

המבקשת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור ו/או דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק
ו/או עודד פלר ו/או טלי ניר ו/או נסרין עליאן ו/או משכית
בנדל ו/או טל חסין ו/או שרונה אליהו חי ו/או אן סוצ'יו ו/או
רגד ג'ראיסי ו/או רעות כהן ו/או רוני פלי ו/או סנא אבן ברי
ו/או שדא עאמר ו/או אורי סבח

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154

טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165

דוא"ל: gil@acri.org.il

בעניין:

מדינת ישראל

באמצעות שלוחת תביעות מחוז ירושלים

מרח' יפו 30 ירושלים

טל': 02-5391671 ; פקס: 02-5898973

המאשימה

- נ ג ד -

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

הנאשם

בקשה להצטרף כ"ידידת בית המשפט" (Amicus Curiae)

בית המשפט הנכבד מתבקש להתיר למבקשת להצטרף לדיון במעמד של "ידידת בית המשפט".

ואלו נימוקי הבקשה:

1. בתיק זה עולה שאלה משפטית עקרונית הנוגעת להפעלתו של הדין הפלילי על עבירות עוני, ובמקרה זה כנגד אדם, שעל פי העובדות המנויות בכתב האישום פשט יד לנדבה מעוברים ושבים בכותל המערבי, פעולה שהיא אסורה מכוח תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981 (להלן – **תקנות המקומות הקדושים**).
 2. המבקשת תבקש להציג בפני בית המשפט הנכבד את עמדתה העקרונית לגבי האיסור על פשיטת יד ברחבת הכותל ובמיוחד את עמדתה ביחס להפללה של פשיטת יד בכותל, היינו – להפיכתו של האיסור לעבירה פלילית שעונשה עד חצי שנת מאסר. כמו כן המבקשת תעמוד על האופן שבו לעמדתה ראוי להפעיל הדין הפלילי או להימנע מהפעלתו, כאשר מדובר בהפרות דין לכאורה של אנשים המתמודדים עם עוני ומצוקה כלכלית קשה, ובפרט במקרים כגון מקרה זה בו אדם מקבץ נדבות לצורך קיומו ואף הישרדותו. מקרים אלו מכונים לעיתים קרובות "תיקי עוני".
 3. חוות דעתה של המבקשת, כידידת בית המשפט, לא תעסוק בעניינו הפרטני של הנאשם או בשאלת התקיימותם של יסודות העבירה, אלא בסוגיות העקרוניות שבבסיס ההחלטה של המאשימה להגיש כתבי אישום בגין מקרים מהסוג המתואר בכתב האישום, על בסיס האמור בו. בשום אופן אין להסיק מאי-התעסקות המבקשת בהתקיימות היסודות העובדתי והנפשי במקרה הקונקרטי כי לעמדת המבקשת התקיימו יסודות העבירה. המבקשת אך מבקשת להאיר או להדגיש את ההקשר הרחב, שהוא רלוונטי לעמדתה, כבסיס להכרעה בתיק זה ובתיקים דומים.
 4. ב"כ הנאשם, עו"ד שטאובר, מסכים להגשת הבקשה.
- העתק הבקשה נשלח לב"כ המאשימה כבר ביום 18.1.16 לצורך קבלת עמדתו, ואולם לא התקבלה כל התייחסות.

הטעמים לצירוף המבקשת כ"ידיד בית המשפט"

5. בהלכת כוזלי¹ הכיר בית המשפט העליון במוסד "ידיד בית המשפט" ובתרומתו ל"גיבוש עמדה והלכה המשקפת את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה", שעומדת בפני בית המשפט. מאז צורפו גורמים ציבוריים רבים לדיונים בנושאים שונים – בבית המשפט העליון², בבתי הדין לעבודה³

¹ מ"ח 7929/96 כוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 554 (1999); ע"ע 1233/01 אוריאל - עיריית הרצליה, פד"ע לז 513, 508 (2001).

² ר' למשל רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל (מיום 19.1.17, בפסקה יג של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

³ ר' למשל: בשי"א (ת"א) 3415/00 נעמת נ' כלל חברה לביטוח (2001); אוריאל - עיריית הרצליה, 519; ע"ע 1415/01 לשכת עורכי הדין- הורן, פד"ע לז 508 (2001); ע"ב (ת"א) 3616/03 הסתד' רופאי ישראל - ד"ר ריינר (2005).

ובבתי המשפט המחוזיים.⁴ אגב כך, גובשה בפסיקה רשימה לא סגורה של קריטריונים לצירוף "ידיד בית משפט", ובין היתר: מהות הגוף המצטרף ומומחיותו; ניסיונו של הגוף והייצוג שהוא מעניק לאינטרס שבשמו הוא מצטרף; סוג ההליך והפרוצדורה הנוהגת בו; מהות הצדדים הישירים להליך; התרומה הפוטנציאלית לדיון. **מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצירוף המבקשת לדיון דנן.**

6. המבקשת, **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, פועלת מזה למעלה מארבעים שנה לקידום זכויות אדם באמצעות חינוך, דיאלוג עם מוסדות השלטון ועם הציבור, שותפות בהליכי חקיקה והתדיינות משפטית. במהלך פעילותה רכשה המבקשת מומחיות בכל הקשור להגנה על זכויות היסוד – להלכה ולמעשה – והיכרות רחבה עם סוגיות שונות בתחום זה. המבקשת משמשת פעמים רבות כעותרת ציבורית בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית.

7. במהלך השנים מנהלת המבקשת התדיינות משפטיות רבות לקידום זכויות האדם. בהליכים אלו היא משתדלת להגן על הזכויות והאינטרסים של קבוצות מוחלשות, הפגיעות להפרת זכויות אדם, ושמקשות להרים קולן בשיח הציבורי.⁵

8. למבקשת מומחיות וניסיון בכל הנוגע לזכות לקיום בכבוד ולזכות של נאשמים להליך הוגן. היא בעלת מומחיות ייחודית בכל הנוגע לזכויות עניים בהליך הפלילי. בתחומים אלו היא פועלת לקידום מדיניות המכבדת זכויות אדם בקרב גופים שונים; יוזמת תיקוני חקיקה; מעורבת בהליכי חקיקה ובהליכים משפטיים ויוזמת פעילות ציבורית ודיון ציבורי.

9. המבקשת כבר צורפה במעמד "ידיד בית משפט" לדיונים שהתקיימו בבתי המשפט השונים.⁶ בסוגיות דומות בקשתה נדונה אך התיק הסתיים בהסדר בין הצדדים. למשל: בפני בית משפט השלום בבאר-שבע עמדה בקשת הצטרפות דומה בעניין העמדה לדין של משפחה שפלשה לדירה ריקה בדיור הציבורי בשל הסגת גבול. בסופו של דבר הבקשה לא נדונה כיוון שהמדינה נסוגה וביטלה חלק מכתב האישום ולגבי חלק אחר הגיעו הצדדים להסדר טיעון (ת"פ 13827-07-13 **מ"י נ' בוכרע** (מיום 1.12.14)). כמו כן הוגשה לבית משפט השלום בקשה דומה בתיק שעסק בהעמדה לדין של אדם חסר בית שקיבץ נדבות בצמתים והועמד בשל כך לדין. בית משפט השלום בבאר-שבע העביר התיק בהסדר בין הצדדים לבית המשפט הקהילתי ואולם מצא לנכון לציין בהחלטתו כי "בית המשפט שב ומודה לאגודה לזכויות האזרח על הגשת הבקשה מטעמה, שסייעה אף היא, ולו בעקיפין, בקידום ההבנות בין הצדדים" (ת"פ 14-01-19193 **מדינת ישראל נ' לוי** (החלטה מיום 20.4.15)).

⁴ ר' למשל: ע"א 2628/07 **לשכת עורכי הדין נ' לב** (2011) (צירוף לשכת עורכי הדין לדיון בתביעת דיבה בגין דברים שאמר עו"ד במהלך ייצוג); ב"ש (מחוזי-תא) 90130/08 **ליברמן נ' מדינת ישראל** (2008) (צירוף הלשכה לדיון בטענת חיסיון עו"ד-לקוח בהליכי חיפוש וחקירה); ב"ש"א (מחוזי-ים) 8031/07 **עמותת ידיד נ' כונס הנכסים הרשמי** (2008) (צירוף העמותה בהליכי פשיטת רגל); ת"א (מחוזי-תא) 18029-02-11 **אור סיטי נ' טבקמן** (2011) (צירוף ההסתדרות לדיון בתביעת דיבה של מעסיקה נגד עובדיה לשעבר); עת"מ (מחוזי חי) 7555-06-13 **אדם טבע ודין נ' שחף נהריה** (2013) (צירוף ארגון סביבתי לדיון בעתירה בנושא בנייה חופית).

⁵ ר' למשל עת"מ (ת"א) 20761-10-11 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית תל-אביב** (מיום 19.11.12) שם ציין בית המשפט כי "קבוצות מוחלשות בחברה עומדות בפני חסמים רבים במימוש זכויותיהם. למעשה, הדרך היחידה בה הם מצליחים להביא את עניינם לבית המשפט הוא באמצעות אחרים, במקרים רבים גופים כדוגמת העותרת 1, האגודה לזכויות האזרח".

⁶ למשל, עב"ל 14-02-18945 **יאיר - המוסד לביטוח לאומי** (החלטה מיום 20.5.14) (שלילת הבטחת הכנסה ממי שמקבל סיוע לשם דיור מבני משפחה).

10. כפי שנראה להלן, לסוגיות העומדות בבסיס ההליך השפעה מכרעת על זכויות אנשים המתמודדים עם עוני. להכרעה בתיק עשויות להיות השלכות חשובות על זכויות יסוד חוקתיות ועל אינטרסים ציבוריים. על כן קיימת חשיבות גדולה שתוצגנה מלוא העמדות ושייסקרו כלל ההיבטים הקשורים. צירוף המבקשת כ"ידיד בית המשפט" יביא לידי ביטוי את האינטרס הציבורי החשוב שיש בהגנה על זכויות האדם הרלוונטיות ומתן משקל הולם לזכויות אלו בעת גיבוש ההלכה.

11. שיקולים של מאזן הנוחות נוטים אף הם לטובת צירוף המבקשת במעמד "ידידת בית המשפט", באשר אין בו כדי לסרב את הדיון או להכביד עליו: המבקשת חפצה להגיש חוות דעת בלבד, ומעבר לכך תיקבע מידת מעורבותה בהליך על ידי בית המשפט הנכבד כפי שזה יראה לנכון. יודגש כי חוות הדעת היא כולה במישור המשפטי-עקרוני, ואין היא מתייחסת לעובדות הפרטניות.

עמדת המבקשת

האיסור הפלילי על פשיטת יד ברחבת הכותל אינו חוקתי

12. עמדת המבקשת הינה שעצם ההגבלה על פשיטת יד ברחבת הכותל הינה הגבלה לא חוקתית הפוגעת באופן לא מידתי בכבוד האדם, בחופש הביטוי ובחופש העיסוק. עם זאת, המבקשת סבורה כי לצורך הכרעה בתיק זה, אין הכרח להכריע בדבר חוקתיות עצם ההגבלה על פשיטת יד ברחבת הכותל. לעמדת המבקשת, הפיכת האיסור על פשיטת יד מהגבלה מינהלית לאיסור פלילי, לעבירה, מכוח תקנה 5 לתקנות המקומות הקדושים, היא לכשעצמה פסולה. היינו - ההפלה של פשיטת יד ברחבת הכותל, והפיכתה לעבירה שלצדה ששה חודשי מאסר, אינה חוקתית. אם תתקבל עמדתה זו של המבקשת משמעות הדבר היא שיש לבטל את כתב האישום וכי אכיפת איסור פשיטת היד תיעשה בכלים מנהליים שאינם פליליים.

13. נתחיל ונדגיש כי בישראל פשיטת יד או קיבוץ נדבות אינם מהווים עבירה. חוק העונשין קובע כי זו עבירה שדינה חודש מאסר רק כאשר אדם פושט יד, או מקבץ נדבות, במקום ציבורי בחשיפת פצעים או מומים או בהטרדה (סעיף 216(ב) לחוק העונשין). בכך קבע המחוקק כי קיבוץ נדבות הינו חוקי אלא אם נעשה באופן מטריד. למשל – באמצעות הפעלת אלימות, איומים, חסימת הדרך וכדומה.

14. מנוהל מדיניות האכיפה נגד פושטי יד ברחבת הכותל, שגובש בשנת 2006, ושאושר על ידי היועץ המשפטי לממשלה, עולה, כי מה שהטריד את הממונה על המקומות הקדושים הוא מקרים בהם מדובר בפשיטת יד **מטרידה**, שהוגדרה כמצבים הבאים: מי שפונה מילולית לאדם באמצע התפילה באופן המפריע את המשך קיום התפילה; מי שבא במגע פיזי עם המתפללים או מושך בבגדיהם; ומי שמרים קול באופן הפוגע באופן משמעותי ומתמשך באווירת התפילה ברחבה. אם כך הדבר, הרי שעומדת למדינה האפשרות לפעול מכוח סעיף 216(ב) לחוק העונשין ולהוכיח כי מדובר בהטרדה.

15. אולם כתב האישום לא מפנה לעבירה על פי סעיף 216 (ב) לחוק העונשין וגם אינו כולל עובדות לפיהן נתקיימו יסודות העבירה, היינו - אין כל טענה לפשיטת יד מטרידה ולא מצוין בכתב האישום כי קיים אדם שהתלונן שהוטד. כתב האישום מפנה לעבירה על פי תקנות 2(א)(7) + תקנה 5 לתקנות המקומות הקדושים, שמפלילות את עצם פשיטת היד כשהיא נעשית ברחבת הכותל, גם אם אין בה מימד של הטרדה. לפי התקנה: "בתחומי המקומות הקדושים, בכפוף לאמור בתקנת-משנה (ב), אסורים: ... פשיטת יד וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקומות שהועיד לכך הממונה ולמטרות שהוא קבען". בסעיף 5 לתקנות נקבע כי "העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3, דינו - מאסר ששה חדשים או קנס 500 שקלים".

16. תקנות אלו נקבעו מכוח חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967 (להלן – **חוק המקומות הקדושים או החוק**). החוק כולל שתי עבירות ספציפיות: חילול מקום קדוש או פגיעה בו, ופגיעה בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות. אלו עבירות שדינן 5-7 שנות מאסר. לצדן של עבירות אלו כולל החוק הצהרה כללית לפיה "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". לצד הצהרה זו נכתב כי שר הדתות ממנה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעות בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו". ואכן בשנת 1981 הותקנו התקנות בידי שר הדתות דאז אהרן אבוחצירא בהסכמת שר המשפטים, לרבות האיסור על פשיטת יד ברחבת הכותל המערבי. חרף העובדה כי מדובר בתקנות המטילות עד חצי שנת מאסר, פי שש מהעונש המרבי על עבירת פשיטת יד מטרידה בחוק העונשין, הן הותקנו ללא אישור אף אחת מוועדות הכנסת.

17. יצוין כי כיום החוק מחייב שחקיקת משנה הקובעת עבירות ועונשים תותקן רק באישור ועדה מוועדות הכנסת (סעיף 2(ב) לחוק העונשין). עם זאת, התקנה הותקנה בטרם הוסף סעיף 2(ב) לחוק העונשין (ר' דיון בנושא בת"פ (י-ם) 6648-11-14 **מדינת ישראל נ' שיפרמן** (החלטה מיום 16.10.16)).

הזכויות הנפגעות מהאיסור על פשיטת יד

18. ככלל פשיטת יד לנדבות הינה פעולה המוגנת על ידי חוקי היסוד, שכן היא קשורה בטבורה למימוש הזכות להתקיים בכבוד, הזכות לחופש הביטוי והזכות לחופש העיסוק. עבור רבים מקבצני הרחוב, פשיטת היד הינה פעולת הישרדות אשר הם מבצעים על מנת להבטיח קיום בסיסי, ולכן מניעתה מהווה פגיעה בזכות לקיום בכבוד שהוכרה על ידי בג"ץ כזכות חוקתית (בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464 (2005); בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (28.2.2012)). מניעת פשיטת יד פוגעת גם בחופש העיסוק, שכן פשיטת יד הינה בגדר עיסוק למי שאין ידו משגת להתפרנס מעיסוק אחר, וזה האפשרות שלו להתפרנס או לפרנס את משפחתו.

19. מניעת פשיטת יד לנדבות מהווה גם **פגיעה בחופש הביטוי**, שכן היא מונעת מאדם לפנות לבריות ולבקש את עזרתם. 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. עצם הפניה, הדיבור, ההבעה, ישירה או משתמעת, לקבלת נדבה הינה אסורה.

20. הפגיעה בחופש הביטוי היא חמורה גם מפני שהיא אינה ניטראלית מבחינת תוכן. ברחבת הכותל ניתן לפנות לכל אדם בכל נושא, לרבות לבקש תרומות, ובלבד שזה לא יעשה באופן של פשיטת יד.

21. בארה"ב הגנו בתי המשפט על זכותם של קבצני רחוב לבקש נדבות כחלק מחופש הביטוי המוגן על ידי התיקון הראשון לחוקה. בית המשפט העליון בארה"ב פסק כי פעילות לקיבוץ נדבות למטרות צדקה מוגנת תחת חופש הביטוי (*Riley v. Nat'l Fed'n of the Blind of N.C.*, 487 U.S. (1988) 781).

22. **בתי משפט פדראליים פסקו לאחר מכן כי כאשר אדם מקבץ נדבות למען עצמו, גם פעולה זו מוגנת תחת חופש הביטוי ומכאן שהגבלות על קיבוץ נדבות נתונות לבחינה קפדנית של בית המשפט.** עם זאת, בתי המשפט הפדראליים נותרו חלוקים בשאלה מתי ובאילו נסיבות מותר לעיר למנוע קיבוץ נדבות. בין היתר מידת הביקורת נגזרה מהשאלה האם התקנות ניטראליות או שהן מגבילות רק סוג מסוים של ביטוי, למשל – קיבוץ נדבות על ידי עניים. לדוגמא:

Loper v. New York City Police Dep't, 999 F.2d 699, 704 (2d Cir.1993) (ביטול חוק עירוני של ניו יורק שאסר על קיבוץ נדבות במרחב הציבורי); *Smith v. City of Fort Lauderdale*, 177 F.3d 954, 956 (11th Cir.1999) (אישור תקנה עירונית שאסרה על קיבוץ נדבות בחוף הים); *Gresham v. Peterson*, 225 F.3d 899, 904 (7th Cir. 2000) (אישור חוק עירוני שאוסר קיבוץ נדבות בשעות הלילה ובמקומות מסוימים); *ACLU of Nevada v. Las Vegas*, 466 F.3d 784, 792 (9th Cir. 2006) (ביטול תקנה עירונית שאסרה על קיבוץ נדבות במקומות שונים במרכז העיר); *Clatterbuck v. Charlottesville*, 708 F.3d 549, 553 (4th Cir. 2013) (פסילת תקנה שאסרה על קיבוץ נדבות באזור מסוים במרכז העיר).

23. אם הפסיקה בארה"ב עד שנת 2015 נטתה לפסול תקנות שאסרו על קיבוץ נדבות, הרי שבעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין *Reed v. Town of Gilbert, Ariz.*, 135 S. Ct. 2218 (2015) הפכה המגמה לברורה. בפסק דין זה נפסק כי הגבלות על ביטויים במרחב הציבורי (שלטים) המבוססים על תוכנם, גם אם אין אפליה המבוססת על השקפת עולם, כפופים לביקורת שיפוטית הדוקה.

24. לאחר עניין *Reed* הגיע לבית המשפט העליון ערעור על החלטה שלא לתת צו ביניים בתיק בו נתקף חוק של העיר וורצ'יסטר במסצ'וסטס, שאסר על קיבוץ נדבות בלילה ובמקומות שונים. ההחלטה אושרה ברובה בבית המשפט לערעורים של המחוז הרביעי והוגש ערעור לבית המשפט

העליון. בית המשפט העליון הורה לבחון מחדש את חוקתיות האיסור על קיבוץ נדבות לאור פסה"ד, מה שמצביע על כך שבית המשפט העליון סבר, כי פסה"ד רלוונטי גם לתקנות המגבילות קיבוץ נדבות. בעקבות זאת הוחזר התיק על ידי בית המשפט לערעורים של המחוז הרביעי לבית המשפט המחוזי הפדראלי.

25. בנובמבר 2015 ביטל בית משפט פדראלי במסצ'וסטס 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, למשל – לאנשים העומדים בתור או במרחק של כששה מטר (20 פיט) מכספומטים, כניסה לגינות ופארקים, מתקני תחבורה ציבורית, שירותים ציבוריים, מקומות מפגש ציבוריים, תיאטרון, מקומות ישיבה ציבוריים, בית קפה מסעדה וכל 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)).

26. בעידן שלאחר **Reed** הפסיקה קבעה שוב ושוב כי תקנות המגבילות פשיטת יד במקומות מסוימים מהוות פגיעה בחופש הביטוי וכפופות לביקורת קפדנית, והן נפסלו כי נוסחו בצורה רחבה יתר על המידה. למשל:

Norton v. City of Springfield, Ill., 806 F.3d 411 (7th Cir. 2015), cert. denied, 136 S. Ct. 1173 (2016); *Reynolds v. Middleton*, 779 F.3d 222 (4th Cir. 2015); *Cutting v. City of Portland Maine*, 802 F.3d 79 (1st Cir. 2015); *McLaughlin v. City of Lowell*, No. 14-10270-DPW, 2015 WL 6453144 (D. Mass. Oct. 23, 2015); *Browne v. City of Grand Junction*, No. 14-cv-00809-CMA-KLM, 2015 WL 5728755 (D. Colo. Sept. 30, 2015).

27. בספרות ישנה אפילו טענה כי לאור פס"ד **Reed** כל התקנות האוסרות על קיבוץ נדבות הן בטלות. ר' : *Anthony D. Lauriello, Panhandling Regulation After Reed v. Town of Gilbert*, 116 Colum. L. Rev. 1105 (2016)

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

29. גם בארץ הגבלת ביטוי הינה פגיעה בזכות חוקתית וכפופה לביקורת שיפוטית על פי מבחני פיסקת ההגבלה. קל וחומר כאשר מדובר בהגבלה פלילית על חופש הביטוי. ענישה על ביטויים נעשית במקרים בהם הביטוי פוגע קשות בערכים מוגנים של החברה. כך כאשר מדובר בעבירות של המרדה, הסתה לאלימות, טרור או לגזענות או במקרים בהם הביטוי מהווה פגיעה באחר, כמו למשל הטרדה מינית, איום, העלבת עובד ציבור או לשון הרע.

30. הטלת איסור פלילי על ביטוי שאינו פוגע באיש, כמו קיבוץ נדבות, רק משום שהוא נעשה במקום מסוים, ואשר פוגע לכל היותר בנוחות עוברי אורח אקראיים הפוקדים את רחבת הכותל, היא החרגי.

האיסור הפלילי על פשיטת יד נעשה ללא הסמכה מפורשת בחוק והוא אף אינו מידתי

31. תקנה הפוגעת בזכויות חוקתיות כפופה לביקורת שיפוטית. ביקורת שיפוטית על חקיקת משנה תיעשה בזהירות רבה, אולם מדובר בתקנה שהתקבלה על ידי שר הדתות ללא אישור ועדה מוועדות הכנסת וללא דיון ציבורי בנושא בכנסת ולכן בענייני הביקורת השיפוטית צריכה להיות ברמת הביקורת בה נבחנת החלטה מנהלית.

32. חוקי היסוד מצווים כי פגיעה בזכויות המנויות בהם תתאפשר אך ורק "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

33. בעניינינו תקנה 2(א)(7) האוסרת על פשיטת יד ברחבת הכותל ותקנה 5 הקובעת כי איסור זה יהיה עבירה פלילית הותקנו שלא מכוח הסמכה מפורשת. אדרבא - חוק המקומות הקדושים כבר כולל שתי עבירות ספציפיות - חילול מקום קדוש או פגיעה בו, ופגיעה בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות. לו רצה המחוקק לקבוע עבירות נוספות חזקה שהיה עושה זאת בצורה מפורשת, בהמשך לשתי העבירות שכן נקבעו בחוק. אמנם החוק כולל גם הצהרה כללית אודות כך ש"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", אולם מדובר בהצהרה עמומה וכללית ביותר שאין בה הסמכה מפורשת לשר לקבוע עבירות פליליות נוספות.

34. היעדר ההסמכה נלמד גם מבחינת תכלית חוק המקומות הקדושים. חוק זה מתייחס לשלוש תכליות: הגנה מפני חילול ופגיעה במקומות הקדושים; הגנה מפני פגיעה בחופש הגישה למקומות הקדושים; והגנה מפני פגיעה ברגשות כלפי אותם מקומות. הזיקה בין קביעת איסור פלילי על פשיטת יד במקום קדוש לבין תכליות החוק הינה קלושה ביותר. מלשון החוק וקריאה תכליתית שלו עולה בבירור כי מטרתו היא להגן על המקומות הקדושים מפני פגיעה, או להגן על מי שהמקומות קדושים להם מפני הגבלת הגישה. החוק לא נועד לטפל בנוחות מבקרי המקום, או להגן עליהם מפני אי הנוחות שהם עשויים לחוש מכך שמבקשים מהם נדבה.

35. למצער, ככל שניתן למצוא הסמכה מפורשת לקביעת הנחיות מנהליות שונות אודות התנהלות אסורה במקום קדוש, הרי שבוודאי לא ניתן למצוא הסמכה מפורשת לקביעת עבירות פליליות נוספות. המחוקק בחר לקבוע עבירות פליליות במפורש בגוף החוק ואין כל הסמכה מפורשת או משתמעת לשר לקבוע עבירות פליליות נוספות כראות עיניו. לשם השוואה, בפקודת העיריות יש הסמכה לעירייה לקבוע בחוקי העזר הוראות שונות הנדרשות להבטחת הסדר הציבורי

במרחב הציבורי. עיריות רבות קבעו שורה ארוכה של איסורים לגבי התנהגויות במרחב הציבורי, אולם איסורים אלו אינם בגדר עבירות פליליות ואכיפתן הינה בתחום המינהלי בלבד.

36. מכאן שקביעת איסור פלילי על פשיטת יד ברחבת הכותל נעשתה בלי הסמכה מפורשת כמצוות חוקי היסוד ודינה להתבטל, ולמצער – תקנה 2(א)(7) הותקנה בסמכות כאיסור מינהלי, אך הפיכתה לעבירה פלילית באמצעות תקנה 5 היא ללא הסמכה מפורשת.

37. אפילו הייתה הסמכה בחוק, הפיכת פשיטת יד במקום קדוש לעבירה פלילית שהעונש בגינה הינו ששה חודשי מאסר (באמצעות תקנה 5) היא אינה מידתית. גם אם נקבל את התכלית של מניעת הפרעה לבאי המקום כתכלית לגיטימית, האמצעי המידתי לאכוף אותה הוא באמצעות צעדים מנהליים ולא באמצעות הפעלת כובד משקלו של הדין הפלילי.

38. למעשה התקנות כבר מעניקות סמכויות נרחבות לאכיפת האיסורים שלא באמצעות הדין הפלילי. כך למשל הממונה רשאי ליתן הוראות להבטחת קיומם היעיל של האיסורים, וכן מוסמך הוא להרחיק ממקום קדוש אדם המפריע לו במילוי תפקידיו או העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3. שלל אמצעים עומדים לממונה לאכיפת האיסור: דרישה לחדול, אזהרה, הרחקה זמנית, הרחקה ממושכת – כל אלו מידתיים יותר מאשר טיפול בנושא באמצעות הדין הפלילי והגשת כתב אישום.

39. גם הענישה בתקנה 5 הינה בלתי פרופורציונאלית ביחס לפעולה. העונש המירבי הוא ששה חודשי מאסר בעוד פשיטת יד מטרידה לפי חוק העונשין הינה עבירה שהעונש לצדה הוא של חודש מאסר לכל היותר. יוצא כי על התנהגות שאין לה מימד של הטרדה מוטל עונש כבד פי ששה רק משום שהוא נעשה ברחבת הכותל או במקום קדוש אחר.

40. יודגש כי אם מדובר בפשיטת יד מטרידה הנעשית ברחבת הכותל מן הראוי לפעול לפי האמור בחוק העונשין ולא לפי התקנות, שכן ראוי להעדיף את העבירה הקבועה בחוק מפורש מאשר את העבירה שנקבעה בחקיקת משנה.

41. גם במבחן המידתיות השלישי הנזק על הפללה של התנהגות כמו פשיטת יד עולה לאין ערוך על התועלת הציבורית. גם אם הגנה על המתפללים והמתפללות מפני אי הנוחות שבהיתקלות במקבצי הנדבות היא ערך שמחוקק המשנה ביקש להגן עליו, הרי שהפעלת הדין הפלילי היא לא האמצעי היחיד, אלא יש אמצעים מנהליים פשוטים להשיג את המטרה. מנגד, הסתבכות של עניים המקבצים נדבות עם החוק, מעצרים, רישום פלילי ואף מאסר יפגעו קשות לא רק בזכויותיהם אלא באינטרס הציבורי לשקמם ולחלצם מהעוני.

42. המסקנה הינה שמן הדין לקבוע כי האיסור על פשיטת יד הוא בלתי חוקי ולמצער, כי קביעת האיסור כעבירה פלילית באמצעות תקנה 5 לתקנות המקומות הקדושים אינו מידתי.

לחלופין - העמדה לדין בגין פשיטת יד הינה אמצעי למקרים קיצוניים ביותר

43. עמדת המבקשת היא כי גם אם העבירה נותרת על מכונה, השימוש בה צריך להיות במקרים קיצוניים ביותר, במיוחד כאשר העבירה כרוכה בהגבלה על חופש הביטוי ויש בה לפגוע בפעולת הישרדות של עניים.

44. נוהל האכיפה משנת 2006 מתייחס בפירוש למקרים של פשיטת יד שיש בה מימד של הטרדה ומצוינים בו והם אלו: מי שפונה מילולית לאדם באמצע התפילה באופן המפריע את המשך קיום התפילה; מי שבא במגע פיזי עם המתפללים או מושך בבגדיהם; ומי שמרים קול באופן הפוגע באופן משמעותי ומתמשך באווירת התפילה ברחבה. מהאמור עולה כי לא קיים נוהל אכיפה לגבי מקרים מהסוג המתואר בכתב האישום, של פניה לעוברי אורח לקבלת נדבה שלא נלווה לה מימד של הטרדה.

45. בהיעדר נוהל המתייחס למקרים שאין בהם מימד של הטרדה, לא ניתן לדעת מה שיקול הדעת המופעל בהחלטה על העמדה לדין, והאם קיימת אכיפה שרירותית או סלקטיבית.

46. זאת ועוד, מהנוהל עולה כי אכיפה כנגד מי שפשט יד בצורה מטרידה תיעשה רק לאחר שלוש אזהרות. בפועל הנוהל מופעל גם על מקרים של פשיטת יד שאינה מטרידה, בלי להבחין בין המקרים. לעמדת המבקשת רק במקרים קיצוניים וחריגים יש לאכוף את הדין על מי שפשט יד שלא בצורה מטרידה. בעניין זה יודגש כי עמדת המבקשת היא שהרשויות צריכות להפנות את משאביהן לטפל בסיבה לפשיטת היד – במצוקה הכלכלית של האדם – וזאת באמצעות מערכת הרווחה, ולא בסימפטום, באמצעות אכיפה. 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.

להרחבה ר' טלי קסלסיגולדשטיין "תיקי עוני" – התמודדות הסניגוריה הציבורית עם עבירות שבוצעו על רקע מצוקה כלכלית **מעשי משפט ח** (2016).

רקע: אתגר העוני של המשפט הפלילי

47. לפי המוסד לביטוח לאומי, שיעור העניים בישראל עומד על 21.7% ואילו שיעור העוני בקרב ילדים הוא 30%. בשנת 2015 היו בישראל 460,800 משפחות עניות, שבהן חיו 1,712,900 נפשות, מתוכן 764,200 ילדים (המוסד לביטוח לאומי "**ממדי העוני והפערים החברתיים**") (דוח שנתי 2015) (להלן – **דוח העוני**). הדוח ניתן לקריאה באתר המוסד לביטוח לאומי:

https://www.btl.gov.il/Publications/oni_report/Documents/oni2015.pdf

48. בספרו "**אתגר העוני של המשפט המינהלי**" (משם ההשראה לשם הפרק) עומד ד"ר איל פלג על המורכבות של הגדרת העוני. כפי שכותב ד"ר פלג, הממד הראשוני והמכונן ביותר של העוני הוא המחסור במשאבים בסיסיים החיוניים לקיום. מחסור זה נמדד ברוב המדינות המפותחות באופן יחסי לחברה. בישראל קו העוני נקבע כמחצית ההכנסה החציונית. קביעה זו היא כמובן קביעה שרירותית, שכן היא אינה מתייחסת לסכום הנדרש למשפחה כדי להתקיים בכבוד בחברה. מדד כזה, המודד מה נדרש לצורך קיום מינימאלי בכבוד, מעולם לא נקבע והמדינה

מתנגדת להטיל עליה חובה כזאת (ר' בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' ממשלת ישראל** (מיום 12.12.05); משכית בנדל "אין דבר כזה": **על הסטנדרט הישראלי לקיום בסיסי (בכבוד) וקצבת הבטחת הכנסה** (דוח האגודה לזכויות האזרח, 2014)).

49. על כך שקצבאות הקיום אינן מאפשרות קיום בכבוד עמד גם בית הדין הארצי לעבודה, כאשר פסק כי יש לבטל נוהל של המוסד לביטוח לאומי שאיפשר לשלול ממקבלי הבטחת הכנסה את הקצבה אם קיבלו תמיכה כספית מקרובים לתשלום שכר הדירה: "... דומה כי כיום גמלת הבטחת הכנסה אינה מספיקה עוד לכשעצמה להוצאות מחיה ריאליות כתוצאה מכך נזקקים רבים אינם יכולים להסתפק בגמלת הבטחת הכנסה לצורך סיפוק צרכיהם הבסיסיים, ונאלצים לפנות לסיוע משפחתי וקהילתי נוסף... בהתחשב במציאות זו, אין מדובר עוד בסוג התמיכה שעמד לנגד עיניהם של מנסחי הצעת התוכנית, אלא בתמיכה שהינה חיונית לחלק ניכר מאותם נזקקים על מנת להגיע - בצירוף הגמלה - למינימום של קיום אנושי בכבוד..." (עב"ל (ארצי) 20952-04-11 **יאיר נ' המוסד לביטוח לאומי** (20.11.15), בפסקה 64 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה).

50. אלא שכפי שמציין ד"ר פלג, אתגר העוני אינו מתבטא רק במתן משאבים. אנשים המתמודדים עם עוני חווים גם קושי ממשי בתפקוד בחברה בה הם חיים, סובלים מהדרה חברתית, הדוחקת אותם לשוליים, ומלינים על תחושת תלות תמידית באחרים (איל פלג **אתגר העוני של המשפט המינהלי** 55-66 (2013) (להלן – **אתגר העוני**)). העוני מתבטא גם בתחושת שקיפות וביטול עצמי.

51. פרופ' נטע זיו מציינת כי "עוני מתייחס בראש ובראשונה לצרכים, והוא מבטא מחסור במשאבים (מצרכים/נכסים/פריטים) בסיסיים. אנשים יחשבו עניים אם הם מצויים במצב של מחסור חמור במזון, ביגוד, קורת גג, אמצעי הגנה מפני קור, אסונות טבע ומחלות. לעתים נקשר ומוגדר העוני כהיעדר משאבים, או על פי רמת חיים מסוימת, כאשר אלו נמשכים תקופת זמן ניכרת. אחרים מגדירים עוני בהצטברות של בעיות הכרוכות במחסור במשאבים ובכלל זה היעדר ביטחון אישי, פיזי ובריאותי, היעדר כוח חברתי ופוליטי כשאלו נמשכים זמן ניכר. מכיוון אחר מוגדר העוני כמצב של תלות, כלומר לא היעדר המשאבים כשהם לעצמם הם המייצרים עוני, אלא חוסר השליטה של אנשים על חייהם וקיומה של תלות באחרים" (נטע זיו "עוני, צמצום פערים ושוויון: המקרה של הזכות למים" **משפט וממשל** ז' 945, 949 (2005) (להלן – **זיו, עוני, צמצום פערים ושוויון**)).

52. פרופ' זיו מציינת כי עוני יכול להימדד גם לפי רמת האי-שוויון בחברה, שכן "חוסר השוויון מוביל למציאות של הדרה וחוסר יכולת לקחת חלק בתחומי חיים רבים (שם). שיעורי אי-שוויון בישראל הם אכן מהגבוהים במדינות המפותחות. לפי דוח המוסד לביטוח לאומי לשנת 2015 (**דוח העוני** לעיל), בהשוואה בינלאומית ישראל ממשיכה כשנים הקודמות להיות מוצבת במקום גבוה בשיעורי אי-השוויון, כאשר שיעור זה נמוך משש מדינות מפותחות בלבד.

53. בחברה ישנן סטיגמות ומיתוסים רבים על עוני ועניים, ופעמים רבות הם מוצגים כ"פרזיטים", כמי שעוניים הוא תוצר של תרבותם הקלוקלת. אולם ד"ר פלג מציין כי העוני בישראל הוא בעיקר מבני, כלומר – תוצר של החלטות מדיניות בתחום החברתי-כלכלי. מאז שנת 2002 ישנה

מגמה של עלייה בנתוני העוני בישראל. מגמות אלו נרשמו דווקא בעשור בו נהנה המשק הישראלי מצמיחה ומשיעורי אבטלה מתונים, דבר שמצביע על אי-השוויון הגובר בחברה ועל כך שגם עבודה אינה בהכרח פוטרת מעוני. מהנתונים שמעלה ד"ר פלג עולה, כי בין שנת 2002 לשנת 2011 נוספו כ-100,000 משפחות למעגל העוני (פלג, אתגר העוני, בעמ' 99).

54. פרופ' נטע זיו מציינת כי "ככל שעולים ממדי העוני – כך גובר הסיכוי שאנשים יפנו לפעולות שיש בהן ממד של הפרת חוק או אי-ציות על-מנת למלא צרכים קיומיים-מעשיים, כגון השתכנות שלא כדין בדירות ציבוריות (בדרך כלל בעקבות איבוד שכירות או מימוש דירה בהליכי הוצאה לפועל), חיבור "פירטי" לרשת המים או לרשת החשמל בעקבות ניתוק אשר נבע מאי-תשלום, הערמה על הביטוח הלאומי בדרך של אי-דיווח על הכנסות, גניבות "קלות" ובמיוחד גניבות אוכל – כל אלה הם תופעות שארגונים חברתיים נתקלים בהם" (נטע זיו "משפט ועוני – מה על סדר היום?" **עלי משפט** ד 17, 33 (2005), (להלן – **זיו, משפט ועוני**)).

את המאמר ניתן לקרוא באתר http://www.clb.ac.il/journal/aly_mishpat/feb05/017-034.pdf

55. פרופ' נטע זיו ועו"ד גליה פיט מתייחסות במאמרו להפרות חוק קטנות של אנשים עניים, שאינן כרוכות בפגיעה באדם שלישי (למשל – ניהול עסק זעיר ללא רישיון), וטוענות, על בסיס המחקר, כי הסיבות להפרות החוק מצד אנשים המתמודדים עם עוני אינן זלזול בחוק או רוח עבריינית, אלא חוסר יכולת להתמודד עם הדין בדרכים אחרות. כך, למשל, בהתבסס על מאמרו של אוסטין סראט, שחקר את "חוות החוק" בחיי היום יום של אנשים עניים, מציינות זיו ופיט כי "המשפט נחוה [בעיני אנשים המתמודדים עם עוני] כמשטר של כללים המופעלים על ידי גורמים רשמיים, אשר שולטים בבחירות ובהחלטות שלהם באופן שוטף בתחומי החיים הבסיסיים ביותר, ובעניינים האישיים ביותר. כללי המשפט הם כמו "רשת של קורים" הנטויות סביבם ומחייבת אותם לנקוט אמצעים "טקטיים" – כגון הימנעות והתחמקות מדיווחים – בכדי להתמודד עם מצוקתם, ואף לשמור על כבודם" (נטע זיו, גליה פיט "דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק" **המשפט** כ 195 (2015) (להלן – **זיו, פיט, דילמות אתיות**). החוקרות מתבססות על Austin Sarat "The Law is All Over: Power, Resistance and the Legal Consciousness of the Welfare Poor" 2 **Yale J.L. & Human.** 343 (1990)).

56. במקום שבו אנשים עניים מסתבכים עם החוק בגין פעולות שעשו כדי לשרוד או כדי להשיג צרכים קיומיים בסיסיים שהם חשים כי אין להם דרך לגיטימית להשיגם, או שהם נואשו מלהשיגם בדרכים הרגילות, והסתבכו בסבך הבירוקרטיה – במקום הזה מתנהל אתגר העוני של המשפט הפלילי.

57. פרופ' זיו מוסיפה כי "בדרך כלל במפגש בין המשפט לאדם העני בנסיבות מסוג זה המשפט מגויס בכדי להשיב על כנו את הסדר שהופר, לכאורה, על ידי מפרי החוק. במקרים רבים המשפט אינו מסתפק בשימוש בהליך האזרחי לטיפול באירוע אלא שזה עובר תהליך של הפללה (קרימינליזציה)". לדבריה, "באמצעות השימוש במשפט הפלילי המדינה מתייגת את האדם

העני כ"אויב" החברה, וכך נוצר תהליך דה לגיטימציה והדרה של האדם העני מן הקונצנזוס" (זיו, משפט ועוני, בעמ' 33).

58. לעמדת המבקשת, כדי לעמוד באתגר העוני של המשפט הפלילי, על בית המשפט הדין בתיקים מסוג זה, לתת משקל ממשי במסגרת שיקוליו לחוויה של אנשים המתמודדים עם עוני ומצוקה קשה, ולגורמי הרקע של פעילותם הבלתי חוקית לכאורה.

ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת שבבסיס הגשת כתב האישום

59. 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, בפגמים שנפלו בקבלת החלטה זו וכיו"ב (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).

60. בחינת שיקול הדעת בהחלטה על הגשת כתב האישום אינה כפופה רק לעקרונות המצמצמים, שנקבעו ביחס לסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, הדין 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**, בפסיקה 31).

61. בין שנאשם יכול להעלות טענות נגד ההחלטה להגיש נגדו כתב אישום במסגרת תקיפה עקיפה בטענות מנהליות ובין שהוא עושה זאת באמצעות דוקטרינת ההגנה מן הצדק, מוסמך בית המשפט הפלילי להתערב כבר בשלב המקדמי בהחלטה להגיש כתב אישום, לדון בה ואף לבטלה בנסיבות המתאימות.

62. בעניין **גנור** עמד בית המשפט העליון על החשיבות בהפעלת שיקול דעת בעת החלטה על נקיטה בהליך פלילי. השופט ברק פסק, כי "המחוקק מכיר בכך, כי לא כל ההוראות הפליליות הן בעלות רמת חשיבות זהה, ולא כל העבירות מתבצעות לכאורה בנתונים זהים. המחוקק מודע לכך, כי בהעמדה לדין בשל פגיעה באינטרסים מסוימים כרוכה לעתים פגיעה באינטרסים אחרים. המחוקק ער לכך, כי חקירה ותביעה הן בעלות השלכות מרחיקות לכת על חייו של החשוד והמתלונן. המחוקק יודע, כי המנגנונים לאכיפת החוק פועלים במסגרת אילוצים, ומסגרת זו מקשה על מיצוי עד תום של המשפט הפלילי המהותי. בשל מערכת מסועפת זו של שיקולים הסמיך המחוקק את התובע שלא להעמיד לדין חשוד, חרף קיומן של ראיות לכאורה לכך שהוא הפר את הוראות החוק הפלילי, וזאת אם התובע סבור שאין בהעמדה לדין "עניין לציבור". בכך הוכנס גורם גמיש למערכת ההעמדה לדין. גורם זה רצוי הוא, שכן הוא מאפשר לתובע להתחשב בכל הנסיבות, ולהעריך, אם בהגשת אישום פלילי הוא משרת את האינטרסים שהמשפט הפלילי נועד להגשימם...

אכן, אינו קיים "עניין לציבור" בהעמדה לדין, מקום שלדעת תובע, התועלת שתצמח לערכים ולעקרונות שהמשפט הפלילי מגן עליהם, אם החשוד יועמד לדין, אינה שקולה כנגד הנזק שייגרם לערכים ולעקרונות אלה, אם החשוד יועמד לדין. אם נסתכל על כך מנקודת מבטו של החשוד, ניתן לומר, כי אין "עניין לציבור" בהעמדתו לדין, אם הנזק שייגרם לאינטרס הציבורי (הכולל בחובו את האינטרס של כלל הציבור והאינטרס של החשוד עצמו), אם החשוד יועמד לדין, עולה על התועלת שתצמח לאינטרס הציבורי" (בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד מד(2) 485, 507 (1990)).

63. בעניין גנור נפסק כי "נקודת המוצא הינה, כי משנקבע מעשה אסור כעבירה פלילית, הרי עניין הציבור הוא בהגשת אישום כנגד החשוד בעבירה על החוק. עם זאת, שיקולים שונים עשויים להכריע את הכף לטובת המסקנה, כי בנסיבותיו של מקרה נתון, עניין הציבור הוא שלא יוגש אישום פלילי. במסגרת זו יש להתחשב, בין השאר, בשיקולים הבאים: חומרת המעשה, נסיבותיהם האישיות של החשוד ושל קורבן העבירה, וכן שיקולים מוסדיים של התביעה ובית המשפט" (שם).

64. מידת הביקורת השיפוטית של בית המשפט על החלטה אודות הגשת כתב אישום עשויה להשתנות ממקרה למקרה, בדומה לביקורת על אי-הגשת כתב אישום. כך, למשל, אם מלן נאשם על דיות הראויות שעמדו בפני התובע, דרך המלך היא לבחון את הראיות במהלך המשפט ורק במקרים נדירים ויוצאי דופן הסוגיה תיבחן כטענה מקדמית. אולם אם השאלה במחלוקת היא היעדרו או קיומו של עניין ציבורי בהעמדה לדין ובניהול המשפט, וקיומו של סעד חלופי מידתי יותר ומתאים יותר לטיפול בהפרת הדין, הרי שבמקרה זה מתחם ההתערבות רחב יותר, שכן מדובר בשאלה נורמטיבית שבלב תחום המומחיות של בית המשפט.

65. יפים לעניין זה דבריה של השופטת פרוקצ'יה בפרשת פלונית: "שיקול הדעת של היועץ בפן העוסק ב"עניין לציבור" בהעמדה לדין כרוך בהערכה נורמטיבית של ערכים חברתיים שונים. חרף שיקול הדעת הרחב הנתון ליועץ בעניין זה, פן זה של החלטתו נגיש יותר לביקורת שיפוטית, מאחר שהוא עוסק בהערכה ושקלול של ערכים נורמטיביים רלבנטיים למקרה נתון. שיקול הדעת בדבר "עניין לציבור" בהעמדה לדין נעדר מימד של הערכה והסתברות של נתונים עובדתיים. הוא בנוי על מתן משקל יחסי ראוי לערכים נורמטיביים שונים, שיש להתחשב בהם בתהליך קבלת ההחלטה בדבר העמדה לדין. פן זה של החלטה, הבנוי על הערכה נורמטיבית, הוא מדיד, ונתון לביקורת שיפוטית ביתר קלות" (בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה (מיום 26.2.08), בפסקה 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

השפעת האכיפה על עניים – הבחנה מותרת

66. במסגרת בחינתו של בית המשפט את סבירות הגשת כתב האישום ואת העניין הציבורי בהעמדה לדין, על בית המשפט לקחת בחשבון את העובדה שהנאשם הינו אדם עני המקבץ נדבות למחייתו. אמנם תקנות השמירה על המקומות הקדושים מתייחסות לעבירה באופן ניטראלי – האיסור על פשיטת יד חל לא רק על עניים אלא על כל אדם, אולם ההשפעה שלו על עניים היא לא פרופורציונאלית ביחס להשפעתו על כל אחד אחר. תקנות המגבילות התנהגויות שונות

במרחב הציבורי תמיד נאכפות יותר כלפי עניים ופוגעות קשה יותר בעניים. כפי שציין המשורר הצרפתי אנטול פראנס באירוניה:

"In its majestic equality, the law forbids rich and poor alike to sleep under bridges, beg in the streets and steal loaves of bread".

67. לשם השוואה, לאחר פירוק מאהלי המחאה בשלהי 2011 שהו במרחב הציבורי חסרי בית, שחברו למאהלי המחאה במשך הקיץ. לאגודה לזכויות האזרח הגיעו תלונות על כך שפקחי העירייה מתעמרים בחסרי הבית, ומחרימים ציוד שהם מותירים במרחב הציבורי במטרה לסלקם ממנו. האגודה הגישה עתירה בנושא לבית המשפט לעניינים מנהליים וטענה כי מדובר בפעולות בלתי חוקיות. העירייה טענה כי החרמת ציוד של חסרי בית, או סילוקו, נעשית מכוח סמכותה לנקוט פעולות לשמירת הסדר והניקיון בתחומה, כגון סעיף 235 לפקודת העיריות המסמיך את העירייה למנוע מכשולים והסגת גבול ברחוב וכן מכוח סמכותה להסדיר את המרחב הציבורי. באופן ספציפי הפנתה העירייה את בית המשפט לחוק העזר לתל אביב יפו (שמירת הסדר והניקיון) (להלן: **חוק העזר**) המסמיך את פקחי העירייה לפעול למניעת מכשול ברחוב, לשמירה על הסדר הציבורי ברחובות, בגנים ובמרחב הציבורי באופן כללי.

68. כך, למשל, סעיף 39(א1) לחוק העזר קובע: "לא יניח אדם, לא ישאיר, לא יקים, לא יתלה ולא יטיל ברחוב, לא יבליט מעל לרחוב, ולא ירשה להניח, להשאיר, להקים, לתלות או להטיל ברחוב או להבליט מעל לרחוב, כל דבר, אלא אם דרוש לעשות כן לטעינת הדבר או לפריקתו ותוך כדי פריקתו או טעינתו ולא יותר מן הזמן הסביר הדרוש לכך, אלא אם ניתן לכך היתר בכתב מאת ראש העיריה ובהתאם לתנאי ההיתר. סעיף 44(א) לחוק העזר קובע, כי ראש העירייה רשאי באמצעות כל אדם לסלק כל דבר הנמצא ברחוב בניגוד לסעיף 39.

69. בניגוד לעמדת העירייה כי לא ניתן לאכוף את חוק העזר בצורה שונה כלפי חסרי הבית, בית המשפט לעניינים מנהליים קיבל את העתירה והורה לעיריית תל אביב-יפו שלא להרחיק חסרי בית או לגרום להם לעזוב את המרחב הציבורי ולא לקחת ציוד הנדרש להם לפעולות קיום כגון ציוד לינה ומסמכים אישיים, אלא בנסיבות בהן יש בסיס אובייקטיבי סביר להניח כי מדובר ברכוש נטוש או רכוש המעלה חשש ממשי למפגע תברואתי או מטרד משמעותיים או מהווה סכנה מיידית לבריאות הציבור או בטחוננו". בית המשפט פסק כי "ככל שהעירייה תכין נוהל שיפרט את אופן הפעלת הסמכות, תפעל העירייה על פי נוהל כאמור שיבחן כמובן על פי כללי המשפט המינהלי."

70. הנימוק של בית המשפט היה כי **חוק העזר אמנם ניטראלי בלשונו אך אכיפתו כלפי חסרי הבית המתקיימים במרחב הציבורי היא לא מידתית שכן "בעוד השהיה במרחב הציבורי אינה מהווה 'שירות חיוני' למי שיש לו קניין פרטי, ופארק נועד עבורו אך לפנאי ולבילוי, היא בהחלט מהווה שירות חיוני לחסרי בית, השהים במרחב הציבורי ומתקיימים בו".** בית המשפט ציין כי "הדרתם של חסרי הבית מהמרחב הציבורי מאיימת על עצם קיומם [...]. אם אין מקום בו אני יכול לעשות פעולה, משמע אין לי זכות לעשותה. כיוון שחסרי הבית מבצעים את כל הפעולות במרחב הציבורי, הדרתם ממנו שוללת את הזכות להתקיים". בית המשפט אף

ציין כי העירייה אמנם ציינה כי לא תסלק את חסרי הבית עצמם מהמרחב הציבורי, אולם נטילת ציודם האישי הביאה בפועל לסילוקם של חסרי הבית (עת"מ (ת"א) 20761-10-11 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו (מיום 19.11.12)).

71. יש לציין כי אף שהאיסורים הללו מקורם בחוק עזר עירוני ולא בדין הפלילי, הם תרמו לא פעם להסתבכות של חסרי הבית עם החוק, שכן חסרי הבית נאבקו למען הציוד הדל שלהם, שנדרש להישרדותם, וכשהתנגדו לפעילות האכיפה, עורבה בעניין המשטרה – דבר שהסתיים לא פעם במעצרו של חסרי הבית.

72. העירייה ערערה על פסק הדין לבית המשפט העליון, וטענה בין היתר כי אכיפה שונה כלפי חסרי הבית היא בגדר הפליה, אך בעקבות עמדת היועץ המשפטי לממשלה והערות בית המשפט נאותה לכתוב נוהל ראשון מסוגו שמגביל את שיקול הדעת של הפקחים באכיפת חוק העזר העירוני כלפי חסרי בית. לפי נוהל זה ניתן לפעול להחרמת ציוד בסיסי של חסרי בית רק בנסיבות שהוא מונח באופן שמגביל הגבלה של ממש (בניגוד לסתם מטרד או אי נוחות או הגבלה כלשהי) את השימוש הסביר באותו מרחב, ורק לאחר שניתנה התראה בכתב לחסר הבית ומגבלות נוספות. כמו כן נקבע בנוהל כי פקח עירוני אינו יכול לסלק חסרי בית מהמרחב הציבורי. נוהל זה קיבל את גיבויו של היועץ המשפטי לממשלה ועוגן בפסק דינו של בית המשפט העליון, כאשר הנוהל החליף את פסק הדין של בית המשפט לעניינים מנהליים (עע"מ 105/13 עיריית תל-אביב-יפו נ' האגודה לזכויות האזרח בישראל (מיום 12.3.14)).

73. מכאן שבית המשפט העליון אישר נוהל שיש בו אכיפה שונה של חוק העזר המסדיר את המותר והאסור במרחב הציבורי כלפי חסרי בית השוהים במרחב הציבורי בלית ברירה, ולמעשה – קיבל את העמדה העקרונית כי אכיפה אחידה של חוק עזר שמסדיר את המרחב הציבורי מהווה פגיעה בלתי פרופורציונאלית באלו ששוהים ומקיימים פעולות קיום במרחב הציבורי כי הם חסרי בית ועניים. כמו כן, באשרו את הנוהל, קיבל בית המשפט העליון את העמדה כי האיזון בין הזכות של חסרי בית להתקיים במרחב הציבורי לבין האינטרס הציבורי נוטה לטובת חסרי הבית, וכי רק הפרעה ממשית לציבור, ורק כאשר חסר הבית מסרב לפנות את ציודו בעצמו, מצדיקה פעולות אכיפה.

74. לאור האמור, רשאי בית המשפט בהפעלת שיקול דעתו להתחשב בכך שהאכיפה של החוק כלפי עניים יוצרת פגיעה ייחודית וקשה במיוחד. עמדה על כך גם דווחית האו"ם לענייני עוני וזכויות אדם, ד"ר מגדלנה ספולבדה כרמונה, שהיא מומחית בינלאומית בתחום:

"While these regulations are not explicitly addressed towards persons living in poverty, they affect them disproportionately. Owing to their lack of or limited access to housing, persons living in poverty rely more heavily on public spaces for their daily activities. Thus, individuals who have no choice but to live on the street find that daily life-sustaining activities can put them in danger of criminal sanctions. Although these types of measures are ostensibly neutral, studies show that authorities target those living in poverty, particularly homeless persons. This disproportionate application clearly violates the obligation to ensure equality and non-discrimination in the implementation of all laws and

policies (Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, פסקה 34, 4.8.11,

<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/EPoverty/A.66.265.pdf>).

העמדה לדין פלילי אינה המענה לתופעת קבצני הרחוב

75. קבצנות רחוב אינה, ככלל, תופעה בעלת אופי עברייני אלא נגרמת מתוך צורך הישרדותי של אנשים הסובלים מעוני קשה ולעיתים אף חסרות בית, כאשר מערכות הרווחה ורשתות הביטחון רחוקות מלספק להם אפילו את צרכי הקיום הבסיסיים.

76. אכן, ניתן להבין את הקושי המוסדי של בית המשפט כאשר הוא נדרש להחזיר את הסדר על כנו, ואינו מסוגל להתמודד עם הקונטקסט הרחב ולתקן עוולות היסטוריות והזנחה של שנים, שהיא הגורם המרכזי לאי-הסדר החברתי. אלא שהפעלת 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.

77. "הכלים" שניתנו בידי בית המשפט במקרים מסוג זה הם מגוונים. בית המשפט מוסמך למחוק את כתב האישום על הסף מחמת שהוא סבור שהעובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה (סעיף 149(4) לחסד"פ), מחמת זאת ש"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" ("הגנה מן הצדק") (סעיף 149(10) לחסד"פ); מתוקף סמכותו לדון ולהכריע בטענות "מינהליות" בעניין ההחלטה להגיש כתב אישום וקיומו של עניין ציבורי בהעמדה לדין; או בשל היות העבירה בגדר "זוטי דברים".

78. בפרשת פלונית עמד בג"ץ על השיקולים שעל התביעה לשקול בהחלטה על הגשת כתב אישום, בראי של קיומו או היעדרו של עניין לציבור בהעמדה לדין:

"במאזן זה של עלות מול תועלת, נשקלים היתרונות שבהפעלת האכיפה העונשית אל מול חסרונותיה. עם הראשונים ניתן למנות, בין השאר, את תרומתו של ההליך הפלילי לבירור האמת; את כוחו בהנחלתו של מסר ערכי לציבור; את יסודות ההרתעה והגמול שהוא משרת, כמכשיר להגשמת אינטרסים חברתיים; את פומביות ההליך ואת החשיפה לאור השמש שהוא, כמאמרו הנודע של השופט האמריקני ברנדייס, "המחטא הטוב ביותר"; את תרומתו של ההליך בהעלאת ארוכה לפצעייהם של קורבנות העבירה; את הכוח שמקנים לו אופיו הממלכתי וה"טקסיות" הכרוכה בו; ואת חשיבותו במקום שבו תש כוחן של דרכי טיפול חלופיות.

ומנגד, ראש וראשון לחסרונות שבנקיטתו של הליך פלילי מצוי בפגיעה באדם העומד לדין. "המעמד" של נאשם קשה הוא לאדם. עם הגשת כתב-האישום משתנה עולמו. שיווי המשקל הנפשי והחברתי ממנו נהנה מתערער. הוא נתון לסיכונים חדשים. הוא נפגע חברתית. הוא נפגע כלכלית. ימיו ולילותיו אינם כתמול שלשום... קשה היא הפגיעה שבעתיים, אם לסופם של דברים נמצא אותו אדם והוא זכאי בדין. וחמור מאלה הוא מצבו של אדם, שהורשע על אף

היותו חף מפשע – סיכון שלעולם טבוע בהליך הפלילי. על חסרונות אלה יש להוסיף את הפער העלול להתגלע בין האמת העובדתית לבין זו המשפטית, בפרט בשיטת משפט אדברסרית; את הפגיעה בקורבנות, הנאלצים לחוות בשנית את זיכרון העבירה ולעמוד בתלאות אחרות, כמסירת עדות בבית-המשפט וחשיפה פומבית; את התופעה של "מישפוט" יתר, העלולה לעקר מכוחם אמצעים אלטרנטיביים שחשיבותם אינה פחותה; ואת המשאבים הציבוריים שגוזל ההליך הפלילי. אלה, ואחרים, עומדים אל מול יתרונותיה של האכיפה הפלילית ועל העושים במלאכה לשוקלם היטב זה כנגד זה" (פרשת פלונית לעיל, בפסקה 38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

ר' גם בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793, 806 (1996); ור' גם ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 73 (2003).

79. מכאן שהחלטה על הגשת כתב אישום היא שכשלעצמה פעולה הפוגעת בזכויות חוקתיות של האדם. פגיעה כזו היא במקרים רבים פגיעה חוקית ומתבקשת, אך לבית המשפט סמכות לבחון את מידתיות ההחלטה להעמיד לדין במקרים מעוררי מחלוקת. בדיקה כזו יכול שתבחן את התכלית בהגשת כתב האישום – היינו האם מדובר בתכלית ראויה רגישה לזכויות אדם, ואת המידתיות של העמדת האדם לדין בהתאם למבחני המידתיות המקובלים - קשר סיבתי בין האמצעי לתכלית, היעדר צעדים פחות פוגעניים להשגת התכלית ובחינת התועלת בנקיטת האמצעי לעומת הנוזק.

80. בעניינו 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, תש"ט-1949(הנחיות 4.1004 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה)). מדיניות תביעה מצומצמת בעבירות ביטוי נתפסת כחלק מההגנות כלפי פגיעה בחופש הביטוי, ואולם לבית המשפט תפקיד חיוני בהקפדה על כך שעבירות הביטוי יופעלו רק באותם מקרים יוצאי דופן המחייבים זאת, לאור משקלה של הזכות לחופש הביטוי:

"גם מדיניות מוגדרת ומצומצמת של התביעה בהגשת כתבי אישום עשויה לשמש מנגנון הגנה "חיצוני", ואולם אין בית המשפט רשאי להדיר עצמו מפרשנות החוק ולהותיר את ישומו לשיקול דעתה הבלעדי של התביעה. הגדרת גבולות העבירה צריכה לעמוד בסטנדרטים חוקתיים, ואין ההגנה על חופש הביטוי יכולה להישען על מדיניות ההעמדה לדין של התביעה – לבדה. בכך אין כדי לפטור את התביעה מהפעלת שיקול דעת זהיר ומושכל בעת הגשת כתב אישום בגין עבירות הפוגעות בחופש הביטוי; אלא שגם ההפך הוא נכון, ומדיניות אחראית מצד התביעה אינה פוטרת את בית המשפט מהתוויית גבולות ברורים לפגיעה בחופש הביטוי (דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 23 (2011), בפסקה 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

היעדר תכלית ראויה להגשת כתב אישום

81. לעניין קיומה של תכלית ראויה להגשת כתב אישום – בניגוד להטרדה אגרסיבית, המלווה באלמנט פיזי, איומים וייתכן אף בהפרעה ממשית לאדם בזמן שהוא מתפלל, הפחתת אי הנוחות של באי הכותל אינה תכלית ראויה להגשת כתב אישום.
82. אם התכלית היא גילוי האמת, הרי שנראה, שבמקרים מהסוג הנדון אין להליך הפלילי תרומה מיוחדת לגילוי האמת, וממילא העובדות הבסיסיות במקרים מסוג זה אינן שנויות במחלוקת.
83. אם התכלית בנקיטת הליך פלילי היא הנחלת מסר ערכי לציבור, אזי תכלית זו אינה מתקיימת, 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.
84. אם התכלית היא בהעלאת ארוכה לפצעייהם של קורבנות העבירה, הרי שבמקרים אלו אין קורבן ישיר לעבירה, ולא ניתן לדבר על מתפללים שנתבקשו לנדב נדבה לקבצן במונחים של קורבנות עבירה.
85. 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. עמד על כך הנשיא ברק בעניין **גמזו**, שם נדונה השאלה האם יש להקל בחוב של חייב שטוען לקושי בקיום הבסיסי שלו. הנשיא ציין כי "הסכנה העיקרית המרחפת על ראשו של חייב שאינו יכול לפרוע את חובו, אלא אם כן ייקבעו לו שיעורים לתשלומו, הינה מאסר בגין אי-תשלום חוב המזונות, אך אין זו הסכנה היחידה, ולעתים אף אין זו הסכנה החמורה ביותר. אם החייב הופך להיות חסר בית, אם הוא רעב ללחם ומשוטט ברחובות – גם אלה סיכונים קשים, ולעתים פגיעתם בחייב קשה יותר ממאסר. הפגיעה בכבודו של אדם עלולה להיות קשה מהפגיעה בחירותו" (רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360, 372 (2001)). לא בכדי קבצנים "חוזרים לזירת הפשע", שכן איזו ברירה יש להם? מכאן שלא ברור איזו תכלית משרתת הנקיטה בהליך הפלילי בנסיבות העניין.
86. אולם גם אם הגשת כתב האישום במקרים הדומים לאלו המתוארים בכתב האישום היא לתכלית ראויה, הרי שהיא אינה עומדת במבחני המידתיות.

הגשת כתב אישום אינה מידתית בנסיבות העניין

87. אין צורך להכביר מילים אודות הפגיעה הקשה באכיפה פלילית כלפי קבצנים. אדם המצוי במצב בו תשו כוחותיו הוא 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.

88. ראשית, הגשת כתב האישום דגן אינה עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו קטנה. במקרים של קיבוץ נדבות מטריד ניתן להעמיד לדין בגין סעיף 216(ב) לחוק העונשין. במקרה של הפרעה ממשית לציבור המתפללים ניתן לנקוט בשורה של פעולות מנהליות שאינן פליליות כמו הרחקה זמנית או מושכת. בסופו של דבר הפתרון הוא בתחום הרווחה.
89. 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, 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.
90. שנית, 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.
91. הפללה של פעולות קיום או הישרדות של אנשים המתמודדים עם עוני קיצוני, מהווה התערבות מזיקה, המסכלת את המטרה של שיקום והוצאת האדם או ממעגל העוני ופוגעת קשות בחירותו ויכולתו לשרוד ולהתקיים.
92. הניסיון המצטבר מוכיח גם כי קרימינליזציה נרחבת של עניים וחסרי בית בארה"ב והפיכתם לעבריינים בשל פעולות קיום שהם מבצעים, לכאורה בניגוד לדין, לא הרתיעה אנשים חסרי בית מלבצע את אותן פעולות קיום הישרדותיות, אף שהן הוגדרו כעבירות. הדבר לא רק שלא תרם לצמצום במספר חסרי הבית או לשינוי האופן שבו חסרי בית מתנהלים במרחב הציבורי, אלא רק יצר דלת מסתובבת שגרמה להיעצרותם, כניסה ויציאה מבתי המעצר, ופגיעה אנושה בכבודם והיכולת של רשויות הרווחה לשקם אותם.
93. כך לאחרונה שינה הממשל הפדראלי בארה"ב את גישתו, והתווה מדיניות של דה-קרימינליזציה של חסרות בית ומעבר לטיפול בכלים של דיור ורווחה, ואף פורסם דוח מפורט של הסוכנות הפדראלית בארה"ב לחסרות בית, בשם **Searching out Solutions: Constructive Alternatives to Criminalization**. הדוח נכתב בשיתוף משרד המשפטים ומשרד השיכון. בדוח נטען בצורה חד משמעית, כי מדיניות של הפללת התנהגות רגילה של חסרי בית ויד קשה נגדם אינה מהווה פתרון ואף יש בה נזק לאינטרס הציבורי. הדוח כולל שורה של חלופות נכונות יותר לצמצם את מספר חסרי הבית הנמצאים במרחב הציבורי. וכך נכתב בדוח (בעמ' 7):

"These law enforcement measures do not solve the underlying causes of the problem... Rather than helping people to regain housing, obtain employment, or access needed treatment and services, criminalization creates a costly revolving door that circulates individuals experiencing homelessness from the street to the criminal justice system and back. Sweeps can also result in the destruction of the personal property of people experiencing homelessness, including identification documents and medication. It can be much more difficult to secure employment, benefits, and housing with a criminal record. Many of these measures include criminal penalties for their violation; therefore, they actually exacerbate the problem by adding additional obstacles to overcoming homelessness. In addition, these measures are costly, using critical public resources for law enforcement activities"

(http://www.usich.gov/resources/uploads/asset_library/RPT_SoS_March2012.pdf)

94. בשתי מדינות בקנדה עברו בשנים האחרונות חוקים המקשיחים את האפשרות של עניים וחסרי בית לקבץ נדבות בצורה אגרסיבית, וכלפי "קהל שבוי". באונטריו סירב בית המשפט לערעורים לפסול חוק בשם Safe Streets Act, שהגביל את האפשרות של אדם לבקש כסף או נדבה בצורה אגרסיבית או כלפי אנשים בתור לכספומט, למונית או לכלי תחבורה ציבורי, בתוך התחבורה הציבורית וברכב עוצר בנתיבי תנועה. אף שהרקע לחקיקת החוקים הייתה תופעה של צעירים עניים ששטפו חלונות של מכוניות תמורת כסף, נטען כי מדובר בחוק ניטראלי שלא מכוון דווקא לעניים או חסרי בית. על פסק הדין הוגש ערעור אך בית המשפט העליון של קנדה החליט לא לדון בנושא (R. v. Banks, 2007 ONCA 19).

95. יודגש כי אין מדובר בקוד הפלילי הקנדי אלא בחקיקה מדינתית העוסקת בסדר הציבורי במרחב הציבורי ובכבישים, וכי מדובר בעבירת קנס, כאשר עונש מאסר של עד חצי שנה אפשרי רק בהפרה חוזרת. מחקר שנעשה על אכיפתם של שני החוקים מצא, כי אף שלשון החוק ניטראלית, החוק נאכף באופן מפלה בעיקר כלפי חסרי בית שמקבצים נדבות ונערים עניים שמנקים חלונות של מכוניות בצמתים, וכי מרבית הקנסות אינם ניתנים בשל קיבוץ נדבות "אגרסיבי" אלא בשל קיבוץ נדבות "רגיל" במקום אסור. כלומר – בסופו של דבר החוק בעיקר פועל נגד שתי אסטרטגיות הישרדות של עניים וחסרי בית ולא כלפי התנהגות המסכנת את שלום הציבור. לטענת החוקרות, מעט מאוד מהקנסות משולמים בפועל, אך הקנס מקשה על מי שמעוניין לצאת ממעגל העוני, שכן, למשל, החוב אינו מאפשר לאחר מכן קבלת רישיון נהיגה או אשראי (ראה: Catherine T. Chesnay, Céline Bellot, Marie-Eve Sylvestre, Taming Disorderly People One Ticket at a Time: The Penalization of Homelessness in Ontario and British Columbia (2013) 55 (2) *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 161-185).

(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2448230)

96. אף בענייננו הפעלת הדין הפלילי על פעולות הישרדות כמו קיבוץ נדבות, שנובעת ממצוקה כלכלית קשה, היא 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 מורווח אלא מופסד.

97. לעניין זה ראוי לציין כי בעניין גנור נפסק, כי אפשרות שיקום האדם היא רלוונטית להחלטה האם להעמידו לדין: נפסק כי יש להתחשב "בנסיבותיו האישיות של החשוד. בהקשר זה יש להתחשב בגילו ובמצב בריאותו; בעברו הפלילי ובניסיונות לשיקומו... כל אלה יש בהם כדי ללמד על השפעתו של קיום ההליך הפלילי על החשוד עצמו. כאשר השפעה זו היא שלילית והרסנית, יש בכך כדי ליצור עניין לציבור שלא להעמידו לדין" (פרשת גנור, בעמ' 509).

98. יתר על כן, החלופה הפשוטה והמיידיית ל"טפלי" בבעיה החברתית 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.

99. יש להצטער שמערכת אכיפת החוק רואה את המציאות מבעד למשקפיים כה צרות ואינה לוקחת בחשבון את האינטרס הציבורי הרחב. כאשר מדובר באדם במצוקה כלכלית כה קשה, על המדינה להתערב באמצעות מערכת הרווחה ולסייע לו, ולא להגדיל את מצוקתו באמצעות הפעלת מערכת אכיפת החוק. זאת, גם אם המצוקה גורמת לו לנקוט בפעולה לא חוקית לכאורה, שאינה כורכה בפגיעה ישירה באחר, וזאת כדי לשרוד או לשפר את מצבו, או כי התייאש מהמערכת ומהבירוקרטיה. כדבריו של השופט חשין, "המשפט הפלילי אינו חזות פני הכול" (בג"ץ 3087/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 414, 419 (2002)).

לסיכום, אם תתקבל בקשת האגודה לזכויות האזרח להצטרף כידידת בית המשפט הנכבד, זו עמדתה בסוגיה:

א. האיסור הפלילי על קבצנות במקום קדוש הוא בלתי חוקתי ומכאן שיש לבטל את כתב האישום.

ב. לחלופין, העמדה לדין של עניים בגין פשיטת יד במקום קדוש שלא נלווית לה התנהגות אלימה או מטרידה צריכה להתבצע רק במקרים קיצוניים וחריגים.

24 בינואר 2017

גיל גן-מור

גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ המבקשת