



ע"פ 14600/09/19 - מדינת ישראל נגד נחום שלום אריאל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 14600-09-19 מדינת ישראל נ' אריאל

בפני כבוד השופטת עמיתה זהבה בוסתן - אב"ד
כבוד השופט אבי גורמן
כבוד השופט עוז ניר נאוי
המערערת מדינת ישראל
נגד
המשיב נחום שלום אריאל

פסק דין

הערעור לפנינו מופנה כנגד זיכוי של המשיב מביצוע עבירות של הסתה לאלימות לפי סעיף 2ד144 לחוק העונשין תשל"ז - 1977 (להלן "**חוק העונשין**"), והעלבת עובד ציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין שיוחסו לו בכתב אישום שכלל שני אישומים (ת.פ. 41184-12-17, בבית משפט השלום בפתח תקווה).

המשיב הודה (באופן הדרגתי) בכל העובדות בשני האישומים אך טען כי בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון הדברים שפורסמו על ידיו ומפורטים באישום הראשון אינם עולים כדי הסתה לאלימות מאחר ומדובר בהבעת דעה, והדברים שפורסמו על ידיו כמפורט באישום השני אינם עולים כדי העלבת עובד ציבור מאחר ומדובר במחאה חברתית/ביטוי פוליטי. בצד זאת טען המשיב לאכיפה בדרגתית בכל אחד מהאישומים.

בהכרעת הדין, קבע בית המשפט קמא (כב' השופט עודד מורנו) כי בכל אחד מהאישומים שיוחסו למשיב לא התקיימו יסודות העבירה, ובנוסף קמה למשיב הגנה מן הצדק בשל אכיפה בדרגתית, ועל כן זוכה המשיב.

המערערת (להלן "**המדינה**") סבורה כי ביהמ"ש קמא שגה בניתוח המשפטי שערך ועל כך הוגש הערעור לפנינו.

העובדות באישום הראשון -

1. בתגובה לפינוי מבנים בלתי חוקיים והריסתם, ב"יצהר", בימים 2.4.14 ו- 8.4.14, נקטו מתיישבים יהודים מקומיים בפעילות אלימה כלפי אנשי כוחות הביטחון ורכושם, לרבות ידיו אבנים. פעולות אלו גרמו נזק רב לכלי רכב ואף לפציעת אנשי כוחות הביטחון, כמפורט בכתב האישום (סעיף 3). באותה תקופה, החל מיום 3.4.14, פעלה ברשת האינטרנט קבוצת "גוגל" בשם "יצהרניקים", בה היו חברים כ- 200 מתושבי "יצהר", וזו שימשה לשיתוף מידע ולקיום דיונים בין חבריה (להלן "**הפורום**"). כל תוכן שהועלה ופורסם בפורום הופץ לכלל חברי הקבוצה והיה גלוי לעיניהם.



2. במסגרת דיון רב משתתפים בפורום, בדבר לגיטימיות פעולה אלימה של יידוי אבנים אל עבר כוחות הביטחון, ושעה שפגיעה אלימה בכוחות הביטחון הייתה תרחיש ממשי ונפוץ, פרסם המשיב, ביום 6.4.14 שעה 09:21, פרסום מסית במסגרתו כתב:

"לכל המתנגדים לזריקת אבנים. ברצוני להעיר שהחיילים בפינוי התנהגו בצורה אלימה ומסוכנת. לסנוור אדם 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 מתייפפת מול הממסד תוך כדי דריסת חברים מהישוב רק כדי לשמור על נחמדות מול הצבא בעיני מדובר בהתנהגות פסולה ממש. אמור לי מי הם חבריך ואומר לך מי אתה" (להלן "הפרסום הראשון").

בשעה 13:23 באותו יום פרסם המשיב:

"... כולנו יודעים שלמרות שאנו חיים כאן זמן רב אף אחד לא יודע לתת שם של מישהו שנהרג 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" (להלן "הפרסום השני").

3. בהמשך לכך, ביום 8.4.14 בשעה 15:20, ועל רקע המציאות הרגישה והנפיצה, במסגרתה פגיעה אלימה פלילית בכוחות הביטחון הייתה תרחיש קיים, ממשי ואף נפוץ, פרסמה תושבת "יצהר" אלירז פיין בפורום:

"...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! צ'יקו אשמח שלא תדבר את הרב דודי ושלא תערב כרגע מעשים בפועל, כיוון שאני מכבדת את פסיקתו של המרא דאתרא על אף שאני חושבת אחרת!! לא כולנו צריכים גם לחשוב כמותו".



4. בתכופ לאחר מכן, בשעה 15:24, בהתייחס ובהצטרף לפרסומה של אליז פיין, פרסם המשיב בפורום:

"אומר יותר מזה בפשטות אין שום בעיה הלכתית להרוג חייל בפינוי לילי. אני ממש לא מצאתי משהו שיכול להסביר למה אין דין של גנב הבא במחתרת" (להלן "הפרסום השלישי").

5. בשל תוכנו ואופיו הקיצוניים והחריגים גרר הפרסום תגובות תמיכה והזדהות, אל מול תגובות זעזוע והוקעה. שעות ספורות לאחר הפרסום יודו אבנים על כוח יס"מ שנכח בישוב.

הערה: בכתב האישום לא חולקו הפרסומים, והפרסום השלישי הוגדר כפרסום המסית (סעיף 5 לכתב האישום). הואיל ובסעיף 8 לכתב האישום קיימת התייחסות לכלל מעשיו של המשיב ובכללם כלל הפרסומים ככאלה שמהווים קריאה למעשי אלימות מצאנו לבצע את החלוקה האמורה. עוד נציין כי במועדים שפורטו בכתב האישום נפלה טעות והמועדים המפורטים לעיל, אינם שנויים במחלוקת.

העובדות באישום השני -

6. למשיב היה בתקופה הרלוונטית חשבון ברשת החברתית "פייסבוק" תחת שמו. פרסומיו הוזנו לכ- 250 חבריו והיו פתוחים ונגישים לעיני כל.

7. ביום 3.6.16 לפנות בוקר, עסק כוח יס"מ ש"י בפעילות שיטור מבצעית ב"יצהר", במהלכה עוכבה לחקירה תושבת "יצהר" מתוך ביתה. בשלב מסוים הגיע המשיב למקום והחל להתווכח עם שוטרים. תוך כדי כך, צילם באמצעות מצלמת טלפון נייד את השוטר נ.ש. אשר חבש לראשו כיפה, וענד על מדיו תג שם שחשף את זהותו המלאה. אף שלמשיב לא הייתה כל תקשורת עם השוטר, הוא העלה, בשעה 02:45, ל"פייסבוק" את תמונת השוטר, ולצדו סטטוס עם שמו המלא של נ.ש., ובו כתב:

"לנבל הזה קוראים נ.ש (במקור ציין המשיב את שמו המלא - ההרכב). מדובר בכלב דתי שהשתתף עכשיו במעצר של משהי מהיישוב 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" (להלן: " הפרסום").

הפרסום זכה לתמיכה של 18 סימני חיבוב ושיתוף, וגרר תגובות שונות.



(כל ההדגשות במקור בכתב האישום).

מהלך הדיון בבית משפט קמא

8. בתחילה הודה המשיב בעובדות כתב האישום, למעט בחלק הכללי שלו (סעיפים 1-3), ולפיכך העובדה שנעשו הפרסומים (בשני האישומים) כלל לא היתה במחלוקת. בפתח ישיבת ההוכחות השניה, ביום 18.3.2019, הודה המשיב גם בעובדות החלק הכללי.

9. ראיות התביעה בנוגע לשני האישומים הוגשו בהסכמה ואיש מעדי התביעה לא נחקר למעט השוטר רועי כהן מפקדו של נ.ש., שהודעתו, ת/7, הוגשה חלק חקירתו הראשית והוא נחקר בחקירה נגדית.

מטעם ההגנה הוגשה כתבה שפורסמה בעתון ידיעות אחרונות ביום 7.5.14 (נ/4) שכותרתה "הדין החם ביציהר: מתי מותר להרוג חייל?". המשיב בחר להעיד והוגשו על ידי בא כוחו מספר נתונים עליהם ביסס את טענתו לאכיפה בררנית (נ/1 - נ/3).

