



בית המשפט העליון

דנ"פ 2952/20

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות

המבקש: אליעזר מושיא

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית משפט זה מיום 18.2.2020 ברע"פ 8182/18 וברע"פ 8462/18 אשר ניתן על ידי כבוד השופטים נ' סולברג, ד' ברק-ארז ו' אלרון

תגובת המשיבה לבקשה לדיון נוסף מיום 20.8.2020

בשם המבקש: עו"ד מנחם שטאובר

בשם המשיבה: עו"ד אופיר טישלר

החלטה

זוהי בקשה לקיים דיון נוסף על פסק דינו של בית משפט זה (השופטים נ' סולברג, ד' ברק-ארז ו' אלרון) מיום 18.2.2020 ברע"פ 8182/18 וברע"פ 8462/18 (להלן: פסק הדין).

1. שמעון שוורץ ואליעזר מושיא (להלן: שוורץ ומושיא בהתאמה) הועמדו לדין בשל כך שקיבצו נדבות ברחבת הכותל המערבי בניגוד לתקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, התשמ"א-1981 (להלן: תקנות השמירה על המקומות הקדושים או התקנות) האוסרת על "פשיטת יד וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקומות שהועיד לכך הממונה ולמטרות שהוא קבען" (להלן: התקנה). בית משפט השלום בירושלים (השופט פ' שטרק) הרשיעם על פי הודאתם במסגרת הסדר טיעון, לאחר שטענות מקדמיות שהעלו כנגד חוקיות התקנות נדחו. בהמשך לכך, נגזר דינם כך שעל כל אחד מהם הושת קנס או מאסר תחתיו, והם נדרשו לחתום על התחייבות להימנע מעבירה לפי חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967 (להלן: חוק השמירה על המקומות הקדושים או החוק). כמו כן, בעניינו של מושיא הופעלה התחייבות

קודמת מסוג זה שהושתה עליו בהליך קודם שבו הועמד לדין בגין קבצנות ברחבת הכותל המערבי והוא נדרש לשלם סך של 8,000 שקלים.

שוורץ ומושיא הגישו ערעורים לבית המשפט המחוזי בירושלים (ע"פ 11606-01-18 וע"פ 5629-02-18) ובמסגרתם השיגו על החלטתו המקדמית של בית משפט השלום בדבר חוקיות התקנות. ביום 16.10.2018 דחה בית המשפט המחוזי (השופטים א' דראל, ע' זינגר וח' מאק קלמנוביץ') את הערעורים וקבע כי התקנות הותקנו בסמכות, כי האיסור הפלילי שנקבע בהן הוא לתכלית ראויה ובהתחשב בכך שההסדר אינו אוסר על קיבוץ נדבות באופן גורף, הוא מידתי. כמו כן, נקבע כי מדיניות האכיפה שפירטה המשיבה (להלן: המדינה) בבית המשפט, ולפיה מוגש כתב אישום רק לאחר שאדם קיבל שלוש אזהרות, היא ראויה.

2. שוורץ ומושיא לא השלימו עם פסק דינו של בית המשפט המחוזי, והגישו בקשות רשות ערעור לבית משפט זה. בית המשפט קיבל את הבקשות ודן בהן כבערעורים עצמם, אך לגוף הדברים דחה את הערעורים ברוב דעות של השופטים ד' ברק-ארז ונ' סולברג, כנגד דעתו החולקת של השופט י' אלרון. השופטת ד' ברק ארז, אשר כתבה את דעת הרוב, ציינה כי במוקד הדיון עומדות שלוש שאלות: האם יש פגם בהעלאת טענות נגד תוקפן של התקנות במסגרת תקיפה עקיפה; האם תקנות השמירה על המקומות הקדושים הותקנו בסמכות, וככל שכן, האם האיסור הקבוע בהן עומד בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; והאם מדיניות האכיפה שנוקטת בה המדינה ביחס לעבירה זו ראויה? אשר לשאלה הראשונה, השופטת ברק-ארז עמדה על כך שהמקרה דנן במסגרתו נתקף תוקפו של האיסור הפלילי בדבר פשיטת יד ברחבת הכותל אגב ערעור על הרשעה בעבירה זו, הוא "דוגמה מובהקת למקרה המתאים לתקיפה עקיפה". אשר לשאלה השנייה, השופטת ברק-ארז ציינה שהצדדים הרחיבו בדבר היחס בין תקנות השמירה על המקומות הקדושים ובין סעיף 2(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), הקובע כי "תקנות שבהן נקבעו עבירות ועונשים טעונות אישור ועדה של הכנסת". חשיבותה של שאלה זו, כך ציינה, היא בכך שהתקנות לא אושרו על ידי ועדה של הכנסת, ולכן אם יקבע שסעיף זה חל על התקנות אזי המסקנה הנובעת מכך היא שאלו אינן בתוקף. ואולם, לגישתה, סעיף 2(ב) לחוק העונשין אינו חל על התקנות משום שסעיף זה נחקק למעלה מעשור לאחר שתקנות השמירה על המקומות הקדושים הותקנו, ומכאן שחלה בעניין זה החזקה הפרשנית לפיה אין תחולה למפרע לסעיף חוק אלא אם הדבר צוין בו מפורשות.

השופטת ברק-ארז הוסיפה ודחתה את טענת המבקשים כי במקרה דנן נסתרת החזקה האמורה וזאת בשל מספר טעמים. ראשית, ההיסטוריה החקיקתית של חוק השמירה על המקומות הקדושים מלמדת שכבר במועד חקיקתו התכוונו חברי הכנסת להתקין תקנות מכוחו, ובכלל זה תקנות הקובעות עבירות קלות מאלו שנחקקו בחוק עצמו. שנית, ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 2(ב) לחוק העונשין עצמו, המלמדת כי חברי הכנסת ראו בו דבר חקיקה חדש שנועד לחול מכאן ואילך, תומכת אף היא במסקנה זו. עוד קבעה השופטת ברק-ארז כי דרישת האישור הכלולה בסעיף 2(ב) יפה לתקנות שטרם הותקנו במועד חקיקתו של סעיף 2(ב) ולא לתקנות שהליך התקנתן כבר הושלם, שכן מטרתה לעודד קיום דיאלוג בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת במהלך עיצוב התקנה ולא בשלב מאוחר יותר. השופטת ברק-ארז הוסיפה וציינה כי אף שניתן להניח כי מנגנוני בקרה מרובים יכולים למנוע שרירות, הדרישה לאישור של הכנסת אינה מבטיחה בהכרח הקלה עם הנאשם, ומשכך הכלל הפרשני לפיו יש לפרש הוראת חוק לטובת הנאשם אינו רלבנטי למקרה דנן. לבסוף, עמדה השופטת ברק-ארז על כך שישנן תקנות רבות הקובעות עבירות שקדמו לחקיקתו של סעיף 2(ב) ואשר נדונות באופן קבוע בבתי המשפט ונאכפות בחיי המעשה דבר יום ביומו. על כן, לקביעה לפיה סעיף 2(ב) חל רטרופקטיבית תהיה השפעה על תוקפן של תקנות אלו, כך שמסקנתה נתמכת אף בטעמים מעשיים.

3. לעניין עמידת התקנות בתנאי פסקת ההגבלה, השופטת ברק-ארז קבעה כי סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, אשר מכוחו הותקנו התקנות, נוקט בלשון רחבה שאינה מוגבלת לגדרי העבירות שנקבעו בחוק עצמו, ועל כן העבירה שנקבעה בתקנה אינה חורגת מלשון ההסמכה שבחוק. כמו כן, לגישה, אף שהתקנה פוגעת במספר זכויות יסוד – ובהן הזכות למינימום קיום אנושי בכבוד, חופש הביטוי והזכות לחופש העיסוק – פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, שכן תכלית התקנות לאפשר גישה לכותל תוך שמירה על הסדר הציבורי, היא תכלית ראויה; משום שמדובר בפגיעה מידתית לאור העובדה שהאיסור על פשיטת יד מוגבל מבחינה גיאוגרפית לרחבת הכותל בלבד; ובשל המדיניות להמעט באכיפת עבירה זו.

4. באשר לשאלה השלישית, השופטת ברק-ארז ציינה כי לגישה "האכיפה של אורחות ההתנהגות ברחבת הכותל בהיבט הפלילי צריכה להיות מצמצמת וזהירה" ועל כן, יש לקבוע כללים ברורים לגבי הנסיבות שבהן ייעשה שימוש בהליך הפלילי, להבדיל מפעולה במישורים אחרים, כגון הרחקה מרחבת הכותל. עוד צוין כי אף אם מתקבלת החלטה להעמיד לדין בגין פשיטת יד לפי התקנות, יש להוסיף ולברור את העונשים ההולמים הרשעה בה. בנסיבותיו הפרטניות של המקרה דנן, הגיעה השופטת ברק-ארז

לכלל דעה כי אין להתערב בתוצאה העונשית בעניינם של שוורץ ומושיא, וזאת מן הטעם שהם כלל לא טענו לפגם כלשהו בתוצאה זו וממילא לא הניחו תשתית עובדתית מספיקה שתאפשר התערבות בגזרי הדין.

השופט סולברג הצטרף למסקנה שאליה הגיעה השופטת ברק-ארז ולעיקרי נימוקיה והוסיף כי לשיטתו מסקנה זו מתבקשת גם נוכח איזון בין האינטרסים והזכויות של פושטי היד, לאלו של התיירים, המבקרים, והמבקשים להתפלל במקומות הקדושים.

5. השופט אלדון סבר מנגד כי יש לקבל את הערעור, וזאת בעיקר משום שלשיטתו סעיף 2(ב) לחוק העונשין חל על התקנות למפרע. השופט אלדון עמד על כך שלשון החוק "שותקת" באשר לתחולה בזמן של סעיף 2(ב), ו"סובלת" שתי פרשנויות. לכן, לשיטתו, אין מקום להניח כי דווקא תקנות אשר קדמו לחקיקת סעיף זה אינן כפופות לביקורת פרלמנטרית. לדידו, גישתה של השופטת ברק-ארז מעניקה הכשר גורף לתקנות ישנות שלא עברו תחת שבט ביקורתן של ועדות הכנסת, וזאת ללא צידוק מהותי. תמיכה במסקנה כי סעיף 2(ב) נועד לחול למפרע על תקנות קודמות מצא השופט אלדון בכך שהסעיף אינו כולל הוראה בדבר שמירת דינים, זאת בשונה מסעיפים אחרים בחוק העונשין אשר נוספו לו במסגרת אותו תיקון. כמו כן, לשיטתו, פירוש סעיף 2(ב) לחוק העונשין כחל למפרע, מוצדק נוכח כלל הפרשנות המקלה עם הנאשם. השופט אלדון הוסיף כי לגישתו לא מתקיימת זיקה ברורה וישירה בין מטרת החוק והוראת סעיף 4 ובין העבירות והעונשים שנקבעו בתקנות, ואף מטעם זה סבר כי הן הותקנו בחוסר סמכות. לבסוף, ציין השופט אלדון כי אף אם יקבע כי יש להותיר את ההרשעה על כנה, לשיטתו יש להקל בעונשים שהוטלו על שוורץ ומושיא ולהורות על ביטול ההתחייבויות שנחתמו על ידם.

6. מכאן הבקשה שבפניי אשר הוגשה על ידי מושיא בלבד, ובה נטען כי בפסק הדין נקבעה הלכה חדשה בשאלת התחולה למפרע של סעיף 2(ב) לחוק העונשין ביחס לתקנות שבהן נקבעו עבירות ועונשים ואשר לא אושרו על ידי ועדה של הכנסת. המבקש סבור כי בדעת הרוב לא ניתן משקל מספק לתכלית הסעיף כפי שהיא עולה מההיסטוריה החקיקתית שלו, ולכלל הפרשנות המקלה עם הנאשם הקבוע בסעיף 34 כאלו לחוק העונשין. לשיטתו, קביעה זו מצדיקה קיומו של דיון נוסף בהתאם לאמור בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), שכן היא משפיעה על מספר רב של תקנות ואינה מצומצמת אך לעניינו הפרטי. נוסף על כך, מרחיב המבקש על אודות הטענות התומכות בפרשנות התחולה הרטרואקטיבית של סעיף 2(ב) לחוק

העונשין ככלל, וביחס לתקנה 2א(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים בפרט, ובעניין זה הוא נסמך על האמור בחוות דעתו של השופט אלרון.

7. המשיבה מצידה סבורה כי יש לדחות את הבקשה. לשיטתה, בפסק הדין לא נקבעה כל הלכה חדשה, ודאי לא הלכה הסותרת הלכות קודמות או כזו המצדיקה קיומו של דיון נוסף בהרכב מורחב. היא סבורה כי דעת הרוב יישמה את החזקה הפרשנית הכללית והידועה בדבר העדרה של תחולה רטרואפקטיבית של חקיקה. על כן, לא ניתן כלל לומר כי נפסקה במקרה זה הלכה. המשיבה מוסיפה כי אף אם יש בפסק הדין משום חידוש מסוים, הרי שמדובר בחידוש המהווה המשך ישיר של כלל המבוסס היטב בפסיקה ואשר נתמך בנימוקים מפורטים שהתייחסו הן לתכליתו של סעיף 2(ב) לחוק העונשין והן לתכליתן של התקנות, ואף מטעם זה אין מקום לקיומו של דיון נוסף במקרה זה.

8. לאחר עיון בפסק הדין ובטענות הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות. סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט קובע כי דיון נוסף יינתן מקום שבו קבע בית המשפט העליון הלכה חדשה הסותרת הלכה קודמת או "שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידוש של הלכה שנפסקה בעניין", ראוי כי היא תידון בדיון נוסף. אין זה המקרה שבפנינו.

התקנות נושא פסק הדין הותקנו כעשר שנים ויותר קודם לחקיקת סעיף 2(ב) לחוק העונשין, והמסקנה שאליה הגיעה דעת הרוב לעניין העדר תחולה רטרואפקטיבית של סעיף זה על התקנות דנן, מבוססת על הכלל הפרשני המוכר לפיו חזקה על כל חוק כי הוא צופה פני עתיד ואינו חל רטרואפקטיבית אלא אם כן נאמר בו במפורש אחרת (ראו ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 776 (1992)). לפיכך, אין לומר כי נקבעה במקרה דנן הלכה המצדיקה קיומו של דיון נוסף. לכל היותר מדובר בפיתוח של ההלכה הקיימת ובישומה על המקרה הנדון (דנ"פ 7457/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (26.2.2012)). אכן, בפסק הדין נחלקו הדעות בין שופטי הרוב לשופט המיעוט, אך מחלוקת זו, נגעה בעיקרה לשאלת תחולתה של החזקה בנסיבות המקרה דנן והיא מחלוקת פרשנית-יישומית אשר אינה מצדיקה דיון נוסף.

אשר על כן הבקשה נדחת.

ניתנה היום, כ' באלול התש"ף (9.9.2020).

ה נ ש י א ה