



ת"פ 24515/01/20 - מדינת ישראל נגד ד.ל

בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"פ 24515-01-20 מדינת ישראל נ' ל

בפני	כבוד השופט עודד מורנו
מאשימה	מדינת ישראל
נגד	
נאשם	ד.ל

ב"כ המאשימה- עו"ד גל גבאי

ב"כ הנאשם- עו"ד רועי לנג

החלטה

"משפט פלילי הוא כמו קרחון. רק חמישית ממנו בולטת על פני השטח" (סמואל ס. לייבוביץ, בית המשפט, 1950).

לפניי בקשה שהוגשה ע"י ב"כ הנאשם, לפיה עתר לביטול כתב האישום מכוח טענה מקדמית של פגם או פסול בכתב האישום, בהתאם לסעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: **"חוק סדר הדין הפלילי"**), או לחילופין מכוח טענה של הגנה מן הצדק, בהתאם לסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי.

מבוא

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום בינואר 2020 בגין שתי עבירות של הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: **"חוק העונשין"**).
2. מעובדות כתב האישום עולה כי הגברת ח.ל (להלן: **"המתלוננת"**) והנאשם הינם בני זוג גרושים ולהם שלושה ילדים משותפים. ביום 7.1.18 בבית משפט לענייני משפחה בפתח תקווה ניתן פסק דין במסגרת ה"ט 1804-01-18 אשר נתן תוקף להסכמות בין המתלוננת לנאשם לפיהן נאסר עליהם ליצור קשר זה עם זו או להגיע האחד לשנייה באופן קבוע וללא מגבלת זמן (להלן: **"צו ההגנה"**).
3. במסגרת האישום הראשון, הפר הנאשם את צו ההגנה בכך שביום 14.5.19 התקשר אל המתלוננת 7 פעמים. במסגרת האישום השני, הפר הנאשם את צו ההגנה בכך שביום 8.8.19 הגיע לביתה של המתלוננת ודפק על הדלת.



וכאשר לא נענה שפך יין בכניסה לבית ועזב את המקום.

4. בדיון מיום 12.6.22 ניתנה כפירה כללית באופייה וזאת לצד טענה ראשונית ונקודתית לאכיפה בררנית, והתיק נקבע לשלב ההוכחות. בדיון נוסף שהתקיים ביום 15.11.22, טרם שמיעת העדויות ולאחר הגשת תיק מוצגים מוסכם הכולל את חקירת הנאשם במשטרה וצו ההגנה (**סומנו בהתאמה ת/1 ו- ת/2**), העלה הסנגור טענות מקדמיות הן בדבר פגם או פסול בכתב האישום והן מכוח הדוקטרינה להגנה מן הצדק.

טענות הצדדים

5. ב"כ הנאשם טען כי הוראת החוק המצוינת בכתב האישום אינה יכולה לשמש נדבך להרשעה בתיק דנן מאחר וצו ההגנה שניתן במעמד הדיון אינו קביל ועל כן אין הוא מהווה הוראה חוקית כנדרש בחוק.

בטיעוניו פירט את החלטת כב' השופט בני שגיא בת"פ 586-03-13 **מדינת ישראל נ' עזרא עסאר** [פורסם במאגרים, 30.5.13] (להלן: "**עניין עסאר**"), בעניין שלושת המסלולים בהם ניתן ליתן צו הגנה, כאשר עמד על כך שבמקרה זה מדובר בצו הגנה מכוח חוק למניעת אלימות במשפחה, אשר מוגבל בזמן. בהמשך לכך טען הסנגור כי צו ההגנה שניתן כאמור ללא מגבלת זמן- הינו מעשה פסול ומנוגד להוראות החוק למניעת אלימות במשפחה, ועל כן לא ניתן לאוכפו בדין הפלילי.

בנוסף ולחילופין, טען הסנגור כי יש לבטל את כתב האישום מכוח סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, שכן במצב דברים שבו בני זוג בהליך גירושין מקבלים הוראה מבית המשפט שאינה ספציפית, שתחזיק לעולמי עד, הרי שהדבר מהווה פגיעה קשה בזכויות היסוד של הנאשם, והגשת כתב אישום במקרה זה עומדת בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

6. מנגד, ב"כ המאשימה עתר לדחות את הבקשה על הסף.

לטענתו, הנאשם עצמו התחייב שלא להגיע למתלוננת במעמד הדיון בצו ההגנה, וכי היה מיוצג באותו הליך, ומכאן שלא יכול לטעון כי לא היה מודע לתנאיו של הצו ואף אישר את המצב המשפטי בעניינו. בנוגע למסלול בו ניתן צו ההגנה, טען ב"כ המאשימה כי צו זה נכנס בגדר סמכותו הטבעית של בית המשפט מכוח סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (להלן: "**חוק בתי המשפט**"), המסמיק את בית המשפט ליתן סעד כללי ללא הגבלת זמן. לצד זאת, ציין כי הגם אם צו זה נכנס בגדר המסלולים האחרים, עליהם אעמוד בהמשך, הרי שלא עברו שנתיים מיום מתן צו ההגנה ועד למועד הפרות בכתב האישום, ומכאן שגם במצב דברים זה, הצו היה תקף במועד הפרתו.

לתימוכין בטענתו, הגיש ב"כ המאשימה את פרוטוקול הדיון מהליך ה"ט 20883-08-19, מיום 15.8.19 כשבוע לאחר ההפרה השנייה לכאורה, בו הנאשם לא חלק על העובדה כי הצו היה בתוקף במועד האירועים נשוא כתב האישום (להלן: "**צו ההגנה לאחר אירועי כתב האישום**").

7. טרם ניתנה החלטה בבקשה, ובעצת בית המשפט, הסכימו ב"כ הצדדים כי יוצא צו לפי סעיף 108 לחוק סדר



הדין הפלילי, על מנת לבחון על בסיס איזו בקשה ניתנה החלטת בית המשפט בצו ההגנה.

8. ביום 15.11.22, לאחר מועד הדיון, הציג הסנגור לבית המשפט את המסמכים המבוקשים, מהם עולה כי מדובר **בבקשה לצו הגנה**, לפי סעיף 3 לחוק למניעה אלימות במשפחה, התשנ"א-1991 (להלן: "**חוק למניעת אלימות במשפחה**").

9. לאחר ששמעתי את טיעוני ב"כ הצדדים וקיבלתי את המסמכים האמורים, בשלה העת למתן החלטה.

תקיפה עקיפה והמסגרת הנורמטיבית בבסיס הטענה

10. טרם אדון במחלוקת שבפניי, יש להתייחס לשאלה בדבר הסמכות והמסגרת הנורמטיבית להכרעה בעניין.

11. ב"כ הנאשם טען כי צו ההגנה שניתן ביום 7.1.18 ניתן בחריגה מסמכות ועל כן המדובר בצו אותו יש לפסול מבחינה משפטית, או שלחלופין ובמקביל הצו אינו יכול להוות בסיס לאכיפה פלילית. טענה זו מהווה תקיפה עקיפה של פסק הדין.

12. יצוין, טעות שנפלה בפסק דין, ניתנת לתיקון בדרך של תקיפה ישירה - ערעור על פסק הדין. אולם, במקרה הנדון, הנאשם לא ערער על החלטת בית משפט השלום בהליך צו ההגנה, אלא בחר להעלות את טענותיו בפני מותב זה בהליך פלילי שנפתח בגין אותו צו ההגנה.

13. ברע"פ 2413/99 גיספן נ' **התובע הצבאי הראשי [פורסם במאגרים, 26.6.01]** בית המשפט העליון קבע כי לעיתים יהיה ניתן לתקוף פסק דין סופי שניתן במשפט אחד בדרך של תקיפה עקיפה, כשאלת אגב במשפט שני. לדוגמה, אם תובע מסתמך על פסק דין במשפט אזרחי או פלילי, יכול הנאשם, לפי העניין, לטעון כי פסק הדין ניתן ללא סמכות, לכן הוא בטל מעיקרו, ואין להסתמך עליו כלל.

14. תקיפה עקיפה פוגעת בסופיות הדיון ובוודאות המשפטית ועל כן בית המשפט ישתמש בה במשורה רק במקרים חריגים של חריגה מסמכות או בשל פגם חמור אחר (ראה עמ' 679, פסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט י. זמיר).

15. עוד נקבע באותו עניין על ביקורת עקיפה על החלטות מנהליות מפי השופט י. זמיר, הפעם בספרו, **הסמכות המינהלית, כרך ד - סדרי הביקורת המשפטית (2017), פרק 71 - ביקורת עקיפה, עמ' 2638-2639 (להלן: "זמיר")**:

"הביקורת העקיפה על החלטות מנהליות, אף אם היא דרך משנית של ביקורת שיפוטית,



אין היא דרך שולית או זניחה. להפך, היא דרך שכיחה של ביקורת. היא מופעלת באופן שגרתי על ידי כל בתי המשפט, בכל הדרגות... לכן היא דרך חשובה של ביקורת, ולא רק באופן פרטני לבעלי הדין במקרה הנדון, אלא גם באופן כללי למערכת המשפט. הביקורת העקיפה אמורה אף היא, כמו הביקורת הישירה, לברר את שאלת החוקיות של החלטה מנהלית. כמו כן, ביקורת עקיפה אפשרית אף לבירור התוקף של פסק דין. (ההדגשות אינן במקור - ע.מ.)

16. הביקורת העקיפה אינה מעוגנת בחוק, אלא היא מופעלת כסמכות הנגררת אחר הסמכות הראשית לקבוע אשמה על פי חוק העונשין (ראה גם סעיף 76 לחוק בתי המשפט אשר מעניק לבית המשפט סמכות נגררת לדון גם בעניין שאינו בסמכותו (זמיר, בעמ' 2639)). בית המשפט גיבש רשימה של עילות שיש בהן כדי לפסול החלטה מנהלית וביניהן, חריגה מסמכות, טעות של דין, טעות של עובדה, פגם בסדרי ההליך, שיקולים זרים, חוסר סבירות, אי מידתיות ועוד. ברי, כי לא כל טעות גוררת בטלות שיכולה להיות גם בטלות יחסית, גם במקרה של הפרה מהותית של הדין (ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים, 27.3.96]).

17. במקרה שלפניי, נתונה בידי מותב זה הסמכות לדון בטענות הסנגור, הן מכוח סעיף 76 לחוק בתי המשפט כסמכות נגררת, והן מהעילה של חריגה מסמכות ופגם בסדרי הדין אשר מצדיקים ביקורת עקיפה.

18. לאחר שבחנתי את כלל הראיות שהוצגו בפניי ואת טענות הצדדים, אני קובע כי פסק הדין שניתן ביום 7.1.18 וכן צו ההגנה לאחר אירועי כתב האישום מיום 15.8.19 ניתנו בחריגה מסמכות, ועל כן הם בטלים לצורך ההליך שבפניי, הכל כפי שיפורט להלן.

דין והכרעה

תוקפו של צו ההגנה

19. המחלוקת שבפניי הינה על תוקפו של צו ההגנה. ובפשיטא - האם הצו שניתן בה"ט 18-01-1804, בדבר הרחקתו של הנאשם מהמתלוננת, עודנו בתוקף במועד ההפרות לכאורה, או שמא הצו שניתן אינו חוקי ומכאן שאין כל הפרה.

כפי שנקבע בעניין עסאר, הרי שישנם שלושה מסלולים אפשריים להוצאת צו הגנה:

- א. חוק למניעת אלימות במשפחה;
- ב. חוק מניעת הטרדה מאיימת, תשס"ב-2001;
- ג. צו מניעה שניתן בבית משפט לענייני משפחה;



בשני המסלולים הראשונים (א'+ב') לא ניתן להאריך את תוקפו של הצו לתקופה העולה על שנתיים, כאשר מסלול ג' מאפשר הוצאת צו שעניינו איסורים שונים המוטלים בקשר ליחסי בני זוג, המבוסס על הדין האישי, ואינו מוגבל בזמן.

20. בכדי לצמצם את המחלוקת בין הצדדים, הוצא צו להבאת מסמכים מכוח סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, אשר העלה כי הבקשה שהוגשה **הינה בקשה לצו הגנה**, לפי סעיף 3 לחוק למניעה אלימות במשפחה, **ומכאן שאנו בגדרו של המסלול הראשון**. יוער, כי מן הראוי שהבקשה למתן צו ההגנה בעניינה תומכת התביעה את כל יתדות עובדות כתב האישום, היתה נמצאת ברשותה טרם הגשת כתב אישום.

21. לאחר שהכרענו בטענה זו, נשוב ונבחן את המסלול הרלוונטי - היינו המסלול הראשון.

סעיף 5(א) לחוק למניעת אלימות במשפחה, קובע:

"תקפו של צו הגנה לא יעלה על שלושה חדשים; בית המשפט רשאי להאריך את תקפו של הצו מפעם לפעם, ובלבד שהתקופה הכוללת לא תעלה על ששה חדשים; ואולם, מנימוקים מיוחדים שיפורטו בהחלטתו, רשאי הוא להאריך את תוקפו של הצו לתקופה כוללת שלא תעלה על שנה אחת וכן, מנימוקים מיוחדים כאמור, רשאי בית המשפט להאריך את תוקפו של צו הגנה לתקופה כוללת שלא תעלה על שנה אחת נוספת".

(ההדגשות בכל הציטוטים אינן במקור - ע.מ.)

מקריאת החוק עולה כי גם אם תוקף צו ההגנה יכול להימשך עד לשנתיים, הרי שנקבע מדרג ומעבר לצו הניתן לשישה חודשים יש צורך **בנימוקים מיוחדים**.

22. בענייננו, כעולה מפרוטוקול הדיון שהתקיים ביום 7.1.18, ומהמסמכים שהוצגו לבית המשפט, מדובר בזוג גרוש, לו ילדים קטינים, אשר נמצאים במלחמות חורמה בבתי משפט חדשות לבקרים במשך כ-10 שנים, וכי ההליך המשפטי האחרון הקשור לגירושין היה בשנת 2015 בבית משפט השלום בתל אביב.

23. מהפרוטוקול צו ההגנה עולה כי הצדדים הגיעו להסכמות לא ליצור קשר האחד עם השנייה בהמלצת בית המשפט ומתוקף זה ניתן צו הדדי קבוע לפיו הצדדים לא יתקרבו זה לזה. אך עיון בפרוטוקול הדיון בבית משפט השלום מעיד כי הגם שהנאשם הסכים להצהיר לפרוטוקול להימנע מהטרדתה של המתלוננת הרי שהוא לא הסכים למתן צו שיפוטי ("אין מניעה מאתנו שתהיה הסכמה שהוא לא ידבר איתה ולא עם בעלה, אבל לא צו", עמ' 4, שורה 8 לפרוטוקול).

24. צו הגנה מטבעו, מגביל זכויות יסוד בסיסיות של הפרט כמו חופש התנועה, זכות הקניין, חופש הביטוי, הזכות לחירות ולאוטונומיה. קביעתו המפורשת של המחוקק באשר למגבלת הזמנים לתוקפו של צו כאמור מאזנת את הפגיעה בזכויות אלה, וכמוה כשלילת האפשרות כי בית המשפט יחיל את סמכותו הטבועה לשם "החייאתו" של צו



שפקע מכוח אותה מגבלת זמנים.

25. לא זו אף זו, במקרה דנן, לא ניתן לומר כי מדובר במקרה חריג ויוצא דופן אשר בנסיבותיו שיקולי צדק מחייבים את מתן הצו, ומשלא ניתנו נימוקים מיוחדים להארכת הצו מעבר לשישה חודשים, בפסק דינו של בית משפט השלום מיום 7.1.18, הרי שהחלטה בדמות "צו קבוע" במקרה זה מהווה חריגה מסמכות, איננה מידתית, ופוגעת בזכויות הנאשם.

26. בית המשפט אינו ממעיט בחשיבותו של צו הגנה ובתחושתיה וחששותיה של המתלוננת, אך יחד עם זאת, לא מדובר בצו שהוצא לאחר מקרה אלימות או חשש לאלימות, ואף לא נטען לכך. כפי שעולה מהתמונה שהוצגה לבית המשפט, הרי שמדובר בסכסוך גירושין מורכב אשר מוליד מטבעו ואיתו טענות רבות וחוזרות האחד כלפיה השנייה.

27. עוד ניתן לומר כי ההפרה לכאורה בכתב האישום איננה ברף חומרה גבוה ולא כוללת עבירות נלוות.

28. המסקנה העולה מן המקובץ לעיל היא, כי אין לבית המשפט לענייני משפחה סמכות ליתן צו הגנה מכוח סמכותו הטבועה- כפי שניתן יהיה לראות גם בהמשך לנימוקי, וכאשר הצו ניתן במסגרת המסלול הראשון - מכוח חוק למניעת אלימות במשפחה, כפי שניתן במקרה זה - ולא ניתנו כל נימוקים מיוחדים המצדיקים את הארכתו של הצו למעלה משישה חודשים, למעט הסכמת הצדדים - שאין בה כדי להוות נימוקים מיוחדים - הרי שקביעת צו זה כ"קבוע" נעשתה בחריגה מסמכות, איננה מידתית ואינה יכולה לעמוד בכפוף לדין ולפסיקה.

29. עוד יצוין, כי הסוגיה האם צו מניעה הניתן בבית משפט לענייני משפחה הוא מוגבל בזמן או שמא יש לפרשו כלשונו "קבוע", התבררה בת.פ.ח 933/02 (ב"ש) מדינת ישראל נ' פלוני [פורסם במאגרים, 25.11.03], שם נקבע:

"מכאן שהוצאתו של הצו יכול היה להיות מכוחן של מספר הוראות שונות, שלהן זמני תקפות שונים, אם כצו הגנה מכוח החוק למניעת אלימות במשפחה, אם מכוח החוק למניעת הטרדה מאיימת ואם מכוח הדין האיש, לפיו ניתן להוציא צו מניעה לבן/בת זוג מכוח הזכות למדור שלו, צו מניעה שכזה אף לו הגבלת זמן. בפסק הדין שהורה על מתן צו המניעה, נכתב, כי צו המניעה הנו "קבוע", היינו ללא הגבלת זמן, מה שכידוע, על פי ההלכה שנקבעה בפסקי הדין ע"א 192/82 סדן נגד סדן, פ"ד לו(4) 169 ובע"א 745/87 סריוטי נגד סריוטי, פ"ד מב(4) 878 ואשר קבלה ביטוי בע"א 4480/93 פלוני נגד פלונית, פ"ד מח(3) 461, אינו מקובל, שכן אף צו מניעה שכזה יש להעמידו בתוקף לתקופה של שנתיים על מנת שניתן יהיה לבחון אותו מחדש. היות ואין אנו עוסקים בהלכות של "צו המניעה" והמדובר הוא בנטל ההוכחה במשפט פלילי, בו על המאשימה להוכיח מעל לכל ספק סביר את ביצוען של העבירות ומשלא הוכחה באיזה סוג של צו מדובר אני מחליט לזכות את הנאשם מביצוע עבירה זו. לפיכך אני מוצא לזכות את הנאשם מעבירה של הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287 לחוק המיוחסת לו באישום הראשון". (ההדגשות אינן



(במקור - ע.מ.)

כמו כן, הצורך בהגבלת תוקפו של צו מניעה קבוע לשנתיים ימים עולה אף מפסיקת בית המשפט העליון, ראה לדוגמא בע"א 4480/93 פלוני נגד פלונית [פורסם במאגרים, 12.10.94]:

"נותרה בפנינו שאלת משך תוקפו של צו המניעה. גם כאן, כמו בצו מניעה הניתן לבקשת האשה על יסוד עילה של אלימות הבעל כלפיה, אין זה רצוי כי צו המניעה יינתן ללא הגבלת זמן, שכן כל מטרתו היא ליתן פתרון זמני ולא להוות בסיס להסדר של קבע. בית משפט קמא אכן העיר כי בהחלטתו הוא מתבסס על כך שפני הצדדים לגירושין, וכי מצב הדברים בין הצדדים הוא בלתי הפיך ובלתי ניתן לגישור במידה כזו שלשם חיסכון בהוצאות מן הראוי לא לקצוב תקופתו של צו המניעה, ובלשונו "פסק דין בעניינים של מעמד אישי צופה פני התרחשויות בעתיד ומטרתו להסדיר המחלוקת מתוך ראיית הנולד, איזון עניינים של הצדדים, ומניעת הצורך בהתדיינות חוזרת, הגורמת סבל והוצאות מיותרות". בית המשפט המחוזי חשש שהמצב דהיום נותן כוח רב מדי בידי האשה; כוח שהיא חפצה בו וניסתה להשיגו משך תקופה ממושכת. עיקרו של דבר, לא הייתי רואה מקום למתן צו בלתי מוגבל בזמן שאינו עובר בחינה תקופתית מחודשת כדי להשתכנע מחדש שעדיין קיימת הצדקה לקיומו. אשר על כן נראה לי כי יש לאמץ נוסחה הדומה לזו שאושרה בפסק הדין הנ"ל בעניין סריטי, לפיה הצו יעמוד בתוקפו לשנתיים מיום מתן פסק הדין של הערכאה הראשונה, ואז יהיה מקום לבחינה מחודשת על פי חוות דעת מומחים. יש לקוות כי בפרק זמן זה יצליחו הצדדים לפתור חלק מן הבעיות הרכושיות העומדות על הפרק, ולהביא את מערכת היחסים העכורה ביניהם לידי רגיעה יחסית". (ההדגשות אינן במקור - ע.מ.)

30. אני מוצא לנכון להפנות לעוד החלטות בעניין חומרתו של צו הגנה ועל הצורך שינתן לתקופה קצובה בלבד, ביניהן, עמ"ש (י-ם) 543/09 פלוני נ' פלונית [פורסם במאגרים, 4.5.10]; עמ"ש (חיפה) 23887-11-20 מ.ח נ' ט.ל [פורסם במאגרים, 18.11.20], שם נקבע כי פסיקת בית המשפט מגדירה מתן צו הגנה לפי חוק למניעת אלימות במשפחה כצעד דרסטי, וכמוצא אחרון השמור למקרים חריגים בהם קיימת סכנה ממשית או חשש כבד לבן משפחה.

31. למעלה מן הצורך, אתייחס לטענת ב"כ המאשימה בדבר סמכותו של בית המשפט ליתן צו קבוע מכוח סמכותו הטבועה לפי סעיף 75 לחוק בתי המשפט.

32. ברע"א 2327/11 פלוני נ' פלוני [פורסם במאגרים, 28.4.11], דן בית המשפט העליון בסוגיה דומה, בעניין צו הניתן מכוח צו מניעת הטרדה מאיימת, וקבע כי לא ניתן ליתן צו שכזה מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט



(ראה פסקה 13 לפסק דינו של כב' השופט י' דנציגר):

"עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית הוא עקרון החוקיות, לפיו פעילותה של הרשות השלטונית מוגבלת לאותן הסמכויות שהוקנו לה בחוק ולא מעבר לכך. זוהי דוקטרינת ה-Ultra Vires לפיה בניגוד לאדם פרטי, כל מה שלא הותר לרשות השלטונית בחוק אסור לה לבצע [ראו למשל: יצחק זמיר הסמכות המינהלית 73 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר)]; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי א 98-97 (2010) (להלן: ברק-ארז)]. אף שהרשות השופטת הינה רשות עצמאית ונפרדת מהרשות המבצעת, הרי שגם הרשות השופטת היא אחת מרשויות השלטון ומשכך אף היא כפופה לעקרון החוקיות... אחת מתכונותיו של עקרון החוקיות היא להגביל את סמכויותיה של הרשות השלטונית ולהתוות את גבולותיה על מנת למנוע את עריצות ושרירות הרשות באופן העלול לפגוע בחירויותיו של היחיד (ברק-ארז, בעמ' 97). רציונאל זה יפה אף בעניינה של הרשות השופטת כפי שעמד על כך פנחס גולדשטיין ברשימתו "הסמכות הטבועה" של בית המשפט" עיוני משפט י(1) 37 (1984) (להלן: גולדשטיין):

"מכאן המגמה היסודית להסדרו התחקיתי המפורט של ענף משפט זה. הסדר כזה נועד, למעשה, למנוע שרירות דעת שיפוטית, באצטלה של שיקול דעת שיפוטי ובאמתלה של צורך ב'עשיית צדק', שתוצאתו, עשיית כל שופט כטוב בעיניו, אשר אין בין לבין 'רדיפת' צדק ולא כלום" (שם, בעמ' 42 וכן האסמכתאות הנזכרות בה"ש 24). (ההדגשות אינן במקור - ע.מ.)

33. עוד נקבע, כי בשים לב לקושי שמעוררת סמכותו הטבועה של בית המשפט והיותה חריג לעקרון החוקיות, התגבשו בפסיקה ובספרות כללים המתווים את גדריה של הסמכות הטבועה ואת אופן פרשנותה (פסקה 15 לפסק דינו של כב' השופט י' דנציגר).

34. הכלל הרלוונטי לעניינו הוא כי אין להפעיל סמכות טבועה כהחלטה פוגעת בזכויות יסוד. בסוגיה זו הדגיש השופט (כתוארו דאז) מ' אלון בע"א 548/78 פלוני נ' פלונית [פורסם במאגרים, 15.5.80], כי:

"אמנם כן, סמכותו הטבעית הנלווית של בית המשפט היא להוציא צווים והחלטות שונות כדי להביא לבירור צודק ויעיל, אך אין לכלול בסמכות נלווית זו צווים אשר מעצם מהותם יש בהם משום פגיעה בזכות יסוד של אדם, גם אם פגיעה זו לא תבוצע על-ידי כפייה". (עמ' 756 לפסק הדין).

35. לאור העובדה כי הסמכות הטבועה הינה חריג לעקרון החוקיות, ולאור הצורך להגביל את השימוש בחריג לכלל, נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כי השימוש בסמכות טבועה יעשה בנסיבות חריגות ויוצאות דופן.

36. הסמכות ליתן צו הגנה התווה בחוק הקובע כללים מפורשים ומוגדרים להפעלת סמכותו של בית המשפט בבואו



ליתן צו כאמור. משכך, מקום בו מוגדרת סמכותו של בית המשפט בחיקוק ספציפי המהווה "הסדר שלילי", הרי שבית המשפט אינו רשאי להפעיל את סמכותו הטבועה לגבי העניין הקונקרטי שהוסדר בחקיקה ספציפית, שכן הסמכות הטבועה היא סמכות שיורית.

37. לאור המקובץ לעיל, אני דוחה את טענת ב"כ המאשימה כי סמכותו של בית המשפט ליתן צו הגנה במקרה זה הינו מכוח סעיף 75 לחוק בתי המשפט.

38. העולה מהאמור, כי אף שבית המשפט לענייני משפחה נקט בלשון "צו קבוע", הרי שהיה עליו לקצוב את התקופה האמורה, ומשלא עשה כן, הרי שפעל בחריגה מסמכות וכתוצאה מכך ישנה פגיעה בזכויות הנאשם בצורה לא מידתית, וכיוצא בזה, לאחר שחלפה תקופה של למעלה משנה, לא ניתן לראותו כבסיס ראוי לאכיפה פלילית, באופן שיהווה "הוראה חוקית" לצורך הרשעה בעבירה לפי סעיף 287 לחוק העונשין.

נפקות החריגה מסמכות בראי הטענה להגנה מן הצדק

39. כאמור, הסנגור עתר לביטול כתב האישום מכוח טענה מקדמית של פגם או פסול בכתב האישום, בהתאם לסעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי, או לחילופין מכוח טענה של הגנה מן הצדק, בהתאם לסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי.

40. השימוש בסעיף 149(3) לחוק סדר הדין הפלילי נעשה באופן מסורתי בהתייחס לפגמים בעלי אופי ורציונל שונה מהמקרה שבפניי, ועל כן, המסגרת הנורמטיבית המתאימה הינה הגנה מן הצדק, בהתאם לסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי (ראה דנ"פ 5387/20 רפי רותם נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים, 15.12.21] (להלן: "עניין רותם").

41. דוקטרינת ההגנה מן הצדק התקבלה בשיטת משפטנו בע"פ 2910/94 יפת ואח' נ' מדינת ישראל, [פורסם במאגרים, 28.2.96] (להלן: "עניין יפת") ורוככה בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ' [פורסם במאגרים, 31.3.05] (להלן: "הלכת בורוביץ'"), שם נקבעה הגישה התלת שלבית לזיהוי הפגמים בהליך.

42. ביום 15.5.07 תוקן חוק סדר הדין הפלילי, במסגרת תיקון מספר 51. עם כניסתו לתוקף של התיקון לחוק, הפכה ההגנה מן הצדק מדוקטרינה הלכתית לכזו המוכרת ומעוגנת בספר החוקים הישראלי. נוסח החוק, לפיו תינתן הגנה מן הצדק מקום בו: **"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"**, העניק משנה תוקף לתחולתה הנרחבת של הדוקטרינה, כפי שנקבעה בהלכת בורוביץ', וקבע מסמרות נוספים להיטמעותו של עקרון ההגנה מן הצדק בשיטתנו. עיגונה של הדוקטרינה כטענה מקדמית, אף חידדה את נפקות קבלתה של טענה להגנה מן הצדק, בכך שהחילה לגביה את הוראות סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי המקנה סמכות לבית המשפט להורות על בטלות כתב האישום (ראו ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים, 20.07.09]; ע"פ 5124/08 ג'אבר נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים, 04.07.11];



ע"פ 6922/08 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם במאגרים, 01.02.10]. לכל אלו יש להוסיף את פסיקת בית המשפט העליון בעניין רותם בה הלכה למעשה הורחבו השוליים של טענת ההגנה מן הצדק בהליך הפלילי אשר בכוחה לצקת תוכן למכלול רב של טענות הגנה, בשינויים המחויבים.

43. יישומה של הלכת בורוביץ' על המקרה הנוכחי מביא למסקנות הבאות והכל לפי הגישה התלת שלבית:

בשלב הראשון, עלינו לזהות את הפגם או הפגמים שנפלו בהליך ואת עוצמתם.

במקרה זה, הרי שהפגם שנפל בהליך הוא הגשת כתב אישום על בסיס צו הגנה שניתן בחריגה מסמכות, ומשכזה, הרי שניתן לומר כי לא היה צו הגנה בתוקף במועד האירועים נשוא כתב האישום.

בשלב השני, עלינו לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות. בחינה זו תיערך בהתחשב במכלול נסיבותיו הקונקרטיות של ההליך ותאזן, בין היתר, בין חומרת העבירה; עוצמת הראיות; נסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; חומרת הפגיעה בזכויות הנאשם; האשם שרובץ על כתפי הרשות; והשאלה אם פעלה בזדון, רשלנות או בתום לב.

במקרה זה, משקבעתי כי צו ההגנה ניתן בחריגה מסמכות, ומשלא היה כל צו הגנה במועדים שבאירועים נשוא כתב האישום, הרי שלא היתה כל הפרה, ועל כן, קיומו של הליך פלילי כנגד אדם שלא ביצע כל עבירה פלילית מהווה פגיעה קשה בתחושת הצדק וההגנות. הפרשנות אותה נתנה המאשימה לצו ההגנה שגויה. כמו כן, וכפי שצינתי לעיל, היה על המאשימה לדאוג ולקבל עותק מהבקשה לצו ההגנה עצמו. דבר אשר סביר להניח לכל הפחות, היה משנה את קו הטיעון וזונח את הרצון ליתן לו תוקף לפי סעיף 75 לחוק בתי המשפט.

בשלב השלישי, עלינו לבחון את הסעד הראוי בנסיבות העניין, ובכלל זאת אם ניתן לרפא את הפגמים בהליך מתון יותר מביטול כתב האישום. בהלכת בורוביץ' הורחבה הדוקטרינה אף לעניין הסעדים שניתן לתת בעקבות ההפרה. נקבע, כי לרשות בית המשפט, אשר מצא כי נפל פגם המצדיק את החלת העיקרון של הגנה מן הצדק, עומדים שורה של אמצעים לרפא את הפגם, ובתוכם לבטל את כתב האישום כולו.

במקרה זה, האיזון הנכון הינו ביטול כתב האישום בכללותו. המשך ההליך הפלילי כנגד הנאשם יכשיר את צו ההגנה שניתן בחריגה מסמכות ועל כן, **אין מנוס מביטול כתב האישום.**

אחרית דבר ועניין

44. בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם, צפה ועולה השאלה האם הגשת כתב אישום המייחס עבירה של הפרת הוראה חוקית בלבד בתיקים כגון דא, לבית המשפט הדן בהליכים פליליים שזו מומחיותו, ולא לבית המשפט לענייני משפחה, הוא ההליך הנכון בנסיבות העניין. דומני כי יש להפריד בין עבירות אלימות במשפחה חמורות אשר בעניינן



אין כל חולק שיש מקום לדון בערכאות הדיוניות המשפטיות בשלום ובמחוזי. מנגד, עת עסקינן בעבירות של הפרת צו בלבד לפי חוק למניעת אלימות במשפחה סבורני כי נכון וצודק יותר שבית המשפט לענייני משפחה ישב על המדוכה. תיקים רבים כדוגמת התיק הנוכחי באים בפניי מידי יום ביומו. פעמים רבות נטען על ידי ההגנה שחומר הראיות דל ורחוק מלהקיף את המציאות הכוללת והשתלשלות הדברים וההיסטוריה האישית של בני הזוג. לעיתים, מותב זה חש כי התביעה מבקשת ממנו לראות דרך חור של מנעול דלת את הר האוורסט של היחסים האישיים בין בני הזוג.

45. הועדה לבחינת יישום דיני המשפחה הוקמה בשנת תשמ"ה-1985. בראש הועדה עמד סגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב, השופט אלישע שינבויים ז"ל (להלן: "דו"ח ועדת שינבויים"). תפקידה של הועדה היה לרכז את ענייני המשפחה תחת ערכאה אחת (ראו גם "האם התגשם חזונו של השופט אלישע שינבויים? בית המשפט לענייני משפחה במלאת עשור להקמתו" סגן הנשיא (בדימוס) חיים פורת, משפחה במשפט ב', התשס"ט עמ' 271).

46. ברע"א 6558/99 חבס ואח' נ' חבס [פורסם במאגרים, 30.8.00], הנשיא א' ברק:

"התכלית המונחת ביסוד סמכותו של בית המשפט למשפחה נעוצה בתפיסה המבקשת לרכז בערכאה מקצועית אחת את מלוא המחלוקת שבין בני המשפחה, מתוך רצון לרדת - בעזרת גופי ייעוץ - לשורשיה של המחלוקת, ולפתור באופן יסודי את הבעיות האמיתיות שבין בני המשפחה. התפישה הבסיסית של החוק הינה - "משפחה אחת - בית משפט אחד" (ראה ארבל וגייפמן "חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה - 1995" הפרקליט מג 431 (תשנ"ז) (שם, בפסקה 7)."

47. המלצה זו הובילה הלכה למעשה להקמתם של בתי המשפט לענייני משפחה. החוק למניעת אלימות במשפחה נחקק לאחר המלצות דו"ח ועדת שינבויים ולפני חקיקתו של חוק בית המשפט לענייני משפחה והוא נכלל במסגרת סמכויותיו של בית המשפט לענייני משפחה (סעיף 1 (ט) (6) לחוק למניעת אלימות במשפחה). למרות שנושא זה לא נדון מפורשות בדו"ח ועדת שינבויים, הרי ומאחר שניתנה הסמכות לבתי המשפט לענייני משפחה לדון לפי החוק למניעת אלימות במשפחה, רואים בכך ישום העקרונות העומדים בבסיס דו"ח ועדת שינבויים (ראו: "מחצית יובל לדוח ועדת שינבויים וח"י שנים לבית המשפט לענייני משפחה", משה דרורי, דברים שנאמרו בערב לזכרו ולהערכת מפעלו של השופט אלישע שינבויים ז"ל, שנערך ביום 20.1.2013 במכללה האקדמית בנתניה, בעמ' 168 (להלן: "דרורי").

48. ושוב, כפי שניתן לראות, ההפרות הנטענות בתיק זה, נמצאות במדרג חומרה נמוך, ללא עבירות נלוות. הדברים נאמרים גם בשים לב לטענות ההגנה לפיהן הנאשם והמתלוננת נמצאים במאבקים בלתי פוסקים בבית המשפט לענייני משפחה והגישו תלונות הדדיות במשטרה בעבירות בעלות אופי דומה לתיק זה. בעוד שהתיקים כנגד המתלוננת נסגרו בגניזה ללא הסדר מותנה, לנאשם הוצע לסיים את עניינו בהסדר מותנה והוא סרב שכן ביקש גזירה שווה. איני יודע האם היה מקום לגזירה שווה או לא. יחד עם זאת, ומה שברור בתיקים מסוג זה, שהפריזמה של בית המשפט הדין בפלילים צרה ביותר ואין ביכולתו לראות לא פעם את התמונה בכללותה. תמונה רחבה שכזו נמצאת בבית המשפט לענייני משפחה המכיר את ההיסטוריה הארוכה של היחסים בין בני הזוג, האם היו הפרות



צווים של צד אחד בלבד או שהמדובר הוא על התנהלות הדדית של שני הצדדים.

49. הניסיון השיפוטי במטריה הנוכחית מלמד כי אחת השאלות החשובות הינה מה היא זיקת העיתוי להגשת הבקשה הראשונה להוצאת צו ההגנה ומה עמד מאחוריה. כפי שנטען לא פעם, בתי המשפט לענייני משפחה עושים שימוש רב, ולעיתים רב מידי בחוק למניעת אלימות במשפחה שבסוד הבקשות עומד הרצון להרחקת הבעל מן הדירה עקב טענה לאלימות פיזית או נפשית (דרורי, בעמ' 168).

50. דומני כי יש מקום לפיו המחוקק יבחן סוגיה זו מאחר והמשך ניהול ההליכים במתכונתו הנוכחית, מציבה מכשול גם בפני התביעה הכללית המבקשת ליתן מענה לתלונות חוזרות ונשנות אך לא פעם בוחנת כל תיק לגופו מבלי לראות את התמונה הכוללת שלא נמצאת למולה ועת מעורבים בעניין בני זוג גרושים עם ילדים קטינים, הדבר קרוב למשימה בלתי אפשרית.

51. אכן, כפי שנקבע בעניין רותם נדחתה הדוקטרינה לביקורת מנהלית בפלילים, כך שאין להעלות טענות בדבר אי סבירות או אי מידתיות נגד הגשת כתבי אישום, אלא שניתן לטעון כי בהגשת כתב האישום יש משום "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" במובן של סעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי (שם, פסקה ג' לסיכום). יחד עם זאת, דעת הרוב בפסק הדין אינה שוללת ביקורת שיפוטית על רשויות התביעה אלא מבקשת כי הדבר יעשה בדרך של הגנה מן הצדק. הוסכם על ידי רוב השופטים כי האכסניה המתאימה עבור נאשמים לטעון כנגד הגשת כתב האישום עצמו היא במשפט הפלילי עצמו ולא בבג"ץ. וכלשונו של כב' השופט פוגלמן, הביקורת השיפוטית אינה **"נעצרת על מפתן דלתן של רשויות התביעה"** (שם, פסקה 27 לפסק דינו). לא למותר לציין כי בעניין רותם הוסכם כי לערכאה הדיונית סמכות, במקרים המתאימים, לדון בתקיפה עקיפה, בעניין המנהלי המובא בפניה.

52. בהמשך להערותיי דלעיל בדבר דמות המותב הנכון לדון בתיקים מסוג זה. הרי שבעוד לבית המשפט לענייני משפחה יכולת וכלים משפטיים וטיפוליים לאבחון הסוגיה באזמל של מנתחים, לבית המשפט הדין בכתבי אישום פליליים ארסנל כלים מסוג שונה לחלוטין. הראשון שבהם מצוי בידי התביעה הכללית והוא עצם הגשת כתב האישום. כוח היכול לשנות את חייו של אדם מן הקצה אל הקצה. להביאו מאיגרא רמה לבירא עמיקתא. מגאות לשפל. ועל כך נאמר "Amazing Fantasy, 1962" (**Whit great power comes great responsibility**). דברים אלו נאמרים על רקע פסיקת בית המשפט העליון בדבר המהפכה החוקתית והפגיעה בזכויות החוקיות של העומד לדין ובאמת המידה החוקתית המאפשרת זאת לנוכח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו והפסיקה בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי** [פורסם במאגרים, 9.11.95]. כפי שנקבע בע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל** [פורסם במאגרים, 14.7.02] בעמ' 540:

"במיוחד רגיש המשפט הפלילי - המהותי והדיוני - לשינויים בזכויות האדם בישראל. המשפט הפלילי עניינו חירות הנאשם מזה ואינטרס הנפגע ואינטרס הציבור מזה. אך טבעי הוא, ששינויים חוקתיים בזכויות האדם ישפיעו, בראש ובראשונה, בתחומי המשפט הפלילי" (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 421, 355 (1995)).



53. אין כל חולק על חשיבותו של המשפט הפלילי בדבר שמירה על הסדר החברתי ומסגרת חברתית מתוקנת. המשפט הפלילי מתווה כללי התנהגות ושומר על זכויות הפרט והאינטרס הציבורי (ראו בג"צ 88/10 אווה שוורץ נגד מדינת ישראל [פורסם במאגרים, 12.7.10] בעמ' 22 (להלן: "עניין שוורץ")).

54. אין לי אלא לחזור על דבריו החשובים של כב' השופט ס' גובראן בעניין שוורץ בדבר כובד משקלו של ההליך הפלילי:

"הפיכתו של אדם לנאשם בפלילים משנה את חייו. יש לה השלכות כבדות משקל והשלכות רבות על כל תחומי חייו. "המעמד" של נאשם קשה הוא לאדם. עם הגשת כתב-האישום משתנה עולמו. שיווי המשקל הנפשי והחברתי ממנו נהנה מתערער. הוא נתון לסיכונים חדשים. הוא נפגע חברתית. הוא נפגע כלכלית. ימיו ולילותיו אינם כתמול שלשום" - דברי הנשיא א' ברק בבג"צ 7357/95 ברקי פטה המפרס (ישראל) נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, 785 (1996). "העמדה לדין של אדם, באשר הוא אדם, מטילה אחריות כבדה ביותר על שכמה של התביעה. ההחלטה לפתוח בהליך פלילי כנגד אדם, וההכרעה במה וכיצד להאשימו, היא מהלך הכרוך בפגיעה בזכויותיו החוקתיות - בפרטיותו, בשמו הטוב, ולעיתים קרובות בחירותו, בקניינו, ובחופש העיסוק שלו" (פרשת פלונית, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). עמד על כך בית משפט זה:

"אין חולק, כי עצם ההעמדה לדין מהווה פגיעה בחלק ניכר מזכויות היסוד של הפרט. פתיחת ההליך הפלילי פוגעת בפרטיותו של הנאשם ... יש בה, לרוב, כדי להביא לפגיעה בקניינו ולעתים אף לפגיעה בחופש העיסוק שלו. מקום שבו הנאשם נעצר, נשללת חירותו. שמו הטוב של הנאשם עומד אף הוא בסכנת פגיעה עקב ההליך. אכן, העמדה לדין היא עניין רציני. יש בה כדי לשנות את חייו של אדם. צל מעיב עליו. החיים שוב אינם כשהיו. כמובן, לשם הגשמת מטרותיו של ההליך הפלילי יש שצריך לפגוע בזכויות היסוד של הפרט" (פרשת חגי יוסף, עמ' 517-518).

55. דברים אלו מקבלים משנה תוקף עת כמות צווי ההגנה וצווים למניעת הטרדה מאיימת עומדת על כ-10,000 צווים בשנה בשנים 2019-2021, כ-850 בקשות בחודש במוצע. מנתוני משטרת ישראל נראה כי בשנים 2018-2019 נפתחו כ-1300 תיקים בגין הפרת צו הגנה, כ-650 תיקים בשנה מתוכם 600 תלונות על הפרת צו הגנה על ידי נשים מפני בן זוגן (נתונים על בקשות להוצאת צווי הגנה והפרתם, מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 28.12.21). ההקפדה על מסגרת הוראות החוק הן מבחינת ההנמקה והן מבחינת מידתיות הצו ופרק הזמן המקסימלי הקבוע בחוק למניעת אלימות במשפחה חשובה מאין כמוהה. הסיבה לכך נעוצה בכך שהמציאות המשפטית מלמדת כי לא פעם צווי הגנה אלו מוגשים על מנת לקדם אינטרסים שונים בקרבות המשפטיים אותם מנהלים זוגות המנהלים הליך גירושין, ולנוכח הרצון- שאינו אמיתי וכנה, לעשות שימוש בפלטפורמת המשפט הפלילי כדי לקדם אינטרסים אישיים בתביעתם בבית המשפט לענייני משפחה.

56. מקרים מסוג זה, זקוקים לאזמל המנתחים הכירורגי של בית המשפט לענייני משפחה ולא לחרב דמוקלס של המשפט הפלילי, משפט בו לעיתים רב הנסתר על הגלוי, ועל כן דימה אותו לקרחון, עו"ד ס. סמואל ליבוביץ המנוח,



מי שהיה אולי גדול הפרקליטים העוסקים בפלילים במאה ה-20 ולאחר מכן התמנה לכס השפיטה.

57. משהכרעתי כפי שהכרעתי, ומחמת הטענה להגנה מן הצדק, אני מורה על ביטול כתב האישום.

ניתנה היום, כ"ט חשוון תשפ"ג, 23 נובמבר 2022, בהעדר
הצדדים.