



מבזקי הארות פסיקה 74 | פברואר 2018

## וישלח מחמד את ידו אל הפלי ויקח משם אבן ויקלע ויף את הפלשתי – מחשבות על תיק (צבאי יהודה) 8457/16 התביעה הצבאית נ' עווד

### נרי רמתי וגבי לסקי\*

א. מבוא. ב. מתחם ענישה. ג. על החוק הישראלי בבתי המשפט הצבאיים. ד. במקום סיכום – עוד הערה על העברית והתרבות העברית במשפטם של פלסטינים בבתי המשפט הצבאיים.

#### א. מבוא

מחמד עווד, צעיר מן הכפר בודרוס, הודה בכתב אישום שייחס לו ידיו אבנים לעבר כוחות הביטחון באזור בודרוס, באמצעות "קלע דוד" במהלך הפרת סדר. כתב האישום לא פירט עובדות נוספות. בגזר הדין קבע בית המשפט הצבאי, כי על אף שהוצג בפניו כי קיימים מתחמי ענישה שונים בבתי המשפט בישראל ובבית המשפט הצבאי לאותם מעשים שביצע עווד, ניתן להתעלם מקיומו של השוני. בהתעלם מהשוני, גזר בית המשפט הצבאי על עווד עונש של 14 חודשי מאסר בפועל, 14 חודשי מאסר על תנאי למשך חמש שנים וקנס בסך 3000 ש"ח.<sup>1</sup>

גזר הדין של עווד הוא אחד מבין אלפי גזרי דין הניתנים לפלסטינים בכל שנה בבתי המשפט הצבאיים.<sup>2</sup> בתי המשפט הצבאיים, שהפכו לזרוע מרכזית של שליטה על הפלסטינים בשטחים, שופטים למעלה מ-10,000 פלסטינים מידי שנה. הרוב המכריע של התיקים מסתיימים בהסדרי טיעון סגורים, שבהם התביעה וההגנה מציגות בפני בית המשפט עונש מוסכם. בעניינו של עווד לא הצליחו התביעה וההגנה להגיע להסכמה על העונש, ולכן משעווד הודה במיוחד לו והצדדים טענו לעונש, נדרש בית המשפט להכריע.

\* עו"ד גבי לסקי היא שותפה במשרד עו"ד גבי לסקי ושות', המתמחה בדיני חופש הביטוי והזכות למחאה. במשך השנים, הייתה פעילה בנושאי זכויות אדם ובמאבקים פמיניסטיים וחברתיים. בנוסף, לסקי מכהנת כיו"ר הוועדה לקידום מעמד האישה בעיריית תל-אביב. עו"ד נרי רמתי הוא שותף במשרד גבי לסקי ושות', ומתמחה בייצוג פלסטינים בבתי המשפט הצבאיים.

<sup>1</sup> תיק (צבאי יהודה) 8457/16 התביעה הצבאית נ' עווד (לא פורסם, 11.7.2017).  
<sup>2</sup> מתוך צבא ההגנה לישראל דוח מסכם שנה קלנדארית 2015 (2016). ניתן לצפייה בקישור <https://www.idf.il/media/5662> דוח-שנתי-2015.pdf.



גזר הדין שניתן לעוור אינו שונה בתוצאתו מגזרי הדין הניתנים בבתי המשפט הצבאיים, אולם הנמקות בית המשפט בגזר הדין מעלות שלוש סוגיות הקשורות למשפטיהם של כל הפלסטינים בבתי המשפט הצבאיים. הראשונה, הנמקה משפטית צרה, המתייחסת לשאלת המשמעות של מתחמי ענישה שונים לציבורים שונים; השנייה, אף היא משפטית, דנה בשאלה היכן עובר הגבול בין מערכת המשפט הישראלית האזרחית לזו הצבאית החלה על פלסטינים בשטחים; והשלישית, נוגעת לשאלה מה ההשפעה שיש לעובדה כי כל הגורמים המעורבים בהליך השפיטה מגיעים מן התרבות הישראלית ואילו הנשפטים כולם מגיעים מן התרבות הפלסטינית. בשאלות אלה מתמקדת הארה זו.

## ב. על מתחם הענישה

השימוש במתחם ענישה לצורך גזירת הדין הוא חדש יחסית במשפט הישראלי, ומקורו בתיקון 113 לחוק העונשין שנכנס לתוקפו ביום 10.7.2012.<sup>3</sup> כחלק מהניסיון לאחד את מדיניות הענישה בישראל ולצמצם את הפערים בעונשים הנגזרים בבתי המשפט השונים, יצר המחוקק מערכת רב-שלבית לגזירת העונש, המייצרת היררכיה בין האלמנטים השונים בענישה: גמול, שיקום, הרתעת הכלל והרתעת הפרט.<sup>4</sup> טרם חקיקת התיקון לחוק הונחו ארבעת שיקולי הענישה בפני השופט בערבויה, כאשר כל שופט בחר אילו מהשיקולים מתאימים ביותר לכל תיק על פי נסיבותיו. גזירת העונש באופן זה, יצרה גזרי דין שונים מאוד זה מזה, הן בתוצאה והן ברטוריקה, גם כאשר היה מדובר בעבירות זהות לחלוטין. תוצאה זו הנביעה צורך לגבש מבנה ברור לגזירת העונש, כזה המייצר למצער הנמקה דעה בעת גזירת העונש.<sup>5</sup> לכן, המחוקק יצר מהלך רב-שלבי בעת גזירת העונש, המפריד בין שיקולי הענישה השונים. המחוקק העמיד את עקרון הגמול, או בשמו החדש "עקרון ההלימה", כעיקרון הקובע את מתחם הענישה מעל שאר העקרונות, כאשר שאר שיקולי הענישה משפיעים על מיקומו של העונש בתוך המתחם.<sup>6</sup>

