

המערער:

א' מ'

באמצעות ב"כ עוה"ד מנחם שטאובר
מרח' בן יהודה 1, ירושלים, ת"ד 2539
טל': 02-6230191; פקס: 02-6240979

- נ ג ד -

המשיבות:

1. מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)

2. 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

עמדת המשיבה 2 – ידידת בית המשפט

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.3.18 מוגשת בזאת עמדת ידידת בית המשפט.

1. ידידת בית המשפט סבורה כי דין הערעור להתקבל וכי שגה בית המשפט קמא בקביעותיו ביחס לאלו: קביעתו כי תקנות (7)2 ו-5 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981 (להלן – **התקנות**) אינן פוגעות בזכויות חוקתיות; קביעתו כי התקנות הן מידתיות; וקביעתו כי לא נפל פגם בהחלטה על העמדת המערער לדין. עמדתה המפורטת של ידידת בית המשפט מצויה בפני בית המשפט הנכבד, ולכן נבקש להשלים את הטיעון ולהתייחס בעיקר לנימוקי בית המשפט קמא בהחלטתו מיום 9.11.17 ביחס לטענות המקדמיות.
2. הרשעה בפלילים של אדם אשר בשל מצוקתו או עוניו מבקש מעוברי אורח נדבות, המאפשרות לו לשרוד, מעוררת קושי של ממש. תיגו כעברייך, השתת קנס או כליאתו בשל פעולת הישרדות שהוא מבצע במרחב הציבורי, ובלי שנלווה לה ממד כלשהו של הטרדה בלתי נסבלת או אלימות, היא תעודת עניות לחברה. על כן ההשקפה הכללית של המחוקק הינה שפשיטת יד אינה אסורה ואינה מהווה עבירה, אלא אם היא נעשית באופן מטריד או תוך חשיפת מומים, כפי שנקבע בסעיף 216 לחוק העונשין (כאשר במקרה זה דינה עד חודש מאסר).
3. אלא שב-1981 התקין שר הדתות את התקנות מכוח חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 ובהן קבע כי אין לפשוט יד בכותל, ועל פני הדברים המגבלה לא סויגה לפשיטת יד מטרידה כמו בחוק העונשין. השר אף הגדיל וקבע באותן תקנות כי מי שעובר על איסור זה דינו עד חצי שנת מאסר. התקנות לא אושרו בכנסת. אין מחלוקת כי באותה עת ניתן היה לקבוע ענישה פלילית להפרה של חקיקת משנה גם בלי אישור ועדה בכנסת. בשנת 1994 שונה המצב המשפטי ומאז קביעת סנקציה פלילית בחקיקת משנה טעונה אישור ועדה של הכנסת.

הפגיעה בזכויות המערער ואחרים במצבו

4. בית המשפט קמא דחה את הטענות לכך שהתקנות פוגעות בזכויות חוקתיות של המערער ואחרים במצבו. בית המשפט קמא אף "נזף" בהגנה ובידידת בית המשפט על הפנייה לזכויות החוקתיות, תוך הפניה לביקורת על "עורכי דין הבאים לבתי המשפט חדשות לבקרים, כשרוממות חוקי היסוד בגרונם..." קביעתו של בית המשפט קמא בטעות יסודה. קשה לעלות על הדעת מקרה מתאים יותר כדי לעורר את הזכויות החוקתיות. מדובר בהפעלת הדין הפלילי במלוא עוצמתו על אנשים שמצוקתם הכלכלית הביאה אותם לקבץ נדבות, תוך שלילת חירותם, כבודם ומקור פרנסתם. הפללה של פעולה הישרדותית של העניים ביותר בהחלט מצדיקה לעורר את הזכויות החוקתיות, ואולי ביתר שאת.

5. בית המשפט קמא אף הפליג בחשיבות הריסון העצמי בעת פסילת חקיקה. ואולם, אין מדובר בפסילת חוק אלא בפסילת תקנה שהותקנה בידי שר הדתות ללא דיון ציבורי או אישור של ועדה בכנסת, וקשה לומר כי מדובר פה במעשה חקיקה שקול, שנערך לאחר דיון ציבורי, ואשר לגביו נקבע שיש לפעול בריסון רב בשל הכבוד ההדדי בין הרשויות. מדובר באקט מינהלי ותו לא. משנת 1994 לא ניתן עוד לקבוע עבירות פליליות בתקנות ללא אישור ועדה בכנסת, אך התקנה עומדת על כנה שכן הותקנה קודם לכן, בהתבסס על מצב משפטי לא ראוי ששונה.

פגיעה בזכות לכבוד

6. בית המשפט קמא שגה כאשר קבע כי התקנה אינה פוגעת בכבוד האדם. המסר הישיר העובר מהתקנה הינו שאדם שנקלע למצוקה, שהוא תלוי בנדבות לקיומו, אינו ראוי לבוא בקהל, שעצם נוכחותו היא מטרידה, הגם שאינו מטריד איש ונוקט בפשיטת יד פסיבית, שבאה לידי ביטוי בפשיטת יד או בבקשה לנדבה. זהו מסר משפיל. זו לא רק סתימת פיות אלא הדרה והשתקה. עבור רבים ממקבצי הנדבות בקשת הנדבה אינה רק אמצעי לקבלת כמה שקלים אלא גם אמצעי ליצירת קשר אנושי עם סביבתם.

7. גם עצם התיוג של פעילות הישרדותית של אדם במצוקה, המבקש נדבה, כהתנהגות עבריינית הינה פגיעה בכבוד האדם. היא הופכת פעולת הישרדות לא אלימה להתנהגות עבריינית, ובכך עלולה להותיר אדם ללא אפשרות להבטיח לעצמו או לבני משפחתו מינימום אמצעים לקיום בכבוד. היא יוצרת זיהוי בין עוני לעבריינות. החומרה בעניינו היא שעצם פשיטת היד מתווגת כעבירה גם אם לא נלווה לה כל אלמנט של הטרדה, אלימות או אגרסיביות. זאת, בניגוד מוחלט לחוק העונשין, שם נקבע שעצם פשיטת היד היא כלל לא אסורה אלא רק אם היא נעשית באופן מטריד (הכולל גם חשיפת מומים).

הפגיעה בחופש העיסוק

8. בית המשפט קמא פסק כי אין מדובר בעיסוק המוגן על ידי חוק יסוד: חופש העיסוק שכן לתפיסתו חופש העיסוק מדבר על "עיסוק או משלח יד או מקצוע בגדר הנורמה ולא נוכח מצוקה". תפיסה זו הינה צמצום ניכר ושגוי של הזכות לחופש העיסוק והדרתם של העניים ביותר מהגנותיו של חוק היסוד (על הפרשנות הרחבה של המונח "עיסוק" ר' אהרן ברק **פרשנות חוקתית** 595 (1994)). יש אנשים רבים המתפרנסים בדוחק מעיסוקים שאינם "נורמטיביים" כמו איסוף בקבוקים מפחי האשפה, ניקוי חלונות הרכב בצמתים, או קיבוץ נדבות, ואין מקום

לצמצם את ההגנה של חוק היסוד בכל הקשור לעיסוק מסוג זה. גם בעניין **שיפרמן**, שעליו נסמך רבות בית המשפט קמא, נפסק כי הגבלת פשיטת היד הינה פגיעה בחופש העיסוק, ורק לאחר מכן קבע בית המשפט כי הפגיעה מידתית (ת"פ (שלום י-ם) 6648-11-14 מ"י נ' **שיפרמן** (החלטה מיום 16.10.16 של השופט גורדון (להלן – עניין **שיפרמן**)).

הפגיעה בחופש הביטוי

9. כפי שהרחיבה ידידת בית המשפט בחוות דעתה, בארה"ב פסלו בתי המשפט שורה ארוכה של תקנות וחוקים עירוניים אשר הטילו מגבלות על פשיטת יד, בקובעם כי מדובר בפגיעה בחופש הביטוי המוגן בחוקה. בית המשפט העליון בארה"ב פסק כי פעילות לקיבוץ נדבות למטרות צדקה מוגנת תחת חופש הביטוי ובתי המשפט הפדראליים פסקו לאחר מכן, כי גם כאשר אדם מקבץ נדבות למען עצמו פעולה זו מוגנת תחת חופש הביטוי.

10. בעניין *Reed v. Town of Gilbert, Ariz.*, 135 S. Ct. 2218 (2015) פסק בית המשפט העליון האמריקאי כי הגבלות על ביטויים במרחב הציבורי (שלטים) המבוססים על תוכנם, גם אם אין הן מבוססות על השקפת עולם, כפופות לביקורת שיפוטית הדוקה. לאחר עניין *Reed* בתי המשפט הכפירו גם תקנות האוסרות על פשיטת יד לביקורת קפדנית.

11. למשל, בית משפט פדראלי במסצ'וסטס ביטל את החוק העירוני של העיר וורצ'סטר במדינה, אשר אוסר על קיבוץ נדבות "אגרסיבי", זאת משום שתחת ההגדרה של "אגרסיבי" כללה העיר גם איסור גורף על קיבוץ נדבות בשעות החשיכה ובשורה של מקומות ציבוריים. כך, למשל, אסר החוק על פנייה לאנשים העומדים בתור או במרחק של כששה מטר (20 פייט) מכספומטים, בכניסה לגינות ופארקים, במתקני תחבורה ציבורית, בשירותים ציבוריים, במקומות מפגש ציבוריים, בתיאטרון, במקומות ישיבה ציבוריים, בבית קפה, במסעדה ובכל עסק אחר. בית המשפט נימק זאת בכך שמדובר בהגבלה של חופש הביטוי הנתונה לביקורת הדוקה, וכי גם אם העיר הציגה אינטרס ציבורי לגיטימי, האמצעים הללו פוגעים בחופש הביטוי יתר על המידה (*Thayer v. City of Worcester* 144 F.Supp.3d 218 (2015)).

12. בעידן שלאחר *Reed* הפסיקה קבעה שוב ושוב, כי תקנות המגבילות פשיטת יד במקומות מסוימים פוגעות בחופש הביטוי וכפופות לביקורת קפדנית, והן נפסלו כי נוסחו בצורה רחבה יתר על המידה (רשימת פסיקה צורפה לחוות דעת ידידת בית המשפט). בספרות ישנה אף טענה כי לאור פס"ד *Reed* כל התקנות האוסרות על קיבוץ נדבות בטלות (ר': Anthony D. Lauriello, *Panhandling Regulation After Reed v. Town of Gilbert*, 116 Colum. L. Rev. 1105 (2016)).

13. ניתן להיווכח, אם כן, שהפסיקה בארה"ב רואה בקיבוץ נדבות פעולה המוגנת תחת התיקון הראשון לחוקה בהיותה חלק מחופש הביטוי, וכי הגבלתה נתונה לביקורת שיפוטית ברמה הקפדנית ביותר. בשנים האחרונות המגמה היא לפסול תקנות המנוסחות באופן רחב יתר על המידה, לרבות הגבלות על קיבוץ נדבות במקומות מסוימים.

14. בית המשפט קמא פסק כי אין לאמץ את הפסיקה האמריקאית שכן בשיטת המשפט הישראלית אין לראות בפשיטת יד פעולה המוגנת על ידי חופש הביטוי, שכן אין בה "מגמה להביע דעה גם לא ברמה סובייקטיבית" (פיסקה 17 להחלטה).

15. אין לקבל את גישתו המצמצמת של בית המשפט קמא לחופש הביטוי. חופש הביטוי קשור בקשר ישיר לאוטונומיה של האדם. בקשת עזרה מהזולת קשורה לאוטונומיה של האדם העני ברמה הבסיסית ביותר. חופש הביטוי נועד בין היתר כדי לאפשר לאדם לממש את זכויותיו האחרות. לאדם הנאלץ לקבץ נדבות, האפשרות לפנות ולבקש נדבה הינה קריטית למימוש זכותו לקיום בכבוד. האפשרות להתבטא חיונית עבור האדם העני כדי לשרוד ולתקשר עם סביבתו. היא חיונית גם כדי לאפשר לציבור להיחשף לכך שיש אנשים בקהילה שאינם מסוגלים להתקיים, או שהם חסרי בית. גם בארה"ב דחו בתי המשפט הפדראליים טענות דומות, וקבעו כי פשיטת יד אינה רק התנהגות אלא ביטוי מוגן (למשל: *Loper v. New York City Police* (Department 999 F.2d 699 (2d Cir. 1993)).

16. הטענה לכך שפשיטת יד מוגנת כחלק מחופש הביטוי מתחזקת כאשר אנו מבינים שהגבלת האפשרות לפשוט יד מונעת מתוך סלידה מתוכן הביטוי. אין איסור גורף לדבר ברחבת הכותל, והרחבה משמשת לא רק כמקום תפילה אלא כמקום התרועעות ומפגש קהילתי. אין איסור גורף לפנות לאדם ולמשל, לשאול לשלומו, לשוחח עימו על כל דבר – לרבות בנושא שאין לו שום רצון לשוחח אודותיו עם אדם שאין לו עניין לשוחח עימו. רק על בקשת נדבה התקנה מטילה איסור גורף. ברור כי יותר משהתקנה מיועדת לשמור על כללי התנהגות, היא מבקשת למנוע מהציבור את הצורך להיחשף למסר, שנתפס על ידי רבים כמעיק או מעורר חוסר נוחות, ולחסוך לבאי הכותל את המפגש עם העני. מכאן שההגבלה אינה ניטראלית אלא מבוססת תוכן.

הפלתת האיסור על פשיטת יד כהחמרה של הפגיעה

17. בית המשפט קמא קבע, כי גם אם התקנה פוגעת בזכויות חוקיות היא הגבלה מידתית, שכן הינה מוגבלת לרחבת הכותל, מיועדת למנוע פגיעה בפרטיותם של המתפללים ובקדושת המקום. עמדת ידידת בית המשפט הינה שעצם ההגבלה לא חוקתית שכן היא מנוסחת באופן רחב ועמום. הגבלה מידתית הינה להגביל פשיטת יד מטרידה – למשל, אם היא נעשית כלפי אדם בעת שהוא מתפלל, או תוך הטרדתו, הפגנת אגרסיביות או אלימות מילולית או פיזית. כאשר אוסרים על פשיטת יד פסיבית, שאינה מטרידה, מדובר בהגבלה לא מידתית ולא סבירה. בכל הכבוד, אין מקום להטיל מגבלות על פשיטת יד פסיבית, שמתבטאת בפשיטת יד או בבקשת נדבה. אין בפעולה כזו משום פגיעה בפרטיותם של באי הכותל או משום הפרעה בלתי סבירה. לכל היותר תקנה זו נועדה לשרת את הרצון לחסוך מאנשים להתמודד עם העוני, לחסוך להם חוויה שאולי לא נוחה להם ולהעלים מהעין ומהלב את מי שבשולי החברה, את מי שמציב בפנינו מראה שאיננו רוצים לראות.

18. בית המשפט קמא התעלם מהטענה החלופית של ידידת בית המשפט, לפיה גם אם הגבלה על פשיטת יד הינה מידתית, הרי שההפללה שלה באמצעות תקנה 5 הופכת את ההגבלה לבלתי מידתית ונטול סמכות. לעובדה שמחוקק המשנה לא הסתפק בקביעת איסור על פשיטת יד כאיסור מינהלי אלא אף קבע סנקציה פלילית על הפרתה חומרה מיוחדת. אין דין הגבלה שהסנקציה על הפרתה היא הוראה לחדול או לכל היותר הרחקתו הזמנית מהמתחם, כדין הגבלה שמשמעותה עבירה פלילית. ההפללה של ההתנהגות משמעה סיבוכו של מקבץ הנדבות בפלילים, חשיפתו לעונש חמור של עד 6 חודשים מאסר או לקנס כבד, תיוג חברתי ורישום פלילי, וחיובו בניהול משפט פלילי.

19. הקלות שבה השר קבע בעצמו רשימה של התנהגויות אסורות, ביניהן פשיטת יד, על בסיס סעיף הסמכה עמום ורחב בחוק, ועוד הכריז עליהן כעבירות פליליות שדינן עד חצי שנת מאסר צריכה להטריד את מנוחתנו. היא אינה מתיישבת עם העידן החוקתי הנוכחי ויש בה זילות של הזכות החוקתית לחירות.

השר לא היה מוסמך לקבוע עבירות פליליות מכח הסמכה כללית

20. בית המשפט קמא בחן את סוגיית הסמכות באופן פורמאליסטי. לקביעתו, חוק המקומות הקדושים הסמיך את השר להתקין תקנות לביצוע החוק. נושא זה עלה גם בעניין **שיפרמן**, שם התמקד הדיון בסמכות הכללית להתקין תקנות בחוק המקומות הקדושים ובסעיף 16(2) לפקודת הפרשנות, שהיה בתוקף בעת שהותקנו התקנות מושא כתב האישום, שלפיו סמכות להתקין תקנות משמעה סמכות לקבוע קנס או עונש מאסר עד חצי שנה למי שעובר עליהן. סמכות זו בוטלה בינתיים, ולא בכדי, שכן היא אינה הולמת את העידן החוקתי של ימינו. ב-1994 עוגנה הסמכות לקבוע ענישה מכח חקיקת משנה בסעיף 2 לחוק העונשין, ואולם רק באישור ועדה בכנסת. תיקון זה נועד למנוע מצב בו שר יכול לקבוע עבירות פליליות כלאחר יד ובלי דיון ציבורי בבית המחוקקים. בית המשפט בעניין **שיפרמן** התמקד בשאלה האם הביטול חל רטרואקטיבית, ופסק שלא.

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

22. 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 פגיעה בחופש הגישה או ברגשותיהם של בני הדתות השונות כלפי המקומות הקדושים. הסמכות להתקין תקנות לביצוע החוק אינה ראויה להוות מקור הסמכה לקביעת שורה ארוכה של עבירות פליליות. ניתן להניח כי יש לשר סמכות לקבוע מגבלות מינהלתיות 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. לעמדת ידידת בית המשפט, ההיבט הפלילי של חוק המקומות הקדושים מוצה בעבירות שנקבעו בו במפורש.

23. ראוי לציין כי גם בסעיף 16(2) לפקודת הפרשנות, שממנו שאב השר את סמכותו, ושבוטל, הייתה סיפא, שסייגה את הסמכות הכללית לקבוע ענישה למי שמפר תקנה למצב בו "אין באותו חוק הוראה אחרת". 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.

24. על כן גם ב-1981 התקין השר את התקנות, ולמצער – את תקנה 5, בחוסר סמכות. ואולם, גם אם טענה זו לא תתקבל, הרי שבעידן החוקתי הנוכחי, ולאור ביטול הסמכות הגורפת שהייתה בסעיף 216(2) לפקודת הפרשנות, ולאור חקיקת חוקי היסוד, יש לתת פרשנות העולה בקנה אחד עם המצב החוקתי הנוכחי. פרשנות זו מחייבת לכל הפחות לקבוע, כי תקנה 5 לתקנות השמירה על המקומות הקדושים בטלה. אם השר סבור כי פשיטת יד היא לא רק אסורה אלא מחייבת ענישה במישור הפלילי, עליו לפעול לתיקון חוק המקומות הקדושים ולאפשר לכנסת לשקול האם לקבוע זאת במפורש כעבירה פלילית, על מנת לעמוד בתנאי הראשון של פסקת ההגבלה.

מידתיות התקנה

25. עוד לפני חוקי היסוד פסלו בתי המשפט תקנות אשר הותקנו בהיעדר סמכות או לקו בחוסר סבירות, ולאחר חקיקת חוקי היסוד תקנות הפוגעות בזכויות חוקתיות נבחנות גם לפי פיסקת ההגבלה. כך עשה בצדק בית המשפט קמא וגם בית המשפט בעניין **שיפרמן**.

26. בית המשפט התייחס רק לעצם ההגבלה על פשיטת יד וקבע כי היא נועדה לתכלית ראויה – הגנה על פרטיות המתפללים וקדושת המקום, וכי היא מידתית שכן ההגבלה מתוחמת לרחבת הכותל וכי מי שרוצה לקבץ נדבות יכול לעשות זאת בעיר העתיקה או במקום סמוך אחר. בכל הכבוד, בית המשפט קמא שגה בניתוח המידתיות, שכן הוא התעלם מהחומרה המיוחדת שיש להפללת האיסור והפיכתו מכלל התנהגות לעבירה פלילית.

27. ההפללה של האיסור, וקביעת חצי שנת מאסר לצדה, מוציאה את התקנות אל מחוץ למתחם המידתיות. 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.

28. הדבר משליך ישירות על מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. ניחא היה נקבע איסור על פשיטת יד כהגבלה מינהלתית. במקרה זה 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.

29. בנוסף, ניתן יהיה לנקוט בצעד של אזהרה, הרחקה זמנית או ממושכת במקרים חריגים – והכל לפי סמכויות שמצויות זה מכבר בתקנות. כמובן שבסופו של יום, הדרך להתמודד עם מקרים אלו היא באמצעות הפעלת מערכת הרווחה למיצוי זכויותיהם של פושטי היד, טיפול במקור מצוקתם, והעצמתם, כך שלא יהיו במצוקה הגורמת להם לפשוט יד.

30. חוסר המידתיות נלמד גם מהעובדה שהתקנה חושפת אדם לעונש חמור פי ששה גם על פשיטת יד פסיבית, לעומת העונש שנקבע בחוק על פשיטת יד מטרידה, שעומד על חודש מאסר בלבד.

האפשרות להורות על בטלות ההפלה

31. בית המשפט קמא לא התייחס כלל לאפשרות שהעלתה ידידת בית המשפט לפיה **ייקבע כי ההפלה של התנהגות זו מכוח תקנה 5 היא בלתי חוקית בלי לקבוע מסמרות לגבי חוקיות עצם ההגבלה על פשיטת יד ברחבת הכותל מכוח תקנה 2 (א)(7)**. משמעות קביעה זו הינה שההגבלה על פשיטת יד תיוותר על כנה כהגבלה מינהלתית 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).

32. לעמדת ידידת בית המשפט יהיה בכך להקהות את עוצמת הפגיעה שיוצר האיסור על פשיטת יד בזכויות החוקתיות. הצעה זו עולה בקנה אחד עם תורת הבטלות היחסית, שאומצה לדין הישראלי, והמאפשרת לבית המשפט לקבוע מהו אותו חלק בתקנה שפסילתו נדרשת, בלי לפסול את ההסדר כולו (ר' דפנה ברק-ארז **הסמכות המינהלית** כרך ב' 795 (2010)).

פרשנות מצמצמת של התקנות כאמצעי "להצלתן" מבטלות

33. דרך נוספת להקהות את הפגיעה בתקנות היא לצמצם את תחולתן באמצעות פרשנות ש"תציל" אותן מבטלות. כך, למשל, ראוי וניתן לפרש את המונח פשיטת יד בתקנות בצמצום, ולא להחילו על פשיטת יד פסיבית, הבאה לידי ביטוי בהושטת יד או בקשת נדבה, אלא רק על פשיטת יד אגרסיבית, המלווה באלימות, הטרדה והפרעה מתמשכת לבאי המקום הקדוש. פרשנות כזאת תתיישב טוב יותר עם הגישה הכללית של החוק, הבאה לידי ביטוי בחוק העונשין, לפיה פשיטת יד לכשעצמה כלל אינה מהווה עבירה, ורק פשיטת יד אגרסיבית מצדיקה סנקציה פלילית.

34. פרשנות זו אף עולה בקנה אחד עם נוהל מדיניות האכיפה נגד פושטי יד ברחבת הכותל, שגובש בשנת 2006, ושאושר על ידי היועץ המשפטי לממשלה. מהנוהל עולה, כי מה שהטריד את הממונה על המקומות הקדושים הוא מקרים בהם מדובר בפשיטת יד **מטרידה**, שהוגדרה כמצבים אלו: פניה מילולית לאדם באמצע התפילה באופן המפריע את המשך קיום התפילה; מגע פיזי עם המתפללים או משיכה בבגדיהם; הרמת קול באופן הפוגע באופן משמעותי ומתמשך באווירת התפילה ברחבה. לא דובר שם על מקרים של פשיטת יד לא מטרידה.

סבירות ההחלטה להעמיד לדין את המערער

35. גם בהתחשב בכך שבית המשפט קמא סבר כי לא נפל פגם בתקנות, וכי בסמכות המשטרה להעמיד לדין אדם בשל פשיטת יד בכותל, עדיין קיים שיקול דעת לרשויות האכיפה באשר להעמדה לדין. ידידת בית המשפט פירטה בחוות דעתה מדוע שיקול הדעת שהופעל היה שגוי ובלתי סביר בצורה קיצונית. אלא שבית המשפט קמא דחה את כל הטענות בנושא בקצרה, תוך שהוא מדגיש את העובדה כי האכיפה סבירה שכן היא מתבצעת לאחר שלוש אזהרות. בית המשפט קמא ציין כי בעבר האכיפה נעשתה על פי נוהל, ובעיקר באמצעות הרחקה של מי שהטריד את המתפללים ותו לא. נראה שבמשך שנים ארוכות התקנה נאכפה שלא באמצעות הדין הפלילי.

36. בית המשפט קמא מציין כי אין לרב הכותל סמכות להרחיק פושטי יד מרחבת הכותל והסמכות הינה של המשטרה. קביעה זו עומדת בסתירה לאמור בתקנה 4(ג) לתקנות, הקובעת במפורש כי "הממונה רשאי להרחיק ממוקם קדוש אדם המפריע לו במילוי תפקידיו או העובר על הוראה

מהוראות תקנות 2 או 3". עוד מציין בית המשפט כי השאלה האם הייתה הטרדה מצד הנאשם אם לאו טעונה הוכחה. אלא שכתב האישום לא כלל טענה להטרדה, וכל שמתואר בו הוא ראיות לבקשת נדבה מעוברי אורח, ואין אפילו עדות אחת לאדם שהוטרד, נתקל באלימות מצד המערער וכיו"ב.

עבירות עוני – עוני כמרכיב מרכזי בביצוע עבירה כשיקול מרכזי בהעמדה לדין

37. ככלל על רשויות האכיפה להימנע מתיוג פעולות קיום או הישרדות שמבצעים עניים כעבריינות. יש להתייחס להתנהגויות שמבצעים עניים בליט ברירה כדי להתקיים, גם אם הן אסורות, לא כעבריינות גרידא אלא כקטגוריה ייחודית של **עבירות עוני**, ולנהוג בזהירות מרבית בעת הפעלת כובד משקלו של המשפט הפלילי. פשיטת יד לעניין זה דומה לגניבת פת לחם בידי אדם רעב, התחברות פיראטית של מחוסר אמצעים לרשת המים או פלישה של חסרי בית לדירה נטושה. בעניין זה יודגש כי עמדת המבקשת היא שהרשויות צריכות להפנות את משאביהן לטפל במצוקה הכלכלית של האדם – וזאת באמצעות מערכת הרווחה, ולא בסימפטום שלה, באמצעות אכיפה (להרחבה על עבירות עוני ר' טלי קסלסיגולדשטיין "תיקי עוני" – התמודדות הסניגוריה הציבורית עם עבירות שבוצעו על רקע מצוקה כלכלית **מעשי משפט ח (2016)**).

38. קבצנות רחוב אינה, ככלל, תופעה בעלת אופי עברייני אלא נגרמת מתוך צורך הישרדותי של אנשים הסובלים מעוני קשה, מצוקה ולעיתים אף חסרות בית, כאשר מערכות הרווחה ורשתות הביטחון אינן מספקות להם אפילו את צרכי הקיום הבסיסיים. **הפעלת הדין הפלילי במקרה זה חוצה קו אדום, שאין לחצות אותו ביחסים בין המדינה לבין ענייה. במקרים אלו בית המשפט מוסמך ונדרש לסמן את גבולות השימוש בדין הפלילי וכך להחזיר את המשחק למגרשן של רשויות הרווחה, או למצער – להגביל את השימוש בהליך הפלילי במקרים קיצוניים.**

39. יתר על כן, בעבירות הנובעות מעוני או מצוקה כלכלית, קשה למצוא הצדקה או תכלית ראויה בהפעלת הדין הפלילי. כך בענייננו. בניגוד להטרדה אגרסיבית, המלווה באלמנט פיזי, איומים וייתכן אף בהפרעה ממשית לאדם בזמן שהוא מתפלל, הפחתת אי הנוחות של באי הכותל בשל פשיטת יד שמתבטאת בבקשת נדבה אינה תכלית ראויה להגשת כתב אישום. אין להליך הפלילי תרומה מיוחדת לגילוי האמת, וממילא העובדות הבסיסיות במקרים מסוג זה אינן שנויות במחלוקת. אין כאן תכלית של הנחלת מסר ערכי לציבור, שכן הציבור בכללותו ממילא אינו מתמודד עם מצבים של עוני ומצוקה כלכלית קשה, והעמדה לדין במקרים אלו אינה רלוונטית לרוב רובו של הציבור ואינה מנחילה כל מסר ערכי מלבד אולי המסר הכללי והאמורפי של ציות לחוק.

40. אם אחת התכליות המרכזיות של העמדה לדין הינה העלאת ארוכה לפצעייהם של קורבנות העבירה, הרי שעבירות עוני מהסוג דן אין קורבן ישיר לעבירה. אם התכלית היא הרתעה של מבצע העבירה לכאורה מביצוע נוסף של עבירה כזאת, או של הרתעה של אחרים מביצוע עבירות דומות, הרי שכאשר העבירה מתבצעת על רקע של מצוקה כלכלית קשה ספק רב אם יש בנקיטת הליכים פליליים כדי להשיג הרתעה אפקטיבית. החשש מהיעדר יכולת קיום הוא פעמים רבות גדול מהחשש מסנקציה פלילית ואפילו ממאסר. לא בכדי קבצנים "חוזרים לזירת הפשע", שכן

איזו ברירה יש להם? מכאן שלא ברור איזו תכלית משרתת הנקיטה בהליך הפלילי בנסיבות העניין.

מידתיות ההחלטה להעמיד לדין

41. אין צורך להכביר מילים אודות הפגיעה הקשה באכיפה פלילית כלפי קבצנים. אדם המצוי במצב בו תשו כוחותיו והוא מקבץ נדבות למחייתו הוא אדם שכבודו נפגע, שזכויותיו נרמסות באופן קבוע. הוספת אישום פלילי וסיבוכו עם הדין היא פגיעה קשה נוספת בחירותו, ביכולתו לשרוד ולהתקיים בכבוד, בחופש הביטוי שלו ובחופש העיסוק שלו. מול אלו יש לבחון את המידתיות שבהגשת כתב האישום.

42. גם אם האכיפה הפלילית נעשית לאחר כמה אזהרות או הרחקות מנהליות, אין בכך להפוך את הגשת כתב האישום למידתית. גם אם פעולות חוזרות ונשנות של הרחקה מטילות מעמסה כלשהי על מנהלי המקום הקדוש, הרי שזו אינה משתווה לפגיעה הקשה באדם המועמד לדין פלילי בעבירה שלצדה עונש מאסר של ששה חודשים, והכל כאשר מדובר בפעילות שלא לוותה בהטרדה ובאלימות, ושהפליליות שבה נובעת רק מעצם קיומה של פשיטת היד במקום מסוים.

43. ההליך הפלילי הוא גם לא ההליך המידתי בהתאם למבחן המידתיות השלישי, שכן הנזק שבו עולה על התועלת בצורה מובהקת. על הכף מקרים שבהם ההתנהגות העבריינית לכאורה היא תוצאה של מצוקה כלכלית קשה; במקרים מסוג זה שעליו מדובר בכתב האישום אין למעשה קורבן ישיר לעבירה מלבד הפרת הסדר עצמה; גם אם להתנהגות נלווה מימד של אי ציות, הרי שמדובר בהפרת הסדר ברף הנמוך, מעשה פרטני, נקודתי, שלמדינה יש כלים אפקטיביים להתמודד איתו שלא על ידי העמדה לדין. יתר על כן, לעיתים מקרים של אי ציות מסוג זה נדרשים לחברה כדי לאתגר אותה עם הכישלון של מערכות הרווחה שלה, ולפעול לתיקון.

44. הפללה של פעולות קיום או הישרדות של אנשים המתמודדים עם עוני מהווה התערבות מזיקה, המסכלת את המטרה של שיקום והוצאת האדם או ממעגל העוני ופוגעת קשות בחירותו ויכולתו לשרוד ולהתקיים. הניסיון המצטבר מוכיח גם כי קרימינליזציה נרחבת של עניים וחסרי בית והפיכתם לעבריינים בשל פעולות קיום שהם מבצעים, לכאורה בניגוד לדין, לא רק שלא תרמה לצמצום הבעיה, אלא רק יצרה דלת מסתובבת שגרמה להיעצרותם, כניסה ויציאה מבתי המעצר, ופגיעה אנושה בכבודם וביכולת של רשויות הרווחה לסייע להם להשתקם.

45. הפעלת הדין הפלילי על פעולות הישרדות כמו קיבוץ נדבות, שנובעת ממצוקה כלכלית קשה, היא בגדר ענישה אכזרית, שלא תתרום דבר לפתרון המצוקה. אדרבא – היא תסבך את הנאשם בפלילים, תקשה עליו עוד יותר את ההשתקמות ותהווה עוד משקולת שמותירה אותו במעגל העוני והמצוקה הקשים. הציבור לא יצא מרווח אלא מופסד. יתר על כן, החלופה הפשוטה והמיידית ל"טפל" בבעיה החברתית באמצעות ענישה היא גם הגורם המעכב התפתחותם של מענים אנושיים יותר והעברת תקציב למערכות הרווחה והדיוור. הלחץ הציבורי מתועל לאכיפה פלילית במקום לפתרונות. מוסכם ומובן הצורך להפחית את מספרם של קבצני הרחוב, אך הדרך לעשות זאת היא באמצעות תמיכה ודיוור ומענים מספיק טובים כדי שישכנעו גם אנשים מיואשים שיש להם תקווה.

ביקורת שיפוטית על החלטה להעמיד לדין

46. לבית המשפט הפלילי סמכות לדון ולהכריע במסגרת ההליך הפלילי גם בטענות מן המשפט המנהלי והחוקתי שנוגעות לעצם שיקול הדעת המנהלי בהחלטה על הגשת כתב האישום (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ** (מיום 10.9.13); בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית נ' מדינת ישראל** (מיום 6.2.06); רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" **הסניגור** 190 (2013), בעמ' 4 וחלק ב' של אותו מאמר בסניגור 202 (2014), בעמ' 4).

47. בחינת שיקול הדעת בהחלטה על הגשת כתב האישום אינה כפופה רק לעקרונות המצמצמים, שנקבעו ביחס לסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, הדן ב"הגנה מן הצדק", ונאשם יכול להעלות טענה זו בהליך הפלילי כטענה מקדמית, שלא במסגרת טענה מסוג הגנה מן הצדק אלא כתקיפה ישירה של שיקול הדעת של התובע שהחליט על העמדה לדין (עניין **פולדי פרץ**, בפיסקה 31). בעניין **גנור** עמד בית המשפט העליון על החשיבות בהפעלת שיקול דעת בעת החלטה על נקיטה בהליך פלילי (בג"ץ 935/89 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד מד(2) 485, 507 (1990)).

48. בעניינו אף מדובר בהגשת **כתב אישום בגין ביטוי**, דבר המחייב לכשעצמו בחינה קפדנית של הפעלת שיקול הדעת בהעמדה לדין. בחלק מהמקרים, כאשר מדובר בעבירות ביטוי נדרש אישור מיוחד של היועץ המשפטי לממשלה כדי להגיש כתב אישום (למשל על עבירות הסתה (ר' סעיף 144 ה לחוק העונשין) וכן על עבירות מכוח חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תשי"ט-1949(הנחיות 4.1004 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה)). מדיניות תביעה מצומצמת בעבירות ביטוי נתפסת כחלק מההגנות כלפי פגיעה בחופש הביטוי. לבית המשפט תפקיד חיוני בהקפדה על כך שעבירות הביטוי יופעלו רק באותם מקרים יוצאי דופן המחייבים זאת, לאור משקלה של הזכות לחופש הביטוי (דני"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 23 (2011), בפיסקה 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

49. בית המשפט קמע נמנע מלערוך דיון של ממש בסבירות ההחלטה על העמדה לדין, ובוודאי לא דיון ממצה.

לאור כל האמור ידחת בית המשפט סבורה כי דין הערעור להתקבל.