עבירות ביטוי

10. העבירות המיוחסות למשיב הן עבירות המכונות "עבירות ביטוי", בהן ההתנהגות האסורה היא ביטוי פוגעני קיצוני (אמרה, כתב, תמונה, סרטון, מסר). עבירות ביטוי משיקות לזכות לחופש ביטוי ולכן קיימת סכנה כי אכיפת יתר ו/או אכיפה בררנית יגררו השלכות לוואי ציבוריות שליליות, של הגבלת חופש הביטוי מחד גיסא או פגיעת אמון הציבור במערכת אכיפת החוק מאידך גיסא.

11. בהכרעת הדין הדגיש בית המשפט קמא את היותה של הזכות לחופש ביטוי זכות מהותית ששמור לה "מקום של כבוד" במארג זכויות היסוד של האדם. לצד זאת ציין כי אין המדובר בזכות מוחלטת והיא יכולה לסגת מפני עקרונות ואינטרסים חשובים אחרים כגון - אכיפת החוק. ביהמ"ש קמא ציין, ואנו תמימי דעים עמו, כי מבחנה המהותי של הזכות לחופש ביטוי הוא כאשר נשמעים ביטויים קשים המעוררים שאט נפש.

12. המדינה, טענה בפני ביהמ"ש קמא ובערעור לפנינו, כי היא ערה להשקה בין הזכות לחופש הביטוי והאיסור על ביטויים המהווים הסתה, ועל כן היא נוקטת, לטענתה, במדיניות מרוסנת וזהירה הן במישור המהותי והן במישור הפרוצדוראלי. במישור המהותי היא עורכת ניתוח מעמיק ומוקפד של יסודות העבירה כפי שהן פורשו בפסיקת בתי המשפט ולגבי חלק מהעבירות אף מצויות הנחיות פנימיות של היועץ המשפטי לממשלה ונשקלים שיקולים במישור הענין הציבורי.



במישור הפרוצדורלי מרוכז התחום בידי המשנה לפרקליט המדינה לתפקידים מיוחדים המתווה את המדיניות ומפקח על כל גורמי התביעה. הגשת כתבי אישום נעשית רק באישורו ולעיתים אף נדרש אישור פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה.

האישום הראשון - הסתה אלימות

13. סעיף 2ד144 לחוק קובע:

"(א) המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, 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, דינו - מאסר חמש שנים.

(ב) בסעיף זה, "מעשה אלימות" - עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה.

(ג) פרסום דין וחשבון נכון והוגן על פרסום האסור על פי הוראות סעיפים קטנים (א) ו-(ב), אינו עבירה לפי סעיף זה".

העולה מהסעיף הוא כי על מנת להרשיע אדם בעבירה של הסתה לאלימות נדרשת התביעה להוכיח שני יסודות: **פרסום** באחת משתי חלופות: קריאה לעשיית מעשה אלימות; או, ברף נמוך יותר - השמעת דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה האמור, תמיכה או הזדהות עמו; ו**אפשרות ממשית** שהפרסום על פי תוכנו והנסיבות שבהן פורסם יביא לעשיית מעשה אלימות.

14. המשיב לא חלק, כאמור, כי התקיים יסוד הפרסום והדין בבית משפט קמא נסב על השאלה אם התקיים בפרסום היסוד של "אפשרות ממשית" למעשה אלימות.

15. ברע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' בן חורין (ובן ישי)** (26.12.11) (להלן "**ענין בן חורין**") התווה בית המשפט העליון את דרך יישומו של סעיף 2ד144 לחוק ופירש את המונח "אפשרות ממשית" באופן הבא (פסקה 6):

"בנידון דנן - הערך המוגן הוא החשש ממעשי אלימות וטרור. יושם אל לב, כי אף שננטש הניסוח של "אפשרות סבירה", לא נבחר תחתיו "ודאות קרובה", אלא "אפשרות ממשית". אמת המידה של "אפשרות ממשית" מצויה אפוא בתווך בין "ודאות קרובה" לבין "אפשרות סבירה" ו"חשש לאפשרות". רמה הסתברותית זו שונה מפסיקה שניתנה בהקשרים שונים, ששמה את הדגש על "ודאות קרובה"....



לסיכום, על פי לשונו של סעיף 2ד144, העבירה של הסתה לאלימות או לטרור מותנית בכך שהפרסום על פי תוכנו ונסיבותיו יביא בהסתברות של אפשרות ממשית לעשיית מעשה אלימות. שני חידושים אפוא בסעיף: נדרש קשר בין הפרסום לתוצאה בכוח, אך זאת על פי המבחן של אפשרות ממשית. לא מעבר לכך אך גם לא פחות מכך".

16. המחוקק לא מנה מהן הנסיבות המקימות אפשרות ממשית לעשיית מעשה אלימות. ביהמ"ש העליון בענין בן חורין קבע כי חסר זה איננו מקרי ויש לבחון את נסיבות המקרה **כמכלול**. יחד עם זאת מנה ביהמ"ש העליון מספר מבחנים, שאינם מהווים רשימה סגורה, לאורם ראוי לבחון אם בפרסום יש כדי להביא ל"אפשרות ממשית" לעשיית מעשה אלימות. בכלל זה נקבע כי יש לבדוק את מיהות המפרסם והאווירה השוררת בציבור; סוג האלימות המדוברת; היקף הקבוצה החשופה לאלימות; היקף הפרסום וקהל היעד שלו; הקשר הפרסום; המקום והמדיה בו נעשה השימוש. כלומר, יש לשאול מי אמר, מה נאמר, היכן נאמר, באיזה אופן נאמר, למי נאמר ובאיזו מסגרת נאמר וכן מהות הפרסום ואופיו. עוד נקבע כי משקלה היחסי של נסיבה מסוימת עשוי להשתנות בראייה הכוללת של הדברים במקרה הקונקרטי. בנוסף, הדגיש ביהמ"ש העליון כי מעשה האלימות, שאת האפשרות למימושו יש לבחון, אינו חייב להיות מעשה דומה לזה שמופיע בפרסום, שכן סעיף 2ד144(ב) מבהיר שדי בפגיעה בגופו של אדם:

"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 והמדיה 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. זו מצוות המחוקק - "תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם".

חשוב עד מאוד להדגיש, כי אלו דוגמאות בלבד לרשימה שעשויה להיות חלק מהנסיבות. הרשימה שכלולה בתיבה "נסיבות" אינה סגורה, אלא פתוחה במכוון. מתפקידו של בית המשפט להתייחס למקרה שלפניו על מכלול מאפייניו כיחידה אחת המורכבת מתת-יחידות שונות. משקלה היחסי של נסיבה מסוימת עשוי להשתנות בראייה הכוללת של הדברים במקרה הקונקרטי" (ראו גם רע"פ 7669/15, ראד סלאח מחאג'נה נ' מדינת ישראל (18.4.16)).

17. ביהמ"ש קמא קבע כי במקרה הקונקרטי לא התקיים בפרסום היסוד העובדתי הדרוש לעבירה בהתאם למבחן ההסתברותי, מאחר ובדברי המשיב לא קיימת "אפשרות ממשית" בין "הוודאות הקרובה" לבין "האפשרות הסבירה" ו"החשש לאפשרות" כי הדברים יסיתו לאלימות.

ביהמ"ש קמא הפנה לדברים המובאים להלן, מתוך עדותו של המשיב, המהווים, לשיטתו של המשיב,



הסבר הלכתי - הגיוני אותם העלה עת התנהל דיון בפורום, בעניין פעילות כוחות הביטחון בדבר מעצרים/הריסות של בתים בלילה, והאלימות שמופעלת על ידי כוחות ביטחון. בעדותו סיפר המשיב על העמדות השונות שגילו התושבים כנגד החיילים וטען כי האמירה לפיה **"אין שום בעיה הלכתית להרוג חייל בפינוי לילי"** באה על רקע תשובתו לטענות אחרות שהועלו בדבר ההלכה הנכונה, לפיה הדבר אסור-גם לשיטתו של רב הישוב "יצהר":

"יש שתומכים במאבק פיזי וזריקת אבנים... לפי ההלכה אין מניעה לפגוע באותם חיילים... לטעמי יש לי מקורות הלכתיים די מוצקים" (עמ' 17-18 לפרוטוקול).

וכן:

"לדעתי הדברים שכתבתי היו ברורים מאוד... דעתי נשארה אותו דבר פחות או יותר. אני לא רואה כל סיבה לחזור בי מאיך שהבנתי את החומר" (עמ' 19 לפרוטוקול).

"הרשע והגזלן הם כוחות הביטחון והצודק מי שמגן על ממונו, בעלי הבית ומי שבא לעזור לו, תושבי יצהר. לא יודע שמות פרטיים... לא מדובר במכשיר ליידיי אבן מאסיבית אלא זריקת אבן שניתן להרימה ביד ולזרוק אותה על אדם עם מגן וקסדה, זה יכול לכאוב ולפצוע קלות. כתושב יו"ש מיום הולדתי אני לא מכיר מישהו שנהרג מזה, יש שמגיעים לביה"ח. טענתי שאלימות משטרתית כפי שהייתה ספציפית כלפי כפי שצינתי בפורום מסוכנת בעיני לא פחות מאשר אותה זריקת אבנים" (עמ' 22 לפרוטוקול).

"מבחינת פרקטית, אני חושב שזה יותר מזיק מאשר מועיל. תשאל אותי אם אני עושה את זה, אני אומר לך שלא. זה לא מועיל. תשאל אותי האם לעשות זאת, האם להרוג חייל- גם לא, זה לא מועיל".

18. בית המשפט קמא הסיק מהסבריו של המשיב כי על פי המבחן ההסתברותי, לאור המבחנים שנקבעו בהלכת בן חורין, אין בדבריו (באישום הראשון) להביא ל"אפשרות ממשית" שהדברים יסיתו לאלימות מהטעמים הבאים:

א. הדברים פורסמו בפורום על ידי **הבעת דעה**, והמשיב **הגיב** לדברים אותם אמרה אלירז פייז **ולא הוביל בעצמו** קריאה יזומה למעשי אלימות כמחולל דיון בו קיימים סממנים גלויים או סמויים מן העין לסחוף אחריו קהל.

ב. **למשיב אין כל מעמד חברתי או הלכתי מיוחד** בקרב חברי הקבוצה בה פורסמו דבריו כפי שהדבר עולה מדברי המשיב בעדותו ומהודעות מנהל הקבוצה (ת/14) ואחד המשתתפים בקבוצה (פדידה) (ת/15).



ג. המשיב היה בן 20 בזמן הפרסום, **בגיר צעיר ללא מעמד כלשהו בקהילתו** שפרסם את הדברים שהם הבעת דעה מבלי שהתייחסו לדבריו או התייחסו אליהם בביטול.

ד. אין ביכולתם של דברים אלה לצקת תוכן לתיבה "אפשרות ממשית" להסתה לאלימות, גם בשים לב **לאווירה שתוארה על ידי המדינה בכתב האישום**. לענין זה ציין בית המשפט קמא כי אין כל ראיה הקושרת בין החלק הכללי של עובדות כתב האישום (המתאר, בין היתר, פינוי והריסה של מבנים ביצהר מחד גיסא ופעולות של ניקוב צמיגים ברכבים צה"ליים וידוי אבנים כנגד כוחות הביטחון מאידך גיסא) לדברי המשיב המתוארים בהמשך.

ה. לענין **היקף הקבוצה** קבע ביהמ"ש קמא כי על אף שמדובר בקבוצה המונה 200 איש, זוהי מסגרת פנים יישובית, "שהמתכתבים לא שקלו את המילים כי הבינו שזה לא יוצא החוצה" והיא אף נסגרה בסופו של דבר על ידי מנהל הפורום.

ו. בצד זאת קבע בית המשפט קמא כי ההתבטאויות קשות ו"**מעוררים בעיני בית המשפט תחושת קבס**" אך למרות הקושי וחוסר האמפטיה שיש לייחס לדברים על השופט להגיע להכרעה שיפוטית נכונה על פי הדין והפסיקה. דווקא העובדה כי חלק מדברי המשתתפים בפורום מעורר גועל וחלחלה, מעידה על כך שאין המדובר בהסתה אלא בדיון, פסול ובעל אמירות קשות, בשאלות הלכתיות בעיני החברים.

19. ביהמ"ש קמא דחה את טענת המדינה לפיה שתיקתו של המשיב בחקירותיו במשטרה מחזקת את מארג הראיות כנגדו, וקיבל את הסברו של המשיב כי שתיקתו נבעה מכך שלשית המשיב מדובר בחקירה פוליטית, תוך שקבע כי הוא מקבל "שסוביקטיבית כך סבר הנאשם".

הטענות בערעור

20. בית המשפט קמא התעלם בפסק הדין משני הפרסומים הראשונים באישום הראשון והתייחס רק לפרסום השלישי של המשיב. בפרסומים אלה הפעיל המשיב לחץ לאימוץ עמדתו "אמור לי מי הם חבריך ואומר לך מי אתה". המשיב חזר על הפרסום שלוש פעמים. מדובר בתמיכה חוזרת עיקשת ומסלימה באלימות פיסית קשה כלפי חיילים וכוחות הבטחון.

21. בימ"ש קמא טעה בניתוח רכיב ה"אפשרות הממשית" כשייחס חשיבות מקלה לכך שתמיכת המשיב באלימות נגד כוחות הבטחון נעשתה במסגרת מה שכינה "הבעת דעה" או במסגרת "דיון" רב משתתפים, או בהקשר ל"שאלות הלכתיות"; ביהמ"ש קמא טעה כשקבע כי אין ראיה הקושרת בין החלק הכללי של עובדות האישום הראשון לבין פרסומי המשיב באישום זה, שכן אין כל צורך בכך.

כן טעה ביהמ"ש קמא כשקבע שלמשיב אין כל מעמד חברתי רלוונטי בקרב חברי הקבוצה בה פרסמו הדברים בהיותו חבר הקהילה, ומאידך נתן משקל רב לכך שלמשיב אין מעמד הלכתי או רם רשמי בקרב חברי הקבוצה בה פרסמו הדברים. מדובר בגישה המנותקת מהמציאות הוירטואלית והחברתית המודרנית הנוכחית.

באופן דומה שגה ביהמ"ש כשנתן משקל לגילו הצעיר של המשיב כאשר ברור כי האוכלוסיה הצעירה היא האוכלוסיה המועדת לפורענות ומושפעת משמעותית מדעות חבריה האחרים הצעירים. ביהמ"ש קמא התעלם מהדוגמאות הרבות, מהשנים האחרונות, אליהן הפנתה המדינה בהם הורשעו צעירים חסרי מעמד הלכתי או רם (כמו המשיב), אשר מצביעים על ירידת חשיבותם של השיקולים כמו העדר מעמד רשמי וגיל צעיר, עד כדי כמעט



ביטולם.

22. ביהמ"ש קמא טעה כשקבע כי "ניתן לראות שכלל לא התייחסו או התייחסו בביטול לדבריו", תוך שהתעלם מכמה משתתפים שבהמשך לפרסומי המשיב הביעו תמיכה אהדה הצטרפות או עמדה דומה (ת/10).

23. ביהמ"ש קמא התעלם מהאמור בענין בן חורין בו נקבע כי "בדיקת האפשרות הממשית של מעשה האלימות אינה מופנית דווקא לקהל יעד המורכב מאנשים סבירים, אלא גם לקהל שעשוי לכלול אנשים שאינם סבירים או נורמטיביים ולו בתקופה הרלוונטית לפרסום".

די שפרסומיו של המשיב יהוו רוח גבית תורמת למאן דהוא מבין 200 משתתפי הפורום, לפגוע בגופם של חיילים. בנוסף התעלם בית המשפט קמא מכך שמעשה האלימות, שיש לבחון את האפשרות למימוש, אינו חייב להיות דומה לזה שמופיע בפרסום.

24. ביהמ"ש קמא התעלם מהיבט גודל הקבוצה החשופה לאלימות. בענייננו מדובר בקבוצה גדולה נגישה וזמינה מאד עבור מי מתושבי יצהר אשר יבקש לבצע מעשה אלימות.