הרעיון המרכזי בקביעת מתחם ענישה על פי עקרון ההלימה הוא לנתק בשלב הראשון בין זהות מבצע העבירה וההקשר שבו בוצעה, ובין הערך המוסרי המוגן העולה

<sup>3</sup> חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2011 (להלן: "תיקון 113").

<sup>4</sup> עמי קובו "פרוש לתיקון 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסנגור 183, 4 (2012).

<sup>5</sup> משרד המשפטים דין-וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (1997).

<sup>6</sup> חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסנגור 183, 14 (2012).



“לא תכירו פנים במשפט (הצבאי בשטחים)”

מן העבירה. דהיינו, תחילה בוחנים מה הוא העונש הראוי למעשים בכפוף למהות העבירה, לחומרתה ולמידת האשם וקובעים מתחם למעשים אלו. לאחר מכן, קובעים את העונש בתוך המתחם (או מחוצה לו במקרים מיוחדים) בהתחשב בנסיבותיו האישיות של האדם המורשע (שיקום, הרתעת הפרט) ובנסיבות חיצוניות (הרתעת הכלל).<sup>7</sup>

מתחם הענישה אם כן, צריך לשקף רעיון מוסרי כמעט טהור: העונש על מעשים מסוימים צריך להתחיל ולהסתיים בנקודה מסוימת, ולהקים מעין מסך בערות אצל השופט בכל הנוגע למבצע העבירה, למעט לגבי מידת אשמתו במעשים כאשר הוא קובע את המתחם.<sup>8</sup> באמצעות כך, להבנתנו, חשב המחוקק כי לפחות בשלב קביעת המתחם יזכה בזוגלו המפורסם למתחם זהה לשל חבריו. עוד חשב המחוקק, כי ברגע שייקבע מתחם ענישה לעבירות הנפוצות יחסית, לא יצטרך בית המשפט לקבוע בכל פעם מתחם ענישה חדש לאותן עבירות מאחר שאין כל סיבה כי התפיסה של עקרון ההלימה לגבי העבירות תשתנה תדיר.

בתי המשפט הצבאיים הפועלים בשטחים מתוקף התפיסה הלוחמתית פועלים על פי תחיקת הביטחון ותחיקה ירדנית, ואינם כפופים לחוקי מדינת ישראל. אולם, השפעת מערכת המשפט הישראלית מורגשת היטב בבתי משפט אלו, הן באמצעות אימוץ ישיר של חקיקה והן באמצעות אימוץ עקרונות דומים מכוח פסיקה.<sup>9</sup>

תיקון 113 אומץ על-ידי בתי המשפט הצבאיים זמן קצר לאחר כניסתו לתוקף בישראל. בעניין נצר,<sup>10</sup> קבע נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים כי “קיים אינטרס בולט” לאימוץ ההסדרים הקיימים בחוק הישראלי בעקבות תיקון 113.

כאשר ניתן גזר הדין בעניינו של עווד, היה תיקון 113 כבר נטוע עמוק בהליכים המשפטיים בבתי המשפט הצבאיים. הצדדים הציגו בפני בית המשפט, על דעתם, את מתחם הענישה הנהוג לעבירה. התביעה הפנתה לפסק דין בודד שניתן על-ידי שופט בית משפט הצבאי לערעורים, צבי לקח,<sup>11</sup> שבו קבע כי מתחם העונש על יידוי אבנים באמצעות “קלע דוד” לעבר כוחות צה”ל, שלא גרם לפגיעה, הוא בין 12 ל-36 חודשי מאסר בפועל.

<sup>7</sup> יניב ואקי ויורם רבין “הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא” הפרקליט נ”ב 413 (2013).

<sup>8</sup> ראו לעיל ה”ש 6.

<sup>9</sup> נתנאל בנישו “על המשפט הפלילי באזורי יהודה, השומרון וחבל עזה: אשנב ומגמות” משפט וצבא 293, 18 (2005).

<sup>10</sup> עד”י 2008/12 נצר נ’ התביעה הצבאית (לא פורסם, 9.9.2012).

<sup>11</sup> עד”י 2424/16 התביעה הצבאית נ’ אלפיומי (פורסם בנבו, 29.6.2016). שם החליט השופט לקח, בהחלטה תמוהה, לקבוע מתחם ענישה חדש וחמור לעבירת יידוי אבנים באמצעות קלע דוד, וזאת בלי להתייחס כלל לפסיקה קודמת הן בישראל והן בבית המשפט הצבאי, וללא כל הסבר מניח את הדעת.



ההגנה הפנתה למספר פסקי דין ישראליים שבהם נקבע כי מתחם הענישה הראוי לעבירה דומה נע בין מאסר על תנאי ל-10 חודשי מאסר בפועל. בנימוקי גזר הדין התעכב בית המשפט הצבאי במיוחד על תיק בית המשפט השלום בכפר סבא שבו הורשע אבנר לבנון, תושב התנחלות כבן 25, בכתב אישום שאלו עובדותיו:<sup>12</sup>

"ביום 14/1/14 בשעה 09:00 התקבל דיווח בצה"ל כי מתקיימות עבודות לסלילת כביש על ידי תושבי האזור בין גבעת רונן לכפר בורין. כוח צבאי, ברשות מפקד פלוגה, הגיע למקום על מנת לאבטח את העבודות. זמן קצר לאחר מכן, ירדו מגבעת רונן מספר מתיישבים, ביניהם הנאשם, בהם כשישה רעולי פנים וכחמישה נוספים גלויי פנים. המתיישבים החלו ליידות אבנים לעבר תושבי האזור, חלקם ובניהם הנאשם, באמצעות "קלע דוד" (רוגטקה) וחלקם באמצעות ידיהם, כאשר חלק מהאבנים הושלחו לעבר חיילים אשר חצו בינם לבין תושבי האזור. המתיישבים החלו להתקדם לתושבי האזור והכוח הצבאי ניסה לעוצרם תוך שהוא קורא לעברם לחדול מזריקת האבנים, אולם המתיישבים לא שעו לכך. באותן הנסיבות ניגש המ"פ לנאשם וניסה לעוצרו, וזה בתגובה ניסה להתנגד בכוח למעצרו, תוך שהוא מנסה להשתחרר מאחיזתו ומשתולל בידיו. בשלב זה, ניגש אל הנאשם החייל אורן אפריימוב (להלן המתלונן) ותפס אותו מאחור, כאשר שניהם נופלים ארצה כתוצאה מהשתוללות הנאשם. הנאשם ניסה להשתחרר מאחיזתו של המתלונן ללא הועיל, ובשלב זה הכה הנאשם באגרופו בפניו של המתלונן מספר פעמים, כולל בעינו, עד כי נגרם לו סימן כחול מתחת לעין. בשלב זה, הצליחו מתיישבים אחרים לחלץ את הנאשם מאחיזתו של המתלונן".

בית המשפט בישראל הרשיע את לבנון, וקבע שמתחם הענישה הראוי בנסיבות העניין הוא עונש שנע בין מאסר על תנאי לצד שירות למען הציבור לבין מספר חודשי מאסר בפועל, ולפיכך גזר על הנאשם עונש של 3 חודשי מאסר על תנאי לשלוש שנים, 220 שעות שירות למען הציבור וקנס בסך 1,500 ש"ח.

בעקבות פסק דינו של לבנון זה ופסקי דין נוספים שהוצגו, השתכנע בית המשפט הצבאי כי קיים "שוני עצום" בין מתחמי הענישה על עבירת ידוי האבנים באמצעות קלע בין בתי המשפט בישראל ובין המתחם שקבע בהחלטתו בית המשפט הצבאי לערעורים לאותה עבירה, אולם בחר לדבוק במתחם של בית המשפט הצבאי לערעורים.

<sup>12</sup> ת"פ (כ"ס) 49909-01-14 מדינת ישראל נ' לבנון, 1-2 (פורסם בנוב, 4.4.2016).



“לא תכירו פנים במשפט (הצבאי בשטחים)”

אין כל הפתעה בכך שרמת הענישה בבתי המשפט הצבאיים היא גבוהה יותר מאשר בבתי המשפט בישראל. כך היא הייתה לפני התיקון, וכך אחריו. אולם, לטענתנו טרם תיקון 113 ניתן היה להסתיר את הסיבה לענישה השונה תוך שימוש בכלים רטוריים שונים שנשענו על חוסר היררכיה בין שיקולי הענישה השונים. טרם התיקון נהגו בתי המשפט הצבאיים להתמודד עם השוני ברמת הענישה כשהם מציגים מספר הבדלים בין מערכות המשפט השונות. ראשית, העובדה כי אין מערך שיקום לפלסטינים הנשפטים בבתי המשפט הצבאיים, אפשרה לבית המשפט לקבוע כי אינו יכול להתחשב בשיקולי שיקום באותו האופן שבו מתחשבים בהם בתי המשפט בישראל, שבהם פעמים רבות זוכה השופט לתסקיר של שירות המבחן טרם גזרת העונש. לאפשרות זו לא זכאים נאשמים בגירים בבתי המשפט הצבאיים.<sup>13</sup> שנית, העובדה כי עבירת יידוי אבנים הפכה לנפוצה מאוד בקרב צעירים פלסטינים, אפשרה לבית המשפט לקבוע כי לצורך הרתעת הכלל יש מקום להחמיר בענישה לעומת זו הנהוגה בישראל.<sup>14</sup> שלישית, העובדה כי פעמים רבות מעשיהם של הנשפטים בבתי המשפט הצבאיים נתפסו כמעשים בעלי רקע אידיאולוגי, אפשרה לבית המשפט לקבוע כי ההחמרה נובעת מהצורך להרתעת הפרט מביצוע עבירות אידיאולוגיות.<sup>15</sup>

מציאות זו השתנתה עם אימוצו של תיקון 113 למערכת המשפט הצבאית. התיקון מפריד כאמור בין קביעת מתחם העונש באמצעות עקרון ההלימה ובין קביעת העונש בתוך המתחם באמצעות שיקולי שיקום, הרתעת הפרט והרתעת הכלל. בהתאם לתיקון, קביעת המתחם צריכה להיעשות אך ורק על-פי עקרון ההלימה ובשלב הראשוני בהתעלם משאר שיקולי הענישה – קרי, בהתעלם משיקולי שיקום, הרתעה והרתעת הכלל ששימשו עד לתיקון להצדקת הבדלי הענישה בין בתי המשפט. על-פי ההיגיון לא אמור להיות כל הבדל במתחמי הענישה בין בתי המשפט השונים, מאחר שהם נקבעים אך ורק בהתאם לעיקרון המוסרי הנוגע למעשה ולאשמה.

אם נבחן את המעשים שבהם הורשעו עווד ולבנון לפי עקרון ההלימה, נראה כי על פניו דווקא מעשיו של לבנון מצדיקים מתחם ענישה גבוה יותר. עווד הורשע בגין יידוי אבנים בקלע דוד לעבר כוחות הביטחון בעת הפרת סדר, ואילו לבנון, שיידה אף הוא אבנים באמצעות קלע דוד לעבר כוחות הביטחון בהפרת סדר, יידה גם אבנים לעבר תושבים פלסטינים ואף תקף קצין צה"ל ופצע אותו. אשמתם של השניים זהה. שניהם היו משתתפים ישירים באירועי הפרת סדר וביצעו את המעשים בעצמם. המעשים התבצעו

<sup>13</sup> תיק (צבאי שומרון) 1453/08 **התביעה הצבאית נ' ברהם** (פורסם בנבו, 22.8.2010).

<sup>14</sup> תיק (צבאי יהודה) 4879/08 **התביעה הצבאית נ' עלקם** (פורסם בנבו, 11.1.2009).

<sup>15</sup> ע/1438/11 (ערעורים צה"ל) **דאוד נ' התביעה הצבאית** (פורסם בנבו, 16.11.2011).



באותו שטח משפטי גיאוגרפי,<sup>16</sup> דהיינו בשטחים במרחק של 30 ק"מ זה מזה, באזור הנמצא בשליטה הביטחונית של ישראל, כחלק מאותו סכסוך, וכנגד אותם כוחות צה"ל הפועלים ככוחות שיטור בשטחים. למרות כל האמור, מתחם הענישה שנקבע בעניינו של לבנון (בין מאסר על תנאי לחודשים בודדים של מאסר בפועל) היה נמוך בהרבה מזה שנקבע לעווד, כך שקצהו העליון של המתחם שנקבע ללבנון כלל לא חפף אף לא לקצהו התחתון של מתחם הענישה שנקבע לעווד (12–36 חודשי מאסר בפועל).

משמעות קיומם של מתחמי ענישה שונים במובהק למעשים זהים, המתבצעים בתנאים זהים ובשטח גיאוגרפי זהה, כאשר ההבדל היחיד בין האירועים הוא זהותו הלאומית של המבצע, יכולה להיות אחת בלבד: בהתאם למשפט החל בשטחים, עבירת ידוי אבנים באמצעות קלע דויד לעבר חיילי צה"ל על-ידי פלסטיני היא חמורה יותר מעבירת ידוי אבנים באמצעות קלע דויד לעבר חיילי צה"ל בידי יהודי.

משאלו פני הדברים, עולה השאלה אם יש הבדל אחר מעבר לזהות הלאומית של שני מבצעי העבירה, שיכול להצדיק הבדל במתחם הענישה. התשובה, לטעמנו, היא כי אם קיים הבדל שכזה הרי שהוא היה מייצר הבדל הפוך במתחמים. ראשית, מאחר שלרוב הפלסטינים אין כל חובת נאמנות לישראל או לצה"ל, ואילו לאזרחי ישראל המתגורר בשטחים יש חובת נאמנות לישראל ולצה"ל, הרי שמתבקש כי אם היה הבדל במתחמי הענישה הרי שעליו להיות הפוך מההבדל הקיים, כיוון שבעצם פעולתו של האזרח הישראלי כנגד חיילי צבאו הוא מפר גם את חובת הנאמנות שלו למדינתו.<sup>17</sup> שנית, העובדה כי על פי המשפט ההומניטרי, הפלסטיני הוא תושב מוגן בשטח כבוש, ואילו האזרח הישראלי המתגורר בשטחים נמצא בהם בניגוד להוראות המשפט ההומניטרי, אף היא צריכה לייצר הבדל הפוך במתחמי הענישה, מאחר שהאזרח הישראלי מפר את המשפט הבינלאומי בעצם מגוריו במקום.<sup>18</sup> לפיכך, אין כל הבדל המצדיק את החמרת מתחם הענישה של עווד אל מול מתחם הענישה של לבנון, ומכאן שאין מנוס מן הקביעה

<sup>16</sup> למעשה, לבית המשפט הצבאי הייתה סמכות מלאה לשפוט גם את אבנר לבנון, ומנעה זאת רק בחירתן של רשויות התביעה החל משנות ה-80 להעמיד לדין ישראלים ממוצא יהודי החשודים בביצוע פשעים בשטחים בבתי המשפט בישראל.

