

1. איבראהים ראשיד אחמד עאלם,

2. "יש דיין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר 0442622-58)

העותרים

באמצעות עו"ד שלומי זכריה ו/או מיכל זיו ו/או פאדיה קוואסמי, כולם
מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב 65157, טל' 03.5275273, פקס':
03.5275274

-- נגד --

1. עו"ד נחמה זוסמן, מחלקת עררים בפרקליטות המדינה

2. משטרת ישראל – מרחב שומרון

המשיבות

המשיבים באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, משרד המשפטים,
רח' סלאח א-דין, ירושלים, פקס': 02.6467011

עתירה למתן צו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבות, לבוא ולתת טעם:

- (א) למשיבה 1 – מדוע לא תחזור בה מהחלטתה לדחות את הערר שהוגש על-ידי העותרים נגד החלטת המשיבה
2 לסגור את תיק החקירה, ותורה למשיבה 2 לבצע השלמת חקירה בתיק, ולהעמיד לדין את האחראים על
העבירות שנעשו ביחס לעותר וקניינו הפרטי;
- (ב) למשיבה 2 – מדוע לא תחדש את החקירה תוך מיצוי כל פעולות החקירה הנדרשות לבירור התלונה ובכלל
זה חקירת חשודים ועדים שהיו במקום, אשר המשיבה מס' 2 נמנעה מלעשות כן.
- החלטת המשיבה 1 מצ"ב ומסומנת כנספח 1.**

1. עניינה של עתירה זו הוא בסירובן העקבי של המשיבות לטפל בתלונתו של העותר 1, על אף היותה בעלת יסוד ועל אף ההכרה כי בוצעה כלפיו עבירה על ידי ישראלים, לרבות גורמי ביטחון שונים ואחרים, באדמותיו הפרטיות ותוך פגיעה בקניינו הפרטי, בניגוד לדין ותוך שימוש בכוח הזרוע וניצול לרעה כוח המסור לגורמים שונים.
2. ההליכים המתוארים להלן אמורים להטריד כל מי ששלטון החוק מצוי בראש מעייניו: הימנעות עקבית ושיטתית של הרשויות לחקור שורה של הפרות דין, אשר נעשו ביחס לקניין פרטי, תוך רתימת כוחות הביטחון לאבטח את הפרות החוק ולמנוע את הפסקתה.
במסגרת הימנעות עקבית זו מביצוע החקירה אף "התכבדו" העותרים לשמוע מנציג המשיבה מס' 2 כי "תלונותיהם מושלכות לפח האשפה" מיד עם הגיען למשרדי המשיבה. המשיבה מס' 1, נציגת מחלקת העררים בפרקליטות המדינה, המשיכה את הקו של שאר הרשויות, והפנתה תושב מוגן שקניינו נפגע על ידי אזרחי המדינה הכובשת תוך הסתייעות בלתי חוקית בכוחות הביטחון של המעצמה הכובשת, לאחר שנים של חקירה רשלנית אשר כל כולה מלמדת על חוסר רצון לחקור כלל, לאפיק משפטי אזרחי נגד מי שפגע באדמתו ובקניינו, תחת אכיפת החוק נגד פורעי החוק.
3. השתלשלות הדברים המתוארת להלן, צריכה להדליק נורה אדומה אצל כל אזרח, כל עובד ציבור, לא כל שכן משפטן, החרד להשתרשות שורה של תופעות מדאיגות: לנגד עינינו נוצרת מציאות משפטית של העדר אכיפת חוק ממוסדת, כזו המגובה על ידי הדרגים הגבוהים ביותר האמונים על שלטון החוק. עבירות מסויימות המתצעות על ידי אנשים מסויימים כנגד אנשים מסויימים אחרים, מוחרגות מחוק העונשין, בשל שורה של שיקולים תמוהים.
מהצד האחד, משטרת ישראל, מסרבת באופן עקבי לבצע את המוטל עליה ולחקור את העבריינים, ואף מעבירה את האחריות לביצוע החקירה לידי גורמים אחרים (רשויות הצבא); מהצד השני, רשויות הצבא, פוטרות עצמן מביצוע חקירה ואף מאבדות, דרך פלא, את תיק החקירה והבדיקות שבוצעו; מהצד השלישי, פרקליטות המדינה בוחרת להתעלם באופן מודע מכלל הטענות שהועלו בערר, להתעלם מהאופן בו מחרבת משטרת ישראל חקירות ומסרבת לבצע אותן ללא כל נימוק מהדין או מהשכל הישר, ומבקשת מהנפגע להשלים עם שארע לו, משל הייתה זו גזירת גורל או כוח עליון.
4. המסר המחלחל מכל זרועות השלטון במדינה, אחד הוא: קניינם של תושבים פלסטינים הוא הפקר. כל דאליים גבר, כל אוחז נשק ישראלי, חייל או אזרח, יכול לעשות באדמות פרטיות של תושבים פלסטינים ככל העולה על רוחו בדיעה כי המשטרה לא תחקור וכי פרקליטות המדינה תגבה חוסר מעש זה. הדברים הנאמרים כאן הינם קשים לשמיעה, אולם למרבה הצער אנו עומדים מאחורי כל תו ותג בהם.
5. אין המדובר רק במקרה המתואר להלן – המדובר במדיניות עקבית, המבקשת להוציא מגדר תחולת הדין הפלילי את אלה המבקשים לפגוע בקניינם הפרטי של התושבים המוגנים, מי מסיבות אידאולוגיות ומי מסיבות אחרות. החסינות דה-פקטו שניתנת לפוגעים מפני תחולת הדין הפלילי בעניינם, רק מגבירה ומעצימה תופעות אלה. זאת, כל חברה תאבת חיים תקינים, כל דמוקרטיה שומרת חוק, צריכה להרחיק עצמה מעליהם.
6. במובנים רבים, הנושאים המועלים בעתירה זו חורגים מדלת' אמות המקרה הקונקרטי, ומסקפים את הצורך של בית המשפט להתערב בהחלטות המשיבים, וזאת בשל אוזלת יד מתמשכת, המתמסדת ומשתרשת לנגד עיננו, בכל הנוגע לסלחנות המפליגה אותה מגלים רשויות אכיפת החוק ביחס לעבירות מהסוג המתואר המתבצעות כלפי פלסטינים ורכושם הפרטי.

I. הצגת הצדדים לעתירה

7. העותר מס' 1, איברההים ראשיד אחמד עאלם, הוא תושב הכפר ת'ולת' שבגדה המערבית והוא בעליה של חלקה מס' 386 בגוש מס' 6 של אדמות הכפר ת'ולת'. העותר 1 סובל כבר שנים רבות מהתנכלויות תושבי המאחז "אלמתן" הנספח למעלה שומרון בשל סמיכות אדמות העותר למאחז זה.

העתק מנסח מס רכוש הנוגע לחלקה מצורף ומסומן כנספח 2.

8. העותר ואדמתו "זכו" במהלך השנים להתמודד לא אחת עם ניסיונות פלישה ופריצת דרכים על אדמתו, במטרה ליצור חיבור בין ההתנחלות מעלה שומרון והיישוב אלמתן, שעד שנת 2014 היה בגדר מאחז בלתי מורשה.

כך למשל, בשנת 2006, נפרצה דרך על אדמתו של העותר 1 במטרה להניח תשתית חשמל אשר תחבר בין המאחז להתנחלות, וכך לבסס את קיומה של דרך חדשה על פני דרך שנסללה בעבר בין שתי הנקודות. בעקבות תלונות למשטרה ולשאר הרשויות, ולאחר שהוגשה עתירה בנדון לבית המשפט העליון (בג"ץ 10016/06 עאלם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח'; העתירה הוגשה ביום 14.12.2006), הוסרה תשתית החשמל האמורה ופריצת הדרך נחסמה על-ידי הרשויות. העומדים מאחורי הפלישה לאדמות הפרטיות לא הועמדו לדין בגין פלישה זו.

9. העותר מס' 2, ארגון "יש דין" הוא ארגון זכויות אדם ישראלי הפועל באמצעות מתנדבות ומתנדבים, הרשום כדין כעמותה ציבורית ופועל למן שנת 2005. הארגון עוסק במגוון סוגיות הנוגעות לזכויות האדם בשטחים הכבושים. הארגון מפעיל מספר פרויקטים שעניינם העצמה של הליכי אכיפת החוק בגדה המערבית. בין היתר, הארגון פעיל בתחום הנוגע לשימושים הבלתי-חוקיים הנעשים באדמות הגדה המערבית.

10. המשיבה מס' 1, עו"ד נחמה זוסמן, הינה פרקליטה במחלקת עררים בפרקליטות המדינה, מופקדת בין היתר על אכיפת החוק הפלילי ובוחנת עררים המוגשים כנגד החלטות של גופים חוקרים כגון המשטרה. המשיבה הייתה זו שקיבלה את ההחלטה לדחות את הערר שהגיש העורר.

11. המשיבה מס' 2, משטרת ישראל – מרחב שומרון, מופקדת על החקירות המשטרתיות במחוז שומרון, ואמונה בין היתר על אכיפת החוק על אזרחים ישראלים מפרי חוק בגדה המערבית, לרבות רכזי הביטחון השוטף של היישובים הישראליים (רבשצ"ים) הפועלים מתוקף הסמכת המפקד הצבאי.

II. פריצת הדרך מושא עתירה זו

12. בבוקר יום שישי, ה- 25.12.2014 הוחל בביצוע עבודות פריצת דרך אשר נועדו להשמיש את ציר הדרך המחברת בין מעלה שומרון לאלמתן, ולקצר את המעבר על הציר בין שתי נקודות היישוב עבור תושבי אלמתן – אז עוד תושבי מאחז בלתי חוקי – ועבור תושבי מעלה שומרון.

הרקע לפריצת דרך זו הוא פיגוע קשה בו הושלכו בקבוקי תבערה לכיוון רכב בו נסעו תושבים ישראלים שנפגעו, חלקם באופן קשה, סמוך למעלה שומרון. עם זאת, פריצת הדרך ארעה יממה לאחר האירוע הנדון. עם זאת, פריצת הדרך לא אושרה על ידי כל גורם שהוא, ונעשתה באופן פרטיזני ועצמאי על ידי תושבי המאחז. פריצת הדרך בוצעה ככל הנראה לבקשתם של תושבי מעלה שומרון ו/או אלמתן, בעידודם ומעורבותם הישירה לכאורה של גורמים מטעם התנחלות זו.

13. המדובר באותה דרך אשר לאורכה נעשה הניסיון להנחת תשתית חשמל בשנת 2006 והייתה נושא העתירה בבג"ץ 10016/06 הנזכרת לעיל.

14. פריצת דרך זו, בוצעה באופן בלתי חוקי, תוך הסגת גבול לאדמות העותר 1 ותוך גרימת נזקים לקרקע של העותר 1 ולעצי הזית העתיקים אשר בבעלותו ובבעלות בני משפחתו מזה דורות, וכן לבאר מים אשר משמש את המשפחה לצורך עבודותיהם החקלאיות, באר המצויה בשטח מזה שנים רבות.

15. לכאורה, היה זה רבש"ץ ההתנחלות אשר גילה מעורבות פעילה רבה במיוחד בכל הנוגע לפריצת הדרך, ובכלל זה מתן הוראות לחיילי צה"ל שנכחו במקום ואבטחו את הפעילות הבלתי חוקית, וכן היה אחראי לביצוען של פעולות הבינוי האמורות. רבש"ץ (רכז ביטחון שוטף ציבורי) הינו גורם אזרחי לו מואצלות סמכויות ביטחוניות מוגבלות מטעם מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, וזאת בהתאם לצו בדבר הסדרת השמירה ביישובים (יהודה ושומרון) (מס' 432) תשל"א-1971, על תיקונו השונים כפי שנעשו מאז הותקן לראשונה.

16. עם גילוי דבר ביצוע עבודות הבניה הבלתי חוקיות, יצרו העותרים קשר עם נציגות המנהל האזרחי, נציגות פיקוד מרכז ונציגות יועמ"ש איו"ש, בדרישה להפסקת העבודות הבלתי חוקיות. עבודות אלה נפסקו אכן לאחר יום, לא לפני שהדרך העוברת על אדמתו של העותר 1 כבר נפרצה, באופן בלתי חוקי, תוך כדי פגיעה בעצי זית אשר בבעלותו, באר מים הממוקמת באדמה, וכן השחתת המקרקעין על דרך של קיבוע הפריצה תוך שימוש בכלים כבדים דוגמת מכבש וכד'.

III התלונה, החקירה וממצאיה

17. העותר 1 הגיש תלונה במשטרה ביום 31.12.2014. ניסיונות קודמים להגשת התלונה לא צלחו בשל היעדר גורם אשר יוכל לגבות את תלונתו בשפה הערבית בתחנת המשטרה.

העתק מאישור הגשת התלונה מצ"ב ומסומן כנספח 3.

18. בהודעתו במשטרה תיאר העותר 1 כיצד רבש"ץ מעלה שומרון, העונה לשם "אשר" (פרטיו המלאים אינם ידועים לעותרים), פקד על נהג טרקטור אשר שהה בשטח, לפרוץ את הדרך, וכן תיאר את הנזק שנגרם לרכושו (נזק אשר כלל פגיעה בתשעה עצי זית; סתימת באר מים עתיקה; גרימת נזק לקרקע חקלאית מעובדת). וכך נכתב בהודעה:

"ביום שישי ב-7:00 ראיתי קצין ביטחון של מעלה שומרון בשם אשר עומד ליד טרקטור ואומר לו לפרוץ לאדמה שלי. לציין כי קודם לכן ראיתי את הנזק לאדמה ואז פניתי אליו והוא אמר לי שיש פה שטח צבאי למשך 6 ימים ואסור לי להיות שם למרות שזה השטח שלי. צלצלתי לנבואני קצין מת"ק שהגיע לשטח, והקצין אמר שאין שטח צבאי ושאני יכול לעבוד באדמה שלי, הוא ראה גם את הנזק לאדמה שלי וצילם".

19. לשאלת גובה ההודעה "איך הרבש"ץ מסביר את מה שעשה?" השיב העותר 1 כי הרבש"ץ ציין בפניו כי פעולות פריצת הדרך הן נקמה על הפיגוע שאירע סמוך לאלמתן ביום 25.12.14 יום קודם לכן:

"לפני הלילה היה שם פיגוע עם בקבוק תבערה, הרבש"ץ אמר לי אתם עשיתם פיגוע וזה מה שאני עושה לכם".

20. העותר 1 מסר במסגרת הודעתו מסמכים המוכיחים את זיקתו אל הקרקע וכן מפת מדידה, ואף צילומים של המתרחש על אדמתו.

העתק מהודעת העותר 1 במשטרה מיום 31.12.14 מצ"ב ומסומן כנספח 4.

21. ביום 1.1.2015 פנו העותרים באמצעות באי-כוחם למספר גורמים ובהם היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד יהודה ויינשטיין; מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, האלוף ניצן אלון; ראש המנהל האזרחי, תא"ל דוד מנחם; מפקד מחוז ש"י, ניצב קובי כהן; היועץ המשפטי למערכת הביטחון, עו"ד אחז בן ארי; ויועמ"ש איו"ש, אל"ם דורון בן ברק.

22. פניה זו ביקשה בין היתר ליידע את הגורמים הנ"ל בדבר פריצת הדרך, לדרוש את הסרת הבניה הבלתי חוקית באופן מיידי ולפתוח בחקירה פלילית כנגד כלל המעורבים ובכלל זה רבש"ץ ההתנחלות מעלה שומרון.

העתק פנייתם של העותרים מיום 1.1.15 מצ"ב ומסומן כנספח 5.

23. ביום 11.1.2015 פנו באי כוחם של העותרים גם לפרקליטות הצבאית לעניינים מבצעיים בדרישה לחקור את מעורבותם של חיילי צה"ל, אשר הגנו ואבטחו את הפעולות הבלתי חוקיות ומנעו מהעותר גישה לאדמתו במהלך אירועים אלה.

העתק ממכתבה של עו"ד אמילי שפר עומר-מן מיום 11.1.2015 מצ"ב כנספח 6.

24. במהלך החודשים שלאחר מכן, פנה העותר 2 מספר פעמים למשיבה 2 על מנת לברר היכן עומד הטיפול בתלונתו של העותר 1, על פניות אלה השיבה המשיבה 2 כי התיק מצוי בחקירה.

25. ביום 14.4.2016 התקבלה החלטת הפרקליטות לעניינים מבצעיים, אשר גרסה כי אכן בעקבות הפיגוע שארע יום לפני פריצת העבודות, וקשיים שעלו בפינוי, בוצעה הכשרה של ציר גישה נוסף ליישוב. עוד נמסר כי שגיאות ותקלות שנפלו בנוגע להליך הכשרת הציר טופלו בערוץ הפיקודי, אולם לא עלה חשד לביצוע עבירה פלילית מצד כוחות צה"ל, התיק נסגר אף ללא חקירת מצ"ח.

העתק מתשובת הפרקליטות לעניינים מבצעיים מיום 14.4.2016 מצ"ב כנספח 7.

26. אמנם, המתואר בתשובת הפרקליטות הצבאית אינו מדויק במלואו (שכן הכשרת הציר נעשתה יום לאחר הפיגוע ולא לצורך הפינוי הרפואי הנדרש), אולם אף הפרקליטות מודה כי בוצעו שגיאות ותקלות בכל הליך הכשרת הציר.

