



## ע"פ 60498/06/22 - מדינת ישראל נגד משה אוחיון

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 60498-06-22 מדינת ישראל נ' אוחיון

בפני כבוד השופט עודד שחם כבוד השופט אברהם רובין כבוד השופט נמרוד פלקס  
מדינת ישראל על ידי ר' יצחק, עו"ד, ומ' נגלר, עו"ד, מן  
המחלקה לחקירות שוטרים

נגד משיבים  
משה אוחיון על ידי א' כהן, עו"ד

### פסק דין

1. בפנינו ערעור המדינה על הכרעת דין של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת ג' סקפה שפירא) בת"פ 33860-10-21 מיום 15.5.22. בהכרעת הדין, החליט בית משפט קמא לזכות את המשיב מעבירת תקיפה לפי סעיף 379 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן - חוק העונשין).

2. נגד המשיב הוגש כתב אישום ביום 14.10.21. על פי כתב האישום, במועד הרלוונטי שירת המשיב כקצין בדרגת רב פקד במשטרת ישראל. במהלך מבצע "שומר החומות" בתאריך 18.5.21 בסמוך לשעה 14:30, התקבל דיווח על הפרות סדר והתקהלות באזור המדרגות בשער שכם בירושלים. המשיב שימש כמפקד הכוח המשטרתי שטיפל באירוע זה. במהלך האירוע, הורה המשיב למתקבלים להתפזר. המתלונן, אשר עמד במקום וצילם את האירוע באמצעות מכשיר טלפון נייד, לא נענה לקריאות להתפזר. בעקבות אמירה שנשמעה שיהיה בלאגן, המשיב, שעמד במרחק של מספר מטרים מהמתלונן, רץ לכיוונו, וללא כל הצדקה סטר בפניו באמצעות ידו הימנית.

3. המשיב העלה טענות של צידוק ושל הגנה מן הצדק. בהכרעת הדין, נדחתה טענת הצידוק, והתקבלה הטענה של הגנה מן הצדק. לפיכך, זוכה המשיב. הערעור מופנה נגד קביעה זו. לאחר שנתנו דעתנו לטענות הצדדים, על רקע החומר שבפנינו, החלטנו לקבל את הערעור. נעמוד עתה על הטעמים ביסוד מסקנה זו. נוכח טענות שהעלה המשיב, ידרש תחילה לטענת הצידוק.

4. צידוק. בית משפט קמא דחה את טענת הצידוק שהעלה המשיב. אין מחלוקת, כי המשיב אכן הפעיל כוח כלפי המתלונן, כמתואר בכתב האישום. בהכרעת הדין נקבע, כי עובר להפעלת הכוח, המתלונן השמיע אמירה בדבר "בלאגן" הצפוי במקום, ואף השמיע איום, "תשמרו על עצמכם", במסווה של אזהרה. בית משפט קמא קבע עוד, כי מדובר בפרובוקציה של ממש, שהיה בה כדי לתרום להפרות סדר. על רקע זה קבע, כי קמה עילת מעצר.

5. בה בעת, קבע בית המשפט כי לא הייתה בנסיבות העניין הצדקה לשימוש בכוח. נקבע, כי השימוש בכוח נעשה עוד טרם תחילתו של אקט המעצר. המשיב לא אמר בשום שלב למתלונן כי הוא עצור. בית משפט קמא הטעים, כי חלף זאת אמר המשיב למתלונן "למי אתה אומר... למי אתה אומר...", והכל תוך כדי ריצה לעבר המתלונן. בית המשפט קבע כי התנהלות המשיב מלמדת שהוא לא סטר למתלונן מתוך כוונה לעצור אותו, אלא כדי להעניש אותו על דבריו. כן נקבע, כי לא מדובר ב"הדיפה", אלא בסטירת לחי שהמשיב הטיח בלחיו של המתלונן, במה שנראה כמו תחילתה של



קטטה.

6. צפינו בסרטונים שהוצגו כראייה בבית משפט קמא, ועיינו בראיות שהוגשו ובעדויות שנשמעו. מצאנו, כי לקביעות אלה של בית המשפט יש בסיס איתן בחומר, ובמרכזו הסרטונים. אנו מאשרים קביעות אלה באופן מלא. בהשלמה לכך נפנה לדברי בית המשפט, אשר גם להם יש בסיס, כי שוטרים נוספים שהיו במקום, ואף היו קרובים יותר למתלונן, לא התייחסו אליו כאל מי שמהווה סיכון מוחשי.

7. המשיב טען עוד לסיכון פוטנציאלי מצד המתלונן לשוטרים נוספים, שהיו בהמשך הסמטה. בית משפט קמא דחה טענה זו. נקבע, כי כאשר המשיב החל לרוץ לעבר המתלונן, פני המתלונן היו לעבר מעלה המדרגות בו עלו שוטרים. עם זאת, המתלונן התנהל באותו קצב בו התנהל לפני כן. לא מדובר בהליכה מהירה או בריצה לעבר אותם שוטרים. אף לא מדובר ב"נהירה" כלפיהם, כפי שגרס המשיב (מונח אשר מלכתחילה קשה להבינו כאשר מדובר באדם בודד). בית המשפט הוסיף כי בשלב בו סטר המשיב למתלונן, האחרון היה מרוחק שני גרמי מדרגות לפחות מאותם שוטרים. ממילא, כך נקבע, לא היווה סכנה מוחשית ומיידית להם, אשר הייתה יכולה להצדיק שימוש בכוח. גם קביעות עובדתיות אלה מבוססות היטב בחומר הראיות, ואין כל עילה להתערב בהן. באופן דומה, מקובלת עלינו במלואה קביעות של בית המשפט כי המשיב לקח תנופה גדולה לצורך מתן הסטירה, וכי גם מכך עולה כי זו לא נועדה לנטרל סכנה או לצורך מעצר. הוא הדין בקביעת בית משפט קמא, כי המתלונן הרים את ידו לא במטרה לתקוף את המשיב, כי אם במטרה להתגונן מפניו.

8. נוכח כל אלה, מקובלת עלינו מסקנתו של בית משפט קמא, כי "הגם שקמה עילה למעצרו של המתלונן, ביצוע המעצר בשלב שבו סטר הנאשם למתלונן לא חייב שימוש בכוח כלפי המתלונן, ולכן, טרם מתן הסטירה לא הייתה לנאשם סמכות לשימוש בכוח כלפיו. הסטירה לא נועדה לקדם את תכלית המעצר...".

9. נוסף לכל האמור, כי לא ניתן לקבל כי התנהגותו של המשיב הייתה יכולה לנבוע מטעות במצב הדברים. מצב הדברים כהוויתו היה ברור, כמשתקף בסרטונים. העובדה שהמשיב היה בלחץ גדול נוכח העובדה שפיקד על כוח שהתמודד עם עשרות מתפרעים אינה משנה מכך. קביעות בית משפט קמא, גם בנושא זה, מקובלות עלינו. הוא הדין בכוונת המשיב להעניש את המתלונן, אשר מצאה ביטוי לא רק בסטירה, אלא גם בניסיון שבא בעקבותיה לשוב ולתקוף את המתלונן.

10. במצב דברים זה, אנו מאשרים את מסקנתו של בית משפט קמא, כי לא קמה למשיב הגנת הצידוק, באין סמכות לשימוש בכוח כלפי המתלונן לצורך מעצר, בלא פנייה מילולית קודם לכן. על רקע זה, נדון בטענות הצדדים ביחס לסוגיית ההגנה מן הצדק.

11. הגנה מן הצדק. טענת המשיב להגנה מן הצדק התבססה על טענה לפיה העמדתו לדין פלילי עמדה בניגוד להנחיית פרקליט המדינה, הנחייה מס' 1.16 - מדיניות פתיחה בחקירה והעמדה לדין בתיקי שימוש בכוח שלא כדין על ידי שוטרים (18.8.20, להלן - ההנחיה). נוסחם המלא של החלקים הרלוונטיים בהנחיה הובא בהכרעת הדין, ואין צורך לשוב ולהביא את הדברים במלואם. במקרה שבפנינו, מדובר, כמתואר לעיל, בשוטר אשר השתמש בכוח מקום בו כלל לא הייתה סמכות לשימוש בכוח. סעיף 31 (ב) להנחיה קובע, כי במצב זה, "ככלל, יועמד השוטר לדין פלילי". ההנחיה קובעת חריג אפשרי לכלל, מקום בו ימצא כי השימוש בכוח לא היה משמעותי בנסיבות העניין. בית משפט קמא לא קבע כי חריג זה מתקיים. נוכח מידת הכוח בה השתמש המשיב ואופן השימוש בכוח, כמתואר לעיל, אנו קובעים כי חריג זה אינו מתקיים, הגם שמדובר בשימוש בכוח שנמשך זמן קצר בלבד, ולא הוביל לפציעה או חבלה. לא מתקיימת גם



החלופה הנוספת שבסעיף 31(ב) לפיה מדובר בשימוש מינורי בלבד בכוח. לא למותר לציין, כי בתשובתו בכתב לערעור, לא טען המשיב כי מדובר בשימוש בלתי משמעותי או מינורי בכוח.

12. בהמשך, קובע סעיף 32 להנחיה שורה של נסיבות בהן הנטייה להעמיד שוטר לדין פלילי, תגבר. היינו, גם בלא הנסיבות האמורות, הכלל הוא העמדה לדין פלילי, מקום בו נעשה שימוש בכוח בלא שהייתה סמכות לכך. עם זאת נעיר, כי מן החומר שבפנינו עולה, כי מתקיימות במקרה זה מספר נסיבות רלוונטיות, המפורטות בסעיף 32. השימוש בכוח הופנה כלפי קטין (סעיף 32(ד)). טענת המשיב כי לא היה מודע לכך רלוונטית לעניין. עם זאת, היא אינה גורעת מן הנתון האובייקטיבי הנוגע לקטנותו של המתלונן, הגם שזה היה על גבול הבגירות. זאת ועוד, במתן סטירה יש אלמנט משפיל. משכך, מתקיים האמור בסעיף 32(ה) להנחיה.

13. סעיף 33 להנחיה קובע עוד, כי לצד האמור בסעיפים 31, 32, יש להביא בחשבון שיקולים נוספים הנוגעים לנסיבות העניין בכללותו. על דרך ההדגמה הלא ממצה (הנלמדת מן המילה "כגון" בשורה השנייה לסעיף, ומן המילה "וכד'") בשורה השלישית לסעיף), נכתב בהוראה זו כי יש להביא בחשבון את "מידת השימוש בכוח, מידת המבצעות של האירוע, מידת הלחץ בו היה נתון השוטר, האם השימוש בכוח נבע מפרובוקציה של המתלונן וכד'". נכתב כי ניתן לשקול גם נסיבות שאינן קשורות בהכרח בביצוע העבירה, כגון נסיבות אישיות של החשוד.

14. על מידת השימוש בכוח עמדנו לעיל, ולא נוסיף. מדובר באירוע מבצעי, בו פעל המשיב בראש כוח אשר פעל להשלטת סדר, בנסיבות של הפרת סדר הן במקום המסוים, הן במקומות נוספים בירושלים, הן במקומות נוספים בארץ. בהקשר זה נפנה לאמור בסעיף 5 להכרעת הדין, שם תואר כי האירוע בנקודה הקרויה "מזלג שער שכם", "כלל התפרעות של עשרות צעירים שהתגודדו סביב השוטרים, חלקם היו רעולי פנים, חלקם עמדו על הגגות וידו אבנים לעבר השוטרים, חלקם החזיקו כלי תקיפה כגון גז פלפל ואגרופנים. במהלך מעצרו של חלק מהמתפרעים נאלצו כמה מן השוטרים להשתמש בכוח לרבות שימוש באלות, בגז פלפל, באקדח טייזר ובשוקר .... ההתפרעות ... הייתה חלק משורה ארוכה של אירועי התפרעות חמורים שהתרחשו באותה תקופה בארץ כולה והסלימו במיוחד באזור העיר העתיקה של ירושלים, שם נאלצה המשטרה להתמודד עם הפרות סדר נרחבות שכללו אלימות קשה ושימוש בתחמושת וזיקוקים, לעיתים במספר זירות במקביל".

15. מדובר, אפוא, באירוע בו קיימת מידה לא מבוטלת של לחץ, אשר יש להביא בחשבון על פי סעיף 33 להנחיה. מקובלת עלינו קביעת בית משפט קמא בהקשר זה כי יש להתחשב באווירה באירוע ובמצב הדברים הסוער בו היו נתונים המשיב ושוטרים אחרים בזמן אמת, גם על רקע כלל האירועים שעיינו נאלצו להתמודד באותה תקופה. יש משקל בהקשר זה גם לכך שהמתלונן התנהג באופן פרובוקטיבי, כמתואר לעיל.

16. בה בעת, יש לזכור כי מדובר בקצין בדרגה של רב פקד. בעת האירוע, שימש כמפקד הכוח המשטרתי במקום. מקצין בדרגתו ובתפקידו יש לצפות כי ישמש דוגמה לפקודיו, גם בעתות של לחץ, כמתואר לעיל. עתות כאלה אינן דבר נדיר או חריג בעבודת המשטרה בכלל, ובמזרח ירושלים בפרט. בהינתן דרגתו ותפקידו של המשיב, עולה כי בעת שתקף את המתלונן על מנת להענישו, כמתואר לעיל, סטה מן השורה סטייה מהותית. אף נתונים אלה ראוי לשקול, כחלק משיקול הדעת הרחב הנתון למאשימה בסעיף 33 להנחיה.

17. בראיית המכלול, עולה כי קיימים במקרה זה נתונים בעלי משקל, המגבירים את עוצמתו של הכלל לפיו שימוש בכוח של שוטר ללא סמכות בדין, יטופל דרך כלל על ידי העמדה לדין פלילי. לצד אלה, מקובל עלינו כי קיימים במקרה זה שיקולים ממתנים, היכולים לפעול בכיוון של העמדה לדין משמעותי. מקבילית הכוחות המתקבלת מכלל השיקולים אינה



מובילה לתוצאה לפיה הדרך הסבירה היחידה בה הייתה המאשימה רשאית לנהוג, היא העמדה לדין משמעתי, כפי שגורס המשיב. שיקול הדעת נתון למאשימה. ההחלטה להעמיד לדין פלילי נמצאת, במכלול הנסיבות המתוארות, בלב מתחם הסבירות הנתון למאשימה. במצב זה, לא ניתן לדבר על הפרה של ההנחיה, העשויה לבסס טענה להגנה מן הצדק. נזכיר, כי מדובר בטענה המהווה חריג לכלל הרגיל, לפיו מקום בו קיימות ראיות המבססות את אשמתו של אדם, יש להרשיעו בעבירה המיוחסת לו (לדין נרחב ביסודותיה ובאופן הפעלתה של תורה זו, ראו לאחרונה ע"פ (י-ם) 13400-05-22 מדינת ישראל נ' טופול (7.11.2022)). נזכיר גם, כי ההגנה מן הצדק עשויה לחול "אם שוכנע בית-המשפט בצדקת טענתו של הנאשם כי ההחלטה להעמידו לדין חרגה בבירור ממיתחם הסבירות" (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005), בפסקה 22 לפסק הדין). המקרה שבפנינו אינו קרוב לכך.

18. לא נעלם מעינינו, כי בית משפט קמא ייחס בהכרעתו משקל להעדרם של שיקולים, המנויים בסעיף 32 להנחיה. כך, לא מדובר בשימוש מתמשך בכוח; לא מדובר בשימוש בכוח בחדר חקירות; ולא היה כרוך בשימוש בכוח מניע גזעני. ברם, שיקולים אלה, כמו שיקולים נוספים, פורטו בסעיף 32 להנחיה כנתונים אשר עשויים להגביר את הנטייה להעמיד לדין פלילי, אשר נקבעה ככלל הרחב מקום בו מדובר בשימוש בכוח בלא סמכות. העדרם של הנתונים האמורים אינו מכרסם, אפוא, בכלל רחב זה. מאליו מובן, כי נוכח הכלל שנקבע, לא נדרשת התקיימותם של שיקולים אלה, המנויים בסעיף 32, כתנאי מוקדם להעמדה לדין פלילי. כל שנקבע בהנחיה לעניין זה הוא, כי מקום בו יתקיימו אותם שיקולים, "הנטייה להעמיד לדין פלילי תגבר" (ההדגשה הוספה). הא ותו לא. נזכיר את שאמרנו לעיל, והוא כי חלק מן השיקולים המנויים בסעיף 32 אכן התקיים במקרה הנוכחי.

19. על רקע כל האמור נוסף ונעיר, כי לא נעלם מעינינו פסק דין שניתן לאחרונה בבית משפט זה (ע"פ (י-ם) 38588-03-22 מדינת ישראל נ' מרציאנו (11.11.2022)). באותה פרשה אושרה בערעור ברוב דעות הכרעה דומה לזו שהייתה במקרה שבפנינו. נסיבותיו העובדתיות של המקרה שם מבחינת השתלשלות האירוע היו שונות, שעה שנקבע כי מלכתחילה הייתה באותו מקרה סמכות להשתמש בכוח סביר לצורך ביצוע מעצר. לא כך במקרה שבפנינו. נוסף, כי נראה שגם דעת הרוב באותה פרשה סברה כי לא מדובר בהפרה של ההנחיה המבססת כשלעצמה הגנה מן הצדק (ראו פסקה 13 לפסק דינו של כב' השופט א' נחלון). דעת הרוב בחרה לאשר את הכרעת הדין של בית משפט השלום על יסוד סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב - 1982, ונסיבות ספציפיות שונות שפורטו שם. אנו נוטים לדעה, בלא שאנו קובעים מסמרות סופיים בעניין זה, כי דעת המיעוט באותה פרשה קרובה יותר לשקף את פסיקת בית המשפט העליון בכל הנוגע ליישומה של תורת ההגנה מן הצדק.

20. התוצאה של כל האמור היא, כי אנו מקבלים את הערעור, ומרשיעים את המשיב בעבירה של תקיפה לפי סעיף 379 לחוק העונשין. אנו מחזירים את הדין בתיק לבית משפט השלום, על מנת שישמע טענות וראיות לעונש, ויגזור את דינו של המשיב. למען הסר ספק מובהר, כי ככל שתעלה טענה לאי הרשעה או לביטול הרשעה, איננו מחוויים דעה בעניין זה, ובית משפט השלום יעשה כהבנתו.

ניתן היום, ז' אדר תשפ"ג, 28 פברואר 2023, בהעדר הצדדים.

נמרוד פלקס, שופט

אברהם רובין,  
שופט

עודד שחם, שופט  
[אב"ד]