



בש"פ 5959/14 - אדיב אסרף נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 5959/14

לפני: כבוד השופט נ' הנדל

העורר: אדיב אסרף

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על מעצר עד תום הליכים לפי סעיף 53 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996

בשם העורר: עו"ד איתמר בן גביר; עו"ד אסתר וינשטיין

בשם המשיבה: עו"ד עדי שגב

החלטה

ערר על החלטה למעצר עד תום ההליכים.

1. כנגד העורר ואדם נוסף (להלן: שיראזי) הוגש כתב אישום. במקביל הוגש כתב אישום כנגד אדם שלישי (להלן: אלירן). כתבי האישום מתייחסים לאותה מסכת אירועים ולאותן עבירות.

עמוד 1



לפי האישום הראשון, העורר, שיראזי ואליין קשרו קשר לרסס על גבי קירות סיסמאות בגנות הציבור הערבי. בהמשך לכך נסעו השלושה ברכב, מצוידים בתרסיס. אליין יצא מהרכב וריסס כתובות כגון "מוות לערבים" ו"תג מחיר". לפי האישום השני, העורר ואליין הצטיידו באלות וניגשו אל אדם שנחשד בעיניהם כערבי. הלה מסר להם שהוא בדואי, ובתגובה אמר העורר: "אני לא אוהב ערבים, אני אוהב ומכבד בדואים". לאחר מכן נסעו העורר ואליין מהמקום. לפי האישום השלישי, העורר ואליין ניגשו לאדם נוסף ושאלו אם הוא ערבי. אותו אדם שלף מכשיר סלולארי. העורר חטף מידיו את המכשיר, ובמקביל הניף אליין אלה. האיש התחיל לרוץ כאשר השניים דולקים בעקבותיו. במהלך המרדף הבחינו השניים כי האיש מוציא טלפון נוסף מכיסו. השניים עצרו את המרדף, שבו לרכבם ונסעו מהמקום. כל האירועים המדוברים התרחשו, על פי הנאמר בכתבי האישום, בתוך פרק זמן של שלושה ימים ובתחומי העיר מעלה אדומים.

בגין האישום הראשון מיוחסת לעורר עבירה של השחתת פני מקרקעין ממניע גזעני. בגין האישום השני והשלישי מיוחסות לעורר עבירות של ניסיון תקיפה בנסיבות מחמירות ממניע גזעני. להשלמת התמונה יצוין כי אליין נאשם, לצד עבירות אלו, בעבירה נוספת של השחתת פני מקרקעין ממניע גזעני - עבירה אותה ביצע, כך נטען, יחד עם שיראזי (וזוהו האישום הרביעי).

עם כתב האישום הוגשה לבית המשפט המחוזי בקשה למעצר עד תום ההליכים. הבקשה התקבלה ביחס לעורר (מ"ת 38234-07-14). נקבע כי ישנן די ראיות לכאורה נגד העורר וכי קמה עילת מעצר נגדו (כב' השופטת נ' בן אור). חלופת המעצר שהוצעה ביחס לעורר נדחתה ע"י מותב אחר (כב' השופט ע' שחם), משום שאין בה כדי לאיין את המסוכנות הנשקפת מן העורר. לפיכך נקבע כי העורר יישאר במעצר עד תום ההליכים. בד בבד שוחרר אליין לחלופת מעצר, וכך גם שיראזי.

2. במסגרת הערר שלפניי נטען, בקשר לאישום הראשון, כי אין ראיות לכאורה לכך שהעורר ידע כי אליין מתעתד לרסס כתובות גזעניות. כאשר לאישום השני והשלישי, נטען כי אין ראיות לכאורה לכך שמעשי העורר עולים כדי ניסיון תקיפה על רקע גזעני דווקא. כאשר לחלופת המעצר, נטען כי העורר הופלה לרעה בהשוואה לשותפיו ואף ביחס לנאשמים אחרים בתיקים דומים. המדינה, לעומת זאת, סבורה כי צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו כי יש די ראיות לכאורה לאשמתו של העורר בעבירות המיוחסות לו. כמו כן נטען כי ישנה הצדקה פרטנית למעצרו של העורר עד תום ההליכים, במובחן מהחלטות שניתנו בעניין השותפים ובעניין נאשמים אחרים.

3. חומר הראיות לכאורה כולל בעיקר את הודעתו של העורר במשטרה, וכן פרטים שמסרו המתלוננים.

בנוגע לאישום הראשון, העורר מסר כי הוא ישב עם שני שותפיו ברכבו של אליין במועד בו רוססו הכתובות. הוא הוסיף כי איננו זוכר מי ריסס את הכתובות ואיננו יודע מה היה תוכנן. בנוגע לאישום השני, העורר מסר כי שאל אדם שעבר ברחוב האם הוא ערבי, על מנת לראות "שהוא לא מסתובב ככה בעיר". לאור תשובתו של אותו איש אמר העורר לאליין לעזוב את המקום. בנוגע לאישום השלישי, העורר מסר כי הוא עמד עם אליין והחל לשוחח עם ערבי שעבר במקום. הלה דחף את העורר ושלף מכשיר טלפון. העורר הפיל את הטלפון, והאיש החל לברוח משם. אז, לדברי העורר, הוא עזב את המקום. העורר הוסיף כי רצה "להרתיע שלא יסתובבו פה ערבים". העורר הכחיש כי הוא עצמו החזיק אלה, ולגבי אליין טען כי איננו זוכר.

4. בבוא בית המשפט להחליט בבקשת המדינה להורות על מעצרו של נאשם עד תום ההליכים, עומדים בפניו שלושה



מבחנים: ראיות לכאורה; עילת מעצר; וחלופת מעצר. טרם אדרש לקיומן של ראיות לכאורה, אתיחס למבחן השני – עילת מעצר.

בעבירות מעין אלו – שילוב של אלימות ומניע גזעני – קיימת מסוכנות. תגובה גוררת תגובה. אין להשלים עם התופעה לא רק בשל הכיעור שבה; לא היא זה בבחינת תגלית לומר כי העניין הוא נפיץ. במובן זה, העבירה דומה לעבירת ההצתה – תחילתה ברורה וסופה סימן שאלה מטריד. באשר למידת המסוכנות, ישנם פרמטרים שונים: תדירות המעשים שנעשו לכאורה, הנזק שנגרם ושיכול היה להיגרם כתוצאה מהם, ואף היקף התופעה בזמן נתון עשוי להוסיף מימד של מסוכנות. המבחנים אינם מצטברים. למשל, ייתכן שהנזק שנגרם לכאורה במעשה בודד הוא כה חמור עד שדי בו כדי ליצור מסוכנות ברמה גבוהה. מכאן שהיה וישנן ראיות לכאורה כנדרש לגבי שלושת האישומים – עולה כי נשקפת לעת הזו מסוכנות מהעורר. על רקע זה יש לבחון את החלופה. כמובן, כתב האישום איננו חזות הכל. בענייננו הסנגור מעלה שתי טענות כדי להפחית מעוצמת המסוכנות: האחת, מידת קיומן של ראיות לכאורה בעיקר ביחס לשני האישומים הראשונים. האחרת, טענות ההפליה. אתיחס לטענות אלו כסדרן.

5. באשר לראיות לכאורה, בלעדיהן לא ניתן להורות על מעצר. הלכה היא כי ראיות לכאורה הן "ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיוודן במהלך המשפט... יוביל לראיות (רגילות) אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר" (בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, פסקה 12 (1996)). המבחן איננו בינארי. גם אם קיימות ראיות לכאורה, יש משקל לעוצמתן.

באשר לאישום הראשון, הסנגור טען כי הראיה לעיקרית היא עדות העורר. העורר בהודעתו במשטרה לא הכחיש שישב ברכב יחד עם אלירן ושיראזי, אולם עמד על כך שאיננו זוכר מי ריסס את הכתובות ושאלן הוא יודע מה היה תוכן. מתעוררת, אפוא, השאלה האם ועד כמה היה העורר מודע לתוכן הכתובות שרוססו על גבי הקירות ולאופיין, וכפועל יוצא מכך – האם אכן היה שותף לעבירה הנטענת בכתב האישום על כל רכיביה. בתגובה לכך הפנתה באת כוח המדינה לעדותו של השותף. הקושי בעמדה זו הוא שהואיל והוגשו כתבי אישום נפרדים – לא ברור שהשותף יוכל להעיד במשפטו של העורר. התובעת ציינה ובצדק כי ישנם תרחישים שיאפשרו את שמיעת עדותו. ברם כאשר עסקין בבחינת עוצמת הראיות לכאורה, לא נראה כי ניתן להעניק משקל רב לאפשרות כזו בשלב הנוכחי. זאת בניגוד – למשל – לתיק בו הראיה העיקרית טעונה סיוע, והתביעה טוענת שהתוספת עשויה לצמוח במהלך עדות הנאשם. שם ניתן להניח – מבלי לקבוע מסמרות בסוגיה, אלא רק לצורך ההשוואה – קיומה של פרשת הגנה, דהיינו שהנאשם יצטרך להחליט אם להעיד אם לאו. בענייננו המצב מוחלש יותר, שכן כלל לא ברור האם השותף יעיד – או ליתר דיוק יוכל להעיד – נגד הנאשם.

באשר לאישום השני, הסתייגות הסנגור מעוצמת הראיות היא בהיבט המשפטי. שגגה היא לסבור שאל לבית המשפט הדין במעצר לשקול טענה מעין זו. עסקין בראיות לכאורה, שבכוחן הפוטנציאלי להשיג הרשעה. כלל הוא שאין זה מצופה שבית המשפט הדין במעצר ייכנס יתר על המידה לעובי הקורה של הטענות המשפטיות. ודאי אין זה מתפקידו ליתן פסק דין בסוגיה משפטית. ברם באותה מידה, במקרה המתאים – אין להתעלם מטענה משפטית שעשויה להשפיע על הפוטנציאל של הראיות לכאורה שמצויות באמתחתה של התביעה. הנה כי כן, הבדיקה המשפטית תהא לכאורה – אך היא תתקיים.

העורר מואשם בעבירת ניסיון. כזכור, על פי התיאור בכתב האישום, הוא ניגש לאדם ושאל אותו האם הוא ערבי. בתגובה לתשובה מסר העורר שהוא מכבד בדואים, ועזב את המקום. סעיף 25 לחוק העונשין קובע מהו ניסיון: "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". עבירת הניסיון מצויה אפוא במתחם שעבר את רף

ההכנה אך לכדי עבירה מושלמת לא הגיע. בענייננו, לא ניתן לשלול על הסף את טענת הסנגור לפיה ייתכן שהמעשים לא עברו את שלב ההכנה. במהלך הדיון המחשתי את הטענה דרך הדוגמא הבאה: פלוני עורך תצפית על בניין, וכנס לתוכו עם נשק בכוונה לבצע שוד בנק. מתברר כי המקום איננו אלא ספריה, והוא עוזב את המקום. האם ברור כי אותו פלוני ביצע ניסיון לשוד מזוין? מבלי לקבוע עמדה באשר לדוגמא, או באשר לדמיון בינה לבין המקרה שלפנינו, אומר רק כי העניין איננו ברור מספיק מבחינה משפטית בשלב זה כדי להעניק משקל של ממש לאישום השני.

המסקנה עד כה היא שעוצמת הראיות בשני האישומים איננה בדרגה שניתן להעניק להם את המשקל שהתביעה מבקשת. נותר האישום השלישי. בעניין זה, הסתייגות הסנגוריה היא בעיקר עובדתית. העורר הכחיש החזקת אלה ומרדף, ואילו המתלונן העיד להיפך. ויכוח עובדתי מעין זה איננו גורע מעוצמת הראיות לכאורה. יוצא, כי האישום השלישי עודנו עומד והשאלה היא האם די בכך כדי להצביע על מסוכנות בעוצמה שמצדיקה את מעצרו של העורר עד לתום ההליכים. דברים אלו יפים גם ביחס למחלוקת על אודות המניע. ניתן לטעון כי בהנחה שהעובדות הוכחו – המניע הגזעני עולה לכאורה מנסיבות המקרה.

6. קיימת משוכה נוספת בפני המדינה בדמות טענת האפליה. טענת האפליה של הסנגוריה היא בעלת שני ראשים: האחד חיצוני, והשני פנימי.

טענת האפליה החיצונית נשענת על דברי הסנגוריה לפיה בתיקים מקבילים, בהם הואשמו ערבים בתקיפת יהודים על רקע גזעני, שוחררו הנאשמים לחלופת מעצר. המדינה חלקה על כך מבחינת מדיניות התביעה. במסגרת תיק זה לא הוגש חומר שדי בו כדי לבסס עמדה. למשל, העובדה שמספר נאשמים בתיקים אחרים שוחררו – יכולה לנבוע ממאפיינים פרטיקולריים של אותם תיקים. יתר על כן, כפי שיובהר, על מנת להכריע בבקשה שלפניי אין צורך להידרש לטענת האפליה החיצונית במלוא עוצמה.

