



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7932/08

בפני : כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

העותר : דראר אלחרוב

נגד

המשיבים : 1. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון
2. היועץ המשפטי באזור יהודה ושומרון

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : ד' בטבת תש"ע (21.12.09)

בשם העותר : עו"ד זכי כמאל
בשם המשיבים : עו"ד הילה גורני

פסק דין

השופט א' רובינשטיין:

א. ביום 3.3.05 הרשיע בית המשפט הצבאי ביהודה את העותר בחברות ופעילות בתנועת החמאס, ובנסיון לגרימת מוות בכוונה. עניינה של העבירה האחרונה הוא מעורבות דומיננטית של העותר בשיגור מחבל מתאבד לבית הקפה "קפית" בירושלים. בשל תקלה טכנית לא הצליח המחבל להפעיל את המטען, והוא נעצר. ביום 3.3.05 נגזר על העותר, ברוב דעות, מאסר עולם (דעת המיעוט הציעה להסתפק בעונש של 27 שנות מאסר). ערעור שהוגש לבית המשפט הצבאי לערעורים נדחה ביום 27.7.05. עתירה שהוגשה לבית משפט זה בעניין חומרת העונש נדחתה בהמשך (בג"צ 10416/05 אלחרוב נ' בית המשפט הצבאי ביהודה (לא פורסם) להלן ההליך הקודם).

ב. ביום 17.9.08 הוגשה העתירה הנוכחית, המכוונת על פניה כלפי סבירותה של תחיקת הביטחון באזור יהודה ושומרון. נטען, כי בניגוד לעקרון האחידות בענישה, מאפשרת תחיקת הביטחון להשית מאסר עולם בגין ניסיון לגרימת מוות בכוונה, בעוד שבישראל העונש המרבי על ניסיון רצח הוא עשרים שנות מאסר (סעיף 305 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977). נטען, כי יש להשית עונשים זהים בגין עבירות זהות (ע"פ 419/81 פייביש נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 701, 706), לרבות כאשר הן נדונות בערכאות שונות (בהיקש לבג"צ 10720/06 פריד נ' בית המשפט הצבאי לערעורים (לא פורסם)). עוד נטען, כי הפערים בין רמת הענישה מביאים להפליה בין נאשמים העומדים לדין באזור לנאשמים העומדים לדין בישראל.

ג. הוסף, כי בתי המשפט בישראל ובאזור מתמודדים אלה ואלה עם תופעת הטרור, ואין הצדקה עובדתית לרמות הענישה השונות. נטען גם, כי למעשה גוזרים בתי המשפט הצבאיים מאסר עולם בכל מקרה של גרימת מוות בכוונה, ולפיכך יש לראותה כעבירה שנקבע לה עונש חובה (עליה לא חל סעיף 19 לצו בדבר כללי אחריות לעבירה (אזור יהודה ושומרון) (מס' 225), תשכ"ח - 1968 בין בנוסח שהיה בתוקף בזמן משפטו של העותר ובין בנוסחו כיום). במישור הקונקרטי הוזכר, כי על המחבל המתאבד עצמו (תושב מזרח ירושלים) גזר בית משפט בישראל 22 שנות מאסר בלבד (תפ"ח (ירושלים) 5021/02 מדינת ישראל נ' משעל (לא פורסם)).

עמדת המשיבים

ד. לשיטת המשיבים, חרף האדרת העקרונית שעוטה העתירה, מדובר בניסיון נוסף להביא להקלה בעונשו של העותר, ויש לדחותו על הסף. נאמר, כי הטענה העקרונית לגבי הצורך בהאחדת הענישה היא כוללנית, וככזו אין להיעתר לה (בג"ץ 9242/00 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הביטחון (לא פורסם)). אשר לטענה הנקודתית בדבר הצורך לקבוע עונש מרבי נמוך יותר בגין ניסיון לגרימת מוות בכוונה, נטען כי בית משפט זה הכיר בעבר בלגיטימיות של ההבדלים בין הדין בישראל לתחיקת הביטחון, לרבות ההבדלים ברמת הענישה (בג"צ 1073/06 מסאלמה נ' בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש (לא פורסם)). נטען כי המפקד הצבאי סבר, שבמסגרת המאבק בטרור בכלל, ובתופעת המפגעים המתאבדים ומשלחיהם בפרט, יש לקבוע עונשים מרתיעים גם על עבירות ניסיון - ובשיקול דעתו לעניין זה אין מקום להתערב. במישור הקונקרטי הוזכר, כי על שותפים נוספים של העותר הושת מאסר עולם, כי עתירה שהגישו לבית

