



בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 10-04-42062 מדינת ישראל נ' חזן

בפני כב' השופט דב פולוק

מדינת ישראל

המאשימה

נגד

יחיאל חזן

הנאשם

החלטה

- 1
2
3 בפני בית המשפט בקשה במסגרת טיעונים מקדמיים לזכות את הנאשם מעבירה של פגיעה בכבוד
4 דגל המדינה לפי סעיף 5 לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט - 1949.
- 5
6 בכתב האישום הואשם הנאשם ש:
- 7 "1. ביום 18.4.10, ערב יום הזיכרון, סמוך לשעה 20:15, בכיכר השבת בירושלים,
8 השתתף הנאשם בהתקהלות אסורה שהתחילו לבצע בה את מטרתה בהפרת השלום שיש בה
9 כדי להטיל אימה על הציבור. באותן נסיבות פגע הנאשם בכבוד דגל המדינה או השתמש בו
10 באופן שיש בו לפגוע בכבודו.
- 11 2. הנאשם התאסף, יחד עם אחרים, במקום האמור וכשנשמעה צפירת יום הזיכרון
12 החל, יחד עם אחרים, לקפוץ ולמחוא כפיים ולנהום בקול רם.
- 13 3. הנאשם החזיק דגל ישראל בידו, באמצעות מוט, ובידו האחרת הצית את הדגל.
14 4. לאחר שהדגל נשרף הנאשם ואחרים רמסו את הדגל ברגליהם."
- 15
16 בהוראות החיקוק של כתב האישום הנאשם מואשם, בנוסף לעבירה על פי סעיף 5 לחוק הדגל,
17 הסמל והמנון המדינה, תש"ט - 1949 גם בעבירה לפי סעיף 152 לחוק העונשין תשל"ז - 1977.
- 18
19 סעיף 5 לחוק הדגל הסמל והמנון המדינה תש"ט - 1949 קובע:
- 20 "הפוגע בכבוד דגל המדינה או בכבוד סמל המדינה, או גורם לפגיעה בכבודו או משתמש בו
21 באופן שיש בו כדי לפגוע בכבודו, דינו – מאסר עד שנה אחת או קנס עד שלוש מאות לירות
22 או שני העונשים כאחד".
- 23
24 ב"כ הנאשם טען לשתי סיבות בשלן, יש לדעתו, לזכות את הנאשם מסעיף 5 לחוק הדגל הסמל
25 והמנון המדינה תש"ט - 1949:
- 26 א. "אות מתה"



בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 10-04-42062 מדינת ישראל נ' חזן

ב. "פגיעה בחופש הביטוי"

טענת "אות מתה":

לטענת ב"כ הנאשם "עולה בבירור מניסוח החוק כי אין צורך בכוונה נפשית מיוחדת" וש"הפגיעה משתרעת גם בצד הפיזי וגם בהתייחסות".

במצב דברים זה, "אזרחים שומרי חוק ואוהבי המדינה ימצאו את עצמם עוברים על החוק וחשופים להליכים פלילים".

בטיעוניו בכתב ב"כ הנאשם מביא מספר דוגמאות: דגל על חלון מכונית שהועף או נקרע; דגלי "ניילון" בחגיגות יום העצמאות המוטלים על הרצפה באלפיהם; הנפת דגלים במוסדות ממשלה כשהדגל קרוע, מלוכלך או מרופט; שימוש בדגל על ידי ארגונים אשר במסגרת מאבקם לעניין מסוים עושים שימוש בדגל תוך צביעתו בצבעים שונים/הדפסת אמירות כאלה ואחרות וכיו"ב; שימוש בדגל ישראל על בגדים או על מוצרים עליהם מודפס דגל ישראל כגון פטישים/חצוצרות/כובעים וכיו".

