

1. צובחיה מוסא עבד אבו רחמה, ת.ז. 954901757

2. מועצת הכפר בילעין

3. בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם

בשטחים, ע"ר 580146256

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

ע"ר 5804422

העותרים

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או שלומי זכריה ו/או
אמילי שפר ו/או אדר גרייבסקי ו/או אנו דעואל לוסקי,
כולם מרחי יהודה הלוי 45, תל-אביב 65157; טל: 03-
6206947/8/9, פקס: 03-6206950

-- נ ג ד --

הפרקליט הצבאי הראשי – תא"ל דני עפרוני

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

המשיב

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לבוא וליתן טעם מדוע:

א. לא יקבל לאלתר החלטה בתיק חקירת המשטרה הצבאית החוקרת (להלו: "מצ"ח") ירושלים מספר 285/10, העוסק בנסיבות הריגתו של **באסם אברהים אבו רחמה ז"ל**, אשר נהרג מפגיעת רימון גז שירו עליו כוחות הביטחון ביום 17.4.2009, בעת שהשתתף בעצרת מחאה אזרחית ולא אלימה על אדמת כפרו בילעין שבגדה המערבית;

ב. מדוע לא יורה על הגשת כתב אישום נגד החייל שירה באבו רחמה ז"ל וכנגד כל מי שיש לו אחריות פיקודית להריגה.

בקשה לקביעת דיון דחוף

תיק זה עוסק באירוע שהתרחש באפריל 2009, קרי לפני כמעט ארבע שנים.

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

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

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

ואלה נימוקי העתירה לצו על תנאי :

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בסחבת ובעיכובים התמוהים, הבלתי סבירים והמסוכנים של המשיב בקבלת החלטה בתיק החקירה של נסיבות הריגתו של באסם אברהים אבו רחמה (להלן: "אבו רחמה"), בשעת הפגנה שקטה בכפר בלעין.

2. עניינה של עתירה זו בהחלטה (במשתמע) שלא להגיש כתב אישום נגד חייל שבהתאם לראיות שבידי המשיב ביצע ירי שלא כדין וברשלנות כאשר ירה בכינון ישיר רימון גז ממרחק קצר במפגין בלתי חמוש ולא אלים ובנסיבות שלא הייתה כל סכנה לא לחיים ואף לא לרכוש, ובכך גרם למותו של המפגין.

3. בעתירה זו יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב להגיש כתב אישום נגד החייל היורה ולאחראים משרשרת הפיקוד לאירוע ולתוצאתו החמורה.

4. **אולם, בשלב הראשון, בעתירה זו יתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב ליתן החלטה מיידית, ללא דיחוי וללא כל השהיות, לגבי המשך ההליכים לאחר שחקירת מצ"ח נסתיימה מזמן.**

5. העותרים שומרים על זכותם לתקן כתב עתירה זה, באם תתקבל החלטה ע"י המשיב (ובכך יתמצא הסעד הראשון שהתבקש בעתירה) ובאם החלטה זו תהיה שלא לפתוח בהליך כנגד איש וככל שבעקבות החלטה זו יתאפשר לעותרים לעיין בחומר החקירה שנאסף.

6. האירוע מושא עתירה זו התרחש ביום 17.4.09 (כלומר לפני ארבע שנים בקירוב!) במהלכה של הפגנה מעוטת משתתפים בסמוך לגדר ההפרדה באדמות הכפר הפלסטיני בילעין, במיקומה המקורי, שהרי מאז מותו של אבו רחמה פסק דינו של בית משפט נכבד זה שהורה להסיט את תוואי הגדר מערבה יושם, והגדר הוקמה במקום אחר באדמות הכפר. בדקות שקדמו לאירוע הריגתו של אבו רחמה, מספר מפגינים בודדים התקרבו לגדר וקראו קריאות לעבר כוחות הביטחון. מספר מעוט של מפגינים חצו את גדר הטייל ונגשו לגדר, אך אבו רחמה לא היה ביניהם. אף אחד מהמפגינים לא היה חמוש, לא היה שום גילוי של אלימות ולא נשקפה לחיילים או לגדר סכנה כלשהי. לוחם ירה ממטול רימוני גז (שטווח התעופה שלהם, אם הם נורים בכיוון עקיף, מגיע למאות מטרים מנקודת המוצא) ירה רימון גז בעל טווח מוגדל ממרחק של כשלושים וחמישה מטרים בכיוון ישיר – קרי בניגוד להוראות הפתיחה באש ומכאן ברשלנות – באבו רחמה, אשר עמד מצידה המזרחי של גדר התיל, במרחק של כ-15 מטרים מהגדר. הרימון פגע בחזהו של אבו רחמה, וכתוצאה מהפגיעה הישירה הוא נהרג.

