

**בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים**

16 מאי 2019

ע"פ 24933-09-18 טאטור נ' מדינת ישראל

סגנית הנשיא, כב' השופטת אסתר הלמן, אב"ד

כב' השופטת יפעת שיטרית

כב' השופט סאאב דבור

המערערת

דארין טאטור ת.ז. xxxxxxxxxxxx

נגד

מדינת ישראל

המשיבה

ערעור על הכרעת דינו של בית משפט השלום בנצרת (ס. הנשיא, כב' השופטת עדי במביליה אינשטיין) בת"פ [4480-11-15](#) [פורסם בנבו]

נוכחים :

מטעם המערערת : עו"ד גבי לסקי

מטעם המשיבה : עו"ד ויאאם קבלאוי

המערערת בעצמה

**פסק דין****השופט סאאב דבור****מבוא**

1. בפנינו ערעור על הכרעת דינו של בית משפט השלום בנצרת (מפי סגנית הנשיא, כב' השופטת עדי במביליה - אינשטיין), מיום 03.05.18 כאשר המערערת עותרת לזכותה מכל אשמה. כאן המקום לציין, כי אין בפיה של המערערת כל טענה אשר לגזר הדין ו/או חומרת העונש אשר הוטל עליה. למותר לציין גם, כי המערערת ריצתה את עונש המאסר בפועל שהוטל עליה.

2. אלה הן העבירות בהן הורשעה המערערת, לאחר שמיעת ראיות :

א. **הסתה לאלימות** (מס' מקרים) – עבירה לפי [סעיף 2ד144 לחוק העונשין](#), התשל"ז-1977 { (כשהאיסור הפלילי הרלוונטי לסעיף זה ולמעשי המערערת מוצא מקומו כיום בהוראת [סעיף 24\(ב\)\(1\) לחוק המאבק בטרור, תשע"ו-2016](#) ) } ;

ב. **תמיכה בארגון טרור** – עבירה לפי **סעיפים 4(ב)+(ז)** לפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948 (להלן: "הפקודה"), "פקודת הטרור" (כשהאיסור הפלילי הרלוונטי לסעיף זה מוצא מקומו כיום בהוראת **סעיף 24(א)(1)** לחוק המאבק בטרור).

### עובדות כתב האישום

3. בהתאם לעובדות כתב האישום; במהלך חודש אוקטובר 2015, בוצעו באופן יומיומי פיגועי טרור כלפי אזרחים ישראלים יהודים. באותה תקופה ניהלה המערערת פרופיל פייסבוק תחת השם (בתרגום מערבית): "דארין טאטור המשוררת" (להלן: "חשבון הפייסבוק"). עד ליום 11.10.15 היו לחשבון הפייסבוק של המערערת 4,731 משתמשים המוגדרים "חברים". כמו כן, באותה תקופה ניהלה המערערת חשבון על שמה באתר יוטיוב, הפתוח ונגיש לעיני כל. על רקע האווירה הציבורית הרגישה והמתוחה, פרסמה המערערת סרטונים שונים, ביניהם שירים אותם כתבה.

4. בתאריך 3.10.15 ובתאריך 4.10.15, פרסמה המערערת, הן באתר יוטיוב והן בחשבון הפייסבוק, סרטון בו נצפות, במשך מספר דקות, פעולות אלימות, הכוללות, בין היתר, ידוי אבנים שנעשה על ידי רעולי פנים לעבר כוחות הביטחון והתפרעויות שונות (להלן: "הסרטון"). לסרטון, המלווה במנגינה דרמטית, צרפה המערערת הקלטה בקולה, במסגרתה הקריאה בשפה הערבית את מילות השיר אותו כתבה ושמו: "תתקוממו בני עמי תתקוממו נגדם".

ובתרגומו לשפה העברית:

**"תתנגד עמי, תתנגד להם  
בירושלים (המזרחית) חבשתי את פצעיי  
ושטחתי את דאגותיי בפני אלוהים  
ונשאתי את נפשי על כף ידי  
בשביל פלסטין הערבית  
לא אתפשר על פתרון השלום  
לא אוריד את דגליי  
עד שאוריד אותם ממולדתי  
בעתיד עוד אכניע אותם  
התקומם עמי, התקומם נגדם  
התקומם לשוד המתנחלים  
לך בעקבות שיירת השיידים\*\*\*  
קרע הסכם שכל כולו בושה  
הסכם שהביא את ההשפלה הכואבת  
הסכם שמנע מאיתנו את השבת זכויותינו  
הם שרפו את הילדים ללא סיבה  
ובהדיל הם צלפו בפומבי  
הרגו אותה לאור יום  
התקומם עמי התקומם נגדם  
התקומם נגד אכזריות המסתערב  
אל תטה אוזן למלחכי הפנכה (או: "זנבות")  
הם קשרו אותנו לאשליית השלום  
אל תפחד מלשוונות טנק המרכבה  
שכן האמת שבליבך חזקה יותר**

**היא חזקה כל עוד אתה מתקומם במולדת  
מולדת שידעה התקפות אך שכוחה לא תש  
עלי קורא מקברו  
התקומם עמי הסוער  
וכתוב אותי כפרוזה אל מול היריב  
אתה, עמי, הפכת לתשובה לשרידים שלי  
התקומם עמי, התקומם נגדם."**

אקדים ואציין, כי בית המשפט קמא מצא להעדיף את התרגום שנעשה על ידי המומחה מטעם ההגנה על פני התרגום כפי שזה הופיע בכתב האישום, למעט השימוש במילה שהידים, כפי שעמד על כך בית המשפט קמא במסגרת הכרעת הדין.

5. עד ליום 14.10.15 זכה הסרטון ל-153 צפיות באתר היוטיוב ונכון למועד הגשת כתב האישום נצפה למעלה מ-200 פעמים. בפייסבוק זכה סרטון זה למספר תגובות אוהדות.

6. ביום 4.10.15 פרסמה המערערת בחשבון הפייסבוק את האמרה הבאה: **"אללה אכבר וברוך השם... תנועת הג'יהאד האסלאמי מכריזה בהצהרה על המשך האינתיפאדה בכל רחבי הגדה... המשך זה אומר הרחבה... זאת אומרת כל פלסטיין... ועלינו להתחיל בתוך הקו הירוק... לנצחון אלאקצא ונכריז עליה אינתיפאדה כללית... #תתנגד"**. פרסום זה זכה ל-53 סימני חיבוב ואף הוביל לתגובות עידוד ותמיכה באינתיפאדה.

7. ביום 9.10.15, הגיעה איסראא עבד כשהיא מצוידת בסכין אל התחנה המרכזית בעפולה ונחשדה כמי שבכוונתה לבצע פיגוע דקירה נגד יהודים. בעקבות כך, פרסמה המערערת בתמונת השער שבראש חשבון הפייסבוק את תמונתה של איסראא עבד. בנוסף, פרסמה המערערת בתמונת הפרופיל של חשבון הפייסבוק תמונה עם הכיתוב: **"אני השהיד הבא"**.

8. כן, בפרסום מיום 4.1.15 בפייסבוק, פרסמה המערערת, בכתב, דברי שבת, אהדה או קריאה לעזרה או תמיכה בארגון טרור.

### **פסק הדין של בית המשפט קמא**

9. המערערת כפרה בעובדות כתב האישום וטענה לחפותה, כאשר בפיה שלל טענות משפטיות. לאחר שמיעת עדים, סיכמו הצדדים את טיעוניהם, הן בעל פה והן בכתב, שלאחריהן מצא בית המשפט קמא לנכון להרשיע את המערערת בביצוע המעשים כפי שיוחסו לה בכתב האישום. בהמשך, אעמוד על נימוקי הכרעת הדין בתמצית.

10. לאחר ההרשעה, המשך הדיון נדחה לטיעונים לעונש. לאחר שבית המשפט קמא שמע את טיעוני הצדדים לעונש, הוא קבע מתחם עונש הנע בין 5 חודשי מאסר בפועל לבין 10 חודשי

מאסר בפועל. בסופו של יום, ולאחר בחינת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, נגזרו על המערערת עונשים אלה:

1. **מאסר בפועל** – למשך 5 חודשים, בניכוי ימי המעצר.
  2. **מאסר על תנאי** – למשך 6 חודשים, לתקופה של שלוש שנים, שלא תעבור המערערת עבירה מן העבירות בהן הורשעה.
11. כפי האמור לעיל, המערערת כבר סיימה לרצות את עונש המאסר שהוטל עליה. אציין שוב, כי המערערת לא הגישה יחד עם הודעת הערעור כל בקשה לעיכוב ביצוע עונש המאסר בפועל.

### נימוקי הכרעת הדין

12. להלן, אעמוד בקצרה על נימוקי הכרעת הדין של בית המשפט קמא. תחילה, נדרש בית המשפט קמא לשאלת קיומו של אישור היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב האישום שכן, המערערת טענה לבטלות האישום מחמת העדר הסכמה להגשתו מטעם היועץ המשפטי לממשלה. טענה זו נידונה ונדחתה.

13. בהמשך, בחן בית המשפט קמא את הוראות החוק וסעיפי האישום המיוחסים למערערת, בהתאם למובא בכתב האישום; כל זאת על רקע השינוי בחקיקה וחקיקתו של חוק המאבק בטרור (מיום 01.11.16). בית המשפט קמא, עמד על הוראות החוק אשר היו קיימות ערב הגשת כתב האישום, לעומת הוראות החוק הרלבנטיות ערב מתן הכרעת הדין ומצא, כי האיסורים הפליליים העומדים בבסיס הוראות החיקוק שיוחסו למערערת בכתב האישום, לא בוטלו, אם כי, הם מוצאים את ביטויים כיום בהוראת [סעיף 24\(א\)](#) ו- [\(ב\)](#) לחוק המאבק בטרור. משכך, חל בנדון [סעיף 5\(א\)](#) לחוק העונשין.

יוצא כי, העבירה לפי [סעיף 2T144 לחוק העונשין](#), מוצאת את ביטויה כיום בהוראת [סעיף 24\(ב\)](#) לחוק המאבק בטרור כאשר הנסיבות שבסעיף [2T144](#) נחלקות ([בסעיף 24\(ב\)](#)) לשניים. הרלבנטי לענייננו, הוא [סעיף 24\(ב\)\(1\)](#) לפיו - נדרשת הוכחת "קריאה ישירה", שלגביה אין צורך ברכיב הסתברותי. מאחר והגדרה שאינה כוללת רכיב הסתברותי מחמירה עם המערערת ביחס לאיסור מושא [סעיף 2T144 לחוק העונשין](#) שכולל רכיב זה, תבחן הגדרת "אפשרות ממשית" גם ביחס ל"קריאה ישירה"; זאת מכוח הוראות [סעיף 5\(א\)](#) לחוק העונשין "שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה".

לציין כי, הצדדים אינם חלוקים, כי על השינוי בחקיקה חל [סעיף 5 לחוק העונשין](#).

14. כאמור, היסוד ההסתברותי שנקבע על ידי המחוקק [בסעיף 2T144 לחוק העונשין](#) הנו "אפשרות ממשית". דרישה זו קיימת במסגרת [סעיף 24\(א\)\(2\)](#) ו- [סעיף 24\(ב\)\(2\)](#) לחוק המאבק

בטרור. בהתאם למתווה של [סעיף 5\(א\) לחוק העונשין](#), המורה על החלת החיקוק המקל עם העושה, יש לבחון את היסוד ההסתברותי כחלק מניתוח העבירות המיוחסות למערערת.

לצורך המבחן ההסתברותי של "אפשרות ממשית", הפנה בית המשפט קמא לרע"פ [2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין](#) [פורסם בבנו] (26.12.11) (להלן: "עניין בן חורין"), במסגרתו נידונה שאלה זו וניתנה רשימה בלתי סגורה של נסיבות אשר יש לשקול בגדרו. במסגרת פסק הדין שם, נקבע, בין היתר, כי המבחן הוא - תוכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם.

15. בשלב הבא, בית המשפט קמא התייחס לעקרון חופש-הביטוי שכן במקרים כגון דא, אין מנוס מעריכת איזון בין הפגיעה בזכותה של המערערת לחופש הביטוי שהינה זכות יסוד בשיטת המשפט השלטת במקומותינו, לבין ערכים מוגנים של מניעת טרור, שלמות הגוף וקדושת החיים.

חופש הביטוי הינו זכות יסוד בשיטת המשפט בישראל. זכות זו זכתה לכינוי "נשמת אפה של הדמוקרטיה וציפור נפשה". למרות חשיבותה העילאית של זכות זו, אין מדובר בזכות מוחלטת אלא יחסית.

16. בשלב שלאחר מכן, בית המשפט קמא ניגש לבחינת מעשי המערערת, כפי שהוכחו בפניו, על רקע הדין הקיים. תחילה, הוא התייחס לפרסום של השיר הן מיום 03.10.15 והן מיום 4.10.15 (סעיף 5 לעובדות כתב האישום), אז, פרסמה המערערת שיר שהוקרא על ידה כשברקע מנגינה דרמטית וסרטון שהעתיקה ממקור אחר (להלן: "השיר"). לשיטת בית המשפט קמא, המחלוקת בין הצדדים מתמקדת בתרגום מילות השיר ובשאלה - האם הפרסום של השיר מהווה עבירה.

