



## בבית המשפט העליון

בש"פ 789/24

לפני: כבוד השופט ע' גרוסקופף

המבקש: אחמד כליפה

נ ג ד

המשיב: מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה  
מיום 15.1.2024 בעמ"ת 28820-01-24 שניתנה על ידי כבוד  
השופטת עידית וינברגר

תאריך הישיבה: כ"ח בשבט התשפ"ד (7.2.2024)

בשם המבקש: עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד אפנאן חליפה; עו"ד  
מאיסאנה מוראני; עו"ד הדיל אבו סאלח

בשם המשיבה: עו"ד שלומי אברמזון

### החלטה

לפניי בקשת רשות לערור על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת  
עידית וינברגר) מיום 15.1.2024 בעמ"ת 28820-01-24, במסגרתה התקבל ערר שהגישה  
המשיבה על החלטת בית משפט השלום בחיפה (כב' השופטת מריה פיקוס בוגדאנוב)  
מיום 11.1.2024 במ"ת 11189-11-23, והוחלט על המשך מעצרו של המבקש מאחורי  
סורג ובריה עד תום ההליכים נגדו.

רקע והשתלשלות העניינים

1. ביום 6.11.2023 הגישה המשיבה (להלן: המדינה) כתב אישום נגד המבקש, עורך  
דין אחמד כליפה (להלן: העורר), ונגד מר מוחמד עלי ג'בארין (להלן: ג'בארין) בבית  
משפט השלום בחיפה. עניינו של כתב האישום במעשי העורר וג'בארין במהלך תהלוכה

שהתקיימה בעיר אום אל-פאחם ביום 19.10.2023, אשר נערכה מבלי שניתן לה אישור או רישיון ממשטרת ישראל. תהלוכה זו שודרה בשידור חי ברשת החברתית "פייסבוק", בחשבון הקרוי בערבית "חדשות אלג'רמק" (להלן: תיעוד התהלוכה). במהלך התהלוכה, בה השתתפו לפי כתב האישום בין 200 ל-300 איש, נשאו העורר וג'בארין דברים בפני המשתתפים באמצעות מגפון וקראו קריאות שונות, עליהן חזרו שאר משתתפי ההפגנה. בגין קריאות אלו מיוחסות להם, בצוותא חדא, עבירת הזדהות עם ארגון טרור לפי סעיף 24(א)(1) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור) ועבירת הסתה לטרור לפי סעיף 24(ב)(1) ו-24(ב)(2) לחוק המאבק בטרור. לעורר יוחסו, בין היתר, הקריאות הבאות:

עזה של האשם לא תשתחוה, לא לטנק ולא לתותח... עזה אל אקצא ושייח ג'ראח... העם קורא למאבק... אין פתרון ואין פתרון... רק ע"י עקירת הכובש... תגביר את הקול שלך... המוות עדיף מההשפלה... ברכה מאום אל פחם לחללי החירות (שהידים)... ברכה מאום אל פאחם לעזה הגאה... הוא אנשים תצטרפו תצטרפו... העם שלנו מקריב את דמו... יא אנשים שלנו תצטרפו אלינו (עמודים 3-4 לכתב האישום; האמירות תורגמו מערבית).

2. העורר נעצר לראשונה ביום בו אירעה התהלוכה – 19.10.2023. ביום 6.11.2023, בד בבד עם הגשת כתב האישום הגישה המדינה בקשה למעצר העורר וג'בארין עד תום ההליכים המשפטיים נגדם. נטען כי מתיעוד התהלוכה עולות ראיות לכאורה לאשמתם של העורר וג'בארין, וכי למעשה הם אינם מכחישים את עובדות כתב האישום – אלא טוענים כי אלו אינן מגבשות את העבירות הנטענות נגדם. המדינה הוסיפה כי המעשים של העורר וג'בארין מקימים עילת מסוכנות, בשים לב למצב הביטחוני הנוכחי ולבחירת העורר וג'בארין לפעול כפי שפעלו דווקא בעת הזו.

3. ביום 21.11.2023 הורה בית משפט השלום בחיפה (כב' השופטת מריה פיקוס בוגדאנוב) על הגשת תסקירי מעצר בעניינם של העורר וג'בארין. במסגרת החלטתו, קבע בית משפט השלום כי קיימות ראיות לכאורה לביצוע העבירות המנויות בכתב האישום, וכי המסוכנות הנשקפת מהעורר ומג'בארין לביטחון הציבור היא בעוצמה גבוהה. בתוך כך עמד בית משפט השלום על כך שלא ניתן לבחון מסוכנות זו בחלל ריק, ויש להתחשב במציאות בשטח, המתבטאת במתיחות ביטחונית גבוהה ביותר מאז מתקפת הטרור שאירעה בשבעה באוקטובר. בהקשר זה ציין בית משפט השלום כי "השניים, לכאורה, ניצלו את מסגור ההפגנה ותיאורה כאנטי מלחמתית כדי להעביר רעיונות ומסרים מסיתים ומכאן המסוכנות הקונקרטיה הנשקפת מהשניים" (עמ' 20 להחלטה). עם זאת, הודגש כי גם בנסיבות אלה, יש מקום לבחון את האפשרות לשחרר את העורר ואת ג'בארין לחלופת

מעצר שיש בה כדי לאיין את מסוכנותם, ולפיכך התבקש שירות המבחן להכין תסקירים בעניינם.

4. ביום 27.12.2023 הוגש על ידי שירות המבחן תסקיר מעצר בעניינו של העורר. שירות המבחן נמנע מלהמליץ לשחרר את העורר ממעצר. בין היתר, ציין שירות המבחן כי העורר אומנם הביע צער על התנהלותו, והבהיר כי כאדם ליברלי הוא מתנגד לארגון חמאס. עוד הודגש בתסקיר כי העורר חווה את מעצרו כמרתיע, וכי הוא מכיר במחירים שנגרמו בשל המעצר לו ולמשפחתו. עם זאת, שירות המבחן סבר כי העורר מפחית מההשלכות של מעשיו על הזירה הציבורית, וכי הוא "נוטה ליטול סיכונים מתוך תפיסותיו האידיאולוגיות" (עמ' 3 לתסקיר). לפיכך, נמצא כי "קיים סיכון גבוה להישנות מעשים עוברי חוק, ובמיוחד במצבים של הסלמה ביטחונית", וכי העורר יתקשה לעמוד בתנאי שחרורו (עמ' 4 לתסקיר). שירות המבחן התרשם כי המפקחים שהציע העורר אינם מזדהים עם הדרך בה פעל, וכי הם מודעים למצב הביטחוני הקשה השורר במדינה. ואולם, הוטל ספק ביכולתם לספק פיקוח אפקטיבי על העורר, וזאת בשל הזדהותם עם רגשותיו, שהביאו לביצוע המעשים שבבסיס כתב האישום.

5. לאחר הגשת התסקירים בעניינם של העורר וג'בארין, ביום 28.12.2023 התקיים דיון נוסף בבית משפט השלום, ובסופו הורה בית המשפט על קבלת חוות דעת מטעם הממונה על הפיקוח האלקטרוני באשר לאפשרות לעצור את העורר במעצר בפיקוח אלקטרוני בבית אימו בחיפה. לאחר שנערך ביום 4.1.2024 דיון, במהלכו נחקרו מפקחים שהוצעו על ידי העורר, הוגש ביום 10.1.2024 תסקיר משלים מטעם שירות המבחן. התרשמותו של שירות המבחן מחלק מהמפקחים המוצעים הייתה חיובית מאד, ואף צוין בתסקיר המשלים כי החלופה המוצעת מרוחקת גיאוגרפית מאום אל פאחם, בה התקיימה התהלוכה. אלא שחרף נתונים אלה, עדיין נותרו לשירות המבחן ספקות באשר ליכולתה של החלופה המוצעת להפחית את הסיכון הנשקף מהעורר להישנות "התנהגות עוברת חוק מצדו במישור הרלוונטי לנסיבות המעצר", ועל כן לא בא שירות המבחן בהמלצה על שחרור ממעצר.

6. ביום 11.1.2024, בתום דיון נוסף (חמישי במספר) בו נחקרו המפקחים המוצעים, קבע בית משפט השלום כי אין מקום למעצרו של העורר מאחורי סורג וברית, ויש להעבירו לחלופת מעצר בפיקוח אלקטרוני. זאת, חרף המלצתו של שירות המבחן להימנע משחרורו. וכך נימק בית משפט השלום את מסקנתו:

מקריאת התסקיר עולה תמונה של אדם נורמטיבי שעד כה היה פעיל חברתי במובן הטוב של המילה בעירו, היה מעורב בניסיון להפחית אלימות בחברה הערבית, פעל עם הנוער ולא היה מעורב בשום אירוע פלילי. אין הלימה של ממש בין המסקנות אליהן הגיע שירות המבחן לבין תוכן התסקיר, ולא ברור דיה על סמך מה התרשם שירות המבחן מקיומם של אותם גורמי הסיכון הרבים (פרוטוקול הדיון מיום 11.1.2024, עמ' 60, ש' 9-14).

7. עוד ציין בית משפט השלום כי אף שנמצאו ראיות לכאורה לכך שהעורר וג'בארין פעלו בצוותא חדא, אין להתעלם מכך שהאמירות המיוחסות ישירות לעורר חמורות פחות מאלו המיוחסות לג'בארין, וכן מהעובדה שלא נמצאו בטלפון של העורר או בחשבונותיו ברשתות חברתיות פרסומים מסיתים מאז מתקפת הטרור שאירעה בשבעה באוקטובר. לבסוף, הדגיש בית משפט השלום כי יש מקום לתת בעורר אמון שכן אין לו עבר פלילי; הוא הציג מערך פיקוח ראוי; ועל אף התבטאויותיו אין הוא מחזיק בדעות קיצוניות, אם כי הוא "בעל דעות מגובשות".

8. על כן, הורה בית משפט השלום על העברתו של העורר למעצר בפיקוח אלקטרוני בבית אמו בחיפה, ובנוכחות אחד מהמפקחים שאושרו (גיסו של העורר; אשתו של העורר וחברו) למשך כל שעות היממה. עוד נקבעו מספר תנאים מגבילים ובהם: איסור שימוש ברשת האינטרנט ואיסור שימוש בטלפון נייד שאינו טלפון "טיפש" המנותק מרשת האינטרנט; צו עיכוב יציאה מהארץ; וכן הפקדת סך של 15,000 ש"ח על ידי העורר ומתן ערובה בסך 25,000 ש"ח לצורך הבטחת תנאי המעצר (לצד הפקדת תשלום וחתימת ערובה דומה על ידי כל אחד מהמפקחים).

9. על החלטה זו הגישה המדינה ערר, במסגרתו טענה כי החלטת בית משפט השלום מתעלמת מהמסוכנות הגבוהה הנשקפת ממעשיו של העורר "אשר ממוקמים ברף העליון של תיקי ההסתה שהוגשו מאז אירועי ה-7 באוקטובר" (סעיף 16 לערר לבית המשפט המחוזי), וכי גם שירות המבחן – אשר סטייה מהמלצותיו תיעשה במקרים חריגים בלבד – הגיע למסקנה דומה.

10. ביום 15.1.2024 קיבל בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת עידית וינברגר) את ערר המדינה, והורה על מעצרו של העורר מאחורי סורג ובריח עד תום ההליכים נגדו. בית המשפט המחוזי הדגיש כי אין לבחון מסוכנות "בחלל ריק", אלא בהתחשב במצב הביטחוני בשטח. בית המשפט המחוזי הבהיר, כי בניגוד לבית משפט השלום, הוא אינו סבור שיש חוסר-הלימה בין התרשמות שירות המבחן מהעורר ובין המסקנה הסופית של

התסקיר בעניינו. כך, שירות המבחן מצא כי העורר נטה להפחית מהמשמעות של מעשיו; כי הוא "נוטה להתעלם מהשלכות פוגעניות של התנהלותו במרחב הציבורי"; וכי "במצבים חברתיים קונפליקטואליים מורכבים [העורר] נוטה להגמיש את החוקים" (עמ' 4 לתסקיר). עוד הובהר כי העובדה שהעורר כופר בעבירות בהן הוא מואשם וסבור שהתבטאויותיו אינן פליליות – מהווה גורם סיכון בעניינו – גורם אשר שירות המבחן היה רשאי לקחת בחשבון. זאת, שכן כפירתו של העורר מקשה לתת אמון בכך שהוא ימנע מהתבטאויות דומות בעתיד. בית המשפט המחוזי מצא כי העורר ביצע את העבירות המיוחסות לו ממניעים אידיאולוגיים, והפנה לפסיקה בה נקבע שנסיבה זו מגדילה את מסוכנותו של החשוד. בצד זאת, דחה בית המשפט המחוזי את ההבחנה שערך בית משפט השלום בין ההתבטאויות שיוחסו ישירות לעורר ולג'בארין, וקבע כי משנמצאו ראיות לכאורה לכך שהתבטאויות בוצעו בצוותא חדא, אין להפחית ממסוכנות העורר רק בשל כך שלג'בארין יוחסו באופן ישיר התבטאויות קשות יותר. בית המשפט המחוזי אף הוסיף כי היעדרו של עבר פלילי אינו מקהה ממסוכנות העורר. בנוסף, בית המשפט המחוזי לא מצא שהתרשמותו החיובית של שירות המבחן ממערך הפיקוח שהציע העורר מצדיקה את מעצרו בפיקוח אלקטרוני, שהרי תנאי בסיסי לכך הוא האפשרות לתת אמון גם בעורר עצמו, ולא רק במפקחיו. לבסוף, לא נמצא כי מסוכנותו של העורר מתאינת אך בשל הרחקתו מאום אל פאחם לחיפה. בית המשפט המחוזי ציין כי תנאי המעצר בפיקוח אלקטרוני אינם מונעים מהעורר להפיץ תכנים מסיתים באמצעות טלפון נייד (גם אם אינו טלפון "חכם"), או באמצעות שיחה בעל פה עם מבקרים.

11. להשלמת התמונה יצוין כי ביום 16.1.2024 קבע בית משפט השלום בחיפה כי ג'בארין יישאר במעצר מאחורי סורג ובריח עד תום ההליכים, לאחר שהתרשם כי מערך הפיקוח שהלה הציע אינו מאיין את מסוכנותו של ג'בארין, וזאת בשים לב לעברו הפלילי, אשר כולל ביצוע עבירות קודמות בנסיבות דומות.

טיעוני הצדדים

12. ביום 25.1.2024 הגיש העורר בקשת רשות ערר. לטענתו, יש מקום לקבל את הבקשה הן בשל הפגיעה הבלתי-מידתית שנגרמה לזכויותיו, והן בשל כך שהיא מעלה שאלה משפטית עקרונית. לטענת העורר, השאלה העקרונית שעניינו מעלה נוגעת לרף הנדרש לצורך סטייה מהמלצת תסקיר שירות המבחן מקום בו המלצה זו מבוססת על שיקולים "כוללניים", כדוגמת מצב ביטחוני או אקלים פוליטי. לגישתו, בנסיבות כאלו על בית המשפט להתערב, ביתר קלות, בהמלצות שירות המבחן – בהשוואה למצבים בהם המלצות אלו מבוססות על נסיבות הפרטניות של העורר ועל מעשיו. עוד טוען

העורר כי הגישה בה נקט בית המשפט המחוזי חוטאת לתכליות תסקירי המעצר, שכן בית המשפט המחוזי נמנע מלבחון באופן אינדיבידואלי את מסוכנותו האישית וקבע, בהסתמך על המצב הביטחוני וטיב העבירות בלבד, שאין כל חלופה היכולה לאיין את מסוכנותו.

העורר מוסיף כי יש מקום למתן רשות לערור גם בשל הפגיעה הפרטנית בזכויותיו. בהקשר זה מעלה העורר שורת טענות נגד החלטת בית המשפט המחוזי. בין היתר נטען כי בית המשפט המחוזי שגה כשייחס לו מסוכנות מוגברת בשל האופי האידיאולוגי של העבירות המתוארות בכתב האישום. בשונה ממקרים קודמים בפסיקה שהוגדרו כך, בהם התכוון העבריין במודע להפר את החוק מתוך מניע אידיאולוגי, העורר טוען כי הוא לא ביקש להפר את החוק ולהסית. לדברי העורר – העוסק במקצועו בעריכת דין – הוא פעל מתוך סברה, שהמדינה מבקשת כעת להפריך, כי התבטאויותיו מותרות לפי הדין. עוד סבור העורר כי בית המשפט המחוזי לא העניק משקל מספיק להרתעה שנוצרה בשל תקופת המעצר הארוכה בה שהה עד כה.

13. ביום 7.2.2024 התקיים דיון בפניי במעמד הצדדים, במהלכו חזרו באי-כוח העורר על טיעוניהם, והעורר עצמו התייחס לאישומים נגדו, וביקש להבהיר כי הוא לא התכוון להסית. העורר הצהיר כי ככל שיוטלו עליו תנאים מגבילים במסגרת חלופת מעצר הוא ימלא אחריהם.

14. מנגד, בא-כוח המדינה טען כי הבקשה אינה עומדת באמות המידה לקבלת בקשת רשות ערר ב"גלגול שלישי" וכי גם לגופה אין מקום לקבלה. הוא שב והדגיש את המשקל הנכבד שיש לתת למצב הביטחוני הנוכחי בעת בחינת מסוכנות העורר, וציין כי מדיניות המעצרים בהליכים פליליים בעניין הסתה השתנתה מאז מתקפת הטרור של השבעה באוקטובר, וכי בהליכים רבים מסוג זה אושרו מעצרים מאחורי סורג ובריח, וזאת בשל הצורך מאז פתיחת המערכה ב"ניהול סיכונים" שונה ביחס לאפשרות שחשוד ששוחרר ממעצר ישוב לסורו. אשר למסוכנות הנשקפת מן העורר, נטען כי בעת שנחקר במשטרה ניסה העורר להסתיר את מעשיו, והצהיר כי כל שעשה בתהלוכה היה להרגיע את המשתתפים ולהורות להם להישמע להוראות. גרסה זו השתנתה רק אחרי שעומת העורר עם תיעוד התהלוכה. בנוסף, טען בא-כוח המדינה כי מסוכנותו של העורר גבוהה בשל היותו אדם כריזמטי ובעל כישורי מנהיגות, שהתבטאה בין היתר בתפקיד המרכזי שמילא בהובלת התהלוכה.

15. לאחר שעיינתי בבקשה ושמעתי את טיעוני הצדדים, החלטתי, מתוקף סמכותי מכוח סעיף 53(א1)(2) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, לדון בבקשה כאילו הוגשה כערר – ולקבלה, כך שהחלטת בית המשפט המחוזי תבוטל ומעצרו של העורר יוסב למעצר בפיקוח אלקטרוני בהתאם להחלטת בית משפט השלום.

16. כידוע, רשות לערור לבית משפט זה על החלטות בעררים שהוגשו לבית המשפט המחוזי ("ערר בגלגול שלישי") תינתן במשורה, רק במקרים בהם הבקשה מעוררת שאלה בעלת חשיבות משפטית או ציבורית, החורגים מעניינים הפרטני של הצדדים או במקרים נדירים בהם מעוררת הבקשה שיקולי צדק כבדי משקל (רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 128, 123 (1982). ראו והשוו: בש"פ 2021/23 מסאלמה נ' מדינת ישראל (21.3.2023); בש"פ 8236/23 קוניו נ' מדינת ישראל (22.11.2023); בש"פ 746/24 דינצי נ' מדינת ישראל (25.1.2024)). בענייננו מצאתי כי נסיבותיו הפרטניות של העורר מצדיקות התערבות בהחלטת בית המשפט המחוזי משיקולי צדק. זאת ועוד, ההליך דנן מעלה סוגיה החורגת מעניינים הפרטני של הצדדים, ונוגעת לשאלה של "ניהול סיכונים" בהליכי מעצר של ישראלים הנאשמים בעבירות שעניין תמיכה בחמאס בתקופת החירום בה אנו מצויים (השוו: בש"פ 1878/23 אברהם נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (20.3.2023)).

17. חופש הביטוי היא זכות אדם חוקתית במדינת ישראל. נגזר ממנה גם חופש ההפגנה שערכו וחשיבותו עומדים לנו, ומחייבים את כיבודו, גם בתקופת צרה וגם בעת מלחמה, גם בימי קורונה וגם בזמן "חרבות ברזל" (בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל, פסקה 30 לפסק דינו של השופט עוזי פוגלמן (19.8.2020); בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל, פסקה 64 לפסק דינה של הנשיאה אסתר חיות (4.4.2021); בג"ץ 8007/23 מפלגת חד"ש – החזית הדמוקרטית לשלום ולשווין נ' מפכ"ל המשטרה, פסקאות 14 ו-17 (8.11.2023)). ואולם גם בימי שלום, ולא כל שכן בימי מלחמה, ישנן אמירות שאינן מוגנות תחת חופש הביטוי, וישנן קריאות שלא ניתן להשמיע גם בחסות חופש ההפגנה. מבחינה עיונית, קו הגבול הוא ברור. הבעת עמדות ביחס למלחמה לגיטימית אף במהלכה: ניתן לקרוא להפסקתה; מותר להביע תמיכה בהמשכה. מותר לתמוך בהסדר הפסקת אש שיביא להשבת החטופים; ניתן לקרוא להמשך הלחימה עד למיגור החמאס. ניתן להביע זעזוע מהשלכות המלחמה; מותר להצביע על הסכנות שבקטיעתה בטרם יושגו מטרותיה. אלה כאלה עמדות שראויות להישמע,

ושמותר להשמיע, גם כאשר המרגמות רועשות והתותחים רועמים. לעומת זאת, הבעת תמיכה באויב מזה וקריאה לביצוע פשעי מלחמה מזה, הן אמירות מזיקות ומסוכנות, אשר השימוש בהן פסול ואסור. חופש הביטוי אינו מגן, וחופש ההפגנה אינו מכשיר, השמעת עמדות התומכות במעשי זוועה שבוצעו על ידי החמאס בשבעה באוקטובר, או המעוררות את עמידת אויבנו בקרב, וקוראות לנצחוננו במערכה הצבאית המתנהלת בעזה. אין הם מאפשרים להשמיע תמיכה ברצח עם, ואין הם מכשירים קריאות לגירוש המוני. אלה כאלה עמדות שאסור כי יהוו חלק מהשיח הציבורי גם בימי שלום, ואשר בעיתות מלחמה נושאות עימן סכנה מיוחדת. אכן, השמעת דברי בגידה ושנאה אינה חירות העומדת לאיש; היא מהווה סכנה ליכולתנו לקיים חיים משותפים בימי שלום, ועלולה להפוך לאיום ממשי על עצם קיומנו בימי מלחמה (השוו: ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 266-267 (1996); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה ה' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (23.02.2012); רע"פ 5906/22 אריאל נ' מדינת ישראל, פסקאות 25-27 (5.12.2022)).

18. הן בית משפט השלום והן בית המשפט המחוזי קבעו כי הדברים שהשמיע העורר בתהלוכה חורגים מקו הגבול שבין המותר לאסור. קביעות לכאוריות אלה מקובלות עליי. הדברים שנשאו העורר וג'אברין בהפגנה, לפי פשוטם, כוללים אמירות בשבח האויב, ודברי עידוד למעשיו. העורר טוען כי אין להבין כך את מעשיו ודבריו, וכי פעל על מנת למתן את האמירות שהושמעו, ומתוך גישה עקרונית השוללת אלימות מכל סוג. טענות העורר יתבררו מטבע הדברים במהלך משפטו. ואולם, לעת הזו מקובלת עליי עמדת המדינה, כי הדברים שנשאו הוא וג'אברין יחדיו בהפגנה, מגבשים ראיות לכאורה בעוצמה הדרושה על מנת לבסס את האישומים נגד העורר, ואף מלמדים על מסוכנות משמעותית בהינתן הסכנות והאיומים החריגים בפניהם ניצבת מדינת ישראל לעת הזו. ועדיין, השאלה אותה עלינו לבחון היא האם לא ניתן לאיין סיכונים אלה, גם בעת הנוכחית, באמצעות החלופה המוצעת. וזאת יש לזכור – גם בימי מלחמה מחובתנו לבחון באופן פרטני האם ניתן לאיין את המסוכנות הנשקפת מנאשם באמצעות חלופת מעצר. כך גם אם האישום הוא בגין דברי בגידה ושנאה; כך גם אם נסבור שהדברים מבטאים עמדה אידאולוגית מסוכנת (בש"פ 369/12 מדינת ישראל נ' הכהן, פסקה 15 (15.1.2012); בש"פ 6048/21 תם נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-13 (5.10.2021); בש"פ 1553/23 מדינת ישראל נ' הופמן, פסקאות 12-13 (27.2.2023)). אכן, מצוות המחוקק לפיה לא יוטל מעצר מאחורי סורג ובריח אלא אם "לא ניתן להשיג את מטרת המעצר" בדרך אחרת נועדה לא רק לימי שלום, ולא רק לעבירות מסוג כזה או אחר (סעיפים 21(ב) ו-22(1) לחוק המעצרים). זהו ציווי כללי, הנובע מהצורך לאזן בין האינטרס הציבורי במניעת עבירות והרשעת עבריינים לבין זכות היסוד של הפרט לחירות וחופש כל עוד לא הוכחה אשמתו



(בש"פ 1911/11 רווח נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (22.3.2011)). לאורה עלינו לבחון לא רק אם יש ראיות לכאורה כי העורר ביצע עבירה, ולא רק אם נשקפת ממנו מסוכנות, אלא גם אם קיימת חלופה מאיינת סיכון למעצר מאחורי סורג וברית.

19. בענייננו, מצאתי כי חלופת המעצר שהציע העורר מספיקה על מנת לאיין את מסוכנותו. זאת נוכח מספר שיקולים מצטברים: ראשית, העורר נעדר עבר פלילי; הוא ניהל במשך 42 שנות חייו עד כה אורח חיים נורמטיבי, המשלב תרומה חברתית, עבודה מקצועית והקמת משפחה; הוא עוסק בעריכת דין (לרבות בתחום הפלילי), ומשכך לא רק שמבין היטב את המשמעות של הפרת תנאי שחרור, אלא שגם חשוף לסיכון מוגבר לפרנסתו אם יפר את התנאים שיקבעו לו. בנסיבות אלו, ובהעדר אינדיקציה המלמדת אחרת, סבורני כי ראוי לתת אמון בעורר, בכפוף לקיומה של חלופת מעצר הדוקה ומרתיעה (השוו: בש"פ 8190/23 אבו שקרה נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (22.11.2023); בש"פ 2846/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (25.4.2019)). שנית, אין בעניינינו של העורר מידע מודיעיני כלשהו – כללי או פרטני – המעיד על מסוכנות, והאינדיקציה היחידה נגדו היא השתתפותו בתהלוכה עצמה (ראו פרוטוקול הדיון מיום 7.2.2024, עמ' 7, ש' 6-9). גם חקירת המשטרה בעניינינו, שכללה בדיקה בטלפון הנייד ובחשבונות העורר ברשתות החברתיות, לא העלתה מעורבות באירועים נוספים או התבטאויות האסורות על פי החוק מאז תחילת המלחמה. שלישיית, העורר מצוי מזה קרוב לארבעה חודשים במעצר, וזאת לראשונה בחייו. לפי תסקיר שירות המבחן הראשון, שניתן לפני כחודש וחצי, המעצר "קשה ואף טראומטי עבורו", והוא "חווה אותו כמרתיע". בהינתן דרכו ומקצועו, נקל להבין זאת, ויש להניח כי יזהר היטב מלהפר תנאי שחרור באופן שיסכן בשנית את חירותו. רביעית, החלופה שהוצעה על ידי העורר (לאחר שבית המשפט חקר שורת מפקחים – ודחה את חלקם) היא ראויה, ומספיקה על מנת להפחית באורח משמעותי ביותר את מסוכנותו. בית משפט השלום, שחקר את המפקחים והתרשם מהם ישירות, מצא כי הם "יכולים להוות מערך פיקוח ראוי, כאשר הם מכירים לעומק את [העורר], מבינים את משימת הפיקוח ויוכלו להוות דמות סמכותית כלפיו" (החלטה מיום 11.1.2024, בעמ' 60, ש' 24-25). גם שירות המבחן התרשם, במסגרת התסקיר המשלים, מהאחריות שהביעו המפקחים ומיכולתם לזהות מצבי סיכון פוטנציאליים (ראו בעמ' 2-3 לתסקיר המשלים מיום 10.1.2024).

20. בהקשר זה יש לתת את הדעת גם על מידת מסוכנותו של העורר, שגם אם היא משמעותית, איננה כזו שלא ניתן לאיין אותה באמצעות חלופה מתאימה. אשוב ואבהיר כי הקביעה שההתבטאויות המיוחסות לעורר מקימות עילת מעצר בשל מסוכנות בדין יסודה. עם זאת, את מידת מסוכנותו של העורר יש לבחון על רקע טענתו כי סבר

שההתבטאויות שלו חוסות בצל חופש הביטוי ואינן אסורות. ככל שניתן אמוך כי זו אכן הייתה אמונתו (וראו עמ' 12 להחלטת בית המשפט המחוזי), דומה כי הסיכון שהעורר יבצע עבירת הסתה – משעה שגבולות האיסור הפלילי הובהרו לו – פחות מזה של חשוד שאין חולק כי היה מודע לאופי הפלילי של אמירותיו (כגון, חשוד שבעברו הרשעות קודמות בגין עבירת הסתה דומה). יתרה מזאת, ובניגוד לבית המשפט המחוזי, אני סבור כי לצורך בחינת מסוכנות העורר יש להבחין בין ההתבטאויות המיוחסות לו ישירות לבין אלו המיוחסות לג'בארין, הגם שהם מואשמים כי ביצעו את העבירות בצוותא חדא. בניגוד לבחינת אחריותו הפלילית, הערכת מסוכנות העורר תלויה בסיכון העתידי שהוא ישוב על מעשיו. בשל האיזוק האלקטרוני שיוטל על העורר, הסיכון שהוא יבצע עבירות במסגרת תהלוכות או אירועים המוניים אחרים, בצוותא עם אחרים, כמעט ואינו קיים. דומה שגם בית המשפט המחוזי סבר כי הסיכון העיקרי הנשקף מהעורר הוא ביצוע עבירות הסתה נוספות מבלי להפר את תנאי המעצר, כגון השמעת תוכן מסית בשיחה בעל פה או באמצעות שימוש בטלפון נייד (שאינו מחובר לרשת האינטרנט) (ראו עמ' 20 להחלטת בית המשפט המחוזי). בתרחיש כזה, בו נעשות העבירות ללא שותפים, בהחלט יש מקום לבחון אילו אמירות מיוחסות ישירות לעורר, ואילו לשותפו (ואכן, הפסיקה מבחינה בהקשרים אחרים בין שותפים לפי מידת מעורבותם בתוכנית העבריינית. ראו, לדוגמה, ביחס לעבירות סמים: בש"פ 8640/20 אבו קרינאת נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (23.12.2020); בש"פ 3805/21 לוי נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (15.6.2021)).

21. לא נעלם ממני – כיצד יכול להיעלם ממי מאתנו? – כי מצויים אנו בעת מלחמה. מלחמת אין ברירה קשה שנכפתה עלינו על ידי ארגון טרור אכזרי שאינו מציית לא לחוקי אדם ולא לחוקי מוסר. אכן, בימים שכאלה, הזדהות עם מטרותיו של האויב, וקריאה לביצוע מעשי טרור בתמיכה בו, יוצרים סיכונים חמורים במיוחד, המצדיקים נקיטת יד חזקה כבר בשלב המעצר. ואולם, גם בתקופת חירום אין "ניהול הסיכונים" יכול להתבצע על דרך של מתן עדיפות מוחלטת לשיקולי הביטחון, והכנעה גמורה של זכויות נאשמים בעבירות אידיאולוגיות. גם בימי מלחמה, נאשם עודו בחזקת חף מפשע, ומעצרו מאחורי סורג ובריה מוצדק, רק אם הוא הכרחי. כבית משפט השלום, אינני סבור כי המשך מעצרו של העורר מאחורי סורג ובריה הכרחי על מנת לאיין את המסוכנות הנשקפת ממנו, בהינתן החלופה שהוצעה. במצב דברים זה, מתבקש להעדיף את חלופת המעצר בפיקוח אלקטרוני – וכך יש להורות.

22. סוף דבר: בקשת רשות הערר מתקבלת, והחלטת בית המשפט המחוזי מבוטלת בזאת. מעצרו של העורר יוסב למעצר באיזוק אלקטרוני, כאמור בהחלטת בית משפט השלום מיום 11.1.2024, ובכפוף לתנאים המגבילים שנקבעו שם. מילוי התנאים לצורך ביצוע המעצר בפיקוח אלקטרוני ייעשה בבית משפט השלום בחיפה.

ניתנה היום, כ"ט בשבט התשפ"ד (8.2.2024).

ש פ ט