

- העותרים: 1. סאמי עלי חסן עלי כוסבה
2. פאטמה יוסף חסין עלי כוסבה
3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד רוני פלי ו/או דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק
ו/או עודד פלר ו/או שרון אברהם-ויס ו/או גיל גן-מור
ו/או עביר גיוראן דכוור ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין
ו/או אן סוצ'יו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או סנא אבן ברי
ו/או ספיר סלוצקר עמראן

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165 מייל roni@acri.org.il

- נ ג ד -

- המשיבים: 1. היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבליט
2. הפרקליט הצבאי הראשי, אלוף שרון אפק
באמצעות פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים
3. אל"ם ישראל שומר

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יורו המשיבים 1-2 על הגשת כתב אישום נגד המשיב 3 בעבירה של הריגה או לחלופין בעבירה של גרם מוות ברשלנות בגין הריגתו של הקטין הפלסטיני מוחמד עלי כוסבה ביום 3.7.2015 ובגין הפקרתו של הקטין המנוח מוחמד עלי כוסבה כשהוא מוטל מדמם על הארץ מבלי לקרוא לעזרה רפואית.

בקשה לצו ביניים ולדיון מוקדם

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא צו ביניים המונע את כניסתו של אל"ם שומר לתפקיד מפקד חטיבת הנח"ל עד להכרעה בעתירה. אל"ם שומר אמור להיכנס לתפקידו החדש בחודשים הקרובים. פיקוד על חטיבת הנח"ל הינו אחד התפקידים היוקרתיים שממלאים אלופי משנה בצבא. בניגוד לתפקידו הנוכחי, קצין אג"ם של פיקוד דרום, מפקד חטיבת הנח"ל הוא מפקדם הישיר של מאות חיילים, וככזה עליו לשמש אות ומופת פיקודי, ערכי ומוסרי. קידום זה בעוד העתירה תלויה ועומדת אינו סביר לאור אירוע הריגתו של מוחמד עלי כוסבה המנוח,

בו היה אל"ם שומר מעורב. הוא יפגע קשות באמון הציבור בצבא בכלל ובאמון של חיילים במפקדם בפרט.

כן מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון מוקדם בעתירה זו.

עניינה של עתירה זו בהחלטתם של היועץ המשפטי לממשלה ושל הפצ"ר לפניו, שלא להעמיד לדין את אל"ם ישראל שומר בגין הריגתו של הנער מוחמד עלי כוסבה ביום 3.7.2015.

חקירת מצ"ח נפתחה ביום האירוע, באותו היום נחקר אל"ם שומר והחיילים שנכחו באירוע מסרו גם הם עדויותיהם לחוקרים. מתוכן תיק החקירה ניתן ללמוד שפעולת החקירה האחרונה בתיק נעשתה ביום 12.10.2015.

אמנם במענה להשגה שהגישה האגודה לזכויות האזרח נגד סגירת תיק החקירה נכתב כי הפצ"ר סגר את תיק החקירה ביום 6.7.2016, אך ככל הנראה מדובר בטעות סופר, שכן ביום 10.4.2016 כבר פורסם בכלי התקשורת כי הפצ"ר הורה לסגור את תיק החקירה נגד אל"ם שומר.

ביום 10.5.2016 פנו הוריו של המנוח באמצעות האגודה לזכויות האזרח למצ"ח בבקשה לעיין בחומר החקירה כדי לשקול הגשת השגה ליועמ"ש נגד סגירת התיק. רק בסוף חודש פברואר 2017, תשעה חודשים אחרי הבקשה לעיון, מתן עיון בחומר חלקי ופניות רבות מצד האגודה לזכויות האזרח, הועמד לרשותה רוב חומר החקירה.

ההשגה על סגירת התיק הוגשה ביום 19.3.2017. המענה להשגה התקבל ביום 13.12.2018, שנה ותשעה חודשים לאחר הגשתה, ורק לאחר תזכורות חוזרות ונשנות ואיום בהגשת עתירה לבג"ץ. הימשכות זו של ההליכים בתיק מסבה להוריו של מוחמד כוסבה המנוח סבל של ממש. גם אל"ם שומר זכאי שההליכים בעניינו יסתיימו בהקדם.

בשל הימשכות ההליכים עד כה וכדי למנוע עינוי דין מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועד מוקדם לדיון בעתירה.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. עניינה של עתירה זו בכ-30 שניות בבוקר יום 3 ביולי 2015, במהלכן יידה הקטין המנוח מוחמד עלי כוסבה, בנם של העותרים 1 ו-2, אבן על שמשות הגיף בו נסעו המשיב 3 ושלושה חיילים נוספים, קרוב למחסום קלנדיה בגדה המערבית, וברח מיד. אל"ם שומר, המשיב 3, יצא מרכבו, רדף אחרי הקטין שנמלט מהמקום והרגו באמצעות שתי יריות מהירות בגבו ובראשו. מיד לאחר הירי חזר אל"ם שומר יחד עם חייל נוסף שהיה עד לאירוע אל הרכב הצבאי והמשיך בנסיעה, מבלי להזעיק עזרה רפואית לקטין שנותר מדמם על הקרקע.

2. עניינה של עתירה זו בהחלטתם הבלתי סבירה של היועמ"ש והפצ"ר, המשיבים 1-2, להימנע מלהגיש כתב אישום נגד אל"ם שומר בגין עבירת המתה. וזאת למרות שנקבע שהמשיב 3 כשל בתפקודו באירוע, כשל שהוביל למותו של נער בן 17.

3. עניינה של עתירה זו גם בהחלטתו הבלתי סבירה של היועמ"ש להסתפק בהחלטת הרמטכ"ל, לפיה ימלא אל"ם שומר תפקיד נוסף בדרגת אל"ם טרם שקילת קידומו לדרגת תא"ל.
4. ההחלטה לסגור את תיק החקירה בעילה של "אין עבירה פלילית" והסתפקות בצעדים פיקודיים מינוריים לוקה בחוסר סבירות קיצונית. להימנעות מהעמדה לדין במקרה כה מובהק של ירי שלא כדין ובניגוד לנהלים שהוביל למותו של קטין ע"י קצין בכיר, המשמש כמפקד הגזרה – שאמור לשמש דוגמה ומופת לחיילים בכל האזור, השלכות רבות על ההיתכנות לאכוף את החוק על כוחות הביטחון והיא משדרת מסר בעייתי ומטריד בעניין החובה לשמור על חיי אדם ולציית לדין ולפקודות.

הרקע העובדתי

האירוע וממצאי החקירה

5. בבוקר יום שישי של חודש הרמאדן, 3.7.2015, נסע אל"ם שומר, מח"ט בנימין באותה העת, בגיפ צבאי לא ממוגן לכיוון צומת קלנדיה. יחד איתו נסעו ברכב רב"ט עילאי - נהג החפ"ק של המח"ט, סמל דור - לוחם בחפ"ק של המח"ט בתפקיד קשר, ורב"ט שחף - לוחם נוסף בחפ"ק של המח"ט. בעת נסיעתם דווח להם בקשר הצבאי כי על הרכב של הסמח"ט שעבר באותו הציר מעט לפנייהם נזרקו אבנים. כאשר הגיעו לצומת המכונה בפיהם "צומת החוצפנים", בסמוך לתחנת דלק, התקרב לעבר הגיפ המנוח מוחמד עלי כוסבה בן ה-17 וזרק אבן גדולה על השמשה הקדמית. השמשה התנפצה ורב"ט עילאי, הנהג, נשרט מרסיסי הזכוכית.
6. מיד אחרי שזרק את האבן הסתובב מוחמד עלי כוסבה והחל לברוח. אל"ם שומר וסמל דור יצאו מיד מהרכב ודלקו אחריו. תוך שניות ספורות ירה אל"ם שומר לעבר עלי כוסבה הנמלט שלוש יריות. שתיים מן היריות פגעו בנער בפלג גופו העליון. אחרי הירי השניים חזרו לרכב הצבאי ונסעו משם מבלי שהזעיקו סיוע רפואי. מאוחר יותר התברר להם שמוחמד עלי כוסבה נהרג מהירי.
7. האירוע תועד בסרטון ממצלמת האבטחה של תחנת הדלק הסמוכה לצומת. בסרטון ניתן לראות את הרכב הצבאי מגיע לצומת (שניות 17-18 בסרטון), את מוחמד עלי כוסבה מתקרב לעבר הרכב ומיידה אבן על השמשה (שניה 18 בסרטון), מסתובב מייד ובורח. ניתן לראות את אל"ם שומר יוצא מהרכב ורץ עם נשק מכוון קדימה, ואת סמל דור יוצא, מקיף את הרכב ונעצר מאחוריו בעמדת ירי (המרדף החל משנייה 21 בסרטון). נפילתו של מוחמד עלי כוסבה אינה בזווית הצילום של מצלמת האבטחה. 16 שניות לאחר תחילת המרדף ניתן לראות את אל"ם שומר וסמל דור חוזרים לרכב בהליכה ונוסעים משם מייד. מרגע היציאה של אל"ם שומר וסמל דור מהרכב ועד שחזרו אליו עברו כ-16 שניות בלבד, אשר במהלכן, לפי חומרי החקירה, ירה אל"ם שומר לעבר הקטין עלי כוסבה הנמלט 3 יריות מנשקו. שתיים מן היריות פגעו בפלג גופו העליון פגיעה קטלנית.

סרטון האבטחה מצורף כנספח 1/ע

8. מיד לאחר פרסום האירוע, מיהרו אנשי צבא ופוליטיקאים בכירים לגבות את התנהלותו של אל"ם שומר בפומבי. כך, למשל, אלוף פיקוד מרכז דאז, אלוף רוני נומה, אמר כי המח"ט נהג כמצופה ממנו: "אני מגבה באופן מלא את המח"ט ואת תפקודו בארוע זה, בו נשקפה לכוח סכנת חיים ממשית". שר החינוך, נפתלי בנט, התבטא אף הוא: "אני מגבה באופן מוחלט את מפקד חטיבת בנימין שפעל מול מחבל על מנת להגן על חיי חייליו וחייו שלו". גם סגן שר הביטחון, אלי בן דהן, אמר: "מח"ט בנימין הוא אחד מטובי המפקדים ששירתו ביו"ש, מקצועי מאוד ומכיר היטב את גזרת בנימין. אני סמוך ובטוח שכל אשר נעשה על ידו נעשה בהתאם לכללים ולהוראות של צה"ל שהוא מנחיל יום יום לחיילי החטיבה".

יוחאי עופר, אסוף גבור וחופי עמוס "אלוף פיקוד מרכז: המח"ט פעל כמצופה ממנו", אתר מעריב 3.7.2015
מצורפת כנספח ע/2

9. בהתאם למדיניות הפתיחה בחקירות מצ"ח של הפרקליטות הצבאית, לפיה תיפתח חקירת מצ"ח מיידית בכל מקרה מוות של אזרח שאינו במסגרת פעולת לחימה (ראו לעניין זה בג"ץ 9594/03 בצלם נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 21.8.2011)), הורה הפצ"ר לפתוח בחקירת מצ"ח ביום האירוע, וזו נפתחה אחרי התחקיר המבצעי.

10. עיון בתיק חקירת מצ"ח 150/15 מלמד, כי העדויות המרכזיות בתיק החקירה הן של אל"ם שומר ושל סמל דור וכן סרטון של מצלמת אבטחה של תחנת הדלק הסמוכה לצומת, שהופץ ע"י ארגון בצלם. שני החיילים הנוספים שהיו ברכב לא ראו את הירי, ועדויות העדים הפלסטינים אינן שופכות אור נוסף על האירוע.

11. אל"ם שומר מסר שתי גירסאות שונות לאירוע. הגירסה הראשונה נמסרה ביום האירוע. באותה גירסה הוא מסר כי טמנו לגיף בו נסע מארב. הוא סיפר שכלי רכב שנסעו לפני הגיף עצרו ואילצו אותם לעצור, וכשנעצרו יודתה לעברם האבן. בגרסה זו סיפר לחוקריו שמוחמד עלי כוסבה עצמו היווה סכנה אחרי שנמלט, משום שאחז דבר מה בידו: "אני מציין שראיתי אותו מחזיק ביד משהו, לא גדול מדי, אבל מחזיק משהו, ומבחינתי גם הוא וגם המארב כולו שנעשה לנו, מהווה סכנת חיים". הוא ביצע, לדבריו, נוהל מעצר חשוד ופעל לפי הוראות פתיחה באש המאפשרות לירות על מנת לפגוע "בנסיבות סכנה מיוחדות, כאשר נשקפת סכנת חיים ממשית ומיידית". האל"ם סיפר בעדותו הראשונה שכוסבה עמד עם הפנים אליו, אולי בזווית. את הירי, לפי הגרסה הזו, ביצע לכיוון הברכיים. כשנשאל מדוע הפגיעה היתה בפלג הגוף העליון השיב, כי כנראה שכוסבה התכופף. המח"ט מסר שאינו יודע היכן נפגע הנער ומה היה מצבו.

עדותו של אל"ם שומר מיום האירוע מצורפת כנספח ע/3.

12. לגרסה זו שמסר המח"ט אין תימוכין בעדויות החיילים שהיו עמו ובראיות הנוספות. סמל דור לא ראה כל חפץ בידו של כוסבה, ובסרטון לא נראו מכוניות שעצרו לפני הרכב הצבאי. באשר לסיכון מעלי כוסבה עצמו מסר סמל דור: "לאחר שזרק את האבן ופרקנו מן הרכב, אותו פלסטיני באופן אינדיבידואלי לא סיכן חיים – בעיני. הוא עצמו לא סיכן, הסביבה עצמה, שהיתה הומה בכ-300 פלסטינים סיכנה את חייו." בתשובה לשאלה האם הירי היה הכרחי ענה דור: "הירי כשלעצמו – כן, השאלה היא לאיפה. אם אפשר לירות 3 כדורים באוויר וזה מה שישחרר אותם". בעדותו סיפר סמל דור שלא שמע את המח"ט צועק נוהל מעצר חשוד, אף שהיה במרחק של מטרים ספורים ממנו. כאשר יצא מן הרכב, רץ ונעמד כדי לבצע בעצמו נוהל מעצר חשוד, כוונת הנשק שלו היתה על קרסולו של עלי כוסבה שרץ לאט בגבו אליהם, ודור לא ראה שמוחמד

עלי כוסבה התכופף בזמן שרץ. בחקירתו השנייה מיום 6.7.2015 אמר דור שראה את ידיו של המנוח ושה לא החזיק בידיו דבר: "זיהיתי בבירור את הידיים שלו, הוא רץ בקו ישר ממני עם ידיים מאוגרפות. לא ראיתי שום דבר או חפץ בידיים שלי".

עוד סיפר דור, כי מיד לאחר הירי אלי"ם שומר לא הגיב בהפתעה מיוחדת, הוא התקרב אל הנער השוכב, הביט בו וקבע כי "הוא מת", ולאחר מכן חזר תוך שניות אחדות לתוך הרכב הצבאי, אף מבלי שהיסס באשר לאפשרות להזעיק סיוע רפואי שינסה להציל את חיי הנער, והסתלק מהמקום. שתי עדויותיו של סמל דור, מהימים 3.7.2015, 6.7.2015 וחקירתו באזהרה בחשד לשיבוש חקירה מיום 12.7.2015 מצורפות כנספח 4/ע

13. ביום 2.9.2015, לאחר שצפה בסרטון המתעד את האירוע, מסר אלי"ם שומר גירסה נוספת לחוקריו, השונה באופן מהותי מקודמתה. לפי גירסה זו ברח עלי כוסבה והיה עם הגב אליו בזמן הירי. את הפגיעה בפלג הגוף העליון הסביר בכך שאת הירי ביצע שלא בין כוונות, אלא ביישור מקורב תוך כדי ריצה. זו היתה, לשיטתו, "שגיאה מקצועית" ולא רשלנות. זאת משום שרשלנות תלויה לדידו של אלי"ם שומר בזהותו של הקרבן: "מקרה בו הירי פוגע באדם חף מפשע, ביודעין שהוא חף מפשע. רשלנות זאת סיטואציה שבה עשית משהו שאתה יודע שאסור לך ואתה עושה בניגוד לפקודות". גם לגבי ידיעתו על מה שעלה בגורלו של עלי כוסבה שינה גרסה באופן מהותי וסיפר שידע שהנער נפגע בראשו, וחשב שנהרג. העתק אמרתו השנייה של אלי"ם שומר מצורפת כנספח 5/ע

14. בשתי אמרותיו של אלי"ם שומר הוא טען שביצע נוהל מעצר חשוד, אך לטענה זו אין כל תימוכין בראיות הנוספות. איש מהעדים לא שמע את המח"ט קורא לנער לעצור. היריות נורו ברציפות, אחת אחרי השניה ללא הפסקה. נוהל מעצר חשוד מחייב, במקרה שאין סכנה מיידית, ירי באוויר ורק אז, אם יש בכך צורך, ירי לכיוון הרגלים. מעבר לאי ביצוע הנוהל לפי הדין, עולה שאלה קשה לגבי חוקיות השימוש בנוהל במקרה שלפנינו. על פניו, קיימת סתירה של ממש בין השימוש בנוהל מעצר חשוד שתכליתו לעצור אדם שחשוד בביצוע עבירה, לבין הטענה שלא הזעיק טיפול רפואי אחרי הירי כי סבר שלא יוכלו להתעכב במקום מחשש לשלמו ולשלום חייליו.

15. במאמר מוסגר יש לציין כי כחודש לאחר האירוע, בעקבות מקרים נוספים של ירי על אזרחים שכבר לא היוו איום, הופצה בצבא הוראת שעה המחדדת את אופן ההתמודדות של הכוחות מול איומים שאינם מהווים סכנת חיים ממשית ומידית. אין מדובר בהוראות חדשות, אלא בהבהרה כי אסור לירות באדם שאינו מהווה סכנה. לפי פרסומים בתקשורת, נוהל מעצר חשוד במקרה כזה יסתיים בירי באוויר. בהוראה הודגש שאין מדובר בהנחיות חדשות, אלא בהבהרה בלבד. לפיכך, מדובר בהנחיות רלוונטיות לאירוע נושא העתירה, ולאור מעמדו ודרגתו של אלי"ם שומר, חזקה עליו שהכיר את ההנחיות וידע שאירוע מעין זה היה צריך להסתיים לכל היותר בירי באוויר, על אף שטען בחקירתו שמותר היה לו לירות כפי שירה. אין מחלוקת, כי הקטין מוחמד עלי כוסבה ברח מהמקום ולא היווה סכנה לאלי"ם שומר או לכוח שהיה איתו.

אמיר בוחבוט "[האם השינוי בהוראות הפתיחה באש של צה"ל מבלבל את הלוחמים?](#)" אתר וואלה 17.8.2015

גילי כהן "[צה"ל מחדד הנחיות: אין לירות לעבר מחבל פלסטיני שנמלט לאחר שתקף](#)", אתר הארץ 11.5.2015

ההחלטה לא להעמיד את אל"ם שומר לדין, ההשגה וההחלטה להסתפק בצעדים פיקודיים

16. ביום 10.4.2016 פורסמה בתקשורת ידיעה על החלטת הפצ"ר לסגור את תיק החקירה. בסמוך לאחר מכן פנתה האגודה לזכויות האזרח בשמו של העותר 1 למצ"ח וביקשה לקבל את חומר החקירה לצורך בחינת האפשרות להגיש השגה על ההחלטה. רק לאחר התכתבויות ממושכות וכעבור כשנה וחצי(!) התקבל רוב חומר החקירה ומכאן העיכוב הרב בהגשת ההשגה.

17. ביום 19.3.2017 הגישה האגודה לזכויות האזרח השגה בשם העותר 1 נגד ההחלטה.

העתק ההשגה מצורף כנספח ע/7

18. עיקרי ההשגה :

א. הן מעדותו של סמל דור והן מעדותו של אל"ם שומר עולה, כי אל"ם שומר חרג מנהלי הפתיחה באש עת ירה לעבר גבו של קטין שנמלט ממנו תוך כדי ריצה ומבלי לכוון, לאחר שהמנוח לא סיכן אותו יותר. לאחר הירי לא טרח המח"ט להזעיק עזרה לבן ה-17 ששכב מדמם ופצוע קשה.

ב. הפערים בין עדותו של המח"ט לבין עדות החיילים שנסעו עימו, והעובדה שאף לא אחד משלושת החיילים שנכחו באירוע ראה או שמע שביצע נוהל מעצר חשוד, מטילים צל כבד על אמינות גרסאותיו המשתנות של המח"ט.

ג. המח"ט הגדיר את התנהלותו כ"טעות מקצועית", משום שלתפיסתו רשלנות היא רק ירי בחף מפשע כשאתה יודע שהוא חף מפשע. בהתחשב בדרגתו הגבוהה ובתפקידו הרם של אל"ם שומר, ניסיונו והעובדה שעליו לשמש דוגמא לחייליו, סגירת תיק של מקרה בו נעברה באופן כה מובהק עבירה, שהביאה למותו של אדם, משדרת מסר חמור של זלזול בחיי אדם.

19. את תפקידו כמח"ט בנימין סיים אל"ם שומר באוגוסט 2016 ולאחר מכן הוא למד במשך שנה במכללה לביטחון לאומי. ביוני 2017 הוא מונה לקצין אג"ם של פיקוד דרום. באוגוסט 2018 החליט הרמטכ"ל למנות את אל"ם שומר למפקד חטיבת הנח"ל, והוא אמור להיכנס לתפקיד זה במהלך 2019.

20. לאחר תזכורות חוזרות ונשנות ואיום בהגשת עתירה לבג"ץ, ביום 16.12.2018 התקבל במשרדי העותרת מענה להשגה מיום 13.12.2018.

העתק המענה להשגה מצורף כנספח ע/8

21. מההחלטה בהשגה עולה, כי היועץ המשפטי לממשלה העדיף לאמץ את הגירסה של החייל ד' [דור] שהיה באירוע על פני גרסאותיו השונות והסותרות של אל"ם שומר. כך נכתב בהחלטה לדחות את ההשגה: "לאחר בדיקה מדוקדקת של הראיות בתיק זה, סברנו כי יש להעדיף את גרסתו של הלוחם ד' בדבר נסיבותיו העובדתיות של אירוע זה ולראות את תיאורו ככזה שמשקף את ההתרחשויות." 0פסקה 10 להחלטה בהשגה). ועוד נקבע לגבי השאלה האם נשקפה סכנה ממשית מעלי כוסבה עצמו בזמן הירי: "בחרנו להעדיף את גרסת הלוחם ד' על פני גרסת המח"ט שטען כי נשקפה לו סכנת חיים ממשית מכוסבה עצמו, וזאת בין השאר בשל השוני בגרסאותיו של המח"ט והראיות הנוספות." 0פסקה 11 להחלטה בהשגה 9.

22. ההחלטה מלמדת שאין ויכוח על שאל"ם שומר כשל בתפקודו באירוע.
23. בסמוך לפני ההחלטה בהשגה פנה היועץ המשפטי לממשלה לרמטכ"ל והציע לו לשקול צעדים פיקודיים נגד אל"ם שומר טרם יגבש החלטתו בהשגה. הרמטכ"ל החליט ש"נושא הכשל בארוע יישקל בעת שתבחן שאלת קידומו העתידי של אל"ם שומר ובעת שיבחנו תפקידיו הבאים. עם זאת, בעקבות פניית היועץ המשפטי לממשלה, ולאחר ליבון נוסף של הנושא, החליט הרמטכ"ל בנוסף, לעכב את קידומו של אל"ם שומר, והורה כי יהיה עלו למלא 4 תפקידי אל"ם שונים, בתוספת ללימוד של שנת לימודים אחת במב"ל, בטרם יישקל קידומו לדרגת תא"ל. כמו כן החליט, כי אם וככל שיישקל קידומו העתידי האפשרי לתפקיד תא"ל, יישקל הכשל שנפל בהתנהלותו באירוע נושא ההשגה, במסגרת השיקולים הנוגעים להמשך קידומו של הקצין."
24. המשמעות של ההחלטה בפועל היא שאחרי שיסיים את תפקיד האל"ם הבא שלו כמח"ט הנח"ל ימלא תפקיד אל"ם נוסף וילמד במשך שנה במכללה לביטחון לאומי, ורק אז יישקל קידומו. לשיטת היועמ"ש "זוהי סנקציה משמעותית ביותר לאדם בנסינו הקרבי והפיקודי של המשיב." את ההחלטה שלא להעמיד את אל"ם שומר לדין פלילי ולהסתפק בעיכוב בקידום אפשרי בדמות תפקיד נוסף בדרגת אל"ם נימק היועמ"ש בכך שקיים רף גבוה יותר להעמדה לדין של מי שהמעשה אותו עשה נעשה במהלך פעילות מבצעית. בבואו לבחון את ממצאי החקירה, לקח בחשבון היועמ"ש את אופיו המבצעי של האירוע, את העובדה שהתרחש באזור עוין ואת העובדה שבתחילת האירוע חש הכוח שהוא בסכנת חיים. האירוע כולו נבחן, כלשונו של היועמ"ש, תחת "משקפיים מבצעיות", תוך הנחה שהליך קבלת החלטות בסיטואציה של לחץ וחוסר ודאות אינו דומה להליך קבלת החלטות במצבים אחרים. עוד לקח בחשבון את החשש שהתעלמות מהנסיבות המבצעיות המיוחדות של האירוע עלולה "לפגוע במוטיבציה של חיילים, ובנכונותם ליטול סיכונים ולפעול למען אינטרסים לאומיים."
25. אמנם, כתב היועמ"ש, אין חסינות בשל מעשה שנעשה שלא כדין בעת פעילות מבצעית, אך הרף להעמדה לדין בסיטואציות מעין אלה גבוה יותר בשל "מקדם המבצעיות".
26. למרות בעיית האמינות הקשה שמעיבה על גרסאותיו של אל"ם שומר, קיבל היועמ"ש את גרסתו בעניין ביצוע נוהל מעצר חשוד, זאת על אף שלא נמצאו תימוכין לכך בעדויות האחרות ובראיות נוספות. כמו כן קיבל היועמ"ש את הטענה שביצוע נוהל מעצר חשוד בסיטואציה כזו עומד בכללי הדין. היועמ"ש הבהיר במענה להשגה, כי בבחינת האירוע במישור הפלילי ובסיטואציה מבצעית, אם קיים ספק בנוגע לעצם חוקיות הירי, הרי יש לבחון את הירי לטובת החשוד. על כן, לפי המענה להשגה חטא המח"ט לא בעצם ביצוע הירי לכיוון המנוח, אלא באופן בו ביצע אותו. משהשאלה עברה לשאלת אופן ביצוע הירי ולא לעצם חוקיותו, עברה זירת בחינת האירוע מן התחום הפלילי למישור המקצועי.
27. מן התשובה להשגה ניתן ללמוד שאף היועמ"ש חשב שהחלטתו של הפצ"ר אינה סבירה. לאחר שהרמטכ"ל החליט שהאירוע יילקח בחשבון בעת שקילת העלאתו בדרגה, פנה היועץ המשפטי לממשלה וביקש שיטיל על אל"ם שומר סנקציה משמעותית. "לאחר שקילת כלל ההיבטים שפורטו לעיל, החליט היועץ המשפטי לממשלה לאחר שעייין בחוות דעת הפרקליטות ובהמלצת פרקליט המדינה אשר סבר שאם יינקטו כלפי אל"ם שומר צעד פיקודי משמעותי וממשי, אשר ישדר מסר ותמרור אזהרה בכל הנוגע לחשיבות השמירה על חיי אדם וההקפדה על הפקודות וההוראות גם בסיטואציות מורכבות, ניתן יהיה להימנע מהתערבות

בהחלטת הפצ"ר" (סעיף 23 למענה להשגה). זאת למרות שלא הוטלה סנקציה משמעותית, והחלטה לקדם את אל"ם שומר לתפקיד יוקרתי - מח"ט הנח"ל – לא שונתה.

לסיכום

28. אין עוררין על כך שהירי ממנו נהרג בנם של העותרים נעשה שלא לפי הוראות הפתיחה באש ובניגוד לנוהל מעצר חשוד. הנער נורה בגבו כשהוא נמלט וכאשר לא נשקפה ממנו כל סכנה.
29. אין עוררין על כך שלאחר הירי לא הזעיק אל"ם שומר סיוע רפואי עבור בנם של העותרים, למרות שידע כי פגע בו באופן קשה או אפילו הניח שהוא מת.
30. על אף כל אלה, בחרו הפצ"ר והיועמ"ש שלא להעמיד את אל"ם שומר לדין.

הטיעון המשפטי

יש ראיות בממצאי החקירה להעמדה לדין פלילי

31. ההבדל בין עבירת ההריגה לעבירת גרם מוות ברשלנות מצוי ביסוד הנפשי בעת ביצוע העבירה. בעבירת ההריגה נדרש יסוד נפשי של מודעות בפועל או עצימת עיניים. חזקה על אל"ם שומר, על ניסיונו ורום תפקידו, שידע שירי לא מדויק, ללא כוונות, שנעשה תוך תנועה ובמהירות מופרזת עלול להרוג. מתוקף תפקידו אמור אל"ם שומר ללמד זאת את פקודיו.
32. בעבירת ההריגה הקבועה בסעיף 289 לחוק העונשין, היסוד הנפשי הנדרש הוא קיומה של מחשבה פלילית, המוגדרת כמודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה. לצד זאת, נדרשת, לכל הפחות, פזיזות באשר לתוצאה - הפזיזות באה לביטוי בצפייה מראש של אפשרות התרחשותה של התוצאה האסורה, כשלצידה אדישות לאפשרות גרימת התוצאה או, למצער, קלות דעת ביחס אליה. לצורך הוכחת היסוד הנפשי, רשאי בימ"ש לעשות שימוש בחזקות ראייתיות-עובדתיות, המשקפות את ניסיון החיים והשכל הישר (ע"פ 6162/10 כבאז נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 11.6.2013)). בנוסף נדרש להוכיח קשר סיבתי בין המעשה לבין התוצאה הקטלנית - על יסוד זה נראה כי לא ניתן לחלוק לנוכח השתלשלות המעשים המתוארת בחלק העובדתי. אף היועמ"ש בהחלטתו אינו חולק על קיומו של יסוד הקשר הסיבתי.
33. כול חייל קרבי בעל הבנה ותבונה רגילות לא יכול היה שלא להביא בחשבון שירי לעבר פלג גופו העליון של אדם, ולא רק של ירייה אחת אלא של שלוש (הנעשה תוך כדי תנועה וב"יישור מקורב"), עלול להביא לתוצאה קטלנית. על אחת וכמה, כאשר מדובר בקצין קרבי ותיק ולמוד ניסיון, כאל"ם שומר. ההלכה הפסוקה קבעה לא אחת, כי "דבר הנתון ללבו של אדם אין בדרך כלל להוכיחו אלא על-ידי ראיות נסיבתיות על-פי התנהגותו ומעשיו החיצוניים, שהרי בית-המשפט נעדר כלים לבחון את צפונות לבו של הנאשם" (ע"פ 9723/03 מדינת ישראל נ' בלזר, פ"ד נט(2) 408, 415 (2004); ע"פ 502/73 שוורצברג נ' מדינת ישראל, פ"ד

כט(1) 202, 206 (1974)). בחינת מעשיו של אל"ם שומר על רקע מכלול נסיבות העניין מובילה למסקנה, כי הוא היה ער לאפשרות שמעשיו יגרמו לתוצאה קטלנית, והוא פעל מתוך אדישות לאפשרות האמורה. הימנעותו מהזמנת סיוע רפואי לנער בו ירה מעידה גם היא על אדישותו לתוצאות מעשיו. אדם שלא מבקש להרוג או למצער שאינו פועל מתוך שוויון נפש גמור ביחס למותו של הקורבן, היה לכל הפחות מזמין סיוע רפואי. התנהגותו הבלתי אנושית של אל"ם שומר לאחר ירי משתלבת היטב עם תחושת זעם ורצון להיפרע ממי שזה עתה סיכן את חייו. השכל הישר מחייב שגם החוליה האמצעית- המצב הנפשי שלו בעת הירי- היה באותו מישור- אדישות כלפי האפשרות של גרימת מותו של הקורבן. החלטת היועץ המשפטי לוקה בפגם יסודי היורד לשורש ההחלטה בכך שלא נבחנה כלל ברצינות האפשרות שמדובר בהריגה. זו אינה אפשרות בעלמא, זו האפשרות הסבירה היחידה בנסיבות העניין. היא גם מסבירה את גרסתו השקרית הראשונה של אל"ם שומר.

34. בעבירת גרם מוות ברשלנות נדרש יסוד נפשי של מודעות בכוח. עצם קיומה של ההוראה לכוון את הירי לכיוון פלג הגוף התחתון מספיק כשלעצמו כדי להוכיח מודעות בכוח. מדובר בחריגה בוטה מנהלי הפתיחה באש ומנוהל מעצר חשוד.

35. אם לצורך הרשעה בעבירת ההריגה נדרשת מודעות בפועל לגבי כל רכיבי היסוד העובדתי, הרי שלצורך הרשעה בעבירה של גרימת מוות ברשלנות ניתן להסתפק במודעות בכוח לגבי אחד או יותר מרכיבי היסוד העובדתי. הפרת חובת הזהירות המוטלת מכוח דין היא ביטוי להלך נפש של אי ראיית הנולד, מקום שאדם סביר בנעלי הנאשם היה רואה אותו. לצורך הרשעה בעבירה זו, אין צורך להוכיח כי הנאשם היה מודע בפועל לכל רכיבי העבירה, ודי בכך שאדם סביר במקומו של הנאשם יכול וצריך היה להיות מודע להם (ראו, למשל: ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 534, 544 (2002) (להלן: פרשת יעקובוב)).

36. לפיכך, השאלה היחידה אותה יש לבחון הינה האם אל"ם שומר היה צריך להיות מודע לאפשרות של גרימת התוצאה הקטלנית, גם אם מסיבה כלשהי לא היה מודע לכך בפועל. בניגוד לשאלת מודעותו בפועל, שאלה זו אינה שאלה אמפירית הטעונה הוכחה, ואינה תלויה במצב מודעותו הסובייקטיבי בזמן נתון, אלא זו שאלה נורמטיבית, התלויה בסטנדרט התנהגות ראוי שהדין מבקש לקבוע (פרשת יעקובוב, בעמ' 545-546). סטנדרט ההתנהגות המצופה במקרה זה מפורט בהוראות. אלה דורשות לכוון. ירי שלא בין כוונות הוא חריגה בוטה מן ההוראות עד כדי רשלנות.

המשקל שיש ליחס לנסיבות האירוע

37. החלטתו של הפצ"ר והחלטת היועמ"ש שאישרה אותה נתנו משקל רב לעובדה שהאירוע התרחש בנסיבות מבצעיות. במקביל, נמנעו הפצ"ר והיועמ"ש מלתת משקל לניסיונו, רום תפקידו וכובד האחריות שנושא המח"ט. זאת למרות שלדרגתו ולתפקידו השלכה ישירה על היכרותו עם הוראות הפתיחה באש ומודעותו המלאה לתוצאות הקטלניות האפשריות של מעשיו בזמן אמת.

38. יש מקום להתחשב בכך, שהמח"ט אינו חייל בלתי מנוסה הנתקל לראשונה בגילוי עוינות מסוכן. הסיטואציה המבצעית שבה נתקל הכוח בוודאי לא הייתה בין הסבוכות או הקשות שבהן נתקל בקריירה

הצבאית הארוכה שלו. אין כל סיבה להניח שדווקא הנער המנוח, בעת שניסה כמיטב יכולתו להימלט - הותיר את אל"ם שומר אובד עצות וחסר אונים עד כדי כך, שפעל ללא יכולת להפעיל שיקול דעת סביר (ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 489, 513 (2004)).

39. הדבר מקבל משנה תוקף משמדובר בסיטואציה של אכיפת חוק. האירוע אינו אירוע לחימה בו ניצב אל"ם שומר מול מכלול שלם של אילוצים וסכנות, אלא באירוע השלכת אבן גדולה, שבתגובה אליו בוצע מרדף יזום שארך כ-16 שניות בלבד, במהלכו נורו שלוש יריות, שתיים מהן לכיוון פלג גופו העליון של הקטין עלי כוסבה שגרמו למותו.

40. פעילות צה"ל בשטחי הגדה המערבית מורכבת ממנעד של סוגי משימות, חלקן הגדול הן פעולות שיטור ואכיפה, הנובעות ישירות ממצב של שליטה צבאית באוכלוסייה אזרחית, ולא ממשימות לחימה מבצעית. כפי שציין הפרקליט הצבאי הראשי, אלוף אביחי מנדלבליט, בהודעתו בבג"ץ **בצלם** (בג"ץ 9594/03 **בצלם** נ' **הפרקליט הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 21.8.2011)) (להלן: **עניין בצלם**): "אשר לשטחי איו"ש ... הרי שבמהלך השנים, חלו תמורות כאלה ואחרות באופי הפעילות המבצעית של כוחות צה"ל, ... בתקופה האחרונה התייצבה מציאות בה הפעילות המבצעית של צה"ל, הנושאת אופי לחימתי מובהק, הינה מצומצמת מבעבר" (עמ' 3 להודעה המעדכנת מטעם המשיב מיום 4.4.2011).

41. ככל שתפקידם של כוחות הביטחון באזור דומה לתפקיד שיטורי ואכיפתי ולא לחימתי, חל גם שינוי בדרישות הדין ובדרישות שאי עמידה בהן תוביל לסיווג פעילות מסוימת כפלילית. מדיניות הפרקליט הצבאי הראשי, שהתגבשה במהלך הדיון בעניין **בצלם**, משקפת את התפיסה כי במקרים שאינם "בעלי אופי לחימתי של ממש", המתרחשים באיו"ש, עצם מותו של אזרח פלסטיני מעלה חשד להתנהגות שאינה כדון, באופן המצדיק פתיחה מיידית בחקירה (עניין **בצלם**, פסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

42. העותרים אינם חולקים על כך, שיש להתחשב בנסיבות שבהן התרחש האירוע, לרבות העובדה שמדובר באירוע מבצעי, ולבחון את יסודות העבירה בהתחשב בכלל הנסיבות. אך בהקשר זה יש לבחון גם את האינטרס הציבורי ואת הצורך באכיפה של הדין, ובמסר המועבר כאשר קצין בכיר שעבר עבירה יוצא פטור בלא כלום. הנסיבות המבצעיות אינן מכשירות הקלת ראש בחייהם של אזרחים או חריגה בלתי מוצדקת מהפקודות וההנחיות בעניין פתיחה באש:

"אכן, חייל או שוטר המצוי במצב לחימה עלול לטעות. את מעשיו יש לבחון על רקע הסיטואציה המורכבת. לעתים הדבר עשוי אף להקים סייג מאחריות פלילית, ולהביא לזיכוי ממעשה שתוצאתו איומה ... בוודאי שהדבר עשוי להוות שיקול משמעותי לקולא בענישתו. אולם זה אינו המצב בעניין שלפנינו. ... העונש שגזר עליו בית המשפט המחוזי אינו קרוב לבטא את החומרה שבמעשה מכיון שכזה, כאשר מצרפים אליו את הרשלנות החמורה שגרמה למותו של המנוח. אחריות אדירה מוטלת על חייל ועל שוטר האוחזים בנשק. לא 'יד קלה' על ההדק, לא 'יד כבדה'; יד אחראית על ההדק, להבחין בין הצלת נפש לבין שפיכות דמים. "דע שיש בידך כוח לעשות, ועתיד אתה ליתן את

הדין" (משנה תורה, הלכות תשובה ה, ט). " (ע"פ 4497/18 מדינת ישראל נ' בן דרי (פורסם בנבו, 19.8.2018) פס' 22 לפסק דינו של השופט סולברג).

התערבות בית המשפט בשיקול דעת היועמ"ש

43. היועמ"ש זוכה לשיקול דעת רחב בנוגע להחלטות הנוגעות לאכיפת החוק, ולפי ההלכה הפסוקה לא בנקל יתערב בית המשפט הנכבד בהחלטותיו. עם זאת, אף כי התערבותו בהחלטות מסוג זה תהיה מדודה ומצומצמת, החלטות של רשויות התביעה אינן חסינות בפני ביקורת, ובמקרים הראויים יש מקום להתערבות (בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי פ"ד מג(4) 718 (1989) (להלן: עניין צופאן); בג"ץ 8088/14 פרחאת נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו 27.9.2017); בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדלבליט, הפרקליט הצבאי הראשי (1.7.2009)) (להלן: עניין אבו רחמה); בג"ץ 935/89 גנור נ' היועמ"ש, פ"ד מד (2) 485 (1990) (להלן: עניין גנור)).

44. לפיכך, על חוקיותה של החלטת המשיבים בתיק זה להיבחן ככל מעשה מינהלי, בין היתר, בהתאם לאמות המידה האובייקטיביות של עקרון 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. הנשיאה ביניש תיארה את אמות המידה הללו כך:

כללי המשפט המינהלי – המחייבים את היועץ המשפטי לממשלה, כמו את כל מקבלי החלטות 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

בג"ץ 5305/08 העמותה לקידום ממשל תקין נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 24.11.09) פס' 9 (ראו גם עניין צופאן, בעמ' 735, פרשת גנור, בעמ' 527).

45. בפרשת גנור נקבע, כי "נקודת המוצא העקרונית, משקבע המחוקק כי התנהגות פלונית פלילית היא, הרי שיש אינטרס ציבורי כי החשוד בעבירה יועמד לדין, וזאת כדי להגן על הערכים והעקרונות שהמדינה רוצה בהגנתם ושהחשוד פגע בהם, וכן למנוע פגיעה בהם בעתיד" (עניין גנור, בעמ' 508). הליך שיפוטי מוסמך, הקובע את העובדות ומטיל אחריות פלילית, מעמיד על כנן את נורמות ההתנהגות הראויות ונותן ביטוי לאינטרס הציבורי שבמיצוי האחריות המשפטית מזה וההרתעה של עבריינים פוטנציאליים מזה.

46. בית המשפט הנכבד כבר פסק, שיש לתת ביטוי מלא ונאות לעקרון השוויון בפני החוק בכל הליך שבו מתקבלת החלטה בדבר העמדה לדין, וכי מדיניות מפלה בעניינים אלה מצדיקה התערבותו של בית המשפט בהחלטת רשויות התביעה:

"הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה ועל אמונה, כי הן מקבלות החלטותיהן מתוך שוויון; הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה, פגיעה שהיא קשה למשטר הדמוקרטי." (עניין גנור, בעמ' 512).

47. כאשר מדובר בחשודים מתוך הדרג הצבאי או הפוליטי הגבוה, קיים חשש ששיקולי רשויות התביעה יושפעו יתר על המידה מלחצים ישירים או עקיפים של המערכת הפוליטית או מהזדהות יתר עם האינטרסים שלה. חרב של ביקורת שיפוטית מהותית מצמצמת את החשש הזה ותורמת לשלטון הפועל "לאור השמש" (דוד קרצמר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה 135 (1996)).

אי הגשת כתב אישום נגועה בחוסר סבירות קיצוני ופוגעת באינטרס הציבורי

48. לא קיימת מחלוקת לגבי העובדה שאל"ם שומר ירה למוות במוחמד עלי כוסבה עת לא נשקפה ממנו כל סכנה, בניגוד להנחיות המקצועיות המחייבות בעניין אופן ביצוע הירי ולהוראות הפתיחה באש. מכאן, שגם בהעדר היסוד הנפשי הנדרש להעמדה לדין באשמת עבירה הדורשת מחשבה פלילית, על פי הראיות קיים בסיס משפטי להעמדה לדין, לכל הפחות, בגין גרימת מוות ברשלנות.

49. ההחלטה לא נתנה משקל מספק לאינטרס הציבורי המשמעותי באכיפת הדין במקרים מסוג זה. הוראות הפתיחה באש נכתבו בדם. הן עוסקות בחיים ובמוות. ההוראות נועדו לתת מענה ברור ומדוייק בסיטואציות מלחיצות, קשות ומסוכנות. עליהן להיות ברורות דיין כדי שכל חייל יוכל להפעילן כראוי ברגע שידקק להן. רגע, שמטיבו וטבעו, אינו רגע קל.

50. אין להפריז בחשיבות שבשמירה על הוראות הפתיחה באש ונוהל מעצר חשוד. העדר אכיפה פלילית של הדין הופך את החוק לאות מתה. האינטרס הציבורי אינו יכול להשלים עם הסיכון שבהפיכת הוראות הפתיחה באש למס שפתיים, נייר מיותר.

51. ולו רק בשל אלה, יש במקרה זה הצדקה להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטת היועמ"ש. לנוכח הראיות המצויות בפני רשויות אכיפת החוק, ההחלטה היחידה הסבירה היא העמדה לדין של הקצין הבכיר היורה בעבירת המתה, כאשר החריגה הגסה מהוראות הפתיחה באש מהווה, לכל הפחות, גרימת מוות ברשלנות.

52. מהחלטת היועמ"ש בהשגה ניתן ללמוד שגם הוא סבר שאל"ם שומר שיקר בעדותו הראשונה ויש לקבל בעירבון מוגבל גם את גירסתו השנייה לאחר שצפה בסרט ממצלמת האבטחה. לכן לא בכדי הועדפה עדותו של סמל דור על פני עדותיו. לפיכך תמוה מה מצא היועמ"ש לקבוע שלא ניתן לשלול את גירסתו של אל"ם שומר לגבי ביצוע נוהל מעצר חשוד, כשלא נמצא לה תימוכין בעדותו של סמל דור.

53. בפסיקה עניפה הבהירו בתי המשפט, כי שמירה על שלומם של תושבים מוגנים בשטחים היא מערכי היסוד של שלטון החוק והאינטרס הציבורי (בג"ץ 9593/04 ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד סא(1) 844 (2006)). על חשיבות ההגנה על יישום הערכים הללו נפסק בעניין אבו רחמה :

"ממערכת המשפט בצבא, המופקדת על יישום ערכי ההתנהגות בצה"ל, צריך לצאת מסר נחוש של הגנה עיקבית ונחרצת על ערכים בסיסיים לחברה ולצבא, ושל אכיפה בלתי מתפשרת, בכל המישורים – החינוכיים, הפיקודיים, והענישתיים - של עקרונות יסוד משותפים

לחברה הישראלית ולצבא הישראלי, המקנים להם את אופיים הערכי והאנושי. " (עניין **אבו רחמה**, פס' 88)

54. בענייננו, לעומת זאת, נסוג שלטון החוק מפני הרצון להתחשב בקצין בכיר. תחת שהחלטת מערכת אכיפת החוק תשרת את המטרה של השלטת המשפט בצבא ותקדם אותה, מביאה היא לתוצאה ההפוכה. החלטותיהם של הפצ"ר ושל היועמ"ש יוצרות, אם כן, עיוות מהותי והן פוגעות פגיעה קשה באינטרס הציבורי.

55. מההחלטה בהשגה עולה, כי הן פרקליט המדינה והן היועמ"ש סברו שהחלטת הפצ"ר כשלעצמה היא בלתי סבירה ונטו להתערב בה (ראו פסקה 23 להחלטה). מה שהכריע את הכף ואיפשר "להימנע מהתערבות בהחלטת הפצ"ר" (שם) הוא הצעדים הפיקודיים בהם נקט הרמטכ"ל בעקבות פניית היועמ"ש.

56. אל"ם שומר היה מיועד ממילא למלא לפחות שלושה תפקידי אל"ם, שכן ההחלטה על מינויו הצפוי למפקד חטיבת הנח"ל נקבעה חודשים רבים לפני שהתקבלה החלטת היועמ"ש בהשגה. במסגרת שקילת הצעדים הפיקודיים החליט הרמטכ"ל שלא לפגוע בקידומו של אל"ם שומר למפקד חטיבת הנח"ל – אחד התפקידים היוקרתיים ביותר בדרגת אל"ם. מינוי אל"ם שומר לתפקיד נוסף בדרגת אל"ם אינו סנקציה חריפה. התייחסותו של היועמ"ש לעיכוב המסויים בקידום האפשרי של אל"ם שומר כסנקציה משמעותית, המשקפת את חומרת המעשים ואת התוצאה הטראגית, מעלה תהיה האם הוטתה הכף לטובתו של אל"ם שומר באופן בלתי ענייני. כך נוצרת אבחנה פסולה, הפוגעת בעקרון השוויון בפני החוק. גם לקיחת האירוע בחשבון במכלול השיקולים עת יישקל האם להעלות את אל"ם שומר לדרגת תא"ל אינה יכולה להיחשב כסנקציה משמעותית כלל ועיקר (ראו עניין **צופאן**, פסקה 12 לחוות דעתו של השופט בייסקי).

57. אף אם יש לצעד הפיקודי שננקט השפעה מסויימת על קצב ההתקדמות של הקריירה הצבאית של אל"ם שומר, בוודאי שאין בה "מסר ותמרוז אזהרה בכל הנוגע לחשיבות השמירה על חיי אדם" כלפי אחרים, כלשון ההחלטה בהשגה. אין בצעד הפיקודי שום היבט של קלון או של דופי מוסרי. במיוחד כך לאור העובדה שלא מדובר בשום צעד בעל משמעות מיידית אלא רק בבחינת צעדים לעתיד לבוא.

58. העותרים סבורים שבמקרה זה אין צעד פיקודי שיכול להצדיק הימנעות מהעמדה לדין בשל חומרת המעשה והדופי המוסרי, הפלילי והצבאי שנפל בהתנהגותו של קצין בדרגה כה בכירה. יחד עם זאת אף לשיטת היועמ"ש שסבר אחרת, איזו משמעות יש לצעדים המינימליסטיים שננקטו כשבחודשים הקרובים ייכנס אל"ם שומר לתפקידו החדש כמפקד חטיבת הנח"ל? המדובר בתפקיד רב חשיבות ואחד היוקרתיים ביותר בדרגת אל"ם, כשבמסגרתו יהיה אל"ם שומר מפקדם הישיר של מאות חיילים, ויצטרך להקרין יושרה, מנהיגות ודוגמה אישית מוסרית, ערכית ופיקודית. צעד זה יאיין לגמרי את המסר המרתיע – ככל שהיה כזה – כתוצאה מהצעדים הפיקודיים בהם נקט הרמטכ"ל. יש בכך כדי לקעקע את אמון הציבור בצבא ואת אמון החיילים במפקדם. כל שניתן להסיק מעמדתו של היועמ"ש הוא, שאף הוא סבר שהחלטת הפצ"ר במקרה זה אינה סבירה, והצעדים הפיקודיים שימשו אך עלה תאנה, שבהתחשב בו "ניתן יהיה להימנע מהתערבות בהחלטת הפצ"ר" (סעיף 23 למענה להשגה).

59. האירוע שבו מדובר הוא אירוע שכיח, המעורר את השאלה העקרונית כיצד לנהוג במי שהתנהג באופן נפשע ומסוכן, אך חדל להוות סכנה והוא נמצא במנוסה. המשמעות של סגירת התיק הפלילי היא מסר שלילי ומסוכן, לפיו חייו של אדם כזה הם הפקר. מסר כזה חותר תחת הערך של קדושת החיים ותחת יסודות שלטון החוק. הוא מזמין עשיית דין פרטית, כלומר פריעת חוק. וזאת, בנסיבות שבהן ללא התייצבות מלאה ותקיפה של הדין, האינסטינקט להגיב לאלתר באלימות על אלימות קודמת הוא עז ויוצר הסתברות גבוהה לתגובות אלימות וקטלניות. תגובות הפיקוד של הצבא לאחר האירוע מלמדות שמה שנראה למשפטנים (כך יש לקוות) מובן מאליו, רחוק מלהיות כזה בתודעה של הפיקוד הבכיר של הצבא. סגירת התיק מחזקת תפיסה מעוותת זו. עלולים להיות רבים שישתמכו על החלטה זו ויפרשו אותה כלגיטימציה משפטית למעשי הרג תגובתיים.

אכיפת החוק בדין הבינלאומי ההומניטרי ושמירה על אזרחים מוגנים

60. שטח הגדה המערבית, בו התרחש האירוע מושא העתירה, נתון תחת משטר כיבוש של ישראל מזה למעלה מ-50 שנה. המסגרת המשפטית המסדירה את הכיבוש הישראלי בשטחים הינה דיני התפיסה הלוחמתית (Law of Belligerent Occupation) המהווים חלק מהדין הבינלאומי ההומניטארי. במסגרת שליטתו בשטח כבוש חב המפקד הצבאי חובות הגנה וזיהרות מיוחדות כלפי האוכלוסייה האזרחית, הנתונה תחת שליטתו.

61. מניעת הפגיעה באזרחים הינה התכלית הבסיסית לשמה נועד המשפט הבינלאומי, העוסק בדיני המלחמה ודיני הכיבוש בכללם. התקפה על אזרח, פגיעה מכוונת באזרח, שימוש בנשק כלפי אזרח, כלפי עצור – נכללים באיסור הבסיסי, המובן מאליו.

62. אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 מעגנת את זכותם של אזרחים מוגנים להגנה על גופם וכבודם, ומטילה חובה לדאוג לכך שבכל עת הם יזכו לטיפול אנושי, ויהיו מוגנים במיוחד מפני כל מעשי אלימות או איומים באלימות. וכך מורה סעיף 27 לאמנה:

“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 הוספה)

סעיף זה נחשב כבסיס של האמנה, ובו הונחו העקרונות עליהם נשען "Geneva Law" כולו.

Jean S. Pictet *Commentary on Geneva Convention IV of 1949* (Geneva, 1958) 199-200.

63. העיקרון הכללי האוסר פגיעה פיזית בתושבי השטח הכבוש נקבע גם בתקנה 46 לתקנות האג, 1907 ובסעיף 57 לפרוטוקול הראשון של אמנות ג'נבה משנת 1977.

64. המשפט הבינלאומי מטיל על המעצמה הכובשת חובה פוזיטיבית לפעול באופן אקטיבי לאכיפת הפרות של דיני הלחימה. סעיף 146 לאמנת ג'נבה מעגן את החובות, המוטלות על המדינות ביחס לאכיפת האמנה. מערכת אכיפה זו מבוססת על שלוש מחויבויות, המוטלות על כל מדינה: לחוקק חקיקה מתאימה – חקיקה פלילית, אשר נועדה להענשה בגין הפרות של הוראות האמנה; לחפש אחר אנשים, שלכאורה ביצעו הפרות של הוראות האמנה; להביא אנשים כאלה בפני בתי המשפט שלה, או למסור אותם למשפט במדינה אחרת. חובת החקירה והאכיפה הינה בגדר חובה, שזכתה למעמד מנהגי.

ראו:

J. Henckaerts & L. Doswald-Back (Ed.), **Customary International Humanitarian Law: Vol. I: Rules** (ICRC & Cambridge Univ. Press, 2005), Rule 158, pp 607-611.

65. גם משפט זכויות האדם הבינלאומי מטיל חובה לאכוף את החוק, מחקירה ועד להעמדה לדין, על מדינות שכוחותיהן היו אחראים להרג אזרחים. חובה זו היא חלק מחובת הכיבוד וההגנה על הזכות לחיים, המעוגנת בסעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

(על תחולת דיני זכויות האדם ראו **International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion** (2004)). כחלק מההגנה על הזכות, על המדינה לחקור ביוזמתה את נסיבות המקרים בהם כוחות הביטחון של המדינה אחראים להריגתם של אזרחים (**Rajapakse v. Sri Lanka (Communication 1250/2004)**); Concluding Observations of the Human Rights Committee, United States of America, para. 14 ((CCPR/C/USA/CO/3/Rev. 1, 18 Dec 2006)

66. בדו"ח משנת 2006 סיכם פרופ' פיליפ אלסטון, הדווח המיוחד של האו"ם לעניין extrajudicial, summary or arbitrary executions, את החובות המוטלות על מדינות בעניין זה:

"34.... The Geneva Conventions of 12 August 1949 first established the legal obligation of States to investigate alleged unlawful killings and to prosecute their perpetrators. Elaborating the general obligation to "respect and ensure respect" for humanitarian law, the Geneva Conventions mandated the penal repression of violations. In particular, when a state receives allegations that someone has committed or ordered a grave breach – such as the "willful killing" of a protected civilian – the state is then legally obligated to search for him and either try him before its own courts or extradite him to another State that has made out a prima facie case...Today, human rights law and humanitarian law together require accountability in all circumstances.

Human rights law imposes a duty on states to investigate alleged violations of the right to life "promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies. This duty is entailed by the general obligations to ensure the right to life to each individual"

Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Mr. Philip Alston), 8 March, 2006, p 14-17;

67. הרציונל שעומד בבסיס החובה לחקור ולהעמיד לדין את האחראים להרג אזרחים בדין הבינלאומי, הוא שדין שלא נאכף הוא דין חסר שיניים ולכן החוק הוא אות מתה. זו הסיבה המרכזית לכך שההימנעות מחקירה פלילית אפקטיבית היא כשלעצמה הפרה של הדין הבינלאומי.

68. אם כך, עקרון מובהק הן של המשפט זכויות האדם הבינלאומי והן של המשפט הבינלאומי ההומניטארי הוא, כי החובה להגן על האוכלוסייה המוגנת כוללת בתוכה את החובה לחקור מקרים, בהם עלה חשד להפרת האיסור על פגיעה באזרחים המוגנים, וכן את החובה להעמיד לדין חשודים לביצוע פגיעות מסוג זה. לכן ההימנעות ממיצוי הדין עם אליים שומר, שירה שלא כדין ובניגוד להוראות הצבא והרג את מוחמד עלי כוסבה, היא הפרה של החובות של המשיבים בהתאם לדיני הכיבוש.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשותו למוחלט.

10 במרץ 2019

רוני פלי, עו"ד

ב"כ העותרים