

ת"פ 62448/10/15 - מדינת ישראל נגד ח ג

בית משפט השלום בירושלים

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

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

הכרעת דין

רקע

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירת הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977. בהתאם לעובדות כתב האישום, מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, האלוף רוני נומה (להלן: "האלוף"), פעל בהתאם לסמכותו והורה על מגבלות שונות על תנועת הנאשם, לרבות מעצר בית בשעות הלילה במקום מגוריו בבית הוריו 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 בכך שבשעה 22:00 שהה ברכב סמוך לישוב ----.

2. הנאשם הודה בכך שהוצא צו על ידי האלוף ובהפרתו באופן המתואר בעובדות כתב האישום, אולם טען באמצעות בא כוחו ביחס לתוקף הדין המסמיך את האלוף להורות על הגבלת חירותו, וכן טען לגבי אופן השימוש שעשה האלוף בסמכות זו.

בטיעונו, הדגיש בא כוח הנאשם את מעמדה של החירות כזכות יסוד, זאת למול הדין המסמיך את האלוף להגביל זכות זו ללא פרוצדורה של פיקוח שיפוטי מובנה. לשם ביסוס טיעונו, היפנה לפסיקה השוואתית המתייחסת לסוגיות אלה. עוד טען, כי הצו בדבר הוראות ביטחון, הוא בעל מעמד של חוק, אך אינו עומד במבחן המידתיות הנדרשת לשם פגיעה בזכות יסוד, כאשר אינו מספק הגנה פרוצדורלית מספקת לנפגע ממנו, ומכאן טען שיש לקבוע כי סעיף החוק המסמיך - פסול.

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

לפיכך, טען בא כוח הנאשם כי הוראת הדין המסמיך למתן ההוראה החוקית אינו תקף, וכן כי הפעולה של מתן הצו בטלה.

3. המאשימה טענה, כי בית המשפט אישר בעבר את סמכות האלוף למתן ההוראה החוקית, והפנתה לתכלית העומדת בבסיס מתן הצו. בנוסף, טענה המאשימה כי בנסיבות מקרה זה, ההוראה שניתנה היא מידתית, זאת כשהיה 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 הצו בדרכים שונות, אך הוא נמנע מכך ובחר להפר אותו. המאשימה ציינה פסיקה, ממנה ניתן ללמוד כי ככל שהנאשם חפץ היה לתקוף את ההוראה החוקית, היה עליו לפעול בדרך של תקיפה ישירה.

דין והכרעה

חוקיות החוק המסמיך והצו

4. הזכות לחופש תנועה, נובעת מהזכות החוקתית של כל אדם לכבוד ולחירות. יחד עם זאת, המחוקק קבע סמכויות שונות המגבילות את חירויות הפרט, על מנת להגן על אינטרסים שונים, כאשר במקרה זה מדובר בצורך בהגנה על תושבי האזור מפני פגיעה ברכוש או בנפש.

סוגית תוקפו החוקתי של הדין המסמיך את האלוף, אותה ביקש בא כוח הנאשם לבסס בעיקר על חוסר בהגנות פרוצדורליות ובשאלת מידתיות הסמכות הנתונה, נדונה במסגרת בג"צ 4101/10 **עקיבא הכהן נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש** (פורסם בנבו (1.07.2010)). בא כוח הנאשם טען באותו מקרה, טיעונים דומים לאלה שנטענו במקרה הנדון:

"לפי העותר, הצו בדבר הוראות ביטחון אינו חוקתי גם בשל כך שמתווה הביקורת השיפוטית על צווי הפיקוח המוצאים מכוח הצו בדבר הוראות ביטחון פוגע באופן בלתי מידתי בזכויותיו של העותר להליך הוגן ולחירות"

(שם, פסקה 8).

טיעונים אלה נדחו על ידי בית המשפט הגבוה לצדק:

" בשורה של פסקי דין התייחס בית המשפט באופן ספציפי לצו בדבר הוראות ביטחון, וקבע כי צו זה מתיר למפקד הצבאי לפגוע בזכויות של ישראלים באזור בכפוף למגבלות שהוזכרו לעיל..."

ובפרשה אחרת ציין השופט ריבלין לעניין צו פיקוח:

'הצו בדבר הוראות ביטחון נחקק מכוח הסמכות הנתונה למפקד הצבאי להבטיח את הסדר והביטחון הציבוריים בשטחים הנתונים לתפיסה לוחמתית...'

אשר לשאלת הסבירות והמידתיות שבהוצאת הצווים, 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 מכוח הצו בדבר הוראות ביטחון - וזאת גם בנוגע לישראלים - כל עוד הדבר נעשה כדין וכאשר הצו הוצא לתכלית ראויה, ובאופן סביר ומידתי... מכאן שהמפקד הצבאי מוסמך להוציא צווי פיקוח מתוקף הצו בדבר הוראות ביטחון; ולכן צו הפיקוח בעניינו של העותר הוצא בסמכות."

(שם, פסקה 19. ראו עוד את הנמקות בג"צ במסגרת אותו הליך).

בהתבסס על קביעה ברורה זו והנמקותיה, הטענה לגבי חוקיות החוק המסמיך והצו - נדחית.

תקיפה עקיפה

5. טיעון חלופי אותו העלה בא כוח הנאשם, התייחס לתקיפה עקיפה של הצו המסוים, תוך הפניה לצורך בבחינת סבירות שיקולי האלוף בעת מתן הצו.

טיעון דומה נטען על ידי בא כוח הנאשם בבע"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 מותב זה ביום 1.5.14, לגבי מתן צו אלוף לאדם מסוים, נקבע כי **"הדרך לתקוף חוקיות צו, היא בתקיפה ישירה"**.

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

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

"צו ההגבלה שיצא מלפני האלוף הנו צו אישי המכוון אל המערער בלבד, וביסודו שיקולים מבוררים של הגנה על בטחון המדינה... במצב דברים זה דורש האינטרס הציבורי כי טענות בדבר חוקיות הצו יועלו על ידי המערער בדרך של תקיפה ישירה, שהרי מתן הכשר לתקיפה עקיפה יעודד את המערער להתעלם מהצו ולסכן את בטחון המדינה, וכך תסוכל תכליתו של הצו"

(ע"פ י-ם) 40547/07 **מרדכי ואנונו נ' מדינת ישראל**, (פורסם בנבו) (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 שבדרך כלל נהג הטוען נגד חזקת החוקיות של הצו, ואפילו אם לדעתו הצו בטל מעיקרו, יעלה 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 שנהג הטוען כי צו הפסילה נגוע בפגם, יחליט בינו לבין עצמו כי הפגם עושה את הצו בטל מעיקרו, וכי לכן הוא רשאי להתעלם מן הצו ולנהוג כאילו הצו לא בא לעולם. אין זה ראוי, משום שבדרך זאת יש כדי לסכל את התכלית של צווי הפסילה, כפי שהיא עולה מפקודת התעבורה, לסכן את ביטחון הציבור ואף לאיים על העיקרון של ציות לחוק. אי לכך, האינטרס הציבורי אומר שבדרך כלל ראוי כי נהג הטוען שצו הפסילה נגוע בפגם, יעלה את הטענה בתקיפה ישירה..."

(רע"פ 4398/99 עינת הראל נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו) (10.08.2000), פסקה 14).

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

"טענת המערער שחובה על המדינה להוכיח שהאלוף שקל כראוי את הנסיבות בטרם הוצא הצו נדחית, משום שחזקה לכאורה על הרשות שהיא ביצעה מעשיה כדין. חזקה זו לא נסתרה ע"י המערער בדרך הקבועה בצו או ע"י פניה לבג"צ והיא הופכת לחלוטה בהליך זה"

(ע"פ י-ם) 174/96 איתמר בן גביר נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו) (10.6.1996).

6. המקרים אליהם התייחס בית המשפט, ככאלה בהם יתיר תקיפה עקיפה, הם אלה בהם יש מקום מובהק לתקוף את **עצם הסמכות החוקית** להורות על מתן הצו, ולא לגבי אופן הפעלתה:

"איננו רוצים לומר שתקיפה עקיפה לא תחול בשום מקרה. ברור שאם ניתן צו ע"י רשות שעל פניה לא היתה מוסמכת להוציא, ניתן יהיה לתקוף את הצו גם באופן עקיף ואפילו בהליכים פליליים"

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

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

"אכן, אין לשלול לחלוטין את האפשרות לתקוף את הצווים תקיפה עקיפה, ואולם אפשרות זו מוגבלת למקרים מובהקים של חוסר סמכות בולטת וכו'. בנוסף, גם אם יקבע שהצווים בטלים, לא בהכרח בטלותם תהיה מדעיקרא. ככלל, יש לציית לצווים כגון דא, כל עוד לא בוטלו ע"י בית משפט מוסמך בגדר הליך של תקיפה ישירה"

ב"ש 4286/05 (מחוזי י-ם) **ירון אדלר נ' מדינת ישראל**, (פורסם בנבו)(21.8.2005)
(להלן: "ענין אדלר", פסקה 8א, ההדגשה שלי, א.ק.).

התייחסות נוספת, מפורשת, מנומקת וברורה, ניתנה בערר בענין אטינגר:

"...פסיקה עקבית של בתי המשפט קובעת, כי הדרך הראויה לתקוף צו הגבלה אישי המוצא על ידי אלוף הפיקוד היא בדרך של תקיפה ישירה, זאת בשל כך שהסדר הציבורי, ההיגיון, היציבות, הוודאות והתכלית החקיקתית מחייבים שבעניינים 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 בנבו)(7.10.2014),
(להלן: "ערר אטינגר"), פסקה 13).

בהמשך, התייחס בית המשפט לצו בעל האופי האישי, בשונה מצו כללי, כנימוק נוסף לחוסר מתן אפשרות לתקיפה עקיפה, בשל חוסר הסבר להימנעות מתקיפה ישירה. בנוסף, דחה בית המשפט המחוזי את טענת עו"ד בם, אשר עלתה אף במקרה הנדון, בדבר אי יצוג הנאשם, כנימוק שמנע ממנו לתקוף את הצו בתקיפה ישירה:

"הטענה שאי תקיפת הצו נבעה מהעדר יכולת לשכור עו"ד ומהעדר ייצוג משפטי ציבורי במקרים כאלה, לאו טענה היא. זאת שכן, שערי בג"צ פתוחים גם בפני אזרחים בלתי מיוצגים ולפונים ניתן הסבר כללי לפחות כיצד להגיש את העתירה. זאת לצד פעולתן של עמותות לסיוע משפטי וארגונים לזכויות אזרח הנרתמים, דרך שגרה, לעזרתם של אזרחים כלפיהם מוצאים צווים מן הסוג האמור. העורר אף לא ניסה לטעון כי ניסה לפנות לאחד מארגונים אלה וסורב"
(ערר אטינגר, פסקה 14).

עוד אציין בהקשר זה, כי כתב האישום ובקשת מעצר בעניינו של הנאשם במקרה הנדון, הוגשו יום לאחר ביצוע העבירה, מועד בו הצו היה עדיין בראשית תוקפו. לא הוצגה לפני כל פניה לתקיפה ישירה של הצו על ידי הנאשם אף לאחר מועד זה, בין אם לוועדת ערר ובין אם לערכאה משפטית מתאימה, על אף שיש להעריך כי היה מיוצג במסגרת הליך המעצר הקשור לתיק זה.

לא מצאתי בטיעוני בא כוח הנאשם, אשר עלו, כאמור, במסגרת ההליכים המפורטים בהחלטה זו, כל נימוק לסטות מההלכה בדבר מתן אפשרות לתקיפה עקיפה של צו האלוף. במקרה זה, פעל האלוף במסגרת הסמכות הנתונה לו על פי חוק. כל ההנמקות כבודות המשקל שפורטו לעיל, לגבי תקיפה ישירה ולא עקיפה של צווים דומים, וכן בחינת נסיבות מקרה זה בו לא נמנע מהנאשם לבצע תקיפה ישירה, מביאות לידי דחיית העתירה למתן אפשרות לתקיפה עקיפה של הצו.

7. למעלה מהדרוש ובשולי הדברים, אציין כי אף אם היה נקבע שיש לבטל את הצו, לא היה בכך להביא

לידי ביטול פליליות המעשה של הנאשם:

"צו שהוצא על ידי מי שהורשה והוסמך להוציאו, יש לקיימו כל עוד לא בוטל בדרך של תקיפה ישירה. לפיכך, גם אם בוטל הצו בערכאה גבוהה יותר, עדיין נושא מפר הצו בכל התוצאות הנובעות מהפרתו בטרם בוטל"
(ערר אטינגר, פסקה 14).

בענין פדרמן נקבע כך:

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

וכך אף בענין אדלר:

"ככלל, יש לציית לצווים כגון דא, כל עוד לא בוטלו ע"י בית משפט מוסמך בגדר הליך של תקיפה ישירה".
(שם, פסקה 8א).

הרשעה

8. הנאשם הודה בהוצאת הצו על ידי האלוף, בהתאם לסמכותו (עמ' 7 ש- 11 לפרוט'), בקבלת הצו (עמ' 7 ש- 17 לפרוט'), וכן בעובדות המפורטות בסעיף 2 לעובדות כתב האישום המבססות את הפרתו (עמ' 7 ש- 16 לפרוט'). טיעוני הנאשם בתגובתו לכתב האישום, הסתכמו בטיעון לגבי בטלות הצו בשל סוגיות חוקתיות, וכן ביחס לאופן הפעלת הסמכות על ידי האלוף (ראו פרוטוקול מיום 17.4.2016).

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

"אין מחלוקת, כי בתאריך 28/10/15 בשעה 22:00 שהה הנאשם ברכב עם אביו ואחיו בכביש מספר-- סמוך ליישוב ----, כאשר על פי הצו היה עליו להיות מצוי בבית הוריו ביישוב ----. הטענות של הנאשם כולן נוגעות לתוקף הדין המסמיך את אלוף הפיקוד להוציא צו המורה הלכה למעשה על מעצר בית לילי של הנאשם וכן ביחס לשימוש שעושה אלוף הפיקוד בסמכות הזאת"
(סעיף 2 לסיכומים בכתב, ההדגשה שלי, א.ק.).

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 בעובדות, משמשת בסיס לבחינה המשפטית בדבר האשמה. יצוין, כי נאשם במשפט פלילי מודה בעובדות המופיעות בכתב האישום ולא באשמה, ואילו בית המשפט הוא הקובע האם יש בעובדות אלה כדי לבסס את אשמתו:

"אין הנאשם צריך להתייחס לסעיפי חוק, בהם הוא מואשם, ואין הוא צריך לומר האם הוא מודה "באשמה" או לאו. לאחר שהנאשם משיב לעובדות של כתב האישום, עובר מרכז הכובד אל בית המשפט, אשר צריך להחליט האם הודיית הנאשם בעובדות או בחלקן מקימות את היסודות הנדרשים להרשעה בעבירה שכן 'השאלה אם יש בעובדות בסיס לאשמה-היא שאלה של חוק, וזו שוב אינה נתונה להכרעת הנאשם אלא להכרעתו של בית המשפט בלבד' (יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני א, 1364 (2009))"

(רע"פ 10423/09 ניצן שורר נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו)(26.4.2010).

לאחר דחיית כל טענות הנאשם, אשר התמקדו ב"תוקף הדין המסמיך" וב"שימוש שעושה אלוף הפיקוד בסמכות זו", וכן בהתאם לעובדות בהן הודה המגבשות את יסודות עבירת הפרת ההוראה החוקית לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 - אני מוצא את הנאשם אשם ומרשיעו בעבירה זו.

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