27. ביום 5.7.2016, בעקבות פנייה נוספת של העותרים לבירור מצב הטיפול בתיק, ולאחר קבלת תשובת הפרקליטות הצבאית, התקבלה תשובת המשיבה 2 כי התיק נסגר, זאת, ללא שצוינה עילת הסגירה או כל פרט אחר.

העתק תשובת המשיבה 2 מיום 5.7.16 מצ"ב ומסומן כנספח 8.

28. לפיכך, ביום 7.7.16, פנו באי כוח העותרים למשיבה 2 בבקשה לדעת מהי עילת הסגירה שבגינה נסגר התיק, וכן באיזה תאריך הוחלט על סגירתו.

העתק פניית העותרים מיום 7.7.16 מצ"ב ומסומן כנספח 9.

29. במקביל, פנה העותר 1 עוד באותו היום באמצעות באי כוחו למשיבה 2, בבקשה לעיין בחומר החקירה בתיק על מנת לבחון אפשרות של הגשת ערר.

העתק בקשת העותר 1 לעיין בחומר החקירה מיום 7.7.16 מצ"ב ומסומן כנספח 10.

30. ביום 31.7.16, התקבל מטעם המשיבה 2 מסמך סגירת התיק הרשמי לפיו התיק נסגר ביום 28.4.16 בעילה של "אין אשמה פלילית".

העתק מסמך זה שהתקבל במשרד באי-כוח העותרים ביום 31.7.16 מצ"ב ומסומן כנספח 11.

31. בעקבות קבלת מסמך זה, נעשו מספר ניסיונות תיאום עם המשיבה 2 לצורך עיון בחומר החקירה שבתיק. לבסוף, רק לאחר כחודש ימים, ביום 29.8.16 עלה בידי נציג מטעם העותר 2 לצלם את תיק החקירה.

32. תיק החקירה כלל שלושה פריטים בלבד :

(1 הודעת העותר 1 מיום 31.12.14 ;

(2 מזכר מיום 4.1.15 המתאר שיחה שקיים החוקר רס"ם אלון דקל עם קצין המת"ק שבו אישר האחרון כי בוצעו עבודות פריצת דרך בקרקע וכי נגרם נזק לעצי זית ולבאר המים ;

(3 מזכר מיום 11.5.15 שחובר ע"י רס"מ אלון דקל לפיו הוא פנה לחטיבת אפרים וביקש לבדוק אם בוצעו עבודות של פריצת הדרך האמורה. בשיחה זו נמסר לו כי יבצעו בדיקה ויחזרו אליו מאוחר יותר.

העתקי שלושת פריטים אלו המרכיבים את תיק החקירה מצ"ב ומסומנים כנספח 12.

33. פרט לשלושה פריטים אלו, לא היה בתיק החקירה כל חומר חקירה שהוא. כמו-כן הפעולה האחרונה המתועדת בתיק – המהווה את הפריט השלישי בתיק החקירה – היא פעולה מיום 11.5.15. קרי, חלפו למעלה מ-11 חודשים מיום ביצוע פעולת החקירה האחרונה בתיק ועד להחלטה על סגירתו ביום 25.4.16.

34. כפי שניתן לראות, תיק החקירה לא כלל שום פעולת חקירה מהותית שממנה ניתן היה להגיע לממצא כלשהו הנוגע לתלונתו של העותר 1. פריטי חקירה אלה, שאין בהם שום פעולת חקירה מהותית, אינם יכולים, לשיטת העותרים, להוות את הבסיס להחלטת המשיבה 2 לסגור את התיק, בטח שלא בעילה של "אין אשמה פלילית", בוודאי לאור גילויין של העבירות הפליליות על פני השטח.

35. לפיכך, ביום 14.9.16, הגישו העותרים ערר על ההחלטה לסגור את תיק החקירה (להלן: "הערר הראשון"). בערר זה תקפו העותרים הן את החלטת הסגירה עצמה והן את עילת הסגירה של "אין אשמה פלילית".

העתק הערר הראשון שהוגש ביום 14.9.16 (ללא נספחים) מצ"ב ומסומן כנספח 13.

VI. הערר הראשון והפגמים הרבים שנפלו באופן שבו הוא טופל על-ידי המשטרה

36. הטענות המרכזיות בערר נגעו למחדלי חקירה מהותיים שנעשו בתיק.

א. כך למשל, מתיק החקירה עלה כי כלל לא זומן לחקירה רבש"ץ מעלה שומרון, על אף שהעותר 1 נקב בשמו הפרטי וציין באופן מפורש את מעורבותו באירוע ;

ב. כך למשל, לא נעשה ניסיון לקבל את תשובתו של חטמ"ר אפרים לשאלה שנשאל ע"י רס"מ אלון דקל במזכר מיום 11.5.15 ביחס לקיומן של עבודות פריצת דרך באדמתו של העותר ;

ג. כך למשל, לא נעשתה כל פעולה לבירור העובדות כפי שתוארו ע"י העותר 1 בהודעתו ;

ד. כך למשל, נעדרו מתיק החקירה מסמכים שונים כגון פניית ב"כ העותרים מיום 1.1.15 וכן צילומים שנמסרו למשטרה ע"י העותר 1.

37. למעשה, כפי שנטען בערר הראשון, לא בוצעה כל פעולת חקירה מהותית בתיק ולו המינימלית ביותר, כדי לאתר את העומדים מאחורי גרימת הנזק לרכוש העותר 1 ולהסגת הגבול לשטחו.

38. כמו-כן, טענו העותרים בערר הראשון לעניין עילת הסגירה, כי לא ניתן לסגור את התיק בעילה של "אין אשמה פלילית" כאשר מצד אחד הוכח כי נגרם נזק לרכוש ולאדמה של העותר 1, אך מצד שני לא נמצאה בתיק כל ראיה המעידה כי הפעולה שגרמה לנזק בוצעה בסמכות או בהיתר.

39. העותרים טענו בערר הראשון כי פריצת הדרך באדמת העותר 1 כללה מספר עבירות ובהן הסגת גבול בהתאם לסעיף 447 לחוק העונשין; היזק בזדון לפי סעיף 452 לחוק העונשין; היזק מיוחד לפי סעיף 453 לחוק העונשין, בשל הנזק שנגרם לבאר המים; וכן עבירות לפי דיני התכנון והבניה המקומיים. לפיכך, לא ניתן להגיע למסקנה כי אין אשמה פלילית ומכאן שהחלטת הסגירה בעילה זו אינה יכולה לעמוד.

40. הערר הראשון טען, אם כן, כי הסתפקות בסגירת התיק, ועוד בעילה של "אין אשמה פלילית", אינה יכולה לעמוד על בסיס חומר הראיות הקיים בתיק, ועל אחת כמה וכמה על בסיס חומר הראיות הפוטנציאלי.

(חוסר) טיפול המשיבה 2 בערר הראשון

41. כחודש לאחר הגשת הערר הראשון, ביום 6.10.16, התקבל מכתב מטעם עו"ד רפ"ק גיל דשא, ששימש באותם ימים כקצין שיתוף ותיאום במשטרת מרחב שומרון, היא המשיבה 2. במכתב זה נמסר, כי "**מעיון בתיק עולה כי מדובר בעבודות שבוצעו על-ידי גורמי צה"ל, ובנסיבות אלו משטרת ישראל אינה הגורם המוסמך לחקור בתלונה**". רפ"ק דשא הפנה במכתבו את העותרים להליכים מנהליים או אזרחיים מול גורמי צה"ל ומשרד הביטחון, או לחילופין להגשת תלונה במצ"ח.

42. כמו-כן, המליץ רפ"ק דשא לעותרים במכתב זה, לשקול אם בנסיבות אלו הם עומדים על הערר, וביקש כי במידה שכן, יוצג ייפוי כוח מתאים.

43. יוער כי בפתח מכתבו של רפ"ק דשא הוא ציין כי העותרים טרם השיבו למכתבו מיום 15.9.16 שבו הוא ביקש מהם לצרף ייפוי כוח כנדרש, אלא שמכתב זה מעולם לא התקבל במשרד הח"מ.

העתק מכתבו של רפ"ק דשא מיום 6.10.16 מצ"ב ומסומן כנספח 14.

44. ביום 19.10.16 השיבו העותרים לרפ"ק דשא כי הם אכן עומדים על הגשת הערר, וצירפו ייפוי כוח כמבוקש. במכתב זה הדגישו העותרים את עמידתם על הערר וציינו כי על המשטרה מוטלת חובה לחקור את העבירות שבוצעו על אדמת העותר 1.

45. כמו-כן, במענה להערותיו של רפ"ק דשא על כך שמדובר באירועים שבסמכותו של הצבא לחקור, ביקשו העותרים במכתבם להדגיש מספר דברים:

ראשית, כי במסגרת עבודות פריצת הדרך הייתה לכאורה מעורבות רחבה ביותר של רבש"ץ מעלה שומרון באותה העת, אזרח אשר חקירתו מצויה בתחום סמכויותיה של המשטרה **והיא בלבד**. מצ"ח אכן מוסמכת לחקור את החיילים אשר היו מעורבים באירוע, אולם לא את הרבש"ץ שהיה הכוח המניע של ביצוע הפרות החוק. חרף זאת, בחרה המשטרה לא לזמנו לחקירה או לעדות, ולא לזמן לחקירה או עדות כל גורם אחר מטעם ההתנחלות או המאחז. העותרים ציינו במכתבם, כי בחירתה המודעת של המשטרה שלא לאתר את מלוא חומר הראיות שעשויות להיות רלוונטיות, לצד עילת סגירת התיק, כשלעצמה מצדיקה את הגשת הערר;

שנית, כי ככל שמשטרת ישראל סבורה כי האחריות לביצוען של חפירות ושאר פעולות הבינוי, שהובילו למצבה של אדמת העותר 1, מצויה בתחום סמכותה של רשות חוקרת נוספת (דוגמת המנהל האזרחי ו/או רשויות הצבא), כמובן שהיא מוסמכת לעשות כפי שמורה הדין בעניין. אולם לא ניתן לראות בכך צידוק לאי-ביצוען של פעולות חקירה אלמנטריות.

שלישית, כי ממילא עילת הסגירה של "אין אשמה פלילית" אינה יכולה להישאר על כנה, עת גם המשטרה מודעת לכך שבוצעה עבירה בשטח.

העתק מכתבם של העותרים מיום 19.10.16 מצ"ב ומסומן כנספח 15.

46. בחלוף ארבעה חודשים, ומשלא נתקבלה כל התייחסות בעניין הערר הראשון, שבו העותרים ופנו ביום 19.2.17 לרפ"ק דשא בבקשה לדעת היכן עומד הטיפול בערר. במכתב זה ביקשו העותרים לדעת אם נפתח תיק ערר ואם כן מה מספרו והיכן עומד הטיפול בו, והאם התקבלה הכרעה בעניינו; ככל שלא נפתח תיק ערר, מה הסיבה לכך.

העתק מכתבם של העותרים מיום 19.2.17 מצ"ב ומסומן כנספח 16.

47. ביום 21.2.17 התקבל מענה מטעם רפ"ק דשא במכתב שנשא שורה אחת בלבד. בשורה זו נכתב: "על פי החלטת ע' רענ"ח מחוז ש"י התיק הועבר למצ"ח". לאור האמור במכתבם הקודם של העותרים ביחס למעורבות אזרחית בעבירה וביחס לעמידתם המפורשת של העותרים על הגשת הערר, לא ניתן היה להבין דבר ממכתב זה ביחס לסטטוס הטיפול בערר הראשון וביחס לטענות שהועלו בו.

העתק מכתבו של רפ"ק דשא מיום 21.2.17 מצ"ב ומסומן כנספח 17.

48. כפי שניתן לראות, מכתב בעל-שורה-אחת זה, לא פירט דבר ביחס לבדיקה שנערכה – אם נערכה – בעקבות הגשת הערר הראשון, ולא נימק מה הוביל להחלטה להעביר את התיק למצ"ח. ממכתב זה אף כלל לא ניתן היה להבין כי התיק נסגר במשטרה וכי הטיפול המשטרתי בו הסתיים. העובדה כי התיק הועבר למצ"ח אינה מחייבת כי הוא נסגר במשטרה, בפרט כאשר המעורבות האזרחית באירוע הודגשה על-ידי העותרים.

49. לפיכך, ביום 9.5.17 פנו העותרים פעם נוספת לרפ"ק דשא במכתב אשר בו שבו וביקשו לדעת היכן עומד הטיפול בערר הראשון שהוגש כ-8 חודשים קודם לכן.

העתק פניית העותרים מיום 9.5.17 מצ"ב ומסומן כנספח 18.

50. לפנייה זו לא קיבלו העותרים כל התייחסות.

51. ביום 8.8.17, כ-11 חודשים לאחר שהוגש הערר הראשון מבלי שנתקבלה כל ידיעה באשר לסטטוס הטיפול בו, חרף שורה של ניסיונות לקבל תמונת מצב בעניין, פנו העותרים באמצעות באי-כוחם אל רפ"ק דשא בשיחה טלפונית. מטרת השיחה הייתה להבין היכן עומד הטיפול בערר, וכן להבין מדוע לא ניתן כל מענה בכתב לפניויותיהם הקודמות של העותרים.

52. בשיחה זו נשאל רפ"ק דשא האם נפתח תיק ערר בעקבות הגשת הערר הראשון, ואם כן, מה מספרו והאם התקבלה בו החלטה כלשהי. רפ"ק דשא קימץ באופן בולט בפרטים הנוגעים לתיק זה, אולם לשאלתנו מסר כי **לא נפתח תיק ערר** בעקבות הגשת הערר הראשון, וכי **תיק החקירה נפתח מחדש** והועבר למצ"ח.

53. תשובה זו העלתה מספר תהיות:

ראשית, כיצד הובילה הגשת הערר לפתיחת התיק מחדש, מבלי שייבדק הערר ומבלי שתתקבל במסגרת בדיקה זו ההחלטה בדבר פתיחת התיק מחדש?

שנית, מדוע לא ניתן היה להעלות תשובה זו על הכתב ולהעבירה לעותרים לאחר כל אחת מפניויותיהם הקודמות, כפי שמצופה מרשות מנהלית תקינה, ובהתאם לחוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958?

54. בעקבות תשובתו של רפ"ק דשא כי התיק הועבר למצ"ח, הוא נשאל מה הוחלט ביחס למעורבותו האזרחית של רבש"ץ מעלה שומרון באירוע. תשובתו של רפ"ק דשא לשאלה זו הניבה מידע שהיה בבחינת חידוש לבאי כוח העותרים בכל הנוגע לחלוקת סמכויות החקירה בין המשטרה לצבא: לדבריו, תלונות נגד רבש"צים נחקרות במצ"ח ולא במשטרה. לשאלת באת-כוח העותרים שהופתעה מתשובה זו, השיב רפ"ק

דשא כי "מן המפורסמות היא" – כך במילותיו – שהרבש"ץ אינו נחשב אזרח וכי על כן חקירתו אינה בסמכות המשטרה אלא בסמכות הצבא.

55. אלא שניסיונו ארוך השנים של העותר 2, מלמד כי תלונות נגד רבש"צים מטופלות בהכרח במשטרה, מתוקף היותם אזרחים ולא חיילים. על כך יעידו עשרות תיקים ומאות התכתבויות בין גורמים במשיבה 2 לבין עורכי ועורכות הדין המייצגים את המתלוננים לאורך השנים, דבר אשר אף מצא דרכו לדו"ח מפורט בנושא (ראו: "המרחב הפרוע: העברת סמכויות שיטור וביטחון לרכזי ביטחון שוטף צבאיים (רבש"צים) בהתנחלויות ובמאחזים", יוני 2014).

56. תשובה זו של רפ"ק דשא הריחה כבר באותה שיחה כתשובה שגויה שלא לומר מטעה, וכפי שיפורט להלן, אכן התבררה להיות בדיוק כזו. **בקשת באת כוח העותרים לקבל קביעות אלה בכתב, נענתה בסירוב** והיא הופנתה לגורם שהחליט על העברת התיק למצ"ח, קרי, אל ע' רענ"ח מחוז ש"י.

57. יוער במאמר מוסגר, כי דבריו אלו של רפ"ק דשא כי חקירות רבש"צים אינם בסמכות המשטרה, העלו את השאלה, מדוע אם כן לא הועבר התיק למצ"ח עוד בגלגולו הראשון טרם הגשת הערר הראשון, אלא נסגר במשטרה בעילה של "אין אשמה פלילית".

58. בלית ברירה, ועל אף כי ברור היה שרפ"ק דשא מוסר מידע שגוי לבאי כוח העותרים בטענתו כי סמכות חקירת רבש"צים נתונה לצבא ולא למשטרה, ובמקום שהמשך ההתכתבויות בין העותרים לבין המשטרה תעסוקנה בשאלות הקשורות לתיק, נאלצו העותרים להפנות את משאביהם ואת זמנם לעיסוק בשאלת סמכות חקירת רבש"צים – שאלה שהתשובה עליה הייתה ידועה מראש.

