



עמ"ת 57338/11/21 - יוסף אלבאז נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עמ"ת 57338-11-21 אלבאז נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: 386197/2021

לפני	כבוד השופט מיכאל קרשן
העורר	יוסף אלבאז
נגד	
המשיבה	מדינת ישראל
בשם העורר: בשם המשיבה:	עו"ד ראיס אבו סיפועו"ד רמזי קטילאת עו"ד יוני חדד ועו"ד אור ארבר

החלטה

לפני ערר על החלטת בית משפט השלום בראשון לציון (כב' השופטת ק' וקסלר) בבש"ע 16648-07-21 מיום 25.10.2021, במסגרתה דחה בית המשפט קמא, בעיקרה, בקשה לעיון חוזר שהגיש העורר באחד התנאים המגבילים שהושתו עליו עד תום ההליכים: תנאי האוסר עליו לפרסם ברשתות חברתיות.

רקע

- נגד העורר הוגש כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירות של הסתה לאלימות ואיומים.
- לפי החלק הכללי בכתב האישום, שימש העורר בין השנים 1991-2018 כאימאם של מסגד אל עומרי (המסגד הגדול) בעיר לוד (להלן: **המסגד**), וגם לאחר מכן הוכר כאימאם למרות שלא נשא בתפקיד רשמי. מאז שנת 2018 נשא העורר דרשות במסגד בימי שישי, בתדירות משתנה, וכן נשא דרשות במסגדים נוספים. במהלך התקופה הרלבנטית החזיק העורר וניהל חשבון משתמש בפייסבוק. לחשבונו היו מקושרים 4,952 חברים ו-3,399 עוקבים, אשר נחשפו באופן ישיר לפרסומיו.
- לפי עובדות האישום הראשון, **המייחס לעורר עבירה של הסתה לאלימות**, ביום 15.6.2021 בשעה 21:22, כחודש לאחר שישראל פתחה במערכה צבאית בעזה אשר כונתה "מבצע שומר החומות", ובמקביל התעורר בתוך המדינה גל התפרעויות אלימות על רקע לאומני, פרסם העורר בחשבון הפייסבוק שלו קטע מתוך סרט קולנוע שבמהלכו מוצג רצח אכזרי של שני שוטרים בידי אדם שהשוטרים הורו לו לעצור בגין ביצוע עבירת תנועה.

לצד הסרטון הוסיף העורר כיתוב בערבית בזו הלשון: "מחילה מכם... הדרך הכי טובה להתמודד עם העוול". כאמור בכתב האישום, הפרסום זכה ל-2,900 צפיות, 42 "סימני חיבוב" (3), (Like) "רגשונים מחייכים", "רגשון לב" אחד,



4 תגובות ו-11 שיתופים.

4. לפי עובדות האישום השני, **המייחס לעורר עבירה של אימים**, ביום 11.6.2021 בשעה 7:30 התקיים סיור בהשתתפות גורמים מערייית לוד, כולל סגן ראש העיר יוסי הרוש, בבית הספר "אלראזי" שבעיר, לקראת הקמת שביל גישה בסמוך לבית הספר. בשעה 22:28 פרסם העורר בחשבון הפייסבוק שלו רשומה (post) בה כתב בשפה הערבית:

"מכתב פתוח לראש העיר והבריונים מגרעין התורתי, מאוד ברור שברצונכם להפעיל בריונות על בית ספר "אלראזי", ואתם בטוחים שהוא טרף קל, לכן מציע לכם לבלום את הבריונים שלכם, כי התגרותכם תחזיר אותנו לחודש אחורה, ואתם תשלמו את המחיר על פעולות אלו. ולגבי המלחמה שאתה מאיים עלינו יוסי הרוש צריך שידע שאנחנו כמו שלא התחבאנו בביתם שלנו כשהבאת את הבריונים (נוער גבעות), מבטיחים לך אנחנו, נהיה מספיק אחראים לגרום לך שתבין שנוותר על נשמתנו בזו במטרה לחנך אותך ולהפסקת בריונותך".

הפרסום הנ"ל זכה ל-125 סימני "חיבוב", 5 "רגשוני לב", 6 תגובות ושני שיתופים.

5. עם הגשת כתב האישום עתרה המשיבה לקבוע בעניינו של המשיב תנאי שחרור בערובה עד תום ההליכים הכוללים, בין היתר, תנאי של מניעת גישה לאינטרנט. בדיון שהתקיים לפני בית המשפט קמא צמצמה המשיבה את בקשתה בעניין זה לפרסום ברשתות חברתיות. הובהר לבית המשפט קמא על ידי נציגי המשיבה כי התנאים המגבילים התבקשו נוכח המיוחס לעורר באישום הראשון בלבד.

6. ביום 18.7.2021 קיבל בית המשפט קמא את בקשת המשיבה בחלקה.

בית המשפט קמא מצא כי ישנן ראיות לכאורה למיוחס לעורר בכתב האישום.

אחר זאת קבע בית המשפט קמא כי התנאי של איסור שימוש ברשתות חברתיות הולם את נסיבותיו של העורר, יש בו לתת מענה לחשש מהישנות מעשים דומים והוא אינו פוגע למעלה מן הנדרש בחופש הביטוי של העורר. בהקשר זה נקבע כי העורר יוכל להעביר את מסריו, ככל שאין בהם מסרים מסיתים או אלימים, באופנים שונים שלא באמצעות האינטרנט.

אשר על כן אסר בית המשפט קמא על העורר לפרסם עד לתום ההליכים ברשתות חברתיות, ובכלל זה פייסבוק, טוויטר ואינסטגרם.

7. בחלוף זמן הגיש העורר בקשה לעיון חוזר בהחלטה כך שיבוטל התנאי האוסר עליו לפרסם ברשתות



חברתיות. המשיבה התנגדה לבקשה.

8. ביום 25.10.2021 דחה בית המשפט קמא את הבקשה לבטל כליל את התנאי שקבע, אך התיר לעורר לפרסם באינטרנט תכנים הנוגעים באופן מובהק ללימודיו.

9. העורר לא השלים עם החלטה זו וערר עליה, וכן על ההחלטה המקורית שנתן בית המשפט קמא בעניינו.

10. נוכח היבטיה העקרוניים של הסוגיה הוריתי לצדדים לסכם טענותיהם בכתב. אחר שעשו כן הצעתי לצדדים להסכים לקבלת הערר ולביטול התנאי האוסר על העורר לפרסם ברשתות חברתיות משום חלוף הזמן מעת שנקבע ועד היום (כששה חודשים), במהלכו העורר לא הפר איזה מן התנאים בהם חויב. העורר הסכים להצעתי. לא כך המשיבה.

תמצית טענות העורר

11. בית המשפט קמא לא שיקלל כהלכה את חופש הביטוי שלו במסגרת שתי החלטותיו, אלא קבע איסור גורף להתבטא ברשתות חברתיות - המהוות בימינו את "כיכר העיר", בה מוחלפות הדעות השונות. את חופש הביטוי הפוליטי ניתן להגשים רק ב"שוק הדעות" הרלבנטי.

12. החלטת בית המשפט קמא אינה נותנת משקל לפסיקת בית המשפט העליון הנותנת עדיפות לאכיפה רטרופקטיבית על פני אכיפה פרוספקטיבית בתחום בו מתנגשים ערכים אחרים עם חירות הביטוי.

13. האמצעי שנבחר (איסור על פרסום ברשתות חברתיות) אינו מתאים למטרה, וממילא לא מוטלת על העורר כל מגבלה על דרשותיו במסגד או בפלטפורמות אחרות, ואף לא נטען כלפי העורר כי ניצל לרעה את ערוצי ההתבטאות האחרים העומדים לרשותו.

14. בית המשפט קמא לא ייחס משקל לכך שהנסיבות דהיום שונות מאלו שהתקיימו בעת פרסום התכנים. המתיחות בארץ שככה ואין עוד הצדקה להגביל את חירות הביטוי של העורר באופן בו נעשה הדבר על ידי בית המשפט קמא.

15. אין בהחלטת בית המשפט קמא הסבר לדחיית הבקשה לעיון חוזר בחלוף זמן מאז הושתה על העורר ההגבלה לפרסם ברשתות חברתיות.

16. אין לתת משקל להפניית המשיבה להרשעת העורר בעבירת אלימות. הרשעה זו עניינה מעשה שבוצע



בשנת 2018 והיא אינה חלוטה. בוודאי שאין לתת משקל לחקירה שפתחה המשיבה נגד העורר לפני זמן מה, שכן העורר אף לא נחקר בגין תיק חקירה זה ואין בית המשפט יכול להסתמך על חומרים גולמיים שלא הובאו לעיונו.

17. כאשר האמצעי בו מבקשים לנקוט פוגע בחופש הביטוי יש לאמץ את המבחן של ודאות קרובה לקיום החשש, שנקבע בבג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: **בג"ץ קול העם**).

תמצית טענות המשיבה

18. לא חל שינוי נסיבות שמצדיק שינוי התנאי האוסר על העורר לפרסם ברשתות חברתיות. לא חלף פרק זמן ניכר מהמועד בו נתנה ההחלטה המקורית ואין לתת משקל לכך שהפרסומים בוצעו על ידי העורר בתקופה בה סערו הרוחות בארץ, בין היתר משום שהמתיחות עודנה קיימת.

19. העורר לא ערר על החלטתו הראשונה של בית המשפט קמא, ואין לאפשר לו לטעון כעת טענות הנוגעות אליה.

20. העורר ביצע את העבירות המיוחסות לו בהליך באמצעות האינטרנט. ללא קביעת תנאים המגבילים את התבטאויותיו שם קיים יסוד סביר לחשש שימשיך לבצע עבירות מסוג זה ובכך יסכן את הציבור.

21. התנאי שהושת על העורר הוא תנאי מתון, בוודאי ביחס ליתר התנאים שסעיף 48(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: **חוק המעצרים**) מאפשר לקבוע. הפגיעה בחופש הביטוי של העורר "מידתית, מדויקת ככל הניתן ומאוזנת". היא נעשתה למטרה ראויה של הגנה על הציבור מפני הסתה לאלימות ואיומים ומפני ההשלכות של ביצוע עבירות אלו על הציבור. לטעמה של המשיבה מדובר בהרחקה של העורר מ"זירת העבירה".

22. מאז נתנה החלטת בית המשפט קמא הורשע העורר על ידי בית משפט השלום בעבירות אלימות, ובהכרעת הדין נקבע כי שיקר. כמו כן, אושר לאחרונה לפתוח נגד העורר בחקירה בגין דרשה שנשא ביום 20.7.2021 אשר תועדה בסרטון וידאו והועלתה לעמוד הפייסבוק של המסגד הגדול. לטענת המשיבה מדובר בדרשה מסיתה.

המשיבה סבורה כי נתונים אלה מעצימים את מסוכנותו של העורר ומלמדים כי טרם הגיעה השעה לבחון הקלה בתנאים המגבילים.

23. לדעת המשיבה מוטב היה לולא טען העורר שלא ניתן לפקח על אמירותיו במסגרת דרשות וראיונות, ואולי טענה זו דווקא מצדיקה החמרת התנאים שהושתו עליו.



24. לבסוף נטען על ידי המשיבה כי המבחן ההסתברותי שיש לנקוט במקרה של פגיעת התנאים המגבילים בחופש הביטוי הוא המבחן שקבע המחוקק, קרי: "יסוד סביר לחשש", ולא "ודאות קרובה". לדעת המשיבה קביעת מבחן מחמיר של ודאות קרובה עלולה לפגוע פגיעה חמורה ביכולת להטיל מגבלות מסוג זה על נאשמים.

דין והכרעה

25. העורר, איש דת ובעל מעמד משפיע בקהילתו, הסתבך לכאורה בביצוע עבירה של הסתה לאלימות בגין פרסום פוסט בחשבוננו בפייסבוק. בית המשפט קמא קבע כי ישנן ראיות לכאורה למעשה. הערר אינו מכוון כלפי הכרעה זו.

26. בית המשפט קמא אסר על העורר להתבטא ברשתות חברתיות. המשיבה אינה חולקת על כך שכתוצאה מכך נפגעה חירות הביטוי של העורר ואף על כך שכיום מחליפות הרשתות החברתיות, במידה רבה, את "כיכר העיר", והן המקום הטבעי להחלפת דעות ורעיונות. מכאן שהפגיעה בחירות הביטוי של העורר חריפה במיוחד.

27. העורר לא ערר על ההחלטה שבה נקבע התנאי המגביל האמור. הוא המתין שלושה חודשים וביקש לעיין מחדש בהחלטת בית המשפט קמא בשל חלוף הזמן ושינוי הנסיבות. בית המשפט קמא לא נעתר לבקשה זו ועל החלטה זו הוגש הערר.

28. דעתי היא כי בנסיבות העניין רשאי היה העורר לתקוף במסגרת הערר שהגיש גם את צדקתו של הטלת התנאי המגביל מלכתחילה. לו היה העורר מבקש לתקוף במסגרת זו את הכרעת בית המשפט קמא בנוגע לקיומן של ראיות לכאורה או אף את ההחלטה כי קיימת עילה למעצר (שבלעדיה לא ניתן במקרה זה לקבוע תנאים מגבילים), כי אז היה מקום לקבל את עמדת המשיבה שהעורר לא עמד במסגרת הזמן שקבע המחוקק לצורך הגשת ערר. ענייננו שונה. אמנם ההחלטה השנייה היא שנתקפה בערר אך יהיה זה מלאכותי בנסיבות העניין לנתקה מן ההחלטה הראשונה ומהצדקותיה.

על כן לא ראיתי להגביל את הערר לשאלת שינוי הנסיבות מן ההחלטה הראשונה שקיבל בית המשפט קמא. בכל מקרה, בנסיבות העניין זהו המקרה המובהק המצדיק הארכת המועד להגשת ערר - לו זו נתבקשה על ידי העורר.

29. דין הערר להתקבל.

30. הפרסום מושא האישום הראשון בוצע לכאורה על ידי העורר ביום 15.6.2021, בעיצומו של מבצע "שומר החומות" בעזה והמהומות האלימות שהתעוררו באותו פרק זמן בתחומי המדינה. התנאי האוסר על העורר לפרסם ברשתות חברתיות הוטל עליו ביום 18.7.2021. מאז ועד להחלטת בית המשפט קמא בבקשת העורר לעיין מחדש עברו יותר משלושה חודשים. מאז ועד היום עברו יותר מששה חודשים.



31. המשיבה לא טענה ולא הוכיחה כי העורר הפר איזה מן התנאים המגבילים בהם חויב במשך תקופות ארוכות אלו.

32. טענתה כי ניתן אישור לפתוח נגד העורר בחקירה פלילית בגין העלאת סרטון שתיעד דרשה שנשא במסגד אינה יכולה להשפיע על מסקנה זו. העורר לא נחקר עדיין בחשד לביצוע עבירה כלשהי בקשר לכך, לא הוצגה לי התשתית לפתיחה בחקירה ובכל מקרה - המדינה אינה רשאית, על פי הנחיותיה שלה עצמה, להציג לבית המשפט הדין בהליכי מעצר ושחרור ראיות הנוגעות לעילות המעצר לפני הגשת כתב אישום [הנחיית פרקליט המדינה מס' 13.5 - הצגת פרטי "רישום משטרתי פנימי" (תיקי מב"ד), ראיות המצויות בתיקי חקירה פתוחים, וכתבי אישום בתיקים אחרים - לצורך הוכחת עילת מעצר או ראיות לכאורה בהליכי מעצר עד תום ההליכים, עדכון אחרון מיום 10.6.2019].

אף אין למשיבה רשות, בכפוף לחריג שקבעה הפסיקה, להגיש חומר חסוי לעיונו של בית המשפט הדין בהליך בהתאם לסעיף 21 לחוק המעצרים. ממילא, כאמור, המשיבה לא ביקשה לעשות כן בהליך זה.