7. לקודמו בתפקיד של המשיב, אלוף אביחי מנדלבליט, נדרשה כמעט שנה מאז האירוע לקבל החלטה אם לפתוח בחקירת מצ"ח. החלטתו הייתה שאין מקום לחקירה. רק בעקבות דרישותיהם של העותרים שישקול את החלטתו מחדש, ולאחר שהעותרים העבירו חוות דעת מומחים שבחנו את שלושה סרטוני הוידאו שהנציחו את האירוע מזוויות שונות והגיעו למסקנה החד משמעית שהירי בוצע בכיוון ישיר, רק אז הפך קודמו של המשיב את החלטתו וביוני 2010 – קרי, למעלה משנה לאחר האירוע – נפתחה חקירה של מצ"ח.

8. אנו מתקרבים לארבע שנים מאז הריגתו של אבו רחמה, ולמעלה משנתיים וחצי חלפו מאז שנפתחה חקירת מצ"ח (שנסתיימה לפני חודשים ארוכים, כפי שיפורט להלן). אך עד היום טרם קיבל המשיב החלטה אם להעמיד חשודים בהריגה לדין או לסגור את התיק.

9. בעתירה זו ייטען כי מדובר בהימנעות מקבלת החלטה שהינה בלתי סבירה באורח קיצוני בין היתר לאור החובה הקבועה במשפט הבינלאומי כי חקירת הפרה חמורה של זכויות אדם תהיה אפקטיבית, ובין היתר שהפתיחה בחקירה תתרחש ללא דיחוי וביצועה יושלם במהירות ראויה ("promptness"), ובכלל זאת קבלת החלטה באשר להעמדת חשודים לדין.

10. בעתירה זו ייטען כי התנהלות המשיב הינה בלתי סבירה באורח קיצוני משום שכל הראיות מצביעות כי רימון גז בעל טווח מוגדל נורה לעבר אבו רחמה בכיוון ישיר בניגוד

להוראות הפתיחה באש הצה"ליות, וכי לפיכך אין מקום להימנע מלהגיש כתב אישום נגד היורה בגין עבירות המתה, ולכל הפחות גרימת מוות ברשלנות.

11. בעתירה זו ייטען כי המדובר באי-קבלת החלטה **תמוהה** משום שהאירוע הונצח משלוש זוויות ע"י שלושה צלמי וידיאו שונים וניתוח פשוט של תיעוד נרחב זה מוכיח כי הירי באבו רחמה נעשה מטווח קצר, בכינון ישיר וללא שום הצדקה – ממצאים שמצביעים לכשעצמם על ביצוען של עבירות בגינתן יש להעמיד את המעורבים לדין.

12. בעתירה זו ייטען כי המדובר בהיעדרות **מסוכנת** של החלטה משום שעתה, **כעבור קרוב לארבע שנים מאז האירוע**, רוב המעורבים שוחררו משרותם בצה"ל או במג"ב והדבר מקשה על העמדתם לדין, והדבר מצמצם את הסיכוי להעניק למשפחת הקורבן סעד אפקטיבי, או סעד כלשהו. עוד ייטען כי ההשתהות הופכת את הסיכוי לביקורת שיפוטית על החלטה שלא להגיש כתבי אישום (אם כזו תתקבל) לבעייתי ומעלה את הסיכון של אי-אפקטיביות, שהרי כל פרח משפטים יודע כמה קשה לנהל תיק פלילי שנים לאחר קרות האירוע, ועוד יותר קשה לקיים בקרה על החלטה שנתקבלה זמן כה רב לאחר האירוע.

13. בעתירה זו ייטען כי מדובר במחדל **מסוכן** של קבלת החלטה משום שהוא מעביר מסר של זלזול בחיי אזרחים פלסטינים, בכך שהוא משדר בבירור לכל חיילי צה"ל ומג"ב העוסקים בפזורה הפגנות של פלסטינים כי ירי לעבר המפגינים, גם כאשר ירי כזה מסתיים במותו של אחד מהם, לא יוביל נשיאה באחריות פלילית. מסר זה – גם אם אין זו כוונתו – ייקלט ויתורגם לעוד פצועים, עוד נכים ועוד משפחות שכולות. למעשה, אפקט זה כבר מורגש בשטח.

14. ואם לא די באלה, הרי שהימנעותו של המשיב מקבלת החלטה פוגעת גם באינטרסים של חיילי צה"ל ומג"ב שכן בהיעדר חקירה אפקטיבית, החשודים נחשפים לחקירה והעמדה לדין בגין ביצוע פשעי מלחמה במקומות שונים בעולם. **סכנת ההעמדה לדין של חיילי צה"ל וקציניו בחו"ל רובצת לפתחה של הפרקליטות הצבאית אשר במו החלטותיה ומדיניותה הפוטרת חיילים, בפועל, מאחריות פלילית כתוצאה מפגמים בחקירות (כגון עיכובים בלתי סבירים) מעניקה סמכות שיפוטית אוניברסאלית לאומות העולם.**

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

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

ב. הצדדים לעתירה

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

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

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

20. העותר מספר 4, ארגון "יש דין", הינו ארגון זכויות אדם ישראלי אשר פועל למען חיזוק וביצור זכויות האדם בשטחי הגדה המערבית הכבושים ובין היתר מעניק סיוע משפטי לאזרחים מוגנים שנפגעו מעבירות של אזרחים ישראלים או אנשי כוחות הביטחון הישראליים כלפיהם.

