

## בבית המשפט העליון

בש"פ 5934/05

בש"פ 6238/05

בפני :  
כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המישנה לנשיא מ' חשין  
כבוד השופט א' ריבלין  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופטת ע' ארבל

העוררים בבש"פ 5934/05  
והמשיבים בבש"פ 6238/05 :  
1. שי מלכה  
2. אריאל וונגרבר

נגד

המשיבה בבש"פ 5934/05  
והעוררת בבש"פ 6238/05 :  
מדינת ישראל

עררים על החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
מיום 16.6.2005, בתיק ב"ש 4565/05, שניתנה על ידי  
כבוד השופט א' פרקש

תאריך הישיבה : כ"ו בסיון התשס"ה (03.07.2005)

בשם העוררים בבש"פ 5934/05  
והמשיבים בבש"פ 6238/05 :  
עו"ד יורם שפטל

בשם המשיבה בבש"פ 5934/05  
והעוררת בבש"פ 6238/05 :  
עו"ד אפרת ברזילי ; עו"ד אלון אינפלד ;  
עו"ד דן בהט

### החלטה

הנשיא א' ברק:

העובדות וההליכים

1. נגד הנאשמים (העוררים בבש"פ 5934/05 והמשיבים בבש"פ 6238/05) הוגש  
(ביום 1.6.2005) כתב אישום לבית משפט השלום בירושלים (ת.פ. 2834/05). כתב  
האישום ייחס לנאשמים עבירות של מעשי המרדה (סעיפים 133 ו-136(1)), (2) לחוק

העונשין, תשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין)), פרסומי המרדה (סעיף 134(א) לחוק העונשין) והחזקת פרסומי המרדה (סעיף 134(ג) לחוק העונשין), וכן עבירות רבות של התקהלות אסורה (סעיף 151 לחוק העונשין), התפרעות (סעיף 152 לחוק העונשין), המשך התפרעות לאחר הוראת התפזרות (סעיף 155 לחוק העונשין) והפרעה לשוטר בשעת מילוי תפקידו (סעיף 275 לחוק העונשין). בהמשך (ביום 27.6.2005) תוקן כתב האישום, כך שיכלול פירוט עובדתי נוסף וירבה את מספר העבירות, אך בלא להשפיע על אופי המעשים וזהות העבירות בשלם הועמדו הנאשמים לדין. כתב האישום בעבירות ההמרדה הוגש בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, כנדרש בסעיף 135(א) לחוק העונשין.

2. על-פי כתב האישום, במהלך שנת 2005 קשרו הנאשמים קשר לסכל באמצעים לא חוקיים את ביצוע "תכנית ההתנתקות", המעוגנת בהחלטות הממשלה ובחקיקת הכנסת. בין הפעולות שתוכננו למטרה זו נכללו ארגון הפגנות המוניות בכל רחבי הארץ במהלכן ייחסמו צירי תנועה ותימנע תנועת כוחות הבטחון; קריאה למפגינים להפר את החוק כדי להיעצר בהמוניהם ולשתק את מערכות אכיפת החוק; גרימת נזק לציוד בטחוני; עידוד סרבנות בקרב משרתי הבטחון; והקמת אתר אוהלים סמוך לחבל עזה לריכוז פעילות המחאה הבלתי-חוקית. בפועל, נטען בכתב האישום, יסדו הנאשמים את תנועת "הבית הלאומי", כמטה לריכוז הפעילות הבלתי-חוקית; פתחו חשבון בנק למימון הפעילות; מינו רכזי אזוריים וצמתים לביצוע הפעילות במקומות השונים; הפיקו, פרסמו, החזיקו והפיצו חומר הסברה שעודד להפרת החוק והסדר ולסירוב פקודה; קיימו (ביום 9.5.2005) כנס בירושלים, בו קראו למתנגדי תכנית ההתנתקות להתאחד לתנועת מרי, לסירוב פקודה ולמניעת פעולות הפינוי; קראו לערוך פעילות בלתי חוקית שכונתה "ניסוי כלים", בה ישובשו החיים במדינה באמצעות חסימת צירים והבאה למעצרים המוניים של החוסמים. עוד נטען בכתב האישום, שבעקבות פעילות זו של הנאשמים אמנם התרחש (ביום 16.5.2005) אותו "ניסוי כלים", במהלכו התרחשו ברחבי הארץ הפגנות בלתי חוקיות רבות, שכללו חסימת צירים וצמתים, שריפת צמיגים, סיכון חיי מפגינים ונוסעים, עיכוב יולדת מלהגיע לבית חולים, מניעת מעבר רכב כיבוי אש במהלך ביצוע תפקידו, הפרת הוראות שוטרים, התנגדות למעצר ותקיפת שוטרים.

3. עם הגשת כתב האישום, הוגשה גם בקשה למעצרו של הנאשמים עד תום ההליכים (ב"ש 4502/05). בבקשה צויין, כי בידי המדינה ראיות לכאורה להוכחת העבירות המיוחסות לנאשמים, וכי העילה המצדיקה את מעצרו עד תום ההליכים מעוגנת בסעיף 21(א)(1)(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים),

התשנ"ו-1996 (להלן – חוק המעצרים), שכן קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשמים יסכן את בטחוננו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה. כן נטען בבקשה, שחומרת העבירות וחומר הראיות הקיים בתיק מלמדים שלא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך אחרת. לצורך הדיון בשאלת המעצר, הסכימו הנאשמים להניח שקיימות ראיות לכאורה להוכחת האשמה. טענתם היתה שלא קמה עילה לעצורם, ושהמעצר נועד למנוע מהם להמשיך במחאה דמוקרטית נגד תכנית ההתנתקות.

4. בית משפט השלום בירושלים (סגן הנשיא ש' פיינברג) קיבל (ביום 8.6.2005) את בקשת המדינה והורה על מעצרו של הנאשמים עד לתום ההליכים המשפטיים נגדם. בהחלטתו קבע, כי מחומר החקירה נראה שהמשיבים ביקשו לא רק למחות ולעורר את דעת הקהל, אלא להביא לפגיעה ממשית ביכולת התפקוד של כוחות הבטחון ו"לעצור את המדינה" כולה. ארועי "ניסוי הכלים" (מיום 16.5.2005) הוכיחו, כי הנאשמים הם בעלי יכולת לממש את תכניותיהם, ובכך נתבררה מסוכנותם. גילוי רשימות של מתקנים חיוניים ברשות הנאשמים חיזק אף הוא את החשש לשלום הציבור. בית משפט השלום מצא, ש"בפעילות המשיבים יש משום קריאת תיגר על אושיות השלטון", אותה יש למנוע בדרך של מעצר. כן נקבע, שלא קיימת חלופה מתאימה שתקיים את מטרות המעצר, באשר הנאשמים, שלא שיתפו פעולה בחקירתם, אינם מתכוונים לזנוח את הפעילות, וצפוי שימשיכו בה גם אם ימצאו במעצר בית.

5. הנאשמים עררו על ההחלטה לעצורם עד תום ההליכים לבית המשפט המחוזי בירושלים (ב"ש 4565/05). גם בהליך זה הם הסכימו כי יונח, שקיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמתם של הנאשמים. הדיון התמקד אפוא בקיומן של עילת מעצר וחלופה למעצר. הנאשמים שבו וטענו, כי מבוקשם הוא למחות נגד תכנית ההתנתקות בדרך לא אלימה, וכי מעצרו נבע ממניעים פוליטיים ולא מסכנה ממשית. כן טענו שהמדינה נוהגת "אכיפה סלקטיבית", בבקשה לעצור אותם עד תום ההליכים, בעוד מפגינים אחרים אינם נעצרים. בית המשפט המחוזי (השופט א' פרקש) דחה (ביום 16.6.2005) את עיקרו של הערר. לאור הראיות נקבע, כי במעשיהם – אלו שכבר התרחשו ואלו שתוכננו להתבצע בעתיד – חרגו הנאשמים ממחאה פוליטית מותרת, ופנו למסלול של פעילות בלתי חוקית מתוכננת ומאורגנת, בהיקף נרחב, תוך סיכון אפשרי לחיי אדם העלולים להיזקק לתנועה חופשית בכבישים. בית המשפט העריך, כי אילו יוחסו לנאשמים התבטאויות בלבד, לא היה בכך להוות עילה למעצרום. אולם משהוכיחו את כוונותיהם במעשים, נוצר החשש הממשי שפעולותיהם יסכנו את היחיד ואת הציבור. כן נדחתה טענת האכיפה הסלקטיבית, הן משום שהגורם בפניו יש להעלותה הוא היועץ המשפטי לממשלה ולא בית משפט הדן במעצר עד תום ההליכים; הן משום

שהיא לא יוסדה בראיות כלשהן; והן משום שאפשר ושינוי העתים והנסיבות הצדיק שינוי במדיניות האכיפה. לבסוף, אישר בית המשפט המחוזי את קביעת בית משפט השלום כי אין בנמצא חלופת מעצר אפקטיבית, שכן הנאשמים אינם מתכוונים לזנוח את פעילותם, ואת זו ניתן לקיים אף במסגרת מעצר בית. עם זאת, הגביל בית המשפט המחוזי את תקופת המעצר. כך קבע, בסיום החלטתו:

”כיוון שהחשש משני העוררים מוגבל לתקופה שלפני ביצוע ההתנתקות ובמהלכה, ולאור מספרם הרב של עדי התביעה, הנני סבור, כי בשלב זה ניתן להסתפק בהארכת מעצרים עד ליום 31.8.05, וכך אני מורה” (פסקה 16 להחלטה).

6. על החלטתו של בית המשפט המחוזי עררו לבית המשפט העליון הן הנאשמים והן המדינה. ערר הנאשמים (בש"פ 5934/05) כוון נגד אישור מעצרים. ערר המדינה (בש"פ 6238/05) כוון נגד קציבת תקופת המעצר עד ליום 31.8.2005. על-פי החלטות השופטת ע' ארבל (מיום 30.6.2005) והנשיא א' ברק (מיום 3.7.2005), הועברו שני העררים לדיון בפני מותב מורחב של חמישה שופטים. המותב שמע (ביום 3.7.2005) את טיעוני הצדדים. כן הוגשה (ביום 7.7.2005) השלמת טיעון קצרה בכתב מטעם הנאשמים.

#### טענות הצדדים

7. הנאשמים שבים וטוענים, כי פעילותם מתמצה במרי אזרחי לא אלים, המממש את זכותם הדמוקרטית לחופש ביטוי ומחאה ואינו מסכן את הציבור. לשיטתם, בקשת המדינה לעצורם מהווה ניסיון פוליטי למנוע את פעילות המחאה הלגיטימית שלהם. כן מרחיבים הנאשמים בעניין האכיפה המפלה שנוקטת להבנתם המדינה. לטענתם, בעוד הם נעצרו עד תום ההליכים, אישים פוליטיים שהיו מעורבים באותה פעילות לא נעצרו, וכך גם פעילי ארגונים אחרים שארגנו בעבר הפגנות, חסימות צירים ופעילויות מחאה נוספות. הנאשמים – שאינם חולקים במסגרת הליכי המעצר על ההנחה כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמתם – עומדים על כך שישוחררו מן המעצר (תוך נכונות לתנאים מגבילים מסוימים), ומבקשים שלא להסתפק בחלופה של מעצר בית. זאת, משום שפעילותם היא גלויה וחשופה, ואין חשש שלא ניתן יהיה לעצורם אם יתעורר החשד כי הם מפריים את תנאי שחרורם.

8. המדינה מבקשת לדחות את טענות הנאשמים. לשיטתה, פעילותם אינה מהווה ניצול הזכות לחופש ביטוי, כי אם התארגנות עבריינית רבת-משתתפים, המבקשת לסכל

את יישומו של חוק שנתקבל על-ידי הכנסת. פעילות זו נושאת סיכון מיוחד משום שהיא מאופיינת בארגון ובנחישות, תכליתה היא הפרה המונית של החוק ובדרך זו הבאת מערכות האכיפה לכלל קריסה, ואף יש כוונה להסלים את המעשים בעתיד. בנסיבות אלה, טוענת המדינה, אף אם הנאשמים לא התכוונו לדרדר את פעילותם לאלימות, הרי עצם הפרות החוק שביצעו ושלחן הם מעודדים מסכנות את שלום הציבור ומחייבות מעצר. לעניין ערעורה שלה – המדינה מדגישה שב-31.8.2005 צפויה תכנית ההתנתקות להיות עדיין בעיצומה, ודווקא אז קיים חשש שפעילות המחאה תגבר. לכן יש להורות כעת על מעצר עד תום ההליכים. עם זאת, ניתן יהיה לשוב לבית המשפט נוכח שינוי נסיבות.

ד"ר

9. מעצרו של נאשם לאחר הגשת כתב אישום נגדו פוגע קשות בחרותו (ראו ב"ש 4955/00 מדינת ישראל נ' בדווי, פ"ד נד(4) 794, 809). על פי חוק המעצרים ניתן לעצור נאשם רק אם נתקיימו בעניינו אחת מ"עילות המעצר" הקבועות בחוק המעצרים. עילות אלו הן (סעיף 21(א)(1)):

"(א) קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם או אי-מעצרו יביא לשיבוש הליכי משפט, להתחמקות מהליכי שפיטה או מריצוי עונש מאסר, או יביא להעלמת רכוש, להשפעה על עדים או לפגיעה בראיות בדרך אחרת;

(ב) קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה;

(ג) הואשם הנאשם באחד מאלה:

(1) עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;

(2) עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);

(3) עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, למעט עבירה הנוגעת לשימוש בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי;

(4) עבירה שנעשתה באלימות חמורה או באכזריות או תוך שימוש בנשק קר או חם;

(5) עבירת אלימות בבן משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991.

חזקה כי מתקיימת העילה האמורה בסעיף קטן (ב), אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת".

במסגרתן של עילות אלה רשאי בית המשפט לצוות על מעצר "עד תום ההליכים", ובלבד ששוכנע כי יש ראיות לכאורה להוכחת האשמה (ראו ביינן, "דיני המעצר החדשים: היבטים אידיאולוגיים, חוקתיים ומעשיים", מגמות בפלילים: עיונים בתורת האחריות הפלילית 337 (2001)).

10. בענייננו נתבקש מעצרו של הנאשמים על-פי העילה הקבועה בסעיף 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים שעניינה קיומו של יסוד סביר לחשש כי הנאשמים יסכנו את "בטחוננו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה". על פי אופיה צופה עילת מעצר זו פני עתיד. היא נלמדת מאופיה של העבירה, הרקע לעשייתה, עברו של הנאשם ומכלול התנהגותו. אין צורך, ואף אין אפשרות, להוכיח את התממשותה של הסכנה בוודאות גמורה. די בקיומו של יסוד סביר לחשש של פגיעה בביטחוננו של הפרט או של הציבור, או בביטחון המדינה. חשש זה צריך להתייחס לנתוני המיוחדים של הנאשם ולמידת הסיכון שהוא מהווה לאדם אחר או לציבור (ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 429).

11. בחינת עניינם של הנאשמים מצדיק את מסקנתם של בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי כי קיים יסוד סביר לחשש שאם לא ייעצרו הנאשמים הם ימשיכו לבצע את העבירות המיוחסות להם בכתב האישום שהוגש נגדם ובכך לסכן את בטחון הפרט והציבור. מסקנה זו אינה נגזרת מ"חזקת מסוכנות" הנובעת מהדין (סעיף 21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים; וראו קיטאי, "הניגוד בין חזקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט 282 (2002)). מסקנה זו נגזרת מפעולותיהם של הנאשמים בעבר אשר מקובל הוא עליהם כי הוכחו לכאורה לצרכי שאלת המעצר שלפנינו; היא נגזרת מעמדתם כי הפעולות שביצעו (לכאורה) מממשות את זכותם במשטר דמוקרטי – זכות שעל הגשמתה בעתיד הם עומדים. הם לא טענו בפנינו כלל כי אין הם מתכוונים לחזור על פעולות אלה. הם אף התנגדו ל"מעצר בית". הם מבקשים להמשיך בפעולותיהם. הם רואים במה שנעשה משום "ניסוי כלים" שמטרתו להפיק לקחים אשר יאפשרו להם, לכאורה, להביא לכך שמנגנוני אכיפת החוק בישראל ישותקו באופן מוחלט (ראו כתב האישום, עמ' 2, פסקה ב') ושהחיים במדינה

ישובשו (עמ' 3, פסקה ט'). עמד על כך, על-פי הראיות, הנאשם שי מלכה באחד מנאומיו, באומרו:

"יהיו שני שלבים: יש את שלב 'ניסוי הכלים' ויש את שלב 'יום הפקודה'... יום הפקודה מקובל ומוסכם על כל הגופים החוץ פרלמנטריים. זה שלב חסימת גוש קטיף לתנועה של יהודים... בשלב זה אנחנו מפעילים את שלב ב' ונעצור את המדינה... המטרה היא לעצור את המדינה..." (דברים בכנס במלון הייט, מצוטט בהחלטתו של בית המשפט המחוזי, בעמ' 6).

דברים אלה, ושאר חומר החקירה, מצביעים על כך כי קיים יסוד סביר – למעשה הסתברות שהיא קרובה לוודאית – כי אם ישוחררו הם ימשיכו בביצוע הפעולות נשוא כתב האישום, ובכך הם יסכנו את "בטחוננו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה". לעניין זה, חלופת "מעצר בית" אינה מעשית (ראו בש"פ 8638/96 קורמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 200, 206).

12. כנגד מעצרו עד תום ההליכים מעלים הנאשמים שלוש טענות עיקריות. הראשונה הינה כי המדינה נוהגת ב"אכיפה סלקטיבית". אכן, אכיפה סלקטיבית פסולה היא (ראו בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289; ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 441). עם זאת, לא הונחה בפנינו כל תשתית עובדתית בעניין זה. לא די בטענות ובסיסמאות ("סלקציה פוליטית"; "אכיפה פחדנית"). יש לבסס עובדות ופעולות. דבר זה לא נעשה. מכיוון שכך, נשארה טענה זו תלויה על בלימה, ואין בכוחה לסייע לנאשמים.

13. טענתם השניה של הנאשמים הינה, כי פעולתם אינה אלא הגשמת זכותם הדמוקרטית לחופש הביטוי וההפגנה. אין כל ממש בטענה זו. אכן, לכל אדם בישראל חופש הביטוי וההפגנה. הוא מהווה את "ציפור נפשה" של הדמוקרטיה (הנשיא ש' אגרנט בע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435). יש לה "מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם" (בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398). חופש הביטוי הוא החופש של היחיד להגשים את עצמו; חופש הביטוי הוא החופש של היחיד והכלל להוציא את האמת לאור בדרך של התמודדות חופשית ובלתי פוסקת בין האמת לבין השקר; חופש הביטוי הוא החופש של בני החברה להחליף ברוח סבלנית ללא מורא ופחד ומתוך כיבוד האוטונומיה של כל יחיד ויחיד, דעות והשקפות ולשכנע זה את זה, כדי לייצב לעגן ולפתח את המשטר הדמוקרטי (ראו: בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות

השידור, פ"ד מא(3) 255, 272). אכן "חירות הביטוי היא תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה" (הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 372/84 קלופפר נווה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 238). בצדק ציין השופט מ' לנדוי כי "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה מודרכת מלמעלה" (בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2416). זאת ועוד: חופש הביטוי משתרע על כל צורות הביטוי; הוא כולל בחובו ביטוי של דעות מקובלות ודעות חריגות; הוא משתרע על דעות שאוהבים לשמוע ועל דעות מרגיזות וסוטות. חופש הביטוי הוא החופש להביע דעת – כדברי השופט ברנן – "ללא מעצורים, ללא איסטיניסטיה ופתוח לרווחה" (בפרשת *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)). עם זאת, לא כל ביטוי הנופל לגדר היקפו של חופש הביטוי זוכה להגנתה של המדינה. ענין לנו באיזון (אופקי או אנכי) בין ערכים ואינטרסים מתנגשים. במסגרת איזון זה ניתן למשל להגביל את חופש הביטוי אם הפגיעה של הביטוי באינטרס הציבורי היא קשה, רצינית וחמורה, וקיימת הסתברות קרובה לוודאות כי מתן חופש לביטוי יביא לאותה פגיעה בכלל או בפרט. התנהגותם של הנאשמים – על פי האמור בכתב האישום כנגדם המשמש בשלב זה כתשתית עובדתית לבחינת מעצרים – אינה עומדת בתנאים אלו. אכן "חופש הביטוי וההפגנה אינם נותנים היתר לביצוע פעולות שלוחות רסן המסכנות את שלום הציבור" (השופט א' פרוקצ'יה בבש"פ 1821/05 נמבורג נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). חופש הביטוי אינו היתר להתפרעות. האלימות היא היפוכו של הביטוי המותר. דווקא התפישה הערכית המכירה בחרות הביטוי ראוי לה שתחמיר עם מי שמוציא עצמו מתחום הביטוי ובוחר בדרך של אלימות. חופש הביטוי אינו היתר להסתה; חופש הביטוי אינו היתר להמרדה. חופש הביטוי – כתב השופט הולמס (Holmes) – אינו החופש של אדם לצעוק לשווא "אש" בתיאטרון ובכך לגרום למהומה (בפרשת *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47, 52). במעשים המיוחסים להם לא רק שהנאשמים צועקים "אש" בתיאטרון מלא אנשים אלא הם מציתים אש ליד חביות של דלק. המעשים המיוחסים להם – ושבהסכמתם אנו רואים בהם את התשתית לבחינת המעצר עד תום ההליכים – הדליקו את האש עצמה. פגיעתה באינטרס הציבורי קשה; הסתברותה ודאית. שום משטר דמוקרטי המבקש לשמור על חופש הביטוי, אינו רשאי להסכים לה. אכן, חופש הביטוי (וההפגנה) אינו מגן על החופש למנוע מיולדת להגיע לבית החולים; חופש הביטוי (וההפגנה) אינו מגן על החופש למנוע ממכבי האש להגיע למקום שריפה; חופש הביטוי (וההפגנה) אינו מגן על החופש לשתק את המנגנונים לאכיפת החוק ולהביא לקריסתם; חופש ההפגנה אינו מגן על החופש "לעצור את המדינה" ולסכן את בטחונם של הפרט והכלל. הטוען בשם חופש הביטוי לכל אלה, אינו טוען מנקודת מבטה של הדמוקרטיה, אלא מנקודת מבטה של



האנארכיה (ראו בש"פ 6844/05 מדינת ישראל נ' פלונית (לא פורסם)). כאשר זו תשלוט, גם חופש הביטוי לו טוענים הנאשמים לא יעמוד להם.

14. טענתם השלישית של הנאשמים הינה, כי הפעילות המיוחסת להם מהווה "מרי אזרחי" ולכך הם זכאים במשטר דמוקרטי. אף בטענה זו לא מצאתי כל ממש. הטענה בדבר "מרי אזרחי" (נכון יותר, "אי ציות אזרחי" (civil disobedience)) מעוררת שאלות מוסריות, פילוסופיות ומשפטיות קשות (ראו ח' גנז, "ביסוסי חובת הציות לחוק", משפטים יז 353 (1987); ח' גנז, "גבולות חובת הציות לחוק", עיוני משפט יג, 376 (1988); י' זמיר, "גבול הציות לחוק", גבורות לשמעון אגרנט 119 (תשמ"ז)). בוודאי כך, כאשר זו אינה מופנית אל היחיד ומצפוננו אלא אל רשויות הציבור בהפעלת סמכויותיהן השלטוניות. עם זאת, במקרה שלפנינו אין לנו צורך לבחון אותה, שכן בין התנהגותם (לכאורה) של הנאשמים לבין מרי אזרחי אין ולא כלום. לא במרי אזרחי עסקו (לכאורה) הנאשמים אלא בהמרדה. שום תיאוריה של מרי אזרחי אין בה כדי להצדיק "עצירת המדינה" או שיתוק המנגנונים האחראים לאכיפת החוק; שום טיעון מוסרי אין בו כדי להצדיק שריפת צמיגים בכבישים המסכנת קשות את חיי הנוסעים על הכביש; שום טיעון פילוסופי לא יוכל להצדיק עיכובה של יולדת הצריכה לבית חולים, או את עיכובה של מכונית כיבוי אש בדרכה למניעת שריפה; שום טיעון משפטי בדבר "מרי אזרחי" לא מאפשר התנהגות אלימה, הפוגעת קשות בחיי בני אדם.

15. המסקנה המתבקשת הינה, איפוא, זו: מעצרו של הנאשמים הוא כדין, ואת עררם יש לדחות. מנגד, מצאנו טעם רב בעררה של המדינה. הסיכון הנגרם מהנאשמים, אם יהיו חופשיים, לא יסתיים ואף לא יפחת לאחר ה-31.8.2005. סיכון זה קיים ועומד, כל עוד ההתנתקות לא מומשה. על כן יש לקבל את ערר המדינה, ויש להורות כי הנאשמים ייעצרו עד תום ההליכים נגדם. כמובן, אם יתברר כי עם חלוף הזמן תפחת מסוכנותם של הנאשמים, ניתן יהא לפנות מחדש – במסגרת טענה של שינוי נסיבות – ולבקש שינוי ההחלטה.

16. בטרם נסיים, ברצוננו לציין, כי רואים אנו את התנהגותם של הנאשמים – התנהגות המתוארת בכתב האישום ושלצרכי הדיון במעצרו אין הם חולקים עליה – בחומרה יתירה. קיימת מחלוקת קשה בציבור הישראלי בשאלת ההתנתקות. מחלוקת זו יש לנהל בסובלנות ובהבנה. יש לאפשר חופש ביטוי לכל דעה ולכל עמדה. ראוי להן למחלוקות הציבוריות שייבחנו בשוק הרעיונות. כך בתקופות של רגיעה; כך בתקופות של מתח ומחלוקת (בג"ץ 3451/02 אלמדני ואח' נ' שר הביטחון, בנימין בן אליעזר ואח', פ"ד נו(3) 30). עם זאת, את המחלוקת הציבורית יש לקיים במסגרת הכלים הקיימים.

לכאורה, פעולתם של הנאשמים שוברת את הכלים כולם. רטוריקה של דמוקרטיה וזכויות אדם בפיהם, אך פעולות של אנארכיה ופגיעה בזכויות אדם במעשיהם. לכך שום מדינה דמוקרטית אינה צריכה להסכים. בצדק צויין כי "שמירת חוק וסדר הינה תנאי מוקדם והכרחי לקיום חברה וממלכה ובלעדי שלטונו של חוק והבטחתו של שלום ציבור, לא תיכון לא חברה ולא ממלכה" (השופט מ' חשין בבש"פ 6834/93 בקוש נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). כך בכל מדינה דמוקרטית. כך בוודאי במדינת ישראל. אנו דמוקרטיה צעירה. שורשינו הדמוקרטיים אינם עמוקים. על כל אחד לעשות כל שביכולתו ובכוחו לשמור על הדמוקרטיה שלנו. אם לא נשמור עליה, היא לא תשמור עלינו. שמירת הדמוקרטיה מחייבת שמירה על חופש הביטוי. שמירה על חופש הביטוי מחייבת שמירה על הדמוקרטיה. השימוש ברטוריקה של דמוקרטיה וזכויות אדם כבסיס לפעילות הפוגעת בדמוקרטיה ובזכויות האדם, הוא מרשם בדוק להרס הדמוקרטיה מתוכה היא. אמת, הדמוקרטיה מכירה בזכות הביטוי וההפגנה של כל אדם בה; היא תעשה הכל כדי לכבד זכות זו. אך דמוקרטיה לא תאפשר שימוש בזכויות שהיא מעניקה כדי להביא להרס עצמי. דמוקרטיה צריכה להיות סובלנית גם לחסרי הסובלנות. אך דמוקרטיה אינה צריכה לאפשר בסובלנות את עצם חיסולה (ראו רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 62). "זכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי" (ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 310). אכן, הדמוקרטיה שלנו היא דמוקרטיה מתגוננת (ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 390). היא מגינה על עצמה מפני אויביה מבחוץ. עליה להגן על עצמה מפני המתמרדים נגדה מבפנים. חובה זו מוטלת על כולנו: על כל רשויות השלטון; על כל המפלגות והגופים; על כל השופטים. אכן, "שוב הוטל עלינו, שופטי הדור הזה, לעמוד על משמר ערכי היסוד שלנו ולהגן עליהם מפני הקמים עליהם" (בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 808).

הערר בבש"פ 5934/05 נדחה. הערר בבש"פ 6238/05 מתקבל.

ה נ ש י א

המישנה לנשיא מ' חשין:

אני מסכים.

המישנה לנשיא

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

שופט

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

שופטת

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בהחלטתו של הנשיא א' ברק.

ניתנה היום, י"ד בתמוז, תשס"ה (21.07.05).

שופט

המישנה לנשיא

הנשיא

שופטת

שופטת