



בג"צ 6547/11 - צובחיה מוסא אלעבד אבו רחמה נ' הגדר של כפר בילעין

מנהלי - הסמכות המינהלית - מידתיות וסבירות

מנהלי - צבא וביטחון

var MareMakom = "בגצ 6547/11 - צובחיה מוסא אלעבד אבו רחמה נ' הגדר של כפר בילעין, תק-על 2014(3),
{;p.IDHidden{display:none ;" (28/08/2014)8798

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"צ 6547/11
לפני:

כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
1. צובחיה מוסא אלעבד אבו רחמה
2. הוועדה העממית נגד הגדר של כפר בילעין
העותרות:

נגד

המשיב: הפרקליט הצבאי הראשי

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: כ"ח בתמוז
התשע"ב (18.7.2012)

בשם העותרות: עו"ד מיכאל ספרד; עו"ד אמילי שפר



בשם המשיב:

עו"ד יצחק ברט; עו"ד הילה גורני

פסק-דין

המשנה לנשיא מ' נאור:

רקע

במוקד העתירה שלפנינו בקשתן של העותרות כי המשיב, הפרקליט הצבאי הראשי, יורה למשטרה הצבאית החוקרת לפתוח בחקירה פלילית לבירור נסיבות מותה של ג'וואהר אבו רחמה (להלן: המנוחה). המנוחה מתה ביום 1.1.2011, והיא בשנות השלושים לחייה.

1. ביום שישי, ה-31.12.2010, התקיימה הפגנה בסמוך לגדר הביטחון באזור הכפר בילעין. הפגנות דומות התקיימו מדי שבוע, במחאה כנגד בניית גדר הביטחון על אדמות הכפר. המשיב ציין כי ההפגנה הייתה חריגה בהיקפה, ולקחו בה חלק מאות משתתפים. לדבריו של המשיב ההפגנה התדרדרה להפרת סדר אלימה, ובמהלכה נזרקו אבנים ואף יודו בקבוקי תבערה לעבר כוחות צה"ל. העותרות מצידן ציינו כי ציבור המפגינים לא היה חמוש.

2. אין מחלוקת כי במהלך יום ההפגנה פונתה המנוחה לבית חולים ברמאללה, וכי מותה נקבע ביום שלאחר מכן. במוקד המחלוקת בין הצדדים עומדת סיבת מותה של המנוחה. לטענת העותרות, המנוחה צפתה על ההפגנה מאזור הסמוך לביתה שבכפר, המרוחק כמה עשרות מטרים ממקום ההפגנה. לשיטתן של העותרות, המנוחה נפגעה משאיפת גז מדמיע שבו עשו כוחות צה"ל שימוש במהלך ההפגנה, פונתה עקב כך מהכפר לבית החולים ונפטרה מאוחר יותר כתוצאה משאיפת הגז. מנגד, לטענת המשיב, מייד לאחר שנודע על מותה של המנוחה בבוקר יום 1.1.2011, החלו גורמי מתאמת הבריאות במינהל האזרחי בבדיקה של נסיבות מותה. לדברי המשיב, בדיקה זו, שנסמכה על מידע רפואי ומודיעיני, העלתה ספק ממשי אם מותה של המנוחה נגרם עקב שאיפת גז מדמיע. לפרטי הבדיקה שערך המשיב ולממצאיה אחזור בהמשך הדברים.

3. ביום 6.1.2011 פנו באי כוח העותרות למשיב בדרישה כי תיפתח חקירה פלילית לשם בירור נסיבות מותה של המנוחה. תגובתו של המשיב הייתה כי מממצאי התחקיר המבצעי שנערך לאחר האירוע, עולה כי האמצעים שהופעלו על-ידי כוחות צה"ל לפיזור ההפגנה באותו יום היו בהתאם להוראות הפתיחה באש וכי בדיקות במישורים הרפואיים והמודיעיניים (חרף אי-שיתוף פעולה חריג מצד גורמי הרשות הפלסטינית) העלו כי לכאורה אין קשר סיבתי בין האירוע לבין מותה של המנוחה. על-כן הבהיר המשיב כי נכון לעת הזו, אין הצדקה לפתוח בחקירה פלילית. המשיב הוסיף והבהיר כי אם בידי העותרות מצויות ראיות העשויות לשפוך אור על נסיבות מותה של המנוחה, הוא מוכן לקבל אותן בהקדם, ולאחר מכן תתקבל החלטה סופית בנושא (מכתב מיום 20.1.2011).



העותרות הבהירו בתגובה כי אין זה ראוי שההחלטה אם לפתוח בחקירה פלילית אם לאו תותנה באיסוף ראיות על-ידי משפחתה של המנוחה, ודרשו פעם נוספת כי נסיבות המוות יתבררו במסגרת של חקירה פלילית (מכתבים מימים 8.3.2011 ו-5.4.2011).

