



מסע בין מערכות: בעקבות ההליכים בעניינו של נאסר נואג'עה

נועה עמרמי*

1. מבוא. 2. תחנה ראשונה: מערכת המשפט הישראלית. 3. תחנה שנייה: אזור הדמדומים. 4. תחנה שלישית: בקשה לפי פקודת ביזיון בית משפט. 5. תחנה רביעית: בית המשפט הצבאי. 6. תחנה חמישית: בג"ץ. 7. סיכום: משטר של הכלה מופרדת.

1. מבוא

ביום 7.1.16 פורסם בתוכנית "עובדה" תחקיר שנערך על ידי ארגון בשם "עד כאן – צעירים למען ישראל", שמטרתו המוצהרת היא להחדיר "שתולים" לשורותיהם של ארגוני זכויות אדם, על מנת להביכם ולהפליים.¹ בכתבה נראה פעיל ארגון זכויות האדם "תעאיוש", עזרא נאווי, מתרברב בפני פעיל ש"הושתל" בארגון כיצד הוא פועל על מנת להסגיר מוכרי קרקעות פלסטינים לרשות הפלסטינית, שם לכאורה יעונו, במטרה למנוע את מכירת הקרקעות למתנחלים. בעקבות שידור התוכנית נעצרו שני פעילי "תעאיוש", עזרא נאווי וגיא בוטביה, וכן תחקירן ארגון "בצלם" ותושב הכפר סוסיא נאסר נואג'עה, אשר תועד בכתבה אף הוא. השלושה נעצרו, בין היתר, בגין חשד לניסיון לגרימת מוות של אדם,² מגע עם סוכן חוץ³ וקשירת קשר לביצוע פשע.⁴

* עו"ד נועה עמרמי היא סטודנטית לתואר שני במשפטים כעמיתת תכנית "תקנה" של הקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל זולה, בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

¹ מספר ימים לאחר שידור הכתבה נחשף כי הארגון "עד כאן" ממומן על ידי ועד מתיישבי שומרון. הארגון, הפועל כשלוש שנים, ועקב, בין היתר, אחר פעילות הארגונים "שוכרים שתיקה", "תעאיוש" ו"רבנים למען זכויות אדם", חוקר ומתעד פעולות הפוגעות בחוסנה ובתדמיתה של מדינת ישראל. ראו שבתי בנדט "ועד מתיישבי השומרון מממן את פרויקט השתולים של ארגון הימין" Walla 13.1.2016 [news.walla.co.il/item/2924681](https://www.news.walla.co.il/item/2924681).

² ס' 305(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

³ ס' 114(א) לחוק העונשין.

⁴ ס' 499(א)(1) לחוק העונשין.



חלקו של נוואג'עה בסיפור חשוב במיוחד, משום שחלק מהאדמות שכביכול עמדו למכירה באזור הכפר סוסיא שייכות למשפחתו. בשל כך, ומגילה להפתעתו כי אלמוני מציע את אדמות משפחתו למכירה, עשה את הדבר ההגיוני ביותר שניתן להעלות על הדעת, ודיווח על העברה לרשויות המוסמכות באזור מגוריו ברשות הפלסטינית. ביום 24.1.16 שוחררו הפעילים נאווי (לאחר ששהה כשבועיים במעצר) ובוטביה (לאחר ששהה ששה ימים במעצר) למעצר בית, לאחר שבית המשפט המחוזי בירושלים דחה את ערר המשטרה על החלטת בית משפט השלום לשחררם.⁵ באותו היום גם שוחרר ממעצר נאסר נוואג'עה, אולם כפי שיתואר להלן, מסעו היה שונה במהותו ממסעם של חבריו. מסע זה מספק הצצה מרתקת אל נבכי המטריקס של שתי מערכות החוק שחלות זו לצד זו בישראל ובשטחים הכבושים. רשימה זו תסקור חמש תחנות לאורך מסעו של נוואג'עה: דיוני המעצר במערכת המשפט הישראלית; החלל הריבוני שבין שתי מערכות החוק; הדיונים במסגרת בקשת הביזיון במערכת המשפט הישראלית; החלטת בית המשפט הצבאי והחלטת בג"ץ בעתירה לשחרורו. דרך השתלשלות הליכים אלו, ניתן לראות כיצד הדינמיקה ושיתוף הפעולה בין רשויות החוק השונות בניסיונותיהן להעמיד לדין, או למצער לעצור את נוואג'עה בכל מחיר, משקפים את זליגתן של נורמות משטר הכיבוש אל מעבר לקו הירוק ולתוך מערכת המשפט הישראלית, תוך טשטוש ההפרדה בין משטר הכיבוש לבין המשטר הישראלי.

2. תחנה ראשונה: מערכת המשפט הישראלית

ביום 20.1.16 לפנות בוקר נעצר נאסר נוואג'עה בביתו בכפר סוסיא, על ידי כוח צה"ל. הוא נלקח למשטרת מחוז ש"י, שם נחקר ללא עורכת דינו. באותו היום נערך דיון בעניינו בבית משפט השלום בירושלים. בית משפט השלום קיבל את טענת באת כוחו של נוואג'עה, עו"ד גבי לסקי, שלפיה בית המשפט נעדר סמכות לדון במקרה, וקבע כי הואיל ומדובר בתושב פלסטיני לא ניתן לייחס לו עברה שאינה נחשבת לעברה ברשות הפלסטינית.⁶ בנוסף, נקבע שלא הונחה תשתית ראייתית לטענה כי העברות בוצעו

⁵ עמ"י 47131-01-16 מדינת ישראל נ' נאווי (לא פורסם, 25.1.2016) עמ"י 47108-01-16 מדינת ישראל נ' בוטביה (לא פורסם, 25.1.2016).

⁶ ס' 2 (ג) לחוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון – שיפוט בעברות ועזרה משפטית), התשל"ז-1977, קובע כי החוק אינו חל על מי שבשעת המעשה או המחל הוא תושב אזור או שטחי המועצה הפלסטינית, שאינם ישראליים.



בחלקן בישראל,⁷ וכן לא התקבלה טענת המשטרה שמדובר בעברה נגד ביטחון המדינה.⁸ למעשה, בית המשפט קבע כי לחומר שהוצג על ידי המשטרה אין כל זיקה לסוגיות ביטחון, ומשכך הורה על שחרורו של נוואג'עה.⁹ על ההחלטה לשחררו מטעמי חוסר סמכות הגישה המשטרה ערר לבית המשפט המחוזי, אולם הערר נדחה. בית המשפט המחוזי חזר על קביעות בית משפט השלום, וקבע בשנית כי לא קיימות ראיות המעידות כי התקיים קשר בין נוואג'עה לבין שאר המעורבים בפרשה בתחומי מדינת ישראל או מתוך האזור לתוך מדינת ישראל, ולכן לא ניתן לראות בעברות המיוחסות לו "עברת פנים". כמו כן, חזר בית המשפט המחוזי וקבע כי לא מדובר בעבירת חוץ שכן לא מדובר בנושא הקשור לביטחון המדינה.¹⁰ כדי להסיר כל ספק בדבר פרשנותה היצריתית של המשטרה לתחולת סמכותו על המקרה, ציין בית המשפט המחוזי את הכלל שלפיו אם קיים ספק פרשני לגבי תחולת סעיף 13 לחוק העונשין על מעשיו של נוואג'עה, על אותו ספק לפעול לזכותו.¹¹ אף שהיה מדובר בהחלטת שחרור שנייה, עוכב שחרורו של נוואג'עה עד למחרת על מנת לאפשר לתביעה להגיש בקשת רשות לערור לבית המשפט העליון. עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע מפורשות כי על התביעה להודיע לבאת כוחו של נוואג'עה כבר באותו היום, 21.1.16 בשעה 17:00 אם תוגש בקשת ערעור לבית המשפט העליון, וככל שלא תוגש, על המשטרה לשחררו לאלתר וללא תנאים.¹²

⁷ ס' 7(א)(1) לחוק העונשין קובע, כי "עברת פנים" היא עברה שנעברה כולה או מקצתה בתוך שטח ישראל.

⁸ ס' 13(א)(1) לחוק העונשין קובע, כי דיני העונשין של ישראל יחולו על עברות חוץ נגד בטחון המדינה, יחסי החוץ שלה או סודותיה.

⁹ בדיון זה גם הוסר צו איסור פרסום שניתן במסגרת הפרשיה כולה: מ"י 39345-01-16 **מדינת ישראל נ' נוואג'עה** (לא פורסם, 20.1.2016).

¹⁰ עמ"י 41268-01-16 **מדינת ישראל נ' נוואג'עה** (לא פורסם, 21.1.2016).

¹¹ בפסיקת בית המשפט העליון נקבע, כי ההגנה שבס' 13 לחוק העונשין נוגעת לפגיעה באינטרסים אסטרטגיים של המדינה ולא באינטרסים רגילים, ושאלה אם ייתכנו שתי פרשנויות שונות, הרי שלנוכח ס' 34 לחוק העונשין יש להכריע לפי הפירוש המקל לגבי מי שאמור לשאת באחריות הפלילית. ע"פ 8831/08 **אלשחארה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 30.6.2010).

¹² ראו לעיל, ה"ש 10.



3. תחנה שנייה: אזור הדמדומים

באותו היום, הודיעה הפרקליטות שאין בכוונתה להגיש בקשת רשות לערוך לבית המשפט העליון. חרף זאת, נואג'עה לא שוחרר כפי שהורה בית המשפט המחוזי. לאחר שבאת כוחו הגישה בקשה דחופה לשחררו, נמסר לה כי הוא נלקח לחקירה ומשם לבית המשפט הצבאי בעופר, שם התקיים דיון מיידני בעניינו ללא נוכחותה.

כלומר, משטרת מחוז ש"י ביקשה להעמיד לדין את נואג'עה בגין עברות שמקורן בחוק העונשין הישראלי, למרות שלא הייתה בידיה תשתית ראייתית שמכוחה תהיה לבית המשפט בישראל סמכות לדון בעניין. לפיכך, לצורך העמדתו לדין, נלקח נואג'עה לבית המשפט הצבאי אשר מוסמך לדון בעברות שנעברו על ידי פלסטינים.¹³ אלא, שאז הוצב מכשול נוסף: מעשיו של נואג'עה כלל אינם מהווים עברות בשטחי הרשות הפלסטינית. למרות מצב בלתי-אפשרי זה, וחרף החלטותיהן של שתי ערכאות שהורו על שחרורו, החליטה המשטרה "להעביר" את נואג'עה אל מערכת המשפט הצבאית, אף על פי שגם היא חסרת סמכות לדון בעניין באין עברה פלילית. כך בפשטות טען התובע המשטרתי בדיון בעניין הארכת מעצרו של נואג'עה בבית המשפט הצבאי:

"היום הגשנו בקשה לבית המשפט המחוזי בירושלים אשר דחה גם הוא את הערר בטענה שהוא לא מצא שיש סמכות עניינית לדון בבקשה והורה לשחרר את העצור [...] בשעות אחר הצהריים 15:00 התקבלה החלטה להגיע עם העצור לבית המשפט הצבאי בעופר ולבקש להאריך את מעצרו של החשוד וזאת מהטעם שהוא נעצר וראוי שנגיע לבית המשפט לבקש את הארכה הנוספת".

מן הדברים שאמר התובע המשטרתי עולה שהוא מודע לחלוטין להחלטתו המפורשת של בית המשפט המחוזי שלפיה יש לשחרר את נואג'עה לאלתר, אך זו חסרת ערך בעיניו; הוא ממשיך להתייחס אליו כאל "עצור" אשר "התקבלה לגביו החלטה" ומבקש להאריך את מעצרו. זאת, למרות שבאותה העת, ומשלא הוגשה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, מעצרו איננו חוקי ולפיכך כלל לא ניתן לבקש הארכת מעצר. מציאות זו, שבה החלטת בית המשפט אינה מחייבת את המשטרה, מתאפשרת משום

¹³ ראו ס' 10(ה) לצו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה ושומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 (להלן: "הצו בדבר הוראות ביטחון"). כן ראו ס' 66 לאמנת ג'נבה (הרביעית) בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) הקובע כי המדינה הכובשת מוסמכת להקים בתי משפט צבאיים שישפטו את האוכלוסייה המקומית על הפרת דיני העונשין של המדינה הכובשת.



שמנוואג'עה נשללה עצם הזכות לזכויות.¹⁴ הוא נותר חשוף, חסר הגנה ומופקר. במובן זה, שיקול הדעת הנתון בידי המשטרה שלא להיכנע למרות בית המשפט, ממלא את תפקיד "הריבון הנעלם" השולט במרחב חוסר הוודאות על ידי פקידים-מושלים.¹⁵ מנגנון אכיפה זה פועל בתוך "חלל ריבוני",¹⁶ שמאפשר למשטרה לפעול בגמישות בתוך מצב החירום המתמשך ולהכתיב בו את כלליה שלה.¹⁷ כך, יכולה לפנות המשטרה אל מערכת המשפט הצבאית כשאינה מרוצה מהחלטות בית המשפט הישראלי, ובאותו האופן התביעה הצבאית יכולה לנקוט בהליכים מנהליים, כשאינה מרוצה מהחלטות בית המשפט הצבאי.¹⁸ המנגנון המאפשר למשטרה לקבל החלטות תוך שיקול דעת גמיש וכמעט חסר גבולות, מייצר "שליטה דרך אי-וודאות" שהיא אחד ממאפייניו של משטר הכיבוש.¹⁹

התנהלות המשטרה בחלל הזמן שנותר עד למועד שחרורו של נוואג'עה, כפי שהורה בית המשפט המחוזי, ממחישה באופן המובהק ביותר את המרחב הטהור של היוצא מן הכלל שבו מושעה הסדר המשפטי, כפי שמתארו אגמבן:²⁰

"יחס היוצא מן הכלל הוא יחס של הפקרה. זה אשר הופקר איננו מוצב למעשה מחוץ לחוק ואינו נעשה אדיש כלפיו, אלא ננטש על ידיו, דהיינו, נעשה חשוף ומאיים על הסף שבו חיים ומשפט, חיצוני ופנימי, אינם עוד בני-הבחנה. לגבוי, לא ניתן עוד לקבוע מילולית אם הוא מחוץ לסדר המשפטי או בתוכו".

במרחב זה של היוצא מן הכלל שבו החוק מושעה, וביתר שאת במקרה שלפנינו, מתקיים העיקרון שטבעה חנה ארנדט לפיו "הכל הוא בגדר האפשר".²¹

14 חנה ארנדט **יסודות הטוטליטריות** 441–444 (עדיט זרטל מתרגמת ועורכת, 2010).
15 יעל ברדה הבירוקרטיה של הכיבוש: משטר היתרי התנועה בגדה המערבית 2000–2006.
16 שם, בעמ' 121. (2012) 132–111.

17 ג'ורג'יו אגמבן "הומו סאקר: הכוח הריבוני והחיים החשופים" **טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה** (שי לביא עורך, 2003).

18 באחד מדיוני המעצר של חברת הפרלמנט הפלסטיני חאלדה ג'ראר, השופט התריע כי אם יימשך קצב הדיונים האטי, ייאלץ לשחרר את חברת הפרלמנט לחלופת מעצר. בתגובה איימה התביעה כי אם כך יקרה, ייאלצו לזנוח את ההליך הפלילי ולחזור לבקשה המקורית למעצר מנהלי. ראו יעל מרום "בית המשפט גזר 15 חודשי מאסר על חברת הפרלמנט הפלסטיני" שיחה **מקומית** 7.12.2015 <http://mekomit.co.il/15-7.12.2015> חודשי-מעצר-חאלדה-גראר/.

19 ORNA BEN NAFTALI, MICHAEL SFARD & HEDI VITERBO, THE ABC OF THE OPT, ENTRY 'M – MILITARY COURTS' (forthcoming, 2017).

20 אגמבן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 405.



4. תחנה שלישית: בקשה לפי פקודת ביזיון בית משפט²²

בתגובת משטרת מחוז ש"י לבקשה לפי פקודת ביזיון בית משפט שהגישה באת כוחו של נואג'עה, נטען כי ההחלטה להעבירו לבית המשפט הצבאי לאחר שניתנו החלטות בתי המשפט לשחררו, נעשתה לאחר התייעצות עם נציג פרקליטות מחוז ירושלים, אשר קבע כי ניתן להגיש בקשה להארכת מעצר לצרכי חקירה בבית המשפט הצבאי אשר לו סמכות מקבילה.

להלן ציטוט מתוך תגובת המשטרה לבקשה:

"המשיבה פעלה בתום לב ועל אף ההחלטה להורות על שחרור המבקש בשל חוסר הסמכות העניינית שקלה את הדברים ולאחר התייעצות עם הגורמים המוסמכים ובשל העברות החמורות בהן חשוד המבקש ולאחר איזון בין הצורך בחקירת הפרשה כשהמבקש במעצר לבין שחרורו פנתה לבית הדין הצבאי לבחון את הדברים אשר קבע להאריך את מעצרו של המבקש".

ביום 22.1.16 דחה בית המשפט המחוזי בירושלים את בקשת הביזיון, וקבע כי טענות בדבר המעצר הבלתי-חוקי יש להעלות בפני בית המשפט הצבאי:²³

"בפרק הזמן שבין מתן החלטתי לשחרור ולעיכוב ביצוע ועד השעה 17:00, בה אמור היה ב"כ המשיבה להודיע אם תוגש בקשת רשות ערר לבית המשפט העליון, בוצעו פעולות על ידי הרשויות השלטוניות המוסמכות, כולל היועמ"ש לאזור איו"ש והתביעה הצבאית ובעקבותיהן, המבקש הובא בעודו עצור על פי החלטת בית משפט זה, להארכת מעצר בפני בית משפט הצבאי [...] המבקש הוא תושב האזור וחלים עליו תחיקת הביטחון והדין הפלילי החל באזור והוא כפוף לשיפוטם של בתי המשפט הצבאיים. ככל שקיימת

²¹ שם, בעמ' 423; ארנדט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 645.

²² פקודת ביזיון בית משפט (1929).

²³ עמ" 41268-01-16 מדינת ישראל נ' נואג'עה (לא פורסם, 22.1.2016). באותה החלטה קבע בית המשפט, שוב ללא כל נימוק, כי במסגרת פקודת הביזיון לא ניתן לתת צו לשחרור חשוד שלגביו חל חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים"). נושא דיני הביזיון חורג מגבולות רשימה זו, אולם אציין בקצרה כי במסגרת עתירות "חוק ההסתננות" דן בג"ץ בשתי בקשות לפי פקודת ביזיון בית משפט לגופן. עתירות אלו עסקו גם הן בשחרור עצורים (ממתקן הכליאה חולות). בשל כך, ולמרות שמעצרי מבקשי המקלט במקרה זה מקורם בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, קשה לקבל את קביעתו הלקונית של בית המשפט כי לא ניתן לתת צו במסגרת פקודת הביזיון גם עבור עצור מכוח חוק המעצרים. לעניין זה ראו בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 7.11.2013); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 9.12.2013).



טענה למעצר בלתי חוקי, על המבקש להעלות טענה זו בפני בית המשפט הצבאי. בית משפט זה גמר את מלאכתו בהחלטה שנתן אתמול".
קשה לחשוב על סיטואציה נוספת שבה בית משפט ישרלים עם ביזוי החלטה שהוא עצמו נתן, קל וחומר שיגבה אותה. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת המשטרה שלפיה הפרת החלטתו לשחרר את נוואג'עה לאלתר וללא תנאים, משלא הוגשה בקשת ערר לבית המשפט העליון, איננה מהווה ביזוי. ודוק, בהחלטתו הראשונה בית המשפט המחוזי כלל לא דן בהעברת הדיון לבית משפט הצבאי שהעניין לכאורה בסמכותו,²⁴ אלא החליט מפורשות על שחרורו של נוואג'עה. למרות זאת, לאחר מעשה, גיבה בית המשפט המחוזי את "המחטף הבין-מערכתי" של משטרת מחוז ש"י, וכלל לא דן באי-חוקיות המעצר, שתוקפו פג מכוח החלטתו שלו עצמו. ניסוח ההחלטה ("בית משפט זה גמר את מלאכתו") מגלם את הניתוק הלכאורי בין שתי המערכות, ומבטא הסרת כל אחריות מבית המשפט בגין כל מה שקרה ושעתיד לקרות לאחר מכן.

5. תחנה רביעית: בית המשפט הצבאי

בית המשפט הצבאי לא קיבל את טענתו של נוואג'עה, שלפיה כיוון ששחרר כלל לא ניתן היה להביאו להארכת מעצר בפניו משום שהוא חסר סמכות חוקית לעשות כן, והאריך את מעצרו בארבעה ימים:²⁵

"התנהלות גורמי החקירה בעניינו של החשוד מעוררת סימני שאלה [...] החשוד הובא בפני בתוך פרק הזמן שניתן למשטרה לצורך שקילת בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. המשטרה מבקשת את מעצרו של החשוד חרף ההליכים שהתקיימו בענייניו בישראל וחרף החלטת בית המשפט המחוזי המורה על שחרורו [...] אציין כי המקרה דנן אכן מעורר אי נוחות. יחד עם זאת, סברתי כי נוכח התשתית הראייתית שהוצגה בפני הרי שלבתי המשפט באזור קיימת סמכות לדון בעניינו של החשוד. עוד סברתי כי נוכח משך מעצרו של החשוד (יומיים), ביחס לסמכויות המעצר באזור, הרי שלא מתקיימת פגיעה קשה בזכויותיו".

²⁴ ס' 79 (א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984. למרות שהסעיף קובע, כי הסמכות נתונה רק לבית המשפט, משטרת מחוז ש"י טענה בדיוני הליך המעצר, כי מכוח סעיף זה העברה את נוואג'עה ממערכת המשפט הישראלית למערכת המשפט הצבאית, תוך התייעצות עם פרקליטות מחוז ירושלים.

²⁵ **משטרת ישראל נ' נוואג'עה** (לא פורסם, 21.1.2016), החלטתו של השופט הצבאי רס"ן ראני עאמר.



החלטה זו מתמצתת בדיוק מחריד את מאפיינו העיקרי של השלטון הצבאי הישראלי בשטחים הכבושים – שתי מערכות החוק השונות החלות, האחת על התושבים הישראלים והאחרת על התושבים הפלסטינים.²⁶ האפליה השיטתית הפכה למצב כה יציב וקבוע, כך שהחלטת בית משפט להכשיר פעולה שאינה חוקית (הארכת מעצרו של נוואג'עה) נדמית כלגיטימית. יצוין, כי אף העובדה שבית המשפט המחוזי טרם נתן את החלטתו בבקשה לפי פקודת ביזיון בית המשפט, לא עמדה כשיקול בפני בית המשפט הצבאי. הפשטות והקלילות שבהן נקבע כי לא מתקיימת פגיעה בזכויותיו של נוואג'עה, שכן כפלסטיני תחת מערכת המשפט הצבאי ניתן לעצרו לזמן רב יותר מאשר במערכת המקבילה בישראל,²⁷ מגלמת היטב את לב ליבה של כפילות הדינים המפרה את זכויותיהם של הפלסטינים תושבי השטחים הכבושים, בכל היבט של חייהם.

תחושת "אי-הנוחות" והקושי שמבטא בית המשפט הצבאי, מקורם בנוהג של בתי המשפט הישראלים ובעיקר בג"ץ, להביע אמפתיה או מחווה מילולית של "אנושיות", תוך השלמה, לכאורה באין בררה, עם קיומו של עוול, חוסר צדק או פגיעה שאין בכוחותו לרפא, משום שידין כבולות באזיקי תקדימיו, בגין החוק או בשל הלך רוח פוליטי.²⁸ אלא שבמקרה זה מביע בית המשפט הצבאי תחושת "אי-נוחות" מהפשטות של אדם מזכויותיו על ידי רשויות החוק, וטילטולו ממערכת משפט שהורתה לשחררו לחופשי אל מערכת משפט מקבילה שבה זכויותיו כפי שמומשו במערכת "ההיא" הפכו חלולות ואינן קיימות עוד.

²⁶ למרות שאזרחי ישראל תושבי ההתנחלויות בגדה המערבית כפופים הן לחוק הישראלי והן לחקיקה הצבאית, מדיניות ההעמדה לדין היא נפרדת כמעט באופן מוחלט: ישראלים המבצעים עברות בשטחים מועמדים לדין על פי החוק הישראלי בבתי המשפט בישראל, ופלסטינים מועמדים לדין על פי החוק הצבאי בבתי המשפט הצבאיים. ראו ליאור יבנה **משפטים בחצר האחורית: מימוש זכויות ההליך ההוגן בבתי המשפט הצבאיים בשטחים** (יש דין, 2007).

²⁷ להשוואת תקופות המעצר המדויקות החלות על ישראלים ופלסטינים, ראו לימור יהודה ואח' **שלטון אחד, שתי מערכות חוק: משטר הדינים של ישראל בגדה המערבית** 27–34 (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2014).

²⁸ ראו, לדוגמה: בג"ץ 8567/15 **חלבי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 28.12.2015), שם דחה בג"ץ שתי עתירות שהוגשו נגד כוונת המדינה להרוס את בית משפחתו של מבצע פיגוע דקירה; בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' ס"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.1.2012), שם דחה בג"ץ את העתירות נגד חוק האזרחות; בג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון**, פס' ט"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 31.12.2014), שם דחה בג"ץ עתירה עקרונית של שמונה ארגוני זכויות אדם נגד הפרקטיקה של הריסת בתים עונשית.



ייתכן שהעובדה המטרידה ביותר, היא שלאחר העברתו לבית משפט צבאי התפוגגו כליל העברות החמורות שבהם הואשם נואג'עה (ניסיון לגרימת מוות ומגע עם סוכן חוץ על פי חוק העונשין הישראלי), והוחלפו בעברות פחותות של תקיפה והפרת הסדר הציבורי על פי התחיקה הצבאית.²⁹ עם זאת, ולמרות שלא עלה בידה לספק ראיות, המשטרה המשיכה לטעון כי נואג'עה חשוד בקשירת קשר לגרימת מותו של תושב ישראל, בשל מעורבותו במכירת קרקעות של פלסטינים לישראלים. למרבה האירוניה, עם המעבר למערכת המשפט הצבאית הוקל מצבו של נואג'עה. כמובן שמצב זה משקף היפוך של המציאות שבה פלסטינים מעדיפים להישפט במערכת המשפט הישראלית המעניקה זכויות רבות יותר לחשוד בהליך הפלילי.³⁰

ביום 24.1.16 דחה בית המשפט הצבאי את בקשת המשטרה להאריך את מעצרו של נואג'עה בששה ימים נוספים, והורה לשחררו בתנאים:

”בפרק הזמן שניתן לגורמי החקירה לא חלה התקדמות משמעותית כפי שנטען. אף לא הובהר בצורה מספקת ועל בסיס ראיות, כיצד פועלו של החשוד אכן יצר סכנה עבור אותו תושב ישראלי שלכאורה פעל למכירת קרקעות של פלסטינים. בעניין זה לקחתי בחשבון כי המדובר בחשדות המתייחסים לאירועים שהתרחשו לכאורה לפני כשנה [...] לא מצאתי כי פעולות החקירה הדרושות מחייבות את המשך המעצר, חלקן אף לא רלוונטיות לחשוד.”³¹

6. תחנה חמישית: בג"ץ

ביום 22.1.16 הגישה באת כוחו של נואג'עה לבג"ץ עתירה דחופה למתן צו על תנאי בעתירה נטען כי החלטת בית המשפט הצבאי על הארכת המעצר, שעות ספורות לאחר החלטת בית המשפט המחוזי לשחררו, ניתנה שלא כדין ותוך חריגה מסמכות. בהחלטתו מיום 24.1.16 קיבל בג"ץ את עמדת המדינה, וקבע כי יש למחוק את העתירה על הסף עקב קיומו של סעד חלופי:

”בענייננו, הייתה פתוחה הדרך בפני העותר להגיש ערר בעניין זה לבית המשפט הצבאי לערעורים. בהתחשב בכך, לא היה מקום לפנות בעתירה

²⁹ ס' 211 ו-222 לצו בדבר הוראות ביטחון.

³⁰ יבנה, לעיל ה"ש 26; יהודה ואח', לעיל ה"ש 27.

³¹ משטרת ישראל נ' נואג'עה (לא פורסם, 24.1.2016), החלטתו של השופט הצבאי רס"ן ראני עאמר.



ל בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, ואף לא להתייחס אליה כעתירה דחופה".³²

ניתן לומר שהחלטה זו תמוהה, דווקא משום שהמקרה של נוואג'עה מהווה חריג לכלל הדחייה על הסף בשל סעד חלופי. על פי כלל זה, בג"ץ ידון במקרים שבהם הסעד החלופי אינו יעיל, במקרים שבהם הנסיבות מחייבות התערבות המיידית כדי למנוע עוול, או כאשר מתחייבת התערבותו משיקולי צדק כלליים.³³

בפרשת המועצה האזורית חוף עזה, בג"ץ דן בעתירה למרות קיומו של סעד חלופי מהטעמים הבאים: הבעיה המשפטית שהובאה בפניו הייתה מורכבת; העתירות העלו שאלות הנוגעות לפגיעה בזכויות אדם; העתירות העלו בעיות משפטיות חדשות שטרם הוכרעו, וכן, משום שהפנית העותרים אל הערכאה החלופית לא הייתה יכולה לספק סעד חלופי יעיל כיוון שהעתירות תקפו את "עצם החוקיות של המסלולים המשפטיים שהחוק מתווה".³⁴

בענייננו, ולמיטב ידיעתי, אין תקדים למקרה שבו שתי ערכאות הורו לשחרר אדם, אך המשטרה התעלמה מהחלטות אלו והעברה אותו למערכת המשפט הצבאית. מדובר בשאלה משפטית סבוכה המערבת סוגיות של סמכות עניינית ודיני כיבוש, שאין לבית המשפט הצבאי לערעורים את הכלים לדון בה. בנוסף, באת כוחו של נוואג'עה טענה לכל אורך הדרך נגד עצם אי-החוקיות של המסלול המשפטי היצירתי שהתווה על ידי המשטרה ופרקליטות מחוז ירושלים. אולם, טענותיה לגבי העוול שנגרם לנוואג'עה נדחו או לא קיבלו מענה, ובשום שלב לא ניתנה תשומת לב לטענה שמדובר במעצר לא חוקי, שכן טרם הבאת נוואג'עה לבית המשפט הצבאי לא הוצא צו מעצר חדש. בית המשפט המחוזי "גלגל" את הסמכות אל בית המשפט הצבאי (כפי שגם עשה בג"ץ), ואילו בית המשפט הצבאי התעלם כליל מהחלטת בית המשפט המחוזי לשחררו ואף הוא לא התייחס לאי-חוקיות המעצר. לפיכך, מדובר בשאלות של פגיעה בזכויות אדם ממדרגה ראשונה, המהוות מקרה מובהק שבו הסעד החלופי (מערכת המשפט הצבאית) אינו יעיל, ועל כן מהוות חריג לכלל הדחייה על הסף בשל סעד חלופי. בנוסף, נוכח פסיקתו של בית המשפט הצבאי לערעורים, שלפיה כלל לא ניתן לתקוף בפניו החלטה מנהלית של גורמי החקירה והתביעה בשטחים הכבושים בכל הנוגע לסמכות בית המשפט

³² בג"ץ 594/16 פלוני נ' משטרת ישראל (לא פורסם, 24.1.2016).

³³ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2), פס' 122 (2005).

³⁴ שם, בפס' 123–124.



(אזרחי או צבאי), סביר להניח שלו נואג'עה היה מגיש ערר לבית המשפט הצבאי לערעורים, הוא היה מתדפק שוב על דלתות בג"ץ.³⁵

7. סיכום: משטר של הכלה מופרדת³⁶

רשימה זו תיארה את הדינמיקה בין רשויות החוק השונות דרך השתלשלות הליכי מעצרו של נואג'עה, דינמיקה הממחישה את הקשר העז בין שתי מערכות המשפט. אמנם, רובם המוחלט של הישראלים תופסים את הכיבוש וזרועו המשפטית הצבאית כחיצוניים למשטר הישראלי הדמוקרטי, אולם מקרה זה ממחיש כיצד שתי המערכות משרתות ומזינות האחת את האחרת, וכיצד נורמות משטר הכיבוש זולגות ומחלחלות אט אט, אך בביטחון, אל מעבר לקו הירוק לתוך מערכת המשפט הישראלית. הכיבוש מוכל בתוך המשטר הישראלי כ"חיצוני" לכאורה, אך למעשה נכלל בתוכו ומהווה חלק בלתי-נפרד ממנו.³⁷

אריאלה אזולאי ועדי אופיר מסבירים כי הטבעיות שבה מתקבל הכיבוש כחיצוני לנו, מאפשרת את הצמדת שני חלקי המשטר הישראלי, מערכות המשפט הישראלית-צבאית והישראלית-אזרחית, ואת גיוסם של חוקרים, אינטלקטואלים, משפטנים ושופטים לשתף פעולה עם תחזוקת משטר הכיבוש, ובה בעת להמשיך ולתפוס את עצמם כאזרחי של משטר דמוקרטי.³⁸ מסיבה זו קיבל בית המשפט המחוזי את הפרת החלטתו בשלוות נפש וגיבה את ההחלטה להעביר את נואג'עה אל המערכת המשפטית הצבאית המקבילה, ומתוך נקודת מוצא זו בג"ץ תופס את בית המשפט הצבאי לערעורים כערכאה שתספק סעד חלופי אפקטיבי. באופן זה, הנורמליזציה של הכיבוש, על כל חלקיה, מביאה להפרת היחס בין הכלל לחריג, והופכת את הכיבוש מחריג לכלל.³⁹ כך בדיוק, שיתוף הפעולה בין כל חלקי המערכת לאורך כל הדרך, החל מפרקליטות מחוז ירושלים שאישרה למשטרה להתעלם מפסיקת בית המשפט המחוזי ולהעביר את

³⁵ ע"מ איו"ש 88/00 התובע הצבאי נ' חמארשה (פורסם בנבו, 18.6.2000).

³⁶ אריאלה אזולאי ועדי אופיר משטר זה שאינו אחד (1967-) 390-391 (2008).

³⁷ אזולאי ואופיר מגדירים את היחס בין המשטר הישראלי לכיבוש כ"הכלה מופרדת", בעקבות אגמבן שהגדיר את ההוצאה מן הכלל על ידי הריבון ככזו שמייסדת אליו זיקה שמכילה אותו, אך מותירה אותו מבודד בה בעת (inclusive exclusion). שם, בעמ' 390; אגמבן, לעיל ה"ש 17.

³⁸ שם, בעמ' 351.

³⁹ Orna Ben Naftali & Aeyal Gross, *Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory*, 23 BERKLEY J. INT'L LAW, 551 (2005).



מסע בין מערכות

נוואג'עה למערכת המשפט הצבאית, דרך החלטת בית המשפט המחוזי בבקשת הביזיון וכלה בהחלטת בג"ץ – כל אלה משמרות את הזיקה בין משטר הכיבוש לבין המשטר הישראלי ומטשטשות את הפרדה ביניהם, תוך מתן הכשר חוקי להשעיית שלטון החוק. מרוב שלטון ומרוב חוק, "שלטון החוק" רוקן מתוכנו.