<sup>17</sup> בתי המשפט בישראל נוהגים להזכיר זאת כאשר הם שופטים פלסטינים בעלי אזרחות ישראלית. ראו ע"פ 2131/03 לטיפה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.12.2003). שם נאמר מפי השופט לוי כי "התקופה בה אנו חיים היא עקובה מדם, והכל, ובעיקר אלה החייבים נאמנות למדינת ישראל מצוים לנקוט בכל אמצעי אשר עשוי לצמצם את היקפם של מעשי הטרור. לאותה מטרה מצוים גם בתי המשפט להרים את תרומתם".

<sup>18</sup> זו העמדה המקובלת באופן גורף במשפט הבינלאומי לפירוש פס' 6 לס' 49 באמנת ג'נבה הרביעית. לשפע האסמכתאות ראו Orna Ben-Naftali & Rafi Reznik, *The Astro-Nomos: On International Legal Paradigms and the Legal Status of the West Bank*, 14 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 399, 415–416 (2015), וההפניות שם.



“לא תכירו פנים במשפט (הצבאי בשטחים)”

שההבדל בין מתחמי הענישה השונים והתפיסה המוסרית השונה, נובעים אך ורק מהשוני בזהותם האתנית-לאומית של המבצעים, יהודי מזה וערבי מזה. לא נכפה על בתי המשפט הצבאיים לאמץ על דרך הפסיקה את תיקון 113, אולם מרגע שעשו זאת נחשפה האמת בכל הנוגע לענישה המחמירה שבה הם נוהגים, כמו גם העובדה שהיא אינה קשורה להיעדר שיקום ולהרתעת הכלל והפרט. הענישה קשורה אפוא לזהות הנאשמים ולה בלבד. להבנתנו, לתופעה המשפטית שבה שני בני אדם המבצעים מעשים זהים בתנאים זהים זוכים לצדק שונה באמצעות מערכות משפט שונות רק בשל זהותם הלאומית, יש רק שם אחד ידוע לשמצה.

### ג. על החוק הישראלי בבתי המשפט הצבאיים

בגזר הדין נימק בית המשפט הצבאי את בחירתו להתעלם ממתחמי הענישה שנקבעו בישראל לעבירה שבה הורשע עווד בכך שהוא “לא סבור שיש לתור אחרי מתחמי ענישה בשדות זרים, או זרים למחצה”,<sup>19</sup> ובכך המשיל את הדין הישראלי לשדה משפטי הזר למשפט הצבאי. קביעה זו של בית המשפט הצבאי נוגדת את רוחו של שאר גזר הדין. למעשה, למעט התייחסותו של בית המשפט הצבאי לפסיקת בית המשפט הצבאי לערעורים, אשר קבעה את מתחם הענישה המחמיר, יתר גזר הדין מתייחס אך ורק לחקיקה ולפסיקה ישראליות.

בית המשפט התייחס לתיקון 113 לחוק העונשין הישראלי ככלי לקביעת העונש. לאחר מכן בחר בית המשפט הצבאי להתייחס דווקא לפסק דין של בית המשפט המחוזי בירושלים,<sup>20</sup> כאשר ניתח את הדרך לקביעת מתחמי ענישה בעבירות של ידוי אבנים. לאחר מכן, הקדיש בית המשפט הצבאי שני עמודים מתוך חמשת עמודי גזר הדין לקביעת עונשו של עווד, תוך שהוא סוקר כל סעיף ותת-סעיף בסימן א' : הבנית שיקול הדעת השיפוטי בענישה בחוק העונשין הישראלי. מן האמור עולה כי כל ההנמקה המשפטית של גזר הדין נשענת על הדין הישראלי, אותו “שדה משפטי זר”. בן נתן מציגה במאמרה,<sup>21</sup> את שלל הדרכים והאמצעים שבהם החוק הישראלי חודר למשפט הצבאי ואת ההשפעות של חדירה זו וסיבותיה. טענותיה של בן נתן מתמקדות

<sup>19</sup> עמ' 3 לגזר הדין.

<sup>20</sup> ת"פ (י-13) 49990-03-13 מדינת ישראל נ' מוחמד בן עלי פרחאן, פורסם בנבו (25.02.14)

<sup>21</sup> סמדר בן נתן “יושבים בתוך עמם: החלת המשפט הישראלי בבתי המשפט הצבאיים בשטחים” תאוריה וביקורת 43, 45 (2014).