4. יצוין, כי במועד האירוע מושא העתירה, קבעו נהלי צה"ל כי אמצעי הבירור הראשוני במקרה שבו נהרג תושב פלסטיני כתוצאה מפעילות צה"ל הוא התחקיר המבצעי. התחקיר המבצעי, בצירוף פניות מטעם ארגוני זכויות אדם, כתבות מהעיתונות וכל חומר אחר קיים בנוגע לאירוע, הועברו באותה תקופה לפרקליטות הצבאית ונבדקו על-ידה. רק אם הבירור הראשוני האמור העלה חשד סביר לביצוע עבירה פלילית, הורה המשיב על פתיחה בחקירה פלילית. מדיניות זו נהגה בצה"ל החל משנת 2000, עם פרוץ האינתיפאדה השנייה ובעקבות התעצמות פעילות טרוריסטית כנגד תושבי ואזרחי ישראל. כנגד מדיניות חקירות זו הוגשה עתירה עקרונית (בג"ץ 9594/03 בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים נ' הפרקליט הצבאי הראשי (21.8.2011) (להלן: עניין בצלם)). לפסק הדין בעתירה בעניין בצלם אחזור בהמשך. כשלושה חודשים לאחר מותה של המנוחה, הודיע המשיב ביום 4.4.2011, במסגרת הודעה מעדכנת בתיק בעניין בצלם (נספח 14 לעתירה), על שינוי במדיניות בכל הנוגע לפתיחה בחקירות פליליות בעקבות פעילות מבצעית של כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ורצועת עזה. על-פי המדיניות החדשה, שתחילתה ממועד פרסומה ואילך, כל מקרה שבו נהרג תושב פלסטיני ביהודה ושומרון כתוצאה מפעולה של כוחות צה"ל, מביא לפתיחה מיידית בחקירה פלילית. עם זאת, במקרים שבהם ברור כי הפעילות שבמהלכה נהרג תושב פלסטיני הייתה בעלת "אופי לחימתי של ממש", ההחלטה אם לפתוח בחקירה פלילית אם לאו תתקבל לאחר שיערך בירור ראשוני של עובדות המקרה, בדומה לבירור שנערך על-פי המדיניות הקודמת. לדברי המשיב במסגרת ההודעה המעדכנת האמורה, שינוי המדיניות נבע מהתמורות שחלו בשנים האחרונות במציאות המבצעית והשלטונית באזור רצועת עזה ובאזור יהודה ושומרון. בעקבות הודעתו האמורה של המשיב, פנו העותרות למשיב פעם נוספת בדרישה כי יורה על פתיחה בחקירה פלילית. המשיב סירב לדרישתן (מכתבים מימים 7.4.2011 ו-27.6.2011). במכתבו מיום 27.6.2011, הוסיף המשיב כי מכיון שהבירור הראשוני בענייננו העלה כי אין חשד סביר לביצוע עבירה פלילית, ומשהעותרות נמנעו מלפרט ראיות הסותרות זאת, אין הצדקה לפתיחה בחקירה פלילית.

מכאן העתירה שלפנינו.

טענות הצדדים

5. העותרת 1 היא אם המנוחה, תושבת הכפר בילעין. העותרת 2 היא הוועדה העממית נגד הגדר בכפר בילעין,



הגוף המארגן את המחאה כנגד תוואי גדר הביטחון באזור. לטענת העותרות, החלטת המשיב שלא להורות על פתיחה בחקירה פלילית לוקה בחוסר סבירות קיצוני ומשכך קיימת הצדקה להתערבות שיפוטית בה. לטענתן, נסיבות האירוע – שבהן נפגעה המנוחה כתוצאה מפעולת אכיפת חוק, מצאה את מותה בסמוך למועד האירוע ונסיבות מותה לא התבררו עד תום – מקימות חובה למשיב לחקור את האירוע במסגרת של חקירה פלילית. זאת, הן מכוח המשפט הישראלי, הן מכוח המשפט הבינלאומי. לטענת העותרות, מסקנה זו מתחזקת בהינתן שחודשים ספורים לאחר מותה של המנוחה הודיע המשיב על שינוי מדיניותו בנושא חקירות מקרי מוות של תושבים פלסטיניים במהלך פעילות צה"ל. לטענתן, על רקע שינוי המדיניות, המשיב מחויב במקרה זה, "באופן מוגבר" כלשונן, להורות על פתיחה מיידית בחקירה פלילית. עוד נטען, כי בהתחשב בכך שבענייננו מדובר במקרה מוות אגב מחאה אזרחית בלתי אלימה, חלה חובה על המשיב לפתוח בחקירה פלילית גם בהתאם לעקרונותיה של מדיניותו הקודמת בנושא.

6. המשיב, בתגובה, טען כי אין מקום להתערבות בהחלטתו. לטענתו, על האירוע חלה מדיניותו הקודמת שלפיה יש לפתוח בחקירה פלילית רק אם בחינה ראשונית של המקרה, המבוססת על תחקיר מבצעי וראיות נוספות, מעלה חשד לביצוע עבירה פלילית. לטענת המשיב, התחקיר המבצעי שנערך בעקבות האירוע מושא העתירה העלה כי כוחות צה"ל לא חרגו מכללי הפתיחה באש, ועל כן לא קיים חשד שמותה של המנוחה נגרם כתוצאה מהתנהגות פלילית של חיילי צה"ל. יתר על כן, נטען כי מחומר הראיות עולה ספק ממשי אם מותה של המנוחה נגרם עקב שאיפת גז מדמיע, ולכן כלל לא ברור שמותה של המנוחה נגרם כתוצאה מפעילות צה"ל. לטענת המשיב, העותרות התבקשו לסייע באיתור מידע רפואי נוסף בנוגע למנוחה, אך סירבו לשתף עמו פעולה.

