



הפסול והפגיעה בביטוי של עוני בעקבות ע"פ (י-ם) 11606-01-18 שורץ נ' מדינת ישראל

ענבר פפו*

א. מבוא. ב. תמצית פסק הדין. ג. משפט העוני. ד. ביטוי של עוני או פגיעה באחר? ניתוח פסק הדין. 1. שאלת התקיפה העקיפה. 2. שאלת חוקיות התקנה. ה. מחשבות מסכמות על חוק ועל שפה.

א. מבוא

ביום 16.10.2018 פסק בית המשפט המחוזי בערעורם של מר שמעון שורץ ומר אליעזר מושיא על הרשעתם בגין פשיטת יד ברחבת הכותל, איסור הקבוע בתקנה 2(א)(7) לתקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים.¹ המערערים טענו כי התקנה אינה חוקתית ולכן יש לבטלה ולזכותם. בית המשפט דחה את הערעור תוך דחיית בקשתם לבצע ביקורת עקיפה לתקנות, ואת טענתם כי התקנה פוגעת באופן שאינו מידתי בזכויות היסוד שלהם. בית המשפט פסק שאין לאפשר את הביקורת העקיפה משתי סיבות עיקריות: הראשונה, התנהלות המערערים שהפרו את החוק ומבקשים לתקוף אותו לאחר המעשה;² השנייה, חומרת הפגם אינה מצדיקה ביקורת עקיפה, מאחר שזכויות היסוד של המערערים ובפרט הזכות לחופש עיסוק, לא נפגעו פגיעה קשה.³ בית המשפט הטיל ספק בכך שקיבוץ נדבות הוא עיסוק הנפגע על-ידי התקנה, אך גם בהנחה שאכן כך, קבע שהגבלת העיסוק ברחבת הכותל בלבד מהווה פגיעה מידתית.

* ענבר פפו היא עורכת דין ועובדת סוציאלית, עמיתת הקתדרה לזכויות אדם על שם אמיל ז'ולא במסגרת תוכנית "תקנה" לתואר שני במשפטים, בית הספר למשפטים על שם חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל. אני רוצה להודות מקרב לב לפרופ' ארנה בן-נפתלי, על נקודת המבט הייחודית, על הערותיה הבונות והחשובות, ועל ההכוונה, הליזוי וההוראה. תודה גם לאיה מרקביץ על הערותיה.

¹ תקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים, התשמ"א-1981 (להלן: "התקנות").
² ע"פ (י-ם) 11606-01-18 שורץ נ' מדינת ישראל, פס' 49 לפסק דינו של השופט דרנאל (פורסם בנוב' 16.10.2018).

³ שם, פס' 50 לפסק הדין של השופט דרנאל.



הפסול והבחירה בביטוי של עוני

המערערים הם אנשים שקיבצו נדבות, והורשעו משום שביצעו פעולה זו במקום אסור לפי התקנות. בית המשפט, על החלטותיו ופסיקותיו, אינו משקף את המציאות החברתית והחוקית שבה הוא פועל בעלמא, אלא גם ממלא תפקיד חשוב בכינון ובעיצוב אותה מציאות. תפקידו המכונן אינו מתמצה רק בהחלטתו הסופית, אלא גם באופן שבו הוא דן בראיות ובעובדות ומפרש את החוק.⁴ בתקנה 5 לתקנות נקבע, כי דין העובר העבירה הוא חצי שנת מאסר או קנס של 500 ש"ח. בעניינינו, בית משפט השלום גזר על נאשם אחד קנס בסכום של 18 ש"ח ועל האחר קנס בסכום של 180 ש"ח, סכומים שאינם גבוהים. העונשים הקלים לכאורה מציירים תמונה לפיה בית המשפט נתן משקל ומשמעות לחיים בעוני בנייתוח הסוגיה ובהחלטתו.

בהארה זו אציע, שניתוח מעמיק יותר של הסיפור המשפטי שמוכא בפסק הדין מצייר תמונה שונה. באמצעות שימוש בפרדיגמה של "משפט ועוני" אתח משפטית ונרטיבית את פסק הדין, ואבחן כיצד פסק הדין והתקנה העומדת בבסיסו מושפעים מההיררכיה המעמדית בחברה ומהתפיסה בנוגע לאנשים החיים בעוני, ובה בעת משפיעים עליה ומבנים אותה. אציע, תוך התייחסות לעוני כגורם המגביל את חופש הבחירה של האדם, כי מצבם הכלכלי הדחוק של המערערים הוא גורם שיש בו כדי להשפיע על מידת הפסול שיוחסה להתנהלותם, ושהיותה שיקול משמעותי בדחיית בקשתם לתקיפה עקיפה של התקנה. בנוסף, אבקש להציע בחינה חוקתית אחרת לתקנה, השמה דגש על עצם הפגיעה הנגרמת מהפללת התנהגות, היכולה לעלות לכדי פגיעה בכבוד האדם ולפגיעה בחופש העיסוק בקיבוץ נדבות בכותל. לבסוף, אציע כי ניתוח משפטי אחר היה יכול להוביל לתיקון של האפליה והעיוורון של ההליך הפלילי ביחס לאנשים החיים בעוני. בפרק השני תובא תמצית פסק הדין. בפרק השלישי, אציג את הפרדיגמה של "משפט ועוני". בפרק הרביעי, אציג את ניתוח פסק הדין מבחינת הדוקטרינה המשפטית ובמשקפי הפרדיגמה של "משפט ועוני". מבעד למשקפיים אלה, אציע קריאה נוספת ואחרת בנרטיב העולה מפסק הדין. בפרק האחרון, אסכם ואבקש להצביע על הפוטנציאל הטמון במשפט ובפרשה הנוכחית לשינוי היחס החברתי לאנשים החיים בעוני. לאחרונה פרשה זו התגלגלה לפתחי בית המשפט העליון, כאשר הוגשה בקשת ערעור של המערערים. עובדה זו מדגישה את חשיבות הדין.

⁴ יופי תירוש "עירית נגבי. סיפורי אונס בבית המשפט: ניתוח נרטיבי של פסקי הדין" סוציולוגיה ישראלית יב 486, 485 (2011).



ב. תמצית פסק הדין

שורץ ומושיא הואשמו והורשעו בבית משפט השלום בעבירות של פשיטת יד לפי תקנה 2(א)(7) לתקנות. שורץ ומושיא טענו לבטלותה של התקנה בשל פגמים חוקתיים ומנהלתיים, וטענו כי יש לזכותם. בית משפט השלום דחה טענותיהם, ובעקבות כך הנאשמים הודו והורשעו בהסדרי טיעון. שורץ ומושיא הגישו ערעור על פסק הדין, והאגודה לזכויות האזרח הצטרפה לערעור כדידת בית המשפט. בערעורם טענו פעם נוספת כי התקנה בטלה ולכן יש להביא לביטול ההרשעה, וכי התבצעה כלפיהם אכיפה בררנית. בנוסף טען מושיא נגד הפעלת התחייבות כספית שנתן בהליך הקודם. טענותיהם המרכזיות של המערערים הן במישור החוקתי המנהלי, והפלילי. לטענתם, התקנה פוגעת בזכותם לחופש העיסוק, בזכות לחופש דת של באי הכותל שנמנעת מהם האפשרות למתן צדקה, בזכות לחירות ולחופש ביטוי. האגודה לזכויות האזרח הוסיפה וטענה שהתקנה אינה חוקתית מאחר שאינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. לצד טענות אלו נטען שהתקנות הותקנו בחוסר סמכות, כיוון שהאיסור הפלילי על פשיטת יד נקבע מכוח הוראת חוק שנושאה מניעת חילול מקום קדוש, ומאחר שהתקנת האיסור הפלילי בתקנות לא אושר כנדרש בחוק על ידי ועדה מוועדות הכנסת. המדינה טענה, שביטול תקנות בדרך של תקיפה עקיפה ייעשה רק במקרים קיצוניים, והעניין האמור אינו מקרה כזה. עוד טענו, כי נכון שהטענות המועלות על ידי המערערים ידונו ויתבררו בהליך מנהלי או חוקתי.

בית המשפט המחוזי דחה את הערעור על כלל טענותיו. נפסק כי אין לאפשר למערערים לטעון לתקיפה עקיפה בשל התנהלותם, תוך שעשו "דין לעצמם" והפרו את האיסור שנועד לשמור על הסדר הציבורי ביודעין ובמכוון. נקבע כי על אף מצבם ומצוקתם של המערערים, המערערים קושי לצפות מהם לעתור בדרך של תקיפה ישירה, היה עליהם לבצע את התקיפה מראש ובשלב מוקדם. בנוסף, נפסק שהפגיעה בזכויות המערערים והמתפללים בכותל עומדת במבחני פסקת ההגבלה, וכן שהתקנה הותקנה בסמכות ולכן אין הצדקה להידרש לתקיפה העקיפה ולהביא לביטול התקנה. בית המשפט המחוזי קיבל את נימוקי פסק הדין של בית משפט השלום לגבי הטענות במישור הפלילי, ודחה את טענתו של מושיא על ההחלטה להפעיל התחייבות כספית בעניינו.

ג. משפט העוני

משפט העוני היא גישה ביקורתית למשפט, שהחלה להתפתח בשנות ה-60 של המאה ה-20. מטרת הגישה לחשוף את השעתוק והבניית יחסי הכוח המעמדיים בחברה בעולם המשפט, שעתוק המוסווה פעמים רבות תחת מעטה של שוויון וניטרליות. חוקרים



הפסול והבחירה בביטוי של עוני

בתחום משפט העוני ביקשו לבחון כיצד מערכת המשפט תורמת לעיצוב התפיסה החברתית כלפי עוני ועניים,⁵ ומשמרת את מעמדם החלש. לאורך ההיסטוריה ניכרת תרומת המשפט בכלל, וזו של המשפט הפלילי בפרט, להדרה, להרחקה מן החברה ולהפללה של אנשים החיים בעוני. ניתן להתחקות אחר מגמה זו מימי הביניים, אז הפלילו אנשים החיים בעוני על ידי יצירת סטיגמות על אורחות חייהם והסיבות שהובילו אותם לחיים בעוני, דרך חוקי העוני והחוקים נגד "שוטטות" באנגליה, ועד החוקים בעידן הקפיטליסטי והניאו-ליברלי היום. המגמה היא רציפה, אך בכל תקופה נשענת על אידיאולוגיה רווחת אחרת המצדיקה את הפעולות. אלה בתורן, מצדיקות בכל תקופה, באופן אחר ומזווית שונה, את האידיאולוגיה הקיימת.

Wacquant, סוציולוג החוקר עוני אורבני, טוען שהמדיניות נגד אנשים החיים בעוני וכליאת היתר שלהם, תופעה המאפיינת את סוף המאה העשרים, אינן רק תוצר של המדיניות הניאו-ליברלית, אלא הן חלק ממנה. הן נועדו לחזק ולבסס את האידיאולוגיה הניאו-ליברלית במדינה.⁶ על פי אידיאולוגיה זו, חיים בעוני או בשגשוג נתפסים כתוצאה וכתוצר של מעשי היחיד. לכן, האחראיות להתדרדרות לעוני היא של הפרט, ותוצאה של מעשיו.⁷

"אוכלוסיית השפע" פועלת ופעלה בדרכים שונות לאורך ההיסטוריה ממניעים אידיאולוגיים שונים, ליצור הפרדה וקווי גבול בינה לבין האנשים החיים בעוני, להרחיקם ולהבנות את דמותם "כאחרים". תהליך זה התרחש על ידי סיווג, שימוש בסטראוטיפים וסטיגמות כלפי אנשים החיים בעוני, תיוגם כנחותים וכלא ראויים למעמד שווה של אזרחות בחברה, והכל כאשר התוויית ההפרדה נתפסת כניטרלית ואובייקטיבית. הבניה חברתית זו גורמת לדחיקתם של האנשים החיים בעוני מהחברה, ומשמרת את מצבם. "כאחרים" הם אינם מהווים חלק מהכלל, מההוויה החברתית; המבט המופנה כלפיהם הוא סוג של עיוורון.⁸ לכן ליסטר, כותבת בולטת שפיתחה את

⁵ אסף טבקה "משפט פלילי ועוני: על אחרות חברתית כמנוף להכרה בהגנת העוני כסייג לאחריות פלילית: בעקבות ת"פ-18-01-1751 מדינת ישראל נ' בהלקר" "המשפט" ברשת זכויות אדם: מבזקי הארת פסיקה 85, 23–24 (2018).

⁶ Loïc Wacquant, *Crafting the neoliberal state: Workfare, prisonfare, and social insecurity*, 25 SOCIOLOGICAL FORUM, 197–220 (2010).

⁷ Suzanne M. Spencer-Wood & Christopher N. Matthews, *Impoverishment, criminalization and the culture of poverty*, 45 HISTORICAL ARCHAEOLOGY, 1 (2011).

⁸ להסברים הפוליטיים והאידיאולוגיים להרחקת העניים, ניתן להוסיף גם הסבר פסיכולוגי, לפיו הסיפורים של אנשים החיים בעוני מעוררים חרדה בקרב הפרטים בחברה, מאחר שהם מנכיחים את העובדה שמצבם קשור למבנה חברתי לקוי של החברה, ולא לגזירת גורל "טבעית". טענה של ריינוטר בתוך מיכל קרומר-נבו נשים בעוני: סיפורי חיים, מגדר כאב והתנגדות 75 (2006).



מבזקי הארות פסיקה | 93 יולי 2019
"לא יחיה רשע ומשפט צנייים יתן [איוב לו 6]"

הדיון על "האחרות", טוענת שכדי להבין את החיים בעוני יש להבין לא רק את הממדים החומריים של התופעה, אלא גם את יחסי הכוחות בין אלו החיים בעוני לאלו שלא, ואת המערכת החברתית הרחבה שבתוכה הם פועלים.⁹

מערכת המשפט הושפעה מתהליך ההרחקה של אנשים החיים בעוני מהחברה, והשפיעה עליו. למשפט הפלילי תפקיד מפתח ביצירה ובשימור "האחרות" על ידי התייחסות לסטיגמות הקיימות כלפי אנשים החיים בעוני וחיזוקן, כבסיס וכרציונל להענשה ולהפללה שלהם. דרך המשפט הפלילי מציירים ומבנים את דמותם כמסוכנים, תוך יצירת קשר בין עוני לבין פשיעה, ובכך מכשירים את הקרקע להפללת האוכלוסייה.¹⁰ ההפללה של התנהגויות הנקשרות לאנשים החיים בעוני תורמת, בתורה, לסטיגמה ולפחד מאוכלוסייה זו ולדחיקתה לשוליים.

בניתוח פסק הדין מושא הארה זו והחקיקה העומדת במרכזו, אבקש לבחון כיצד האיסור הפלילי, כמו גם הרטוריקה בפסק הדין, משקפים את הסטיגמות ואת תפיסת "האחרות" כלפי אנשים החיים בעוני, ובה בעת יוצרים ומחזקים אותן. אבקש להראות קשר בין חוקי העוני בעבר, שהפלילו התנהגויות הנובעות ממצוקה, לבין התקנה הנדונה בפסק הדין. מנקודה זו אדון בחשיבות הדיון בחוקיותה. במסגרת זאת אבחן הטיות ערכיות אפשריות הקיימות בפסק הדין, שיכולות להיות בעלות השפעה על אנשים החיים בעוני, רק בשל מצבם הכלכלי, הטיות המפנימות את הדרתם והדרת קולם מהמשפט,¹¹ ואציע אפשרות אחרת להבין את המציאות המובאת לבחינה בבית המשפט.

⁹ אברהם דורון "העניים 'כאחר' עוני בישראל בשנות האלפיים" **ביטחון סוציאלי** 77, 9, 10–13 (2008).

¹⁰ Spencer-Wood & Matthews, לעיל ה"ש 7, בעמ' 82.

¹¹ בספרה מציירת קרומר-נבו בפני הקורא את המשמעות והחוויה הפרטית והחברתית של הדרת קולן על נשים החיות בעוני. ראו, למשל, בתיאורה את סיפורן של רינת, אחת הנשים שהתראיינו לספרה: "ניתן לשמוע בסיפורה גם את סיפור השוליות הכפולה, את סיפור הניסיונות שלה ילדה, נערה ואישה למצוא קול משלה ולהתמרד נגד חברה אשר מועידה לה תפקיד מצומצם ומוגדר מראש. רינה לא מצליחה ליצור לעצמה 'קול' במובן של נוכחות לגיטימית או של נוכחות בעל כוח. החברה הקרובה לה, גם בני זוג וגם נציגי הממסד שהיא מתארת- עובדים סוציאליים, פסיכולוגים, פסיכיאטרים ושופטים – הם בעלי כוח רב משלה. הם אינם מכירים בה כאישה שיש לה זכות להגדרה עצמית". קרומר-נבו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 182.



ד. ביטוי של עוני או פגיעה באחר? ניתוח פסק הדין

בקריאת פסקי דין, הקורא התמים נוטה לחשוב שפירוש ויישום הדין המהותי מבוסס על ידע משפטי, ואין בו הפעלה של ידע אודות המצב העובדתי בעולם. לדוגמה, השופט פוסק בנוגע לדיני הראיות ומכריע לפי הדוקטרינה המשפטית על סמך ידיעותיו בדבר הדין המהותי. הקורא הפחות תמים יודע שהפעלת הדין המהותי כרוכה בהפעלת ידע אודות המצב העובדתי בעולם. שפסקי הדין, כפי שטען מאוטנר, רוויים במידע שמקורו "בשכל הישר" של השופט, וזה בתורו, נבנה והתעצב על בסיס המערכת התרבותית אליה הוא משתייך. "השכל הישר" אינו מובא רק בהחלטה של השופט, אלא בכל נקודה בפסק דינו: בתיאור העובדות, בניתוח המשפטי ובהחלטתו הסופית. בפסק הדין השופט מספר סיפור, וממלא אותו בתוכן לפי ידיעותיו לגבי המציאות העובדתית הקיימת, קרי "השכל הישר" הסובייקטיבי והתרבותי שלו.¹²

בכותבו את פסק הדין השופט בונה את הסיפור, מציג את העובדות ומנתח את הנורמות המשפטיות באופן שישכנע את קוראיו בכך שהגיע למסקנה הנכונה והראויה.¹³ אבקש לנתח את פסק הדין תוך התבוננות וקריאה של הסיפור הנבנה. תחילה אציג ניתוח משפטי ניטרלי לכאורה של הדוקטרינה המשפטית המוצגת על ידי השופט, ואז אציע דוקטרינה משפטית אפשרית אחרת. לאחר מכן אבקש "למלא" את הדוקטרינה המשפטית "בגישה תרבותית אחרת", ואולי בקביעות אחרות של "השכל הישר", ולבחון את פסק הדין דרך הפרדיגמה של "משפט העוני".¹⁴

ד.1 שאלת התקיפה העקיפה

אחת השאלות המרכזיות שעלו בפסק הדין היא שאלת האפשרות להחיר למערערים להעלות טענה בדבר חוקיות התקנה בדרך של תקיפה עקיפה, שאלה בה בית המשפט המחוזי מוסמך להכריע לפי סעיף 76 לחוק בתי המשפט.¹⁵ בית המשפט קבע שלפי הקווים המנחים שנקבעו בפסיקה, בנסיבות העניין אין להיעתר לבקשת המערערים. נקבע כי אומנם בנסיבות הדומות לאלו בפרשה, בהן מבקשים לתקוף נורמה כללית ולא אקט מנהלי פרטני, בית המשפט נוטה לאשר את בקשת המערערים. אולם בעניין זה יש

¹² מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז' 11, 21–22, 55–58 (1998). מאוטנר גורס כי אין במשפט "תשובה נכונה אחת", לא רק בשל עושר התכנים של הדוקטרינה המשפטית, אלא גם בשל עושר התכנים של המערכת התרבותית של "השכל הישר", הממלאה את הדוקטרינה המשפטית בתוכן.

¹³ שם, בעמ' 62.

¹⁴ טבקה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 24–25.

¹⁵ חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984.



מבזקי הארות פסיקה 93 | יולי 2019
"לא יחיה רשע ומשפט עניים יתן [איוב לו 6]"

לדחות את בקשתם בשל הזהירות הנדרשת, כשמדובר בבקשה לביטול תקנה ובעיקר מתוך שיקול של האינטרס הציבורי. בית המשפט העלה חשש שקבלת טענת המערערים לתקיפת נורמה משפטית עליה עברו ביודעין, יכולה לפגוע בסדר הציבורי. אופן התנהלות המערערים בעניין זה היווה שיקול משמעותי לדחיית בקשתם, משום שהתנהלות זו, כפי שתוארה בפסק הדין, הייתה נגועה בפסול. הם ידעו על האיסור הפלילי, הוזהרו מלעבור עליו מספר פעמים, נגד אחד מהמערערים אף הוגש בעבר כתב אישום, אך למרות זאת הם לא חדלו ממעשיהם. הפסול במעשיהם לא נבע רק מהתעלמותם מהדין ומעשיית הדין העצמי, אלא גם מהמעבר על איסור שתכליתו שמירה על הסדר הציבורי. לפי בית המשפט השמירה על האינטרס והסדר החברתי מחייבת לדחות בקשה של אדם שפגע בהם ביודעין, ומבקש לאחר המעשה לתקוף את הנורמה אותה הפר:

"מצב שבו מחליט אדם ביודעין ובמכוון להתעלם מהאיסור שנועד להבטיח את הסדר הציבורי, ובמקרה זה למנוע פגיעה במבקרים ובמתפללים בכותל המערביים, הרי שאין לקבל את הדרך של הפרת הנורמה ותקיפתה לאחר מעשה אלא יש לצפות כי התקיפה תעשה מראש ובשלב מוקדם [...] לא נעלם מעיני כי המערערים מקבצים נדבות ועל כן הציפיה מהם לפעול בהליך משפטי יזום לבטלת התקנות אינה במקומה...אלא שבאיון הכולל, איני סבור כי ניתן להכשיר, גם אם מדובר בקבצים, התנהלות של עשיית דין עצמי, התעלמות מאזהרות ומחרשעה קודמת."¹⁶

שיקול נוסף ומשמעותי שתמך בהחלטת בית המשפט לדחות את בקשת המערערים, היה שחומרת הפגם אינה מצדיקה את קבלת הבקשה.¹⁷ השופט דרנאל סוקר את פסקי הדין העיקריים שעסקו בנושא, ומגדיר את הקווים המנחים שנקבעו בפסיקה לקבלת בקשה לתקיפה עקיפה. סקירה זו מאפשרת לו להציג את הליך התקיפה העקיפה כהליך חריג לדרך המקובלת וכבעל חסרונות רבים. לכך הוא מוסיף את השיקולים הפרטיקולריים בעניין זה, בגינם על בית המשפט לדחות את הבקשה לתקיפה עקיפה, תוך שימת דגש על התנהגות המערערים. על סמך אלו מבסס השופט את ההנמקה המשפטית התומכת בדחיית בקשתם של המערערים.¹⁸ ברצוני להציע, כי בעניין זה נכון היה דווקא לקבל את בקשת המערערים, וזאת משני טעמים: ראשית, הפסיקה באשר לחריגותו של הליך התקיפה העקיפה אינה חד-

¹⁶ עניין שורץ, לעיל ה"ש 2, פס' 49 לפסק דינו של השופט דרנאל.

¹⁷ שם, פס' 50 לפסק דינו של השופט דרנאל.

¹⁸ שם, פס' 34–49 לפסק דינו של השופט דרנאל.



הפסול והבחירה בביטוי של עוני

משמעית ונעדרת תמימות דעים. קיימים בפסיקה כללים לפיהם ניתן לראות דווקא בתקיפה העקיפה את "דרך המלך", ולא את החרוג.¹⁹ שנית, התנהלות המערערים אינה בדרגת חומרה המצדיקה את דחיית בקשתם. לחלופין, אף אם מדובר בדרגת חומרה העשויה להצדיק זאת, חומרת הפגם שנפל בתקנה במישור החוקתי מצדיקה את קבלת בקשתם לתקיפה העקיפה.

כאמור לעיל, לבית המשפט סמכות מכוח סעיף 76 לחוק בתי המשפט, לדון בתביעה נגרת החיונית להכרעה בעניין שהובא לפתחו, ולכן הוא רשאי לדון גם בטענות מנהליות או חוקתיות הקשורות לעניין. כל עוד ההכרעה בסוגיה מושא התקיפה העקיפה נחוצה להכרעה בנושא הראשי שהובא לפניו, בית המשפט יכול ואף חייב לדון בכך בהיעדר שיקולים אחרים. מתוך סמכות זו, בית המשפט רשאי לדון גם בנושאים בעלי השלכות רחבות, והשלכות כלפי כולי עלמא, ובכללן בשאלות הנוגעות לתוקף של תקנה על יסוד עילות של מידתיות וסבירות.²⁰

בפרשת ניר עם כהן קבע בית המשפט, כי בהליכים פליליים "דרך המלך" להעלאות טענות מנהליות וחוקתיות הנוגעות לאישום היא בערכאה הפלילית הדיונית בדרך של תקיפה עקיפה ולא ישירה.²¹ מסקירת הפסיקה עולה שבית המשפט העליון לא רק מתיר לבית המשפט הפלילי לדון בטענות מנהליות וחוקתיות הנוגעות להליך, אלא אף "מחייב" אותו לעשות כן, שכן כאשר יש חלופה דיונית הוא אינו מאפשר לעותרים להעלות טענות אלה בבג"ץ.²² נאשם רשאי לטעון בהליך הפלילי נגד חוקיות החלטת מנהלית המהווה את אחד מיסודות העבירה, ובית המשפט שבו הוא נשפט רשאי לבחון את חוקיותה.²³ כחלק מההליך הפלילי ניתן להעלות טענות ולדון לא רק בהחלטות פרטניות שנוגעות לאותו הנאשם, אלא גם בהחלטות בעלות תחולה רחבה המסדירות את ההליך הפלילי.²⁴

¹⁹ ראו דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו יפרח, פס' ד-1 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (כתוארו אז) (פורסם בנבו, 12.4.2011) (להלן: עניין אבו יפרח).

²⁰ יצחק זמיר "ביקורת עקיפה על החלטות מנהליות" ספר דורית ביניש 359 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

²¹ רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים" ספר אליהו מצא 529, 560 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015); בג"צ 9131/05 ניר עם כהן אגודה שיתופית חקלאית נ' מדינת ישראל, פס' 4-5 לפסק דינו של השופט גרוניס (כתוארו אז) (פורסם בנבו, 6.2.2006).

²² שם, בעמ' 532-533.

²³ שם, בעמ' 559.

²⁴ שם, בעמ' 544.



מבזקי הארות פסיקה 93 | יולי 2019
"לא יתיה רשע ומשפט צננים יתן [איוב לו 6]"

עם זאת, על אף שנקבע שתקיפה עקיפה היא "דרך המלך" להעלות טענות מנהליות וחוקתיות בהליך הפלילי, מטעמים שונים, בית המשפט יכול לקבוע כי דרך התקיפה הישירה היא העדיפה בנסיבות העניין ולדחות את טענות המבקשים לדון בטענותיהם. הכלל בדבר התוצאה היחסית חל בביקורת עקיפה כפי שהוא חל בביקורת ישירה. לכן, בית המשפט יכול להחליט שלא ראוי בשל נסיבות המקרה לתת למבקש סעד, על אף הפגם שנפל בהחלטה המנהלית, וזאת משום שהיה על העותר לפנות בטענותיו לבית המשפט בדרך של ביקורת ישירה.²⁵

בית המשפט נימק את דחיית בקשת המערערים בעניין האמור בהתנהגותם, שביודעין הפרו איסור שנועד לשמור על הסדר הציבורי. הנימוק מורכב משני מרכיבים: הראשון, המעשה – ההתעלמות מהאיסור שהיה ידוע להם ועשיית הדין העצמי. השני, תכלית האיסור שממנו התעלמו – איסור שנועד לשמור על הסדר הציבורי וככזה מצופה מהמערערים לא לעבור עליו, אלא לתקוף אותו בתקיפה ישירה. אין חולק כי המערערים אכן הפרו את האיסור, אך אטיל ספק אם בעניין זה נכון לצפות מהם להעלות טענות אלה בתקיפה ישירה, ויש להוסיף ולתהות אם הם אכן "עשו דין לעצמם" ופגעו בסדר הציבורי במעשיהם, נסיבה המחזקת את הטעון שתקיפה עקיפה אינה עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי.

לפי עובדות המקרה ברי שהמערערים ידעו על האיסור, וניתן לשער שחפצו שיבוטל כדי שיוכלו להמשיך בעיסוקם. אולם, האם הידיעה על התקנה מספיקה כדי לצפות מאדם לעתור נגדה לפני שנפגע על ידיה? בעניין זה בית המשפט נסמך על פסק הדין בפרשת הראל, שבה המערערת ביקשה לתקוף בתקיפה עקיפה את חוקיותו של צו אישי שניתן לגביה בנושא שלילת רישיון, לאחר שהפרה את הוראותיו. בפרשה זו אכן נקבע שבמקרה של צו אישי מצופה מהאדם לתקוף את חוקיותו בדרך של תקיפה ישירה. אולם, לא כך כאשר מדובר בתקנה או בחוק. במקרה של תקיפת תקנה, לא ניתן לצפות מאדם לעתור נגדה אלא לאחר שנפגע על ידיה,²⁶ כפי שקרה בענייננו. בדיוק מטעם זה הוסיף בית המשפט וקבע בפרשת הראל כי:

"בדרך-כלל אין מקום לצפות מאדם שיתקוף תקנה כללית, אלא אם וכאשר הוא נפגע באופן אישי מתחולת התקנה, כגון כאשר הוא עומד לדין פלילי על הפרת התקנה. במקרה כזה לא תהיה בפניו, מבחינה

²⁵ זמיר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 388.

²⁶ שם, בעמ' 408.



מעשית, דרך לתקוף את התקנה אלא הדרך של תקיפה עקיפה, כלומר הדרך של טענת הגנה שהתקנה בלתי חוקית ובלתי תקפה.²⁷ זאת ועוד, במקרה שאדם יעתור נגד תקנה בתקיפה ישירה לפני שנפגע ממנה, יכול בית המשפט לדחות את עתירתו בטענה לחוסר בשלות.²⁸ העולה מן האמור הוא כי קיים ספק באשר לתשובה לשאלה אם נכון לצפות מהמערערים לעתור בתקיפה ישירה נגד התקנה, גם אם הוזהרו על ידי הרשויות אך טרם הועמדו לדין. ניתן לטעון שלגבי הנאשם שהועמד לדין בעבר, היה ראוי שיטען כנגד חוקיות התקנה בפעם הראשונה שהועמד לדין, אך גם אז בדרך של תקיפה עקיפה. מקריאה מעמיקה של פסק הדין ושל הרטוריקה שבה משתמש השופט, בחזרתו על כך שהמערערים התנהלו תוך "עשיית דין עצמי", נראה שהפסול במעשיהם אינו מתמצה רק בכך שהיה עליהם לטעון טענתם בתקיפה ישירה. השופט מתאר "מצב שבו אדם מחליט בידועין ובמכוון להתעלם מהאיסור".²⁹ כלומר, לדידו מדובר במערערים שמתוך מחשבה וכוונה בחרו להתעלם מהחוק ולפעול לטובת עצמם. אומנם, אין חולק כי המערערים המשיכו לקבץ נדבות באזור שבו הם יודעים שהמעשה אסור. אולם, עולה השאלה אם מדובר בעשיית דין עצמי ובהתעלמות מכוונת של האדם האוטונומי, זה הכותב את סיפור חייו כראות עיניו ומתוך בחירה חופשית, או שמא מדובר במצב של היעדר בחירה הנובע מהחיים בעוני. שאלה זו מעלה את האפשרות להכיר בהגנה של עוני כסייג לאחריות פלילית. בבסיס סייג זה עומדת הטענה כי מציאות של עוני מחפיר עלולה במצבים מסוימים לצמצם את חירותו ומידת בחירתו של האדם להימנע מדבר עבירה.

ההצדקה להטיל על אדם אחריות פלילית למעשיו האסורים, נשענת על ההנחה כי פעל מתוך בחירה חופשית. כאשר לא פעל מתוך בחירה כאמור, עומדים להגנתו טענות או צידוקים שונים המוכרים בדין הפלילי, כגון הגנה עצמית אי-שפיות הדעת וכיו"ב. בנסיבות העניין המוצג בפסק הדין עולה שאלה אם התמודדותם של המערערים עם העוני אפשרה להם להימנע מביצוע העבירה.³⁰ שאלה זו מתחזקת דווקא בגלל שידעו שמדובר בעבירה והסתכנו במעבר עליה, כדי לקבץ נדבות על מנת להתקיים. המציאות העובדתית של עוני דורשת לבחון באופן ביקורתי את הגדרת התנהגותם של המערערים, כהתנהגות שיש בה עשיית דין עצמי והתעלמות מהדין, ולא כהתנהגות שנובעת מהיעדר

²⁷ רע"פ 4398/99 ה'ר'אל נ' מדינת ישראל, פ"ד (נד3), 637, פס' 10 לפסק דינו של השופט זמיר (2000).

²⁸ זמיר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 405.

²⁹ עניין שורץ, לעיל ה"ש 2, פס' 49 לפסק דינו של השופט דרנאל.

³⁰ טבקה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 33–36.



מבזקי הארות פסיקה 93 | יולי 2019
"לא יחיה רשע ומשפט צנייים יתן [איוב לו 6]"

בחירה ומבוצעת כדי לשרוד. בחינת מציאות זו מתוך הפרדיגמה של משפט ועוני מציעה כי הם לא נתפסו בקלקלתם. הם נתפסו בכלכלתם.

חלקו השני של נימוק השופטים נוגע, כאמור, למהות האיסור אותו המערערים הפרו. עולה מהפסיקה כי בעת ששוקלים את האפשרות לתקיפה עקיפה, יש לשקול את האינטרס הציבורי. כאשר האיסור הקבוע בחוק נועד ישירות להגן על הסדר הציבורי ושלומו הציבורי, האינטרס הציבורי לכאורה לא יאפשר לעובר על האיסור במודע, לתקוף אותו לאחר המעשה. בעניין זה לדברי השופטים, המערערים הפרו איסור שנועד לשמור על הסדר הציבורי – "למנוע פגיעה במבקרים ובמתפללים בכותל המערבי". בהחלטתו מפנה השופט לדיון בסוגיה בפרשת הראל, ומסתמך עליו. בקריאת פסק הדין בפרשת הראל אין אלא להסכים, שכאשר מדובר בהפרת איסור שנקבע בחוק במטרה לשמור על ביטחון הציבור, אין זה ראוי מבחינת האינטרס הציבורי לאפשר לאדם שהפר את הצו תוך סיכון הציבור, לטעון נגדו לאחר המעשה. אולם, מהות האיסור בפרשת הראל הייתה הפרת צו אישי של שלילת רישיון נהיגה בעקבות נהיגת הנהג. האם ניתן ליישם קביעה זו במקרה שלפנינו? לדעתי יש להשיב על כך בשלילה, תוך הטלת ספק בהנחה שיש בפעולת קיבוץ הנדבות כשלעצמה, בלי שנלוות לה פעולה של מטרד, כדי להפר את הסדר הציבורי.

מטרת התקנות היא לשמור כי "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"³¹. בתקנה 2(7) לתקנות נקבע כי הפעולות של "פשיטת יד וקבלת תרומות" אסורות. כלומר, משמעות הוראת התקנה היא כי קיבוץ נדבות וקבלת תרומה שמתבצעות ברחבת הכותל, כשלעצמן הן פוגעניות. זאת, בלי שהן תלויות בשאלה אם הן מפריעות לגישה של המתפללים או יוצרות עבורם מטרד. העולה מן האמור הוא כי עצם הפעולה מתייגת את האנשים החיים בעוני כמטרד וכסכנה, אף אם אלו אינם עולים מהתנהגותם. קביעה זו מעלה שאלה לגבי היחס לאנשים החיים בעוני, לסטיגמה המוצמדת להם ולאופן שבו אלו משמשים כהצדקות להפללתם ולענישתם.³² מאחר שהגבלת התנהגות זו חלה רק ברחבת הכותל, קשה לומר כי התנהגות המערערים פוגענית, ועל אחת כמה וכמה שהיא מסכנת את שלום הציבור בעוצמה הפוגעת בסדר הציבורי, אלא שנוכחתם יכולה להרתיע את המבקרים ולגרום להם אי-נעימות, ואת זאת המשיבה רוצה למנוע.

³¹ סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967.

³² Jackie Esmonde, *Criminalizing Poverty: The Criminal Law Power and the Safe Streets Act*, 17 J.L. & Soc. POL'Y 63, 82 (2002), לעיל ה"ש 7, בעמ' 2.



אף אם נניח כי התנהגות המערערים מצדיקה את דחיית בקשתם, הפסיקה הכירה כי בשקילת בקשת המבקש לתקוף את המעשה המנהלי בתקיפה עקיפה יילקחו בחשבון שיקולי צדק ביחס לנסיבותיו האישיות של המבקש, לאפשרותו המעשית לתקוף את מעשה המנהל בתקיפה ישירה, ולמידת חומרת הפגם במעשה המנהל. אלו יכולים להשפיע על ההחלטה לקבל את הבקשה, אף אם היה על המבקש לבחור במסלול של תקיפה ישירה.³³ במקרה זה ניתן לומר שבשקילת נסיבות החיים של המערערים, החיים בעוני ונאלצים לעסוק בקיבוץ נדבות, נוסף על המחסומים העומדים בפניהם בגישה לערכאות, שיקולי הצדק מורים שנכון להיענות לבקשתם. נסיבות אלו לא נעלמו מעיני בית המשפט, אך נקבע כי באיזון הכולל הן אינן יכולות "להכשיר" את פעולות המערערים ולאפשר את בקשתם. מסקירת הפסיקה אינני חושבת ששיקולי הצדק שצוינו צריכים "להכשיר" את מעשי המערערים, אך לטעמי הם מהווים שיקולים נוספים היכולים "להטות את הכף" לטובת אישור בקשתם, על אף התנהלותם. בפסק הדין נכתב כי "המדיניות המשפטית הראויה אינה מצדיקה להתיר תקיפה עקיפה גם בהתחשב במצבם ובמצוקתם של המערערים".³⁴ לדעתי, לא מצבם ומצוקתם הם אלו שהיו צריכים להוביל לאישור בקשתם, אלא מצבם החברתי שבפועל פוגע בגישתם לערכאות, כפי שאף צוין בתחילתה של אותה פסקה: "יתכן והציפייה מהם לפעול בהליך משפטי יזום לבטלות התקנות אינה במקומה".³⁵ הספק שבאפשרותם המעשית לתקוף את המעשה המנהלי בתקיפה ישירה, הוא אכן השיקול שהיה צריך להכריע בהחלטה.

בדיון על הציפייה מהמערערים לפנות להליך משפטי מראש, ניכר הפער בין התרבות המבנה את "השכל הישר" של השופט, לבין התרבות של המערערים. הפער בין התרבויות יוצר בלבול וקושי בקביעת המציאות העובדתית הקיימת, וכנגזרת שלה לקבוע הכרעה צודקת. בהפרש של שתי פסקאות כותב השופט, "הרי שאין לקבל את הדרך של הפרת הנורמה ותקיפתה לאחר מעשה אלא יש לצפות כי התקיפה תיעשה מראש ובשלב מוקדם".³⁶ לאחר מכן הוא כותב, כאמור לעיל, שאולי הציפייה אינה במקומה. אכן כך. גישתם של אנשים החיים בעוני למערכת המשפט היא מצומצמת ביותר, ובפניהם עומדים מחסומים רבים: כלכליים, לשוניים, תרבותיים ופסיכולוגיים.³⁷ מחסומים אלה אינם קשורים בהכרח או בכלל למאפייני המערערים, אלא הם קודם כל תוצר של המבנה החברתי והמשפטי. לכן, ודווקא מאחר שהשופט הכיר בקושי לפנות

³³ עניין **אבו יפרח**, לעיל ה"ש 19, פס' 10 לפסק דינו של השופט גרוניס.

³⁴ עניין **שורץ**, לעיל ה"ש 2, פס' 50 לפסק דינו של השופט דרנאל.

³⁵ שם, פס' 49.

³⁶ שם, פס' 48.

³⁷ יובל אלבשן "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט" **עלי משפט** ג, 497 (2004).



לערכאות, היה עליו לאשר את התקיפה העקיפה, כפעולה של צדק להסרת המחסומים והגברת הגישה של החיים בעוני למשפט.

השיקול השלישי שיכול להשפיע על קבלת הבקשה לתקיפה עקיפה, הוא כאמור חומרת הפגם בהחלטה המנהלית. בית המשפט פסק כי "לצד כל אלה, נימוק מרכזי התומך בעמדה כי אין להתיר את התקיפה העקיפה של התקנה הוא כי חומרת הפגם שנפל בהתקנתה וביישומה אינה מצדיקה זאת".³⁸ על אף ההחלטה של בית המשפט שלא להיעתר לבקשה לתקיפת ההחלטה המנהלית, הוא כן נדרש לבחינת חוקיותה. בחינה זו כמובן, אינה משליכה רק על ההחלטה בדבר הבקשה לתקיפת ההחלטה, אלא יכולה להשליך גם על עצם ההרשעה.

ד. שאלת חוקיות התקנה

בפסק הדין בית המשפט דן גם בשאלת הסמכות לקבוע את התקנה. בהארה זו לא אדון בכך, אלא רק בבחינה החוקתית. בית המשפט קבע בהחלטתו כי ההגבלה היא מידתית, מאחר שהיא תחומה לשטח גיאוגרפי קטן ומאפשרת למערערים להמשיך לעסוק בעיסוקם בכל מקום מלבד בשטח זה. בית המשפט בחן את התקנה לאור מבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה,³⁹ וקבע כי התקנה מקיימת את מבחן הקשר הרציונלי, את האמצעי שפגיעתו פחותה, תוך נימוק שדרך יישום האיסור בעזרת אכיפה פלילית היא רק לאחר שלוש אזהרות, וכי צמצום חופש העיסוק חל רק על רחבת הכותל. מטעם זה הוא אף קובע כי התקנה מקיימת את מבחן המידתיות הצר. בקביעה זו, לדעתי בית המשפט ערך בחינה מצומצמת ביותר של השלכות ההגבלה על הפגיעה בזכויות המערערים. הוא צמצם את המשמעות של חופש העיסוק ואת הפגיעה בה, לא דן בפגיעה בזכויות המערערים מהשימוש באמצעי הפלילי לאכיפת האיסור, ולא דן בפגיעה של התקנה בזכות המערערים לשוויון ולכבוד. התייחסות להשלכות רחבות אלה יכולה להוביל לתוצאה שונה, לפיה התקנה פוגעת בזכויות המערערים באופן לא מידתי, וממילא שחומרת הפגם המנהלי רבה ומצדיקה לאפשר בקשה לתקיפה עקיפה.

בבחינת מידתיות התקנה, בית המשפט לא נתן את הדעת לכך שאכיפת ההגבלה היא על ידי הפללת הפעולה. בית המשפט בחן רק את ההגבלה הגיאוגרפית, אך לא בחן אם הכלי שבו נעשה שימוש לאכיפת האיסור – קרי, הפללת הפעולה וקביעת עונש של עד חצי שנה מאסר – הוא מידתי. העמדת אדם לדין פלילי, פוגעת בזכויותיו השונות אף אם לבסוף הוא מזוכה. אם אינו מזוכה הפגיעה בו רבה, שכן מלבד הענישה הוא הופך

³⁸ עניין שורץ, לעיל ה"ש 2, פס' 50 לפסק דינו של השופט דרנאל.

³⁹ בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, פס' 40–42 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004).



הפסול והבחירה בביטוי של עוני

לעבריינין, הגדרה שיכולה להפריע בהמשך חייו. לכן, עקרון המידתיות מחייב כי השימוש בדין הפלילי ייעשה רק כאשר אין אמצעי אחר שפגיעתו באדם פחותה להשגת תכלית האיסור. עיקרון זה נועד להגשים את השמירה על האינטרס הציבורי במובנו הרחב, כך שההליך הפלילי יופעל רק במקרים שיש בכך עניין לציבור.⁴⁰ הדבר נכון לגבי החלטת התביעה על הגשת כתב האישום, וגם לגבי קביעת האיסורים הפליליים עצמם, הקובעים את מדיניות התביעה ומעצבים את הנורמה. המדיניות הקובעת כי רק לאחר שלוש אזהרות יועמד האדם לדין, אינה מרפאה את הפגם בתקנה, שכן עדיין הפרת האיסור מסכנת את האדם בהעמדה לדין, כאשר ניתן לשמור על תכלית האיסור על ידי שימוש בסנקציות מנהליות או אחרות שפגיעתן פחותה. לטעמי, התייחסות להפלת הפעולה מובילה לקביעה כי התקנה אינה מידתית.⁴¹ טעם זה מתחזק כאשר מוסיפים ולוקחים בחשבון את העובדה שהאיסור קובע ענישה חמורה מזו הקבועה באיסור על קיבוץ נדבות תוך יצירת מטרה, ללא הצדקה.

בבחינתו את הפגיעה בחופש העיסוק, בית המשפט בחן רק את הפגיעה הנגרמת לנאשם מצמצום השטח הגיאוגרפי שבו הוא רשאי לעסוק בעבודתו, אך לא התייחס למשמעות טיב העיסוק של קיבוץ נדבות ולפגיעה הנגרמת משלילתו המוחלטת בכותל. קיבוץ נדבות היא פעולה קשה, שבעשייתה האדם נתון לחסדם ולרחמיהם של אחרים בכדי לכלכל את עצמו. עיסוק זה עלול להיות מלווה בתחושות השפלה ובושה בלתי-מבוטלות. תחושת הבושה קשורה אינהרנטית למציאות החברתית שבה האדם חי. התפתחות של תחושות בושה אצל אדם נוצרת כתגובה להבניה החברתית של ערכים, מוסר והתנהגויות רצויות ומקובלות, שהאדם אינו עומד בהם. סטייתו מאלה עלולה לעורר בחברה תחושות שליליות של בוז וזלזול כלפיו וחרדה ממנו, או לחלופין של אמפתיה וסולידריות. לכן, עצם קיומה של תחושת הבושה ומידת עוצמתה הן תלויות הקשר חברתי ותרבותי.⁴² קיבוץ נדבות של דר רחוב בעיר מרכזית בארצות-הברית, אינו זהה לקיבוץ נדבות של נזיר ברחובות של עיר מרכזית במדינה בודהיסטית כגון בורמה. על אף שהפעולה זהה, ההקשר התרבותי הוא שונה, ובכך משפיע על תפיסת החברה

⁴⁰ גלעדי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 550–552.

⁴¹ ראו גם עמ' 4 ו-6 בעמדת המשיבה 2 בעניין שורץ, האגודה לזכויות האזרח בישראל שהצטרפה לערעור במחוזי כידידת בית המשפט (להלן: "עמדת האגודה") law.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2018/06/irur-plili-5629-02-18-amicus-beggars.pdf.

⁴² Yongime Nicola Jo, *Psycho-Social Dimensions of Poverty: When Poverty Becomes Shameful*, 33 CRITICAL SOC. POL'Y 514 (2013).



והתפיסה עצמית של מבקש הנדבות את עצמו ואת התנהגותו. בדומה, עיסוק בקיבוץ נדבות ברחבת הכותל אינו זהה לקיבוץ נדבות מחוץ לרחבה זו.

ביהדות היחס לעוני נקבע, בין היתר, בצו המקראי "כי היה בך אביון מאחד אחיך באחד שעריך בארצך [...] לא תאמץ את לבבך ולא תקפץ את ירך מאחיק האביון כי פתח תפתח את ירך לו והעבט תעביטנו די מחסורו אשר יחסר".⁴³ העני ביהדות אינו מודר מהחברה. להיפך, הוא מוגדר כ"אח", ומתן הצדקה לו אינה נחשבת רק כמעשה של חמלה ורחמים, אלא כחלק מהסדר החברתי הראוי.⁴⁴ מהמקורות נלמד, שלרוב העוני לא נתפס כתגובה וכעונש על מעשיו של היחיד, אלא כתופעה קיימת בחברה שאף אחד לא מוגן מפניה. תלמיד חכם או בני משפחתו עשויים להיות עניים ואביונים. לפי התלמוד הבבלי אין מניעה לכלול את העני בקהילה שכן למידת עושרו של האדם אין משמעות בפני האל. לפי מקורות תנאיים ואמוראיים, התמיכה בעניים נתפסה כדרך שבה ניתן לחקות את דרכי האל ולכן במעשה הצדקה קיימת תלות הדדית בין המקבל לבין הנותן, שמרוויח גם הוא מהפעולה. קיימת אף דעה לפיה העשיר מרוויח מכך יותר מהעני.⁴⁵

כיום לכותל המערבי יש משמעות רבה, הוא המקום הקדוש ביותר לעם היהודי, וככזה והוא מהווה סמל של היהדות, של התרבות היהודית לדורותיה ושל מדינת ישראל. רבים מגיעים אליו כדי להתפלל ולמלא אחר מצוות הדת, אך גם כדי לחוש קרבה לעם וחלק ממנו, ומההיסטוריה והתרבות היהודית. בשל משמעותו העמוקה והחזקה של המקום עבור האדם והקהילה, פעולות המתרחשות ברחבת הכותל יכולות לקבל משמעות שונה.

מתוך כך, ניתוח אחר של עיסוק קיבוץ הנדבות והבנת ההשלכות של העיסוק על האדם, מוביל למסקנה שההגבלה של העיסוק במרחב הכותל אינה רק הגבלה גיאוגרפית, אלא היא מהווה הגבלה מהותית על עיסוקו. ספק אם מדובר בפגיעה מידתית, כאשר נלקח בחשבון שהיא שוללת מהאדם לחלוטין את האפשרות לקבץ נדבות במקום שבו תרומה נחשבת לצדקה, ובהתאם העיסוק בקיבוץ נדבות נתפס באופן אחר.

הנימוק האחרון אותו ארצה להעלות, הוא כי מעבר לפגיעה בחופש העיסוק התקנה פוגעת גם בזכות לכבוד של המערערים. אין צורך להכביר מלים בהקשר הנוכחי על מהות זכות זו, על היקפה והמחויבות להגן עליה. אסתפק לפיכך בדבריו של פרופ' אהרן

⁴³ דברים טו, יא.

⁴⁴ מיכאל הלינגר **מצוות צדקה – בירור הלכתי, ספרותי והיסטורי** 16–17 (חיבור לשם קבלת דוקטורט, אוניברסיטת בר-אילן, 2000).
www.dintora.org/assets/files/12981454321182.pdf

⁴⁵ יעל וילפנד בן-שלום **גלגל הוא והוא עובר על הכל – עוני וצדקה בעיני חכמי ישראל** 316–321 (2017).



הפסול והבחירה בביטוי של עוני

ברק על מהותה של זכות זו: "ביסוד כבוד האדם מונחת ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם".⁴⁶ התקנה המפלילה את פעולת קיבוץ הנדבות כשלעצמה, תוך קביעה שזוהי פעולה היוצרת מטריד לאחר ופגיעה בו, בלי שזה נקבע כאחד מיסודות העבירה, פוגעת בזכות לשוויון של המערערים. כאמור לעיל, בשל הכרה במצוות מתן הצדקה, התקנה אינה מגבילה לחלוטין את אפשרות בקשות הנדבה והתרומה, ומאפשרת להציב בכותל קופסאות או קופת צדקה במקומות או למטרות שקבע הממונה. בכך, קובעת התקנה, אין בבקשת התרומה כשלעצמה פגיעה במתפללים, אלא שהפגיעה נגרמת מאופן בקשת התרומה, ולמעשה מעצם נוכחותו של אדם המקבץ נדבות. האם ניתן לקבוע שעצם בקשת התרומה על ידי אדם, שאינו מטריד את המתפלל, מהווה פגיעה גדולה יותר במתפלל מאשר קופת צדקה המלווה בשלט המבקש מהמתפלל לתרום? אני סבורה שלא.

התקנה הקובעת את האיסור הפלילי, אינה ניטרלית. היא מגבילה ומענישה התנהגות המבוצעת על ידי בני אדם החווים עוני מחפיר. בכך היא פוגעת בשוויון על בסיס מצב סוציו-אקונומי. אומנם, לכאורה התקנה אוסרת לבקש תרומה ופשיטת יד, אך בחינתה באופן מעמיק, דרך הפריזמה של משפט העוני, חושפת את אי-השוויון המעמדי הקיים בקביעה הנורמטיבית. בהקשר זה מוכר ציטוט מפורסם של פרנס:

"The law in its majestic equality prohibits rich and poor alike from begging in the streets and sleeping under bridges, begging in the streets and stealing bread".⁴⁷

קשה שלא לראות בתקנה זו המשך ישיר של חוקי העוני ההיסטוריים, שהפלילו אנשים החיים בעוני בשל מצבם הכלכלי בלבד. מאחר שבקשת תרומה מותרת בכותל, לא ניתן שלא לראות בתקנה איסור המבקש להרחיק מהכותל אנשים החיים בעוני ומבטאים את מצוקתם, כי עצם נוכחותם נתפסת כמאיימת ומטרידה ללא קשר לתוצאות פעולתם.⁴⁸

הפגיעה בכבוד המערערים אינה נגמרת בפגיעה בשוויון לבקש תרומות בכותל. עצם הפללת פעולת קיבוץ הנדבות פוגעת גם בשוויון שלהם כאזרחים בחברה. תקנה זו מבנה ומאשרת את התפיסה של אנשים החיים בעוני "כאחרים", כמהווים מטריד וסכנה בעצם היותם. קביעה זו, בראש ובראשונה פוגעת בשלמות הנפשית של המערערים, בכך שהיא מעוררת בושה בשל מצבם הכלכלי. מחקרים הראו כי לרגשות של בושה השפעה פיזית

⁴⁶ אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **מבחר כתבים** כרך א 425 (חיים ה. כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

⁴⁷ ANATOLE FRANCE, LE LYS ROUGE, 117(1894).

⁴⁸ Esmonde, לעיל ה"ש 32, בעמ' 76; עמדת האגודה, לעיל ה"ש 37, פס' 17 בעמ' 4.



מבוקי הארות פסיקה 93 | יולי 2019
"לא יחיה רשע ומשפט צנינים יתן [איוב לו 6]"

ולא רק נפשית על האדם. מידת השפעתן של תחושות קיצוניות של בושה הקשורה לחיים בעוני, הושוותה להשפעה של דיכאון כרוני. בנוסף לכך, תחושות בושה, שבהכרח מתפתחות כתגובה לתפיסות חברתיות מקובלות על התנהגות האדם, מובילות להדרה ולשוליות חברתית. כדי להימנע מרגשות הבושה, אנשים החיים בעוני לעיתים נאלצים להדיר עצמם מהשתתפות פעילה בחברה, וזאת מעבר להרחקה של החברה את אותם האנשים.⁴⁹ הפללת פעולת קיבוץ הנדבות כשלעצמה מהווה פגיעה לא מידתית בזכות לכבוד ובזכות האדם לשלמות גופו.

השפעת הפללת הפעולה אינה מסתיימת בתחושת הבושה ובהדרה של הפרט; היא מעצבת את התפיסה הציבורית ביחס לאנשים החיים בעוני ובכך מגדילה את אי-השוויון בפני החוק. מרגע שאדם החי בעוני מקושר לאיום ולעבירה פלילית, הוא יהיה נתון לפיקוח רב יותר של גורמי אכיפת החוק. דוגמה לכך ניתן לראות בפרשת אביטן,⁵⁰ שבה אדם נעצר ולאחר מכן הורחק מרחבת הכותל על בסיס מציאת כסף בתחתוניו, נוכל להניח שחיפוש כסף בתחתוניו של אדם ברחבת הכותל אינה פעולת חיפוש המבוצעת כעניין שבשגרה על כל מבקר המבקש להיכנס לרחבה. אף אם נניח לדמיונו החברתי להפליג לכסף שנמצא בעקבות חיטוט בתחתוניו של תייר הלבוש חליפה ועניבה, האם היה מועלה ספק סביר כי פשט יד ברחבת הכותל, ספק שהיה מצדיק את מעצרו והרחקתו ממנה?

ה. מחשבות מסכמות על חוק ועל שפה

תקנה 2 לתקנות ופסק הדין שעמד במרכז הארה זו, מדגימים את האופן שבו המשפט מעצב את התפיסה השלילית של החברה כלפי אנשים החיים בעוני. דרך ניתוח פסק הדין ביקשתי להדגים חלק מן האופנים שבהם המשפט בונה ומקבע את הסטיגמות כלפי אנשים החיים בעוני – כמטרידים, כמי שבמכוון לא שומרים על מסגרת החוק, וכמי שביודעין פוגעים בסדר החברתי, כעבריינים. הם מוצאים מחוץ למסגרת החברתית והתרבותית של הרוב, ונתפסים כחלק ממעמד מסוכן. תפיסה זו מאפשרת ומכשירה את השטח להפללתם.⁵¹

במקרה זה, תהליך ההרחקה וההפללה של המשפט את האנשים החיים בעוני, התחיל מנורמה משפטית הקובעת כי התנהגות המבטאת עוני כשלעצמה, היא עבירה פלילית, בלי שיש בה יסוד של פגיעה באחר. הוא המשיך בחיזוק וההכרה שהתקנה קיבלה מהשופטים, שהכשירו את חוקיותה והוכיחו את המערערים, אנשים החיים בעוני,

⁴⁹ Yomgime, לעיל ה"ש 42, בעמ' 518–522.

⁵⁰ מ"י (י-ם) 39566-05-11 מדינת ישראל נ' אביטן (פורסם בנוב 23.5.2011).

⁵¹ Esmonde, לעיל ה"ש 32, בעמ' 82; Spencer-Wood & Matthews, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2.



הפסול והבחירה בביטוי של עוני

בגין התנהגות פסולה ועבריינית. השופטים עשו זאת לא רק בעזרת החלטתם הסופית, אלא גם בסיפור שסיפרו בפסק הדין. המערערים מתוארים ומוגדרים "כקבצנים" או "כמקבצי נדבות", מינוח שיוצר רדוקציה של האדם למצבו הכלכלי⁵² ולעיסוקו הנובע ממנו. בהמשך לכך, הגם שהשופט מוכן להניח שקיבוץ נדבות הוא עיסוק, מטיל ספק בעצם היות פשיטת היד משלח יד המוגן מפני פגיעה על ידי חוק יסוד: חופש העיסוק. הטלת הספק, אף אם אינה מכריעה, מערערת הן את הלגיטימיות של ערעור המערער והן של טענותיו לפגיעה בו. בהיעדר מידע על המערערים, גילם, מצבם ונסיבות חייהם, תיאורי השופט מסייעים לקורא להרחיק ולראות במערערים "כאחרים". הרחקה זו מסייעת בהמשך לראות בפעולותיהם פעולות ש"פגעו" ו"הפרו את הסדר הציבורי", כפליליות וכראויות לעונש. כך מתבססת התפיסה כי המערערים, בעצם היותם עניים המבטאים את מצוקתם הכלכלית במרחב ציבורי וקדוש, מפרים את הסדר הציבורי. החיבור בין עוני לפגיעה בציבור, איפשר את יתר ההחלטות המתקבלות בפסק הדין. כך, בשל התנהגותם ומעשיהם מתאפשר לדחות את בקשתם לתקיפה מנהלית – החלטה שמעצימה ומחזקת את חומרת מעשיהם: "המדיניות המשפטית הראויה, אינה מצדיקה להתיר תקיפה עקיפה גם בהתחשב במצבם ובמצוקתם של המערערים"⁵³. כך, מתאפשרת דחיית הטענה נגד חוקיות התקנה, תוך ניתוח מצומצם של השאלות החוקיות, וכך מתאפשרת דחיית הערעור בכללותו.

פרדיגמת "משפט העוני" אינה מסתכמת בחשיפת ההטיות החברתיות והערכיות ויחסי הכוח המעמדיים כפי שהם משפיעים ומושפעים מהמשפט. על מנת לייצר שינוי משפטי, היא דורשת פעולה אקטיבית של פיתוח הבנה ורגישות למשמעות העמוקה של החיים בעוני, ולהשפעה של המעמד החברתי על יחסי הגומלין בין האדם החי בעוני לבין החברה והחוק. בהארה זו ניסיתי להציע דרכים אחרות להסתכל ולבחון את מעשי המערערים, את הסיבות להן, ואת ההשפעה הרחבה של הנורמות המשפטיות על חייהם. פסק דין זה, בשל השאלות המשפטיות שעמדו בבסיסו, מהווה מקרה בוחן מעניין ליחס של המשפט לאנשים החיים בעוני. הוא מציג בפנינו תמונה בהירה של ההבניה החברתית והערכית של התפיסות הרווחות בחברה כלפי אנשים החיים בעוני, תפיסות המשועתקות, משתקפות ומובנות על ידי המשפט. הוא מספר סיפור על הרחקה של עניי עירנו, בעזרת קביעת הנורמות, יישומן ומניעת האפשרות להשמיע את קולם, רק בשל מעמדם הכלכלי. השתקתם היא המאפשרת את המשך ההבניה של המשפט באופן זה. פסק דין זה יכול היה להוות נקודה משמעותית לשינוי, על ידי קבלת בקשתם לתקיפה

⁵² קרומר-נבו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 27.

⁵³ עניין שורץ, לעיל ה"ש 2, פס' 49 לפסק דינו של השופט דרנאל.



מבזקי הארות פסיקה 93 | יולי 2019
"לא יחיה רשע ומשפט צנייים יתן [איוב לו 6]"

מנהלית של התקנה, וקביעה שדווקא פעולה זו משרתת את האינטרס הציבורי, ואף את ביטול התקנה בשל אי-חוקיותה. הקשבה לקולם של האנשים החיים בעוני, קול שלחלוטין נעדר מפסק הדין, תאפשר להגדיל את ההבנה של מערכת המשפט לנסיבות חייהם, לקשיים ולאתגרים העומדים לפתחם, ולהשפעת המשפט עליהם. חשוב מכל, היא תסדוק את יחסי הכוח המאפשרים את המשך הרחקתם בשל מצבם הכלכלי.⁵⁴ על מערכת המשפט, ובעיקר על מערכת בתי המשפט, שבה עוברים אנשים רבים החיים בעוני במגוון הליכים, לפתח יכולת הקשבה⁵⁵ לאותם אנשים, יכולת שהיא תנאי לשימוש במשפט למען קידום אינטרס ציבורי מכיל ולא מדיר, וכזה הממזער את המרחק בין משפט לבין צדק.

⁵⁴ טבקה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 24–25.

⁵⁵ קרומר-נבו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 222.