דיון בטענת "אות מתה":

אין ממש בטענה זאת. ייתכנו מקרים "גבוליים" שגם אם הם נכנסים לדי אמותיו של החוק, לא יהא זה צודק להעמיד בגינם אדם לדין בעבירה של פגיעה בכבוד הדגל. אדרבא. אין לי ספק שריבוי המקרים הגבוליים האפשריים על פי לשון החוק וכן שיקולים של חופש הביטוי, הביאו להנחיית היועמ"ש לממשלה לפיה נדרשת קבלת אישור מוקדם לצורך הגשת כתב אישום בעבירה זאת כפי שאוזכר בסעיף ד' לתגובת המאשימה בכתב לטיעונים המקדמיים.

אולם, במקרה דנן, לא במקרה "גבוליים" עסקינן אלא, על פי כתב האישום, בשריפת דגל ישראל ורמיסתו במסגרת התפרעות. אין באפשרות התיאורטית להעמיד אזרחים לדין על אותו חוק בנסיבות גבוליות יותר, כשלעצמה, כדי לקבוע שיש לזכות את הנאשם המואשם בגין התנהגות שברור שהמחוקק ביקש לאסור בחוק.

אשר על כן, הטענה שיש לזכות את הנאשם היות ומדובר "באות מתה" נדחית.

טענה של "פגיעה בחופש הביטוי":

לטענת ב"כ הנאשם, שריפת הדגל בנסיבות המתוארות בכתב האישום אינה אמורה להיות עבירה פלילית אלא אמורה להיות מוגנת ומותרת בחברה המכבדת את חופש הביטוי של אזרחיה. לדבריו, גם אם מדובר באקט פוגע, מעליב ואף מקומם, גם אם יש פגיעה ברגשות הציבור, באיזון בין הפגיעה ברגשות הציבור לבין חופש הביטוי, יש להעדיף את חופש הביטוי. מדובר בחוק שנחקק ב-1949 שיש לפרשו בכפוף לחוקי היסוד. בית המשפט מתבקש לקבוע שכללי האיזון בין הפגיעה ברגשות הציבור לבין חופש הביטוי, כפי שקיבלו ביטוי בבג"צ 2194/06 מפלגת שינוי -נ- יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, תומכים בעמדתו. בטיעוניו בכתב הפנה ב"כ הנאשם לרשימה של פסקי דין מהארץ



בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 10-04-42062 מדינת ישראל נ' חזן

ומחוי"ל, כשלטענתו הפסיקה מביאה למסקנה שיש לזכות את הנאשם מעבירה של פגיעה בכבוד דגל המדינה.

מנגד, טוען ב"כ המאשימה שחופש הביטוי אינו ערך מוחלט אלא יש לאזנו כשהוא מתנגש בערך מוגן אחר. כך, קיים מספר לא מבוטל של עבירות בספר החוקים הפוגעות לכאורה בחופש הביטוי. לדברי ב"כ המאשימה, ישנן נסיבות מיוחדות במקרה דנן, שריפת דגל ישראל בפומבי בשעת צפירת הזיכרון בערב יום הזיכרון לחללי צה"ל. אקט זה מהווה, לדבריו, "מעשה חמור ובוטה המביע זלזול וזילות קשים במדינה ובמה שהוא מסמל" (סוף טיעוני המאשימה בכתב). המאשימה מבקשת מבית המשפט לקבוע שהאיזון בין הערכים המתנגשים, מחד גיסא, פגיעה כה חמורה ברגשות הציבור ומאידך גיסא, הערך של חופש הביטוי, מביא למסקנה שיש לדחות את הטענות המקדמיות של ב"כ הנאשם.

דיון בטענה של "פגיעה בחופש הביטוי":

המונח "חופש הביטוי" מתייחס לאו דווקא לביטוי במילים בעל פה אלא כולל גם ביטוי באמצעות "התנהגות". במסגרת רחבה זאת, כל פעולה יכולה להיחשב כנופלת בגדרו של חופש הביטוי. בדומה, כל חוק המווסת התנהגות יכול להיחשב כפוגע ומגביל את חופש הביטוי. פלוני מבקש לשיר שיר מחאה בליווי גיטרה בעד חלון חדרו בחצות. החוק האוסר נגינה בכלי נגינה אחרי שעה מסוימת או לעשות רעש אחרי שעה מסוימת מגביל את חופש הביטוי של פלוני.

אמנם ניתן לומר שחופש הביטוי של פלוני במקרה דנן רק מוגבל לשעות מסוימות או למקומות מסוימים. אם ישיר פלוני את שיר המחאה בעשר בבוקר או אז הוא לא יעבור על הוראות החוק הבאות להגן מפני מטרדי רעש. אולם גם זה אינו בהכרח נכון. אם נושא שיר המחאה של פלוני הוא קריאה לפגוע בשכניו בשל גזע או דת, או אז יוגבל חופש הביטוי של פלוני לא רק לשעות מסוימות או למקומות מסוימים אלא ייאסר עליו לשיר את שיר המחאה ואם יעשה כן, הוא עלול למצוא את עצמו נענש על פי חוק.

אם כן, חופש הביטוי אינו ערך מוחלט ויש ששימוש בערך זה יתנגש בערכים אחרים ובמקרה כזה על בית המשפט לאזן בין הערך של חופש הביטוי לבין הערך האחר. בבוא בית המשפט לבצע את האיזון האמור, חשוב לבית המשפט לתת את המשקל הראוי לחשיבות חופש הביטוי בחברה פתוחה ודמוקרטית. ללא הגנה על חופש הביטוי בחברה, אין כל אפשרות לדיאלוג הדרוש בחברה על מנת לגרום לשינוי חברתי ולדיאלוג השכנוע הדדי המהווה את היסוד לדמוקרטיה.

בדרך כלל, גם אין לשים דגש יתר על הגבלת חופש הביטוי בגלל הפגיעה ברגשות של אחרים. הצורך בהגנה על חופש הביטוי דרוש לעיתים קרובות דווקא מפני שהדבר שנעשה או הדבר שנאמר אינו לרוחו של האחר.



בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 10-04-42062 מדינת ישראל נ' חזן

1
2 אין כל חידוש בדברים לעיל. אולם, על פי גישתי, יש לבחון את דגל המדינה כסמל המוגן בחוק
3 הפלילי יחד עם סמלים אחרים, כמו סמלי דת, שגם הם מוגנים בחוק הפלילי.
4
5 דגל המדינה הוא סמל לריבונות על אדמתנו וסמל לקיומנו. לא במקרה נשרף דגל המדינה כמחאה
6 נגד קיום המדינה בערב יום הזיכרון. הדגל מסמל את הערכים שלמענם החיילים הקריבו את נפשם.
7
8 מדינת ישראל היא אולי המדינה היחידה בעולם שקבוצות שונות ואף מדינות אחרות טוענות נגד
9 עצם זכות הקיום שלה ונגד הלגיטימיות שלה להיות מדינה. מדינת ישראל היא המדינה היחידה שיש
10 עליה לגבי דגלה, על פיה שני פסי הכחול על הדגל מסמנים את שאיפת המדינה לשלוט מנהר
11 הנלוס עד נהר הפרת.
12
13 הדגל אף מסמל את המדינה ומוסדותיה. למעשה, הדגל מסמל את סמכותי לכתוב החלטה זאת.
14
15 התומכים בשריפת הדגל יטענו שגם אם ישרפו אלפי דגלי מדינה, אין באקט המחאה, כשלעצמו,
16 לפגוע בריבונות המדינה או בקיום הפיזי של הדגל. אדרבא. התומכים יטענו שחברה המאפשרת את
17 שריפת הדגל של המדינה היא חברה פתוחה, חזקה ודמוקרטית. יטענו, ששריפת הדגל אינה באה
18 לפגוע בחוקיה של המדינה אלא לסמל את ערכי היסוד שלה כמדינה דמוקרטית וחופשית. אמנם,
19 יהיו אלו שיטענו ששריפת דגל במסגרת הסתת קהל להפרת סדר מצדיקה העמדה לדין, אך יסבירו
20 שהעבירה והענישה הינם בגלל ההסתה להפרת הסדר ולא בגלל שריפת הדגל. אדרבא. ישאלו,
21 במקרה של שריפת דגל בהעדר הסתה לאלימות, איזו עונש ראוי להטיל על אדם ששרף במחאה
22 חתיכת בד גם כשעל הבד מצויר דגל המדינה?
23
24 ברוח זו פסק בית המשפט העליון בארה"ב, ברוב של 5 נגד 4 בפסק דין *Texas v. Johnson*, 397 U.S. (1989),
25 שביטל את החוקים של מדינות בארה"ב שאסרו על שריפת הדגל של
26 ארה"ב. ב"כ הנאשם ציין פסק דין זה בטיעונו בכתב כחלק מ"משפט השוואתי" והדגיש את הדמיון,
27 לדבריו, בנסיבות המקרה שהיה בפני בית משפט העליון בארה"ב לבין המקרה דנן.
28
29 אולם דווקא יש בפסק הדין הנ"ל להדגיש את החולשה שבטענה ששריפת הדגל אמור להיות אקט
30 מותר במסגרת חופש הביטוי.
31
32 הרי אם נקבע שבחברה, סמל כה ערכי כמו דגל המדינה אינו מוגן בגלל ערך עדיף של חופש הביטוי,
33 המסקנה המתבקשת היא שניתן לשרוף סמלים אחרים, כמו סמלי דת. אתיאיסט, למשל, המתנגד
34 לכל דת, יכול לטעון שיש לו זכות לשרוף צלב נוצרי או ספר תלמוד או ספר קוראן. אם אין זכות
35 למחוקק לאסור שריפת דגל אז לכאורה גם אין לו זכות לחוקק חוק המונע שריפת סמלי דת. לכן,



בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 10-04-42062 מדינת ישראל נ' חזן

1 בארה"ב, כומר נוצרי שרף ספר קוראן בשל מחאה במסגרת "חופש הביטוי". אירוע אגב שהביא
2 למהומות בארץ אחרת ולמות אנשים. בארה"ב בגלל הערך של חופש הביטוי ניתן לשרוף דגל, לשרוף
3 קוראן ואף לצעוד כשאתה עונד סמל נאצי.

4 לעומת זאת, החוק הישראלי לא רק אוסר על פגיעה בדגל המדינה אלא אוסר גם על פגיעה בסמלי
5 דת. סימן ז': פגיעות ברגשי דת ומסורת, סעיף 170 לחוק העונשין תשל"ז-1977 קובע "ההורס, מזיק
6 או מחלל מקום פולחן, או כל עצם המוחזק מקודש לקהל אנשים, בכוונה לבזות דתם, או ביודעין
7 שהם עשויים לראות במעשה זה עלבון לדתם, דינו – מאסר שלוש שנים".

8
9
10 החוק הישראלי אוסר על פגיעה ברגשות דת גם בפרסום או בדיבור. סעיף 173 לחוק העונשין קובע:
11 "העושה אחת מאלה, דינו- מאסר שנה אחת:

- 12 (1) מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים ;
13 (2) משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מלה או קול שיש בהם כדי לפגוע פגיעה
14 גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים."

15
16 אפשר כמובן לטעון שרצוי להגן על רגשי דת אך לא על רגשי לאומניות או פטריוטיזם. אולם גישה
17 זאת, בה כל שופט מכניס את השקפותיו האישיות בענייני לאומניות או דת בתוך הדיון על חופש
18 הביטוי היא גישה פסולה. אין לסבול את המצב לפיו שופט פלוני, פטריוטי ואנטי דתי יקבע שאין
19 לשרוף דגל אך מותר לשרוף סמל של דת ואילו שופט אחר, עם תפיסה אישית הפוכה, יגיע למסקנה
20 הפוכה. הדרך הנכונה היא לבחון אם יש תכונות משותפות לדגל המדינה ולסמלי דת ולבחון אם
21 במסגרת משפטית אחידה בה קיים הערך החשוב של חופש הביטוי, יש הצדקה או אין הצדקה
22 להגביל את חופש הביטוי לגבי הסמלים הללו. הפגיעה בדגל המדינה או בסמל דת עלולה לא רק
23 לגרום לפגיעה רגשית עמוקה אלא גם להביא להסתה ולאלימות. בהקשר זה, ראוי לציין שהמחוקק
24 קבע שדי בעצם הפגיעה בכבוד הדגל או בעצם הפגיעה בדבר המוחזק כמקודש לקהל של אנשים כדי
25 לבצע את העבירה. בדומה, די להשמיע קול או מילה שיש בה כדי לפגוע פגיעה "גסה" באמונתו או
26 ברגשותיו הדתיים כדי לעבור על החוק. המיוחד בסעיפים חוק אלו, שהמחוקק בא להגן על רגשות.
27 לכאורה, הגנה זאת בעייתית הואיל ואם נגביל את חופש הביטוי לאותם מקרים בהם אדם לא נפגע
28 רגשית או אז נרוקן לחלוטין מתוכן את המשמעות של חופש הביטוי. יש צורך להגן על חופש הביטוי
29 דווקא כדי לאפשר לאדם להביע את דעתו העומדת בסתירה ומנוגדת לדעתו של האחר.

30
31 כן אציין, שכפי שאין חשש ששריפת דגלים במסגרת מחאה תביא להעלמות הפיזית של דגל המדינה
32 או להתמוטטות של המדינה, כך גם אם מפגינים יעלו באש ספרי קודש או סמלי דת, אין סכנה
33 ממשית להיעלמות הדת או הפולחן.



בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 10-04-42062 מדינת ישראל נ' חזן

1 אולם, יש תכונה מיוחדת ומשותפת לדגל המדינה, לסמלי דת ולספרי הקודש של דתות שונות והיא
2 סוגיית "הבעלות" עליהם. תכונה מיוחדת זאת מהווה את היסוד לגישתי, שהנני מכנה הגישה
3 הקניינית. כפי שאפרט להלן, גישה זאת שוקלת את התכונה המיוחדת והמשותפת בין דגל המדינה
4 לבין סמלי דת וספרי קודש ומכניסה אותם בכפיפה אחת בתוך המסגרת הנורמטיבית הרגילה להגנה
5 קניינית על סמלים וסימני מסחר. המסקנה המתבקשת היא שלמחוקק הישראלי הזכות והסמכות
6 לחוקק חוקים המגנים על דגל המדינה ועל סמלי דת וספרי קודש ואין לבטלם מפאת הערך של חופש
7 הביטוי בדיוק כפי שאין לבטל את החוקים המגנים על סמלים וסימני מסחר במסגרת החוק.
8
9 הנני מודע לכך שגישתי היא חדשנית ואיננה הגישה המקובלת על פי הפסיקה בנינוח ובאיזון הערך
10 של חופש הביטוי. אולם היא נדרשת הואיל וההנחה בפסיקה, כמו בפסק דין Texas v. Johnson
11 (כנ"ל) היא שאדם הרוכש דגל מדינה או המצייר דגל מדינה על בד שקנה בכספו ועם צבעים שרכש
12 בכספו, הוא "הבעלים" של הדגל כולל הסמל המודפס או המצוייר על גבי הדגל. אולם הנחה זאת
13 בטעות יסודה.
14
15 אדם יכול להיות הבעלים של הבד של הדגל. הוא יכול לרכוש לעצמו את זכות השימוש בדגל. אם
16 מישהו יגנוב את הדגל וישמיד את הדגל, הוא זכאי לפיצוי מאותו גנב ואותו גנב צפוי לעונש פלילי.
17
18 אולם, הבעלות על דגל ישראל, הצורה של שני פסים בצבע כחול של הטלית, המגן דוד באמצע אף
19 הוא בצבע כחול, איננה שייכת לאדם שרכש את הדגל. "הבעלות" על סמל דגל ישראל, דגל המדינה
20 היהודית והדמוקרטית, שייכת לכלל העם היהודי ולכל אזרחי מדינת ישראל. הזכות לקבוע את דרכי
21 השימוש בדגל ישראל, כוללת גם את הגבלת זכות השימוש בו, בשם העם היהודי וכל אזרחי מדינת
22 ישראל היא אך ורק של הכנסת בשם העם ואזרחיה.
23
24 אין דבר יוצא דופן בתפיסה זאת. סופר הכותב ספר (או מו"ל) שומר על זכויותיו לגבי דרך הפצת
25 הספר, מכירתו או השימוש בו במצבים שונים. גם כשאדם נכנס לחנות ורכש את הספר של אותו
26 סופר, השימוש שלו בספר מוגבל. בוודאי לא היינו מתירים לרוכש להפר את מגבלות השימוש שקבעו
27 הסופר או המו"ל בטענה לחופש הביטוי. לא היינו מתירים לאדם השואל ספר מספרייה העירונית
28 להשמיד את הספר ששאל או להשחית את הספר בטענה של חופש הביטוי. זכות השימוש בספר
29 שהאדם שאל מהספרייה איננה מקנה לו את הזכות להשמיד פיזית את הספר, השואל לא רכש זכות
30 זאת על הספר בעת השאלת הספר מהספרייה.
31
32 בדומה, המחוקק הישראלי, בשם נחלת הכלל, הגביל את השימוש בדגל ישראל לשימוש שאינו פוגע
33 בכבודו של דגל המדינה. אדם שרכש דגל או צייר את סמל הדגל על בד, לא רכש את זכות השימוש
34 המתירה לו להשמיד את הדגל. המחוקק בשם העם הגביל את השימוש לדרכים בהן נשמר "הכבוד"



בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 10-04-42062 מדינת ישראל נ' חזן

1 לדגל. אדם הרוכש דגל או המשתמש בסמל הדגל כפוף לאותה הגבלת שימוש ומקבל על עצמו את
2 אותה הגבלת שימוש בעת רכישת הדגל או בעת ציור הדגל.

3
4 אין הגיון בטענה שיש להגן על הגבלת השימוש בסמל או בחפץ שהזכות להגבלת השימוש בו הינה
5 בידי הפרט אך לא לאפשר אותן הגבלות שימוש כשמדובר בסמל או חפץ שנחלת הכלל כשנציג הכלל
6 (במקרה דנן: המחוקק) קבע את הגבלת השימוש בשם הכלל. בשני המקרים, אין זה הגיוני לאפשר
7 לאדם להפר את הגבלת השימוש בטענה שיש בהגבלת השימוש פגיעה בחופש הביטוי שלו.

8
9 דברים אלו נכונים, עם השינויים המחויבים, גם במסגרת סמלי דת וספרי קודש. ניתן לקבוע
10 שהתנ"ך, התלמוד, הקוראן וספרי הקודש של הנוצרים שייכים לכלל האנושות וכן גם הסמלים של
11 הדתות השונות.

12
13 אמנם אפשר גם להצדיק את הגבלת השימוש בדגל המדינה או בסמלי דת לא רק בגישה הקניינית.
14 למשל ברצון לשמור על רגשות של אחרים ולמנוע מצבים העלולים לגרום לאלימות, לשמור על פולחן
15 דת חופשית או אף אחדות העם. אולם, טענות אלו רק באות לחזק את המסקנה אליה הגעתי.

16
17 לבסוף, יש להבחין בין היות מעשה עבירה על פי החוק ובין המקרים בהם רצוי להשתמש בשיקול
18 דעת להעמדת אדם לדין. גם ללא ההנחייה הפנימית של היועמ"ש לממשלה רצוי תמיד לשקול,
19 דווקא בגלל הערך של חופש הביטוי, אם המעשה היה כה חמור כדי להעמיד אדם לדין פלילי על כל
20 המשתמע מכך. בהקשר זה, מעבר לנדרש, אציין שבמקרה דנן, על פי כתב האישום, שריפת הדגל
21 נעשתה במסגרת התפרעות ובעיתוי שבא לגרום לפגיעה מירבית ברגשות של משפחות שכולות.

22
23 אשר על כן, הבקשה במסגרת הטיעונים המקדמיים לזכות את הנאשם מעבירה של פגיעה בכבוד דגל
24 המדינה לפי סעיף 5 לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט-1949 – נדחית.

25
26 ניתנה היום, י"ג אייר תשע"א, 17 מאי 2011, בנוכחות המבקשת עו"ד איהאב חלבי, הנאשם ובא כחו
27 עו"ד יאיר נהוראי.

28
29 רב חזן

דב פולוק, שופט