המצב שונה בכל הקשור לטענה של אפליה פנימית. טענה זו עניינה היחס בין מצבו של העורר לבין נאשמים אחרים בפרשה הנידונה. כאן הטענה מבוססת בעיקר על כך שאלירן, אשר הואשם כאמור בשלושת האישומים בהם הואשם העורר בתוספת אישום רביעי, שוחרר לחלופת מעצר, בעוד שאפשרות כזו נשללה מהעורר. יוזכר כי על פי כתב האישום אלירן היה המבצע העיקרי של ריסוס הכתובות (האישום הראשון), וכן היה שותף פעיל באירועים הקשורים לניסיון התקיפה (האישום השני והשלישי). זאת ועוד, באישום השלישי – שהוא העיקרי, לנוכח הניתוח שפורט לעיל – אלירן הוא שהניף את האלה לעבר המתלונן. שירות המבחן העריך, במסגרת תסקירי המעצר, כי רמת הסיכון להישנות עבירות דומות הינה נמוכה – הן ביחס לאלירן והן ביחס לעורר, והמליץ על שחרורם לחלופה.

בד בבד, עולה מהחומר שבקשר לאלירן התעורר חשש שמא מעצרו עד תום ההליכים יסב לו נזק כבד. חשש זה לא הוצג בעוצמה דומה בקשר לעורר. עולה גם כי ביחס לאלירן העריך שירות המבחן שהוא איננו פועל מתוך מניע אידיאולוגי אלא מתוך חולשה וצורך בתחושת שייכות, ואילו ביחס לעורר נאמר כי הוא מתקשה להתייחס למניעיו ולבחון את נסיבות מעצרו. מן העבר האחר, אלירן כאמור מואשם בעבירה נוספת של השחתת פני מקרקעין ממניע גזעני. מהחומר גם עולה האפשרות כי אלירן היה הגורם הדומיננטי באישום הראשון של ריסוס הכתובות, ואף באישום השלישי – שם כאמור על פי כתב האישום אלירן הוא שהניף אלה כלפי המתלונן.



תיאור עובדתי לכאורה זה איננו תואם, על פניו, את הטענה שהעורר היה הגורם המוביל ואלירן היה בגדר נגרר. טענת האפליה הפנימית בנושא מעצר עד לתום הליכים איננה מכריעה, אך היא עשויה לשאת משקל רב הואיל ושני הנאשמים נהנים מחזקת החפות. לאמור: ייתכן מצב ששחרור האחד לא בהכרח יביא לשחרור השני, הגם ששניהם מואשמים באותה עבירה. בהיבט זה יש לשקול גם את האינטרס הציבורי ואת הסכנה לכאורה לציבור. אולם לטענת האפליה מתווספות טענות נוספות, כגון חולשת הראיות ביחס לשני האישומים הראשונים וכן עמדת שירות המבחן שהמליץ על שחרור העורר לחלופת מעצר.

7. המסקנה היא כי התמונה הינה מורכבת. אך בסופו של שיקול, נראה כי בהינתן כל הנסיבות והצטברותם של כל הנימוקים - יש מקום לקבל את הערר. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהסכנה הנשקפת מהעורר לכל הפחות על פי האישום השלישי. יש להעניק משקל מסוים גם לשני האישומים הראשונים. האיזון מוביל לדעתי לתוצאה לפיה יש להורות על שחרורו של העורר למעצר בית מלא, בתנאים דומים לאלה שהוטלו על אלירן, כמפורט להלן:

א. העורר ישוחרר למעצר בית מלא בבית אמו.

ב. אמו של העורר ודודו, מר דוד מרציאנו, ישמשו כמפקחים.

ג. עם מתן החלטה זו יודיע הסנגור באופן מיידי לבית המשפט המחוזי בירושלים, ולפרקליטות, את כתובת בית האם וכן את שמות המפקחים, כתובתם ומספרי תעודות הזהות שלהם.

ד. העורר יפקיד בבית המשפט המחוזי סך של 15,000 ₪, והתחייבות עצמית בסך 50,000 ₪.

ה. כל אחד מהמפקחים ימסור בבית המשפט המחוזי ערבות צד ג' בסך 50,000 ₪.

ו. העורר ישוחרר בתנאי איזוק אלקטרוני.

ז. העורר יתייצב לכל הליך על פי דרישה, ולא ייצור קשר עם מי מהמעורבים בפרשה בין במישרין ובין בעקיפין.

ח. התנאים הכספים שפורטו יכול שיקוימו בפני איש משטרה או שב"ס המוסמך לכך, ויבטיחו גם את האמור בסעיף ז'.

ט. לא יקוימו התנאים עד יום ג', 23.9.2014, בשעה 11:00, יובא העורר בפני שופט תורן בבית המשפט המחוזי.

י. בהתאם להמלצת שירות המבחן, העורר יהא נתון לפיקוח מעצר של השירות למשך חצי שנה.

סוף דבר, הערר מתקבל בכפוף לאמור לעיל.

ניתנה היום, כ"ו באלול התשע"ד (21.9.2014).

ש ו פ ט