התפתחויות לאחר הגשת העתירה

7. בדיון על-פה שהתקיים בפנינו ביום 18.7.2012, הצענו לעותרות כי יעבירו למשיב חומר רפואי רלוונטי המצוי ברשותן. בהמשך להסכמת העותרות להצעתנו, קבענו כי העותרות יעשו מאמץ להעביר לפרקליטות את המסמכים הרפואיים הנוגעים למנוחה ואפשר ויגישו גם ראיות נוספות. נקבע כי כך ייעשה עד ליום 1.9.2012 (החלטה מיום 18.7.2012). לאחר מספר הארכות מועד, הודיעו העותרות כי למרבה הצער, ועל אף מאמצים איתנים מצידן, לא עלה בידן לאתר אף מסמך רפואי הנוגע למנוחה אשר לא הועבר כבר למשיב בעבר. העותרות טענו כי קיים סיכוי שחוקרי משטרה צבאית חוקרת (להלן: מצ"ח), המוסמכים לחייב בין היתר בהעברת מסמכים, עשויים להצליח במקום שבו הן נכשלו בהשגת מסמכים רפואיים נוספים. לפיכך, עמדו העותרות על עתירתן. המשיב הודיע בתגובה כי עמדתו נותרה ללא שינוי.



8. ביני לביני, ביום 6.2.2013, פרסמה הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 בראשות השופט (בדימוס) י' טירקל (להלן: ועדת טירקל), את הדו"ח השני שלה שכותרתו "הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי" (להלן: דו"ח ועדת טירקל). דו"ח זה התייחס, בין היתר, למדיניותו החדשה של המשיב בנוגע לפתיחה בחקירות פליליות, וקבע כי ככלל עומדת מדיניות זו בכללי המשפט הישראלי והמשפט הבינלאומי (עמודים 272-275, עמוד 316). על רקע זה, הורינו למשיב להבהיר אם יש מקום, לנוכח האמור בדו"ח ועדת טירקל, לשקול מחדש את עמדתו בתיק זה (החלטה מיום 28.2.2013).

לאחר מספר הארכות מועד, הודיע המשיב כי עמדתו בעינה עומדת. המשיב ציין כי בעקבות דיון בנושא שהתקיים אצל מנהלת מחלקת הבג"צים, בהשתתפות נציגים בכירים של משרד המשפטים, הפרקליטות הצבאית ופרקליטות המדינה, החליט המשיב לפנות לקצין הרפואה הראשי בבקשה לחוות דעה רפואית נוספת בעניין נסיבות מותה של המנוחה. המשיב ציין בהודעתו כי במקור הוכנה חוות דעת רפואית בנוגע לנסיבות המוות, אך מכיוון שהיא הוכנה במסגרת התחקיר המבצעי, תוכנה נותר חסוי. על כן, הוכנה חוות דעת נוספת כאמור אשר תהא גלויה. חוות הדעת האמורה צורפה להודעת המשיב, ומסקנתה היא כי "...הסבירות, להיות החשיפה לגז מדמיע סיבת המוות [של המנוחה - מ"נ], הינה נמוכה". לטענת המשיב, מסקנות חוות דעת זו, בצירוף ממצאי התחקיר המבצעי וראיות נוספות, מאיינות את החשד לביצוע עבירה פלילית במקרה דנא. בנסיבות אלה, הודיע המשיב כי הוא עומד על החלטתו שלא להורות על פתיחה בחקירה פלילית, וכי לנוכח הראיות שנאספו, אין דו"ח ועדת טירקל משליך על החלטתו במקרה זה. העותרות, בתגובה, טענו כי המשיב נוקט בעמדה דווקנית, שאינה מתיישבת עם מדיניות החקירות הנוכחית. כן טענו כי חוות הדעת הרפואית שצורפה אינה שוללת את האפשרות שמותה של המנוחה נגרם עקב שאיפת גז מדמיע; כי עורך חוות הדעת לא הסתמך על נתונים לגבי כמות הגז שבה נעשה שימוש באירוע; וכי חוות הדעת מבוססת על מידע רפואי חלקי. לטענת העותרות, מותה של המנוחה נותר בגדר תעלומה, ולדבריהן החשדות הכבדים כי באותו יום נעשה שימוש רשלני ואף פלילי בגז מדמיע מסוג זה או אחר על-ידי כוחות צה"ל, לא הוסרו. משכך, ביקשו העותרות כי נוציא צו-על-תנאי כמבוקש בעתירה.

דיון והכרעה

9. השאלה העומדת להכרעתנו היא אם יש מקום להתערב בהחלטתו של המשיב להימנע מלהורות על פתיחה בחקירה פלילית של נסיבות מותה של המנוחה. החובה לחקור מקרי מוות של אזרחים לא-מעורבים, שהתרחשו כתוצאה מפעילות צבאית, נובעת מהצורך בהגנה על הזכות לחיים. הזכות לחיים היא זכות יסוד, המוגנת הן במשפט הישראלי, הן במשפט הבינלאומי. חקירה של חשד לפגיעה בזכות זו "... פועלת לשמירת הרכיב הצופה פני עתיד של החובה להגן על החיים, בכך שהיא מרתיעה פוגעים עתידיים, מונעת זילות היחס לזכות לחיים ותורמת



לאווירה של קיום שלטון החוק" (עניין בצלם, פסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש). כמו-כן, החובה לחקור מקרי מוות שיש חשד כי הפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי בצידם, תורמת להגברת הציות לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי וליישומם בפועל (ראו: דו"ח ועדת טירקל, עמודים 67-74, והאסמכתאות שם). כפי שהדגיש בית משפט זה בעניין בצלם, הרף הנדרש לניהול חקירה פלילית של מקרה מוות הוא מקום שבו יש חשד כי מקרה המוות נגרם עקב התנהגות אסורה, המהווה הפרה של הדין ועבירה פלילית (ראו גם: בג"ץ 3292/07 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 11 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (8.12.2011), והאסמכתאות שם; דו"ח ועדת טירקל, עמוד 91, והאסמכתאות שם). בעניין בצלם עמדה הנשיאה ד' ביניש בפסק דינה על כך שהתבנית "חשד להתנהגות אסורה" משתנה על פי נסיבות האירוע, המצב בשטח ואופי הפעולה הנבחנת. על רקע זה, מצא בית המשפט בעניין בצלם כי מדיניותו החדשה של המשיב, שתוארה לעיל, עומדת באמות מידה של סבירות:

"... נקודת האיזון ויציקת תוכן לתבנית 'חשד להתנהגות אסורה' משתנים על פי נסיבות האירוע הפרטני, והנסיבות המצדיקות פתיחה בחקירה הן תמיד שאלות שהן תלויות נסיבות ... מדיניותו החדשה של המשיב כפי שהיא עולה מההודעה המעדכנת מקובלת עלינו, שכן היא משקפת את התפיסה כי ככל שתפקידם של כוחות הביטחון באזור משתנה, חל גם שינוי בנקודות האיזון ובאופן יישום הדין ... מדיניותו המוצהרת של המשיב כפי שבאה לידי ביטוי בהודעתו האחרונה מיום 06.04.2011 עומדת בסטנדרטים הראויים על פי הדין בישראל ועולה בקנה אחד עם החובות על פי המשפט הבינלאומי. היא חשובה ומוצדקת לצורך מילוי חובותיה של ישראל כמופקדת על אוכלוסיה מוגנת ולשם שמירה על שלטון החוק" (פסקאות 10-11, 15).

דברים ברוח דומה הוסיפה השופטת א' חיות בפסק דינה בעניין בצלם:

"אכן, 'נזילות' של המצב בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית והתנודות המתרחשות בו בין מצבי רגיעה למצבים המצריכים פעולות לחימה, מחייבות בחינה, התאמה ועדכון של הנורמות אותן יש ליישם בכל מצב נתון ובכלל זה מדיניות החקירות שעל-פיה יש לפעול" (פסקה 1).

ועדת טירקל, שלה הוצגה מדיניותו החדשה של המשיב, מצאה כאמור כי בדרך כלל תואמת מדיניות חקירות זו את חובותיה של ישראל על-פי המשפט הבינלאומי (דו"ח ועדת טירקל, עמוד 316; אך ראו את המלצותיה בדבר הליך הבירור הראשוני של חשד להתנהגות אסורה בעמודים 317-321).

10. עניינה של העתירה שלפנינו במקרה מוות שארע כשלושה חודשים לפני כניסתה של המדיניות האמורה לתוקף. העקרונות בדבר פתיחה בחקירה פלילית ביחס למקרים מסוג זה הותוו אף הם בעניין בצלם. כפי שנפסק שם, מקרים מן העבר, שאירעו לפני תחילתה של המדיניות החדשה, ייבחנו על בסיס פרטני. זאת, בהתחשב בין היתר בקשיים הקיימים בחקירת אירועים שהתרחשו לפני זמן רב:

"בכל הנוגע לדרישת העותרות לפתוח בחקירת מצ"ח בנוגע למקרים קונקרטיים מן העבר לא מצאנו ליתן צו כללי לחקירה גורפת כזו, בהתחשב בכך שכל שיקול של פתיחה בחקירה באשר למקרה מוות מסוים יש לקבל לפי נסיבותיו של העניין ... בעניין זה יש גם ליתן את הדעת לכך שבחינה מחדש של אירועים שהתרחשו בעשור האחרון, אינה צפויה להניב חקירות אפקטיביות, נוכח הזמן שחלף והשפעתו על היכולת לאסוף ראיות לצורך משפט פלילי. מכל מקום, ביחס למקרים פרטניים שבהם קיים חשד ממשי שבוצעה עבירה וטרם חלפה תקופת התיישנות, אין מניעה גם כיום לפנות לפצ"ר [המשיב - מ"נ] כדי שאותו חשד ייחקר" (פסקה 12).

11. בעתירה זו איננו נדרשים לבחינת חוקיותה של המדיניות הקודמת שהייתה בתוקף עת התרחש האירוע מושא דיוננו. יצוין, כי גם דו"ח טירקל אינו קובע ממצאים לגבי מדיניות זו. נקודת המוצא לבחינת המקרה דנא היא הקווים המנחים שנקבעו לכך בעניין בצלם, קרי בחינה פרטנית של המקרה לפי נסיבותיו (ראו והשוו: בג"ץ 1901/08 דבאבסה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (15.7.2012) (להלן: עניין דבאבסה)). לכך אפנה עתה.

12. בענייננו, בהתאם למדיניות הקודמת, נבדקו נסיבות האירוע במסגרת של תחקיר מבצעי. במכתביו של המשיב לבאי כוח העותרות מימים 20.1.2011 ו-27.6.2011, ציין המשיב כי כעולה מממצאי התחקיר המבצעי, כוחות צה"ל עשו שימוש בגז מדמיע לפיזור ההפגנה בהתאם להוראות פתיחה באש; כי הגז המדמיע שבו בוצע שימוש במהלך ההפגנה מצוי בשימוש כוחות צבא ומשטרה בארץ ובעולם; וכי במהלך אירוע ההפגנה ובסמוך לאחריו לא היה ידוע על נפגעים. העותרות, מצידן, הלינו על הסתמכותו של המשיב על התחקיר המבצעי, שלשיתן לא מהווה כלי מתאים לבחינת השאלה אם לפתוח בחקירה פלילית. בעניין בצלם, עמד בית המשפט על יתרונותיו וחסרונותיו של התחקיר המבצעי כאמצעי לבחינת אירועים כאירוע מושא דיוננו:

"זאת ועוד, בנוגע לשאלת הסתמכות המשיב על התחקיר המבצעי לצורך איסוף המידע העומד בבסיס ההחלטה על פתיחה בחקירה, בה מיקדו העותרות מאמץ רב, לא ראינו להתערב במדיניות המשיב, בין היתר נוכח עמדתו המעדכנת המותירה את המקרים המסתמכים על התחקיר המבצעי לצורך קבלת החלטת המשיב לעניין קיום חקירה בגדר המקרים החריגים, הקיצוניים והברורים. אכן, ייתכן כי ישנם חסרונות לתחקיר הצבאי ככלי שעליו מתבססת החלטת הפצ"ר [המשיב - מ"נ], וראוי לתת את הדעת על הטיות מסוג אלה שמציננות העותרות בעת



בחינת התחקירים המבצעיים לצורך קבלת החלטה באשר לצורך לפתוח בחקירה פלילית. אך, אין מנוס משימוש בכלי זה, בהיותו הכלי היחידי לבדיקה על-אתר של התנהלות היחידה הצבאית. ראוי להוסיף, כי התחקיר המבצעי אמור לשמש לצרכים נוספים, מלבד היותו כלי עזר לקבלת החלטת הפצ"ר, ויש להביא בחשבון כי תכליתו של התחקיר המבצעי אינה חופפת לתכליתה של החקירה הפלילית. כך, התחקיר מתייחס לשאלות מבצעיות ולשאלות הנוגעות להתנהלות הכוחות ובין היתר גם לאפשרות להימנע מנזקים לאוכלוסייה האזרחית בפעולות דומות בעתיד" (פסקה 12).

השימוש בתחקיר מבצעי לשם בחינתם של אירועים מהזווית הפלילית אינו חף מקשיים. ועדת טירקל נתנה דעתה על קשיים אלה, ועל רקע זה המליצה, במבט צופה פני עתיד, על הקמת מנגנון נפרד לצורך ביצוע הערכה עובדתית של אירוע מסוים ולבירור השאלה אם קיים חשד סביר להפרה רצינית של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (ראו: דו"ח ועדת טירקל, המלצה מס' 5, עמודים 317-321). השאלה מהו המנגנון הראוי לבחינה ראשונית של חשד לפלילים במהלך פעילות מבצעית לא מונחת לפתחנו בעתירה זו. בענייננו החלטת המשיב שלא לפתוח בחקירה פלילית ממילא לא התבססה על מסקנותיו של התחקיר המבצעי בלבד (ראו והשוו: עניין דבאבסה, פסקה 14 לפסק דיני). בנקודה המצויה בלב המחלוקת בין הצדדים – סיבת מותה של המנוחה – נסמך המשיב על ראיות חיצוניות לממצאי התחקיר המבצעי. כך, לתגובה המקדמית מטעם המשיב לעתירה צורף דו"ח מתאמת הבריאות במינהל האזרחי, שבו הובאו ממצאים רפואיים ואחרים לגבי נסיבות מותה של המנוחה. דו"ח זה נסמך בעיקר על דו"חות רפואיים שהועברו לאגף אג"ם ולמת"ק רמאללה. בדו"ח צוין כי החומר הרפואי שהועבר מבית החולים בעניינה של המנוחה מעלה ספק משמעותי בנוגע לסיבת מותה של המנוחה. בדו"ח צוין כי ההפגנה בכפר בילעין התקיימה בשעות הצהריים של יום שישי, אולם המידע על כך שנפצעו מפגינים במהלך ההפגנה הגיע למת"ק רמאללה רק מספר שעות לאחר מכן (בסביבות השעה 21:00). כן צוין כי במשך שעות רבות לאחר ההפגנה לא התפרסם מידע בכלי התקשורת על פינוי פצועים, וכי בשונה מהרגיל, לא בוצעה פנייה בנדון למערך תיאום הבריאות הישראלי. נוסף על כך, צוין כי לדברי נהג האמבולנס, המשמש גם כקברן, החומר הרפואי הוסתר; לא נמסרה לו הודעה על פטירתה של המנוחה; גופתה לא הועברה לחדר קירור (כפי שנהוג בדרך כלל); לא בוצעה בה נתיחה; וכי הבגדים שלבשה המנוחה לא הדיפו ריח של גז. נהג האמבולנס הוסיף כי קבורתה של המנוחה התבצעה באופן שקט יחסית. עוד צוין בדו"ח כי בניגוד לנהוג, בית החולים שאליו פונתה המנוחה לא מסר חומר רפואי מלא כדוגמת צילומי רנטגן. כן צוין בדו"ח כי המסמכים הרפואיים שנמסרו מעלים תמיהות. כך, על-פי הדו"חות הרפואיים שהועברו מבית החולים בוצעו בדיקות מעבדה בשעה 14:45, אולם שעת הגעתה של המנוחה לבית החולים הייתה לאחר מכן, בשעה 15:20; המסמכים שהועברו לא כללו מידע בדבר נסיבות פינויה של המנוחה לבית החולים; לא נמצא דו"ח רפואי מחדר המיון; ועל-פי הדו"חות הרפואיים נראה שהיה שימוש במינון תרופות חריג. כמו כן, במסמכים הרפואיים צוין אמנם כי למנוחה אין היסטוריה רפואית, אולם משיחות שערכה מתאמת הבריאות במינהל האזרחי עם רופאים שונים עלה כי המנוחה טופלה בעבר בבית חולים.



13. נוסף על כך, במהלך ההליכים בעתירה זו, הגיש המשיב כאמור חוות דעת רפואית בנוגע למנוחה. חוות הדעת נערכה על-ידי ראש ענף רפואה במרכז לשירותי הרפואה בצה"ל, בשיתוף עם ענף אב"כ במפקדת קצין רפואה ראשי, המטפל בענייני אב"כ בצה"ל. חוות הדעת נסמכה על מסמכים מתורגמים, לרבות הרשומה הרפואית בעניינה של המנוחה מבית החולים ברמאללה, וכן על עדויות שנגבו על-ידי המשטרה הפלסטינית. לדברי המשיב, לידי עורך חוות הדעת הועבר מלוא החומר הרפואי שהיה מצוי בידי המדינה בנוגע למנוחה. על בסיס מכלול המידע, צוין בחוות הדעת כי לא ניתן לקבוע בוודאות את סיבת הפטירה, בין היתר משום שהמידע רפואי הקיים חלקי, ומשום שלא בוצעה נתיחה שלאחר המוות במנוחה. עם זאת, מהנתונים שהובאו, מסקנתו של עורך חוות הדעת הייתה כי מהעדויות קיים קושי להעריך את מידת חשיפתה של המנוחה לגז מדמיע וכי "... הסבירות, להיות החשיפה [של המנוחה - מ"נ] לגז מדמיע סיבת המוות, הינה נמוכה" (פסקה 9 לחוות הדעת, נספח 1 להודעה מטעם המשיב מיום 18.7.2013).

14. הנה כי כן, בדיקת האירוע לא התבססה על התחקיר המבצעי בלבד, כי אם על ראיות נוספות הנמצאות במוקד המחלוקת - סיבת מותה של המנוחה. הראיות הנוספות נאספו באמצעות חקירה ודרישה. נוסף על כך, במהלך ההליכים שלפנינו, הצענו כזכור לבאי כוח העותרות לעשות מאמץ לאתר מסמכים רפואיים נוספים. אולם, כאמור לעיל, באי כוח העותרות מסרו כי לא עלה בידם לאתר מסמכים רפואיים נוספים שטרם נמסרו לידי המשיב. במהלך הדיון בעתירה, בהתאם להחלטתנו, שקל המשיב את החלטתו שלא להורות על חקירה פלילית, אולם מצא כי אין הצדקה לשנות מהחלטתו. למסקנה זו הגיע המשיב לאחר דיון בנושא עם גורמים מקצועיים נוספים ממשרד המשפטים ומפרקליטות המדינה, ועל בסיס חוות דעת רפואית. על פני הדברים, החלטתו של המשיב עומדת באמות מידה של סבירות ואין הצדקה להתערב בה. כידוע, בית משפט זה יתערב בשיקול דעתו של המשיב אך במקרים חריגים. על כך עמדתי בעניין דבאבסה:

"העותרים מבקשים, למעשה, כי נתערב בשיקול דעתו של הפצ"ר, ובשיקול דעתו של פרקליט המדינה. כידוע, ההתערבות בשיקול דעתם של גורמים אלו מוגבלת למקרים חריגים במיוחד, 'בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור, שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו' (דברי השופט ד' לוי בבג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4), 718, 742 (1989)) ... להתערבות בשיקול דעתם של הפצ"ר ופרקליט המדינה אין מקום בענייננו. אין המדובר בהחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני, נגועה בטעמים פסולים, או החלטה שנפל בה פגם או עיוות היורדים לשורשו של עניין. העותרים ובאי כוחם שבו ופנו למשיב, וזה שמע את טענותיהם, שקל אותן, מסר להם את החלטתו, הסביר אותה ונימק אותה כדבעי. העובדה כי טענותיהם של העותרים לא התקבלו בסופו של יום - איננה מצדיקה, כשלעצמה, את התערבותו של בית משפט זה" (פסקה 15).



ראו גם: בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי, פסקאות 67-70 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (1.7.2009); בג"ץ 5817/08 עראמין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (10.7.2011) (להלן: עניין עראמין).

15. דברים אלה יפים גם לענייננו. כמתואר לעיל, המשיב בדק את נסיבות המקרה גם בכלים חיצוניים לתחקיר המבצעי. הבדיקה נסמכה על מסמכים, כמו גם על עדויות שנגבו על-ידי המשטרה הפלסטינית. התרשמותי, על בסיס החומר שבתיק, כי המדובר בבדיקה החורגת מבירור ראשוני מצומצם. כבעניין דבאבסה, גם בענייננו החלטתו של המשיב נומקה כראוי, וניתנה לאחר שמיעת טענותיהן של העותרות. הבדיקה שנעשתה תוך בירור העתירה דומה במהותה לחקירה, אף שלא כונתה כן. אחרי ככלות הכל, מרכז הכובד של העניין הוא בשאלת הקשר הסיבתי בין פעילות צה"ל לבין מותה של המנוחה. במקרים אחרים שהובאו בפני בית המשפט, לא הייתה מחלוקת כי פעילות צה"ל גרמה למותו של אדם, והשאלה הייתה אם נסיבות האירוע הקונקרטיים מחייבות פתיחה בחקירה פלילית (ראו, למשל: עניין דבאבסה, שבו לא הייתה מחלוקת כי דבאבסה נורה על-ידי חיילי צה"ל; כן ראו והשוו: בג"ץ 143/12 ג'ילאני נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.7.2014) (להלן: עניין ג'ילאני)). לעומת זאת, המשוכה שצריכות העותרות לעבור בענייננו גבוהה יותר, שכן כלל לא ברור, נוכח כל מה שתואר, כי מותה של המנוחה נגרם כתוצאה מפעילות צה"ל. יש להתחשב בכך שבגדרי ההליך הפלילי, המחייב הוכחה מעבר לספק סביר, עשויות הראיות שנזכרו להוות מכשול במסגרת הליך ההעמדה לדיון. לצד זאת, בחינת ההחלטה שנית כאמור על-ידי המשיב וגורמים מקצועיים נוספים, מחזקת את המסקנה כי אין מקום להתערבותנו בהחלטת המשיב. כפי שנפסק, "עצם בחינת ההחלטה שנית בידי הגורמים המקצועיים, בבחינת קיומה של 'מסננת' בדיקה נוספת, מובילה לצמצום הביקורת השיפוטית..." (עניין עראמין, פסקה 19; כן ראו: בג"ץ 10782/05 בן יוסף נ' השופט דוד מינץ, שופט חוקר בבית משפט השלום בירושלים, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (23.8.2007) (להלן: עניין בן יוסף); עניין ג'ילאני, פסקה 19).

16. ועוד: בית החולים אליו הובאה המנוחה הוא ברמאללה. אין המדובר בחקירה פלילית בתחומים שבשליטת ישראל. העותרות פנו לבית החולים ולא קיבלו כל חומר נוסף. אכן, תפקיד החקירה אינו מוטל על העותרות, אך אין זה סביר שיועלמו מן העותרות מסמכים התומכים בחשדותיהן נגד הצבא, אם היו מסמכים כאלה בנמצא. לדעתי, משלא נמסר להן חומר רפואי ההנחה צריכה להיות או שאין בנמצא חומר נוסף, או שחומר נוסף, ככל שהיה כזה, אינו תומך בטענותיהן.

17. לטענת העותרות יש לייחס משקל משמעותי לכך שמותה של המנוחה אירע זמן קצר לפני שינוי מדיניותו של המשיב, בפרט בהתחשב בכך שאם האירוע היה מתרחש כיום, הייתה נפתחת חקירה פלילית באופן מיידי. לדעתי,



אין בטענה זו כדי לשנות מהמסקנה שאליה הגעתי. לעתים, לא ניתן להימנע מקביעת נקודה כלשהי על ציר הזמן לתחילתה של מדיניות מסוימת. קביעת גבול לתחולתה של מדיניות מקנה מידה של וודאות משפטית הן לרשות הנדרשת לפעול על-פי המדיניות, הן לאזרח (ראו והשוו: בג"ץ 8803/06 גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ד' חשין (1.4.2007)). גבולות אלה אינם יכולים להיות שרירותיים כשלעצמם (שם). בענייננו, כפי שצוין בהודעתו של המשיב במסגרת עניין בצלם, שינוי מדיניות החקירות באזור יהודה ושומרון נבע משינויים משמעותיים במציאות המבצעית והשלטונית באזור זה בשנים האחרונות:

"אשר לשטחי איו"ש ... הרי שבמהלך השנים, חלו תמורות כאלה ואחרות באופי הפעילות המבצעית של כוחות צה"ל, נוכח השינויים בהיקף איומי הטרור עימם נדרשו הכוחות להתמודד. לעניין זה נציין, כי בתקופה האחרונה התייצבה מציאות בה הפעילות המבצעית של צה"ל, הנושאת אופי לחימתי מובהק, הינה מצומצמת מבעבר, וזאת למרות שהעימות המזוין שפרץ באוקטובר 2000 טרם הסתיים".

מועד שינוי המדיניות לא היה אפוא שרירותי כשלעצמו, אלא בוצע על רקע שינויים באופי הפעילות של צה"ל באזור יהודה ושומרון. עם זאת, מטבע הדברים, השינוי במציאות המבצעית והשלטונית שעליו עמד המשיב לא התרחש בבת אחת, אלא בהדרגה. קיים קושי אפוא להצביע על נקודה מדויקת וספציפית בזמן שבה קרה השינוי, אשר ממנה והלאה היה מקום להחיל את המדיניות החדשה (ראו והשוו: רע"פ 4562/11 מוחתסב נ' מדינת ישראל, פסקה 21 לפסק דינו של השופט י' עמית (7.3.2013) (להלן: עניין מוחתסב)). בנוסף לשינוי העתים, ככל הנראה הושפעה החלטת המשיב לשנות ממדיניותו גם מהעתירה בעניין בצלם (ראו: פסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש בעניין בצלם). בגבול שנקבע יש מן השרירותיות, אך אין לסטות מהמדיניות שנקבעה בעניין בצלם לגבי מקרים מהעבר, ולו רק משום הקושי המעשי בהחלת המדיניות החדשה למפרע באופן גורף, שעניינו פתיחה מיידית בחקירות של אירועים אשר חלף זמן רב ממועד התרחשותם (ראו והשוו: עניין מוחתסב, פסקה 3 לפסק דינה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז). אכן, מקרים הקרובים לקו הגבול, כמקרה שבפנינו, מעוררים מטיבם ספקות (ראו והשוו: ע"פ 534/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 885, 902 (2005)). בפסיקה נשמעה הדעה כי ישנם עניינים שבהם הקרבה לקו הגבול צריכה להיות נסיבה שיש להתחשב בה (שם; עניין מוחתסב, פסקה 7 לפסק דינה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז). אני מוכנה לקבל כי יש ליתן משקל בענייננו לסמיכותו של האירוע למועד שינוי מדיניותו של המשיב. אולם, אין זו כל התמונה. במכלול הנסיבות שעליהן עמדתי לעיל, לדעתי אין בכך כדי לשנות מהמסקנה שאליה הגעתי. בהתחשב במכלול הראיות שנאספו, בירור נסיבות מותה של המנוחה - מוצה. מותה של המנוחה בדמי ימיה הוא אירוע קשה ומצער. מטבע הדברים, העותרות, ביניהן אם המנוחה, מבקשות לרדת לשורש העניין ולברר את נסיבות מותה של המנוחה עד תום. אף-על-פי-כן, לא מצאתי הצדקה להתערב בהחלטת המשיב. בסופו של דבר, כאמור לעיל, הדעת נותנת שאם לעותרות לא נמסרו מסמכים רפואיים אחרים - אין בנמצא מסמכים כאלה. על כן, נראה כי פתיחה בחקירה פלילית לא תניב ממצאים נוספים או תוביל



להעמדה לדין (ראו והשוו: עניין דבאבסה, פסקה 16 לפסק דיני). על הביקורת השיפוטית להתחשב גם בסיכוי שהוראה על קיום חקירה תניב אישום פלילי (עניין עראמין, פסקה 19). בכך שונה המקרה שלפנינו מעניין עראמין, שבו נדונה השאלה אם יש להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה לסגור את חקירת מותה של הילדה עביר עראמין, שנגרם לכאורה מירי כדור גומי של שוטרי משמר הגבול. באותו עניין, נסיבות מותה של עראמין לא התבררו באופן מיידי ומעמיק, ועל רקע זה מתח בית המשפט ביקורת על דרך ניהול החקירה. לעומת זאת, במקרה דנן נסיבות מותה של המנוחה נבדקו מיד לאחר שנודע למינהל האזרחי על כך, וכן נאספו כל הראיות הרפואיות שניתן היה להשיג (ראו והשוו גם: עניין בן יוסף, פסקה 20).

18. טענה נוספת של העותרות היא כי המקרים היחידים שבהם ניתן להורות על סגירת תיק ללא חקירה הם מקרים שבהם האירוע הנדון אינו מעלה כלל שאלות ראייתיות (פסקה 45 לעתירה). דין טענה זו להידחות. בית משפט זה כבר קבע בעבר כי אין מקום להתערבות בהחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית, אשר התבססה בעיקרה על היעדר תשתית עובדתית לביצוע מעשים פליליים. כך, למשל, בבג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49 (2003), נדונה החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה לדחות ערר כנגד החלטת פרקליטות המדינה שלא לפתוח בחקירה פלילית או משמעתית כנגד ניצב מזרחי, בקשר להתנהלותו בחקירתו המשטרתית של העותר. בית משפט זה קבע כי החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה הייתה סבירה, וזאת על אף שההחלטה לדחות את הערר התבססה, בעיקר, על היעדר תשתית עובדתית מספקת לקיום אחריות פלילית או משמעתית של ניצב מזרחי (עמודים 75-76; בקשה לדין נוסף נדחתה בדנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.2.2004); כן ראו והשוו: בג"ץ 6271/96 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 425 (1996)).

19. סיכומם של דברים, על פי העקרונות המקובלים עלינו, אין מקום להתערבות בהחלטת המשיב.

20. העתירה נדחית. לא יהיה צו להוצאות.

המשנה לנשיא

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.



ש ו פ ט

השופטת ד' ברק-ארז:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

ניתן היום, ב' באלול התשע"ד (28.8.2014).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה לנשיא
