

המבקש:

א' מ'

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

- נגד -

המשיבות:

1. מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות המדינה

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 5.12.18 מוגשת בזאת עמדת המשיבה 2 ביחס לבקשת רשות הערעור.

המשיבה 2 (להלן – האגודה לזכויות האזרח או האגודה) צורפה להליך זה כצד במעמד ידידת בית המשפט בערכאות קמא. האגודה לזכויות האזרח מייצגת את האינטרס הציבורי של שמירה על זכויות האדם בהליך הפלילי ושל צמצום השימוש בהליך הפלילי כלפי התנהגות הנובעת מעוני ומצוקה כלכלית ("עבירות עוני"). האגודה ביקשה להצטרף לתיק זה כבר בערכאה הדיונית שכן הוא מגלם לעמדתה שימוש פסול וחריג בדין הפלילי, הפוגע קשות בתחושת הצדק. הרשעתו בפלילים של אדם עני, רק בשל כך שפשט יד להישרדותו, היא חציית קו אדום בשימוש בדין הפלילי, שאמור להיות שיורי.

ראשית, אין לתת יד להפללת אסטרטגיית קיום של אנשים במצוקה כלכלית חריפה ויש להימנע מהגדרתן של אסטרטגיית קיום כמו פשיטת יד כעבירה פלילית. שנית, באכיפת הדין הפלילי יש להימנע מתיוג עוני כעבריינות. הפעלת הדין הפלילי, העמדתו של אדם לדין, תיוגו כעבריון אינם הדרך ההולמת לטפל במי שנקלע למצוקה כלכלית, גם אם הוא מבצע עבירות קלות לצורך הישרדותו. בית המשפט הנכבד נדרש בהליך זה לקבוע כי קיים גבול לשימוש במשפט הפלילי.

השימוש בדין הפלילי הוא שיורי, הוא אינו המזור לבעיות החברתיות ואין בכוחו לפתור מצוקות, שמקורן במחסור ועוני ולא בהתנהגות עבריינית, ופתרון במערכת הרווחה ולא במערכות אכיפת החוק. לכן תיק זה מעורר שאלות עקרוניות המצדיקות התערבות בית המשפט הנכבד, מתן רשות

ערעור, קבלת הערעור וזיכוי המבקש. בשלב זה מבקשת ידידת בית המשפט לפרט מדוע לדעתה יש מקום ליתן רשות ערעור ומה הן הסוגיות העקרוניות שלעמדתה יש לברר בבית המשפט הנכבד.

השאלות המצדיקות לעמדת ידידת בית המשפט מתן רשות ערעור

1. ידידת בית המשפט סבורה כי קיימת עילה מובהקת למתן רשות ערעור בשלוש סוגיות:
 - א. **מידתיות וסבירות האכיפה הפלילית במקרים של עבירות עוני:** בניגוד לעמדת בית המשפט קמא, מדובר במקרה מובהק בו אכיפת האיסור על פשיטת יד באמצעות הדין הפלילי אינה מידתית ולוקה בחוסר סבירות קיצוני, והיה מקום לבטל את כתב האישום בשל חוסר ענין לציבור ולאכוף האיסור באמצעים חלופיים ופוגעניים פחות. לעניין זה התיק מעורר בצורה מובהקת את שאלת שיקול הדעת של התביעה בעת שהיא מחליטה על הגשת כתב אישום בנסיבות של "עבירות עוני" – עבירות קלות המתבצעות בידי אנשים עניים בשל מצוקה כלכלית חריפה ולצרכי הישרדות. כמו כן מדובר בהעמדה לדין על ביטוי. בקשת רשות ערעור זו, אם תתקבל, תאפשר לבית המשפט הנכבד להתוות את שיקול הדעת של רשויות התביעה ושל בתי המשפט בערכאות הנמוכות, האמונים על בחינת שיקול הדעת של התביעה, בהתמודדות עם סוג זה של עבירות, ותהיה לכך השלכה החורגת מהמקרה הפרטני.
 - ב. **האפשרות לתקוף את חוקתיות הנורמה הפלילית במסגרת ההליך הפלילי:** בית המשפט קמא שלל את האפשרות לתקיפת התקנות עליהן מבוסס כתב האישום בהליך הפלילי בתקיפה עקיפה בניגוד לפסיקת בית המשפט הנכבד בעניין מוחתסב ובעניין קניאס. צמצום זכותם של נאשמים בהליך הפלילי לטעון במסגרת ההליך לפגמים בנורמות הפליליות שעל בסיסן הועמדו לדין תפגע בזכות להתגונן בהליך הפלילי, וכן תפגע באינטרס הציבורי בקיומה של ביקורת שיפוטית בנוגע לטענות שיש לנאשמים כלפי חוקיות נורמות פליליות, שלא סביר שייטענו בתקיפה ישירה, ואשר השלכתן רחבה. המקרה דנן הוא מקרה מובהק לבירור הטענות החוקתיות כלפי הנורמה הפלילית במסגרת ההליך הפלילי (ר' רע"פ 4562/11 מוחתסב נ' מדינת ישראל (מיום 7.3.13)(להלן – מוחתסב); בג"ץ 6887/13 קניאס נ' היועץ המשפטי לממשלה (מיום 12.1.14)(להלן – קניאס)).
 - ג. **מקומה של ההפלה בביקורת החוקתית:** אחד הטעמים של בית המשפט קמא להימנעות מבחינת הטענות נגד התקנות במסגרת ההליך הפלילי הוא שהפגם הנטען בתקנות אינו חמור דיו כדי לאפשר תקיפה עקיפה. אלא שבית המשפט קמא לא ערך הבחנה מספקת בין שאלת חומרת עצם ההגבלה על קיבוץ נדבות בכותל, לבין שאלת ההפלה שלה. לא כל איסור על התנהגות מסוימת מצדיק אכיפתו באמצעות הדין הפלילי. לא עולה על הדעת לשלוח לבית המאסר כל מי שהפר חוזה, אף שהאיסור על הפרת חוזה לכשעצמו הוא חוקתי. כך גם בענייננו. יתכן והגבלה על פשיטת יד בכותל היא מידתית, אבל ההפלה שלה כפופה לכשעצמה לפסקת ההגבלה (ר' אסף הרדוף, "פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה - על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" משפטים מב 243(2012) (להלן – הרדוף)). הפלה מעצימה פגיעה בזכויות, שכן היא כרוכה בפגיעה נוספת בחירות, בקניין, בכבוד, בשם הטוב ובפרטיות. הפלה חייבת להיות בחוק או מכוח חוק, לתכלית ראויה ומידתית. הדין המשפטי החוקתי בבית המשפט קמא היה לוקה בחסר הן בשאלת הסמכות להתקין את תקנה 5, התקנה המפלילה (בניגוד לסמכות להתקין את האיסור בתקנה 2(א)(7)), והן בשאלת המידתיות של התקנה ועצמת

פגיעתה בזכויות אדם חוקתיות, כאשר נקבע שתהיה עבירה פלילית (בניגוד להנחיה שנאכפת באמצעי אכיפה לא פליליים כמו הרחקה מרחבת הכותל).

לעניין זה עמדת האגודה לזכויות האזרח לבית המשפט קמא הייתה שעליו להשתמש בסמכותו ולקבוע כי **ההפלה של התנהגות זו מכוח תקנה 5 היא בלתי חוקית, גם בלי לקבוע מסמרות לגבי חוקיות עצם ההגבלה על פשיטת יד ברחבת הכותל מכוח תקנה 2 (א)(7)**. משמעות קביעה זו הינה ביטול כתב האישום, תוך שמירת סמכות הממונה על הכותל במישור המינהלי להרחיק פושטי יד במקרים המתאימים ממתחם הרחבה, סמכות שניתנה לו בתקנות. יהיה בכך להקהות את עוצמת הפגיעה בזכויות החוקתיות שיוצר האיסור על פשיטת יד. 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)).

2. עתה תרחיב ידידת בית המשפט על כל אחת מהעילות למתן רשות ערעור שצוינו לעיל.

א. מידתיות וסבירות האכיפה הפלילית במקרים של עבירות עוני

3. הסניגורים והאגודה טענו בערכאות קמא כי לא היה מקום להגיש כתב אישום, ויש לבטלו, שכן הגשת כתב אישום בגין פשיטת יד פסיבית אינה מידתית וחורגת ממתחם הסבירות באופן קיצוני ולכן מהווה שימוש פסול בדין הפלילי. הדבר צריך להתבטא בביטול כתב האישום מחמת היעדר עניין לציבור. טענות אלו נטענו על ידי האגודה במסגרת דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, אך יש להן מקום גם במסגרת טענת "הגנה מן הצדק".

4. בית המשפט קמא לא העניק משקל הולם לטענות אלו ופטר עצמו מלדון בהם תוך הפנייה לנימוקי בית משפט השלום (פיסקה 64 לפסק הדין). בית משפט השלום דחה את כל הטענות בנושא בקצרה, תוך שהוא מדגיש את העובדה כי האכיפה סבירה שכן היא מתבצעת לאחר שלוש אזהרות. המענה לטענות אלו הינו לקוי, בכל הכבוד, אינו מיישם כראוי את חובת בית המשפט הפלילי לבחון בעיניים מינהליות וחוקתיות את שיקול הדעת של התביעה, ואינו נותן משקל נכון לעקרון **שיוריות הדין הפלילי** ולקשיים הרבים בהפעלת הדין הפלילי כאמצעי להתמודדות עם עבירות עוני.

עבירות עוני – עוני כמרכיב מרכזי בביצוע עבירה

5. עבירות עוני או עבירות הישרדות הן עבירות קלות המתבצעות על ידי אנשים במצוקה כלכלית מתוך צורך להבטיח תנאי קיום בסיסיים (להרחבה על עבירות עוני ועל המפגש בין הדין הפלילי לעוני ר' טלי קסלסיגולדשטיין "תיקי עוני" – התמודדות הסניגוריה הציבורית עם עבירות שבוצעו על רקע מצוקה כלכלית" **מעשי משפט ח** (2016) (להלן, **קסלסי-גולדשטיין**); יניב ואקי, יורם רבין "גניבה המבוצעת על רקע הצורך להשיג אמצעי קיום בסיסיים" **מבזק הארות פסיקה** 85, 4 (2018) (להלן – **ואקי, רבין**) אסף טבקה, משפט פלילי ועוני: על אחרות חברתית כמנוף להכרה בהגנת העוני כסייג לאחריות פלילית: בעקבות ת"פ 17571-01-18 מדינת ישראל נ' בהלקר", **מבזק הארות פסיקה** 85, 19 (2018) (להלן – **אסף טבקה**)).

6. עוני אינו מתבטא רק במחסור כלכלי. 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. פרופ' נטע זיו מציינת כי "אנשים ייחשבו 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** 945, 949 (2005) (להלן – **זיו, עוני, צמצום פערים ושוויון**)).

7. הקשר בין עוני למשפט הפלילי נדון לא מעט במחקר. המשפטן אסף טבקה מצביע על כך ש"מחקרים שנערכו באנגליה ובארצות-הברית לאורך עשורים מראים, כי באופן שיטתי אנשים החיים בעוני נעצרים על ידי המשטרה בהיקפים נרחבים יותר, מורשעים בדין בתדירות גבוהה יותר, וזוכים להשתתף של עונשי מאסר ארוכים יותר וזאת הן ביחס למידת ריכוזם באוכלוסייה והן ביחס לחברי שאר פלחי האוכלוסייה. ההסבר המרכזי לנתונים אלה נעוץ בקרימינליזציה של התנהגות המאפיינת אנשים החיים בעוני, בד בבד עם הדה-קרימינליזציה של פעולות המבוצעות על ידי יחידים עשירים או גופים פיננסיים עתירי ממון. באופן שאינו מקרי, רוב ההתנהגויות המזיקות, הפוגעניות והלא לגיטימיות הנתפסות כנחלתן של קבוצות אוכלוסייה אמידות, הוגדרו באופן מסורתי כפעולות שאינן פליליות, או למצער כפעולות לא ראויות בעלות היבט פלילי שולי או לא חמור (**אסף טבקה, בעמ' 24**)).

8. 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 הן תופעות שארגונים חברתיים נתקלים בהם" (נטע זיו "משפט ועוני – מה על סדר היום?" **עלי משפט** ד 17, 33 (2005), (להלן – **זיו, משפט ועוני**)).

9. 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 "חוויית החוק" בחיי היום יום של אנשים עניים, מציינת 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).

10. 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. אתגר זה מחייב הפחתת ההפללה של התנהגויות שמבצעים אנשים עניים, והפחתת האכיפה הפלילית.

11. פרופ' זיו מוסיפה כי "בדרך כלל במפגש בין המשפט לאדם העני בניסבות 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).

12. 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. 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, בקניינו, ביכולתו לשרוד ולהתקיים בכבוד, בחופש הביטוי שלו ובחופש העיסוק שלו, בשמו בטוב ובכבודו. מול אלו יש לבחון את התועלת והמידתיות שבהגשת כתב האישום.

עקרון שיוויון הדין הפלילי כמרכיב בטיפול בעבירות עוני והישרדות

13. בבג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (מיום 12.7.10) עמד בית המשפט הנכבד על העיקרון לפיו הדין הפלילי הינו שיוויון, וכי תובע סביר יבחן האם ישנן דרכים חלופיות, ופוגעניות פחות, להגשמת מטרותיו. במקרה של עבירות עוני, האופן הראוי לטפל בעבירה הוא בטיפול בשורש המצוקה שיוצרת אותה (ר' קסלסי-גולדשטיין, בעמ' 119, ואקי, רבין, בעמ' 6).

14. במקום לשלוח עובדי רווחה כדי לבחון מדוע אדם עומד ופושט יד, האם הוא ממצה את זכויותיו ומקבל את התמיכה האפשרית, אם לא – מה החסמים העומדים בפניו, נשלחו אליו שוטרים ופרקליטים.

15. יתר על כן, בניסבות העניין, ניתן פשוט להרחיק את פושטי היד מרחבת הכותל, והמטרה של פרנסי הכותל הייתה מושגת באותה מידה, בלי לפתוח לאדם תיק פלילי, להעמידו למשפט, להרשיעו, להטיל עליו קנס כבד, שאם לא יצליח לעמוד בו יושלך לכלא. גם אם האכיפה הפלילית נעשית לאחר כמה אזהרות או הרחקות מנהליות, אין בכך להפוך את הגשת כתב האישום למידתית. גם אם פעולות של הרחקה מרחבת הכותל, שאינן כרוכות באכיפה פלילית,

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 האיסור על פשיטת היד במקום המסוים.

16. לצורך הדגמה, אפילו לגבי אדם אשר מתנהג באופן אליים באירוע ספורט, נקבע בחוק איסור אלימות בספורט, התשס"ח-2008 שניתן להרחיקו מהמגרשים, כאכיפה חלופית להפעלת הדין הפלילי, ויש גם אפשרות הרחקה ממושכת בהפרה חוזרת, והכל כחלופה למעצר וכתב אישום (סעיפים 12,13 ו-13א לחוק). ואם זה דינו של אדם שהפר סדר ציבורי ואף נהג באלימות באירוע ספורט, אז איך ניתן לקבל הטענה שאדם לא אליים שפשט יד באופן פסיבי, אין מנוס אלא להעמיד דווקא אותו לדין ולא ניתן להסתפק בהרחקתו מהרחבה?

17. המקרה דן הינו מקרה מובהק שבו עקרון שירות הדין הפלילי היה מחייב כל תובע סביר להימנע מכתב אישום, ועל הערכאות קמא היה לבטל את כתב האישום ולהבהיר זאת לתביעה.

ביקורת שיפוטית על החלטה להעמיד לדין

18. 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. 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", ואין הבדל בטענות המינהליות שיכול נאשם להעלות בתקיפה ישירה בבג"ץ נגד החלטה בעניין כתב אישום לבין הטענות שהוא יכול להעלות במסגרת ההליך הפלילי (ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (מיום 1.3.17), בפסיקה 58 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז; 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 "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529 (2015)).

19. בידי בית המשפט הדיוני "כלים" רבים להתמודד עם כתבי אישום בלתי מידתיים ובלתי סבירים, בראש ובראשונה באמצעות קביעה בדבר היעדר קיומו של עניין ציבורי בהעמדה לדין; אך גם באמצעות קביעה כי העבירה הינה בגדר "זוטי דברים" (כך בחר, למשל, לעשות בית המשפט השלום ברמלה בת"פ 17571-01-18 מדינת ישראל נ' בהלקר (מיום 6.9.18) (זיכוי נאשמת שגנבה כרטיס אשראי לצורך רכישת מוצרי קיום בסיסיים, כגון בשר, עוף, מוצרי חלב, בשווי נמוך ביותר)). בית המשפט אף מוסמך להעביר את התיק לבית המשפט קהילתי במקרים מתאימים (אם קיים), לחתור לפשרה שאינה כוללת הרשעה, או להציע לתביעה לחזור בה מכתב האישום מיוזמתה.

מהו שיקול דעת סביר של התביעה במקרים של עבירת עוני?

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

21. בעניין **גנור** עמד בית המשפט הנכבד 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)). בית המשפט 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 להגשים...

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)).

22. 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).

23. 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 מלין 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 (ר' בג"ץ 5699/07 **פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה** (מיום 26.2.08), בפיסקה 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

24. בביקורת שיפוטית על החלטות בעניין העמדה לדין בעבירות עוני על בית המשפט ליתן משקל גבוה לנסיבות ביצוע העבירה וזהות מבצע העבירה. אין מדובר בפגיעה בשוויון בפני החוק אלא

ביישום השוויון המהותי, שכן קיים שוני בביצוע עבירה מתוך מצוקה כלכלית לבין ביצוע עבירה בנסיבות אחרות. כפי שמציינים ואקי ורבין (לעניין גניבת מזון על ידי אדם רעב), "ספק רב אם קיים 'עניין לציבור' בהעמדה לדין בגין עבירת גניבה המבוצעת על רקע הצורך להשיג אמצעי קיום בסיסיים כגון אוכל, וזאת ככל שהגניבה באה לספק צורך בסיסי ומידי כגון רעב; כאשר אין מדובר בסכומי גניבה גבוהים; כאשר הגניבה נעשית באופן לא שיטתי, ללא תחכום מיוחד, ללא יסוד של אלימות... ובהיעדרו של עבר פלילי. גם אם מעשים כמתואר מקיימים את יסודות העבירה, הרי שבשל מכלול נסיבות העניין יש מקום להימנע מהעמדה לדין. מידת האשמה הנמוכה הקיימת במקרים אלה לצד הפגיעה הבלתי-מידתית באזרחים חסרי כל, ראוי שתוביל למסקנה כי אין עניין לציבור בהעמדתם לדין פלילי" (ואקי, רבין, בעמ' 8).

25. יתרה מכך, ניתן לטעון כי הבחירה בביצוע עבירה כשמדובר באדם בעל אמצעים אינה דומה לבחירה אצל אדם נטול אמצעים, באופן שמסייג את אחריותו הפלילית. טבקה טוען במאמרו כי "כאשר ביצוע העבירה הפלילית היא תוצר ישיר של ניסיון המבצע להתגבר על עוני חמור, יש לבחון את היקף היכולת האמיתית של מבצע העבירה לבחור בין עצם הביצוע ובין ההימנעות או החדילה ממנו – האם היה בידי, בעת ביצוע הפעולה ממש, חופש אמיתי לבחור? אם העבירה בוצעה בנסיבות שמעידות על צמצום רבתי של אפשרויות הפעולה הסבירות – למשל על פעולה שבוצעה במטרה לשמור על כבודו, על דמותו ועל צלמו של המבצע או של מי מבני משפחתו כבני אדם – אין לנו אלא להכיר בהגנת העוני כסייג תקף לאחריות פלילית. לשיטת משפט העוני, בכך יהיה קודם כל כדי להבהיר כי המדינה, באמצעות מערכת המשפט הפלילית כזרועה הארוכה, אינה עסוקה אך בענישה של אלו שחרגו מהכללים, אלא גם בהכרה, ולו במידה מסוימת, באחריותה שלה למצב הדברים שעיצב את אחרותם של אנשים החיים בעוני, כמו גם את התנאים שחוללו ביצוע עבירות כדוגמת גניבת מזון" (אסף טבקה, בעמ' 36).

26. ההליך הפלילי אינו המזור לכל חוליי החברה. 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 שקרימינליזציה נרחבת של עניים וחסרי בית והפיכתם לעבריינים בשל פעולות קיום שהם מבצעים, לכאורה בניגוד לדין, לא רק שלא תרמה לצמצום הבעיה, אלא רק יצרה **זלת מסתובבת** שגרמה להיעצרותם, כניסה ויציאה מבתי המעצר, ופגיעה אנושה בכבודם וביכולת של רשויות הרווחה לסייע להם להשתקם.

27. כך, למשל, מחקר שנעשה על אכיפתם של שני חוקים שעסקו בכללי התנהגות במרחב הציבורי בקנדה ומאפשר מתן קנסות מינהליים מצא, כי אף שלשון החוק ניטרלית, 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 (ר': 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).

28. 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 והדיור. הלחץ הציבורי מתועל לאכיפה פלילית במקום לפתרונות. מוסכם ומוכן הצורך להפחית את מספרם של קבצני הרחוב, אך הדרך לעשות זאת היא באמצעות תמיכה ודיור ומענים מספיק טובים כדי שישכנעו גם אנשים מיואשים שיש להם תקווה.

29. לכן, במסגרת בחינתו של בית המשפט את סבירות הגשת כתב האישום ואת העניין הציבורי בהעמדה לדין בענייננו, על בית המשפט לקחת בחשבון את העובדה שהנאשם הינו אדם עני המקבץ נדבות למחייתו. אמנם תקנות השמירה על המקומות הקדושים מתייחסות לעבירה באופן ניטרלי – 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".

30. 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.**

מהו שיקול דעת סביר של התביעה בהעמדה לדין על ביטוי?

31. כפי שהרחיבה האגודה לזכויות האזרח בחוות דעתה בבית המשפט השלום, בארה"ב פסלו בתי המשפט שורה ארוכה של תקנות וחוקים עירוניים אשר הטילו מגבלות על פשיטת יד, תוך קביעה 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. בתי המשפט הפדראליים דחו טענות לפיהן פשיטת יד אינה ביטוי מוגן אלא התנהגות (ר' רשימת פסקי הדין בבקשת האגודה, נספח ג' לבקשת רשות הערעור, בפיסקאות 18-27).

32. ואכן 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. עבר אדם דתי פשיטת יד במקום כמו רחבת הכותל הינה גם ביטוי לקשרים קהילתיים, ולעיתים פשיטת היד מתלווה למתן ברכה לחתן בר-מצווה, או השלמת מניין.

33. 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 לשלום, לשוחח עמו על כל דבר – לרבות בנושא שאין לו שום רצון לשוחח אודותיו עם אדם שאין לו עניין לשוחח עמו. 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, עם המצוקה. מכאן שההגבלה אינה ניטראלית אלא מבוססת תוכן.

34. מכאן, שההגבלה על קיבוץ נדבות הינה הגבלה על חופש הביטוי, והשילוב של ההגבלה שבתקנה 2 עם ההפללה שלה בתקנה 5 הופכת את קיבוץ הנדבות בכותל ל"עבירת ביטוי". זאת, כאשר השימוש בדין הפלילי להגבלת ביטוי צריכה להיות שמורה למקרים קיצוניים. כאשר מדובר בעבירות ביטוי, נדרש לרוב אישור מיוחד של היועץ המשפטי לממשלה כדי להגיש כתב אישום (למשל על עבירות הסתה (ר' סעיף 144 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. נפסק שלבית המשפט תפקיד חיוני בהקפדה על כך שעבירות הביטוי יופעלו רק באותם מקרים יוצאי דופן המחייבים זאת, לאור משקלה של הזכות לחופש הביטוי (דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 23 (2011), בפסקה 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). ואילו בעניינינו מדובר בעבירת ביטוי שנאכפת בידי התביעה המשטרית ללא כל פיקוח.

35. בית המשפט קמא פסק כי גם אם ניתן לראות בתקנה כפוגעת בחופש הביטוי זו פגיעה מידתית. אלא ששוב הדיון היה לוקה בחסר, שכן לא מדובר פה רק בהגבלה על חופש הביטוי אלא בנקיטת צעדים פליליים כלפי ביטוי, בשל תוכנו. במקרה זה קמה הצדקה מיוחדת לביקורת שיפוטית על ההחלטה על העמדה לדין (ר' מקרה דומה בו זיכה בית המשפט המחוזי נאשם על בסיס אי סבירות של העמדתו לדין בעבירה של העלבת עובד ציבור בשל ביטוי ביקורתי, ע"פ (ת"א) 23813-01-17 **רותם נ' מדינת ישראל** (מיום 4.6.18)).

ב. האפשרות לתקוף את חוקתיות הנורמה הפלילית במסגרת ההליך הפלילי

36. בערכאות קמא נתקפה על ידי הסניגורים ועל ידי האגודה גם הנורמה הפלילית שבבסיס ההרשעה. הטענה הייתה כי התקנות שהתקין שר הדתות בשנת 1981 האוסרות על פשיטת יד, והפיכת פשיטת יד לעבירה פלילית מכוח תקנה 5, הן לא חוקיות. בית המשפט השלום דחה הטענות לגופן ואילו בית המשפט קמא מיאן לדון בהן לגופן בטענה כי אין לאפשר תקיפה התקנות בתקיפה עקיפה במסגרת ההליך הפלילי ויש לתקוף אותן בתקיפה ישירה בבג"ץ. בכל

הכבוד, שגה בית המשפט קמא בקביעתו כי אין מקום במסגרת ההליך הפלילי לתקוף את חוקתיות התקנה.

37. מעבר לכך – הטענה כי לא ניתן לתקוף את התקנות בתקיפה העקיפה לא נטענה על ידי המדינה בערכאה הראשונה, ועלתה לראשונה זמן קצר לפני הדיון בערעור בית המשפט קמא במסגרת עיקרי הטיעון של המדינה (עיקרי טיעון בערעור מיום 6.9.18). בבית המשפט השלום, המאשימה לא העלתה טענה לפיה אין מקום לדון בשאלת חוקיות התקנות במסגרת ההליך הפלילי ואף התייחסה לטענות והשיבה לגופן ודחה אותן. כך שלמעשה הפעם הראשונה שעלתה טענתה המדינה השלום דן בטענות לגופן ודחה אותן. כד שלמעשה הפעם הראשונה שעלתה טענתה המדינה בעניין לגיטימיות התקיפה העקיפה הייתה בבית המשפט קמא, במסגרת הערעור, והיא התקבלה בפסק הדין של בית המשפט קמא. מכאן, **שהערעור על ההחלטה לא לדון בטענות הנאשמים בעניין חוקיות התקנות, מהטעם שיש לתקוף אותן בתקיפה ישירה ולא במסגרת ההליך הפלילי, אינו ערעור שני, אלא ערעור ראשון**. העניין נדון והוכרע רק בערכאה אחת, בבית המשפט קמא. גם בכך יש טעם ליתן רשות ערעור.

38. שאלת האפשרות לתקוף בתקיפה עקיפה בהליך הפלילי את הנורמה הפלילית התעוררה מספר פעמים בבית המשפט הנכבד. בעניין **מוחתסב** נטענו טענות נגד אי החלתו של נוהל אכיפה מקל באופן רטרוספקטיבי. הנאשם העלה טענות אלו במסגרת הליך הפלילי ולא בתקיפה ישירה. בית המשפט הנכבד פסק כי "לא רק שאין מניעה כי הדבר ייעשה בתקיפה עקיפה במסגרת ההליך הפלילי, להבדיל מתקיפה ישירה בבג"ץ, אלא שכך רצוי. הדברים אינם חדשים. עוד לפני שנים רבות נפסק כי בתי המשפט מוסמכים להעביר תחת שבט בקורתם גם חקיקת-משנה, ולבדוק אם נפל בה פגם של אי-סבירות. כיום זו אף דרך המלך..." (שם, בפיסקה 3 לפסק דינו של השופט עמית).

