



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 474/02

בפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד השופט ס' ג'ובראן  
כבוד השופט ע' פוגלמן

העותרת: סיהם תאבת

נגד

המשיב: היועץ המשפטי לממשלה

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותרת: עו"ד נאילה עטייה אסקנדר

בשם המשיב: עו"ד שי ניצן

### פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

העותרת מבקשת בעתירתה זו כי נורה ליועץ המשפטי לממשלה (להלן: המשיב) לפתוח בחקירה פלילית ולהעמיד לדין את מי שהיה אז ראש הממשלה והרמטכ"ל דאז, בגין אחריותם, לטענתה, למותו של בעלה המנוח, ד"ר תאבת תאבת (להלן: המנוח).

רקע עובדתי

1. ביום 31.12.2000 יצא המנוח את ביתו אשר בטול-כרם, נכנס לרכבו ופנה לדרכו. זמן קצר לאחר מכן, כך על-פי תיאורה של העותרת, נורה המנוח על-ידי כוחות צה"ל בעודו נוהג ברכבו. כתוצאה מהירי המתואר נפגע המנוח בפלג גופו העליון ומת. בעקבות האירוע האמור פנתה עמותת "רופאים לזכויות אדם" אל ראש הממשלה ושר

הביטחון. במקביל, פנתה גם העותרת ללשכתו של היועץ המשפטי לממשלה בדרישה כי יורה על פתיחת חקירה פלילית נגד ראש הממשלה והרמטכ"ל דאז בגין אחריותם למות בעלה.

2. ביום 8.2.2001 השיב עוזר שר הביטחון לפניית עמותת "רופאים לזכויות אדם", ובה תיאר את המנוח כמי שעמד בראש ארגון הת'נזים בטול-כרם וכמי שתחת פיקודו פעלה חוליית טרור אשר ירתה באופן חוזר ונשנה לעבר ישובים ישראלים ולעבר חיילי צה"ל. ביום 1.7.2001 השיב הממונה על העניינים הביטחוניים בפרקליטות המדינה, ובא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, לפנייתה של העותרת בזו הלשון: "בהמשך למכתבי מיום 15.3.01 הריני להודיעך כי פנייתך בענין דרישת מרשתך לקיים חקירה, שהועלתה במכתבך שבנדון, נבחנה על ידי היועץ המשפטי לממשלה ועם תום הבחינה הוחלט כי אין עילה או הצדקה להורות על פתיחת חקירה בענין". נגד החלטה זו שלא לפתוח בחקירה מופנית העתירה שלפנינו.

ראוי להקדים ולומר כי העתירה ידעה מספר תמורות ושינויים, בין היתר על רקע מתן פסק הדין בבג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14.12.2006), יקרא להלן: עניין הסיכול הממוקד או העתירה העקרונית). לפיכך, נעמוד תחילה בקצרה על גלגוליה של העתירה ועל ההליכים שקדמו לה בפני בית משפט זה.

3. ביום 9.1.2001 הגישה העותרת, באמצעות באת-כוחה הנוכחית, את עתירתה הראשונה נגד ראש הממשלה ושר הביטחון. בעתירה זו דרשה העותרת כי מדינת ישראל תחדל מביצוע "הוצאות להורג" – כך על-פי לשונה החריפה של העתירה – של תושבי אזור הגדה המערבית ועזה, מבלי שניתנה לאלה ההזדמנות לעמוד בפני משפט ולהגן על חפונתם וחירותם (בג"ץ 192/01 סיהאם עדאל יוסף נ' ראש הממשלה ושר הביטחון, להלן: העתירה הראשונה). בעתירה זו תיארה העותרת כיצד נהרג בעלה המנוח וכן שטחה את טיעוניה העקרוניים לגבי אי-חוקיות הסיכולים הממוקדים. לאחר שהוגשה העתירה הראשונה, ולפני שהתקיים דיון ראשון בה, הגישה באת-כוחה של העותרת עתירה נוספת בעניין דומה, בה הועלו טענות זהות לטענות שהוצגו בעתירה הראשונה. עתירה זו הוגשה בשמו של חבר-הכנסת מוחמד ברכה וגם בה הוצגו נסיבות מותו של המנוח (בג"ץ 5872/01 מוחמד ברכה, ח"כ נ' ראש הממשלה אריאל שרון ואח' (לא פורסם, 29.1.2002). הדיון בעתירות אלה אוחד, אך יממה לפני מועד הדיון שנקבע, הגישה באת-כוח העותרת בקשה למחיקת העתירה הראשונה. בקשה זו נתקבלה והעתירה הראשונה נמחקה.

4. ביום 29.1.2002, ולאחר ששמע בהרחבה את טענות העותר בבג"ץ 5872/01, דחה בית משפט זה את העתירה (השופטים א' מצא, מ' חשין וא' לוי) וקבע: "נראה לנו כי בהודעה מטעם המשיבים ניתנה תשובה ממצה לטענותיו של העותר. ברירת אמצעי הלחימה, בהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים, אינה מן הנושאים שבית-משפט זה יראה מקום להתערב בהם. קל וחומר אמורים הדברים בעתירה הנעדרת כל תשתית קונקרטיה והחותרת לקבלת סעד גורף". שבועיים בדיוק לפני מתן פסק הדין האמור, ביום 15.1.2002, הוגשה עתירתה הנוכחית של העותרת.

טענות הצדדים והשתלשלות ההליכים בעתירה

5. העותרת טוענת כי חיילי צה"ל וכוחות הביטחון הם שאחראים למות בעלה. לשיטתה, אלה עשו כן על-פי הוראות הדרג המדיני והדרג הצבאי הבכיר ובאישורו של המשיב, מבלי שניתנה לבעלה המנוח ההזדמנות להוכיח את חפותו ולהגן על חייו. בהקשר זה, טוענת העותרת כי פעולות חיילי צה"ל וכוחות הביטחון נעשו על בסיס חשדות בלבד, תוך חריגה מסמכות, ללא משפט ובניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. העותרת אף מדגישה כי ניתן היה לעצור את המנוח בהזדמנויות שונות ורבות, בדרכו ליעדים שונים ובמחסומי הצבא, ומוסיפה כי הימנעותה של מדינת ישראל ממעצרו, חקירתו והבאתו לדין של המנוח, והעדפת פעולה מבצעית שמטרתה הריגתו, מהווה לשיטתה הפרה בוטה של הדין הפלילי בישראל, של חוקי היסוד וכן של המשפט הבינלאומי. במישור העובדתי, מתארת העותרת את המנוח כמי שהגיש סיוע לחיילים אשר טעו בדרך ונקלעו לידיה של המון זועם בטול-כרם, וזאת שבועיים בלבד לפני שנהרג.

יוער כי העותרת מתעלמת בטיעוניה מתיאור המצב הביטחוני הקשה ששרר בעת האירוע, ומאירועי הטרור הרצחני שהשתולל אז בישראל, ממספרם הרב של הקורבנות, מאות ההרוגים והפצועים שנפגעו ועל כך הרחיבו המשיבים בתשובתם.

6. כך בתגובתו לעתירה דחה המשיב את טענותיה של העותרת, בשל מספר טעמים. ראשית, התייחס המשיב להסלמה הביטחונית שהתרחשה באזור יהודה ושומרון ובחבל עזה מאז חודש ספטמבר 2000, תוך שימת דגש מיוחד לפגיעותיו הקשות של גל הטרור הרצחני שפקד את מדינת ישראל ולסיווגו כאירוע לחימה לכל דבר. לטענת המשיב הפעילויות הרצחניות בוצעו על ידי ארגוני הטרור הפעילים ובהם החמאס,

הג'יהאד האיסלמי, ואף התנזים שבעלה המנוח של העותרת עמד בראשו. בעניין זה, הפנה המשיב גם לתגובתו בעתירה הראשונה ובעתירה שהוגשה במקביל לה בבג"ץ 5872/01. בהמשך, פירט המשיב כי מדיניות סיכול הטרור בה נקטה מערכת הביטחון הייתה מורכבת משורה ארוכה של אמצעים ופעילויות, לרבות: פריסה מבצעית משופרת, מעצרים, הליכים משפטיים וכן ניסיון שבאותו שלב לא עלה יפה, להגיע לשיתוף פעולה עם גורמי הביטחון הפלסטינים. שנית, צוין כי פעולות הסיכול תואמות את הדין הבינלאומי וכי דיני הלחימה מתירים לפגוע במהלך פעולות לחימה באדם שזוהה בוודאות כמי שפועל לביצוע פיגועים בנפש נגד מטרות ישראליות. כן נטען כי אזרחים שנוטלים חלק ישיר במעשי איבה מאבדים את חסינותם כתושבים מוגנים ומותר לפגוע בהם על מנת לסכל את כוונותיהם לבצע פעולה עוינת עתידית. שלישית, נטען כי פעולות הסיכול הממוקד אינן ננקטות אלא כצעד חריג לשם הצלת נפשות וכאשר גורמי הביטחון וצה"ל סבורים כי אין להם חלופות אחרות. אף הובהר כי הפעילות המבצעית נשקלת ברמות הגבוהות ביותר ואישורה נבחן אל מול הוראות המשפט הבינלאומי המתייחסות לדיני הלחימה.

עוד נטען בשם המדינה, כי דין העתירה להידחות על הסף שכן מדובר בפעולות מבצעיות בעת לחימה שאינן נתונות לביקורת שיפוטית והן אינן שפיטות. טענה זו נדחתה לגופה מאוחר יותר בפסק הדין בעניין הסיכול הממוקד.

באשר לנסיבות מותו של המנוח, ציין בא-כוח המשיב כי היועץ המשפטי לממשלה, אשר בפניו באה הבקשה לפתוח בחקירה פלילית, קיבל את התייחסות גורמי הביטחון לדרישתה של העותרת במכתבה. עם תום בדיקת הנושא, החליט היועץ המשפטי לממשלה כי אין כל עילה או הצדקה להורות על פתיחת חקירה בנדון, שכן לא נמצא כל חשד לביצוע עבירה פלילית. בהקשר זה, הדגיש בא-כוח המשיב כי החומר שהוצג בפני היועץ המשפטי לממשלה הינו סודי וחסוי ועל כן אין ביכולתו להציגו בהודעתו הגלויה, אלא בפני בית המשפט בלבד. עם זאת, הפנה בא-כוח המשיב בתגובתו אל מכתבו של עוזר שר הביטחון לעמותת "רופאים לזכויות אדם" בו הובהר כי המנוח עמד בראש ארגון הת'נזים בטול-כרם ותחת פיקודו פעלה חוליית ירי שביצעה פיגועים נגד חיילי צה"ל וישובים ישראלים. מן האמור במכתב, עולה כי המנוח אף דאג לאספקת נשק ותחמושת לחולייה וכי באחד מפיגועיה נפצעו באורח קשה שלושה חיילי צה"ל. לבסוף, נטען כי העותרת לא הוכיחה שנפל פגם בהחלטתו של המשיב, ובוודאי לא פגם מאותם פגמים נדירים שרק בהתקיימם ישקול בית המשפט התערבות בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא להורות על פתיחה בחקירה פלילית.

7. ביום 29.1.2002 נערך דיון בפני בית משפט זה (השופטים א' מצא, מ' חשין, ו- א' א' לוי). ביום 25.6.2002 נקבע כי העתירה תישמע בצוותא-חדא עם העתירה העקרונית בעניין הסיכול הממוקד, אלא שמאז הגישו הצדדים מספר בקשות מוסכמות לדחיית הדיון בעתירה הנוכחית עד שתוכרע העתירה העקרונית. משניתן פסק הדין בעניין הסיכול הממוקד, הורה בית המשפט ביום 12.3.2007 כי על הצדדים להודיע בתוך 30 ימים את עמדתם ביחס לעתירה שלפנינו נוכח קביעות פסק הדין האמור. תגובתה של העותרת ניתנה בתכלית הקיצור ובה הודיעה כי היא "עומדת על דרישתה כמפורט בעתירתה". ביום 31.12.2007 מסר בא-כוח המשיב את עמדתו, ולפיה פסק-הדין העקרוני תומך בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להיעתר לנדרש בעתירה. על כך הוסיף בא-כוח המשיב וצירף חומר חקירה גלוי המעיד על "פועלו" של המנוח כמי שעמד בראש ארגון הטרור של הת'נזים בטול-כרם.

8. נוכח המידע הגלוי שהובא במסגרת ההודעה המשלימה, ולאור עמדת בא-כוח המשיב, הורה בית המשפט לעותרת להגיש הודעה מפורטת מטעמה בה תתייחס להשלכות פסק הדין בעניין הסיכולים הממוקדים על עניינה. ביום 25.5.2008 נתקבלה הודעה משלימה זו. בהודעתה, שבה העותרת על עיקר טענותיה בעתירה, תוך שהיא מתמקדת בטענה באשר לקיומו של אמצעי מידתי יותר ומחדדת את ביקורתה כלפי הבחירה בחיסול המנוח על פני העמדתו לדין כפי שעשתה מערכת הביטחון בעניינם של מעורבים אחרים בטרור. מעבר לכך, טוענת העותרת כי עד עצם הגשת הודעתה המשלימה המשיב לא הציג את גרסתו באשר לנסיבות מותו של המנוח, ויש לתהות על כך. העותרת אף מבקשת כי בית המשפט יבחן את רמת המידע על-פיו נתקבלה החלטה בעניינו של המנוח, האם המידע היה מהימן ועד כמה היתה פעולתו של המנוח מתמשכת ומסכנת חיי אדם. בהיבט כללי יותר, ציינה העותרת כי למיטב ידיעתה המערכת הצבאית ממשיכה בביצוע סיכולים ממוקדים שלא על-פי קביעות פסק הדין העקרוני.

הודעתה זו של העותרת לא זכתה לתגובה מצד המשיב, חרף האמור בהחלטת בית המשפט לפיה "יוכל המשיב להגיש את התייחסותו להודעה". ביום 26.7.2010 התבקש המשיב להגיש את עמדתו העדכנית בנוגע לעתירה, ובכלל זה התייחסות להשלכות העתירה העקרונית על העניין נשוא העתירה שלפנינו. ביום 21.9.2010 מסר בא-כוח המשיב כי הוא אינו מוצא צורך להגיב לאמור בהודעתה המעדכנת של העותרת, שכן עמדת המשיב פורטה בהודעתו המשלימה מיום 31.12.2007 וכי ניתן לשיטתו ליתן פסק-דין על יסוד ההודעות המצויות בתיק בית המשפט.

9. כאמור, עתירה זו הופנתה במקור כנגד החלטת המשיב שלא לפתוח בחקירה פלילית ביחס לפעולת הסיכול בה מצא המנוח את מותו ביום 31.12.2000, וזאת על בסיס ההנחה כי פעולות הסיכול אינן חוקיות כשלעצמן. עם זאת, שאלת חוקיות הסיכולים הממוקדים על היבטיה העקרוניים הוכרעה בעתירה אחרת (בג"ץ 769/02), ועל-כן נדרשו הצדדים להתייחס להשפעתה על ההליך שלפנינו. בעתירה העקרונית נקבע כי אין לפסול מראש ובאופן גורף פעולות של סיכול ממוקד, וכי חוקיותן של פעולות אלה תיבחן בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו ועל-פי אמות המידה אשר נקבעו על-ידי בית המשפט (עניין הסיכול הממוקד, פסקה 60 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק). נציין בתמצית כי במסגרת העתירה העקרונית נדרש בית המשפט לשאלת הדין הבינלאומי החל ולפרשנותה של הוראת סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון משנת 1977 לאמנת ז'נבה הרביעית הקובעת כי:

"אזרחים ייהנו מן ההגנה המוענקת על-פי סימן זה, אלא אם ולמשך אותו זמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה".

בפסק-דינו, ניסח בית המשפט את אמות המידה הפרשניות להוראת סעיף 51(3) על-פי שלושת רכיביה: נטילת חלק במעשי איבה (שם, פסקה 33); נטילת חלק ישיר בהם (שם, פסקאות 34-37); וכן "למשך אותו הזמן" (שם, פסקאות 38-40). כל זאת, נוכח הצורך להגדיר מיהם "אזרחים הנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה" וכן לבאר מהו "משך הזמן" בו אין הם מוגנים עוד מפני פגיעה.

10. מאמות המידה שנוסחו בפסק הדין עולה כי אין לבצע סיכול ממוקד אלא בהתקיים מספר תנאים משמעותיים. כך נקבע, כי לא כל מעורבות בפעילות חבלנית מהווה נטילת חלק ישיר במעשי האיבה וכי המדובר אך בפעילות הקשורה בגרעין של מעשי האיבה עצמם, קרי פעילות אשר מחד-גיסא אינה רק התקיפה הפיזית עצמה, אך מאידך-גיסא אין נכללת בה פעילות של סיוע עקיף. כן נקבע תנאי נוסף המורה כי אין לתקוף אזרח הנוטל חלק ישיר, באותה עת, במעשי איבה, אם ניתן היה לנקוט כלפיו באמצעי שפגיעתו פחותה. אשר להיבט המודיעיני, נקבע כי המידע על בסיסו מתקבלת ההחלטה לנקוט בסיכול ממוקד חייב להיות מידע מבוסס ובדוק ביותר וכי אף יש הכרח לערוך בדיעבד בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו (שם, פסקה 40). בדיקה כאמור ניתן לערוך רק במקרה למקרה ובדרך כלל, על-פי הנסיבות,

ניתן לקיימה רק בדיעבד. על התנאים האמורים הוסיף בית המשפט וקבע, כי אם הפגיעה אינה רק באזרח המשתתף באופן ישיר במעשי האיבה אלא גם באזרחים תמימים המצויים בקרבתו, עליה לעמוד במבחן המידתיות גם ביחס אליהם. בסופם של הדברים, מצא בית המשפט להדגיש כי כאשר מבוצעת פעולת סיכול ממוקד בהתאם לסייגים הנדונים ובמסגרת דיני הסכסוך המזוין הבינלאומי לפי המשפט המנהגי ההומניטארי כפי שפורש על-ידו, אין מדובר בנטילת חיי אדם באופן שרירותי, אלא באמצעי שנועד להציל חיים.

11. בצד הדברים האמורים, דן בית המשפט בפסק דינו גם בשאלת אופן בדיקת פעולותיו של צה"ל במסגרת הסיכולים הממוקדים והאם פעולות אלו תואמות את האמור בסעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון של אמנת ז'נבה הרביעית כפי שזה פורש על-ידו. בשאלה זו נקבע כי הבירור האמור צריך להיעשות בפני ועדה מיוחדת, אשר בידה הכלים המתאימים לעשות כן, ולא בפני בית משפט זה. באופן מפורט יותר נאמר כי:

"לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו זמן, במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריכה להיות עצמאית" (שם, פסקה 40 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק).

וכן:

"משקבענו בפסק דינו זה הוראותיו של המשפט הבינלאומי המנהגי בסוגייה שלפנינו, לא נוכל, מטבע הדברים, לבחון את הגשמתה מראש. הביקורת השיפוטית תהא בסוגיה זו מטבעה בדיעבד. שנית, עיקר הבדיקה צריכה להיעשות על ידי ועדת בדיקה אשר על פי המשפט הבינלאומי צריכה לקיים בדיקה אובייקטיבית המופעלת בדיעבד. הביקורת של בית משפט זה יכולה, מעצם טבעה, להיות מכוונת רק כנגד החלטותיה של ועדה זו, וזאת על פי אמות המידה המקובלות לעניין זה" (שם, פסקה 59 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק) [ההדגשה אינה במקור, ד.ב.].

12. כנזכר מעלה, הצדדים נדרשו להתייחס להשפעת פסק הדין העקרוני על העניין שלפנינו. אלא, שחרף פנייתנו זו, הם נמנעו מלהתייחס למתווה שנקבע בדמות הקמתה של ועדה מיוחדת. העותרת, מצידה, לא ראתה לבקש את בירורו הפרטני של האירוע נשוא העתירה בפני הוועדה המיוחדת, ואילו המשיב נמנע מלשטוח את מכלול הנסיבות והפרטים הנוגעים לאירוע בעטיו הוגשה העתירה. במצב דברים זה, ברי כי בית משפט זה אינו הפורום המתאים ובעל האמצעים הנדרשים לשם בחינת נסיבות האירוע בו נהרג

המנוח. יחד עם זאת, העותרת עוררה בעתירתה מספר שאלות שלא זכו למענה בתגובת המשיב, ושעיקרן בנסיבות בהן נהרג המנוח והאם אלה תואמות את אמות המידה שנקבעו בפסק הדין בעניין הסיכול הממוקד. שאלות אלה, אם וככל שהן ניתנות לבירור, ראוי היה כי יתבררו בפני הפורום המקצועי שאמור היה להיקבע לשם כך, אף כי בנסיבות העניין שלפנינו בטרם ניתן פסק דינו בעניין הסיכול הממוקד לא נקבע פורום כזה.

13. ערים אנו לעובדה כי פסק הדין בעניין הסיכול הממוקד וההנחיות שנקבעו בו אינו חל באופן ישיר על הפעולה נשוא העתירה דנן, שכן זו בוצעה מספר שנים קודם למתן פסק הדין ומכאן שהמשיב לא היה מחויב בו באותה העת. חרף עובדה זו, ונוכח השאלות שעוררה העותרת, כמו גם בשל טענת המשיב כי פסק הדין בעניין הסיכול הממוקד תומך ממילא בעמדתו, ייתכן שאפשר היה לפנות בעניינה של העותרת לבדיקת הוועדה המיוחדת כפי שנקבע בפסק הדין בעניין הסיכול הממוקד (ראו והשוו: בג"ץ 8794/03 יואב הס ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 11 לפסק-דין (לא פורסם, 23.12.2008)). בקשה כזו לא הועלתה גם במסגרת טיעוניה המאוחרים של העותרת, וספק אם אפשרות בירור כזאת מעשית כיום במיוחד על רקע הנסיבות והתנאים ששררו בעת האירוע. בעניין זה, כאמור, לא נתבקשנו לנקוט עמדה.

14. אשר על כן, העתירה נדחית בלא צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

אני מסכים.

ש ו פ ט



הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ה בשבט התשע"א (30.1.2011).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

ה נ ש י א ה