



ת"פ 42956/11/19 - מדינת ישראל נגד ירון ללוש

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 42956-11-19 מדינת ישראל נ' ללוש
תיק חיצוני: 338419/2019

בפני מאשימה נגד נאשם
כבוד השופטת הבכירה שרון לארי-בבלי
מדינת ישראל באמצעות תביעות ירושלים
ירון ללוש באמצעות הסנגוריה הציבורית הארצית ע"י עו"ד
קרן אבלין-הרץ

החלטה

עניינה של החלטה זו בשאלת סמכותו של הממונה על המקומות הקדושים (להלן גם- **הממונה** או **רב הכותל**) להרחיק אדם מרחבת הכותל המערבי. באופן ספציפי יותר, עולה השאלה האם סמכות ההרחקה שהוענקה לממונה על המקומות הקדושים בתקנות, תחומה לסמכות הרחקה פיזית ונקודתית בלבד (כדעת ההגנה), או שמא סמכות ההרחקה שהוענקה לו מתפרסת גם להוצאת צווי הרחקה מרחבת הכותל לפרק זמן משמעותי של עד שישים ימים (כדעת המאשימה).

רקע נדרש ומסגרת נורמטיבית

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירה של הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן- **חוק העונשין**). בכתב האישום נטען, שביום 10.7.19 הוציא רב הכותל, הרב שמואל רבינוביץ', צו הרחקה נגד הנאשם, ולפיו נאסר עליו מלהגיע לרחבת הכותל המערבי לתקופה של 60 ימים, עד ליום 8.9.19. נטען שביום 2.8.19 אותר הנאשם כשהוא ברחבת הכותל המערבי, ובכך הפר הצו שניתן נגדו.

2. על מנת להבין את מקור הוראת ההרחקה שניתנה נגד הנאשם, ולעמוד על היקפה, יש לעמוד תחילה על החוקים החלים בענייננו.

3. חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 (להלן- **חוק השמירה על המקומות הקדושים** או **החוק**) חוקק לאחר מלחמת ששת הימים, במקביל להחלת השלטון הישראלי על מזרח ירושלים, כשעיקר תכליתו בהצהרה על כוונת השמירה על המקומות הקדושים (ע"פ 3338/99 **פקוביץ' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 667 (2000), בפס' 28 (להלן- **עניין פקוביץ'**)). מדובר בחוק תמציתי ביותר, והוראתו המרכזית מורה כי



"המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות" (ס' 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים). לצורך מימוש השמירה על המקומות הקדושים מפני חילול וכל פגיעה אחרת, קובע החוק שתי עבירות שלצדן ענישה מחמירה: האחת, כלפי מי שמחלל מקום קדוש או פוגע בו בכל דרך אחרת (סעיף 2(א) לחוק השמירה על המקומות הקדושים); השנייה, כלפי מי שעושה דבר שעלול לפגוע בחופש הגישה אל המקומות הקדושים או ברגשותיהם כלפי מקומות אלה (סעיף 2(ב) לחוק השמירה על המקומות הקדושים).

4. בנוסף לעבירות שהוגדרו בחוק ושצוינו לעיל, חוק השמירה על המקומות הקדושים מסמיך את מחוקק המשנה לקבוע תקנות הנוגעות לביצועו של החוק. וזו לשון ההסמכה בסעיף 4 לחוק:

שר הדתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעות בדבר או לפי הצעתם. ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו.

5. מכוחה של הסמכה זו הותקנו תקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, תשמ"א-1981 בנוסח הנוכחי (להלן- **תקנות השמירה**). זאת, לאחר התקנתן של תקנות קודמות שהותקנו עוד בשנת 1969. תקנות השמירה כוללות פירוט של מקומות קדושים ליהודים, בהם גם הכותל המערבי, ואולם בפסיקה הובהר שאין המדובר בהגדרה ממצה ל"מקומות קדושים", וזאת בהינתן שמדובר בתקנות המתייחסות אך למקומות הקדושים ליהודים בלבד (עניין **פקוביץ'**, בעמ' 716).

6. תקנה 2 לתקנות השמירה כוללת שורה של מעשים אסורים בתחומי המקומות הקדושים, לרבות: עריכת טקס דתי שלא על פי מנהג המקום (תקנה 2(א)(1) לתקנות השמירה); חלוקת פרסומים שלא בהיתר הממונה (תקנה 2(א)(5) לתקנות השמירה); פשיטת יד וקבלת תרומות (תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה); ועוד שורה של איסורים. תקנה 3 לתקנות השמירה קובעת הגבלות על העיסוק בצילום ברחבת הכותל המערבי, שלא בהיתר הניתן משר הדתות. תקנה 5 לתקנות השמירה הינה תקנה עונשית, אשר קובעת כי "העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3, דינו - מאסר ששה חדשים או קנס 500 שקלים".

7. לאחרונה נדונה בפסיקה תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה, שצוינה לעיל, אשר עוסקת באיסור פשיטת יד ברחבת הכותל המערבי (רע"פ 8182/18 **אליעזר מושיא נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.2.2020)(להלן- **עניין מושיא**)). במסגרת עניין **מושיא** נדונה, בין היתר, שאלת תוקפה של התקנה האוסרת פשיטת יד וקיבוץ נדבות ברחבת הכותל המערבי. נפסק בדעת רוב (מפי כב' השופטת ברק-ארז), שהוראת סעיף 2(ב) לחוק העונשין, ולפיה "תקנות שבהן נקבעו עבירות ועונשים טעונות אישור ועדה של הכנסת", אשר נחקק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, אינה חלה למפרע, ומשכך אין מקום להורות על בטלות תקנות השמירה הקובעות עבירות שלצדן ענישה.



8. עוד נפסק בעניין **מושיא** ביחס לשאלת הסמכות להתקנת תקנות השמירה, שחוק השמירה על המקומות הקדושים בכלל, וסעיף 4 המסמך את השר הרלבנטי להתקין תקנות מכוחו בפרט, מהווים הסמכה מפורשת-הגם רחבה- להתקנת התקנות, וכן "במידה רבה, הסמכות להתקין תקנות נקבעה על מנת להוסיף על תחומיהן של העבירות הקבועות בו ממילא. לשם כך היא נדרשה מלכתחילה" (עניין **מושיא**, פס' 59 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז).

9. בית המשפט בעניין **מושיא** בחן את חוקיות תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה. במסגרת בחינה זו, הובהר שאיסור פשיטת יד פוגע בזכות לקיום מינימלי בכבוד, בזכות לחופש הביטוי ובזכות לחופש העיסוק. ביחס לתכלית האיסור, נפסק שתכליתו של האיסור למנוע פגיעה במי שמבקשים לממש פרקטיקה של דת, מסורת ורגש במקום מוגן. ביחס לשאלת המידתיות, נפסק שבהינתן שמדובר באיסור תחום, הרי שהפגיעה שנוצרת בעקבות האיסור לפשיטת היד היא פגיעה מידתית. קביעות נוספות שעלו במסגרת פסק הדין בעניין **מושיא**, יובאו בהמשך הדברים.

10. כמצוין לעיל, תקנות השמירה קובעות שורה של מעשים אסורים במקומות הקדושים, אשר הפרתם הינה בת-הפללה. תקנות השמירה קובעות עוד ששר הדתות, בהתייעצות עם הרבנים הראשיים לישראל, ימנה ממונה על המקומות הקדושים. תקנה 4 לתקנות השמירה קובעת את סמכויותיו של הממונה, ולפיהן הוא רשאי ליתן הוראות להבטחת קיומם היעיל של האיסורים בתקנה 2, וזאת על דעת שר הדתות והרבנים הראשיים (תקנה 4(א) לתקנות השמירה).

11. סמכות נוספת שניתנה לממונה מצויה בתקנה 4(ג) לתקנות השמירה (להלן- **סמכות ההרחקה**) שקובעת כדלקמן:

סמכויות הממונה

4. ...

(ג) הממונה רשאי להרחיק ממקום קדוש אדם המפריע לו במילוי תפקידיו או העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3.

12. סמכות ההרחקה שהוענקה לממונה על המקומות הקדושים היא שעומדת במרכזו של הליך זה. בהתאם לעובדות כתב האישום, הורחק הנאשם על ידי הממונה ביום 10.7.19 באמצעות צו הרחקה שכותרתו "צו הרחקה מס' 3", החתום על ידי רב הכותל המערבי והמקומות הקדושים, הרב שמואל רבינוביץ'. תוכנו של צו ההרחקה יובא להלן:

"בהתאם לחוק המקומות הקדושים התשכ"ז-1967 ותקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים התשמ"א-1981 ולאחר שנציגי משטרת הכותל הזהירו את מר ירון ללוש [**הנאשם- ש.ל.ב.**] על הפגיעה בקדושת הכותל המערבי



ובתקנות השמירה על המקומות הקדושים בצד אזהרות נוספות בע"פ ותלונות שהגיעו אלינו, והרחקה שהתקיימה בתאריך כז' בחשון תשע"ח 5.11.18 וכן בתאריך י"ט כסליו תשע"ט 27.11.18 ולאחר שהנ"ל המשיך בזה.

הנני להרחיק את: ירון ללוש ת.ז.

מרחבת הכותל המערבי

למשך 60 ימים עד לתאריך ח' אלול תשע"ט 8.9.2019

13. סמכות ההרחקה שניתנה לממונה לפי תקנה 4(ג) לתקנות השמירה, טרם נדונה לעומקה בהלכה הפסוקה וטרם הובררו גבולותיה ותחומי תחולתה. עם זאת, ניתן לאתר התייחסות לסמכות זו במסגרת פסק דינו של בית המשפט העליון ב-בג"ץ 7326/09 **הלפרסון נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.10.2009) (להלן - **עניין הלפרסון**). במסגרת עניין זה עתר הלפרסון לסעד לפיו יותר לו להיכנס לכותל המערבי, להתפלל ולשהות בו. המדינה הגיבה לעתירה בצינה שלממונה סמכות להרחיק מרחבת הכותל את מי שעובר על האיסורים שנקבעו בתקנות. המדינה אף ציינה שבהתאם לנוהל פנימי, הממונה פועל להרחקת העוברים על האיסורים בתקנות אם "מדובר במי שמפריע למתפללים בעת תפילתם, באופן המפריע להמשך קיום התפילה, או בא במגע פיזי עם גופם של מתפללים או מושך בבגדיהם או מרים את קולו בדרך הפוגעת באופן משמעותי ומתמשך באווירת התפילה ברחבה" (**עניין הלפרסון**, פס' 3). מכל מקום, הובהר על ידי המדינה שאין מניעה מהלפרסון להגיע לרחבת הכותל ולשהות בה כרצונו. לנוכח תגובת המדינה, נקבע בפסק הדין שהעתירה מוצתה, תוך שהובהר כי "אין לקבל את עמדת העותר כי הדרך היחידה העומדת בפני המדינה היא ההליך הפלילי. כפי שצינה המדינה לפי התקנות סמכותו של רב הכותל להרחיק את העוברים על האיסורים האמורים היא סמכות נפרדת" (**עניין הלפרסון**, פס' 5). עולה אפוא שאין בעניין **הלפרסון** משום קביעות מהותיות הנוגעות להיקף סמכות ההרחקה, אלא אך קביעה שסמכות כאמור נתונה לממונה על המקומות הקדושים.

14. נתון נוסף ביחס לסמכות ההרחקה נלמד מנוהל פנימי של משרד המשפטים ביחס לסמכות זו (הוגש כנספח ד' לתגובת המאשימה בהליך שבפניי). המדובר בנוהל שכותרתו "נוהל הרחקת קבצנים מרחבת הכותל המערבי בהתאם לתקנה 4(ג) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981" מיום 11.1.2006 (להלן - **הנוהל**). צוין בנוהל שהוא מתייחס אך ורק לקבצנים מטרידים, קרי: קבצנים הפונים באופן מילולי אל המתפללים בעת תפילתם באופן המפריע את המשך קיום התפילה, או באים במגע פיזי עם גופם של המתפללים או מושכים בבגדיהם של המתפללים או מרימים את קולם באופן הפוגע משמעותית באווירת התפילה ברחבת הכותל (סעיף 2 לנוהל). על פי הנוהל, ככל שנתקל הממונה בקבצן מטריד, יזהיר אותו בדבר מעשיו האסורים ויעביר לידיו אזהרה כתובה. ככל שישוּב הקבצן המטריד לסורו, יהיה בידיו של הממונה להרחיקו מרחבת הכותל לתקופה של שבוע ימים, תוך שהוראה זו תובא אף היא בכתב. ככל שיפעל הקבצן באופן מטריד בפרק זמן של שלושה חודשים מיום ההרחקה, שאז רשאי הממונה להרחיקו לתקופה של שבועיים ימים. בסופו של הנוהל הובהר שהוא תקף למשך שישה חודשים, ובתום תקופה זו "תיעשה הערכה מחודשת לבחינת היקף סמכותו של הממונה לפי תקנה 4(ג) לתקנות" (סעיף 6 לנוהל). לא ברור האם הערכה כאמור בוצעה, אם לאו (וראו: ענין **מושיא**, פס' 14), ובהיעדר נוהל רלבנטי ועדכני, אין לי אלא להניח שפג תקפו של נוהל זה.



15. כאמור, ההגנה העלתה טענה מקדמית, בהתאם לסעיף 149(4) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן - **חסד"פ**), ולפיה עובדות כתב האישום אינן מהוות עבירה, באשר צו ההרחקה שהוצא נגד הנאשם ניתן בחוסר סמכות. בתוך כך, נטען שסמכות ההרחקה שניתנה לממונה בתקנה 4(ג) לתקנות השמירה הינה סמכות הרחקה פיזית של אדם המפריע או עובר על איסור המצוי בתקנות השמירה. לשיטת ההגנה, סמכות ההרחקה שניתנה לממונה לא כוללת הרחקה בצו לתקופות ממושכות.

16. ההגנה סבורה שמסקנה זו עולה לנוכח פרשנותה של תקנה 4(ג) לתקנות השמירה. נטען, שבהתאם לכללי הפרשנות הלשונית, יש להעניק לתיבה "להרחיק" בתקנה 4(ג) לתקנות השמירה את המשמעות הפשוטה והברורה שעולה ממנה, קרי- הרחקה פיזית בלבד. תימוכין למסקנה זו מצאה ההגנה בשורה ארוכה של דברי חקיקה, שעולה מהם שכלל שביקש המחוקק ליצור סמכות שעניינה הוצאת צו הרחקה, נעשה הדבר באופן מפורש ובחקיקה ראשית; וכן בדברי חקיקה שעולה מהם שכאשר ביקש המחוקק ליצור סמכות הרחקה פיזית שנועדה לטפל בהפרעה, עשה שימוש בתיבה "הרחקה" בלבד.

17. עוד סבורה ההגנה שמסקנתה ביחס לסמכות ההרחקה של רב הכותל לפי תקנה 4(ג) לתקנות השמירה, אף עולה מפרשנותה התכליתית של התקנה. בתוך כך, נטען שיש להעדיף את הפרשנות המעניקה לממונה סמכות הרחקה פיזית בלבד, באשר זו כוללת פגיעה פחותה בזכויות יסוד. מסקנה זו מתעצמת, כך לשיטת ההגנה, בהינתן שמדובר בסמכות הרחקה שהוסדרה בחקיקת משנה, שאז מלאכת הפירוש צריכה להיעשות בזהירות יתרה.

18. המאשימה, מנגד, הפנתה לפסיקה אשר במסגרתה אושרו האיסורים, בהתאם לתקנה 2 לתקנות השמירה, על ידי בית המשפט העליון. ביחס לסמכות ההרחקה המוסדרת בתקנה 4(ג) לתקנות השמירה, טענה המאשימה שסמכות זו אושרה אך לאחרונה בעניין **מושיא**, בפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז (פס' 95 לפסק דינה). המאשימה הוסיפה כי "קביעה שהרב אמור להרחיק אנשים פיסית בלבד, לא עונה על מכלול המקרים בהם נדרשת הרחקתו של אדם מהכותל" (סעיף 13 לתגובת המאשימה). כך הוא המקרה כאשר אדם שב וחוזר על מעשיו ברחבת הכותל, באופן המצדיק הרחקתו לפרק זמן ממושך.

19. המאשימה תומכת את מסקנתה בדבר סמכות הרחקה לזמן ממושך בסעיף 17 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלן - **חוק הפרשנות**), שכותרתו "סמכויות עזר", ובפרט מפנה לסעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, המורה כי "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת". סעיף זה, לשיטת המאשימה, מקנה לממונה סמכות להרחיק את מי שמפריע, באמצעות צו, ולתקופה ממושכת.

20. המאשימה סבורה עוד שפרשנותה, לפיה לממונה סמכות להרחיק באמצעות צו לתקופה ממושכת, אף עולה בקנה אחד עם פרשנות המחלקה המשפטית של המשרד לענייני דתות, וכן בנוהל של משרד המשפטים. הובהר אמנם שאין המדובר במקור נורמטיבי, אולם יש בו כדי ללמד על פרשנות אובייקטיבית של התקנה.



21. כידוע, כלל ברזל בשיטתנו המשפטית הוא שאין לה לרשות מנהלית אלא את הסמכות שהוקנתה לה בחוק, ואין היא מורשית לבצע פעולה שלא הוסמכה לבצע במפורש (ראו מבין רבים: בג"ץ 4455/19 **עמותת טבקה נ' משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 25.1.2021), פס' 15 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות (להלן- **עניין טבקה**); בג"ץ 1550/18 **עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות** (פורסם בנבו, 30.4.2020), פס' 31 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן (להלן- **עניין הפורום החילוני**); דפנה ברק-ארז "**משפט מנהלי**" כרך א', עמ' 97 ואילך (2010)(להלן- **משפט מנהלי**)).

22. כלל מושרש זה ידוע בתור עיקרון חוקיות המנהל, המהווה ביטוי של עקרון שלטון החוק בתחום המשפט המנהלי (**משפט מנהלי**, בעמ' 98). עקרון חוקיות המנהל הוא שמתווה את גבולות הגזרה של הרשות המנהלית, והוא שמזכיר לה שבעוד הפרט חופשי לעשות כל אשר לא נאסר עליו בחוק, הרי שבעניינה של רשות מנהלית חל דין הפוך, בבחינת "מה שלא הותר- אסור הוא" (**הפורום החילוני**, שם).

23. חשיבותו של עקרון חוקיות המנהל במשטר הדמוקרטי מתעצמת, ככל שעסקינן בפעולה של רשות מנהלית שיש בה כדי להביא לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט, שאז עליה להציג את מקור הסמכות החוקי לכך- הסמכה שעליה להיות בהירה, מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית (בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המיסים**, פ"ד סד(2) 479, 498-499 (2010)). אף הוטעם ביחס לדרישת המפורשות כי "המילה "במפורש", אשר מופיעה בסיכום נאמן זה של הפסיקה, אינה נמצאת שם במקרה: במשטר המשפטי-חוקתי שעיצבנו לעצמנו, מילותיו הברורות והמפורשות של דין, ורק הן, יכולות לסמן את הגבולות אשר מפרידים בין חירויותיו של הפרט והחסינות מפני התערבות שלטונית, ממנה הוא נהנה, לבין כוח השררה שבידי השלטון" (**עניין טבקה**, בפס' 13 לפסק דינו של כב' השופט שטיין).

24. כאמור, סוגית היקף סמכות ההרחקה שהוענקה לממונה על המקומות הקדושים, טרם נדונה ולובנה בפסיקת בית המשפט העליון לכדי הלכה פסוקה. הפסיקה אליה הפנתה המאשימה לא כללה דיון הנוגע להיקף ותחומי התפרסות של סמכות זו. זאת, להבדיל מקביעות כלליות לפיהן עומדת לממונה על המקומות הקדושים סמכות הרחקה, בהתאם לתקנה 4(ג) לתקנות השמירה (ראו: **עניין הלפרסון**; **עניין מושיא**, בפס' 95)- דבר שעליו אין חולק.

25. המחלוקת בין הצדדים נוגעת אפוא לפרשנותה של תקנה 4(ג) לתקנות השמירה, הקובעת את סמכותו של הממונה להורות על הרחקה מרחבת הכותל המערבי- האם פרשנות מצמצמת הכוללת אך הרחקה פיזית נקודתית; או שמא פרשנות מרחיבה, הכוללת הרחקה באמצעות צו לתקופה ממושכת (בענייננו למשך שישים ימים).

26. על מנת להכריע בשאלת פרשנותה של תקנה 4(ג) לתקנות השמירה, עלינו לפנות למלאכת הפרשנות. בגדרה



של מלאכה זו תפורש תקנה 4(ג) לתקנות השמירה, ככל דין, על פי לשונה ותכליתה. כזכור, תכליתו של דבר חקיקה מורכבת הן מתכלית סובייקטיבית (המטרות, הערכים והמדיניות שהמחוקק ביקש להגשים במהלך הליך החקיקה, בבחינת "כוונת המחוקק") והן מתכלית אובייקטיבית (האינטרסים, המטרות, הערכים והמדיניות אשר החוק נועד להגשים בחברה דמוקרטית) (ראו למשל: רע"פ 2696/17 **בנימין שור נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 17.6.2021), פס' 16 לפסק דינו של כב' השופט קרא (להלן- **עניין שור**)). שתי תכליות אלה ויחסי הגומלין ביניהן הן שמגבשות את התכלית המונחת ביסוד הטקסט (אהרן ברק "**פרשנות תכליתית במשפט**" 155 (2003)(להלן- **פרשנות תכליתית**)). בענייננו, אף יש לבחון את תכליתה של תקנה 4(ג) לתקנות השמירה בראי חוק השמירה על המקומות הקדושים שמכוחו היא שואבת את חיותה, וזאת בהינתן הכלל לפיו "כאשר הפרשן מחפש אחר תכליתה של חקיקת משנה עליו להתחשב במיוחד בתכליתה של החקיקה הראשית שמכוחה הוחקה חקיקת המשנה ("חזקה להרמוניה אנכית"), שאם לא כן קיים הסיכון כי חקיקת המשנה תתבטל" (בג"ץ 8233/99 **בן צוק נ' שר התחבורה**, פ"ד נח(2) 311, 316 (6.3.2000)).

לשון התקנה

27. ראשיתו של כל מסע פרשני הוא בלשונו של דבר החקיקה הנדרש בפרשנות. נציג את התקנה הרלבנטית בשנית:

סמכויות הממונה

4. (א) הממונה רשאי, על דעת הרבנים הראשיים לישראל ושר הדתות, ליתן הוראות להבטחת קיומם היעיל של האיסורים האמורים בתקנה 2.
- (ב) כל אדם הנמצא בתחומי המקומות הקדושים חייב לציית להוראות הממונה שניתנו כדין.
- (ג) הממונה רשאי **להרחיק** ממקום קדוש אדם המפריע לו במילוי תפקידיו או העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3.

28. בענייננו, רלבנטית תקנה 4(ג) שעניינה סמכותו של הממונה להרחיק אדם. לפי לשון התקנה, הממונה רשאי להרחיק אדם ממקום קדוש בהינתן אחד משני המצבים: האחד, אם אותו אדם הפריע לו במילוי תפקידיו; השני, אם אדם עבר על אחד האיסורים הקבועים בתקנות 2 או 3. העילות בגין רשאי הממונה להפעיל את סמכות ההרחקה תחומות אפוא לשני תרחישים. ברם, התקנה לא עוסקת בשאלת אופן ביצוע ההרחקה והיקפה. קרי: התיבה "להרחיק" כפי שמופיעה בתקנה 4(ג) לא פורטה די הצורך, בבחינת מהן גבולותיה של ההרחקה. האם הרחקה נקודתית, תוך הוצאתו של האדם מרחבת הכותל (או מקום קדוש אחר), בהינתן שהפריע לממונה בביצוע תפקידו או הפר את אחד האיסורים הקבועים בתקנות; או שמא הרחקה באמצעות צו, לפרק זמן נקוב.

29. כפי שנפסק לא אחת, "ככל שהוראת חיקוק יכולה לשאת יותר מפרשנות אחת מבחינה לשונית, יש להוסיף ולתור אחר תכלית החקיקה, ולבחור מבין האפשרויות הלשוניות את האפשרות המגשימה תכלית זו באופן מיטבי" (עניין **טבקה**, פס' 26 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות). דומני שבנסיבות העניין דנא, הפרשנויות



המוצעות על ידי שני הצדדים הינן סבירות ועולות מלשון תקנה 4(ג) לתקנות השמירה. קביעה זו משמעותה שיש להמשיך ולבחון את התכלית העומדת בבסיס התקנה.

תכלית סובייקטיבית

30. התכלית הסובייקטיבית של דבר חקיקה היא התכלית אשר יוצר דבר החקיקה ביקש הגשים בשעת חקיקתו (**פרשנות תכליתית**, בעמ' 400). חוק השמירה על המקומות הקדושים, אשר מכוחו הותקנו תקנות השמירה, לרבות תקנה 4(ג) הדנה בסמכות ההרחקה, נחקק לאחר מלחמת ששת הימים, ובמקביל להחלת השלטון הישראלי על ירושלים המזרחית. סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים הוא במידה רבה "סעיף המטרה" של החוק, שיש בו כדי לסייע במלאכת הפרשנות. סעיף 1 קובע, כאמור:

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

31. סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים מורה לנו אפוא על כוונה ברורה של המחוקק לשמור על המקומות הקדושים (1) מפני חילול וכל פגיעה אחרת; (2) מפני כל דבר שעלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות אלה; (3) מפני כל דבר שעלול לפגוע ברגשותיהם של בני הדתות כלפי המקומות הקדושים. ביחס למטרה זו אף הובהר בפסיקה כי "מטרתו של חוק השמירה על המקומות הקדושים היא לאפשר מרחבים כאלה, לשמור עליהם ולמנוע פגיעה בהם, כמו גם לאפשר גישה אליהם לבני הדתות השונות. תקנות השמירה על המקומות הקדושים מיישמות עיקרון כללי זה ומתרגמות אותו לשפת המעשה" (עניין **מושיא**, פס' 67).

32. חשיבות השמירה על המקומות הקדושים אף עולה לנוכח הדחיפות בחקיקתו של החוק, מיד לאחר מלחמת ששת הימים ובמקביל להחלת השלטון הישראלי במזרח ירושלים (עניין **מושיא**, פס' 68). מעבר לכך, חיוניות וחשיבות השמירה על המקומות הקדושים אף עולה מדבריו של שר הדתות דאז, ז' ורהפטיג בדיון שנערך בכנסת בעניין הצעת חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, ד"כ 49, מיום 27.6.1967, שם ציין ביחס למדיניות ממשלת ישראל כלפי המקומות הקדושים, שהיא מושתתת על שלושה עקרונות, בהם: שמירה על המקומות הקדושים מפני כל חילול או פגיעה ברגשות בני הדתות; הבטחת גישה חופשית למקומות הקדושים; ניהול פנימי של המקומות הקדושים על ידי רשות של הדת הרלבנטית (בעמ' 2421-2422). לצורך כך אף נקבעו בחוק השמירה על המקומות הקדושים עבירות שלצדן ענישה מחמירה, באופן המדגיש את החשיבות שעמדה לנגד עיני המחוקק בהעברת החוק (וראו גם דבריו של ח"כ משה אונא, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט דאז, שאמר שחשיבות החוק באה לידי ביטוי בעונשים הכבדים שנקבעו בו (**שם**, בעמ' 2433)).

33. כאמור, לשם הגשמת התכלית שצוינה לעיל הותקנו תקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים. שמן של התקנות מעיד גם כן על תכליתן בשמירה על המקומות הקדושים ליהודים. לצורך כך, קובעות תקנות השמירה



שימונה ממונה על מקומות קדושים, אשר יסייע באותה שמירה שלשמן הותקנו. תקנה 4 לתקנות השמירה היא התקנה הקובעת את סמכויות הממונה על המקומות הקדושים. בתוך כך, הוא רשאי ליתן הוראות להבטחת קיומם היעיל של האיסורים בתקנה 2 (תקנה 4(א)). עוד נקבע שכל אדם הנמצא בתחומי המקומות הקדושים חייב לציות להוראותיו שניתנו כדין (תקנה 4(ב)). סמכות נוספת, כאמור, נוגעת לסמכות ההרחקה- היא הסמכות שפרשנותה עומדת במחלוקת.

34. קיים קושי לעמוד על ההיסטוריה החקיקתית של תקנה 4(ג) (הדנה בסמכות ההרחקה שהוענקה לממונה על המקומות הקדושים), ובפרט כאשר מדובר בסמכות שהותקנה על ידי מחוקק המשנה. מכל מקום, מעניין לעמוד על השוני בנוסחן של תקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים. כך, עיון בנוסחן הראשוני של תקנות השמירה משנת 1969 (להלן- **התקנות הישנות**) מלמד שכבר אז הוענקה לממונה על המקומות הקדושים סמכות הרחקה, וזו הוענקה במסגרת תקנה 5 שכותרתה היתה "הרחקת אנשים" ואשר קבעה כי "הממונה רשאי להרחיק ממקומות הקדושים אדם המפרע לו במילוי תפקידו או העובר על הוראות תקנות אלה" (תקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, התשכ"ט-1969, כפי שפורסמו בקובץ התקנות 2387 מיום 8.5.1969). דומה אפוא שנוסח סמכות ההרחקה, כפי שהותקנה עוד בשנת 1969, לא שונה מהותית מן הנוסח הקיים כיום בתקנה 4(ג) העומדת במרכזו של הליך זה.

35. עם זאת, עיון בהיסטוריה החקיקתית הנוגעת לתקנות השמירה, מלמד על שינוי שנערך ביחס לתקנות העונשיות. תקנות השמירה בנוסחן כיום קובעות בתקנה 5 כי "העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3, דינו - מאסר ששה חדשים או קנס 500 שקלים". עם זאת, במסגרת נוסחן המקורי של תקנות השמירה משנת 1969, נקבע בתקנה העונשית כי "העושה אחד מאלה: (1) עובר על הוראה מהוראות תקנות אלה; (2) מפרע לממונה במילוי תפקידו- דינו מאסר ששה חודשים או קנס חמש מאות לירות" (תקנה 6 לתקנות הישנות). דהיינו: בעוד שבעבר פעילות המפרה את האיסורים וכן הפרעה לרב הכותל היוותה התנהגות בת-הפללה (מאסר או קנס), הרי שתקנות השמירה בנוסחן כיום מפלילות אך התנהגות שיש בה משום הפרת האיסורים. מתקין התקנות בחר שלא לראות בהתנהגות שיש בה כדי להפרע לעבודת הממונה משום התנהגות בת הפללה, שתוצאתה מאסר ששה חודשים או קנס. ניתן לראות במהלך זה של מחוקק המשנה משום כוונה להפליל רק את ההתנהגויות שיש בהן כדי לפגוע במקומות הקדושים, בגישה אליהם או בפולחן בהם, ולהימנע מפניה לנתיב הפלילי במקרה של הפרעה במילוי תפקידו של הממונה על המקומות הקדושים.

36. מכל מקום, בענייננו דומה שאין בהיסטוריה החקיקתית שצוינה לעיל כדי ללמד על כוונת מחוקק המשנה ביחס לסמכות ההרחקה שהעניק לממונה על המקומות הקדושים במסגרת תקנה 4(ג), מלבד העובדה החשובה שסמכות זו הוענקה לו על מנת לממש את תפקידו המרכזי בשמירה ופיקוח על המקומות הקדושים. יש לבחון עתה את תכליתה האובייקטיבית של התקנה.

תכלית אובייקטיבית

37. התכלית האובייקטיבית של תקנה 4(ג) תילמד בהתאם ל"אינטרסים, המטרות, הערכים, היעדים, המדיניות



והפונקציה אשר החוק נועד להגשים בחברה דמוקרטית" (**פרשנות תכליתית**, בעמ' 410). במסגרת בחינת התכלית האובייקטיבית של דבר חקיקה, מתורגמים ערכי היסוד של השיטה לחזקות שונות באשר לתכליתו של דבר החקיקה. ביסודן של חזקות אלה מונחות תפיסות חוקתיות, כדוגמת החזקה ולפיה "המטרות החברתיות המונחות ביסוד המשטר הדמוקרטי מהוות חלק מתכליתו האובייקטיבית של כל דבר חקיקה" (**פרשנות תכליתית**, בעמ' 421-423). הוטעם לא פעם בפסיקה שבמצב בו לא ניתן לאתר פרשנות סובייקטיבית ברורה לדבר חקיקה, עשויות חזקות התכלית לקבוע את התוצאה הפרשנית (ראו למשל: ע"מ 4105/09 **עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה** (פורסם בנבו, 2.2.2012), פס' 46 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) נאור (להלן- **עניין עיריית חיפה**)).

38. כפי שהובא לעיל, הסמכויות שהוענקו לממונה על המקומות הקדושים במסגרת תקנה 4, וביניהן גם סמכות ההרחקה, נועדו ליתן בידיו כלים פרקטיים ויעילים שיסייעו לו במסגרת מילוי תפקיד. תפקידו זה הוכר כתפקיד חשוב במעלה, ובעיקרו נועד לשמור ולפקח על המקומות הקדושים, על הגישה אליהם, וכן על בני כל הדתות המבקשים לבקר באתרים חשובים ומשמעותיים אלה.

39. סמכות ההרחקה שהוענקה בתקנה 4(ג) לתקנות השמירה נועדה אפוא לאפשר קיומם הבטוח והשמור של המקומות הקדושים, וכן לאפשר קיומו של חופש הפולחן של בני הדת היהודית. למותר לציין שהמדובר בערך חשוב במעלה, לא כל שכן במדינת ישראל שחרטה על דגלה את היותה מדינה יהודית ודמוקרטית. הדברים כבר הובאו בהלכה הפסוקה מימים ימימה: "דת ופולחן אינם רק דברים שבהלכה, בחינת יתני ספר וניחזי, אלא בעיקרם הם דברים שבלב, באמונה ויראה, ואף בטעם וחוש, ואלה אינם נמדדים בקנה מידה אובייקטיבי השווה לכל" (בג"ץ 262/62 **פרץ ואח' נ' חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו**, פ"ד טו 2101, 2105 (7.11.1962)). ברי אפוא שתקנה 4(ג) לתקנות השמירה מבטאת תכלית חשובה במעלתה בדבר שמירה על חופש הדת של כל בני הדת היהודית המבקשים לממש את זכותם.

40. כמו כן, אף ניתן לראות בתקנה 4(ג) לתקנות השמירה כמבטאת תכלית שנועדה לשמור על הסדר הציבורי במקומות הקדושים. ביחס למקומות הקדושים כבר נפסק כי "אין כמקומות הקדושים כמקור לסכסוכים, מהומות והתלקחויות דמים. עוצמת הרגשות למקומות אלו עזה היא, נובעת מעומקי לבו של אדם עד כי עשויה היא להצית אש תבערה. זהירות מרובה דרושה אפוא בהתמודדותן של הרשות המבצעת והרשות השופטת עם סכסוכים הנוגעים למקומות הקדושים. והדברים ידועים, ואין צורך להאריך בהם" (בג"ץ 257/89 **הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי**, מח(2) 265, 329 (26.01.1994)). הדברים בוודאי נכונים גם ביחס לרחבת הכותל המערבי, והחשיבות בשמירה על הסדר הציבורי באתר המסמל את אחד מליבותיה של הדת היהודית במדינת ישראל - ברורה. נתון זה גם כן מחזק את הצורך בסמכויות שהוענקו לממונה, לרבות סמכות ההרחקה.

41. לצד האמור, מונחת ביסוד כל דבר חקיקה תכלית חשובה נוספת- היא תכלית ההגנה על זכויות יסוד (**פרשנות תכליתית**, בעמ' 425-426; עניין **טבקה**, פס' 31 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות). חזקה זו שתכליתה הגנה על זכויות אדם עולה בקנה אחד עם עיקרון חוקיות המנהל, ועל פיו ככל שפעולה של רשות מנהלית מבקשת לפגוע בזכות יסוד, עליה לעמוד על הסמכה ברורה ומפורשת לעשות כן (**משפט מנהלי**, בעמ' 121). חזקה זו



מובילה אותי למסקנה לפיה יש לפרש את התיבה "להרחיק" בתקנה 4(ג) באופן מצומצם, הכולל אך הרחקה פיזית מן המקום (קרי, הרחקה מן המקום של האדם המפריע או האדם שהפר האיסורים הקבועים בתקנות), ולא הרחקה באמצעות צו לזמן ממושך, ואבאר.

42. לא יכול להיות חולק שהרחקה של אדם באמצעות צו לתקופה ממושכת, יש בה משום פגיעה בחופש התנועה שלו. ביחס לזכות זו כבר נפסק בשורה ארוכה מאוד של פסקי דין שלכל אדם זכות להתנועע בחופשיות בכל מקום בתוככי המדינה, ככל אשר יחפוץ ובכל עת (ראו מבין רבים: בג"ץ 7146/12 סרג' אדם נ' הכנסת (פורסם בבב, 16.9.13), פס' 78 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל (להלן - **עניין אדם**)). זכות התנועה של אדם בתוככי המדינה אף הוכרה כנגזרת מכבוד האדם והחירות האישית, ועל כן חוסה היא תחת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הגם שזכות התנועה בגבולות המדינה לא צוינה בו מפורשות. כבר נפסק שבבחינת היקף הפגיעה בחופש התנועה, יש להביא בחשבון, בין היתר, את "היקפה הגיאוגרפי של ההגבלה, למידת האינטנסיביות שלה, למשך הזמן שנקבע לה, וכן לעניין האיש של האדם במימוש חופש התנועה" (**עניין אדם**, שם).

43. נוסף על כך, בנסיבות המקרה דנא דומה שהפגיעה בחופש התנועה קשורה בקשר הדוק לפגיעה בחופש הדת והפולחן של האדם המורחק. כמצוין לעיל, חופש הדת והפולחן הוא עיקרון שחוק המקומות הקדושים נועד להגן עליו. הוא נחקק עבור שמירה על המקומות הקדושים, ושמירה על גישה פתוחה, בטוחה וסבירה לבני הדתות לבקר בהם ולממש את זכותם זו. הרחקה של אדם באמצעות צו לתקופה ממושכת- בעניינינו שישים ימים- יש בה פגיעה בחופש הדת של המורחק. בכך, סמכות ההרחקה פוגעת באותה זכות עליה נועדה היא לשמור, באופן המדגיש את הזהירות שיש לנקוט בהפעלתה.

44. זאת ועוד; אני סבורה שהרחקתו של אדם באמצעות צו לתקופה ממושכת יש בה אף פגיעה בזכותו לכבוד. הרחקה של אדם ממקום קדוש, ערכי ומשמעותי כרחבת הכותל המערבי- הרחקה שיכולה להגיע לשישים ימים- פוגעת בכבודו של המורחק, אשר לא פעם מבלה שעות רבות ברחבת הכותל. אכן, לא פעם עסקין בפושטי יד וקבצנים מטרידים, אולם הרחקתם מהמקום לתקופה ממושכת פוגעת בכבודם, שממילא נפגם בהיותם פושטי יד, ובמקרים מסוימים, עלולה הפגיעה לעלות כדי השפלה, בבחינת "אינכם רצויים במקום זה".

45. מן האמור לעיל ביחס לסמכות ההרחקה המוסדרת בתקנה 4(ג) לתקנות השמירה, ובהינתן החזקה לפי כל דבר חקיקה נועד להגן על זכויות יסוד, אני סבורה שיש לפרש את התיבה "להרחיק" בתקנה 4(ג) לתקנות השמירה באופן מצומצם, שיש בו כדי לפגוע בזכויות יסוד במידה הפחותה ביותר. קביעה לפיה סמכות ההרחקה המוסדרת בתקנה זו מתפרסת אף להוצאת צו הרחקה לפרק זמן משמעותי, איננה עולה בקנה אחד עם החזקה שצוינה לעיל. ככל שביקש המחוקק להסמיך את מחוקק המשנה לפגוע בזכויות יסוד באופן משמעותי יותר- ובעניינינו באמצעות צו הרחקה לפרק זמן משמעותי- היה עליו לעשות כן באופן מפורש, בהיר ושאינו מותיר ספק.

46. מסקנתי זו ביחס לפרשנות הראויה לתיבה "להרחיק" בתקנה 4(ג) לתקנות השמירה מתעצמת ומתחזקת לנוכח העובדה שמדובר בפגיעה בזכות יסוד הנגרמת כתוצאה מחקיקת משנה. ההלכה הפסוקה שבה וחזרה על



כך שיש לבחון את גבולותיה של חקיקת משנה בדיקה קפדנית על פי הגבולות שהותוו בחקיקה הראשית: "בשל המעמד החוקתי המיוחד של זכות יסוד, יבדק באופן קפדני וזהיר, אם אכן יש ללמוד מן ההסמכה של המחוקק הראשי, אם היא קיימת, כי הייתה מונחת ביסודה הכוונה להעניק למחוקק המשנה את הכוח לשנות מגבולותיה והיקפה הקיימים של זכות יסוד. כאשר מדובר על הסמכה כללית וסתמית, אך טבעי הוא, כפועל יוצא מן האמור לעיל, כי היא תפורש באופן השולל הקניית סמכות להגבלתה של זכות יסוד" (בג"ץ 337/81 **מיטרי נ' שר התחבורה**, פ"ד לז(3) 358, 337 (10.07.1983)).

47. ודוק; יש לשוב ולהזכיר שבנסיבותיו של חוק השמירה על המקומות הקדושים, ותקנות השמירה שהותקנו מכוחו, כבר נקבע בפסיקה שסעיף 4 לחוק מהווה הסמכה מפורשת עבור מחוקק המשנה לקבוע עבירות וכן תקנות "בכל הנוגע לביצועו" של חוק השמירה על המקומות הקדושים (עניין **מושיא**, בפס' 58-59). הגם שמדובר בהסמכה רחבה למדי, ההסמכה קיימת. עם זאת, השאלה שבפניי אינה נוגעת לעצם קיומה של סמכות ההרחקה לפי תקנה 4(ג) לתקנות השמירה- נתון עליו אין חולק- כי אם נוגעת לשאלת היקף סמכות זו.

48. בהינתן האמור לעיל, אני סבורה שיש לראות בסמכות ההרחקה ככזו שנועדה לשרת את תכלית חוק השמירה על המקומות הקדושים. תכלית זו צוינה לעיל, ונועדה לשמור על מקומות אלה, לאפשר גישה אליהם לבני כל הדתות, ולמנוע פגיעה ברגשותיהם של האחרונים. תכלית זו ממוששת באמצעות מתן סמכות הרחקה המתוחמת ומוגבלת להרחקה של מפריעים או מפריס מן המקום הקדוש- הרחקה נקודתית ובזמן אמת.

49. מסקנתי זו הינה תוצאה של מהלך שיפוטי-פרשני של תקנה 4(ג) לתקנות השמירה, אשר בסופו התוצאה לפיה ככל שביקש המחוקק להסדיר פרוצדורה של הוצאת צווי הרחקה לפרק זמן משמעותי, "עליו לומר דבריו במפורש. היעדר הוראה מפורשת יתפרש כשולל את סמכות הרשות המבצעת להורות על פגיעה בזכויות יסוד" (ע"א 524/88 **"פרי העמק" אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב**, פ"ד מח(4) 529, 563 (15.8.1991)). מצב דברים בו הסתפק מחוקק המשנה בתיבה "להרחיק", מבלי שהובהרה הפרוצדורה המתאימה ומידת הפגיעה שבה בזכויות יסוד, ובהיעדר נתונים נוספים המעידים על כוונת המחוקק הסובייקטיבית, אין לי אלא לפרש את התיבה "להרחיק" באופן הפוגע בזכויות יסוד במידה הפחותה ביותר.

50. יודגש עוד שתוצאה זו אף עולה בקנה אחד עם המגמה בפסיקה הנוטה לגישה ההקשרית, ולפיה מידת ההקפדה בדרישה להסמכה מפורשת משתנה בהתאם לחשיבותה של הזכות הנפגעת, ולמידת הפגיעה בה (**משפט מנהלי**, בעמ' 122-125). נדמה לי שההסמכה שהוענקה למחוקק המשנה אכן מאפשרת לו הרחקה מן המקומות הקדושים, על מנת לשמור על הסדר באותם מקומות ולמלא אחר תכלית החוק, אולם אין היא מאפשרת מניעה עתידית של אותם מורחקים מלהגיע למקומות אלה לפרק זמן משמעותי באמצעות צו הרחקה.

התכלית האובייקטיבית בראי חוקים אחרים

51. בחינת התכלית האובייקטיבית של דבר חקיקה, כוללת, בין היתר, אף בחינה של דברי חקיקה אחרים, אשר



ביסודם מונחות תכליות דומות, ואשר האופן להגשימן הוא זהה. השוואת דברי חקיקה שונים במסגרת בחינת התכלית האובייקטיבית נשענת על הנחה לפיה החוקים כולם יוצרים את מערך החקיקה בשיטת המשפט:

"האופק של הפרשן אינו הגבול של החוק המתפרש. האופק הוא השיטה כולה, ובתוכה כלל החקיקה. בין החוקים השונים בשיטה מתקיים עיקרון של כלים שלובים. החוקים השונים הם איברים שונים של גוף אחד. מערכת התפקוד של הגוף בכללו עשויה להצביע על התפקיד שנועד בו לחוק זה או אחר" (**פרשנות תכליתית**, בעמ' 415).

52. פעולה זו נועדה להשיג את המוכר כ"הרמוניה חקיקתית", אשר מצדיקה את אימוצה של נוסחת איזון זהה במקום שהערכים שביסוד הזכויות המתנגשות זהים (**פרשנות תכליתית**, בעמ' 416). ודוק- אין חזקה לפיה מונחים זהים בחוקים שונים מצביעים על משמעות זהה, אולם "קיימת חזקת-תכלית שמלים זהות בחוקים עם תכלית זהה או דומה (*in pari materia*) נושאות משמעות דומה" (עניין **עיריית חיפה**, בפס' 52 לפסק דינה של כב' השופטת נאור).

53. כפי שיובא להלן, אני סבורה שהשוואה של הסדרים אחרים בחקיקה אף היא מחזקת את המסקנה, לפיה יש לראות בסמכות ההרחקה של הממונה בתקנה 4(ג) ככזו שנועדה להרחיק אדם מן המקום הקדוש בזמן אמת על מנת למנוע הפרעה-הא ותו לא. לשם כך אפנה להציג את ההסדר שהתווה המחוקק בחוק איסור אלימות בספורט, תשס"ח-2008 (להלן- **חוק איסור אלימות בספורט**)

54. בחוק זה הביע המחוקק את שאט נפשו מן האלימות שהתפשטה באירועים מן הסוג האמור. החוק נועד אפוא לשמור על הסדר הציבורי וביטחון הציבור במסגרת משחקי ספורט מסוימים (ראו בהרחבה: הצעת חוק איסור אלימות בספורט, התשס"ח-2008, מיום 31.3.2008). הדברים אף הובאו בפסיקה בה נקבע כי "אין אפוא ספק בכך שהחוק נועד להתמודד עם התופעות המכוערות של גילוי אלימות - פיזית ומילולית - באירועי ספורט. לשם הגשמת תכלית זו, החוק ביקש לתת מענה כולל לנגע האלימות - לא רק באמצעות הוראות עונשין, אלא גם באמצעות הוראות אכיפה בעלות אופי מניעתי ואסדרתי, בבחינת "מניעת הרע בטרם יארע" (בש"פ 7317/15 **קדוש נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 7.2.2016), פס' 31). לצורך הגשמת תכלית החקיקה, מפרט החוק שורה של בעלי תפקידים שמינויים נדרש על מנת לשמור על הסדר הציבורי וביטחון הציבור באירועים מסוג זה, ובהם: מנהל אירוע ספורט, שסמכויותיו פורטו בסעיף 5 לחוק איסור אלימות בספורט; מנהל ביטחון שסמכויותיו פורטו בסעיף 9 לחוק איסור אלימות בספורט; וסדרנים לאירוע ספורט, שסמכויותיהם פורטו בסעיף 11 לחוק איסור אלימות בספורט.

55. ביחס לכל בעלי התפקידים שפורטו לעיל, הובהר שתפקידם המשותף הינו בשמירה על הסדר הציבורי ושמירה על ביטחון הציבור באירועי ספורט, וכן קובע חוק איסור אלימות בספורט שלכלל בעלי התפקידים עומדות הסמכויות של סדרי אירוע ספורט, המוסדרות בסעיף 11:



(א) סדרן לאירועי ספורט רשאי לקרוא לסדר כל אדם המפריע לסדר הציבורי, לשלום הציבור או לביטחון, באירוע הספורט, ולאחר התראה רשאי הוא לדרוש ממנו לעזוב את המקום אם לא ציית המפריע להתראה; לא עזב המפריע את המקום, רשאי סדרן לאירועי ספורט להוציאו מהמקום לאחר שקיבל לכך את אישור מנהל הביטחון, ובאין מנהל ביטחון - מנהל אירוע ספורט, ובאין מנהל אירוע ספורט, האחראי לאירוע הספורט, או מי אחד מהם, לפי העניין, הסמיך לכך.

(ב) היה לסדרן לאירועי ספורט חשש סביר שמפריע שניתנה לו התראה לפי סעיף קטן (א) יבצע עבירת אלימות או עבירה לפי חוק זה, רשאי הוא לעכבו עד לבואו של שוטר או להביאו לפני שוטר, ואם סירב לכך המפריע - רשאי הוא להשתמש לשם כך בכוח סביר, ובלבד שלא יהיה בשימוש בכוח כדי לגרום למפריע חבלה.

(ג) על עיכוב בידי סדרן לאירועי ספורט לפי סעיף זה, יחולו הוראות סעיפים 73(א), 73(ב) רישא ו-74 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996.

(ד) לסדרן לאירועי ספורט יהיו הסמכויות הנתונות למאבטח בהתאם לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005.

56. ניתן לראות שחוק איסור אלימות בספורט מתווה פרוצדורה ברורה באשר להרחקתו של אדם מאירוע ספורט. ראשית, התראה; שנית, דרישה לעזוב את המקום; שלישית, הוצאה מן המקום. לא זו אף זו, שבעלי התפקידים, ככל שהם סבורים שמתקיים חשד סביר שאדם יבצע עבירת אלימות או עבירה לפי חוק איסור אלימות בספורט, רשאים לעכבו עד להגעת כוח משטרה, ובכך אף נלמד שניתן שיקול דעת לבעלי התפקידים במסגרת תפקידם, שנועד, כאמור, לשמירה על הסדר הציבורי וביטחון הציבור באירועי ספורט.

57. חוק איסור אלימות בספורט אף קובע מפורשות אף את סמכויותיו של שוטר להרחיק אדם מאירוע ספורט, בקובעו "(ב) לא נשמע אדם להוראות שנתן לו שוטר לפי הוראות סעיף קטן (א), מוסמך השוטר להרחיקו מהמקום כאמור בסעיף קטן (א) ולא להתיר את כניסתו לאותו מקום, ורשאי הוא להשתמש לשם כך בכוח סביר" (סעיף 12(ב) לחוק איסור אלימות בספורט).

58. אל מול סמכויות ההרחקה שהוענקו לבעלי התפקידים ולשוטרים על פי חוק איסור אלימות בספורט, קבע המחוקק הסדר שונה בכל הנוגע להרחקה באמצעות צו ולפרק זמן ממושך. כך, סעיף 13 לחוק מקנה לקצין משטרה סמכות להרחיק אדם מאירוע ספורט לתקופה של עד 30 ימים, בכפוף למתן זכות טיעון.

59. זאת ועוד; חוק איסור אלימות בספורט אף מתווה פרוצדורה במסגרתה רשאי תובע להגיש בקשה לבית המשפט לקבלת צו הרחקה או הגבלה על אדם. סעיפים 17-18 לחוק האמור מתווים את התנאים בגדרם ישית בית המשפט צו הרחקה או הגבלה, המונע או מגביל מאדם להיכנס לאירוע ספורט מסוים, או לאירוע ספורט



בכלל, לתקופה של עד שלוש שנים. זאת, כאמור, בכפוף למתן זכות טיעון למבוקש בהרחקה או הגבלה (ראו גם: סעיף 20 לחוק איסור אלימות בספורט).

60. הנה כי כן, אני סבורה שיש בפרוצדורה הסדורה והמפורטת בחוק איסור אלימות בספורט ביחס להרחקה של אדם מאירוע ספורט כדי להשליך על פרשנותה של תקנה 4(ג) לתקנות השמירה. אעיר שהתכליות העומדות בבסיס דברי החקיקה הרלבנטיים הן דומות, ונועדו לשמור על הסדר הציבורי.

61. חוק איסור אלימות בספורט מפרט את הסמכויות העומדות לכל בעלי התפקידים במסגרת אירוע ספורט-מגדול לקטן. סמכויות אלה בהירות ומפורשות, וברי שיש בהן כדי ללמד על הסמכה מפורשת של בעלי תפקידים לפגיעה בזכויות יסוד, ככל שישנו דבר העלול לפגוע בסדר הציבורי או בביטחון הציבור. למעלה מכך, סמכות הוצאה צו הרחקה לתקופה ממושכת נתונה לבית המשפט, לאחר ששמע את טענות הצדדים והתרשם שישנה הצדקה להשית על אדם הרחקה קבועה או מגבלות (וכן לקצין משטרה ככל שמבוקשת הרחקה למשך 30 ימים בלבד).

62. לא כך הוא הדבר ביחס לתקנה 4(ג) לתקנות השמירה הנוקטת בלשון תמציתית, שאינה בהירה ואינה מסדירה את גבולות סמכות ההרחקה. ראשית, סמכות ההרחקה לפי תקנה 4(ג) מוסדרת בתקנות, בשונה מההסדר שצוין לעיל שפורט בחקיקה ראשית. שנית, כלל לא הוברר מיהם אותם בעלי התפקידים במקומות הקדושים, שפועלים מטעם הממונה, וכן לא הובררו סמכויותיהם. למותר לציין שאין בעובדה שתקנות אלה הותקנו לפני שנים רבות כדי לשנות מאופן פרשנותן, ובפרט לנוכח הלכה פסוקה שקבעה שיש לפרש הוראות חוק הפוגעות בזכויות יסוד ברוח חוקי היסוד, הגם אם נחקקו עובר לחקיקתם (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995)).

63. ההגנה הבחינה בטיעוניה בין סמכויות הרחקה שהוענקו לבעלי תפקידים על מנת להרחיק אדם ממקום, נקודתית; לבין הרחקה באמצעות צו הרחקה- סמכות שהוענקה לשיטתה אך לבתי המשפט, למעט סמכותו של שר הפנים להרחיק אדם מן הארץ באמצעות צו, לפי סעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. אכן, יש טעם בהבחנה זו שביצעה המאשימה, באשר יש בה כדי לחזק את המסקנה שצוינה לעיל, הנוגעת להסמכה המפורשת הנדרשת על מנת לקבוע הרחקתו של אדם ממקום לתקופה ממושכת ממקום, להבדיל מהרחקתו הנקודתית ממקום בעקבות הפרעה שיצר או סיכון שהעמיד לסדר הציבורי.

64. בתוך כך, ניתן למנות את דברי החקיקה הבאים, שבהם הוקנתה סמכות הרחקה בלבד, ללא צו:

א. סעיף 12 לחוק משכן הכנסת, רחבתו ומשמר הכנסת, תשכ"ח-1968, קובע כי "קצין הכנסת, איש משמר הכנסת או סדרן רשאים להרחיק אדם ממשכן הכנסת והרחבה אם לא ציית להוראות שניתנו כדין, או הפר את הסדר במשכן או ברחבה, או שקיים יסוד סביר לחשוד שהוא עלול להפר את הסדר בהם, או שנכנס למקום שהכניסה אליו לא הותרה לו".



ב. סעיף 37 לפקודת הנמלים [נוסח חדש], תשל"א-1971, קובע שמנהל הנמל רשאי להרחיק מהנמל אדם האשם בהתנהגות פרועה או אדם שלא מילא אחר הוראה חוקית. עוד מורה הסעיף שככל שהאדם סירב לעזוב את הנמל, ניתן להרחיקו בכוח.

ג. סעיף 42(ב) לחוק העתיקות, תשל"ח-1978 קובע כי "שוטר או מי שהמנהל הרשהו לכך בכתב רשאי להרחיק ממקום מוסדר כל אדם העובר שם על הוראות חוק זה או התקנות לפיו".

65. המשותף להוראות החוק שצוינו לעיל, כמו גם להוראת סעיף 11 לחוק איסור אלימות בספורט, וכן להוראת תקנה 4(ג) לתקנות השמירה העומדת במרכזו של הליך זה, הוא שהן מלמדות אותנו על סמכות שהוענקה לבעלי תפקידים, שנועדה לשמש עבורם כלי עזר לשם שמירה על הסדר הציבורי והביטחון במקום המוסדר על ידי דבר החקיקה. מעבר לכך, דברי החקיקה המקנים סמכויות הרחקה, מחזקים לידי את המסקנה, לפיה סמכות זו נועדה אמנם לפגוע בזכויות יסוד, אולם זאת רק כאשר אותו אדם הפריע לסדר הציבורי המוסדר בדבר החקיקה, תוך שהפגיעה הינה פגיעה קונקרטית ונקודתית ביחס להתנהלותו.

66. מנגד, כאשר ביקש המחוקק לקבוע הרחקה עתידית שהיא בבסיסה הרחקה מניעתית, נקבעה פרוצדורה סדורה שאף כוללת מתן זכות טיעון לאדם אשר הרשות המנהלית מבקשת להרחיקו לזמן ממושך. ככל שמדובר בהרחקה לפרק זמן ממושך באמצעות צו, הרי שיש להעניק למושא ההרחקה זכות לטעון טענותיו ביחס להרחקה העתידית. אני סבורה שמקום בו לא ניתנה למורחק זכות טיעון, הרי שיש בכך כדי להעיד שמדובר בהרחקה נקודתית בלבד, שעוצמת פגיעתה מתונה וקצרה.

הנחיות מנהליות

67. המאשימה ביקשה לתמוך את פרשנותה המרחיבה ביחס לסמכות הרחקה באמצעות צו לפרק זמן ממושך, באמצעות הנחיות שפורסמו בעבר תחת ידיה של הרשות המנהלית. כמובא בפתח ההחלטה, מדובר בנוהל פנימי של משרד המשפטים (נספח ד' לתגובת המאשימה), שעניינו בהרחקת קבוצנים מטרידים מרחבת הכותל המערבי. קבוצן מטריד הוא, כאמור, מי שפונה באופן מילולי אל המתפללים באופן המפריע להמשך קיום התפילה או מי שבא במגע פיזי או מרים קולו באופן הפוגע באופן משמעותי לאווירת הכותל (סעיף 2 לנוהל). על פי הנוהל, ככל שנתקל הממונה בקבוצן מטריד, יזהיר אותו בדבר מעשיו האסורים ויעביר לידי אזהרה כתובה. ככל שישוּב הקבוצן המטריד לסורו, יהיה בידי של הממונה להרחיקו מרחבת הכותל לתקופה של שבוע ימים, תוך שהוראה זו תובא אף היא בכתב. ככל שיפעל הקבוצן באופן מטריד בפרק זמן של שלושה חודשים מיום ההרחקה, שאז רשאי הממונה להרחיקו לתקופה של שבועיים ימים. בסופו של הנוהל הובהר שהוא תקף למשך שישה חודשים, ובתום תקופה זו "תיעשה הערכה מחודשת לבחינת היקף סמכותו של הממונה לפי תקנה 4(ג) לתקנות" (סעיף 6 לנוהל). כפי שכבר צוין, ובהיעדר נוהל אחר בידי המאשימה אין לי אלא להניח שנוהל זה אינו תקף.

68. נוסף על כך, הפנתה המאשימה למסמך שכותרתו "סיכום דיון בנושא: התמודדות עם תופעת הקבוצנים בכותל



המערבי" שנערך על ידי מחלקת יעוץ וחקיקה (אזרחי) במשרד המשפטים. מדובר בסיכום פגישה בנושא שהתקיימה ביום 3.2.2010. על פי סיכום הדברים בפגישה שנערכה, הוחלט שככל שמדובר בהרחקה ראשונה, תהיה בסמכותו של רב הכותל, הממונה, להרחיק את האדם שהוזכר לפרק זמן של שבועיים ימים. ככל שהקבצן ישוב על מעשיו בשלושת החודשים שלאחר ההרחקה הראשונה, תהיה בסמכות הממונה להרחיקו לפרק זמן נוסף של שלושים ימים. צוין שם עוד, שהממונה ביקש סמכות להרחיק עד 45 ימים, אולם הוחלט להסתפק רק בפרק זמן של שלושים ימים.

69. כידוע, בהלכה פסוקה נקבע לא פעם כי "יש ליתן משקל מסוים (ולעיתים אף מוגבר) לעמדה המוצעת מטעם רשות מינהלית בהקשר לפרשנות דבר חקיקה שעל ביצועו היא אמונה [...], זאת כאשר ישנן כמה פרשנויות אפשריות, ואולם גם במקרה כזה - אין לייחס לעמדתה משקל מכריע. כפי שנקבע בעבר, על בית המשפט להטות אוזן לפרשנות הרשות המינהלית ולהתחשב בה, שכן היא איננה בעלת דין רגילה, אלא שנתונה לה מומחיות בתחום עליו היא אמונה" (דנ"א 4960/18 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 4.7.21), פס' 62 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה מלצר וההפניות שם; הדגשות במקור). הוטעם עוד, שבכל מקרה הפרשנות הקובעת היא זו שבית המשפט מוצא לאמץ, מבין מגוון הפרשנויות המוצעות (שם; ראו עוד: עניין שור, פס' 20 לפסק דינו של כב' השופט קרא).

70. לאחר עיון ובחינה, לא מצאתי שיש בהנחיות האמורות כדי לשנות מפרשנותי ביחס לתקנה 4(ג) לתקנות השמירה, ואבאר.

71. ראשית, התקשיתי לראות במסמכים האמורים משום הנחייה מנהלית סדורה שמייצגת את עמדת הרשות הרלבנטית. כך, ביחס לנוהל של משרד המשפטים, הרי שמדובר בנוהל משנת 2006 אשר תוקפו הועמד לחצי שנה בלבד. הוסכם אמנם שהנושא יבחן בסיום התקופה, אולם דומה שהדבר לא נעשה והנחיה עדכנית איננה בנמצא. הדברים נכונים גם ביחס למסמך "סיכום פגישה" משנת 2010. ביחס אליו אציין שמדובר במספר מצומצם של משתתפים שנכחו בפגישה, ויש טעם בעמדת ההגנה ביחס למסמך זה, שהוא אינו כולל נציגים מן המחלקה הפלילית. מכל מקום, אין זה מעניינו של בית המשפט מהו הרכב חברי הרשות המנהלית שהוציאו את ההנחיות, אולם עולה ספק ביחס לשאלה האם נשקלו כלל ההשלכות המשפטיות ביחס לאמור במסמך סיכום זה. לכל הפחות ניתן לומר שאין המדובר בהנחיות שנקבעו לאחר פסק הדין בעניין מושיא, אשר אף הדגיש את הצורך לנקוט בגישה זהירה ורגישה ביחס לאוכלוסייה בכותל: "מהיבטו של מי שנגישותו למערכת אכיפת החוק רופפת כל כך, יש מקום ביתר שאת להבהיר את משמעותם של המעשים, ואת הסיכון לחשיפתו של העובר אותם בהעמדה לדין פלילי" (עניין מושיא, פס' 95). דברים אלה אמנם התייחסו בעיקרם להעמדתם לדין של פושטי היד בעבירה לפי תקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה, אולם הם בוודאי נכונים ביחס להעמדה לדין בגין כל התנהגות שלהם ברחבת הכותל המערבי.

72. שנית, עולה שהן הנוהל והן מסמך סיכום הפגישה דנים בנושא הרחקתם של קבצנים מטרידים. ברם, סמכות ההרחקה המוסדרת בתקנה 4(ג) לתקנות השמירה הוענקה לממונה על מנת להרחיק כל אדם אשר מפריע לממונה במילוי תפקידו, וכל אדם אשר הפר את האיסורים הקבועים בתקנה 2 ותקנה 3. קל להיווכח



שהמסמכים שהוצגו על ידי המאשימה, אשר תוקפם כאמור מוטל בספק נוכח חלוף הזמן, אינם כוללים התייחסות מקיפה ביחס לסמכות ההרחקה שהוענקה לממונה, כי אם מתייחסים אך למקרה ספציפי של הרחקה קבצנים מטרידים. שאלה נוספת שעולה בעקבות כך, היא מהו דינם של קבצנים "רגילים" שאינם מטרידים, והאם אף ביחס אליהם חל הנוהל. שאלה זו ממילא אינה רלבנטית, בהינתן שהנוהל הוא בבחינת פג תוקף.

73. שלישית, הקביעה ביחס לפרשנות הראויה נתונה בסופו של יום לבית המשפט- הוא הפרשן המוסמך של החוק.

74. רביעית, ואף אם הייתי מוצאת את פרשנות הרשות המנהלית בהנחיותיה משום פרשנות סבירה וראויה, הרי שנסיונות המקרה דנן מלמדות על חריגה מן ההנחיות. כך, הנוהל מלמד על סמכות להרחיק למשך שבועיים ימים, בעוד מסמך סיכום הפגישה מלמד על סמכות להרחיק למשך 30 ימים. דא עקא, שבעניינו של הנאשם שבפני הוצא צו הרחקה על ידי הממונה לתקופה של 60 ימים. בכך חרג הממונה מאותן "ספק הנחיות" שניתן בעניין סמכות ההרחקה לפני שנים, ומבלי שהובא נימוק המצדיק חריגה כמור. מכל מקום, דברים אלה הינם בבחינת למעלה מן הצורך, באשר פרשנותי לתקנה 4(ג) לתקנות השמירה הינה שמדובר בסמכות הרחקה פיזית בזמן אמת, ולא באמצעות צו לפרק זמן ממושך.

חוק הפרשנות

75. כאן הוא המקום להתייחס לטענת המאשימה ביחס לשימוש הממונה בסמכות עזר, לפי סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות המורה כי "הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת". איני שותפה לעמדה זו של המאשימה. אמנם, סמכות העזר המצויה בסעיף 17(ב) הכרחית על מנת לאפשר הפעלת הסמכויות שהוענקו לרשות המנהלית הרלבנטית. ברם, הפעלה רחבה של עקרון זה עלולה לרוקן מתוכן את עקרון חוקיות המנהל (משפט מנהלי, בעמ' 146), וממילא סמכות עזר אינה יכולה להוות סמכות הפוגעת בזכויות אדם (שם, 147-148).

76. בנסיבות המקרה דנא, התקשיתי לקבל את טענת המאשימה. כמובא בהרחבה עד כה, שאלת היקף סמכותו של הממונה להרחיק אדם מן המקומות הקדושים היא שעמדה במרכז של החלטה זו. על כך אין חולק, ואף ההגנה עצמה מכירה בקיומה של סמכות הרחקה המתוחמת להרחקה פיזית, נקודתית ובזמן אמת. טענת המאשימה, לפיה שימוש בצו הרחקה על מנת להרחיק לפרק זמן ממושך מהווה סמכות עזר- היא טענה שגויה אשר מתייחסת להיקף הסמכות, ולא לסמכות העזר הנלווית לשם הגשמתה של הסמכות העיקרית, שהיא בעניינו: הרחקתו של מי אשר הפריע לעבודת הממונה או אשר הפר אחד מהאיסורים בתקנות השמירה.

פרשנות תקנה 4(ג)- סיכום

77. המסע הפרשני הסתיים במסקנה לפיה סמכות ההרחקה שהוענקה לממונה על המקומות הקדושים בתקנה עמוד 18



4(ג) לתקנות השמירה, נועדה להוות עבורו כלי עזר במסגרת תפקידו בשמירה על המקומות הקדושים ליהודים, לרבות רחבת הכותל, ותפקידו לאפשר גישה אל מקומות אלה ושמירה על רגשותיהם של המבקרים בהם. הפרשנות הראויה בעיני לסמכות ההרחקה היא כזו המאפשרת לממונה להרחיק מן המקומות הקדושים את מי שמפריעים לו במילוי תפקידיו או כאלה שהפרו את אחד האיסורים הקבועים בתקנה 2 ובתקנה 3. ההרחקה היא הרחקה פיזית מן המקום הקדוש הרלבנטי, באופן נקודתי ובזמן אמת, וזאת תחת הפרקטיקה של הוצאת צו הרחקה לפרק זמן ממושך יותר.

78. פרשנות מצמצמת זו לסמכות ההרחקה עולה בקנה אחד עם תכליתו של חוק השמירה על המקומות הקדושים, כמו גם עם התכלית לפיה כל דבר חקיקה- ראשית או משנית- טומן בחובו הנחה בדבר שמירה על זכויות יסוד. מעבר לכך, ככל שביקש המחוקק או מחוקק המשנה לפגוע בזכויות יסוד בעוצמה גבוהה יותר- ובענייננו הרחקה לזמן ממושך באמצעות צו- חזקה עליו שהיה פועל לקבוע כן באופן ברור ומפורש, כפי שנעשה על ידו בדברי חקיקה אחרים.

79. אכן, אין לחדד שקביעה זו מעלה שאלות נוספות ביחס לאופן ביצוע ההרחקה, וכן ביחס לזהות הגורמים המסייעים לממונה בהפעלת סמכות ההרחקה. ואולם, ברור שאין בהליך זה כדי להשיב או להתייחס לשאלות אלה.

הפרת הוראה חוקית

80. הדיון שנערך עד כה עסק בנושא סמכותה של רשות מנהלית, ולרגעים נדמה שהתרחקנו משדה המשפט הפלילי- הוא השדה בו אנו מצויים. על רקע הקביעות שפורטו לעיל, נשוב ונבחן את עניינו של הנאשם.

81. ביום 10.7.19 הוצא על ידי הממונה על המקומות הקדושים, רב הכותל, צו הרחקה נגד הנאשם, המונע מן האחרון גישה לרחבת הכותל, וזאת למשך שישים ימים, עד ליום 8.9.19. ביום 2.8.19, כשלושה שבועות לאחר הוצאת הצו נגדו, אותר הנאשם ברחבת הכותל, ונטען שהימצאותו שם היתה בניגוד לצו שהוצא נגדו.

82. סעיף 287(א) לחוק העונשין המיוחס לנאשם קובע:

המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו ענין, דינו - מאסר שנתיים.

83. נדמה לי שבנסיבותיה הפרטיקולריות של עבירת הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין, הועלו ויועלו טענות מובהקות מתחום המשפט המנהלי, בדומה לענייננו, הנוגעות לסמכותו של נותן ה"הוראה שניתנה כשורה". "לשם הטלת אחריות לפי סעיף 287 לחוק העונשין חייבת להתקיים "הפרה" של הוראה. באין הפרה



אין אחריות פלילית (ע"פ 519/82 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 187, 192 (28.4.1983)). בענייננו, מצאתי שרב הכותל נעדר סמכות להוציא צווי הרחקה לפרק זמן ממושך, וסמכות ההרחקה שהוענקה לו בדיון הוגבלה להרחקה פיזית בזמן אמת. משכך, ההוראה שניתנה לנאשם- צו ההרחקה- הינה הוראה שלא ניתנה כשורה.

84. ההגנה מצאה בית לטיעון זה במסגרת טענה מקדמית, לפי סעיף 149(4) לחסד"פ, ולפיו עובדות כתב האישום בענייננו אינן מהוות עבירה. משמעותה של טענה זו היא שגם בהנחה שעובדות כתב האישום תוכנה במלואן בבית המשפט, לא יהיה בכך בסיס להרשעת הנאשם בעבירה המיוחסת לו או בעבירה אחרת מאותו סוג (ע"פ 2685/17 מדינת ישראל נ' נסים (פורסם בנבו, 26.9.17), פס' 8). קרי: גם אם נראה בעובדות כתב האישום בענייננו ככאלה שהוכחו, הרי שאין הן מלמדות על ביצוע עבירה של הפרת הוראה חוקית, באשר ההוראה החוקית- צו ההרחקה- הוצא בחוסר סמכות. ואכן, משקבעתי שסמכותו של רב הכותל תחומה אך להרחקה פיזית ממקום קדוש, הרי שהרחקתו של הנאשם בצו לפרק זמן של שישים ימים ניתנה שלא בסמכות. הגעתו של הנאשם לרחבת הכותל שלושה שבועות לאחר הוצאת הצו, אינה מהווה אפוא עבירה של הפרת הוראה חוקית.

85. אעיר שהבחירה האם בנסיבות המקרה דנא יש ללכת בנתיב הטענה המקדמית, לפי סעיף 149(4) לחסד"פ, או שמא דווקא להשמיע הטיעון ביחס לסמכות רב הכותל כחלק משמיעת הראיות, היא בוודאי בעלת משמעות מסוימת. כך למשל, קבלת הטענה המקדמית תוביל לביטול כתב האישום (סעיף 150 לחסד"פ), בעוד ששמיעת הטיעון ביחס לכך שההוראה בענייננו של הנאשם ניתנה שלא כשורה, במסגרת שמיעת ראיות (וקביעה לפיה לא התקיימו יסודות העבירה של הפרת הוראה חוקית), תוביל בהכרח לזיכויו של הנאשם מהמיוחס לו. אינני מוצאת לטעת מסמרות בשאלה זו, ואני מקבלת את בחירתה של ההגנה לטעון את טיעונה במסגרת טענה מקדמית לפי סעיף 149(4) לחסד"פ.

86. כמו כן, גם בבחינת למעלה מן הצורך, יש להניח שניתן היה אף לעשות שימוש בטענה המקדמית המוכרת בדבר "הגנה מן הצדק", מן הטעם שהגשת כתב אישום נגד הנאשם, מקום בו הוצא צו ההרחקה בחוסר סמכות, יש בה משום פגיעה בתחושת הצדק וההגיונות. משלא צללנו אל נימי טענה זו, אף אשאר שאלה זו לעת מצוא.

סוף דבר

87. נוכח כל האמור לעיל, אני סבורה שצו ההרחקה שהוצא נגד הנאשם הוצא בחוסר סמכות, ומשכך לא ניתן לראות בו כ"הוראה שניתנה כשורה", לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין המיוחס לנאשם. בהיעדר סמכות למתן הצו, לא הפר הנאשם הוראה חוקית עם הגעתו ביום 2.8.19 לרחבת הכותל המערבי. המסקנה היא אפוא שהנאשם לא ביצע עבירה.

88. בהתאם לסעיף 150 לחסד"פ התוצאה היא אפוא ביטול כתב האישום- וכך אני מורה.

89. מזכירות תעביר ההחלטה לצדדים.

ניתנה היום, כ"ט תמוז תשפ"א, 09 יולי 2021, בהעדר
הצדדים.