

1. צ' אבו רחמה

2. מועצת הכפר בילעין

3. בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם
בשטחים, ע"ר 580146256

4. "יש דין" – ארגון מתנדבים למען זכויות אדם,
ע"ר 5804422

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או אמילי שפר עומר-מן
ו/או אנו דעואל לוסקי ו/או נועה עמרמי ו/או רוני פלי,
כולם מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב 6777812; טל': 03-
6206947, פקס: 03-6206950

העותרים

-- נ ג ד --

1. הפרקליט הצבאי הראשי – תא"ל דני עפרוני

2. התובע הצבאי הראשי - אל"מ אהוד בן אליעזר

3. היועץ המשפטי לממשלה

4. פרקליט המדינה

המשיבים

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד
המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם -

א. למשיבים 1-2: מדוע לא יקבלו לאלתר החלטה בערר על סגירת תיק חקירת המשטרה
הצבאית החוקרת (להלן: "מצ"ח") ירושלים מספר 285/10, בו נדרשו להורות על השלמת
החקירה של נסיבות הריגתו של בנה של העותרת מס' 1, באסם אברהים אבו רחמה ז"ל;

ב. למשיבים כולם: מדוע לא יורו על הגשת כתב אישום נגד החייל שירה בבנה של העותרת
מס' 1, באסם אברהים אבו רחמה ז"ל, וכנגד כל מי שיש לו אחריות פיקודית להריגה.

בקשה לקביעת דיון דחוף

תיק זה עוסק באירוע שהתרחש באפריל 2009, קרי לפני קרוב לשש שנים.

תיק זה מלין על עיכובים והשהיות בלתי נתפסות, מקוממות וחסרות כל הצדקה, של הליכי אכיפת החוק במקרה של הריגת אזרח לא חמוש במסגרת הפגנה לא אלימה בכפר בלעין שבגדה המערבית הכבושה.

בעתירה קודמת בפרשה זו ביקר בית המשפט הנכבד את האיטיות של התנהלות המשיבים, ולמרות זאת גם לאחר ביקורת זו לא האיצו הגורמים הרלבנטיים את קצב הטיפול בתיק.

הסעדים המתבקשים בתיק זה רגישים ביותר למימד הזמן, ולפיכך העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד להורות למזכירות לקבוע תיק זה לדיון בדחיפות, שהרי המתנה של כשמונה חודשים עד שנה (שזהו מניסיון הח"מ התור לדיון ראשון בבית המשפט הנכבד) – יביא לכך שהדיון בעתירה יתקיים כמעט שבע שנים לאחר קרות האירוע והאפקטיביות של הביקורת השיפוטית עלולה להיות נפגעת קשות בשל כך.

לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כאמור למזכירות לקבוע תיק זה לדיון בהקדם האפשרי.

ואלה נימוקי העתירה לצו על תנאי :

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בהימנעותם של המשיבים מקבלת החלטה בערר שהוגש על סגירת תיק החקירה של נסיבות הריגתו של באסם אברהים אבו רחמה, ז"ל (להלן: "אבו רחמה"), מבלי לבצע פעולות חקירה חיוניות כדי לקבוע מי מתוך [צונזר] החשודים ביצע את הירי שגרם למותו של אבו רחמה, וכדי לבחון את אחריותם של המפקדים הרלוונטיים.
2. למעשה, כבר בעת זו ניתן לקבוע כי הירי שפגע באבו רחמה וגרם למותו בוצע באופן בלתי חוקי וכן ניתן לקבוע את מקורו, זאת על בסיס הראיות שנגבו, יחד עם חוות הדעת המנתחות אותן שהוכנו ע"י מומחים מטעם המשיבים ומטעם העותרים. המכשול היחיד המוצב בין המשיבים לבין הגשת כתבי אישום בתיק זה, ככל הנראה, הוא **הימנעותם מביצוע בירור בסיסי אשר כל חוקר סביר היה מבצע בתחילת חקירת אירוע זה, ואשר ניתן לביצוע גם היום [צונזר]**.
3. בעתירה זו יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים להגיש כתבי אישום נגד הלוחם היורה שהרג את אבו רחמה ונגד האחראים משרשרת הפיקוד לאירוע ולתוצאתו החמורה (להלן תובהר אחריותם לכאורה).
4. **אולם, בשלב הראשון, בעתירה זו יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים ליתן החלטה מיידי, ללא דיחוי וללא כל השהיות, בעררם של העותרים הדורש השלמת חקירה פשוטה.**
5. **העותרים שומרים על זכותם לתקן כתב עתירה זה, באם תתקבל החלטה ע"י המשיבים (ובכך ימומש הסעד הראשון שהתבקש בעתירה).**
6. האירוע מושא עתירה זו התרחש ביום 17.4.09 (כלומר לפני שש שנים בקירוב) במהלכה של הפגנה מעוטת משתתפים בכפר הפלסטיני בלעין שבגדה המערבית. הפגנה קטנה ובלתי אלימה זו התקיימה סמוך לגדר ההפרדה באדמות הכפר במיקומה המקורי, שהרי מאז מותו של אבו רחמה יושם פסק דינו של בית משפט נכבד זה שהורה להסיט את תוואי הגדר בבלעין מערבה, והגדר הוקמה במקום אחר באדמות הכפר.
7. בדיקות שקדמו לאירוע הריגתו של אבו רחמה, מספר מפגינים בודדים התקרבו לגדר וקראו קריאות לעבר כוחות הביטחון. מספר מועט של מפגינים חצו את גדר התיל ונגשו לגדר, אך אבו רחמה לא היה ביניהם. כפי שניתן להבחין מצפייה בשלושת הסרטונים אשר תיעדו את האירוע, אף אחד מהמפגינים לא היה חמוש, לא היה שום גילוי של אלימות ולא נשקפה לכוחות הביטחון סכנה כלשהי. לוחם שעמד במרחק של כ-35 מטרים מהמפגינים ירה ממטול רימון גז בעל טווח מוגדל (שטווח התעופה שלו, אם הוא נורה

בכינון עקיף, מגיע למאות מטרים מנקודת מוצאו) בכינון ישיר – קרי בניגוד להוראות הפתיחה באש ומכאן שלכל הפחות ברשלנות פושעת, וייתכן שבפזיזות או אף בכוונה – לעבר אבו רחמה, אשר עמד מצידה המזרחי של גדר התיל, במרחק של כ-15 מטרים מהגדר. הרימון פגע בחזהו של אבו רחמה, וכתוצאה מהפגיעה הישירה הוא נהרג.

8. לקודמו בתפקיד של המשיב מספר 1, אלוף אביחי מנדלבלט, נדרשה **כמעט שנה מאז האירוע** לקבל החלטה אם לפתוח בחקירת מצ"ח. החלטתו המקורית הייתה שאין מקום לחקירה. 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 שבחנו וניתחו את שלושה סרטוני הוידאו שהנציחו את האירוע מזוויות שונות והגיעו למסקנה החד משמעית שהירי בוצע בכינון ישיר, הפך קודמו של המשיב 1 את החלטתו וביולי 2010 – קרי, למעלה משנה לאחר האירוע – נפתחה חקירה של מצ"ח.

9. 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 1 לקבל החלטה – בג"צ 1647/13, **צובחיה מוסא אלעבד אבו רחמה ואח' נ' הפצ"ר** (להלן: "העתירה הקודמת"). רק לאחר ובעקבות הגשת העתירה הקודמת קיבל המשיב 1 החלטה – והיא לסגור את התיק ללא נקיטה בהליכים פליליים נגד איש מהמעורבים באירוע מותו של אבו רחמה (להלן: "ההחלטה הקודמת"). העותרים הודיעו אז שיגישו ערר על ההחלטה הקודמת.

10. בפסק הדין שניתן במסגרת העתירה הקודמת ביום 29.10.13, הורה בית המשפט הנכבד למשיב 1, לנוכח האיטיות הבלתי מתקבלת על הדעת שבטיפול בתיק, לטפל בדחיפות ובזריזות בערר על ההחלטה הקודמת, אשר עמד להיות מוגש ע"י העותרים. למרות זאת, **ותוך הפרת הנחייתו של בית המשפט הנכבד** המשיך המשיב 1 לזלזל בעותרים ולנהל את ההליכים באיטיות שלעיתים נראתה כמעט מכוונת. כך למשל, חלפו קרוב לחמישה חודשים עד שחומר החקירה הועמד לעיונם של הח"מ לצורך הגשת הערר. לא זו אף זו: הערר מטעם העותרים הוגש למשיבים ביולי 2014, **ועד היום – קרי למעלה משמונה חודשים לאחר הגשתו – טרם התקבלה בו החלטה**. התנהלות זו אילצה את העותרים לשוב לבית המשפט הנכבד ולבקש שנית סעד ממנו, ואת זאת אנו מבקשים בעתירה זו.

11. כפי שעולה מהשתלשלות הדברים, המדובר במקרה חמור של רשלנות (במקרה הטוב) מצדם של המשיבים, וזלזול במקרה חמור ביותר של הריגת מפגין לא חמוש שהביע מחאתו בדרכי שלום, ע"י גורמי אכיפת החוק הצבאיים והאזרחיים, אשר אפשרו לתיק הרג של חף מפשע ליפול בין הכיסאות שוב ושוב, עד כדי כך שנדרשות התערבויות של בית המשפט הנכבד.

12. וכך, פעם נוספת, העותרים מוצאים את עצמם מגישים עתירה על מנת להניע את המשיבים למלא את חובתם.

13. אנו מתקרבים לציון היום שבו יחלפו **שש שנים** מאז הריגתו של אבו רחמה ז"ל. חלפו זה מכבר למעלה מארבע וחצי שנים מאז שנפתחה החקירה לבירור נסיבות הריגתו. ולמרות זאת עד היום טרם בוצעו פעולות חקירה בסיסיות הנדרשות כדי לקבוע זהותו של היורה שגרם למותו של אבו רחמה, ולשפוך אור על מי משרשרת הפיקוד אחראים לאירוע ולתוצאתו החמורה. **אבו רחמה נהרג מירי לכל הפחות רשלני של חיילי צה"ל, ותיק החקירה לבירור האחריות למותו נחנק לאורך שנים ע"י סחבת בלתי נסלחת של גופי החקירה והתביעה.**

14. בעתירה זו ייטען כי ההימנעות מקבלת החלטה בערר במשך למעלה משמונה חודשים בנסיבות תיק זה, הינה **בלתי סבירה באורח קיצוני** בין היתר לאור החובה הקבועה במשפט הבינלאומי כי חקירת הפרה חמורה של זכויות אדם תהיה אפקטיבית, ובין היתר שהפתיחה בחקירה תתרחש ללא דיחוי וביצועה יושלם במהירות ראויה ("promptness"). אלא שכאמור **חלפו קרוב לשש שנים מאז האירוע, למעלה מארבע וחצי שנים מאז הפתיחה בחקירה של נסיבותיו, ולמעלה לשמונה חודשים מאז שהוגש ערר על סגירת התיק וטרם התקבלה בו החלטה.**

15. בעתירה זו ייטען כי מדובר בהימנעות מקבלת החלטה בערר שהינה **בלתי סבירה באורח קיצוני** לגופו של עניין משום שכל הראיות מצביעות כי רימון גז בעל טווח מוגדל נורה לעבר אבו רחמה בכינון ישיר בניגוד להוראות הפתיחה באש הצה"ליות, **קיים מספר מועט ומוגדר של חשודים בביצוע ירי זה (שלושה לוחמים בלבד), וידוע מיקומו של היורה – כך שכל מה שחסר הוא בירור מיקומם של [צונזר] החשודים, ועדיין המשיבים מסרבים לבצע את פעולות חקירה פשוטות אלו.**

16. בעתירה זו ייטען כי המדובר באי-קבלת החלטה **תמוהה** משום שהאירוע הונצח משלוש זוויות ע"י שלושה צלמי וידיאו שונים וניתוח של תיעוד נרחב זה, הן ע"י מומחים מטעם העותרים והן ע"י מומחה מטעם המשיבים, מוכיח כי הירי באבו רחמה נעשה מטווח קצר, בכינון ישיר וללא שום הצדקה – ממצאים שמצביעים לכשעצמם על ביצוע של עבירות בגינן יש להעמיד את המעורבים לדין בגין עבירות המתה, ולכל הפחות גרימת מוות ברשלנות.

17. בעתירה זו ייטען כי המדובר בהימנעות **מסוכנת** מקבלת החלטה משום שעתה, **כעבור קרוב לשש שנים מאז האירוע, כל עיכוב נוסף בניהול התיק עלול להפחית את הסיכוי לנקיטה בהליך פלילי אפקטיבי, שהרי כל פרח משפטים יודע כמה קשה לנהל תיק פלילי שנים לאחר קרות האירוע, ועוד יותר קשה לקיים בקרה על החלטה שנתקבלה זמן כה רב לאחר האירוע.**

18. עוד ייטען בעתירה זו כי מדובר במחדל **מזאיג** של אי-קבלת החלטה משום שהוא מעביר מסר של זלזול בחיי אזרחים פלסטינים, בכך שהוא משדר בבירור לכל חיילי צה"ל ומג"ב העוסקים בפיזור הפגנות של פלסטינים כי ירי לעבר המפגינים, גם כאשר ירי כזה מסתיים

במותו של אחד מהם, לא יוביל לנשיאה באחריות פלילית. מסר זה – גם אם אין זו כוונתו – ייקלט ויתורגם לעוד פצועים, עוד נכים ועוד משפחות שכולות. למעשה, אפקט זה כבר מורגש בשטח בשנים שחלפו מאז האירוע.

19. לצערם של העותרים, המקרה מושא עתירה זו מהווה רק דוגמא אחת – אם כי דוגמא מבין החמורות ביותר שמוכרות להם – של סחבת ועיכובים בלתי סבירים בעליל בניהול חקירות מצ"ח. נתונים המצויים בידי העותרים 3 ו-4 לגבי קצב ביצוע חקירות וקבלת החלטות ע"י המשיבים מצביעים על בעיה חמורה חוזרת ונשנה של גרירת רגליים בקבלת החלטות ע"י המשיבים שגורמת לתיקים להתמשך שנים. אין ספק כי בעיה זו פוגעת פגיעה משמעותית באפקטיביות של חקירות אלו, וכפועל יוצא, פגיעה בסיכויים שהאמת תתברר והצדק ייעשה.

20. לפיכך, בית המשפט הנכבד יתבקש בתיק זה לסייע למשיבים ולצבא ההגנה לישראל להתגבר על קושי זה, להחזיר מידה של הגינות להתנהלות החקירות שלו, ומידה של צדק למשפחתו של אבו רחמה ז"ל.

ב. הצדדים לעתירה

21. העותרת מספר 1 היא אמו של אבו רחמה ז"ל, תושבת הכפר בילעין, אלמנה, ואם לארבעה ילדים נוספים שעודם בחיים, שכן בתה ג'וואהר נפטרה בקרבת הפגנה דומה בכפרם לפני כשנתיים (הוגשה עתירה בעניין אי-פתיחה בחקירה של נסיבות מותה, ראו פסק הדין בבג"צ 6547/11, צובחיה אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, מיום 28.8.14).

22. העותרת מספר 2 היא מועצת הכפר בילעין, הכפר בו התגורר אבו רחמה במשך כל 30 שנות חייו.

23. העותר מספר 3, ארגון "בצלם" – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים, הינו ארגון זכויות אדם שהוקם בשנת 1989 במטרה לתעד ולהיאבק בהפרות זכויות האדם בשטחים הכבושים דרך הבאתן לידיעת הציבור הרחב וקובעי מדיניות. העותר 3 קיים תחקיר נרחב על האירוע שבמסגרתו נהרג אבו רחמה ז"ל.

24. העותר מספר 4, 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.

25. המשיב מספר 1, 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. על החלטה זו עררו העותרים.

26. המשיב מספר 2, התובע הצבאי הראשי, מופקד על העמדת חיילי צה"ל לדין בגין עבירות שהם ביצעו לכאורה, והינו הגורם המטפל בעררים על החלטות לסגור תיקי חקירה נגד חיילים. עררם של העותרים הוגש לידיו. הימנעותו מקבלת החלטה בערר, ומהגשת כתב אישום כנגד החשודים בתיק, היא מושא עתירה זו.

27. המשיבים מספר 3 ו-4, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, מופקדים, בין היתר, על אכיפת החוק הפלילי והמשיב מספר 4 מייצג את מדינת ישראל בפני בתי המשפט בעניינים פליליים. לאור העובדה כי בין החשודים בתיק החקירה מושא עתירה זו ישנם הן שוטרי מג"ב והן חיילים אשר עליהם חדל לחול **חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955**, ולנוכח העובדה שככל הנראה חלק מהחיילים המעורבים יצאו מתחולת החש"צ, החלטה על נקיטה בהליכים משפטיים בעניינם רובצת לפתחו של המשיב 3. כמו כן, דרך המשיב מספר 3 נטלה המשיב מספר 4, פרקליטות המדינה, חלק בקבלת ההחלטה לסגור את תיק חקירת מותו של אבו רחמה. כאמור, על החלטה זו עררו העותרים. פרקליט המדינה הינו הגורם המוסמך, ככל הנראה, להעמיד לדין את האדם שביצע את הירי שהרג את אבו רחמה.

ג. רקע עובדתי

I. האירוע

28. 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. בהפגנות משתתפים אזרחים פלסטיניים, ישראלים וזרים. בהפגנה המסוימת שבה אבו רחמה ז"ל נורה הייתה השתתפות מועטה בלבד של כ-30 איש, וכפי שמוכיחים סרטי הווידאו, לא יודו כלל אבנים בכל שלב של האירוע, לא לפני שכוחות הביטחון החלו לירות, ולא במהלך התיעוד המצולם של הירי של אבו רחמה ופינויו לבית החולים.

29. 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 בייניש, 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 ביהמ"ש בפסק-דינו כך (ההדגשה אינה במקור, מ"ס, א"ש):

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 ייכללו 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).

30. 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.

31. 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. שלושה צלמים היו בקהל המפגינים: 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 מהחייילים. לא הוא ולא אחרים יידו אבנים, או היוו סכנה בדרך כלשהי לכוחות הביטחון. למעשה, מספר שניות לפני הירי הקטלני שקיפת את חייו נשמע אבו רחמה צועק בשפה עברית לכוחות כי הם פגעו במפגינה אותה חשב לישראלית (מדובר 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 בעל טווח מוגדל והתמוטט, כאשר הירי בוצע בכינון ישיר ומטווח קצר ביותר. אבו רחמה פונה לטיפול רפואי בביה"ח ברמאללה שם נקבע מותו.

32. 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.

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.)

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

II. מיצוי הליכים

דרישת העותרים לפתוח בחקירה וסירוב המשיב מספר 1

34. בעקבות האירוע, ביום 21.4.09 פנה העותר מס' 3 לקודמו של המשיב מס' 1, אלוף אביחי מנדלבלט, בדרישה לפתוח בחקירה פלילית בדבר נסיבות מותו של אבו רחמה. בנוסף, דרש העותר מס' 3 מקודמו של המשיב מס' 1 כי יבהיר ויחדד לכוחות הביטחון הפועלים בגדה המערבית כי ירי רימוני גז בכינון ישיר לעבר אזרחים אסור בתכלית האיסור.

העתק של מכתבו של העותר 3 לקודמו של המשיב מס' 1 מצ"ב ומסומן

נספח 2.

35. ביום 23.4.09, פנה ב"כ העותרת 1 הח"מ בשמה לתובעת הצבאית הראשית דאז, אל"מ זינה 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 העותרים 3 ו-4 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' 1 האם להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח.

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

3.

36. 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, א"ש] בוצע בניגוד לנהלים.

העתק של הכתבה מצ"ב ומסומן נספח 4.

37. 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.

38. יש לציין שביום 17.3.09 פנה העותר 3 ליועמ"ש איו"ש דאז אל"מ שרון אפק בפנייה עקרונית המתריעה על שימוש בירי רימוני גז בכינון ישיר (כחודש לפני מותו של אבו רחמה ז"ל). 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, א"ש). כמו כן, ציין אל"מ אפק 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**.

39. בעקבות פנייה נוספת של ב"כ העותרת 1 ביום 6.8.09, הודיעה התצ"רית דאז ביום 23.8.09 כי הדרישה לפתוח בחקירה פלילית בנוגע לנסיבות מותו של אבו רחמה "צפניה להידון אצל הפצ"ר בהקדם" (כך במקור).

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

40. לנוכח הזמן הרב שחלף והיעדרה של החלטה, נאלצה העותרת 1 ביום 22.3.10 לאיים באמצעות ב"כ הח"מ בפנייה לערכאות כדי לחייב את המשיב 1 **לקבל החלטה אם לפתוח בחקירה אם לאו**.

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

41. רק ביום 28.3.10, **כמעט שנה לאחר האירוע** הודיעה רס"ן דורית תובל, הסגנית לפרקליטה לעניינים מצבעיים דאז, כי הוחלט שלא לפתוח בחקירה 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**.

42. 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. 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**.

43. 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: שיחזור ממוחשב של הזירה והירי

44. עוד בטרם התקבלה החלטת קודמו של המשיב 1 שלא לפתוח בחקירה, ולנוכח הזמן הרב שחלף מאז האירוע וחדלונו הנמשך ומתארך של קודמו של המשיב 1 בתפקיד להחליט אם יש מקום לחקור את האירוע, העבירו העותרים לצוות מומחים בלונדון וניו יורק את שלושת סרטוני האירוע, כדי שיבצעו שיחזור ממוחשב של האירוע.

45. 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 פורנזי 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.

46. צוות המומחים יצר, באמצעות סרטוני הווידאו, תצלומי אוויר ומידע נוסף שיחזור ממוחשב 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 ישיר.
- במידה שאכן, כטענת המשיב 1 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 (כפי שלמיטב ידיעת העותרים דורשות הוראות הפתיחה באש), אזי רימון הגז היה נוחת במרחק של מאות מטרים מאחורי אבו רחמה.

הדו"ח של צוות המומחים הפורנזי ומידע על הצוות שערך את חוות הדעת מצ"ב ומסומנים נספחים 13 ו-14 בהתאמה.

47. ביום 3.6.10 העביר ב"כ העותרים את חוות דעת המומחים זו לעיונו של קודמו של המשיב 1 ואנשי הפרקליטות הצבאית. במכתבו הוא ציין כי אם תוך שבועיים לא יורה המשיב 1 על פתיחה בחקירת מצ"ח, ימצו העותרים את כל האפשרויות המשפטיות העומדות בפניהם, ובפרט פנייה לבימ"ש נכבד זה.

מכתבו של ב"כ העותרים למשיב 1 ולאנשי הפרקליטות הצבאית מצ"ב ומסומן נספח 15.

48. בשבועות שלאחר העברת המכתב יצר העוזר המשפטי של המשיב 1 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, ואף הודיע על כך במכתב ביום 27.6.10.

מכתבו של העוזר המשפטי למשיב 1 מיום 27.6.10 מצ"ב ומסומן נספח 16.

פתיחה מאוחרת בחקירת מצ"ח

49. ביום 11.7.10, קרי כ-15 חודשים לאחר האירוע, הודיע העוזר המשפטי של המשיב 1 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 1 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 של העוזר המשפטי למשיב 1 מיום 11.7.10 מצ"ב ומסומן נספח 17.

50. בדומה להתנהלות המשיב 1 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. למעשה, האיטיות והלאות שבאופן ניהול החקירה וקבלת ההחלטות משדרת קלות דעת גם לגבי החשיבות הכללית של אכיפת החוק על כוחות הביטחון הישראליים, לגבי חשיבות הנורמות בנוגע לחקירה אפקטיבית, ובכלל זאת חשיבות אלמנט הזמן, וכן חוסר אכפתיות כלפי עדי הראייה הפלסטינים והמשפחה השכולה.

51. 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.

52. ביום 9.7.12, יודעו ב"כ העותרים כי התיק שב לטיפולם של המשיב 1 והפרקליטות הצבאית, אך טרם התקבלה החלטה באשר להמשך ההליכים בתיק.

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

53. 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 1-2, ובו צוין כי בפגישה בין ב"כ העותרים ונציגי העותרים 3 ו-4 לבין המשיב 2 וסא"ל הירש מיום 23.10.12, נמסר כי המשיב 1 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.

54. כאשר גם בחלוף של למעלה מחודשיים מאז מכתבם של הח"מ המשיב 1 עדיין חדל מקבלת החלטה בתיק, נאלצו העותרים להגיש עתירה לבית משפט נכבד זה ולבקש סעד משפטי.

עתירת בג"צ 1647/13, צובחיה אבו רחמה ואח' נ' הפצ"ר (העתירה הקודמת)

55. 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' 1 יקבל החלטה באשר להמשך ההליכים בתיק החקירה, וב) כי המשיב מס' 1 יורה על הגשת כתב אישום נגד הכוח שירה באבו רחמה ז"ל וכן כנגד כל מי שנוטל אחריות פיקודית להריגתו. זוהי העתירה הקודמת.

56. בעקבות העתירה הקודמת, התקבלה החלטה בתיק ע"י המשיבים אשר הועברה לידי בית המשפט הנכבד ביום 3.9.13, קרי כחצי שנה לאחר הגשת העתירה (ההחלטה הקודמת).

57. בפסק הדין שניתן בעתירה ביום 29.10.13, קבע כבוד השופט רובנשטיין כי דינה של העתירה להימחק, וזאת בעקבות הגשמת הסעד הראשון בעתירה, ובשל האפשרות

להגשים את הסעד השני באמצעות הליך הערר. יחד עם זאת, קבע בית המשפט הנכבד כי "סבורים אנו כי ככל שיוגש ערר, עליו להידון באופן זריז, כדי שלא להוסיף זמן לזמן שחלף".

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

נספח 21.

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

עיון בחומר החקירה

59. 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 פסק הדין ובקשת הצילום.

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

60. אלא שבעקבות עיון בחומר החקירה התגלה כי חומר החקירה, כפי שנמסר לידי הח"מ, אינו מאפשר הערכת מסקנות וקבלת החלטה באשר להגשת ערר. זאת, לאור העובדה כי מבין חומר החקירה קיימת חוות דעת מומחה מטעם הצבאי אשר נערכה ע"י קצין פיענוח בכיר, והיא מבוססת, בין היתר, על ניתוח של מספר תמונות אשר מופיעות בגוף חוות הדעת אך אשר הועברו לידי הח"מ בצורה של עותק מצולם בשחור ולבן ובאיכות ירודה.

61. 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.

62. 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.

63. העותרים מבקשים כי המשיבים יעמידו את כלל חומר החקירה בתיק לעיון בית המשפט הנכבד.

64. 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.

ערר על סגירת תיק החקירה

65. ביום 27.7.14 הוגש למשיב 2 ערר על סגירת תיק החקירה של מותו של אבו רחמה.

העתק מכתב הערר מצ"ב ומסומן נספח 24.

66. בערר נטען כי מחומר החקירה עולה כי:

- באסם אבו רחמה נורה באמצעות רימון גז מדמיע 40 מ"מ בעל טווח מוגדל שנורה ככל הנראה ממטול מסוג M203 ;
- הירי בוצע בכינון ישיר (כך ע"פ חוות הדעת מטעם המשיבים וכן עדותו של רס"ן יואב, ראש מדור בליסטיקה);
- בעת פגיעתו עמד אבו רחמה 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);
- [צונזר]
- לא בוצע בירור של מיקומם של [צונזר] החשודים בירי של אבו רחמה;
- לא בוצעו פעולות חקירה אפשריות אחרות (המפורטות בכתב הערר) אשר עשויות לשפוך אור על החקירה.

67. לערר צורפה חוות דעת משלימה 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. בעקבות ניתוח מחודש של זירת האירוע שהתבסס על החומר שעמד לרשותם ב-2010, בתוספת המפות וצילומי האוויר שסיפק צה"ל בחוות הדעת מטעמו, הסיק צוות המומחים כי חוות הדעת מטעם צה"ל לוקה במתודולוגיה מוטעית, כאשר היא ביצעה ניתוח דו-מימדי של זירה תלת מימדית, ובשל כך הגיעה למסקנות שגויות. הניתוח המחודש חיזק את עמדת המומחים מטעם העותרים 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 - [צונזר].

העתק מחוות הדעת המשלימה מיום 25.7.14 מצ"ב ומסומן נספח 25.

68. 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 [צונזר].

69. עם זאת, היות וגורמי אכיפת החוק הצבאיים והאזרחיים חדלו [צונזר], שכן מדובר בפעולת חקירה בסיסית בנסיבות האירוע המדובר, נטען בערר כי יש לבצע השלמת חקירה קצרה [צונזר]. ספציפית ביקשו הח"מ בערר כי המשיבים יורו על עריכת פעולות החקירה הבאות:

א. [צונזר];

ב. [צונזר];

ג. [צונזר].

70. 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, 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. [צונזר] אלא שהחוקרים לא שבו למפקדים על מנת לקבל את תגובתם להאשמות הכבדות האלו.

71. לפיכך, בערר נדרשה השלמת חקירה נוספת וזאת בנוגע לאחריות המפקדים למותו של אבו רחמה. ספציפית ביקשו הח"מ בהקשר זה כי המשיבים יורו על עריכת פעולות החקירה הבאות:

א. זימונם של המפקדים הישירים שניהלו את האירוע וחקירתם בשאלה כיצד אפשרו שימוש ברימוני גז בעלי טווח מוגדל, ומדוע לא נקטו בצעדים להפסקת ירי בכינון ישיר;

ב. זימונם של המפקדים הרלוונטיים וחקירתם על ההחלטה לצייד חיילים ברימוני גז בעלי טווח מוגדל למתאר של ההפגנה בבילעין, ועל מידת ההכשרה שהוענקה למי שקיבלו חימוש קטלני זה.

72. כאשר חלפו כשלושה חודשים מאז הגשת הערר ואף אחד מהמשיבים לא התייחס אליו, ביום 22.10.14 נשלחה תזכורת והתראה לפני נקיטה בהליכים משפטיים.

העתק ממכתב התראה לפני נקיטה בהליכים משפטיים של ב"כ
העותרים למשיב 2 מיום 22.10.14 מצ"ב ומסומן נספח 26.

73. אלא שעד ליום הגשת ערר זה – קרי, למעלה משמונה חודשים לאחר הגשת הערר – לא נתקבלה תשובה לערר.

74. היות והמשיבים לא מצאו לנכון להשיב לב"כ העותרים הח"מ, ולנוכח פרק הזמן הבלתי סביר שחלף מאז הגשת הערר, המתווסף לעיכובים הבלתי-סבירים בטיפולם של המשיבים בתיק זה מתחילתו, סבורים העותרים כי אין מנוס אלא לבקש סעד מבית משפט נכבד זה.

75. מכאן עתירה זו.

ד. הטיעון המשפטי

I. החובה להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש

76. החובה לחקור ולהעמיד לדין חשודים בפגיעה באזרחים מוגנים מעוגנת במשפט הבינלאומי, שכן הינה חובה שנגזרת מהחובה להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש – המכונים "אזרחים מוגנים".

77. מחדלם של המשיבים ופקודיהם מלנהל חקירה אפקטיבית, יסודית, ומקצועית שממצה את כל פעולות החקירה האפשריות העשויות להוביל לחקר אמת, במהירות וללא עיכובים בלתי סבירים, אשר מאפשרת העמדה לדין של חשודים, מהווה הפרה של חובתו של צה"ל להגן על שלומה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש. אם כן, העיכוב הבלתי סביר בקבלת החלטה ע"י המשיבים בערר בנוגע לדרישה להשלים את החקירה מהווה, על פניו, הפרה של נורמות מרכזיות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי.

78. הדברים ידועים ומוכרים, ובכל זאת, לאור חשיבותם ומרכזיותם בעניין מושא עתירה זו, נעמוד עליהם בקצרה. להלן עיקרי הטענה.

79. 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'מעייית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד ל"ז (4) 785 (1983).

80. דיני הכיבוש מהווים משפט מנהגי וחלים על כל מצב של תפיסה לוחמתית, בין אם מדובר בצדדים לאמנות הרלוונטיות אם לאו. דיני הכיבוש, אם כן, מעניקים למפקד כוחות

הכיבוש, לענייננו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, את כל סמכויות השלטון, הניהול והמינהל של השטח הכבוש (ראו: תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר נהגיה וכלליה של המלחמה ביבשה, 1907, להלן: "תקנות האג"). במקביל, דיני הכיבוש מטילים על הכוח הכובש את החובה והאחריות לשמור על ביטחונם ורווחתם של אזרחי השטח הכבוש – האזרחים המוגנים (שם, שם).

81. 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).

82. הן בתקנות האג, 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;*

83. 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.

84. 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.*

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

86. מחדל אי-קבלת החלטה בערר מושא עתירה זו מהווה הפרה של חובת ההגנה על האזרחים המוגנים. בעניין זה המשפט הבינלאומי הוא ברור: חלק בלתי נפרד מהחובה להגן על האוכלוסייה המוגנת הינו החובה לחקור הפרות לכאורה של האיסור על פגיעה באזרחים המוגנים, בגופם, ברכושם ובכבודם, והחובה להעמיד לדין חשודים לביצוע פגיעות מסוג זה. אי-חקירה של הפרת זכות יסוד, ואי-הגשת כתב אישום כנגד מבצעה לכאורה, מטילה על המדינה או הכוח הרלבנטי אחריות להפרה. המדובר בעקרון ותיק הן של המשפט הבינלאומי לזכויות האדם והן של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. החובה להביא בפני בתי המשפט אנשים אשר חתרו תחת חובת ההגנה על האזרחים המוגנים נזכרת בגופי המשפט ההומניטארי שונים (ראו למשל: ס' 147-146 לאמנת ג'נבה הרביעית, כאשר יש לקרוא אותם כיחידה אחת).

II. חובת החקירה האפקטיבית

87. לא כל חקירה תעמוד באמות המידה של החובה לחקור לפי המשפט הבינלאומי. תנאי למימוש החובה הוא קיום חקירה אפקטיבית המאפשרת בירור האמת והעמדה לדין פלילי של האחראים להפרות ככל שניתן לזהות כאלו, וכפועל יוצא, מתן סעד לקורבנות ולמשפחותיהם.

88. ההוראות המנהגיות של משפט זכויות האדם הבינלאומי חלות ישירות בכל שטח שבו יש למדינת ישראל (באמצעות צבאה) שליטה אפקטיבית. זוהי בין היתר עמדתו של בית המשפט הבינלאומי לצדק שמושב בהאג (ראו חוות דעתו המייעצת, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at paras. 177-181). בית משפט נכבד זה אף קבע כי יש לייחס את מלוא המשקל הראוי לפרשנותו של בית המשפט הבינלאומי לצדק בהיותו הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי (ראו בג"צ 7957/04, ז'הראן יונס מתמד מראעבה ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פס"ד מיום 15.9.05, פסקה 56 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') ברק).

89. מכאן שאמות המידה המפורטות בדיני זכויות האדם הבינלאומיים בנוגע לחובת החקירה האפקטיבית חלות על חקירות צה"ל ועל מערכת החקירות הצבאיות שבראשה עומד המשיב 1, וכן על חקירות חיילי מג"ב המתבצעות במסגרת מערכת אכיפות החוק האזרחית שבראשה עומדים המשיבים 3 ו-4. טרם נפרט את אמות מידה אלו, נדגיש כי עמדתם זו של העותרים 3 ו-4 זכתה לביטוי במסגרת עדויות נציגיהם בפני ועדת טירקל לחקר האירוע הימי (המשט) שנשמעו באפריל 2011. הנימוקים המשפטיים לעמדה זו אף הועברו בצורה של נייר עמדה שהוגש בשם העותר 4 לוועדה במרץ 2011.

90. לוועדת טירקל הוגש גם נייר עמדה מטעם המשיב 1, בו הובהרה העמדה המשפטית של צה"ל לפיה דיני זכויות אדם אינם חלים בשטח הכבוש, אלא רק המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומכאן המשפט הפלילי הבינלאומי. מסקנתו, אם כן, הייתה כי אמות המידה היחידות שחלות על חקירות מצ"ח ועל הפרקליטות הצבאית הינן: (1) חקירה עצמאית ונטולת פניות; (2) בעלת כוונה להביא את החשוד לדין; ו-3) ומבוצת ללא עיכוב בלתי מוצדק.

91. במאמר מוסגר יצוין כי באשר לעניין פרק הזמן לביצוע החקירה, צוין בנייר העמדה של המשיב 1 כי **חקירה שמעוכבת באופן בלתי מוצדק עלולה להצביע על חוסר תום לב של המדינה המבצעת את החקירה**. כך שעל פני הדברים, דומה כי אף המשיב 1 מסכים, לכל הפחות בתיאוריה, כי תנאי לעמידה בדרישות הדין החלות עליו, היא שהליכי אכיפת החוק יתבצעו ללא עיכובים ובמהירות. זאת בעת שהוא אינו מכיר בתחולת אמות המידה האחרות הקבועות במשפט זכויות האדם הבינלאומי על המערכת המשפטית עליו הוא מופקד.

92. בפברואר 2013 פרסמה ועדת טירקל את מסקנותיה בדו"ח שני מקיף ומעמיק (להלן: "דו"ח טירקל"). בוויכוח בין הצדדים, אימצה ועדת טירקל את עמדת העותרים 3 ו-4 לפיה נקודת המוצא למסקנות הועדה הוא העיקרון לפיו חלים על חקירות צה"ל של אירועים בהם אזרחים נפגעים ע"י כוחות הביטחון בשטחים הכבושים הן המשפט הבינלאומי לזכויות האדם והן המשפט הבינלאומי ההומניטארי (ולכן המשפט הפלילי הבינלאומי) (ראו דו"ח טירקל, חלק ב', פסקות 13-14 בעמודים 63-60).

93. אם כן, אליבא דוועדת טירקל, אמות המידה הספציפיות של "חקירה אפקטיבית" כפי שנדרשות ע"י המשפט הבינלאומי אינן שאובות ממסמך או אמנה אחת בלבד, אלא קבועות במקורות שונים אשר משלימים זה את זה. ביניהם המשפט ההומניטארי, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות-1966, האמנה נגד עינויים, והפסיקה של בית המשפט האירופי לזכויות אדם וכן בית הדין הבין אמריקאי לזכויות אדם. נוסף על מקורות אלו, כפי שצוין בדו"ח טירקל:

"אמנם נדיר למצוא באמנות לזכויות אדם חובה מפורשת לחקור הפרות נטענות של זכויות אדם, אולם מגוון גופים בינלאומיים ומקורות 'משפט רך' אחרים פירשו את הזכויות המהותיות ואת החובה הכללית להבטיח את מימושו של זכויות האדם ככוללות, בין היתר, את החובה לחקור הפרות של זכויות אדם. הוועדה סומכת ידיה על פרשנות זו, ובמיוחד לענין חובת חקירה מיד לאחר שימוש בכוח קטלני במסגרת פעולות אכיפת חוק" (ההדגשה אינה במקור מ"ס, א"ש).

(דו"ח טירקל, חלק ב', פסקה 31 שבעמוד 77-76)

94. ממקורות אלו, ניתן להצביע על סדרה של דרישות הממלאות את אמות המידה של חובת החקירה האפקטיבית והינן בקצרה: עצמאות, העדר משוא פנים ("impartiality"), אפקטיביות, יסודיות ומקצועות, שקיפות/פומביות, ומהירות.

95. העותרים יטענו כי הימנעותם של המשיבים מקבלת החלטה בערר מושא עתירה זו, שמהווה חלק בלתי נפרד מתהליך החקירה וההליך הפלילי ככל שינבע ממנה, מתווספת לפגמים שחלו בחקירה ביחס לדרישות שנמנו לעיל. אך לאור העובדה כי הפגם הבולט ביותר והדחוף ביותר כעת הינו עניין הזמן שחלף, ראוי להתעכב על הדרישה לבצע את החקירה במהירות, וככל שהיבט זה משפיע על האפשרות להעמיד חשודים לדין, החובה לקבל החלטה באשר להגשת כתב אישום במהירות ראויה.

III. החובה לחקור "במהירות ראויה" או "ללא דיחוי" ("promptly")

96. נבהיר ונדגיש: עמדת העותרים כי קבלת החלטה בערר על סגירת תיק חקירה הינה הליך בלתי נפרד של החקירה, ועקרון המהירות חל ישירות עליה. הרי אין תוקף לעקרון המהירות אם גורמי החקירה מקפידים לזרז את ניהול החקירה עצמה ולקבל החלטה בה (מה שאינו המקרה פה), אך גורמי קבלת החלטה בערר הדורש השלמת החקירה מתעכבים למשך זמן בלתי מוגבל. אפקטיביות החקירה מתייחסת במפורש לאפשרות של הצדק להיעשות בסופו של חקירה, והדבר, אם כן, תקף גם באשר להליך קבלת החלטה בערר הדורש לבצע פעולות חקירה חסרות וחיוניות לעשיית הצדק.

97. דרישת המהירות כאמור קיבלה התייחסות במקורות שונים. להלן נפנה אל כמה מהם:

- הקומנטאר לאמנת גינבה הרביעית על ס' 146 לאמנה מבהיר כי כאשר עולה חשד לביצוע הפרות חמורות, יש לפעול "במהירות ראויה" לעצור חשודים ולהעמידם לדין (Commentary on the IV Geneva Convention of 12 August 1949 Relative to the Protection of the Civilian Persons in Time of War, Article 146, p. 593; (Pictet ed., 1958)
- הערה כללית 31 של ועדת זכויות אדם המתייחסת לחקירת הפרות של האמנה הבינלאומית של זכויות אזרחיות ופוליטיות, סעי' 15 ("promptly");
- הערה הכללית 20 של ועדת זכויות האדם, (באשר לחקירת עינוים והתייחסות או עונש משפיל ואכזרי) פס' 14: ("complaints must be investigated"; promptly...so as to make the remedy effective"

- פסקי דין של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, למשל: *Ramsahai v. The Netherlands* (Application no. 52391/99), Judgment 15 May 2007, § 9 ("a prompt response by the authorities in investigating a use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts.");

Finucane v. The United Kingdom (Application no. 29178/95) Judgment, Strasbourg, 1 July 2003, §70 (repeated in *Ramsahai*); § 80 ("requirement that effective investigations be commenced promptly **and conducted with due expedition** (ההדגשה אינה במקור, מ"ס, א"ש);

Edwards v UK (Application no. 46477/99) 14 March 2002, § 86 ("it is crucial in cases of deaths in contentious situations for the investigation to be prompt. **The passage of time will inevitably erode the amount and quality of the evidence available and the appearance of a lack of diligence will cast doubt on the good faith of the investigative efforts, as well as drag out the ordeal for the members of the family.**") ; (ההדגשה אינה במקור, מ"ס, א"ש);

- פסק דין של בית הדין הבין אמריקאי לזכויות אדם, Marco Antonio Servellón García et al. v. Honduras, Inter-Am. Ct. H.R. Case 12.331, Report No16/02, Doc. 5 rev. 1 at 348, para. 31 (2002) ("The Commission finds that, as a general rule, a criminal investigation should be carried out promptly to protect the interests of the victims and to preserve evidence")

- החלטות העצרת הכללית של האו"ם : GA Res 60/147 16 December 2005, The Basic Principles and Guidelines on the right to a remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, para. II 3(b) ("promptly")

- GA Res 55/111 12 March 2001, Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, para.7 ("promptly").

98. כמו כן, עקרון החובה לבצע חקירה "במהירות ראויה" זכה להתייחסות רבה בדו"ח טירקל שהדגיש את חשיבות העמידה בדרישה זו, הן במישור האפקטיבי של החקירה והן במישור אמון הציבור :

עקרון המהירות מכתוב שחקירה תיפתח במהירות האפשרית, וכי היא תימשך ללא עיכובים בלתי סבירים... זמן הוא גורם מרכזי ביכולת לאסוף ולשמר ראיות, שכן זירות פשע משתנות, ראיות נעלמות מן השטח, זיכרונות דוהים ועדים עשויים לעמוד תחת איומים או שהם עלולים לתאם גרסאות. איסוף ראיות במהירות הראויה משלים, אפוא, את עקרון האפקטיביות והיסודיות. בנוסף, בביצוע חקירה במסגרת זמן סבירה יש כדי לתרום לתחושה כי החוק נאכף והצדק נעשה. גופים חשובים עמדו על קשר זה בין מהירות לבין אמון הציבור במערכת המשפט (ההדגשות אינן במקור, מ"ס, אש"ע).

(דו"ח טירקל, חלק ב', פרק א', פסקה 85 שבעמוד 117).

99. זאת ועוד: הדרישה לקיים חקירה מהירה איננה יחסית אלא אובייקטיבית. ועדת טירקל הצביעה בדו"ח שלה על מספר קווים מנחים אשר נקבעו ע"י גופים שונים העוסקים בזכויות אדם ביחס למשך חקירה שיעמוד באמות המידה הבינלאומיות. למשל, ועדת טירקל ציינה באשר לחובה לפתוח בחקירה, כי הוועדה נגד עינויים של האו"ם קבעה שחלופ של בין 10-15 חודשים בין האירוע לבין פתיחה בחקירה מהווה עיכוב בלתי סביר בפתיחה בחקירה. לעומת זאת, קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשה אחת כי על חוקרים להגיע לזירת האירוע תוך כשעה וחצי בממוצע מקרות האירוע, ואף קבע בפרשה אחרת כי חלופ של 15 וחצי שעות מקרות האירוע עד לפתיחה החקירה היווה עיכוב בלתי תקין בפתיחה בחקירה (ראו דו"ח טירקל, חלק ב', פרק א', פסקה 86 שבעמוד 117).

100. בעניין משך החקירה לאחר פתיחתה, ועדת טירקל ציינה, למשל, כי קבעה הוועדה נגד עינויים כי 10 חודשים היוו משך חקירה בלתי מתקבל על הדעת (ראו דו"ח טירקל, חלק ב', פסקה 87 שבעמוד 118).

101. בהימנעותם של המשיבים מקבלת החלטה בערר מושא עתירה זו, משך הזמן ההולך וגובר עד לקבלת החלטה מאיים גם להוסיף זמן ניכר לחקירה ובכך לגרוע מהאפקטיביות שלה ושל כל הליך פלילי שיינקט. שכן גם אם בסופו של יום יחליטו המשיבים לקבל את הערר ולבצע את פעולות החקירה הנדרשות בו, כל יום שחולף עד לקבלת החלטה כזו מסכן את תוצאות החקירה ואת יכולתם של המשיבים לעמוד בחובתם ע"פ הדין הבינלאומי.

102. לשם יישוב הפרקטיקה של המשיבים עם אמות המידה של המשפט הבינלאומי, המליצה ועדת טירקל בהמלצתה מס' 10 (מתוך 18):

"הוועדה הגיעה למסקנה, כי יש לקבוע משך זמן לחקירה. על הפצ"ר, בתאום עם היועץ המשפטי לממשלה, לקבוע את משך הזמן המרבי שבין ההחלטה לפתוח בחקירה לבין החלטה לנקוט צעדים משפטיים או משמעתיים או לסגור את התיק. על מנת להבטיח עמידה במשך הזמן שיוסדר, ולאפשר ביקורת נאותה על

כך, הפצ"ר יפרסם, אחת לשנה לפחות, נתונים סטטיסטים בדבר משך זמן הטיפול בתיקים."

(דו"ח טירקל, חלק ב', פרק ד', פסקה 66 שבעמוד 331).

103. לסיכום, בלשון ועדת טירקל: 'חקירה אפקטיבית' חייבת להתנהל במהירות. עיכובים בפתיחה בחקירה או במשכה עלולים לגרום לבעיות ראייתיות ולפגוע באמון הציבור בכך שהצדק ייצא לאור (ראו דו"ח טירקל, חלק ב', פרק א', פסקה 89 שבעמוד 119).

104. בשלב זה יצוין כי חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אשר אינו חל על המשיבים 1-2, אך חל במישרין על המשיב 3, והינו יפה לשם השוואה, קובע בסעיף 65א כי: "החלטה בערר לפי סעיף 64, לענין עבירת מין או אלימות, מסוג פשע, תינתן ותימסר למתלונן עד תום שישה חודשים מיום הגשת הערר". עוד קובע הסעיף כי בעל הסמכות להחליט בערר ראשי לחרוג מפרק זמן זה, רק מטעמים מיוחדים שיירשמו.

105. טענת העותרים כי החקירה ותהליך קבלת החלטה בערר הדורש להשלימה אינם עומדים באמות המידה של חקירה אפקטיבית, בין היתר משום שהם מתעכבים באופן בלתי מתקבל על הדעת. לפיכך, מחדל אי-קבלת החלטה בערר ע"י המשיבים מהווה הפרה של חובת החקירה האפקטיבית.

IV. העיכוב במתן החלטה ע"י המשיב נגועה באי סבירות קיצונית

106. הימנעותם של המשיבים מלקבל החלטה בערר על סגירת החקירה של נסיבות מותו של אבו רחמה לוקה בחוסר סבירות קיצוני ולפיכך יש להורות להם לפעול לקבל החלטה לאלתר. כאמור, חלפו קרוב לשש שנים מאז האירוע בו נהרג אבו רחמה, למעלה מארבע וחצי שנים מאז הפתיחה בחקירה, ולמעלה משמונה חודשים מאז שהוגש הערר מושא עתירה זו, על החלטת המשיבים לסגור את תיק החקירה ללא נקיטה בהליכים משפטיים – החלטה שהתקבלה, כאמור, בעקבות העתירה הקודמת שהוגשה בעניין.

107. עיכובים כאלו ייחשבו לבלתי סבירים בין כה וכה בכל תיק חקירה של נסיבות הפגיעה באזרח ע"י כוחות הביטחון. וודאי שבתיק הרג שסבל מעיכובים במהלך כל אורכו, אין שום הצדקה לעיכוב נוסף בשלב של הבחינה בערר שהוגש בו – וביתר שאת כאשר קיים פסק דין של בג"צ בתיק אשר מורה על זירוז בחינה זו.

108. אי-הסבירות הקיצונית נובעת ממחדלם של המשיבים לקבל החלטה עד לשלב מאוחר זה, בעוד שידוע להם היטב כי ככל שהזמן חולף, פוחתים הסיכויים להעמיד חשודים לדן ולהרשיע אותם. למעשה, מחדלם מאיים לסכל כל סיכוי שהאמת תצא והצדק יעשה. בנוסף, אף שלא בכוונת מכוון, מחדל זה משדר זלזול בחובה להגן על האוכלוסייה המוגנת, בעקרון שלטון החוק ובחשיבות אכיפת החוק, וכן בצורך הממשי והלגיטימי של

אמו העותרת 1 ושאר משפחתו לדעת מה היו הסיבות שגרמו לאובדן הגדול ממנו הם סובלים זה שש שנים.

109. כאמור לעיל, חלה על המשיבים חובה ע"פ המשפט הבינלאומי לבצע חקירה "במהירות ראויה", כך שניתן יהיה שהצדק ייעשה. אלא שאין לראות במשך החקירה ותהליך קבלת ההחלטה בערר מושא עתירה זו משך סביר, אלא עיכוב בלתי סביר בעליל – **נוסף** – ובלתי מתקבל על הדעת.

110. קל וחומר, כאשר קיימת תשתית ראייתית מספיקה כדי לקבוע כי הירי שגרם למותו של אבו רחמה בוצע שלא כדין ועל ידי הלוחם אשר עמד ב[צונזר]. כל שנותר למשיבים לעשות על מנת שהצדק ייעשה הוא לבצע בירור פשוט, כפי שנדרש בערר.

111. הימנעותם מקבלת החלטה בערר וביצוע הפעולות הנדרשות מראה חוסר נכונות למלא את חובתם על פי הדין הבינלאומי ומהווה החלטה בלתי סבירה באורח קיצוני.

V. ההחלטה על אי-העמדה לדין נגועה בחוסר סבירות קיצוני

112. העותרים יטענו בנוסף, כי למעשה לא די בכך שהמשיבים יקבלו החלטה בנוגע לערר בתיק זה, אלא שההחלטה היחידה הסבירה לנוכח הראיות המצויות בפניו היא לכל הפחות העמדה לדין של החייל היורה – אשר יזוהה אם יבוצעו הפעולות הנדרשות בערר – בעבירת המתה, כאשר עצם חריגתו מהוראות הפתיחה באש מהווה גרימת מוות ברשלנות, לכל הפחות, וייתכן שהוא מהווה גרימת מוות במכוון.

113. כפי שפורט לעיל, חומר החקירה, ובכלל זאת שלוש חוות הדעת אשר בידי המשיבים, מוכיחים כי הירי הקטלני נעשה בכינון ישיר ובנסיבות של היעדר מוחלט של סכנה כלשהי לחיים. בנסיבות אלו קשה, וכנראה בלתי אפשרי, יהיה להלום החלטה שלא להעמיד לדין את הלוחם אשר ירה באבו רחמה ז"ל.

114. **יודגש:** ייתכן שמביצוע פעולות החקירה החסרות שנדרשות בערר יתגלו ראיות דיות כדי לבסס הגשת כתב אישום נגד היורה בגין עבירות חמורות יותר מאשר גרימת מוות ברשלנות, וכן לנקוט בהליכים פליליים או משמעתיים כנגד אחרים אשר היו מעורבים באירוע, ובכלל זאת המפקדים אשר אפשרו לפקודיהם לבצע ירי שלא כדין. כך או כך, כבר על סמך הראיות שבתיק, יחד עם חוות הדעת המשלימה מטעם העותרים, אין מנוס מלהעמיד לדין את היורה, לכל הפחות, באשמת גרימת מוות ברשלנות.

115. העותרים, אם כן, שומרים על זכותם לתקן את כתב העתירה לאחר שסוף כל סוף תתקבל החלטה בערר.

VI. סמכותו של בית המשפט הנכבד להתערב באי-קבלת החלטת מצדו של המשיב

116. 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)).

117. ההלכה הנלמדת מפסיקתו של בית המשפט נכבד זה היא כי למשיבים שיקול דעת רחב החליט 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 חוזר ואמר בהזדמנויות שונות כי התערבותו בהחלטות מסוג זה תהיה זהירה, מדודה ומצומצמת, בית המשפט הדגיש שוב ושוב כי במקרים הראויים יש מקום להתערבותו.

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

119. בית המשפט הנכבד ציין כי על רשויות אכיפת החוק, כעל כל רשות ציבורית אחרת, מוטלת החובה להפעיל את שיקול הדעת המסור להן בהגיונות, 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 חוזר על עקרון זה בפסק דינה של כב' השופטת (בדימוי) פרוקצ'יה, בנוגע לאחיו של המנוח אבו רחמה, כאשר כתבה:

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

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

120. 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. כבי הנשיאה (בדימי) 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"צ 5305/08 העמותה לקידום מימשל תקין נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בבנו, 24.11.09), פסקה 9 (ההדגשה אינה במקור).

121. בעניינו, בית משפט נכבד זה מתבקש לצוות על רשויות אכיפת החוק לקבל החלטה בערר על סגירת תיק חקירה מבלי למצותה. ברור שבעניין כגון זה, יכולתו של בית המשפט הנכבד להעביר את החלטת המשיבים זו (ליתר דיוק, אי-החלטת המשיבים) תחת שבט הביקורת רחבה יותר מאשר במקרים בהם החלטת הרשות הינה שלא להעמיד לדין בשל סברתה בדבר אי-דיות ראייתית (ואליהם מתייחסת רוב הפסיקה המוזכרת לעיל).

122. ויובהר: לא מדובר "בתחום האפור" אשר בתוכו ייתכן כי לא חלף די זמן לבחינת הערר ולקבלת החלטה אם לבצע את פעולות החקירה הפשוטות הדרושות. אלא מדובר בחלופי זמן (למעלה משמונה חודשים) שאמור להספיק לכל גורם אכיפת חוק בכל רחבי העולם. זאת ועוד, כאמור לעיל, ולשם המחשה, חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 קוצב שישה חודשים לקבלת החלטה בערר בתיק מהסוג דנן. לפיכך, מדובר בחריגה קיצונית מתחום הסבירות, כזו היורדת לשורשו של עניין, ולפיכך דורשת את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

ג. סוף דבר

123. תיק זה עוסק במקרה של הרג של אזרח ע"י כוחות הביטחון שהתרחש לפני כמעט שש שנים, אשר מתחילת הדרך לא קיבל את הטיפול הראוי. התנהלותם של המשיבים נגועה ברשלנות, כאשר עיכובים מצדם הובילו לעיכובים נוספים שהולידו גרירת רגליים וסחבת. ולמרות כל זה, כיום, לאחר שחקירה פלילית נפתחה ובוצעה, הראיות שנאספו במסגרתה מצביעות באופן מובהק על כך שנעברה עבירה חמורה ע"י אחד הלוחמים, וייתכן שגם ע"י מפקדיו. מסקנה זו נתמכת בחוות דעת משלימה של המומחים מטעם העותרים אשר הועברה לידי המשיבים במסגרת עררם לפני למעלה משמונה חודשים. הפרט היחיד שאינו ידוע – אך שהינו בר-הישג – הוא זהותו של אותו לוחם שירה באבו רחמה. אולם, סירובם

של המשיבים לבצע את הבדיקה הפשוטה הזו מתבטאת באמצעות הימנעותם מקבלת החלטה בערר שהוגש לפני למעלה משמונה חודשים.

124. דרישת העותרים כי המשיבים יקבלו החלטה בערר באשר לנסיבות מותו של אבו רחמה, ושיעמידו את המעורבים לדין בגין עבירות המתה – ולכל הפחות גרימת מוות ברשלנות – היא בגדר המינימום ההכרחי עבור משפחתו וקהילתו. אבו רחמה היה צעיר מוכר ואהוב בכפרו וכן בקרב ישראלים רבים. הוא היה איש שלום וחבר אמת לפעילי שלום ישראלים, בינלאומיים ופלסטינים רבים, ומותו היווה מכה קשה לכל חבריו וקרוביו. אך לא רק בעבור קרוביו של אבו רחמה נדרשת קבלת החלטה בערר, צעד זה נדרש עבור משטר המכבד את ערך חיי האדם ואת ערכו של שלטון החוק.

125. 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. 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 לבקש סעד מבית המשפט הנכבד.

126. 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 נוספת 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: _____

אמילי שפר עומר-מן, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים