

העותרים :

1. **בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים**
2. **האגודה לזכויות האזרח בישראל**

כולם ע"י ב"כ עוה"ד נעה שטיין ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר
ו/או הדס תגרי ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או מיכל פינצ'וק
ו/או פאטמה אל-עגיו ו/או לילה מרגלית ו/או באנה שגרי-בדארנה
ו/או שרון אברהם-ויס ו/או סוניה בולוס ו/או עודד פלר
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
ת"ד 35401, ירושלים 91352
טל': 02 - 6521218 ; פקס': 02 - 6521219

נ ג ד

המשיב :

הפרקליט הצבאי הראשי
רח' דוד אלעזר 6, הקריה, ת"א

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב, והמורה לו לבוא וליתן טעם כדלקמן :

1. מדוע לא יורה על חקירת משטרה צבאית חוקרת (להלן: "מצ"ח") בדבר נסיבות מותם של אמג'ד עבד אל-האדי ג'בור, נידאל עבד א-ראוף אבו מח'סין, פאטמה אבו ד'אהר ופאטמה זקארנה ושני ילדיה, עביר ובאסל, טאהר עבדו וראמי אבו שאב, אשר נהרגו במהלך פעילות של כוחות צה"ל בשטחים ;

2. מדוע לא יורה על חקירת מצ"ח בכל מקרה, שבו הובא לידיעתו דבר מותו של אזרח פלסטיני, אשר לא נטל חלק בפעילות לחימה, במהלך פעילות צה"ל בשטחים, וזאת בתוך פרק זמן סביר מיום הארוע.

בקשה לקיום דיון דחוף

1. עתירה זו עניינה בחובתו של המשיב להורות על עריכת חקירות מצ"ח בדבר נסיבות מותם של אזרחים פלסטינים, אשר נהרגו במהלך פעולות, שביצע צה"ל בשטחים.
2. ניהולה של חקירה מקיפה וממצה של מקרי מוות מחייב איסוף ראיות וחקירת עדים, שנכחו במקום התקרית, לרבות חקירתם של חיילי צה"ל, אשר היו מעורבים בתקרית. על מנת שיתאפשר ניהול יעיל של חקירות, אשר יביא לגילוי האמת, על החקירות להתנהל ככל הניתן בסמוך למקרה המוות.
3. האזרחים הפלסטינים, שעתירה זו נוגעת למותם, נהרגו באירועים שונים, שהתרחשו בחודשים מאי 2002-מאי 2003. בנוגע למותם של 5 מההרוגים הוחלט שלא לפתוח בחקירת מצ"ח. לגבי 3 ההרוגים הנותרים, למרות שפניותיו של העותר מס' 1 למשיב בעניין זה נשלחו בסמוך ככל הניתן למותם של האזרחים, הרי שעד למועד הגשת עתירה זו, טרם נמסר לו האם נפתחה חקירת מצ"ח בדבר נסיבות מותם.
4. חלוף הזמן ממועד האירועים, שהביאו למותם של האזרחים, ועד לביצוע החקירות בפועל עלול לפגום בהליכי החקירות ולעוות את תוצאותיהן. רובן של הראיות במקרים כגון אלה נאסף באמצעות עדים עוברי אורח וחיילים, ועל כן איכות החקירות מושפעת ממידת הדיוק בעדויות. ככל שחולף הזמן, הולך וזכרונם של העדים ומיטשטש, זאת בנוסף לקושי באיתורם של העדים הדרושים לחקירה.
5. ששה משמונת מקרי המוות שיפורטו להלן ארעו לפני למעלה משנה, וקרוב לוודאי שחלוף הזמן ישפיע על ביצוע חקירות בעניינם. יחד עם זאת, מותם של טאהר עבדו ושל ראמי אבו שאב ארע בחודשים פברואר ומאי 2003, ומאז חלפו חודשים מספר מבלי שננקטו צעדים כלשהם לאיסוף ראיות. שיהוי נוסף בדיון בעתירה עלול לגרום לסיכול מטרתה העיקרית, קרי - חקר וגילוי האמת בדבר נסיבות מותם של אזרחים פלסטינים והבאתם של האחראים למותם לדין, אם ימצא שמותם נגרם בעבירה.
6. נוכח האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיומו של דיון דחוף בעתירה.

ואלה נימוקי העתירה:

1. העותר מס' 1 הוא עמותה, העוסקת באיסוף וחקר מידע, הנוגע להפרות זכויות האדם בשטחים.
2. העותרת מס' 2 היא עמותה, הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים, הנתונים לשליטתה.

3. המשיב הוא הפרקליט הצבאי הראשי, המכהן על פי סעיף 177 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: "החש"צ"). המשיב הינו בעל הסמכות להורות על חקירת תלונות וחשדות בדבר עבירות, המיוחסות לחיילי צה"ל, וזאת על-פי סעיף 252(א)(3) לחש"צ. למשיב מוקנות סמכויות נרחבות בעניין ניהול החקירה הפלילית בצבא. המשיב מוסמך להורות על עריכת חקירה, על השלמתה או סיומה, להעבירה מחוקר לחוקר, לקבל את חומר החקירה לידיו בכל שלב של החקירה, לבטל את התלונה או להורות על העמדת חשוד לדין - זאת על פי סעיפים 278, 279, 280, 281 ו-282 לחש"צ.

רקע עובדתי

4. על פי הנתונים, שבידי העותר מס' 1, מאז פרוץ אינתיפאדת אלאקצא בסוף חודש ספטמבר 2000 ועד לסוף חודש ספטמבר 2003 הגיע מספר ההרוגים הפלסטינים מירי כוחות הביטחון הישראליים ל-1,155. במניין ההרוגים מאז ינואר 2002 נכללים גם 11 תינוקות עד גיל שנתיים, 90 ילדים בגילאי 3 עד 12 שנים, 304 בני נוער בגילאי 13 עד 17 שנים וכ-70 נשים בגילאי 20 עד 95 שנים. מנתוני ארגון "אמנסטי אינטרנשיונל" עולה, כי רובם של מקרי המוות נגרם עקב שימוש מופרז בכוח מצד חיילי צה"ל כלפי מפגינים וזורקי אבנים וכן ירי והפגזות חסרי הבחנה.

ר' דו"ח אמנסטי אינטרנשיונל, ישראל, השטחים הכבושים והרשות הפלסטינית. קוברים את העתיד: ילדים בקו האש, המצורף לעתירה זו ומסומן ע/1.

מנתונים, שפרסם ארגון הסהר האדום הפלסטיני, עולה, כי במהלך אותה תקופה נפצעו מאש חיה של כוחות צה"ל 5,207 פלסטינים. 5,626 פלסטינים נפצעו מירי כדורי גומי.

נתונים אלה התפרסמו באתר האינטרנט של הארגון בכתובת:

www.palestinercs.org/crisistables/feb_2003_table.htm

לפי נתוני מערכת הביטחון, שהתפרסמו בידיעה בעיתון "הארץ" ביום 13.3.03, מאז תחילת העימות בשטחים נהרגו 1,945 פלסטינים. מתוכם 235 שלא נמצא לגביהם קשר לטרור. 130 מההרוגים היו בני 16 ומטה.

מצ"ב העתק מהידיעה מסומן ע/2.

נסיבות מותם של שמונת האזרחים הפלסטינים, לגביהם מתבקשת החקירה

5. להלן יפורטו נסיבות מותם של שמונת האזרחים הפלסטינים, שנהרגו במהלך פעילות כוחות צה"ל בשטחים, ואשר לגבי חקירת נסיבות מותם מתבקש הסעד הראשון בעתירה. המידע בנוגע לשש התקריות, שיפורטו להלן, מקורו בעדויות, שנגבו ע"י תחקירני העותר

מס' 1. בכל המקרים המתוארים למרות פנייתו של העותר מס' 1 לא הורה המשיב על חקירת מצ"ח:

מותו של אמג'ד עבד אל-האדי ג'בור

6. אמג'ד עבד אל-האדי ג'בור, תושב כפר סלם, נהרג במהלך פעילות של צה"ל בכפר בלילה שבין 1.8.02 ל-2.8.02. ג'בור הוצא מביתו בהוראת חיילי צה"ל. החיילים הורו לו לפשוט את בגדיו וללבוש אותם שוב. לאחר מכן נכבלו ידיו מאחורי גבו והחיילים החלו לתחקר אותו. בני ביתו של ג'בור הוצאו מהבית בטענה, כי יש לערוך בו חיפוש.

בעוד אשתו וילדיו של ג'בור עומדים מחוץ לבית וצופים במתרחש, הוליכו אותו החיילים לעבר כלי הרכב הצבאיים, שחנו במרחק של כ-50 מטרים מהמקום. שני חיילים עמדו משני צידיו של ג'בור ואחזו בכתפיו. לפתע החיילים התרחקו ממנו והורו לו לעצור, למרות שלדברי העדים לא ניסה לברוח. או אז ירה אחד החיילים כמה יריות באויר, וחייל אחר ירה ישירות לעבר ג'בור ממרחק של כ-15 מטר. ג'בור נפל ונהרג במקום. עד הראיה, ----, שמע את אחד החיילים אומר לחבריו, שלא אמר להם להרוג את ג'בור, אלא לפגוע בו בלבד.

מצ"ב העתק מעדויותיהם של -----, שכניו של ג'בור, שנגבו ע"י עלי דראר'מה, עובד שטח בעותר מס' 1, ותורגמו במשרדי העותר מס' 1, מסומנים ע/3.

העותר מס' 1 פנה ביום 8.8.02 אל המשיב בדרישה, כי יורה על חקירת נסיבות מותו של ג'בור. למעלה מחמישה חודשים לאחר פנייתו של העותר מס' 1, ניתנה תשובתה של אל"מ עינת רון, התובעת הצבאית הראשית, לפיה הוחלט שלא לפתוח חקירה פלילית. הנימוק להחלטה היה היותו של ג'בור חשוד במעורבות בפעילות חבלנית והימלטותו מהמקום בו הוחזק. חלק מהטענות, עליהן התבססה החלטת המשיב, היו מנוגדות לעדויות שנגבו ע"י העותר מס' 1. על פי עדויות אלה ג'בור לא הוחזק במקום כלשהו אלא לווה בידי חיילים כשידיו כבולות מאחורי גבו. בנוסף, על פי עדויות אלה ג'בור גם לא נמלט. לכן, לא ברור מדוע נורה. גם אילו יש בסיס לטענה, כי ג'בור נמלט, הרי שלא היתה הצדקה לירות לעברו. לא נטען, כי ג'בור סיכן את החיילים, ולכן ניתן היה לנקוט בפעולות קטלניות פחות. בתשובתה של אל"מ רון מיום 28.5.03 חזרה היא שוב על טענותיה הקודמות, וכן טענה, כי במהלך הימלטותו של ג'בור הוא אף הסיר את האזיקון, שבאמצעותו נכפתו ידיו, ואת הכיסוי, שהושם על עיניו.

גם תשובה זו איננה מבהירה מה היתה ההצדקה לירות בג'בור ולהורגו. גם אילו נכונה טענת המשיב, כי ג'בור סיכן את ביטחונם של החיילים (אם כי לא ברור כיצד מאחר שלא היה חמוש), הרי שמאחר שג'בור היה נתון במשמורתם של החיילים, היתה מוטלת עליהם חובה מוגברת לשמור על שלומו ובוודאי שלא לפגוע בו.

מצ"ב העתקי חליפת המכתבים בין העותר מס' 1 למשיב, מסומנים ע/4-8.

מותו של נידאל עבד א-ראוף אבו מח'סין

7. נידאל אבו מח'סין, תושב טובאס, בן 19, נהרג ביום 14.8.02 במהלך פעילות של כוחות צה"ל בכפר תוך שימוש בנוהל הבלתי-חוקי, המכונה "נוהל שכך" (ראו בבג"צ 3799/02 עדאלה ואח' נ. יצחק איתן, אלוף פיקוד המרכז ואת', בו נדונה חוקיותו של נוהל זה). חיילי צה"ל, שנכנסו אל הכפר בשעות הצהריים, הורו לאבו מח'סין ולאחיו יונס להיכנס אל אחד הבתים, שם שהו החיילים קודם לכן, על מנת לפנות מתוכו פצוע. לאחר פינוי הפצוע נכבל יונס, ואילו אבו מח'סין נדרש ע"י החיילים לעבור מבית לבית ולדרוש מדיירי כל הבתים לצאת אל הרחוב. בהמשך דרשו החיילים מאבו מח'סין ללכת עימם לכיוון ביתו של אחד התושבים.

עדת ראיה מסרה, שהחיילים הלבישו את אבו מח'סין בבגד צבאי, וכשהוא מלווה בכלב נשלח אל תוך הבית. לאחר כניסתו של אבו מח'סין אל הבית התחולל קרב, שבמהלכו ירו החיילים אל עבר הבית ובתוכו. מאוחר יותר בולדוזר צבאי הרס את הבית. לאחר מכן נראו חיילים, כשהם זורקים מאלונקה גופת אדם, שלא זוהה. כמו כן, מהריסות הבית נראו חלקי גופה נוספת.

מאחר שהתושבים לא ראו את אבו מח'סין יוצא מהבית, הם החלו לחפש אחריו עם תום הפעילות במקום. אחד מעדי הראיה לארוע, אשר היה עובד בעותר מס' 1, התקשר אל משרדי העותר מס' 1. רק אז נודע לו משאר העובדים, כי אבו מח'סין מת במהלך פעילות זו.

מצ"ב העתק מעדותו של עלי אחמד איבראהים דראר'מה, עובד שטח של העותר מס' 1, שנכתבה על ידיו ביום 15.8.02, מסומנת ע/9.

העותר מס' 1 פנה ביום 15.8.02 אל המשיב בדרישה להורות על חקירת נסיבות מותו של אבו מח'סין.

מצ"ב מכתבו של העותר מס' 1 והודעת המשיב על קבלתה של הפניה במשרדיו מסומנים ע/10 ו-ע/11.

ביום 9.7.03 ניתנה תשובתה של אל"מ רון, לפיה הוחלט לא לפתוח בחקירה פלילית לגבי נסיבות המוות. הנימוק להחלטה זו היה, כי "מפקדי הכוחות בשטח לא העריכו, כי הסתייעותם במר אבו מח'סין תסכן את חייו". לדבריה של אל"מ רון, משום כך לא הפרו מפקדי הכוח את התחייבותו של צה"ל בבג"צ שלא לנקוט ב"נוהל שכך". אל"מ רון הדגישה, שצו הביניים באותה עתירה, לפיו יש להימנע משימוש ב"נוהל שכך" בכל מקרה ולא רק כאשר יש סכנה לחיי ה"שכך", הוצא רק לאחר המקרה המצער, שבו מצא אבו מח'סין את מותו.

מצ"ב מכתבה של אל"מ רון מסומן ע/12.

הנימוקים, שהביאה אל"מ רון, אינם יכולים להצדיק את אי חקירת מותו של אבו מח'סין. ראשית, השימוש שעשו החיילים בנוהל שכך הינו פסול בין אם נעשה לפני החלטה

זו או אחרת של בית המשפט ובין אם לאחריה. שנית, העובדה, שאבו מח'סין היה מצוי תחת חסותם של החיילים, הטילה עליהם חובה מוגברת לשמור על שלמות גופו ועל חייו.

מותה של פאטמה אבו ד'אהר

פאטמה אבו ד'אהר, אשה בת 85, תושבת דיר אלבלח, נהרגה ביום 1.8.02 בחצר ביתה. אבו ד'אהר ישה בחצר הבית יחד עם בנה מוחמד, המתגורר עמה. בסביבות השעה 01:00 נורתה אש לעבר הבית. כתוצאה מהאש נפצעה אבו ד'אהר בשוקיה, ושוקה הימני כמעט בותר.

לאחר הירי הגיעו חיילים אל הבית. מדברי החיילים לנכדה של אבו ד'אהר עלה, כי הם חיפשו את גופת המחבל, שהתכוונו להרוג. לכשראו החיילים את אבו ד'אהר הפצועה, קראו לרופא. ארבעה מהחיילים פינו את אבו ד'אהר רגלית, כשהם נושאים אותה עד לדרך כיסופים, ומשם הועברה לביה"ח סורוקה בבאר שבע. למחרת בשעה 08:00 הודיעו נציגי המת"ק לבנה, כי אבו ד'אהר נפטרה בבית החולים.

לאחר שהגיע הבן לבית החולים אל אקצא, לשם הועברה הגופה, הוא הבחין ששתי רגליה נכרתו. רופא שנכח במקום מסר לו, כי פאטמה נפצעה גם בחזה ובבטנה.

מצ"ב העתק מעדותו של הבן, מחמד סלימאן אבו ד'אהר, שנגבתה ע"י נביל מח"ירז, איש שטח בעותר מס' 1, ותורגמה במשרדי העותר מס' 1, מסומן ע/13.

פנייתה של העותר מס' 1 אל המשיב, בבקשה כי יורה על חקירת נסיבות המוות, מיום 18.8.02 נענתה בתשובה, כי לא תיפתח חקירה.

מצ"ב העתקים ממכתבו של העותר מס' 1 וכן תשובתו של המשיב מסומנים ע/14 ו-ע/15.

מותה של פאטמה זקארנה ושני ילדיה עביר ובאסל

8. ביום 5.5.02 עסקו בני משפחת אבו סמרה מקבאטיה בקטיפת עלי גפן בחלקת אדמה באזור ואדי אל-סואח. באזור זה עבדו גם אחרים באותה עת. בני המשפחה עבדו בחלקה זו כשכירים. למוחמד יוסף אבו סמרה ואשתו, פאטמה זקארנה, ארבעה ילדים. שניים מהם, עביר ובאסל, עבדו איתם בקטיף.

בסביבות השעה 11:30 באותו יום הופיעו כלי רכב צה"ליים משוריינים. כשהתקרבו כלי הרכב מרחק של כ-30-40 מטרים מבני משפחת אבו סמרה נורתה אש מטנק לעבר זקארנה ושני ילדיה. כתוצאה מהירי נהרגו פאטמה ושני ילדיה. לדברי עדת ראיה, שעבדה אף היא במקום, הטנק המשיך לירות לכל עבר. היא הבחינה, כי אחת השרשראות של הטנק ניתקה ממנו והיתה מונחת על הכביש, וכי הטנק סטה ממסלולו.

מצ"ב העתק עדותה של -----, שנגבתה ע"י נגיב אבו רקייה, עובד העותר מס' 1, ותורגמה במשרדי העותר מס' 1, מסומן ע/16.

לטענת דובר צה"ל נשמע קול נפץ בטנק עקב ניתוק הזחל, דבר שגרם ליושבי הטנק להאמין, כי הופעל נגדם מטען, ועל כן נהגו החיילים על פי "תרגולת מטען", קרי - ירי לכל עבר.

העותר מס' 1 פנה ביום 6.5.02 אל המשיב ודרש את חקירת נסיבות מותם של השלושה. אל"מ עינת רון, התובעת הצבאית הראשית, השיבה ביום 13.6.02, כי לא דובר בירי לכל עבר, כי אם בירי מדויק לעבר דמויות חשודות, שהסתתרו בסבך. אל"מ רון טענה, כי הירי אל עבר דמויות אלה לא חרג ממתחם הסבירות ועל כן **לא עולה חשד לעבירה**.

מצ"ב העתקי מכתבו של העותר מס' 1 וכן תשובתה של אל"מ רון, מסומנים **ע/17 ו-ע/18**. מנימוקיה של אל"מ רון עולה חשד לגבי חוקיות הנוהל "תרגולת מטען", שהרי הוא מסכן חפים מפשע. קשה לומר, שירי לעבר דמויות, שלא זוהו ע"י החיילים, בתוך שטח חקלאי, שבו עובדים בני אדם באופן שגרת, הוא סביר.

מותו של טאהר עבדו

9. טאהר עבדו, תושב הכפר אימרין שמצפון לשכם, בן 28, נורה למוות ביום 16.5.03 בידי חיילי צה"ל. עבדו רעה את עדר הכבשים של המשפחה יחד עם אחותו ואשת אחיו בשדות הסמוכים לכביש, העובר בין הכפרים אימרין ובורקה. בסביבות השעה 17:00 הגיע מכיוון הכפר בורקה נגמ"ש השייך לצה"ל. מתוך הנגמ"ש יצאו שלושה חיילים, שהורו לשניים מהחקלאים שעבדו בשדות וכן לעבדו לגשת אליהם. החקלאים צייתו לחיילים, אך עבדו לא שעה לדרישתם.

שני החקלאים הבהירו לחיילים, כי עבדו סובל מפיגור שכלי קשה ואף איננו מדבר. עבדו החל להתרחק מהמקום לכיוון הכפר אימרין. החיילים הורו לעבדו לעצור, אך הוא המשיך להתרחק, וכך החלו החיילים לרדוף אחריו, תוך כדי שחקלאי נוסף אומר לחיילים שעבדו סובל מפיגור שכלי ולכן איננו מציינת להם. למרות האמור המשיכו החיילים לרדוף אחרי עבדו עד אשר ירו בו. עבדו נפגע בחזהו ומת זמן קצר לאחר מכן.

העותר מס' 1 פנה ביום 9.6.03 למשיב בדרישה לחקור את נסיבות מותו של עבדו, אך מלבד הודעה מיום 1.7.03 על קבלתה של הפניה במשרדי המשיב, טרם ניתנה תשובה לגופו של עניין.

מצ"ב תרגומים של עדויותיהם של -----, שלושתם חקלאים שנכחו במקום בזמן האירוע, ומסומנים **ע/19-ע/21**.

כמו כן מצ"ב פנייתו של העותר מס' 1 בנדון, ותשובתה של אל"מ רון, ומסומנות **ע/22 ו-ע/23**.

נסיבות מותו של ראמי אבו שאב

10. ביום 3.2.03 יצאו ראמי אבו שאב, בן 25, ושני אחיו, מוחמד עטא וזוהיר, לצוד ציפורים באזור חקלאי, הסמוך לגדר, המפרידה בין רצועת עזה לישראל, ליד היישוב עבסאן. לאחר שהשלושה התקינו את הרשתות ללכידת הציפורים, ישבו והמתינו. כעבור כשעה עבר מצפון טנק של צה"ל. השלושה לא יכלו להסתתר מאחר שלא היו עצים במקום והם היו חשופים לעיני כל. הטנק פתח בירי מקוטע. אבו שאב התעלם מהירי והלך לבדוק את הרשתות. או אז נעמד הטנק ופתח בירי אינטנסיבי לעבר השלושה מבלי שאלה היוו סכנה לשלומם של החיילים.

אבו שאב נפגע מהירי ונהרג במקום ואחיו זוהיר נפצע. אמבולנס פלסטיני שהגיע למקום על מנת לפנות את גופת המנוח ואת הפצוע נתקל גם הוא באש שנורתה לעברו. רק לאחר שפסק הירי התאפשר לצוות האמבולנס להמשיך בעבודתו.

העותר מס' 1 פנה ביום 18.2.03 למשיב בדרישה לחקור את נסיבות הירי. פניה זו נענתה ביום 12.3.03 בתשובה, כי תשובה לגופו של עניין תתקבל לאחר בדיקת הפניה. מאז לא ניתנה כל תשובה בעניין.

מצ"ב תרגום עדותו של מוחמד עטא אבו שאב, פניתו של העותר מס' 1 וכן תשובת המשיב, מסומנים ע/24, ע/25, ע/26.

פניות העותרים

11. מאז חודש מרץ 2002 ועד לסוף חודש ספטמבר 2003 פנתה העותרת מס' 2 35 פעמים אל המשיב בדרישה, כי יורה על פתיחת חקירות מצ"ח בדבר נסיבות מותם של 78 אזרחים פלסטינים, אשר לפי המידע, שהיה בידי העותרת מס' 2, לא נטלו חלק בפעילות לחימה. למרות הדחיפות הרבה בפניות אלה, ההחלטה, האם תיפתח חקירת מצ"ח אם לאו, התקבלה רק כעבור מספר חודשים, ולעתים לא נודעה ההחלטה לעותרת מס' 2 כלל. המשיב לא הורה על פתיחת חקירת מצ"ח במקרים אלה למעט בשתיים מתוך הפניות שנשלחו. אף באותם מקרים לא ברור מה עלה בגורלן של החקירות.

מאז ספטמבר 2000 פנה העותר מס' 1 55 פעמים אל המשיב בדרישה, כי יורה על חקירת נסיבות מותם של אזרחים פלסטינים. ב-10 מקרים בלבד נפתחו חקירות (אחת מהן בוטלה לאחר שנפתחה), ב-17 מקרים אחרים לא נפתחה חקירה ואילו 25 מקרים עדיין נמצאים בבדיקה. לגבי מקרה אחד לא נתקבלה עדיין כל תשובה.

12. ביום 12.12.02 פנתה העותרת מס' 2 אל המשיב בדרישה, כי יורה על פתיחה בחקירת מצ"ח כל אימת שחיי אזרח פלסטיני קופחו במהלך פעילות של כוחות צה"ל בשטחים.

העתק ממכתבה של העותרת מס' 2 מצורף לעתירה זו ומסומן ע/27.

בתשובתו מיום 29.12.02 ציין המשיב, כי הוחלט, כי ככלל, אמצעי הברור הראשוני, שבו נעשה שימוש במקרים, בהם נפגעו תושבים פלסטינים, הוא התחקיר המבצעי. התחקירים מועברים לפרקליטות הצבאית ונבדקים על ידיה בצירוף חומר אחר המצוי ביחס לאירוע,

כגון - פניות של ארגוני זכויות אדם וכתבות מהעיתונות. אם מבחינת החומר עולה חשד להתנהגות פלילית מצד החיילים המעורבים, ניתנת הוראה לפתוח בחקירת מצ"ח.

עוד נאמר בתשובה זו, כי דרישה, לפיה בעת לחימה בגורמי טרור בשטח עירוני צפוף תיערך חקירה פלילית ביחס לכל מקרה בו נהרגו פלסטינים, תיתפס בנתוני הלחימה הנוכחיים כבלתי סבירה ולא ריאלית.

העתק מתשובתו של המשיב מצורף לעתירה זו ומסומן ע/28.

ביום 11.3.03 פנתה העותרת מס' 2 אל המשיב פעם נוספת, על מנת לקבל מידע מדויק יותר לגבי מספר החקירות הפליליות שנפתחו בעניין מותם של פלסטינים ומספר ומהות כתבי האישום שהוגשו בעקבות חקירות אלה. ביום 10.4.03 נשלחה תשובתו של סא"ל שרון אפק, ראש ענף ביטחון וקשרי חוץ מהפרקליטות הצבאית. בתשובתו ציין סא"ל אפק, כי מאז פרוץ אינתיפאדת אלאקצא נפתחו למעלה מ- 320 חקירות מצ"ח, 45 מתוכן ביחס לשימוש בלתי חוקי בנשק. מתוך כלל החקירות שנפתחו, הוגשו כ-40 כתבי אישום בעבירות שונות. 4 מתוכם בעבירות של גרימת מוות ברשלנות. ההליכים בכתבי אישום אלה טרם הושלמו.

העתק ממכתבה של העותרת מס' 2 ומתשובתו הנוספת של המשיב מצורפים לעתירה זו ומסומנים ע/29 ו-ע/30.

בשתי ישיבות, שהתקיימו ביום 30.6.03 וביום 6.7.03 בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שבה השתתפו גם נציגי העותרים, עדכן המשיב, כי מתוך 365 חקירות מצ"ח שנפתחו מאז אוקטובר 2000 ועד עתה, 55 עסקו בעבירות הקשורות לירי. לא נאמר, כמה מתוכן עסקו בעבירות המתה. מספר כתבי האישום שהוגשו בגין שימוש בירי-8.

הפרוטוקולים מישיבות הועדה מצויים באתר הכנסת בכתובת:

<http://knesset.gov.il/protocols/search.asp>

ביום 3.4.03 נפגש המשיב עם נציגי העותרת מס' 2. בפגישה שטחו נציגי העותרת מס' 2 את טענותיהם בעניין מדיניות פתיחת חקירות מצ"ח ע"י המשיב. המשיב חזר על הטענות, שהועלו במכתבו הנזכר לעיל ובמכתביו שיפורטו להלן, והביע נכונות להמשיך ולהידבר עם נציגים מארגוני זכויות אדם. יחד עם זאת עמדתו של המשיב כפי שצויינה לעיל לא השתנתה, והוא הוסיף לעמוד על כך, שאין זה אפשרי ואין זה ראוי לחקור כל מקרה, שבו נהרג פלסטיני מאש כוחות צה"ל, בחקירה פלילית. יצויין, כי פגישה דומה התקיימה גם בין נציגי העותר מס' 1 לבין המשיב ביום 12.1.03.

זאת ועוד, בפתח הפגישה נמסר לנציגי העותרת מס' 2 מכתבו של המשיב אל נשיא העותרת מס' 2, מר סמי מיכאל. במכתבו התייחס המשיב למודעה, שהתפרסמה מטעם העותרת מס' 2 בעיתון "הארץ" ביום 28.3.03. המודעה, שכותרתה היתה "טעויות מצערות", מחתה על מדיניותו של צה"ל שלא לחקור מקרי מוות של פלסטינים מירי צה"ל בשטחים. במכתב זה נפרסו עיקריה של מדיניות החקירות של המשיב וטעמיה.

המשיב ציין שוב, כי כלי הבירור והתחקור הראשוני הוא התחקיר המבצעי, המבוצע ככלל תוך זמן קצר ממועד הארוע ועל פי רוב בידי גורם צבאי בכיר. לאחר בחינת התחקירים וחומר נוסף, שנמצא בידי הפרקליטות הצבאית, במקרים, שבהם עולה חשד להתנהגות פלילית מצד החיילים, ניתנת הוראה לפתוח בחקירת מצ"ח.

בסעיף 11 למכתבו טען המשיב, כי "לאחר שפרצו אירועי "גאות ושפל" בספטמבר 2000", עלתה השאלה האם נכון יהיה להורות על פתיחה אוטומטית בחקירת מצ"ח בכל מקרה של מות פלסטינים." התשובה לשאלה זו היתה, כי הדבר "אינו נדרש והוא בלתי אפשרי". המשיב טען, כי בתנאי הלחימה בשטחים עצם העובדה, כי נהרג פלסטיני, ואפילו שמדובר באזרח, אינה אינדיקציה להתנהגות פלילית של החיילים המעורבים. בנוסף טען המשיב, כי קיימים קשיים מעשיים, המקשים על ניהול חקירה בדבר נסיבות המוות: אין דרך להגיע לעדים פלסטינים ולהשיג שיתוף פעולה, קשה לשחזר את זירת האירוע, אין ודאות אם נהרג מחבל או אזרח. המשיב נעזר גם בסקירה השוואתית לגבי תנאי לחימה דומים בעולם, שמראה, כי גם צבאות אחרים אינם נוהגים לחקור בחקירה פלילית.

ביום 15.4.03 השיבה העותרת מס' 2 למכתבו של המשיב ולטענות המנויות בו, ביניהן טענות עקרוניות בדבר מדיניות החקירות (שיפורטו להלן בהרחבה) וביניהן טענות הנוגעות למענה שניתן לפניותיה של העותרת מס' 2 בלשכתו של המשיב.

מצ"ב העתק מכתבו של המשיב ותשובת העותרת מס' 2 מסומנים ע/31 ו-ע/32.

ביום 21.5.03 הגיב המשיב על תשובת העותרת מס' 2 במכתב, שעיקריו דומים לקודמו.

מצ"ב העתק המכתב מסומן ע/33.

הטיעון המשפטי

מדיניות המשיב בעניין פתיחה בחקירות מצ"ח

13. במהלך אירועי ה"אינתיפאדה הראשונה" נהג צה"ל על פי פקודת מטכ"ל 33.0304, אשר חייבה אותו לפתוח בחקירת מצ"ח, בכל מקרה שבו הגיעה לידי מידע על הריגת אזרח בידי חיילי צה"ל, למעט באירועי פח"ע (פעילות חבלנית עוינת). בין אם פקודה זו עומדת בתוקפה ובין אם לאו, ברור, כי אין היא מיושמת בפועל.

14. כאמור, מאז תחילת אינתיפאדת אלאקצא בספטמבר 2000 החליט המשיב שלא לפתוח בחקירת מצ"ח בכל מקרה כאמור, אלא במקרים, שבהם עולה חשד להתנהגות פלילית של החיילים המעורבים.

פתיחה בחקירות במצב של לחימה

15. לדברי המשיב, אין הצדקה להמשיך במדיניות, שננקטה בתקופת האינתיפאדה הראשונה, בה כל מקרה מוות נחקר באופן אוטומטי בחקירה פלילית. המשיב טוען, כי מאז תחילת אינתיפדת אלאקצא חיילי צה"ל מתמודדים עם מצבי לחימה, מצב שלא היה קיים לפני כן, ואין לדרוש, כי כל מקרה הרג של אזרחים ייחקר בחקירה פלילית.

כך אמר המשיב בישיבת הוועדה (ראו בפרוטוקול הישיבה באתר הכנסת בכתובת שלעיל):

"אני רואה הבדל עקרוני בין תקופת האינתיפאדה מ-89 עד 93, לבין התקופה הזו שהיא תקופה של לחימה ולכן הזכרתי. בתקופת האינתיפאדה כל מקרה של מוות נחקר חקירה פלילית, כי הייתה הנחה שכאשר המפקדים עוסקים בעיקר בסוג פעולות של שיטור, אז כל מקרה טעון חקירה פלילית. לעומת זאת, כאשר אנחנו נמצאים היום במצב של לחימה וכאשר בצד הישראלי יש 810 הרוגים ולמעלה מ-5,500 פצועים, ובצד הפלשתיני מספר הנפגעים הוא הרבה יותר. . . שלא על כל מקרה מוות שנולד כתוצאה מפעילות קרבית, כתוצאה מירי, לא כל מקרה כזה מצדיק חקירה פלילית."

אכן, צה"ל מנהל בשנים האחרונות מאבק קשה בטרור. עם זאת, אין בפעולות המבצעיות, שצה"ל מבצע בשטחים, או במספר הקורבנות הגדול כדי להצדיק את אי חקירתם של מקרי מוות של אזרחים, שלא לקחו חלק באותה פעילות. טענה זו טומנת בחובה סכנה של השתרשות תרבות של זלזול בחיי אדם בקרב חיילי צה"ל. אדרבה, החובה לחקור מקרי מוות חלה ביתר שאת גם בעת לחימה, כפי שיפורט להלן.

זאת ועוד, מדבריו של המשיב בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת עולה, כי בעת ביצוע פעולות שיטור יש הצדקה לפתוח בחקירות פליליות, אך לטענתו פעילותו של צה"ל בשטחים שונה משהיתה בתקופת האינתיפאדה הראשונה. אמירה זו איננה נכונה באופיה הגורף. חלק ניכר מפעילותו של צה"ל בשטחים היום הוא פעילות שיטורית. צה"ל שולט תקופה ארוכה באוכלוסייה האזרחית ברוב היישובים הפלסטיניים, באמצעות הטלת סגר פנימי, הקמת מחסומים בכל רחבי השטחים, הטלת עוצר ממושך ופעולות שיטור אחרות. לשליטת צה"ל באוכלוסייה האזרחית הפלסטינית יש השפעות קשות על שגרת יומה בכל תחומי החיים. **בהקשר זה חשוב לציין, כי רבים מבין האזרחים הפלסטיניים שנהרגו, אכן מצאו את מותם במהלך פעולות של אכיפת הסדר בשטחים (אכיפת עוצר, מחסומים, פיזור הפגנות) וכלל לא במהלך אירועי לחימה.** לכן במקרים, שבהם נהרגים אזרחים כתוצאה מפעילות המוגדרת כשיטורית, אין כל הצדקה לשנות את המדיניות, שנהגה בעבר. כאמור, במקרים בהם נגרם מותו של אזרח בעת אירועי לחימה, גם אז חלה החובה לחקור.

16. לטענת המשיב אחת ההצדקות לאי חקירתם של מקרי מוות נעוצה בכך, שצבאות אחרים ברחבי העולם אף הם אינם חוקרים (כך לפי טענתו) מקרי מוות שארעו במהלך מלחמות ומבצעים צבאיים. גם אם נכונה טענת המשיב, כי צבאות אחרים אינם נוהגים לחקור

מקרי מוות, הרי שאין בעובדה זו כדי להשפיע על חובתו של המשיב. חובתה של מדינת ישראל לחקור מקרי מוות היא חובה משפטית מפורשת, המוטלת עליה מכוח המשפט הבינלאומי והישראלי, כפי שיפורט בהרחבה להלן. במידה ומדינות אחרות מפרות חובה משפטית זו, אין הדבר מתיר למדינת ישראל לפעול כמוהן.

קשיים טכניים

17. נימוק נוסף שהעלה המשיב הוא הקשיים הטכניים, שעשויים להיתקל בהם בעת ניהול חקירה פלילית. נימוק של קשיים טכניים לא זו בלבד שאיננו ראוי לשמש כהצדקה למדיניותו של המשיב, אלא הוא אף איננו מדויק בלשון המעטה: המשיב טוען, כי מאז תחילת אינתיפאדת אלאקצא נחקרו כבר 45 מקרים של שימוש בירי שלא כדין. במידה שאכן מדובר במקרי מוות של אזרחים פלסטינים כתוצאה מפעילות צה"ל בשטחים (ולא בתקריות אחרות שנבעו משימוש שלא כדין בנשק), כיצד מתיישב הדבר עם טענתו של המשיב בדבר קשיים טכניים לחקור מקרים כאלה?

זאת ועוד. לגבי קשיים טכניים, שעשויים לנבוע ממחסור במשאבים וכוח אדם, כבר נפסק בבית משפט נכבד זה, כי הצורך להגדיל את מכסת כוח האדם או להשקיע משאבים נוספים לא יכול לשמש הצדקה לפגיעה בלתי סבירה בזכויות אדם.

כך נפסק בבג"צ 253/88 סג'דיה ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מב(3) 801, 820, שדן בתנאי הכליאה של עצירים מינהליים:

"אם מספרם של העצירים הוא רב, מן ההכרח להוסיף גם שופטים משפטאים נוספים לשם שמיעת הערעורים. קושי ארגוני אפשרי בקביעת הסדרים, אשר יגדילו את מספרם של השופטים המשפטאים הנקראים לשירות כדי לאפשר שמיעה בהקדם וביעילות של ערעורו של עציר, אינו יכול לשמש הצדקה לאורך התקופה בה כלוא עציר מבלי שעניינו עבר את הביקורת השיפוטית."

וראו בעניין זה גם בג"צ 3239/92 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל תק-על(1)2003, 937, פסקה 35.

זאת ועוד, גם אם קיימים בפועל קשיים טכניים בניהול החקירה בשטחים, הרי שנימוק זה אינו יכול להצדיק מדיניות גורפת של אי פתיחה בחקירות מראש. בפסק הדין בעניין Velasquez Rodriguez, מיום 29.7.1988, נדונה בבית המשפט הבין-אמריקאי לזכויות אדם פרשת היעלמותו של אזרח הונדורס, אשר נחטף (כמו כ-150 אזרחים אחרים) בידי אלמונים במהלך שנות השמונים. בית המשפט קבע, כי ממשלת הונדורס לא ניהלה כל חקירה רצינית באשר להיעלמותו של רודריגז. לפיכך נקבע, כי הופרו חובותיה של הממשלה להגן על זכותו של אדם לחירות גופנית וזכותו להימנע משלילת זכות זו באופן שרירותי, זכותו לכבוד וזכותו לחיים. הפרה זו חייבה את ממשלת הונדורס בתשלום פיצויים למשפחתו של רודריגז.

בין השאר פסק בית המשפט, בסעיף 177 לפסק הדין, כי עצם העובדה שחקירה נכשלה אין פירושה הפרת החובה, אלא שחקירה זו חייבת להיות רצינית ועצמאית:

"In certain circumstances, it may be difficult to investigate acts that violate an individual's rights. The duty to investigate, like the duty to prevent, is not breached merely because the investigation does not produce a satisfactory result. Nevertheless, it must be undertaken in a serious manner and not as a mere formality preordained to be ineffective. **An investigation must have an objective and be assumed by the State as its own legal duty, not as a step taken by private interests that depends upon the initiative of the victim or his family or upon their offer of proof, without an effective search for the truth by the government.** This is true regardless of what agent is eventually found responsible for the violation."

פסק דין זה עסק בחובה החלה על המדינה לחקור את פעולותיהם של אזרחים (או קבוצות מליציה כלשהן). החובה לחקור מתחזקת כאשר הפגיעה באזרחים נעשתה בידי הצבא.

פסק הדין פורסם באתר האינטרנט של בית המשפט הבין-אמריקאי לזכויות אדם בכתובת: www.corteidh.or.cr/juris_ing/index.html

הסתמכות על תוצאות תחקיר מבצעי

18. כפי שעולה מתשובותיו של המשיב, החלטתו האם לפתוח בחקירת מצ"ח מסתמכת על תוצאותיו של התחקיר המבצעי. אותו תחקיר מבצעי נערך בסמוך לאחר התקרית, שגרמה למותו של אזרח, ע"י הדרג הפיקודי של הכוחות המעורבים בה. לאחר סיומו של התחקיר מועברות תוצאותיו אל המשיב. בהסתמך על תוצאות התחקיר מחליט המשיב, האם עולה חשד להתנהגות פלילית של חיילי צה"ל.

19. התחקיר המבצעי נערך ע"י אותם כוחות, אשר את תקינות פעילותם אמורה לבחון החקירה הפלילית של מצ"ח. במצב, שבו התחקיר הינו הבסיס העיקרי להחלטה בדבר פתיחת חקירת מצ"ח, אין תמה על כך, שמספר החקירות שנפתח הינו זעום ביחס למקרי המוות של אזרחים פלסטינים. לא ניתן לצפות מכוחות צה"ל בשטח לערוך תחקיר מבצעי אובייקטיבי בדבר כשרות פעולתם. באופן דומה הושמעה הביקורת על נוהל חקירת תלונות על אלימות מצד שוטרים.

ראו לעניין זה: פרופ' מנחם אמיר כת בפיקות, התנהגות אלימה של שוטרים: אנשים, מצבים וארגון (המשרד לביטחון פנים, 1998), פרק יז':

"הקצינים החוקרים בעצמם תלונות על פיקודיהם, ברמת התחנה, לפני שהחקירה מגיעה ליחידת חקירות מיוחדות, נמצאים במצב בעייתי. הם תלויים בשוטרים לביצוע משימות, ולכן ינסו לא לפגוע בהם ובמוניטין של היחידה ושל הארגון כולו. הרשעה של השוטרים, אם תהיה, ועצם התלונה והאשמה פרושה שגם הם כמפקדים אחראים למצב, לפחות בכשלוך בפיקוח על פקודיהם..."

20. הסתמכותו של המשיב על תוצאות התחקיר המבצעי כתנאי לפתיחת חקירת מצ"ח מסכלת למעשה את מטרתה של החקירה הפלילית, קרי - חקר האמת. תוצאות התחקיר עשויות להיות מושפעות משיקולים זרים, כגון - אי נכונות של מפקדי הכוחות לחשוף מחדלים, רצון לגבות את חבריהם או פיקודיהם וכיו"ב. ברוח זו קבע בית המשפט האמריקאי לזכויות אדם בעניין Velasquez Rodriguez, בסעיף 180 לפסק הדין, כי החקירה היחידה שהתקיימה בעניין נערכה על-ידי הכוחות המזוינים, אותם כוחות החשודים בביצוע החטיפות, ועל כן עלו חששות כבדים לגבי רצינות החקירה:

"The offer of an investigation in accord with Resolution 30/83 of the Commission resulted in an investigation by the Armed Forces, the same body accused of direct responsibility for the disappearances. This raises grave questions regarding the seriousness of the investigation. "

21. זאת ועוד, למפקדי הכוחות, העורכים את התחקירים, אין כישורים לביצוע חקירות ולחשיפת האמת, כשבאופן טבעי החיילים הנחקרים ינסו להסתירה. זאת להבדיל מחוקרי מצ"ח, אשר אמורים לעבור הכשרה מקצועית בענין זה. על המשיב להורות על חקירת מצ"ח ללא קשר לעריכת התחקיר, כאשר תוצאות התחקיר, במידה שנערך, תשמשנה במקרה כזה חלק בלבד מחומר החקירה.

22. לא זו בלבד, שהתחקיר המבצעי אינו משקף מציאות אובייקטיבית, מעדויות, שגבה העותר מס' 1 מחיילים, עלה, כי חלק מהתחקירים המבצעיים נעשים בצורה שטחית ובלתי ממצה. ראו בדו"ח ארגון "בצלם", "אצבע קלה - ירי בלתי מוצדק והוראות הפתיחה באש במהלך אינתיפאדת אל-אקצא", בעמוד 9. הדו"ח מצורף לעתירה זו ומסומן ע/34.

23. זאת ועוד, באחד ממקרי הירי, שארעו במהלך האינתיפאדה, נקט המשיב סדר הפוך ופתח בחקירת מצ"ח, קודם שנערך תחקיר מבצעי. באותה פרשה תוצאות התחקיר היו הפוכות לתוצאות החקירה. החקירה נגעה לנסיבות מותה של צלמת עיתונות כתוצאה מירי חיילים לעבר גיפ שבו נסעה. בעקבות מסקנות חקירת מצ"ח החליט המשיב להגיש כתב

אישום. רק לאחר מכן נערך תחקיר מבצעי בחטיבה, שקבע, כי לא היתה כל חריגה מההנחיות בדבר שימוש בנשק.

ראו לעניין זה בידיעה, שהתפרסמה בעיתון "הארץ" ביום 24.12.02, מצ"ב ומסומנת ע/35.

24. במקרה אחר פנה העותר מס' 1 אל המשיב בבקשה, כי יחקרו נסיבות מותו של אחמד ג'יהאד עבד א-רחמן אל-קריני. קריני נורה ביום 10.8.02 ע"י חיילי צה"ל, בעת שנהג ברכב מסחרי בשעות העוצר במסגרת תפקידו כעובד עיריית שכם. התובעת הצבאית הראשית, אל"מ עינת רוך, ענתה לפניה זו ביום 10.9.02. על פי תשובתה, הוחלט שלא לפתוח בחקירה פלילית בדבר נסיבות המוות, היות שמבירור שנערך לא עלה חשד לעבירה. ההסבר העיקרי לכך היה, כי הרכב המסחרי, שבו נסע קריני, לא זוהה ע"י החיילים כרכב של העירייה, מאחר שלא היתה מונחת עליו נורה כתומה מהבהבת, שהיא סימן ההיכר המוסכם עם עיריית שכם.

בניגוד לממצאי הבירור, שנערך עם החיילים המעורבים בתקרית, בקלטת וידאו, שצולמה ע"י סוכנות הידיעות AP ושהגיעה לידי העותר מס' 1, נראתה בבירור נורה כתומה מהבהבת על גג הרכב. לאחר שהועברה הקלטת אל המשיב הוחלט לפתוח בחקירת מצ"ח לבירור נסיבות המוות. מכאן, כי אילו הסתמך המשיב על התחקיר הפנימי שנערך לא היתה נפתחת חקירה, זאת משום שהחיילים טענו שלא הבחינו, מסיבות עלומות, בנורה המהבהבת על גג הרכב.

מצ"ב העתקי חליפת המכתבים בעניין קריני מסומנים נספחים ע/36-41.

מכל האמור לעיל עולה, כי הנוהל, שעל פיו מורה המשיב על פתיחה בחקירת מצ"ח רק כאשר עולה מהתחקיר המבצעי חשד להתנהגות פלילית, הינו פסול ובלתי סביר. נוהל זה עלול להביא לאי גילויים של מקרים, שבהם התנהגותם של החיילים עולה כדי עבירה פלילית.

הסמכות להורות על חקירה פלילית בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955

25. סמכויותיו של המשיב בעניין חקירת תלונות על עבירות, שביצעו חיילים, מוגדרות בסעיף 282 לחש"צ, אשר זו לשונו:

"הגיעה לפרקליט הצבאי הראשי תלונה כאמור בסעיף 278, 279 או בדרך אחרת, **יכול הוא לעשות** אחד הדברים האמורים בסעיף 280 או 281 או להורות על עריכת חקירה מוקדמת אף אם כבר נערכה בה בדיקה..."

(ההדגשות אינן במקור - נ' ש')

סעיפים 280 ו-281 לחש"צ מונים מגוון רחב של סמכויות: להורות על השלמת הבדיקה, להורות על ביטול התלונה, להורות על הגשת כתב אישום, להעביר את התלונה לדין משמעתי או להורות על עריכת חקירה מוקדמת.

26. החש"צ איננו מציין, מהם השיקולים, אשר על המשיב לשקול בבואו להחליט על פתיחה בחקירת מצ"ח. עם זאת, ניתן לגזור אותם מתוך התכלית, אשר לשמה ניתנה למשיב סמכות זו, קרי - אכיפת שלטון החוק ומניעת הישנותן של עבירות.

בצד השיקולים בדבר אכיפת שלטון החוק ומניעת עבירות, קיימים שיקולים נוספים, אשר גם הם תומכים בפתיחת חקירות מצ"ח, כל אימת שנהרג אזרח פלסטיני, אשר לא נטל חלק בפעולות הלחימה, במהלך פעילות של צה"ל בשטחים. שיקולים אלה עניינם זכותו של אדם לחיים, חובתו של הצבא לכבד זכות זו ולהגן עליה, וכן חובתו של צה"ל להבטיח את הסדר והביטחון בשטחים הנתונים לשליטתו, כפי שיפורט להלן.

27. משקלם המצטבר של השיקולים, שנזכרו לעיל, מביא לצמצום שיקול דעתו של המשיב כדי אפשרות סבירה אחת של החלטה. כך, הופכת למעשה סמכותו של המשיב, אשר לשון החוק מעידה עליה, כי היא סמכות רשות, לסמכות חובה.

ראו לעניין זה בספרו של יצחק זמיר הסמכות המינהלית (1996) א 224 (להלן: זמיר).

אכן, בית משפט זה פסק לא אחת, כי בנסיבות מקרה מסויים, כאשר כל השיקולים תומכים בהפעלת הסמכות בדרך אחת, הרי שעל אף לשון החוק, תתפרש הסמכות כסמכות שבחובה. כך נפסק בבג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, בעניין סמכותו של ראש הממשלה להעביר שר מתפקידו:

"יש נסיבות שבהן עולה המסקנה - גם לגבי סמכות שבשיקול-דעת כי הימנעות מהפעלת הסמכות היא בלתי סבירה במידה היורדת לשורשו של עניין... סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין."

(שם, בעמוד 421)

שיקולים בדבר אכיפת החוק

28. סמכות דומה לזו של המשיב ניתנה במשפט הפלילי למשטרת ישראל על-פי הוראת סעיף 59 (סיפא) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ). על-פי סעיף 59 (סיפא), בעבירות מסוג חטא ועוון רשאי קצין משטרה להחליט, שלא לקיים חקירה משטרתית בעניין, באחד משני המקרים הבאים: כאשר אין בדבר עניין לציבור או שישנה רשות אחרת, המוסמכת על-פי הדין לחקור בה.

עבירות של גרימת מוות הן מהעבירות החמורות ביותר. בעבירות מסוג זה לציבור יש עניין מיוחד שנסיבות המוות, אשר הביאו למוותם של אזרחים פלסטינים תוך כדי פעילות של צה"ל בשטחים, ייחקרו.

סעיף 59 (רישא) לחסד"פ ממחיש את החשיבות, שנתן המחוקק, לחקירתם של מעשים חמורים כגון אלה. על-פי סעיף זה, כאשר נודע למשטרה על עבירה שהיא פשע, **חייבת** היא

לפתוח בחקירה ואין החוק מותיר לה שיקול דעת ואפשרות לסרב לפתיחת החקירה. כאמור, ההסתמכות על תוצאות תחקיר מבצעי לצורך ההחלטה, האם לפתוח בחקירה, איננה סבירה ואין היא יכולה להעניק למשיב מושג אמיתי, האם נעברה עבירה אם לאו.

29. ממדיניותו בעניין פתיחת חקירות מצ"ח בדבר נסיבות מוות של אזרחים עולה חשש, כי המשיב לא איזן כראוי בין שיקולים צבאיים-מערכתיים לבין שיקולים, הקשורים באכיפת החוק. המשיב לא נתן משקל ראוי לצורך במניעת הישנותן של עבירות. לכן, מדיניות המשיב בעניין קיום חקירות מצ"ח לוקה בחוסר סבירות קיצוני ואיננה חוקית. פתיחה בחקירות מצ"ח במקרי מוות של אזרחים חיונית להרתעת חיילים משימוש מופרז בכוח ומזלזול בחיי אדם. לעומת זאת, מדיניות הפוכה מעניקה לחיילי צה"ל תחושה של חסינות מפני ביקורת על מעשיהם. משמעה המעשי של מדיניות כזו הוא אי אכיפתם של כללי התנהגות בסיסיים, הפרה שגרתית של כללים אלה ואבדן מיותר של חיי אדם.

30. יודגש, כי מטרתה של הדרישה, כי המשיב יורה על חקירות מצ"ח, איננה להביא להענשת חיילים, אלא לגרום להטמעה בקרב החיילים של כללי התנהגות מחייבים, שאף המשיב מכיר בהם, ובראשם נורמות של כיבוד חיי אדם. מטרה זו לא תושג בהעדרה של אכיפה פעילה. מדיניותו של המשיב, להימנע מחקירת מקרי מוות של אזרחים, הופכת את הכרתו בתחולת המשפט ההומניטרי הבינלאומי, המחייב מניעת פגיעה באזרחים, לריקה מתוכן ולהצהרתית בלבד.

הזכות לחיים במשפט החוקתי בישראל

31. הזכות לחיים היא זכות חוקתית בסיסית, הנתונה לכל אדם. זכות זו קשורה קשר הדוק עם עקרון קדושת החיים, השלוב בשיטת המשפט הישראלית. מעמדה החוקתי של זכות זו מעוגן בפיסקת עקרונות היסוד שבסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין...".

ראו רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני – קטין, פ"ד נא(4) 830, 850, שם דן בית המשפט במעמדה של הזכות לחיים של קטין.

הזכות לחיים מעוגנת גם בסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר זו לשונו:

"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"

משפט זכויות האדם הבינלאומי

32. הזכות לחיים מצאה את ביטויה במשפט זכויות האדם הבינלאומי בשתי אמנות, אשר מדינת ישראל חתמה עליהן ואשררה אותן:

סעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966 מורה, כי:

"1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life."

הדברים שנכתבו בהערה הכללית מס' 14 (General Comment) של נציבות זכויות האדם של האו"ם לסעיף 6 הנ"ל מבהירים את חשיבותה של זכות זו וכן מדגישים, כי לא תותר הפרתה גם בעת מצב חירום ציבורי:

"... the right to life enunciated in the first paragraph of article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights is the supreme right from which no derogation is permitted even in time of public emergency. "

מקביעה נחרצת זו ברור, כי לא יכול להיות בסיס לטענה, כי המצב הבטחוני, עמו מתמודד צה"ל בימים אלה, פוטר את המשיב מפתחה בחקירה פלילית כאשר מקופחת זכותם הבסיסית לחיים של אזרחים.

וברוח דומה מורה גם סעיף 6 לאמנה בדבר זכויות הילד, 1989 :

"1. States Parties recognize that every child has the inherent right to life.

2. States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child."

ובסעיף 38 (4) לאמנה זו נאמר :

"In accordance with their obligations under international humanitarian law to protect the civilian population in armed conflicts, States Parties shall take all feasible measures to ensure protection and care of children who are affected by an armed conflict."

גם כאן עולה הגישה העקבית, כי השמירה על הזכות לחיים, והחובה לנקוט באמצעים מעשיים על מנת להבטיח שזכות זו לא תיפגע, חלה גם וביתר שאת בעת מאבק מזוין. גם אם תתקבל טענתו של המשיב, כי ישראל נמצאת במהלכו של מאבק מזוין, הרי שהדבר אינו פוטר אותנו מהחובה להקפיד על קיומה של הזכות לחיים ובכלל זה לנקוט בכל אמצעי העומד לרשותו להגנת האוכלוסייה האזרחית מההשלכות של המאבק המזוין, קרי - לחקור בחקירה פלילית אותם מקרים, שיש בהם פגיעה בזכות לחיים.

המשפט ההומניטרי הבינלאומי

33. ככוח כובש וכבעלת השליטה האפקטיבית בשטחים מחוייבת מדינת ישראל להבטיח את שלומם וביטחונם של תושבי השטחים. חובה זו מעוגנת בהוראת תקנה 43 לתקנות,

הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: "תקנות האג"), אשר זו לשונה :

"The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country."

34. הוראת תקנה 46 לתקנות האג מורה לצדדים החתומים על האמנה כי :

"Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected."

35. אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 מעגנת את זכותם של אזרחים מוגנים לחיים, ומדגישה, כי זכות זו איננה ניתנת לשלילה בכל מקרה. כך מורה סעיף 27 לאמנה :

"Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights... They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof..."

יש להדגיש, כי סעיף זה הינו סעיף הומניטרי מובהק, ועל כן אין מחלוקת, כי מדינת ישראל מחוייבת לקיימו.

בפרשנות המוסמכת של ארגון הצלב האדום לאמנת ג'נבה הרביעית מבהיר ד"ר ז' ס' פיקטה, כי למרות שסעיף 27 לאמנה אינו מציין במפורש את הזכות לחיים, הרי שזכות זו מעוגנת בהוראת הסעיף כזכות בסיסית, שבלעדיה אין טעם לקיומן של זכויות אדם אחרות :

"It is nevertheless obvious that this right is implied, for without it there would be no reason for the other rights mentioned. "

Jean S. Pictet Commentary on Geneva Convention IV of 1949 (Geneva, 1958) 201.

36. הוראותיו של הפרוטוקול הראשון משנת 1977, הנספח לאמנת ג'נבה (להלן: "הפרוטוקול"), מטילות חובה על מדינה לוחמת להגן על האוכלוסייה האזרחית מפני השלכותיה של הלחימה. על אף העובדה, שמדינת ישראל מעולם לא חתמה על הפרוטוקול, ההוראות מתוכו שיוזכרו להלן מהוות חלק מהמשפט המינהגי ולמצער - מקור לפרשנות הדין, החל בישראל.

ברוח זו, סעיף 48 לפרוטוקול מורה לצדדים לסכסוך להבחין בין אזרחים ומטרות אזרחיות לבין לוחמים ומטרות צבאיות. סעיף 51 לפרוטוקול מקנה לאזרחים הגנה כללית מפני הסכנות, הנובעות מפעולות לחימה, ואוסר על הפיכתם של אזרחים למטרה להתקפה. בנוסף, סעיפים 57 ו-58 לפרוטוקול מחייבים את הצד הלוחם לנקוט באמצעים למניעת פגיעה באוכלוסייה אזרחית.

הזכות לחיים והחובה לקיים חקירת מקרי מוות

37. חובתו של המשיב לכבד את הזכות לחיים מטילה עליו חובה אקטיבית להפעיל מנגנון לחקירת מקרים, שבהם חיילי צה"ל גרמו, לכאורה, למות אזרחים חפים מפשע. נקיטת המשיב במדיניות, אשר לפיה אין חוקרים כל מקרה מוות כאמור, מהווה הפרתה של חובה זו ופגיעה שלא כדין בזכות להגנה על החיים.

38. על-פי הוראת סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חלה חובה על כל רשויות השלטון לכבד את זכותו של כל אדם להגנה על חייו. משמעותה של חובה זו היא חובה לפעול להגנה על חייו של כל אדם. ר' לעניין זה בספרו של אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (נבו, 1994) 365.

39. גם במשפט הבינלאומי הוכרה הגישה, כי הזכות לחיים מטילה על המדינה חובה פוזיטיבית, כפי שיפורט בהרחבה להלן.

על פי שיטת המשפט הישראלית המשפט הבינלאומי מהווה חלק מהדין הפנימי (וחל בכפוף לחקיקה סותרת). בנוסף, על פי "חזקת ההתאמה" על בתי המשפט לפרש את הדין הפנימי במידת האפשר כעולה בקנה אחד עם התחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל, כפי שבאו לידי ביטוי באמנות, שישראל צד להן, ובמשפט הבינלאומי המינהגי.

גישה זו מביאה למסקנה, כי "יש מקום לקרוא אל תוך זכויות האדם המוגנות על ידי שיטת המשפט הישראלית (למשל, הזכות לחיים ושלמות גוף) גם רכיב פוזיטיבי של חובה להיאבק בפגיעה בערכים המוגנים על ידי פרטים." (יובל שני "בית אינו מבצרי: אלימות במשפחה כסוג של עינוי אסור" המשפט ז (תשס"ב) 151, 187).

40. הגישה, כי על הכוח הכובש לחקור מקרי מוות של אזרחים מוגנים כחלק מחובתו להגן על חייהם, מוצאת לה תימוכין מדבריו של פרופ' יורם דינשטיין בספרו דיני מלחמה (שוקן, 1983) 222:

"ההגנה על חיי האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש מתבטאת לא רק בצורה נגטיבית (במובן של איסור שלילת החיים באופן שרירותי), אלא גם באופן פוזיטיבי."

41. גם מפסיקת בית המשפט האירופאי ובית המשפט האמריקאי לזכויות אדם עולה הגישה, כי חלק מחובתה של מדינה לכבד זכויות אדם הינו חובה פוזיטיבית להפעיל מנגנוני אכיפה ובהם חקירה והעמדה לדין. פסיקות אלה, על אף שאינן בעלות מעמד משפטי מחייב בבתי המשפט בישראל, יש בהן כדי להציב נורמות בינלאומיות מקובלות:

בהתאם לגישה זו נפסק בפסק הדין בעניין Velasquez Rodriguez :

"The State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation...

"This duty to prevent includes all those means of a legal, political, administrative and cultural nature that promote the protection of human rights and ensure that any violations are considered and treated as illegal acts, which, as such, may lead to the punishment of those responsible and the obligation to indemnify the victims for damages."

(סעיפים 174 ו-175 לפסק הדין)

ועוד נכתב בסעיפים 176 ו-177 לפסק הדין :

"The State is obligated to investigate every situation involving a violation of the rights protected by the Convention. If the State apparatus acts in such a way that the violation goes unpunished and the victim's full enjoyment of such rights is not restored as soon as possible, the State has failed to comply with its duty to ensure the free and full exercise of those rights to the persons within its jurisdiction...

"...Where the acts of private parties that violate the Convention are not seriously investigated, those parties are aided in a sense by the government, thereby making the State responsible on the international plane."

(ההגדשה אינה במקור - נ' ש')

בפסק הדין Jordan V. United Kingdom (24746/94) של בית המשפט האירופאי לזכויות אדם טען העותר, בעל אזרחות אירית ובריטית, כי בנו נהרג בידי קצין משטרה שלא כדיון, וכי בכך שלא ניהלה חקירה נאותה של נסיבות המוות, הפרה המדינה את חובתה לכבד את זכותו של הבן לחיים. בדונו בזכות לחיים פסק בית המשפט כדלקמן :

"The obligation to protect the right to life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention... also requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force... The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility..."

(סעיף 105 לפסק הדין)

בית המשפט מדגיש, כי על רשויות השלטון ליזום בעצמן את החקירה ולא להמתין לפנייה מצד בן משפחתו של המנוח:

"...However, whatever mode is employed, the authorities must act of their own motion, once the matter has come to their attention. They cannot leave it to the initiative of the next of kin either to lodge a formal complaint or to take responsibility for the conduct of any investigative procedures. "

(שם, שם) (ההדגשות אינן במקור – נ' ש')

בפסק הדין KAYA V. TURKEY (22729/93) נדונה פרשת הריגתו של אזרח תורכי בידי כוחות הביטחון התורכיים. העותר, אחיו של המנוח, טען כי אחיו נהרג שלא כדין, ואילו המדינה טענה, כי האח נהרג במהלך קרב יריות בין כוחות הביטחון לקבוצת טרוריסטים, השייכים לארגון P.K.K. בית המשפט הצביע על חשיבותה של חקירה לא רק כאמצעי לגילוי האמת אלא גם ככלי למניעת שימוש מופרז בכוח ע"י הטלת אחריות לתוצאות על מפעילי הכוח:

"The Court observes that the procedural protection of the right to life... secures the accountability of agents of the State for their use of lethal force by subjecting their actions to some form of independent and public scrutiny capable of leading to a determination of whether the force used was or was not justified in a particular set of circumstances."

(סעיף 87 לפסק הדין)

בית המשפט פסק, כי המדינה הפרה את חובתה להגן על זכותו של אדם לחיים, היות שלא ננקטו צעדים מעשיים כלשהם מצד המדינה לחקור את נסיבות מותו של המנוח.

וראו בעניין זה את פסק הדין *McShane V. United Kingdom* (43290/98), בו דן בית המשפט במותו של אזרח אירי בעת מהומות, שפרצו בעיר בלפסט כתוצאה משימוש מופרז בכוח. בית המשפט הדגיש, כי החובה לחקור אינה חלה רק על מקרים של גרימת מוות מתוך כוונה, אלא גם במקרים, בהם קופחו חיי אדם מתוך רשלנות או בשוגג:

"The text of Article 2, read as a whole, demonstrates that it covers not only intentional killing but also the situations where it is permitted to "use force" which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life. The deliberate or intended use of lethal force is only one factor however to be taken into account in assessing its necessity."

פסקי הדין פורסמו באתר האינטרנט של בית המשפט האירופאי לזכויות האדם בכתובת:

www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm

42. כאמור, הגדרת המצב הביטחוני בשטחים ע"י צה"ל כ"עיימות מזוין שאינו עולה כדי מלחמה" פוטרת אותו, לטענתו, מפתחה בחקירה פלילית ברוב מקרי ההרג של אזרחים. לדבריו של המשיב, רק במקרים של אלימות מכוונת של חיילים נגד אזרחים פלסטינים לא חל שינוי במדיניות החקירה שהיתה נהוגה בעבר, ובכל מקרה תתקיים חקירת מצ"ח בעניין. ראו מאמרו של המשיב "המשפט בתקופת לחימה" משפט וצבא גיליון 16, כרך א' (אוגוסט 2002) 15.

יחד עם זאת, הפעולות הצבאיות שמקיים צה"ל בשטחי איו"ש ועזה אין בהן כדי לפטור אותו מהחובה לחקור מקרי מוות של אזרחים חפים מפשע בידי כוחותיו. גם אילו היו כל פעולותיו של צה"ל פעולות לחימה, לא היה בהן כדי לפטור את צה"ל מחובתו לחקור מקרי מוות, שאירעו תוך כדי הלחימה. על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בפעולות שיטוריות, כפי שפורט לעיל בסעיף 16. זכותם של תושבי השטחים איננה מושעת עקב המצב הביטחוני, כפי שהוא מוגדר ע"י צה"ל. וכך נפסק בעניין KAYA המוזכר לעיל:

"The Court notes that loss of life is tragic and frequent occurrence in view of the security situation in south-east Turkey . . . However, neither the prevalence of violent armed clashes nor the high incidence of fatalities can displace the obligation under Article 2 to ensure that an effective, independent investigation is conducted into deaths arising out of clashes involving the security forces, more so in cases as the present where the circumstances are in many respects unclear."

(סעיף 91 לפסק הדין (ההדגשה אינה במקור - נ' שי'))

43. לסיכום, המשיב מחוייב לקיים חקירות מצ"ח בכל מקרה בו עולה חשד, כי חייל צה"ל גרם למותו של אזרח פלסטיני בשטחים הנתונים בשליטת צה"ל. כך מתחייב מכללי המשפט המינהלי, המחייבים את המשיב לפעול בסבירות ותוך שקילת כל השיקולים הרלוונטיים, וכך עולה גם מהמשפט החוקתי ומהמשפט הבינלאומי.

"נראה, כי האיסור המעשי החשוב ביותר הנוגע לדיני הלחימה הוא האיסור לפגוע באזרחים, שאינם נוטלים חלק ישיר בלחימה עצמה - איסור שההיסטוריה מראה, כי מרבים שלא לקיימו בין בזדון, בין ברשלנות ולעיתים אף בהעדר שניהם."

(מתוך מאמרו הנ"ל של אלוף מנחם פינקלשטיין, 31).

לאור האמור לעיל מתבקש בזה בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש ולאחר קבלת תשובת המשיב להפכו למוחלט.

נעה שטיין, עו"ד

ב"כ העותרים