



10 לינואר 2024

לכבוד

עו"ד אלון אלטמן

המשנה לפרקליט המדינה לתפקידים מיוחדים

פרקליטות המדינה

משרד המשפטים

שלום רב,

הנדון: סעיף 103 לחוק העונשין – תעמולה תבוסתנית

1. על פי דיווח חדשותי, במהלך חודש נובמבר 2023 הוגשה תלונה כנגד יאיר נתניהו, על פיה פרסומיו בערוץ הטלגרם שלו עולים לכדי עבירה פלילית תחת סעיף 103 לחוק העונשין, האוסרת על תעמולה תבוסתנית בעת לחימה (מתן וסרמן) "תעמולה תבוסתנית": תלונה הוגשה ליועמ"שית נגד יאיר נתניהו" **מעריב** (22.11.2023)). מהידיעה עולה כי עיקר הפרסומים עסקו בהשפעת פסיקת בג"ץ על הצבא וביקורת על גורמי פיקוד שונים.
2. ביום 7.1.2024 התפרסמה בתקשורת ידיעה על פיה הנך שוקל להורות על חקירה של מר יאיר נתניהו בגין הפצת תעמולה תבוסתנית אסורה בשעת מלחמה (ביני אשכנזי "תעמולה אסורה: הפרקליטות בוחנת אם לפתוח בחקירה נגד יאיר נתניהו" **וואלה** (7.1.2024)).
3. בלי להביע עמדה לתוכן אמירותיו של מר יאיר נתניהו, הריני להביע את הסתייגות האגודה לזכויות האזרח מעצם השימוש בעבירה מכוח סעיף 103 לחוק העונשין להתמודדות עם ביטויים, מקוממים ככל שיהיו. עצם ההודעה על בחינת האפשרות לחקור אדם בעבירה זו עשיה לייצר אפקט מצנן על התבטאויות שעניינן ביקורת לגיטימית על צה"ל או הפצת ידיעות על מצב הלחימה. לאור זאת, ומאחר שמדובר בסעיף המפליל דיבור ומגביל את חופש הביטוי, נבקש לעמוד על אופיו ועל פרשנותו.
4. סעיף 103 לחוק העונשין נכלל בסימן ב' לחוק הכולל עבירות בגידה והוא קובע כדלקמן:
"מי שהפיץ בשעת לחימה, ובכוונה לגרום בהלה בציבור, ידיעות שיש בהן כדי לערער את רוח חיילי ישראל ותושביה בעמידתם בפני האויב, דינו - מאסר חמש שנים;
התכוון לפגוע בביטחון המדינה, דינו - מאסר עשר שנים".
5. מבדיקה שערכתי, עולה כי לא נעשה שימוש בסעיף זה עד למלחמת חרבות ברזל, וגם מאז השבעה באוקטובר, נעשה בו שימוש פעם אחת בלבד, שהסתיים בזיכוי על רקע מצבה הנפשי של הנאשמת (ת"פ 31752-10-23 **מדינת ישראל נ' מיה נתן** (1.11.2023)).



6. האיסור על תעמולה תבוסתנית הינו חלק מהפרק האוסר על בגידה בחוק העונשין. הוא ממוקם לצד עבירות שעניינן פגיעה בריבונות המדינה ושלמותה, וכוללות גרימת מלחמה, סיוע לאויב במלחמה, גילוי החלטה לבגוד ושירות בכוחות האויב (סעיפים 98, 99, 100 ו-101 בהתאמה). מדובר על שורת עבירות שנועדו להתמודד עם מי שמעשיהם מורים על תמיכתם ושיתוף הפעולה שלהם עם אויבי המדינה בעת מלחמה.
7. מאחר שהעבירה המדוברת הייתה כאבן שאין לה הופכין, בתי המשפט לא זכו לפרשה, אך ניתן להקיש מפרשנות עבירות אחרות מפרק הבגידה בחוק העונשין. כך למשל, פרשנות עבירת הסיוע לאויב במלחמה נעשתה תוך התייחסות למיקומו בחוק ולעבירות הממוקמות לצדו, לרבות תעמולה תבוסתנית. נקבע כי "מטבע הדברים, לא כל פעולה עוינת היא בבחינת מעשה אשר נועד לקעקע את ריבונות המדינה או לפגוע בעצם קיומה" (ע"פ 11328/03 מד"י נ' נאצר (8.9.05)), פסקה 9 לפסק דינו של השופט לוי) וכי מעשים שיעלו לכדי סיוע לאויב יהיו "מעשים שחומרתם מופלגת, ואשר לא נועדו כדי לגרום לפגיעה או נזק נקודתיים, אלא נודעת להם מטרה רחבה וכוללת יותר – להביא לערעור עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה ריבונית" (שם).
8. פרשנות דומה יש להעניק גם לאיסור על תעמולה תבוסתנית בעת מלחמה. מדובר על הפצת ידיעות שתוכנן ואופיין יקעקעו את ריבונותה של המדינה ויאיינו את יכולתו של הצבא להגן על בטחונו. אין המדובר בביקורת על הממשלה, הצבא, בית המשפט, ולא בעמדות ביחס להישגי הצבא או כישלונותיו, כמו גם ביקורת בדבר מדיניות התקיפה או התנהגות הלוחמים והלוחמות – כל אלו מוגנים תחת חופש הביטוי, גם אם יש בהן לערער את המורל בשורות הצבא. מטבע הדברים חיילים חשופים במידה מסוימת ל"שיח" בעורף, ושיח זה כולל גם עמדות לפיהן הפעלת הכוח מעטה מדי או מוגזמת, ויש מי שמנתח את הפעילות כהצלחה לצד מי שרואה בה כישלון. זהו חלק מהמרחב הדמוקרטי שחינו לקיים גם, ואולי בעיקר, בעתות מלחמה.
9. יודגש כי גם אם המידע המופץ הוא מידע כוזב או לא בדוק אין בכך די. צריכות להתקיים נסיבות קיצוניות ביותר כדי שסעיף זה יאכף, הכרוכות בהפצה מכוונת של מידע **במטרה** לגרום לכאוס ולחוסר יכולת של הצבא לתפקד וחייב להיות קשר סיבתי והסתברות קרובה לוודאית שהפצת המידע תוביל לפגיעה בערך המוגן. בוודאי שהסעיף לא חל במקרים בהם מדובר בהעברת ביקורת, גם אם בוטה וקיצונית.
10. הדבר עולה לא רק ממקרא הסעיף ומיקומו בחוק העונשין אלא גם מחובתכם לפרש את הדין הפלילי בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהגנה הנרחבת הניתנת לחופש הביטוי. חופש הביטוי נחשב לנשמת אפה של הדמוקרטיה ולתנאי להתקיימותו של המשטר. לאור זאת בתי המשפט קבעו כי הגבלת חופש הביטוי תעשה רק מקום בו הפגיעה באינטרס המתנגש היא קשה, ממשית והסתברותה קרובה לוודאות (בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157 (2003)), פסקה 3 לפסק דינה של כבוד השופטת דורנר), וכי חקיקה המגבילה את חופש הביטוי תפורש "באופן מצמצם ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מרבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב



ברורות ומפורשות מדבר המחוקק" (שם, פסקה 5 בה מצטטת השופטת דורנר מדברי השופט שמגר בע"א 723/74 עיתון "הארץ" נ' חברת החשמל, פ"מ לא(2), 281 (1977)).

11. לאור האמור ועל מנת לא לייצר אפקט מצנן על חופש הביטוי, יש להבהיר כי לא ייפתחו חקירות פליליות בעבירה זו אלא בנסיבות הקיצוניות והחריגות שציינו.

12. אודה על תשובתכם המהירה.

בכבוד רב ובברכה,

הג'ר שחטר, עו"ד