

# רע"פ 8182/18 - אליעזר מושיא, שמעון שורץ נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

רע"פ 8182/18

רע"פ 8462/18

לפני: כבוד השופט נ' סולברג

כבוד השופט ד' ברק-ארן

כבוד השופט י' אלרון

ה המבקש ברע"פ 8182/18: אליעזר מושיא

ה המבקש ברע"פ 8462/18: שמעון שורץ

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ידית בית המשפט: האגודה לזכויות האזרח

הבקשת הצעת להציג להליך כידית בית המשפט: הסניגוריה הציבורית

בקשת רשות ערעור על פסק-דיןו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 16.10.2018 בע"פ 5629-02-18 ובע"פ 18-01-11606-11 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 במ

עמוד 1

© verdicts.co.il - פסק דין - כל הזכויות שמורות לאתר פסק דין

בשם המשיב: עו"ד אופיר טישLER

בשם ידידת בית המשפט: עו"ד גיל גן-מור

בשם המבekaת להצטרף להליך ידידת בית המשפט: עו"ד גבריאל פורת

## פסק דין

השופט ד' ברק-ארז:

1. תקנות החולות ברחבות הכותל המערבי קובעות כי קיוב נדבות במקום זה הוא עבירה פלילית. האם תקנות אלה הותקנו כדי? האם יש בסיס להתערב בהוראות התקנות בשל השלוותה על זכויות יסוד? האם מדיניות האכיפה ביחס אליה היא רואה? שאלות אלה התעוררו בבקשת רשות הערעור שבפניינו, ובצדן שאלת פרוצדורלית קודמת - האם המקום המתאים לעורר אותן הוא בהליך הפלילי עצמו, או שמא בהגשת עתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדך?

2. מקורות של ההליך דין בהעמדתם לדין של שמعون שוורץ (להלן: שוויז) ואלייעזר מושיא (להלן: מושיא) בשל כך שקיבזו נדבות ברחבות הכותל המערבי. השניים הושמו בהפרת תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליudeים, התשמ"א-1981 (להלן: תקנות השמירה על המקומות הקדושים או התקנות) האוסרת על "פשיטת-ID וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקום שהועיד לכך המונוה ולמטרות שהוא קבוע". הם הורשו על-פי הودאתם לאחר שטענות מקדימות שהעלו נגד חוקיות התקנות נדחו, ובמהמשך לכך נגזר דין כך שעל כל אחד מהם הוותק נס (או מסר תחתיו) וכן הוא חייב בחתימה על התcheinות להימנע מעבירה שהפרטה כרוכה בתשלום (או בנשיאות מסר תחתיו). בעניינו של מושיא גם הפעלה התcheinות קודמת מסווגזה שהושתה עליו בהליך קודם שבו הועמד לדין בגין קבצנות ברחבות הכותל.

3. בבקשת רשות הערעור כוונו כלפי הרשעתם של השניים. בבקשת אלה העלו טענות בעלות אופי עקרוני בכל הנוגע לעבירה ולפרשנותה כמו גם להשלכות ההכרעה בכך על מי חיים בעוניו. לנוכח חשיבותן של השאלות, כמו שסביר להלן, ומאחר שבמהלך השנים הוגש כתבי אישום גם בעניינים של קבצנים אחרים שפלו ברחבות הכותל, באופן שמלמד כי ההליכים דין מבטאים קשיי נマー ונפרקטייה חוזרת ונשנית, אני סבורה כי יש לתת רשות ערעור מבוקש. בהתאם לכך שוויז ומושיא יוכנו 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, יבחן השאלות הנוגעות להחלת החוק ותקנותיו על עניינים של המערערים.

5. לא בצד נודעת ארץ ישראל בשם "ארץ הקודש". היא רצופה מקומות מקודשים לבני דתות רבות - לאורה ולרוחבה. חלקם מקומות שקדושתם לאמינים היא "מן המפורסמות" וחלקם ידועים פחות. כתוב המנדט על ארץ ישראל כלל התייחסות מפורשת (בסעיפים 13-14) למוריבות לשמר על המקומות הקדושים ולהבטיח את הזכיות והtabיעות ביחס אליהם. בהמשך לכך, בהכרזת העצמאות נכתב כי מדינת ישראל "תשמר על המקומות הקדושים של כל הדתות". הנושא הוא רב פנים ומורכב. עם זאת, בהקשר הנוכחי, ניתן להסתפק בהתמקדות ברובד הספרטני של חוק השמירה על המקומות הקדושים והתקנות שהוצעו מכוחו.

6. חוק השמירה על המקומות הקדושים שנחקק ביום 27.6.1967, זמן קצר לאחר מלחמת ששת הימים, נועד להסדיר את ניהול של מקומות אלה ואת הבטחת חופש הגישה אליהם. החוק נחקק יחד עם שני דברי חקיקה נוספים - החוק לתיקון פקודות סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), התשכ"ז-1967, שקבע כי "המשפט, השיפוט והמיןיל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ ישראל שהממשלה קבעה בצו", והחוק לתיקון פקודות הערים (מס' 6), התשכ"ז-1967, שביקש להעניק לשר סמכות להרחב את תחומה של עיריה פלונית בהתאם לכך. חקיקתו של חוק השמירה על המקומות הקדושים נ考虑ה חשובה, אף דחופה, בהתחשב בשינוי הנسبות הברור בירושלים באותה עת - ועל רקע ההסדרים שהלו במקומם בתקופת המנדט: דבר המלך במוועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924, המוסיף לחול גם היום במשפט הישראלי, ודבר המלך במוועצה על ארץ-ישראל (הគותל המערבי), 1931 שלא נקלט כלל למשפט הישראלי (כמפורט בג"ז 222/68 חוגים לאומיים). לרקע נוסף לכך של שר הדתות בעת חקיקתו, ראו: זרח ורהפיג (להלן: עניין חוגים לאומיים). לרקע נוסף לכך של שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141 (1970) (להלן: עניין חוגים לאומיים).

חוקה לישראל - דת ומדינה 341-331 (1988)).

7. חוק השמירה על המקומות הקדושים הוא תמציתי, וכך - פרט להוראה בדבר מועד תחילתו - את ההסדרים הבאים: הוראת מטרה שענינה השמירה על חופש הגישה של בני כל הדתות (בסעיף 1); הוראה הקובעת שני איסורים פליליים שהם "לבתיים" למטרת החוק (בסעיף 2) - איסור שענינו "חילול" מקום קדוש (שנקבע בצדו עונש של 7 שנות מאסר) ואיסור נוסף שענינו פגעה בחופש הגישה אליו (שנקבע בצדו עונש של 5 שנות מאסר); וכן הוראת שמירת דין (בסעיף 3). בנוסף כולל החוק הוראה הקובעת את זהותו שלשר הממונה על ביצוע החוק ומסמיכת אותו להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו (בסעיף 4). כפי שיובהר, הוראה זו רלוונטית במיוון לענייננו.

8. ביום 8.5.1969 פורסמו תקנות השמירה על מקומות קדושים ליudeים, התשכ"ט-1969 (להלן: התקנות הראשונות). תקנה 3 לתקנות אלה הגדרה "מעשים אסורים", ובhem "פשיטת יד ואיסוף כסף, למעט העמדת קופסאות, על פי הוראת הממונה, כשההכנסות מייעדות לכיסוי הוצאות החזקתו של המקום". העונש שנקבע בגין הפרה של התקנות העמד על ששה חודשים מאסר או כניסה של 500 לירות, עונש שעלה בקנה אחד עם הגבלה 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 גמ התקנות בדבר הגבלות על עסקוק בתחום הគותל המערבי, התקנה 4 לתקנות אלה כללה הוראה ספרטנית של "איסור פשיטת יד" ברחובות הគותל, בזו הלשון: "לא

יקבץ אדם נדבות במקום כל שהוא ברחבה הcotל המערבי". העונש שנקבע בגין הפרת האיסור היה זהה לשנקבע 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 התנהגוות הנחשבות ללא רצויות במקומות אלה. התקנות, שהחליפו את קודמותיהן, הוחלו על כלל "המקומות הקדושים" ליהודים, שהוגדרו בהן כר: "הcotל המערבי ורחבותיו, לרבות כל מבנה וכל מעבר עלי' או תת-קרקעי שהכינה אליהם היא מותע הרחבה, והמקומות הקדושים ליהודים לפי הרשימה שבתוספת".

11. אם כן, במרכז ההסדרה הקבועה בתקנות עומדים הcotל המערבי והמקומות הקדושים בו, גם שהיא אינה מייחדת רק להם. בהקשר זה יזכיר כי חוק השמירה על המקומות הקדושים עצמו אינו כולל כל הגדרה מפורשת למונח "מקומות קדושים", וכן 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 מובטלה בהתחשב בריבוי ההשאפות ביחס לקדושותם של מקומות (להרבה, ראו: דורון בר לkadש ארץ - המקומות הקדושים היהודים במדינת ישראל (2007) (להלן: בר)). בעבר עמד בית משפט זה על כך שחרף האמור, אין בהגדרה הקבועה בתקנות כדי למצות את היקף התחולת העקרונית של חוק השמירה על המקומות הקדושים, שאינו מתייחס למקומות הקדושים בלבד, כי אם לכל המקומות הקדושים במדינת ישראל (ראו: ע"פ 3338/99 פקוביץ' ב' 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 התנהגוות המוגדרות כ"מעשים אסורים". בעקבות התקנות הראשונות, העונש שנקבע בצדם של האיסורים גם בגדרן של תקנות אלה הועמד על מסר 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"ז 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלה ישראל, פ"ד נא(2) 509, 520-519 (1997)), אולם תקנה 2(א)(7) שענינה "פשיטת יד וקבלת תרומות" - העומדת במרכז ההליך שבפנינו - טרם נדונה בו.

13. יזכיר כבר עתה כי התקנות 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"ג-1977 (להלן: חוק העונשין) המחייב את קבלת אישור הכנסת לתקנות שנקבעו בהן עבריות ועונשין. מטעם זה, אף שקבועים בתקנות השמירה על המקומות הקדושים איסורים פליליים, התקנות נעשו מבלתי שניית לה אישור הכנסת. אעומוד על משמעותו של עניין זה בהמשך הדברים.

14. להשלמת התמונה יזכיר כי בשנת 2006 הוציא נוהל בנושא על דעתו של היועץ המשפטי לממשלה ("נוהל הרחקת קבצנים מרחבה הcotל המערבי בהתאם לתקנה 4(ג) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים", התשמ"א-1981" מיום 6.11.2006 (להלן: הנוהל)). על-פי האמור בו, הנוהל נכתב בעקבות דיווחים של הממונה על המקומות הקדושים והמשטרה שלפיהם ברחבהcotל ישנו "מספר לא מבוטל של קבצנים מטרידים הפונים באופן מילולי אל המתפללים בעת תפילהם באופן המפריע את המשך קיום התפילה או באים ב מגע פיזי עם גופם של

המתפללים או מושכים בבגדיהם של המתפללים או מרימים את קולם בדרך הפגיעה באופן משמעותי ומתmeshר באווירת התפילה ברוחבה". הנוהל מבahir כי הוראותיו תקפות רק בנוגע לקבצנים אלה, ונכתב בו כי רק למוניה על המקומות הקדושים, הוא רב הכותל (להלן: ר' רב הכותל או המוניה) ישנה סמכות לפנות ל"קבוץ המטריד את המתפללים ברוחבת הכותל המערבי", להעמידו על האיסור הקבוע בתקנה 2, ככל הניתן לבקש את תגובתו, ולהזהירו כי בידו להרחקו מרוחבת הכותל. בנהל נקבע מדרג שלפיו "קבוץ מטריד" החוזר לسورו בתוך חדשים מיום האזהרה ניתן להרחקו לתקופה של שבועיים, ומילוי שבועיים, וכי שב עשות כן בתוך שלושה חדשים ניתן להרחקו בשנית לפרק זמן של שבועיים. כן הובהר בנהל כי אין באמור בו כדי למנוע מהממשלה להפעיל את סמכותה לפי תקנה 5 לתקנות, היא התקנה העונשית לבסוף, נקבע בנהל כי הוא יהיה תקין לתקופה של שישה חדשים בלבד, וכי בתום התקופה תיעשה הערכה מחודשת לבחינת היקף הסמכות של המוניה לפי תקנה 4(ג) לתקנות (המאפשרת לו להרחק ממקום קדוש אדם המפריע לו במילוי תפקידו או העובר על אחת מהוראותו של תקנות 2 ו-3). יציין כי במסגרת הדיון בענייננו לא הובהר אם נערכה הערכה כאמור.

15. בשנת 2009, במסגרת עתירה שהגיעה לבית משפט זה אדם שפט יד ברוחבת הכותל והורחק ממנו בשל כך (בג"ץ 7326 הלפרסון נ' שר הדתות (להלן: עניין הלפרסון)) הודיעה המדינה כי על-פי הנהל, ר' רב הכותל פועל להרחקת פושטי יד אם ("מדובר למי שמפריע למתפללים בעת תפילהם, באופן המפריע להמשך קיום התפילה, או בא מגע פיזי עם גופם של מתפללים או מושך בגדיהם או מרימים את קולו בדרך הפגיעה באופן משמעותי וממשך באווירת התפילה ברוחבה"). על סמך ההודעה קבוע בית משפט זה כי אין מניעה שהעוטר באותו עניין ינכח ברוחבת הכותל כל עוד הוא אינו מפריע לפעולות במקום, ובמהמשך לכך הורה על מחיקת העתירה. יחד עם זאת הובהר בפסק הדין כי סמכותו של ר' רב הכותל להרחק את העוברים על האיסורים הקבועים בתקנות היא סמכות נפרדת מסמכות העמדה 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 בתחום המקומות הקדושים נוסף על העברות הפליליות שחולות על דפוסים מסוימים של קיבוץ נדבות בעניין זה בסעיף 216 לחוק העונשין שכותרת המשנה שלו היא "התנגשות פסולה במקום ציבורי". סעיף 216(ב) לחוק העונשין אוסר על קיבוץ נדבות שנעשה תוך חשיפת פצעים או מומים או הטרדה (בעבר כלל הורה זו גם חלופה נוספת של "או באמצעות דומים", שבוטלה בחוק העונשין (תיקון מס' 12), התש"מ-1980). העונש שנקבע בצדה של עבריה זו הוא מאסר של חדש ימים. הוראות רלוונטיות נוספות הן העבריה של "גורם לקטין שלא מלאו לו שש-עשרה שנים לפחות יד או לקבץ נדבות במקום ציבורי, או משדר או מניע לכך קטין כאמור" (סעיף 216(א)(2) לחוק העונשין) והעבריה שענינה "מתהלך כפושט יד או ממוקץ נדבות, או משתדל להשיג תרומות מכל מי שהוא, והכל באמצעות צב או מרמה" (סעיף 216(א)(3) לחוק העונשין). אף כאן הערכים המוגנים על-ידי העברות אינם מוקדים בפשיטת היד בלבד (ראו עוד: רע"פ 7036/11 מדינת ישראל נ' chor, פסקה 34 לפסק דין של השופט (כתוארו אז ס' ג'יבראן (24.4.2014))). העונש שנקבע בגין הוא מאסר בן ששה חודשים. ההסדר שבחוק העונשין הוא "גלאול" של זה שנקבע בעבר בסעיף 193 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (להלן: פקודת החוק הפלילי) וחיל אף הוא רק במקרים שבהם פועלות הקbezנות לא עדמה לבדה.

17. קל להיווכח כי עבירות הקבצנות כקביעתה בתקנות השמירה על המקומות הקדושים שונה בתחומי פריסתה ובדרגת החומרה הפורמלית שבה מן הסדר הקבוע בחוק העונשין. היא לא מגבילה עצמה לקבצנות "מטרידה" והעונש שנקבע בצדה הוא חמור יותר (כאמור, שהוא חדש מסר, לעומת עונשין בלבד בחוק העונשין, ובהתאם שיעורי קנסות שונים, כפי שעולה מסעיפים 36 ו-61 לחוק העונשין).

עיקרו התשתית העובדתית ותקציר הפרקים הקודמים

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

19. בדין שהתקיים בבית משפט השלום העלו שני המערערים טعونות נגד חוקיותן של התקנות, ובפרט של תקנה 2(א)(7) לתקנות, שמכוכה העומדו 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 אתUracha של מדינת ישראל. בנוסף נטען נגד תוקפה של התקנה - שקובעת עבירה וחיף זאת לא נזונה 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"ידית בית משפט" כבר בשלב הדיון בבית משפט השלום, שבה גם היא על טענת הסמכות וטענה כי משעה שבוטל סעיף הרלוונטי בפקודת הפרשנות ומעט שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אין מקום לפרשנות שלפיה מחוקק המשנה יכול לחוקק עבירות פליליות. עוד טעונה האגודה כי תקנה 2(א)(7) לתקנות פוגעת בחופש הביטוי מאחר שבכל עניין אחר מותרת פניה למתפללים ברחבת הכותל, והפניה לעמדתו של המשפט האמריקני בעניין זה. כמו כן טעונה האגודה כי בהתחשב במאפייניהם הייחודיים של מקבצי הנדבות בכותל, הנמנימים עם קבוצה מוחלשת ולא עם מי שמנHALIM אורח חיים עברייני, יש לטפל בתופעה של קיבוץ הנדבות באמצעות מנהליים, דוגמת אזהרה, הרחקה זמנית מרחבת הכותל ואף הרחקה ממושכת ממנה, ולא לנ��וט בכלים פליליים שאינם מתאימים לה. כמו כן, כאשר פשיטת היד היא מטרידה, ניתן לנתקות לכלי הפלילי המצויה 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, והפניה בהקשר זה לנוהל משנה 2006, ולהתחייבות המדינה בעניין הלפרסון. לסיום התיאסה האגודה למרחב שיקול הדעת והטימה כי הבחירה להעמיד לדין במקרים מעין אלה, בעבירות המאפיינות בהישרדוותם של עניינים למרחב הציבורי, אינה סבירה.

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

בזהירות בבאו לבחון ביטולה של חקיקת משנה.

22. ביום 9.11.2017 דחה בית משפט השלום (השופט פ' שטרק) את הטענות החוקתיות שהובילו נגד תוקפה של תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים, וזאת במידה רבה בהתבסס על פסק דין קודם שניית בבית משפט השלום בסוגיה זו (השופט א' גורדון) ונוסף על עניינה של אישה שפיטה יד ביציאה מרוחבת הנשים בcourt המערבי (ראו: ת"פ 14-11-6648 מדינת ישראל נ' שיפרמן (להלן: עניין שיפרמן)). אך, ככל הנוגע לסוגיות 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 אין לא נדרשו אישור ועדה של הכנסת על מנת לקבל תוקף. הסביר בהקשר זה כי אין לקבל תחולת למפרע של סעיף 2, שכן זו תפגע ביציבות החוק ושלטונו החוק.

23. אשר לפגיעה הנענטה בזכויות חוקתיות, בית משפט השלום קיבל את עמדת המדינה שלפיה פשיטת יד אינה עיסוק, והסביר כי לשיטתו חוק יסוד: חופש העיסוק מכון לעיסוק או משליח יד או מקצוע בגדיר הנורמה ולא נכון מצוקה, משמע בית המשפט אינו רואה בפשיטת יד התנוגות חיובית אלא התנוגות הנובעת מצוקה" (פסקה 6 להחלטתו). בהתאם לכך קבע כי למערערים לא נגרמת כל פגיעה בחופש העיסוק כתוצאה מהאיסור הכלום 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 "ביקורת ערך עליון של מדינת ישראל כמדינה חופשית וديمقרטית המאפשרת לכל אדם חופש דת ופולחן", כי היא נועדה לתוכלת ראייה - היא שמירת פרטיהם של המתפללים וקדושת המקום, וכי היא מידיתית מן הטעם שהאיסור חל רק ברחבת הכותל, ואילו בשאר המקומות הסובבים את הכותל ומובללים לרחבבה הוא אינו מתקיים. בכל הנוגע לחופש הביטוי באופן ספציפי, קבע בית משפט השלום כי אין לראות בפשיטת יד ממשום הבעת דעה, והבהיר כי לשיטתו ההחלטה האמריקנית שהאגודה הפנתה אליה אינה מתאימה להקשר הישראלי.

24. לבסוף התייחס בית משפט השלום לטענות שנஸבו על מדיניות האכיפה בעבירה זו. בית משפט השלום הבahir כי ההגנה לא הוכיחה שהאיסור לא נאכף עד שנת 2012, נטען, ובכך כי האpun שבו מתבצעת האכיפה, הכול מספר אזהרות טרם הגשת כתב אישום, מלמד כי היא סבירה. בהקשר זה עמד בית המשפט על כך שלרוב הכותל אין כל סמכות עוד לפעול בעניינים של פושטי יד משעה שחלפה תקופה הזמן שהוגדרה לכך בנורול (ועמדה על שישה חודשים), והבהיר כי עתה ניתן הטיפול בנושא בידי המשטרה כמו ביחס לכל עבירה אחרת.

25. בשלב זה, נחתם עם המערערים הסדר טיעון שבגדרו הוסכם כי הם יורשו על-פי הودאותם. ההסדר בעניינו של שורץ כל הסכמה לעניין העונש ואילו ההסדר בעניינו של מושיא לא כלל הסכמה זו.

26. ביום 20.11.2017 הרשע בית משפט השלום את שורץ וגזר את דיןנו. שבוע לאחר מכן, ביום 27.11.2017, הורשע מושיא בדיינו נגזר גם כן. על שניהם הוטלו עונשים שככלו כאמור קנס וחטימה על התחייבות. על שורץ הוטל קנס בסך 18 שקלים וכן חטימה על התחייבות בסך 1,800 שקלים להימנע מהעבירה בה הורשע לתקופה של 12 חודשים, תוך הבירה כי אם לא תיחתום במועד הוא יאסר לתקופה של 6 ימים. על מושיא הוטל קנס בסך 18 שקלים (בחלוקה

לשני תשלומיים) או 5 ימים תמורתו, וכן חתימה על התcheinות 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 יאסר, 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 נוספת מזו העבירה שבגינה הורשע בעבר יש מקום להסתפק בקנס והתחייבות להימנע מעבירה. בית משפט השלום הסביר בעניין זה כך:

"אין חולק כי אדם אשר עוסק ב'פשיטת יד' נמצא ברף התחרון בחברה מבחינה כלכלית. יחד עם זאת אין להטעם מכן כי הנאשם אינו פונה לגורמים אשר אמרוים לס"ע לו בכך לקיים את עצמו ומשפחתו מבחינה כלכלית [...] אין זה המקרה כדי לקבוע כי הנאשם מצא את עצמו לא אפשרות כלכלית לקיים את עצמו ומשפחתו ונותרה לו אר Rak האפשרות של פשיטת יד ברוחבת הכותל המערבי, ביצוע מעשה הנוגד את התקנות והתcheinות להימנע מכך" (פסקה 12 לגזר דין של בית משפט השלום).

בעניינו של מושיא הופעלה עם הרשותו גם התcheinות בסך 8,000 שקלים שנקבעה בהליך קודם בבית משפט השלום בירושלים עת הורשע גם כן במסגרת הסדר טיעון (از תוק הסכמה למתן ההתחייבות) בשורה של עבירות שעוניין קיבוץ נדבות ברוחבת הכותל המערבי (ת"פ 12-12-36080, הנשיא א' חן). בית משפט השלום הבahir בהקשר זה כי נסחו של חוק העונשין לא אפשר הארכה של תקופת ההתחייבות, וכך ציין כי "אין בכך של הנאשם הסבר למה חז לבצע מעשה פשיטת יד בניגוד להתחייבותו". בהמשך לכך, נקבע כי מושיא ישלם סכום זה ב-10 תשלומיים שווים, וכי אם לא יעשה כן הדבר יגרור 10 ימי מאסר. יותר כי עוד בהליך זה טען מושיא נגד האיסור וציין כי ابوו 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 כדיית בית המשפט. הערעורים כונו 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 ו בתוכנה, וכי יש לפיקר לזכות המערערים. הנימוקים היו אלה שנטענו עוד בבית משפט השלום - הן ביחס להליך התקנות של התקנות, הן ביחס לתוכנן והן ביחס למדייניות האכיפה בעניין. בין היתר חזק כדי ממקור ההסמכתה לתקנות, הוא החוק השמירה על המקומות הקדושים, קבע איסור כללי שעוניינו "חילול מקום קדוש", ואילו המסקנה לפיה "פשיטת יד" היא חילול כאמור חריגת מגבלות האיסור באופן המשמע כי התקנה הותקנה בחוסר סמכות. כן נטען כי הפלתם של המערערים לדין במקרה זה "חוצה קו אדום" ביחסים שבין המדינה לבין הענינים החיים בה, שמחinicמת הקבצות היא פעולה הישרdotit ולא עבריתנית. על כן, נטען כי העמדה לדין גורמת לפגיעה בלתי מידית למי שאינו לדבר 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 החסرون הכרוכים בnihol הליך של תקיפה עקיפה, והפנה בעניין זה לעמדותיהם של הנשיא א' גרוניס והשופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין בדנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' ابو פריח ז"ל (להלן: עניין ابو פריח) (בשונה מהעמדה המרחיבה יותר שבה אני עצמי החזקתי באותו הליך). בית המשפט המחוזי הכיר באמון במצויקתם הכלכלית של המערערים הראה עליים לתקוף באופן ישיר את התקנות, אך ציין כי בכלל השיקולים - ובهم העובדה שהמערערים עשו די לעצםם, הרצן לשומר על "רישון

שיפוטו", והערכת הפגם ככזה שלא מצוי בדרגת חומרה גבוהה - אין לאפשר במקרה זה תקיפה עקיפה. בית המשפט המחויז קבע כי כבר מרגע זה יש לדחות את הערעורם. בהמשך לכך, הוא נדרש בכל זאת גם לטענות החוקתיות שהעלו המערערים לרבות במישור הסמכות, וiomץ בהקשרים אלה את קביעותו של בית משפט השלים. בתוך כך קבע בית המשפט המחויז כי התקינה הותקנה בסמכות, כי האיסור הפלילי שבתקנות נקבע לתכלית ראהיה וכי בנסיבות העניין יש לראותו כאיסור מידתי, בהתחשב בכך שאינו אוסר על קיבוץ נדבות באופן גורף. כמו כן נקבע כי מדיניות האכיפה שאומצתה, המבוססת על הגשת כתוב אישום רק לאחר שאדם קיבל שלוש זהירות והתמיד במעשהו, היא ראהיה.

### הילהך שבפניינו

29. בקשות רשות הערעור שהוגשו - לשיטתי כאמור ערעורים בשלב זה - הטענו בטענה במספר מישורים. ראשית, נטען כי פסק דיןו של בית המשפט המחויז מעורר את השאלה העקרונית בדבר היקף הראוי של תקיפה של התקינה בגדודו של הילך פלילי. שנית, נטען כי קביעת האיסור על קיבוץ נדבות במתכונת של עבירה פלילית בתקנות חורגת מגדר סמכותו של מתיקון התקנות. זאת, הן מאוחר שלא עבר את אישורה של הכנסת והן לנוכח ההשוואה בין התכנים של העבירות הקבועות בחוק לבין העבירות שנקבעו בתקנות. בנוסף נטען כי האיסור הכרוך בהרחבת יתר לא ראהיה של גבולות המשפט הפלילי, ולא כל שכן כלפי אנשים החיים בעוני (תו록 הפניה להיקף המוגבל יותר של עבירות הקבועות בתקנון העונשין).

30. להרחבת היריעה נדרשו המערערים להיסטוריה של המחלוקת בשאלת הקביעות בគותם כבר בתקופת המנדט. בתוך כך הפני לכתבו של תלמיד הרבנים הראשיים לארץ ישראל, הרב אברהם יצחק הכהן קוק ז"ל והרב יעקב מאיר ז"ל ביום 18.5.1930, לשולטונות המנדט, שבו ביקרו את גירושם של מקבצי נדבות מהכטל. בכתב צוין בין היתר כי "גירוש העניים היהודים מהרחבה שלפני הכותל המערבי" מסב "פגעה קשה ברגשות הדת שלנו, שמבטחה על הצדקה שלפני התפילה חלק מן התפילה והכשרה אליה". המערערים הפניו לכתב זה וטענו כי יש ללמידה ממנה שהגישה היהודית המסורתית מחיבת בהכרח הימנעות מהטלת הגבלות על פעילות של קיבוץ נדבות ברחבות הכותל בעת זו. כן נטען כי אף ביום ישם רבנים בכירים הנרתעים מן האיסור על "איסוף צדקה".

31. בקשות רשות הערעור זכו לתמיכתה של האגודה, שהצטרכה כאמור להילך כבר בבית משפט השלים, וכן לו זו של הסניגורייה הציבורית (להלן: הסניגורייה), שבקשה אף היא להצטרף להילך כדיית בית המשפט והותר לה להגיש עמדה מנומקת מטעמה מבלתי שתתקבל החלטה ביחס לצרופה להילך (החלטת הרשם ר' גולדשטיין מיום 3.6.2019). אומר כבר כתם כי לעמדתי, לנוכח הטעמים שהועלו בבקשתה והרלוונטיות של הסניגורייה לשאלות הנדנות, יש מקום לקבל את בקשה הצעירות ולהכיר גם בסניגורייה כדיית בית המשפט בהילך זה.

32. האגודה טענה כי העמדתם של המערערים לדין מגלה שימוש פסול וחיריג בדיון הפלילי הפוגע קשות בתחושים הצדקה. בטענתה נטען כי אכיפת האיסור על פשיטת יד אינה מידתית ולוקה בחוסר סבירות קיצוני, וכי לפיך היה מקום לבטל את כתבי האישום או למצער לזכותם את המערערם. מעבר לכך נטען כי יש לאפשר תקיפה עקיפה של נורמה פלילית במסגרת הילך פלילי, וכי אף אם הגבלת התנהגות מסוימת היא מידתית - אין זה אומר בהכרח כי הפללת העובר על ההגבלה מידתית גם היא, במיוחד כאשר עוסקים בעבירות עוני". בהמשך לכך שבה האגודה על כך שהאיסור

על פשיטת יד פוגע בחופש הביטוי, וכן על טענות השונות שהועלו בעניין הסמכות.

33. באופן דומה, עמדת הסניגוריה הייתה כי יש לראות בתקנה 2(א)(7) לתקנות כמボטלת, או למצער לפרשה במצבם, באופן המתישב עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך שפשיטה יד שלא מסכנת את הציבור או מפרה את הסדר הציבורי לא תחסה תחת התקנה. לחיפוין, Natürlich, יש לפעול בהתאם להוראות הנהל משנה 2006, כך שהאישור "אך אף כאן כלפי מקבצי נדבות "מטרידים".

34. מעבר לכך, הסניגוריה מצטרפת לטענות שהועלו לעיל הן בנוגע לסוגיות התקיפה העקיפה והן באשר לתוכן התקנות. הסניגוריה מוסיפה וmutuimah 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, ובهن ניצלו של קטין, מרמה, פגעה נפשית והטרדה. על כן, Natürlich 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, דזוקא מניעת האפשרות ליתן צדקה לעני היא בעלת הפטנציאל המשמעותי לחילול המקום ולפגיעה ברגשות הציבור. בנוסף, מעבר לטענות האחרות שהוזכרו בדבר חוקת התקנות, Natürlich כי מאחר שהתקנה פוגעת בחופש העיסוק ובהתחשב בכך שבחוק יסוד זה לא נחקק סעיף שמירת דינים, דינה להבטל אף רק בשל כך.

35. כמו כן, הסניגוריה טוענת כי למערערים כמה הגנה מן הצדך - הן מאחר שהאישור על קבצנות הוא היחיד שנאכף מבין האיסורים הקבועים בתקנות, הן מאחר שהעמדת המערערים לדין מנוגדת לנוהל משנה 2006 שהגביל את אכיפת התקנות ל"קבצים מטרידים" בלבד, והן מאחר שאין למעשה כל אינטרס ציבוררי התומך בהעמדה לדין בנסיבותיהם של המערערים. בנוסף וכי למערערים כמה 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 אין עומדות באמות המידה למתן רשות ערעור ב"גלאול שלישי". ממילא היא סבורה שדין הערעורים להידחות אף לגוף הדברים.指出 כי מלכתחילה עמדת המדינה הייתה כי לא היה מקום לתקיפה עקיפה של התקנות בהליך הפלילי מאחר שדרך המהלך לעשות כן היא בעתרה 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, בהתאם לאופן שבו פוגע קיבוץ הנדבות בקהל המתפללים בכוטל ובכבוד המקום. המדינה הטוענה כי הפער בין העונשה 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), מכוון בין העבירות - אלה שמוסדרות בחוק מkapot פגיעות קשות (דוגמת חילול), ואילו אלה שבתקנות נسبות על "פגיעה קלות". כן Natürlich כי האיסור מתחום בהיקפו ואינו שולל פעילות של קבצנות ברוב תחומי

העיר ירושלים ואף לא ברוב תחומי העיר העתיקה אלא באזרז מתחום שלה בלבד. באשר למדיניות האכיפה הודגש כי זו חרזה ואושרה בדינום אצל המשנה ליווץ המשפטי לממשלה (פלילי), וכי הצעד של נקיטת הליכים פליליים נעשה באופןם מקרים שבהם הורחק הנוגע בדבר מן המוקם שלוש פעמים, הוזהר ותוועד, ובכל זאת שב על דרכו. עוד הוסבר, כי דווחים שנמסרו לאורך השנים מעידים כי הרחקה בלבד מרחבת הכותל אינה משיגה את המטרה, באופן שחייב היזיקות גם לאפיק הפלילי. המדינה אף להינה על השימוש שעשו המערערים בהגדירה של "עבירות עוני" ועמדו על קר שאין די במצוקה כלכלית כדי להצדיק ביצוע עבירות פליליות של מי שהזהרו והורחקו, מה גם שהנזיקות של המערערים כלל לא הוכחה.

38. להשלמת התמונה יצון כי ביום 25.9.2019 הגיע מושיא בקשה להוספת ראייה שהועברה לו במסגרת בקשה חופש מידע שהגיע. בקשה זו נסבה על מדיניותו של רב הכותל בהפעלת סמכותו להרחקת אנשים מרחבת הכותל לפי תקנה 4(ג) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים. בתגובהה מיום 16.4.2019 התנגדה המדינה להוספת הראייה מאחר שלשיטתה הבקשתה אינה עומדת באמות המידה שהותו לכך בהיעדר הסברiae-הגשת הראייה בדינום שהתקיימו בערכאות הקודמות. לגופו של עניין נטען כי הראייה המבוקשת אינה מס'עת למושיא מאחר שאין מדובר במסמך שעוסק במדיניות המשטרת או התיבעה באכיפת האיסור הפלילי שבתקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים, אלא במדיניותו של רב הכותל בכל הנוגע לסמכוויות ההרחקה מן המקום. "אמר כבר בשלב זה כי לעמדתי יש לקבל את הבקשתה, בהתחשב בתרומתה לקבלת תמונה מלאה כמו גם בציפייה שמסמכים רשמיים השופכים אוור על היבטי אכיפה ברחבת הכותל יוצגו ממלא בהליכים על-ידי הרשות עצמן.

#### דיון והכרעה

39. כפי שציינתי בפתח הדברים, לשיטתו 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 (א-מ) 37208-05-13 מדינת ישראל נ' ליפשיץ (בשלב זה, ניתנה ביום 3.4.2019 החלטה על התלית ההליכים בתיק זה, סגן הנשיא ש' הרבסט)). עם זאת, לגוף הדברים, מצאת טעם רק במקרה מן הטענות, כמפורט להלן, כך שבסיכוןו של דבר אכן לחברי לדחות את הערעוריהם.

40. אם כן, עומדות בפנינו שאלות בשלושה מישורים: המישור הדיני של בחירה בין תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה; המישור של הדיון המהותי מהיבט תקיפותן של התקנות והמשור של חוקיות פעולות האכיפה שנעשו בגדדן. אדון בהן לפי סדרן.

#### המישור הראשון: תקיפה ישירה ותקיפה עקיפה

41. קודם לכינסה לטרקלין של הדיון המהותי, יש לפתח ולבחו אם המנגנון הדינוני שבפנינו מתאימה לדין בטענות נגד תוקפן של התקנות. בעיקרו של דבר, אני סבורה ששאלת תוקפה של חקיקת משנה המשמשת בסיס להעמדה לדין פלילי היא דוגמה מובהקת למקורה המתאים לתקיפה עקיפה. כאשר אדם עומד בפני סיכון של הרשעה בפליליים - שיקולים בסיסיים של שלטון החוק מחיבים לוודא כי לא יורשע על סמך נורמה חוקית פגומה (ראו: רע"פ

במסגרת חקיקת משנה - בין כתולדה של דברי حقיקה ישנים שהפלילו באופן גורף הפרות של תקנות שהוצאו מכוחם לאור לדוגמה: סעיף 16 לחוק הגנת הצומח, התשט"ז-1956, סעיף 68 לפיקודת התעבורה [נוסח חדש] וסעיף 28 לפיקודת מחלות בעלי חיים [נוסח חדש], התשמ"ה-1985), בין מכוח דברי حقיקה המפלילים תקנות ספציפיות שהוצאו מכוחם, כמו בעניינו (ראו עוד: סעיף 60ב לפיקודת הרוקחים [נוסח חדש], התשמ"א-1981), ובין כתוצאה מתיקנות שהפלtan נקבעה יישורות בהן (ראו למשל: תקנה 65 לתקנות הנמלים (חומרים נזולים מזוקים הציבור), התשע"א-2016). קשה להעלות על הדעת מודעות מספקת של אנשים מן השורה, ולא כל שכן אנשים מוחלשים, הכספיים לעולן של נורמות אלה לצורך להעלות טענות נגדן מביעוד מועד.

42. אכן, ישנו הבדל גישות ביחס להיקף הראו של השימוש בתקיפה עקיפה, וברי כי כל זה כרוך גם בمعنى עשיית דין עצמית. אולם, השיקול העומד מנגד, שעניינו החשש מפני מתן תוקף לפעולה בלתי חוקית לכארה של השלטון, הוא ממשמעותי וכבד משקל. האיזון בין שיקולים אלה עשוי להשתנות בהתאם לניביותו. אולם, לעומת זאת אין ספק שהעמדה לדין פלילי מכוח נורמה פלילתית הקבועה בחיקיקת משנה היא המקרה הגראוני המצדיק תקיפה עקיפה. זאת, לנוכח המחיר הכבד של הגלום בהרשותה בפליליים, שדביקה בה סטיגמה מוסרית והוא עשויה להוביל לשילילת חירותו של אדם. כאשר מדובר באיסור שאף לא נקבע בחיקיקה ראשית כי אם בחיקיקת משנה (ואף במקרים שבהם לא נדרש אישורה של הכנסת, כפי שהסביר) - זכות התקיפה מקבלת משנה תוקף.

למעשה, השארת הדלת פתוחה לתקופה עקיפה בהליך פליליים שבהם טענות ההגנה מכוונות כנגד נורמה כללית היא "דרך המלך" הנוגעת בפסקתו של בית משפט זה מראשיתה, ובכלל זה בפסיקי דין שהפכו בינתיים נכסית צאן בראל (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 דין של השופט י' עמית (7.3.2013)).

44. הבדיקה להבינה ליפה תקיפה עקיפה מתאימה בעיקר במקרים שבהם הטענות מועלות נגד נורמה כללית - להבדיל מהחלטה ספציפית שהתקבלה בעניינו של אדם - עליה בבירור מפסק הדין העקרוני שנייתן ברע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 637 (2000)). בין היתר, הוסבר שם כי כאשר אדם נפגע מההחלטה ספציפית, ראוי כי יתකוף אותה בתקופה ישירה, בה בשעה שאין מקום לצפות מאדם שיתקוף נורמה כללית סתםvr בתקופה ישירה:

עשוי להיות הבדל בתוצאה בין תקיפה של צו אישי (כגון - החלטה לפסול רישון) לבין תקיפה של תקנה בת-פועל תחיקתי (כגון - תקנה האוסרת נהיגה של כל אדם בנסיבות מסוימות). ניסין החיים, השכל הישר והאינטרס הציבורי אומרים שבדרך-כלל אפשר וראוי לצפות מאדם שנפגע מצו אישי, אם הוא טוען כי הצו בלתי חוקי, שיתקיים את המצו בתקיפה ישירה, כגון בערעור לבית-משפט השלום או לבית-המשפט המחויז (אם החוק מKENNA זכות ערעור על המצו) בעתרה לבית-המשפט הגבוה לצדק. לעומת זאת בדרכ-כלל אין מקום לצפות מאדם שיתקיים תקנה כללית, אלא ואשר הוא נפגע באופן אישי מתחולת התקינה, כגון כאשר הוא עומד לדין פלילי על הפרת התקינה. במקרה זה יהיה בפנוי, מבחינה מעשית, דרך לתקן את התקינה אלא הדרך של תקיפה עקייה, ככלומר הדרך של טענת הגנה שהתקנה בלתי חוקית ובلتוי תקיפה. לפיכך יש בדרכ-כלל סיכוי טוב יותר לתקן עקייה של תקנה כללית מאשר

لتיקפה עקיפה של צו איש"י (שם, בעמ' 647. הדגשה הוספה - ד' ב' א').

שיקולי המדינה שעולים מפסק דין מנהה זה יפים אף לעניינו (ראו עוד: דפנה ברק-ארז משפט מנהלי כרך ד - משפט מנהלי דיני 167, 170 (2017); יעקב שקד תקיפה עקיפה בהליך פליליים ואזרחים 188-180 (2020)).

45. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לנוכח המדינה השיפוטית המצדדת בכך שביקורת שיפוטית על החלטות מנהל תעשה בהקשרים שאינם "כלליים" אלא נתמכים בתשתית עובדתית קונקרטית (ראו: בג"ץ 1563/96 צ' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 542, 529 (1997); בג"ץ 6972/07 לكسر נ' שר האוצר, פסקה 26 (22.3.2009)). אכן, אין בכך בלבד כדי למנוע בירור של סוגיות חשובות לשפטן החוק בפני בית משפט זה בשבתו כבג"ץ. לעיתים אף יהיה זה הפורום המתאים יותר לבירור. כך, בעבר, שאלת סבירותה של הוראה אחרת בתקנות נדונה בבית משפט זה בקשר לעתירות שעוניין תפילה נשים בכוחם המערבי (בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הקotle המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994)). אולם, במקרים שבהם שאלת חוקיותה של התקנה ומדינה האכיפה הנלויה לה קשורות באופן הדוק להליך הפלילי הנדון ולתוצאותיו דומה שהבירור בערכאה הדינית הוא מבורך.

46. שיקול חשוב נוסף נסב על מצבם הכלכלי של המערערים. כאשר מדובר בתיקפה עקיפה שנעשית על-ידי נאשימים שהרकע להעמדתם לדין הוא מצבם הכלכלי, שאינם בעלי נגישות של ממש למערכת המשפט, הדברים האמורים נכונים יתר שאת. האם דווקא ממי שמקוששים את פרנסתם ברוחם נדרש להשיג מקידמה לבג"ץ? אני סבורה שシקהל זה של נגישות לצדק לא קיבל את המשקל הראו לו בפסק דין של בית המשפט המחוזי, ובעניינו הוא בעל משקל מכריע (להרחבה ראו למשל: נתע זיו "משפט ועוני - מה על סדר היום? הצעה לאגדנה משפטית לעוסקים ביצוג אוכלוסיות החיים בעוני" עלי משפט 17 (2005); איל פלג אתגר העוני של המשפט המנהלי 270-252-270 (2013))).

47. כפי שצין לעיל, בית המשפט המחוזי נדרש למחוקת שנפלה בעניין ابو פריח, ואמץ מובן מסויים את הגישה שהbijעו הנשייא גראוניס והשופט (כתוארו אז) רובינשטיין, על ההבדלים ביניהם. אולם, מחוקקת זו הייתה מצומצמת במידה רבה לסוגיה של תקיפה בגין שנגע להסדר מקרקען לפי פקודת הסדר זכויות במרקען [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, ובאופן ספציפי לשאלת של תקיפה המכוננת נגד תוקפה של הפקעה מכוח חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, במהלךו של הליך ההסדר, שנים רבות לאחר שבוצעה. בתחום זה, כפי שהובהר בפסק הדין, חלים שיקולי מדיניות מיוחדים, בהם סרבול אפשרי של הליכי ההסדר כתוצאה מהעלאת טענות מעבור שנים, והפער האפשרי בהתמודדות עמן בין הליך של תקיפה ושרה לעקיפה. השוני בין מקרים אלה, על מאפייניהם הייחודיים ושיקולי המדינה הספציפיים המלווים אותם, לבין המקרה שבו עסקין הוא רב יותר, ואני סבורה שאין בהם כדי להשילך על עניינו.

48. בשלב זה אני מבקשת להפנות לפסק דין של חברי השופט נ' סולברג בرع"א 2933/18 עירית אור עקיבא נ' מкорות (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 (תערIFI מים המספקים מأت מקורות), התשמ"ז-1987, במסגרת תביעות לתשלום סכום נקבע שהגישה חברת מקורות נגד מספר רשותות מקומיות. בפסק הדין

נקבע, בעיקרו של דבר, כי לא היה מקום להתייר תקיפה עקיפה של הכללים במסגרת ההליך האמור. בין היתר הובאה בחשבון העובדה כי מדובר ברשותות מקומיות אשר עשו דין לעצמן, ואשר יכולות היו לתקוף את הכללים באופן ישיר אף בחרו שלא לעשות כן (ראו בפסקאות 25-26 לפסק הדיון). בנוסף ניכרה התיחסות להשלכות הציבוריות שיש למשעהן. בהמשך לכך ועל סמך אותם שיקולים עצם, התוצאה בענייננו צריכה להיות שונה. כפי שהובהר, כאן מדובר באנשים פרטיים המצויים בשולי החברה. המרחק ביניהם לבין רשותות מקומיות בהיבט הגישה למערכת המשפט רחוק שמיים הארץ, וקשה לומר שהתקipa העקיפה שביקשו לבצע במסגרת הליך זה היא "בחירה". בנוסף, אף אין לומר כי הנזק הציבורי שנגרם כתוצאה מעשייהם דומה בהיקפו לזה שנגרם מפעולות הרשותות המקומיות בעניין או רעביה.

49. אם כן, לעומת התקipa העקיפה שביצעו המערערים בדיון נעשתה, והיה מקום לדון בטענות הצדדים בהקשר זה לגופן - כפי שאכן עשה בית משפט השלום. זהוי אפוא נקודת המוצא להמשך הדיון.

המשור השני: שאלת תוקפה של התקנה האוסרת על קיובץ נדבות במקומות הקדושים

50. בשלב זה, הגיעו העת לדון בשאלות המשפטיות שעמדו לבב טיעוניהם של המערערים. מהלך הדיון היה כדלקמן: ראשית, אבחן את הטענות שנסבו על הסמכות לתקן את התקנה 2(7) לתקנות המקומיות הקדושים. שנית, אדון בטענות החוקתיות שהובילו כלפי תוכן הסדר הקבוע בהן מהיבט הפגיעה בזכויות חוקתיות, ובקשר זה בגבולות הפללה. שלישי, ולבסוף, אדרש לשאלות שעניןן אכיפת התקנות והתוצאות הקונקרטיות בעניינים של המערערים. כל זאת, תוך פניה, בהקשרים המתאימים, להיבטים השוואתיים של סוגיות ההתמודדות עם התופעה של פשיטת יד במקומות ציבוריים בעלי אופי ייחודי, קדושים אחרים.

הסמוכות לתקן התקנות לפי חוק השמירה על המקומיות הקדושים

51. המערערים, האגודה והסניגורייה טענו כאמור בהרחבה בנוגע לשאלת אם התקנות המקומיות הקדושים, ובאופן ספציפי הבעיות הקבועות במסגרתן, הותקנו בסמכות. הטענות נסבו, בעיקרו של דבר, על שני עניינים: העובדה שחרף פליליות לא קיבלו התקנות את אישורה של ועדת מועמדות הכנסת בהתאם כאמור בסעיף 2(ב) לחוק העונשין, וה"מרחיק" שיש בין האיסורים הקבועים בחוק השמירה על המקומיות הקדושים לבין אלה הקבועים בתקנות, המלמדים לטענת המערערים על היעדרה של הסמכתה מפורשת. אדרש לטענות כסדרן.

52. שאלת הפיקוח הפרלמנטרי - בכל הנוגע לפן הפורמלי שענינו אישור ועדת של הכנסת, אין לי אלא להציג רקビועתיהן של הרכאות הקודמות שדנו בעניין. כפי שמצוין, סעיף 2(ב) לחוק העונשין נחקק בשנת 1994 - למעט מעשור לאחר שהותקנו התקנות השמירה על המקומיות הקדושים (שכאמור קדמו להן התקנות דומות אחרות) - במסגרת תיקון 39 המקורי חלק כליל לחוק העונשין. בנגד עמדת המערערים, ההוראה שנקבעה בסעיף 2(ב) לחוק העונשין אינה חלה למפרע.

53. ראשית יש לומר את המובן מלאיו: 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' הכנסת ישראל, פסקה 48 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור וההפניות שם (29.9.2016); בג"ץ 5023/08 שחאה נ' שר הביטחון, פסקה 8 (27.2.2017)). בעניינו המבקשים לא הצלחו לסתור את החזקה האמורה, אף לא נראה שיש הצדקה לכך. שנית, כלל גדול הוא בכלל הנוגע להתקנת תקנות, ולהוראות מינהל בכלל, שאלת תוקפן מוכרעת בהתאם לדרישות שחלו על פעולה זו במועד הרלוונטי לעשייתן, בעניינו, מועד ההחלה על התקנות וכניסתן לתוקף (ראו והשו: בג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, משרד התחבורה, פ"ד לה(2) 99-97 (1980); דפנה ברק-ארץ משפט מינהלי כרך א 274-273 (2010) (להלן: ברק-ארץ, כרך א)).

54. אכן, יש מקום להעדיין פרשנות המקלה עם הנאם במקרים שבהם ישנה יותר מפרשנות אפשרית אחת של דבר حقיקה. אולם הדרישת לאישור של הכנסת אינה מבטיחה בהכרח הקלה עם הנאם לגוף הדברים (ניתן להניח כי מגנוני בקרה מרובים יכולים למנוע שרירות), אולם לאו דווקא אימוץ של גישה עונשית מקלה). מכל מקום, הדרישת של בקרה פרלמנטרית על חקיקת משנה פלילית, גם שאין חלק כי היא רואיה, אינה גוזרת בטלות של תקנות שהותקנו קודם לעיגונה בחוק. זו לא הייתה דרישת שameda על סדר היום במועד חקיקתו של סעיף 2(ב) לחוק העונשין. בהקשר זה יזכיר כי סעיף 2(ב) כלל לא הופיע בהצעת החוק הממשלית, שנדונה בנוסחים כאלה ואחרים מאז שנות ה-70, אלא נוסף על-ידי הכנסת בדינום המאוחרים שהתקיימו במועד חוקה, חוק ומשפט (ליהיסטוריה 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 ובעלי הסבר תמציתיים" משפטים יד 127, 135 (1984); מרים גור-אריה "הצעה חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992" משפטים כו 9, 12-11 (1994); ליר וגנור "חקיקת החלק הכללי של חוק העונשין" שורשים במשפט (משרד המשפטים, 2019) 3.4.2019).

55. לא ניתן להוסיף כי התקנות תקנות מכוחו של חוק השמירה על המקומות הקדושים הייתה עניין שחברי הכנסת נדרשו לו וכיוונו אליו כבר במועד חקיקתו של החוק. עניין זה נדוע בין השאר על רקע חומרתם של העונשנים שנקבעו בצד העירות שנחקרו בחוק עצמו, והציפייה היה לקביעת עבירות קלות יותר בתקנות - כפי שעולה מהدين שהתקיימים במועד חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום 27.6.1967, עבר חקיקתו של חוק השמירה על המקומות הקדושים. שר המשפטים ייעקב שמשון שפירא ציין בדיון זה כי טויטת התקנות נשלחה אליו, ובהמשך אף העיר, בمعנה לחש שהבעח ח"כ מנחם פרוש, כי "כשיצאו התקנות היא לבך סמור ובוטוח שלא יתרו כניסה למערת המכפלה בלי חילצת נעלים". אף המשנה ליווץ המשפטיא לממשלה אורי ידין הבהיר כי הכוונה היא לתת בידי מתקין התקנות "סמוכות רק בקשר לעבירות שהעונש לגביון קל". אם כן, למעלה מן הצורך אפשר להוסיף כי אף שהתקנות לא עברו אישור ועדעה של הכנסת (שכן כאמור זו לא הייתה הדרישת הפורמללית באותה העת), חברי הכנסת היו מודעים לתוכן ונוסח התקנות תואם את הרוח שלultaם מדבריהם. להשלמת התמונה יציין, כי בשנת 1968 קבע בית משפט זה כי לחוק השמירה על המקומות הקדושים לא תהיה נפקות רבה ללא התקנות של התקנות (עניין חוגים לאומיים, בעמ' 222 ו-225).

56. "שמירה" על המקומות הקדושים ושאלת ההסכמה המפורשת - הפען הנוסף של טענת הסמכות היה שחוק השמירה על המקומות הקדושים, ובכלל זאת סעיפי העבירות הקבועים בו, אינו מהו הטענה המפורשת דיה להתקנת תקנות ביחס לקיבוץ נדבות. אין ידי לקבול טענה זו.

57. נפתח בМОבן מלאיו: הסכמה מפורשת, לבטח כאשר עסקינו באיסור פלילי, היא נדבר יסודי בשיטתנו המשפטית שזכה לעיגון של ממש בתיקון 39, אך היה קיימן הרבה לפניו (ראו למשל: בג"ץ 789/78 אופק נ' שר הפנים, פ"ד לג(3) 480, 485, 480; ע"א 548/78 פלונית נ' פלוני, פ"ד לה(1) 736, 755 (1980)). למעשה, רק לאחרונה עמדתי על החשיבות שבמבחן הסכמה מפורשת לפועלות הפוגעות בזכויות אדם (ראו: דנג"ץ 10190/17 מפקד כוחות צה"ל באזרה יהודית והשומרון נ' עליון, פסקאות 5-10 לפסק דין (9.9.2019)). אם כן, השאלה איננה אם נדרש בעניינו הסכמה מפורשת, אלא אם זו מתקיימת בנסיבות העניין: האם בחוק השמירה על המקומות הקדושים מוקנית הסכמה מפורשת דיה לעבירות שנקבעו בתקנות שהותקנו מכוחו?

58. כפי שהוזג לעיל, חוק השמירה על המקומות הקדושים קבע שתי עבירות שהענישה בגין מחמירה (שבע וחמש שנות מאסר, בהתאם) אשר בית המשפט המוסמך לדון בהן הוא בית המשפט המחויז. לצד זאת, נקבעה סמכות להגדלת עבירות קלות יותר שעניין הסדרת ההתנהגות במקומות הקדושים. לשון ההסכמה קביעתה בסעיף 4 לחוק היא רחבה, וניכר כי היא כוללת את כל נדבכיו של החוק. דומה שהדברים מדברים בעד עצם:

"שר הדתות ממנה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התיעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעת בדבר או לפיו הצעתם, ובאישורו של המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו" (ההדגשה הוספה - ד' ב' א').

59. תחומייה של הסכמה זו הם רחבים - והוא 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 תחומייה של העבירות הקבועות בו מילא. לשם כך היא נדרשה מלכתחילה.

#### שאלת הפגיעה בזכויות חוקתיות וגבולות ההפלה

60. לאחר שנדרשתי לשאלת הסמכות, אפנה כתע לבחינת תוכן האיסורים עצם. השאלה המהותית העומדת ביסוד הדברים היא האם התקנות פוגעות בזכויות חוקתיות באופן שאינו עומד בביבורת חוקתי. כפי שהובהר זה מכבר, התקנות הותקנו בשנת 1981, 11 שנים לפני שנחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהתאם לכך הן גנטות מ"שניות". יחד עם זאת, בהתאם להלכה שנקבעה בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995) יש לפרש לאורו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מה נפקותם של הדברים לעניינו?

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

בהתאם לכך, הטלת הגבלות על פשיטות יד עלולה לפגוע בזכות לקיום מינימלי בכבוד. היבט זה של איסור הקבצנות נבחן בפסק דין משמעותי של בית המשפט הגבוה של דלהי ((*UOI v. Harsh Mander & Anr.* B. - Delhi High Court) 2018.8.8 o/s &)). בפסק הדין שבחן את תוקפו של החוק המקומי של דלהי בנוגע קבצנות נקבע כי האיסור הפלילי על קבצנות, ללא התחשבות בנסיבות העומדותabisod פגעה זו מבחינתו של האדם הנוגע בדבר, אינו חוקתי - בהיותו שרירותי ופגע ביכולתם של אנשים להתקיים בכבוד, תוך הדגשת הקשר לזכות לחים.

63. הזכות לחופש ביתוי - פשיטת יד היא פעולה פיזית, אך יש בה גם מבוע: "אני זוקן לכסף כדי להתקיים". כפי שנכתב ידו המושעת של הקבצן, מחווה זו, שהיא עדות לדלות ולשפול ולניון, יש בה גם מין קריאה ופניה, ולפיכך היא גם סימן עז, בוטה, של נוכחות" (ראו: גיליו שחר "הקבצנים: בניין/קפקא, רבי נהמן מברסלבר, פרויד, מנדלי ובעיקר עגנון" גופים ושמות - קריאה בספרות יהודית חדשה 95, 96 (2016)). אין מדובר אך במעשה, אלא במעשה שנלווה לו ביטוי, ولو מצומצם. ניתן אף לראות בו לעיתים סוג של קריאה לעזרה (ראו והשוו: רע"פ 8736/15 צובי בר נ' מדינת ישראל, פסקאות 21, 51-52 לפסק דיני (17.1.2018)). הלכה למעשה, הדיון המשפטי בארץות הברית בשאלת הקבצנות, שעמד במרכז הטיעון החוקתי שהוצע על-ידי האגודה בבית משפט השלום, התמקד כמעט כלו בהיבטי הביטוי של פעילות זו. אמנם, בית המשפט העליון של ארץות הברית לא נדרש במישרין לדין חוקתי בהגבלה על פעולות של פשיטת יד כהגבלה על חופש ביתוי. אולם, הדיון בפסק 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 הceptה לביקורת שיפוטית מחמירה (strict scrutiny) המחייבת את תחומי הלגיטימיות של הגבלות כאלה במרחב הציבורי הכללי. כך הובנו הדברים בספרות המשפטית, וכי שעה ממנה גם בפסקיתן של ערכאות שונות - Anthony J. Rose, The Beggar's Free Speech, 65: עוד בערךת הפדרלית (ראו Anthony J. Rose, The Beggar's Free Speech, 65: 191 (1989); Megan Smith, The Constitutionality of Panhandling Ordinances: Making 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 תעסוק - לבסוף, מתעוררת השאלה האם פשיטת יד היא גם בגדר משליח יד הנופל לגדרה של הזכות לחופש תעסוק (ראו והשוו: עב"ל (ארצ) 14-02-34772 פלוני - המוסד לביטוח לאומי (10.9.2017)) שנבס על שאלת זכאותו של דר רחוב להבטחת הכנסה). ישנו כМОון פנים לכאן ולכאן. עצם הניסיון להגדיר עבור הפרט אם מעשייו של עולים כדי תעסוק אם לאו הוא מוקשה. מדובר במקרה המצוייה בלבית האוטונומיה של האדם, כאשר אףלו חוק יסוד: חופש העיסוק נמנע מהגדיר את סוג הפעולות שנופלים לגדרו. כאמור, הדברים הם ברורים. בית משפט זה עמד על כך שחוופש העיסוק נובע מזכותו של אדם למצואו לעצמו מקורות מחיה ופרנסה לשם קיומו הפיזי בכבוד, כמו

גם מזכותו לאוטונומיה אישית והגשמה עצמית (ראו: בג"ץ 4769/95 מENCH נ' שר התחבורה, פ"ד נ(1) 235, 257 (2002)). מנגד, קשה להתעלם מן הקושי הרעוני הטבע בהתייחסות לקבצנות כל משלח יד לכל דבר עניין, כאשר מעכם טבעה היא פעללה הישרdotית. لكن נלוות שאלות משנה: אם מדובר במשלח יד - האם ניתן להסדיוו, באופן שיחליף שאלה בשאלת: האם ניתן להפליל קבצנות שלא נעשתה "ברשות"? זאת ועוד: לעיתים פשוטה היד כרכחה בעילות נוספת. כך למשל, בעת הדיון בבית משפט השלום טען מושיא כי הוא ממשיר דרכו של אביו שעסוק גם הוא במקרה "זיכוי הרבים בקריאת תורה". בסיכוןו של דבר, לצורך הדיון שבפנינו אני נכוна לראות בפשיטת יד פעילות הנמצאת בשולים האפורים של הזכות לחופש עיסוק.

65. אם התקנות משליכות ولو על זכות יסוד אחת, וככל הנראה על יותר מזכות אחת צו, יש להוסיף ולהתמיד בבחינה החוקתית - כשה邏יקוד הוא בשאלת התכליות ובשאלת המידתיות.

#### תכלית ההסדר - השמירה על מקומות קדושים ו"פורומים מיוחדים"

66. בובנו לבחון את תכליתו של ההסדר יש לתת את הדעת לשני מאפיינים של רחבת הכותל - היotta מקום קדוש, Machzit Giya, והיotta אתר לאומי חשוב, מайдך גיאס.

67. נקודת המוצא לדין היא שמקומות קדושים זוכים להגנה בתוריות העולם מימים ימייה. כללים שעוניים לבוש, דיבור, מأكل וuishon הם רק חלק מ"סל" של כללים שהשתרש ברחבי העולם בסוגיה זו - לעיתים על דרך "של נעלם מעל רגיל" (שמות ג 5), ולעתים בדרכים אחרות.יסוד הדברים מונחת התפיסה, שאינה תלואה בתפיסות פרטיקולריות של דת או תרבות מסוימות, מקום קדוש אינו ככל מקום אחר. אכן, מדובר במקום ציבורי במובן זה שככל הוא אינו רכשו הפרטי של איש, אולם היחס אליו אינו זהה לזה שמתתקיים ברחוב או במרכז מסחרי. הדברים קשורים הן בהגנה על הביטים הנלוויים לזכות לחופש דת, ככל שמדובר בהבטחת התנאים הדרושים לתפילה ולפולחן, והן בהגנה על רגשות דת (להלן זו, ראו למשל: גدعון ספיר ודני סטטמן דת ומדינה בישראל - עיון פילוסופי-משפטי 109-179 (2014)). כך למשל, הגבלות מסוימות שעוניין לבוש, חילצת נעלים או כסוי ראש מקובלות במקריםות שונים בעולם ובמסורות שונות בכל הנוגע לכניות למקומות פולחן. מטרתו של חוק השמירה על המקומות הקדושים היא לאפשר מרחבים כאלה, לשמר עליהם ולמנוע פגעה בהם, כמו גם לאפשר גישה אליהם לבני הדתות השונות. תקנות השמירה על המקומות הקדושים מישמות עיקרון כללי זה ומתרגמות אותו לשפט המעשה.

68. פרספקטיבתה נוספת נוגעת לאופייה המעוור של רחבת הכותל כמקום שהואאמין בעל אופי ציבורי, אך גם אינו המרחב הציבורי הרגיל. במידה רבה, הדבר נוגע לסוגיה המיוחדת של הגנה על אתרי מורשת ולאום (הסדרת כליל ההתנהגות ב"מוללאומי" בוינגרטן, בירת ארצות הברית, ראו למשל: ISKCON of Potomac, Inc. v. Kennedy, 61 F. 3d 949 (D.C. Cir. 1995)). המערערים, וכן גם האגודה והסניגוריה, טוענו כנגד הגבלת הזכות לפשטת יד. אולם, בכך הם תיחסו אל הכותל המערבי כאל כל רחוב. לא אלה הם פניו הדברים בפנינו. מדובר באמנות בלבד חיצוני, אך לא במקום ציבורי "רגיל". הרגישות הרבות הסובבות את הכותל, מרכזיותו בדיון הציבורי והמגבלות השונות שחולות עליו - כמו גם תחושת הדחיפות שאפיינה את חוקיותו של חוק שגן עליו, במקביל להחלטת הדיון הישראלי במקום - מלמדות כי אין זה מקום שהוא "רשות הרבים" הגם שהוא "ציבורי", ומנגד ברי כי אין זה מקום "פרטוי". הדעת

נותנת שההסדרה של הפעולות במקומות מסווג זה יכולה להיות שונה מאשר זו הנוהגת בדרך כלל (להשוויה לדוקטרינת ה-public forum 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 علينا לשים לב לקטגוריות הביניים המיוחדת שבפניינו - מקום שאינו פרטី במובן זה שאינו בית עסק ולא מתקיימת בו פעילות כלכלית הנוגדת על-פי טיבת העיסוק בקבצנות, אך גם איננו ציבורי לכל דבר ועניין במובן שבו רחוב הוא ציבורי. מדובר בזירה ממלכתית פתוחה לכל, אך נתונה להסדרה של כללי התנהגותה בה, על מנת לשמור את אופייה ותפקידה.

70. למעשה, על המקרה של רחבת הכותל המערבי יש לחשב על פני רצף רחב יותר הכולל מקומות נוספים בהם ציבוריים במובן הממלכתי, ולכן ההתייחסות אליהם מחייבת זהירות מיוחדת ומאפשרת החלה רחבה יותר של איסורי קבצנות מאשר ברחוב, שהוא רשות רבים "רגילה". מקומות מסווג זה עשויים להיות, מבלי לקבוע מסמורות, בתים עליינים מלכתיים, הבתים שבהן יושבות רשותות השלטון (משרד ממשלה, הכנסת ובתי משפט) ועוד. הגבלה על קבצנות בהם היא חלק מן הסדר הציבורי, והאינטראס בכך הוא חזק יותר מאשר ברחוב. ההכרה בכוחו ה��rm של פושט היד אינה אמורה לבטל לחלוטין תפיסה של סדרי מملכה.

71. הדברים מקבלים משנה משמעות בהקשר ההיסטורי שבו הם Natürlichים. בכך עברו כעט.

#### 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 בדףים משתנים חלק מנופה ההיסטורי והחברתי של ירושלים גם בתקופות קודמות. המערערים צינו עובדה זו, ובמיוחד הדגישו את מכתבם של הרבנים הראשיים אל נציגי השלטון המנדטורי. על רקע טענה זו נconi להתבונן מעט אל ההיסטוריה של פעלויות הקבצנים בכותל. אמנם, אין בה עצמה כדי להכריע את הcpf, אולם דומה שדווקא היא מלמדת על מרכיבות הדילמה שבפניינו, אף יותר מכפי שהמערערים עצם סברו.

73. על מנת שלא להרחק אל העבר הרחוק מאוד, אפתח בספרו הקלאסי של חוזה המדינה, בנימין זאב הרצל, "אלטנולד" שפורסם לראשונה בשנת 1902. אין מדובר בספר ההיסטורי, אך מתוארת בו חוותו אותנטית של ביקור בירושלים של אז, בשלתיו של השלטון העותמאני, בתקופה שבה האזרוס המשומר לכוטל היה רחוב צר שהאפשרה בו תפילה, והקבצנים שפעלו בו נהגו לא אחת להשלים מניין לתפילה. וכך תוארו בספר רגשותיהם של הגיבורים שביקרו במקום: "הם הגיעו גם לשטחה העגמומית של הכותל המערבי. המראה המביש של הקבצנים המתפרנסים מתפילה העיק עליהם" (תיאודור הרצל אלטנולד (מרים קרואס מתרגמת, 2002)). אין צורך לומר שהדברים מובאים כאחד הביטויים לעליונות נופה של ירושלים באותה תקופה כפי שהוא נחשף בפני המבקרים - בעודם מגעים לארץ שהיא עדין ישנה וחדשה, אלטנולד ולא נוילנד. אותה מציאות עצמה מתוארת גם בספר "תmol שלשות" מפרי עטו של הספר ש"י עגנון,

שנסב על ימי העליה השנייה (ש"י עגנון תmol שלשים (1945)). אף בו מתוירים הקבצנים ברחובות ירושלים - ללא הבחנה של ממש בין אלה שפועלים בדרך המובילה לכוטל לבין אלה שפועלים בគות עצמו, תחומים שהתמזגו זה בזה ללא הבחנות פורמלאיות: "על גב כל מעלה ממעלות האבן שבדרך לכוטל המערבי מותלים כתים של עניהם... על עוד שפרוטה הייתה בידו נתן. משכלו הפרוטות והענאים לא כלו שטח כפיו והראה שהן ריקות. התחלו מושכים אותו בבגדיו ומלוים אותו בילוט, עד שנמלט ונדחק לטור הרחבה של הכותל. וכך חבורו עליו ענאים אחרים קשים מן הראשונים" (שם, בעמ' 349-350).

74. המציאות שבה האзор הסמור לכוטל היה רחוב צר שבו פעלו גם קבצנים נמשכה אל תקופת המנדט הבריטי בארץ ישראל. אכן, כפי שציינו המערערים, בשלב מסויים הטילו שלטונות המנדט איסור על פשיטת יד בסמור לכוטל ואכפו אותו באמצעות סילוק פושטי היד מהמקום. מדיניות זו היא שהובילה לאוטו מכתב מיום 18.5.1930 שאליו הפנו המערערים אשר נשלח מטעם הרבנים הראשיים לארץ ישראל. הרבניים הראשיים נתנו את הדעת לכך שמדובר ב"עשרים משפחות אומללות בישראל שימושם הייחודי בחימם הייתה התמיכה שקיבלו מהמתפללים על-ידי הכותל". הדברים מתוירים בהרחבה גם ביוםנו של הרב יצחק אביגדור אורנשטיין ז"ל, رب הכותל בעת ההיא, שנרגע לימים במהלכה של מלחת העצמאות. ברישום המתיחס לחודש אוקטובר 1931 הוא מתאר את "גירוש הענאים מרחבת הכותל, גם את אלה שאינם פושטי יד". רב הכותל פנה לסגן המושל ואמר לו כי "גירוש הענאים שאינם פושטים יד מן הרחבה הוא שלא בצדך. אין כל حق לגרש אנשים היושבים ואומרים תהלים ברחבת הכותל והקהל זוקק להם לתפלה על חולים, להשלמת 'מנין' אנשים כדרכו, ואי אפשר לקבץ אותם מן השוק" (רב יצחק אביגדור אורנשטיין יומן הכותל המערבי, 35-36 (להלן: יומן הכותל המערבי)). מן הדברים אף עולה הבחנה אפשרית בין קבצנים המצויים במקום ופושטים יד בלבד הילכה למעשה לבין קבצנים שאינם עושים כן (שם). בחודש דצמבר 1931 פנה רב הכותל פעם נוספת לסגן המושל בעניין הסילוק מרחבת הכותל. בהמשך, במכtab מיום 14.12.1931 הסבירו הרבניים הראשיים שוב כי "אם כבodo איננו מוצא לאפשר בשום אופן להרשות לכל הענאים לשבת ברחבה בטענה שבאופן זה נאבדת למשטרה הבקשה על הענאים שלא יתרידו את המבקרים בפשיטת יד" הם מציעים להרשות לכל הפחות "לעשרה ענאים" לשבת ברחבת הכותל. ביום 8.2.1932 הבahir סגן המושל כי החלטת הממשלה בעניין זה

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

75. אם כן, המרכיבות של סוגיות הקבצנות באזור הכותל אינה חדשה. המערערים הפנו למחרת הרבניים מתקופת המנדט על מנת להציגו על כך שהעמדה היהודית המסורתיות לסוגיה התנגדה לאיסור שנטפס כאיסור של שלטון זר, שהיא אף זור לרווח 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 הרבניים שפנו לשפטונות המנדט הניבו כי מדובר בפעולות של קבצנים בודדים, החינויים לפרנסת משפחותיהם (וזאת בתנאים של העדר תמייה אחרת בהם). שנית, עולה מן הדברים נוכחות להבחן בין קבצנים שפושטים יד הילכה למעשה לבין אחרים. שלישיית, וזה העיקרי: נדרשת בעניין זה התייחסות להקשר הרחב של הדיון בדברים שהתנהל בנושא עם שלטונות המנדט באותה תקופה. עוד לפני מאורעות תרפ"ט ואף יותר מכך אחרים, התפתחה וגייסה הרבה בכל הנוגע לתביעות היהודיות והמוסלמיות באזור הכותל. בנסיבות אלה, שלטונות המנדט

הגבירו את ההחלטה על פעילות יהודית באזורי הכותל והטילו עליה הגבלות. ההוראות בכל הנוגע לפעולות הקבצנים היו אך חלק מערך כלשהו של תלונות שהופנו לשפטונות המנדט ביחס למרחבי הפעולות היהודית באזורי הכותל. הרבניים הראשונים לארץ ישראל כתבו באותה עת מכתבם לרבים 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 טרפ"ט: שנת האפס בסכטור היהודי-ערבי 120-128 (2013)). ניתן אףוא לומר שלמעשה לא סוגית הקבצנים היא שעדמה במרכז הדיון באותה עת, אלא סוגית הכותל בכללותה.

76. "תחנה" היסטורית נוספת שיש להתעכ卜 עליה היא התחלת פעילותה של רחבת הכותל במתכונת המוכרת לנו היום - לאחר שנות השלטון הירדיני בירושלים, שבהן לא הייתה תנועה של מתפללים יהודים במקום. מאז סיוםה של מלחמת ששת הימים האזורי הסמוך לכוטל הוא רחבה ציבורית גדולה ומוכובדת המשמשת לתפילה, שונה מאוד מן הרחוב הדל והצר של תקופות קודמות (ראו למשל: בר, בעמ' 205-209). עובדה זו השפיעה, בין השאר, על ההתנהלות באזורי הכותל, ויש לה גם רלוונטיות להפתחות הטיפול בסוגיות הקבצנות. כבר בתקופה הסמוכה לתום מלחמת ששת הימים ותנועת המטילים והתיירים לירושלים בכלל ולcotל המערבי בפרט, התרחשה פעילות ענפה של קבצנים באזורי, 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 מרביתם דב פרלא הממונה על המקומות הקדושים, להורות לרבים הממונה על הכותל, לסדרנים ולנטורים במקום, למונע מפושטי היהודים ברחבת הכותל המרוצפת ולהרחקם משם בתקיפות. השר מנמק את הוראותו בתלונות שנתקבלו במשרדו על פושטי היהודים על קהל המבקרים ומטרידים אותם בשעת תפילהם" ("קבצנים יוחקוו מהcotל" מעירב 13.10.1968). בהמשך לכך, בחודש Mai 1969 פורסם במעריב כי "חלוקת בין משרד הדתות והמשפטים מונעים פרסום תקנות לשמירה נאותה של רחבת הכותל המערבי ומונעת הטרדה של מתפללים, מטרידים ותיירים על-ידי צלמים, פושטי יד וכל מיני תופעות לוואי שליליות" (יהושע ביצור "חלוקת בין משרד הדתות והמשפטים מונעת הסדרים ברחבת הכותל"). בחודש מאי 1969. חודש לאחר מכן התפרסם בעיתון "דבר" טור דעה שביקש "לקבוע ולפרסם תקנות מתאימות מערב 19.5.1969". מטעם רשות מוסמכת שיקבעו גבולות לתנועת הקבצנים והצלמים גם יחד בקרבת הכותל. התנהגות הקבצנים והצלמים ביום אינה מוסיפה כבוד לכוטל המערבי, כאשר היסטורי קדוש לעם היהודי" (ד.מ. "קבצנים ליד הכותל" דבר 11.6.1969. באותו זה נכתב עוד כי "המבקר ביום אלה ברחבת הכותל המערבי נתקל בפושטי יד וקבצנים מטרידים את המבקרים מכל צד וuber ומקשים נדבה"). למעשה, גם לאחר פרסום התקנות הראשונות סוגית פושטי היה בכותל המערבי לא חדלה מלהעסיק את העיתונים היומיים, ובמעריב של שנת 1977, נכתב, תחת ידיעה שכותרתה "cotל המועות" כי "חויה קשה מצפה לתיירים המבקרים בכוטל המערבי נכון עדת הקבצנים ומטרידים ל민יהם הנטפלת אליהם וסוחתת מהם כספים - למורות התקנות האסירות פשוטית יד במקום המקודש. בעשר השנים האחרונות התיירים מילינוי דולרים ל"תעשייה השנור" (רי' גוטמן "cotל המועות" מעירב 20.4.1977). זה היה למעשה הרקע להתקנת של התקנות הראשונות. במובן זה, לא הן, ולא התקנות העדכניות שבעפנינו, נולדו אל תוך חלל ריק (ראו עוד: "עד ראייה: פרוטה לעני - ליד הכותל" מעירב 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 אותנו שפעילותם של קבצנים בכוטל

aina חדשה, אך לא פחות מכך שהיא עוררה קשיים גם בעבר. יותר מזה, היא מלמדת עד כמה קשה "להזור בזמן" מבלי לבחון את הנושא בהקשרו הרחב ביותר.

#### תכלית ההסדר - סיכון ביןיהם

79. מכל האמור לעיל עולה כי תכלית ההסדר שבפניו אינה "להפליל את העוני", כפי שטענו ידידות בית המשפט. היא אף לא להרחק את העוני מעיני הציבור. תכליתו של האיסור למנוע פגיעה למי שמקשים למש פרקטיקות של ذات, מסורת ורגש במרחב מוגן מעניינו היום יום. בהינתן דברים אלה אני סבורה כי תכלית הגבלות היא רואה. אולם, האם הגבלות אלה הן מידתיות? לשאלה זו יש חשיבות, כמובן, אף לפיה הדיון שקדם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובגדירה של פסקת שמירת הדינים. לדין בשאלה זו עבור CUT.

#### שאלת המידתיות של ההסדר

80. הדיון בשאלת המידתיות של הגבלות החלות על קבצנות ברחובות הכותל חייב להיעשות בהתייחס לכמה היבטים: היבט הפרישה הגיאוגרפית של האיסור; היבט הבחנה בין קבצנות "מטרידה" לקבצנות רגילה; ולבסוף - היבט שענינו סוג הסנקציה הנלווה לאיסור הקבצנות (פלילית או אחרת).

81. הפרישה הגיאוגרפית של האיסור - עובדת יסוד חיונית לדין במידתיותה של הפגיעה בזכויות שהזכו נוגעת להיקף התחולת הגיאוגרפי המוגבל של תקנות השמירה על המקומות הקדושים. כאמור, כל הגבלות שמצוינו בתקנות חלות אך בראשמה מוגדרת של מקומות קדושים, כאשר הדיון בעניינו צומצם ממליא לרחובות הכותל. השאלה אינה אפוא האם האיסור 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, במקרה אלה, יש להסביר על כך בחשוב.

82. בעניינו, כפי שהובאה, אין מדובר באיסור רחב החולש על הרובע היהודי כולו, או אף על העיר העתיקה בכללותה. למעשה, השאלה שהובאה בפניו אף צומצמה לאחור הכותל המערבי באופן קונקרטי, רק לגבי נטען בשלב זה כי מתבצעת אכיפה של האיסור, ולא נדרש לדון ביתר המקומות הקדושים שבתחום התקנות. בנסיבות אלה, ההשלכות על היכולת להתפרקנס ולהתקיים הן אפוא מצומצמת מאד, ובינוגד לנטען - כלל אין מדובר בהפללה גורפת של קיבוץ נדבות באשר היא.

83. על כן יש להוסיף, בהמשך להבינה שנדונה לעיל בין סוגי פורומים שונים, כי הגבלה על קבצנות ברחובות הכותל אינה מצומצמת מבחינה ממשית בלבד, קרוי מבחינת היקפו של השטח שבו מדובר. גם לעומת שמדובר במקרה מיוחד" שככל ההתנהלות בו מוגבלת ומוסדרת ישנה שימושה מבחינת המידתיות. למעשה זה של רחובות הכותל (כיום, להבדיל מעבר הרחוק בתקופת השלטון העותמי ואך בתקופת המנדט) משיליך אפוא על בחינת מידתיותה של הפגיעה בזכויות.

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

85. שאלת ההטרדה - דרך אחרת להשיקוף על הדברים מתמקדת בשאלת האם לפעולות הקבצנות נלויה "הטרדה". העמדה הבסיסית של המערערים וכן של האגודה והסניגורה, 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 הכלור ב"הטרדה". לשיטתם, חלק מרכזי מן הפסול שבאיסור שבתקנות הוא תחולתו על קיבוץ נדבות שאינו "מטריד" ברוחבת הכותל (כלומר, ללא פניה יזומה למתפללים). בכך הם לא דקנו פורטא. למעשה, העמדה העולה מן התקנות, ויש לה לכוארה תימוכין במשפט ההשוואתי, היא שיש מקומות שקיבוץ הנדבות בהם, ככלעמו (זהיינו בשל עצם התרחשותו בהם), כורע בהטרדה. הדברים אמרים, בשינויים המחייבים, גם ביחס לפעולות נוספות שאינן נובעות ממשיכיות של עוני, כדוגמת עיסוק ברוכליות, או פעולות אחרות של מכירה ופרסום שעשויה להפריע גם הן לתפילה או לחוויה הרגשית של המקום וכן אסורות ברוחבת הכותל (ראו תקנה 2(א)(3) ותקנה 2(א)(5) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים). במילים אחרות, המיקום המיעוד הוא שיוצר את ההטרדה, מבלתי שנלויה לכך כל פעולה מיוחדת נוספת.

86. למעשה, דווקא דברי החקיקה המודרניים בנושא של קבצנות - החותרים להימנע מהטלת הגבלות נרחבות מדי בעניינו - מתמקדים במקומות מסוימים שבהם הקבצנות אסורה (למשל, בקרבה לכיסופוטים או לתחנת הסעה של תחבורה ציבורית). הנהנה העומדת ביסוד הדברים היא שקיבוץ נדבות במקומות אלה - להבדיל מאשר בשרות הרבים בעיר באופן כללי - הוא מטריד עצמו טיבו (לא אחת מקובל להגדיר איסורים מסוג זה ככלה שמכוונים ל-*aggressive panhandling*). ניתן אפוא לומר שגישתן של התקנות עולה היטב בקנה אחד עם מגמה זו, וכי היא אף מתישבת עם הכוונה העומדת ביסוד האיסור שכחוק העונשין (באמצעות "קונקרטייזה" שונות של מושג ההטרדה, לדוגמה באמצעות חשיפת פצעים). דוגמה לכך אפשר להביא, למשל, מהחוק העוסק בנושא אונטריו בקנדה - *Safe Streets Act, 1999* (Ont). העיקנון שנקבע בחוק זה הוא האיסור על קבצנות מטרידה או אגרסיבית. עם זאת, היישום של עיקנון זה נחלק לשניים - האיסור חל הן על התנהגוויות שהן מטרידות מבחינת מאפייניהן (בסעיף 2 לחוק) והן על התנהגוויות הנוגעות ל"קהל שבי" (captive audience) במקומות כמו אלה שמצוינו לעיל. הדברים יפים בשינויים המחייבים גם לעניינו. לא מותר לצין כי הטענות שהוועלו בעניין חוקתיותו של חוק זה נדחו בבית המשפט לערעוירים של מדינת אונטריו (*R. v. Banks, 84 O.R. (3d) 1 (2007)*).

87. שאלת הפללה - היבט אחר של דיון בשאלת המידתיות נוגע לא להיקף הפרישה הגיאוגרפי של האיסור אלא לשאלת של סיוגו כפלילי. בcourt הדיון "מתכתב" עם הסוגיה הרחבה יותר של גבולות הפללה, שרגל אחת שלה נתועה בעולמו של המשפט החוקתי ורגל אחרת שלה נתועה בעולמו של המשפט הפלילי.

88. בית משפט זה ציין פעמים רבות בעבר שיש לחזור לכך שהאפיק הפלילי יהא שיורי, ככלומר שהתנהגות הפוגעת בערכיים חברתיים לא לטופל באמצעותו כל עוד ניתן לתת לה מענה בדרכים אחרות, חמורות פחות. בכלל, הנהנת המוצא היא שהדין העונשי הוא האמצעי החריף ביותר - הן מבחינת היחס החברתי אליו והן בהיבט הסנקציות שניתן

להטיל בנסיבות ועשויות לעלות כדי שלילת חירותו של אדם. לפיכך, ראשית יש לבחון מהו האמצעי המתאים ביותר לנ��וט בו בכל מקרה ומרקם, ורק אם אין מוצא אחר - "בחר הכליל הפלילי" (ראו: בג"ץ 88/10 שורץ נ' היועץ המשפטיא לממשלה, פסקה 20 וההannotations שם (12.7.2010); רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי, פסקה 25 לחווות דעתו של השופט ע' פוגלמן (10.9.2013). ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 40 (1984); מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי - ידו בכלל?" ספר דניאל - עיונים בהגותו של פרופ' דניאל פרידמן 935 (ניל' כהן ועופר גروسקובף עורכים, 2008); יורם רבינוביץ ואקי דיני עונשין כרך א 347-349 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: רבין וואקי)).

89. בהתאם לכך, משעaskin בעבירות קלות, כאשר מן העבר האחיד הפגיעה שהן מסובות בערך מוגן איננה גבוהה, ואילו מן העבר האחיד הפגיעה הנגרמת לעובר אותו בתוצאה מהעמדתו לדין עשויה להיות קשה מאוד, הבחירה באפקט הפלילי כלל איננה מובנת מלאיה (ראו: דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 3-4 לחווות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן (15.4.2015); רע"פ 13/13 סgal נ' מדינת ישראל, פסקה 3 לחווות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן (2.11.2017). אורן גזל ענישה בהסכם - חלופות להליכי משפט בפלילים 84-72 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה, 2002); אלעד רום טעות בחוק הפלילי 162 (2015)). על כן, התנהgiות שונות שהוכפפו בעבר לדין הפלילי נשלוות כiom על-ידי משטר של יעוצמים כספיים, ובמהלך השנים רגולטורים החלו נוקטים באפקט פעולה מינימליים חלוף שימוש בדיני העונשין (ראו: ברק-ארז, כרך א, עמ' 66; משרד המשפטים עיגן אכיפה חלופית בחקיקה - עקרונות מוחדים (2018). כן ראו: ע"פ 1408/18 מדינת ישראל נ' בן דרור, פסק דין של השופט ע' גרוסקובף (21.8.2018); רון שפירא מאכיפה פלילית לאכיפה מינהלית 129-85 (2019)).

90. כאמור, נראה כי עניינים של פושטי יד המבקרים נדבה ברוחבת הכותל המערבי נמנה בבדיקה עם המקרים שבהם יש לבחון במשנה זירות האם הדין הפלילי הוא הכליל המיטבי לטיפול. ה"צל" המלאה את הדיון בשאלת תוקפם של איסורים על קבצנות הוא חקיקה היסטורית שאסורה על "שוטטות" או הימצאות במקומות ציבוריים - חקיקה שכוננה לקבצנות מוחלשת של דרי-רחוב, נשים בזנות וקבצנים, ולמעשה הפלילה אנשים שהיו שרים במצב של עוני (להרבה, 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) (להלן: אסף טבקה "משפט פלילי ועוני" על אחריות ציבורית כמנוף להכרה בהגנת העוני כסיג לאחריות פלילית: בעקבות ת"פ 18-01-18 17571 בהליך נ' מדינת ישראל" "המשפט" ברשות - זכויות אדם 85, 19, 31-27 (2018)). במסורת המשפט האנגלי, שממנה התפתחו דיני העונשין של ישראל, הייתה העבירה של קבצנות חלק מחוק השוטטות משנת 1824 (Vagrancy Act, 1824) (למקורות של סעיף 193 בפקודת החוק הפלילי בחוק השוטטות האמור, ראו: ע"פ 136/51 פרנקל נ' היועץ המשפטי לממשלה ישראל, פ"ד ה 1610, 1602 (1951)). במהלך השנים توוקן החוק המקורי באופן שהגביל מכך את האיסור על קבצנות, אולם כפי שהובהר קודם לכן - הוא לא הועלם לחלוטין; לא באנגליה, ולא מחוץ לה (להתפתחות 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)).

במדינות רבות בעולם ישנה, באיזונים שונים, חקיקה הקובעת עבירה שענינה עוסוק בקבצנות - גם אם באופן מסווג (תוך התייחסות למיקום, להטרדה הנלווה למעשה הקבצנות וכלי). עיון בדברי חקיקה של מדינות אחרות מלמד כי מקובל כוון להתמקד בקבצנות "מטרידה" (למעשה, בדומה לחוק העונשין בישראל), כמו גם באיסורים בעלי תחולת במקומות מסוימים, למשל בסמכות לכטפומטים או בדרכים (באופן שמסכן את העוררים 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 כבאות משקל, בעיקר בשל השלכות על אנשים החיים בעונן. אולם, הטעם לקיוםם, לפחות בגרסתם המצוומצת, הוא בהגנה על אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים שאף להם יש לתת משקל. בנוסף, אין לשוכח כי בשונה מקרים אחרים שהועברו לטיפול בכלים מינימליים דוגמת עיצומים כספיים, קבצנות היא לבדוק מסוגי ההתנהגות שנקייה בסנקציות כלכליות כלל אינה מתאימה להם, ולעתים אף עשויה להיות פוגענית במיוחד.

92. אם כן, לעומת זאת, קביעת כללים להתנהגות באטרים בעלי חשיבות לא נמצאת בהכרח מחוץ לתחום של הסדרה פלילתית, וזאת בדומה למשל להנחלת השמירה על ערci טבע, דוגמת האיסור על פגיעה בפרחי בר (המורפל במסגרת חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1998). במקרים מסווג זה, השאלה המשמעותית יותר נוגעת לאופן שבו על אכיפה כאמור כאמור להטיבע, ובמילים אחרות - בהכרה בכך שעילה להישות לא רק ברגשות המתאימה, אלא תוך הכרה בהשלכותיה האפשרות על זכויות יסוד. בכך עברו כעט.

#### המישור השלישי: דרכי אכיפה ותוצאות עונשיות

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

94. מדיניות האכיפה - שאלת מדיניות האכיפה נחלקה למשה לשתי שאלות משנה: ראשית, متى ינקטו צעדי אכיפה פליליים להבדיל מצעדי אכיפה אחרים? שנית, מהי הענישה הרואה ביחס לעבירות אלה?

95. אשר לשאלת הראשונה, אני סבורה כי האכיפה של אורחות ההתנהגות ברוחת הcotol בהיבט הפלילי צריכה להיות מצומצמת זהירה. כפי שניתן ללמוד מן הנהיג שהונגן בעבר ועל רקע הזכויות העומדות על כפ' המאזינים, יש לקבוע כללים ברורים לגבי הנسبות שבהן "תיכנס לפעולה" האכיפה הפלילתית, להבדיל מאשר פעולה במישורים אחרים, כגון שימוש בסמכויות הרחקה - המוסדרות כבר היום בתקינה 4(ג) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים. כללים אלה יכולים להיקבע בהנחה של הייעץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה, ואף במסגרת נוהל כפי זה שהונגן בשנת 2006. בהקשר זה, טוב יעשו רשות האכיפה אם ימצאו פעולות הסברה וכן יצירת קשר אפקטיבי עם רשות

הרואה. כאשר מאפייניהם של עוברי העבירות במקרים אלה מזכקה וקושי, בין היתר בקבלת הדין (כפי שהבהיר אף בית משפט השлом בעת שדן בעניינו של מושיא, כאמור בפסקה 12 לגור דין), רשות הרואה יכולות וצורך להיות גורם רלוונטי ודומיננטי במצבה פתרונות שאינם מגעים כדי העמדה לדין. מאותו הטעם יש חשיבות גם למטען זהירות ברורות קודם לנקייה בהליכים פליליים. מהיבטו של מי שנגישתו למערכת אכיפת החוק רופפת כל כך, יש מקום ביתר שאת להבהיר את משמעותם של המיעדים, ואת הסיכון לחשיפתו של העובר אותם בהעמדה לדין פלילי.

כאשר התכלית המנחה את השימוש בכל הפלילי במקרה זה היא בעיקרו של דבר מניעתי, עליה להיות אפקטיבית. מצב של ניכור ותחושא של התנצלות, גם שאין בה ממש, לא יוביל לפיתרון המיחול. 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 עשר), ודומה שיש לעשות הכל כדי לעלות בסולם הסיווע והצדקה למקום זה שלאלו נדחקים אנשים החיים בעוני).

96. אשר לשאלת השאלה, ואף אם מתתקבל החלטה להעמיד לדין בגין פשיטת יד לפי תקנות השמירה על המקומות הקדושים, יש לבורר את העונשים ההולמים הרשעה בה. בנסיבות אלה, שבahn עסוקין במילוי שטבעם בדברים מצבם הכלכלי עלול שלא לאפשר להם לעמוד בתשלום הכספיות המוטלים עליהם, ואילו מסר אחריו סורג ובריח הוא כלי חrif שAINו הולם את חומרת העבירה שבזה מדבר - יש לאת אריזון הולם ולהתאים את העונש על בסיסו. לא בצד קביע החוקק כי בבואה בית המשפט להטיל עונש של קנס עליו להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם (ראו: סעיף 40ח לחוק העונשיין, וכן: ע"פ 12/2013 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 דין של השופט פוגלםן (29.12.2015); ע"פ 4919/14 אוזלאי נ' מדינת ישראל, פסקה 73 לפסק דין של השופט עמית וכן פסק דין של השופט 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 (1733)). בהקשר קרוב אחר, חשוב להזכיר את ביטולו של מסר החיבים שנוהג בעבר במדינת ישראל (ראו: חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 43), התשע"ד-2014. ראו והשוו גם: בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סייע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת - 439 (1996)). כך למשל, לכארה נראה כי עונש של של"צ (שירות לתועלת הציבור) מתאים יותר להרשעה בעבירה כמו זו שבפנינו (כਮון בכפוף לנסיבותו של כל מקרה וקרה). אולם, לאחר שלא בכך התמקד הדיון, הדברים נאמרים למעלה מן הצורך.

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

98. במבט רחב עוד יותר, אוסף הערה שבענייני היא חיונית במשור הציבורי והחברתי, גם אם לא במשור המשפטי הצר. הטיפול בקושי שמעוררת פעילות הקבצנים ברוחבת הכותל המערבי אינו יכול להיות משפטי בלבד. פעילות זו היא - גם, אם לא רק - תולדה של מצוקה וקשיי תפוקוד של האנשים המעורבים בכך. אכיפה והרתהה הן כਮון חלק חשוב מן הטיפול, אך בדרך כלל, כאשר מדובר בסוגיות כה רגישות, אין חזות הכל. שיתוף פעולה של גורמי האכיפה עם גורמי הטיפול והרואה עשוי להניב תוצאות טובות יותר. הרחבתה של חזות ההסתכלות בכיוונים אלה אינה נתמכת אך בניסיון

החימם הכללי, אלא גם במחקרים שנעשו בתחום זה (ראו למשל: A 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 HERMAN GOLDSTEIN PROBLEM" (ראו: HERMAN GOLDSTEIN, *PROBLEM - ORIENTED POLICING* 163-172 (1990)). במידה רובה, היא מתישבת גם עם הנגנות הדרגתית של השיפוט במתכונת של "בתי משפט קהילתיים" אשר מותאמת לה滂ונות בעבירות שביצעו נאשימים בהקשר הרחב של המצוקה שמננה הם סובלים (ראו: דניאלה BINISH ועדי בלוטנר "בתי משפט קהילתיים בישראל" הסנגור 4 272 (2019)).

99. התוצאה האופרטיבית: במקרה דנן ובמבחן הצופה פני עתיד - חרף הדברים שאמרתי בכל הנוגע למדיניות העונשה, הגעתו בסופו של דבר לכלל דעה כי לא אוכל להתערב בתוצאה העונשית בעניינים של המערערים, וזאת מן הטעם שהם כלל לא טוענו בכך. על פני הדברים, דעתך לא הייתה נוכח מהתוצאה שאליה הגיעו הערכאות הקודמות. סברתי כי היא מעוררת שאלות, בהתחשב בגובהן של ההתחייבות הכספיות שהושטו על המערערים, ובכלל זה הפעלה של התחייבות קודמת בסכום משמעותי בעניינו של משה.

100. מלכתחילה ביקשתי לפעול בעניין זה בגין סמכותה של ערוכת הערעור "ליtan בקשר לפסק הדין כל החלטה אחרת שהערכאה הקודמת הייתה מוסמכת לתחה" (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, התבגרו הקשיים לעשות כן. ראשית, לנוכח האמור בסעיף 76 לחוק העונשין, משוחטלה ההתחייבות, ידיו של בית המשפט כובלות והוא אינו יכול להורות על הארכתה או על מימוש חלקו בלבד שלו (ראו: רע"פ 4123/17 שוחט נ' מדינת ישראל, פסקאות 4-7 (25.6.2018)). שנית, בא-כוכם של המערערים לא הניחו כל תשתיית עובדתית שאפשרה להתערב בזרוי הדין, מעבר לעובדה הפורמלית שלא עתרו לכך. אסתפק אפוא בהפנייה זרcker לחשש שהטלת התחייבות בלתי מותאמת מבחינה כלכלית עלולה להתגלות לימים כ"מלבד". מנקודת מבטי, המקרא שבעפנינו מחייב את הקשי הכרוך בשימוש בכלי של התחייבות להימנע מעבירה בהקשרם של פושט יד, מתוך תקווה שהמתחייב לא יחוור וכיצליח באותה עבירה. המקרא שבעפנינו מלמד כי תקווה זו לא תמיד יש לה על מה לסמן. דומה אפוא שבמקרים מסווג זה השימוש בענישה כלכלית באופיה (בפרט בסכומים גבוהים יחסית), ולא רק בעונש מאסר, צריך להיווצר החריג ולא הכלל, באותו מקרים שבהם השתכנע בית המשפט כי העוסקים בפשיטת יד אינם עניים למעשה.

#### לקראת חתימה

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

102. תחולת רטרואקטיבית? - את עיקר דברי אני מבקשת ליחס לעמלה העקרונית שהציג חברי השופט אלרון ביחס לתחולתו הרטרואקטיבית - לשיטתו - של סעיף 2(ב) לחוק העונשין. מאחר שחברי הרחיב בנקודת זו, שהמצב המשפט ביחס אליה היה ברור למדי לשיטתי, ATIICHIS לכך בהרחבה גם אני. גישתי מבוססת על שלושה אדנים: ההיסטוריה

החוקית, תכילת החוקה, ולבסוף עולם המעשה.

103. היסטוריה חוקית: כיצד? - כפי שכבר צייתי, הוראת סעיף 2(ב) לחוק העונשין היא תוצר של הוספה להצעת החוק המקורי של תיקון 39 לחוק העונשין. בMOVED זה, הפינויו של חברי לדברי ההסביר להצעת החוק הממשלה אין מס'יעות בפרשנות הסעיף.

104. לעומת זאת, דוקא ניתן למצוא התייחסות ישירה לתוכאות הצפויות של הוספה סעיף 2(ב) לחוק העונשין בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 18.1.1994. במסגרתו זו הודיע ח"כ דן מרידור, חבר ועדת המשנה שDNA בהוספת החלק הכללי לחוק העונשיןומי שהיא שר המשפטים בעת שהונחה הצעת החוק המקורי, כי במסגרת DNA גיבשה ועדת המשנה נוסח שונה במקצת מן הנוסח המקורי שעבר בקריאת הראשונה. בין הסעיפים שהוספו, מינה מרידור את סעיף 2(ב) המוצע, באופןו את הדברים המפורטים הבאים:

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

דומה שהדברים מדברים بعد עצםם.

105. אילו צפתה הכנסת מהפכה רבתה בכל הנוגע לתקפן של תקנות קודמות שכוללות הוראות עונשין, חזקה שהייתה ניתנת לדברים התייחסות בהליך החוקיקה. זאת ועוד: כאשר דברי חוקיקה קוצבים פרק זמן להיערכות לכינסה לתקוף של חוקיקה חדשה, ורשות השלטון אין משלימות את ההחלטה לךראתה, נהוג לפנות לכנסת ולהגיש הצעת חוק מתקנת שנוננת ארוכה נוספת להשלמת ההחלטה (במקרה דנן, לצורך פניה לועדות הכנסת לצורך קבלת אישור לתקנות). דבר מכל זה לא נעשה לאורך השנים. לא ניתן להתעלם מכך.

106. תכילת החוקה: כיצד? - במשמעותה המקורי, הדרישה לאישור של ועדת מועדות הכנסת לנוסחן של תקנות מסוימות, ובכלל זה תקנות הקובעות עבירות, היא חלק בלתי נפרד מהליך התקינה של התקנות. כפי שציין המלומד ברוך ברכה ז"ל עוד לפני שנים רבות: "הshituf הינו על-פי-רוב מקדמי, קרי, לפניו כניסה התקנות לתקוף" (ברוך ברכה משפט מינחלי כרך ראשון 232 (1987)). באמצעותה של דרישת אישור הכנסת מפקחת על הליך התקנת התקנות. כאשר הוועדה הפרלמנטרית הרלונטית אינה מכונה לאשר את נוסח התקנות שמובא בפניה, נפתח פתח לדיאלוג בין הרשות המבצעת לרשויות המחוקקת, דהיינו השר עשוי לשקל שינוי של הנוסח המוצע עד אשר מושגת הסכמה הנדרשת. זהו חלק בלתי נפרד מהליך התקנת התקנות. על כן, הרעיון של דרישת אישור יפה לתקנות שטרם הותקנו במועד חוקיקתו של סעיף 2(ב) ולא לתקנות שהליך התקנתן כבר הושלם.

107. עולם המעשה: כיצד? - לא לモתר להוסיף ולצין, כי תקנות שקדמו לחוקיקתו של סעיף 2(ב) הן חזון נפרץ בח"י המשפט. רבות מהן נדונות באופן קבוע ביום בbulletin המשפטי ונאכפות בחו"י המעשה בדבר יום ביום. כך למשל, סעיף

ההסכמה שמכוחם הותקנו תקנות המכס, התשכ"ו-1965 הכלולות סעיף עונשין, אינם דורשים אישור ועדת הכנסת. האם חברי מכון לכך שכלל הקנסות לפי תקנות אלה נגבו שלא כדי בעשותה השנים שחלפו מאז חיקיקתו של תיקון 39? אכן, שיקולים מעשיים אינם מティים את הcpf כנגד מסקנה משפטית מתבקשת. אולם, הם מקבלים משנה תוקף כאשר להחלטה המשפטית יש השלכות רוחב כה משמעותיות. מכל מקום, דומה שבמקרה דין הדין וח"י המעשה מוליכים לאותה תוצאה.

80. שאלת הסמכות - בשלב זה אני מבקשת להתייחס לספקות הנוספות שהעליה חברי השופט אלרון בכל הנוגע לתקפן של התקנות - בהתייחס למשור ההסכמה להתקנות בחוק השמירה על המקומות הקדושים. אני סובירה שיעין בחוק המקומות הקדושים מלמד על הסכמה רחבה להסדרת דרכי ההתנהגות בהם, והדבר אף מתחיב מתכלית החוק, כפי שהסבירה על ידי. זאת ועוד: חברי אינו מבahir האם פסולותה של התקנה מבחינתו נוגעת אך להיבטיה הפליליים, או שהאיסור על פשיטת יד במקומות הקדושים הוא פסול לשיטתו אף ככל שייאכפ באופן מינרלי על-ידי הממונה. למעשה, הנהנאה המוצגת על-ידי יפה אף לקביעת האיסור במתכונת שאינה פלילתית. כך או אחרת, 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 לב. אולם, כשופטים, שומה علينا להגביל עצמנו לשאלות של חוקיות התקנות וסבירותן.

80. שאלת הענישה - לבסוף, אוסיף ואתייחס לעמדתו החלופית של חברי השופט אלרון, הצד בתערבות בעונשם של המערערים. כאמור, הפטתי והפטתי בכך עצמו. אין חולק שהסמכות לעשות כן בוגעת להתחייבויות שנקבעו בהליך זה נתונה בידינו - וכך ציינתי - אך הגעתו לכל דעה שלא יוכל לעשות כן ללא תשתיית עובדתית. אין לי אלא להצטרף לדבריו של חברי השופט סולברג בנקודה זו. כך או וכך, ככל שפניהם של המערערים לפרשת תשלומים, הדרן לעשות כן היא באמצעות פניה למרצה לגביות קנסות (ראו: סעיף 5ב לחוק המר策 לגביות קנסות, אגרות והוצאות, תשנ"ה-1995).

#### סוף דבר

110.קשה עד מאי לדון במשור המשפטיumi במילוי שפושטים יד, ויש להיזהר בכך זהירות רבה. עם זאת, אין בכך כדי לומר שהמדינה מנעה מלשמור על סדרי שלטון במקומות הרואים לכך. הכותל המערבי אינו עוד רחוב צר וכי שחייה בשנים עברו. הוא מקום מיוחד. בכלל, רחובות העיר נוטרים פתוחים בפני הקבצנים. והלוואי שלא יזדקקו להם לשם כך.

111. אשר על כן, אם תשמע דעתנוורה על דח'ית הערעוים. לצד זאת, תקוותי היא כי ההערות בעניין מדיניות האכיפה והענישה הראויות בעבירות אלה ייפלו על אוזניים חשובות.

#### שופטת

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

בקשות רשות העreau שלפנינו אכן מעוררות סוגיות עקרוניות וכבדות משקל המצדיקות מתן רשות ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי בירושלים. שהוגשו לפני הבקשות החלטתי להעבירן לדין בהרכב שלושה, ומשמענו את טענות הצדדים אני סבור כי יש לדון בבקשתם כבערעור.

ליבת המחלוקת בין חברי היא בשאלת חוקיות העבירה הקבועה בתקנות 2(א)(7) ו-5 לתקנות השמירה על מקומות קדושים יהודים, התשמ"א-1981 (להלן: "תקנות השמירה על מקומות קדושים יהודים או התקנות"), האוסרת על פשיטת יד ברוחת הכותל המערבי וקבועות 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"), ש לפיהן סמכות מחוקק המשנה לקבוע עבירות ועונשים בתקנות כפופה לקיומה של הסמכה מפורשת בחוק ולביקורת פרלמנטרית על ידי ועדת מועמדות הכנסת.

על כן, לו תישמע דעתך נקבע כי העבירה הקבועה בתקנות אלו אינה תקפה - וכי דין העreauים להתקבל.

2. משעיך המחלוקת בין חברי בישום הוראות סעיף 2 לחוק העונשין על המקורה דין, אטמקד בחוות דעתך בפרשנות הרואה לטעמי לסעיף זה ובישומה על העניין שלפנינו. הרקע לבקשת רשות העreau, טענות הצדדים וההנחה לה המתאמת בחינת חוקיות העבירה במסגרת ההליך דין פורטו בהרחבה בחוות דעתה של חברות, ולא ראייתי לנכון לשוב על הדברים פעמי נספה.

מסגרת נורמטטיבית: על הסמכות לקבוע עבירות ועונשים בתקנות

3. פרקים א-ב לחוק העונשין, אשר נחקקו במסגרת תיקון 39 לחוק זה (חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994), עניינים בעקרון חוקיות הענישה. מתווך עיקרונו 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 והשלכתי על חייו של הנושא באחריות הפלילית, ובכלל זה, על חירותו, על שמו הטוב ועל רכשו (ראו למשל ש"ץ פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 4 (1984) (להלן: פלר); בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, בפסקאות 9-8 לפסק דין של השופט א' לוי (15.6.2011) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח)).

5. בהתאם לעקרון חוקיות העונשה, מסמיך סעיף 2 לחוק העונשין את הרשות המנהלית המופקדות על ישום של הסדרים ראשוניים שקבעו המחוקק בחוק, לקבוע עבירות ועונשים הנחוצים לשם ביצוע החוק וישומו. זאת, תחת כמה מוגבלות נוקשות וברורות:

"(א) הסמכות להתקין תקנות לביצוע חוק, כוללת אף את הסמכות לקבוע עבירות על התקנות ועונשים על עשייתן; ואולם, עונש מאסר שנקבע בתקינה, תקופתו לא תעלה על ששה חודשים, ואם נקבע עונש קנס - לא עליה שייעורו על הקנס שניית להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום.

(ב) תקנות שבנה נקבעו עבירות ועונשים טענות אישור ועדה של הכנסת" (הדגשה שלי - י' א').

6. המוגבלות הקבועות בסעיף 2(א) לחוק העונשין, אין שונות באופןמשמעותי מallow שקבעו 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 מושा הבעקשה דן. עיקרן בכך שסמכות מחוקק המשנה לקבוע עבירות ועונשים כפופה לקיומה של התאמה עניינית בין העבירה הקבועה בתקינה לבין ההסמכתה המופיעה בחקיקה הראשית; ואף כפופה למוגבלות מסוימת 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 גבריאל הלוי תורה דיני העונשין א' 265-275 (2009) (להלן: הלוי); פלר, בעמ' 4).

7. הדרישה לקיומה של התאמה עניינית בין העבירה הקבועה בתקינה לתחום שלגביו הוסマー מחוקק המשנה להתקין תקנות, כאמור מהוראות סעיף 2(א) לחוק העונשין, שלפיهن הסמכות לקבוע עבירות ועונשים כפופה לנחיצותם לשם ביצוע החוק המسمיך. עמד על כך השופט א' לוי בעניין האגדה לזכיות האזרה:

"הסמכתה - והגבילות בצדה. התיבות 'תקנות לביצוע חוק' ו'UBEIROT UL HATKONOT' [בסעיף 2(א) לחוק העונשין - י' א'] משמען כי שם שאין מחוקק המשנה מוסマー לקבוע בתקנות אלא הסדרי משנה, המסייעים בהגשתם של הסדרים הראשונים שקבע המחוקק, כך כוחו בקביעתן של נורמות פליליות מוגבל אף הוא להבטחת ביצועם של אותם הסדרי משנה בלבד. סעיף 2 לחוק העונשין אינו מפנה לרשות המנהלית את הכוח להוסיף, בכל דרך לרבות באמצעות קביעתם של עבירות ושל עונשים, על הסדרים הראשונים שבחוק המسمיך" (שם, בפסקה 8 לפסק דין).

זאת ועוד, על ההסמכתה בחוק לקביעת עבירות ועונשים בתקנות על ידי מחוקק המשנה להיות ברורה ומפורשת. דרישת זו נגרת מהעיקרונות הכללי שלפיו תקנה הפוגעת בזכות יסוד טעונה הסמכה מפורשת בחוק. כך למשל, בעניין ארקי הדגשה הנשיאה ד' בinish כי:

"כל שעוצמת הפגיעה בזכות תנצל, כך יהיה علينا לקרוא קריאה דווקנית יותר את הדרישה בדבר ההסמכתה המפורשת" (דנ"ץ 9411/00 ארקי תעשיות חשמל בע"מ נ' 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) 499, 479 (2010); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 360-361, 337 (1983)).

אין חולק כי תקנה הקובעת עבירות ועונשים עלולה לפגוע בזכויות יסוד של הפרט. שחרי, ככל עבירה אחרת, יש בעבירות אלו כדי לפגוע בזכות לחיות, לשם טוב ולרכוש של אדם הנאשם בביצוען, ולהרשעתו בהן השלכות חברתיות משמעותיות. זאת, נוסף על הפגיעה האפשרית בזכויות בהתאם להתנהגות שנאסרה בהן (ראו לעניינו את הדיון בפסקאות 61-65 בחומרה דעהה של השופט ברק-ארץ).

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

8. לצד הדרישה להסכמה מפורשת לשם קביעת עבירות ועונשים על ידי מחוקק המשנה בתקנות, סעיף 2(ב) לחוק העונשין מכפיף את אותן תקנות עונשות 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 תעשה על ידי שר שלא דיון ציבוררי פומבי מספק (על אף שימושים דומים ישנו צורך באישור פרלמנטרי לקביעת מיסים ראו למשל בג"ז 1195/10 מרכז השלטון המקומי נ' הרשות הממלכתית למים ולביוב, פסקאות לח-נה לפסק דין של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (13.11.2014)).

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

10. דרישת זו אף נשأت עימה נופך חוקתי, שהרי היא מבקשת להגדיר את יחסיו הגומלין בין מחוקק המשנה לכנסת, ולעגן את סמכות הכנסת בפיקוח על פועלו של מחוקק המשנה במסגרת התקנות שבכונו להתקין.

במאמר מוסגר צוין כי על רקע אופיו החוקתי של סעיף 2(ב) לחוק העונשין, תהה שר המשפטים דאז, דוד ליבאי, במהלך הליכי החוקיקה של תיקון 39 לחוק העונשין אם לא מן הראי כי הוראותיו "יקבעו 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 ביקורת פרלמנטרית על סמכות מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות עבירות ועונשים. על כן, הוסכם כי אין להמתין עד לחוקיקת חוקי היסוד שיבחרו את הסוגיה - ויש לקבוע את מגבלות סמכויותיו של מחוקק המשנה לקבוע עבירות ועונשים ואת מגנון הביקורת הפרלמנטרית על אף כבר במסגרת התקיקון לחוק העונשין (פרוטוקול ישיבה מס' 167 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 2-3, 8.3.1994)).

11. סיכומו 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 דיןונית בעלת אופי מעין חוקתי באשר לאופן קביעת עבירות ועונשים אלו על ידי מחוקק המשנה, תוך הכפת סמכותו לביקורת על ידי

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

12. כפי שארחיב להלן, אני סבור כי יש לפרש את סעיף 2(ב) לחוק העונשין, שלפיו התקנה הקבועה עבירות ועונשים טעונה אישור מועדות הכנסת, אך שהוא חל למפרע, גם על התקנות שהותקנו לפני חקיקת הסעיף במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין. מאחר שהתקנות שעל בסיסן הוגשו כתבי האישום נגד המבוקשים לא אושרו בועדה מועדות הכנסת, הרי שימושה הדבר היא כי התקנות אלה נעדרות כל תוקף חוקי ואין לאכוף אותן.

זאת ועוד, ספק רב בעיני אם חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ג-1967 (להלן: חוק השמירה על המקומות הקדושים) מסמיך את שר הדתות לקבוע עבירה של פשיטת יד במקומות הקדושים המופיעים בתוספת התקנות - ובכלל זה, ברחבות הכותל. אם אכן כך הדבר, הרי שבයדר הסמכה מפורשת מתאימה, התקנות הקבועות עבירה של פשיטת יד במקומות הקדושים בטלות.

היעדר אישור מצד ועדת מועדות הכנסת לעבירה של פשיטת יד במקומות הקדושים

13. לשון החוק "שותקת" באשר לתחולת בזמן של סעיף 2(ב), ו"סובלת" שתי פרשנויות. פרשנות אפשרית אחת לסעיף היא כי רק התקנות הקבועות עבירות ועונשים שנקבעו לאחר חקיקת הסעיף, טענות אישור של אחת מועדות הכנסת. אולם, פרשנות אפשרית אחרת היא כי התקנות שלא אושרו בועדה מועדות הכנסת אין תקפות - בין אותן הותקנו לפני תיקון 39 לחוק העונשין ובין שלאחריו.

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

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

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

ممילא איני סבור שיש כאמור בעניין זה כדי להכריע בסוגיה שלפנינו.

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

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

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

משהכפיל המחוקק תקנות הקובעות עבירות ועונשים לביקורת פרלמנטרית במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, אין מקום להניח כי דואקא תקנות אשר קדמו לתיקון 39 אינן כפפות לביקורת פרלמנטרית.

למעשה, פירוש הטעיף כך שהוא אינו חל על תקנות שהותקנו לפני חקיקתו חותר במידת מה תחת תכליותיו. בפרשנות זו יש כדי להעניק הקשר 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 לסבירה כי אין צורך בבדיקה 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, החלטת הטעיף לעתיד בלבד עלולה לתרmorץ את מחוקק המשנה להוותר בתוקף תקנה שיש מקום לתקן או לעדכן. זאת ממשום שהתיקון ידרוש אישור של ועדה בכנסת, ואילו הותרת הנוסח המקורי בתוקף לא תדרוש דבר - כך שדווקא הנוסח המקורי של העבירה ישאר בתוקף.

תמייה במסקנה כי סעיף 2(ב) נועד לחול למפרע על תקנות קודמות ניתן למצאו בכך שההטעיף אינו כולל תניה בדבר שמירת הדינים, ככלומר שמירה בתוקף של תקנות שהותקנו לפני תיקון 39 (בשוונה 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 יכנס לתוקף שנה לאחר פרסומו בלבד, באופן שהעניק למחוקק המשנה פרק זמן לאישור התקנות שקדמו לו.

במצבים מסווג זה, אשר בהם תכלית החוק היא לשנות ולתקן מצב קיים - לא חלה החזקה הפרשנית נגד החלטתו למפרע. זאת, שהרוי כל תכליתו של החוק להביא לתיקון המצב המקורי עבור לחקיקתו (ראו למשל: עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 783 (1992); אהרן ברק פרשנות במשפטן כרך שני - פרשנות

החוקיקה 632 (1993)). דברים אלו אף עולים בקנה אחד עם הוראת סעיף 16(4) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], שלפייה "לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק". מכאן, כי חוק חדש הקובע הוראה שונה מהוראות החוק שחלו במועד התקנת התקנה בהחלטת עשי להשפיע על תוקפה (ראו גם ע"פ 5529/12 אוחב ציון נ' מדינת ישראל (9.11.2014)). משסעיף 2(ב) לחוק העונשין נועד לחול דוקא על תקנות שקבועות עבריה פלילית ולקבוע כיצד יש לתקנן, אין להתריר סתירה ביןו לתקנות אלה ויש לקבוע כי הן גדרת תוקף חוקי - וזאת, אף אם הן הותקנו לפני חוקיקתו.

אם יש ממש בטענת המבקרים כי התקנות האוסרות על פשיטות יד במקומות הקדושים, ובכוטל 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 תכילת החוק לאפשר ביקורת פרלמנטרית על תקנות מסווג זה.

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

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יocrע העניין לפי הפירוש המקורי ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילתית לפי אותו דין".

אף אם איןichi שמצאה חברתי השופטת ברק-ארץ, שדרישת אישור תקנה בוועדה בכנסת אינה מביאה בהכרח להקלתם עם נאשמים, לא זו השאלה הפרשנית שיש להחיל בה פרשנות מקילה. המחוקק קבע את חובת הבאת התקנות לפני ועדת הכנסת, ועל כך אין חולק. הדין הפרשני הוא בשאלת התחוללה בזמן של הסעיף. במקורה דן, פירוש סעיף 2(ב) כך שהוא חל למפרע על תקנות שקדמו לו מבטל את תוקפן של התקנות שעל בסיסן הוגשו כתבי האישום נגד המבקרים; ואילו פירוש הסעיף כך שהוא בעל תחוללה פרוספקטיבית בלבד על תקנות שהותקנו לאחר חוקיקתו מעניק תוקף לתקנות שעל בסיסן הוגשו כתבי האישום.

בר依 כי בשאלת התחוללה בזמן של סעיף 2(ב), הפירוש המקורי עם נאשם העומד לדין בגין ביצוע עבירה על פי תקנה שקדמה לחוקיקתו, ולא אושרה בוועדה מועמדות הכנסת, הוא כי סעיף זה חל למפרע - ומשכך תקנה זו גדרת כל תוקף, ולא ניתן להעמידו לדין, להרשיעו ולגזר את דיןו לפי העבירות והעונשים הקבועים בה.

18. יותר כי תמיימה במסקנה זו מציה אף בהוראות סעיף 5 לחוק העונשין, הקובע כי חוק חדש המקורי עם נאשם אשר טרם ניתן פסק דין חלוט, יחול לגבי למפרע. כפי שהציג ש"ז פלר בספריו יסודות בדיני עונשין, בסיס סעיף זה ניצבת העמדה כי החלטת המחוקק לקבוע נורמה מקילה מזו שהייתה קיימת קודם לכן משקפת שינוי בתפיסות החברתיות והמשפטיות, אשר מונע את המשך החלטה של הנורמה הקודמת והמחמירה:

"כאשר מדובר בנורמה [פלילית - י' א'] מאוחרת שמקלה עם האדם, אין החלטה 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 שמדינות 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, במקורה של ביטול מוחלט של פליליות המעשה, להטיל אחריות פלילתית בגיןו, או למש את האחריות שהוטלה בಗלו, 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 העונשה והגבלת שיקול דעתו של מחוקק המשנה לקביעת עבירות. משנקבע כי לא די בשיקול דעתו של מחוקק המשנה לקבוע עבירות פלilioת, וכי נדרש אישור פרלמנטרי לקביעת עבירות המאפשר דיון ציבורי בנסיבות של אותן עבירות - הרי שאין מקום להמשיך ולאפשר העמדה לדין על בסיס עבירות שלא זכו לאישור פרלמנטרי זה.

19. מאחר שאינו 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 ועדת מועדות הכנסת, המסקנה המתבקשת היא כי תקנות אלה נעדרות כל תוקף חוקי ולא ניתן לאכוף אותן.

לא נעלם מענייני כי קביעה זו עשויה להשילך על התקנות אחירות הקבועות עבירות ועונשים ואשר הותקנו לפני חקיקת תיקון 39 לחוק העונשין ולא הובאו לאישור ועדת מועדות הכנסת. אולם, הлик אישור העבירות בועדה מועדות הכנסת אינו עניין של מה בכאן. אכיפת עבירה שנקבעה בתקנות מלוי שאושרה קודם לכן על ידי ועדת מועדות הכנסת, פוגמת באיזון הקבוע בסעיף 2(ב) לחוק העונשין - תוך פגיעה בעקרון חוקיות העונשה.

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

בנסיבות אלו, דומה כי האינטראס הציבורי שבהקפדה על עקרון חוקיות העונשה גובר על האינטראס הציבורי שבאכיפת אותן עבירות הקבועות בתקנות אשר הכנסת טרם אישרה באמצעות ועדת מועדותה.

20. לצד זאת, כפי שארכיב להלן, אני סבור כי 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 מזמן במילימ. החוק מונה ארבעה סעיפים בלבד, אשר עיקרם סעיף 1 הקובע כי:

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

סעיף 2 ממשיך וקובע כי חילול ופגיעה במקום קדוש הם עבירה פלילית אשר דין עד 7 שנות מאסר, ואילו מעשה העולם לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות הקדושים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות, הוא עבירה פלילית אשר דין עד 5 שנות מאסר.

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

22. לנוכח הוראותיו המצוומחות של חוק השמירה על המקומות הקדושים, עמד בעבר מלא מקום הנשיא מ' זילברג על כך שלא ניתן לקיים את הוראות חוק השמירה על המקומות הקדושים ללא תקנות שיורו כיצד יש לשמור על קדושתם, כמוות סעיף 1 לחוק זה (בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגדה רשותה נ' שר המשטרה, פ"ד כ(2) 141, 154-153 (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, ובכוטל המערבי בפרט; ותקנה 5 קובעת כי "העובד על הוראה מההוראות תקנות 2 או 3, דין - מאסר ששה חדשים או קנס 500 שקלים".

לענייננו, צירוף תקנה 2(a)(7) ותקנה 5 מורה בין היתר כי פשיטת יד במקומות הקדושים ליהודים - ובפרט בכוטל המערבי - היא עבירה אשר דין 6 חודשים מאסר או קנס.

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

במסגרת חוק זה, הוסמרק כאמור מחוקק המשנה להתקין תקנות שעוניין בשמירה על המקומות הקדושים מפני חילול וכל פגעה אחרת, ומפני "כל דבר אחר" העולם לפגוע ברגשותיהם של באי המקום. סמכותו של מחוקק המשנה לקבוע תקנות הקובעות עבירות ועונשים כפופה אף היא למטרה זו, ונדרשת זיקה ברורה וישראל בין העבירות והעונשים הקובעים בתקנות.

24. אולם, כפי שאפרט להלן, קיימ 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 היתר יש יסוד לסתירה כי קביעת מגבלות באשר לאופן בקשה תרומות ונדבות במקומות הקדושים עשויה למנוע הפרות של הסדר הציבורי - ובכך למנוע באופן עקיף פגעה במקומות אלו וברגשותיהם של בני הדתות הבאים למקומות הקדושים.

מסופקנami אם קשר עקיף זה עונה באופן מספק על דרישת ההסכמה המפורשת, ודאי בהינתן הפגיעה בזכויות היסוד הנגרמת כתוצאה מהקביעה כי פשיטת יד במקומות הקדושים ליהודים היא עבירה פלילית. (על הפגיעה בזכויות יסוד העוללה 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) (להלן: "

25. הקביעה אם מעשה מסוים עלול לפגוע או לחול בקדושתו של מקום או ברגשות בני הדת הבאים לבקרו מושפעת, מطبع הדברים, ממנהגי בני אותה Dat (בג"ז 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מ"ח(2) 356, 265 (1994). ראו גם דנ"ג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נ"ז(3) 331, 289 (2003)).

אין צורך להזכיר במילים בדבר מעלהה הגדולה של נתינת צדקה כפי שבאה לידי ביטוי במקרים ההלכה היהודית.

לענינו, ראוי לציין כי יש הנהגים לחת צדקה דווקא בסמוך לתפילה או במהלכה, וזאת בפרט במסגרת ביקוריהם במקומות הקדושים. במקרים ההלכה נמצאים תימוכין רבים למנהגים אלו. כך למשל, קבוע השולחן ערוץ כי טוב ליתן צדקה קודם תפלה" (שולחן ערוץ, אורח חיים, סימן צב סעיף י); הרמב"ם העיר כי "גדולי החכמים היו נותנים פרוטה לעני קודם כל תפילה ולאחר מכן מתפללים" (משנה תורה, מתנות עניים, פרק י, הלכה טו); ואילו במשנה ברורה ציון כי בכמה קהילות "ניתkan המנהג ליתן צדקה כשמגיע להפסוק והעוشر וכו' אתה מושל בכל" במהלך התפילה (משנה ברורה, סימן צב, סימן קטן לו). הרואים ב ביקור בכותל המערבי כסימן לעלייה לרגל אף עשויים לסבור כי קיימת מצווה לחת צדקה לעניים במהלך ביקורם (על מצוות צדקה בעליה לרגל ראו למשל: ספר יראים, מצווה תהה; משנה תורה, חגיגה, פרק א, הלכה ג).

אין בהפניה במקרים אלו כדי להביע עמדה באשר לשאלת ההלכתית אם מותר וראו לקבץ נדבות במקומות הקדושים; ואף אין בשאלת ההלכתית בעניין זה כדי לקבוע מהו הדין. אולם, יש במקרים אלו כדי ללמד על קיומו של מנהג עתיק יומין לחת צדקה בסמוך לתפילה ובמהלך הביקור בכותל המערבי. קיומו של מנהג זה מערער את הסברה כי עצם בקשה הצדקה מחללת את המקומות הקדושים ליהודים או פוגעת ברגשותיהם של אלו המגיעים במקומות אלו כדי להתפלל. אדרבה - דומה כי יש הרואים בכך הצדקה לעני חלק מהותי מחווית הביקור במקומות הקדושים.

אף התקנות עצמן אינן שוללות מתן צדקה במקומות הקדושים, כי אם קבועות כללים ומגבלות באשר לאופן בקשה תרומות והצבת קופות הצדקה במקומות אלו. כך, לצד האיסור על פשיטת יד במקומות הקדושים, מורה תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים כי ניתן לבקש תרומות ולהציב קופות הצדקה 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 "ילשונות הצדקה ומשפט": על הזכות לקבץ הצדקה ולתמה ועל היכולת להגבילה מטעמים רפואיים" פרשת השבוע 465 (תשע"ג)).

ممילא, הטענה כי עצם הבקשה למתן הצדקה תוך פשיטת יד מחללת באופן ישיר את המקומות הקדושים או פוגעת בהם - מוקשית. למעשה, ניתן לחת צדקה לעניים נוחז דווקא לכבוד 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 בהם מוקומות. עם זאת, בשל הפגיעה הכרוכה בזכויות יסוד בקביעת מעשה פשיטת היד כעבירה פלילית, אין בקשר עקיף זה כדי ללמד על הסכמה מפורשת במידה מסוימת לקביעת עבירה של פשיטת יד בתקנות, שהרי דרישת ההסכמה המפורשת אינה מסתפקת בלשון 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 אינו 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 אפשרות מנהלית כאכיפה והרשעה בפלילים.

כפי שהרחבתי לעיל, יש לעמוד בדוחקות רבה יותר על הדרישה להסכמה מפורשת ככל שהפגיעה בזכויות יסוד משמעותית יותר. מطبع הדברים, לא כל מגבלה על פשיטת יד במקומות הקדושים מביאה לפגיעה כה חמורה בזכויות יסוד כקביעה גורפת כי מדובר בעבירה פלילית. בפרט, ההגבלה הנוגעת על פשיטת יד במקומות הקדושים והרחיקת אנשים שאינם מציתים לאיסור זה, בלבד להעמידם לדין פלילי, אומנם פוגעת בזכויותיהם - אך במידה פחותה. משכך, לאמן הנמנע כי ההסכמה הקיימת בחוק מאפשרת הטלת מגבלות מסווג זה. אולם, אין זו השאלה המונחת לפניינו עצה.

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

הקלה בעונש שנגזר על המבקשים

29. כאמור, משהורשע אליעזר מושיא (המבקש ברע"פ 18/182), הוטל עליו קנס בסך 180 ש"ח נוספים על התcheinבות בסך 3,600 ש"ח להימנע מביצוע העבירה בה הורשע, והופעלה התcheinבות קודמת בסך 8,000 ש"ח; ועל שמעון שורץ (המבקש ברע"פ 18/462) הוטל קנס בסך 18 ש"ח נוספים על התcheinבות בסך 1,800 ש"ח להימנע מביצוע העבירה בה הורשע.

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

ראשית, הלכה היא כי ערכאת הערעור אינה כבולה לנימוקי הערעור, ורשות לפסוק ככל שהדבר מתחייב לדעתה מחומר הראיות שלפניהם (ע"פ 5518/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו(3) 528, 525 (1992)). זאת, בהתאם להוראות סעיף 213(3) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שלפיו בית המשפט הדן בערעור רשאי "ליთן בקשר לדין כל החלטה אחרת שהערכתה הקודמת הייתה מוסמכת לתמה".

הדברים נכונים אף במקרים שבהם לא הוגש ערעור על חומרת העונש, ובית המשפט סבור כי יש להקל בו. יפים לעניין דבריו של המשנה לנשיא מא' אלון:

"בית המשפט של ערעור 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, אםocaר ימצא זאת לנכון ולמצדק בנסיבות המיעודות של המקרה שלפנוי" (ע"פ 1758/91 מדינת ישראל נ' ארד, פ"ד מה(5) 121, 127 (1991)).

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

שלישית, הטלת התחייבויות בסכומים כה גבוהים בעבירות מסווג זה מעוררת מטבע הדברים קושי רב - ועל כן עמדה אף חברותי השופט ברק-ארז. הפעלת התחייבויות בסכומים של אלף ש"ח דזוקא על פושטי יד עלולה להוביל אותם למשבר כלכלי חריף, ואם לא יעדמו בתשלומיים הגבוהים יתכן שיאלצו לרצות עונש מאסר בפועל בגין סור גבריה. כל זאת, אך בשל העובדה כי פשטו את ידם וביקשו את רחמייהם של אחרים.

משכך, אני סבור כי העונשים שנגزو על המבקשים חריגים באופן קיצוני מהאונשים ההולמים את מעשייהם.

מטעים אלו, אציג לחבריו כי אף אם יראו לנכון להוותר את הרשות המבקשים בעבירה של פשיטת יד על כונה, נתערב בעונש שנגזר עליהם כך שיבוטלו התחייבויות שהוטלו עליהם בהליך דן.

31. אשר להפעלת התחייבותו הכספי של מושיא מהרשעה הקודמת על סך 8,000 ש"ח, הרי שמעיון במערכת "נת המשפט" עולה כי לא הוגשה לבית המשפט המחויז בקשה לעיכוב ביצוע הפעלת התחייבות הכספי, ובקשה בעניין אף לא הוגשה לבית משפט זה. על כן, הדעת נוتنת כי הסכם כבר שולם. אולם לו תישמע דעתנוצדדים להגיש הودעה משלימה בעניין זה לאחר מתן פסק הדין, ואם יתברר כי סכום התחייבות טרם שולם, נוראה על פרישת התשלומים.

32. בטרם סיום, עיר כי קשיים בעניין מאמצייהם של מחוקק המשנה והמנונה על המקומות הקדושים להרחיק את מ垦צי הנדבות דזוקא מהמקומות הקדושים. נראה שאף מהמשפט האמריקאי ניתן ללמידה על היופה של סוגיה זו מורכבת ומעוררת שאלות חוקתיות קשות (ראו למשל 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 לשמר על קדושתם, ולמחוקק המשנה ולמנונה סמכות רחבה לפעול לשם כך. אולם, הטעיף מדגיש גם כי יש להבטיח את "חופש הגישה של בני הדתות אל המקומות הקדושים להם". הרוחקתם 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 ממשמעות (ראו גם דב רוזן "שאלות חכם של עובד מדינה" תחומיין 132, 137-134 (התשמ"ט)).

כל וומר שהקביעה כי פשיטת יד בנסיבות אלו היא עבירה פלילית אינה פשוטה כלל ועיקר, ולידי אין לקבללה.

.33. באשר להוראות חברי, אדגיש נקודות מספר לסיום:

ההיסטוריה החוקית של סעיף 2(ב) נדונה בהרחבה בחוות דעתינו. אין לטעמי בדברים שהשופט ברק-ארן 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 הוראותה של השופט ברק-ארן מבססות את המסקנה שלפיה בהיעדר דיאלוג בין הרשות המבצעת לרשויות המחוקק, אין לאשר את תוקפן של תקנות הקבועות עבירות ועונשים.

МОובן כי שאלת הסמכות אינה תלויה בנסיבות לב. שאלת הסמכות נגזרת מעקרון חוקיות הענישה הקבוע בסעיף 2 לחוק העונשין, אשר אף שהוא ייחודי עיקרונו יסוד חשוב מאין כמוהו בדיון הפלילי - חברי לא סבירו כי יש בו כדי להכריע בסוגיות שלפנינו (ראו גם דניאל פרידמן "SHIPOT למוות" – עיון בבחירה פסקי דין של השופט יעקב טירקל" ספר יעקב טירקל 73, 81 (2020)). אומנם, לכואורה מילוט החוק רחבות דין כדי לקבוע עבירה של פשיטת יד, אף שאין בהן התייחסות מפורשת או מรองמת לה. אולם, לשיטתי, בכך נעז הקושי, שהרי דרישת ההסמכה המפורשת אינה מסתפקת בלשון כלית כדי לפגוע בזכויות יסוד באופן זה (ראו גם א"ב 852/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת-ה-23 נ' זיבק, בפסקה 3 לחוות דעתך (9.2.2020)). מנגד, יתכן כאמור שדי בלשון כלית זו על מנת להטיל מגבלות אחרות על פשיטת יד בנסיבות הקדושים, אשר פגיעתן בזכויות היסוד של הפרט פחותה ביחס לקביעת איסור פלילי על כן.

אף אני סבור כי נדרשת תשתיית עובדת נוספת לשם הקלה בעונשם של המבקשים. זאת, לאחר שלגישתי העונש שנגזר עליהם חורגת מדיניות הענישה הרואה לעבירה של פשיטת יד – ללא תלות בנסיבותיהם האישיות של המבקשים ובנסיבות ביצוע העבירה.

.34. סוף דבר, לו תישמע דעתך, יקבע כי עבירות פשיטת היד בנסיבות הקדושים לפי תקנות 2(א)(7) ו-5 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליוצרים אינה בתוקף – ועל כןدين הערעור להתקבל כך שהմבקשים יוכלו לבצע העבירה.

ש | פ | ט

השופט נ' סולברג:

1. חברותי השופט ד' ברק-ארן דנה בבקשת הרשות לערער שלפנינו כבערעו, ופרשא ירעה רחבה, משפטית והיסטורית. לשיטתה, התקנה האוסרת על פשיטת-יד בתחום המקומות הקדושים נתקנה בסמכות, אולם השכלותיה על זכויות יסוד חוקתיות מחייבותן אכיפה זהירה וענישה מידתית. אשר למעערירים דין צינה חברותי, כי הדעת אינה נוחה מן

התוצאה שליה הגיעו הערכאות הקודמות. מלכתחילה סקרה כי היה מקום להתערב בגורם הדיון; בדיעד, בנסיבות, דחפה חברות את העורורים, תוך 'הפניית זרקו' אל הקושי הכרוך בשימוש בענישה כלכלית בגין לפשטי-יד. חברי השופט י' אלרון דן גם הוא בבקשתו שלפניו כבעורור - דין ברותחין - וחלק על חברותיו באשר לחוקיותה של התקנה האוסרת על פשיטת-יד. לשיטתו, התקנה אינה חוקית, משלא אושרה בוועדה מועדות הכנסתת, כנדרש על-פי סעיף 2(ב) לחוק העונשין. עוד הוסיף חברי, כי ישנו ספק רב אם אכן חוק השמירה על המקומות הקדושים מסמיך את שר הדתות לקבוע איסור פלילי על פשיטת-יד במקומות הקדושים.

2. בחלוקת שנתגלה בין חברי לבין חברותיו באשר לחוקיות התקנה, דעתו כדעתה של חברותי. כשלעצמו, אף הייתה מורה היותר לעצמי לעשות מספר קיזורי-דרך במסע שעשתה מתחנת המוצא עד לתchnerה הסופית. על כל פנים, כמוותה, גם אני סבור כי סעיף 2(ב) לחוק העונשין אינו חל למפרע, ואני מצטרף לנימוקיה בעניין זה. גם שאלת ההסתמכת אינה מעוררת לטעמי קושי. לשונו של החוק המسمיך בנדון דין רחבה מאד, ומכוון רשאי שר הדתות "להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו" (סעיף 4 לחוק; ההדגשה הוספה), קרי - שמירה על המקומות הקדושים "מן חילול וכל פגעה אחרת" (סעיף 1 לחוק; ההדגשה הוספה). הטלת איסור על פשיטת-יד - פעולה שיש בה לעמדת מחוקק-המשנה, כשלעצמה, משום פגעה בקדושיםם של 'המקומות הקדושים' - לבטח באה בגדרי סמכות רחבה זו.

3. דברים נוכחים אמר חברי השופט אלרון על מעלהה של מצוות הצדקה, ועל חשיבותה דווקא במקום תפילה; אך גם זאת ראוי לזכור ולהזכיר: המציאות מורכבת, ושני צדדים למطبع. משהאריכו חברותי לחבריו בניומיקים, דין הוא שאני - אקצר. אסתפק אפוא בהפניה לדברים מאיר-ענינים שכטב פרופ' אביעד הכהן על חשיבות מצוות הצדקה, על הפן החוקתי והמשפטתי, כמו גם על הגבלת מתן צדקה מפני הרמהים ומחמת מטרד, במסורת הדורות ובעת החדשנה ("על הזכות לקבץ צדקה ולתתה ועל יכולת הגבילה מטעמים ראים: 'לעשות צדקה ומשפט'", פרשת השבוע 465 תשע"ז). הרגישות שיש לנוג בפושטי-יד - יפה וחסובה ומוכרחת; אך בל נitemם. היבט ידענו - וזה עניין של ידיעה שיפוטית - על 'תשית קבוצות', על אלו אשר מנצלים לרעה כוונות טובות של עוברי אורח תמיימים, לעיתים דווקא במקומות הקדושים, בדרכים רבות, שונות ומגוונות, לא אחת תוך הטרדה של ממש. לא כולם חיללה, אלא מקצתם, וכאמור הרגישות יפה לענייננו, אך לבטח אין זו תופעה שולית. יד חופשית לפושטי-היד, סופה פגעה במקומות הקדושים ובאלו הבאים בשעריהם; והתירם, והמבקרים, והמקבשים להתפלל בשלווה, בריכוז, בכוננה, מה היא עליהם?

4. הנה כי כן, מידת מסוימת של אסדרה ופיקוח - במקומות מסוימים, במקרים מסוימים, בזמן מסוימים - הריה' מחויבת המציאות. וכך לא רק בזמן זהה, בתקנה שנתקנה בעצה אחת עם הרבנות הראשית לישראל, כמתחייב מן החוק, אלא גם ביוםיהם 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 קבוצנים הבאים מערים אחרות, בין היתר מחייבת התנהוגותם המטרידה והפגענית של חלק מן הקבוצנים. כך נכתב שם:

"ובזמןינו זה, רבו כמו כת המקבלים הבאים מכל מדינה ומדינה ועיר ועיר, ורובם יכולים עשו בערמה והצליחו בדבר זהה [...] מהם באים בכח הזרוע ומעיזים פניהם נגד הגברים, וכל אחד מתנשא לומר לא אקח כי אם סך מרובה, וכן יהיה שכל היוצא מפי יעשה, ולוקח בחזקה כי סמור לבו בטוח מחמת האגרות הנזכר [מכתבי המלצה שקיבל הקבוצה, התומכים בבקשתו - נ' סי'], עוד בה [...] שלוקחים יותר מהראוי כמובן, אין שמחים בחלוקם וחוזרים חיללה ונכנסים

בחשי והולכים ומשוטטים בביטחון ובנסיבות אצל המון העם, ושאליהם חלקם בפיהם ו מביאים את מי שאין לו, ואין 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. וכך אין עתה. בר依 עם זאת, כי אכיפת האיסור הפלילי ברגע דא מחייבות זהירות. כך נהוגות רשויות האכיפה הלאה למעשה, שאין מגישות כתוב אישום אלא לאחר שהזהר פושט-היד, פעמיים ושלוש (ראו פסקה 23 להחלטת בית משפט השלום). גם הענישה צריכה שתהא מידית. איני רואה הצדקה להקללה בעונש הצעת חברו, השופט אלרון, שלא נתבקשו לעשות כן, בגין תשתיית עובדתית מינימלית לשם כך, ולא טיעון משפטי. השערתו של חברו, על "משבר כלכלי חריף" שצפו לפושט-היד כפועל יוצא מהפעלת התחייבות - תליה על בילמה; וכך גם מסקנתו על כך "שהעונשים שנגזרו על המבקרים חריגים באופן קיצוני מהעונשים ההולמים את מעשיהם". מצדיו גם לא ראוי להציג להערכתה של חברותי השופטת ברק-ארץ לגבי מדיניות האכיפה והענישה. بما שהובא לפניו, לא מצאתו גם שמצדיק העירה. בשונה מחברתי גם איני סבור שיש לקבוע, אפרורית, כי עונישה כלכלית באופיה צריכה להיות בגדר חריג לכלל. עניינו בעיר שבמהותה היא כלכלית, ובשלדי כלים מתאימים במישור זה, עלולים אנו לפגוע ביעילותה של התקנה. המציאות מלמדת אפוא כי לעיתים אין מנוס מהטלת Kens ומצווי על מנת התחייבות כספית, הכל כਮובן בשיעור אשר הולם את נסיבות העניין, העונה והמעשה.

6. כאמור, אני מצטרף למסקנה של אליה הגעה חברותי השופטת ברק-ארץ, גם לעיקרו נימוקיה, לפיהם דין העורורים להידחות, וזאת בכפוף להערות שלעיל.

שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק דין של השופטת ד' ברק-ארץ, נגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון.

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

שׁוֹפֵט      שׁוֹפֵט      שׁוֹפֵט

---

A11.docx\_18081820