59. לפיכך, ביום 17.8.17, עשו באי כוח העותרים כדברי רפ"ק דשא, ופנו במכתב אל ע' רענ"ח מחוז ש"י, רפ"ק רפאל נח, בבקשה לדעת אם חל שינוי במדיניות המשטרה בכל הקשור לתלונות נגד רבש"צים. במכתב זה שתיאר את השיחה עם רפ"ק דשא, ביקשו באי כוח העותרים לדעת מיהו הגוף המוסמך לחקור תלונות נגד רבש"צים.

60. כמו-כן, ביקשו באי כוח העותרים במכתב זה לקבל פרטים בנוגע להחלטות השונות שקיבלה המשטרה במסגרת טיפולה בתלונתו של העותר 1, אשר לא ניתן היה לקבל בשיחה הטלפונית עם רפ"ק דשא על שום סירובו לספק פרטים אלו. כך, התבקשו פרטים כגון מועד קבלת ההחלטה לפתוח את תיק החקירה מחדש; מועד קבלת ההחלטה לסגור את התיק בשנית ולהעבירו למצ"ח; פעולות החקירה שבוצעו בתיק בפרק הזמן שבין פתיחתו מחדש לבין העברתו למצ"ח; לאיזה גורם במצ"ח הועבר התיק; מה הוחלט ביחס לעילת הסגירה של "אין אשמה פלילית" שנטען נגדה בערר.

העתק מכתבם של העותרים לרפ"ק רפאל נח מיום 17.8.17 מצ"ב ומסומן כנספח 19.

61. באין מענה או התייחסות, שלחו העותרים לרפ"ק נח תזכורת ביום 10.9.17 ותזכורת נוספת ביום 16.10.17.

העתקי מכתבי תזכורת אלה מצ"ב ומסומנים כנספח 20.

62. ביום 17.10.17 התקבלה תשובתו של רפ"ק נח המאשרת את הידוע, כי המדיניות ביחס לחקירות נגד רבש"צים החשודים בעבירות פליליות היא חקירה על-ידי משטרת ישראל, וזאת בניגוד לנאמר על ידי רפ"ק דשא.

העתק תשובתו של רפ"ק נח מיום 17.10.17 מצ"ב ומסומן כנספח 21.

63. תשובה זו של רפ"ק נח עוררה תחושות מטרידות ביחס לדבריו של רפ"ק דשא באותה שיחה טלפונית, שבה בחר למסור מידע שגוי לעותרים ואף מיאן לבדוק זאת, חרף דרישה מפורשת של העותרים. גם כיום, למעלה משנה מאז אותו אירוע, לא ברור מדוע הטעה רפ"ק דשא את העותרים ואילצם לפנות לגורמים נוספים,

באופן שגרם לאובדן זמן יקר ומשאבים ועיכב עוד את הטיפול המתארך ממילא בתיק זה. **סירובו של רפ"ק דשא להעלות את דבריו על הכתב מחזק את התחושות הקשות העולות מהאירוע.**

64. לעניין תיק החקירה הספציפי, ציין רפ"ק נח במכתבו הנ"ל כי התיק הועבר ביום 1.1.17 למצ"ח יחידת שרון-שומרון בעילה של העברה לרשות אחרת, זאת לאור העובדה כי **ממצאי החקירה** הצביעו על כך שהעבודות בשטח בוצעו על-ידי צה"ל.

בהקשר זה, יש לתת תשומת לב מיוחדת למונח '**ממצאי חקירה**' במכתבו של רפ"ק נח, המרמז על כך שבוצעה חקירה וכי לחקירה זו היו ממצאים, שכן בהמשך ילמדו העותרים כי לא בוצעה כל פעולת חקירה בתיק לאחר הגשת הערר, ומכאן שלא יכלו להיות לה כל ממצאים.

65. יוער כי בתשובתו בחר רפ"ק נח לא להתייחס לשאלות העותרים הנוגעות לערר שהגישו, ובכלל זה למועדי הפתיחה מחדש והסגירה של התיק ופעולות החקירה שבוצעו. שאלות אלה נותרו פעם נוספת ללא מענה. התעקשותם של הגורמים הבכירים במשיבה 2 שלא להשיב לשאלות פשוטות אלו, מעוררת תמיהה.

66. נבקש בשלב זה להעיר הערה נוספת בנוגע לסגירת התיק. בשום שלב לא נאמר לעותרים כי התיק נסגר במשטרה. הן רפ"ק דשא בשיחה הטלפונית והן רפ"ק נח במכתבו, לא ציינו באופן מפורש כי התיק נסגר במשטרה, אלא רק כי הוא הועבר למצ"ח. כאמור לעיל, העובדה כי התיק הועבר למצ"ח אינה מחייבת כי הוא נסגר במשטרה. יתרה מכך, באף שלב לא נאמר לעותרים כי לא נמצאה מעורבות אזרחית באירוע, אלא רק כי נמצאה מעורבות של חיילים.

למעשה, העותרים הסיקו כי התיק נסגר במשטרה רק מכך שתשובותיהם של הגורמים הבכירים במשיבה 2 לימדו כי התלונה אינה מטופלת יותר במשטרה. על עמימות מעין זו אמר כב' השופט לנדוי כי "עם ספינקס אי אפשר להתווכח" (בג"ץ 111/53 חיה קאופמן נ' שר-הפנים ו-3 את', פ"ד ז 534 541 (1953)). עמימות זו, מעלה שאלות בנוגע לתום הלב של המשיבה 2 בכל הנוגע לטיפול בתלונתו של העותר 1 ובפנייתיהם של העותרים.

67. בעקבות מסקנתם של העותרים כי התיק נסגר במשטרה, ביקשו הם לבחון את האפשרות להגיש ערר נוסף על סגירת התיק. לפיכך, פנו הם למשיבה 2, ביום 14.11.17, בבקשה לקבל את חומר החקירה שעל בסיסו התקבלה ההחלטה לסגור בשנית את התיק ולשנות את עילת הסגירה מ"אין אשמה פלילית" ל"העברה לרשות אחרת". זאת, בפרט לאור טענתם בערר הראשון כי באירוע הייתה מעורבות אזרחית – טענה שלא קיבלה התייחסות.

העתק בקשת העותרים לקבלת חומר חקירה מיום 14.11.17 מצ"ב ומסומן כנספח 22.

68. פעם נוספת לא התקבל כל מענה לפניית העותרים. לפיכך, ביום 27.11.17 פנו באי כוח העותרים למשיבה בשיחה טלפונית, לצורך קבלת חומרי החקירה. נציגת המשיבה 2 מסרה בשיחה זו, כי מאחר שהתיק הועבר פיזית למצ"ח, הרי שהוא אינו מצוי בידי המשיבה 2. לפיכך, אין באפשרות המשיבה 2 למסור לידי העותרים את חומרי החקירה.

69. בניסיון להתחקות אחר תיק החקירה לצורך עיון בחומרים על מנת לבחון אפשרות להגשת ערר, פנו באי כוח העותרים לרשויות הצבא. לאחר שיחות טלפוניות רבות שכללו שיחות עם מצ"ח יחידת שרון שומרון; מצ"ח חיפה; מצ"ח ירושלים; מקמצי"ר; יא"ל"ם; והפרקליטות לעניינים מבצעיים, התברר כי אף לא אחד מן הגורמים הנ"ל יודע על תיק החקירה שבנדון.

70. ביום 18.12.2017, פנו הח"מ אל רס"ן אבישי קפלן מהפרקליטות הצבאית, על מנת לברר על מיקומו של תיק החקירה שהועבר על ידי משטרת שומרון כדבריו של רפ"ק גיל דשא.

העתק מפניה זו מצ"ב כנספח 23.

71. בשיחה טלפונית מיום 4.1.18, עם רס"ן קפלן עלה כי לאחר בירור שערך עם המשיבה 2, תיק החקירה הועבר לבקשתו לעיונו באמצעות פלט מחשב מן הרישומים של המשיבה 2. משכך, התחוור כי הנמסר על ידי המשיבה מס' 2 כי "אין חומרי חקירה ברשותם" אינו נכון, שכן אלה היו כל אותה עת בקובץ מחשב המצוי אצל המשיבה 2.

72. באותה שיחה ביקשה באת כוח העותרים לברר אלו חומרי חקירה מצויים בתיק, זאת משום שלדבריו של רס"ן קפלן, לא היה באפשרותו להעביר את תיק החקירה לעיון העותרים וכי לשם כך היה עליהם לפנות למשטרה. לבקשתה של באת כוח העותרים, פירט רס"ן קפלן כי בתיק מצויים: (1 הודעתו של העותר 1 ; 2) התכתבות עם משרד באי כוח העותרים ו-3) החלטת המשטרה להעביר את התיק למצ"ח. כמו-כן, לשאלתה של באת כוח העותרים, אם מצויות בתיק החקירה חקירות של חשודים או עדים, השיב רס"ן קפלן בשלילה וכי פרט לפריטים שציון, אין בתיק חומרים נוספים.

73. ביום 4.1.2018 אף השיב רס"ן קפלן לעותרים במכתב שבו חזר על כך כי התיק נסגר עוד בשנת 2016 כפי שעולה מהמכתב שנשלח אל עו"ד שפר עומר-מן ביום 13.4.2016. משכך, טענות המשיבה מס' 2 כי התיק הועבר אל יחידה חוקרת אחרת, הוכחו כבלתי רלוונטיות, בלשון המעטה.

העתק מתשובת רס"ן קפלן מיום 4.1.2018 מצ"ב כנספח 24.

74. עוד באותו היום, 4.1.18, פנו באי כוח העותרים למשיבה 2 פעם נוספת, בבקשה לעיין בחומר החקירה.

העתק בקשת חומר חקירה שניה מיום 4.1.18 מצ"ב ומסומן כנספח 25.

75. גם לבקשה זו לא התקבל כל מענה. לפיכך ניסו באי כוח העותרים לפנות מספר פעמים אל המשיבה 2 טלפונית. ניסיונות אלו צלחו לבסוף ביום 11.3.18. בשיחה מיום זה עם רפ"ק גיל דשא, שבה ביקשו העותרים לאפשר להם לעיין בחומר החקירה, נאמרו על-ידי רפ"ק דשא מספר דברים שעדיף היה אלמלא נאמרו. ואלו הם:

א. העובדה כי תיק החקירה הועבר למצ"ח אין משמעותה כי הערר הראשון נדחה. עם זאת, רפ"ק דשא סירב לאשר כי הערר התקבל;

ב. כי הפניות המגיעות אל המשיבה 2 ממשרדם של באי כוח העותרים בעניין התיק האמור **נזרקות מיד עם הגיען הישר לפח הזבל**;

ג. "המשטרה לא ביצעה שום פעולות חקירה בתיק הזה לאחר הגשת הערר". משפט זה הוכתב על-ידי רפ"ק דשא, מילה במילה, לבקשת באת כוח העותרים משום שרפ"ק דשא סירב להעבירם בכתב, ועל-כן מדובר בציטוט מדויק;

ד. אין בכוונתו להעביר את תוכן דבריו במכתב מסודר.

76. כל האמור לעיל, ובכלל זה סירוב המשיבה 2 להשיב לפניות העותרים בכתב; מסירת מידע שגוי בדבר חוסר סמכות המשטרה לחקור תלונות נגד רבש"צים, ומסירת מידע שגוי בעניין אי קיומו של תיק החקירה ברשות המשיבה 2, שגזלו לעותרים זמן רב ויקר; התעלמותה הבוטה של המשיבה 2 מבקשות העותרים לקבל מידע ביחס לערר הראשון, ואף סירובה לעשות כן; סירובה של המשיבה 2 להתייחס לגופן של טענות העותרים בדבר מעורבותו של אזרח בעבירה שבוצעה – כל אלה מצביעים על התנהלות בלתי תקינה. הערתו הפוגענית והמיותרת של עו"ד רפ"ק דשא, על כך שפניות העותרים מגיעות לפח, משקפת גם היא נדבך נוסף באופן ההתנהלות של המשיבה מס' 2 ביחס לתלונות המגיעות אליה.

77. כל זאת, עוד מבלי להתייחס למחדליה של המשיבה 2 בכל הנוגע לטיפול בערר הראשון שהגישו העותרים. הודאתו של רפ"ק דשא כי לא בוצעו כל פעולות חקירה וכי למעשה הערר הראשון כלל לא טופל, מעידה כי הן החלטת הסגירה מחדש והן ההחלטה על שינוי עילת הסגירה לא נשענו על תשתית עובדתית כלשהי.

78. לכל אלה מצטרפים כמובן גם העובדה כי הגורם המוסמך בפרקליטות הצבאית הורה כי אין מקום לקיים חקירת מצ"ח. לא ברור כיצד המשטרה יכולה להעביר אירוע לחקירת מצ"ח, לאחר שהגורמים המוסמכים בצבא הורו שאין מקום לפתוח בחקירת מצ"ח, אלא אם הייתה כאן החלטה ברורה שלא לבחון את מעורבותו הפלילית של הרבש"ץ באירוע.

V. הערר השני: סירוב המשיבה 2 לטפל בו ודחייתו על-ידי מחלקת עררים

79. לאור כל האמור, ביום 8.4.18 הגישו העותרים ערר שני על סגירתו בשנית של התיק. הערר הוגש כנדרש למשיבה 2 שהיא הגוף החוקר, עם העתקים לרפ"ק נח, ע' רענ"ח מחוז ש"י ומנהל תחום עררים בפרקליטות המדינה, עו"ד יניב ואקי.

העתק הערר השני (ללא נספחים) מיום 8.4.18 מצ"ב ומסומן כנספח 26.

80. כעבור כחודש וחצי, ומשלא קיבלו כל מסמך רשמי על כך שהערר מצוי בטיפול, פנו ביום 28.5.18 באי כוח העותרים אל המשיבה 2 על מנת לברר היכן עומד הטיפול בערר.

העתק פניית העותרים מיום 28.5.18 מצ"ב ומסומן כנספח 27.

81. לאחר משלוח הפניה הנ"ל, בשיחת הטלפון שנועדה לאשר את קבלת הפקס אצל המשיבה 2, הודיע רפ"ק גיל דשא לבאת כוח העותרים, כי הוא **אינו מתכוון לטפל בערר או להפנותו לטיפול גורם אחר** במשטרה או בפרקליטות. כמו-כן, הוא ציין כי אין בכוונתו להוציא שום מסמך נוסף הנוגע לתיק החקירה בתלונתו של העותר 1.

82. לא ברור מה הסמכות שמכוחה סירב רפ"ק דשא בשם המשיבה 2 לטפל בערר. על-פי נוהל הטיפול בעררים על החלטת המשטרה שלא לחקור או לא להעמיד לדין (נוהל אח"מ 300.05.272) (להלן: "נוהל הטיפול בעררים"), משהוגש ערר על סגירת תיק, על הגוף המטפל לבחון את הערר ולהחליט אחת מן השתיים: לפתוח את התיק מחדש או להעבירו לטיפול מחלקת עררים בפרקליטות המדינה עם המלצה לדחותו. שיקול הדעת של המשיבה 2 בשלב זה של הגשת הערר הוא מצומצם ומוגבל אך ורק לשתי האפשרויות הנ"ל.

83. בידי העותרים לא נותרה ברירה אלא להפנות את הערר ישירות למשיבה 1. ביום 29.5.18 הגישו העותרים את הערר ישירות למשיבה 1, בצירוף מכתב המסביר את הנסיבות שבגינן הערר מוגש ישירות אליה.

העתק מכתב זה (ללא הערר) מצ"ב ומסומן כנספח 28.

84. ביום 14.6.18 התקבל מטעם המשיבה 1 מכתב מיום 11.6.18 שבו היא מציינת כי אין בסמכותה לברר את הערר ולטפל בו עד להעברת החומרים הרלוונטיים מהמשיבה 2 אשר סגרה את התיק. במכתב פירטה המשיבה 1 את תקנות סדר הדין הפלילי, תשל"ד-1984, שמורות על הגשת ערר על סגירת תיק לגוף שהודיע על החלטת הסגירה, וקבעה כי הערר שהעבירו אליה העותרים הוגש אליה בטעות. לפיכך, הפנתה המשיבה 1 את העותרים להגיש את הערר למשיבה 2. כמו-כן, המשיבה 1 הוסיפה, כי על מנת לזרז את הטיפול בפניה היא העבירה את הערר ליחידת החקירות של משטרת ישראל/מטה מחוז ש"י. ואכן, בסוף המכתב ציינה המשיבה 1 כי העתק ממנו הועבר ליחידת החקירות של משטרת ישראל/מטה מחוז ש"י בצירוף בקשה שלשונה: "נא העברת החומר בצירוף חוות דעתכם כמקובל".

העתק מכתבה של המשיבה 1 מיום 11.6.18 מצ"ב ומסומן כנספח 29.

85. ממכתבה של המשיבה 1 עולה, כי על אף מכתבם של העותרים מיום 29.5.18, המסביר מדוע הערר מוגש ישירות אליה ולא באמצעות המשיבה 2, ושממנו עולה בבירור כי הגשת הערר ישירות למשיבה 1 לא נעשתה בטעות אלא מתוך אילוץ, לא הייתה המשיבה 1 מודעת לסיבות אלו.

86. לפיכך, ביום 20.6.18 פנו באי כוח העותרים בשיחה טלפונית למשיבה 1 על מנת להבהיר את אי הבהירות ולהסביר מדוע הגשת הערר למשיבה 2 בהתאם לתשובת המשיבה 1 אינה אפשרית בנסיבות. בשיחה זו התבקשה באת כוח העותרים לשלוח פעם נוספת את הערר השני שהוגש, וכך עשתה עוד באותו היום באמצעות דואר אלקטרוני.

87. בשבועות שלאחר מכן, ניסו באי כוח העותרים לברר היכן עומד הטיפול בבקשתם. בשיחות שונות שקיימו באי כוח העותרים עם נציגי המשיבה 1 ציינו נציגים אלה כי מבירור שנערך מול המשיבה 2, עולה כי התיק הועבר למצ"ח. לכך השיבו באי כוח העותרים כי הערר נוגע למעורבות אזרחית באירוע מושא התלונה, ועל כן, בין שהועבר התיק למצ"ח ובין שלא, אין לכך כל רלוונטיות להכרעה בערר.

88. למרבה התסכול, טענה זו של המשיבה 1 המשיכה לחזור על עצמה גם בשיחות טלפוניות נוספות, על אף שהעותרים המשיכו להדגיש כי הערר נוגע למעורבות אזרחית שלא נחקרה, ונדמה היה כי לא מתרחשת כל התקדמות.

89. ביום 2.10.18 פנה נציג המשיבה 1 אל באי כוח העותרים וביקש כי ישלחו את התכתובות המוזכרות בערר ואשר לא צורפו כנספחים. כמו כן, הוא ביקש כי באי כוח העותרים יציינו במכתב מדוע יש להתייחס להעברת התיק למצ"ח כאל סגירת תיק שעליה זכאים העותרים להגיש ערר, ולא כאל המשך החקירה ביחידה אחרת. זאת, על אף שהטעם לכך כבר צוין הן בערר שהוגש והן בשיחות הטלפוניות הקודמות עם המשיבה 1.

90. ביום 4.10.18 שלחו באי כוח העותרים את המסמכים המבוקשים ובהם מכתב מיום 1.1.15, ומספר תמונות שצולמו על ידי העותר 1 ונמסרו על-ידו למשיבה 2. בנוסף, שלחו באי כוח העותרים מכתב המתייחס לשאלתה של המשיבה 1. במכתב זה ציינו העותרים בין השאר כדלקמן:

א. העברת תיק החקירה לרשות אחרת משמעה כי נמצא שאין מעורבות אזרחית באירוע שבגיניו הוגשה התלונה, ועל כן מקימה לעותרים זכות להגיש ערר על החלטה זו. גם לו הועבר התיק למצ"ח ונחקר שם בהתייחס למעורבות של חיילים באירוע, אין בכך כדי לפטור את המשטרה מחובתה לחקור את האירוע בכל הנוגע למעורבות האזרחית.

ב. המשטרה לא ביצעה שום פעולות חקירה בתיק זה לאחר הגשת הערר הראשון, לפיכך לא ניתן היה להגיע למסקנה כי אין מעורבות אזרחית באירוע ולסגור את התיק בעילה של העברה לרשות אחרת.

העתק מכתבם של העותרים מיום 4.10.18 בצירוף התמונות שצולמו על-ידי העותר 1 מצ"ב ומסומן כנספח 30.

91. ביום 23.10.18 התבקשו באי כוח העותרים על-ידי המשיבה 1 באמצעות דוא"ל, לשלוח את כתב הערר השני פעם נוספת. באי כוח העותרים נענו לבקשה זו עוד באותו היום ושלחו את כתב הערר מיום 8.4.18 על כל נספחיו באמצעות הדוא"ל.

92. ביום 18.11.18 התקבלה במשרד באי כוח העותרים החלטת מחלקת העררים בעניין הערר השני, הדוחה את הערר. יוער, כי העותרים לא קיבלו כל הודעה מטעם המשיבה 1 קודם לקבלת ההחלטה, כי כלל נפתח תיק ערר ואת מספרו. על-פי התאריך המופיע על גבי ההחלטה, היא התקבלה ביום 23.10.18 – באותו היום שבו התבקשו באי כוח העותרים להעביר למשיבה 1 בשנית את כתב הערר השני.

93. את נוסח ההחלטה ונימוקיה, שנפרשו על פני חצי עמוד בלבד, יש להביא במלואו. כך נכתב בהחלטה (כל ההדגשות הוספו, הח"מ):

י"הריני להודיעכם כי בחנתי את פניותיכם ואת החומר הרלוונטי בענייני, ולא מצאתי לנכון להורות על המשך מיצוי ההליך הפלילי בתיק שבנדון.

ראשית, בעקבות פניותיכם ללשכתנו פנינו למצ"ח על מנת לברר את סטטוס הטיפול בפנייה. מטעמים נמסר לנו כי לא התקבל אצלם התיק פיזית, ועל כל פנים, האירוע, על פי טיבו, אינו מסוג האירועים המטופלים על ידם. עד כמה שידוע לנו, התיק פיזית אינו בנמצא, ומהמשטרה העבירו אלינו את החומרים אותם ניתן היה לשחזר בשלב הנוכחי.

לגוף העניין, העיון בחומרים הקיימים בתיק העלה כי מדובר באירוע שהתרחש לפני כארבע שנים בקירוב, במהלכו, כך על פי התלונה, נגרם נזק לרכושו של העורר במהלך ביצוע עבודות בשטח המצוי, לטענתו, בבעלותו. ממוזכר בתיק החקירה עולה כי המשטרה פנתה סמוך לאחר האירוע אל קצין תשתיות שמסר למשטרה כי במקום בוצעו עבודות פריצת דרך מעבר על ידי קצין הנדסה. במוזכר נרשם, בין השאר, כי "...במהלך העבודות שלושה שתילים של עצי זית ניזוקו ונגרם נזק לבאר מים במקום ...". נוכח האמור נראה כי מדובר באירוע שאופיו אזרחי, אותו ניתן ומתאים לברר, ככל שהעורר יחפוץ בכך, במסגרת הליך אזרחי. על כל פנים איננו מוצאים כי יש הצדקה להמשך מיצוי ההליך הפלילי, ולפיכך, הערר נדחה."

94. נימוקי המשיבה 1 לדחיית הערר הם תמוהים מאוד ומקוממים אף יותר, בוודאי לאור העובדה כי דווקא משטרת ישראל הייתה זו שהובילה לכך שהחלטה בעניין ניתנה 4 וחצי שנים לאחר קרות האירוע.

95. **ראשית**, לא ניתנה כל התייחסות בהחלטה זו לטענת העותרים, המגובה בהודאת המשיבה 2, כי לא נעשו פעולות חקירה בתיק מאז הגשת הערר הראשון. לראיה, אף המשיבה 1 שוכנעה על-פי החלטתה כי "התיק פיזית אינו בנמצא", ואינה נשענת בהחלטתה על אף ממצא חקירה שהתבצע לאחר הגשת הערר הראשון. משמע, הודאת המשיבה 2 כי לא בוצעו כל פעולות חקירה מאז הגשת הערר הראשון לא נסתרה. עם זאת, כאמור, לא ניתנה לכך שום התייחסות בהחלטת המשיבה 1.

96. **שנית**, ההחלטה נשענת על חומר חקירה אחד ויחיד – מזכר מיום 4.1.15. מזכר זה היה אחד משני מזכרים שהופיעו בתיק החקירה עובר להגשת הערר הראשון ושהובילו להחלטת הסגירה הראשונה בעילה של "אין אשמה פלילית". ההחלטה אינה נשענת על חומרי חקירה חדשים שנאספו לאחר הגשת הערר הראשון, ושהובילו להחלטה לפתוח מחדש את התיק ולהעבירו למצ"ח (ככל שכלל הועבר למצ"ח, שכן כלל הגורמים במצ"ח טוענים כי התיק לא הועבר אליהם ואפילו על-פי האמור בהחלטת המשיבה 1, האירוע "אינו מסוג האירועים המטופלים על ידם").

עם כל הכבוד, לא ניתן להתבסס על חומר החקירה מלפני הגשת הערר הראשון כדי לבסס החלטה לאחר הגשתו. מה גם, שחומרים אלו כלל אינם יכולים להוביל למסקנה כלשהי, ומסיבה זו הוגש הערר הראשון מלכתחילה.

97. **שלישית**, ההחלטה נשענת על מזכר בודד הקיים בתיק שממנו מסיקה המשיבה 1 את מסקנותיה, אולם היא מתעלמת כליל מן האמור בתלונתו של העותר 1 – חומר החקירה המהותי היחיד הקיים בתיק, שעל-פי האמור בהחלטה עמד בפני המשיבה 1.

כך, המשיבה 1 מתעלמת מכך שעל-פי התלונה, על האירוע ניצח רבש"ץ מעלה שומרון אשר העותר 1 נקב בשמו הפרטי; היא מתעלמת מן הדברים שעל-פי התלונה אמר הרבש"ץ לעותר 1, כי פריצת הדרך היא נקמה על פיגוע שהתרחש יום קודם לכן; היא מתעלמת מכך שעל-פי התלונה הרבש"ץ אמר לעותר 1 כי יש

בשטח צו שטח צבאי סגור, אף על-פי שלא היה כזה; היא מתעלמת מכך שעל-פי התלונה ועל-פי הצילומים שמסר העותר 1 למשיבה 2, היו עדים לאירוע; היא מתעלמת מטענתו של העותר 1 בהודעתו כי הנזק לרכושו נעשה במכוון. כיצד ניתן לבסס החלטה מבלי להתייחס לכלל הטענות המהותיות הללו?

98. **רביעית**, המשיבה 1 אינה מפרטת בהחלטה אלו חומרים "ניתן היה לשחזר" מהתיק ש"אינו בנמצא" ושהועברו לעיונה על-ידי המשיבה 2. האם יש כאן טענה מרומזת כי קיימים בתיק חומרי חקירה נוספים שאבדו? ככל ששוחזרו חומרים נוספים, אשר לא הועמדו לעיונם של העותרים, היה על המשיבה 1 להתייחס אליהם בהחלטתה. ככל שלא שוחזרו חומרים נוספים – הרי שהחומרים שעמדו בפני המשיבה 1, ובכלל זה תלונתו של העותר 1, אמורים היו להוביל למסקנה כי לא בוצעה חקירה ממשית בתלונתו. אפשרות נוספת היא כי המשיבה 2 טענה בפני המשיבה 1 כי בוצעו פעולות חקירה נוספות אך כי התייעוד שלהן אבד יחד עם התיק. אם כך היה, הרי שהיה על המשיבה 1 לציין זאת בהחלטה.

בהקשר זה יוער, כי לא ניתן לקבל כפשוטה את עמדתה העמומה של המשיבה 1 ביחס לגורלו של תיק החקירה לפיה "עד כמה שידוע לנו, התיק פיזית אינו בנמצא". אין סיבה מדוע המשיבה 1 אינה בוחרת לנהוג בשקיפות ולפרט מה העלו בירוריה ביחס לתיק ומדוע היא סבורה כי התיק אינו בנמצא. זאת, בפרט לאור טענתם המרכזית של העותרים בערר השני כי לא בוצעו פעולות חקירה בתיק, וכן בפרט לנוכח עילת הסגירה הרשמית של המשיבה 2 כי התיק הועבר לרשות אחרת, שכן לא ניתן להעביר תיק שאינו בנמצא.

על כל פנים, ככל שהחומרים המצוינים בהחלטה היו החומרים היחידים שעמדו לנגד עיניה של המשיבה 1, וככל שאלה היו החומרים היחידים בתיק ולא היו חומרים אחרים שאבדו, הרי שאין בהחלטה התייחסות למה שאינו מצוי בתיק ושהדעת נותנת כי חייב היה להימצא בו. כך למשל, המשיבה 1 אינה מתייחסת להיעדר חקירתו של הרבש"ץ ולהיעדר חקירתם של עדים שהיו במקום, בין השאר קצין המת"ק נבואני, שעל-פי תלונתו של העותר 1 היה עד למתרחש ואף צילם תמונות; כך למשל, אין התייחסות לכך שהמזכר האחרון בתיק החקירה (בגלגולו שלפני הגשת הערר הראשון), המציין כי הוא ממתין לתשובה מחטמ"ר אפרים, לא קיבל כל תשובה ונותר פתוח. יוער כי כלל לא ברור אם מזכר זה עמד לנגד עיניה של המשיבה 1, אולם קיומו הובא לידיעתה על-ידי העותרים, הן בערר הראשון והן בערר השני.

במקום שהיעדר בולט זה של פעולות חקירה יוביל את המשיבה 1 למסקנה כי לא בוצעה חקירה מספקת, וליתר דיוק, כי לא בוצעה חקירה כלל, למצער לאחר הגשת הערר הראשון, המשיבה 1 בחרה להסיק מהריקות של התיק, כי הדבר מעיד על כך שהאירוע אינו בעל אופי פלילי.

99. **חמישית**, מסקנת המשיבה 1 כי בשל הטענות בדבר נזק לרכוש יש לסווג את האירוע כבעל אופי אזרחי ולא פלילי היא מסקנה מקוממת, שכן גרימת נזק לרכוש מהווה גם עבירה פלילית, בפרט אם נטען לגביה כי נעשתה בזדון, כפי שטען העותר 1 בתלונתו.

בהקשר האמור, העובדה כי העבירות הפליליות נעשו על ידי וביוזמת מי שמהווה חלק מהמעטפת הבטחונית בגזרה, תוך הסתייעות בלתי חוקית של חיילי צה"ל, כאשר כל אלה מלווים בכלי נשק ועושים שימוש לרעה בכוחם אל מול תושב מוגן חסר אונים, מהווים נסיבה מחמירה לביצוען של העבירות, ולא נסיבה לקולא או לרידודן באופן בו הדברים נעשו.

העובדה כי בפני העותר 1 עומדת האפשרות לפנות גם להליך אזרחי, אינה שוללת את זכותו לפנות להליך פלילי, והוא זכאי לכך שההליך ימוצה ויתנהל באופן תקין. נימוקי המשיבה 1 בהחלטתה לדחות את הערר, שוללים מן העותר 1 את זכותו כקרוב עבירה כי תלונתו תיחקר וכי ימוצה הדין עם האחראים לדבר העבירה.

לכך יש להוסיף את העובדה כי האירוע עירב מספר רב של עבירות לכאורה על חוק העונשין – הן הסגת גבול, הן היזק בזדון, הן עבירה לחשד בשימוש לרעה בכוח המשרה על ידי רבש"ץ בהתאם

לסעיף 280 לחוק העונשין, לרבות תוך רתימת כוחות הצבא לאבטח את הפעולה הבלתי חוקית, וכן עבירות על פי דיני התכנון והבניה החלים באזור.

שורה ארוכה של עבירות פליליות, ולא ברור מדוע מבחינת המשיבות המחלוקת הפכה את האירוע לסוג של "סכסוך שכנים", תוך התעלמות מנסיבות המקרה, מאירועי העבר שהתרחשו ביחס לאדמות העותר, ולעובדה כי פעולות בלתי חוקיות אלה נעשו בהחלטה מודעת ומכוונת של איש הביטחון של מעלה שומרון, במה שתואר על ידו כנקמה על פיגוע.

100. **שישית**, לא ניתנה כל התייחסות בהחלטה זו לסירובה של המשיבה 2 לטפל בערר ובכלל זה גם ליתר המחדלים וההתנהלויות הראויות לגינוי של המשיבה 2 לכל אורך טיפולה בתלונתו של העותר 1, שכפי שיפורט בחלק המשפטי, מעוררים חשש לקיומם של שיקולים זרים וחוסר תום לב.

101. **שביעית**, המשיבה 1 מציינת בהחלטתה כי פנתה למצ"ח לברר את סטטוס הטיפול בפנייה. לא ברורה חשיבותה של פעולה זו ותרומתה להכרעה בטענות שעלו בערר. כפי שצוין באריכות בערר השני, וכפי שהובהר פעמים רבות הן בשיחות טלפוניות עם נציגי המשיבה 1 והן במכתב ההבהרה שנשלח מטעם העותרים למשיבה 1 לבקשתה מיום 4.10.18, תלונתו של העותר 1 נוגעת למעורבותו המרכזית של רבש"ץ מעלה שומרון שהינו **אזרח ולא חייל**. בצדק השיבו הגורמים במצ"ח למשיבה 1 כי האירוע אינו מסוג האירועים המטופלים על-ידם, שכן תלונתו של העותר 1 במטרה נגעה למעורבות של אזרח ולא של חיילים.

102. **שמינית**, תלונתו של העותר 1 לא עסקה רק בנזקים לרכושו אלא גם בפלישה והסגת גבול, וכן עבירות על פי דיני התכנון והבניה המקומיים. המשיבה 1 לא התייחסה כלל לפן זה של התלונה אשר גם הוא מהווה עבירה פלילית.

103. יש להעיר, כי גם בהחלטתה של המשיבה 1 אין אזכור לכך שהתיק נסגר, והיכן שבדרך כלל המשיבה 1 מציינת כי לא ראתה לנכון להתערב בהחלטה לסגור את התיק או לא לפתוח בחקירה, בחרה המשיבה 1 לכתוב כי היא אינה רואה לנכון להורות על המשך מיצוי ההליך הפלילי. ניסוח זה הותיר את העותרים פעם נוספת בחוסר ודאות ביחס להחלטות שנעשו בתיק. כאמור לעיל, העותרים הסיקו כי התיק נסגר מכך שהטיפול בו הופסק, אולם הדבר מעולם לא נאמר להם במפורש. והנה, החלטתה של המשיבה 1, שהייתה אמורה לספק מעט יותר ודאות, למצער בשאלה זו, הצטרפה לעמימות שאפיינה את התנהלותה של המשיבה 2.

104. לאור נימוקיה הבלתי סבירים של המשיבה 1 לדחיית הערר, ולאור מה שנראה כהתעקשות הרשויות לא לחקור את תלונתו של העותר 1, מוגשת עתירה זו.

ג. הטיעון המשפטי

105. לעתירה זו שתי נקודות מוצא עובדתיות עליהן לא ניתן לחלוק בשלב זה:

106. נקודת המוצא העובדתית הראשונה, היא כי מיום הגשת הערר הראשון ועד למועד ההחלטה לסגור את התיק ולשנות את עילת הסגירה מ"אין אשמה פלילית" ל"העברה לרשות אחרת", **לא בוצעו כלל שום פעולות חקירה מהותיות בתיק, בפרט לא על ידי המשיבה 2.**

נקודת מוצא עובדתית זו נסמכת על התבטאותו המפורשת של רפ"ק דשא, נציג המשיבה 2, אותה הוא הכתיב מילה במילה לבאת כוח העותרים.

חיזוק לכך שאכן לא בוצעו פעולות חקירה מתקבל בנימוקי דחיית הערר של המשיבה 1, אשר לא זו בלבד שלא חלקו על דבריו של רפ"ק דשא, אלא אף נסמכו על חומר חקירה (זעום ובלתי מהותי) שנאסף בתיק עובר להגשת הערר הראשון, ושעל בסיסו הוגש הערר הראשון, ולא על פעולות שבוצעו לאחר מכן.

107. נקודת המוצא העובדתית השנייה, היא כי לאחר שהגישו העותרים את הערר הראשון, **תיק החקירה נפתח מחדש**. גם נקודת מוצא עובדתית זו נסמכת על דבריו של רפ"ק דשא שנאמרו באופן מפורש בשיחה שהתקיימה עמו ביום 8.8.17, ומקבלת חיזוק מעצם טיפולה של המשיבה 1 והחלטתה בערר השני, שכן אלמלא סברה המשיבה 1 כי התיק נפתח מחדש לאחר הגשת הערר הראשון, לא הייתה מקבלת לטיפול את הערר השני.

108. בחלק זה יטענו העותרים כי החלטת המשיבה 2 לסגור את התיק ולהעבירו למצ"ח בלא שתהיה בפניה תשתית עובדתית היא החלטה הנגועה בפגמים מהותיים הן בהליך והן בשיקול הדעת, היורדים לשורשו של עניין עד כדי חריגה מסמכות ועל כן, מצדיקים את ביטולה. כך גם ביחס להחלטת המשיבה 1 לדחות את הערר: לא זו בלבד שלא היו בפניה נתונים עובדתיים בסיסיים להגיע למסקנה כי סגירת התיק היא החלטה תקינה וסבירה, אלא אף שהנתונים שהיו בפניה, קרי, היעדר התשתית העובדתית בהחלטת המשטרה ואי-ביצוע חקירה, חייבו אותה להגיע למסקנה כי החלטת המשיבה 2 הייתה בלתי סבירה וכי יש לקבל את הערר ולהשיב את התיק לכל הפחות למשיבה 2 להשלמת חקירה.

109. מהלך הטיעון של העותרים בחלק זה יהיה כדלקמן:

110. ראשית יטענו העותרים כי הליך קבלת ההחלטה היה פגום מיסודו שכן הוא נעדר כל תשתית עובדתית שהרי לא בוצעה אפילו פעולת חקירה אחת. כמו-כן העותרים יטענו כי נפלו פגמים מהותיים ומשמעותיים בשיקול דעתה של המשיבה 2. העותרים יטענו כי פגמים אלו באים לידי ביטוי בחוסר תום לב מצד המשטרה כפי שהדבר עולה משורה ארוכה של התנהגויות מחפירות ומבישות מצידה; בשיקולים זרים ששקלה המשטרה הנלמדים מהתנהלותה המקוממת לאורך ההליך כולו ואף לאחריו; בחוסר סבירות מהותי וקיצוני היורד לשורשו של עניין בכך שהמשקל שנתנה לאינטרסים שעליה לשקול הוא בלתי ראוי.

111. שנית, העותרים יבקשו לטעון כי דין החלטת המשיבה 1, לדחות את הערר, להתבטל. בדומה לטענות כלפי המשיבה 2, העותרים יטענו כי המשיבה 1 לא התבססה בהחלטתה על תשתית עובדתית, שכן לא הייתה כזו בנמצא, שהרי המשטרה הודתה בכך שהיא לא ביצעה אף פעולת חקירה בתיק. כמו-כן, העותרים יטענו כי החלטתה של המשיבה 1 לדחות את הערר לוקה בחוסר סבירות קיצוני ומהותי היורד לשורשו של עניין.

I. החלטת המשיבה 2 לסגור את התיק בעילה של העברה לרשות אחרת

(א) חריגה מסמכות – משפתחה המשיבה 2 את התיק מחדש היא אינה רשאית שלא לחקור

112. חובת המשטרה לחקור כאשר הוגשה לה תלונה מעוגנת בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "חסד"פ") המורה כך:

"נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם בעבירה שאינה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה או אם היתנה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה."

113. תלונתו של העותר 1 נגעה לעבירות מסוג עוון (הסגת גבול פלילית, לפי סעיף 447(א) לחוק העונשין, והיזק לרכוש במזיד, לפי סעיף 452 לחוק העונשין), עליהן חל הסיפא של סעיף 59, לפיו קיימת למשטרה סמכות שבשיקול דעת אם לפתוח בחקירה או אם להימנע מכך.

114. הסמכות שלא לפתוח בחקירה, על-פי לשון הסעיף, קיימת בהתקיים אחד משני תנאים: (1) כאשר נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה, או; (2) כאשר קיימת רשות אחרת מוסמכת על-פי דין לחקור בעבירה. כפי שיפורט להלן, תנאים אלו אינם מתקיימים בענייננו.

115. לעניין התנאי הראשון, הרי שבענייננו, החלטת המשיבה 2 שלא לחקור התקבלה **לאחר שכבר הוחלט לפתוח את תיק החקירה מחדש**. משמע, המשיבה 2 הייתה סבורה כי נסיבות העניין מצדיקות את פתיחתו של תיק החקירה מחדש, וכן כי היה מוצדק לפתוח בחקירה מלכתחילה. סעיף 59 הנ"ל אינו מסמיך את המשיבה 2 שלא לחקור לאחר שכבר פתחה בחקירה.

116. עניין זה נכון גם לעבירות מסוג פשע – הסמכות הניתנת למשטרה בסעיף 59 בנוגע לעבירות מסוג זה, קיימת ביחס להחלטה אם לפתוח בחקירה או לא, היא לא קיימת ביחס להחלטה אם לחקור לאחר שכבר הוחלט על פתיחה בחקירה.

117. קשה לחלוק על כך שתלונתו של העותר 1 גילתה יסוד ממשי, ואף תשובות המשיבות, הגם שבדוחק, מכירות בכך. העותר 1 מסר הודעה מפורטת ביחס לאירוע של פריצת הדרך, ואף צירף אליה צילומים מן האירוע המעידים על נכונות דבריו. המזכר של רס"מ אלון דקל מיום 4.1.15, לפיו קצין המת"ק אישר כי בוצעה פריצת דרך וכי נגרם נזק לעצים ולבאר מים בשטחו של העותר 1, תומך בהודעתו של העותר 1. יתרה מכך, המשיבה 2 הכירה בכך שבוצעה עבירה, שהרי היא פתחה מחדש את התיק ושינתה את עילת הסגירה מ"אין אשמה פלילית" ל"העברה לרשות אחרת". בנוסף, המשיבה 2 טענה כי התיק הועבר למצ"ח משום שחקירת רבש"צים הם בסמכותו – משמע, היא הכירה בכך שהייתה מעורבות של רבש"ץ – אזרח – באירוע.

118. כל אלו מעידים כי התלונה מושא עתירה זו לא נכנסת לגדרי המקרים שבהם המשטרה רשאית שלא לחקור.

119. לעניין התנאי השני, הרי שהוא פוטר את המשיבה 2 מלחקור כאשר קיימת "רשות אחרת מוסמכת". הוא אינו פוטר אותה מלחקור כאשר קיימת רשות נוספת המוסמכת לחקור, וכאשר היא עצמה מהווה "רשות מוסמכת" לחקור.

120. בענייננו לא הייתה למשיבה 2 שום הצדקה שלא לחקור את התלונה של העותר 1, שהערר הראשון הוא חלק ממנה.

121. מכאן שהמשיבה 2 פעלה בחוסר סמכות כאשר החליטה לא לחקור לאחר שפתחה מחדש את התיק. כמו-כן המשיבה 2 פעלה בחוסר סמכות כאשר העבירה (ככל שהעבירה) את התיק למצ"ח, על אף שהיא עצמה מוסמכת לחקור את התלונה, למצער בכל הקשור למעורבותו של רבש"ץ מעלה שומרון באירוע. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה כי רשויות הצבא הבהירו כי אין בכוונת מצ"ח לקיים כל חקירה בנושא.

(ב) העדר תשתית עובדתית מינימאלית – פגם מהותי בהליך היורד לשורשו של עניין

חובת הרשות המנהלית להתבסס על תשתית עובדתית בטרם קבלת החלטה

122. הלכה היא, כי חובה על כל רשות מנהלית להניח תשתית עובדתית ראויה לכל החלטה שהיא מקבלת במסגרת שיקול הדעת שהוענק לה (בג"ץ (י-8) 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, הגב' שולמית אלוני, מח (5) 412 (1994) – להלן: "עניין יורונט").

123. עמד על כך בית המשפט העליון בבג"ץ 8569/96 הסתדרות הנוער העובד והלומד נ' שר החינוך התרבות והספורט ו-141 אח' [22 עמ'], נב (1) 597 :

"אל"ף בי"ת הם בתורת המינהל הציבורי, שעד אשר תהא רשות בת-סמך רשאית ומוסמכת להחליט, חייבת היא להניח תשתית ראויה להחלטה, תשתית המיוסדת על נתונים בדוקים הראויים לשמש יסוד סביר להחלטה." (פסקה 32 לפסק דינו של כב' השופט חשין).

124. רשות מינהלית אינה יכולה להגיע לשום החלטה שהיא, ללא הישענות על עובדות שאת הרלוונטיות שלהן ואת אמינותן היא חייבת לבחון :

"ההחלטה המינהלית חייבת להתקבל בדרך שתבטיח ביסוס עובדתי, הפעלת שיקול דעת ושקיפות (באמצעות הנמקה)" (ברק ארז, המשפט המינהלי, כרך א, עמ' 270).

125. להלכה זו אין חריגים וכבר נקבע כי החלטת המינהל חייבת בכל מקרה להיות תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית (בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 48 (1983) (להלן: "עניין ברגר")).

126. החובה לבסס החלטות מינהליות על תשתית עובדתית נועדה להבטיח כי החלטות הרשות המינהלית תהיינה תקינות, הוגנות וראויות :

"מתוך חובתה של הרשות לנהוג בהגינות ובסבירות נגזרת החובה המוטלת עליה לבסס את החלטותיה על תשתית עובדתית ראויה [...] לצורך כך מחויבת הרשות לשקוד באופן סביר על איסוף הנתונים." (ע"א 2062/02 ארגון הקבלנים והבונים חולון ואח' נ' עיריית חולון, נח (5) 933 (2004), פסקה 8 לפסק דינה של כב' השופטת (כתארה אז) א' חיות).

127. חובה זו נחלקת לשתי חובות מצטברות. האחת – חובת איסוף נתונים וראיות, השנייה – חובת ביסוס ההחלטה על ראיות מספיקות (ברק ארז, משפט מינהלי, כרך א', עמ' 440-439).

128. הפסיקה מחלקת את המבחן לקיומה של תשתית עובדתית לארבעה שלבים, שהם (1) איסוף הנתונים, (2) דחיית נתונים בלתי רלוונטיים, (3) דחיית נתונים בלתי אמינים ו-(4) קבלת החלטה על בסיס ראיות מהותיות :

"יכלל הוא, כי רשות מינהלית סבירה נדרשת לקבל החלטותיה על יסוד תשתית של עובדות (זמיר, כרך ב, בעמ' 733). קביעת תשתית העובדות מחייבת קיומם של ארבעה מבחנים : איסוף נתונים סביר בנסיבות המקרה ; הבחנה, במהלך איסוף הנתונים, בין נתונים השייכים לענין לבין נתונים שאינם נוגעים אליו, תוך דחיית הנתונים מן הסוג האחרון ; התבססות על נתונים שאדם סביר, או רשות סבירה, היו סומכים עליהם לצורך קבלת ההחלטה ; וקיום תשתית ראייתית מבוססת במידה מספקת לצורך קבלת ההחלטה, על פי מהותה." (בגץ 10907/04 ישראל סולודוך ו-70 אחרים נ' עיריית רחובות, סד (1) 331, פסקה 31).

(ראו גם עניין יורונט הנזכר לעיל ; בג"ץ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 29.01.2002) ; עניין ברגר, עמ' 49).

129. בעניין יורונט קבע בית המשפט העליון את היקף חובת איסוף הנתונים :

"הרשות המינהלית צריכה לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת ההחלטה. לצורך זה עליה לפעול באופן סביר, לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות ונסיבות המקרה. לעתים קרובות המקרה שגרתי ופשוט, וכך אף איסוף הנתונים... אך לעומת זאת יתכן מקרה מורכב וחשוב, בו צריכה הרשות לחקור ולדרוש..."

130. החשיבות של איסוף נתונים וביסוס החלטה על תשתית עובדתית ראויה מקבלת חשיבות מיוחדת בפסיקה במקרים שבהם הרשות מחליטה שלא להפעיל את סמכותה. כך, בבג"ץ 852/86 ח"כ שולמית אלוני נ' שר המשפטים, מא (2) 1 (1987) (להלן: "ענין אלוני"), נקבע כדלקמן (הדגשות הוספו):

י' החלטתה של רשות סטטוטורית הממאנת להפעיל סמכותה, ומה גם באופן אשר אינו מתיישב עם המגמה הבסיסית שעבורה נוצר דבר החקיקה, חייבת להישען על נתונים בדוקים, היכולים לשמש תשתית סבירה להחלטתה ומבססים אותה."

ובהמשך:

"[...] החלטה חייבת להיות, בכל מקרה, תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית; ואם, לאור אופיו של העניין, נדרשות בדיקה ומחשבה חוזרות ונשנות, אין לדחות את הפנייה החדשה במחי יד ובלי עיון הולם, תוך הסתמכות בלעדית על העובדה, כי לבעל הסמכות הוענק שיקול הדעת להחליט בעניין, או תוך דבקות בהחלטה הקודמת, אשר ייתכן שהיא טעונה שינוי. החובה לקיים בחינה עניינית ושיטתית ביטויה בקיום תהליך של קבלת החלטה על-ידי מי שהוקנתה לו הסמכות לכך על-פי החוק. תהליך זה מן הראוי שיהיה מורכב, בדרך כלל, ממספר שלבים בסיסיים וחיוניים, אשר הם הביטוי המוחשי להפעלת הסמכות המשפטית, תוך התייחסות לנושא שהוגדר בחוק."

131. בית המשפט העליון קבע בשורה ארוכה של פסקי דין כי החלטות מנהליות המבוססות על תשתית עובדתית לוקה בחסר או בלתי ראויה, **דינן פסלות**.

132. כך, בעניין אלוני נפסק כי החלטתו של שר המשפטים בטלה משום שלא התבססה על בדיקה עניינית, שיטתית והוגנת. כך נכתב בפסקה 1 לפסק דינה של המשנה לנשיא (כתארה אז) כב' השופטת מי בן-פורת:

"[...] אם שיקול הדעת מופעל - כמו במקרה שלפנינו - ללא בדיקה ראויה של הנתונים הצריכים לעניין, השגגה מתוארת בצדק כפוגעת בעצם תוקפה של ההחלטה והופכת אותה לבטלה. על בדיקה כזאת מעצם טיבה וטבעה לבוא לפני הפעלתו של שיקול הדעת, ובהעדרה של בדיקה ראויה, עצם ההפעלה של שיקול-דעת היא חסרת בסיס ותלויה על בלימה. ללא בדיקה כנדרש לא תיתכן כלל החלטה בת-ביצוע. **מי שהוסמך על-ידי המחוקק לשקול, חייב לקיים בדיקה ראויה כתנאי-בלעדיו-אין, שאם לא כן - יש לראותו כמי שפעל ללא סמכות.**" (הדגשות הוספו).