21. המשיב, הפרקליט הצבאי הראשי, מופקד על אכיפת החוק בצבא והימנעותו מקבלת החלטה בתיק חקירת מותו של אבו רחמה היא מושא עתירה זו.

ג. רקע עובדתי

I. האירוע

22. ההפגנה שבמסגרתה נהרג אבו רחמה ז"ל נערכה על אדמות הכפר בילעין ביום שישי ה-17.4.2009. המדובר בהפגנה שבועית, שהייתה בשנתה הרביעית ביום קרות האירוע, במחאה על הקמת גדר ההפרדה שהפרידה בין הכפר לכמחצית מאדמותיו. ההפגנות נערכות גם היום, בסמוך לתוואי החדש של גדר ההפרדה. בהפגנות משתתפים אזרחים פלסטיניים, ישראלים וזרים. **אף משתתף בהן מעולם לא היה חמוש**. בהפגנה המסוימת

שבה אבו רחמה ז"ל נורה הייתה השתתפות מועטה בלבד של בין כ-30 איש, וכפי שמוכיחים סרטי הווידאו, לא יודו כלל אבנים בכל שלב של האירוע, לא לפני שכוחות הביטחון החלו לירות, ולא במהלך התייעוד המצולם של הירי של אבו רחמה ופינויו לבית החולים.

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

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

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

25. מכל מקום, כנגד תוואי הגדר הבלתי חוקי הזה יצא אבו רחמה להפגין בצהרי יום שישי ה-17.4.09. ההפגנה החלה בתוככי הכפר ומשתתפיה התקדמו לעבר גדר ההפרדה. שלושה צלמים היו בקהל המפגינים: עודה אבו רחמה, דוד ריב ובסאם חאמד. בסרטונים שצילמו השלושה ניתן להבחין כי אבו רחמה (שהיה לבוש בחולצה שצבעה צהוב זרחני אשר על גבה הספרה 11) עמד מצידה המזרחי של הגדר, במרחק של כמה עשרות מטרים מהחיילים. לא הוא ולא אחרים יידו אבנים, או היוו סכנה בדרך כלשהי לכוחות הביטחון. למעשה, מספר שניות לפני הירי הקטלני שקיפח את חייו נשמע אבו רחמה צועק בשפה עברית לכוחות כי הם פגעו במפגינה אותה חשב לישראלית (מדובר במפגינה צרפתייה אשר נפצעה באורח קל), ולאחר מכן הוא נשמע צועק בערבית כי רימון חלף בין רגליו. כעבור מספר שניות נפגע אבו רחמה מפגיעה ישירה של רימון גז בעל טווח מוגדל והתמוטט, כאשר הירי בוצע בכינון ישיר ומטווח קצר ביותר. אבו רחמה פונה לטיפול רפואי בביה"ח ברמאללה שם נקבע מותו.

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

העתק של שלושת הסרטונים ע"ג תקליטור מצ"ב ומסומן **נספח 1**.
(הסרטונים ע"פ סדר הופעתם: 1) סרטון שצילם עודה אבו רחמה, (2) סרטון שצילם דוד ריב, (3) סרטון שצילם בסאם חאמד).

II. מיצוי הליכים

דרישת העותרים לפתוח בחקירה וסירוב המשיב

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

העתק של מכתבו של העותר 3 למשיב מצ"ב ומסומן **נספח 2**.

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

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

3.

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

העתק של הכתבה מצ"ב ומסומן **נספח 4**.

30. ביום 27.4.09 השיבה סא"ל סיגל משעל שחורי, הפרקליטה לעניינים מבצעיים דאז, למכתבו של ב"כ העותרת 1 וציינה כי פנייתו מצויה בטיפול. ביום 30.4.09 השיב אל"מ שרון אפק, יועמ"ש איו"ש דאז לפניית העותר 3. בתשובתו ציין יועמ"ש איו"ש דאז כי "בחלק מההוראות המתייחסות לירי גז במצבים של התמודדות עם הפרות, **נקבע איסור**

על ירי בכינון ישיר לעבר אדם" (ההדגשה שלנו, מ"ס, א"ש). כמו כן, ציין אל"מ אפק במכתבו כי הוראה מפורשת ורחבה בדבר איסור על ירי גז בכינון ישיר לעבר אדם תפורסם בקרוב.

