



ת"פ 5224/07/12 - מדינת ישראל נגד אלחנן אסתרוביץ

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 5224-07-12 מדינת ישראל נ' אסתרוביץ
בפני כב' השופט איתן קורנהאוזר

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

אלחנן אסתרוביץ

הנאשם

הכרעת דין

רקע

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום מתוקן, האוחז שלושה אישומים, כדלקמן:

א. האישום הראשון מייחס לנאשם עבירות של הסגת גבול, לפי סעיף 447 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "החוק"), וכן כתיבה והשחתת פני מקרקעין, לפי סעיף 196 לחוק.

בהתאם לעובדות אישום זה, ביום 11.6.2012, סמוך לשעה 03:00, הסיג הנאשם גבול לשטח מוזיאון "יד ושם", וריסס במקום כתובות שונות, בגנות המדינה והציונים, כמפורט בכתב האישום. הנאשם הגיע למקום כחודש עובר למועד זה, על מנת לבחון את פריסת מצלמות האבטחה והמאבטחים, וכן הכין רשימה של סיסמאות אותן תכנן לרסס, ורכש מיכלי תרסיס בחנויות שונות.

ב. האישום השני מייחס לנאשם עבירות של הסגת גבול, לפי סעיף 447 לחוק, כתיבה והשחתת פני מקרקעין, לפי סעיף 196 לחוק, היזק לרכוש, לפי סעיף 452 לחוק, ופגיעה בדגל, לפי סעיף 5 לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט - 1949 (להלן: "חוק הדגל").

בהתאם לעובדות אישום זה, מספר ימים עובר ליום הזכרון ובין התאריכים 21.4.12 ועד 23.4.12, הסיג הנאשם גבול לשטח אתר ההנצחה "גבעת התחמושת" בירושלים, כשהוא נושא עימו מספר מיכלי צבע. הנאשם ריסס במקום כתובות אותן תיכנן מראש, בגנות המדינה והציונות, כמפורט בכתב האישום. בהמשך, שרף בעזרת מצית את החבל עליו תלוי דגל ישראל. החבל נשרף, והדגל נפל על הקרקע.

ג. האישום השלישי מייחס לנאשם שלוש עבירות של כתיבה והשחתת פני מקרקעין, לפי סעיף



196 לחוק.

בהתאם לעובדות אישום זה, בלילה שבין 18.4.12 לבין 19.4.12, נהג הנאשם ברכב אותו שכר יום קודם לכן, על כביש 90 לכיוון דרום, כשברכב 4 נוסעים נוספים. הנאשם עצר את הרכב בסמוך לאנדרטת סלעית, שם ירד אחד הנוסעים, וריסס על מגן הדוד בדגל את דגל פלשתי. בהמשך, עצר הנאשם את הרכב בסמוך לאנדרטת השוטרים, שם ירדו מהרכב שניים שריססו על גבי לוח ההנצחה, ולבסוף עצר הנאשם בסמוך לאנדרטת הבקעה, שם ירדו אחרים מהרכב וריססו על גבי לוח הנופלים כתובות מבזות, המפורטות בעובדות האישום.

2. הנאשם הודה בכל העובדות המיוחסות לו, אך בא כוחו ביקש לטעון טיעונים משפטיים לגביהן.

עיקרו המכריע של טיעון בא כוח הנאשם, מתייחס לעבירה על חוק הדגל. בשולי טיעוניו, עתר בא כוח הנאשם להורות על זיכוי מעבירת הסגת גבול, מטעמי "הפליה".

לא נשמע כל טיעון לגבי העבירות הנוספות בהן הודה הנאשם.

טיעוני הצדדים

3. בא כוח הנאשם טען להתנגשות ערכים, בין הפגיעה ברגשי הציבור, לפי חוק הדגל, למול זכות היסוד לחופש ביטוי. על בסיס זה, היפנה לבג"צ 8507/96 **אורין נ' מדינת ישראל ואח'**, ממנו עולה כי יעשה שימוש בהליך הפלילי בסוגית הסתה, רק במקרים הראויים לכך ביותר.

עוד היפנה לבג"צ 2194/06 **מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית**, אשר דן באיסור פרסום תשדיר בחירות פוגעני. בית המשפט קבע כי רק במקרים חריגים, בהם מדובר במידת פגיעה קשה ומשמעותית ברגשות, העולה כדי ביזוי והשפלה קשים, יש לאסור את הפרסום. בחינה זו נעשית תוך שימוש במבחן ה"ודאות הקרובה" לפגיעה קשה בשלום הציבור, אשר נקבע בבג"צ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**.

לפיכך, לאור מעמדו הרם של חופש הביטוי, ביקש בא כוח הנאשם לקבוע כי הפגיעה במקרה הנדון אינה אנושה, ואיה עולה על רמת הסיבולת של אזרחי המדינה, ומכאן עתר לזכות את הנאשם מעבירה זו.

בנוסף, טען בא כוח הנאשם, כי סעיף 5 לחוק הדגל הינו בבחינת "אות מתה": נוסח החוק מעלה כי אין צורך בכוונה נפשית מיוחדת, והפגיעה משתרעת על הצד הפיזי. לפיכך, טען כי כל אזרח עובר על הוראת חוק זו, כשפוגע בדגל בדרכים שונות, כגון: דגל המונף בחלון רכב, ומתקמט או נקרע כתוצאה מהרוח; שימוש במוצרים שונים, עליהם מתנוסס דגל ישראל; דגל המונף בפתח מוסדות ממשלה, כשהוא מלוכלך ומרופט, ועוד.

4. בנוסף לאמור לעיל, בא כוח הנאשם טען לזיכוי הנאשם מעבירת הסגת גבול, בשל טענת הפליה: לטענתו, האתרים "יד ושם" ו"גבעת התחמושת", פתוחים לכל, ומשמשים כאתר טיולים לעוברי אורח,



אשר אינם מועמדים לדין בשל הסגת גבול.

5. המאשימה הדגישה בטיעוניה את חשיבות הדגל והסמל. בהתייחסה לדוגמאות שהציג בא כוח הנאשם, לשם ביסוס טיעונו לגבי הוראת החוק כ"אות מתה", טענה המאשימה כי מדובר בדוגמאות שאינן רלוונטיות, ואינן מצויות באותו מישור של מעשי הנאשם, אשר נעשו לאחר תכנון מוקדם ומתוך כוונה לפגוע. המאשימה היפנתה לפסיקה שדנה במקרה דומה.

אשר להיקפו של חופש הביטוי, טענה המאשימה כי הפסיקה עליה ביסס בא כוחו הנאשם את טיעונו, עוסקת באמירה שנאמרה בעידנא דריתחא, ומיד לאחר מכן לוותה בהתנצלות. אין כך הדבר במקרה הנדון, בו לצד הפגיעה בדגל, ביצע הנאשם סדרת עבירות שמטרתן דומה. חופש הביטוי אינו ערך מוחלט, ובמקרה הנדון אין בו כדי לגבור על הוראת חוק הדגל.

6. בהתייחסה לעבירת הסגת הגבול, טענה המאשימה כי הדוגמאות שניתנו על ידי בא כוח הנאשם חסרות את רכיב מטרת הכניסה, המופיע בהוראת סעיף החוק, מטרה שיסודותיה הוכחו במקרה הנדון.

דין והכרעה

חופש הביטוי למול פגיעה בכבוד דגל המדינה

7. הוראת החיקוק העומדת במרכז הדיון, היא סעיף 5 לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט-1949:

"5. הפוגע בכבוד דגל המדינה או בכבוד סמל המדינה, או גורם לפגיעה בכבודו, או משתמש בו באופן שיש בו כדי לפגוע בכבודו, דינו - מאסר עד שנה אחת או קנס עד שלוש מאות לירות או שני העונשים כאחד".

חוק זה, בשמו המקורי - "חוק הדגל והסמל", התקבל בכנסת ביום י"ט באייר תש"ט, 18 מאי 1949, ופורסם בס"ח 8, כ"ח באייר תש"ט, 24 במאי 1949. מדובר בתקופה סמוכה ביותר לאחר חתימת הסכמי שביתת הנשק עם מצרים, לבנון וירדן, ובטרם נחתם הסכם שביתת הנשק עם סוריה. ניתן ללמוד ממועד זה, על החשיבות הרבה שראו מנהיגי המדינה הצעירה, שזה אך הוקמה ועדיין נמצאה במלחמת קוממיות, בחקיקת חוק זה בשלב כה מוקדם.

החוק קיבע את מעמדו של דגל המדינה, אשר הוכרז כדגל מדינת ישראל על ידי מועצת המדינה הזמנית, בסמוך לכינונה, ביום כ"ה בתשרי תש"ט, 28 באוקטובר 1948. הצורך לקבוע ולהכריז, על ידי הרשות המחוקקת, מהו דגל המדינה, מצביע אף הוא על החשיבות הרבה של הדגל, כאחד מאבני הפינה היסודיים של מדינה עצמאית.

8. דגל המדינה משמש כאחד הסמלים העיקריים, המאחדים תחת קורתם את כל רבדי האוכלוסיה, לידי אזרחי מדינה אחת, ומעניקים את תחושת הזהות והשייכות. כבוד הדגל הינו, למעשה, כבוד המדינה



ואזרחיה, ופגיעה בכבוד הדגל מהווה פגיעה ברגשות הציבור. מדובר בפגיעה סמלית, כאשר לאופן הפגיעה, תוכנה והקשרה, ישנו משקל מצטבר על מידת הפגיעה ברגשות אזרחי המדינה ובכבודם.

בהכירו בחשיבות הדגל לאזרחי כל המדינות, ראה מחוקק לנכון להגן אף על דגלי מדינות אחרות, בקבעו כי פגיעה בדגל או בסמל של מדינה ידידותית, מהווה עבירה פלילית (סעיף 167 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, (להלן: חוק העונשין)).

9. הוראת סעיף 5 לחוק הדגל, עשויה להתנגש במקרים שונים, עם זכות הפרט לחופש ביטוי, זכות אשר קיבלה מעמד של זכות יסוד, כאחד מיסודות הדמוקרטיה:

"חופש הביטוי הוא הנותן למשטר את אופיו הדמוקרטי. בלא דמוקרטיה אין חופש ביטוי, ובלי חופש ביטוי אין דמוקרטיה"

(בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2), 432).

חופש הביטוי הוא זכות נרחבת ביותר, משתרע על פני כל צורות הביטוי ותכניו, על עמדות מקובלות ועל עמדות חריגות. יחד עם זאת, אין המדובר בזכות בלתי מוגבלת: החברה והמחוקק ראו לנכון להתחשב בערכים ובעקרונות, שנועדו להגן על הכלל והפרט, תוך הגבלת חופש הביטוי. כך, נקבעו עבירות פליליות המגבילות את חופש הביטוי, כגון פרסום מתוך מטרה להסית לגזענות (סעיף 144ב' לחוק העונשין), או התנהגות פסולה במקום ציבורי (סעיף 216א(4) לחוק העונשין), וכך נקבע איסור פרסום ביטוי שיש בו לשון הרע, הן כעבירה פלילית והן כעוולה אזרחית (סעיפים 6 ו-7 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה - 1965) (ראו עוד לענין זה, בג"צ 2194/06 מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, פסקאות 10-11, 28.06.2006).

10. בפסיקה הותוו, לאורך שנים, מבחנים לשם עריכת האיזון בין חופש הביטוי לערכים הנוגדים, ובהם השמירה על רגשות הציבור. איזון זה מצא ביטוי, מאז פרשת "קול העם", בבחינת הדברים תחת מבחן "הוודאות הקרובה", לפגיעה קשה וממשית באינטרס הציבור (בג"צ 73/53 "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(1), 871).

בהתאם לאמור לעיל, יש לבחון האם המעשים המיוחסים לנאשם, מהווים פגיעה בכבוד הדגל, על יסוד הוודאות הקרובה לפגיעת המעשה, באופן קשה וממשי, ברגשות הציבור. בחינה זו תעשה, בהתבסס על ערך כבוד הדגל, היותו חלק מתשתית החברה הישראלית, הווייתה וחוסנה, המהווים רף רגישות ציבורית גבוה, וכן בחינת אופי המעשה ונסיבותיו.

כפי שציין כב' השופט חשין, לגבי משמעות הדגל, "דגל ישראל הוא אני ואתה ואת, הוא והיא, הם והן, אנחנו וילדינו. וגם מי שהלכו ולא ישובו אלינו" (בג"צ 8507/96 אורין נ' מדינת ישראל ואח', פסקה 7, פ"ד נא(1) 269). יצוין כי בעתירה זו, כנגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד אדם לדין, ציין כב' השופט חשין, כי תיאור דגל ישראל כ"מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו", על ידי ממלא מקום עיריית ירושלים בתכנית רדיו, מהווה עבירה על הוראת סעיף 5 לחוק הדגל. בשל שיקולי אי התערבות בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, למעט במקרים קיצוניים, הוחלט על דחיית העתירה.



11. בחינת נסיבות המקרה הנדון, מעלה כי הפגיעה בדגל היתה חלק ממכלול מעשים, במהלך אירוע מתוכנן היטב: הנאשם הסיג גבול לאתר ההנצחה "גבעת התחמושת" בירושלים, המנציח גבורת חיילים רבים שנפלו, במהלך שחרור ירושלים במלחמת ששת הימים. מדובר באחד האתרים המרכזיים, המסמלים את המחיר הקשה שהמדינה גבתה בדם בניה, לשם תקומתה.

הנאשם נכנס למקום כשבכוונתו להשחית את פני המקרקעין ולשרוף את דגל המדינה, כשהוא נושא עימו מצית ומספר מיכלי צבע. בנסיבות אלה, ריסס הנאשם במקום מספר כתובות, ובהן: "משטר הרשע הציוני עוד יקרוס", "הציונות אם כל חטאת", "ציונים החוצה". בהמשך, ניגש לתורן עליו התנוסס דגל ישראל, ושרף באמצעות מצית, את החבל עליו תלוי הדגל. החבל נשרף, ודגל המדינה נפל ארצה.

בחירת הזירה הסמלית לביצוע המעשה, התכנון המוקדם, ההתארגנות המוקדמת עם ציוד מתאים, אופי הכתובות התואמות את מטרת הפגיעה בדגל, כמסמל הציונות - מעידים כולם על כך שהנאשם פעל באופן מכוון, ומתוך מטרה לפגוע ברגשות הציבור, בנימיו הרגישים ביותר, בבסיס הלגיטימציה של החברה הישראלית. ניתוק דגל ישראל מהתורן, בדרך המתוארת, השארתו מוטל על הארץ, תוך יצירת זירה ובה כתובות המבססות את מידת הפגיעה בכבוד הדגל, באתר מסוים זה - מקיימים את מבחן הודאות הקרובה לפגיעה קשה וממשית ברגשות הציבור.

בנסיבות אלה, אני קובע כי מעשי הנאשם נמצאים אף ברף גבוה, של קיום יסודות עבירת הפגיעה בכבוד דגל המדינה.

"אות מתה"

12. בא כוח הנאשם טען, כי הוראת סעיף 5 לחוק הדגל, הינה בבחינת אות מתה, שכן **"נדמה כי אין אזרח, שומר חוק ואוהב המדינה ככל שיהיה, אשר לא עבר על החוק ואינו חשוף להליכים פלילים"** (סעיף 1ד' לטיעוני בא כוח הנאשם).

טיעון זה, אינו מפורט ומובהר דיו: לא ברור האם הטוען התכוון לכך, שמדובר בגזירה שהציבור אינו יכול לעמוד בה, והרי **"אין גוזרים גזירה על הציבור אלא אם כן רוב הציבור יכולים לעמוד בה"**, או שמא התכוון לכך שמדובר ב**"הלכה ואין מורים כן"**.

13. ראשית, יודגש כי הדוגמאות שניתנו על ידי בא כוח הנאשם, אינן עונות על יסודות העבירה. נכון הדבר, כפי שטען בא כוח הנאשם, כי הוראת סעיף 5 לחוק הדגל איננה מחייבת כוונה נפשית מיוחדת, ואולם ישנו צורך במחשבה פלילית של מודעות, וודאי שאין די ביסוד רשלנות בלבד. בנוסף, יש ללמוד על קיומו של רכיב הפגיעה בכבוד הדגל, מתוך נסיבות המקרה. לא ניתן להתייחס למקרה הנדון, בו ננקטו פעולות אקטיביות לשם פגיעה בכבוד דגל המדינה ולצורך זה, כפי שיש להתייחס לדגל אשר נקרע במהלך השימוש בו על חלון רכב, או לאחת הדוגמאות הנוספות שפירט בא כוח הנאשם.



לגבי הטיעון ולפיו הציבור אינו יכול לעמוד בהוראת החוק, הרי תפקיד המחוקק הוא לעצב ולקבוע נורמות חברתיות, באמצעות חקיקה, ולא קבלה והסכמה לנוהג כזה או אחר, אך בשל העובדה שהציבור נוהג בו. יתרה מכך: המקרים המעטים, בהם נמצאו ראיות מספקות לשם קיום יסודות עבירה זו, מעידים כי הציבור הרחב בהחלט יכול לעמוד בהוראת חוק זו, ועושה כן לאורך כל שנות קיום המדינה.

אשר לטיעון, כי אין מעמידים לדין, על אף ביצוע נרחב של עבירות על הוראת חוק זו, מדובר בטיעון הנגזר מטענת "אכיפה בררנית", לגביה לא הוצגה תשתית ראיתית כלשהי. בנוסף, טיעון זה אינו מדויק: בעבר הוגשו כתבי אישום, אף במקרים בהם בוצעה עבירה על סעיף 5 לחוק הדגל בלבד, וללא עבירות נלוות (ראו ת"פ (י-4295/00) **מדינת ישראל נ' סליימה** טארק (19.3.2001); ת"פ (עכו) 13240-01-09 **מדינת ישראל נ' מחמוד חוסרי**, (17.12.2009); ת"פ (י-42062-04-10) **מדינת ישראל נ' יחיאל חזן** (17.5.2011)). במקרים מתאימים, הוחלט אף על מעצר נאשמים, בגין עבירה זו בלבד (ראו בש"פ 8418/12 **פלואי נ' מדינת ישראל**, (20.11.2012)).

לנוכח כל האמור לעיל, הינני דוחה את העתירה לזיכוי, בטענה כי הוראת חוק הדגל הינה "אות מתה".

הסגת גבול

14. טיעוני בא כוח הנאשם בסוגיה זו, הועלו בלשון רפה ותמציתית. עיון בהנמקות שהועלו, למול נוסח הוראת החוק, מעלה כי הדוגמאות שהובאו על ידי בא כוח הנאשם לשם ביסוס טיעונו, אינן מקימות את יסודות העבירה, ואינן דומות לעובדות המקרה הנדון.

כותרת סעיף 447 לחוק העונשין, הינה "**הסגת גבול כדי לעבור עבירה**". הסעיף מונה שורה של מטרות אסורות, בעת כניסה לנכס, כאשר אין כל נפקות לשאלה אם הנכס פתוח לכל או לא. מטרת "הטיול", שהועלתה על ידי בא כוח הנאשם, אינה אחת ממטרות אלה, בעוד המטרה האסורה של ביצוע עבירה, כגון העבירות שביצע הנאשם, בהחלט מצויה בסעיף.

לפיכך, הנני דוחה את העתירה לזיכוי מעבירת הסגת גבול.

סוף דבר

15. לאור כל האמור לעיל, וכן על יסוד הודעת הנאשם בעובדות כתב האישום, אני מוצא אותו אשם, ומרשיע אותו בעבירות הבאות:

א. הסגת גבול, לפי סעיף 447 לחוק העונשין (שתי עבירות).

ב. כתיבה והשחתת פני מקרקעין, לפי סעיף 196 לחוק העונשין (שש עבירות).

ג. היזק לרכוש במזיד, לפי סעיף 452 לחוק העונשין.



ד. פגיעה בדגל, לפי סעיף 5 לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה.

ניתנה היום, י"ט כסלו תשע"ה, 11 דצמבר 2014, במעמד הצדדים