בית המשפט קמא ביקש לבחון את הפרסום (אשר כלל את השילוב בין שיר, מנגינה וסרטון) בכללותו, מבלי להפריד בין חלקיו שכן, הפרדה בין שלושת הרבדים המרכיבים אותו תהא מלאכותית.

אשר לתרגום מילותיו של השיר, בסופו של יום, בית המשפט קמא העדיף את תרגומו של ד"ר מנדל על פני תרגומו של מר בשארה. יחד עם זאת, בית המשפט קמא לא קיבל את פרשנותו של ד"ר מנדל ביחס למילות השיר "לך בעקבות שיירת שהידים".

לאחר בחינה מעמיקה של מילות השיר, תוכן השיר כולו והנסיבות אשר אפפו את פרסומו, הגיע בית המשפט קמא למסקנה, כי תוכנו האלים של השיר (הכולל קריאה להתקומם וללכת בעקבות שיירת שהידים, כשברקע סרטון המלווה את השיר ומחזק משמעותה האלימה של הקריאה להתקוממות) מהווה קריאה להתקומם וללכת "בעקבות שיירת שההידים"; קרי - המדובר הוא בקריאה ישירה להתקוממות אלימה ולמעשי טרור

ואלימות כ"שהידים" במובן של מפגעים, קריאה שפורסמה הן בפייסבוק והן ביוטיוב, באופן שזכה לחשיפה משמעותית ויצר סיכון ממשי. מסקנתו זו של בית המשפט קמא יונקת גם מתוך הפוסט אותו הפיצה המערערת יחד עם השיר הדין בבשורת האינתיפאדה, והאופן בו ראתה המערערת את המפגע פאדי עלואן כ"שהיד" ו"אציל".

כאמור לעיל, בית המשפט קמא, מצא חיזוק למסקנה בדבר התוכן המסית של סרטון השיר, בפרסום נוסף אותו פרסמה המערערת בחשבון הפייסבוק שלה, זאת במקביל לפרסום השיר, אודות בשורת האינתיפאדה, כאשר לאחר אותו פוסט, מגיע השיר עם הסרטון:

**"תתנגדו בני עמי תתנגדו... השיר החדש שלי .... כתבתו  
אותו עם הרגשה שלי בבשורה לאינתיפאדה שרואים אותו  
... מהפיכה בעיתוי פלסטיין..."**

בית המשפט קמא, דחה כבלתי אמינה את טענת המערערת לפיה - פרשנותה למלה אינתיפאדה שונה מן הפרשנות הכוללת גילויי אלימות. בהקשר זה, בית המשפט קמא המשיך וקבע, כי גם לו התקבלה הטענה בדבר פרשנותה הסובייקטיבית של המערערת למלה "אינתיפאדה", הרי שגם אז, מדובר בעצימת עיניים ברורה, במיוחד שעה שלמלה הכתובה מקושר סרטון המחשה המתעד התקוממות אלימה ולא הפגנה חוקית. בהכירה כאזרחית המדינה, את פרשנות המלה אינתיפאדה בשיח הפלסטיני והישראלי, וביודעה, כי הפוסט והסרטון המצורף נשלחים לקהל יעד רב היקף שאינה מכירה את רובו, אין המערערת יכולה להסתתר תחת מגן הפרשנות המילולית של המלה "אינתיפאדה", מילה המזוהה בקרב רוב גווי האוכלוסייה עם "התקוממות פלסטינית אלימה".

אשר לנסיבות הפרסום, הפנה בית המשפט קמא לאווירה הציבורית-ביטחונית המתוחה אשר שררה במועדים הרלבנטיים לפרסום השיר. הפרסום של השיר, בנסיבות שאפפו את פרסומו, מהווה פרסום מסית, שתכניו מלמדים על קריאה למעשה אלימות וטרור ולכל הפחות על עידוד לעשייתו. פרסום מעין זה, המגיע לאלפי אנשים בחשבון הפייסבוק והיוטיוב, בתקופה טעונה ומתוחה מבחינה ביטחונית וחברתית, מקים אפשרות ממשית, כי יוביל לעשיית מעשה טרור.

17. לעניין הפרסום כפי המתואר בסעיף 6 לכתב האישום, קבע בית המשפט קמא, שהראיות מצביעות על מודעות המערערת לכך שמדובר בפרסום מסית לטרור, שהופץ בפומבי ואשר מקים אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה טרור, מעצם תוכנו ונסיבותיו ובכללן, שילוב הפרסומים מאותו מועד, האווירה הציבורית, מעמד המערערת, היקף החשיפה לפרסום והתגובה הקיצונית שנתקבלה בהתאמה לפרסום המסית.

18. בנוגע לפרסומים כפי המופיע בסעיף 7 לעובדות כתב האישום, קרי - פרסום תמונתה של אסראא עבד בתמונת השער שבראש חשבון הפייסבוק של המערערת וכן הפרסום הקיים בתמונת הפרופיל של חשבון הפייסבוק שעניינו כיתוב (בערבית): "אני השהיד הבא"; בית המשפט קמא, מצא לנכון לדחות את טענת המשיבה בדבר הקשר הקיים בין שני הפרסומים.

יחד עם זאת, בית המשפט קמא, ראה בפרסום מעין זה (בפרופיל חשבון הפייסבוק) בבחינת עצימת עיניים אשר לאפשרות הממשית, כי יסית לביצוע מעשה טרור ברוח האמור בפרסום. בית המשפט קמא הדגיש את העובדה, כי אך מעט מחברי חשבון הפייסבוק מוכרים על ידי המערערת, ומשכך, היה עליה להימנע מעצימת עיניה בפני "האפשרות הממשית" כי המילים "אני השהיד הבא" יתפרשו באופן המסית למעשה טרור ואלימות, בעיקר כשהן נכתבות בתפוצה רחבה, בתקופה רגישה הכוללת תחושת עוול כמו גם "גל פיגועים".

19. בית המשפט קמא התייחס גם לטענת "הגנה מן הצדק - אכיפה בירנית" אותה העלתה המערערת ודחה אותה. לפי אותה טענה, ביקשה המערערת להראות, כי ברשתות החברתיות מתבצעות עבירות באופן רחב היקף ולכן עולה תחושה קשה של התנהלות שרירותית הגובלת ברדיפה לא צודקת של המערערת, כך שיש לבטל את כתב האישום.

כאמור, בית המשפט קמא דחה טענה זו שכן, זו מחייבת הנחת תשתית עובדתית מתאימה ועל הטוען רובץ הנטל להוכיח זאת. במקרה זה לא הובאה תשתית עובדתית מספקת לצורך הכרעה בה. מסיבה זו, ושעה שלא נסתרה חזקת תקינות המעשה המנהלי, מצא בית המשפט קמא לדחות את הבקשה לביטול כתב האישום על בסיס הגנה מן הצדק.

### תמצית טענות המערערת

20. הערעור עוסק בארבע טענות מרכזיות:

1. שגה בית המשפט קמא בקבעו, כי הפרסומים אינם חוסים תחת חופש-הביטוי;
2. שגה בית המשפט קמא בקבעו, כי הפרסומים מהווים קריאה ישירה לעשיית מעשי אלימות או טרור, תמיכה בהם או הזדהות עמם;
3. שגה בית המשפט קמא כאשר קבע, כי קיימת אפשרות ממשית, כי הפרסומים יביאו אחרים לעשיית מעשה אלימות או טרור;
4. שגה בית המשפט קמא כאשר נמנע מלבטל את האישום הנוגע לתמיכה ו/או הזדהות עם ארגון טרור (סעיף 6 לעובדות כתב האישום), זאת מאחר שהוגש בחוסר סמכות, ללא אישור היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "היועמ"ש"), כנדרש על פי דין.

21. לגישת ב"כ המערערת, נראה, כי בית המשפט קמא נמנע מלעשות את ההבחנה הדרושה בין שירה לבין טקסט משפטי או כל טקסט אחר ופעל כאילו ניתן לפרש שיר באותו אופן בו ניתן לפרש, לדוגמא, הסכם שכירות.

22. עוד נטען, כי דינה של המערערת הוכרע בשל חוסר יכולת של בית המשפט קמא לקבל את הרעיון, כי ההגמוניה התרבותית אינה יכולה להכתיב את המשמעויות והתכנים של מי שחי ויוצר מחוצה לה ואף מתריס כנגדה. לכך יש להוסיף את הבעייתיות האיינהרנטית בניסיון לשפוט אדם על דברים שאמר בשפה הערבית, בהתייחס להקשרים התרבותיים והחברתיים של המיעוט, תוך ניסיון להתעלם מנרטיבים אלטרנטיביים ומהשימוש בשפה הערבית כחלק ממכלול קונטקסטואלי של מיעוט לאומי.

23. זאת ועוד, טעה בית המשפט קמא עת נמנע מביטול האישום לפי [סעיף 4\(ב\)ז](#) לפקודה למניעת טרור אשר הומר [לסעיף 24\(א\)1](#) לחוק המאבק בטרור; זאת מפאת היעדר אישור היועמ"ש להגשת כתב אישום. בהקשר זה, כך לדידי ב"כ המערערת, הצורך באישור היועמ"ש להגשת כתב אישום לפי סעיף זה עולה משלושה מקורות המשלימים ומחזקים זה את זה, באופן שלא מותיר מקום לספק בדבר נחיצותו: הנחיית היועמ"ש, הנחיית פרקליט המדינה וכן חוק המאבק בטרור אשר נכנס לתוקפו ביום 01.11.2016 [וסעיף 24\(ה\)](#) לחוק המאבק בטרור הקובע, כי: **"לא יוגש כתב אישום לפי סעיף זה אלא באישור היועמ"ש המשפטי לממשלה"**. הנה כי כן, לפי תיקון החקיקה, במהלך משפטה של המערערת, הדרישה לאישור היועמ"ש התחזקה והפכה לדרישה שמקורה גם בחיקוק.

בית המשפט קמא הסתפק בהצהרה של המשיבה על קיום אישור היועמ"ש, תוך שהוא קובע, בניגוד לפסיקה, שבהיעדר דרישה בחקיקה ראשית, הסכמת היועמ"ש אינה חומר חקירה ואינה צריכה להיות מוגשת לבית המשפט יחד עם כתב האישום. המערערת מפנה לפסק הדין שניתן בע"ח (מח' מרכז) [3975-06-11 מועצה אזורית דרום השרון נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבן] (10.08.2011), שם נקבע, כי אישור פרקליט המדינה מהווה תנאי הכרחי להגשת כתב אישום כנגד רשות מקומית, מכח הנחיות היועמ"ש וכי, מקום בו נדרש אישור מכח הנחיית היועמ"ש, אין המדובר בתרשומת פנימית ויש להציג את האישור בפני ההגנה. עוד נקבע, כי אישור פרקליט המדינה מהווה "חומר חקירה".

יתר על כן, שגה בית המשפט קמא כאשר הכשיר את ההצהרה של המשיבה על קיום אישור היועמ"ש לפי הפקודה מכוח חזקת התקינות המנהלית ובכך העביר את נטל הראייה אל ההגנה (ראו - סעיף 10, עמוד 164 להכרעת הדין).

על פי הטענה, במצב דברים זה, לא היה מנוס מלבטל את האישום לפי [סעיף 4](#) לפקודה למניעת טרור.



24. **פסלות שופט**; הסניגורית טוענת, כי שגתה כב' השופטת קמא משלא פסלה את עצמה מלדון בתיק, חרף העובדה, כי היא בעצמה דנה בהליכי המעצר שקדמו להגשת כתב האישום ואף הורתה על מעצרה של המערערת לצורך הגשת כתב אישום; זאת כנלמד מהחלטתה מיום 29.10.2015.

ההגנה מציינת, כי אכן מדובר בטענה שמקומה אינו בערעור, אך יש מקום לציינה. באת כוח המערערת הוסיפה בציינה, כי היא החלה לייצג את המערערת רק לאחר סיום פרשת התביעה.

25. עוד נטען, כי שגה בית המשפט קמא בקבעו, שהמערערת פרסמה קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור לפי הנדרש [בסעיף 24\(ב\)\(1\)](#) לחוק המאבק בטרור.

