



בבית המשפט העליון

רע"פ 8182/18

רע"פ 8462/18

לפני :
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט י' אלרון

המבקש ברע"פ 8182/18 : אליעזר מושיא

המבקש ברע"פ 8462/18 : שמעון שוורץ

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ידידת בית המשפט : האגודה לזכויות האזרח

המבקשת להצטרף להליך
כדידת בית המשפט : הסניגוריה הציבורית

בקשת רשות ערעור על פסק-דין של בית המשפט המחוזי
בירושלים מיום 16.10.2018 בע"פ 5629-02-18 ובע"פ
11606-01-18 שניתן על-ידי כבוד השופטים א' דראל, ע'
זינגר ו-ח' מאק-קלמנוביץ

תאריך הישיבה : י"ב בתמוז התשע"ט (15.7.2019)

בשם המבקש
ברע"פ 8182/18 : עו"ד מנחם שטאובר

בשם המבקש
ברע"פ 8462/18 : עו"ד יצחק בם

בשם המשיבה : עו"ד אופיר טישלר

בשם ידידת בית המשפט : עו"ד גיל גן-מור

בשם המבקשת להצטרף
להליך כדידת בית המשפט : עו"ד גבריאל פורט

פסק-דין

1. תקנות החלות ברחבת הכותל המערבי קובעות כי קיבוץ נדבות במקום זה הוא עבירה פלילית. האם תקנות אלה הותקנו כדין? האם יש בסיס להתערב בהוראות התקנות בשל השלכותיהן על זכויות יסוד? והאם מדיניות האכיפה ביחס אליהן היא ראויה? שאלות אלה התעוררו בבקשות רשות הערעור שבפנינו, ובצדן שאלה פרוצדורלית קודמת – האם המקום המתאים לעורר אותן הוא בהליך הפלילי עצמו, או שמא בהגשת עתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק?

2. מקורו של ההליך דנן בהעמדתם לדין של שמעון שוורץ (להלן: שוורץ) ואליעזר מושיא (להלן: מושיא) בשל כך שקיבצו נדבות ברחבת הכותל המערבי. השניים הואשמו בהפרת תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, התשמ"א-1981 (להלן: תקנות השמירה על המקומות הקדושים או התקנות) האוסרת על "פשיטת יד וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקומות שהועיד לכך הממונה ולמטרות שהוא קבען". הם הורשעו על-פי הודאתם לאחר שטענות מקדמיות שהעלו כנגד חוקיות התקנות נדחו, ובהמשך לכך נגזר דינם כך שעל כל אחד מהם הושט קנס (או מאסר תחתיו) וכן הוא חויב בחתימה על התחייבות להימנע מעבירה שהפרתה כרוכה בתשלום (או בנשיאת מאסר תחתיו). בעניינו של מושיא גם הופעלה התחייבות קודמת מסוג זה שהושתה עליו בהליך קודם שבו הועמד לדין בגין קבצנות ברחבת הכותל.

3. בקשות רשות הערעור כוונו כלפי הרשעתם של השניים. בקשות אלה העלו טענות בעלות אופי עקרוני בכל הנוגע לעבירה ולפרשנותה כמו גם להשלכות ההכרעה בכך על מי שחיים בעוני. לנוכח חשיבותן של השאלות, כמסבר להלן, ומאחר שבמהלך השנים הוגשו כתבי אישום גם בעניינם של קבצנים אחרים שפעלו ברחבת הכותל, באופן שמלמד כי ההליכים דנן מבטאים קושי נמשך ופרקטיקה חוזרת ונשנית, אני סבורה כי יש לתת רשות ערעור כמבוקש. בהתאם לכך שוורץ ומושיא יכוננו להלן – המערערים.

4. לצורך הדיון, נדרשת הצגה של המשטר המשפטי שחל על אזור הכותל המערבי מכוח חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק השמירה על המקומות הקדושים או החוק) ועל כן אפתח בכך. בהמשך, ייבחנו השאלות הנוגעות להחלת החוק ותקנותיו על עניינם של המערערים.

5. לא בכדי נודעת ארץ ישראל בשם "ארץ הקודש". היא רצופה מקומות מקודשים לבני דתות רבות – לאורכה ולרוחבה. חלקם מקומות שקדושתם למאמינים היא "מן המפורסמות" וחלקם ידועים פחות. כתב המנדט על ארץ ישראל כלל התייחסות מפורשת (בסעיפים 13-14) למחויבות לשמור על המקומות הקדושים ולהבטיח את הזכויות והתביעות ביחס אליהם. בהמשך לכך, בהכרזת העצמאות נכתב כי מדינת ישראל "תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות". הנושא הוא רב פנים ומורכב. עם זאת, בהקשר הנוכחי, ניתן להסתפק בהתמקדות ברובד הספציפי של חוק השמירה על המקומות הקדושים והתקנות שהוצאו מכוחו.

6. חוק השמירה על המקומות הקדושים שנחקק ביום 27.6.1967, זמן קצר לאחר מלחמת ששת הימים, נועד להסדיר את ניהולם של מקומות אלה ואת הבטחת חופש הגישה אליהם. החוק נחקק יחד עם שני דברי חקיקה נוספים – החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), התשכ"ז-1967, שקבע כי "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ ישראל שהממשלה קבעה בצו", והחוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 6), התשכ"ז-1967, שביקש להעניק לשר סמכות להרחיב את תחומה של עירייה פלונית בהתאם לכך. חקיקתו של חוק השמירה על המקומות הקדושים נחשבה חשובה, ואף דחופה, בהתחשב בשינוי הנסיבות הברור בירושלים באותה עת – ועל רקע ההסדרים שחלו במקום בתקופת המנדט: דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924, המוסיף לחול גם היום במשפט הישראלי, ודבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (הכותל המערבי), 1931 שלא נקלט כלל למשפט הישראלי (כמפורט בבג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141 (1970) (להלן: עניין חוגים לאומיים). לרקע נוסף ביחס לחוק מפיו של שר הדתות בעת חקיקתו, ראו: זרח ורהפטיג חוקה לישראל – דת ומדינה 331-341 (1988)).

7. חוק השמירה על המקומות הקדושים הוא תמציתי, וכולל – פרט להוראה בדבר מועד תחילתו – את ההסדרים הבאים: הוראת מטרה שעניינה השמירה על חופש הגישה של בני כל הדתות (בסעיף 1); הוראה הקובעת שני איסורים פליליים שהם "ליבתיים" למטרת החוק (בסעיף 2) – איסור שעניינו "חילול" מקום קדוש (שנקבע בצדו עונש של 7 שנות מאסר) ואיסור נוסף שעניינו פגיעה בחופש הגישה אליו (שנקבע בצדו עונש של 5 שנות מאסר); וכן הוראת שמירת דינים (בסעיף 3). בנוסף כולל החוק הוראה הקובעת את זהותו של השר הממונה על ביצוע החוק ומסמיכה אותו להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו (בסעיף 4). כפי שיובהר, הוראה זו רלוונטית במיוחד לענייננו.

8. ביום 8.5.1969 פורסמו תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשכ"ט-1969 (להלן: התקנות הראשונות). תקנה 3 לתקנות אלה הגדירה "מעשים אסורים", ובהם "פשיטת יד ואיסוף כסף, למעט העמדת קופסאות, על פי הוראת הממונה, כשהכנסות מיועדות לכיסוי הוצאות החזקתו של המקום". העונש שנקבע בגין הפרה של התקנות הועמד על ששה חודשי מאסר או קנס של 500 לירות, עונש שעלה בקנה אחד עם ההגבלה שנקבעה בפקודת הפרשנות [נוסח חדש] באותה עת (להלן: פקודת הפרשנות), בכל הנוגע לקביעת עונשים בתקנות. בהתאם לכך, הטיפול במקרים של העמדה לדין לפי התקנות הראשונות הוקנה לבית משפט השלום.

9. בהמשך לכך הותקנו ביום 7.2.1972 גם תקנות בדבר הגבלות על עיסוק בתחום הכותל המערבי, התשל"ב-1972. תקנה 4 לתקנות אלה כללה הוראה ספציפית של "איסור פשיטת יד" ברחבת הכותל, בזו הלשון: "לא יקבץ אדם נדבות במקום כל שהוא ברחבת הכותל המערבי". העונש שנקבע בגין הפרת האיסור היה זהה לזה שנקבע לכך בתקנות הראשונות.

10. רק בשלב מאוחר יותר, ביום 16.7.1981, הותקנו התקנות העומדות במרכז הדיון בפנינו – תקנות השמירה על המקומות הקדושים, אשר קבעו איסורים פליליים המוסיפים על אלה שנקבעו בחוק, בגין התנהגויות הנחשבות ללא רצויות במקומות אלה. התקנות, שהחליפו את קודמותיהן, הוחלו על כלל "המקומות הקדושים" ליהודים, שהוגדרו בהן כך: "הכותל המערבי ורחבתו, לרבות כל מבנה וכל מעבר עילי או תת-קרקעי שהכניסה אליהם היא מתוך הרחבה, והמקומות הקדושים ליהודים לפי הרשימה שבתוספת".

11. אם כן, במרכז ההסדרה הקבועה בתקנות עומדים הכותל המערבי והמקומות הקשורים בו, הגם שהיא אינה מיוחדת רק להם. בהקשר זה יצוין כי חוק השמירה על המקומות הקדושים עצמו אינו כולל כל הגדרה מפורשת למונח "מקומות קדושים", וכך גם חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל שנחקק רק בשנת 1980 וגם בו מופיעה הוראה בדבר שמירה על המקומות הקדושים (בסעיף 3 לו). על כן, תקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים הן דבר החקיקה היחיד שכולל הגדרה כאמור, עובדה שיש לה חשיבות לא מבוטלת בהתחשב בריבוי ההשקפות ביחס לקדושתם של מקומות (להרחבה, ראו: דורון בר לקדש ארץ – המקומות הקדושים היהודיים במדינת ישראל (2007) (להלן: בר)). בעבר עמד בית משפט זה על כך שחרף האמור, אין בהגדרה הקבועה בתקנות כדי למצות את היקף התחולה העקרונית של חוק השמירה על המקומות הקדושים, שאינו מתייחס למקומות הקדושים ליהודים בלבד, כי אם לכלל המקומות הקדושים במדינת ישראל (ראו: ע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 667, 713-714 (2000)).

12. מכל מקום, כפי שהובהר לעיל, תקנה 2 לתקנות השמירה על המקומות הקדושים קובעת שורה של התנהגויות המוגדרות כ"מעשים אסורים". בעקבות התקנות הראשונות, העונש שנקבע בצדם של האיסורים גם בגדרן של תקנות אלה הועמד על מאסר מקסימלי בן ששה חודשים או קנס של 500 שקלים (על פי תקנה 5 לתקנות). בפני בית משפט זה הובאו כבר בעבר שאלות הנוגעות לאיסורים אחרים הקבועים בתקנות (ראו למשל: בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509, 519-520 (1997)), אולם תקנה 2(א)(7) שעניינה "פשיטת יד וקבלת תרומות" – העומדת במרכז ההליך שבפנינו – טרם נדונה בו.

13. יצוין כבר עתה כי התקנתן של התקנות קדמה לרפורמה המשמעותית שהביא עמו חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (להלן: תיקון 39). אחד מההיבטים של רפורמה זו היה הכלל החדש שנקבע בסעיף 2(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) המחייב את קבלת אישור הכנסת לתקנות שנקבעו בהן עבירות ועונשים. מטעם זה, אף שקבועים בתקנות השמירה על המקומות הקדושים איסורים פליליים, התקנתן נעשתה מבלי שניתן לה אישור הכנסת. אעמוד על משמעותו של עניין זה בהמשך הדברים.

14. להשלמת התמונה יצוין כי בשנת 2006 הוצא נוהל בנושא על דעתו של היועץ המשפטי לממשלה ("נוהל הרחקת קבצנים מרחבת הכותל המערבי בהתאם לתקנה 4(ג) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, התשמ"א-1981" מיום 11.1.2006 (להלן: הנוהל)). על-פי האמור בו, הנוהל נכתב בעקבות דיווחים של הממונה על המקומות הקדושים והמשטרה שלפיהם ברחבת הכותל ישנו "מספר לא מבוטל של קבצנים מטרידים הפונים באופן מילולי אל המתפללים בעת תפילתם באופן המפריע את המשך קיום התפילה או באים במגע פיזי עם גופם של המתפללים או מושכים בבגדיהם של המתפללים או מרימים את קולם בדרך הפוגעת באופן משמעותי ומתמשך באווירת התפילה ברחבה". הנוהל מבהיר כי הוראותיו תקפות רק בנוגע לקבצנים אלה, ונכתב בו כי רק לממונה על המקומות הקדושים, הוא רב הכותל (להלן: רב הכותל או הממונה) ישנה סמכות לפנות ל"קבצן מטריד את המתפללים ברחבת הכותל המערבי", להעמידו על האיסור הקבוע בתקנה 2, ככל הניתן לבקש את תגובתו, ולהזהירו כי בידו להרחיקו מרחבת הכותל. בנוהל נקבע מדרג שלפיו "קבצן מטריד" החוזר לסורו בתוך חודשיים מיום האזהרה ניתן להרחיקו לתקופה של שבוע ימים, ומי ששב לעשות כן בתוך שלושה חודשים ניתן להרחיקו בשנית לפרק זמן של שבועיים. כן הובהר בנוהל כי אין באמור בו כדי למנוע מהמשטרה להפעיל את סמכותה לפי תקנה 5 לתקנות, היא התקנה העונשית. לבסוף, נקבע בנוהל כי הוא יהיה תקף לתקופה של שישה חודשים בלבד, וכי בתום

התקופה תיעשה הערכה מחודשת לבחינת היקף הסמכות של הממונה לפי תקנה 4(ג) לתקנות (המאפשרת לו להרחיק ממקום קדוש אדם המפריע לו במילוי תפקידו או העובר על אחת מהוראותיהן של תקנות 2 ו-3). יצוין כי במסגרת הדיון בענייננו לא הובהר אם נערכה הערכה כאמור.

15. בשנת 2009, במסגרת עתירה שהגיש לבית משפט זה אדם שפשט יד ברחבת הכותל והורחק ממנה בשל כך (בג"ץ 7326/09 הלפרסון נ' שר הדתות (11.10.2009) (להלן: עניין הלפרסון)), הודיעה המדינה כי על-פי הנוהל, רב הכותל פועל להרחקת פושטי יד אם ("מדובר במי שמפריע למתפללים בעת תפילתם, באופן המפריע להמשך קיום התפילה, או בא במגע פיזי עם גופם של מתפללים או מושך בבגדיהם או מרים את קולו בדרך הפוגעת באופן משמעותי ומתמשך באווירת התפילה ברחבה"). על סמך ההודעה קבע בית משפט זה כי אין מניעה שהעותר באותו עניין ינכח ברחבת הכותל כל עוד הוא אינו מפריע לפעילות במקום, ובהמשך לכך הורה על מחיקת העתירה. יחד עם זאת הובהר בפסק הדין כי סמכותו של רב הכותל להרחיק את העוברים על האיסורים הקבועים בתקנות היא סמכות נפרדת מסמכות ההעמדה לדין של העוברים על הוראות התקנות במקרים המתאימים.

איסורים על פשיטת יד בישראל – בעבר ובהווה

16. חשוב לציין כבר עתה כי האיסור שבתקנות על קיבוץ נדבות בתחומי המקומות הקדושים נוסף על העבירות הפליליות שחלות על דפוסים מסוימים של קיבוץ נדבות בעניין זה בסעיף 216 לחוק העונשין שכותרת המשנה שלו היא "התנהגות פסולה במקום ציבורי". סעיף 216(ב) לחוק העונשין אוסר על קיבוץ נדבות שנעשה תוך חשיפת פצעים או מומים או הטרדה (בעבר כללה הוראה זו גם חלופה נוספת של "או באמצעים דומים", שבוטלה בחוק העונשין (תיקון מס' 12), התש"ס-1980). העונש שנקבע בצדה של עבירה זו הוא מאסר של חודש ימים. הוראות רלוונטיות נוספות הן העבירה של "גורם לקטין שלא מלאו לו שש-עשרה שנים לפשוט יד או לקבץ נדבות במקום ציבורי, או משדל או מניע לכך קטין כאמור" (סעיף 216(א)(2) לחוק העונשין) והעבירה שעניינה "מתהלך כפושט יד או כמקבץ נדבות, או משתדל להשיג תרומות מכל מין שהוא, והכל באמתלת כזב או מרמה" (סעיף 216(א)(3) לחוק העונשין). אף כאן הערכים המוגנים על-ידי העבירות אינם ממוקדים בפשיטת היד כשלעצמה (ראו עוד: רע"פ 7036/11 מדינת ישראל נ' חורי, פסקה 34 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (24.4.2014)). העונש שנקבע בגיןן הוא מאסר בן ששה חודשים. ההסדר שבחוק העונשין הוא "גלגול" של זה

שנקבע בעבר בסעיף 193 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן: פקודת החוק הפלילי) וחל אף הוא רק במקרים שבהם פעולת הקבצנות לא עמדה לבדה.

17. קל להיווכח כי עבירת הקבצנות כקביעתה בתקנות השמירה על המקומות הקדושים שונה בתחומי פריסתה ובדרגת החומרה הפורמלית שלה מן ההסדר הקבוע בחוק העונשין. היא לא מגבילה עצמה לקבצנות "מטרידה" והעונש שנקבע בצדה הוא חמור יותר (כאמור, ששה חודשי מאסר, לעומת חודש בלבד בחוק העונשין, ובהתאמה שיעורי קנסות שונים, כפי שעולה מסעיפים 36 ו-61 לחוק העונשין).

עיקרי התשתית העובדתית ותקציר הפרקים הקודמים

18. כפי שצוין בפתח הדברים, המערערים שבפנינו הועמדו לדין פלילי בגין פעולות של קיבוץ נדבות ברחבת הכותל לפי תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים. לשוורץ, יליד 1945, יוחסו לבסוף ארבעה אישומים כאלה (ת"פ 32921-06-14), ולמושיא, יליד 1985, יוחסו אישום אחד בלבד (ת"פ 28268-03-16). כתבי האישום נגדם הוגשו לאחר שבעבר הורחקו מספר פעמים מרחבת הכותל.

19. בדיון שהתקיים בבית משפט השלום העלו שני המערערים טענות נגד חוקיותן של התקנות, ובפרט של תקנה 2(א)(7) לתקנות, שמכוחה הועמדו לדין. בין היתר נטען על-ידם כי האיסור הקבוע בתקנה זו פוגע בחופש העיסוק ובזכויות שונות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי הוא נעדר הסמכה מפורשת ואינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. בנוסף נטען נגד תוקפה של התקנה – שקובעת עבירה וחרף זאת לא נדונה ולא אושרה בוועדה של הכנסת בהתאם לאמור בסעיף 2(ב) לחוק העונשין, ונגד מדיניות האכיפה ביחס אליה – כאשר נאמר כי רק בשנת 2012 החלו להגיש כתבי אישום בגין העבירה. קודם לכן, כך טענו המערערים, על-פי ההסדר שבנוהל הורחקו רק "פושטי יחד מטרידים" מרחבת הכותל.

20. האגודה לזכויות האזרח (להלן: האגודה), שצורפה להליך כ"ידידת בית משפט" כבר בשלב הדיון בבית משפט השלום, שבה גם היא על טענת הסמכות וטענה כי משעה שבוטל הסעיף הרלוונטי בפקודת הפרשנות ומעת שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אין מקום לפרשנות שלפיה מחוקק המשנה יכול לחוקק עבירות פליליות. עוד טענה האגודה כי תקנה 2(א)(7) לתקנות פוגעת בחופש הביטוי מאחר שבכל עניין אחר מותרת פנייה למתפללים ברחבת הכותל, והפנתה לעמדתו של המשפט האמריקני בעניין זה. כמו כן טענה האגודה כי בהתחשב במאפייניהם הייחודיים של מקבצי הנדבות בכותל, הנמנים

עם קבוצה מוחלשת ולא עם מי שמנהלים אורח חיים עברייני, יש לטפל בתופעה של קיבוץ הנדבות באמצעים מנהליים, דוגמת אזהרה, הרחקה זמנית מרחבת הכותל ואף הרחקה ממושכת ממנה, ולא לנקוט בכלים פליליים שאינם מתאימים לה. כמו כן, כאשר פשיטת היד היא מטרידה, נטען כי ניתן לפנות לכלי הפלילי המצוי בסעיף 216(ב) לחוק העונשין שבו נקבע עונש נמוך יותר בגין הפרתו. בנוסף, אף האגודה ציינה כי מדיניות האכיפה ביחס לפשיטת יד בכותל המערבי השתנתה, והפנתה בהקשר זה לנוהל משנת 2006, ולהתחייבות המדינה בעניין הפרוטוקול. לסיום התייחסה האגודה למרחב שיקול הדעת והטעימה כי הבחירה להעמיד לדין במקרים מעין אלה, בעבירות המאופיינות בהישרדותם של עניים במרחב הציבורי, אינה סבירה.

21. מנגד, המדינה קראה לבית המשפט לדחות את הטענות כולן. היא עמדה על כך שתכליתה של תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים היא שמירה על הסדר הציבורי, על פרטיות המתפללים ועל קדושת המקום, כמו כן, נטען כי לא ניתן לקבוע שפשיטת יד היא "עיסוק" כהגדרתו בחוק יסוד: חופש העיסוק, וכי על בית המשפט לנהוג בזהירות בבואו לבחון ביטולה של חקיקת משנה.

22. ביום 9.11.2017 דחה בית משפט השלום (השופט פ' שטרק) את הטענות החוקתיות שהועלו נגד תוקפה של תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים, וזאת במידה רבה בהתבסס על פסק דין קודם שניתן בבית משפט השלום בסוגיה זו (השופט א' גורדון) ונסב על עניינה של אישה שפשטה יד ביציאה מרחבת הנשים בכותל המערבי (ראו: ת"פ 6648-11-14 מדינת ישראל נ' שיפרמן (16.10.2016) (להלן: עניין שיפרמן)). כך, בכל הנוגע לסוגיית הסמכות להתקנת התקנות קבע בית משפט השלום כי זו מעוגנת בסעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים. בית משפט השלום הוסיף כי מאחר שהתקנות הותקנו למעלה מעשור לפני חקיקתו של סעיף 2(ב) לחוק העונשין הן לא נדרשו לאישור ועדה של הכנסת על מנת לקבל תוקף. הוסבר בהקשר זה כי אין לקבל תחולה למפרע של סעיף 2, שכן זו תפגע ביציבות החקיקה ובשלטון החוק.

23. אשר לפגיעה הנטענת בזכויות חוקתיות, בית משפט השלום קיבל את עמדת המדינה שלפיה פשיטת יד אינה עיסוק, והסביר כי לשיטתו חוק יסוד: חופש העיסוק מכוון ל"עיסוק או משלח יד או מקצוע בגדר הנורמה ולא נוכח מצוקה, משמע בית המשפט אינו רואה בפשיטת יד התנהגות חיובית אלא התנהגות הנובעת ממצוקה" (פסקה 6 להחלטתו). בהתאם לכך קבע כי למערערים לא נגרמת כל פגיעה בחופש העיסוק כתוצאה מהאיסור הגלום בתקנה. לאחר מכן פנה בית משפט השלום לבחינה חוקתית של

התקנה בהיבטו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ודחה את הטענות גם ביחס לכך. בעיקרו של דבר נקבע בפסק הדין כי שמירה על המקומות הקדושים היא "בבחינת ערך עליון של מדינת ישראל כמדינה חופשית ודמוקרטית המאפשרת לכל אדם חופש דת ופולחן", כי היא נועדה לתכלית ראויה – היא שמירת פרטיותם של המתפללים וקדושת המקום, וכי היא מידתית מן הטעם שהאיסור חל רק ברחבת הכותל, ואילו בשאר המקומות הסובבים את הכותל ומובילים לרחבה הוא אינו מתקיים. בכל הנוגע לחופש הביטוי באופן ספציפי, קבע בית משפט השלום כי אין לראות בפשיטת יד משום הבעת דעה, והבהיר כי לשיטתו הפסיקה האמריקנית שהאגודה הפנתה אליה אינה מתאימה להקשר הישראלי.

24. לבסוף התייחס בית משפט השלום לטענות שנסבו על מדיניות האכיפה בעבירה זו. בית משפט השלום הבהיר כי ההגנה לא הוכיחה שהאיסור לא נאכף עד שנת 2012, כנטען, וקבע כי האופן שבו מתבצעת האכיפה, הכולל מספר אזהרות טרם הגשת כתב אישום, מלמד כי היא סבירה. בהקשר זה עמד בית המשפט על כך שלרב הכותל אין כל סמכות עוד לפעול בעניינם של פושטי יד משעה שחלפה תקופת הזמן שהוגדרה לכך בנוהל (ועמדה על שישה חודשים), והבהיר כי עתה נתון הטיפול בנושא בידי המשטרה כמו ביחס לכל עבירה אחרת.

25. בשלב זה, נחתם עם המערערים הסדר טיעון שבגדרו הוסכם כי הם יורשעו על-פי הודאתם. ההסדר בעניינו של שוורץ כלל הסכמה לעניין העונש ואילו ההסדר בעניינו של מושיא לא כלל הסכמה כזו.

26. ביום 20.11.2017 הרשיע בית משפט השלום את שוורץ וגזר את דינו. שבוע לאחר מכן, ביום 27.11.2017, הורשע מושיא ודינו נגזר גם כן. על שניהם הוטלו עונשים שכללו כאמור קנס וחתימה על התחייבות. על שוורץ הוטל קנס בסך 18 שקלים וכן חתימה על התחייבות בסך 1,800 שקלים להימנע מהעבירה בה הורשע לתקופה של 12 חודשים, תוך הבהרה כי אם לא תיחתם במועד הוא ייאסר לתקופה של 6 ימים. על מושיא הוטל קנס בסך 180 שקלים (בחלוקה לשני תשלומים) או 5 ימים תמורתו, וכן חתימה על התחייבות דומה במהותה בסך 3,600 שקלים לפיה לא יעבור עבירות של פשיטת יד או כל עבירה על פי חוק השמירה על המקומות הקדושים, גם כאן תוך הבהרה כי אם לא יחתום על ההתחייבות ייאסר, הפעם לתקופה של 10 ימים. יצוין כי המדינה ביקשה בהליך זה עונש של מאסר על תנאי או מאסר בפועל, אך בית משפט השלום ציין כי לנוכח מהות העבירה ונסיבותיה, כמו גם בהתחשב במצבו הכלכלי של מושיא ובכך שלכאורה לא

ביצע עבירות נוספות מאז העבירה שבגינה הורשע בעבר יש מקום להסתפק בקנס ובהתחייבות להימנע מעבירה. בית משפט השלום הסביר בעניין זה כך:

"אין חולק כי אדם אשר עוסק ב'פשיטת יד' נמצא ברף התחתון בחברה מבחינה כלכלית. יחד עם זאת אין להתעלם מכך כי הנאשם אינו פונה לגורמים אשר אמורים לסייע לו בכדי לקיים את עצמו ומשפחתו מבחינה כלכלית [...] אין זה המקרה כדי לקבוע כי הנאשם מצא את עצמו ללא אפשרות כלכלית לקיים את עצמו ומשפחתו ונותרה לו אך ורק האפשרות של פשיטת יד ברחבת הכותל המערבי, ביצוע מעשה הנוגד את התקנות והתחייבותו להימנע מכך" (פסקה 12 לגזר דינו של בית משפט השלום).

בעניינו של מושיא הופעלה עם הרשעתו גם התחייבות בסך 8,000 שקלים שנקבעה בהליך קודם בבית משפט השלום בירושלים עת הורשע גם כן במסגרת הסדר טיעון (אז תוך הסכמה למתן ההתחייבות) בשורה של עבירות שעניינן קיבוץ נדבות ברחבת הכותל המערבי (ת"פ 12-12-36080, הנשיא א' חן). בית משפט השלום הבהיר בהקשר זה כי נוסחו של חוק העונשין לא מאפשר הארכה של תקופת ההתחייבות, ואף ציין כי "אין בפיו של הנאשם הסבר למה חזר לבצע מעשה פשיטת יד בניגוד להתחייבותו". בהמשך לכך, נקבע כי מושיא ישלם סכום זה ב-10 תשלומים שווים, וכי אם לא יעשה כן הדבר יגרור 10 ימי מאסר. יוער כי עוד בהליך זה טען מושיא נגד האיסור וציין כי אביו עסק גם כן במה שכינה "זיכוי הרבים בקריאת תורה".

27. בשני המקרים הוגשו ערעורים לבית המשפט המחוזי (ע"פ 11606-01-18, (השופט א' דראל והשופטות ע' זינגר ו-ח' מאק-קלמנוביץ'), וגם כאן צורפה האגודה להליך כידידת בית המשפט. הערעורים כוונו בעיקרו של דבר נגד החלטתו המקדמית של בית משפט השלום בדבר חוקיות התקנה. הן המערערים והן האגודה טענו, בעיקרו של דבר, כי תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים בטלה בשל פגמים שונים שנפלו בהתקנתה ובתוכנה, וכי יש לפיכך לזכות את המערערים. הנימוקים היו אלה שנטענו עוד בבית משפט השלום – הן ביחס להליך התקנתן של התקנות, הן ביחס לתוכנן והן ביחס למדיניות האכיפה בעניינן. בין היתר חודד כי מקור ההסמכה לתקנות, הוא החוק השמירה על המקומות הקדושים, קבע איסור כללי שעניינו "חילול מקום קדוש", ואילו המסקנה לפיה "פשיטת יד" היא חילול כאמור חורגת מגבולות האיסור באופן המשמיע כי התקנה הותקנה בחוסר סמכות. כן נטען כי הפללתם של המערערים לדין במקרה זה "חוצה קו אדום" ביחסים שבין המדינה לבין העניים החיים בה, שמבחינתם הקבצנות היא פעולה הישרדותית ולא עבריינית. על כן, נטען כי ההעמדה לדין גורמת לפגיעה בלתי מידתית במי שאין להם דבר ומקשה על שיקומם.

28. ביום 16.10.2018 דחה בית המשפט המחוזי את הערעורים. בפתח הדברים נקבע כי אין מדובר במקרה שבו יש לאפשר "תקיפה עקיפה" של התקנות. בית המשפט המחוזי עמד על החסרונות הכרוכים בניהול הליך של תקיפה עקיפה, והפנה בעניין זה לעמדותיהם של הנשיא א' גרוניס והשופט (כתוארו אז) א' דובינשטיין בדנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח ז"ל (12.4.2015) (להלן: עניין אבו פריח) (כשונה מהעמדה המרחיבה יותר שבה אני עצמי החזקתי באותו הליך). בית המשפט המחוזי הכיר אמנם במצוקתם הכלכלית של המערערים המקשה עליהם לתקוף באופן ישיר את התקנות, אך ציין כי במכלול השיקולים – ובהם העובדה שהמערערים עשו דין לעצמם, הרצון לשמור על "ריסון שיפוטי", והערכת הפגם ככזה שלא מצוי בדרגת חומרה גבוהה – אין לאפשר במקרה זה תקיפה עקיפה. בית המשפט המחוזי קבע כי כבר מטעם זה יש לדחות את הערעורים. בהמשך לכך, הוא נדרש בכל זאת גם לטענות החוקתיות שהעלו המערערים לרבות במישור הסמכות, ואימץ בהקשרים אלה את קביעותיו של בית משפט השלום. בתוך כך קבע בית המשפט המחוזי כי התקנה הותקנה בסמכות, כי האיסור הפלילי שבתקנות נקבע לתכלית ראויה וכי בנסיבות העניין יש לראותו כאיסור מידתי, בהתחשב בכך שאינו אוסר על קיבוץ נדבות באופן גורף. כמו כן נקבע כי מדיניות האכיפה שאומצה, המבוססת על הגשת כתב אישום רק לאחר שאדם קיבל שלוש אזהרות והתמיד במעשהו, היא ראויה.

ההליך שבפנינו

29. בקשות רשות הערעור שהוגשו – לשיטתי כאמור ערעורים בשלב זה – התמקדו במספר מישורים. ראשית, נטען כי פסק דינו של בית המשפט המחוזי מעורר את השאלה העקרונית בדבר ההיקף הראוי של תקיפה עקיפה של תקנה בגדרו של הליך פלילי. שנית, נטען כי קביעת האיסור על קיבוץ נדבות במתכונת של עבירה פלילית בתקנות חורגת מגדר סמכותו של מתקין התקנות. זאת, הן מאחר שלא עבר את אישורה של הכנסת והן לנוכח ההשוואה בין התכנים של העבירות הקבועות בחוק לבין העבירות שנקבעו בתקנות. בנוסף נטען כי האיסור כרוך בהרחבת יתר לא ראויה של גבולות המשפט הפלילי, ולא כל שכן כלפי אנשים החיים בעוני (תוך הפניה להיקף המוגבל יותר של עבירות הקבוצות הקבועות בחוק העונשין).

30. להרחבת היריעה נדרשו המערערים להיסטוריה של המחלוקת בשאלת הקבוצות בכותל כבר בתקופת המנדט. בתוך כך הפנו למכתב ששלחו הרבנים הראשיים לארץ ישראל, הרב אברהם יצחק הכהן קוק ז"ל והרב יעקב מאיר ז"ל ביום 18.5.1930, לשלטונות המנדט, ובו ביקרו את גירושם של מקבצי נדבות מהכותל. במכתב צוין בין

היתר כי "גירוש העניים היהודים מהרחבה שלפני הכותל המערבי" מסב "פגיעה קשה ברגשות הדת שלנו, שמביטה על הצדקה שלפני התפילה כחלק מן התפילה והכשרה אליה". המערערים הפנו למכתב זה וטענו כי יש ללמוד ממנו שהגישה היהודית המסורתית מחייבת בהכרח הימנעות מהטלת הגבלות על פעילות של קיבוץ נדבות ברחבת הכותל בעת הזו. כן נטען כי אף כיום ישנם רבנים בכירים הנרתעים מן האיסור על "איסוף צדקה".

31. בקשות רשות הערעור זכו לתמיכתה של האגודה, שהצטרפה כאמור להליך כבר בבית משפט השלום, וכן לזו של הסניגוריה הציבורית (להלן: הסניגוריה), שביקשה אף היא להצטרף להליך כידידת בית המשפט והותר לה להגיש עמדה מנומקת מטעמה מבלי שהתקבלה החלטה ביחס לצירופה להליך (החלטת הרשם ר' גולדשטיין מיום 3.6.2019). אומר כבר כעת כי לעמדתו, לנוכח הטעמים שהועלו בבקשה והרלוונטיות של הסניגוריה לשאלות הנדונות, יש מקום לקבל את בקשת ההצטרפות ולהכיר גם בסניגוריה כידידת בית המשפט בהליך זה.

32. האגודה טענה כי העמדתם של המערערים לדין מגלמת שימוש פסול וחריג בדין הפלילי הפוגע קשות בתחושת הצדק. בתמצית נטען כי אכיפת האיסור על פשיטת יד איננה מידתית ולוקה בחוסר סבירות קיצוני, וכי לפיכך היה מקום לבטל את כתבי האישום או למצער לזכות מהם את המערערים. מעבר לכך נטען כי יש לאפשר תקיפה עקיפה של נורמה פלילית במסגרת הליך פלילי, וכי אף אם הגבלת התנהגות מסוימת היא מידתית – אין זה אומר בהכרח כי הפללת העובר על ההגבלה מידתית גם היא, במיוחד כאשר עסקינן ב"עבירות עוני". בהמשך לכך שבה האגודה על כך שהאיסור על פשיטת יד פוגע בחופש הביטוי, וכן שבה על הטענות השונות שהועלו בעניין הסמכות.

33. באופן דומה, עמדת הסניגוריה הייתה כי יש לראות בתקנה 2(א)(7) לתקנות כמבוטלת, או למצער לפרשה בצמצום, באופן המתיישב עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שפשיטת יד שלא מסכנת את הציבור או מפרה את הסדר הציבורי לא תחסה תחת התקנה. לחלופין, נטען, יש לפעול בהתאם להוראות הנוהל משנת 2006, כך שהאיסור ייאכף אך כלפי מקבצי נדבות "מטרידים".

34. מעבר לכך, הסניגוריה מצטרפת לטענות שהועלו לעיל הן בנוגע לסוגיית התקיפה העקיפה והן באשר לתוכן התקנות. הסניגוריה מוסיפה ומטעימה כי פרט לתקנות השמירה על המקומות הקדושים, המחוקק נמנע במפורש מהפללה של מעשה קיבוץ הנדבות. בהתאם לכך בחוק העונשין לא נקבע כי מעשה זה אסור כשלעצמו, אלא רק

פגיעות נוספות הכרוכות בו, ובהן ניצולו של קטין, מרמה, פגיעה נפשית והטרדה. על כן, נטען כי תקנות השמירה על המקומות הקדושים אשר אוסרות קיבוץ נדבות על בסיס גיאוגרפי, מפלילות את העוני עצמו. מעבר לכך מצטרפת הסניגוריה לטענות בדבר הסמכות וגורסת כי בעוד שקיבוץ נדבות לא גורם לחילולו של הכותל המערבי ואף אינו פוגע בחופש הגישה אליו או ברגשות הציבור המתפלל, דווקא מניעת האפשרות ליתן צדקה לעני היא בעלת הפוטנציאל הממשי לחילול המקום ולפגיעה ברגשות הציבור. בנוסף, ומעבר לטענות האחרות שהוזכרו בדבר חוקתיות התקנות, נטען כי מאחר שהתקנה פוגעת בחופש העיסוק ובהתחשב בכך שבחוק יסוד זה לא נחקק סעיף שמירת דינים, דינה להתבטל אף רק בשל כך.

35. כמו כן, הסניגוריה טוענת כי למערערים קמה הגנה מן הצדק – הן מאחר שהאיסור על קבצנות הוא היחיד שנאכף מבין האיסורים הקבועים בתקנות, הן מאחר שהעמדת המערערים לדין מנוגדת לנוהל משנת 2006 שהגביל את אכיפת התקנות ל"קבצנים מטרידים" בלבד, והן מאחר שאין למעשה כל אינטרס ציבורי התומך בהעמדה לדין בנסיבותיהם של המערערים. בנוסף נטען כי למערערים קמה גם הגנת זוטי דברים, וכי הדין הפלילי הוא אפיק כוחני שאינו מתאים לטיפול בסוגיה הרגישה של קבצנות.

36. עמדת המדינה הייתה שדין הבקשות להידחות מאחר שלשיטתה הן אינן עומדות באמות המידה למתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי". ממילא היא סבורה שדין הערעורים להידחות אף לגוף הדברים. יצוין כי מלכתחילה עמדת המדינה הייתה כי לא היה מקום לתקיפה עקיפה של התקנות בהליך הפלילי מאחר שדרך המלך לעשות כן היא בעתירה לבג"ץ. עם זאת, הן בטיעוניה בכתב והן בדיון שנערך בפנינו בעל-פה היא מיקדה את דבריה בהתייחסות למכלול הטענות שהעלו המערערים.

37. בעיקרו של דבר, עמדת המדינה היא כי האיסור הפלילי שבתקנות נופל לגדר הסמכות הקבועה בחוק השמירה על המקומות הקדושים, כי הוא הותקן כדין וכי הוא שומר על אינטרסים ציבוריים ראויים, בהתייחס לאופן שבו פוגע קיבוץ הנדבות בקהל המתפללים בכותל ובכבוד המקום. המדינה הטעימה כי הפער בין הענישה בגין העבירות הקבועות בחוק (העומדת כאמור על 7 שנות מאסר ו-5 שנות מאסר, לפי העניין) לבין אלה שבתקנות (העומדת על חצי שנת מאסר וקנס), מקורו בשוני בין העבירות – אלה שמוסדרות בחוק מקיפות פגיעות קשות (דוגמת חילול), ואילו אלה שבתקנות נסבות על "פגיעות קלות". כן נטען כי האיסור מתוחם בהיקפו ואינו שולל פעילות של קבצנות ברוב תחומי העיר ירושלים ואף לא ברוב תחומי העיר העתיקה אלא באזור מתוחם שלה בלבד. באשר למדיניות האכיפה הודגש כי זו חזרה ואושרה בדיונים אצל המשנה ליועץ

המשפטי לממשלה (פלילי), וכי הצעד של נקיטת הליכים פליליים נעשה באותם מקרים שבהם הורחק הנוגע בדבר מן המקום שלוש פעמים, הוזהר ותועד, ובכל זאת שב על דרכיו. עוד הוסבר, כי דיווחים שנמסרו לאורך השנים מעידים כי הרחקה בלבד מרחבת הכותל אינה משיגה את המטרה, באופן שחייב היזקקות גם לאפיק הפלילי. המדינה אף הלינה על השימוש שעשו המערערים בהגדרה של "עבירת עוני" ועמדה על כך שאין די במצוקה כלכלית כדי להצדיק ביצוע עבירות פליליות של מי שהוזהרו והורחקו, מה גם שהנזקקות של המערערים כלל לא הוכחה.

38. להשלמת התמונה יצוין כי ביום 25.9.2019 הגיש מושיא בקשה להוספת ראייה שהועברה לו במסגרת בקשת חופש מידע שהגיש. בקשה זו נסבה על מדיניותו של רב הכותל בהפעלת סמכותו להרחקת אנשים מרחבת הכותל לפי תקנה 4(ג) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים. בתגובתה מיום 16.4.2019 התנגדה המדינה להוספת הראייה מאחר שלשיטתה הבקשה אינה עומדת באמות המידה שהותוו לכך בהיעדר הסבר לאי-הגשת הראייה בדיונים שהתקיימו בערכאות הקודמות. לגופו של עניין נטען כי הראייה המבוקשת אינה מסייעת למושיא מאחר שאין מדובר במסמך שעוסק במדיניות המשטרה או התביעה באכיפת האיסור הפלילי שבתקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים, אלא במדיניותו של רב הכותל בכל הנוגע לסמכויות ההרחקה מן המקום. ייאמר כבר בשלב זה כי לעמדתו יש לקבל את הבקשה, בהתחשב בתרומתה לקבלת תמונה מלאה כמו גם בציפייה שמסמכים רשמיים השופכים אור על היבטי אכיפה ברחבת הכותל יוצגו ממילא בהליכים על-ידי הרשויות עצמן.

דיון והכרעה

39. כפי שצינתי בפתח הדברים, לשיטתי יש מקום להידרש לטענות שהועלו בפנינו – בהתחשב בחשיבותן המשפטית של השאלות הגלומות בהן ובעובדה שחרף ההתמודדות החוזרת עם התופעה של פשיטת יד בכותל המערבי הן טרם זכו לבירור עקרוני (ראו למשל: עניין שיפרמן; ת"פ (י-ם) 37208-05-13 מדינת ישראל נ' ליפשיץ (בשלב זה, ניתנה ביום 3.4.2019 החלטה על התליית ההליכים בתיק זה, סגן הנשיא ש' הרבטס)). עם זאת, לגוף הדברים, מצאתי טעם רק במקצת מן הטענות, כמפורט להלן, כך שבסיכומי של דבר אציע לחבריי לדחות את הערעורים.

40. אם כן, עומדות בפנינו שאלות בשלושה מישורים: המישור הדיוני של בחירה בין תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה; המישור של הדין המהותי מהיבט תקפותן של התקנות והמישור של חוקיות פעולות האכיפה שנעשו בגדרן. אדון בהן לפי סדרן.

41. קודם לכניסה לטרקלין של הדין המהותי, יש לפתוח ולבחון האם המסגרת הדיונית שבפנינו מתאימה לדיון בטענות כנגד תוקפן של התקנות. בעיקרו של דבר, אני סבורה ששאלת תוקפה של חקיקת משנה המשמשת בסיס להעמדה לדין פלילי היא דוגמה מובהקת למקרה המתאים לתקיפה עקיפה. כאשר אדם עומד בפני סיכון של הרשעה בפלילים – שיקולים בסיסיים של שלטון החוק מחייבים לוודא כי לא יורשע על סמך נורמה חקיקתית פגומה (ראו: רע"פ 1057/99 יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, נג(3) 365, 370-371 (1999)). בדין הישראלי ישנן עבירות רבות המעוגנות במסגרת חקיקת משנה – בין כתולדה של דברי חקיקה ישנים שהפלילו באופן גורף הפרות של תקנות שהוצאו מכוחם (ראו למשל: סעיף 16 לחוק הגנת הצומח, התשט"ז-1956, סעיף 68 לפקודת התעבורה [נוסח חדש] וסעיף 28 לפקודת מחלות בעלי חיים [נוסח חדש], התשמ"ה-1985), בין מכוח דברי חקיקה המפלילים תקנות ספציפיות שהוצאו מכוחם, כמו בענייננו (ראו עוד: סעיף 60 לפקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981), ובין כתוצאה מתקנות שהפללתן נקבעה ישירות בהן (ראו למשל: תקנה 65 לתקנות הנמלים (חומרים נוזליים מזיקים בצובר), התשע"ו-2016). קשה להעלות על הדעת מודעות מספקת של אנשים מן השורה, ולא כל שכן אנשים מוחלשים, הכפופים לעולן של נורמות אלה לצורך להעלות טענות כנגדן מבעוד מועד.

42. אכן, ישנם הבדלי גישות ביחס להיקף הראוי של השימוש בתקיפה עקיפה, וברי כי כלי זה כרוך גם במעין עשיית דין עצמית. אולם, השיקול העומד מנגד, שעניינו החשש מפני מתן תוקף לפעולה בלתי חוקית לכאורה של השלטון, הוא משמעותי וכבד משקל. האיזון בין שיקולים אלה עשוי להשתנות בהתאם לנסיבות. אולם, לעמדתי אין ספק שהעמדה לדין פלילי מכוח נורמה פלילית הקבועה בחקיקת משנה היא המקרה הגרעיני המצדיק תקיפה עקיפה. זאת, לנוכח המחיר הכבד הגלום בהרשעה בפלילים, שדבקה בה סטיגמה מוסרית והיא עשויה להוביל לשלילת חירותו של אדם. כאשר מדובר באיסור שאף לא נקבע בחקיקה ראשית כי אם בחקיקת משנה (ואף בימים שבהם לא נדרש אישורה של הכנסת, כפי שהוסבר) – זכות התקיפה מקבלת משנה תוקף.

43. למעשה, השארת הדלת פתוחה לתקיפה עקיפה בהליכים פליליים שבהם טענות ההגנה מכוונות כנגד נורמה כללית היא "דרך המלך" הנוהגת בפסיקתו של בית משפט זה מראשיתה, ובכלל זה בפסקי דין שהפכו בינתיים נכסי צאן ברזל (ראו: ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695 (1957); ע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343 (1986); ע"פ 104/72 ראב נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2)

412, 417 (1972); רע"פ 8135/07 גורן נ' מדינת ישראל (11.02.2009); רע"פ 62/11 מוחתסב נ' מדינת ישראל, פסקה 3 לפסק דינו של השופט י' עמית (7.3.2013)).

44. ההבחנה לפיה תקיפה עקיפה מתאימה בעיקר במקרים שבהם הטענות מועלות כנגד נורמה כללית – להבדיל מהחלטה ספציפית שהתקבלה בעניינו של אדם – עולה בבירור מפסק הדין העקרוני שניתן ברע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000). בין היתר, הוסבר שם כי כאשר אדם נפגע מהחלטה ספציפית, ראוי כי יתקוף אותה בתקיפה ישירה, בה בשעה שאין מקום לצפות מאדם שיתקוף נורמה כללית סתם כך בתקיפה ישירה:

"עשוי להיות הבדל בתוצאה בין תקיפה של צו אישי (כגון – החלטה לפסול רישיון) לבין תקיפה של תקנה בתפועל תחיקתי (כגון – תקנה האוסרת נהיגה של כל אדם בנסיבות מסוימות). ניסיון החיים, השכל הישר והאינטרס הציבורי אומרים שבדרך-כלל אפשר וראוי לצפות מאדם שנפגע מצו אישי, אם הוא טוען כי הצו בלתי חוקי, שיתקוף את הצו בתקיפה ישירה, כגון בערעור לבית-משפט השלום או לבית-המשפט המחוזי (אם החוק מקנה זכות ערעור על הצו) או בעתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק. לעומת זאת בדרך-כלל אין מקום לצפות מאדם שיתקוף תקנה כללית, אלא אם וכאשר הוא נפגע באופן אישי מתחולת התקנה, כגון כאשר הוא עומד לדין פלילי על הפרת התקנה. במקרה כזה לא תהיה בפניו, מבחינה מעשית, דרך לתקוף את התקנה אלא הדרך של תקיפה עקיפה, כלומר הדרך של טענת הגנה שהתקנה בלתי חוקית ובלתי תקפה. לפיכך יש בדרך-כלל סיכוי טוב יותר לתקיפה עקיפה של תקנה כללית מאשר לתקיפה עקיפה של צו אישי" (שם, בעמ' 647. ההדגשה הוספה – ד' ב' א').

שיקולי המדיניות שעולים מפסק דין מנחה זה יפים אף לענייננו (ראו עוד: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 167, 170 (2017); יעקב שקד תקיפה עקיפה בהליכים פליליים ואזרחיים 180-188 (2020)).

45. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לנוכח המדיניות השיפוטית המצדדת בכך שביקורת שיפוטית על החלטות מינהל תיעשה בהקשרים שאינם "כלליים" אלא נתמכים בתשתית עובדתית קונקרטית (ראו: בג"ץ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 529, 542 (1997); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, פסקה 26 (22.3.2009)). אכן, אין בכך בלבד כדי למנוע בירור של סוגיות חשובות לשלטון החוק בפני בית משפט זה בשבתו כבג"ץ. לעתים אף יהיה זה הפורום המתאים יותר לבירור. כך, בעבר, שאלת סבירותה של הוראה אחרת בתקנות נדונה בבית משפט זה בקשר לעתירות שעניינן תפילת נשים בכותל המערבי (בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2)

265 (1994)). אולם, במקרים שבהם שאלת חוקיותה של התקנה ומדיניות האכיפה הנלווית לה קשורות באופן הדוק להליך הפלילי הנדון ולתוצאותיו דומה שהביורור בערכאה הדיונית הוא מבורך.

46. שיקול חשוב נוסף נסב על מצבם הכלכלי של המערערים. כאשר מדובר בתקיפה עקיפה שנעשית על-ידי נאשמים שהרקע להעמדתם לדין הוא מצבם הכלכלי, שאינם בעלי נגישות של ממש למערכת המשפט, הדברים האמורים נכונים ביתר שאת. האם דווקא ממי שמקושים את פרנסתם ברחוב נדרוש להגיש עתירה מקדימה לבג"ץ? אני סבורה ששיקול זה של נגישות לצדק לא קיבל את המשקל הראוי לו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, ובענייננו הוא בעל משקל מכריע (להרחבה ראו למשל: נטע זיו "משפט ועוני – מה על סדר היום? הצעה לאג'נדה משפטית לעוסקים בייצוג אוכלוסיות החיות בעוני" עלי משפט 17 (2005); איל פלג אתגר העוני של המשפט המינהלי 252-270 (2013)).

47. כפי שצוין לעיל, בית המשפט המחוזי נדרש למחלוקת שנפלה בעניין אבו פריח, ואימץ במובן מסוים את הגישה שהביעו הנשיא גרוניס והשופט (כתוארו אז) רובינשטיין, על ההבדלים ביניהם. אולם, מחלוקת זו הייתה מצומצמת במידה רבה לסוגיה של תקיפה עקיפה ביחס לעניין שנוגע להסדר מקרקעין לפי פקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, ובאופן ספציפי לשאלה של תקיפה המכוונת נגד תוקפה של הפקעה מכוח חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, במהלכו של הליך הסדר, שנים רבות לאחר שבוצעה. בתחום זה, כפי שהובהר בפסק הדין, חלים שיקולי מדיניות מיוחדים, ובהם סרבול אפשרי של הליכי ההסדר כתוצאה מהעלאת טענות כעבור שנים, והפער האפשרי בהתמודדות עמן בין הליך של תקיפה ישירה לעקיפה. השוני בין מקרים אלה, על מאפייניהם הייחודיים ושיקולי המדיניות הספציפיים המלווים אותם, לבין המקרה שבו עסקינן הוא רב ביותר, ואני סבורה שאין בהם כדי להשליך על ענייננו.

48. בשלב זה אני מבקשת להפנות לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג ברע"א 2933/18 עיריית אור עקיבא נ' מקורות (1.8.2019) (להלן: עניין אור עקיבא) המדגים – על דרך הניגוד – מאפיינים של מקרה שבו אין מקום לאפשר לתקיפה עקיפה. באותו מקרה נדונה תקיפה עקיפה של כללי המים (תעריפי מים המסופקים מאת מקורות), התשמ"ז-1987, במסגרת תביעות לתשלום סכום נקוב שהגישה חברת מקורות נגד מספר רשויות מקומיות. בפסק הדין נקבע, בעיקרו של דבר, כי לא היה מקום להתיר תקיפה עקיפה של הכללים במסגרת ההליך האמור. בין היתר הובאה בחשבון העובדה כי דובר ברשויות מקומיות אשר עשו דין לעצמן, ואשר יכולות היו לתקוף את הכללים באופן

ישיר אך בחרו שלא לעשות כן (ראו בפסקאות 25-26 לפסק הדין). בנוסף ניכרה התייחסות להשלכות הציבוריות שיש למעשיהן. בהמשך לכך ועל סמך אותם שיקולים עצמם, התוצאה בענייננו צריכה להיות שונה. כפי שהובהר, כאן מדובר באנשים פרטיים המצויים בשולי החברה. המרחק בינם לבין רשויות מקומיות בהיבט הגישה למערכת המשפט רחוק שמיים כארץ, וקשה לומר שהתקיפה העקיפה שביקשו לבצע במסגרת הליך זה היא "בחירה". בנוסף, אף אין לומר כי הנזק הציבורי שנגרם כתוצאה ממעשיהם דומה בהיקפו לזה שנגרם מפעולת הרשויות המקומיות בעניין אור עקיבא.

49. אם כן, לעמדת התקיפה העקיפה שביצעו המערערים בדין נעשתה, והיה מקום לדון בטענות הצדדים בהקשר זה לגופן – כפי שאכן עשה בית משפט השלום. זוהי אפוא נקודת המוצא להמשך הדיון.

המישור השני: שאלת תוקפה של התקנה האוסרת על קיבוץ נדבות במקומות הקדושים

50. בשלב זה, הגיעה העת לדון בשאלות המשפטיות שעמדו בלב טיעוניהם של המערערים. מהלך הדיון יהא כדלקמן: ראשית, אבחן את הטענות שנסבו על הסמכות להתקין את תקנה 2(7) לתקנות המקומות הקדושים. שנית, אדון בטענות החוקתיות שהועלו כלפי תוכן ההסדר הקבוע בהן מהיבט הפגיעה בזכויות חוקתיות, ובהקשר זה בגבולות ההפללה. שלישית, ולבסוף, אדרש לשאלות שעניינן אכיפת התקנות והתוצאות הקונקרטיות בעניינם של המערערים. כל זאת, תוך פנייה, בהקשרים המתאימים, להיבטים השוואתיים של סוגיית ההתמודדות עם התופעה של פשיטת יד במקומות ציבוריים בעלי אופי ייחודי, קדושים ואחרים.

הסמכות להתקין תקנות לפי חוק השמירה על המקומות הקדושים

51. המערערים, האגודה והסניגוריה טענו כאמור בהרחבה בנוגע לשאלה אם תקנות המקומות הקדושים, ובאופן ספציפי העבירות הקבועות במסגרתן, הותקנו בסמכות. הטענות נסבו, בעיקרו של דבר, על שני עניינים: העובדה שחרף פליליותן לא קיבלו התקנות את אישורה של ועדה מוועדות הכנסת בהתאם לאמור בסעיף 2(ב) לחוק העונשין, וה"מרחק" שיש בין האיסורים הקבועים בחוק השמירה על המקומות הקדושים לבין אלה הקבועים בתקנות, המלמדים לטענת המערערים על היעדרה של הסמכה מפורשת. אדרש לטענות כסדרן.

52. שאלת הפיקוח הפרלמנטרי – בכל הנוגע לפן הפורמלי שעניינו אישור ועדה של הכנסת, אין לי אלא להצטרף לקביעותיהן של הערכאות הקודמות שדנו בעניין. כפי שצוין, סעיף 2(ב) לחוק העונשין נחקק בשנת 1994 – למעלה מעשור לאחר שהותקנו תקנות השמירה על המקומות הקדושים (שכאמור קדמו להן תקנות דומות אחרות) – במסגרת תיקון 39 המקיף שהתקין חלק כללי לחוק העונשין. בניגוד לעמדת המערערים, ההוראה שנקבעה בסעיף 2(ב) לחוק העונשין אינה חלה למפרע.

53. ראשית יש לומר את המובן מאליו: מקום שבו לא צוין במפורש כי סעיף חל למפרע, חלה חזקה פרשנית כי הוא אינו חל (ראו: בג"ץ 4406/16 איגוד הבנקים בישראל (ע"ר) נ' כנסת ישראל, פסקה 48 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור וההפניות שם (29.9.2016)); בג"ץ 5023/08 שחאדה נ' שר הביטחון, פסקה 8 (27.2.2017)). בענייננו המבקשים לא הצליחו לסתור את החזקה האמורה, ואף לא נראה שיש הצדקה לכך. שנית, כלל גדול הוא בכל הנוגע להתקנת תקנות, ולהוראות מינהל בכלל, ששאלת תוקפן מוכרעת בהתאם לדרישות שחלו על פעולה זו במועד הרלוונטי לעשייתן, בענייננו, מועד ההחלטה על התקנות וכניסתן לתוקף (ראו והשוו: בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פ"ד לה (2) 85, 97-99 (1980); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 273-274 (2010) (להלן: ברק-ארז, כרך א)).

54. אכן, יש מקום להעדיף פרשנות המקלה עם הנאשם במקרים שבהם ישנה יותר מפרשנות אפשרית אחת של דבר חקיקה. אולם הדרישה לאישור של הכנסת אינה מבטיחה בהכרח הקלה עם הנאשם לגוף הדברים (ניתן להניח כי מנגנוני בקרה מרובים יכולים למנוע שרירות, אולם לאו דווקא אימוץ של גישה עונשית מקלה). מכל מקום, הדרישה של בקרה פרלמנטרית על חקיקת משנה פלילית, הגם שאין חולק כי היא ראויה, אינה גוזרת בטלות של תקנות שהותקנו קודם לעיגונה בחוק. זו לא הייתה דרישה שעמדה על סדר היום במועד חקיקתו של סעיף 2(ב) לחוק העונשין. בהקשר זה יוזכר כי סעיף 2(ב) כלל לא הופיע בהצעת החוק הממשלתית, שנדונה בנוסחים כאלה ואחרים מאז שנות ה-70, אלא נוסף על-ידי הכנסת בדיונים המאוחרים שהתקיימו בוועדת חוקה, חוק ומשפט (להיסטוריה של סעיף זה, ראו: הצעת חוק העונשין (חלק כללי וחלק מקדמי), התשנ"ב-1992, ה"ח הממשלה 115. ש"ז פלר, מרדכי קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד 127, 135 (1984); מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992 משפטים כו 9, 12-11 (1994); לילך וגנר "חקיקת החלק הכללי של חוק העונשין" שורשים במשפט (משרד המשפטים, 3.4.2019).

55. לא למותר להוסיף כי התקנת תקנות מכוחו של חוק השמירה על המקומות הקדושים הייתה עניין שחברי הכנסת נדרשו לו וכיוונו אליו כבר במועד חקיקתו של החוק. עניין זה נדון בין השאר על רקע חומרתם של העונשים שנקבעו בצד העבירות שנחקקו בחוק עצמו, והציפייה הייתה לקביעת עבירות קלות יותר בתקנות – כפי שעולה מהדיון שהתקיים בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום 27.6.1967, ערב חקיקתו של חוק השמירה על המקומות הקדושים. שר המשפטים יעקב שמשון שפירא ציין בדיון זה כי טיוטת תקנות נשלחה אליו, ובהמשך אף העיר, במענה לחשש שהביע ח"כ מנחם פרוש, כי "כשייצאו התקנות יהא לבך סמוך ובטוח שלא יתירו כניסה למערת המכפלה בלי חליצת נעליים". אף המשנה ליועץ המשפטי לממשלה אורי ידין הבהיר כי הכוונה היא לתת בידי מתקין התקנות "סמכות רק בקשר לעבירות שהעונש לגביהן קל". אם כן, למעלה מן הצורך אפשר להוסיף כי אף שהתקנות לא עברו אישור ועדה של הכנסת (שכן כאמור זו לא הייתה הדרישה הפורמאלית באותה העת), חברי הכנסת היו מודעים לתוכן ונוסח התקנות תואם את הרוח שעלתה מדבריהם. להשלמת התמונה יצוין, כי בשנת 1968 קבע בית משפט זה כי לחוק השמירה על המקומות הקדושים לא תהיה נפקות רבה ללא התקנתן של תקנות (עניין חוגים לאומיים, בעמ' 222 ו-225).

56. "שמירה" על המקומות הקדושים ושאלת ההסמכה המפורשת – הפן הנוסף של טענת הסמכות היה שחוק השמירה על המקומות הקדושים, ובכלל זאת סעיפי העבירות הקבועים בו, אינו מהווה הסמכה מפורשת דיה להתקנת תקנות ביחס לקיבוץ נדבות. אין בידי לקבל טענה זו.

57. נפתח במובן מאליו: הסמכה מפורשת, לבטח כאשר עסקין באיסור פלילי, היא נדבך יסודי בשיטתנו המשפטית שזכה לעיגון של ממש בתיקון 39, אך היה קיים הרבה לפניו (ראו למשל: בג"ץ 789/78 אופק נ' שר הפנים, פ"ד לג(3) 480, 485 (1979); ע"א 548/78 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(1) 736, 755 (1980)). למעשה, רק לאחרונה עמדתי על החשיבות שבמתן הסמכה מפורשת לפעולות הפוגעות בזכויות אדם (ראו: דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון נ' עליאן, פסקאות 5-10 לפסק דיני (9.9.2019)). אם כן, השאלה איננה אם נדרשת בעניינו הסמכה מפורשת, אלא אם זו מתקיימת בנסיבות העניין: האם בחוק השמירה על המקומות הקדושים מוקנית הסמכה מפורשת דיה לעבירות שנקבעו בתקנות שהותקנו מכוחו?

58. כפי שהוצג לעיל, חוק השמירה על המקומות הקדושים קבע שתי עבירות שהענישה בגינן מחמירה (שבע וחמש שנות מאסר, בהתאמה) אשר בית המשפט המוסמך לדון בהן הוא בית המשפט המחוזי. לצד זאת, נקבעה סמכות להגדרת עבירות קלות יותר

שעניינן הסדרת ההתנהגות במקומות הקדושים. לשון ההסמכה כקביעתה בסעיף 4 לחוק היא רחבה, וניכר כי היא כוללת את כל נדבכיו של החוק. דומה שהדברים מדברים בעד עצמם:

”שר הדתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעות בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו” (ההדגשה הוספה – ד’ ב’ א’).

59. תחומיה של הסמכה זו הם רחבים – והיא אינה מוגבלת לגדרי העבירות שנקבעו בחוק עצמו. כל זאת, בכפוף להגבלה בדבר חומרתם של העונשים שניתן לקבוע לצד עבירות המוגדרות בתקנות (הגבלה שהייתה מעוגנת בעבר בפקודת הפרשנות וכיום מעוגנת בסעיף 2(א) לחוק העונשין). לא זו אף זו: במידה רבה, הסמכות להתקין תקנות נקבעה על מנת להוסיף על תחומיהן של העבירות הקבועות בו ממילא. לשם כך היא נדרשה מלכתחילה.

שאלת הפגיעה בזכויות חוקתיות וגבולות ההפלה

60. לאחר שנדרשתי לשאלת הסמכות, אפנה כעת לבחינת תוכן האיסורים עצמם. השאלה המהותית העומדת ביסוד הדברים היא האם התקנות פוגעות בזכויות חוקתיות באופן שאינו עומד בביקורת חוקתית. כפי שהובהר זה מכבר, התקנות הותקנו בשנת 1981, 11 שנים לפני שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהתאם לכך הן נהנות מ”שמירת דינים”. יחד עם זאת, בהתאם להלכה שנקבעה בדנ”פ 2316/95 גנימאת נ’ מדינת ישראל, פ”ד מט(4) 589 (1995) יש לפרשן לאורו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מה נפקותם של הדברים לענייננו?

61. ראשית יש להקדים ולבחון מהן הזכויות שנטען כי נפגעות. כמפורט להלן, אני סבורה כי מאחר שפשיטת יד נחוצה במקרים מסוימים להבטחת מינימום הישרדותי הדרוש לאדם הנוגע בדבר, קשה לחלוק על כך שהטלת מגבלות עליה היא בעלת השלכות פוטנציאליות על הזכות למינימום של קיום בכבוד. בנוסף, למעשה, הפרקטיקה של קבצנות משליכה באופן פוטנציאלי גם על הזכות לחופש ביטוי, ובמידה מסוימת אף על הזכות לחופש עיסוק. פרספקטיבות שונות אלה על השאלות שמעוררות הגבלות משפטיות על קבצנות עולות גם מהשוואה לשיטות משפט אחרות, כל שיטה בהתאם למסורתה ותרבותה.

62. הזכות לקיום מינימלי בכבוד – עיקרו של הדיון בפנינו התמקד, ובצדק, בחשש שקביעת עבירה הנוגעת לקבצנות תעלה כדי ענישה על עוני, ואף תפגע ביכולתם של החלשים שבחלשים להתפרנס כדי פת לחם (ראו והשוו: בג"ץ 366/03 מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012)). לכאורה, הדיון בהיבט זה של הדברים מחייב תשתית עובדתית שלא הונחה בפנינו בגדרו של הליך זה. אולם, דומה שניסיון החיים מאפשר להניח כי למצער ברוב המקרים פשיטת היד איננה בחירתו של אדם, כי אם מוצא אחרון. כמימרתו של הסופר אנטול פרנס – המשפט אוסר על עשירים ועניים כאחד ללון תחת גשרים, לקבץ נדבות ולגנוב לחם (אנטול פרנס החבצלת האדומה ע"ט (חיים שלום בן אברהם מתרגם, 1975)). בהתאם לכך, הטלת הגבלות על פשיטת יד עלולה לפגוע בזכות לקיום מינימלי בכבוד. היבט זה של איסור הקבצנות נבחן בפסק דין משמעותי של בית המשפט הגבוה של דלהי (*Harsh Mander & Anr. B. UOI & (Delhi High Court)* – (8.8.2018). בפסק הדין שבחן את תוקפו של החוק המקומי של דלהי בנושא קבצנות נקבע כי האיסור הפלילי הגורף על קבצנות, ללא התחשבות בנסיבות העומדות ביסוד פעולה זו מבחינתו של האדם הנוגע בדבר, אינו חוקתי – בהיותו שרירותי ופוגע ביכולתם של אנשים להתקיים בכבוד, תוך הדגשת הקשר לזכות לחיים.

63. הזכות לחופש ביטוי – פשיטת יד היא פעולה פיזית, אך יש בה גם מבע: "אני זקוק לכסף כדי להתקיים". כפי שנכתב "ידו המושטת של הקבצן, מחווה זו, שהיא עדות לדלות ולשפל ולניוון, יש בה גם מין קריאה ופנייה, ולפיכך היא גם סימון עז, בוטה, של נוכחות" (ראו: גלילי שחר "הקבצנים: בנימין/קפקא, רבי נחמן מברסלב, פרויד, מנדלי ובעיקר עגנון" גופים ושמות – קריאה בספרות יהודית חדשה 95, 96 (2016)). אין מדובר אך במעשה, אלא במעשה שנלווה לו ביטוי, ולו מצומצם. ניתן אף לראות בו לעתים סוג של קריאה לעזרה (ראו והשוו: רע"פ 8736/15 צוברי בר נ' מדינת ישראל, פסקאות 21, 52-51 לפסק דיני (17.1.2018)). הלכה למעשה, הדיון המשפטי בארצות הברית בשאלת הקבצנות, שעמד במרכז הטיעון החוקתי שהוצג על-ידי האגודה בבית משפט השלום, התמקד כמעט כולו בהיבטי הביטוי של פעילות זו. אמנם, בית המשפט העליון של ארצות הברית לא נדרש במישרין לדיון חוקתי בהגבלה על פעולות של פשיטת יד כהגבלה על חופש ביטוי. אולם, הדיון בפסקי דין שעסקו בסוגיות קרובות, כדוגמת הגבלות על איסוף תרומות או הצבת שלטים ברשות הרבים (ראו: *Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*, 444 U.S. 620 (1980); *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. (2015)) מלמד כי הדברים יפים בשינויים המחויבים גם להגבלות על קבצנות. משמעות הדברים אינה שלילה מוחלטת של האפשרות להטיל הגבלות על פעולות קבצנות, אלא הכפפתה לביקורת שיפוטית מחמירה (strict scrutiny) המצמצמת

את תחומי הלגיטימיות של הגבלות כאלה במרחב הציבורי הכללי. כך הובנו הדברים בספרות המשפטית, וכפי שעולה ממנה גם בפסיקתן של ערכאות שונות – במערכות המשפט המדינתיות ובמערכת הפדרלית (ראו עוד: Anthony J. Rose, *The Beggar's Free Speech*, 65 INDIANA L. J. 191 (1989); Megan Smith, *The Constitutionality of Panhandling Ordinances: Making Cents out of Reed v. Town of Gilbert*, 35 (J. L. & Com. 255 (2017)).

64. הזכות לחופש עיסוק – לבסוף, מתעוררת השאלה האם פשיטת יד היא גם בגדר משלח יד הנופל לגדרה של הזכות לחופש עיסוק (ראו והשוו: עב"ל (ארצי) 34772-02-14 פלוני – המוסד לביטוח לאומי (10.9.2017)) שנסב על שאלת זכאותו של דר רחוב להבטחת הכנסה). ישנם כמובן פנים לכאן ולכאן. עצם הניסיון להגדיר עבור הפרט אם מעשיו עולים כדי עיסוק אם לאו הוא מוקשה. מדובר ככלל בסוגיה המצויה בליבת האוטונומיה של האדם, כאשר אפילו חוק יסוד: חופש העיסוק נמנע מלהגדיר את סוגי הפעילות שנופלים לגדרו. לכאורה, הדברים הם ברורים. בית משפט זה עמד על כך שחופש העיסוק נובע מזכותו של אדם למצוא לעצמו מקורות מחיה ופרנסה לשם קיומו הפיזי בכבוד, כמו גם מזכותו לאוטונומיה אישית והגשמה עצמית (ראו: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 257 (2002)). מנגד, קשה להתעלם מן הקושי הרעיוני הטבוע בהתייחסות לקבצנות כאל משלח יד לכל דבר ועניין, כאשר מעצם טבעה היא פעולה הישרדותית. לכך נלוות שאלות משנה: אם מדובר במשלח יד – האם ניתן להסדירו, באופן שיחליף שאלה בשאלה: האם ניתן להפליל קבצנות שלא נעשתה "ברשות"? זאת ועוד: לעתים פשיטת היד כרוכה בפעילות נוספת. כך למשל, בעת הדיון בבית משפט השלום טען מושיא כי הוא ממשיך דרכו של אביו שעסק גם הוא במה שכינה "זיכוי הרבים בקריאת תורה". בסיכומו של דבר, לצורך הדיון שבפנינו אני נכונה לראות בפשיטת יד פעילות הנמצאת בשוליים האפורים של הזכות לחופש עיסוק.

65. אם התקנות משליכות ולו על זכות יסוד אחת, וככל הנראה על יותר מזכות אחת כזו, יש להוסיף ולהתמיד בבחינה החוקתית – כשהמיקוד הוא בשאלת התכלית ובשאלת המידתיות.

תכלית ההסדר – השמירה על מקומות קדושים ו"פורומים מיוחדים"

66. בבואנו לבחון את תכליתו של ההסדר יש לתת את הדעת לשני מאפיינים של רחבת הכותל – היותה מקום קדוש, מחד גיסא, והיותה אתר לאומי חשוב, מאידך גיסא.

67. נקודת המוצא לדיון היא שמקומות קדושים זוכים להגנה בתרבויות העולם מימים ימימה. כללים שעניינם לבוש, דיבור, מאכל ועישון הם רק חלק מ"סל" שלם של כללים שהשתרש ברחבי העולם בסוגיה זו – לעתים על דרך "של נעליך מעל רגליך" (שמות ג 5), ולעתים בדרכים אחרות. ביסוד הדברים מונחת התפיסה, שאינה תלויה בתפיסות פרטיקולריות של דת או תרבות מסוימות, שמקום קדוש אינו ככל מקום אחר. אכן, מדובר במקום ציבורי במובן זה שככלל הוא אינו רכוש הפרטי של איש, אולם היחס אליו אינו זהה לזה שמתקיים ברחוב או במרכז מסחרי. הדברים קשורים הן בהגנה על היבטים הנלווים לזכות לחופש דת, ככל שמדובר בהבטחת התנאים הדרושים לתפילה ולפולחן, והן בהגנה על רגשות דת (להבחנה זו, ראו למשל: גדעון ספיר ודני סטטמן דת ומדינה בישראל – עיון פילוסופי-משפטי 109-179 (2014)). כך למשל, הגבלות מסוימות שעניינן לבוש, חליצת נעליים או כיסוי ראש מקובלות במקומות שונים בעולם ובמסורות שונות בכל הנוגע לכניסה למקומות פולחן. מטרתו של חוק השמירה על המקומות הקדושים היא לאפשר מרחבים כאלה, לשמור עליהם ולמנוע פגיעה בהם, כמו גם לאפשר גישה אליהם לבני הדתות השונות. תקנות השמירה על המקומות הקדושים מיישמות עיקרון כללי זה ומתרגמות אותו לשפת המעשה.

68. פרספקטיבה נוספת על הדברים נוגעת לאופייה המעורב של רחבת הכותל כמקום שהוא אמנם בעל אופי ציבורי, אך גם אינו המרחב הציבורי הרגיל. במידה רבה, הדבר נוגע לסוגיה המיוחדת של הגנה על אתרי מורשת ולאום (להסדרת כללי ההתנהגות ב"מול הלאומי" בווישינגטון, בירת ארצות הברית, ראו למשל: ISKCON of Potomac, Inc. v. Kennedy, 61 F. 3d 949 (D.C. Cir. 1995)). המערערים, וכך גם האגודה והסניגוריה, טענו כנגד הגבלת הזכות לפשיטת יד. אולם, בכך הם התייחסו אל הכותל המערבי כאל כל רחוב. לא אלה הם פני הדברים בפנינו. מדובר אמנם בחלל חיצוני, אך לא במקום ציבורי "רגיל". הרגישויות הרבות הסובבות את הכותל, מרכזיותו בדיון הציבורי והמגבלות השונות שחלות עליו – כמו גם תחושת הדחיפות שאפיינה את חקיקתו של חוק שיגן עליו, במקביל להחלת הדין הישראלי במקום – מלמדות כי אין זה מקום שהוא "רשות הרבים" הגם שהוא "ציבורי", ומנגד ברי כי אין זה מקום "פרטי". הדעת נותנת שההסדרה של הפעילות במקומות מסוג זה יכולה להיות שונה מאשר זו הנוהגת ברחוב (להשוואה לדוקטרינת ה-public forum במשפט האמריקני, ראו באופן כללי: Robert C. Post, *Between Governance and Management: The History and Theory (of the Public Forum)*, 34 UCLA L. REV. 1713 (1987)).

69. כאשר אנו מקבלים את נקודת המוצא לפיה יש משמעות למקום שבו חל האיסור – שומה עלינו לשים לב לקטגורית הביניים המיוחדת שבפנינו – מקום שאינו פרטי במובן

זה שאינו בית עסק ולא מתקיימת בו פעילות כלכלית הנוגדת על-פי טיבה את העיסוק בקבצנות, אך גם אינו ציבורי לכל דבר ועניין במובן שבו רחוב הוא ציבורי. המדובר בזירה ממלכתית הפתוחה לכול, אך נתונה להסדרה של כללי ההתנהגות בה, על מנת לשמר את אופייה ותפקידה.

70. למעשה, על המקרה של רחבת הכותל המערבי יש לחשוב על פני רצף רחב יותר הכולל מקומות נוספים שהם ציבוריים במובן הממלכתי, ולכן ההתייחסות אליהם מחייבת זהירות מיוחדת ומאפשרת החלה רחבה יותר של איסורי קבצנות מאשר ברחוב, שהוא רשות רבים "רגילה". מקומות מסוג זה עשויים להיות, מבלי לקבוע מסמרות, בתי עלמין ממלכתיים, הבתים שבהן יושבות רשויות השלטון (משרדי ממשלה, כנסת ובתי משפט) ועוד. הגבלה על קבצנות בהם היא חלק מן הסדר הציבורי, והאינטרס בכך הוא חזק יותר מאשר ברחוב. ההכרה בצורך ההישרדותי של פושט היד אינה אמורה לבטל לחלוטין תפיסה של סדרי ממלכה.

71. הדברים מקבלים משנה משמעות בהקשר ההיסטורי שבו הם נטועים. לכך אעבור כעת.

תכלית ההסדר – בראי ההיסטוריה

72. הסדרתה של פשיטת היד בכותל המערבי בתקנות השמירה על המקומות הקדושים לא נולדה אל תוך חלל ריק. במידה מסוימת, היא נסבה על תופעה שהייתה בדפוסים משתנים חלק מנופה ההיסטורי והחברתי של ירושלים גם בתקופות קודמות. המערערים ציינו עובדה זו, ובמיוחד הדגישו את מכתבם של הרבנים הראשיים אל נציגי השלטון המנדטורי. על רקע טענה זו נכון להתבונן מעט אל ההיסטוריה של פעילות הקבצנים בכותל. אמנם, אין בה עצמה כדי להכריע את הכף, אולם דומה שדווקא היא מלמדת על מורכבות הדילמה שבפנינו, אף יותר מכפי שהמערערים עצמם סברו.

73. על מנת שלא להרחיק אל העבר הרחוק מאוד, אפתח בספרו הקלאסי של חוזה המדינה, בנימין זאב הרצל, "אלטנוילנד" שפורסם לראשונה בשנת 1902. אין מדובר בספר היסטוריה, אך מתוארת בו חוויה אותנטית של ביקור בירושלים של אז, בשלהי השלטון העות'מאני, בתקופה שבה האזור הסמוך לכותל היה רחוב צר שהתאפשרה בו תפילה, והקבצנים שפעלו בו נהגו לא אחת להשלים מניין לתפילה. וכך תוארו בספר רגשותיהם של הגיבורים שביקרו במקום: "הם הגיעו גם לסמטה העגמומית של הכותל המערבי. המראה המביש של הקבצנים המתפרנסים מתפילה העיק עליהם" (תיאודור

הרצל אלטנווילנד (מרים קראוס מתרגמת, 2002)). אין צריך לומר שהדברים מובאים כאחד הביטויים לעליבות נופה של ירושלים באותה תקופה כפי שהוא נחשף בפני המבקרים – בעודם מגיעים לארץ שהיא עדיין ישנה ולא חדשה, אלטלנד ולא נוילנד. אותה מציאות עצמה מתוארת גם בספר "תמול שלשום" מפרי עטו של הסופר ש"י עגנון, שנסב על ימי העלייה השנייה (ש"י עגנון תמול שלשום (1945)). אף בו מתוארים הקבצנים ברחובות ירושלים – ללא הבחנה של ממש בין אלה שפועלים בדרך המובילה לכותל לבין אלה שפועלים בכותל עצמו, תחומים שהתמזגו זה בזה ללא הבחנות פורמאליות: "על גב כל מעלה ממעלות האבן שבדרך לכותל המערבי מותלים כתי כתיים של עניים... על עוד שפרוטה היתה בידו נתן. משכלו הפרוטות והעניים לא כלו שטח כפיו והראה שהן ריקות. התחילו מושכים אותו בבגדיו ומלווים אותו ביללות, עד שנמלט ונדחק לתוך הרחבה של הכותל. וכאן חברו עליו עניים אחרים קשים מן הראשונים" (שם, בעמ' 349-350).

74. המציאות שבה האזור הסמוך לכותל היה רחוב צר שבו פעלו גם קבצנים נמשכה אל תקופת המנדט הבריטי בארץ ישראל. אכן, כפי שציינו המערערים, בשלב מסוים הטילו שלטונות המנדט איסור על פשיטת יד בסמוך לכותל ואכפו אותו באמצעות סילוק פושטי היד מהמקום. מדיניות זו היא שהובילה לאותו מכתב מיום 18.5.1930 שאליו הפנו המערערים אשר נשלח מטעם הרבנים הראשיים לארץ ישראל. הרבנים הראשיים נתנו את הדעת לכך שמדובר ב"עשרים משפחות אומללות בישראל שמשענם היחידי בחיים הייתה התמיכה שקיבלו מהמתפללים על-יד הכותל". הדברים מתוארים בהרחבה גם ביומנו של הרב יצחק אביגדור אורנשטיין ז"ל, רב הכותל בעת ההיא, שנהרג לימים במהלכה של מלחמת העצמאות. ברישום המתייחס לחודש אוקטובר 1931 הוא מתאר את "גירוש העניים מרחבת הכותל, גם את אלה שאינם פושטי יד". רב הכותל פנה לסגן המושל ואמר לו כי "גירוש העניים שאינם פושטים יד מן הרחבה הוא שלא בצדק. אין כל חק לגרש אנשים היושבים ואומרים תהלים ברחבת הכותל והקהל זקוק להם לתפלה על חולים, להשלמת 'מניין' אנשים כדרוש, ואי אפשר לקבץ אותם מן השוק" (הרב יצחק אביגדור אורנשטיין יומן הכותל המערבי, 35-36 (1968) (להלן: יומן הכותל המערבי)). מן הדברים אף עולה הבחנה אפשרית בין קבצנים המצויים במקום ופושטים יד הלכה למעשה לבין קבצנים שאינם עושים כן (שם). בחודש דצמבר 1931 פנה רב הכותל פעם נוספת לסגן המושל בעניין הסילוק מרחבת הכותל. בהמשך, במכתב מיום 14.12.1931 הסבירו הרבנים הראשיים שוב כי "אם כבודו איננו מוצא לאפשר בשום אופן להרשות לכל העניים לשבת ברחבה בטענה שבאופן זה נאבדת למשטרה הבקרה על העניים שלא יטרידו את המבקרים בפשיטת יד" הם מציעים להרשות לכל הפחות "לעשרה עניים" לשבת ברחבת הכותל. ביום 8.2.1932 הבהיר סגן המושל כי החלטת הממשלה בעניין זה

היא סופית ועולה בקנה אחד עם האיסורים שהוטלו "במסגד שעל הר הבית ובכנסיית הקבר" (יומן הכותל המערבי, בעמ' 40-42).

75. אם כן, המורכבות של סוגיית הקבצנות באזור הכותל אינה חדשה. המערערים הפנו למחאת הרבנים מתקופת המנדט על מנת להצביע על כך שהעמדה היהודית המסורתית לסוגיה התנגדה לאיסור שנתפס כאיסור של שלטון זר, שהיה אף זר לרוח הצדקה השורה על הענקת נדבה לקבצנים. עם זאת, התמונה העולה מן הדברים היא מעט יותר מורכבת. ראשית, למעשה ניתן לראות כי פעילותם של קבצנים במקום נחשבה בעלת היבטים של הפרעה לציבור המתפללים כבר אז, ואף הרבנים שפנו לשלטונות המנדט הניחו כי מדובר בפעילות של קבצנים בודדים, החיונית לפרנסת משפחותיהם (וזאת בתנאים של העדר תמיכה אחרת בהם). שנית, עולה מן הדברים נכונות להבחין בין קבצנים שפושטים יד הלכה למעשה לבין אחרים. שלישית, וזה העיקר: נדרשת בעניין זה התייחסות להקשר הרחב של הדין ודברים שהתנהל בנושא עם שלטונות המנדט באותה תקופה. עוד לפני מאורעות תרפ"ט ואף יותר מכך אחריהם, התפתחה רגישות רבה מאד בכל הנוגע לתביעות היהודיות והמוסלמיות באזור הכותל. בנסיבות אלה, שלטונות המנדט הגבירו את הפיקוח על פעילות יהודית באזור הכותל והטילו עליה הגבלות. ההוראות בכל הנוגע לפעילות הקבצנים היו אך חלק ממערך כללי יותר של תלונות שהופנו לשלטונות המנדט ביחס למרחב הפעילות היהודית באזור הכותל. הרבנים הראשיים לארץ ישראל כתבו באותה עת מכתבים רבים לגורמי השלטון בנושאים כדוגמת הדלקת נר הבדלה, הבאת ספר תורה ועוד (ראו: זאב ענר "המאבק על הכותל" הכותל 113 (מאיר בן-דב, מרדכי נאור וזאב ענר עורכים, 1981); הלל כהן תרפ"ט: שנת האפס בסכסוך היהודי-ערבי 120-128 (2013)). ניתן אפוא לומר שלמעשה לא סוגיית הקבצנים היא שעמדה במרכז הדיון באותה עת, אלא סוגיית הכותל בכללותה.

76. "תחנה" היסטורית נוספת שיש להתעכב עליה היא התחלת פעילותה של רחבת הכותל במתכונת המוכרת לנו היום – לאחר שנות השלטון הירדני בירושלים, שבהן לא הייתה תנועה של מתפללים יהודים במקום. מאז סיומה של מלחמת ששת הימים האזור הסמוך לכותל הוא רחבה ציבורית גדולה ומכובדת המשמשת לתפילה, שונה מאד מן הרחוב הדל והצר של תקופות קודמות (ראו למשל: בר, בעמ' 205-219). עובדה זו השפיעה, בין השאר, על ההתנהלות באזור הכותל, ויש לה גם רלוונטיות להתפתחות הטיפול בסוגיית הקבצנות. כבר בתקופה הסמוכה לתום מלחמת ששת הימים ותנועת המטיילים והתיירים לירושלים בכלל ולכותל המערבי בפרט, התרחשה פעילות ענפה של

קבצנים באזור, במסגרת הרחבה החדשה. פעילות זו מתועדת בעיתונות של התקופה, תוך התייחסות להיבטים מטרידים הכרוכים בה מבחינתם של תיירים ומבקרים רבים.

77. כך, בשנת 1968 פורסם בעיתון היומי "מעריב" כי "שר הדתות ביקש מרב דב פרלא הממונה על המקומות הקדושים, להורות לרב הממונה על הכותל, לסדרנים ולנוטרים במקום, למנוע מפושטי היד להסתובב ברחבת הכותל המרוצפת ולהרחיקם משם בתקיפות. השר מנמק את הוראתו בתלונות שנתקבלו במשרדו על פושטי היד העוטים על קהל המבקרים ומטרידים אותם בשעת תפילתם" ("קבצנים יורחקו מהכותל" מעריב 13.10.1968). בהמשך לכך, בחודש מאי 1969 פורסם במעריב כי "חילוקי דעות חריפים בין משרדי הדתות והמשפטים מונעים פרסום תקנות לשמירה נאותה של רחבת הכותל המערבי ומניעת הטרדה של מתפללים, מטרידים ותיירים על-ידי צלמים, פושטי יד וכל מיני תופעות לוואי שליליות" (יהושע ביצור "מחלוקת בין משרדי הדתות והמשפטים מונעת הסדרים ברחבת הכותל" מעריב 19.5.1969). חודש לאחר מכן התפרסם בעיתון "דבר" טור דעה שביקש "לקבוע ולפרסם תקנות מתאימות מטעם רשות מוסמכת שיקבעו גבולות לתנועת הקבצנים והצלמים גם יחד בקרבת הכותל. התנהגות הקבצנים והצלמים כיום אינה מוסיפה כבוד לכותל המערבי, כאתר היסטורי קדוש לעם היהודי" (ד.מ. "קבצנים ליד הכותל" דבר 11.6.1969). בטור זה נכתב עוד כי "המבקר בימים אלה ברחבת הכותל המערבי נתקל בפושטי יד וקבצנים המטרידים את המבקרים מכל צד ועבר ומבקשים נדבה". למעשה, גם לאחר פרסום התקנות הראשונות סוגיית פושטי היד בכותל המערבי לא חדלה מלהעסיק את העיתונים היומיים, ובמעריב של שנת 1977, נכתב, תחת ידיעה שכותרתה "כותל המצות" כי "חוויה קשה מצפה לתיירים המבקרים בכותל המערבי נוכח עדת הקבצנים ומתרימים למיניהם הנטפלת אליהם וסוחטת מהם כספים – למרות התקנות האוסרות פשיטת יד במקום המקודש. בעשר השנים האחרונות הכניסו התיירים מיליוני דולארים ל'תעשיית השנור'" (רזי גוטרמן "כותל המצות" מעריב 20.4.1977). זה היה למעשה הרקע להתקנתן של התקנות הראשונות. במובן זה, לא הן, ולא התקנות העדכניות שבפנינו, נולדו אל תוך חלל ריק (ראו עוד: "עד ראייה: פרוטה לעני – ליד הכותל" מעריב 13.10.1967; נחום ברנע "מה עשו היהודים במקומות הקדושים" מוסף דבר לכל דבר 12.6.1968).

78. ככל שההיסטוריה מדברת כאן היא דוברת יותר משפה אחת. היא מלמדת אמנם שפעילותם של קבצנים בכותל אינה חדשה, אך לא פחות מכך שהיא עוררה קשיים גם בעבר. יותר מזה, היא מלמדת עד כמה קשה "לחזור בזמן" מבלי לבחון את הנושא בהקשרו הרחב ביותר.

79. מכל האמור לעיל עולה כי תכלית ההסדר שבפנינו אינה "להפליל את העוני", כפי שטענו ידידות בית המשפט. היא אף לא להרחיק את העוני מעיני הציבור. תכליתו של האיסור למנוע פגיעה במי שמבקשים לממש פרקטיקות של דת, מסורת ורגש במרחב מוגן מענייני היום יום. בהינתן דברים אלה אני סבורה כי תכלית ההגבלות היא ראויה. אולם, האם הגבלות אלה הן מידתיות? לשאלה זו יש חשיבות, כמובן, אף לפי הדין שקדם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובגדרה של פסקת שמירת הדינים. לדיון בשאלה זו אעבור כעת.

שאלת המידתיות של ההסדר

80. הדיון בשאלת המידתיות של ההגבלות החלות על קבצנות ברחבת הכותל חייב להיעשות בהתייחס לכמה היבטים: היבט הפריסה הגיאוגרפית של האיסור; היבט ההבחנה בין קבצנות "מטרידה" לקבצנות רגילה; ולבסוף – ההיבט שעניינו סוג הסנקציה הנלווית לאיסור הקבצנות (פלילית או אחרת).

81. הפריסה הגיאוגרפית של האיסור – עובדת יסוד חיונית לדיון במידתיותה של הפגיעה בזכויות שהוזכרו נוגעת להיקף התחולה הגיאוגרפית המוגבל של תקנות השמירה על המקומות הקדושים. כזכור, כל ההגבלות שצוינו בתקנות חלות אך ברשימה מוגדרת של מקומות קדושים, כאשר הדיון בענייננו צומצם ממילא לרחבת הכותל. השאלה אינה אפוא האם איסור על קבצנות הוא מידתי, אלא האם האיסור על קבצנות במתכונתו המוגבלת, אשר מותירה כמעט את כל השטחים הציבוריים האחרים פתוחים לקיבוץ נדבות, עומדת בדרישת המידתיות. לטעמי, בנסיבות אלה, יש להשיב על כך בחיוב.

82. בענייננו, כפי שהובהר, אין מדובר באיסור רחב החולש על הרובע היהודי כולו, או אף על העיר העתיקה בכללותה. למעשה, השאלה שהובאה בפנינו אף צומצמה לאזור הכותל המערבי באופן קונקרטי, שרק לגביו נטען בשלב זה כי מתבצעת אכיפה של האיסור, ולא נדרשנו לדון ביתר המקומות הקדושים שבהם חלות התקנות. בנסיבות אלה, ההשלכות על היכולת להתפרנס ולהתקיים הן אפוא מצומצמת מאוד, ובניגוד לנטען – כלל אין מדובר בהפללה גורפת של קיבוץ נדבות באשר היא.

83. על כך יש להוסיף, בהמשך להבחנה שנדונה לעיל בין סוגי פורומים שונים, כי ההגבלה על קבצנות ברחבת הכותל אינה מצומצמת מבחינה כמותית בלבד, קרי מבחינת

היקפו של השטח שבו מדובר. גם לעובדה שמדובר כאמור ב"פורום מיוחד" שכלל ההתנהלות בו מוגבלת ומוסדרת ישנה משמעות מבחינת המידתיות. מאפיין זה של רחבת הכותל (כיום), להבדיל מאשר בעבר הרחוק בתקופת השלטון העותמני ואף בתקופת המנדט) משליך אפוא על בחינת מידתיותה של הפגיעה בזכויות.

84. אם כן, האיסור על קיבוץ נדבות שבפנינו הוא תחום. הוא אינו חל בכל מקום, ואף לא בכל מקום שנמצא בקרבה גאוגרפית למקום קדוש. הוא חל אך ורק ברחבת המקום הקדוש, בענייננו הכותל המערבי, כאשר בכל תחום הסמוך לו, היא מותרת. מבחינה זו הפגיעה היא אפוא מידתית.

85. שאלת ההטרדה – דרך אחרת להשקיף על הדברים מתמקדת בשאלה האם לפעולת הקבצנות נלווית "הטרדה". העמדה הבסיסית של המערערים וכן של האגודה והסניגוריה, היא שהעבירה הקבועה בתקנות אינה לגיטימית מאחר שהיא חורגת מעבר לרוחבו של האיסור הפלילי הקבוע בסעיף 216(ב) לחוק העונשין – זה שחל על קיבוץ נדבות במקום ציבורי הכרוך ב"הטרדה". לשיטתם, חלק מרכזי מן הפסול שבאיסור שבתקנות הוא תחולתו על קיבוץ נדבות שאינו "מטריד" ברחבת הכותל (כלומר, ללא פנייה יזומה למתפללים). בכך הם לא דקו פורתא. למעשה, העמדה העולה מן התקנות, ויש לה לכאורה תימוכין במשפט ההשוואתי, היא שיש מקומות שקיבוץ הנדבות בהם, כשלעצמו (דהיינו בשל עצם התרחשותו בהם), כרוך בהטרדה. הדברים אמורים, בשינויים המחויבים, גם ביחס לפעולות נוספות שאינן נובעות ממציאות של עוני, כדוגמת עיסוק ברוכלות, או פעולות אחרות של מכירה ופרסום שעשויות להפריע גם הן לתפילה או לחוויה הרגשית של המקום ולכן אסורות ברחבת הכותל (ראו תקנה 2(א)(3) ותקנה 2(א)(5) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים). במלים אחרות, המיקום המיוחד הוא שיוצר את ההטרדה, מבלי שנלווית לכך כל פעולה מיוחדת נוספת.

86. למעשה, דווקא דברי החקיקה המודרניים בנושא של קבצנות – החותרים להימנעות מהטלת הגבלות נרחבות מדי בענייננו – מתמקדים במקומות מסוימים שבהם הקבצנות אסורה (למשל, בקרבה לכספומטים או לתחנת הסעה של תחבורה ציבורית). ההנחה העומדת ביסוד הדברים היא שקיבוץ נדבות במקומות אלה – להבדיל מאשר ברשות הרבים בעיר באופן כללי – הוא מטריד מעצם טיבו (לא אחת מקובל להגדיר איסורים מסוג זה ככאלה שמכוונים ל-aggressive panhandling). ניתן אפוא לומר שגישתן של התקנות עולה היטב בקנה אחד עם מגמה זו, וכי היא אף מתיישבת עם הכוונה העומדת ביסוד האיסור שבחוק העונשין (באמצעות "קונקרטיזציה" שונה של מושג ההטרדה, לדוגמה באמצעות חשיפת פצעים). דוגמה לכך אפשר להביא, למשל, מהחוק

העוסק בנושא במדינת אונטריו בקנדה – Safe Streets Act, 1999 (Ont.). העיקרון שנקבע בחוק זה הוא האיסור על קבצנות מטרידה או אגרסיבית. עם זאת, היישום של עיקרון זה נחלק לשניים – האיסור חל הן על התנהגויות שהן מטרידות מבחינת מאפייניהן (בסעיף 2 לחוק) והן על התנהגויות הנוגעות ל"קהל שבו" (captive audience) במקומות כמו אלה שצוינו לעיל. הדברים יפים בשינויים המחויבים גם לענייננו. לא למותר לציין כי הטענות שהועלו בעניין חוקתיותו של חוק זה נדחו בבית המשפט לערעורים של מדינת אונטריו (2007) 1 (3d) O.R. 84 (R. v. Banks). יצוין כי עניין זה לא נדון בבית המשפט העליון של קנדה.

87. שאלת ההפללה – היבט אחר של דיון בשאלת המידתיות נוגע לא להיקף הפריסה הגיאוגרפית של האיסור אלא לשאלה של סיווגו כפלילי. בכך הדיון "מתכתב" עם הסוגיה הרחבה יותר של גבולות ההפללה, שרגל אחת שלה נטועה בעולמו של המשפט החוקתי ורגל אחרת שלה נטועה בעולמו של המשפט הפלילי.

88. בית משפט זה ציין פעמים רבות בעבר שיש לחתור לכך שהאפיק הפלילי יהא שיורי, כלומר שהתנהגות הפוגעת בערכים חברתיים לא תטופל באמצעותו כל עוד ניתן לתת לה מענה בדרכים אחרות, חמורות פחות. ככלל, הנחת המוצא היא שהדין העונשי הוא האמצעי החריף ביותר – הן מבחינת היחס החברתי אליו והן בהיבט הסנקציות שניתן להטיל במסגרתו ועשויות לעלות כדי שלילת חירותו של אדם. לפיכך, ראשית יש לבחון מהו האמצעי המתאים ביותר לנקוט בו בכל מקרה ומקרה, ורק אם אין מוצא אחר – ייבחר הכלי הפלילי (ראו: בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 20 וההפניות שם (12.7.2010); רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי, פסקה 25 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (10.9.2013). ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 40 (1984); מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי – ידו בכל?" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן 935 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 347-349 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: רבין וואקי)).

89. בהתאם לכך, משעסקינן בעבירות קלות, כאשר מן העבר האחד הפגיעה שהן מסבות בערך מוגן איננה גבוהה, ואילו מן העבר האחר הפגיעה הנגרמת לעובר אותן בתוצאה מהעמדתו לדין עשויה להיות קשה מאוד, הבחירה באפיק הפלילי כלל איננה מובנת מאליה (ראו: דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 3-4 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן (15.4.2015); רע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל, פסקה 3 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן (2.11.2017). אורן גזל ענישה בהסכמה – חלופות להליכי משפט בפלילים 72-84 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור

לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002); אלעד רום טעות בחוק הפלילי 162 (2015)). על כן, התנהגויות שונות שהוכפפו בעבר לדין הפלילי נשלטות כיום על-ידי משטר של עיצומים כספיים, ובמהלך השנים רגולטורים החלו נוקטים באפיקי פעולה מינהליים חלף שימוש בדיני העונשין (ראו: ברק-אדלר, כרך א, בעמ' 66; משרד המשפטים עיגון אכיפה חלופית בחקיקה – עקרונות מנחים (2018). כן ראו: ע"פ 1408/18 מדינת ישראל נ' בן דרור, פסק דינו של השופט ע' גרוסקופף (21.8.2018); רון שפירא מאכיפה פלילית לאכיפה מינהלית 85-129 (2019)).

90. לכאורה, נראה כי עניינם של פושטי יד המבקשים נדבה ברחבת הכותל המערבי נמנה בדיוק עם המקרים שבהם יש לבחון במשנה זהירות האם הדין הפלילי הוא הכלי המיטבי לטיפול. ה"צל" המלווה את הדיון בשאלת תוקפם של איסורים על קבצנות הוא חקיקה היסטורית שאסרה על "שוטטות" או הימצאות במקומות ציבוריים – חקיקה שכיוונה לקבוצות מוחלשות של דרי-רחוב, נשים בזנות וקבצנים, ולמעשה הפלילה אנשים שהיו שרויים במצב של עוני (להרחבה, ראו: Forrest W. Lacey, *Vagrancy and Other Crimes of Personal Condition*, 66 HARV. L. REV. 1203 (1953); John T. Jr. Walsh, *Vagrancy: A Crime of Status*, 2 SUFFOLK U. L. REV. 156 (1968); Jeffrey S. Adler, *A Historical Analysis of the Law of Vagrancy*, 27 CRIMINOLOGY 209 (1989); Nicholas Rogers, *Policing the Poor in Eighteenth-Century London: The Vagrancy Laws and Their Administration*, 24(47) SOC. HIST 127 (1991); Samantha Kennedy McCluskey, *The Crime of Being Suspicious: British Counter-Terrorism Legislation and the History of Discriminatory Preventative Laws in the United Kingdom*, 17 RUTGERS RACE & L. REV. 131, 134-135 (2016); אסף טבקה "משפט פלילי ועוני: על אחרות חברתית כמנוף להכרה בהגנת העוני כסייג לאחריות פלילית: בעקבות ת"פ 17571-01-18 בהלקר נ' מדינת ישראל" "המשפט" ברשת – זכויות אדם 85 (2018), 19, 31-27). במסורת המשפט האנגלי, שממנה התפתחו דיני העונשין של ישראל, הייתה העבירה של קבצנות חלק מחוק השוטטות משנת 1824 (Vagrancy Act, 1824) (למקורו של סעיף 193 בפקודת החוק הפלילי בחוק השוטטות האמור, ראו: ע"פ 136/51 פרנקל נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה' 1602, 1610 (1951)). במהלך השנים תוקן החוק המקורי באופן שהגביל מאוד את האיסור על קבצנות, אולם כפי שהובהר קודם לכן – הוא לא הועלם לחלוטין; לא באנגליה, ולא מחוצה לה (להתפתחויות מאוחרות יותר במשפט האנגלי, ראו: Paul Lawrence, *The Vagrancy Act (1824) and the Persistence of Pre-emptive Policing in England since 1750*, 57 BRIT. J. CRIMINOLOGY 513 (2017)). כך, מעניין לשים לב כי במדינות רבות בעולם ישנה, באיזונים שונים, חקיקה הקובעת עבירה שעניינה עיסוק בקבצנות – גם אם באופן מסויג

(תוך התייחסות למיקום, להטרדה הנלווית למעשה הקבצנות וכולי). עיון בדברי חקיקה של מדינות אחרות מלמד כי מקובל כיום להתמקד בקבצנות "מטרידה" (למעשה, בדומה לחוק העונשין בישראל), כמו גם באיסורים בעלי תחולה במקומות מסוימים, למשל בסמיכות לכספומטים או בדרכים (באופן שמסכן את העוברים ושבים) ועוד (ראו עוד: Judith Welch Wegner & Matthew Norch, *Regulating Panhandling: Reed and Beyond*, 63 S. D. L. REV. 579 (2019)).

91. אם כן, וכפי שנכתב בפתח הדברים, אין בכך כדי ללמד כי איסורים פליליים על קבצנות אינם מעוררים שאלות. אדרבה, אין ספק שיש בהם כדי לעורר שאלות כבדות משקל, בעיקר בשל ההשלכות על אנשים החיים בעוני. אולם, הטעם לקיומם, לפחות בגרסתם המצומצמת, הוא בהגנה על אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים שאף להם יש לתת משקל. בנוסף, אין לשכוח כי בשונה ממקרים אחרים שהועברו לטיפול בכלים מינהליים דוגמת עיצומים כספיים, קבצנות היא בדיוק מסוגי ההתנהגות שנקיטה בסנקציות כלכליות ככלל אינה מתאימה להם, ולעתים אף עשויה להיות פוגענית במיוחד.

92. אם כן, לעמדתי, קביעת כללים להתנהגות באתרים בעלי חשיבות לאומית לא נמצאת בהכרח מחוץ לתחום של הסדרה פלילית, וזאת בדומה למשל להנחלת השמירה על ערכי טבע, כדוגמת האיסור על פגיעה בפרחי בר (המופלל במסגרת חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1998). במקרים מסוג זה, השאלה המשמעותית יותר נוגעת לאופן שבו על אכיפה כאמור להתבצע, ובמילים אחרות – בהכרה בכך שעליה להיעשות לא רק ברגישות המתאימה, אלא תוך הכרה בהשלכותיה האפשריות על זכויות יסוד. לכך אעבור כעת.

המישור השלישי: דרכי אכיפה ותוצאות עונשיות

93. בשלב זה נותר לעבור מן השלב של הלכה למעשה. משנקבע כי התקנות הותקנו בסמכות, וכי ככל שיש בהן השלכה על זכויות יסוד מדובר בפגיעה העומדת בדרישות הדין, עלינו לבחון כיצד נעשית אכיפתן של התקנות. לטעמי, סוגיה זו עקרונית לא פחות מהמישורים שנדונו לעיל.

94. מדיניות האכיפה – שאלת מדיניות האכיפה נחלקת למעשה לשתי שאלות משנה: ראשית, מתי יינקטו צעדי אכיפה פליליים להבדיל מצעדי אכיפה אחרים? שנית, מהי הענישה הראויה ביחס לעבירות אלה?

95. אשר לשאלה הראשונה, אני סבורה כי האכיפה של אורחות ההתנהגות ברחבת הכותל בהיבט הפלילי צריכה להיות מצמצמת וזהירה. כפי שניתן ללמוד מן הנוהל שהונהג בעבר ועל רקע הזכויות העומדות על כף המאזניים, יש לקבוע כללים ברורים לגבי הנסיבות שבהן "תיכנס לפעולה" האכיפה הפלילית, להבדיל מאשר פעולה במישורים אחרים, כגון שימוש בסמכויות הרחקה – המוסדרות כבר היום בתקנה 4(ג) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים. כללים אלה יכולים להיקבע בהנחיה של היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה, ואף במסגרת נוהל כפי זה שהונהג בשנת 2006. בהקשר זה, טוב יעשו רשויות האכיפה אם ימצו פעולות הסברה וכן יצירת קשר אפקטיבי עם רשויות הרווחה. כאשר מאפייניהם של עוברי העבירות במקרים אלה מעידים על מצוקה וקושי, בין היתר בקבלת הדין (כפי שהבהיר אף בית משפט השלום בעת שדן בעניינו של מושיא, כאמור בפסקה 12 לגזר דינו), רשויות הרווחה יכולות וצריכות להיות גורם רלוונטי ודומיננטי במציאת פתרונות שאינם מגיעים כדי העמדה לדין. מאותו הטעם יש חשיבות גם למתן אזהרות ברורות קודם לנקיטה בהליכים פליליים. מהיבטו של מי שנגישותו למערכת אכיפת החוק רופפת כל כך, יש מקום ביתר שאת להבהיר את משמעותם של המעשים, ואת הסיכון לחשיפתו של העובר אותם בהעמדה לדין פלילי. כאשר התכלית המנחה את השימוש בכלי הפלילי במקרה זה היא בעיקרו של דבר מניעתית, עליה להיות אפקטיבית. מצב של ניכור ותחושה של התנכלות, הגם שאין בה ממש, לא יובילו לפיתרון המיוחל. כידוע, אף לפי הרמב"ם מתן כסף לעני שפושט יד לעבר אדם היא הדרגה הנמוכה ביותר של הענקת צדקה (משנה תורה לרמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק עשירי), ודומה שיש לעשות הכול כדי לעלות בסולם הסיוע והצדקה ממקום זה שאליו נדחקים אנשים החיים בעוני.

96. אשר לשאלה השנייה, ואף אם מתקבלת החלטה להעמיד לדין בגין פשיטת יד לפי תקנות השמירה על המקומות הקדושים, יש לברור את העונשים ההולמים הרשעה בה. בנסיבות אלה, שבהן עסקינן במי שמטבע דברים מצבם הכלכלי עלול שלא לאפשר להם לעמוד בתשלום הקנסות המוטלים עליהם, ואילו מאסר מאחורי סורג ובריח הוא כלי חריף שאינו הולם את חומרת העבירה שבה מדובר – יש לאתר איזון הולם ולהתאים את העונש על בסיסו. לא בכדי קבע המחוקק כי בבוא בית המשפט להטיל עונש של קנס עליו להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם (ראו: סעיף 40ח לחוק העונשין, וכן: ע"פ 1274/12 אל דרחי נ' מדינת ישראל, פסקאות 20-22 (4.7.2013) (להלן: עניין אל דרחי); ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פסקה 228 לפסק דינו של השופט פוגלמן (29.12.2015); ע"פ 4919/14 אזולאי נ' מדינת ישראל, פסקה 73 לפסק דינו של השופט עמית וכן פסק דינה של השופטת ע' ברון (6.3.2017); ע"פ 4531/18 פלוני נ' מדינת

ישראל, פסקה 4 (26.7.2018). כן ראו: רבין וואקי, בעמ' 1731-1733). בהקשר קרוב אחר, חשוב להזכיר את ביטולו של מאסר החייבים שנהג בעבר במדינת ישראל (ראו: חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 43), התשע"ד-2014. ראו והשוו גם: בג"ץ 5304/92 פ"ד מ"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת - עמותה נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715 (1993). וכן: רון חריס "נפילתו ועלייתו של מאסר החייבים" עיוני משפט כ 439 (1996). כך למשל, לכאורה נראה כי עונש של של"צ (שירות לתועלת הציבור) מתאים יותר להרשעה בעבירה כמו זו שבפנינו (כמובן בכפוף לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה). אולם, מאחר שלא בכך התמקד הדיון, הדברים נאמרים למעלה מן הצורך.

97. אם כן, הגם שישנה סמכות להעמיד לדין בעבירה של פשיטת יד לפי תקנות השמירה על המקומות הקדושים, יש לבחון היטב כלפי מי זו נאכפת, ובאיזה אופן נעשית האכיפה כאמור. קביעת הנחיות ברורות בידי הפרקליטות כמו גם מתן אזהרות ברורות יסייעו לוודא כי הסנקציה הפלילית מופעלת כלפי מי שראוי לכך, וכי יישומה אפקטיבי. בהמשך לכך, ענישה מידתית עשויה להיות לא רק מועילה, כי אם גם צודקת בנסיבות העניין, תוך שהיא מתחשבת במאפייני העבירה והעוברים אותה.

98. במבט רחב עוד יותר, אוסיף הערה שבעיני היא חיונית במישור הציבורי והחברתי, גם אם לא במישור המשפטי הצר. הטיפול בקושי שמעוררת פעילות הקבצנים ברחבת הכותל המערבי אינו יכול להיות משפטי בלבד. פעילות זו היא – גם, אם לא רק – תולדה של מצוקה וקשיי תפקוד של האנשים המעורבים בכך. אכיפה והרתעה הן כמובן חלק חשוב מן הטיפול, אך בדרך כלל, כאשר מדובר בסוגיות כה רגישות, אינן חזות הכול. שיתוף פעולה של גורמי האכיפה עם גורמי הטיפול והרווחה עשוי להניב תוצאות טובות יותר. הרחבתה של זווית ההסתכלות בכיוונים אלה אינה נתמכת אך בניסיון החיים הכללי, אלא גם במחקרים שנעשו בתחום זה (ראו למשל: Brandt J. Goldstein, *Panhandlers at Yale: A Case Study in the Limits of Law*, 27 IND. L. J. 295 (1993)). היא אף עולה בקנה אחד עם הגישה של "מודל השיטור לפתרון בעיות" שפותח בספרות המחקרית, ומוכר גם בישראל (ראו: HERMAN GOLDSTEIN, PROBLEM-ORIENTED POLICING (1990); עמיקם הרפז אסטרטגיות שיטור – סוגיות בעיצוב מדיניות אכיפת החוק 163-172 (2012)). במידה רבה, היא מתיישבת גם עם הנהגתו ההדרגתית של השיפוט במתכונת של "בתי משפט קהילתיים" אשר מותאם להתכוננות בעבירות שביצעו נאשמים בהקשר הרחב של המצוקה שממנה הם סובלים (ראו: דניאלה ביניש ועדי בלוטנר "בתי משפט קהילתיים בישראל" הסניגור 4 272 (2019)).

99. התוצאה האופרטיבית: במקרה דנן ובמבט הצופה פני עתיד – חרף הדברים שאמרתי בכל הנוגע למדיניות הענישה, הגעתי בסופו של דבר לכלל דעה כי לא אוכל להתערב בתוצאה העונשית בעניינם של המערערים, וזאת מן הטעם שהם כלל לא טענו לכך. על פני הדברים, דעתי לא הייתה נוחה מהתוצאה שאליה הגיעו הערכאות הקודמות. סברתי כי היא מעוררת שאלות, בהתחשב בגובהן של ההתחייבויות הכספיות שהושתו על המערערים, ובכלל זה הפעלתה של התחייבות קודמת בסכום משמעותי בעניינו של מושיא.

100. מלכתחילה ביקשתי לפעול בעניין זה בגדר סמכותה של ערכאת הערעור "ליתן בקשר לפסק הדין כל החלטה אחרת שהערכאה הקודמת היתה מוסמכת לתתה" (לפי סעיף 213(3) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. ראו גם ע"פ 5518/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו(3) 525, 528 (1992), וכן: יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים – חלק שני הליכים לאחר משפט 1933 (2009)). אולם, בסופו של דבר, התבררו הקשיים לעשות כן. ראשית, לנוכח האמור בסעיף 76 לחוק העונשין, משהוטלה ההתחייבות, ידיו של בית המשפט כבולות והוא אינו יכול להורות על הארכתה או על מימוש חלקי בלבד שלה (ראו: רע"פ 4123/17 שוחט נ' מדינת ישראל, פסקאות 4-7 (25.6.2018)). שנית, באי-כוחם של המערערים לא הניחו כל תשתית עובדתית שאפשרה להתערב בגזרי הדין, מעבר לעובדה הפורמאלית שלא עתרו לכך. אסתפק אפוא בהפניית זרקור לחשש שהטלת התחייבות בלתי מותאמת מבחינה כלכלית עלולה להתגלות לימים כ"מלכודת". מנקודת מבטי, המקרה שבפנינו מחדד את הקושי הכרוך בשימוש בכלי של התחייבות להימנע מעבירה בהקשרם של פושט יד, מתוך תקווה שהמתחייב לא יחזור וייכשל באותה עבירה. המקרה שבפנינו מלמד כי תקווה זו לא תמיד יש לה על מה לסמוך. דומה אפוא שבמקרים מסוג זה השימוש בענישה כלכלית באופייה (בפרט בסכומים גבוהים יחסית), ולא רק בעונש מאסר, צריך להיוותר החריג ולא הכלל, באותם מקרים שבהם השתכנע בית המשפט כי העוסקים בפשיטת יד אינם עניים למעשה.

לקראת חתימה

101. בשלב זה הונחו בפני חוות דעתם של חברי השופטים נ' סולברג ו-י' אלרון, ובהמשך לכך אני מבקשת להוסיף ולהבהיר את עמדתי במספר נקודות.

102. תחולה רטרואקטיבית? – את עיקר דברי אני מבקשת לייחד לעמדה העקרונית שהציג חברי השופט אלרון ביחס לתחולתו הרטרואקטיבית – לשיטתו – של סעיף 2(ב) לחוק העונשין. מאחר שחברי הרחב בנקודה זו, שהמצב המשפטי ביחס אליה היה ברור

למדי לשיטתי, אתייחס לכך בהרחבה גם אני. גישתי מבוססת על שלושה אדנים: ההיסטוריה החקיקתית, תכלית החקיקה, ולבסוף עולם המעשה.

103. היסטוריה חקיקתית: כיצד? – כפי שכבר ציינתי, הוראת סעיף 2(ב) לחוק העונשין היא תוצר של תוספת להצעת החוק המקורית של תיקון 39 לחוק העונשין. במובן זה, הפניותיו של חברי לדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית אינן מסייעות בפרשנות הסעיף.

104. לעומת זאת, דווקא ניתן למצוא התייחסות ישירה לתוצאות הצפויות של תוספת סעיף 2(ב) לחוק העונשין בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 18.1.1994. במסגרת זו הודיע ח"כ דן מרידור, חבר ועדת המשנה שדנה בהוספת החלק הכללי לחוק העונשין ומי שהיה שר המשפטים בעת שהונחה הצעת החוק המקורית, כי במסגרת דיוניה גיבשה ועדת המשנה נוסח שונה במקצת מן הנוסח המקורי שעבר בקריאה הראשונה. בין הסעיפים שהוספו, מנה מרידור את סעיף 2(ב) המוצע, באומרו את הדברים המפורשים הבאים:

"בסעיף 2(ב) קבענו: 'תקנות בהן נקבעו עבירות ועונשים טעונות אישור ועדה של הכנסת'. זו הוראה חדשה, זה לא המצב היום. זה יהיה המצב מעתה ואילך" (פרוטוקול ישיבה מס' 143 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 6 (18.1.1994)).

דומה שהדברים מדברים בעד עצמם.

105. אילו צפתה הכנסת מהפכה רבתי בכל הנוגע לתוקפן של תקנות קודמות שכוללות הוראות עונשין, חזקה שהייתה ניתנת לדברים התייחסות בהליך החקיקה. זאת ועוד: כאשר דברי חקיקה קוצבים פרק זמן להיערכות לכניסה לתוקף של חקיקה חדשה, ורשויות השלטון אינן משלימות את ההיערכות לקראתה, נהוג לפנות לכנסת ולהגיש הצעת חוק מתקנת שנותנת ארכה נוספת להשלמת ההיערכות (במקרה דנן, לצורך פנייה לוועדות הכנסת לצורך קבלת אישור לתקנות). דבר מכל זה לא נעשה לאורך השנים. לא ניתן להתעלם מכך.

106. תכלית החקיקה: כיצד? – במישור העקרוני, הדרישה לאישור של ועדה מוועדות הכנסת לנוסחן של תקנות מסוימות, ובכלל זה תקנות הקובעות עבירות, היא חלק בלתי נפרד מהליך ההתקנה של התקנות. כפי שציין המלומד ברוך ברכה ז"ל עוד לפני שנים

רבות: "השיתוף הינו על-פי-רוב מקדמי, קרי, לפני כניסת התקנות לתוקף" (ברוך ברכה משפט מינהלי כרך ראשון 232 (1987)). באמצעותה של דרישת האישור הכנסת מפקחת על הליך התקנת התקנות. כאשר הוועדה הפרלמנטרית הרלוונטית אינה נכונה לאשר את נוסח התקנות שמובא בפניה, נפתח פתח לדיאלוג בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת, דהיינו השר עשוי לשקול שינוי של הנוסח המוצע עד אשר מושגת ההסכמה הנדרשת. זהו חלק בלתי נפרד מהליך התקנת התקנות. על כן, הרעיון של דרישת אישור יפה לתקנות שטרם הותקנו במועד חקיקתו של סעיף 2(ב) ולא לתקנות שהליך התקנתן כבר הושלם.

107. עולם המעשה: כיצד? – לא למותר להוסיף ולציין, כי תקנות שקדמו לחקיקתו של סעיף 2(ב) הן חזון נפרץ בחיי המשפט. רבות מהן נדונות באופן קבוע ביומו בבתי המשפט ונאכפות בחיי המעשה כדבר יום ביומו. כך למשל, סעיפי ההסמכה שמכוחם הותקנו תקנות המכס, התשכ"ו-1965 הכוללות סעיף עונשין, אינם דורשים אישור ועדה מוועדות הכנסת. האם חברי מכוון לכך שכלל הקנסות לפי תקנות אלה נגבו שלא כדין בעשרות השנים שחלפו מאז חקיקתו של תיקון 39? אכן, שיקולים מעשיים אינם מטילים את הכף כנגד מסקנה משפטית מתבקשת. אולם, הם מקבלים משנה תוקף כאשר להחלטה המשפטית יש השלכות רוחב כה משמעותיות. מכל מקום, דומה שבמקרה דנן הדין וחיי המעשה מוליכים לאותה תוצאה.

108. שאלת הסמכות – בשלב זה אני מבקשת להתייחס לספקות הנוספים שהעלה חברי השופט אלרון בכל הנוגע לתוקפן של התקנות – בהתייחס למישור ההסמכה להתקנתן בחוק השמירה על המקומות הקדושים. אני סבורה שעיון בחוק המקומות הקדושים מלמד על הסמכה רחבה להסדרת דרכי ההתנהגות בהם, והדבר אף מתחייב מתכלית החוק, כפי שהוסברה על ידי. זאת ועוד: חברי אינו מבהיר האם פסלותה של התקנה מבחינתו נוגעת אך להיבטיה הפלייליים, או שהאיסור על פשיטת יד במקומות הקדושים הוא פסול לשיטתו אף ככל שייאכף באופן מינהלי על-ידי הממונה. לכאורה, ההנמקה המוצגת על-ידו יפה אף לקביעת האיסור במתכונת שאינה פלילית. כך או כך, הרושם העולה מן הדברים הוא הסתייגות ערכית גורפת מקביעת איסור על קבצנות. על כן, אני מבקשת להבהיר: כשלעצמי, איסורים משפטיים על פשיטת יד אינם תואמים את נטיות לבי. אולם, כשופטים, שומה עלינו להגביל עצמנו לשאלות של חוקיות התקנות וסבירותן.

109. שאלת הענישה – לבסוף, אוסיף ואתייחס לעמדתו החלופית של חברי השופט אלרון, המצדד בהתערבות בעונשם של המערערים. כאמור, הפכתי והפכתי בכך בעצמי. אין חולק שהסמכות לעשות כן בנוגע להתחייבויות שנקבעו בהליך זה נתונה בידינו – וכך ציינתי – אך הגעתי לכלל דעה שלא נוכל לעשות כן ללא תשתית עובדתית. אין לי

אלא להצטרף לדבריו של חברי השופט סולברג בנקודה זו. כך או כך, ככל שפניהם של המערערים לפריסת תשלומים, הדרך לעשות כן היא באמצעות פנייה למרכז לגביית קנסות (ראו: סעיף 5 לחוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, תשנ"ה-1995).

סוף דבר

110. קשה עד מאד לדון במישור המשפטי במי שפושטים יד, ויש להיזהר בכך זהירות רבה. עם זאת, אין בכך כדי לומר שהמדינה מנועה מלשמור על סדרי שלטון במקומות הראויים לכך. הכותל המערבי אינו עוד רחוב צר וצדי כפי שהיה בשנים עברו. הוא מקום מיוחד. ככלל, רחובות העיר נותרים פתוחים בפני הקבצנים. והלוואי שלא יזדקקו להם לשם כך.

111. אשר על כן, אם תישמע דעתי נורה על דחיית הערעורים. לצד זאת, תקוותי היא כי ההערות בעניין מדיניות האכיפה והענישה הראויות בעבירות אלה ייפלו על אוזניים קשובות.

ש ו פ ט ת

השופט י' אלרון:

1. צר לי אך אין בידי להסכים לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארד.

בקשות רשות הערעור שלפנינו אכן מעוררות סוגיות עקרוניות וכבדות משקל המצדיקות מתן רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים. משהוגשו לפניי הבקשות החלטתי להעבירן לדיון בהרכב שלושה, ומשמענו את טענות הצדדים אני סבור כי יש לדון בבקשות כבערעור.

ליבת המחלוקת ביני לבין חברתי היא בשאלת חוקיות העבירה הקבועה בתקנות 2(א)(7) ו-5 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981 (להלן: תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים או התקנות), האוסרת על פשיטת יד ברחבת הכותל המערבי וקובעות עונשים בגין עבירה על איסור זה.

בשונה מחברתי, אני סבור כי העבירה הקבועה בתקנות אלו אינה מקיימת את הוראות סעיף 2 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), שלפיהן סמכות

מחוקק המשנה לקבוע עבירות ועונשים בתקנות כפופה לקיומה של הסמכה מפורשת בחוק ולביקורת פרלמנטרית על ידי ועדה מוועדות הכנסת.
על כן, לו תישמע דעתי נקבע כי העבירה הקבועה בתקנות אלו אינה תקפה – וכי דין הערעורים להתקבל.

2. משעיקר המחלוקת ביני לבין חברתי ביישום הוראות סעיף 2 לחוק העונשין על המקרה דנן, אתמקד בחוות דעתי בפרשנות הראויה לטעמי לסעיף זה וביישומה על העניין שלפנינו. הרקע לבקשות רשות הערעור, טענות הצדדים, וההנמקה להתאמת בחינת חוקיות העבירה במסגרת ההליך דנן פורטו בהרחבה בחוות דעתה של חברתי, ולא ראיתי לנכון לשוב על הדברים פעם נוספת.

מסגרת נורמטיבית: על הסמכות לקבוע עבירות ועונשים בתקנות

3. פרקים א ו-ב לחוק העונשין, אשר נחקקו במסגרת תיקון 39 לחוק זה (חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד–1994), עניינם בעקרון חוקיות הענישה. מתוקף עיקרון זה, נקבע בסעיף 1 לחוק העונשין כי:

”אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו”.

4. גישה זו, שלפיה אין קובעים עבירות ועונשים אלא על פי חוק, משקפת את חומרת האיסור הפלילי לעומת איסורים אחרים ואת משמעותו החברתית והשלכותיו על חייו של הנושא באחריות הפלילית, ובכלל זה, על חירותו, על שמו הטוב ועל רכושו (ראו למשל ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 4 (1984) (להלן: פלר); בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, בפסקאות 8–9 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (15.6.2011) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח)).

5. בהתאם לעקרון חוקיות הענישה, מסמיך סעיף 2 לחוק העונשין את הרשויות המנהליות המופקדות על יישומם של הסדרים ראשוניים שקבע המחוקק בחוק, לקבוע עבירות ועונשים הנחוצים לשם ביצוע החוק ויישומו. זאת, תחת כמה מגבלות נוקשות וברורות:

”(א) הסמכות להתקין תקנות לביצוע חוק, כוללת אף את הסמכות לקבוע עבירות על התקנות ועונשים על עשייתן; ואולם, עונש מאסר שנקבע בתקנה, תקופתו לא תעלה על ששה חודשים, ואם נקבע עונש

קנס – לא יעלה שיעורו על הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום.
(ב) תקנות שבהן נקבעו עבירות ועונשים טעונות אישור ועדה של הכנסת" (ההדגשה שלי – י' א').

6. המגבלות הקבועות בסעיף 2(א) לחוק העונשין, אינן שונות באופן משמעותי מאלו שנקבעו קודם לכן במסגרת סעיף 16(2) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] (שבוטל בתיקון 39. ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב–1992, ה"ח 115, 115 (להלן: הצעת החוק)), ואשר חלו במועד התקנת התקנות מושא הבקשה דנן. עיקרן בכך שסמכות מחוקק המשנה לקבוע עבירות ועונשים כפופה לקיומה של התאמה עניינית בין העבירה הקבועה בתקנה לבין ההסמכה המופיעה בחקיקה הראשית; ואף כפופה למגבלות מסוימות באשר לחומרת העבירות והעונשים אשר הוא רשאי לקבוע, ואשר יש בהן "ערך עקרוני ומנחה – להגביל את סמכות החקיקה של מחוקק המשנה בתחום דיני העונשין, לעבירות קלות בלבד" (דברי ההסבר להצעת החוק, בעמ' 115. ראו גם גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין א 265–275 (2009) (להלן: הלוי); פלר, בעמ' 4).

7. הדרישה לקיומה של התאמה עניינית בין העבירה הקבועה בתקנה לתחום שלגביו הוסמך מחוקק המשנה להתקין תקנות, נלמדת כאמור מהוראות סעיף 2(א) לחוק העונשין, שלפיהן הסמכות לקבוע עבירות ועונשים כפופה לנחיצותם לשם ביצוע החוק המסמיך. עמד על כך השופט א' א' לוי בעניין האגודה לזכויות האזרח:

"הסמכה – והגבלות בצדה. התיבות 'תקנות לביצוע חוק' ו'עבירות על התקנות' [בסעיף 2(א) לחוק העונשין – י' א'] משמען כי כשם שאין מחוקק המשנה מוסמך לקבוע בתקנות אלא הסדרי משנה, המסייעים בהגשמתם של ההסדרים הראשוניים שקבע המחוקק, כך כוחו בקביעתן של נורמות פליליות מוגבל אף הוא להבטחת ביצועם של אותם הסדרי משנה בלבד. סעיף 2 לחוק העונשין אינו מקנה לרשות המנהלית את הכוח להוסיף, בכל דרך לרבות באמצעות קביעתם של עבירות ושל עונשים, על ההסדרים הראשוניים שבחוק המסמיך" (שם, בפסקה 8 לפסק דינו).

זאת ועוד, על ההסמכה בחוק לקביעת עבירות ועונשים בתקנות על ידי מחוקק המשנה להיות ברורה ומפורשת. דרישה זו נגזרת מהעיקרון הכללי שלפיו תקנה הפוגעת בזכות יסוד טעונה הסמכה מפורשת בחוק. כך למשל, בעניין ארקו הדגישה הנשיאה ד' ביניש כי:

"ככל שעוצמת הפגיעה בזכות תגדל, כך יהיה עלינו לקרוא קריאה דווקנית יותר את הדרישה בדבר ההסמכה המפורשת" (דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' 1).

ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, 66 (2009). ראו גם בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 499 (2010); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 360–361 (1983).

אין חולק כי תקנה הקובעת עבירות ועונשים עלולה לפגוע בזכויות יסוד של הפרט. שהרי, ככל עבירה אחרת, יש בעבירות אלו כדי לפגוע בזכות לחירות, לשם טוב ולרכוש של אדם הנאשם בביצוען, ולהרשעתו בהן השלכות חברתיות משמעותיות. זאת, נוסף על הפגיעה האפשרית בזכויות בהתאם להתנהגות שנאסרה בהן (ראו לענייננו את הדיון בפסקאות 61–65 בחוות דעתה של השופטת ברק-ארז).

נמצאנו למדים אפוא כי על פי עקרון חוקיות הענישה, במקרים שבהם קובעת תקנה עבירות ועונשים, יש לבחון בדיוקנות את קיומה של הסמכה מפורשת לקביעת עבירות אלו בחוק המסמיך (ראו גם עניין האגודה לזכויות האזרח, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט א' א' לוי).

8. לצד הדרישה להסמכה מפורשת לשם קביעת עבירות ועונשים על ידי מחוקק המשנה בתקנות, סעיף 2(ב) לחוק העונשין מכפיף את אותן תקנות עונשיות לביקורת פרלמנטרית המופעלת על ידי ועדות הכנסת.

9. הדיון הציבורי בעבירות הפליליות שמחוקק המשנה מבקש לקבוע נחוץ כדי למנוע פגיעה בזכויות יסוד העולה על הנדרש. אין זה ראוי כי פגיעה כה חמורה בזכויות יסוד על ידי קביעת עבירות פליליות תיעשה על ידי שר ללא דיון ציבורי פומבי מספק (על כך שמשיקולים דומים ישנו צורך באישור פרלמנטרי לקביעת מיסים ראו למשל בג"ץ 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, פסקאות לח–נח לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (13.11.2014)).

דרישת הסעיף לביקורת פרלמנטרית על תקנות הקובעות עבירות ועונשים אינה דרישה טכנית גרידא, אלא יש בה כדי לשקף גישה מהותית באשר לסמכותו המוגבלת של מחוקק המשנה לפגוע בזכויותיו של אדם, בהתאם לעקרון חוקיות הענישה (ראו גם בעמ' 115 לדברי ההסבר להצעת החוק).

10. דרישה זו אף נושאת עימה נופך חוקתי, שהרי היא מבקשת להגדיר את יחסי הגומלין בין מחוקק המשנה לכנסת, ולעגן את סמכות הכנסת בפיקוח על פועלו של מחוקק המשנה במסגרת התקנות שבכוונתו להתקין.

במאמר מוסגר יצוין כי על רקע אופיו החוקתי של סעיף 2(ב) לחוק העונשין, תהה שר המשפטים דאז, דוד ליבאי, במהלך הליכי החקיקה של תיקון 39 לחוק העונשין אם לא מן הראוי כי הוראותיו ייקבעו במסגרת חוק יסוד, ולא במסגרת חוק העונשין. אולם, לבסוף התקבלה עמדת חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט אשר דנו בהצעת החוק, שלפיה קיימת חשיבות מיוחדת להבהרת זכויות היסוד של נאשמים, ובפרט לצורך בביקורת פרלמנטרית על סמכות מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות עבירות ועונשים. על כן, הוסכם כי אין להמתין עד לחקיקת חוקי היסוד שיבהירו את הסוגיה – ויש לקבוע את מגבלות סמכויותיו של מחוקק המשנה לקבוע עבירות ועונשים ואת מנגנון הביקורת הפרלמנטרית על כך כבר במסגרת התיקון לחוק העונשין (פרוטוקול ישיבה מס' 167 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 2–3 (8.3.1994)).

11. סיכמו של דבר, הוראות סעיף 2(א) לחוק העונשין קובעות מגבלות מהותיות באשר לסוג ולחומרת העבירות והעונשים אשר מחוקק המשנה רשאי לקבוע; ואילו הוראות סעיף 2(ב) לחוק העונשין קובעות מגבלה דיונית בעלת אופי מעין חוקתי באשר לאופן קביעת עבירות ועונשים אלו על ידי מחוקק המשנה, תוך הכפפת סמכותו לביקורת על ידי ועדות הכנסת.

במקרים שבהם התקנות הקובעות עבירות ועונשים החורגות מהמגבלות המהותיות הקבועות בסעיף 2(א) לחוק העונשין, הרי שהתקנות הותקנו בחוסר סמכות ועל כן הן בטלות (על בטלותן של תקנות שהותקנו בחוסר סמכות ראו למשל: רע"פ 3268/02 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 835, 843–846 (2003)); ואילו במקרים שבהם תקנות מסוג זה לא זכו באישור ועדה מוועדות הכנסת, בניגוד לדרישת סעיף 2(ב) לחוק העונשין, הרי שאותן תקנות נעדרות כל תוקף חוקי עד שתאושרנה בהתאם להוראות החוק (ראו גם הלוי, בעמ' 271).

12. כפי שארchiב להלן, אני סבור כי יש לפרש את סעיף 2(ב) לחוק העונשין, שלפיו תקנה הקובעת עבירות ועונשים טעונה אישור מוועדות הכנסת, כך שהוא חל למפרע, גם על תקנות שהותקנו בטרם נחקק הסעיף במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין. מאחר שהתקנות שעל בסיסן הוגשו כתבי האישום נגד המבקשים לא אושרו בוועדה מוועדות הכנסת, הרי שמשמעות הדבר היא כי תקנות אלה נעדרות כל תוקף חוקי ואין לאכוף אותן.

זאת ועוד, ספק רב בעיניי אם חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז – 1967 (להלן: חוק השמירה על המקומות הקדושים) מסמיך את שר הדתות לקבוע עבירה

של פשיטת יד במקומות הקדושים המופיעים בתוספת לתקנות – ובכלל זה, ברחבת הכותל. אם אכן כך הדבר, הרי שבהיעדר הסמכה מפורשת מתאימה, התקנות הקובעות עבירה של פשיטת יד במקומות הקדושים בטלות.

היעדר אישור מצד ועדה מוועדות הכנסת לעבירה של פשיטת יד במקומות הקדושים

13. לשון החוק "שותקת" באשר לתחולה בזמן של סעיף 2(ב), ו"סובלת" שתי פרשנויות. פרשנות אפשרית אחת לסעיף היא כי רק תקנות הקובעות עבירות ועונשים שנקבעו לאחר חקיקת הסעיף, טעונות אישור של אחת מוועדות הכנסת. אולם, פרשנות אפשרית אחרת היא כי תקנות שלא אושרו בוועדה מוועדות הכנסת אינן תקפות – בין שהן הותקנו בטרם הוחל תיקון 39 לחוק העונשין ובין שלאחריו.

14. בית משפט זה טרם נדרש לסוגיה זו. אומנם, בבג"ץ 5379/00 Bristol-Myers Squibb Company נ' שר הבריאות, פ"ד נה(4) 447 (2001) נקבע כי סעיף 2(ב) לחוק העונשין "אינו חל על תקנות הרוקחים (תכשירים רפואיים)", ולכאורה ניתן היה להסיק מכך שאין להחיל את הסעיף למפרע על תקנות שקדמו לו. אולם, עיון בטענות הצדדים מלמד כי שאלת תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק העונשין למפרע כלל לא עלתה לדיון באותו עניין.

העתירה התמקדה בשאלת חוקיותן של תקנות הרוקחים (תכשירים רפואיים) (תיקון), התש"ס-2000. בהקשר זה טענו העותרים כי את התקנת התקנות החדשות שהותקנו בשנת 2000 היה על שר האוצר לאשר בוועדה מוועדות הכנסת, שהרי תקנות הרוקחים (תכשירים רפואיים), התשל"ח-1977, המקוריות קובעות כי הפרת הוראה מהוראות התקנות עולה כדי עבירה פלילית (סעיף 23 לעתירה). בהודעה מטעמה טענה המדינה כי בתקנות החדשות לא נקבעו עונשים, ולכן "סעיף 2(ב) לחוק העונשין כלל לא חל על התקנות דנן" (סעיף 42 להודעה).

מכאן כי את קביעת בית משפט זה באותו עניין שלפיה סעיף 2(ב) לחוק העונשין "אינו חל על תקנות הרוקחים", יש לפרש כך שהוא אינו חל על התקנות החדשות בלבד, מהטעם שלא נקבעו בהן עונשים – ולא מהטעם שהסעיף אינו חל למפרע.

ממילא איני סבור שיש באמור בעניין זה כדי להכריע בסוגיה שלפנינו.

15. מנגד, אני סבור כי קיימים טעמים כבדי משקל להעדפת הפרשנות שלפיה סעיף 2(ב) חל על תקנות שהותקנו לפני מועד חקיקת הסעיף.

16. ראשית, בניגוד לשופטת ברק-ארז, אני סבור כי יש להחיל על סעיף 2(ב) לחוק העונשין את החזקה הפרשנית נגד תחולתו למפרע ("חזקת אי-הרטרוספקטיביות"), ועל כן אין כל קושי בהחלתו על תקנות שקדמו לחקיקתו.

תכלית הוראות סעיף 2(ב) לחוק העונשין היא להכפיף את סמכות מחוקק המשנה לביקורת פרלמנטרית. בכך שינה המחוקק את המצב המשפטי שהיה קיים ערב מועד תחילת החוק, שלפיו מחוקק המשנה לא נדרש לאשר עבירות ועונשים בוועדות הכנסת. שינוי זה משקף עמדה אשר לפיה לא ראוי שמחוקק המשנה יקבע עבירות ועונשים ללא כל ביקורת פרלמנטרית; ונחוץ מנגנון איזונים ובלמים אשר ימנע הרחבתה של איסורים פליליים ועונשים שלא נקבעו בחקיקה ראשית באופן העולה על הנדרש.

משהכפיף המחוקק תקנות הקובעות עבירות ועונשים לביקורת פרלמנטרית במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, אין מקום להניח כי דווקא תקנות אשר קדמו לתיקון 39 אינן כפופות לביקורת פרלמנטרית.

למעשה, פירוש הסעיף כך שהוא אינו חל על תקנות שהותקנו לפני חקיקתו חותר במידת מה תחת תכליותיו. בפרשנות זו יש כדי להעניק הכשר גורף לתקנות ישנות שלא הועברו תחת שבט ביקורתן של ועדות הכנסת, עד אשר תחליט הכנסת להעמיד תקנות אלו לביקורתה, או עד שמחוקק המשנה יחליט לתקן אותן. זאת, אף שאין כל טעם לסברה כי אין צורך בביקורת פרלמנטרית על תקנות שקדמו לתיקון 39. למעשה, לא מן הנמנע כי קביעת מנגנון הביקורת נבע דווקא מחוסר שביעות רצון מתקנות שקדמו לחקיקת הסעיף.

זאת ועוד, החלת הסעיף לעתיד בלבד עלולה לתמרץ את מחוקק המשנה להותיר בתוקף תקנה שיש מקום לתקן או לעדכן. זאת משום שהתיקון ידרוש אישור של ועדה בכנסת, ואילו הותרת הנוסח הקיים בתוקף לא תדרוש דבר – כך שדווקא הנוסח הלקוי של העבירה יישאר בתוקף.

תמיכה במסקנה כי סעיף 2(ב) נועד לחול למפרע על תקנות קודמות ניתן למצוא בכך שהסעיף אינו כולל תניה בדבר שמירת הדינים, כלומר שמירה בתוקף של תקנות שהותקנו לפני תיקון 39 (בשונה למשל מסעיף 22(א) לחוק העונשין שהתווסף אף הוא

במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין); כמו גם בעובדה כי במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין נקבע שהתיקון ייכנס לתוקף שנה לאחר פרסומו בלבד, באופן שהעניק למחוקק המשנה פרק זמן לאישור התקנות שקדמו לו.

במצבים מסוג זה, אשר בהם תכלית החוק היא לשנות ולתקן מצב קיים – לא חלה החזקה הפרשנית נגד החלתו למפרע. זאת, שהרי כל תכליתו של החוק להביא לתיקון המצב הקיים עובר לחקיקתו (ראו למשל: ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 783 (1992); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 632 (1993)). דברים אלו אף עולים בקנה אחד עם הוראת סעיף 16(4) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], שלפיה "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק". מכאן, כי חוק חדש הקובע הוראה שונה מהוראות החוק שחלו במועד התקנת התקנה בהחלט עשוי להשפיע על תוקפה (ראו גם ע"פ 5529/12 אוהב ציון נ' מדינת ישראל (9.11.2014)). משסעיף 2(ב) לחוק העונשין נועד לחול דווקא על תקנות שקובעות עבירה פלילית ולקבוע כיצד יש לתקנן, אין להתיר סתירה בינו לתקנות אלה ויש לקבוע כי הן נעדרת תוקף חוקי – וזאת, אף אם הן הותקנו לפני חקיקתו.

אם יש ממש בטענת המבקשים כי התקנות האוסרות על פשיטת יד במקומות הקדושים, ובכותל בפרט, כלל לא נאכפו שנים רבות, הרי שהדברים מקבלים משנה תוקף. ניסיון "להחיות" תקנות ישנות הקובעות עבירות ועונשים שלא נאכפו קודם לכן, תוך עקיפת הביקורת הפרלמנטרית הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק העונשין, חותרת תחת תכלית החוק לאפשר ביקורת פרלמנטרית על תקנות מסוג זה.

17. שנית, מסקנה זו נובעת גם מהוראות סעיף 34כא לחוק העונשין המורה כי:

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

אף אם אניח כפי שמצאה חברתי השופטת ברק-ארד, שדרישת אישור תקנה בוועדה בכנסת אינה מביאה בהכרח להקלה עם נאשמים, לא זו השאלה הפרשנית שיש להחיל בה פרשנות מקילה. המחוקק קבע את חובת הבאת התקנות לפני ועדה בכנסת, ועל כך אין חולק. הדיון הפרשני הוא בשאלת התחולה בזמן של הסעיף. במקרה דנן, פירוש סעיף 2(ב) כך שהוא חל למפרע על תקנות שקדמו לו מבטל את תוקפן של התקנות שעל בסיסן הוגשו כתבי האישום נגד המבקשים; ואילו פירוש הסעיף כך שהוא בעל

תחולה פרוספקטיבית בלבד על תקנות שהותקנו לאחר חקיקתו מעניק תוקף לתקנות שעל בסיסן הוגשו כתבי האישום.

ברי כי בשאלת התחולה בזמן של סעיף 2(ב), הפירוש המקל עם נאשם העומד לדין בגין ביצוע עבירה על פי תקנה שקדמה לחקיקתו, ולא אושרה בוועדה מוועדות הכנסת, הוא כי סעיף זה חל למפרע – ומשכך תקנה זו נעדרת כל תוקף, ולא ניתן להעמידו לדין, להרשיעו ולגזור את דינו לפי העבירות והעונשים הקבועים בה.

18. יוער כי תמיכה מסוימת במסקנה זו מצויה אף בהוראות סעיף 5 לחוק העונשין, הקובע כי חוק חדש המקל עם נאשם אשר טרם ניתן בעניינו פסק דין חלוט, יחול לגביו למפרע. כפי שהדגיש ש"ז פלר בספרו יסודות בדיני עונשין, בבסיס סעיף זה ניצבת העמדה כי החלטת המחוקק לקבוע נורמה מקילה מזו שהייתה קיימת קודם לכן משקפת שינוי בתפיסות החברתיות והמשפטיות, אשר מונע את המשך החלתה של הנורמה הקודמת והמחמירה:

"כאשר מדובר בנורמה [פלילית – י' א'] מאוחרת שמקלה עם האדם, אין החלתה על מעשה שנעשה קודם-לכן פוגעת בזכויות היסוד של הפרט, ואין היא מעמידה בסכנה את יציבות היחסים החברתיים. יחד עם זאת, סביר להניח כי הנורמה המאוחרת החליפה את קודמתה, כיוון שדרישות החברה השתנו. ניתן להניח שמדיניות הענישה שנקבעה בה הולמת יותר את הצרכים המשתנים של החברה ותואמת יותר מאשר קודמתה את התודעה המשפטית של הציבור. אם כך הוא המצב, כלום יש עוד הצדקה, במקרה של ביטול מוחלט של פליליות המעשה, להטיל אחריות פלילית בגינו, או לממש את האחריות שהוטלה בגללו, רק משום שנעשה לפני הביטול, כאשר פני החוק היו שונים?" (פלר, בעמ' 226–232).

בדומה, תיקון 39 לחוק העונשין – וסעיף 2(ב) לחוק בפרט – מבטא שינוי בסדרי העדיפויות החברתיים תוך עיגון עקרון חוקיות הענישה והגבלת שיקול דעתו של מחוקק המשנה לקביעת עבירות. משנקבע כי לא די בשיקול דעתו של מחוקק המשנה לקבוע עבירות פליליות, וכי נדרש אישור פרלמנטרי לקביעת עבירות המאפשר דיון ציבורי בנחיצותן של אותן עבירות – הרי שאין מקום להמשיך ולאפשר העמדה לדין על בסיס עבירות שלא זכו לאישור פרלמנטרי זה.

19. מאחר שאני סבור כי יש לפרש את סעיף 2(ב) כך שהוא חל על התקנות שעל בסיסן הוגשו כתבי האישום נגד המבקשים, ומאחר שתקנות אלה לא אושרו על ידי ועדה

מוועדות הכנסת, המסקנה המתבקשת היא כי תקנות אלה נעדרות כל תוקף חוקי ולא ניתן לאכוף אותן.

לא נעלם מעיניי כי קביעה זו עשויה להשליך על תקנות אחרות הקובעות עבירות ועונשים ואשר הותקנו לפני חקיקת תיקון 39 לחוק העונשין ולא הובאו לאישור ועדה מוועדות הכנסת. אולם, הליך אישור העבירות בוועדה מוועדות הכנסת אינו עניין של מה בכך. אכיפת עבירה שנקבעה בתקנות מבלי שאושרה קודם לכן על ידי ועדה מוועדות הכנסת, פוגמת באיזון הקבוע בסעיף 2(ב) לחוק העונשין – תוך פגיעה בעקרון חוקיות הענישה.

זאת ועוד, העבירות הקבועות בתקנות ממילא אינן עבירות חמורות – כי אם עבירות שהעונש המרבי לצידן הוא חצי שנת מאסר או קנס; ואילו התליית תוקפן של אותן עבירות אינה מייצרת "חלל נורמטיבי" ביחס אליהן, כפי שטענה המשיבה, שהרי בידי מחוקק המשנה נותרות סמכויות נוספות ואמצעים שונים למימוש הסמכויות המוקנות לו בחוק.

בנסיבות אלו, דומה כי האינטרס הציבורי שבהקפדה על עקרון חוקיות הענישה גובר על האינטרס הציבורי שבאכיפת אותן עבירות הקבועות בתקנות אשר הכנסת טרם אישרה באמצעות ועדה מוועדותיה.

20. לצד זאת, כפי שארחיב להלן, אני סבור כי קיים ספק רב אם קיימת הסמכה מספקת בחוק השמירה על המקומות הקדושים לקבוע עבירה של פשיטת יד במקומות אלו.

היעדר סמכות לקבוע עבירה של פשיטת יד במקומות הקדושים

21. חוק השמירה על המקומות הקדושים מקמץ במילים. החוק מונה ארבעה סעיפים בלבד, אשר עיקרם סעיף 1 הקובע כי:

"המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות".

סעיף 2 ממשיך וקובע כי חילול ופגיעה במקום קדוש הם עבירה פלילית אשר דינה עד 7 שנות מאסר, ואילו מעשה העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל

המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות, הוא עבירה פלילית אשר דינה עד 5 שנות מאסר.

סעיף 3 קובע הוראות בדבר שמירת הדינים, ואינו נוגע לענייננו; ולבסוף סעיף 4 קובע כי שר הדתות ממונה על ביצוע החוק, ובמסגרת זאת רשאי "להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו", בכפוף להיוועצות עם נציגי בני הדתות ועם שר המשפטים.

22. לנוכח הוראותיו המצומצמות של חוק השמירה על המקומות הקדושים, עמד בעבר ממלא מקום הנשיא מ' זילברג על כך שלא ניתן לקיים את הוראות חוק השמירה על המקומות הקדושים ללא תקנות שיורו כיצד יש לשמור על קדושתם, כמצוות סעיף 1 לחוק זה (בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141, 153–154 (1970)). ראו גם את דברי הנשיא ש' אגרנט שם, בעמ' 224–225).

ואכן, תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים יצקו תוכן להוראות החוק. במסגרת זאת, תקנות 2 ו-3 קובעות שורה של איסורים החלים במקומות אלו, ובכותל המערבי בפרט; ותקנה 5 קובעת כי "העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3, דינו – מאסר ששה חדשים או קנס 500 שקלים".

לענייננו, צירוף תקנה 2(א)(7) ותקנה 5 מורה בין היתר כי פשיטת יד במקומות הקדושים ליהודים – ובפרט בכותל המערבי – היא עבירה אשר דינה 6 חודשי מאסר או קנס.

23. נדמה כי עיון בהוראות חוק השמירה על המקומות הקדושים מלמד כי מחוקק המשנה לא הוסמך לקבוע כי פשיטת יד במקומות הקדושים היא עבירה פלילית.

במסגרת חוק זה, הוסמך כאמור מחוקק המשנה להתקין תקנות שעניינן בשמירה על המקומות הקדושים מפני חילול וכל פגיעה אחרת, ומפני "כל דבר אחר" העלול לפגוע ברגשותיהם של באי המקום. סמכותו של מחוקק המשנה לקבוע תקנות הקובעות עבירות ועונשים כפופה אף היא למטרה זו, ונדרשת זיקה ברורה וישירה בין מטרה זו לבין העבירות והעונשים הקבועים בתקנות.

24. אולם, כפי שאפרט להלן, קיים קושי רב בטענה כי יש בעצם מעשה פשיטת היד במקומות הקדושים כדי להביא באופן ישיר לחילולם, לפגיעה בהם, או שהוא אף עלול לפגוע ברגשות בני הדתות כלפי אותם מקומות. לכל היותר יש יסוד לסברה כי קביעת

מגבלות באשר לאופן בקשת תרומות ונדבות במקומות הקדושים עשויה למנוע הפרות של הסדר הציבורי – ובכך למנוע באופן עקיף פגיעה במקומות אלו וברגשותיהם של בני הדתות הבאים למקומות הקדושים.

מסופקני אם קשר עקיף זה עונה באופן מספק על דרישת ההסמכה המפורשת, ודאי בהינתן הפגיעה בזכויות היסוד הנגרמת כתוצאה מהקביעה כי פשיטת יד במקומות הקדושים ליהודים היא עבירה פלילית. (על הפגיעה בזכויות יסוד העלולה להיגרם כתוצאה מהעמדה לדין בגין פשיטת יד ראו למשל: Anthony D. Lauriello, *Note: Panhandling Regulation after Reed v. Town of Gilbert*, 116 COLUM. L. REV. 1105 (2016)).

25. הקביעה אם מעשה מסוים עלול לפגוע או לחלל בקדושתו של מקום או ברגשות בני הדת הבאים לבקרו מושפעת, מטבע הדברים, ממנהגי בני אותה דת (בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 356, 265 (1994). ראו גם דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש-הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז(3) 331, 289 (2003)).

אין צורך להכביר במילים בדבר מעלתה הגדולה של נתינת צדקה כפי שבאה לידי ביטוי במקורות ההלכה היהודית.

לענייננו, ראוי לציין כי יש הנוהגים לתת צדקה דווקא בסמוך לתפילה או במהלכה, וזאת בפרט במסגרת ביקוריהם במקומות הקדושים. במקורות ההלכה נמצאים תימוכין רבים למנהגים אלו. כך למשל, קובע השולחן ערוך כי "טוב ליתן צדקה קודם תפלה" (שולחן ערוך, אורח חיים, סימן צב סעיף י); הרמב"ם העיר כי "גדולי החכמים היו נותנים פרוטה לעני קודם כל תפילה ואחר כך מתפללין" (משנה תורה, מתנות עניים, פרק י, הלכה טו); ואילו במשנה ברורה צוין כי בכמה קהילות "ניתקן המנהג ליתן צדקה כשמגיע להפסוק והעושר וכו' ואתה מושל בכל" במהלך התפילה (משנה ברורה, סימן צב, סימן קטן לו). הרואים בביקור בכותל המערבי כסימן לעלייה לרגל אף עשויים לסבור כי קיימת מצווה לתת צדקה לעניים במהלך ביקורם (על מצוות צדקה בעליה לרגל ראו למשל: ספר יראים, מצווה תכה; משנה תורה, חגיגה, פרק א, הלכה ג).

אין בהפניה למקורות אלו כדי להביע עמדה באשר לשאלה ההלכתית אם מותר וראוי לקבץ נדבות במקומות הקדושים; ואף אין בשאלה ההלכתית בעניין זה כדי לקבוע מהו הדין. אולם, יש במקורות אלו כדי ללמד על קיומו של מנהג עתיק יומין לתת צדקה בסמוך לתפילה ובמהלך הביקור בכותל המערבי. קיומו של מנהג זה מערער את הסברה

כי עצם בקשת הצדקה מחללת את המקומות הקדושים ליהודים או פוגעת ברגשותיהם של אלו המגיעים למקומות אלו כדי להתפלל. אדרבה – דומה כי יש הרואים במתן הצדקה לעני חלק מהותי מחוויית הביקור במקומות הקדושים.

אף התקנות עצמן אינן שוללות מתן צדקה במקומות הקדושים, כי אם קובעות כללים ומגבלות באשר לאופן בקשת תרומות והצבת קופות צדקה במקומות אלו. כך, בצד האיסור על פשיטת יד במקומות הקדושים, מורה תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים כי ניתן לבקש תרומות ולהציב קופות צדקה במקומות הקדושים בכפוף למגבלות שיקבע הממונה כהגדרתו בתקנות.

האיזון שתקנה 2(א)(7) לתקנות מבקשת לקיים מלמד כי עיקר מטרתה להבטיח את הסדר הציבורי במקומות הקדושים, ועל ידי כך להביא לשמירה על קדושתם. מכאן, כי אף התקנות עצמן אינן משקפות גישה שלפיה עצם מעשה פשיטת היד אסור ופוגע במקום או מחללו (ראו גם אביעד הכהן "לעשות צדקה ומשפט": על הזכות לקבץ צדקה ולתתה ועל היכולת להגבילה מטעמים ראויים" פרשת השבוע 465 (תשע"ז)).

ממילא, הטענה כי עצם הבקשה למתן צדקה תוך פשיטת יד מחללת באופן ישיר את המקומות הקדושים או פוגעת בהם – מוקשית. למעשה, ייתכן כי מתן צדקה לעניים נחוץ דווקא לכיבוד המנהגים הנהוגים במקומות אלו ולשמירה על קדושתם.

26. נדמה כי לכל היותר, ניתן לבסס קשר עקיף בין פשיטת היד במקומות הקדושים לבין הוראות חוק השמירה על המקומות הקדושים על ידי שמירה על הסדר הציבורי באותם מקומות. עם זאת, בשל הפגיעה הכרוכה בזכויות יסוד בקביעת מעשה פשיטת היד כעבירה פלילית, אין בקשר עקיף זה כדי ללמד על הסמכה מפורשת במידה מספקת לקביעת עבירה של פשיטת יד בתקנות, שהרי דרישת ההסמכה המפורשת אינה מסתפקת בלשון כללית כדי לפגוע בזכויות יסוד. (ראו גם אורן גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד 381, 407–408 (1998)).

27. בהקשר זה יודגש כי איני שולל את האפשרות שדי בקשר עקיף זה כדי להטיל מגבלות אחרות על פשיטת יד במקומות הקדושים, אשר אינן קובעות עבירה פלילית בגין מעשה פשיטת היד – שהרי אין אכיפה מנהלית כאכיפה והרשעה בפלילים.

כפי שהרחבתי לעיל, יש לעמוד בדווקנות רבה יותר על הדרישה להסמכה מפורשת ככל שהפגיעה בזכויות יסוד משמעותית יותר. מטבע הדברים, לא כל מגבלה

על פשיטת יד במקומות הקדושים מביאה לפגיעה כה חמורה בזכויות יסוד כקביעה גורפת כי מדובר בעבירה פלילית. בפרט, ההגבלה הנוהגת על פשיטת יד במקומות הקדושים והרחקת אנשים שאינם מצייתים לאיסור זה, בלי להעמידם לדין פלילי, אומנם פוגעות בזכויותיהם – אך במידה פחותה. משכך, לא מן הנמנע כי ההסמכה הקיימת בחוק מאפשרת הטלת מגבלות מסוג זה. אולם, אין זו השאלה המונחת לפנינו כעת.

28. סיכומו של דבר, ספק רב אם קיימת בחוק השמירה על המקומות הקדושים הסמכה מפורשת דיה למחוקק המשנה לקבוע בתקנות כי מעשה פשיטת היד עצמו באותם מקומות הוא עבירה פלילית. בהיעדר הסמכה מתאימה לקבוע עבירה זו בתקנות, הרי שהיא בטלה.

הקלה בעונש שנגזר על המבקשים

29. כזכור, משהורשע אליעזר מושיא (המבקש ברע"פ 8182/18), הוטל עליו קנס בסך 180 ש"ח נוסף על התחייבות בסך 3,600 ש"ח להימנע מביצוע העבירה בה הורשע, והופעלה התחייבות קודמת בסך 8,000 ש"ח; ועל שמעון שוורץ (המבקש ברע"פ 8462/18) הוטל קנס בסך 18 ש"ח נוסף על התחייבות בסך 1,800 ש"ח להימנע מביצוע העבירה בה הורשע.

30. לטעמי, אף אם נקבע כי יש להותיר את הרשעתם של המבקשים על כנה, יש בסמכותנו לשנות את העונשים שהוטלו עליהם, ועל בסיס הראיות שלפנינו ראוי שנעשה כן. זאת, בניגוד לעמדת חברתי השופטת ברק-ארז.

ראשית, הלכה היא כי ערכאת הערעור אינה כבולה לנימוקי הערעור, ורשאית לפסוק ככל שהדבר מתחייב לדעתה מחומר הראיות שלפניה (ע"פ 5518/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו(3) 525, 528 (1992)). זאת, בהתאם להוראות סעיף 213(3) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שלפיו בית המשפט הדן בערעור רשאי "ליתן בקשר לפסק הדין כל החלטה אחרת שהערכאה הקודמת היתה מוסמכת לתתה". הדברים נכונים אף במקרים שבהם לא הוגש ערעור על חומרת העונש, ובית המשפט סבור כי יש להקל בו. יפים לעניין דבריו של המשנה לנשיא מ' אלון:

"בית המשפט שלערעור אינו רשאי להגדיל את העונש, אם לא הוגש ערעור על קולת העונש; אבל רשאי הוא להקטין את העונש ולהקל בו, גם אם לא הוגש ערעור על חומרת העונש, אם וכאשר ימצא זאת לנכון ולמוצדק

בנסיבותיו המיוחדות של המקרה שלפניו" (ע"פ 1758/91 מדינת ישראל נ' ארד, פ"ד מה(5) 121, 127 (1991)).

שנית, אומנם אין באפשרותנו להורות על ביטול תשלום ההתחייבות מהרשעה קודמת (רע"פ 4123/17 שחוט נ' מדינת ישראל (25.6.2018), אך לפי סעיפים 76 ו-66(א) לחוק העונשין, רשאי בית המשפט לצוות שהסכום ישולם "תוך תקופה שקבע ובתנאים שקבע".

שלישית, הטלת התחייבויות בסכומים כה גבוהים בעבירות מסוג זה מעוררת מטבע הדברים קושי רב – ועל כך עמדה אף חברתי השופטת ברק-ארד. הפעלת ההתחייבות בסכומים של אלפי ש"ח דווקא על פושטי יד עלולה להוביל אותם למשבר כלכלי חריף, ואם לא יעמדו בתשלומים הגבוהים ייתכן שיאלצו לרצות עונש מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח. כל זאת, אך בשל העובדה כי פשטו את ידם וביקשו את רחמיהם של אחרים.

משכך, אני סבור כי העונשים שנגזרו על המבקשים חורגים באופן קיצוני מהעונשים ההולמים את מעשיהם.

מטעמים אלו, אציע לחבריי כי אף אם יראו לנכון להותיר את הרשעת המבקשים בעבירה של פשיטת יד על כנה, נתערב בעונש שנגזר עליהם כך שיבוטלו ההתחייבויות שהוטלו עליהם בהליך דנן.

31. אשר להפעלת התחייבותו הכספית של מושיא מהרשעתו הקודמת על סך 8,000 ש"ח, הרי שמעיון במערכת "נט המשפט" עולה כי לא הוגשה לבית המשפט המחוזי בקשה לעיכוב ביצוע הפעלת ההתחייבות הכספית, ובקשה בעניין אף לא הוגשה לבית משפט זה. על כן, הדעת נותנת כי הסכום כבר שולם. אולם לוי תישמע דעתי נורה לצדדים להגיש הודעה משלימה בעניין זה לאחר מתן פסק הדין, ואם יתברר כי סכום ההתחייבות טרם שולם, נורה על פריסת התשלום.

32. בטרם סיום, אעיר כי קשים בעיניי מאמציהם של מחוקק המשנה והממונה על המקומות הקדושים להרחיק את מקבצי הנדבות דווקא מהמקומות הקדושים. נראה שאף מהמשפט האמריקאי ניתן ללמוד על היותה של סוגיה זו מורכבת ומעוררת שאלות חוקתיות קשות (ראו למשל Lauriello; Robert C. Ellickson, Controlling Chronic Misconduct in City Spaces: Of Panhandlers, Skid Rows, and (Public-Space Zoning 105 YALE L.J. 1165 (1996)).

זאת ועוד, סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים מבקש לשמור על קדושתם, ולמחוקק המשנה ולממונה סמכות רחבה לפעול לשם כך. אולם, הסעיף מדגיש גם כי יש להבטיח את "חופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם". הרחקתם של בני אוכלוסיות עניות וקשות יום מהמקומות הקדושים אך בשל העובדה כי הם מבקשים לקבץ בהם נדבות למחייתם, מגבילה את חופש הגישה לאותם מקומות ומעוררת התלבטויות מוסריות משמעותיות (ראו גם דב רוזן "שאלות חכם של עובד מדינה" תחומין י 132, 134–137 (התשמ"ט)).

קל וחומר שהקביעה כי פשיטת יד במקומות אלו היא עבירה פלילית אינה פשוטה כלל ועיקר, ולדידי אין לקבלה.

33. באשר להערות חבריי, אדגיש נקודות מספר לסיום:

ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 2(ב) נדונה בהרחבה בחוות דעתי. אין לטעמי בדברים שהשופט ברק-ארז מפנה אליהם כדי ללמד על כך שאין להחיל את הסעיף למפרע. כל שעולה מדבריו של ח"כ דן מרידוד בוועדת החוקה, חוק ומשפט הוא שהסעיף קובע דין שונה מזה שחל קודם לכן.

תכליתו של סעיף 2(ב) נבחנה אף היא בהרחבה לעיל, ולטעמי דווקא הערותיה של השופטת ברק-ארז מבססות את המסקנה שלפיה בהיעדר דיאלוג בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת, אין לאשר את תוקפן של תקנות הקובעות עבירות ועונשים.

מובן כי שאלת הסמכות אינה תלויה בנטיות לב. שאלת הסמכות נגזרת מעקרון חוקיות הענישה הקבוע בסעיף 2 לחוק העונשין, אשר אף שהינו כידוע עקרון יסודי חשוב מאין כמוהו בדין הפלילי – חבריי לא סברו כי יש בו כדי להכריע בסוגיות שלפנינו (ראו גם דניאל פרידמן "שיפוט למופת – עיון במבחר פסקי דין של השופט יעקב טירקל" 90 יעקב טירקל 73, 81 (2020)). אומנם, לכאורה מילות החוק רחבות דיין כדי לקבוע עבירה של פשיטת יד, אף שאין בהן התייחסות מפורשת או מרומזת לה. אולם, לשיטתי, בכך נעוץ הקושי, שהרי דרישת ההסמכה המפורשת אינה מסתפקת בלשון כללית כדי לפגוע בזכויות יסוד באופן זה (ראו גם א"ב 852/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 נ' יזבק, בפסקה 3 לחוות דעתי (9.2.2020)). מנגד, ייתכן כאמור שדי בלשון כללית זו על מנת להטיל מגבלות אחרות על פשיטת יד במקומות הקדושים, אשר פגיעתן בזכויות היסוד של הפרט פחותה ביחס לקביעת איסור פלילי על כך.

אף איני סבור כי נדרשת תשתית עובדתית נוספת לשם הקלה בעונשם של המבקשים. זאת, מאחר שלגישתי העונש שנגזר עליהם חורג ממדיניות הענישה הראויה לעבירה של פשיטת יד – ללא תלות בנסיבותיהם האישיות של המבקשים ובנסיבות ביצוע העבירה.

34. סוף דבר, לו תישמע דעתי, ייקבע כי עבירת פשיטת היד במקומות הקדושים לפי תקנות 2(א)(7) ו-5 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים אינה בתוקף – ועל כן דין הערעור להתקבל כך שהמבקשים יזוכו מביצוע העבירה.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. חברתי השופטת ד' ברק-ארז דנה בבקשות הרשות לערער שלפנינו כבערעור, ופרשה יריעה רחבה, משפטית והיסטורית. לשיטתה, התקנה האוסרת על פשיטת-יד בתחומי המקומות הקדושים נתקנה בסמכות, אולם השלכותיה על זכויות יסוד חוקתיות מחייבות אכיפה זהירה וענישה מידתית. אשר למערערים דנן ציינה חברתי, כי הדעת אינה נוחה מן התוצאה שאליה הגיעו הערכאות הקודמות. מלכתחילה סברה כי היה מקום להתערב בגזרי הדין; בדיעבד, בנסיבות, דחתה חברתי את הערעורים, תוך 'הפניית זרקור' אל הקושי הכרוך בשימוש בענישה כלכלית ביחס לפושטי-יד. חברי השופט י' אלרון דן גם הוא בבקשות שלפנינו כבערעור – דן ברותחין – וחלק על חברתי באשר לחוקיותה של התקנה האוסרת על פשיטת-יד. לשיטתו, התקנה אינה חוקית, משלא אושרה בוועדה מוועדות הכנסת, כנדרש על-פי סעיף 2(ב) לחוק העונשין. עוד הוסיף חברי, כי ישנו ספק רב אם אמנם חוק השמירה על המקומות הקדושים מסמיך את שר הדתות לקבוע איסור פלילי על פשיטת-יד במקומות הקדושים.

2. במחלוקת שנתגלעה בין חברתי לבין חברי באשר לחוקיות התקנה, דעתי כדעתה של חברתי. כשלעצמי, אף הייתי מורה היתר לעצמי לעשות מספר קיצורי-דרך במסע שעשתה מתחנת המוצא עד לתחנה הסופית. על כל פנים, כמותה, גם אני סבור כי סעיף 2(ב) לחוק העונשין אינו חל למפרע, ואני מצטרף לנימוקיה בעניין זה. גם שאלת ההסמכה אינה מעוררת לטעמי קושי. לשונו של החוק המסמיך בנדון דידן רחבה מאד, ומכוחו רשאי שר הדתות "להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו" (סעיף 4 לחוק; ההדגשה הוספה), קרי – שמירה על המקומות הקדושים "מפני חילול וכל פגיעה אחרת" (סעיף 1 לחוק; ההדגשה הוספה). הטלת איסור על פשיטת-יד – פעולה שיש בה לעמדת מחוקק-

המשנה, כשלעצמה, משום פגיעה בקדושתם של 'המקומות הקדושים' – לבטח באה בגדרי סמכות רחבה זו.

3. דברים נכוחים אמר חברי השופט אלרון על מעלתה של מצוות הצדקה, ועל חשיבותה דווקא במקום תפילה; אך גם זאת ראוי לזכור ולהזכיר: המציאות מורכבת, ושני צדדים למטבע. משהאריכו חברתי וחברי בנימוקים, דין הוא שאני – אקצר. אסתפק אפוא בהפניה לדברים מאירי-עיניים שכתב פרופ' אביעד הכהן על חשיבות מצוות הצדקה, על הפן החוקתי והמשפטי, כמו גם על הגבלת מתן צדקה מפני הרמאים ומחמת מטריד, במסורת הדורות ובעת החדשה ("על הזכות לקבץ צדקה ולתתה ועל היכולת להגבילה מטעמים ראויים: 'לעשות צדקה ומשפט'", פרשת השבוע 465 (תשע"ז)). הרגישות שיש לנהוג בפושטי-יד – יפה וחשובה ומוכרחת; אך בל ניתמם. היטב ידענו – וזהו עניין של ידיעה שיפוטית – על 'תעשיית קבצנות', על כאלו אשר מנצלים לרעה כוונות טובות של עוברי אורח תמימים, לעתים דווקא במקומות הקדושים, בדרכים רבות, שונות ומגוונות, לא אחת תוך הטרדה של ממש. לא כולם חלילה, אלא מקצתם, וכאמור הרגישות יפה לענייננו, אך לבטח אין זו תופעה שולית. יד חופשית לפושטי-היד, סופה פגיעה במקומות הקדושים ובאלו הבאים בשעריהם; והתיירים, והמבקרים, והמבקשים להתפלל בשלווה, בריכוז, בכוונה, מה יהא עליהם?

4. הנה כי כן, מידה מסוימת של אסדרה ופיקוח – במקומות מסוימים, בנסיבות מסוימות, בזמנים מסוימים – הריהי מחויבת המציאות. וכך לא רק בזמן הזה, בתקנה שנתקנה בעצה אחת עם הרבנות הראשית לישראל, כמתחייב מן החוק, אלא גם בימים ההם, בתקנות שתיקנו חכמי ישראל, בכל מקום שהם. דוגמה לכך מצינו בתקנה צ"ז לתקנות חכמי פאס במחצית הראשונה של המאה ה-19, שבה ביקשו חכמי העיר להגביל את סכום הנדבות הנגבה למען קבצנים הבאים מערים אחרות, בין היתר מחמת התנהגותם המטרידה והפוגענית של חלק מן הקבצנים. כך נכתב שם:

"ובזמנינו זה, רבו כמו רבו כת המקבלים הבאים מכל מדינה ומדינה ועיר ועיר, ורובם ככולם עשו בערמה והצליחו בדבר הזה [...] שהם באים בכח הזרוע ומעייזים פניהם נגד הגזברים, וכל אחד מתנשא לאמר לא אקח כי אם סך מרובה, וכן יהיה שכל היוצא מפיו יעשה, ולוקח בחזקה כי סמוך לבו בטוח מחמת האגרות הנזכר [מכתבי המלצה שקיבל הקבצן, התומכים בבקשתו – נ' ס'], עוד בה [...] שלוקחים יותר מהראוי כנזכר, אין שמחים בחלקם וחוזרים חלילה ונכנסים בחשאי והולכים ומשוטטים בבתיים ובחצירות אצל המון העם, ושואלים חלקם

בפיהם ומביישים את מי שאין לו, ואינן יוצאים משם עד שמקבלים מהם בעל כרחם שלא בטובתם, וזה דרכם כל הימים לרבות הלילות ואין מי יאמר להם מה תעשו" (מ' עמאר תקנות חכמי פאס כרך ב עמוד תשיג (התש"פ)).

5. וכאז כן עתה. ברי עם זאת, כי אכיפת האיסור הפלילי בכגון דא מחייבת זהירות. כך נוהגות רשויות האכיפה הלכה למעשה, שאינן מגישות כתב אישום אלא לאחר שהוזהר פושט-היד, פעם פעמיים ושלוש (ראו פסקה 23 להחלטת בית משפט השלום). גם הענישה צריך שתהא מידתית. אינני רואה הצדקה להקלה בעונש כהצעת חברי, השופט אלרון, כשלא נתבקשנו לעשות כן, באין תשתית עובדתית מינימלית לשם כך, ולא טיעון משפטי. השערתו של חברי, על "משבר כלכלי חריף" שצפוי לפושטי-היד כפועל יוצא מהפעלת ההתחייבות – תלויה על בלימה; כך גם מסקנתו על כך "שהעונשים שנגזרו על המבקשים חורגים באופן קיצוני מהעונשים ההולמים את מעשיהם". מצדי גם לא ראיתי להצטרף להערתה של חברתי השופטת ברק-ארז לגבי מדיניות האכיפה והענישה. במה שהובא לפנינו, לא מצאתי פגם שמצדיק הערה. בשונה מחברתי גם אינני סבור שיש לקבוע, אפריורית, כי ענישה כלכלית באופייה צריכה להיות בגדר חריג לכלל. עניינו בעבירה שבמהותה היא כלכלית, ובלעדי כלים מתאימים במישור זה, עלולים אנו לפגוע ביעילותה של התקנה. המציאות מלמדת אפוא כי לעתים אין מנוס מהטלת קנס ומציווי על מתן התחייבות כספית, הכל כמובן בשיעור אשר הולם את נסיבות העניין, העושה והמעשה.

6. כאמור, אני מצטרף למסקנה שאליה הגיעה חברתי השופטת ברק-ארז, גם לעיקרי נימוקיה, לפיהם דין הערעורים להידחות, וזאת בכפוף להערות שלעיל.

ש פ ו ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז, כנגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון.

ניתן היום, כ"ג בשבט התש"ף (18.2.2020).

ש פ ו ט

ש פ ו ט ת

ש פ ו ט