קהל היעד אליו מכוון הפרסום הוא קהל רלוונטי ו"מועד לפורענות" בהקשר המדובר. דווקא בקרב קבוצה "פנים יישובית" החשופה לפעולות השוטרים שנעשו זה מקרוב נגדם ונגד רכושם, בעוד התחושות בישוב קשות בגללן, צפויה השפעה גדולה.

תשובת המשיב

25. הכרעת הדין של בית המשפט קמא מבוססת, הגיונית, נכונה ולא נפלה בה כל טעות מלבד העובדה שבית המשפט הגיע למסקנה שונה מהמדינה לגבי השאלה האם בפרסום קיימת הסתה אשר באפשרות ממשית תביא לאלימות.

26. בית המשפט קמא ניתח את כל הפרמטרים שנקבעו בפסיקה והגיע למסקנה שלא זו בלבד שחברי הפורום לא קיבלו את קביעתו ההלכתית של המשיב אלא שחלקם סברו שמדובר בקשקשן בלתי נלאה שאין תוקף לדעותיו.

27. בית המשפט קמא קיבל את הסברו של המשיב לפיו לא היתה לו כל כוונה להסית אחרים לאלימות ודבריו התייחסו לפרשנותו האישית את ההלכה.

28. שתיקתו של המשיב בחקירתו היתה יכולה לחזק את ה"יש" אך היא אינה יכולה לחזק את ה"אין". ובהעדר יסוד נפשי ועובדתי לעבירת ההסתה, שתיקתו של המשיב לא היתה יכולה להוות חיזוק, כפי שאף קבע בית המשפט קמא.

דין והכרעה

29. לאחר שעיינו בפרסומים, קראנו את הכרעת הדין של בית המשפט קמא ושמענו את טענות הצדדים, סבורים אנו כי הכרעת הדין רובה ככולה התייחסה לפרסום השלישי ולא לפרסומים הראשון והשני.



30. קביעתו של בית המשפט קמא כי בפרסומים יש משום הבעת דעה, מתיישבת לדעתנו רק עם הפרסומים הראשון והשני, אשר בית המשפט קמא כלל לא דן בהם. בפרסומים אלה פנה המשיב **"למתנגדים לזריקת אבנים"** וכן ל**"כל מי שצורח"** והלין שהם מוחים רק כנגד זורקי האבנים ואינם מוחים כנגד החיילים שמתנהגים, לדעת המשיב, באלימות ומסוכנות שאינה נופלת מזריקת אבנים.

כך, בפרסום הראשון כתב המשיב: **"ברצוני להעיר שהחיילים בפינוי התנהגו בצורה אלימה ומסוכנת. לסנוור אדם 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 שיש לב לכך שמחה רק על התנהגות מסוכנת מצד אחד כאשר ברור שתמיד יש כזו משני הצדדים"** (ההדגשה שלנו - ההרכב).

בחינת המכלול מלמדת לדעתנו, כי דברי המשיב הם דברי ביקורת על חוסר האיזון בביקורת שמשיעים המתנגדים לזריקת אבנים על חיילי צה"ל. הדברים מיועדים "לכל המתנגדים לזריקת אבנים" ולכל "הצורחים", על כך שהם מוחים על צורת התנהגות מסוכנת מצד אחד בלבד. הדברים על פי תכנם לא נועדו לשנות את דעתם או לעודד זריקת אבנים אלא להשמיע ביקורת מאוזנת, על פי דעתו של המשיב. לא ניתן לדעתנו להגיע למסקנה כי בדברים אלה, בנסיבות פלטפורמת הפרסום הספציפית, קיימת אפשרות ממשית שחלקו זה של הפרסום כפי שהוגדר על ידינו הפרסום הראשון, יביא לנקיטת אלימות. אין בדברים קריאה לנקיטת אלימות וספק אם ניתן לראות בהם דברי שבח או עידוד למעשה אלימות. יש בהם בעקר קריאה למלל מאוזן.

31. לדעתנו, כך הם פני הדברים גם בפרסום השני, חרף העובדה שהמלל הכלול בו צורם יותר. בפרסום זה, כמו בפרסום הראשון, הדגש הוא על חוסר האיזון בדברי המתנגדים לזריקת אבנים אשר טוענים "בכזו להיטות כנגד הצד השני" ואינם מגנים גם את התנהגות החיילים:

"... כולנו יודעים שלמרות שאנו חיים כאן זמן רב אף אחד לא יודע לתת שם של מישהו שנהרג 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"
(ההדגשה שלנו - ההרכב)

שלא ישתמע אחרת - אנו כמובן מסתייגים באופן מלא ממה שנכתב בפרסומים הראשון והשני, ומוצאים בהם אמירות מטרידות אשר עלולות להתפרש כתמיכה בידיו אבנים על חיילי צה"ל, אלא שהאמירות בפרסומים אלה פחות חד משמעיות וכאמור הדגש בהם הוא בעיקר בטרניה על האלימות שלטענת המשיב נקטו החיילים כנגד המתיישבים ועל העדר הביקורת לטענתו כנגד אלימות זו. במצב דברים זה, בשים לב לעמימות מסוימת הקיימת בתוכן הדברים ובצורך למצוא את נקודת האיזון בין חופש הביטוי לבין אמירות החורגות מזכות זו אל מחוזות העבירה הפלילית, איננו סבורים כי ניתן להרשיע את המשיב בעבירת הסתה בגין הדברים שנכתבו במסגרת



הפרסומים הראשון והשני.

32. לא כן הדבר באשר לפרסום השלישי המהווה המשך לפרסום של אלירז פיין. בפרסום זה (של אלירז פיין) יש קריאה ישירה (או למצער תמיכה או הזדהות) לנקיטת אלימות כנגד חיילים "אני בעד זריקת אבנים (על יהודים, כמובן שעל ערבים אין שאלה).... גם אם האבן תביא למותו של חייל!!! אגבה מול כל גוף חיצוני את זורקי האבנים..." ; מיד אח"כ ובהמשך לדברים הללו פרסם המשיב את הפרסום השלישי בו לא רק שהוא תומך בדברי אלירז פיין אלא מוסיף נימוק לחיזוק קריאתה לזריקת אבנים על חיילים, כדלהלן:

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

אין מדובר בהבעת דעה גרידא אלא בהוספת נימוק המתיר להרוג חייל. דברים אלה, על רקע התקופה בה מבוצע פינוי ביציה, כשברקע זריקת אבנים אל עבר החיילים, ובשים לב לקבוצה בה מפורסמים הדברים, לא יכולים להתפרש אלא כקריאה לאלימות ו"האפשרות הממשית" שהקריאה תביא לאלימות, מובהקת. אין מדובר בהחלפת דעות תאורטיות אלא עידוד למעשים המבוצעים בזמן התרחשותם. אנו סבורים כי בניתוח הדברים בפרסום השלישי שגה ביהמ"ש קמא.

מסקנתנו נכונה על אף שהמשיב לא היה מוביל הקריאה ורק הוסיף בדבריו משנה תוקף לקריאה לאלימות, כשהבהיר שאין לדעתו בעיה הלכתית להרוג חייל. הדברים נאמרו בתקופה רגישה, יום לאחר שפנו על ידי כוחות הביטחון מבנים בלתי חוקיים ביציה; הדברים נאמרו בפני פורום שהפינוי נוגע אליו ושלמצער חלק מתוכו - "מתיישרים יהודים מקומיים" - לא רק תומך בידיו האבנים אלא מבצע זאת, כאמור בחלק הכללי של כתב האישום שבפניו הודה המשיב.

33. איננו סבורים אף כי לגילו של המשיב ולמעמדו בקבוצה יש לייחס את החשיבות שייחס לה בית המשפט קמא. את הדגש יש לשים על ההיקף הגדול של הקבוצה, על הרלוונטיות שלה לפרסומים ועל מועד הפרסום.

הצגת הנמקה הלכתית כמקור המתיר הרג חייל, עלולה לשמש צידוק בידי מאן דהוא לביצוע מעשה נפשע של הריגת חייל. מקורות ההלכה מהווים בסיס מוסרי המצדיק לכאורה ביצוע האמור בהם. תמיכת הדברים החמורים ביסודות הלכתיים, עלולה אפוא לדרבן לביצוע המעשה והיא מחזקת את האפשרות הממשית כי הדבר יתרחש. איננו סבורים כי ניתן להקל בכגון זה.