39. בעניין **קניאס** פסק בית המשפט הנכבד כי "בהיעדר טעם מיוחד, דרך המלך להעלאת טענות נגד פגמים שנפלו בהגשת כתב אישום – יהיו פגמים אלו בעלי אופי מינהלי או חוקתי – היא במסגרת ההליך הפלילי גופו. בדרך זו, יימנע הצורך בניהול בלתי יעיל של שני הליכים נפרדים בערכאות שונות אשר עלול להוביל להימשכות ההליך הפלילי ולפגיעה בנאשמים... לא זו אף זו, בחינת טענות חוקתיות בערכאות הדיוניות מבטיחה כי טענות אלו ייבחנו על בסיס מצב עובדתי קונקרטי ולא בדרך של דיון מופשט בחוקתיותו של חוק... כמו כן, ניתן להניח כי קביעת התשתית העובדתית על ידי הערכאה הדיונית עשויה להוביל לכך כי פעמים רבות יתייתרו הטענות החוקתיות כשלא יהיה בהן צורך, ובכך יובטח הריסון השיפוטי בבחינת חוקתיותם של חוקים... ודוקו, אין להסיק מן האמור כי במקרה מתאים לא יראה בית משפט זה להידרש לתקיפה חוקתית ישירה. ואולם, כאשר מדובר בטענות המועלות על רקע הליך פלילי קונקרטי ונוגעות לפגמים ספציפיים שנפלו בו – כל עוד לא התקיימו טעמים מיוחדים המצדיקים אחרת, אין אנו רואים להידרש לגופה של התקיפה החוקתית משעומד לעותר סעד חלופי. ככל שהעותר יורשע בסופו של יום ויידחו טענותיו יוכל הוא להעלות גם את טענותיו החוקתיות במסגרת הערעור על הכרעת הדין" (שם, בפיסקה 7).

40. פסיקת בית המשפט קמא מנוגדת לקביעת בית המשפט הנכבד בהחלטות הנ"ל ובפסיקה נוספת העוסקת בתקיפה העקיפה (רע"פ 4398/99 **הראל נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(3) 637, 646-647 (2000) (להלן – **הראל**); דנ"א 1099/13 **מדינת ישראל נ' פריח** (מיום 12.4.15)(להלן – **פריח**)).
41. אין מחלוקת של ממש בדבר סמכותו של בית המשפט שדן בעניין פלילי לדון בטענות מינהליות. אין גם מחלוקת בכך שלאור אימוץ עקרון הבטלות היחסית, תקיפה עקיפה אינה עוד מתמקדת רק בשאלת הסמכות ובמקרים של בטלות, אלא בכל הפגמים המינהליים, לרבות טענות לנפסדות החלטה מינהלית (יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות", **משפט ועסקים טו 225, 262** (2012); ור' גם סקירה על התפתחות ההלכה אצל דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי דינוי 167-185** (2017)).
42. בעניין **פריח** (שעסק בעניין אזרחי) ובעניין **הראל** הדגיש בית המשפט הנכבד את ההבחנה בין תקיפה עקיפה של נורמה כללית לבין צו אישי. למשל, בעניין **פריח** נקבע כי "אם מדובר בנורמה כללית – כמו תקנה, הנחיה מינהלית או מדיניות – התפיסה היא כי אין זה הוגן להטיל על הפרט את הנטל להשיג עליה דווקא בתקיפה ישירה, על כל המשתמע מכך בהיבטי מיצוי ההליכים מול הרשות, תזמון העתירה וביסוס תשתית עובדתית מתאימה. **ההלכה היא, לפיכך, לאפשר לפרט להעלות טענות בדבר חוקיותה של הנורמה הכללית בתקיפה עקיפה, אם וכאשר תופעל נגדו או כאשר היא הופכת קונקרטי מבחינתו**" (שם, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט גרוניס; ור' גם עניין **הראל**, בעמ' 646).
43. בעניין מושא בקשת רשות ערעור זו אכן מדובר בתקיפה של תקנות ולא של החלטה פרטנית, לכן לא ניתן היה לצפות מהנאשם לתקוף בתקיפה ישירה את התקנות, קל וחומר כאשר מדובר במי שנמצאים בשולי החברה, מקבצי נדבות להישרדותם, אשר הנגישות שלהם למשפט היא מלכתחילה אפסית. למעשה, לרוב הפעם היחידה שנאשמים מסוגם של הנאשמים בתיק זה זוכים לייצוג משפטי היא רק בהליך הפלילי. אולם חרף זאת, בית המשפט קמא שלל את האפשרות לתקוף את התקנות במסגרת ההליך הפלילי, מה שהוביל אותו לדחות את הערעור. הטעמים המרכזיים של בית המשפט קמא היו אלו:
- ראשית**, מהטעם שאין מקום לאפשר לנאשמים "לעשות דין לעצמם", כלשון בית המשפט, לעבור את העבירה ולאחר מכן לתקוף אותה במסגרת ההליך הפלילי.
- שנית**, מהטעם שלא נשמעה עמדתה של הרשות המינהלית שהתקינה את התקנות.
- שלישית**, מהטעם כי התקנות כבר הועמדו לבחינה בעניין **הופמן** בבית המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ 257/89 **הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי**, פ"ד מח(2) 265 (1994);
- רביעית**, מהטעם שחומרת הפגם שנפל בהתקנת התקנה ויישומה אינו מצדיק תקיפה עקיפה.
44. טעמים אלו מעוררים קושי רב. אין לקבל הטענה כי מי שעבר עבירה מנוע מלתקוף את חוקיות הנורמה בהליך הפלילי, אלא עליו לתקוף את הנורמה בתקיפה ישירה. **ראשית**, אם יש לנאשם בפלילים טענות כלפי הנורמה שעל בסיסה הורשע, בין בשאלת הסמכות או בשאלת הסבירות או החוקתיות שלה, ראוי לאפשר לו להעלותה בהליך הפלילי, שכן אם יתברר שיש צדק בטענתו, הרי שההרשעה תתבטל. הסיכון של שלילת חירות מאדם על סמך נורמה בלתי חוקית הוא עצום לאין ערוך מהחשש שעלה, למשל, בעניין **הראל**, של ניצול ההליך הפלילי להמשך ביצוע עבירות.

הנאשם בפלילים נגרר להליך ולא יוזם אותו, הוא עומד בפני שלילת חירות. יש לאפשר לו להתגונן בכל טענה ולא זה המקום להטיל עליו מגבלות נוקשות. הזכות להעלות טענות מתחום המשפט המנהלי והחוקתי בהליך הפלילי מהווה גם חלק מזכותו של הנאשם להתגונן בפני ההאשמות ולקיום הליך הוגן.

ממילא גם בתקיפה ישירה בהליך מינהלי שאותו יוזם אדם שעבר עבירה הוא חשוף, ואף ביתר שאת, לטענת סף של אי-ניקיון כפיים, אשר יש בה להביא לדחיית עתירתו. כך שלא ברור כלל שלאדם שעבר עבירה בכלל תינתן הזדמנות לתקוף ישירות את הנורמה הפלילית לאחר שעבר עליה. ואם ניתנת לו האפשרות להגיש עתירה לבג"ץ חרף הטענה שאינו נקי כפיים, מדוע לא להתיר לו לעשות זאת במסגרת ההליך הפלילי?

45. **שנית**, האינטרס בבירור טענותיו של נאשם בעניין חוקיות הנורמה הפלילית הוא אינטרס ציבורי ראשון במעלה, שכן אם עולה טענה שנורמה פלילית שעל בסיסה מוגשים כתבי אישום ונשללת חירות אינה חוקית, יש לבררה גם אם היא עולה במסגרת ההליך הפלילי, וזאת כדי למנוע פגיעה קשה באינטרס הציבורי הרחב. התקיפה העקיפה חשובה לא רק למתדיין הפרטני, אלא למערכת המשפט באופן כללי, מכיוון שהיא מעלה שאלות כבדות משקל, שלרוב לא היו נדונות בדרך אחרת. כפי שציין השופט ברק "לא פעם פותחו הלכות המשפט המנהלי על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים או פליליים" (בג"ץ 731/86 **מיקרו דף נ' חברת החשמל פ"ד מא(2) 449, 459 (1987)**; ולדוגמא ר' בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(3) 50 (2010) (שם), במסגרת הליך מעצרים התקבלה טענת העורר לעניין אי החוקיות של ס' 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, המאפשר קיום דיון בהארכת מעצר שלא בנוכחות העצור. הדיון החוקתי נערך בתקיפה עקיפה במסגרת ערר, ונמשך גם לאחר שהעניין לא היה אקטואלי לגבי העורר הפרטני, לאור חשיבותו)).

בדומה, בארה"ב נפסלה הנורמה הקובעת כי קיום יחסי מין בין שני גברים מהווה עבירה, וזאת במסגרת הליך פלילי בו נתפסו שני גברים בקיום יחסי מין בהסכמה, ויש להניח שחזרו על ביצוע "העבירה" גם לאחר הגשת כתב האישום בעודם מבקשים מבית המשפט לפסול את הנורמה הייתה מאומצת אמת המידה של בית המשפט קמא בעניין ניקיון הכפיים הנדרש מנאשם. (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)). הלכה חשובה זאת לא הייתה באה לעולם אם הייתה מאומצת אמת המידה של בית המשפט קמא בעניין ניקיון הכפיים הנדרש מנאשם.

האינטרס הציבורי בבירור הטענות במסגרת ההליך הפלילי הוא מובהק כאשר מדובר בנורמה כללית אשר משפיעה על ציבור מוחלש כמו מקבצי הנדבות. עצם העובדה שהנאשם הצליח להשמיע קולו במערכת המשפט, רק בזכות ייצוג משפטי פרו בונו שניתן לו על ידי הסניגור, הוא הוא אירוע יוצא דופן ולא מובן מאליו. מצער שבית המשפט קמא בחר לשלוח אדם המקבץ נדבות לתקוף את הנוהל ישירות, תוך התעלמות מהחסמים העצומים העומדים בפני נגישות אוכלוסייה זו למערכת המשפט. לא בכדי, למיטב הידיעה, לא הוגשה ולו עתירה אחת בעניין התקנות הרלוונטיות על ידי מקבצי נדבות בכותל במשך השנים הרבות שהאיסור בתוקף.

46. גם הנימוק לפיו בתקיפה עקיפה לא נשמעת עמדת הרשות המינהלית מעורר קושי רב כאשר מדובר בהליך פלילי. המדינה מדברת בקול אחד, וכאשר ב"כ המדינה עומד בפני בית המשפט בכובע המאשימה, הוא מייצג באותה עת את כל הרשויות הרלוונטיות. כפי שהמדינה יודעת

להשיב לטענות על אכיפה בררנית למרות שלא תמיד הגוף האוכף מיוצג בהליך, כך המדינה צריכה להיות מסוגלת להגן על טענות המופנות לחוקיות הנורמה הפלילית. חזקה על מייצגי המדינה בהליך הפלילי, שעמדתם תשקף את דעת כל הגורמים הרלוונטיים, לאחר שקיבלו את עמדתם, אך אין לקבל שקיימת כביכול עמדה אחת למדינת ישראל המאשימה ועמדה אחרת למדינת ישראל בכובע של רשות מינהלית, עמדה שלא נשמעת. מכאן שב"כ המדינה מייצג גם את עמדת שר הדתות.

47. לגבי הנימוק לפיו התקנות כבר הועמדו לבחינה בעניין הופמן, הרי שטעם זה אינו רלוונטי לענייננו. בעניין הופמן נדונה הסמכות של שר הדתות להתקין את תקנה 2(א)(1) הקובעת כי "אסורה עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום". הדיון היה במישור המינהלי-חוקתי ולא הפלילי ואכן נקבעה שהייתה לשר סמכות להתקין התקנה, והדיון נסב על פרשנותה וסבירותה של התקנה. במקרה דנן עסקין באיסור אחר, האיסור על פשיטת יד, והפגם לא מתמקד רק בתקנה עצמה, תקנה 2(א)(7), אלא בפליליות של האיסור, שנקבע בתקנה 5.

48. לבסוף, הטענה כי חומרת הפגם אינה מצדיקה מתן האפשרות לתקיפה עקיפה מעוררת אף היא קושי רב. הניתוח של בית המשפט קמא לקה בחסר בניתוח הטענות החוקתיות, שכן הוא ניתח את הסמכות להתקין את תקנה 2(א)(7) ואת מדתיותה, בלי לתת משקל לכך שתקנה 5 הופכת אותה לעבירה פלילית על כל המשתמע מכך, באופן שמשנה את הניתוח לחלוטין - הן לשאלת הסמכות והן לשאלת החוקתיות. נקודה זו מובילה אותנו לעילה השנייה שצוינה לעיל למתן רשות ערעור, כמפורט להלן.

ג. מקומה של ההפללה בביקורת החוקתית: ההבחנה בין תקנה 2(7) לבין תקנה 5 לשאלת הסמכות ולשאלת המידתיות

49. הסניגור ביקש רשות ערעור בשאלת חוקתיות תקנות 2(7) ו-5 לתקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, התשמ"א-1981 (להלן – **התקנות**), מכוחן הורשע המבקש. שאלת החוקתיות מתחלקת לשני חלקים: הסמכות להתקין את התקנה והחוקתיות שלה לאור פגיעתה בזכויות חוקתיות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

50. האגודה לזכויות האזרח הדגישה בעמדתה כי יש מקום להבחין בין הטלת הגבלות על התנהלות ברחבת הכותל לבין ההפללה של אותן הגבלות, היינו – הפיכתה לעבירה פלילית שעונשה עד 6 חודשי מאסר. דבר אחד הוא לבוא ולהטיל מגבלות מסוימות על באי רחבת הכותל, ולאכוף אותן בעת הצורך באמצעות הפעלת סמכויות רב הכותל, שמוסמך אף להרחיק אנשים מרחבת הכותל, ודבר אחר לגמרי הוא להעמיד לדין פלילי אדם בשל קיבוץ נדבות ברחבת הכותל, לתייג אותו כעבריין, על כל ההשלכות הנובעות מכך, ולהטיל עליו סטיגמה. גם אם ההגבלה על קיבוץ נדבות בכותל היא בסמכות שר הדתות והיא מידתית, ניתן לאכוף אותה במקרים המתאימים באמצעות סמכויות הממונה. מנגד הפללת ההתנהגות באמצעות תקנה 5 הופכת את ההסדר לבלתי חוקתי.

51. בית המשפט קמא לא ערך את ההבחנה המתבקשת והתייחס לשאלת ההפללה כאגבית ובעלת חשיבות מינורית, ולא כמרכזית. הדבר מתבטא הן בבחינת הסמכות והן בשאלת המידתיות.

לכן גישתו של בית המשפט קמא הייתה כי "כל שנמנע מהמערערים ומאחרים הוא האפשרות לקבץ נדבות ברחבת הכותל, תוך שהותר להם להמשיך בכך בקרבת מקום, בדרכים המובילות לרחבה ובכל מקום אחר. עוצמת הפגיעה במערערים, אף אם ניתן להבינה, אינה נחזית להיות חמורה כל כך, ובוודאי שאינה תומכת במתן האפשרות לתקיפה עקיפה" (שם, בפיסקה 53).

52. אלא שההפללה, וההתמודדות הכפויה עם ההליך הפלילי, מעצימה את הפגיעה בזכויות שממילא נפגעות, והיא כרוכה לכשעצמה בפגיעה נוספת בכבוד, בשם הטוב, בפרטיות, בקניין ובחירות (הרדוף, לעיל, פרשת פלונית לעיל, בפיסקה 38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; 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).

53. כך בענייננו, הרחקתו של הנאשם ממתחם הרחבה בשל פשיטת יד הייתה פוגעת בזכותו החוקתית לקיום בכבוד, לעיסוק ולביטוי. הפללת האיסור מעמידה אותו בפני הליך פלילי, מתייגת אותו, מעניקה כלי אכיפה שונים נגדו, ומגבלות שקיימות רק בהליך הפלילי, פוגעת בכבודו, ומעמידה בסיכון ממשי את חירותו או קניינו במקרה שהרשעתו תיוותר על כנה, והיא תותר לו רישום פלילי ואותו קין שיפגעו ביכולתו להתקיים בכבוד, להתפרנס וכדומה. על רקע זה יש לבחון את ההפלה במבחי פיסקת ההגבלה.

הפגיעה בחוק או מכוח חוק - שאלת סמכות השר להתקין את תקנה 5

54. בשאלת הסמכות קובע בית המשפט קמא כי לשר הייתה סמכות להתקין תקנות שמטרתן הגשמת תכלית החוק. בכך מיקד בית המשפט קמא את שאלת הסמכות לקבוע את ההוראות בתקנה 2. אלא שגם אם נניח שלשר הייתה סמכות לקבוע הגבלות על התנהגות ברחבת הכותל, כפי שנקבעו בתקנה 2, השאלה היא האם פעל בסמכות כשקבע כי איסורים אלו יהוו בנוסף עבירה פלילית, כפי שקבע בתקנה 5. התשובה לכך היא שלילית.

55. החוק המסמך, חוק השמירה על המקומות הקדושים, כולל שתי עבירות פליליות ספציפיות: (א) המחלל מקום קדוש או הפוגע בו בכל דרך אחרת, דינו - מאסר שבע שנים. (ב) העושה דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות, דינו מאסר חמש שנים. בנוסף כולל החוק פסקה אחת נוספת ולפיה "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".

56. המחוקק העניק לשר סמכות כללית להתקין תקנות לביצוע החוק ("שר הדתות ממונה 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"), ומכוח סמכות זו קבע השר שורה של תקנות המסדירות את המותר והאסור ברחבת הכותל, לרבות תקנה 2(7) האוסרת על "פשיטת יד וקבלת תרומות". השר העניק סמכויות אכיפה לממונה על הכותל, ובהן סמכות ליתן הוראות להבטחת קיומם היעיל של האיסורים האמורים בתקנה 2. עוד נקבע בתקנות כי "כל אדם הנמצא בתחומי המקומות הקדושים חייב לציית להוראות הממונה שניתנו כדין", ונקבע כי "הממונה רשאי להרחיק ממקום קדוש אדם המפריע לו במילוי תפקידיו או העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3".

57. אלא שהשר לא הסתפק בכך והמשיך וקבע בתקנה 5 כי "מי שעובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3, דינו - מאסר ששה חדשים או קנס 500 שקלים". תקנה 5 הותקנה בהתאם להסמכה כללית בסעיף 16(2) לפקודת הפרשנות שהיה אז בתוקף ולאחר מכן בוטל. התקנה קובעת כדלקמן: "מקום שהחוק מעניק לרשות את הסמכות להתקין תקנות, יהיו ההוראות הבאות חלות לגבי התקנתן וכוח פעולתן של תקנות אלו, אם אין כוונה אחרת משתמעת... (2). מותר לקבוע בתקנות, כי כל העובר על הוראה מהוראותיהן, יהא צפוי לקנס שנקבע בתקנות או לתקופת מאסר שנקבעה בהן או לשני הענשים כאחד, ובלבד שהקנס לא יעלה על חמישים לירות ותקופת המאסר לא תעלה על ששה חדשים; והוא כשאין באותו חוק הוראה אחרת".

58. בתיקון 39 לחוק העונשין משנת 1994 בוטלה הסמכות הנ"ל והסמכות לקביעת עבירות ועונשים בתקנות הוגבלה והותנתה באישור ועדה מוועדות הכנסת. בכך הביע המחוקק את תפיסתו כי הדין הפלילי אינו יכול להיקבע בידי הממשלה ללא פיקוח פרלמנטרי, גם בעבירות קלות.

59. הגם שפקודת הפרשנות מוגנת מתקיפה חוקתית בשל סעיף שמירת הדינים, בעידן החוקתי שלאחר חקיקת חוקי היסוד יש לפרשה בצמצום. יש לקבוע כי הסמכות הכללית לקבוע עונשים לאיסור שנקבע בתקנות צריכה לעלות בקנה אחד עם תכליות החוק המסמיך, ממנו הותקנו התקנות.

60. מעיון בחוק השמירה על המקומות הקדושים ברור כי אין בו הסמכה מפורשת לקבוע, כי פשיטת יד בכותל תהווה עבירה, דבר שאף עומד בסתירה לקביעה בחוק העונשין לפיה פשיטת יד אינה עבירה, אלא במצב בו היא נעשית תוך הטרדה או חשיפת מומים. 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.

61. גם אם נניח שלשר סמכות לקבוע מגבלות מינהלתיות סבירות על ההתנהגות במקום קדוש, שעה שהכנסת קבעה שתי עבירות ספציפיות ולא הסמיכה במפורש את השר להוסיף עוד ועוד עבירות, אין לראות בכך הסמכה לקביעת עבירות פליליות. ההיבט הפלילי של חוק השמירה על המקומות הקדושים מוצה בעבירות שנקבעו בו במפורש. ומכאן – שההסמכה הכללית בפקודת הפרשנות אינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוק המסמיך.

62. גם בסעיף 16(2) לפקודת הפרשנות, שממנו שאב השר את סמכותו, סויגה הסמכות הכללית לקבוע ענישה למי שמפר תקנה רק "אם אין כוונה אחרת משתמעת" וכן למקרה בו "אין באותו חוק הוראה אחרת". שעה שהמחוקק הראשי קבע רשימה סגורה של שתי עבירות פליליות, מהווה הדבר "הוראה אחרת" או "כוונה אחרת משתמעת". מכלל ההן נלמד כלל הלאו, והוא שהכנסת לא התיימרה לאפשר לשר הדתות להוסיף עבירות פליליות מעבר לאלו שהיא עצמה קבעה. הכנסת הסמיכה את השר באופן כללי להתקין תקנות לביצוע החוק, אך את ההיבט הפלילי קבעה במפורש בחוק עצמו.

63. בית המשפט קמא פסק כי התקנה האוסרת קבצנות ברחבת הכותל אכן באה לתת מענה לרצון למנוע הפרעה בציבור המבקרים בכותל המערבי ולכן היא בסמכות, אך נמנע מלדון בשאלת הסמכות לקבוע סנקציה פלילית לאכיפת האיסור, לאור הטענות הנ"ל.

ההפלה אינה מידתית

א. הפללת פשיטת היד לפי מבחן המידתיות – האמצעי שפגיעתו פחותה

64. גם אם נניח שהגבלה מסוימת על פשיטת יד לנדבה בכותל הינה מידתית, הרי שהפללתה הופכת אותה ללא מידתית בשני מבחני המידתיות, השני והשלישי. במבחן קיומו של אמצעי שפגיעתו בזכויות פחותה, הרי שידידת בית המשפט הדגישה כי גם אם שר הדתות מוסמך לקבוע כללי התנהגות ובהם איסור פשיטת יד, ניתן לאכוף את האיסור על פשיטת יד גם ללא שימוש בדין הפלילי. קודם כל ניתן לפעול באמצעות מערכת הרווחה למצות זכויותיהם של פושטי היד במקום הקדוש באופן שעשוי להביא מזור למצוקה הגורמת להם לפשוט יד מלכתחילה. אם קיים קושי בהימצאותם במקום הקדוש, ניתן היה למשל להנגיש להם את שירותי הרווחה באמצעות הגעת עובד רווחה, ובחינה של האפשרות לסייע במיצועי זכויות, פריסת חובות, דיור וכדומה.

65. בנוסף, לממונה על הכותל יש סמכויות אכיפה שאינן כרוכות בנקיטה בצעדים פליליים. הוא יכול להשתמש בסמכותו ולקבוע מדיניות שתמזער את הפגיעה בציבור המתפללים. הוא למשל יכול להגביל את האזור שבו ניתן לקבץ נדבות, או את מספר מקבצי הנדבות שיכולים לשהות ברחבה בו זמנית. ככל שהנחיותיו לא יכובדו הוא יכול להזהיר את מקבצי הנדבות, להרחיקם באופן זמני או לתקופה ממושכת מהרחבה.

66. יתר על כן, אם קיבוץ הנדבות נעשה באופן מטריד או תוך חשיפת מומים, ממילא חל סעיף 216(ב) לחוק העונשין, ובמקרים אלו ניתן לפעול במישור הפלילי גם בלי צורך בתקנה 5 לתקנות. חוק העונשין מטיל עד 3 חודשי מאסר על קיבוץ נדבות שנעשה תוך הטרדה, ואילו שר הדתות קבע כי די בפשיטת יד פסיבית בכותל, בלי כל ממד של הטרדה, כדי להטיל סנקציה כפולה – עד 6 חודשים מאסר. זה לבדו מצביע על חוסר המידתיות של תקנה 5.

ב. ההפלה במבחן המידתיות הצר – תועלת מול נזק

67. ככלל על המחוקק להימנע מתיוג פעולות קיום או הישרדות שמבצעים עניים כעבריינות. קביעה כי פשיטת יד, רק משום שנעשתה במקום מסוים, הינה עבירה פלילית, היא לא מידתית. קשה למצוא הצדקה או תכלית ראויה לנורמה פלילית האוסרת פשיטת יד פסיבית, רק כי היא נעשית במקום מסוים. התכלית של האיסור על פשיטת יד בסעיף 216(ב) לחוק העונשין הינה מניעת הטרדה, ולכן עצם פשיטת היד אינה אסורה כל עוד לא נלווית לה הטרדה או אלימות. בניגוד לפשיטת יד שנלווית לה הטרדה אגרסיבית, המלווה באלמנט פיזי, איומים וייתכן אף בהפרעה ממשית לאדם, בנורמה הפלילית מושא הליך זה, התכלית היא לכל היותר הפחתת אי הנוחות של באי הכותל בשל מפגש עם אדם המבקש מהם נדבה. הפחתת אי נוחות אינה עילה מספקת לקביעת נורמה פלילית.

68. יתרה מזאת, קביעת פשיטת יד ברחבת הכותל כעבירה פלילית אינה משרתת אף לא אחת מהתכליות המקובלות של ההליך הפלילי. 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.

69. אם אחת התכליות המרכזיות של ענישה במישור הפלילי הינה העלאת ארוכה לפצעייהם של קורבנות העבירה, הרי שבעבירות עוני מהסוג דגן 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? את הקנס הפלילי הם משלמים באמצעות קיבוץ נדבות בכותל, ולא ברחוב, שכן במקום שבו מתכנסים האנשים יכולת ההתרמה שלהם היא משמעותית יותר. מכאן שלא ברור איזו תכלית משרתת הנקיטה בהליך הפלילי בנסיבות העניין.

70. לכן, במבחן המידתיות השלישי עולה כי הפללת האיסור על קיבוץ נדבות באמצעות תקנה 5 גורמת יותר נזק מהתועלת שתצמח. למרבה הצער, הדיון בנושא בבית המשפט קמא היה לוקה בחסר.

סיכום

71. לאור כל האמור לעיל, שיקולי הצדק והשאלות המשפטיות כבדות המשקל מצדיקים מתן רשות ערעור. בית המשפט הנכבד יתבקש לקבוע הלכה המתווה את שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתבי אישום בעבירות עוני – עבירות קלות הנובעות ממצוקה כלכלית לאור עקרון שיוויון הדין הפלילי, תוך צמצום משמעותי של האפיק הפלילי בעבירות עוני. על בית המשפט הנכבד להנחות את הערכאות הנמוכות כי עליהן לבחון את סבירות הגשת כתבי האישום במסגרת ההליך הפלילי. במקרה דגן יש לקבוע כי אין עניין לציבור בהעמדה לדין של אנשים עניים בשל פשיטת יד פסיבית, ויש לאכוף האיסור באמצעים חלופיים.

72. כמו כן, על בית המשפט הנכבד לקבוע כי אין מניעה לנאשם בפלילים לתקוף בתקיפה מינהלית או חוקתית את חוקיות הנורמה הפלילית שבגינה הוא הועמד לדין במסגרת ההליך הפלילי.

73. לבסוף יש לקבוע כי תקנה 5 לתקנות, הקובעת את האיסור על פשיטת יד כנורמה פלילית, הותקנה בחוסר סמכות והיא אינה מידתית ודינה להתבטל, וכי אכיפת האיסורים שנקבעו בתקנה 2 תיעשה באמצעות סמכויות האכיפה המינהליות שיש לממונה על הכותל, ולא באמצעות ענישה פלילית. לאור זאת יש לזכות את הנאשם.