



ע"פ 11606/01/18 - שמעון שורץ, אליעזר מושיא נגד מדינת ישראל, האגודה לזכויות האזרח בישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

בפני כב' השופטים ארנון דראל, ענת זינגר, חגית מאק-קלמנוביץ
ע"פ 11606-01-18 שורץ נ' מדינת ישראל
ע"פ 5629-02-18 מושיא נ' מדינת ישראל

בעניין: שמעון שורץ
ע"י עו"ד יצחק בם

המערער בע"פ
11606-01-18

אליעזר מושיא
ע"י עו"ד מנחם שטאובר

המערער בע"פ 5629-02-18

נגד

מדינת ישראל
ע"י עוה"ד שני טביב, נתנאל דגן,
פרקליטות מחוז ירושלים - פלילי

המשיבה

האגודה לזכויות האזרח בישראל
ע"י עו"ד משכית בנדל

המצטרפת

פסק דין

השופט ארנון דראל:

מבוא ורקע עובדתי

1. לפנינו שני ערעורים על פסקי דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט פ' שטרק) בת"פ 32921-06-14 ובת"פ 28268-03-16. בגדרם של פסקי הדין הורשעו המערער בע"פ 11606-01-18 (להלן: **שורץ**) והמערער בע"פ 5629-02-18 (להלן: **מושיא**) בעבירות של פשיטת יד - עבירה לפי תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, התשמ"א-1981 (להלן בהתאמה: **התקנה, התקנות**).

2. כתב האישום המתוקן שהוגש נגד שורץ אוחד ארבעה אישומים, שבהם נטען כי קרא לעוברים ושבים ברחבת הכותל, הושיט יד, וביקש נדבה. בחלק מהאישומים נטען כי קיבל כסף. כתב האישום נגד מושיא ייחס לו עבירה אחת של פשיטת יד.



3. על המערערים הוטלו עונשים שכללו קנס וחתימה על התחייבות. התחייבותו של אחד המערערים, מושיא, בסכום של 8,000 ₪ שניתנה בגדרו של הליך קודם הופעלה עם הרשעתו.

4. במרכזם של ההליכים שהתנהלו בבית משפט קמא עמדה להכרעה טענת המערערים לפיה התקנה, שקובעת איסור פלילי על פשיטת יד ברחבת הכותל - בטלה. נוסח תקנה 2 לתקנות הוא:

(א) בתחומי המקומות הקדושים, בכפוף לאמור בתקנת-משנה (ב), אסורים:

(1) חילול שבת ומועדי ישראל;

(1א) עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום;

(2) תלבושת שאינה הולמת;

(3) הצבת קיוסקים או דוכנים, עיסוק ברוכלות או בכל עסק אחר;

(4) מתן שירותי דת מכל סוג שהוא שלא בהיתר מאת הממונה;

(5) חלוקת פרסומים שלא בהיתר מאת הממונה;

(6) נשיאת נאום, הכרזה בקול רם או נשיאת כרזות או שלטים, והכל שלא בהיתר מאת הממונה ולפי תנאיו;

(7) **פשיטת יד וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקומות שהועיד לכך הממונה ולמטרות שהוא קבען ;**

(8) שחיטה;

(9) אכילה, שתיה, או עריכת חגיגה מחוץ למקומות שהועיד לכך הממונה;

(10) עישון;

(11) לינה מחוץ למקומות שהועיד לכך הממונה;

(12) הכנסת בעלי חיים. [ההדגשה הוספה - א.ד.]

5. לצד הוראה זו נקבע בתקנה 5 לתקנות כי: "העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3, דינו - מאסר ששה חדשים או קנס 500 שקלים".

6. המערערים והאגודה לזכויות האזרח (להלן: **האגודה**), שצורפה להליך על ידי בית משפט קמא כ"ידידת בית המשפט" טענו לבטלותה של התקנה וכפועל יוצא מכך ביקשו להורות על ביטול כתב האישום וזיכוי המערערים.

7. לטענתם התקנה אינה חוקתית שכן היא פוגעת בזכויות היסוד של חופש העיסוק, חופש הדת, וחופש הביטוי וכי היא אינה מקיימת את התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. לצד טענות אלה טענו המערערים והאגודה כי בהתקנת התקנה נפלו פגמים מתחום המשפט המנהלי המביאים לבטלותה. האחד - כי שר הדתות חרג מהסמכות שהוקנתה לו בחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967 (להלן: **חוק השמירה על המקומות הקדושים**) שכן האיסור הפלילי אינו משרת את המטרה של שמירת המקומות הקדושים מפני חילול או כל פגיעה אחרת;



השני - כי נדרש אישור ועדה מוועדות הכנסת להתקנת התקנות, בהיותן קובעות איסור פלילי. את טענותיהם המשפטיות ליוו המערערים והאגודה בסקירה היסטורית על הקבצנות בכלל וזו שברחבת הכותל בפרט, בתיאור המטרות החברתיות של קבצנות ובפירוט של נקודת המבט הראויה להטלת איסורים פליליים על עניים וגורמים מוחלשים בחברה. המערערים והאגודה עמדו על כך שדרך "תקיפה העקיפה" היא הדרך הראויה לפעול לביטול התקנה, וזאת בהסתמך על סעיף 76 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984 (להלן: **חוק בתי המשפט**). בנוסף לטענות אלה נטען לקיומה של הגנה מן הצדק, בשל אכיפה לא ראויה של האיסור הפלילי ואכיפה בררנית.

8. ביום 9.11.17 נתן בית משפט קמא את החלטתו באשר לטענות המקדמיות ודחה אותן. בית משפט קמא הפנה בהחלטתו לדיון שהתקיים באותן טענות במסגרת החלטתו של כב' השופט ד"ר א' גורדון בת"פ 6648-11-14 **מדינת ישראל נ' שיפרמן** (16.10.2016) (להלן: עניין **שיפרמן**) ואימץ אותה כחלק מהחלטתו מושא הערעורים שלפניו.

9. בהמשך לכך הגיעו המערערים והמשיבה להסדר טיעון לפיו הודו בעבירות המיוחסות להם (בכפוף לשמירת טענותיהם המקדמיות לערעור) ובית המשפט גזר את דינם. ביום 20.11.17 נדון שוורץ לקנס בסך של 18 ₪ ולחתימה על התחייבות בסכום של 1,800 ₪. ביום 27.12.17 נדון מושיא לקנס של 180 ₪ ולחתימה על התחייבות. בגזר הדין הורה בית המשפט גם על תשלום התחייבות קודמת בסכום של 8,000 ₪.

10. מכאן הערעורים שלפניו בגדרם שבים המערערים והאגודה לטעון כי התקנה בטלה ועל-כן יש לבטל את הרשעת המערערים ולהורות על זיכויים. כן נטען לקיומה של אכיפה בררנית ואחד המערערים טוען בכל הנוגע להפעלת ההתחייבות שנתן בהליך קודם. נפנה אפוא לתיאור החלטת בית משפט קמא מושא הערעורים וכן לתיאור ההחלטה בעניין **שיפרמן**, שגם עליה נסמך בית משפט קמא בהחלטתו ולאחר מכן נידרש לטענות ונדון בהן.

החלטת בית משפט קמא מושא הערעורים

11. בפתח החלטתו ציין בית משפט קמא כי הטענות המשפטיות העקרוניות שהועלו לפניו נדונו והוכרעו בהחלטתו של כב' השופט ד"ר אוהד גורדון בעניין **שיפרמן**, אשר דחה אותן בהחלטה מנומקת ומפורטת ולכן פרט את תמצית הדברים.

12. לשיטתו של בית משפט קמא יש לבחון את תכליתה של תקנה 2(א)(7), ולבדוק האם האיסור שבה פוגע בכבוד האדם, בחופש העיסוק ובחופש הביטוי. את הבחינה יש לערוך בכפוף למהות ביצוע העבירה. בית משפט קמא קיבל את עמדת המשיבה לפיה לא ניתן לקבוע כי פשיטת יד הינה "עיסוק", שכן לטעמו חוק יסוד: חופש העיסוק מדבר על עיסוק או משלח יד או מקצוע בגדר הנורמה ולא נוכח מצוקה. הוא הטעים כי בית המשפט אינו רואה בפשיטת יד התנהגות חיובית אלא התנהגות הנובעת ממצוקה.

13. בית משפט קמא דן בהוראות חוקי היסוד ובפסקת ההגבלה שבהם ובחן את התקנה לפי שלושת הפרמטרים: האם החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, האם נועד לתכלית ראויה והאם הוא מידתי.

14. בית המשפט הגיע למסקנה כי מטרת החוק היא שמירה על המקומות הקדושים במדינת ישראל וכי מטרה זו עומדת בפרמטר הראשון שבפסקת ההגבלה, שכן התקנה מאפשרת לכל אדם חופש דת ופולחן. אשר לפרמטר השני,



עמד בית משפט קמא על כך שמדובר בתכלית ראויה שכן האיסור בא להגן על פרטיות המתפללים ולשמור על קדושת המקום. באשר לפרמטר השלישי קבע כי האיסור חל רק ברחבת הכותל ומכך נלמד שאינו חל בשאר המקומות המובילים אל הרחבה, לרבות בדרך המובילה מהרובע היהודי דרך החומות בעיר העתיקה או כל מקום אחר הסמוך לכותל המערבי.

15. בהתייחסו לסעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, ציין בית משפט קמא כי שר הדתות הוסמך להתקין תקנות לאחר התייעצות עם הרבנים הראשיים לישראל, ולא נדרש אישור נוסף ולכן מצא כי אין מדובר בחריגה מסמכות מנהלית. הדרישה בסעיף 2 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**), לאישור תקנות בוועדה מוועדות הכנסת הוחלה במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין משנת 1994. במועד התקנת התקנות בשנת 1981 לא נדרש אישור כזה ואין להחיל את ההסדר למפרע, שכן קביעה כזו תפגע ביציבותה של החקיקה ובשלטון החוק.

16. בית משפט קמא ייחד חלק נכבד מהכרעתו לטענות שנטענו על ידי האגודה לעניין ההגבלה שיש באיסור על חופש הביטוי של פושט היד תוך שהתייחס לפסיקה מארצות הברית שעסקה ביחס שבין חופש הביטוי לבין פשיטת יד ואבחן את נסיבותיהם לענייננו. מכל מקום צוין כי ההגנה על חופש הביטוי אינה מוחלטת אלא ניצבים מולה ערכים שונים ומתחרים שמקומם אינו נפקד בחברה המבקשת להגן על תפקוד תקין של מערכתה, על ערכיה ועל זכויות האזרחים שלה.

17. בשולי החלטתו נדרש בית משפט קמא לאפשרות לביטול חוק או תקנה על ידי בית המשפט, וציין כי על בית המשפט להזהיר עצמו ולפעול במיתון ובריסון. לטעמו של בית משפט קמא רק במקרים של חוסר סבירות קיצונית יש להידרש לכך מהטעם כי לא מדובר באקט מנהלי גרידא אלא בחקיקת משנה והסמכות להתקין תקנות נתפסת כחשובה ביותר במדרג הסמכויות המנהליות.

18. מכאן פנה בית משפט קמא לדון בטענות לעניין מדיניות האכיפה תוך שהזכיר את מדיניותה של התביעה הכללית להגיש כתבי אישום נגד פושטי יד רק לאחר שלוש אזהרות. בית המשפט מצא את אופן האכיפה כמגלם את הנדרש לפי התקנות ועומד במבחן הסבירות. בית המשפט לא התעלם מכך שהטלת אחריות בפלילים על פושטי יד נוכח נסיבותיהם הקשות "אינה משימה פשוטה" כהגדרתו, יחד עם זאת מחוקק המשנה קבע את האיסור בתקנה בסבירות ובמידתיות. בענייננו כתבי האישום הוגשו ללא פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות.

החלטת בית משפט השלום בעניין שיפרמן

19. כאמור, בית משפט קמא נשען בהחלטתו על קביעותיו של כב' השופט גורדון בעניין **שיפרמן**. אף שכפי שאפרט להלן המערערים והאגודה טענו כי היריעה שנפרשה לפני כב' השופט גורדון הייתה קצרה יותר מהיריעה שנפרשה לפני בית משפט קמא, הרי שעיון בהחלטה ובנימוקיה מלמדים כי היא דנה ומכריעה בטענות המהותיות שהעלו הצדדים גם בהליכים מושא הערעורים.

20. ביסודה של ההחלטה כתב אישום שייחס לנאשמת שם, רונית שיפרמן, ארבע עבירות של פשיטת יד בארבע הזדמנויות שונות, כאשר הנאשמת עמדה בחזית היציאה מרחבת הנשים בכותל המערבי.

21. הנושא הראשון שנדון בהחלטה הוא החריגה מסמכות בהתקנת האיסור על פשיטת יד. כב' השופט גורדון



הפנה להוראת סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, המסמך את שר הדתות להתקין תקנות לביצוע החוק, לאחר התייעצות עם נציגי בני הדתות הנוגעים בדבר. סמכות זו מתירה לקבוע בתקנות גם סנקציות פליליות ובלבד שהעונש לצדן אינו עולה על ששה חודשי מאסר וקנס (כב' השופט גורדון הפנה להוראות סעיף 16(2) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] טרם ביטולו).

22. בהתייחסו לטענות כי האיסור על פשיטת יד אינו הולם ודינו להתבטל עמד בית המשפט השלום על חובת המתינות והריסון שבה על בית המשפט לנהוג בבחינתה של טענה לבטלות דבר חקיקה, אף שהסמכות לכך קיימת. הוא מצא כי לא עלה בידי ההגנה להראות כי האיסור על פשיטת יד במקומות הקדושים לוקה בחוסר סבירות בעצמה, שצריכה להביא לנקיטה באקט החרג של ביטול של התקנה האוסרת בהחלטה שיפוטית. בית המשפט הפנה לכך שהתקנות ממוקדות במספר מצומצם של מקומות הקדושים ליהודים ואוסרות על שורת מעשים שעלולים לפגוע בכבוד המקום או ברגשות המבקרים. הוא הבהיר כי אין המדובר בפגיעות בעצמה גבוהה, שנועדו לגונן על אופיו וייחודו של המקום הקדוש. אף שמדובר בהכרעה מורכבת, וחלק מהמעשים האסורים בתקנות אינם מעשים שחל איסור לבצעם במקום אחר, או שהם מטופלים באמצעים מתונים יותר, וההחלטה להסלים את הטיפול במעשים אלה, כשהם מבוצעים במקומות הקדושים ליהודים לדרגה של אחריות בפלילים אינה החלטה פשוטה, אין מדובר בהחלטה החורגת מן הפרוגטיבה המסורה למחוקק המשנה או מ"מתחם הסבירות". נוכח מיקוד האיסור לרחבת הכותל המערבי, בהינתן אופיו הייחודי, הרי שאין בתקנות חוסר סבירות המצדיק את בטלותן.

23. בית משפט השלום היה ער בהחלטתו כי יש באיסור משום הגבלה על חופש העיסוק של מי שמבקש לפשוט יד במקום, אך הוא מצא כי פגיעה כזו אפשרית ועומדת בדרישות פסקת ההגבלה. הוא הפנה לכך שהתכלית לכך היא תכלית ראויה, שכן האיסור מבטא הכרעה של מחוקק המשנה, לפיה גם הפרעות שאינן דרמטיות באופיין, כאשר הן מבוצעות במקום קדוש, עלולות להפריע למבקרים במקום, לפגוע בחובה הייחודית לכבדו וכי אכיפת האיסור מחייבת סנקציה פלילית. לדידו של בית המשפט גם חובת המידתיות כובדה, שכן האיסורים הוחלו על מספר מצומצם של מקומות קדושים, ובמקרה של רחבת הכותל הוחלו אך ורק על הרחבה עצמה כך שהמבקש לקבץ נדבות יכול לעשות כן בסמוך למקום הקדוש, בדרכי הגישה אליו, וכל שנמנע ממנו הוא לפנות למבקרים בבקשת צדקה בעיצומם של התפילה או הביקור ברחבת הכותל, פניה שעלול להיות בה ממד משמעותי של הפרעה. גם הרצון, כך בית המשפט, למנוע נוכחות מרובה של פושטי יד ברחבה הוא לגיטימי ומבטא את השאיפה לשמור על כבוד המקום, ייחודו ורגשות המבקרים בו. תמיכה נוספת לעמדתו בעניין המידתיות מצא כב' השופט גורדון בכך שטרם האכיפה הפלילית מוזהר פושט היד שלוש פעמים ורק אם חזר לסורו, והמשיך לפקוד את רחבת הכותל ולקבץ בה נדבות הוא יועמד לדין. בית המשפט דחה את הטענות לעניין הפגיעה בחופש התנועה.

24. בהחלטתו לא התעלם בית המשפט ממעמדה של מצוות מתן הצדקה ביהדות, ודחה את הטענה כי האיסור מנוגד להלכות הדת. הוא התייחס למכתביו של רב הכותל, ולא מצא בכך כדי להביא למסקנה המתבקשת.

25. כב' השופט גורדון דחה את הטענות לעניין אי אישורן של התקנות על ידי ועדה מוועדות הכנסת. הוא הסביר כי דרישה זו היא מאוחרת למועד התקנתן (מקורה בתיקון 39 לחוק העונשין) והתקנת התקנות לא חייבה אישור כזה בעת שהותקנו. הוא הפנה לכך שהחלת דרישה כזו למפרע מנוגדת לעקרון שלטון החוק ופוגעת בוודאות וביציבות המשפטית, וכי לא הוצג כל נימוק לסטות מגישה זו. משמעות קבלת עמדת ההגנה בעניין זה היא כי כל חקיקת המשנה שהותקנה טרם תיקון 39 לחוק העונשין תהא בטלה אלא אם תובא לאישור ועדה של הכנסת, ובכך ייווצר חלל נורמטיבי



שיפגע באינטרסים המגוונים שעליהם מגנות התקנות.

26. אחר שהגיע למסקנה כי אין מקום להכריז על בטלות התקנות פנה בית המשפט לבחון את הטענות לאכיפה בררנית. הוא מצא כי ההגנה לא עמדה בנטל והפנה למקרים רבים אחרים שבהם מקבצי נדבות ברחבת הכותל הועמדו לדין, וכן פרט את מדיניות האכיפה במקומות הקדושים. ככל שהיה שוני באכיפה עמד בית המשפט על קיומם של טעמים לגיטימיים לשוני זה ולהיעדרה של הפליה. בית המשפט דחה טענות הגנה נוספות ובהן טענה לזוטי דברים.

עיקר הטענות

27. המערערים והאגודה שבים על הטענות שהעלו לפני בית משפט קמא, תוך שכל אחד מבאי כוח הצדדים מדגיש היבטים שונים. טענותיהם ממוקדות בפן החוקתי, בפן המנהלי, ובפן הפלילי. האגודה מוסיפה היבטים נוספים הנוגעים לפגיעה בעניים ובאוכלוסייה המוחלשת בחברה.

28. לטענת המערערים התקנה פוגעת בזכויות היסוד החוקתיות ובהן חופש העיסוק של מקבצי הנדבות, חופש הדת של באי כותל המערבי, שנמנעת מהם האפשרות למתן צדקה, ואף פוגעת בזכות לחירות. האגודה מוסיפה כי התקנה פוגעת בחופש הביטוי.

29. באשר לחופש העיסוק נטען כי אין בסיס להנחה שביסוד החלטת בית משפט קמא כי רק עיסוק 'נורמטיבי' מוגן במסגרת הזכות לחופש עיסוק, ובכל מקרה עמדת המערערים היא כי פשיטת יד היא עיסוק נורמטיבי לחלוטין, וזאת על יסוד מקורותיה ביהדות ובארצות העולם.

30. המערערים והאגודה מוסיפים כי הפגיעה בזכויות היסוד אינה נובעת מהסמכה מפורשת בחוק, אינה הולמת את ערכי מדינת ישראל, ואינה מקיימת את שלושת מבחני המשנה של המידתיות, וזאת בין היתר בשל היותו של האיסור גורף, מבלי שנערכת הבחנה בין פשיטת יד אקטיבית לפאסיבית. מכאן שהתקנה אינה עומדת במגבלות החוקתיות בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד.

31. לצד הטענות לעניין חוקתיות התקנות נטען לפגמים מנהליים בהתקנתן ובראשם חוסר הסמכות להתקין תקנות הקובעות איסור פלילי על פשיטת יד מכוח הוראת חוק שעניינה מניעת חילול המקום הקדוש, וכן טענות לעניין היעדרו של אישור של ועדה מוועדות הכנסת לתקנה המטילה איסור פלילי. בהקשר זה נטענו לגישת המערערים טענות שונות מאלה שעלו בעניין **שיפרמן**, שכן שם לא ניתן הדגש למשמעות המונח "חילול" שקבוע בחוק השמירה על המקומות הקדושים, ולא נבחנה דרך יישום הוראות חוק השמירה על המקומות הקדושים בעת התקנת התקנות. בנוסף נטען כי בית המשפט לא נדרש לעמדת ההלכה בסוגיה שלפנינו והפר את חובת ההנמקה.

32. המשיבה מבקשת לקיים את החלטת בית משפט קמא. היא סבורה כי אין מקום להורות על בטלות התקנות בתקיפה עקיפה, וכי מהלך כזה, גם אם אפשרי, שמור למקרים קיצוניים ולא לתקנות שהותקנו בסמכות, ואשר מבטאות איזון ערכי הולם ומידתי שאינו לוקה בפגם חמור וגלוי על פני הדברים, המצדיק דיון במסלול של תקיפה עקיפה במסגרת הליך פלילי. לדידה של המשיבה יש להעדיף את בירור טענותיהם של המערערים והאגודה באמצעות הליך מנהלי או חוקתי ולא בגדרו של ההליך הפלילי. המשיבה מפנה לזהירות הנדרשת בהפעלת ביקורת שיפוטית על התקנות תקנות.



33. בטענותיה בכתב ובעל פה השיבה המשיבה לטענות לעניין חוסר הסמכות להתקנת התקנות, החריגה מסמכות בשל קיומם של פערי ענישה בין האיסור הקבוע בחוק לבין האיסור הקבוע בתקנות, וכן לעניין היעדרו של אישור לתקנות בוועדה מוועדות הכנסת. עוד הועלו הטענות באשר למישור החוקתי ולהיעדרה של אכיפה בררנית.

דין והכרעה

34. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הערעורים להידחות, וכך אציע לחברותיי לעשות. למסקנה זו הגעתי בשל הנימוקים שאפרט להלן, ובראש ובראשונה משום שעמדתי היא כי אין מקום לדון בבטלות התקנות במסגרת "תקיפה עקיפה". אפתח אפוא בדיון בשאלה זו ואדרש לשאלות האחרות ככל שהדבר ימצא דרוש להכרעה.

35. אין חולק על כך שבית המשפט הדן בהליך אזרחי או פלילי שלפניו מוסמך להורות גם על בטלותה של תקנה, במסגרת "תקיפה עקיפה", וזאת על יסוד הסמכות שניתנה לו בסעיף 76 לחוק בתי המשפט, שם נקבע כי:

"הובא ענין כדין לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור הענין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או בית דין אחר".

36. אלא שסמכות לחוד והפעלתה לחוד. אשר לדרך הפעלתה של הסמכות נקבעו הקווים המנחים לכך בפרשת **אבו פריח**, אגב דיון בתקיפת הליך הפקעה:

"נקודת המוצא היא, כי בתי המשפט האזרחיים והפליליים רשאים מבחינה עקרונית לדון בכל ענין מינהלי בתקיפה עקיפה, ובלבד שנתונה להם סמכות עניינית לדון בתובענה, בדרך כלל לפי מבחן הסעד החל בתחום האזרחי ... הסמכות לדון בתקיפה עקיפה של מעשה מינהלי מבוססת ככלל על סעיף 76 לחוק בתי המשפט ... ביקורת שיפוטית על מעשה המינהל במסלול זה הייתה לתופעה נפוצה ... יחד עם זאת, מקיומה העקרוני של סמכות זו לא נובע, בהכרח, כי בית המשפט יזקק לטענות מינהליות במסלול של תקיפה עקיפה, כפי שהיה נזקק להן לו הועלו בתקיפה ישירה בבית המשפט הגבוה לצדק או בבית המשפט לעניינים מינהליים. למסלול זה של תקיפה עקיפה חסרונות מסוימים לעומת בירור מרכז של הטענות המינהליות בתקיפה ישירה. חיסרון מרכזי הוא הפגיעה בסופיות האקט המינהלי, שהרי זו נשחקת אם ניתנת האפשרות לבעלי דין להעלות טענות נגדו בתקיפה עקיפה בהליכים ובמועדים שונים ... נפקות הבחירה בין שני מסלולי התקיפה טרם התבהרה די צורכה בפסיקה, אך ישנם מספר קווים מנחים שעליהם אפשר לעמוד."

(דנ"א 1099/13 **מדינת ישראל נ' אבו פריח** (12.4.2015) (להלן: עניין **אבו פריח**)).

37. החסרונות הנטועים בבחירה בתקיפה עקיפה נוגעים לפגיעה האפשרית בכל אחד מהמעורבים המושפעים - לטוען לתקיפה עקיפה יכול להינתן סעד מצומצם ממה שהיה זכאי לו בתקיפה ישירה, חלק מהזכויות הדיוניות של המשיבים להליך המנהלי אינן ניתנות להם בתקיפה עקיפה ויכול להיווצר מצב שבו יינתנו פסקי דין, שכוללים קביעות שהינן נעדרות הרמוניה וקוהרנטיות (ר' יצחק זמיר **השפיטה בעניינים מינהליים**, 43-57 (1975) ולפירוט אודות השוני בין הכללים הדיוניים בשני סוגי ההליכים ר' ע"מ 7401/14 **קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה**, פסקה 20 (9.09.2015) וכן ר' ע"א (י"ם) 62946-03-15 **מדינת ישראל נ' יהודה גליק**, פסקה 69 (17.01.2016) (להלן: עניין



יהודה גליק) .

38. חסרונותיו של הליך התקיפה העקיפה מגלמים את האופי החריג של ההליך שבא לידי ביטוי גם בעיצוב דרך הוכחת הטענה נגד פעולת המנהל. אין מונחת לפני הטוען טענת סף, שעליו להתגבר עליה בכדי לתקוף החלטה מנהלית, אלא המדובר במסגרת דיונית בה ההכרעה מביאה בחשבון גם את התאמת הטענה לתקיפה עקיפה. וכדברי כב' השופט י' זמיר:

"הדרך לתקיפה עקיפה של צו פסילה אינה חסומה. אולם בתקיפה עקיפה של צו פסילה לא ייטה בית-המשפט לבטל את הצו למפרע, אלא אם כן הנסיבות המיוחדות של המקרה, לרבות חומרת הפגם שנפל בצו, מצדיקות את התקיפה העקיפה ואת הנפקות של בטלות למפרע." (רע"פ 4398/99 עינת הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 648 (2000) (להלן: עניין הראל).

39. האיזון שיש לבצע בין המרכיבים הייחודיים שצריך להידרש אליהם בתקיפה עקיפה ובין הנסיבות המסוימות של המקרה, הינו גמיש והאלמנטים השונים יכולים לפצות האחד על השני. בעבר, תקיפה עקיפה התאפשרה רק כאשר ההחלטה המנהלית בטלה מעיקרא. אולם היום נבחנים שיקולים נוספים ובהם חומרת הפגם שנפל בהחלטת הרשות המנהלית ולצדה יתר הנסיבות ובהן התנהגות בעלי הדין (רע"פ 7451/07 מדינת ישראל נ' אהרונוביץ, פסקה 4 לפסק-דין של כב' השופט א' א' לוי (2.06.2008)). בעניין זה נכתב כי:

"גדר הספק נוגע למידת הפגם שנפל בפעולתה של הרשות, ולשאלה אם הוא עמוק דיו כדי להצדיק תקיפה עקיפה"

כך, חומרת הפגם היא משמעותית בהכרעה בשאלה האם יש מקום לקבל את הטענות נגד החלטת הרשות. גישה זו מלמדת על השינוי החל ביחס לבטלות מוחלטת והמעבר לבטלות יחסית (ר' יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתאוריה" **משפט ועסקים** טו 225, 261 (תשע"ב)).

40. אחת ההבחנות שנעשתה בעניין **אבו פריח** היא בין תקיפתו של אקט מנהלי, המופנה כלפי הפרט, לבין תקיפתה של נורמה בעלת תחולה כללית:

"ישנה ציפייה כי אדם יתקוף מעשה מינהל המופנה כלפיו ישירות, מבלי להשתהות, באפיק ובערכאה המיועדים לכך. לעומת זאת, אם מדובר בנורמה כללית - כמו תקנה, הנחיה מינהלית או מדיניות - התפיסה היא כי אין זה הוגן להטיל על הפרט את הנטל להשיג עליה דווקא בתקיפה ישירה, על כל המשתמע מכך בהיבטי מיצוי ההליכים מול הרשות, תזמון העתירה וביסוס תשתית עובדתית מתאימה. הנטייה היא, לפיכך, לאפשר לפרט להעלות טענות בדבר חוקיותה של הנורמה הכללית בתקיפה עקיפה, אם וכאשר תופעל נגדו או כאשר היא הופכת קונקרטית מבחינתו. ההבחנה בין מעשה מינהל אינדיווידואלי לבין נורמה כללית בהקשר לתקיפה עקיפה משליכה אף על תוצאת ההליך, המעוצבת על פי דוקטרינת הבטלות היחסית. סעד שבית המשפט נכון יהיה להעניק במתכונת של תקיפה עקיפה עשוי להיות מצומצם מהסעד שהיה מעניק לו נתקף מעשה המינהל באופן ישיר." (שם, פסקה 9).



41. יחד עם זאת כב' הנשיא (בדימוס) א' גרוניס הבהיר שם כי אין מדובר בהבחנה מוחלטת. הוא עמד על שיקולים נוספים לעניין היקף הביקורת השיפוטית במסלול של תקיפה עקיפה, שמשפיעים על הכרעת בית המשפט בשאלה אם להידרש לטענות התוקפות את ההחלטה המנהלית, ועל תוצאת הפגם הנטען במעשה המנהל. בין השיקולים הוא הזכיר את האינטרס הציבורי וההשלכות לקבלת עמדתו של בעל הדין שתוקף את מעשה המנהל במישור הרחב יותר; התנהלותו הדיונית של בעל הדין, השתהותו בתקיפת מעשה המנהל וכן "אם הפר את הנורמה המינהלית ועשה דין לעצמו". במקרה כזה הטעים כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס "יהיה בכך כדי לשלול ממנו את האפשרות להיבנות מטענות בדבר חוקיות יישומו של מעשה המנהל בעניינו במסגרת תקיפה עקיפה".

42. כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס מוסיף כי יש לקחת בחשבון גם שיקולי צדק ביחס למבקש לתקוף את האקט המנהלי ובהם נסיבות אישיות, והשאלה אם הייתה לו אפשרות מעשית לעשות כן בתקיפה ישירה. המבחן האחרון שנזכר בעניין **אבו פריח** הוא עד כמה מעשה המנהל לוקה בפגם חמור הגלוי על פני הדברים (עניין **אבו פריח**, פסקה 10).

43. כב' המשנה לנשיאה א' רובינשטיין נדרש לשאלה זו בחוות דעתו בפרשת **אבו פריח**, והביע עמדה נוקשה יותר כלפי האפשרות לתקוף תקנות או מעשים מנהליים בתקיפה עקיפה:

"לדידי שיקול דעתם של בתי המשפט השונים צריך להיות מופעל תוך צמצום ככל הניתן של אפשרויות תקיפה עקיפה, בהפקעות ואף בכלל. לדידי ראוי לעמוד על הליכה בדרך המלך, קרי, תקיפה ישירה. "הכרעות צד" הן מטבען מקור לבעיות, בודאי כאלה שהן בחינת "חפצא", קרי כלפי כולי עלמא. דעת לנבון נקל כי כל הכרעה שאינה כסדרה ואינה מובנית הרמונית אלא באה ב"כביש עוקף", עלולה ליצור דיסהרמוניה ובלבול. מטבעה יש בתקיפה העקיפה כדי לסרב, והיא גם פותחת פתח להתמשכות ההליך במספר ערכאות ולסחבת. בעניין שונה... ציינתי כי "בתי המשפט לא יטו להעניק סעד במקרה של תקיפה עקיפה, מקום בו נמנע הצד התוקף מהעמדת הפגם הנטען לביקורת בהליך של תקיפה ישירה", אף שלכך חריגים. מדעתי זו לא שינית, על דרך הכלל. ההבחנה הידועה בין קיומה של סמכות לבין שימוש בה יפה כוחה לדעתי אף כאן..."

אך לטעמי גם "סמכות - לחוד, ושיקול דעת - לחוד". מבלי לפגוע חלילה כהוא זה בבתי המשפט האחרים, תקיפה עקיפה משמעה דלת אחורית להכרעות שהמחוקק נתן בידי בית משפט זה. אכן, בית משפט זה עמוס באופן כמעט לא אנושי, אך הדרך לטפל בעניינים שהעביר אליו המחוקק היא דרך המלך, קרי, להותירה בידיו כבעל הסמכות המקורי. על בית משפט זה למנוע היוצרותם של "בתי שופטים", קרי, הכרעות סותרות בבתי המשפט השונים שימתינו ליישוב הסתירות בבית משפט זה בגדרי ערעור, מקום שניתן לחסוך זאת.

אכן, יאמר האומר, תקיפה עקיפה אמנם תוכל להיבחן בערעור לבית המשפט בשבתו כבית משפט לערעורים, ומה מעמנו יהלך אם יוסדר הנושא כך או אחרת. תשובתי היא, כי לא הרי זה כהרי זה, לא בסרבול ולא במשך הזמן, ובסופו של דבר החוק כנתינתו הבסיסית - התקיפה הישירה במקרה דנא - הוא מורה דרכנו..."

(פסקאות ד'ו-ו').

44. כב' השופטת ד' ברק-ארז אחזה בגישה שונה. עמדתה בכל הנוגע לצמצום האפשרות לתקיפה עקיפה הפוכה מזו של כב' המשנה לנשיאה רובינשטיין:



"יתר על כן, כאשר מתבוננים על הדברים בהיבט הרחב יותר של שיקולי המדיניות בכל הנוגע לחלוקת התפקידים הראויה בין בג"ץ לבין ערכאות אחרות חשוב לעמוד על כך שמגמתה העקבית של הפסיקה במשך למעלה משני עשורים צידדה בהעברת עניינים מבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ לערכאות אחרות - בין על דרך תקיפה ישירה (מגמה שהחלה בפסיקה עוד לפני חקיקתו של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000...) ובין על דרך תקיפה עקיפה, שאף אליה בית משפט זה חזר והפנה, וזאת ב"יד רחבה". מבחינה זו איני רואה עין בעין עם חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין אשר מתייחס ל"צמצום ככל הניתן של אפשרויות תקיפה עקיפה".... הגישה ההולמת מדיניות זו מצדדת בשימור המצב הקיים גם בענייננו, קרי הותרת סמכותו של בית המשפט המחוזי לדון כעניין שבגררא, כאשר הדבר נדרש, בסוגיות המצויות בסמכותו הייחודית של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק." (פסקה 16).

45. גישה הדומה לדברים שכתב כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס בפרשת **אבו פריח**, נלמדת מפרשת **הראל**, שבהדן בית המשפט העליון בטענה להפרת זכות הטיעון בהליך לשלילת רישיון ועמד על התנאים שבהם נכון לעשות שימוש בתקיפה עקיפה חלף תקיפה ישירה של האקט המנהלי הפגום. באותו מקרה דן כב' השופט י' זמיר בדוקטרינת הבטלות היחסית תוך שציין את הדברים הבאים:

"אחת השאלות החשובות, לפי ההלכה בדבר בטלות יחסית, היא השאלה של דרך התקיפה של ההחלטה המינהלית: האם מדור בתקיפה ישירה (direct attack) או בתקיפה עקיפה (collateral attack)?..."

דרך המלך לביקורת שיפוטית על צו פסילה של רישיון נהיגה: תקיפה ישירה של הצו. ברור שהמחוקק התכוון כי זו תהא הדרך הרגילה בה ילך בעל רישיון הטוען כי אין הצדקה לפסילת הרישיון. מן הראוי שבעל הרישיון יכבד את כוונת המחוקק ולא ילך בדרך עקיפה, גם אם היא פתוחה. בהיעדר טעם מיוחד לכך. מכל מקום, מן הראוי שבית המשפט יעדיף את הדרך הרגילה של תקיפה ישירה, שנקבעה במפורש בחוק, על פני הדרך של תקיפה עקיפה. ואין זה רק משום שזאת כוונת המחוקק, אלא גם משום שבדרך כלל יש יתרונות לתקיפה ישירה של החלטה מינהלית על פני תקיפה עקיפה של ההחלטה....

לפיכך, המדיניות השיפוטית הראויה היא, לעודד ביקורת שיפוטית בדרך של תקיפה ישירה." (עניין **הראל**, עמ' 648-649).

46. בפסק הדין בעניין **הראל** דן השופט זמיר בשיקולים המצדיקים העדפת תקיפה ישירה על פני תקיפה עקיפה ובין היתר עומד על כך שהמערערת שם העדיפה לנהוג תוך זלזול בוטה בחוק. האינטרס הציבורי דורש כי נהג הטוען שצו פסילת הרישיון שניתן לו בטל יימנע מלנהוג תוך סיכון שלום הציבור במחשבה שאם ייתפס והוא יועמד לדין פלילי, לא ימצא ניזוק, שכן יהיה בידו להעלות את טענת הפגם לאחר מכן, בדרך של תקיפה עקיפה. לדידו של כב' השופט זמיר שיקולים של סדר ציבורי מחייבים כי חזקת החוקיות תעמוד על כנה, ולכן "אין זה ראוי מבחינת הסדר הציבורי, שנהג הטוען כי צו הפסילה נגוע בפגם, יחליט בינו לבין עצמו כי הפגם עושה את הצו בטל מעיקרו, וכי לכן הוא רשאי להתעלם מן הצו ולנהוג כאילו הצו לא בא לעולם" (עניין **הראל**, שם). יתרה מזו, בהינתן דוקטרינת הבטלות היחסית, גם אילו נפל פגם חמור בהחלטת המנהל, אין הכרח כי תוצאתו תהיה בטלות ההחלטה. כב' השופט י' טירקל שהצטרף לעמדת כב' השופט זמיר הוסיף כי אותו זלזול בוטה מצד המערערת בחוק, מלמד כי לא נהגה בתום לב ויש בכך כדי להכשיל את התקיפה של הצו.



47. אשר לתקיפה עקיפה (של פסק דין שניתן) בגדרו של הליך פלילי בחנה כב' השופטת ע' ארבל את השאלה בדבר דרך התקיפה הראויה:

"עניין נוסף שמקובל ליתן עליו את הדעת בנוגע לסוגיית הבטלות היחסית הוא דרך תקיפתו של הפגם הנטען בהחלטה המנהלית או השיפוטית. ככלל, תקיפה עקיפה של פסק דין נושאת עמה פגיעה בעקרון הסופיות של פסק הדין בוודאות המשפטית, היא חותרת תחת יסודותיו של פסק הדין הנתקף. לפיכך, מדיניות שיפוטית ראויה היא לצמצם את המקרים בה תותר תקיפה עקיפה למקרים מיוחדים ונדירים בלבד..."

ע"פ 1523/05, 1604/05 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 50 (2.3.2006) (להלן: עניין **פלוני**).

48. להשלמת התמונה אוסיף כי כדי למתן את חסרונותיה של התקיפה העקיפה עלתה האפשרות ל-"דואליות נורמטיבית", שתאפשר לטעון את טענות הסף במשפט המנהלי (כמו שיהיו) בהליכים אזרחיים או פלילים בהם יש היבטים מנהליים (ר' רע"א 3094/11 **איברהים פרהוד אבו אלקיעאן ואח' נ' מדינת ישראל**, פסקה לא (5.05.2015)). עוד נקבע כי אין לאפשר את השימוש בתקיפה העקיפה, ככל שמטרתו "לעקוף" את המגבלות הדיוניות של התקיפה הישירה, ולראות בהתנהלות זו כשימוש לרעה בהליכי בית משפט (רע"א 3354/08 **המטה למען ארץ ישראל ע"ר נ' ניצב אהרון פרנקו משטרת ישראל**, פסקה 6 (א) (17.04.2008)), ע"א 6805/99 **תלמוד תורה הכללי והשיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים**, פ"ד נה (5) 433, 446 (2003)), וכן ראו בשינויים המחויבים עניין **יהודה גליק**, פסקאות 63-65, רע"א 2063/16 **הרב יהודה גליק נ' משטרת ישראל** פסקאות 4-5 לפסק דינו של כב' השופט צ' זילברטל (19.01.2017)). נזכיר את הסמכות הטבועה לאי מתן סעד דיוני בשל שימוש לרעה בהליכי משפט (רע"א 6339/97 **משה רוקר נ' משה סלומון**, פ"ד נה (1) 199, 221-223 (1999)), שמכוחה יכול בית המשפט לסלק תובענה על הסף כאשר עצם הגשת התובענה מהווה שימוש לרעה בהליך השיפוט (ר' ע"א 8/54 **לייזרוביץ נ' לייזרוביץ**, פ"ד כח (2) 436, 439 (1954)).

49. יישום הקווים המנחים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון לענייננו מביא למסקנה כי התקיפה העקיפה של האיסור הפלילי הקבוע בתקנה אינה רצויה, ואין לאפשר אותה בשל מכלול הטעמים הבאים:

א. אכן, המדובר בתקיפתה של נורמה כללית, ולא בתקיפת אקט מנהלי המיוחד למי שמבקש להביא לבטלותו, ונוכח האמור לעיל, הנטייה במקרים אלה היא לאפשר תקיפה עקיפה אלא שכפי שעמדתי לעיל אין מדובר בשיקול בלעדי ואף לא בשיקול מכריע. מן הצד האחר אין מדובר בתקיפת צו שניתן על ידי רשות מנהלית אלא בעתירה לביטול תקנה.

ב. התנהלות המערערים במקרה זה מחייבת שלא להתיר להם לעשות דין לעצמם, לעבור עבירה על האיסור הפלילי ולבקש להורות על בטלותו בגדרו של ההליך הפלילי. נוכח הראיות שהונחו לפני בית משפט קמא באשר למדיניות האכיפה של המשיבה הכוללת שלוש אזהרות טרם הגשתו של כתב אישום. בנוסף אחד המערערים, אף הורשע בעבירה זו בעבר, חתם על התחייבות להימנע ממנה ושב וביצע אותה. במצב דברים זה, יישום הדברים שכתב כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס בעניין **אבו פריח** (פסקה 10) על עשיית הדין העצמית וההשתוות מצדם של המערערים יש בה כדי להביא לדחיית



הטענות במסגרת התקיפה העקיפה.

ג. אימוץ גישתם של כב' הנשיא (בדימוס) גרוניס וכב' המשנה לנשיאה רובינשטיין כאמור לעיל מחייב שמירה על ריסון וזהירות בדיון בתקיפה עקיפה נוכח החשש לפגיעה בסדר הציבורי, עמדה שבאה לידי ביטוי גם בדבריו של כב' השופט זמיר בעניין **הראל** ועמדתה של כב' השופטת ארבל בעניין **פלוגי**. מצב שבו מחליט אדם ביוזעין ובמכוון להתעלם מאיסור שנועד להבטיח את הסדר הציבורי, ובמקרה זה למנוע פגיעה במבקרים ובמתפללים בכותל המערבי, הרי שאין לקבל את הדרך של הפרת הנורמה ותקיפתה לאחר מעשה אלא יש לצפות כי התקיפה תיעשה מראש ובשלב מוקדם.

ד. לא זו אף זו, בעת הדיון בתקפותה של התקנה בגדרו של ההליך הפלילי, לא נשמעת עמדתה של הרשות המנהלית שהתקינה את התקנות, שר הדתות, ושל הגורמים שעמם נועץ, וזאת כאשר על הפרק השאלה מה גורם לחילול או לפגיעה בכותל ובמתפללים בו. תקיפה כזו מעוררת אפוא קושי במיוחד כאשר המחוקק סבר כי השר הוא הגורם המוסמך להכריע בכך. אמנם המדינה היא צד להליך, אך בכובעה כמאשימה, ולא בכובעה כרשות המנהלית שהתקינה את התקנה.

ה. לא נעלם מעיני כי המערערים מקבצים נדבות ועל כן יתכן והציפיה מהם לפעול בהליך משפטי יזום לבטלות התקנות אינה במקומה. שאלה זו מתחדדת בהינתן הדברים שנכתבו ונטענו על ידי האגודה ובאי כוח המערערים בהתייחס להשלכות העוני והמצוקה על תקפות התקנה, אלא שבאיזון הכולל, איני סבור כי ניתן להכשיר, גם אם מדובר בקבצנים, התנהלות של עשיית דין עצמי, התעלמות מאזהרות ומהרשעה קודמת, ביצוע העבירות ותקיפת הנורמה האוסרת אותן בדיעבד. המדיניות המשפטית הראויה אינה מצדיקה להתיר תקיפה עקיפה גם בהתחשב במצבם ובמצוקתם של המערערים.

ו. זאת ועוד, סדרי התפילה שנקבעו בתקנות השמירה על המקומות הקדושים הועמדו לביקורת שיפוטית בתקיפה ישירה בבג"ץ 257/89, 2410/90 **הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי ואח'**, פ"ד מח(2) 265, 346 (1994) (להלן: **עניין הופמן**) ונקבע שם בהקשר לתקנת משנה אחרת בתקנה 2(א) כי היא סבירה ובגדר סמכות שר הדתות.

ז. כך נתתי דעתי גם לטענה לפיה קנתה בבית המשפט העליון דוקטרינת הבטלות החוקתית, לפיה נכון לבחון טענה חוקתית בדבר תוקפה של נורמה לפני בית המשפט בהליך קונקרטי בו מתעוררת שאלת חוקיות הנורמה, ולא בהליך של תקיפה ישירה, המעלה סוגיה כללית שאינה נסמכת על מערכת עובדתית קונקרטית, מתוך רצון לרכז את ההתדיינות הנוגעת לפלילים בפני הערכאה הפלילית ולא המנהלית, אלא שאיני סבור שיש להחיל גישה זו על המקרה שלפנינו בשל השיקולים שעליהם עמדתי לעיל.



50. לצד כל אלה, נימוק מרכזי התומך בעמדה כי אין להתיר את התקיפה העקיפה של התקנה הוא כי חומרת הפגם שנפל בהתקנתה וביישומה אינה מצדיקה זאת. טרם אפרט את עמדתי לעניין הנימוקים שהועלו לבטלות התקנה אציין כי אין זה נכון להידרש בהרחבה לשאלה זו, נוכח מסקנתי כי מקומן של אלה להתברר בערכאה המנהלית המוסמכת לכך. עם זאת, מאחר ולשאלה זו יש חשיבות גם בעת ההכרעה אם לאפשר את התקיפה העקיפה, אין מנוס מדיון בה.

51. איני סבור שנפלה טעות מלפני בית משפט קמא ומלפני כב' השופט גורדון בעמדתם העקרונית לפיה אין להורות על בטלות התקנה. החלטת כב' השופט גורדון, כפי שעמדתי על נימוקיה לעיל, מקובלת עלי במלואה ואין לי אלא לאמץ את הקביעות שנעשו בה לענייננו.

52. אוסיף בקצרה את הדברים הבאים. איני סבור כי הפגם שנטען כי נפל בהתקנת התקנה, בהיבטים המנהליים שלה - הטענות לעניין הסמכות שבחוק השמירה על המקומות הקדושים, והטענות לעניין קיומה של חובה לאישור האיסור הפלילי שבתקנות על ידי ועדה מוועדות הכנסת - ככל שנפל פגם כזה, וספק בעיני אם נפל פגם - הוא חמור במידה כזו שיש בו כדי להצדיק את מתן האפשרות לתקיפה עקיפה חרף האמור לעיל. כך הדבר גם באשר לטענות במישור החוקתי, אף אם אניח כי קיימת פגיעה בחופש העיסוק, בחופש הביטוי, בחופש הדת ובחופש התנועה, ואיני מניח כך בהכרח, הרי שמתקיימים תנאי פסקת ההגבלה ומכל מקום, הטענות שהועלו במישור זה אינן מצביעות על חוסר סבירות בעצמה כזו, שיש בו כדי לגבור על הפגמים שנפלו בהתנהגות המערערים.

53. עוד בטרם נפנה לדון בפגמים הנטענים, דומה כי יש להביט בצורה רחבה יותר על האיסור הפלילי ועל השלכתו. כפי שניתן להתרשם באי כוח המערערים, באת כוח המשיבה ובאי כוח האגודה לא חסכו במאמצים וכך גם בית משפט קמא, תוך שטענו כל טענה אפשרית והפנו לאסמכתאות רבות במשפט הישראלי, במשפט העברי ובמשפט הזר. אולם בסופו של דבר ספק אם העניין שעומד על הפרק הוא פוגעני כל כך. כפי שצוין על ידי בית משפט קמא והודגש בהחלטתו של כב' השופט גורדון בעניין **שיפרמן** כל שנמנע מהמערערים ומאחרים הוא האפשרות לקבץ נדבות ברחבת הכותל, תוך שהותר להם להמשיך בכך בקרבת מקום, בדרכים המובילות לרחבה ובכל מקום אחר. עוצמת הפגיעה במערערים, אף אם ניתן להבינה, אינה נחזית להיות חמורה כל כך, ובוודאי שאינה תומכת במתן האפשרות לתקיפה עקיפה.

54. מכל מקום, במישור החוקתי נטען לפגיעה בחופש העיסוק, בחופש הדת, בחופש הביטוי ובזכות לחירות. בחינת חוקתיות התקנות וקיום הפגיעה הנטענת צריכה להיעשות בהתאם לפסקת ההגבלה המעוגנת בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, כל זאת, אף אם נצא מנקודת הנחה כי אכן קיימת פגיעה וכי יש לראות את פשיטת היד כעיסוק (כזכור בית משפט קמא סבר שאין לראותה כך).

55. תקנה 2(א)(7) הותקנה מכוח חוק השמירה על המקומות הקדושים ועומדת אפוא בדרישה שפגיעה בזכויות חוקתיות תעשה רק על פי חוק. המערערים ממשיכים וטוענים שהתקנות חורגות מהסמכות שהוענקה לשר



בסעיף 4 לחוק באשר היא אינה נובעת מתכלית החוק. אכן יש לבחון את סמכות השר להתקין תקנות גם למול תכלית החוק (ר' בג"ץ 4790/14 **יהדות התורה - אגודת ישראל - דגל התורה נ' השר לשירותי דת**, פסקה 24 (19.10.2014)). בחינה כזו מלמדת כי התכלית, כפי שהיא מופיעה בסעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים - עניינה בשמירה על המקומות הקדושים "מפני חילול וכל פגיעה אחרת" [ההדגשה הוספה - א.ד.]. קדושתו וייחודו של הכותל המערבי ביהדות ובתרבות הישראלית אינן צריכות הרחבה (עניין **הופמן**, פסקה 45) והדבר קיבל ביטוי מפורש באזכורו בתקנות בניגוד ליתר המקומות הקדושים, ובשל כך יש לתת מעמד ייחודי להיבטיו הרוחניים, הדתיים, הלאומיים והתיירותיים (עניין **שיפרמן**, פסקה 17). התקנה האוסרת קבצנות ברחבת הכותל אכן באה לתת מענה לרצון למנוע הפרעה בציבור המבקרים בכותל המערבי.

56. בבסיס הערך של שמירה על מקום קדוש מפני חילול ופגיעה עומד העיקרון של שמירה על כבוד המקום (השווה בג"ץ 223/67 **שבתי בן-דב נ' שר הדתות**, פ"ד כב (1) 440, 447 (1968)). את הכותל צריך לכבד בהתחשב באופיו המיוחד (בג"ץ 386/88 **אגודת בני אור נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב(4) 757, 758 (1989) (להלן: עניין **בני אור**) ולכן בחינת האיסורים המופיעים בתקנות מלמדת שחלקם נובע מהממד הדתי שמתקיים בכותל - איסור חילול שבת ואיסור לבישת תלבושת שאינה הולמת, וחלקם מופנה להיבטים התרבותיים והתיירותיים - איסור הצבת קיוסקים או דוכנים, איסור חלוקת פרסומים וכן איסור פשיטת יד וקבלת תרומות. אין חולק שפשיטת יד היא מעשה מותר מבחינה הלכתית ואין להמעיט מחשיבותה של מצוות מתן הצדקה אך אין הכרח שהדבר ייעשה ברחבת הכותל עצמה, ולא בקרבתה או בדרכים המובילות אליה.

57. הנה כי-כן, האיסור הפלילי שהוטל על פשיטת יד ברחבת הכותל עולה בקנה אחד עם תכלית החוק ועם ערכיה של מדינת ישראל ויש לראות את התקנות ככאלה שהותקנו לשם תכלית ראויה.

58. כעת לשאלת המידתיות. לדידי שלושת המבחנים שנקבעו - הקשר הרציונלי, האמצעי שפגיעתו פתוחה והמידתיות במובן הצר (ר' בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, 676-677 (2006)) מתקיימים במקרה זה.

59. על פני הדברים ניתן להצביע על קשר רציונלי בין המטרה - שמירה על המקומות הקדושים - לבין האמצעי - איסור פשיטת היד ברחבת הכותל, והאמצעי אכן מקדם את התכלית ואינו שרירותי.

60. האמצעי שננקט אינו פוגע במידה העולה על הנדרש. מדיניות האכיפה מביאה לכך שהעובר על התקנה יועמד לדין רק לאחר שקיבל שלוש אזהרות והתמיד במעשיו. משמעות הדבר היא שרק מי שמתעלם מהוראות התקנות ימצא עצמו כפוף לסנקציות הפליליות. כמו כן הגבלתו הגאוגרפית של האיסור היא לתחומי רחבת הכותל ואין מניעה מקיבוץ נדבות בדרכים המובילות אל הכותל ובקרבת מקום. יש בכך כדי להביא לצמצום הפגיעה.



61. בבדיקת חומרת הפגיעה שנגרמת ביחס לתוצאה המושגת באמצעות החוק, הרי שכאמור חופש העיסוק נפגע (ככל שהוא נפגע) רק במקום מצומצם וחירות הפרט נפגעת במקטע גאוגרפי מצומצם. חופש הדת של המתפללים מוצא את ביטויו בכך שישנן קופות צדקה מטעם הקרן למורשת הכותל המערבי (ר' נוהל"הצבת קופות צדקה במקומות קדושים ליהודים, מטרות הצדקה של שמיוצבו וחלוקתה", י"פ התשס"ו 1928). לעניין חופש הביטוי, הרי שאין לקבוע כי זה נפגע (ר' לדוג' עניין הופמן, בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר הטרה, פ"ד כד(2) 141 (1970), ועניין בני אור).

62. באשר לטענות המערערים בפן המנהלי, מצאתי שהניתוח שערך כב' השופט גורדון וכן הדברים שנכתבו בהחלטת בית משפט קמא נותנים מענה הולם לטענות. כפי שצינתי לעיל התקנות הותקנו בגדר סמכות השר להסדרת מניעת חילול קדושת הכותל המערבי. אשר להיזקקות לאישור ועדת מוועדות הכנסת, הרי שכפי שנקבע בפרשת **שיפרמן** "החובה לקבל את אישור הוועדה לתקנות הכוללות סנקציה פלילית התרחש שנים רבות לאחר [ש] הותקנו תקנות המקומות הקדושים. ממילא, שהתקנות לא חבו באישור... לפרש את חובת האישור כחלה למפרע מנוגדת לעקרון שלטון החוק ופוגעת בוודאות וביציבות המשפטית... איני מקבל שחובת האישור היא הסדר "דיוני" בלבד... בנוסף, איני סבור ש[ביטול][תוספת שלי - א.ד.] סעיף 21א לחוק יסוד: הכנסת מסייע להגנה" (שם, פסקה 18).

63. משכך לא ראיתי כי הונחו טעמים מספיקים בכדי לקבוע כי התקנה בטלה והמעט שניתן לומר הוא כי אין מדובר בפגמים המצדיקים לאפשר את ביטול התקנה בתקיפה עקיפה, בנסיבות שבהן הוגש כתב אישום לאחר שלוש התראות במקרה אחד ולאחר שלוש התראות והרשעה קודמת במקרה השני.

64. המערערים חזרו על הטענות במישור הפלילי - לקיומה של הגנה מן הצדק וטענות נוספות. אלה זכו למענה הולם בהחלטת בית משפט קמא ובהחלטה בעניין **שיפרמן**. מהנימוקים שם וממה שפורט לעיל לא מצאתי כי הונח בסיס מספיק לטענות אלה.

הערעור על גזר הדין - הפעלת ההתחייבות

65. בגזר הדין בעניינו של מושיא (גזר דין בת"פ 28268-03-16 מיום 27.12.2017) הורה בית המשפט על הפעלת ההתחייבות הכספית שעליה חתם מושיא ביום 27.12.2015 בסך של 8,000 ₪. בגזר הדין התייחס בית משפט קמא לטענה כי בית המשפט מוסמך להאריך תוקפה של התחייבות כפי שנעשה הדבר בהארכת מאסר מותנה אך ציין כי נוסח החוק הוא חד משמעי וכאשר אדם מורשע בניגוד להתחייבות, בית המשפט חייב לצוות על הפעלתה.

66. בית משפט קמא פרש את המילה "יצווה" ככזו המבטאת היעדרו של שיקול דעת אלא להפעיל את ההתחייבות, תוך שהפנה לדברים שנאמרו בעפ"ג 19807-01-13 **סראחין נ' מדינת ישראל**, פסקה 5 (28.2.2013).



67. עמדתו של בא כוח מושיא בערעור שהגיש היא כי אין הצדקה לקביעה השוללת שיקול דעת מבית המשפט ביחס לענישה, וכי אין לקרוא מהקביעה לעניין הארכת מאסר על הסדר שלילי, שכן הדבר אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות הפרשנות המחייבים קריאת החוק בראי זכויות היסוד, המחייבות כי ענישה לא תהא "אוטומטית" ונטולת שיקול דעת פרטני, בהתאם לנסיבותיו האישיות של האדם ונסיבות העבירה.

68. המשיבה סבורה כי דין הערעור להידחות וכי בית משפט קמא צדק בקביעתו כי יש להפעיל את ההתחייבות ואין לו שיקול דעת בהפעלת ההתחייבות.

69. השאלה שהצדדים חלוקים בה אינה נצרכת להכרעה במקרה זה שכן מצאתי כי מכלול נסיבות המקרה אינן מצדיקות הפחתה בסכום ההתחייבות או את הארכת תוקפה מבלי להפעילה, אף אם בית המשפט היה מוסמך לכך.

70. למעלה מן הצורך, אציין בקצרה כי על פני הדברים מסקנה זו אף נלמדת מנוסח הוראות החוק ומפסיקת בית המשפט העליון. ההוראה המסדירה את הטלת ההתחייבות היא סעיף 72 לחוק העונשין:

"(א) בית משפט שהרשיע אדם רשאי, נוסף על העונש שהטיל, לצוות שהנידון ייתן התחייבות להימנע מעבירה בתוך תקופה שיקבע בית המשפט ושלא תעלה על שלוש שנים..."

71. הפעלתה של ההתחייבות נעשית מכוח סעיף 76 לחוק העונשין:

"התחייב אדם לפי סעיף 72 להימנע מעבירה, ולאחר מכן בית משפט הרשיעו בעבירה שהתחייב להימנע ממנה או קבע כי הוא ביצע את העבירה כאמור אך לא הרשיעו, יצווה בית המשפט שהרשיע או שקבע כאמור, על תשלום סכום ההתחייבות; לא שולם סכום ההתחייבות, יהא דינו של סכום זה כדין קנס ויחולו עליו הוראות סעיפים 66 עד 70, ולענין התחייבות שהוטלה על אדם לפי סעיף 72(א) - גם הוראות סעיף 71."

72. התחייבות להימנע מביצוע עבירה נועדה להרתיע מביצוע חוזר של העבירה וכמוה כעונש מותנה, שנקבע בעת מתן גזר הדין ויופעל רק באם לא יעמוד בתנאי ההתחייבות (דנ"פ 8062/12 **מדינת ישראל המשרד להגנת הסביבה נ' חברת נמלי ישראל פיתוח ונכסים בע"מ**, פסקה 12 (2.04.2015)). החובה לשלם את סכום ההתחייבות חלה רק החל מהמועד בו בית המשפט המרשיע בעבירה מאוחרת או הקובע שנעברה עבירה מאוחרת מבלי להרשיע, מצווה על מימוש ההתחייבות, אך תנאי ההתחייבות נקבעו והתעצבו מבעוד מועד על ידי בית המשפט שגזר את הדין בפסק הדין המרשיע המוקדם.

73. נראה על פני הדברים כי בית משפט קמא צדק בעמדתו כי סעיף 76 לחוק העונשין אינו מתיר הארכה של תקופת ההתחייבות (ר' ע"פ (מחוזי ת"א) 70683/06 **מדינת ישראל נ' מרקין אלכסנדר**, פסקה 6 (07.03.2007)). מסקנה זו נלמדת מלשון החוק, מההיסטוריה החקיקתית שלה ומהשוואתה להסדרי עונשין חלופיים אחרים ופרשנות זו



התקבלה בבית המשפט העליון לאחרונה, לאחר מתן גזר הדין בבית משפט קמא (רע"פ 4123/17 ירדן שוחט נ' מדינת ישראל, פסקה 4(25.06.2018) (להלן: עניין שוחט). כך, בניגוד לקביעת מאסר על תנאי בו יש לבית המשפט שיקול דעת לצוות על הארכת תקופת התנאי בין היתר בשל התוצאה החמורה של הפגיעה בחירות הפרט, אין אפשרות כזו בעונשים בעלי אופי ממוני (השוו סעיף 56 לחוק העונשין וכן ראו על"ע 2972/06 עו"ד אהוד כספי נ' לשכת עורכי הדין - ועד מחוז חיפה, פסקה 15 (12.08.2009)).

74. באשר בשאלה לעניין גובה ההתחייבות והאם חובה להפעילה במלואה או באופן חלקי, הרי שגם כאן דומה כי ידי בית המשפט כבולות. כאמור, תנאי ההתחייבות נקבעים על ידי בית המשפט המרשיע בעבירה הראשונה, ובמסגרתן גם סכום ההתחייבות. כעולה מלשון החוק נלמד גם בדברי ההסבר להצעת החוק "בית המשפט... מחויב לצוות על תשלום סכום ההתחייבות ואינו יכול להתערב בתנאיה אלא להאריך את תקופת ההתחייבות" (ר' הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 107) (התחייבות להימנע מעבירה), התש"ע-2009). תוצאה זו מחייבת זהירות בעת הטלת ההתחייבות בהליך הראשון, אך ספק אם היא יכולה להביא להימנעות מהפעלתה בהליך השני, ועל-כן הוסיף כב' השופט עמית לאזהרה בדבר הטלת קנסות גם אזהרה בדבר קביעת סכומי התחייבויות (ר' עניין שוחט, פסקה 9).

סיכום

75. על יסוד כל האמור אני מציע לחברותי כי נדחה את הערעורים.

ארנון דראל, שופט

השופטת ענת זינגר:

אני מסכימה.

ענת זינגר, שופטת

השופטת חגית מאק-קלמנוביץ:

אני מסכימה.

חגית מאק-קלמנוביץ,
שופטת



הוחלט פה אחד לדחות את שני הערעורים

ניתן היום, ז' חשוון תשע"ט, 16 אוקטובר 2018, בהעדר הצדדים.

המזכירות תעביר את פסק הדין לבאי כוח הצדדים (בהסכמתם).

ארנון דראל, שופט

ענת זינגר,
שופטת

חגית מאק-קלמנוביץ,
שופטת