



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 333/09

בפני: כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופטת א' חיות

העותרים: 1. איתמר בן גביר
2. אילה בן גביר

נגד

המשיבים: 1. מפקד מחוז ירושלים, ניצב אהרון פרנקו
2. משטרת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרים: איתמר בן גביר

בשם המשיבים: עו"ד מיכל צוק

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. עתירה זו הוגשה על ידי העותרים איתמר בן גביר ואילה בן גביר, בטענה עקרונית כי על כוחות המשטרה לאפשר להם ולאחרים לצעוד בהפגנה במרכז העיר ירושלים עם דגלי כהנא, מנהיגה לשעבר של תנועת "כך".

2. העותרים פנו למשטרה בבקשה להתיר להם לערוך תהלוכה במרכז העיר ירושלים, שכותרתה "עם דגלי הרב כהנא בעקבות הפגנת השמאל עם דגלי אש"ף". לדבריהם, מטרת התהלוכה "לבדוק האם יש בישראל שוויון בפני החוק". טענת העותרים היא כי המשטרה אישרה להניף דגלים של תנועת אש"ף במהלך הפגנה של תנועות השמאל שהתקיימה בתל-אביב. לפיכך, בשם עקרון השוויון, יש להתיר גם לתנועת הימין להניף דגלי תנועת "כך" בהפגנה מטעמה.

3. גורמי המשטרה סרבו לבקשת העותרים בנימוק כי הנפת דגלי כהנא בתהלוכה שהינם דגלי תנועת "כך", מהווה, לכאורה, עבירה על סעיף 4(ז) לפקודה למניעת טרור, התש"ח-1948, בהיותה מעשה שיש בו משום גילוי הזדהות עם ארגון טרור. הנפת דגל של ארגון טרור מהווה הצהרה ברורה וגלויה של הזדהות עם הארגון, וביטוי כזה מגיע כדי עבירה פלילית. בנסיבות אלה, לגישת המשטרה, אין מקום להתיר הנפת דגלי "כך" בהפגנה, בשל האופי הפלילי המתלווה למעשה, ובהתייחס להוראות הפקודה למניעת טרור, ופסיקת בית משפט זה.

4. במסגרת שיג ושיח בין העותרים למשטרה, הגישו העותרים בקשה חדשה לרשיון לעריכת תהלוכה, ובה בקשו להניף דגלים העונים לתיאור – "דגלי הרב כהנא – דגל ובו תמונת הרב כהנא, ובציודו השני, הרב כהנא צדק. הם לא ישברו אותנו".

המשטרה סרבה גם לבקשה חדשה זו.

5. עמדת המשטרה היא, כי הנפת דגלי הרב כהנא, כמתואר בבקשתם החדשה של העותרים, מהווה פעילות שיש בה, על פני הדברים, משום עבירה פלילית של הבעת תמיכה גלויה בארגון טרור. משכך, אין מקום להתיר פעילות המהווה עבירה על החוק. המשטרה הודיעה כי אינה מתנגדת לעצם קיום הפגנה. התנגדותה נסבה על האמצעים שהעותרים מבקשים להשתמש בהם לצורך ההפגנה, הנוגדים, לעמדתה, את החוק.

6. איננו רואים להתערב בעמדת המשטרה, ודעתנו היא כי דין העתירה להידחות.

אלה עיקרי הטעמים:

7. סעיף 84 לפקודת המשטרה (נוסח חדש), תשל"א-1971 (להלן – פקודת המשטרה), מסמיך את משטרת ישראל ליתן רשיון לקיום הפגנה או תהלוכה. סעיף 85 לפקודה קובע, כי הגורם המוסמך במשטרה רשאי ליתן את הרישיון, להתנותו בתנאים או בערובות מסוימות, או לסרב להעניקו. את שיקול הדעת בהפעלת סמכות זו עליו להפעיל באופן ההולם את התכלית שלשמה ניתן כח זה בידיו. תפקידיה של המשטרה קבועים בפקודת המשטרה, ובמיוחד בסעיף 3 לה, הקובע כי המשטרה תעסוק במניעת עבירות וגילויין, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש (בג"צ 2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים, פד"י מח(2) 456, 467 (1994) (להלן – פרשת ד"ר) (1994); ע"א

337/81 בוטקילה נ' מדינת ישראל, פד"י לח(3) 337, 7-346 (1984)). בצד סמכויות ספציפיות, מוקנות למשטרה סמכויות טבועות כפועל יוצא מתפקידה לקיים את הסדר הציבורי ולמנוע ביצוע עבירות (בג"צ 477/81 בן ישראל נ' המפכ"ל, פד"י לו(4) 349, 354 (1982)).

8. במסגרת סמכויות המשטרה להסדיר עריכת הפגנות ותהלוכות, עליה לתת משקל רב לעקרונות חופש הביטוי וחופש ההפגנה, שהם מיסודות המשטר הדמוקרטי. המגמה ברישוי ארועי אספות ותהלוכות היא להתיר את קיומן, ככל שהדבר אפשרי, בכפוף להגנה על שמירת החוק, הסדר הציבורי והבטחון, החיוניים אף הם לקיומו של משטר דמוקרטי (פרשת ד"ין, עמ' 3-472; בג"צ 53/73 חב' קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פד"י ז' 871, 876-881 (1953)). במסגרת חופש הביטוי החולש על חופש ההפגנה, המגמה היא להתיר חופש מירבי בבחירת האמצעים שהמפגינים מבקשים להשתמש בהם במסגרת הארוע. אולם חופש זה כפוף לשיקולים של אינטרס ציבורי במובן הרחב, הכולל שמירה על קיום החוק, והגנה על הסדר הציבורי.

סמכויותיה של המשטרה במתן רשיונות לעריכת הפגנות ותהלוכות מצטלבות עם אחריותה הכללית למניעת עבירות ולשמירת הסדר הציבורי. כאשר הפגנה או תהלוכה טומנת בחובה חשש לביצוע עבירות על החוק, או צפונה בה סכנה לפגיעה ממשית בסדר הציבורי, על המשטרה לקחת בחשבון שיקולים אלה במסגרת אחריותה וסמכותה להתנות הפגנה בקבלת רשיון, ולקבוע תנאים לעריכתה.

מוקד התנגדותה של המשטרה להתיר שימוש בדגלי כהנא המזוהים עם תנועת "כך" נסב בנסיבות מקרה זה על חשש בוודאות קרובה לביצוע עבירה על החוק, הכרוך בשימוש באמצעי זה בהפגנה.

9. בהקשר זה, יש להבהיר תחילה, כי בהחלטת ממשלת ישראל 2757 מיום 13.3.94 הכריזה הממשלה מכח סמכותה על פי סעיף 8 לפקודה על תנועת 'כך', תנועת 'כהנא חי', צירופיהן ונגזרותיהן, כארגונים טרוריסטיים (ילקוט הפרסומים 4202 תשנ"ד, עמ' 2786).

10. סעיף 14' לפקודת מניעת טרור קובע:

תמיכה בארגון טרוריסטי

— אדם —

...

(ז) העושה מעשה שיש בו גילוי של הזדהות עם ארגון טרוריסטי או אהדה אליו, בהנפת דגל, בהצגת סמל או סיסמה, או בהשמעת הימנון או סיסמה, או כל מעשה גלוי דומה, המגלה בבירור הזדהות או אהדה כאמור, והכל במקום ציבורי, או באופן שאנשים הנמצאים במקום ציבורי יכולים לראות או לשמוע גילוי כזה של הזדהות או אהדה;

...

“אשם בעבירה, ובצאתו חייב כדין, יהא צפוי לעונש מאסר עד שלוש שנים, או לקנס עד 1000 לירות, או לשני העונשים גם יחד.

11. הנפת דגלי כהנא במסגרת תהלוכה, המזוהים עם דגלי תנועת “כך”, שהוכרזה “ארגון טרור” על פי הפקודה, מהווה, לכאורה, עבירה על סעיף 4(ז) לפקודת מניעת טרור, בהיותה מעשה שיש בו משום גילוי הזדהות בציבור עם ארגון טרוריסטי. בענין ע”פ 697/98 סוסצקין נ’ מדינת ישראל, (פד”י נב(3) 289, 311-312 (1998)) נקבע, כי לבישת חולצה שעליה סמל של ארגון טרור, עשויה לבטא יסוד של הזדהות עם ארגון טרור. וכך נאמר בו: “המסר העולה מן הפעולה של לבישת החולצה הוא מסר של זיקה בין ארגון הטרור לבין לובש החולצה. מדובר בשימוש באמצעי ייצוגי אשר זוהי המשמעות הטבעית שלו...”. לקביעה שיפוטית, על פיה לבישת חולצות הנושאות את דיוקנו של כהנא, וכיתוב “כולנו כהנא”, מקיימת את היסוד העובדתי הנדרש בעבירת תמיכה בארגון טרוריסטי, ראו ע”פ 9175/96 אליאל נ’ מדינת ישראל (לא פורסם, 5.11.97); חלוקת כרוזים בהם מובעת תמיכה במסריו, במטרותיו ופעילותו של ארגון הטרור תנועת כך’, ושעליהם החתימה “פעילי כך” לשעבר” ומספר הטלפון של פעיל בארגון זה, הוכרה אף היא כבעלת פוטנציאל ממשי להבעת הזדהות ותמיכה בארגון טרור (רע”פ 3344/06 בן גביר נ’ מדינת ישראל, פסקאות 12-14 (לא פורסם, 6.11.06)).

קביעות אלה בודאי יפות גם לדגלים המזוהים עם ארגון טרור. הנפת דגלי כהנא, המזוהים עם תנועת “כך”, כמוה כהצהרה ברורה וגלויה בציבור של הזדהות עם ארגון שהוכרז ארגון טרור, והוצא אל מחוץ לחוק. מעשה כזה מהווה, לכאורה, עבירה על החוק.

12. במקום בו מתנגש עקרון חופש הביטוי וההפגנה עם חובתה של המשטרה למנוע הפרה של החוק הפלילי, מוסמכת המשטרה להגביל ואף לאסור שימוש באמצעי

המפר תוך כדי קיום הפגנה או תהלוכה (הנחייה 3.1200 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה). במסגרת עקרון חופש הביטוי, יש לחתור ככל האפשר להתרת ההפגנה עצמה, תוך הגבלת שימוש באמצעים המפרים את החוק במסגרתה (בג"צ 6897/95 בנימין זאב כהנא נ' תת ניצב קרויזר, פד"י מט(4) 853 (1995)). הפגנה שמבקשים להשתמש בה באמצעים המפרים את החוק – כגון אמצעים המהווים הבעת תמיכה גלויה בארגון טרור, מוסמכת המשטרה להתנות את קיומה באיסור שימוש באמצעים כגון אלה.

13. לאור האמור, עמדת המשטרה במקרה זה, לפיה אין להתיר הנפת דגלים המזוהים עם תנועת "כך" בהפגנת תנועתם של העותרים, עולה בקנה אחד עם סמכויותיה ועם אחריותה למנוע עבירות על החוק. המשטרה לא סרבה להתיר לעותרים, ביחד עם אחרים, לקיים תהלוכה או הפגנה. היא סרבה להתיר שימוש באמצעים פסולים, מפרי חוק, בהפגנה. החלטתה בענין זה מצויה בגדרי הדין, ומתיישבת עם תקנת הציבור והאינטרס הציבורי. החלטת המשטרה הינה סבירה, ראויה ומידתית, ואין עילה להתערב בה.

14. העותרים העלו טענת הפלייה ביחס למארגני תהלוכה, שעניינה נדון בבג"צ 48/09 מעוז מטר נ' משטרת ישראל (לא פורסם, 2.1.09). לטענתם, באותו ענין הותר למפגינים על ידי המשטרה להניף דגלי אש"ף, שהוא ארגון טרור. ואם הותרה ההנפה באותו ענין, מחייב השוויון להתיר להם להניף דגלי כהנא בהפגנה שהם יוזמים.

המדינה הבהירה בתשובתה, כי באותו ענין לא דובר במתן היתר מראש למפגינים להניף דגלי אש"ף, אלא בטענת מארגני התהלוכה כי אין באפשרותם להבטיח מראש כי משתתפים כלשהם בתהלוכה לא יניפו דגלי אש"ף מטעמים הם. בנסיבות אלה, המשטרה הסתפקה בציון סמכותה להסיר דגלים כאלה אם אכן יונפו. ואמנם, אין המשל דומה לנמשל כלל ועיקר. בנסיבות המקרה שלפנינו הודיעו העותרים מראש על כוונתם להניף דגלי כהנא, ובקשו היתר לכך. בפנייתם זו, נהיר על פניו, כי מתבקש לעשות שימוש באמצעי פסול בהפגנה, המהווה עבירה על החוק. בנתונים אלה, היה מקום לאסור מראש על פעולות שמטרתן שימוש באמצעים מפרי חוק.

15. להשלמת הדברים יצויין, כי העותרים התייחסו בהודעתם להחלטת המשטרה בשיתוף הפרקליטות, לסגור תיק חקירה בעניינו של קטין, אשר נמצא לבוש חולצה שעליה כיתוב דומה לזה שהעותרים מבקשים כי יופיע על הדגלים. נטען על ידי העותרים, כי סגירת התיק הפלילי באותו ענין מזכה אותם בהנפת דגלים בעלי כיתוב דומה בהפגנות.

המדינה מסבירה כי התיק באותו ענין נסגר על רקע שיקולים פרטניים-קונקרטיים הקשורים בחשוד. מדובר היה בקטין, בפעולת יחיד, וההחלטה שנתקבלה ביחס לאותו ענין לא היתה על בסיס עקרוני, אלא נקשרה לנסיבות ספציפיות של המקרה, ובין היתר, לשאלת היסוד הנפשי של הקטין. לכן, ההחלטה באותו ענין אינה ישימה לעניינו.

מעבר לכל אלה, ניתן לומר, כי אין בהכרח זהות במרכיבי שיקול-דעת המופעל על ידי הרשות המוסמכת לצורך חקירה והגשת כתב אישום, שפניו צופים כלפי ארועי העבר, לבין שיקול דעת המופעל על ידה לצורך מתן רישוי לקיום הפגנה, שפניו צופים פני העתיד. במיוחד כך הוא, כשמתבקש מראש רישוי להפגנה בה יש כוונה לעשות שימוש באמצעי הנחשב, על פניו, בלתי חוקי. המצב האחד אינו מלמד בהכרח על האחר. נסיבות עניינו שונות בתכלית מענין תיק החקירה הנוגע לקטין, ואין להקיש ממנו לפרשה שלפנינו.

16. חופש הביטוי הנתון לעותרים להפגין בציבור ולבטא את עמדותיהם האידיאולוגיות הוא ערך מוגן בשיטת המשפט בישראל. אולם ערך זה כפוף לשמירת החוק והסדר הציבורי; "זכות ההפגנה אין פירושה מתן היתר להפרת שלום הציבור ... ההסתמכות הכללית על קיומה של חירות ההפגנה לא תושיע... . הווה אומר, החירות הכללית אינה בגדר היתר מכל וכל לביצוע מעשי עבירה" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-11, פד"י לט(2), 225, 266 (1985))

17. לסיכום הדברים, יובהר ויודגש כי המשטרה חוזרת ומודיעה כי לא תתנגד לעצם האפשרות כי העותרים וחבריהם יקיימו תהלוכה, אך ללא שימוש בדגלי הרב כהנא במסגרתה.

18. על יסוד כל אלה, דין העתירה להידחות.

לא ראינו ליתן צו להוצאות.

ניתן היום, ד' באייר התש"ע (18.04.10).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 09003330_R08.doc יט
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il