26. באמתחתה של באת כוח המערערת טענות נוספות, כגון; הדרישה לזהירות הנדרשת בקיום משפט בעברית על פרסומים בערבית לקהל ערבי. בתוך כך, היא עמדה על מעמדה של השפה וחשיבותה. לשיטתה, הדברים מקבלים משנה תוקף בענייננו שכן, הערעור נוגע לסוגיה: "מה פרסמה המערערת"? האם יש בדבריה קריאה ישירה לטרור, כיצד הבין הקהל אליו נועד הפרסום את הפרסומים, והאם לאותם פרסומים היה קיים פוטנציאל, ברמה של אפשרות ממשית, לגרום לקהל היעד אליו הופנו הפרסומים, לבצע מעשה טרור. ב"כ המערערת הטעימה, כי מאחר וכל הפרסומים פורסמו בשפה הערבית, בקונטקסט תרבותי וחברתי של אוכלוסיית מיעוט דוברת ערבית, הרי שלא ניתן לבחון את משמעות הדברים רק באמצעות תרגום כזה או אחר, כפי שנקלט באוזני דוברי עברית. תחת זאת יש לבחון את תוכנם ואת מידת השפעתם של הפרסומים, לפני הכול, דרך המציאות החברתית והתרבותית אליה משתייכת המערערת.

27. לאחר מכן, עמדה ב"כ המערערת על הזכות לחופש הביטוי וכן על מהותו של המשפט הפלילי בציינה, כי חופש הביטוי מהווה את אחד מערכי היסוד של השיטה הדמוקרטית. הוא הוגדר כזכות העומדת בנשמת אפה של הדמוקרטיה, אשר שמור לה מקום של כבוד "בהיכל זכויות האדם". הדברים מקבלים משנה תוקף, שעה שמדובר בשמירה על זכויות האדם של מי שנמנית על קבוצת מיעוט, במיוחד בעתות מתיחות, בהן נשחק רף הסובלנות של הרוב, דבר המעלה את הצורך בהגנה חוקתית ובביקורת שיפוטית קפדנית.

28. בהמשך, התייחסה המערערת להגנה על חופש הביטוי הפוליטי בציינה, בין היתר, כי בית המשפט העליון עמד זה מכבר בפסיקתו על חשיבותו של חופש הביטוי הפוליטי, בקבעו, כי נגזרת זו של חופש הביטוי נמצאת בגרעין הזכות. בשל אופייה של הזכות לחופש ביטוי פוליטי כאמצעי להבטחת זכויות יסוד נוספות, נקבע בשורה של פסקי דין, כי קיים צורך להעניק הגנה מיוחדת לביטויים פוליטיים בהשוואה לביטויים אחרים.

29. יתרה מזו, הוסיפה המערערת והתייחסה לזכות לחופש הביטוי האומנותי ומעמדו של המשורר בהדגישה, כי על האישום הנוגע לפרסום השיר, חולשת גם ההגנה הרחבה לא פחות, שביסוד חופש הביטוי האומנותי וחופש היצירה.

30. בהמשך לכך, התייחסה לחוות דעתו של פרופ' ניסים קלדרון, עד ההגנה אשר נדרש לחוות דעתו המקצועית בשאלה, האם שירתה של המערערת חורגת מנוף השירה הלאומית הנהוגה בישראל.

לדידי המערערת, שגה בית המשפט קמא, כאשר בחן את עדותו של פרופ' קלדרון באופן מגמתי וחלקי מבלי להתחשב במטרת חוות הדעת והנושא בגינו נקרא לתתה. פרופ' קלדרון נדרש לחוות את דעתו המקצועית בשאלה האם שירתה של המערערת חורגת מנוף השירה הלאומית הנהוגה בישראל. בחוות דעתו ציין, כי המסורת השוררת בישראל עוד מלפני קום המדינה מתירה למשורר "ואף מצפה ממנו" להגיב לעוולות ולמצוקות שחוללו לעם ישראל, דרך כתיבותיו.

נטען, כי בית המשפט קמא נתן משקל דווקא לאמרות אגביות שנאמרו ע"י העד במהלך עדותו, כתשובה לשאלות שאינן נוגעות לחוות דעתו, וזאת על מנת לחזק את הראיות כנגד המערערת, ולצד זאת, התעלם מחוות דעתו הנוגעת לתחום מומחיותו, בגינה נקרא להעיד. מכאן, שגה בית המשפט קמא כאשר לא נתן משקל לחוות דעתו של פרופ' קלדרון, בשל כך שזו נעדרה ביסוס או הפנייה למקורות משפטיים או ראיות בדבר החקיקה שחלה באותה תקופה. נטען, כי עדותו של פרופ' קלדרון אינה חוות דעת משפטית ומומחיותו אינה נוגעת כלל לתחום המשפט או למצב החוקי בהקשר של חופש הביטוי האומנותי בפרקים שונים בהיסטוריה. עדותו של פרופ' קלדרון נוגעת למסורת ספרותית של שירה לאומית.

פרופ' קלדרון התייחס בחוות דעתו לכך, כי לאורך השנים החברה האנושית תפסה את משוררה כבעלי זכות להביע את עולמם הפנימי דרך ביטויים קיצוניים ביותר ורגשיים ביותר, וכי בשל כך החברה מעולם לא תפסה שיר כדרשה או כקריאה לעשיית מעשה בפועל. חוות דעת זו נועדה להבהיר, כי יצירה כגון שירה, איננה נתפסת על ידי קהל שומעיה או קוראיה באותה דרך שבה נתפסת אמירה של אדם מן הישוב או השפה היומיומית. שגה בית המשפט קמא כאשר לא העניק משקל לחוות הדעת, המסבירה את המשקל שיש ליתן לערך האומנותי שיש בשירה של המערערת, על האופן שבו זה מסביר את בחירתה לביטויים מסוימים והאופן שזה משפיע על תודעתו של קהל שומעיה והאופן שבו השיר נתפס.

31. הזכות לחופש הביטוי במשפט הבינלאומי ;

הזכות לחופש הביטוי בכלל, וחופש הביטוי הפוליטי והאמנותי בפרט, מעוגנת אף בשורה של אמנות בינלאומיות: ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם של האו"ם משנת '48 (סעיפים 19 ו-27); האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם וחירויות היסוד (סעיף 10); האמנה האמריקאית בדבר זכויות האדם (סעיף 13) והמגילה האפריקאית בדבר זכויות

האדם והעמים (סעיף 9). הסניגורית הפנתה לפסיקה נרחבת של בית הדין של האיחוד האירופאי במקרים דומים לעניינה של המערערת דכאן, כולל ציטוטים רבים בשפה האנגלית, תוך שהיא מציגה הנמקות שונות של שופטים, המבססות, כל אחת בדרכה, את ההגנה על חופש הביטוי.

בהמשך, התייחסה באת כוח המערערת לפער הבא לידי ביטוי, לדידה, בין ניהול הליך זה לבין התחייבויותיה של ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ואף להצהרה המשותפת ל-57 מדינות, עליה חתמה ישראל בשנת 2015, בדבר אשרור החירות לחופש הביטוי ובכלל זה - ביטוי ויצירה אומנותית.

32. לאחר אותה סקירה, אשר לסעיף 5 לעובדות כתב האישום - שעניינו השיר בליווי הסרטון; באת כוח המערערת טענה ארוכות אשר לפרשנות שיש לצקת אל תוך השיר בהדגישה, כי בית המשפט קמא טעה כאשר דחה את התרגום / הפרשנות של ד"ר מנדל לשורת השיר "לך בעקבות שיירת חללים".

על אף מעמדה הרשמי של השפה הערבית, בית המשפט קמא אינו מסוגל לקרוא את הטקסטים שבגינן הרשיע את המערערת במקור, ולכן נאלץ לעשות זאת באמצעות מתווכים. על מנת לגשר על חוסר היכולת של בית המשפט קמא לקרוא את הטקסט במקור, הגישה המערערת תרגום של השיר באמצעות חוות דעת מומחה, אשר התייחסה לפרשנות השיר בקונטקסט תרבותי, מטעמו של המומחה ד"ר יונתן מנדל (להלן: "ד"ר מנדל"), ד"ר בתחום לימודי המזרח התיכון, חוקר השפה העברית בהקשרים חברתיים ומתרגם ספרות מערבית לעברית (ראו - נ/3).

יוצא כי בפני בית המשפט קמא עמדו שני טקסטים שונים: הטקסט המופיע בכתב האישום, אשר תורגם ע"י אחד השוטרים שחקרו את המערערת (ובו חסרות שורות מהשיר שכלל לא תורגמו) והטקסט שתורגם ע"י מומחה ההגנה במסגרת חוות דעת הכוללת את ההסברים התוכניים וההקשרים התרבותיים והחברתיים ששימשו אותו בתרגום מילות השיר.

במסגרת הכרעת הדין, ניסה בית המשפט קמא לנתח ולפרש את השיר המתורגם, כאילו מדובר בחוזה שכירות, מעין טקסט "שטוח". אופן הניתוח הליניארי של השיר על ידי בית המשפט קמא, המבוסס ברובו על מיקום השורות בשיר, אינו מתיישב עם מהות השירה והרב ממדיות שבו.

33. נוסף על כך, שגה בית המשפט קמא כאשר קבע, כי יש בפרסום משום קריאה ישירה לטרור. כפי טענתה של ב"כ המערערת, קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור לא ניתנת לפירוש כקריאה עקיפה או בדרך של רמיזה לצורך מילוי היסודות של סעיף אישום זה. טקסט הזקוק לפרשנויות או להסברים או להפניה לטקסטים אחרים כדי להבין את משמעותו ואת כוונת המשוררת, יתכן שמהווה קריאה לאלימות אך בוודאי שאינו מהווה

קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור. בענייננו, בית המשפט קמא נזקק לכ-13 עמודים בהכרעת דינו, על מנת להסביר את קביעתו, כי בפרסום של המערערת, כמתואר בסעיף 5 לעובדות כתב האישום, יש משום קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור.

34. בפי המערערת גם טענות אשר לקביעת בית המשפט קמא, בדבר התקיימות היסוד ההסתברותי של "אפשרות ממשית" שהפרסום יביא לעשיית מעשה טרור. לטענתה, שגה בית המשפט כאשר קבע זאת על סמך השערות משוללות כל בסיס ראייתי ותוך התעלמות מוחלטת מטענות ההגנה בדבר הצורך בהסתמכות על חוות דעת מקצועית, שבנסיבות העניין היא נחוצה על מנת לבחון ולהעריך את המעמד ומידת ההשפעה האפשרית של שירת המערערת על קהל היעד שלה.

35. לעניין סעיף 7 לעובדות כתב האישום - תמונת הפרופיל "אני השהיד הבא"; בהקשר זה נטען, כי שגה בית המשפט קמא את פטר את הרשות החוקרת מחובתה אשר לצורך בהשלמת מלאכתה ועבודתה במטרה להגיע לחקר האמת. המערערת טענה בחקירותיה, כי פרסום זה בנוגע ל "השהיד הבא" נעשה כצעד מחאה על הרג אזרחים ערבים על ידי אזרחים יהודים וכוחות הביטחון, מחאה שבה השתתפו מספר רב של אנשים אשר החליפו את תמונת הפרופיל שלהם לתמונה זו וזאת לא פחות משנה קודם למעצרה של המערערת. אולם, הרשות החוקרת לא עשתה כל ניסיון להפריך או לאשש טענה זו. בהכרעת הדין קבע בית המשפט קמא, כי הוא דוחה את טענתה של המערערת באשר למועד העלאת התמונה, וזאת משום שההגנה לא הביאה נתונים אודות האמור. מלבד העובדה, כי זהו תפקידה של הרשות החוקרת לאסוף חומר ראייתי בנוגע לטענות שמועלות יל ידי חשוד, הרי שקביעה זו אין לה על מה לסמוך ושוב הופכת את נטל הראיה ומטילה אותו על כתפי ההגנה.

גם עת ביקשה המערערת להוסיף ראייה המצביעה על תאריך העלאת התמונה האמורה לראשונה, ואשר התקבלה במהלך העבודה של צוות ההגנה על הסיכומים לעניין הכרעת הדין, נחסמה על ידי בית המשפט קמא שכן, בית המשפט קמא עמד על זכותה של המשיבה לחקור את מגישת הראייה, שהינה עורכת דין המייצגת את המערערת בתיק. נטען, כי דרישה זו הינה פסולה, שכן חקירת ב"כ של נאשמת בהליך שמתקיים נגדה, אודות הגשת ראייה שמלכתחילה הייתה אמורה להיות מוגשת על ידי התביעה, מהווה חסימת דרך בפני המערערת להתגונן כראוי במשפט שנערך נגדה.

36. מלבד זאת, שגה בית המשפט קמא גם משהרשיע את המערערת בעבירה של גילוי הזדהות עם ארגון טרור, על פי הוראת [סעיף 24\(א1\)](#) לחוק המאבק בטרור, זאת ביחס לפרסום, כמתואר בסעיף 6 לעובדות כתב האישום.

בנוסף לטענה שנדחתה בדבר אי מילוי דרישת אישור היועמ"ש, טוענת המערערת, כי שגה בית המשפט קמא כאשר קבע, כי יסודות עבירת ההזדהות עם ארגון טרור התקיימו, על

סמך אזכור שמו של ארגון הגייהאד האסלאמי, בפרסומה של המערערת, וזאת ללא כל הבעת תמיכה או הזדהות או זיקה לארגון. לאורך כל ההליך הבהירה המערערת, כי היא פרסמה את פרסום זה מתוך רצון להפיץ את הידיעה בדבר ההפגנה כנגד סגירת אל אקצא, אך הבהירה, כי היא תומכת בדרכי מחאה לא אלימות ושההפגנה כנגד סגירת אל אקצא היא חלק מממוש זכותם החוקית של אזרחי מדינת ישראל הפלסטינים, ובמילותיה – "הפגנת דרך שלום שמתירה לנו המדינה". המערערת חזרה על דברים דומים לכל אורך עדותה. בית המשפט קמא כלל לא נתן משקל לעדותה של המערערת, שהתאפיינה בעקביות חרף חקירות נגדיות מתישות, במהלכן נשאלה רבות על נושא ארגון הגייהאד האסלאמי. המערערת הבהירה פעם אחר פעם, כי היא מודעת לכך, כי הארגון מוגדר כארגון טרור ואישרה, כי כאזרחית המדינה היא מחויבת לפעול על פי חוק. היא אף המשיכה וטענה, כי למרות התנגדותה המוחלטת לשיטות האלימות שנוקט הארגון, היא יכולה להסכים לפעולות מסוימות כמו הפגנות כנגד מעשי עוול כאלה ואחרים שנעוצים ב "כיבוש" הישראלי.

בית המשפט קמא קיבל את גרסת המשיבה והסתפק בכך שהמערערת ציינה באותו משפט את שמו של ארגון הגייהאד האסלאמי והמילה "אינתיפאדה" בכדי לקבוע, כי דבריה של המערערת מהווים הזדהות עם ארגון טרור וקריאה להתקוממות אלימה. זאת, למרות שלא הוצגה כל ראיה לכך שפרסום המערערת מכיל בחובו תמיכה ו/או הזדהות עם ארגון טרור. במקרה העומד בפתחנו, טעה בית המשפט קמא, משלא עשה שימוש באמות מידה המגבירות את ההגנה על הזכות החוקתית לחופש הביטוי.

37. לסיכום, טענה המערערת, כי היה מקום לבטל את האישום לפי [סעיף 24\(א\)\(1\)](#), שעה שהוגש ללא אישור היועמ"ש, כפי שמתחייב על-פי הדין.

היה על בית המשפט קמא לזכות את המערערת, ולו מחמת הספק, מהאישומים שבכתב האישום וזאת מן הטעמים שהוזכרו ובמיוחד לאור הספק הסביר שעולה גם מעצם הבנת הנקרא, באופן שונה, בהתאם לזהות הלאומית של מי שנחשף לפרסומים. הוסף לכך, טענה המערערת להגנה מן הצדק בצינה, כי אילו פרסומיה אלה אכן מהווים דבר עבירה, הרי שהמשיבה הייתה פועלת כדי למחוקם. תחת זאת, המשיבה לא נקפה אצבע כדי למחוק פרסומים אלה (שבסעיף 5 לעובדות כתב האישום) שזכו דווקא לפרסום נוסף על ידי גורמים מטעם רשויות המדינה. במקרה שכזה, היה על בית המשפט קמא להתייחס לחוות דעתו של פרופ' קלדרון אודות המסורת התרבותית המעניקה חסינות למשוררים לבטא בשירתם, אף אמירות קשות ובעלות אופי אלימים.

### טיעוני הצדדים במסגרת הדיון בפנינו

38. בדיון שהתנהל בפנינו, חזרה ב"כ המערערת בקצרה על טיעוניה, כפי שאלה באו לידי ביטוי בהודעת הערעור מטעמה.

בתוך כך, הפנתה גם לע"פ (מחוזי; חיפה) 266/92 שפיק חביב נ' מדינת ישראל, במסגרתו, ביטל בית המשפט המחוזי את הרשעתו של המשורר. בית המשפט שם קבע, כי מתוך נוסח השירה, עוצמתה ופירושה האפשרי, ניתן להעלות את החשש האפשרי להשפעה על מי מקוראיה של היצירה להצטרף לביצוע פעולות אלימות העלולות לגרום למוות ולחבלה, אך אין הדבר בבחינת קרוב לוודאי.

### טיעוני המשיבה

39. המשיבה מצידה, עתרה לדחות את הערעור ולהותיר את הכרעת הדין כפי שניתנה על-ידי בית המשפט קמא על כנה. לטענתה, מדובר בהכרעת דין מפורטת, מנומקת שמבוססת על ראיות ואין מקום להתערב בה.
40. לעמדת המשיבה, לא ניתן להתעלם מכך, שבמסגרת נימוקי הערעור קיימת התייחסות למילות השיר בלבד, ללא ההקשר הכולל שבו הוא פורסם. נוסף על כך, אין התייחסות לעובדה, כי במקביל להעלאת הסרטון, המערערת העלתה כיתוב נוסף שמתייחס אף לאינתיפאדה.
41. המשיבה התייחסה גם לפרשנות המשפט "לך בעקבות שאהידים" כאשר לטענתה, אין בהודעת הערעור התייחסות לפירוש המונח "שאהיד".
42. לעניין הפרסום המיוחס למערערת כמופיע בסעיף 6 לעובדות כתב האישום; טענת המערערת לפיה, היא הורשעה אך ורק בשל אזכור שמו של הארגון, אינה נכונה כלל ועיקר שכן, טיעון זה מתעלם לחלוטין מתוכן הפרסום המפורש הקורא לאינתיפאדה כוללת ונרחבת גם בתחומי הקו הירוק, שעה ששם הארגון מתנוסס מעל ההודעה שתוכנה אינו מזכיר את וועדת-המעקב שבה המערערת תולה ונועצת את נסיבותיו של פרסום זה.
43. בהמשך, התייחסה המשיבה לנסיבות מעצרה של המערערת והמידע אשר התקבל בעניינה. כן, התייחסה לפרסום שהועלה על ידי השרה מירי רגב. לא זו אף זו, המשיבה לא פסחה על הטענה של המערערת בדבר הצורך בהצגת חוות דעת נגדית מצד המשיבה בציינה, כי אין זה הגיוני שכל אימת שמוגשת חוות דעת מטעם ההגנה, יחייב הדבר הגשת חוות דעת מצד המשיבה. כך גם ביחס לטענה בדבר הצורך בהגשת חוות דעת מטעם שירותי הביטחון. האווירה הציבורית ששררה בעת הפרסומים אותם העלתה המערערת, זכתה להתייחסות רחבה במסגרת הכרעת הדין של בית המשפט קמא; בהקשר זה, שני הצדדים לא הגישו חוות דעת. אולם, לאור הדברים כפי שאלה פורטו בכתב האישום והדברים אותם אישרה המערערת בעצמה במהלך הדיונים, לא הייתה מחלוקת ממשית אודות סוגיה זו.

44. המשיבה התייחסה גם לטענה בדבר ביטול האישום בשל העדר אישור היועץ המשפטי לממשלה. לדידה, כתב האישום כלל שתי עבירות, הסתה לאלימות ולטרור לפי [חוק העונשין](#) ותמיכה והזדהות עם ארגון טרור לפי פקודת הטרור כאשר רק ביחס לעבירה לפי חוק העונשין קיימת חובה סטטוטורית לצירוף אישור חתום בכתב מטעם היועץ המשפטי לממשלה, יחד עם כתב האישום. בעניין פקודת הטרור, לא הייתה חובה סטטוטורית מעין זו. יחד עם זאת, בהתאם להנחיות פנימיות, הייתה חובה על הפרקליטות לקבל הסכמת הגורמים הבכירים להגשת כתב אישום בעבירה לפי הפקודה. אישור שכזה ניתן ואף הוצג בבית המשפט קמא בישיבה מיום 18.2.18. מאחר ולא מדובר בחומר חקירה, האישור לא הועבר לעיון ההגנה.
45. בהתייחס לטענה שעניינה פסלות שופט; לצד הטענה לפיה - הטענות הועלו אך לראשונה במסגרת הערעור, לגישת המשיבה, אין כל אינדיקציה לכך, שהעובדה שבית המשפט קמא דן בעניינה של המערערת במסגרת הארכת מעצרה, השפיעה עליו באופן כלשהו. כך שמדובר בחשש ערטילאי שאין לו על מה לסמוך.
46. המשיבה תמימת דעים עם בית המשפט קמא בדבר הדרישה להוכחת קריאה ישירה לטרור בשילוב עם המבחן ההסתברותי של "אפשרות ממשית" שההתבטאויות יביאו למעשה טרור; זאת כפי דרישת החוק טרם התיקון שכן, בהתאם להוראות [חוק העונשין](#), יש להחיל את הוראות החוק המקלות. לדידה, בית המשפט קמא צדק עת קבע שהמבחן מתקיים, זאת בהתאם לנסיבות כפי שאלה נקבעו בע"פ [בן חורין](#) וביניהן, תוכן הפרסומים בשילוב עם האווירה הציבורית, מיהות המפרסם, החשיפה לפרסום, היקפה ושאר נסיבות הפרסום.
47. המשיבה התייחסה גם לטענה בדבר חופש הביטוי הפוליטי בציינה, שהמערערת הועמדה לדין בגין דברי הסתה למעשי טרור שאינם מוגנים תחת כנפי הביטוי. יתר על כן, קריאות המערערת אינן מתיישבות עם הרציונל אותו ציינה בסעיף 81 להודעת הערעור.
48. במסגרת טיעוניה, המשיכה המשיבה והתייחסה לטענות בדבר חופש הביטוי האומנותי וחוות דעתו של המומחה מטעם ההגנה פרופ' קלדרון (מומחה לספרות ושירה) בציינה, כי קביעה לפיה, שירה תהא חסינה לחלוטין, היא בבחינת קביעה שאינה מבוססת, מנוגדת לחוק ובלתי מתקבלת על הדעת. יחד עם זאת, באותה נשימה, פרופ' קלדרון עצמו סבר שיש לפרש את השיר ככזה שעולה ממנו קריאה לאלימות וכל זאת כאשר הוא נחשף למילות השיר בלבד ולא לכיתוב, לסרטון ולמנגינה שהם חלק בלתי נפרד ממנו.
49. ביחס לחופש הביטוי הבינלאומי; בין היתר, הפנתה המשיבה להצהרה של מדינת ישראל המשתקפת בסעיף 125 שאיננה בעלת תוקף מחייב וממילא כפופה לאמנה עליה חתומה

מדינת ישראל ובה סייג להגנה על חופש הביטוי במקרים בהם ישנו פוטנציאל לפגיעה בביטחון המדינה.

50. לגישת המשיבה, בית המשפט קמא קיבל את התרגום שנעשה על ידי ד"ר מנדל, זאת להבדיל מפרשנותו של ד"ר מנדל לתרגום. בעוד שד"ר מנדל נסמך אך ורק על מילות השיר, הרי שבפני בית המשפט קמא עמדה התמונה בכללותה ולכן צדק משקבע שבנקודה זו דווקא קיים לו יתרון פרשני על פרשנותו של ד"ר מנדל.

51. אשר לפרסום שעניינו "אני השהיד הבא"; המשיבה התייחסה תחילה לעניין הבקשה להוספת ראייה אשר הוגשה על ידי המערערת בכל הקשור לפוסט זה, על מנת להוכיח את מועד פרסומו. לטענת המשיבה, היא לא התנגדה להגשת הראייה. כל שביקשה, היה לחקור את מגיש הראייה. לגישת המשיבה, התמונה של איסרא הועלתה ימים ספורים ממש סמוך לאחר האירוע המדובר, זאת לפני שהנסיבות של אותו אירוע התבררו. בכל מקרה, בית המשפט קמא קבע שדי היה בתמונה עם הכיתוב "אני השהיד הבא" כדי לבסס את קביעותיו, כפי שהשתקפו במסגרת הכרעת הדין.

52. לבסוף, המשיבה חזרה וציינה, כי יש להתחקות אחר מילה (זו או אחרת) בתוך הטקסט, ביחס למיקום שלה בתוך הטקסט ולהיגיון שלה ביחס לכל הטקסט. זאת ועוד, צריך להתייחס לשיר יחד עם הסרטון עצמו והמנגינה שלו אותה, כמקשה אחת. לדידה, ברגע שהשיר לא עומד בפני עצמו ואינו עומד לבדו, שעה שהוא מוקרן על רקע פעילות אלימה כלפי כוחות הביטחון, כי אז, הספק שעולה (אם עולה) הוא מתפוגג.

### תשובת המערערת

53. בתשובה לטיעונים של המשיבה, ביקשה המערערת להוסיף ולטעון, כי ביחס לסרטון, הרי שמדובר למעשה בסרטון שמשקף מציאות יומיומית העוסקת בסכסוך שמוביל לקורבנות. בסרטון קיים תיעוד של אקט שעניינו, בין היתר, יידוי אבנים. אולם, ללא נפגעים. כן, אין בסרטון תיעוד של התרחשות שעוסקת בהשלכת בקבוקי תבערה. לדידי המערערת, ברגע שיש מספר אופציות לפרשנות, הרי שיש לתור אחר הפרשות המיטיבה עם המערערת, כך שבמקרה העומד בפתחו יש להעדיף את הספק על פני פרשנותה של המשיבה.

עוד נטען, כי אותם סרטונים לא הוסרו, כך שהם עדיין נמצאים בפייסבוק וביוטיוב. אם אכן, קיים פוטנציאל לפגיעה בביטחון, כצעתה של המדינה, מדוע אלה לא הוסרו?.

המערערת הוסיפה התייחסות מטעמה אשר לבקשה להוספת ראייה וטענה בהקשר זה לקיומה של חקירה רשלנית מצד המשטרה שכן, המחשב של המערערת עדיין נמצא בידי המשטרה.



54. טענה אחרונה בפיה של המערערת מתייחסת לדרך הוכחת הדרישה של "אפשרות ממשית". לצורך כך, השתמש בית המשפט קמא במבחן ההסתברותי באמצעות שימוש בנסיבות הפרסום ובכך הוא שגה. לשיטת ב"כ המערערת, יש לבחון - מה אחרים יחשבו בעקבות הפרסום. מכאן, חוות הדעת של השב"כ, הן אלו שאמורות לבדוק מי נחשף לפרסום ואם קוימה הדרישה ל "אפשרות ממשית".

### דיון והכרעה

55. לאחר שצפיתי מספר פעמים בסרטון אשר הופץ, בשים לב למילות השיר והמנגינה שליוותה אותו; על רקע טיעוני הצדדים וכן, בשים לב ליתר הפרסומים הנטענים, באתי לכלל מסקנה, כי יהא זה צודק ונכון להתערב בהכרעת דינו של בית המשפט קמא ככל שהיא נוגעת לעניין הסרטון הנ"ל, כפי שיפורט להלן.

56. הסוגיה העומדת על הפרק נוגעת לזכות לחופש הביטוי באשר הוא. זכות זו הינה אחת מזכויות הבסיסיות בכל משטר דמוקרטי. זכות זו הוכרה עוד בשנותיה הראשונות של המדינה בבג"צ [73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פד"י, ז' \(2\) 871](#) (להלן: "בג"צ קול העם") ובפסיקה ענפה לאחר מכן.

לדוגמה בבג"צ [399/85 חבר הכנסת מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פד"י מא](#) (3) 255, עמ' 268:

"...נקודת המוצא העקרונית היא, כי מכלול חוקיה ועקרונותיה של ישראל מעידים עליה, כי היא מדינה דמוקרטית. מאופיה זה של המדינה נגזר חופש הביטוי, שהוא נשמת אפה של הדמוקרטיה ו"ציפור נפשה" (השופט אגרנט בע"פ [255/68](#) [7], בעמ' 435), ואשר לו "מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם" (בג"צ [153/83](#) [8], בעמ' 398). זכות זו נתפסת אצלנו כ"זכות עילאית" (השופט אגרנט בבג"צ [73/53](#), [9]87, בעמ' 878, והשופט שמגר בע"א [723/74](#) [10], בעמ' 295). מהי זכות זו, מה הם טעמיה ומה הן מגבלותיה? ... חופש הביטוי הוא "חירותו (של אזרח - א' ב') להשמיע את אשר עם לבו ולשמוע מה שיש לאחרים להשמיע..." (הנשיא לנדוי בד"נ 9/77 [11])."

במסגרת דנ"פ [7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, סה \(1\)](#), 23, (להלן: "עניין אונגרפלד") בפסקה 7, עמ' 45, נפסק כך:

"הזכות לחופש ביטוי הוכרה כזכות-על במשפטנו עוד בטרם חוקק [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) (בג"ץ 73/53 "קול העם" בע"מ נ' [שר הפנים, פ"ד ז 871 \(1953\)](#)). חופש הביטוי כרוך לבלי-הפרד במשטר הדמוקרטי, עד שאין האחד מתקיים ללא השני. הזכות לחופש ביטוי היא "יסוד מסד ותנאי מוקדם להבטחת קיומן ולשמירתן הנאמנה של רוב זכויות היסוד האחרות" (ע"א 723/74 [הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא\(2\) 281, 295-296 \(1977\)](#), להלן: עניין חברת החשמל; ראו גם [בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח\(3\) 233 \(1984\)](#)); וכבר הבעתי דעתי כי הזכות לחופש ביטוי "היא הראשונה להיפגע אך הפגיעה לעולם אינה מסתיימת בה" (רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 10 לפסק-דיני ([פורסם בנבנ], 12.11.2006) (להלן: עניין בן גביר). מעבר לתפקידו של חופש הביטוי בשמירת הדמוקרטיה ובהיותו מאפיין מרכזי של השיטה הדמוקרטית, חשיבותו היא גם ביצירת "שוק רעיונות" או "שוק דעות" פתוח וחופשי, שלו מרב הסיכויים להביא לחשיפת האמת. "יש להבטיח את חופש הביטוי כדי לאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים להתחרות אלו באלו. תחרות זו – ולא הכתבה 'מגבוה' – היא שתביא, בסופו של דבר, לחשיפת האמת...".

ועוד, על חופש הביטוי ובדגש על חופש היצירה ראו, [בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג\(3\) 817, 829-830](#);

"חופש הביטוי הוא מערכיה היסודיים ביותר של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. חופש הביטוי נתפס על-ידי הדמוקרטיה כזכות "על", "עילאית" (השופט שמגר בע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ (להלן – פרשת חברת החשמל [7]), בעמ' 295; השופט אגרנט [בג"ץ 73/53](#) חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים (להלן – פרשת קול העם [8]), בעמ' 878). יש לה "מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם" ([בג"ץ 153/83](#) לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל (להלן – פרשת לוי [9]), בעמ' 398). חופש הביטוי הוא "חלק בלתי נפרד מהאתוס המשפטי שלנו" (ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית (להלן – פרשת ראם [10]), בעמ' 201). אכן, חופש הביטוי מהווה "ציפור נפשה" של הדמוקרטיה (הנשיא אגרנט בע"פ 225/68 מדינת ישראל נ' בן משה [11], בעמ' 435). חופש הביטוי כולל בחובו את הביטוי האמנותי. אכן, הביטוי

האמנותי הוא מרכיב מרכזי בחופש הביטוי (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים (להלן – פרשת סטיישן פילם [12]), בעמ' 680). מחופש הביטוי "...צומחת, בין היתר, חירות היצירה האמנותית בתחום הספרותי ובתחום החזותי לצורותיו" (הנשיא שמגר בבג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות (להלן – פרשת יוניברסל סיטי סטודיוס [13]), בעמ' 27). "חופש הביטוי הוא החופש של היוצר לפרוץ את סגור לבו, להניף כנף וליתן דרור למחשבתו" (פרשת לאור [5], בעמ' 433). חופש הביטוי אינו המקור היחיד לחופש היצירה האמנותית. ניתן לבסס חופש זה גם כזכות אדם נפרדת, העומדת על רגליה היא. זוהי זכות האדם לחופש היצירה. עמדתו על זכות זו באחת הפרשות, בצייני:

"ניתן לראות בו זכות חוקתית העומדת על רגליה היא. היא מבוססת על ראיית האדם כיצור אוטונומי הזכאי למימוש עצמי הן כיוצר והן כנהנה מהיצירה. אכן, חופש הביטוי האמנותי הוא החופש של האמן ליצור. זהו חופש הבחירה באשר לנושא ולאופן הצגתו והחופש של הזולת לשמוע ולקלוט" (פרשת סטיישן פילם [12], בעמ' 680).

57. יחד עם זאת, חרף מעמדה הרם של הזכות לחופש הביטוי, זכות זו אינה מוחלטת. בבג"צ קול העם הנ"ל נפסק כך:

"הפועל יוצא מכל זה הוא: הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת, אלא זכות יחסית, הניתנת לצמצום ולפיקוח לאור המגמה של קיום אינטרסים מדיניים-חברתיים חשובים, הנחשבים בתנאים ידועים כעדיפים מאלה המובטחים על ידי מימוש העקרון של חופש הביטוי. תיחום התחומים לשימוש בזכות לחופש הדיבור והפרסה (press) נעוץ, איפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה." (שם, עמ' 880)

וכך נפסק בעניין אונגרפלד, בפסקה 11 שם:

"חרף מעמדה הרם של הזכות לחופש ביטוי בשיטת המשפט הישראלית, ישנו מספר לא מועט של עבירות בקודקס הפלילי אשר פוגעות בזכות זו או מגבילות אותה. קיומן של עבירות אלה מבטא את ההכרה שלפיה חופש הביטוי אינו זכות מוחלטת; וכי הגבלתה

נחוצה לעיתים לצורך הגנה על זכויות או על אינטרסים אחרים – חשובים אף הם. חלק מן העבירות הפוגעות בחופש הביטוי נדונו בהרחבה בפסיקתו של בית משפט זה...  
 כבר נקבע כי פרשנותן של עבירות אלה תיעשה בשים לב לפגיעה שהן פוגעות בזכות היסוד לחופש ביטוי, ולהכרה שלפיה פרשנות מרחיבה יתר על המידה של העבירות מן הסוג הזה עלולה לפגוע בחופש הביטוי במידה בלתי רצויה. עוד יש לזכור כי סף הסיבולת של חברה דמוקרטית כלפי ביטויים חריגים צריך להיות גבוה, שכן גם ביטויים קשים ופוגעניים זכאים להגנה... לפיכך יש לפרש עבירות הפוגעות בחופש הביטוי באופן המצמצם את הפגיעה עד למינימום הנדרש לשם הגשמת הערך המוגן של העבירה...".

58. העבירות המיוחסות למערערת כאן, הן ביטוי אחד לעבירות המנויות בקודקס הפלילי אשר פוגעות בזכות לחופש הביטוי או מגבילות אותה. תכליתה של העבירה של הסתה לאלימות לפי [חוק העונשין](#) והעבירה של תמיכה בארגון טרור לפי הפקודה למניעת טרור, אשר מוצאות את ביטוי כיום בחוק המאבק בטרור, וכפי שציין זאת ובצדק בית המשפט קמא, משקפות את הרצון להגביר את המאבק בטרור, המבוצע על ידי ארגוני טרור או יחידים, תוך איזון בין המאבק בטרור לבין זכויות אדם הניצבות מנגד. בית המשפט קמא הפנה להוראות החוק למאבק בטרור ולדברי ההסבר להצעת החוק ואך מיותר יהא לחזור על אותם דברים.

59. עינינו הרואות, בבואו של בית המשפט לדון בסוגיה הנדונה, מונחות על כפות המאזניים הזכות לחופש הביטוי מחד, והזכות להגן על הערכים המוגנים של מניעת טרור, שלמות הגוף, קדושת החיים ושלום הציבור, מאידך. על בית המשפט לערוך את האיזונים המתאימים והדרושים בין זכויות אלו.

60. אין מאן דפליג בדבר הזכות לחופש הביטוי העומדת לה למערערת כזכות יסוד ואף ביתר שאת עת עסקינן במשוררת, שכן, לצד חופש הביטוי עומדים לה גם חופש הביטוי האומנותי וחופש היצירה. יחד עם זאת, וכפי אשר צוין לעיל, אין זכות זו עומדת לבדה ולצידה עומדת הזכות להגן על הערכים המוגנים של מניעת טרור.

61. על מנת להוכיח את אשמתה של המערערת בעבירה של הסתה לאלימות, על המשיבה היה להוכיח, בנסיבות תיק זה וכתוצאה מהשינוי בחקיקה והחלת הוראות [סעיף 5\(א\) לחוק העונשין](#), ועל כך אין מחלוקת בין הצדדים, את היסודות הבאים:

- א. המפרסם – כמשמעותו של מונח זה [בסעיף 34כד' לחוק העונשין](#);
- ב. קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור;

ג. שעל פי תוכנו יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור – מבחן הסתברותי של "אפשרות ממשית".

באשר ליסוד הנפשי הדרוש להוכחת העבירה, עבירה זו הינה עבירה התנהגותית שאינה דורשת "כוונה". בתור שכזו, היסוד הנפשי הדרוש הינו "מודעות" לטיב המעשה ו ל "התקיימות הנסיבות".

62. **המבחן ההסתברותי – "אפשרות ממשית"**; בהקשר זה, אנו מופנים לעניין בן חורין (אליו הפנה גם בית המשפט קמא) במסגרתו ניתנה רשימה בלתי סגורה של נסיבות אותן יש לשקול בגדרו:

"...המבחן הוא תוכנו של הפרסום והנסיבות שבהן פורסם. הסעיף אינו מציין במפורש את דומיננטיות המפרסם והאווירה המתלהמת. ודוק: נתונים אלה רלוונטיים על פי המבחן הכללי שמופיע בסעיף – נסיבות הפרסום. ברם, העדר הפירוט בהגדרתן של נסיבות אלו איננו מקרי. הוא דורש כי בית המשפט יבחן את המקרה כמכלול, מבלי לקבוע מראש מעין מבחנים ראשיים. ודאי, מיהות המפרסם והאווירה השוררת בציבור הינם נתונים חשובים כאמור, אך הם אינם עומדים לבדם. יש לשקול גם שיקולים נוספים, כגון סוג האלימות המדוברת, היקף הקבוצה החשופה לאותה אלימות, היקף הפרסום וקהל היעד שלו, הקשר הפרסום, מקומו והמדיום שבו נעשה שימוש. יש לשאול, בין היתר – מי אמר, מה נאמר, היכן נאמר, באיזה אופן נאמר, למי נאמר ובאיזו מסגרת נאמר. נכון יהא לתת את הדעת למהות הפרסום ואופיו: קריאה, דברי שבת, אהדה, עידוד, תמיכה או הזדהות. זו מצוות המחוקק – "תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם".

חשוב עד מאוד להדגיש, כי אלו דוגמאות בלבד לרשימה שעשויה להיות חלק מהנסיבות. הרשימה שכלולה בתיבה "נסיבות" אינה סגורה, אלא פתוחה במכוון. מתפקידו של בית המשפט להתייחס למקרה שלפניו על מכלול מאפייניו כיחידה אחת המורכבת מתת-יחידות שונות...

... בנוסף, 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".

וכפי שנקבע בבג"ץ [2684/12](#) י"ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה [פורסם בנבו] (09.12.15), שם בפסקה 9 לפסק דינו של כב' השופט

בדימוס סלים ג'ובראן; כדי להרשיע בעבירה של הסתה לאלמות, לא די באמירת דברים בעלי תוכן מסית, אלא יש לבדוק האם על פי תוכן הפרסום ונסיבותיו קיימת אפשרות ממשית לתוצאה של עשיית מעשה אלימות או טרור.

63. בית המשפט קמא בחן את השיר, תוך שהוא מתבונן בסרטון ושת את לבו גם למנגינה שליוותה את מילות השיר; הכל כמקשה אחת, שמע והתרשם מעדויות העדים בין אם זה עדותה של המערערת יחד עם עדויותיהם של המומחים מטעמה, פרופ' קלדרון וד"ר מנדל, נחשף למילות השיר וערך השוואה בין שני התרגומים, הן זה אשר נערך על ידי חוקר משטרת (מר בשארה), דובר השפה הערבית והן זה שהוגש מטעם מומחה ההגנה, ד"ר מנדל. על אף קביעתו של בית המשפט קמא לפיה - מצא לבכר את תרגומו של מומחה ההגנה על פני תרגומו של מר בשארה, הוא לא קיבל את פרשנותו של ד"ר מנדל למילות השיר - "לך בעקבות שיירת שהיידים". בהמשך לכך, ראה בשיר ככזה המקיים אחר יסודות העבירה והרשיע את המערערת בהתאם.

64. אינני תמים דעים עם קביעתו זו בית המשפט קמא אשר לפרשנות אותה ביקש לצקת אל תוך מילותיו של השיר. יתר על כן, גם אם נאמץ את פרשנותו של בית המשפט קמא, עדיין, חובה עלינו לבדוק אם בעניינו קיימת קריאה ישירה ו - "אפשרות ממשית" לביצוע מעשה טרור.

65. כפי שפורט לעיל, הזכות לחופש הביטוי עומדת לה למערערת ככל אזרח אחר במדינה. כן, הדברים נכונים ביחס למערערת כאן בשל מעמדה כמשוררת, שלה הזכות להגנה על יצירתה האומנותית. לא אחטא למטרה אם אדגיש שוב, כי חופש הביטוי אינו זכות מוחלטת. במקרים מסוימים מאפשר הדין לפגוע בו או להגבילו. יש להבחין בין עקרון חופש הביטוי כשלעצמו, המשתרע על כל סוגי הביטויים ועל כל האמצעים המשמשים במה להבעתם, לבין היקף ההגנה עליו, שהוא חלקי בלבד (ראו לדוגמה [בג"ץ 316/03 מחמד בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים](#) [פורסם בנבו] 11.11.2003). ברור הוא, שעצם היותו של ביטוי פוגעני, גס או צורם אינו מבסס עילה להסרת ההגנה ממנו. ראו לדוגמה - פסק דינו של כב' השופט אליהו מצא [בבג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא\(5\) 193](#) (להלן: פסק-דין נוביק), בע' 201, שם נפסק כך: "חופש הביטוי נועד להגן, לא רק על דעות מקובלות ואהודות, המושמעות בתנאים של שלוה וביישוב הדעת, אלא גם - ובכך עיקר מבחנו של חופש הביטוי - על דעות חריגות, מקוממות ומכעיסות, המושמעות על רקע מאורעות מסעירים ובסגנון בוטה וצורם". זאת, להבדיל מצורות ביטוי - דוגמת הביטוי הגזעני או ההסתה לאלמות - שעצם השמעתן, בלי קשר לתוצאותיה, מפרה איסור שבדין ומקימה עילה להגבלת הביטוי. (ראו גם [ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ\(5\) 221](#) בע' 320).

חופש הביטוי פורס את כנפיו וחובק בתוכו קשת רחבה עד מאוד של ביטויים ודעות חריגות ומכעיסות המושמעות על רקע מאורעות כאלה ואחרים. מכאן, ישאל השואל, האם במקרה מושא הליך זה ניתן לומר, כי המערערת חצתה את הגבול בין המותר לאסור.

66. בכל הנוגע לסרטון ולמנגינה שצורפו לשיר, כפי המתואר בסעיף 5 לעובדות כתב האישום, נטען על ידי ב"כ המערערת, כי אלה משקפים התרחשויות רלבנטיות לאווירה אשר שררה באזור, תוך הבעת מחאה. בל נשכח, כי הסרטון המצורף לשיר, אינו סרטון אשר הוסרט במיוחד לצורך השיר, כי אם, ענין לנו בסרטון שהמערערת ערכה אותו ושאהבה אותו מתוך שידורי הטלוויזיה. המערערת הוסיפה וציינה, כי מדובר בסרטון שחוזר על עצמו וכי אין בו "דבר מה נוסף" מלבד שיקוף למציאות אשר הייתה קיימת אותה עת. אותו סרטון אינו זר לטלוויזיה הישראלית ו/או הפלסטינית. לא פעם הציבור נחשף לסרטונים כאלה. צפייה בסרטון מלמדת, כי הוא משקף אקט של יידוי אבנים ושל התקוממות והתנגדות. בסרטון רואים גם את חיילי צה"ל וכוחות הביטחון בפעולה, על רקע המאורעות וההתקוממות של הצד הפלסטיני. עם כל התמונה העגומה והקשה שסרטון זה יוצר, הרי שאין בו אקט שמשקף פיגוע ו/או סכינאות, כך שהסרטון אינו תלוש מהמציאות ובשילוב עם מילות השיר ניתן להבינו כהבעת מחאה ומחווה להתנגדות העם הפלסטיני ל"כיבוש הישראלי", כך על-פי הטענה של ב"כ המערערת.

67. עת באים לצקת אל תוך טקסט כלשהו פרשנות מסוימת, הרי שיש לקרוא את כל הטקסט במלואו, כך שלא ניתן להפריד בין חלקיו. קריאת השיר כולו, צריכה להיעשות על רקע המנגינה, הסרטון ואף הנימה בה הוקרא השיר; הכול כמקשה אחת.

לצורך פרשנות מילות השיר, הביאה המערערת מטעמה שני מומחים. זאת בנוסף לעדותה עצמה כאשר מנגד, המשיבה לא הביאה עדות כשלהי.

עיקר המחלוקת בין הצדדים סבה סביב המשפט בשיר: "לך בעקבות שיירת השהידים"; בהקשר זה, עדי ההגנה טענו, כי הכוונה במשפט זה היא לחללים ולקורבנות, זאת להבדל מ"שהיד" במובן של מפגע.

במסגרת בג"צ התנועה לחיזוק סובלנות בחינוך הדתי הנ"ל, דעת הרוב סברה, כי לשם השתכללותה של העבירה, על דברי ההסתה לאלומות להיות ברורים וחד משמעיים: "כל מה שנמצא לפנינו הוא הטכסט עצמו, אשר הוא הראיה המרכזית בתיק החקירה נגד המשיבים. הדברים אינם חד משמעיים די הצורך כנדרש במשפט פלילי, והם, לטעמי לוקים בעמימות" (סעיף 3 לחוות דעתה של הנשיאה (בדימוס) מ' נאור).

האם ניתן לומר במקרה זה, כי הדברים הינם חד-משמעיים די הצורך כפי הנדרש לצורך הרשעה במשפט פלילי? בית המשפט קמא נדרש למספר רב של עמודים, עד שהגיע למסקנה

אשר לפירוש המתאים, כפי ראות עיניו, תוך דחיית פירושו של מומחה ההגנה ואף תוך דחיית טענותיה של המערערת. המערערת בעדותה בבית המשפט הסבירה כוונתה כך:

"ש. לפי המשמעות שלך, זה נכון שהקריאה להיות שהידים, שאת רוצה שאנשים יהיו שהידים.

ת. לא.

ש. המשפט הזה מנוסח באופן פוזיטיבי או לא.

ת. יש דבר שנקרא כוונת המשורר.

ש. מה היתה כוונת המשורר. בשורה 12.

ת. שאני דיברתי על משפחת דוהבשה ואדיל אשלמוני.

ש. ואת קוראת לאנשים להיות כמוהם.

ת. זה התרגום הלא נכון בשיר.

ש. מה כוונת המשורר לשורה זו.

.....

הנאשמת ממשיכה:

ת. פה אני פונה לקורא שימשיך את השיר וידע מי הם שהידים.

ש. אז לפי מה שאת אומרת זאת התחלה להמשך השיר.

ת. כן.

ש. זה לא שאת קוראת לאנשים להיות קורבנות.

ת. מה אני יכולה לבקש מאנשים שהיו קורבנות?

ש. וזה לא שאת קוראת לאנשים לבצע פיגועים.

ת. כמובן לא. "

(ראו - פרוטוקול מיום 17.11.16, עמ' 75, שורה 9 עד עמ' 76, שורה 8).

בהינתן הקושי והעמימות אשר לפרשנות מילותיו של השיר (גם על רקע הנגינה והסרטון שצורפו לו), דומה, כי קשה לראות בניסוח זה משום קריאה ישירה לביצוע מעשה אלימות. נוסף על כך, תחת קורת הגג של המלה "שהיד" יכולות לדור מספר משמעויות, הן זו של אדם מפגע שביצע מעשה טרור ו/או פיגוע רצחני והן זו שמשמעותה "חלל" או אדם שמצא את מותו בעודו נאבק למען מטרה לגיטימית ו/או חוקית כלשהי. על רקע האמור לעיל, יקשה עד מאד להעניק למשפט שנאמר במקור בשפה הערבית ותורגם לעברית בזו הלשון - "לך בעקבות שיירת שהידים" משמעות שיכולה לבסס את העבירה המיוחסת למערערת מעל לכל ספק סביר, במיוחד שעה שמדובר בשירה שיכולה ללוש צורה של דימויים ומטפורה ו/או משמעות אחרת (שגם היא נכונה) ושונה, כגון - "לך אחרי השיירה של החללים". לא זו אף זו, דומני, כי, במקרה שכזה, אין לאמץ פרשנות המקיימת את היסוד ההסתברותי של "אפשרות ממשית". לא מדובר בדברים חד משמעיים שיש בהם כדי לבסס קריאה ישירה לביצוע מעשים, כפי דרישת הדין.



עד ההגנה, ד"ר מנדל, נחקר ארוכות במסגרת ההליכים בפני בית המשפט קמא. להלן קטעים מהתייחסותו אשר לפרשנותו למילות השיר:

"ת. מעולם לא פגשתי את הגב טאטור ולא קראתי עליה באינטרנט ואילו הטקסט שלה היה מתייחס לשהידים כתוקפנים הייתי מציין זאת. בגלל שכל ההתייחסויות שלה בטקסט הן מחד נוגעות למציאות בגדה המערבית וברצועת עזה וכל הקורבנות, כל השהידים הם קורבנות אזרחים, מזה הקשתי את מה שהקשתי. ש. האם יכול להיות שבשימוש במילה שהיד, הנאשמת בעצמה כיוונה לאדם שמבצע אירוע טרור. ת. לפי דעתי לא, בגלל שאני מסתכל על שמות הקורבנות שהיא מזכירה בשיר ואני מגלה שהילד שנשרף זה כנראה מוחמד אבו חדייר ועלי זה עלי דוהבשה ואפילו אדיל זה היה מאוד מקרה קיצוני, לא עקבתי מה קרה בבית משפט אבל עיתון הארץ קרא לזה הוצאה להורג. אז אם היא היתה רוצה לבחור שאהיד במובן התוקפני, היא היתה בוחרת במי שביצע פיגוע בתל אביב או רצח 15 איש, השהידים שלה הם קורבנות בשיר. לשם אני מתייחס. " (שם, עמ' 112 שורות 22-31).

ובהמשך, בעמ' 120, שורות 22-25, כך באו דבריו לידי ביטוי:

"ת. לו רצתה הנאשמת לעודד אנשים ולצאת ולפגוע בישראלים היא היתה אומרת את זה ומשתמשת במתאפרות שאומרות את זה, מה שכותבת לוקח אותך למקומות אחרים לחלוטין, המילה מוקאוומה שווה התקוממות או הסרטון מהאינתיפאדה שראיתי עכשיו לראשונה, זה הכל הקונטקסט הוא התגובה לפעולה ולא יציאה לפעולה ויצירת פעולה אלימה. זה התקוממות, התנערות וכד'."

ובעמ' 121 שורות 12-14 כך צויין:

"ת. אם ניקח את התרגום שראיתי, אל מול התרגום שלי, התרגום שלי נאמן לאמת, אובייקטיבי, קשור לרוח הדברים שבו נכתבו והוא לא נכתב על מנת להפליל. תחושתי שבכל צומת שהיה אפשר לבחור למה היא התכוונה, פירשו כאילו מטרתה אלימה ובה יש חוסר אובייקטיביות."

68. יתר על כן, גם אם נניח לרגע קט, כי פרשנותו של בית המשפט קמא היא זו הנכונה, הרי, שגם אז, יש לתור אחר קיומה של "אפשרות ממשית" שפרסום זה עלול לגרום למעשי אלימות. קרי - מילות השיר, עוצמתו ופירושו האפשרי, צריכים ליצור את החשש האפשרי

להשפעה על מי מאלה שנחשפו לו לקום ולבצע פעולות אלימות בבחינת "אפשרות ממשית". עם כל אי הנוחות והתחושה הקשה שיכולה לחלחל אל נפשו ותודעתו של כל ישראלי שנחשף לשיר זה, לא ניתן לומר, כי מדובר בקול מאיים, דורש, מצווה וחותר עד כדי יציקת קרקע פורייה ל"אפשרות ממשית". אמנם הסרטון שברקע משקף מעשי אלימות, אולם, שוב, לא ניתן לשלול את הטענה, כי הוא משקף את המציאות העגומה והקשה בה נתונים ושרויים חיילינו כוחות הביטחון של מדינתנו.

כפי שנפסק בעניין **בן חורין**, לצורך בחינת המבחן ההסתברותי של "אפשרות ממשית" יש לשקול את תוכן הפרסום והנסיבות בהן פורסם ובין היתר, יש לבחון את מיהות המפרסם, האווירה השוררת בציבור, היקף הקבוצה החשופה, היקף הפרסום וקהל היעד, הקשר הפרסום והמדיום שבו נעשה שימוש.

לעניין האווירה אשר שררה בציבור בזמנים הרלבנטיים לכתב האישום, הרי שעניין לנו בתקופה רווית פיגועים אשר בוצעו על ידי מפגעים יחידים. המערערת אישרה זאת בעדותה בבית המשפט קמא. כך לדוגמה, בעדותה מיום 26.1.17, עמ' 82 ובעדותה מיום 17.11.16 עמ' 70, העידה המערערת אודות האווירה הציבורית והמצב הביטחוני ששררו בתקופה הרלבנטית. כך גם לאורך עדותה, לא התכחשה המערערת לאווירה הציבורית ברחוב הערבי באותם זמנים רלבנטיים. אותה אווירה הייתה חשופה לעיני כל, כפי שאף התפרסם בכלי התקשורת ואמצעי המדיה למיניהם. יחד עם זאת, אין להתעלם ממעמדה של המערערת, כמשוררת (אשר לא נטען דבר לגבי היותה אישיות פוליטית או כזו המשתייכת לזרם פוליטי או דתי כזה או אחר) שפרסמה את השיר שלה באתר הפייסבוק הרשום על שמה, כך שבסופו של יום, תוצר זה נקלט אצל קהל היעד כ "שיר", זאת להבדיל מדרשה או נאום או פוסט מצדו של איש בעל מעמד פוליטי ו/או קיצוני המזוהה עם זרם כזה או אחר. כל אלה מובילים למסקנה, כי יקשה עד מאד לדחות את טענותיה של המערערת לפיהן, דבריה נתפסו בקרב קהל שומעיה כמחאה נגד מעשים שהופנו כלפי העם פלסטיני, כך על-פי מבטה היא, דרך משקפיה, מזווית הראיה בה היא עמדה.

69. כנטען, אותו פרסום ביוטיוב זכה נכון ליום 14.10.15 ל- 153 צפיות וכן ל- 3 תגובות אוהדות. כמו כן, הפרסום נעשה באמצעות חשבון הפייסבוק של המערערת הכולל למעלה מ- 4,000 חברים שמתוכן רק כ- 100 איש מוכרים למערערת.

הטענה לפיה, המערערת אינה מכירה את מרבית החברים שלה בפייסבוק הרי שמעצם היותה משוררת אך טבעי הדבר שהיא תיענה בחיוב לבקשות חברות המוצעות לה, גם אם היא אינה מכירה את כל מי שפונה אליה.

70. אכן, תוכנו של השיר נבחן גם בהינתן הנסיבות האופפות את פרסומו ובכלל זה פרסום פוסט מיום 04.10.15 בחשבון הפייסבוק של המערערת שלאחריו נולד השיר עם הסרטון, וכך עלה בפוסט:

**"תתנגדו בני עמי תתנגדו .. השיר החדש שלי ... כתבתי אותו עם  
הרגשה שלי בבשורה לאינתיפאדה שרואים אותה ... מהפיכה  
בעיתוי פלסטיני ..."**

הפרשנות אותה ביקשה המערערת לצקת אל תוך המלה "אינתיפאדה"; פרשנות הנוטלת מתוך מלה זו את העוקץ בדבר התנהלות אלימה וכי כוונתה לתנועה עממית למען זכויות העם הפלסטיני ונגד רצח כל אדם חף מפשע, לא התקבלה על ידי בית המשפט קמא. כך לדוגמה באחת מתשובותיה ציינה המערערת: "תנועה עממית למען זכויות העם הפלסטיני ונגד רצח כל אדם חף מפשע. בעיקר משמעות האינתיפאדה בשבילי זה משהו שונה לגמרי. בשפה הערבית המשמעות של האינתיפאדה זה משהו זז והאינתיפאדה היא בשבילי זה תנועה עממית לדרישת זכויות" (ראו - עמ' 72, שורות 18-20).

פרשנות זו נדחתה על ידי בית המשפט קמא תוך הפניה לרע"פ 7669/15 מחאג'נה נ' מדינת ישראל [פורסם בבנו] (18.4.16) (להלן: "עניין השיח' ראאד סאלח") במסגרתו נקבע: "... מונח זה הפך "שם גנרי" להתקוממות פלסטינאית אלימה ... דעת לנדון נקל, כי כך נתפס מונח זה באוזני הכל .. אין מקום להיתמם ולדבר במונח של "מילונאות קלאסית", קרי "אינתיפאדה" במובנה המילוני הבסיסי של "התעוררות".

יחד עם זאת, אין די בכך כדי לספק את הדרישה של "אפשרות ממשית".

71. לא נעלם מעינינו פסק הדין בעניין שפיק חביב אליו הפנתה המערערת בטיעוניה, ע"פ 266/92 (מחוזי; חיפה) שפיק חביב נגד מדינת ישראל (26.11.92), במסגרתו קיבל בית המשפט המחוזי את הערעור וזיכה את המערער מביצועה של עבירת תמיכה בארגון טרור, על פי [סעיף 4\(א\) לפקודת מניעת טרור](#) אשר יוחסה לו על רקע פרסום קובץ שירים בשם "חזרה אל העתיד". בית המשפט המחוזי זיכה את המערער בציינו, בין היתר, כך: "לא שוכנעתי בקיומה של ודאות קרובה שפרסום זה עלול לגרום למעשי אלימות כאמור בסעיף 4(א) לפקודה הנ"ל" (שם סעיף 8 לפסק הדין). בהמשך, בסעיף 9 לפסק הדין: "מנוסח השירה, עוצמתה ופרושה האפשרי ניתן להעלות את החשש האפשרי להשפעה על מי מקוראיה להצטרף לבצוע פעולות אלימות העלולות לגרום למות ולחבלה, אך אין הדבר בבחינת קרוב לודאי בעקר כשהמדובר בערבים אזרחי ותושבי ישראל, שביניהם הופצה החוברת". בית המשפט המחוזי התייחס לעובדה, כי המדובר ביצירה של משורר ומשכך, יש להביא בחשבון השיקולים, כמרכיב חשוב, את עקרון חופש הביטוי. שיקול זה היווה אחד השיקולים. אולם, לא השיקול המכריע. בית המשפט המחוזי בחן את נוסח השירה ועוצמתה, תוך בחינת החשש האפשרי להשפעה על מי מהקוראים. רוצה לומר, עובדת היותו של שפיק חביב משורר נלקחה

בחשבון. אולם, עובדה זו אינה מקנה את הזכות לפרוץ את גבולות החוק ולהעניק הגנה טוטאלית. עניינו של המשורר נבחן במסגרת אותם מבחנים אשר נקבעו בפסיקה באשר לקיומה של ודאות קרובה של פגיעה ממשית ומהותית, כדרישת הסעיף, תוך שימת דגש על הזכות לחופש הביטוי.

דברים אלה יפים גם לעניינו; העובדה כי המדובר ביצירה של משוררת יש להביאה בחשבון, כמרכיב חשוב, עת באים לבחון את העיקרון ואת המעמד של חופש הביטוי. לצד זאת, יש לבדוק אם עברה המערערת את גבול המותר או שמא היא אך מתחה את החבל, עד הקצה של גבול זה. וכפי שנקבע באותו פסק דין, גם כאן, מנוסח השיר, עוצמתו ופירושו האפשרי ניתן להעלות את החשש האפשרי להשפעה על מי מקוראיה להצטרף לבצוע פעולות אלימות, אך אין הדבר בבחינת אפשרות ממשית.

72. נדגיש, חופש הביטוי מקבל משנה תוקף עת מדובר גם בחופש אומנות ויצירה. אמנם, אין בכך כדי לספק לגיטימציה לחצות את גבולות החוק, אך בוודאי יש בכך כדי למתוח את הקו לצורך הגנה על זכות חופש היצירה. בהקשר זה רואים אנו לנכון להפנות לחוות דעתו של עד ההגנה פרופ' קלדרון. עד זה נחקר ארוכות בבית המשפט קמא וכך ציין, בין היתר:

**"ש. על בסיס התרגום הזה אמרת שיש קריאה לאלימות, אך כיון**

**שזהו שיר יש להתייחס לכך אחרת.**

**ת. בדיוק"**

(עמ' 100, שורות 8-9);

ובעמ' 101, שורות 16-19:

**"ש. תפנה אותנו למקומות בשיר של הנאשמת שבו יש קריאה**

**לאלימות לפי הבנתך**

**ת. לא אסכים לפתרון של שלום, תתנגד לעריצות המתנחל, תלך**

**בעקבות שיירת השהידים. היא בפירוש קוראת לאלימות בנוסח**

**השהידים, וזה לטרור שאני מתנגד לו מכל וכל אך כיון שזה בשיר זה**

**לגיטימי. כמו בביאליק"**

73. כאן המקום לציין, כי קשה למצוא בפסיקה מקרים דומים למקרה מושא ההליך כאן. תחת אותה מטריה של חופש הביטוי קיימים אין ספור פסקי דין שניתנו והתייחסו בפירוט נרחב לסוגיה זו. ניתן להפנות, בין היתר, לעניין השיח' **ראאד סלאח** אליו הפנינו לעיל. באותו עניין, בית המשפט העליון, בדעת רוב, הותיר על כנה את הרשעת המבקש, מנהיג הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל, בעבירות של הסתה לגזענות והסתה לאלימות. העבירות יוחסו למנהיג הפלג הצפוני של התנועה האסלאמית בישראל, בגין דרשה שנשא

בשנת 2007 בפני קהל של כאלף איש בסמוך לירושלים. שם, בפסקה ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה, כב' השופט רובינשטיין, נפסק כך:

"כאמור, המבקש הוא דמות מוכרת בקרב הציבור הערבי ובעל השפעה, אשר נשא דברים בפני המון זועם, סמוך להר הבית בתפילת יום השישי, היא התפילה הקדושה למוסלמים, בתקופה שבה רחובות ירושלים, בעיקר באזורים המאוכלסים ערבים, געשו. כפי שגם נומק על-ידי בתי המשפט הקודמים, ההקשר הכללי של הדרשה שנשא המבקש, השימוש החוזר ונשנה במלה "דם" ודבריו "נפגוש את אלוהים כשהידיים בשטחו של מסגד 'אל אקצא'", מקשים לטעות באשר לתכלית דבריו. דומה בעיניי כי נהיר לכל בר דעת שלא בדיון תיאורטי עסקינן, אלא בקריאה הלכה למעשה. וכדי להסיר ספק, באים דברי המבקש בזמן אמת ומעידים כמאה עדים על מטרתו: "יתכן שיבואו אלי ויגידו לי אתה מסית. הם רוצים להרוס לנו את 'האקצא' ובאים ואומרים לי אתה מסית. אז, אחים שלי, אני אומר לכם כן, ואני אומר שאנו לא לבד במאבק הזה". שילוב תוכן הדברים עם הנסיבות יש בו איפוא כדי לקיים את הדרשה, של אפשרות ממשית כי דברי המבקש יובילו לאלימות, לשם אישוש יסודות העבירה."

נימוקיו של בית המשפט העליון באותו עניין אשר תמכו בהרשעתו של המבקש שם גם בעבירה של הסתה לאלימות, מתאימים לענייננו בכיוון ההפוך, קרי, מסבירים מדוע נותר ספק המכרסם בבסיס הרשעת המערערת בעבירה זו, ככל שהעניין קשור לפרסום השיר.

ראו בהקשר זה גם - בג"צ [2684/12](#) התנועה לחיזוק סובלנות בחינוך דתי, הנ"ל. במסגרתו דחה בית המשפט העליון עתירה נגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין, מחוסר ראיות מספיקות, את מחברי הספר "תורת המלך" בעבירות של הסתה לגזענות והסתה לאלימות. אמנם, הדיון שם עסק בביקורת מנהלית על החלטת היועץ המשפטי לממשלה. אולם, מן הראוי לציין, כי הערעור שם נדחה ברוב דעות תוך ציון הקביעה, כי לשם השתכללותן של העבירות, על דברי ההסתה לגזענות ולאלימות להיות ברורים, חד משמעיים ומובנים לשומעים על נקלה. באותו מקרה, על אף הדברים הקשים כפי שאלה מופיעים באותו ספר, עדיין, סברה דעת הרוב, כי הדברים לוקים בעמימות.

#### הפרסום בסעיף 6 לעובדות כתב האישום

74. כאמור, בגין הפרסום המופיע באותו סעיף (הפרסום מיום 04.10.15 בפייסבוק בהקשר של תנועת הגיהאד האסלאמי), ביקשה המשיבה לייחס למערערת עבירה של "תמיכה בארגון

טרוריסטי", עבירה אשר מוצאת את ביטויה כיום בהוראת [סעיף 24\(א\)\(1\)](#) לחוק המאבק בטרור וגם עבירה של הסתה לאלימות, לפי [סעיף 24\(ב\)\(1\)](#) לחוק המאבק בטרור. בהקשר של תיקון סעיפי החוק, עמד בית המשפט קמא על כך בהרחבה ובצדק קבע, כי הוראות החוק המקלות הן אלו שיחולו על המערערת, כמצוות הוראת [סעיף 5 לחוק העונשין](#). משכך, על מנת להוכיח, כי התקיימו יסודות העבירות, על המשיבה היה להוכיח את מעשה ההזדהות והתמיכה עם ארגון טרור, ובאשר לנסיבות, להוכיח שהמעשה נעשה **בפומבי במטרה** להזדהות עם ארגון הטרור. עוד, יש להוכיח קריאה ישירה לביצוע מעשה טרור ולצד זאת, אפשרות ממשית לביצוע מעשה כאמור.

75. בית המשפט קמא, בחן את תוכן הפרסום, היות הארגון ארגון טרוריסטי ועוד, הוא הוסיף ובחן את שאלת פומביות הפרסום ומטרתו, ולאחר שעמד על טיעוני הצדדים והתרשם מעדותה של המערערת, הגיע למסקנה לפיה, התקיימו יסודות העבירות. בהקשר זה, תמים דעים אני עם דעתו של בית המשפט קמא, כך שאין כל הצדקה להתערב בקביעותיו אלו. בנוסף, בית המשפט קמא בחן את המבחן ההסתברותי באשר לאפשרות ממשית שהפרסום יביא למעשה טרור. גם בהקשר זה, שותף אני לנימוקיו של בית המשפט קמא.

76. אין מחלוקת, כי ביום 22.6.1989 הוכרז ארגון הג'יהאד האסלאמי כארגון טרוריסטי על ידי ממשלת ישראל. המערערת הודתה הן בהודעותיה במשטרה והן בעדותה בבית המשפט קמא, כי הייתה מודעת לעובדה זו (עמ' 69 לפרוטוקול מיום 27.11.16). המערערת לא ידעה להסביר מדוע בחרה לבצע את הפרסום תחת השם של הג'יהאד האסלאמי ולא מטעם ועדת המעקב ו/או מדוע בחרה דווקא בהודעה מטעם הג'יהאד האסלאמי שקוראת לאינתיפאדה כוללת ודווקא אותה פרסמה. הסבריה של המערערת בהקשר זה אינם משכנעים. ויודגש, נימוקיו של בית המשפט קמא בהקשר זה, מקובלים עלי. בנסיבות בהן מפרסמת המערערת באמצעות אתר הפייסבוק פרסום בשמו של ארגון טרור (פרסום שקורא לאינתיפאדה כוללת לרבות בתחום הקו הירוק) כששם הארגון מתנוסס בראש ההודעה, בלי כל אזכור של ועדת המעקב (בה תלתה המערערת את הפרסום), לא נותר ספק, כי הפרסום הנו בפומבי ובמטרה להזדהות עם אותו ארגון טרור. כך גם אין ספק באשר להוכחת היסוד הנפשי הנדרש להוכחת אותה עבירה, הלא הוא המודעות למעשה ולנסיבות. ועוד; פעולת הפרסום, בנסיבות בהן פורסמה, שבאות תחת שמו של ארגון טרור, מעלה אפשרות ממשית שהפרסום יביא למעשה טרור, בעיקר נוכח הנסיבות ששררו באותה תקופה והאווירה הציבורית אשר שלטה אותה עת.

77. בהינתן האמור, ברכיב זה של כתב האישום, אין מקום להתערב במסקנותיו של בית המשפט קמא.

### הפרסום בסעיף 7 לכתב האישום

78. גם בהקשר זה, מסכים אני עם החלטתו של בית המשפט קמא, שם נקבע, כי פרסום מעין זה בפרופיל חשבון פייסבוק עם אלפי חברים, הנו בבחינת עצימת עיניים לאפשרות הממשית, כי יסית לביצוע מעשה טרור ברוח האמור בפרסום. הפרשנות של המילה הבודדת צריך להיעשות על בסיס נסיבות הפרסום כפי שאלה נבחנו במסגרת ניתוח "האפשרות הממשית". היה על המערערת לקחת בחשבון גם אנשים בלתי סבירים ובלתי נורמטיביים הנחשפים לפרסום, כך שאין די בפרשנותה הסובייקטיבית לפרסום האמור.

79. טענות המערערת ובכלל זה, הטענה לפיה, פרסום תמונת "אני השהיד הבא" נעשה כצעד מחאה על הרג אזרחים ערבים על ידי אזרחים יהודים וכוחות הביטחון, מחאה שבה השתתפו מספר רב של אנשים, אשר החליפו את תמונת הפרופיל שלהם לאותה תמונה, בצדק נדחו על ידי בית קמא, כך שאין כל הצדקה להתערבותנו בהקשר זה.

80. בית המשפט קמא בחן את טיעוני הצדדים, התרשם מעדויות הצדדים וקבע שהמשיבה כן הצליחה להוכיח את יסודות העבירה. הפרסום כפי שנעשה בפייסבוק, תוכנו, על רקע נסיבות פרסומו אכן, יש בכוחו להוביל להסתה לביצוע מעשה טרור ברמה של אפשרות ממשית. התקופה בה בוצע הפרסום ידעה גם פיגועים רבים. הפרשנות אותה ביקשה המערערת לצקת אל תוך המילים "אני השהיד הבא" אינה מקבלת ביטוי במילה הכתובה כפי שזו פורסמה וכוונתה הסובייקטיבית של המערערת אינה משתקפת באותו צמד מילים. "שהיד" יכול לדעת כי הוא השהיד הבא, רק אם צועד הוא אל מותו, קרי – אם הוא פועל באופן מכוון כלשהו שיש בו כדי להעמידו בפני סכנת מוות. הכוונה מאחורי דבריה של המערערת, בהקשר זה, הם ברורים, כך שאין כל הצדקה להעניק למלה "שהיד" בהקשרו של פרסום זה, משמעות תמימה ו/או נטולת כוונה ו/או יכולת ו/או פוטנציאל להוביל להסתה לביצוע מעשה טרור ברמה של אפשרות ממשית.

81. המערערת העידה במהלך חקירתה בבית המשפט קמא, בהדגישה, כי מדובר בקבוצה של חברים אשר כולם פרסמו את הכיתוב "אני השהיד הבא" בחשבון הפייסבוק שלהם. שוב, טענה זו נטענה ללא כל ביסוס ראייתי ומבלי שהובאה כל ראייה לעיגונה. וכך העידה המערערת בהקשר זה בבית המשפט קמא, פרוטוקול מיום 17.11.17, עמ' 58 שורות 7-13:

"ש. מה המשמעות בעינייך לצילום בפייסבוק ואני מפנה אותך ל -

ת/34 שכתוב "אני השהיד הבא".

ת. זה צילום שהורדנו, לא רק אני, אלא הרבה בחורים. היינו קבוצה ושמו אותה כסטטוס, הצילום הזה היה מאוחד לקבוצה גדולה שמסביר או שמפרש שכל אחד יכול להיות קורבן. בשנת 2014 שמנו את הצילום הזה אחרי שהרגו את חיר אדין חמדאן, שנהרג על ידי יחידות משטרה בכפר כנא ועוד בחור שנהרג מנצרת, שנהרג אחרי מרדף של משטרה.

- ש. כשאת אומרת אני שהייד הבא, למה הכוונה.
- ת. שכל אחד מאיתנו יכול להיות במקום כל אחד מהאנשים האלו שנהרגו על לא עוול בכפם."

82. בהקשר זה, המערערת לא מצאה לנכון לבסס את טענתה בעדויות חיצוניות כלשהן. מחדלה זה של המערערת עומד לה לרועץ, כך שהיא אינה יכולה להיבנות ממנו.

#### הדרישה לאישור היועץ המשפטי לממשלה

83. בבחינת מעלה מן הצורך, אציין, שהטענות אשר לקיומו או העדרו של אישור היועץ המשפטי לממשלה להגשת כתב האישום בעבירה של תמיכה בארגון טרור, דינן להידחות. בצדק דחה בית המשפט קמא טענה זו. נימוקיו בהקשר זה מקובלים, כך שאין מקום לחזור ולהרחיב ביחס לאותה סוגיה.

84. אמנם, העבירה לפי [סעיף 2ד144 לחוק העונשין](#) מחייבת את אישור היועץ המשפטי לממשלה טרם הגשת כתב האישום. יחד עם זאת, אישור שכזה צורף לכתב האישום. הטענה בדבר העדר אישור כאמור מתייחסת לעבירה שעניינה תמיכה בארגון טרור, אשר לפי הוראות החוק לא הייתה חובה להגישו עובר להגשת כתב האישום, כי אם, החובה להשיגו מקורה בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה ואישור כזה, כפי הנטען, כן הוצג במהלך הדיונים בבית משפט קמא. מכאן, לא ברורה טרונייתה של ב"כ המערערת. בית המשפט קמא עמד על כך בהרחבה ואך מיותר יהא לחזור על כך.

#### לסיכום

85. לאור כל המובא לעיל, לו דעתי תישמע, הייתי ממליץ לחברותיי לזכות את המערערת מהעבירות המיוחסות לה בכל הקשור לפרסומו של השיר ואילו ביחס ליתר הפרסומים, ההרשעה תישאר על כנה.

86. מאחר ואין בפי המערערת טענות באשר לחומרת העונש וכאמור, היא ריצתה כבר את עונש המאסר בפועל אשר הוטל עליה, אין מקום לדון בשאלת חומרת העונש שהוטל, כמפורט לעיל. יחד עם זאת, אוסיף כי העונשים שהוטלו על המערערת אינם מחמירים ואין הצדקה להתערב בהם, גם משנמצא כי יש לזכותה מחמת הספק מהעבירות שיוחסו לו בכל הנוגע לפרסום השיר.

סאאב דבור, שופט



ס. הנשיא, השופטת אסתר הלמן, אב"ד

מסכימה.

---

אסתר הלמן, שופטת, סגנית נשיאהשופטת יפעת שטרית

מסכימה.

---

יפעת שטרית, שופטת

הוחלט, פה אחד, לקבל את הערעור באופן חלקי ולזכות את המערערת מהעבירות המיוחסות לה בכל הקשור לפרסומו של השיר. יתר טענות המערערת ביחס להכרעת הדין נדחות. כך גם כל העונשים שהושתו על המערערת יוותרו על כנם.

ניתן והודע היום י"א אייר תשע"ט, 16/05/2019 במעמד הנוכחים.

---

סאב דבור, שופט

---

יפעת שטרית, שופטת

---

אסתר הלמן, שופטת

ס. נשיא

הוקלד על ידי ליאור ממן  
אסתר הלמן 54678313  
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)