

המקלטים	הצבאית
לשכת התובע הצבאי הראשי	
טל':	03-5696716
פקס:	224056 (36)20
כ"ח:	אלול
3	ספטמבר 2013

לכבוד

עו"ד מנחם ספרד ועו"ד אהרן גרינבסקי

(באמצעות פקס' מסי' 03-6206950)

ח.נ.

**הנדון: פנייתו לפצ"ר בעניין אירוע מותו של ג'רושה במהלך פעילות מבצעית של צה"ל בטול כרם (בעקבות פסק הדין שניתן בבג"ץ 5772/12) שלכם: מיום 4 באוגוסט 2013**

1 ביום 18 ביולי 2013, בתום דיון שהתקיים בעתירה שבדון ניתן פסק הדין, המורה על נאחיקתה. מחיקה זו, כך על פי בית המשפט העליון, התאפשרה בשל הודעת הפצ"ר, לפיה:

"ככל שיפנה אליו בא כוח העותרים, וכן לנמק במפורט חוק גולושים יום מהיום<sup>1</sup> את עמדתו לפיה חלה התישנות כרך הפצ"ר ה"כללי" במקרה דנא, וכן להסביר על שום מה לא הפנה את בחינו האפשרות להגמיר דין בעבירות המורות יתר אל הינען המספמי לסממלה." (הדגשה אינה במקור - א.ב.א.)

2 בפנייתכם מיום 4 באוגוסט 2013, ביקשתם כי הפצ"ר יעביר את בחינת תיק החקירה העוסק בבירור נסיבות מותו של ג'רושה (להלן: "ג'רושה"), לבחינת היועץ המשפטי לממשלה, וזאת מן הטעם כי החשודים בגרימת מותו, כנטען על ידכם, אינם מצויים עוד בתחולת החשיץ, נוכח קיומן של עבירות חמורות שטרם התיישטו וכן מן הטעם כי המדובר בסוגיה עקרונית ורצושה שתשלכותיה חורגות מן המסגרת הצבאית.

3 כבר בשלב זה אציין, כי המבוקש על ידכם אינו עולה בקנה אחד עם פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין, אשר הורה לפצ"ר, כי ככל שתתקבל פניה מאת בא-כוח העותרים, עליו "להסביר על שום מה לא הפנה את בחינת האפשרות

<sup>1</sup> יצוין, כי ביום 13 באוגוסט 2013, תיקן בג"ץ את פסק דינו זה, והורה כי חממנה יועבר בתוך 30 יום מיום פליית בא כוח העותרים (ימי הפגרה, מניין)

להעמיד לדין בעבירות חסרות יותר אל היתוך המשפטי לממשלה". אין משמעות פסק הדין, והוא כי על הפצ"ר להעביר עתה את תיק החקירה לבחינת היועץ המשפטי לממשלה, אלא, לנמק את ההחלטה שלא להעביר את התיק ליועמ"ש במועד קבלת ההחלטה על גורל התיק, כפי שנתקבלה בשעתו. על עיקרי נימוקי הפצ"ר אעמיד להלן.

לא למותר לציין, כי על אף האמור לעיל, הפצ"ר היה מוכן לבחון את האפשרות להעברת התיק כעת לבחינת היועץ המשפטי לממשלה, לו היו עולים בפנייתכם נימוקים משכנעים לעשות כן. בהעדרם של נימוקים אלו, נראה שאין מקום לבחינת הדגרים מחדש, כפי שיוסבר להלן.

#### הרשע העובדתי של האירוע המבצעי

4. כידוע לך, וכפי שפורט בתרחבה בתשובת המדינה לעתירה שבנדון, האירוע המבצעי שבנדון, התרחש בשיאם של אירועי "גאות ושפל", בסוף חודש אוקטובר 2001, כשבועיים לאחר רציחתו של השר רחבעם זאבי. פעולת כוחות צה"ל באותה תקופה, בשטחי יהודה ושומרון, נועדה להכריע את הטרור שהשתולל בערי ישראל, הייתה רחבת היקף ונמנו עליה כוחות רבים. במהלך תקופת זו, שהה הכוח הרלוונטי בפעילות מבצעית בתוככי העיר טול כרם, אשר נודעה כמוקד לטרור ולפעילי פח"ע. בשבוע שקדם לאירוע, ספג הכוח האמור אש בלתי נוסקת, אשר כללו אף מטחי ירי צלפים לעברם, אשר הביאו לפגיעה קשה של אחד מקצתני הכוח. כפי שעולה מחומר הראיות, הירי נמשך על פני אותו שבוע, במספר הזדמנויות שונות, וצלווה לו דפוס פעולה קבוע של גירושה, במסגרתו, כן עולה מחומר הראיות, הצפת האחרון לעבר עמדות צה"ל והכווין את הירי לעברן. בשים לב לנסיבות האמורות, סבר הכוח, כי צפוי להתבצע ירי קטלני נוסף לעברו באכזריות של גירושה, ועל כן ביקש למנוע ממנו לעשות כן. בעקבות ראמור, החל הכוח בפעולה שנועדה לעצור את גירושה, שבסופה, לאור הבנת הכוח כי גירושה מנסה לברוח, בוצע לעברו ירי והוא נפגע ומת מאוחר יותר.

במאמר מוסגר, יצוין, כי אף חומר הראיות ממחיש היטב את תחושת "סכמת החיים" שבמסגרתה פעלו החיילים במהלך האירוע המבצעי, והדיים לכך ניתן למצוא אף בהנחות ובאמירות שגבלו בעתירה. משוה המצב, לא ברור על מה נסמכת אמירתכם כי האירוע המבצעי התרחש שלא "תחת איום". ההפך הוא הנכון, והגף בית המשפט העליון, בפסק הדין, ציין כי "אין חולק שעסקינן במקרה שאירוע בעיצומה של 'האינתיפאדה השנייה' ובעת קשה מאוד במאבק בטרור, לרבות ביחידה שבה שירתו המשיבים".

### החלטתו של הפצ"ר בתום החקירה

5. לאחר שתשתית עובדתית זו הוצגה בפני הפצ"ר, בתום חקירה מקיפה שהתקיימה וגושה, החליט הפצ"ר על סגירת תיק החקירה, ללא נקיטה בצעדים פליליים נגד מי מהילולי צה"ל שהיה מעורב באירוע.

6. בהקשר זה, ובנגוד לרוח הדברים העולה ממכתבכם, נבקש להעמיד דברים על דיוקם ולחדד, כי החלטת הפצ"ר, בתיק החקירה שעסק בבירור נסיבות מותו של גירוש, נשענה על אדניה משפטיים-מהותיים בלבד, וזאת כפי שפורט, הן במסגרת העדכון על ההחלטה בדבר סגירת תיק החקירה, הן במסגרת המענה לערר והן במסגרת המענה לעתירה שבנדון.

ההחלטה שלא להעמיד מי מהמעורבים באירוע לדין פלילי, התבססה הן על נימוקים מיתחום המשפט הבין-לאומי, קרי, מעורבותו הישירה של גירוש בלחימה, וזן על נימוקים מיתחום המשפט הפלילי הישראלי, לרבות שקילות נסיבותיו ומבצעות של האירוע, קיומם של קשיים ראיתיים ומשפטיים מהותיים וקיומן של הגנות משפטיות פוטנציאליות למשיבים 3 ו-4 במשפט הפלילי.

לצערנו, ברדתם להתעלם, באופן עקבי, משיקולים ונימוקים אלה בפניותיכם השונות ובזאתם להשליך את עיקר יחכם על טענות משניות, שאין דבר בינן לבין הסיבות העיקריות שהובילו להחלטת הפצ"ר להורות על סגירת התיק. סוגיות ההתיישנות וציאת המשיבים מתחולת חוק השיפוט הצבאי לא היו שיקול מרכזי בהחלטת הפצ"ר – כפי שפורט להלן.

#### קבלת החלטה על ידי הפצ"ר ללא הפנייה של התיק לבחינתו של היועמ"ש

7. החלטת הפצ"ר לסגור את תיק החקירה בשנת 2008 התקבלה במסגרת הסמכות המוקנית לו בדין ולאור הנסיבות הייחודיות של המקרה, כפי שפורט להלן.

8. אשר לסמכותו המהותית של הפצ"ר, הרי שבהתאם לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, אמון הפצ"ר על השלטת שלטון החוק בצבא ועל אכיפתו. אשר על כן, איזעים בהם מתעורר חשד לביצוע עבירות על ידי חיילי צה"ל, נבחנים על ידי הפצ"ר. הדברים נכונים, מקל וחומר, כאשר מדובר בטענות על אודות אירוע בעל מאפיינים צבאיים-מבצעיים מובהקים, שבו יש לפצ"ר מומחיות וניסיון מיוחדים. כך גם בענייננו, כאשר הפעיל הפצ"ר את סמכותו הסטטוטורית, מומחיותו וניסיונו ובחן את האירוע המבצעי בראי דיני הלחימה והמשפט הפלילי, תוך התאמתו לנסיבות המבצעיות של האירוע.

9. אשר לסמכותו המורמאלית של הפצ"ר המתבטאת בתחולת חוק השיפוט הצבאי הרי שבעת קבלת החלטה ואף בעת המענה לערר. היה משיג 3 בשירות

סדיר. משורר היה מצב הדברים בעת ההיא, היה הוא תחת תחולת החשיץ, ובנסיבות האירוע הספציפיות ועל פי הוראות החשיץ,<sup>2</sup> גם על יתר המעורבים באירוע, לרבות על פקדון, המשיב 4. יציאת מעורבים אלו מתחולה נתגבשה רק במהלך התקופה שבין הגשת הערר לבין הגשת העתירה, ועל כן, לא הייתה חלק משיקוליו של הפצ"ר בעת קבלת החלטתו לסגור את תיק החקירה.

במצב דברים זה, הן לאור סמכותו ומומחיותו של הפצ"ר בנושא, והן לאור תחולת חוק השיפוט הצבאי על המעורבים באירוע במועד קבלת החלטתו, ברי כי החלטתו של הפצ"ר להכריע באירוע זה לגופן, ולהחליט, על בסיס הראיות שהיו קיימות בפניו באותה העת, על סגירת התיק – בדין ניתנה. משכך, ולנוכח סמכותו המנהלתית והפורמאלית של הפצ"ר ביחס לבחינת אירוע זה, לא היה מקום להעמיד הכרעה זו לידי היועץ המשפטי לממשלה.

למעלה מן הדרוש לענינו, נוסף כי בעקבות הגשת העתירה דין, כבר נבחנה החלטת הפצ"ר בהקשר זה לגופה על ידי המשנה לפרקליט המדינה (נוצפקידיס מיוחדים), אשר קבע כי החלטה זו, שלא להעמיד לדין אדם מהמעורבים באירוע זה, הייתה סבירה ונכונה, וכי היא על דעתו. משזה המצב, קטנה הנפקות האפשרית שיש בהעברת התיק לבחינתו של היועץ המשפטי לממשלה.

אשר לטענתכם בדבר טענת ההתיישנות שהועלתה במענה לעתירה - ברי כי טענה זו לא הייתה, ולא יכלה להיות, גורם המשפיע על החלטת הפצ"ר. זאת, בין היתר, לנוכח העובדה כי טענת ההתיישנות התגבשה רק במהלך התקופה שבין הגשת הערר לבין העתירה לבצ"ץ, וכלל לא הייתה רלוונטית בעת קבלת החלטת הפצ"ר. משכך, למעשה טענה זו הועלתה לראשונה רק במסגרת המענה לעתירה, כשיקול נוסף המהווה חסם מהותי לאפשרות להגשת כתב אישום במקרה זה - שיקול שהתגבש אמנם רק בזמן האחרון, אבל כשלעצמו מקחה עוד יותר את הדרישות הבלתי-מבוססות למתן הצו שהתבקש בעתירה.

מבלי לגדוע מן תאמור לעיל, ובשים לב להחלטת בית המשפט העליון, נפרט להלן את הנימוקים העומדים בבסיס עמדתנו לציה חלה התיישנות בדין הפלילי הייכללי ואשר בגינה, בכל מקרה, אף לו הייתה מתקבלת הטענה כי היו בעבר די ראיות בתוק החקירה כדי לאפשר העמדה לדין של מאן-דהוא, הרי שכיום לא ניתן להעמיד לדין את המשיבים 3 ו-4.

<sup>2</sup> ראו בהקשר זה סעיף 6(ג) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, אשר תחולתו מותנית ביחס העבירה המיוחסת למעורבים, הקובע כי: "על אף שהגבלות האמורות בסעיפים קטנים (ב) ו-ג), כאשר בוצעה עבירה בידי חיילים שהיו צודים לעבירה, תאמור בסיומן בי לפרק זה לחוק העונשין, התשל"ז-1977, כל זמן שתוק זה חל על ארזי מהם הוא יחול על בולמי".

14. מניין תקופת ההתיישנות בעניינם של המשיבים, החל ביום 2 באוקטובר 2005, או בוצעה כעולת החקירה האחרונה במסגרת השלמת החקירה, ועל כן, כל עבירה שאינה מסוג פשע התיישנה זה מכבר, במהלך התקופה שבין הגשת הערר לבין רגשת העתירה.

מניתוח מעניק של יסודות העבירה אותן היה, במישור התיאורטי, ניתן לייחס למשיבים, ומניתוח מדוקדק של הראיות בתיק, כפי שפורט בהרחבה במענה לעתירה שבנדון, ברור כי בהעדר יכולת לקשור באופן חד-ערכי, באופן הנדרש בפלילים, בין הירי שבוצע על ידי חיילי צה"ל לבין עובדת מותו של הנדון (וזאת מעבר, כמוצג, להעדר היכולת לקשור ירי זה לאחד מן המעורבים, כנדרש), הרי שלכל היותר היה ניתן לייחס להם עבירות שאינן תוצאתיות (זדוניות, עבירות שלא נדרש להוכיח קשר סיבתי בין ביצוען לבין מותו או פגיעתו של אדם), ובנסיבות המבצעיות של האירוע, מדובר בעבירות שאינן מסוג "פשע". משכך, אין מנוס מקביעה שעבירות אלו התיישנו זה מכבר.

15. זאת, כמוכר, מבלי שניקח בחשבון את נסיבותיו המבצעיות של האירוע, ובמיוחד רצורך שבנקיטת פעולה מהירה למניעת המשך הירי לעבר הכוחות, המשליכות באופן ברור על היסוד הנפשי של המעורבים וכן על סעיף העבירה הרלוונטי, כמפורט במענה לעתירה.

במצב דברים זה, כפי שפורט בהרחבה במענה לעתירה, נראה כי אף לו היה בסיס ראיתי כלשהו בעבר להעמדה לדין של המשיבים, וכאמור, זה אינו המצב, הרי שמבחינה מהותית העבירות שמיה ניתן לייחס להם התיישנו זה מכבר, ואף מטעם נוסף זה אין מקום להמשיך ולדון בעניין.

#### טענות נוספות

16. בשולי מכתב זה, נבקש להתייחס למספר סוגיות שהועלו במסגרת פגיתכם.

17. בפנייתכנו, ביקשתם להקיש מפסק הדין בבג"ץ 769/02 התנז הציבורי נגד עינויים נ" ממשלת ישראל, להחילו על ענייננו וליישם את המבחנים שנקבעו שם (וזאת בניד אמירה כי ההלכה שנקבעה בבית המשפט העליון נוגדת את דיני הלתימה).

בהקשר זה חשוב נבחיר, כפי שהובהר בעבר, כי אין לראות אירוע זה כפעולת "סיכול ממוקד" אשר עניינה נדון במסגרת העתירה האמורה – דהיינו, תקיפה של אדם קונקרטי ("כדור עם כתובת") שאושרה מראש על ידי כלל הדרגים הרלוונטיים, אלא מדובר בפעולה מתגלגלת, במסגרתה בוצע ירי לעבר גירושה לאתר ניסיון מעצר ולאחר שהכוחות הבינו, בזמן אמת, בשטח, כי פעילותו

לאכוונת הירי מהווה איום ממשי על חייהם. יתרה מזו, אף בפר המחוזות של הדברים, גם לו היה פסק הדין חל על ענייננו, עדיין נראה כי תקיפתו של גירושה, עלתה בקנה אחד עם התנאים המחוזתיים שנקבעו לסיכול ממוקד בפסק הדין האמור, זאת, לנוכח העובדה כי על פי המבחנים שהותוו בפסק הדין, ניתן היה לראותו, באופן ברור, כ"נוטל חלק ישיר בלחימה" המאבד את תגתו כ"אזרח". לעניין זה ראו עמדים 22-24 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים 1 ו-2.

עוד נוסף, כי מן הפרמאלי של הדברים, הרי לא ניתן להחיל על האירוע שבנדון, אשר התרחש בשנת 2001, את הקריטריונים שנקבעו בבג"ץ "הסיכולים הממוקדים" שניתן בשנת 2006. לעניין זה ראה בג"ץ 474/02 תאבת נ" הווצף המשפטי לממשלה (ניתן ביום 30.01.2011 פורסם בנגה).

18. עוד טענתנו במכתבכם, כי האירוע שבנדון להחלטות הפצ"ר דינם בסוגיה שטרם הועמדה לביקורת שיפוטית וכי יש להחליטה זו השלכות חודרות מהמערכת הצבאית שאין ראוי כל הפצ"ר הוא זה שיכריע בהם.

דברים אלו אינם מדויקים. במישור המהותי, כפי שהובהר לעיל, הפצ"ר הוא הגורם בר-הסמכה ובעל המומחיות לבחינת טענות מעין אלו. מעבר לכך, גם במישור הפרקטי, שאלת האפשרות להעמדה לדין של חיילים בגין אירועי לחימה בוגסגרתם נפגעו פלסטינים, אינה "חדשנית", והיא נבחנה זה מכבר על ידי בית המשפט העליון. לעניין זה נפנת, בין היתר, לבג"ץ 1901/08 דבאבשה ואת' ג' ופצ"ר (תק-על 212012), (1880). כמו כן, כפי שצינו לעיל, גם סוגיית ה"סיכול הממוקד" נדונה בעבר והוכרעה על ידי בית המשפט העליון, ועל כן אין מקום לדון בכך שוב, מאחר שטענותיכם אינן מעוררות כל חידוש בהקשר הזה.

## סיכום

19. סיכומם של דברים, כפי שהובהר לעיל - פנייתכם שבסמך אינה עולה בקנה אחד עם פסק דינו של בית המשפט העליון, מציגה את העובדות שלא כחוויותן ומתעלמת מכלל הרבדים שעמדו בבסיס החלטת הפצ"ר. לא מצאתי שאמירותיכם, לפיהן המדובר במקרה גבולי, וכי הטעם לסגירת התיק בענייננו הוא טכני בלבד, יש להן על מה לסמוך.

בנסיבות העניין, הפצ"ר הוא שהיה מוסמך לקבל החלטה בדבר אופן הטיפול בתיק זה, הנוגע לאירוע מבצעי מובהק, בו נטלו חלק חיילים ומפקדים אשר חלקם מצויים עדיין תחת תחולת החשיץ (במועד ההחלטה ואף כיום - ומשכך


צובע כי כל התחילים השותפים לארוע מצויים עדיין בתחולת החשיץ בנוגע  
לאירוע זה), וזאת מן הטעמים שפורטו לעיל.

יתר על כן, אף לו היה בסיס משפטי כלשהו לטענתכם בדבר הצורך להעביר את  
האירוע לבחירת היועץ המשפטי לממשלת, הרי מעת שהגשנה לפרקליט המדינה  
(תפקידים מיוחדים), מצא כי ההחלטה שלא להעמיד לדין מי מהמעורבים  
במקרה זה היא נכונה וסבירה וניתנת על דעתו, בוודאי שאיננו רואים מקום  
להעברה זו.

מעבר לאגוד לעיל, אף לו היינו מניחים, לטובת הבחינה התיאורטית, כי  
קיימות די ראיות במידה הנדרשת בפלילים כדי לייחס למי מהמשיבים עבירה  
כלשהי, הרי שעבירות אלו התיישנו זה מכבר.

26 לאור כל דמקובץ לעיל, לא נותר אלא לרדת את בקשתך.

בברכת,

  
אהוד בן אליעזר, אלים  
התובע הנציג הראשי