



בש"פ 5503/17 - חנוך עקיבא רבין נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 5503/17
בש"פ 5504/17

לפני: כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר

המבקש ב-בש"פ 5503/17 חנוך עקיבא רבין
והמשיב ב-בש"פ 5504/17

נגד

המשיבה ב-בש"פ 5503/17 מדינת ישראל
והמבקשת ב-בש"פ 5504/17

בקשות מטעם המבקש ב-בש"פ 5503/17 (המשיב ב-
בש"פ 5504/17), והמבקשת ב-בש"פ 5504/17
(המשיבה ב-בש"פ 5503/17) למתן רשות ערר על
החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט א'
דורות) ב-עמ"ת 5336-07-17 ו-עמ"ת 4174-07-17

בשם המבקש ב-בש"פ 5503/17

והמשיב ב-בש"פ 5504/17: עו"ד איתמר בן גביר

בשם המשיבה ב-בש"פ 5503/17

והמבקשת ב-בש"פ 5504/17: עו"ד אופיר טישלר

החלטה (נימוקים)



1. הליך זה עניינו בשאלת סמכותו של בית משפט שלמעצר לערוך ביקורת שיפוטית על צווים המוצאים ע"י המפקד הצבאי באזור, וזאת במסגרת של "תקיפה עקיפה".

כבר בפתח הדברים יודגש, כי ההכרעה בשאלה עקרונית זו נדרשת, בבחינת למעלה מן הצורך ולבקשת הצדדים, לאחר שההכרעה בעניינו הפרטני של העורר ניתנה כבר בעבר לאחר דיון שהתקיים במעמד הצדדים והגשת הודעות מטעמם.

אפנה, איפוא, לתיאור הסוגיות העקרוניות העולות במכלול ולבירורן, לאחר הצגת הנתונים הנדרשים לענין.

רקע

2. לנוכח הסכמת הצדדים למתן רשות הערר, חשיבות הסוגיה שהתעוררה כאן, וחוסר הבהירות לעניין המצב המשפטי החל במקרים מעין אלו בערכאות הדיוניות – הדיון בבקשות הערר ההדדיות שהוגשו מטעם הצדדים נעשה במתכונת של ערר, כאשר המבקש-בש"פ 5503/17 והמשיב-בש"פ 5504/17 יכונה להלן: העורר, ואילו המבקשת-בש"פ 5503/17 והמשיבה-בש"פ 5504/17 תכונה להלן: המשיבה.

אציג בקצרה את השתלשלות הדברים בעניינו של העורר.

3. במהלך החודשים: אפריל-מאי 2017, הוצאו על-ידי אלוף פיקוד העורף ומפקד כוחות צה"ל באזור איו"ש, צווים שונים כנגד העורר, המשתיתם עליו מגבלות שונות. זאת, לאחר שהוצג בפני המפקדים הצבאיים "חומר מודיעיני מהימן ואיכותי", המצביע לכאורה על מעורבותו של העורר "בפעילות בלתי חוקית ואלימה המסכנת חיים ורכוש, לרבות אלו של תושבי יהודה ושומרון". אחד מן הצווים הללו, אשר ניתן בתאריך 15.06.2017 מאת מפקד פיקוד העורף, הטיל על העורר, בין היתר, מגבלה בת שלושה חודשים שלפיה הוא: "לא ייכנס, לא ישהה, ולא ימצא בשטח מתחם העיר ירושלים [...] אלא במידה והדבר הותר לו בכתב מטעמי או בהתאם לזימון שהוצא במסגרת חקירה או הליך משפטי על פי דין" (להלן: הצו).

נוסף לכך, נקבע בצו כי על העורר לשהות בבית סבתו באחד מהמושבים בשפלה בשעות הלילה.

4. ביני לביני, בתאריך 16.05.2017, עותרים שונים, והעורר בתוכם הגישו עתירה לבג"ץ כנגד צווי איסור הכניסה, שהוצאו נגדם בידי מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון. במסגרת העתירה(ראו: בג"ץ 3994/17 פלוני ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (22.06.2017) (להלן: עניין פלוני)), הועלו, בין היתר, טענות שונות כנגד סבירותם של הצווים שהוצאו כנגד העותר ואחרים, וביחס לבעייתיות שנוצרת בגין העדר ערכאת ערעור על הצווים, הפוגעת, על פי מה שנטען, בזכויות הדיוניות של העותרים.

5. בתאריך 22.06.2017 העתירה הנ"ל נדחתה. במסגרת פסק הדין, חברתי, הנשיאהא' חיות קבעה כדלקמן:



"... דיון בעתירות שהתקיים בפנינו ביום 19.6.2017 שמענו השלמות בעל-פה מפי שני הצדדים וכן קיימנו בהסכמת העותרים דיון בדלתיים סגורות ובמעמד צד אחד בו התייצבו גורמי ביטחון בכירים והציגו נתונים וחומר מודיעיני מקיף ורלוונטי הן ברמה הכללית והן ברמה הפרטנית המתייחסת לכל אחד ואחד מן העותרים[בהם העורר, תוספת שלי-ח"מ]. מן החומר שהוצג, ככל שניתן לחשוף ממנו, עולה תמונה טורדת מנוחה לפיה העותרים כולם אימצו אידיאולוגיה קיצונית ביותר הקוראת לפגיעה במדינה, בכוחות הביטחון ובערבים וכן עולה מן החומר שהוצג כי העותרים מעורבים בפעילות אלימה כלפי רכוש ואנשים ממניעים אידיאולוגיים כאמור. שוכנענו כי... רמת האיום הנשקפת מיתר העותרים היא גבוהה ומצדיקה בהחלט את הנעת המהלך הרחב שנעשה להוצאת הצווים המנהליים דנ" (ראו: שם, פסקה 4; ההדגשות שלי -ח"מ).

6. במהלך חודש יולי 2017 המשיבה הגישה לבית משפט השלום הנכבד כתב אישום נגד העורר, הנוגע להפרות הוראות הצווים השונים שהוצאו בעניינו על-ידי המפקדים הצבאיים, שעיקרם בהפרת תנאי "מעצר הבית" הלילי בו שהה, כאשר כתב האישום מייחס לו ביצוע של שש עבירות של הפרת הוראה חוקית - עבירה לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

7. בד בבד עם הגשת כתב האישום כנגד העורר - המשיבה הגישה לבית משפט השלום הנכבד בקשה למעצרו של העורר עד לתום ההליכים. במסגרת הדיון בבקשה, נדונה שאלת תנאי המעצר, כאשר ביחס לאפשרות כי העורר ישוחרר בתנאים מגבילים ל"מעצר בית" בתחומי העיר ירושלים (לנוכח בעייתיות שעלתה בהמשך שהותו של העורר באחד ממושבי השפלה), נטען על-ידי המשיבה כי כל עוד הצו לא נתקף במישרין בהליך מינהלי מתאים, ובוטל, או שונה במסגרתו - המגבלות הכלולות בו, לרבות איסור על שהייה בירושלים בניגוד לאמור בצו, מחייבות את העורר.

8. בסיום הדיון בבקשת המעצר, בית משפט השלום הנכבד הורה על שחרורו של העורר ממעצר בתנאים, בקובעו, בין היתר, כדלקמן:

"[...] 2. אין באפשרותי כעת לבחון את טענות הצדדים לעומק לעניין הראיות וכוונותיו של המשיב [העורר -ח"מ] בעת ביצוע ההפרות הנטענות. כמו כן, אציין כי קשה לעמוד על טיב המסוכנות, אם בכלל קיימת, בהתחשב בכך שלא מוצגים לי החומרים על בסיסם יצאו צווי האלוף.

3. במהלך הדיון, הוצעו הצעות פרקטיות שיהיה בהן כדי לאפשר איזון בין הצורך לקיים את צווי האלוף, לבין הצורך לאפשר למשיב [העורר -ח"מ] ולהוריו המשך חיים רגילים. אציין כי בית הוריו של המשיב [העורר -ח"מ] נמצא בשכונת רמות בקצה גבול העיר ירושלים. עם זאת, לאור כתב האישום המכיל הפרות לא מעטות, אני סבורה כי יש לתמוך את החלופה בערבויות והפקדה משמעותית.

4. אני סבורה כי ההצעה שהוצעה היא סבירה ולפיכך אני מורה על שחרורו של המשיב [העורר כאן -ח"מ] בתנאים הבאים...

ב. המשיב [העורר -ח"מ] ישהה במעצר בית לילי, משקיעת החמה עד נץ החמה, בבית הוריו ברמות ובפיקוחם - וזאת עד למתן החלטה אחרת.



ג. אם ירצה המשיב [העורר -ח"מ] לצאת מבית הוריו, יביא אותו אחד מהוריו לכניסה למוצא או למבשרת ציון..."

(ראו: שם, בעמ' 5; ההדגשות שלי -ח"מ).

9. באי-כוח שני הצדדים הגישו ערר על החלטת בית משפט השלום הנכבד - לבית המשפט המחוזי הנכבד. במסגרת זו, בא-כוח העורר טען כי היה מקום, בנסיבות, לשחרר את העורר ללא כל תנאים. בא-כוח המשיבה טען מנגד כי בית משפט השלום הנכבד שגה בכך שהורה על שחרורו של העורר, בין היתר, בהשיתו תנאי לפיו העורר ישהה ב"מעצר בית" לילי בבית הוריו בשכונת רמות בירושלים. זאת, בניגוד לאמור בצו, ותוך ביצוע "תקיפה עקיפה" של הצובמסגרת הליך המעצר, דבר שאין לו הצדקה, בנסיבות.

10. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה את שני העררים בקובעו כך:

"... טענת העוררת [המשיבה כאן -ח"מ] היא שלא ניתן לשחרר בתנאים את המשיב [העורר כאן -ח"מ] למעצר בית לילי בירושלים, עקב צו האלוף האוסר על הימצאות המשיב [העורר -ח"מ] בירושלים. לפי היגיון זה, גם הבאתו של המשיב [העורר כאן -ח"מ] לבית משפט השלום ולבית המשפט המחוזי בירושלים, מהווה הפרה של צו האלוף, וכך הדבר גם ביחס להחזקתו בחדרי המעצר בבתי משפט אלו. לעניות דעתי, הוראה שיפוטית בדבר מעצר בית בתחומי העיר ירושלים, איננה עומדת בסתירה לצו האלוף. במיוחד הדבר נכון, כאשר מדובר בשכונת רמות המרוחקת מהאזורים הרגישים, כמו העיר העתיקה וקווי תפר עם שכונות ערביות" (ראו: עמ' 9 להחלטה מתאריך 05.07.2017; ההדגשה שלי -ח"מ).

עוד נקבע כי בנסיבות העניין החלטת בית משפט השלום הנכבדהיא סבירה ומאוזנת, ואין מקום להתערב בה, או בתנאי שחרורו של המבקש.

על כך באו העררים שבפניי.

טענות הצדדים

11. בא-כוח העורר טען כי סמכותו של בית משפט הדן בענייני מעצר גוברת על סמכותו של המפקד הצבאי, מושא צו אלוף, ועל כן "שופט יכול להתערב בצו של אלוף בכל מתווה", וזאת אף במסגרת של תקיפה עקיפה.

12. בא-כוח המשיבה טען מנגד כי סמכותו של בית משפט השלום הנכבד בהליך המעצר בקביעת תנאי שחרורו של העורר - איננה גוברת על איסור השהייה בירושלים, לו עומדת חזקת תקינות המינהל. לשיטת בא-כוח המשיבה, הדרך להשיג על הצוהינה באמצעות הליך מינהלי מתאים במסגרת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק ולא במסגרת הליך המעצר. לגרסתו, הדבר מודגש במקרה דנן, בו בתי המשפט של מעצר לא נחשפו לחומר המודיעיני בעניינו של העורר.

13. במסגרת דיון שהועדתי, באי-כוח הצדדים חזרו על עיקרי טענותיהם, והסכימו, כאמור, כי תינתן רשות לערור נוכח מהות השאלה שעלתה במכלול והעדר ההלכה הברורה בעניין זה בערכאות הדיוניות.

14. לאחר הדיון שהתקיים בפניי, הודיעה המשיבה כי היא נכונה להסכים למעצרו של העורר שלא בתחומי העיר ירושלים, ומכאן שהשאלה המעשית בדבר מקום מעצרו של העורר - נפתרה. המשיבה הדגישה, בצד זאת, כי היא עומדת על טענתה העקרונית בערר ומבקשת כי תתקבל בה הכרעה.

בהתאם לאמור, הוריתי על שחרורו של העורר בתנאי מעצר בית מחוץ לירושלים, תוך שהבהרתי, לפי בקשתה של המשיבה, כי ההכרעה בסוגיה העקרונית שהועלתה במכלול - תינתן על ידי בנפרד. בהמשך ביררתי עם הצדדים אם הם



נכונים לוותר על ההנמקה, ואולם הם לא נענו לכך, לדבריהם בשל השלכות הרוחב של העניין. אעבור איפוא עתה, לליבון הדברים.

דיון והכרעה

15. לאחר שעייתי בטענות הצדדים במכלול, סבורני כי הדין נוטה לעמדת המשיבה בכל הנוגע לסוגיה העקרונית שהועלתה פה, בדבר סמכותו של בית המשפט "האזרחי" להתערב בהחלטות של המפקד הצבאי, בכפוף לחריגים שיסקרו בהמשך, אולם אינני סבור כי בנסיבות העניין "תקיפה עקיפה" כאמור אכן התרחשה. אביא עכשיו את הנימוקים לעמדתי זו.

16. כידוע, בית המשפט לא יעצור אדם אם ניתן להשיג את מטרת המעצר באמצעות תנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו חמורה פחות (ראו: סעיפים 12, 13(ב), 21(ב)(1) לחוקסדרהדיןפלילי (סמכויותאכיפה-מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים); בש"פ 240/15 ביטון נ' מדינת ישראל (22.01.2015)). בהקשר לכך, בית משפט של מעצר מוסמך להורות, לאחר התקיימות יתר התנאים הנדרשים, על שחרור בערובה (ראו: סעיף 44(א) לחוק המעצרים). חוק המעצרים מפרט לעניין זה רשימה לא סגורה של תנאים, אשר ניתן להתנות בהם את שחרורו של אדם בערובה, וביניהם רלבנטיים לעניינו: "איסור כניסה לאיזור, לישוב או למקום בארץ, שיקבע"; "איסור לקיים קשר או להיפגש עם מי שיקבע"; וכן "חובת מגורים או הימצאות באזור, בישוב או במקום בארץ, שיקבע" (ראו: סעיפים 48(א)(3)-(5) לחוק המעצרים; בש"פ 2386/09 פדרמן נ' מדינת ישראל (30.03.2009); רינת קיטאי-סנג'רוהמעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין, 205-206 (2011)).

17. סמכותו של המפקד הצבאי להוציא צווים מוסדרת, בין היתר, במסגרת תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 (להלן: תקנות ההגנה). תקנות ההגנה מורות כי המפקד הצבאי רשאי ליתן צו אם הוא סבור כי הדבר נחוץ, או מועיל: "לשם הבטחת שלומו של הציבור, הגנתה של ישראל, קיומו של הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה" (ראו: תקנה 108 לתקנות ההגנה). עוד נקבע כי המפקד הצבאי רשאי לתת צו, כנגד כל אדם, וזאת, בין היתר:

"כדי להבטיח שהאדם ההוא לא ימצא בכל אחד מאותם השטחים בישראל שיינקבו כנ"ל, אלא במידה שהורשה לו הדבר בצו, או בידי אותם רשות או אדם שיהיו עשויים להינקב בצו" (ראו: תקנה 109(1)(א) לתקנות ההגנה).

18. בית משפט זה אישר את תוקפן של תקנות ההגנה, וקבע את מסגרת שיקול דעתו של המפקד הצבאי, והשיקולים המנחים אותו במתן צווים (ראו: בג"ץ 4101/10 הכהן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (01.07.2010) (להלן: עניין הכהן); בג"ץ 703/15 דרויש נ' מפקד פיקוד העורף (19.03.2015) (להלן: עניין דרויש); בג"ץ 8026/16 מוריס נ' מפקד פיקוד העורף (20.10.2016)).

19. השגה כנגד חוקיותו, או תקינותו של צו שנתן המפקד הצבאי נעשית ברגיל באמצעות עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק (ראו, למשל: בג"ץ 87/85 ארג'ובי' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מב(1) 353 (1988); עניין פלוני; עניין דרויש). במסגרת זו, בית המשפט הגבוה לצדק מפעיל ביקורת שיפוטית על שיקול דעתו של המפקד הצבאי, ובוחן האם הצו ניתן בסמכות בהתאם לכללי המשפט המינהלי. בית המשפט בוחן גם האם פגיעתו של הצו הנתקף - בזכויותיו של מי שהצו ניתן נגדו היתה לתכלית ראויה, והאם היא סבירה ומידתית (ראו: סעיף 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005); עניין הכהן; בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443 (2004) (להלן: עניין הס); בג"ץ 8566/16 צרצור נ' המפקד הצבאי



(16.05.2017).

20. המשפט המינהליהישראלימכירבשניאופניםשבהםניתןלתקוףהחלטות שהתקבלו על ידי רשות מינהלית: "תקיפה ישירה" ו"תקיפה עקיפה". בתקיפה ישירה אדם פונה לבית המשפט במטרה לבטל החלטה מינהלית בטענה כי ההחלטה היא בלתי חוקית או פגומה בעילה מעילת המשפט המינהלי. לעומת זאת, בתקיפה עקיפה, הסעד המבוקש איננו קביעה באשר לתוקפה של ההחלטה המינהלית, אלא סעד אחר, ושאלת חוקיותה של ההחלטה המינהלית מתעוררת רק בדרך אגב (ראו: רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (2000) (להלן: עניין הראל); ענייןאבו פריח; רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פסקה יט (19.01.2017); עינינו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית, 1699 (כרך ג', 2014) (להלן: זמיר); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי דיוני 167-168 (2017) (להלן: ברק-ארז)).

21. בתי המשפט -אזרחיים ופליימיים- רשאים, כעיקרון, לדוןב"תקיפה עקיפה" בכל טענה מינהלית, הנוגעת לעניין הנדון בפניהם, וזאת כל עוד נתונה להם הסמכות העניינית לדון באותו עניין (ראו: דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח ז"ל (12.04.2015) (להלן: ענייןאבו פריח); דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית (14.04.2015)). סמכותו של בית המשפט לדון "בתקיפה עקיפה" -בנפקותו של מעשה מינהלי מבוססת, ככלל, על הוראת [לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, הקובע כך:

"הובא ענין כדין לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור הענין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר".

22. בהתאם לכך נפסק כי בית משפט הדן בעניין פלילי מוסמך ורשאי לדון לא רק בטענות המכוונות ישירות כנגד האישום הפלילי הנדון, אלא אף בהשגות על התנהלותן של רשויות המינהל טרם הגשתו של כתב האישום, כדוגמת טענה של הגנה מן הצדק, או טענות רחבות יותר כנגד שיקול הדעת שעמד ביסוד הגשת כתב האישום (רע"פ 1057/99 יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365 (1999) (להלן: ענייןיוחייב); בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל (06.02.2006); והשוו גם: רע"פ 7052/18 מדינת ישראל נ' רותם(05.05.2020), שדיון נוסף לגביו תלוי ועומד במסגרת דנ"פ 5387/20; יצחק זמיר השפיטה בעניינים מינהליים 56 (1987); רן טל "סמכות בתי-המשפט האזרחיים בישראל לדון בעניינים מינהליים הנוגעים לרשויות צה"ל באזורי יהודה, שומרון וחבל-עזה" משפט וצבא 13, 131, 138-141 (תשנ"ט) (להלן: טל); ברק-ארז, בעמ' 170).

23. בפסיקתנו הובעו דעות שונות בשאלה האם יש מקום לצמצם, או להרחיב את אפשרויות התקיפה העקיפה בהקשרים שונים (ראו: עניין אבו פריח, פסקה ד' לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א'רובינשטיין; השוו: שם, בפסקה 16 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז; עניין הראל, בעמ' 649-650). להעלאת טענות שעניינן פגמים מינהליים בדרך של תקיפה עקיפה ישנן יתרונות וחסרונות: מחד גיסא, תקיפה עקיפה נותנת תוקף מלא להחלטות של שלטון החוק על הרשויות בהליכים משפטיים שונים, והיא גם מאפשרת להעלות טענה לפגם מינהלי ללא ההשקעה הכרוכה בניהול הליך נפרד של ביקורת שיפוטית, ובכך יש כדי להקל על עומס ההתדיינות המינהליות (ראו: ברק-ארז, עמ' 176-177).

מאידך גיסא, תקיפה עקיפה עלולה לפגוע בסופיות ההחלטה המינהלית, אשר עלולה להישחק אם ניתנת אפשרות לבעלי דין להעלות טענות נגדה בהליכים ובמועדים שונים, והיא אף עלולה לעודד עשיית דין עצמית, תוך התעלמות מהחלטות מינהליות תקפות לכאורה; כתוצאה מכך נגרמת גם אי-ודאות משפטית, מכיוון שההכרעה ביחס



לפגם המינהלי -מוגבלת לאותו עניין (ראו: עניין אבו פריח). כך, למשל, נקבע כי תקיפה עקיפה עלולה לפגוע בעיקרון סופיות הדין, בוודאות המשפטית, והיא מיועדת לשימוש רק ב"מקרים מיוחדים ונדירים" כדוגמת חריגה מסמכות, או פגם חמור אחר (ראו: רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 679 (2001)). בהקשר זה, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין פסק כדלקמן:

"בתי המשפט לא יטו להעניק סעד במקרה של תקיפה עקיפה, מקום שבו נמנע הצד התוקף מהעמדת הפגם הנטען לביקורת בהליך של תקיפה ישירה... כך ביתר שאת כאשר המבקש לתקוף את הצו עשה דין לעצמו, ולא פעל לפיו... הפסיקה הכירה בחריגים לכלל זה בנסיבות מסוימות, כאשר מעשה המינהל לוקה בפגם חוקי או מוסרי חמור הגלוי על פני הדברים; לצד זאת על בעל הדין להוסיף ולהוכיח קיומן של נסיבות מיוחדות המצדיקות אי ציות להוראת הדין, כגון דחיפות מיוחדת או נזק בלתי הפיך הצפוי להיגרם לו כתוצאה מביצוע ההחלטה בפרק זמן קצר שעד לפניה ולקבלת מענה מערכאה שיפוטית" (ראו: ע"א 7958/10 פלאפון תקשורת בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות לא-לב (01.08.2012); ההדגשות שלי -ח"מ).

24. בפסיקה הוצעו קווים מנחים שונים בשאלת הבחירה בין שני מסלולי התקיפה. שיקולים אלה משפיעים הן על הכרעת בית המשפט בשאלה האם להידרש לטענות התוקפות את ההחלטה המינהלית, מושא הדין, הן על הקביעה בדבר תוצאות הפגם הנטען במעשה המינהל, ככל שיימצא שהיה כזה. עתה נפרט קווים מנחים אלה (שאינם בבחינת רשימה סגורה):

(א) האם מדובר במעשה מינהל פרטני, או בנורמה כללית; בדרך-כלל אין מקום לצפות ממאדם שיתקוף את תכנה הכללית, אלא כאשר הוא אנפגע באופן אישי מתחולת התקנה, וכאשר אין בפניו דרך מעשית אחרת לתקוף אותה, אלא בדרך של תקיפה עקיפה (עניין הראל, בעמ' 647).

(ב) האינטרס הציבורי - במסגרת זו יישקלו ההשלכות של קבלת עמדתו של בעל הדין שתוקף את מעשה המינהל במישור הרחב.

(ג) התנהלותו הדיונית של בעל הדין - במסגרת זו יש לבחון האם בעל הדין השתהה בתקיפת מעשה המינהל, או אם הפר את הנורמה המינהלית ועשה דין לעצמו, טרם שהעלה את טענותיו במסגרת התקיפה העקיפה.

(ד) שיקולי צדק - במסגרת זו יש לבחון את נסיבותיו האישיות של המבקש, אתהשאלה אם היתה לו אפשרות מעשית לתקוף את מעשה המינהל בתקיפה ישירה, ואת חומרת הפגם המינהלי, כאשר, ככל שמעשה המינהל הנתקף לוקה בפגם חמור, הגלוי על פני הדברים, יהיה זה שיקול להידרש לטענות נגד הפעולה המינהלית כבר בתקיפה העקיפה (ראו: עניין הראל; ע"א 119/01 אקונס נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 817 (2003); עניין אבו פריח).

25. מהאמור לעיל עולה כי לבית משפט של מעצר ישנה סמכות עקרונית לדון בטענות מינהליות שהועלו בידי ההגנה כנגד צו האלוף (עיניו והשוו לחוות דעתי ב-בש"פ 1758-20 אורין נ' מדינת ישראל (26.01.2021) ומנגד - ראו את חוות דעתו של השופט נ' סולברג, שם; בפרשה זו עתיד להתקיים דיון נוסף במסגרת דנ"פ 1062/21; (להלן: עניין אורין). עם זאת, מקיומה של הסמכות לא נובע, בהכרח, כי בית משפט של מעצר אכזיזק בשגרה לטענות המועלות כנגד צו אלוף בתקיפה עקיפה.



26. לעמדת, סמכותו של בית משפט של מעצר לדון בצו אלוף בתקיפה עקיפה, צריכה להיות שמורה למקרים בהם בצו האלוף, בעניינו של אותו אדם, נפל פגם חוקי, או מוסרי חמור, או שהוא ניתן בחוסר סמכות בולטת, העשויים להביא לבטלותו של הצו מדעיקרא (יעקב שקד תקיפה עקיפה בהליכים פלייט ואזרחיים, 188-180 (2020)). מסקנה זו מבוססת על השיקולים הבאים, העולים בקנה אחד עם הרציונלים המקובלים בפסיקה לעריכתה של תקיפה עקיפה על החלטות פרטניות:

- (א) בית משפט של מעצר איננו חשוף בהכרח לנתונים והשיקולים העומדים ביסוד החלטתו של המפקד הצבאי ליתן את הצו. בעניינו של העורר, למשל, בית משפט השלום הנכבד, שלא נחשף לחומרים המודיעיניים, מושא צווי האלופים, קבע, כאמור, כי: "קשה לעמוד על טיב המסוכנות, אם בכלל קיימת, בהתחשב בכך שלא מוצגים לי החומרים על בסיסם יצאו צווי האלוף" (ראו: פסקה 2 להחלטה).
- (ב) בפסיקה נקבע כי גם בהליך פלילי חלה חזקת החוקיות של החלטה מינהלית (ראו: עניין חייב, בעמ' 370). אף לגבי צווים מהסוג שבמוקד ההליך שלפנינו, נפסק כי הוצאת צווים מאת המפקד הצבאי: "עומדת בחזקת התקינות המינהלית כל עוד לא הונחה תשתית מבוססת המצביעה על ההפך" (ראו: עניין הס, בעמ' 459). אף שיקולי יציבות, ודאות, ומניעת דין עצמי, החשובים במיוחד עת עסקין בקיום מגבלות שנקבעו בצווי אלוף, שיסודם בשיקולי הגנה על שלום הציבור – תומכים בצמצום אפשרות ההשגה על הצו במסגרת הליך המעצר. מכאן, שהתעלמות מודעת מצו אלוף איננה מתכונת פעולה שבית המשפט מעוניין לעודד (ראו: עניין הראל; ברק-ארז, בעמ' 183).
- (ג) השגות נגד צו אלוף ממוקדות, ככלל, בטענות כנגד פגיעה פרטנית ולא בתקיפה של הנורמה, העומדת ביסודו של הצו. ב-עניין הראל, השופט י' זמיר, עמד על אבחנה זו בקובעו כדלקמן:

"... גם אם נפל בהחלטה פגם המצדיק את ביטול ההחלטה בדרך של תקיפה ישירה, לא בהכרח יצדיק הפגם תוצאה של ביטול ההחלטה גם בדרך של תקיפה עקיפה. התוצאה של תקיפה עקיפה תלויה במידה רבה בנסיבות המקרה. לדוגמה, עשוי להיות הבדל בתוצאה בין תקיפה של צו אישי... לבין תקיפה של תקנה בת-פועל תחיקתי... ניסיון החיים, השכל הישר והאינטרס הציבורי אומרים שבדרך-כלל אפשר וראוי לצפות מאדם שנפגע מצו אישי, אם הוא טוען כי הצו בלתי חוקי, שיתקוף את הצו בתקיפה ישירה..." (ראו: שם, בעמ' 646-647); וראו גם: רע"פ 8182/18 מושיאנ' מדינת ישראל, בפסקה 44 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז וההפניות שם (18.02.2020).

27. מן הכלל אל הפרט – לעמדת, בנסיבות העניין דן כלל לא התעוררו שאלות מהות הנוגעות לדוקטרינת "התקיפה העקיפה" ואופן יישומה בנסיבות העניין. עיון בהחלטות הערכאות קמא הנכבדות מלמד כי הן לא דנו במעמדו החוקי של הצו, או הצביעו על פגמים שנפלו בכל הנוגע לתוקפו של הצו, או למישור שיקול הדעת שהפעילו המפקדים הצבאיים. כך, למשל, בית משפט השלום הנכבד עמד על הצורך להביא, בנסיבות, ל"איזון בין הצורך לקיים את צווי האלוף, לבין הצורך לאפשר למשיב [העורר – ח"מ] ולהוריו המשך חיים רגילים" (ראו: פסקה 3 להחלטה; ההדגשה שלי – ח"מ). בהמשך, בית המשפט המחוזי הנכבד הציע, כך נראה, מהלך פרשני תכליתי-המורה על החזקתו של העורר במעצר בירושלים, בהתאם לתכליות הצו. לפיכך, כך נקבע, "הוראה שיפוטית בדבר מעצר בית בתחומי העיר ירושלים, איננה עומדת בסתירה לצו האלוף" (ראו: עמ' 9 להחלטה; ההדגשה שלי – ח"מ), והדבר, כך נפסק, נכון בפרט כאשר מדובר בשהייה בשכונת רמות בירושלים, המרוחקת מ"האזורים הרגישים" בירושלים.

28. לעמדת, השגה שנפלה בהחלטות של הערכאות דלמטה הנכבדות, נגעה לפרשנות תכליתית שגויה שניתנה להוראות הצו, שלפיה הדיבור "ירושלים" הנזכר בצו – תוקפו יפה רק לשכונות מסוימות, בעלות רגישות לאור אופי



פעילותו של העורר. ההחלטות לא עסקו עם זאת בחוקיות הצו, ובמסגרת המשאבים המוגבלים שעמדו לרשות הערכאות השונות במסגרת הליכי המעצר, אף לא נדונו טענות-מהות הנוגעות לפגמים, שנפלו לטענת העורר בפן המנהלי שבצוהמפקד הצבאי (ראו: זמיר, 2639-2640).

29. לעמדת, הפרשנות הסבירה פה, המתיישבת גם עם לשונו ותכליתו של צו האלוף, היתה כי כוונתו של המפקד הצבאי בצו היתה ליצור הסדר שלילי, שכן לו היה המפקד הצבאי מבקש להחריג מתחולתו מקרים בהם העורר מצוי בריחוק ממקומות רגישים בירושלים-ניתן להניח כי היה קובע כך במפורש(ראו: אהרן ברקפרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית, 467-471 (1992).מנגד, ייתכן, ואין בידי לקבוע מסמרות בדבר, כי סמכותו של בית המשפט לצמצם את הוראות הצונתונה לו מכוח אחיזה מסוימת מלשון הצו עצמו שלפיהן העורר: "לא ייכנס, לא ישהה, ולא ימצא בשטח מתחם העיר ירושלים... אלא במידה והדבר הותר לו בכתב מטעמי, או בהתאם לזימון שהוצא במסגרת חקירה או הליך משפטי על פי דין" (ההדגשה שלי -ח"מ)).

30. הקושי שעלה מהחלטות הערכאות קמא הנכבדות, נבע, איפוא, מפרשנות שגויה, ואינני סבור כי היה בהחלטת הערכאות דלמטה משום התערבות בשיקולדעתהמפקד הצבאי.משמעות הדברים היא כל עודהצולא נתקף ישירות, וממילא לא שונה, או בוטל-תוקפו חייב את העורר. כך או כך, לא היה בהוראות הצו כדי להקרין על השאלה העקרונית שנידונהבהליך שבפני, נוכח פרשנותו התכליתית של הצו, ואולם מצאתי לנכון לפרט הדברים, לבקשת הצדדים, כדי להתוות אמות מידה לעתיד ולשם הסרת ספקות, באבחנה שבין "התקפה ישירה" לבין "התקפה עקיפה" בהקשר לעניינו.

ניתנההיום, ג' באבהתשפ"א (12.7.2021).

המשנה-לנשיאה (בדימ')