כך, השימוש בדין "בא במחתרת" שבמשפט העברי, כהצדקה המתירה הרג חייל שבא לפנות מתיישב מביתו, בהתאם לצו חוקי שהורה לחייל לעשות כן, מסוכנת ואף מצערת. הסכנה הטמונה בה ברורה, ועמדנו עליה לעיל. הדברים אף מצערים שכן הלכה קדומה זו עסקה במקרה בו מצוי בעל הבית במצב בו הפורץ, 'הבא במחתרת',



מסכן את חייו של בעל הבית, מצב בו ורק בו, התירה לו ההלכה להגן על עצמו.

חיילי צה"ל לא באו חלילה לשפוך את דמם של בעלי הבתים אותם פינו כחוק, ולכן התרת דמם כמובן אסורה.

השימוש במקורות היהדות כצידוק לביצוע פשע, הנו חמור ומסוכן. כפי שנקבע בפסיקה, חובה עלינו לראות לנגד עינינו את כל אלה שעלולים להיות מושפעים מאמירות כגון אלה, ולא להסתפק בכך שהיו כאלה שגילו אחריות ודחו אותן. מדובר אפוא בקריאה חמורה לאלימות, אשר ישנה "אפשרות ממשית" שתביא לביצוע המעשה האלים אותו היא מכשירה.

34. לאור האמור אנו סבורים כי הפרסום השלישי מהווה דברי הסתה שיש בהם אפשרות ממשית להביא למעשה אלימות, ויש להרשיע את המשיב בעבירה שיוחסה לו באישום הראשון ביחס לפרסום זה בלבד (הפרסום המסתי).

האישום השני - העלבת עובד ציבור

35. סעיף 288 לחוק קובע:

"המעליב בתנועות, במלים או במעשים, עובד הציבור, או דיין או פקיד של בית-דין דתי או חבר ועדת חקירה לפי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, כשהם ממלאים תפקידם או בנוגע למילוי תפקידם, דינו - מאסר ששה חדשים".

פסק הדין המרכזי שדן בשאלה מתי נעברת עבירה של העלבת עובד ציבור ניתן בדנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל** (11.7.2011) (להלן "**הלכת אונגרפלד**"). פסק הדין מתווה שני מבחנים מצטברים לתחולת העבירה. **מבחן תוכני** לפיו "העלבה" תתקיים רק אם מדובר בביטוי שלילי הפוגע בליבת כבודו של האדם וכרוך בפגיעה מהותית וקשה בגרעין המוסרי - ערכי שממנו שואב עובד הציבור את מקור כוחו וסמכותו. **ומבחן הסתברותי** לפיו נחוצה וודאות קרובה לפגיעה ממשית באופן מילוי תפקידו הציבורי של עובד הציבור ואגב כך לפגיעה במערכת השירות הציבורי ובאמון הציבור בה בשל העלבון.

אם כן, עבירה של העלבת עובד ציבור היא עבירה התנהגותית הדורשת יסוד נפשי של מודעות. עקר עניינה הוא בדימוי העצמי של השרות הציבורי ושל המנהל הציבורי בכללותו, שכן שרות ומנהל ציבורי בעלי דימוי נמוך יתפקדו באופן ירוד משום שכושרם הביצועי של משרתי הציבור נפגע ושיתוף הפעולה שלהם עם האזרח נפגע אף הוא. העלבת עובד ציבור אינה מותנית בשאלה אם דברי העלבון משקפים אמת או שקר:

"כדי שהעלבה תיכנס בגדרו של האיסור הפלילי, עליה לפגוע בליבה העמוקה של כבוד האדם במילוי תפקידו. בהעלבה כזו עשוי להתקיים המבחן המחמיר של וודאות קרובה לפגיעה ממשית בתיפקודו של עובד הציבור והשירות הציבורי. כך, למשל, העלבת עובד ציבור שיש בה פגיעה בנקיון כפיו, בטוהר מידותיו, או האשמתו בשחיתות עשויים להוות "העלבה" במובן האיסור. הטחת גידופים או קללות, הגם שיש בהם אלימות מילולית, אך אין בתוכם ובצורת השמעתם

עמוד 12



פגיעה בליבה העמוקה של כבוד האדם, לא יהוו "העלבה" אסורה, גם אם תוכנם ואופן השמעתם עלולים להיות קשים ופוגעניים

.....

"העלבה" במשמעות הנורמטיבית של האיסור תיוחד, אפוא, למקרים חריגים וקיצוניים בהם קיימת ודאות קרובה כי הפגיעה הצפויה ממנה עלולה לא רק לפגוע בעובד הציבור כפרט, אלא גם לפגוע בפגיעה ממשית וקשה באופן מילוי תפקידו הציבורי, ובכך לפגוע במערכת השירות הציבורי ובאימון הציבור בה" (פס"ד אונגרפלד, בפסקה 45 לפסק הדין).

ברע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל (2.11.2017) (להלן "עניין סגל") הוצרו מעט גבולות העבירה כפי שנקבעו בהלכת אונגרפלד. נקבע כי במסגרת המבחן התוכני יש להתחשב לא רק בעוצמת הפגיעה בכבודו של עובד הציבור בשל העלבון, אלא גם בעוצמת הפגיעה בחופש הביטוי של המתבטא הכרוכה בשימוש בעבירה.

בהתאם נקבע כי מקום שהביטוי המעליב הינו ביטוי פוליטי, העבירה לא תחול ברוב המקרים, למעט מקרים חריגים שבחריגים בהם מדובר בפגיעה דרסטית ומרחיקת לכת בערך המוגן. בגדרי המבחן ההסתברותי נמנו מספר שיקולים שיכולים להגביר את הוודאות המשפטית ובכלל זה ככל שמדובר בעובד ציבור בכיר יותר, כך קטנה ההסתברות לפגיעה בערך המוגן של העבירה, וככל שהגורם העולב הוא גורם מקובל בציבור הזוכה להערכתו, כך תגדל ההסתברות לפגיעה; אשר להיקף תפוצתו של הביטוי, נחלקו דעות השופטים. חלקם סברו כי העבירה תחול רק אם העלבון הובא לידיעת עובד הציבור או בנסיבות שבהן סביר כי יגיע לידיעתו (והמתבטא היה מודע לאפשרות זו). חלק מהשופטים סברו כי לא נדרש שעובד הציבור מושא העלבון ייחשף לביטוי העולב לשם הרשעה בעבירה.

36. בענייננו, הפרסום המעליב בא לידי ביטוי במילים "נבל" "כלב דתי" ו"התעללות ביהודים" בצרוף תמונתו של נ.ש. במהלך הפעילות המבצעית.

כאמור, בית המשפט קמא זיכה את המשיב וקבע כי הנתונים האובייקטיביים שהובאו בפניו מצביעים על כך שסודות העבירה, והמבחנים, התוכני והמהותי, שגובשו בענין אונגרפלד ובענין סגל לא התקיימו, אף מבלי צורך לקבוע אם מדובר בביטוי פוליטי.

את מסקנתו ביסס בית המשפט קמא על כך שתלונתו של נ.ש. הוגשה רק ביום 14.6.16 (הפרסום בפייסבוק היה ביום 3.6.16) מכיוון ש"המפקדים שלי אמרו לי לבוא להגיש תלונה" (ת/עמ' 1 ש'6), ובתלונה נוספת שהגיש נ.ש ביום 19.6.16, טען כי אינו חושש אלא מהקדוש ברוך הוא (ת/עמ' 1 ש'13).

לעמדת בית המשפט קמא, עובדות אלה אינן מתיישבות עם טענה בדבר פגיעה קשה בליבת כבודו של נ.ש.. בנוסף, הטיל בית המשפט קמא ספק באמיתות תוכנו של זכרון הדברים (ת/4) בו פרט נ.ש. כיצד נפגע כושר עבודתו לאחר ובעקבות הפרסום ופרט. בין השאר, נאמר במזכר כי כשהיה מגיע ליישובים במחוז ש"י היו מזהים אותו ומתחילים לגדף ולקלל אותו והוא היה מגיע למצב שהיה מוריד את הכיפה מהראש. בית המשפט קמא מצא טעם לפגם בכך שהמזכר בו נטען כי כושר עבודתו של נ.ש. נפגע נכתב רק ביום 18.12.17 (יום לפני



הגשת כתב האישום) וסבר כי מטרת המזכר היתה "לנעול" את התשתית הראייתית. בנוסף קבע בית המשפט קמא כי הסכמת ההגנה להגשת המזכר (ת/4) לא היתה לאמיתות תוכנו. באופן דומה הטיל בית המשפט קמא ספק באמיתות תוכנה של הודעת מפקדו של המשיב, רועי כהן, בהם תאר כהן כיצד פירסומים כדוגמת הפרסום נושא האישום משפיעים על השוטרים וכיצד הוא כמפקד מתמודד עם תוצאות הפרסומים (ת/7א).

נימוקי הערעור

37. המדינה הוכיחה את רכיב "המעליב" באופן שמתקיימים המבחן התוכני והמבחן ההסתברותי שנקבעו בהלכת אונגרפלד והלכת סגל.
38. ביהמ"ש קמא בחן נתונים סובייקטיביים בלבד תוך שסבר בשגגה כי אלה נתונים אובייקטיביים, ולא ערך, כפי שהיה צריך, ניתוח אובייקטיבי ביחס למבחן התוכני והמבחן ההסתברותי.
39. גם בבחינת הניתוח הסובייקטיבי שגה בית המשפט קמא כשבחן באופן סלקטיבי את תמונת המצב הראשונית שהציג נ.ש. בתכופ לאחר העלבות, והתעלם מהתמונה בהמשך אותה הציג נ.ש. ומפקדו המלמדים על פגיעה סובייקטיבית קשה וקיצונית שנגרמה לנ.ש. במשך הזמן והיא באה לידי ביטוי בת/4.
40. קביעותיו של ביהמ"ש קמא כנגד משקל ואמיתות הנתונים כעולה מת/4 ו- ת/5 (אמרותיו של נ.ש. והבהרת ב"כ המדינה אודות נסיבות שיחתו עם נ.ש. הוגשו בהסכמה כשתוכן האמרות לא היה שנוי במחלוקת. קביעת ביהמ"ש קמא כי הסכמת המשיב להגשת ת/4 הינה לעצם אמירת הדברים ולא לאמיתות תוכנו, שגויה.

תשובת המשיב

41. בית המשפט קמא עשה שימוש נכון בהלכת אונגרפלד וענין סגל כשקבע כי לא התקיים מקרה חריג וקיצוני שבו ליבת תפקודו של נ.ש. נפגעה.

דין והכרעה

42. לאחר שבחנו את טענות הצדדים סבורים אנו כי הדברים שפורסמו על ידי המשיב בפייסבוק מהווים עבירה של העלבת עובד ציבור.

תמימי דעים אנו עם המדינה כי קביעת בית המשפט קמא שבמקרה זה לא התקיימו המבחנים



ההסתברותי והתוכני מבוססת על בחינה הסובייקטיבית של חלק מהעובדות, דהיינו העובדה שהתלונה הוגשה מספר ימים לאחר פרסום הפוסט המעליב וגם אז בהוראת מפקדיו מפקדיו של נ.ש..

בהתאם להלכות, העלבת עובד הציבור נבחנת בראש ובראשונה בפן האובייקטיבי ולא הסובייקטיבי, ועל פי חלק מהדעות אין כלל חובה כי הקביעה שבוצעה עבירה של העלבת עובד ציבור מחייבת ידיעת מושא העלבון.

43. בבדיקת המבחן התוכני האובייקטיבי היה על בית המשפט לבחון אם העלבה כמו זו שנקט בה המשיב, כלפי שוטר יס"מ או בעל תפקיד דומה, יש בה כדי לפגוע בליבת כבודו, ובוודאות קרובה להוביל לפגיעה ממשית ביכולתו למלא באופן תקין ומיטבי את תפקידו הציבורי.

סבורים אנו כי לא יכולה להיות מחלוקת בעניין זה. ביטויים כמו "נבל" "כלב דתי" ובפרט "התעללות ביהודים" המופנים כלפי שוטר בכלל ושוטר דתי בפרט, במסגרת מילוי תפקידו, בצרוף תמונתו וקריאה להמשיך ולהפיץ את הפוסט נוגעים לליבת כבודו כשוטר. ודוק, מדובר בשוטר שמילא את תפקידו והפוסט המעליב בעניינו פורסם לא בעקבות מעשה קונקרטי אלא משום שהיה במקום לצורך מילוי תפקידו ושמו היה גלוי לעין. תפקידו של השוטר היא לשמור על בטחון הציבור לרבות היהודי, והפוסט המעליב בצרוף תמונתו פורסם רק משום שהשתייך לציבור הדתי. אף המשיב בחקירתו לא חלק על כך שיש בדברים אלה כדי לגרום לעלבון (ת/5).

44. הדברים נכונים גם באשר למבחן ההסתברותי האובייקטיבי אליו לא התייחס ביהמ"ש קמא בהכרעת הדין. אף כאן לא יכול להיות ספק כי הפרסום יביא בוודאות קרובה לפגיעה ממשית באופן מילוי תפקידו של שוטר, כפי שבפועל קרה כעולה מהמזכר ת/4. מדובר בפרסום ברבים והוא כולל דברי בלע וגנאי קשים כלפי שוטר זוט, לא בעקבות מעשה שעשה אלא משום שהיה במקום לצורך מילוי תפקידו ורק מתוקף היותו שם התחכך עם האוכלוסיה עליה נמנים הן השוטר הן המפרסם. אין המדובר בפרסום המכוון כלפי קובעי המדיניות אלא כלפי שוטר זוט הממלא את תפקידו.

45. אשר לפן הסובייקטיבי, פן זה נבחן על ידי ביהמ"ש קמא באופן חלקי (על אף שקבע כי בחן את הפן האובייקטיבי). ביהמ"ש קמא התייחס להודעותיו של נ.ש. (ת/1 ות/2) בהן העיד כי דברי הבלע לא פגעו בו ולמזכר מאוחר יותר ת/4 בו הבהיר נ.ש. כי גילה, בשלב מאוחר יותר, עד כמה הפרסום פגע בו וקבע, כי המזכר ת/4 הוגש לא לאמיתות תוכנו. קביעה זו אין לה על מה שתסמוך והיא מנוגדת לסעיף 10 ב לפקודת הראיות [נוסחחדש], תשל"א - 1971 הקובע כי "**אמרה בכתב שניתנה מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אף אם נותנה אינו עד במשפט, אם שני הצדדים הסכימו לכך ותוכן האמרה לא היה שנוי במחלוקת, ובלבד שהנאשם היה מיוצג על ידי עורך דין**".

ודוק. המזכר ת/4 הוגש בהסכמה וללא כל הסתייגות ועל כן הוא מהווה ראיה קבילה גם לאמיתות תוכנו ומשקלו נבחן על דרך שבה נבחנות כלל הראיות. יתרה מכך, בהיותו ראיה שהוגשה בהסכמה ללא חקירה נגדית, משקלה, ככלל, אף גבוה משל ראיה אחרת השנויה במחלוקת. לאלה יש להוסיף כיאף הוגשה תרשומת (ת/3) של ב"כ המדינה בה הוסברו נסיבות היווצרותו של המזכר ת/4, אליו כלל לא התייחס ביהמ"ש קמא.



נדגיש כי בהודעת הערעור חלק ב"כ המדינה על קביעות בית משפט קמא לענין משקל ואמיתות הנתונים הכלולים בת/4 ואף בת/7 (הודעת רועי כהן) ופרט את מלוא טענותיו בענין זה (ראה סעיף 39 להודעת הערעור). מנגד, ב"כ המשיב בנימוקי התשובה ובטיעוניו בפנינו, כלל לא התייחס לטענות אלה.

46. לאור האמור אנו סבורים כי המדינה הוכיחה הן את המבחן התוכני וההסתברותי, באופן שהוכח כי הפרסום בפייסבוק מהווה עבירה של העלבת עובד ציבור ויש להרשיע את המשיב אף בעבירה זו.

אכיפה בררנית

47. בהכרעת הדין סקר ביהמ"ש קמא את המסגרת הנורמטיבית ואת התפתחות הפסיקה בנוגע לטענת ההגנה מן הצדק החל מפסה"ד בע"פ 2910/94 **יפת ואח' נ' מדינת ישראל** (28.3.96) וע"פ 4885/02 **מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ** (31.5.05), בהם נקבע מבחן תלת שלבי לזיהוי פגמים בהליך והסעד שיש ליתן בכל מקרה ומקרה.

ביהמ"ש התייחס לאבחנה בין אכיפה חלקית לאכיפה בררנית כפי שנקבעה בפס"ד בורוביץ ולפסיקה שקבעה כי "עילת הפליה אינה מחייבת מניע פסול, אלא מסתפקת בהוכחת תוצאה מפלה" (ע"פ 8551/11 **יצחק כהן סלכני נ' מדינת ישראל** (10.9.13)).

48. בהתייחס לעבירה של הסתה לאלימות הפנה ב"כ המשיב למעורבים נוספים שפרסמו דברים בפורום ולא הועמדו לדין, וביקש ללמוד מכך כי המדינה נקטה באכיפה בררנית.

ביהמ"ש קמא בחן את הראיות בהתייחס למעורבים האחרים וקיבל, לגבי חלקם, את הסבר המדינה שאין באי העמדתם לדין כדי להצביע על אכיפה בררנית. מנגד, לגבי שלושה מעורבים/חשודים, עקיבא כהן ("אני בעד זריקת אבנים בסיטואציות מסוימות"), שמואל הכהן ("אולי כדאי שהם יבינו שאין מה לחפש אצלנו גם במחיר של ניפוץ שמשות. אני בעד למנוע מכוחות ההרס לבצע את זממם, גם אם צריך להתאמץ ולהרים אבן מהקרע"), וכותב לא ידוע ("כל הדיבור המתנגד לזריקת אבנים מצידי (ומצד רבים נוספים) היה בסיטואציה שאיננה מעצר או הרס בפועל"), דחה ביהמ"ש קמא את הסבר המדינה שטענה כי מדובר באמירות כלליות שאינן מפורשות כנגד אלימות גופנית, וקבע שיש בהעמדת המשיב לדין ובאי העמדת המעורבים הנוספים לדין כדי להצביע על אכיפה בררנית.

49. לעמדת ביהמ"ש קמא לא יכולה להיות מחלוקת כי אלימות כנגד רכוש אף היא בבחינת אלימות כפי שנקבע בע"פ 6352/12 **סעדה נ' מדינת ישראל** (23.9.12). ביהמ"ש קמא הוסיף כי **"זריקת אבנים על רכוש בדמות רכבים, או כל רכוש אחר בזמן בו אדם מבצע שימוש, יותר ממעמידה אדם, למצער, בסכנת חבלה חמורה. דברים אלו מתיישבים עם רוח החוק, הפסיקה והרציונאליים העומדים בבסיסה, להם גם ב"כ המאשימה מפנה בסיכומיו (עמ' 6-7) (ראו גם דנ"פ 24/08 מדינת ישראל נ' ברק כהן; סעיף 34 כא לחוק העונשין; גבריאלי הלוי, "תורת דיני העונשין" א'**



תשס"ט (1009) בעמ' 524). מתן פרשנות אחרת על ידי המאשימה מהווה עצימת עיניים לגרימה לסכנת חיים או לגרימת חבלה חמורה וראו דברי בית המשפט בעפ"ג 30191-02-15 (י-ם) מדינת ישראל נ' אגרוף (פורסם במאגרים, 31.3.15):

"כבר נפסק, לא אחת, כי הסיכון הנשקף לביטחון הציבור מאירועי אלימות קשים, ובכלל זה ידוי אבנים וחפצים לעבר גורמי אכיפת החוק, מחייב הטלת ענישה מחמירה. בהקשר זה כבר נפסק, כי אבן מהווה נשק קר ופגיעה עלולה לגבות מחיר דמים".

50. אנו סבורים כי אף כאן נתפס ביהמ"ש קמא לכלל טעות. על פי הפסיקה, ככל שהחלטה לא להעמיד לדין חשודים/מעורבים אחרים לדין נובעת משוני ראיתי ענייני, אין בכך כדי להצביע על "פגם" שיכול להוות בסיס לטענה של אכיפה בררנית. בין עניינו של המשיב (ושל אלירז פיין) שקראו לאלימות כנגד הגוף - זריקת אבנים על חיילים - לבין דברי האחרים כפי שצוטטו לעיל, קיים שוני ראיתי בולט, שאף בית המשפט קמא היה ער לו.

יתרה מכך, בסעיף 2ד144 לחוק מגדיר "מעשה אלימות" בגדרי העבירה של הסתה לאלימות כ"עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או חבלה חמורה". כלומר, מעשה האלימות צריך להיות בגופו או כלפי גופו של אדם. הפנית ביהמ"ש לפסיקה בה נקבע (לצורך הפעלת מאסר על תנאי) כי אלימות משמעה גם אלימות כלפי רכוש אינה רלוונטית בהימצא בסעיף 2ד144 הגדרה ספציפית למעשה אלימות. מטעם זה נזקק ביהמ"ש לתוספת פרשנית לפיה "זריקת אבנים על רכוש בדמות רכבים, או כל רכוש אחר בזמן בו אדם מבצע שימוש, יותר ממעמידה אדם, למצער, בסכנת חבלה חמורה". תוספת פרשנית זו "בזמן בו אדם מבצע שימוש" אינה מצויה בראיות הקשורות לדברי המעורבים האחרים ואין בדברים שצוטטו מפיהם לעיל כדי להצביע במפורש או במשתמע כי הכוונה בדבריהם היתה לזריקת אבנים לעבר רכבים בזמן שנמצאים בהם אנשים.

51. לפיכך, בצדק אבחנה המדינה בין דברי המשיב (ואלירז פיין) שקראו לפגיעה בגוף שהוא רכיב נדרש בעבירה של הסתה לאלימות, וכנגדם הגישה כתב אישום, לבין דברי האחרים שאין לפרשם כקריאה לאלימות כנגד הגוף. ונדגיש, הנטל להוכיח את יסודות העבירה מוטל על התביעה. כאמור, בית המשפט קמא היה ער לקיומו של השוני הראיתי אך סבר כי לו הוא בנעלי המדינה היה מחליט אחרת. כאן המקום לציין כי התערבות בית המשפט במלאכתה המקצועית של התביעה הוא מצומצם ביותר ושמור רק למקרים חריגים שמקרה זה אינו נמנה עליהם.

52. ביהמ"ש קמא סבר כי ניתן ללמוד על האכיפה הבררנית בה נקטה המדינה כאשר בוחנים פרסומים של מי שהיה מועמד, והיום חבר הכנסת, במפלגת חד"ש - תע"ל, עופר כסיף (להלן "כסיף") ושל לובנא זועבי מנהלת תחום תרבות ערבית במשרד התרבות והספורט (להלן: "זועבי") אליהם הפנה ב"כ המשיב.

בהתייחס לכסיף, הוגש על ידי ב"כ המשיב ראיון שנערך עמו ב"מוסף הארץ" ב2019, שם חזר על דברים שנאמרו על ידיו הרבה קודם לכן. בראיון ביטא כסיף את עמדותיו. ביהמ"ש ציטט מתוך הראיון מספר דברים מתוכם נביא רק אחד "פגיעה בחיילים אינה טרור. אפילו בספר של נתניהו על טרור הוא מגדיר במפורש פגיעה בחיילים או באנשי כוחות ביטחון כמלחמת גרילה. זה לחלוטין לגיטימי, לפי כל קריטריון מוסרי,



ודרך אגב, גם משפטי בינלאומי. עם זאת אני לא אומר שזה דבר נפלא, משמח ורצוי".

המדינה הבהירה כי קיימת תלונה כנגד כסיף, עוד משנת 2015 אך התיק נמצא בבדיקה וטרם נתקבלה החלטה. לגבי הראיון משנת 2019, בו למעשה חוזר כסיף על חלק מאמירות המיוחסות לו מהעבר, הבהיר ב"כ המדינה כי לא נמצאת כל תלונה לבדיקה.

ביהמ"ש קמא התקשה לקבל את הסברי ב"כ המדינה וקבע כי בעוד שהמשיב הביע את דעתו בפורום פנימי של תושבי "יצהר" (כ- 200 משתתפים) והחשיבות שיוחסה להם היתה מועטה אם בכלל, הרי שכסיף פרש את משנתו הפוליטית והדברים הקשים במוסף של עיתון "הארץ" בעל תפוצה רחבה בהרבה ועוד קודם לכך במרשתת.

עוד ציין ביהמ"ש קמא כי כסיף הוא מחולל הדיון עם שלל התבטאויות קיצוניות אשר במהותם והיקפן רחבות בהרבה מהמקרה הנקודתי של המשיב והדגיש את ההבדל בין מעמדו של כסיף כאיש אקדמיה למול המשיב שבזמן ביצוע הפרסומים בכתב האישום היה כבן 20, ללא כל מעמד, לא היה מחולל הדיון אלא הגיב לדברי פיין בפורום.

53. אשר לזועבי, התייחס בית המשפט קמא לפוסט שהיא פרסמה ביולי 2017 בו תמכה בפיגוע שהתבצע בהר הבית ונרצחו שני שוטרים. בעקבות כך הועמדה לדין בבית הדין למשמעת של עובדי המדינה והורשעה בהתנהגות שאינה הולמת. ביהמ"ש קמא דחה את הסבר המדינה כי התיק נסגר בהחלטה המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), מאחר ודבריה של זועבי היו מעורפלים ולא גילו באופן ברור דיו, ברמת הוודאות הנדרשת בפלילים, תמיכה במעשה אלימות כהגדרתו. במקביל היה זמין בעניינה מענה אכיפתי הולם אחר (הדין המשמעותי).

54. בית המשפט קמא קבע כי אי הגשת כתב אישום כנגד כסיף - ד"ר לפילוסופיה פוליטית ומרצה במחלקה למדעי המדינה באוניברסיטה העברית, וסגירת התיק כנגד זועבי - עובדת ציבור בכירה ובעלת מעמד המביעה עמדות קיצוניות התומכות במעשה טרור, לצד סגירת ו/או אי חקירת התיק כנגד עקיבא כהן, שמואל הכהן וכותב לא ידוע, בעוד הנאשם עומד לדין - מהווה אכיפה בררנית "פר אקסלנס".

55. בהתייחס לעבירה של העלבת עובד ציבור קבע בית המשפט קמא כי הטענה בדבר אכיפה בררנית באה לידי ביטוי אף ביתר שאת. לעמדת בית המשפט ההחלטה להעמיד לדין את המשיב בעבירה של העלבת עובד ציבור אינה עולה בקנה אחד הנחיית היועמ"ש 4.1103 "הגשת כתבי אישום בעבירות העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט" ומדיניות האיפוק הריסון והעדר פגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי אליה מפנה ההנחיה.

גם בענין זה הפנה בית המשפט קמא לראיון שניתן על ידי כסיף למוסף הארץ, בו הוא מאשר שכינה את שרת המשפטים באותה תקופה "חלאה נואו נאצית", את שרת התרבות באותה תקופה "זוהמת



בימים מחליאה" ואת ראש הממשלה "רב מרצחים". ביהמ"ש לא קיבל את תגובת המדינה כי הדברים בבדיקה וקבע כי מדובר בביטויים קשים עשרות מונים מהביטוי הקשה כשלעצמו המיוחס למשיב.

56. המדינה סבורה כי לא נפל פגם באכיפת הדין בעבירה של הסתה לאלימות, הן ביחס למעורבים אחרים בחקירה באותו תיק והן ביחס למתבטאים אחרים.

57. בהתייחס למעורבים האחרים בחקירה טוענת המדינה כי כעולה מהפסיקה, ככל שהחלטה שלא להאשים/לחקור חשודים/מעורבים אחרים בתיק חקירה מסוים נובעת משוני ענייני לגיטימי, כפי שהדבר בעניינו, אין המדובר ב"פגם" שיכול להוות בסיס לאכיפה בררנית. ביהמ"ש קמא שגה בגישתו המקצועית הראייתית החולקת על גישת המדינה ביחס להשלכות השוני הענייני ראייתי הברור.

58. כמו כן שגה בית המשפט קמא כשקבע כי אכיפת הדין היתה בררנית ביחס להתבטאויות כסיף במסגרת ראיון לעתון הארץ מפברואר 2019 והתבטאותה של לובנא זועבי בפסיבוק מיולי 2017.

ראשית טוענת המדינה, לצורך הצגת פגם של אכיפה בררנית, אין די בהצגת מספר מקרים אלא יש צורך בהצגת ריבוי מקרים שילמדו על אכיפה בררנית שיטתית.

שנית, בעניינו של כסיף כלל לא הוגשה תלונה ולכן לא התקבלה כל החלטה בעניינו.

בנוסף, בית המשפט קמא קבע את אשר קבע בענין כסיף וזועבי מבלי לשמוע כלל את הסברי המדינה לגופם.

בית המשפט קמא שגה בברור הדברים לגופם בעצם גישתו החולקת על גישתה של המדינה.

ולבסוף שגה בית המשפט קמא כשהתעלם מהדוגמאות הרבות העדכניות, לאכיפה בה נקטה המדינה בגין עבירה של הסתה לאלימות - בייחס לאנשים משני צדדי המתנס הפוליטי.

59. גם באשר לעבירה של העלבת עובד ציבור טוענת המדינה כי בית המשפט קמא שגה כשקבע כי אכיפת הדין כנגד המשיב היתה בררנית פסולה ביחס להתבטאויותיו של כסיף בעתון הארץ או כנגד שרת המשפטים ושרת התרבות.

60. לאחר ששמענו טענות הצדדים אף אנו סבורים כי לא ניתן לקבוע, בנסיבות המקרה שהיו לפני בית המשפט קמא, שהיתה במקרה זה אכיפה בררנית.

ראשית, כדי להגיע למסקנה כי התקיימה אכיפה בררנית היה על המשיב להצביע על אכיפה בררנית שיטתית וממושכת (ראו ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ** (10.9.2013)).

אף אם נניח שהמקרים אליהם הפנה ב"כ המשיב בטעונו בפני ביהמ"ש קמא ושני המקרים הנוספים אליהם



הפנה בדיון לפנינו (ענין היבא יזבק וענין אושרת קוטלר) זהים למקרה של המשיב עדיין מדובר במקרים בודדים.

לעומת מקרים אלה הציג לפנינו ב"כ המדינה קלסר עמוס במקרים דומים בהם הועמדו אנשים לדין במקרים דומים. בנסיבות אלה, לא ניתן לקבוע, משהדברים לא הוכחו כנדרש, כי אכן ננקטה אכיפה בררנית.

61. אשר למעורבים האחרים בתיק החקירה, וכפי שציינה המדינה, גם בית המשפט קמא היה ער לכך כי בהתאם לראיות שהוצגו לבית המשפט לא היה מקום להעמיד את עקיבא, שמואל והכותב הלא ידוע לדין, שכן אמרתי שונות מהותית מאמרות המשיב (ואלירז פיין). ההנחה שכוונת המעורבים האחרים היתה ליידי אבנים אל עבר כלי רכב בהם מצויים שוטרים, היא הנחה שאינה עולה באופן חד משמעי מחומר הראיות ובהינתן שאלה הנתונים לא היה מסד ראיתי להגשת כתב אישום נגדם.

62. מכל האמור לעיל אנו מקבלים את הערעור באופן חלקי וקובעים כי המשיב עבר את העבירה של הסתה לאלימות רק בהתייחס לפרסום השלישי באישום הראשון ואת העבירה של העלבת עובד ציבור באישום השני.

63. לאור התוצאה אליה הגענו יוחזר התיק לבית משפט קמא על מנת שיקבע מועד לשמיעת טיעוני הצדדים לעונש ויגזור עונשו של המשיב.

30.6.2020

עוז ניר נאוי, שופט

אבי גורמן, שופט

זהבה בוסתן, שופטת עמיתה
אב"ד