



בבית המשפט העליון

רע"פ 5906/22

לפני: כבוד השופט ח' כבוב

המבקש: נחום שלום אריאל

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת לרשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 30.06.2022 בע"פ 14600-09-19 שניתן על ידי כבוד השופטים: ז' בוסתן, א' גורמן ו-ע' ניר נאווי

בשם המבקש: עו"ד יגאל בלפור; עו"ד נועם גוטמן

בשם המשיבה: עו"ד עמרי כהן

החלטה

בקשה למתן רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כבוד השופטת העמיתה ז' בוסתן וכבוד השופטים א' גורמן ו-ע' ניר נאווי) בע"פ 14600-09-19 מיום 30.06.2020. במסגרתו, קיבל בית המשפט המחוזי את ערעור המשיבה על פסק דינו של בית משפט השלום בפתח תקווה (כבוד השופט ע' מורנו) בת"פ 41184-12-17 מיום 02.07.2019, והורה על הרשעתו של המבקש במיוחס לו, והכל כפי שיפורט להלן.

רקע והליכים קודמים.

1. נגד המבקש הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות של הסתה לאלימות, לפי סעיף 144ד(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); והעלבת עובד ציבור, לפי סעיף 288 לחוק.

2. ברקע לכתב האישום, פעולות של פינוי והריסת מבנים בלתי חוקיים בישוב יצהר על-ידי כוחות הביטחון; ופעולות אלימות שבוצעו כלפי כוחות הביטחון בתגובה לכך על-ידי "מתיישבים יהודים מקומיים", כלשון כתב האישום, וביניהן – יידוי אבנים.

3. על-פי המתואר באישום הראשון, ביום 03.04.2014, החל דיון בקבוצת "גוגל" ("Google Group") הכללה כ-200 חברים מתושבי יצהר, בנושא של יידוי אבנים על כוחות הביטחון. כחלק מהדיון, ביום 08.04.2014, פרסם המבקש בפורום את התגובות הבאות (להלן: הפרסום הראשון ו-הפרסום השני, בהתאמה):

"לכל המתנגדים לזריקת אבנים. ברצוני להעיר שהחיילים בפינוי התנהגו בצורה אלימה ומסוכנת. לסנוור אדם ותוך כדי לנסות לדחוף אותו אחורה לתוך תעלה של יותר ממטר עומק. בעיני לפחות מדובר בסיכון שלא נופל מזריקת אבנים. אציין שעשו לי את זה כשכל שביקשתי הוא תעודת שוטר. כל מי שצורח על צורת התנהגות מסוכנת שישים לב לכך שמחה רק על התנהגות מסוכנת מצד אחד כאשר ברור שתמיד יש כזו משני הצדדים. במצב כזה החלוקה לא אמורה להיות בין מסוכן ללא מסוכן אלא בין הרשע והגזלן לבין הצודק שרק רוצה להגן על ממונו. לדעתי התנהגות מתייפייפת מול הממסד תוך כדי דריסת חברים מהישוב רק כדי לשמור על נחמדות מול הצבא הגזלן בעיני מדובר בהתנהגות פסולה ממש. אמור לי מי הם חבריך ואומר לך מי אתה."

"... כולנו יודעים שלמרות שאנו חיים כאן זמן רב אף אחד לא יודע לתת שם של משהו שממש נהרג מאבן למרות שמדי פעם יהיו פגיעות מסוכנות... אני לא חושב שאפשר להתנהג בקלות ראש מול התנהגות אלימה של החיילים ולעומת זאת לטעון בכזו להיטות נגד הצד השני. אלא אם כן כמובן אתה נמצא בצד מסוים ועל זה אמרתי כבר אמור לי מי הוא חברך ואומר לך מי אתה. אנשים צריכים להכריע האם הם בצד של היהודים או של הממסד."

4. בהמשך אותו יום, בשעה 15:20, פרסמה בפורום אחת מתושבות יצהר (להלן: פיין) את התגובה הבאה:

"... אני בעד זריקת אבנים (על יהודים, כמובן שעל ערבים אין שאלה) בסיטואציות מסוימות- גם אם האבן תביא למותו של חייל !!! אגבה מול כל גוף חיצוני את זורקי האבנים, גם במקרים שבהם לא היו נחוצים בעיני! את הביקורת הפנימית אשמור ואומר אך ורק להם, במפגש של אחד על אחד!..."

