

1. ח' מצרי

2. חל' מצרי

העותרים

3. "יש דין" – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר
58-0442622)

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או אמילי שפר עומר-מן
ו/או מיכל פסובסקי, כולם מרח' דוד חכמי 12, תל-אביב
6777218 ; טל: 03-6206947-8-9, פקס': 03-6206950

-- נ ג ד --

1. היועץ המשפטי לממשלה

2. פרקליט המדינה

3. הפרקליט הצבאי הראשי

4. התובעת הצבאית הראשית

5. רב"ט אבי (החשוד)

המשיבים

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

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, באם יחפצו, מדוע לא יורו על הגשת כתב אישום בתיקי חקירת המשטרה הצבאית החוקרת (להלן: "מצ"ח") ירושלים מספר 46/11 ושרון ושומרון מספר 126/11 (אשר אוחדו כתיק 184/11 בפרקליטות לעניינים מבצעיים), העוסקים בנסיבות מותו של אחיו של העותר מס' 1 ובנו של העותר מס' 2, ג'לאל מצרי ז"ל, אשר נהרג מירי של כוחות הביטחון ביום 20.1.2011, נגד המשיב מס' 5, החייל שירה לכאורה שלא כדין במצרי ז"ל ושגרם להריגתו, וכן כנגד כל מי שיש לו אחריות פיקודית להריגתו.

בקשה לקביעת דיון דחוף

תיק זה עוסק באירוע שהתרחש בינואר 2011, קרי לפני קרוב לחמש שנים.

תיק זה מלין על עיכובים והשהיות בלתי נתפסות, מקוממות וחסרות כל הצדקה של הליכי אכיפת החוק במקרה של הריגת אדם שעל-פי הטענה שתפורט להלן נעשתה תוך הפרה חמורה של הדין.

מימד הזמן הינו מהותי במקרה שלפנינו ככל שהדבר נוגע לסעדים המתבקשים בתיק זה, ובין היתר הגשת כתב אישום וניהול משפט פלילי. על כן מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד להורות למזכירות לקבוע תיק זה לדיון בדחיפות, שהרי המתנה של כשמונה חודשים עד שנה (שזהו מניסיון הח"מ זמן ההמתנה לדיון ראשון בבית המשפט הנכבד) – יביא לכך שהדיון בעתירה יתקיים כמעט שש שנים לאחר קרות האירוע ומשכך אפקטיביות הביקורת השיפוטית עלולה להיפגע קשות.

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

ואלה נימוקי העתירה לצו על תנאי :

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו באחריותו הפלילית של חייל אשר במסגרת שירותו במילואים בינואר 2011 ירה בג'אלל מצרי, ז"ל (להלן: "המנוח" או "מצרי"), תושב מזרח ירושלים, אדם מן השורה, בן זוג ואב לשני ילדים קטנים, עת שעבר במחסום נבי יונס בדרכו לבקר בני משפחתו באזור חברון, ואשר מת כתוצאה מהירי שעל-פי הראיות בוצע בניגוד לדין.
2. עניינה של עתירה זו בהחלטתם הבלתי סבירה באורח קיצוני של המשיבים להימנע מהגשת כתב אישום נגד החשוד בירי הבלתי חוקי, רב"ט (במיל') אבי (המשיב מס' 5), בגין עבירת המתה. למעשה, החלטת המשיבים מס' 3 ו-4 שלא להעמיד לדין את החשוד התקבלה בהעדר סמכות, שהרי רב"ט אבי יצא מתחולת חוק השיפוט הצבאי זמן רב לפני קבלת החלטתם, והמשיבים מס' 1 ו-2, המוסמכים להעמידו לדין כיום, נמנעו מלהשיב לערר שהוגש לפני כשנתיים, ומשכך, החלטתם שלא להגיש כתב אישום הינה בגדר דחייה בצורה של אי-מענה.
3. בעתירה זו יטענו העותרים כי החלטת המשיבים להימנע מהעמדה לדין במקרה דנן הינה החלטה בלתי סבירה בעליל, וזאת בין היתר לאור העובדה כי קיימות בתיק ראיות מספיקות על מנת לעמוד במבחן הסיכוי הסביר להרשעה שהינו הרף הנדרש להגשת כתב אישום.
4. בעתירה זו יטענו העותרים כי החלטת המשיבים נגועה בפגמים ההופכים אותה לבלתי סבירה באורח קיצוני ובין היתר: המשיבים התעלמו משפע הראיות המבססות את הגרסה לפיה רב"ט אבי ביצע ירי לעבר המנוח בניגוד להוראות הפתיחה באש בכך שכיוון את נשקו ישירות לעבר המנוח בעת שלא נשקפה לחיילי המחסום כל סכנה; המשיבים העדיפו והעניקו משקל יתר לגרסתו של החשוד על אף שהינה גרסה בודדת שנסתרת ומופרכת על-ידי גרסאותיהם של כל שאר החיילים שנכחו באירוע ואף של מפקדיו וכן על-ידי עדויות הגששים וחוקר מז"פ שניתחו את זירת האירוע סמוך לאחר קרותו; והמשיבים התעלמו מראיות על מנת לחזק את גרסתו של החשוד, וכן התעלמו מהכתוב במסמכים הרפואיים שבתיק.
5. עוד יטענו העותרים בעתירה זו כי המשיבים הפרו את חובתם על-פי המשפט הבינלאומי להגן על האוכלוסייה בשטח הכבוש בכך שגררו את רגליהם במהלך כל צמתי החקירה, חדלו מלקבל החלטה בערר תוך זמן סביר, וכן בכך שנמנעו מלהעמיד לדין אדם אשר גרם למותו של אזרח מוגן, מצרי ז"ל, תוך הפרה של החוק החל.
6. העותרים יטענו לאור האמור כי החלטת המשיבים שלא להעמיד לדין את המשיב 5 לוקה בעיכוב בלתי סביר, בהנחות עובדתיות שעל פניהן הינן שגויות, בהענקת משקל נמוך מדי לעדויות עדי הראייה, בהסתמכות יתר על עדותו של החשוד, בהתעלמות מראיות נסיבתיות ולבסוף, בהתעלמות מהפרה ברורה של הוראות הפתיחה באש. על כן, החלטתם בלתי סבירה בעליל ודינה להתבטל.

7. יודגש כי סגירת התיק מושא עתירה זו ללא הגשת כתב אישום נגד היורה (המשיב מס' 5) מאפשרת לחשוד בגרימת מותו של אדם שהיה אב לשני ילדים אשר הפכו ליתומים ובן זוג לאשה שהפכה לאלמנה, להימלט מאימת הדין ומעבירה מסר למי שאוחזים בנשק במסגרת פעילותם הצבאית כי קיימת להם חסינות גם כאשר התנהגותם הפלילית גרמה למותם של אנשים תמימים שלא סיכנו אותם.

ב. הצדדים לעתירה

8. העותרים 1 ו-2 הם בהתאמה אחיו ואביו של ג'לאל מצרי ז"ל, תושב ירושלים אשר בליל ה-20.1.2011, עת שנסע ברכבו הפרטי בדרכו לבקר קרובי משפחה בכפר אידנה שליד חברון, נורה על-ידי חייל במחסום נבי יונס שבאזור העיר חברון, ולאחר מכן התרסק רכבו במעקה הבטיחות בצד הכביש, ובהמשך הוא מת מפציעותיו.

9. העותרת מס' 3, עמותת "יש דין", הינה ארגון זכויות אדם ישראלי אשר פועל למען חיזוק וביצור זכויות האדם בשטחי הגדה המערבית הכבושים ובין היתר מעניק סיוע משפטי לאזרחים מוגנים שנפגעו מעבירות של אזרחים ישראלים או אנשי כוחות הביטחון הישראליים כלפיהם.

10. המשיבים מס' 1 ו-2, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, מופקדים, בין היתר, על אכיפת החוק הפלילי, והמשיב מספר 2 מייצג את מדינת ישראל בפני בתי המשפט בעניינים פליליים. לאור העובדה כי בעת קרות האירוע מושא עתירה זו החשוד היה בשירות מילואים ולפיכך חדל לחול עליו **חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955**, החלטה על נקיטה בהליכים משפטיים בעניינו רובצת לפתחו של המשיב מס' 1. כמו כן, המשיבים מס' 1 ו-2, נמנעו מלקבל החלטה בערר שהוגש בתיק מושא עתירה זו לפני קרוב לשנתיים ושנשלח ישירות אליהם לפני למעלה מאחד-עשר (11) חודשים. המשיבים מס' 1 ו-2 הינם הגורמים המוסמכים להעמיד לדין את האדם שביצע את הירי שהרג את מצרי.

11. המשיב מס' 3, הפרקליט הצבאי הראשי, מופקד על אכיפת החוק בצבא והינו הגורם אשר קיבל את ההחלטה לסגור את תיק חקירת מותו של מצרי ללא הגשת כתבי אישום. על החלטה זו עררו העותרים. בנוסף, המשיב מס' 3 התבקש על-ידי העותרים להעביר את עררם לעיונו של המשיב מס' 1 והחליט שלא לעשות זאת.

12. המשיבה מס' 4, התובעת הצבאית הראשית, מופקדת על העמדת חיילי צה"ל לדין בגין עבירות שהם ביצעו לכאורה, והינה הגורם המטפל בעררים על החלטות לסגור תיקי חקירה נגד חיילים. עררם של העותרים הוגש לידי קודמה בתפקיד, אל"מ אהוד בן אליעזר, אשר דחה אותו אף שכבר בעת זו לא היה מוסמך לקבל את ההחלטה אם להעמיד לדין את החשוד בתיק אם לאו. הערר

שהוגש על-ידי העותרים כנגד החלטתו לדחות את הערר וכן לסרב להעביר את הערר לטיפולו של היועץ המשפטי לממשלה, המשיב מס' 1, הינו מושא עתירה זו.

13. המשיב מס' 5, רב"ט אבי, הינו החשוד בתיק מושא העתירה בהריגתו שלא כדין של מצרי. בעת שאירע האירוע (יום 20.1.11) שירת המשיב במילואים, ולפיכך, ועל-פי חוק השיפוט הצבאי, שנה לאחר סיום השירות חדל החוק לחול עליו וכיום המשיבים מס' 1 ו-2 הינם הגורמים המוסכים להעמידו לדין.

ג. הרקע העובדתי ומיצוי הליכים

I. האירוע וממצאי החקירה

14. האירוע מושא עתירה זו התרחש בליל ה-20.1.11 בסביבות השעה 23:30, בעת שגילאל מצרי, ז"ל, תושב מזרח ירושלים, נהג משאית, נשוי ואב לשני ילדים בני שנתיים ושלוש בעת האירוע, היה בדרכו לבקר קרובי משפחה בכפר אידנה שליד חברון. הוא נסע ברכבו הפרטי, פיז'ו 205 לבן, מ.ר. 04-079-95. המנוח נורה על-ידי חייל בעת שעבר במחסום נבי יונס שבאזור העיר חברון.

15. בעקבות האירוע, ביום 26.1.11 נמסרה על-ידי העותרת מס' 3 (ארגון "יש דין"), בשם העותר מס' 1, הודעה טלפונית למשטרה הצבאית החוקרת (להלן: "מצ"ח") באר שבע עם פרטי האירוע ודרישה לפתוח בחקירה. למען הבהירות נבהיר כי הודעה טלפונית היא הדרך שבה התבקשה העותרת מספר 3 להעביר תלונות למצ"ח בתקופה המדוברת.

16. החקירה נפתחה, כפי שהתברר, למחרת האירוע, ביום 21.1.11, והיא הסתיימה מקץ חודשיים, ביום 17.03.11, לאחר שהפרקליטות לעניינים מבצעיים הנחתה את הצוות החוקר "להפסיק את פעולות החקירה, לסכם את התיק ולהעבירו אליהם במיידית" (כפי שרשום ביומן החקירה). ביום 10.7.12, כשנה וארבעה חודשים לאחר שניתנה ההנחיה האמורה, בעקבות פניית הח"מ, עו"ד אמילי שפר עומר-מן, לברר מה עלה בגורלו של התיק, נודע לח"מ שהוא חזר למצ"ח לשם השלמת החקירה.

העתק ממכתבו של הפרקליט לעניינים מבצעיים מיום 10.7.12 מצ"ב ומסומן **כנספח 1**.

17. ביום 9.10.13 נתקבלה הודעה במשרד הח"מ כי הפרקליטות לעניינים מבצעיים החליטה, על דעת המשיב מס' 3, לסגור את תיק החקירה (תיק מצ"ח י-ם 46/11) בעילה של חוסר ראיות.

העתק מהחלטתו של הפצ"ר (המשיב 3) מיום 9.10.13 מצ"ב ומסומן **כנספח 2**.

18. ביום 9.10.15 נשלחה על-ידי הח"מ בשם העותרים, בקשה לצילום חומר החקירה לרס"ן אייל מויאל, רמ"ד פיקוח חקירות. תיק החקירה צולם והגיע למשרד הח"מ ביום 20.11.13.

א. XXX

ב. XXX

ג. XXX

ד. XXX

ה. XXX

ו. XXX

ז. XXX

ח. XXX

ט. XXX

י. XXX

יא. XXX

יב. XXX

יג. XXX

יד. XXX

טו. סיכום ביניים: המנוח נורה בראשו והירי שפגע בו בוצע על-ידי הקלע רבי"ט אבי (המשיב 5) אשר על אף טענותיו כוון את הירי לעבר המנוח ולא לעבר גלגלי רכבו.

טז. XXX

XXX

II. הערר ודחייתו

20. ביום 20.1.2014 הגישה הח"מ, בשם העותרים, ערר בגין ההחלטה לסגור את התיק ללא הגשת כתבי אישום לקודמה בתפקיד של המשיבה 4, התובע הצבאי הראשי דאז, אל"מ אהוד בן אליעזר.

העתק מכתב הערר מצ"ב ומסומן **כנספח 3**. (נספח זה מהווה חלק בלתי נפרד מהעתירה והעובדות המופיעות בו הנן חלק בלתי נפרד מהעתירה.)

21. בתמצית, הטענות שהועלו בערר היו כדלהלן:

- התמונה הברורה שעולה ממסכת הראיות: רב"ט אבי (המשיב 5) ירה לעבר רכבו של המנוח – ולא לעבר גלגליו – בניגוד לנהלים, מבלי שקיבל לכך אישור כנדרש ועל-פי עדויותיהם של שאר החיילים אשר נכחו באירוע, מבלי שהייתה סיבה שהצדיקה את הירי שבוצע. הוא ביצע ירי מכוון לעבר המנוח, פגע בו בראשו והרגו, והכל במכוון ובניגוד לדין.
- בנוסף נטען בערר, כי ההחלטה לסגור את תיק החקירה בעילה של חוסר ראיות הייתה החלטה שגויה ובלתי סבירה בעליל.

22. במענה לערר מיום 5.3.14 הודיע לח"מ הפרקליט לעניינים מבצעיים דאז, סא"ל הירש, לראשונה, כי הפרשה מושא עתירה זו נחקרה למעשה במסגרת שני תיקי מצ"ח נפרדים לאור חשש כי חוקרי מצ"ח נחשפו בשוגג לתוכן התחקיר המבצעי, במסגרת עדותו של אחד מהחיילים, ועל כן הורתה הפרקליטות הצבאית על המשך הטיפול בתיק על-ידי מצ"ח שרון ושומרון. מהערר שהוגש עלה כי החומר בתיק הנוסף שנפתח בשלב מסוים במהלך חקירת האירוע לא הועמד לעיון ב"כ העותרים. למעשה, ב"כ העותרים מעולם לא יודעו על סגירת תיק מצ"ח ירושלים 46/11 ופתיחת תיק מצ"ח שרון ושומרון 126/11, ולמעשה עודכנו אך ורק במסגרת התיק הראשון.

העתק מהמענה לערר מיום 5.3.14 מצ"ב ומסומן **כנספח 4**.

23. בעקבות בשורה זו, ביום 6.3.15 נשלחה על-ידי הח"מ בשם העותרים, בקשת צילום נוספת לרס"ן אייל מואיל, רמ"ד חקירות מצ"ח, של תיק החקירה הנוסף. בקשות חוזרות נשלחו ביום 13.5.14 וביום 15.6.14 ומקץ ארבעה חודשים ביום 3.7.14 אושר צילום תיק מצ"ח שרון ושומרון מספר 126/11, ושבוועיים לאחר מכן חומר החקירה צולם בפועל והגיע לידי הח"מ.

24. לאחר עיון בחומר החקירה בתיק הנוסף שנפתח בעקבות האירוע מושא עתירה זו, ביום 3.8.15 הגישה הח"מ לקודמה בתפקיד של המשיבה מס' 4 מסמך משלים, בעקבות חומרי החקירה החדשים שנחשפו בתיק מצ"ח הנוסף.

25. כאן נציין כי עלה מחומר החקירה הנוסף כי בין פעולת החקירה האחרונה בתיק מצ"ח שרון ושומרון 126/11 (השני שנפתח בעקבות האירוע), ביום 3.8.12, לבין קבלת ההחלטה לסגור את התיק, ביום 9.10.13, חלפו למעלה מארבע-עשר (14) חודשים.

26. להלן תמצית הטענות שהועלו במסמך משלים זה בעקבות העיון בחומר הנוסף, שלא היה ברשותה של הח"מ טרם כתיבת הערר:

א. אין בחומר הנוסף שבתיק מצ"ח שרון ושומרון 126/11 כדי לשנות מהטענות שהועלו בכתב הערר בנוגע לתיק מצ"ח ירושלים 46/11, ומכאן שהטיעונים והנימוקים המפורטים בערר חלים גם על תיק מצ"ח שרון ושומרון 126/11.

ב. XXX

ג. XXX

ד. XXX

ה. על אף שחומר החקירה החדש לא שינה את עמדת העותרים בעררם מיום 20.1.14, הערר חייב תיקון מהותי לאור עובדה שנמלטה מעיני הח"מ בעת כתיבת הערר – וייתכן שנשמטה אף מעיני המשיבים מס' 3 ו-4 – ושהתגלתה רק במהלך העיון המחודש בחומר הראיות כולו, והיא נוגעת לגורם המוסמך להגיש כתב אישום כנגד החשוד באירוע דנן. לאור העובדה שבעת האירוע (20.1.11) החשוד, רב"ט אבי (המשיב 5), היה בשירות מילואים, ומשחלפו עד לכתיבת מסמך משלים זה כשלוש וחצי שנים, **חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955** (להלן: "חוק השיפוט הצבאי") אינו חל עליו. למעשה, כבר ביום 10.1.13, המועד שבו הסתיימה חקירת מצ"ח והתיק הועבר להכרעת המשיב מס' 3, חוק השיפוט הצבאי לא חל על החשוד ומשיבים מס' 3 ו-4 לא היו מוסמכים להגיש כתב אישום נגדו.

ו. בעקבות עובדה זו דרשו ב"כ העותרים הח"מ שמשיב מס' 4 יעביר את חומר החקירה למשיב מס' 1 על מנת שזה יבחן את התיק, ועל מנת שיבחן את האפשרות להעמיד לדין את רב"ט אבי.

העתק מהמסמך המשלים שהוגש לתצ"ר ביום 3.8.14 מצ"ב ומסומן **כנספח 5**.

27. בנוסף, ביום 3.8.14 שוגרה על-ידי הח"מ למשיב מס' 3 בקשה להעביר את הערר והמסמך המשלים וכן תיקי החקירה למשיב מס' 1.

העתק ממכתב הבקשה למשיב מס' 3 מצ"ב ומסומן **כנספח 6**.

28. ביום 21.10.14 נשלחה על-ידי הח"מ לקודמה של המשיבה מס' 4 מכתב המבקש לברר האם התקבלה החלטה בערר הנדון והאם התקבלה החלטה להעביר את התיק לבחינתו של המשיב מס' 3. משפנייה זו לא נענתה על-ידי קודמה של המשיבה מס' 4, ביום 24.11.14 נשלחה על-ידי הח"מ תזכורת נוספת וזאת על מנת לבדוק בשנית היכן עומדים הדברים בערר והאם הוחלט להעביר את חומרי החקירה למשיב מס' 3.

29. לאור העובדה כי פניותיה של הח"מ לא זכו לכל מענה מקודמה של המשיבה מס' 4, ביום 2.12.14 נשלח למשיב מס' 1, יועמ"ש הממשלה, עו"ד יהודה ויינשטיין, פנייה ישירה על מנת לבדוק האם הערר ותיקי החקירה מושא הערר נתקבלו במשרדו ומקבלים את טיפולו, בצירוף העתקים מהערר שהוגש ביום 20.1.14 והמסמך המשלים שהוגש ביום 3.8.14.

העתק ממכתב העותרים אל המשיב מס' 1 מיום 2.12.14 מצ"ב ומסומן **כנספח 7**.

30. ביום 3.12.14 התקבל מענה ממשרדו של המשיב מס' 1 כי פניית העותרים מיום 2.12.14 הועברה לטיפול לשכתו של המשיב מס' 2, פרקליט המדינה.

העתק מהמענה מיום 3.12.14 מהמשיב מס' 1 מצ"ב ומסומן **כנספח 8**.

31. ביום 28.12.14 (נתקבל ביום 4.1.15) הודיעו לח"מ מפרקליטות המדינה, מחלקת עררים, כי הערר מושא העתירה הועבר ליחידת התביעות של משטרת ישראל.

32. ביום 7.1.15 שוגרה למשיב מס' 3, הפרקליט הצבאי הראשי, פנייה המבקשת לברר מדוע אין הוא מעביר את הערר למשיב מס' 1 כמבוקש, וככל שהוחלט שלא להעביר התבקש המשיב מס' 3 ליתן את סיבת אי-העברת הערר.

העתק ממכתב העותרים למשיב מס' 3, הפצ"ר, מיום 7.1.15 מצ"ב ומסומן **כנספח 9**.

33. ביום 15.2.15 נשלח על-ידי העותרים למשיבים מס' 1 – 4 התראה לפני נקיטה בהליכים משפטיים וזאת בחלוף **שישה (6) חודשים** מיום הגשת המסמך המשלים של הערר ללא קבלת החלטה.

העתק ממכתבם של העותרים למשיבים מיום 15.2.15 מצ"ב ומסומן **כנספח 10**.

34. ביום 23.2.15 נתקבל מענה מקודמה לתפקיד של המשיבה מס' 4, מטעם המשיב מס' 3, כי הערר בטיפול.

35. ביום 25.2.15 נתקבל מענה מהמשיב מס' 1 כי פנייתם של העותרים הועברה לגורמים הרלוונטיים. בנוסף, צוין כי העברת הערר לבחינת משטרת ישראל הייתה בגדר טעות, וכי לאחר גילוי טעות זו הערר הועבר לגורמים הרלוונטיים לבחינתו.

36. ביום 5.3.15 התקבל מענה מקודמה של המשיבה מס' 4, אל"מ אהוד בן אליעזר, המודיע כי הוחלט על דחיית הערר וכן הוחלט על דחיית הבקשה להעביר את הערר לבחינת המשיב מס' 1, שכן לטענת אל"מ בן אליעזר, ההחלטה על סגירת תיק החקירה התקבלה מטעמים מהותיים ולא מעצם יציאת החשוד מתחולת חוק השיפוט הצבאי. החלטתו של אל"מ בן אליעזר התבססה על שתי נקודות עיקריות:

- רב"ט אבי היה רשאי לירות לעבר גלגלי רכבו של המנוח לאחר פריצת המחסום ולאחר שקריאות החיילים והירי באוויר של XX לא הובילו לעצירתו (במיוחד לאור העובדה שהחיילים חשבו שמדובר ברכב שפרץ את מחסום צומת גוש עציון);
- יש לתת משקל ל... ולתפיסתו האישית של האירוע בניתוח כוונתו הפלילית;
- חלק מהחיילים שמסרו עדויות בתיק לא דייקו בהוראות הפתיחה באש (אין פירוט מהם אי-דיוקים אלה);
- אין בראיות שנאספו בתיק כדי לסתור את גרסתו של רב"ט אבי כי ירה כדור אחד באוויר ולאחריו שלושה כדורים לעבר גלגלי הרכב;
- אין בעובדה שבסופו של דבר חלק מהכדורים פגע בשמשות הרכב – "ואולי אף במנוח עצמו" – די כדי להצביע על כוונתו של היורה מלכתחילה, שהרי הוא נאלץ לבצע ירי תחת לחץ ובשעות מאוחרות.

העתק מהמענה לערר מיום 5.3.15 מצ"ב ומסומן **כנספח 11**.

37. בעקבות תשובתו של אלי"מ בן אליעזר מיום 5.3.15, ביום 16.6.15 השיגו העותרים למשיב מס' 1 על החלטה לדחות את הערר על-ידי קודמה של המשיבה מס' 4 וביקשו לראות בפנייה זו יחד עם הערר שהוגש ביום 20.1.14 והמסמך המשלים מיום 3.8.14, כערר על החלטת המשיבה מס' 4.
38. ביום 20.7.15 נתקבל מענה מהמשיב מס' 1 כי הערר הופנה לגורמים הרלוונטיים. ביום 26.8.15 נשלחה פנייה נוספת למשיב מס' 1 בבקשה לדעת האם בחלוף הזמן ממועד הגשת הערר התקבלה החלטה. פנייה זו נענתה ביום 3.9.15 לפיה הועברה הפנייה של הח"מ לגורמים הרלוונטיים.
39. לאור העובדה כי חלפו למעלה מ-11 חודשים מאז שיגור הערר והמסמך המשלים למשיב מס' 1 (ביום 2.12.14), ולמעלה מארבעה חודשים מאז הגשת ההשגה על החלטת המשיבה מס' 4 (ביום 16.6.15), אי המענה של המשיב מס' 1 מהווה במשתמע דחייה של הערר והחלטה שלא להגיש כתב אישום.
40. מכאן עתירה זו.

ד. הטיעון המשפטי

הטיעון המשפטי יתחלק לשניים:

- החלק הראשון יעסוק בסמכות בית המשפט הגבוה לצדק לדון בהחלטה לא סבירה באופן קיצוני של המשיבים.

- החלק השני יפרט את חוסר הסבירות שבהחלטות המשיבים בתיק מושא עתירה זו.

I. סמכותו של בית המשפט הנכבד להתערב בהחלטת המשיבים שלא להגיש כתב

אישום

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

42. ההלכה כפי שזו נלמדת מפסיקתו של בית המשפט נכבד זה היא כי למשיבים שיקול דעת רחב להחליט האם לפתוח בחקירה או לאו, האם להורות על השלמת חקירה או לאו, והאם להעמיד פלוני לדין או לאו; אך החלטותיהם כפופות לביקורת שיפוטית. אף שבית משפט נכבד זה חזר ואמר בהזדמנויות שונות כי התערבותו בהחלטות מסוג זה תהיה זהירה, מדודה ומצומצמת, בית המשפט הדגיש שוב ושוב כי במקרים הראויים יש מקום להתערבותו.

43. ההלכה הברורה והידועה היא שהמעשה המנהלי יפסל מחמת אי-סבירות רק מקום שבו אי-הסבירות היא רבה וחמורה. (בג"ץ 2534/97, 2535, 2541 ח"כ יהב ואח' נ' פרקליטות המדינה ואח' (פס"ד מיום 15.6.97), פ"ד נא (3) 1, 24 (להלן: "פרשת יהב"); וראו גם בג"ץ 6781/96 ח"כ אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה (פס"ד מיום 5.11.96), פ"ד נ(4) 793, 807; פרשת גנור, 528).

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

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

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

45. לפיכך, תיבחן חוקיותה של החלטת המשיבים בתיק זה, ככל מעשה מנהלי, בין היתר, בהתאם לאמות המידה האובייקטיביות של עיקרון הסבירות המנהלית. מובן הוא כי אין החלטה סבירה

אחת, כי אם מתחם של אפשרויות סבירות אשר הרשות יכולה לבחור בכל אחת מהן בהתאם לשיקול דעתה. אם כן, סבירות היא מושג נורמטיבי ומשמעותה איתור השיקולים הרלבנטיים ואיזון ביניהם על פי משקלם. כב' הנשיאה (בדימ') ביניש תיארה את אמות המידה הללו כלהלן:

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

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

46. בעניינינו, בית משפט נכבד זה מתבקש לצוות על רשויות אכיפת החוק לבטל את החלטתם של גורמי אכיפת החוק הצבאיים לסגור את התיק, ולהעמיד לדין את החשוד בתיק החקירה מושא עתירה זו, קרי המשיב 5. ויודגש, כאשר החלטה שלא להעמיד לדין מנומקת בטענה כי חומר הראיות אינו מספיק תהיה התערבותו של בית המשפט הנכבד בשיקול זה – הקשור בדיות חומר הראיות – נדירה, אך אפשרית היא עת יסבור בית המשפט הנכבד כי החלטת המשיב הנה בלתי סבירה באורח קיצוני. וראו לעניין זה דברי כבוד השופט דאז מצא:

"ככל שמרחב שיקול-הדעת הנתון ליועץ המשפטי לממשלה ולרשויות התביעה האחרות, להחליט בשאלת דיות הראיות להעמדה לדין, הוא רב ונרחב, גם החלטותיהם בשאלה האמורה - כפי שכבר צוין - אינן חסינות מביקורת שיפוטית. אמנם נראה כי עד כה לא היה ולוא גם מקרה אחד שבו ראה בית-משפט זה להתערב בהחלטת היועץ המשפטי שלא להגיש כתב-אישום בשל חוסר ראיות, אך לא פעם צוין, כי ייתכנו מקרים - שבהכרח יהיו נדירים - שבית-משפט זה ייטה להתערב גם בהחלטת היועץ המשפטי המתייחסת לדיות הראיות, אם נוכח שמסקנתו שלא להגיש כתב-אישום היא בלתי-סבירה בעליל (ראו לדוגמה: בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356, דברי השופט בך בעמ' 368, ובג"ץ 806/90 הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(4) 797, דברי השופט ש' לויין בעמ' 799)".

(בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פס"ד מיום 19.8.04), פ"ד נט (1) 199, 211-212 (ההדגשות אינן במקור, א.ש.ע.).

47. ברור הוא כי לא כל טעות בשקילת הראיות הינה בגדר חוסר סבירות באופן קיצוני, אלא רק טעות מהותית וברורה (ראו פרשת יהב לעיל, בעמ' 24).

48. מובן הוא כי הכלל האמור בדבר מידת ההתערבות, נובע מן העיקרון כי בית המשפט אינו ממיר את שיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשיקול דעתו שלו. אולם, אם בחרה הרשות באפשרות המצויה מחוץ למתחם הסבירות, הרי שעל בית המשפט לפסול החלטה זו כנגועה באי חוקיות. ובכל מקרה, אף אם בית המשפט הנכבד נוהג להסתייג מאפשרות הביקורת על סבירות ההחלטה בדבר דיות הראיות, אין בכך כדי למנוע את בחינת תהליך קבלת ההחלטה.

49. **בענייננו**, העותרים יטענו כי בקבלת החלטתם של המשיבים מס' 3 ו-4 לדחות את הערר, ובקבלת החלטתם (במשתמע) של המשיבים מס' 1 ו-2, המוסמכים בפועל להעמיד לדין, לדחות את הערר, הם הגיעו לתוצאה **שאינה סבירה באורח קיצוני** היות ולצורך החלטתם הם הסתמכו על הנחות עובדתיות שעל פניהן הינן שגויות וכשהועמדו על טעותם התייחסו בביטול לעובדות העולות מתיק החקירה, העניקו משקל נמוך מדי לעדויות עדי הראייה, הסתמכו אך ורק על עדותו של החשוד, התעלמו מראיות נסיבתיות ולבסוף, התעלמו מהפרה ברורה של הוראות הפתיחה באש.

50. ויובהר: לא מדובר "בתחום האפור" אשר בתוכו ייתכן כי לא חלף די זמן לבחינת הערר ולקבלת החלטה אם להעמיד את החשוד, המשיב 5, לדין. אלא מדובר בחלוף זמן (למעלה מאחד-עשר (11) חודשים) שאמור להספיק לכל גורם אכיפת חוק בכל רחבי העולם בבואו לקבל החלטה בתיק הריגה כאשר כל הראיות הנדרשות פרושות לפניו. למעשה, חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אשר חל במישרין על המשיבים 1 ו-2, קוצב שישה חודשים לקבלת החלטה בערר בתיק מהסוג דנן (ס' 65א). כמו כן, ההחלטה שלא להעמיד לדין אינה בגדר "התחום האפור" שבתוכו עשויה הייתה להתקבל החלטה כי הראיות בלתי מספקות להעמדה לדין פלילי, אלא בחריגה קיצונית מתחום הסבירות, כזו היורדת לשורשו של עניין, ולפיכך דורשת את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

II. חוסר הסבירות הקיצונית המושרש בהחלטת המשיבים

א. המסגרת הנורמטיבית: החובה להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש

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

52. כאן יצוין כי אף שמדינת ישראל סיפחה את ירושלים המזרחית, קיים קונצנזוס רחב בקהילייה הבינלאומית שהשטח עודנו מוגדר כשטח כבוש, ומשכך המנוח במקרה דנן ומשפחתו הינם אזרחים מוגנים כהגדרת הדבר וחובת ההגנה חלה לגביהם. לשם הבהרה: המנוח ומשפחתו אינם אזרחי ישראל והם בני העם הפלסטיני שעברו לשליטתה של מדינת ישראל בעקבות כיבוש הגדה המערבית בשנת 1967. ככאלה, וכפי שיפורט להלן, חלים לגביהם ההגנות של דיני הכיבוש ללא תלות בהיותה של מזרח ירושלים מסופחת, שכן הם אזרחים "המוצאים את עצמם... בידי אחד מבעלי הסכסוך או בידי אחת המעצמות הכובשות, והם אינם אזרחיו של אותו בעל סכסוך או אזרחיה של אותה מעצמה כובשת" (סעיף 4 לאמנת גינבה בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: "אמנת גינבה הרביעית"), הגדרת "אזרחים מוגנים").

53. בהינתן האמור, מחדלם של המשיבים מלקבל החלטה בערר והימנעותם מלמצות את הדין במקרה דנן, מהווים הפרה של חובתה של מדינת ישראל באמצעות צה"ל להגן על שלומה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש, האזרחים המוגנים. אם כן, החלטתם של המשיבים מס' 3 ו-4, וההחלטה

המשתמעת של המשיבים מס' 1 ו-2, לדחות את הערר ולהימנע מהגשת כתב אישום נגד רב"ט אבי המשיב מס' 5, מהווה, על פניו, הפרה של נורמות מרכזיות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי.

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

55. הגדה המערבית היא שטח שנכבש על-ידי מדינת ישראל בשנת 1967 וחלים עליה דיני הכיבוש הבינלאומיים (או: "דיני התפיסה הלוחמתית") – ראו בג"צ 393/82 ג'מעייית אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד ל"ז (4) 785 (1983).

56. דיני הכיבוש מהווים משפט מנהגי וחלים על כל מצב של תפיסה לוחמתית, בין אם מדובר בצדדים לאמנות הרלוונטיות ובין אם לאו. דיני הכיבוש, אם כן, מעניקים למפקד כוחות הכיבוש, לענייננו מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, את כל סמכויות השלטון, הניהול והמינהל של השטח הכבוש (ראו: תקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר נהגיה וכלליה של המלחמה ביבשה, 1907, להלן: "תקנות האג"). במקביל, דיני הכיבוש מטילים על הכוח הכובש את החובה והאחריות לשמור על ביטחונם ורווחתם של אזרחי השטח הכבוש – האזרחים המוגנים (שם, שם).

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

58. הן בתקנות האג, והן באמנת ג'נבה הרביעית, הוקדשו סעיפים רבים לפירוט החובה השלילית המוטלת על הכוח הכובש. לדוגמה, סעיף 3 המשותף לארבע אמנות ג'נבה קובע את סטנדרט ההתנהגות המינימאלי כלפי מי שאינו מעורב בלחימה ונחשב כיום לעקרון-על של המשפט ההומניטארי הבינלאומי. בפרט, סעיף זה אוסר על אלימות ופגיעות אחרות בגופם ובכבודם של האזרחים המוגנים (ההדגשות אינן במקור, מ"ס, אש"ע):

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

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

(b)...

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

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

Art. 27. Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and

customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.

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

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

61. העותרים מפנים עוד לסעיף 75 לפרוטוקול הראשון של אמנות גינבה משנת 1977.

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

63. כאמור, האירוע התרחש בגדה המערבית והקורבן הוא אזרח מוגן לפי הגדרת סעיף 4 לאמנת גינבה הרביעית. מכל אלו עולה שדיני הכיבוש חלים על האירוע ויוצרים חובת הגנה מוגברת על ישראל, וכשהנזק כבר נעשה חובה זו באה לידי ביטוי בחובה לחקור, לפצות ולהעמיד לדין את האחראים.

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

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

66. מכאן שאמות המידה המפורטות בדיני זכויות האדם הבינלאומיים בנוגע לחובת החקירה האפקטיבית חלות על חקירות צה"ל ועל מערכת החקירות הצבאיות שבראשה עומד המשיב 3, וכן על העמדה לדין של חיילים לאחר יציאתם מתחולת חוק השיפוט הצבאי המתבצעת במסגרת מערכת אכיפות החוק האזרחית שבראשה עומדים המשיבים 1 ו-2. טרם נפרט את אמות מידה אלו, נדגיש כי עמדתם זו של העותרת מס' 3 זכתה לביטוי במסגרת עדויות נציגיהם בפני ועדת טירקל לחקר האירוע הימי (המשט) שנשמעו באפריל 2011 (להלן: "ועדת טירקל"). הנימוקים המשפטיים לעמדה זו אף הועברו בצורה של נייר עמדה שהוגש בשם העותר 3 לוועדה במרץ 2011.

67. בפברואר 2013 פרסמה ועדת טירקל את מסקנותיה בדו"ח שני מקיף ומעמיק (להלן: "דו"ח טירקל"). כפי שדו"ח טירקל מפרט, אמות המידה הספציפיות של "חקירה אפקטיבית" כפי שנדרשות ע"י המשפט הבינלאומי אינן שאובות ממסמך או אמנה אחת בלבד, אלא קבועות במקורות שונים אשר משלימים זה את זה. ביניהם המשפט ההומניטארי, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות-1966, האמנה נגד עינויים, והפסיקה של בית המשפט האירופי לזכויות אדם וכן בית הדין הבין אמריקאי לזכויות אדם. צוין בדו"ח טירקל כי מקור נוסף לאמות מידה אלו הינו "משפט רד" (דו"ח טירקל, חלק ב', פסקה 31 שבעמוד 77-76).

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

69. העותרים יטענו כי הימנעותם של המשיבים 1 ו-2 מקבלת החלטה בערר מושא עתירה זו, שמהווה חלק בלתי נפרד מתהליך החקירה וההליך הפלילי ככל שינבע ממנה, מתווספת לעיכובים שחלו במהלך החקירה ובכל צומת של קבלת החלטה באשר להמשך הטיפול בתיק, כפי שפורט בחלק העובדתי לעיל, ולפיכך מהווה הפרה של הדרישות שנמנו לעיל ובכלל זאת דרישת המהירות.

70. לא זו אף זו: עיכובים נוספים, בלתי סבירים ומיותרים התווספו לאורכו של טיפולם של המשיבים בתיק דגן כתוצאה מהשגיאה היסודית של המשיבים 3 ו-4 באי-העברת הטיפול בתיק למשיבים 1 ו-2 כבר בעת יציאתו של החשוד (המשיב 5) מתחולת חוק השיפוט הצבאי.

71. עיכובים כאלו ייחשבו לבלתי סבירים בין כה וכה בכל תיק חקירה בו קיימת פגיעה באזרח ע"י כוחות הביטחון. **וודאי שבתיק הרג שסבל מעיכובים במהלך כל אורכו, אין שום הצדקה לעיכוב נוסף בשלב של הבחינה בערר שהוגש בו.** קל וחומר, כאשר קיימת תשתית ראייתית מספיקה כדי לקבוע כי הירי שגרם למותו של מצרי בוצע שלא כדין ועל ידי החייל (הקלע) שהיה בפילבוקס, רב"ט אבי (המשיב 5). כל שנותר למשיבים לעשות על מנת שהצדק ייעשה הוא להגיש כתב אישום נגדו, כפי שנדרש בערר.

72. לפיכך, הימנעותם של המשיבים 1 ו-2 מלקבל החלטה בערר במהירות לא רק שהיא מהווה החלטה בלתי סבירה באורח קיצוני כפי שייטען להלן, אלא שהיא מהווה הפרה של חובתם על פי הדין

הבינלאומי לקבל החלטה באשר להגשת כתב אישום במהירות ראויה כחלק מחובת החקירה האפקטיבית, ומכאן הפרה של החובה להגן על האוכלוסייה הנכבשת.

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

73. העותרים יטענו שההחלטה היחידה הסבירה לנוכח הראיות המצויות בפני המשיבים היא העמדתו לדין של החייל היורה בעבירת המתה, כאשר עצם חריגתו מהוראות הפתיחה באש ובהינתן התוצאה הקטלנית – ממלאים לכל הפחות את רכיבי עבירת גרימת מוות ברשלנות, וייתכן שאף הריגה.

74. למעשה, כאשר חלפו כאמור קרוב לשנתיים מאז הגשת הערר (אשר טופל על-ידי גורם שאינו מוסמך להעמיד את החשוד לדין, מהטעמים שצוינו בחלק העובדתי לעיל), ולמעלה מאחד-עשר חודשים מאז הגשת הערר לגורם המוסמך, המשיב מס' 1, אי-המענה לערר מהווה במשתמע החלטה מצדם של המשיבים 1 ו-2 לדחות אותו ולהימנע מהגשת כתב אישום נגד החשוד.

75. המבחן שנקבע בדין לחובת תובע להגיש כתב אישום נגד חשוד הוא מבחן ה"ראיות המספיקות לאישום". לכלל האמור חריג אחד בלבד והוא אם "אין במשפט עניין לציבור".

76. הכלל והחריג נובעים ישירות מהאמור בסעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982:

"ראה התובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט עניין לציבור..."

77. המבחן שנקבע בפסיקה לקיומן של "ראיות מספיקות לאישום" הוא מבחן הסיכוי הסביר להרשעה על פיו בבוא התובע להחליט האם קיים סיכוי סביר להרשעה עליו לבצע בחינה כפולה של חומר הראיות הגולמי והערכת סיכויי ההרשעה על-פיו (ראו פרשת יהב לעיל, עמ' 10-12).

78. וראו לעניין זה דברי הנשיא (דאז) ברק בבש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל (פס"ד מיום 15.4.96), פ"ד נ(2) 133, 146:

"ראיה לכאורה היא מטבעה ראיה גולמית. היא טרם עברה את כור ההיתוך של ההליך הפלילי. אין כל אפשרות להכריע על פיה את אשמתו או חפותו של נאשם... ראיה לכאורה היא אפוא ראיה אשר טמון בה פוטנציאל ראייתי, אשר יוצא מהכוח אל הפועל בעתיד, בסיום ההליך השיפוטי".

ובהמשך, בעמ' 148-149 (שם) נאמרו הדברים בהקשר של ראיות לכאורה לצורך מעצר עד תום ההליכים, אך מתאימים גם לענייננו):

”בית המשפט בוחן את השאלה אם מתוך מכלול חומר החקירה ניתן יהיה לשלוף בסוף ההליך השיפוטי תשתית עובדתית מרשיעה... מכל אלה יוצר לעצמו בית המשפט תמונה כוללת באשר לפוטנציאל הראייתי הטמון בחומר החקירה, כלומר, אם קיים סיכוי סביר שמחומר חקירה זה תצמחנה בסוף המשפט ראיות אשר תבססנה את אשמת הנאשם...”

79. ואמנם ראיות לכאורה לצורך עניין זה פירושו כי גם במקרה בו הראיות בתיק אינן ברורות כשמש ייתכן כי מתקיים סיכוי סביר להרשעה.

80. במקרה שלפנינו, המבחן הראייתי עומד דווקא לחובת המשיבים ותומך בהגשת כתב אישום באשמת הריגה, לחילופין, באשמת גרימת מוות ברשלנות.

81. כבר נאמר כי העותרים סבורים מעל לכל ספק כי הירי אשר בסופו של דבר גרם למותו של מצרי היה הירי שביצע החשוד, המשיב 5. ההצטברות של הודאתו של החשוד כי ירה מהפילבוקס לעבר הרכב (כאשר טענתו שכיוון לגלגלים ולא לאזור ראשו של המנוח הופרכה על-ידי כל שאר העדים לאירוע וכן על-ידי הגששים וחוקר המז"פ); הימצאות פגיעות בשמשות הרכב ובאזור ראשו של המנוח; הממצאים הרפואיים כי המנוח נורה בראשו (ולא מת אך ורק מהתאונה, כפי שטען קודמה של המשיבה מס' 4); והעובדה כי גם אם החשוד חש באופן סובייקטיבי כי נשקפת לחיילים סכנה, אובייקטיבית לא נשקפה סכנה כזו (ועובדה זו אושרה על-ידי שאר החיילים שנכחו ושפקדו על האירוע), ולכן הירי בוצע בניגוד מוחלט להוראות הפתיחה באש – יוצרות כולן לא פחות מסיכוי סביר להרשעה.

82. להלן נסכם את הפגמים שנפלו בקבלת ההחלטה שלא להעמיד לדין את החשוד, המשיב מס' 5:

א. מתן משקל יתר לגרסתו של החשוד, רב"ט אבי (המשיב מס' 5): בהחלטתו של קודמה לתפקיד של המשיבה מס' 4, החלטה אשר ככל הנראה אומצה באופן עיוור על-ידי המשיב מס' 1, יוחס משקל יתר לגרסתו של החשוד, וזאת חרף העובדה כי גרסתו נסתרה על-ידי יתר העדים לאירוע. לפי גרסת החשוד, הוא ירה קודם לאוויר ורק לאחר מכן לעבר גלגלי הרכב של המנוח, וזאת רק לאחר ששמע יריות מכיוון האוטו ושיער שהרכב של המנוח עומד לדרוס את החיילים שעמדו בכביש ליד הפנסים שהוצבו. לעומת זאת, וכפי שפורט לעיל בחלק העובדתי, על-פי העדויות של החיילים האחרים שנכחו באירוע, הרכב לא ניסה לדרוס את החיילים; ... כמו כן, אין אף עדות כי הובחן ירי מהרכב, ועובדה שלא נמצא נשק על המנוח. ... אין ראייה שביכולתה לחזק את גרסתו של החשוד כי הוא ירה קודם לאוויר, וגם אם אכן כך היו הדברים, אין בעובדה זו כדי להסיר מהחשוד אחריות פלילית על גרימת מותו של החשוד ללא הצדקה משפטית בפועל. למעשה אין ראייה אחת בתיק שמאשרת את גרסתו של החשוד. ואף על פי כן, המשיבים בחרו להעדיף את גרסתו על פני שאר הראיות הקיימות בתיק, ...

ב. העדפת גרסתו של החשוד על פני הממצאים של העדים המקצועיים: הניתוח של ממצאי ... בלתי מדויק ומטעה. אל"מ בן אליעזר עושה כל שביכולתו לעגן את גרסת היורה בראיות, אף שהן אינן תומכות בגרסתו אלא מעידות על ההיפך. הקביעה הנחרצת שהראיות שנאספו בתיק אינן סותרות את גרסת היורה לפיה הוא ירה כדור אחד באוויר ושלושה כדורים לעבר גלגלי הרכב שגויה מן היסוד. ... קביעתו של אל"מ בן אליעזר ... תמוהה ומעלה חשש כי קביעה זו נובעת מניסיון לחזק את גרסת היורה, גם אם הדבר סותר את ההיגיון.

ג. יצירת גרסת האירוע התומכת בגרסתו של החשוד: למעשה, בהחלטתו של קודמה של המשיבה מס' 4, מפתח אל"מ בן אליעזר גרסה חלופית לאירוע אשר סותרת לחלוטין את גרסאותיהם של שאר העדים ודו"חות הגורמים המקצועיים בתיק. לטענת אל"מ בן אליעזר, הסיבה לכך שחוה החשוד את האירוע באופן שונה לחלוטין משאר חבריו, קרי שנשקפת לחיילים בכביש סכנת חיים, ולפיכך מוצדקת הפתיחה באש חייה, הינה ... לפיכך, אם נמשיך את טענתו של אל"מ בן אליעזר, ייתכן שהבחין החשוד בסכנה אשר לא הייתה קיימת. אם כך הדבר, ישנו סיכון שכל חייל המוצב בפילבוקס יפתח באש קטלנית כנגד חף מפשע, לרבות קלע אשר מאומן לדייק בירי, והתוצאה תהיה אבסורדית. חשוב לציין כי החשוד עצמו לא טען זאת, אלא שאל"מ בן אליעזר כבר הכין לו קו הגנה.

ד. מתן משקל לא ראוי לחוויה הסובייקטיבית של החשוד: אכן תחושה סובייקטיבית בדבר סכנת חיים היא נתון שצריך להביא בחשבון, אך הנתון צריך להיות סביר והגיוני, קרי, מבוסס על מציאות כלשהי. תחושה סובייקטיבית ביחס לסכנה היפותטית, שאין לה כל עיגון במציאות, אינה יכולה להצדיק פתיחה באש. במקרה דנן, גם אם תתקבל טענת החשוד כי העריך כי נשקפת לחיילים בכביש סכנת חיים, וגם אם הדבר מסיר את היסוד הנפשי הנדרש כדי להעמיד את החשוד לדין על הריגה במכוון, די בביסוס העובדה האובייקטיבית כי לא נשקפה לחיילים סכנה, וזאת על פי גרסאותיהם העקביות של החיילים שנכחו באירוע, כדי להצביע על ביצוע ירי שלא כדיון, ולכל הפחות על עבירת גרימת מוות ברשלנות. יצוין כי אל"מ בן אליעזר מציין בהחלטתו כי חלק מהעדים טעו בתיאורם של הוראות הפתיחה באש, אך אינו מצביע על טעויות אלו ולא מנמק את מסקנתו שהחשוד לא הפר את הוראות אלו מעבר לטענה כי די בחוויה הסובייקטיבית של החשוד כדי להצדיק את השימוש בכוח קטלני – אלא שכאמור, אין זה המצב המשפטי.

ה. התעלמות מהראיות המצביעות על פציעת המנוח על-ידי ירי החשוד: עוד בהחלטתו של קודמה של המשיבה מס' 4, נטען כי ייתכן שהמנוח מת כתוצאה מהתאונה לאחר שרכבו נורה, ושהוא כלל לא נורה. קביעה כזו מהווה התעלמות בלתי סבירה באופן קיצוני מהקביעות של מגן דוד אדום ובית החולים הדסה, אשר קבעו שניהם כי המנוח נורה בראשו, וכן ... אין מנוס אלא להסיק כי אל"מ בן אליעזר מנסה להסיר

אחריות פלילית מהחשוד דרך צמצום הנזק שנגרם מהירי שבוצע על-ידי החשוד, ועל מנת לעשות כך מתעלם מחלק מהראיות בתיק ומעוות ראיות אחרות.

83. בנסיבות אלו ההחלטה שלא להעמיד לדין את הלוחם אשר ירה במצרי והרגו, המשיב מס' 5, הינה החלטה בלתי סבירה באורח קיצוני ובית המשפט נדרש להתערב בה.

84. בנוסף, סגירת התיק ללא הגשת כתב אישום נגד המשיב מס' 5 מהווה החלטה בלתי סבירה בעליל גם משום שהיא מאפשרת לחשוד בגרימת מותו של אדם שומר חוק, בעל ואב לשני ילדים קטנים, להימלט מאימת הדין ומעבירה מסר למי שאוחזים בנשק במסגרת פעילותם הצבאית כי קיימת להם חסינות גם כאשר התנהגותם הפלילית גרמה למותם של אנשים תמימים שלא סיכנו אותם.

85. יודגש: גם במידה שיסיקו המשיבים כי בתיק נעדר היסוד הנפשי הנדרש להעמדה לדין באשמת עבירה הדורשת מחשבה פלילית, כבר מהראיות קיים בסיס משפטי להעמדה לדין, לכל הפחות, בגין גרימת מוות ברשלנות. מחדל אי בחינת האפשרות להגיש כתב אישום באשמה הנוגעת להפרה של הוראות הפתיחה באש אף הוא מהווה החלטה בלתי סבירה בעליל.

86. עוד יודגש: ייתכן שקיימות ראיות דיות בתיק החקירה כדי לבסס הגשת כתבי אישום נוספים נגד מעורבים נוספים האחראיים פיקודית לאירוע ותוצאותיו.

ה. סוף דבר

87. כפי שנטען לעיל, ההחלטה שלא להגיש כתב אישום נגד המשיב מס' 5 בתיק מושא עתירה זו מהווה החלטה בלתי סבירה בעליל ואף הפרה של הדין הבינלאומי הנוגע לחובה להגן על האוכלוסייה בשטח הכבוש.

88. חומר החקירה מוכיח כי הירי הקטלני בוצע לעבר המנוח ובנסיבות של היעדרות מוחלטת של סכנה לחיים. בנסיבות אלו קשה, וכנראה בלתי אפשרי, יהיה להלום החלטה שלא להעמיד לדין את הלוחם אשר ירה במצרי ז"ל, המשיב מס' 5.

89. אי-הגשת כתב אישום במקרה כה חמור מאפשרת לחשוד בגרימת מותו של אדם שומר חוק, אב לשני ילדים ובעל לאלמנה, להימלט מאימת הדין ומעבירה מסר למי שאוחזים בנשק במסגרת פעילותם הצבאית כי קיימת להם חסינות גם כאשר התנהגותם הפלילית גרמה למותם של אנשים תמימים שלא סיכנו אותם.

90. לאור כל האמור לעיל, החלטת המשיבים הינה בלתי סבירה בעליל וזועקת להתערבות בית המשפט הנכבד.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על-תנאי כמבוקש בראשית כתב עתירה זה, ולאחר קבלת תגובת המשיבים ודיון בעל-פה – להפכו למוחלט.

בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורכי-דינם בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

תאריך: _____

אמילי שפר עומר-מן, עו"ד

ב"כ העותרים