

1. עבד אל ומן אחמד מוחמד עבד אללה, ת"ז 943922435
2. "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
באמצעות עו"ד מיכאל ספרד, עו"ד אמילי שפר עומר-מן,
עו"ד מיכל פסובסקי ועו"ד סופיה ברודסקי
רח' דוד חכמי 12 תל-אביב 6777812
טלפון: 03-6206947/8/9; פקס: 03-6206950

העותרים

נ ג ד

1. היועץ המשפטי לממשלה
2. פרקליט המדינה
3. הפרקליט הצבאי הראשי
על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים
טלפון: 02-6466246; פקס: 02-6467011

המשיבים

תגובה מטעם המשיבים

1. בהתאם להחלטת כב' השופטת ברק-ארז מיום 25.2.18, ולבקשות המוסכמות להארכת מועד, מתכבדים המשיבים 1-3 להגיש את תגובתם לתגובת העותרים מיום 25.2.18.
2. כזכור, בתגובתם המקדמית לעתירה מיום 15.2.18 (להלן: **התגובה המקדמית**) מסרו המשיבים, כי הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: **הפצ"ר**) החליט "להורות על פתיחת חקירה פלילית לבירור נסיבות מותה של סמאח עבד אל מומן אחמד עבד אללה". בנסיבות אלה, טענו המשיבים, כי העתירה דן התייתרה ודינה להימחק.
3. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, הגישו העותרים ביום 25.2.18 את תגובתם לתגובה המקדמית (להלן: **תגובת העותרים**), במסגרתה התנגדו למחיקת העתירה נוכח הסעד הנוסף שהתבקש בעתירה "בנוגע לאופן שבו מפרש המשיב 3 את החריג לחובת החקירה של אירועים בהם נגרם מוות לאזרח בגדה המערבית" (סעיף ד' לתגובת העותרים). למעשה, קובלים העותרים על פרשנות המשיב למונח אירוע "בעל אופי לחימתי של ממש" ומבקשים את הכרעתו של בית המשפט הנכבד באשר למקרים שיחשבו "אירוע בעל אופי לחימתי של ממש".

4. תחילה, יצוין כי גם הסעד שהתבקש בעניין זה – כפי נוסחו בעתירה – "מתן צו הצהרתי לפיו האירוע שבו מצאה סמאח את מותה אינו "אירוע לחימה של ממש" כהגדרת המונח במדיניות הפתיחה בחקירות של הצבא כפי שעליה הודיע המשיב מספר 3 בהודעת העדכון מטעמו במסגרת בג"צ 9594/03 **בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 21.8.2011)", מתייחס למעשה לנסיבות המקרה הפרטניות. משכך, עם קבלת ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית – גם סעד זה אינו עוד רלבנטי, ודי בכך להביא למחיקתה של העתירה.
5. מעבר לאמור, אף בהתייחס לטענת העותרים כפי שעלתה בתגובתם, כי הסעד השני "נוגע למדיניות החקירות של המשיב 3 ... בנוגע לאופן שבו מפרש המשיב 3 את החריג לחובת החקירה של אירועים בהם נגרם מוות לאזרח בגדה המערבית" (סעיף ד' לתגובת העותרים) (להלן: **הסעד הנוסף**), המשיבים יטענו כי דינה של העתירה להימחק, מן הטעמים החלופיים והמצטברים שיפורטו להלן.
6. **ראשית**, המשיבים יטענו, כי הסעד הנוסף שהתבקש הינו תיאורטי לחלוטין בנסיבות העניין, ודי בכך לדחותו על-הסף.
7. כידוע, ככלל, בית המשפט הנכבד לא יידרש לעתירה המעלה שאלה משפטית תיאורטית, אשר אינה כרוכה בעובדותיו הקונקרטיות של מקרה מסוים. לעניין זה נפנה, למשל, לאמור בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 2655/06 **נועם נ' היועץ המשפטי לממשלה**, תק-על 2006(1) 4211 (2006), כדלקמן:

5. (...) מכך אתה למד, כי העתירה שלפנינו אינה מסבה עצמה על מצב עובדתי שריר וקיים, אלא עניינה הוא בתרחיש תיאורטי בלבד. **כלל הוא, כי בית-משפט זה אינו נדרש לעתירות המעלות שאלות תיאורטיות שכן "הניסיון השיפוטי מרחיב את בית-המשפט מקביעת הלכה שהיא כביכול מרחפת באוויר. בית-המשפט צריך תשתית של עובדות, במקרה נתון, כדי לבנות עליה הלכה"** (בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5), 241, 250. כן השוו: בג"צ 2406/05 עיריית באר-שבע נ' בית-הדין הארצי לעבודה, לא פורסם; בג"צ 1853/02 נאוי דוד, עו"ד נ' שר האנרגיה והתשתיות הלאומיות, לא פורסם; בג"צ 10026/04 פועלים אי.בי.אי- חיתום והנפקות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, לא פורסם; בג"צ 73/85 סיעת כץ נ' שלמה הלל – יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3), 141, 146). כלל זה אינו חל, מקום בו סירובו של בית-המשפט לדון בשאלות מסוג זה עלול לסכל כל דיון עתידי בשאלות אלה, או מקום בו מבחינה מעשית, בית-המשפט אינו יכול לפסוק בה הלכה אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה כרוכה בעובדותיו הקונקרטיות של מקרה מסוים (בג"צ 6055/95 הנ"ל, בעמ' 250; בג"צ 2406/05 הנ"ל). ואולם, העתירה שבפני אינה נמנית עם חריגים אלה, ועל כן היא אינה מצדיקה את הידרשותנו לה לעת הזו...[הדגשה הוספה – הח"מ].

כן ראו האמור בבג"ץ 1853/02 דוד נ' שר האנרגיה והתשתיות הלאומיות (פורסם בנבו, 8.10.03), כדלקמן:

3. (...) הכלל הבסיסי הינו כי בדרך כלל בית המשפט לא ידון בעתירה, אף אם הייתה אקטואלית, משעה שנעשתה תיאורטית (...) כלל זה חל גם לגבי עתירות המעלות שאלות משפטיות חשובות ועקרוניות. ... אמנם, לעיתים נדונו עתירות תיאורטיות למרות הכלל האמור. אלה יהיו פני הדברים במיוחד במקרים בהם "מבחינה מעשית אין בית-המשפט יכול לפסוק ... הלכה אלא כאשר היא מוצגת כשאלה כללית שאינה קשורה למקרה מסוים". (...)

ראו והשוו גם: בג"ץ 2406/05 עיריית באר-שבע נ' בית-הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 27.9.05); בג"ץ 10026/04 פועלים אי.בי.אי חיתום והנפקות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם באר"ש, 6.2.05).

8. הנה כי כן, בנסיבות המקרה דנן, משהתקבלה החלטה להורות על פתיחת בחקירה לבירור נסיבות מותה של בתו של העותר 1 (להלן: **המנוחה**) והתייתר הסעד הפרטני, ממילא נשמט הטעם המעשי לדון במקרה דנן בשאלות הנוגעות למדיניות החקירה הכללית של המשיבים ואופן יישומה – שהן תיאורטיות בלבד, בעניין הפרטני העומד במרכזה של עתירה זו.

כן יובהר, כי אין מדובר בסוגיה שניתן להעלותה רק כסוגיה כללית, שאינה קשורה לנסיבותיו של מקרה ספציפי; נהפוך הוא, למעשה, מדובר בסעד שמטבעו וטיבו קשור בנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, וכפי שיפורט בהמשך, לעמדת המשיבים, כלל לא ניתן לקבוע **מראש** מקרים שרק הם יסווגו כאירוע לחימה של ממש.

9. **שנית**, משאין מדובר עוד בענייננו ביישומה של מדיניות החקירה של המשיבים בנסיבותיו של המקרה הפרטני העומד במרכזה של העתירה, ברי כי הסעד הנוסף המבוקש על-ידי העותרים בנוגע למדיניות החקירה של המשיבים (ובפרט כאמור בנוגע למונח "אירוע בעל אופי לחימתי של ממש"), הינו כללי וכוללני; וכי גם מן הטעם הזה דינו להידחות על-הסף.

לעניין דחייה על-הסף של עתירה בשל "כוללניותה" ראו, למשל, האמור בבג"ץ 1901/94 **לנדאו נ' עיריית ירושלים**, פ"ד מח(4) 403 (1994), כדלקמן:

9. הלכה פסוקה היא שבית משפט זה אינו נענה לעותר המבקש סעד כוללני.

ההבדל בין סעד כוללני לסעד ממוקד אינו חד ואינו ניתן להגדרה מדויקת.

אפשר לומר, בלי למצות ואף בלי לדייק, כי סעד כוללני מתייחס, בדרך כלל, **למדיניות הראויה בסוג של מקרים או לדרך ההתנהגות הנדרשת בסוג של מקרים, שמספרם אינו ידוע ופרטיהם אינם ברורים**, להבדיל מסעד ממוקד, המתייחס למקרה מסוים, שעובדותיו ידועות וברורות (...).

[הדגשה הוספה – הח"מ]

וכן ראו האמור בבג"ץ 9242/00 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר הבטחון, תק-על 2001(1) 1755 (2001), כדלקמן:

"...העותרת... עומדת על בקשתה לקבל סעד כוללני, כלומר, צו כללי האוסר להקים ולקיים מחסומים פיזיים בשטחי יהודה ושומרון. לא מצאנו עילה משפטית לתת צו כזה. ולא זו בלבד. בית המשפט, כפי שנקבע לא פעם בהקשרים שונים, אינו נוהג לתת, מטעמים שהסביר, סעד כוללני... כך גם כאן. בית המשפט אינו רואה לנכון לתת לעותרת את הסעד המבוקש, שהוא סעד כוללני, ללא תשתית עובדתית כמקובל וכנדרש בהליכים שבפני בית משפט זה." [הדגשות הוספו – הח"מ]

10. בנסיבות אלה, המשיבים יטענו, כי דינו של הסעד הנוסף שהתבקש בעתירה להידחות על-הסף, בהיותו כוללני ומשאינו רלבנטי עוד בנסיבות המקרה הקונקרטי העומד במרכזה של העתירה דנן.

11. **שלישית, ולמעלה מן הנדרש**, המשיבים יטענו, כי החלטה בעניין סיווגו של אירוע כ"אירוע בעל אופי לחימתי של ממש", כמו גם ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית במקרה בו נהרג אזרח כתוצאה מפעולת כוחות צה"ל באיו"ש, **נטועה בנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה, ומשתנה ממקרה למקרה בהתאם למאפייניו הספציפיים**; וכי מטיבה וטבעה אין מדובר בהחלטה הניתנת לקביעה קטגורית מראש ביחס לכל המקרים או סוגי מקרים שיכללו בגדר אירוע "בעל אופי לחימתי של ממש", וביחס לכל המקרים שלא יכללו בגדר "אירוע בעל אופי לחימתי של ממש", אלא היא תלויה בנסיבותיו הפרטניות של האירוע.

בעניין זה, ראו והשוו: פסק הדין בע"א 5964/92 בני עודה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(4) 1 (2002) בעניין פרשנות "פעולה מלחמתית" כתלויה בנסיבותיו הפרטניות של האירוע, בהקשר אחר של חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952 (להלן: חוק הנזיקים האזרחיים); וכן בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 12.12.06), במסגרתו בוטל סעיף 5ג שהוסף לחוק הנזיקים האזרחיים, תוך שנקבע, בין היתר, כי ה"דרך המידתית" היא בחינה אינדיבידואלית האם כל מקרה ומקרה נופל לגדרה של "פעולה מלחמתית".

12. לפיכך, לעמדת המשיבים, אין כל מקום, וספק רב אם הדבר כלל אפשרי, לקבוע **מראש** כבקשת העותרים "מהי משרעת המקרים שתיחשב אירוע לחימתי של ממש" (בפסקה 43 לעתירה); שכן, מדובר כאמור בעניין **תלוי נסיבות קונקרטיות**. משכך, גם מן הטעם הזה דינו של הסעד הנוסף שהתבקש בעניין זה - להידחות על הסף.

13. עוד יוער, בהקשר זה, כי טענות בעניין "מהו מקרה בעל אופי לחימתי של ממש" הועלו על-ידי העותרים בבג"ץ 9594/03 **בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים** נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם באר"ש, 21.8.11); ואולם, בית המשפט הנכבד לא

ראה לנכון להכריע בהן במסגרת פסק דינו בהיותן כלליות ותיאורטיות. וראו, גם האמור בחוות דעתה של כב' השופטת [כתוארה אז] חיות בבג"ץ 9594/03 בעניין זה, כדלקמן:

1. (...) עוד מקובלת עלי הגישה לפיה ניתן להותיר לעת מצוא את בחינת משמעותו של הסייג שפירט המשיב בהודעתו לעניין המדיניות החדשה, המתייחס למקרים שבהם ברור כי הפעילות אשר במהלכה נהרג האזרח, הינה בעלת "אופי לחימתי של ממש". בהקשר זה לא למותר לשוב ולהדגיש את שכבר נאמר לא אחת בהתייחס למציאות המורכבת והייחודית עמה אנו נדרשים להתמודד בעקבות התפיסה הלוחמתית בשטחי יהודה ושומרון (ובעבר גם ברצועת עזה):

"המצב בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית הוא לעתים קרובות נזיל. תקופות של שקט ורגיעה מוחלפות בתקופות דינמיות של לחימה. כאשר מתרחשת הלחימה היא נעשית על פי כללים של משפט בין-לאומי: 'לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על-פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה' (ראו: בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון [13], בעמ' 34; ראו גם בג"ץ 3114/02 ח"כ ברכה נ' שר הביטחון [14], בעמ' 16). במצב דברים זה, שבו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית מתנהלות פעולות לחימה, יחולו על פעולות אלה הן הכללים החלים על תפיסה לוחמתית והן הכללים החלים על פעולות לחימה" (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 495-496 (2005)).

אכן, "נזילותו" של המצב בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית והתנודות המתרחשות בו בין מצבי רגיעה למצבים המצריכים פעולות לחימה, מחייבות בחינה, התאמה ועדכון של הנורמות אותן יש ליישם בכל מצב נתון ובכלל זה מדיניות החקירות שעל-פיה יש לפעול. מדובר במלאכה מורכבת ובסוגיות רגישות ועל הקושי עמו מתמודדת מדינת ישראל בעיצוב נורמות של מותר ואסור מול טרוריסטים שאינם מקיימים כל דין, כבר עמדה הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 599 (2006), בציינה כי קושי זה מעסיק בשנים האחרונות גם חכמי משפט במדינות השונות ואנשים מתחום המשפט הבינלאומי, על-דקע התפשטות נגע הטרור ברחבי העולם.

עוד נשוב ונציין, כי למעשה גם הסעד הנוסף שהתבקש בעניין זה נסוב כאמור על המקרה הפרטני שעמד במרכזה של העתירה; וברי כי גם בכך יש כדי ללמד כי מדובר בנושא הקשור בנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה.

14. בטרם סיום, גם כן למעלה מן הנדרש, יצוין כי במקרה דנן ההחלטה המקורית של הפצ"ר שלא לפתוח חקירה לבירור נסיבות מותה של המנוחה, כלל לא נסמכה על סיווג האירוע כ"אירוע בעל אופי לחימתי של ממש". כך, המנוחה לא נהרגה בעת התרחשותו של אירוע הירי, אלא נפטרה מפציעה בשלושה שבועות לאחר האירוע. בשלב הראשוני, עד להיוודע דבר מותה, נאספו ונבחנו מגוון חומרים שונים, בהם תחקיר צבאי, עדותו של אביה של המנוחה במשטרת ישראל, חומרים רפואיים ועוד. בהתאם, לאחר בחינת המידע העובדתי שנאסף עד קבלת ההחלטה, מצא הפצ"ר בשעתו כי האירוע אינו מעורר חשד סביר לביצוע עבירה פלילית (ראו מכתבה של התובעת הצבאית הראשית מיום 15.2.18 (להלן: מכתב התובעת הצבאית הראשית) שצורף כנספח מש/1 לתגובה המקדמית; ומכתבו של

הפרקליט לעניינים מבצעיים מיום 16.11.16 שצורף כנספח 7 לעתירה). כך, גם החלטת הפצ"ר, לאחר התייעצות עם גורמי פרקליטות המדינה, בדבר פתיחה בחקירה, נסובה על בחינה האם קיים חשד סביר לביצועה של עבירה פלילית במקרה הפרטני, כמפורט במכתב התובעת הצבאית הראשית לעיל.

בנסיבות אלה, משהחלטות במקרה דנן לא נסובו על סיווגו של האירוע כ"אירוע בעל אופי לחימתי של ממש", גם מן הטעם הזה הטענות הכלליות בעניין פרשנות מונח זה הן תיאורטיות בלבד, ואין כל מקום או עילה לדון בהן במסגרת העתירה דנן.

15. נוכח כל האמור לעיל, ובפרט משהמקרה הקונקרטי העומד במרכזה של העתירה אינו עוד רלבנטי, המשיבים יטענו, כי דינה של העתירה דנן להימחק.

16. העובדות בתגובה זו נתמכות בתצהירו של רס"ן אילונה סבטני, המשמשת בתפקיד ראש תחום עניינים מבצעיים בתביעה הצבאית הראשית.

היום, י"ד באייר תשע"ח
29 באפריל 2018

עמרי אפשטיין, עו"ד
סגן בכיר א' (בפועל) במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה

תצהיר

אני הח"מ, רס"ן אילונה סבטני, מצהירה בזאת כדלהלן:

1. אני משמשת בתפקיד ראש תחום עניינים מבצעיים בתביעה הצבאית הראשית.
2. תצהירי זה ניתן לתמיכה בתגובה מטעם המשיבים לתגובת העותרים בבג"ץ 10167/17 עבד אל מומן אחמד מוחמד עבד אללה נ' היועץ המשפטי לממשלה (להלן: תגובת המשיבים).
3. העובדות המפורטות בתגובת המשיבים הן אמת למיטב ידיעתי ואמונותי.
4. זה שמי, זו חתימתי ותוכן תצהירי אמת.

ק/ 6104560
רס"ן אילונה סבטני
רת"ח עניינים מבצעיים

אישור

אני הח"מ, בילה זלפני, עו"ד, מאשר/ת בזה כי ביום 26.4.18 הופיעה בפני אילונה סבטני, המוכרת לי אישית, ולאחר שהזהרתיה כי עליה לומר את האמת, שאם לא תעשה כן תהיה צפויה לעונשים הקבועים בחוק, חתמה בפני על תצהירה.

עו"ד בילה זלפני
מ.ר. 49710