

**המערערת:**

**מדינת ישראל**

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)

רח' עוזי חסון 4; ירושלים 9415204

**-נגד-**

**המשיב:**

**בן ציון (בן יהודה) גופשטיין**

ת"ז

יליד: 1969.

קריית ארבע

באמצעות עו"ד יצחק בם

### **הודעת ערעור**

1. מוגש בזה ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת סיגל אלבו) בת"פ 62177-11-19, מיום 24.1.2024. בהכרעת הדין הורשע המשיב, לאחר שמיעת ראיות, באישום הרביעי בעבירת הסתה לגזענות וזוכה מארבעה אישומים אשר ייחסו לו שלוש עבירות הסתה לאלימות – לפי סעיף 2ד144 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "החוק") ועבירה של הסתה לטרור, לפי סעיף 24(ב)(2) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.
2. בגזר הדין שניתן ביום 14.4.2024 ובגזר דין משלים ביום 4.6.2024 נגזרו על המשיב 260 שעות שירות לתועלת הציבור לריצוי במסגרת "עבודות תחזוקה ועזרה כללית לצוות המקום" במועצה מקומית קרית ארבע.
3. במסגרת סיכומי הצדדים עלה כי בין הצדדים לא הייתה מחלוקת על עובדות כתב האישום. בהכרעת הדין ערך בית המשפט קמא ניתוח משפטי ובו קבע כי עובדות כתב האישום לא גיבשו את יסודות העבירות שיוחסו, היסוד התוכני או היסוד ההסתברותי.
4. לדעת המערערת במלאכה משפטית זו שגה בית המשפט קמא הנכבד שגיאיות מהותיות רבות, הנוגעות לניתוח המשפטי של העבירות ושל העובדות באישומים הראשון, השלישי והחמישי. על כן מונח בפני בית משפט נכבד זה ערעור שעיקרו משפטי גרידא. יוער כי אף שהמערערת סבורה כי נפלו שגיאיות בהכרעת הדין הנוגעת לאישום השני, לא תתבקש התערבות בית משפט נכבד זה מטעמים הנוגעים למדיניות התערבות ערכאת הערעור בממצאי עובדה שנקבעו בפסק הדין.
5. המערערת אינה מבקשת מערכאת הערעור הנכבדה להתערב בממצאי מהימנות שקבע בית המשפט הנכבד קמא. בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא להתערב בשגיאיות המשפטיות שבהכרעת הדין, ולהעמיד דברים על דיוקם.
6. בערעור זה יובאו ציטוטים מתוך פסיקה, עדויות או ראיות שונות. ההדגשות הוספו על ידי באי כוח המערערת ואינן במקור.

7. מצ"ב כתב האישום, פרוטוקולי הדיונים, סיכומי המערערת בכתב, הכרעת הדין, הטיעונים לעונש, גזר הדין וגזר הדין המשלים. מסומנים כנספחים 1-16. יוער כי המשיב נמנע מלהגיש סיכומים בכתב. מצ"ב דיסק המסומן א' הכולל את כלל הסרטונים שהוגשו במסגרת תיק המוצגים.

## **ההליך בבית-משפט קמא**

### **(א) כתב האישום והכרעת הדין**

8. ביום 26.11.2019 הוגש נגד המשיב כתב אישום המייחס לו חמישה אישומים: שלושה אישומים בהסתה לאלימות, אישום בהסתה לגזענות ואישום בהסתה למעשה טרור.
9. המשיב כבר בתחילה במרבית עובדות כתב האישום ולפיכך נשמעו עדי התביעה אשר העידו על גביית הודעותיו של המשיב במשטרה, נסיבות תיעוד אמירותיו של המשיב באישומים השונים והורדת חשבון הפייסבוק שלו. המשיב העיד להגנתו ובעדותו לא הכחיש כי אמר את האמרות המיוחסות לו בכתב האישום אך טען כי אלה אינן מתייחסות לכלל הערבים וכן כי הוא נוהג לומר לתלמידיו כי יש לנהוג על פי חוק. בסיכומי הצדדים ביקשה ההגנה לזכות את המשיב מטעם של הגנה מן הצדק וכן מטעם שפרסומיו של המשיב אינם מגבשים את העבירות הנטענות; ההגנה אף טענה לאי קבילות הסרטונים שהוגשו באישום החמישי. המאשימה בסיכומיה ביקשה להרשיע את המשיב בכלל כתב האישום. בין הצדדים לא הייתה מחלוקת על כך שהפרסומים המיוחסים למשיב נאמרו על ידו.
10. בהכרעת הדין שניתנה ביום 24.1.2024 זיכה בית המשפט הנכבד קמא את המשיב מארבעה אישומים והרשיעו אך באישום הרביעי בו יוחסה לו עבירה של הסתה לגזענות.
11. בגזר הדין שניתן ביום 14.4.2024 נגזרו על המשיב ארבעה חודשי מאסר מותנה וכן 260 שעות שירות לתועלת הציבור.
12. בתמצית ייאמר כי באישום הראשון והחמישי, בהם יוחסו לנאשם עבירות של הסתה לאלימות ולטרור (בהתאמה), נקבע בהכרעת הדין שהתבטאויות המשיב עמדו במבחן התוכני והכילו דברי שבח לאלימות או לטרור. יחד עם זאת, כפי שיפורט להלן, נקבע שתוכן אמירותיו ונסיבות פרסומן לא גיבשו את היסוד ההסתברותי בדבר אפשרות ממשית כי אלה יובילו לאלימות. באישומים השני והשלישי נקבע כי אמירותיו של המשיב לא עמדו במבחן התוכני וכי קיים קושי להוכחת היסוד ההסתברותי של אפשרות ממשית ביחס לאישומים אלו. המשיב הורשע באישום הרביעי בעבירת הסתה לגזענות.

### **(ב) הזיכוי באישום הראשון בשל אי התגבשות המבחן ההסתברותי**

13. בהכרעת הדין נקבע לגבי האישום הראשון כי המשיב "שיבח את מעשה התקיפה של הנערים, שלהבנתו הטרידו בחורות יהודיות" (עמ' 26, פיס' 39). דברי המשיב היוו שבח למעשה אלימות וגיבשו את הרכיב ההתנהגותי בעבירה. בבואו לבחון את התגבשות המבחן ההסתברותי קיבל בית המשפט קמא את גרסת המשיב בעדותו כי דבריו כוונו לשבח תקיפת נערים שהטרידו קודם לכן נערות יהודיות ולא ערבים "חפים מפשע" (עמ' 28 להכרעת הדין). עוד ציין בית המשפט הנכבד קמא כי "המיקוד" בדבריו של המשיב הוא מתיחת ביקורת על המשטרה ולא עידוד אלימות כלפי חפים מפשע (עמוד 28 סעיף 39 לפסק הדין). אלא שלצד הקביעה לפיה התקיים

- המבחן התוכני, בית המשפט קמא קבע בהכרעת הדין כי לא הוכח המבחן ההסתברותי לפיו הפרסום בנסיבותיו מגבש אפשרות ממשית להביא למעשי אלימות.
14. בית המשפט קמא לא קבע ממצא עובדתי פוזיטיבי ביחס לשאלת "עיתוי הפרסום". המאשימה טענה, כי ניתן להסיק כעניין של ידיעה שיפוטית את העובדה שדבריו של המשיב כוונו למעשה הלינץ' שבוצע בכיכר ציון בירושלים. בית המשפט קמא לא דחה טענה זו אך ממילא ייחס למועד משמעות מצומצמת בשל תפיסתו הסובייקטיבית של המשיב את קורבנות האלימות כמי שאינם "חפים מפשע" (עמוד 28, סעיף 41 לפסק הדין).
15. בית המשפט קמא הכיר במשמעות של פרסום בכלי תקשורת רחב תפוצה כמו אתר ערוץ 7 אשר מכוון לקהל יעד פוטנציאלי של אמירות מסוג זה. יחד עם זאת, זקף לחובת המערערת כי לא הוכיחה "כי האווירה בציבור בעת השמעת הפרסום היתה רגישה, מתוחה, נפיצה וכזו שיכולה היתה להביא לעשיית מעשה אלימות על ידי אחרים בעקבות הדברים שהושמעו". (עמוד 28, סעיף 41 לפסק הדין).
16. בית המשפט קמא קיבל את הטענה שמעמדו הציבורי של המשיב ומידת השפעתו על נערים רבים משפיעה על התגבשות האפשרות הממשית שדבריו יובילו לאלימות. יחד עם זאת קיבל את גרסתו של המשיב כי הוא נהג לומר באופן כללי שיש "להקפיד על החוק". בית המשפט הנכבד קמא יצא מנקודת הנחה כי קריאה זו של המשיב "נובעת משיקולי 'כדאיות', וזאת על מנת לא להיות מואשם בעבירות פליליות." אך סבר כי "לקריאה זו יש משמעות לגבי ההשפעה על הציבור שנחשף לדברי הנאשם." (עמוד 29, סעיף 41 לפסק הדין).
17. לאחר סקירת מבחני המשנה שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון ערך בית המשפט הנכבד קמא שקלול של כלל מבחני העזר. אל מול מעמדו הציבורי של המשיב, היקף הפרסום וטיבו של קהל היעד העמיד בית המשפט הנכבד קמא את "תוכן הפרסום והקשר הדברים" והכריע כי האחרונים מטים את הכף לזכותו של המשיב (עמ' 30-29, סעיף 41).

#### (ג) הזיכוי באישום השלישי בשל אי התגבשות המבחן התוכני

18. בית המשפט הנכבד קמא זיכה את המשיב מן האישומים השני והשלישי בנימוק שדבריו לא היוו הסתה לאלימות בהיבט התוכני. אף שלמערערת טענות שונות ביחס לקביעותיו של בית המשפט הנכבד קמא באישום השני, המערערת אינה מערערת על קביעות אלו מן הטעם שהקביעות המשפטיות שזורות בקביעות עובדתיות שונות. המערערת מבקשת לערער על הקביעות לגבי האישום השלישי לגביו קבע בית המשפט כי היסוד התוכני אינו מתגבש בשל הפרשנות שיש ליתן לאמירתו של המשיב.
19. ביחס לאישום השלישי, קבע בית המשפט קמא כי דבריו של המשיב אינם עולים כדי קריאה או שבח לאלימות שכן האמירה כי "מלצר יחפש את בית החולים הקרוב" היא אמירה שניתן לפרש כפי שהציג המשיב בעדותו בבית המשפט, לפיה דובר בציון עובדה הנוגעת לפוטנציאל התלהטות הרוחות בחתונה של "נער גבעות" כמו זה שלו נישאה ביתו. בית המשפט אף ציין את גרסתו של המשיב לפיה החיוך אותו חייך בעת שאמר אמירה זו לא מבטא תמיכה בדברים אלא נובע מהעובדה שהוא היה בעיצומה של חתונת בתו (עמ' 43, פסקה 54 להכרעת דין). כך נקבע בהמשך הדברים:

**"הן מחקירתו הראשית והן מחקירתו הנגדית של הנאשם עולה, כי הנאשם אמר את הדברים מתוך היכרותו עם אופי החתונה ומשתתפיה. הכתבה זכתה לתואר "חתונת**

השנה של נוער הגבעות". הואיל ומדובר בחתונה של "נערי גבעות" נוכחותו של מלצר ערבי באירוע עלולה הייתה לגרום להסלמה ולאירוע אליים במהלך החתונה.

20. מכאן הגיע בית המשפט לקביעה בהכרעת הדין כי אין בדבריו של המשיב משום שבח של מעשה אלימות אלא רק תיאור של המציאות :

"המסקנה היא שתוכן הדברים אינו כולל קריאה מסוימת לפעול באלימות, ואינו מפורש דיו על מנת שיתפרש כקריאה לנקיטה ממשית של אלימות. בהתאם לפירוש הסביר שנתן הנאשם, מדובר בתיאור מציאות קיימת, כאשר הנאשם אינו מציין לשבח את האלימות, ולפיכך לא מתקיים המבחן התוכני." (עמ' 41, סעיף 49 להכרעת הדין).

21. בית המשפט הנכבד קמא ציין כי אף לו היה מקבל את ההנחה כי מדובר בפרסום המסית לאלימות, לא היה בפרסום זה כדי לגבש אפשרות ממשית וזאת מנימוקים דומים הנוגעים לתוכן הפרסום :

"ואולם גם לו הייתי מגיעה למסקנה כי מדובר בפרסום שיש בו דברי שבח לאלימות, הרי שלא מצאתי כי קיימת אפשרות ממשית שהדברים שאמר הנאשם יביאו למעשי אלימות. כאמור, הנאשם בדבריו לא קרא לביצוע מעשי אלימות, ולא אמר שיש להכות מלצרים פלסטיניים. הנאשם תיאר את המציאות הקיימת בחתונות של "נוער הגבעות". תיאור מציאות זו, גם אם יכול להתפרש כשבח למעשה אלימות, אין בו די על מנת לקבוע קיומה של אפשרות הממשית כי הדברים יובילו למעשה אלימות." (עמ' 43, סעיף 55).

#### (ד) הזיכוי מן האישום החמישי בשל אי התגבשות האפשרות הממשית לביצוע מעשה טרור

22. האישום החמישי נוגע לשיר ששר המשיב בקולו במהלך חתונה של שניים מחברי ארגון להב"ה, ביניהם שידך. בשירו שיבח המשיב את מעשה הטבח שביצע ברוך גולדשטיין. לא הייתה מחלוקת בין הצדדים כי עובדות כתב האישום הוכחו.

23. לאחר דיון בשאלות הראייתיות, קבע בית המשפט קמא הנכבד כי תוכנו של הפרסום הוא מסית, ומהווה דברי שבח ואהדה למעשה טרור, ודחה את הטענה כי דובר בשיר סאטירי.

24. יחד עם זאת נקבע כי נותר ספק בשאלה האם היסוד ההסתברותי בדבר אפשרות ממשית - התגבש. בית המשפט קמא תאר את התוכן המסית ואת המעמד המיוחד לו זכה המשיב בחתונה כשדכן וכמנהיג הארגון שרבים מחבריו נכחו בחתונה. לאחר מכן התייחס להתרשמותו הבלתי אמצעית מן הסרטון, וציין כי לא התרשם מ"אווירה חריגה" שעשויה לגבש אפשרות ממשית לביצוע מעשה טרור על ידי מי מהקהל בעקבות השיר ששר המשיב (עמוד 49 סעיף 69 להכרעת הדין).

25. בית המשפט הנכבד קמא ציין כי מהתיעוד לא ניתן ללמוד כי שירו של המשיב גרם ל"התלהבות חריגה או מוגברת" (עמ' 50 להכרעת הדין). בית המשפט קמא התייחס גם לריקוד הנצפה בתיעוד, ובו החוגגים רוקדים עם סכינים ורעלות פנים. בית המשפט קמא קיבל את דברי המשיב בעדותו לפיהם מדובר בנוהג נורמטיבי בחתונות של "נערי גבעות" ובקרב הציבור הדתי לאומי בחתונות (עמוד 51, סעיף 70 להכרעת הדין).

26. בהכרעת הדין נקבע כי "**הקשר הפרסום והמדיום בו נעשה שימוש**", קרי העובדה שהמשיב שר את האמור בחתונה פרטית, הוא כזה ששולל את התגבשות האפשרות הממשית. בית המשפט הנכבד קמא היה ער לפסיקה הסותרת בעניין זה בע"פ 34306-10-21 **מדינת ישראל נ' פלוניס** (2.3.23) (להלן: "**עניין פלוניס**"), אך מצא להבחין שתי הבחנות הנוגעות לאופן העברת המסר ולעיתו: בעניין פלוניס התוכן המסית הועבר אף באמצעים חזותיים וכן שהחתונה בעניין פלוניס התקיימה במועד "נפיץ" מספר שבועות לאחר מעצר החשודים ברצח בדומא (עמוד 51 סעיף 70 להכרעת הדין).

## טיעוני המערערת

### ה) שגיאת בית המשפט קמא ביישום מבחן האפשרות הממשית באישום הראשון

27. העבירות "הסתה לאלימות" ו"הסתה לטרור" (שאינה ישירה), כוללות מבחן הסתברותי שעניינו "אפשרות ממשית שהפרסום יביא לעשיית מעשה אלימות". אפשרות זו נבחנת בהתאם ל"**תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם**".

28. תיבות אלו זכו לפרשנות ברע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' מיכאל בן חורין** (נבו 26.12.2011) (להלן: "**הלכת בן חורין**") בו נקבעה דרך הבחינה של התגבשות המבחן ההסתברותי:

"הוא דורש כי בית המשפט יבחן את המקרה כמכלול, מבלי לקבוע מראש מעין מבחנים ראשיים. ודאי, מיהות המפרסם והאווירה השוררת בציבור הינם נתונים חשובים כאמור, אך הם אינם עומדים לבדם. יש לשקול גם שיקולים נוספים, כגון סוג האלימות המדוברת, היקף הקבוצה החשופה לאותה אלימות, היקף הפרסום וקהל היעד שלו, הקשר הפרסום, מקומו והמדיום שבו נעשה שימוש.

יש לשאול, בין היתר – מי אמר, מה נאמר, היכן נאמר, באיזה אופן נאמר, למי נאמר ובאיזו מסגרת נאמר. נכון יהא לתת את הדעת למהות הפרסום ואופיו: קריאה, דברי שבת, אהדה, עידוד, תמיכה או הזדהות. זו מצוות המחוקק – "תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם". חשוב עד מאוד להדגיש, כי אלו דוגמאות בלבד לרשימה שעשויה להיות חלק מהנסיבות. הרשימה שכלולה בתיבה "נסיבות" אינה סגורה, אלא פתוחה במכוון. מתפקידו של בית המשפט להתייחס למקרה שלפניו על מכלול מאפייניו כיחידה אחת המורכבת מתת-יחידות שונות. משקלה היחסי של נסיבה מסוימת עשוי להשתנות בראייה הכוללת של הדברים במקרה הקונקרטי."

29. על מנת לעמוד על משמעותה של הלכת בן חורין נבקש להתעכב מעט על ההקשר בו ניתנה. הלכת בן חורין התייחסה לשני פרסומים שהתרחשו באותו ערב פורים (17.3.2003) בעניינם של שני נאשמים ששיבחו את מעשה הטבח שביצע ברוך גולדשטיין. הדיונים בשני כתבי האישום נשמעו בפני שני מותבים שונים בבתי משפט השלום בירושלים: ת"פ 3525-06 **מדינת ישראל נ' בן ישי שמואל** (לפני כבי' הש' מינץ) ות"פ 3524-06 **מדינת ישראל נ' בן חורין מיכאל** (בפני כבי' השופט לי-רון) וזכו להכרעות דין שונות – בעוד בן ישי הורשע, בן חורין זוכה. שני הרכבים שונים בבית המשפט המחוזי אישרו את ההכרעות שניתנו בשלום. בע"פ 4715/09 **מדינת ישראל נ' בן חורין**

**מיכאל** (כב' הש' ענבר, שפירא ובן-אור) הציעו לקיים יחס של איזון פנימי- "מקבילית כוחות" בין שני קריטריונים אלה:

**"שני פרמטרים אלו שלובים האחד בשני ומשקלם שווה, במובן זה שככל שהפרסום משתמע יותר, קרי מהווה הבעת דעה אישית של אדם ואין בו קריאה מפורשת לעשיית מעשי אלימות, כך יש להחמיר בדרישת נסיבות הפרסום. במילים אחרות, יש לדרוש שהדובר יהיה דומיננטי במיוחד, ושהאווירה הציבורית תהא מתלהמת במיוחד, על מנת לקבוע כי יש אפשרות ממשית שקריאה משתמעת תוביל לעשיית מעשה אלימות או טרור."** (סעיף 6 לפסק הדין).

מסקנת בית המשפט המחוזי הייתה, כי השבח שבו נקט בן חורין כלפי מעשה הטבח, לא נעשה בקריאה ישירה, לכן אין די בהיקף פרסום משמעותי בראיון שפורסם בטלוויזיה, אלא נדרש שהדובר יהא אישיות מוכרת בעלת מעמד.

30. אולם בית המשפט העליון בהלכת בן חורין דחה את המבחן שהוצע בבית המשפט המחוזי ממספר סיבות:

"דעתי היא כי **המבחן המשפטי האמור אינו נובע מהסעיף**. ראשית, אין בסעיף הבחנה בין שתי החלופות. ייתכן שבמקרה מסוים של קריאה למעשה אלימות יהיה קל יותר להוכיח אפשרות ממשית להתרחשותו של מעשה אלימות מאשר בעידוד למעשה כזה; אך אין בדבר הכרח. הסיבה לכך מצביעה על נקודה נוספת: המבחן הוא תוכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם. **הסעיף אינו מציין במפורש את דומיננטיות המפרסם והאווירה המתלהמת**. ודוק: נתונים אלה רלוונטיים על פי המבחן הכללי שמופיע בסעיף – נסיבות הפרסום. ברם, העדר הפירוט בהגדרתן של נסיבות אלו איננו מקרי. הוא דורש כי בית המשפט יבחן את המקרה כמכלול, **מבלי לקבוע מראש מעין מבחנים ראשיים**."

אף שההלכה עמדה על כך שאין לקבוע מבחנים ראשיים היא הביאה דוגמאות למבחני עזר אשר עשויים לשמש בבחינה של פרסומים עתידיים: לצד מיהות המפרסם והאווירה השוררת בציבור נקבע שיש לשקול גם שיקולים נוספים כגון סוג האלימות המדוברת, היקף הקבוצה החשופה לאותה אלימות, היקף הפרסום וקהל היעד שלו, הקשר הפרסום, מקומו והמדיום שבו נעשה שימוש. עוד הודגש כי משקלו של כל רכיב עשוי להשתנות בהתאם לנסיבות הפרסום.

בחוות דעתה הסכימה כבי הנשיאה (כתוארה אז) ביניש לחוות דעת הרוב. הנשיאה ביניש ביקרה את פרשנות בית המשפט המחוזי וקבעה כי זו אינה מגנה באופן הולם על הערכים המוגנים בעבירות אלו:

**"הפרשנות שניתנה להוראת הסעיף על-ידי בית המשפט המחוזי מצמצמת את היקפה של ההוראה באופן שאינו נותן ביטוי הולם להגנה על הערך המוגן של מניעת הסתה למעשה אלימות או לטרור ואף למניעת עידודם של מעשים אלה."**

הנשיאה ביניש אף קבעה:

”...נוכח עוצמת הסיכון הנשקפת מפרסום גזעני ומהסתה לטרור מתחייב בעבירות אלה **מבחן הסתברותי ברמה נמוכה יותר**, וזאת בהתחשב באופיו ועוצמתו של הסיכון.”

31. כדוגמה ליישום המקובל של הלכת בן חורין, תפנה המערערת לרע"פ 8670/19 **עובד נ' מדינת ישראל** (27.02.2020) שם במקרה מאוחר יותר אישר בית המשפט העליון כי התגבשה אפשרות ממשית בשל פרסום של אדם, נעדר השפעה ציבורית, בקבוצת ווטסאפ יישובית. כמו כן בעניין **פלוניס** פיסקה 26, נקבע כי מפגן שביצעו קטינים במהלך חתונה שכלל בין היתר השחתת תמונות של נרצחים במעשה טרור, דקירה בסכין והנפת שלטים בכוונה להביע הזדהות או תמיכה ברצח שבוצע במשפחת דוואבשה, מגבש את המבחן ההסתברותי של אפשרות ממשית.
32. המערערת תטען כי שגה בית המשפט הנכבד קמא בקביעתו כי בענייננו לא התגבשה אפשרות ממשית לביצוע מעשה אלימות. קביעה זו, כך סבורה המערערת, סוטה מרחק רב מהלכת בן חורין, ומן האופן בו יושמה עד כה בפסיקה. המערערת תוסיף ותטען כי פרסומיו של המשיב בנסיבותיהם, מגבשים במובהק את המבחן ההסתברותי וזאת בין היתר לנוכח תוכנם הבוטה, מעמדו הציבורי, היקף הפרסום וטיב קהל היעד שאליו כוונו חיצונית מסריו של המשיב.
33. המערערת תטען כי שגה בית המשפט קמא בקביעותיו שתוכן הפרסומים מקל עם המשיב. המערערת תטען כי תוכן הפרסומים ונסיבותיהם חמורים ומובילים להתקיימות המבחן ההסתברותי לצד יתר השיקולים שבית המשפט קמא קבע כי מטים את הכף לקיומה של אפשרות ממשית לביצוע מעשה אלימות.
34. מעבר לכך תטען המערערת כי שגה בית המשפט קמא ביצירת מעין "נוסחת איזון" שגויה בין מבחני העזר שלדידו נתקיימו לבין אלה שלא נתקיימו, ובמסקנה אליה הגיע מנוסחה זו:
- "מחד, מעמדו הציבורי של הנאשם, היקף הפרסום וקהל היעד מטים את הכף לרעתו. עם זאת, תוכן הפרסום והקשר הדברים שנאמרו מטים את הכף לזכותו, באופן שיש בו לעורר ספק סביר בשאלה האם דבריו של הנאשם עלולים היו להוביל ברמת הסתברות של אפשרות ממשית, לביצוע מעשה אלימות נגד ערבים."** (עמוד 29 סעיף 41 לפסק הדין).

35. נוסחה זו אף חוזרת בהמשך הכרעת הדין (ביחס לאישום השני - עמ' 38, סעיף 49, ביחס לאישום השלישי - עמ' 43, פסקה 55, וביחס לאישום החמישי עמ' 49 פסקה 69 להכרעת הדין). המערערת תטען כי עריכת נוסחת איזון מעין זו מנוגדת במהותה לדין ולהלכה המנחה, ומיישמת פסיקה שנדחתה מפורשות על ידי בית המשפט העליון. נוסחה זו מבליעה בתוכה את ההנחה השגויה כי חולשה (ככל שמתקיימת) בחלק ממבחני העזר פועלת ל-"זכותו" של המפרסם. בעוד הבחינה הנדרשת היא למעשה פוזיטיבית - האם נתגבשו **די פרמטרים** כדי לראות בפרסום ככזה שמגבש את המבחן ההסתברותי. אין מדובר במבחן של מאזניים, אלא בחינה של דיות - האם השק התמלא.

36. זאת ועוד, נוסחה כמותית זו עומדת בסתירה להלכת בן חורין, בה נקבע שהמשקל שיש לתת לכל שיקול ישתנה לפי נסיבות העניין. כך למשל יתכנו מקרים בהם פרמטר בודד מתגבש אך ברור מנסיבות העניין שמשקלו מכריע ודי בו כדי לקיים את המבחן ההסתברותי. בנוסף, העובדה שפרסומיו של המשיב הופצו בתפוצה רחבה מאוד, מגדילה את קהל היעד, ובהתאם גם את האפשרות הממשית כי אחד מהנחשפים לאמירות יושפע מהם ויפעל באלימות ברוחם.

37. המערערת תטען, כי בהתחשב ברף ששורטט בפסיקת בית המשפט העליון - די בעובדה שהמשיב, מנהיג רב השפעה, פנה בשני המקרים לקהל רב והתבטא באופן המסית לאלימות, כדי לגבש את האפשרות הממשית. לשם הוכחת התהודה שרעיונותיו מעוררים, אף הוגש תדפיס חשבון הפייסבוק של המשיב (ת/15). בית המשפט הנכבד קמא עמד על כך ש"מעמדו הציבורי של הנאשם, השפעתו על פעילי הארגון והציבור התומך בדעותיו, הכולל בתוכו גם נערים, מביאים לכך כי לדברים המושמעים על ידי המשיב 'השפעה על קהל שומעיו'" (עמ' 28-29 להכרעת הדין).

38. המערערת תטען כי שגה בית המשפט הנכבד קמא באופן בו יישם את הלכת בן חורין. בית המשפט קמא אימץ מבחן מחמיר יותר לגיבוש אפשרות ממשית מזה שביקש בית המשפט העליון לקבוע בהלכת בן חורין (בה נדחה מבחן מקבילית הכוחות כאמור). בעוד שעל פי בית המשפט המחוזי בעניין בן חורין נדרש כי במקרה של אמירה של שבח למעשה אלימות ללא קריאה ישירה, על הדובר להיות אישיות בעלת השפעה או דומיננטיות, בענייננו אף אם נניח כי האמירה אינה קריאה ישירה, היא נאמרה על ידי איש דומיננטי בעל השפעה בתפוצה רחבה. קרי אף לפי מבחן מקבילית הכוחות של בית המשפט המחוזי בבן חורין – מדובר באמירה שצריכה הייתה לגבש אפשרות ממשית. הדברים אמורים מקל וחומר בשעה שבית המשפט העליון דחה את המבחן שם כמבחן מחמיר יתר על המידה.

39. המערערת תטען, כי שגה בית המשפט קמא בהתייחס למבחני העזר השונים כצדדים במעין מקבילית כוחות, או נוסחת איזון המניחה צדדים שונים הבאים זה כנגד זה. הלכת בן חורין הסתייגה ממקבילית כוחות זו וביקשה להימנע מקביעת מאפיינים אשר אי התקיימותם תוביל לחולשה ביכולת לגבש מבחן הסתברותי. המבחן שיושם בבן חורין אינו מתייחס לאילו מבחני עזר אינם מתקיימים, אלא האם מבחני העזר שמתקיימים מספיקים כדי לגבש אפשרות ממשית.

מבחני העזר השונים שהובאו כדוגמה בהלכת בן חורין נועדו לבחון האם משקלם המצטבר חוצה את הרף הנדרש לקיום המבחן ההסתברותי.

40. המערערת תטען כי המבחן ההסתברותי בענייננו של המשיב התקיים גם התקיים. בענייננו – די בשלושה מבחני עזר אשר משקלם המצטבר גדול במיוחד – מיהותו של הדובר, היקף הפרסום וקהל היעד, כדי לגבש לבדם את מבחן "האפשרות הממשית".

41. בית המשפט הנכבד קמא קבע תחילה כי מבחינה תוכנית דבריו של המשיב מהווים הסתה לאלימות, לאחר מכן קבע כי המבחנים המרכזיים הנוגעים למעמדו, להיקף התפוצה ולטיב קהל היעד מתקיימים במלואם. אולם בסופו של דבר קבע כי המבחן ההסתברותי לא מתקיים בגלל טיבו של התוכן בהקשרו, שכאמור עליו כבר נקבע שהוא עומד במבחן התוכני. המערערת תטען כי משעה שנקבע שדבריו של המשיב מהווים הסתה בהקשר בו נאמרו, וכל יתר מבחני המשנה התגבשו, שגה משקבע כי אין בתוכן דבריו כדי לגבש אפשרות ממשית.

42. שגה בית המשפט קמא עת התייחס לעיתוי הפרסום והנסיבות בהן פורסם כנסיבה הפועלת לזכותו של המשיב. בית המשפט קמא ציין שהמשיב תיאר "סיטואציה מסוימת, של בחורים ערבים שהותקפו לאחר שתקפו נערות יהודיות, כך שלא ניתן לומר כי הדברים כווננו כתמיכה למעשה של תקיפה של חפים מפשע" (עמ' 28 להכרעת הדין). המערערת תטען כי לצורך התגבשות יסודות עבירת הסתה לאלימות, אין צורך כי האלימות תופנה כלפי "חפים מפשע" והמשיב אינו רשאי לעודד עשיית דין עצמית. המערערת תטען כי שאלת ההצדקה אותה מצא



המשיב לביצוע האלימות אינה מפחיתה מן האפשרות הממשית לכך שזו תבוצע, ומכל מקום ההקשר האמור אינו מפחית מן השבח שבמעשה האלימות ואולי אף להיפך.

43. המערער תטען כי קביעת בית המשפט לפיה דבריו של המשיב התמקדו בהבעת תרעומת כלפי המשטרה (עמ' 27 להכרעת הדין), אינה שוללת את המסקנה המתבקשת כי דבריו מהווים הסתה לאלימות. דומה כי אף בית המשפט הנכבד קמא בעצמו עמד על כך במקום אחר "אין הדבר שולל את העובדה שמדובר בשבח למעשה אלימות" (סעיף 39 להכרעת הדין) ומכל מקום אין בכך כדי לשנות במאומה מהתגבשות המבחן ההסתברותי.

44. המערער תטען כי מידת הקונקרטיזציה של האמירה המשבחת אלימות, עשויה להשפיע על האפשרות הממשית כי אחרים יבצעו אותה. בענייננו מדובר באירוע תקיפה ספציפי וחדשותי שאירע זה מכבר ובו המשיב התראיין סמוך למקום האירוע והעניק לו גוון אקטואלי. לא מדובר באירוע כללי או מעורפל. על כן השומעים קיבלו את דברי המשיב באופן שמבהיר באילו נסיבות "מוצדק" כביכול להשתמש באלימות ויש בכך כדי לחזק את יסוד האוירה הציבורית.

#### **(ו) האישום השלישי – הפרשנות הסבירה היחידה היא פרשנות המגלה אהדה לאלימות**

45. המערער תטען כי דרך הילוכו של בית המשפט קמא המאמצת את פרשנות המשיב, היא בלתי סבירה ואינה עומדת במבחנים בסיסיים הנוגעים להבנת הנשמע. להלן דברי המשיב שיוחסו לו באישום השלישי:

**"בחתונה - התנאי הראשון שאני הולך לחתונה, זה שאין פלסטינים בחתונה אצלנו. אין ערבים בחתונה. אצלנו זה על טהרת העבודה העברית. בוא נגיד שאם היה פה מלצר ערבי הוא לא היה מגיש את האוכל" (הנאשם מחייך).**

46. המערער תציין כי אף שבית המשפט קמא למעשה אימץ את פרשנותו של המשיב, אין בקביעותו ממצאי עובדה או מהימנות. בענין זה כבר נקבע כי כלל אי ההתערבות ייסוג לאחור כאשר מדובר במסקנות להבדיל מעובדות; וכן כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על ראיות בכתב, תמליל קלטת, התרשמות מחפץ וכיוצ"ב, לגביהם אין לערכאה הדיונית עדיפות מובנית על-פני ערכאת הערעור וכאשר הערכאה הדיונית אימצה גרסה מופרכת וחסרת היגיון; (ראו: דברי כב' השופט יי עמית בע"פ 8146/09 **אבשלום נ' מדינת ישראל**, פס" 13-21 (8.9.2011), בע"פ 8642/19 **הייב נ' מדינת ישראל**, פס" 36 [פורסם בנבו] (13.10.2021) ) וכן יניב ואקי, **דיני ראיות** (כרך א, 2020) פרק 13: "התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי מהימנות ומשקל", עמ' 471.

47. בענייננו תטען המערער כי במסקנותיו, בית המשפט קמא נמנע מלתת כל ביטוי לאופן הקישור בין שני חלקי דבריו של המשיב. המשפט הראשון מדבר על התנאי שהנאשם מציב להשתתפות בחתונה – קיומה ללא עובדים ערבים. בשלב זה מבקש המשיב להדגים את מידת רצינותו בחוסר המוכנות שלו ללכת לחתונות בהם יש "פלסטינים" והוא עושה זאת במילים "בוא נגיד" ולשם כך הוא מרמז (בזמן שהוא מחייך): "אם היה מלצר ערבי הוא לא היה מגיש את האוכל". הנאשם כמו ממתין עד שיישאל לכוונתו, וכשהוא אכן נשאל "אז מה הוא היה עושה?" הוא הבהיר את דבריו "הוא היה מחפש את הבית חולים הקרוב".

48. הפרשנות לפיה המשיב אמר את הדברים במבט של גורם מן החוץ אשר ניתח את אורחותיהם של נערי גבעות, אינה מתיישבת עם האמירה של המשיב עצמו. פרשנות זו מנוגדת לשכל הישר ולהגיון. המשמעות הפשוטה היא כי הסיבה לאלימות הצפויה היא בגלל אי העמידה בתנאי שהמשיב הציב כשהוא הולך לחתונה – אי הימצאות מלצרים ערבים.
49. בחלק הראשון של דבריו אמר המשיב כי אי הימצאות מלצרים ערבים בחתונה הוא תנאי ראשון עבורו להגעה למקום. המשיב הבהיר כי הדבר נובע מתפיסת עולם אותה הוא חולק עם אחרים **”אצלנו זה על טהרת העבודה העברית”**. הוא קינח את דבריו בדוגמה להמחשת תפיסת עולם זו במקרה שהתנאי שהציב לא התקיים.
50. המערערת תטען כי שגה בית המשפט הנכבד קמא בבחינת האפשרות הממשית באישום השלישי שעה שקבע כי אף אם יניח שמדובר בפרסום שיש בו דברי שבח לאלימות, לא מתקיימת אפשרות ממשית שהדבר יוביל למעשה אלימות. המערערת תטען, כי שגה בית המשפט קמא משנמנע מלבחון את אמירתו של המשיב במבחני עזר כלשהם כפי שנקבע בהלכת בן חורין. המערערת תטען כי בחינה שכזו הייתה צריכה להעלות כי מיהותו של המשיב, יחד עם העובדה שדבריו שודרו במהדורת החדשות המרכזית של ערוץ 2, מספיקים בנקל על מנת לעמוד במבחן ההסתברותי ונפנה לעניין זה לניתוח האמור בפרק (ה) לעיל, היפים גם לאישום זה.

**(ז) האפשרות הממשית באישום החמישי - השגיאה ביישום המבחן ההסתברותי**

51. בבוא בית המשפט הנכבד קמא לבחון את שאלת התגבשות היסוד ההסתברותי באישום החמישי, הוא שב ובחן את מבחני העזר השונים בשיטת המאזניים. בית המשפט הנכבד קמא איזן בכף האחת את התקיימותם של מבחני העזר הנוגעים ל”מיהות המפרסם ותוכן הפרסום” ובכף השנייה הניח את חולשת מבחני העזר הנוגעים ל”נסיבות הפרסום, מקומו והמדיום שבו נעשה שימוש”.
52. בית המשפט הנכבד קמא עמד על חומרת התוכן – ”מה אמר” - השבח של מעשה הטבח של ברוך גולדשטיין. ”מי אמר” - המעמד המיוחד לו זכה המשיב בקרב הקהל בחתונה ששמעו את דברי ההסתה.
53. עם זאת, שגה בית המשפט הנכבד קמא בקבעו כי לא הייתה בחתונה **”אווירה חריגה היכולה ללמד על קיומה של אפשרות ממשית לביצוע מעשה טרור על ידי מי מן הקהל בעקבות השיר ששר הנאסם.”**
54. המערערת תטען כי די בעובדות כתב האישום באישום זה, עובדות שלא הייתה מחלוקת כי אלה

הוכחו, כדי ללמד כי האווירה בחתונה זו אכן הייתה חריגה, מתלהמת ונפיצה:

**"לאורך אירוע החתונה, החל משלב ארוחת הערב ובעיקר בשלבים שונים במהלך מסיבת הריקודים שהתקיימה במקום, הניפו חלק ממשתתפי החתונה - שזהותם אינה ידועה למאשימה - סכינים, מצ'טות ובקבוקים המזדמים בקבוק תבערה; התכסו כרעולי פנים; דקרו וקרעו תמונות של צוררי ישראל; ושרו שירים וקראו סיסמאות בעלות תוכן המסית לאלימות והמסית לגזענות נגד האוכלוסייה הערבית-מוסלמית."**

וכן בהמשך:

**"במהלך השמעת הפזמון, נופף הנאשם בידיו ושילהב את קהל הרוקדים. סמוך לאחר מכן, השמיע הנאשם את הסיסמה "מוחמד מת, מוחמד מת". באותה עת, חלק ממשתתפי החתונה שנתרו במסיבה לבשו חולצות של ארגון להב"ה, היו רעולי פנים או מכוסים פנים בצורה חלקית, וחלקם נופפו בסכינים או סימנו תנועת "אקדח" באמצעות ידיהם."**

55. שגה בית המשפט הנכבד קמא בכך שראה בנסיבות החתונה - ריקוד של רעולי פנים תוך הנפת סכינים וסימוני תנועת אקדח - כאווירה נורמטיבית. לצורך כך אין כל משמעות לשאלת החריגות של חתונה זו לעומת חתונות אחרות של "נערי גבעות". אין צורך במומחיות על מנת לעמוד על כך שהשמעת שירים הנוגעים לשבח רצח של חפים מפשע, מגבשים אפשרות ממשית בקרב קהל "נערי גבעות" שבלאו הכי נוטה לקיצון. בנסיבות מסוג זה אין כל פלא שמייד לאחר ששר המערער את שיר ההלל לברוך גולדשטיין, פצח אחד מתלמידיו בשיר "דומא דומא נשרפה". שירי הלל לרוצחי חפים מפשע נענים בשירי הלל לרוצחי חפים מפשע.
56. שגה בית המשפט הנכבד קמא מראה ברעלות הפנים ובסכינים כמאפיינים "אווירה פורימית". המערערת תטען כי אין לראות בעטיית רעלות פנים ושימוש בסכינים או תנועות רובה על רקע שירים המשבחים מעשי טבח המוניים או פיצוץ מסגדים כאווירת פורים.
57. המערערת תטען כי בניגוד למשתמע מפסק הדין, לא היה מקום או צורך להביא עד מומחה אשר יתייחס לנפיצות תקופה ספציפית בהתייחס ליחסים שבין ערבים ליהודים במדינת ישראל. אין צורך במומחה כדי להכיר את המציאות במדינת ישראל בעשור האחרון – בה אירוע רודף אירוע ופעולות תגמול ונקמה אינן חזון נפרץ. מכל מקום לא היה מקום לדרישה להצבעה על "אווירה חריגה" לצורך התגבשות יסוד הסתברותי של אפשרות ממשית.
58. המערערת תטען כי אף באישום זה סטה בית המשפט הנכבד קמא מהלכת בן חורין בכך שיצר מבחני עזר "ראשיים" ועדיפים שאי התקיימותם משליכה על אי התגבשות אפשרות ממשית לביצוע מעשה טרור, מבלי לבחון את כלל הפרמטרים כמכלול. בית המשפט הנכבד קמא ראה במידת הנפיצות של מועד ההסתה ושימוש באביזרים ויזואליים כהכרחיים על מנת שהסתה בחתונה תגבש אפשרות ממשית, והמאשימה תטען שלא כך היא.
59. המערערת תטען כי שגה בית המשפט הנכבד קמא בהבחנה שערך בין פסק הדין בעניין פלוני לענייננו, במסקנתו לפיה לצורך גיבוש יסוד האפשרות הממשית נדרש כי השבח יהא של מעשה טרור אשר בוצע בעת האחרונה. המערערת תטען כי אין זכר לדרישה מסוג זה בפסיקת בית המשפט העליון וכי מדובר בחידוש שגוי שאין לו מקום. כך גם לא ברורה ההבחנה שעשה בית

המשפט הנכבד בין אמצעים וויזואליים בעניין פלונים לבין מקרה זה בו השירה של הנאשם לא הייתה באמצעים וויזואליים. המערערת סבורה כי אין כל הבדל בין סוג האמצעי וניתן אף לטעון שמקרה זה של קריאה במיקרופון אותה ניתן לקלוט בכל רחבי האולם, הינה משמעותית יותר ממעשה ויזואלי הנעשה במעגל מצומצם יחסית, אותו יכולים לראות רק אלו הסמוכים לרחבת הריקודים.

60. המערערת תוסיף ותטען כי ניתן ללמוד על האווירה הציבורית באולם החתונה מהאלימות הגלויה שהובעה במסרים ורבליים וחזותיים על ידי משתתפי החתונה. אקלים אלים ומתוח זה אינו במחלוקת ודומה שנעלם מעינו של בית המשפט הנכבד קמא.

61. מעבר לכך תטען המערערת כי עניינו של המשיב מובהק מעניינם של הקטינים שעניינם נדון בעניין פלונים בשל מעמדו הייחודי. בעניין פלונים הנאשמים היו משתתפים בחתונה – חברי החתן והכלה, גורמים הנעדרים כל השפעה ציבורית. לעומתם, המשיב היה "כוכב האירוע". החתן והכלה הכירו במסגרת פעילותו בארגון אותו המשיב מנהיג ובשידוכו של המשיב. רוב הקהל היו חניכים בתנועה אותה הנהיג המשיב. המשיב בחר לנצל את הבמה שהוקנתה לו בשל מעמדו הציבורי והאישי בקרב הנוכחים בחתונה על מנת לשיר שירי שבח והלל לטבח בחפים מפשע.

62. המערערת תטען כי קיימים קווים משיקים רבים בין "חתונת השנאה" שבעניין פלונים לשנאה והאלימות שהובעו בחתונה בענייננו. בעת שהמשיב שר את שירו, רקדו אחרים והביעו את הזדהותם עם המסרים האלימים באמצעים ויזואליים, בקבוקי תבערה, תנועת אקדח והנפת סכינים. השילוב של מסר מילולי ברור בצירוף ההדגמה הוויזואלית של תלמידיו של המשיב, מייצרים שילוב שקשה להעלות על הדעת חמור ונפיץ ממנו. המשיב, כמורה ומנהיג, מציב דמות רוצח כדמות מופת ומעשה רצח כמעשה של קדושה דתית. האפשרות הממשית המתגבשת בענייננו מובהקת לא פחות מהנסיבות הכוללות שנידונו בעניין פלונים.

63. יוער כי לאחר שניתנה הכרעת הדין בעניינו של המשיב ניתן פסק דין נוסף בעניינה של "חתונת השנאה" - ע"פ (מחוזי י-ם) 8504-06-23 יקיר אשבל נ' מדינת ישראל (נבו 16.05.2024) שם אומצו שוב הקביעות העקרוניות שנקבעו בעניין פלונים.

לעניין זה יפים הדברים שנאמרו ברע"פ 7669/15 ראאד סלאח מחאג'נה נ' מדינת ישראל (18.04.2016):

**"שימוש במילים טומן בחובו כוח רב, ואף הרסני לעיתים; ועל כן כבר נאמר כי "חיים ומוות ביד הלשון". על מנהיגים ואנשי ציבור מוטלת חובה מוגברת בהקשר זה, ובעיקר באקלים הטעון של הסכסוך הישראלי-פלסטיני".**

64. המערערת תטען, כי אף עבירת ההסתה לאלימות היא עבירה התנהגותית אשר היסוד ההסתברותי בה משקף את הפוטנציאל שיש בפרסום המסית. לפיכך שגה בית המשפט הנכבד קמא בהכרעת דינו כשציין כי "הרושם העולה מצפייה בסרטון החתונה הוא שאין התייחסות ממשית מצד קהל השומעים למילות השיר..." (עמ' 51, סעיף 69).

65. המערערת תטען כי מדובר בהבחנה שגויה שאין בה כדי לקבוע אם התקיים היסוד ההסתברותי אם לאו, ובפרשנות משפטית מוטעית של העבירה ושל היסוד ההסתברותי. בית המשפט שגה בכך שבחן את העבירה משל מדובר בעבירת תוצאה. מושכלות יסוד, כי היסוד ההסתברותי של עבירת ההסתה לא דורש הוכחה כי ההסתה השפיעה בפועל באופן כלשהו על קהל שומעיה אלא

כי בנסיבות העניין עשויה הייתה להשפיע. המערערת תטען כי פרשנותו של בית המשפט בהקשר זה הינה פרשנות מוטעית, ללא כל בסיס ובניגוד להלכה הפסוקה ולהגיון ומצדיקה, לפיכך, התערבות ערכאת הערעור.

66. באופן דומה תטען המערערת כי ניסיונו של בית המשפט ללמוד מחוות דעתו הסובייקטיבית של העד שמעון עייש (התקליטן) על כך שהוא סבר שמדובר ב-"אירוע רגיל", שגויה ואין בה כדי ללמד על היעדר "אפשרות ממשית". המערערת תטען, כי היסוד ההסתברותי מחייב אך ורק לבחון אם קיים **פוטנציאל**, "אפשרות ממשית" שהפרסום ישפיע על אחרים לבצע מעשי אלימות. יוטעם, כי מבחן "האפשרות הממשית" אשר נבחר כיסוד ההסתברותי בעבירות הסתה נבחר תוך הבחנה ברורה בינו למבחנים ההסתברותיים אחרים כמו מבחן ה"וודאות הקרובה".

67. בית המשפט הנכבד קמא סיכם כך את בחינת היסוד ההסתברותי:

**"סיכומו של דבר: לא התרשמתי כי האווירה בחתונה היתה יצרית או מתלהמת באופן חריג, והרושם העולה הוא כי לא היתה התייחסות של ממש מצד האורחים למילות השיר.**

[...]

**אציין, שלו היה הנאשם משמיע את דבריו במסגרת כינוס פוליטי, בעצרת כלשהי או בהפגנה, היה מקום לתת משקל אחר לדברים שנאמרו על ידי הנאשם. ואולם, בהתחשב בכך שמדובר בחתונה שהיא אירוע פרטי, כאשר לא היתה התייחסות ממשית מצד האורחים לתוכן הדברים המושמעים, לא שוכנעתי כי הוכח קיומה של אפשרות ממשית לביצוע מעשה טרור מעבר לספק סביר."**

68. המערערת תטען כי סיכום זה שגוי מן היסוד, עובדתית ומשפטית. האווירה בחתונה הייתה יצרית ומתלהמת. אין צורך בהוכחת התייחסות מסוימת של האורחים, אף שבמקרה זה זכו דבריו של המשיב להתייחסות ויזואלית ברורה. העובדה שהמשיב השמיע את הדברים בחתונה, אינה מאיינת את דבריו. דובר בחתונה שאינה אירוע פרטי, אלא למעשה בכינוס של חברי תנועת להב"ה אותה הנהיג המשיב. חזרת המסרים הללו באופן גלוי כאשר המשיב היה מצוי בקרבה ובשמחה עם קהל חניכיו ותלמידיו, הופכת מסרים אלה לבעלי פוטנציאל השפעה רב לא פחות ואולי אף יותר מכל מקום המערערת תטען כי אין קשר בין היותו של אירוע "פרטי" או "פוליטי" כדי להשפיע על שאלת האפשרות הממשית. בנסיבות אלה סבורה המערערת כי קביעותיו של בית המשפט הנכבד קמא אינן עולות בקנה אחד עם העובדות בהן הורשע המשיב, אינן עולות בקנה אחד עם הנצפה בסרטון האירוע וסוטות במידה ניכרת מן ההלכה הפסוקה ומפסק הדין המנחה בעניין פלוניס.

69. המערערת תטען כי שגה בית המשפט הנכבד קמא משעה שנמנע מלראות את התמונה הכללית העולה מכלל אמירותיו של המשיב. האישומים הראשון, השלישי והחמישי עוסקים בשבח למעשי אלימות כלפי ערבים: בראשון, שבח של עשיית דין עצמית בערבים שלפי הטענה "התחילו" עם יהודיות, בשלישי תמיכה באלימות כלפי מלצרים ערבים, ובחמישי תמיכה במעשה טבח של מתפללים מוסלמים חפים מפשע.

70. המשיב ניצל את מעמדו על מנת להפיץ מסרים אלו באופן שיטתי. משנה זו בכללותה כפי שהיא נקלטה בידי שומעיו, מחזקת את האפשרות הממשית שכל אחד מפרסומים אלה ימצא אוזן קשבת אצל אדם המחפש אסמכתא לנקיטה בפעולות אלימות.

### הערעור על גזר הדין

71. המערערת תטען כי בית המשפט הנכבד קמא שגה בענישה שעניינה דרכי טיפול ושירות לתועלת הציבור בגין האישום הרביעי בו הורשע המשיב. המערערת תטען כי הפסיקה שהובאה על ידי בית המשפט קמא אינה תומכת במתחם הענישה שנקבע בסופו של דבר. לעניין זה תפנה המערערת לפסקי הדין הבאים: רע"פ 7669/15 **ראאד סאלח מחאג'נה נ' מדינת ישראל** (18.4.16), רע"פ 2376/17 **עומר אבו סארא נ' מדינת ישראל** (18.4.17), ת"פ (שלום ירושלים) 29733-11-15 **מדינת ישראל נ' חאלד מוגרבי** (14.3.16). בכל המקרים בהם נשמעו דברי הסתה בידי איש ציבור, נקבעו מתחמים שאינם כוללים ענישה של שירות לתועלת הציבור אלא ענישה מחמירה יותר. המערערת תטען כי המקרים שנסקרו על ידי בית המשפט הנכבד קמא, הכוללים ענישה של שירות לתועלת הציבור, אינם דומים או מתאימים לענייננו.

מן הטעמים המפורטים להלן, תבקש המערערת מבית המשפט הנכבד להתערב בפסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא, לקבוע כי המשיב הסית לאלימות ולטרור וכי התגבש היסוד ההסתברותי של אפשרות ממשית שאמירותיו של המשיב יביאו למעשה אלימות או טרור ובהתאם להרשיע את המשיב באישום הראשון, השלישי והחמישי בכתב האישום ולהשיב את התיק לבית המשפט קמא לטיעונים לעונש. בצד הערעור על הכרעת הדין תבקש המערערת כי עונשו של המשיב יוחמר באופן ההולם את מעשיו והתואם את מדיניות הענישה הנוהגת.

עמיחי מרקס, עו"ד

אשרת שהם, עו"ד

סגן בכיר א' בפרקליטות מחוז ירושלים

מנהלת מחלקה

בפרקליטות מחוז ירושלים - פלילי

ירושלים, ה' תמוז תשפ"ד, 11 יולי 2024