בעיקר באימוץ הסדרים מהחוק הישראלי באמצעות הפסיקה.<sup>22</sup> לטענתה, אימוץ זה פוגע באפשרות הייצוג של פלסטינים, מאחר שרוב הסנגורים המייצגים בבתי המשפט הצבאיים הם פלסטינים שאינם בקיאים בחוק הישראלי, כמו גם בשפה העברית. מכאן, שהם אינם יכולים פעמים רבות לספק הגנה אפקטיבית ללקוחותיהם, ודאי כאשר התובעים בבתי המשפט הצבאיים הם עורכי דין דוברי עברית שהוכשרו במערכת המשפט הישראלית.<sup>23</sup> עוד טוענת בן נתן, כי תופעה זו מייצרת סיפוח זוחל, שבו החוק הישראלי מוחל דה פקטו על פלסטינים בבתי המשפט הצבאיים.<sup>24</sup>

לטענתנו, פסק דינו של עווד חושף פן בעייתי נוסף באימוץ הסדרים מן החוק הישראלי באמצעות פסיקת בית המשפט הצבאי, שכן מדובר במעין אימוץ על תנאי, או נכון יותר, אימוץ עם תנאים אשר אינו יוצר מציאות משפטית ברורה. כאשר בית המשפט הצבאי מאמץ הסדר מן המשפט הישראלי באמצעות פסיקה, הוא נוקט ברטוריקה ידועה של הוספת סייג כי קבלתו של ההסדר היא בהתחשב במציאות הייחודית בשטחים. כך קבע נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים נתנאל בנישו בהחלתו את תיקון 113 לחוק העונשין בבתי המשפט הצבאיים:<sup>25</sup>

"ודוק כבנושאים אחרים בהם מאמצים אנו הסדרים מתוך הדין הישראלי במסגרת פסיקתית, מן הראוי כי ביהמ"ש יתאים את הדברים למציאות המיוחדת השוררת באזור, אשר עשויה לעיתים להצדיק שקילת שיקולי ענישה נוספים ובעיקר יצירת איזונים שונים בין אותם שיקולים".<sup>26</sup>

דרך רטורית נוספת שבה נוקט בית המשפט הצבאי באמצעו הסדרים חוקיים מן הדין הישראלי, היא הכרזה כי רוחם של ההסדרים חלה בשטחים. לטענתנו, אימוץ הסדרים חוקיים באופן זה, מייצר מציאות משפטית בעייתית מאוד המאפשרת מצד אחד לשופטי בית המשפט לחוש בסביבה משפטית מוכרת המתכתבת עם שיח זכויות האדם הקיים במשפט הישראלי, ומהצד האחר לייצר מציאות שבה אותן זכויות הן זכויות חלשות שאינן זהות בעוצמתן לזכויות הניתנות בחוק.

דוגמה לכך ניתן למצוא בכל הנוגע לזכויות נחקרים קטינים בבתי המשפט הצבאיים. בעניין אבו רחמה קבע שופט בית המשפט הצבאי לערעורים (כתוארו אז) משניות, כך:<sup>27</sup>

"אף שהוראות תיקון מס' 14 לחוק הנוער אינן חלות באזור, לא ניתן להתעלם מהרוח הנושבת מהן, ומהעקרונות העומדים ביסודן בדבר

<sup>22</sup> שם, בעמ' 59.

<sup>23</sup> שם, בעמ' 66.

<sup>24</sup> שם, בעמ' 68.

<sup>25</sup> ראו לעיל ה"ש 9.

<sup>26</sup> שם, בעמ' 5.

<sup>27</sup> ע/2919/09 התביעה הצבאית נ' אבו רחמה (פרסם בנבו, 31.8.2009).





“לא תכירו פנים במשפט (הצבאי בשטחים)”

ההגנה על זכויותיו של קטין, גם אם הוא חשוד בכיצוע עבירות, ומתן משקל דומיננטי לעיקרון העל של טובת הקטין, כפי שנאמר בהצעת החוק. בסופו של דבר, קטין הוא קטין הוא קטין, בין אם הוא מתגורר במקום שהחוק הישראלי חל עליו במלואו, ובין אם הוא מתגורר במקום אחר שהחוק הישראלי אמנם אינו חל בו במלואו, אך הוא נתון להשפעה ממשית של שיטת המשפט הישראלית [...] תיקון מס' 14 כולל כאמור גם מגבלות על חקירתם של קטינים. מדובר במגבלות שראוי היה ליישם אותן, בעיקרו של דבר, בכל שיטת משפט מתוקנת, גם אלמלא היה להן עיגון מפורש בחקיקה”<sup>28</sup>.

מאז אותה החלטה התחיל בית המשפט הצבאי לבחון את חקירותיהם של קטינים פלסטינים באמצעות הכללים שנקבעו בתיקון 14 לחוק הנוער,<sup>29</sup> אולם על אף הביקורת שמתח בית המשפט הצבאי מפעם לפעם על חקירתם של קטינים פלסטינים בניגוד לכללים המופיעים בתיקון 14, אין לביקורת זו כמעט כל משמעות פרקטית על זכויותיהם של נאשמים קטינים. האימוץ הרך של החוק הישראלי אינו מאפשר, למשל, לבית המשפט לפסול את אמרתו של קטין רק בגלל שנחקר בשעות לילה מאוחרות או שלא בנוכחות הוריו, מאחר שאין כל חוק רשמי המחייב חוקרי משטרה בשטחים לנהוג כך, ואין לצפות מכל חוקרי המשטרה שיהיו רגישים דיים כדי לתקשר עם רוחו של תיקון 14 לחוק הנוער. הסדר גמיש נוסף שכזה נוגע לתחולתם של חוקי סדר הדין הפלילי השונים על בתי המשפט הצבאיים. למרות התייחסויות חוזרות ונשנות בפסיקה הצבאית לסדר הדין הפלילי בישראל, הרי שתחולתו על בית המשפט הצבאי היא שוב במובן ה”ספיריטואלי” בלבד. רוחו מרחפת מעל, אך לרוח של חוק אין את אותן השינויים כשל חוק אמיתי הכתוב שחור על גבי לבן. כך ציין השופט גורדון בעניין נחלה:

“דומה כי בדברנו דלעיל לא חידשנו דבר. הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואף חוק סדר הדין הפלילי [...] אינם חלים באופן ישיר באזור, עמדנו לא אחת על כך שמנחים אנו עצמו לפעול לפי רוחם, במגבלות המתעוררות מן המצב הביטחוני המיוחד בו פועלים ביהמ”ש הצבאיים באזור”<sup>30</sup>.

האימוץ הלא מחייב של שיטת המשפט הישראלית באמצעות הפסיקה, הוא זה שאפשר לבית המשפט הצבאי לכתוב את גזר הדין של עווד תוך התייחסות בלתי-פוסקת לחוק ולפסיקה בישראל. כך יכול היה בית המשפט הצבאי לנתח את מתחם הענישה הרצוי,

<sup>28</sup> שם, בעמ' 4.

<sup>29</sup> ע/2683/11 התביעה הצבאית נ' עמורי, (פורסם בנבו, 13.12.2011).

<sup>30</sup> ע/1271/06 התביעה הצבאית נ' נחלה, פורסם בנבו (26.6.2006).



כאשר מושג מתחם הענישה כלל אינו חלק מהחקיקה הצבאית; לבחון את מיקומו של העונש בתוך המתחם באמצעות סעיפי חוק מתוך החוק הישראלי, ועם כל זאת לקבוע כי אין לו צורך להתייחס למתחמי הענישה בדין הישראלי מאחר שמדובר בשדות משפטיים זרים לדין הצבאי.

הבעייתיות הטמונה בטכניקה הזו ברורה לעין. היא מאפשרת לשופטי בית המשפט הצבאי לחוש בנוח בעת כתיבת פסקי הדין תוך ציטוט פסיקה וחקיקה ישראלית ואזכורם של חוקי היסוד הישראליים ושלל זכויות למכביר, אולם הם אינם צריכים להתמודד באותו כובד ראש עם ההשלכות של הפרתם של אותם חוקים, זכויות והלכות, שהרי כאשר עולה הצורך בסופו של יום להרשיע, לעצור או להחמיר, תמיד ניתן לטעון כי הדין הישראלי הוא שדה משפטי זר או זר למחצה, ולחזור לחיקו החם והטוב של הדין הצבאי.

#### ד. במקום סיכום – עוד הערה על העברית והתרבות העברית במשפטם של פלסטינים בבתי המשפט הצבאיים

עודד הואשם ביידוי אבנים באמצעות "קלע דוד", כך לשון כתב האישום. "קלע דוד" הוא מושג בעברית המתייחס לכלי הנשק שבו הכה דוד את גוליית הפלישתי, בסיפור אשר אומץ בחום על-ידי התנועה הציונית כסמל למאבקם לחירות של מעטים מול רבים<sup>31</sup>. מדוע אם כך בחרה התביעה הצבאית לשים ביידוי של עווד "קלע דוד" דווקא, האם לא נכון היה לומר כי הנאשם יידה אבנים באמצעות "קלע" לעבר כוחות הביטחון? כיצד דוד קשור לעניין?

כאמור, עם השנים הפכו בתי המשפט הצבאיים לבתי משפט לפלסטינים בלבד. הם אינם עוד בתי המשפט של השטח הגיאוגרפי שנתפס בשנת 1967, אלא בתי משפט של פלסטינים תושבי השטח כאשר ישראלים ואזרחים זרים שאינם פלסטינים החשודים בביצוע מעשים באותו השטח מועברים לבתי המשפט בישראל. מכאן, שה"לקוחות" היחידים של בתי המשפט הצבאיים הם פלסטינים דוברי ערבית. על אף האמור, רובם המוחלט של השופטים המופיעים בבתי המשפט הצבאיים אינו דובר ערבית, וכתבי האישום, הפרוטוקולים ופסקי הדין נכתבים בעברית<sup>32</sup>, ומתורגמים לערבית בעל פה על-ידי מתורגמן באולם בית המשפט.

<sup>31</sup> NUR MASALHA, THE BIBLE AND ZIONISM: INVENTED TRADITIONS, ARCHAEOLOGY AND POST-COLONIALISM IN PALESTINE-ISRAEL, 56 (2007).

<sup>32</sup> בג"ץ 2775/11 ע"ד ח'אלד אלעארג' נ' אלון פיקוד המרכז (פורסם בנבו, 3.2.2013). שם הוחלט כי כתבי האישום יתורגמו לערבית ואלו אכן מתורגמים, אולם לא עם הגשתם אלא בערך כחודש לאחר הגשתם ולאחר ההחלטה על המעצר עד תום ההליכים, באם ניתנת כזו.



“לא תכירו פנים במשפט (הצבאי בשטחים)”

בסופו של יום, כאשר עווד יצא מאולם בית המשפט הונחו בידיו חמישה עמודים הכתובים בעברית הקובעים כי ירצה יותר משנה במאסר. מבחינת עווד אותם חמישה עמודים היו יכולים להיכתב גם בסינית, מאחר שהוא אינו דובר או קורא עברית. אולם, גם אם משהו היה מתרגם לו אותם, הקשר בין תוכנם לעולמו התרבותי של עווד, סטודנט להנדסה, הוא מקרי בלבד. חמשת העמודים דנים בעיקרם בחוק הישראלי, בפסיקה בישראל ובעולם מושגים שבינו לבין הנאשם אין כל קשר.

פסיקה זו כאמור אינה ייחודית בנוף ההחלטות של בתי המשפט הצבאיים. בתי המשפט הצבאיים כותבים הכרעות דין ארוכות ומפולפלות, המתייחסות למקורות משפטיים ותרבותיים רבים ומגוונים מעולמות התוכן הישראליים-יהודיים. כך לדוגמה, כאשר אבו-אלהיג'א, פעיל חמאס בכיר מג'נין, קיבל לידיו את ההחלטה בערעורו,<sup>33</sup> החלטה שנפרשה על פני 44 עמודים בשפה העברית, נאלץ עורך דינו (עו"ד ריאד אניס ז"ל) להסביר לו את הכתוב בה, ובין השאר גם את הדברים הבאים:

“אף במשפט העברי הקדום הודגש הצורך בביצוע כל חלקי העבירה על ידי אותו אדם על מנת שיתחייב בדין. כך מצינו במסכת שבת צב, ע"ב בנוגע למלאכות שונות:

**“מנא הני מילי דתנו רבנן 'בעשותה' העושה את כולה ולא העושה את מקצתה. כיצד? שניים שהיו אוחזין במלגו ולוגזין בכרכו ושוכטין בקולמוס וכותבין בקנה והוציאו לרשות הרבים יכול יהו חייבין תלמוד לומר 'בעשותה' העושה את כולה ולא העושה מקצתה”** (וראה אף משנה תורה, שבת פרק א, הלכה טו).

אף בנוגע למסייע החיל התלמוד כלל דומה לפיו “מסייע אין בו ממש” (בבלי, שבת צג, ע"א). בדומה, נקבע כלל היסוד במשפט העברי לפיו “אין שליח לדבר עבירה” (בבלי, בבא קמא עט, ע"א). לעומת זאת, כבר בתקופת המקרא הוכר איסור שידול לדבר עבירה (ראה דברים, יג, ב-ו, ז-יב, יג-יז, וכן מלכים א, יד טז)<sup>34</sup>.

נכון הדבר שפעמים רבות גם בישראל נכתבים פסקי הדין של בתי המשפט בשפה משפטית מקצועית, אשר אינה נהירה לנאשמים. אולם, הדבר שונה כאשר מדובר בבתי המשפט הצבאיים. במקרה זה כלל לא מדובר בדיאלוג בין שני הצדדים אלא במונולוג. בבית משפט שבו כל הנאשמים ורוב הסנגורים הם פלסטינים דוברי ערבית, לא ניתן לפטור את השימוש במשפט העברי ובארמית בפסק דין בהתנשאות גרידא. הן השופט הצבאי העושה שימוש בתרבות הישראלית-יהודית כדי להכריע בפסק דין של פלסטיני, והן התובע הצבאי שבכתב האישום מאשים נאשם פלסטיני בשימוש ב“קלע דוד”, פשוט אינם רואים מול עיניהם את הנאשם כאדם כאשר הם מבצעים את עבודתם. החלל הנמצא מולם, שבו

<sup>33</sup> /ז 1643/05 התובע הצבאי נ' אבו-אלהיג'א (פורסם בנבו, 7.9.2011).

<sup>34</sup> שם, בעמ' 36.



מבזקי הארות פסיקה 74 | פברואר 2018  
"לא חכירו פנים במשפט (הצבאי בשטחים)"

אמורים להימצא הנאשם ובא כוחו, הוא חלל ריק. במקומו יש דמות קרטון של "נאשם" גרידא, חסר תכונות, ללא היסטוריה, ללא שפה וללא זהות. סיפורם של דוד וגוליית קיים גם בתרבות הערבית. דאוד הקטן הצליח להכניע את ג'אלוט רב העוצמה ולכן ניתנה לו המלוכה. מעניין כיצד היה נראה משפטו של עווד לו עובדות כתב האישום נגדו היו מציינות כי הוא, בחור צעיר וצנום ממדים, יצא ליידות אבנים באמצעות "קלע דאוד", כאשר כוח גדול חמוש וממוגן של הצבא הישראלי פלש לכפרו.