראיה בלתי קבילה: המבחן האחד הוא סובייקטיבי, ועניינו בשאלה האם קיים ספק סביר שהנאשם היה מורשע בבית-המשפט קמא לולא הראיה הפסולה; המבחן האחר הוא אובייקטיבי, ובמסגרתו בוחנת ערכאת הערעור האם קיים ספק סביר בשאלה אם יש די ראיות קבילות לביסוס ההרשעה.

כאמור, נקבע שם כי די בכך שמתקיים אחד המבחנים, על מנת שפסק-הדין של בית-המשפט קמא יפסל. אשר לתוצאות פסילת ההרשעה, הבחין בית-המשפט בדעת הרוב בין שני המבחנים האמורים; בעוד שקיום המבחן האובייקטיבי יביא לביטול ההרשעה ולזיכוי של המערער, הרי שקיום המבחן הסובייקטיבי בלבד, איננו גורר בהכרח תוצאה של זיכוי. חברי השופט זמיר, אשר כתב את דעת הרוב בעניין **אבוטבול**, קבע בפסק-דינו כי:

"...כאשר בית המשפט לערעורים מגיע למסקנה כי הנאשם לא היה מורשע אילולא הראיה הפסולה, דרך המלך היא, בהעדר נסיבות מיוחדות, לפסול את ההרשעה ולהחזיר את התיק עם הנחיות לבית המשפט קמא".

(שם, בעמ' 16)

לטענת בא-כוח המערער, יש להחיל את הלכת **אבוטבול** בעניינו של המערער לעניין פסלות ההרשעה, כיוון שבית המשפט קמא השתית את ההרשעה על ראיות שאינן קבילות. עם זאת, כאמור, אין הוא מבקש להחזיר את ההליך לדיון בערכאה הראשונה.

איני סבורה כי הלכת **אבוטבול** מתאימה לעניין שבפנינו וכי ניתן ללמוד ממנה כי דין הרשעת המערער להתבטל. מן ההיבט הפורמלי נזכיר כי נוכח עמדת התביעה נמנענו מלהכריע בשאלת הקבילות של ההודאות, ולפיכך אין לומר כי מדובר בראיות בלתי קבילות, כמשמעותן בסעיף 56 לפקודת הראיות. אך טעם זה כשלעצמו אין די בו. הטעם העיקרי לדחיית הטענה הוא מההיבט המהותי. גם על-פי הלכת **אבוטבול** עצמה, לא בכל מקרה של קבלת ראיה פסולה יבוטל פסק הדין המרשיע. חברי השופט זמיר הבהיר בפסק-דינו כי יתכנו נסיבות בהן, על-אף קבלת ראיה פסולה על-ידי בית-המשפט קמא, ידחה בית-המשפט שלערעור את הערעור ויאשר את ההרשעה:

"...גם אם בית המשפט לערעורים סבור כי הנאשם לא היה מורשע אילולא הראיה הפסולה, עדיין אפשר, בנסיבות מיוחדות, שבית המשפט ידחה את הערעור ויאשר את ההרשעה. אפשרות זאת נובעת מסעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב1982-... **באילו נסיבות ניתן וראוי לדחות ערעור, על יסוד סעיף 215, אף אם בית המשפט לערעורים סבור כי הנאשם לא היה מורשע אילולא הראיה הפסולה? למשל, כאשר לדעת בית המשפט לערעורים קיימות ראיות כשרות החורצות את דינו של המערער באופן חד-משמעי, בלי כל מקום לספק סביר, כך שברור כי אין שום טעם מעשי להחזיר את התיק אל בית המשפט קמא. ההרשעה, על יסוד החומר שבתיק, היא בלתי נמנעת. במקרה כזה יכול בית המשפט לערעורים לומר כי הוא סבור שההרשעה על-יסוד הראיה הפסולה לא גרמה לנאשם עיוות דין. או אז ניתן לדחות את הערעור".**

(מדברי השופט זמיר, שם, בעמ' 15-16).

(ההדגשות הוספו)

יצוין כי לפי גישת השופט חשין באותו פסק-דין, בשונה מדעת הרוב שם, אין לקבוע כלל לפיו גם כאשר סבורה ערכאת הערעור כי יש די ראיות קבילות לביסוס ההרשעה, עליה להחזיר את הדין בתיק לבית-המשפט קמא. לגישת השופט חשין, אם סבור בית-המשפט שלערעור כי קיימות די ראיות כשרות לביסוס ההרשעה, עומדות בפניו מספר אפשרויות החלטה, ובהן האפשרות לדחות את הערעור ולאשר את ההרשעה על סמך אותן ראיות כשרות, וזאת בהתאם להוראות סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב1982-. (ראו שם, בעמ' 28-29).

יוצא, איפוא, כי גם לפי דעת הרוב בפסק-דין **אבוטבול**, אין לומר כי בית-המשפט שלערעור מחוייב בכל מקרה בו מצא כי ראיה בלתי קבילה נכללה בגדר הראיות שביסוד ההרשעה, להורות על החזרת הדין בעניינו של מערער לבית-המשפט קמא, או לזכות את המערער, ובלבד שקיימות די ראיות כשרות המבססות מעבר לספק סביר את ההרשעה. כך בוודאי לפי גישתו של השופט חשין, שאינו סבור כי בנסיבות כאלה הכלל הוא החזרת הדין לבית-המשפט קמא. לפי שתי הגישות, אפשר כי בית-המשפט שלערעור יקיים את ההרשעה, על בסיס חומר הראיות הנוסף שבתיק, ולפי שתיהן הוא יעשה כן על בסיס העיקרון הקבוע בסעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע כי בית-המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין. ההבדל בין הגישות מתמקד בשאלה באיזה מקרים ראוי כי בית-המשפט שלערעור יעשה כן; כשלעצמי נוטה אני לדעה, כי בהתקיים התנאי בדבר מתן הזדמנות נאותה לנאשם להתגונן, בהתקיים יתר הנסיבות הנלוות שציינתי לעיל, ובמיוחד בהתחשב בעוצמת הראיות הכשרות, על בית-המשפט שלערעור להכריע בשאלת ההרשעה לגופה. בענייננו לפי כל גישה, אם יתברר כי די בראיות שנותרו בתיק כדי לבסס את אשמת המערער מעבר לספק סביר, הרי שלא נגרם למערער "עיוות דין", ודין הערעור להידחות. נדון, איפוא, בערעור על כל אחד מהאישומים כסדרם.

האישום הראשון - פרשת הנחת ראש החזיר:

א. התשתית הראייתית:

9. בית-המשפט קמא קבע כי העובדות המיוחסות למערער באישום הראשון הוכחו, ודחה כבלתי מהימנה את הגירסה שהעלה המערער בעדותו במשפט. איננו סבורים כי יש יסוד להתערבותנו בקביעות אלה. לעניין זה, די בראיות עליהן מסתמכת המדינה בערעור, כדי לבסס את ממצאי בית-המשפט קמא. הראיות

העיקריות לעניין האישום הנדון, כפי שיפורטו להלן, הן אמירות של המערער במהלך החקירה שיש בהן משום הודייה בביצוע המעשה שיוחס לו, וכן תמיכות ראייתיות שהן בבחינת "דבר מה נוסף" לחיזוק ההודיות.

(1) ההודאות במסגרת "תרגיל השוטר":

הראיה המרכזית המסבכת את המערער באישום הראשון, מצוייה בפתקים שרשם המערער בכתב ידו במסגרת מה שכונה על-ידי הצדדים "תרגיל השוטר" (ת16). המדובר במספר פתקים שנרשמו על-ידי המערער בין הימים 27.12.97 ל- 2.1.98 בעת היותו במעצר, ואשר הופנו לאסקין, שהיה גם הוא עצור באותה עת. הפתקים האמורים הועברו על-ידי המערער לשוטר בבית-המעצר בשם יצחק הלל (להלן - הלל), על מנת שיעבירם לידי אסקין. הלל העביר את הפתקים לחוקריו של המערער, ובהנחייתם העביר "מסרים" שונים בין אסקין למערער, ואגב כך הפנה אל המערער, לכאורה בשם אסקין, שאלות שיזמו החוקרים. על נסיבות התחלת הקשר בין הלל למערער ואסקין, העיד הלל במשפט:

"לגבי הפעולה שעשיתי, לבקשת אנשי השב"כ - כתוצאה מהדברים החריגים שהאסירים ביקשו כמו הדלקת נרות, יין וחלה, נערכו ביננו שיחות. כשהם ראו שאני בא לקראתם, נוצר ביננו קשר כלשהו. תוך כדי הקשר פקוביץ שאל אותי מה אני עושה שם, אמרתי לו שאני לא שייך לאנשי השב"כ ואני שוטר וכל מה שעשיתי למענו היה לשם שמים. כשחזרתי לחוקר הוא היה רואה שיש ביננו קשר והנאשם מבקש ממני בקשות, והוא הנחה אותי לשאול אותו שאלות מסוימות".

בפתקים שכתב המערער לאסקין, שנמסרו לידי הלל, מצויות מספר אמירות מהן משתמעת הודאה של המערער בהנחת ראש חזיר על קבר בבית הקברות בנשר, על-פי תכנון משותף עם אסקין. באחד הפתקים כותב המערער לאסקין - **"סיפרתי על הפעילות שעשינו"**, ובין יתר הפעילויות המפורטות על-ידו בהקשר זה מצוין גם **"נשר"**. בפתק נוסף, שנכתב בתגובה ל"בקשת" אסקין כי המערער יכתוב לו במה הוא לא הודה, כפי שנמסרה למערער באמצעות הלל, כותב המערער:

"הודיתי בהצתת סניף והנחת ראש חזיר בנשר, סיפרתי אפילו יותר ממה שדרשו ממני, תבין, אי אפשר היה לעמוד, אני לא יודע יותר כלום, כך שאינני יכול לכתוב לך במה לא הודיתי".

פירוט רב יותר ביחס לאירוע הנחת ראש החזיר מצוי בפתק נוסף שכתב המערער לאסקין:

"אביגדור, הצליחו לקחת ממני הכל, מאז שאחרי הפיגוע אמרת שנפגין בנשר, אז יזמתי רעיון, דנו על זה, איך הסברתי שאני יודע שבשוק כרמל יש חנות לבשר חזיר, שהסכמת, ליווית (כך במקור) 150. איך נסעתי ביום א', חזרתי למחרת. סיפרתי לך הכל: איך צילמתי את זה במצלמה שלי ושמתי סרט אצל דני זינגר כי אמרתי שכדאי שאצלם שאם יזיזו

ראש לפני שעיתונאים יצלמו, ואיך סיפרתי שאתקשר לביפרים ואחר כך לזינגר זקן ישירות לשם אירגון חגי (כך במקור). מה לעשות סידרו אותי עם השחזור. אתה רואה שעכשיו הם יודעים את הכל. חיים".

בפתק נוסף כתב המערער:

"הודיתי שאחרי פיגוע המדרחוב תיכננו הפגנה בנשר ואני יזמתי הנחת ראש חזיר ועשיתי זה (כך במקור) ביום א', כאשר הודעתי לאנשים על הפגנה. לשנידרמן הודעתי מראש על הנחת ראש חזיר משום שאמרת לי שאפשר לסמוך עליו".

מהפתקים האמורים עולה כי המערער, לפי גירסתו כפי שדיווח עליה לאסקין, יזם את הנחת ראש החזיר בעקבות פיגוע חבלני, בעיצה אחת עם אסקין; הוא רכש את ראש החזיר בחנות בשוק הכרמל בתל-אביב לאחר שאסקין הלווה לו סכום כסף; הניח את ראש החזיר בנשר ביום א' בשבוע; לאחר מכן צילם את המקום והניח את סרט הצילום אצל אדם בשם זינגר, והתקשר לאותו זינגר ולאדם נוסף בשם זקן.

לטענת בא-כוח המערער, אין לראות באמור בפתקים משום הודאה של המערער במעשה שיוחס לו באישום הראשון, אלא רק דיווח בדיעבד על תוכן חקירותיו. אכן, אין בפנינו הודיה "שיגרתית" הניתנת במהלך חקירה, והמתארת בלשון ישירה את ביצוע המעשים על-ידי החשוד, אלא הפניה להודאה כאמור שניתנה במועד כלשהו בעבר (ושהיא עצמה איננה בפנינו). מכך אין מתבקשת המסקנה כי אין לייחס לאמירות בפתקים משמעות המפלילה את המערער, לפי גירסתו הוא, בביצוע המעשה. השאלה האם אמירת נאשם היא בגדר הודיה בביצוע מעשה פלילי, מוכרעת על בסיס בחינה מהותית של האמירה, על רקע נסיבות נתינתה. מאמירותיו של המערער בפתקים שצוטטו לעיל משתמעת הודאתו בהנחת ראש חזיר בבית קברות בנשר. הניסוח והלשון של הפתקים תואמים, מטבע הדברים, את השאלה שהופנתה למערער במסגרת התרגיל, ולכן מתמקדות אמירותיו בתיאור תוכן ההתוודות בעבר. אך אין מדובר באמירות סתמיות, בלתי ברורות או מסוייגות. בפתקים שכתב פירט המערער את הנסיבות שקדמו להחלטתו להניח את ראש החזיר ("אחרי הפיגוע במדרחוב תכננו הפגנה בנשר"); את פרטי התכנון והביצוע של המעשה ("הסברתי שאני יודע שבשוק הכרמל יש חנות לבשר חזיר", "נסעתי ביום א' חזרתי למחרת", "יזמתי הנחת ראש חזיר ועשיתי זה ביום א'"); וכן את הצעדים שנקט לאחר הביצוע ("צילמתי את זה במצלמה שלי שמתי סרט אצל דני זינגר"). בדברים אלה, שנכתבו על-ידי המערער ללא הסתייגות, במסגרת ה"דיווח" לאסקין על חקירתו, ניתן לראות הודיה ממשית של המערער בביצוע המעשה.

טענתו העיקרית של המערער לעניין הפתקים האמורים היתה, כי הם נכתבו על-ידו מתוך הבנה וידיעה שמדובר ב"תרגיל" משטרתי, ובמטרה לשכנע את חוקריו שאין בידיעתו מידע נוסף עליו טרם "התוודה".

יצוין כי מפרוטוקול הדיון בבית-המשפט קמא עולה כי למעשה לא היתה מחלוקת בין הצדדים באשר לקבילותם של הפתקים, להבדיל משאלת המשקל הראייתי שיש לייחס להם נוכח טענתו האמורה של המערער. המערער העיד בחקירתו הנגדית במסגרת עדותו במשפט הזוטא: "אני מסכים שכתבתי את כל הפתקאות בתרגיל השוטר. את הפתק כתבתי מרצוני האישי, לא איימו עלי". ואכן, נדמה שלו היתה נשמעת טענה נגד קבילותם של הפתקים כראיה, להבדיל מהמשקל שיש לייחס להם, דינה היה להדחות בנסיבות העניין שבפנינו (השוו: ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (5) 221, בעמ' 291-292). הסברו של המערער באשר למניע לכתיבת הפתקים נדחה על-ידי השופט של בית-המשפט קמא, אשר התרשם מנוסח הפתקים ומתגובותיו של המערער למסרים שהועברו אליו מאסקין, באמצעות הלל, כי מדובר בהתנסחות אותנטית וכנה:

"טענתו שידע שמדובר בתרגיל ושהוא למד על כך ממה שעשו לרב עידו אלבה וכי העמיד פנים, כדי שהשב"כ לא יחזור ויחקור אותו, סותרת את רוח הדברים המשתקפת מהפתקים, רוח נכאים של אדם שהודה, אך חש ששותפיו לדעה בזים לו והוא מתנצל על שעשה (ראו תרשומת של השוטר יצחק הלל מיום 30.12.97 שאמר לנאשם שאסקין, כביכול, אינו כועס עליו שהפליל אותו וכי גם הוא הודה. הנאשם הודה ליצחק הלל על קבלת ההודעה ונראה שמח)".

(עמ' 12 בפסק-הדין).

מסקנתו של השופט קמא נראית לנו מבוססת. אכן, מקריאת הפתקים מתקבל הרושם כי המערער, אשר הגיב לפנייה לכאורה מצידו של אסקין אליו, דיווח לאסקין על המעשים בהם הודה, מתוך מצוקה ונימת התנצלות על שלא עלה בידו להכחיש את החשדות נגדו. מצוקת המערער, כפי שהיא נלמדת מנוסח הפתקים ומעדויות של הלל, מחזקת את אמינות הפתקים כמשקפים התנסחות אמיתית וכנה של המערער ולא ניסיון לערוך מניפולציה על חוקריו. לכך יש להוסיף כי מהחומר שבתיק, ומהאופן בו התרשם השופט קמא מהמערער אשר העיד בפניו, עולה שהמערער איננו מתאפיין בערמומיות או תחכום רב; דמותו, כפי שהיא מצטיירת מעדותו בתיק וכפי שתוארה על-ידי השופט קמא בפסק-הדין, איננה הולמת את ה"תרגיל" הנגדי שערך, לגירסתו, לחוקריו. גם על רקע זה קשה לקבל את גירסתו באשר לנסיבות כתיבת הפתקים.

(2) אמירותיו של המערער בעת הארכת מעצרו בבית-משפט השלום:

המערער נעצר בביתו ביום 21.12.97. ביום 26.12.97 הובא המערער לבית-משפט השלום לדיון בבקשת המשטרה להאריך את מעצרו (הארכה שניה). בעת הדיון התייחס המערער לחשדות שהועלו נגדו בעניין הנחת ראש החזיר, ואישר כי הודה במעשה בחקירה. בדבריו בפני שופט בית-משפט השלום, הסביר המערער את הרקע למעשה ואת תכליתו, בכך שנועד לפגוע בסמל המייצג, לגישת המערער, פעילות חבלנית, ולא לפגוע ברגשות דתיים. המערער עמד על כך שהנחת ראש חזיר על קברו של עז-אדין-אלקאסם איננה מהווה עבירה פלילית, וכי לא נגרם כל נזק כתוצאה מהמעשה. וכך מופיעים הדברים בפרוטוקול הדיון:

"נכון שהודיתי רק אתמול אבל לא משום שאני סבור שזה מעשה בלתי חוקי, אלא משום שחששתי לפגיעה בחיי מצד החמאס, ולכן לא רציתי לדבר על זה ולא משום שאני סבור שזה עבירה על החוק. אמנם אני מודה שהגזמתי בכך כי זה נושא חם אחרי פיגוע בירושלים ופיגוע אחרון, חבר טוב שלי היה קרוב למקום וכמעט שנפגע ויש לי טראומה מכך. בעדותי מסרתי גירסה מלאה כוללת של כל הפרטים. אני לא ראיתי את האנשים האחרים, אני מניח שיש כאן עיתונאים, אפילו העיתונים יכולים להגיד איך התקשרתי אליהם, למי התקשרתי וכו' ולכן מסרתי בעניין הזה גירסה נכונה שתואמת את כל הפרטים ולכן אין פה אפילו עבירה על החוק, כי לא פגעת ברגשות המוסלמים אלא בחבלנים. אם הייתי רוצה לפגוע במוסלמים, יש בית קברות מוסלמי ליד הבית שלי ולא הייתי צריך לנסוע לשם. עזאדין אלקסם אינו איש דת אלא היה ראש כנופיה והיום הוא סמל המחבלים ולחיזוק דברי אומר שגם שופט בבית שלום (כך במקור) בחיפה דחה טענות המשטרה בנושא שעזאדין אלקסם היה איש קדוש, שפגענו ברגשות דת, ועוד לחזק את דברי, לא קרה שום מהומה, אף אחר לא התלונן על כך שהונח ראש חזיר על קברו של עזאדין אלקסם".

מדבריו של המערער, כפי שנרשמו בפרוטוקול בית-משפט השלום, משתמעת הודאתו בהנחת ראש חזיר על קברו של עז-אדין-אלקאסם, הודאה שלווה בהסברים מפורטים מצידו לגבי המניע למעשה. יודגש כי אין בפנינו טענה נגד קבילותה של ההודאה האמורה. טענותיו של הסניגור בעניין זה מתמקדות במשקל הראייתי שיש להעניק לאמירתו של המערער בבית-משפט השלום. לטענתו, אין להעניק משקל של ממש לדבריו של המערער, וזאת מאחר שהם נאמרו בעת שהמערער לא היה מיוצג, ועל רקע חששו של המערער מחקירות נוספות על-ידי חוקרי השב"כ. לא שוכנענו כי היה בנסיבות אלה כדי לפגוע במשקל הראייתי של אמירות המערער בבית-משפט השלום. לעניין זה מקובלת עלינו קביעתו של השופט קמא, אשר דחה את הטענות האמורות של הסניגור. הטענה בדבר חשש מפני חקירה נוספת על-ידי חוקרי השב"כ ומפני התנכלות של החוקרים, כמניע להתוודות שקר של המערער בבית-משפט השלום, איננה מתיישבת עם העובדה שבאותו דיון עצמו הכחיש המערער את מעורבותו בפרשה אחרת שיוחסה לו (פרשת ההצתה), ועם העובדה שבדיונים נוספים שהתקיימו במהלך מעצרו של המערער לא היסס בא-כוחו, בנוכחות המערער, להעלות טענות קשות נגד התנהגות חוקרי השב"כ. אשר לטענה בעניין מניעת פגישה עם עורך-דין, אכן אמירתו של המערער בבית-משפט השלום ניתנה בעת שעמד בתוקפו צו למניעת פגישה עם עורך דינו, שהוצא לפי סעיף 35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, אך נראה שבנסיבות העניין אין לעובדה זו השפעה על משקלה של הודאת המערער. הדברים שנאמרו על-ידי המערער בדיון ביום 26.12.97, כללו הסבר מושכל ומפורט למעשה; העובדה שהם נאמרו באולם בית-משפט ובפניו של שופט, בריחוק מהחקירה עצמה; והעובדה כי בשלב זה הכחיש המערער ביצוע עבירה אחרת שיוחסה לו (שבביצועה הורשע בבית-המשפט קמא) - מצביעות על המשקל שניתן לייחס לדברים ולמשמעותם המפלילה.

לסיכום, לדברי המערער "בתרגיל השוטר" יש משמעות של הודאה מפלילה, ולדברים שנאמרו בפני שופט המעצרים יש ערך ראייתי משכנע המחזק במידה משמעותית את הגירסה המפלילה. לראיות אלה יש תמיכה בראיות חיצוניות אשר התביעה מבקשת לראות בהן "דבר מה נוסף", והן אכן מחזקות את הגירסה המפלילה. לעניין זה, די אם נזכיר את הודעתו של העיתונאי צבי זינגר במשטרה, אשר הוגשה לבית-המשפט קמא בהסכמה. בהודעתו אישר העיתונאי כי מספר חודשים לפני מועד מתן הודעתו טילפן לביתו אדם "בעל מבטא מוזר שדיבר מהר מאוד ובצורה בלתי מובנת" (למערער מבטא זר). מהשיחה עם המטלפן עלה כי "מדובר במבצע שעשו או יעשו על קיברו של עז-אדין אלקאסם" וכן קיבל בביפר הודעה באותו עניין חתומה בשם "חגי". דברים אלה מאמתים את גירסת המערער בהודאתו בדבר דיווח לעיתונאי זינגר והשימוש בשם "חגי". כותמיכה ראייתית מצטרפת גם עדותו של העד אליעזר פאפו, שתיאר את תגובתו של המערער למשמע ידיעה שהתפרסמה בעיתון בדבר הנחת ראש חזיר בבית הקברות בנשר. כן נתמכת ההודאה בשחזור שערך המערער בבית הקברות בנשר ביום 29.12.97. בשחזור שתועד בדו"ח שנערך על ידי חוקר המשטרה רס"מ אשר לוי, הוביל המערער את חוקריו לחנות בשוק הכרמל שם רכש את ראש החזיר ולאחר מכן הובילם בבית הקברות לאותו קבר עליו הניח את ראש החזיר, אשר הסתבר בדיעבד שאינו קברו של עז-אדין-אלקאסם. הצבעתו של המערער על הקבר המסוים עליו נמצא ראש החזיר, מאשרת פרט מהותי ומשמעותי במעשה שהודה בביצועו. טענתו כי הובל למקום בידי החוקרים הוכחשה בעדותו של רס"מ לוי, אשר העיד כי מעולם לא היה במקום קודם לכן, וכי האירוע הראשוני טופל על ידי המשטרה בנשר, והוא החוקרים הירושלמים שהשתתפו בשחזור טיפלו בחקירה רק בשלב מאוחר יותר ללא קשר ישיר עם קודמיהם. גירסת המערער באשר להנחייתו על ידי החוקרים בשחזור נדחתה על ידי בית-המשפט קמא, ואין יסוד להתערבותנו במסקנה זו של השופט שהתבססה על התרשמותו מעדות החוקרים ומעדות המערער.

10. הראיות שפורטו לעיל, מבססות כדבעי את האישום הראשון נגד המערער. אל מול ראיות אלה, ניצבת הגירסה אותה מסר המערער במשפטו. בתשובתו לאישום טען המערער כי זמן קצר לפני שהשתתף בהתקהלות מחאה ליד בית הקברות המוסלמי בנשר (ביום 10.9.97), ערך יחד עם אסקין סיור ליד בית הקברות, במהלכו סיכמו ביניהם על קיום ההתקהלות האמורה ועל הנפת ראש חזיר במהלכה. אסקין ביקש מהמערער לרכוש ראש חזיר, ונתן לו סכום כסף לצורך כך. המערער רכש ראש חזיר "קצוץ אוזניים" בשוק הכרמל בתל-אביב, ומסרו עוד באותו יום לידי אסקין. זמן קצר לפני ההתקהלות הודיע אסקין למערער כי החליט שלא להניף את ראש החזיר במהלך ההתקהלות. בשלב מאוחר יותר נודע למערער באקראי על הנחת ראש חזיר על קבר בבית הקברות המוסלמי בנשר, והוא הניח כי אסקין ביצע זאת. בעדותו בבית-המשפט חזר המערער על גירסה דומה, לפיה רכש ראש חזיר בתל-אביב ביום ו' שלפני אירוע ההתקהלות ליד בית הקברות

בנשר, ועוד באותו יום מסרו לידי אסקין. השופט קמא דחה את גירסתו האמורה של המערער, כבלתי אמינה ובלתי הגיונית.

אין מקום להתערבותנו במסקנתו של השופט קמא בדבר אי-מהימנותה של גירסת המערער. גירסה זו איננה מתיישבת עם הראיות שהובאו לעיל; היא סותרת את הודאת הנאשם ב"תרגיל השוטר", ואיננה מתיישבת עם ההנמקות וההסברים המפורטים שנתן המערער למעשה זה בעת הדיון בהארכת מעצרו בבית-משפט השלום; כן אין היא מתיישבת עם ידיעתו על פרטים מהותיים בקשר להנחת ראש החזיר בבית הקברות בנשר, כפי שבאה לידי ביטוי בשחזור שערך. יתרה מזו, בהתחשב בדחיית הסבריו של המערער, הודאתו בבית-המשפט בכך שהוא אכן רכש ראש חזיר קצוץ אוזניים, מצטרפת בנסיבות העניין ליתר הראיות כראיה נסיבתית התומכת במסקנה שהוא אף היה זה שהניח את ראש החזיר בבית הקברות. אשר על כן, על יסוד הראיות האמורות, ניתן לקבוע כי הוכחו עובדות האישום הראשון.

ב. המישור המשפטי:

11. באישום הראשון הואשם המערער בשלוש עבירות: כניסה שלא ברשות למקום פולחן או קבורה - עבירה לפי סעיף 172 לחוק העונשין; קשירת קשר לביצוע עוון - עבירה לפי סעיף 499(א)(2) לחוק העונשין; והתקהלות אסורה - עבירה לפי סעיף 151 לחוק העונשין. בית-המשפט קמא הרשיע את המערער בשלוש העבירות האמורות. בדיון לפנינו הודיעה המדינה כי היא מסכימה לקבלת הערעור ביחס לעבירה של התקהלות אסורה, ומשכך, אנו מזכים את המערער מביצוע עבירה זו. נותרה לדיון, איפוא, ההרשעה בשתי העבירות הנוספות שנזכרו לעיל.

12. סעיף 172 לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"כניסה ללא רשות למקום פולחן או קבורה
 הנכנס שלא ברשות למקום פולחן או קבורה או למקום שיוחד לצרכי לווית המת או לשמירת עצמותיו של מת, או נוהג במת שלא בכבוד, או גורם הפרעה לאנשים שנתקהלו ללוויית המת, והכל בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, או כשהוא יודע שהדבר עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו, דינו - מאסר שלוש שנים".

השופט קמא קבע כי בענייננו נתקיימו שניים מהיסודות העובדתיים החלופיים הנזכרים ברישא של הסעיף ("הנכנס שלא ברשות למקום קבורה" ו-"נוהג במת שלא בכבוד"), וכי נתקיים היסוד הנפשי הנדרש בעבירה. לטענת המערער, טעה בית-המשפט קמא משקבע כי נתקיים היסוד העובדתי של "הנכנס שלא ברשות למקום קבורה", מאחר שהתביעה לא הרימה את הנטל המוטל עליה להוכיח כי המערער נכנס לבית-הקברות - שהיה פתוח לציבור מבלי שהכניסה אליו הוגבלה בדרך כלשהי - "שלא ברשות". המערער טען עוד כי לא הוכח היסוד הנפשי של כוונה מיוחדת הנדרש בעבירה. לטענתו, כיוון שסבר שהקבר עליו הניח את ראש החזיר הוא קברו של עז-אדין-אלקאסם, לא נתקיימה בו, ולא יכולה היתה להתקיים בו, כוונה "לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות את דתו"; לטענת המערער בכתב הערעור, "מאחר ועז-אדין-אלקאסם איננו דמות דתית אלא פושע, אין הפגיעה בו או בזכרו עלולה לפגוע ברגשותיו של כל אדם, ומכל מקום אין היא ראויה להגנה באמצעות המשפט הפלילי". מהטעמים שיפורטו להלן ראינו לדחות טענות אלה.

סעיף 172 לחוק העונשין לא זכה לפרשנות בפסיקתו של בית-משפט זה. ככל הנראה אין מרבים לעשות בו שימוש, ומכל מקום כיוון שמדובר בעוון הרי ההתדיינות, ככל שהיתה, טרם הגיעה לערכאה זו. מקומו של הסעיף הוא בסימן ז' לפרק ח' של חוק העונשין, שכותרתו "פגיעות ברגשי דת ומסורת", ובו נקבעו העבירות המפורטות בסעיפים 170-174 שכולן נוגעות לפגיעה ברגשות דת.

מקור הסעיף הנדון הוא בהוראת סעיף 148 לפקודת החוק הפלילי 1936, (להלן - הפח"פ), בה קבע המחוקק המנדטורי את האיסור על חילול קברים ומקומות קבורה וכן את האיסור לפגוע בכבוד המת, כחלק משורה של התנהגויות שנאסרו כדי למנוע פגיעה ברגשות דת. מבנהו של סעיף 172 לחוק העונשין מתאפיין, הן מבחינת הרכיב העובדתי והן מבחינת הרכיב הנפשי של העבירה, בריבוי חלופות. מבנה מורכב זה של העבירה מזמין התייחסות פרשנית ליסודות השונים הכלולים בה, ולהבחנה ביניהם. יצוין כי החלופות הכלולות בסעיף הינן שוות מעמד לעניין הפליליות שהמחוקק מייחס להן, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בעונש האחיד הקבוע בגין העבירה על כל חלופותיה.

13. מקובלת עלינו הקביעה כי במעשיו של המערער התקיימו שתי החלופות של היסוד העובדתי הקבועות בסעיף 172 ואף היסוד הנפשי שנקבע בו, ולפיכך צדק בית-המשפט קמא בקבעו כי נתקיימו יסודות העבירה הדרושים להרשעת המערער.

בפנינו טען הסניגור להעדר הוכחות לקיום היסוד העובדתי של "נכנס שלא ברשות". לכאורה, נוכח התקיימותו של היסוד העובדתי החלופי הקבוע בעבירה - "נוהג במת שלא בכבוד" - אין אנו נדרשים לעמוד על

פרשנותה של החלופה הראשונה והוכחתה בעניינו של המערער. עם זאת, לא אמנע מלדון אף בפרשנותה של חלופה זו, אשר בית-המשפט קמא קבע כי נתקיימה במערער.

היסוד העובדתי הקבוע ברישא של סעיף 172 "נכנס שלא ברשות", מעורר בעיות פרשניות שבית-משפט זה כבר נתן דעתו להן בדונו בעבירה בנוסחה המקורי לפי הוראת סעיף 148 לפח"פ. (ראו: ע"פ 176/71 הרב שמואל ברוך ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (2) 667). השאלה מה טיבו של היסוד "נכנס שלא ברשות" למקומות המפורטים בסעיף, מעוררת קושי פרשני משני טעמים: ראשית, מההיבט היישומי-המעשי, המקומות הנזכרים בסעיף הינם לרוב מקומות ציבוריים, שהכניסה אליהם - לפחות ברוב שעות היום - חופשית ופתוחה לציבור ואיננה טעונה קבלת רשות. לפיכך קשה להניח כי יסוד זה מתקיים לפחות ביחס לכניסה לבתי עלמין. שנית, מההיבט של הערך המוגן בסעיף 172 (מניעת פגיעה ברגשות וברגשות דתיים ביחס לקבורת המת ולכבודו), אין חשיבות להגנה על החזקה במקום ולמתן רשות כניסה. אין סיבה לאסור בחקיקה מיוחדת כניסה ללא רשות למקום קבורה, תכלית המושגת בעבירה הקיימת של הסגת גבול, ואין הצדקה להחילה בחומרה מיוחדת על מקום קבורה. מנגד, מתן הרשות לכניסה אין בו כדי להבטיח מפני מעשה הפוגע ברגשות בתוך בית העלמין. בנסיבות אלה שימת הדגש על פרשנות לשונית של הסעיף המתמקדת במתן הרשות להכנס, פוגעת בהשגת תכלית העבירה.

בנוסחה של העבירה לפי סעיף 148 לפח"פ במקור האנגלי, הוגדרה החלופה של "כניסה שלא ברשות" כ"הסגת גבול", במקור: **"commits any trespass"**. על "חולשתה" של הפרשנות המילולית של יסוד זה בשל החטאת התכלית החקיקתית, עמד הנשיא אגרנט בפסק-דינו בע"פ 176/71 שמואל ברוך הנ"ל:

"כאשר מתחשבים באופיים של המקומות הללו ובמטרה למנוע פגיעה ברגשות או בדת, כי אז אין לחשוב שהמחוקק חתר להגן, באמצעות עבירות מיוחדות אלו, על החזקתו של אדם בנכסי דלא ניידי, שכן לשם מטרה זו נועדו העבירות הנזכרות בסעיפים 96 ו-286 לפקודת החוק הפלילי".
(שם, בעמ' 677)

בפסק הדין הנ"ל נמנע הנשיא אגרנט מלקבוע הגדרה כוללת-מקיפה למושג "הסגת גבול" כפי שהופיע בהגדרת העבירה בסעיף 148 לפח"פ. עם זאת קבע הנשיא אגרנט, כי אין לפרש את המושג במובן "המשפטי-טכני", וכי על הפרשנות להתחשב בתכלית האיסור הפלילי בו מדובר:

"לדעתי, אם מתחשבים במטריה ובמטרת החוק - וביחוד במטרתו למנוע פגיעה ברגשות ודת על-ידי מעשים מסויימים באלו מהמקומות ההם - כי אז מחייב אמנם ענין זה, כפי שראינו, שלא לתת למונח הנ"ל את

משמעותו המשפטית-הטכנית, אך בכל זאת הכרחי - ולפחות מסתפק אני בהגדרה זו לצורך ערעור זה - שהיה זה **מעשה שנעשה שלא כדין**.

(שם, בעמ' 677-678. הדגשות לא במקור).

פרשנותו של הנשיא אגרנט ליסוד של "הסגת גבול" - **Trespass** - כמתייחס למעשה שנעשה "שלא כדין", יש בה יסוד מצמצם אשר התאים לנסיבות העניין שנידון בפניו; אך גם לשיטת הנשיא אגרנט לא ניתנה בכך פרשנות מקיפה ליסוד העובדתי בנסיבות אחרות. נזכיר עוד כי בע"פ 176/71 **שמואל ברוך הנ"ל**, הסתייג השופט ויתקון מפרשנותו של הנשיא אגרנט ליסוד "הסגת הגבול" שנקבע בעבירה והביע דעתו כי:

"...יש לפרש את המונח 'הסגת גבול' שבסעיף 148 מתוך הקשר התקלה שסעיף מיוחד זה בא למנעה, ולא כמשמעו הטכני-דווקני. המטרה לשמור על מקום כה רגיש כבית קברות ועל רגשי המבקרים בו בפני מעשי פגיעה, חילול וזלזול, היא הנותנת את ציונה גם לפעולה נשוא העבירה".
(שם, בעמ' 680).

לפיכך הציע השופט ויתקון לקבל את פרשנותו של אחד משופטי בית-המשפט המחוזי, ולפיה "כל מעשה של כניסה על ידי הנאשם לאחד המקומות הנזכרים בסעיף כמוהו כמעשה של הסגת גבול, ובלבד שהיה בו משום פגיעה ברגשות של הזולת".

14. לגישה, כדי ליתן משמעות ליסוד העובדתי שבחלופה הראשונה על פי תכליתו של הסעיף, נכון יהיה לפרש את הביטוי "נכנס שלא ברשות" ככולל רכיב נסיבתי, אשר לפיו כניסה כאמור היא כניסה שיש בה - על פי טיבה ונסיבותיה - כדי לפגוע ברגשותיו של אדם או בדתו. פרשנות זו מתיישבת עם נוסח הסעיף; היא מתייחסת לקשר שבין היסוד העובדתי לערך המוגן, ומצמצמת את ההיבט הקנייני המשתמע לכאורה מהפרשנות המילולית של הביטוי "נכנס שלא ברשות". היסוד העובדתי על-פי הגישה האמורה יבחן על פי מבחן אוביקטיבי - כניסה "שיש בה כדי לפגוע", ואילו היסוד הנפשי יתייחס, כמובן, למבחן הסוביקטיבי של "הנכנס" במטרה או בדיעה כנדרש בסעיף.

בעניין שלפנינו, הכניסה של המערער לבית הקברות כפי שנעשתה, ממלאת אחר התנאי של כניסה שיש בה כדי לפגוע ברגשות. לפיכך ניתן לסכם עניין זה בקביעה כי במובן המשפטי, נתמלא היסוד העובדתי הדרוש על פי החלופה הראשונה של סעיף 172.

15. היסוד העובדתי של הסעיף קובע חלופה נוספת של התנהגות אסורה והיא החלופה של "נוהג במת שלא בכבוד". יסוד עובדתי זה כולל רכיב של התנהגות ("נוהג"), ורכיבים נסיבתיים ("במת שלא בכבוד"). הרכיב ההתנהגותי שהוגדר בלשון הסעיף כ"נוהג" הוא רחב ביותר מבחינה לשונית, ולכאורה עשוי הוא לחול על כל צורת התנהגות, ובהקשר הנדון - כלפי כבודו של המת. עם זאת, נראה כי יש לסייג את הגדרת ההתנהגות האסורה בהתאם לתכלית הסעיף על פי כל החלופות שבו, ולייחד את ההתנהגות האסורה להתנהגות המבוצעת במקומות המיועדים לקבורה או לצרכי לוויה. לפיכך, רק התנהגות הפוגעת בכבוד המת המבוצעת במקומות קבורה או לוויה או במקום שנועד לשמירת גופת המת, היא הנכללת בגדר הרכיב העובדתי הקבוע בחלופה האמורה.

כאמור, הרכיב הנסיבתי הוא "במת שלא בכבוד". לדעתנו, לא יכול להיות ספק כי המעשה המיוחס למערער - הנחת ראש חזיר כרות על קבר - פוגע בכבוד המת ויש בו משום ביזוי של זכר המת באמצעות חילול קברו. מקום קבורתו של אדם הוא המקום שנועד לכיבוד זכרו ומצבה שעל הקבר היא הביטוי המובהק לכבוד שחולק החי לזכרו של המת. לפיכך, חילול מצבת הקבר נכלל בגדר הביטוי "נוהג במת שלא בכבוד".

ראוי להזכיר כי בהגדרת החלופה הנדונה סתתה הוראת סעיף 172 בנוסח החדש מנוסחו המקורי של סעיף 148 לפח"פ. הצדדים לא טענו כלל לעניין זה, ולפיכך איני רואה להרחיב בשאלה העקרונית הנוגעת ליחס שבין הנוסח החדש לבין הנוסח האנגלי המקורי שקדם לו. אציין רק כי בנוסח המקורי של החוק בסעיף 148 לפח"פ, התייחס היסוד העובדתי של חלופה זו לביזוי גופת המת: **"offers any indignity to any human corpse"**. בבואנו ליתן פרשנות לנוסח חדש של חוק, נזכור כי סעיף 16(ז) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948 - קובע כי משנתפרסם נוסח חדש או משולב של דבר חוק:

**"נוסח חדש
נוסח
משולב"** 16(ז)

...יהיה הוא, מיום הפרסום ואילך או מיום שקבעה הועדה, החוק המחייב, ולא יהיה עוד תוקף לכל נוסח אחר של אותו חוק, ולא תישמע טענה שהנוסח משנה מתכנו של החוק המקורי."

אשר על כן, פרשנותה של הוראת החוק הנדונה, אשר מתבססת על לשון החוק כפי שהיא משתלבת בתכלית החוק, נשענת על הנוסח המחייב שלפנינו.

"הוראה בנוסח חדש או משולב עשויה להתפרש בשונה מהמקור ההיסטורי שלה, שכן יש לה חיים משלה, קיום משלה, ועל כן מובן משלה. מיגוון האפשרויות הלשוניות נקבע על פי מובנו הלשוני של הנוסח החדש והמשולב."

א' ברק **פרשנות במשפט - פרשנות החקיקה** (תשנ"ג, כרך ב) 364-363. וראו גם: ע"פ 877/84 **גאלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ (4) 169, בעמ' 193-192 מפי השופט, כתוארו אז, אלון; רע"פ 7519/97 **שכטר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב (2) 663, בעמ' 669-670; רע"א 686/97 **מנורה נ' עזבון המנוח משה תמר ז"ל ואח'**, תקדין - עליון, כרך 99(3) 1674, בפסקה 24 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן).

גם הגורסים כי בפלילים יש להזקק למקור האנגלי, יעשו כן רק כאשר יש לכך עיגון לשוני בנוסח החדש. מקום שהחוק בנוסחו החדש סטה מהמקור ואין ליישב ביניהם, יעדף הנוסח החדש (ראו: ע"פ 2013/92 **מדינת ישראל נ' חוזה**, פ"ד מח(2) 818, בעמ' 825 מפי השופטת דורנר; ע"פ 524/82 **ודרד נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(2) 553, בעמ' 559-558 מפי השופט אור; וכן ע"פ 877/84 **גאלי הנ"ל**, בעמ' 204 מפי השופט ד' ליון).

בעניין שלפנינו, ניסוחו של הרכיב העובדתי בחלופה שלשונה "הנוהג במת שלא בכבוד", הינו שונה מזה שנקבע בנוסח המקורי ואף אינו מתיישב עימו. קיומו של רכיב זה, כמשמעותו בחוק כיום, הוכח ביחס למערער.

16. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה הוכח אף הוא בעניינו של המערער. כזכור, היסוד הנפשי כולל שתי חלופות: האחת, "בכוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו" והשניה, "שהוא יודע שהדבר עשוי לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו". קיומן של שתי החלופות שהן שוות מעמד על פי לשון הסעיף, עשוי לעורר שאלות פרשניות הן באשר ליחס שבין שתי החלופות והן בדבר טיבו של היסוד הנפשי הנדרש על פי החלופה השניה, שהיא לכאורה החלופה המקלה בדרישותיה. נראה כי שאלות אלה אינן צריכות להידון בנסיבות העניין שלפנינו, כיוון שלדעתנו התקיים במערער היסוד הנפשי ה"מחמיר" בעבירה, הוא יסוד ה"כוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו". יסוד נפשי זה מאפיין את העבירה לפי סעיף 172 כ"עבירת מטרה", קרי - עבירה התנהגותית הדורשת יסוד נפשי של רצון או שאיפה להשגת היעד המוגדר בעבירה, מבלי שהשגת היעד - התוצאה - מהווה יסוד מיסודות העבירה. (ראו: ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** (תשמ"ד, כרך א), בעמ' 511; ע"פ 2831/95 **אלבה נ' מ"י**, פ"ד נ (5) 221, בעמ' 300). בעניינו של המערער שוכנענו כי הוכחה הכוונה, "המטרה המיוחדת" לפגוע ברגשות ולבזות דת, כנדרש על פי החלופה הראשונה של היסוד הנפשי. אוסיף עוד כי גם היסוד הנפשי "המחמיר" כולל - לפי לשונו - שתי חלופות: "כוונה לפגוע ברגשותיו של אדם או לבזות דתו". מנוסחו של הסעיף כיום עולה בבירור כי מדובר בשתי חלופות. (ראו: פרשת **שמואל ברוך הנ"ל**, בעמ' 674. והשוו: הערתו של ד' סטטמן במאמרו "פגיעה ברגשות דתיים" **רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית - ספר לזכרו של אריאל רוזן-צבי** (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, 1998) 133, בעמ' 185 בהערות-שוליים 132).

טענתו של המערער בבית-המשפט קמא ובפנינו היתה כי הוא לא חפץ לפגוע ברגשותיו של אדם כלשהו או לבזות את דת האיסלם, אלא למחות נגד מעשי טרור ורצח יהודים, אותם מסמלת, לגישתו, דמותו של עז-אדין-אלקאסם. טענה זו אין לקבל. המעשה שביצע המערער ונסיבות ביצועו, מלמדים בבירור שנלוות אליהם כוונת פגיעה ברגשות, וברגשות דתיים במיוחד. הנחת ראש כרות של חזיר, חיה הנחשבת טמאה בדת האיסלם, על קבר בבית קברות מוסלמי, ופרסום הדבר ברבים על-ידי פנייה לעיתונאים ודיווח על המעשה, גוררת מאליה - ובגדר תוצאה מתבקשת ווודאית ממש - פגיעה ברגשות של ציבור נרחב. נוכח האמצעי המסויים שננקט על-ידי המערער - הנחת ראש-חזיר, מקיפה הפגיעה בענייננו גם רגשות דתיים. לכאורה, חזקה על המערער כי לא זו בלבד שהיה מודע למשמעות התנהגותו, אלא גם התכוון להשיג במעשה זה את התוצאות הטבעיות והישירות הנובעות ממנו. חזקה עובדתית זו לא נסתרה על ידי המערער. אף אם נקבל את טענתו של המערער בדבר רצונו לבטא את מחאתו נגד מעשי טרור ורצח יהודים, הרי שזו התכלית הרחוקה שאין בה כדי לסתור את ההנחה כי התכוון לפגוע ברגשות הציבור המוסלמי ובדתו. יתרה מזו, דווקא הסבריו של המערער בדבר כוונת המחאה, כשזו מצטרפת לטיבו של המעשה, מלמדת על הכוונה לפגוע ברגשות, הנדרשת על-פי הסעיף; השאיפה ליצור הד ציבורי רחב למעשה, לצורך יצירת אפקט המחאה, משתלבת בנסיבות העניין עם הכוונה לזעזע ולפגוע ברגשות הציבור המוסלמי הנחשף למעשהו. גם אם הפגיעה ברגשות הינה בבחינת "אמצעי" להשגת תכלית נוספת כלשהי, אין היא יוצאת בשל כך בלבד מגדר מושא הכוונה שנלוותה למעשה.

נוסיף ונאמר גם שאין לקבל את התיזה הגורפת המשתמעת מטענת המערער, לפיה פגיעה בקברים של אנשים מסוימים, כגון אנשים שביצעו בחייהם פשעים חמורים, או מי שמסמלים בעיני הציבור או חלקו תופעות שליליות ומגונות, הינה מותרת ואיננה נכנסת בגדר האיסור הפלילי הקבוע בסעיף 172. אין שום דבר בלשון הסעיף המצדיק פרשנות לפיה המחוקק "התיר את קברם" של אנשים מסוימים; הסעיף אוסר לנהוג ב"מת" באשר הוא שלא בכבוד, בהתקיים היסוד הנפשי הנדרש בעבירה. איסור זה משתלב עם התפיסה בדבר חשיבות השמירה על כבוד המת באמצעות הבטחת קבורה נאותה, כפי שהיא נלמדת מהוראות חוק נוספות במשפטנו ומפסיקתו של בית-משפט זה. כך, למשל, קובע חוק איסור הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשי טרור, התשנ"ח1998-, איסור על הקמת מצבות זיכרון לזכר מבצעי מעשה טרור (סעיף 2 לחוק הנ"ל), ומורה כי מצבת זיכרון כאמור, שהקמתה מהווה עבירה לפי סעיף 4 לפקודת מניעת טרור, התש"ח1948-, תוסר ממקומה (סעיף 3 לחוק הנ"ל). עם זאת, הוציא המחוקק מהגדרת המושג "מצבת זיכרון" את הקבר והמצבה שעליו (סעיף 1 לחוק). על משמעותה של הגדרה זו בחוק עמד השופט חשין, תוך הפנייה לדברים שנאמרו בעניין זה בעת הדיון בהצעת החוק בכנסת:

"וניתן דעתנו לדבר: המחוקק מכיר, מכיר היטב, בזכותו של אדם - של כל אדם - לדל"ת אמות של קבר. מטעם זה הורנו כי 'מצבת זיכרון' אשר תוסר ממקומה - כהוראת סעיף 3 לחוק - אינה כוללת לא את הקבר ולא את המצבה שעליו... על הבחנה זו שבין קבר ומצבה לבין מצבת זיכרון - שאחרונה תוסר וראשונה תישאר על תילה - עמד גם חבר הכנסת ניסן סלומינסקי, שאמר בכנסת דברים אלה (ישיבת הכנסת מיום 2.6.98):
 '...כולנו חושבים שמי שמבצע מעשה טרור, וזה לא משנה אם זה נגד יהודים או נגד ערבים או נגד כל אחד אחר - זה דבר חמור מאין כמוהו, ואסור שמקום קבורתו ייפך למקום עלייה לרגל וחגיגה. גם הסכמנו שבקבר עצמו לא נוגעים, מאחר שזה דין ישראל אנחנו לא נוגעים בקבר...".

(בג"צ 6195/98 **גולדשטיין נ' אלוף פיקוד המרכז ואח'**, תקדין - עליון, כרך 99(3) 347, בפסקה 8 לפסק הדין).

גישת המחוקק היא, איפוא, כי זהותם של נפטרים וטיב המעשים שביצעו בחייהם, אינם מהווים היתר לפגיעה בקבריהם ולהפיכתם להפקר. ודוק: אין באמור לעיל כדי להצדיק, בדרך כלשהי, פעילות להנצחת ולהאדרת זכרם של מי שביצעו פשעים בחייהם, או כדי לפגוע בזכות הבסיסית של כל אדם למחות נגד מעשי פשע ונגד מי שביצע אותם. אולם, יש להבחין בין שלילת פעילות הנצחה מן הסוג האמור, לבין כיבוד המת והימנעות מפגיעה בקברו (השוו: דברי השופט חשין בפסק-דין **גולדשטיין הנ"ל**, שם, בפסקה 11 לפסק-הדין; והשוו גם: בג"צ 4763/97 **חכים ואח' נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה ואח'**, פ"ד נב (1) 35). הזכות להוקיע ולמחות נגד מעשים שעשה הנפטר בחייו, היא זכות המוכרת, כחלק מחירות הביטוי הנתונה לכל אדם. אולם אין לערב בינה לבין הזכות הבסיסית לקבורה ולכיבוד מקום הקבורה הנגזרת מכבוד האדם ושמורה לכל אדם באשר הוא. נקודת האיזון הראויה בין המחאה כחלק מחופש הביטוי לבין הזכות הבסיסית לכבוד המת ולכיבוד מקום קבורתו כביטוי לכך, הותוו על-ידי המחוקק בהוראת סעיף 172 לחוק: ביטויי המחאה אינם משתרעים על חילול קברים או על סוגים אחרים של התנהגויות שנכללו בגדר יסודות העבירה.

זאת ועוד, יש לזכור שחילול או השחתה של חלקת קבר או מצבה, נושאים עמם פוטנציאל לפגיעה במעגל רחב של נפגעים, שהפגיעה בהם איננה נגזרת מהזהות המסוימת של הנפטר שקברו חולל. מדורי דורות נוהגת כל חברה בת תרבות לקבור את מתיה במקומות מוגדרים המיועדים לכך - בבתי עלמין. אדם העולה לקבר יקיריו, מבקר בבית העלמין ונחשף אגב כך, שלא בשליטתו, לסביבה הרחבה הסובבת את הקבר, לרבות לקברים רבים אחרים. פגיעה המכוונת לקברו של פלוני, על-ידי חילול או השחתה חיצונית של הקבר, השפעתה מתפשטת - מעצם טיבו הציבורי של המקום - לציבור רחב של אנשים, מבלי שלא להיה בהכרח קשר או זיקה לקבר המסויים. יפים לענייננו דבריו של השופט חשין, אשר נאמרו אגב הדין בסוגייה שונה משלנו:

"...בית עלמין הוא גם רשות הרבים, שהרי המצבות שעל הקברים ניצבות חשופות וגלויות, שורות-שורות, אלו-בצד-אלו, והמהלך יהלך ביניהן לרצונו. בית עלמין מדמה עצמו במובנים מסויימים לבית משותף - לחצר משותפת, לבתי-מגורים הסמוכים אלה-אל-אלה - בהבדל חשוב

זה, ששכנות בין החיים תמיד תבוא לקיצה בעוד אשר שכנות בבית
 עלמין היא שכנות לעולם (אם תרצו: עד תחיית המתים)... כך, למשל, לא
 ייחרט צלב על קבר ישראל, שצלב עלול לפגוע - מעבר לסיבולת הראוייה
 - בכבוד השכן המת ובריגשות בני משפחתו. כשם ששכן טוב לא יקים
 רעש גדול ולא יפיץ ריחות רעים אל-סביבותיו, כן לא ייעשה בבית עלמין."

(ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, תקדין-עליון,
 כרך 98(3) 13, בפסיקה 22 לפסק-דין של השופט חשין).

דברים אלה, שנאמרו לעניין השפעת עשייתו של אדם בקבר יקריו, על אלה שיקריהם קבורים
 בסמוך, נכונים שבעתיים (ומבלי שנשווה כמובן בין טיב המעשים) בענייננו, עת מדובר בהתערבות "חיצונית"
 ופוגענית המכוונת עצמה, לפי הטענה, לקברו של פלוני ואילו בלבד. אכן, השחתת קבר פוגעת לא רק בזכרו של
 אדם פלוני, וברגשותיהם של הקרובים לו, אלא גם ברגשותיהם של רבים אחרים, הפוקדים את בית העלמין,
 אשר חזותו המכובדת של המקום חשובה להם כחלק מהביטוי - הפרטי והציבורי - של שמירה על כבוד המת
 ועל כבוד החיים, מוקירי זכרו.

על חשיבות השמירה על כבוד המת, ועל כבוד זכרו הנישא על-ידי החיים, כחלק מכבוד האדם, אין
 צורך להכביר מילים, ובית-משפט זה עמד עליה לא אחת בפסיקתו. (ראו דברי השופט ברק, כתוארו אז, בע"א
 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, בעמ' 523). טענת
 המערער, לפיה חילול קברים "מסויימים" מותר הוא, שמה פלסטר עקרונות אלה, ואיננה עולה בקנה אחד עם
 מושכלות ראשונים של שמירה על כבוד האדם ועם נוהגים בסיסיים בחברות בנות תרבות.

מסקנת הדברים היא, איפוא, כי הוכחו ביחס למערער יסודות העבירה לפי סעיף 172 לחוק העונשין,
 ומשכך יש לאשר את הרשעתו בבית-המשפט קמא בביצוע עבירה זו.

17. במסגרת האישום הראשון הורשע המערער גם בעבירה של קשירת קשר לביצוע עוון. יסודות עבירת
 הקשר לא נידונו בהכרעת דינו של בית- המשפט קמא בנפרד מההרשעה בעבירה המושלמת לפי סעיף 172
 לחוק העונשין, ובכלל זה לא נידון טיב מערכת היחסים בין המערער לבין אסקין. בנסיבות העניין, ובמיוחד מאחר
 והקשר - גם אם היה - נבלע בעבירה המושלמת ואף אין מענישים בגינו בנפרד מן העונש המוטל בגינה של
 העבירה העיקרית נשוא הקשר, לא ראינו לדון בעבירת הקשר באישום הראשון. מטעם זה בלבד אנו מחליטים
 לזכות את המערער מעבירה של קשירת קשר לביצוע עוון באישום זה.

האישום השני - פרשת הצתה:

18. באישום השני הואשם המערער בהצתה, עבירה לפי סעיף 448 לחוק העונשין, ובקשירת קשר לביצוע הצתה. על-פי האמור בכתב האישום, קשרו ביניהם המערער ואסקין קשר להצית סניף של תנועת "דור שלם דורש שלום" בשכונת תלפיות בירושלים. הרקע לקשירת הקשר היה הצתת דלת בית משפחתו של יגאל עמיר בהרצליה, ותכלית הקשר היתה "לנקום" ולמחות נגד מעשה ההצתה האמור. עוד נאמר בכתב האישום כי עובר להצתת הסניף, ובגדר הפעולות המכינות שקדמו לו, התייעץ המערער עם אדם בשם יורי רוזנצווייג (להלן - רוזנצווייג) באשר לאופן הכנת בקבוקי תבערה, סייר באזור הסניף ובחן את המקום המיועד להצתה וכן רכש בנדון לצורך ביצוע התוכנית. בליל ה- 29.10.97, בסמוך לחצות הלילה, הגיע המערער לסניף והציתו באמצעות הבנדן שרכש למטרה זו.

בתשובתו לאישום כפר המערער בעבירות שיוחסו לו באישום השני. לפי גירסתו - עליה חזר גם בעדותו במשפט - הוא ואסקין אכן סיכמו ביניהם להצית את סניף תנועת "דור שלם דורש שלום" בירושלים, בתגובה על הצתת דלת משפחת עמיר. ההצתה אמורה היתה להתבצע בעת שאסקין נמצא מחוץ לישראל, על מנת להרחיק ממנו חשד לביצוע המעשה. השניים סיירו ביחד במקום, והמערער רכש בתל-אביב את החומרים הדרושים להצתה. בעדותו במשפט העיד המערער כי לאחר עריכת הסיור המקדים בסניף, ולפני אירוע ההצתה, שוחח עם רוזנצווייג שהדריכו בקשר לאופן הכנת בקבוקי תבערה. אלא שלטענת המערער, הוא מסר את חומרי ההצתה שרכש לידי אסקין, והודיע לאסקין כי הוא חזר בו מהסכמתו להצית את הסניף. המערער שמע על הצתת הסניף בעת שאסקין שהה בחו"ל, והניח כי ידו של אסקין היתה בדבר. בעדותו במשפט העלה המערער טענת אליבי, לפיה בעת אירוע ההצתה, או במועד סמוך מאוד לכך, הוא השתתף בשיעור של קבוצה בשם ה"רמבניסטים" אליה השתייך, שהתקיים בשכונת גבעת שאול בירושלים.

בית-המשפט קמא דחה את גירסת המערער ואת טענת האליבי שהעלה, והרשיעו בעבירות שיוחסו לו. הרשעת המערער התבססה על הודאותיו בביצוע המעשה בפני חוקרי השב"כ והמשטרה, על הודאותיו במסגרת "תרגיל השוטר", על עדותו של רוזנצווייג ועל שחזור ההצתה על-ידי המערער. בערעור בפנינו תקף בא-כוח המערער את ממצאיו של בית-המשפט קמא ואת החלטתו לדחות את גירסת המערער. המדינה ביקשה כי נאשר את ממצאי בית-המשפט קמא, אם כי על בסיס תשתית ראייתית שונה בהיקפה מזו שעמדה בפנינו; כאמור, לטענת המדינה בערעור, אין צורך להזדקק להודאות המערער בפני רשויות החקירה, שכן לצורך אישור ההרשעה די בראיות הנוספות שבתיק.

מטיעוני הצדדים בפנינו עולה כי המחלוקת בקשר לאישום זה הינה עובדתית בעיקרה, ואין היא מעוררת שאלות משפטיות הנוגעות ליסודות העבירות בהן הורשע המערער. עלינו לבחון, איפוא, האם יש מקום להתערבותנו בממצאיו ובמסקנותיו של בית-המשפט קמא ביחס לאישום זה.

19. בטיעוניה בפנינו הסתמכה המדינה על הודאת המערער בביצוע ההצתה במסגרת "תרגיל השוטר". הודאה זו שימשה אף את בית-המשפט קמא בהרשיעו את המערער, לאחר שדחה את טענותיו לעניין משמעות הדברים שנכתבו על-ידו במהלך התרגיל האמור ומידת מהימנותם. במסגרת דיוננו באישום הראשון, דחינו את טענות המערער בעניין אי-מהימנות הודאותיו שניתנו במהלך "תרגיל השוטר", וקבענו כי ניתן לראות בדברים שכתב בכתב ידו משום התוודות אוטנטית ומהימנה. הדברים שנאמרו לעיל, יפים גם לאישום דנן, ואין צורך כי נחזור עליהם.

גם ביחס לעבירות נשוא האישום דנן, מצוייה בפתקים שכתב המערער הודאה בביצוע המעשים שיוחסו לו. כך כותב המערער במהלך מעצרו בפתק המיועד לאסקין:

"הודיתי בהצתת סניף, אמרת לי שהיית אצל משפחת עמיר אחרי שהציתו להם בית והצעת להם כלב שמירה, אני חשבתי לעשות שמירה אבל לא היו לנו אנשים ואז העלתי רעיון לפגוע בחזרה בהם. **מצאנו מקום טוב בסניף 'דור שלם' ויזמתי ניפוץ שמשות או הצתה ואמרתי שאני אצית סניף וזה עשיתי כאשר היית ברוסיה וסיפרתי לך בטלפון כאשר התקשרת שמישהו הצית סניף וכאשר חזרת סיפרתי לך איך היה."**

(ההדגשות הוספו)

כן ניתן להפנות לעניין זה לשני פתקים נוספים שכתב המערער לאסקין במסגרת "תרגיל השוטר",

ואשר צוטטו לעיל בדיון באישום הראשון:

"סיפרתי על הפעילות שעשינו יום הולדת ליגאל עמיר, הפגנה בהר הרצל, שער שכם, נשר, תפילה לביטול גזירת רבין - ערפת, חלוקת שירים של יגאל עמיר, **הצתת סניף דור שלם**, ריסוסים, התקשרויות לחברי כנסת, מכתב למשרד מבקר המדינה לקשר לתנאי מאסר ובידוד של אחים עמיר"

"הודתי **בהצתת סניף** והנחת ראש חזיר בנשר, סיפרתי אפילו יותר ממה שדרשו ממני, תבין, אי אפשר היה לעמוד, אני לא יודע יותר כלום, כך שאיני יכול לכתוב לך במה לא הודיתי. זה הכל שידוע לי."

(ההדגשות הוספו)

בדברים אלה גלומה הודאתו של המערער בהצתת סניף "דור שלם דורש שלום", תוך תיאור הרקע והמניע למעשה.

כאמור, בתשובתו לאישום ובעדותו במשפט, לא הרחיק עצמו המערער לחלוטין מהאירוע נשוא האישום, והודה כי שוחח עם אסקין אודות האפשרות להצית את סניף "דור שלם דורש שלום" בירושלים ואף השתתף בהכנות שקדמו לביצוע המתוכנן. טענתו היתה כי בסופו של דבר, לאחר ביצוע ההכנות, חזר בו מכוונתו לבצע את ההצתה עצמה והודיע על כך לאסקין, וכי לא שוחח עם אסקין על ההצתה לאחר ששמע עליה בכלי התקשורת. גירסה זו לא היתה מהימנה על בית-המשפט קמא, בין היתר, בשל הסתירות שנמצאו בעדותו של המערער. לאחר שבחנו את חומר הראיות ואת עדותו של המערער, הגענו למסקנה כי אין מקום להתערבותנו במסקנת בית-המשפט קמא. נוכח הגירסה שהעלה המערער, הצטמצמה יריעת המחלוקת העובדתית בין הצדדים, והתמקדה בשאלה האם אכן חזר בו המערער מכוונתו להצית את הסניף והודיע על כך לאסקין. מעיון בפרוטוקול הדיון בבית-המשפט קמא עולה כי גירסתו של המערער בנקודה מהותית זו התאפיינה בחוסר בהירות ובהעדר זיכרון מצידו ביחס לפרטי האירוע שבמהלכו חזר בו, לטענתו, מכוונתו לבצע את ההצתה. כך, למשל, לא יכול היה המערער להצביע במדויק על המועד בו מסר לאסקין את חומרי ההצתה שרכש ועל המועד בו הודיע לאסקין כי חזר בו מהתוכנית, או לציין את המקום בו התקיימה פגישתו האמורה עם אסקין. (משנשאל על כך בחקירה הנגדית, השיב כי אינו זוכר אם היה זה "ברחוב או בביתו או במקום אחר"). גם תגובתו של אסקין לאותה הודעה לא נחרטה בזיכרוננו של המערער ("נדמה לי שהוא אמר שאני פחדן או משהו כזה"). העובדה כי המערער לא יכול היה להעיד מזכרוננו על פרטי האירוע בו, לטענתו, "המרה" את פיו של אסקין והודיעו על כוונתו לחרוג מהוראותיו, מעוררת תמיהה ופוגמת באמינות גירסתו. זאת בעיקר בהתחשב בטענתו של המערער כי אסקין הוא שיזם ותכנן את ההצתה, ובהתחשב בעדותו בדבר טיב יחסיו עם אסקין ("היו יחסי כפיפות, אני ראיתי באסקין מנהיג דגול", "אסקין היה בעיני דמות נערצת").

ראיה נוספת לחובת המערער מצוייה בעדותו של רוזנצווייג. עד זה, שהוא חברו של המערער, העיד בבית-המשפט כי שבועיים לאחר ששמע על הצתת סניף "דור שלם דורש שלום" פגש את המערער ואמר לו "יישר כוח". המערער חייך בתגובה ואמר תודה. מקובלת עלינו טענת הסניגור, כי אין לראות במעמד זה, כפי שתאר אותו העד, משום "הודאה" ממשית בפני רוזנצווייג בביצוע ההצתה, כפי שטענה המדינה. עם זאת, יש בתגובתו של המערער כפי שתוארה על-ידי רוזנצווייג - על רקע הקשר הדברים - התנהגות מפלילה המהווה ראיה נסיבתית לחובתו, ואולי אף "ראשית הודיה". את משמעות תגובתו של המערער, כפי שתוארה על-ידי רוזנצווייג, יש לבחון על רקע עדותו של רוזנצווייג, לפיה בשיחותיו עם אסקין ועם המערער הועלו "כל מיני רעיונות של הגנה ונקמה" בעקבות הצתת דלת משפחת עמיר; על רקע עדותו כי שוחח עם המערער בנושא

הכנת בקבוקי תבערה ואף העביר לו מידע בנושא; וכן בהתחשב בעדותו של המערער עצמו, לפיה אחד הרעיונות שנידונו בשיחות בנוגע לפעילות נגד סניף "דור שלם דורש שלום" היה השלכת בקבוקי תבערה על הסניף. על רקע זה מקבלת תגובתו של המערער לאמירת "יישר כח" על-ידי רוזנצווייג, בעת פגישתם לאחר הצתת הסניף, את צביונה ה"מפליל" או ה"מחשיד" כאמור.

"דבר מה נוסף" להודאתו של המערער מצוי בעדותו של רוזנצווייג כי שוחח עם המערער בנושא הכנת בקבוקי תבערה והעביר אליו מידע בנושא. "דבר מה נוסף" מצוי גם בשחזור ההצתה על-ידי המערער, במהלכו הוביל את חוקריו לסניף שהוצת, והדגים בפניהם כיצד הצית את דלת הסניף באמצעות שפיכת חומר דליק מתחת לדלת. השחזור תואם את הממצא כי מוקד הבעירה היה בדלת הכניסה לסניף (ת/60). בא-כוח המערער טען כי אין לייחס מהימנות לשחזור, שכן במהלך השחזור הצביע המערער על דלת ממנה נמלט כביכול מהמקום, אלא שדלת זו נמצאה נעולה. בית-המשפט קמא לא ראה בעניין זה משום כירסום של ממש במהימנות השחזור, ולמסקנתו זו אנו מסכימים; לעובדה כי במהלך השחזור נמצאה הדלת - עליה הצביע המערער כ"דרך המילוט" שלו - נעולה, קיימים הסברים אפשריים שונים. לעניין זה מקובלת עלינו עמדתו של בית-המשפט קמא לפיה:

"לא נראה לי שסתירות בגרסאות הנאשם כיצד נמלט לאחר מעשה, שומטות את השטיח מתחת לגירסתו של הנאשם על אופן ההצתה, התואמת את מסקנות מכבי האש. נראה לי שמטרתו של הנאשם היא לפזר ערפל על השחזור שעשה ולטעון שלמרות שהשחזור היה מרצון חופשי, הוא לא שיקף את המציאות. אינני מוכן לקבל את גירסתו המבולבלת של הנאשם. ברור שהעובדה העיקרית, אופן ההצתה, תואמת את הדו"ח של מכבי אש והנאשם לא חזר מגירסתו הראשונית גם לאחר שנפגש עם עו"ד ורצברגר וגם בעימות עם אסקין."

(עמ' 27-28 לפסק-הדין)

20. טענת האליבי שהעלה המערער במהלך משפטו נדחתה ובצדק. לטענת המערער, בליל האירוע הוא השתתף בשיעור של קבוצת ה"רמבניסטים" שהתקיים בביתו של הרב בן-אברהם בשכונת גבעת שאול בירושלים. לפי הטענה, הסתיים השיעור בשעה 23:30, והמערער נשאר במקום כרבע שעה לאחר מכן ושוחח עם חבר לקבוצה בשם אלעד אפשטיין (להלן - אפשטיין). לפי לוח-זמנים זה, טוען המערער, הוא לא יכול היה להיות נוכח בזירת ההצתה, בשכונת תלפיות בירושלים, בשעה בה בוצעה ההצתה (חצות בקירוב). בדחות את הטענה קבע בית-המשפט כי לא ניתן להסתמך על עדותו של אפשטיין, שכן היא סתרה בנקודה מרכזית (נושא השיעור שהתקיים בליל ההצתה) את עדותו של המערער ושל חבר נוסף בקבוצת "הרמבניסטים" בשם אליעזר פאפו (להלן - פאפו). לכך יש להוסיף כי טענת האליבי שהעלה המערער הינה דחוקה ביותר. ראשית, הגרסאות שהועלו במהלך המשפט על ידי המערער ואפשטיין ביחס לשעת סיום השיעור ולשעה בה עזב המערער את

המקום, לא היו אחידות. שנית, גם אילו נתקבלה הגירסה הנוחה ביותר למערער, לפיה שהה בגבעת שאול עד לשעה 23:30, עדיין אין בכך לשלול את האפשרות כי הגיע לסניף במועד בו בוצעה ההצתה.

בא-כוח המערער טען בפנינו כי בית-המשפט קמא טעה משדחה את טענת האליבי, מבלי שזו הופרכה באמצעות ראיות נוגדות. טענה זו אין לקבל. על נאשם המערער טענת אליבי, לעורר ספק סביר בלב בית-המשפט אם אומנם ביצע את המיוחס לו. משלא עמדה עדותו של הנאשם במבחן המהימנות, ובהעד ראיות מהימנות לתמוך בה, רשאי היה בית-המשפט לדחותה. (ראו: ע"פ 6289/94 דזנשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (2) 157, 170).

סיכום הדברים הוא כי הוכח שעבירת ההצתה שיוחסה למערער לפי סעיף 448 לחוק העונשין, אכן בוצעה על ידו ובדין הורשע בגינה.

21. במסגרת האישום השני, הורשע המערער גם בעבירה של קשירת קשר לביצוע פשע. בית-המשפט קמא לא דן ביסודות עבירת הקשר בנפרד מן ההרשעה בעבירת ההצתה, ובכלל זה לא נידון טיב מערכת היחסים בין המערער לבין אסקין. בנסיבות אלה ונכח היבלעות הקשר - אף אם היה - בעונש שהושת על המערער בגין העבירה המושלמת, לא ראינו לדון בעבירת הקשר. מטעם זה בלבד אנו מחליטים לזכות את המערער מן העבירה של קשירת קשר לביצוע פשע באישום השני.

האישום השלישי - פרשת הר הבית:

22. כאמור, הואשם המערער באישום זה כי קשר קשר עם אסקין ועם אדם נוסף בשם הראל הרשטיק (להלן - הרשטיק), להשליך ראש חזיר ובפיו ספר קוראן אל הר הבית, בעת תפילת מאמינים מוסלמים במקום. מטרת התוכנית היתה לגרום לפריצת מהומות דמים אשר יביאו לשינויים פוליטיים במדינה ולסיכול תהליכים מדיניים להם התנגד המערער. על-פי האמור בכתב האישום, נקשר הקשר ביום 10.11.97 בעת שהמערער ביקר את הרשטיק בבית-כלא ניצן, בו היה הרשטיק עצור בגין מעורבותו בפרשת רצח. זמן-מה לאחר שחרורם של המערער ואסקין ממעצר בגין ההתקהלות שבאה בעקבות הנחת ראש החזיר כמתואר באישום הראשון, מעצר במהלכו פגשו את הרשטיק, התקשר הרשטיק לאסקין וביקשו כי יבוא לבקרו בבית-הכלא. לבקשת אסקין, הגיע המערער לבקר את הרשטיק בבית-הכלא. במהלך הפגישה ביניהם, פירט הרשטיק באוזני המערער תוכנית אותה הגה להשלכת ראש חזיר ובפיו ספר קוראן להר הבית, והוסכם ביניהם על ביצועה. המידע הראשוני על התוכנית הגיע לרשויות בית-הכלא מאסיר בשם אורי פולק (להלן - פולק). לטענת פולק, הוא שמע

על קיום התוכנית מהרשטיק, עמו היה מיוודד. בשל דאגתו מהתוצאות החמורות העלולות להיגרם מביצוע התוכנית, מיהר פולק לדווח עליה לרשויות בית-הכלא. רשויות בית-הכלא העבירו את המידע האמור לשב"כ, אשר החל לחקור בעניין. ביום 30.11.97 תחקר הרשטיק בבית-הכלא על-ידי אנשי השב"כ בקשר לתוכנית. התחקור נערך לאחר שבשב"כ התקבלה פנייה מהרשטיק, באמצעות אמו. על-פי גירסתו של הרשטיק בשלביה המוקדמים של החקירה, הסיבות לפנייתו לשב"כ היו חששו מפריצת עימות צבאי כתוצאה מביצוע התוכנית, בעיקר נוכח העובדה כי אחיו שירת בצה"ל באותה תקופה, ותקוותו לקבלת סיוע במשפטו מרשויות אכיפת החוק בתמורה למידע. במסגרת חקירה לאימות גירסת הרשטיק, יזם השב"כ משלוח מכתב מהרשטיק למערער, באמצעות פולק, בו נשאל המערער באשר למועד המתאים ביותר לביצוע התוכנית. המערער השיב להרשטיק, במכתב שכתב בכתב ידו, וציון שני מועדים אפשריים לביצוע התוכנית. מספר ימים לאחר מכן, נעצרו המערער ואסקין בגין החשד למעורבותם בקשירת קשר לביצוע התוכנית.

המערער מסר מספר הודעות בעניין מעורבותו בפרשת הר הבית, הן בפני חוקרי השב"כ והן בפני חוקרי המשטרה, ואלה התקבלו בבית-המשפט קמא כראיות לחובתו. בית-המשפט קמא דחה את הגירסה שהעלה המערער במשפט, לפיה לא סוכם בינו לבין הרשטיק על ביצוע התוכנית והוא לא התכוון מעולם לקחת חלק בביצועה, וקבע כי המערער קשר קשר עם הרשטיק להשליך ראש חזיר להר הבית, במטרה להביא לפריצת מהומות ולהתנגשויות בין יהודים לערבים. בגין חלקו בפרשה הורשע המערער בקשירת קשר לביצוע פשע של חילול מקום קדוש ולפגיעה ברגשות כלפי אותו מקום, עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין בצירוף סעיפים 2(א) ו-21(ב) לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967. כן הורשע המערער בהמרדה, עבירה לפי סעיף 133 בצירוף סעיף 136(4) לחוק העונשין. בערעורו תוקף המערער את הרשעתו בשתי העבירות האמורות. נדון בהן להלן כסדרן.

קשר לביצוע פשע:

23. בית-המשפט קמא ביסס את ממצאיו בדבר קשירת הקשר בין המערער להרשטיק, על דבריו של המערער בפני חוקרי השב"כ והמשטרה, על חלקים מעדותו של הרשטיק, ועל ראיות נסיבתיות הנוגעות להתנהגותו של המערער לאחר קשירת הקשר הנטען. בטעוניה בפנינו ביקשה המדינה כי נאשר את ממצאי בית-המשפט קמא, בהסתמך, בין היתר, על דברי המערער בחקירותיו בשב"כ, כפי שתועדו על-ידי החוקרים בזכ"דים שנתקבלו כראיה בבית-המשפט קמא. כפי שפורט קודם לכן, בכל הנוגע לאישומים האחרים בהם הורשע המערער, לא ביקשה המדינה להסתמך על חקירותיו של המערער בשב"כ. הנימוק לעמדתה השונה של המדינה באישום דנן הוא, שטענות המערער בדבר הפעלת אמצעי חקירה פסולים נגדו מצד חוקרי השב"כ,

הופנו נגד החקירות שנערכו החל מיום 25.12.97, ולא נגד חקירות שנערכו לפני כן. מאחר שמרבית החקירות בפרשת הר הבית נערכו לפני יום 25.12.97, עמדת המדינה היא כי אין כל מניעה להסתמך על דברי המערער לחוקרי השב"כ כראיה לחובתו בפרשה זו. חרף טענה זו, לא ראינו להזקק לזכ"דים שנרשמו על-ידי חוקרי השב"כ גם באישום דנן. סוגיית קבילותם או משקלם הראייתי של מסמכים אלה איננה נקיייה מספקות, והיא כרוכה בשאלות שונות, כגון מעמדה של הדרישה לאזהרת חשוד הנחקר על-ידי איש מרות, ומידת המהימנות שניתן לייחס לזכ"דים הערוכים לרוב בתמציתיות רבה, מבלי שיפורטו בהם כל אימרות הנחקר במהלך החקירה או הנוסח המדוייק של השאלות אשר הופנו אליו על-ידי החוקרים. בלי שננקוט עמדה לגופה של סוגייה זו, הגענו לכלל מסקנה כי בהתחשב בעמדתה של המדינה ביחס לאישומים האחרים, לגביהם ויתרה היא באופן גורף על כל הודאותיו של המערער שנגבו על-ידי חוקרי השב"כ, אין לאפשר למדינה להסתמך על דברי המערער בחקירותיו בשב"כ באישום דנן בלבד. כך או אחרת, נוכח עמדתנו לגופו של עניין, על סמך הראיות האחרות שהציגה המדינה, אין לנו צורך להכריע בדבר קבילותם או משקלם של דברי המערער בחקירותיו בשב"כ, כפי שתועדו בזכ"דים, וניתן להשאיר את הדיון בשאלת מעמדם לעת מצוא. שונה הדבר ביחס להודעות הראשונות שמסר המערער במשטרה לאחר אזהרה, הודעות שהמערער לא העלה טענות לגבי קבילותן, ואין מניעה כי נעשה בהן שימוש.

24. על מהותה ועל יסודותיה של עבירת הקשר עמד בית-משפט זה בשורה ארוכה של פסקי-דין. כך סוכמה ההלכה לעניין זה בפסק-דינו של השופט אלון בע"פ 388/78 **ווזווז נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג (2) 372, בעמ' 375:

"עבירת הקשר לפי סעיפים 34 ו-35 לפקודת החוק הפלילי, שניים הם מרכיביה - יסודותיה: **האחד - קשירת קשר בין שניים, או יותר, לשם מטרה מסויימת; והשני - מטרה מסויימת זו צריך ותהא לשם ביצוע עבירה שהיא פשע או עוון** (ראה: ע"פ 129/54 **גולדשטיין ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד י' 505, 515). מתוכנם ומכוחם של שני יסודות אלה, המרכיבים את עבירת הקשר, באים אנו לשני קווי אופי המגדירים עבירה זו. **האחד - עבירת הקשר היא ברייה בפני עצמה, עבירה ככל העבירות אחיותיה, ומאותו רגע שנוצר הקשר הפלילי הרי העבירה היא שלמה ומושלמת, ואין נפקא מינה אם העבירה שלשם עשייתה נוצר הקשר אכן באה לכלל ביצוע או לא בוצעה ... וקו האופי השני - 'שלמותה' של העבירה אין פירושה אי תלות ועצמאות מוחלטת, שהרי היסוד המרכיב הדורש מטרה לביצוע עבירה אחרת יוצר את הצורך בקיומה של זיקה - LINKAGE בלע"ז - בין עבירת הקשר לבין עבירה פלילית אחרת.**"

(ההדגשות הוספו)

ההרשעה בעבירת הקשר לפי סעיף 499 מותנית, איפוא, בהוכחת שני יסודות - ההתקשרות בין שניים או יותר, והיות מטרת ההתקשרות ביצוע פשע או עוון. נציין גם כי היסוד של התקשרות בין שניים או יותר בעבירת הקשר, איננו זהה במאפייניו להתקשרות הסכמית במסגרת המשפט האזרחי; ההתקשרות איננה טעונה אותה רמת מסויימות הנדרשת לקיומו של הסכם מחייב במשפט האזרחי. (ראו: דברי השופט חשין בע"פ 461/92 זכאי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (2) 580, בעמ' 588). כך למשל, הסכמה לפעול להשגת המטרה הפסולה "בכל דרך שתזדמן", עשויה להספיק לצורך התקיימות היסוד העובדתי בעבירת הקשר (ע"פ 642/79 ציטיאט נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (3) 633, בעמ' 638); כך גם הסכמה לפגוע במתלונן "בכל דרך שיחליט עליה הבוס" מקיימת את דרישת ההתקשרות שביסוד העובדתי של העבירה (ע"פ 171/86 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (4) 489, בעמ' 494).

מבחינת היסוד הנפשי של העבירה, כבר נקבע בפסיקה כי הוא כולל כוונה להתקשר עם הצד השני לקשר, וכוונה כי מטרתו הפסולה של הקשר תוגשם:

"... יסוד המנס ריאה, הטמון בעבירת קשר שכזאת, מצריך שלקושר היתה הכוונה לא רק לבוא לידי הסכם עם הקושר השני בדבר ביצוע העבירה הסובסטנטיבית, אלא גם שזו האחרונה תבוצע בעקבות ההסכם".

(ע"פ 441/72 בשן (אגמי) נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (2) 141, בעמ' 150).

(ראו גם: ע"פ 129/54 גולדשטיין ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 505, בעמ' 515; ע"פ 611/80 מטוסיאן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 85, בעמ' 114).

בהתקיים היסודות האמורים, נשלמת עבירת הקשר כעבירה עצמאית, אף אם טרם נעשה דבר שיש בו כדי לקדם את הגשמתה של המטרה נשוא הקשר:

"עבירת הקשר נוצרת בעת ששניים או יותר מסכימים ביניהם על ביצוע המעשה הבלתי חוקי במועד כלשהו בעתיד. לשון אחרת, לצורך היווצרותו של הקשר, אין צורך בביצועו של מעשה גלוי אשר יהא בו משום מימוש הלכה למעשה של פגישת הרצונות, אשר באה לידי ביטוי בקשר עצמו".

(דברי השופט שמגר בע"פ 541/75 סלברמן ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם), בפסקה 4 לפסק-הדין).

(לעניין זה ראו גם: עניין גולדשטיין הנ"ל, שם, שם; עניין בשן הנ"ל, שם, שם; עניין כהן הנ"ל, שם, בעמ' 495).

25. האם הוכח כי המערער והרשטיק הסכימו ביניהם להשליך ראש חזיר ובפיו ספר קוראן להר הבית? בית-המשפט קמא ענה על שאלה זו בחיוב, ואנו סבורים כי צדק במסקנתו זו. העובדות הרלוונטיות לעניין זה, שאינן שנויות במחלוקת, הן כדלקמן: ביום 10.11.97 ביקר המערער את הרשטיק בבית-כלא ניצן. במהלך הביקור העלה הרשטיק בפני המערער רעיון אותו הגה, להשליך ראש חזיר ובפיו ספר קוראן אל מתחם הר הבית. המערער אמר להרשטיק כי זהו "רעיון נחמד". על-פי הודעתו של המערער במשטרה, אשר התקבלה כראיה בבית-המשפט קמא, תיאר הרשטיק במהלך השיחה את אופן הביצוע המתוכנן של השלכת ראש החזיר להר הבית, באמצעות משגר (או קטפולטה בלשון המערער). הרשטיק מסר למערער כי קיימים חישובים הנחוצים לצורך ביצוע התוכנית, וכי ערך בעבר ניסויים עם משגר.

לטענת המערער, אין בעובדות אלה כדי ללמד על קשירת קשר בינו לבין הרשטיק לביצוע התוכנית של השלכת ראש חזיר להר הבית. לטענתו, הוא לא הביע בפני הרשטיק את נכונותו לקחת חלק בביצוע התוכנית, ואף לא התבקש לקחת חלק פעיל בביצועה. בית-המשפט קמא דחה את טענתו של המערער, וקבע כי בפגישה בינו לבין הרשטיק גיבשו ביניהם השניים הסכמה לביצוע התוכנית. לעניין זה הסתמך בית-המשפט על דבריו של המערער בפני חוקרי השב"כ, לפיהם נדונה במהלך הפגישה שאלת מיקומו המתאים של המשגר לצורך השלכת ראש החזיר, והמערער הונחה על-ידי הרשטיק לחפש באינטרנט פרטים שונים הקשורים לביצוע התוכנית; על גירסתו של הרשטיק בחקירתו בשב"כ; ועל התנהגותו של המערער לאחר מועד קשירת הקשר הנטען.

כפי שצויין לעיל, איננו רואים להסתמך על ההודעות שנגבו מהמערער על-ידי חוקרי השב"כ. כן נראה לנו שאין לייחס משקל רב להודעותיו של הרשטיק, נוכח הבעייתיות הרבה של עד זה, עליה נעמוד בהמשך. עם זאת, אנו סבורים כי די בעובדות אשר הוצגו לעיל, כפי שהן נלמדות בין היתר מהודעותיו של המערער במשטרה, בצירוף הראיות הנסיבתיות שהציגה התביעה, כדי לבסס כדבעי את הממצא בדבר התקשרות פלילית בין הרשטיק לנאשם. אכן, הראיות הישירות בקשר לפרטי השיחה שנתקיימה בין הרשטיק לבין המערער אינן מספיקות, כלשעצמן, לצורך הסקת מסקנה בדבר גיבוש הסכמה הדדית ביניהם לביצוע התוכנית, שכן קיימות אפשרויות סבירות נוספות להבנת המפגש בין השניים כפי שהוצג לעיל. עם זאת, על הבנת מהות השיחה בין השניים משליכים אירועים מאוחרים, המצביעים על ההסכמה העקרונית שהושגה ביניהם במהלך אותו מפגש בקשר לביצוע התוכנית. כפי שהובהר בפסיקתנו לא אחת, לצורך הוכחת יסודותיה של עבירת הקשר, אין הכרח כי התביעה תציג בפני בית-המשפט ראיות ישירות המצביעות על גיבושו של הקשר ועל פרטי ההתקשרות בין הצדדים לו. מעצם טבעו של הקשר הפלילי, בדרך כלל הוא נרקם בסתר מבלי שניתן לו ביטוי

פומבי. גם בהיעדר ראיות ישירות לקשר, יכול בית-המשפט להסיק את דבר קיומו מאירועים מאוחרים, במידה שיש בהם כדי ללמד על הקשר שקדם להם, בבחינת המאוחר המלמד על המוקדם. ובלשונו של השופט שמגר, כתוארו אז, בע"פ 228/77 **זקצר ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב (1) 701, בעמ' 718:

"לא אחת אין ראיות ישירות על מה שאירע במעמד קשירת הקשר, כי הרי הקשר הפלילי הוא מסוג המעשים שאינם נעשים לאור השמש אלא דוקא בסתר ובחשאי. בנסיבות כאלה אין מניעה לכך שבית המשפט יסיק את דבר היווצרותו של הקשר ממערכת נתונים נסיבתית, לרבות ממעשים שאירעו אחרי קשירתו של הקשר ואשר להם השלכה אחורה, מאחר והם מעידים לפי טיבם ומהותם על מה שקדם להם."

ראו גם דבריו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) שמגר בע"פ 685/81 **אהרוני ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד

לז (1) 673, בעמ' 686:

"אומנם, לא הובאו ראיות ישירות על התכנסותם יחד של הקושרים ועל מה שתוכנן וסוכם ביניהם עובר לתחילת הביצוע של העבירה או בשלב מתקדם יותר של הגשמת מטרתו הפלילית של הקשר, אך בכך בלבד אין כדי לשלול מבית-המשפט את האפשרות להגיע למסקנות בדבר קיומו של הקשר ובדבר מהות יעדיו הבלתי חוקיים. אחד ממאפייניה של עבירת הקשר הוא, כי היא נרקמת בדרך כלל בסתר ובהיחבא, ולכן רבים יחסית המקרים, בהם נלמד על היווצרותו של הקשר ועל השותפים לו ועל זהות הקושרים מתוך מערכת הראיות בדבר ביצועו של הקשר, כפי שהיא נגולה לפני בית-המשפט, היינו מתוך ראיות נסיבתיות. יתרה מזו, בית-המשפט רשאי להסיק מסקנות כאמור מפעולות, שהן אליבא דכולי עלמא בגדר שלב מתקדם בביצוע מטרתו של הקשר, ואשר ייתכן שיש בהן כבר משום הגשמתו הסופית, ובלבד שהמאוחר מלמד על המוקדם. היינו, בתנאי שהביצוע או חלק ממנו, כמוכח בבית-המשפט, ישקף לפי מהותו והגיונו את אשר קדם לו והוליך אליו."

(לעניין זה ראו עוד: ע"פ 639/79 **אפללו ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד (3) 561, בעמ' 576; ע"פ

642/79 **צ'יטיאט הנ"ל**, שם, בעמ' 637; ע"פ 949/80 **שוהמי ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה (4) 62, בעמ'

77-76; ע"פ 541/75 **סלברמן הנ"ל**, שם, שם).

הראיות הנסיבתיות שהציגה התביעה במקרה שבפנינו, בהצטרפן לראיות הישירות בדבר המפגש בין המערער לבין הרשטיק, מוכיחות קיומו של קשר שנתקם בין השניים להשלכת ראש חזיר להר הבית. הראיה הנסיבתית הראשונה לעניין זה מצויה במכתב שכתב המערער להרשטיק, בו ציין המערער מועדים אפשריים לביצוע התוכנית. הרקע לכתובת המכתב פורט לעיל, ועיקרו - מכתב שכתב הרשטיק למערער, בהנחיית השב"כ, בו נשאל המערער ביחס למועד המתאים ביותר, לדעתו, לביצוע התוכנית. שאלתו של הרשטיק למערער נוסחה כדלקמן:

"באשר לתאריך מתי עדיף שיהיו הכי הרבה אנשים בהר הבית לצורך גרימת מהומות גדולות יותר, באיד על פיטר (סוף הרמדאן) או יום שישי האחרון של הרמדאן - אולי יש תאריך יותר טוב?"

המכתב האמור הועבר לידי המערער באמצעות פולק, במהלך חופשתו של האחרון מבית-הכלא (גם

זאת בהנחיית השב"כ). במכתב התשובה להרשטיק כתב המערער את הדברים הבאים:

"לגבי הר הבית. יום שישי אחרון של ראמדן כן מתאים, אבל יש עוד יום אחד שמתאים. גם בסביבות ראמדן או בתוכו כאשר לפי דתם כל דבר שקורה יש לו משקל גדול פי 10000. פשוט כרגע אינני יכול למצוא איזה יום זה בדיוק אבל אבדוק מתי היום זה". (כך במקור)

בהודעותיו במשטרה ובעדותו במשפט, הסביר המערער כי נודע לו על אותו מועד "נוסף" הנזכר במכתב, מחברו פאפו. את קיום השיחה ביניהם בנושא זה אישר גם פאפו בעדותו. אין חולק כי מכתבו של המערער איננו מהווה חוליה בקשר הנטען בינו לבין הרשטיק, וזאת נוכח העובדה כי בשלב זה היה הרשטיק חסר את היסוד הנפשי הנדרש בעבירה. אך יש במכתב כדי לשמש ראיה להוכחת קשירתו של קשר כאמור במועד מוקדם יותר. תוכן המכתב ואופן היענותו של המערער לשאלתו הקונקרטי של הרשטיק בקשר למועד הביצוע, מלמדים על המשכה של תוכנית משותפת קיימת, ידועה ומוכרת לשני הצדדים. בהעדר הסבר מניח את הדעת מצד המערער, מהווה תשובתו להרשטיק ראיה להסכמה שהושגה ביניהם במועד שקדם לכתיבת המכתב, בדבר התוכנית להשלכת ראש חזיר להר הבית במטרה לגרום לפריצת מהומות.

ראיה רלוונטית נוספת לקשר שנקשר בין המערער להרשטיק מצויה בדבריו של המערער לפולק, במהלך פגישתם ביום 15.12.97, בעת שפולק העביר למערער את מכתבו של הרשטיק. השיחה שהתקיימה בין השניים הוקלטה על-ידי חוקרי השב"כ, ותמליל ההקלטה התקבל כראיה במשפט. מהתמליל עולה כי השיחה נסבה, בין היתר, על מועד הביצוע של התוכנית להשליך ראש חזיר להר הבית. בתגובה לשאלת פולק, התייחס המערער לתאריך המתאים ביותר, לטעמו, לביצועה; וכך מופיעים הדברים בתמליל ההקלטה:

ח (המערער): תגיד לי אם זה היום הוא שמבחינתם כל מה שקורה יש לו משקל פי עשרת אלפים מכות.
פ (פולק): אני חושב שזה העיד אל פיטר באים יותר מ- 100 אלף מתפללים לה"ה.
ח: אני חושב שזה יהיה היום היותר מוצלח מבחינתי האישית.
פ: האידיאלי. אני יודע במה מדובר אני לא רוצה לפרט.
ח: כי אם זה יקרה ילכו 10 אלפים זה פי כמה זה לא סתם דבר אחד זה 10 אלפים".

(ההדגשות הוספו)

במהלך אותה שיחה אמר המערער עוד, כי קיימת "תשתית" לביצוע התוכנית. לשאלתו של פולק האם "זה הכל באויר תאוריות או תכלס", השיב: "כרגע זה תאורות (כך במקור) אבל הוא יתן לי חישובים אז הכל יהיה תכלס". כשנשאל על-ידי פולק אם "יש כוונה לעשות את זה", השיב המערער (כפי שקבע השופט קמא אשר האזין לקלטת במטה הארצי של המשטרה) - "כן". על פרטי השיחה האמורה העיד פולק בעדותו במשפט. עדותו תואמת בעיקרה את תוכן תמליל ההקלטה:

"שאלתי אותו אם הכל עדיין בתיאוריה או תכלס. הוא אמר לי שכרגע זה תיאוריה, עד שיקבלו את נתוני הירי, זה יהיה תכלס. הוא אמר שחסרים להם חישובים. אמרתי לו שלדעתי הרשטיק העביר לו קלסר עם חישובים והוא אמר שהוא לא קיבל כזה קלסר. הצעתי לו לסייע כמיטב יכולתי ואמרתי לו שאם יום הביצוע הוא 4.2.97, אני יכול לסדר חופשה כדי לסייע להם. הנאשם אמר שהוא שמע מחבר יגוסלבי, שיש יום שאם הפעולה תתבצע באותו יום, האפקט שלו יהיה יותר גדול ושהוא אמור לברר את הענין."

ובהמשך:

"שאלתי אותו אם יש כוונה לעשות את זה והוא אישר זאת, לא יודע מה היתה המילה המדוייקת, אישר במילה."

דבריו של המערער לפולק מעידים על זיקתו לתוכנית להשליך ראש חזיר להר הבית, לא כמי ש"צופה מן הצד" ואך מודע לעצם קיומה של התוכנית, אלא כמי שיש לו מעורבות של ממש בתוכנית ובקידומה ("זה יהיה היום היותר מוצלח מבחינתי האישית"; דבריו לפיהם לאחר קבלת החישובים "הכל יהיה תכלס"; האישור בדבר כוונת הביצוע). כן מעידים הדברים בבירור על שיתוף פעולה בינו לבין הרשטיק בקשר לביצוע התוכנית (הצורך בקבלת ה"חישובים" מהרשטיק לצורך מימוש התוכנית). כל אלה מצביעים על קיומה של הסכמה מראש בין המערער לבין הרשטיק לפעול להגשמת הרעיון שהעלה הרשטיק. בא-כוח המערער טען כי אין לייחס לדבריו של המערער לפולק כל משקל, וזאת מאחר שטענתו בדבר קיום "תשתית" לביצוע התוכנית, הוכחה כבלתי נכונה. הסברו של המערער בעדותו במשפט לדבריו אלה היה, כי הם נאמרו מתוך "התפארות" גרידא. הסבר זה איננו משכנע. אכן, בדיעבד לא הוכח כי בידי המערער והרשטיק היתה תשתית מוכנה להוצאת תוכניתם אל הפועל. אלא שעובדה זו איננה שומטת את הקרקע תחת עצם כריתת הקשר ביניהם, שכן כפי שהובהר, עבירת הקשר נשלמת ברגע בו נוצרת ההסכמה ההדדית לביצוע המטרה הפסולה נשוא הקשר, אף אם טרם נעשה דבר שיש בו כדי לקדם בפועל את הגשמתה של אותה מטרה. את אמירתו של המערער לפולק בדבר קיומה של "תשתית" לביצוע התוכנית, ניתן להבין על רקע הדברים שנאמרו למערער על-ידי הרשטיק לפיהם יש בידיו "חישובים" הנדרשים לביצוע וכי נערכו "ניסיונות" במשגר. אך גם אם נקבל את הטענה כי המערער הגזים בדבריו בנקודה

זו, אין בכך כדי לקעקע את משקלה הראייתית של שיחתו עם פולק כמכלול. הרושם המתקבל מקריאת התמליל הוא כי המערער לא נטה "להאדיר" בדבריו את התוכנית הקיימת ואת חלקו בה. כך, למשל, עמד המערער על כך כי אין בידיו עדיין חישובים הדרושים לביצוע התוכנית, ומשנשאל על-ידי פולק בדבר פרטים נוספים הקשורים לביצוע, הסתפק בתשובה הלאקונית: "טוב צריך לשבת איתו" (עם הרשטיק) (עמ' 11 לתמליל).

לאמור לעיל מתווספות הראיות הנוגעות לאופן התנהגותו של המערער במהלך פגישתו עם פולק. כפי שעולה מעדותו של פולק ומתמליל קלטת שיחתו עם המערער, התנהגותו של המערער במהלך הפגישה ביניהם התאפיינה בחשדנות ובנסיון לשמור על חשאיות מירבית. המערער סירב לשוחח עם פולק על התוכנית בדירתו, בנימוק שהוא איננו משוחח על "דברים כאלה" בדירה מחשש להאזנות, ועל כן התקיימה השיחה בין השניים ברחוב. כמו-כן, מיהר המערער לשרוף את מכתבו של הרשטיק אליו מיד לאחר קריאתו. התנהגות קונספירטיבית מעין זו, בהצטרפה ליתר הראיות שהוצגו לעיל, יש בה כדי לחזק את המסקנה בדבר השתתפותו של המערער בקשר פלילי עם הרשטיק.

26. טענתו המרכזית של המערער במהלך משפטו ובערעור בפניו היתה, כי הוא לא התכוון להשתתף בביצוע התוכנית עליה שמע מהרשטיק במהלך פגישתם בבית-כלא ניצן. בעדותו במשפט טען המערער עוד, כי התייחס לתוכנית כולה "בצחוק" ו"בבדיחות", לא ייחס לה חשיבות ו"שכח ממנה". טענה זו, הנוגעת להעדרו של היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הקשר, נדחתה על-ידי בית-המשפט קמא, אשר קבע כי נתקיימה אצל המערער הכוונה הנדרשת לצורך הרשעה בעבירת הקשר. גם בעניין זה מקובלת עלינו מסקנתו של בית-המשפט קמא. טענת המערער איננה מתיישבת עם הראיות שפורטו לעיל: עם תוכן מכתבו להרשטיק באשר למועד המועדף לביצוע התוכנית, עם הדברים שאמר לפולק בשיחתם במעמד מסירת המכתב מהרשטיק ועם התנהגותו במהלך אותה שיחה. היא אף איננה מתיישבת עם עדותו של המערער בדבר התרשמותו מהרשטיק והרושם שהותיר עליו. על אלה ניתן להוסיף את העובדה, שאיננה שנויה במחלוקת, שלאחר חזרתו של אסקין לישראל ביום 17.12.00, נפגש עימו המערער ויידע אותו בדבר התוכנית להשלכת ראש חזיר להר הבית. המערער הקפיד על מסירת המידע לאסקין באופן חשאי; הוא המתין עד שחבר ששהה יחד איתם באותו מעמד עזב את המקום למספר דקות, ורק אז סיפר לאסקין אודות התוכנית. עובדות אלה סותרות את טענתו של המערער כי התייחס ב"חוסר רצינות" ו"בצחוק" לתוכנית, ואת טענתו כי לא התכוון לקחת חלק כלשהו בהוצאתה אל הפועל. על רקע זה אין מקום להתערבותנו במסקנתו של בית-המשפט קמא, אשר דחה את גירסתו התמימה של המערער. נוסף עוד כי לא מצאנו שיש ממש בטענת הסניגור, לפיה קביעתו של בית-המשפט קמא, שסבר שאצל המערער התעוררו פיקפוקים ביחס לתוכנית בשלב מאוחר יותר, מאיינת את היסוד הנפשי בעת קשירת הקשר.

27. בא-כוח המערער טען עוד, כי לא הוכח קיומו של היסוד הנפשי הנדרש בעבירת הקשר ביחס לצדדים האחרים לקשר הנטען. בהיות עבירת הקשר מותנית בקיום שניים או יותר צדדים לקשר, לא ניתן להרשיע את המערער בעבירה בהעדר כוונה להתקשר לביצוע פשע או עוון אצל הצד השני לקשר. לטענת הסניגור, בכל הנוגע לאסקין לא הביאה התביעה ראיות כלשהן לביסוס חלקו בקשר, ואילו לגבי הרשטיק נטען כי הוא מלכתחילה לא התכוון לממש את ה"תוכנית" שהגה כביכול, וכי זו לא באה לעולם אלא כדי לשרת אינטרסים אישיים ופוליטיים של הרשטיק.

הטענה שלעיל, ככל שהיא מתייחסת לחלקו של אסקין בקשר, מקובלת עלינו. שונים הדברים ביחס להרשטיק. טענותיו של הסניגור בעניין העדר היסוד הנפשי הנדרש לקשר מצד הרשטיק, התבססו על עדותו של הרשטיק בבית-המשפט קמא, לפיה מלכתחילה לא התכוון לבצע את התוכנית, וכי המניע לגיבושה ולהעלאתה בפני המערער, היה הרצון "לשרוף פוליטית" את אסקין ולהפעיל מניפולציה על השב"כ. כן מסתמך הסניגור על שקריו הרבים של הרשטיק בשלבי החקירה השונים, ביחס לפרטי התוכנית ולשלבי הוצאתה לפועל, ועל שני מכתבים שכתב לשב"כ בהם הוא מפנה אצבע מאשימה כלפי חוקרי השב"כ, נוכח פירסום הפרשה בכלי התקשורת תוך איזכור שמו. אכן, אין ספק כי הרשטיק הוכיח עצמו כמקור מידע וכעד בעייתי ביותר, בלשון המעטה. גרסאותיו בפרשה הנדונה, במהלך שלבי החקירה השונים והמשפט, השתנו בתדירות רבה; הן הצטמצמו והתרחבו חליפין, ובסופו של דבר הפכו מתיאור מפורט של שלבי ביצוע מתקדמים של התוכנית (שהוכחו ברובם כבלתי נכונים), להכחשה גורפת בדבר כוונה כלשהי לבצע את התוכנית. מהחומר שבתיק עולה כי כל הגורמים המעורבים, החל מחוקרי השב"כ וכלה בבית-המשפט קמא, היו ערים לבעייתיות הרבה של עדות הרשטיק, והתייחסו אליה בזהירות מירבית. בית-המשפט קמא לא היה מוכן לבסס ממצאים כלשהם על הודעותיו של הרשטיק בפני חוקרי השב"כ והמשטרה, אלא באותן נקודות בהן נמצא לדברים אישוש וחיזוק ממקור חיצוני עצמאי. בסופו של הליך, מצא בית-המשפט קמא כי בדבריו של הרשטיק נמצא "גרעין" של אמת, המתייחס לעצם ההתקשרות בינו לבין המערער לביצוע התוכנית להשליך ראש חזיר להר הבית. דרך זהירה זו בה הלך בית-המשפט נראית לנו ראויה בנסיבות העניין; מקובלת עלינו מסקנתו של בית-המשפט קמא, אשר לא נתן אמון בעדותו של הרשטיק ודחה את גירסתו בדבר ה"קונספירציה" שרקם לכאורה כנגד אסקין והמערער, והעדיף על פניה את גירסתו המוקדמת של הרשטיק בחקירתו, ככל שזו נתמכה גם בראיות חיצוניות, ולפיה הגה ותכנן את רעיון השלכת ראש החזיר, במטרה לגרום למהומות במדינה בשל רצונו "לנקום" בחברה על מעצרו.

28. העבירה נשוא הקשר בו הואשם המערער היא עבירה על סעיף 2 לחוק השמירה על המקומות

הקדושים, תשכ"ז-1967 (להלן - חוק השמירה). סעיף זה קובע כדלקמן:

2". עבירות (א) המחלל מקום קדוש או הפוגע בו בכל דרך אחרת, דינו - מאסר שבע שנים.

(ב) העושה דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או לפגוע ברגשותיהם כלפי אותם מקומות, דינו - מאסר חמש שנים."

טענתו של בא-כוח המערער לעניין יסודות העבירה לפי סעיף 2 הנ"ל הינה, כי הר הבית לא הוכרז כ"מקום קדוש" על-פי חוק השמירה, ולפיכך אין הפגיעה בו מהווה עבירה על הסעיף האמור. בא-כוח המערער לא הבהיר מהו המקור הנורמטיבי לדרישת אותה "הכרזה" לצורך החלת סעיף 2 לחוק השמירה. המחוקק לא קבע כי לצורך החלת ההוראות המהותיות של חוק השמירה מתחייב הליך מוקדם כלשהו של "הכרזה" על מקום כמקום קדוש. החוק עצמו איננו כולל הגדרה מפורשת של המונח "מקומות קדושים", ואף איננו מפנה לעניין זה למקור מגדיר נורמטיבי שהוא חיצוני לחוק. [יצוין כי גם בדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924, לא מצוייה הגדרה למונח "מקומות קדושים". כך גם בחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, סעיף 3 בו קובע הוראה בדבר "שמירת המקומות הקדושים", היתה בנוסחה להוראת סעיף 1 לחוק השמירה]. בסעיף 4 לחוק השמירה נקבע כי שר הדתות רשאי להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו של החוק; מכוח הסעיף האמור הותקנו תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981, ובהן הגדרה ל"מקומות קדושים" (ראו: סעיף 1 לתקנות והתוספת). הר הבית איננו נמנה בין המקומות המנויים בתקנות האמורות; עם זאת, ברור שאין בתקנות אלה כדי למצות את היקף תחולתן העקרונית של ההוראות המהותיות בחוק השמירה, ולו בשל העובדה שהתקנות מתייחסות למקומות המקודשים ליהודים בלבד, בעוד חוק השמירה תחולתו כללית ביחס לכל הדתות [ראו: דברי שר הדתות דאז, ז' ורהפטיג, בדיון בכנסת בעניין הצעת חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, ד"כ 49, מיום 27.6.67, בעמ' 2421; וראו גם דברי הנשיא אגרנט בבג"צ 222/68 **חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה**, פ"ד כד (2) 141, בעמ' 222, 225].

את המונח "מקומות קדושים" המופיע בחוק השמירה, יש לפרש על-פי כללי הפרשנות הרגילים, בהתאם ללשון החוק ולתכליתו. לעניין זה, לא הובא בפנינו כל נימוק סביר מדוע אין לראות בהר הבית "מקום קדוש" במובן החוק הנ"ל. קדושתו של הר הבית, הינה בגדר נתון עובדתי ידוע וברור. אף בפסיקתו של בית-משפט זה ניתן לכך ביטוי:

"מכוחם ולאורם של דברי ימים אלה ומאורעותיהם, הר-הבית הוא המקום הקדוש ביותר, ראשון במעלת הקדושה, לאומה העברית זה כשלושת אלפים שנה ... לבני הדת המוסלמית מקודש הר-הבית מזה כאלף ושלוש מאות שנה, מאז כבוש ירושלים בידי המוסלמים בשנת 638, והם הקימו בו את כיפת הסלע ומסגד אל אקצא. למוסלמים קדושתו של הר-הבית באה היא לאחר קדושתה של מדינה זו - לאחר

קדושתה של מכה. גם הנוצרים ייחסו, כאמור, חשיבות דתית להר-
הבית."

(דברי השופט אלון בבג"צ 4185/90 **נאמני הר הבית ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'**, פ"ד מז (5) 221, בעמ' 244; וראו גם דברי השופט זמיר בבג"צ 7128/96 **תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד נא (2) 509, בעמ' 517).

מבחינת התכלית החקיקתית, אין זה סביר להניח כי בחוקקו את חוק השמירה, לא התכוון המחוקק לכלול את הר הבית בגדר אותם "מקומות קדושים" המוגנים על-פי החוק. יש לזכור כי החוק חוקק במקביל להחלת השלטון הישראלי על מזרח ירושלים, ועיקר תכליתו היתה ההצהרה על כוונת השמירה על המקומות הקדושים, שהר הבית הוא החשוב והמקודש שבהם. לא למותר לציין כי הפסיקה התייחסה להר הבית, בגדר דבר מובן מאליו, כל"מקום קדוש" במובן חוק המקומות הקדושים. (לעניין זה ראו למשל: בג"צ 537/81 **שטנגר נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד לה (4), 673, בעמ' 674-675; בג"צ 7128/96 **תנועת נאמני הר הבית הנ"ל**, שם, שם).

ניתן לסכם, איפוא, כי התוכנית הפלילית נשוא הקשר היתה תוכנית לחילול "מקום קדוש" במובן החוק.

29. הסניגור בטיעונו טען בהרחבה להעדר הצדקה להחלת הדין הפלילי על תוכנית כגון זו המיוחסת למערער ולהרשטיק, בטרם ננקטו צעדים ממשיים להגשמתה. לטענתו, אין הצדקה להתערבותו של הדין הפלילי בתכניות "רחוקות" ו"תיאורטיות", שטרם הגיעו לשלב תחילת הביצוע. טענות אלה של הסניגור נוגעות לעצם מהותה של עבירת הקשר, כפי שהוגדרה ופורשה במשפטנו, ואין הן מיוחדות למקרה שבפנינו. אכן, עבירת הקשר הינה עבירה מיוחדת, באשר היא חלה על השלבים המקדמיים של ביצוע העבירה נשוא הקשר. בהיבט זה, מטילה עבירת הקשר אחריות פלילית בגין שלב מוקדם לביצוע עבירה פלילית, שלב שככלל אין הדין הפלילי מתערב בו ואינו מעניש בגינו. מקובל לראות את ההצדקה בהתערבותו ה"חריגה" של הדין הפלילי בשלב המוקדם של קשירת הקשר לביצוע עבירה, בסכנה המיוחדת הנשקפת לאינטרסים של החברה מגיבוש כוונה משותפת לשניים או יותר לביצוע עבירה פלילית. (השוו: ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** (תשמ"ז, כרך ב), בעמ' 353). פסיקתו של בית-משפט זה עמדה כבר על ההצדקה המיוחדת לענישת הקשר, חרף השלב המוקדם - מנקודת המבט של העבירה נשוא הקשר - בו מצויים הקושרים. יפים לעניין זה דברי השופט אגרנט, כתוארו אז, בע"פ 129/54 **גולדשטיין הנ"ל**:

"כשאדם יחיד הוגה בליבו את הביצוע בעתיד של משימה פלילית, הרי מהווה הוא אומנם סכנה בכוח למדינה, אך לא קיים צידוק להתערבותה

המיידיית לשם הענשתו, כל עוד לא עשה דבר לשם הוצאת מזימתו מהכוח אל הפועל. הוא הדין כאשר יותר מאדם אחד זוממים לבצע מזימה פלילית. במקרה זה הסכנה למדינה, בגלל ריבוי הזוממים, תגדל עוד יותר, ואף-על-פי-כן גם כאן עדיין לא הגיע הזמן להתערבותה, כל עוד לא נוצר מגע ביניהם. **אולם ברגע שנוצר מגע זה והושגה ההסכמה ההדדית להגשמת המטרה הנפסדת המשותפת, הפכה הסכנה למדינה להיות קרובה ביותר, עד כדי שתהיה מוצדקת הענשתם המיידיית של הקושרים.**"

(שם, בעמ' 515. ההדגשות הוספו).

(וראו גם דברי השופט חשין בע"פ 461/92 זכאי הנ"ל, שם, בעמ' 588).

ניתן לבקר את ההצדקה המקובלת לעבירת הקשר במתכונתה הקיימת במשפט הישראלי. (ראו: **פלו** בספרו הנ"ל - כרך ב, שם, בעמ' 354; מ' קרמניצר "על מהות הקשר הפלילי ועל היחס בינו לבין השידול לדבר עבירה" **משפטים** יד (תשמ"ה) 231, בעמ' 242-244; וכן א' וייס **דיני עונשין - עבירת הקשר** (תשנ"ג), בעמ' 87-90). יתכן אף שראוי לנהוג איפוק בנקיטת אמצעים פליליים כאשר מדובר בשלב מוקדם מאד של התקשרות שאינה מתבטאת בהתנהגות אסורה מעבר לקשר עצמו. אך חשוב להדגיש כי עוקצה של הביקורת נחלש כאשר העבירה נשוא הקשר היא עבירה חמורה, המשקפת סכנה ממשית לאינטרסים חברתיים חשובים. ההצדקה להתערבות המשפט הפלילי בשלב קשירת הקשר, הינה חזקה במיוחד בעבירות חמורות, כאשר אין זה סביר לגרוס כי על החברה להמתין באפס מעשה עד שתגיע התוכנית העבריינית המשותפת שגובשה, לשלבי ביצוע ממשיים. קטיעת התוכנית העבריינית המשותפת באיבה במקרים מסוג זה, באמצעות הטלת איסור פלילי על קשירת קשר לביצוע העבירה והענשתו, הינה אינטרס חברתי מובהק ומבוסס. בענייננו, אין צורך להכביר מילים על מסוכנותה של תוכנית העיוועים להשליך ראש חזיר ובפיו ספר קוראן להר הבית, בעת התכנסות מתפללים מוסלמים במקום. רגישותו המיוחדת של הר הבית והמתח המאפיין את יחסי בני הדתות השונות בקשר אליו, ידועים הם. דבריו של השופט ויתקון, שנכתבו לפני כשלושים שנה, נכונים וקולעים שבעתיים בימינו אנו:

"המצב הוא מיוחד במינו, וספק בלבי אם יש לו אח ורע בתולדות ארצנו או בעולם כולו. המצב רגיש והרה סכנות על רקע בין-עדתי, והמקום מועד לפורענות..."

(בג"צ 222/68 **חוגים לאומיים** הנ"ל, שם, בעמ' 168).

במציאות הקיימת, התוכנית נשוא הקשר שנתקם בין המערער לבין הרשטיק, משולה לחבית חומר נפץ; תחילתה ידועה היא, וסופה מי ישרנו. על רקע זה אין מקום לטענה בדבר העדר הצדקה להרשעת המערער בגין חלקו בקשר האמור.

המרדה:

30. בגין חלקו בפרשת הר הבית, הורשע המערער בבית-המשפט קמא גם בהמרדה, עבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין, בצירוף עם סעיף 136(4) לחוק. בערעור לפנינו, העלה בא-כוח המערער שורה של טענות הנוגעות לשאלת הפרשנות הראוייה של יסודות עבירת ההמרדה. אנו סבורים, כי לצורך ההכרעה בעניין שלפנינו, רבות מהשאלות שעורר הסניגור אינן דורשות הכרעה, ועל-כן נדרש רק לאותן טענות שיש להן השלכה ישירה על המקרה הנדון.

סעיף 133 לחוק העונשין קובע כדלקמן:

133" מעשי המרדה
 העושה מעשה לשם המרדה, או מנסה, מכין עצמו או קושר קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו - מאסר חמש שנים".

מבין החלופות השונות המנויות בסעיף, יוחסה למערער עבירה של קשירת קשר לעשיית מעשה לשם המרדה ("...קושר קשר עם חברו לעשות מעשה כאמור..."). במסגרת חלופה זו, בחנו את השאלה האם התקיים היסוד של ה"קושר קשר". כפי שהראנו לעיל, הוכח כי המערער אכן קשר עם הרשטיק קשר להשליך ראש חזיר ובפיו ספר קוראן להר הבית בעת התקהלות מאמינים מוסלמים במקום. יוצא איפוא כי מתקיים יסוד הקשר שבסעיף 133 הנ"ל.

בא-כוח המערער טען בפנינו כי יש להבחין בין "קשירת קשר" לביצוע פשע, כמשמעותה בסעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, לבין "קשירת קשר" כרכיב ההתנהגותי בעבירת ההמרדה. לפי הטענה, לצורך עבירת ההמרדה יש להוכיח קיומו של פוטנציאל הסתברותי לכך שהקשר שנקשר יתממש לכלל ביצועו של מעשה ההמרדה נשוא הקשר. בא-כוח המערער הסתמך לעניין זה על עמדת הנשיא ברק בע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (1) 535 (להלן: **ע"פ כהנא**), לפיה יש לפרש את הרכיב ההתנהגותי המופיע ברישא של סעיף 133 - "העושה מעשה", ככולל מבחן הסתברותי להתממשות ההמרדה. טענה זו איננה מקובלת עלינו. דבריו של הנשיא בע"פ **כהנא** הנ"ל התייחסו ליסוד ה"מעשה" ברכיב ההתנהגותי, אך הם אינם מתייחסים לקשירת הקשר. כאמור לעיל, האינטרס החברתי המצדיק את ענישת הקשר לביצוע עבירה, אף אם לא בוצעה העבירה עצמה נשוא הקשר, נעוץ בסכנה הנשקפת לחברה מגיבוש הסכמה הדדית בין שניים או יותר לביצוע עבירה פלילית. מבחינת הרציונל האמור להענשתו של הקשר הפלילי, אין שונה הקשר ל"ביצוע מעשה לשם המרדה" מקשר לביצוע עבירות אחרות. גם לולא היה מופיע הקשר כרכיב מרכיבי היסוד העובדתי של עבירת ההמרדה, ניתן היה להרשיע את המערער בקשירת קשר לביצוע מעשה לשם המרדה, על-פי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין. בהתחשב בכך, אין איפוא יסוד להבחנה שמבקש הסניגור לערוך בכל הקשור למשמעות ה"קשר"

במסגרת יסודות עבירת ההמרדה. לכך יש להוסיף, שלכאורה מצביעה לשון החוק על מגמה מנוגדת לזו המוצעת בדבריו של בא-כוח המערער, לעניין מהות ה"קשר" הנדרש ביסודות העבירה; שהרי במסגרת החלופות ההתנהגותיות הנזכרות בסעיף 133, כלל המחוקק גם מעשה של הכנה ("או מכין עצמו..."), המרחיב לכאורה את ההתנהגות האסורה לתחום שכלל איננו עניש בדין הפלילי.

31. בא-כוח המערער טען, בין היתר, ביחס ליסוד ה"מעשה" בסעיף 133 כי גם אם נאמר שאין צורך בהסתברות להתממשות הקשר, יש לפרש את היסוד העובדתי של העבירה ככולל מבחן הסתברותי של "וודאות קרובה" באשר לאפשרות התרחשות ההמרדה. לפי הטענה האחרונה, יש לבחון האם התוכנית העבריינית נשוא הקשר, לו היתה מתבצעת, טומנת בחובה סיכון ברמת הסתברות קרובה לוודאי להמרד.

שאלת פרשנות הרכיב "מעשה" בעבירת ההמרדה, ושאלת הצורך במבחן הסתברותי באשר לאפשרות התרחשות ההמרדה, נדונו בפסיקתו של בית-משפט זה בע"פ כהנא הנ"ל. שאלת פרשנותו של סעיף 133 לחוק העונשין הובאה להכרעה פעם נוספת בפני הרכב מורחב של בית-משפט זה, במסגרת דנ"פ 1789/98 מ"י נ' כהנא (טרם פורסם) (להלן - דנ"פ כהנא). הקושי בעניין פרשנות הרכיב "מעשה" בעבירת ההמרדה נובע מכך שעל-פי לשון הסעיף נראה, לכאורה, כי ניתן להרשיע אדם בעבירה לפי סעיף 133 לחוק העונשין אם עשה מעשה "לשם המרדה", גם כאשר המעשה על פניו הוא תמים לחלוטין. כמובן שהרשעה כזו מהווה פגיעה קשה בחירות המחשבה, באוטונומית הרצון הפרטי, ובחופש הביטוי במדינה שערכיה דמוקרטיים. (ראו: דברי הנשיא ברק בע"פ כהנא הנ"ל, בעמ' 587). אשר על כן, מתעורר לכאורה הצורך לפרש את סעיף 133 לחוק העונשין כך שהמעשה - על פי טיבו ובהתחשב בנסיבות האופפות אותו - יצביע על המרדה. עיקר המחלוקת בין חבריי בשאלה זו הינה מהו אופיו של ה"מעשה", שיהיה בו כדי להצביע על המרדה? יש הגורסים כי די בכך שהמעשה עצמו ישא אופי "ממריד", ויש הגורסים שיש צורך בזיקה הסתברותית בין המעשה לבין אפשרות התממשות ההמרדה. (ראו הדיון בעניין זה בע"פ כהנא הנ"ל). בדנ"פ כהנא הנ"ל, לא הוכרעה המחלוקת בנוגע לצורך במבחן הסתברותי בגדרו של סעיף 133 לחוק. אין לנו צורך להביע עמדה לגבי הדיעות השונות שהוצגו שם, שכן בחינת נסיבות המקרה שלפנינו מובילה למסקנה כי היסוד הנסיבתי של "מעשה" מתקיים בענייננו, גם לפי הגישה המצמצמת יותר, המצדדת בקיום מבחן הסתברותי (ראו עמדת השופט אור וכן עמדת הנשיא ברק והשופט טירקל בדנ"פ כהנא הנ"ל); המעשה נשוא הקשר בין המערער להרשטיק, לו בוצע, היה בו כדי להביא בגדר "וודאות קרובה" (וממילא בגדר "אפשרות סבירה"), לידי המרדה כמשמעותה בחוק.

32. משקבענו כי נתקיים רכיב "המעשה" הנדרש על-פי הסעיף, נוסף עוד כי בעניין שלפנינו נתקיים הרכיב הנדרש של "המרדה". כאמור, העמדתו לדין של המערער בעבירת מעשי המרדה לפי סעיף 133 לחוק העונשין, התייחסה לסעיף 136(4) לחוק, הקובע:

136" המרדה לענין סימן זה, 'להמריד' הוא אחת מאלה:
מהי? ...
 (4) לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין".

שאלת מהותו של הערך המוגן במכלול חלופותיו של סעיף 136 לחוק העונשין ובסעיף-המשנה 136(4) בפרט, נידונה אף היא בע"פ כהנא ובדנ"פ כהנא הנ"ל. בעוד שבע"פ כהנא הנ"ל, דעת הרוב (מפי השופט גולדברג והנשיא ברק) היתה כי עבירת ההמרדה נועדה להגן על מבנה המשטר הדמוקרטי ויציבותו בלבד, הרי לגישת הרוב כפי שהיא משתקפת כיום בדנ"פ כהנא הנ"ל, נועדה עבירת ההמרדה להגן גם על ערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי.

במקרה שלפנינו, אין אנו נדרשים גם להכריע בשאלת פרשנותו במלוא היקפו של המונח "המרדה" בחלופה הקבועה בסעיף 136(4), ובשאלת מהות הערך המוגן בחלופה זו. אין ספק כי גם לפי הגישה המצמצמת את האינטרס המוגן בעבירת ההמרדה, היה בתוכנית הפלילית של המערער והרשטיק - לו בוצעה - כדי לפגוע ביציבות המשטר ובמבנה הארגוני של השלטון הדמוקרטי. כאמור, במימוש התוכנית להשלכת ראש חזיר להר הבית היה כדי להביא, בגדר אפשרות סבירה ואף "קרובה לודאי", לשסע חברתי עמוק ביותר בין מוסלמים ויהודים; מעשה כגון זה, המבוסס על פרובוקציה דתית בוטה, במקום שהוא קדוש למיליוני מוסלמים והנתון בליבה של מחלוקת דתית ולאומית קשה ומרה, במועד שהוא יום חג דתי בו צפויים להיות במקום מתפללים רבים, עלול - בגדר אפשרות סבירה ואף קרובה לודאי - להתדרדר למעשי התפרעות ולאלימות, ולהביא לפגיעה קשה בסדר הציבורי עד כדי ערעור סדרי המשטר התקינים. לצערנו, נסיון החיים מלמד כי במקום רגיש זה, אף התנהגות שאינה כה פרובוקטיבית יש בה כדי להביא להתלקחות שסופה מי ישרנו.

33. האם התקיים אצל המערער היסוד הנפשי הנדרש לפי סעיף 133 לחוק העונשין? היסוד הנפשי הנדרש בעבירה הוא של מטרה מיוחדת ("לשם המרדה"). כאמור, יוחסה למערער בכתב האישום מטרה של המרדה לפי החלופה המנויה בסעיף 136(4) לחוק העונשין: "לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין". בענייננו התקיים תנאי זה, הן בהיבט היסוד העובדתי והן בהיבט היסוד הנפשי. כאמור, מבחינת היסוד העובדתי, יש במעשה נשוא הקשר בין המערער להרשטיק כדי להביא, בגדר אפשרות סבירה ואף בגדר "קרוב לודאי", לשסע חברתי עמוק ביותר בין מוסלמים ויהודים, תוך חשש לפגיעה קשה בסדר הציבורי עד כדי

ערעור סדרי משטר תקינים. מבחינת היסוד הנפשי בעבירה, אין ספק כי מטרת הקשר בין המערער להרשטיק היתה להביא להתגשמות תרחיש כאמור, תוך שהמערער מודע לפוטנציאל הממריד של התוכנית נשוא הקשר ושואף למימוש. ניתן להסיק קיומה של מטרה זו לא רק מטיב המעשה המתוכנן, אלא גם מאמירותיהם המפורשות של המערערים בו. די אם נזכיר כי משנשאל המערער בחקירתו במשטרה (מסמך ו') בדבר מטרת התוכנית, היתה תשובתו:

"נראה לי שהרעיון היה שיהיו מהומות בתוך הערבים ואז יהיה אפשר להשיג הישגים מדיניים לגבי תהליך השלום והחזרת השטחים".

כיוון שלצורך ענייננו על-פי כל הדיעות, היה בתוכנית הקשר שנקמה בין המערער והרשטיק, אילו התממשה, כדי לגרום ברמת הסתברות קרובה לודאי לתוצאה חמורה אשר למניעתה הוחק הסעיף, הרי מסקנתנו היא כי הוכחו מעבר לספק סביר יסודות עבירת ההמרדה ביחס למערער, ועל כן אנו מאשרים את הרשעתו גם בעבירה זו.

אעיר לסיכום כי נמנענו מלנקוט עמדה במחלוקות בעניין פרשנותו של סעיף 133, כיון שדיעה זו לא נדרשה להכרעה בעניין שלפנינו. עם זאת אין לנו אלא להצטרף למשאלה כי סעיף זה שגבולותיו עמומים, יוחלף על ידי המחוקק בסעיף חדש שנוסחו הולם את התכלית הראויה של הגנה על המשטר במדינה דמוקרטית, תוך כיבוד עקרונות החוקיות.

34. סיכומו של דבר; בהסכמת המדינה ראינו לזכות את המערער מביצוע עבירה של התקהלות אסורה. כן ראינו לזכות מעבירות של קשירת קשר לביצוע עוון באישום הראשון ומקשירת קשר לביצוע פשע באישום השני, מן הטעם שיסודות עבירת הקשר ושאלת התקיימותם במערכת היחסים בין המערער לאסקין לא נידונו על-ידי בית-המשפט קמא בנפרד מן העבירות המושלמות, וממילא הקשר - אף אם בוצע - נבלע בעבירה העיקרית בכל אחד משני האישומים שצויינו. יודגש כי אין בזיכוי מעבירת הקשר כדי להשפיע על עונשו של המערער, באשר בכל מקרה הכלל הוא שהעונש בגין עבירת הקשר נבלע בעונש שהושת בגין ביצוע המושלם של העבירות נשוא הקשר (ראו: ע"פ 441/72 בשן (אגמי) נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 141, בעמ' 149; ע"פ 228/77 זקצר נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 701, בעמ' 720; ע"פ 1820/98 אנג'ל נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 97, בעמ' 109).

נוכח אופיין החמור של העבירות בהן הורשע, אין העונש שנגזר על המערער מוגזם כלל ועיקר, ואין אנו רואים להתערב בו. בכפוף לאמור לעיל, הערעור על ההרשעה ועל גזר הדין נדחה.

שופטת

השופט י' זמיר

אני מסכים

שופט

השופט ע' ר' זועבי

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ג בכסלו תשס"א (20.12.2000).

שופט

שופטת

שופט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
זא/N05.99033380