



ע"פ (ירושלים) 31749-05-15 - אלחנן אסתרוביץ נ' מדינת ישראל

ע"פ (ירושלים) 31749-05-15 - אלחנן אסתרוביץ נ' מדינת ישראל מחוזי ירושלים

ע"פ (ירושלים) 31749-05-15

אלחנן אסתרוביץ

ע"י ב"כ עו"ד איתן להמן ויאיר נהוראי

נגד

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

[17.12.2015]

כב' השופטת גילה כנפי-שטייניץ

כב' השופט ד"ר יגאל מרזל

כב' השופטת עירית כהן

ע"י ב"כ עו"ד דן בהט

פסק דין

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים מיום 2.4.2015 (כב' השופט איתן קורנהאוזר). בפסק דין זה הורשע המערער בכתב אישום מתוקן שכלל שלושה אישומים; ובשורה של עבירות: עבירה של הסגת גבול לפי סעיף 447 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (שתי עבירות); עבירה של כתיבה והשחתת פני מקרקעין לפי סעיף 196 לחוק (שש עבירות); עבירה של היזק לרכוש במזיד לפי סעיף 452 לחוק; וכן עבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט-1949 (להלן: "חוק הדגל"). נגזרו על המערער העונשים הבאים: ששה חודשי מאסר שירוצו בעבודות שירות וכן שלושה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים. הערעור שלפנינו מוסב הן על הכרעת הדין והן על העונש.

עיקרי כתב האישום המתוקן



2. נוכח מיקוד הערעור בעיקר בסוגיית ההרשעה לפי סעיף 5 לחוק הדגל, כפי שיפורט להלן, אין צורך לחזור על כל פרטי כתב האישום המתוקן והכרעת הדין. המערער הודה בכל העובדות שיוחסו לו ועיקר הטיעון הן בבית משפט קמא והן לפנינו - היה טיעון משפטי. נציין עם זאת את עיקרי האישומים: האישום הראשון עניינו הגעה של המערער למוזיאון "יד ושם" בשעת לילה כשהוא מותיר מכשירים סלולאריים שברשותו בביתו ויוצא בכוונה להשחית פני מקרקעין. הוא נכנס למקום כשהוא מצויד במיכלי תרסיס צבע. זאת לאחר שבמשך מספר שבועות הכין רשימה של 21 סיסמאות שאותן הוא תכנן לרסס במקום. המערער ריסס כתובות ברחבי המוזיאון נגד מדינת ישראל ונגד ה"ציונים". כך, בין היתר, את הכתובת "מדינת ישראל האשוויון הרוחני לעדות המזרח", וכן הכתובת "ציונים אכזרים עזבו את העם היהודי לנפשו!". ובמקום אחר ריסס המערער "אם היטלר לא היה הציונים היו ממצים אותו" [כך במקור]. הכתובות רוססו על "אתר הקרון"; על קירות המוזיאון; על "אתר המערה"; על רצפת אתר הטקסים שב"מוזיאון הקיר"; וכן על חלק מתבליט הברונזה שבמקום. לפי אישום זה המערער עזב את המקום עם עלות השחר, ובדרכו לכיוון גבעת שאול השחית אנדרטה לזכר לוחמי ומתנדבי ארגון ההגנה. זאת - בריסוס צבע לבן ושחור עליה. האישום השני מתייחס לאירוע שאירע בשעת לילה מספר ימים לפני יום הזיכרון באתר ההנצחה "גבעת התחמושת" שבירושלים. לפי כתב האישום המערער יצא למקום בכוונה להשחית את פני המקרקעין שם ולשרוף את דגל המדינה. הוא נכנס לגבעת התחמושת דרך פרצה בגדר כשהוא נושא עמו מספר מיכלי צבע. הוא ריסס על הכניסה למוזיאון מספר כתובות ובהן הכתובת: "משטר הרשע הציוני עוד יקרוס", "נהרגו בעוון ההתגרות באומות גניטר [כך במקור] גראס חזק ואמץ", "ציונים החוצה" וכן "HELL-ISRA". לפי כתב האישום, בהמשך לריסוס כתובות אלה וכתובות נוספות, ניגש המערער לתורן שעליו התנוסס דגל ישראל ושרף בעזרת מצית שאותה הביא עימו, את החבל שעליו תלוי הדגל, ודגל המדינה נפל על הקרקע. האישום השלישי עניינו השחתה של אנדרטה שמצויה על כביש 90 לכיוון דרום תוך שלפי כתב האישום, המערער נהג ברכב ששכר, עם ארבעה נוסעים נוספים. המערער עצר את הרכב ליד אנדרטת סלעית. אחד מנוסעי הרכב ירד מהרכב, ריסס ומחק מגן דוד שהיה על דגל ישראל שבאנדרטה וצייר במקומו את דגל פלסטין. לפי אישום זה המערער, שנהג ברכב, המשיך בנסיעה ועצר ליד שתי אנדרטאות נוספות. אחת מהן ("אנדרטת השוטרים") רוססה בידי שניים מהנוסעים שנסעו עימו. האנדרטה הנוספת ("אנדרטת הבקעה") הושחתה בידי נוסעים שהיו ברכב תוך ריסוס כתובות על לוח שמות הנופלים, ובהן "ציונים החוצה".

פסק הדין של בית משפט קמא

3. עיקר הדיון בבית משפט קמא, במסגרת הכרעת הדין, נסב כאמור על טענות משפטיות וזאת לאחר שהמערער הודה בעובדות שיוחסו לו (פרו' מיום 6.6.2013, בעמ' 7). עיקר דיון זה התמצה באישום השני שבו הואשם המערער כאמור בעבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל. ועוד נטען לזיכוי המערער מעבירת הסגת גבול בשני האישומים הראשונים למרות כניסתו לאתרי "יד ושם" ו"גבעת התחמושת" ובטענה שמדובר באתרים פתוחים לקהל.



4. בית משפט קמא, בהכרעת הדין, הרשיע כאמור את המערער בעבירות שיוחסו לו. בהתייחס לסעיף 5 לחוק הדגל (האישום השני) ציין בית משפט קמא שחוק זה משמש כאחד הסמלים העיקריים המאחדים תחת קורתם את כל רבדי האוכלוסיה. פגיעה בכבוד הדגל מהווה פגיעה ברגשות הציבור (פס' 8). עם זאת, הוסיף וקבע בית משפט קמא, שיש להשקיף על הוראת סעיף 5 תחת האיזונים הקיימים בין חופש הביטוי לבין השמירה על רגשות הציבור. האיזון הרלבנטי להתנגשות זו הוא מבחן ה"ודאות הקרובה". יש לבחון, הוסף ונקבע, אם המעשים המיוחסים למערער מהווים פגיעה בכבוד הדגל ואם קיימת ודאות קרובה לפגיעת המעשה באופן קשה וממשי ברגשות הציבור (פס' 10). נקבע בהכרעת הדין בהמשך לכך, שבנסיבות המקרה הפגיעה בדגל הייתה חלק ממכלול של מעשים. במהלך אירוע מתוכנן היטב שבו המערער הסיג גבול לאתר ההנצחה "גבעת התחמושת" בירושלים. המערער נכנס בכוונה להשחית את פני המקרקעין כשהוא נושא עימו מצית ומיכלי צבע. לאחר שריסס כתובות שונות, שרף את החבל שעליו תלוי היה הדגל והדגל נפל ארצה. בית משפט קמא ציין שהותרת הדגל מוטל על הארץ תוך השארת זירה ובה כתובות פוגעניות כאמור - מבססת היא ודאות קרובה לפגיעה קשה וממשית ברגשות הציבור. ועל כן, הוסף עוד, נמצאים מעשי המערער "ברף הגבוה" של קיום יסודות העבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל (פס' 11). בית משפט קמא דחה את טענת בא כוח המערער שלפיה הוראת סעיף 5 לחוק הדגל היא בבחינת "אות מתה". נדחתה גם טענה לאכיפה בררנית בהעמדה לדין על עבירה לפי סעיף זה. בכל הקשור לסוגיית הסגת הגבול, הרי שגם טענות אלו של בא כוח המערער נדחו. נקבע שכניסת המערער לאתרים לצורך ביצוע עבירה היא מטרה אסורה המקימה בסיס להרשעתו בעבירת הסגת הגבול.

5. בכל הקשור לעונש, צוין בגזר הדין, שבא כוח המערער עתר להסתפק בביצוע עבודות שירות ברף הנמוך וזאת לאחר שהמערער קיבל אחריות על מעשיו והצטער על כך שפגע באחרים. בית משפט קמא ציין בגזר הדין שהמערער נעדר כל עבר פלילי ושיש לזקוף לזכותו גם את קבלת האחריות על מעשיו ואת צמצום הטיעון - בנימוקים משפטיים - לגבי חלק קטן מכתב האישום. צוין עם זאת, שהמערער בחר להביע את עמדותיו באופן מתריס, פוגע ומקומם תוך ביצוע העבירות במקומות רגישים ביותר. מעשיו בוצעו במכוון תוך התעלמות גסה ממידת הפגיעה ברגשות הציבור. בהתחשב בכל אלה מצא בית משפט קמא להטיל עונש אחד בגין כל המקרים, ולהעמיד את העונש על הרף העליון. וגזרו לפיכך על המערער ששה חודשי מאסר שירוצו בדרך של עבודות שירות וכן מאסר על תנאי הערעור.

6. גם בערעור לבית משפט זה התמקדו באי כוח המערער בהרשעת המערער בעבירה שלפי סעיף 5 לחוק הדגל. באי כוח המערער הסכימו עם קביעת בית משפט קמא שעבירה זו כוללת בין יסודותיה איזון בין חופש הביטוי לבין רגשות הציבור. הם גם הסכימו עם הקביעה של בית משפט קמא, שיש מקום למבחן הסתברותי במסגרת יסודות העבירה המאזן בין חופש הביטוי לבין הפגיעה ברגשות. הוסכם גם שהמבחן הרלבנטי הוא המבחן שהחיל בית משפט קמא, כלומר מבחן "הוודאות הקרובה". אולם הוסף ונטען, וזו הטענה המרכזית בערעור, שהמבחן ההסתברותי האמור צריך להיות מוחל כך שאין די בביסוס ודאות קרובה לפגיעה ממשית וקשה ברגשות הציבור, אלא שיש גם לבסס פגיעה בשלום הציבור ובסדר הציבורי ואף פוטנציאל של אלימות כתנאי להרשעה בעבירה זו. בנימוקי הערעור באו גם טענות לעניין חריגה מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה בהגשת כתב האישום וכן לעניין ההרשעה בעבירות של הסגת הגבול. בעניין אחרון זה נטען שכניסת המערער לאתרים לא הייתה לצורך ביצוע עבירה אלא לצורך מחאה, ולכן יש לזכותו מעבירות אלה.

7. לעניין העונש טענו באי כוח המערער שנוכח הפסיקה והזהירות הקיימת בהעמדה לדין בעבירות אלה היה מקום להסתפק במתחם הנע בין אי הרשעה לבין הרשעה ושל"צ לכל היותר. לחלופין נטען, שגם אם יש מקום לגזור על המערער עונש של עבודות שירות, הרי שנוכח חשיבותו של חופש הביטוי וההגנה עליו, כמו גם התנצלותו של המערער ואישיותו - יש מקום להקל עמו ולא לגזור עליו את התקופה המקסימלית של ששה חודשים בעבודות שירות.



דיון והכרעה

8. לאחר שעיינו במכלול החומר שלפנינו ושמענו את טענות ב"כ הצדדים, מסקנתנו היא שדין הערעור על כל חלקיו להידחות. אכן, הטענה העיקרית שבאה בערעור מתייחסת להרשעת המערער באישום השני בעבירה על סעיף 5 לחוק הדגל. סעיף זה קובע כך: "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". 9. כאמור, הטענה העיקרית של המערער לענין הרשעתו בעבירה זו באישום השני, היא שלשם הרשעה בעבירה זו נדרש להראות שקיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית וקשה ברגשות הציבור, בסדר הציבורי וכן פוטנציאל לאלימות באותה רמת הסתברות. אין די, לפי הטענה, בכך שמבוססת ודאות קרובה לפגיעה ממשית וקשה ברגשות הציבור מעבר ל"רף הסיבולת". נציין כבר עתה, שסוגיית פרשנות סעיף 5 לחוק הדגל ויסודות העבירה לפיו, אינה שאלה פשוטה. היא מעוררת סוגיות משנה רבות שנדמה שטרם הוכרעו בפסיקה. סוגיות ושאלות אלו, לא נעלמו מעינינו, כפי שיובהר עוד להלן. אך יש להדגיש, כאמור, כי המערער ייחד את ערעורו ומיקם את טיעונו ביתר שאת בדיון שלפנינו, רק בסוגיה זו שלעיל. כלומר, בעמדתו שלפיה יש להראות גם פוטנציאל לאלימות בגדרי מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה ממשית וקשה ברגשות הציבור. לא נשמע לפנינו מפי המערער, וממילא גם לא בא מפי המדינה, טיעון בשורה ארוכה של היבטים פרשניים של סעיף 5 לחוק, ומעבר לטענה ספציפית זו. מטעם זה, ובהינתן העובדה שאנו בשלב הערעור, נתרכז בטענה שהעמיד המערער לפתחנו.

האם נדרש להראות פוטנציאל לאלימות?

10. בהתייחס, אם כן, לטענה שהעמיד המערער להכרעתנו, וביחס לאישום השני בלבד, והיא שלפיה נדרש להראות כתנאי להרשעה ודאות קרובה לפגיעה ממשית בסדר הציבורי וכן פוטנציאל לאלימות (באותה רמת הסתברות) - הרי שאין בידינו לקבל טענה זו. ומדוע?

11. תחילה יש לציין, שעיון בכתבי הטענות שהוגשו לבית משפט קמא ("טיעונים מקדמיים" שהוגשו בכתב מטעם המערער ולאחר מכן מטעם המשיבה) כמו גם פרוטוקול הדיון, מראה שטענה זו של באי כוח המערער לפנינו לא נטענה באופן זה בבית משפט קמא. נטען בבית משפט קמא לענין האיזון בין חופש הביטוי לבין הפגיעה ברגשות הציבור, ובית המשפט התבקש לקבוע שבנסיבות המקרה חופש הביטוי גובר על הפגיעה ברגשות הציבור, בין היתר בשל כך שהפגיעה "אינה מקימה סכנה מוחשית להתערערות הסדר הציבורי" (סעיף יג (ב) לטיעונים המקדמיים של המערער). אולם הטענה כפי שנטענה לפנינו, במובן זה שנדרש להראות ודאות קרובה לפגיעה ממשית וקשה בסדר הציבורי כפשוטו, כלומר כהפרת הסדר ואף פוטנציאל לאלימות (עמ' 2 שורות 28-30 לפרו') - לא באה לפני בית משפט קמא. היא גם לא זכתה ממילא להתייחסות ולליבון בהכרעת הדין. קיים קושי בהעלאתה לראשונה בערכאת הערעור אפילו אם מדובר בטענה משפטית. ספק הוא אם אין מקום לדחיית טענה זו המועלית לראשונה בערעור בנסיבות אלה.



12. כך או אחרת, לגופה של טענה זו של באי כוח המערער - הרי שכאמור לא מצאנו מקום לקבלה. כנקודת מוצא, נניח גם אנו שבעבירה על סעיף 5 לחוק הדגל קיים יסוד הסתברותי (ולפי הטענה - בפרט ההתנהגותי של "הפוגע"); יסוד הסתברותי המשקף איזון בין חופש הביטוי לבין רגשות הציבור. ועל כן, לפי קו טיעון זה שאינו עומד להכרעה בערעור, אין די בעצם "הביטוי" ככזה כביכול, לשם הרשעה בעבירה לפי חוק הדגל. נצא מנקודת מוצא זו היות שהיא לא הייתה שנויה במחלוקת לפנינו - ומבלי צורך בהכרעה בה בנסיבות המקרה (ראו והשוו אלון הראל, "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של נזק'", משפטים ל 69, 87-93 (תשנ"ט); כן ראו העמדות השונות ב-דב"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145 (2000)). ונצא גם כן מנקודת מוצא נוספת שאינה שנויה במחלוקת בערעור שלפנינו, ועל כן אינה דורשת הכרעה, שלפיה הערך המוגן בעבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל הוא בעיקרו רגשות הציבור. אין לפנינו גם מחלוקת - וגם עניין זה אינו צריך אפוא הכרעה - שהמבחן לאיזון בגדרי העבירה, בין חופש הביטוי לבין הפגיעה ברגשות, הוא מבחן "הוודאות הקרובה" לפגיעה ממשית וקשה ברגשות הציבור (ראו פרשת כהנא שלעיל בעמ' 176; כן ראו רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 42 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה (13.8.2008)). ואף נניח, לבסוף, וגם עניין זה אינו דורש הכרעה (וב"כ המשיבה חלק עליו), שמעשיו של המערער באישום השני מושא הרשעתו בעבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל, חוסים תחת "חופש הביטוי" (ראו והשוו אהרן ברק, "חופש הביטוי ומגבלותיו" הפרקליט מ 5, 11 (1991)).

13. ותחת שורת הנחות מוצא אלו בערעור המצומצם שלפנינו, שאין דורשות הבעת עמדה של מותב זה בנדון וכך נותרין בצריך עיון, וזאת נוכח הטיעון הממוקד בערעור זה ואותן הנחות יסוד של ב"כ המערער עצמו - וכמוסבר בהרחבה לעיל (בפס' 9) - הרי שאין בידינו לקבל את טענת באי כוח המערער. לא מצאנו מקום לקבל את הטענה לתוספת הרכיב של ההכרח כביכול בביסוס פגיעה ב"סדר הציבורי" על דרך של "פוטנציאל לאלימות" - בשל הפגיעה ברגשות וכתנאי להרשעה בעבירה על סעיף 5 לחוק הדגל. ומדוע? חופש הביטוי ופגיעה ב"סדר הציבורי"



14. אכן באי כוח המערער נסמכו בטענתם לפנינו על פסק הדין בפרשת בכרי (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003)), ועל דברי כב' השופטת א' פרוקצ'יה שם (בעמ' 279) לענין הגבלת חופש הביטוי רק במצבים חריגים ויוצאי דופן ובפגיעה אנושה ברגשות "העלולה להביא לידי הפרה של ממש בסדר הציבורי". אולם נדמה שבאי כוח המערער קוראים לתוך דברים אלו יסודות שלא נקבעו כלשונם בפסק הדין. אכן, דובר שם בפגיעה ב"סדר הציבורי". ואמת מידה זו נזכרת גם בפסיקה קודמת (ראו בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 193, 202 (1997); בג"ץ 806/88 Universal נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 28 (1989)). אך עולה מפסיקה זו, שאין המדובר בדרישה לביסוס פוטנציאל לאלימות דווקא או פגיעה ממשית וקשה בסדר הציבורי במשמעותו ה"פיזית" כתוצאה של הפגיעה ברגשות, כפי טענת באי כוח המערער (כמעין "הפרות סדר" ואף אלימות שייגרמו בשל הפגיעה ברגשות בגלל הפגיעה בכבוד הדגל). המעין בפסק הדין בפרשת לאור (בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 430 (1987)), שקדם לפסקי דין אלה ועמד במידה רבה ביסוד פסק הדין בפרשת Universal, ובהמשך בפרשות נוביק ובכרי, יראה שאכן כבר בפרשת לאור דובר בהגנה על הסדר הציבורי אל מול חופש הביטוי. אולם בדומה לפרשת בכרי, לא רק שמדובר היה בפרשנות סמכותה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות לפי פקודת הראינוע (1927) - ולא בפרשנות העבירה הפלילית לפי סעיף 5 לחוק הדגל, אלא שהוסבר שם במפורט מהו אותו "סדר ציבורי" במסגרת גדר שיקול דעתה של המועצה בהחלטה לתת היתר למחזה - או לסרבו. וצ"ע כב' השופט א' ברק (כתוארו אז), כך: "סדר ציבורי" הוא מושג רחב, שהגדרתו קשה, והוא משתנה על-פי ההקשר: בהקשר דנן, נכללים בו פגיעה בקיום המדינה, במשטרה הדמוקרטית, בשלום הציבור, במוסר, ברגשות הדת, בשמו הטוב של האדם, בהבטחת הליכי משפט הוגנים וכיוצא בהם עניינים הנוגעים לסדר הציבורי" (שם, בעמ' 430). ועל רקע זה, כמו גם מעמדו הרם של חופש הביטוי, נקבע מבחן "הוודאות הקרובה" לפגיעה חמורה וקשה בסדר הציבורי, כאמת המידה שם (בעמ' 438). ובפרשת בכרי עצמה, ציינה כב' השופטת א' פרוקצ'יה את דברי כב' השופט א' ברק בפרשת לאור ואת סמכויות המועצה למנוע מראש הצגת סרט הפוגע ב"סדר הציבורי", תוך שהבהירה (בעמ' 276) ש"סדר ציבורי" בהקשר זה פורש בהרחבה ככולל 'פגיעה בסדר הציבורי, בין אם פגיעה זו באה במעשה עבירה, ובין אם היא באה במעשה בלתי מוסרי או במעשה אחר, הפוגע ברגשות הציבור ובשלומם" (ההדגשה במקור, ותוך הפניה לאסמכתאות נוספות). והובהר (שם) בהמשך, ש"בהיות המושג 'פגיעה בסדר ציבורי' מושג רחב הכולל בתוכו שורה רחבה של עניינים הנוגעים לשלום הציבור, הוא מתפרסם על פני מעשי פגיעה ברגשות הציבור" (בעמ' 278). ובהמשך הוסף עוד ש"ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור הינה ערך ראוי גם אם השלכתה של הפגיעה אינה חורגת מגדר גרימת כאב, רוגז או רגשות מחאה בקרב פרט או בקרב חוגים בציבור" (שם, בעמ' 278).

15. ברי, על כן, שתחת אותו "סדר ציבורי" שנקבע בפסיקה כאמור, נכללים גם מקרים של פגיעה ברגשות. מדובר באינטרס רחב הכולל גם את שלום הציבור וגם את קיום המדינה, וכן עניינים נוספים. אולם לא נדרש לפי פסיקה זו שעליה נסמכו באי כוח המערער בטענתם בערעור זה, להראות ודאות קרובה לפגיעה ממשית וקשה בכל רכיב מרכיביו של ה"סדר הציבורי" וממילא גם לא מדובר ב"רשימה סגורה" של אינטרסים ראויים להגנה ב"סדר הציבורי". וניתן להוסיף, שיתכן והאיזון יהיה בעל אופי שונה בהתנגשות בין חופש הביטוי לבין רכיב זה או אחר ב"סדר הציבורי". כך, למשל, באיזון בין חופש הביטוי לבין שלום הציבור (ראו והשוו בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר שבע, פס' 17 לפסק דינו של כב' השופט ס' ג'ובראן (22.6.2011)). ואולם לא נקבע בפסיקה שאלה הפנינו את שטוען לו המערער. והמערער גם לא ביסס מדוע יש לקבוע אחרת תוך סטייה מפסיקה מחייבת זו במקרה דנן. כלומר, שנדרש לבסס כתנאי להרשעה בעבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל (שהערך המוגן המרכזי בו הוא לפי הטענה רגשות הציבור), ודאות קרובה לפגיעה ממשית קשה ברגשות הציבור במובן של חשש מאלימות ומהפרות סדר דווקא. לא בוססה הטענה על שינוי בהלכה



16. וממילא עולה גם, שלא בוססה לפנינו הטענה שהודגשה מפי באי כוח המערער שלפיה פסק הדין בעניין בכרי שינה כביכול את ההלכה בנדון. הדברים עולים מלשונו של פסק הדין בעניין בכרי עצמו, שנשמך כאמור על פסיקה קודמת; וכן מהפירוט שמצוי בפסק דין זה עצמו לעניין ההגדרה הרחבה של "סדר ציבורי" ככזה. ונוסיף, שעתירה לדין נוסף על פסק דין זה נדחתה בקביעה שלפיה "העיון בפסק-הדין מעלה כי רובו ככולו מבוסס על הלכות מיוסדות היטב של בית-משפט זה, שאותן הוא אך יישם בנסיבות המקרה הנוכחי" (דג"ץ 10480/03 בוסידן נ' בכרי, פ"ד נט(1) 639, 625 (2004) (כב' המשנה לנשיא א' מצא)). דברים אלו של דחיית טענות באי כוח המערער לשינוי בהלכה עולים הם גם מהפסיקה הענפה של בית המשפט העליון לפני פרשת בכרי וגם לאחריה - פסיקה שהחילה את מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה ממשית ברגשות בהקשרים דומים - בלא דרישה לביסוס כביכול של פגיעה בסדר הציבורי "כפשוטו" על דרך של "פוטנציאל לאלימות" דווקא (ראו למשל בג"ץ 5277/07 ברוך מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, פס' 7 (20.6.2007); בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, פס' 13 לפסק דינו של כב' הנשיא א' ברק; פס' 4 לפסק דינו של כב' השופט (כתוארו אז) א' ריבלין (28.6.2006); בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 275-276 (2001); והשוו דג"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (11.7.2011) פס' 30-38 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה). כך גם במקרים שבהם מדובר היה בפגיעה ברגשות בהקשר של פגיעה בדגל או בהמנון (ראו למשל בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 763-764 (2003); כן ראו בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 689-691 (1991); בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (15.1.2013)).
- קשיים נוספים בטענות באי כוח המערער
17. די בכל האמור לעיל בכדי לדחות את טענת באי כוח המערער בנדון. מעבר לנדרש נוסיף, שהפסיקה שאליה הפנו באי כוח המערער בנידון ונסקרה לעיל, לא הייתה פסיקה על אודות יסודות העבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל ופרשנותו (להבדיל ממקרים של פגיעה בדגל או בהמנון בהקשרים אחרים) - ולא מדובר לכן בענייננו בהגבלות החמורות ביותר על חופש הביטוי שנדונו בפסיקה זו - אותן מגבלות המונעות מראש את הביטוי - להבדיל מאחריות פלילית או אזרחית בדיעבד (ראו דברי השופט א' ברק (כתוארו אז) בפרשת Universal לעיל, בעמ' 35, 38-39). מבלי לקבוע מסמרות בנדון נציין לכן, שממילא אין הכרח שאמת המידה המחמירה ביחס למניעת הגבלה של חופש הביטוי מראש, תחול גם בדיעבד. וממילא אפילו אם הייתה החמרה כפי הנטען לפנינו בפסיקה שעליה הסתמכו באי כוח המערער - ולא הונח לכך בסיס כאמור - אין הכרח שיש להחילה ישירות בפרשנות העבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל.
18. אכן, לעניין אחרון זה של פרשנות כל רכיבי העבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל דומה שטרם נקבעה הלכה מחייבת. כך או כך, באי כוח המערער, לא ביססו לפנינו מדוע יש לנקוט דווקא בפרשנות של העבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל באמת מידה אחרת מזו שבפסיקה שצוינה לעיל, ולהיפך - טענתם התבססה על הפסיקה הקיימת שלעיל - טענה שדחינו מהטעמים שפורטו.



19. מעבר לנדרש נוסף עוד, בהתייחס להיבטים נוספים של הפסיקה הקיימת, שגם מהם עולה שיש לדחות את טענת באי כוח המערער. פסק הדין בפרשת חירות, שצוין לעיל, לא עסק ישירות בעניין סעיף 5 לחוק הדגל אלא בביקורת שיפוטית על החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, ופסילת תשדיר בחירות שכלל מאפיין של פגיעה בדגל. ציין שם כב' הנשיא א' ברק, לאחר שחזר על מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה ממשית וקשה ברגשות הציבור מעבר ל"רף הסיבולת", שבאותו המקרה לא הייתה תשתית עובדתית מספקת - לא ליסוד העובדתי ולא ליסוד הנפשי לקיום יסודותיה של העבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל (שם, בעמ' 764). וככל שיש בכך הלכה לעניין פרשנות עבירה זו, הרי שלא נקבע בה את שטענו לפנינו באי כוח המערער לעניין הפרשנות הדווקנית של ביסוס פגיעה ב"סדר הציבור" דווקא תוך דרישה לפוטנציאל של אלימות. ונוסף, בהתייחס לסעיף 5 עצמו לחוק הדגל, את בג"ץ 8507/96 אורין נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 269, 275 (1997). בפרשה זו דובר בביקורת שיפוטית על החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין אדם בשל עבירה על סעיף 5 לחוק הדגל. באותו המקרה מדובר היה בהתבטאות בעל פה בתוכנית רדיו שבה כונה דגל המדינה "מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו". ובית המשפט העליון קבע (כב' השופט מ' חשין (כתוארו אז), בעמ' 275) שתיאור דגל ישראל באופן זה "עולה, לכאורה, כדי עבירה של פגיעה בכבוד דגל המדינה". זאת, בלא התייחסות למבחן הוודאות הקרובה, לא כל שכן לאמת המידה שנטען לה לפנינו לעניין יסוד נוסף של פוטנציאל לאלימות. גם מכאן ניתן ללמוד שאין מקום לקבל את טענת באי כוח המערער לפנינו. נסיבות המקרה שלפנינו
20. ומשלא מצאנו מקום לקבל את טענת באי כוח המערער לעניין "החמרת" המבחן שיש לשיטתם להחיל בנדון, הרי שנתרת על כנה קביעת בית משפט קמא - ולפיה יש להראות ודאות קרובה לפגיעה ממשית ברגשות הציבור כתנאי להרשעת אדם בעבירה לפי סעיף 5 לחוק הדגל. ותחת אמת מידה זו, מקובלת עלינו מסקנת בית משפט קמא שלפיה יש לראות את מעשיו של המערער כמבססים את הרשעתו בעבירה זו.



21. אכן, כבר בטיעוניו בכתב בבית משפט השלום ציין בא כוח המערער ש"אין חולק כי במעשיו של הנאשם יש פגיעה קשה ברגשות הציבור". כפי שציין בצדק ב"כ המשיבה בדיון שהתקיים לפנינו, יש לראות במקרה זה לא רק את שריפת החבל ונשירת הדגל על הקרקע, אלא את מכלול הנסיבות. נסיבות אלה כוללות כאמור כניסה מכוונת ומתכוננת לאתר הנצחה מספר ימים לפני יום הזיכרון. זאת - תוך שהמערער משאיר את המכשירים הסלולאריים שברשותו בביתו ונכנס דרך פרצה בגדר כשהוא נושא מספר מיכלי צבע. קדם לשריפת החבל במצית שאותה הביא המערער עמו - ריסוס של מקבץ כתובות פוגעניות בפני עצמן. כך הותיר המערער את אתר ההנצחה במועד זה ובשעת לילה מאוחרת. כך הוא הותיר את דגל ישראל על הקרקע תוך הסגת גבול (וגם אנו לא מצאנו ממש בטענות המערער לעניין עבירת הסגת הגבול באישומים השונים שעה שהמערער נכנס למקום לשם ביצוע עבירות). אמנם המערער הצית את החבל שעליו תלוי היה הדגל (להבדיל מהדגל עצמו). מדובר בהבחנה שיכולה להיות לה משמעות לעניין התקיימות יסודות העבירה בהקשר זה או אחר. אולם המערער עצמו ראה בנדון כשריפת הדגל ממש (סעיף 1; 16-17 להודעת הערעור; וכן עמ' 3 ש' 7 לפרוטוקול). ועל כך נוספות כל יתר הנסיבות העובדתיות לעניין המעשים שקרו בסמוך לשריפת חבל הדגל ולאחריה; כמו גם מקום ביצוע המעשה והמועד שבו הוא בוצע. מכלול נסיבות וטיעון זה של המערער עצמו מקים אפוא בסיס להרשעת המערער גם בהינתן עצם שריפת החבל שעליו היה תלוי הדגל.

22. ונציין את דבריו של כב' השופט מ' חשין (כתוארו אז), בפרשת אורין, שראוי לא רק לזכור אלא להזכיר ולהדגיש, דברים שצוינו בהתייחס להתבטאות שם שלפיה דגל המדינה הוא "מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו", אך הם יפים גם לענייננו. וקבע כב' השופט חשין: "דגל ישראל אין הוא 'סך הכל ביטוי של מקל עם סמרטוט של כחול לבן עליו'. דגל ישראל הוא אני ואתה ואתה, הוא והיא, הם והן, אנחנו וילדינו. וגם מי שהלכו ולא ישובו אלינו, ואנו כולנו, אין אנו סמרטוט" (שם, בעמ' 227). והמקרה שלפנינו חמור הוא בהרבה. מקרה של מעשה פיזי, לאחר כניסה מתוכננת לאתר הנצחה וריסוס כתובות פוגעניות. זהו ההקשר הכולל של מעשי המערער. זוהי ה"זירה" שבה הוא הותיר את דגל המדינה שרוע על הקרקע. יש בכך משום ודאות קרובה לפגיעה ממשית וקשה ברגשות הציבור ומעבר ל"רף הסיבולת". לא מצאנו אפוא עילת התערבות בהרשעת בית משפט קמא את המערער בכל העבירות שיוחסו לו (מושא הערעור שלפנינו); לרבות בקביעת בית משפט קמא שלפיה המערער פגע בכבוד דגל המדינה.

23. בכל הקשור להנחיות פרקליטות המדינה, הרי שלאחר שהדבר נבדק במהלך הערעור שהתקיים לפנינו. הודע לבית המשפט שלא קיימת הנחיה כתובה בנושא של הגשת כתב אישום לעניין סעיף 5 לחוק הדגל (מעבר לדרישת האישור המוקדם לפי הנחיה 4.0004). טענה זו לא נסתרה. צוין עם זאת מפי ב"כ המשיבה שכל מקרה נבדק לגופו ומתקבלת החלטה פרטנית אם לאשר העמדה לדין. וכך נעשה בתיק זה שההעמדה לדין בו אושרה בידי היועץ המשפטי לממשלה. אין אפוא ממש בטענה זו.

הערעור על העונש

24. אשר לעונש - הרי שלא מצאנו מקום להתערב בעונש שנגזר על המערער. תחילה נציין, שהטלת עונש מאסר בעבודות שירות הייתה מוסכמת על הצדדים כבר בפרוטוקול מיום 11.12.2014. גם בטיעון באי כוח המערער לעונש נטען לעונש של עבודות שירות "ברף הנמוך" (וכן ראו סעיף 4 להודעת הערעור). ממילא אין מקום לטיעון בערעור שלפיו כלל לא היה מקום לעונש מסוג זה. אך מעבר לכך, וזה העיקר, לא מצאנו כל עילה להתערב בעונש שגזר בית משפט קמא על המערער. בית משפט קמא ציין את השיקולים הרלבנטיים לחומרה ולקולה ובכלל זה גם את האחריות שלקח על עצמו המערער ואת התנצלותו. עם זאת, בדין ניתן משקל למעשים שנעשו מתוך אידיאולוגיה ולפי תכנון מראש, תוך תחכום ולאחר התארגנות מוקדמת. המדובר בסדרה של מעשים מתוכננים, בהשחתה של מספר אתרי הנצחה ואנדרטאות. בכתובות רבות. בכתובות פוגעניות שרוססו בכמה הזדמנויות. ולמרות היעדר העבר הפלילי מצא בית משפט קמא בדין להעמיד את עונשו של המערער על הרף העליון של עבודות שירות בגין כל האישומים שבהם הורשע ולא מצאנו עילה להתערב בכך.

התוצאה

25. התוצאה היא שהערעור על כל חלקיו נדחה. המערער יתייצב לריצוי עונשו ביום 3.1.2016, בשעה 08:00, במשרדי הממונה על עבודות השירות, יחידת עבודות השירות, מפקדת מחוז דרום, ת"ד 741 באר שבע (לפי חוות דעת הממונה על עבודות השירות מיום 1.3.2015). ניתן היום, ה' בטבת תשע"ו, 17 דצמבר 2015, בהעדר הצדדים (כפי הסכמתם).