

1. **צובחיה מוסא עבד אבו רחמה, ת.ז. *******
2. **מועצת הכפר בילעין**
3. **"יש דין" – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם,**
ע"ר 5804422

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או אמילי שפר עומר-מן
ו/או מיכל פסובסקי ו/או מוריה שלומות ו/או סופיה
ברודסקי, כולם מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב 6777812;
טל': 03-6206947, פקס: 03-6206950

העותרים

-- נ ג ד --

1. **היועץ המשפטי לממשלה**
 2. **פרקליט המדינה**
 3. **הפרקליט הצבאי הראשי**
 4. **התובעת הצבאית הראשית**
- באמצעות ב"כ עו"ד רועי שויקה מפרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

המשיבים

עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 23.4.17 ובהתאם לארכות שניתנו, מוגשת בזה עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי ולפיה מתבקש בית המשפט לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא יורו על הגשת כתבי אישום:

1. בעבירת המתה נגד הלוחם שפעל מהעמדה הידועה כ"עמדת הגייפ" ואשר ירה את הירי הקטלני שפגע והרג את באסם אבו רחמה ז"ל, בנה של העותרת מס' 1, במהלך הפגנה בלתי אלימה בכפר בלעין שבגדה המערבית הכבושה ביום 17 באפריל 2009 (להלן: "האירוע");

2. בעבירות סיכון החיים והבריאות ו/או עבירות רשלנות בנשק, נגד החיילים ו/או השוטרים שעשו שימוש במטולי רימונים במהלך האירוע בכינון ישיר ובניגוד להוראות הפתיחה באש ;
3. נגד המפקד/ים שפעלו בזירה בעת האירוע בגין אחריותם הישירה והפיקודית הן להריגתו של באסם אבו רחמה והן לירי הבלתי חוקי של רימונים שבוצע במהלך האירוע, וזאת לנוכח הראיות המצביעות על מחדליהם בהנחיית פקודיהם לגבי הוראות הזהירות ולנוכח מחדליהם במתן ההוראות הנדרשות לשם הפסקת הירי הלא חוקי בעת שהתרחש.

ב. לחלופין - מדוע לא יורו על נקיטה בצעדים משמעותיים :

1. נגד החיילים ו/או השוטרים שעשו שימוש במטולי רימונים במהלך האירוע, בכינון ישיר ובניגוד להוראות הפתיחה באש ;
2. נגד המפקד/ים שפעלו בזירה בעת האירוע בגין אחריותם הישירה והפיקודית וזאת לנוכח הראיות המצביעות על מחדליהם בהנחיית פקודיהם לגבי הוראות הזהירות ולנוכח מחדליהם במתן ההוראות הנדרשות לשם הפסקת הירי הלא חוקי בעת שהתרחש.

ג. בנוסף ולחלופין - מדוע לא יורו על נקיטה בצעדים פיקודיים :

1. כנגד המפקד/ים של החיילים ושוטרי מג"ב שנכחו בעת האירוע ולנוכח הראיות המצביעות על מחדליהם בהנחיית פקודיהם לגבי הוראות הזהירות ;
2. כנגד מי שימצא כאחראי לכך שלא היו בעת האירוע הוראות ביחס לטווחי זהירות הנדרשים בעת שימוש במטולי רימונים.

ד. בנוסף – מדוע לא יורו על נקיטה בצעדים משמעותיים ו/או פיקודיים כנגד מי שאחראי לאובדן תיק חקירת האירוע.

ה. ולבסוף – מדוע לא יורו על נקיטה בצעדים משמעותיים ו/או פיקודיים כנגד מי שאחראי למחדל שחל בהוראות הפתיחה באש בעת קרות האירוע בכל הנוגע לטווחי מינימום לירי ממטול רימונים ולמסוכנות בירי מתחת לטווח זה.

זהותם של החיילים, הקצינים והשוטרים שנקיטה בצעדים כלפיהם מתבקשים אינה ידועה לעותרים ולפיכך הם אינם מצורפים כמשיבים לעתירה. העותרים מסכימים מראש כי אלה יצורפו כמשיבים באמצעות המשיבים 1-4.

תוכן עניינים

4.....	א. פתח דבר
9.....	ב. הצדדים לעתירה
10.....	ג. רקע עובדתי
10.....	I. האירוע
12.....	II. מיצוי הליכים: הדרישה לחקור וחוות-דעת המומחים מטעם העותרים
12.....	דרישת העותרים לפתוח בחקירה וסירוב המשיב מספר 1
14.....	חוות דעת מומחים מטעם העותרים 2010: שיחזור ממוחשב של הזירה והירי
15.....	פתיחה מאוחרת בחקירת מצ"ח
16.....	העתירה הראשונה
17.....	III. ממצאי החקירה והערר שהוגש על ההחלטה לסגור את התיק
17.....	עיון בחומרי החקירה
18.....	ממצאי החקירה וחומר הראיות
19.....	הערר על סגירת תיק החקירה
19.....	חוות דעת משלימה מטעם העותרים
21.....	העתירה השנייה
23.....	ההשגה והערר הנוסף
26.....	העתירה השלישית והחלטת המשנה לפרקליט המדינה בהשגה
27.....	ד. הטיעון המשפטי
27.....	I. ההחלטה על אי-העמדה לדין של החיילים / שוטרים שירו במהלך האירוע נגועה בחוסר סבירות קיצוני
	II. ההחלטה על אי-העמדה לדין פלילי ולחלופין משמעתי, ואי-נקיטה בצעדים פיקודיים נגד מפקדי היחידות שפעלו באירוע, נגועה בחוסר סבירות קיצוני
28.....	28.....
29.....	III. נקיטה בצעדים נגד האחראים/ם לאובדן תיק החקירה
	IV. העמדה לדין של האחראים/ם למחדל אי-ציון טווח בטיחות מינימלי לשימוש ברימוני גז בהנחיות שהיו בתוקף בעת האירוע
30.....	30.....
30.....	V. סמכותו של בית המשפט הנכבד להתערב בהחלטת המשיבים
32.....	VI. החובה להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש
33.....	ה. סוף דבר
36.....	ו. נספחים

ואלה נימוקי העתירה לצו על תנאי :

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו באירוע שהתרחש ביום 17.4.2009 (להלן: "האירוע") ושבזו קיפד את חייו בחור צעיר - **באסם אברהים אבו רחמה**, ז"ל (להלן: "באסם", "אבו רחמה" או "המנוח"). באסם השתתף בהפגנה קטנה, שקטה ובלתי אלימה שבמהלכה נורה כלפיו, ללא כל סיבה, בכינון ישיר רימון גז שפגע בחזהו והרגו במקום.
2. עניינה של עתירה זו, אם כן, **בירי בכינון ישיר שהינו במקרה הטוב רשלני ובמקרה הרע מכוון**, שביצע כלפי אבו רחמה איש כוחות הביטחון, והכל בניגוד להוראות הפתיחה באש האוסרים ירי בכינון ישיר של רימוני גז כלפי מפגינים.
3. עתירה זו מהווה עתירה מתוקנת והיא מוגשת בעקבות החלטת המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) מיום 5.3.17 (להלן: "החלטת המשנה לפרקליט המדינה"), שצורפה להודעת העדכון מטעם המשיבים מיום 7.3.17.
4. בהחלטת המשנה לפרקליט המדינה קביעות המהוות נסיגה דרמטית מעמדות שבוטאו על-ידי המשיבים בהליכים הקודמים בפרשה כואבת זו, ובמספר עניינים יש בה משום הודאה בטענות של העותרים שהועלו מיד לאחר האירוע והכחשו על-ידי המשיבים.
5. בהודעת העדכון האמורה מיום 7.3.17 מודים המשיבים לראשונה, שמונה שנים לאחר האירוע, בין היתר בעובדות הבאות שהוכחו בעבר:
 - א. שבמהלך האירוע נעשה ירי רב מעמדות שונות של רימוני גז מסוגים שונים וזאת **בכינון ישיר** ובניגוד להוראות (פסקאות 14, 21 ו-41 להחלטת המשנה לפרקליט המדינה), **ושירי זה המנוגד לנהלים הוא שפגע במנוח והרגו** (פסקה 21 להחלטת המשנה לפרקליט המדינה);
 - ב. ש"האפשרויות הרלוונטיות העיקריות נוכח הסרטונים [שתיעדו את האירוע] הינן שהירי היה מכוון או רשלני" (פסקה 24 להחלטת המשנה לפרקליט המדינה).
6. בנוסף, החלטת המשנה לפרקליט המדינה חשפה עד כמה רשלנית הייתה חקירת האירוע. בין היתר התבררו הפרטים הבאים:
 - א. שמרבית העדויות נגבו זמן עצום לאחר האירוע דבר שפגע באפשרות לקבוע ממצאים (פסקה 27, 30, 52);
 - ב. **שתיק החקירה המקורי אבד** ושעותקים של המסמכים שנותרו אינם מלאים ולפיכך ישנם חוסרים בחומר החקירה (פסקה 5 להחלטת המשנה לפרקליט המדינה). לפיכך, בין היתר לא אותרו על-ידי המשיבים חוות הדעת של יחידת

המיפוי הצה"לית וסרטוני ההדמיה שנערכו על ידה, תמונות מקוריות, סרטון ווידאו של תצפית צה"ל ועוד ;

7. עוד התבררה מהחלטת המשנה לפרקליט המדינה העובדה המחרידה הבאה: שהוראות השימוש ברימוני גז מדמיע בעלי טווח מורחב לא כללו בעת האירוע הנחייה לחיילים בדבר טווח הביטחון לשימוש בחימוש קטלני זה, ושרק לאחר האירוע ובמסגרת "הפקת לקחים" הוספו להוראות טווחי הביטחון (פסקה 22 להחלטת המשנה לפרקליט המדינה).

8. בעתירה זו, ייטען ראשית, שסגירת התיק בנימוק של חוסר ראיות מספיקות אינו סביר באופן קיצוני וזאת לנוכח העובדה שכיום הכל מסכימים כי הירי הקטלני בוצע בכינון ישיר ושלא כדיון, ושלפיכך הריגתו של אבו רחמה היא לכל הפחות גרימת מוות ברשלנות אם לא גרוע מכך.

בהקשר זה ייטען כי בתיק קיימות ראיות מספיקות להגשת כתבי אישום בגין גרימת מותו של המנוח כנגד הלוחם היורה, וכן בגין שימוש בלתי חוקי בנשק באופן המסכן את החיים כנגד מספר חיילים ושוטרים אשר תועדו יורים בכינון ישיר.

לחלופי-חלופין יטען שיש מקום לנקוט בהליכים משמעותיים נגד החיילים ו/או השוטרים שנמצא כי ירו באופן בלתי חוקי.

9. שנית, ייטען כי חלה על המשיבים החובה לנקוט בהליכים פליליים, ולחלופין משמעותיים, כנגד המפקדים שפיקדו על האירוע לנוכח אחריותם הישירה והפיקודית, בעיקר בהינתן תוצאותיו הקטלניות ובשים לב לקיומן של ראיות המלמדות על כשלים חמורים מצדם בהכשרה ואימון של החיילים אשר עשו שימוש ברימוני הגז המיוחדים שאחד מהם גרם למותו של המנוח.

10. שלישית, ייטען כי המשיבים שגו כשנמנעו מלבחון את אחריותם של המפקדים לאירוע ותוצאותיו הטרגיות במישור המשמעותי והפיקודי.

11. ולבסוף יטען כי על המשיבים לנקוט בהליכים גם כנגד מי שאחראי למחדל של אבדן תיק החקירה. המדובר בחקירת גרימת מוות שלאורך השנים ננקטו בעניינה הליכים שטרם הסתיימו והעובדה כי תיק החקירה אבד היא שערורייה שלא ניתן לעבור עליה לסדר. אבדן תיק החקירה מוסיף ומחמיר את התחושה העולה מהתנהלות המשיבים ואנשיהם בשנים שחלפו מאז קרות האירוע – תחושה של זלזול בוטה בחומרת האירוע ובכאבם של בני משפחת המנוח.

12. המנוח, בנה של העותרת מספר 1, נהרג כאמור ביום 17.4.2009 (קרי לפני למעלה משמונה שנים) במהלך הפגנה לא אלימה ומעוטת משתתפים בכפר הפלסטיני בלעין שבגדה המערבית. הפגנה קטנה ובלתי אלימה זו התקיימה סמוך לגדר ההפרדה באדמות הכפר במיקומה המקורי אשר בעת האירוע כבר הוכרז על-ידי בית המשפט הנכבד כבלתי חוקי. מאז מותו של אבו רחמה יושם פסק דינו של בית משפט נכבד זה שהורה להעביר את תוואי הגדר בבלעין מערבה, והגדר הוקמה במקום אחר באדמות הכפר. מימוש פסק-

הדין נעשה בעיכוב של ארבע שנים ולאחר שתי החלטות של בית המשפט הנכבד שקבעו כי המדינה הפרה את פסק-דינו. המנוח נהרג בתקופת ההפרה.

13. אין מחלוקת שהמנוח נהרג שעה שלא הוא ולא אף אחד אחר סיכנו את כוחות הביטחון במקום. אין מחלוקת שבאירוע לא היה שום יידוי אבנים, ושלא הייתה כל אלימות. מספר שניות לפני הירי הקטלני שקיפח את חייו נשמע אבו רחמה צועק בעברית לכוחות כי הם פגעו במפגינה אותה חשב לישראלית (מסתבר שדובר במפגינה צרפתייה אשר נפצעה באורח קל), ולאחר מכן הוא נשמע צועק בערבית כי רימון חלף בין רגליו. כעבור מספר שניות נפגע אבו רחמה מפגיעה ישירה של רימון גז מדמיע בעל טווח מוגדל בחזהו והתמוטט, **כאשר על פי הממצאים שבידי העותרים, שהיו הבסיס למאבק המשפטי ארוך השנים, וששלב זה אינם עוד במחלוקת, הירי בוצע בכינון ישיר.** אבו רחמה פונה לטיפול רפואי בביה"ח ברמאללה ושם נקבע מותו.

14. למי ששימש בתפקיד המשיב מספר 3, (וכיום משמש בתפקיד המשיב מספר 1) - אלוף אביחי מנדלבלויט - נדרשה **כמעט שנה מאז האירוע** לקבל החלטה אם לפתוח בחקירת מצ"ח. החלטתו המקורית הייתה שאין מקום לחקירה בנימוק המוזר שיתכן שהירי נעשה על-פי הנהלים (קרי בזווית של 60 מעלות) ושבאופן טרגאגי הרימון פגע בגדר, שינה מסלול ופגע בחזהו של המנוח. רק בעקבות דרישותיהם של העותרים שישקול את החלטתו מחדש, ולאחר שהעותרים הודיעו על כוונתם להגיש עתירה שכבר הכינו לבית משפט נכבד זה, ולאחר שהעבירו לידו חוות דעת מומחים מטעמם שבחנו וניתחו את שלושה סרטוני הווידאו שהנציחו את האירוע מזוויות שונות והגיעו למסקנה החד משמעית שהירי בוצע בכינון ישיר, שינה המשיב 3 דאז את החלטתו וביולי 2010 – קרי, למעלה משנה לאחר האירוע – נפתחה חקירה של המשטרה הצבאית החוקרת (מצ"ח).

15. כאשר חלפו למעלה משנתיים וחצי מאז הפתיחה בחקירה בתיק ולא התקבלה החלטה באשר להמשך ההליכים בו, וזאת על אף שהחקירה נסתיימה זמן רב לפני כן, נאלצו העותרים לעתור לבית משפט נכבד זה על מנת לכפות על המשיב 3 לקבל החלטה – בג"צ 1647/13, **צובחיה מוסא אלעבד אבו רחמה ואח' נ' הפצ"ר** (להלן: "העתירה הראשונה"). רק לאחר ובעקבות הגשת העתירה הראשונה קיבל המשיב 3 החלטה – והיא לסגור את התיק ללא נקיטה בהליכים פליליים נגד איש מהמעורבים באירוע שבו נהרג אבו רחמה (להלן: "ההחלטה הראשונה"). העותרים הודיעו אז שיגישו ערר על ההחלטה הראשונה.

16. בפסק הדין שניתן במסגרת העתירה הראשונה ביום 29.10.13, הורה בית המשפט הנכבד למשיב 3, לנוכח האיטיות הבלתי מתקבלת על הדעת שבטיפול בתיק, לטפל בדחיפות ובזריזות בערר על ההחלטה הראשונה, אשר עמד להיות מוגש ע"י העותרים. למרות זאת, **ותוך הפרת הנחייתו של בית המשפט הנכבד** המשיך המשיב 3 להתנהל באופן שהתקבל אצל העותרים כזלזול ולנהל את ההליכים באיטיות בלתי מוסברת. כך למשל, חלפו קרוב לחמישה חודשים עד שחומר החקירה הועמד לעיונם של הח"מ לצורך הגשת הערר.

17. לא זו אף זו: הערר מטעם העותרים הוגש למשיבים ביולי 2014, והחלטה לדחותה התקבלה רק בינואר 2016 **ורק בלחץ של עתירה נוספת שהגישו העותרים משחלפו**

למעלה משמונה חודשים מהגשת הערר הראשון – בג"צ 2295/15, צובחיה מוסא אלעבד
אבו רחמה ואח' נ' הפצ"ר ואח' (להלן: "העתירה השנייה").

18. לנוכח החלטת המשיבים בערר הראשון לדחות את טענות העוררים, ובהינתן שינוי בהנחיות היועץ אשר איפשר השגה על החלטות הפצ"ר, קבע בית המשפט הנכבד בעתירה השנייה כי לנוכח קיומו של סעד אפשרי (וחדש) לדחיית הערר אין מקום לדון בטענות העותרים לגופן. בהתאם להחלטת בית משפט נכבד זה, העותרים הגישו השגה וערר נוסף למשיבים 1 ו-2 דכאן במאי 2016. גם הפעם הנחה בית המשפט הנכבד (במסגרת פסק הדין בעתירה השנייה) את הגורמים הרלבנטיים להאיץ את הטיפול בתיק זה שסבל מטיפול איטי באופן שערורייתי.

19. משהשתהו המשיבים והמשיכו בגרירת רגליהם ולאחר שחלפו **כשבעה חודשים ללא שנתקבלה החלטה בהשגה ובערר שהוגשו בהתאם להנחיות בית המשפט הנכבד** נאלצו העותרים ביום 19.12.16 לשוב ולהגיש עתירה נוספת, שלישית במספר, זו העתירה הנוכחית (להלן: העתירה השלישית, או העתירה דנן). רק לאחר ובעקבות הגשת העתירה השלישית קיבל המשיב 2 החלטה בהשגה – היא החלטת המשנה לפרקליט המדינה – לדחות את ההשגה.

20. בעקבות החלטתו והשינויים החשובים בעמדת המשיבים הבאים? לידי ביטוי בהחלטת המשנה לפרקליט המדינה, מוגשת עתירה מתוקנת זו.

21. כפי שעולה מהשתלשלות הדברים, המדובר בתיק הריגתו של חף מפשע שנפל קורבן לאיטיות מחרידה של גורמי אכיפת החוק שדרשה התערבויות חוזרות ונשנות של בית המשפט הנכבד.

22. ולגופו של התיק: בעת הזו ניתן לקבוע כי אין מחלוקת כי ישנן ראיות שהירי שפגע באבו רחמה וגרם למותו בוצע **בכינון ישיר** ובאופן **בלתי חוקי**. העותרים סבורים (בניגוד למשיבים) שיש גם די ראיות לקבוע את מקורו של הירי. קביעה זו מבוססת על הראיות הרבות שקיימות בתיק זה, בין היתר **שלושה** סרטונים שתיעדו את האירוע ו**שלוש** חוות דעת מומחים שניתחו אותם, שתיים מטעם העותרים ואחת מטעם הצבא. קביעה זו אף מובילה למסקנה כי יש להגיש כתב אישום נגד היורה בגין עבירות המתה, ולכל הפחות גרימת מוות ברשלנות.

23. זאת ועוד, על פי הראיות שאינן שנויות במחלוקת, במהלך האירוע בוצע ירי מאסיבי של **רימוני גז מדמיע בכינון ישיר ובטווח קצר לעבר אזרחים אשר, כאמור, לא היוו כל סכנה לכוחות שנכחו (ראו פסקאות 14, 21 ו-41 להחלטת המשנה לפרקליט המדינה)**. ירי זה סיכן חיי אדם חפים מפשע. אחת מהיריות הבלתי חוקיות הללו גרמה למותו של אבו רחמה. **אף אם יתברר כי אין דרך להוכיח מי היה היורה שפגע במנוח, יש ראיות ותיעוד לביצוע עבירות של שימוש בלתי חוקי בנשק וסיכון חיים ובריאות**. המינימום הנדרש מהמשיבים כדי למלא חובתם כגורמי אכיפת חוק, הוא להעמיד לדין את מי שביצע ירי המנוגד להוראות הפתיחה באש וסיכון בכך את חייהם ובריאותם של הנוכחים באירוע.

לחלופין, אף אם אין ראיות המוכיחות במידת ההסתברות הנדרשת בפלילים כי יש לנקוט להעמדה לדין מי שביצע את הירי הבלתי חוקי והמנוגד להוראות, יש לנקוט בצעדים משמעותיים כנגד החיילים/שוטרים שביצעו ירי זה.

24. כמו-כן, תיק החקירה כולל עדויות חד משמעיות המצביעות על כך שהמפקדים של החיילים המעורבים באירוע לא הדריכו את פקודיהם כפי שנדרש בשימוש במטול רימונים מהסוג האמור, וכן כי אף לא נקפו אצבע כדי לוודא שחייליהם לא יבצעו ירי בלתי חוקי, בכינון ישיר, לעבר אזרחים. העותרים יטענו כי הדבר מחייב בנקיטה בצעדים הנדרשים כדי להגיש כתבי אישום כנגד המפקדים בגין אחריותם כאמור לירי הלא חוקי. **העותרים יטענו כי גם אם לא תתקבל עמדתם שקיימות ראיות מספיקות להגשת כתבי אישום פליליים, הראיות הקיימות לכל הפחות מחייבות נקיטה בצעדים משמעותיים ו/או פיקודיים.**

25. מסיבות השמורות עם המשנה לפרקליט המדינה, בהחלטתו הוא מתעלם לחלוטין מהדרישות שהעלו העותרים לנקוט בהליכים כלפי החיילים שתועדו יורים בכינון ישיר רימוני גז. החלטתו מתמקדת אך ורק בדרישה להעמיד לדין את הלוחם שירה את הירי הקטלני ובשאלת אחריות המפקדים.

26. לבסוף, עולה כי לפי הוראות הפתיחה באש שחלו בעת האירוע לא היו הוראות ביחס לטווחי מינימום לירי ממטול רימונים ולמסוכנות בירי מתחת לטווח זה. המינימום הנדרש מהמשיבים הוא נקיטה בצעדים משמעותיים כנגד מי שאחראי למחדל זה. הנחיית חיילים לגבי שימוש בנשק שמטרתו פיזור הפגנות והתמודדות עם אזרחים בלתי מושיעים הוא עניין רציני ביותר שמשמעותו, כפי שניתן לראות מתיק זה, חיי אדם. מי שכשל באופן כה חמור חייב לתת את הדין על-כך, לכל הפחות במישור המשמעותי או הפיקודי.

27. וכאילו לא די בכל אלה, מתברר עתה כי תיק החקירה אבד ושהעותקים שליקטה פרקליטות המדינה מתיקי העתירות שהוגשו אינם מלאים ולפיכך קיימים גם היום חוסרים בחומר החקירה. כך, לא אותרו על-ידי המשיבים חוות הדעת של יחידת המיפוי הצה"לית וסרטוני ההדמיה שנערכו על ידה, תמונות מקוריות, סרטון ווידאו של תצפית צה"ל ועוד. מחדל זה מחייב נקיטה בצעדים פיקודיים כנגד מי שימצא כאחראי לאובדן תיק החקירה.

28. חקירות ואכיפת הדין על אנשי כוחות הביטחון שביצעו לכאורה עבירות כנגד אזרחים פלסטינים בשטחים הכבושים, היא תחום שבו ישראל נכשלת ולאורך שנים. ראו בעניין זה בין היתר את הדו"חות הרבים של ארגונים כמו יש דין ובצלם שחקרו את התחום לפני ולפנים.¹ תיק זה מרכז מצבור של כשלים המאפיינים את החקירות של מצ"ח ואת פעולת

¹ חקירה לכאורה: כישלון חקירת חשדות לעבירות של חיילים נגד פלסטינים, יש דין (2011); עלה התאנה של הכיבוש- מערכת אכיפת החוק הצבאית כמנגנון טיוח, בצלם (2016).

הפרקליטות הצבאית. העובדה שלמרות שבפנינו אירוע שתועד משלוש מצלמות, שירי מנוגד להנחיות בוצע בו באופן מאסיבי, ושהירי הזה גרם למותו של מפגין אזרח – לא ננקט ולו צעד פיקודי או משמעותי אחד בגין האירוע – היא בושה וחרפה למערכת אכיפת החוק הצה"לית ולמערכת אכיפת החוק האזרחית שמפקחת עליה.

ב. הצדדים לעתירה

29. העותרת מספר 1 היא אמו של אבו רחמה ז"ל, תושבת הכפר בילעין, אלמנה, ואם לארבעה ילדים. בתה, ג'וואהר אבו רחמה ז"ל, נהרגה אף היא בנסיבות טראגיות ביותר לאחר ששאפה כמויות גדולות של גז מדמיע שנישא ברוח לביתה במהלך הפגנה אחרת שהתקיימה בכפר לפני כחמש שנים (עתירה בעניין אי-פתיחה בחקירה של נסיבות מותה נדחתה, בג"צ 6547/11, צובחיה אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, מיום 28.8.14). העותרת מספר 1, כמו שני העותרים הנוספים, היו העותרים בשתי העתירות הקודמות בפרשה זו - בג"צ 1647/13, צובחיה אבו רחמה ואח' נ' הפצ"ר, פסק דין מיום 29.10.13 (העתירה הראשונה), ובג"צ 2295/15, צובחיה מוסא עבד אבו רחמה ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פסק דין מיום 7.4.16 (העתירה השנייה).

30. העותרת מספר 2 היא מועצת הכפר בילעין, הכפר בו התגורר אבו רחמה במשך כל 30 שנות חייו ושבמסגרת המאבק לשחרור אדמותיו והסרת גדר ההפרדה מהם, הוא נהרג.

31. העותר מספר 3, ארגון "יש דין", הינו ארגון זכויות אדם ישראלי אשר פועל למען חיזוק וביצור זכויות האדם בשטחי הגדה המערבית הכבושים ובין היתר מעניק סיוע משפטי לאזרחים מוגנים שנפגעו מעבירות של אזרחים ישראלים או אנשי כוחות הביטחון הישראליים כלפיהם.

32. המשיבים מספר 1 ו-2, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, מופקדים, בין היתר, על אכיפת החוק הפלילי והמשיב מספר 2 מייצג את מדינת ישראל בפני בתי המשפט בעניינים פליליים. למשיב מספר 1 הסמכות לבחון השגות על החלטות הפרקליט הצבאי הראשי (משיב מספר 3) ואליו הגישו העותרים השגה על החלטתו של המשיב מספר 3, במאי 2016, וזאת על פי הנחייה מס' 4.5003 אשר פורסמה באפריל 2015, וכן בהתאם לפסק דינו של בית המשפט הנכבד מיום 7.4.16 כפי שיפורט להלן. המשיב מספר 1 העביר את הטיפול בהשגה זו אל המשיב מספר 2 בשל העובדה שהיה מעורב אישית בתפקידו הקודם (פצ"ר) בקבלת החלטות בתיק זה.

33. במקביל, הוגש ערר למשיב מספר 2 לפי סעיפים 64 ו-65 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982, אף הוא בהתאם לאמור בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעתירה השנייה מיום 7.4.16, המשיב מספר 2 טיפל בהשגה ובערר באופן מרוכז.

34. כמו-כן, יש לציין כי לאור העובדה כי בין החשודים בתיק החקירה מושא עתירה זו ישנם הן שוטרי מג"ב והן חיילים אשר ככל הנראה עליהם יצאו מתחולתו של חוק השיפוט

הצבאי, תשט"ו-1955, החלטה על נקיטה בהליכים משפטיים בעניינם רובצת לפתחם של משיבים 1 ו-2.

35. המשיב מספר 3, הפרקליט הצבאי הראשי, מופקד על אכיפת החוק בצבא והינו הגורם אשר קיבל, בהתייעצות עם שאר המשיבים, את ההחלטה לסגור את תיק חקירת מותו של אבו רחמה ללא הגשת כתבי אישום כנגד החייל שירה את הירי הקטלני, חיילים ושוטרים אחרים שירו בניגוד לנהלים או המפקדים שפיקדו על האירוע. על החלטה זו השיגו העותרים.

36. המשיבה מספר 4, התובעת הצבאית הראשית, מופקדת על העמדת חיילי צה"ל לדין בגין עבירות שהם ביצעו לכאורה, והינה הגורם המטפל בעררים על החלטות לסגור תיקי חקירה נגד חיילים. עררם הראשון של העותרים הוגש לידי קודמה בתפקיד, אל"מ אהוד בן אליעזר, ונדחה ביום 13.1.16 במסגרת העתירה הקודמת (כאמור, השנייה בפרשה זו).

ג. רקע עובדתי

I. האירוע

37. ההפגנה שבמסגרתה נהרג אבו רחמה ז"ל נערכה על אדמות הכפר בילעין ביום שישי ה-17.4.2009. המדובר בהפגנה שבועית, שהייתה בשנתה הרביעית ביום קרות האירוע, במחאה על הקמת גדר ההפרדה שהפרידה בין הכפר לכמחצית מאדמותיו. ההפגנות נערכות גם היום, בסמוך לתוואי החדש של גדר ההפרדה (שלהבדיל מקודמתה הינה כיום בצורה של חומת בטון). בהפגנות משתתפים אזרחים פלסטיניים, ישראלים וזרים.

38. להשלמת הרקע העובדתי, נציין כי כשנה וחצי לפני כן, ביום 4.9.2007, קבע הרכב של בית המשפט הנכבד בראשות נשיאתו דאז, כב' השופטת דורית ביניש, כי תוואי גדר ההפרדה אשר כנגדו הפגינו אבו רחמה וחבריו **אינו חוקי** (בג"צ 8414/05, יאסין נ' ממשלת ישראל, תק-על 2007(3), 3557). וכך הורה בית משפט נכבד זה בפסק דינו (ההדגשה אינה במקור, מ"ס, אש"ע):

"לפיכך, החלטנו לעשות את הצו-על-תנאי למוחלט באופן הבא: על המשיבים 1-2 לשקול מחדש, בתוך זמן סביר, חלופה לתוואי גדר ההפרדה באדמות בילעין, הפוגעת פחות בתושבי בילעין, ומוציאה ככל האפשר את השטחים המעובדים מזרחה מהגדר; בהקשר זה יש לבחון את החלופה באופן שממערב לגדר הביטחון יכללו השטחים של שלב א' של שכונת "מתתיהו מזרח", ואילו השטחים החקלאיים שבואדי נחל דולב והשטחים המיועדים להקמה בעתיד של שלב ב' של שכונת "מתתיהו מזרח" ייוותרו מצידה המזרחי של הגדר" (ההדגשה אינה במקור, מ"ס, אש"ע).

39. חרף לשונה החד משמעית של ההחלטה, עשתה המדינה דין לעצמה ורק ביולי 2011, קרוב לארבע שנים לאחר מתן פסק הדין, הוזז תוואי הגדר. נשוב ונדגיש: בעת האירוע מושא עתירה זו, אבו רחמה וחבריו הפגינו נגד גדר שמיקומה הוכרז כבלתי חוקי שנים קודם לכן.

40. מכל מקום, כנגד תוואי הגדר הבלתי חוקי הזה יצא אבו רחמה להפגין בצהרי יום שישי ה-17.4.09. ההפגנה החלה בתוככי הכפר ומשתתפיה התקדמו לעבר גדר ההפרדה. כוחות צה"ל (גדוד 75) ומגי"ב (פלוגה י"ב) הגיעו למקום ועשו שימוש באמצעים לפיזור הפגנות (אלפ"ה) שונים, לרבות רימוני גז מדמיע, במטרה להדוף את המפגינים בחזרה לתוככי השטח הבנוי בכפר.

41. שלושה צלמים היו בקהל המפגינים ותיעדו חלקים רבים של האירוע: עודה אבו רחמה, דוד ריב ובסאם חאמד. בסרטונים שצילמו השלושה ניתן להבחין כי אבו רחמה (שהיה לבוש בחולצה שצבעה צהוב זרחני אשר על גבה הספרה 11) עמד מצידה המזרחי של הגדר, במרחק של כמה עשרות מטרים מהחיילים. בעת שהחלו הכוחות לעשות שימוש ברימוני הגז, לא היו כל הפרות סדר מצדם של המפגינים, וכך ניתן לראות בבירור משלושת הסרטונים המתעדים את האירוע. (למעשה מהתיעוד הוויזואלי ניתן להבחין כי לא היו יידוי אבנים לא לפני שכוחות הביטחון החלו לירות, לא בעת השימוש ברימוני הגז, לא בעת הירי של אבו רחמה ולא בבעת פינוי לבית החולים). כתוצאה מהשימוש באמצעים לפיזור הפגנה (אלפ"ה) החלו המפגינים לסגת ונשארו במקום כעשרים מפגינים לערך. יצוין כי לפי דיווחי הצבא מספר המפגינים הגיע לכמאתיים בהפגנה הכללית, אך התיעוד הוויזואלי של האירוע אינו תומך בגרסה זו (ראו, למשל, השניות הראשונות של סרטונו של עוואד אבו רחמה).

העתק של שלושת הסרטונים ע"ג תקליטור מצ"ב ומסומן **נספח 1**.

(הסרטונים ע"פ סדר הופעתם: 1) סרטון שצילם עודה אבו רחמה, 2)

סרטון שצילם דוד ריב, 3) סרטון שצילם בסאם חאמד)

42. בשעה 13:45 לערך, שעון פלסטין (14:45 שעון ישראל), רגעים ספורים לאחר שמפגינה זרה נפגעה קל מפגיעה של אלפ"ה, ובאסם אבו רחמה, אשר עמד צמוד למעקה שהיה חלק ממערכת הגדר בצדה המזרחי, זעק לעבר כוחות הביטחון שיפסיקו לירות כי מפגינה נפצעה, הוא נפגע בחזהו, נפל לארץ, התגלגל אחורה ופונה לבית החולים. באסם הגיע לבית החולים ללא דופק ושם הוכרז מותו.

43. יש לציין כי כוחות הביטחון הוסיפו לירות רימוני גז לעבר האזרחים גם לאחר שאבו רחמה נפגע ושעה שניגשו אליו אנשים על מנת לעזור לו ולפנות אותו לבית החולים.

44. סיפורו של אבו רחמה ז"ל ומותו, עמדו במרכזו של הסרט "חמש מצלמות שבורות", שביימו תושב הכפר עימאד בורנאט (שגם צילם) והבמאי הישראלי גיא דויד. הסרט היה מועמד לפרס האוסקר על הסרט התייעודי הטוב ביותר לשנת 2012.

45. פתיחה בחקירת מצ"ח של נסיבות האירוע דרשה למעלה משנה במהלכן נשלחו פניות חוזרות ונשנות על-ידי העותרים למשיב מספר 3 דאז, האלוף אביחי מנדלבלטי, המשמש כיום כמשיב מספר 1. קבלת החלטה בתיק דרשה כאמור הגשת עתירה (העתירה הראשונה) והעברת חומרי החקירה לידי ב"כ העותרים הח"מ אף הן התעכבו זמן רב ורק במאי 2014, כחמש שנים לאחר האירוע, הועמדו חומרי החקירה לעיונם של ב"כ העותרים הח"מ.

II. מיצוי הליכים: הדרישה לחקור וחוות-דעת המומחים מטעם העותרים

דרישת העותרים לפתוח בחקירה וסירוב המשיב מספר 1

46. בעקבות האירוע, ביום 21.4.09 פנה ארגון בצלם למשיב מס' 3 בדרישה לפתוח בחקירה פלילית בדבר נסיבות מותו של אבו רחמה. בנוסף, דרש ארגון בצלם כי הפצ"ר יבהיר ויחדד לכוחות הביטחון הפועלים בגדה המערבית כי ירי רימוני גז בכינון ישיר לעבר אזרחים אסור בתכלית האיסור.

העתק של מכתבו של ארגון בצלם למשיב מס' 3 מצ"ב ומסומן **נספח 2**.

47. ביום 23.4.09, פנה ב"כ העותרת 1 הח"מ, בשמה, למי שכיחנה בתפקידה של המשיבה 4 דאז, אל"מ ז'נה מודזגברישווילי, בדרישות דומות: לפתוח בחקירה פלילית של נסיבות מותו של אבו רחמה, וכן של הוראות הפתיחה באש שניתנו בגזרה, ולחקור את השימוש ברימוני גז בגדה המערבית. במכתבו ציין ב"כ העותרת 1 הח"מ את הצורך לפתוח בחקירה **במהירות האפשרית**, זאת עקב ניסיונם הרב של העותרת 3 בהתמודדות מול הנוהל אשר חל משנת 2000 ועד לאפריל 2011, לפיו מותו של פלסטיני מירי כוחות צה"ל נבדק קודם לכן בתחקיר מבצעי, ורק לאחר מכן התקבלה החלטה ע"י קודמי המשיב מס' 3 האם להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח.

העתק של מכתבו של ב"כ העותרת 1 לתצ"רית דאז מצ"ב ומסומן **נספח**

3.

48. יצוין כי ביום 19.4.09 פורסמה באתר האינטרנט של עיתון "הארץ" ידיעה ע"י הכתב הצבאי של העיתון, אנשיל פפר, לפיה קצינים בצה"ל אומרים כי הירי שהרג את המפגין הפלסטיני [אבו רחמה, מ"ס, אש"ע] בוצע בניגוד לנהלים.

העתק של הכתבה מצ"ב ומסומן **נספח 4**.

49. ביום 27.4.09 השיבה סא"ל סיגל משעל שחורי, הפרקליטה לעניינים מבצעיים דאז, למכתבו של ב"כ העותרת 1 וציינה כי פנייתו מצויה בטיפול.

העתק של מכתבה של הפרקליטה לעניינים מבצעיים דאז מצ"ב ומסומן

נספח 5.

50. יש לציין שביום 17.3.09 (כחודש לפני מותו של אבו רחמה ז"ל) פנה ארגון בצלם למי שכיחן אז כיועמ"ש איו"ש (אל"ם שרון אפק, כיום הפצ"ר, המשיב 3), בפנייה עקרונית המתריעה על שימוש בירי רימוני גז בכינון ישיר. בתשובתו מיום 30.4.09, ציין יועמ"ש איו"ש דאז כי "בחלק מההוראות המתייחסות לירי גז במצבים של התמודדות עם הפרות, **נקבע איסור על ירי בכינון ישיר לעבר אדם**" (ההדגשה שלנו, מ"ס, אש"ע). כמו-כן, ציין יועמ"ש איו"ש דאז במכתבו כי הוראה מפורשת ורחבה בדבר איסור על ירי גז בכינון ישיר לעבר אדם תפורסם בקרוב.

העתק של מכתבו של יועמ"ש איו"ש דאז לעותר 3 מיום 30.4.09 מצ"ב ומסומן **נספח 6**.

51. בעקבות פנייה נוספת של ב"כ העותרת 1 ביום 6.8.09, הודיעה המשיבה מס' 4 דאז ביום 23.8.09 כי הדרישה לפתוח בחקירה פלילית בנוגע לנסיבות מותו של אבו רחמה "**צפויה להידון אצל הפצ"ר בהקדם**" (כך במקור).

העתק ממכתבו של ב"כ העותרת 1 מיום 6.8.09 וממכתב התשובה של המשיבה 4 מצ"ב ומסומנים **נספחים 7 ו-8** בהתאמה.

52. כעבור למעלה מחצי שנה נוספת ללא החלטה באשר לפתיחה בחקירה בעקבות האירוע, נאלצה העותרת 1 ביום 22.3.10 לאיים באמצעות ב"כ הח"מ בפנייה לערכאות כדי לחייב את המשיב 3 **לקבל החלטה אם לפתוח בחקירה אם לאו**.

העתק ממכתבו של ב"כ העותרת 1 מצ"ב ומסומן **נספח 9**.

53. רק ביום 28.3.10, **כמעט שנה לאחר האירוע** הודיעה רס"ן דורית תובל, הסגנית לפרקליטה לעניינים מצבעיים דאז, כי **הוחלט שלא לפתוח בחקירת מצ"ח**. על פי הכתוב במכתבה, ההחלטה נסמכה על ממצאי התחקיר המבצעי שבוצע, כאשר לטענתה אין תימוכין לטענה כי ירי מכוון בכינון ישיר גרם להריגתו של אבו רחמה, אלא שהוא נהרג ע"פ אחת התזות הבאות:

(1) אבו רחמה עמד במקום גבוה, על גבי מדרגות סלע, ולכן נוצרה התלכדות בינו לבין קו הירי שלא במכוון;

(2) הרימון שנורה פגע בחוטי התיל העליונים מעל גדר הרשת, שינה את מסלולו ולכן פגע באבו רחמה [כלומר: אף שהיורה לא כיוון אליו].

העתק ממכתבה של רס"ן תובל מצ"ב ומסומן **נספח 10**.

54. יצוין כי התחקיר המבצעי אינו מבוצע ע"י חוקרים שמקצועם לחקור אלא ע"י קצינים (בדרך כלל מפקדים משרשרת הפיקוד של היחידה הנוגעת בדבר), במסגרתו נשמעת גרסתם של החיילים המעורבים באירוע אך על פי רוב לא של עדי ראייה אזרחיים, ואין לתחקיר המבצעי כלים פורנזיים. ואכן, במסגרת התחקיר המבצעי שנערך לאירוע מושא עתירה זו, נשמעה גרסתם של החיילים בלבד – למרות שהיו עדי ראייה אזרחיים רבים,

פלסטינים וישראלים ועובדה זו צוינה בפניותיהם של העותרים למשיבים 3 ו-4. החומרים הנגבים במסגרת תחקיר מבצעי הינם בגדר סוד, אך הרמטכ"ל ראשי להעביר אותם לגוף ציבורי או אדם המבקש לעיין בחלקם או בכולם מכוח ס' 539א (ב) (5) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955.

55. בעקבות ההחלטה שלא לפתוח בחקירה בעניין מותו של אבו רחמה, פנה ב"כ העותרים ביום 18.4.10 אל הרמטכ"ל דאז, רב אלוף גבי אשכנזי, בבקשה לקבל העתק של התחקיר המבצעי של האירוע מכוח הסעיף האמור. קבלת פניית ב"כ העותרים מיום 18.4.10 אושרה ע"י לשכתו של הרמטכ"ל ביום 21.4.10, ותזכורת נשלחה לרמטכ"ל ביום 9.6.10.

העתק ממכתבו של ב"כ העותרים לרמטכ"ל מיום 18.4.10 ומכתב תשובת לשכתו של הרמטכ"ל מיום 21.4.10 מצ"ב ומסומנים **נספחים 11 ו-12** בהתאמה.

חוות דעת מומחים מטעם העותרים 2010: שיחזור ממוחשב של הזירה והירי

56. עוד בטרם התקבלה החלטת של המשיב 3 דאז שלא לפתוח בחקירה, ולנוכח הזמן הרב שחלף מאז האירוע וחדלונו הנמשך והמתארך של המשיב 3 דאז להחליט אם יש מקום לחקור את האירוע, העבירו העותרים לצוות מומחים בלונדון וניו יורק את שלושת סרטוני האירוע, כדי שיבצעו שיחזור ממוחשב של האירוע.

57. בראש צוות המומחים עמדו אייל וייצמן ובראדלי סמואלס. וייצמן הוא אדריכל בוגר ה- Architecture Association בלונדון, ובעל תואר דוקטור מ- Consortium/Birkbeck College בלונדון. הוא חתן פרס James Stirling לשנת 2006-2007 ונחשב מרצה מבוקש במכוני רבים ברחבי העולם. סמואלס הוא בוגר ביה"ס Cooper Union לארכיטקטורה ולימד בביה"ס לאדריכלות, תכנון ושימור באוניברסיטת קולומביה. כמו-כן, סמואלס שימש כחוקר אורח בביה"ס לעיצוב באוניברסיטת הארוורד. צוותם של וייצמן וסמואלס עוסק זה מספר שנים בפרויקט של ניתוח מרחבי פורנוי של זירות אירוע. במסגרת הפרויקט הוגשה בעבר חוות דעת שלהם המסתמכת על שיטת ניתוח מרחבי דיגיטאלי של זירות אירוע לבית המשפט הפלילי הבינ"ל לשיפוט הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר.

58. צוות המומחים יצר, באמצעות סרטוני הווידאו שצולמו משלוש זוויות שונות, תצלומי אוויר ומידע נוסף ניתוח ושיחזור ממוחשב ותלת-מימדי של זירת האירוע שבו נהרג אבו רחמה, והתחקה אחר מסלול מעופו של הרימון הקטלני. המסקנות של הניתוח המרחבי הדיגיטאלי שביצעו היו:

- רימון הגז שפגע במר אבו רחמה ז"ל נורה בזווית שבין 1- (מינוס אחת) ל-1 מעלות יחסית לקרקע – כלומר בכינון ישיב.
- במידה שאכן, כטענת המשיב 3 באחת החלופות, הרימון פגע בדרכו בתיל שעל גדר ההפרדה ומשם עשה דרכו ופגע בחזהו של אבו רחמה, הרי

שזווית הירי הייתה בין 1- (מינוס אחת) ל-5 מעלות ביחס לקרקע –
כלומר גם במקרה זה מדובר בירי בכינון ישיר.

- לו היה הלוחם שפגע באבו רחמה יורה בכינון עקיף, כלומר בקשת – בזווית של 60 מעלות (כפי שלמיטב ידיעת העותרים דורשות הוראות הפתיחה באש), ואף אם היה הלוחם מבצע את הירי בזווית של 45 או 30 מעלות – אזי רימון הגז היה עובר את ראשיהם של באסם ושאר המפגינים ונוחת במרחק של מאות מטרים מאחוריהם.

הדו"ח של צוות המומחים הפורנזי ומידע על הצוות שערך את חוות הדעת מצ"ב ומסומנים נספחים 13 ו-14 בהתאמה. (להלן נתייחס לחוות דעת זו כ"חוות דעת מומחים 2010").

59. ביום 3.6.10 העביר ב"כ העותרים את חוות דעת מומחים 2010 לעיונו של המשיב 3 ואנשי הפרקליטות הצבאית. במכתבו הוא ציין כי אם תוך שבועיים לא יורה המשיב 3 על פתיחה בחקירת מצ"ח, ימצו העותרים את כל האפשרויות המשפטיות העומדות בפניהם, ובפרט פנייה לבית משפט נכבד זה.

מכתבו של ב"כ העותרים למשיב 3 מצ"ב ומסומן נספח 15.

60. בשבועות לאחר העברת המכתב יצר העוזר המשפטי של המשיב 3 דאז קשר טלפוני עם ב"כ העותרים הח"מ, עו"ד ספרד, והודיע לו כי יש כוונה לבחון את חוות הדעת באופן מעמיק בכדי לקבל החלטה נוספת. הוא אף הודיע על כך בכתב ביום 27.6.10.

מכתבו של העוזר המשפטי למשיב 3 דאז מיום 27.6.10 מצ"ב ומסומן נספח 16.

פתיחה מאוחרת בחקירת מצ"ח

61. ביום 11.7.10, קרי כ-15 חודשים לאחר האירוע, הודיע העוזר המשפטי למשיב 3 דאז כי הוחלט לפתוח בחקירת מצ"ח בתיאום עם משטרת ישראל, וזאת לאור העובדה כי היו מעורבים באירוע הן כוחות צה"ל והן כוחות ממשמר הגבול. במכתבו זה, הודיע העוזר המשפטי של המשיב 3 דאז כי לנוכח הפתיחה בחקירה, וע"פ חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955, אין באפשרותו של הרמטכ"ל להעביר לב"כ העותרים העתק מהתחקיר המבצעי.

מכתבו מיום 11.7.10 של העוזר המשפטי למשיב 3 דאז מצ"ב ומסומן נספח 17.

62. בדומה להתנהלות המשיב 3 בתקופה שקדמה לקבלת ההחלטה על אי-פתיחה בחקירה – גם התנהלותו בשלב של ביצוע חקירה פלילית שידרה יחס מזלזל לחשיבותו של האירוע ושל הבירור המשפטי לגבי האחריות לו.

63. ביום 20.3.12, כשנה שלמה לאחר גביית עדויותיהם של שלושת הצלמים אשר תיעדו את הירי באבו רחמה, **וכשלוש שנים לאחר האירוע**, יודעו ב"כ העותרים כי התיק נתקבל בפרקליטות הצבאית ונשלח חזרה למצ"ח לשם ביצוע השלמת חקירה.

העתק ממכתבו של סא"ל רוני הירש, הפרקליט לעניינים מבצעיים דאז, מיום 20.3.12 מצ"ב ומסומן **נספח 18**.

64. ביום 9.7.12, יודעו ב"כ העותרים כי התיק שב לטיפולם של המשיב 3 והפרקליטות הצבאית, אך טרם התקבלה החלטה באשר להמשך ההליכים בו.

העתק ממכתבו של סרן תום מור, תובע צבאי, מיום 9.7.12 מצ"ב ומסומן **נספח 19**.

65. ביום 19.12.12 שלחו ב"כ העותרים הח"מ מכתב התראה לפני נקיטה בהליכים משפטיים לפרקליט לעניינים מבצעיים דאז, סא"ל הירש, עם העתק למשיבים 3 ו-4, ובו צוין כי בפגישה בין ב"כ העותרים ונציגי העותרים 3 ו-4 לבין קודמה בתפקדי של המשיבה 4 וסא"ל הירש מיום 23.10.12, נמסר כי המשיב 3 עומד לקבל החלטה בתיק בהקדם האפשרי.

העתק ממכתבם של ב"כ העותרים הח"מ לפרקליט לעניינים מבצעיים דאז מיום 19.12.12 מצ"ב ומסומן **נספח 20**.

66. כאשר גם בחלוף של למעלה מחודשיים מאז מכתבם של הח"מ המשיב 3 עדיין לא קיבל החלטה בתיק, נאלצו העותרים להגיש עתירה לבית משפט נכבד זה ולבקש סעד משפטי.

העתירה הראשונה

67. ביום 3.3.13, **קרי כעבור קרוב לארבע שנים מאז האירוע שבו נהרג אבו רחמה ז"ל, ולמעלה משנתיים וחצי מאז הפתיחה בחקירה המאוחרת**, הוגשה עתירה לבית משפט נכבד זה המבקשת את שני הסעדים הבאים: א) כי המשיב מס' 3 יקבל החלטה באשר להמשך ההליכים בתיק החקירה, וב) כי המשיב מס' 3 יורה על הגשת כתב אישום נגד החייל שירה באבו רחמה ז"ל וכן כנגד כל מי שעליו מוטלת אחריות פיקודית להריגתו. זוהי העתירה הראשונה שהוגשה בפרשה דנן (בג"צ 1647/13 צובחיה אבו רחמה ואח' נ' הפצ"ר).

68. בעקבות העתירה הראשונה, התקבלה החלטה בתיק ע"י המשיבים אשר הועברה לידי בית המשפט הנכבד ביום 3.9.13, קרי כחצי שנה לאחר הגשת העתירה.

69. בפסק הדין שניתן בעתירה ביום 29.10.13, קבע כבוד השופט (כתוארו אז) א' רובנשטיין כי דינה של העתירה להימחק, וזאת בעקבות הגשמת הסעד הראשון בעתירה, ובשל האפשרות להגשים את הסעד השני באמצעות הליך הערר. יחד עם זאת, בית המשפט הנכבד כלל בפסק-דינו הנחיה לרשויות בנוגע לאופן הטיפול בערר לכשיוגש: **"סבורים אנו**

כי ככל שיוגש ערר, עליו להידון באופן זריז, כדי שלא להוסיף זמן לזמן שחלף" (ההדגשה שלנו, מ"ס, אש"ע).

העתק מפסק הדין של בית משפט נכבד זה מיום 29.10.13 מצ"ב ומסומן

נספח 21

70. בנוסף, הורה בית המשפט הנכבד על המדינה לשלם הוצאות העתירה ושכר טרחת עורכי הדין של העותרים בסכום כולל של 8,000 ₪.

III. ממצאי החקירה והערר שהוגש על ההחלטה לסגור את התיק

עיון בחומרי החקירה

71. על אף הוראת בית המשפט הנכבד לזרז את הטיפול בערר, וחרף פניות נשנות וחוזרות לגורמי אכיפת החוק הצבאיים המופקדים על העברת חומר החקירה לעיונם של ב"כ העותרים, חומר החקירה הועמד לעיונם של הח"מ רק ביום 13.3.14 – קרי, ארבעה וחצי חודשים לאחר מתן פסק הדין ובקשת הצילום.

העתק מבקשת הצילום שהוגשה ע"י הח"מ ביום 4.11.13, בצמוד ומיד לאחר פרסום פסק הדין, מצ"ב ומסומן נספח 22.

72. אלא שבעקבות העיון התגלה כי חומר החקירה, כפי שנמסר לידי הח"מ, אינו מאפשר בדיקה וזאת מכיוון שתמונות שהיו הבסיס לחוות דעת מומחה מטעם הצבא הועברו לידי הח"מ בצורה של עותק מצולם בשחור ולבן ובאיכות ירודה.

73. לפיכך, ביום 7.4.14 ביקשו ב"כ העותרים הח"מ לקבל עותק מחוות הדעת, יחד עם תמונותיה, באיכות המקורית ובצבע.

העתק מבקשת ב"כ העותרים לקבל עותק מחוות דעת זו באיכותה המקורית מצ"ב ומסומן נספח 23.

74. רק כעבור חודש וחצי, ביום 19.5.14, אושרה בקשתם של הח"מ האמורה, והחומר המבוקש נמסר לידי הח"מ בפועל ביום 27.5.14.

75. העותרים היו רוצים כמובן כי המשיבים יעמידו את כלל חומר החקירה בתיק לעיון בית המשפט הנכבד, אולם לנוכח העובדה המדהימה שתיק החקירה אבד, לעותרים אין ברירה אלא להסתפק בבקשה כי המשיבים יעמידו את החלקים שבידיהם לעיון בית המשפט.

