

המבקש ברע"פ 8182/18:

1. [REDACTED]
ע"י ב"כ עו"ד מנחם שטאובר

המבקש ברע"פ 8462/18:

2. [REDACTED]
ע"י ב"כ עו"ד יצחק בם

ידידת בית משפט:

3. האגודה לזכויות האזרח
ע"י ב"כ עו"ד גיל גן-מור

נ ג ד

המשיבה:

מדינת ישראל
ע"י פרקליטות המדינה

המבקשת להצטרף

הסניגוריה הציבורית
ע"י ב"כ עוה"ד טל ענר ועו"ד גבריאל פורט
הסניגוריה הציבורית הארצית
רח' הנרייטה סולד 4, תל-אביב
טלפון: 03-6932608; פקס: 03-6932617

כ"ידידת בית המשפט:

עמדת הסניגוריה הציבורית כ"ידידת בית משפט"

בהמשך להחלטת כב' הרשם ר' גולדשטיין מיום 3.6.19 הסניגוריה הציבורית מתכבדת בזאת להגיש את עמדתה המנומקת כ"ידידת בית המשפט" בהליכים שבכותרת.

השתלשלות ההליכים, העובדות והכרעותיהן של הערכאות דלמטה מוצו בהרחבה בכתבי בי-דין של הצדדים עד כה, ובבקשת ההצטרפות של הסניגוריה הציבורית שהוגשה ביום 3.6.19, ועל כן לא נשוב עליהם.

עמדתה של הסניגוריה הציבורית, כפי שתפורט להלן, הינה כי איסור קיבוץ הנדבות בכותל שנקבע בסעיף 2(א)(7) לתקנות השמירה על מקומות הקדושים ליהודים התשמ"א-1981 הינו

בלתי חוקי ובלתי חוקתי, והמקום הראוי ללבן סוגיות אלה הוא בערכאה הפלילית הדיונית. משמעות הדברים היא כי יש לראות התקנה האוסרת על קיבוץ הנדבות כמבוטלת, או למצער לפרשה בצמצום ובאופן המתיישב עם חוקי היסוד. בנוסף, היה מקום לבטל את האישומים נגד המבקשים מכוח עקרון שיוריות ההליך הפלילי, מכוח תחולתה של הגנה מן הצדק ומכוח סייג "זוטי דברים".

מלות הקדמה על קיבוץ הנדבות ו"תיקי עוני"

1. האיסור על קיבוץ נדבות הינו איסור חריג בנוף ספר החוקים של מדינת ישראל. המחוקק נמנע באופן מודע מלאסור על פשיטת יד, וצמצם איסור זה לשלוש חלופות שונות בסעיף 216 לחוק העונשין התשל"ז-1977. סעיף 216(א)(2) מטיל שישה חודשי מאסר על אדם "הגורם לקטין שלא מלאו לו שש-עשרה שנים לפשוט יד או לקבץ נדבות במקום ציבורי, או משדל או מניע לכך קטין כאמור"; סעיף 216(א)(3) מטיל גם הוא שישה חודשי מאסר על אדם ש"מתהלך כפושט יד או כמקבץ נדבות, או משתדל להשיג תרומות מכל מין שהוא, והכל באמתלת כזב או מרמה"; סעיף 216(ב) קובע כי מי ש"פושט יד, או מקבץ נדבות, במקום ציבורי בחשיפת פצעים או מומים או בהטרדה, דינו - מאסר חודש ימים". כפי שניתן לראות, האיסור מגן על ערכים חשובים כגון מניעת ניצולו של קטין, מניעת מרמה ומניעת פגיעה נפשית והטרדה. מעשה קיבוץ הנדבות כשלעצמו אינו אסור, אלא רק פגיעות נוספות הכרוכות בו בשל נסיבות מיוחדות מאוד.

2. איסור קיבוץ הנדבות בכותל המערבי, שנחקק בתקנות נשוא בקשות רשות הערעור, חריג במיוחד – כל שכן באופן בו מיושם – שכן הוא הופך את עצם מעשה קיבוץ הנדבות לאיסור פלילי, לא בשל פגיעה עוזפת מיוחדת אלא בשל המיקום הגיאוגרפי בו הוא מתרחש, ומבלי שקיימת פגיעה בערך המוגן שבחוק מכוחו הותקנה התקנה. כפי שיבואר בהמשך, דווקא במקום הגיאוגרפי בו קיבוץ הנדבות נאסר – בכותל המערבי – אין מגונה מהתקנת האיסור, באשר הוא סותר לא רק את תכלית החקיקה הראשית, אלא גם זכויות יסוד וערכי יסוד עליה מושתתת מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, ופוגע בליבת כבודו של האדם כאדם. הפללת מעשה קיבוץ הנדבות אך בשל המקום בו הוא נעשה, ומבלי שמתלווה אליו הטרדה, מרמה או ניצול, היא במידה רבה הפללה של העוני עצמו. בכך פונה המדינה לפתרון כוחני בדמותו של המשפט הפלילי, חלף מתן פתרון וסיוע לעניים בדרכים אחרות.

3. האגודה לזכויות אזרח הרחיבה בעמדתה כ"ידידת בית משפט" על אודות צורותיו השונות של העוני, שאינו מצטמצם למצוקה כלכלית בלבד, אלא גם לביטחון אישי, ביטחון פיזי ובריאותי, היעדר כוח חברתי או פוליטי, מציאות של תלות וחוסר שליטה בגורל ועוד (ר' סעיפים 5-12 וההפניות בעמדתה). לא נשוב על דבריה הממצים של האגודה לזכויות האזרח, אולם באמצעות הניסיון הרב שצברה הסניגוריה הציבורית לאורך 23 שנות קיומה בייצוגן של אוכלוסיות מוחלשות, נבקש להמחיש הלכה למעשה את פניו השונים של העוני, כפי שהוא בא לידי ביטוי במשפט הפלילי (להרחבה נוספת ר' למשל דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2014, תחת כותרת "ייצוג בתיקי "עוני"; דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2015,

תחת כותרת "תיקי עונני"; יצוין כי **דוח פעילות הסניגוריה הציבורית לשנת 2018**, שטרם פורסם, צפוי גם הוא להתייחס לנושא תחת כותרת "כתבי אישום בגין זוטות ו"תיקי עונני".

4. המקרים המזוהים יותר עם מצב של עוני הם המקרים שבמרכזם נאשמים נעדרי משאבים כלכליים אשר גונבים מזון למחיה או פולשים לדירות "עמידר" ריקות במטרה לספק קורת גג הולמת לילדיהם. עם זאת, יש לתת את הדעת לכך שבחלק גדול מתיקים אלה, בהם המעשה הפלילי מבוצע לכאורה בשל מחסור כלכלי, ניתן לזהות רבדים נוספים של עוני הנובע משילוב של בעיות פיזיות, נפשיות ושכליות. כל רובד שכזה מהווה לעתים "תיק עונני" בפני עצמו. כך למשל תיקים שבמרכזם נאשמים שחוו משברים נפשיים – אם לאורך תקופה ואם בשל אירוע טראומתי בעברם (למשל, חשיפה למוות במסגרת שירות צבאי) – ומגיעים לכדי חוסר תפקוד, לעתים כתוצאה מהתמכרות לחומרים פסיכו-אקטיביים שמציתה גם הדרדרות נפשית ופיזית קשה; תיקים שבמרכזם אוכלוסיית נשים מודרות, בחברה החרדית או הבדואית למשל, הסובלות לעתים מאלימות כלכלית, ביטוי לעוני שמקורו בחוסר שליטה ותלות מוחלטת באחר; תיקי קטינים המצויים בעזובה רגשית ומבצעים מעשים כזעקה לעזרה ותשומת לב; תיקים שבמרכזם נאשמים בעלי דלות או לקות קוגניטיבית, שמשליכה ישירות על אופן ההבנה של סיטואציות חברתיות ומובילה לביצוע עבירות; ועוד.

5. מפגשו של המשפט הפלילי עם העוני הינו מהפוגעניים ביותר שניתן להעלות על הדעת. הוא אינו מתמצה בכתב אישום, אלא תחילתו במגע הפיזי הראשון של העני עם רשויות המדינה: פניית איש המרות, העיכוב, החיפוש על הגוף, החקירה, המעצר, ורק לבסוף מגיע כתב האישום. בכל אלה, גם אם לא מוגש בסופו של דבר אישום או שהמדינה חוזרת בה מן האישומים, כרוכה לעתים השפלה ופגיעה בכבוד, פגיעה בפרטיות ופגיעה בחירויות שונות. בתוך כך, המפגש בין העני לבין הרשות משנה עבורו את המציאות – בפרט, כאשר אנו עוסקים בשגרת יומו, במקרה זה קיבוץ נדבות, שמעתה ואילך נאסר על אותו אדם, ומרע משמעותית את מצבו שכן המפגש הזה מעמיק לא רק את מצוקתו הכלכלית אלא גם את מצוקתו הנפשית.

6. המפגש בין העוני למשפט הפלילי פוגע באנשים החלשים ביותר בחברה, חלקם מנודים, ממודרים, מרבייתם חסרי כל, נעדרי כל תמיכה משפחתית, אישית וחברתית. ענייניהם של שני המבקשים, שמעון שוורץ ואליעזר מושיא, מביאים לפתחו של בית המשפט שאלה שחורגת מעניינים האישי, אשר מניחה במוקד הדיון זכויות יסוד של כבוד האדם, חופש הביטוי, חופש העיסוק, מצוות הצדקה והמרחב שניתן לכל אלה בתוך חירויות הפרט שמדינה מחויבת להעניק לחבריה, תוך שרטוט הגבולות בין המותר לאסור. מיד נעמוד על היבטים ערכיים ומשפטיים אלה, אולם ראוי לזכור כי אף שהשאלות העולות כאן בעלות גוון עקרוני, קולם של האביונים חייב להישמע ולשמש כ"פנס" המאיר את הדרך לעבר ההכרעה המשפטית הצודקת והראויה. מטעם זה ישנו ערך מוסף בהמחשתו של העוני דרך סיפוריהם של לקוחות הסניגוריה השונים בשנים האחרונות, שמצוקתם מכמירה ליבו של כל אדם. לאמור, הכרעתו הכללית והעקרונית של בית משפט נכבד זה חייבת לעבור דרך סיפוריהם הפרטניים של עניי החברה.

- לוי ז"ל, הועמד לדין בשנת 2014 במסגרת ת"פ (באר שבע) 19193-01-14 **מדינת ישראל נ' לוי**, על רקע קיבוץ נדבות בצומת רחובות בעיר באר שבע. מדובר היה באדם דל, כבן 49, רווק ללא ילדים, שסבל משלל בעיות רפואיות ונפשיות, בשלהן הוא ניהל חיי מצוקה כשהוא מחוסר דיור. בסרטון המתעד מעקב ומעצר שלו, שחלקים ממנו פורסמו בתקשורת (<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4497910,00.html>) נראה מר לוי ז"ל ממרר בבכי ומתחנן בפני השוטרים פן יעצרו אותו; מראה מכמיר לב שנחרט בליבו וזכרונו של כל צופה. הדברים שמסר לכתב החדשות שראיין אותו ממחישים יותר מכל את תחושותיו הקשות, ובייחוד את תחושת הכאב, ההשפלה והביזוי שחש: "השוטרת משכה אותי בכוח לאוטו. ניסיתי לברוח והיא אמרה 'בוא לפה, לא נעשה לך כלום'. קשרו אותי עם הידיים, שמו לי אזיקים ומשם ישר לתחנה. אחרי החקירה לקחו אותי לאוהל קידר. השוטר אמר לי שאני מתנהג ועושה להם ככה, כמו קוף. זה לא נכון" (הדגשה לא במקור, וכך גם לאורך כל מסמך זה, אלא אם צוין מפורשות אחרת). מר לוי ז"ל **שהה לילה במעצר ובהמשך בתנאים מגבילים**, שבשלב מסוים כללו מעצר בית לאחר שהפר את תנאי שחרורו (מ"ת 19210-01-14). להשלמת התמונה, עניינו של מר לוי ז"ל הועבר בהמשך לבית המשפט הקהילתי והמדינה הסכימה לחזור מן האישומים ככל שיתמיד בהליך השיקום.

- הועמדה אף היא לדין בשנת 2014 על רקע קיבוץ נדבות, במסגרת ת"פ (באר שבע) 55613-01-14 **מדינת ישראל נ' [שם המדינה]**, שם המדינה גם עתרה לחלט את הכספים שנמצאו ברשותה. גב' [שם], כבת 60 בשעתו, **רווקה ואם לשלושה ילדים שהוצאו לאימוץ עם לידתם, סבלה משלל בעיות. מדובר באשה חירשת, בעלת הפרעות דיבור קשות, הפרעות אישיות ואף פיגור שכלי קל. בשל מצבה שהתה כחוסה בהוסטל לאנשים עם מוגבלויות, ואף מונה לה אפוטרופוס.** ההליכים נגדה הופסקו לאחר שנמצאה לא אחראית למעשיה ולא כשירה לעמוד לדין, אך לא בטרם **שהתה 5 ימים במעצר של ממש** (מ"ת 55632-01-14). כאשר נשאלה על ידי הפסיכיאטר המחוזי על מעשיה, מתואר שהבעת פניה הפכה למפוחדת והיא השיבה: "משטרה... משטרה... ביקשתי כסף... אנשים נותנים לי".

- הועמד לדין בשנת 2014 במסגרת ת"פ (קרית גת) 60478-01-14 **מדינת ישראל נ' [שם]**, על רקע קיבוץ נדבות ברחבי העיר אשדוד. מר [שם], **אלמן כבן 76**, עוכב על ידי שוטרי תחנת אשדוד בעודו יושב על המדרכה ומקבץ נדבות. חוסר האונים בו היה שרוי מומחש היטב בדברים שמסר בחקירתו, לפיהם **חש כי לא היתה לו ברירה שכן לא היה לו מה לאכול.** נציין כי בסופו של דבר המדינה חזרה בה מן האישומים.

- הועמדה לדין בשנת 2014 במסגרת ת"פ (ירושלים) 10775-12-14 **מדינת ישראל נ' [שם]**, שכלל ארבעה של קיבוץ נדבות ברחבת הכותל, אליהם הצטרפו שניים נוספים בהמשך (תיקון כתב אישום מיום 23.8.15). גב' [שם], נעדרת עבר פלילי, בעלת נסיבות חיים קשות מאד: **מדובר באם לאחד-עשר ילדים, מתוכן שלוש בנות הסובלות ממחלה נדירה המצריכה טיפולים מיוחדים, שגם איבדה אחת מבנותיה בגיל**

צעיר, וסובלת מזיכאון ובעיות רפואיות רבות. סיפורה של גב' [REDACTED] פורסם בתקשורת, תחת שם בדוי (<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4829976,00.html>). להשלמת התמונה נציין כי שלושה מהאישומים נגדה נמחקו בהצעה להסדר, אך בקשותיה לסגירת התיק ולעיכוב ההליכים נדחו, ועניינה תלוי ועומד.

- הועמדה לדין בשנת 2018 במסגרת ת"פ (רמלה) 17571-01-18 **מדינת ישראל נ'** [REDACTED] בעבירות של הונאה בכרטיס חיוב וגניבת כרטיס חיוב, לאחר שנטלה כרטיס אשראי מתיבת דואר ורכשה באמצעותו מוצרי מזון בסיסיים לה ולילדיה. גב' [REDACTED] **מגדלת לבדה את שני ילדיה הקטנים, ביניהם בנה בן ה-3 שנולד עם מום קשה בלב, אשר עבר ניתוח לב פתוח ובעל נכות רפואית בשיעור 50%**. בית המשפט החליט לזכותה לאחר שהכריע כי קמה לה הגנת "זוטי דברים", תוך שקבע כי "לא ראוי להטביע את הסטיגמה הפלילית על המעשה המתואר בכתב האישום, לנסיבותיו – גניבה של מזון להשביע את רעב הנאשמת ורעבם של שני ילדיה הקטנים". המדינה חזרה בה מן הערעור שהגישה בטרם נשמע (ע"פ 18-10-36807).

- בני הזוג [REDACTED] הועמדו לדין בשנת 2013 במסגרת ת"פ (באר שבע) 13827-07-13 **מדינת ישראל נ'** [REDACTED], על רקע פלישה לדירת "עמידר". **השניים התגוררו ביחד עם שלושת ילדיהם – אחד מהם חולה אסתמה והשני בעל נכות רפואית בשיעור 100% בשל בעיות ראייה – בדירת חדר וסלון בגודל 45 מ"ר**. הם פלשו לדירת עמידר סמוכה שעמדה ריקה על ידי פתיחת קיר שחצץ בין הדירות ושימש בעבר דלת. תיק זה הסתיים בהסדר טיעון במסגרתו בוטל כתב האישום נגד גב' [REDACTED] ועניינו של בעלה הסתיים ללא הרשעה. בית המשפט ראה לציין שהמעשים בוצעו "אגב מצוקה קשה".

- הועמד לדין בשנת 2014 במסגרת ת"פ (באר שבע) 13449-01-14 **מדינת ישראל נ'** [REDACTED], גם הוא על רקע פלישה לדירת "עמידר". **מר [REDACTED], בן 61 בשעתו, חולה סכרת ולב, בעל נכות רפואית בשיעור 60%, פלש ביחד עם אשתו, חולת סרטן, ובתם בת ה-26 לבית קרקע של "עמידר" שעמד ריק במשך ארבע שנים**. למר [REDACTED] הייתה זכאות לבית קרקע, ולמרות שזכה לדיוור בבית במצפה רמון לא יכל להיכנס אליו מכיוון שעל פי הנחיות הרופאים המטפלים, **מצבם הרפואי שלו ושל אשתו חייב מגורים בקרבת בית חולים**. בני הזוג פונו בכוח על ידי המשטרה, אך לבסוף המדינה חזרה מן האישומים. סיפורם של בני הזוג פורסם בתקשורת (<https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4526292,00.html>).

7. אלה הם פני העוני; לא העוני הערטילאי, הסטטיסטי או התיאורטי עליו נוהגים לדבר, כי אם העוני היום-יומי, ההישרדותי, במובן הגרעיני ביותר של המלה; אותו עוני שקשה להישיר אליו מבט מצד אחד נוכח תחושת אחריות קולקטיבית של כל אחד ואחד מאיתנו, אך גם כזה שאסור לנו – כחברה נאורה המושתתת על ערכים של סובלנות, שוויון, ערבות הדדית – להפנות לו עורף מן העבר השני. סיפוריהם של האנשים שהובאו כאן, בפרט מקבצי הנדבות, ראויים לעמוד לעיני בית המשפט בבואו להכריע בסוגיה שלפניו. סבלם הקיצוני של אותם אנשים מוביל אותם למעשים שבעיניהם הכרחיים להישרדות; המעשה שהמשיבה מבקשת

להגדירו כפלילי, במקרים רבים, הוא בבחינת זעקתם לחברה, בכלים הדלים שעומדים לרשותם, כשהם עומדים בחוסר אונים כלכלי, נפשי, פיזי, חברתי ותרבותי.

8. זעקתם של אותם אנשים היא אותנטית ונעדרים ממנה כל אותם מאפיינים שמן הראוי שיהפכו מעשה למעשה עברייני. סבלם של מקבצי הנדבות וזעקתם, למול עוצמתה של המדינה – שמעמידה אותם לדין במקום לקיים חובתה לדאוג לקיום בכבוד מינימלי של החלשים – באזרחיה – והנזק שבשימוש בכלי הפלילי למול (היעדר) התועלת הצומחת ממנו במקרים אלה, מחייבת את המסקנה כי נקודת האיזון נוטה לטובתו של החלש והדל, וכי אל לה, למדינה, לנקוט בהליך זה אלא במקרה קיצוניים וחריגים ביותר. לא המוסר, לא ערכים דמוקרטיים ובוודאי לא ערכים יהודיים יכולים להצדיק שימוש בכוח כה פוגעני במקרים מסוג זה. חובתה של המדינה, שהופרה במקרה זה, היא לעשות כל שלאל ידה טרם פניה למשפט הפלילי, בכלל זאת הסתייעות בגורמי רווחה וטיפול באותם מקבצי נדבות. רק כאשר כל האפשרויות מוצו, וכאשר "ידיה" של המדינה נקיות, ניתן לפנות לסנקציות שיופעלו באופן מדתי. ויודגש - במקרה של קיבוץ נדבות, כאשר לא נפגע ערך מוגן משמעותי מנגד, המשפט הפלילי יסווג ככלי שאינו מידתי.

התקנה הותקנה תוך חריגה מסמכות ועל כן דינה להתבטל

9. הסניגוריה הציבורית סבורה כי המסקנה לעיל מתחייבת במקרה הנוכחי גם משום שהתקנה עליה מבוססים האישומים הותקנה תוך חריגה מהסמכות שהוענקה לשר הדתות בחקיקה הראשית הרלבנטית, באשר היא אינה מגשימה שום תכלית שביסוד החוק הראשי.

10. החוק המסמיך את השר לקבוע תקנות הוא חוק השמירה על המקומות הקדושים התשכ"ז-1967 (להלן: "החוק"). סעיף 1 קובע 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". לשם אכיפת עקרונות אלה נחקק סעיף 2 שכותרתו "עבירות", שזוהי לשונו:

(א) "המחלל מקום קדוש או הפוגע בו בכל דרך אחרת, דינו – מאסר שבע שנים";

(ב) "העושה דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות, דינו מאסר חמש שנים".

11. ניתן לראות כי סעיף 2(א) לחוק מתייחס לנזק שמומש, בין באמצעות חילול המקום ובין באמצעות פגיעה במקום הקדוש בדרך אחרת. לעומת זאת, סעיף 2(ב) מתייחס לנזק פוטנציאלי בהקשר לגישה למקום או לפגיעה ברגשות של הציבור כלפי אותם מקומות (להבדיל מרגשות באופן כללי).

12. לצד אלה, סעיף 4 לחוק מסמיך את שר הדתות להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו של החוק. בהתאם לסמכות זאת, בשנת 1981 התקין השר, לאחר התייעצות עם הגורמים הרלבנטיים,

תקנות לביצוע החוק, במסגרת תקנות השמירה על מקומות הקדושים ליהודים התשמ"א-1981 (להלן: "התקנות")

13. תקנות אלה כוללות היום בסעיף 2 רשימה של 12 מעשים אסורים, שהעובר עליהם צפוי לעונש של שישה חודשי מאסר או קנס בסך 500 ₪ (סעיף 5). לענייננו, פריט 7 ברשימה זו קובע איסור של "פשיטת יד וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקומות שהועיד לכך הממונה ולמטרות שהוא קבען". זהו האיסור שבמוקד בקשות רשות הערעור.

14. על מנת לבחון האם השר פעל במסגרת סמכותו או שמא חרג ממנה, יש לבחון האם האיסור על קיבוץ נדבות ברחבת הכותל המערבי, בנוסח הנוכחי, מסייע לביצוע החוק. תשובה חיובית לשאלה זו יכולה להתקיים באחת החלופות הבאות: (א) קיבוץ הנדבות מחלל את הכותל המערבי או פוגע בו (ב) הוא עלול לפגוע בחופש הגישה או ברגשות הציבור למקומות הקדושים. על פניו, ברור כי לא אלה פני הדברים. אין בקיבוץ הנדבות כשלעצמו כל פגיעה בכותל המערבי ואין הוא עלול לפגוע בחופש הגישה לכותל ואף לא ברגשותיו של הציבור כלפי הכותל. התקנת איסור פלילי שאין בו משום הגנה על הערכים שהחוק המסמיך ביקש להגן עליהם, היא אם כן חריגה ברורה מהוראות החוק המסמיך.

15. תשובה ברורה זו מתחזקת עשרות מונים לאור מהותה של מצוות הצדקה בתפיסה ובמסורת היהודית.

16. מצוות הצדקה היא מיסודה של המסורת היהודית. הצדקה לעני מוזכרת למשל בספר דברים שם מצווה עלינו לפתוח לא רק את היד לאביון שבקרבו, כי אם גם את הלב, אפילו בשעה שעתידו הפיננסי של אדם לוט בערפל; היא מוזכרת, בין היתר, גם בספרי הנביאים, ישעיהו, שם נתפסת כחלק ממשי מן התפילה:

ז. כִּי-יְהִיָּה בָךְ אֲבִיוֹן מֵאֲחִיד, בְּאֲחִיד שְׁעָרֶיךָ, בְּאֲרָצְךָ, אֲשֶׁר-יְהוָה אֱלֹהֶיךָ נָתַן לָךְ--לֹא תֵאֱמָץ אֶת-לִבְבְּךָ, וְלֹא תִקְפֹּץ אֶת-יָדְךָ, מֵאֲחִיד, הָאֲבִיוֹן. ח כִּי-פִתַח תִּפְתַּח אֶת-יָדְךָ, לוֹ; וְהֶעֱבַט, תַּעֲבִיטָנוּ, דִּי מַחְסְרוֹ, אֲשֶׁר יַחְסֹר לוֹ. ט הַשְׁמֵר לָךְ פֶּן-יְהִיָּה דָבָר עִם-לִבְבְּךָ בְּלִיעַל לֵאמֹר, קָרְבָה שְׁנַת-הַשְּׁבַע שְׁנַת הַשְּׁמִטָּה, וְרָעָה עֵינֶיךָ בְּאֲחִיד הָאֲבִיוֹן, וְלֹא תִתֵּן לוֹ; וְקָרָא עָלֶיךָ אֶל-יְהוָה, וְהָיָה בָךְ חֲטָא. י נָתַן תִּתֵּן לוֹ, וְלֹא-יֵרַע לִבְבְּךָ בְּתִתֶנּוּ לוֹ: כִּי בְגִלְלֵךְ הַדָּבָר הַזֶּה, יִבְרָכְךָ יְהוָה אֱלֹהֶיךָ, בְּכָל-מַעֲשֶׂיךָ, וּבְכָל מַשְׁלַח יָדְךָ. יא כִּי לֹא-יִחַדֵּל אֲבִיוֹן, מִקְרָב הָאָרֶץ; עַל-כֵּן אֲנֹכִי מְצַוְנֶךָ, לֵאמֹר, פִּתַח אֶת-יָדְךָ לְאֲחִיד לְעִנְיָךְ וּלְאֲבִינֶךָ, בְּאֲרָצְךָ (דברים טו, ז-יא)

ז. הַלּוֹא פָּרַס לָרַעַב לְחֶמֶד, וְעֵנִיִּים מְרוּדִים תִּבְיֵא בֵּית: כִּי-תִרְאֶה עָרִם וְכִסִּיתוֹ, וּיִמְבְּשֶׁךָ לֹא תִתְעַלֵּם. ח אַז יִבְקַע פֶּשֶׁתֶר אֹרֶךְ, וְאֲרָכְתָּךְ מִהֲרָה תִצְמַח; וְהִלָּד לְפָנֶיךָ צְדָקָה, כְּבוֹד יְהוָה יֵאֱסָף. ט אַז תִּקְרָא וְיִהְיֶה יַעֲנֶה, תִּשְׁוַע וְיֵאֱמַר הֲנִי: אִם-תִּסְיֹר מִתּוֹכָךְ מוֹטָה, שְׁלַח אֲצַבַּע וְדַבֵּר-אֲנִי. (ישעיהו נח, ז-ט)

17. הרמב"ם, מגדולי ההוגים במסורת היהודית, הקדיש פרק שלם למצווה זו בספר זרעים שבמשנה תורה, תחת כותרת "הלכות מתנות עניים". שם, הרמב"ם מדגיש את חשיבותה ועוצמתה של מצוות הצדקה עבור העם היהודי:

חייבין אנו להיזהר במצות צדקה, יתר מכל מצות עשה-- שהצדקה סימן לצדיק זרע אברהם אבינו, שנאמר: "כִּי יִדְעֶתְיוּ, לְמַעַן אֲשֶׁר יִצְנֶה אֶת-בְּנָיו וְאֶת-בְּיָתוֹ אֲחֵרָיו, וְשָׁמְרוּ דְרֹךְ הַנְּהוּ, לַעֲשׂוֹת צְדָקָה וּמִשְׁפָּט--לְמַעַן, הִבִּיא יְהוָה עַל-אֲבֹרְהָם, אֶת אֲשֶׁר-דִּבֶּר, עָלָיו" (בראשית יח, יט). ואין כסא ישראל מתכונן, ודת האמת עומדת, אלא בצדקה, שנאמר: "בְּצִדְקָה, תִּכּוֹנְנִי" (ישעיהו נד, יד). ואין ישראל נגאלין אלא בצדקה, שנאמר: "צִיּוֹן, בְּמִשְׁפָּט תִּפְדֶּה; וְשָׁבִיָּה, בְּצִדְקָה" (ישעיהו א, כז).

וכך נפסק להלכה ב"שולחן ערוך" ובארבעה טורים בהלכות תפילה סימן צב': "וטוב ליתן צדקה קודם תפלה דרבי אלעזר הוה יהיב פרוטה לעני ומצלי דכתיב אני בצדק אחזה פניך".

18. **על רקע זאת, אין זה מפתיע כי עוד בימי שלטון המנדט הבריטי, הרבנים הראשיים של ישראל, בכללם הרב יצחק הכהן קוק, התרעמו על הגבלת המצווה שנגזרה על ידי השלטונות בכותל המערבי, והתריעו על הפגיעה הקשה בעניים.**

19. ביום כ' באייר תר"ץ (18.5.1930) הוצאה פקודה בידי מושל מחוז ירושלים שהורתה לגרש את כל העניים היהודים מסביבת הכותל המערבי. על פי ארכיון המדינה, הרבנות הראשית הביעה מחאתה במכתב למושל ודרשה לבטל הפקודה. ראוי להביא דברי הרבנים בלשונם:

נצטערנו מאוד להודע מדבר הפקודה שנתנה לגרש את העניים היהודים מהרחבה שלפני הכותל המערבי. דבר זה, שבא כחתיף על עשרים משפחות אומללות מישראל, שמשענם היחידי בחיים היתה התמיכה שקבלו מהמתפללים על-יד הכותל, הריהו גם פגיעה קשה ברגשות הדת שלנו, שמביטה על הצדקה שלפני התפילה כחלק מן הפילה והכשרה אליה. על יסוד כל זה אנו מבקשים ממע"ם שיואיל נא לתת פקודתו להשאיר את העניים הללו במצבם הקודם ולהרשות להם לקבוע לעצמם קופסא מיוחדת שתעמוד על-ידם, ותתחלק ביניהם (תיק מכתבי הרבנות הראשית, גל-57419/10)

- מכתב הרבנים הראשיים מיום 18.5.30 מצורף ומסומן א'.

20. כשנה וחצי מאוחר יותר, ביום ד' טבת תרצ"ב (14.12.1931), לאחר שהמשטרה שבה וגירשה את העניים היהודים מרחבת הכותל המערבי, פנה רב הכותל הרב אורנשטיין לרבנים הראשיים לישראל שיפעלו להסדרת מעמד העניים בכותל ולחידוש כלי התפילה ותשמישי הקדושה לרווחת המתפללים. הרבנים הורו לרב הכותל למסור את הפרטים הנדרשים למזכירות הרבנות, ושיכינו את המכתבים לשליחה, וכך היה. על פי ארכיון המדינה, כתבו הרבנים הראשיים לישראל אל מושל מחוז ירושלים בזו הלשון:

כפי שבארנו פעם למושל גליל ירושלים (במכתבנו מיום כ' אייר תר"ץ), מתן צדקה לפני התפילה נחשב אצלנו כחלק מן התפילה והכשרה אליה, ועל כן

אם כבודו איננו מוצא לאפשר בשום-אופן, להרשות לכל העניים לשבת הרחבת הכותל בטענה שבאופן זה נאבדת להמשטרה הבקורת על העניים שלא יטרידו את המבקרים בפשיטת-יד הרי זאת הצעתנו שכבודו ירשה לכל הפחות לעשרה עניים שישבו ברחבת הכותל ועל פי רשימה שתמסר לכם מצד בא-כוחנו הרב יצחק אורנשטיין, על פי הכרותו האישית את העניים, באופן שגם שלמות התפילה לא תפגע וגם הבקורת הדרושה לכם לא תגרע (תיק מכתבי הרבנות הראשית, גל-57419/10)

- מכתב הרבנים הראשיים מיום 14.12.31 מצורף ומסומן ב'.

21. אם כן, כבר לפני כמאה שנים, תחת שלטון המנדט הבריטי, הרבנים הראשיים לישראל ראו באיסור פשיטת היד בכותל המערבי **לא רק כפגיעה בעניים עצמם אלא גם פגיעה בציבור היהודי המתפלל במקום, ברגשותיו ובחופש הדת של היהודים, וזאת בניגוד למסורת ולהלכה.**

22. עמדה זו מבטאת תפיסה ערכית בדבר יחסה של היהדות למצוות הצדקה, ובפרט בדבר יחסה לעניים המבקשים צדקה בכותל המערבי, אחד המקומות הקדושים ביותר לעם היהודי. אין זה מפתיע, אפוא, כי עמדה זו לא השתנתה מאז ועד היום, מימי הרמב"ם, דרך המנדט הבריטי ועד לימינו אנו.

23. במהלך שנת 2016 נוהלו בנושא תכתובות בין רב הכותל הנוכחי, הרב שמואל רבינוביץ, לבין הגאון רבי יצחק זילברשטיין (שהוצגו במסגרת הליכי קבלת חומרי חקרה בעניינו של המבקש [REDACTED] בע"ח (מחוזי ירושלים) 68911-11-16). זה האחרון הפנה השאלה לגיסו הרב קנייבסקי – אחד המנהיגים הרוחניים והפוסקים הבולטים ביותר כיום – **ש"נרתע מהמחשבה לאסור על עניים לאסוף צדקה בכותל המערבי, והרי הכותל המערבי הוא מקום שהיהודים באים לשפוך צקון לחשם בעיקר שיבנה בית המקדש במהרה, והרי אמרו חז"ל (סנהדרין דף צה ע"א) אין ירושלים נפדית אלא בצדקה... ואם כן מקום שיהודי מגיעים לשפוך צקון לחשם, איך אשר למנוע מהם את הזכות הגדולה הזאת לתת צדקה?!"**

24. הרב זילברשטיין אמנם הוסיף כי עני המטריד את המתפללים, יש לבדוק אחריו שמא אינו עני שכן נאמר במשלי "תחנננים ידבר רש ועשיר יענה עזות" (יח, כג), אך את מכתבו חתם במשפט **"אבל בכללות אין זה מנהג יהודי לאסור על עניים לאסוף צדקה, ובפרט בכותל המערבי, ששם צריכים אנו יותר מכל לזכויות הצדקה, כדי להביא את הגאולה השלימה" (ד' סיון תשע"ו).** במכתבו מיום כ"ב סיון התשע"ו חידד כי המתנהגים שלא בדרך ארץ למקום המקודש, וגורמים לחילול השם, יש להזהירם ואם אינם שומעים, להרחיקם: "ולכן כדאי לחדד ולבקש בדרכי נועם מהמשטרה, שאחד מעמודי העולם הוא חסד, ולא יתכן שבמקום קדוש כזה לא יהיה חסד, אבל בכל זאת, כל מי שגורם לחילול השם יש להרחיקו".

- תכתובת רב הכותל והרב זילברשטיין מצורפת ומסומנת ג'.

25. כעת, נשוב לשאלה הדרושה הכרעה. האם האיסור על קיבוץ נדבות ברחבת הכותל המערבי, בנוסחה הנוכחי, מסייע לביצוע החוק? כלומר, האם קיבוץ הנדבות מחלל את הכותל המערבי או פוגע בו; לחלופין, האם הוא עלול לפגוע בחופש הגישה או ברגשות הציבור למקומות הקדושים?

26. נקל לראות כי מעשה קיבוץ הנדבות אינו מחלל את קדושת הכותל המערבי, אינו פוגע בו וגם אינו עלול לפגוע ברגשות הציבור לכותל המערבי. הכותל המערבי, המקודש ליהודים, הינו המקום הראוי ביותר למתן צדקה, כפי שהצביעו על כך הרבנים הראשיים עוד בימי המנדט הבריטי, עמדה עליה חזר לאחרונה הרב קנייבסקי. **ההפך הוא הנכון - דווקא מניעת האפשרות ליתן לעני צדקה היא זו בעלת הפוטנציאל הממשי לחילול המקום ולפגיעה ברגשות הציבור**. משום כך, אין מנוס מלקבוע כי תקנה 2(א)(7) הותקנה תוך חריגה מסמכות ודינה להתבטל, כל עוד מנוסחת בנוסחה הנוכחי. למצער, ודאי שיש לפרשה באופן מצומצם ביותר וזאת גם על רקע חוקי היסוד עליהם נרחיב מיד.

27. במאמר מוסגר נוסף כי תקנה 2(א)(7) נראית חריגה גם בהסתכלות חיצונית על רשימת יתר המעשים שנאסרו בסעיף 2. חילול השבת בכותל (פריט 1) פוגע אינהרנטית במקום ובציבור ועלול לגרום להדרה של חלק מהציבור; תלבושת שאינה הולמת עלולה לפגוע בקדושת המקום בעיני ציבור מסוים ולמנוע לחלקם גישה למקום (פריט 2); הצבת קיוסקים או עיסוק ברוכלות פוגע בקדושתו של המקום (פריט 3); הכנסת בעלי חיים הינה בעלת פוטנציאל ברור לפגיעה וכיו"ב. לעומת אלה, איסור פשיטת היד באופן בו מנוסח זר לחלוטין למטרות החוק, שכן לא רק שאין מקום לאסור הצדקה, אלא שהיא מהווה חלק מהפולחן הדתי, ויש הרואים בה כחלק מן התפילה עצמה.

28. נעיר כי גם אם ניתן היה לומר שבנסיבות מסוימות יכול איסור קיבוץ הנדבות לחיות בשלום עם מטרות החוק (וכאמור, הסניגוריה הציבורית אינה סבורה שזה המצב), הרי שניתן היה להשיג את המטרה באמצעות הרחקה ולא באמצעות הצעד הפוגעני של הפללה, על כל המשתמע מכך. אופנים שונים של צעדים מדתיים יוצגו בהמשך הדברים.

התקנה אינה צולחת את הדרישות החוקתיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
וחוק יסוד: חופש העיסוק. משכך, דינה להתבטל, ולחלופין להיות מפורשת
בצמצום.

29. הסניגוריה הציבורית סבורה כי תקנה 2(א)(7) בטלה גם בשל אי חוקתיותה נוכח הפגיעה בזכות היסוד של חופש העיסוק, אשר מנוגדת לערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. למצער, חובה לפרש את התקנה בצמצום, באופן המתיישב עם ערכים חוקתיים של חופש העיסוק, כבוד האדם, חופש הביטוי וחופש הדת.

30. נפתח דווקא בחוק יסוד: חופש העיסוק. נזכיר, בעוד בית משפט השלום לא ראה בפשיטת היד כעיסוק, הרי שבית המשפט המחוזי היה מוכן לצאת (כך נראה) מנקודת הנחה שונה. הסניגוריה הציבורית סבורה כי במקום שעיקר פרנסתו והכנסתו של אדם תלויה במעשה

קיבוץ הנדבות, לא ניתן שלא לראות בה כעיסוק המוגן תחת חוק היסוד. אדם מפרנס עצמו כפי יכולתו, בהתאם למשאבים העומדים לרשותו. מקבץ הנדבות קם מידי בוקר ומגיע לאותו מקום או סביבה, מבקש סיוע מהזולת מידי יום, ונשען לחלוטין על הכנסה כלכלית זו. אין הבדל בהקשר זה בין אדם המוכר מידי יום ביומו לימונדה ברחוב וזהו מקור פרנסתו, לבין אדם שתשו כוחותיו ואינו יכול אלא להסתפק בקיבוץ הנדבות, כל עוד המדינה אינה מושיטה ידה לעזרה.

31. סעיף 4 לחוק היסוד קובע כי אין לפגוע בחופש העיסוק "אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש". עיגון הזכות בחוק יסוד נעשה במטרה לעגן את ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, כאמור בסעיף 2 לחוק זה. **כפי שראינו עד כה, איסור הצדקה אינו הולם, בלשון המעטה, את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית, ועל אחת כמה וכמה איסור הצדקה ברחבת הכותל המערבי.** מן הראוי בהקשר זה להפנות לדבריו הנכוחים של כ"ב השופט ד' לוי במסגרת בג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר** :

דומה ששלטון דמוקרטי, שיכול לעמוד בכך מבחינת משאביו, ידאג הוא עצמו להעניק זכויות פנסיה לאזרח במועד המתאים. אולם אם השלטון אינו מוביל את המהלך, ראוי לפחות שיברך ויעודד את אלה שתורמים למהלך כזה ומציעים את שירותיהם הטובים לאזרחים החפצים בכך. חוק היסוד, כאמור, מציב יסודותיו בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. **הדאגה לרווחת האזרח, לסיפוק מחסורו ולהבטחת עתידו מתיישבת עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית והיא הולמת את ערכי היהדות שמאז ומתמיד הציבו את הדאגה לאזרח, לרווחתו ולצורכי הקיום שלו בראש מעייניה.** כך למשל, נאמר על גמילות חסדים, שהיא אחת משלוש המצוות שעליהן העולם העומד (משנה, אבות, א, ב [ח]), והיא מן "הדברים שאדם אוכל פירותיהן בעולם הזה והקרן קיימת לו לעולם הבא" (משנה, פאה, א, א [ט]). וכל הכופר בגמילות חסדים, כאילו כופר בעיקר (קהלת רבה, ז, ד [י]). **מעשי החסד והצדקה בגלוי ובסתר, שאינם אלא דאגה לזולת למען לא יסבול חרפת רעב ולא יגיע חלילה לכלל ניוון, זוכים לעידוד ולדרבון במסרים חדים וברורים שהשתרשו במסורת מאז ומתמיד. הדאגה לכל מחסורו של האזרח, התושב והגר כאחד, בשמירת רמת חייו ואיכות חייו, אף היא נמנית עם הערכים המבורכים שבמסורת היהדות.** וניתן להדגים דברים אלה (פסקה 37).

32. מכיוון שחוק זה אינו כולל סעיף שמירת דינים, הרי שדינה של התקנה – אף שחוקה טרם חוק היסוד – להתבטל, אף מבלי שנידרש לשאלת התאמת האמצעי למטרה ובחינת מדתיותו. מכאן, שלא רק שהתקנה בטלה לנוכח חריגה מסמכות השר אלא שהיא בטלה בהיותה סותרת חוק יסוד.

33. באשר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקנה פוגעת בכבוד האדם ובמספר זכויות הנגזרות ממנו, הזכות לחירות, הזכות לחופש הביטוי והזכות לחופש הדת. נתמקד כאן בזכות לכבוד, קרי באיסור לפגוע ב"כבודו של אדם באשר הוא אדם" (סעיף 2).

34. השאלה מהו "כבוד האדם" ניתנת באופן טבעי לפרשנויות שונות ומגוונות, אך נראה שניתן להסכים שמדובר במונח בעל ממדים או "מעגלים" שונים, כאשר המעגל הפנימי ביותר עוסק בכבוד של האדם באשר הוא אדם, והוא גרעין כבודו, כך שכל פגיעה במעגל זה עלולה להוות פגיעה קשה. על דרך הכלל, במעגל זה, נקל לזהות את הפגיעה. כך למשל, כולם יסכימו שהפשטת אדם ברחוב לעיני כל, ללא כל סיבה, פוגעת בכבודו. וכפי שהיטיב להגדיר זאת כב' השופט מ' אלון בע"א 506/88 יעל שפר, באמצעות אמה ואפוטרופסית נ' מדינת ישראל, פירוש הדבר שלא לבייש ולבזות את צלם האלוקים שבאדם, תפיסה ערכית המשלבת הן את ההיבט של המסורת היהודית והן את ההיבט של החברה הדמוקרטית המודרנית:

כבוד האדם - מהו? מובן ואין צריך לומר, כי מושג זה, מבחינת היקף חלותו, תחומים רבים ונושאים שונים כלולים בו... מורכב הרבה יותר הוא המושג כבוד האדם מבחינת מהותו ותוכנו. אמרנו על כך במקום אחר (בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה [3], בעמ' 724):

"כבוד האדם פירושו שלא לבייש ולבזות את צלם האלוקים שבאדם. ודוק. לא כל פגיעה בכבוד האדם, כלולה היא במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דרך משל, פגיעה בכבודו של אדם מכובד, שראוי הוא, לפי מעמדו, לשבת במקום בו יושבים בני מעמדו, ולא בין פשוטי עם, יכול ופוגע הוא בכבודו מבחינה חברתית (אם אכן כך הוא!), אך אין בכך משום ביזוי וביוש צלם האלוקים שבו, ואין 'פגיעה' כגון זו כלולה כל עיקר במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו."

ועדיין לא מיצינו בכך אף מקצת של עקרון "כבוד האדם", דבר שיעשה מעניין לעניין, בבוא השעה. ועוד נעמוד על כך בהמשכם של דברים. אך מבקש אני כבר עתה להעיר על הארה-השגה עקרונית שעמדי" (פסקה 6 לחוות דעתו של כב' השופט מ' אלון)

35. די לצפות בסרטון מעצרו של מר [REDACTED] לוי ז"ל ובתגובתו כפי שבאה לידי ביטוי בכתבה (לעיל פסקה 6) כדי להבין את עוצמת הפגיעה שהוא חש, בגרעין כבודו כאדם. ובעניין זה אין כל סיבה להניח שתחושותיהם של המבקשים דכאן יהיו שונות.

36. אין מדובר בפגיעה ערטילאית, אף לא פגיעה מינורית; מדובר בפגיעה שזועקת מבעד לעדשת המצלמה, גם כשהיא חסרת מלים – מצוקתו הכלכלית (והנפשית) היא שמובילה לעיכובו, חקירתו, מעצרו ולבסוף האשמתו בפלילים. לא רק שבעיניו הוא הופקר על ידי רשויות המדינה, הוזנח, נשכח ונעזב להתבוסס בעוני שלו, אלא שכעת זו שלא דאגה לצרכיו גם מבקשת לקחת את מעט הכסף שאסף לשם מחייתו – כסף שלשם איסופו נאלץ למחול על כבודו תוך עמידה בצמתים מידי יום ביומו ופניה והישענות על טוב ליבם של זרים גמורים –

ולפגוע במקור הכנסתו שמאפשר לו קיום מינימלי, שממילא אינו קיום מינימלי בכבוד. נוסף על כל אלה, המדינה (משטרה) גם מעכבת אותו לחקירה ומביישת אותו לעיני עוברי אורח, ולבסוף אף תעמידו לדין ותחשוף אותו לסכנת מאסר אך ורק בשל חסרון הכיס שלו.

37. המעקב אחר מקבצי הנדבות בכותל, עיכובם, חקירתם, החרמת כספי הנדבות שאספו והעמדתם לדין פלילי מביישים ומבזים את צלם האלוקים שבאדם, באשר פעולות אלה חושפות את עניים ודלותם לעיני כל ומשפילות אותם בעצם האמירה שראויים הם להיות מורחקים מן החברה בחסות המשפט הפלילי, תוך הפיכתם ל"שקופים" חסרי זכויות; היא פוגעת באפשרותם המוגבלת לדאוג לצרכיהם ההישרדותיים, שבמקרים רבים לא מגיעים כלל לכדי המינימום ההכרחי. משכך, התנהלות זו של המדינה פוגעת בליבת כבודו של האדם, בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והעמדתם לדין פסולה מוסרית, בלתי חוקית ובלתי חוקתית.

38. בשונה מחוק יסוד: חופש העיסוק, הרי שסעיף שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מגן על התקנה למרות הפגיעה הבלתי חוקתית בכבוד, זכות המושתתת על ערכיה היהודיים והדמוקרטיים של המדינה (המעוגנים בסעיף 1א). עם זאת, כפי שנקבע לא אחת בפסיקת בית משפט זה, ככל שקיימת בנמצא פרשנות הממזערת את הפגיעה בזכויות היסוד ומתיישבת עימן, הרי שיש להעדיפה על פני פרשנויות אחרות.

39. בהתאם לכך, יש לקבוע חד משמעית שכל עוד פשיטת היד אינה מסכנת את הציבור ואינה מפרה את הסדר הציבורי, התקנה אינה חלה. זוהי פרשנות המתיישבת עם התפיסה שהובעה מפי הרבנים הראשיים בשנות השלושים של המאה הקודמת, ושעולה גם מתכתובת רב הכותל הנוכחי עם גדולי הפוסקים בימינו אנו. כל עוד לא קיימת הטרדה, יש לקבוע ששום ערך מוגן לא נפגע ומשכך אין תחולה לתקנה.

40. עמדה דומה לכך הוצגה על ידי המדינה עצמה בבג"ץ 7326/09 הלפרסון נ' מדינת ישראל, כשהיא הפנתה למסמך שכותרתו "נוהל הרחקת קבצנים מרחבת הכותל המערבי בהתאם לתקנה 4(ג) לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981" הקובע כי "ראה הממונה על המקומות הקדושים קבצן המטריד את המתפללים ברחבת הכותל המערבי, יפנה אליו ויעמידו על האיסור הקבוע בתקנה 2 לתקנות השמירה" (ר' נספח מ/12 בבקשתו רשות הערעור של המבקש שוורץ).

41. לחלופין, מובן שיש למצות אפשרויות חלופיות מדתיות יותר להשגת תכלית החוק. סעיף 4 לתקנות מעניק לממונה על המקומות הקדושים סמכות להבטחת אכיפת האיסורים שבתקנה 2:

- (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.

42. הנוהל משנת 2006 קבע כי במקום שאדם הוזהר ושב לסורו תוך חודשיים ימים, קמה לממונה סמכות להרחקתו למשך שבוע ימים. אם גם לאחר הרחקה זו, שב לסורו בתוך שלושה חודשים, קמה סמכות הרחקה למשך שבועיים ימים. סמכות זו של הרחקה ניתנת ליישום באופנים שונים, אף פחות פוגעניים, שהשימוש בהם ראוי יותר חלף האפיק הפלילי. קיימת אפשרות ליתן הוראות בדבר אופן הפניה הראוי לציבור בכותל; הוראות בדבר מקום ההימצאות בתוך רחבת הכותל עצמה; הוראות בדבר ימים ושעות להימצאות ברחבה; התרת הצבת קופה לשעות מסוימות תחת הימצאות פיזית במקום; ובהמשך, ניתן לפנות לאפשרות השימוש בסמכות ההרחקה למשך תקופה קצובה מרחבת הכותל; הרחקה למשך תקופה קצרה יותר אך לרדיוס רחב יותר; ועוד.

43. אם לסכם, גם אם יוכרע שאין מקום לבטל התקנה, עדיין קיימת חובה להעניק לה פרשנות מצומצמת, בראי עקרונות היסוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק – תוך מתן משקל למהותה וחשיבותה של מצוות הצדקה – ולקבוע כי אין לעשות בה שימוש אלא במקרים של הטרדת מתפללים, לאחר מתן אזהרות, ולכל היותר לעשות שימוש בסמכויות הממונה על פי התקנות, תוך הימנעות חד משמעית מהפללה.

הגנה מן הצדק, שירותי ההליך הפלילי וזוטי דברים

44. הסניגוריה הציבורית סבורה שקמה למבקשים הגנה מן הצדק ושחל בעניינם סייג "זוטי דברים", וכי מכל מקום עקרון שירותי ההליך הפלילי מחייב ביטול האישומים נגדם.

45. כידוע, דוקטרינת ההגנה מן הצדק הוכרה זה מכבר בבית משפט זה (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ'), עוגנה בחוק בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב – 1982, ולאחרונה אף הורחבה במסגרת רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, שם נקבע כי היא יכולה לקום גם במקרים בהם ההחלטה המנהלית המפלה היא פרי מעשה רשלנות של הרשות או טעות בשיקול דעתה, קרי ללא כוונת זדון. בחינת התקיימות ההגנה תיקבע על פי המבחנים שנקבעו בעניין בורוביץ': מהות הפגמים שנפלו בהליך, מידת הפגיעה בתחושות של צדק והגינות משפטית ואיזון בין האינטרסים בבסיס ההליך הפלילי לבין הפגמים שבהליך בעת קביעת הסעד. במקרה זה, העמדה לדין פלילי של המבקשים וניהול ההליך הפלילי בעניינם עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית באופן שגובר על האינטרס בניהול ההליך, ועל כן ראוי כי כתב האישום נגדם יבוטל.

46. ראשית, נציין כי החוק קובע שההגנה קמה כאשר "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית", ואינו מחייב בהכרח הצבעה על פגם כלשהו בפעולת הרשות. במקרה זה, כפי שפורט בהחרבה עד כה, הגשת כתבי אישום נגד מקבצי נדבות שלא הטרידו אף אדם, ושכל חטאם הוא עניינים, אינה יכולה שלא

לסתור מהותית עקרונות של צדק. החיפוש שנערך על גופם, תפיסת כספי הנדבה שאספו, הפגיעה במקור פרנסתם היחיד ולבסוף הפעלת הכלי הפלילי הפוגעני, על כל משקלו, נגד החלשים ביותר בחברה, אינו יכול להיחשב לצודק בשום סולם ערכים של צדק בחברה מתוקנת וליברלית. כל שכן כאשר המדינה לא ניסתה, ולו בצעד ראשוני מינימלי, לסייע למצוקתם של המבקשים באמצעות עירוב גורמי רווחה.

47. על כל פנים, המבקש למצוא פגמים בהליך ימצא אותם בנקל, לאורך כל המפגש שבין העני לרשויות המנהליות השונות. בראש ובראשונה עומד פגם החרیגה מסמכות בעת התקנת התקנות, עליו עמדנו בהרחבה. תוצאתה של חריגה זו היא יצירתה יש מאין של עבירה פלילית, אשר מעצם קיומה מהווה צמצום משמעותי של זכויות הפרט. שנית, תחת שימוש באמצעים מדתיים דוגמת הרחקת מקבץ הנדבות (לאחר אזהרתו) או צמצום שעות השהות שלו במקום – סמכויות המצויות בידי הממונה על המקומות הקדושים – המדינה בחרה באמצעי הפוגעני ביותר. שלישית, בחירה זו נראית מנוגדת למדיניות עליה הוצהר במסגרת בג"ץ 7326/09 **הלפרסון נ' מדינת ישראל**, לפיה איסור פשיטת היד נאכף רק כלפי פושטי יד מטרידים שהפריעו לתפילה (ר' הודעה מטעם המדינה מיום 24.09.2009 לעניין השימוש בסמכות ההרחקה לפי תקנה 4). רביעית, לפנינו מדיניות אכיפה מפלה, אשר מיושמת רק ביחס לתקנה 2(א)(7) ולא בנוגע לאיסורים אחרים הקבועים בתקנות. כך, למשל, לבישת תלבושת שאינה הולמת בניגוד לתקנה 2(א)(2) נענית במדיניות מניעתית של חלוקת כיסויי ראש על ידי משמר רב הכותל ולא בהעמדה לדין פלילי.

48. נדגיש את הפגם הנוגע להחלטה הבלתי סבירה להגיש נגד המבקשים כתב אישום, למרות קיומן של חלופות רבות אחרות ובהיעדר עניין ציבורי. בעניין **בורוביץ'** פורטו מספר אינטרסים אפשריים בבסיס ניהולו של הליך פלילי: "העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; הגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע", עוד נקבע כי "ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין" (פסקה 21 לפסק דינו של כב' השופט מ' חשין). קשה לראות מהו האינטרס הציבורי בכך שמקבצי נדבות הפזורים ברחבת הכותל, אשר אינם מטרידים באופן אקטיבי את עוברי האורח – וכל חטאם הוא כי עצם הימצאותם במקום מפר איסור שרירותי במהותו, שבמקרה הטוב אינו יותר מ"רע כי נאסר" – יועמדו לדין ואף ימצאו עצמם מאחורי סורג ובריח כגמול על התנהגותם זו. לאור כל זאת הסניגוריה הציבורית סבורה כי ביטול כתב האישום נגד המבקשים הוא שישב על כנו את מאזן האינטרסים הראוי בעניינם.

49. למסקנה דומה ניתן להגיע גם באמצעות דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים (ר' רענן גלעדי, "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים", **ספר אליהו מצא**, ע' 529-564). דוקטרינה זו, שיסודותיה ניתן למצוא בבג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית שיתופית**, קובעת כי "דרך המלך להעלאת טענות כנגד הפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו", וזאת "בין אם מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה" (ר' גם חוות דעתו של כב' השופט ע' פוגלמן בע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ**). בניגוד לדוקטרינת ההגנה מן הצדק, המתמקדת בצדק אינדיבידואלי

והגינות כלפי הנאשם הספציפי, מאפשרת דוקטרינת הביקורת המינהלית לבית המשפט בערכאה הדיונית לבחון את פעולת הרשות כאשר במוקד הבחינה נמצא האינטרס הציבורי הרחב בפעילות תקינה של הרשות. לאור הפגמים שתוארו לעיל, ניתן לקבוע שעצם ההחלטה על העמדת המבקשים לדין לוקה בחוסר סבירות ומדתיות המצדיקה את התערבות בית המשפט וביטול כתבי האישום.

50. לזכות המבקשים עומדת גם הגנת זוטי הדברים שבסעיף 34'ז' לחוק העונשין. הסניגוריה מצדדת בעמדה שהובעה זה מכבר בספרות, כי גם מונח זה יכול לשמש את בית המשפט הפלילי בבואו לבקר את החלטת התביעה להעמיד לדין. עמדה זו נובעת מאימוצה של גישה פרשנית מרחיבה של המושג "אינטרס ציבורי" (לניתוח תפיסה זו של הסייג ראו מרים גור אריה "חשיבות ההבחנה בין הגנות מצדיקות לבין הגנות פוטרות ככלי פרשני: פרשת העינויים וההגנה על זוטי דברים כהמחשה" **מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין**, 401, 416-421 (אלי לדרמן, קרן שפירא אטינגר ושי לביא עורכים, 2010); איתן מגן, "זוטי דברים – אך לאו מילתא זותרתא" **הפרקליט מג**, 51-55 (1996)). על פי תפיסה זו, על בית המשפט הבוחן את סייג זוטי הדברים לשים עצמו בנעליו של התובע הבוחן האם קיים אינטרס ציבורי להעמיד לדין, שעל פי סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי מהווה תנאי הכרחי לחוקיות הגשת האישום. אמות מידה לבחינת קיומו של אינטרס ציבורי ניתן לשאוב מבג"ץ 935/80 **גנור נגד היועץ המשפטי לממשלה**, המסמן שלושה סוגי שיקולים עיקריים: חומרת המעשה, נסיבותיהם האישיות של החשוד ושל קרבן העבירה, ושיקולים מוסדיים של התביעה ובית המשפט.

51. במקרה שלנו, מדובר במעשה קל ערך, ודאי כאשר לא התלוותה אליו כל הטרדה; בעוד ספק רב אם קיים קורבן בעבירה זו, הרי שמקבצי הנדבות הינם בעלי נסיבות אישיות מורכבות וקשות, שיקול הנתפס כמרכזי ולעתים אף מכריע (ע"פ 7829/03 **מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל**, פסקה 26 לחוות דעתו של כב' השופט א' א' לוי); לבסוף, שיקולים מוסדיים של המדינה מחייבים מענה לשאלה איזו חברה משתקפת מהעמדתם לדין של עניים אלה בנסיבות דומות ומובילה למסקנה שמוסדית נגרם נזק תדמיתי קשה לרשויות החוק והמשפט.

52. לבסוף, הסניגוריה סבורה כי העמדתם לדין של המבקשים אינה עומדת בקנה אחד עם פסיקת בית משפט זה בעניין שירותי ההליך הפלילי, הנגזר מעקרון המידתיות שבחוקי היסוד. בהנחה כי הרחקתם של המבקשים מרחבת הכותל היא אכן מטרה ראויה כשהיא נועדה למנוע לקבץ שם נדבות (עמדה שהסניגוריה, כאמור, מסתייגת ממנה), הרי שנקבע זה מכבר כי "ההצדקה בשימוש במשפט הפלילי תהיה רק אם לא קיים אמצעי אחר המגשים את המטרה או התוצאה המבוקשת או אמצעי אחר אינו אפקטיבי דיו לשם השגת המטרה או התוצאה המבוקשת" (בג"ץ 88/10 **אווה שוורץ נ' היועמ"ש** פסקה 20 לחוות דעתו של כב' השופט ס' גיבוראן). עמדת הסניגוריה היא שהתוצאה של הרחקת פושטי היד מרחבת הכותל יכולה להיות מושגת באינספור אמצעים אחרים, שאינם דורשים העמדה לדין פלילי כלל. עמדנו על כך בסעיף 42 לעיל ונשוב ונדגיש: רב הכותל הממונה על הרחבה יכול להמשיך לעשות שימוש בסמכות ההרחקה שבידו, מה שלדעת הסניגוריה אינו יוצר חוסר נוחות בלתי נסבל לכוחות הביטחון המרובים באזור; ניתן למצוא הסדר שיאפשר למבקשים להשאיר קופת צדקה

ברחבת הכותל לתקופות קצובות במקום כניסתם לרחבה; ככל שלא היו נשמעים לצו ההרחקה של רב הכותל ניתן היה לפעול לצו אזרחי מתאים, ועוד. חלופות אלא אינן רק אפקטיביות יותר להשגת מטרת ההרחקה לעומת פתיחה בהליך פלילי, אלא גם חוסכות זמן שיפוטי יקר. על כן סבורה הסניגוריה כי העמדת המבקשים לדין היא החלטה בלתי סבירה ודין כתבי האישום להתבטל.

תקיפת נורמה כללית בהליך הפלילי

53. לא נוכל לסיים ללא התייחסות לשאלת התקיפה העקיפה, שהייתה במוקד הכרעתנו של בית המשפט המחוזי. בשונה מקביעתו של בית המשפט, הסניגוריה הציבורית סבורה כי לא ניתן להצדיק עמדה החוסמת תקיפת חוקיות וחוקתיות נורמה כללית בערכאה הפלילית הדיונית.

54. אפשרות תקיפתה של נורמה כללית במסגרת ההליך הפלילי היא אחת ממושכלות היסוד של השיטה המשפטית הישראלית ושל המשפט החוקתי (ע"פ 213/56 ה"עמ"ש נ' אלכסנדרוביץ, ע"א 311/57 ה"עמ"ש נ' מ. דיזנגוף ושות', ע"פ 104/72 ראב נ' מ"י). כפי שבית המשפט המחוזי ציין, מובן שניתן להבחין בין נורמה כללית לבין אקט מנהלי ספציפי, באשר המתנה לקיומו של הליך פלילי לתקיפת אקט מנהלי ספציפי, עלולה להכשיר במקרים מסוימים עשיית דין עצמית והפרת הסדר הציבורי. הדבר נובע בעיקר מכך שמדובר בצו אישי המופנה כלפי האזרח הספציפי, המציב בפניו את הברירה בין ציות לבין תקיפה ישירה. אלא שלא כך הדבר באשר להעלאת ספק בחוקיותה ואף בחוקתיותה של נורמה כללית המביאה להעמדתו לדין של נאשם. במקרה כזה, איזון האינטרסים שונה לחלוטין ומחייב בחינה של הערכאה הדיונית לגופו של עניין. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט י' זמיר בעניין **הראל** :

ניסיון החיים, השכל הישר והאינטרס הציבורי אומרים שבדרך-כלל אפשר וראוי לצפות מאדם שנפגע מצו אישי, אם הוא טוען כי הצו בלתי חוקי, שיתקוף את הצו בתקיפה ישירה, כגון בערעור לבית-משפט השלום או לבית- המשפט המחוזי (אם החוק מקנה זכות ערעור על הצו) או בעתירה לבית- המשפט הגבוה לצדק. לעומת זאת בדרך-כלל אין מקום לצפות מאדם שיתקוף תקנה כללית, אלא אם וכאשר הוא נפגע באופן אישי מתחולת התקנה, כגון כאשר הוא עומד לדין פלילי על הפרת התקנה. במקרה כזה לא תהיה בפניו, מבחינה מעשית, דרך לתקוף את התקנה אלא הדרך של תקיפה עקיפה, כלומר הדרך של טענת הגנה שהתקנה בלתי חוקית ובלתי תקפה. לפיכך יש בדרך-כלל סיכוי טוב יותר לתקיפה עקיפה של תקנה כללית מאשר לתקיפה עקיפה של צו אישי. (פסקה 10 לפסק דינו).

אכן ניתן היה לצפות ממי שפסלו את רישיונו וטוען שפסילה זו אינה חוקית שיעתור נגד הפסילה, ולא יחכה עד להעמדתו לדין על נהיגה בפסילה. אך, הדבר שונה בתכלית מעניינם של המבקשים בענייננו. האמנם ניתן היה לצפות מהם שיפנו לעתירה בבג"ץ בתקיפה ישירה של האיסור הפלילי? לטענת הסניגוריה הציבורית, לא ניתן לצפות כי כך יעשו, ואף אין זה רצוי.

מנגד, אדם המואשם בפלילים, ובפיו טענה כי מדובר באיסור לא חוקי או לא חוקתי, האם נשלול ממנו את הזכות להתגונן בטענות אלה? ברור כי שלילה כזו אינה רצויה. **תוצאתה היא שאדם יורשע בפלילים וייענש בגין עבירה על איסור לא חוקתי. תוצאה זו אינה מתקבלת על הדעת.**

55. כפי שפרופ' ברק ארז מציינת בספרה **משפט מינהלי** (כרך ד', ע' 176-177), התקיפה העקיפה הינה בעלת חשיבות עקרונית ומעשית כאחד. במישור העקרוני, הדיון בפגמים מינהליים נותן תוקף מלא להחלטתו של שלטון החוק על הרשויות. במישור המעשי, הוא חוסך עלויות הכרוכות בפתיחת הליך של ביקורת שיפוטית וכך סולל את הדרך להגברת האכיפה של החוק על השלטון. בנוסף, הוא מקל על עומס התדיינויות מינהליות, ומונע הצורך בהשהיית ההליך בו התעוררה הטענה המינהלית עד להכרעה בעתירה נפרדת.

56. תקיפה עקיפה מתיישבת גם עם השימוש הגובר בטענת הבשלות, המבטאת העדפה שלא לדון בשאלות של חוקיות באופן מופשט, אלא דרך מקרים קונקרטיים (שם, 184). הסינוגוריה הציבורית סבורה כי המקרה הקונקרטי מחדד לא רק את נקודות החיכוך בין הערכים השונים, אלא בעל פוטנציאל להבהיר את מדרגם, וכיצד ראוי לאחד להעדיף אחד על פני האחר. כן, יש בה כדי לחסוך התדיינויות תיאורטיות, שעשויות שלא להתעורר לעולם.

57. חשיבות מתן האפשרות לבחינת חוקיות וחוקתיות נורמה כללית בערכאה הדיונית הומחש היטב למשל במסגרת **בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל**, שם הורה בית משפט זה בדעת רוב על בטלותו של סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון)(הוראה שעה) התשס"ו-2006, בשל היותו פוגע באופן בלתי מידתי בזכותו החוקתית של עצור להליך הוגן. בית המשפט אף שיבח את אופן העלאת הטיעון בתקיפה עקיפה (פסקה 9 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה (דאז) השופט י' ריבלין). עמדה זו של בית המשפט לא השתנתה לאורך השנים (רי' למשל רע"פ 4562/11 מוחתסב נ' מדינת ישראל, שם עמדה למבחן הנחיה מקלה שפרסם היועץ המשפטי לממשלה בעבירה של הסעת שוהים בלתי חוקיים; עניין **אבו פריח**, שעסק בתקיפה עקיפה בהליכים אזרחיים, לא שינה זאת, ובין העמדות השונות למשל עמדתה של כב' השופטת ד' ברק-ארז, לפיה הערכאה הדיונית מחויבת להכריע בתקיפה עקיפה שבאה לפניו (פסקה 2 לחוות הדעת).

58. מסקנתו של בית המשפט המחוזי שלא להידרש לתקיפה עקיפה נסמכה לשיטתו על יישום קונקרטי של הקווים המנחים שהותוו בעניין **אבו פריח**. על פי בית המשפט, אלה הן הנקודות העיקריות המצדיקות שלא לבחון טענות המבקשים לגופן: (1) התנהלותם המבקשים, שהוזהרו שלוש פעמים טרם נקיטת הליך פלילי מחייבת שלא להתיר להם לעשות דין לעצמם (2) העובדה כי לפנינו איסור שנועד להבטיח סדר ציבורי, במקרה זה מניעת פגיעה במבקרים ובמתפללים בכותל המערבי (3) לא נשמעה עמדת הרשות המנהלית, שר הדתות והגורמים עמם נועץ ביחס לשאלה מה גורם לחילול או לפגיעה בכותל ובמתפללים בו (4) סדרי התפילה שנקבעו בתקנות אלה הועמדו לביקורת שיפוטית בתקיפה ישירה בבית המשפט העליון (בג"ץ 257/89, 2410/90 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי) ונקבע בהקשר לתקנה אחרת כי היא סבירה ובגדר סמכותו של שר הדתות.

59. הטעם השני, שהיווה נימוק משמעותי התומך במסקנת בית המשפט, הוא כי ממילא חומרת הפגם שנפל בהתקנתה התקנה וביישומה אינו מצדיק תקיפה עקיפה (ר' סעיפים 39 סיפא, 50). נוסף לקביעה כי הפגמים הנוגעים לשאלת הסמכות ולהיבטים מנהליים אינם חמורים, נקבע כי הפגיעה הינה מדתית, על פי הסמכה שבחוק ולשם תכלית ראויה.

60. בניגוד לעמדתו של בית משפט קמא, הסניגוריה הציבורית סבורה כי חומרת הפגם משמעותית. מדובר בפגם חמור וגלוי, הן במישור המנהלי והן במישור החוקתי, היורד לשורש ההצדקה להעמדה לדין פלילי. די בכך כדי לקבוע כי בית המשפט שגה בכך שלא איפשר למבקשים לתקוף את התקנה בדרך של תקיפה עקיפה. זאת ועוד, בעניין **אבו פריח** לא נקבע שאין להידרש לתקיפה עקיפה כאשר עוצמת הפגם נמוכה, אלא דווקא שכאשר המעשה המנהלי לוקה בפגם חמור הגלוי על פני הדברים "יהיה זה טעם להידרש לטענות המנהליות ולהכריע בהן, אף אם בנסיבות העניין היה על בעל הדין לבחור במסלול של תקיפה ישירה והוא נמנע מכך" (פסקה 10 לחוות דעתו של כב' הנשיא (בדימ') א' גרוניס). מניסוח זה עולה בבירור כי לא מדובר בתנאי שאי-התקיימותו מהווה שיקול נגד התערבות בתקיפה עקיפה, אלא ב"נסיבה מחמירה", שהתקיימותה מצדיקה התערבות אפילו במקום שראוי היה לברר הסוגיה בתקיפה ישירה.

61. גם נימוקיו הנוספים של בית משפט קמא אינם חפים מקשיים. קביעתו כי תקיפה עקיפה לא רצויה מאחר שאינה מאפשרת שמיעת עמדתה של הרשות המנהלית בעניין שבמחלוקת היא קביעה נוקשה בלשון המעטה. משהמדינה היא צד להליך, הרי שהיא מייצגת את עמדתה של כל זרועותיה השונות ותפקידה הוא להביא לפני בית המשפט את עמדת הרשות המנהלית המסוימת, וכדברי כב' השופט א' רובנישטיין בבג"ץ 6017/10 **אדם טבע ודין נ' שר התשתיות הלאומית**, "כידוע יש מדינת ישראל אחת, וממשלה אחת, ויועץ משפטי לממשלה אחד, ופרקליטות מדינה אחת שמייצגים את כל גופי המדינה" (פסקה ז'). כישלונה של המדינה, שהיא צד להליך, להביא ראיות לעניין עמדתה של הרשות המנהלית אינו מהווה שיקול בשאלה אם לדון בטענת הגנה של נאשם לגופה. יתרה מכך, קביעה כזו יוצרת תמריץ שלילי למדינה לפרוש לפני בית המשפט את מלוא המידע הדרוש לו להכרעה צודקת וראויה.

62. גם התייחסותו של בית המשפט להתנהלות המבקשים אינה חפה מקשיים. ראשית, הדברים שנאמרו בעניין **אבו פריח** בהקשר זה התייחסו לתקיפת צו מנהלי אישי בו האיזונים שונים, כפי שהובהר לעיל. שנית, גם אם ניתן היה להסכים שדבק פגם בהתנהלותם (וכאמור, איננו סבורים כך), הרי שהוא בטל בשישים לעומת הפגם המוסרי שבעצם העמדתם לדין בנסיבות שתוארו. שלישית, כאשר מדובר בעניים התלויים למחיתם בקיבוץ הנדבות, "עשיית דין עצמית" הינו הכרח קיומי, שאין להגדירו ככזה שדבק בו פסול השולל את הגנתם המשפטית.

63. העובדה שהמבקשים לא תקפו את התקנה בהזדמנות הראשונה אינה יכולה לעמוד להם לרועץ. הבה נניח כי הכנסת מסמיכה בחוק את שר הפנים לקבוע תקנות לשמירה על הסדר הציבורי, וזה האחרון מתקין תקנה לפיה חל איסור על כל אדם ששיערו ג'ינגי לצאת מביתו לאחר השעה 18:00 ועד ליום המחרת. האם יעלה על הדעת כי אדם שיעצר ברחוב מגוריו ויועמד לדין כתוצאה מחוק זה לא יוכל להעלות בפני בית המשפט טענה בדבר אי חוקתיותו

של החוק, רק משום שלא תקף אותו בתקיפה ישירה בעת שחוקק או במשפטו הקודם? ברור כי הכרעה כזו אינה יכולה לעמוד, ויש לאפשר את תקיפת התקנה בהזדמנות הראשונה שבאה לפתחו של בית המשפט, גם אם יהא זה משפטו הרביעי של פלוני. שאם לא כן, מונצחת פעולתה הבלתי חוקתית של המדינה.

64. דברים אלו אמורים ביתר שאת על רקע הקביעה בעניין **אבו פריח** כי "יילקחו בחשבון שיקולי צדק ביחס למבקש לתקוף את האקט המנהלי, כגון נסיבותיו האישיות והשאלה אם היתה לו אפשרות מעשית לתקוף את מעשה המינהל בתקיפה ישירה" (פסקה 10 לחוות דעתו של כב' הנשיא (בדימ') א' גרוניס). בשים לב למאפייניהם הייחודיים של המבקשים, העסוקים בהשרדות יום-יומית המשפיעה על פניותם לתקיפה ישירה ועל גישתם לערכאות, הרי שהצדק מחייב כי התקיפה של הנורמה הכללית תתאפשר בעניינם בשלב ההליך הפלילי כנקודת מוצא.

65. טענת בית המשפט כי התקנה שומרת על הסדר הציבורי ומונעת פגיעה במבקרים ובמתפללים בכותל המערבי מוטלת גם היא בספק רב. שכן, כאמור לעיל, דווקא האיסור על קיבוץ נדבות בכותל פוגעת ברגשות הציבור הדתי ובחופש הדת שלהם. על אחת כמה וכמה בשים לב לכך שהתקנה יצרה איסור מבלי לדרוש מעשה נלווה מלבד פשיטת היד כשלעצמה, כגון הטרדה. נוסף כי הפנייתו של בית המשפט לבג"ץ 257/89, 2410/90 **הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי ואח'** אינה רלבנטית לעניינו, שכן המבקשים תוקפים תקנת משנה אחרת מזו שעמדה בבסיס עתירות אלה.

66. לבסוף, נציין כי הכרעתו של בית המשפט המחוזי, במיוחד בהתייחסותו לעניין **אבו-פריח**, אינה נותנת משקל ראוי להבחנה שבין הליכים פליליים להליכים אזרחיים והשפעה זו על מאזן האינטרסים השונים. כאשר עומד הנאשם מול מלוא כובד משקלו של ההליך הפלילי וכוחה ויתרונה העצום של המדינה המאשימה, ומבקש להרים כנגדו, ביד נרפית, את מגן ההשגה על הנורמה הכללית, ראוי כי הענקת הזכות לעשות זאת תהיה נקודת המוצא של הערכאה הדיונית. כל הכרעה אחרת תביא לענישתו הבלתי מוצדקת הכפולה של הנאשם – העונש שעליו לשאת בגין אי עמידתו בנורמה שחוקתיותה מוטלת בספק וגזילת זכותו לטעון נגד נורמה זו.

סוף דבר,

67. נבקש לחתום עמדת ידיד בדברים מתוך מגילת העצמאות:

בארץ-ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והלאומית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכסי תרבות לאומיים וכלל-אנושיים והוריש לעולם כולו את ספר הספרים הנצחי...

מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל

אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך
ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות

68. מדינת ישראל זכתה לכונן עצמה על שני יסודות ערכים איתנים ומלאי תוכן, ערכי הדמוקרטיה וערכי היהדות, על מסורתה רבת השנים. עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירות וחוק יסוד: חופש העיסוק, ערכיה היהודיים של המדינה זכו גם לעיגון חוקתי, וכפי שכבי' השופט מי' אלון הטיב לתאר, "שילוב מאלף זה ייחודי הוא למדינת-ישראל, היא המדינה היהודית, ומתוך כך, ייחודי הוא לפרשנות של סוגיית זכויות האדם היסודיות שבמערכת משפט" (עיוני משפט יז, תשנ"ג, 668). שילוב של השניים מחייב, כפי שפורט בהרחבה, כי תצא בת קול מבית משפט העליון של מדינת ישראל שתכריז על בטלותה של תקנה 2(א)(7) בנוסחה הנוכחי, ותפרוש הגנתה על החלשים והנדכאים שבחברה.

69. פניה של חברה משתקפים גם ביחסה לחלשים ולעניים שבקרבה. המבקשים, ודומיהם, ראויים ליחס של כבוד, הבנה והכלה מצד המדינה. הם ראויים להושתת יד, לבחינת כל אפשרות לסייע לשפר את מצבם הקשה. הם אינם ראויים להפניית עורף, ובוודאי שלא להפיכתם לעבריינים פליליים, רק בשל עניים. מעשה שכזה מצד החברה הוא מעשה פסול שיש להוקיע, ודאי בחברה המושתתת על ערכים דמוקרטיים ויהודיים, והדרך לעשות זאת מתחילה במסר חד וברור מפיו של בית המשפט העליון של מדינת ישראל; העמדתם לדין פלילי הינה בגדר התערבות דורסנית מצד המדינה ביחסי חסד שנעשים בהסכמה ובנפש חפצה בין איש ולרעהו, במקום שבו היא עצמה כשלה לסייע, ואין להשלים עם התערבותה זו.

אשר על כן, הסניגוריה הציבורית סבורה כי על בית המשפט לקבוע שתקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים התשמ"א-1981 בטלה ומבוטלת, ולמצער שמורה למקרים של הטרדה והפרעה לסדר הציבורי בלבד. את כתבי האישום שהוגשו כנגד המבקשים יש לבטל מן הטעמים המפורטים בעמדה זו.



גבריאל פורט, עו"ד

מנהל תחום בכיר – המשפט המינהלי

הסניגוריה הציבורית הארצית



ב/טל ענר, עו"ד

מנהל מח' תיקי בית המשפט העליון

הסניגוריה הציבורית הארצית

היום, י"ד סיון, תשע"ט

17 יוני, 2019