העתק של מכתבה של הפרקליטה לעניינים מבצעיים דאז ושל יועמ"ש איו"ש דאז מצ"ב ומסומנים נספחים 5 ו-6 בהתאמה.

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

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

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

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

34. רק ביום 28.3.10, כמעט שנה לאחר האירוע הודיעה רס"ן דורית תובל, הסגנית לפרקליטה לעניינים מצבעיים דאז, כי הוחלט שלא לפתוח בחקירה מצ"ח. על פי הכתוב במכתבה, ההחלטה נסמכה על ממצאי התחקיר המבצעי שבוצע, כאשר לטענתה אין תימוכין לטענה כי ירי מכוון בכינון ישיר גרם להריגתו של אבו רחמה, אלא שהוא נהרג ע"פ אחת התזות הבאות: (א) אבו רחמה עמד במקום גבוה, על גבי מדרגות סלע, ולכן נוצרה התלכדות בינו לבין קו הירי שלא במכוון. (2) הרימון שנורה פגע בחוטי התיל העליונים מעל גדר הרשת, שינה את מסלולו ולכן פגע באבו רחמה [כלומר: אף שהיורה לא כיוון אליו].

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

35. יצוין כי התחקיר המבצעי אינו מבוצע ע"י חוקרים שמקצועם לחקור אלא ע"י קצינים (בדרך כלל מפקדים משרשרת הפיקוד של היחידה הנוגעת בדבר), במסגרתו נשמעת גרסתם של החיילים המעורבים באירוע אך עפ"ר לא של עדי ראייה אזרחיים, ואין לתחקיר המבצעי כלים פורנזיים. ואכן, במסגרת התחקיר המבצעי שנערך לאירוע מושא עתירה זו, נשמעה גרסתם של החיילים בלבד – למרות שהיו עדי ראייה אזרחיים רבים, פלסטינים וישראלים. החומרים הנגבים במסגרת תחקיר מבצעי הינם בגדר סוד, אך הרמטכ"ל ראשי להעביר אותם לגוף ציבורי או אדם המבקש לעיין בחלקם או בכולם מכוח ס' 539א (ב) (5) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955.

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

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

חוות הדעת מומחים: שיחזור ממוחשב של הזירה והירי

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

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

39. צוות המומחים יצר, באמצעות סרטוני הווידאו, שיחזור ממוחשב של זירת האירוע שבו נהרג אבו רחמה, והתחקה אחר מסלול מעופו של הרימון הקטלני. המסקנות של הניתוח המרחבי הדיגיטאלי שביצעו הינן:

- רימון הגז שפגע במר אבו רחמה ז"ל נורה בזווית שבין 1- (מינוס אחת) ל-1 מעלות יחסית לקרקע – כלומר בכינון ישיר.
- במידה שאכן, כטענת המשיב באחת החלופות, הרימון פגע בדרכו בתיל שעל גדר ההפרדה ומשם עשה דרכו ופגע בחזהו של אבו רחמה, הרי שזווית הירי הייתה בין 1- (מינוס אחת) ל-5 מעלות ביחס לקרקע – כלומר גם במקרה זה מדובר בירי בכינון ישיר.

- לו היה הלוחם שפגע באבו רחמה יורה בכינון עקיף, כלומר בבקשת (כפי שלמיטב ידיעת העותרים דורשות הוראות הפתיחה באש), אזי רימון הגז היה נוחת במרחק של מאות מטרים מאחורי אבו רחמה.

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

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

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

41. בשבועות שלאחר העברת המכתב יצר העוזר המשפטי של הפצ"ר קשר טלפוני עם הח"מ, עו"ד ספרד, והודיע לו כי יש כוונה לבחון את חוות הדעת באופן מעמיק בכדי לקבל החלטה נוספת, ואף הודיע על כך במכתב ביום 27.6.10.

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

פתיחה מאוחרת בחקירת מצ"ח

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

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

43. למיטב ידיעת העותרים, החקירה הסתיימה (לאחר מספר השלמות) לפני חודשים, ולמרות זאת המשיב טרם החליט כיצד לנהוג בממצאי החקירה.

44. בדומה להתנהלות המשיב בתקופה שקדמה לקבלת ההחלטה על אי-פתיחה בחקירה – גם התנהלותו בשלב של ביצוע חקירה פלילית משדרת יחס מזלזל לחשיבותו של האירוע ושל הברור המשפטי לגבי האחריות לו. למעשה, האיטיות והלאות שבאופן ניהול החקירה וקבלת ההחלטות משדרת קלות דעת גם לגבי החשיבות הכללית של אכיפת החוק על כוחות הביטחון הישראליים, לגבי חשיבות הנורמות בנוגע לחקירה אפקטיבית, ובכלל

זאת חשיבות אלמנט הזמן, וכן חוסר אכפתיות כלפי עדי הראייה הפלסטינים והמשפחה השכולה.

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

מכתבו של סא"ל רונן הירש, הפרקליט לעניינים מבצעיים, מיום 20.3.12
מצ"ב ומסומן נספח 18.

46. נכון ליולי 2012 התיק שב לטיפול המשיב והפרקליטות הצבאית, אך טרם התקבלה החלטה באשר להמשך ההליכים בתיק, ולמיטב ידיעתם של ב"כ העותרים, משיחותיהם עם המשיב וגורמי הפרקליטות הצבאית, כך המצב עד לעת כתיבת עתירה זו.

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

47. ביום 19.12.12 שלחו הח"מ ב"כ העותרים מכתב התראה לפני נקיטה בהליכים משפטיים לפרקליט לעניינים מבצעיים סא"ל הירש עם העתק למשיב ולתצ"ר אל"מ אהוד אליעזר, ובו צוין כי בפגישה בין ב"כ העותרים ונציגי העותרים 3-4 לבין סא"ל הירש ואל"מ אליעזר מיום 23.10.12, נמסר כי המשיב עומד לקבל החלטה בתיק בהקדם האפשרי.

48. אלא שעתירה זו מוגשת כעבור קרוב לארבעה (4) חודשים מאז פגישה זו, ולמעלה משנתיים וחצי (2.5) מאז הפתיחה בחקירה המאוחרת, וקרוב לארבע (4) שנים מאז האירוע שבו נהרג אבו רחמה (!!) – ועד היום לא התקבלה החלטה בתיק.

49. היות והמשיב לא מצא לנכון להשיב לב"כ העותרים, ולנוכח פרק הזמן הבלתי סביר שחלף מאז הפתיחה בחקירה ומאז שיבתו של התיק מהשלמת חקירה לעיון המשיב, סבורים העותרים כי אין מנוס אלא לבקש סעד מבית משפט נכבד זה.

50. מכאן עתירה זו.

ד. הטיעון המשפטי

I. 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 הכיבוש – כאמור, המכונים "אזרחים מוגנים".

52. מחדלו של המשיב מלנהל חקירה במהירות וללא עיכובים בלתי סבירים שמאפשרת העמדה לדין של חשודים, אף מהווה הפרה של חובתו של צה"ל להגן על שלומה של האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש. אם כן, העיכוב הבלתי סביר בסיום החקירה ובקבלת החלטתו של המשיב מהווה, על פניו, הפרה של נורמות מרכזיות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי.
53. הדברים ידועים ומוכרים, ובכל זאת, לאור חשיבותם ומרכזיותם בעניין משוא עתירה זו, נעמוד עליהם בקצרה. להלן עיקרי הטענה.
54. הגדה המערבית היא שטח שנכבש ע"י מדינת ישראל בשנת 1967 וחלים עליה דיני הכיבוש הבינלאומיים (או: "דיני התפיסה הלחמתית") – ראו בג"צ 393/82 ג'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד ל"ז (4) 785 (1983).
55. דיני הכיבוש מהווים משפט מנהגי וחלים על כל מצב של תפיסה לוחמתית, בין אם מדובר בצדדים לאמנות הרלוונטיות ואם 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).
56. 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).
57. הן בתקנות האג, והן באמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949 (להלן: "אמנת ג'נבה"), הוקדשו סעיפים רבים לפירוט החובה השלילית המוטלת על הכוח הכובש (ההדגשות אינן במקור, מ"ס, א"ש):
58. סעיף 3 המשותף לארבע אמנות ג'נבה קובע את סטנדרט ההתנהגות המינימאלי כלפי מי שאינו מעורב בלחימה ונחשב כיום לעקרון-על של המשפט ההומניטארי הבינלאומי. בפרט, סעיף זה אוסר על אלימות ופגיעות אחרות לגופם ולכבודם של האזרחים המוגנים:

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 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.

(ההדגשה אינה במקור, מ"ס, א"ש)

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.*

(ההדגשה אינה במקור, מ"ס, א"ש)

61. העותרות מפנות עוד לסעיף 75 לפרוטוקול הראשון של אמנות ג'נבה משנת 1977.

62. מחדל אי-קבלת החלטה בחקירה שהעותרים דורשים בעתירה זו מהווה הפרה של חובת ההגנה על האזרחים המוגנים. בעניין זה המשפט הבינלאומי הוא ברור: חלק בלתי נפרד מהחובה להגן על האוכלוסייה המוגנת הינו החובה לחקור הפרות לכאורה של האיסור על פגיעה באזרחים המוגנים, גופם, רכושם וכבודם, העמדתם של חשודים לדין פלילי. אי-חקירה של הפרת זכות יסוד, ואי-הגשת כתב אישום כנגד מבצעה לכאורה, מטילה על המדינה או הכוח הרלבנטי אחריות להפרה. המדובר בעקרון ותיק הן של המשפט הבינלאומי לזכויות האדם והן של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. החובה להביא בפני בתי המשפט אנשים אשר חתרו תחת חובת ההגנה על האזרחים המוגנים נזכרת בגופי המשפט ההומניטארי שונים (ראו למשל: ס' 146-147 לאמנת ג'נבה הרביעית, ויש לקרוא אותם כיחידה אחת).

