

1. ג'רושה, ת"ז

2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של לוטה זלצברגר (ע.ר.).

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או אמילי שפר ו/או שלומי זכריה ו/או אבישר לב ו/או כרמל פומרנץ ו/או אדר גרייבסקי מרח' יהודה הלוי 45, תל אביב-יפו 65157; טל: 03-4206947/8/9, פקס: 03-4206950

העותרים

-- נגד --

1. הפרקליט הצבאי הראשי, תא"ל דני עפרוני

2. התובעת הצבאית הראשית, אל"ם ז'נה מודזגברישוילי

3. רס"ן א'

4. סמ"ר ת'

המשיבים

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

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים 1-2 לבוא וליתן טעם, באם יחפצו, מדוע לא יגישו כתב אישום כנגד המשיבים 3-4, על חלקם בפרשת הריגתו של ג'רושה (תיק מצ"ח 517/03), ומדוע לא יאשמו בביצוע העבירות הבאות:

1. עבירת המתה או ניסיון להמתה;

2. לחילופין, עבירה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות (סעיף 72 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955)

1. עניינה של עתירה זו בפרשת הריגתו של ג'רושה (להלן: המנוח), אשר נורה למוות בידי חיילים, בעת שהחנה את רכבו בחצר ביתה של אחותו בעיר טול כרם, והוא בן ארבעים שנה.
2. עניינה של עתירה זו בהוראת חיסול שניתנה ובוצעה כלפי המנוח בשל חשד שהוא מספק מידע לחמושים פלסטינים על מיקומם של חיילים – חשד שהתבסס כולו על הערכה והסקת מסקנות.
3. המנוח, ועל כך אין מחלוקת, לא סיכן חיי אדם **בשעה שנורה**, וההחלטה לקטול אותו נתקבלה מבעוד מועד ובוצעה בהזדמנות שנקרתה ולא "תחת אש". אף המשיבה 2 לא חולקת על כך שמדובר בהפרה של הוראות הפתיחה באש.
4. לפיכך, עניינה של עתירה זו בשאלה החשובה מהו רף הסיכון שנשקף מאזרח המצדיק הפעלת כוח קטלני נגדו, ומהי דרגת הוודאות הנדרשת שאכן סכנה כאמור נשקפת.
5. הפרקליטות הצבאית סגרה את תיק החקירה ודחתה את הערר שהוגש נגד החלטתה זו בנימוק כי המנוח הוציא עצמו מקהל ה"אזרחים המוגנים", וכן בנימוק כי עומדת למשיבים 3-4 הגנת הצורך בשילוב עם טענת טעות כנה במצב דברים.
6. העותרים סבורים כי בשעה שנורה היה המנוח בגדר "אזרח מוגן", שלא ניתן היה לפגוע בו. מצב הדברים כהווייתו וכן מצב הדברים כפי שדימו אותו המשיבים 3-4 לא הצדיק הפעלת כוח קטלני כלפי המנוח ולפיכך אף הגנת הצורך לא עומדת להם.
7. העותרים סבורים כי קבלת עמדת המשיבה 2 מנוגדת לעקרונות הבסיס של דיני הפעלת הכוח ודיני הלחימה ומשכך, פוגעת פגיעה אנושה בשלטון החוק. עמדה זו של הפרקליטות הצבאית, אם תעמוד על כנה, תהיה בגדר רישיון להרוג אזרחים רק בשל חשד למעורבותם בפעילות עוינת גם בשעה שאינם בפועל מסכנים חיי אדם.

ב. הצדדים לעתירה

8. העותר מס' 1 הינו אחיו של המנוח ג'רושה ואחד מיורשיו.
9. העותר מס' 2 הינו ארגון זכויות אדם הפועל להגברת האכיפה של המשפט ההומניטארי בשטחים הכבושים, ומסייע לפלסטינים, תושבי השטחים, שזכויותיהם הופרו על-ידי ישראל.
10. המשיב מס' 1 עומד בראש התביעה הצבאית ואמון על השלטת המשפט והמשמעת בצה"ל. מתוקף תפקידו ופעילותו הוא אחראי, בין היתר, על גופי החקירה והתביעה הצבאיים ועל הדין המשמעותי בצבא. הוא הממונה המקצועי על המשיבה 2, מפקח על פעילותה, והיא כפופה לו.
11. המשיבה מס' 2 עומדת בראש הגוף המוסמך, על-פי דין ועל-פי פקודות הצבא, לקבל החלטה בדבר העמדה לדין, ולחלופין בדבר סגירת תיק החקירה ללא נקיטת אמצעים משפטיים או משמעותיים כלשהם.
12. המשיב מס' 4 פיקד בעת האירוע על פלוגת נובמבר 2000.
13. המשיב מס' 5 הוא אחד משני הצלפים, אשר ירו לעבר רכבו של המנוח.

ג. הרקע העובדתי

I. האירוע

14. בבוקר יום ה-31.10.2001 הגיעו המנוח ובנו לביקור משפחתי בבית אחותו של המנוח. ביתה של האחות נמצא בצד המזרחי של טול כרם, כ-200 מטרים מעמדה צבאית ששכנה אז בבניין "אלצפא". כעבור כשעה יצאה המשפחה ברכבו של המנוח לעבר ביתו, אך הרכב נחסם על-ידי נגמ"ש וטנק. בני המשפחה סבו על עקבותיהם, המנוח החנה את המכונית בצד הכביש וכולם נכנסו בחזרה לבית האחות. לאחר מספר דקות שמעו בני הבית את הנגמ"ש מתקרב לביתם. המנוח, שחשש לפגיעה ברכבו, יצא מן הבית על מנת להחנות את הרכב בחצר הבית. משנכנס אל הרכב, נשמע צרור יריות. המנוח נפגע כתוצאה מהירי, אך הספיק להיכנס אל הבית ולקרוא לעזרה. אמבולנס של הסהר האדום הגיע למקום ובסופו של דבר פינה את ג'רושה לבית החולים בטול-כרם. ג'רושה נפטר בבית החולים מפצעיו כעבור מספר שעות.
15. חקירת האירוע נפתחה בשיהוי ניכר, כעבור **כשנה וחצי** ממועד האירוע. עדויות מבני משפחת המנוח נגבו כעבור **שנתיים** מהאירוע, ורק כעבור **שלוש שנים** נגבו עדויות החיילים והמפקדים. החלטת הפרקליטות הצבאית בנוגע לאי-העמדה לדין ניתנה בחלוף **כשבע שנים** מקרות האירוע, וגם זאת רק בעקבות עתירה לבג"ץ (בג"ץ 5314/08 ג'רושה נ' הפרקליטות

הצבאית [טרם פורסם, ניתן ביום 12.10.08].

העתק מהעתירה בבג"ץ 5314/08 מצ"ב ומסומן נספח 1

16. ביום 2.9.2008 הודיעה הפרקליטות לעניינים מבצעיים לעותרת מס' 2 על סגירת תיק החקירה ללא נקיטת צעדים משפטיים כנגד גורם צבאי כלשהו. בהודעתה נאמר כי ממצאי החקירה מלמדים כי קיים יסוד סביר להניח שהמנוח נפגע מירי צלפי צה"ל לעבר הרכב בו נסע, ירי שנועד לעוצרו ולא דווקא להרגו. הירי בוצע לאור תובנת המפקדים כי המנוח היה מעורב באופן חוזר ונשנה בהכוונת ירי פלסטיני לעבר כוחות צה"ל וסיכן את חי החיילים.

העתק מהודעת הפרקליטות על סגירת תיק החקירה, נשוא עתירה זו, מצ"ב ומסומן נספח 2

17. טענתה העיקרית של הפרקליטות, שסוכמה בסעיף 17 להודעתה על סגירת תיק החקירה, היתה כי דיני המלחמה מאפשרים את הירי שתכליתו היתה מעצר המנוח אף במחיר של פגיעה אפשרית בו. לגישת הפרקליטות, בפעילותו - אשר תוארה על-ידה כ"הכוונה שיטתית במספר רב של הזדמנויות, של ירי אפקטיבי לעבר החיילים, באופן נמשך, שיטתי, ואינטנסיבי" - הוציא עצמו המנוח מקהל ה"אזרחים המוגנים". הוא לא היה זכאי להגנה מפני פגיעת החיילים שכן הוא מוגדר כ"אזרח הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה", להבדיל מ"אזרח מוגן" שאינו מעורב בלחימה.

18. בהודעתה הודתה הפרקליטות כי מראש לא ניתן היה לאשר את הירי כפי שאושר, וכי החיילים פעלו באופן החורג מכללי הפתיחה באש. חרף זאת, קבעה הפרקליטות כי נוכח מכלול נסיבות האירוע יש לסגור את התיק מבלי לנקוט צעדים משפטיים כלשהם כנגד מי מהחיילים המעורבים באירוע. וכך נאמר בהחלטה על סגירת התיק:

"אף שאפשר שמראש לא ניתן היה לאשר את הירי כפי שאושר, ומכל מקום ברי שהיה צריך לפעול על-פי כללי הפתיחה באש, הרי שבבחינה בדיעבד אם להורות על העמדה לדין, נמצא ליתן משקל למכלול נסיבות האירוע ולדין".

19. כפי שיתואר להלן, ערר על החלטת הפרקליטות הצבאית נדון ע"י המשיבה מס' 2 ונדחה. זהו הרקע והבסיס לעתירה זו.

II. הדרישה לחקור והשיהוי הרב בחקירה

20. ביום 25.3.2002 פנתה משפחת המנוח, באמצעות העותרת מס' 2, ליועמ"ש איו"ש בדרישה לפתוח בחקירת האירוע. העתק המכתב הועבר לפרקליט פיקוד מרכז.

העתק מפניית העותרת מס' 2 מיום 25.3.2002 מצ"ב ומסומן **נספח 3**

21. ביום 26.3.2002 השיב היועץ המשפטי כי על העותרים לפנות לפרקליט פיקוד מרכז ישירות. ביום 30.4.2002 פנו העותרים במישרין לפרקליט פיקוד מרכז, סא"ל רועי גינות. באותו יום, השיב הפרקליט כי התלונה נמצאת בבירור. העותרים אינם יודעים מתי החלה, בעקבות הבירור המקדים, חקירה פורמאלית. לכן הם מניחים כי זהו המועד בו הוחל בחקירת האירוע.

העתק מתשובת פרקליט פיקוד מרכז מיום 30.4.2002 מצ"ב ומסומן **נספח 4**

22. ממועד זה ובמשך למעלה משלוש שנים פנו העותרים למצ"ח, בהזדמנויות שונות, בכתב ובטלפון, ונענו כי התלונה מצויה בשלבי החקירה.

23. ביום 27.10.05 נודע לעותרת מס' 2 כי החקירה הסתיימה והתיק הועבר לפרקליטות פיקוד צפון למתן החלטה על העמדה לדין.

24. מכאן ואילך, ובמשך למעלה משנתיים וחצי, סבב התיק בין הפרקליטות השונות של הפרקליטות הצבאית הראשית, ללא כל החלטה בנוגע להעמדה לדין.

25. בעקבות שיהוי רב זה, הגישה העותרת מס' 2 עתירה בדרישה להורות לפרקליטות הצבאית ולפרקליט הצבאי הראשי להחליט ללא דיחוי האם להעמיד לדין את החשודים במותו של המנוח (בג"ץ 5314/08 ג'רושה נ' הפרקליטות הצבאית המופיע בנספח 1 הנ"ל).

26. בתגובתה המקדמית לעתירה, הודיעה הפרקליטות הצבאית כי ביום 28.08.2008 התקבלה החלטתה לסגור את תיק החקירה. בעקבות כך, קבע בית המשפט הנכבד ביום 12.10.2008 כי העתירה התייתרה, ולפיכך היא נדחית.

27. בחלוף שבע שנים מאירוע מותו של המנוח, רק עתירה לבג"ץ היא שגרמה לפרקליטות לקבל סוף כל סוף החלטה בנוגע לאי-העמדה לדין של החשודים בהריגתו.

III. החקירה

מחומר החקירה בתיק עלו הממצאים הבאים:

28. המידע, אשר היה ברשות הכח הצבאי עובר לפגיעה במנוח, הסתכם בכשבוע ימים של תצפיות אקראיות בהן נראה המנוח "מרחוק", כשהוא מגיע במספר הזדמנויות לבית פרטי פלוני ומתעכב מחוצה לו כשהוא משוחח בטלפון נייד. למידע זה נוספה ה"ראיה" הנסיבתית לפיה

כעבור זמן קצר נפתחת אש פלסטינית לעבר עמדת החיילים בבניין "אלצפא". צירוף נסיבות זה הספיק ליצור אצל החיילים וודאות לפיה המנוח עסק בהכוונת ירי לעברם, ולמעשה היה מעורב בלחימה. כך הצלף, סמ"ר איגור, בעדותו (מיום 13.1.2005):

"הפלסטינאי הזה כיוון ירי של צלף על כח שלנו במשך כשבוע לפני מותו... בכל פעם שהיה ירי מדויק של צלף לעברנו הוא היה שם ודיבר בפלאפון וכיוון אותו. אני יודע שהוא כיוון את הכח כי צירוף מקרים יכול להיות פעם-פעמיים ולא שבוע שלם"

וכן הצלף סמ"ר תום:

"חיילי הפלוגה סיפרו לי כי מדי יום הם מזהים אדם שמגיע עם רכב מסוג אאודי כחול, מתמקם כ-450 מ' מהבניין, צופה לעברו תוך שהוא משוחח בטלפון ונראה כמי שמוסר דיווח לגבינו. מיד עם סיום השיחה היה אותו אדם מסתלק מהמקום ומיד לאחר מכן נפתחת אש תופת לעבר חלונות החיילים בהם היו החיילים. במשך כשבוע וחצי ששהיתי בבניין ראיתי אף אני את אותו אדם. התהליך הנ"ל חוזר על עצמו ולא היה לי כל ספק שקיים קשר ישיר בין אותו אדם לירי שבוצע וכי למעשה הוא עסק בפעילות טיווח".

29. בעדותו השנייה מיום 26.9.2005 של המ"פ אופיר, אשר מהווה גרסא קיצונית יותר של המתרחש מזו שעולה מעדותו הראשונה (ועל כך בהמשך), מציין הלה כי ההבנה כי המנוח מסכן את כוחותיהם ויש לנטרלו התגבשה אצלו "לאחר מספר אירועים שלפי מיטב זכרוני נמשכו מעל לשבוע ואולי קרוב לשבועיים" (כל ההדגשות בעתירה אינן במקור אלא אם צוין אחרת)

30. על אף השכנוע המובהק הניכר מעדותיהם של הצלפים ושל המ"פ, יש לשים לב כי באף אחת מן העדויות לא מופיע מספר מדויק ואפילו לא הערכה מספרית של האירועים מהם ניכר היה כי המנוח סיפק מידע על הכח. בהודעת הפרקליטות על דחיית הערר צוין כי "מחומר החקירה עולה, כי נרשמו יותר מחמישה מקרים של ירי באזורת של העמדה, ואף בוצע ירי לעברה". יצוין, כי קביעה זו של הפרקליטות עומדת בניגוד לעדויותיהם של החיילים לפיהן העמדות היו נתונות להתקפות ירי חוזרות ונשנות (למשל עדות המ"פ אופיר מיום 26.9.05).

31. בכל אותה תקופה שקדמה לאירוע לא ידעו החיילים כי אותו בית פלוני הוא ביתה של אחות המנוח וכי המנוח הגיע לביתה לעתים מזומנות לביקור משפחתי, פעמים מלווה על-ידי בנו בן ה-13 (עדות האחות זגל מיום 7.9.2003). המנוח לא היה חמוש, לא היה מצויד באמצעי תצפית כלשהו, לא ביקש להסתיר עצמו מן החיילים ועד היום לא ידוע מה תוכן השיחות שניהל בטלפון הנייד ועם מי דיבר.

32. בחומר הראיות אין כל אינדיקציה כי החשד, לפיו המנוח מכוון ירי לעבר החיילים, נבדק מעבר להתרשמות הנסיבתית של החיילים ששהו אז בבניין "אלצפא", וכי יצא לבדיקה כלשהי מעבר לרמת המ"פ והמג"ד.

33. עוד עולה מחומר החקירה כי גם בדיקה בדיעבד בנוגע לאימות החשד בדבר פעילות בלתי חוקית מצד המנוח לא נעשתה. אדרבא, הצלף סמ"ר איגור העריך כי לא בוצע חיפוש ברכבו של המנוח לאחר הירי (עדות מיום 13.1.2005). למעלה מזאת, המג"ד רוני העיד כי כלל לא בוצע תחקיר לאירוע (עדות מיום 28.11.2004). בירור משמעותי של נסיבות האירוע החל רק כעבור שנתיים מהאירוע, עם פתיחתה של חקירת מצ"ח, וגם זאת ביוזמת העותרים ולא ביוזמת גורם רשמי כלשהו.

34. יצוין, כי בדיעבד, ככל הנראה זמן קצר לאחר האירוע, הגיע לגדוד מידע מהשב"כ לפיו המנוח היה גזבר של החמאס בטול-כרם. יודגש, מידע זה לא היה ידוע לחיילים במועד האירוע, וממילא אין בו בכדי "להכשיר" או "להלבין" את התנהגותם החמורה. וראו האמור בסעיף 6 במכתב דחיית הערר שבנספח 6 להלן.

35. על סמך אותן נסיבות, פנה המ"פ אופיר אל המג"ד רוני, כשבוע לפני האירוע, ולחץ עליו לקבל אישור "לנטרל" את המנוח - לקבל "אישור הריגה". לאחר שבוע נענה המג"ד לבקשתו. כך המ"פ אופיר בעדותו מיום 30.11.2004:

"ביקשתי אישור הריגה מרוני. דיברנו על זה כמה פעמים ואחרי כמה פעמים שהוא לא אישר, קיבלתי אישור".

36. מעדות זו של המ"פ עולה עוד כי הכוח בפיקודו ארב למנוח יום לפני האירוע, אך המנוח לא הופיע באזור. אופיר הכין לעצמו תרשימי זרימה של מקרים ותגובות, ומציין כי היה מוטרד מהימצאותם של אנשים נוספים או ילדים ברכבו של המנוח:

"באותו שלב הבנתי שאי אפשר להרוג אותו והחלטתי לעצור את הרכב, לירות אותו".

37. החיילים המתינו אפוא עד שהמנוח יצא מן הבית, לבדו. בינתיים הורה אופיר לטנק ולנגמ"ש להתקדם לעבר בית האחות. זמן קצר לאחר מכן, יצא המנוח מן הבית ונכנס בגפו אל הרכב, אז הורה אופיר לירות לעברו:

"אני הבנתי שאני הולך לפספס את המחבל הזה... להערכתי נתתי פקודת אש ברגע שהוא נכנס לרכב והוא רק הספיק לפנות".

38. אף הצלפים, סמ"ר איגור וסמ"ר תום, העידו כי קיבלו פקודה לירות במנוח על מנת לפגוע בו, ואף להרגו ממש. סמ"ר איגור ירה לעבר המנוח ברובה צלפים מסוג "בארט 05", מכלי נשק שנועד להרוג. כך העיד ביום 13.1.2005:

ש. "קיבלת פקודה מפורשת לירות בו על מנת לפגוע?"

ת. כן. היה פקודה לירות בו... אבל לא זוכר מה בדיוק אמרו בפקודה. לא זוכר מי נתן את הפקודה".

39. בעדותו מיום 15.9.2005 הוסיף איגור:

ש. "האם הירי היה ע"מ להרוג או ע"מ לפגוע?"

ת. ירי שלי לא יכול להיות ע"מ לפצוע/לפגוע כי אני יורה מכלי שיכול רק להרוג".

40. סמ"ר תום ירה לעבר המנוח מרובה צלפים מסוג M-24. תחילה בחר לשמור על זכות השתיקה, ובהמשך העיד כי יום לפני האירוע, מסר לו המ"פ אופיר כי נערכה הערכת המצב אצל המג"ד בנוגע למנוח (עדותו מיום 28.9.2005). בפעם הבאה שהוא (המנוח) יזוהה, עליו (תום) להגיע במהירות לעמדת הירי שהוכנה מראש לכיוון ממנו נצפה המנוח, ו"משמעה בין השאר, נשק צלפים דרוך, מכויל ומוכן לירי עם נשק הצלפים". סמ"ר תום הוסיף כי לאחר שהמנוח יצא מן הבית ונכנס לרכב, פקד עליו אופיר לירות לעבר המנוח:

"המ"פ קרא לי ולצלף השני [איגור] ופקד עלינו לירות תוך שציין, אל תתנו לו לברוח. יריתי לכיוון החלק הקדמי של הרכב".

41. הנה כי כן, לא היה זה ירי אזהרה באוויר או לעבר גלגלי הרכב על מנת לעצור את המנוח, אלא ירי לקדמת הרכב, לעבר מושב הנהג, על מנת לפגוע בו, בנשק - שעל פי עדותו של הצלף איגור - "יכול רק להרוג".

42. המג"ד של גדוד 202, אל"מ רוני נומה, נחקר אף הוא, ובמיוחד בנוגע למתן "אישור הריגה" מוקדם ביחס למנוח. מחומר החקירה עולה כי אל"מ רוני לא היה נוכח פיזית בזירת האירוע, אך לאורך האירוע קיבל דיווחים רצופים בטלפון מהמ"פ אופיר, ואת הירי אישר מבעוד מועד. בניגוד לעדויותיהם של אופיר ושל הצלפים אשר נכחו בזירה, העיד תחילה אל"מ נומה (ביום 28.11.2004) כי הוחלט לעשות "מבצע יירוט ולעצור את הרכב", זאת על מנת לבדוק את הקשר של המנוח לירי לעבר החיילים. הוא הסביר כי ההנחיה הייתה לעשות חסם ונוהל מעצר חשוד לרכב. אל"מ רוני הוסיף כי המנוח "לא נענה לקריאות לעצור" ולכן בוצע נוהל מעצר חשוד וירי לעבר הגלגלים, אף שאל"מ רוני מוסיף ומציין כי אינו זוכר שהיה מרדף.

43. לאחר שעומת עם עדויותיהם של המ"פ אופיר ושל הצלף סמ"ר איגור, במסגרתן נמסר כי התקבל מראש מהמג"ד "אישור הריגה", כי הירי בוצע מנשק צלפים על מנת לפגוע, מסר נומה בעדותו מיום 16.1.2005 כך:

"התקשורת שאופיר מתאר אכן הייתה. הוא באמת ביקש מספר פעמים ליירט את הרכב ואישרתי רק לאחר זמן מה... זה גם דובר בינינו בערב שלפני, לכן אישרתי ירי לעבר הרכב הזה..."

ובהמשך:

ש. "אופיר מציין בעדותו שהוא ביקש ממך אישור הריגה. זה נכון?"

ת. [חסר] [לא נתתי] אישור הריגה, אלא אישור לבצע ירי לעבר [הגלגלים על מנת] לעצור אותו. יכול להיות שהוא ביקש ואישרתי לו".

44. בעדותו השלישית, מיום 21.9.2005, מתאר המג"ד רוני סיטואציה של מרדף אחר רכבו של המנוח ועומד על כך כי אכן בוצע נוהל מעצר חשוד, לרבות ירי לעבר גלגלי הרכב. יצוין, כי לא ירי במהלך מרדף ולא נוהל מעצר חשוד נזכרים בעדותו הראשונה או השניה. כזכור, המג"ד לא נכח כלל בזירת האירוע, אלא ניזון מדיווחיו הטלפוניים של המ"פ אופיר, אשר כאמור, לא טען בעדותו כי התבצע נוהל מעצר חשוד.

45. זאת ועוד, משנתבקש המג"ד רוני להוסיף ולפרט את גרסתו העדכנית, נותרו תשובותיו כלליות וסתמיות. כך למשל, הוא מציין כי המנוח ניסה להתחמק "לכל מיני מקומות" וכי סימנו לו לעצור "בכל מיני צורות". המג"ד לא הסביר לאן בדיוק ברח הרכב אשר נחסם על-ידי נגמ"ש, וכיצד עלה בידו לברוח כאשר הוא מוקף ברכבים משוריינים המרוחקים ממנו עשרות מטרים בלבד. גרסתו אינה מתיישבת עם גרסתם של החיילים האחרים בנוגע להתרחשויות ואף לא עם הגרסה שהציג קודם לכן. סתירה נוספת בגרסתו ניתן למצוא בכך שבחקירתו השלישית מציין אל"מ רוני כי המנוח נפגע מירי של נגמ"ש, בעוד שאין לכך כל אינדיקציה בעדויות החיילים שנכחו בזירה. המ"פ אופיר והצלף סמ"ר איגור הבהירו במפורש כי המנוח נפגע מאש צלפים ושלא נורתה אש מ"מאג" וגם לא מהטנק. סתירות אלו והשינויים התדירים בגרסתו של המג"ד אל"מ רוני פוגמים באופן קשה במהימנותו.

46. באופן דומה, גם בעדות השנייה של המ"פ אופיר ניתן להבחין בניסיון לבצע "מקצה שיפורים". בעדות מיום 26.9.2005 הוא מפליג בתיאור הסכנה שנסקפה לחיילים מפעילות המנוח. בעדות זו נחשף כי המנוח פעל במשך למעלה משבוע, ו"אולי קרוב לשבועיים", וכי מדובר ב"ירי יורים רב תצפיתנים, המפזר יורים בעמדות". פרטים אלה לא הוזכרו בעדותו הראשונה של אופיר.

47. בנוסף, בעדותו זו מציין המ"פ אופיר לראשונה כי ניסה לחסום את המנוח שבחר לנסות ולהימלט. רק אז ניתנה פקודת אש:

"...באחד מקווי ההתקדמות נכנס מוחמד לרכבו ורכבו נמלט, בשלב זה החל הנגמ"ש לנוע ולחסום את דרכו. כשהבחין מוחמד כי דרכו קדמה חסומה פנה ימינה. אני הבנתי שבריחתו מהווה כישלון במשימה ועלי לנטרל את הירי. נתתי

פקודת אש לשני הצלפים שישבו איתי בחפ"ק".

48. לעומת זאת, בעדותו הראשונה מציין אופיר כי המתין עד שהמנוח ימצא לבדו, ונתן פקודת אש מייד כשהוא נכנס לרכבו, ללא כל ניסיון חסימה מצד הכח וללא כל ניסיון הימלטות מצד המנוח.

49. משנשאל רס"ן אופיר האם ניסה לעצור את ג'רושה או לבצע נוהל מעצר חשוד מודה הלה כי לא ביקש מהמנוח לעצור וכי חסימת הציר על-ידי הנגמ"ש היא שהיוותה את ה"איתות" לעצור:

"לא ביקשתי במילים לעצור חסימת הציר ע"י הנגמ"ש היתה בהחלט איתות לג'רושי לעצור. כך גם היה נהוג בפעילויות אחרות..."

(עדות מיום 26.9.2005)

50. השתלשלות האירועים כפי שעולה מחומר החקירה מלמדת כי חסימת הנגמ"ש אירעה בשלב מוקדם יותר, כאשר בני המשפחה עוד היו מצויים כולם ברכב וביקשו לנסוע לבית המנוח. לאחר שנחסם הרכב, החנה המנוח את הרכב ליד הבית ובני המשפחה ירדו מן הרכב ונכנסו כולם פנימה. לאחר מספר דקות, יצא המנוח מן הבית ונכנס אל הרכב כשהוא לבדו.

51. בסופו של דבר, אופיר שב ומאשר כי על הירי לעבר המנוח סוכם מבעוד מועד ומלכתחילה הירי נועד לפגוע בו, ללא נוהל מעצר חשוד, ללא ירי אזהרה באוויר או לעבר הגלגלים:

"אני את בקשתי לנטרולו גם באמצעות הריגה המלצתי למג"ד לאחר שהבנתי את התובנה כי נוכחותו [של המנוח] מסכנת את כוחותינו. לאחר מספר אירועים שלפי מיטב זכרוני נמשכו מעל לשבוע ואולי קרוב לשבועיים קיבלתי אישור המג"ד, לא תוך כדי האירוע הספציפי הזה".

ובהמשך העדות:

"פעלתי לנטרולו ע"פ הוראות וסיכום קודם עם המג"ד רוני ולכן לא ביקשתי אישור לכל שלב..."

ש. "להיכן הורית לצלפים לכוון את הירי ולמה התכוונת באומרך כי הורית להם לפתוח באש על הרכב?"

ת. הוריתי להם לפתוח באש לעבר הרכב. לא התכוונתי לאפשרות של בריחה רכובה. מטרתי היתה לעצור את הרכב או את ג'רושי גם במחיר של פגיעה בג'רושי עצמו. פשוט לא אמרתי היכן לירות".

יוזכר, כי הצלפים העידו כי בתגובה לפקודת האש של המ"פ אופיר, ירו מנשק קטלני אל קדמת הרכב ולעבר המנוח.

52. ניסיון עקר לטעון כי החיילים ביצעו נוהל מעצר חשוד כלפי המנוח מצוי גם בעדותו השניה של סמ"ר איגור (מיום 15.9.2005). הוא ציין כי יתכן ובוצע לעבר המנוח ירי אזהרה וכי "יכול להיות" שהכלים המשוריינים ניסו לעצרו. ברם, טענה בדבר ביצוע נוהל מעצר חשוד נעדרת מעדותו הראשונה והועלתה רק בשלב מאוחר, לאחר שהוצגו לו עדויותיהם של אחרים. כך או כך, היא אינה מתיישבת עם גרסתו המוקדמת שלו עצמו לפיה קיבל פקודת אש מפורשת שנועדה לפגוע במנוח, **מיד** לאחר שנכנס אל הרכב. או אז ירה לעברו מ"כלי שיכול רק להרוג".

53. לסיכום, חקירת מצ"ח מצביעה כי חשדם של החיילים בדבר מעורבות המנוח בהכוונת ירי כלפיהם עובר לפגיעה בו נותר ערטילאי ובלתי מבוסס. החקירה מגלה כי חיילי הכח לא טרחו לבצע נוהל מעצר חשוד קודם שירו אל רכבו של המנוח. עדויותיהם של המ"פ אופיר והצלפים מלמדות כי הם פעלו לאור הידיעה שניתן "אישור הריגה" מבעוד מועד ונשק הצלפים היה **ידרוך, מכייל ומוכן להרוג**". החיילים ארבו למנוח ומשנקרתה ההזדמנות - המנוח נכנס אל הרכב ללא אנשים נוספים - פתחו החיילים על-אתר בירי קטלני לעבר הרכב, ואף לעבר קדמת הרכב. הראיות מוליכות אל המסקנה כי הירי לעבר המנוח נועד להרוג, ולא בוצע על מנת לעצרו.

העתק של חומר החקירה מתיק מצ"ח כפי שהועבר לידי העותרת מס' 2 מצ"ב ומסומן **נספח 5**

IV. הערר וחיותו

54. ביום 16.9.2009 הגישה עותרת מס' 2, בשם עותר מס' 1, **ערר** למשיב מס' 1 בגין ההחלטה לסגור את התיק ללא הגשת כתבי אישום.

כתב הערר מצורף לעתירה ומסומן **נספח 6**. נספח זה מהווה חלק בלתי נפרד מהעתירה והעובדות המופיעות בו הן חלק בלתי נפרד מהעתירה.

55. הטענה המרכזית בערר לעיל היתה כי מחומר החקירה עולה שהחשד לפיו המנוח סיפק מידע על הכוחות נותר חשד ערטילאי ונסיבתי בלבד, שהתבסס על מידע דל, הניתן לפרשנויות שונות. מידע זה לא נבדק באופן ממשי, לא בזמן אמת, ואף לא בדיעבד. אף הפגיעה במנוח אושרה ובוצעה באופן שרירותי, במדיניות של "יד קלה על ההדק". בהעדר ראיה ממשית למעורבותו של המנוח בלחימה, נטען, יש לקבוע כי החיילים פגעו במכוון ב"אזרח מוגן". בכך ביצעו מעשה פלילי חמור והפרו בצורה בוטה את הדין ההומניטארי הבינלאומי.

56. לאור ממצאי החקירה, נכתב בערר, ניכר כי החלטת הפרקליטות הצבאית לסגור את התיק מחוסר ראיות הייתה שגויה ובלתי סבירה באורח קיצוני. המשיב מס' 1 התבקש להורות על

הגשת כתבי אישום כנגד החיילים המעורבים באירוע, ולמצער כנגד המג"ד אל"מ רוני, המ"פ רס"ן אופיר והצלפים.

57. רק כעבור **שנתיים וארבעה חודשים** מיום הגשת הערר, התקבל במשרדי העותרת מס' 2 מכתבה של משיבה מס' 2, התובעת הצבאית הראשית, ובו היא דוחה את הערר. יצוין, כי התאריך המופיע על המכתב שהתקבל ביום 24 בינואר 2012 הינו של שנה קודם לכן, 23 בינואר 2011.

העתק מתשובת הפרקליטות לערר מיום 24.1.2012 מצ"ב ומסומן **נספח 7**

58. תשובת המשיבה מס' 2 לערר התבססה על שתי טענות הגנה. בפתח דבריה, הזכירה משיבה מס' 2 כי כידוע לכל, אזרח הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה מוציא עצמו ממעגל המוגנים והפך להיות יעד לגיטימי לפגיעה, למשך הזמן בו הוא נוטל חלק כאמור. אחר-כך ציינה כי:

"מנייתוח פעולות הכוחות נראה, כי התגבשה בליבם ההבנה, שאותו אדם שבוצע ירי לעברו – היה מי שהוציא עצמו ממעגל "המוגנים", כמבואר להלן".

בהמשך, קבעה המשיבה מס' 2 כי בנסיבות האירוע עומדת לחיילים הגנת הצורך, ולמצער, גם אם ייטען שהמצב אותו שיוו לנגד עיניהם היה מוטעה, הרי שעומדת להם הגנת טעות שבעובדה. לסיום, הוסיפה וציינה משיבה מס' 2 כי מחומר החקירה עולים קשיים נוספים, סוגיית הקשר הסיבתי ובהירות ההנחיות שניתנו, אשר משפיעים גם הם על האפשרות להורות על העמדה לדין של מי מהמעורבים.

59. לסיכום, הערר נדחה זמן רב מאוד לאחר שהוגש וללא שניתן מענה לסוגיה המשפטית המרכזית והיא הכיצד ניתן לייחס הגנת צורך לחיילים כאשר הסכנה שארבה להם לא הייתה מיידית והכוח שהופעל – על פניו – היה כוח קטלני ולפיכך לא מידתי. לסוגיות אלה ונוספות נתייחס בטיעון המשפטי להלן.

60. מכאן עתירה זו.

ז. הטיעון המשפטי

I. הטיעון בקצרה

61. הטיעון המשפטי נחלק לשניים:

1. בחלק הראשון נבחן האם אמנם איבד המנוח את ההגנה הנתונה לו כאזרח מוגן, וזאת לאור החריג המופיע סעיף 351(3) לפרוטוקול הראשון של אמנת גינבה הרביעית.
2. בחלק השני נבחן האם עומדת למשיבים 3-4 הגנת הצורך, הקבועה בסעיף 34 לא לחוק העונשין, התשל"ז-1977, או הגנת טעות שבעובדה, הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין.

62. ואלה, בתמצית, טענותינו:

1. נוכח חומר הראיות בתיק, לא עומדת למשיבים 3-4 הפטור מאיסור הפגיעה באזרחים המגולם בחריג שבסעיף 351(3) לפרוטוקול הראשון, וכן לא עומדות להן ההגנות הפליליות של הצורך או של טעות שבעובדה. בחלק הראשון נבחן האם עומדת למשיבים 3-4 הגנת הצורך, הקבועה בסעיף 34 לא לחוק העונשין, התשל"ז-1977, או לחילופין הגנה הקמה משילוב בין סעיף זה לסעיף 34 לחוק, שעניינו הגנת טעות במצב דברים.
2. משלא עומדות למשיבים הגנות אלה, ייטען, עומד המבחן הראייתי דווקא לחובת המשיבים ותומך בהגשת כתבי אישום בעבירת המתה או למצער, בעבירת חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות לפי סעיף 72 לחוק השיפוט הצבאי.
3. משכך, ההחלטה לסגור את התיק מבלי להעמיד לדין את המעורבים וההחלטה לדחות את הערר הינן בלתי סבירות באורח קיצוני.

II. האם היה ג'רושה יעד לגיטימי לתקיפה?

63. נימוקה העיקרי של הפרקליטות הצבאית בהודעתה על סגירת תיק החקירה היא כי דיני הלחימה מאפשרים את הירי שתכליתו היתה מעצר המנוח אף במחיר של פגיעה אפשרית בו. לגישת הפרקליטות, בפעילותו - אשר תוארה על-ידה כ"הכוונה שיטתית של ירי לעבר החיילים במספר רב של הזדמנויות ובאופן נמשך ואינטנסיבי" - הוציא עצמו המנוח מקהל ה"אזרחים המוגנים". הוא לא היה זכאי להגנה מפני פגיעת החיילים שכן הוא מוגדר כ"אזרח הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה", להבדיל מ"אזרח מוגן" שאינו מעורב בלחימה. טענה זו הופיעה אף בפתח הודעתה של הפרקליטות על דחיית הערר על סגירת התיק.

64. כללי המשפט הבינלאומי הדנים בסכסוכים מזוינים קובעים כי אזרח הנוטל חלק ישיר בלחימה עשוי לאבד את ההגנות הנתונות בדרך כלל ל"אזרחים מוגנים" ולפיכך להוות מטרה לגיטימית לפגיעה. עקרון זה בא לידי ביטוי בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה הרביעית הקובע כך:

"Civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities".

65. עקרון זה מבטא משפט בינלאומי מנהגי, והוא מחייב את כל המדינות, ובכלל זה את מדינת ישראל וצבאה (ראו M. Henckaerts, Study on Customary International Humanitarian Law, 87 International Review of the Red Cross 175, 198, Rule 6; בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, סעיף 30 לפסק הדין (2006) – להלן: "בג"צ החיסולים", המכונה גם "בג"צ הסיכול הממוקד").

66. במדריך הפרשני הרשמי של הצלב האדום אומר המלומד Pictet את הדברים הבאים על הוראת סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון:

*"Thus "direct" participation means acts of war which by their nature or purpose are likely to cause harm to the personnel and equipment of the enemy armed forces. It is only during such participation that a civilian loses his immunity and becomes a legitimate target. **Once he ceases to participate, the civilian regains his right to the protection under this Section, i.e., against the effects of hostilities, and he may no longer be attacked.** However, there is nothing to prevent the authorities, capturing him in the act or arresting him at a later stage, from taking repressive or punitive security measures with regard to him in accordance with the provisions of Article 45 ("Protection of persons who have taken part in hostilities") or on the basis of the provisions of the Fourth Convention..."*

(Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (International Committee of the Red Cross, Geneva 1987), P. 619)

67. למעשה, אומר סעיף 51(3) כי ההגנה והחסינות הניתנת לאזרחים אינה יכולה לשמש אזרח בעת שהוא מסכן חיי אחרים, ועל-כן בטווח זמנים מצומצם זה הוא מאבד הגנה זו.

68. ננית, כי המנוח אמנם סיפק ללוחמים מידע על עמדת צה"ל בבניין "אלצפא", כפי שסברו החיילים, ולפיכך הרי ש"נטל חלק ישיר במעשי האיבה". עדיין, המנוח נורה ונהרג לא בעת שעשה כן אלא ביוצאו עם רכבו מבית אחותו. עמדת העותרים הינה כי במצב דברים זה הפסיק המנוח להוות מטרה לגיטימית, זאת הגם שניתן היה לעוצרו ולהעמידו לדין על השתתפותו הלכאורית בלחימה. על כך עומד גם המלומד Dormann:

"For such time as they directly participate in hostilities they are lawful targets of an attack. When they do not directly participate in hostilities they are protected as civilians and may not be directly targeted. It must be stressed that the fact that civilians have at some time taken direct part in hostilities does not make them lose their immunity from direct attacks once and for all"

(Knut Dormann, "The Legal Situation of 'Unlawful/ Unprivileged' Combats", 85 IRRC 45, 70 (2003), pp. 72-73).

69. כידוע, משמעותו והיקפו של הדיבור "ולמשך אותו הזמן" שבהוראת הסעיף נתונים במחלוקת בספרות הבינלאומית. העותרים מודעים לפסיקות בית המשפט הנכבד בבג"ץ החיסולים הנ"ל, אשר פירשה את דרישת הזמן שבהוראה באופן מרחיב מביטוי המילולי המקורי. אולם, ייטען כי גם נוכח פרשנות מרחיבה זו עדיין לא יכולה לעמוד עמדת הפרקליטות הצבאית לפיה המנוח היה בר פגיעה.

70. זאת שכן, עמדה זו של הפרקליטות מתעלמת מהפרשנות המקובלת לחריג לחובה להימנע מפגיעה באזרחים. במשפט הישראלי ובספרות הבינלאומית נקבע זה מכבר כי לחריג זה יש ליתן פרשנות מצמצמת ודווקנית, וזאת על מנת לשמור על ההבחנה החדה בין אזרחים לבין לוחמים ולהימנע מפגיעה באזרחים תמימים:

"מאחר וסעיף 51(3) הינו חריג לחובה להימנע מפגיעה בחיי אזרחים תמימי דרך, יש לנקוט הקפדה יתרה באפשרות להסיר את הגנת הדין על חייהם של אזרחים בנסיבות המתאימות".

(דברי השופטת כתוארה אז בייניש בבג"צ החיסולים הנ"ל).

71. בהתאם לגישה המקובלת בדבר פרשנות מצמצמת, נקבעו במשפט הישראלי אמות מידה מחמירות ביותר בנוגע להחלתו של החריג המתיר פגיעה באזרחים הנוטלים חלק ישיר בחגימה ושליחת ההגנה מהם. נבחן את אמות המידה הרלוונטיות לענייננו.

72. ראשית, נדרש **מידע בדוק ומבוסס היטב** באשר לזהותו ולפועלו של האזרח אשר על פי הטענה נוטל חלק במעשי האיבה. במקרה של ספק, נדרשת **בדיקה קפדנית** בטרם תעשה תקיפה. בבג"צ החיסולים הנ"ל מצטט בית המשפט הנכבד את המלומד Cassese באומרו כי:

"[I]f a belligerent were allowed to fire at enemy civilians simply suspected of somehow planning or conspiring to plan military attacks, or of having planned or directed hostile actions, the basic foundations of international humanitarian law would be seriously undermined. The basic distinction between civilians and combatants would be called into question and the whole body of law relating to armed conflict would eventually be eroded" (p. 421).

73. מהי, אם-כן, רמת ההוכחה הנדרשת כדי לקבוע שאזרח אמנם נוטל חלק ישיר במעשי האיבה? יש הסוברים, כי רמת ההוכחה הנדרשת מהצבא התוקף הינה הוכחה משכנעת **מעל לכל ספק סביר**. כך למשל טוענת Scheideman במאמרה כי כפי שאשמתו של חשוד במשפט פלילי צריכה להיות מוכחת מעבר לכל ספק סביר, מקל וחומר שסטנדרט זה צריך לחול גם על חשוד במעשי טרור לפני הפעלת כח כלפיו:

"The first stage of decision making would be best served by a standard requiring proof beyond reasonable doubt of the suspects' involvement in the preparation of an act constituting a breach of the peace. In effect, policy-makers will consider direct and indirect evidence to arrive at a determination of the suspects' guilt or innocence-in this instance, of the crime of terrorism. Just as a defendant in a criminal trial virtually anywhere in the world must be proven guilty beyond a reasonable doubt, it is imperative for policymakers to apply the same standard to alleged terrorists before the use of force is ever contemplated. In this situation, much more than an individual's fate is at stake; policy-makers must contend with the possibility of extensive loss of life and destruction of property, accusations of abuse of power and of human rights, as well as

charges of indifference to international law. Ultimately, policy-makers must be able to convincingly establish that the decision to use force in response to terrorist activity is unequivocally supported by the evidence."

(Sara .N. Scheideman "Note: Standards of Proof in the Forcible responses to Terrorism" 50 Syracuse L. Rev. (2000) 249, 282-283)

74. אף אלו החולקים על כך שנדרשת רמת הוכחה מעבר לכל ספק סביר, סבורים כי נדרשת רמת וודאות גבוהה, וכי הנטל המוטל על הצבא התוקף **כבד** הוא (פיסקה 40 בבג"צ החיסולים הנ"ל). כך קובע עמנואל גרוס במאמרו:

"יש להיות משוכנע ברמת ודאות גבוהה כי אותו טרוריסט מהווה סכנה ממשית".

(עמנואל גרוס, 'מאבקה של דמוקרטיה בטרור', **היבטים משפטיים ומוסריים** 76 (תשס"ד), עמ' 606).

75. מחומר הראיות עולה כי המידע, אשר היה ברשות החיילים עובר לפגיעה במנוח, מסתכם בכשבע ימים של תצפיות אקראיות בהן נראה המנוח "מרחוק", כשהוא מגיע במספר הזדמנויות לבית פרטי פלוני ומתעכב מחוצה לו כשהוא משוחח בטלפון נייד. לפירורי מידע אלו נוספה ה"ראיה" הנסיבתית לפיה כעבור זמן קצר נפתחת אש פלסטינית לעבר עמדת החיילים בבניין "אלצפא".

76. חרף השכנוע המובהק הניכר מעדותיהם של הצלפים ושל המ"פ כי המנוח מספק מידע על עמדתם, הרי שבאף אחת מן העדויות לא מופיע מספר מדויק ואפילו לא הערכה מספרית של האירועים שמהם הסיקו כן. בהודעת הפרקליטות על דחיית הערר צוין כי *"מחומר החקירה עולה, כי נרשמו יותר מחמישה מקרים של ירי באזור של העמדה, ואף בוצע ירי לעברה".* ודוק: בתקופה המתוארת נרשמו כחמישה אירועי ירי באזור של העמדה, כאשר רק חלק מאותם אירועי ירי התבצע לעבר העמדה. ממספר כה מועט של אירועי ירי על העמדה, הדעת אינה נותנת כיצד ניתן לגזור מסקנה כה נחרצת בדבר פעילות המנוח, מסקנה שמשמעותה היתה גזר דין מוות.

77. יצוין, כי קביעה זו של הפרקליטות עומדת בניגוד לעדויותיהם של החיילים לפיהן העמדות היו נתונות להתקפות ירי חוזרות ונשנות (ראו למשל את עדותו השנייה של המ"פ אופיר מיום 26.9.05). באם אמנם התקפות הירי על העמדה היו כה רבות, הרי שגם אם במספר הזדמנויות זיהו החיילים את המנוח משוחח בטלפון לפני שנורתה לעברם אש, הרי שהיא נורתה לעברם גם בהזדמנויות אחרות, כשהמנוח כלל לא נכח באזור. הקשר הסיבתי בין התנהגות המנוח לבין ירי לעבר החיילים נראה אם כן קלוש.

78. כך או כך, צירוף הנסיבות, עליו מעידים החיילים לאחר מעשה, אינו עולה בגדר מידע בדוק ומבוסס היטב ואף פחות מכך. ברם, לאחר כשבוע של תצפיות ספוראדיות, לא נותר אצל החיילים כל ספק. למעשה ניכר כי הם כלל לא ביקשו להוסיף ולבדוק את החשד שהתעורר אצלם. בחומר הראיות אין כל אינדיקציה לפיה המידע, לפיו המנוח מכווין ירי לעבר החיילים, נבדק מעבר להתרשמות הנסיבתית של החיילים ששהו אז בבניין "אלצפא". בנוסף, לא קיימת כל אינדיקציה כי החשד נבדק בבדיקה כלשהי מעבר לרמת המ"פ והמג"ד, או כי נעשה ניסיון לאמת את המידע בשיתוף גורמי שטח ומודיעין בצבא או מחוצה לו. המסקנה העולה מחומר החקירה ברורה: החשד לפיו המנוח מספק מידע על תזוזת הכוחות בעמדה נותר ערטילאי ונסיבתי בלבד, המבוסס על מידע דל, שלא נעשה כל מאמץ לאמתו. הצבא לפיכך לא עמד כלל בנטל שהוטל עליו בבואו לטעון כי המנוח הוציא עצמו ממעגל האזרחים המוגנים.

79. כלל משמעותי נוסף שיש להחיל על הוראת סעיף 51(3) הוא כי אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, אותה עת, במעשי האיבה, אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה. כלל זה מתבקש מעקרון המידתיות, מהווה עיקרון מרכזי של דיני המלחמה ושל המשפט החוקתי הישראלי. יש להעדיף תמיד מעצר, חקירה והעמדה לדין שכן "משפט עדיף של שימוש בכוח" (סעיף 40 לפסק הדין בבג"ץ החיסולים הנ"ל). בית המשפט הנכבד הוסיף והדגיש כי דרישה זו חלה ביתר שאת כאשר מדובר בתנאים של תפיסה לוחמתית. כאשר הצבא שולט באיזור בו נעשית הפעולה - מעצר, חקירה ומשפט הם אפשרויות הניתנות לעתים למימוש (שם, שם).

80. נוהל מעצר חשוד הינו אמצעי לחימה מדורג הכולל, בין היתר, קריאה לעצור, קריאה להזדהות, איום בירי, דריכה הפגנתית של כלי הנשק, ירי אזהרה באוויר וירי לעבר רגלי הדמות החשודה, או לעבר גלגלי הרכב החשוד. הנוהל הוא חלק מהוראות הפתיחה באש הרשמיות של צה"ל, המקנות עדיפות למעצר על פני פגיעה פיזית. הקפדה על ביצועו מתחייבת אפוא מעקרון המידתיות ולאור החשש מפגיעה קטלנית בחפים מפשע.

81. חומר החקירה מראה בבירור כי החיילים כלל לא טרחו לבצע נוהל מעצר חשוד קודם שירו אל רכבו של המנוח. לא בוצע ירי אזהרה באוויר או ירי לעבר גלגלי הרכב על מנת לעצור את המנוח. עדויותיהם של המ"פ אופיר והצלפים מלמדות ש"אישור הריגה" ניתן מבעוד מועד ונשק הצלפים היה דרוך, מכויל ומוכן להרוג. למסקנתה של הפרקליטות הצבאית, כי הירי "כוון לעצור את הרכב ובו המנוח, ולא דווקא להרגו", אין תימוכין בחומר הראיות, אלא להיפך. התנהגותם של החיילים לא עלתה בקנה אחד עם עקרון המידתיות, וזאת בלשון המעטה.

82. זאת ועוד, בנסיבות האירוע נשוא העתירה, מתחדד הצורך לנקוט בפעולה מידתית וזאת לנוכח המידע החסר שהיה ברשות חיילי הגדוד - חשד נסיבתי, בלתי מבוסס ובלתי מאומת, לפיו המנוח הוא אזרח המעורב בלחימה. גם אם לפי דיני המלחמה היווה כביכול המנוח מטרה לגיטימית לפגיעה, דרישת המידתיות חייבה את החיילים להימנע מפגיעה כאמור, שהרי ניתן היה לעוצרו ולברר את החשדות, ובמידת הצורך להעמידו למשפט בגין פעילות

בלתי חוקית ככל שהתגלתה כזו.

83. בשולי הדברים נזכיר כי כלל נוסף, החל לאחר ביצוע תקיפה על אזרח שנחשד בכך שנטל חלק ישיר במעשי איבה, הוא כי יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריכה להיות עצמאית ואובייקטיבית (פיסקה 40 לפסק הדין בבג"צ החיסולים הנ"ל).

84. ואולם, בעקבות האירוע נשוא העתירה לא נערכה בדיקה בדיעבד בנוגע לאימות החשד בדבר פעילות בלתי חוקית מצד המנוח. אדרבא, הצלף סמ"ר איגור העריך כי לא בוצע חיפוש ברכבו של המנוח לאחר הירי (עדותו מיום 13.1.2005). למעלה מזאת, המג"ד רוני העיד כי כלל לא בוצע תחקיר לאירוע (עדותו מיום 28.11.2004). בירור משמעותי של נסיבות האירוע החל רק כעבור שנתיים מהאירוע, עם פתיחתה של חקירת מצ"ח, וגם זאת ביוזמת משפחת המנוח ולא ביוזמת גורם רשמי כלשהו.

85. הנה כי כן, ניכר בבירור כי במקרה דנן לא התקיימו אמות המידה המחמירות באשר לאפשרות להסיר את הגנת הדין על חייהם של אזרחים: אף אם סברו החיילים כי המנוח הכווין לעברם ירי צלפים פלסטינים, הרי שהמידע שברשותם היה חלקי, וזה לא נבדק ולא אומת אלא נשאר ברמת הפלוגה והגדוד (גם לאחר מעשה, לא נעשה כל ניסיון לאמת את החשד בדבר פעילות בלתי חוקית מצד המנוח). החיילים בשטח גמרו אומר לנטרל את המנוח ויהי מה, גם בדרך של הריגה. הירי לעבר המנוח נעשה ללא ניסיון לעוצרו, והיה בלתי מידתי. בפרפראזה על דברי הנשיאה (כתוארה אז) ביניש בבג"צ החיסולים הנ"ל, הרי שהפגיעה במנוח נעשתה שלא בהתאם לסייגים שתוארו לעיל ושלא במסגרת דיני הסכסוך המזוין הבינלאומי לפי המשפט המנהגי ההומניטארי כפי שפורש על-ידי בית המשפט הנכבד. לפיכך, הפגיעה במנוח לא היוותה אמצעי לגיטימי להצלת חיי אדם אלא נטילת חיי אדם באופן שרירותי.

III. סייג הצורך

86. משלא התקיימו אמות המידה להחלת החרג שבסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון, יש לפנות ולבחון האם בנסיבות האירוע עומדת לחיילים הגנת הצורך, כפי שקבעה המשיבה מס' 2 בהודעתה על דחיית הערר שהגישו העותרים נגד סגירת תיק החקירה נשוא העתירה.

87. סייג הצורך שבסעיף 34 לא לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 קובע כדלקמן:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה תמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו".

88. חמישה הם היסודות שבהתקיימם עומדת לנאשם הגנת הצורך, כפי שהוגדרו בחוק ופורשו בפסיקה ובספרות. הראשון הוא יסוד המיידיות; השני הינו קיומו של ערך שהועמד בסכנה והדין רואה אותו כראוי להצלה; יסוד שלישי הינו כי הסכנה לערך תהיה מוחשית; היסוד הרביעי משקף למעשה היעדרו של תנאי – על הסכנה לנבוע ממצב דברים נתון, כלומר ללא חשיבות לשאלה מיהו יוצר הסכנה וכיצד נוצרה; היסוד האחרון שמציב הסעיף הינו המידתיות.

89. אין חולק כי פעולות החיילים נועדו למנוע פגיעה בחיי אדם, והמדובר בערך עליון הראוי להצלה. נפנה כעת לבחינת שאר יסודות הסייג.

סייג הצורך - יסוד המיידיות

90. המיידיות הינה דרישה מרכזית לקיומו של סייג הצורך. על כך ניתן ללמוד, בין היתר, מלשון הסעיף הנוקבת בדרישה זו במספר ניסוחים שונים: "דרוש באופן מיידית", "סכנה מוחשית", "בשעת המעשה". בספרו, קובע המלומד ד"ר ב. סנג'רו כי "המיידיות היא, קרוב לוודאי, המאפיין הבולט ביותר של מצב החירום", שהתקיימותו הכרחית כדי להצדיק את סייגי האילוץ השונים, ובהם הגנת הצורך (ב. סנג'רו, **הגנה עצמית במשפט הפלילי** (2000), עמ' 187).

91. לעניין חשיבותו של יסוד המיידיות להצדקת הסייג יפים דבריו של כב' השופט יעקב קדמי, בספרו **על הדין בפלילים**:

"הדיבור 'דרוש באופן מיידית' – מבטא תנאי מרכזי של הסייג. רק במקום שבו נדרשת תגובה 'מיידית' להצלת אחד מארבעת הערכים הנקובים בגוף ההוראה, יש הצדקה ליישום הסייג."

(יעקב קדמי, **על הדין בפלילים - חלק ראשון** (2012), עמ' 653. ההדגשות במקור.)

92. יוער, כי חילוקי הדעות הקיימים במחקר באשר לשאלה האם דרישת המיידיות מתייחסת לסכנה (כלומר שהסכנה היא מיידית) או למעשה (כלומר שהמעשה שנעשה כדי למנוע את הסכנה דרוש באופן מיידית) רלוונטיים פחות לענייננו. זאת שכן, ברור שככל שהסכנה הנשקפת רחוקה יותר על ציר הזמן, נחלשת גם דרישת המיידיות של המעשה שנועד למנועו. על כך נרחיב אף בהמשך.

93. האמנם נדרש מעשה ההצלה באופן **מיידית** באירוע נשוא תיק החקירה? חומר החקירה מראה כי בעת שנורה לא היה המנוח חמוש; הוא יצא מבית אחותו (בו שהו באותה העת משפחה וילדים) עם רכבו לכיוון ההפוך מזה בו עמדו הכוחות. כוחות צה"ל היו ממוקמים בעמדות ממוגנות או בכלי רכב ממוגנים, ואלו לא חששו להתקרב אל הבית ואל רכבו של המנוח עד

למרחק של עשרות מטרים בלבד. גם אם רצה המנוח להימלט, כפי שטענו החיילים רק בעדויותיהם המאוחרות יותר, הרי שברור כי במצב הדברים הנתון, לא היווה המנוח איום על חייהם של חיילים.

94. בית המשפט הנכבד עסק בפסק דינו בעתירה כנגד חוקיות שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי ("בג"צ העינויים") בהיקפה של הגנת הצורך בהקשר דומה. בפסק הדין, שהכריז על מספר אמצעי חקירה גופניים כבלתי חוקיים, קבע נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), השופט אהרן ברק:

"הטעם לגישתנו זו נעוץ באופיו של הסייג בעניין "צורך". סייג זה עוסק בהכרעה אינדיבידואלית של האדם המגיב למצב עובדתי נתון; זוהי פעולה אד הוק כתגובה לאירוע; היא תוצאה של אימפרוביזציה נוכח התרחשות בלתי צפויה".

(בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 458 (3) 99, פסקה 36 לפסק הדין)

95. הגנת הצורך קמה אם כך בעקבות התרחשות בלתי צפויה, הדוחקת אדם לפינה ומאלצת אותו לפעול באופן אד-הוקי. בשעת דחק מיוחדת זו, קיימת נכונות לאפשר לאדם להגיב ולבצע בעצמו הכרעות שבדרך כלל ראוי שתיעשינה על החוק והמשפט (ב. סנגירו, שם, שם). עינינו הרואות, כי נסיבות האירוע נשוא החקירה שונות ואפשר אף לומר הפוכות מהמצב הכאוטי אותו משווה לעינינו הגנת הצורך. הריגת המנוח נעשתה במהלך מארב שתוכנן מראש, כאשר מלכתחילה תודרכו החיילים לפגוע במנוח, וזאת ללא קשר להתנהלותו במהלך האירוע.

96. בהקשר זה קובע ד"ר קדמי את הדברים הבאים:

"...הייתה "שהות" להתארגנות "אחרת" להצלה - שהיא כאן היפוכה של דרישת המיידיות - יישמט הבסיס מתחת לצידוק של יישום הסייג"

(קדמי בספרו הנ"ל, עמ' 652).

חומר החקירה מראה כי במשך שבוע תמים ביקש המ"פ אופיר אישור הריגה מהמג"ד דאז, אל"מ רוני נומה. שהות ארוכה זו שהייתה לכח להתארגן על מנת לאיין את הסכנה שנשקפה לכאורה מן המנוח. מהווה, כדברי כב' השופט קדמי, את היפוכה של דרישת המיידיות ושומטת לחלוטין את הבסיס מתחת לצידוק של יישום הסייג.

97. בפסיקה נקבע כי ניתן להחיל גם מצב של "התגוננות מונעת" בגדר יסוד המיידיות. אולם, נוכח העובדה שבנסיבות כאלה לא פועל המתגונן באופן מובהק כדי להדוף התקפה המכוונת כנגדו, נקבעו מספר הכבדות על הוכחת קיומו של סייג לאחריות הפלילית (וראו לעניין זה את

דעת המיעוט של כבי' השופט ג'ובראן בע"פ 6392/07 מדינת ישראל נ' שמואל יחזקאל (פורסם בנבו, ניתן ביום 30.04.08), פסקה ל"ג): כך, נדרש שהפעולה תיעשה במועד שלאחריו לא תתאפשר כל דרך סבירה למניעת הסכנה (ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80, 90 (2004), וכן דעתו של כבי' השופט ג'ובראן הנ"ל). כמו כן, כיוון שעיתוי פעולת ההתגוננות מהווה אמת מידה לבחינת הידרשותה, הרי שככל שיקדם מעשה ההתגוננות למועד שבו משתכללת הסכנה, יקשה על הטוען לקיומו של סייג לאחריותו הפלילית להראות כי לא עמדו לרשותו אמצעים אחרים למניעת הסכנה (כבי' השופט ג'ובראן בע"פ 6392/07 הנ"ל, המצטט אף את סנגירו בספרו הנ"ל בעמ' 190). אודות הכבדה נוספות נדון להלן בבחינת יסוד הסכנה המוחשית.

סייג הצורך - יסוד הסכנה המוחשית

98. הדין במצב "ההתגוננות המונעת" מוביל אותנו ישירות לבחינת התקיימות היסוד השלישי שבהגנת הצורך, לפיו הערך המוגן ימצא בסכנת פגיעה **מוחשית**.

99. דרישת הפגיעה המוחשית מופיעה אף ביסודותיה של ההגנה העצמית, המעוגנת בסעיף 34 לחוק העונשין. בהתייחס ליסוד זה בסייג ההגנה העצמית נקבע בפסיקה כי הסתברות התממשותה של הסכנה, שמפניה מתגוננים, לא תהיה ערטילאית או רחוקה, כי אם סכנה ממשית ומוחשית:

"בהקשר זה יש לדרוש כי הסתברות התממשותה של הסכנה לא תהיה ערטילאית, שאם לא כן עלולה תגובתו של המותקף לגלוש מתחום ההתנהגות שעמה החוק מוכן להשלים, לתחום של התנהגות אסורה".

(ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל הנ"ל, בעמ' 90. וראו גם: ע"פ 4191/05 אלטגאוז נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, ניתן ביום 25.10.06, פסקה 13 לפסה"ד).

100. זהו אם כן נטל ההוכחה בנסיבות הקלאסיות בהן חל סייג הצורך, קרי בנסיבות בהן דרוש באופן מיידי מעשה על מנת להדוף פגיעה מוחשית בערך מוגן. אולם, הכרה במצב של "התגוננות מונעת" כמקימה את הסייג כורכת עמה גם את הכבדת נטל ההוכחה באשר למידת ודאותה של הסכנה העתידה להתממש. כך קבע בית המשפט הנכבד בדונו בסייג הצורך ביחס לסוגיית "הפצצה המתקתת":

" כן מוכנים אנו להניח... כי דרישת המיידיות ("דרוש באופן מיידי" להצלת חיים) מתייחסת למיידיות המעשה ולא למיידיות הסכנה. על כן, מיידיות מתקיימת גם אם הפצצה עשויה להתפוצץ לאחר מספר ימים ואולי אף מספר שבועות, ובלבד שקיימת ודאות של התממשות הסכנה והיעדר אפשרות למנוע את התממשותה בדרך אחרת; כלומר, שקיימת מידת סיכון קונקרטי ואימנטי להתרחשות הפיצוץ"

(בג"ץ העינויים הנ"ל, פסקה 34 לפסק הדין. ראו עוד בדעתנו של כבי השופט ג'ובראן בע"פ 6392/07 הנ"ל)

101. כאמור לעיל, החשד לפיו המנוח מכווין ירי פלסטיני נגד הכוחות נותר ברגע האמת ערטילאי ונסיבתי בלבד. משכך, לא עמדו המשיבים מס' 1 ו-2 אפילו ברף הנמוך של נטל ההוכחה שנדרש כדי למלא את יסוד הפגיעה המוחשית, וודאי שלא עמדו ברף הגבוה שהציב בית המשפט הנכבד ל"ודאות להתממשות הסכנה". משכך, לא התקיים יסוד הפגיעה המוחשית.

102. ובהמשך לכך – לא התמלאה הדרישה הקודמת עליה עמדנו, דרישת המיידיות. שהרי אם המיידיות מתייחסת לסכנה, אין טענה כי ברגע הירי במנוח עמדו החיילים בסכנה שהריגתו של המנוח הסירה, ואם נפרש את הדרישה כמתייחסת למעשה, אזי ובהתאם לפסק-הדין בפרשת העינויים שצוטט לעיל – היות והסכנה הייתה רחוקה, עליה להיות אימננטית ובדרגת וודאות קרובה. כזאת בוודאי לא ניתן לומר על הסכנה הערטילאית של הכוונת ירי ע"י המנוח.

סייג הצורך - יסוד המיידיות

103. דרישת המיידיות, המופיעה בסיפא של סעיף 34 לחוק העונשין, כבר נידונה במסגרת בחינת אמות המידה להתקיימות החרג שבסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון. כפי שנאמר שם, עדויות החיילים מראות בבירור כי אלה לא פעלו בהתאם להוראות הפתיחה באש ולא ביצעו נוהל מעצר חשוד. בכך הודתה גם המשיבה מס' 2 כשאמרה בהודעתה מיום 2.9.2008 כי *"...קשה ליישב את הירי שבוצע עם שהתירו ההוראות, ביחס להתמודדות עם אירוע כזה"*.

104. הוראות הפתיחה באש כוללות בתוכן את דרישות המיידיות והסבירות, והן בלבד שמסמיכות את חיילי צה"ל להפעיל כח (ראו ע"פ 6392/07 הנ"ל בעמ' 17-18). חרף פעולה לפי הוראות הפתיחה באש, מלמדות העדויות על מהלך שתוכנן מראש להריגת המנוח, כאשר הירי נעשה לעבר קדמת הרכב, ובנשק שלא יכול היה אלא להרוג.

105. משכך, הרי שהמשיבים 3-4 אינם זכאים ליהנות מתחולת הסייג לאחריות הפלילית (שם). זאת ועוד, כפי שנטען קודם, לנוכח החשד הנסיבתי בלבד שהיה ברשות חיילי הגדוד כי המנוח הוא אזרח המעורב בלחימה – התחדד עוד יותר הצורך בפעולה מיידית, אך זאת למרבה הצער לא ננקטה.

106. במילים אחרות: בפני החיילים עמדה אלטרנטיבה שאיננה קטילתו המכוונת של המנוח אלא שימוש בכוח מתון יותר ומדורג, בדמות הוראות הפתיחה באש הקלאסיות (למשל) – לקידום הסכנה שהם האמינו כי ארבה להם. מכאן שהם לא נקטו באמצעי שפגיעתו פחותה להשגת המטרה הלגיטימית של הסרת הסכנה שבקיומה האמינו. מכאן שלא התקיימה דרישת המיידיות.

107. על בסיס העובדות והניתוח המשפטי דלעיל, ברי כי לא נתמלאו יסודותיו של סייג הצורך.

סייג הצורך - דרישת הסבירות

108. לצד היסודות הקבועים בסעיף 34יא לתחולת סייג הצורך, נקבעו במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין מספר חריגים לתחולת הסייג, ובהם מעשה החורג מן הסביר. לשיטתנו, אין עומדת למשיבים טענת הגנת הצורך אף בהסתמך על האמור בסעיף 34יא בלבד. להלן ייטען, כי גם בשער הסבירות לא יכולה להיכנס פעולת המשיבים 3-4.

109. סעיף 34טז לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"הוראות סעיפים 34י, 34יא ו-34יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה".

110. בע"פ 4785/90 ג'בארין נ' מדינת ישראל נדרשה כבי' השופטת (דאז) דורנר להוראות סעיף זה, וזאת בנוגע לתחולת סייג ההגנה העצמית:

"...מעשה החורג מן המידה הדרושה להגנה על החיים איננו עומד בדרישת הסבירות, שכן הוא מאבד את אופיו ההגנתי המקנה לו פטור מאחריות פלילית והופך לתקיפה שמטרתה להעניש את התוקף...".

ובהמשך:

"הסבירות במהותה נקבעת על סמך מבחן אובייקטיבי. אף מי שמבחינתו הסובייקטיבית סבר כי הוא מגן על עצמו ובמצב הפחד שבו היה שרוי המשיך לתקוף את מי שביקש ליטול את חייו והרג אותו לאחר שהסכנה חלפה, נושא באחריות למות התוקף. יחד עם זאת, מובן כי סבירות ההתנהגות נקבעת על סמך הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, שבגדרן נותנים את הדעת למצב הלחץ והמצוקה שבו נתון הנתקף".

(ע"פ 4785/90 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(5) 221, 228).

111. כאמור לעיל, החריגה הבוטה מהוראות הפתיחה באש הצבאיות מהווה כשלעצמה אינדיקציה ברורה להתנהלות בלתי סבירה של החיילים המעורבים באירוע. באספקלריית הסבירות האובייקטיבית, מעשה הירי חרג מהמידה הדרושה להגנה על ערך המוגן, שמירה על חי החיילים, והדברים הוסברו באריכות בבחינת דרישת המידתיות. אף אם ניסה המנוח להימלט, לא היווה הלה איום על החיילים. ממילא, הריגתו נעשתה בכוונה תחילה, וזאת ללא קשר להתנהלותו במהלך האירוע.

112. מסקנתנו הינה, אם כן, כי פעולת המשיבים 3-4 לא יכולה בשום פנים ואופן לחסות תחת הגנת הצורך שבחוק העונשין.

הגנת צורך מדומה - טעות במצב דברים

113. נימוק נוסף להחלטת המשביה מס' 2 דחיית לדחות את הערר הייתה כי למעורבים בירי עומדת הגנת הצורך, ולמצער – גם אם ייטען שהמצב אותו שיוו לנגד עיניהם היה מוטעה, הרי שעומדת להם הגנת טעות שבעובדה. ההגנה לה טוענת התובעת היא "הגנת צורך מדומה", הקמה משילוב בין סעיף 34 יא לסעיף 34 יח לחוק העונשין. לפי הגנה זו, פעלו החיילים מתוך אמונה מוטעית כי מתקיימים יסודותיה של הגנת הצורך, ולפיכך עליהם לשאת באחריות פלילית רק במידה בה היה נושאים אם היה המצב לאמיתו כפי שדימו אותו.

114. סעיף 34 יח לחוק העונשין קובע כך:

"(א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא יישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.

(ב) סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות הייתה סבירה, ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב)."

115. בניגוד לעבר, לפי קביעת סעיף 34 יח, לא נדרש עוד כי הטעות תהא טעות סבירה לצורך שלילת אחריות פלילית בעבירות של מחשבה פלילית, ודי בכך כי הנאשם טעה טעות כנה באשר להתקיימות התנאים לתחולת ההגנה. עם זאת, בפסיקה נקבע כי מידת סבירותה של הטעות תשמש כאבן בוחן להערכת כנותה:

"גם אם לא דורש סעיף 34 יח(א) לתיקון 39, שעניינו בהגנת הטעות במצב דברים, כי הטעות תהא כנה וסבירה (כלשון סעיף 17 לחוק העונשין הקודם), יש בידי בית המשפט לשקול את סבירות הגירסה, כדי לבחון את אמינותה. במלים אחרות, סבירות הטעות אינה אמנם רכיב להחלת ההגנה (בנוסף לכנות), אולם יש בה לשמש מידה, המבוססת על הגיון ושכל ישר, לבחינת כנות גירסתו של הנאשם."

(ע"פ 4260/93 אימן בת מוג'הד חג' יחיא נ' מדינת ישראל, נא (4) 869, 874; וראו גם עניין אלטגאוז, פסקה 16 לפסק הדין).

116. במקרה דנן, אף אם החיילים טעו לחשוב כי המנוח מכווין ירי צלפים, ואפילו אם טעו לחשוב (כפי שמצוין בהודעת הפרקליטות על דחיית הערר) "כי המנוח נמלט במכוון מן המקום וכי אי עצירתו תותיר אותו כמקור סיכון ממשי לחיילים עת יחזור ויסייע להכוונת הצלפים", הרי שאין כאן טעות באשר להתקיימות יסודות המידתיות והמיידיות שבסייג הצורך. החיילים, אשר היו ברכבים ובעמדות ממוגנות לא חששו לחייהם באותה העת. בדיון דלעיל בדבר "ההתגוננות המונעת" הוסבר מדוע לא יכול להתקבל במקרה זה טיעון הסכנה העתידית

בגדר יסוד המיידיות, בין היתר שכן ככל שרחוקה הסכנה הנשקפת ממאן זהוא, כך ייקשה יותר לומר שהפגיעה בו דרושה באופן מידי. לגבי יסוד המידתיות, קשה מאד לדמין שמי מהחיילים סבר בטעות כי לא ניתן לנקוט כלפי המנוח אמצעי שפגיעתו פחותה, וכי האופציה היחידה הייתה לירות לקדמת הרכב בכלי נשק שלא יכול אלא להרוג.

117. עוד יוער בהקשר זה, כי הוראות הפתיחה באש נועדו למזער טעויות כנות באשר לזהותם ולפעילותם של האנשים בהם נתקל צה"ל. לו היו פועלים החיילים לפי הוראות אלה, לא היינו צריכים היום להידרש לטעויותיהם.

118. לסיכום, משנדחית טענת הטעות, נשמטת הקרקע מתחת לטענת הצורך, וגם אם מתקבלת הטענה בדבר טעות כנה במצב הדברים העובדתי הדבר אינו מסייע לעניין התקיימות דרישת המיידיות והמידתיות של הגנת הצורך.

ה. סוף דבר

119. משלא עומדות למשיבים טענת החרג של ס' 3)51 לפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה הרביעית והגנת הצורך (האמיתי או המדומה), עומד המבחן הראייתי דווקא לחובת המשיבים 3-4 ותומך בהגשת כתבי אישום בעבירת המתה או ניסיון להמתה או למצער, בעבירת חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות לפי סעיף 72 לחוק השיפוט הצבאי.

120. קביעתה של הפרקליטות הצבאית כי החרג וההגנה עומדים למשיבים היא קביעה ערכית מסוכנת ובעלת השלכות נרחבות ועמוקות על תרבות השימוש בכוח של חיילים וכוחות ביטחון אחרים במתאר אזרחי וכלפי אזרחים.

121. סגירת התיק ללא הגשת כתבי אישום נגד המשיבים 3-4 מאפשרת לחשודים בגרימת מותו של אדם להימלט מאימת הדין ומעבירה מסר למי שאוחזים בנשק במסגרת פעילותם הצבאית כי קיימת להם חסינות גם כאשר התנהגותם הפלילית גורמת למותם של אזרחים מוגנים.

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

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

אדר גרייבסקי, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים