

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

1. עו"ד ואקים ואקים ת.ז. 5523952

2. אסלאן שחאדה ת.ז. 21036355

3. ועדת המעקב לענייני העקורים בישראל

שליד ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד ג'מיל דקואר ו/או חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או
מרואן דלאל, מעדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל,
ת"ד 510 שפרעם 20200, טל' 04-9501610-04 פקס : 04-9503140

העותרים

- נ ג ד -

1. משטרת ישראל

2. מושב בן עמי, מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לדיון דחוף

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יתירו לעותרים לקיים הפגנה ותהלוכה בישוב בן עמי ביום 25.9.98 במחאה על הריסת מסגד ובית הקברות של הכפר העקור אום אלפרגי.

בקשה לקיום דיון דחוף

כב' בית המשפט מתבקש להורות על קיום דיון דחוף בעתירה זו, מהנימוקים כדלקמן:

1. המשיבה 1 סירבה ביום 17.9.1998 להעניק לעותרים רשיון לקיים הפגנה ותהלוכה ביום שישי הקרוב 25.9.98, מהנימוק כי השטח עליו מבקשים העותרים לערוך את ההפגנה מוחזק בחכירה לדורות ע"י המושב בן עמי וכי המושב מתנגד נחרצות לקיומה של ההפגנה.
2. העותרים פנו ביום חמישי אחה"צ, ה- 17.9.98 בהליך קדם בג"ץ לפרקליטות המדינה בתקווה כי ביום ראשון ה- 20.9.98 יקבלו תשובה סופית בנושא. אך הדבר לא התאפשר. ומאחר ומדובר בשבוע של חגים, הגשת העתירה לא היתה מן האפשר.

3. על מועד ההפגנה הודע מראש, דחיית מועד הדיון יביא לדחיית הסעד המבוקש. דבר שיגרום לעותרים לנזקים בלתי הפיכים.

4. עיכוב מועד הדיון בעתירה זו ייתר הדיון בה ויהפכה לתיאורטית.

השאלה המשפטית

5. האם הזכות להפגין כזכות יסוד חוקתית בשטח המוכרז כשטח ציבורי פתוח בתחום מושב שיתופי נסוגה בפני הזכות החכירה של המושב. האם זכותו של מושב שיתופי להגביל את כניסת העותרים אל שטחו, גוברת על זכותם החוקתית והבסיסית של העותרים לחופש התנועה וההפגנה בתוך שטח המושב. אלו הן השאלות המשפטיות שעתירה זו מציבה.

6. העותרים

העותרים 1 ו-2, הינם פעילים וחברים בוועדת המעקב לענייני העקורים בישראל, והם הגישו בשם העותרת 3 בקשה לקיום הפגנה ותהלוכה בישוב בן עמי. עותר 1 מכחן כיו"ר לעותרת 3.

העותרת 3 (באמצעות העותר 1) הינה וועדה ליד וועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל, שמטרתה להגן על זכויות העקורים ואדמותיהם. ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל הינה הגוף המייצג של המיעוט הערבי בישראל. היא כוללת בתוכה את כל ראשי הרשויות המקומיות הערביות, חברי הכנסת הערביים וגופים וולונטריים העוסקים בקידום זכויות המיעוט הערבי בישראל.

הרקע העובדתי

7. ביום 27.8.98, העותרים 1 ו-2 הגישו בשם העותרת 3 בקשה לקיום הפגנה ותהלוכה ליום שישי ה-25.9.1998, שמטרתה למחות נגד הריסת מסגד וחילול קדושת בית הקברות של הכפר העקור אום אלפרג', הנמצא היום בשטח המושב בן עמי שליד נהריה. ראו: העתק מהבקשה מסומנת כ-1ע/.

8. מטרת ההפגנה נועדה להביע את מחאתם של העותרים על הריסת המסגד שבוצעה ביום 4.12.97 ועל חילול בית הקברות המוסלמי בישוב בן עמי שאירע ביום 16 ביולי 1998, וזאת בעקבות החלטת הוועדה המקומית לתכנון ובניה של מטה אשר, אשר התירה את הריסת שני המקומות הקדושים.

9. בהתאם לבקשה למתן רשיון להפגין, מועד ההפגנה נקבע ליום שישי 25.9.98, בין השעות 11:30 עד 14:30. מסלול התהלוכה יהיה משערי המושב, סמוך לכביש הראשי ועד לשטח בית הקברות והמסגד שנהרסו, ושם יישאו נאומים.

10. ביום 17.9.1998, דחתה המשיבה 1 את בקשת העותרים 1 ו- 2 בנימוק שהיעד הסופי של מסלול התהלוכה מהווה שטח פרטי בבעלות המשיב 2 וכי המשיב 2 מתנגד נחרצות לקיומה של ההפגנה בשטח המושב. ועל כן, אין לקיים התהלוכה בשל הסירוב של המשיב 2.
ראו: העתק מהמכתב המופנה לעותר 1 המסומן כ- 2/.
11. המשיבה 1 הציעה לקיים את ההפגנה בכניסה המובילה אל המושב בנוכחות 50 איש בלבד, או בנוכחות מספר גדול יותר של אנשים במקום סמוך בהסכמת בעליו.
12. בשיחה טלפונית עם המשיבה 1, הבהיר העותר 1 כי המארגנים עומדים על בקשתם לקיים את ההפגנה ליד בית הקברות ועל הריסות המסגד משום שכל חלופה אחרת תסכל את מטרת ההפגנה ותבטל הזיקה בין מטרת ההפגנה וסיבותיה.
13. ביום 17.9.98, פנה ב"כ העותרים אל מנהל מחלקת בג"צים מפרקליטות המדינה, עו"ד עוזי פוגלמן, וביקשו להתערב במגמה לאפשר לעותרים לממש את זכותם להפגין בשטח בית הקברות והריסות המסגד. אולם לאור קוצר הזמן וסמיכות הפניה לחופשת ראש השנה טרם התקבלה תשובה רשמית של הפרקליטות בעניין.
ראו: העתק ממכתבו של עו"ד ג'מיל דקואר המסומן כ- 4/.
14. חשוב להדגיש ולהבליט כי, המשיבה נימקה תחילה, ולא בכתב, כי קיים חשש שתושבים מישוב בן עמי יתנכלו במפגינים דבר שיפריע למהלך הסדיר של ההפגנה. אך לאחר מכן חזרה בה מטיעון זה. וזאת לאחר שהעותרים טענו בפני המשיבה 1, ובהסתמך על ההלכה הפסוקה והדין הרלוונטי, שתפקידה של המשטרה לשמור על שלום המפגינים וחובתה היא למנוע מהמתנגדים להפגנה מלהפריע לעותרים לקיים את זכותם הבסיסית, אם לא החוקתית, להפגין ולמחות.
15. לטענת המשיבה 1, שהמקום שהעותרים מבקשים להפגין בו הינו שטח פרטי, יסבירו העותרים כי שטח בית הקברות והמסגד שבישוב בן עמי, מקום ההפגנה המבוקשת, הוכרזו כשטחים ציבוריים פתוחים ואינם מהווים כשטח פרטי בבעלות פרטית למאן דהוא. כך קבעה הועדה המחוזית לתכנון ובניה.
- ראו: מכתב הועדה המחוזית לתכנון ובניה המופנה לעותר 2 ומסומן כ- 3/.
16. לא זו בלבד שהמקום בו תסתיים ההפגנה הינו שטח ציבורי פתוח, אלא שהשטח עצמו הינו בבעלות המדינה והוא מוחזק ע"י מושב בן עמי בחכירה לדורות. שטח זה אינו נמצא בסביבה מאוכלסת. הרי המקום במקורו כלל מסגד ובית קברות.
17. קיום ההפגנה במקום המבוקש, אינו מהווה, על כן, כניסה לחצרו של הפרט, ואין כל חשש לפגיעה בפרטיות תושבי המושב ו/או פגיעה בקניינם הפרטי.

18. המסגד ובית הקברות הינם האתרים והעדים היחידים שנותרו מהכפר אום אל פרג' שתושביו נעקרו ב-1953. תושבים אלו נהיו לאזרחי המדינה. והם מתגוררים היום בכפרים הסמוכים לכפר העקור. המסגד הוקם בשנת 1935. בית הקברות שימש את תושבי הכפר העקור גם לאחר עקירתם. לאורך כל התקופה, מיום העקירה עד יום זה, שמרו העותרים ותושבי אום אל פרג' על זיקתם האיתנה לאתרים הנותרים. ביקרו במסגד, והתפללו שם. ביקרו את יקיריהם הנטמנים בבית הקברות, וטמנו מתיהם לאחר העקירה. מאבקם וצעקתם כנגד הריסת בית הקברות והמסגד לא נשמעה. ואם נשמעה לא נענתה. התושבים העקורים של אום אל פרג' והעותרים קיימו מאבק לגיטימי ולגלי בטרם ההריסה עת שהתגלו הכוונות לבצע ההריסה, וכן גם לאחר ביצוע ההריסה.

19. טענת המשיבה 1 לפיה המקום הינו שטח פרטי לא נשמעה בעבר כאשר קיימו העותרים ואחרים אירועי מחאה במקום הנדון נגד הריסת המסגד וניסיון הפגיעה בבית הקברות. לא רק שלא נטענה טענה זו, אלא האירועים שקוימו מוכיחים בוודאות מוחלטת שהמקום המבוקש לעריכת ההפגנה הינו מהמקומות הרגילים והמקובלים לעריכת אירועים ציבוריים ככגון הפגנות וכו'. לא למותר להוסיף גם שמארגני האירועים הם שתמיד דאגו שהאירועים יעברו בשלום ותוך שמירה מוחלטת על הסדר הציבורי. העותרים יביאו כאן סקירה חלקית לאירועים שקוימו על ידיהם ועל ידי אחרים במקום הנדון:

א. ביום 5.12.1997, יום לאחר הריסת מסגד הכפר העקור התאספו העותרים ומאות אזרחים ערבים במחאה על הריסת המסגד וערכו תפילת יום שישי על הריסת המסגד. האירוע אורגן, התקיים והסתיים בסדר מופתי.

ב. ביום 19 לדצמבר 1997, ימים לאחר הריסת המסגד, יחד עם ארגונים אחרים ביקרו במקום ההריסות ח"כ: אחמד סעד, שלום שמחון, עבד אלמאלק דהאמשה, עבד אלוהאב דראושה, טלב אלסאנע. לאחר הביקור נערכה ישיבה עם נציגי המשיב 2 ומינהל מקרקעי ישראל. הצדדים היו תמימי דעים אודות חשיבות בניית המסגד מחדש.

ג. ביום 21.7.1998, השתתפו עשרות מפגינים ערבים למשך יומיים רצופים במשמרת מחאה על הריסת בית הקברות. אירועים אלו תואמו מראש עם המשטרה וכולם עברו בשלום.

20. העותרים מבקשים למחות על הריסת המסגד ובית הקברות. מבחינתם, מקומות אלו הינם מקומות קדושים. חלק ממורשתם. חלק מהווייתם התרבותית. וחלק מההיסטוריה האישית של תושבי הכפר העקור. עריכת ההפגנה במקומות ההריסה היא הדרך שבאמצעותה העותרים מבקשים לבטא את צעקתם, מחאתם ותחושותיהם. הזיקה למקום, במקרה זה הינה חיונית ביותר למסר הפוליטי שמבקשים העותרים להעביר. הדרך שבחרו בה היא דרך

לגיטימית, ולגלית. מסיבה זו הם ביקשו את אישור המשטרה מראש, והם מעוניינים להעביר את האירוע כמו בעבר, בנוכחות המשטרה ותוך שמירה על הסדר הציבורי.

21. על כן, עמדתם של המשיבים אין לה על מה לסמוך. היא זרה לדין הקיים. המשטרה, למעשה, מבקשת היא מהמפגינים לקבל היתר והסכמה מראש מהמשיב 2 שכלפי מדיניותו מופנית מטרת ההפגנה. התוצאה הישירה לעמדה זו, היא דיכוי זכויות בסיסיות לציבור שלם שחיפש דרכים לגיטימיות, חוקיות, הנהוגות והמקובלות בכל שיטה דמוקרטית.

22. הדין, כפי שיובהר להלן, קובע מפורשות שכאשר מוגשת למשטרה בקשה להפגין עליה ליתן ההיתר. אלא אם נימוקיה נוגעים לפגיעה באינטרס ציבורי בדרגה של וודאות הקרובה לוודאי. וכאן לא היה כך. נימוקה של המשיבה 2 המפנה לסכמת המשיב 2, משמעו שהפגנה זו אינה מסוג ההפגנות המצריכות רשיון מהמשטרה. לפי זה, העותרים יכולים לקיים את ההפגנה במסלול המבוקש ללא היתר משטרת. אולם העותרים יודעים שהמצב המשפטי הוא אחר מעמדת המשיבה 1. והם מעוניינים לקיים את הפגנתם על פי החוק. הפרשנות לעמדתה של המשטרה עלולה לפגוע בשלום הציבור. העותרים מבקשים כי הכל יהיה חוקי ועל פי הדין.

הטיעון המשפטי

23. הזכות להפגין הינה זכות הנגזרת מחופש הביטוי ואשר קיבלה מעמד חוקתי עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ראו: בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח (2) 456, 468.

עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, 155, 156.

ראו גם עמדת כב' השופטת דורנר בגולן המתאימה למקריהם של העותרים.

24. העותרים טוענים כי במקרה דנן, חלה חובת הרשיון הקבועה בסעיפים 83-84 לפקודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"ה 1971-. לפיה, ראשית, על המשטרה לשיקול במקרה זה אך ורק את השיקול הציבורי והסכנה הנשקפת לציבור מקיומה של ההפגנה, וכי רק אם הסכנה מגיעה כדי דרגת וודאות קרובה לוודאי, רשאית היא לסרב או להתנות תנאים, לקיומה של ההפגנה. בנסיבות העניין, יטענו העותרים כי, נימוקה של המשטרה לסירוב מתן רשיון אינו נימוק ואין בינו לבין מבחן זה ולא כלום. שנית, אין פקודת המשטרה או הדין שחל על מקרה זה, מורים על קבלת הסכמתו של גורם אחר לקיומה של ההפגנה. השיקול כולו למשטרה ובמסגרת הדין שנקבע בהלכה הפסוקה. הפנייה לגורם שלישי על מנת לקבל את הסכמתו למתן רשיון לתהלוכה מהווה ביטול טוטאלי ומוחלט לשיקול הדעת של המשיבה 1. דבר הנוגד הדין הקיים. האפשרות השנייה הקיימת בדין היא כאשר ההפגנה מתקיימת בחצר הפרטי. במקרה זה הסכמת הבעלים מספיקה ומהווה תחליף לדרישת הרשיון. אפשרות זו אינה חלה על מקרה דנן.

ראו: D. Kretzmer, "Demonstrations and the Law", 19 Is.L.Rev (1984) 47, 74.

א' רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (הוצאת שוקן, 1996), 1097.

25. הטענה שמדובר על שטח פרטי אין לה על מה לסמוך שכן העותרים הוכיחו כי מקום ההפגנה הינו שטח ציבורי ואינו בבעלותם הפרטית של מאן דהוא. התקיימו בעבר מחאות, עצרות והפגנות ובכולן המשיבים לא טענו לאיסור קיומן של פעילויות אלו מטעם של בעלות פרטית על הקרקע. נימוקם החדש של המשיבים, בנסיבות אלו, נגוע בחוסר תום לב.

26. אף אם תתקבל הטענה לפיה, מימוש הזכות להפגין במושב שיתופי מוגבלת היא בשל אופיו של הישוב. הרי גם במקרה זה ההגבלה לא יכולה להיות גורפת. ניתן לקבל שהתחלוקה לא תפגע בקניינם הפרטי של חברי המושב ללא הסכמתם. אולם, במקרה זה אין ההפגנה מתקיימת בין הבתים או בחצרים הפרטיים של החברים, היא אינה מתקיימת בשטח סגור או במשרדי או חצרי משרדי המושב. ההפגנה אמורה להתקיים בשטח ציבורי פתוח. מכאן, שההבחנה בין מושב שיתופי לבין יישוב רגיל אחר אינה, בנסיבות אלו, מקימה למשיב 2 זכות כלשהי להגביל את מימושה של הזכות החוקתית. האיזון בין האינטרסים המתנגשים במקרה זה הינו האיזון הרגיל.
ראו: מתאימים לענייננו דברי הנשיא ברק בדיין עמ' 480.

27. לא זו בלבד. אף אם תתקבל ההבחנה בין מימוש הזכות החוקתית במושב שיתופי לבין מימושה במקומות רגילים, הרי אין בהבחנה זו כדי ליתן הכשר לפגוע בחופש הביטוי של העותרים. המושב אינו כולו בית פרטי, הסממנים הציבוריים שלו מובהקים הם, והשטחים הציבוריים שלו בהיותם כאלה ובהיותם מוקמים על אדמות מדינה, מחייבים את המשיבים לכבד את נורמות המשפט הציבורי ובראשן זכויות יסוד וזכויות חוקתיות.
ראו: א' אורבך דיין, המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי, עיוני משפט כ (2) עמ' 377.
א' ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי, ספר קלינגהופר (הוצאת סקר).
ברע"א 2687/92 גבע נ' חב' וולט דיסני, פ"ד מח (1) 251, 265.

28. לא למותר לציין כי גם באוניברסיטאות בישראל נקבע שאין להגביל את מימושה של הזכות לחופש הביטוי מהנימוק על אף שמדובר בקניין פרטי: ראו לעניין זה: ה"פ 1393/93 נפאע נ' אוניברסיטת חיפה (לא פורסם) ניתן ביום 27/7/94 עמ' 11.

29. המסקנה העולה מהאמור היא שבמקרה דן ולאור ניסיון העבר שהוכח בעתירה זו, המשיבה 1 לא שקלה את השיקולים הרלוונטיים המחייבים מכוח ההלכה הפסוקה ואשר חלים על הסוגייה עסקינן. כדברי הנשיא ברק בדיין עמ' 486: "ההחלטה אם להתיר קיום אספה או תחלוקה או שלא להתירו מוטלת על מפקד משטרת המחוז, ששומה עליו לשקול בעיקר שיקולים שבקיום הביטחון הציבורי והסדר הציבורי."

30. לחילופין, הרי אף אם ייקבע כי קיומה של התחלוקה מותנה בהסכמת המשיב 2, הרי סירובו של המשיב 2 לאפשר קיומה של ההפגנה נגוע בחוסר תום לב, ונוגד ההלכה הפסוקה המחייבת מתן משקל רציני וכבד למימושה של זכויות היסוד. כפי שצוין לעיל, אין בקיומה

של ההפגנה כדי לפגוע באינטרסים מובהקים של תושבי המקום. ואף אם קיימת פגיעה כזו הרי אינה מגיעה כדי דרגת וודאות קרובה לוודאי.

31. יצוין כי קיומה של ההפגנה במקום המבוקש מהווה חלק אינטגרלי מהאפקטיביות של ההפגנה עצמה. כדברי כב' השופט גולדברג בדיין עמ' 488 - 489: "אספה, שהיא מחירויות היסוד בישראל, באה לידי התגלמות עם קיומם המצטבר של שני יסודות: היסוד האחד, והעיקרי, הוא עצם נוכחותם הפיסית של המפגינים במקום האספה, והיסוד השני הוא התבטאות מילולית מצד הנוכחים בנושא האספה ... יישום של חופש הביטוי בדרך של אספה, הוא משמתיימת זיקה בין הנוכחות הפיסית של הנאספים לבין מקום הנוכחות. בלעדי מקום אפקטיבי אין אפקטיביות לאספה."

32. לסיכום, סירובם של המשיבים לאפשר לעותרים לקיים את התהלכה אינו נסמך על השיקולים הלגיטימיים, אינו עומד במבחן הוודאות הקרובה לוודאי, ופוגע מעל הנדרש בזכותם של העותרים.

על יסוד האמור לעיל מתבקש כב' בית המשפט להוציא מלפניו צו על תנאי וייעתר לבקשה שברישא של העתירה, וכן לחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

ג"מיל דקואר, עו"ד

ב"כ העותרים