



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

לפני כבוד השופטת שלומית בן יצחק

בעניין: מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז ת"א (פלילי)

המאשימה

נגד

יוסף בן דהן

ע"י בא כוחו, עוה"ד זהר ארבל

הנאשם

הכרעת דין

אני מורה על זיכוי הנאשם, מחמת הספק, מהעבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

כתב האישום, המענה לו והשתלשלות ההליך

עובדות כתב האישום

1. על פי עובדות כתב האישום ביום 28.12.2020 פתח יקיר ב', ולהלן: יקיר, קבוצת WhatsApp בשם "האוסולניקים", ולהלן: הקבוצה, שמנתה בעת הרלבנטית כ-40 חברים.

2. בזמן אירועי מבצע "שומר החומות" היתה נתונה האוכלוסייה האזרחית במדינת ישראל תחת מתקפה של אלפי רקטות שנורו מרצועת עזה. במקביל - התעורר גל הפרות סדר והתפרעויות אלימות ברחבי הארץ על רקע לאומני, כולל גרימת נזק והצתות של בתי עסק, רכוש ובתי תפילה והתרחשו תקיפות אזרחים יהודים וערבים זה כלפי זה. בשלב זה, הפך השיח בין חברי הקבוצה לבעל אופי אלים, כאשר הנושא היחיד שדובר בה היה הפרעות בין יהודים לבין ערבים.

הנאשם ואחרים דנו בהתארגנות ממשית ובקריאה להתכנסות לצורך פגיעה באנשים ממוצא ערבי. על רקע אירועי מבצע שומר החומות, פרסם הנאשם קריאות ישירות, שמטרתן להסית לביצוע מעשה טרור ולתיאום פעולות כוחניות ואלימות נגד אנשים ממוצא ערבי.

א. ביום 10.5.2021 החלה התכתבות בקבוצה כמפורט להלן (ציטוטי האמירות הובאו כלשונם):

הנאשם: "כמו שהם עושים שם ליהודים בירושלים צריך לעשות לכל הפועלים משכם פה באזור".

(בהמשך, אתייחס להודעה זו כהודעת הפועלים, ש.ב.).

יקיר: "בוא נעשה פה"; "בהרצליה"; "רק חבל שאנחנו נצא הנאשמים בסוך".

הנאשם: "כן ברור אבל כבר חאלס זה לא עניין של פשעי"; "זה עניין של יהדות".

(בהמשך, אתייחס להודעה זו כהודעת עניין של יהדות, ש.ב.).

ב. ביום 11.5.21 ובתגובה למטח רקטות שנורו לעבר מרכז הארץ, שלח משתתף בקבוצה המכונה: "אלעד יבנה" תמונה של פצועה מרקטה ובתגובה הנאשם ואחרים התכתבו, כמפורט להלן:



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

אסי ס', ולהלן: אסי: "כואב הלב", ואז פרסם הודעה קולית: "כל אחד שרואה ערבי ברחוב ויש לו הזדמנות לזיין אותו בלי להיעצר, חייבים", ומיד פרסם הודעה קולית נוספת: "אני נגיד עכשיו עם הגז פלפל פה בדיוק בדרך לירושלים, אם עכשיו אני רואה ערבי, מרסס אותו דופק לו ת'קסדה 6 פעמים בראש ונוסע".

המכונה "שמעון מ", ולהלן: שמעון: "יהודים מזיינים ערבים".

הנאשם: "שמע יש מלא ערבים באזור גליל ים"; "איפה שבונים"; "בכללי בכל מקום שבונים יש פה משכס"; "קדימה".

(בהמשך, אתייחס להודעות אלו, בהתאמה, כהודעות המיקומים ו-קדימה, ש.ב).

אסי: "תהיו גברים, בואו נתאחד, נלך קבוצה 5,6,10 כמה שבאים. נתפוס אחד נחלאה אותו, גז פלפל, אגרופנים, אלות לראש, נשבור אותו"; "נעשה לינץ' כמו השרמוטות האלה עושים. נלך 5,6 נתפוס אחד נחלאה אותו. גז פלפל, אגרופנים, אלות לראש נשבור אותו".

יקיר: "המשטרה לא מתערבת"; "אפשר לעשות מה שרוצים".

הנאשם: "מה יש להם להתערב היום ירו אליהם בלוד על שוטרים".

יקיר: "להרוג אותם ולזרוק אותם לצד הכביש".

הנאשם: "זהו זה ערבים יהודים זה מלחמת אזרחים".

(בהמשך, אתייחס להודעה זו כהודעת מלחמת האזרחים, ש.ב).

ג. ביום 13.5.21 המשיכו הנאשם ואחרים בשיח, כמפורט להלן:

המכונה אופיר פרסם הודעה קולית: "צריכים לצאת ולעשות בלאגן ברחובות".

אסי: "חייבים את אבו סעיד זה דבר ראשון. הבן זונה פתוח כאילו כלום".

המכונה אופיר: "סעיד והתחנת דלק איפה הרב קוק כל האזורים האלה".

אסי: "שם אין יותר מסעדות"; "אנחנו צריכים להתמקד פה לא לחכות שיהיה לנו בלאגן ואז נגיד בואו לפה"; "צריך עכשיו!!!"; "שאפשר עוד".

הנאשם פרסם הודעה קולית: "כן כן אחי כן צריך פה פה אחי להתחיל פה אחי הינה יש כל מיני הודעות אני לא יודע אם זה אמיתי שמתכוונים ערבים לבוא לפה לכפר סבא אחי. צריך להיות בהיכון".

3. בגין האירועים המתוארים לעיל, הואשם הנאשם בשתי עבירות לפי סעיפים 24(ב)(1) ו-2) לחוק המאבק בטרור, תשע"ו – 2016 ולהלן: החוק או חוק המאבק בטרור. זאת, בנוגע לאמירותיו בימים 10.2.2021 ו-11.5.2021 (סעיפים 2א ו-2ב לעיל); בגין ההודעה שפורסמה ביום 13.5.2021 (סעיף 2ג לעיל) לא יוחסה לנאשם עבירה.

4. יוער, כי כתב האישום תוקן פעמיים, בנוגע לרשימת עדי התביעה ובקשר לטעות קולמוס שנפלה בו, אך לשם הנוחות אתייחס בהכרעת הדין לנוסחו האחרון ככתב האישום (להבדיל מכתב האישום המתוקן בשנית).





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

המענה לאישום

5. ביום 25.2.2022 נמסרה תשובת הנאשם לכתב האישום. הנאשם הודה בעובדות כתב האישום, אך טען כי אין בהן בכדי לגבש עבירת הסתה לטרור. לדברי בא כוחו: "... אנחנו רואים בתכלית של החוק מתייחסת לרוב לפרסומים באופן פומבי. השתייכות לארגון טרור יותר מתאים לאנשים שמובילי דעה שיוצאים לקריאה במסגדים ולא על ידי קבוצה משפחתית מורכבת מבני משפחה. יחד עם זאת, אנו רואים את התגובות שהיו בתוך הקבוצה שחלילה אני לא ממעיט באמירות אלה שכיום קיימות גם בתקשורת מדי יום עם אותן אמירות זהות ולמרות זאת לא מועמדים לדין".

מהלך דיוני התיק

6. לאחר מתן תשובת הנאשם לכתב האישום, נקבע התיק לשמיעת ראיות. עובר לכך, ביום 6.9.2022 התקיימה לפני ישיבה לפי סעיף 144 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב – 1982, ולהלן: חוק סדר הדין הפלילי. במסגרתה הוסכם כי המאשימה תגיש תיק מוצגים, חלף השמעת עדיה במסגרת פרשת התביעה.

במהלך ישיבה זו עלה כי בעניינם של שניים מחברי הקבוצה, יקיר ואסי, הוגש כתב אישום בגין עבירות הסתה לטרור, והם הורשעו בו על יסוד הודאתם. בנוסף, בשלב סיכומי הצדדים הודיעה באת כוח המאשימה כי למעט מעורב אחד נוסף, אלון שמו, שבעניינו טרם נתקבלה החלטה סופית, תיקיהם של יתר משתתפי הקבוצה "נבחנו ונסגרו בגלל קשיים ראיתיים ואופי ההתבטאויות" (עמ' 48, ש' 13-14 לפרוטוקול הדיון).

לתיק הוגשו הודעות הנאשם במשטרה (ת/1 ו-ת/2), הודעותיהם של שניים מחברי הקבוצה: יקיר (ת/4) ואלעד ב', ולהלן: אלעד (ת/3), רצף מכלול ההתכתבויות בקבוצה (ת/6) ודוח תובנות המרכז את מקבץ ההתכתבויות העיקרי והרלבנטי - לשיטת היחידה החוקרת - מתוך ת/6 (ת/5).

ביום 13.9.2022 נשמעה עדות הנאשם, ולאחריה, סיכמו הצדדים טענותיהם.

דיון והכרעה

7. עיינתי בחומר הראיות ושקלתי דברי הנאשם וטיעוני באי-כוח הצדדים. כאמור בפתח הכרעת הדין, אשמתי הנאשם לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר.

8. תחילה נסקור גרסות הנאשם, בחקירתו ובבית המשפט; בהמשך אדרש לתשתית המשפטית, להוראות החוק ולפרשנותן ובשלב העוקב יבחנו הודעות הנאשם, בהקשרן, בהתאם לאותה תשתית, הערכים המוגנים בעבירת ההסתה לטרור והמגמות הפרשניות.

9. נבחן הדברים כסדרם.

חקירות הנאשם במשטרה

10. הנאשם נחקר פעמיים: ב-16.6.2021 ולמחרת היום, למעלה מחודש לאחר פרסום הודעותיו; זאת, כפי שעלה במשפט, עקב קשיי איתור ותיאום הגעה לחקירה.

בחקירתו הראשונה, בה הוחשד בהסתה לאלימות, לגזענות ולטרור, שמר הנאשם, ככלל, על זכות השתיקה, תוך שהוא מצייין כי זו עצת עורך דינו. הוא אף סרב לחתום על גבי הודעתו. הנאשם לא השיב לשאלות שהופנו אליו, לרבות בעניין מקום מגוריו, עיסוקו, מספר הטלפון בו הוא משתמש, היכרותו עם מעורבים נוספים בפרשה ומהות השיח שהתנהל בקבוצה וכשהוטח בו תוכן ההודעות מושא כתב האישום, לא הסבירן. הנאשם המשיך בשתיקתו גם כשנשאל לגבי אירועי אלימות קונקרטיים, שלא אוזכרו בכתב האישום. בסוף הודעתו זו ציין: "אין לי קשר לכל מה ששאלת אותי, לא הייתי מעורב בשום פעילות או בשום משהו שקשור לאלימות, הסתה או גזענות", ולדבריו, יש לו שותף ערבי "שאני מפקיד לו קנטינה כל חודש ואני עובד עם ערבים. אני לא בן אדם גזען ולא הסתתי אף אחד" (ת/1, ש' 179-178).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

בחקירתו השנייה הוחשד הנאשם בעבירות דומות. בתחילה, ענה לחלק משאלות החוקר, ציין כי "באמת שאני לא יודע" מהו מספר הטלפון שלו והכחיש קשר למספר שהיה שמור לצד שמו במכשירי מעורבים נוספים בפרשה (ת/2, עמ' 1, ש' 19-14). כשהושמעה לו הודעה קולית והוטח בו כי הוא הדובר, שב לשמור על זכות השתיקה, לטענתו בשל עצת סנגורו. עם זאת, לשאלת החוקר אם ברצונו להוסיף, ענה: "... אחרי ששמעתי את כל הטענות שנגדי אני רוצה להגיד שוב פעם שלעולם לא הסתתי אף אדם כנגד אף אדם לא ממניע גזעני, לא ממניע אלים במיוחד ובמיוחד שבחיים שלי לא דברתי על עניין של טרור ולא משנה לאיזה סוג של אדם מסוים או דת או לאום לא משנה איזה גם מהחקירה עולה שאני לא הייתי מעורב בשום תקרית שהיה בה אלימות או שום תקרית שנוצרה עקב ההודעות שהציגו לי. כל ההודעות שהראו לי או השמיעו לי לא ראיתי בהם שום פוטנציאל לאלימות או לגזענות לא נוכחתי לדעת שיש שם כוונה של משהו חוץ משיחות חולין או התרברבות בלי שום קשר אלי ספציפית" (שם, עמ' 2, ש' 24 - עמ' 3, ש' 17). בסוף החקירה הוצגה לו תמונת צילום מסך שנלקחה ממכשיר הטלפון של אשתו והוא מסר כי "יכול להיות" שהמספר השמור כ-"בעלולי" ולצדו סמלון (emoji) לב, המנוי ממנו נשלחו ההודעות לגביהן נחקר, אכן שייך לו (שם, עמ' 4). הנאשם סרב פעם נוספת לחתום על טופס ההודעה.

עדות הנאשם במשפט

11. הנאשם בחר להעיד להגנתו.

12. **בחקירתו הראשית**, שנפרשה בין עמודים 20-18 לפרוטוקול הדיון, ציין הנאשם, כי קיימת הכרות עם כל חברי הקבוצה ו-"ב%100" כולם מכירים אחד את השני. לדבריו: "כולם חברים, לא היתה שם שום התארגנות מסוימת כלפי התקופה הקיימת של מה שמדובר בכתב אישום. השיחות שמה שהתנהלו לגבי זה, כולל גם מה שאני אמרתי זה אך ורק מאמוציות, כמו שכל אזרח במדינה דיבר באותה תקופה".

13. ובהמשך: "לא עשינו שום דבר מעבר לדבר אחד עם השני את הרגשות. בין אם האמרות שלי היו נכונות או לא נכון, זה בסדר, זה כבוד השופטת תקבע מה שצריך, אני לא רואה בזה שעשיתי פשע. כי דיברתי עם חברים שלי על מה שאני מרגיש, מה שרואים בטלוויזיה, אשתי באותה תקופה היתה בהריון, חרדות, לא יכולים לצאת מהבית, אני גר בהרצליה... אין פה, לא היה פה משהו כאילו לבוא ולהגיד מעבר לאמוציות או איזה רגש מסוים. כולם היו לחוצים מאוד באותה תקופה, המדינה היתה בוערת, אנשים אמרו את האני הפנימי שלהם בינם לבין עצמם לא מעבר. לא היה פה שום קריאה להתארגנות, לא היה פה שום עניין של מעשה טרור". כן ציין: "לא מוכן שיהיה לי כתם כזה על משהו שאני בטוח בו שלא עשיתי אותו. זה לא כתם פשוט, אני לא מוכן לוותר" והוסיף, כי הוא איש משפחה, אב לילדים, המטפל באביו הנכה. לדבריו: "אני לא מוכן שיהיה לי כתם כזה. על מה? מה פרסמתי משהו בפייסבוק, הייתי בתקשורת, הייתי בטלוויזיה, יצאתי להפגנות? לא עשיתי כלום, שום דבר, מעבר לזה שהייתי נוכח בתוך קבוצת וואטסאפ חברית שקיימת חודשים לפני כן ולא מעבר. זהו, פשוט. מאמין שכל אדם במדינת ישראל נמצא בתוך קבוצת וואטסאפ כזאת של האנשים שסובבים אותו מעגל קרוב. אז מה, אז עכשיו ייכנסו לתוך כל קבוצה ויתחילו לבדוק אנשים בציציות שלהם. כל מילה שבן-אדם יגיד יבדקו אותו בציציות שלו?".

14. **בחקירתו הנגדית**, בין עמודים 32-20 לפרוטוקול הדיון, עמד הנאשם על גרסתו לפיה חברי הקבוצה הכירו זה את זה היטב, ואם חלק מהנחקרים הכחישו זאת, הדבר נעוץ ברצונם שלא לסבך זה את זה. הוא ציין כי מדובר באנשים שהוא עצמו עומד "בקשר יומיומי איתם" (עמ' 21, ש' 15 לפרוטוקול הדיון) ובהקשר שתיקתו בחקירה, מסר שהוא עצמו "לא רצה לדבר על אנשים" (עמ' 22, ש' 10; עמ' 30, ש' 32-30 לפרוטוקול הדיון).

15. הנאשם חזר על כך כי תגובותיו, ותגובות יתר חברי הקבוצה, מקורן ברגשותיהם בנוגע להתרחשויות, לרבות ידיעות על פצועה מרקטה: "אם זה לא תגובה על משהו שקרה, אם זה לא רגש, אם זה לא אמוציות מה זה אומר? זה לא שעכשיו אנחנו קמנו על סמך, על סמך השיגעון שלנו, שאנחנו גזעניים, שאנחנו פעילי טרור, שאנחנו אנשים אלימים והתחלנו להגיד מה לעשות. אתם בעצמכם מציינים את זה, יש סיבה, יש תגובה" (עמ' 28, ש' 18-15 לפרוטוקול הדיון).





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

16. אשר לצבר ההתבטאויות הראשון, הכולל את הודעות הפועלים ועניין של יהדות:

הנאשם לא נשאל בנוגע לכוונתו בהודעותיו, ולא נדרש להסבירן. אכן, הוטח בו כי התבטאותו בנוגע לפועלים משכם אינה מתיישבת עם "התרברבות" (עמ' 27, ש' 22-23 לפרוטוקול הדיון), אך טרם השיב, מייד נדרש לאמירה אחרת, וכך היה גם לגבי ההודעה "זה עניין של יהדות", שהוזכרה בחטף, יחד עם התבטאויות אחרות ובהקשר אחר (עמ' 30, ש' 9-11 לפרוטוקול הדיון).

17. אשר לצבר ההתבטאויות השני, מיום 11.5.2021, הכולל את הודעות המיקומים, "קדימה" ומלחמת האזרחים:

כשנדרש לאמירתו לפיה יש "מלא ערבים באזור גליל ים", השיב הנאשם, כי מדובר באמירה נכונה עובדתית ("זה האמת"), ועמד על כך כי לא קרא להתארגנות לפגיעה בהם: "אני אמרתי לו בוא נתארגן? קראתי למישהו שמה כולם לעלות על מדי ב', לקחת א', ב', ג' ולהיפגש במקום מסוים?" (עמ' 24, ש' 11-21 לפרוטוקול הדיון). גם בהמשך הכחיש כי "סיפק מיקומים" לחבריו (סוף עמ' 29 - תחילת עמ' 30 לפרוטוקול הדיון).

כשהוטח בו כי המילה קדימה נקשרת להודעות המיקומים, השיב, כי הודעה זו מתייחסת לרצף הודעות אחר (עמ' 28, ש' 4-8; כפי שיובהר להלן - הצדק עמו, ש.ב). הנאשם מסר, כי אינו יכול להתכחש לעובדה כי אכן אסי פרסם הודעה העוסקת ב-"שחיטת" ערבים, וכי הוא עצמו הגיב "קדימה" ("ואז בתגובה למה שאסי אומר אני אומר קדימה"; עמ' 28, ש' 23-24 לפרוטוקול הדיון), ועדיין, לטענתו: "אין פה זה לא משתמע לשתי פנים, הכל זה אמוציות ורגשות. אם המשפטים פה שנכתבו הם חמורים, חלק מהם... אין מחלוקת מקובל עלי, אני לא עכשיו באתי לתקן את העולם. אני לא מבין אבל דברתי על דברים כאלה בלי שקרה כלום. לא קרה פה כלום. את חייבת להבין".

כשנשאל על הודעת "מלחמת האזרחים", השיב: "זה מה שהיה בחדשות, זה לא אני אמרתי, זה המדינה אמרה" (עמ' 24, ש' 27 לפרוטוקול הדיון) והוסיף לאחר מכן: "מה אני שונה מדנה וייס, מה אני שונה מיונית לוי, מה אני שונה ממירי רגב, לא הבנתי מה אני שונה. אם אני אומר מה שמדברים בטלוויזיה, מה אני באתי, מה אני יצאתי בפייסבוק ואמרתי זה הזמן להתארגן יהודים ולהרוג ערבים?". על הסבר זה חזר גם בהמשך: "לא המצאתי את זה, זה היה המצב" (עמ' 30, ש' 26 לפרוטוקול הדיון).

18. אשר לצבר ההתבטאויות השלישי מיום 13.5.2021:

כשנשאל על אמירת 'אופיר', כי יש לצאת לרחובות ולעשות בלאגן, הגיב הנאשם: "אז למה הוא לא עצור, למה הוא לא קיבל כתב אישום, זה הכי הסתה שקיימת, אפילו אני לא ראיתי את זה, למה?" (עמ' 25, ש' 4-5 לפרוטוקול הדיון).

כשנשאל על תגובתו לאמירת אסי, לפיה יש להגיע ל-'אבו סעיד' ותשובתו ש'חייב לעשות פה', ענה, כי אולי "חיברו" משפט, ולאחר שעיין בהודעות, השיב: "קודם כל את יכולה לפרש את זה למה שאת רוצה, אני חושב שהמשפט האחרון פה אין לו שתי פנים. צריך להיות בהיכון, לא אמרתי לאף אחד להתארגן... אני יודע שפרסמו לאנשים לשמור על עצמם... אני רציתי לשמור על עצמי, אני בתור מעגל סגור... וכן אני הייתי בהיכון לכל תרחיש... קרו דברים ברחובות אני לא ממציא את זה" (עמ' 26, ש' 9-24 לפרוטוקול הדיון). ובהמשך: "הכל פה היה עניין של התרברבות בין חברים על סמך אמוציות, לא היה פה שום התארגנות" (עמ' 27, ש' 16-18 לפרוטוקול הדיון).

19. בסוף חקירתו הנגדית אמר: "למה אני... הוחלט שאני צריך להיענש ולהיות מואשם בהסתה לטרור, את יודעת מה זה המילה הסתה לטרור, מה אני מחבל יהודי, מה אני עשיתי איזה פשע, מה אני הלכתי ברחוב וקיללתי ערבים ויצאתי בקריאות גזענות בתקשורת, עליתי בטלפונים במקומות, פרסמתי בפייסבוק, באינסטגרם? די מספיק, בוא נהיה ריאליים, סליחה שאני אומר לך את זה, זה בדיחה. זה קבוצה סגורה, לכל בן-אדם... יש קבוצה משפחתית חברית בוואטסאפ



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

שאנשים מדברים את הדברים האישיים שלהם. פותחים את הלב מדברים... זה הקבוצה הזאת דיברה על זה במשך 3 ימים. אם אני הייתי מסית, אני קראתי כתבי אישום קראתי ההחלטות של בית משפט, את יודעת איזה אנשים הוגשו עליהם חצי שנה עבודות שירות? אנשים שבמשך שנים פרסמו בפייסבוק קריאות עידוד לפיגועים המוניים, לחיסולים, למה לא, ועד שעצרו אותם לקח שנים. בפייסבוק. אז עכשיו... לבוא ולהגיד... אני רוצה אותו שעיר לעזאזל, זה שומר חומות, יש לי את האופציה מהיועץ המשפטי לממשלה ללכת בכל הכוח. על מה ולמה? את יודעת כמה אנשים עשו דברים הרבה יותר חמורים ממני, ולא נעצרו ולא נענשו? אנשים פיצצו דברים ברחובות ולא קרה איתם כלום. איזה אלימות, איזה מקרה? ... הסתה אמורה לגרום למשהו, הסתה אמורה ללכת לכיוון של משהו, למשוך למשהו... זו פרשנות פשוטה. הסתה זה משהו שרוצה למשוך משהו למישהו. אני לא ניסיתי למשוך אף אחד לשום מקום. לשום מקום. הנה אני אומר את זה בלב שלם פה בבית המשפט... אני בסך הכל, אני אומר לך אזרח פשוט שדיבר בקבוצה חברית עם אנשים שהם מאוד מאוד קרובים אלי... " (עמ' 31, ש' 18 - עמ' 32, ש' 11 לפרוטוקול הדיון).

התרשמות מהנאשם, חיזוקים לדבריו והשלכות שתיקתו בחקירתו

20. לדברי הנאשם בעדותו, כל שעשה היה לשוחח עם חבריו הקרובים, בפורום סגור, על ההתרחשויות הביטחוניות; ניכר היה כי הוא סבור שהעמדתו לדין אינה צודקת. הנאשם עשה שימוש בביטוי התרברבות, על מנת להסביר את אופי התבטאויותיו בקבוצה ("הכל פה היה עניין של התרברבות בין חברים על סמך אמוציות") וברור, כי כוונתו אינה למובנו המילוני - התפארות - אלא לכך, שהשיח, "בין חברים", היה מוקצן. התרעמותו, על כך שדבריו, גם אם משתלחים, שפורסמו בקבוצה קטנה בעלת אופי חברי, הובילו לתיוגו כ-"מחבל", המבצע עבירות טרור, נחזתה כאותנטית.

לדברי הנאשם נמצאה אחיזה ב-ת/6 ובראיות נוספות, ומצאתי כי לא ניתן לשלול עיקרי גרסתו, ולפיהם, הודעותיו פורסמו ללא כוונה להוציאן מהכח לפועל, נבעו מרצונו לפרוק את שעל ליבו בנוגע לאירועי התקופה, מבלי שהתכוון "למשוך", כלשונו, מי מחברי הקבוצה לממש תוכנו, ומבלי שצפה "פוטנציאל" לאלימות כתוצאה מהן.

21. במהלך המשפט - במסגרת חקירתו הנגדית ובסיכומי טענותיה - הדגישה ב"כ המאשימה את העובדה כי הנאשם עשה שימוש בזכותו לשתוק ולא לענות לשאלות חוקריו.

22. כנגזרת מזכותו של אדם לחסיון מפני הפללה עצמית, לחשוד המצוי בחקירה משטרית כמה זכות השתיקה, והוא אינו מחויב לענות לשאלות חוקריו. אלא שלכך מחיר ראייתי אותו הוא עשוי לשלם במשפטו, שכן: "מסירת גרסה מאוחרת יותר על ידו אומרת דרשני, והיא בבחינת ניסיון של הנאשם להרחיק את עצמו מביצוע העבירה ולהתאים את גרסתו לראיות שהוצגו בפניו... עשויה להצביע על רצונו של הנאשם לבחון את חומר הראיות הקיים ולכוון בהתאם את עמדתו, בבחינת גרסה מתפתחת ומותאמת לחומר הראיות עמו עומת" (ע"פ 3452/11 שאלתיאל נ' מדינת ישראל 8.7.2013). משכך: "אף כי אין בשמירה על זכות השתיקה בחקירה באופן ישיר ועצמאי חיזוק או תוספת ראייתית שנדרשת על פי דין היא עשויה לחזק את ראיות התביעה ולו בעקיפין, על דרך השלילה" (ע"פ 6813/16 נחמני נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לפסק דינו של השופט הנדל והמובאות שם (17.9.2018)). זאת, כיוון שהציפייה מאדם המבקש לשכנע בחפותו היא לפקוח עיני חוקריו; ככל שלא עשה כן והעלה גרסתו לראשונה אך בתשובתו לכתב האישום ובפרשת ההגנה, תחשב זו לכבושה ומשקלה חסר אלא "אם סיפק הנאשם הסבר סביר לשתיקתו בחקירה" (עניין שאלתיאל, פסקה 36).

23. הנאשם, עת נדרש למתן הסבר לשתיקתו, ציין, כי לא היה מעוניין להתייחס למעורבים אחרים (עמ' 20, ש' 24-22; עמ' 22, ש' 16-15 לפרוטוקול הדיון). אלא שבחקירותיו במשטרה נשאל הנאשם גם לגבי אמירות מפיו הוא, ובחר שלא להתייחס אליהן ומשכך אין בהסברו מענה מלא לסוגיית שתיקתו. נזכיר, כי עצת עורך-דין לא נתקבלה כהסבר סביר לשתיקה (ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל, פסקה 40 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (28.5.2007)). אוסיף עוד כי הקושי בהתנהלות הנאשם גובר שכן הכחיש כי המנוי ממנו נשלחו ההודעות קשור אליו. רק בסוף הודעתו ממש, על מנת לשמור על כבודה של בת-זוגו (ראו עמ' 23, ש' 32-31 לפרוטוקול הדיון) אישר כי "כן,





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

כנראה" זה "המספר" שלו. אין מדובר באדם הבוחר שלא לשתף פעולה עם חוקריו, ושותק, אלא בעליית מדרגה, לה משנה-חומרה: מסירת גרסה פוזיטיבית שאינה נכונה, שהרי: "ככלל, לחשוד עומדת זכות שתיקה בחקירה. אולם, זכות לשקר לא עומדת לו כלל ועיקר" (עניין נחמני, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

24. ועדיין, לא מצאתי כי משקל גרסת הנאשם לפני נפגע באופן מהותי כתוצאה מהתנהלותו במשטרה. ראשית ועיקר, בשל התרשמותי מעדותו, כאמור לעיל, במסגרתה נלקחה בחשבון אף עובדת שתיקתו והתנערותו ממספר המנוי בו עשה שימוש במועד הרלבנטי, וכאשר להערכתני, בבסיס שתיקתו אכן עמד גם רצונו שלא לסבך חבריו, שהרי הודעותיו כרוכות בהודעותיהם.

25. לכך יש להוסיף כי בשתי חקירותיו הצהיר הנאשם כי לא הסית ולא אירגן ניסיונות פגיעה בערבים, והוא אף ציין, אכן באופן דקלומי, בסוף הודעתו השניה, את עיקרי גרסתו בעדותו, ולפיהם אמרותיו הן "התרברבות" ו-"שיחות חולין", ללא "שום פוטנציאל לאלימות או לגזענות", או "כוונה חוץ משיחות חולין או התרברבות" (ת/2, סוף עמ' 3).

חיזוק לגרסת הנאשם – הודעות שני חברי הקבוצה

26. חיזוק, במספר היבטים, לדברי הנאשם נמצא בדברי שניים מחברי הקבוצה אלעד ויקר, שהוגשו לתיק בית המשפט ללא הסתייגות, ועל פניו - לאמיתות תוכן; ההגנה הסכימה להגשתן.

27. כפי שנקבע: "קבלת אמרה שהוגשה בהסכמה מכוח סעיף 10ב לפקודת הראיות אין בה כדי לכבול את שיקול דעתו של בית המשפט בדבר קביעת אמיתות תוכנה של הראיה, כולה או חלקה. ממילא, גם השאלה כיצד תופעל סמכות זו, נתונה לשיקול דעתו ואין עליו כל חובה ליתן "התרעה" לצדדים לפני הכרעת הדין כי בכוונתו לקבל רק חלקים מסוימים באמרות שהוגשו בהסכמה, או לא לקבלן כלל" (רע"פ 7706/21 עמאש נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (28.11.2021)).

28. המאשימה הגישה הודעות השניים על מנת לנסות ולסתור טענות הנאשם בנוגע לאופייה "המשפחתי" של הקבוצה ועל כך בהמשך. עם זאת קיים קושי בניסיון לבסס ממצאים לחובתו של הנאשם על יסוד דבריהם, אך לא ליתן להם משקל לזכותו, בהקשרים אחרים; ודאי כאשר לא נטען כי יש לפלגם. נתתי דעתי לעובדה כי השניים הם חברי הנאשם, ולהודאתו של יקר בעבירת ההסתה לטרור: הוא אינו מליץ יושר נטול אינטרס שידיו נקיות. אף אלעד (שמספר הטלפון המצוין בהודעתו מופיע ב-ת/6 קשור ל-'אלעד יבנה') התבטא בקבוצה באופן שיש לגנותו, וזאת בלשון המעטה. עדיין, מדבריהם עולה תמונה העומדת בהלימה לדברי הנאשם בנוגע להתנהלות הקבוצה, למשמעות הדברים שהוחלפו בה, להקשרם, לאופן בו הבינו חברי הקבוצה את דברי האחר ולהלך הרוחות ששרר בה בעת הרלבנטית.

29. טענת אלעד, היה "כאוס במדינה" (ת/3, ש' 44) ובקבוצות בהן היה חבר היו מדברים על "בני מיעוטים... בגדר של דיבור" (שם, ש' 58-57). הוא עצמו לא פגע "בשום ערבי" ואם: "שלחתי ונאמרו דברים... לא התכוונתי שזה יוביל לאלימות, זה היה בגדר של צחוק, בקטע של התרברבות"... כל המדינה היתה בלחץ" (שם, ש' 114-108).

30. יקר, עת הוטח בו כי השיח בקבוצה הפך אלים וגזעני, ציין: "יכול להיות שאנשים כאב להם על אחים שלהם וכל אחד אומר את רגשותיו וכמו בתקשורת שבן אדם בא ומספר כמה כואב לו על אחים שלו בלוד... אבל לא יזמנו פגישה ללכת או לעשות בקבוצה" (ת/4, ש' 96-92, ש' 104-90). לטענתו, באמרותיו לא כיוון לפגיעה בפועל באנשים והן נבעו מחששו למשפחתו ומתסכול נוכח מצב "אחיו" בלוד ובירושלים (שם, ש' 110-108, 147-149) ועוד הדגיש, כי לא התכוון להיות מעורב בפלילים (שם, ש' 123-120). כשנתבקש להתייחס לאמירת הנאשם, לפיה יש לעשות לפועלים בשכם את שנעשה ליהודים בירושלים, ונאמר לו כי "יוסי הציע" לפגוע בערבים, שלל זאת: "יוסי לא הציע לפגוע בערבים. הוא הציע שאיכשהו אם צריך לפי דעתו או חשב לעצמו שנבלום את זה שלא יכנסו לפה ערבים להרצליה ובטוח שהוא לא חשב לפגוע. גם לא רשום פה בוא נפגע בהם" (שם, ש' 114-115).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

סיכום עד כאן :

31. אני מקבלת טענותיו של הנאשם בנוגע למטרתו בפרסום ההודעות, ואף לגבי העובדה כי סבר כי הפרסום, ללא פוטנציאל השפעה, יוותר בקבוצה "סגורה". זאת על-אף שהתייחסותו הקונקרטי לתוכן לא נשמעה בהזדמנות הראשונה. כפי שצוין, לגרסתו תימוכין בדברי יקיר ואלעד.
32. בשלב הבא נסקור את הוראות החוק, התפתחותו, והמגמות הפרשניות הנוגעות אליו.

התשתית המשפטית - עבירת ההסתה לטרור

33. מראשית הקמתה התמודדה מדינת ישראל, ועדיין מתמודדת, עם איומי טרור, החותרים תחת קיומה כמדינה יהודית ודמוקרטית. עצמת הפגיעה שבמעשי טרור מסבה נזק ישיר לחיי אדם, לרכושו ולחירותו, אך נגזרת, בנוסף, גם מתחושות אימה של הציבור כולו ומערעור שגרת חייו. אלה המלבים את השיח ומסיתים לטרור מגבירים הסיכון להתממשותו, ואל מול זכותם לחופש ביטוי עומד הערך המוגן בבסיס עבירת ההסתה לטרור: מניעת פגיעה בחיי אדם ובביטחון הציבור.

34. חוק המאבק בטרור נכנס לתוקפו ביום 1.11.2016. בדברי ההסבר להצעת חוק המאבק בטרור, התשע"ה-2015, ה"ח הממשלה 1066 ולהלן: הצעת החוק, נכתב, כי הוא נועד "לתת בידי רשויות המדינה כלים מתאימים בתחום המשפט הפלילי הציבורי, לשם התמודדות עם איומי הטרור שבפניהם ניצבת מדינת ישראל, וזאת בשל ייחודה של תופעת פשיעה זו, הבא לידי ביטוי בעוצמת הפגיעה שלה מחד גיסא, ובקושי להיאבק בה בשל היקפה ומורכבותה מאידך גיסא". ואכן, בסעיף 1 לחוק נכתב מפורשות, כי מטרתו המוצהרת של החוק היא:

"לקבוע הוראות בתחום המשפט הפלילי והמינהלי לרבות סמכויות אכיפה מיוחדות, לצורך מאבק בטרור ובכלל זה לשם -

- (1) מניעת הקמתם, קיומם ופעילותם של ארגוני טרור;
 - (2) מניעה וסיכול של עבירות טרור המבוצעות בידי ארגוני טרור או יחידים;
- והכול בשים לב למאפיינים של ארגוני הטרור ועבירות הטרור, לסיכון הצפוי מהם לביטחון מדינת ישראל, לתושביה ולסדרי השלטון בה, ולמחויבותה של מדינת ישראל למאבק בטרור ברוח האמנות הבין-לאומיות שהיא צד להן, תוך איזון עם מחויבותה של מדינת ישראל לזכויות האדם ולאמות המידה המקובלות בתחום זה במשפט הבין-לאומי".

35. החוק מאגד את מכלול ההוראות הרלבנטיות הנוגעות למאבק בטרור, תחת קורת גג נורמטיבית משותפת: אמצעים והליכים מנהליים בצד פרק שעניינו אכיפה פלילית, תוך איחוד מונחים וריכוז כלים למאבק והתאמתם לדין הבינלאומי (להרחבה ראו ע"פ (מחוזי חי') 45090-03-20 מחאג'נה נ' מדינת ישראל (16.7.2020)).

36. במסגרת סעיף 81 לחוק תוקן אף סעיף 2ד144 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977, ולהלן: חוק העונשין, שהסדיר עד שלב זה את עבירת ההסתה לטרור, במאוחד עם עבירת ההסתה לאלומות. נוסחו טרם התיקון:

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

37. לאחר התיקון עבירת ההסתה לטרור עוגנה מחדש בסעיף 24(ב) לחוק המאבק בטרור, ועבירת ההסתה לאלומות נותרה במסגרת סעיף 2ד144 לחוק העונשין (כאשר נוסחה נותר כפי שהיה בשינויים המחויבים הנובעים מניתוקה מעבירת ההסתה לטרור).

38. סעיף 24(א) לחוק, שאינו מענייננו, עוסק במי שעושה מעשה של הזדהות עם ארגון טרור.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

לשון סעיף 24(ב) לחוק, לפיו הואשם הנאשם בשתי עבירות הסתה לטרור:

"העושה אחד מאלה, דינו – מאסר חמש שנים:

(1) מפרסם קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור;

(2) מפרסם דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה או הזדהות עמו, ועל פי תוכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה טרור".

39. מדובר בעבירה התנהגותית שאינה דורשת כוונה ודי בהוכחת מודעות לטיב המעשה ולהתקיימות הנסיבות על פי הוראות סעיף 20 לחוק העונשין (רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין, פסקה 6 (26.12.2011) ולהלן: עניין בן חורין; ע"פ (מחוזי נצ"י) 24933-09-18 טאטור נ' מדינת ישראל, פסקה 61 (16.5.2019); בקשת רשות ערעור - נדחתה (רע"פ 4419/19 מדינת ישראל נ' טאטור (25.9.2019)).

40. על מנת לקבוע כי אדם עבר עבירת הסתה לטרור, יש להצביע על כך כי פרסום, כהגדרת פרסום בסעיף 34כד לחוק העונשין - הגדרה הכוללת אף הפצת מסרים בעל-פה ושלא בעל-פה באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור - קריאה ישירה למעשה טרור או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה טרור, תמיכה או הזדהות עמו.

41. הרשעה בעבירת הסתה לאלימות דורשת הוכחת רכיב הסתברותי, בדמות אפשרות ממשית למימוש מושא הפרסום, הן בנוגע לקריאה למעשה אלימות, הנחשבת למעשה החמור יותר (עניין בן חורין, פסקה 6) הן בנוגע להבעת תמיכה בה או עידודה, הנחשבת למעשה ברף נמוך יותר. זה היה מצב הדברים אף בנוגע לגלגולה הקודם של עבירת ההסתה לטרור, טרם חקיקת חוק המאבק לטרור.

42. בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון 123) (הסתה לטרור), התשע"ו – 2015, הצ"ח הממשלה 967, אחת מחמש הצעות החוק שנוקזו לבסוף לנוסחו הסופי, הודגש הצורך ביצירת "הבחנה ברורה בין פרסום קריאה לעשיית מעשה טרור ובין פרסום דברי שבח... למעשה כאמור". נוסחה החדש של עבירת ההסתה לטרור, במסגרת חוק המאבק בטרור אכן מפצל בין שתי חלופות אלו. החלופה הראשונה עוסקת בפרסום קריאה ישירה למעשה טרור, שדי בה על מנת להביא להרשעת אדם בעבירת ההסתה לטרור, ואינה דורשת רכיב הסתברותי בנוגע להשלכות הפרסום. לשם הוכחת החלופה השנייה, אליה אתייחס גם כ-'קריאה משתמעת' לטרור, יש להצביע על התקיימותם של שלושה רכיבים: פרסום דברי שבח, אהדה או עידוד, או תמיכה והזדהות; אשר מתייחסים ל"מעשה טרור"; וכי קיימות אפשרות ממשית כי בדברים שפורסמו יש להביא לעשיית מעשי טרור.

43. טרם חקיקת החוק נשקל מבחן מחמיר אף יותר: הותרת הביטוי "קריאה למעשה טרור" על כנו, ללא הוספת התיבה "ישירה", וקביעת מבחן הסתברותי בדמות אפשרות סבירה בלבד בנוגע לקריאה המשתמעת. דברי ההסבר להצעת החוק הדגישו את הצורך בהסרת המבחן ההסתברותי מהחלופה הראשונה "משום שעצם הקריאה המפורשת למעשה טרור לביצוע מעשה טרור... על מאפייניו החמורים מהווה מעשה חמור שאין להתירו בנסיבות כלשהן", ואת שינוי המבחן ההסתברותי בנוגע לחלופה השנייה למבחן של אפשרות סבירה בלבד, שכן הוא: "מאזן באופן ראוי בין הצורך למנוע פגיעה בערכים המוגנים על ידי האיסור, לבין הגנה על עקרון חופש הביטוי, וזאת לעומת מבחן האפשרות הממשית שהוא קשה להערכה ולהוכחה, ועל כן אינו מאפשר הגנה מספקת על הערכים המוגנים על ידי האיסור בשים לב לנזק הצפוי מעצם הפרסום המסית" (שם, עמ' 1096).

44. במאמרם "הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות" עיוני משפט לה 555 (2012) הצביעו מחבריו, דפנה ברק ארז ודודי זכריה, על הקשיים העולים מהצעת החוק בנוסחה הקודם. בין היתר כתבו, בהקשר החלופה השנייה, הנוגעת לקריאה משתמעת, כי: "... היא מטרידה מן הפרספקטיבה של המשפט החוקתי וחופש הביטוי. לא ברור מדוע נדרש מעבר למבחן של אפשרות "סבירה", באופן שסותר את התפיסה החוקתית של המשפט



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

הישראל... וכן, בהקשר החלופה הראשונה, הנוגעת לקריאה ישירה: "הצעת החוק מאפשרת הפללת ביטויים מחמת תוכנם... אינה מתייחסת במפורש לבחינת ההקשר שבו הדברים נאמרים, בניגוד לפסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם ולגישת בית המשפט העליון בענין בן חורין" (שם, עמ' 584).

45. ואכן, במישור הזמן שבין פרסום דברי ההסבר להצעת החוק ועד לחקיקתו רוככו הדרישות, אף כי נוסחו הסופי של החוק עדיין החמיר הדין שקדם לו. בעניין החלופה הראשונה נקבע כי היא נוגעת לפרסום קריאה ישירה, להבדיל מקריאה למעשה טרור, וזאת, כפי העולה מדיוני הכנסת, כ-"נוסחת פשרה" (פרוטוקול ישיבה 104 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, עמ' 3 (25.1.2016)) ובעניין החלופה השניה, ל-"אחר דיונים" נותר מבחן האפשרות הממשית על-כנו, על אף שמדובר ב-"רף גבוה יותר מאשר 'אפשרות סבירה', במובן זה שקשה יותר לעבור אותו... להוכיח את קיומו" (פרוטוקול ישיבה 86 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, עמ' 5 (28.12.2015)).

מגמות פרשניות לבחינת עבירת ההסתה לטרור

46. שלושה מעגלים משתלבים, הולכים ומצטמצמים עד ללב העניין, רלבנטיים בעת בחינת אמרות לגביהן נטען כי הן מקיימות את יסודות עבירת ההסתה לטרור.

47. המעגל הראשון הוא הכלל הפרשני המעוגן בסעיף 34כא לחוק העונשין, ולפיו כאשר ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין. ולשם הדיוק: אכן "את הדין הפלילי אין מפרשים באופן מצמצם או מקל, כי אם על-פי לשונו ותכליתו של החוק. אך כאשר לשון החוק ניתנת לכמה פירושים סבירים על-פי תכליתה, וכל אחד מן הפירושים מגשים את התכלית החקיקתית במידה שווה, יש להעדיף את הפרשנות המקלה עם הנאשם" (ע"פ 3506/13 **דוד הבי נ' מדינת ישראל**, פסקה 167 (12.1.2016)).

48. המעגל השני נוגע למתח שבין הצורך במיתון הפגיעה בחופש הביטוי לבין שימור הערך המוגן בעבירות הפוגעות בחרות זו, עליהן נמנות אף עבירות ההסתה למיניהן.

חופש הביטוי הוכר כזכות-על, בעלת מעמד חוקתי, עוד בשנותיה הראשונות של מדינת ישראל (בג"צ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים פד"י (ז) 871 (2)**), טרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאחריו, על אף שאינו מוזכר בו במפורש, נחשב חופש הביטוי ככלול בתיבה "כבוד האדם" שבסעיפים 1-2 לחוק היסוד, ואין לפגוע בו אלא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, בהתאם לעקרונות פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 (רע"א 10520/03 **בן גביר נ' דנקנר** (12.11.2006)).

מחד, יש לפרש איסורים פליליים הפוגעים בחופש הביטוי באופן המצמצם את הפגיעה למינימום הנדרש לשם הגשמת הערך המוגן בעבירה, "באופן שהפגיעה בזכות היסוד תהא מידתית ולא תעלה על הנדרש - כמובן, ככל שהדבר אפשרי מבחינה לשונית", כאשר יש לזכור כי "סף הסיבולת של חברה דמוקרטית כלפי ביטויים חריגים צריך להיות גבוה, שכן גם ביטויים קשים ופוגעניים זכאים להגנה" (דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פ"ד (סה) 1(1) 23). מנגד, הזכות לחופש ביטוי אינה מוחלטת "ויש שהיא תיסוג מפני עקרונות ואינטרסים חשובים אחרים. האיסורים הפליליים על הסתה לגזענות ולאללימות נועדו להגן על קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, על כבוד האדם והשוויון שבין בני האדם, על הסדר החברתי ושלום הציבור... אכן, מטבע הדברים יש בעבירות אלה משום פגיעה בחופש הביטוי ואולם לא ניתן להטיל ספק בכך שפגיעה זו היא לתכלית ראויה", כאשר במסגרת האיזון שיש לערוך בין הערכים המתנגשים, קיומה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית וחופש הביטוי, יש לבחון את מידתיות הפגיעה בערך האחרון (רע"פ 7669/15 **מחאגינה נ' מדינת ישראל** (18.4.2016)). ראו גם איתי וושלר באר, עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר "עבירות ההסתה לגזענות ולאללימות" **מחקר מדיניות 132**, פרק 3 (דצמבר 2019).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

מתח מובנה זה מנחה הערכאות המשפטיות בבואן לבחון יסודות העבירה המגלמת בחובה פגיעה בעקרון חופש הביטוי, כבעניינו.

49. המעגל השלישי, המצומצם, נוגע לבחינת עבירת ההסתה לטרור עצמה, ובפרט - החלופה הראשונה: הקריאה הישירה לטרור, שלהוכחתה די בהשמעת הביטוי, ללא מבחן הסתברותי, מבלי בדיקות נסיבות האמרה, וללא קביעה כי היתה בה מטרה להסית (כפי שנדרש בעניין עבירת ההסתה לגזענות לפי סעיף 144ב(א) לחוק העונשין). ואכן, בסעיף 24(ה) לחוק כי הגשת כתב אישום בעבירות הסתה לטרור טעונה אישור היועץ המשפטי לממשלה, על אף שממילא הוא נוהג "ביחס לעבירות הכרוכות בפגיעה בחופש הביטוי ... איפוק וריסון בהגשת כתבי אישום" (עניין **אונגרפלד**, פסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה דאז, השופט ריבלין).

50. עיון בפרוטוקול דיוני ועדת הכנסת, מעלה כי עמדת היועץ המשפטי ששוקפה בהם היתה כי תונהג מדיניות זוהירה וקפדנית בנוגע להגשת כתבי אישום בגין עבירת ההסתה לטרור. זאת לאחר שמשותפי הדיונים, מכל קצוות הקשת הפוליטית, הביעו חששותיהם בנוגע להפלת אנשים, שהביעו דעות במהלך "ויכוח", או בשעת "רוגז", וצפויים לעונש מאסר של חמש שנים, ללא הוכחת מבחן הסתברותי או מניע לאמירה (פרוטוקול ישיבה 86 של ועדת החוקה, חוק ומשפט הכנסת ה-20, עמ' 5, 8, 12). בין היתר ציין אחד הדוברים: "אי אפשר להשאיר את אותו משפט ברשת החברתית שמישהו כותב, בין אם הוא ערבי ובין אם הוא יהודי, בלי לבקש שום מבחן הסתברותי, אלא ישר אם הוא פרסם את זה, בלי לקשור את זה לנסיבות של הזמן והמקום" (שם, עמ' 13). דובר נוסף העיר: "תחושת הבטן שלנו תהיה לא נוחה אם אדם שישב ליד מקלדת וכתב אמירה מתלהמת אנחנו נדון אותו על בסיס חוק המאבק בטרור" (שם, עמ' 19).

51. לדברי עו"ד רוז נורי, אז המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), במסגרת ישיבה זו (ההדגשות הוספו, ש.ב.): "אנחנו **ערים לחלוטין לזהירות שבה יש להשתמש בסעיף הזה**"; "**השימוש בסעיפים האלה נעשה במשורה במקרים מתאימים**... אנחנו בוחנים כמובן את מהות הדברים. אני מודה ואומר, יש פעמים רבות ויכוחים בינינו כי זה לא מדע מדויק ואין לנו מד. ככלל, באופן אישי, באופן עקרוני אני מאמין קטן יחסית באפקטיביות של שימוש פלילי בהקשרים מול דיבורים. פעמים רבות זה עניין של שדה חינוכי ציבורי. אני מאמין קטן בשימוש בזה, אבל אני חושב שצריך עדיין לשמר את הכלי הזה כי בסופו של דבר הוא נועד, כפי שהמדיניות שלנו מוכיחה, לסיטואציות חריגות וקיצוניות" (שם, עמ' 6).

מדברי עו"ד נורי אף ניתן ללמוד כי בשלב בדיקת התיק, טרם הגשת כתב-אישום, יישקלו נסיבות האמירה על אף שאינן חלק מדרישות החוק בנוגע לחלופה הראשונה העוסקת בקריאה ישירה: "אם אני עומד מול קהל צעירים משולהבים שמחזיקים סכינים ורובים, ויש למטה כפר ערבי, ואני אומר להם "מוות לערבים, מוות לערבים", אלה נסיבות שאולי זה כן יהיה קריאה ישירה, אבל באמירות של מי שצועק בטלוויזיה - זה סיטואציה אחרת" (שם, עמ' 16).

52. עולה בבירור כי במסגרת שיקולי המחוקק נלקחה בחשבון הצהרת היועץ לפיה המאשימה תגזור על עצמה מידת מתירות וזהירות, וזאת בהמשך למדיניות שהיתה קיימת עד שלב זה (ראו גם נעמה פויכטונגר "חוק המאבק בטרור, התשע"ו - 2016 כאבי גדילה", משרד המשפטים מיזם שורשים במשפט (7.4.2019)).

53. על רקע האמור לעיל נפנה ונבחן את התבטאויות הנאשם בהקשרן הכולל.

התבטאויות הנאשם על רקע מכלול הפרסומים בקבוצה: דגשים

54. נזכיר שוב, כי אף שכתב האישום כולל שלושה פרקים של התבטאויות הנאשם, העבירות שיוחסו לו נוגעות לשני הפרקים הראשונים בלבד: צבר ההתבטאויות מיום 10.5.2021 וצבר נוסף, מיום 11.5.2021. התבטאות נוספת, בדרך של הודעה קולית, מיום 13.5.2021, צוינה בכתב האישום, אך לא נטען כי היא בגדר עבירה, שכן הוראות החיקוק הפנו אך לסעיפים 2(א) ו-2(ב) לפרק העובדות, וצוין במפורש כי מדובר בשתי עבירות בלבד, ולא בשלוש.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

55. לתיק בית המשפט הוגש ת/5, דוח מסכם שנערך על ידי חוקרת משטרה, המתייחס לממצאים שעלו מביקורת מכשיר הטלפון הנייד של אסי, שנעצר ביום 19.5.2021. הביקורת העלתה כי הקבוצה, שכונתה "האוסולניקים", והוקמה ביום 28.12.2020 באמצעות מנוי ששויך ליקיר מנתה כ-40 חברים. עד לאירועי מבצע שומר החומות, השיח היה "שגרתי וחברתי", ולאחריו: "החלה הקבוצה להיות בעלת שיח אליים" ו-"הנושא היחיד שדובר הוא הפרעות בין היהודים והערבים". ת/5 ממשיך וסוקר את השיח, שלשיטת החוקרת היה רלבנטי ל-"התארגנות על פגיעה בערבים".

56. הוגש אף מכלול ההודעות שפורסמו בקבוצה מיום 9.5.2021 ועד ליום 14.5.2021, ת/6, הכולל מאות רבות של עמודים, ולבקשתי - אף תיעוד דיגיטלי של ת/6, שעיון בו העלה כי הוא כולל תיעוד ההודעות בקבוצה מיום הקמתה.

57. עיינתי בת/5 וב-ת/6.

בניגוד לנחזה מאופן ניסוח כתב האישום, השיח המוזכר בו אינו רציף, ואינו משקף בהכרח אמירה, מענה לה ותגובה של הנוטלים בו חלק. ועוד: אחת מהודעות הנאשם ("קדימה"), שיוחסה לו כמעשה-עבירה, הוזכרה בכתב האישום בהקשר מוטעה, כחלק מרצף הודעות נוסף, על אף שהיא נפרדת ממנו ומתייחסת לאמירה אחרת; בכך נוצרה תמונה מוטעה ומטעה. בנוסף, חלקה השני של הודעה שפרסם אסי, משמעותית להלך הדברים שכן אליה התייחס הנאשם בהודעה מטעמו, צוטט באופן שגוי וחלק תוכנה הנכון הועתקו מילות הודעה אחרת.

מכתב האישום נשמטו הודעות לא מעטות, שהיה בהן לשפוך אור על התמונה הכללית, אף שהיו סמוכות מאוד להתבטאויות שנכללו בו, חלקן על-פניו אף תומכות בדברי הנאשם בנוגע לסיבת פרסום אמרותיו, ובין היתר אלו המביעות דאגה מהמצב וחשש לשלומם של אזרחים יהודים שנפגעו במהלך המבצע (ולדוגמה, שאין בה משום המיצי: ת/6, עמ' 1267, 1269; ככל שלא יאמר אחרת, מקור המובאות הוא ת/6). הנאשם לא נדרש לתוכן בעדותו; חלקן אף לא הוזכרו בת/5 או בחקירותיו.

אמרות משתתפים אחרים בקבוצה, והודעות נוספות שפרסם הנאשם, המעוררות קושי, נגועות בגזענות ומבטאות שמחה לאיד על פגיעה בציבור הערבי (ולדוגמה: עמ' 878, 992), לא הובאו בכתב האישום או בת/5 והנאשם, בכל מסגרות חקירותיו, לא נדרש להסבירן. ייתכן והיה בחלקן על מנת להשליך על הבנת משמעות ההודעות בגינן הואשם בעבירת ההסתה לטרור, כיצד נתפסו על ידי יתר חברי הקבוצה ואף על שאלת הרכיב ההסתברותי להתממשות מעשה טרור כתוצאה מפרסומן. אלא שקביעת ממצאים עובדתיים לחובת הנאשם, על יסוד נתונים אליהם לא נדרש בחקירותיו או בעדותו, שלא פורטו בכתב האישום וחלק משמעותי מהם אף לא צוין בת/5, פוגעת פגיעה קשה בעקרון היסוד לפיו אין להרשיע נאשם אלא אם ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן. עקרון זה יחול "לא רק על הרשעה בעבירה אשר הנאשם לא הואשם בה מלכתחילה בכתב האישום, אלא גם על כל עניין המתעורר בהליך הפלילי וסופו להוביל למסקנה לחובת הנאשם לרבות קביעת ממצא עובדתי לחובתו בנושא שלא פורט כדבעי בכתב האישום" (ע"פ 9201/18 גורבאן נ' מדינת ישראל, פסקה 36 (8.6.2022); דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 197). מעבר לכך, מתן משקל לנתונים אליהם לא התייחסו הצדדים עלול להביא לשגגה עובדתית שתוצאותיה, בהליך פלילי, עשויות להיות חריפות וקשות.

אף הטענה שבכתב האישום, ולפיה "הנושא היחיד" שדובר בקבוצה, לאחר פרוץ מבצע שומר החומות, הוא "פרעות" בין יהודים וערבים, אינה מדויקת, שכן חבריה דנו, ולא אחת, גם בנושאים אחרים.

58. עוד יש להוסיף כי מדובר בשיח ענף, של מספר מעורבים, המגיבים זה לזה מבלי לראות מבע-פניו של האחר ומבלי להתרשם מטון דיבורו (אלא אם מדובר בהודעה קולית), כאשר אף לא ברור האם שולח ההודעה כלל עיין בהודעות קודמות או שמען, ודאי אלו שפורסמו זמן רב יחסית





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

קודם לכן. הדבר מקשה על קביעה כי הודעה זו אחרת מתייחסת לרעותה ולמה התכוונו אלה שנטלו חלק בשיח; דוגמה לכך היא הודעת מלחמת האזרחים ועל כך בהמשך הדברים.

59. לכל האמור לעיל יש להוסיף כי העבירות בהן הואשם הנאשם אינן כוללות רכיב מעשי-התנהגותי, מלבד שיגור ההודעות במרחב הווירטואלי; במצב דברים זה כלי-העבודה בהם נעזר בית המשפט בשגרה - חסרים. בבג"ץ 2684/12 התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (9.12.2015), נדחתה בדעת רוב עתירה לחייב את היועץ המשפטי להגיש כתבי אישום כנגד המעורבים בפרסום הספר תורת המלך, בטענה כי יש בו משום הסתה לאלימות ולגזענות. אף כי בית המשפט מצא כי מדובר בדברי בלע הראויים לכל גינוי, השתית מסקנתו בדבר דחיית העתירה, בין היתר, על כך: " (ש) כל מה שנמצא לפנינו הוא הטכסט עצמו, אשר הוא הראיה המרכזית בתיק החקירה נגד המשיבים. הדברים אינם חד משמעיים די הצורך כנדרש במשפט פלילי" (שם, פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה דאז, השופטת נאור).

מעבר לקושי האינהרנטי שלעיל, בעניינינו אנו, כאמור, לא הובאו ההודעות במלוא הקשרן בכתב האישום ובמסמך המסכם, ת/5.

60. אציין עוד, כי בחומרי הגלם שהובאו לעיוני, פלט נייר מודפס ותקליטור, המלל בהודעות המוקלטות לא נשמע ולא ניתן היה להתרשם ישירות מהאופן בו הועבר המסר על ידי הדובר. קשה היה אף להתרשם בבירור מתוכן קבצי מידע שהועברו ומטיב הדיווחים התקשורתיים שנשלחו על ידי חברי הקבוצה זה לזה.

61. על רקע מכלול מורכבויות זה, נבחן האם אכן יש בהודעות שפרסם הנאשם כדי למלא אחר יסודות העבירה בה הואשם.

צבר ההתבטאויות הראשון (סעיף 2א) לכתב האישום) - 10.5.2021
62. האמרות שהוזכרו בכתב האישום, מפי הנאשם או אחרים, הודגשו.

63. מדובר ביום פרוץ אירועי מבצע שומר החומות. לאחר העברת דיווח תקשורתי על "אירוע קשה בשער האריות", בו נפגעו יהודים "בעקבות זריקות אבנים וערבים עושים ... לינץ" מצוין הנאשם, בשעה 18:09, כי: "... ברוך השם יצא בנס לא קרה כמעט כלום" (עמ' 864). יקיר עונה: "נס" והנאשם משיב: "ברוך השם" ולאחר מכן כותב: "חאלס נהיה טרור" (עמ' 865). בהודעה העוקבת כותב הנאשם: "כמו שהם עושים שם ליהודים בירושלים צריך לעשות לכל הפועלים משכם פה באזור" (עמ' 865). יקיר משיב: "בוא נעשה פה"; בהרצליה". חבר הקבוצה גל ב' מפרסם: "חייב לפרק אותם" ולאחר שיקיר כותב: "רק חבל שפה אנחנו נצא הנאשמים בסוף", הנאשם משיב: "כן ברור אבל כבר חאלס זה לא עניין של פשע"; "זה עניין של יהדות" (עמ' 866).

64. כפי שניתן לראות, בכתב האישום לא צוינו אמירות גל, שיש בהן מן החומרה, ואף לא אמירת הנאשם, עובר להודעת הפועלים, כי "חאלס נהיה טרור". הנאשם לא נדרש בחקירתו הנגדית להסביר, וכאמור לעיל, אף לא נדרש ליתר פרסומי מיום זה. טענתו הכללית במהלך המשפט, כי פרק את שעל ליבו עם חבריו, כפי שעשו אזרחים רבים - נותרה על כנה, מבלי שאותגרה מהותית על ידי המאשימה בהקשר אמירות אלו. כפי שציינתי בעניין אחר (ת"פ (שלום ת"א) מדינת ישראל נ' כתובים, פסקה 36 (15.7.2021)): "כידוע, בנקודות מהותיות השנויות במחלוקת קמה חובה לחקור את העד על-מנת לאפשר לו להגן על גרסתו, ותוך כך, לאפשר, במקביל, לבית המשפט להתרשם באופן בלתי אמצעי, מהדרך בה הוא מתייחס לטענות כלפיו. נפסק: 'כאשר לא מוצגות שאלות בקשר לסוגיה מסוימת במסגרת חקירה נגדית, בהיעדר הסבר סביר אחר, ההנחה היא כי אין חולקים על דברי העד באותה סוגיה'... (ע"פ 4609/14 צורדרקר נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (1.3.2015); ראו גם ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל (26.7.2012))."

65. כתב האישום עוצר ואינו סוקר את המשך ההתכתבות ביום זה. אף ת/5 אינו עוסק בה, וכל שהוא מצוין הוא קיומו של "שיח על מטח הרקטות שנורו לעבר המרכז", וזאת על אף שהיא רלבנטית



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

למיוחס לנאשם. כך למשל, הנאשם מציין, כדקה לאחר פרסום ההודעות שלעיל כי: "אחי, כל היהודים בירושלים סובלים"; "זהו הערבים מרגישים שהם שולטים פה" (עמ' 866); ובהמשך: "בירושלים היהודים והמשטרה במלחמה שם" ו-"שמע שמעון אחי תסביך אחי לשבת בבית בסבבה לראות אותם ככה סובלים" (עמ' 873); הוא אף מתבטא בבוטות כלפי מי "שנותן פרנסה לערבים". הודעות אלו, שאכן נמצאות בחומר הגולמי, ת/6, המכיל מאות רבות של עמודים, לא פורטו בכתב האישום או בת/5 ובכל חקירותיו לא נתבקש הנאשם להסבירן. על משמעות הדבר עמדנו לעיל.

66. בסיכומיו, הבהיר הסנגור, כי אין מחלוקת בנוגע לרכיב הפרסום (עמ' 45, ש' 23-24 לפרוטוקול הדיון; ראו גם בנוגע לעניין פרסום בקבוצות ווטסאפ ע"פ 8670/19 עובד נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (27.2.2020); ע"פ (מחוזי י-ם) 6570-09-17 מדינת ישראל נ' עובד, פסקה 15 (17.9.2018)).

67. נבחן כעת האם פרסומי הנאשם מיום 10.5.2021 עוסקים במעשה טרור, כהגדרתו בחוק; ככל שכן, האם הם עולים כדי קריאות למעשה זה; ככל שכן - מהו סוג הקריאה וככל שמדובר בקריאה משתמעת, האם מתקיים מבחן האפשרות הממשית להתקיימותו של מעשה טרור כתוצאה מהפרסום.

האם הפרסומים עוסקים במעשה טרור?

68. ההתבטאויות ביום האמור, הודעות לפיהן צריך לעשות לפועלים בשכם "את מה שעושים שם ליהודים בירושלים", ו-"זה עניין של יהדות", אינן מאפשרת לקבוע, במידה הנדרשת בפלילים, גם בהקשר הדברים הכולל עליו לא נשאל הנאשם בעדותו, כי בהכרח מושא הפרסום הוא "מעשה טרור", כהגדרתו בחוק, וזאת עוד טרם נדרשנו לשאלת "הקריאה" למעשה הטרור וטיבה - ישירה או משתמעת.

69. בהגדרת מעשה טרור חל שינוי של ממש ביחס לנוסחה הקודם. טרם חקיקת חוק המאבק בטרור, על פי הוראות סעיף 2ד144(ב) לחוק העונשין, די היה בהוכחה כי הקריאה, ישירה או משתמעת, מתייחסת ל"עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה" כאשר הגדרה זו של מעשה הטרור או האלימות יחדה לעבירות ההסתה שבסעיף ("בסעיף זה").

70. כיום, על פי ההגדרה הקבועה בסעיף 2 לחוק המאבק בטרור "מעשה טרור" הוא מעשה עבירה או איום בעבירה שהתקיימו בו שלושה יסודות מצטברים זה לזה ("מתקיימים בהם כל אלה").

הראשון הוא המניע למעשה: מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי.

השני הוא מטרת המעשה: לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה.

השלישי הוא טיב המעשה, הדורש הוכחת פגיעה חמורה או סיכון לפגיעה חמורה, בגוף, בחירות, בבטיחות או בבריאות; פגיעה חמורה ברכוש הטומנת בחובה אפשרות ממשית לארבעה סוגי הפגיעות האמורות לעיל או פגיעה חמורה בקדשי דת או בתשתיות ובשירותים חיוניים.

הגדרה זו נפרשת, מעבר לעבירת ההסתה לטרור, על כל סעיפי החוק, ונוגעת אף לעבירות נוספות, כגון מתן אמצעים לביצוע מעשה טרור (סעיף 23), אי-מניעת מעשה טרור (סעיף 26), איום בביצוע מעשה טרור (סעיף 27) והכנה לביצוע מעשה טרור (סעיף 28). אף הגדרת ארגון טרור, שהחוק אוסר על השתתפות בו או על ניהולו, כוללת בין רכיביה התייחסות למונח זה.

71. על אף שנכתבה לאחר דיווחים על פגיעה ביהודים בירושלים, ובהקשר פגיעה זו, הודעת הפועלים נעדרת קונקרטיזציה ומסוימות. אין בה פניה לחברי הקבוצה בבקשה לפעול, והיא עוסקת



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

בצורך כללי בעשייה, מבלי לפרט מי הוא זה "שיעשה" - ויוער, כי לא ניתן לשלול כי בהתבטאות זו מכיוון הנאשם לגורמי חוק, שיטור או שלטון - או לאפיין המעשה שצריך לעשותו. לאחר שיקיר מגיב: "בוא נעשה פה"... ובאותה הנשימה מציף קושי: "רק חבל שאנחנו נצא הנאשמים בסוף", הנאשם עונה: "כן, ברור", אך מוסיף כי אין מדובר בעניין של פשע אלא "בעניין של יהדות". הודעות אלו של הנאשם הן קצרות ובלתי מפורטות, וכוללות אף תמיכה בהסתייגות יקיר מלבצע אותה פעולה ערטילאית נטולת תוכן ממשי ("נעשה"), שכן בפתח הודעתו הוא כותב "כן, ברור", בהקשר חששו של יקיר מלהפוך לנאשם. בכך, יש לתמוך בגרסתו בנוגע להעדר כוונה מגובשת לבצע פעולות פליליות (ולחקטין הצפי למימוש ביצועו), וזאת על-אף שכביכול הוא מציע נימוק נגדי: "זה עניין של יהדות".

72. המאשימה הפנתה בסיכומיה לעניין **אריאל** (ע"פ (מחוזי מרכז) 14600-09-19 **מדינת ישראל נ' אריאל** (30.6.2020); בקשה רשות ערעור - נדחתה (רע"פ 5906/22 **אריאל נ' מדינת ישראל** (5.12.2022)). במקרה זה קיבל בית המשפט המחוזי ערעור המדינה על זיכוי של אדם מעבירת הסתה לאלימות בנוגע לאחד מבין שלושה מסרים שפרסם בפורום אינטרנטי בו נטלו חלק כ-200 תושבי יצהר, ועסקו בהצדקה לפגיעה בחיילי צה"ל על רקע פינוי הישוב. שם, בפסקה 33 לפסק הדין, אכן נקבע כטענת המאשימה "כי השימוש במקורות היהדות כצידוק לביצוע פשע הוא חמור" (עמ' 34 ש' 28-31 לפרוטוקול הדיון). אלא שקשה לקבל, וודאי ברמה הנדרשת בפלילים, כי באמירתו זו ניסה הנאשם להצדיק פגיעה בערבים בשל "מקורות היהדות". ההודעה, על רקע מכלול פרסומי הקבוצה עד שלב זה, מתיישבת יותר עם התייחסות הנאשם למצב-דברים נתון בו נפגעו יהודים על ידי ערבים, ולא עם משנה סדורה ששורשיה בפרשנות מסולפת של מקורות הלכתיים כבעניין **אריאל**.

73. אצא מתוך נקודת הנחה, בשל הקשר הדברים והדבקים, כי רכיב המניע הוכח, שכן הודעות הפועלים ו-"עניין של יהדות" נכתבו לאחר פרסום ידיעה תקשורתית בנוגע לאירוע בו נפגעו יהודים; על פי הגדרת מעשה הטרור המניע האסור אינו חייב להיות הבלעדי או העיקרי למעשה או לאיום (ס"ק (ד)). יש לקבוע אפוא כי אמרות אלו נוגעות לפועלים משכם, ערבים במוצאם, ואוצרות בחובן "מניע לאומני".

74. בחינת יסוד המטרה שבהגדרת מעשה טרור בהקשר אמרות אלו מעוררת קושי. נזכיר, הגדרת מעשה טרור חולשת על מכלול העבירות שבחוק, רובן כוללות מעורבות פעילה במעשה הטרור או ידיעת תוכנו: הכנתו, אי-מניעתו, תכנונו, מתן אמצעים לו, קשר עם מבצעו או השתתפות בארגון טרור המבצע מעשים כאמור. עבירת ההסתה אכן יכולה להתייחס למעשה שכבר נעשה, שמטרתו ברורה, כגון פרסום דבר שבח לפיגוע שהתבצע וגבה מחיר-דמים כבד, אך היא נוגעת לכל "מעשה המהווה עבירה או איום במעשה כאמור". הוכחת רכיב המטרה - לעורר פחד ובהלה, או לאלץ רשות או ארגון לפעול או להימנע מפעולה - מקום בו מדובר באמירה המתייחסת למעשה שלא בא לעולם, עתידי, שמפרסם האמרה אינו מעורב בו או מתכננו, מלכתחילה אינה קלה וכאשר יש להסיק תבנית המעשה ומיהות מבצעו מפיסות אמירות מעורפלות ובלתי מפורטות, הקושי לעמוד על טיבו וכפועל יוצא על מטרתו - מתעצם.

75. הנאשם העיד, ולא מצאתי כי יש לשלול גרסתו, כי דיבר "מאמוציות", מאחוריהן לא עמד דבר, מלבד רצון לשתף את חבריו בתחושותיו ולהתייחס לאירועי התקופה, לשיטתו: כפי שעשו רבים אחרים, לרבות באמצעי התקשורת. אלא שלא די בכך על-מנת לשלול התקיימותו של רכיב המטרה בהגדרת מעשה טרור.

76. כלל הצפיות מעוגן בסעיף 20(ב) לחוק העונשין, ולפיו ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן. הטעם לכך הוא שקילות מוסרית בין מי שביקש להשיג את היעד העבריני לבין מי שחזה מראש את השגתו של יעד כזה, כאפשרות קרובה לוודאי (ע"פ 217/04 **אלקוראן נ' מדינת ישראל**, פסקה 7 (29.6.2005)). מבחן הצפיות הוא אינדיבידואלי לנאשם, ויש להראות צפייה בפועל כי התרחשות המטרה היא אכן, אפשרות קרובה לוודאי (ע"פ 11068/08 **מדינת ישראל נ' סנקר**, פסקה 24 (12.7.2010)). הפסיקה קבעה כי ניתן להחיל כלל הצפיות גם על עבירות התנהגות מסוג מטרה, לאחר בחינתן לגופן, בהתאם לאופייה ולתכליתה של העבירה המסוימת (ע"פ 6269/99 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 496). בחינה זו אינה נדרשת



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

בעניינינו שכן סעיף 2(ב) לחוק קובע מפורשות כלל צפיות הרלבנטי לכל אזכור המילה מטרר בחובו ("בכל מקום בחוק זה שבו נאמר מטרר, ראייה מראש את התרחשות התוצאות כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרר לבצע"). בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב בהקשר זה כי "ההבהרה נדרשת, למען הסר ספק, מאחר וכלל הצפיות והלכת הצפיות האמורים חלים לגבי יסודותיה של עבירה פלילית בלבד ואילו בנוגע להגדרה מעשה טרור לא מדובר ברכיב בעבירה פלילית אלא בהגדרה, ולכן תחולתה רחבה יותר" (שם, עמ' 1071).

77. כאמור, גרסת הנאשם בנוגע לעומד בבסיס הודעותיו: ביטוי דעותיו ותחושותיו בתקופה קשה, ללא כוונה להגשימו, לא נסתרה. הודעותיו מיום 10.5.2021 עוסקות במעשה בלתי מאופיין, הן בטיבו, הן בנוגע למבצעו, ובהודעה מאוחרת יותר משתקפת הסתייגות מהשלכות מעורבות בו, ולמצער: הכרה בכך שמעורבות כאמור עשויה להוביל להסתבכות בפלילים. ועדיין, בהינתן כלל הצפיות שבחוק, הנוגע כאמור לרכיב "ההגדרה" של מעשה טרור, ניתן להסיק כי אותו מעשה שהזכיר הנאשם, בהקשרו, עמום ומעורפל ככל שיהיה, קרוב לוודאי שיביא לתחושות פחד ובהלה בציבור הפועלים משכם "פה באזור".

78. אלא שגם אם רכיב המטרר בהגדרת מעשה הטרור הוכח, לא ניתן להסיק, ברמה הנדרשת בפלילים, כי אותו אקט שאינו מוגדר ויש "לעשותו" כולל בחובו גם "פגיעה חמורה" על-פי אחת החלופות של רכיב טיב המעשה בהגדרת מעשה טרור.

ראשית, בנוגע למידת הפגיעה ולהיקפה: לא די בפגיעה סתמית, או קלה, ואף לא בפגיעה קשה: "המשקל הסגולי של המעשה שהוא צריך מצד עצמו להיות חמור"; "אנו צריכים שהמעשה יהיה מעשה כבד משקל מספיק" (פרוטוקול ישיבה 42 של ועדת החוקה, חוק ומשפט הכנסת ה-20, עמ' 41 (12.10.2015)).

שנית, מעיון בפרוטוקול ועדת החוקה שלעיל, עולה כי המחוקק, לאחר שקילה, הכריע כי עבירת רכוש, גם חמורה, לא תיכלל בגדרי "מעשה טרור", אלא רק כאשר אותה פגיעה: "יוצרת סיכון לחיי אדם. זאת אומרת, זה סיכון שהוא קצת עקיף, אבל הסיכון הוא סיכון חמור, הוא סיכון נוכח" (שם, עמ' 42). ואכן, פגיעה חמורה ברכוש, שאין בה אפשרות ממשית לפגיעה חמורה בגוף, בחירות, בבטחון או בבריאות, אינה כלולה בהגדרת מעשה טרור.

79. האם פרסום הנאשם מתפרש כמעשה הכולל בתוכו פגיעה חמורה דווקא, הנוגעת לאחת החלופות שבהגדרת מעשה טרור? מדובר באפשרות סבירה, אך היא אינה המסקנה היחידה וההכרחית שניתן להסיק מחומר הראיות בכלל ומלשון ההודעה בפרט. קיימת סמיכות לידיעה תקשורתית שעסקה בפגיעה ביהודים - זריקת אבנים לעבר רכב, שנהגו איבד שליטה - אך דווקא הנאשם עצמו הוא שמציין כי "יצא בנס"; "לא קרה כמעט כלום" (עמ' 864) וממילא הפרסום מתייחס ל-"יהודים בירושלים" ולא דווקא לשהיהם באותו הרכב. אשר לאופן בו התפרשו דבריו בפועל, נפנה שוב להודעת יקיר, בה ציין כי לשיטתו לא הבין מהודעה זו כי הנאשם התכוון "לפגוע בערבים". מכל האמור לא השתכנעתי כי פרסומי הנאשם מיום 10.5.2021 נוגעים, בהכרח, למעשה טרור הכולל בחובו פגיעה חמורה, על היקפה וטיבה, כהגדרתה בחוק.

האם מדובר בקריאה ישירה או עקיפה לביצוע מעשה טרור?

80. גם אם הייתי מוצאת לקבוע כי פרסום אמירות אלו נוגע למעשה טרור, על כל שלושת רכיביו, הן אינן עולות כדי פרסום קריאה ישירה לו. נדרשנו ממושכות למגמות הפרשניות, בנוגע לעבירות הפוגעות בחופש הדיבור ולעבירת ההסתה לטרור בפרט. הצבענו על כך שבבסיס השמטת הרכיב ההסתברותי מהחלופה הראשונה, עמדה, בין היתר, הסברה כי נוכח הזהירות שנוקטת המאשימה בהגשת כתבי אישום בעבירות הפוגעות בחופש הביטוי, ובעבירות הסתה בפרט יכללו בגדרה אך התבטאויות ברורות, מפורשות וקיצוניות, אם לא מזעזעות-נפש ממש. הודעות הפועלים ו-"עניין של יהדות", על אף הקשרן הקשה, אינן בגדר התבטאות כאמור. לעמימות המסר נדרשנו, ועל פי הפסיקה קיים קשר הדוק בין עמימות כאמור לבין האפשרות לראות בפרסום משום קריאה ישירה (עניין אריאל, פסקה 31 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי; עניין טאטור, פסקה 67 פסק



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

דינו של בית המשפט המחוזי). ההודעות הן קצרות ואכן עמומות ובעיקר: דנות בצורך כללי בעשייה, אך אינן מפרטות טיבה ואינן מדרבנות ישירות מישהו לפעול, ובחובן אף תמרור אזהרה מהסתבכות בפלילים בגין פעולה כאמור, גם אם מטעמי שימור עצמי ולא לשם שמיים. הן משקפות העדר גמירות דעת, וניתן להניח כי כך הבינו אותן קוראיהן. מתקיים ספק אפוא אם יש בהן משום "קריאה ישירה" לביצוע מעשה טרור (ככל שהיה נמצא כי הן אכן מפרסמות מעשה כאמור).

81. העדר המסוימות, אי-הבהירות והסכמת הנאשם עם יקיר בנוגע לאפשרות ההסתבכות כתוצאה מפעולה, גם אם לאחריה הוא מדגיש, כי מדובר עדיין "בעניין של יהדות", מובילים למסקנה כי לא ניתן לקבוע חד-משמעית, כנדרש לצורך הרשעה במשפט פלילי, כי הודעות אלו בהכרח מתפרשות כדי קריאה משתמעת למעשה טרור: דברי שבת, אהדה, עידוד למעשה טרור או תמיכה והזדהות עמו. נזכיר: הודעת הפועלים היא נגזרת מהנעשה ליהודים בירושלים והשלכתו לעבר הפועלים באזור ומורכבות זו מוסיפה לקושי, הקיים ממילא, בהפלת המסר המעורפל שבהודעות.

82. כפי שיובהר בהמשך הדברים, גם אם מסקנתי היתה שונה, אין בתוכן ההודעות, ובנסיבות פרסומן, כדי להקים אפשרות ממשית להתממשות מעשה טרור.

צבר ההתבטאויות השני (סעיף 2 בכתב האישום) - 11.5.2021

83. ביום 11.5.2022 הרבו חברי הקבוצה במלל, חלקו נוגע לבילויים שתכננו, וחלקו לאירועי מבצע שומר החומות.

84. האמירות המיוחסות לנאשם בכתב האישום מיום זה נכתבו בשעות הערב. לאחר העברת מידע שפורסם באמצעי התקשורת בנוגע לאירועי היום, אסי כותב, בשעה 18:44: "**כואב הלב**", ובדקה העוקבת מפרסם שתי הודעות קוליות, ברצף: "**כל אחד שרואה ברחוב ערבי ויש לו הזדמנות לזיין אותו בלי להעצר, חייבים**"; "**אני נגיז עכשיו עם הגז פלפל פה בדיוק בדרך לירושלים, אם עכשיו אני רואה ערבי, מרסס אותו, דופק לו תקסדה 6 פעמים בראש ונוסע**" (עמ' 988-986, סוף עמ' 2 ל-5). על פי ת/5: "בהמשך מתקיים שיח נוסף על פגיעה בערבים בהרצליה", בה מתגורר הנאשם, אלא שעיון בת/6 מועלה כי הדיווחים המעורבים בקבוצה עוסקים גם באירועים בלוד, רמלה ובאר שבע.

85. לאחר מכן, בשעה 18:55 כותב שמעון, כי "זה גם היום בבאר שבע" ומציין כי "**יהודים מזיינים ערבים**". אז עונה לו הנאשם: "**שמע יש מלא ערבים באזור גליל ים**"; "**איפה שבונים**"; "**בכללי בכל מקום שבונים יש פה משכם**" (עמ' 995).

86. בניגוד לרושם העולה מכתב האישום לפיו הכיתוב המודגש הוא שיח רציף, שתחילתו פרסום שתי הודעות מטעם אסי, המשכו בהודעה מטעם שמעון לפיה "יהודים מזיינים ערבים", ולאחריה - הודעות המיקומים, ביניהן פרסומים נוספים ופער זמנים של כ-10 דקות, במסגרתו המשיך השיח להתנהל ובקבוצה הועברו דיווחים על פגיעות בערבים, לרבות בהקשר פלילי (עמ' 991).

87. ועוד: על אף שכתב האישום מציין כי המילה "קדימה" נכתבה מיד לאחר הודעות המיקומים פרסומה נעשה רק כשמונה דקות לאחר מכן, בנפרד מהן. כתב האישום אף מציין כי ההודעה "קדימה" נכתבה לפני הודעה נוספת שהקליט אסי, בשעה 19:00, ועל פי ת/5 לשונה: "תהיו גברים בואו נתאחד, נלך איזה קבוצה, 5,6,10 כמה שבאים. נשחט אותם נלך לאיזה אתר בניה נפתיע אותם, נבוא רעולים, פה בהרצליה בקליל"; אלא שהיא פורסמה כשלוש דקות לאחריה (עמ' 997).

88. בכתב האישום נפלה טעות סופר בולטת, שמקורה בהעתקה חלקית של נוסח הודעתו המוקלטת של אסי הנוגעת לשחיטת ערבים וערבוב תוכנה עם נוסח הודעה אחרת. נוסחה על פי כתב האישום: "תהיו גברים, בואו נתאחד, נלך קבוצה 5,6,10 כמה שבאים. נתפוס אחד נחלאה אותו, גז פלפל, אגרופנים, אלות לראש, נשבור אותו". כפי שניתן לראות, חציה הראשון אכן זהה לנוסח שב-5/ת אך אמרת אסי בנוגע ל-"שחיטה" אינה מוזכרת כלל בכתב האישום.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

89. שגיאה נוספת נוגעת לרצף הזמן. בשעה 19:04 מפרסם אסי הודעה קולית נוספת, שעל פי כתב האישים הופיעה מייד לאחר ההודעה הקולית הקודמת, על אף שהודעת הנאשם, "קדימה", כאמור לעיל, מפרידה ביניהן, ופורסמה לפניו. לשונה, על פי ת/5: "נעשה לינץ כמו שהשרמוטות האלה עושים. נלך 5,6 נתפוס אחד נחלאה אותו, גז פלפל, אגרופנים, אלות לראש, נשבור אותו" (עמ' 997) וכפי שניתן לראות חלקה השני של הודעה זו שויך בכתב האישים להודעה הקודמת שפרסם אסי, ובא חלף דבריו בנוגע לשחיטה באתר בניה. ועוד: אף כי מכתב האישים עולה כי לאחר הודעתו האחרונה של אסי פורסמה הודעה מטעם יקיר לפיה המשטרה אינה מתערבת, זו נכתבה למעלה מ-20 דקות לאחר מכן, כאשר בין לבין פורסמו תכנים נוספים בקבוצה.

90. יקיר כותב בשעה 19:25: "זה הזמן לתת בהם דקירות בראש"; "המשטרה לא מתערבת"; "אפשר לעשות מה שרוצים" והנאשם מציין: "מה יש להם להתערב היום ירו אליהם בלוד על שוטרים". יקיר מוסיף בשעה 19:25: "להרוג אותם ולזרוק אותם על הכביש" ואז כותב הנאשם, גם כן בשעה 19:25: "זהו זה ערבים יהודים זה מלחמת אזרחים". יקיר מציין: "בואו" (עמ' 1013-1014).

91. לאחר מכן, בהמשך הדברים, מועברים בקבוצה דיווחים תקשורתיים נוספים בקשר למצב, כאשר חלק מההודעות שמפרסמים חברי הקבוצה קיצוניות ובוטות (עמ' 1032-1031; 1041) ואף הנאשם מציין כי "עד שנפל טיל בלוד" "נפל על ערבים" "ישתבח המלך", ובהמשך, כותב כי "ערבים", "ערביות יותר נכון", "נפגעו" (עמ' 1045-1044). לאחר הודעות אלו, ככלל, הנאשם אינו נוטל חלק בשיח שבקבוצה, ושב להשתתף בו רק למחרת היום, סמוך לשעה 15:00 (עמ' 1128).

92. נבחן כל אחת מאמירות הנאשם ביום 11.5.2021 בנפרד ועל-פי הקשרן.

הודעות המיקומים

93. הנאשם הכחיש כי מדובר בקריאה להתארגנות לפגיעה בערבים, וכאמור, גרסתו הכללית היא כי חיווה דעתו על המצב וביטא: "את האני הפנימי שלי", בפני חבריו, בקבוצה סגורה.

94. לא מצאתי כי עלה בידי המאשימה להוכיח שההודעות עוסקות בהכרח במעשה טרור, וכי גם אם היתה צולחת משוכה זו, לא ניתן לקבוע כי יש בדברים משום קריאה, ישירה או משתמעת, למעשה כאמור.

95. ההודעות מתפרסמות לאחר פרסום תמונת פצועה מירי רקטה והודעות קוליות מטעם אסי, בהן עודד את כל מי שרואה ערבי "לזיין אותו", תוך ציון כי אם הוא עצמו יראה ערבי, הוא ירסס אותו ויטיח קסדה בראשו, 6 פעמים. התבטאויות אלו של אסי מעוררות שאט-נפש אלא שקיים הפרש זמנים משמעותי בין לבין הודעות המיקומים, אותן פרסם הנאשם לאחר כ-10 דקות והן בבירור מתייחסות לפרסומי שמעון בנוגע לכך ש-"יהודים מזיינים ערבים". הודעה אחרונה זו של שמעון נוגעת לדיווחים תקשורתיים על אירועים בהם התעמתו אזרחים ערבים ויהודים, וידם של האחרונים, על פניו, היתה על העליונה. דברי שמעון עשויים להתיישב עם "תיאור מצב" וחיווי דעה בנוגע אליו, ועל אף שהם גסים, בוטים וקשים, הם אינם עולים, ודאי לא בהכרח, כדי פרסום מעשה טרור. כאמור, המילה "קדימה" נכתבה בהמשך, בהקשר אחר, ומשלא ניתן לשייכה להודעות המיקומים ניטל מהן היבט הדחיפות והקריאה לפעולה.

96. אבהיר: ניתן בהחלט לראות בהודעות המיקומים הַכְּנָה מטעם הנאשם למיקומם של ערבים, על מנת לתקפם ולפגוע בהם, על רקע מוצאם, שכן הן באות לאחר דברי שמעון והתייחסותו החיובית לתקיפת ערבים על ידי יהודים; ברקע גם שתי אמרותיו המוקלטות של אסי בשעה 18:45. זו אפשרות קיימת, ואף סבירה, אך היא אינה חד-משמעית; חסרות חוליות בשרשרת, שיש בהן לקשר בין הודעות המיקומים לבין המסקנה אותה מבקשת המאשימה לגזור מפרסומן.

97. ראשית, אין מדובר במיקום ספציפי, אלא באמירה כי "בכל מקום בו בונים" מצויים ערבים, ללא כתובת קונקרטיה למעט ציון שכונת גליל-ים באופן כללי. שנית ועיקר, ניתן ליישב





בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

אמירה זו גם עם ציון עובדה קיימת, מצב-דברים, בהקשר המצב הכללי השורר בישראל ובהרצליה – בפרט, וריבוי העימותים בין יהודים וערבים. הנאשם אינו מתייחס לפעולה כלשהי שצריך לבצע, ואף לא מחווה, בנקודת הזמן הזו ובמסגרת ההודעה, עמדה בנוגע ליהודים "המזוינים" ערבים. ועוד: הנאשם טען כי התבטא על רקע חשש מפגיעה בו ובבני ביתו, הגרים בסמוך, חשש שעל פי חלקו הכללי של כתב האישום עצמו, אינו נטול בסיס (עמ' 19, ש' 18-20 לפרוטוקול הדיון). חיזוק מסוים לעניין זה האחרון ניתן למצוא בהודעה שהקליט הנאשם ביום 13.5.2021, בה הוא מציין כי שמע כי "מתכוונים ערבים לבוא לכפר סבא" ו-"צריך להיות בהיכון".

98. נוכח כל האמור לעיל, לא ניתן לקבוע כי הודעות המיקומים מתייחסות לביצועו של מעשה טרור, על כל שלושת רכיביו: מניע, מטרה ואפיון הכולל פגיעה חמורה. זו אכן אפשרות, בעלת משקל ממשי, כזו שרחוקה להיפסל על-סף, אך היא אינה האפשרות הסבירה היחידה המתחייבת ממכלול הנתונים.

99. האפשרות לפיה הודעות המיקומים אינן עוסקות ב-"מעשה טרור" משליכה, מטבע הדברים, אף על השאלה האם בהכרח ניתן היה להביין כ-"קריאה ישירה", שהרי הנאשם אינו מציין כל פעולה שיש לבצע בהקשר אותם מיקומים. העדר הפירוט, גם על רקע דברי שמעון, לא מאפשר אף קביעה, מעבר לכל ספק סביר, כי הפרסום עשוי להתפרש כקריאה משתמעת למעשה טרור.

100. ושוב: גם אם הייתי סוברת כי בדבריו אלה עודד הנאשם, בעקיפין ובמשתמע, מעשה טרור, המבחן ההסתברותי הנדרש לשם הרשעה אינו מתקיים.

הודעת "קדימה"

101. מצב הדברים שונה בנוגע לאמרה: "קדימה", שנאמרה כתגובה להודעה נוספת, אלימה ביותר, ואכן - מסיתה, שפרסם אסי, המדברת על רצח ("נשחט אותם") ומהקשרה, על פי הודעותיו הקודמות, אין כל ספק כי מדובר בקטל ערבים. הודעה זו של אסי אכן נוגעת למעשה טרור, שכן המניע הלאומני, מטרת ההפחדה ויצירת הבהלה והפגיעה החמורה שקשה ממנה אין, הוכחו כנדרש, בהיותה מפורטת, מלאת תוכן ממשי, המאפשר עמידה על כוונתו ועמדתו, ואלו ברורות לחלוטין.

102. אי-הדיוק בכתב האישום בנוגע למיקומה של הודעת "קדימה" על ציר הזמן וציטוטה השגוי של ההודעה אליה התייחסה מעוררים קושי ממשי. נתתי דעתי לכך, אך שעה שהנאשם עומת עם הטקסט הנכון בהודעתו (ת/1, ש' 125-127) ואף בעדותו הקריאה את הנוסח המדויק מתוך ת/5 ואישר כי הגיב לו במילה "קדימה" (עמ' 28, ש' 21-23 לפרוטוקול הדיון), לא מצאתי כי נגרם עיוות דין המצדיק זיכויו על רקע זה בלבד, מבלי להידרש לבחינת הדברים לגופם.

103. האם הודעת "קדימה" היא קריאה ישירה למעשה טרור? אני סבורה כי לכך יש להשיב בשלילה.

מדובר בסעיף שהחמיר, מנקודת מבטם של נאשמים, את הדין, ולפיו די בהוכחת האמירה עצמה, ללא תלות בנסיבות פרסומה, אפשרות מימושה, או בחינת המטרה להסית בהבעתה. לטעמי, קריאה ישירה צריכה להיות מפורטת ומבוארת מתוכה-עצמה, בעלת תוכן עצמאי ממשי, שניתן להבינה אף ללא הקשרה וזאת, גם אם כוונת הדובר, בשל שילובה בדברי אחר - ברורה. הודעה, אשר יש להידרש להפניות למקורות אחרים לשם הבנת המסר הגלום בה, אינה עולה, במובן המילולי הבסיסי ביותר, כדי קריאה ישירה. ומעבר לכך: הפרשנות הראויה, נוכח מבחניה הנוקשים של החלופה הראשונה, מקשה על סיווג אמירה כקריאה ישירה למעשה טרור מבלי שהדובר יביע, בפיו הוא, את המסר המפליל, על מנת שניתן יהיה לאמוד רצינותו ועמדותיו, ובפרט, כבענייננו, כאשר מדובר במסר קצר כל-כך, מילה אחת בלבד.

104. ועוד: אם יקבע כי בפרסום הודעת "קדימה" קרא הנאשם קריאה ישירה למעשה טרור, המשמעות היא ריקון מתוכן של חלקו השני של הסעיף, הנוגע לקריאה משתמעת. הרי מהי קריאת עידוד או תמיכה, או הזדהות, אם לא מלל, על-פניו ממריץ, כפי שבא לידי ביטוי בהודעה זו? נזכיר



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

את הוראות סעיף 34 כא לחוק העונשין: הקריאה המשתמעת, שלא יכולה להיות מחלוקת כי היא מקלה עם הנאשם, היא, בהתאם לתכליות החוק, לכל הפחות "פרוש סביר" לדין ולטעמי, זהו אף הפרוש העדיף שיש לבכרו על פני סיווג אמירה זו כקריאה ישירה.

105. מכל האמור לעיל, יש לקבוע כי הודעת "קדימה" אכן אינה קריאה ישירה לטרור, אך יש בה על מנת להביע תמיכה ועידוד במעשה הטרור אותו פרסם אסי.

הודעת מלחמת האזרחים

106. נביא שוב את רצף הדברים, שעל אף הרושם שיוצר נוסח כתב-האישום, בא למעלה מ-20 דקות לאחר פרסום הודעת אסי על עשיית "לינץ" (ונדגיש כי הודעת "קדימה" פורסמה לפני הודעת הלינץ וממילא אינה יכולה להתייחס לה). יקיר כותב "זה הזמן לתת בהם דקירות בראש"; ביטוי זה אינו מופיע בכתב האישום או מוזכר בת/5 והנאשם לא נדרש להתייחס אליו במסגרת חקירותיו, על כל המשתמע מכך. הוא ממשיך, ובשעה 19:25, מפרסם ההודעות הבאות: **"המשטרה לא מתערבת"**; **"אפשר לעשות מה שרוצים"**. הנאשם כותב: **"מה יש להם להתערב ירו אליהם בלוד על שוטרים"** ויקיר מוסיף: **"להרוג אותם ולזרוק אותם על הכביש"**. אז מפרסם הנאשם, גם כן בשעה 19:25: **"זהו זה ערבים יהודים זה מלחמת אזרחים"**, ויקיר כותב: "בואו".

107. פרסום הודעת מלחמת האזרחים הוא בשעה 19:25:30, שבע שניות בלבד לאחר שיקיר כותב על כך שיש "להרוג" ו-"לזרוק אותם" (עמ' 1013); פער זמנים קצר ביותר, המעורר תהיה האם הנאשם כלל הספיק לקרוא את הודעת יקיר, לשקול תוכנה, להגיב ולפרסם תגובתו שלו. לטעמי, קיימת אפשרות ממשית מאוד שהודעת מלחמת האזרחים היא המשכה של הודעה קודמת בה מתייחס הנאשם לקשיי השוטרים "להתערב", בשל ירי עליהם.

108. גם אם הייתי יוצאת מנקודת הנחה כי הנאשם, בהודעת "מלחמת האזרחים" מתייחס לדברי יקיר על פגיעה חמורה בערבים, בשל מוצאם, לא ניתן לשלול כי מדובר בהבעת דעה על מצב יחסי יהודים וערבים בישראל, בעת ההיא, המורכבת והקשה כל-כך. אכן, ברור לחלוטין במי מצדד הנאשם, וברור אף כי התייחסותו למצב אינה נייטרלית, אך בהודעה זו התנסח באופן שאינו שיפוטי ושניתן לפרשו מילולית כמבכר צד כלשהו. ההודעה יכולה להיחשב כחוסה תחת חופש ביטוי פוליטי "לו חשיבות לא רק כזכות בעלת ערך עצמאי, אלא גם כאמצעי להבטחת זכויות יסוד נוספות. על רקע זה, נקבע בשורת פסקי דין כי חופש הביטוי הפוליטי זכאי להגנה רחבה במיוחד בהשוואה לסוגי ביטויים אחרים" (רע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל, פסקה 34 לפסק דינה של הנשיאה (בדימ') נאור (2.11.2017)).

ולשם ההמחשה: בעניין **אריאל** קבע בית המשפט המחוזי, כי אחד מפרסומי הנאשם, שעסק בביקורת על חברי פורום שאינם מגנים התנהגות חיילי צה"ל, והסתיים בביטוי: "אנשים צריכים להכריע האם הם בצד של היהודים או של הממסד", אינו מובהק די הצורך על מנת לקבוע כי מדובר בהסתה לאלימות, "בשים לב לעמימות מסוימת הקיימת בתוכן הדברים ובצורך למצוא את נקודת האיזון בין חופש הביטוי לבין אמירות החורגות מזכות זו אל מחוזות העבירה הפלילית" (שם, פסקה 31). בשינויים המתחייבים, דברים אלה יפים אף לענייננו.

109. משכך, עלה ספק האם הודעת מלחמת האזרחים עניינה "מעשה טרור" על כל שלושת רכיביו טעוני ההוכחה. ניסוחה "האובייקטיבי", שאינו כולל כל דרבון לפעולה כלשהי, הוא, לכל-הפחות עמום, ואינו יכול להיחשב כקריאה ישירה לביצוע מעשה כלשהו. כאמור, ספק משמעותי עולה, נוכח סמיכות הזמנים, האם כלל מדובר בעידוד לדברי יקיר על "הריגה" ו-"זריקה" "על הכביש". נוכח האמור, אף לא ניתן לקבוע, מעבר לכל ספק סביר, כי מדובר בקריאה משתמעת, על פי החלופה השנייה בחוק.

110. בהמשך נוסף ונבחן את שאלת האפשרות הממשית בהקשר כל ההודעות מיום זה, על אף שלמעט הודעת "קדימה", לא נמצא מעבר לכל ספק כי הן עוסקות במעשה טרור או קוראות לביצועו.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

צבר ההתבטאויות השלישי (סעיף 2 ג לכתב האישום) - 13.5.2021

111. צבר ההתבטאויות זה, ונשוב ונדגיש כי לא יוחס כמעשה-עבירה לנאשם, הוא מיום 13.5.2022 (יומיים לאחר ההתבטאויות מיום 11.5.2022, ולא "למחרת" כפי שצוין בכתב האישום). לאחר ש-'אופיר' שולח קובץ קולי, שטיבו אינו ברור, לחברי הקבוצה, כותב הנאשם: "צריך להתארגן כל עיר בעיר שלה להוציא את כל הערבים מפה אנשים רגילים"; "לזרוק אותם"; "למה עוד מעט גם פה יהיה בלאגן" (עמ' 1206). מיד לאחר מכן, בשעה 12:07 שולח 'אופיר' הודעה קולית, המוזכרת בכתב האישום, ולפיה: **"צריכים לצאת ולעשות בלאגן ברחובות"**. אסי מגיב בשעה 12:09: **"חייבים את עבו סעידי הזה דבר ראשון"** ו-"הבן זונה פתוח כאילו כלום". אופיר כותב, בשעה 12:09 גם כן: **"סעידי והתחנת דלק איפה הרב קוק כל האזורים האלה"** ונענה על ידי אסי: **"שם אין יותר מסעדות"**; **"אנחנו צריכים להתמקד פה לא לחכות שהיה לנו בלגן ואז נגיד בואו לפה"**; **"צריך עכשיו!!!"**; **"שאפשר עוד"** (עמ' 1215-1212).

112. בשעה 12:11 מפרסם אסי הודעה נוספת בקבוצה ולפיה: **"שזה יגיע לפה יהיה מאוחר מדי"** (עמ' 1216) ולאחר דקה מפרסם הנאשם הודעה קולית, שאוזכרה בכתב האישום: **"כן כן אחי כן צריך פה פה אחי להתחיל פה אחי הינה יש כל מיני הודעות אני לא יודע אם זה אמיתי שמתכוונים ערבים לבוא לפה לכפר סבא אחי. צריך להיות בהיכון"** (עמ' 1218). יקיר עונה לו, בהודעה קולית, כי **"בשעה שבע נפגשים אצל אביב נאכל נשתה ואחר נראה מה עושים"** (ת/5, עמ' 9).

113. אף כי גם ביום זה ישנן עוד התבטאויות ראויות לגינני שפרסם הנאשם, שלא נחקרו או צוטטו בכתב האישום ("צריך להוציא..." "לזרוק") אמרותיו שלעיל מתיישבות עם מחשבות על הערכות לפעולות מנע מגננתית, על רקע ההתרחשויות ברחובות ישראל; הוא אף מזכיר את כפר סבא, שם מתגוררת משפחת בת-זוגו (עמ' 26, ש' 22-23 לפרוטוקול הדיון). התבטאויות אלו לא יוחסו לנאשם כעבירה, ולא מצאתי לנתח תוכנן בהרחבה מעבר לציון העובדה כי יש בהן כדי לאשש טענות הנאשם בנוגע להלך רוחו ולכך שאמירותיו בקבוצה נגעו, ולו בחלקן, לחששותיו מהמצב.

סיכום עד כאן:

114. עיון במכלול פרסומי הקבוצה מעורר תחושה קשה בנוגע לחלק מהתבטאויות הנאשם. אלא שהוא אינו עומד לדין על אופיו, סגנונו וערכיו, וכבר ציינו כי זכותו של אדם לחופש הביטוי מגנה גם על התבטאויות קשות שיש לסלוד מהן (בג"צ 399/85 **כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור פ"ד** (מא) (3) 255).

115. עמדנו לעיל על מורכבות עבירת ההסתה לטרור, והצורך לבחון יסודותיה בקפדנות. בחינה כאמור מלמדת, כפי שפורט לעיל בהרחבה, כי למעט הודעת הנאשם שלשונה "קדימה", ישנו ספק ממשי כי יתר ההתבטאויות המוזכרות בכתב האישום כלל מתייחסות למעשה טרור כהגדרתו בחוק; אך גם אם היה נקבע כי פרסומי הנאשם עוסקים ב-"מעשה טרור", בחינת יסודות העבירה הנוספים מלמדת כי לא הוכחה קריאה ישירה, ואף לא קריאה משתמעת למעשה כאמור.

116. אשר להודעה "קדימה", אף כי אינה עולה כדי קריאה ישירה למעשה טרור, מצאתי כי עלה בידי המאשימה להוכיח כי מדובר בפרסום דברי תמיכה להודעה מסיתה שהשמיע אסי: הודעה אלימה ומזעזעת העוסקת במפורש בהתארגנות קבוצתית שמטרתה "שחיטת" ערבים ועולה כדי קריאה ישירה למעשה טרור.

117. בהינתן זאת, יש לבחון האם ההודעה "קדימה", על פי תוכנה ונסיבות פרסומה, מקימה אפשרות ממשית כי תביא לעשיית מעשה טרור. כאמור לעיל, על-אף מסקנתי כי יתר אמרות הנאשם אינן עולות כדי קריאה, ישירה או משתמעת, למעשה טרור, הבחינה האמורה תעשה אף לגביהן, ולו לשם השלמת התמונה.

הרכיב ההסתברותי: אפשרות ממשית למעשה טרור

118. על פי נוסח החוק אין חובה כי מעשה הטרור המוזכר בפרסום יהא זהה למעשה שיש לבחון את אפשרות מימושו, שכן זה האחרון אינו נוקט בלשון ידוע, הקושרת בין השניים (נוסח הסעיף:



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

"שיביא לעשיית מעשה טרור", להבדיל מפרסום שיביא לעשיית מעשה הטרור). כך נקבע גם בנוגע לעבירת ההסתה לאלימות בה קיים מבחן הסתברותי דומה (עניין **בן חורין**, פסקה 7).

119. פסק הדין בעניין **בן חורין** ניתן טרם חקיקת חוק המאבק בטרור, בשלב בו טרם הופרדו עבירת ההסתה לאלימות וההסתה לטרור זו מזו. הובהר בו, כי יש להצביע על קשר בין הפרסום "לתוצאה בכח אך זאת על פי המבחן של אפשרות ממשית. לא מעבר לכך אך גם לא פחות מכך". אפשרות ממשית זו נמצאת בטווח בין ודאות קרובה: מבחן נוקשה לבין אפשרות סבירה, מבחן המקל על הוכחת העבירה (שנשקל אף לבסוף נזנח לטובת נוסחו הקודם של החוק), אך עדיין, כאמור בדברי ההסבר להצעת החוק, מדובר במבחן "קשה להוכחה".

120. התשובה לשאלה האם פרסום מעשה האלימות מקים אפשרות ממשית למימוש, תיבחן, כך על פי הוראות הסעיף (שנותרו בהקשר החלופה השניה של קריאה משתמעת למעשה טרור על כנף) על יסוד תוכן הפרסום ונסיבותיו. העדר פירוט "נסיבות הפרסום" שבסעיף אינו מקרי: "הוא דורש כי בית המשפט יבחן את המקרה כמכלול... 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 שבח, אהדה, עידוד, תמיכה או הזדהות...", ואף בדיקת "דומיננטיות המפרסם והאווירה המתלהמת", תערך במסגרת בדיקת נסיבות הפרסום. הודגש, כי יש לבחון את המכלול, על מצבור נתוניו, כאשר "משקלה היחסי של נסיבה מסוימת עשוי להשתנות בראייה הכוללת של הדברים במקרה הקונקרטי".

לאחרונה, יוער, אישש בית המשפט העליון פעם נוספת המבחנים שנקבעו בעניין **בן חורין** (רע"פ 4753/22 **אליצור נ' מדינת ישראל**, פסקה 32 (14.11.2022)).

121. ומהכללים לעניינו אנו.

תוכן הפרסום

122. ההודעה "קדימה" היא קריאת עידוד ותמיכה לאמירה קשה ביותר, מצמררת, שהשמיע אסי, אך הפרסום הרלבנטי בנוגע לבחינת הסתברות התממשות מעשה הטרור אותו יש לבחון הוא דברי הנאשם עצמו. בצד זאת, מהקשר ההודעה ודאי שלא ניתן להתעלם בעת בחינת תוכן הפרסום והשלכתו על התממשות האפשרות למעשה טרור. ועדיין, מדובר באמירה קצרה, שיכולה להתפרש ככזו שנאמרה לאחר-יד, מבלי שכוונה אמיתית עומדת בבסיסה; הנאשם לא הוסיף והתייחס להודעת אסי, ואף לא הגיב להודעתו הנוספת, בעניין ה-"לינץ" וגם יתר חברי הקבוצה לא התייחסו להודעה "קדימה" בזמן אמת.

123. בעניין **אריאל**, הורשע הנאשם בגין הודעה שנכתבה בתגובה להודעת תושבת אחרת, אך נקבע, כי יש להרשיעו בעבירת ההסתה לאלימות, וזאת על אף שלא היה "מוביל הקריאה ורק הוסיף בדבריו משנה תוקף לקריאה לאלימות" (פסק דינו של בית המשפט המחוזי, פסקה 32). המאשימה הפנתה לעניין **אריאל** כתמיכה לטיעוניה, אלא שמצב הדברים שונה בענייננו. הנאשם לא הוסיף בהודעתו פרטים או נימוקים משלו לדברי אסי. הודעתו נכתבה בתגובה להודעה קולית, שעל מנת להיחשף לתוכנה לא די ברפרוף מבט על מסך מכשיר הטלפון ויש לפעול להשמעתה. משכך, ובשל העובדה כי פרסום הנאשם אינו כולל ציטוט דברי אסי, נחלשת משמעותית המסקנה כי מתקיים קשר סיבתי, בדמות אפשרות ממשית, בין פרסום זה לבין שכנועו של מאן דהוא לבצע מעשה טרור, שאינו מעשה של מה-בכך, אלא כזה הדורש הוכחת מניע, מטרה ופגיעה חמורה בגוף או ברכוש או על פי יתר חלופות הגדרת המעשה.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

124. קבעתי כי יתר התבטאויות הנאשם אינן עולות כדי פרסום מעשה טרור, וממילא, אף אינן בגדר קריאה ישירה לו. התבטאויות אלו אף אינן בגדר קריאה משתמעת. עם זאת, אתייחס בקצרה גם בהקשרן להשפעת תוכןן על האפשרות הממשית להסתברות מעשה טרור כתוצאה מפרסומן.

125. תוכן יתר ההודעות אינו נושא מטען ממשי מבורר. מדובר בהודעות קצרות ונקודתיות, מסרים שלא נדונו בהרחבה בקבוצה לאחר פרסומם, וכאמור - ללא משנה סדורה העומדת מאחוריהם. בעת הידרשות לתוכן האמירות ראוי, כך על פי עניין **בן חורין**, לבחון גם את "סוג האלימות המדובר", וככלל, הודעות הנאשם אינן עוסקות, כשלעצמן, בתיאורי אלימות מפורשים. ועוד: על פי הקשרן לא ניתן לקבוע בוודאות הנדרשת כי הן נוגעות למעשי טרור שהתרחשו, אלא לאמירות - בלתי קונקרטיות גם כן - בנוגע למעשים עתידיים. דלות תוכן פרסומים אלה משליכה משמעותית על שאלת הרכיב ההסתברותי. לכך יש להוסיף את הנתון, שהוזכר בהקשר הודעת "קדימה", הנוגע לעובדה כי הודעות הנאשם לא ציטטו את הפרסומים הקודמים להן, ואת הקושי המובנה הנוגע להבנת מסרים בלתי מפורטים המוחלפים בשיח פורה בו נוטלים חלק מספר משתתפים.

נסיבות הפרסום

126. נדרשנו לתוכן הפרסום, בהקשר הודעת "קדימה" ויתר הודעות הנאשם. כעת יש לבחון את נסיבות הפרסום, המורכבות ממספר פרמטרים, ואין בנוגע אליהן "רשימה סגורה". אלו רלבנטיות לכל ההודעות ואתייחס אליהן במאוחד, אף כי כאמור, ההודעה היחידה שנמצא כי היא קריאה משתמעת למעשה טרור היא ההודעה "קדימה".

מיהות המפרסם

127. לא נטען, וממילא לא הוכח, כי הנאשם אחז באידיאולוגיה מגובשת עובר לפרסומיו והיה פעיל בעניין בו התבטא, בדומה לעניין **אריאל** ועניין **עובד** שלעיל, או כי הציבור כרוי למוצא פיו, ולאמרותיו משקל סגולי משכנע, הנובע מאישיותו וממעמדו (עניין **מחאג'נה**, פסקה ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין; עניין **אליצור**, שם שימש הנאשם כרב ומורה בכיר לבני נוער). לא הונח לפני אף כי הנאשם נתפס כמנהיג חברתי עובר יתר משתתפי הקבוצה. בכך יש להקטין ולא במעט, את אפשרות הסתברות מימוש הפרסום לכדי מעשה טרור.

האווירה השוררת בציבור

128. לעניין זה שני פנים. מחד, מדובר בתקופה משברית ומתוחה, בה הותקפו אזרחים על ידי אזרחים אחרים, אך בשל מוצאם והארץ "בערה" מבחוץ ומבפנים (ע"פ 4585/22 מדינת ישראל נ' **עדאדת**, פסקה 15 (25.7.2022)). מציאות קשה זו אכן טמנה בחובה סיכון מוגבר להתלהמות יצרים מבימים כתיקונם. נתון זה פועל לחובת הנאשם ומגביר סיכוי התכנות מימוש מעשה טרור כתוצאה מפרסומיו.

129. עם זאת, מועד פרסום מקבץ ההודעות הראשון, הודעות הפועלים ו-עניין של יהדות, הוא תחילת-תחילתם של האירועים שלימים הובילו למבצע שומר החומות. הן מופיעות בעמודים הראשונים של העתק המודפס של ת/6 שהועבר לעיוני, ולא הוכח כי קדם להן תוכן מהותי רלבנטי על בסיסו יכול היה הנאשם להעריך השפעת דבריו על יתר חברי הקבוצה, כאשר לא ניתן היה לשער בנקודת זמן זו אף את עצמת האירועים. גם מקבץ ההודעות השני פורסם ביומו השני של המבצע, ולא בעיצומו ממש, אם כי בשלב זה כבר פורסמו בקבוצה מספר הודעות שתוכןן קשה ואלים.

130. אכן, תקופה סוערת מצמיחה קרקע פוריה למעשי אלימות וטרור. אך בצדו השני של המטבע, בהקשר המגמות הפרשניות השונות המכווונות שיקול דעת בית המשפט, דווקא בזמנים אלה קיימת חשיבות-יתר לאפשר לציבור לומר את שעל ליבו, גם בבוטות, למניעת פורקן מחשבותיו בדרך של אקט אלים: "חופש הביטוי שומר על הדמוקרטיה ... במתן במה בטוחה ומוסכמת להבאת חילוקי דעות ופריקת מתחים חברתיים... בזכותו של חופש הביטוי מוצא הלחץ החברתי את ביטויו במשא ולא במעש" (בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת**, פסקה 11 לפסק דינו של השופט עמית (15.4.2015)).



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

הכרות הנאשם עם חברי הקבוצה ומספרם

131. מדובר בקבוצה ששמה מעיד עליה, כי חבריה אכן מיוחדים; לדברי יקיר: "אוסולניק זה כמו חבר קרוב, יש מילה שנקראת 'אוסולניק', זה כאילו חבר אח" (ת/4, ש' 69). יקיר מציין כי חברי הקבוצה "חברים שאנו מכירים אותם לעיתים קרובות" (שם, ש' 76).

132. כאמור, הודעות יקיר ואלעד הוגשו לעיוני. אלעד מסר כי את רוב חברי הקבוצה אינו מכיר (ת/3, ש' 68), אם כי בהקשר הנאשם ציין כי: "מכיר. ככה, חברים. לא דברנו כמה זמן, אבל מכירים, מכירים" (שם, ש' 77-76). מגרסת יקיר עולה כי צירף לקבוצה את "כל החברים, כל מי שאני מכיר מהרצליה ומהחברים הקרובים" (ת/4, ש' 74-73) והנאשם הוא חבר, עמו הוא נפגש מדי פעם (שם, ש' 43-42).

133. הנאשם אכן לא ניהל הקבוצה, ולא היה בידו להכריע אם אדם כזה או אחר ישתתף בה, אך נוכח התרשמותי מדבריו וקריאת מכלול ההודעות, ניתן לקבוע כממצא עובדתי כי הכיר את רוב-רובם של משתתפי הקבוצה ועם חלק ניכר מהם אף היה מצוי בקשר חברי משמעותי; גם אם נקבל דברי אלעד כפשוטם, הם נוגעים לו-עצמו.

134. מדובר בקבוצה המונה 40 חברים, מספר לא קטן אמנם, אך לא גדול מאוד, ולכך יש להוסיף את דברי יקיר מהם ניתן אף להסיק כי מספר המשתתפים בפועל היה כ-22-20 איש (ת/4, ש' 82). לשם השוואה, בעניין **עובד** מדובר היה בפרסום בשתי קבוצות ווטסאפ שמנו בסך הכל 80 חברים; בפורום בו פרסם **אריאל** הודעותיו היו חברים כ-200 איש, ובעניין **מחאגינה** נעשה הפרסום לפני קהל של כ-1000 איש ובנוכחות כלי תקשורת.

135. בעניין **עובד**, ציין בית המשפט המחוזי כי: "כאשר מועלה תוכן בקבוצת ווטסאפ מצומצמת, שכל חבריה מכירים היטב זה את זה ומחייבים לדיסקרטיות, כך שחבר קבוצה נותן אמון בחברים האחרים וסומך על כך שלא יפיצו ללא הבחנה את התבטאויותיו, במקרה כזה הפרסום איננו פומבי ולא יחשב כפרסום המהווה אחד מרכיבי העבירה" (שם, פסקה 15). בעניינינו, הוסכם כי מדובר בפרסום, כהגדרתו בחוק, אך דברי הנאשם לפיהם נקודת המוצא היתה כי האמור בקבוצה לא יצא החוצה (עמ' 31, ש' 12 לפרוטוקול הדיון) מקובלים עלי, ורלבנטיים להערכת המבחן ההסתברותי.

136. להכרות הנאשם עם יתר חברי הקבוצה, למספרם המצומצם יחסית ולנקודת המוצא כי מדובר בקבוצה "סגורה" משמעות רבה, הן לגבי מודעות הנאשם לגבי אפשרות הפצת מסריו, הן בקשר להפחתת סבירות התממשות מעשה טרור כתוצאה מהם.

מסגרת הפרסום - קבוצת ווטסאפ

137. פרסום ההודעות לא נעשה בפלטפורמה אינטרנטית הנגישה לכולם (כבעניין **טאטור** ו-**אליצור**). אכן, ודאי שלא ניתן לשלול כי הודעות שנשלחות בקבוצת ווטסאפ יועברו הלאה מחוץ למסגרתה. בעניין **עובד**, ציין בית המשפט המחוזי את הסכנה המוגברת בהפצת מסרי אלימות ברשתות חברתיות, בלחיצת כפתור בלבד וקבע: "... שאם לא מתקיימות נסיבות מיוחדות, מחבר הודעה בווטסאפ המעביר אותה לקבוצת אנשים, צריך להביא בחשבון אפשרות של הפצה ושרשור של הודעות למספר בלתי ידוע של צופים, על כל הנובע מכך" (שם, פסקה 20). אלא שהודעות הנאשם, כשלעצמן, נטולות יחוד. קשה עד מאוד להניח כי מישוה מחברי הקבוצה סבר כי ימצא עניין מיוחד בהודעה "קדימה" (שנזכר: אינה מצטטת את הודעת אסי עצמה) או ביתר התבטאויות הנאשם שלא ניתן לאפיין כרהוטות מאוד, בעלות תוכן מעניין ומושך-לב במיוחד, והעבירן הלאה, על מנת שגם אחרים ייחשפו להן.

אופי הקבוצה

138. אין מדובר בקבוצה "ייעודית", העוסקת בעניין מושא הפרסום, בה חברים אנשים האוחזים בדעות הנחשבות כקיצוניות, שחלקם היו "מעורבים בפשעים לאומניים" (פסק דינו של בית המשפט



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

המחוזי בעניין **עובד**, פסקה 5), ובדברים שנאמרו בפני נוגעים לעניין ממש (פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין **אריאל**, פסקה 32), אלא בקבוצה שנוסדה עוד טרם אירועי מבצע שומר החומות, ועובר להם השיח עסק בעניינים אישיים ובבילויים משותפים (עמ' 18, ש' 26 - עמ' 19, ש' 1 לפרוטוקול הדיון).

139. מעבר לכך: מדובר בקבוצה שחבריה הם צעירים, בשנות ה-20 לחייהם וחלקם, כפי שניתן להבין רווקים. בניגוד לקבוצות ווטסאפ של מקומות עבודה, למשל, בהן קיימים מעמדות שונים, או קבוצות משפחתיות, בהן פער בין-דורי, ההתנסחות בקבוצות מסוג זה, מלכתחילה, אינה פורמלית או מעודנת ומשתתפיהן נוטים לדבר בחופשיות זה עם זה, ולא "לשקול מילים", ובעיקר כאשר מדובר בקבוצה שהמתפרסם בה אינו אמור לצאת את שעריה. מ-ת/6 עולה כי אכן זה היה מצב הדברים בקבוצת ה-"אוסולניקים". מרחק רב מתפרש בין אמירות, גם אם מתלהמות, לבין התכנות פעולה אקטיבית כתוצאה מפרסומן וניתן להניח כי חברי הקבוצה שנחשפו לפרסומי הנאשם לקחו בחשבון סגנון השיח במסגרתה בעת ששקלו תוכנם ומשמעותם.

140. בנוסף, ובניגוד לאמור בכתב האישום, גם לאחר פרוץ אירועי מבצע שומר החומות דנו חברי הקבוצה, ולא מעט, בעניינים שאינם נוגעים אליו. כך למשל, עסקו בחתונתו של "צוריי", באפשרות ביטולה בשל המצב ובאיחולי ברכות לכשבסוף התקיימה (עמ' 1038-1035, 1141, 1237) המשתתפים דנו האם להזמין למסיבת הרווקים חשפניות (עמ' 886-883) ויקיר אף מזמין ל-"על האש ושיעור תורה" (עמ' 1046, 1142; ת/4, ש' 224). בנוסף, הדיון במצב השורר בארץ לא עסק רק בפריזמת "הפגיעה בערבים" אלא אף ביתר היבטי המבצע, לרבות נזק שנגרם כתוצאה מנפילות טילים ופגיעות בציבור היהודי. התמהיל בין העיסוק באירועי מבצע שומר החומות ובין השיח השגרתי מחזק את טענת הנאשם בנוגע לרקע הפרסומים: "הוצאת קיטור" והבעת עמדה בקשר למתרחש. הוא אף משליך על אפשרות מימוש מעשה טרור כתוצאה מפרסומיו שם, כמו גם על מודעותו לאפשרות ממשית שדבריו יביאו לעשיית מעשה טרור, שהרי מעייניהם של חברי הקבוצה לא הוקדשו כל-כולם ל"פרעות" שבין יהודים וערבים, כטענת כתב האישום.

השלכות הפרסום על חברי הקבוצה עצמה, בראי התנהלותם בעת הרלבנטית

141. ראשית, יוער כי אני ערה לכך שבעת מתן תשובתו לכתב האישום, ציין בא כוח הנאשם, באופן כללי, כי הנאשם מודה בעובדות המפורטות בסעיפים 1-2 לכתב האישום; וזאת כאשר רישה סעיף 2 מציין, כי "הנאשם ואחרים דנו בהתארגנות ממשית ובקריאה להתכנסות לצורך פגיעה בערבים ממוצא ערבי". האם בכך אישרה ההגנה נתון זה, הפועל לחובת הנאשם? נעיר, כי בין היתר כולל סעיף 2 גם את העובדה כי הנאשם פרסם: "קריאות ישירות שמטרתן להסית לביצוע מעשה טרור ולתיאום פעולות כוחניות ואלימות נגד אנשים ממוצא ערבי", היינו: לב המחלוקת. קשה אפוא לקבל כי הנאשם הודה ביסודות העבירה אותה הכחיש, במסגרת אותה תשובה ממש; על פניו נועד המענה לאישום לאשר את תוכן ההודעות המופיעות בכתב האישום, תוך הדגשה כי המחלוקת לגביהן היא משפטית.

142. אלא שכך או כך, הנאשם בעדותו, בבירור, שלל, מספר פעמים, כי דן "בהתארגנות ממשית ובקריאה להתכנסות" ולדבריו, בעמ' 19 לפרוטוקול הדיון: "לא היתה התארגנות"; "לא היה פה שום קריאה להתארגנות", תוך הדגשה כי מדובר במלל בלבד, מתוך "אמוציות". גם בחקירתו הנגדית הדגיש, כי התארגנות לא היתה קיימת ואף לא היתה צפויה להתקיים. לא הוטח בו כי הוא סותר את תשובתו לאישום או כי חומר הראיות מלמד על התארגנות קונקרטי, מעבר לפרשנות המאשימה למשמעות ההודעות המוזכרות בכתב האישום (עמ' 24, ש' 10-9 לפרוטוקול הדיון). באת כוח המאשימה, אף אישרה, בהגינותה, כי אין טענה כנגד הנאשם בהקשר "התארגנות" או "מעשה בפועל" (עמ' 39, ש' 26).

143. יקיר ואלעד חיזקו דברי הנאשם גם בהקשר זה. אלעד מסר כי, ככלל, נותר בביתו במהלך תקופת המבצע (ת/3, ש' 123-122). יקיר ציין כי: "הקבוצה לא באמת הוציאה מפגשים להתאחד וללכת לעשות" (ת/4, ש' 178); להפגנה שנערכה בבת-ים לא יצאו לבסוף (שם, 161-160) ומפגש ברחוב סוקולוב בהרצליה, המוזכר ב-ת/5, היה כנראה שגרתי (שם, עמ' 195). לדבריו, שקל "לעשות הפגנה"



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

בלתי אלימה בהרצליה, שלשיטתו היא "חוקית" (שם, ש' 117-113) ועוד מסר, כי התכוון להשתתף בהפגנה בעיר לוד, אך ללא אלימות: "להילחם זה להפגין, זה לקלל אם צריך, זה לא להילחם בידים ולא לתת מכות" (שם, ש' 269-268).

144. כפי שצוין בעניין בן חורין: "בדיקת האפשרות הממשית של מעשה אלימות אינה מופנית דווקא לקהל יעד המורכב מאנשים סבירים, אלא גם לקהל שעשוי לכלול אנשים שאינם סבירים או נורמטיביים, ולו בתקופה הרלוונטית לפרסום" (שם, פסקה 7; ההדגשות הוספו, ש.ב.).

145. לרוח התקופה התייחסו לעיל, ואכן, כטענת המאשימה בסיכומיה, חברי הקבוצה התבטאו "בגנות ערבים" ומעבר לכך, עיון ב-ת/6 וב-ת/5 מעלה כי החל מיום 12.5.2021 הקצינו התבטאויות חלק ממשותפתיה, ובעיקר אסי ומשתתף שכינויו 'חנני 3'. אלה מתייחסים ליציאות "ללוד" ומתבטאים באלימות רבה בנוגע לפגיעה בערבים (עמ' 1078, 1081-1083, ת/5; תחילת עמ' 7).

146. הנאשם שב ונוטל חלק בשיח ביום זה, בסביבות השעה 15:00, אז הוא מפרסם מספר קבצים בקבוצה שלא ניתן להבין תכנם (עמ' 1128, עמ' 1131), ומתייחס למפגש בטיילת בבת-ים, שמהקשר הדברים ב-ת/6 וב-ת/5 לא ברורה מטרתו, וראיות בנוגע אליו לא הובאו במהלך המשפט. השיח בקבוצה ממשיך ומתנהל, לרבות התייחסות לאירועי מבצע שומר החומות ולדיווחים על "לינץ' על יהודי" (עמ' 1159), נפילות טילים (עמ' 1162) ונשמעות אף קריאות לפגוע בערבים ולהילחם "על הבית" (עמ' 1152, 1170, 1188). עיון ב-ת/6 מלמד כי הנאשם נמנע מלהשתתף בשיח עד ליום 13.5.2019, בשעה 10:06, אז הוא מפרסם הודעה הנוגעת לשמירת השבת (עמ' 1193).

147. כעולה מהאמור לעיל, אכן, החל מיום 12.5.2021 התבטאויות חברי הקבוצה מקצינות ומתוך הכתובים קמה אפשרות כי הן מתייחסות אף "להתארגנויות", אותן הכחיש הנאשם. ועדיין, אין בכך על מנת להטות את הכף לכלל מסקנה כי אפשרות ממשית לביצוע מעשה טרור הוכחה.

148. ראשית, וכפי שעלה לאורך כל הכרעת הדין, קביעת ממצאים לחובת הנאשם על יסוד נתונים שלא בוררו עמו, כאשר המאשימה זנחה טענה של התארגנות ממשית בהקשר הנאשם והוא עצמו הכחישה, מהווה פגיעה בלתי-מידתית בהגנתו.

149. בהקשר הקושי לקביעת ממצאים לחובת אדם, על יסוד נתונים שלא היו ביריעת המחלוקת המוצהרת, ושגרסתו לא נתבקשה לגביהם, אציין הדברים הבאים.

ת/5 ריכז במסגרתו אמירות שלשיטת היחידה החוקרת הצביעו על הסתה לפגיעה בערבים והתארגנות לפגיעה כאמור. בעמ' 4, באותו הקשר של "התארגנות ממשית וקריאה להתכנסות לשם פגיעה בערבים", מוזכרות שתי הודעות שפרסם אסי ביום 11.5.2021, סמוך לשעה 20:00, כשעה לאחר פרסום ההודעות המסיתות והקשות שעניינן עשיית לינץ' ושחיתת ערבים. אסי שואל איפה כולם (עמ' 1029) ומציין כי כל מי שלא בא הוא "חבורה של זונות" (עמ' 1033) והחוקרת אף מצרפת לסיכומיה צילום מסך של הודעת גל ב' השואל היכן הנאשם ("יוסי איפה אתה אח שלנו"; עמ' 1033). הכללת הודעות אלו ב-ת/5 נועדה להאריך כהתארגנות פסולה, אלא שהודעות סמוכות מאוד מלמדות כי מדובר בהתכנסות הקשורה למסיבה, כנראה מסיבת הרווקים של צורי, שכן אסי מציין בטרוניה על אי הגעת חבריו: "לא רציתם חשפניות לא הבאנו מה עכשיו הבעיה לא הבנת" (עמ' 1035) ובהמשך אף מלין: "במקום 600 שקל גם לא טוב" (עמ' 1037). הודעות אלו לא הוזכרו ב-ת/5.

ניתן ללמוד כי גם "כשמסביב יהום הסער", ולאחר השמעת אמירות חריפות וקשות, יוצאים חברי הקבוצה, לרבות אסי עצמו, לבילוי. יש בכך על מנת לחדד הצורך בהירות בבחינות הודעות כאלו ואחרות, שכן הקשרן הכולל עשוי ללמד כי נקודת המוצא המובעת בת/5, ולפיה עסקו חברי הקבוצה "רק בפרעות", תזה שמצאה דרכה גם לכתב האישום, אינה בהכרח מדויקת. משכך, הצורך בקבלת התייחסות הדוברים לאמרות ומשמעותן גובר, וזאת למניעת טעות בפירוש משמעות האמירות, על כל השלכותיה, העשויות להיות הרות-גורל, במשפט פלילי.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

150. שנית, קיימים נתונים סותרים לנטען ב-ת/5 בהקשר זה. גרסת יקיר, עליה ביקשה דווקא המאשימה להסתמך, כאמור - ללא הסתייגות, לא נסתרה ולפיה, יציאות הקבוצה נועדו למפגשים חברתיים, גם בתקופה ההיא, ולכל היותר תוכננו הפגנות, שאינן אלימות. האם גרסה זו נכונה? בהחלט יתכן שלא, אך אמרותיו, שהוגשו בהסכמה, בצירוף גרסת הנאשם שלא אותגרה, מעוררות קושי בקבלת עמדת המאשימה גם בהיבט זה.

151. שלישית, אותה הסלמה התרחשה בעיקרה לאחר התבטאויות הנאשם בגינן יוחסו לו העבירות בכתב האישום, ומתחילה כמעט מחצית היממה לאחר מכן, בשעות הבוקר של יום 12.5.2021. את מודעותו של הנאשם להשלכות פרסומיו, וכיצד ייתפסו על ידי חברי הקבוצה, יש לבחון "בזמן אמת", לגבי הנתונים שהיו ידועים לו ביום 10.5.2021 ולמחרת, ביום 11.5.2021. יש להניח כי אותה הסלמה בהתנהלות חברי הקבוצה מקורה גם בהתפתחות המצב הביטחוני, נתון שלא היה בידעו ובשליטתו של הנאשם, ואף אליו לא נדרש.

152. ולסיום: קהל היעד הוא רק אחד מהנתונים אותם יש לשקול בהקשר הרכיב ההסתברותי. בהינתן מכלול הנתונים אליהם נדרשנו לעיל לא הוכח כי מאפייני חברי הקבוצה, גם בעת הרלבנטית, מטים הכף לכלל קביעה כי אפשרות ממשית לביצוע מעשה טרור אכן הוכחה במידה הנדרשת בפלילים.

אפשרות ממשית: סיכומם של דברים

153. כאמור, תוכן הפרסום ונסיבות הפרסום, לפיהם יש לקבוע התכנות מימושו של מעשה טרור, על פי מבחן האפשרות הממשית, מורכבים ממגוון נתונים, שמשקלם שונה.

154. כל פרסומי הנאשם דלים בתוכן, בלתי מפורטים ואי-בהירותם משפיעה על אפשרויות פרשנותם. תוכן הודעת "קדימה", כשלעצמו, בנסיבות בהן עצם הפרסום מנותק ויזואלית מהודעת אסי, אינו בעל מטען משמעותי ואינו מפרט את "סוג האלימות המדוברת". הדברים יפים אף בנוגע ליתר ההודעות המוזכרות בכתב האישום, שאף אחת מהן לא כוללת אזכור של פעולה אקטיבית מפורשת של פגיעה בציבור הערבי. אף בהינתן משקלן המצטבר של כל הודעותיו שבכתב האישום, לנתונים אלה משמעות רבה לזכות הנאשם.

155. אשר לנסיבות הפרסום: רוח התקופה היתה אלימה, והשיח בקבוצה אכן הקצין, אם כי בעיקר לאחר פרסום ההודעות בגינן הואשם הנאשם. מנגד, מדובר בקבוצה סגורה, שמספר משתתפיה אינו רב מאוד, וסיכוי פרסום הודעות הנאשם עצמו, שלדבריו אין ערך מוסף מיוחד בשל מעמדו או אישיותו, מחוץ לגבולותיה נמוך ביותר. אף יכולת השפעתו על חברי הקבוצה עצמם לא הוכחה. ועוד: לא נטען וממילא לא הוכח כי קהל היעד במסגרת הקבוצה, ממילא מצומצם, היה מוטה מראש או אלים במיוחד עד לפרוץ האירועים. גם לאחריהם, הקבוצה עסקה במפגשים חברתיים ובשיח שגרתי ולמצער, לא כזה המתמקד דווקא בפגיעה בערבים. לכך יש להוסיף אופי השיח בקבוצה, שניתן לקבוע כי הוא מוגזם ומוקצן, ומובן על ידי משתתפיה ככזה.

156. על בסיס המידע לו היה חשוף הנאשם בעת הפרסומים הרלבנטיים, ובהתחשב במכלול הדברים אליו נדרשנו, אף לא התרשמתי, וממילא הדבר לא נטען, כי עצם עיניו להתקיימות אותה אפשרות ממשית ונמנע מלברר הנסיבות והנתונים, ובכלל זה, התכנות מעשה טרור כתוצאה מפרסומיו (סעיף 20(ג)1) לחוק העונשין; ענין **טאטור**, פסקה 78 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

157. כל האמור נשקל על ידי, על רקע הערך המוגן בעבירת ההסתה לטרור וחשיבות זכות הביטוי. מסקנתי היא כי אין בפרסומי הנאשם, הודעת "קדימה" ואף יתר ההודעות המוזכרות בכתב האישום, על תוכנם ונסיבותיהם, גם כשהן מצטרפות זו לזו, כדי להקים אפשרות ממשית להתקיימותו של מעשה טרור.



בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46821-06-21 מדינת ישראל נ' בן דהן

יתר משתתפי הקבוצה

158. עיון ב-ת/6 מעלה כי אף אחרים השמיעו התבטאויות שאופיין דומה לדברי הנאשם, כפי שפורט בהרחבה לעיל, וחלקן, יאמר בזהירות הנדרשת, אף חמורות יותר, אלא שרק הוא, אסי ויקיר בלבד הועמדו לדין (כשבעניינו של מעורב נוסף, אלון, טרם נתקבלה החלטה סופית).

159. הנאשם הביע טרזניה על הגשת כתב אישום כנגדו, שעה שחברים אחרים בקבוצה או ישראלים נוספים, שהתבטאו ברשתות חברתיות ובאמצעי התקשורת בתקופה הרלבנטית, לא הועמדו לדין. אכן, מצאתי כי משתתפים אחרים בקבוצה, גם אלה שאינם יקיר, אסי או אלון, פרסמו התבטאויות קשות. ייתכן שאי-העמדתם לדין נעוצה בקושי ראייתי, לרבות היכולת לשייך המכשיר ממנו נשלחה ההודעה לאדם כזה או אחר, ואף אם לא כך הם פני הדברים לא הובאה לפני תשתית ראייתית, אף לא ראשונית, המאפשרת בחינת טענה זו בהקשר טענה להגנה מן הצדק בכלל ואכיפה בררנית בפרט. נוכח התוצאה אליה הגעתי לא אדרש לדברים מעבר לכך.

160. והערה נוספת: לשם הכרעה בעניין הנאשם נדרשתי לדברי משתתפים אחרים בקבוצה. אלה לא העידו לפני ולא נשמעה גרסתם בנוגע לתוכן דברים אלה. משכך, ולמען הסר ספק, מובהר כי אין לראות בהכרעתי משום קביעה אופרטיבית, או אף רעיונית, ככל שהיא נוגעת אליהם.

סוף דבר

161. ייתכן, כי אמרות הנאשם, על פי תוכנן והקשרן, עולות ומתפרשות כדי קריאה למעשה טרור. זו מסקנה אפשרית, שאינה משוללת יסוד. אלא שמכלול הנתונים, החל מבחינת מעשה הטרור אליו נטען כי הן מתייחסות, על כל רכיביו הנדרשים: מניע, מטרה ואפיון, המשך ביסוד הקריאה למעשה כאמור, וכלה בשאלת סבירות התממשות מעשה הטרור כתוצאה מפרסומן, מצביע כי זו אינה המסקנה היחידה שניתן לגזור מהם. במשפט פלילי מדובר ובהתאם להוראות סעיף 34כב(א) לחוק העונשין, לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם הוכחה מעבר לספק סביר, ובענייננו - ספק סביר התעורר.

162. תוצאתו הסופית של התיק נגזרת מפרשנותי לראיות שהוצגו לי, שנבחנו בהתאם להוראות החוק ולאור הכללים המשפטיים שנועדו להבטיח זכויות נאשמים. אין בה כדי למחות את הרושם הרע, האלים-מילולית, לעיתים נגוע בגזענות, שהותירו חלק מאמרות הנאשם, שאף שלא מצאתי, בהתאם לאמות המידה הנדרשות בהליך פלילי, כי חצו את קו הגבול המפריד בין המותר לאסור, הן נמצאות בסמיכות אליו. טוב יעשה הנאשם, שהעיד כי הוא "במקום אחר" בחייו, אם בעתיד לבוא יקפיד להתרחק עוד מקו גבול זה, שהרי מִן הַיָּמִים בָּיַד לְשׁוֹן (משלי יח כא).

163. הנאשם מזוכה, מחמת הספק, משתי עבירות ההסתה לטרור שיוחסו לו.

164. זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו תוך 45 יום.

ניתנה היום, י"ח כסלו תשפ"ג, 12 דצמבר 2022, במעמד הצדדים.

שלומית בן יצחק, שופטת