

ת"פ 22347/03/14 - מדינת ישראל נגד שלום דב וולפא, שבתאי ויינטראוב

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 22347-03-14 מדינת ישראל נ' וולפא ואח'

בפני כב' השופטת ג'ויה סקפה שפירא
המאשימה מדינת ישראל
נגד הנאשמים
1. שלום דב וולפא
2. שבתאי ויינטראוב

ב"כ המאשימה: עו"ד אפרת פילזר- ביזמן

ב"כ הנאשם 1: איתן להמן

ב"כ הנאשם 2: יצחק במ

הכרעת דין

כללי

- נגד הנאשמים הוגש כתב אישום הכולל שני אישומים.
- האישום הראשון מיוחס לשני הנאשמים והם מואשמים בו בעבירה של הסתה לאי ציות, לפי סעיף 110 רישא לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"). על פי האמור באישום זה, ביום 22.10.09, במהלך טקס השבעה של טירונים מגדוד "שמשון" שנערך ברחבת הכותל המערבי בירושלים, הניפו שני חיילים, שלט שעליו נכתב "גדוד שמשון לא מפנה בחומש". הם נשפטו במשפט צבאי ביחידתם ונדונו לעשרים ימי מחבוש.
- ביום 11.11.09 התקיים במסעדת "פינג'אן" בירושלים, "כנס להצלת העם והארץ", שבו נכחו מאות אנשים ובהם גם הנאשמים. הנאשמים ואחרים ישבו לצד שולחן הנואמים ומאחוריהם תלתה כרזה גדולה עליה נכתב "טקס הענקת צל"ש לאסירי ציון". במהלך הכנס נשאו הנאשמים ואחרים נאומים, חילקו תעודות "גיבור ישראל" לקרובי משפחות שני החיילים ומסרו להם מעטפות ובהן כסף מזומן עבור ימי המחבוש. נאשם 2 הנחה את הטקס והכריז בפני הקהל:

"תדע כל אם עבריה שאם בנה יניף את הדגל 'גדוד שמשון לא מפנה בחומש' על כל יום יקבל 1,100 ₪".

לאחר מכן נשא הנאשם 1 דברים בפני הקהל, דיבר על עקדת יצחק המקראית והוסיף:
עמוד 1

"אברהם יודע שזה רצון ה'. החיילים עשו עקדה בעצמם. הם עשו את הדבר הנכון לקדוש ברוך הוא, לעם ישראל... אנחנו רוצים להסביר לצבא שכל חייל שיקבל כלא על סירוב פקודה, על הפקודה הזו הבלתי חוקית בעליל לפנות יהודים מארץ ישראל, אז יהיה עבורו פרס... אם מפקד רוצה לתת פרס לחיילים אז שישים אותם בכלא."

במהלך מסירת התעודות והמעטפות לעיני הקהל והמצלמות, שאל אחד מהיושבים בקהל מהו סכום הכסף שנמסר במעטפה ונאשם 2 השיב:

"יש לפי הימים. הם ישבו 18 יום, 1,100 ₪ ללילה. 19,800 ₪."

מארגני הכנס דאגו להזמנת כלי התקשורת למקום, ביניהם צלמי מחלקת החדשות של ערוץ 2. כתבה אודות הכנס שודרה בחדשות ערוץ 2 ובאמצעי תקשורת נוספים.

3. באישום השני מואשם הנאשם 1 בלבד בעבירה של הסתה לאי ציית, לפי סעיף 110 רישא לחוק העונשין. על פי המיוחס באישום זה, ביום 20.8.11 סירב החייל עידן הרשליקוביץ פקודה ולא יצא עם יחידתו לביצוע משימה הקשורה לפינוי מאחז רמת מגרון. החייל נשפט במשפט צבאי ביחידתו ונדון לעשרים ימי מחבוש. ביום 8.9.11 התקיים בישוב נופים שבשומרון כנס להכרזה על הקמת "הרשות היהודית ביהודה ושומרון" בו נכחו עשרות אנשים, ביניהם נאשם 1. מארגני הכנס הזמינו כלי תקשורת למקום וצלם מקצועי נשכר על ידם לתעד את האירוע. הנאשם 1 נשא דברים בתחילת הכנס ובמהלכו התייחס לזכותו של העם היהודי על ארץ ישראל וחשש מפני החלטות ממשלה עתידיות למסירת שטחים. בסוף דבריו אמר הנאשם:

"אבל יש נקודת אור. יש אורות שמבצבצים וזה החייל עידן הרשליקוביץ שהיה מוכן לשבת 20 יום בכלא כדי שלא לעבור עבירה כזו. עבירה של הריסת בתים, של פינוי בתים ושל גירוש יהודים מארץ ישראל. לכן, בעבירה כזו בוודאי שהחיילים מצווים לסרב פקודה, פקודה בלתי חוקית בעליל, וחס ושלום לא לפנות יהודים. ישנו יהודי הרוצה בעילום שמו... שהוא יש לו רק מטרה אחת בחיים, שכאשר נותנים לחייל שמסר את נפשו שישב בכלא, הוא נותן, זה לא הכסף שלנו, אלף שקל ביום. מה הרווח מזה? פשוט, מפקד שנותן לחייל שסירב פקודה כלא שידע שהוא נתן לו פרס. אני רוצה שחיילים שסירבו פקודה יבואו למפקד שלהם, ויגידו לו, דחילק, תן לנו כמה ימים בכלא, המצב בבית לא טוב... כבר כמה פעמים עשינו את זה... המפקד ידע שהוא נותן פרס לחייל."

לאחר מכן הזמין הנאשם את הורי החייל לקדמת הבמה, הוציא ממעטפה חבילות של כסף מזומן ואמר להם:

"אני רוצה לומר לכם שזה לא עשרים אלף שקל, זה עשרים פעם אלף שקל, כלומר

אלף שקל לכל יום. 20 חבילות, יום ראשון, יום שני... כל הכבוד להורים שמחנכים ילדים בצורה כזו. באמת כל הכבוד."

בשלב זה הנאשם 1 מסר להורי החייל עידן את הכסף לעיני הנאספים והמצלמות ומארגני הכנס דאגו לפרסום נאומו של הנאשם, כולל צילום מסירת הכסף להורי החייל בסרטון שהופץ במרשתת באמצעות האתר youtube.

4. ביום 25.5.16 דחתה כב' השופטת מאק- קלמנוביץ' טענות מקדמיות שעניינן אכיפה בררנית, תוך שקבעה כי אין מניעה מלשוב ולדון בהן לאחר שמיעת הראיות.

5. תשובת הנאשמים לאישום ניתנה ביום 6.7.16.

ב"כ הנאשם 2 לא חלק על תוכן הדברים המיוחסים לנאשם בכתב האישום וטען כי עידוד חיילים להניף שלטים אינו מהווה עבירה של הסתה לאי ציות. עוד נטען, כי הכסף לא שולם בפועל והכל היה בבחינת "גימיק". בנוסף נטען, כי מאחר ולא קיימת הגנה על דיווח נכון והוגן על ביצוע העבירה של הסתה לאי ציות, היה מקום להעמיד לדין את העיתונאים שהם שהפכו את הפרסום מכזה שפורסם בקרב כמה עשרות אנשים לפרסום בקרב מיליוני צופים.

ב"כ הנאשם 1 הצטרף לתשובת ב"כ הנאשם 2 ולא חלק על אמירת הדברים המיוחסים לנאשם 1, אך שב והדגיש כי לא נמסר כסף.

6. מטעם התביעה העידו השוטרים דוד מגני, נתנאל קסאדו, מיכל רז, דוד כהן ורס"ב גיל טל, שביצעו פעולות חקירה בתיק, חנן שטרוימן, צלם חדשות ערוץ 2, שתיעד את האירוע נשוא האישום הראשון, צלם הוידאו דובער גורביץ', שתיעד את האירוע נשוא האישום השני, אברהם הלוי שנכח באירוע נשוא האישום הראשון, עידן הרשליקוביץ' החייל הנזכר באישום 2, ואמו, קרן, וכן הוגשו דו"חות תפיסת חומרי הוידאו מערוץ 2, סרטון חומר הגלם שהוקלט על ידי צלם ערוץ 2 באירוע נשוא האישום הראשון, סרטון ובו כתבה ששודרה בחדשות ערוץ 2, שבה נכללו, בין היתר, חומרי הגלם שצולמו, תעודות ציבוריות, המלמדות על עונשי המחבוש שהוטלו על החיילים שנזכרו בשני האישומים עקב סירוב פקודה, סרטונים המתעדים את נאומו של הנאשם 1 באירוע נשוא האישום השני, דף פירוט חשבון הבנק של הוריו של עידן הרשליקוביץ' לחודש ספטמבר 2011, שתי הודעות שנגבו במהלך חקירת המשטרה מנאשם 1 והודעה אחת שנגבתה מנאשם 2. בקשת התביעה להגיש הודעה נוספת של הנאשם 2, המתייחסת לאירוע נשוא האישום השני, שבו אינו מואשם נדחתה מהטעם של חוסר רלבנטיות.

7. מטעם ההגנה העיד הנאשם 1 והוגשו מסמכים שונים מתוך תיק החקירה. נאשם 2 לא העיד להגנתו. עוד הוגשו מכתבים שכתב הנאשם 1 והתכתבויות עם משרד המשפטים וגורמים שונים ברשויות האכיפה.

8. בסיכומי הנאשם 1 נטען כי אין מחלוקת בין הצדדים ביחס לעובדות כתב האישום, מלבד הטענה לפיה באירוע נשוא האישום הראשון נמסר בפועל כסף למשפחת החייל, ונטען כי עובדה זו לא הוכחה. ב"כ הנאשם 1 טען עם זאת כי מטרת הנאשם 1 הייתה לפעול במסגרת חופש הביטוי בלבד- למחות על מדיניות הממשלה, לזעזע ולעורר

את דעת הקהל.

9. בסיכומי הנאשם 2 הוא שב והתנגד לקבילות סרטון הכתבה ששודרה בערוץ 2, טען כי חלק מאמירות המיוחסות לנאשם 2 לא הוכחו, כי אף אם הדברים נאמרו אין בהם קריאה שלא לבצע פקודה חוקית וכי, מכל מקום, אין מתקיימים יסודות העבירה, אותה יש לנתח על פי יסודות הנגזרת ניסיון לשידול.

הראיות לאישום הראשון

10. אברהם הלוי הוא דודו של אחד משני החיילים שהניפו את השלט. לדברי העד, בעקבות האירוע הוצע לאחיינו דבר מה, שאינו יודע מהו. אחיו של העד, שהוא אביו של החייל, ביקש מהעד לגשת למפגש אצל הנאשם 1 על מנת לקבל המחאה או מכתב, והוא הגיע למקום שבו נכח הנאשם 1, קיבל מעטפה ומסר אותה לאחיו או לאחיינו. לאחר שהוצג לו סרטון וידאו המתעד את האירוע (ת/4), אישר העד כי הוא נראה בצילום, וכי באותו אירוע קיבל גם תעודה. העד השיב בחקירה נגדית, כי לא ידע מה תוכן המעטפה שהעביר ולא יודע האם בסופו של דבר אחיינו קיבל כספים או לא.

11. חנן שטרוימן הוא צלם ערוץ 2 שצילם את האירוע נשוא האישום הראשון. הסרט שצילם, ואשר שימש חומר גלם לכתבה שנערכה בערוץ 2 בנושא הוגש בהסכמה (ת/4). העד לא זכר את פרטי הפרטים של האירוע. לדבריו, העביר למערכת את חומרי הגלם שצילם ולאחר שרוענן זכרונו מתוך הודעתו, העיד כי החומרים שצילם נערכו ושודרו במהדורת הערב של החדשות. העד אישר כי יחד עמו היה מקליט קול, אך הבהיר, כי הוא אחראי על ההקלטה כולה, שהתבצעה על גבי אמצעי אחד שהיה בשליטתו.

12. בתקליטור חומר הגלם של ערוץ 2 (ת/4) נראה צילום וידאו של הכנס, שעיקר ההתרחשות בו כמתואר בכתב האישום, אם כי בניגוד לאמור בכתב האישום, לא מתועדים בו הדברים המיוחסים לנאשם 2 **"תדע כל אם עבריה, שאם בנה יניף את הדגל 'גדוד שמשון לא מפנה בחומש' על כל יום יקבל 1,100 ₪"**.

בתיעוד הוידאו ניתן לראות כי על שולחן הנואמים מונחים מיקרופונים של ערוץ 2, ערוץ 7 ו-y.net ולהסיק כי אמצעי תקשורת אלה נכחו באולם ותיעדו את האירוע.

בנוסף למיוחס לו באישום 1, הנאשם 1 נשמע אומר גם:

"מהיום והלאה אנו קוראים לכל החיילים לא לקבל פקודה כזאת בלתי חוקית בעליל של פינוי יהודים מארץ ישראל".

13. בסרטון ובו שידור מערוץ 2 (ת/3) מוקלטת כתבה ששודרה על רקע האירוע נשוא האישום הראשון, המשלבת קטעים מחומרי הגלם המצולמים, המתועדים בת/4 וכן קטעים מצולמים נוספים, וברקע פרשנות של כתבת החדשות על אודות האירועים.

ב"כ הנאשמים התנגדו לקבילות סרטון זה ובהתאם- גם לדו"ח הצפיה בו (ת/5) והצדק עמם בעניין זה. הכתבה ששודרה בערוץ 2 היא כתבה ערוכה, הכוללת צילומי וידאו ממקורות שונים, שלא הוכח באיזה הקשר ועל ידי מי הוקלטו. עריכת הקטעים שצולמו על ידי העד שטריומן, יחד עם קטעים שלא צולמו על ידו, אינה מאפשרת לצפות בכל הקטעים שנערכו באופן מלא, תוך הבנת ההקשר של צילומם. להבדיל מתוכנו של חומר הגלם שמצוי כולו בשליטת הנאשמים שנכחו במקום, כתבה ערוכה עשויה להיות מגמתית בשל דרך עריכתה, מבלי שיש לנאשמים יכולת כלשהי לשלוט על העריכה או להציג באופן מלא את החלקים הערוכים, שלא צולמו על ידי העד שטריומן. משכך ת/3 אינה עומדת במבחנים שנקבעו בהלכה הפסוקה לצורך קבילות הסרטון ולא תישקל במסגרת הכרעת הדין, ובהתאם ת/5 אינה ראייה קבילה אף היא.

ב"כ הנאשמים הסכימו להנחה העובדתית לפיה כל מה שצולם במסגרת חומר הגלם על ידי חנן שטריומן נכלל במסגרת הכתבה ששודרה בערוץ 2 (עמ' 29 שורות 24-26), ודי בכך לצורך קביעת המסגרת העובדתית של הכרעת הדין. אמנם בסיכומיו של הנאשם 2 הוא חזר בו מהסכמה זו (פסקה 6, פסקה 12), אך אין מקום לקבל את טענתו זו, שהושמעה לראשונה רק בשלב הסיכומים וסתרה טענה קודמת שלו מבלי שניתנה למאשימה, אשר הסתמכה על אותה הסכמה, להביא ראיות אחרות לעניין.

14. בהודעתו של הנאשם 1 מיום 11.2.10 (ת/11) הוא ביקש למסור שלושה מסמכים וסירב להשיב ליתר השאלות שהופנו לו, תוך שאמר כי מעולם לא נתן כסף עבור סירוב פקודה וכי הוא מצפה שגם החוקר לא ישתף פעולה ושכל עם ישראל לא ישתף פעולה בדרישות ופקודות פוליטיות לעקירת יהודים מארצם. שלושת המסמכים שצירף הם מכתבו לשר הביטחון דאז, אהוד ברק מיום 9.2.10 בו קבל על הענקת אות הוקרה של מפקד חיל האוויר לתא"ל יפתח ספקטור שחתם על "מכתב הטייסים" בשנת 2003, כתבה מעיתון "הארץ" המתייחסת להענקת אות ההוקרה לתא"ל ספקטור וכן מכתב שכתב הנאשם 1 ובו מופנות שאלות ליועץ המשפטי לממשלה, שר הביטחון ומפכ"ל המשטרה הנוגעות לדרכי הפעולה שנקטות נגד שלושה ארגונים המעודדים סרבנות לשירות צבאי בשטחים.

15. בהודעתו של הנאשם 1 מיום 9.2.12 (ת/12) הוא לא השיב לשאלות בצורה עניינית ואמר לחוקר שהוא משרת ממשלה מושחתת שמשפתת פעולה עם האויב בזמן מלחמה, עוקרת את עם ישראל מארצו ומוסרת את נחלתו למחבלים. בתום ההודעה נשאל הנאשם 1 אם יש לו מה להוסיף ואמר שהוא קורא לחיילי צה"ל להישמע לדין התורה ולמסור את נפשם בסירוב פקודה כדי שלא יעקור אף יהודי מביתו.

16. הנאשם 1 העיד להגנתו וטען כי האירוע נשוא האישום הראשון נערך בתקופה שבה ממשלת אריאל שרון הסיתה, לטענתו, רבבות חיילים בדרך של שטיפת מח, לשתף פעולה עם האויב ולמסור לו חלקים מארץ ישראל, עבירה שדינה מיתה. הנאשם 1 הוסיף, כי לא אותו צריך היה להעמיד לדין אלא את אותם אנשים שגרמו להוצאת יהודים מבתיהם. על רקע זה הוא ניסה לבצע פעולות שיזעזעו את דעת הקהל, וטען כי באירוע זה לא נמסר כסף למשפחת החייל אלא רק הוצג מצג כאילו ניתן כסף, ומדובר היה בגימיק. לדבריו, הדבר נועד להביע הערכה להורים של חייל שמוכן למסור את נפשו ולשבת בכלא ובלבד שיוותר נאמן לאמת שלו ולא ייכנע לצו מצפונו. הנאשם 1 טען, כי קודם לאירועים המתוארים בכתב האישום לא הכיר את החיילים שסירבו פקודה. הנאשם 1 הוסיף, כי יש לחקור באותה מידה את כל השמאלנים שמעודדים צעירים שלא להתגייס לצה"ל כלל או לסרב לשרת בשטחים. בחקירתו הנגדית אמר הנאשם 1, כי בתקופה הרלבנטית לכתב האישום עסק בכתיבת עבודה תורנית במשרד החינוך, לא לימד ונתן

פסקי הלכה למי שפנה אליו בשאלות. הנאשם 1 השיב עוד, כי אינו רב בקהילה ואינו מלמד תלמידים, אך מתקן עבודות תורניות של תלמידים במסגרת עבודה על הרמב"ם, הוא אינו מפרסם עלונים או מאמרי דעה אך בעבר פרסם לעיתים, כן כתב 40 ספרים שראו אור כל אחד בכאלפיים עד שלושת אלפים עותקים, ואישר כי יש אודותיו ערך באתר ויקיפדיה ובאתר חב"דפדיה, ובו קישורים לסרטונים שבהם הוא מופיע. הנאשם 1 אמר, כי נאשם 2 היה פעם תלמידו בישיבה שבה לימד, כי שניהם הקימו יחד עמותה בשם "הצלה בארץ" וכי הוא עצמו עמד בראש ארגון זה. במסגרת פעילות העמותה ארגן כנסים שעניינם פעילות להצלת העם והארץ. הנאשם 1 אישר כי הוא ארגן את האירוע נשוא האישום הראשון בעצמו, הזמין את אמצעי התקשרות ונפגש עם הנאשם 2, אותו הזמין להנחות את האירוע, במהלך האירוע עצמו. הוא הזמין את תעודות ההוקרה שחולקו במהלך האירוע, אך במעטפות שנמסרו למשפחות לא היה כסף אלא "משהו פיקטיבי", כלשונו, דף הוקרה. לדבריו, רצה ליצור מצג שלפיו כאילו שולם כסף למשפחות החיילים שסירבו פקודה, מתוך מטרה לפרסם את המצב שאליו הגיעה המדינה ולעורר את דעת הקהל למעשיו של ראש הממשלה. מטרתו הייתה להראות שאם יש "צדיק אחד בסדום" מגיעה לו הוקרה והכל מתוך רצון לזעזע את דעת הקהל. הנאשם 1 הוסיף, כי פינוי ישובים בארץ ישראל גרוע מאכילת חזיר ביום כיפור, ולהבנתו, סירוב פקודה לפנות ישובים זו ההלכה, וחיילים חייבים לסרב פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל שכזו. הנאשם 1 נשאל האם מטרתו הייתה לעודד חיילים שיסרבו לפקודה והשיב "כן, בהחלט" ואישר כי המצג של חלוקת הכספים נועד לעודד חיילים אחרים לסרב פקודה לפנות ישובים.

17. בהודעתו מיום 29.12.10 (ת/16) הנאשם 2 השיב לכל שאלה בתשובה כי מדובר בחקירה פוליטית.

הראיות לאישום השני

18. דובר גורביץ' הוא צלם במקצועו ותיעד את האירוע נשוא האישום השני. הסרטונים שצילם הוגשו (ת/8). הודעתו הוגשה בהסכמה במקום חקירה ראשית, ועל פי האמור בה, בחודש ספטמבר 2011 יצרה עמו קשר מזכירה של ארגון שאינו זוכר את שמו וביקשה ממנו להגיע לצלם כנס והרצאות בישוב נופים שבשומרון, לערוך את הצילומים ולהעלותם לאתר האינטרנט youtube. פרטי ההזמנה סוכמו עם אותה מזכירה והוא הגיע לכנס, מיקם את הציוד שלו ופגש במקום את הנאשמים וצלם וידאו של ערוץ 7, שצילם מחוץ לאולם וערך ראיונות קצרים. הוא עצמו צילם את ההרצאות בתוך האולם. הוא לא זכר מי שילם לו, אך למיטב זכרונו התמורה שולמה לו באותו אירוע. העד נשאל האם הנאשם 1 הוא שהזמין אותו לצלם את האירוע והשיב שבדרך כלל לא הנאשם 1 הוא שמזמין אותו, אלא המזכירה או מישהו שמארגן את האירוע, ובהמשך אמר, שלא נראה לו כי הנאשם 1 הזמין, אלא אנשים מטעמו. כשנשאל האם הנאשם 2 הוא שהזמין אותו לצלם השיב שיכול להיות שכן, מאחר והנאשם 2 הזמין אותו לצלם באירועים קודמים, כחמש עד שש עבודות בשנה, והשיב שיכול להיות שהנאשם 2 שילם לו על העבודה. העד אמר שיש קבלות אצל רואה החשבון שלו, ובשאלת הבהרה בחקירה ראשית הוצגה לו קבלה (ת/14), שעליה רשום שמו של הנאשם 1 כמי ששילם על העבודה, והעד אישר שקבלה זו ניתנה בגין העבודה שביצע באותו אירוע, עם זאת בחקירתו הנגדית הביע פליאה על כך ששמו של הנאשם 1 כתוב על הקבלה, שכן על פי זכרונו ארגון כלשהו שילם עבור העבודה. העד לא ידע מי ארגן את הכנס ונקב בשמותיהם של מספר ארגונים "שנלחמו על המיקרופון", כלשונו. לדבריו, מכיר את הנאשם 1 מאז שהיה בן 6, והנאשם 1 היה מנהל בית הספר שלו. הקשר ביניהם אינו יומיומי, אלא שהם נפגשים מדי פעם בפעם באירועים. העד העלה את הסרטונים לאתר ה-youtube וכעבור שבועיים-שלושה התקשרה אליו מנחת האירוע וקבלה על כך שרואים בסרטונים רק את המרצים אך לא רואים אותה, ולכן הוא שב והעלה את הסרטונים לאתר, הפעם כשהיא מופיעה בהם. הוא לא הפיץ את הסרטונים באתרים

נוספים. הוא נשאל האם הנאשם 1 הוא שביקש ממנו להעלות את הסרטון לאינטרנט והשיב כי למיטב זכרונו הנאשם 1 לא דיבר איתו ישירות על כך וייתכן שזה היה מישהו מהצוות שלו. העד התייחס לתוכן הכנס ואמר כי מדובר היה בבקשה מהמדינה להקים מדינה עצמאית- מדינת יהודה, בשטחי יהודה ושומרון, כי בכנס נכחו דוברים שהתייחסו להיבטים שונים של נושא זה ולבסוף הגיעה אישה שקיבלה כסף מהנאשם 1, בשל כך שבנה היה בכלא בגלל שסירב לפנות יהודים.

19. סרטון ת/8 הוא צילום וידאו של חלק מהאירוע נשוא האישום השני ובו נראה, בין היתר, המתואר בכתב האישום. עיקרו של הסרטון הוא הדברים שאמר הנאשם 1, ואולם מדי פעם ניתן לראות צילום של האולם בו נערך הכנס, ולהבחין כי הגם שישנם לא מעט נוכחים בקהל, חלק אחר, לא מבוטל, של הכיסאות, נותר ריק.

20. עידן הרשליקוביץ תיאר כי במהלך שירותו הצבאי כחובש בחטיבת כפיר, יצא הגדוד שבו שירת לפעילות של פינוי מאחז. הוא סירב להשתתף בפעילות בשל אופיה ונדון לעונש של עשרים ימי מחבוש. בזמן שהיה בכלא הוריו סיפרו לו שהוזמנו לאירוע שבו יוענק לו פרס כספי עקב סירוב הפקודה, ולאחר התייעצות עם הוריו הוא הסכים לקבל את הפרס. אמו השתתפה באירוע, ובכסף שקיבל, ₪ 20,000 במזומן, עשה שימוש לצורך ניתוח לייזר בעיניו ולצרכי צדקה. לדבריו, הכיר מראש את האפשרות לקבל כסף מהנאשם 1, עקב סירוב פקודה לפינוי מאחזים, אך הוא סירב פקודה מתוך מניע אידיאולוגי בלבד ולא מתוך מניע כספי. הנאשם אישר כי מעולם לא שוחח עם הנאשם 1 או מי מטעמו על סירוב פקודה, אך הכיר את העלוניו שבהם כתב הנאשם 1 ובהם נכתב כי פינוי ישובים היא פקודה שדגל שחור מתנוסס מעליה.

21. קרן הרשליקוביץ, אמו של עידן, תיארה כי אחרי שנודע לה שבנה נשפט למאסר עקב סירוב פקודה, התקשר אדם שאמר לה שמגיע לבנה פרס על סירובו לפנות יהודים מביתם והיא השיבה לאותו אדם, כי עליה להתייעץ בשאלה אם מוכנה לקבל את הפרס. בעלה התנגד לקבלת הפרס ובנה אמר שלא אכפת לו ועל כן היא הסכימה. היא השתתפה בכנס יחד עם בעלה, בזמן שבנה ישב בכלא. תחילה חשבה שמגיעה רק כדי לקבל את הפרס אך כשהגיעה התברר לה כי מדובר בכנס גדול בנושא ארץ ישראל השלמה וכי מתן הפרס שולב במהלך הכנס. היא הוזמנה לבמה וקיבלה סכום של ₪ 20,000 במזומן, למיטב זכרונה בתוך שקית, ₪ 1,000 עבור כל יום מאסר. לדבריה, לא הכירה איש בכנס, אף לא את הנאשם 1. העדה הוסיפה, כי לא ידעה מראש על הענקת פרסים לחיילים שמסרבים לפנות ישובים והניחה שגם בנה לא ידע על כך דבר. היא לא ידעה גם שסירוב הפקודה של בנה פורסם בעיתונות, הוסיפה כי היא גאה בבנה ובמעשה שלו ולא ציפתה שינהג אחרת, אף אם בגין המעשה היה מקבל קנס של ₪ 20,000 ולא פרס בסכום זה.

22. בהודעת הנאשם 1 מיום 24.6.12 (ת/15) אמר, לאחר שהוצג לו הסרטון המתייחס לאישום 2: "**אני מסית יהודים להישמע לצו האלוקי וצו מצפונם. עפ"י התורה ועפ"י היושר לא יתכן שחייל יהודי יהרוס בתים בארץ ישראל ויפנה יהודים מנחלתם. אם ניתנה פקודה כזו לחייל, הרי זו פקודה בלתי חוקית בעליל ואסור להישמע לה.**" בהמשך אמר, שהריסת בתי יהודים בארץ ישראל היא שיתוף פעולה עם האויב ואין סמכות למדינה להורות לחייל לעשות זאת. הנאשם חזר בהמשך על דברים דומים, ועל חלק נוסף של השאלות סירב להשיב, אך אמר כי אינו יודע מי הזמין את הצלם לאירוע, כי זה אינו תפקידו וכי אינו יודע מי שילם על האירוע.

23. בעדותו של הנאשם 1 הוא טען ביחס לאירוע נשוא האישום השני, כי לא הוא ארגן את הכנס, אלא שהכנס אורגן על ידי מספר ארגונים, אך אישר כי הוא הזמין את אמו של עידן הרשליקוביץ לכנס ומסר לה כסף מזומן שנתרם על ידי ידידו מאמריקה. עוד אישר, כי הזמין את צילום האירוע ושילם עליו ועשה זאת כדי שיפורסם באינטרנט ויעורר את דעת הקהל.

הערכת הראיות וקביעת עובדות

24. מתוך צפייה בקלטת חומר הגלם של ערוץ 2 (ת/4) ניתן לקבוע כי האירוע נשוא האישום הראשון אירע כפי שמתואר באישום, למעט המשפט המיוחס לנאשם 2 "**תדע כל אם עבריה שאם בנה יניף את הדגל 'גדוד שמשון לא מפנה בחומש' על כל יום יקבל 1,100 ₪**", וכן, כאמור לעיל, הנאשם 1 אמר דברים נוספים מעבר לאלה המיוחסים לו בכתב האישום.

25. אשר לשאלה המצויה בלב המחלוקת העובדתית - האם אמנם המעטפה שנמסרה לדודו של החייל שסירב פקודה אמנם הכילה כסף, יש לומר כי הכרעה בה היא צדדית לעניין, שכן מתן תמורה בפועל עבור סירוב הפקודה אינה יסוד מיסודות העבירה, ועיקר החשיבות היא בעצם הבטחתו של פרס הכספי.

26. על אף האמור, מתוך חומר הראיות שהוצג לפני ניתן לקבוע, מעבר לספק סביר, כי באירוע נשוא האישום הראשון נמסר כסף למשפחת החייל.

אמנם דודו של החייל, אברהם הלוי, אישר שלא פתח את המעטפה, לא ידע מה היה תוכנה וממילא לא ראה האם הכילה המחאה או כסף. עם זאת, שני הנאשמים אמרו במהלך האירוע באופן מפורש כי החייל שסירב פקודה זוכה לפרס כספי, והנאשם 2 אף נקב בסכום. מדובר באמרת חוץ של הנאשמים שיש בה משום הודאה, ולצורך ביסוס ממצא על פיה נדרש "דבר מה נוסף" בלבד.

העובדה כי באירוע בעל אופי דומה, נשוא האישום השני, נמסר למשפחת החייל כסף, די בה כדי להקים את התוספת הראייתית הנדרשת.

על רקע זה, לא ניתן לקבל כמהימנה את טענת הנאשם 1 בעדותו, לפיה באירוע נשוא האישום הראשון היה מדובר ב"גימיק" בלבד ולא נמסר כסף. הגם שהנאשם 1 טען בהודעתו במשטרה (ת/11 שורה 38), כי מעולם לא נמסר כסף עבור סירוב פקודה, הוא לא טען באף אחת מהודעותיו כי מדובר ב"גימיק" שנועד לזעזע את דעת הקהל, וטענתו בעניין זה היא בבחינת עדות כבושה.

הנאשם 2 שתק במשטרה ולא העיד בבית המשפט, ומשכך לא עלה בידו להקים ספק בראיות שהובאו על ידי המאשימה המבססות את מסירת הכסף למשפחת החייל באירוע נשוא האישום הראשון.

27. האישום השני מיוחס לנאשם 1 בלבד, אשר בסיכומיו הודיע כי אינו חולק על העובדות הנזכרות בכתב האישום ביחס לאישום זה. לפיכך יש לקבוע, כי המסגרת העובדתית של אישום זה היא כאמור בכתב האישום.

28. עבירת הסתה לאי ציות לפי סעיף 110 לחוק העונשין קובעת כדלקמן:

"110. הסתה לאי ציות

מי שהסית או שידל אדם המשרת בכוח מזוין לאי ציות לפקודה חוקית- דינו מאסר שנה; התכוון בכך לפגוע בביטחון המדינה, דינו מאסר חמש שנים; נעברה העבירה בתקופה שבה מתנהלות פעולות איבה צבאיות של ישראל או נגדה, דינו- מאסר שבע שנים."

הנאשמים מואשמים בחלופה שברישא.

העבירה שבה מואשמים הנאשמים קובעת מגבלה על ביטוי מילולי, המוגן, ככלל, במסגרת חופש הביטוי.

בשל מעמדו המיוחד של חופש הביטוי, נקבע בהלכה הפסוקה ביחס לעבירות מסוג זה, כי יש לפרשן באופן המצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי למינימום ההכרחי לצורך הגשמת הערך המוגן על ידי העבירה (ראו דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל** (פ"ד ס"ה(1) 23; להלן: "פרשת אונגרפלד") בסעיף 11 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה ריבלין) ובפרט בשעה שמדובר בביטוי בעל אופי פוליטי מובהק (ראו פסק דינה של כב' הנשיאה נאור ברע"פ 5991/13 **אליצור סגל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 2.11.17; להלן: "פרשת סגל")).

29. על רקע חשיבותו הרבה של חופש הביטוי, נעשה, ביחס לעבירות המגבילות אותו, שימוש במכשירים משפטיים שונים, שיש בהם כדי לצמצם את תחולתן, לאותם מקרים הכרחיים בלבד; בחלק מן העבירות קבע המחוקק דרישת התקיימותו של יסוד נפשי מיוחד. כך למשל, עבירת איסור פרסום הסתה לגזענות שבסעיף 144ב לחוק העונשין דורשת התקיימותה של מטרה להסית לגזענות, עבירת האיומים שבסעיף 192 לחוק קובעת יסוד נפשי של כוונה להפחיד או להקניט ועבירת לשון הרע שבסעיף 6 לחוק **איסור לשון הרע** תשכ"ה- 1965 דורשת התקיימותה של כוונה לפגוע. במקרים אחרים, דוגמת איסור פרסום הסתה לאלימות שבסעיף 144ד לחוק העונשין, או איסור פרסומי המרדה שבסעיף 134 לחוק, קבע המחוקק דרישה הסתברותית לקיום תוצאה.

30. במקרים נוספים, שבהם המחוקק עצמו לא הגביל תחולת האיסור הפלילי הפוגע בחופש הביטוי באמצעים אלה, אימץ בית המשפט העליון מגבלות דומות בדרך של פרשנות. כך, בנוגע לעבירת העלבת עובד ציבור שבסעיף 288 לחוק העונשין, נקבע ב**פרשת אונגרפלד** מבחן תוכני והסתברותי, כאמור בסעיפים 23-24 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה:

"שני מרכיבים
א. תמטען האיזון בין הערכים הנוגדים הפועלים במסגרת האיסור הפלילי לביענין העלבת עובדה ציבורי.
המרכיב האחד הוא יסודה 'העלבה', שתוכנו אמור לשקף אתה איזון האמור;
והמרכיב השני הוא מבחן הסתברותי, אשרנועד, במסגרת אותו איזון,

להגביל את תחום השטרעות השלה עבירה הרק למצבים שבהם קיימת הסתברות ברמה מסוימת לפגיעה ממשיכת בערך המוגן בעבירה.
שילוב שני מרכיבים אלה הוא היוצא אתה איזון הראוי בין הערך המוגן בעבירה לבין הערך הנוגד לחופש הביטוי, שעיקר נמצא, לטעמי, בשניים: האחד -
במתן תוכן למעשה ההעלבה המכוון רק למעשים קיצוניים של פגיעה בקשה בליבת כבוד ושל עובד הציבור. לענין זה, אין די בפגיעה בעלת אופינסבל או שולי בכבוד האדם, אלא נדרשת פגיעה עמוקה בליבת הכבוד של עובד הציבור במילוי תפקידו, יהא זה מדברי ביקורת, מגידופים או מכלתוכן אחר של דברה העלבה, תהא הגדרתו אשורתהא.
לצורך כך, אין לקבוע מראש תכנים כאלה או אחרים שיהוו 'העלבה'; השני - בקביעת מבחן הסתברותי ברף גבוה, שענינו בקיום 'דאות קרובה' כי מעשה ההעלבה הביא לפגיעה קשה בעובד במילוי תפקידו, ומכאן גם בשירות הציבורי במובנו הרחב."

31. אמנם, בפסיקה קודמת של בית המשפט העליון בדנ"פ 8613/96 ג' בארין נ' מדינת ישראל (פ"ד נ"ד (5) 193) שדנה בעבירת תמיכה בארגון טרור לפי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, ניתן למצוא התייחסות לפיה, בהעדר אמירה מפורשת של המחוקק לא ניתן להחיל מבחן הסתברותי ביחס לעבירת ההתנהגות, ואולם באותו מקרה הגשים בית המשפט העליון את ההגנה על חופש הביטוי באמצעות פרשנות מצמצמת לנסיבה "ארגון טרוריסטי".

32. על רקע דברים אלה, יש לעמוד על התכלית העומדת בבסיסו של האיסור הפלילי בו מואשמים הנאשמים.

תכליתו של האיסור הקבוע בסעיף 110 לחוק העונשין, היא שמירת כוחו של הצבא בדרך של מניעת פגיעה בהיררכיה הצבאית, שהיא תשתית הכרחית לקיומו של כח צבאי יעיל הפועל במדינה דמוקרטית, בפרט כזו הנאבקת מאבק יומיומי על ביטחונה. לענין זה יפים דבריה של כב' השופטת פרוקצ'יה בבג"צ 2383/04 מילוא נ' שר הביטחון (פ"ד נט (1) 166):

"בסרבנות השירות הצבאי טמון גרעין העלול לסכן את שלמותה של המערכת הצבאית ולזרוע פירוד בשורותיה. הכרה בה עלולה לייבא אל תוך המערכת הצבאית את הויכוח הפוליטי, ולפגוע אגב כך במשמעת הפנימית, בדבקות במטרה, וביכולת להגשים משימות צבאיות קשות שנועדו להגן על חיי אדם. היא עלולה לפגוע במעמדה של ההנהגה הלאומית ובכוחה להנהיג את הכח הצבאי..."

33. היסוד ההתנהגותי בעבירת הסתה לאי ציות כולל שתי חלופות - "הסית" ו"שידול". בכתב האישום, כמו גם בסיכומיה, לא הבחינה המאשימה בין שתי החלופות, אלא התייחסה אל שתיהן כאל תיבה אחת.

לטענת ב"כ הנאשם 2, יש לפרש את שתי החלופות ("הסית" ו"שידול") כעבירות ספציפיות של "ניסיון לשידול" ו"שידול", בהתאמה, שהן, ככלל, עבירות ענישות, גם לפי דיני העונשין הכלליים. משכך, על פי הנתען, העובדה שדבריהם של הנאשמים לא כוונו כלפי חייל ספציפי, כפי שנדרש על פי דיני השידול הכלליים, וכן לשונה של הוראת החיקוק, הנוקטת

במילים: **"הסית או שידל אדם המשרת בכח מזוין"**, שומטות את הקרקע תחת התקיימות יסודות העבירה. טענה דומה נטענה מפי ב"כ הנאשם 1, הנסמך בעניין זה גם על ההשוואה ללשון שנקט המחוקק בסעיף 289 לחוק העונשין ביחס לעבירת ההסתה להימנע מתשלומי חובה **"המסית אדם, או קבוצת בני אדם, שלא לשלם או לעכב תשלום חובה..."**

34. השימוש שעשה המחוקק בנסיבה **"אדם המשרת בכח מזוין"** כשלעצמו, אינו מונע את תחולת העבירה כאשר הפניה נעשית לקבוצת בני אדם, לנוכח פרשנות המילה "אדם" בסעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש].

עם זאת, הפרשנות שהוצעה על ידי ב"כ הנאשמים היא פרשנות אפשרית וסבירה, ביחס לחלופה "שידל" בשים לב לדיני השידול הכלליים, הדורשים כי השידול יתייחס למשודל מסוים (ראו בענין זה ש.ז. פלר **יסודות בדיני עונשין**) (כרך ב' תשמ"ז-1987) (פסקה 296 בעמ' 226-227):

"מושג השידול, כצורת שותפות לדבר עבירה, הוא בעל משמעות שאינה תמיד הולמת את המשמעות הרגילה של מטבע לשון זה. המדובר במשמעות הנותנת ביטוי ליחס בין פרט לפרט, משדל למשודל, ולא גם ליחס בין פרט לבין קהל, מקום שהפרט מסית, מדיח, מתסיס קהל מסוים או קהל בלתי מוגדר, ללא הבדל הזהות הפרטית של הנמנים על אותו קהל, לבצע עבירה פלילית. פעולות כאלה עשויות להצמיח עבירות ספציפיות, ואפילו משמשים בתבה 'שדל' לשם הגדרתן, אין זה אותו 'שידול' כצורה של שותפות לדבר עבירה, בו נדון בהמשך..."

... יש גם איסורים ספציפיים של שידול 'מפרט אל פרט' דווקא, והם משני סוגים. האחד של מקרי שידול למעשים שביצועם על ידי המשודל אינו בגדר עבירה פלילית... הסוג האחר הוא, הפעם, של מעשי שידול לדבר עבירה דווקא, שזוכים באיסור מיוחד בחלק הספציפי של החוק הפלילי, חרף כך, שאלמלא איסורים ספציפיים אלה, פליליותם של מעשי שידול אלה היתה מובטחת באיסורו של השידול לדבר עבירה, כצורה כללית של שותפות לדבר עבירה. למשל ... שידול חייל לאי ציות לפקודה חוקית לפי סעיף 110 לחוק העונשין... כנראה ששיקולים כרוכים בסמכות השיפוט של מערכת משפט מסוימת, או בשימת דגש מיוחד עם עצם קיום האיסור, בגלל שכיחות התופעה האסורה, הניעו את המחוקק לייחד לשידול לעבירות מסוימות מעמד נפרד."

35. עם זאת, כאמור, המחוקק נקט בלשון **"הסית או שידל"** ומנה שתי חלופות אפשריות ליסוד ההתנהגותי. על יסוד ההנחה כי המחוקק אינו משחית מילותיו לריק, בחירתו, גם לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, להציב שתי חלופות להתנהגות, מלמדת על כך שהן נבדלות זו מזו. משכך, ככל שהדבר נוגע לחלופת השידול, אמנם, יש לקבל את הטענה הנוגעת לדרישה לקיומו של משודל ספציפי, כפי שנדרשת בעבירת השידול הכללית. מנגד, החלופה ההתנהגותית "הסית" יכולה להתפרש, כעבירות ההסתה האחרות, ככזו המתארת פניה של פרט לקהל בלתי מסוים.

ב"כ הנאשם 2 מבקש לראות בחלופה זו כנגזרת של "ניסיון לשידול", ואולם, בהינתן העובדה שחלופת השידול הנזכרת בסעיף משמעותה ייחוד עבירה ספציפית לעבירת השידול, הרי שהניסיון לשידול היה עניש גם בהעדרה של התיבה "הסית".

36. כפי שיפורט בהמשך, לנוכח התוצאה שאליה הגעתי, אין צורך להכריע בשאלה האם החלת דיני השידול הכלליים גם על החלופה ההתנהגותית "הסית" היא פרשנות סבירה של הדין על פי תכליתו, אשר בהיותה מקלה עם הנאשמים, יש להעדיפה, בהתאם לכלל הקבוע בסעיף 34א לחוק העונשין.

37. מכל מקום, אף אם אקבל את פרשנותה של המאשימה ואקבע כי ניתן להחיל את הוראות הנורמה האוסרת ביחס לחלופה ההתנהגותית "הסית" גם על פניה כללית לקהל בלתי מסוים, העובדה כי מדובר בעבירה המגבילה את חופש הביטוי, מחייבת שימוש באמצעי אחר שיגביל את תחולתה למקרים הנדרשים בלבד.

38. ב"כ הנאשמים טענו, כי בדומה לעבירות אחרות המצמצמות את חופש הביטוי, יש להחיל גם בעבירת ההסתה לאי ציות מבחן הסתברותי שיאמוד את עוצמתה של האפשרות כי הדברים הנאמרים יובילו לתוצאה המקווה של אי ציות. וב"כ הנאשם 1 אף תולה עתירתו בעניין זה בדרך שבה הלך בית המשפט העליון בפרשת **אונגרפלד**.

אכן, לא ניתן להתעלם מן הדמיון הרב בין התכליות העומדות בבסיסו של האיסור הפלילי בו מואשמים הנאשמים לבין התכליות העומדות בבסיס העבירה של העלבת עובד ציבור. הגם ששתי הוראות החיקוק נמצאות בפרקים שונים של חוק העונשין, האחת מצויה בפרק העוסק בביטחון המדינה, יחסי החוץ וסודות רשמיים, והאחרת- בפרק העוסק בפגיעות בסדרי השלטון והמשפט, שתיהן נועדו למנוע פגיעה בתפקודם של הגורמים הממלכתיים, שפעילותם התקינה, המסודרת והשגרתית, ללא מורא וללא השפעות חיצוניות, היא תנאי הכרחי להמשך קיום החיים התקינים במדינה.

39. לדרישת התקיימותו של יסוד הסתברותי בעבירה לפי סעיף 110 לחוק העונשין יש אחיזה ביסודותיה של עבירת השידול הכללית, הדורשת, כשלעצמה, אפקטיביות פוטנציאלית העשויה להשפיע על המשודל לבצע את העבירה נשוא השידול (ראו למשל ע"פ 8469/99 **אסקין נ' מדינת ישראל** (פ"ד נה(2) 65) וע"פ 7894/03 **ג'אבר ואח' נ' מדינת ישראל** (פורסם בנוב 18.2.08)).

40. לפיכך, ניתן אמנם ללמוד גזירה שווה, בשינויים הנדרשים, מהפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט העליון לעבירת העלבת עובד ציבור בפרשת **אונגרפלד**, וכפי שחודדה לאחרונה בפרשת סגל, דהיינו החלת מבחן תוכני, לצד מבחן הסתברותי של אפשרות קרובה לוודאי להתממשות התוצאה, תוך מתן משקל מיוחד, במסגרת המבחן התוכני, לשאלה האם הביטוי שבגיניו מואשמים הנאשמים הוא ביטוי בעל אופי פוליטי.

41. סוגיה נוספת המצויה במחלוקת בין הצדדים, היא פרשנות הנסיבה "פקודה חוקית". בעוד שמסיכומי התביעה עולה גישה, לפיה האיסור חל על כל פקודה, בין שכבר ניתנה ובין כזו עתידית, שתוכנה המדויק אינו ידוע, ב"כ הנאשם 1 טען מנגד, כי יש לפרש את הביטוי "פקודה חוקית" כפקודה מסוימת שכבר ניתנה.

אופיו של השירות הצבאי הוא כזה שפקודות שאינן פקודות קבע, ניתנות, לרוב, סמוך לפני המועד שנועד לביצוען. קבלת הגישה הפרשנית של ב"כ הנאשם 1 תשלול באופן כמעט מוחלט את האפשרות להחיל את הוראות החוק במקרים מוצדקים, בהם אין אמנם התייחסות לפקודה ספציפית, אך יש בהם המסוימות הנדרשת על מנת לאפשר לחייל להבין באיזה סוג של פקודות מדובר, ומתקיימים כל יסודותיה האחרים של העבירה.

לטעמי יש לפרש את הביטוי "פקודה חוקית" ככזה המתייחס לפקודות שכבר ניתנו, כמו גם לפקודות שטרם ניתנו, אך צפויות להינתן, ובלבד שיש בידי החיילים המשרתים בצבא (או בכוח מזוין אחר) להבין, מתוך דברי ההסטה, את ההתנהגות המצופה מהם על ידי עובר העבירה, אם ולכשתינתנה פקודות אלה.

42. אשר ליסוד הנפשי הנדרש בעבירה- האיסור הכללי של שידול לביצוע עבירה הקבוע בסעיף 30 לחוק העונשין, דורש יסוד נפשי של מודעות המשדל לכך שיש במעשיו כדי להביא לביצוע עבירה פלילית על ידי המשודל ושאִיפה מצדו לביצועה והשלמתה (ראו למשל ע"פ 4178/10 **פרג' נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 19.8.13)).

הגם שעבירת הסתה לאי ציות כוללת, כאמור, שתי חלופות ליסוד ההתנהגות "הסית" ו"שידל", לא מצאתי טעם להבחין ביניהן בכל הנוגע להתקיימותו של היסוד הנפשי המיוחד הדורש מטרה של המשדל או המסית כי העבירה תושלם (וראו בעניין זה גם י. קדמי **הדין בפלילים** (חלק רביעי, תשס"ו-2006) עמ' 1858).

מן הכלל אל הפרט

43. על רקע האמור, אבחן האם התקיימו במקרה דנן יסודות העבירות על ידי הנאשמים.

44. דבריהם של הנאשמים הופנו לכלל חיילי צה"ל. מדובר בקבוצה המונה רבבות בני אדם. מובן, אם כן, כי משעה שהפנייה היא לקהל בלתי מסוים ובהעדרו של משודל ספציפי, אין מתקיימת לגבי הנאשמים החלופה ההתנהגותית "שידל".

ביחס לחלופה "הסית", אף אם נבחר בפרשנות המרחיבה, הסובלת גם פנייה בדברי הסתה לקהל בלתי מסוים, לא תשתנה התוצאה, כפי שיפורט להלן;

45. הדברים שנשאו הנאשמים מתייחסים לסוגיה המצויה במחלוקת פוליטית נוקבת, ולעיתים גם במחלוקת משפטית (ראו למשל בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח'** (פ"ד נ"ט(2) 481). משכך, ועל פי הפרשנות המצמצמת שנקבעה בפרשת סגל, נקודת המוצא היא שכלל, אין להחיל עליהם את האיסור הפלילי. עם זאת, ההלכה הפסוקה לא שללה באופן מוחלט את האפשרות להחיל איסורים פליליים הנוגעים לחופש הביטוי גם על ביטוי פוליטי, ומשכך, אין די בעובדת היותם של הדברים בגדר משנה פוליטית, כדי להוציאם מתחולת העבירה.

46. דבריהם ומעשיהם של הנאשמים באירוע נשוא האישום הראשון, כמו גם הדברים שאמר הנאשם 1 באירוע נשוא האישום השני, הם קריאה מפורשת לחיילי צה"ל לסרב לפקודת פינוי ישובים יהודים.

47. הפרסים הכספיים שחולקו בשני האירועים, ניתנו למשפחות החיילים לאחר שהחיילים סירבו לפקודה, או ביצעו פעולת מחאה בעלת אופי סרבני, במסגרת שירותם. מובן, שהעבירות בהן מואשמים הנאשמים אינן מתייחסות

להסתה או שידול של חיילים אלה לסירוב פקודה, אלא שהנאשמים עשו שימוש במעשיהם של השלושה לצורך הסתתם של חיילים אחרים לסרב פקודה לפנות ישובים.

48. אמנם, לא הוכח כי בעת ביצוע המעשים עמדה על סדר היום של צה"ל פקודה ספציפית לפינוי יישוב כלשהו, ואולם דבריהם של הנאשמים התייחסו לסוג מסוים של פקודות, הניתנות מעת לעת לחיילי צה"ל, ויש בהם הפירוט והמסוימות הנדרשים לשם יצירת ההבנה אצל החיילים, כיצד מצופה מהם לנהוג, אם תינתן פקודה מסוג זה.

49. בדבריהם של הנאשמים הייתה מטרה מוצהרת לגרום לחיילי צה"ל לסרב לפקודת פינוי. הנאשם 1 אמר את הדברים באופן מפורש גם בחקירותיו במשטרה וגם בעדותו בבית המשפט. הנאשם 2 שתק, הן במשטרה, הן בבית המשפט, ומכאן שלא הצליח לסתור את העובדה שמטרתו הייתה זהה למטרת הנאשם 1, כפי שאף עולה מתוך עצם השתתפותו באירוע נשוא האישום הראשון ומתוך הדברים שאמר במהלכו. השימוש בפרסים כספיים לחיילים שכבר סירבו פקודה כאמור, מחזק את הראיות לקיומה של מטרה זו, כמו גם הזמנתם של אמצעי תקשורת רבים לאירוע נשוא האישום הראשון, וצילום ופרסום הסרטונים המתעדים את האירוע נשוא האישום השני. מכאן שמתקיים היסוד הנפשי הנדרש בעבירה.

50. כאן המקום לומר, כי בניגוד לנאשמים, ביחס לכתבי הטלביזיה שנכחו במקום, כמו גם אלה ששידרו את הכתבה על אודות הכנס, לא הוכח כי היו בעלי מטרה זהה, לגרום לחיילי צה"ל לסרב לפקודת פינוי (וספק בעיני אם אמנם הייתה להם מטרה שכזאת), ומכאן שיש לדחות את טענת ב"כ הנאשם 2 בדבר אי העמדתם של כתבי הטלביזיה לדין.

51. על אף האמור, חזקה ככל שהייתה מטרתם של הנאשמים להוביל לתוצאה של סירוב פקודה, אין בקיומה של המטרה כשלעצמו, כדי ללמד דבר על האפשרות שהיא אמנם תתממש.

52. בבחינת קיומה של הסתברות התממשות התוצאה של סירוב פקודה על ידי החיילים, יש להתייחס במקרה דנן למספר מדדים ובהם זהותם ומעמדם של הנאשמים, זהותו של קהל היעד, מידת התפוצה שלה זכו דבריהם של הנאשמים והאמצעים שבהם עשו שימוש לצורך מימוש מטרתם.

מחד גיסא, האירוע נשוא האישום הראשון פורסם בהרחבה במסגרת כתבת טלביזיה ששודרה בערוץ 2, ובסרטון חומר הגלם ניתן לראות נוכחות של אמצעי תקשורת נוספים, שסביר כי הדברים פורסמו גם באמצעותם.

אשר לאירוע נשוא האישום השני, מדובר בכנס שנכחו בו משתתפים לא מעטים (הגם שניתן לראות בסרטון, כי מספר לא מבוטל של כסאות נותר ריק), צולם על ידי צלם שהוזמן במיוחד ופורסם באתר נפוץ המאגד בתוכו מיליוני סרטונים אחרים, ואשר הצפייה בתכנים בכלולים בה דורשת פעולות איתור וחיפוש יזומות של המשתמשים.

מאידך גיסא לא מצאתי כי הנאשמים הם בעלי מעמד ציבורי מיוחד, שיש בו כדי להעניק לדבריהם משנה תוקף. ביחס לנאשם 2 לא הובאו ראיות להוכיח כי אינו אלא אדם מן השורה, שהשתתף בארגון כנס פוליטי נשוא האישום הראשון.

ביחס לנאשם 1, הוכח כי הוא בעל הסמכה לרבנות שאינו רב קהילה, אשר עוסק בכתיבת עבודה תורנית ענפה, אינו עוסק בלימוד פרונטלי של תלמידים, אך נותן פסקי הלכה למי שפונה אליו בשאלה ואשר עמד בראש עמותה בשם "המטה להצלת העם והארץ", שעסקה בפעילות בעלת אופי פוליטי. חרף עיסוקיו של הנאשם 1 לא מצאתי כי הוא איש בעל השפעה חריגה או בעל מעמד ציבורי רם, אשר כשלעצמו יבסס תוקף מוסרי מיוחד באוזני שומעיו לדברים הנאמרים מפיו.

יש לומר כי בסרטון האירוע נשוא האישום הראשון (ת/4) נראה חבר הכנסת מיכאל בן-ארי יושב אף הוא, יחד עם הנאשם 1 לשולחן הנואמים, נואם ובהמשך מוסר תעודת הוקרה לקרוב משפחתו של אחד החיילים שנידונו למאסר בשל מעשיהם. הגם שחבר הכנסת השתתף באירוע שבו נקראו קריאות מפורשות לחיילי צה"ל לסרב לפקודה לפנות ישובים, והגם שישב בשולחן הכבוד של האירוע, הקשיב להבטחות למתן תמורה כספית לחיילים שסירבו פקודה מבלי למחות או להסתייג מהם, ואף נשא דברים בעצמו (גם אם בדבריו שהוא עצמו נשא אין התייחסות לתמורה הכספית), לא מצאה המאשימה לנקוט בפעולות להסרת חסינותו לצורך העמדתו לדין יחד עם הנאשמים, הגם שמעמדו הציבורי רם משלהם-ובהתאם- מידת ההשפעה הפוטנציאלית של דבריו.

בנוסף יש לתת את הדעת על כך, שהן באירוע נשוא האישום הראשון, הן באירוע נשוא האישום השני, הדברים הופנו באופן כללי לכלל חיילי צה"ל. לא נעשתה פנייה קונקרטיה לחייל כזה או אחר, לגדוד או חטיבה מסוימים, וצורת הפניה הכללית אגב כנס פוליטי מובהק, מקטינה את ההסתברות כי הדברים יובילו להתממשות התוצאה.

נתון המחייב התייחסות מיוחדת בבחינת היסוד ההסתברותי, הוא נושא הפרסים הכספיים שחולקו לחיילים שכבר סירבו פקודה או נקטו בפעולה בעלת אופי סרבני, והבטחת תגמול כספי למי שיעשה כן בעתיד. אכן, מעבר לדברי ההסתה עצמם, מדובר בצעד נוסף, מכעיס ומקומם, אשר ניתן לסבור כי יגביר את המוטיבציה לסרב פקודה. דא עקא שראוי להזכיר, כי סירוב פקודה חוקית בנסיבות שהנאשמים קראו לו, הוא בגדר עבריינות אידיאולוגית, אשר כפי שהבהיר העד הרשליקוביץ, אין בינה לבין התגמול הכספי דבר. אמנם מתוך עדותו התברר, כי החיילים היו מודעים, באופן כללי, לכך שסירוב פקודה לפנות ישובים יהודים עשוי לזכות אותם בתגמול כספי ואולם, כפי שהבהיר בעצמו, הוא היה נוהג באותה הדרך גם אלמלא היה מוצע פרס כספי על הסירוב, ואף אם היה נדרש לשלם קנס כספי בגינו. יתרה מכך, כפי שהעידו גם החייל וגם אמו, לאחר שהוצע להם הפרס הכספי, הם התלבטו אם לקבלו (עמ' 40 שורה 3; עמ' 42 שורה 23) עובדה שיש בה ללמד, כי לפרס עצמו לא הייתה נפקות בקבלת ההחלטה על סירוב הפקודה.

משעה שסירוב פקודה חוקית בנושא שאליו התייחסו דברי ההסתה של הנאשמים הוא עבירה המתבצעת על רקע אידיאולוגי, השפעתו של התגמול הכספי בנסיבות המקרה דן היא שולית ואין בה כשלעצמה, ואף כשהיא מצטרפת לפרסום הנרחב של חלק מהדברים, כדי לבסס את ההסתברות הנדרשת לכך שדבריהם של הנאשמים יובילו אמנם לסירוב פקודה חוקית.

53. בשולי הדברים יש לומר, כי מעשיהם של הנאשמים בוצעו בשנים 2009 ו-2011. מאז ועד היום חלפו כשש עד שמונה שנים. הגם שהתממשות התוצאה בפועל אינה יכולה להוות מדד במסגרת המבחן ההסתברותי, לא ניתן להתעלם מן העובדה, כי בחלוף השנים, סרבנות חיילים לפקודות חוקיות של פינוי ישובים לא הפכה לתופעה נפוצה המערערת את המשמעת בצבא. צבא ההגנה לישראל נותר צבא איתן, מרותם של מפקדיו לא התערערה ואף לא התערערה מידת יכולתו לבצע ביעילות את משימותיו.

כאמור, עובדה זו, הנלמדת תמיד בדיעבד, אינה יכולה להוות מדד לבחינת התקיימותו של הרכיב ההסתברותי, אך משעה שכתב האישום הגוש כחמש שנים לאחר ביצוע המעשים נשוא האישום הראשון וכשלוש שנים לאחר ביצוע המעשים נשוא האישום השני, ראוי היה שרשויות התביעה ייתנו עליה את דעתן. בעניין זה יפים דבריו של כב' המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין שנכתבו בספרו "נתיבי ממשל ומשפט" (ישראל, תשס"ג-2003) בפרק "משפט ציבורי בימי משבר, בימי לחימה", עמ' 27:

"בשעתה, כשהושמעה קריאה מקוממת לסרבנות לשירות ביו"ש ובעזה בעת מבצע חומת מגן, והיו מעטים שהושפעו ממנה, קיבלנו החלטה שלא להכריע באופן סופי בנושא, בהקשר הפלילי (להבדיל מאכיפה לפי פקודות הצבא כלפי סרבנים בתוך צה"ל) כדי לראות אם התופעה הופכת למהותית וממשית או נותרת בתחום השולי. לשמחתנו נותרה בצה"ל הסרבנות לשרת ביו"ש ובעזה שולית. הוא הדין עתה, כשהקריאות המקוממות הן מן הקצה האחר של המתרס, ואני שמח שנמסר מצה"ל לשאלתי, כי אף לא חייל אחד הושפע מפסק הלכה כביכול של הרב זלמן מלמד, בעניין ציות לפקודות, והרב מלמד נותר במיעוט גמור."

54. קריאה לחיילי צה"ל לסרב לפקודה חוקית של מפקדיהם היא מכעיסה ומקוממת. ואולם, חופש הביטוי, הוא בעל מעמד חוקתי מיוחד, ומהווה תנאי חיוני לקיומה של דמוקרטיה ולשמירה על זכויות היסוד האחרות. חופש הביטוי אינו חל רק על ביטויים המצויים בלב ההסכמה, ומבחנה של הדמוקרטיה הוא בתחולתו של חופש הביטוי גם על ביטויים מרגיזים ואפילו פוגעים, דוגמת קריאה שכזו.

55. לנוכח האמור לעיל, אף על פי הפרשנות המרחיבה שאינה דורשת פנייה לנמען מסוים, משעה שלא הוכחה הסתברות ברמה הנדרשת להתממשות התוצאה של אי ציות חיילים לפקודות חוקיות בצבא, לא ניתן להרשיע את הנאשמים בהסתה לאי ציות.

אבהיר, כי אין בכך משום מתן היתר לאיזה מחיילי צה"ל שלא לציית לפקודה חוקית של פינוי ישובים, אם תינתן, או להביא להנחה שגויה, בדבר התייחסות סלחנית לסירוב לציית לפקודה חוקית, ומצופה כי שלטונות הצבא יאכפו קיום פקודות חוקיות על חיילים סרבנים, אם חלילה יהיו כאלה, בתוך המסגרת הצבאית.

56. בשל התוצאה אליה הגעתי, לא מצאתי לדון בטענת ההגנה מן הצדק, אשר הוכרעה בראשיתו של ההליך, ביום 25.5.16 על ידי כב' השופטת מאק-קלמנוביץ'.

57. לנוכח האמור לעיל אני מזכה את הנאשמים מהמיוחס להם בכתב האישום.

58. זכות ערעור לבית המשפט המחוזי בירושלים בתוך 45 ימים מהיום.

ניתנה היום, ו' טבת תשע"ח, 24 דצמבר 2017, במעמד הצדדים