133. בפסק הדין בבג"ץ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749 (1994) הורה בית המשפט העליון ליועץ המשפטי לממשלה להשלים את התשתית העובדתית במידה הנדרשת לצורך קבלת החלטה בדבר העמדה לדין פלילי או משמעתי של מפכ"ל המשטרה. בית המשפט העליון קבע בפסק דין זה כי:

"יחובתו של היועץ המשפטי, על בסיס החקירות, היא לגבש לעצמו את התשתית העובדתית הלכאורית. על רקע תשתית זו - ולאור דיני המשמעת הרלוואנטיים - עליו להסיק את המסקנות המשמעתיות הלכאוריות המתבקשות מכך. כל עוד פעולות אלה לא ייעשו ולא יושלמו, לא ניתן להסיק כל מסקנה משמעתית. אכן, נראה לנו כי התשתית העובדתית, כפי שנקבעה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, אינה מאפשרת לו להגיע למסקנה בתחום המשמעתי, וממילא אינה מאפשרת לבית המשפט לבחון את החלטת היועץ המשפטי לממשלה בהיבטה המשמעתי. **אין מנוס אפוא, במסגרת העילות המקובלות להתערבות בשיקול-דעת היועץ המשפטי לממשלה, מהחזרת העניין נושא העתירות לחקירה ולעיון מחודשים על-ידי היועץ המשפטי לממשלה.**" (פסקה 83; הדגשות הוספו).

חובת איסוף נתונים וביסוס תשתית עובדתית בעבודת המשטרה

134. החובה להתבסס על תשתית עובדתית חלה על כל החלטה מינהלית ובכלל זה גם על החלטת גופי חקירה לסגור תיק חקירה ו/או לשנות עילת סגירה. חובה זו באה לידי ביטוי בין השאר בחובתם של גופי חקירה לחקור, כפי שנדון לעיל. בבסיס חובת החקירה עומדת החובה להגיע לחקר האמת. חלק מחובת המשטרה לחקור כוללת גם את חובתה לייצר תשתית ראייתית מינימאלית שתוביל לחשיפת האמת ולאכיפת שלטון החוק. עמד על כך בית המשפט העליון בבש"פ 6507/09 משה קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.9.09), אשר קבע כי:

"מטרת החקירה הינה איסוף ראיות עד כדי השלמת ה"פאזל" הראייתי וחשיפת האמת העובדתית במלואה" (פסקה 13 לפסק דינה של כב' השופטת ע' ארבל).

135. חקר האמת בעבודת המשטרה נועד בין השאר למצוא את האחראים לביצוע העבירה. כפי שקבע בית המשפט העליון בע"פ 5386/05 בילל אלחורטי נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 18.5.06), במילותיו של כב' השופט א' רובינשטיין:

"נאמר לא אחת כי בבסיס חובת החקירה, המוטלת על הרשויות, עומדת החובה לפעול לחקר האמת והחובה להביא לדין את האשם האמיתי בביצועה של העבירה." (פסקה 2.ז).

136. השאיפה להגיע לחקר האמת, שהיא בבסיס תפקידה של המשטרה, אינה יכולה להתממש בלא חקירה. בית המשפט העליון חזר על כך בשורה של החלטות ופסקי דין. כך, בע"פ 10049/08 ראתב אבו עצא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.12) נקבע כי:

"חקר האמת משמעו, בין היתר, השגת ראיות אובייקטיביות ופוזיטיביות, איתור עדי ראיה וגילוי ממצאים פיסיים לשם ביצוע בדיקות פורנזיות ואחרות." (פסקה 92 לפסק דינו של כב' השופט י' דנציגר).

וברע"פ 4142/04 סמל (מיל.) איתי מילשטיין נ' התובע הצבאי, סב (1) 378 (14.12.06) נאמר:

"בית-משפט זה חזר והדגיש בשורה ארוכה של החלטות מה רבה היא החשיבות שבעריכת חקירה יסודית, הממצה את כיווני החקירה האפשריים עד תום, ושבמסגרתה נאספות כל הראיות הרלוונטיות, כדי שהאמת תצא לאור (ראו ע"פ 721/80 תורגמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 466, 471-472; ע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, מיום 4.6.06, בפסקאות 19-20; ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, טרם פורסם, מיום 18.5.06). (פסקה 24, כב' השופט א' לוי).

137. בענייננו, המשטרה הפרה את חובתה כבר בשלב הראשון של ביסוס התשתית העובדתית, הוא שלב איסוף הנתונים והראיות, שכן כפי שהצהיר נציגה המוסמך והבכיר של המשיבה 2, לא נעשו שום פעולות חקירה בתיק. היעדר פעולות חקירה משמעו כי לא נאספו נתונים שיוכלו לשמש לצורך קיום תשתית עובדתית.

138. בע"פ 1678/01 מדינת ישראל נ' 4-1. משה וייס ו-3 אח', נח(5) 167 (2004) אשר עסק באי קיום חקירה על ידי המשטרה בנוגע לתלונה שהוגשה לה, נקבע כי:

"תלונותיהם של גורמים פרטיים מהוות אחד ממקורות המידע העיקריים של המשטרה במלחמתה בפשיעה. התלונות מבטאות את שיתוף הפעולה בין הפרט הבודד לבין המשטרה, ובמקביל, במקרים רבים, גם את דרישתם הלגיטימית של המתלוננים להגנה מפני הפגיעה בזכויותיהם. הזכות של כל אדם להגנה על חייו, גופו וכבודו נקבעה במפורש בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו בסעיף 11 לחוק-היסוד נקבע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". המשטרה, כחלק

מן הרשות המבצעת, הינה אחד הגופים העיקריים האמונים על קיום חובה זאת...].
המשטרה אינה רשאית להתעלם כליל מתלונה, וכאמור, החלטתה שלא לחקור צריכה להתקבל מתוך שיקול-דעת ולהיות מנומקת. " (פסקה 13, השופט דורנר).

139. בעניינו, המשטרה החליטה לבטל את עילת הסגירה של "אין אשמה פלילית", משמע, בחירתה של המשטרה לא לחקור, לא נבעה מכך שלא נמצאה תשתית ראייתית לביצוע עבירה או מכך שאין אשמה פלילית.
140. האינטרס הציבורי בניהול תקין של חקירה גובר כאשר מדובר בתלונה כנגד רבש"ץ – אזרח שקיבל מן הצבא סמכויות שיטור ואכיפה. קיים אינטרס ציבורי משמעותי ועצום בלהבטיח כי אזרחים בעלי סמכות אלו מתנהלים כשורה ובהתאם לחוק.
141. המשיבים לא נימקו באופן מפורש כי אין בסיס לחשד כי רבש"ץ מעלה שומרון ביצע עבירה ולא ציינו כי התבצע תהליך בדיקה כלשהו.
142. מסקנת המשיבים אינה מעוגנת כלל בחומר ראיות, משום שחומר ראיות לא נאסף כלל. לפיכך מסקנתם היא בלתי סבירה באופן קיצוני.
143. יודגש, כי התיק נסגר בעילה של העברה לרשות אחרת ולא בעילה של חוסר ראיות. העברת התיק לרשות אחרת (מצ"ח) אינה נותנת מענה לתלונתו של העותר כנגד הרבש"ץ – שחקירתו נתונה לסמכות המשטרה ולא למצ"ח. היעדר כל פעולת חקירה מינימאלית שתאפשר להגיע למסקנה כי הרבש"ץ לא היה מעורב באירוע, אינו מאפשר להגיע להחלטה להעביר את התיק לרשות אחרת ולסגור את התיק במשטרה.
144. המשטרה אינה יכולה לבסס את החלטתה על סמך חומר הראיות שנאסף בגלגול הראשון של החקירה, עובר להגשת הערר הראשון שכן חומר הראיות שהיה בפניה בשלב זה הובילה להחלטה לסגור את התיק מחוסר אשמה פלילית. שינוי החלטתה אינו יכול להתבסס על אותה תשתית ראייתית.
145. כך, בבג"ץ 5342/12 רמירס לוי נ' משרד הפנים, (פורסם בנבו, 6.12.15), נקבע על ידי כב' השופטת ד' ברק-ארז:

"ימן המפורסמות הוא ששינוי החלטה מינהלית אינו עניין של מה בכך. אכן, שינוי החלטה נדרש ולעתים אף מתחייב כחלק מעבודתו של המינהל הציבורי לקידום אינטרס הכלל [...]. ברגיל, רשות שכבר קיבלה החלטה על בסיס תשתית עובדתית מסוימת חיוותה בכך את דעתה שלכאורה תשתית זו הייתה ראויה ומספיקה לצורך קבלת ההחלטה. במובן זה, עליה רובץ הנטל להסביר – כאשר הטעם שניתן לשינוי הוא טעות בעובדה – מהו הבסיס לקביעה שבהחלטתה הקודמת נפלה טעות (השוו: עניין ג'ועמיס, בעמ' 303). זאת, בין השאר, משום שהחלטה המינהלית הקודמת נהנית אף היא מחזקת כשרות וכן משום ששינוי החלטה ללא טעם מספק עשוי להעיד על חוסר סבירותה של החלטה השנייה".

(ג) פגמים מהותיים בשיקול הדעת

(ג) (1) שיקולים זרים ומטרות זרות

השיקולים שעל המשטרה לשקול בהחלטה על סגירת תיק

146. רשות מנהלית צריכה להפעיל את סמכותה רק לשם הגשמת המטרות של הסמכות ורק על יסוד השיקולים שנגזרים ממטרות אלו (ברק ארז, משפט מינהלי, כרך ב, עמ' 635). כך גם ביחס להפעלת סמכותן של גופי החקירה והתביעה:

ישיקול דעתן של רשויות התביעה, ככל שמדובר בשיקול דעת רחב, איננו יכול לחרוג מגדרי מטרותיו של ההליך פלילי, כלומר, הוא "כפוף לחובה לקיים ולקדם את התכליות והערכים שהנורמות הפליליות מבקשות להגשים" (בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדלבלוט הפרקליט הצבאי, פ"ד סג(2) 325, בפסקה 68 (2009) (להלן: עניין אבו רחמה); עניין פלונית, בפסקה 9 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; עניין שניאור, בפסקה 37) " (בג"ץ 6410/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה (פורסם בנבו, 04.02.2015), פסקה 69 לפסק דינו של כב' השופט א' שוהם).

147. מטרתה של סמכות החקירה המוענקת לגופי חקירה הוכרו בפסיקה כחקר האמת, שמירה על הסדר הציבורי ומניעת עבריינות (ע"פ 10596/03 גרגורי בשירוב נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 06.06.04); ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), (22.6.2009), פסקה 2 לפסק דינה של כב' השופטת (כתארה אז) א' חיות).

148. בענייננו, ככל שהמשיבה 2 פעלה בסמכות, הרי שהיה עליה להפעיל את סמכותה רק לשם הגשמת אחת מן המטרות הללו שלשמה ניתנה לה הסמכות. אלא שבהחלטתה לא לחקור על אף שתיק החקירה נפתח מחדש בעקבות הערר הראשון, ובהחלטתה לסגור את התיק לאחר שנפתח מחדש, פעלה המשיבה 2 בניגוד למטרות אלו באופן הפוגע בהגשמתן: התנהלותה התקיימה באופן הפוגע בחקר האמת, המעודד עבריינות ומרחיב את אירועי הפרת הסדר הציבורי.

149. הגם שהנטל להוכחת שיקולים זרים הינו על העותרים, לאור הקושי בהוכחת שיקולים סובייקטיביים פסולים, הכירה הפסיקה במבחנים אובייקטיביים חיצוניים, שבהתקיימם נוצרת חזקה כי הרשות שקלה שיקולים זרים, והנטל עובר לכתפי הרשות להוכיח כי שיקוליה היו ראויים. כך למשל קבע בית המשפט הנכבד בבג"ץ 4500/07 ח"כ שלי יחימוביץ' נ' מועצת הרשות השנייה לרדיו ולטלוויזיה (פורסם בנבו, 21.11.07), בעמ' 15:

"הוכחת שיקולים זרים היא בדרך כלל משימה קשה המחייבת פענוח "כליות ולב" של רשות מינהלית. לשם כך, נדרשת לא פעם הסתמכות על פגמים חיצוניים נוספים שיש בהם כדי להצביע על השיקול המסתתר מאחורי פעולת הרשות המינהלית. כך למשל, ניטה להצביע על קיומו של שיקול זר כאשר יש מצב של ניגוד עניינים, או אי הבאתו בחשבון של שיקול רלוונטי להכרעה המתקבלת, וכיוצא באלה אינדיקציות לקיומו של שיקול זר (ראו: בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעריית פתח-תקוה נ' מועצת עריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566, 571 (1980); פסק דינו של השופט (כתוארו דאז) א' ברק בעניין מוסקוביץ")."

150. גם הוכחות נסיבתיות וסטטיסטיות עשויות להוות חזקה לכך שהתקיימו שיקולים זרים, כאשר לא ניתן להוכיח בוודאות מה היו שיקולי הרשות המנהלית (ברק ארוז, משפט מינהלי, כרך ב' עמ' 671). די ביצירת ספק ממשי לגבי השיקולים של הרשות על מנת להעביר את הנטל מכתפי העותר לכתפי הרשות (בגץ 6840/01 בל (יפה) פלצמן נ' ראש המטה הכללי, צבא ההגנה לישראל, ס (3) 121, 138 (2005)).

151. בענייננו, קיימים מספר פגמים חיצוניים בהתנהלותה של המשיבה 2 שכל אחד מהם לבדו עשוי להצביע על קיומם של שיקולים זרים, לא כל שכן צירופם. כך למשל, התעלמותה של המשיבה 2 מתוכן פניותיהם של העותרים, שבהן ניסו לברר מה עלה בגורל הערר הראשון שהוגש, וסירובה העיקש לספק לשאלות אלה מענה ענייני מעוררים אי-נוחות.

כך, עד לכתיבת שורות אלה, לא הצליחו העותרים לברר מה היה מספרו של תיק הערר, מתי הוא נפתח, ומתי ניתנה בו החלטה. יוזכר כי נציגה של המשיבה 2, רפ"ק דשא, סירב לתת תשובה מפורשת ביחס לתוצאות בדיקת הערר – האם התקבל או נדחה. כפי שפורט בחלק העובדתי לעיל, רפ"ק דשא ציין באוזני

באת כוח העותרים כי הערר לא התקבל וכי הוא אינו מוכן לאשר כי הערר נדחה. גם מכתבו של רפ"ק נח שבו הודיע כי תיק החקירה הועבר למצ"ח, לא סיפק מענה לשאלות אלו, על אף בקשתנו המפורשת לקבל התייחסות לכך. איזו סיבה יכולה להיות למשיבה 2 לא לספק נתונים בסיסיים אלו?

152. בהקשר זה, קבעה הפסיקה כי המשטרה אינה רשאית להתעלם מתלונות המוגשות לה ועליה לטפל בהן בהתאם לכללי המשפט המנהלי:

"המשיבים אינם יכולים להתעלם כליל מתלונותיהם של העותרים. על המשיבים לבחון התלונה המגיעה אליהם, ולנמק את החלטתם בעניין לאחר שהפעילו את שיקול דעתם (השוו: ע"א 1678/01 מדינת ישראל ואח' נ' וויס ואח' (טרם פורסם), פסקה 13 לפסק הדין). את החלטתם חייבים המשיבים לקבל לפי עקרונות המשפט המינהלי ולפעול בתום-לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות (בג"ץ 935/89 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד(2) 485, 508-507)." (בג"ץ 11447/04 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 14.06.2005), פסקה 9 לפסק דינו של כב' הנשיא (כתארו אז) א' ברק).

153. פגם נוסף שמעיד על שיקולים זרים הוא סירובה של נציג המשיבה 2, רפ"ק דשא, להעלות על הכתב את תשובותיו ואמירותיו. כך למשל, סירב רפ"ק דשא להעלות על הכתב את תשובתו כי תיק החקירה נפתח מחדש; כך למשל, סירב רפ"ק דשא להעלות על הכתב את אמירתו כי חקירות נגד רבש"צים אינם בסמכות המשטרה אלא בסמכות מצ"ח; כך למשל, סירב רפ"ק דשא להעלות על הכתב את תשובתו כי בתיק החקירה לא נעשתה שום פעולת חקירה מאז הגשת הערר הראשון. חובת הרשות להשיב בכתב לפניותיו של האזרח מעוגנת בחוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958. סעיף 6(א) לחוק זה קובע:

"החלטה או פעולה של עובד הציבור לא יהיו פסולות בשל כך בלבד שהוא לא מילא אחרי הוראות הסעיפים 2א, 2ב, 4 או 5; ואולם בכל הליך לפני ועדת ערר או ועדת ערעור או לפני בית המשפט, על עובד הציבור הראיה כי החלטה או פעולה שלא ניתנה לגביהן תשובה או הודעה כאמור, נעשו כדין. הוראות סעיף זה אינן גורעות מאחריותו המשמעתית של עובד הציבור על אי-מילוי חובתו לפי חוק זה."

154. הוראה זו למעשה קובעת כי אי מענה בכתב לפניות בכתב שנשלחו לרשות, מהווה פגם בהתנהלות הרשות, אשר עשוי להצביע על קיומם של שיקולים זרים בהחלטתה, ולפיכך מעביר את נטל הראיה לכתפי הרשות להראות כי החלטתה נעשתה כדין.

155. פגם נוסף המצביע על קיומם של שיקולים זרים בהחלטת המשיבה 2 לא לחקור ולסגור את התיק הוא המידע השגוי שנמסר על ידי נציגיה לעותרים אשר אילץ את העותרים לסטות מן הטיפול בעניינם ולבצע בירורים שונים שסופם ידוע.

כך למשל, אמירתו של רפ"ק דשא כי תלונות נגד רבש"צים מטופלות במצ"ח ואינן בסמכות המשטרה – אינה נכונה;

כך למשל, כאשר נציגת המשיבה 2 מסרה כי לא ניתן לאפשר לעותרים לעיין בחומר החקירה משום שהתיק הועבר פיזית למצ"ח, ולא עדכנה את באי כוח העותרים כי קיים עותק בקובץ מחשב. מדובר בהתנהלות חמורה ביותר מצד המשיבה 2 שלא יכולה להיות לה כל הצדקה. צבר אירועים זה, מהווה פגם כל כך חמור בהתנהלות המשיבה 2, עד כי יש בהם לבדם כדי להעלות חשש בדבר התנהלות הרשות, עד כדי חדירתם של שיקולים פסולים וכאלה שאינם ממך העניין בהחלטת המשיבה 2.

156. פגם בולט נוסף הוא העדר פעולות חקירה בתיק מיום שהוגש הערר הראשון ביום 16.9.16 ועד לסגירתו בעילה של "העברה לרשות אחרת" ביום 1.1.17. העובדה שלא נעשתה אף פעולת חקירה בתיק, על אף ההכרה בכך שהייתה עבירה פלילית (כפי שניתן ללמוד מביטול עילת הסגירה של "אין אשמה פלילית"), ועל אף הנטען בערר הראשון בדבר היעדר חקירת חשודים ועדים – מעידה על חוסר מקצועיות משוער, רשלנות בביצוע חקירה עד כדי העצמת החשש כי אי ביצועה של החקירה לאורך השנים, נבעה משיקולים זרים.

157. פגם נוסף בהתנהלותה של המשיבה 2 הוא חוסר נכונותה וסירובה לטפל בערר השני שהוגש. על פי נוהל הטיפול בעררים, עם קבלת הערר, על הגורם המטפל בערר להחליט על אחת משתי חלופות בלבד: (1) לחדש את החקירה, להעביר את התיק לתביעות או לפרקליטות או לשקול אפשרות להעמדה לדין, או; (2) להעביר את הערר לטיפול מנהל תחום עררים בפרקליטות המדינה בהמלצה לדחות את הערר.

אולם, המשיבה 2 אינה רשאית להחליט שהיא אינה מטפלת בערר כלל. ככל שהיא חושבת שיש לדחותו, עליה להעבירו לטיפול מחלקת עררים. אולם גם זאת סירבה המשיבה 2 לעשות. דומה כי המשיבה 2 סבורה כי היא חופשיה להמציא לעצמה כללים שונים מאלו המחייבים אותה על-פי סדרי המנהל שקבעו המחוקק ומחוקק המשנה, זאת תוך פגיעה קשה בזכותו של העותר 1 כמתלונן להגיש ערר על סגירת תיק החקירה.

158. היעדר הנמקה להחלטת המשיבה 2 לא לחקור ולהעביר את התיק לרשות אחרת על אף שהיא הרשות המוסמכת, מהווה פגם נוסף בהתנהלות המשיבה. לכך יש להוסיף את תשובתה העמומה של המשיבה 2 בכל הנוגע להחלטה לסגור את התיק. יוזכר האמור לעיל, כי המשיבה 2 מעולם לא הודיעה על סגירת התיק אלא רק על העברתו לרשות אחרת. כמו-כן, המשיבה 2 מעולם לא הודיעה לעותרים כי הערר הראשון שהגישו נדחה ולשאלתם המפורשת בעניין סירב נציגה להשיב.

העותרים לא קיבלו שום הודעה ביחס לערר ובכלל זה הנמקה המוסרת את הטעמים להחלטת המשיבה 2 בנוגע לערר הראשון. ההחלטה להעביר את התיק למצ"ח שותקת בנוגע להנמקות ההחלטה ובנוגע לטענות העותרים שהועלו בערר הראשון. החלטות מסוג זה, הנראות בלתי סבירות על פניהן, עשויות להיחשב לשיקול זר (ברק ארז, **משפט מינהלי**, כרך ב', עמ' 671). כך נקבע בבג"ץ 3551/97 ד"ר ג'ויס גילה ברנר נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב] תשל"א 1971-311-אח', נא (5) 754 (1997), כי כאשר רשות מינהלית אינה מפרטת את נימוקי החלטתה יש בכך כדי להעיד כי לא הסתמכה על שיקולים ענייניים ורלוונטיים.

159. בית המשפט הנכבד כבר קבע בבג"ץ 1745/91 אי.סי.אס. מערכות כבלים ישראל בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים (פורסם בנבו, 14.05.1991) כי פגמים מהסוג המתואר לעיל מצביעים על שיקולים פסולים בהחלטת הרשות:

"החלטה חפזת ללא התייעצות מוקדמת, ללא בחינת החלופות, ללא בדיקה ומחקר, ללא נתונים אובייקטיביים המעידים על כשרות עשויה לאשש הקשר נסיבתי שיש בו, במקרים מתאימים, כדי להצביע על שיקול פסול, ויש בה על כן להעביר את נטל הבאת הראיות על שכם הרשות השלטונית." (פסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט [כתארו אז] א' ברק).

160. בבג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיין (פורסם בנבו, 3.6.08) הכיר בית המשפט הנכבד בכך שאין להטיל על העותר נטל ראיתי שאין באפשרותו לעמוד בו של הוכחת שיקול פסול, כאשר כלל הנסיבות מצביעות על פסלות:

"מאחר שאין אנו בוחני כליות ולב, ומאחר שהשפעות פסולות בתהליכי קבלת החלטות מתרחשות, ככלל, הרחק מעין הציבור, וניתן להסוותן בנקל באמצעות הסברים תמימים

למראה ולמישמע, אין לחייב את העותר בהמצאת ראייה לפסלות שהיא מוכחת וחד-משמעית. " (פסקה 43 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה).

161. מכאן, שצירוף כל הפגמים שאפיינו את התנהלות המשיבה 2 למן ההתחלה ועד הסוף מעיד כי המשיבה 2 לא הסתמכה על שיקולים ענייניים ורלוונטיים, כי אם על שיקולים זרים, ולכל הפחות יש להעביר את הנטל לכתפי המשיבה 2 להראות כי השיקולים ששקלה שהובילו להחלטות לא לחקור ולסגור את התיק הם שיקולים ראויים.

2(ג) העדר תום לב בהתנהלותה של המשיבה 2

162. הפגמים הרבים בהתנהלותה של המשיבה 2 המתוארים לעיל, אינם מעידים רק על קיומם של שיקולים זרים, אלא גם על קיומו של חוסר תום לב ושומט את האפשרות לקבל את חזקת התקינות המנהלית ביחס למשיבה בכל הנוגע להתנהלותה בעתירה דן.

163. עיקרון תום הלב במשפט, הנדרש מרשות מינהלית נובע מעיקרון אוניברסלי מחויב המציאות והצדק, אשר בלעדיו לא ייתכנו סדרי מינהל תקינים (בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, לו(2) 449, פסקה 9 לפסק דינה של כב' השופטת מ' בן פורת; להלן: "עניין לוגסי").

164. על כל הפגמים המתוארים לעיל יש להוסיף את ההתייחסויות המזלזלות מצד המשיבה 2, שהיו מנת חלקם של באי כוח העותרים. אלה באו לידי ביטוי בין השאר בהתבטאותו האומללה של הקצין הבכיר, רפ"ק דשא, כי מכתבי העותרים מגיעים ישר לפח האשפה.

165. התנהגויות אלו מצביעות על התנהלות בלתי הגונה וחסרת תום לב באופן קיצוני עד כי היא מטילה פגם בחוקיות החלטת המשטרה לסגור את התיק.

166. מכך שהרשות יודעת שפעולותיה אינן תקינות, נובע כי היא פועלת בחוסר תום לב:

"מקובל לומר שרשות מינהלית אינה פועלת בתום-לב כאשר היא יודעת כי היא פועלת שלא כדין, כגון כאשר היא מבססת החלטה על שיקול זר בידיעה שהשיקול פסול." (בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ, נב (1) 289 (1998), פסקה 20 לפסק דינו של כב' השופט י' זמיר).

167. היעדר ההנמקה והסירוב להעלות על הכתב את תשובותיה, מעידות כי המשיבה 2 הייתה מודעת לכך שפעולותיה, מחדליה, תשובותיה והחלטותיה הן בניגוד לדין.

התעקשותה של המשטרה כי אינה יכולה לחקור את רבש"ץ היישוב למרות שהסמכות היחידה בנושא מסורה לה, הינה חוסר תום לב.

התעקשותה של המשיבה 2 להפנות שוב ושוב את המקרה לחקירת מצ"ח לאחר שכבר התקבלו שתי החלטות על ידי רשות זו כי אינה מתכוונת לפתוח בחקירה, מהווה גם היא חוסר תום לב.

168. קשה לקבל כי הדברים המועלים על ידי רפ"ק דשא נאמרו בהיסח הדעת, או "בטעות". הידיעה כי תלונות נגד רבש"צים נחקרות במשטרה ולא בשום מקום אחר הייתה מצויה באמתחתו. רפ"ק דשא גם לא כשל בלשונו אלא הוא אמר את הדברים באופן מפורש ושלא משתמע לשתי פנים ואף חזר עליהם לאחר שבאת כוח העותרים ניסתה לשלול את טענתו, ואף ציין כי הדבר הוא "מן המפורסמות". כאשר באת כוח העותרים ביקשה את הדברים בכתב הוא כמובן סירב לכך והפנה אותה לכתוב מכתב לע' רענ"ח ש"י, אשר נתן את החלטה לסגור את התיק ולהעבירו למצ"ח.

169. כך גם ביחס לטענה השגויה שנמסרה לעותרים כי לא ניתן לאפשר להם לעיין בחומר החקירה שכן תיק החקירה אינו מצוי יותר בידי המשטרה. מסירת מידע שגוי זה הוביל את באי כוח העותרים לתור אחר

תיק החקירה ביחידות הצבאיות השונות, רק כדי לגלות, לאחר אינספור שיחות טלפוניות, כי תיק החקירה כלל לא הועבר למצ"ח (!). לא זו אף זו, כי תיק החקירה היה כל הזמן הזה מצוי בשרתי המחשב של המשטרה. גם זו, הוכחה נוספת לחוסר תום לב מובהק מצד המשיבה 2 שלא ברור מה הייתה מטרתה פרט לבזוז את זמנו ואת משאביו של העותר 1.

170. בהצטרף לשאר המחדלים וההתנהלויות הבלתי הגונות שתוארו לעיל, מצטיירת תמונה ברורה של הליך גנום ובלתי תקין הפוגע בחוקיות ההחלטה שהתקבלה בסופו.

(ג) פגמים בשיקול הדעת: חוסר סבירות קיצוני ומהותי היורד לשורשו של עניין

171. החלטת המשיבה 2 לסגור את התיק מבלי לחקור היא בלתי סבירה באופן קיצוני.

172. **ראשית**, כפי שהוצג לעיל, הפגמים הרבים שבהתנהלות המשיבה 2 ונציגיה מצביעים באופן די מובהק כי המשיבה 2 לא שקלה שיקולים חוקיים בלבד (ככל שכלל שקלה שיקולים חוקיים).

173. **שנית**, גם לו שקלה המשיבה 2 שיקולים חוקיים כלשהם (זאת לא ניתן לדעת בהיעדר הנמקה להחלטותיה) הרי שהיא לא נתנה משקל ראוי לאינטרסים השונים שעליה להתחשב בהם בהחלטתה.

174. ההלכה היא כי איזון סביר מתקיים כאשר הרשות המוסמכת נותנת את המשקל הראוי, המתבקש על-פי פירושה של הנורמה החקיקתית אותה מבצעת הרשות המינהלית, לאינטרסים השונים הבאים בחשבון (ראו: בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, לה (1) 421 (1980)).

175. האיזון הראוי אינו יכול להתקיים אם הרשות המוסמכת לא שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים שעליה לשקול. אין זה מספיק שהרשות שקלה רק שיקולים רלוונטיים, אלא כדי שהחלטת הרשות תהיה סבירה עליה לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים (בג"ץ 256/88 מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, מד (1) 48 019 (1989)). כאשר הרשות המינהלית מתעלמת משיקול מסוים רלוונטי וענייני, החלטתה פסולה גם אם יתר השיקולים עליה התבססה בהחלטתה הם שיקולים ראויים (ברק ארז, כרך ב', עמ' 726; בג"ץ 935/89 אורי גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, מד (2) 485 (1990), פסקה 32 לפסק דינו של כב' השופט [כתארו אז] א' ברק).

176. כפי שהוצג לעיל, השיקולים המרכזיים והמהותיים שעל המשטרה לשקול בהחלטות הנוגעות לטיפול בתלונות, הם שיקולים של חקר האמת, מניעת פשיעה ועבריינות ושמירה על הסדר הציבורי. שיקולים אלה מקבלים "מקדם הגנה מוגבר" היכן שקיימים פערי כוחות מובנים בין אוכלוסיות שונות ובמוקדי חיכוך הנובעים מהאופי המורכב של נסיבות החיים בשטחי הגדה המערבית.

177. בשל היעדר הנמקה או מענה בכתב מהותי כלשהו, לא ניתן לדעת אלו שיקולים שקלה המשיבה 2 עובר לקבלת החלטותיה, אולם מן הפגמים והכשלים הרבים שתוארו לעיל, ניתן להסיק כי השיקולים הללו – חקר האמת, מניעת עבריינות ושמירה על הסדר הציבורי – לא נשקלו על-ידי המשיבה 2. למעשה, דומה כי ניתן לומר, כי לא זו בלבד שלא נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים, אלא כי לא נשקל אף שיקול רלוונטי.

178. ההלכה הנוגעת להתערבות בית משפט זה בהחלטות רשויות החקירה והתביעה, ובכלל זה בהחלטות בעניין פתיחה בחקירה פלילית והעמדה לדין, קובעת כי החלטה שאינה מבוססת על טעמים ראויים מחייבת את התערבותו של בית המשפט. עמד על כך בית המשפט הנכבד בבג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, מג (4) 356 (1989) (להלן: "עניין שפטל"):

"נראה לי, שעלינו לקבוע, כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להורות על חקירה משטרתית בעניין תלונתו של העותר, חרף העובדה שגם הוא בדעה שתלונה זו הינה

לכאורה מבוססת כדין, נשענת כולה על נימוקים חסרי יסוד, וכי מחייב הדבר את התערבותו של בית-משפט זה." (פסקה 21 לפסק דינו של כב' השופט ג' בך).

179. בדומה לעניין שפטל, גם בעניינינו המשיבה 2 הייתה בדעה שתלונתו של העותר 1, בפרט לאחר שהוגש הערר הראשון, היא תלונה מבוססת, שאם לא כן, המשיבה 2 לא הייתה משנה את עילת הסגירה. אלא שבניגוד לנסיבות בעניין שפטל, שם היועץ המשפטי לממשלה פירט בהחלטתו את הנימוקים שהובילו להחלטתו לסגור את התיק מחוסר עניין לציבור, בעניינינו, העותרים לא קיבלו כל נימוק להחלטה שלא לפתוח בחקירה כנגד הרבש"ץ שנגדו התלונן העותר 1. יש בכך חומרה כפולה אשר מצדיקה את התערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטת המשיבה 2.

180. נזכיר בהקשר זה את קביעת בית המשפט הנכבד בבג"ץ 9056/09 פלוני נ' מחלקת תביעות משטרת ישראל - שלוחת רמלה (פורסם בנבו, 7.3.10), אשר מצא לנכון לקבוע את הדברים הבאים הנכונים גם לעניינינו:

"החלטה על עילה שבשלה ייסגר תיק, כהחלטות אחרות של רשויות התביעה, אינה חסינה מפני ביקורת שיפוטית, כשהעילה המרכזית לביקורת כזו היא חוסר סבירות קיצונית." (ראו פסק דינו של כב' השופט סי' ג'ובראן, עמ' 5).

II. החלטת המשיבה 1 לדחות את הערר לוקה בחוסר סבירות קיצונית

181. החלטת המשיבה 1 לדחות את הערר, דינה להיפסל בשל חוסר סבירות קיצונית היורד לשורשו של עניין.

ראשית, הנמקות המשיבה 1 שהובילו להחלטתה אינן מובילות למסקנה כי אין הצדקה לקיומו של הליך פלילי, ודומה כי הן לוקות בכשל לוגי כבד.

שנית, המשיבה 1 לא שקלה שיקולים רבים הרלוונטיים לצורך קבלת החלטה בערר, נימוקיה לקוניים ומתעלמים מסוגיות מהותיות רבות שהועלו בערר ואשר רלוונטיות להכרעה בו ולפיכך החלטתה פסולה. להלן נפרט.

(א) הנמקות המשיבה 1 אינן מובילות למסקנה שהתקבלה על-ידה

182. כפי שניתן לראות מהחלטת המשיבה 1 לדחות את הערר (המצוטטת בחלק העובדתי לעיל), קשה לזקק אותה לנימוקים ספציפיים שהובילו למסקנה כי אין הצדקה להמשך מיצוי ההליך הפלילי. ולא בכדי. ממצאי המשיבה 1 המפורטים בהחלטתה לגופו של עניין, מסתכמים בכך ש-(1) האירוע מושא הערר התרחש לפני כארבע שנים; (2) על-פי התלונה, במהלך האירוע נגרם נזק לרכושו של העורר (העותר 1) במהלך ביצוע עבודות; (3) ממזכר בתיק החקירה עולה כי המשטרה פנתה לאחר האירוע לקצין תשתיות שמסר למשטרה כי במקום בוצעו עבודות פריצת דרך מעבר על-ידי קצין הנדסה; (4) במזכר נרשם כי "במהלך העבודות שלושה שתילים של עצי זית ניזוקו ונגרם נזק לבאר מים במקום...".

183. ממצאים אלו, הגיעה המשיבה 1 למסקנה כי אין הצדקה להמשך מיצוי ההליך הפלילי.

184. העותרים מתקשים למצוא קשר לוגי בין ממצאי המשיבה 1 לבין מסקנתה הסופית. אין שום דרך הגיונית שיכולה להוביל מהנתון כי נגרמו נזקים לרכושו של העותר 1 למסקנה כי אין הצדקה לקיומו של הליך פלילי. לא כאשר אין דבר בחומר החקירה המעיד כי מדובר בנזקים שנעשו בשגגה, בסמכות או מכוח הטבע. מאחר שאין בחומר החקירה ראיות מסוג זה, הרי שהמסקנה צריכה להיות הפוכה – העובדה כי נגרמו נזקים לרכוש העותר 1 תומכת באמור בתלונתו בהקשר זה, ומאחר שעל-פי התלונה נזקים אלה

נעשו בזדון – הרי שיש חשד לעבירה פלילית ולפיכך יש להוסיף ולחקור. מובן מאליו, כי העובדה שלעבירה מסוימת יש גם פן אזרחי אינה שוללת את הפן הפלילי שלה.

185. חומר החקירה היחיד שעליו נסמכה המשיבה 1 בהחלטתה הוא אותו מזכר המצוטט במכתבה. מזכר זה הוא מיום 4.1.15 – ארבעה ימים לאחר שהוגשה התלונה. מזכר זה אינו מלמד כי לא בוצעה עבירה ואין בו דבר שעשוי ללמד משהו ביחס למעורבותו של רבש"ץ מעלה שומרון. נעיר, כי גם הפרקליטות הצבאית הכירה כי בהתנהלות האירוע היו כשלים ושגיאות מצד החיילים שנכחו בשטח וסייעו לאבטח את הפעילות הבלתי חוקית.

186. המזכר הוא חומר חקירה שהיה קיים בתיק עובר להגשת הערר הראשון. חומר חקירה זה הוביל את המשיבה 2 להחלטה כי יש לסגור את התיק בעילה של "אין אשמה פלילית". על כך כאמור, הוגש הערר הראשון אשר בעקבותיו שונתה עילת הסגירה. החלטה שהתקבלה על בסיס נתונים מסוימים אינה ניתנת לשינוי על בסיס אותם הנתונים. עמד על כך בית המשפט בבג"ץ 5342/12 זולי רמירס לוי נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 6.12.15):

"ימן המפורסמות הוא ששינוי החלטה מינהלית אינו עניין של מה בכך. אכן, שינוי החלטה נדרש ולעתים אף מתחייב כחלק מעבודתו של המינהל הציבורי לקידום אינטרס הכלל [...]. ברגיל, רשות שכבר קיבלה החלטה על בסיס תשתית עובדתית מסוימת חיוותה בכך את דעתה שלכאורה תשתית זו הייתה ראויה ומספיקה לצורך קבלת ההחלטה. במובן זה, עליה רובץ הנטל להסביר – כאשר הטעם שניתן לשינוי הוא טעות בעובדה – מהו הבסיס לקביעה שבהחלטתה הקודמת נפלה טעות (השוו: עניין גיועמיס, בעמ' 303). זאת, בין השאר, משום שההחלטה המינהלית הקודמת נהנית אף היא מחזקת כשרות וכן משום ששינוי ההחלטה ללא טעם מספק עשוי להעיד על חוסר סבירותה של ההחלטה השנייה" (פסקה 15 לפסק דינה של כב' השופטת ד' ברק ארז; הדגשות הוספו).

187. בהקשר הספציפי, אחת הסיבות שבגללה לא ניתן להסתמך על פעולות חקירה שבוצעו לפני הגשת הערר הראשון בהחלטה שניתנת בערר השני, היא כי הערר הראשון תוקף את פעולות החקירה שבוצעו לפני הגשתו ונטען בו בין השאר כי פעולות אלו אינן מספיקות ואינן מהותיות. אולם הערר הראשון כלל לא נבדק והטענות שהועלו בו לא קיבלו כל התייחסות. הטענות בערר השני לא חזרו על הטענות שהועלו בערר הראשון ולא תקפו את חומר החקירה שעליו נשענה המשיבה 2 בהחלטתה הראשונה לסגור את התיק, אלא תקפו את סגירת התיק בפעם השניה ואת היעדר הטיפול בערר הראשון.

188. ברור אם כן, שלא ניתן להכריע בערר השני באמצעות חומרים שנתקפו בערר הראשון שלא נבדקו.

189. מכל האמור לעיל, הרי שהחלטת המשיבה 1 על נימוקי וטעמיה, היא בלתי סבירה באופן קיצוני ומהותי, וחוסר הסבירות שלה יורד לשורשו של עניין ומצדיק את בטלותה.

(ב) המשיבה 1 לא שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים ולפיכך החלטתה פסולה

190. החובה של כל רשות מנהלית לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים בטרם קבלת החלטה, אשר נדונה לעיל, חלה גם על החלטות המשיבה 1. במקרה דנן, וכפי שעולה מנימוקי ההחלטה, לא זו בלבד שהמשיבה 1 לא שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים, אלא היא לא שקלה אף אחד מהם.

191. ראשית, המשיבה 1 לא שקלה כלל את האמור בתלונתו של העותר 1. יודגש, כי תלונתו של העותר 1 מהווה את חומר החקירה המהותי היחיד בתיק, והאמור בו מהווה את נקודת ההתחלה של כל הליך החקירה. נזכיר כי העותר 1 ציין בתלונתו את שמו הפרטי של רבש"ץ מעלה שומרון, וציין כי הוחלפו ביניהם דברים,

בין השאר כי הרבש"ץ אמר לו כי יש צו שטח צבאי סגור על השטח למשך 6 ימים וכי פריצת הדרך מתבצעת כנקמה על פיגוע שהתרחש יום קודם לכן.

192. המשיבה 1 לא התייחסה לכך כלל ויש בכך טעם לפגם. התייחסות לדבריו של העותר 1 מחייבת בדיקה: האם אכן הרבש"ץ היה במקום ואמר את הדברים המיוחסים לו. ככל שהתשובה לכך חיובית הרי שראשית יש בכך הודאה כי הרבש"ץ הסיג גבול לתוך השטח של העותר 1, ושנית מתחזק החשד כי הרבש"ץ אכן ביצע נזקים לרכושו של העותר 1 בזדון כנקמה. לפיכך, אילו התייחסה המשיבה 1 לדבריו של העותר 1 בתלונתו, לא ניתן היה לצדיק את אי ביצוע פעולות החקירה בתיק והיה עליה לקבל את הערר ולהורות למשיבה 2 לבצע השלמות חקירה.

193. **שנית**, המשיבה 1 לא שקלה את הטענה – שלא נסתרה – כי המשיבה 2 לא ביצעה שום פעולת חקירה בתיק לאחר הגשת הערר הראשון. טענה זו התבססה על הודאתה המפורשת של המשיבה 2 כי לא בוצעו כל פעולות חקירה בתיק מאז הגשת הערר הראשון, וכי למעשה החלטתה לסגור את התיק בשנית ולשנות את עילת הסגירה, לא התבססה על תשתית עובדתית כלשהי. המשיבה 1 לא התייחסה לכך כלל בהחלטתה. כיצד ניתן לקבל כי החלטה של רשות מתקבלת ללא ביסוס עובדתי כלשהו? וביתר שאת, כיצד המשיבה 1 מקבלת כי כך נוהגת המשיבה 2? המשיבה 1 לא הסבירה מדוע צדקה המשיבה 2 בהחלטתה לא לחקור לאחר ההחלטה לפתוח את התיק מחדש, שהתקבלה בעקבות הגשת הערר הראשון. תפקידה של המשיבה 1 הוא לוודא כי החלטותיה של המשטרה מוצדקות, מבוססות ותקינות. אילו הייתה מתייחסת המשיבה 1 בהחלטתה לסוגיה זו של היעדר תשתית עובדתית, היה עליה להגיע למסקנה כי יש להחזיר את התיק למשיבה 2 להשלמת חקירה שעליה תבסס את החלטתה.

194. במקום זאת, ציינה המשיבה 1 כי התיק פיזית "אינו בנמצא", וגם זאת נאמר בהסתייגות ("עד כמה שידוע לנו"). את אותו חומר חקירה, יש להזכיר, העבירה המשיבה 2 לפרקליטות לעניינים מבצעיים, לבקשתו של רס"ן אבישי קפלן, באמצעות פלט מחשב כפי שהוא העיד באוזני באת כוח העותרים. מכאן, שניתן לומר במידת מה של ודאות כי למצער תיק החקירה קיים בעותק שאינו פיזי. מיעוט החומרים בו, שלא לומר היעדר החומרים בו, מעיד כי לא בוצעו פעולות חקירה בתיק כפי שטענו העותרים.

195. **שלישית**, המשיבה 1 לא שקלה בהחלטתה את העובדה כי המשיבה 2 שינתה את עילת הסגירה מ"אין אשמה פלילית" ל"העברה לרשות אחרת", וכי יש בכך משום הכרה בכך כי המשיבה 2 סבורה כי **אכן בוצעה עבירה**. שיקול זה הוא בעל חשיבות רבה משום שאם המשיבה 2 מכירה בכך שבוצעה עבירה, כיצד יכולה המשיבה 1 לטעון כי מדובר באירוע בעל אופי אזרחי וכי אין מקום לקיומו של הליך פלילי.

196. **רביעית**, וכפי שהוזכר בקצרה לעיל, המשיבה 1 לא שקלה בהחלטתה את היעדר חומר החקירה ביחס לרכיב הסגת הגבול שהיה חלק מתלונתו של העותר 1. ברור שמהמזכר הנוגע לנזקים שנגרמו לרכושו של העותר 1 לא ניתן להגיע למסקנה כי אין מקום להמשך ההליך הפלילי ביחס להסגת הגבול. אילו הייתה שוקלת זאת המשיבה 1 הייתה מגיעה למסקנה כי המשיבה 2 לא חקרה זאת. הסגת גבול אינה עניין של מה בכך, בפרט בחייהם של בעלי אדמות פלסטינים בגדה המערבית, אשר מתמודדים עם הסגות גבול פליליות לאדמותיהם כדבר שבשגרה. גם את זאת לא שקלה המשיבה 1.

197. **חמישית**, על אף הפירוט הנרחב של כל השתלשלות העניינים בין העותרים למשיבה 2 שניתן בערר השני, על כל המחדלים וההתנהלויות הראויות לגינוי מצד המשיבה 2, המשיבה 1 לא ראתה לנכון להתייחס לכך. יש בכך טעם לפגם משום שהתנהלות זו עשויה להצביע על קיומם של שיקולים זרים ושרירותיות בהחלטתה של המשיבה 2, ולהצדיק את החזרת התיק להשלמת חקירה. הפגמים בהתנהלות לא היו מינוריים אלא משמעותיים והצטברו לכדי תמונה עגומה במיוחד של האופן המזלזל שבו המשיבה 2 מתייחסת לתלונות המוגשות לה, למתלוננים הפונים אליה ולעורכי הדין המייצגים אותם. אילו שקלה

המשיבה 1 טענתו אלו, מצופה כי הייתה מגיעה למסקנה כי לא ניתן לקבל התנהגות מסוג זה מצד רשות מינהלית שאמורה להתנהג במקצועיות ובענייניות.

198. **שישית**, המשיבה 1 לא שקלה את האינטרס הציבורי בחקירה מקצועית ועניינית של תלונות, בטיפול בעבריינות ובשמירה על שלטון החוק. אינטרס זה לא נשמר במקרה דנן. כמו-כן, היא לא שקלה את זכויותיו של העותר 1 בהיותו קרובן עבירה כי תלונתו תיחקר כראוי, בזכויותיו במסגרת ההליך הפלילי ובזכותו בכלל לנהל הליך פלילי – גם אם לעבירה שבוצעה נגדו יש גם פן אזרחי.

199. מכל האמור לעיל, המסקנה היא כי המשיבה 1 לא שקלה אף אחד מהשיקולים הרלוונטיים לקבלת ההחלטה בערר, וכי לפיכך החלטתה לוקה בחוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין, ויש להכריז על בטלותה.

ד. הסעדים המבוקשים

200. עתירה זו מתארת התנהלות מקוממת וחמורה של משטרת ישראל שלא ניתן להשלים עימה – לא ניתן להשלים עם משטרה שאינה חוקרת תלונות בעלות יסוד כתלונתו של העותר 1; לא ניתן להשלים עם מצב שבו המשטרה מקבלת החלטות שאינן מבוססות על חקירה ועל איסוף ראיות, ולו המינימלי ביותר; לא ניתן להשלים עם מצב שבו המשטרה אינה מנמקת את החלטתה לסגור תיק חקירה ולשנות עילת סגירה; לא ניתן להשלים עם מצב שבו המשטרה מתעלמת מפניות המתלונן ובאי כוחו ומצהירה כי היא משליכה את מכתביו לפח; לא ניתן להשלים עם מצב שבו המשטרה מסרבת להעלות את דבריה הנאמרים בעל-פה על הכתב; לא ניתן להשלים עם מצב שבו המשטרה מוסרת למתלונן מידע לא נכון, אשר מוביל לעיכוב בטיפול בתלונה; לא ניתן להשלים עם מצב בו המשטרה פשוטו כמשמעו, מסרבת לחקור עבירה שנעשתה על ידי מי שנחזה להיות בעל סמכות, אשר עשה שימוש לרעה בסמכותו, ואף גרר את חיילי צה"ל לסייע בעדו לביצועה של העבירה המדוברת, כל זאת תוך היזק לקניינו של אזרח מוגן בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית.

201. על רקע זה, החלטת המשיבה 1 לדחות את הערר מן הטעמים שנומקו בהחלטתה, מייצרת את הרושם שקשה להתנער ממנו, כי המשיבות אינן מעוניינות בחקירת התלונה של העותר 1 ובהעדר כל יסוד בדיון לכך.

202. החלטותיהן של המשיבות כפופות לכללי המנהל התקין. ביסוס החלטה על תשתית עובדתית הוא כלל יסוד שבלעדיו אין מנהל תקין ואין שלטון חוק. כפי שהוצג בעתירה, החלטות המשיבות אינן מכבדות את העקרונות המינהליים שהוזכרו לעיל ופוגעות הן בזכויותיו של העותר והן באינטרס הציבורי. העובדה כי רשויות האכיפה עושות כל שביכולתן על מנת שלא למצות את הדין ביחס לישראלים הפוגעים בזכויות קנייניות ובאדמותיהם של תושבים פלסטינים מוגנים, הופכת להיות תופעה נפוצה יותר ויותר (השוו, למשל, בג"ץ 8088/14 פרחאת נ' היועץ המשפטי לממשלה, פורסם בנבו, ספטמבר 2017).

203. מקרה זה ממחיש עד כמה הרשויות האמונות על שמירת שלטון החוק ועל שמירת זכויותיהם של תושבים מוגנים אינן רוצות כלל לבחון תלונות בנושא ואינן מסוגלות לתת לתושבים אלה הגנה אפקטיבית. הדברים נכונים גם בדיעבד ביחס למקרים שכבר ארעו וגם באופן צופה עתיד, היכן שנדרשת הרתעה אפקטיבית ביחס לפעולות מהסוג המתואר להלן, הופכות להיות דבר שבשגרה ברחבי הגדה המערבית. הדברים, למרבה הצער, מחלחלים מקצה הפירמידה במשרד המשפטים אל גורמי החקירה בשטח,

ובפעפוע דו-כיווני, העדר החקירות של המשטרה "מושך" עמו את רשויות התביעה במשרד המשפטים להשלים עם תופעה פסולה זו. זאת אין לקבל.

204. לאור כל האמור בעתירה זו, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו על תנאי כמבוקש בפתח כתב העתירה, ולאחר קבלת תצהיר תשובה מאת המשיבות, להפכו למוחלט.

205. כמו-כן, בייחוד לאור התנהלותה השערורייתית של המשיבה מס' 2 בתיק, עמדת העותרים היא כי יש לחייב את המשיבות בהוצאות הגשת עתירה זו, לרבות שכר טרחת עו"ד, ואת המשיבה מס' 2 בהוצאות גבוהות לדוגמא בשל התנהלותה לאורך הפרשה, כמתואר לעיל.

206. עתירה זו נתמכת בתצהירו של העותר ובתכתובות הקיימות ושיחות שהתקיימו בין הח"מ ובין הצדדים הרלוונטיים.

תאריך: 27 לחודש דצמבר 2018

מיכל זיו, עו"ד

שלומי זכריה, עו"ד

ב"כ העותרים