

1. עג'רמי _____
2. עג'רמי _____
3. עג'רמי _____

4. המוקד להגנת הפרט

ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן מור ואח' מהמוקד להגנת הפרט

רח' אבו עוביידה 4, ירושלים 97200

טל': 02-6283555 פקס': 02-6276317

העותרים

נ ג ד

הפרקליט הצבאי הראשי

על ידי פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים ירושלים

טל': 02-6466460 פקס': 02-6467011

המשיב

תגובה מקדמית מטעם המשיב

בהתאם להחלטתה של כב' השופט ע' ארבל מיום 10.3.05, והחלטת כב' השופטת ארבל מיום 28.3.05 מתכבדים המשיבים להגיש את תגובתם המקדמית לעתירה למתן צו על-תנאי, כדלהלן.

כללי

1. עניינה העיקרי של העתירה היא בדרישתם של העותרים, כי תיפתח חקירה פלילית של המשטרה הצבאית החוקרת, לבדיקת נסיבות מותה של _____ עג'רמי, לפני כשנה ומחצה, ביום 17/10/2003, בשכונת אלסלאם בעיר רפיח.

העותרים מבקשים, למעשה, כי בית המשפט הנכבד יתערב בהחלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי שלא להורות על פתיחה בחקירה פלילית במקרה דנן.

2. המנוחה, _____ עג'רמי, נפגעה ונהרגה, לפי טענת העותרים, מאש חיילי צה"ל. בעתירה פורט, כי המנוחה סבלה מכאבים בבטנה, ובעלה – העותר מס' 1 - ביקש לפנותה לקבלת טיפול רפואי. משהגיעו השניים למכוניתם, נפתחה לעברם אש על ידי חיילים, לפי הטענה. שניים מאחיו של בעלה של המנוחה – העותרים מס' 2 ו- 3 - ביקשו לפנותם לקבלת טיפול רפואי, אולם גם לעברם נפתחה אש, שהביאה לפציעתם.
3. בסמוך לאחר האירוע, שהיה חלק ממבצע רחב-היקף של צה"ל ברפיח, בוצעו תחקירים צבאיים באשר לאירועים שהתרחשו במהלכו של המבצע. בהתאם להוראות חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: "חוק השיפוט הצבאי"), הובאו - לאחרונה - ממצאי התחקירים, כמו גם העתקי יומני המבצעים, בפני הפרקליט הצבאי הראשי, אשר החליט, לאחר התייעצות עם גורמים בכירים בפרקליטות הצבאית, כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית של האירוע.
4. המשיב יטען, כי לא נפל כל פגם בהחלטה האמורה. כאמור, המדובר באירוע, שהתרחש במהלך פעילות מבצעית בעיר רפיח, בה היתה באותה עת לחימה ממש, כפי שיפורט להלן. בחינת הממצאים העולים מהתחקירים ומיומני המבצעים לא העלתה, כי קיימת עילה לפתיחה בחקירה פלילית.
- בתגובה זו נבקש להראות, כי מדובר בהחלטה נכונה וסבירה, וכי לא נפל בהחלטה פגם המצדיק התערבות בית המשפט הנכבד בשיקול-דעתו של המשיב, שהיא מצומצמת, על-פי פסיקת בית המשפט הנכבד, למקרים נדירים ביותר.
5. בפתח הדברים, וטרם שניגש לגופם של דברים, נבקש לציין כי מדיניות הפרקליט הצבאי הראשי בעניין פתיחה בחקירות מצ"ח, במהלך תקופת העימות הנוכחית, נדונה בגדרו של בג"ץ 9594/03 **בצלם ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (להלן: "פרשת בצלם"), שהדיון בה קבוע ליום 2.5.05.
- לנוחותו של בית המשפט הנכבד, מצורף לתגובה זו העתק התגובה העיקרית שהוגשה על-ידי המשיב בפרשה זו, ובית המשפט הנכבד מתבקש לראות באמור בה חלק מתגובת המדינה לעתירה זו.

העתק תגובת המדינה בפרשת בצלם מצורף ומסומן מש/1.

כללי

6. האירוע נשוא עתירה זו התרחש בעיצומה של תקופת העימות המזוין של מדינת ישראל אל מול ארגוני הטרור הפלסטיניים.

בכל הנוגע לתנאים ששררו באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה באותה התקופה נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לאמור בסעיפים 1-5 לתגובת המדינה **בפרשת בצלם**, שם נכתב כדלקמן:

"..... מזה קרוב לארבע שנים נמצאת מדינת ישראל במאבק חסר פשרות מול ארגוני הטרור הפלסטיניים. מאז ספטמבר 2000, מקיימים גורמי טרור אלה מערכה אכזרית ועקובה מדם נגד מדינת ישראל ואזרחיה. פעילי טרור פלסטיניים מבצעים באופן יומיומי פעולות טרור מחרידות וחסרות תקדים, המופנות כלפי ישראלים באשר הם, גברים, נשים וטף. פעולות רצחניות אלה כוללות פיגועי ירי, הנחת מטעני חבלה, ירי טילים ורקטות, פיגועי דריסה ודקירה ופיגועי התאבדות.

מטרתם של פעילי הטרור היא אחת - זריעת מוות והרס בקרב הציבור הישראלי באמצעות פגיעה ביעדים ישראלים: ישובים, שווקים, מסעדות, תחבורה ציבורית, בתי מלון, מרכזי קניות, וכל מקום אחר בו מצוי מספר רב של אזרחי ישראל. שגרת הטרור הפכה לשגרת חיייה של מדינת ישראל, ורשימת הקורבנות הולכת ומתארכת מיום ליום.

הנתונים היבשים מציירים תמונה קשה זו במלוא חומרתה - בתקופה שמאז סוף ספטמבר 2000 ועד לסוף חודש יוני 2004 בוצעו כ- 22,000 פיגועים והתקפות טרור על ידי גורמים פלסטיניים. מתקפת טרור זו גרמה למותם של 969 ישראלים ולפציעתם של למעלה מ- 6,400 אחרים.

למעשה, למעט מלחמת השחרור ומלחמת יום כיפור, לא הייתה בתולדות מדינת ישראל מערכה בה איבדו ישראלים רבים כל כך את חייהם. במהלך חודש מרץ 2002

בלבד, בוצעו בישראל 37 פיגועי טרור, בהם איבדו 135 ישראלים את חייהם ונפצעו 725 ישראלים נוספים, חלקם באופן קשה ביותר....

פעילי הטרור הפלסטינים אינם פועלים באופן ספונטני ועצמאי. מאחוריהם עומדת מערכת היררכית, רבת אמצעים, בעלת קשרים חובקי עולם של ארגוני הטרור הפלסטיני. פעילות הארגונים כוללת גיוס מחבלים מתאבדים; החדרת האידיאולוגיה הרצחנית לליבותיהם; ציודם ושליחתם למסעות ההרג שלהם; תמיכה במשפחות מחבלים; רכש אמצעי לחימה והברחתם; הסתה נגד מדינת ישראל ונגד העם היהודי וכיו"ב.

פעילות הטרור הקשה חייבה את מדינת ישראל, באמצעות גורמי הביטחון, לנהל מאז ספטמבר 2000 לחימה עיקשת בטרור - לחימה הנמשכת, למרבה הצער, גם בעצם ימים אלו.

על לחימה זו ניתן ללמוד, בראש ובראשונה, מהמציאות בשטח - מספר הפיגועים, תקריות הירי וחילופי האש, היקפי הכוחות הפרוסים בשטח, הסיכול המתמיד של פעולות טרור, מגוון תחומי הפעילות הביטחונית השוטפת, הסיכון היומיומי שבו נתונים החיילים, והנפגעים הרבים שהעימות גבה וגובה.

צירופם של נתונים אלה מעיד על הלחימה בה נתונה מדינת ישראל. מציאות זו היא מציאות של **"עימות מזוין" (Armed Conflict)**, שבו מתנהלות פעולות לחימה קשה.

...לנוכח מתקפת הטרור הפלסטינית, ובמסגרת זכותה וחובתה של מדינת ישראל להגן על עצמה ולספק ביטחון לאזרחיה, ננקטים על-ידי גורמי הביטחון צעדים ביטחוניים ומבצעיים שונים נגד פעילי הטרור.

במסגרת זו מופעלת שורה ארוכה של אמצעים, ובהם ניתן לציין, בין השאר, את מעצרים של פעילי הטרור, פיקוח על התנועה והפעלת נקודות ביקורת ומחסומים, הטלת עוצר,

איתור מעבדות חבלה, התמודדות עם הברחת אמצעי לחימה, תיחום מקום מגורים, פגיעה בפעילי טרור שלא ניתן לעוצרם ופעולות רבות נוספות. המאבק בטרור הוא ממושך, מורכב ודינמי, הוא משתנה מגזרה לגזרה, מאיום לאיום, הוא לובש ופושט צורה, והוא נמצא בלב העשייה של מערכת הביטחון בשנים האחרונות. הלחימה של מדינות בטרור כרוכה בקשיים רבים.

...קושי מרכזי בהתמודדות עם ארגוני הטרור הפלסטינים נעוץ בכך שהללו יוצרים, באורח ציני ומכוון, טשטוש והעדר אבחנה בין פעילי הטרור לבין האוכלוסיה האזרחית החפה מפשע.

פעילי הטרור פועלים מתוך שכונות מגורים צפופות אוכלוסין, בלבוש אזרחי ותוך ניסיון להשיג חסינות מפגיעה באמצעות פעולה בחסות ובקרבת אזרחים. דירות מגורים משמשות כמעבדות חבלה, ירי מבוצע מתוך בתי ספר ומוסדות ציבור ובסמוך לגני ילדים ולמרפאות, רקטות "קסאם" וטילים נורים מתוך שכונות מגורים ושטחים חקלאיים, נעשה שימוש באמבולנסים להברחת פעילי טרור ואמצעי חבלה, מבוצע ירי מתוך הפגנות אזרחיות כביכול, נשים, נערים ואף ילדים קטנים מגויסים כמחבלים מתאבדים ונשלחים לבצע פיגועי תופת, והרשימה עוד ארוכה.

מציאות זו שעמה מתמודדים מדינת ישראל וצה"ל היא בעלת השלכות קשות. החל מהצורך של גופי הביטחון לפעול בלב ריכוזי אוכלוסיה אזרחית פלסטינית, דרך הקושי להבחין במצבים אלה בין פעילי הטרור לבין האזרחים וכלה בסיכון היומיומי והחשדנות בהם נתונים חיילים גם כשהם באים במגע עם אזרחים, על רקע החשש כי מדובר בפועל במחבלים.

חלק מצער ממציאות קשה זו היא העובדה, המוכרת היטב לכל צבא הנתון בלחימה (וקל וחומר בלחימה בטרור), כי לצד פגיעה במי שלוחמים נגד צה"ל, נפגעים גם אזרחים חפים מפשע".

חלק נכבד מלחיקמתה של מדינת ישראל בטרור נערך בגזרת עזה בכלל, ובגזרת רפיח בפרט, ובמיוחד באזור "ציר פילדלפיי", שהוא החיץ המפריד בין רצועת עזה לבין מצרים. במרחב פעלו באורח אינטנסיבי מספר התארגנויות פח"ע כנגד כוחות הביטחון, בין על ידי הנחתם של מטענים ובין על ידי ירי מאסיבי, לרבות ירי של טילי נ"ט ומהלטה

לא אחת נמצאו סימנים להברחות ולניטיונות להברחה של אמל"ח, פעילי פח"ע וטובין משטח מצרים לשטח עזה ומדינת ישראל, הברחות המתבצעות מעל ומתחת לפני האדמה, והעושות שימוש גם במנהרות ותת-קרקעיות, הנחפרות במיוחד לצורך כך, ומתברות בין מצרים לבין עזה.

במהלכה של תקופה קשה זו, ביום 15.10.2003, יצאו כוחות צה"ל למבצע יזום ורחב היקף, בן שלושה ימים, אשר כלל כניסה של כוחות צבא רבים לעיר רפיח עצמה, התמקמות בה וקיום פעילויות וסיורים רגליים בתוך העיר רפיח ממש, ובמיוחד לאורך ציר "פילדלפיי", כל זאת לצורך איתורן והשמדתן של מנהרות המיועדות להברחת אמל"ח ולאיתורם של פעילי פח"ע הפועלים במרחב הנדון.

8. כאמור מעלה, תחקירים צבאיים נערכו בסמוך לאחר סיומו של המבצע. בעקבות קבלת הפנייה בעניין מותה של המנוחה פנתה פרקליטות פיקוד הדרום אל הגורמים המבצעיים הרלוונטיים בבקשה שיועברו ליד: וציגו הפרקליט הצבאי הראשי בפיקוד, היינו פרקליט פיקוד הדרום, התחקירים המבצעיים שנערכו וכל חומר רלוונטי אחר הנוגע לפנייה שבנדון.

על אף פנייה זו, כמו גם תזכורות נוספות שהוצאו מטעמה של פרקליטות פיקוד הדרום לגורמים המבצעיים, הועברו התחקירים המבצעיים והעתקי יומני המבצעים הקשורים לעניין שבנדון לעיון הפרקליטות הצבאית בפיקוד הדרום רק בתחילת חודש מרץ 2005.

עוד יצוין, כי בשל העובדה שחלו עיכובים בהעברת החומר הנוגע לעתירה זו, כמו גם למספר פניות נוספות המצויות בטיפול הפרקליטות הצבאית שבפיקוד הדרום, הרי שבתחילת ינואר 2005, עוד קודם להגשתה של העתירה ובלא קשר אליה פנתה סא"ל ז'נה מודזגברישוולילי, הפרקליטה הנכנסת, לתא"ל אביב כוכבי, מפקד אוגדת עזה הנכנס, וביקשה, כי יורה לגורמים שתחת פיקודו שיפעלו בזריזות ובשקידה ראויה להעברת כלל החומר הנחוץ בעניינן של פניות דומות, כאמור מעלה. הבקשה נענתה בשיתוף פעולה מלא מצדו של תא"ל כוכבי.

לאור האמור לעיל, המשיבים ליקווים, כי עיכובים מצערים, דוגמת זה המובא בעתירה, הם נחלת העבר, אם כי - נפגי שיובחר בהמשך - חלופי הזמו אינו מהווה, בעניין הנדון בעתירה זו, גורם בעל משקל כלשהו בהחלטה שלא להורות על פתיחה בחקירה. כפי שיובחר להלן, ההחלטה התקבלה לגופו של עניין, על סמך החומר שהועבר, והחלטה זוהי הייתה מתקבלת גם במועד מוקדם יותר, לו היה החומר מועבר במועד בו נתבקשה העברתו.

9. כמבואר לעיל, כלל החומר הקשור לעניין נשוא עתירה זו הועבר לפרקליטות הצבאית בפיקוד הדרום בתחילת חודש מרץ 2005.

האירוע הדומה ביותר לאירוע המתואר על ידי העותרים, והמתאים מבחינת הזמן והמקום, הוא אירוע ממחלך הלילה שבין 17/10/2003 לבין ה- 18/10/2003, עת זוהו על ידי חיילי צה"ל שתי דמויות חמושות, אשר ניסו להניח מטען. החיילים ביצעו ירי לעבר אותן דמויות, וזיהו פגיעה. לאחר מכן, זוהו שתי דמויות נוספות שהגיעו למקום על מנת לפנות את הנפגעים, והחיילים ביצעו ירי גם לעברם, ושוב זוהתה פגיעה. למקום הגיע אמבולנס, אשר פינה את ארבעת הנפגעים. במקום נותר תיק, שלהבנת הכוחות הכליל את מטען החבלה האמור. לאחר מכן זוהו שני אנשים נוספים, הניגשים למקום, ונראו כמי שמתעסקים עם אותו תיק. נורתה אש גם לעברם, ופגיעה זוהתה גם במקרה זה.

10. בתאריך 22/03/2005 החליט הפרקליט הצבאי הראשי, לאחר התייעצות עם גורמים בכירים בפרקליטות הצבאית, כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית של האירוע.

החלטת הפרקליט הצבאי הראשי שלא לפתוח בחקירה פלילית

המסגרת הנורמטיבית

11. המסגרת הנורמטיבית הנוגעת לאופן הפעלת שיקול-דעת הפרקליט הצבאי הראשי, בהחלטתו להורות או שלא להורות על פתיחה בחקירת מצייח, פורטה בהרחבה בתגובת המדינה בפרשת בצלם ובית המשפט הנכבד מופנה בעיקר לאמור בפרקים ג' ו-ד' לתגובה זו. להלן נבקש לעמוד על עיקרי הדברים, הנוגעים לענייננו.

12. כפי שפורט לעיל, מדינת ישראל מצויה בלחימה עזה מול גורמי הטרור הפלסטיני מאז ספטמבר 2000. ודאי שכך היו פני הדברים במועד האירוע נשוא עתירה זו. כאשר מדינה וצבא מצויים בלחימה, הנחת היסוד הינה שאין חובה לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה שבו נהרג או נפגע אדם במהלך אירוע לחימה, ואף לא בכל מקרה שבו נפגע אזרח חף מפשע.
13. **נקודת המוצא** לבחינת הסוגיה הינה כי חקירה פלילית אמורה להיפתח רק במקרים שבהם יש חשד להתנהגות פלילית של המעורבים, וכי במקרה בו **על פני הדברים** נהגו חיילי הכוח הלוחם באופן חוקי, אין הצדקה לפתיחה בחקירה פלילית.
14. תפיסה זו מעוגנת היטב בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, ובפסיקתם של בתי הדין הצבאיים. על פי פסיקה זו, המאפיינים הייחודיים של הפעילות המבצעית צריכים לבוא לידי ביטוי בהפעלת שיקול הדעת בדבר נתיחה בחקירה פלילית בנסיבות האירוע המבצעי, **גם במקרה של מוות של אזרח שלא השתתף בפעולות הלחימה**.
15. כך, למשל, בפסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים בתיק בעניין ע/232/95 התובע הצבאי הראשי נ' סגן קאופמן, צדאור 96 (3) 367, נפסק כדלקמן:
- "... אין להחיל על פעילות מבצעית את קני המידה המקובלים לקביעת הרשלנות בתנאים של אימונים או תרגילים. הטעמים העיוניים העיקריים לשוני זה הם:
- עקרונית, הצלחתה של פעילות מבצעית תלויה במידה רבה בנטילה מושכלת של סיכונים. כשם שאין להתיר נטילה מיותרת של סיכונים בעת קיומם של תרגילים או אימונים שגרזניים, כך אין לתת בדיכ להימנע בנסיבות מבצעיות מהסתכנות שנועדה לקדם מטרות צבאיות. לעיתים אף יש לעודדה..."
- אפיון מיוחד של הפעילות המבצעית הוא קיומה ככלל בתנאי לחץ ואי ודאות המכבידים על קבלת החלטות. אכן, קיימות פעילויות שונות - אזרחיות וצבאיות - הנעשות גם הן בלחץ, ואולם בסיטואציה הצבאית פעולתו של גורם זה היא שכיחה ורבת עוצמה, והפעילות נעשית להשגת תכלית לאומית חשובה."

מפסק הדין עולה מפורשות אופייה הייחודי של הפעילות המבצעית. פעילות זו כרוכה בנטילת סיכונים, היא מתקיימת בתנאי לחץ ואי-ודאות קיצוניים, והיא מיועדת להשגת תכלית לאומית חשובה. פעילות זו אינה דומה לכל פעולה אחרת.

16. דברים דומים נכתבו גם בפסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים בתיק ע/177/79 סגן אבי נ' התצ"ר, פ"ד"צ (1979) 180, תוך התייחסות מפורשת לייחוד של פעילות קרבית, בעת לחימה:

"מן הראוי להבהיר כי אין מקום להחיל, כאילו הדבר מובן מאליו, את קני המידה המקובלים לקביעת הרשלנות בתנאים של אימונים או תרגילים. על תנאים של פעילות בתנאי לחימה. אין חולק כי התנאים בשני המצבים שונים שינוי מהותי..."

17. מאפייניה הייחודיים של הפעילות המבצעית, עליהם עמדו בתי הדין בפסקי הדין שצוטטו לעיל ובפסקי דין אחרים, משפיעים כמובן גם על השאלה מתי יש מקום לפתוח בחקירה פלילית בגין אירוע שכזה, מחוץ דרכי הבירור הראויות במקרה שכזה, ומתי יש מקום להעמיד לדין בגין אירוע שכזה

18. עקרונות אלה הנתו אף את פסיקתו של בית המשפט הנכבד, אשר התייחס לנושא זה בהרחבה. כך, למשל, נפנה לבג"ץ 6208/96 מור חיים ואח' נ' צה"ל ואח', פ"ד נב (3) 835, (להלן: "פרשת מור חיים").

באותו מקרה נהרגו ארבעה חיילי צה"ל מאש כוחותינו במהלך פעילות מבצעית בדרום לבנון. בעקבות האירוע קייב הצבא חקירה צבאית, אחריו הוחלט כי אין מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית או על מינוי ועדת חקירה. זאת, בעיקר, כיוון שהאירוע התרחש אגב פעילות מבצעית. בעקבות ההחלטה הוגשה עתירה לבית המשפט הנכבד. העותרים תקפו את ההחלטה שלא לפתוח בחקירה, ודרשו כי הצבא יפתח חקירה פלילית לבירור נסיבות האירוע. למצער דרשו, כי הצבא ימנה גוף חוקר לבדיקת האירוע. בית המשפט דחה את העתירה בקובעו כדלקמן (בעמ' 845):

"...קיים הבדל ניכר בין פעילות מבצעית לפעילות אחרת. אופי הפעילות ומערכת האילוצים והנסיבות הקיימים בעת פעילות מבצעית שונים במידה משמעותית מבעת פעילות שגרתית..."

19. הבדל זה בא איפוא לידי ביטוי גם בצורת החקירה המותאמת לפעילות מבצעית. לעומת צורות חקירה אחרות.

תחקיר מבצעי הינו ככלל, הדרך המתאימה לחקירת אירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית.

הוא נערך, בדרך כלל, על-ידי גורמים מקצועיים הקרובים לנעשה בשטח, ומצויים בפעילות המבצעית. הוא מתרחש מיד בסמוך לאירוע. כשהאירוע עדיין טרי בזכרונם של המשתתפים בתחקיר. הוא נעשה באופן בלתי אמצעי ובלתי-מסורבל. הוא מהווה חלק אינטגרלי ממכלול הפעולה המבצעית והוא מושרש היטב בתוך ההוויה המבצעית הצה"לית מאז ראשית קיומו של צה"ל.

לפיכך קבע בית המשפט כי באותו מקרה ניתן היה להסתפק בקיום תחקיר מבצעי (הגם שמדובר באירוע טראגי, בו נהרגו 4 חיילים) ובעקבות כך קבע כי ההחלטה שלא להורות על חקירת האירוע בדרך אחרת היתה סבירה וראויה.

20. על ההיזקקות לתחקיר המבצעי לצורך חקירת אירוע שאירע במהלך פעילות מבצעית אנו למדים אף מהוראת סעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי, שכותרתו "תחקיר צבאי", ואשר קובע כי:

"(א) בסעיף זה -

"תחקיר" - בירור שנערך בצבא, בהתאם לפקודות הצבא, בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך אימון או פעילות מבצעית, או בקשר אליהם;

"גוף חוקר" - קצין בודק, משטרה צבאית חוקרת או שופט חוקר; ...

(ב) על אף האמור בכל דין, ייחול לענין תחקיר הוראות אלה:

(1) הדברים שהושמעו בתחקיר, פרוטוקול התחקיר, כל חומר אחר שהוכן במהלכו, וכן הסיכומים, הממצאים והמסקנות (להלן - חומר התחקיר) לא יתקבלו כראיה במשפט, למעט במשפט בשל מסירת ידיעה כוזבת או העלמת פרט חשוב בתחקיר;

(2) חומר התחקיר יהיה חסוי בפני כל אדם ואולם הוא יימסר, כולו או חלקו, רק לאותם גופים בצבא שהתחקיר דרוש להם לצורך מילוי תפקידם;

- (3) חומר התחקיר לא יימסר לגוף חוקר ;
- (4) (א) חומר התחקיר יימסר לפרקליט הצבאי הראשי או לנציגו, לפי בקשתו, בנוגע לאירוע מסוים או בנוגע לסוגי אירועים ;
- (ב) מצא הפרקליט הצבאי הראשי או סגנו כי חומר התחקיר מגלה חשד לביצוע עבירה, המצדיק בדיקה או חקירה על ידי גוף חוקר, רשאי הוא, לאחר שנועץ בקצין שדרגתו אלוף לפחות, להורות בכתב, לגוף חוקר, לפתוח בבדיקה או בחקירה ;
- (ג) הורה הפרקליט הצבאי הראשי או סגנו לפתוח בבדיקה או בחקירה, יתאר בהוראתו את נסיבות האירוע שבעקבותיו נערך התחקיר, ואת הסיבות אשר בשלן עלה החשד לביצוע העבירה; ואולם לא יצורף להוראה דבר מחומר התחקיר, והיא לא תצביע על חשד כלפי אדם שהיה מעורב באירוע;” [ההדגשה הוספה]

21. בבסיס הוראה זו מצוייה התפיסה, שפורטה לעיל, כי במקום שבו התרחש אירוע **במהלך פעילות מבצעית**, ייבדק האירוע, ככלל, בדרך של תחקיר צבאי, ולא על-ידי גוף חוקר (כהגדרתו בסעיף האמור - קצין בודק, משטרה צבאית חוקרת, או שופט חוקר). תחקיר צבאי מוגדר בסעיף לעיל כ-”בירור שנערך בצבא, בהתאם לפקודות הצבא, בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך אימון או פעילות מבצעית או בקשר אליהם”.

22. הסעיף מוסיף וקובע, כי חומר התחקיר יימסר לפרקליט הצבאי הראשי או לנציגו. אם מצא הפרקליט הצבאי הראשי או סגנו, שחומר התחקיר מעלה חשד לביצוע עבירה, המצדיק בדיקה או חקירה על ידי גוף חוקר, רשאי הוא, לאחר שנועץ בקצין שדרגתו אלוף לפחות, להורות לגוף חוקר כאמור לפתוח בבדיקה או בחקירה [סעיף 539א(ב)(4) לחוק השיפוט הצבאי].

עוד ראו, לענין הטעם בחקירה בדרך של תחקיר צבאי, בג”ץ 7232/01 **יוסף ואח’ נ’ ממשלת ישראל ואח’**, תקדין עליון 2003 (2), 3952, בסעיפים 7-10 לפסק הדין.

23. ביסוד הפסיקה הענפה, שניתנה הן על-ידי בית המשפט הנכבד, והן על-ידי בתי הדין הצבאים, המומחים לדבר, עומדת, כאמור, התפיסה כי פעילות מבצעית היא שונה במאפייניה מכל פעילות אחרת, ועל רקע מאפיינים אלה, ככלל, ראוי לקיים לגבי אירוע בו נהרגו במהלך פעילות מבצעית חיילים או אזרחים, **תחקיר מבצעי, ולא חקירה פלילית**.

כלומר, כאשר מתקבלות החלטות משפטיות לעניין אירועים שאירעו במהלך פעילות מבצעית, יש להפעיל קני מידה ייחודיים, בהתאם למאפייניה הייחודיים של הפעילות.

מאפיינים אלה באים לידי ביטוי בכך שהצלחת הפעילות תלויה בנטילת סיכונים; בכך שהפעילות מתקיימת בתנאי לחץ ואי-ודאות קשים; בכך שהפעילות נעשית לשם השגת תכלית לאומית חשובה; וכיו"ב. מאפיינים אלה גורמים לכך שככלל אין להורות על חקירה פלילית בגין פגיעה שנגרמה אגב אירוע מבצעי.

24. פסק דין מרכזי נוסף בסוגיה זו ניתן בבג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859 (להלן: "פרשת אישה").

באותה פרשה נדונה דרישה להעמדה לדין פלילי בגין רשלנות במהלך פעילות מבצעית. בפסק הדין נפרשה שורה של שיקולים, אותם יש לשקול בעת קבלת החלטות מעין אלה, וזאת על רקע מהותה וייחודה של הפעילות המבצעית. שיקולים אלה הינם כמובן רלבנטיים לא רק לעניין שאלת העמדה לדין פלילי, אלא גם לעניין פתיחה בחקירה פלילית (שכן, ועל כך נרחיב בהמשך, פתיחה בחקירה פלילית אינה תכלית בפני עצמה). בפסק הדין הובאה עמדת הפרקליטות הצבאית בנדון, שגרסה כי אין מקום לפתיחה בחקירה פלילית בנסיבות כגון אלה, ובית המשפט קיבל האמור בה כדלקמן:

"אין חולק, כי מאפייניה הייחודיים של הפעילות המבצעית משמשים, לעיתים, כשיקולים השוללים קיום אינטרס ציבורי בנקיטה בהליכים פליליים, אף במקום בו קיימת אחריות פלילית.

הפעילות הצבאית מתאפיינת בכך שבאופן טיפוסי אין איש הצבא פועל לקידום צרכיו הפרטיים אלא לקיום משימותיו הצבאיות, אשר לעיתים קרובות כרוכות בנטילת סיכונים. הצבא מעצם מהותו מעודד, בנסיבות מבצעיות, הסתכנות מדעת שנועדה לקדם מטרות צבאיות, כשם שהוא מעודד הימנעות מנטילה מיותרת של סיכונים בשעת אימון או פעילות שגרה. הערך המאפיין את צה"ל של דבקות במטרה ועמידה במשימה צבאית, על אף כל המכשלות והסיכונים, יש בו כדי להמחיש את האמור.

בתנאים אלה, על המפקד, לא אחת, ליטול על עצמו ולהטיל על חייליו, סיכונים שברגיל אסור לו לקחתם או להטילם על פקודיו. בנסיבות של פעילות מבצעית מפקד טוב הוא לעיתים זה אשר נוטל סיכונים מושכלים,

סיכונים אשר ייתכן כי בראייה לאחור יתברר כי היו בלתי מוצדקים, ולפיכך, נטילתם נעשתה ברשלנות.

לפני נקיטה בהליך פלילי נגד מפקד קרבי בגין התרשלות במהלך פעילות מבצעית, יש לשקול את המשמעות הכללית הנודעת לצעד מסוג זה. יש חשש אמיתי, כי הנקיטה בהליך פלילי, בגין טעות בשיקול דעת או רשלנות קלה במהלך מבצע, תביא דווקא לפגיעה בצבא. הפעילות המבצעית, כפי העולה גם ממקרה זה, היא רבת סיכונים לכל חייל ובוודאי למפקד הנושא גם באחריות לשלומו של כל אחד מחייליו.

בשל כך, לא כל אדם, ולא כל חייל, מסכים ליטול על עצמו אחריות ולהפוך למפקד קרבי. אם על כל הסיכונים והאחריות המוטלים ממילא על המפקד, נוסף גם את הסיכון להעמדה לדין פלילי בשל טעות, לא חמורה, בשיקול דעת במהלך פעילות מבצעית, בה רב הסיכוי לטעות כזו, יש חשש כי מספרם של כאלה המוכנים לשאת בנטל יצטמצם. יתר על כן, הטלת אחריות פלילית על כתפיו של מפקד המוביל מבצע צבאי, עלולה להביא לשיבוש הפעילות ולאוי עמידה במשימה. מפקד, אשר בשל אופי המשימה חייב לקחת סיכונים, יימנע מלקחתם, מחשש כי בדיעבד יתברר, כי טעה, וימצא עצמו עבריין פלילי. מפקדים יעדיפו לנהוג תוך צמצום אחריותם ואולי אף גילגולה על כתפיהם של אחרים. ההשלכות הנובעות מהמצב עלולות להיות קשות. הטלת אחריות פלילית במקרים האמורים עלולה להביא, איפוא, לנטל נוסף, בלתי מוצדק, על שדרות הפיקוד.... "פרשת אישה, בעמי" (866 – 868).

25. שיקולים אלה, הנכונים בעת שנשקלת נקיטה בהליך פלילי בגין אירוע שאירע בנסיבות מבצעיות כלשהן, נכונים שבעת מונים כאשר נשקלת פתיחה בחקירה פלילית בגין אירוע שאירע במהלך פעילות לחימתית ממש, כבמקרה דנן. זאת מאחר שכל המאפיינים של הפעילות המבצעית שהוזכרו בפרשת אישה, מתקיימים בצורה תזקה ובולטת ביותר לגבי פעילות לחימתית.

להלן נפרט, איפוא, את השיקולים שפורטו בפרשת אישה כשיקולים היכולים להטות את הכף לטובת הימנעות מנקיטה בהליך פלילי בנסיבות מבצעיות "רגילות", ונראה כי הם מתקיימים בעוצמה רבה יותר בעת קיומה של "פעילות לחימתית":

א. בפעילות לחימתית, הסיכונים הצפויים הם מהמעלה הראשונה - הן הסיכונים הצפויים לחיילים עצמם, והן הסיכונים הצפויים לשאר אזרחי מדינת ישראל אם החיילים יכשלו במשימתם. חייל המבקש לעצור פעילי טרור בעיר גינין או למנוע את מעברו של מחבל מתאבד בנקודת ביקורת המובילה לישראל, פועל, בראש ובראשונה, תחת סיכון רב לחייו. למרבה הצער, בנסיבות אלה ממש נהרגו חיילים רבים במהלך השנים האחרונות.

מעבר לסיכון האישי שבו פועל החייל, המשמעות של כשלון במשימתו עלולה להיות המשך פעילותו של פעיל הטרור, למשל על דרך כניסתו של המחבל המתאבד לישראל - דבר שעלול לגבות את חייהם של ישראלים רבים.

שיקולים אלה בודאי צריכים להילקח בחשבון בעת קבלת החלטה אם לפתוח בחקירה פלילית אם לאו.

ב. בפעילות לחימתית, תנאי אי-הוודאות וחוסר המידע הם הקשים והקיצוניים ביותר. לחימה היא ממלכת אי-הוודאות. גורמי הטרור פועלים בחשאי, במסווה, בקרב אוכלוסיה. בסוג פעילות כזה, לא ניתן להבטיח באופן ודאי שלא יפגעו אזרחים. אי-לקיחת סיכונים במהלך הלחימה בטרור הפלסטיני, הפועל במתכוון בלב אוכלוסיה אזרחית, משמעותה היחידה היא מתן חסינות מוחלטת לפעילי הטרור, אשר יוכלו להמשיך ולנהל את פעילותם הרצחנית, מבלי כל חשש שצה"ל יפגע בהם.

ג. פעילות לחימתית נעשית לתכלית לאומית חשובה - ודומה, כי אין צורך להרחיב בעניין התכלית שבבסיס הפעילות ההגנתית וההתקפית נגד גורמי הטרור הפלסטינים.

ד. בפעילות לחימתית, ההשלכות אשר עשויות להיות לחקירה פלילית על שרשרת הפיקוד ועל נכונותם של מפקדים למלא את משימתם - הן הדרמטיות ביותר. בזמן לחימה, הנטל המוטל על שרשרת הפיקוד הוא כבד מנשוא, והאחריות על המפקדים היא עצומה. לפתיחת חקירה פלילית בגין אירוע לחימתי, על אף הנסיבות יוצאות הדופן של הפעילות המבצעית, ובהיעדר חשש מוצדק בדבר ביצועה של עבירה פלילית, עלולה להיות השלכות כבדות משקל על תפקודם של מפקדים ולוחמים.

26. לסיכום, מהוראות החוק והפסיקה עולה כי פתיחת חקירות פליליות לגבי פעילות מבצעית, בעיקר בעת לחימה, מחייבת את שקילתם של מכלול שיקולים ייחודיים, בהתאם

למאפייניה הייחודיים של הפעילות המבצעית-לחימתית. יישום שיקולים אלה מלמד כי פתיחה בחקירה פלילית ביחס לפעילות מבצעית, וקל וחומר פעילות לחימתית, צריכה להיות בגדר חריג, וכי דרך המלך לבדיקת האירועים היא עריכת תחקיר צבאי.

כאשר צבא מצוי בלחימה, ובפרט בלחימה קשה בטרור, עצם העובדה שנפצע או נהרג אדם, אינה מעידה כשלעצמה על התנהגות פלילית של חיילי צה"ל, ואינה יוצרת בהכרח חשד להתנהגות כזו, גם אם, למרבה הצער, הנפגע הוא אדם תמים.

מן העבר השני, מובן כי עצם קיומה של פעילות מבצעית ואירועי לחימה אינה מקנה חסינות מפני שימוש בכלים פליליים. יש לבחון כל מקרה לגופו בהתאם לנסיבות העניין, כפי שנעשה גם במקרה דנן.

לעניינה של העתירה

27. המשיב יטען כי דין העתירה להידחות. עמדת המשיב הינה כי ההחלטה שלא להורות על פתיחה בחקירה פלילית בנסיבות המקרה דנן הינה החלטה ראוייה וסבירה, וכי אין כל יסוד או טעם להתערבותו של בית המשפט הנכבד בהחלטה זו.

החלטה זו נתקבלה על יסוד החומר שהונח בפני הפרקליט הצבאי הראשי, ששקל את העניין, על-יסוד מלוא השיקולים שפורטו לעיל, והגיע למסקנה כי אין מקום – בנסיבות אלו – להורות על פתיחה בחקירה פלילית.

28. כפי שפורט לעיל, האירוע נשוא עתירה זו אירע בעיצומה של לחימה של מדינת ישראל אל מול ארגוני הטרור הפלסטיניים. האירוע אירע ברפיח, בקרבת ציר "פילדלפי", אחד מהאזורים המסוכנים והמאוימים ביותר, גם בהשוואה לגזרות אחרות ברצועת עזה עצמה.

ביום בו אירע האירוע התנהל באותו איזור מבצע צבאי רחב היקף, שמטרתו העיקרית הייתה לנסות ולאתר מנהרות תת-קרקעיות, באמצעותן מבריחים אמצעי לחימה מתוך שטח מצריים לשטח עזה. במסגרתו של מבצע זה נכנסו כוחות צבא רבים לרפיח. המבצע נמשך שלושה ימים, במהלכם פעלו הכוחות כנגד תשתיות הטרור ברפיח.

29. מהבדיקה שנערכה עלה, כי האירוע הקרוב ביותר לאירוע שתואר על ידי העותרים הינו האירוע שפורט לעיל.

כאמור מעלה, לא ניתן לקבוע באורח חד משמעי, כי האירוע בו נפגעה המנוחה והאירוע שפורט לעיל חד המה, אולם ישנם קווי דמיון משמעותיים בין אירוע זה לבין הטענות המועלות על-ידי העותרים – המדובר באותו מרחב פעולה (שכונת אלסלאם הסמוכה ל"ציר פילדלפי"); בתחילה זוהו על ידי הכוחות שתי דמויות, וגם בעתירה פורט, כי בשלב הראשון בו נפגעה המנוחה היה לצידה בעלה בלבד; לאחר מכן זוהו על ידי הכוחות שתי דמויות נוספות הניגשות למקום, ועובדה זו מתאימה לתיאור המופיע בעתירה, לפיו שני אחיו של בעלה של המנוחה ניגשו למקום, ולבסוף ראו הכוחות, כי אמבולנס מפנה מהמקום את כל הארבעה, עובדה העולה בקנה אחד עם התיאור המופיע בעתירה.

עמדת הפרקליט הצבאי הראשי היא כי אין מקום לפתוח בחקירה פלילית בגין האירועים שנכללו במסגרת התחקיר ויומני המבצעים המתעדים את קורותיו של אותו מבצע, שכן לא מתעורר חשד לכך שחיילי צה"ל ביצעו עבירה פלילית, אשר גרמה למות המנוחה. המדובר, לכאורה, באירוע מבצעי בו פתחו החיילים באש לעבר חמושים, שניסו, להבנתם, להניח מטען חבלה. בנסיבות האמורות, עמדת המשיב הינה כי לא נפל כל פגם בהחלטתו שלא להורות על פתיחה בחקירה פלילית, וכי דין העתירה להידחות.

מידת ההתערבות של בית המשפט בהחלטות בעניין פתיחה בחקירה פלילית

30. מכל שהבאנו עד כה, עולה כי אין כל עילה שבגינה יתערב בית המשפט הנכבד בהחלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי שלא לפתוח בחקירה פלילית לבדיקת נסיבות מותה של העותרת, וכי המדובר בהחלטה סבירה וראויה.

31. מכל מקום, נבקש להזכיר, כי כידוע, על פי ההלכה הפסוקה, מידת ההתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטות התביעה הכללית, לרבות הפרקליט הצבאי הראשי, הינה מצומצמת ביותר, וככלל, בית המשפט הנכבד לא ישים עצמו "יועץ משפטי על" או "פצ"ר על".

בעניין זה נבקש להפנות אך לכמה פסקי דין מרכזיים, אף כי יש פסקי דין רבים אחרים בהם נפסקה הלכה דומה.

32. תחילה יצוין, כי בפסיקה נקבע בבירור, כי מידת ההתערבות בשיקול דעת הפרקליט הצבאי הראשי בתפקידו כראש התביעה הצבאית, זהה למידת ההתערבות בשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה. ראו למשל בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג (4) 718.

לפיכך, כל הפסיקה שתובא להלן לגבי מידת התערבות בשיקול דעת היועמ"ש, יפה היא גם לענין הפרקליט הצבאי הראשי.

אשר לאותה מידת התערבות, נפנה תחילה לבג"ץ 6009/94 שפרן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מח (5) 573, 582, שם נקבע כדלקמן:

"כפי שנקבע לא אחת, בית המשפט אינו ממיר את שיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה בשיקול דעתו שלו. אין בית המשפט פועל כ"יועץ משפטי עלי. לפיכך לא יתערב בית המשפט בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, רק מכיוון שהוא היה מחליט אחרת. אך בית המשפט יתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי אם זו לוקה בחוסר סבירות קיצונית או בעיוות מהותי."

לעניין זה ראו גם: בג"ץ 935/89 גנור ואח' נ' היועץ המשפט לממשלה, פ"ד מד (2) 485.

עוד נפנה לבג"ץ 2534/97 ח"כ יונה יהב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נא (3) 1, בו סוכמה בהרחבה הפסיקה בנושא זה. וכך קבע שם בית המשפט:

"יש לזכור, כי ההחלטה האם יש בענין פלוני די ראיות לצורך העמדה לדין - ההחלטה העומדת במוקד הדיון בענייננו - מצויה בגרעין הקשה של סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה. זו ההכרעה היסודית אשר עליו לעשות על פי החוק, בהחליטו אם לעשות שימוש בסמכותו להגיש כתב אישום (ראו סעיף 62 (א) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב - 1982). בתוך כך, רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהחליטו אם להגיש כתב אישום, להעריך את תוצאותיו הצפויות של משפט אם ייערך, ואת הסיכויים להרשעה (ראו פסקה 10 לפסק הדין בבג"צ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם)). הוא רשאי להידרש גם למידת המהימנות שעשוי בית המשפט ליחס לראיות ולסיכוי, שעל אף קיומן של ראיות לכאורה, הנאשם יזוכה בסיומו של ההליך (בג"צ 3846/91 ע"ד פינחס מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו (5) 423, 436; ראו גם בג"צ 653/94 יהודה נ' היועץ המשפטי לממשלה, תקדין עליון 1235 (2), בפסקה 2 לפסק הדין). אין טעם בהפעלת מנגנון התביעה ואין טעם בפגיעה בפרט הנגרמת על ידי עצם ההעמדה לדין, אם בסופו של ההליך אין סיכוי סביר שאותו פרט יורשע בדיון."

המדובר הוא בשאלה מובהקת של הערכה - עובדתית ומשפטית. מעצם טיבה, ייתכנו לגבי החלטה מעין זו עמדות והערכות שונות. בהפעילו את שיקול דעתו בעניין זה, נשען היועץ המשפטי לממשלה על ידע, מקצועיות וניסיון, כלים המסייעים בידו להעריך את תוצאות ההליך המשפטי, אם יחליט על קיומו. בזכות כלים אלה העומדים לרשותו נמסרה בידו הסמכות, רבת החשיבות, להחליט על העמדה לדין. עולה מכך, כי שיקול הדעת המסור ליועץ המשפטי לממשלה לענין זה הוא רחב.

לדעתי, ממכלול שיקולים אלה מתחייבת המסקנה, כי יש מקום להכיר בקיומו של מיתחם סבירות רחב בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה בדבר דיות הראיות לצורך העמדה לדין. יש ליתן בהקשר זה את המשקל הראוי למעמדו המיוחד של היועץ המשפטי לממשלה. יש ליתן ליועץ המשפטי לממשלה את האשראי הנובע ממעמדו וכשירותו המיוחדים, ולהניח כי "החלטה מעין זו מתקבלת לאחר בדיקה מעמיקה ועניינית של כל חומר הראיות ואגב עימות בין הודעות העדים השונים, והערכת מהימנותן הלכאורית ומשקלן היחסי" (דברי השופט בך בבג"צ 3425/94 הני"ל). יש להביא בחשבון, כי הסמכות להגיש כתב אישום היא, על פי החוק, ליועץ המשפטי לממשלה, וכי שיקול הדעת הנתון ליועץ המשפטי לממשלה בענין זה הוא נרחב.

כפועל יוצא מכך - נטייתו של בית המשפט להתערב בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה בנושא זה תהיה מצומצמת ביותר. במובן זה, יש לדעתי ייחוד בהיקף ההתערבות בפועל של בית המשפט בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, ביחס להיקף ההתערבות בהחלטות של רשויות לא מעטות אחרות. אני סבור כי הלכה למעשה, מיתחם ההתערבות בהחלטותיו של היועץ המשפטי בעניינים אלה הוא צר.

אכן, בידי בית משפט **המפקח** על פעילותו של היועץ המשפטי, קיימים אותם כלים כמו ליועץ המשפטי לממשלה לבדיקת חומר ראיות, ולקביעה אם יש בו די כדי להצדיק העמדה לדין. אך כפי שנאמר לא אחת, **בית המשפט אינו "יועץ משפטי על"**, ואל לו ליטול לעצמו את

תפקידו של היועץ המשפטי ולהחליט מה היה עושה הוא במקום היועץ המשפטי. אם החלטתו של היועץ המשפטי הינה החלטה אפשרית מבחינת סבירותה, די בכך כדי שבית המשפט ימשוך ידו מהניסיון לקבוע מה היה הוא מחליט, לו ההחלטה בדבר העמדה לדין היתה בידו". (עמוד 31; הדגשות הוספו).

אכן, דברים אלה נאמרו בענין שיקול הדעת הנתון ליועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין, אך נכונים הם, כפי שנקבע בפסיקה מאוחרת יותר, גם לענין שיקול הדעת הנתון לו לגבי פתיחה בחקירה.

33. בהקשר זה נבקש להפנות לפסק הדין בדנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, תקדין עליון 2004 (1) 1142, שעסק בהחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית, בו נקבע כדלקמן:

"משורה של פסקי-דין שניתנו בשנים האחרונות עולה, כי כללי ההתערבות בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה זהים בעיקרם לגבי כל שלביו של ההליך הפלילי, וכי אין לעניין זה הבדל בין החלטה על אי-העמדה לדין לבין החלטה על אי-פתיחה בחקירה... יצוין כי לעיתים ביקשו העותרים מבית-המשפט להורות הן על פתיחה בחקירה והן על העמדה לדין - כפי שעשה גם העותר במקרה שלפנינו - ובית-המשפט דחה את העתירות מבלי להבחין בנימוקיו בין שתי הבקשות... אמנם, ההחלטות על אי-פתיחה בחקירה שנבחנו עד כה בפסיקה התבססו בדרך כלל על היעדר "עניין לציבור" בקיום החקירה, ולא על היעדר תשתית ראייתית מספקת, שהיווה את הנימוק העיקרי בענייננו. אולם בכך אין כדי לגרוע מן המסקנה, כי פסק-הדין נשוא העתירה לא חידש דבר-מה משמעותי אלא אך החיל הלכה מיוסדת על הנסיבות שנדונו בו. בהקשר זה לא למותר להעיר, כי בית-המשפט הבהיר לא אחת שנכונותו להתערב בהחלטות היועץ המשפטי הנוגעות לדיות הראיות תהיה נמוכה במיוחד, ואף צוין כי "עד כה לא היה, ככל הנראה, ולו אף מקרה אחד בו התערב בית משפט זה בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש אישום בשל חוסר ראיות..." דברים אלה נאמרו, אמנם, לגבי אי-העמדה לדין, אך נראה כי הם יפים

גם לגבי אי-פתיחה בחקירה (הגם שהרף הראייתי הדרוש בכל אחד מהשלבים עשוי להיות שונה)."

34. עוד נדגיש, כי על פי פסיקת בית משפט נכבד זה, כאשר מדובר בהפעלת שיקול דעת בהתבסס על הערכה של חומר ראיות, בית המשפט יתערב רק במקרים נדירים במיוחד. במקרה דנן, מבקשים העותרים כי יישלל שיקול הדעת הנתון למשיב לבחון אם יש תשתית ראייתית המצדיקה פתיחה בחקירה פלילית בכל מקרה ומקרה. התערבות שכזו מהווה התערבות ב"גרעין הקשה" של שיקול הדעת הנתון למשיב.

בעניין זה נפנה למשל לדברי כב' השופט חשין בבג"ץ 4736/98 **מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'**, פ"ד נד (1) 659, בעמ' 666, בהם קבע כדלקמן:

"אכן, אם על דרך הכלל לא ימהר בית-המשפט הגבוה לצדק להתערב בהחלטתו של היועץ-המשפטי להעמיד לדין או שלא להעמיד לדין, ייאמרו דברים אלה בראש ובראשונה בשאלת הערכתן של ראיות, שאלה הניתנת במובהק להכרעתן של רשויות התביעה. רשויות התביעה קנו ידע, מקצועיות וניסיון רב, וחזקה עליהן כי תעשינה כמיטבן להעמיד לדין את מי שראוי כי יועמד לדין ושלא להעמיד לדין את מי שאין הוא ראוי כי יעמוד לדין. מרחב שיקול הדעת של הפרקליטות, בעיקר בנושא זה, הינו מרחב רב, ובית-המשפט לא יתערב בהחלטתה אלא במקרים בהם חרזה ביתר ממיתחם שיקול הדעת אשר ניתן לה.

נזכור, נדע ונשנן זאת היטב: האחריות בנושא הגשתו - או אי הגשתו - של כתב אישום, על שיכמן של רשויות התביעה נופלת היא; על שיכמן ועל שיכמן בלבד; והנושא באחריות מחזיק אף בסמכות, אלא אם חרג ביתר מסמכותו."

הדברים הללו יפים ככתבם וכלשונם גם לענייננו.

לעניין זה ראו גם: בג"ץ 806/90 **הנגבי נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד מד(4) 797, 799, וכן בג"ץ 3846/91 **עו"ד פינחס מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מו (5) 423, 435.

35. כן נבקש להפנות את בית המשפט הנכבד לפסק הדין בבג"ץ 3993/01 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, (טרם פורסם).

אותה פרשה עסקה, בדומה למקרה דנן, בהחלטת הפרקליטות שלא לפתוח בחקירה פלילית, על יסוד בדיקה ראשונית שנערכה על-ידי הפרקליטות. בית המשפט, בדחותו את העתירה, קבע בעניין נשוא עתירה זו, כדלהלן:

"בין שאר תחומי פעילותו של היועץ המשפטי לממשלה, מופקד הוא על אכיפת החוק הפלילי ומוסמך להורות למשטרה על פתיחת חקירה פלילית...משבאה פנייה ליועץ המשפטי לממשלה או לפרקליטת המדינה, בה מועלים נגד מאן דהוא חשדות בדבר ביצוע עבירה פלילית, עומדות בפניהם מספר דרכי פעולה, שאחת מהן הנוגעת לענייננו, היא עריכת בדיקה, על מנת להחליט אם להורות על פתיחת חקירה משטרתית אם לאו. מתן הוראה כזו, בדומה למתן הוראה על הגשת כתב אישום, הוא עניין שבשיקול דעת...שיקול הדעת הוא רחב ביותר וההתערבות השיפוטית בו היא מצומצמת ונעשית במקרים נדירים".

וכך ציין אף כבוד השופט מצא בדחותו את הבקשה לדיון נוסף שהוגשה על פסק הדין בפרשה זו [דנג"ץ 1396/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, (טרם פורסם)]:

"בצדק טוענת הפרקליטות, כי פסק-הדין אינו מחדש כל הלכה. בית המשפט אך חזר על ההלכה, המורה כי סמכות היועץ המשפטי לממשלה להורות על חקירה פלילית – ובכלל זה הסמכות לבצע בדיקה מקדמית – היא סמכות שבשיקול-דעת, אשר בית המשפט יתערב בה רק במקרים חריגים במיוחד".

וראו גם בג"ץ 8121/99 **האגודה לזכות הציבור לדעת נ' פרקליטות המדינה**, תקדין עליון, 2000 (2) 2048, שם נאמר כדלקמן:

"במקרים חריגים, שמטבע הדברים הם גם נדירים, עשוי בית המשפט הגבוה לצדק להתערב במסקנותיו של היועץ המשפטי לממשלה. עד כה לא היה, ככל הנראה, ולו אף מקרה אחד, בו התערב בית משפט זה בהחלטת היועץ

המשפטי לממשלה שלא להגיש אישום בשל חוסר ראיות.
נראה כי אף מקרה זה אינו מצדיק סטיה מן הכלל הזה".

36. מכל הפסיקה שהובאה לעיל, עולה בבירור, כי בית המשפט הנכבד ייזהר מאד מלשים עצמו תחת הפרקליט הצבאי הראשי או היועץ המשפטי לממשלה. על פי הפסיקה, נתון לבעלי תפקידים אלה שיקול דעת נרחב ביותר, ועליהם להפעילו לפי מיטב הכרתם ושיפוטם, על פי הראיות הלכאוריות שהובאו בפניהם. בעשותם כן ממלאים הם "תפקיד מעין שיפוטי", ובית משפט נכבד זה יתערב בשיקול דעת זה רק במקרים נדירים ביותר.

37. סוף דבר, מכל האמור לעיל עולה, באופן ברור, כי החלטת המשיב שלא לפתוח בחקירה הינה החלטה ראויה וסבירה, וכי ממילא, דין העתירה להידחות. על אחת כמה וכמה בהתחשב בהיקף התערבותו המצומצם של בית משפט נכבד זה בהחלטות של הפרקליט הצבאי הראשי.

היום: ה' ניסן תשס"ה

14 אפריל 2005



דנה בריסקמן

ממונה על ענייני הבג"צים

בפרקליטות המדינה