משפט זה נדחתה (בג"צ 3450/06 דויב נ' המפקד הצבאי (לא פורסם)), וכי כך נגזר גם על אחרים שהורשעו בבתי המשפט הצבאיים בניסיון לגרימת מוות בכוונה. אשר למחבל שנדון בישראל לעשרים ושתיים שנות מאסר, הוזכר כי עניינו עמד לנגד עיני בתי המשפט הצבאיים, ובית המשפט הצבאי לערעורים קבע, בין היתר, כי יש להחמיר בעונשו של המשלח יותר מבזה של המחבל עצמו.

הדיון בפנינו

ה. בדיון ציין בא כוחו המלומד של העותר, כי "אין מדובר עוד בעניינו הספציפי של העותר, שקיבל את יומו וקיבל את הדין. ואולם, במישור הציבורי, לעקרון אחדות הענישה יש לתת ביטוי, כך שלא הפורום השיפוטי שבחרה התביעה יקבע את התוצאה העונשית. באת כוח המשיבים טענה, כי המדובר בשתי מערכות דין, ותחיקת הביטחון עומדת לעצמה; אין הכרח כי קיומה של הוראה ספציפית בישראל יחייב העתקתה לאזור.

הכרעה - על סמכות ועל שיקול דעת

ו. לאחר העיון החלטנו שלא להיעתר לעתירה, שהסבה עצמה מפסי השגה אישית של העותר לפסי עתירה ציבורית, דבר שאינו נטול בעייתיות. אין חולק, ובא כוח העותר הצהיר זאת בדיון, כי בכל הנוגע לעותר דנא המדובר בגזר דין חלוט שעמד לביקורת בבית משפט זה, ואין מקום או אפשרות לשנות ממנו. עוד נזכיר, כי בית משפט זה קבע, כי נוכח "החומרה היתירה שבמעשי העותר כיוזם הפיגוע וכמשלחו של המחבל המתאבד, נראה כי השוני בענישה בין העותר למשעל (המחבל המתאבד - א"ר) מבוסס במקרה הנדון על טעמים ראויים גם לגופם של דברים" (פסקה 7 לפסק הדין בהליך הקודם מפי השופטת חיות).

ז. אף במישור הכללי לא מצאנו מקום להיעתר לעתירה, על-ידי חיוב המפקד הצבאי (הוא המחוקק באזור; ראו בג"צ 10104/04 שלום עכשיו - שעל מפעלים חינוכיים נ' רות יוסף, הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון (לא פורסם)); בג"צ 2612/94 שעאר נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה, פ"ד מח(3) 675 לתקן את הדין באזור, באופן שלא יתן לבתי המשפט באזור סמכות לגזור מאסר עולם בגין ניסיון לגרימת מוות בכוונה. בעניין מסאלמה נזדמן לי לומר:

"לטענה בדבר הצורך בהשוואה בין רמת הענישה באזור לרמת הענישה בישראל אין מקום להיעתר ככלל. עניין זה עומד כמובן בבסיס ההבדלים שבין העונשים הקבועים בחוק הישראלי לבין העונשים בתחיקת הביטחון השוררת באזור, והוא נובע מן התמודדות עם הנסיבות באזור. בתי המשפט באזור רשאים, כמובן, לשוות לנגד עיניהם את הנעשה בישראל בעניינים אלה, אך הדין שהם פועלים לפיו הוא הדין באזור, ואם פעלו בגדרו אין מקום ככלל להתערבות בכך".

והדברים אושרו בהחלטת השופט (כתארו אז) ריבלין מיום 17.7.06 לדחות בקשה לדיון נוסף (דנג"צ 3316/06 מסאלמה נ' מדינת ישראל (לא פורסם)), ובהחלטת השופטת ארבל מיום 5.2.07). על דברים אלה חזר בית משפט זה בהזדמנויות נוספות (ראו, בין היתר, בג"צ 1969/07 עוויאס נ' בית המשפט הצבאי בשומרון (לא פורסם) פסקה 6; 3944/08 שנאבן נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 10).

ח. על פי הפסיקה, קיומו של פער בין הדין באזור לדין בישראל, כשלעצמו, אינו עילה להתערבות שיפוטית, והוא נובע מהנסיבות - ההיסטוריות והאקטואליות - השונות. אכן, דעת לנכון נקל כי לאורך ארבעים ושתיים שנה שלאחר מלחמת ששת הימים, נוצרה קרבה מוסדית ומהותית בין מערכות המשפט בישראל ובאזור, ואף שהן ישויות משפטיות נפרדות, יש פעפוע טבעי מן המשפט בישראל למשפט באזור. מראית העין של דגל ישראל, שופטים ישראלים ותובעים ישראלים, וכמובן מחוקק חקיקת הביטחון שהוא ישראלי - אינה עניין של מה בכך. ועוד, בית משפט זה יכול לדון בטענות כלפי חוקיות פעולותיו של המפקד הצבאי, ובכלל זאת התקנת צוים (בג"צ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701; בג"צ 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197). אך אחר שאמרנו כל אלה, שוני פלוני אלמוני בין הדין באזור לדין בישראל אינו מצדיק כשלעצמו התערבות.

ט. יתר על כן, בידוד סעיף חוק אחד והשוואתו לדין הנוהג בישראל אינה דרך ראויה לבחינת סבירותה של תחיקת הביטחון. לענייננו די לציין, כי בהקשר זה של עבירות הריגה דין האזור אינו תמיד מחמיר יותר. כך, דין האזור אינו כולל עונשי חובה אפילו בעבירה של גרימת מוות בכוונה - וכשם שניתן לבית המשפט שיקול דעת רחב בעבירה המושלמת, כך ניתן לו גם בעבירת הניסיון. אין די איפוא בעצם ההצבעה על פער בין רמת הענישה המרבית בישראל לרמת הענישה המרבית באזור כדי לבסס עילה להתערבות. אילו רצה העותר לתקוף את רמת הענישה הקונקרטי שנקבעה בתחיקת הביטחון לעניין סעיף מסוים, היה עליו להראות מדוע סעיף זה אינו סביר, או אינו בסמכות המפקד הצבאי (השוו לדיון שנערך בע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל,

פ"ד נו(5) 529); אך לא כך עשה - וספק אם יש בסיס לטענות מסוג זה, כלפי סעיף המקנה לבית המשפט שיקול דעת לגזור מאסר עולם על נסיון לגרימת מוות בכוונה. ודוק, שיקול דעת אינו "עונש חובה".

י. תחיקת הביטחון אינה מחייבת איפוא מאסר עולם, אלא מקנה לבית המשפט שיקול דעת להשיתו. ואכן, המקרים הרגילים בהם מועלית טענה של אחידות בענישה נוגעים לעונשים שהשיתו בתי משפט במקרים קונקרטיים - ולא לסמכות העקרונית בתחיקת הביטחון. כך, היו מקרים בהם העונש שהשיתו בתי משפט בישראל היה חמור מהעונש שהוטל בידי בתי משפט באזור, והנאשמים ביקשו להשוות את עצמם לרמת הענישה הנוהגת באזור (ראו ע"פ 902/06 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ע"פ 11294/03 פואקה נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). לעומתם היו מקרים בהם ביקשו נאשמים שדינם נגזר באזור להחיל עליהם את רמת הענישה המקובלת בישראל (לדוגמה בג"צ 9225/06 פלוני נ' בית המשפט הצבאי בשומרון (לא פורסם); עניין עוויאס; עניין מטאלמה). הכלל במקרים כאלה - הסוג הראשון והסוג השני - הוא, כי אין בפער כשלעצמו כדי להצדיק התערבות. עינינו הרואות כי הדברים פועלים לשני הכיוונים.

י"א. אכן, ובהמשך לנאמר מעלה, בבואם לגזור את הדין ראוי לבתי המשפט הצבאיים לשוות לנגד עיניהם את הנעשה בישראל:

"ראוי שבתי המשפט באזור ישוו לנגד עיניהם את הנעשה בישראל בעניינים אלה. אין משמעות הדבר כמובן השוואה מיניה וביה, וכנאמר בפסק הדין מטאלמה, נובעים ההבדלים בין החוק בישראל לתחיקת הביטחון מהתמודדות עם הנסיבות באזור. אך אף אם מדובר בשני מקורות סמכות שונים ו'כובעים' ריבוניים שונים, 'הלוא אב אחד לכולנו' (מלאכי ב', י'), קרי - במהות - מדינת ישראל חופה על הכל. גם מראית העין מצדיקה כי בתי המשפט הצבאיים באזור יתנו דעתם תדיר לפסיקה המקבילה בישראל, אף שאין הם כבולים בה מתוך הדין המחייב ומתוך שוני הנסיבות" (עניין דויב).

דבר זה מתחייב מן השכל הישר ומן המציאות המורכבת של הפרדה משפטית מוסדית - אך קרבה גיאוגרפית ומהותית במובנים שונים. ואכן, בית המשפט הצבאי לערעורים העיד על עצמו בשנת 2003, כי לא בנקל יגזור עונש מאסר עולם שלא בעבירה של גרימת מוות בכוונה (ע' (איו"ש) 120/02 נופל נ' התובע הצבאי (לא פורסם)). הוטעם, "כי קיומה של סמכות לגזור מאסר עולם, אף אם קיימת בצדה הצדקה עקרונית לעשות כן, לא תוכל להצדיק שימוש רגיל ונרחב בעונש זה בכל מקרה של ניסיון לגרימת מוות

בכוונה" (ההדגשה במקור). בכלל נימוקיו להימנעות מהטלת עונש מאסר עולם כדרך המלך, התייחס בית המשפט לערעורים גם להשוואה עם הדין בישראל:

"הגם שדיני העונשין הישראלים אינם חלים באזור, הרי שכל המעורבים בהליכים הפליליים המתנהלים בבתי המשפט הצבאיים אמונים על השיטה הישראלית, הגורסת כי מאסר העולם שמור אך לאלה אשר פגעו בפועל בערך המוגן היקר ביותר, חיי אדם. אף לאחר תיקון 39, אשר ביטל את האבחנה המסורתית שבין העבירה המושלמת לבין עבירת הניסיון, עדיין נותרה בישראל עבירת הניסיון לרצח כעבירה עצמאית, אשר העונש המרבי הקבוע לצידה הנו 20 שנות מאסר בלבד (ס' 305 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977)".

י"ב. אמנם ישנם מקרים בהם משיתים בתי המשפט הצבאיים מאסר עולם גם על נאשמים שלא הורשעו בעבירה של גרימת מוות בכוונה (דוגמת המקרה שלפנינו), וקיים מנחים לכך נקבעו בעניין נופל. ברם, העיקר הוא שהדבר נעשה כאשר גם הדין בישראל מובא בחשבון השיקולים, במסגרת שאר שיקולים. במקרה שלפנינו הקדישו בתי המשפט הצבאיים חלקים נרחבים מפסקי דינם לשאלת המשקל שיש לתת לדין הישראלי (ולעונש שכבר נגזר על המחבל בבית המשפט המחוזי בירושלים), ונתנו לו את המשקל הראוי. אשר לתוצאתם, זו כבר אושרה בהליך הקודם ובעניין דויב. לא אמנע מאמור, בהמשך לדברי השופטת חיות בבג"ץ 10416/05, כי לעיתים קרובות מעשיהם של משלחי מתאבדים חמורים מאלה של הנשלחים, ורוב מלים אך למותר.

100 דבר

י"ג. אין עילה לחייב את המפקד הצבאי לקבוע כי בתי המשפט לא יוכלו להשית עונש מאסר עולם בעבירה של ניסיון לגרימת מוות בכוונה. בעניין זה, כמו בעניינים אחרים, ולכיוונים שונים, שונה הדין באזור מהדין בישראל, ואין בכך כשלעצמו פסול. ועם זאת לבתי המשפט הצבאיים באזור שיקול דעת, ועליהם להפעילו תוך שהם מביאים בחשבון, במקרים המתאימים, בין יתר הנסיבות הקשורות לנאשם הספציפי ולמצב הבטחוני הייחודי לאזור, גם את הדין ואת רף הענישה המרבי בישראל. בכל הנוגע לעותר הספציפי, העונש שהושת עליו נבחן בהליך הקודם, ונמצא ראוי כשלעצמו.

י"ד. על כן, ובנתון לכך, לא נוכל להיעתר לעתירה.

ניתן היום, י"ב בטבת תש"ע (29.12.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 08079320_T05.doc עש + מפ
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il