



ע"פ 6570/09/17 - מדינת ישראל, המערערת נגד דור עובד, המשיב

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

בפני כב' השופטים ארנון דראל, ענת זינגר, חגית מאק-קלמנוביץ
17 ספטמבר 2018

ע"פ 6570-09-17 מדינת ישראל נ' עובד

בעניין: מדינת ישראל - המערערת
ע"י עו"ד ארז פדן, פרקליטות מחוז ירושלים-פלילי

נגד

דור עובד - המשיב
ע"י עו"ד יצחק במ

פסק דין

השופטת חגית מאק-קלמנוביץ:

העובדות וטענות הצדדים

1. זהו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט אילן סלע) מיום 13.6.17 בת"פ 54112-12-16, בו זיכה את המשיב מהעבירה שיוחסה לו, עבירה של הסתה לאליומות לפי סעיף 2ד144 לחוק העונשין תשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין; החוק**).

נגד המשיב הוגש כתב אישום בו יוחסה לו העבירה הנ"ל, בהתייחס לפרסומים שפירסם המשיב (להלן: **הפרסומים**) באמצעות תכנת WhatsApp להעברת מסרים, המשמשת, כידוע, כרשת חברתית ואמצעי נפוץ להעברת מסרים וקבצים בין משתמשים בודדים או קבוצות משתמשים (להלן: **ווטסאפ**). המסרים הועברו בשתי קבוצות ווטסאפ, האחת קבוצה בשם "עצורי ציון - חפירות 24" שפרסומיה היו פתוחים בפני 17 חברים, והשניה קבוצה בשם "עצורי ציון + תגובות" שפרסומיה היו פתוחים בפני 63 חברים (להלן: **קבוצות הווטסאפ; הקבוצות**). הפרסומים פורסמו כולם ביום 11.12.16, רובם בין השעות 14:26 עד 15:01. בסמוך למועד זה עמד להתבצע פינוי היישוב עמונה בעקבות החלטת בג"ץ.

2. תוכן הפרסומים, כפי שפורטו בסעיפים 4 ו-5 להכרעת הדין, היה כמפורט להלן:

בקבוצה "עצורי ציון - חפירות 24" פרסם המשיב פרסומים כמפורט להלן:

א. ביום 11.12.16 בשעה 14:26, כתב המשיב:



"מטה עמונה הודיעו שהפינוי יעבור בלי שום דבר שהוא מעבר לנוכחות במקום, ואפילו אם מכים בנו לא להחזיר, וכל מי שלא בראש הזה - שיעזוב. להבנתנו למאבק בצורה זו אין סיכוי להציל את עמונה, וגם לא ליצור טראומה לפינויים הבאים ח"ו לפיכך אנו קוראים לכולם - צאו משם, הפסיקו לעזור להם, וקחו אתכם את כל מי שמוכן לשמוע. המטרה היא לדחוף אותם לרדת מהאמירה הזאת, ולחזור לגישתם המקורית והבריאה. מראות אנשים נלקחים בבכי כבר היו לנו בגוש קטיף - זו לא הדרך. בתקווה לחזור כמה שיותר מהר, ולהשתתף יחד עם התושבים, מוסרי הנפש, בהצלת עמונה..."

ב. ביום 11.12.16 בשעה 14:28, כתב המשיב:

"אני בעד לא להקשיב לוועד עמונה ולהילחם עד טיפת הדם האחרונה".

ג. ביום 11.12.16 14:45, כתב המשיב:

"...אבל עדיין אסור לציונים הארורים שהם יכולים לעשות מה שהם רוצים בלי שזה יעבור בשתיקה". בתגובה להודעה זו כתבה חברת הקבוצה בשם מיכל: "אלימות זו אף פעם לא הדרך אבל כשאין ברירה, אין ברירה".

ד. ביום 11.12.16 בשעה 14:48 כתב המשיב:

"בעמונה הזו צריך שיהיו פצועים - אך ורק מהצד של הציונים הארורים". בתגובה להודעה זו כתבה חברה בקבוצה: "מבחינת וועד עמונה לא". המשיב השיב וכתב: **"לא שוטלים"** (כך במקור - ח.מ.ק.). **את וועד עמונה מי הם בכלל???** חברה אחרת בקבוצת הוואטסאפ בשם רחל כתבה: "ציונאים".

ה. ביום 11.12.16 בשעה 14:51, כתב המשיב:

"בעמונה הזו צריך שיהיו פצועים - אך ורק מהצד של הציונאים הארורים".

ו. ביום 11.12.16 בשעה 15:01 כתב אחד מחברי הקבוצה שזהותו אינה ידועה "צריך להרוג את כולם", ובתגובה להודעה זו כתב המשיב: **"עדיף לא לדבר דיבורים מיותרים לא איכפת לי - בשבילכם".**

ז. באותו יום, 11.12.16 בשעה 02:44, פרסם המשיב בקבוצת הוואטסאפ "עצורי ציון + תגובות" תמונה של דגל ישראל ועליו תמ"ק עוזי. מתחת לתמונה כתב המשיב: **"ננקום ללא רחם!!!!!!"** בתגובה לפרסום כתב חבר הקבוצה המכונה "דין": "...מעצר תוך 3...3...1" ובתגובה כתב המשיב: **"יחתיכת טמבל זה היה אמור להיות דבר תורה".**

3. המערערת טענה, בכתב האישום שהגישה, כי פרסומיו של המשיב מהווים הסתה לאלימות על פי סעיף החוק הנ"ל. המשיב כפר בכל המיוחס לו, בין היתר בעצם הפרסום, בכך שהפרסום מהווה הסתה לאלימות, "בכך שקיים דבר כזה ווטסאפ" ובכך שקבוצות ווטסאפ היוו במה לחשיפת תכנים והבעת תמיכה בתכנים אלו. כמו כן כפר בכך שמדובר בקריאה למעשי אלימות, דבר שבח או עידוד ובקיומו של מבחן הסתברותי (ראו תשובת המשיב לכתב האישום - פרוטוקול הדיון בבית משפט קמא עמ' 13).



4. בהכרעת דינו פירט בית משפט קמא את מסכת הראיות שבפניו וקבע ממצאים עובדתיים הדוחים ברובם את טענות המשיב. טענת המשיב שביום הרלוונטי לא היתה לו גישה לטלפון שלו נדחתה, וגרסתו בעניין זה נמצאה בלתי מהימנה. נקבע כי המשיב הוא שפרסם את הפרסומים. גם טענת המשיב כי עבירתה הסתה אינה מתקיימת כאשר הפרסום מופנה לקבוצת ווטסאפ מסוימת ומוגדרת נדחתה, ונקבע כי פרסום כזה עשוי לבוא בגדרי עבירת ההסתה, ויש לבחון אותו בהתאם לתכנו. עוד נקבע כי מדובר בפרסום דברים שיש בהם קריאה לעשיית מעשי אלימות ועידוד למעשי אלימות. עם זאת, בית משפט קמא בחן את הנסיבות הרלוונטיות והגיע למסקנה שעבירת ההסתה לא הוכחה, שכן "לא הוכח כי היתה קיימת 'אפשרות ממשית' שהפרסומים המסיתים בנסיבות הפרסום יביאו למעשה אלימות", ולפיכך החליט לזכות את המשיב מהעבירה שיוחסה לו.

בהכרעת דינו התייחס בית משפט קמא גם לטענה של הגנה מן הצדק שהעלה המשיב, וקבע כי גם אם קיימת אכיפה בררנית בכך שלא ננקטה פעולה נגד חבר אחר בקבוצת הווטסאפ, אשר פרסם בקבוצה התבטאויות חמורות מאלה של המשיב, כולל האמירה "צריך להרוג את כולם", הרי שבהתאם להלכת בורוביץ (ע"פ 4855/02, מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ, פ"ד נט (6) 776 (31.3.05), להלן: עניין בורוביץ), ניתן להסתפק באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב האישום או זיכויו המשיב, ולא היה מקום לזכות את המשיב בנימוק של הגנה מן הצדק.

5. בנוגע לשאלת התקיימותה של אפשרות ממשית לעשיית מעשה אלימות ניתח בית משפט קמא את השיקולים העומדים בבסיס מסקנות:

האזירה הציבורית והנסיבות הכלליות בתקופה בה פורסמו הפרסומים המסיתים - בית המשפט ציין כי לא הוגשה החלטת בג"ץ בדבר פינוי עמונה, לא הובאו עדויות באשר למספרם של הנוכחים ביישוב עמונה במועד הרלוונטי ולא הובאה כל ראיה להלך הרוחות שהיה ביישוב. הטענה שעובדות אלו הן בגדר ידיעה שיפוטית נדחתה, ונקבע כי גם אם בית המשפט מודע לאירועים כלליים המתרחשים במדינה, ואף להתכנסות אנשים בעמונה עובר לפינוי, לא ניתן לקבוע את פרטי העובדות הנטענות בנוגע למספר האנשים, נוכחותם של פעילים שתמכו בקו של התנגדות אלימה וכדו'.

היקף הפרסום - בית משפט קמא קבע כי הנתונים בנוגע למספר החברים בקבוצת הווטסאפ לא הוכחו, כי תדפיס ובו פירוט חברי הקבוצה לא הוגש באמצעות עורכו, וכי טבלה ומזכר שנערכו על ידי שוטרים כוללים מידע שאינו ידוע להם מידע אישי. לפיכך נקבע כי הוכחה חברות בקבוצה רק לגבי ארבעה מבין חבריה שהעידו בבית המשפט ואישור את הדבר. בית המשפט דחה את טענת המערערת לפיה היקף הפרסום רחב הרבה יותר בשל האפשרות של חברי הקבוצה להעביר הלאה את תוכן ההודעה, וקבע כי יש להתייחס בזירות להגבלה על חופש הביטוי, וכי היכולת שיש בידי כל אדם המקבל פרסום מסית להעבירו הלאה אינה בהכרח נזקפת לחובת המסית.

גם לגבי **קהל היעד של הפרסום** סבר בית משפט קמא שלא הובאו ראיות בנוגע לזהותם ולכך שהקבוצה כללה "פעילי ימין קיצוני שחלקם היו מעורבים בפשעים לאומניים", וכי לא ניתן ללמוד על כך מתכני ההודעות שנשלחו בקבוצה או ממקורות אחרים. לפיכך נקבע כי לא הוכח שמדובר באנשים שהיו פועלים באלימות כלפי שוטרים וחילים למניעת פינוי היישוב.

באשר ל**זהותו של המשיב עצמו**, נקבע כי לא הוכח שלמשיב היה מעמד מיוחד בקבוצה או שדבריו נתפסו כרציניים, וחלק מחברי הקבוצה לא ידעו כלל מי הוא. בנוגע לסוג האלימות המדוברת, קבע בית המשפט כי אין בהודעות שפורסמו הוראות פרקטיות באשר לדרך האלימות בה צריך לנקוט, ולגבי **היקף הקבוצה החשופה לאלימות** נקבע כי מדובר בקבוצה לא מבוטלת, של כל אנשי הביטחון שנטלו חלק בפינוי, וכי קיימת חומרה באלימות כלפי אנשי



ביטחון במילוי תפקידם.

6. בהודעת הערעור המפורטת שהוגשה טוענת המערערת כי בית משפט קמא טעה בקביעה שלא הוכחה אפשרות ממשית לעשיית מעשה אלימות או טרור. לטענתה בית המשפט הפעיל מבחן הסתברותי משפטי מחמיר, ובמקום להחיל את מבחן האפשרות הממשית הפעיל למעשה את מבחן הוודאות הקרובה.

המערערת תיארה את ההשתלשלות המשפטית שקדמה לתיקון בו הוסף סעיף 144ד2 לחוק, ופירטה את דברי ההסבר להצעת החוק ואת הדיונים שהתקיימו בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת בנוגע לתיקון, מהם עולה כי המחוקק בחר להחיל את מבחן האפשרות הממשית ודחה את מבחן הוודאות הקרובה. היא הפנתה גם לפסקי הדין שניתנו ברע"פ 2533/10, **מדינת ישראל נ' מיכאל בן חורין ושמואל בן ישי** (26.12.11) (להלן: עניין **בן חורין**), אשר הכיר בערך המוגן של חשש ממעשי אלימות וטרור, ובדנ"פ 7383/08, **יוסף אונגרפלד נ' מדינת ישראל** (11.7.11), שם נקבע כי צמצום מכסימלי בתחולתן של עבירות המצמצמות את חופש הביטוי אינו נותן ביטוי ומשקל לתכלית הספציפית של העבירה, ובכך חוטא לתפקיד הפרשן.

לטענת המערערת, הדרישות העולות מפסק דינו של בית משפט קמא, ובהן קריאה מפורשת לחברי הקבוצה לבוא לעמונה ולפעול בצורה מסויימת כלפי אנשי אכיפת החוק, דרישה למתן הוראות פרקטיות באשר לדרך האלימות שיש לנקוט, והדרישה שפרסום ההסתה יתקיים דוקא בעמונה, מטילות נטל כבד מידי על רשויות החוק והתביעה ומקרבות את המבחן ההסתברותי למבחן של ודאות קרובה, אשר אינו נדרש על פי החוק.

7. עוד טענה המערערת כי מבחן האפשרות הממשית הוא מבחן אובייקטיבי, של אפשרות ממשית בכח ולא דוקא בפועל, ובית משפט קמא טעה כאשר החיל מבחן סובייקטיבי ובחן את ההשפעה על אותם חברי קבוצה שהעידו בפניו.

בנוגע להיקף הפרסום טענה המערערת כי הוכח מספרם של חברי הקבוצה וכי ככל שהפרסום המסתי מתפרסם באווירה ציבורית נפיצה יותר, גדל פוטנציאל ההשפעה שלו גם אם היקף הפרסום מצומצם. היא הוסיפה כי בית המשפט לא ייחד את המשקל והמשמעות הראויים לעובדה שמדובר בפרסום במרחב הטכנולוגי, בו ניתן להעביר מידע לקהל גדול בהרבה מהיקף הקבוצה הרלוונטית, וכי בית המשפט טעה בהבחנה שערך בעניין זה בין פרסום בווטסאפ לבין פרסום ברשת פייסבוק, ולא העניק משמעות לאפשרות שהפרסום יתפשט כאש בשדה קוצים. המערערת טענה עוד כי גודל הקבוצה אינו מבחן בלעדי או מכריע, וכי אופי הקבוצה, בעלת אג'נדה של התנגדות למעצרים של פעילי ימין, ותקופת הזמן הרלוונטית, היוו כר פורה ובעל פוטנציאל גבוה להפגנת מסרים אלימים כלפי רשויות הביטחון, כפי שעלה גם מתוכן ההתכתבות בקבוצה. עוד נטען כי המשיב היה פעיל מאד בקבוצה ובעל מעמד דומיננטי, ומכל מקום על בית המשפט לבחון את שילוב הפרמטרים ובהם כוחו של המשיב להפיץ את פרסומיו לקהל נמענים רלוונטי, בהתחשב בנסיבות.

המערערת חלקה על קביעותיו של בית משפט קמא גם בנוגע לאווירה הציבורית והנסיבות הכלליות בתקופת הפרסום, וטענה כי היה על בית המשפט להסתמך על ידיעתו השיפוטית בנוגע להחלטת בית המשפט העליון לפנות את עמונה עד יום 25.12.16, היאספותם של אנשים רבים בעמונה לקראת הפינוי הצפוי, סערת הרוחות והחשש הממשי לאירועי אלימות.

המערערת ביקשה, איפוא, להרשיע את המשיב בעבירה המיוחסת לו על סמך מבחן האפשרות הממשית.



8. בהתאם להחלטת אב"ד כב' השופט דראל מיום 20.9.17 הגיש ב"כ המשיב תשובה מנומקת ומפורטת להודעת הערעור. הוא ביקש לקבל את יתר הטענות שהעלה בבית משפט קמא, אולם מיקד את טענותיו בשאלה האם מתקיים במקרה זה פרסום כהגדרתו בחוק. כמו כן טען כי בצדק קבע בית משפט קמא כי בנסיבות העניין לא מתקיים היסוד ההסתברותי של אפשרות ממשית, ודין הערעור להידחות.

לטענת ב"כ המשיב, הודעה הנשלחת בהודעת ווטסאפ סגורה אינה בגדר פרסום כהגדרתו בסעיף 34כד לחוק העונשין, שכן פרסום כזה צריך להיות נגיש לציבור או לחלק ממנו. במקרה זה, טוען ב"כ המשיב, מדובר בפרסום המיועד לקבוצה מצומצמת ומוגדרת מראש של אנשים, שאינה מכוונת לקהל בלתי מסוים, ועל כן אינה מהווה הסתה אלא לכל היותר ניסיון לשידול. עוד נטען כי נוסח פרסומיו של המשיב אינו מהווה קריאה לביצוע אלימות והנעה או ניסיון הנעה לפעולה, ואף אינו ממלא אחר מבחן האפשרות הממשית.

9. ב"כ המשיב הציג טיעון מפורט ומעמיק בו סקר את תולדות העבירה הנדונה ומקבילותיה - עבירות של דיבה הפוגעת בשמו הטוב של אדם, לשון הרע, המרדה ופרסומי תועבה - מהמשפט המקובל ושיטות משפט אנגלוסכסיות אחרות, עבור בפקודת החוק הפלילי 1936 המנדטורית ועד חוק העונשין הישראלי ותיקוני החקיקה שנעשו בו. מהם למד כי החוק בנוסחיו המקוריים הבחין בין שלושה אופנים של פרסום שאינו נעשה בעל פה: הפצה בין מספר אנשים; הצגה באופן שניתן לראותו במקום ציבורי; מכירה, הצגה למכירה או הצעה למכירה. עניינו מצוי, לטענתו, בקטגוריה הראשונה, ואינו נחשב כפרסום לעניין החוק. ב"כ המערער הפנה בין היתר לפסיקה שהתייחסה למימד הפרהסיה וההפצה בציבור, והנגישות לציבור אקראי, הנדרשים בפרסום. הוא ביקש ללמוד גם מדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון 58) (עבירות זנות, מין ותועבה) התשנ"ז-1997 (ה"ח 456), אשר עסקה בהפצה באמצעות מחשב, בה הובהר במפורש כי הפרסום אינו כולל העברת חומר בתקשורת סגורה בין מחשבים מסויימים. ב"כ המשיב טען, איפוא, כי אין מדובר בפרסום כהגדרתו בחוק, מאחר שהפרסום בהודעת ווטסאפ אינו נמצא בשרת הנגיש לכל, כמו באינטרנט, אלא מופץ בין משתמשי קצה מסויימים ומוגדרים מראש.

עוד נטען כי קיים אמנם עניין במניעת התבטאויות הפוגעות באינטרסים ציבוריים, אולם אם לצורך אותה מניעה נדרש לרמוס ערכים חוקתיים בעלי חשיבות, כגון חופש הביטוי, הרי שהאיזון הפרשני הנכון מחייב שלא לפגוע בערכים אלה.

ב"כ המשיב עמד על ההבדל שבין הסתה לבין ניסיון לשידול, וטען כי בית משפט קמא טעה כאשר ראה במצב של תקשורת בין אנשים שאין ביניהם היכרות או קרבה משום הסתה.

10. בתשובתו העלה המשיב טענות נוספות: לטענתו אין בדברי המשיב הנעה לפעולה או קריאה מפורשת או משתמעת למעשי אלימות, לא הוכח שמעשי המשיב עומדים במבחן האפשרות הממשית, וטענות המערער יוצרות סף רחב יתר על המידה, כאשר האפשרות שמעשיו של המשיב אכן יניעו שרשרת שלמה של פעולות אשר נדרשת כדי להביא את הדברים לכדי ביצוע היא אפשרות רחוקה. הוא ציין כי מדובר בקבוצת ווטסאפ שכונתה "חפירות", דהיינו, לדבריו, "דברים ארוכים לאו דוקא בעלי טעם", וכי המשיב נתפס בידי בני שיחו כדמות מוזרה על סף גיחוך, ודבריו התקבלו כמצע לויכוח, או בהערות ציניות וגיחוך.

ב"כ המשיב העלה גם טענה של הגנה מן הצדק, בכך שחבר אחר כתב בקבוצה דברים חמורים בהרבה, אולם המדינה לא עשתה דבר כדי לאתרו והוא לא נחקר ולא הועמד לדין. לטענתו ההימנעות מביטול זכותו של אותו חבר מצביעה על כך שגם המערער עצמה סברה שההסתברות שהדברים הנאמרים בקבוצה יביאו למעשי אלימות רחוקה



מלהיות ממשית.

דין והכרעה

11. כפי שפירטתי לעיל, בית משפט קמא קבע כי התכנים שהעלה המשיב בקבוצות הווטסאפ מהווים פרסום בהקשר של העבירה המיוחסת למשיב. הוא החליט לזכות את המשיב מאחר שסבר שדרישת האפשרות הממשית לעשיית מעשה אלימות אינה מתקיימת. אין, איפוא, בפנינו ערעור על קביעת בית משפט קמא בנוגע להתקיימות דרישת הפרסום, והערעור שהוגש נוגע לזיכוי המערער בלבד. מאחר שאיננו רואים עין בעין עם בית משפט קמא את המסקנה בעניין האפשרות הממשית, כפי שיפורט להלן, אדרש גם לטענות שהועלו על ידי ב"כ המשיב באשר לעניין הפרסום. אציין בקצרה כי ביתר העניינים שבהם קיבל בית משפט קמא את עמדת המערערת אנו מסכימים לעמדתו מטעמיה ולא ראיתי צורך להרחיב לגביהם.

12. סעיף 2ד144 לחוק העונשין, שכותרתו הסתה לאלימות, 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."

סעיף 34 כד, סעיף ההגדרות הכללי בחוק העונשין, כולל הגדרות הנוגעות לענייננו:

"פרסום" - כתב, דבר דפוס, חומר מחשב, או כל מוצג חזותי אחר וכן כל אמצעי שמיעתי העשויים להעלות מלים או רעיונות, בין לבדם ובין בעזרת אמצעי כלשהו;

"פרסם" -

(1) בדברים שבעל פה - להשמיע מלים בפה או באמצעים אחרים, בהתקלות ציבורית או במקום ציבורי או באופן שאנשים הנמצאים במקום ציבורי יכולים לשמוע אותם, או להשמיען בשידורי רדיו או טלוויזיה הניתנים לציבור, או להפיצן באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציען לציבור באמצעות מחשב;

(2) בפרסום שאינו דברים שבעל פה - להפיצו בקרב אנשים או להציגו באופן שאנשים במקום ציבורי יכולים לראותו, או למכרו או להציעו למכירה בכל מקום שהוא, או להפיצו בשידורי טלוויזיה הניתנים לציבור, או להפיצו לציבור באמצעות מחשב בדרך הזמינה לציבור, או להציעו לציבור באמצעות מחשב;



"ציבור" - לרבות כל חלק ממנו העלול להיפגע מהתנהגות שעליה מדובר בהקשרו של מונח זה".

האם מדובר בפרסום כהגדרתו בחוק

13. בית משפט קמא נדרש בהכרעת דינו לשאלה אם הדברים שפרסם המשיב בקבוצות מהווים פרסום כהגדרתו בחוק, ודן בטענות הסניגור. הוא קבע (סעיף 42 ואילך להכרעת הדין) כי יש מקום להבחנה בין שידול, הנעשה בין פרטים, ובו מתקיים מגע בין אישי בין משדל ומשודל, לבין הסתה הנאמרת על ידי אדם לקבוצה כללית שאין לו קשר אישי ומיוחד עם חבריה. בית המשפט הקביל את ההבחנה בין שידול להסתה להבחנה הקיימת במשפט העברי בין הדחה לבין הסתה. לגבי פרסום בקבוצת ווטסאפ קבע בית משפט קמא כי יש לבחון בכל מקרה ומקרה את טיבה של קבוצת הווטסאפ. בקבוצה של שני אנשים המוכרים זה לזה ומנהלים תכתובת, ניסיון של האחד לשכנע את השני יבוא בגדר שידול, וכך גם כשמדובר בקבוצה גדולה יותר של אנשים שיש ביניהם קשר אישי ומשמעותי. אולם בקבוצות בהן אין היכרות בין החברים, וההצטרפות לקבוצה נעשית על יסוד תוכן, רעיון, מטרה או אינטרס מסוים ולא על בסיס היכרות אישית, כשלעיתים החברים אינם יודעים מי עומד מאחורי כינוי או מספר טלפון מסוים, הפרסום בקבוצה יבוא בגדר הסתה.

באשר לעובדות המקרה הנדון, נקבע בהכרעת הדין כי לא כל חברי הקבוצה זוהו והמטרה לא הצליחה לשייך את כל מספרי הטלפון של החברים בקבוצה לבעליהם, כי מהעדויות עולה שחברי הקבוצה לא הכירו זה את זה וכי גם המשיב, על אף שהיה ממנהלי הקבוצה, לא הכיר את כל חבריה והם לא הכירו אותו. לפיכך הפרסום בקבוצה זו נחשב כפרסום לפי הגדרתו בחוק והוא יכול לבוא בגדר עבירת ההסתה, ככל שמתקיימים יתר יסודות העבירה.

14. מסקנה זו של בית משפט קמא מקובלת עלי.

אכן, המונח פרסום מעצם טיבו דורש פומביות ופרהסיה. אולם זו יכולה להתקיים גם במרחב הווירטואלי, אשר הוגדר זה לא כבר כ"כיר העיר" המודרנית. גם פרסום דיגיטלי עשוי להוות פרסום בפומבי, ומבחינת האפקטיביות הוא אף גובר במקרים רבים על פרסום פומבי באמצעים מסורתיים.

אפליקציית ווטסאפ מהווה פלטפורמה לפרסום, אך אין בה כשלעצמה כדי לקבוע אם מדובר בפרסום בהתאם לחוק אם לאו. שאלה זו צריכה להיבחן באופן תכליתי, בהתאם למאפייני הפרסום ולמבחנים שנקבעו בפסיקה, כאשר הדגש מושם לאו דוקא על המדיה אלא על תוכן הפרסום, קהל היעד, הנסיבות שברקע וכיוצ"ב. העובדה שהפרסום נעשה באמצעות ווטסאפ משפיעה במובן זה שהמדיה הדיגיטלית מאפשרת הפצה מהירה, יעילה ורחבת היקף של מסרים, "הפצה ויראלית", שהאפקטיביות שלה עשויה להיות גדולה במיוחד. אולם אלו נסיבות שיש לבחון יחד עם כלל הנסיבות הרלוונטיות, והמדיה שבה נעשה שימוש אינה מהווה מבחן יחיד או מכריע לשאלת התקיימותו של הפרסום הנדרש.

15. ב"כ המשיב טען כי פרסום באמצעות מחשב בהקשר הנדון יכול להיות רק פרסום על גבי שרת נגיש לכל, שניתן לגשת אליו מכל מחשב. אינני מקבלת עמדה זו. ראשית, משום שהגדרת המונח פרסום בסעיף 34כד' לחוק (ראו לעיל) כוללת גם חלק מהציבור, ואינה דורשת זמינות לכלל הציבור. שנית, גם פרסום שלא באמצעות ווטסאפ שאינו נגיש לכל אדם אלא לקבוצות מסוימות, עשוי להיות פומבי. כך, לדוגמא, פרסום באתר אינטרנט המצריך רישום מראש ואף תשלום, פרסום באתר המיוחד ופתוח מראש לקבוצה מסוימת, כגון תלמידים במוסד לימודי, תושבי יישוב מסוים וכיוצ"ב, ואפילו פרסום הפתוח רק לרכושי תוכנה מסוימת. כל אלה עשויים להוות מצע לפרסומים פומביים לציבור, גם אם



מדובר בציבור מוגדר או מצומצם, או אם קיימים תנאים מוקדמים שיש למלא אחריהם כדי להיחשף לפרסומים.

בדומה לכך, לא ניתן לשלול את עצם האפשרות שפרסום בקבוצת ווטסאפ ייחשב כפרסום לצורך החוק, כפי שמבקש ב"כ המשיב לקבוע, רק משום שמבחינה טכנית הוא נעשה בין מספר משתתפי קצה ואינו נמצא על גבי שרת נגיש לכל.

כפי שקבע בית משפט קמא, יש לבחון את קבוצת הווטסאפ שבה נעשה הפרסום (יתכן גם שיש מקום להבחנה בין התבטאויות בעלות אופי שונה באותה קבוצה עצמה, אולם שאלה זו אינה מעניינת כאן). כאשר מועלה תוכן בקבוצת ווטסאפ מצומצמת, שכל חברה מכירים היטב זה את זה ומחוייבים לדיסקרטיות, כך שחבר קבוצה נותן אמון בחברים האחרים וסומך על כך שלא יפיצו ללא הבחנה את התבטאויותיו, במקרה כזה הפרסום אינו פומבי ולא יחשב כפרסום המהווה אחד מרכיבי העבירה. אולם פרסומים הנעשים בקבוצות אחרות, רבות משתתפים, שלא כל חברה מכירים זה את זה, כאשר המידע שמתפרסם בהן מטיבו אינו כולל פרסומים אינטימיים או דיסקרטיים והמפרסם מודע לכך שאינו שולט על אפשרות ההפצה, במקרים אלה אין שוני מהותי בין הפרסום בקבוצת ווטסאפ לבין פרסום במדיה וירטואלית אחרת.

16. במקרה הנדון מדובר בקבוצת ווטסאפ מהסוג השני. בהתאם לקביעות בהכרעת הדין, חברה לא הכירו אישית זה את זה וזהותם של חלק מהם אינה ידועה גם עתה. הקבוצה היתה מבוססת על מכנה משותף מסוים, אך חברה לא היו קרובים זה לזה והפרסומים אינם מצביעים על אמון או קרבה מיוחדת ששררו ביניהם. בנסיבות אלו יש לראות בפרסומים שהעלה המשיב בקבוצת הווטסאפ משום פרסום כנדרש לצורך התקיימות העבירה המיוחסת לו.

מבחן האפשרות הממשית

17. אעבור עתה לדון בשאלה העיקרית עליה נסב הערעור שהוגש, האם במקרה זה מתקיים מבחן האפשרות הממשית לעשיית מעשה אלימות.

שאלת הפרשנות הראויה של מבחן האפשרות הממשית בעבירה של הסתה לאלימות נדונה בעניין בן חורין. וכך נקבע שם (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 144ד2, 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."

ובהמשך (פסקה 7):



"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 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".

הקביעות בעניין בן חורין אושרו פעם נוספת ברע"פ 7669/15, ראד סלאח מחאג'נה נ' מדינת ישראל (18.4.16).

18. באשר ליישום המבחנים, אני סבורה כי בית משפט קמא טעה במסקנתו, וכי היה מקום לקבוע כי המשיב ביצע את העבירה שיוחסה לו בכתב האישום. הדרך בה הלך בית משפט קמא מטילה על המאשימה נטל כבד מזה שנקבע בפסיקה, באופן שיש בו למעשה משום אימוץ של מבחן הודאות הקרובה או מבחן קרוב לכך. במקרה זה, גם כאשר זהויותיהם של חלק מחברי הקבוצה אינן ידועות, ומבלי שכל חברי הקבוצה נחקרו ונבחנו השפעת הפרסומים עליהם, ניתן להגיע למסקנה שהפרסומים עומדים במבחן האפשרות הממשית, בהתחשב בתוכן ההתכתבויות בקבוצה, בדעותיהם של האנשים שלקחו חלק בהתכתבות כפי שהן משתקפות בהתכתבות זו ובסמיכות הזמן ואולי לעיתים גם המקום לאירועי הפינוי, כפי שאפרט להלן.

19. מבחינת תוכן הפרסום, יש בדבריו של המשיב קריאה ברורה לפעולה: לא לעבור בשתיקה, להילחם עד טיפת הדם האחרונה, לגרום לכך שיהיו פצועים בצד השני, לנקום. הטקסט מנוסח באופן המעודד ביצוע מעשי אלימות.

באשר לשאלת הידיעה השיפוטית, במקרה זה לא היה צורך בכך שבית המשפט יהיה מודע למלוא הפרטים, כולל מספר האנשים שאינם תושבי המקום שהגיעו לעמונה, כמה מהם היו צעירים שתמכו בקו של התנגדות תקיפה וכיוצא באלה פרטים. אולם קיימת ידיעה שיפוטית לגבי הקווים הכלליים של אירוע פינוי עמונה, ההיערכות לפינוי, הגעתם של אנשים מחוץ ליישוב לקראת מועד הפינוי והאווירה הנפיצה ששררה במקום הנובעת מעצם הסיטואציה. די בידיעה כללית שכזו, שאינה חורגת מהכרת העובדות על ידי כל בר דעת שהיה תושב ישראל בתקופה הרלוונטית, כדי להבין את הסכנה בכך שדברי עידוד לאלימות יפלו על אזניים כרויות, וגל האלימות שעלול היה להתפתח כתוצאה מכך.

לגבי מעמדו של המשיב, גם אם אניח שיתר חברי הקבוצה לא הכירו את המשיב או שהכירו אותו ולא העריכו במיוחד את דעתו, יש משמעות לאמירת הדברים, ובמיוחד כאשר חלק מהם, כגון הפרסום הראשון המצוטט לעיל כציטוט א', מנוסח בלשון רבים, כך שהוא מובא לא רק בשמו של המשיב עצמו, אלא כמה שנראה כעמדתה של קבוצה המהווה אופוזיציה לקו המתון של ההנהגה.



20. באשר לדרישת הנוכחות במקום, נוכחותו של מפרסם במקום האירוע אינה נדרשת ולמעשה אין בה כדי להעלות או להוריד דבר, שכן אין בה כדי להשפיע על האפשרות לקלוט את הפרסומים ולבצע אותם. ובנוגע לציבור הנחשף לפרסום, שמות קבוצות הווטסאפ ותוכן הפרסומים בקבוצות מצביעים על כך שמדובר באנשים הרואים עצמם קשורים ומעורבים בעתידה של עמונה, מתנגדים לעמדותיהם של ראשי היישוב בעמונה ומכנים בכינויי גנאי קשים את הציונים ואנשי כוחות הביטחון. ברור שהחשש לביצוע מעשי אלימות מצד קבוצה זו גדול בהרבה מהחשש הקיים לגבי כלל הציבור במדינת ישראל. במצב זה קיים חשש שגם מי שאינו נמצא אותו זמן בעמונה יחליט להגיע למקום על מנת להפגין את דעותיו ולהביע אותן על ידי מעשי אלימות.

זאת ועוד, קיימת סכנה מוגברת בהפצת מסרים של קריאה לאלימות ברשתות חברתיות דוגמת ווטסאפ, כתוצאה מאפשרות ההפצה הוויראלית - היכולת להעביר כל ידיעה ב"לחיצת כפתור", והעובדה שהדבר אף נהוג ומושרש ונעשה בדרך שגרה. כך שאם לא מתקיימות נסיבות מיוחדות, מחבר הודעה בווטסאפ המעביר אותה לקבוצת אנשים, צריך להביא בחשבון אפשרות של הפצה ושרשור של הודעתו למספר בלתי ידוע של צופים, על כל הנובע מכך. במיוחד כאשר אין היכרות עמוקה ותחושת מחויבות בין כל חברי הקבוצה. בית משפט קמא התייחס בהכרעת הדין להבדלים בין פייסבוק לווטסאפ בעניין זה, אך אני סבורה שהדברים אמורים לגבי כל אפשרות הפצה ויראלית או רשת חברתית המאפשרת הפצת מסרים בפעולה פשוטה.

לנוכח כל האמור אני סבורה שהמערערת הוכיחה קיומה של אפשרות ממשית לכך שהפרסום יביא למעשי אלימות.

הגנה מן הצדק

21. ב"כ המשיב העלה בבית משפט קמא טענת הגנה מן הצדק ואכיפה בררנית. בית משפט קמא קיבל את הטענה וקבע כי קיימת אכיפה בררנית מצד המערערת. ביסוד הטענה פרסומים שנכתבו על ידי חבר אחר בקבוצת הווטסאפ, שכינה עצמו בשם "על עמונה נילחם עד הסוף", אשר במסגרת דיון בקבוצה בנוגע לנוצרים או לקבוצות אחרות כתב "צריך להרוג את כולם", וכן הגיב לא פעם על דברי המשיב, כך שאין מדובר באמירה בודדת שלו. לגבי הטענה שהמשטרה לא פעלה נגד אותו אדם מאחר שזהותו לא היתה ידועה קבע בית המשפט כי מדובר בטענה שהיא ראוי שלא תישמע. הוא ציין כי כל בר דעת יודע שקיימת דרך פשוטה לאתר בעל מספר טלפון וקיימת חומרה רבה בעובדה שהמשטרה לא עשתה ולו את המועט כדי לאתר את בעל מספר הטלפון. בית משפט קמא אף סבר שיש בכך כדי ללמד על כך שהמשטרה לא חששה ולא ראתה בדברים שפורסמו בקבוצה "אפשרות ממשית" לכך שיביאו לאלימות.

22. אכן, קיים קושי בעובדה שלא ננקטו צעדים כלשהם נגד חברים אחרים בקבוצה, ולכל הפחות נגד מי שכינה את עצמו "על עמונה נילחם עד הסוף" ופרסם התבטאויות חמורות לא פחות מאלו של המשיב. העובדה ששמו של אותו אדם לא היה ידוע למשטרה מלכחילה אינה מצדיקה הימנעות מביצוע כל פעולת חקירה ונסיון לחשוף את זהותו, וצדק בית משפט קמא בקביעתו שראוי היה שטענה זו לא תישמע. עם זאת, יש לציין גם את טענות המערערת בבית משפט קמא, וביניהן הטענה שמכלול פרסומיו של המשיב חמורים יותר מפרסומיו של אותו חבר.

אני מקבלת גם את מסקנת בית משפט קמא, לפיה במקרה זה אין מדובר במחדל שיש בו כדי להביא לביטול כתב האישום וזיכוי המשיב וניתן להסתפק באמצעים מתונים ומידתיים יותר. עיון בהתכתבויות בקבוצות הווטסאפ מצביע על חלקו הגדול יחסית של המשיב ועל המעמד המוביל שלו, במיוחד בהתבטאויות הקיצוניות והקוראות לפעולה והתנגדות. כך שקיים בסיס להבחנה בינו לבין רובם של החברים האחרים, ולא ניתן לקבוע שקיום ההליך הפלילי דוקא



נגד המשיב גורם לפגיעה קשה בתחושת הצדק וההגנות. צדק, איפוא, בית משפט קמא כשסבר שלא ראוי היה, במקרה זה, לזכות את המשיב, והביטוי הנכון לטענת ההגנה מן הצדק, מוטב שיהיה במסגרת גזר הדין ולא בהכרעת הדין, בהתאם לעניין **בורוביץ** הנ"ל (וראו גם"פ 7659/15, **רוני זורר הרוש נ' מדינת ישראל** (20.4.16); רע"פ 4070/18, **יואב שניר נ' מדינת ישראל** (1.8.18)).

אני סבורה, איפוא, שיש לקבל את הערעור, להרשיע את המשיב בעבירה שיוחסה לו, ולהחזיר את הדיון לבית משפט קמא לצורך גזירת דינו של המשיב.

**חגית מאק-
קלמנוביץ, שופטת**

השופט ארנון דראל:

אני מסכים.

ארנון דראל, שופט

השופטת ענת זינגר:

אני מסכימה.

ענת זינגר, שופטת

הוחלט פה אחד לקבל את הערעור ולהרשיע את המשיב בעבירה של הסתה לאלימות לפי סעיף 2ד144 לחוק העונשין תשל"ז-1977. הדיון מוחזר לבית משפט השלום לצורך גזירת דינו של המשיב.

ניתן היום, ח' תשרי תשע"ט,
17 ספטמבר 2018, בהעדר
הצדדים.

**חגית מאק-
קלמנוביץ, שופטת**

**ענת זינגר,
שופטת**

ארנון דראל, שופט