

## בית משפט העליון בשבתו כבית משפט פלילי לערעורים

בש"פ 24/

בעניין: **אחמד כליפה ת"ז** (במעצר מיום 19.10.23)

ע"י ב"כ עוה"ד אפנאן חליפה (מ.ר 66158)  
טל': [REDACTED]; פקס': 02-6462823

וכן ע"י עו"ד חסן ג'בארין ו/או מאיסאנה מוראני ו/או הדיל אבו סאלח  
ו/או סוהאד בשארה ו/או נארימאן שחאדה -זועבי ו/או עדי מנסור  
ו/או סלאם ארשיד

**מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל**

רחוב יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 3109001;

טל': 04-9501610; פקס: 04-9503140; דוא"ל: [adalah@adalah.org](mailto:adalah@adalah.org)  
ליצירת קשר ישיר: טל' נייד: [REDACTED]; דוא"ל: [myssana@adalah.org](mailto:myssana@adalah.org)

### המבקש

- נגד -

### **מדינת ישראל**

על ידי פרקליטות המדינה (פלילי)

רח' צלאח א-דין 31, ירושלים, מיקוד 9711054;

טלפון: 073-3925664; פקס: 02-6468030;  
דוא"ל: [criminal-dep@justice.gov.il](mailto:criminal-dep@justice.gov.il)

### המשיבה

### בקשת רשות ערר

מוגשת בזאת בקשת רשות ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופטת עידית וינברגר) מיום 15.1.24 בעמ"ת 24-01-28820, בה הורה בית משפט קמא על מעצרו של המבקש עד תום ההליכים המשפטיים בעניינו.

== מצ"ב העתק מהחלטת בימ"ש המחוזי והמסומן כנספח א'.

בהחלטתו, קיבל בית משפט קמא את ערר המשיבה על החלטת בית משפט השלום בחיפה (כב' השופטת מריה פיקוס בוגדנוב) מיום 11.1.2024 במ"ת 11-23-1189 אשר הורה על הסבת מעצרו של המבקש למעצר בית בפיקוח אלקטרוני, לאחר שסבר כי מסקנות שירות המבחן שלא באו בהמלצה, אינן תואמות את תוכנו המהותי והחיובי של התסקיר.

== מצ"ב העתק מהחלטת בימ"ש השלום והמסומן כנספח ב'.

### ולהלן נימוקי הבקשה:

#### **א. מבוא**

1. המבקש, עורך דין, פעיל זכויות אדם, בן 42 נשוי ואב לשלושה ילדים, נעדר עבר פלילי. מדובר ב"אדם נורמטיבי שעד כה היה פעיל חברתי במובן הטוב של המילה בעירו, היה מעורב בניסיון להפחתת אלימות בחברה הערבית, פעל עם הנוער ולא היה מעורב בשום אירוע פלילי" (החלטת השלום, עמ' 60).

2. המבקש נעצר ביום 19.10.2023 לאחר שהשתתף בהפגנה נגד המלחמה. לאחר מספר הארכות הוגש נגדו כתב אישום בעבירות של הסתה והזדהות בגין הסיסמאות שקרא באותה ההפגנה. מאז ועד היום, יותר משלושה חודשים, המבקש עצור בבית כלא בטחוני ובתנאים קשים ביותר.
3. בעוד בית משפט השלום החליט להסב את מעצרו של המערער למעצר בפקוח אלקטרוני הרחק מהישוב שלו, בית משפט קמא הפך את ההחלטה והורה על מעצרו של המבקש עד תום ההליכים.
4. הקביעה של בימ"ש קמא מעוררת מספר שאלות משפטיות החורגות מנסיבותיו האישיות של המבקש ועל כן מצדיקות מתן רשות ערר ב"גלגול שלישי". כמו כן, ההחלטה פוגעת באופן קשה וקיצוני בזכויותיו של המבקש, באופן שמצדיק מתן רשות ערר בנסיבות המקרה. לעניין זה, הלכה היא כי רשות ערר "בגלגול שלישי" על החלטה בהליכי מעצר תינתן בהתקיים אחת משתי עילות: כאשר הבקשה מעוררת שאלה משפטיות עקרוניות, החורגת מעניינם של הצדדים להליך, או כאשר מתקיימות נסיבות חריגות המצדיקות רשות ערר, כגון שהחלטת בית המשפט המחוזי אינה סבירה או פוגעת באופן בלתי מידתי בזכויות הנאשם (ראו: בש"פ 2786/11 ג'ריס נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 17.4.2011); בש"פ 6613/16 ברלנד נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 15.9.2016); ובש"פ 6119/14 שרקי נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 10.1.2014).
5. המבקש יטען כי ערר זה מעורר שאלה משפטיות רחבה החורגת בהרבה מעניינו האישי. שכן, קביעת מוקדי סיכון ומסוכנות על ידי שירות המבחן, המתבססת על ונותנת משקל לאלמנטים חיצוניים ומשתנים, כגון מצב ביטחוני, מחייבת הגמשת תנאי ההנמקה ("מטעמים מיוחדים") לצורך חריגה מהמלצת תסקיר שירות המבחן. שכן, כל שינוי חיובי במצב הביטחוני מפחית את המסוכנות הנטענת, אך חרף ההפחתה במסוכנות בשל שינוי הנסיבות, הקביעה של שירות המבחן בעניין הנאשם נשארת קבועה ואינה משתנה. הדבר המהווה פגיעה קשה בזכותו לחירות ולהליך הוגן.
6. זאת ועוד, המבקש יטען כי בהחלטת בית המשפט קמא נפלו מספר פגמים אשר הופכים את הפגיעה בזכויותיו החוקתיות לפגיעה שאינה מידתית בעליל. בין היתר, המבקש יטען כי טעה ביהמ"ש עת התעלם ממערך הפיקוח שהוצע על ידי המבקש ואושר של ידי בית משפט שלום; טעה בימ"ש עת גזר את המסוכנות של המערער מנסיבות חיצוניות ומהיות העבירה אידאולוגיית ועת התעלם מההרתעה הרבה שייצר המעצר אצל המבקש; וכן עת לא נתן משקל לכך שמדובר בעבירת ביטוי שאין בצידה מסוכנות סטטוטורית. טעויות אלה בנוסף להיותן עומדת בסתירה לעקרונות דיני המעצרים, הן פוגעות בזכויותיו החוקתיות של המבקש בצורה כה קיצונית שמחייבת מתן רשות ערעור.

## **ב. השתלשלות האירועים בהליך המעצר**

7. ביום 6.11.23, הוגש נגד המבקש יחד עם אחר כתב אישום המייחס לו עבירה של הזדהות עם ארגון טרור (סעיף 24(א)(1) לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: "חוק המאבק בטרור") בצירוף סעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") ועבירה של הסתה לטרור לפי ס' 24 (ב)(1) ו-24(ב)(2) לחוק המאבק בטרור בצירוף סעיף 29 לחוק העונשין.
8. בהתאם לכתב האישום, ביום 19.10.23 בשעה 19:30 או בסמוך לכך, התקהלו 200-300 אנשים, ובהם המבקש, לקיום תהלוכה, וזאת מבלי שקיבלו לכך אישור או רישיון ממשטרת ישראל. בתחילת

התהלוכה נשאו המבקש והנאשם השני דברים בפני המשתתפים, הודו להם על הגעתם ותדרכו אותם לקראת הצעידה בתהלוכה. במהלך התהלוכה הושמעו קריאות וסיסמאות המהוות על פי כתב האישום דברי הזדהות והסתה.

**== מצ"ב העתק מכתב האישום והמסומן כנספח ג'.**

9. המבקש, שהינו עו"ד ופעיל חברתי, לא חלק על עובדות כתב האישום, שיתף פעולה באופן מלא בחקירתו, ואולם חלק על המסקנות המשפטיות והפרשניות שיוחסו לעובדות וטען כי אין בדבריו משום הסתה או הזדהות עם ארגון טרור. המבקש יצא לתהלוכה מתוך כאב על והזדהות עם האוכלוסייה האזרחית של תושבי עזה ובמטרה לקרוא להפסקת המלחמה. המבקש מסר כי הינו פעיל חברתי המקדם זכויות אדם, ומתנגד באופן עקרוני לאידאולוגיה של ארגון חמאס. עוד מסר המבקש בחקירותיו, כי הקריאות המיוחסות לו הן קריאות שנשמעות בכל תהלוכה והפגנה מזה עשרות שנים וכי לו סבר כי הדבר מהווה עבירה על החוק היה נמנע מכך.

10. המבקש חולק על קיומן של ראיות לכאורה בתיק, אך בימ"ש השלום קבע בהחלטתו מיום 21.11.23 כי קיימות ראיות לכאורה והורה על הפניית המבקש לקבלת תסקיר מטעם שירות המבחן.

**== מצ"ב העתק מהחלטת בימ"ש השלום מיום 21.22.23 והמסומן כנספח ד'.**

11. ביום 27.12.23 התקבל תסקיר מטעם שירות המבחן. מהתסקיר עולה בין היתר כי המבקש נשוי, אב לשלושה קטינים, עו"ד במקצועו המתמחה בזכויות אדם ובתחום הפלילי. התסקיר מתאר יציבות תעסוקתית וחברתית. המבקש הינו פעיל חברתי ומעביר סדנאות לנערים ונערות בבתי ספר שעסקו בעיקר במניעת אלימות ופשיעה בחברה הערבית ובהעלאת המודעות לגבי הזהות שלהם וההשתלבות בלימודים גבוהים ורכישת כלים להשתלבות מותאמת בחברה. המבקש עסק בזכויות מיעוטים, נשים, ילדים ואסירים, ועובד עם "קרן מגיני זכויות אדם". המבקש מסר עמדתו ביחס לאירוע נשוא כתב האישום, והסביר כי לא התכוון להסית או לקרוא לפעולה אלימה. הוא מסר עוד שהינו אדם ליברלי, ואינו מזדהה עם ארגון חמאס ומעשיו, וכי הסיסמאות הן כלליות שנוהגים להשתמש בהן בהפגנות ומעולם לא נעצרו בגינם. המבקש מודע למחירים שהוא משלם, וכי הוא פעל באימפולסיביות ולא הפעיל שיקול דעת מותאם. המבקש הביע צער על התנהגותו ומודעות להשלכות מעצרו עליו ועל סביבתו הקרובה.

12. יחד עם זאת, שירות המבחן התרשם כי, המבקש נוטה להפחית במשמעות ובהשלכות התנהגותו במרחב הציבורי וכי אינו נמצא בקונפליקט עם התכנים שהשמיע. זאת ועוד, שירות המבחן ציין כי המבקש נטל לעצמו תפקיד של "לוחם צדק" ובוחר לייצג את החלש, דבר המהווה, לגישת שירות המבחן, גורם סיכון. התסקיר ציין גם כי המבקש אינו מבין את השלכות מעשיו בזירה המקומית בתקופה של מתיחות ביטחונית, ופועל מתוך מנגנוני הגנה של רציונליזציה.

**== מצב העתק מתסקיר שירות המבחן והמסומן כנספח ה'.**

13. בשל האמור, קבע תסקיר המבחן כי "אנו מעריכים כי קיים סיכון גבוה להישנות מעשים עוברי חוק, ובמיוחד במצבים של הסלמה ביטחונית, אשר להערכתנו, בהם הסיכון עלול להתגבר". לעניין העמידה

בתנאי השחרור צוין כי "לא ברורה מידת יכולתו לעמוד בהם לאורך הזמן, בייחוד נוכח המצב הביטחוני המתוח והלא יציב במדינה..".

14. שירות המבחן בחן את החלופה המוצעת והתרשם מהבנת המפקחים לחובת הפיקוח. עם זאת, קבע כי "נוכח הסיכון הפוטנציאלי הגבוה הטמון בהתנהגותו של אחמד והערכתנו כי החלופה המוצעת תתקשה לספק פיקוח כנדרש נוכח נתוני אישיותו ויכולותיו השונות, אין אנו ממליצים על שחרורו ממעצר".

15. ב"כ המבקש טענה בפני בימ"ש כי אין הלימה בין מהות התסקיר להמלצתו הסופית, וכי שירות המבחן נתן ממדי סיכון למעשיו החיוביים של המבקש, כגון היותו פעיל חברתי ונלחם למען החלש. על כן יש להורות על שחרורו של המבקש לחלופת מעצר.

16. ביום 28.12.2023 קיים בימ"ש דיון נוסף בעניינו של המבקש ובסופו הורה על הגשת חוות דעת מטעם יחידת הפיקוח האלקטרוני, ודיון בעניינו של המבקש נדחה ליום 4.1.24. באותו דיון, בחן בית משפט השלום את המפקחים המוצעים וסבר כי מבין המפקחים המוצעים, רק אשת המבקש יכולה להיות מפקחת ראויה עליו. על כן, הורה בית המשפט על הפניית עניינו של המשיב בשנית לשירות המבחן לצורך בדיקת מערך פיקוחי חדש.

17. ביום 10.1.24 הוגש תסקיר משלים בו התרשם שירות המבחן כי שני המפקחים המוצעים הנוספים מר אנס אבו רעד ומר מוחמד מחאמיד הינם אנשים עניינים, אסרטיביים, המנהלים אורח חיים תקין ומודעים למאפייני אישיותו של המבקש וביכולתם לזהות מצבי סיכון פוטנציאליים. יחד עם זאת, בשים לב להתרשמות שירות המבחן מסיכון גבוה הטמון בהתנהגות המבקש, הוא העלה ספקות באשר ליכולת החלופה המוצעת להפחית את הסיכון מצידו של המבקש. ולכן, בעוד התסקיר הראשון לא המליץ על שחרור, התסקיר המשלים ציין כי שירות המבחן מתקשה לבוא בהמלצה לשחרור המבקש ממעצר.

#### == מצ"ב העתק מהתסקיר המשלים והמסומן כנספח ו'.

18. ביום 11.1.24, התקיים דיון נוסף בפני בית משפט השלום. בו חקרו בית המשפט וב"כ המאשימה את המפקחים המוצעים. המאשימה עתרה למעצרו של המבקש עד תום ההלכים המשפטיים שכנגדו, ובאת כח המבקש טענה נגד המלצות התסקיר וכי תוכן התסקיר אינו מתיישב עם המלצתו הסופית, המבקש הינו עו"ד, רצינאלי, פעיל חברתי במגבלות החוק, נעדר עבר פלילי, חווית המעצר הרתיעה אותו, וכי מערך הפיקוח המוצע הינו אידאלי ונותן מענה לכל מסוכנות נטענת מצידו של המבקש.

19. בסוף הדיון, הורה בימ"ש השלום על הסבת מעצרו של המבקש למעצר בפיקוח אלקטרוני. בית משפט השלום קבע, בין היתר, כי:

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, כפי שציין. מתסקיר שירות המבחן עולה כי המשיב שוהה בתנאי מעצר לא פשוטים מזה תקופה ארוכה, מביע מצוקה מאותם תנאי מעצר ואף חווה את מעצרו כמרתיע. עוד יש להדגיש כי שירות המבחן התרשם מהמפקחים האחרונים אשר הוצע לו, כאנשים

המבינים את משימת הפיקוח ואף יש ביכולתם לזהות מצבי סיכון פוטנציאלי ועל כן לא ברור מדוע לא ניתנה המלצה לשחרור המשיב בפיקוחם " (עמ' 60).

20. בנוסף להמלצת שירות המבחן, בימ"ש שמע את המפקחים המוצעים והתרשם מהם :

כאנשים שבהחלט יכולים להוות מערך פיקוח ראוי, כאשר הם מכירים לעומק את המשיב, מבינים את משימת הפיקוח ויכולים להוות דמות סמכותית כלפיו. יודגש כי פיקוח אפקטיבי זה בשילוב גבול חיזוני של פיקוח אלקטרוני יש בו כדי להפחית במידה סבירה את המסוכנות הנשקפת מהמשיב. (עמ' 60)

וכן סבר כי ניתן לתת אמון במבקש :

עוד יש להדגיש כי המשיב שבפניי בשונה מהמשיב האחר, מעולם לא היה מעורב בפלילים, אין לחובתו הרשעות בגין הפרת הוראה חוקית, הוא אינו מחזיק בדעות קיצוניות, הגם שהוא בעל דעות מגובשות וכי בשונה מהמשיב האחר, הוא הציג מערך פיקוח ראוי. על כן מצאתי כי ניתן לתת בו אמון כי לא יפר את התנאים שייקבעו (עמ' 61)

21. בשל האמור, הורה בית משפט השלום על הסבת מעצר המבקש למעצר בפיקוח אלקטרוני. בימ"ש עיבה את החלופה בכך שקבע כי המבקש ישהה בתנאי מעצר בעיר חיפה, הרחק מעירו אום אלפחם, מקום בו הוא אינו מהווה דמות חברתית ומוכרת; מנע ממנו גישה לרשת האינטרנט; והורה למפקחים לחתום על ערבות כספית של 20,000 ₪ ולהפקיד 5,000 ₪; וכן הורה למבקש להפקיד 15,000 ₪ ולחתום על ערבות כספית על סך 25,000 ₪.

22. כאמור, על החלטה זו הגישה המשיבה ערר לבית המשפט המחוזי בחיפה. בערר טענה המשיבה כי אין מקום לסטות מהמלצות שירות המבחן. ב"כ כח המבקש סמכה את ידה על החלטת בית משפט השלום. וביום 15.1.24, קיבל בית משפט קמא את ערר המשיבה, והורה על מעצרו של המבקש עד תום ההליכים המשפטיים נגדו.

23. בית משפט קמא נימק את החלטתו כדלקמן: "המצב הביטחוני השורר כיום אינו שונה מהמצב הביטחוני שהיה קיים במועד מעצרו של המבקש, ומאחר שאין לדעת מתי תסתיים הלחימה ברצועת עזה, צפוי המשיב לעמוד בעוד מצבים חברתיים וביטחוניים קונפליקטואליים מורכבים, כפי שהגדירם שירות המבחן, ובהתייחס למצבים כאלה כתב שירות המבחן, כי בהתקיימם נוטה משיב 2 להגמיש את החוקים". עוד קבע בית משפט קמא כי יש לבחון את מסוכנותו של המבקש על רקע המצב הביטחוני השורר בימים אלה במדינה וכי המשיב פעל ממניעים אידאולוגיים. בימ"ש קמא עוד ציין כי בימי מלחמה, מידת היכולת של המבקש להשפיע ולהניע לפעולה הינה גבוהה יותר בהיותו פעיל חברתי מוכר.

24. זאת ועוד, בית המשפט קבע כי "אם המשיב נוטה להפחית בחומרת המסרים אותם העביר לקהל בקריאות שקרא במהלך ההפגנה, אין בית המשפט יכול לתת בו אמון שלא יפרסם תכנים מסיתים נוספים בתקופת המעצר בפיקוח". על כן, בית המשפט קמא הגיע לכלל מסקנה כי אין בחלופה כדי לאיין את המסוכנות הנטענת וכי אין בתנאי המעצר בפיקוח כדי להבטיח שהמבקש יימנע מהפצת תכנים מסיתים באמצעות מכשיר הטלפון, באמצעות השמעת תוכן מסית בעל פה למבקרו, או העברת תכנים דרכם למי מתומכיו הרבים באום אלפחם. בשל האמור, הורה בית משפט קמא על מעצרו של העורר עד לתום ההליכים המשפטיים שכנגדו.

## ג. ההחלטה מעוררת שאלה עקרונית לעניין חריגה מהמלצות תסקיר שירות מבחן המתבסס על הערכת

### מסוכנות החיצונית לנאשם

25. ההלכה קבעה לא אחת כי תסקיר שירות המבחן הינו כלי עזר מקצועי המשמש את הערכאה השיפוטית, ולכן מחובתו של השופט לעיין בתסקיר ולתת לו משקל ראוי בבואו לפסוק בשאלת המעצר. חרף האמור, תסקיר שירות המבחן אינו כובל את שיקול דעתו של השופט, והאחריות להכרעה בשאלת מעצרו של משיב מחייבת את בית משפט לשקול את כלל נסיבות העניין, ולא להיצמד להמלצת שירות המבחן הסופית מבלי לבחון אותה לעומק ולשקול גם שיקולים נוספים (ראו בהקשר זה: בש"פ 267/11 **מדינת ישראל נ' בן מוחה** (פורסם במאגרים, 13.1.2011); וכן בש"פ 1246/13 **מדינת ישראל נ' ברקאר** (פורסם במאגרים, 15.2.2013) (להלן: "**עניין ברקאר**"). יפים לענייניו גם דבריו של כבוד השופט ברק במאמרו:

מעצם מהותו של תפקוד שיפוטי, ומעצם האחריות הסופית המוטלת על השופט, נובע כי חובה עליו להעריך כל מידע המובא בפניו. אין שופט כבול לחוות דעת מקצועית. ההכרעה הסופית נשארת בידי. הסמכות הייחודית להערכת החומר הוא השופט. בעשותו כן הוא יתחשב במקצועיותם של אחרים ובחוסר מקצועיותו שלו, אך ההכרעה הסופית היא שלו.  
(אהרן ברק "התסקיר וקצין המבחן למבוגרים" **מבחר כתבים**, 653 (1999))

עוד ציין כב' השופט ברק כי התסקיר "אינו טיוטה של פסק דין". (שם, עמ' 657)

26. חרף קביעות הפסיקה כי בית המשפט אינו מחויב באימוץ המלצותיו של שירות המבחן, נקבע גם כי נדרשים טעמים נכבדים על מנת להצדיק סטייה מהמלצות שליליות שנקבעו בתסקיר

27. כאן המקום לציין כי עיון בפסיקה מראה כי ככלל, שירות המבחן נוטה להעריך מסוכנות של נאשמים על סמך אלמנטים קבועים הנוגעים לטיב העבירה, טיב העושה וטיב הפיקוח המוצע, וכי ככלל, שירות המבחן אינו שוקל אלמנטים כוללניים שאינם נוגעים לדפוסי הנאשם באופן ישיר, כגון מצב ביטחוני ומצב פוליטי, אלמנט שהינו גמיש ומשתנה מעת לעת.

28. המבקש יטען כי בית המשפט מחויב לבחון את כל הקשת הנסיבתית הנוגעת למעשה, וכי חובה זו מתעצמת עת קביעת המסוכנות על ידי שירות המבחן נוגעת לנסיבות שאינן מעשי ידיו של הנאשם, ואשר עשויות להשתנות מעת לעת, כגון מצב ביטחוני. וכי במצבים מעין אלו, בהם מדובר במוקד סיכון דינמי ומשתנה שאינו נוגע למהות העושה, המעשה או המפקחים, יש מקום לסטות מהמלצות שירות המבחן אף ללא נימוקים כבדים ומיוחדים.

29. המבקש יטען כי אין קריטריונים ברורים בייחס להנמקות לחריגה מתסקיר שירות המבחן, וכי על בית המשפט העליון להבהיר את הקריטריונים הרלוונטיים ולהנחות את הערכאות. עוד מתבקש בית המשפט הנכבד להכריע בשאלת המסוכנות הנקבעת על ידי שירות המבחן המתבססת בין היתר על אלמנטים שאינם נוגעים למבקש, שאינם נמצאים בשליטתו, ואשר משתנים בחלוף הזמן, כגון מצב ביטחוני, ועל המשקל הראוי לתת לקביעות אלה.

30. יצוין כי בראייה רחבה, החורגת מעניינו של המבקש, החלטת בית משפט קמא חוטאת למטרת התסקיר ולעקרונות הייסוד של חוק המעצרים והלכות המעצרים המורות על בחינת חלופת מעצר בכל מקרה

ומקרה – שכן לפי גישתו של בית משפט קמא, אין חלופה היכולה לאיין את המסוכנות הפוטנציאלית וזאת בשל טיב העבירות המיוחסות והמלצות תסקירי המבחן ולאור מצב המלחמה בו שרויה המדינה.

31. כאן המקום לציין כי בתי המשפט ראו מקום לעשות הבחנה בין מקרים בהם המלצת שירות המבחן הינה שלילית ונחרצת לבין מקרים שבהם מביע שירות המבחן הסתייגות משחרור לחלופת מעצר או נמנע מלהמליץ על שחרור. יפים לענייניו, הדברים הבאים בעניין **ברקאר** :

”ראוי להבחין בין מקרים שבהם תסקיר שירות המבחן הינו שלילי ונחרץ, שאז יש מקום להנמקה כבדת משקל להחלטת בית המשפט לסטות מהתסקיר, לבין מקרים שבהם שירות המבחן מביע הסתייגות מסוימת משחרור לחלופת מעצר או נמנע מלהמליץ על שחרורו (להבדיל מעמדה נחרצת כנגד השחרור), שבהם יש לבית המשפט שיקול דעת רחב” (פס' 13, בעמ' 7)

32. המבקש יטען, כי משבית המשפט ראה לנכון לעשות הבחנה בין סוגי ההמלצות השונות של שירות המבחן, הרי יש מקום לעשות הבחנה גם בין הקריטריונים ומוקדי הסיכון עליהם השונים עליהם מתבססת הערכת שירות המבחן והמלצתו הסופית. ככל ומוקד הסיכון מבוסס על נסיבות חיצוניות ומשתנות, כגון מצב פוליטי וביטחוני, הרי יש להעניק לבתי המשפט שיקול דעת רחב יותר לצורך סטייה מתסקיר שירות המבחן.

33. בענייניו הספציפי של המבקש, יטען המבקש כי מוקדי הסיכון אליהם התייחס שירות המבחן הם מוקדי סיכון הנוגעים לנסיבות חיצוניות וכי קיים ספק בייחס לעוצמת מוקדי הסיכון והמסוכנות הנטענים על ידי שירות המבחן. ולראייה לכך, בית משפט השלום סבר כי מדובר בתסקיר חיובי וכי מסקנת שירות המבחן לא ברורה דיה, לעומת זאת בית המשפט המחוזי סבר כי מוקדי הסיכון הנטענים הנשמכים על אלמנטים חיצוניים הם רלוונטיים. על כן, מששני מותבים שונים התייחסו באופן שונה למוקדי הסיכון, יש מקום כי בית המשפט הנכבד יכריע בעניין.

#### **ד. טעה בית המשפט קמא בקביעת המסוכנות של המשיב בצורה הפוגעת בזכויותיו בצורה לא מידתית**

34. המבקש יטען עוד כי בפועל, בית המשפט המחוזי לא רק שקבע כי קיימת לגביו מסוכנות גבוהה ללא כל ביסוס וללא כל בחינה אינדיבידואלית, אלא שגם קבע כי למעשה לא ניתן לאיין מסוכנות זו בשום צורה וזאת בשל נסיבות חיצוניות למבקש עצמו. קביעות אלה בטעות יסודן ועומדות בסתירה להוראות המשפט הפלילי. טעויות אלה אין הן טעויות מהותיות היוורדות לשורש ההליך בלבד, אלא שהן פוגעות בזכויות המשיב בצורה לא מידתית בעליל ומחייבות מתן רשות ערעור בגלגול שלישי. נפרט.

35. ראשית כל, נזכיר מושכלות יסוד כי המעצר עד תום ההליכים לא נועד להעניש אדם על הביצוע עבירה, לכאורה, ולא להוות מקדמה על חשבון העונש, ואין הוא מהווה כלי למניעת עבירה עתידית או להרתעה. לעניינינו, המטרה של המעצר עד תום ההליכים הינה להתמודד עם קיומו של יסוד סביר לחשש שהנאשם הספציפי ”יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה” (ס' 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים). דהיינו, מדובר באלמנט מסוכנות אישי הקשור לנאשם הספציפי.

## (I) טעה בימ"ש קמא עת יחס למבקש מסוכנות גבוהה בניגוד לקביעה של בימ"ש השלום

36. המשיב יטען כי שגה בית משפט קמא עת קבע ששקפת מהמבקש מסוכנות גבוהה וזאת בניגוד לקביעת בית משפט השלום.

37. בית משפט השלום, אשר קיים חמש ישיבות ארוכות ומעמיקות בעניינו של המשיב, ונחשף למלוא חומר הראיות בתיק והתרשם בצורה ישירה מהמפקחים - בניגוד לבית משפט המחוזי - קבע כי :

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" (עמ' 60).

זאת ועוד קבע בית משפט השלום כי המבקש :

"... מעולם לא היה מעורב בפלילים, אין לחובתו הרשעות בגין הפרת הוראת חוקית, הוא אינו מחזיק בדעות קיצוניות, גם שהוא בעל דעות מגובשות [...]. על כן מצאתי כי ניתן לתת בו אמון כי לא יפר את התנאים שייקבעו. (עמ' 61)

38. מנגד, בית המשפט המחוזי אשר קיים ישיבה אחת קצרה בתיק ולא נחשף למלוא חומר הראיות או התרשם ישירות מהמפקחים, קבע כי לא ניתן לתת אמון במבקש "שלא יפרסם תכנים מסיתים נוספים, בתקופת המעצר בפיקוח". וזאת מהנימוק שמבקש "נוטה להפחית בחומרת המסרים אותם העביר לקהל בקריאות שקרא במהלך ההפגנה".

39. קביעה זו של בית המשפט המחוזי בטעות יסודה. שכן, וכפי שיוסבר להלן בהרחבה, המבקש סבור שהדברים המיוחסים לו אינם עוברים את הגבול של המשפט הפלילי וכי הם חסים תחת חופש הביטוי – דבר הנמצא בלב לבה של המחלוקת המשפטית בתיקים הקשורים בעבירות ביטוי. הציפייה של בית המשפט ממנו להכיר ב"חומרת המסרים" משמעה בפועל הודאה בעבירה המיוחסת לו. על כן, גישה זו של בימ"ש משמעה כי נאשם שנלחם על חפותו, בהגדרה מסוכן הוא ולא ניתן לתת בו אימון בשחרורו לחלופת מעצר. גישה זו עומדת בסתירה חזיתית לחזקת החפות ולהיגיון בקיומו של ההליך הפלילי.

40. על כן, המבקש יטען כי הערכת המסוכנות שלו על רק "נטייתו להפחית בחומרת המסרים" המיוחסים לו, כאשר "נטייה" זו נובעת מהתעקשותו על חפותו, בטעות יסודה ומהווה פגיעה חמורה ולא מידתית בזכויותיו החוקתיות.

41. זאת ועוד, בית המשפט המחוזי התעלם כליל מפרמטרים אחרים הרלוונטיים להערכת המסוכנות הקונקרטית של המבקש ובראשם העובדה כי מדובר בעורך דין, פעיל זכויות אדם, איש משפחה המנהל אורח חיים נורמטיבי ונעדר עבר פלילי.

## (II) טעה בימ"ש קמא עת יחס למבקש מסוכנות אידיאולוגית

42. המבקש יטען כי טעה בית המשפט קמא בהחלטתו עת ייחס למבקש מסוכנות מוגברות מאחר והוא "פעל ממניעים אידיאולוגיים" וזאת מהנימוק ששירות המבחן "התרשם כי המשיב פועל מתוך מנגנוני הגנה של רציונליזיה ולהשלכה בכל הקשור לתוכן אמירותו". בימ"ש אף הפנה לע"פ 369/12 **מדינת ישראל נ' הכהן** (פורסם במאגרים, 15.1.2012) (להלן: "**עניין הכהן**") לעניין הקביעה כי עבריינות אידיאולוגית מחזקת את יסוד המסוכנות.

43. המבקש יטען כי טעה בית המשפט עת ייחס לו עבריינות אידיאולוגית. שכן, באותו פסק הדין בימ"ש הגדיר עבריינות אידיאולוגית כחלה על אותם מקרים בהם "הנאשם מצהיר, או שהתנהגותו מעידה עליו, כי אינו מתחרט על מעשיו והוא דבק במשנתו האידיאולוגית מצדיקה ביצוע עבירות לשם מימוש או קידום האידיאולוגיה". קביעה זו אינה רלוונטית למבקש.

44. שכן, המבקש לא תיכנן להפר את החוק ולהסית והוא ולא פעל בכוונה ומתוך מניע אידיאולוגי לעשות כן. הטיב לתאר זאת שירות המבחן עת ציין כי "בהתייחס לקריאות שלו בהפגנה, מסר כי לא התכוון בהן להסית או לקרוא לפעילות אלימה נגד היהודים וכי קריאות אלו, אינן קשורות לחמאס בכלל, אלא מבחינתו הן סיסמאות כלליות, שנוהגים להשתמש בהן בהפגנות ומעולם לא נעצרו בגינן" (עמ' 3 לתסקיר).

45. משמעות הדברים הינה כי המבקש סבר בעת מעצרו, וסבור גם כעת, כי האמירות המיוחסות לו אינן באות בגבולות העבירה הפלילית אלא חסות תחת חופש הביטוי. דהיינו, המחלוקת בתיק זה היא על עצם קיומה של עבירה. על כן לא ניתן לייחס למבקש אידיאולוגיה "המצדיקה ביצוע עבירות לשם מימוש או קידום" אותה אידיאולוגיה. ההפך. לא רק שהמבקש לא מאמין במעבר על החוק כאידיאולוגיה או כאמצעי, אלא שהעמדה שלו הינה שלא נעברה פה עבירה ושכל מקום הוא לא התכוון לעבור עבירה. ככל שניתן לייחס למבקש אידיאולוגיה מסוימת הרי שזו אידיאולוגיה שמאמינה בחופש הביטוי בגבולות החוק – וההליך הפלילי בעניינו נוגע לגבולות אלה ממש.

46. לכל היותר ניתן לייחס למבקש – עורך דין במקצועו – טעות בשיקול דעת מקצועי עת סבר כי אמירה מסוימת הינה חוקית ואילו המשיבה מבקשת לשכנע את ביהמ"ש, כי כעת ולאור הנסיבות, לא כך הם פני הדברים.

47. זאת ועוד, כוונותיו של המבקש הובהרו במהלך ההליכים עד כה, כפי שצוטט לעיל, והטעון כי הדברים שנאמרו על ידו אינם עולים כדי עבירה פלילית אין משמעה כי הוא בקלות יהיה מוכן לעבור עבירות פליליות בשם אידיאולוגיה כלשהי, אלא כי הוא מתעקש דווקא לפעול בהתאם לחוק ובמסגרת ההליך שלו הוא מבקש להראות כיצד מימוש חופש הביטוי שלו לא הפר את החוק. להפך. עמדה זו יש בה כדי ללמד על המבקש, שהוא עורך דין במקצועו ופעיל חברתי שתחום זכויות האדם יקר לו, כאדם שמעוניין לפעול במסגרת החוק, גם אם יימצא כי פרשנותו את החוק בנסיבות המקרה שהובילו למעצרו ולהגשת כתב האישום בעניינו אינה נכונה.

48. משכך, אם באלה לא די כדי להפחית את המסוכנות (צופת פני העתיד) המיוחסת למבקש, הרי שיש בכך לכל הפחות ללמד כי עתה משהובהר למבקש מה הם גבולות ההתנהגות המצופה ממנו, ניתן לתת בו אמון שיקפיד לפעול לפיהם ולכבדם.

49. מעבר לנדרש נציין כי פסק הדין בעניין הכהן המוזכר ע"י בימ"ש קמא עסק בנאשמים אשר התנגדו להחלטת הממשלה לפנות את המאחז הבלתי חוקי יצהר ולשם כך נקטו בפעולה שיטתית ומאורגנת לסיכול פינוי מאחזים בדרכים לא חוקיות. על אף שבאותו מקרה, בשונה מהמקרה שלנו, נקבע בצדק כי הם פעלו מתוך מניע אידיאולוגי, הרי בסופו של יום בית המשפט העליון דחה את הערעור והורה על שחרורם של הנאשמים בנימוק כי "יש לתת סיכוי לאפשרות שהמשיבים, חלקם בעלי משפחות, הבינו שזו הפעם הוצא להם "כרטיס אדום", ולפעולותיהם עשוי להיות תג-מחיר בדמות של מעצר עד תום ההליכים וחילוט כספים וערבויות". דברים אלה יפים שבעתיים במקרה שלפנינו, כפי שיובהר להלן ביחס להשלכות של חוויית המעצר על המבקש.

### **(III) טעה בימ"ש קמא עת לא נתן משקל כלשהו לחוויית המעצר, תנאיו והרתיעה שהוא מייצר**

50. בימ"ש השלום קבע כי "המשיב שוהה בתנאי מעצר לא פשוטים מזה תקופה ארוכה, מביע מצוקה מאותם תנאי מעצר ואף חווה את מעצרו כמרתיע" (עמ' 60). תסקיר שירות המבחן פירט עוד כי:

זהו מעצרו הראשון. ולאור כך נחוה כמעצר קשה ואף טראומטי עבורו. הוא תאר בפנינו כי במהלך מעצרו, סבל מיחס אליים ומאיים מצד גורמי ממסד. אחמד שיתף כי בית המעצר אינו המקום הטבעי עבורו, חש השפלה רבה ואינו מצליח להסתגל לתנאי מעצרו. תיאר קשיים רגשיים רבים בהסתגלות לתנאי מעצרו הנוכחיים, בעיקר קשיים בעקבות אובדן החירות, ניתוק הקשר עם משפחתו ופחד מפני השפעת מעצרו על חייו וחיי בני משפחתו. נראה כי אחמד חווה קשיים ניכרים במסגרת מעצרו, אולם לא התרשמנו ממצוקה חריגה או אקוטית" (עמ' 3 לתסקיר)

51. המבקש אף פירט בהרחבה בפני בית המשפט השלום את תנאי המעצר שהוא חווה ובין היתר ציין את העדרו של ציוד, כולל בגדים, את הצפיפות, הכמות הקטנה של האוכל ואיכותו הירודה, ויותר מהכול את ההתנהלות האלימה של הסוהרים כלפי האסירים אשר באחד המקרים נגמרה בהרג של אסיר אשר במשך שלושה ימים גסס בתא שלידי המבקש. המבקש סיכם זאת בכך "גם עצם שנשברת מבריאה אחרי חודש, אבל בפן המינטלי דברים שראיתי...". לאור הדברים הקשים שעלו מעדותו של המבקש, בימ"ש השלום ביקש את תגובת שבי"ס והפרקליטות לטענות. הפרקליטות בתורה הודיעה על העברת התלונה למחלקה לחקירת סוהרים.

**== מצ"ב העתק מפרוטוקול הדיון מיום 28.12.2023 ובו העדות של המבקש (החל מעמ' 35) והמסומן כנספח ז'.**

52. הלכה ידועה היא כי תנאי המעצר הקשים בהם מוחזק המבקש ואשר עולים לכדי פגיעה בכבודו, הרי האיזון אינו עוד אך ורק בין החירות לביטחון הציבור אלא גם אל מול כבוד האדם. משכך, חובה על בית המשפט להעדיף חלופת מעצר אלא אם אין מנוס (ראו: בש"פ 3734/92 עזאמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 72 (1992)).

53. זאת ועוד, אין ספק כי מעצר ראשון וממושך מאוד, מעל ל-3 חודשים, בתנאים קשים מאוד כמתואר לעיל מהווה חוויה מרתיעה ביותר אשר יש בה כדי להבטיח כי המבקש יכבד את התנאים שנקבעו, גם לאורך זמן.

54. בהקשר זה יפים דבריו של בית המשפט העליון בבש"פ 5876/22 אלבאז נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 22.09.2022). באותו מקרה מדובר באיש דת אשר הועמד לדין על עבירת הסתה כאשר קיים נגדו כתב אישום קודם המייחס לו עבירות דומות ואשר עודנו תלוי ועומד. בית משפט השלום שיחרר את הנאשם לחלופת מעצר ואילו בית המשפט המחוזי הפך את ההחלטה. בית משפט העליון קיבל את הערעור והורה של שחרור הנאשם לחלופת מעצר וקבע כי :

סבורני כי יש לתת סיכוי לאפשרות שהמבקש הבין שהפעם הוצא למעשיו "כרטיס צהוב", ושלפעולותיו עשוי להיות מחיר בדמות מעצר מאחורי סורג ובריח, חילוט כספים וערבויות שצפוי הוא להפקיד כערבון לשחרורו[...] וידע המבקש, כי ככל שישוּב לדרכו הרעה, כך יהיה קשה אף יותר לתת בו אמון, ובהתאם תעלה הסבירות כי השופט בעניינו יושיט ידו אל עבר ה"כרטיס האדום". (פס' 21)

דברים אלה יפים שבעתיים בענייניו.

#### **(IV) טעה בימ"ש קמא עת נתן משקל בלעדי למסוכנות הנובעת מנסיבות חיצוניות**

55. זאת ועוד, בימ"ש קמא ביסס את מסקנתו שלא ניתן לאיין את המסוכנות המיוחסת למבקש בכך ש "המצב הביטחוני השורר כיום במדינה אינו שונה מהמצב הביטחוני שהיה קיים במועד מעצרו של המשיב 2, ומאחר שאין לדעת מתי תסתיים הלחימה ברצועת כזה, צפוי המשיב לעמוד בעוד מצבים חברתיים וביטחוניים קונפליקטואליים מורכבים, כפי שהגדירם שירות המבחן, ובהתייחס למצבים כאלה כתב שירות המבחן, כי בהתקיימם נוטה משיב 2 להגמיש את החוקים" (עמ' 15, שורות 10-20). דהיינו, בימ"ש קבע את המסוכנות של הנאשם של בסיס מצב מתמשך שהוא חיצוני לו ושאינו יכולת להשפיע עליו או לאיין אותו.

56. אומנם בבש"פ 6825/14 פקטורוביץ' נ' מ"י (פורסם במאגרים, 23.10.2014) נפסק שהמצב בשטח הוא אחד הפרמטרים להערכת מסוכנות בזמן מעצר עד תום ההליכים. אך באותה נשימה בית המשפט קבע כי "המצב השורר בשטח הוא נסיבה 'חיצונית' המהווה אחד הפרמטרים הרלוונטיים לבחינת עילת המסוכנות" (פס' 7, ההדגשה לא במקור). דברים דומים עלו במ"ת (מחוזי י-ם) 14356-10-15 מדינת ישראל נ' סטרונגר (פורסם במאגרים, 5.11.2015) כאשר ציין בית המשפט כי "ראשית ייאמר כי המצב הביטחוני הקשה שבו שרויה המדינה בכלל ואזור ירושלים בפרט, אינו מכתוב תוצאה בלתי נמנעת של מעצר בעבירות מסוג זה, אלא מהווה פרמטר משמעותי בהערכת מסוכנותו של נאשם" (עמ' 2).

57. המבקש יטען כי טעה בית המשפט במקרה שלפנינו עת נתן למצב הביטחוני משקל בלעדי בהקשר של המסוכנות בצורה שאינה את הבחינה האינדיבידואלית לעניין המסוכנות האישית של המבקש עצמו.

#### **(V) טעה בימ"ש עת קבע מסוכנות גבוהה בעבירות ביטוי שלא ניתן לאיינה**

58. המבקש יטען כי בית המשפט קמא בפועל התייחס לעבירות נשוא כתב האישום כאל עבירות שיש בהן מסוכנות סטטוטורית שעל הנאשם לסתור אותה ואין כך הדברים.

59. ענייניו בעבירות ביטוי. ייחודיותן של עבירות הביטוי, ובעיקר עבירות עם נופך "ביטחוני", והצורך לנהוג בהן בזהירות יתרה, נגזרים מהחשש לקרימנליזציה של ביטויים המצויים על התפר שבין המותר לאסור, תוך פגיעה הן בחופש הביטוי עצמו והן בזכות לשוויון בפני החוק. החשש לקיום הטיה על יסוד שייכות לאומית בפתיחת ההליך בעבירות ביטוי אינו ערטילאי כלל ועיקר.

60. ברוב המוחלט של המקרים, עבירות הביטוי פשוטן כמשמען: הן עבירות שכוללות ביטוי רעיונות, עמדות, תחושות וכיוצא באלה ביטויים שמתעורר לגביהם חשד שהם מהווים עבירה על החוק. עבירות אלה מנוסחות לרוב בצורה רחבה ביותר שאינה מאפשרת הכוונת התנהגות כד שהרבה מקרים נופלים ב"תחום האפור" שאין דרך לדעת מראש את מידת הפליליות שלו. בעייתיות זו מקבלת משנה חומרה לאור זה כי עבירות אלה מגבילות את חופש הביטוי, זכות חוקתית ממעלה ראשונה, ובמיוחד כאשר הן נוגעות להגבלת חופש הביטוי הפוליטי ובטח שבזמן מלחמה.

61. לא אחת, אם כן, ענייניו בעבירות שאין בצידן אינדיקציות קונקרטיות ועצמאיות לכוונת המפרסם נקוט באלומות כלשהי או לפגוע בביטחון הציבור, לא כל שכן, פגיעה מיידית. הדברים נכונים שבעתיים כאשר עסקינן בעבירות שיש בהן מבחן הסתברותי.

62. גיבוי למסקנה זו ניתן למצוא בעובדה כי המחוקק, בצורה מודעת ומכוונת, לא כלל עבירות אלה ברשימת העבירות שיש בצידן חזקת מסוכנות סטטוטורית (לפי ס' 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים) וזאת על אף שעבירות אחרות לפי חוק המאבק בטרור כן נכללו.

63. דהיינו המחוקק סבר כי בעבירות אלה אין מקום לקבוע חזקה שהסכנה הנשקפת מהנאשם לציבור הינה ניכרת ומשמעותית בצורה אשר מקימה עילת מעצר וכי תחת זאת יש לבחון את מידת המסוכנות הקונקרטית הנשקפת מהנאשם עצמו, ועל רשויות התביעה, עת הן עותרות למעצר עד תום ההליכים, לעמוד בנטל הנדרש לצורך ביסוס הטענה בדבר קיומה של מסוכנות קונקרטית כאמור.

64. משמע אין בעצם סיווגן של עבירות ההסתה וההזדהות כעבירות ביטחון או טרור כדי להקים חזקת מסוכנות, תהיה חומרת הדברים שבוטאו אשר תהיה, ועל בימ"ש לבחון האם קיימות אינדיקציות קונקרטיות שנשקפת מהנאשם עצמו מסוכנות מיידית וישירה שמחייבת את השארתו מאחורי סורג ובריח.

65. מכל מקום, גם בעבירות לגביהן נקבעה מסוכנות סטטוטורית, הרי מדובר אך ורק בחזקה הניתנת לסתירה כאשר הנאשם יכול לשכנע כי בעניינו לא נשקפת סכנה כאמור או שניתן לאיין אותה. כאמור, כאשר אין המדובר במסוכנות סטטוטורית הנטל אינו על שכמו של הנאשם להוכיח כי אינו מסוכן, אלא על המדינה להוכיח פוזיטיבית כי נשקפת ממנו, אישית, מסוכנות קונקרטית שאינה יכולה להישען כל כולה על נסיבות חיצוניות ונסיביות.

66. העיון בהחלטת בימ"ש קמא מעלה כי בעצם לאור מהותה של העבירה – עברית ביטוי – שהרי שאין בנמצא כלים לאיון המסוכנות הנובעת ממנה:

"[...] איני סבורה שיש בתנאי המעצר בפיקוח כדי להבטיח כי יימנע מהפצת תכנים מסיתים, באמצעות מכשיר הטלפון (גם אם אינו "חכם"), באמצעות השמעת תוכן מסית בעל פה למבקרו, או העברת תכנים דרכם למי מתומכיו הרבים באום אלפחם."

67. ראשית כל, קביעה זו אינה מבוססת מבחינה עובדתית כללית. היא אף עומדת בסתירה לכך שהתביעה בחנה את התנהלותו של המבקש ברשתות החברתיות ולא מצאה דברי הסתה כלשהם. יפה לעניין זה קביעתו של בימ"ש השלום כי "אינני מתעלמת מהעובדה כי ההפגנה שורדה גם ברשת האינטרנט, יחד עם זאת לא נמצאו בטלפון של המשיבה או ברשתות חברתיות בשימוש פוסטים מסיתים..." ("עמ' 60). זאת ועוד, הצגת המבקש כאילו הוא מנהיג גדול שיש לו "תומכים רבים באום אלפחם" אשר מחכים למוציא פיו הינה משוללת יסוד ולא נכונה כלל וכלל ולא ברור על מה ביססה בימ"ש המחוזי.

68. יצוין עוד כי בית משפט קמא במשיכת קולמוס מחק את הקביעות של בימ"ש השלום כליל וזאת על אף שהאחרון קיים מספר ישיבות ארוכות ומעמיקות בתיק, התרשם בצורה ישירה ובלתי אמצעית הן מהמבקש והן מהמפקחים. על כן, לא ברור כליל איזה יתרון יש לערכאות הערעור להפוך את ההחלטה של בימ"ש השלום ואת הקביעות העובדתיות שבבסיסה (ראו: בש"פ 5501/04 **מדינת ישראל נ' צרפתי** (לא פורסם)).

69. שנית, קביעה זו של בימ"ש בעייתית מאוד מבחינה משפטית וזאת בשתי רמות. הראשונה נוגעת לאפשרות של החלופה המוצעת לאיין את המסוכנות. השנייה, נוגעת ליכולת לתת במבקש אמון כי יעמוד בתנאי החלופה ויכבדם. אמנם שתי שאלות אלה כרוכות האחת בשנייה ברוב המקרים, ואולם מדובר בשתי שאלות נפרדות, שהאחת היא בעלת מימד אובייקטיבי והשנייה היא בעלת מימד סובייקטיבי, כשבשתייהן הנטל על המשיבה לבסס את ההצדקה למעצר עד תום ההליכים.

70. באשר לשאלה בדבר האפשרות של החלופה לאיין את המסוכנות, נחזור ונזכיר כי ענייננו בעבירת ביטוי. המסוכנות שיש לאיין היא כזו הקשורה בחשש שהנאשם יתבטא בשנית באופן שמפר את החוק. מבחינה אובייקטיבית ניתן היה להסתפק באמצעים רציונאליים שמגבילים את היכולת של המבקש להשמיע מסרים, כמו הגבלת השימוש בפלטפורמות להשמעת דעות או השתתפות בהפגנות וכיוצא באלה. הגם שמעצר בית מלא לעניין זה הוא בבחינת "מעבר לנדרש" לצורך איון מסוכנות הנוגעת לחשש מפני השמעת ביטוי, הרי שהמבקש היה מוכן להסכים לו, ואף לפיקוח אלקטרוני, מתוך כך שהוא עדיף זאת על פני מעצר מאחורי סורג ובריח.

71. ואכן, בשורה ארוכה של פסקי דין הורו בתי המשפט על שחרור נאשמים בהסתה, לחלופות מעצר עם תנאים פחות נוקשים מאלה של המבקש. החלטות כאלה ניתנו בעבר בתקופות מתוחות ביטחונית וביחס למנהיגים שיש להם מעמד והשפעה גדולים לאין שעור מאלה של המבקש (אם בכלל) (ראו: עמ"ת 23105-21-06 (מחוזי נצרת) **ח'טיב נ' מדינת ישראל** (20.6.2021); מ"ת 36094-09-18 (שלום חיפה) **מדינת ישראל נ' אגבאריה** (15.10.2018)). זאת ועוד, גם בימים אלה ממש הורו בתי המשפט במספר מקרים על שחרור נאשמים בהסתה לחלופת מעצר דומות או אפילו יותר מקילות מאלה שקבע בימ"ש השלום בענייננו של המבקש (ראו: עמ"ת 48522-01-24 (מחוזי י-ם) **דרויש נ' מדינת ישראל** (23.1.2024); מ"ת 47192-11-23 (שלום י-ם) **מדינת ישראל נ' אללו** (23.1.2024)).

72. לא למיותר לציין כי לעולם אין חלופה הרמטית וכי המחפש אחריה יחזור בידיים ריקות. ואכן, פסיקה ענפה קבעה כי די בכך שביכולתה של חלופת המעצר להקהות את המסוכנות ברמה "סבירה" או "רמה המתקבלת על הדעת" (ראו למשל: בש"פ 5674/13 **מ"י נ' כהן** (פורסם במאגרים, 22.08.2013); בש"פ 5376/01 **מדינת ישראל נ' זהראן** (לא פורסם)). מבחנים שללא ספק מתקיימים בחלופה אותה אישר בימ"ש השלום.

73. בקשר לשאלה השנייה לעניין מתן אמון במבקש עצמו, המשמעות של קביעה זו של בימ"ש המחוזי הינה כי כל עוד המבקש יכול לדבר או לכתוב או לתקשר עם אנשים אחרים שהרי הוא מסוכן וכי מסוכנות זו אינה ניתנת לאיון ולא ניתן לתת בו אמון. המשמעות הרחבה של קביעה כאמור היא כי על אף שהמחוקק לא קבע מסוכנות סטטוטורית בעבירות ביטוי, בית משפט קמא התייחס לעבירה זו בצורה עוד יותר חמורה עת הפך אותה לעבירה שבצידה מסוכנות שאינה ניתנת לסתירה. קביעה זו לא רק שהינה מרחיקת לכת ולא מידתית, אלא שהיא גם מסוכנת. לפי אותו היגיון המסוכנות של המבקש אינה מתאינת גם לא מאחורי סורג ובריח מאוחר והוא בא במגע עם אסירים אחרים. יתכן ויטען הטוען כי "יותר מסוכן" אם כך להשאיר אותו בבית סוהר בטחוני כאשר הוא בא במגע עם עצורים ביטחוניים אחרים. המשמעות של קביעה זו הינה שיש למנוע ממנו להיות בקשר עם אנשים אחרים ולבודדו מהעולם. קביעה מרחיקת לכת שאין לקבלה.

74. זאת ועוד, לעניינו הפרטני של המבקש, לא ברור כלל ועיקר מה עוד על המבקש לעשות על מנת לשכנע בדבר היותו אדם שומר חוק. הקביעה של בית המשפט קמא כי גם בתנאי מעצר בית בפיקוח אלקטרוני הרחק ממקום מגורו "והשפעתו" הנטענת, והגם שהמפקחים הם ראויים, והגם שנאסר עליו להשתמש באינטרנט והוטלו עליו ערבויות גבוהות ביותר, לא ניתן לאיין את המסוכנות של המבקש וזאת משהוא עדיין יכול להתבטא בדרכים אחרות (טלפון, אורחים וכו...). מתעלמת כליל מכל האינדיקציות בדבר הנורמטיביות המיוחסת לו כאדם שומר חוק ופשוט סוגרת את הגולל על האפשרות לשחרר אדם ממעצר בעבירות ביטוי מפני שלא ניתן להגביל פיזית את יכולתו של הפרט להתבטא ולתקשר עם סביבתו.

## **סיכום**

75. עניינו של המבקש מעלה שאלות חשובות ביותר ביחס לזכויות נאשמים ועצורים. לשאלות אלה השלכה רוחבית לעניין תחום רגיש במיוחד העומד על התפר שבין המשפט הפלילי ותכליותיו לבין המשפט החוקתי, גם בכל מה שקשור לזכויות עצורים ככאלה, וגם, בנסיבות העניין, לזכויות עצורים בעבירות ביטוי.

76. הערכת המסוכנות של עצורים לעולם תישען על ספיקולציה ביחס לאירוע עתידי כלשהו. הערכה כאמור כוללת מספר שלבים, כשבכל אחד מהם נדרש בית המשפט לדקדק בקביעותיו על מנת לאזן נכונה בין האינטרס הציבורי לבין זכויות ראשונות במעלה של העצור, ובראשן הזכות לחירות וחזקת החפות.

77. באשר לשלב קביעת המסוכנות עצמה, במיוחד כשעסקינן בעבירות ביטוי, כשאין מחלוקת עובדתית על עצם אמירת דבר מה, אלא מחלוקת פרשנית/משפטית על האם הביטוי עובר את קו הגבול אותו קובע החוק אם לאו, הרי שהתעקשות הנאשם על חפותו על יסוד הטענה כי אין בדבריו, שהוא אינו מכחיש, כדי להוות עבירה, או כי הדברים שאמר פורשו לחומרא כאשר לא התכוון למשמעויות המיוחסות להם, אינה יכולה לעמוד לרעתו. נהפוך הוא: לכל היותר, ניתן לייחס לו טעות בהפעלת שיקול הדעת או טעות בהבנת הגבולות שהציב הדין (אם קריאתו לא תתקבל על ידי ביהמ"ש), אך לא מניע אידיאולוגי להפר את החוק. כאשר המחלוקת בהליך העיקרי היא על מה החוק אומר ביחס לביטוי מסוים, אין להסיק שהמבקש יפר את החוק מטעמים אידיאולוגיים ללא אינדיקציות עצמאיות לכך ובכך לבסס שנסקפת ממנו מסוכנות.

