



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3789/20

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ג' קרא

העותר: זוהיר אלקואסמה

נ ג ד

המשיבים: 1. בית משפט הצבאי בעופר
2. בית משפט הצבאי לערעורים
3. התובע הצבאי הראשי
4. מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה למתן צו ביניים

בשם העותר: עו"ד ואפי נסראלדין
בשם המשיבים: עו"ד ענת גולדשטיין

פסק-דין

השופט ג' קרא:

העתירה היא לביטול פסק דינו של בית המשפט הצבאי לערעורים (כב' השופטים נ' סרוסי, י' לדר ומ' ליברמן) מיום 7.5.2020 בע' 3376/19 (להלן: פסק הדין), במסגרתו נדחה ערעורו של העותר על הכרעת דינו של בית המשפט הצבאי ביהודה (להלן: הערכאה הדיונית), תוך שהתקבל ערעורו ביחס לחומרת העונש שהוטל עליו כך שהוא הועמד על 28 חודשי מאסר בפועל.

1. העתירה שלפניי הוגשה ביום 10.6.2020 ובמסגרתה התבקש בית המשפט כי המשיבים ייתנו טעם, בין היתר: מדוע הועמד העותר בבית המשפט הצבאי ולא בבית משפט בישראל, מדוע לא לזכות את העותר מחמת אכיפה בורנית ומחדלי חקירה, מדוע לא לקבל את הראיה החדשה שהוצגה בפני ערכאת הערעור, מדוע בית המשפט הצבאי

לערעוירים לא יבחן באופן מעמיק את הראיות ומדוע לא לגזור את עונש העוור לא עיקרון אחידות הענישה. כן התבקש צו ביניים המורה על הפסקת ריצוי עונשו של העוור. לטענת העוור, בשני פסקי הדין שניתנו, נפגעו זכויותיו באופן בלתי צודק.

עיקרי העובדות וההליכים המשפטיים

2. נגד העוור, בעל אזרחות ישראלית, הוגש כתב אישום לבית המשפט הצבאי ביהודה בגין עבירות של סחר בציוד מלחמתי והחזקת נשק, המעוגנות בצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 (להלן: הצו). זאת, בשל מעורבות העוור בעסקה למכירת נשק שנעשתה עם סוכן משטרתי בעיירה א-ראם בחלק המצוי באזור יהודה ושומרון. ביום 2.5.2019, העוור הורשע בעבירה של סחר בציוד מלחמתי והוא זוכה מעבירה של החזקת נשק. הערכאה הדיונית התבססה בהכרעת דינה על עדותו של הסוכן המשטרתי שנמצאה מהימנה, וזאת לצד חיזוקים ראייתיים נוספים. ביום 24.9.2019, נגזרו על העוור 32 חודשי מאסר לריצוי בפועל לצד מאסר מותנה וקנס בסך 15,000 ש"ח או שנת מאסר תמורתו.

3. עניינו של שותפו של העוור במעשים, אכרם רג'בי (להלן: אכרם), נדון בבית המשפט המחוזי בירושלים (ת"פ 4795-12-17) וזאת נוכח תיק נוסף שהתנהל בעניינו באותה העת בישראל. אכרם הורשע על פי הודאתו ובמסגרת הסדר טיעון בעבירה של סיוע לעסקה בנשק בגין מעורבותו באירוע עם העוור ובשתי עבירות נוספות של ניסיון פציעה בנסיבות מחמירות ועסקה אחרת בנשק. במסגרת הסדר טיעון שכלל טווח ענישה מוסכם, נגזרו ביום 18.12.2019 על אכרם 32 חודשי מאסר בפועל וזאת בשל קיומן של נסיבות הומניטריות ובהתחשב בהודאתו של אכרם במסגרת הסדר הטיעון.

4. העוור ערער על פסק הדין שניתן בערכאה הדיונית לבית המשפט הצבאי לערעורים בטענות לסתירות בגרסת הסוכן המשטרתי, לאכיפה בדרנית ולראיות חדשות. ביחס לגזר הדין, טען העוור כי יש להתאים את עונשו לענישה המוטלת בישראל בשל העונש שהוטל על אכרם בבית המשפט המחוזי בירושלים. ביום 7.5.2020, דחה בית המשפט הצבאי לערעורים את הערעור על ההרשעה וקיבל את הערעור על גזר הדין. בית המשפט הפחית את עונשו של העוור ל-28 חודשי מאסר בפועל לאור עיקרון אחידות הענישה וזאת בהתחשב בעונש המאסר שהוטל על אכרם (נקבע כי לא ייתכן שהעוור ואכרם ישבו אותה תקופת מאסר בהתחשב בהבדל המשמעותי בין הרשעותיהם).

5. העותר טוען כי לא היה מקום להעמידו לדין בבית המשפט הצבאי בהיותו אזרח ישראלי. לטענתו, הלכת מירב הזיקות לא יושמה כהלכה. העותר חוזר על טענותיו כמפורט בפס' 1 לעיל.

6. המשיבים טוענים בתגובתם המקדמית כי דין העתירה להידחות על הסף ולגופה בהיעדר עילה להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בפסק הדין בערעור. עניינו של העותר אינו נמנה עם המקרים החריגים המצדיקים התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק. טענות העותר בעתירה הן ערעוריות ודינן להידחות אף לגופן. משכלל טענות העותר נבחנו בשתי ערכאות מוסמכות (וחלק מטענותיו אף התקבלו בבית המשפט הצבאי לערעורים) – המשיבים טוענים כי העתירה מהווה ניסיון לקיים דיון ב"גלגול" שלישי על פסק הדין ומשכך דינה להידחות. לענין הטענות ביחס להחלטת רשויות התביעה להעמיד לדין את העותר בפני בית המשפט הצבאי, המשיבים טוענים כי דין הטענה להידחות מאחר שבית המשפט הצבאי מוסמך לדון בעניינו של העותר וכן בשל אופייה ה"ערעורי" של הטענה שנדונה ונדחתה בערכאות; בשל השיהוי הכבד בו היא מועלית, כלומר לאחר שהסתיים ההליך הפלילי בעניינו של העותר; ולגוף הדברים, משלא נפל פגם בהעמדת העותר לדין בבית משפט הצבאי. בחינת עניינו של העותר בהתאם למדיניות התביעה ומבחן מירב הזיקות מלמדת כי העותר קשור לאזור באופן המצדיק את העמדתו לדין בבית המשפט הצבאי: העותר מתגורר בפועל באזור ומרבית העבירה, ולא רק מקצתה, בוצעה באזור. העותר אישר בחקירתו המשטרתית ובחקירתו בערכאה הדיונית כי הוא מתגורר עם משפחתו מזה מספר שנים בא-ראם המצויה באזור יהודה ושומרון. בנוסף, היכרות הסוכן המשטירתי עם העותר מבוססת על היכרות נוכח מגוריו בא-ראם. העותר אף הועמד לדין בגין עבירת סחר בציוד מלחמתי שהיא עבירת ביטחון. מכאן, שההחלטה להגיש את כתב האישום נגד העותר לבית המשפט הצבאי עונה על הנחיות פרקליטות המדינה.

דיון והכרעה

7. דין העתירה להידחות על הסף.

הלכה פסוקה היא כי בית המשפט הגבוה לצדק אינו משמש כערכאת ערעור על בתי המשפט הצבאיים. התערבות בפסיקתו של בית המשפט הצבאי לערעורים תיעשה במקרים חריגים שבהם פעלו בחוסר סמכות, בפגיעה ממשית בכללי הצדק הטבעי או

במקרים נדירים המצדיקים להעניק סעד מן הצדק (ראו, למשל: בג"ץ 9438/06 פלוני נ' בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש, פס' ה' וההפניות שם (14.1.2007); בג"ץ 1388/10 דקמאק נ' בית המשפט הצבאי לערעורים (28.3.2011); בג"ץ 4534/19 בירד נ' בית המשפט הצבאי יהודה (7.10.2019)).

אמות מידה אלו אינן מתקיימות בעניינו של העותר, אשר טענותיו בעתירה הן טענות ערעוריות, כמו הטענות לעניין אכיפה בררנית, ממצאי הראיות ויישומן של מבחן "מירב הזיקות". טענות אלה נדונו בפני בית המשפט הצבאי לערעורים ונדחו. טענות העותר נדונו בהרחבה בבתי המשפט הצבאיים ואין עילה להתערב בפסק הדין שניתן. בית המשפט הצבאי לערעורים, לאחר שבחן את הכרעת דינה המפורטת והמנומקת של הערכאה הדיונית, קבע כי אין מקום להתערב בפסק הדין, ובפרט בכל הנוגע לממצאי המהימנות ולקביעות העובדתיות. בית המשפט הצבאי לערעורים לא מצא פגמים בהכרעת הדין ביחס לטענות המקדמיות שהועלו בערכאה הדיונית ולגופם של דברים. בהתאם לכך, נקבע כי לא חלה בעניינו של העותר אכיפה בררנית וכי לא נפל פגם בהעמדתו לדין באזור ולא בישראל. בית המשפט הצבאי לערעורים עמד על טענות העותר בדבר ההבדלים בין נוסח החוק האוסר סחר בנשק בישראל לבין נוסח הצו לפיו הורשע העותר באזור, הבהיר את טעותו של העותר בעניין זה וקבע כי ההחלטה להעמידו לדין בהתאם לדיני האזור לא פגעה בזכויות העותר. בית המשפט הצבאי לערעורים לא מצא עילה לקבל את הראייה החדשה שביקש העותר. לפיכך, הערעור על הכרעת הדין נדחה.

8. לגופו של עניין יצוין, כי סמכות בתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון קבועה בסעיף 10(א) לצו, כדלקמן: "בית משפט צבאי מוסמך לדון בכל עבירה שהוגדרה בתחיקת בטחון וברדין". סעיף 189 לצו קובע כי:

"ניתן לשפוט ולהעניש אדם, העושה באזור חלק ממעשה אשר היה נחשב לעבירה, אילו נעשה כולו בתוך האזור, והוא נעשה מקצתו בתוך תחומי האזור ומקצתו מחוץ לתחומי האזור, כאילו נעשה המעשה כולו בתוך תחומי האזור" (ההדגשה הוספה).

העבירות המיוחסות לעותר בוצעו באזור והן מהוות עבירות על חוקי האזור. לפי הוראות הדין החל באזור, ניתן לקיים את ההליכים בבית המשפט הצבאי באזור. לכן, לבית המשפט הצבאי באזור יש סמכות לדון בעניינו של העותר (ויצוין כי העותר אינו כופר בכך). ההחלטה היכן להעמיד נאשם לדין בביצוע העבירות באזור, כלומר האם בבית משפט צבאי באזור או בערכאה פלילית בישראל – נתונה לשיקול דעת רשויות

התביעה. הנחיית פרקליטות המדינה שניתנה לעניין זה עוגנה גם בהנחיית התביעה הצבאית הראשית (6.02.01 – סמכות העמדה לדין), אשר קובעת כי ההחלטה בדבר הערכאה המתאימה להעמדה לדין תתקבל תוך מתן משקל, בין היתר, לשיקולים הבאים: מידת הזיקה לישראל (תושבות לעומת אזרחות); מקום מושבו ומרכז החיים בפועל; טיב העבירה, חומרתה ומקום ביצועה; מקום ההתארגנות וההכנה לביצוע העבירה; שותפים נוספים לביצוע העבירה מתושבי האזור שהועמדו לדין באזור. סוגיה זו הובהרה בפסק הדין בבג"ץ 3634/10 אגבאריה נ' היועץ המשפטי לממשלה (9.12.2010), כדלקמן:

"הנחיות פרקליטות המדינה, שנקלטו גם כהנחיות התביעה הצבאית הראשית, מתייחסות למקרה בו נאשם עומד בתנאי שני החוקים המסדירים את סמכויות ההעמדה לדין, ומתקיימת לגביו סמכות כפולה – הן לבית המשפט הצבאי, הן לבית המשפט האזרחי. ההנחיות קובעות כי ברירת המחדל היא שאזרחי ישראל ותושביה יועמדו לדין בבתי המשפט בישראל. אולם, כאשר 'מירב הזיקות' של העבריין ושל העבירה הן לאזור, ובפרט כאשר העבירה היא עבירה ביטחונית שבוצעה באזור – יש להעמיד את הנאשם לדין בבית משפט צבאי. בבחינת 'מירב הזיקות' יינתן משקל לגורמים הבאים: מידת הזיקה לישראל, מקום מושבו של הנאשם ומרכז חייו בפועל, טיב העבירה וחומרתה, מקום מושבם ומקום העמדתם לדין של שותפיו לביצוע העבירה, אם ישנם כאלה, וקיום עונש מאסר על תנאי שניתן באזור" (שם, פס' 6).

ראו גם: בג"ץ 4765/11 ג'רדאת נ' היועץ המשפטי לממשלה (30.08.2011) (להלן: עניין ג'רדאת), באופן דומה למקרה הנוכחי:

"תחת זאת מבסס העותר את טענתו כי היה על המשיבים להעמידו לדין בבית משפט בישראל על הנחיית פרקליטת המדינה משנת 1993. הנחייה זו עוגנה בינתיים גם בהנחיות התביעה הצבאית (להלן – ההנחייה). ההנחייה קובעת כי ככלל, אזרחי ותושבי מדינת ישראל יועמדו לדין בבית משפט בישראל. יחד עם זאת נקבע בהנחייה, כי במקרים בהם מירב הזיקות של העבריין והעבירה הינן לאיזור, ובעיקר כשמדובר בעבירות ביטחוניות, ניתן יהיה להעמיד את העבריין לדין בבית משפט צבאי (להלן – מבחן מירב הזיקות)" (שם, פס' 2).

לעניין טענת העותר ביחס להחלטת רשויות התביעה להעמידו לדין בבית המשפט הצבאי, יצוין מעל לצורך, כי לא נפל פגם בהעמדת העותר לדין בבית משפט הצבאי. בחינת עניינו של העותר בהתאם למדיניות התביעה ומבחן "מירב הזיקות" מלמדת כי העותר קשור לאזור באופן המצדיק את העמדתו לדין בבית המשפט הצבאי.

בתגובתם המקדמית של המשיבים נכתב, כי העותר מתגורר בפועל באזור ומרבית העבירה בוצעה באזור. בנוסף, הוא הועמד לדין בגין עבירה ביטחונית. מכאן, שאין מקום להתערבותו של בית משפט זה בהחלטת רשויות התביעה להגיש את כתב האישום נגד העותר לבית המשפט הצבאי – התערבות שנעשית במשורה בהתאם להלכה הפסוקה. כך, למשל, בבג"ץ 8609/05 מהלווס נ' התביעה הצבאית ביהודה (22.9.2005) נקבע כי:

"ההחלטה באיזה בית משפט להעמיד לדין נאשמים, מקום שבו קיימת סמכות מקבילה כאמור, נתונה לשיקול דעתן המקצועי של רשויות התביעה ובכללן רשויות התביעה הצבאית. בית משפט זה אינו נוטה להתערב בשיקול דעתה המקצועי של התביעה הצבאית להוציא בנסיבות קיצוניות..." (פס' 4 וההפניות שם) השוו גם: עניין ג'רדאט, פס' 5-6.

9. לעומת זאת, בית המשפט הצבאי לערעורים קיבל את הערעור על גזר הדין. עיקרון אחדות הענישה הוסבר בע"פ 2397/18 עיישה נ' מדינת ישראל, פס' 23-25 (12.3.2019), כדלקמן:

"על פי עיקרון אחדות הענישה, במצבים דומים מבחינת אופי העבירות ונסיבותיהם האישיות של הנאשמים, ראוי להחיל, במידת האפשר, שיקולי ענישה דומים (ע"פ 3065/15 חסין נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (26.6.2016)). עיקרון זה מקבל משנה תוקף כאשר מדובר בנאשמים שונים המורשעים בגדרה של אותה פרשה (ע"פ 4407/16 צרנקו נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (9.3.2017)). אומנם, אין מדובר בעיקרון מוחלט, ויש לאזנו מול שיקולי ענישה אחרים (ראו למשל: ע"פ 10370/02 סויסה נ' מדינת ישראל (27.5.2003))... נעיר שהפער המתגלה מעת לעת במדיניות הענישה בין התביעה הכללית בבתי המשפט בישראל לבין התביעה הכללית בבתי משפט הצבאיים, כאשר מדובר באותו אירוע ממש, הוא בעייתי".

בית המשפט קיבל את טענת העותר, המועלית גם בעתירה, בעניין עיקרון אחדות הענישה והקל בעונשו, אף שצוין כי לא נפל פגם בגזר דינה של הערכאה הדיונית משום שבמעמד זה טרם נגזר דינו של שותפו של העותר, אכרם. בית המשפט הצבאי לערעורים עמד על כך שבעניינו של אכרם היו נסיבות הומניטריות משפחתיות חריגות אשר לא מתקיימות לגבי העותר וכי העונש הוטל במסגרת הסדר טיעון. נוכח ההבדלים בחומרת המעשים שביצעו אכרם והעותר, בית המשפט הצבאי לערעורים אף הפחית את עונשו של העותר בארבעה חודשים. לא מצאנו עילה להתערב בסוגיה זו.

10. הנה כי כן, משטענות העותר נבחנו בשתי ערכאות מוסמכות (וחלק מטענותיו אף התקבלו בבית המשפט הצבאי לערעורים) – הגשת העתירה כמוה כניסיון לדון בעניינו של העותר ב"גלגול" שלישי.

11. העתירה נדחית. בנסיבות העניין, אין צו להוצאות.

ניתן היום, ט' בתמוז התש"פ (1.7.2020).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט