

ת"פ 62448/10 - מדינת ישראל נגד ח' ג

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 15-10-62448 מדינת ישראל נ' ג
בפני כבוד השופט איתן קורנהאוזר

בעניין: מדינת ישראל
ע"י עו"ד מוטי בניטה
נגד
ח' ג
הנאשמים ע"י עו"ד יצחק בם

הכרעת דין

רקע

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המיחס לו עבירה הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977. בהתאם לעובדות כתב האישום, מפקד כוחות צה"ל באזרה יהודה והשומרון, האלוף רוני נומה (להלן: "האלוף"), פעל בהתאם לסמכוותו והורה על מגבלות שונות על תנועת הנאים, לרבות מעצר בית בשעות הלילה במקום מגוריו בבית הורי או בישוב ----, החל משעה לאחר שקיעת החמה (להלן: "ההוראה החוקית" או "הצו").

ביום 25.10.15, ההוראה החוקית נמסרה לידי הנאשם והוקראה לו על ידי שוטר.

ביום 28.10.15, הפר הנאשם את ההוראה החוקית בכרך שבועה 22:00 שהה ברכב סמוך לישוב ----.

2. הנאשם יהודה בכרך שהוצאה צו על ידי האלוף ובפרטיו באופן המתואר בעובדות כתב האישום, אולם טען באמצעות בא כוחו ביחס לתוקף הדין המשמער את האלוף להוראות על הגבלת חירותו, וכן טען לגבי אופן השימוש שעשה האלוף בסמכות זו.

בטיעוני, הדגיש בא כוח הנאשם את מעמדה של החירות כזכות יסוד, זאת למול הדין המשמער את האלוף להגביל זכויות זו ללא פרוץדורה של פיקוח שיפוטי מובנה. לשם ביסוס טיעונו, הינה לפסיקה השוואתית המתיחסת לסוגיות אלה. עוד טען, כי הצו בדבר הוראות ביטחון, הוא בעל מעמד של חוק, אך אינו עומד ב מבחן המידתיות הנדרשת לשם פגיעה בזכות יסוד, כאשר איןנו מספק הגנה פרוצדורלית מספקת לנפגע ממנו, ומכאן טען שיש לקבוע כי סעיף החוק המשמער - פסול.

במקרה הנדון, טען בא כוח הנאשם כי האלוף לא שקל את השיקולים הנוגעים לגילו של הנאשם, אשר היה קטן בעת מתן ההוראה החוקית, והפר לבגיר יום בטרם הפרטה. טיעונים אלה נתענו בדרך של "תקיפה עקיפה", אשר, כר נטען, עדיפה על פני תקיפה ישירה, ולכל הפחות אפשרית, גם אם דרך המלך היא תקיפה ישירה.

לפיכך, טען בא כוח הנאשם כי הוראות הדין המسمיך למatan ההוראה החוקית אינם תקף, וכן כי הפעולה של מתן הculo בטלה.

3. המאשימה טענה, כי בית המשפט אישר בעבר את סמכות האלוף למatan ההוראה החוקית, והפנתה לתוכלית העומדת בבסיס מתן הculo. בנוסף, טענה המאשימה כי בנסיבות מקרה זה, ההוראה שניתנה היא מידיתית, זאת כשהיא בסמכות האלוף להורות על הגבלה משמעותית אף יותר על חירותו של הנאשם. לגבי אופן טיעון ההגנה כתקיפה עקיפה של צו האלוף, טענה המאשימה כי היה בידי הנאשם לתקוף את מתן הculo בדרכים שונות, אך הוא נמנע מכך ובחר להפר אותו. המאשימה צינה פסיקה, ממנה ניתן ללמוד כי ככל שהנ禀חם חפש היה לתקוף את ההוראה החוקית, היה עליו לפעול בדרך של תקיפה ישירה.

דין והכרעה

חוקיות הדין המسمיך והculo

4. הזכות לחופש תנועה, נובעת מהזכות החוקית של כל אדם לכבוד ולהירות. יחד עם זאת, המחוקק קבע סמכויות שונות המגבילות את חירותות הפרט, על מנת להגן על אינטרסים שונים, כאשר במקרה זה מדובר לצורך בהגנה על תושבי הארץ מפני פגעה ברכוש או בנפש.

סוגית תוקפו החוקתי של הדין המسمיך את האלוף, אותה ביקש בא כוח הנאשם לבסס בעיקר על חוסר בהגנות פרוצדורליות ובשאלת מידתיות הסמכות הנתונה,ណונה במסגרת בג"ץ 4101/2010 **עקבא הכהן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש** (פורסם בנתנו (1.07.2010)). בא כוח הנאשם טען באותו מקרה, טיעונים דומים אלה נתענו במקרה הנדון:

"**לפי העותר, הculo בדבר הוראות ביטחון אינם חוקתי גם בשל כך שמתווה הביקורת השיפוטית על צווי הפיקוח המוצאים מכוח הculo בדבר הוראות ביטחון פוגע באופן בלתי מידתי בזכותו של העותר להלirk הוגן ולהירות"**

(שם, פסקה 8).

טיעונים אלה נדחו על ידי בית המשפט הגבוה לצדק:

"**בשורה של פסקין דין התייחס בית המשפט באופן ספציפי לculo בדבר הוראות ביטחון, וקבע כי צו זה מתייר למפקד הצבאי לפגוע בזכויות של ישראלים באזרוב כפוף למגבלות שהוזכרו לעיל...**

ובפרשה אחרת ציין השופט ריבלין לעניין צו פיקוח:

'הצוו בדבר הוראות ביטחון נחקק מכוח הסמכות הננתנה למפקד
הצבאי להבטיח את הסדר והבטיחון הציבוריים בשטחים הננתנים
لتפיסה לוחמתית...'

אשר לשאלת הסבירות והמידתיות שבהוראת הצוים, זו נבחנת גם לאור חוקי
היסוד של מדינת ישראל בדבר זכויות האדם.

אם כן, נקבע לא אחת כי למפקד הצבאי נתונה הסמכות להוציא צווי פיקוח
מיוחדים מצו בדבר הוראות ביטחון - וזאת גם בגין ישראלים - כל עוד
הדבר נעשה כדי וכאשר הצו יצא לתקילת ראויה, ובאופן סביר ומידתי... מכאן
שהמפקד הצבאי מוסמך להוציא צווי פיקוח מתוקף הצו בדבר הוראות ביטחון;
ולכן צו הפיקוח בעניינו של העוטר יצא בסמכות".

(שם, פסקה 19. ראו עודאת הנמקות בג' במסגרת אותו הליך).

בהתבסס על קביעה ברורה זו והນמקותה, הטענה לגבי חוקיות החוק המسمיך והצוו - נדחתה.

תקיפה עקיפה

5. טיעון חלופי אותו העלה בא כוח הנאשם, התייחס לתקיפה עקיפה של הצו המסייעים, תוך הפניה לצורר
בבחינת סבירות שיקולי האלוּף בעת מתן הצו.

טיעון דומה נטען על ידי בא כוח הנאשם בע"ח 9134-10-13, **מאיר אטינגר נ' מדינת ישראל**,
(טרם פורסם (1.5.2014) (להלן: "ענין אטינגר")) במסגרת עתירה לקבלת חומר ראיות אשר יסייע
בביסוס הטיעון בתיק העיקרי. בהחלטה שניתנה על ידי מوطב זה ביום 1.5.14, לגבי מתן צוaloּף לאדם
מוסים, נקבע כי "הדרך לתקוף חוקיות צו, היא בתקיפה ישירה".

ההחלטה זו פירטה את הקשיים במתן אפשרות לתקיפה עקיפה, אשר עלולה להוותיר בידי נושא הצו את ההחלטה
האם להפר אותו ולבחון את תוקפו רק לאחר מכן. מדובר באפשרות שתסתכל את תכלית הצו, ואף עלולה
להביא לערעור הסדר הציבורי ולפגיעה בשלום הציבור (ראו הנמקות החלטה זו).

בפסקה עקבית, התייחס בית המשפט לצורך בתקיפה ישירה של צוים, תוך ביסוס הלכה זו על הנמקות דומות:

"צו ההגבלת שיצא מפני האלוּף הנה צו אישי המכוון אל המערער בלבד,
וביסודות שיקולים מבוררים של הגנה על בטחון המדינה... במצב דברים זה דרש
האינטרס הציבורי כי טענות בדבר חוקיות הצו יועלו על ידי המערער בדרך של
תקיפה ישירה, שהרי מתן הקשר לתקיפה עקיפה יעודד את המערער להתעלם
מהמצו ולסכן את בטחון המדינה, וכן תסוכל תכליתו של הצו"

(ע"פ (י-מ) 40547/07 **מרדיי ואנונו נ' מדינת ישראל**, (פורסם בנבבו) (23.9.2008),
פסקה 21).

באופן דומה, התייחס בית המשפט העליון למתן אפשרות זו, בהקשר לחזקת החוקיות העומדת בבסיס מתן צו

או החלטה מנהלית כלשהי. מדובר בחזקה הניתנת לסתירה,

"אולם הסדר הציבורי מחייב שבדרכ-כלל נהג הטוען נגד חקמת החוקיות של הצו, ואפילו אם לדעתו הצו בטל מעיקרו, עליה את הטענה בתקיפה ישירה בפני בית המשפט כדי שבית המשפט יקבע באופן מוסמך אם הצו חוקי ותקף או בלתי חוקי ובטל. מבחינת הסדר הציבורי אין זה ראוי שנаг הטוען כי צו הפסילה נגע בפגם, יחליט בין עצמו כי הפגם עושה את הצו בטל מעיקרו, וכי אכן הוא רשאי להתעלם מן הצו ולנהוג בהתאם לצו לא בא לעולם. אין זה ראוי, מושם שבדרכ-צדאת יש כדי לascal את התכליות של צו הפסילה, כפי שהיא עולה מפקודת התעבורה, לסקן את ביטחון הציבור ואף לאיים על העיקרונות של צוות לחוק. אי-כך, האינטרס הציבורי אומר שבדרכ-כלל ראוי כי נהג הטוען שצו הפסילה נגע בפגם, עליה את הטענה בתקיפה ישירה..."

(רע"פ 4398/99 עינת הראל נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבנו) (00.08.2000), פסקה 14).

בהליר אחר, בו נדונה סוגית התקיפה העקיפה של צו אלוף, שב בית המשפט והתייחס לחזקה ולפיה הרשות המנהלית פعلاה כדין, ודאי כאשר הנאשם לא פעל בדרך של תקיפה ישירה, הקבועה בצו או על ידי פניה לבג"ץ:

"טענת המערער שחובה על המדינה להוכיח שהאלוף שקל כראוי את הנسبות בטרם הוצאה הצו נדחתה, מושם שחזקת לכאורה על הרשות שהיא ביצעה מעשה כדין. חזקה זו לא נסתרה ע"י המערער בדרך הקבועה בצו או ע"י פניה לבג"ץ והוא הופכת לחולותה בהליר זה"

(ע"פ (י-מ) 174/96 איתמר בן גבר נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבנו) (10.6.1996)).

6. המקרים אליהם התייחס בית המשפט, ככאלה בהם יתר תקיפה עקיפה, הם אלה בהם יש מקום מובהק לתקוף את **עצמם סמכות החוקית** להוראות על מתן הצו, ולא לגבי אופן הפעלה:

"אינו רצימ לומר שתקיפה עקיפה לא תחול בשום מקרה. ברור שם ניתן צו ע"י רשות שעיל פניה לא הייתה מוסמכת להוציאו, ניתן יהיה לתקוף את הצו גם באופן עקייף ואפילו בהליך פליליים"

(ע"פ (מחוזי -מ) 69/96 פדרמן נ' מדינת ישראל, (פורסם בתקדין)(3.7.1996)(להלן: "ענין פדרמן"), ההדגשה שלו, א.ק.).

כך, במקרה אחר נקבע שוב כי יש להגביל את אפשרות התקיפה העקיפה למקרים מובהקים של חוסר סמכות בולטים:

"אכן, אין לשולול לחולוטין את האפשרות לתקוף את הצוים תקיפה עקיפה, ואולם אפשרות זו מנבלת למקרים מובהקים של חוסר סמכות בולדתת וכו'. בנוסף, גם אם יקבע שהצוונים בטלים, לא בהכרח בטלותם תהיה מדיעירה. ככל, יש לצוות לצוונים כגון דא, כל עוד לא בוטלו ע"י בית משפט מוסמך בגין הלין של תקיפה ישירה"

(ב"ש 4286/05 (מחוזי ים) **ירון אדרר נ' מדינת ישראל**, (פורסם ב公报) (21.8.2005)
(להלן: "ענן אדרר", פסקה 8א, ההדגשה שלו, א.ק.).

התיחסות נוספת, מפורשת, מנומקת וברורה, ניתנה בענין אטינגר:

"...פסקה עקבית של בתי המשפט קובעת, כי הדרך הרואה לתקוף צו הגבלה אישוי המוצא על ידי אלף הפיקוד היא בדרך של תקיפה ישירה, זאת בשל כך שהסדר הציבורי, היגיון, היציבות, הוודאות והתכלית החוקית מחיבים שבunningים פליליים יהיה קו מבחין ברור בין אסור למותר. לפיכך, צו שהוצא על ידי מי שהורשה והוסמך להוציאו, יש לקיימו כל עוד לא בוטל בדרך של תקיפה ישירה"

(ע"ח 12516-05-14 **מאיר אטינגר נ' מדינת ישראל** (פורסם ב公报) (7.10.2014),
(להלן: "ערר אטינגר"), פסקה 13).

בالمשר, התיחס בית המשפט לצו בעל האופי האישוי, בשונהמצו כללי, כニーוק נוסף לחוסר מתן אפשרות לתקיפה עקיפה, בשל חוסר הסבר להימנעות מתקיפה ישירה. בנוסף, דחה בית המשפט המוחזק את טענת עו"ד בם, אשר עלתה אף במקורה הנדון, בדבר אי-יצוג הנאשם, כניוק שמנע ממנו לתקוף את הצו בתקיפה ישירה:

"הטענהuai תקיפת הצו נבעה מהעדר יכולת לשכור עו"ד ומהעדר יציג משפטי ציבוריים בנסיבות כאלה, לאו טענה היא. זאת שכן, שורי בג"ץ פתחים גם בפני אזרחים בלתי מיזוגים ולפונים ניתן הסבר כלליל לפחות כיצד הגיע את העתירה. זאת לצד פעולתן של עמותות לסייע משפטי וארגונים לזכויות הנרתמים, דרך שגרה, לעזרתם של אזרחים כלפים מוצאים צוים מן הסוג האמור. העורר אף לא ניסה לטעון כי ניסה לפנות לאחד מארגונים אלה וسورב"

(ערר אטינגר, פסקה 14).

עוד אזכיר בהקשר זה, כי כתוב האישום ובקשה מעוצר בעניינו של הנאשם במקורה הנדון, הוגש יומ לאחר ביצוע העבירה, מועד בו הצו היה עדין בראשית תוקפו. לא הוצאה לפני כל פניה לתקיפה ישירה של הצו על ידי הנאשם אף לאחר מועד זה, בין אם לוועדת ערר ובין אם לערקה משפטית מתאימה, על אף שיש להעיר כי היה מיזוג במסגרת הלין המעוצר הקשור לתיק זה.

לא מצאתי בטיעוני בא כוח הנאשם, אשר עליו, כאמור, במסגרת ההליכים המפורטים בהחלטה זו, כל ניוק לסתות מהHALCA בדבר מתן אפשרות לתקיפה עקיפה של צו אלף. במקורה זה, פעל אלף במסגרת הסמכות הננתונה לו על פי חוק. כל הננקות כבודות המשקל שיפורטו לעיל, לגבי תקיפה ישירה ולא עקיפה של צוים דומים, וכן בחינת נסיבות מקרה זה בו לא נמנע מהנאשם לבצע תקיפה ישירה, מביאות לידי דוחית העתירה למטען אפשרות לתקיפה עקיפה של הצו.

.7. **למעלה מהדרש ובשוליו הדברים, אזכיר כי אף אם היה נקבע שיש לבטל את הצו, לא היה בכך להביא**

ליידי ביטול פליליות המעשה של הנאשם:

"**צו שהוצא על ידי מי שהורשה והוסמן להוציאו, יש לקיימו כל עוד לא בוטל בדרכ שתקיפה ישירה. לפיכך, גם אם בוטל הצו בערכאה גבוהה יותר, עדין נשא מפר הצו בכל התוצאות הנובעות מהפרתו בטרם בוטל**"

(ערר אטינגר, פסקה 14).

בעניין פדרמן נקבע כך:

"**צו שהוצא ע"י מי שהורשה והוסמן להוציאו, יש לקיומו כל עוד הוא קיים ולא בוטל על דרך של תקיפה ישירה. דומה הדבר לצו שיפוטי ואפילו הוא פס"ד שנייתן, שאם ניתן בסמכות יש לקיים אותו, כל עוד הוא קיים. אפילו יבוטל פס"ד או הצו בערכאה גבוהה יותר, עדין נשא מפר הצו בכל התוצאות הנובעות מהפרתו בטרם בוטל**".

וכך אף בעניין אדלר:

"**ככלל, יש לצוות למצוינים כגון דא, כל עוד לא בוטלו ע"י בית משפט מוסמן בגדיר הליך של תקיפה ישירה**".
(שם, פסקה 8א).

הרשעה

8. הנאשם הודה בהוצאה הצו על ידי האלוף, בהתאם לסמכוותו (עמ' 7 ש- 11 לפרט), בקבלה הצו (עמ' 7 ש- 17 לפרט), וכן בעבודות המפורחות בסעיף 2 לעובדות כתוב האישום המבוססות את הפרתו (עמ' 7 ש- 16 לפרט). טיעוני הנאשם בתגובהו לכתב האישום, הסתמכמו בטיעון לגבי בטלות הצו בשל סוגיות חוקתיות, וכן ביחס לאופן הפעלת הסמכות על ידי האלוף (ראו פרוטוקול מיום 17.4.2016).

ה הנאשם שב על תגובה זו, באופן מפורש וברור, בסיכומים שהוגשו בכתב על ידי בא כוחו:

"**אין מחלוקת, כי בתאריך 15/10/2015 בשעה 22:00 השהה הנאשם ברכב עם אביו ואחיו בכיביש מספר-- סמוך ליישוב ----, כאשר על פי הцו היה עליו להיות מצוי בבית הוריו בישוב ----. הטענות של הנאשם כולן נוגעות לתקוף הדין המسمיר את אלוף הפיקוד להוציא צו המורה הלאה למעשה על מעצר בית לילו של הנאשם וכן ביחס לשימוש שעושה אלוף הפיקוד בסמכות הזאת"**
(סעיף 2 לסבירומים בכתב, ההדגשה שלו, א.ק.).

ה הנאשם הודה כי פעל בניגוד לצו האלוף, ולפיכך אני קובע כי עובדה זו הוכחה (סעיף 154 לחוק סדר הדין

הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב - 1982).

הודאה זו בעובdot, משמשת בסיס לבחינה המשפטית בדבר האשמה. יזכיר, כי נאשם במשפט פלילי מודה בעובdot המופיעות בכתב האישום ולא באשמה, ואילו בית המשפט הוא הקובל האם יש בעובdot אלה כדי לבסס את אשמתו:

"אין הנאשם צריך להתייחס לסעיפים חוק, בהם הוא מואשם, ואין הוא צריך לומר
אם הוא מודה "באשמה" או לאו. לאחר שה הנאשם משיב לעובdot של כתב
האישום, עובר מרכז הקובד אל בית המשפט, אשר צריך להחליט האם הودיה
ההaint בעובדות או בחלקן מקומות את היסודות הנדרשים להרשותה בעבירה
שכן 'השאלה אם יש בעובdot בסיס לאשמה-היא שאלת חוק, וזה שוב אינה
נתונה להכרעת הנאשם אלא להכרעתו של בית המשפט בלבד' (יעקב קדמי על
סדר הדין בפליליים חלק שני א, 1364 (2009))"

(רע"פ 10423 ניצן שורר נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו) (26.4.2010).

לאחר דחית כל טענות הנאשם, אשר התמקדו ב"תוקף הדיון המسمיר" וב"שימוש שעושה אלף הפיקוד בסמכות
זו", וכן בהתאם בהן הודה המגבשות את יסודות עבירות הפרת ההוראה החוקית לפי סעיף 287(א)
לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 - אני מוצא את הנאשם אשם ומרשינו בעבירה זו.

ניתנה היום, ז' תשרי תשע"ח, 27 ספטמבר 2017, במעמד הצדדים