5. בסמוך לכך, בשעה 15:24, הגיב לה המבקש (להלן: הפרסום השלישי):

"אומר יותר מזה בפשטות אין שום בעיה הלכתית להרוג חייל בפינוי לילי. אני ממש לא מצאתי מישהו שיכול להסביר למה אין דין של גנב הבא במחתרת".

6. מספר שעות לאחר שפרסם המבקש את תגובתו, ביום 09.04.2014 בשעה 01:30, לערך, יודו אבנים על כוח יחידת הסיור המיוחדת של משטרת ישראל (להלן: יס"מ), שהיה ביצהר.

7. על-פי המתואר באישום השני, ביום 03.06.2016, בסמוך לשעה 02:00, ביצע כוח יס"מ פעילות שיטור ביצהר, במהלכה עוכבה לחקירה תושבת יצהר בביתה. בשלב מסוים הגיע המבקש למקום, התווכח עם שוטרי היס"מ, והחל לצלם אותם, ובפרט שוטר חובש כיפה ואת התג שענד שנשא את שמו (להלן: נ.ש.). בהמשך, העלה המבקש את שצילם לחשבונו באתר "פייסבוק" ("Facebook") בצירוף הכיתוב הבא (להלן: הפרסום הרביעי):

"לנבל הזה קוראים [נ.ש. – ח.כ.]. מדובר בכלב דתי שהשתתף עכשיו במעצר של מישהי מהישוב שלנו (אמא לילדים- ביניהם תינוק). לחברים שלו הוא בטח מספר שהוא ער בלילות בשביל הביטחון שלנו- שתפו את התמונה כדי שהם יוכלו לראות מה באמת הוא עושה. נ.ב.- למען הסר ספק- לא מדובר בפושעת מסוכנת שאין דרך אחרת להשיג אותה. למעשה אפילו לא שלחו לה הזמנה לחקירה קודם לכן. סתם התעללות. שתפו שיגיע לכמה שיותר אנשים".

8. ביום 02.07.2019, זיכה בית משפט השלום את המבקש מהמיוחס לו בכתב האישום. לשיטת בית המשפט, פרסומי המבקש בפורום אינם מקיימים את המבחן ההסתברותי של עבירת ההסתה לאלימות, משאלה אינם יוצרים "אפשרות ממשית" שבעקבותיהם יבוצעו מעשי אלימות. בתוך כך, ציין בית המשפט, כי בפרסום השלישי, המבקש לא קרא לביצוע מעשי אלימות, אם כי הגיב לפרסום של פיין; כי למבקש אין מעמד הלכתי או חברתי מיוחד בקרב תושבי יצהר; וכי מי מתושבי יצהר אף התייחסו בביטול לפרסומיו. עוד ציין בית המשפט את גילו הצעיר של המבקש והעובדה שמדובר במספר מועט של פרסומים.

אשר לעבירת העלבת עובד ציבור – סבר בית משפט השלום כי לא התקיימו דרישות המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי, כפי שאלו נקבעו בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 23 (2011) (להלן: עניין אונגרפלד), וזאת "מבלי

הצורך להכריע האם מדובר בביטוי פוליטי". בית המשפט התייחס לזיכרון הדברים שניסח נ.ש. (להלן: זיכרון הדברים), ובו ציין כי בעקבות הפרסום הרביעי "נפגע כושר עבודתו". אולם ביחס לכך, קבע בית המשפט, כי זיכרון הדברים אינו מהווה ראיה קבילה לאמיתות תוכנו, וממילא קיים "טעם לפגם שיום בודד לפני הגשת כתב האישום ובחלוף פרק זמן כה רב מוצא לנכון השוטר, לפתע, להעלות על הכתב את הפגיעה הקשה בתפקודו על מנת 'לנעול' את התשתית הראייתית ודי לחכימא ברמיזא". בהתאם לכך, והיות שזיכרון הדברים היה "הראיה המרכזית" עליה התבססה המשיבה, זיכה בית משפט השלום את המבקש גם מאישום זה.

9. על פסק דינו של בית משפט השלום הגישה המשיבה ערעור לבית המשפט המחוזי. ביום 30.06.2020, קיבל בית המשפט המחוזי את ערעור המשיבה והרשיע את המבקש בשיוחס לו. בפתח דבריו ציין בית המשפט המחוזי, כי הפרסום הראשון והפרסום השני אינם מקיימים את יסודות עבירת ההסתה לאלימות. יחד עם זאת, סבר בית המשפט כי לא כן הדבר ביחס לפרסום השלישי. בית המשפט ראה בפרסום זה חיזוק לקריאה הישירה לביצוע מעשי אלימות שפרסמה פיין, והוספת חיזוק הלכתי לכך. בית המשפט קבע, כי דבריו של המבקש לא נכתבו בגדר החלפת דעה תאורטית, אלא בתור נימוק המתיר הריגה של חייל שאינו יכול להתפרש "אלא כקריאה לאלימות". כן התייחס בית המשפט לתקופה הרגישה בה פורסם הפרסום השלישי, כאשר כוחות הביטחון מפנים מבנים בלתי חוקיים ביצהר; וכאשר בתגובה לכך תושבי יצהר מיידים לעברם אבנים. לאור זאת, קבע בית המשפט, כי ה"אפשרות הממשית" שעידוד זה יביא לביצוע מעשי אלימות בפועל – "מובהקת". לבסוף נתן בית המשפט המחוזי דעתו גם לגילו הצעיר של המבקש ומעמדו בישוב יצהר, אולם מצא כי אין בכך כדי להטות את הכף לטובתו, בשים לב לרקע לפרסום השלישי, לגודל הקבוצה בה הוא פורסם ולזהות חברי הקבוצה.

אשר לעבירת העלבת עובד ציבור – בית המשפט המחוזי התייחס למבחנים שנקבעו בעניין אונגרפלד וברע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל (02.11.2017) (להלן: עניין סגל), וציין כי אלו נבחנים בראש ובראשונה על-פי אמת מידה אובייקטיבית. בכל הנוגע למבחן התוכני, בית המשפט קבע כי הביטויים בהם עשה המבקש שימוש הופנו כלפי נ.ש. אך בשל השתייכותו לציבור הדתי כך שאלו, בצירוף תמונתו ושמו, ותוך קריאה להפיץ את הפרסום הרביעי – אינם מותירים ספק כי נפגעה ליבת כבודו. בכל הנוגע למבחן ההסתברותי נקבע, כי הפרסום הרביעי "כולל דברי בלע וגנאי קשים כלפי [נ.ש. – ח.כ.] כך ש"לא יכול להיות ספק כי [הפרסום הרביעי – ח.כ.] יביא בוודאות קרובה לפגיעה ממשית באופן מילוי תפקידו". בתוך כך, ציין בית המשפט, כי פגיעה זו

אף התרחשה בפועל, כפי שעולה מזיכרון הדברים, אשר מהווה ראייה קבילה לתוכנו, נוכח הסכמת הצדדים להגשתו.

כן יוער, לצורך שלמות התמונה, כי בית משפט השלום קבע כי עומדת למבקש טענה של אכיפה בררנית, קביעה אשר נהפכה על-ידי בית המשפט המחוזי. אולם, משטענה זו נזנחה במסגרת הבקשה דנא, לא מצאתי מקום להרחיב עליה.

10. לאור האמור, וכמצוין לעיל, הרשיע בית המשפט המחוזי את המבקש בעבירות של העלבת עובד ציבור והסתה לאלימות, והחזיר את עניינו לבית משפט השלום לצורך קביעת עונשו.

11. ביום 11.04.2021, השית בית משפט השלום על המבקש עונשי מאסר על תנאי, לצד ענישה נלווית. ערעור המשיבה על קולת העונשים התקבל, ובפסק דינו ופסק דינו המשלים מימים 09.01.2022 ו-26.06.2022 הטיל בית המשפט המחוזי על המבקש את העונשים הבאים: 6 חודשי מאסר בפועל שירוצו בדרך של עבודות שירות; קנס בסך 1,000 ש"ח; פיצוי לנ.ש. בסך של 5,000 ש"ח; 4 חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים, שמא יעבור המבקש עבירה מסוג הסתה לאלימות; וחודשיים מאסר על תנאי למשך שנתיים, שמא יעבור עבירה של העלבת עובד ציבור.

12. המבקש לא השלים עם פסק דינו של בית המשפט המחוזי מיום 30.06.2020, והגיש את הבקשה שלפניי, ועמה בקשה לעיכוב ביצוע ריצוי עונשו. בהחלטתי מיום 12.09.2022, נעתרתי לבקשה לעיכוב ביצוע, כך שעוכב ריצוי עונשו של המבקש עד למתן החלטה אחרת.

טענות הצדדים

13. לשיטת המבקש, בקשתו עומדת בתנאים למתן רשות לערער ב"גלגול השלישי", משהיא מעלה שלוש שאלות 'משפטיות עקרוניות' אשר חורגות מעניינו הפרטי.

14. הראשונה, "האם ביקורת כנגד התנהלות המשטרה באירוע קונקרטי על ידי שוטר קונקרטי יכולה להיות 'ביטוי פוליטי' מוגן?" בתוך כך, טוען המבקש, כי טרם ניתן מענה בפסיקה לשאלה זו, ויש מקום לקבוע כי במקרים כגון דא תעמוד לנאשם הגנת הביטוי הפוליטי כפי שזו נקבעה בעניין סגל.

15. השנייה, "אילו קללות הן חמורות דיין כדי לגבש את עבירת העלבת עובד ציבור?" ביחס לכך טוען המבקש, כי קיימת אי-אחידות בפסיקתן של הערכאות השונות בכל הנוגע לשאלה אילו ביטויים עשויים לגבש את יסודות עבירת העלבת עובד ציבור. לטענתו, אי-אחידות זו נובעת מהקושי העיוני להבחין בין ביטויים על בסיס מידת חומרתם, כך שמוצדק לקבוע קביעה ברורה לפיה "קללות נאצות וגידופים" לא מגבשים את יסודות העבירה. וזאת, בין היתר, נוכח עיקרון החוקיות בפלילים.

16. השלישית, "לאיזו הגנה, אם בכלל, צריכים לזכות ביטויים אשר נועדו להגשים את חופש הביטוי במסגרת עבירת ההסתה לאלימות, ובאיזו מידה ניתן ללמוד לעניין זה מן המבחנים שנקבעו ביחס לעבירת העלבת עובד ציבור?" לעמדת המבקש, יש מקום לגזור גזירה דומה בין עבירת ההסתה לאלימות ובין עבירת העלבת עובד ציבור, בכל הנוגע להגנת הביטוי הפוליטי. בהתאם לכך, יש לחייב בדיקה מחמירה יותר של המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי של עבירת ההסתה לאלימות, כאשר הפרסום מהווה ביטוי פוליטי.

17. לגופו של עניין, טוען המבקש, כי בית המשפט המחוזי שגה באופן שיישם את המבחנים השונים של העבירות בהן הורשע. לעמדתו, בית המשפט נתן משקל ביתר לתחושותיו הסובייקטיביות של נ.ש., שעה שבחן את המבחן ההסתברותי בעבירת העלבת עובד ציבור. מן העבר השני, טוען המבקש, כי ניתן משקל בחסר לגילו הצעיר ולעובדה שהוא לא בעל מעמד מיוחד בישוב יצהר. בכל הנוגע לעבירת ההסתה לאלימות, המבקש טוען, כי הדברים שכתב בפרסום השלישי חוסים תחת הגנת הביטוי הפוליטי, כך שיש לבחון את המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי באמת מידה מחמירה יותר. כמו כן, לשיטת המבקש, נוכח היותו נעדר כל מעמד מיוחד בישוב יצהר, הפרסום השלישי אינו מקיים את המבחן ההסתברותי.

18. בהתאם להחלטתי מיום 12.09.2022, הגישה המשיבה ביום 19.10.2022 את תגובתה לבקשה.

19. לעמדת המשיבה, על אף הנופך העקרוני שהמבקש מנסה לשוות לבקשה, הרי שטענותיו בעלות אופי ערעורי מובהק, והן מהוות במהותן השגות על האופן שבו יישם בית המשפט המחוזי את המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי בעבירות בהן הורשע. אשר לשאלה הראשונה, המדובר בהשגות פרטניות נגד קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה לא עומדת למבקש הגנת הביטוי הפוליטי. אשר לשאלה השנייה, המשיבה סבורה כי הענקת הגנה מוחלטת לקללות וגידופים מפני האשמה בעבירת העלבת עובד ציבור,

עומדת בניגוד להלכה הפסוקה ולתכליות חופש הביטוי. בתוך כך, טוענת המשיבה, כי ככלל, עמדת הפסיקה היא שקללות וגידופים יזכו להגנה מועטה במסגרת ביטוי פוליטי, אם בכלל. אשר לשאלה השלישית, לעמדת המשיבה, הניסיון לבצע היקש מעבירת העלבת עובד ציבור לעבירת ההסתה לאלימות הוא "בגדר עירוב מן בשאינו מינו". לשיטתה, היקפה של עבירת ההסתה לאלימות מצומצם יותר מאשר היקפה של עבירת העלבת עובד ציבור. כך, למשל, עבירת ההסתה לאלימות אינה מתבצעת על רקע אינטראקציות יום-יומיות עם עובדי ציבור, לעומת עבירת העלבת עובד ציבור. כמו כן, לצורך הגשת כתב אישום בגין עבירת ההסתה לאלימות נדרש לקבל את אישורה של היועצת המשפטית לממשלה. לכן, לשיטת המשיבה, נוכח היקפה המצומצם של עבירת ההסתה לאלימות, בין היתר, אין מקום לצמצמה עוד על-ידי מתן הגנה של ביטוי פוליטי.

לגופו של עניין, המשיבה סומכת ידה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי – על נימוקיו ותוצאתו.

דיון והכרעה

20. לאחר עיון בבקשה על נספחיה, באתי לכלל מסקנה כי דינה – דחייה.

21. כלל הוא, כי בקשה למתן רשות ערעור ב"גלגול השלישי" שמורה למקרים חריגים בהם מתעוררת שאלה משפטית עקרונית החורגת מעניינם הפרטי של הצדדים, או בנסיבות המקימות חשש לעיוות דין, או אי צדק חמור שנגרם למבקש (רע"פ 7921/22 אבו סאלח נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (28.11.2022); רע"פ 8670/19 עובד נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (27.02.2020)).

22. ברם, חרף הניסיון של המבקש לטעון אחרת – הבקשה שלפניי אינה מעוררת שאלה משפטית עקרונית, שכן היא נטועה כולה בענייני הפרטי. אבאר מדוע.

23. ההבחנה בין סוגי הביטויים השונים אשר חוסים תחת הגנתו של חופש הביטוי איננה פשוטה כלל (עניין סגל, בפסקה 35). השיקולים אותם יש לבחון לצורך סיווג ביטוי כפוליטי אינם בגדר 'רשימה סגורה', כך שבסופו של יום ההכרעה בכגון דא תיעשה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ובהתאם להקשרם הכולל של הדברים (השוו: בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 28 (1994)). על אף שתגבר הנטייה לסווג ביטוי כפוליטי מקום בו הוא מופנה נגד דמות ציבורית,

”השאלה שצריכה להיבחן היא עד כמה יש בביטוי הנבחן – מקובל או שנוי במחלוקת ככל שיהא – כדי לקדם את הרציונלים של חופש הביטוי” (עניין סגל, בפסקה 36) – ובפרט של הביטוי הפוליטי. ככל שהביטוי הנדון מגשים רציונליים אלה, כך תרחב ההגנה שהוא יקבל, בשם לב למידת חשיבותם של האינטרסים והעקרונות אשר עומדים מנגד (שם, פסקה 30; בג”ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע”מ נ’ המועצה לביקורת סרטים, פ”ד נ(5) 661, 674-675 (1997); בג”ץ 5239/11 אבנרי נ’ הכנסת, פסקאות 6-9 לפסק דינו של השופט י’ עמית (15.04.2015); רע”פ 2038/04 לם נ’ מדינת ישראל, פ”ד ס(4) 96, 106 (2006); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 733-732 (2014) (להלן: ברק)). בהתאם לכך עולה, כי שאלתו הראשונה של המבקש קיבלה מענה בשורה ארוכה של פסקי דין שיצאו תחת ידו של בית משפט זה.

24. ומכאן לשאלה השנייה. כזכור, לשיתת המבקש, הקושי לבצע הבחנה בין ביטויים שונים על בסיס מידת חומרתם מייצר אי-אחידות בפסיקות הערכאות הדיוניות. אין בידי לקבל טענה זו. מעיון בפסיקה אליה מפנה המבקש מתברר, כי השוני בתוצאות אליהן הגיעו בתי המשפט לא נטוע בתוכן הביטוי, אלא בנסיבות בהן הוא בוטא. כך, למשל, בעת בחינת הגנת הביטוי הפוליטי ניתן משקל לשאלה האם הביטוי נאמר ב’להט הרגע’; האם הוא נאמר כלפי גורמי רשויות אכיפה שפעלו בניגוד לדין; האם הביטוי היה פוגעני באופן כללי, או שמא הופנה נגד תכונותיו האישיות והפרטניות של עובד הציבור (ראו למשל: רע”פ 7349/19 פלוני נ’ מדינת ישראל (24.06.2013); רע”פ 229/12 כהן נ’ מדינת ישראל (16.10.2012)). מסתמן, כי בסופו של יום, השגותיו של המבקש מופנות נגד האופן שבו יושם המבחן התוכני של עבירת העלבת עובד ציבור בעניינו. וכידוע, אין בטענה בדבר שגיאה ביישום הדין, כשלעצמה, כדי להצדיק מתן רשות ערעור ב”גלגול השלישי” (רע”פ 4753/22 אליצור נ’ מדינת ישראל, פסקה 28 (14.11.2022)).

25. ולבסוף לשאלה השלישית. אכן, ערכי הדמוקרטיה מחייבים אותנו לנהוג בסובלנות כלפי ביטויים מרגיזים, מתסיסים ומקוממים. אולם, ”אסור שייטשטש ההבדל בין שיח לגיטימי וחופש דעה וביטוי במערכת הציבורית לבין הידרדרות לאלימות” (בג”ץ 1213/10 ניר נ’ יו”ר הכנסת, פסקה ה’ לפסק דינו של השופט א’ רובינשטיין (23.02.2012)). עבירת ההסתה לאלימות מוציאה מגדר כללי המשחק הלגיטימיים של השיח הציבורי ביטויים, אשר יש בהם, כדי להביא לידי אפשרות ממשית שיבוצעו מעשי אלימות בפועל – בין אם ברמה העיונית מדובר בביטוי פוליטי, בין אם לאו (אשר להיקפו של חופש הביטוי, והשאלה האם ביטויים ”אסורים” נכללים בגדרו ראו: ברק, בעמודים 737-738 (פליליות הביטוי אינה מוציאה את צורת הביטוי מתחום חופש הביטוי); רע”א 10520/03 בן גביר נ’ דנקנר, פסקה 12 לפסק דינו של השופט א’ ריבלין (12.11.2006);

ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 261 (1996) (להלן: עניין אלבה).
 לסקירה כללית ראו: ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 442-446, 454-469 (2016).

26. בהתאם לכך, האיזון בין חופש הביטוי, ובכלל זה הביטוי הפוליטי, ובין האינטרסים המוגנים בעבירת ההסתה לאלימות, נעשה בגדרי סעיף החוק עצמו (עניין אלבה, בעמוד 309; יצוין, כי עניין אלבה עסק בעבירת ההסתה לגזענות, הקבועה בסעיף 144 ב לחוק, אולם הדברים שנאמרו שם יפים גם לענייננו, בשינויים המתחייבים). בשל כך, מבטאת עבירת ההסתה לאלימות מִשְׁפָּל יסוד לפיו כל חברה דמוקרטית רשאית שלא להגן על מלוא חופש הביטוי. יחד עם זאת, ו"כביטוי לחרדת הקודש המאפיינת את משלוח היד בחופש הביטוי", הוגבל היקף פרישתה של העבירה, ונקבעו בגדרה הן דרישה הסתברותית, לפיה נדרש להוכיח שהביטוי יביא, בהסתברות של "אפשרות ממשית", לעשיית מעשי אלימות בפועל; הן דרישה פרוצדורלית, לפיה לצורך הגשת כתב אישום בגין עבירה זו נדרש אישור של היועצת המשפטית לממשלה, והיא בלבד (ראו: רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין, פסקה 6 (26.12.2011)).

27. בסופם של דברים, "דמוקרטיה מבוססת על דיאלוג לא על כוח; על שכנוע ולא על אלימות. מי שאינו מוכן לקיים בעצמו את "כללי המשחק" הדמוקרטיים לא יישמע בטענתו כי האחרים חייבים לפעול על פי כללים אלה כלפיו" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' אחמד טיבי, פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (15.05.2003)). בהתאם לכך, אין הפרט רשאי להתבטא באופן החותר תחת כללי המשחק הדמוקרטיים הבסיסיים ביותר, ולאחר המעשה לדרוש את הגנת הביטוי הפוליטי.

28. אשר על כן, הבקשה נדחית. המבקש יתייצב לתחילת ריצוי עבודות השירות ביום 01.01.2023 בשעה 08:00 במשרדי הממונה על עבודות שירות – יחידת ברקאי – שלוחת מרכז – רמלה.

ניתנה היום, י"א בכסלו התשפ"ג (5.12.2022).

ש ו פ ט