76. בשל הצורך להכין חוות דעת מומחה מטעם העותרים בתגובה למסקנות המופיעות בחוות הדעת מטעם המשיבים, נתבקשה והתקבלה ארכה בת 30 יום של המועד להגשת ערר מהמשיב 2, קרי עד יום 27.7.14.

העתק ממכתבו של קודמה בתפקיד של המשיבה 4 המאשר את בקשתם של העותרים לקבל ארכה של המועד להגשת ערר מצ"ב ומסומן **נספח 24**.

ממצאי החקירה וחומר הראיות

77. בעתירה בנוסחה המקורי פירטנו באריכות את החומר שהתקבל ומשמעויותיו. היות והחלטת המשנה לפרקליט המדינה מצמצמת את יריעת המחלוקת בין הצדדים, נתייחס בהמשך לראיות הרלבנטיות למחלוקות שנתרו בלבד. עם-זאת, לנוחות בית המשפט הנכבד, אנו מצרפים סיכום וניתוח של חומר החקירה לכתב העתירה, מסומן **כנספח 37**.

78. בקצרה, חומר הראיות שנאסף בתיק מצ"ח ירושלים מס' 285/10 שחקר את נסיבות מותו של אבו רחמה מלמד כי:

- המנוח נהרג מרימון גז שפגע בחזהו. העותרים סבורים כי מדובר ברימון גז מסוג מיוחד בעל טווח מוגדל, ולכן גם קטלני במיוחד כשנעשה בו שימוש בכינון ישיר. בהחלטת המשנה לפרקליט המדינה נטען שאף ש"הדעת נותנת" שהמנוח נהרג מרימון בעל טווח מורחב, להבנתו אין לכך הוכחה ברמה ההסתברות הנדרשת בפלילים;
- שני חיילים ושוטר מג"ב אחד היו חמושים במטול היורה רימונים מסוג זה;
- רימונים כאלו נורו בכינון ישיר לאורך כל האירוע ופגעו בסביבות המפגינים;
- גם רימוני גז רגילים נורו במהלך האירוע לעבר המפגינים, חלקם בכינון ישיר;
- החיילים נושאי מטול הרימונים לא הונחו כיצד לעשות שימוש בכלי נשק זה. ע"פ עדותו של החייל אלכס מ' "אנשים שהיו בשטח כולל אותי זה אנשים שלא עברו הדרכה ולא הסמכה. לא ידענו איך נכון להשתמש בכלי מסוג זה" (עדותו של אלכס מ', עמ' 11, ש' 2). ע"פ עדותו של אסף מ' "אף (אחד) מהמטוליסטים בפלוגה לא עבר הכשרה לירי במטול, לא להפגנות ולא לירי תחמושת נפיצה. אני לא יודע מי הנחה זו הייתה הוראה שבאה מלמעלה, התרענו שאנחנו לא יודעים לתפעל אבל לא השתנה דבר" (עדותו של אסף מ', עמ' 3, ש' 17);
- הוראות השימוש ברימונים, הן הרגילים והן בעלי הטווח המורחב, מחייבים ירי ב-60 מעלות ולצד המפגינים בלבד;

79. חוות-דעת מומחה מטעם צה"ל (נספח 1 לנספח חומרי החקירה) הגיעה למסקנה כי הרימון הקטלני אינו זה שנקלט במלמתו של הצלם דוד ריב, וכי מבחינה בליסטית הירי יכול היה להיעשות מכל אחת מארבע העמדות שבהן היו חיילים ("הגבעה", "השער", "הקיר" וה"הגיפי").

הערר על סגירת תיק החקירה

80. ביום 27.7.14 הוגש לקודמה בתפקיד של המשיבה 4 ערר על סגירת תיק החקירה של מותו של אבו רחמה.

העתק מכתב הערר מצ"ב ומסומן נספח 25.

81. בערר נטען כי מחומר החקירה נטען כי:

- באסם אבו רחמה נורה באמצעות רימון גז מדמיע 40 מ"מ בעל טווח מוגדל שנורה ממטול מסוג M203.
- הירי בוצע בכינון ישיר (כך ע"פ חוות הדעת מטעם העותרים וכן עדותו של רס"ן יואב, ראש מדור בליסטיקה);
- בעת הפגיעה בו אבו רחמה עמד במרחק של כמה עשרות מטרים מהלוחמים, בעוד שטווח הבטיחות של שימוש ברימוני גז בעלי טווח מוגדל הוא 200 מטרים והפקודות מחייבות לירות רימונים אלו לצד מפגינים ולא לתוכם (כך ע"פ עדותו של רון, ראש מדור פע"מ);
- רק החייל טור' אלכס מ', החייל אסף א' ושוטר מג"ב יוסי ב' ביצעו ירי של רימונים 40 מ"מ בעלי טווח מוגדל;
- לא בוצע בירור מספק של מיקומם של שלושת החשודים בירי של אבו רחמה;
- גורמי החקירה נמנעו מביצוען של פעולות חקירה אפשריות אחרות (המפורטות בכתב הערר) אשר עשויות לשפוך אור על החקירה.

חוות דעת משלימה מטעם העותרים (להלן: "חוות דעת מומחים 2014")

82. לערר צורפה חוות דעת משלימה (להלן: "חוות דעת מומחים 2014") אשר הוכנה לבקשת ב"כ העותרים הח"מ ע"י אותו צוות מומחים המוזכר לעיל ואשר הכין את חוות הדעת הראשונה, בראשות אייל וייצמן ובראדלי סמואלס. לאחר ניתוח נוסף של הזירה והתיעוד

הקיים, לרבות התייעוד החדש שנמסר לידי העותרים כחלק מחו"ד צה"ל (חלקו תמונות סטילס מתוך הסרטון מתצפית צה"ל אשר כאמור עד היום לא הועבר לידי העותרים), הגיעו מומחים אלה למסקנה כי חוות-הדעת של מומחה הפיענוח הצה"לי לוקה במתודולוגיה מוטעית, שכן הוא ביצע ניתוח דו-ממדי של זירה תלת-ממדית. לפיכך, הבהירו המומחים מטעם העותרים, המומחה הצה"לי הגיע למסקנות שגויות באשר למסלול מעופו של הרימון שתועד במצלמתו של דוד ריב. למעשה, המומחה מטעם צה"ל לא הביא בחשבון שהמסלול שנקלט בסרטונו של ריב מבטא מישור ולפיכך מספר רב של אפשרויות מבחינת מרחק הרימון מהמצלמה של ריב. בחינת המישור ואינדיקציות נוספות מוכיחה כי בניגוד לאמור בחו"ד צה"ל, הירי שפגע באבו רחמה ומסלול מעופו אכן נקלטו במצלמתו של ריב וירי זה בוצע מעמדת הגייפ ולא מעמדת הקיר. לפיכך, ולאחר ניתוח מחודש שהתבסס על החומר שעמד לרשותם ב-2010 בתוספת המפות וצילומי האוויר שסיפק צה"ל בחוות הדעת מטעמו – התחזקה עמדתם כי:

- א. הירי שנקלט במצלמתו של דוד ריב – הוא הירי שפגע במנוח;
- ב. ירי זה מקורו בעמדה שכונתה בתיק החקירה ובחוות דעת צה"ל כ-עמדת הגייפ";
- ג. ירי זה נעשה בכינון ישיר – גם אם הרימון פגע קודם בחלק כלשהו של הגדר, ולפיכך בניגוד להוראות הפתיחה באש.

83. זאת ועוד: באשר לחוות דעת צה"ל קבעו המומחים מטעם העותרים בחוות דעתם המשלימה כי כאשר בוחנים את מסקנותיה של חוות דעת צה"ל תוך התחשבות בכך שמדובר במתאר תלת-ממדי (ולא דו-ממדי) עולה כי הן בלתי אפשריות:

- ד. כדי שהרימון שמעופו נקלט במצלמתו של ריב יהיה זה שנחת מימינו של באסם וגם שהחייל שירה אותו עשה זאת מ"עמדת הקיר" – החייל היה צריך לשגר את הרימון מגובה של 3.5 מ' מעל לגובה שבו אוחז חייל בכלי נשק;
- ה. הרימון השני שנקלט בתייעוד האירוע איננו הרימון שפגע בבאסם והוא למעשה רימון גז בעל טווח רגיל.

84. לבסוף, בעמוד הראשון לחוות דעת מומחים 2014 הגיבו המומחים לטענה שהועלתה בחו"ד צה"ל לפיה חוות דעתם שלהם משנת 2010 התייחסה לשליש העליון של הגדר כמכשול, וצינו כי טענה זו חסרת בסיס. תרשים "K" המופיע בעמ' 5 לחוות דעת 2010 אינו בא מתיימר לטעון כי הירי בהכרח עבר את הגדר, אלא כדי להראות שכדי לפגוע בבאסם, אף מעמדת הגייפ, הירי לא יכול היה להתבצע על פי ההוראות, קרי ב-60 מעלות, אלא שהוא בוצע בזווית של בין 1- עד 5 מעלות.

85. לסיכום, מסקנות חוות דעת מומחים 2014 הן כי: הירי שפגע באבו רחמה בוצע בכינון ישיר, ולפיכך בניגוד להוראות הפתיחה באש, וניתן לקבוע את מקורו של הירי על בסיס החומר שנמצא בתיק החקירה – והינו העמדה המכונה בתיק החקירה "עמדת הגייפ".

העתק מחוות הדעת המשלימה מיום 25.7.14 מצ"ב ומסומן נספח 26.

86. לאור מסקנות אלו, נטען בערר כי בשים לב לכך שחומר החקירה מוכיח כי אבו רחמה נהרג מירי רימון גז בעל טווח מוגדל, שנעשה בכינון ישיר, מטווח שהוא קטן מטווח הביטחון שקבע צה"ל, קיימות בחומר החקירה די ראיות לביצוע עבירה פלילית ע"י החייל שהיה מוצב בעמדת הג'יפ.

87. עם זאת, היות והעותרים סברו כי לא הובררו עד תום ובאופן ממצה מיקומם של שלושת הלוחמים אשר היו חמושים בסוג הרימון אשר גרם למותו של אבו רחמה יש לבצע השלמת חקירה קצרה כדי לוודא מי מהשלושה עמד בעמדת הג'יפ. (יצוין כי אף שבשלבנים שונים המשיבים לא חלקו על כך שלא ניתן לקבוע את מיקום החיילים, בהחלטת המשנה לפרקליט המדינה נאמר כי בחומר החקירה יש די ראיות בעניין זה ואם הבנו נכון את קיבעותיו הרי שאת עמדת הג'יפ איש חייל שכונה אס.מ. (פסקה 48 להחלטת המשנה לפרקליט המדינה)).

88. נוסף על האמור, בערר נטען כי לא מוצתה החקירה בכל הנוגע לאחריות המפקדים באירוע. מתברר כי במהלך האירוע נעשה ירי מאסיבי בכינון ישיר ואף נעשה שימוש ברימוני גז בעלי טווח מוגדל למרות שטווחי הביטחון אסרו על שימוש כאמור במתאר של ההפגנה שם. זאת ועוד, כאמור לעיל, הלוחמים טענו במהלך חקירתם כי הם לא אומנו ולא תודרכו לשימוש ברימוני גז בעלי טווח מוגדל ולא ניתנו להם הוראות כיצד לנהוג עם חימוש קטלני זה במסגרת התמודדות עם הפגנה אזרחית. (ראו למשל: עדותו של החייל אלכס מ' מיום 30.5.12, אסף א' מיום 6.1.11, עמוד 3, שורות 14-20; עדותו של החייל אלכס מ' מיום 30.5.12, עמוד 10, שורה 23 עד עמוד 11, שורה 3). נטען שהחוקרים לא שבו למפקדים על מנת לקבל את תגובתם להאשמות הכבדות האלו. בהחלטת המשנה לפרקליט המדינה נדחתה טענה זו תוך הפניה לשאלות שנשאלו מפקדים על הכשרת החיילים (ראו פסקה 52 להחלטת המשנה לפרקליט המדינה). אלא שהודעות המ"פ, הסמג"ד והמג"ד בעניין זה עסקו בשאלת ההכשרות באופן כללי ולא באופן קונקרטי – קרי בשאלה האם הלוחמים שהשתתפו באירוע עברו הכשרות או שמא, כפי שטענו בלהט בחקירותיהם – לא עברו כל הכשרה לשימוש במטול רימוני גז בעלי טווח מורחב.

89. כאשר חלפו כשלושה חודשים מאז הגשת הערר ואף אחד מהמשיבים לא התייחס אליו – זאת על אף הוראות בית המשפט הנכבד כאמור כי הטיפול בערר ככל שיוגש יהיה זריז ככל הניתן – ביום 22.10.14 נשלחה תזכורת והתראה לפני נקיטה בהליכים משפטיים.

העתק ממכתב התראה לפני נקיטה בהליכים משפטיים של ב"כ
העותרים לקודמה בתפקיד של המשיבה 4 מיום 22.10.14 מצ"ב ומסומן
נספח 27.

העתירה השנייה

90. כאשר חלפו למעלה משמונה חודשים מאז הגשת הערר הראשון מטעם העותרים בהעדר החלטה מטעם המשיבים, ביום 31.3.15 הגישו העותרים עתירה שנייה אשר ביקשה מבית

המשפט להורות למשיבים לקבל החלטה בערר, וכן לבצע את הפעולות שביקשו העותרים בערר, שהינם כאמור, להשלים את החקירה בנוגע לזהות היורה על מנת להכין נגדו כתב אישום, וכן להשלים את החקירה בנוגע למפקדים אשר לכאורה אפשרו ביצוע בירי בניגוד להוראות הפתיחה באש אשר הוכיח את עצמו כקטלני, ולהכין גם נגדם כתב אישום (בג"צ 2295/15 צובחיא מוסא עבד אבו רחמה ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח').

91. רק בעקבות הגשת העתירה השנייה בתיק, ביום 13.1.2016 הוגשה תשובתם הדוחה את הערר של המשיב מספר 3, הפצ"ר הנוכחי, תא"ל שרון אפק, ונציגו של המשיב מספר 2, המשנה לפרקליט המדינה (עניינים פליליים), עו"ד שלומי אברמזון באמצעות המשיבה מספר 4, אלי"מ שרון זגגי-פנחס, כנספח לתגובת המדינה לעתירה השנייה.

עותק מתגובת המשיבים בבג"צ 2295/15 מצ"ב ומסומן **נספח 28**.

92. החלטתם לדחות את עררם של העותרים התבסס על הטענות הבאות:

א. מבין שלושה הלוחמים עליהם החשודים בירי בבאסם אבו רחמה (הלוחמים היחידים, לפי חומר החקירה, שהיו חמושים במהלך האירוע בסוג הרימון והמטול שתאם את החימוש שהרג אותו): אלכס מ' ויורי ב' "כלל לא שהו בעמדת הגיף, ממנה לטענת [העותרים] בוצע הירי" ואסף מ' "עסק בצילום במהלך האירוע".

ב. לא ניתן לבצע בחינה "נוספת" של מעבדת הזיהוי הפלילי של החומר החזותי מכיוון שבסרטון שבו נראים חיילים "פניהם מושחרים וישנו עשן מיתמר בינם לבין המצלמה". נטען בנוסף כי "אחד החיילים [בסרטון זה] חמוש במדוכה היורה רימונים בזווית של 60 מעלות ... ופניו של החייל השני מוסתרות על-ידי הגדר". לפיכך, הסיקה המשיבה 4 כי הסיכויים שפעולת חקירה זו תניב תוצאות קלושים.

ג. זאת ועוד, נטען כי: אף זיהוי מוצלח של הלוחמים ומיקומם לא יוכיח מעבר לספק סביר אם המנוח נפגע מירי שבוצע בכיוון ישיר או עקיף – כלשונה: "דהיינו, מרימון שניתז בעקבות פגיעה בגדר" או פגיעה ב"חפץ אחר" ולכן לא ניתן לקבוע אם בוצעה כלל עבירה.

ד. בנוסף, נטען כי קיימים "פערים" מהותיים בין חוות הדעת שהוגשו מטעם העותרים שלא ניתן לגביהם הסבר, ולכן לא נמצא כי יש בהן כדי לשלול "באופן חד-משמעי" את ממצאי חו"ד צה"ל.

ה. לבסוף, באשר לדרישתם של העותרים להשלים את החקירה באשר לאחריותם של המפקדים, נטען כי אין מקום להיענות לדרישה זו ככל שלא ניתן לקבוע שחוסר ההכשרה הנוטענת הוביל לביצוע עבירה פלילית כלשהי.

93. בתגובת המשיבים בבג"צ 2295/15, עוד נטען כי על העותרים למצות הליכים בדרך של הגשת השגה למשיב 1 לפי הנחייה מס' 4.5003, אשר נכנס לתוקף באפריל 2015, קרי לאחר הגשת העתירה השנייה, וכן בדרך של השגת ערר נוסף על דחיית עררם בפני פרקליט המדינה, וזאת כאמור לפי סעיפים 64 ו-65 לחוק סדר הדין הפלילי.

94. ביום 7.4.16 התקיים דיון בפני בית המשפט הנכבד בעתירה השנייה. הדיון התקיים בהעדר המשיבים לנוכח עיצומי הפרקליטות באותם ימים. בסופו של הדיון ניתן פסק דינו של בית המשפט לפיו העתירה נמחקה לטובת הגשת השגה וערר נוסף על-ידי העותרים. כמו-כן, בית המשפט הנכבד הורה למשיבים פעם נוספת לזרז את טיפולם בשלב הבא של הליכי התיק, הפעם בנוגע להשגה ולערר נוסף שיוגשו, ולהלן לשונה של סעיף ג' לפסק הדין מיום 7.4.2016:

"בנסיבות אלה עלינו למחוק את העתירה, תוך בקשה מצדנו ליועץ המשפטי לממשלה כי הערר וההשגה יידונו בהקדם האפשרי, בין השאר נוכח הזמן שנדרש בשעתו למענה לעניין נסיבות המקרה, אשר הצריך את העתירה הנוכחית. העתירה נמחקת איפוא בנתון לכך, בלא צו להוצאות" (ההדגשה במקור).

עותק של פסק הדין בבג"צ 2295/15 מיום 7.4.16 מצ"ב ומסומן נספח 29.

ההשגה והערר הנוסף

95. בהתאם לפסק דינו של בית המשפט הנכבד, ביום 19.5.16, הגישו העותרים באמצעות באי כוחם הח"מ, השגה למשיב 1 וערר נוסף למשיב 2. שני המסמכים היו זהים לגופו של עניין והעותרים ביקשו כי טיפולם ירוכז.

עותקים של ההשגה והערר הנוסף שהוגשו מצ"ב ומסומנים נספח 30.

96. בהשגה ובערר הנוסף טענו העותרים כלהלן:

א. טענת המשיבה 4 כי "לא ניתן לקבוע את טיב מעופו של הרימון שפגע במנוח" מהווה סטייה מהותית מהראיות הקיימות בתיק, ובין היתר, עדותו של ראש מדור בליסטיקה רס"ן יואב, ושתי חוות הדעת מטעם העותרים, והיא מהווה שיבה תמוהה לעמדה הראשונית שהועלתה על-ידי המשיב 1 בתפקידו כפצ"ר לפני קבלת חוות הדעת מומחים 2010 ולפני פתיחת החקירה. לגופו של עניין אין שום ראיות לתיזה זו.

ב. בניגוד לנטען בתשובת המשיבה 4, לא קיימת כל סתירה בין שתי חוות הדעת מטעם העותרים. חוות דעת מומחים 2010 בחנה את השאלה באיזה כינון ניתן היה לבצע ירי של הרימון המדובר ולפגוע במנוח, והיא הסיקה, על בסיס ניתוח של החומר המצולם על-ידי שלוש המצלמות שתיעדו את האירוע, כי כדי לפגוע באבו רחמה – גם אם הרימון פגע קודם בחלק כלשהו של הגדר – הירי בהכרח היה צריך להתבצע בזווית של בין 1- עד 5 מעלות. כפי שצוין גם בערר הראשון, כל ירי של אותו סוג של רימון שבוצע על פי ההוראות, קרי בזווית של 60 מעלות, ואף ירי שבוצע בזווית של 45 או 30 מעלות, היה עובר את הגדר ואת ראשיהם של כל המפגינים. ניתוח זה בוצע בחוות דעת מומחים 2010 באשר לכל ארבע

העמדות ("השער", "הגבעה", "הקיר" ו"הגיפ") והניב אותה תוצאה (ראו עמ' 5 לחוות דעת 2010).

ג. בנוסף, חוות הדעת מומחים 2010 הסיקה כי מקורו של הירי שפגע באבו רחמה יכול היה להיות, *בין היתר*, "עמדת הגיפ". חוות דעת מומחים 2014 בחנה את שאלת מקור הירי יותר לעומק ולאחר קבלת חומרים נוספים, והסיקה כי מקורו היה "עמדת הגיפ". חוות דעת מומחים 2014 דוחה את מסקנת חוות הדעת מטעם צה"ל באשר למקור הירי ומגיעה למסקנה אחרת, המתיישבת עם מסקנת חוות דעת מומחים 2010 – שמקורו של הירי הוא "עמדת הגיפ", אחת מהעמדות האפשריות לפי חוות דעת מומחים 2010, כאמור. השוני היחיד בין שתי חוות הדעת מטעם העותרים הוא כי בניגוד למסקנה בחוות דעת מומחים 2010 כי הירי בוצע מאחת העמדות שבאזורים האדומים (עמדות "השער", "הגבעה" או עמדת "הגיפ"), אך שכדי שהירי יתאים למסלול הנקלט בסרטונו של דוד ריב ויבוצע מעמדת הגיפ הלוחם היה צריך לעמוד על עצם שהגביה אותו, בחוות דעת מומחים 2014 הוסק, על בסיס הנתונים החדשים שנתקבלו בחומרי החקירה, ובפרט התצ"א והתמונות ("הפריימים") מתוך סרטון התצפית של צה"ל (שכאמור סרטון זה עד היום לא הועבר לידי העותרים), שהירי שנקלט בסרטונו של ריב בוצע מעמדת הגיפ ללא צורך בעמידת הלוחם על משטח גבוה.

ד. בניגוד לטענה הגורפת בתשובתה כי הלוחם אסף מ' עסק אך ורק בצילום במהלך האירוע, לפי הודעתו תחת אזהרה מיום 6.1.2011 טען אסף כי הוא ירח ממטולו המוגדל במהלך האירוע, בנוסף לעיסוקו בצילומים במהלכו.

ה. בנוסף, אמנם לפי תשובת המשיבה 4 בתיק קיימים חומרי תיעוד ויזואלי אשר אינם מאפשרים זיהוי פנים, קרי הסרטונים, אך סמוך לאחר קרות האירוע נמסר למצ"ח ולמשיב 3 דאז סט של תמונות סטילס בהן ניתן לזהות הן פרצופים, הן חימושים, והן את הסביבה בוודאות גבוהה. בדיקת תמונות אלו אל מול מסקנות חוות דעת מומחים 2014 וכן אל מול מכלול חומרי החקירה עשויה לשפוך אור על החקירה, הן בנוגע לזהותם של אותם לוחמים והן בנוגע למיקומם.

תמונות אלו צורפו להשגה ולערר הנוסף ומצ"ב לעתירה זו ומסומנים

נספח 31.

ו. באשר לשאלה אם יש מקום להעמיד לדין את המפקדים האחראים לאירוע ותוצאותיו, אף במידה שאין זיהוי של היורה, יש לשקול ייחוס אחריות לעבירה של סיכון חיים ורשלנות "בלבד": עצם העובדה כי על פי הראיות המצויות בתיק במהלך האירוע בוצע ירי בכינון ישיר בניגוד להנחיות, ובתוספת העדויות של החיילים הטוענים כי לא קיבלו הכשרה לשימוש במטול רימון כאמור, מצדיק הגשת כתב אישום לכל הפחות כנגד המפקדים אשר לכאורה לא הכשירו את כוחותיהם כנדרש, כפי שעולה מחומר החקירה, ואשר הרשו לפקודיהם לבצע ירי שלא כדין אשר סיכן חיי אדם בפועל בהיעדר אישור, ובהיעדר סכנה או הצדקה משפטית אחרת כלשהי.

97. לפיכך, ביקשו העותרים בהשגה ובערר הנוסף כי המשיבים 1 ו-2 יורו על ביצוע השלמת חקירה קצרה, מצומצמת ופשוטה כדי לוודא מי מהשלושה שהיו חמושים ברימוני גז בעלי טווח מוגדל עמד בעמדת הגייפ. כאמור, בהחלטת המשנה לפרקליט המדינה נקבע כי א.ס.מ. הוא המטוליסט שאייש את עמדת הגייפ.

98. בנוסף, העותרים ביקשו מהמשיבים 1 ו-2 להורות על הגשת כתב אישום נגד המפקדים המעורבים באירוע זה והאחראים לתוצאותיו הקטלניות, תוך בחינת העבירות הבאות, בין היתר, וזאת בהעדר אימוץ הדוקטרינה במשפט הפלילי הבינלאומי "אחריות מפקדים" (ובהעדר אימוץ המלצה מס' 2 בדו"ח ועדת טירקל לחקר האירוע הימי (המשט) [להלן: "דו"ח טירקל"] כפי שיפורט להלן): עבירת מעשי פזיזות ורשלנות (סעיף 338 לחוק) וכן עבירת חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות (סעיף 72 לחוק השיפוט הצבאי).

99. ביום 5.6.16 שיגר המשיב 1 מכתב לב"כ העותרים המאשר את קבלת כתב ההשגה והמודיע על ריכוז הטיפול בהשגה ובערר הנוסף בידיו של משיב 2 וביום 26.7.16 שיגר המשיב 2 מכתב לב"כ העותרים המאשר את קבלת כתב הערר.

מכתביהם של המשיבים 1 ו-2 מימים 5.6.16 ו-26.7.16 מצ"ב ומסומנים כנספחים 32 ו-33 בהתאמה.

100. חמישה חודשים לאחר הגשת ההשגה והערר, ובהיעדר החלטה בהם, פנו ב"כ העותרים ביום 19.9.16 למשיב 2 בדרישה לקבל החלטה עד ליום 18.10.16, אחרת ייאצלו לייעץ לעותרים לעתור בשלישית לבית המשפט הנכבד.

עותק ממכתבם של העותרים מיום 19.9.16 למשיב 2 מצ"ב ומסומן נספח 34.

101. ביום 3.11.16 פנה המשנה לפרקליט המדינה, עו"ד שלומי אברמזון, מטעם המשיב 2, לבאת כוח העותרים, עו"ד אמילי שפר עומר-מן, טלפונית, והשניים שוחחו והתכתבו בין התאריכים 3.11.16 עד 8.11.16. במהלך התקשרויות והתכתבויות אלו, מסר הראשון כי המשיב 2 זקוק לפרק זמן נוסף על מנת לבחון את התיק ולגבש עמדה. אך הוא לא ציין מהו אורך פרק זמן זה.

102. ביום 15.11.16 שלחו ב"כ העותרים מכתב התראה סופי לפני נקיטה בהליכים משפטיים בתיק, ובו דרשו תשובתם של המשיבים תוך חודש, קרי עד יום 15.12.16.

עותק ממכתבם של העותרים מיום 15.11.16 למשיב 1 מצ"ב ומסומן נספח 35.

העתירה השלישית והחלטת המשנה לפרקליט המדינה בהשגה

103. למרות כל האמור ולאחר שחלפו למעלה משבעה חודשים מאז הגשתם של ההשגה והערר, וללא שנתקבלה החלטתו של משיב 2 להשגה ולערר לא היה לעותרים מנוס אלא להגיש עתירה נוספת, שלישית במספרה וזו הוגשה ביום 19.12.16.

104. רק בעקבות הגשת העתירה השלישית, היא העתירה בתיק דנן, ביום 5.3.17 הוגשה תשובתו הדוחה את הערר ואת ההשגה של נציגו של המשיב מספר 2, המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), עו"ד שלומי אברמזון. החלטה זו הוגשה כנספח להודעת העדכון מטעם המדינה מיום 7.3.17 בתיק זה.

לשם הנוחיות מצ"ב עותק של החלטת המשנה לפרקליט המדינה ומסומנת

נספח 36.

105. כפי שצויין בפתח כתב עתירה מתוקן זה, החלטת המשנה לפרקליט המדינה קיבלה כי קיימות די ראיות לקביעה שהמנוח נפגע מרימון גז שנורה בכינון ישיר לחזהו, ושירי זה היה במקרה הפחות חמור רשלני ובמקרה החמור – מכוון. כמו-כן המשנה לפרקליט המדינה קבע כי נעשה ירי על-ידי מספר חיילים בכינון ישיר ובניגוד להוראות במהלך האירוע. וכן קבע כי קיימות ראיות מספיקות לקבוע היכן עמדו כל אחד מהחיילים והשוטרים בעת הירי. כאמור, לפי המשנה לפרקליט המדינה, א.ס.מ. הוא המטוליסט שאייש את עמדת הגייפ שהעותרים טוענים כי ממנה נורה הירי הקטלני.

106. את ההחלטתו לדחות את השגת העותרים נימק המשנה לפרקליט המדינה בעיקר באלו:

א. הרימון הפוגע: ישנו קושי לבודד את רימון הגז אשר נראה סמוך למנוח מיד עם הפגיעה בו כרימון הפוגע, היות ובסמוך לפגיעה נצפים שני קילוחי רימון. לכן גם לא ניתן לקבוע בוודאות שהרימון שפגע במנוח הוא מסוג "טווח מוגדל", מה שמגדיל את מספר החשודים שכן היו חיילים נוספים שירו רימוני גז "רגילים".

ב. ביחס לטווח הירי המינימלי: למרות הודעתו של רמ"ד בליסטיקה אשר התייחס למסוכנות ביחס לירי שאינו מקפיד על טווחי הבטיחות הקבועים לרימון מסוג טווח מוגדל, לא ניתן לקבוע כי היתה חריגה מההוראות שכן התברר שבהוראות אשר היו בתוקף בעת האירוע לא היתה התייחסות לטווחי מינימום לירי. מחדל חמור זה תוקן לאחר האירוע.

ג. כלי הנשק שממנו נורה הרימון הקטלני: על בסיס הודעות החיילים והשוטרים, חו"ד המומחים השונים וניתוח כלל הראיות בתיק לא ניתן לקבוע מי היה החייל/שוטר אשר ביצע את הירי, מאיזה כלי מדויק בוצע הירי, איזה רימון פגע במנוח ומאיזו עמדה בוצע הירי. למרות שכל החיילים שנחקרו אמרו שרק מטולי M-203 חומשו ברימוני גז בעלי טווח מורחב, גורם מקצועי שנחקר אמר שרימון מסוג זה ניתן (תיאורטית) לירות גם באמצעות מטול מסוג "רינגו". לפיכך, נטען בהחלטת המשנה לפרקליט המדינה, לא ניתן

לשלול שהירי בוצע על-ידי אחד משלושת החיילים שהיו באירוע חמושים במטול מסוג "רינגו", ולא ניתן לצמצם את החשד לעבר שלושה החיילים שלהם היה מטול M-203.

ד. אחריות מפקדים להכשרת החיילים: המשנה לפרקליט המדינה קבע כי למרות גירסת החיילים אלכס מ. ואס.מ., שלא תודרכו ולא אומנו לעשות שימוש ברימונים בעלי טווח מוגדל, אין מקום לייחס אחריות למפקדים וזאת לאור גירסתם של המפקדים שסותרת טענה זו (הגם שלא יכלו לומר באופן ספציפי שהחיילים שהיו באירוע עברו תדרכים ותרגולים, אלא רק טענו באופן כללי שביחידתם היו תרגולים ותדרכים).

107. מכאן עתירה מתוקנת זו.

ד. הטיעון המשפטי

I. ההחלטה על אי-העמדה לדין של החיילים/השוטרים שירו במהלך האירוע נגועה בחוסר

סבירות קיצוני

בגין הפגיעה במנוח

108. העותרים יטענו כי ההחלטה היחידה הסבירה לנוכח הראיות המצויות בפני המשיבים היא העמדה לדין של הלוחם היורה וכן של החיילים/השוטרים שירו בניגוד להוראות הפתיחה באש והעמדה לדין של המפקדים אשר פיקדו על האירוע ואפשרו ביצוע ירי רימוני גז מדמיע בעלי טווח מוגדל כך שסיכנו חיי אדם במהלכו, ואף גרמו למותו של אדם חף מפשע ללא הצדקה משפטית כלשהי.

109. לגבי האחריות להריגתו של המנוח: העותרים יטענו כי חומר הראיות הכולל תיעוד של הירי הקטלני שנקלט במצלמתו של הצלם דוד ריב; זיהוי של הרימון שפגע במנוח כרימון בעל טווח מוגדל (הדבר נראה בבירור בסרטון); חוות-דעת המומחים הקובעות שהירי בוצע בכינון ישיר והממקמות את מקור הירי בעמדת הג'יפ; וקיומן של ראיות לגבי זהות המטוליסט שאייש עמדה זו – יוצרים בסיס ראיתי שעומד בדרישה של "ראיות מספיקות" לאישום.

110. העותרים יטענו שהמשנה לפרקליט המדינה שגה כשהפעיל אמת מידה מחמירה של "הוכחה חד משמעית" (פסקה 43) או "במידה הנדרשת בפלילים" (כלומר - מעל לכל ספק סביר, פסקה 35), כאשר בשלב זה די בראיות מספיקות, שהן ראיות לכאורה.

111. עוד יטענו העותרים שהספקות עליהן מצביע המשנה לפרקליט המדינה אינן סבירות: חוות-דעת הצבא המטילה ספק ביחס למקור הירי מבוססות על שגיאה מתודולוגית בסיסית של התייחסות לזירה כדו-מימדית; האפשרות שהרימון הפוגע אינו בעל טווח מורחב היא ספקולציה בלתי מנומקת; ובהינתן התמונה הברורה של הרימון שניתז מגופו של המנוח – הוא רימון מסוג טווח מורחב – אין ולא יכול להיות ספק שזהו החימוש שפגע בו; ולבסוף, הטענה שייתכנו כלי נשק אחרים מהם נורה סוג חימוש זה גם היא בגדר

ספקולציה שאינה נתמכת בראיות. אף חייל לא טען שנעשה שימוש ב"רינגו" לצורך רימוני גז טווח מוגדל. כולם הסכימו שרק מטולים חומשו ברימון מסוג זה.

בגין ירי בכינון ישיר

112. המשנה לפרקליט המדינה מסכים כי נעשה ירי בכינון ישיר במהלך האירוע ושיירי זה הוא בניגוד לנהלים (פסקה 21).

113. עוד מסכים המשנה לפרקליט המדינה שהירי הפוגע במנוח נעשה בכינון ישיר.

114. כאמור לעיל, חומר הראיות מלמד על ירי בכינון ישיר של רימוני גז שנועדו לירי בזווית של 60 מעלות לצד הקהל שאת פיזורו מבקשים. לפיכך, גם אם לא ניתן יהיה להוכיח קשר סיבתי בין ירי ספיציפי (ויורה קונקרטי) ומותו של המנוח, ניתן וצריך להעמיד לדין את הירורים בגין עבירות של סיכון החיים והבריאות ואו רשלנות ופזיזות בכלי נשק.

115. באם יוחלט כי לא ניתן להגיע למסקנה במידת ההסתברות הנדרשת בפלילים כי יש מקום להגשת כתב אישום כנגד הלוחמים שביצעו ירי בכינון ישיר ובניגוד להוראות הבטיחות, לכל הפחות יש מקום לנקוט בצעדים משמעותיים כנגד אותם לוחמים וזאת בהתאם לסעיף 136 לחוק השיפוטי הצבאי.

II. ההחלטה על אי-העמדה לדין פלילי ולחלופין משמעותי, ואי-נקיטה בצעדים פיקודיים נגד

מפקדי היחידות שפעלו באירוע, נגועה בחוסר סבירות קיצוני

116. בהחלטת המשנה לפרקליט המדינה נדחתה הדרישה להעמיד לדין את המפקדים של היחידות שפעלו בזירה בעת האירוע, הן ביחס למחדל אי-הכשרת הלוחמים לשימוש זהיר במטולי רימונים והן ביחס למחדל אי-הפסקת הירי בכינון ישיר שבוצע במהלכו.

117. כזכור, שניים מהלוחמים שפעלו בזירה בעת האירוע והיו חמושים במטולי M-203 העידו שלא אומנו ולא תודרכו לשימוש ברימוני גז בעלי טווח מוגדל ואף כי לא ניתנו להם הוראות כיצד לנהוג בחימוש קטלני זה במסגרת התמודדות עם הפגנה אזרחית. ע"פ עדותו של החייל אלכס מ' "אנשים שהיו בשטח כולל אותי זה אנשים שלא עברו הדרכה ולא הסמכה. לא ידענו איך נכון להשתמש בכלי מסוג זה". ע"פ עדותו של אסף מ' "אף (אחד) מהמטוליסטים בפלוגה לא עבר הכשרה לירי במטול, לא להפגנות ולא לירי תחמושת נפיצה. אני לא יודע מי הנחה זו הייתה הוראה שבאה מלמעלה, התרענו שאנחנו לא יודעים לתפעל אבל לא השתנה דבר".

118. עדויות אלו מטילות אחריות כבדה על המפקדים. ההחלטה שלא להעמידם לדין מבוססת על גירסתם של המ"פ, הסמג"ד והמג"ד שטענו באופן כללי כי היו הכשרות אם כי לא ידעו לומר האם החיילים שחומשו במטולים ביום האירוע עברו את ההכשרות והתירגולים.

119. העותרים יטענו שבמצב דברים זה, שבו יש ראיות מפלילות ומנגד טענת החפות היא כללית ביותר ואינה סותרת למעשה את הראיות המפלילות, ההחלטה שלא לנקוט

בהליכים פליליים נגועה בחוסר סבירות קיצוני. לא ניתן לומר שאין ראיות מספיקות לאישום ובוודאי שלא ניתן לטעון שאין עניין ציבורי במיצוי הדין עם המפקדים במקרה זה.

120. מדינת ישראל טרם אימצה את דוקטרינת המשפט הפלילי הבינלאומי "אחריות מפקדים", זאת על אף המלצת דו"ח טירקל מס' 2, לפיה:

"תיקבענה הוראות בחוק, המטילות על מפקדים וממונים אזרחיים אחריות פלילית ישירה בשל עבירות שעברו הכפופים להם, כאשר הם לא נקטו בכל האמצעים הסבירים למנוע ביצוע עבירות או לא פעלו להביא את האחראים לדין כאשר נודע להם על העבירות לאחר מעשה".

121. לטענת מחברי דו"ח צ'חנובר (עמ' 10), ולראייתם של נציגי המשיבים בפורומים שונים, המשפט הישראלי וחוק השיפוט הצבאי כוללים כבר כיום כלים שונים כדי להעמיד מפקדים לדין פלילי בגין מחדלם מלמנוע עבירות פליליות המבוצעות על-ידי פקודיהם, או מחדלם מלדווח על אירועים הבאים לידיעתם והמעלים חשד לפלילים המתרחשים תחת פיקודם, וכן כלים מנהליים.

122. נדגיש באופן חד משמעי כי אין אנו רואים בכלים אלו תחליף לאימוץ דוקטרינת אחריות מפקדים, שכן לפי הדוקטרינה, מחדלים אלו על-ידי מפקדים יובילו להעמדתם לדין בגין אותה העבירה אשר בוצעה על-ידי פקודיהם. אין אפשרות כזו כיום בדין הישראלי.

123. אך אף בהינתן הכלים החלשים יותר הקיימים בחוק כיום, וגם מבלי לזהות את זהותו של היורה שהרג את באסם אבו רחמה, ישנן בתיק החקירה די ראיות כדי לקבוע שיש להעמיד לדין את מפקדי החיילים באירוע בגין עבירות כגון עבירת מעשי פזיזות ורשלנות (סעיף 338 לחוק העונשין) או עבירת חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות (סעיף 72 לחוק השיפוט הצבאי).

124. לחלופין, ובאם ייקבע כי מסכת הראיות אינה מספיקה לאישום פלילי, יטענו העותרים כי לכל הפחות יש מקום להעמיד את המפקדים לדין משמעתי.

125. בנוסף יטענו העותרים כי אין זה סביר שלמרות הכשל המבצעי החמור לא ננקוט נגד המפקדים של היחידות המעורבות צעדים פיקודיים.

126. העדויות שפורטו לעיל לפיהן המפקדים לא הנחו את פקודיהם כראוי בקשר לשימוש במטול הרימונים במתאר אזרחי, יוצר את האחריות האמורה.

III. נקיטה בצעדים נגד האחראים לאובדן תיק החקירה

127. כאמור, בהחלטת המשנה לפרקליט המדינה נחשפה העובדה המבישה שתיק החקירה בתיק זה אבד. כמו-כן התבררנו שלא ניתן היה לאתר אף עותק של חלק ממסמכי התיק ולפיכך ישנו חוסר בחומר החקירה שבידי המשיבים. כך לא אותרו על-ידי המשיבים חוות

הדעת של יחידת המיפוי הצה"לית וסרטוני ההדמיה שנערכו על ידה, תמונות מקוריות, סרטון ווידאו של תצפית צה"ל ועוד.

128. נשגב מבינתנו כיצד ניתן לעבור לסדר היום על מחדל חמור זה. אי-נקיטה בהליכים כנגד האחראים לאבדן התיק, משדר זלזול בוטה במנוח וכאבם של בני משפחתו, אף יותר מהאבדן עצמו. התנהלות זו מלמדת על יחס קל דעת אל החקירה שנתפסת כעניין "טכני" שיש לקיימו אבל שאין מאחוריו שום מהות אמיתית.

129. אבדן התיק מחייב נקיטה בצעדים, לכל פחות משמעותיים ופיקודיים, כנגד מי שימצא כאחראי לאובדן תיק החקירה.

IV. העמדה לדין של האחראים למחדל אי-ציון טווח בטיחות מינימלי לשימוש ברימוני גז בהנחיות שהיו בתוקף בעת האירוע

130. בתגובת המשיבים לעתירה השלישית עולה כי הוראות הפתיחה באש שחלו בעת האירוע לא כללו הוראות ביחס לטווחי מינימום לירי ממטול רימונים ולפיכך לחיילים ולשוטרים לא הוסברה מידת הסיכון הנשקפת לאזרחים מירי שנעשה לטווח קצר.

131. זהו מחדל חמור ביותר שסיכן ובפועל גבה חי אדם.

132. כתיבת הוראות הפתיחה באש כמוהן כשימוש בנשק. הוראות רשלניות כמוהן כירי רשלני, ואם גבו לחיי אדם המדובר בגרימת מוות ברשלנות. אם "רק" סיכנו את החיים והבריאות – הרי שמחברי ההוראות אחראים לעבירה זו.

133. העובדה שהמשיבים לא ראו לנכון לנקוט בצעדים פליליים, משמעותיים או פיקודיים כנגד מי שאחראי למחדל זה – כמו העובדה שלא נקטו בצעדים כנגד מי שאחראים לאבדן תיק החקירה – אינו מתקבל על הדעת. מחדל אכיפתי זה, לא פחות מהמחדל שבו הליכי אכיפת החוק היו אמורים לטפל, משדר זלזול, קלות דעת וחוסר איכפתיות כלפי קרבנות הירי.

V. סמכותו של בית המשפט הנכבד להתערב בהחלטת המשיבים

134. ההלכה הנוגעת להתערבות בית משפט נכבד זה בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה ורשויות החקירה והתביעה בעניין פתיחה בחקירה פלילית והעמדה לדין פלילי מוסדרת ונקבעה בשורה ארוכה של פסקי דין (ראו, בין היתר: בג"ץ 935/89 אורי גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990) (להלן "פרשת גנור"); בג"ץ 6271/96 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נ(4) 425 (1996); בג"ץ 571/09 אורי אבני נ' פרקליטות המדינה (פורסם בנבו, 10.6.2009); בג"ץ 4405/06 פונדק פליקן בע"מ נ' פרקליטות מחוז ב"ש והדרום (פורסם בנבו, 16.11.2006)).

135. ההלכה הנלמדת מפסיקתו של בית המשפט נכבד זה היא כי למשיבים שיקול דעת רחב להחליט האם להעמיד פלוני לדין אם לאו, האם לפתוח בחקירה אם לאו, והאם להורות

על השלמת חקירה אם לאו, אך החלטותיו כפופות לביקורת שיפוטית. אף שבית משפט נכבד זה חזר ואמר בהזדמנויות שונות כי התערבותו בהחלטות מסוג זה תהיה זהירה, מדודה ומצומצמת, בית המשפט הדגיש שוב ושוב כי במקרים הראויים יש מקום להתערבותו.

136. ההלכה הברורה והידועה היא שהמעשה המנהלי יפסל מחמת אי-סבירות רק מקום שבו אי-הסבירות היא רבה וחמורה. (פרשת יחב לעיל, בעמ' 24; וראו גם בג"ץ 6781/96 ח"כ אולמרט נ' היועץ המשפט לממשלה (פס"ד מיום 5.11.96), פ"ד נ(4) 793, 807; פרשת גנור, 528).

137. בית המשפט הנכבד ציין כי על רשויות אכיפת החוק, כעל כל רשות ציבורית אחרת, מוטלת החובה להפעיל את שיקול הדעת המסור להן בהגינות, ביושר, בסבירות וללא הפליה (בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון (פס"ד מיום 23.3.93), פ"ד מז (2) 229, 259). בית משפט נכבד זה חזר על עקרון זה בפסק דינה של כב' השופטת (בדימ') פרוקצ'יה, בנוגע לאחיו של המנוח אבו רחמה, כאשר כתבה:

"על ראש התביעה לבסס את החלטתו על שיקולים הוגנים ותמי לב, לפעול ביושר ובהגינות, ועל פי שיקולים ענייניים בלבד" (ההדגשות אינן במקור, מ"ס, אש"ע).

(בג"ץ 7195/08 אשרף אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדלבלית הפרקליט הצבאי (תק-על 2009 (3), 357, 1.7.09), בפסקה 68) (להלן "פרשת אבו רחמה"; ההדגשה אינה במקור, מ"ס, אש"ע).

138. לפיכך, תיבחן חוקיותה של החלטת המשיבים בתיק זה, ככל מעשה מנהלי, בין היתר, בהתאם לאמות המידה האובייקטיביות של עיקרון הסבירות המנהלית. מובן הוא כי אין החלטה סבירה אחת, כי אם מתחם של אפשרויות סבירות אשר הרשות יכולה לבחור בכל אחת מהן בהתאם לשיקול דעתה. אם כן, סבירות היא מושג נורמטיבי ומשמעותה איתור השיקולים הרלבנטיים ואיזון ביניהם על פי משקלם. כב' הנשיאה (בדימ') ביניש תיארה את אמות המידה הללו כלהלן:

"כללי המשפט המינהלי – המחייבים את היועץ המשפטי לממשלה, כמו את כל מקבלי ההחלטות ברשויות המדינה, להפעיל את שיקול דעתו בכפוף לשורה של עקרונות ובהם, החובה לנהוג בסבירות, בתום לב ובשוויון, ולקבל כל החלטה על בסיס תשתית עובדתית מספקת, תוך שקילת שיקולים ענייניים (ראו לעניין זה פרשת גנור, עמ' 527)".

(בג"ץ 5305/08 העמותה לקידום מימשל תקין נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 24.11.09), פסקה 9) (ההדגשה אינה במקור).

139. בעניינו, בית משפט נכבד זה מתבקש לצוות על רשויות אכיפת החוק להגיש כתבי אישום ולהורות נקיטה בצעדים משמעותיים ופיקודיים כאמור ברישא לכתב העתירה המתוקן.

140. העותרים יטענו שהחלטת המשיבים אי-סבירה באופן קיצוני ובשים לב לתוצאותיו הקטלניות של האירוע מושא עתירה זו והחשיבות העצומה של אכיפת הדין על מקרים מסוג זה, יש מקום להתערבותו של בית המשפט הנכבד.

VI. החובה להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש

141. האירוע מושא עתירה זו התרחש בשטח כבוש בו חלים דיני הכיבוש הבינלאומיים. מכיוון שכך, חשוב להתעכב על החובה המוגברת שחלה על המשיבים להעמיד לדין את האחרים למותו של המנוח. כידוע, הגדה המערבית היא שטח שנכבש ע"י מדינת ישראל בשנת 1967 וחלים עליה דיני הכיבוש הבינלאומיים (או: "דיני התפיסה הלוחמתית") – ראו בג"צ 393/82 ג'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד ל"ז (4) 785 (1983).

142. החובה להעמיד לדין חשודים בפגיעה באזרחים מוגנים מעוגנת במשפט הבינלאומי, שכן הינה חובה שנגזרת מהחובה להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש – שמעמדם על-פי אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949, הוא של "אזרחים מוגנים".

143. החובה והאחריות לשמירה על ביטחונם של האזרחים המוגנים כוללת חובה חיובית להגן וחובה שלילית להימנע מפגיעה (ראו: בג"צ 9593/04 ראש דמוראר, ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה והשומרון, תקדין עליון 2006 (2) 4362).

144. הן בתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, 1907, והן באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: "אמנת ג'נבה"), הוקדשו סעיפים רבים לפירוט החובה השלילית המוטלת על הכוח הכובש. לדוגמה, סעיף 3 המשותף לארבע אמנות ג'נבה קובע את סטנדרט ההתנהגות המינימאלי כלפי מי שאינו מעורב בלחימה ונחשב כיום לעקרון-על של המשפט ההומניטארי הבינלאומי. בפרט, סעיף זה אוסר על אלימות ופגיעות אחרות לגופם ולכבודם של האזרחים המוגנים (ההדגשות אינן במקור, מ"ס, אש"ע):

To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

(a) violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;

(b)...

(c) outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;

145. סעיף 27 לאמנת ג'נבה קובע את זכותם של האזרחים המוגנים ליחס מינימאלי של כבוד וכן מטיל חובה על הכוח הכובש להגן עליהם מפני מעשי אלימות ואיומים על כך:

Art. 27. Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.

146. תקנה 46 לתקנות האג, קובעת אף היא את העיקרון הכללי האוסר פגיעה פיזית בתושבי שטח כבוש :

Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected.

147. העותרים מפנים עוד לסעיף 75 לפרוטוקול הראשון של אמנות ג'נבה משנת 1977.

148. אי-מיצוי הדין עם החיילים שירו באופן בלתי חוקי (גם אם לא ניתן לייחס למי מהם את מותו של אבו רחמה), ואי מיצוי הדין עם המפקדים שחדלו מלהנחות את פקודיהם באופן שימנע ירי בלתי חוקי – כל אלה הן הפרות של החובות של המשיבים בהתאם לדיני הכיבוש.

ה. סוף דבר

149. פרשה זו עוסקת בהריגתו של אזרח ע"י כוחות הביטחון, הריגה שהתרחשה לפני למעלה משמונה שנים ואשר מתחילת הדרך לא קיבלה את הטיפול הראוי מצד גורמי אכיפת החוק. התנהלותם של המשיבים נגועה ברשלנות ובחוסר סבירות קיצוני, כאשר עיכובים מצדם הובילו לעיכובים נוספים שהולידו גרירת רגליים וסחבת. ואם לא די בעיכובים הרבים לאורך כל הפרשה, כיום ברור כי תיק החקירה המקורי אבד ובתוך כך ישנו חוסר בחומר החקירה דבר שבין היתר גרם לעיכובים נוספים. מחדל זה בפני עצמו מחייב נקיטה בצעדים משמעותיים ופיקודיים כנגד מי שימצא כאחראי לאובדן תיק החקירה.

150. כפי שצוין לעיל, כיום על בסיס הראיות הקיימות בתיק, כבר אין מחלוקת כי במהלך האירוע בוצע כמות גדולה של ירי רימונים בכינון ישיר ובטווח קצר לעבר אזרחים אשר, כאמור, לא היו כל סכנה לכוחות וכן כי באסם אבו רחמה ז"ל נהרג כתוצאה מפגיעה בחזהו של רימון גז מדמיע בעל טווח מוגדל, וכי רימון זה – בין אם מסלולו היה ישיר מרובה החייל אל חזהו, ובין אם הוא פגע בגדר התיל, ניתז ואז פגע במנוח – נורה בניגוד מוחלט להוראות הפתיחה באש, קרי, בכינון ישיר.

151. באם יתברר כי אין דרך להוכיח מי היה היורה שפגע במנוח המינימום הנדרש מהמשיבים הוא להעמיד לדין מי מהכוחות שביצע ירי המנוגד להוראות הפתיחה באש וסיכן בכך את חייהם ובריאותם של הנוכחים באירוע, כן יש מקום לנקיטה בהליכים כנגד המפקד או המפקדים אשר היו מעורבים באירוע וחדלו מלהנחות את פקודיהם באופן שימנע את הירי הבלתי חוקי וכן יש לנקוט בצעדים בשל כשל פיקודי הנובע לכאורה מאי הכשרת החיילים לשימוש בתחמושת שהוקצתה להם באירוע.

152. לבסוף, כפי שצוין בהוראות הפתיחה באש שחלו בעת האירוע לא היו הוראות ביחס לטווחי מינימום לירי ממטול רימונים ולמסוכנות בירי מתחת לטווח זה. המינימום הנדרש מהמשיבים הוא נקיטה בצעדים משמעותיים כנגד מי שאחראי למחדל זה.

153. בלב העותרים תחושה קשה על המידה המועטה של הגנה שמעניקה הפרקליטות הצבאית והאזרחית לאזרח פלסטיני חף מכל פשע הנפגע בשל שימוש בלתי חוקי בנשק, במהלכה של סיטואציה אזרחית מובהקת ובלתי אלימה. האיטיות של הליך קבלת ההחלטות אצל המשיבים, המסר המסוכן הנובע מעיכובים אלה, העוול שנגרם למשפחתו של אבו רחמה, למכריו ולמוקיריו – כל אלה לא מותירים לעותרים כל ברירה אלא לשוב ולבקש סעד מבית המשפט הנכבד.

154. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להופכו למוחלט.

בנוסף, ובשים לב לעובדה שהעותרים נאלצים פעם שלישית לעותר לבית המשפט הנכבד ולשכור את שירותיהם של הח"מ, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים לשאת בהוצאות המשפט של העותרים וכן בשכ"ט עורכי דינם בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

תאריך: _____

סופיה ברודסקי, עו"ד

אמילי שפר עומר-מן, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים