

**בית המשפט השלום בירושלים**

ת"פ 32921-06-14  
ת"פ 28268-03-16  
בפני כב' השופט פאול שטרק

מדינת ישראל

**המאשימה:**

באמצעות שלוחת תביעות מחוז ירושלים  
מרח' יפו 30 ירושלים  
טל': 02-5391671 ; פקס : 02-5898973

- נ ג ד -

**הנאשם בת"פ 32921-06-14: ש' ש'**

ע"י ב"כ אביאל קריא ו/או אח'  
מרח' בן יהודה 34 ירושלים 94230  
טל': 077-8150041 ; פקס : 02-6738931

**הנאשם בת"פ 28268-03-16: א' ב' מ'**

ע"י ב"כ עוה"ד מנחם שטאובר  
מרח' בן יהודה 1, ירושלים, ת"ד 2539  
טל': 02-6230191 ; פקס : 02-6240979  
דוא"ל: stauberm12@gmail.com

**האגודה לזכויות האזרח בישראל**

**ידידת בית המשפט:**

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ואח'

**מהאגודה לזכויות האזרח בישראל**  
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154  
טל': 03-5608185 ; פקס : 03-5608165  
דוא"ל: gil@acri.org.il

**התייחסות ידידת בית המשפט להחלטתו של כב' השופט גורדון**  
**בת"פ 6648-11-14 מ"י נ' שיפרמן, ביחס לתיקים שבכותרת**

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 12.6.17, להלן התייחסות ידידת בית המשפט להחלטת כב' השופט גורדון מיום 16.10.16 במסגרת ת"פ 6648-11-14 מ"י נ' שיפרמן (להלן – עניין שיפרמן).

ידידת בית המשפט מבקשת להדגיש את הסוגיות הבאות, אשר לעמדתה בית המשפט שדן בעניין שיפרמן לא נדרש אליהן או נתן להן משקל פחות מהראוי:

**א. הפגיעה בחופש הביטוי**

1. בית המשפט בעניין שיפרמן בחן את הפגיעה בחופש העיסוק של פושטי היד בשל תקנה 2(א)(7) לתקנות המקומות הקדושים, וקבע כי הפגיעה בחופש העיסוק היא מידתית. בפסק הדין אין התייחסות לזכות לחופש הביטוי הנפגעת קשות מההגבלה, ובמיוחד לכך שההגבלה הינה סלקטיבית.

לאדם מותר לפנות למתפללים אחרים בכל בקשה, להציע להם להניח תפילין או לחבוש כיפה, לעניין אותם במטרה פוליטית. הביטוי היחיד שאסור לו הוא לבקש נדבה.

2. ההגבלה על חופש הביטוי כפי שמתבטאת בתקנות המקומות הקדושים היא חמורה במיוחד שכן היא אוסרת על עצם הפניה לנדבה ולתרומה גם אם לא נלווית לה הטרדה. בית המשפט בעניין שיפרמן אמנם פסק כי קיים קושי לקבוע את הגבול בין בקשה מטרידה לבין בקשה שאינה מטרידה, אולם לעמדת ידידת בית המשפט המקרים שבעניינם נדון ההליך דגן אינם בתחום האפור, שכן כתבי האישום מתייחסים לפעילות פסיבית של הנאשמים בלבד, שהתבטאה אך ורק בבקשת תרומה, במילים.

3. מכאן שעצם הפניה, הדיבור, ההבעה, ישירה או משתמעת, לקבלת נדבה היא עבירה פלילית. קשה שלא להתרשם כי ההגבלה קשורה בקשר ישיר בתוכן הביטוי ומטרתה היחידה להגן על המתפללים מפני אי הנוחות במפגש עם אדם עני המבקש נדבה, ולא מפני עצם ההפרעה.

4. בית המשפט העליון בארה"ב פסק כי פעילות לקיבוץ נדבות למטרות צדקה מוגנת תחת חופש הביטוי, וכי הגבלתה נתונה לביקורת שיפוטית ברמה הגבוהה ביותר, כהגבלה על ביטוי בשל תוכנו. ידידת בית המשפט הצביעה בחוות דעתה על כך כי בשנים האחרונות המגמה היא לפסול תקנות נגד קיבוץ נדבות המנוסחות באופן רחב יתר על המידה, לרבות הגבלות על קיבוץ נדבות במקומות מסוימים, שכן הן נתפסות כהגבלה על פי תוכן.

5. כמובן שהפגיעה בחופש הביטוי מחריפה שבעתיים כאשר היא הופכת מהגבלה מינהלית, שנאכפת על ידי סדרן, לעבירה פלילית. ההפלה של ההתנהגות מעצימה את הפגיעה.

## **ב. ההבחנה בין איסור מנהלי לבין איסור פלילי**

6. בית המשפט בעניין שיפרמן יצא מנקודת הנחה כי האיסור על פשיטת יד וההפלה שלה חד הם לעניין הביקורת השיפוטית. מכאן הוא קובע כי משמצא כי ההגבלה על פשיטת היד היא סבירה ומידתית יש להותירה על כנה וכן את הענישה הפלילית הנלווית להפרתה.

7. לעמדת ידידת בית המשפט לצורך הדיון בתיקים דגן אין חובה להכריע ביחס לחוקתיות ההגבלה על פשיטת יד ברחבת הכותל מכוח תקנה 2 (א)(7), ודי בכך שייקבע כי ההפלה של התנהגות זו מכוח תקנה 5 היא בלתי חוקית. משמעות קביעה זו הינה שההגבלה תיוותר על כנה אך ייקבע כי היא תיוותר כהגבלה מינהלית ולא כעבירה פלילית שדינה אף יכול להיות חצי שנת מאסר. קביעה כזאת תביא לביטול כתב האישום (וממילא יתייתר הצורך לדון האם ההגבלה עצמה היא חוקתית או לא).

8. לעמדת ידידת בית המשפט יהיה בכך להקהות את עוצמת הפגיעה שיוצר האיסור על פשיטת יד בזכויות החוקתיות, שכן אין דין דרישה של סדרן לחדול מפשיטת היד, או אף הרחקה מחוץ לרחבת הכותל כדין העמדה לדין והפעלת מלוא עוצמתו של הדין הפלילי, הכרוך בתיוג מבצע הפעולה כ"עברייני" ושלילת חירותו, במיוחד כאשר אנו עוסקים באוכלוסייה שהתנהגותה אינה עבריינית בבסיסה, אלא נובעת ממצוקה.

9. יודגש כי אם האיסור יותר על כנו אך ההפלה תבוטל, לרשויות האמונות על הסדר הציבורי ברחבת הכותל עדיין יהיו כלים מצוינים להתמודד עם מקרים ש"חצו את הגבול". במקרה של פשיטת יד מטרידה, הכרוכה בהפעלת כוח, דחיפות או חסימת הדרך, עומדת למשטרה הסמכות לפעול מכוח

סעיף 216(ב) לחוק העונשין, הקובע כעבירה התנהגות כזאת, שעונשה עד חודש מאסר. בית המשפט בעניין שיפרמן לא התייחס לאפשרות להפעיל עבירה זו במקרים המתאימים, ולא לטענה כי בהפעלת הדין הפלילי יש להעדיף הסדר שנקבע בחקיקה ראשית על פני הסדר שנקבע בחקיקת משנה, במיוחד שהוא מחמיר יותר.

10. במקרים אחרים ניתן יהיה לנקוט בצעד של אזהרה, הרחקה זמנית ואף הרחקה ממושכת במקרים מסוימים – כל אלו כלים מנהליים שהמחוקק העניק לפרנסי הכותל. כמובן שבסופו של יום, הדרך להתמודד עם מקרים אלו היא באמצעות הפעלת מערכת הרווחה למיזוי זכויותיהם של פושטי היד, טיפול במקור מצוקתם, והעצמתם, כך שלא יהיו במצוקה הגורמת להם לפשוט יד.

11. לעניין זה יש לציין, כי גם הפסיקה שעסקה בהגבלות מכוח התקנות בבית המשפט הגבוה לצדק, שאותן מצטט בית המשפט בעניין שיפרמן, גם היא עסקה בעיקרן בהיבט המינהלי/חוקתי שלהן ולא בהיבט הפלילי, וזאת בעקבות תקיפה ישירה של כמה מהמגבלות. כך בעניין **הלפרסון** נסוב הדיון על הגבלה מינהלית שהטילו על העותר בשל פשיטת יד – הרחקתו הזמנית מהכותל - וממילא היא בוטלה בהסכמה. בית המשפט אף הדגיש כי הסמכות המינהלית להגביל את כניסתו נפרדת מהסמכות הפלילית, אך בג"ץ כלל לא דן בשאלות מושא התיקים דנן (בג"ץ 7326/09 **הלפרסון נ' שר הדתות** (מיום 11.10.09)). גם בבג"ץ 257/89 **הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי**, פ"ד מח(2) 265 (1994) נדונה החלטת רשויות הכותל לאסור על נשים להתפלל עטופות טלית. פסקי דין אלו מצביעים על כך שיש לממונה על הכותל כלים מינהליים והוא אף מפעיל אותם.

12. בענייננו מדובר באכיפה פלילית, שפגיעתה בפרט קשה מנשוא, וההיבט הזה לא נדון כלל בפסקי הדין שנדונו בבג"ץ. רק בעניין עמ"י (י-ם) 13-04-23834 **מדינת ישראל נ' ראס** (מיום 24.4.13), אותו ציטט בית המשפט בעניין שיפרמן, נדונו הגבלות שדרשה המדינה אגב אכיפה במישור הפלילי. באותו עניין נדונו הגבלות שביקשה המדינה להטיל כתנאי שחרור ממעצר כלפי נשות הכותל. אולם העבירה שיוחסה לנשות הכותל הייתה בעיקר הפרת הוראה חוקית ובכל מקרה בית המשפט שדן בערר על הפקדת ערובה (כב' השופט סובל) קבע כי כלל לא הייתה עילת מעצר מכוח תקנות 2+5 לתקנות המקומות הקדושים, משום שקיימת מחלוקת על פרשנות התקנה האוסרת עריכת טקס דתי שלא לפי מנהג המקום.

13. יתרה מזאת, בעניין עמי (י-ם) 12-10-1817 **ליפשיץ נ' מדינת ישראל** ביטל בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט דרורי) מגבלות שהטילה המשטרה על אדם שנטען שפשט יד לתרומה בכותל, וביקר את הניסיון לעשות שימוש באכיפה הפלילית לצורך שחרור ממעצר עם מגבלות על כניסה לכותל. בית המשפט אף ציין כי ספק האם בכלל הייתה עילה למעצרו של העצור שעה שכל מה שעה היה לברך את העוברים ושבים ובתמורה קיבל מהם נדבה. מכאן שלא ניתן להסיק מפסקי הדין המועטים בנושא כי קיימת הלכה בעליון או במחוזי התומכת באכיפה של התקנות במישור הפלילי.

### ג. שאלת החריגה מסמכות

14. בית המשפט בעניין שיפרמן התמקד בסמכות הכללית להתקין תקנות בחוק המקומות הקדושים ובסעיף 16(2) לפקודת הפרשנות, שהיה בתוקף בעת שהותקנו התקנות מושא כתב האישום, שלפיהן סמכות להתקין תקנות משמעה סמכות לקבוע קנס או עונש מאסר עד חצי שנה למי שעובר עליהן.

סמכות זו בוטלה בינתיים. בית המשפט בעניין שיפרמן התמקד בשאלה האם הביטול חל רטרואקטיבית, ופסק שלא.

15. לעמדת ידידת בית המשפט, בית המשפט בעניין שיפרמן לא נתן משקל מספק לכך שיש לפרש חקיקה, ובוודאי תקנות וצווים לאור חוקי היסוד. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו קובע כי פגיעה בזכויות חוקתיות המוגנות על ידו, ואין חולק כי הפללה של פשיטת יד היא פגיעה בזכויות חוקתיות, תעשה רק "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (סעיף 8 לחוק היסוד, ההדגשה הוספה). לכן לא די בהסמכה כללית מהסוג שהופיעה בעבר בפקודת הפרשנות.

16. מעיון בחוק המקומות הקדושים ברור כי אין בו הסמכה מפורשת לקבוע כי פשיטת יד תהווה עבירה. לעניין זה חוק המקומות הקדושים כלל שתי עבירות ספציפיות, שנקבעו במפורש על ידי הכנסת, ועוד סעיף כללי ועמום אודות כך שהמקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת, או פגעה בחופש הגישה או ברגשותיהם של בני הדתות השונות כלפי המקומות הקדושים. הסמכות להתקין תקנות לביצוע החוק אינה סמכות לחוקק עוד עבירות פליליות, שעה שהכנסת כבר קבעה את ההסדר הרצוי בעיניה. ניתן להניח כי יש לשר סמכות לקבוע מגבלות מינהליות סבירות על ההתנהגות במקום קדוש, אבל זו הנחה מרחיקת לכת עד מאוד להניח כי יש לשר סמכות להוסיף עוד עבירות פליליות לחוק, שעה שהכנסת קבעה שתי עבירות ספציפיות ולא הסמיכה במפורש את השר להוסיף עוד ועוד עבירות.

17. ראוי לציין כי גם בסעיף 16(2) לפקודת הפרשנות, שבוטל, הייתה סיפא, שסייגה את הסמכות הכללית לקבוע ענישה למי שמפר תקנה למצב בו "אין באותו חוק הוראה אחרת". לעמדת ידידת בית המשפט, שעה שהמחוקק הראשי קבע רשימה סגורה של שתי עבירות פליליות, מהווה הדבר "הוראה אחרת". מכלל ההן נלמד כלל הלאו, והוא שהכנסת לא התיימרה לאפשר למחוקק המשנה להוסיף עבירות פליליות מעבר לאלו שהיא עצמה קבעה.

#### ד. חריגה ממדיניות האכיפה המאושרת

18. בעניין שיפרמן ציין בית המשפט כי התביעה אינה חורגת ממדיניות האכיפה, כי בפועל היא העמידה לדין בעבר גם מי שפושט יד בלי הטרדה. בעניין זה, לעמדת ידידת בית המשפט, יש מקום לתת משקל רב יותר לכך שלפי נוהל האכיפה משנת 2006 שאושר על ידי היועץ המשפטי לממשלה, יש לפעול באפיק המינהלי של הרחקה רק במקרים של הטרדה ורק לאחר שלוש אזהרות. אם כך בעניין הרחקה, אז קל וחומר, שאין לנקוט בהליך פלילי במקרים שלא עומדים בנוהל זה. המקרים דנו, כפי שמתוארים בכתב האישום, אינם מקרים של הטרדה.

19. ישנו קושי להסתמך על חריגות ממדיניות האכיפה שנקבעה בעבר כהצדקה לחריגות כיום, רק על בסיס הטענה לאכיפה שוויונית. השוויון אינו יכול להצדיק חריגה ממדיניות האכיפה, רק משום שחרגו ממדיניות זו שלא כדין במקרים אחרים בעבר.

20. יש להוסיף עוד, כי בעניין הלפרסון נרשמה בפסק הדין התחייבות של שר הדתות לבג"ץ כי "אין מרחיקים את מי שאינו מפריע או בא במגע פיזי עם מתפללים". ושוב - אם זו המדיניות לגבי נקיטה בצעד מינהלי של הרחקה, קל וחומר כי אין לנקוט בצעד הקיצוני והחמור של העמדה לדין פלילי במקרים שאינם כוללים הטרדה פיזית, כפי שהמקרים המתוארים בכתב האישום.

## ה. בחינת שיקול הדעת של התביעה

21. בית המשפט בעניין שיפרמן התמקד בשאלת האכיפה הבררנית ובשאלת הגנת זוטי הדברים. לעמדת ידידת בית המשפט, חובתו של בית משפט הדן בכתב אישום לבחון גם את סבירות שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתב האישום, אך בית המשפט בעניין שיפרמן ממעט להתייחס לכך. כפי שידידת בית המשפט פירטה בהרחבה בחוות דעתה, בשלב המקדמי מוסמך ומחויב בית המשפט להיכנס לבחינה מינהלית של שיקולי התביעה, אשר אינן מתמצות רק ב"הגנה מן הצדק".

22. בעניין זה בית המשפט בעניין שיפרמן לא נתן משקל מספק לכך שמדובר בעבירה שעניינה פעולת הישרדות של עניים במרחב הציבורי ולעובדה כי מדובר במקרה השייך לקטגוריה של "עבירות עוני" – מקרים בהם מפלילים פעולות, שמהוות אסטרטגיית הישרדות עבור אנשים המתמודדים עם עוני כגון גניבות "קלות", במיוחד של מוצרי מזון, פלישה לדירה ריקה, חיבור פיראטי לרשת המים וכדומה.

23. היחס של בית המשפט לשאלת סבירות הגשת כתבי אישום בעבירות עוני ראוי שיהיה שונה, שכן מדובר במקרים שונים, ואף ראוי כי בית המשפט יבחן מתי עבירה מסוימת הופכת להיות "עבירת עוני" ברגע שהיא מיושמת כלפי אנשים עניים או בעיקר כלפיהם. לכן, הגם שתקנות השמירה על המקומות הקדושים מתייחסות לעבירה באופן ניטראלי – האיסור על פשיטת יד חל לא רק על עניים אלא על כל אדם, ברור כי ההשפעה שלו על עניים היא לא פרופורציונאלית ביחס להשפעתו על כל אחד אחר, כי עבורם מדובר באסטרטגיית הישרדות, ולא בכדי הם חוזרים ומבצעים את "העבירה" שוב ושוב. מהו מוראו של הדין לעומת המורא ממצב בו אינך מסוגל לספק מזון או תנאי קיום אחרים לעצמך או לבני משפחתך?

24. לעמדת ידידת בית המשפט, המפורטת בהרחבה בחוות דעתה, במקרים כמו המקרה דן הכלי הפלילי לא רק שאינו ראוי אלא יש בו אף לגרום נזק כבד לאינטרס הציבורי. העמדה לדין של מי שנאלץ לקבץ נדבות למחייתו, רק על עצם פשיטת היד ובלי שנלווה לה ממד של הטרדה היא חציית קו אדום. גם אם אין בידי בית המשפט הנכבד לבטל את העבירה, הרי שיש לאכוף אותה רק במקרים קיצוניים ביותר, שכלו כל הקיצין, ואין כל צעד מינהלי אחר שניתן לנקוט בו.

25. כפי שצוין בחוות הדעת מטעם ידידת בית המשפט, בעניין **גנור** פסק בית המשפט העליון כי לא כל העבירות הפליליות הן באותה רמת חשיבות ולא כל העבירות מתבצעות בתנאים שווים, וכי יש מקום להתערב בכתב אישום שהנזק בהגשתו לנאשם ולציבור עולה על התועלת של ההליך הפלילי (בג"ץ 935/89 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד(2) 485, 507 (1990)). בחינה כזאת לא התקיימה בצורה מספקת על ידי בית המשפט בעניין שיפרמן.