II החובה לחקור "במהירות ראויה" או "ללא דיחוי" ("promptly")

63. ההוראות המנהגיות של משפט זכויות האדם הבינלאומי חלות ישירות בכל שטח שבו יש למדינת ישראל (באמצעות צבאה) שליטה אפקטיבית. זוהי 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 משפט זה 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).

64. מכאן שאמות המידה המפורטות בדיני זכויות האדם הבינלאומיים בנוגע לחובה לחקור וכן לבצע החקירה האפקטיבית המאפשרת העמדת חשודים לדין פלילי, חלות על חקירות צה"ל ועל מערכת החקירות הצבאיות שבראשה עומד המשיב. בין אמות מידה אלו: עצמאות, העדר משוא פנים ("impartiality"), אפקטיביות, יסודיות ומקצועות, שקיפות/פומביות, ומהירות.

65. במאמר מוסגר, נדגיש כי עמדתם זו של העותרים 3-4 זכתה לביטוי במסגרת עדויות נציגיהם בפני הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 (להלן: "ועדת טירקלי") בנושא "מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי", אשר נשמעו באפריל 2011. הנימוקים המשפטיים לעמדה זו אף הועברו בצורה של נייר עמדה שהוגש בשם העותר 4 לוועדה במרץ 2011.

66. עמדת העותרים הינה כי החקירה ותהליך קבלת החלטה בתיק מושא עתירה זו סובלים לא רק מפגם אחד ביחס לדרישות של חקירה אפקטיבית ע"פ המשפט הבינלאומי שנמנו לעיל. אך לאור העובדה כי הפגם הבולט ביותר והחשוף לציבור כעת הינו עניין הזמן שחלף, כן ראוי להתעכב על הדרישה לבצע את החקירה במהירות, וככל שהיבט זה משפיע על האפשרות להעמיד חשודים לדין, החובה לקבל החלטה באשר להגשת כתב אישום במהירות ראויה.

67. **נבהיר ונדגיש: עמדת העותרים כי קבלת החלטה בסיום חקירה הינה הליך בלתי נפרד של החקירה, ועקרון המהירות חל ישירות עליה.** הרי אין תוקף לעקרון המהירות אם גורמי החקירה מקפידים לזרז את ניהול החקירה עצמה, אך גורמי קבלת החלטה מתעכבים למשך בלתי מוגבל. אפקטיביות החקירה מתייחסת במפורש לאפשרות של הצדק להיעשות בסופו של חקירה, והדבר, אם כן, תקף גם באשר להליך קבלת החלטה אם להעמדה לדין אם לאו.

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

- הקומנטאר לאמנת ג'נבה הרביעית על ס' 146 לאמנה מבהיר כי כאשר עולה חשד לביצוע הפרות חמורות, יש לפעול "במהירות ראויה" לעצור חשודים ולהעמידם לדין (Commentary on the IV Geneva Convention of 12 August 1949 Relative to the Protection of the Civilian Persons in Time of War, Article 146,p. 593 ;(Pictet ed., 1958)
- הערה כללית 31 של ועדת זכויות אדם המתייחסת לחקירת הפרות של האמנה הבינלאומית של זכויות אזרחיות ופוליטיות, סע' 15 ("promptly");
- הערה הכללית 20 של ועדת זכויות האדם, (באשר לחקירת עינוים והתייחסות או עונש משפיל ואכזרי) פס' 14 : ("complaints must be investigated promptly...so as to : (make the remedy effective"
- פסקי דין של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, למשל : *Ramsahai v. The Netherlands* (Application no. 52391/99), Judgment 15 May 2007, § 9("a prompt response by the authorities in investigating a use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts.");
- *Finucane v. The United Kingdom* (Application no. 29178/95) Judgment, Strasbourg, 1 July 2003, §70 (repeated in *Ramsahai*); § 80 ("requirement that effective investigations be commenced promptly **and conducted with due expedition**" (ההדגשה אינה במקור, מ"ס, א"ש);
- *Edwards v UK* (Application no. 46477/99) 14 March 2002, § 86 ("it is crucial in cases of deaths in contentious situations for the investigation to be prompt. **The passage of time will inevitably erode the amount and quality of the evidence available and the appearance of a lack of diligence will cast doubt on the good faith of the investigative efforts, as well as drag out the ordeal for the members of the family.**" (ההדגשה אינה במקור, מ"ס, א"ש);
- פסק דין של בית הדין הבין אמריקאי לזכויות אדם, Marco Antonio Servellón García et al. v. Honduras, Inter-Am. Ct. H.R. Case 12.331, Report No16/02, Doc. 5 rev. 1 at 348, para. 31 (2002) ("The Commission finds that, as a general rule, a criminal investigation should be carried out promptly to ;protect the interests of the victims and to preserve evidence")

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

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

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

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

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

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

71. מכאן שהחלטת המשיב לפתוח בחקירה של נסיבות מותו של אבו רחמה בחלוף של כ-15 חודשים לא עמדה באימות המידה הבינלאומית של חובת החקירה האפקטיבית. אך העיכובים בחקירה מתמשכים ואנו מתקרבים לחלוף של ארבע שנים מאז האירוע, ומשך חקירה ותהליך קבלת החלטה בתיק העומדים כיום על 31 חודשים.

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

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

"הוועדה הגיעה למסקנה, כי יש לקבוע משך זמן לחקירה. על הפצ"ר, בתאום עם היועץ המשפטי לממשלה, לקבוע את משך הזמן המרבי שבין החלטה לפתוח בחקירה לבין החלטה לנקוט צעדים משפטיים או משמעתיים או לסגור את התיק. על מנת להבטיח עמידה במשך הזמן שיוסדר, ולאפשר ביקורת נאותה על כך, הפצ"ר יפרסם, אחת לשנה לפחות, נתונים סטטיסטיים בדבר משך זמן הטיפול בתיקים."

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

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

75. טענת העותרים, אשר תפורט להלן, כי החקירה ותהליך קבלת החלטה בעקבותיה, שהינם מושא עתירה זו אינם עומדים באמות המידה של חקירה אפקטיבית, בין היתר משום שהם מתעכבים באופן בלתי מתקבל על הדעת. לפיכך, מחדל אי-קבלת החלטה בחקירה ע"י המשיב מהווה הפרה של חובת החקירה האפקטיבית.

III העיכוב במתן החלטה ע"י המשיב נגועה באי סבירות קיצונית

76. הימנעותו של המשיב מלקבל החלטה בחקירה של נסיבות מותו של אבו רחמה לוקה בחוסר סבירות קיצוני ולפיכך יש להורות לו לפעול לקבל החלטה בתיק. כאמור, חלפו קרוב לארבע (4) שנים מאז האירוע בו נהרג אבו רחמה, כ-31 חודשים מאז הפתיחה בחקירה, למעלה משבעה (7) חודשים מאז הודעת המשיב כי התיק שב למשרדו וטרם התקבלה החלטה, וכארבעה (4) חודשים מאז שידועו ב"כ העותרים אישית כי תתקבל החלטה "בהקדם האפשרי".

77. אי-סבירות קיצונית נובעת ממחדלו של המשיב לקבל החלטה עד לשלב מאוחר זה, בעוד שידוע לו היטב כי ככל שהזמן חולף, פוחתים הסיכויים להעמיד חשודים לדין ולהרשיע אותם. למעשה, מחדלו מאיים לסכל כל סיכוי שהאמת תצא והצדק ייעשה. בנוסף, אף שלא בכוונת מכוון, מחדל זה משדר זלזול בחובה להגן על האוכלוסייה המוגנת, בעקרון שלטון החוק ובחשיבות אכיפת החוק, וכן בצורך הממשי והלגיטימי של אמו העותרת 1

ושאר משפחתו לדעת מה היו הסיבות שגרמו לאובדן הגדול מהם הם סובלים זה ארבע שנים.

78. כאמור, חלה על המשיב חובה ע"פ המשפט הבינלאומי לבצע חקירה "במהירות ראויה", כך שניתן יהיה שהצדק ייעשה. אלא שאין לראות במשך החקירה ותהליך קבלת ההחלטה בתיק מושא עתירה זו משך סביר, אלא עיכוב בלתי סביר בעליל ובלתי מתקבל על הדעת.

79. קל וחומר כאשר העותרים סבורים כי עדויות העדים, צילומי האירוע וחוות הדעת אותה העבירו למשיב מקימים תשתית ראייתית מספיקה כדי לקבוע, לכל הפחות, כי כוחות הביטחון חרגו מהוראות הפתיחה באש בכך שהירי בוצע בכינון ישיר ובטווח של לא יותר ממספר בודד של עשרות מטרים. חריגה זו היא שהביאה למותו של אבו רחמה, ויש להעמיד לדין את המעורבים בעבירות אלו.

IV ההחלטה (במשתמע) על אי-העמדה לדין נגועה בחוסר סבירות קיצוני

80. העותרים יטענו בנוסף, כי למעשה לא די בכך שהמשיב יקבל החלטה בנוגע להמשך ההליכים בתיק זה, אלא שההחלטה היחידה הסבירה לנוכח הראיות המצויות בפניו היא לכל הפחות העמדה לדין של החייל היורה בעבירת המתה, כאשר עצם חריגתו מהוראות הפתיחה באש מהווה גרימת מוות ברשלנות, לכל הפחות.

81. כפי שפורט לעיל, העותרים העבירו למשיב שלושה סרטונים וחוות דעת מומחים המוכיחים כי הירי הקטלני נעשה בכינון ישיר ובנסיבות של היעדר מוחלט של סכנה כלשהי לחיים או אפילו לרכוש. בנסיבות אלו קשה, וכנראה בלתי אפשרי, יהיה להלום החלטה שאיננה העמדה לדין של הלוחם אשר ירה באבו רחמה ז"ל.

82. למעשה, מהראיות שבידי העותרים – כאמור, שלושת הסרטונים, עדויותיהם של עדי הראייה וכן חוות הדעת המומחים – עולה כי הירי אשר גרם למותו של אבו רחמה בוצע בכינון ישיר, בעת שלא נשקפה אף סכנה לא לחיי אדם ולא לרכוש, ובניגוד להוראות הפתיחה באש. גם בהעדר היסוד הנפשי הנדרש להעמדה לדין באשמת עבירה הדורשת מחשבה פלילית, כבר מהראיות הידועות קיים בסיס משפטי להעמדה לדין, לכל הפחות, בגין גרימת מוות ברשלנות.

83. **יודגש:** ייתכן שקיימות ראיות דיות בתיק החקירה כדי לבסס הגשת כתב אישום נגד מעורבים רבים ובגין עבירות חמורות יותר. כך או כך, כבר על סמך הראיות שבידי העותרים טענתם כי אין מנוס מלהעמיד לדין את היורה, לכל הפחות, באשמת גרימת מוות ברשלנות.

84. העותרים, אם כן, שומרים על זכותם לתקן את כתב העתירה אם וכאשר יועברו אליהם ע"י המשיב חומרי חקירה כלשהם (לאחר שסוף כל סוף תתקבל החלטה בנושא).

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

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

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

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

88. 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 (בדימו') פרוקצ'יה, בנוגע לאחיו של המנוח אבו רחמה, אשר כתבה:

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

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

89. לפיכך, תיבחן חוקיותה של החלטת המשיב 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 (בדימו') 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"

(פרשת גנור, עמ' 527, ההדגשות אינן במקור, מ"ס, א"ש).

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

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

90. ויובהר: לא מדובר "בתחום האפור" אשר בתוכו ייתכן כי לא חלף די זמן לביצוע חקירה ממצה ומקיפה ממנה ניתן להגיע למסקנה אם קיימות די ראיות להגשת כתב אישום אם לאו. אלא שמדובר בחלוף זמן (כ-31 חודשים!) שאמור להספיק לכל גורם חוקר בכל רחבי העולם, ואף באירוע שצולם משלוש זוויות. לפיכך, מדובר בחריגה קיצונית מתחום הסבירות, כזו היורדת לשורשו של עניין, ולפיכך דורשת את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

ג. סוף דבר

91. לאירוע מושא עתירה זו היו עדי ראייה רבים אשר נטלו כולם חלק בהפגנה והיו בזירה שלוש מצלמות שונות שתיעדו את האירוע בזמן אמת, מראשית ההפגנה ועד הפגיעה הישירה באבו רחמה ופינויו לקבלת טיפול רפואי. נוסף לראיות אלו, בתיק החקירה ישנה חוות דעת מומחים המנתחת את החומרים המצולמים באופן מקצועי ומקיף.

92. ולמרות זאת, כמעט ארבע שנים חלפו מאז התרחש האירוע שהסתיים במותו של אזרח, ולמעלה מ-31 חודשים חלפו מאז הפתיחה בחקירה, שגם היא נפתחה באיחור בלתי סביר של למעלה משנה, טרם התקבלה החלטה בתיק.

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

94. בלב העותרים תחושה קשה על המידה המועטה של הגנה שמעניקה הפרקליטות הצבאית לאזרחים חפים מכל פשע הנפגעים בשל שימוש בלתי חוקי בנשק במהלכה של סיטואציה אזרחית מובהקת. האיטיות של הליך קבלת ההחלטות אצל המשיב, המסר המסוכן הנובע מעיכובים אלה, העוול שנגרם למשפחתו של אבו רחמה, למכריו ולמוקיריו – כל אלה לא מותירים לעותרים כל ברירה אלא לבקש סעד מבית המשפט הנכבד.

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

בנוסף, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות המשפט של העותרים וכן בשכ"ט עורכי דינם בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

תאריך: _____

אמילי שפר, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים