

ת"פ 32921/06/14 - מדינת ישראל נגד שמעון שורץ

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 32921-06-14 מדינת ישראל נ' שורץ
ת"פ 28268-03-16 מדינת ישראל נ' מושיא
תיק חיצוני: 0-6160-20130-0471

בפני	כבוד השופט פאול שטרק
מאשימה	מדינת ישראל
נגד	
נאשמים	שמעון שורץ

החלטה

1. בפניי שני תיקים אשר אוחדו לשם מתן החלטה נוכח הדיון באותן שאלות משפטיות.
2. במסגרת הדיון מתאריך 12.6.2017, ניתנה רשות לאגודה לזכויות האזרח, עו"ד גיל גן מור, להצטרף להליך המקדמי כידידת בית המשפט.
3. כתב האישום מייחס לנאשמים ביצוע עבירה של פשיטת יד ברחבת הכותל המערבי, בניגוד לתקנה 2(א)(7) **לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים**, התשמ"א-1981 (להלן: "תקנות המקומות הקדושים"). בת"פ 32921-06-14 כתב האישום מייחס לנאשם ביצוע של חמש עבירות של פשיטת יד ועבירה של הפרעה לשוטר במילוי תפקידו ובת"פ 28268-03-16 כתב האישום מייחס לנאשם ביצוע עבירה של פשיטת יד.
4. ההגנה העלתה טענות מקדמיות, חלקן מתייחסות לחוקיות התקנה 2(א)(7) לתקנות המקומות הקדושים, כאשר במסגרת הדיון המשפטי נטען כי האיסור על פשיטת יד בכותל המערבי ורחבתו פוגע בחרויות של הפרט המוגנות בחוקי היסוד חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו. כמו כן, נטען כי האיסור בתקנה 2(א)(7) לתקנות המקומות הקדושים אינו מכוח הסמכה מפורשת בחוק, לפיכך, על בית המשפט לבחון האם התקנה אינה בבחינת חריגה מסמכות מנהלית. בהמשך לכך, נטען כי האיסור הגורף לאיסוף צדקה בכותל המערבי אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל. בנוסף נטען כי התקנה לא נידונה ולא אושרה בוועדה של הכנסת ומכאן עולה שאלת התוקף של התקנה בהתאם לסעיף 2 **לחוק העונשין**, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"). עוד נטען כי רק משנת 2012 החלה המאשימה להגיש כתבי אישום נגד פושטי יד בכותל וכי רק פושטי יד מטרידים הורחקו מהמקום, לבסוף, נטען כי התקנה אינה תקפה לכן לא בוצעה עבירה (תקיפה עקיפה). לשם חיזוק טענותיה בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות הסתמכה ההגנה על פסיקה ישראלית ואמריקאית אשר עליהן ארחיב במסגרת הדיון.

5. ידידת בית המשפט העליתה טענות המתייחסות לדפוס מבצעי העבירה ונסיבות אשר הובילו אותם לבצע את העבירה. בנוסף, בהתייחסות להכרעה בעניין שיפרמן (יפורט בהמשך) טענה כי בענייננו האיסור שבתקנה 2(א)(7) לתקנות המקומות הקדושים פוגע בחופש הביטוי מאחר שבכל עניין אחר מותר לפנות למתפללים כמו למשל, הנחת תפילין, לחבוש כיפה או לעניין אותם בעניין פוליטי ואילו לבקש נדבה- אסור. בנוסף נטען כי, ההגבלה על חופש הביטוי הינה חמורה במיוחד מאחר שגם אם הפניה לנדבה אינה מטרידה היא בכל זאת אסורה. מה גם שהפגיעה בחופש הביטוי מחריפה נוכח הפללת ההתנהגות שמעצימה את הפגיעה. לשיטת ידידת בית המשפט, יש לטפל בתופעה במישור המנהלי ולא במישור הפלילי מאחר שהפגיעה היא מאוד קשה וכך או כך מדובר באוכלוסייה חלשה שאינה עבריינית בבסיסה אלא שהתנהגות זו נובעת ממצוקה. עמדתה של ידידת בית המשפט בהפללת פושט יד היא פגיעה בזכויות חוקתיות המוגנות על ידי חוקי יסוד ופגיעה בזכויות אלה תעשה רק בהתאם לפסקת ההגבלה.

6. המאשימה מתנגדת לטענות ההגנה ולטענות שהעלתה ידידת בית המשפט וטענה כי התכלית של תקנה 2(א)(7) לתקנות המקומות הקדושים הינה שמירה על הסדר הציבורי במקום, שמירה על פרטיות המתפללים ושמירה על קדושת המקום. כמו כן, טענה כי ביחס לטענה לפגיעה בחופש העיסוק, לא ניתן לקבוע כי פשיטת יד הינה "עיסוק" כהגדרתו בחוק יסוד חופש העיסוק. בנוסף, נטען כי בית המשפט הבוחן ביטול חקיקה או חקיקת משנה, עליו לפעול בזירות רבה, נוכח חשיבות מעמדו של המחוקק. ביחס לטענת ההגנה כי מדובר בפן המנהלי, המאשימה טענה כי הסמכות להתקין את התקנה הינה מכוח חוק, ובהתאם לכך, לזכות המחוקק עומדת חזקת התקינות המנהלית וחזקה זו לא נסתרה על ידי ההגנה.

7. הטענות המשפטיות העקרוניות אשר הועלו בענייננו, נידונו והוכרעו בת"פ 6648-11-14 **מדינת ישראל נ' שיפרמן**, (פורסם בנבו- 16.10.2016) (להלן: "עניין שיפרמן"), בפניי כב' השופט ד"ר אוהד גורדון אשר דחה אותן בהחלטה מפורטת ומנומקת. בתמצית הדברים ולענייננו, עיקר טיעוניה של ההגנה עסק בתקנה 2(א)(7), אשר לגביה נטען כי היא הותקנה בחוסר סמכות ומשכך יש לבטלה, וכן נטען כי האיסור על פשיטת יד פוגע בחרויות הפרט ובערכים המוגנים בחוקי יסוד.

8. ההגנה טענה כי עיון בהכרעה בעניין שיפרמן מעלה כי אין מדובר באותן טענות, וכי הטענות אשר הועלו בעניין דנן כלל לא הועלו ולא הוכרעו בעניין שיפרמן, משכך, ההכרעה בעניין שיפרמן אינה נותנת מענה לטענות הנידונות בענייננו.

דין

1. כפי שפורט בקצרה, ההגנה העלתה מספר טענות משפטיות, אשר ביניהן שאלת חוקיות התקנה לאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, חוק יסוד חופש העיסוק וחופש הביטוי.

2. ההגנה בטענותיה התייחסה לאיסור בכותל המערבי וברחבתו ואילו האיסור לפשיטת יד הקבוע בתקנה מתייחס אך לרחבת הכותל המערבי.

3. תקנה 2(א)(7) לתקנות המקומות הקדושים קובעת כי חל איסור לפשיטת יד וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקומות שהוסכמו לכך על ידי הממונה.

4. ברישא של התקנה, האיסור מחולק לשניים, האחד: פשיטת יד לעבר המתפללים, השני: קבלת צדקה מהמתפללים אשר לגביהם טענה ההגנה שנוכח המגבלה ישנה פגיעה בחוקי היסוד.

5. הסמכות להתקין את תקנות המקומות הקדושים נקבעה בסעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 (להלן: "חוק המקומות הקדושים") הקובע כי השר הממונה מוסמך לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעות בדבר או לפי הצעתם ובהסכמת שר המשפטים להתקין תקנות בכל הנוגע לביצוע החוק.

6. מכאן, על בית המשפט לבחון את תכליתה של תקנה 2(א)(7), האם האיסור בה פוגע בכבוד האדם, בחופש העיסוק ובחופש הביטוי. יש לבחון את האמור, בכפוף למהות ביצוע העבירה. בענייננו, מדובר בפשיטת יד אשר משמעותה הינה קיבוץ נדבות. ראשית, מקובלת עלי עמדתה של המאשימה לפיה, לא ניתן לקבוע כי פשיטת יד הינה עיסוק. בזהירות אומר כי לטעמי, חוק יסוד חופש העיסוק מדבר על עיסוק או משלח יד או מקצוע בגדר הנורמה ולא נוכח מצוקה, משמע, בית המשפט אינו רואה בפשיטת יד התנהגות חיובית אלא התנהגות הנובעת ממצוקה.

7. סעיף 4 לחוק המקומות הקדושים הוא הסמכות החוקית להתקין את התקנה, כאמור, שר הדתות והמשפטים, לפי סעיף 4 לעיל, ולאחר התייעצות עם הרבנים הראשיים לישראל, מוסמכים להתקין את התקנות, משכך, אין מדובר בחריגה מסמכות מנהלית, כפי הנטען על ידי ההגנה.

8. פסקת ההגבלה - ככלל, יש לבחון חוק או תקנה בהתאם לקבוע בפסקת ההגבלה. בסעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק יסוד חופש העיסוק נקבעו עקרונות לפיהם, בחקיקת חוק או בהתקנת תקנה לא תהא פגיעה בזכויות יסוד אלא בהתקיימות שלושה קריטריונים.

לשם הבהירות, הגם שפסקת ההגבלה נחקקה אחרי חקיקת התקנה בענייננו, אביא להלן את חשיבותה ומשמעותה בהתייחס לקבוע בתקנה 2(א)(7) לחוק המקומות הקדושים.

סעיפים אלה מעגנים בחובם את השמירה על הזכויות המוקנות לאזרח בחוקי היסוד, משמע הדבר, כי אין בכוחה של החקיקה, הן חקיקה ראשית והן החקיקה המשנית, לפגוע בזכויותיו הבסיסיות של האדם, אלא בהתקיימותם של שלושה פרמטרים:

א. חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל.

ב. החוק נועד לתכלית ראויה.

בית המשפט בוחן את התקנה בהתאם לעקרונות פסקת ההגבלה, ראשית, תקנה 2(א)(7), מטרתה שמירה על המקומות הקדושים במדינת ישראל, מטרה זו עומדת בתנאי הראשון שבפסקת ההגבלה. הגנה על המקומות הקדושים הינו בבחינת ערך עליון של מדינת ישראל כמדינה חופשית ודמוקרטית המאפשרת לכל האדם חופש דת ופולחן. שנית, התקנה נועדה לתכלית ראויה בכך שהאיסור בא להגן על פרטיות המתפללים ולשמור על קדושת המקום. שלישית, מידתיות- האיסור בתקנה חל רק ברחבת הכותל ובשאר המקומות סביב הכותל המובילים אל הרחבה, האיסור אינו חל, משמע, כי בכל דרך המובילה מהרובע היהודי או דרך החומות בעיר העתיקה או כל מקום אחר שהוא בסמוך לכותל המערבי, אין במעשה פשיטת יד לשם קיבוץ נדבות, עבירה פלילית. מסכים אני עם אמירתו של כב' השופט ד"ר אוהד גורדון בעניין שיפרמן הנזכר לעיל:

"גם חובת המידתיות כובדה בידי מחוקק המשנה: האיסורים שבתקנות המקומות הקדושים לא חלים, כאמור, על כל מקום קדוש אלא רק על רשימה מצומצמת המפורטת בתקנות. בנוסף, בהקשר בו עוסקת החלטה זו, של הכותל המערבי, חלים האיסורים רק על שטח רחבת הכותל. פושט היד המבקש לקבץ נדבות מן הקהל המגיע למקום יכול לעשות כן בסמוך למקום הקדוש, כגון בדרכי הגישה אליו, אך לא בתוך הרחבה עצמה. האקט שנמנע ממנו הוא, אפוא, לפנות למבקרים בבקשת צדקה בעיצומם של התפילה או הביקור ברחבת הכותל המערבי, פניה שעלול להיות בה ממד משמעותי של הפרעה. גם הרצון למנוע נוכחות מרובה של פושטי יד ברחבה, לו טענה התביעה, הוא לגיטימי ומבטא את השאיפה לשמור על כבוד המקום, ייחודו ועל רגשות המבקרים בו. לכך יש להוסיף את האופן בו נאכף איסור פשיטת היד: אזרת פושט היד פעם, פעמיים ושלוש, ורק אם למרות זאת חזר לסורו והמשיך לפקוד את רחבת הכותל ולקבץ בה נדבות יועמד הוא לדין. אציין גם כי במהלך הדין בפניי התברר גם כי המאשימה בחרה שלא לאכוף את האיסור בימי חג מסוימים (...). כל אלה מצמצמים את תחולתו של האיסור הפלילי ואת יישומו בפועל, באופן המוסיף וגורע מן הפגיעה בזכות יסוד. ההסדר המתקבל פוגע באופן מדוד בזכות האמורה, לתכלית ראויה. אין בה משום חוסר סבירות ניכר, כנדרש לביטולו של דבר חקיקה" (הדגשה לא במקור, פ.ש).

9. ביחס לנטען על ידי ההגנה בכל הנוגע לתוקף התקנה בהתאם לסעיף 2 לחוק העונשין הקובע את הצורך של אישור התקנות בוועדה של הכנסת. התקנה בענייננו הותקנה בשנת 1981 ואילו סעיף 2 לחוק העונשין נחקק במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין בשנת 1994. כאשר התקנות הותקנו לא היתה דרישה לאישורן בוועדות הכנסת, מה גם, אינני מקבל את הנטען בנוגע לתחולת סעיף 2 למפרע, מאחר שהכלל הוא כי חוק תקף מיום אישורו ואין לחוק תחולה למפרע אלא אם נקבע הדבר במפורש בחוק. קבלת הטענה לתחולה למפרע תפגע הן ביציבותה של החקיקה והן בשלטון החוק.

10. שיקולי מחוקק המשנה בכל הנוגע לקביעות המתייחסות לכותל המערבי הם שיקולים ערכיים, מערכתיים המופנים לרווחתם של ציבור גדול מאוד, לטעמי, מדובר בשיקולים ענייניים המלמדים על האופי המיוחד של המקום כמקום

חופש הביטוי ומגבלותיו

11. ככלל, חופש הביטוי הינו זכות יסוד מוגנת ומושרשת בשיטת משפטינו והוא נחוץ וחיוני הן למימוש עצמי של כל אדם והן לקיומו של הליך דמוקרטי.

12. ידידת בית המשפט העלתי טענה לפיה האיסור בבקשת נדבה מגביל את חופש הביטוי של פושט היד גם אם הפנייה לבקשת צדקה אינה מטרידה. בנוסף נטען כי הפגיעה בחופש הביטוי אף מחריפה נוכח הפללת ההתנהגות אשר מעצימה את הפגיעה. ידידת בית המשפט הפנתה לפסיקה בארה"ב נוכח הפן החוקתי בטענותיה.

ידידת בית המשפט מפנה למסכת שלמה של פסיקה מארה"ב. בפסיקה האמריקאית ישנה אבחנה בסוגי "חופש הביטוי", כלומר, בשיטת המשפט בארה"ב מבחינים בין חופש ביטוי כהבעת דעה לבין חופש ביטוי בהתנהגות שיש בו אפיון מסחרי (*commercial speech*). שם נקבע כי כאשר מדובר בחופש ביטוי בעל אופי מסחרי לרשות יש סמכויות לקביעת מגבלות, הכול בגדר הכללים שנקבעו להתקיימותה של הזכות.

בארה"ב הגבלה בחופש הביטוי מותרת אם, היא מוגדרת בזמן, מקום ואופן הביטוי. בהקשר זה, נקבע בפסיקה האמריקאית כי כל עוד ההגבלות הן ללא יחס לתוכן האמירה, המגבלה תואמת את החוקה. המבחן לחוקיות ההגבלה הוא, בהתאמתה לאינטרס השלטוני ולקיום חלופות סבירות להעברת המידע המבוקש. (ראה:

Clark v. Community for Creative Non-Violence (1984) 468 U.S. 288

על פי ההלכה בארה"ב, אין חופש ביטוי מוחלט, אלא יש לבחון את האמירה לפי הנסיבות ואופן האמירה. לדוגמה נקבע כי אין לאפשר לאדם לצעוק (אש) באולם קולנוע (ראה:

Schenk v. U.S. (1919) 249 T.S. 47

13. כמו כן, בשיטת המשפט בארה"ב נעשתה אבחנה בין ארגון המגייס תרומות ובין יחידים ובודדים העוסקים בפשיטת יד.

בעניין זה, לראשונה נדרש בית ממשט העליון בארה"ב לדון בסמכות הרשות להגביל את אופן גיוס כספים ובפסק דין *Riley v. National Federation of the Blind (1988) 487 U.S. 781* נקבעו הכללים ביחס למגייסי כספים מקצועיים, עבור ארגון צדקה מוכר.

בפסק דין *U.S. v. Kokinda (1990) 497 U.S. 720* נקבע על ידי בית משפט העליון בארה"ב כי ניתן להגביל את אופן קיבוץ הנדבות בין יחיד לבין ארגון.

14. בפסק דין *Reed v. Town of Gilbert (2015) 135 S. Ct. 2218, 576 U.S.* התייחס בית המשפט לשאלת שילוט והמגבלות שנקבעו על ידי תקנות של הרשות. נקבע כי מחד גיסא, כאשר המגבלות מבוססות על תוכן השילוט, אזי קיימת פגיעה בזכויות חוקתיות לחופש הביטוי, מאידך גיסא אם אין בחקיקה קביעה המתייחסת לתוכן השילוט, אזי אין פגיעה בזכות חופש הביטוי או העיסוק. בענייננו, לא מדובר בשלטים אלא בהתנהגות אקטיבית שיש בה משום הטרדה והפרעה למתפללים במקום.

15. בפסק דין *McCullen v. Coakley (2014) 134 S.Ct. 2518 573 U.S.* מדובר במקרה הדומה במקצת לעניין דנן. מדובר בקביעת מתחם המותר למחאה אשר בפועל המפגינים יצאו מהמתחם והפגינו גם מחוצה לו. בית המשפט העליון בארה"ב קבע אבחנה בין מקום ציבורי שפתוח לציבור לבין מקום פרטי. משמעות הדבר היא, סמכות הרשות מוגבלת בקביעת מיקום הפגנות במקום ציבורי. בית המשפט גם שם דגש על ההבדל בין מעשה פסיבי לעומת מעשה אקטיבי. מה שמותר באופן פסיבי (שלא ניתן להגבלה) אינו מותר כפעולה אקטיבית. בית המשפט הגיע למסקנה כי קביעת מרחבים להגבלת מיקום ההפגנה, פוגעת בחופש הביטוי לכן ההגבלה פסולה. אולם אין בכך כדי להגביל את הרשות בקביעת מרחבים לפשיטת יד לשם קיבוץ נדבות. בהתאם לפסיקה האמריקאית, פשיטת יד מהווה מעשה אקטיבי שניתן להגבילו.

16. ידיד בית המשפט מפנה לשני פסקי דין שניתנו בערכאת ערעור פדרלי בארה"ב *Norton v. City of Springfield* ו- *Thayer v. City of Worcester 755 F3d 60 1st Cir. 2014* (7th Cir. 2014) *768 F3d 713* שם מדובר באופן הבעת דעות ובחופש הפולחן ולא בחופש הביטוי הנוגע לפושטי יד.

17. בסיכומם של דברים, ידידת בית המשפט מסתמכת על פסיקה אמריקאית לפיה, בקיומה של הזכות לחופש הביטוי ישנה אבחנה בין דיבור לבין התנהגות, אני סבור כי פשיטת יד כהגדרתה בתקנה אינה עולה בקנה אחד עם הפרשנות שניתנה לפעולת פשיטת היד כפי שנטען על ידי ידידת בית המשפט וכפי שנפסק בארה"ב. אחדד ואמר כי הפסיקה האמריקאית המתייחסת לעבירת פשיטת יד אינה תואמת את ההלכה הנהוגה בשיטת משפטינו. לטעמי, אין בפשיטת יד מגמה להביע דעה גם לא ברמה סובייקטיבית.

18. בפסיקה הישראלית בדומה לפסיקה האמריקאית נקבע כי חרף חשיבותו של ערך חופש הביטוי במשטר דמוקרטי הוא אינו זוכה להגנה חוקתית מוחלטת אלא שכנגדו ניצבים ערכים שונים ומתחרים שמקומם ומשקלם אינו נפקד בחברה המבקשת להגן על תפקוד תקין של מערכתה, על ערכיה ועל זכויות אזרחיה דנ"פ 7383/08 **יוסף אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פורסם בנבו - 11.7.2011).

19. בכל הנוגע לפגיעה בחוקי יסוד, בבג"צ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת** (פורסם בנבו - 6.2.1996) כב' השופט יצחק זמיר מתח ביקורת על עורכי הדין שעושים שימוש מופרז בטענה כי חוק מסויים פוגע בזכויות יסוד:

"המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתואינה נוחה מחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט. וכי יש צורך לחזור על אמת נדושה זאת? אכן כן. מי ששומע טענות שעורכי-דין שוטחים לפני בית-משפט זה בעת האחרונה, יכול להתרשם כי חוק של הכנסת הורד לדרגה של החלטה מינהלית. עורכי-דין באים לפני בית המשפט חדשים לבקרים, כשרוממות חוקי היסוד בגרום, וטוענים כי חוק זה או אחר סותר חוק יסוד. האם כסדום היינו לעמורה דמינו, שכל כך הרבה חוקים פוגעים בזכויות היסוד של האדם, עד שאין להם תקנה? ואם אין שום יסוד לומר על חוק מסוים שהוא פוגע, למשל, בחופש העיסוק או בזכות הקניין, לפחות אומרים עליו שהוא פוגע בכבוד האדם, כל עותר והכבוד שלו.

אכן, כיום הלכה היא שחוקי היסוד הקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. סמכות זאת היא, לדעתי, חיונית בחברה נאורה, ובמיוחד כך בישראל, שבה תרבות השלטון טרם הכתה שורשים עמוקים. יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה הראוי. אך דווקא בשל כך יש להיזהר מאוד שלא תהיה כעושר השמור לבעליו לרעתו. כבר אמר הנשיא ברק, שהסמכות של בית-משפט לבטל חוקים דומה לנשק בלתי קונבנציונלי. ראו א' ברק, "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב-נ"ג) 253, 272. כל אחד יודע עד כמה נשק כזה עלול להיות הרסני, אם כי לא כל אחד מבין עד היכן עלול ההרס להתפשט. מי שמופקד על נשק כזה מחויב באיפוק מרבי. אוי לסמכות שאין עמה אחריות. צריך להיות ברור לכל בר-דעת שבית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים. כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק. גם במדינות אחרות, שבהן הסמכות לבטל חוקים קיימת ומקובלת זה זמן, בתי המשפט גוזרים על עצמם ריסון רב עד שהם מבטלים חוק. קל וחומר כך בישראל, שעדיין לא עיכלה כראוי את עצם הרעיון של ביקורת שיפוטית על חוקיות החוקים: בית המשפט מצווה על ריסון רב במיוחד בתחילת הדרך" (הדגשה לא במקור, פ.ש).

20. בענייננו, בהתקנת תקנות המקומות הקדושים, מחוקק המשנה נתן משקל לערך חברתי חשוב במיגורה של תופעה מטרידה ואף מאיימת על קדושת המקום ושלמותו.

21. מה גם, בהתייחס לביטול חוק או תקנה על ידי בית המשפט נוכח העילה לחוסר סבירות על בית המשפט להזהיר עצמו ולפעול במיתון ובריסון, לטעמי, רק במקרים של חוסר סבירות קיצוני יש להידרש לכך מהטעם כי לא מדובר באקט מנהלי גרידא אלא בחקיקת משנה. הסמכות להתקין תקנות נתפסת כחשובה ביותר במדרג הסמכויות המנהליות. (בג"צ 6051/08 המועצה המקומית ראש פינה ואח' נ' השר לשירותי דת ואח', פורסם בנבו - 8.5.2012).

22. לאור האמור, דוחה את הטענות לחוסר חוקיותה של התקנה 2(א)(7) לתקנות המקומות הקדושים.

מדיניות האכיפה

23. ההגנה העלתה טענות ביחס לאכיפת העבירה ומדיניות התביעה. מטעונו הצדדים התברר כי מדיניות התביעה הינה הגשת כתב אישום כנגד פושטי היד רק לאחר שלוש האזהרות.

24. ככל, שיקולי האכיפה נובעים הן מחומרת המעשה ונסיבותיו והן מהערך החברתי המוגן בעבירה, אך לא רק. השיקולים לאכיפת עבירה פלונית הם רחבים. בענייננו, נטען כי עד לשנת 2012 לא הוגשו כתבי אישום נגד פושטי יד בכותל ומכוח הסמכות שבתקנה 4(ג) נעזר הממונה על המקומות הקדושים מעת לעת במשטרה כדי להרחיק מרחבת הכותל פושטי יד שהטרידו מתפללים ובנוסף נטען כי מדיניות הממונה על המקומות הקדושים הייתה להרחיק רק את הקבצים שמטרידים את המתפללים.

25. כנספח א' לסיכומי המאשימה, צורף נוהל הרחקת קבצים מרחבת הכותל המערבי. ראשית, הנוהל נכתב בשנת 2006, עיון בו, מעלה כי הנוהל מוגבל לשישה חודשים, משמעות הדבר הינה כי כיום לרב הכותל (הממונה על המקומות הקדושים) אין סמכות להרחיק פושטי יד מרחבת הכותל אלא שהסמכות לאכיפת העבירה הינה של המשטרה. בהתייחס לטיב העבירה, האם היתה הטרדה מצד הנאשמים אם לאו, עניין זה דרוש הוכחה. בנוסף, ההגנה לא הוכיחה את הטענה כי החלו להגיש כתבי אישום רק בשנת 2012 למרות שהתקנות הותקנו בשנת 1981.

26. במקרה דנן, אופן האכיפה, הכולל מספר אזהרות טרם הגשת כתב אישום מגלם את הנדרש לפיו התקנה עומדת במבחן הסבירות.

27. הטלת אחריות בפלילים על פושטי יד, נוכח נסיבותיהם הקשות, אינה משימה פשוטה ולטעמי ככלל ההכרעה בה קשה. יחד עם זאת, מחוקק המשנה קבע את האיסור בתקנה בסבירות ובמידתיות. בענייננו, כתבי האישום הוגשו ללא פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות.

28. נוכח האמור לעיל, דין הטענה להידחות.

סיכום

29. במקרה דנן, התקנה מגלמת את איזון השיקולים החוקתיים. אין בתקנה התייחסות לתוכן הביטוי אלה במעשה עצמו. התקנה מגדירה מתחם הגבלה, רחבת הכותל המערבי. כאשר תוואי הגישה לכותל המערבי נותר חופשי ל"פושטי היד" לבקש נדבות. האכיפה מתבצעת בדרך של אזהרות בטרם מעצר/הגשת כתב אישום. לאור האמור אין פגיעה חוקתית ביחס לתקנה אשר גם משרתת מטרה ציבורית מתאימה.

30. בענייננו, לא הוכח, הגם לא בתקיפה עקיפה של התקנה, כי האיסור לפשיטת יד ברחבת הכותל הינו בבחינת חריגה מסמכות של מחוקק המשנה. כתבי האישום בענייננו הוגשו נוכח ביצוע העבירה בניגוד לאמור בתקנה 2(א)(7) לתקנות המקומות הקדושים.

31. לאור הנימוקים לעיל, אני דוחה את הטענות המקדמיות של ההגנה, משכך, דיון ההוכחות נותר על כנו.

המזכירות תשלח החלטתי זו לצדדים.

ניתנה היום, כ' חשוון תשע"ח, 09 נובמבר 2017, בהעדר הצדדים.