33. לטענה כי בעת האחרונה הורשע העורר בביצוע עבירת אלימות ובהכרעת הדין באותו הליך נקבע כי שיקר, אין לייחס משקל לצורך ההכרעה בערר. הכרעת הדין שנתנה בעניינו של העורר אינה קשורה לחששות מפניהם ביקשה המשיבה להגן על הציבור באמצעות קביעת התנאי האוסר על העורר להתבטא ברשתות חברתיות, וקביעות העובדה באותו הליך (שאיננו סופי) ממילא מהוות עדות סברה אסורה בהליך שלפני.

34. סבורני כי בשלב הנוכחי מבסס חלוף הזמן את טענת העורר שראוי הוא לאמון בית המשפט כי לא ינצל את הרשתות החברתיות לצורך הפצת פרסומים מסיתים. כך באופן כללי וכך בהינתן העובדה כי התנאי המגביל הוטל על העורר זמן קצר לאחר ההתפרעויות הנרחבות שאירעו במהלך מבצע "שומר החומות". המצב ששרר בארץ אז אינו המצב דהיום, ויש בכך כדי להקרין ולהשפיע על עילת המסוכנות שעמדה ביסוד הטלת התנאי המגביל מלכתחילה.

35. בהינתן מעמדה החשוב של חירות הביטוי, בוודאי הביטוי הפוליטי, די באמור לעיל על מנת להצדיק את ביטול התנאי המגביל שאוסר על העורר לפרסם ברשתות חברתיות.

36. אך בכך לא די.

37. חופש הביטוי נמנה עם חירויות היסוד של האדם בישראל. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עיגן את ההכרה ההלכתית במעמדו החוקתי של חופש הביטוי. אסירים ועצירים נהנים מחירות בסיסית זו [בג"ץ 4409/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נד 136, 152 (1996)], ומקל וחומר כמובן שגם משוחררים בערובה.

עם זה, חופש הביטוי אינו בלתי מוגבל. ההגבלות על חופש הביטוי לובשות צורות שונות, כנגזרת של החשיבות החברתית היחסית של הביטוי מזה, ומהערכים, האינטרסים והעקרונות אשר חופש הביטוי מתנגש בהם מזה. [בג"ץ



4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 673 (1997).

38. אין חולק על האפשרות לקבוע, במסגרת הליכי מעצר, תנאים הפוגעים בחירות הביטוי של נאשמים בפלילים (ראו, באופן ספציפי, הוראת סעיף 48(א)(4) לחוק המעצרים), בבחינת "מניעה מוקדמת", אך כאשר נעשה הדבר על בית המשפט לתת את הדעת לטיב הפגיעה בזכויות הנאשם, להצדקת הטלתה במקרה הקונקרטי, ולשאלות האם האמצעי שנבחר מתאים למטרה הנדרשת והאם אפשר להשיג את המטרה הנדרשת באמצעים פוגעים פחות.

39. בבג"ץ **קול העם** נקבע כי בהתנגשות בין חופש הביטוי לבין שלום הציבור ניתן לפגוע בחופש הביטוי אם הפגיעה בשלום הציבור היא קשה, רצינית וחמורה, וההסתברות לפגיעה זו בשלום הציבור היא ברמה של ודאות קרובה. מובן שזו אינה נוסחת האיזון היחידה, ויש לאמץ מבחן מתאים, תוך התחשבות במהותם ובחשיבותם של העקרונות המתמודדים [בג"צ 448/85 **דאהר נ' שר הפנים**, פ"ד מ(2) 701]. כך, למשל, כאשר הביטוי או הפרסום אסורים בחוק, בוודאי שאין מקום להפעיל את מבחן הודאות הקרובה, וזאת גם במקרים בהם מוסמך בית המשפט להתיר את הפרסום [ראו והשוו בש"פ 4275/07 **רשות השידור נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(3) 247 (2007); ע"פ 10994/08 **מדינת ישראל נ' תורג'מן** (14.5.2009)].

40. בענייננו מתנגשים חופש הביטוי הפוליטי והאישי של העורר עם עילת המסוכנות, ובאופן ספציפי: עם החשש כי העורר יתבטא ברשתות חברתיות באופן שמסית לאלימות (כפי שלכאורה עשה בעבר). המבחן ההסתברותי השולט בכיפה במקרים בהם יש לאזן את חופש הביטוי עם אינטרס הציבור הוא מבחן הודאות הקרובה, וקשה לראות מדוע לא יאומץ במקרה דנן (ראו החלטתי בבש"ע (כ"ס) 10790-02-14 **מדינת ישראל נ' בר** (29.10.2014), בנוגע לתנאי שאסר על חשוד בפלילים לעמוד בקשר עם גורמי תקשורת).

41. זאת ועוד. בתחום חופש הביטוי קיימת עדיפות מובהקת ל**אכיפה בדיעבד**. כך בתחום האזרחי באמצעות דיני לשון הרע [ע"א 399/85 **אבנרי נ' שפירא**, פ"ד מג(3) 840 (1989)]. כך בתחום המינהלי [בג"ץ 399/85 **כהנא נ' רשות השידור**, פ"ד מא(3) 840 (1987)]. כך בתחום הפלילי הקובע איסורים (ספורים) הפוגעים בחופש הביטוי. דעתי היא כי כאשר מבקשת הרשות להגביל ביטוי **מראש** עליה לעמוד במבחן ראייתי מחמיר של ודאות קרובה, אף ואולי ביתר שאת, אם המגבלה מוטלת במסגרת סעד ביניים בהליך פלילי [השוו: ב"ש (מחוזי י-ם) 84/96 **ספירו נ' מדינת ישראל** (1996)].

זוהי מסקנה שמתחייבת ממשקלו הסגולי של חופש הביטוי, בוודאי חופש הביטוי הפוליטי. בניגוד לטענת המדינה היא אינה סותרת את הוראות חוק המעצרים (שלא מגדירות את המבחן ההסתברותי להטלת תנאי שחרור בערובה), אלא מתיישבת עמן, ובעיקר עם הוראת סעיף 46 הקובע כלל של מידתיות, לפיו סוג הערובה, גובהה ותנאיה (ומשך תוקפם) ייקבעו במידה שאינה עולה על הנדרש כדי להשיג את מטרות הטלת הערובה.

42. בענייניו של העורר נקבע תנאי מגביל שהצורך בו לא נבחן על ידי בית המשפט קמא במבחן הודאות הקרובה. המגבלה החמורה שהוטלה על יכולתו של העורר להביא את עמדותיו הפוליטיות (כל עמדותיו הפוליטיות - לא



רק אלו שבכתב האישום נטען כי הן מסיתות לאלימות) היא לדעתי מגבלה רחבה מדי בנסיבות העניין. ככל שהיה מקום להגביל את חופש הביטוי של העורר משום מעמדו בקהילתו ויכולת ההשפעה שלו, צריך היה למצוא דרך לעשות כן באופן מידתי יותר מאשר מניעה מוחלטת שלו מהפצת דעותיו.

43. על כל האמור לעיל יש להוסיף כי בבוא בית המשפט לקבוע תנאי שחרור בערובה בעניינו של חשוד או נאשם, עליו לבחון את התאמת האמצעי למטרה. כשעסקין במגבלות על חופש הביטוי או על זכויות אדם אחרות המוגנות בחוקי היסוד, הדבר מתחייב אף מן הבחינה החוקתית.

בעניינו של העורר נבחר אמצעי שמצד אחד פוגע בחופש הביטוי הפוליטי ומצד שני מאפשר הפצה של ביטויים אסורים של העורר במגוון דרכים אחרות, לרבות בדרך שכל הנראה עומדת ביסוד האישור שניתן לאחרונה לחקור את העורר: העלאת סרטון של העורר נושא דרשה במסגד לחשבון פייסבוק שאינו שייך לו.

כאשר אלה הם פני הדברים מתבקשת השאלה מה הועילו חכמים בתקנתם, ומדוע נדרשה ההגבלה מלכתחילה.

44. נוכח כל האמור לעיל מתקבל הערר ומבוטל התנאי האוסר על המשיב לפרסם ברשתות חברתיות.

ניתנה היום, כ"ה שבט תשפ"ב, 27 ינואר 2022, בהעדר הצדדים.