

בצלם ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד שטיין ואח'

העותרים

נגד

הפרקליט הצבאי הראשי

ע"י פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

המשיב

הודעה משלימה מטעם פרקליטות המדינה

פרק א' - מבוא

בעתירה זו ביקשו העותרים מבית משפט נכבד זה לחייב את צה"ל לקיים חקירת משטרה צבאית חוקרת (מצ"ח) בדבר נסיבות מותם של שמונה תושבים פלסטינים מאזור יהודה והשומרון (איו"ש) ומאזור חבל עזה (אזח"ע), בשישה אירועים שונים, במהלך פעילות צה"ל באזורים אלה.

כן התבקש בית המשפט לחייב את הפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר) להורות על חקירת מצ"ח "בכל מקרה שבו הובא לידיעתו דבר מותו של אזרח פלסטיני, אשר לא נטל חלק בפעולות לחימה, במהלך פעילות צה"ל באזורים, וזאת בתוך פרק זמן סביר מיום האירוע".

ביום 23.12.03 הוגשה תגובה ראשונית מטעם פרקליטות המדינה לעתירה. במרכזה של תגובה זו עמדה טענת המשיב, לפיה דינה של העתירה, על שני חלקיה, להידחות על הסף. טענה זו נתמכה בטיעונים הנוגעים לשני ראשי העתירה. במסגרת תשובה זו, הובאה התייחסות קצרה ביותר גם לגופם של דברים (סעיפים 12 - 18 לתגובה).

ביום 31.12.03 נערך דיון ראשוני בעתירה. בהסכמת באי כוח העותרים, **נמחק הראש הראשון לעתירה** שעניינו הדרישה לחייב קיום חקירת מצ"ח במקרים הפרטניים שהובאו בעתירה.

אשר לראש השני לעתירה – הרי שזה נותר בעינו, והמשיב התבקש להגיש הודעה משלימה, המתייחסת לראש זה. בהחלטת בית המשפט לא צוין ביחס לאלו נושאים מתבקשת ההשלמה,

אולם בעת הדיון בעל פה ביקשו כב' השופטים כי במסגרת ההשלמה ירחיב המשיב אודות הפרקטיקה הנוהגת בפועל בצה"ל בענין קיום בדיקות וחקירות בנושאים שכאלה.

במסגרת תגובה משלימה זו נתייחס אפוא בהרחבה לפרקטיקה זו, אולם תחילה נביא מידע עובדתי אודות מצב הלחימה השורר בשטחים בשנים האחרונות, שכן מידע זה הינו חיוני להבהרת הדרך בה פועל המשיב בנושא העתירה. תגובה משלימה זו תורכב אפוא ממספר נדבכים וממספר פרקים, כמפורט להלן:

במסגרת פרק ב', יוצג בקצרה רקע עובדתי, המתייחס למציאות שבה פועל צה"ל מזה כשלוש וחצי שנים, מאז חודש ספטמבר 2000 – מציאות הלחימה בטרור הפלסטיני. כאמור, הכרתו והצגתו של רקע עובדתי זה הכרחיות על מנת להבין את המדיניות הנוהגת בצה"ל לגבי נושא העתירה, את התייחסות המשפט הישראלי והבין-לאומי לסוגיה של קיום חקירות פליליות לעת הזו, שהינה עת לחימה, ואת המשמעויות של מתן הסעד המבוקש על-ידי בית המשפט.

פרק ג' יוקדש להבאת ניתוח עיוני בנושא שאלת הפתיחה בחקירות פליליות של אירועים בהם נגרם מותם של אנשים במהלך פעילות מבצעית - לחימתית. פרק זה ידון בנושא באופן כללי, מבלי להתייחס דווקא לפרקטיקה הנוהגת בצה"ל בשנים האחרונות. בהמשך לניתוח עיוני זה נביא התייחסות נרחבת של פסיקת בית המשפט העליון ובית הדין הצבאי לערעורים לנושא האמור.

פרק ד' יוקדש לסקירת הפרקטיקה הנוהגת בצה"ל במהלך העימות הנוכחי לגבי פתיחה בחקירה פלילית של מקרים שבהם נפגעו אזרחים מפעילות של חיילי צה"ל. במסגרת פרק זה נביא גם נתונים מספריים וכן נביא דוגמאות פרטניות ביחס לדרכי החקירה והביורור. במסגרת זו תובא התייחסות גם למקרים שהועלו על-ידי העותרים בעתירתם.

פרק ה' יוקדש להיבטים מסוימים של עיסוק המשפט הבין-לאומי (ובפרט מתחום דיני הלחימה) בנושא דנן. חלק זה של התשובה מיועד להדגיש, כי המשפט הבינלאומי מכיר בכך שבמציאות של לחימה, ובוודאי כשמדובר בלחימה עזה בטרור הפלסטיני בשטח צפוף אוכלוסייה, עלולה להיגרם פגיעה לא-מכוונת באזרחים חפים מפשע. המשפט הבינלאומי מודע כמובן לכך שפגיעה באזרחים חפים מפשע היא תוצאה טראגית וקשה של הלחימה, שאין לעבור עליה לסדר היום ויש לנסות לצמצמה ככל האפשר. **עם זאת, קובע המשפט הבינלאומי כי עצם הפגיעה באזרח במהלך לחימה אינה מעידה כשלעצמה על התנהגות פלילית של המעורבים ואין היא מצדיקה, כשלעצמה, פתיחה אוטומטית בחקירה פלילית ביחס לכל מקרה ומקרה.**

לפיכך נוכיח בפרק זה כי העובדה שבצה"ל אין מורים על פתיחה "אוטומטית" בחקירה בכל מקרה שכזה, עולה בקנה אחד עם כללי המשפט הבינלאומי.

פרק ו' יוקדש לסקירה קצרה שעניינה הפרקטיקה של צבאות אחרים בכל הקשור לניהול חקירות פליליות ביחס לפעילות מבצעית-לחימתית. סקירה זו מלמדת בביורור, כי דרישת העותרים אינה מתקיימת באף צבא ובאף לחימה.

בפרק ז' נתייחס בקצרה לפסיקה של בית הדין האירופאי והאמריקני לזכויות אדם בהקשר שלפנינו, שאליה הפנו העותרים.

פרק ח' יוקדש למידת ההתערבות של בית משפט נכבד זה בהחלטות שעניינן פתיחה בחקירה פלילית, אשר כידוע הינה נדירה ביותר.

בפרק ט' נחזור ונבהיר מדוע דין העתירה להדחות על הסף אף מבלי שיהיה צורך להכנס לכל הנושאים שפורטו בהרחבה בפרקים הקודמים.

בשל רוחב היריעה שבכוונתנו לפרוס, נסיים בסיכום קצר של תגובת המדינה. בסיכום זה יובהר כי דין העתירה להדחות הן על הסף והן לגופם של דברים.

פרק ב': רקע עובדתי - הלחימה בטרור

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

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

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

למעשה, למעט מלחמת השחרור ומלחמת יום כיפור, לא הייתה בתולדות מדינת ישראל מערכה בה איבדו ישראלים רבים כל כך את חייהם. במהלך חודש מרץ 2002 בלבד, בוצעו בישראל 37 פיגועי טרור, בהם איבדו 135 ישראלים את חייהם ונפצעו 725 ישראלים נוספים, חלקם באופן קשה ביותר.

תופעה אכזרית במיוחד המאפיינת את הטרור הפלסטיני היא תופעת פיגועי ההתאבדות של מחבלים פלסטינים בלב ריכוזי האוכלוסייה הישראלית. פיגועים אלה, הנתפסים על-ידי ארגוני הטרור כ- "נשק אסטרטגי", כבר תוארו על-ידי ארגוני זכויות אדם בין-לאומיים כ- "פשע נגד האנושות". מספרם של פיגועי ההתאבדות מגיע לכדי פחות מאחוז מסך פעולות הטרור הפלסטיני, אך כתוצאה מהם נגרם מותם של למעלה ממחצית ההרוגים הישראלים מאז ספטמבר 2000.

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

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

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

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

3. ואכן, הדברים באו לידי ביטוי בפסיקת בית משפט נכבד זה. כך למשל קבע הנשיא ברק בעניין עג'ורי, בג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח', פ"ד נו(6) : 352

"מאז סוף חודש ספטמבר 2000 מתנהלת באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה לחימה קשה. אין זו פעילות משטרתית. זהו סכסוך מזויין. במסגרתו בוצעו כ- 14,000 פיגועים נגד החיים, הגוף והרכוש של אזרחים ותושבים ישראלים חפים מפשע ובהם זקנים וילדים, גברים ונשים. למעלה מ- 600 אזרחים ותושבים של מדינת ישראל נהרגו. למעלה מ- 4500 נפצעו חלקם באורח קשה ביותר.... השכול והכאב שוטפים אותנו.

לחימתה של ישראל סבוכה היא. הצד הפלסטיני משתמש, בין השאר, בפצצות-אדם מונחות. מתאבדים אלו מגיעים לכל מקום בו מצויים ישראלים. הם זורעים הרג ודם בערים ובישובים. אכן, הכוחות הנלחמים בישראל הם טרוריסטים... **מציאות חדשה וקשה ניצבת בפני מדינת ישראל הנלחמת על ביטחונה וביטחון אזרחיה"** (ההדגשות אינן במקור - הח"מ).

פסק דין זה ניתן בחודש ספטמבר 2002. דבריו של כבוד הנשיא ברק יפים לצערנו גם כיום, ואף ביתר שאת, וכל שהשתנה הוא מספר הפיגועים, ההרוגים והפצועים.

דברים דומים נקבעו על ידי בית המשפט העליון בפסקי דין נוספים. ראו למשל: בג"ץ 3363/03 זינב בקר נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח' (טרם פורסם); בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נו (1) 385; בג"ץ 5591/02 יאסין ואח' נ' מפקד מחנה צבאי קציעות ואח', פ"ד נו (1) 403; בג"ץ 7473/02 בחר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נו (6) 488; בג"ץ 6696/02 עאמר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נו (6) 110; בג"ץ 3451/02 אלמדני ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נו

30(3); בג"ץ 9293/01 ברקה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נו (2) 509; ובג"ץ 2461/01 כנעאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (טרם פורסם).

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

במסגרת זו מופעלת שורה ארוכה של אמצעים, ובהם ניתן לציין, בין השאר, את מעצרים של פעילי הטרור, פיקוח על התנועה והפעלת נקודות ביקורת ומחסומים, הטלת עוצר, איתור מעבדות חבלה, התמודדות עם הברחת אמצעי לחימה, תיחום מקום מגורים, פגיעה בפעילי טרור שלא ניתן לעוצרם ופעולות רבות נוספות. המאבק בטרור הוא ממושך, מורכב ודינמי, הוא משתנה מגזרה לגזרה, מאיום לאיום, הוא לובש ופושט צורה, והוא נמצא בלב העשייה של מערכת הביטחון בשנים האחרונות.

4. הלחימה של מדינות בטרור כרוכה בקשיים רבים. את הקשיים מולם ניצבות מדינות בהתמודדותן נגד ארגוני טרור היטיב לתאר המלומד Schmitt בכותבו:

“Regardless of the relative strength of the terrorist group, a state that hesitates to act against terrorists may lose the opportunity to act at all. Terrorists are difficult to locate and to track. [...] Thus, targeted states generally have only a limited ‘window of opportunity’.”

M.N. Schmitt, *“State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law”*, 17 Yale J. Int'l L. (1992) 609, 648

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

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

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

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

על רקע כל האמור לעיל נתייחס בהמשך לפרקטיקה הנוהגת בנושא הבדיקה והחקירה של מקרים שבהם, לפי הנטען, נגרם מותם של אזרחים במהלך פעילות צה"ל באיו"ש ובאזח"ע.

ברי, כי פרקטיקה זו חייבת להיבחן מתוך הבנה והכרה של המציאות שבה צה"ל פועל, ולפיכך עמדנו על מציאות זו בפרק זה.

פרק ג': הליכי בדיקה וחקירה בעת לחימה

6. כאמור במבוא, במסגרת העתירה דורשים העותרים מהפרקליט הצבאי הראשי להורות על חקירת מצ"ח "בכל מקרה שבו הובא לידיעתו דבר מותו של אזרח פלסטיני, אשר לא נטל חלק בפעולות לחימה, במהלך פעילות צה"ל באזורים, וזאת תוך פרק זמן סביר מיום האירוע".

7. כפי שהובהר בתגובתנו הקודמת, מדובר בדרישה כוללנית ובלתי סבירה, שכן היא דורשת מהפצ"ר להתעלם מנסיבותיו הקונקרטיות של כל אירוע ואירוע ומהשאלה אם על פני הדברים עולה בכל מקרה ומקרה חשד לביצוע עבירה אם לאו. דרישה זו שוללת לחלוטין מהפצ"ר את שיקול הדעת המוקנה לו בדין להחליט אם יש מקום לפתיחה בחקירה אם לאו. לפיכך, כנטען, **די בטעם זה כשלעצמו, לדחיית העתירה על הסף**. בענין זה נבקש להפנות לכל שנטען בתגובתנו הקודמת ואין צורך להרחיב יותר בנושא זה.

8. מכל מקום, כפי שהובהר בתגובתנו הקודמת (אם כי בתמצית), דין העתירה להדחות גם לגופו של ענין, שכן אין כל פגם במדיניות החקירות הנוהגת בצה"ל. כדי להבהיר נקודה זו, נתייחס בפרק הבא בהרחבה גם לגופו של ענין, היינו לפרקטיקה הנוהגת בצה"ל ביחס לקיום הליכי בדיקה וחקירה בעת לחימה, כפי שהיא מיושמת הלכה למעשה באירועי הלחימה הנוכחיים.

עם זאת, נקדים לכך התייחסות עיונית כללית שתתייחס לנושא של קיום חקירות פליליות אודות אירועים שאירעו במהלך פעילות מבצעית. בפרק זה לא נתייחס דווקא לקיום חקירות במסגרת אירועי הלחימה הנוכחיים, אלא נביא מבט כללי בנדון.

במסגרת זו נציג גם את הפסיקה הישראלית בנושא כללי זה ואת ההלכות שנפסקו בנדון.

ג (1) הליכי חקירה ביחס לאירועים שאירעו במהלך פעילות מבצעית – לחימתית: מבוא כללי

9. בפרק ב' לתגובה עמדנו על כך שמדינת ישראל וצה"ל מצויים בלחימה עזה מול גורמי הטרור הפלסטיני מאז ספטמבר 2000. מציאות זו, המוכרת, למרבה הצער, לכל אדם שחי במדינת ישראל בשנים האחרונות, זכתה כאמור לביטוי במספר רב של פסקי דין של בית המשפט העליון.

אכן, העובדה שצבא נתון בלחימה אין משמעה מתן חסינות לחיילים מפני פתיחה בחקירה פלילית אודות אירועים שאירעו במהלך פעילות לחימתית, כאשר יש צורך בכך והצדקה לכך.

עם זאת, כאשר מדינה וצבא מצויים בלחימה, בודאי שאין מקום לפתוח בחקירה פלילית באופן אוטומטי בכל מקרה שבו נהרג אדם, ואף לא בכל מקרה בו נפגע אזרח חף מפשע.

כלל זה הוא ממושכלות היסוד של כל צבא וכל מדינה שהיו מעורבים בלחימה. הדבר נובע מטעמים עיוניים ומעשיים כאחד.

10. במישור העיוני, חקירה פלילית אמורה להיפתח רק במקרים שבהם יש חשד להתנהגות פלילית של המעורבים. לפיכך, במקרה שבו על פני הדברים נהגו החיילים באופן חוקי - הן על פי המשפט הישראלי והן על פי דיני המלחמה שבמשפט הבין-לאומי - אין הצדקה לפתיחה בחקירה פלילית.

כך למשל, כאשר חיילי צה"ל המוצבים בגילה, משיבים אש לעבר מחבלים פלסטינים היוזרים מבית ג'אלה, אין קיים חשד להתנהגות פלילית, גם אם כתוצאה מהאש נפגע או נהרג אדם תמים בצד הפלסטיני, שכן על פני הדברים, החיילים נהגו לפי דיני המלחמה.

בדומה, כאשר לכוח צה"ל הפועל במחסום דרכים באיו"ש מתקרבת מכונית ובה פעילי טרור חמושים, והחיילים יורים לעברם מתוך הגנה עצמית לאחר שפעילי הטרור ירו לעברם או ניסו לדורסם – כלל לא עולה חשד כי מדובר בהתנהגות פלילית. זאת, גם אם אזרח תמים נקלע שלא במכוון לקו האש ונפגע ממנה, וגם אם מסתבר בדיעבד שהחלטה בדבר הירי - המתקבלת בשברירי שניות - היתה, למרבה הצער, שגויה. זאת, שוב, מאחר שמדובר בהתנהגות שהינה חוקית, הן על פי הדין הישראלי והן על פי דיני המלחמה, ועל כן לא עולה כלל חשד המצדיק פתיחה בחקירה.

תפיסה זו הייתה נכונה ביחס לכל מלחמות ישראל, היא נכונה ביחס ללחימה הנוכחית, וכפי שנבחר בפרק ו' להלן - היא אף נכונה ביחס למלחמות אחרות של מדינות אחרות.

נקדים את המאוחר ונציין, כי בפרק ה' להלן, נתייחס לדרישת הפרופורציונליות במשפט הבין-לאומי. כפי שעולה מפרק זה, בנסיבות של לחימה, ובפרט לחימה בטרור המתרחשת באזורים צפופי אוכלוסיה, פגיעה באזרחים עלולה להיות חלק מתוצאות הלוואי הקשות של הלחימה. במשפט הבין-לאומי מבוססת היטב הקביעה, כי **העובדה שבזמן לחימה נפגע אזרח, אינה מהווה הוכחה - ולו לכאורית - לכך שבוצע פשע לחימה או לכך שהייתה התנהגות פלילית מצד החיילים המעורבים**. בכך שונה מצב הלחימה ממצב של שלום, ובכך שונה פעילות הלחימה מפעילות שיטורית רגילה.

לפיכך, במישור העיוני, ודאי שאין הצדקה לפתיחה "אוטומטית" בחקירה בכל מקרה בו נהרג אדם במהלך פעילות מבצעית, אף אם אותו אדם היה אזרח.

11. מעבר למישור העיוני - שהוא עיקר - קיימים גם קשיים מעשיים, המביאים לכך שבעת לחימה, קשה מאוד לנהל חקירות פליליות. לניהול חקירות בעת לחימה יש היבטים מורכבים: קיים קושי לשחזר את הזירה, לגבות עדויות מאזרחים, לאסוף ראיות, לאמת את זהות הנפגעים בצד השני, וכיו"ב. קשיים מעשיים אלה מצטרפים לקשיים העיוניים, אך אינם עומדים בפני עצמם.

12. על רקע טעמים אלה, ובפרט הטעם העיוני, צבאות הנתונים בלחימה אינם נוהגים, ככלל, לפתוח בחקירה בכל מקרה בו נהרגים אזרחים. בהמשך, בפרק ו', נביא מספר דוגמאות לפרקטיקה זו, וניתן להביא דוגמאות רבות נוספות.

קביעות כלליות אלה צריכות לעמוד לנגד עיני כל העוסק בנושא המועלה בעתירה.

ג (2) גישת הפסיקה הישראלית ביחס לנושא של פתיחה בחקירה לגבי אירועים שאירעו במהלך

פעילות מבצעית

13. דרישת העותרים, כי מות אזרח בפעילות לחימתית-מבצעית יביא אוטומטית, ללא שיקול דעת, לפתיחה בחקירת מצ"ח, לא רק שאינה סבירה, אלא אף אינה מתיישבת עם פסיקת בתי המשפט בישראל.

בית המשפט העליון, וכן בית הדין הצבאי לערעורים, כבר פסקו, במספר הזדמנויות והקשרים, כי פתיחה בחקירות פליליות או העמדה לדין פלילי, בגין אירועים שאירעו במהלך פעילות מבצעית, נתונה לשיקול דעת הגורמים המוסמכים, והיא **מחייבת** שקילת שיקולים ייחודיים, שאינם קיימים בהכרח ביחס לפתיחה בחקירות פליליות בנסיבות אחרות. הדברים שנפסקו בהקשר זה מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בנסיבות מבצעיות של לחימה.

בהקשר זה הדגיש בית הדין הצבאי לערעורים, כי קיימים הבדלים עקרוניים ומשמעותיים בין פעילות מבצעית לבין פעילות אחרת, כגון פעילות שגרה או פעילות אימונים.

כך למשל, בפסק הדין בעניין ע/ 232/95 התובע הצבאי הראשי נ' סגן קאופמן, פדאור 96 (3) 367, נפסק כדלקמן:

".. אין להחיל על פעילות מבצעית את קני המידה המקובלים לקביעת הרשלנות בתנאים של אימונים או תרגילים. הטעמים העיוניים העיקריים לשוני זה הם:

עקרונית, הצלחתה של פעילות מבצעית תלויה במידה רבה בנטילה מושכלת של סיכונים. כשם שאין להתיר נטילה מיותרת של סיכונים בעת קיומם של תרגילים או אימונים שגרתיים, כך אין ניתן בד"כ להימנע בנסיבות מבצעיות מהסתכנות שנועדה לקדם מטרת צבאיות. לעיתים אף יש לעודדה...

אפיון מיוחד של הפעילות המבצעית הוא קיומה ככלל בתנאי לחץ ואי ודאות המכבידים על קבלת החלטות. אכן, קיימות פעילויות שונות - אזרחיות וצבאיות - הנעשות גם הן בלחץ, ואולם בסיטואציה הצבאית פעולתו של גורם זה היא שכיחה ורבת עוצמה, והפעילות נעשית להשגת תכלית לאומית חשובה".

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

14. דברים דומים נכתבו גם בפסק הדין ע 79/177 סגן אבי נ' התצ"ר, פד"צ (1979) 180, תוך התייחסות מפורשת לייחוד של פעילות קרבית, בעת לחימה:

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

כך למשל בנושא כללי הבטיחות, קיומם של אלה, בין אם מקורם בהוראות מפורשות ובין אם הם נובעים ממבחנים שבסבירות, הוא תנאי לביצוע אימונים. שמירה על חיי אדם באימונים עדיפה גם על פני ביצוע המשימה. ואם מתעורר חשש שמא יש בצעד כלשהו סיכון לחיי אדם, אין נוקטים בו אלא אם הובטח קיומם של תנאי בטיחות נאותים..."

... הדברים שונים בתנאים של פעילות קרבית. רבים כאן המקרים בהם הברירה בין השמירה על כללי הבטיחות לבין נטילת סיכון איננה קיימת, או איננה חד משמעית. סיכונים יכולים לנבוע מכל דרכי הפעולה האפשריות. ביצוע המשימה כרוך בדרך כלל בסיכונים, ולעיתים קשה לומר איזוהי הדרך הבטוחה יותר ואיזו פחות..."

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

16. קביעות אלה של בית הדין הצבאי לערעורים, אושרו בעניינים שונים על ידי בית המשפט העליון שהתייחס לנושא זה בהרחבה. להלן נביא כמה דוגמאות לדבר.

כך למשל, נפנה לבג"ץ 6208/96 מור חיים ואח' נ' צה"ל ואח', פ"ד נב (3) 835, (להלן - עניין מור חיים). במקרה זה נהרגו ארבעה חיילי צה"ל מאש כוחותינו במהלך פעילות מבצעית בדרום לבנון. בגין אירוע זה קיים הצבא תחקיר צבאי ובעקבותיו הוחלט כי אין מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית או על מינוי ועדת חקירה. זאת, בעיקר, מאחר שהאירוע אירע אגב פעילות מבצעית. העותרים בעתירה תקפו החלטות אלה ודרשו כי

הצבא יפתח חקירה פלילית לבירור נסיבות האירוע, ולמצער דרשו, כי הצבא ימנה גוף חוקר לבדיקת האירוע. בית המשפט דחה את העתירה בקובעו כדלקמן (בעמ' 845):

"..קיים הבדל ניכר בין פעילות מבצעית לפעילות אחרת. אופי הפעילות ומערכת האילוצים והנסיבות הקיימים בעת פעילות מבצעית שונים במידה משמעותית מבעת פעילות שגרתית. השוו ע/ 177/79 סגן אבי נ' התצ"ר; בג"צ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מט(5) 859, בע' 868 - 869.

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

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

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

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

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

17. ביסוד קביעה זו עומדת, כאמור, התפיסה כי פעילות מבצעית היא שונה במאפייניה מכל פעילות אחרת, ועל רקע מאפיינים אלה, ככלל, ראוי לקיים לגבי אירוע בו נהרגו במהלך פעילות מבצעית חיילים או אזרחים, **תחקיר מבצעי, ולא חקירה פלילית.**

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

מאפיינים אלה באים לידי ביטוי בכך שהצלחת הפעילות תלויה בנטילת סיכונים; בכך שהפעילות מתקיימת בתנאי לחץ ואי-ודאות קשים; בכך שהפעילות נעשית לשם השגת תכלית לאומית חשובה; וכיו"ב.

18. פסק דין מרכזי נוסף בסוגיה זו ניתן בבג"ץ 4550/94 אישה נ' היועמ"ש ואח', פ"ד מט(5) 859 (להלן: פרשת אישה).

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

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

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

בתנאים אלה, על המפקד, לא אחת, ליטול על עצמו ולהטיל על חייליו, סיכונים שברגיל אסור לו לקחתם או להטילם על פקודיו. בנסיבות של פעילות מבצעית מפקד טוב הוא לעיתים זה אשר נוטל סיכונים מושכלים, סיכונים אשר ייתכן כי בראייה לאחור יתברר כי היו בלתי מוצדקים, ולפיכך, נטילתם נעשתה ברשלנות.

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

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

19. שיקולים אלה, הנכונים בעת שנשקלת נקיטה בהליך פלילי בגין אירוע שאירע בנסיבות מבצעיות כלשהן, נכונים **שבעת מונים כאשר נשקלת נקיטה בהליך פלילי בגין אירוע שאירע במהלך פעילות לחימתית.** זאת מאחר שכל המאפיינים של הפעילות המבצעית שהוזכרו בפרשת אישה, מתקיימים בצורה חזקה ובולטת ביותר לגבי פעילות לחימתית. להלן נפרט אפוא את השיקולים שפורטו בפרשת אישה כשיקולים היכולים להטות את הכף לטובת המנעות מנקיטה בהליך פלילי בנסיבות מבצעיות "רגילות", ונראה כי הם מתקיימים בעוצמה רבה יותר בעת קיומה של "פעילות לחימתית":

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

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

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

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

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

ד. בפעילות לחימתית, ההשלכות אשר עשויות להיות לחקירה פלילית על שרשרת הפיקוד ועל נכונותם של מפקדים למלא את משימתם - הן הדרמטיות ביותר. בזמן לחימה, הנטל המוטל על שרשרת הפיקוד הוא כבד מנשוא, והאחריות על המפקדים היא עצומה. בנסיבות כאלה, לחקירה פלילית שתפתח בגין אירוע לחימתי, עלולות להיות השלכות כבדות במיוחד לגבי המעורבים בפרשה.

20. **בהתחשב בשיקולי מדיניות אלה, ברור כי יש לדון בשאלת החקירה הפלילית לגבי כל אירוע של מוות במהלך פעילות מבצעית- לחימתית, בפני עצמו. החלטה גורפת, כמבוקש על ידי העותרים, כי כל מקרה מוות יביא אוטומטית לפתיחה בחקירה פלילית, לא תוכל להתיישב כלל ועיקר עם המפורט לעיל.**

21. זאת ועוד, חשוב כמובן לזכור, כי החקירה הפלילית אינה מהווה תכלית בפני עצמה. כידוע, פתיחה בחקירה פלילית פוגעת, כלשעצמה, בזכויות ובאינטרסים של מי שנגדו היא מתנהלת, ועל כן בודאי שקיימת חובה להפעלת שיקול דעת פרטני בטרם קבלת החלטה על פתיחה בחקירה במקרה זה או אחר. כך נפסק רק לאחרונה בבג"ץ 1689/02 נימרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נו (6) 49:

"פתיחתה של חקירה פלילית או משמעתית כנגד ממלא תפקיד ציבורי וכנגד איש חקירות במשטרה בכלל זה, היא צעד רב משמעות ורב השלכות ביחס למערכת התיפקודית עליה הוא נמנה ולגביו באופן אישי... השלכות ניהולה של חקירה כאמור על המערכת הציבורית ועל היחיד מחייבות זהירות רבה בהפעלת שיקול הדעת של הגורם המוסמך להחליט על פתיחת חקירה, מתי להורות על כך, ומתי להימנע מכך... חקירה פלילית או משמעתית כנגד איש משטרה מחייבת, נוכח משמעותה והשלכותיה, תשתית נתונים התחלתית המצדיקה את עריכתה. שיקול הדעת לגבי

קיומה של תשתית כזו נתון ביסודו ליועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הכללית. התערבות בשיקול דעת זה היא נדירה ושמורה למקרים חריגים...".

החלטה זו אושרה בדנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', תקדין עליון 2004 (1) 1142.

הדברים האמורים יפים כמובן גם לגבי החלטה על פתיחה בחקירה נגד איש צבא.

בהקשר זה, נבקש להפנות, בין היתר, גם לבג"ץ 6302/01 דרעי נ' הי"מ ואח', פ"ד נו(6) 725, בפסקה 12 לפסק דינה של כבוד השופטת דורנר; לבג"ץ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון נ' הי"מ ואח' (לא פורסם), פדאור 2002 (1) 21 בפסקה 4 להחלטה; ולבג"ץ 935/89 גנור ואח' נ' הי"מ ואח', פ"ד מד(2) 485, בעמ' 508.

22. ניתן לסכם פרק משנה זה כדלקמן:

מהפסיקה עולה בבירור, כי פתיחת חקירות פליליות בעת לחימה מחייבת את שקילתם של מכלול שיקולים ייחודיים, בהתאם למאפייניה הייחודיים של הפעילות המבצעית-לחימתית. יישום שיקולים אלה מלמד כי פתיחה בחקירה פלילית ביחס לפעילות מבצעית, וקל וחומר פעילות לחימתית, צריכה להיות בגדר חריג ואינה יכולה להעשות באופן אוטומטי.

כפי שהובהר לעיל, כאשר צבא מצוי בלחימה, ובפרט בלחימה קשה בטרור, עצם העובדה שנגרם מותו של אדם, אינה מעידה כשלעצמה על התנהגות פלילית ואינה יוצרת בהכרח חשד להתנהגות כזו, גם אם, למרבה הצער, הנפגע הוא תושב תמים. ממילא ברור כי אין מקום להורות על פתיחת חקירה אוטומטית, ללא הפעלת שיקול דעת, לגבי כל מקרה שבו מת אדם במהלך פעילות הלחימה.

די כמובן בכל האמור לעיל להוביל לדחיית העתירה.

23. למרות זאת, הרי שכאמור, למעלה מן הנדרש, נביא עתה מידע אודות הפרקטיקה הנוהגת ביחס להליכי בדיקה וחקירה של אירועים בהם נפגעו תושבים פלסטינים או אחרים במהלך פעילות צה"ל באיו"ש ובאזח"ע במסגרת הלחימה הנוכחית בטרור, כדי להבהיר כי פרקטיקה זו הינה ראויה וסבירה לחלוטין.

פרק ד': הפרקטיקה הנוהגת לגבי בדיקה וחקירה של מקרי מוות שאירעו במהלך הפעילות הלחימתית בשנים האחרונות

24. כפי שפורט לעיל, אירועי ארבע השנים האחרונות מהווים "אירועי לחימה", ובכך שונה המצב לחלוטין מהמצב ששרר בזמן "האינתיפאדה" של סוף שנות השמונים ותחילת שנות התשעים. דומה שגם העותרים לא יתכחשו לשוני מהותי זה.

בתקופת "האינתיפאדה", לפני למעלה מעשור, התמודד צה"ל באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה בעיקר עם הפגנות אזרחיות, לא ממוסדות, בהשתתפות תושבים בלתי חמושים. הפגנות אלה התקיימו בשטחים שהיו תחת שליטתו הביטחונית הבלעדית של צה"ל; נשאו, ככלל, אופי עממי; ולרוב לא העמידו את הכוחות במצב של סיכון לנפש. תופעות מזוויעות, אשר הפכו לשגרה איומה של השנים האחרונות - כמו טרור המחבלים המתאבדים - לא היו קיימות באותה תקופה.

תקופה זו שונה בתכלית השינוי מהתקופה של השנים האחרונות, שבמהלכה צה"ל עוסק בלחימה של ממש. מאז חודש ספטמבר 2000 צה"ל מתגונן ולוחם נגד ארגוני טרור חמושים ומאורגנים היטב, הפועלים במסגרות היררכיות ממוסדות, בסיוע מדינות אויב וארגוני טרור בין-לאומיים. לחימת צה"ל היא נגד פעילי טרור החמושים בכלי נשק, במטעני חבלה, בטילים וברקטות, ונגד מחבלים מתאבדים - פצצות אדם, הנשלחים לזרוע מוות והרס בריכוזי אוכלוסיה אזרחית.

לחימתו העיקשת ביותר של צה"ל מתבצעת בלב הערים הפלסטיניות, בשטחים שנמסרו לשליטת הרשות הפלסטינית והפכו, תחת חסותה, לבסיסי טרור. מדובר בלחימה לכל דבר ועניין, מהקשות שעמן התמודדה מדינת ישראל.

25. לעובדה שצה"ל מצוי בלחימה יש משמעויות חשובות. עם זאת, אין משמעה שמקרים בהם נפגעים חפים מפשע אינם מתחקרים, אין משמעה שהאפשרות של פתיחה בחקירה פלילית אינה נבחנת באופן ענייני ומקצועי בכל מקרה לגופו, אין משמעה שמוקנית לחיילים חסינות מפתיחה בחקירות פליליות, ואין משמעה שחקירות פליליות אינן נפתחות בפועל. המציאות היא שונה לחלוטין מזו שעלולה לעלות מקריאת העתירה.

26. בפועל, ככלל, אירועים בהם קיים מיזע כי נגרם מוות של אדם במהלך פעילות צה"ל, מתחקרים ונבדקים לגופם, ובמקרים שבהם יש הצדקה לכך - נפתחות גם חקירות פליליות.

כאשר פרצו אירועי הלחימה בספטמבר 2000, הוחלט, לאור נסיבות הלחימה והמשמעויות הנגזרות ממצב זה, כי לא ניתן לקבוע מדיניות גורפת, לפיה תיפתח חקירה פלילית בכל

מקרה של גרימת מוות; או לחלופין מדיניות גורפת, לפיה לעולם לא תיפתח חקירה פלילית במקרים שכאלה.

ההחלטה שהתקבלה בצורה סבירה וראויה, ומתוך ראייה רחבה ושיקול דעת, היתה כי החלטה פרטנית בשאלה האם יש צורך לפתוח בחקירה פלילית בנסיבות שכאלה תתקבל לאחר בחינת נסיבותיו הכוללות של כל מקרה לגופו. זוהי המדיניות הנוהגת בנדון.

27. לצורך קבלת ההחלטה הפרטנית באם לפתוח בחקירה אם לאו במקרה מסוים שבו נגרם מוות, בוחנת הפרקליטות הצבאית את החומר הרלוונטי ביחס לאותו מקרה, ובגדר חומר זה שוקלת היא, ככלל, גם את ממצאיו של התחקיר המבצעי שבוצע ביחס לאירוע, המהווה את כלי הביורור והתחקור הראשוני ביחס למקרי מוות שנגרמו במהלך פעילות לחימתית.

ודוק. ממצאי התחקיר אינם מחייבים את הפרקליטות הצבאית וזו אינה בהכרח מאמצת אותם. אולם ממצאי התחקיר נבחנים בפרקליטות, והם נלקחים בחשבון כחלק ממכלול הנתונים שעל פיהם מתקבלת החלטה אם לפתוח בחקירה פלילית אם לאו.

מפאת חשיבותו של כלי זה, נבקש להרחיב ולפרט לגביו.

1.ד. התחקיר המבצעי

28. בהתאם להנחיות המחייבות בצה"ל, הרי שככלל, ביחס לכל אירוע שבו נגרם מוות של אדם במהלך פעילות צה"ל באיו"ש ובאזח"ע, יש לקיים תחקיר מבצעי, על מנת שניתן יהיה להתחקות אחר נסיבות האירוע. הנחיה זו היא כללית ומחייבת, והיא חלה על הפעילות השוטפת של צה"ל, ללא קשר לשאלה אם ביחס לאירוע התקבלו פניות או תלונות מאוחרות יותר.

29. מן הראוי להרחיב מעט בעניין התחקירים המבצעיים הנערכים במקרים אלה, שכן קיימת חשיבות לזהות הגורם המתחקר, מועד עריכת התחקיר ותכניו של התחקיר.

התחקיר המבצעי הוא כלי מרכזי בהווייה הצבאית, בפרט ככל שמדובר בפעילות מבצעית, ובוודאי כאשר מדובר בפעילות מבצעית-לחימתית.

עקב כך, התחקיר הוא דרך הביורור המרכזית ביחס לפעילות מבצעית, וקל וחומר ביחס לפעילות לחימתית. בעניין זה הבאנו לעיל את דבריה של כבוד השופטת דורנר בעניין מור חיים, בהם קבעה כדלקמן:

"..קיים הבדל ניכר בין פעילות מבצעית לפעילות אחרת. אופי הפעילות ומערכת האילוצים והנסיבות הקיימים בעת פעילות

מבצעית שונים במידה משמעותית מבעת פעילות שגרתית. השוו ע/ 177/79 סגן אבי נ' התצ"ר; בג"צ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מט(5) 859, בע' 868 - 869. הבדל זה בא איפוא לידי ביטוי גם בצורת החקירה המותאמת לפעילות מבצעית, לעומת צורות חקירה אחרות. **תחקיר מבצעי הינו ככלל הדרך המתאימה לחקירת אירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית.** הוא נערך, בדרך כלל, על-ידי גורמים מקצועיים הקרובים לנעשה בשטח, ומצויים בפעילות המבצעית. הוא מתרחש מיד בסמוך לאירוע, כשהאירוע עדיין טרי בזכרונם של המשתתפים בתחקיר. הוא נעשה באופן בלתי אמצעי ובלתי-מסורבל. הוא מהווה חלק אינטגרלי ממכלול הפעולה המבצעית והוא מושרש היטב בתוך ההוויה המבצעית הצה"לית מאז ראשית קיומו של צה"ל".

כעולה מן הדברים, התחקיר המבצעי נערך על-ידי הגורמים המבצעיים-מקצועיים האמונים על עריכת תחקירים שכאלה.

30. חשוב מאד להדגיש, כי במקרים של גרימת מוות, התחקירים נערכים, ככלל, בידי **קצינים בכירים שדרגתם סא"ל לפחות**. ברבים מהמקרים בהם נהרגו אזרחים, נערכו התחקירים על-ידי קצינים בכירים אף יותר: **מפקדי חטיבות** (בדרגת אלוף משנה) **ומפקדי אוגדות** (בדרגת תת אלוף). במקרים בעייתיים רבים, **אלוף הפיקוד** אף עורך בעצמו את התחקירים. ברבים מהמקרים שבהם האלוף עצמו אינו עורך התחקירים, הם מוצגים לו, ובחלק מהמקרים התחקירים אף מוצגים **לרמטכ"ל** עצמו.

31. **כפי שניתן להתרשם מדרגות הגורמים המתחקרים, התחקירים נערכים על-פי רוב בידי גורם שהוא בכיר בהרבה מדרג הפיקוד הישיר של החיילים המעורבים. אירועים מסוג זה אינם מתוחקרים על-פי רוב בידי המפקד הישיר של הכוח (שהוא בדרך כלל קצין זוטא באופן יחסי) אלא בידי קצינים בכירים ביותר, כמו מפקד החטיבה, מפקד האוגדה או אלוף פיקוד.**

32. לתחקיר המבצעי מספר מאפיינים חשובים. בין השאר, ניתן לציין את עובדת עריכתו בידי גורם פיקודי-מקצועי, הקרוב לנעשה בשטח והמצוי היטב ברזי הפעילות המבצעית. מפקד מבצעי מיטיב להכיר את סוג הפעילות שבה מדובר, את סביבת הפעילות, את השיקולים והאילוצים המבצעיים, ואת הנורמות המצופות מהחיילים. ביכולתו לקבוע ממצאים ולחוות דעה על פעילות הכוחות.

33. מאפיין נוסף של התחקיר המבצעי הוא עריכתו בסמיכות זמנים גדולה לאירוע, כאשר הוא עדיין "טרי" בזיכרונם של המשתתפים בתחקיר. בנסיבות של לחימה, כאשר המפקדים והחיילים עשויים להשתתף בעשרות אירועים קשים ומורכבים תוך פרקי זמן קצרים, קיימת חשיבות גדולה במיוחד לאפשרות של תחקור אירועים זמן קצר לאחר התרחשותם.

34. בצה"ל קיימת תורה מיוחדת באשר לאופן עריכת התחקיר וביחס למידע שאמור להיכלל בו, שגובשה, בין השאר, על-ידי חטיבת תורה והדרכה באגף המבצעים של צה"ל. קיימות הנחיות לעניין הנתונים האמורים להיבדק בגדר התחקיר, ולעניין מבנה התחקיר, האמור לכלול את תיאור עובדות האירוע, הצגת ממצאים והסקת מסקנות.

35. במהלך הלחימה בטרור הפלסטיני, תחקור של אירועים חריגים - ובפרט אירועים קשים בהם נהרגו אזרחים במהלך פעילות צה"ל - תופס מקום חשוב מאד בעשייה המבצעית היומיומית. אירועים שכאלה תוחקרו ברמות הבכירות ביותר; הוקדשו לנושא דיונים מבצעיים רחבי משתתפים; מסקנות העולות מן התחקירים נלמדו והופצו בצה"ל; הופקו לקחים מבצעיים יקרי ערך; שונו דפוסי פעולה מבצעיים; תוקנו כללי פתיחה באש וכיו"ב.

36. לסיכום, מפרק זה עולה כי ככלל, כל אירוע שבמהלכו נגרם מוות מתוחקר על-ידי גורמים פיקודיים בכירים, ולענין זה כבר קבע בג"צ כי צעד זה הוא נאות וסביר. כך נקבע בזכור בפרשת מור חיים: **"התחקור המבצעי הינו ככלל הדרך המתאימה לחקירת אירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית"**.

37. עד כאן הרחבנו לגבי מהות התחקיר המבצעי ומשמעותו.

אשר לדרך טיפול הפרקליטות הצבאית במקרים מעין אלה, שבהם נגרם מוות של אזרח, הרי שכפי שהוסבר במבוא, בכל מקרה שבו מוגשת לפרקליטות הצבאית תלונה על גרימת מוות, ואף במקרים רבים אחרים שבהם נודע לפרקליטות הצבאית על גרימת מוות של אזרח שלא היה מעורב בלחימה, אף כשלא הוגשה תלונה בנדון, בוחנת הפרקליטות את מכלול המידע הקיים ביחס לאירוע, ומקבלת על פיו החלטה עניינית ופרטנית לגבי השאלה האם יש מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית אם לאו.

להלן נרחיב בנושא זה.

2.ד. ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית

38. כאמור, בכל מקרה מהסוג המתואר לעיל בוחנת הפרקליטות הצבאית את השאלה אם יש מקום לפתיחה בחקירה, על סמך מכלול המידע הקיים ביחס לאירוע. לצורך כך נבחנים ככלל, בין היתר, **התחקיר המבצעי** הנוגע לאירוע, **תלונות** המגיעות בנוגע לאירוע, **פרסומים** בתקשורת, **דו"חות** של ארגוני זכויות אדם, **פניות בערוצים דיפלומטיים**, וכיו"ב. עם תום הבחינה מתקבלת החלטה, האם יש מקום להורות על פתיחה בחקירה ומה תהיה דרך החקירה. החלטה זו מתקבלת על ידי צוות משפטנים בכירים, שבראשו משפטן בדרגת אלוף משנה לפחות. במקרים רבים מאד מתקבלת ההחלטה על ידי הפרקליט הצבאי הראשי בעצמו, שדרגתו אלוף.

39. במסגרת ההחלטה הפרטנית ביחס לפתיחה בחקירה פלילית נלקחים בחשבון כל השיקולים הצריכים לעניין. במסגרת זו נשקלים, **בין היתר**, השיקולים הבאים (שחלקם עשויים להיות לעתים חופפים או משיקים זה לזה):

- **סוג הפעילות שבמהלכו בוצע הירי או נגרם המוות בדרך אחרת.** במיוחד נבחנת השאלה האם ומה היו הנסיבות המבצעיות-לחימתיות באירוע. ככל שמדובר בפעילות שאופיה פחות לחימתי-מבצעי, כך תגבר הנטייה להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח. כך למשל, ברור כי פעילות מעצרים בלב מחנה פליטים פלסטיני בשעות הלילה, תוך חילופי אש, אינה זהה – מבחינת אופיה - להתמודדות עם הפגנה לא אלימה בשעות היום, ועל כן שיקול זה הינו שיקול מרכזי בעת קבלת ההחלטה.
- **נסיבות הפתיחה באש.** גם נסיבה זו הינה מרכזית ביותר. כך למשל, ברור כי אין דין מקרה שבו בוצע ירי לעבר פעילי טרור חמושים מטעמי הגנה עצמית, כדין מקרה שבו בוצע ירי אזהרה למקום הסמוך לקבוצת אנשים לא חמושים, ועל כן מדובר בנסיבה רלוונטית ביותר.
- **רמת הסיכון הקונקרטי שבה היו נתונים החיילים שירו ורמת הסיכון הקונקרטי לה היו מודעים החיילים שירו.** כך, למשל, כאשר נבחנת התנהגות של חיילים בנקודת ביקורת (מחסום), קיים הבדל בין ירי שבוצע במהלך פעילות שוטפת לבין ירי שבוצע במועד שבו הייתה התרעה נקודתית בדבר נוכחות של מחבל מתאבד בגזרה. בדומה, קיים הבדל בין פעילות תחת אש, למשל במהלך מבצע "חומת מגן", לבין פעילות שבה החיילים מצויים בסיכון נמוך יותר וכיו"ב.
- **גיל הנפגעים** (ילדים, בגירים או זקנים).

- האם ננקטו צעדים פיקודיים ומשמעתיים ביחס לחיילים המעורבים, ומהם אותם צעדים. לעיתים, בנסיבות של פעילות מבצעית, נקיטת צעד פיקודי באופן מידי ונחרץ על-ידי הדרג הפיקודי נגד חיילים שנפל פגם בהתנהגותם, מהווה אף היא שיקול בין כלל השיקולים הרלוונטיים. כך אף נקבע במפורש בפסיקה. לענין זה ראו בג"ץ אישה שאוזכר לעיל.

כמו כן נשקלים השיקולים הכלליים לעניין פתיחה בחקירות בנסיבות מבצעיות-לחימתיות, עליהם עמדנו בהרחבה בפרק ג (2) לעיל. במסגרת זו נלקחים בחשבון, בין היתר:

- הסיכונים שבפניהם עמדו החיילים;
- הסיכונים שאותם היו אמורים למנוע;
- תנאי אי הודאות וחוסר המידע בהם פעלו (אם כך אמנם אירע);
- תכלית הפעילות;
- וההשלכות העלולות להיות לחקירה פלילית על נכונות החיילים ומפקדיהם למלא את משימותיהם בעתיד.

40. מובן, כי מדובר ברשימה לא מלאה ולא ממצה של השיקולים הנוגעים בדבר. הניסיון של הגורמים המקצועיים העוסקים בכך מלמד, כי אין תחליף להחלטה עניינית בכל מקרה לגופו, המתקבלת על סמך מכלול נסיבותיו הקונקרטיות של האירוע. עם זאת, שיקולים אלה יכולים להנחות בקבלת ההחלטה ובפועל הם אכן מסייעים בקבלת ההחלטה בכל מקרה ומקרה.

3.ד. התייחסות לטענת העותרים בדבר הצורך להבחין הבחנה גורפת בין פעילות שיטורית לבין

פעילות מבצעית - לחימתית

41. העותרים בעתירתם מוסיפים וטוענים, כי למצער יש להבחין בין קבלת החלטה על פתיחה בחקירה פלילית בגין מוות שנגרם באירוע "לחימתי", לבין פתיחה בחקירה פלילית בגין מוות שנגרם באירוע "שיטורי" שבו פעלו חיילי צה"ל. לטענתם, רוב פעולות צה"ל בשטחים הינן בעלות אופי "שיטורי", כגון פעולות של אכיפת עוצר, בדיקת במחסומים, פיזור הפגנות, וכיו"ב, ולטענתם, למצער, בגין כל מקרה מוות שנגרם באירוע שכזה, יש לקבוע כי קיימת חובה להורות על פתיחה בחקירה פלילית, וזאת באופן אוטומטי וללא מתן שיקול דעת לפצ"ר בנדון.

42. טענה זו לא ניתן לקבל וזאת מן הטעמים הבאים:

ההתמודדות עם פעילות גורמי הטרור פנים רבות לה. פעילות זו כוללת מעצרים של פעילי טרור; פגיעה בפעילי טרור כאשר אין אפשרות למעצרים; הטלת עוצר והגבלות על תנועה; בדיקות בנקודות ביקורת ובמחסומים במטרה לעצור מחבלים ולמנוע מעבר של חומרי נפץ; איסוף מודיעין; הצבת מכשולים פיזיים; וכיו"ב. המשותף לכל הפעולות האלה הוא בכך שהן נועדו להשיג אינטרס ראשון במעלה - שמירה על ביטחונם של אזרחי ישראל, ובכך שהסיכון הנשקף מהם לחיילים הנוטלים בהן חלק, הוא עצום. למרבה הצער, במהלך הלחימה בגורמי הטרור, נהרגו חיילים בבצעים כל אחד ואחד מסוגי הפעולות האמורות.

כפי שהודגש, קושי מרכזי בלחימה בגורמי הטרור נעוץ בטקטיקות הנלוזות בהן הם עושים שימוש, ובפרט בטשטוש המכוון והציני שהם יוצרים בין פעילי הטרור לבין האוכלוסיה הפלסטינית שאינה מעורבת בטרור. הדוגמאות לכך הן רבות - החל מהתנופה המזעזעת ביותר: שליחת מחבלים מתאבדים, פצצות אנושיות, בכסות אזרחית ובלבוש אזרחי, לרבות שימוש בנשים ובצעירים; והמשך במגוון פעולות כגון: ביצוע ירי מתוך הפגנות תמימות לכאורה, בחסותם של אזרחים; שליחת ילדים לביצוע פעילות טרור, תוך הסתייעות בהם לצורך העברת חומרי נפץ וחומרי חבלה במחסומים; הקמת מעבדות חבלה ובסיסי טרור בלב שכונות אזרחיות; וכיו"ב.

בסוג כזה של לחימה בטרור, יצירת אבחנה חדה ואוטומטית, בין פעולות "לחימה" לבין פעולות "שיטוריות", היא, על פי רוב, מלאכותית ואינה מתיישבת עם המציאות בשטח.

43. לצערנו, טענה זו המועלית על ידי העותרים, מעידה, במידה רבה, על ראייה צרה ומלאכותית של מציאות הלחימה בשטחי איו"ש ואזח"ע. התייחסות לפעילות במחסומים, אכיפת עוצר, פיזור הפגנות, וכיו"ב, בנסיבות השנים האחרונות, כאל פעילות שהיא תמיד "פעילות שיטורית" גרידא, מלמדת על אי-הבנה של מציאות הלחימה היומיומית בשטחים, של הסיכונים בהם פועלים החיילים ושל טקטיקות גורמי הטרור.

במהלך העימות הנוכחי נהרגו עשרות חיילים בשעה שניצבו במחסומים, בתפקיד "שיטורי" גרידא, אליבא דעותרים. כן נהרגו חיילים בשעה שאכפו עוצר, בשעה שהתמודדו עם "הפגנות" אזרחיות כביכול; וניתן להביא עוד דוגמאות רבות נוספות. כך אירע, מאחר שגורמי הטרור פעלו נגד חיילים בכל אחד מהמצבים הללו. פעילי הטרור ירו לעבר חיילים בשעה שהללו עסקו באכיפת עוצר; התפוצצו לידם במהלך בדיקת העוברים במחסומים; החלו לירות לעברם מתוך הפגנות "אזרחיות" כביכול; וכדומה. החיילים שנהרגו בפעולות שכאלה, לא פעלו במציאות של "שיטור", לא עסקו באכיפת חוק מן המניין, ולא התמודדו עם עבריינים פליליים. הם עמדו בסיכון יומיומי לחייהם, הם נהגו כלוחמים והם נפגעו ככאלה.

כאשר חייל ממלא את משימתו במחסום – כגון במחסום ואדי חרמיה בגזרת בנימין (מקום בו נהרגו 10 חיילים ואזרחים מירי פלסטיני בחודש מרץ 2002); במחסום עין עריק שבגזרת בנימין (מקום בו נהרגו 4 חיילים מירי פלסטיני בסמוך למועד זה); במחסום ארז (מקום בו נהרגו חיילים ומאבטחים רבים בחודשים האחרונים מפיצוץ של מטעני חבלה); ובמחסומים רבים אחרים - **הוא פועל במציאות של לחימה, בסיכון מוחשי לחייו**. האדם העומד מולו יכול להיות מחבל מתאבד או פעיל טרור פלסטיני ועל כן בודאי שלא ניתן לראות בו כמעין "שוטר", הפועל בסביבה אזרחית רגילה.

בדומה, **כאשר חייל אוכף עוצר בשכם או בג'נין, הוא נתון בסכנה מתמדת לחייו**, שכן קיים לגביו איום מתמיד של היפגעות מירי צלפים או ממטעני צד. לא בכדי, אכיפת עוצר נעשית, במקרים רבים, בסיוע כלי רכב משוריינים וממוגני ירי, שכן הסיכון שעמו מתמודדים החיילים הוא, כאמור, בין היתר, **סיכון לחימתו**, של היפגעות מירי של מחבלים חמושים היטב.

ושוב בדומה, **חייל הנשלח לפזר הפגנות בשטחים אינו ממלא ככלל "תפקיד שיטורי"**, שכן המציאות העגומה מוכיחה כי במקרים רבים הפלסטינים שולחים מפגינים ובהם נשים וילדים, כאשר מאחוריהם עומדים פעילי טרור הפותחים באש לעבר החיילים, תוך שימוש באזרחים - בפועל - כמגן חי. קיימות עדויות רבות על שימוש שכזה שעשו ארגוני הטרור הפלסטינים בילדים ובנשים, ועל כן בודאי שלא ניתן לראות בפעילות של פיזור הפגנות "אזרחיות" כביכול, **באופן אוטומטי**, פעילות "שיטורית".

44. במסגרת פרק ו' להלן, נתייחס לפרקטיקה של צבאות זרים בנושא דנן ונראה כי למיטב בדיקתנו, כאשר מתנהלים אירועי לחימה, לא מקובל בשום מדינה ובשום שיטת משפט המוכרת לנו, לעשות הבחנות מלאכותיות לעניין תחילתם של אירועי הלחימה והפסקתם. כל שיטת משפט הדנה בלחימה, ובפרט בלחימה בטרור, מבינה היטב כי הלחימה אינה מסתיימת ברגע שהטנק מפסיק לירות ונעצר כדי לאבטח מחסום צבאי, וכי בדיקה במחסום, שמטרתה מניעת מעבר של לוחמי אויב, היא חלק אינטגרלי מזירת הלחימה.

פעולת אכיפת עוצר אינה שיטורית ברגע אחד, ואינה הופכת ברגע אחר – כהרף עין – לארוע לחימה, כאשר נפתחת אש לעבר החיילים.

בתוך "הסרט" שבו פועל צבא בלחימה, לא ניתן "להקפיא" תמונה אחת, ולטעון כי באותו מועד הסתיימו אירועי הלחימה והחלה פעילות שיטורית, תוך התעלמות מהתמונה הכוללת.

45. למרות כל האמור לעיל, נבקש לשוב ולהדגיש, כי כפי שכבר צוין לעיל, המשיב מודע היטב לכך, שכל אירוע וכל פעילות מחייבים בחינה לנסיבותיהם, וכי ככלל, האמירה הכללית לפיה צה"ל מצוי בלחימה אינה מייצגת את בדיקת הצורך בפתיחה בחקירה פלילית לגבי כל מקרה לפי נסיבותיו. זאת מאחר שבהחלט ייתכנו מקרים שבהם פגיעה באזרחים במהלך הפעילות המתנהלת באזורים נעשתה ללא שנשקף סיכון לחיי החיילים, או מבלי שהסיכון שנשקף להם הצדיק פעולה שגרמה למוות.

אכן, אין תחליף לבחינה פרטנית עניינית של כל מקרה לגופו. זאת מאחר שברור ומובן הוא כי אין אירוע אחד דומה למשנהו מבחינת אופי הפעילות, הסיכון לחיילים והנסיבות הפרטניות. באירוע אחד האופי הלחימתי של הפעילות יהיה מובהק יותר, ובאירוע אחר - פחות. במסגרת ההחלטות הקונקרטיות, המתקבלות בכל מקרה לגופו, נבדק כל אירוע לנסיבותיו, ובאירוע שבו הנסיבות מצדיקות זאת – ומלמדות כי על פני הדברים יש חשד להתנהגות פלילית – נפתחות חקירות פליליות.

הגורמים המקצועיים, האמונים על ההחלטות הקשות ורבות-המשמעות לעניין פתיחה בחקירה פלילית בעת לחימה, אינם יכולים לקבל החלטות על סמך נוסחאות וסיווגים כלליים, אלא על בסיס בחינה פרטנית של המקרים. מובן מאליו, כי מאפייני האירוע הקונקרטיים הם בעלי משקל לעניין ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה. מטבע הדברים, האפשרות כי תיפתח חקירה פלילית ביחס לאירוע בו מצא אדם את מותו במהלך פעילות במחסום, או במהלך פיזור הפגנה, כאשר החיילים לא היו תחת אש, תהיה גדולה יותר מאשר במקרה שבו נגרם המוות במהלך חילופי אש מול חמושים פלסטינים. עם זאת, בשני המקרים, ההחלטה תוכתב על ידי שיקולים מקצועיים שיתבססו על בחינת נסיבות המקרה לגופו, וחקירה תיפתח רק בהתאם למסננות ולשיקולים, העולים מן החוק ומהפסיקה, כפי שהוצגו לעיל.

46. **לסיכום, מכל האמור עולה, כי לא ניתן בשום אופן לקבל את הדרישה המועלית על ידי העותרים, לפיה תהיה הפרקליטות הצבאית חייבת להורות על פתיחה בחקירה בכל מקרה בו נגרם מוות של אדם שלא היה מעורב בלחימה, מבלי להפעיל שיקול דעת פרטני כלשהו המבוסס על מכלול נסיבות האירוע.**

ד.4. הערות נוספות לגבי ההחלטה אם יש מקום לפתוח בחקירה פלילית

47. בטרם נעבור לנושא הבא נבקש להוסיף כמה הערות:

ראשית, ראוי להדגיש, כי הפרקטיקה לפיה לא מתקבלת "החלטה אוטומטית" על פתיחה בחקירה בגין התרחשות מקרה מוות במהלך פעילות מבצעית, אינה מיושמת רק לגבי מקרים בהם נגרם מותם של פלסטינים במהלך פעילות מבצעית. מדיניות זהה במהותה מיושמת בצה"ל ביחס לבירור נסיבות מותם של חיילי צה"ל במהלך פעילות מבצעית. כך נעשה, שכן כפי שקבעה כב' השופטת דורנר בפרשת מור חיים, ככלל, הדרך המתאימה לחקירת אירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית, היא, בראש ובראשונה, דרך התחקיר המבצעי ולא דרך החקירה הפלילית.

הפרמטר הקובע אפוא הוא אופי הפעילות, ולא מיהותו של הנפגע או זהותו.

מכאן עולה בבירור, כי טענות העותרים - בהן נרמז כי המדיניות הקיימת עלולה להביא לזילות בחיי הפלסטינים - הן חסרות יסוד ומקוממות.

48. שנית, במקרים שבהם כבר בראייה הראשונית של האירועים עולה בעליל כי התנהגות החיילים מעלה חשד של ממש לביצועה של עבירה פלילית, נפתחת חקירה פלילית על אתר, אף מבלי להמתין לאיסוף החומר הראשוני ביחס לאירוע, כגון התחקיר המבצעי. בהמשך הדברים, נציג דוגמאות למקרים שכאלה.

49. שלישית, כאשר מדובר בחשד להתנהגות פלילית שאין לה קשר ישיר לנסיבות הלחימה, כגון בעת שמתעורר חשד לביזה או להתעללות וכדומה, לא חלה ככלל מערכת השיקולים שפורטה לעיל, הרלוונטית בעיקרה לפתיחה בחקירה בחשד לביצוע עבירה פלילית אגב פעילות לחימתית.

50. רביעית, המדיניות שהוצגה לעיל מתיישבת לא רק עם פסיקת בית המשפט העליון, כפי שהבהרנו לעיל, אלא מתיישבת היא גם עם תפיסת המחוקק בנושא זה, כפי שזו באה לידי ביטוי בהוראות חוק השיפוט הצבאי. בנושא זה נפרט מעט.

בשנת 1997 הוסף סעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955 (להלן - החש"ץ), שכותרתו **תחקיר צבאי** (ליתר הרחבה בעניין הרקע לחקיקת הסעיף ראו הצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 35) (תחקיר מבצעי), התשנ"ז - 1997, ה"ח 364; דברי הכנסת תשנ"ז, עמ' 5450 - 5451 ו- 7534 - 7539; דברי הכנסת תשנ"ח 280 - 292 וכן האמור בדו"ח מבקר המדינה על ממצאי הביקורת בעניין אסון צאלים ב' (התשנ"ט) 66 - 73).

העיקרון שעומד בבסיס סעיף 539א לחש"ץ הוא כי במקום שבו התרחש אירוע במהלך פעילות מבצעית, ייחקר האירוע, ככלל, בדרך של תחקיר צבאי, ולא על-ידי גוף חוקר (כהגדרתו בסעיף - קצין בודק, משטרה צבאית חוקרת, או שופט חוקר). תחקיר צבאי מוגדר בסעיף כ- "בירור שנערך בצבא, בהתאם לפקודות הצבא, בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך אימון או פעילות מבצעית או בקשר אליהם".

הסעיף מוסיף וקובע, כי חומר התחקיר יימסר לפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר) או לנציגו, ואם מצא הפצ"ר או סגנו, שחומר התחקיר מעלה חשד לביצוע עבירה, המצדיק בדיקה או חקירה על ידי גוף חוקר, רשאי הוא, לאחר שנועץ בקצין שדרגתו אלוף לפחות, להורות לגוף חוקר כאמור לפתוח בבדיקה או בחקירה (סעיף 539א(ב)(4)(ב) לחש"ץ).

51. כפי שעולה מקריאת נוסחו של הסעיף, קבועות בו 3 מסננות, אותן יש לבחון, בטרם יורה הפצ"ר - על יסוד תחקיר מבצעי - על פתיחה בחקירה פלילית בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית:

המסננת האחת היא, כי חומר התחקיר מגלה חשד לביצוע עבירה.

השנייה, כי מדובר בחשד לעבירה, המצדיק בדיקה או חקירה על-ידי גוף חוקר.

השלישית - גם בהתקיים תנאים אלה, רשאי הפצ"ר להורות על פתיחה בחקירה או בבדיקה כאמור, ואינו חייב לעשות כן, ובכל מקרה בו הוא שוקל לעשות כן, יוכל להורות על כך רק לאחר שנועץ בקצין שדרגתו אלוף לפחות.

52. מקריאת מכלול ההסדר הסטטוטורי, ניתן בהחלט ללמוד כי המחוקק סבר שאירועים מבצעיים הם בעלי אופי ייחודי; כי הם אמורים להיות מתוחקרים תחילה בתחקיר; וכי במקרים המתאימים ניתן יהיה להעביר את האירוע לחקירת גוף חוקר - אך הדבר מחייב עמידה במספר מסננות. לפיכך ברור, כי גם השקפת המחוקק היא שמקרים אלה יהיו בגדר חריגים.

53. לסיכום חלק זה נשוב ונדגיש, כי הפעילות המבצעית (ואף הלחימתית), כשלעצמה, אינה מקנה חסינות מפני העמדה לדין פלילי, או מפני חקירה פלילית (ראו ע"פ 8867/03 מרציאנו (טרם פורסם)) ובמקרים המתאימים ינוהלו הליכים פליליים שכאלה. ואולם, בכגון דא, חובה לשקול את השיקולים הנובעים ממהותה וייחודה של הפעילות המבצעית, עליהם עמדנו בהרחבה לעיל, בטרם קבלת החלטה על פתיחה בחקירה פלילית.

אלו הם אפוא השיקולים הנשקלים לצורך קבלת החלטה אם יש מקום לפתוח בחקירה פלילית אם לאו, ביחס לאירוע שבו נפגעו אזרחים אגב פעילות מבצעית לחימתית. עתה נבקש להציג בקצרה כמה נתונים מספריים המצביעים על יישום הדברים שפורטו לעיל.

5.ד. נתונים מספריים

54. כפי שצויין לעיל, בכל מקרה שבו מוגשת לפרקליטות הצבאית תלונה על גרימת מוות או על פציעה, ואף במקרים רבים אחרים שבהם נודע לפרקליטות הצבאית על גרימת מוות או פציעה של אזרח, שעל פני הדברים לא היה מעורב בלחימה, אף כשלא הוגשה תלונה בנדון, בוחנת הפרקליטות את המידע שקיים ביחס לאירוע, ומקבלת החלטה עניינית ופרטנית האם יש מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית אם לאו.

55. עד כה, במהלך אירועי הלחימה מול הטרור הפלסטיני, נבדקו על-ידי הפרקליטות הצבאית למעלה מ- 800 מקרים, בהם נטען כי כתוצאה מירי חיילי צה"ל נגרמו לפלסטינים שלא היו מעורבים בלחימה מוות או פציעה חמורה. יצויין, כי בחלק מהמקרים שנבדקו נפגעו כמה תושבים, והמספר שהבאנו הינו מספר המקרים שנבדקו ולא מספר הנפגעים, שהינו כמובן גבוה יותר.

עוד יצויין כי עד כה נהרגו בתקופה זו, לפי נתונים לא מדויקים, שמקורם בעיקר בתקשורת הפלסטינית, כ- 2900 פלסטינים. אולם חלק משמעותי מהרוגים אלה היו פעילי טרור שלגביהם כלל לא נטען כי היו "אזרחים" שלא השתתפו בלחימה.

56. בהקשר זה נציין, כי הנתונים המצויים ביחס להרוגים הפלסטינים הם נתונים שלא ניתן להבטיח את אמינותם ודיוקם. דברים אלו מחייבים הסבר.

הלחימה בטרור הפלסטיני מתנהלת בחלקה הגדול בשטחים שנמסרו לשליטת הרשות הפלסטינית, כגון ערים ומחנות פליטים פלסטינים. בשטחים אלה צה"ל אינו נוכח באופן קבוע. במרבית המקרים, הנפגעים הפלסטינים כתוצאה מחילופי אש הדדיים בין כוחות צה"ל לבין גורמי הטרור הפלסטינים, מפונים על ידי הצד הפלסטיני לבתי חולים פלסטינים, מבלי שלצה"ל יש יכולת עצמאית לדעת תמיד מה מספר הנפגעים, מהי זהותם, ומה היו הנסיבות המדויקות שהובילו להפגעותם. במקרים אלה, המידע שנאסף בדבר הנפגעים הפלסטינים, מספרם וזהותם, מקורו בעיקר באמצעי התקשורת הפלסטינים.

הפרסומים בכלי התקשורת הפלסטינית מתגלים לא אחת, בלשון המעטה, **כבעלי אמינות מפוקפקת וכמגמתיים** - הן לעניין מספר הנפגעים, הן לעניין זהותם (פעילי טרור מוצגים כאזרחים תמימים) והן ביחס לנסיבות היפגעותם.

העדר היכולת לדעת במדויק את מספר הנפגעים במהלך לחימה אינו תופעה ייחודית ללחימת צה"ל בטרור הפלסטיני, אלא מדובר במושכלת יסוד של כל לחימה. לעניין זה ראו הרחבה בפרק ו'.

נמצא, כי הנתונים המספריים המצויים בידי צה"ל הם, אם כך, נתונים שלא ניתן כלל לערוב לדיוקם ולאמינותם.

מהטעמים המפורטים לעיל, אף אין יכולת לפלח את הנתון האמור לקבוצות משנה, לפי זהות ההרוגים (פעילי טרור מול אזרחים) או לפי נסיבות היפגעותם. נשוב ונדגיש, כי לא אחת מתברר כי מידע המתפרסם בצד הפלסטיני בהקשרים אלה הוא מטעה ומגמתית. הדוגמא המפורסמת לכך היא המיתוס השקרי שניסו גורמים פלסטינים ליצור ביחס ללחימת צה"ל במחנה הפליטים בג'נין במהלך מבצע "חומת מגן" בחודש אפריל 2002. לפי פרסומים פלסטינים רשמיים, ואמירותיהם של ראשי ההנהגה הפלסטינית, במחנה זה "נטבחו" כביכול מאות אזרחים פלסטינים בידי צה"ל. בפועל, בבדיקות שנערכו על-ידי ארגונים בין-לאומיים, נמצא כי טענות אלה היו חסרות שחר ומספר הפלסטינים שנהרגו במהלך הלחימה במקום עמד על 52 (הדברים מופיעים בדו"ח מזכ"ל האו"ם שהתפרסם ביום 1.8.02). ידוע גם, והדבר מופיע במקורות פלסטינים, כי מרביתם המוחלטת של ההרוגים במקום היו פעילי טרור. דוגמא זו ממחישה עד כמה לא ניתן להסתמך על נתונים שמספק הצד הפלסטיני לגבי זהות ההרוגים ומספרם.

57. הנתון הברור היחיד הינו אפוא הנתון שהובא לעיל, המלמד כי עד כה טיפלה הפרקליטות הצבאית, במהלך אירועי הלחימה, בלמעלה מ-800 תיקים, שבהם נבחן החשד כי חיילי צה"ל גרמו למוות או פציעה של פלסטינים כתוצאה מירי לא חוקי.

כאשר צוין כי מקרה מסוים טופל, הכוונה, ככלל, לכך שביחס למקרה התקיים תחקיר מבצעי; כי תחקיר זה, לצד חומר נוסף ביחס לאירוע, נבחן על-ידי הפרקליטות הצבאית; וכי לאחר בחינת מכלול החומר התקבלה בפרקליטות החלטה קונקרטיית, לאחר הפעלת שיקול דעת פרטני, בדבר הצורך או אי-הצורך בפתיחת חקירה פלילית ביחס למקרה.

58. מאז פרצה הלחימה בטרור הפלסטיני, נפתחו, נכון לסוף חודש יוני 2004, למעלה מ-515 חקירות מצ"ח ביחס לעבירות שונות שיוחסו לחיילים במהלך פעילות צה"ל באיו"ש ובאזח"ע (ירי, אלימות, גניבה, פגיעה ברכוש וכיו"ב).

מתוך סך המקרים האמורים, כ-80 חקירות נפתחו בחשד לכך שחיילי צה"ל הרגו או פצעו, באמצעות ירי שלא כדין, פלסטינים באיו"ש או באזח"ע.

בנוסף, למעלה מ-200 חקירות נפתחו בחשד לכך שחיילי צה"ל הפעילו אלימות באמצעים אחרים (היינו שלא באמצעות ירי) נגד פלסטינים.

במרבית המקרים שבהם עלה חשד או נטענה טענה לביצוע ירי לא חוקי, ההוראה בדבר פתיחת החקירה התקבלה לאחר בחינת חומר התחקיר המבצעי וחומר נוסף. עם זאת, היו גם מקרים, שבהם ההוראה בדבר פתיחה בחקירה פלילית התקבלה באופן מיידי, עוד

בטרם נערך תחקיר מבצעי או במקביל לעריכתו, שכן המקרה על פניו עורר חשד ממשי להתנהגות פלילית. דוגמאות לכך יובאו בהמשך.

59. כפי שהובהר בהרחבה לעיל, פתיחה בחקירת מצ"ח בנסיבות לחימתיות, ובפרט כאשר החשד הוא לעבירת התרשלות ולא לעבירות שבהן קיים יסוד נפשי של כוונה, הינה בבחינת חריג ויש לה משמעויות מרחיקות לכת. על רקע זה ברור כי יש לדחות מכל וכל את טענת העותרים, לפיה הצבא כמעט שאינו מקיים חקירות פליליות בגין חשדות שכאלה. הדברים מתחדדים פי כמה כאשר נערכת בנושא זה השוואה לפרקטיקה של צבאות אחרים בלחימה, אשר תתואר בהרחבה בפרק ו' להלן.

60. **עוד ראוי לציין, כי מעבר למקרים שטופלו בערוצים הפליליים, קיימים מקרים רבים בהם ננקטו על-ידי מפקדים צעדים פיקודיים ומשמעתיים ביחס לחיילים שביצעו ירי תוך חריגה מהנורמות המחייבות בצה"ל. גם נתון זה יש לקחת בחשבון בעת בחינת מכלול הנושא.**

כדי להמחיש את הנושא בו עסקינן, ולא רק מבחינה מספרית, יובאו להלן, בפרק הבא, דוגמאות קונקרטיות למקרים שונים שבהם הוחלט לפתוח או שלא לפתוח בחקירה פלילית.

6.ד. הצגת דוגמאות פרטניות

61. על מנת להמחיש את הפרקטיקה הנוהגת, שלגביה הרחבנו בפרקים הקודמים, נבקש להביא בפרק זה כמה דוגמאות לדרכי הבירור והחקירה ביחס לפעולות של צה"ל באזורי יהודה והשומרון ובאזור חבל עזה, במהלכן נפגעו פלסטינים מירי חיילים.

הדוגמאות יתייחסו לקטגוריות הבאות:

- א. מקרים בהם הוחלט לפתוח בחקירה פלילית לאחר שנערך קודם לכן תחקיר מבצעי ולאחר שהפרקליטות עיינה בחומר התחקיר ובחומר נוסף שהובא לעיונה.
- ב. מקרים בהם הוחלט שלא לפתוח בחקירה פלילית לאחר שנערך קודם לכן תחקיר מבצעי ולאחר שהפרקליטות עיינה בחומר התחקיר ובחומר נוסף שהובא לעיונה.
- ג. מקרים בהם הוחלט לפתוח בחקירה פלילית מבלי להמתין לעריכת תחקיר מבצעי.

6.ד.1. דוגמאות לפתיחה בחקירה פלילית לאחר עיון בתחקיר מבצעי**א. מותה של ריחאנה אל קילאני ביום 9.12.02 בעיר שכם.**

62. במקרה זה הגיעה לפרקליטות תלונה של ארגון "בצלם" בה נטען כי ביום 9.12.02, בעיר שכם, פתחו חיילי צה"ל באש לעבר מונית בה נסעו ארבעה פלסטינים וכי כתוצאה מן הירי נפגעה ריחאנה אל-קילאני ונהרגה.

מתחקיר האירוע, שהועבר לפרקליטות הצבאית, עלה, כי ביום האירוע ביצע כוח צה"ל, אשר כלל טנק ורכב משוריין, פעילות שתכליתה היתה לאכוף את העוצר שהוטל על העיר שכם. במהלך פיטרול בעיר, זיהה הכוח שתי מוניות. אחת מן המוניות הסתובבה ונמלטה מהמקום ואילו השנייה נעמדה בצד. הטנק התקרב אל המונית שנעצרה ונעמד לצדה, ולאחר שהחלו לפתוח את מדפי הטנק החלה המונית לברוח במהירות לאחור. בתגובה, הורה מפקד הטנק לבצע ירי צרור קצר מן המא"ג לכיוון מצוק, בהיסט מן המונית. המונית נעצרה, וכשהתקרב הטנק לעברה פעם נוספת, החלה שוב לברוח. בתגובה, בוצע – על פי ממצאי התחקיר – ירי שלא מתוך מטרה לפגוע במונית, אך ככל הנראה, בשל טעות מקצועית, פגע הצרור במונית וגרם למותה של ריחאנה אל-קילאני.

ממצאים אלה העלו חשד כי הירי בוצע בניגוד להוראות הפתיחה באש המחייבות, וכן כי הירי שגרם למותה של ההרוגה בוצע באופן רשלני, ועל כן הוחלט על פתיחה בחקירת מצ"ח. החקירה בתיק זה הסתיימה לאחרונה ובימים אלה נבחנים ממצאיה על ידי הפרקליטות הצבאית.

ב. ירי טנקים בג'נין לשם אכיפת עוצר ביוני 2002.

63. ביום 21.6.02 נהרגו ארבעה פלסטינים חפים מפשע, שלושה מהם ילדים, וכן נפצעו פלסטינים נוספים, כתוצאה מירי מקלעים ופגזים אשר בוצע על ידי כוח שריון צה"לי לעבר אזרחים אשר היו בשוק בעיר ג'נין. הפרקליטות קיבלה את ממצאי התחקיר המבצע שבוצע בנדון ובחנה את התיק.

מתחקיר האירוע עלה, בין היתר, כי כוח צה"ל אשר הבחין בהפרת עוצר בעיר ג'נין בעת שהיה בדרכו החוצה מהעיר לאחר פעילות מבצעית, ביצע ירי "הרתעה" של מקלעים ופגזים. הירי בוצע בהעדר אמצעים לאכיפת העוצר ועל פי התחקיר הירי לא כוון לעבר אנשים אלא לעבר "חומות מפגע". כתוצאה מירי זה נהרגו, ככל הנראה, ארבעה פלסטינים, ופלסטינים נוספים נפצעו. התחקיר העלה חשד כי הירי בוצע בניגוד לכללי הפתיחה באש המחייבים את החיילים.

לאחר בחינת ממצאי התחקיר וחומר נוסף שהגיע בנדון, הוחלט על פתיחה בחקירת מצ"ח לבדיקת נסיבות האירוע.

בעקבות בחינת ממצאי החקירה, הוגשו שני כתבי אישום, אחד נגד המג"ד ואחד נגד קצין בדרגת סגן, המייחסים לכל אחד מן השניים עבירה של גרימת מוות ברשלנות (לקצין השני יוחסה בנוסף גם עבירה של פציעה בנסיבות מחמירות). משפטים אלו תלויים ועומדים.

ג. נסיבות מותו של מוחמד זייד בכפר נזלת זיד ביום 4.10.02.

בתלונות אשר הועברו אל הפרקליטות הצבאית נטען, כי ביום 4.10.02, בכפר נזלת זיד, זמן קצר לאחר שהוכרז על הטלת עוצר, נורה מוחמד זייד, בעת שהביט החוצה מבעד לחלון בית בו שהה.

מתחקיר האירוע עלה, כי ביום האירוע, במהלך ניסיון לפיזור הפרת סדר בכפר נזלת זיד, נהרג נער פלסטיני כתוצאה מירי שביצע סגן מפקד הגדוד (להלן: "הסמג"ד"). מהתחקיר עלה, כי הסמג"ד, שרצה לבצע ירי "הרתעה" לכיוון המפגינים, כיוון את נשקו אל קיר בית מאוכלס, סמוך למרפסת בה נמצא אותה עת הנער, וירה לכיוון הקיר. עוד עלה, כי קודם לביצוע הירי האמור, ביצע הסמג"ד ירי של כדור אחד לאוויר.

תחקיר זה העלה חשד כי הירי בוצע תוך חריגה מכללי הפתיחה באש הקיימים, ועל כן הוחלט על פתיחה בחקירת מצ"ח.

בעקבות בחינת ממצאי החקירה, הוגש נגד הסמג"ד כתב אישום המייחס לו עבירה של גרימת מוות ברשלנות. לאחרונה הורשע הסמג"ד במיחוס לו בכתב האישום ועונשו נגזר למאסר בפועל והורדה בדרגה.

ד. נסיבות מותה של פאטמה עובייד ביום 3.12.02.

64. ביום 3.12.02 נפגעה פאטמה עובייד בת ה- 95 מירי חיילי צה"ל, בעת שישבה במושב האחורי של מונית, אשר נסעה בסמוך לצומת סורדא באיו"ש.

בעקבות האירוע נערך תחקיר מבצעי אשר סוכם על-ידי אלוף פיקוד המרכז וממצאיו הוצגו לרמטכ"ל. ממצאי התחקיר עלה כי מדובר בירי שנורה לעבר רכב שעקף מחסום. הירי כוון לעבר הגלגלים אולם פגע למרבה הצער בקשישה.

ממצאי התחקיר הועברו לפרקליטות וזו החליטה להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח.

בעקבות בחינת ממצאי החקירה הוחלט על הגשת כתב אישום נגד החייל היורה, המייחס לו עבירה של גרימת מוות ברשלנות. התיק עדיין תלוי ועומד.

ה. טענות בדבר ויזוא הריגה במחבלים פלסטינים ביום 6.11.01.

65. בפנייה שהגיעה מארגון הצלב האדום נטען, כי חיילי צה"ל מנעו מצוות של הסהר האדום הפלסטיני להגיש עזרה ראשונה לפצועים פלסטינים שנפגעו במהלך חילופי אש עם כוח צה"ל, ביום 6.11.03, סמוך לכפר תל. בנוסף השתמע מן הדברים אשר נטענו בפנייה, כי חיילי הכוח הרגו, בהוראת קצין בכיר, את הפלסטינים הפצועים, לאחר שהיו נתונים כבר במשמורתם של החיילים. כל זאת, כביכול, לאחר שנודע לחיילים, כי במהלך הקרב אשר נוהל קודם לכן עם אותם מחבלים, נהרג מפקדם, סרן (מיל') איל סלע ז"ל.

הפרקליטות עיינה בתחקיר האירוע ומצאה כי התחקיר אינו מבסס כלל את הטענות האמורות. אף על פי כן, עקב חומרת הטענות שנטענו בנושא, מונה קצין בודק בדרגת תת-אלוף, שסמכותו מקבילה לסמכות מצ"ח לפי החש"צ, לצורך בירור נסיבות האירוע. **מינוי זה מקביל למתן הוראה על פתיחה בחקירת מצ"ח.**

מהחקירה שערך הקצין הבודק עלה, כי שלושת המחבלים נהרגו מירי של החיילים במהלך חילופי האש, דהיינו בעיצומו של הקרב, ואין שחר לטענה כי המחבלים נורו בהיותם נתונים במשמורתם של החיילים. עוד עלה מהחקירה, כי איש מן החיילים שהיו מעורבים בקרב לא ידע באותה עת על מותו של הקצין, ולכל היותר חלק מן החיילים חשדו כי מצבו קשה. לפיכך הוחלט שאין מקום להגיש כתב אישום נגד מאן דהוא בפרשה זו.

ד.6.2. דוגמאות להחלטות על אי-פתיחה בחקירה פלילית לאחר בחינת התחקיר המבצעי

א. נסיבות מותו של ריאד נאיף חסין עליאן ביום 9.9.02 באזור צומת ביתוניא.

66. בפנייה שהגיעה מאת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ביחס לעניין זה נטען, כי ריאד נאיף חסין עליאן עבד כקצין מודיעין במשרד המצוי בקרבת צומת ביתוניא. לפי הנטען, ביום 9.9.02 כיתרו חיילי צה"ל תחנת מודיעין פלסטינית בה היה מוצב, פתחו באש, מסיבה לא ידועה, לכיוונו ולכיוון שלושה אנשים ששהו במחיצתו, וגרמו למותו.

עיון בתחקיר המבצעי שנערך בעניין העלה, כי ביום האירוע ערך צה"ל מבצע לתפיסתם של מחבלים מבוקשים באזור ביתוניא, לנוכח מעורבותם של אותם מבוקשים בביצוע פיגועים נגד ישראלים. במהלך הפעולה נפגע ריאד נאיף חסין עליאן, ראש התנזים בג'לזון, אשר יוחסה לו מעורבות בפעילות צבאית כנגד ישראל. הלה נפטר לאחר שפונה לבית החולים. כן נפגעו במהלך הפעולה שני מבוקשים נוספים, אשר היו חברים בחוליות אשר ביצעו מספר רב של פיגועי ירי.

בתחקיר המבצעי נמצא, כי שלושת המבוקשים הנ"ל, אשר נשאו עמם אמל"ח, ניסו להימלט מהמקום. כוח צה"ל ביצע ירי אזהרה לאוויר, ואף קרא לשלושה לעצור. משלא שעו לקריאות הכוח, בוצע לעברם ירי. במהלך סריקות שבוצעו לאחר האירוע, נתגלו אמצעי לחימה, ובכללם אקדח, מספר מחסניות ומכשירי קשר.

לאור כל האמור, הוחלט שאין מקום לפתוח בחקירה פלילית לבדיקת נסיבות האירוע.

ב. נסיבות מותה של סמיה זידאן, ביום 17.5.02.

67. בתלונה שהגיעה לפרקליטות נטען כי סמיה זידאן נהרגה ללא כל עילה ביום 17.5.02.

מתחקיר שנערך לבירור נסיבות מותה של סמיה זידאן עלה, כי ביום 17.5.02, בשעות הצהריים, נסעו גיפ ושני נגמ"שים, בשיירה, במהלך סיור מבצעי סמוך לכפר שוויכה שבאזור טול כרם. במקום היו כלי רכב נוספים, אשר נסעו באיטיות במרחק מה מן הסיור.

לפתע, הגיח מאחורי השיירה, תוך כדי תאוצה, רכב פרטי מסוג "סובארו" (להלן: "הרכב") בעל לוחית זיהוי ישראלית צהובה (ברכב זה נסעה סמיה זידאן). הרכב התקדם לעבר הנגמ"ש הראשון והחל לעקוף אותו מצד שמאל. במהלך העקיפה סימן הנגמ"ש השני לרכב לעצור ולרדת לשוליים, אך למרות זאת הרכב המשיך בנסיעתו, והחל בעקיפת הנגמ"ש השני על שולי הכביש הימני, תוך שהוא נצמד אליו. הכוח בתגובה, לאחר שהרכב לא שעה לפנייתו, ביצע ירי הרתעתי לכיוון גלגליו האחוריים של הרכב, וככל הנראה אחד הכדורים ניתז מהכביש ופגע במכונית.

עוד עלה מהתחקיר, כי התקרית אירעה במקום שבו ניתנה לכוחות התראה קונקרטיים בדבר הימצאותו של רכב העשוי להיות רכב תופת. כן נמצא, כי כשלושה שבועות טרם האירוע, התקרב רכב אזרחי לסיור מבצעי שנסע באותו אזור וביצע ירי לעברו. בנוסף נמצא, כי הימצאותו של רכב נושא לוחית זיהוי ישראלית במקום, הינו אירוע נדיר, אשר מטבע הדברים הגביר את חשדו של הכוח כלפי כוונות נוסעי הרכב.

בעקבות עיון בממצאים האמורים הוחלט, כי על אף סופו הטראגי של האירוע, פעילותו האמורה של הכוח הצבאי – שביצע במקום פעילות מבצעית בתנאי אי ודאות - לא העלתה חשד לביצוע עבירה פלילית, ועל כן הוחלט כי אין מקום לפתיחתה של חקירה פלילית.

ג. נסיבות מותו של מוחמד אשור ביום 26.12.02 בשכם

68. בפניית הועד הציבורי נגד עינויים בישראל שהגיעה ביחס לעניין זה נטען, כי כוחות צה"ל פרצו לבתים בעיר ופתחו באש לעבר עוברים ושבים. עוד נטען ביחס לאירוע זה, כי במהלכו נורה מוחמד אשור בעת שהיה בדרכו לבית ספרו, וכי כתוצאה מירי זה נהרג.

מתחקיר האירוע עלה, כי ביום 26.12.02 נערך ע"י כוחות צה"ל מבצע למעצר מחבלים בעיר שכם. במהלך המבצע, התפתחו הפרות סדר קשות בעיר אשר כללו זריקות אבנים, השלכת בקבוקי תבערה ואף ירי לעבר כוחות צה"ל.

במהלך המבצע, בוצע ירי לעבר שני מחבלים אשר סיכנו את חיי כוחות צה"ל: מחבל אחד חמוש, שירה לעבר הכוחות, ומחבל אחר שזוהה עם בקבוק תבערה. כתוצאה מן הירי נהרגו שני המחבלים.

בחינת הפרקליטות העלתה, כי אין ראיות לכך שנהרג אדם נוסף באירוע וככל הנראה מוחמד אשור היה אחד משני המחבלים שנהרגו. כך עלה, בין היתר, גם מפרסומים שפורסמו בעיתונות המקומית.

לאור האמור, הוחלט שאין מקום להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח לבדיקת נסיבות האירוע.

ד. נסיבות מותו של אחמד ראדון ביום 21.9.02, בטול כרם.

69. בפניית הועד הציבורי נגד עינויים בישראל בעניין זה נטען, כי אדם בשם אחמד ראדון נורה בראשו בעיר טול כרם על ידי כוחות הבטחון.

מתחקיר האירוע עלה, כי בשעות הלילה המאוחרות של יום ה - 21.9.02, זוהתה תהלוכה של כמאה פלסטינים, אשר עשו דרכם ממרכז העיר טול כרם לכיוון בסיס מג"ב

בעיר. תוך כדי צעידתם של המקומיים לכיוון הבסיס, נשמעו מצידם צעקות וכן נורו יריות מעל הבסיס. כוח צה"ל ביצע בתגובה לאיום זה ירי של כדור בודד לעבר אחד החמושים אשר אותר בקהל וזיהה פגיעה. אלא שהירי לא עזר והתהלכה המשיכה לנוע במהירות לעבר הבסיס אף לאחר הירי האמור. לפיכך ביצע כוח צה"ל ירי נוסף לעבר חמוש אחר שזוהה בקהל. כתוצאה מירי זה נפצע החמוש ופונה על ידי ההמון לאחת הסמטאות.

מהתחקיר עלה כי ככל הנראה, אחמד ראדוון היה אחד מן החמושים שזוהו בתהלכה ונורו על ידי כוחות צה"ל. לפיכך, בהתחשב בעובדה כי הירי שבוצע היה ירי חוקי בנסיבות העניין, הוחלט שלא לפתוח בחקירה פלילית לבירור נסיבות האירוע.

ד.6.3. דוגמאות לפתיחה בחקירה פלילית מבלי להמתין לעריכת תחקיר מבצעי

א. חקירת נסיבות מותו של נביל אחמד ג'ראדאת ביום 8.6.03.

70. נביל אחמד ג'ראדאת נהרג בכניסה לכפר אל-יאמון שבאיו"ש, שעה שנסע ברכב בצוותא עם שבעה מבני משפחתו. לפי הנטען, מנע טנק צה"ל את כניסת כלי הרכב לכפר, ולפיכך בחר הנהג לסטות מן הכביש ולנסוע דרך השדות. שעה שהרכב היה במרחק 400 מטרים מהטנק, נפתחה - לפי הנטען - אש מהטנק לעברו, ממנה נפגע ג'ראדאת בראשו, פציעה שגרמה למותו. בהתחשב בעובדה שעל פני הדברים לא נשקפה כל סכנה לחיילים והם היו מודעים לכך שמדובר באזרחים, הוחלט לפתוח במקרה זה חקירת מצ"ח באופן מיידי לצורך בירור נסיבות האירוע. החקירה הסתיימה ובימים אלה נבחנים ממצאיה בפרקליטות הצבאית.

ב. חקירת נסיבות מותו של הנער מוראד עוואיסא ביום 31.3.02.

71. בפנייה שהגיעה לארגון "בצלם" נטען, כי ביום 31.3.02 נכנס כוח צה"ל, בשעות הצהריים, לבית משפחת עוואיסא ברמאללה, ולקח עמו את מוראד בן ה-17 לאחד מחדרי הבניין. בשעות הערב, כך נטען, נשמעו קולות ירי, והחיילים מסרו כי מוראד מת.

לנוכח חומרת הפנייה - טענות בדבר ירי בעציר שהיה במשמורת צה"ל - הוחלט על פתיחה מיידידת בחקירת מצ"ח. גם בתיק זה החקירה הסתיימה אולם לאחר בחינת התיק בפרקליטות הצבאית נשלח התיק להשלמת חקירה.

ג. חקירת נסיבות מותו של הפעוט, מוחמד ג'וודאת, ביום 25.7.03.

72. ביום 25.7.03 נגרם מותו של הפעוט מוחמד ג'וודאת כתוצאה מצרור יריות שנפלט מנשק במחסום של צה"ל. לנוכח מהות המקרה, הוחלט על פתיחה מיידידת בחקירת מצ"ח. החקירה הסתיימה ובעקבות בחינת התיק בפרקליטות הצבאית הוחלט על הגשת כתבי אישום נגד שני קצינים באשמת גרימת מוות ברשלנות. התיק תלוי ועומד.

ד.6.4. סיכום הדוגמאות

73. בפרק זה הובאו דוגמאות מסוגים שונים, לדרכי פעולת הפרקליטות הצבאית בנושא דנן. דוגמאות אלה, ורבות אחרות שלא הובאו מטעמי קוצר היריעה, ממחישות בבירור, כי אין מנוס מלהחליט בכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו, כפי שהוסבר בהרחבה לעיל.

7.ד. התייחסות למקרים שהובאו על-ידי העותרים

74. במסגרת העתירה מביאים העותרים ששה מקרים שבהם לא נפתחה חקירה פלילית, המדגימים, לטענתם, את הצורך בפתיחת חקירות פליליות ביחס לנסיבות מותם של אזרחים ואת העוול שנעשה בכך שבמקרים אלה לא נפתחה חקירה פלילית.

מלכתחילה, ביקשו העותרים, במסגרת הראש הראשון לעתירה, כי המשיבים יחוייבו להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח בכל ששת המקרים הללו. אלא שבהחלטת בית המשפט העליון מיום 31.12.03 נמחק הראש הראשון לעתירה, ולפיכך אין כל צורך להתייחס למקרים אלה לגופם.

למרות זאת, למעלה מן הנדרש, תבקש המדינה להתייחס, **בקצרה בלבד**, לגופם של כל אחד ואחד מן המקרים.

75. כבר בפתח הדברים חשוב לציין, כי העותרים בחרו להם, לפי נוחותם, ששה מקרים האמורים לייצג, לגישתם, את הפגמים הקשים ביותר, הקיימים במדיניות החקירות הנוהגת. העותרים בחרו שלא להתייחס למקרים רבים אחרים, בהם מנוהלות חקירות פליליות. הם אף בחרו שלא להתייחס למקרים נוספים, בהם ברור כי הגם שנפגעו אזרחים חפים מפשע, אין כל הצדקה ואין כל מקום לפתיחה בחקירה פלילית. עם זאת, גם בהתחשב בגישתם המגמתית והלא-מאוזנת של העותרים, אין בתמונה העולה מהמקרים שהוצגו על-ידם כדי לתמוך בעתירתם, וכדי להבהיר זאת נבקש להתייחס למקרים אלו לגופם. לטעמנו, ההחלטות שהתקבלו במקרים אלה היו מוצדקות, ועל כן אין במקרים אלה המפורטים בעתירה, כדי לתמוך בסעד הכללי והגורף המבוקש בעתירה. מכל מקום, אף אם יסבור הסובר כי במקרה זה או אחר ההחלטה שהתקבלה היתה שגויה, עדיין אין בכך כדי להוביל למסקנה הגורפת שאותה מבקשים העותרים להסיק, ולפיה תהיה הפרקליטות חייבת בכל מקרה שבו מת אדם לפתוח בחקירה פלילית, ללא הפעלת שיקול דעת פרטני וללא התייחסות לנסיבות הפרטניות של כל מקרה ומקרה.

להלן נתייחס אפוא למקרים כסדרם. סדר ההתייחסות למקרים יהיה לפי סדר הופעתם בעתירה (ראו סעי' 5-11 לעתירה).

א. **מקרה מותו של אמג'ד עבד אל-האדי ג'בור**

76. בעניין נסיבות מותו של אמג'ד עבד אל-האדי ג'בור התקבלה החלטה בדבר פתיחה בחקירת מצ"ח ביום 22.10.03, וזאת מספר ימים לפני הגשת העתירה.

מדובר במקרה שבו נעצר פעיל טרור בידי כוח של צה"ל. בהמשך, לאחר שהעצור נמלט מהמקום שבו הוא הוחזק, תוך הסרת האזיקון שבו נכפתו ידיו, הכוח שזיהה את הנמלט

קרא לו לעצור וביצע ירי אזהרה באוויר, ומשזה לא עצר – בוצע נוהל מעצר חשוד, וכתוצאה מירי זה נהרג מר ג'בור.

כפי שמציינים העותרים בעתירתם, אכן ההחלטה הראשונה שהתקבלה ביחס למקרה זה הייתה שלא לפתוח בחקירת מצ"ח. עם זאת, לאחר שהחומר שנאסף ביחס לאירוע (התחקיר הצה"לי ופניות של מספר ארגונים וגורמים שכללו עדויות ביחס לאירוע) נבחן בשנית, ולאחר שנערך הליך של התייעצות באלוף פיקוד המרכז (כאמור בסעיף 539א(ב)(4)(ב) לחש"ף), שונתה ההחלטה, והוחלט על פתיחה בחקירת מצ"ח. **כאמור, החלטה זו התקבלה עוד טרם הוגשה העתירה וללא כל קשר אליה.**

מקרה זה מלמד כי תשובת המדינה, לפיה במקרים המתאימים נפתחות חקירות מצ"ח, מבוססת היטב. כן הוא מעיד על כך שהמשיב אינו רואה עצמו חסין מביקורת ואינו מקובע בעמדותיו, ואינו פוטר משקילה נוספת של החלטותיו ואף משינויו, כשהדבר נדרש. כאשר בחינה והתלבטות נוספת הובילה למסקנה כי יש מקום לפתיחת חקירה, כך הוחלט וכך נעשה.

החקירה הסתיימה ובימים אלה נבחנים ממצאיה. מבחינה ראשונית עולה כי ממצאי החקירה שוללים, את הטענות שהביאו לפתיחת החקירה.

ב. **מקרה מותו של נידאל עבד א-ראוף אבו מח'סין**

77. בעניין מותו של נידאל מח'סין נערך בצה"ל תחקיר יסודי על-ידי קצינים בכירים, עד לדרגת תא"ל (מפקד אוגדה).

ממצאי התחקיר בצירוף חומר נוסף הועברו לפרקליטות הצבאית. ממצאים אלה הציגו תמונת מצב עובדתית מלאה ביחס לאירוע טראגי זה.

מהחומר עולה, כי במהלך פעילות של כוחות צה"ל ללכידת מחבל (פעילות שהיא לחימתית לכל דבר ועניין) הסתייעו הכוחות במר מח'סין, אשר התגורר בשכנות לביתו של המחבל, בכך שביקשו ממנו לעבור בין הבתים במתחם שבו שהה המחבל ולקרוא לדייריהם לצאת. זאת, על מנת למנוע, ככל האפשר, פגיעה בחפים מפשע.

הסתייעות זו נעשתה לאחר שהמפקדים בשטח העריכו, כי הסתייעות במר מח'סין לא תסכן את חייו. יש לציין, כי עובר לאירוע זה, היו מקרים רבים מאד של הסתייעות בתושבים מקומיים בנסיבות דומות, ובאף אחד מאותם מקרים לא נפגעו אותם תושבים. עובדה זו, כמו גם הערכת המפקדים ביחס להתפתחות המבצע בשטח, הובילה כאמור להערכה כי לא נשקפת סכנה לחייו של מר מח'סין.

למרבה הצער, במהלך האירוע נורו יריות לעבר מר מח'סין, ככל הנראה על-ידי המחבל עצמו, ומהן נגרם מותו הטראגי.

בניגוד לטענת העותרים, הנוהל בו השתמשו החיילים לא היה בלתי-חוקי והשימוש בו לא היה פסול בנסיבות המקרה.

לאחר שעובדות האירוע נבחנו בקפידה, בהתבסס על חומר רב שנאסף ביחס למקרה וזרה אור מלא עליו, התקבלה החלטה לפיה אין מקום להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח. מסקנה זו התבססה על מכלול נסיבות האירוע ובמיוחד על כך שהחיילים לא העריכו בפועל, ואף ולא יכלו להעריך – לאור נסיון העבר - כי כתוצאה מהאירוע ייגרם מותו של מר מח'סין.

בעקבות אירוע זה ואירועים נוספים, הופקו לקחים מבצעיים ובראשם חידוד הנסיבות בהן ניתן להסתייע בפעילות מבצעית בתושבים מקומיים, והדברים אף עוגנו בנוהל כתוב ומסודר. פירוט בענין זה מצוי בתשובות המדינה שהוגשו לבית משפט נכבד זה בבג"צ 3799/02.

מכל מקום, מטבע הדברים, ההחלטה לחדד הנהלים ולשנותם, אין משמעה שהיה מקום לפתיחת חקירה פלילית.

ג. מקרה מותה של פאטמה אבו ד'אהר

78. מקרה זה תוחקר בתחקירים יסודיים על-ידי קצינים בכירים בפקוד הדרום, עד לדרגת תא"ל. ממצאי התחקירים, בצירוף חומר נוסף ביחס לנסיבות האירוע, הועברו לבחינת הפרקליטות הצבאית.

מבחינת החומר עלה, כי מדובר באירוע שבו ירה כוח צה"ל לעבר דמות חשודה, אשר זוהתה כמחבל חמוש. המחבל זוהה באזור פרוזדור כיסופים בחבל עזה - ציר שבו נעים כלי רכב וכוחות ישראלים ושלאורכו בוצעו פיגועים רבים, אשר גבו קורבנות ישראלים רבים בנפש. הדמות זוהתה בשעה 00:25, כשהיא מסתתרת בסמוך למספר מבנים שהיו באזור הציר.

עם זיהוי הדמות החשודה, הכוח ביצע ירי לעברה, והיא נמלטה מהמקום. כשהכוח הגיע לעבר המקום בו נמצאה הדמות, נשמעו מאחד הבתים קולות זעקה, אשר הובילו לאשה פלסטינית, בת כ-85, אשר, למרבה הצער, נפגעה ברגלה מאחת היריות. האשה פונתה על-ידי חיילי הכוח לבית החולים "סורוקה" ונפטרה למחרת מפצעה. ככל הנראה, נפגעה האשה מאחד הקליעים שנורו לעבר המחבל שחדר לביתה. יש לציין, כי בעת הירי, האשה לא נצפתה על-ידי הכוח.

לאחר בחינת מכלול החומר ביחס לאירוע, הוחלט כי מדובר באירוע לחימתי מובהק, שבמהלכו החיילים פעלו כדין ובהתאם לכללי הפתיחה באש. לפיכך הוחלט כי אין מקום לפתיחה בחקירה פלילית נגד חיילי הכוח.

ד. מקרה מותה של פאטמה זקארנה ושני ילדיה

79. אירוע זה תוחקר על-ידי קצינים בכירים בצה"ל, עד לדרגת אלוף. ממצאי התחקירים, לצד חומר נוסף, הועברו לבחינת הפרקליטות הצבאית. התמונה העובדתית שעלתה מחומר זה ביחס לנסיבות האירוע הייתה מלאה ומפורטת.

ממכלול החומר עלה, כי מדובר באירוע שבו כוח צה"ל, אשר מנה טנק וכלי רכב משורין נוסף, נע על ציר באזור ג'נין. מדובר בציר מסוכן ביותר, שבו התרחשו פיגועים רבים, לרבות הנחת מטענים נגד כלי רכב של צה"ל.

במהלך הנסיעה, שמע צוות הטנק קול פיצוץ חזק ובמקביל, התרומם הטנק באוויר. מפקד הטנק, שהיה בעל ניסיון צבאי רב ונטל חלק בעבר באירוע בו עלה טנק על מטען, הבין את מצב הדברים כעליית הטנק על מטען חבלה. לתובנה זו תרמה העובדה כי זחל הטנק התפרק לשלושה חלקים. בדיעבד, בתיחקור לאחר האירוע, הסתבר כי הטנק "פרס" למעשה זחל, ולא עלה על מטען. מידע זה לא היה בידי הכוח בזמן אמת, והחיילים היו בטוחים כי עלו על מטען (תופעות כגון התרוממות הטנק אינן צפויות בעת פריסת זחל). טעות זו נראתה כטעות כנה וסבירה.

הכוח שהיה בטנק, זיהה לאחר הפיצוץ מספר דמויות בורחות בשדה סמוך, במקום שבו אמורים היו להימצא מניחי המטען. בתגובה, בוצע על-ידי החיילים ירי הרתעתי באוויר, שמטרתו לאפשר לאנשים חפים מפשע להימלט מן המקום. הדמויות המשיכו לנוע בצורה חשודה, ולפיכך ביצע הכוח, שהיה משוכנע כי מדובר במחבלים, ירי מדויק לעבר הדמויות שהסתתרו בסבך.

בעקבות הירי וכתוצאה ממנו, התרחשה תוצאה טראגית וקשה - נגרם מותם של גברת פאטמה זקארנה ושני ילדיה.

חרף תוצאתו הקשה של האירוע, בחינתו המדוקדקת הביאה למסקנה כי הנחתו של מפקד הטנק, לפיה הטנק נפגע ממטען, ופעולת הכוח בעקבות הנחה זו, לא חרגו ממתחם הסבירות המצופה מפעילות כוח צבאי באזור ובתנאים בו הוא פעל. יודגש, כי ממכלול החומר עלה כי מדובר בפעילות לחימתית מובהקת, באזור מסוכן ביותר ולאורך ציר בו הונחו מטענים בעבר.

אשר על-כן בגין מכלול נסיבות האירוע הוחלט כי אין מקום לפתיחה בחקירה פלילית.

יש לציין, כי בניגוד לטענת העותרים, אין מדובר במקרה שבו בוצע "נוהל מטען" ויריות לא נורו לכל עבר, אלא בפועל בוצע ירי באוויר ולאחר מכן, לעבר דמויות חשודות בלבד.

עוד נציין, כי בעקבות האירוע הופקו לקחים מבצעיים חשובים, שלא כאן המקום לפרטם.

ה. מקרה מותו של טאהר עבדו

80. אירוע זה תוחקר על-ידי קצינים בכירים בצה"ל. ממצאי התחקירים, לצד חומר נוסף, הועברו לבחינת הפרקליטות הצבאית. התמונה העובדתית שעלתה מחומר זה ביחס לנסיבות האירוע הייתה מלאה ומפורטת.

ממכלול החומר עלה, כי כוח כוננות של צה"ל אשר פעל באזור בית אומרין, הוקפץ למקום האירוע על רקע ידיעה מודיעינית קונקרטיית בדבר חשש ליציאת מפגע לישראל מהעיר שכם.

כאשר הגיע הכוח למקום, במטרה למנוע מעבר של תושבים פלסטינים, הגיעו לאזור 3 תושבים, אשר ניסו לעקוף את המחסום שהוקם על-ידי הכוח באמצעות מעבר במטע סמוך. השלושה, אשר עוררו את חשד החיילים, לא עצרו אף לאחר שהחיילים קראו להם לעצור ואף הגבירו את קצב הליכתם.

בשלב מסוים, אחד החיילים החל לרדוף אחר שלושת התושבים וקרא להם לעצור. שניים עצרו, בעוד השלישי המשיך לברוח, דבר שהגביר את חשדם של החיילים. בהמשך, ביצעו החיילים נוהל מעצר חשוד, במהלכו נורו יריות באוויר ולאחר מכן לעבר רגליו של התושב. כתוצאה מירי זה הוא נפגע.

יש לציין, כי חיילי צה"ל הגיעו אל התושב, אשר שכב על הקרקע וניסו להעניק לו טיפול רפואי. הלה התנגד נמרצות, ולאחר מספר ניסיונות נאלצו החיילים להסתפק בהנחת תחבושת על פצעו. כעבור כעשר דקות פונה התושב מהמקום לצורך קבלת טיפול בבית החולים, שם נפטר מאוחר יותר מפצעיו.

חרף תוצאתו הקשה של האירוע, בחינה מדוקדקת של מכלול נסיבותיו (לרבות ההתרעה המודיעינית, התנהגותו של התושב המקומי, הפעולות שנקטו טרם ביצוע הירי וכיו"ב), הביאה למסקנה כי אין חשד לביצוע עבירה פלילית על-ידי החיילים.

ו. מקרה מותו של ראמי אבו שאב

81. גם ביחס למקרה זה נערכה שורה של תחקירים בצה"ל על-ידי קצינים בכירים, וממצאי התחקירים אף הוצגו לרמטכ"ל.

מלוא חומר התחקירים וחומר נוסף המתייחס לאירוע הועברו לפרקליטות הצבאית. יש לציין, כי חומר זה כולל קלטת וידאו, המתעדת בצילום ובקול, בצורה ברורה, את האירוע מראשיתו ועד סופו.

מבדיקת החומר הנוגע לאירוע התברר כי כוח צה"ל זיהה דמות חשודה, אשר התקרבה למרחק של כ- 100 מטר מגדר המערכת הביטחונית באזור חבל עזה, כשהיא נושאת שק בידה. מדובר באזור שבו בוצעו פיגועים רבים בעבר נגד כוחות צה"ל ואזרחים ישראלים, ושהכניסה אליו אסורה לתושבים פלסטינים - דבר הידוע היטב לאוכלוסייה הפלסטינית ולגורמי הרשות הפלסטינית. יש לציין, כי במקום שבו נצפתה הדמות החשודה, נצפו דמויות החשודות כמחבלים לילה קודם לכן, **והייתה התרעה מודיעינית נקודתית בדבר פעילות חבלנית צפויה במקום.**

הכוח שזיהה את הדמות החשודה, האוחזת בשק, סבר כי מדובר במחבל, המצוי בדרכו לביצוע פיגוע, ככל הנראה במתווה של הנחת מטען. בנסיבות האירוע, הערכה זו הייתה כנה וסבירה. בתגובה בוצע ירי לעבר הדמות, אשר הסתתרה מאחורי אחד השיחים שהיו במקום. אל הזירה הוזעק טנק של צה"ל, אשר הצטרף לירי לעבר הדמות החשודה.

בשלב מסוים של הירי שכוון לעבר הדמות החשודה, הגיח לזירת האירוע רוכב על סוס, שנע לאורך ציר מאחורי הדמות החשודה. בקלטת הוידאו ניתן להבחין בבירור כיצד רוכב זה נפגע מהירי שכוון לעבר הדמות החשודה, לאחר שנקלע לקו האש.

בחינה של מכלול נסיבות האירוע העלתה כי מדובר באירוע מבצעי לחימתי שאינו מעלה חשד להתנהגות פלילית של מי מהמעורבים, ועל כן הוחלט שלא לפתוח בחקירה פלילית. עם זאת, הופקו לקחים מבצעיים מן האירוע, שלא כאן המקום לפרטם.

סיכום ההתייחסות למקרים שבעתירה

82. כעולה מכל האמור לעיל, כל האירועים המובאים בעתירה תוחקרו בתחקירים מפורטים, שנערכו על-ידי קצינים בכירים ביותר, והציגו תמונה עובדתית מפורטת של נסיבות האירוע. בכל אחד מהמקרים נמסר חומר התחקיר, לפרקליטות הצבאית, לשם קבלת החלטה בדבר הצורך בפתיחת חקירה פלילית. חומר זה נבחן בפרקליטות יחד עם כל חומר נוסף שהגיע אליה, כגון תלונות, עדויות וכדומה.

באחד מהמקרים הוחלט על פתיחה בחקירה פלילית. בחמשת המקרים הנוספים, לאחר שנבחן ביסודיות החומר העובדתי שנאסף ביחס לאירועים, נמצא כי אין מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית.

יצוין, כי מקרים אלה התרחשו – רובם ככולם – **במהלך ביצוע פעילות מבצעית לחימתית** (מעצר פעיל טרור בכפר טובאס, ירי לעבר מחבל חמוש בציר כיסופים, טנק שנע בציר

מסוכן באזור ג'נין וחייליו היו בטוחים שעלו על מטען חבלה, מרדף אחר אדם שנחשד כמפגע, וירי לעבר דמות חשודה שנעה בשטח אסור לתנועה, בסמוך לגדר המערכת הביטחונית בעזה, כשבידה שק).

מעניין לציין, כי הגם שלטענת העותרים, רבים מההרוגים הפלסטינים נפגעו ב"פעילות שיטורית" (אכיפת עוצר, התמודדות עם הפגנות וכיו"ב), לא הובאו מקרים שכאלה בעתירה, ותחתם הובאו מקרים המתייחסים לאירועים שהיו בעלי סיכון ובעלי אופי לחימתי, כחלק מהתמודדות צה"ל באזורים עם הטרור.

כפי שכבר ציינו, לכאורה, העותרים בחרו את המקרים "הנוחים" ביותר מבחינתם, ובכך ביקשו לתאר תיאור מגמתי של מציאות החקירות. אלא שכעולה מכל שפורט לעיל, גם מקרים אלה אינם מוכיחים כי יש הצדקה להענות לדרישה הגורפת של העותרים.

מכל מקום, העתירה אינה מתייחסת לעשרות מקרים בהם נפתחו חקירות מצ"ח, וזאת גם ביחס לאירועים לחימתיים מובהקים, והעתירה אף אינה מתייחסת למקרים רבים אחרים, בהם הגם שנפגעו, לפי הטענה, אזרחים חפים מפשע, ברור כי לא היה כל חשד להתנהגות פלילית מצד חיילי צה"ל ולא הייתה כל הצדקה לפתיחה חקירה פלילית. מקרים אלה מוכיחים כי מוצדקת היא ההחלטה לפעול בכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו.

עוד נוסף, כי גם אם ניתן לחלוק על צדקת ההחלטה במקרה זה או אחר, עדיין, בודאי שאין בכך כדי להוביל למסקנה שיש לקבל את דרישת העותרים הגורפת והכוללנית.

83. להשלמת התמונה נבקש לציין, כי בפגישה שקיים הפצ"ר עם נציגי העותרים נמסר להם, באופן מפורש וברור, כי צה"ל והפרקליטות הצבאית מייחסים חשיבות לדיאלוג עם ארגוני זכויות אדם, וכי הם נכונים להיכנס לדיון ענייני ביחס לכל אירוע פרטני, שבו נטען כי נפגעו חפים מפשע והיה מקום לקיום חקירה פלילית - אך זו לא נפתחה. נמסר לעותרים, כי ההחלטה מתקבלת בכל מקרה לגופו, בצורה עניינית, מקצועית וחסרת פניות, וכי ניתן יהיה לדון עמם במקרים הפרטניים ולפרוש בפניהם את מערכת השיקולים. במקום לערוך ברור שכזה מול רשויות הצבא, העדיפו העותרים להגיש העתירה דן, ובה פרסו טענותיהם. לפיכך סברנו כי יש מקום להבאת התייחסות קצרה זו למקרים הפרטניים שהועלו בעתירה, וזאת למרות, שכאמור, הראש הראשון בעתירה, המתייחס למקרים אלה, **נמחק** כבר בעת הדיון הראשון בעתירה.

פרק ה': התייחסות המשפט הבין-לאומי לנושא הנדון בעתירה

84. כפי שצינו בפרקים הקודמים, מאז חודש ספטמבר 2000 מצוי צה"ל בלחימה קשה נגד הטרור הפלסטיני ופועל במציאות שיש להגדירה מבחינת היבטי משפט, מדיניות ועובדה, כ-"**עימות מזוין**". על לחימה זו חלים כללים ונורמות מתחום "**דיני הלחימה**" שבמשפט הבין-לאומי.

במסגרת פרק ג' ציינו, כי בנסיבות של לחימה, ובפרט לחימה בטרור המתרחשת באזורים צפופי אוכלוסייה, פגיעה באזרחים עלולה להיות חלק מתוצאות הלוואי הקשות של הלחימה. במשפט הבין-לאומי מבוססת היטב הקביעה, כי **העובדה שבזמן לחימה נפגע אזרח, אינה מהווה הוכחה - ולו לכאורית - לכך שבוצע פשע לחימה או לכך שהייתה התנהגות פלילית מצד החיילים המעורבים**. בכך שונה מצב הלחימה ממצב של שלום, ובכך שונה פעילות הלחימה מפעילות שיטורית רגילה.

ממילא, גם על פי המשפט הבינלאומי, לא חלה כל חובה שהיא לפתוח בחקירה פלילית, בכל מקרה שבו אזרח חף מפשע נפגע במהלך לחימה.

על מנת להבהיר את הדברים, נציג להלן מספר עקרונות מתחום המשפט הבין-לאומי, הנוגעים לסוגיה זו. העקרון המרכזי אליו נתייחס יהיה עקרון הפרופורציונליות, שהינו עקרון מפתח בתחום דיני הלחימה.

עקרון הפרופורציונליות

85. דיני הלחימה מתייחסים במפורש לאפשרות כי חפים מפשע יפגעו כתוצאה מהלחימה. הדבר בולט במיוחד במסגרת "עקרון הפרופורציונליות" (או המידתיות), שהוא עיקרון מרכזי בדיני הלחימה, ולפיו - פעולה צבאית היא מותרת כל עוד היתרון הצבאי הצפוי כתוצאה ממנה עולה על הפגיעה הצפויה בחפים מפשע.

הדברים מצאו ביטוי במאמרו של המלומד Stone:

"The doctrine of proportionality... accepts wartime civilian casualties as inevitable, but the doctrine of proportionality requires that civilian casualties inflicted by military strikes not be excessive in relation to the anticipated military advantage gained by the strike."

(ההדגשות הוספו - הח"מ)

R. W. Stone, "Protecting Civilians During Operation Allied Force: The Enduring Importance of the Proportional Response and NATO's Use of Armed Force in Kosovo", 50 Cath. U. L. Rev. 501, 504

כלומר, המשפט הבין-לאומי מקבל את העובדה כי במצבים מסוימים בלחימה, פגיעה באוכלוסיה אזרחית היא בלתי נמנעת, אולם דורש הוא שמירה על עקרון הפרופורציונליות.

לעניין זה נוסף ונפנה למלומד Green :

"Injury caused to civilians or civilian objects incidental to a legitimate attack against a military objective does not render the attack illegal." (ההדגשה הוספה - הח"מ)

Leslie C. Green, "The Contemporary Law of Armed Conflict" (2nd ed., 2000) 124

דוגמה נוספת לקביעה דומה, מצויה במדריך הצלב-האדום הבין-לאומי בעניין דיני הלחימה :

"... Military objectives do not cease to be legitimate objects of attack merely because of the presence of civilians or protected objects. Nevertheless, care must be taken to spare the civilian population and objects when attacking a legitimate objective."

How Does Law Protect in War?, Marco Sassoli & Antoine eds. (1999) 164-165, 167

כלומר - המשפט הבין-לאומי מניח כי קיימת אפשרות שפעילות לחימתית תפגע בחפים מפשע, ונקבע בו כי פגיעה זו אינה אסורה כל עוד היא פרופורציונלית לתועלת הצבאית שבפגיעה ביעד מסוים.

כל עוד הפגיעה מותרת על-פי הכללים הרלבנטיים של דיני המלחמה, היא איננה מהווה פשע מלחמה. בהקשר זה נפנה גם לדבריו של המלומד Kittichaisaree, לעניין פשע המלחמה של הריגה מכוונת (willful killing) :

"One study of post-WWII trials by the ICRC leads to the conclusion that the notion of 'willful killing' must be limited to those acts or

omissions contrary to existing treaty and customary law of armed conflict." (ההדגשה הוספה – הח"מ)

K. Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Oxford, 2001), 142

לפיכך, בהתאם למשפט הבין-לאומי, כל עוד הפגיעה באזרחים אינה מפרה את עקרון הפרופורציונליות, היא נחשבת חוקית על-פי דיני הלחימה. בהתאם, היא אינה מהווה פשע מלחמה, ואין גם מקום לחקור פגיעה זו בדרך של חקירה פלילית.

86. קושי נוסף המאפיין את הלחימה הוא חלקיות המידע המצוי בידי המפקדים, וחוסר יכולתם לחזות תמיד את התוצאות בפועל של החלטותיהם. עקב כך, היכולת לחזות בכל פעולה מי יהיו הנפגעים, מה תהיה זהותם, ומה יהיה מספרם - היא מוגבלת ביותר בעולם הלחימה. בנושא זה נעסוק בחלק הבא.

שדה הקרב - "ממלכת אי הודאות"

87. שדה הקרב כונה לא פעם "ממלכת אי הודאות" ורב בו הנסתר על הנגלה. הדבר הוא ממושכלות היסוד של עולם הלחימה, ועל כך כתב קלאוזוביץ, התיאורטיקן הגדול של המלחמה, בתרגום לעברית:

"המלחמה היא נחלת האקראיות... בשל אי-ודאות זו בכל המידע ובכל ההשערות, בגלל התערבות מתמדת זו של המקרה, ימצא תמיד איש המלחמה את פני הדברים שונים מכפי שציפה למוצאם".

(על המלחמה, מדריך קצר לקלאוזוביץ, הגאוניות במלחמה, עמ' 79)

ובהקשר אחר:

"... הדברים מגיעים עד כדי כך, שמעולם לא בוצע כל מבצע חשוב, מבלי שהמפקד ייאלץ לכבוש בקרבו ספקות חדשים, בשעה שהוא פותח בפעולה. ... זהו אחד הפערים הגדולים המפרידים בין תכנון לביצוע".

(על המלחמה, מדריך קצר לקלאוזוביץ, המידע במלחמה, עמ' 88).

למעלה מזאת, כדברי המלומד Wright:

"The battlefield assessments, even under the best of circumstances, would also be strongly colored by emotion and stress, and by imperfect

information and reasoning. In particular, to try to predict even the direct military advantage to be gained only by exposing a civilian population to some additional hazard is to risk drowning in unknown contingencies, unexplored alternatives, and disputable assessments of the value of the advantages in question.” (ההדגשות הוספו – הח"מ)

R. George Wright, “*Combating Civilian Casualties: Rules and Balancing in the Developing Law of War*”, 38 Wake Forest L. Rev. 129, 146

במילים אחרות - בעולם הלחימה, לא ניתן לדעת אל-נכון ובוודאות את תוצאותיה, בטווח הקצר ובטווח הרחוק, של פעולה צבאית מסוימת. המפקד הצבאי הסביר, עליו מוטלת החובה לקבל החלטות בזמן אמת, אינו יכול להיות בטוח מי הם שיפגעו מהחלטותיו, היכן יפגעו היריות, כיצד יתפתח הקרב, מי האדם שייכנס לזירה וכיו"ב.

וברוח זו, הערת שוליים 37 לנספח Elements of Crime, המבארת את סעיף (iv)b(2)8 לחוקת רומא, קובעת כי החלטה בדבר חוקיותה של פעולה מסוימת, **תיבחן תמיד על סמך המידע הקיים בידי המפקד הצבאי בזמן קבלת ההחלטה, ולא על-בסיס מידע שהתקבל אחרי ביצוע הפעולה**. כך בלשון הערת השוליים:

"... this knowledge element requires that the perpetrator make the value judgment as described herein. An evaluation of that value judgment must be based on the requisite information available to the perpetrator at the time."

Elements of Crimes, Article 8(2)b(iv), footnote 37

88. לפיכך, המשפט הבין-לאומי בוחן את סבירות וחוקיות ההחלטות המתקבלות בלחימה על בסיס המידע שהיה מונח בפני המפקדים ב"זמן אמת". המשפט הבין-לאומי מכיר בקושי העצום שבקבלת החלטה בתנאי אי-הודאות והמחסור במידע המאפיינים את שדה הקרב. מן הטעם הזה, מגן המשפט הבין-לאומי על מי שקיבל החלטה בתום לב ועל יסוד המידע שהיה ברשותו, גם אם בדיעבד התגלתה החלטה זו כשגויה. כך ביטא המלומד Fenrick עקרון זה:

“It is suggested that the duty to take precautionary measures is not absolute. It is a duty to act in good faith to take practicable measures, and persons acting in good faith may make mistakes”.

W. J. Fenrick, “*Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia*”, EJIL (2001), Vol. 12 No. 3 489, 499

נוכח מציאות זו, מעניק המשפט הבין-לאומי שיקול דעת נרחב לאיש הצבא ומגלה כלפיו סלחנות רבה, מקום שמתרחשות טעויות. כדברי המלומדת Gardam :

“The rule as it stands allows a considerable degree of latitude for interpretation before a particular attack will be considered indiscriminate. The lack of precision operates in the interest of the military rather than that of civilians.” (ההדגשה הוספה – הח"מ)

Judith Gail Gardam, “*Proportionality and Force in International Law*”, 87 A.J.I.L. 391, 407 (1993)

מקום שהחיילים פעלו באופן סביר לאור המידע שהיה ברשותם בזמן הפעולה, תיחשב הפעולה לחוקית, גם אם גרמה לתוצאות בלתי צפויות. עצם התרחשותן של התוצאות הטרגיות של הפעולה אינה הופכות אותה לבלתי-חוקית.

עקרון הפרופורציונליות והקשיים הנובעים ממחסור במידע בשדה הקרב, באים לידי ביטוי גם בכללי האחריות הפלילית של המשפט הבין-לאומי. בכך נעסוק עתה.

כללי האחריות הפלילית של המשפט הבין-לאומי

89. מושכלות היסוד שפורטו לעיל, באות לידי ביטוי גם בחוקת בית-הדין הפלילי הבין-לאומי (חוקת רומא). כידוע, מדינת ישראל לא אישרה את חוקת בית-הדין והוראותיה אינן מחייבות את ישראל. למרות זאת, העקרונות הכלליים של חוקת בית הדין יכולים להוות אינדיקציה לבחינת כללי האחריות הפלילית של המשפט הבין-לאומי.

סעיף 8 לחוקה קובע את פשעי המלחמה בהם נתונה לבית הדין סמכות שיפוט. העבירות הרלוונטיות לענייננו הן העבירות הנוגעות להריגתם או תקיפתם של "מוגנים". כפי שעולה מחוקת בית הדין, המשפט הבין לאומי מטיל אשמה רק כאשר מתלווה לפגיעה בחפים מפשע יסוד נפשי של כוונה או רצייה, ולא כאשר הפגיעה בחפים מפשע היא בלתי-מכוונת.

סעיף 8(b)(2)(i) קובע עבירה שכותרתה "Willful Killing" - הריגה רצונית של אנשים המוגנים על-ידי אמנות ג'נבה. עבירה זו מלווה ביסוד נפשי של רצייה, המוגדרת באופן הבא:

"A conduct can only be called willful if the perpetrator acted intentionally or recklessly in relation to the death of the protected person." (ההדגשה הוספה – הח"מ)

M. Bothe, *War Crimes*, in A. Cassese et al (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford, 2002), 392

הריגת אדם חף מפשע שאיננה מלווה ביסוד נפשי זה, לא תיחשב לפשע מלחמה לפי חוקת בית הדין. יתרה מזאת, בפרשנות על הסעיף יש הטוענים כי **עבירה זו איננה חלה על הריגת אזרחים במצבי לחימה** -

"It goes without saying that killing in actual fighting is not covered by the term." (ההדגשה הוספה – הח"מ)

Supra

על פגיעה באזרחים במהלך הלחימה, חלים סעיפים 8(b)(2)(i)-(iv):

"(i) Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities;

(ii) Intentionally directing attacks against civilian objects, that is, objects which are not military objectives;

(iii) Intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, as long as they are entitled to the protection given to civilians under the international law of armed conflict;

(iv) Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated.”
(ההדגשות הוספו – הח"מ)

כלומר, חוקת בית הדין קובעת כי פעולה תיחשב לפשע מלחמה רק אם נעשתה באופן מכוון.
תקיפה אשר איננה מכוונת לפגוע בחפים מפשע, לא תיחשב לפשע מלחמה, גם אם
בדיעבד התגלה כי היא פגעה בחפים מפשע באופן שאיננו פרופורציונלי.

.90 בפרשנות הרשמית של סעיף 8 הנ"ל, בעריכת המלומד *Thrifterer*, נקבע כדלקמן:

"The fact that a civilian is killed or injured as a result of an attack does not automatically mean that a violation of international humanitarian law has occurred. Civilian casualties may occur when weapons are directed against military objectives but the projectiles miss the target, or when military personnel, acting in good faith but on the basis of erroneous information, attack an object which they believe to be a military objective, but which in reality is not.
The fact that civilian casualties are caused during an attack does not, of itself, render the attack unlawful, as proportional incidental casualties caused during an attack on a military objective are legally acceptable."

O. Thrifterer, ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden, 1999), 187

.91 מפרשנות רשמית זו עולות מספר מסקנות חשובות ביותר - **עצם העובדה שאזרחים נהרגים איננה הופכת את הפעולה לפשע; אזרחים עלולים להיפגע כתוצאה מהחטאה או ממידע שגוי - ועדיין אין זו עבירה; וכל עוד נשמר עקרון הפרופורציונליות - פגיעה באזרחים יכולה להיות פעולה חוקית.**

בנוסף לעבירות הפרטניות האמורות, סעיף 30 לחוקת בית-הדין, העוסק ביסוד הנפשי הנדרש לביצוע פשע מלחמה, קובע כי לא תוטל אחריות פלילית בגין מעשה שנעשה ללא כוונה או מודעות. וכך קובע הסעיף –

“1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.

2. For the purposes of this article, a person has intent where:

- i. In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;
- ii. In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.” (ההדגשה הוספה – הח"מ)

אם כן, לא תוטל אחריות פלילית על גרימת תוצאה שהמבצע לא התכוון אליה או שהמבצע לא היה מודע לאפשרות הסבירה של התרחשותה.

לפיכך, מקום שחיילים פעלו באופן סביר, בהתבסס על המידע שהיה ברשותם, ומותם של חפים מפשע נגרם שלא במתכוון או באופן שהחיילים לא צפו אותו באופן סביר, לא מדובר בפשע.

כפי שציינו, לחימה מתאפיינת במקרים רבים בצורך לקבל החלטות ולפעול על-בסיס מידע חלקי. לפיכך, מגינה חוקת בית-הדין על מי שפעל מתוך טעות, וקובעת כי טעות במצב הדברים אשר הפקיעה את מודעותו של אדם לתוצאות העלולות להיגרם ממעשיו, תהווה הגנה מפני הרשעה בפשע מלחמה.

כך קובע סעיף 32 לחוקת בית-הדין שכותרתו "טעות בעובדה או טעות משפטית":

“1. A mistake of fact shall be a ground for excluding criminal responsibility only if it negates the mental element required by the crime.”

כלומר, טעות במצב דברים אשר מפקיעה את מודעותו של אדם לתוצאות העלולות להיגרם ממעשיו, מפקיעה גם את אשמתו הפלילית אם נגרמת ממעשיו תוצאה אסורה.

בדומה לדין הישראלי, גם הדין הבין-לאומי מכיר בכך שטעות כנה במצב דברים, המפקיעה את מודעותו של אדם לפשרם האמיתי של מעשיו, מאיינת גם את פליליותם של המעשים. משום כך, מקום שחיילים פגעו בחפים מפשע משום שסברו בשל טעות כנה שמדובר במחבלים המסכנים את שלומם, לא יהווה הדבר עבירה על-פי הדין הישראלי או פשע מלחמה על-פי הדין הבין-לאומי.

סיכום ביניים

92. כפי שראינו, המשפט הבין-לאומי מניח, בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים, כי בלחימה עלולים להיפגע ולהיהרג אזרחים חפים מפשע. ברור מהוראותיו, כי פגיעה באזרחים חפים מפשע אינה מעידה בהכרח על ביצוע פעולה אסורה.

המשפט הבין-לאומי דורש לפעול לפי עקרון הפרופורציונליות ולא לגרום לפגיעה בחפים מפשע שתהיה בלתי-פרופורציונלית לתועלת הצבאית הצפויה מהתקיפה. כל עוד הקפידו החיילים על עקרון זה, עצם הפגיעה באזרחים אינה מהווה פשע מלחמה.

זאת ועוד, המשפט הבין-לאומי מניח כי הלחימה מתקיימת בתנאים קשים של אי-ודאות, וקובע כי מעשי החיילים לא יישפטו בדיעבד, אלא על בסיס המידע שהיה בפניהם בזמן אמת. כל עוד, בזמן אמת, החיילים לא פעלו באופן מכוון או פיזי, מעשיהם לא יהוו פשע, גם אם הביאו בדיעבד לתוצאה טראגית של פגיעה בחפים מפשע.

בהתאם למשפט הבין-לאומי, כאשר חיילי צה"ל משוכנעים, בתום לב, שהם יורים לעבר מחבלים שהתקיפו אותם, ובדיעבד מסתבר שפגעו באזרחים - אין זה פשע; כאשר חיילים יורים לעבר מחבל ופוגעים, שלא במתכוון, באזרח העומד בסמוך אליו או מאחוריו - אין זה פשע; וכל כיו"ב.

במקרים שבהם ברור מבדיקה ראשונית, על פני הדברים, כי כך אירע, אין כל הצדקה בפתיחה בחקירה פלילית, הגם שהתוצאה היא טראגית וקשה.

פתיחה בחקירה פלילית במצבים שבהם אין יסוד ממשי לחשד כי נעברה עבירה פלילית, לא רק שאין לה הצדקה, אלא שהיא גם תגרום עוול לחיילים הלוחמים, תגרום למגוון נזקים שעליהם עמדנו בפרקים ג- ד' לעיל, ולא תתיישב כלל ועיקר עם מושכלות היסוד עליהן עמדנו בהרחבה לעיל.

לפיכך, עמדת המשיבים הינה כי אין מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית בכל מקרה שבו נהרג אדם במהלך הלחימה, כנדרש בעתירה. עמדה זו עולה בקנה אחד עם עמדת המשפט הבינלאומי שפורטה לעיל.

פרק ו': פרקטיקה של כוחות זרים בנוגע לפתיחת חקירות פליליות בעקבות פגיעה באזרחים במהלך פעילות מבצעית ובנוגע לתיעוד מספר הרוגים במהלך לחימה

93. הסוגיה של קיום חקירות בזמן לחימה אינה ייחודית למדינת ישראל ולצה"ל, אלא היא מעסיקה צבאות וכוחות רבים בעולם. צבאות אלה מתמודדים עם אותן שאלות עיוניות ומעשיות שעומדות בפני צה"ל, עם אותם עקרונות של משפט בין-לאומי שתוארו לעיל, ועם אותה מציאות שבה, למרבה הצער, אזרחים חפים מפשע נפגעים כתוצאה מפעולות לחימה.

כפי שנראה להלן, ככלל, לא נפתחות בצבאות העולם חקירות פליליות ביחס למקרים בהם נפגעו אזרחים חפים מפשע במהלך ביצוע פעולות לחימה.

94. כבר בפתח הדברים יובהר, כי המשיבים אינם טוענים שצה"ל מחויב לפעול בצורה זהה לזו שבה פועלים כוחות וצבאות אחרים בעולם. צה"ל, כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית, נדרש לפעול לפי עקרונות החוק והמשפט המחייבים אותו - וכפי שהובהר לעיל, כך גם נעשה בפועל. לצד האמור, אין להקל ראש בפרקטיקה הקיימת בעולם בנושאים אלה, משום שהיא מעידה על העובדה שככלל, חקירות פליליות אינן נפתחות ביחס לאירועי לחימה, גם במקרים שבהם נהרגו אזרחים רבים, ועל כל שעמדה מתיישבת עם כללי המשפט הבינלאומי המנהגי. בפרקטיקה זו נעסוק בפרק הנוכחי.

עוד נתייחס בחלקו השני של פרק זה לקשיים בהם נתקלים כוחות זרים באיסוף מידע לגבי הרוגי הצד השני ולמדיניות הנהוגה בצבא ארה"ב בנושא זה.

1.1 הפרקטיקה בנוגע לפתיחת חקירות פליליות בעקבות פגיעה באזרחים חפים מפשע במהלך פעילות צבאית

95. בפרק זה נתייחס בקצרה למדיניות הנוהגת בנאט"ו ובצבא ארה"ב, אשר עוסקים אף הם בלחימה הדומה במאפייניה לזו שבה נתון צה"ל. נציין, כי חלק מהחומר מקורו בפרסומים רשמיים של ארגונים בין-לאומיים והמדינות המעורבות, וחלקו נסמך על פרסומים בכלי תקשורת שונים. אמינות המידע כפופה לאמינות מקורות אלה.

1.1.1. פעילות כוחות נאט"ו ביוגוסלביה

96. בין 24.3.99 לבין 9.6.99 ניהלה נאט"ו מערכה נגד הרפובליקה לשעבר של יוגוסלביה.

במהלך כל המבצע לא נפגע איש מחיילי נאט"ו. עם זאת, לפי הערכות ממקורות יוגוסלבים ועצמאיים, נהרגו כתוצאה מתקיפות כוחות נאט"ו, כ- 500 אזרחים יוגוסלבים.

תקיפות מרכזיות של נאט"ו, בהן נפגעו אזרחים יוגוסלבים, נבחנו על-ידי ועדה שהוקמה על-ידי התובעת של בית הדין הפלילי הבין-לאומי שעסק בעניין יוגוסלביה. אחת השאלות שעמדה בפני הוועדה, הייתה האם יש מקום לחקור בחקירה פלילית את אותן תקיפות. ככלל, התשובה לכך היתה שלילית.

דו"ח הוועדה, ממנו עולה בבירור מסקנה זו, פורסם על-ידי התובעת של בית הדין, ועליו נסתמך בפרק זה.

ראו: Final Report of the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, June 13 2000 (פורסם ב: <http://www.un.org/icty/pressreal/nato031300.htm>).

בין השאר, התייחס הדו"ח לפעולות הבאות של נאט"ו:

1. תקיפת הרכבת בגרדליקה (12.4.99): בתאריך 12.4.99 נפגעה רכבת נוסעים משתי פצצות בזמן שעברה על גשר בגרדליקה. התקיפה התרחשה באמצע היום ולפחות 12 אזרחים נהרגו. במסיבת עיתונאים, יום למחרת התקיפה, הציג הגנרל ווסלי קלארק - מפקד כוחות נאט"ו באזור - את סרט התקיפה, והסביר כי הטייס שיגר את הפצצות ממרחק רב בלא שידע כי הרכבת עומדת לעבור על הגשר. לדבריו, מטרת התקיפה הייתה הריסת הגשר ולא פגיעה ברכבת הנוסעים.

החלטת התובעת מטעם בית הדין הפלילי הבינלאומי היתה, כי אין מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית ביחס לתקיפה.

2. תקיפת שיירת פליטים אלבניים בדג'קוביצה (14.4.99): לפי הטענות, מעל 70 פליטים אלבניים נהרגו ולפחות 100 נפצעו בתקיפה של מטוסי נאט"ו על שיירת פליטים אלבניים. גורמי נאט"ו הכירו באחריותם לתקיפה אחת בלבד מתוך הארבע שהתרחשו. לגביה נטען על-ידם, כי הטייס חשב שמדובר בשיירה של כלי רכב צבאיים ולכן שיגר את הפצצה. ממצאים אלה עלו מבדיקה פנימית של נאט"ו ולא מחקירה פלילית. בעקבות מקרה זה הופקו בנאט"ו לקחים מבצעיים.

החלטת התובעת של בית-הדין היתה, כי למרות שקיים דיווח על פיו הטלוויזיה הסרבית הקליטה שדר, בו נשמע טייס בריטי מודיע לטייס האמריקאי שביצע את התקיפה, כי מדובר בשיירה של פליטים, אין לפתוח בחקירה פלילית. זאת מאחר שלא

היה מדובר בתקיפה מכוונת של אזרחים אלא בטעות של הטייס שחשב שמדובר במטרה צבאית.

3. תקיפת תחנות הטלוויזיה והרדיו של סרביה (23.4.99): בזמן התקיפה, שהייתה בשעות הבוקר, היו בבניין 120 עובדים, כולם אזרחים. בהתקפה נהרגו לפחות 16 אזרחים ו-16 נוספים נפצעו.

נאט"ו לא ערך חקירה רשמית בנוגע לתקיפה, וראשי נאט"ו אף הצהירו כי התקיפה נעשתה במכוון, וכי אזהרה קודמת שניתנה התבטאה בכך שראשי הטלוויזיה והרדיו של סרביה הוזהרו שבועיים לפני התקיפה כי אם ימשיכו את שידורי ההסתה יותקף מבנה הטלוויזיה.

החלטת התובעת של בית הדין הבינלאומי היתה, כי למרות השאלות המשפטיות הרבות בנוגע לחוקיות התקיפה, אין לפתוח בחקירה פלילית כנגד כוחות נאט"ו.

4. תקיפת השגרירות הסינית בבלגרד (8.5.99): ביום 8.5.99 הפציץ מפציץ B-52 של נאט"ו את בניין השגרירות הסינית בבלגרד, גרם למותם של 3 אזרחים, ולפציעתם של 20. כוחות נאט"ו לא התכוונו לפגוע בשגרירות הסינית אלא בבניין הניהול הפדרלי של הממשל הסרבי. מפקדי נאט"ו הביעו את צערם על הפגיעה הבלתי מכוונת בבניין השגרירות, ומזכיר ההגנה האמריקאי וראש ה-CIA, הודיעו במסיבת עיתונאים משותפת כי התקיפה התבצעה בעקבות טעות מודיעינית.

תקיפת השגרירות הסינית הייתה המקרה היחיד בכל המתקפה על יוגוסלביה בו ננקטו צעדים אישיים. ועדת חקירה של ה-CIA קבעה כי יש לנקוט בצעדים משמעותיים (להבדיל מפליליים) נגד מספר מסוכניה אשר הם אלו שהביאו לטעות בזיהוי בניין השגרירות הסינית.

מכל מקום, גם במקרה זה, לא מצאה התובעת של בית הדין הבינלאומי כי יש מקום לקיום חקירה פלילית.

5. תקיפת פליטים אלבניים בקוריסה (13.5.99): המדובר בהפצצה של מטוסי נאט"ו את הכפר קוריסה, במהלכה נגרמו מותם של 48 אזרחים ופציעתם של לפחות 60. במסיבת עיתונאים, טענו גורמי נאט"ו כי התקיפה התבצעה נגד עמדה של הצבא הסרבי שהייתה ממוקמת מחוץ לכפר, וכי בתקיפה הופלו 8 פצצות על העמדה, בה נמצאו משוריניים וכוחות ארטילריה. עוד נטען, כי ייתכן שנלקחו אזרחים על-ידי כוחות סרביים לאתר התקיפה על מנת לשמש כ"מגנים אנושיים".

גם במקרה זה התובעת של בית הדין הבינלאומי החליטה כי אין מקום לקיום חקירה פלילית.

97. ממכלול המקרים המתואר לעיל עולה כי ביחס למספר רב של תקיפות, בהן נפגעו לפי הנטען אזרחים רבים, לא נערכו חקירות פליליות על-ידי נאט"ו. בנוסף, כאשר נדרש לנושא בית הדין הפלילי הבין-לאומי לעניין יוגוסלביה, מצאה גם התובעת של בית-הדין כי אין מקום להורות על פתיחה בחקירה פלילית.

מעבר למקרים אלה, היו מקרים רבים נוספים, בהם נפגעו אזרחים כתוצאה מתקיפות נאט"ו, שלא הוחלט בהם על פתיחת חקירות פליליות, אלא, לכל היותר, נערך תיחקור של האירועים.

כך למשל, ניתן להזכיר את תקיפת השוק העירוני ובית החולים בעיר ניס (Nis) (7.5.99), כאשר, לפי הנטען, שתי פצצות מצרר נחתו בלב אזור מגורים בעיר ניס. הפצצות פגעו בשוק העירוני ובסמוך לבית החולים, וגרמו ל-14 הרוגים וכ-30 פצועים. בתדרוך לעיתונות שניתן יום למחרת, טענו אנשי נאט"ו כי באותו הזמן הותקף שדה התעופה בעיר, ושתי פצצות סטו ממסלולן ונחתו מספר קילומטרים מהיעד המתוכנן.

גם כאן לא נפתחה חקירה פלילית רשמית, אלא נערך תחקיר ע"י אנשי נאט"ו (DoD News Briefing, 8.5.99).

2.1.1. פעילות צבא ארה"ב באפגניסטן

98. בכל הקשור לפעילות לחימתית של צבא ארה"ב, הרי שאירועים חריגים מתוחקרים על פי רוב בדרך של תחקיר מבצעי או בדרך של חקירה הנערכת ע"י דרג פיקודי. דרכים אלה יכולות להביא, לכל היותר, לצעדים פיקודיים ואין הן בגדר חקירה פלילית.

אשר לפתיחת חקירות פליליות בעת לחימה, הדבר נעשה בעיקר במצבים בהם נעברו עבירות פליליות מובהקות שאינן קשורות לפעילות הצבאית, כגון פגיעה בשבויים וביזה.

המערכה האמריקנית באפגניסטן החלה ב-7.10.01, בעקבות מתקפת הטרור על ארה"ב. מספר האזרחים ההרוגים באפגניסטן לא ידוע במדויק. קיימות מספר הערכות לא-רשמיות בעניין זה של גורמים שונים, והן נעות בין 800 ועד ל-4000 אזרחים הרוגים בחודשיים הראשונים של הלחימה (ראו למשל כתבה ב- Guardian מיום 20.12.01).

מבדיקת מידע שהצטבר בפרסומים גלויים ביחס לאירועים רבים בהם נטען כי נהרגו אזרחים באפגניסטן כתוצאה מפעילות צבא ארה"ב, לא עולה כי נפתחו חקירות פליליות במקרים מעין אלה.

האירוע היחיד לגביו נמצא בפרסומים אלה מידע ברור ביחס לפתיחת חקירה פלילית היה במקרה של ירי ממטוס אמריקאי לעבר כוח קנדי, אשר הביא למותם של 4 חיילים קנדים ולפציעה של 8 נוספים. גם במקרה זה קדמו לחקירה הפלילית הליכי תיחקור מוקדמים.

בין המקרים שבהם נפגעו אזרחים באפגניסטן ולא ידוע לגביהם על פתיחת חקירה פלילית, ניתן להביא את הדוגמאות הבאות:

1. תקיפת החתונה בכפר קרקאק (1 ביולי 2002): בתאריך 1.7.02 הותקף הכפר קרקאק ע"י מסוק תקיפה, מפציץ B-52 וכוחות אוויר אמריקנים נוספים. התקיפה בוצעה לעבר אתר, בו נערכה חתונה מקומית. לפי הנטען, נהרגו במקום עשרות אזרחים ונפצעו למעלה ממאה אזרחים נוספים (עדיין קיים ויכוח בעניין מספר ההרוגים והפצועים המדויק בתקיפה).

במקרה זה, לא נפתחה חקירה פלילית ביחס לאירוע אלא מונה צוות בירור עובדות משותף אמריקני - אפגני, ובהמשך נערכה בדיקה אמריקנית במטרה לברר את האירוע ולהפיק ממנו לקחים, אך לא במטרה לקבוע אשמה ולהטיל אחריות פלילית.

על האמור לעיל ניתן ללמוד מהודעה לעיתונות שפורסמה על-ידי שגרירות ארה"ב בפקיסטן, בה הובאה תמצית הדו"ח.

ראו באתר: www.usembassy.state.gov/islamabad/wwwwh02070202/html.

2. קאמה אדו: לפי טענות של גורמים אפגנים, 155 הרוגים אזרחיים נגרמו כתוצאה מהפצצות אמריקאיות בכפר קאמה אדו, בתאריך 2.11.01.

דובר הבית הלבן הגיב לטענות בכך שלא קיימות שום ראיות התומכות בגרסה לפיה הותקפו כפרים אפגניים באזור זה. **למיטב בירורינו, לא נפתחה כל חקירה פלילית בעניין.** ראו:

Chris Tomlinson, Associated Press, 3 December, 2001

(www.rawa.org/us-bomb.htm)

3. תקיפת הכפר צ'וקר קראיז (22.10.01): לפי טענת הסהר האדום האפגני, נהרגו 65 אזרחים במהלך מתקפה אמריקנית על הכפר. מנגד, מקורות אמריקנים טענו כי מדובר במעוז של תומכי אל-קעידה והטליבאן, ולכן מדובר במטרה חוקית ולגיטימית. **גם כאן, למיטב בירורינו, לא נפתחה חקירה פלילית.** ראו:

Associated Press, "Afghans Seek Compensation", 15 March, 2002

(www.dailyherald.com/special/waronterrorism/story.usp?intID

=37330196)

4. תקיפת שיירת זקנים באסמאני קילאי (22.12.01) – לפי הנטען, במהלך תקיפה אמריקנית על שיירה נהרגו 65 אזרחים.

לגירסת משרד ההגנה האמריקני, נורתה אש נ"מ מכיוון השיירה לעבר המטוסים, היה קיים מידע מודיעיני ביחס לאופיה הצבאי של השיירה, ובעקבות כך בוצעה התקיפה. **למיטב בירורינו, מעולם לא נפתחה חקירה פלילית ביחס לאירוע.**

Paul Harris & Peter Beaumont, The Guardian, 23 December 2001

(www.rawa.org/60kill.htm)

3.1.1. פעילות צבא ארה"ב בעיראק

99. בנוגע לפעילות צבא ארה"ב בעיראק, קיימים נתונים שמקורם בארגונים בין-לאומיים לזכויות אדם ביחס לתקופה שבין 1.5.03 לבין 9.10.03. על פי נתונים אלה, נהרגו בתקופה זו 94 אזרחים עיראקיים.

לפי הנטען, במהלך תקופה זו, לא נפתחו חקירות פליליות נגד חיילים אמריקאים בנוגע לפעולות לחימה בעיראק.

על פי המידע האמור, במהלך התקופה, נערכו בשישה מקרים הליכי בדיקה או חקירה. בכל ששת המקרים, מדובר בחקירות מנהליות - פיקודיות ולא בחקירות פליליות. בהליכים אלה נקבע כי החיילים פעלו על פי הוראות הפתיחה באש. במקרה אחד, הומלץ לנקוט צעדים משמעותיים נגד טייס מסוק (אשר הוריד באמצעות ירי טיל ממסוק דגל של ארגון שיעי וגרם להתלקחות מהומות במקום).

להלן תוצג התייחסות למספר אירועים בולטים בעיראק, בהם נפגעו לפי הנטען אזרחים. יש להדגיש כי מדובר בפעולות, אליהן מכוונים העותרים בהתייחסם לפעולות "שיטוריות" באופיין (התמודדות עם הפגנות, פעילות במחסומים, אכיפת חוק וכיו"ב):

1. האירועים באל-פאלוגיה (28.4.03 - 30.4.03): באירועים באל-פאלוגיה נהרגו 20 אזרחים עיראקיים ועשרות נוספים נפצעו.

האירוע הראשון התרחש בערב 28.4.03. באותו היום, התקיימו מספר הפגנות ברחבי העיר נגד השהייה האמריקנית בעיראק. בכל פעם, פוזרו ההפגנות על-ידי שימוש באמצעים לפיזור הפגנות או שימוש בירי באוויר. בשלב מסוים, התכנסו בין 100 ל-250 מפגינים ברחוב הראשי של העיר והחלו לצעוד אל עבר בית הספר העירוני, ששימש כבסיס לכוחות צבאיים אמריקנים. לאחר שהגיעו אל ביה"ס, החלו המפגינים ליידות אבנים. הכוחות האמריקנים ניסו לפזר את ההפגנה באמצעות גז מדמיע ופצצות תאורה, אך ללא הועיל.

בשלב מסוים החל ירי אל עבר ביה"ס. החיילים האמריקנים השיבו אש אל עבר מקורות הירי, שהיו באזור ובתוך ההמון. כך נהרגו 17 אנשים ונפצעו 75 נוספים.

האירוע השני התרחש יומיים מאוחר יותר כאשר, לפי הנטען, במהלך הפגנה במחאה על אירועי הימים שקדמו ליום זה, ירה רכב משוריין אל עבר קהל מפגינים, הרג 3 ופצע 17.

גורמים אמריקנים טענו, בתגובה לשני אירועים אלו, כי החיילים הפעילו את זכותם להגנה עצמית כאשר זיהו את האיום הקרב. בנוגע לחקירה, מסרו האמריקנים, כי בהתאם להנחיות הצבא, ביצע המפקד בשטח תחקיר מבצעי (AAR – After Action Review), ולאחר מכן, נפתחה חקירת מפקד על ידי דרגים צבאיים בכירים יותר. עם זאת, **לא נפתחה חקירה פלילית.**

2. המחסום באל סלייק: בערב 7.8.03 נהרגו, לפי הנטען, 5 אזרחים עיראקיים בשני אירועים שונים במהלך פעילות של צבא ארה"ב במחסום באל סלייק. המוות נגרם כתוצאה מירי אל עבר מכוניות נוסעות, ובשני המקרים נטען שיושבי המכוניות לא היו חמושים.

גם במקרה זה נבדק האירוע בערוצים פיקודיים, שאינם פליליים, ונקבע לגבי הירי כי החיילים במחסום פעלו בהתאם להוראות הפתיחה באש. **חקירה פלילית לא נפתחה.**

3. הריגת השומרים העיראקיים (10.7.03): בתאריך 10.7.03 נהרגו 3 שומרים אזרחיים עיראקיים מאש אמריקנית. על פי גורמים אמריקנים, אזרחים ניסו לבזוז חנות משקאות. 3 שומרים עיראקיים חמושים ניסו לעצור את הביזה. הכוח האמריקני שהגיע לאזור זיהה מספר חמושים מנסים לפגוע באזרחים וירה בשלושה למוות.

ארה"ב לא ניהלה חקירה פלילית כלשהי בנוגע למקרה זה.

4. הריגת השוטרים העיראקיים (9.8.03): לפי הנטען, שלושה שוטרים עיראקיים נורו בטעות על-ידי שני טנקים אמריקנים.

הבדיקה האמריקנית העלתה כי החיילים פעלו בהתאם להוראות הפתיחה באש אשר היו נהוגות באותו הזמן. **גם כאן לא נפתחה חקירה פלילית.**

הנתונים שפורטו לעיל מופיעים ב- Human Rights Watch, "Hearts and Minds: Post War Civilian Deaths in Baghdad Caused by U.S. Forces", 21 October 2003 (פורסם באתר: www.hrw.org/reports/2003/iraq1003).

2.1. הפרקטיקה בנוגע לתיעוד מספר הרוגים במהלך לחימה

100. בדומה לצה"ל, גם צבאות אחרים בעולם מתקשים מאד לערוך רישום מדויק ועצמאי של מי שנהרגו כתוצאה מפעולותיהם.

בדיקה שנערכה העלתה כי לא ניתן למנות מלחמה אחת בעשור האחרון אשר בה מדינה מעורבת ערכה תיעוד מדויק ובלתי נתון למחלוקת של מספר ההרוגים. ביסוד מציאות זו עומד הקושי בהשגת מידע, הקושי שבבירור הסיבה למוות של אדם מסוים וחוסר היכולת לאמת מידע ממקורות שונים. מן הטעמים הללו, מדינות רבות מתקשות לתעד אפילו את מספר ההרוגים מבין אזרחיהן.

כך למשל, קיימות הערכות רבות לגבי מספר ההרוגים כתוצאה מפעילות כוחות נאט"ו במהלך שנת 1999 ביוגוסלביה. הערכות של ממשלת יוגוסלביה עצמה דיברו על 495 הרוגים, בעוד הערכות של ארגוני זכויות אדם הזכירו נתונים המשתרעים בין 488 - 527 הרוגים. בשל הקושי בבירור מדויק של מספר ההרוגים, החליטה התובעת של בית-הדין הפלילי הבין-לאומי שעסק בעניין יוגוסלביה להסתמך בחוות דעתה (המצוטטת לעיל) על אומדן בלתי-מדויק של מספר ההרוגים.

(ראה לעניין זה את דו"ח התובעת של בית-הדין הבין-לאומי לעיל, וכן ב - Amnesty International, "Collateral Damage" or Unlawful Killings? Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Forces, EUR 70/18/00, 1 (foot note 2), (June 2000).

לגבי תיעוד מספר ההרוגים במהלך פעילות צבא ארה"ב באפגניסטן, המצב מורכב עוד יותר. מכיוון שמדובר במדינה בה לא נערך רישום מרכזי ומסודר של האוכלוסין ולנוכח קשיי הגישה לאזורים שונים של המדינה, קיימת עד היום אי-ודאות לגבי מספר האזרחים האפגנים ההרוגים. הן ממשלת ארה"ב והן הארגונים הבין-לאומיים הפועלים באפגניסטן, התקשו לגבש מספר מדויק של ההרוגים האפגנים במהלך המלחמה. בכתבה שפורסמה לאחרונה ב- *Guardian* צוטטו לא-פחות מתשעה מחקרים שונים לגבי מספר ההרוגים האפגנים, בהם הופיעו הערכות אשר נעו בין 100 ל- 2970 הרוגים אפגנים במהלך הפעולה האמריקאית.

(ראה לעניין זה (Mark Herald, *Counting the Dead*, The Guardian, 8 August 2002).

גם בנוגע למספר ההרוגים העיראקים כתוצאה מפעילות צבאות הקואליציה בעיראק בשנת 2003, מצטיירת תמונה דומה. אין מידע אחיד ומהימן לגבי מספר ההרוגים העיראקים במהלך המלחמה. ארגון Human Rights Watch אשר פרסם מספר דו"חות לגבי מקרי מוות של

אזרחים עיראקים בזמן המלחמה, קבע כי לא ניתן, ככל הנראה, לערוך אומדן מדויק של מספר ההרוגים העיראקים במלחמה :

“Though a complete accounting of civilian casualties may not be possible, some attempts to quantify the dead have been made. The Associated Press canvassed sixty of Iraq’s 124 hospitals immediately after the end of major combat operations and calculated that at least 3,420 civilians died. The Associated Press described the count as “fragmentary”...”

Human Rights Watch, *Off Target – The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq* (December, 2003), 13

וכן :

“The precise number of Iraqi civilians killed by U.S. soldiers since the end of major military operations is unknown...”

Human Rights Watch, *Hearts and Minds: Post-War Civilian Deaths in Baghdad Caused by U.S. Forces*, Vol. 15, No. 9 (E), 21 October 2003

על הקשיים הפרקטיים שבאיסוף מידע בדבר מספר ההרוגים במלחמה, ניתן להוסיף את העובדה שספירה וסיווג על-בסיס פרמטרים שונים שמקורם פוליטי ואידיאולוגי, עלולים להוביל לתוצאות מספריות שונות ביחס למספר ההרוגים. מן הטעמים הללו, צבאות זרים נמנעים מהצגת נתונים כאלה כעניין שבמדיניות. לגנרל האמריקאי טומי פרנקס, מפקד הכוחות האמריקאיים בעיראק, יוחסה בנושא זה האמירה “We do not do body counts”.

וכך נכתב בעניין זה בדו"ח של ארגון Human Rights Watch :

“The U.S. Military keeps no statistics on civilian casualties, telling Human Rights Watch that it was “impossible for us to maintain an accurate account”...” *Supra*.

מדיניות צבא ארה"ב שלא לערוך ספירה של הרוגים עיראקיים מבוססת גם על ההבנה כי אזרחים אינם מהווים מטרה של המתקפה האמריקאית וכי הרוגים חפים מפשע הם תוצאה מצערת אך בלתי מכוונת של הלחימה. כך אמר בעניין זה דובר משרד ההגנה האמריקאי :

“The Pentagon had not counted civilian deaths because its efforts had been focused on defeating enemy forces rather than aiming at civilians.”

Simon Jeffrey, *War May Have Killed 10,000 Civilians, Researchers Say*, The Guardian, 13 June 2003

Ian Traynor, *Afghans are Still Dying as Air Strikes Go On, But No One is Counting*, The Guardian, 12 February 2002; Marc Herold, *Counting the Dead*, The Guardian, 8 August 2002

עוד נבקש להדגיש כי מדינות אינן נוהגות לאבחן בין נפגעים במצבי "לחימה" לבין נפגעים במצבי "שיטור". אפילו ארגונים בין-לאומיים הפועלים בעיראק, אינם מתבססים על אבחנה מעין זו בדו"חות הנכתבים על-ידם. התפיסה היא כי כל עוד מכלול הפעילות הוא בהקשר לחימתי-מבצעי, לא ניתן בפועל להבחין בין סוגים שונים של אירועים.

Human Rights Watch, *Violent Response: The U.S. Army at Al-Falluja*, Vol. 15, No. 7 (E), June 2003; Human Rights Watch, *Off Target – The Conduct of War and Civillian Casualties in Iraq*, 13 December 2003

מכל האמור לעיל עולה, כי צבאות זרים אינם נוהגים ככלל לתעד ולספור את ההרוגים בצד השני, בין אם מדובר בלוחמים ובין אם מדובר באזרחים. פרקטיקה זו היא תוצאה הן של הקושי העובדתי שבתיעוד הרוגים בצד האויב, ביחוד כאשר השטח נמצא בשליטת האויב וכאשר אין רישום אוכלוסין מסודר ורשמי, והן תוצאה של מדיניות עניינית.

סיכום הפרק השוואתי

101. כאמור במבוא לפרק זה, צה"ל אינו רואה עצמו כמונחה על-ידי הפרקטיקה של כוחות זרים, אלא פועל לפי כלליו וערכיו, המשקפים את תפיסת עולמה של מדינת ישראל ושל צבאה. מדיניות החקירות של צה"ל נקבעת לגופם של דברים, מתוך ראייה רחבה ואיזון של אינטרסים, והיא מותאמת למציאות שבה פועל צה"ל.

עם זאת, יש חשיבות לפרקטיקה העולמית בנושא, שכן ניתן ללמוד ממנה על התפיסה הבסיסית בקרב צבאות העוסקים בלחימה, לפיה פעילות לחימתית אינה נתפסת כפעילות רגילה, ולפיה קיום חקירות פליליות ביחס לאירועי לחימה מהווה צעד חריג ביותר. פגיעה באזרחים במהלך לחימה נתפסת כתוצאה טראגית, אך אינה מעידה בהכרח על פליליות המעשה.

נמצא, כי מדיניות צה"ל, עולה בקנה אחד עם מדיניותן של מדינות מערביות אחרות הפועלות בנסיבות דומות.

פרק ז': התייחסות לפסיקה של בית המשפט האירופאי לזכויות האדם ושל בית המשפט הבין-

אמריקני לזכויות האדם

102. החל מסעי' 33 ואילך לעתירה, טוענים העותרים, כי החובה לקיים חקירה פלילית בכל מקרה מוות של אזרח, נובעת מן הזכות לחיים והיא חלק מחובת המדינה להגן באופן פוזיטיבי על זכות זו. לביסוס טענתם, הפנו העותרים לפסק דין של בית המשפט הבין-אמריקני לזכויות אדם ולשלושה פסקי דין של בית המשפט האירופי לזכויות אדם.

ייאמר מיד, כי המשיב אינו חולק כמובן על חשיבותה של הזכות לחיים ועל מרכזיותה. דבריהם של העותרים בהקשר זה הם בגדר התפרצות לדלת פתוחה.

המשיב גם אינו חולק על כך שהזכות לחיים כוללת גם רכיבים פוזיטיביים, המחייבים לנקוט בפעולות אקטיביות להגנת הזכות. עם זאת, טענת העותרים כאילו חובה פוזיטיבית זו כוללת בתוכה גם "חובה לנהל חקירה פלילית בכל מקרה מוות בעת פעילות לחימתית", היא טענה שאין לה כל יסוד והיא בודאי איננה בין החובות המוטלות על המדינה במסגרת ההגנה על הזכות לחיים. לחובה זו אף אין עיגון בפסקי הדין אליהם הפנו העותרים, ולהלן נפרט בנדון.

103. עם זאת, תחילה נציין, ולו למען הסר ספק, כי לפסקי הדין של בתי הדין האירופי והאמריקני לזכויות האדם, אשר צוטטו בעתירה אין, כשלעצמם, מעמד מחייב בדין הישראלי. פסקי הדין נסמכים, בראש ובראשונה, על האמנה האמריקנית לזכויות האדם ועל האמנה האירופית לזכויות האדם, אשר אינן מחייבות בדין הישראלי. לפיכך, יש מקום להתייחס לפסקי הדין הללו רק ככלי לפרשנות של המשפט הבין-לאומי ולא כאל תקדימים מחייבים מבחינת המשפט הישראלי.

104. מכל מקום, גם לגופו של ענין, לא ניתן ללמוד מפסקי הדין הללו את שמבקשים העותרים ללמוד מהם, שכן הנסיבות בהן פועל צה"ל באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה שונות בתכלית השינוי ובאופן מהותי מן הנסיבות המתוארות בפסקי הדין.

פסקי הדין אינם עוסקים כלל במציאות של עימות מזוין ולחימה, מן הסוג שבו מצויה מדינת ישראל, ואינם ישימים למציאות זו. להלן נפרט מעט בנושא זה.

פסק דין Velasquez Rodriguez של בית המשפט הבין-אמריקני לזכויות אדם

105. העותרים מצטטים בהרחבה מתוך פסק הדין Velasquez Rodriguez של בית המשפט

הבין-אמריקני לזכויות אדם (להלן: פסק דין Velasquez Rodriguez).

העותר בפרשה זו היה אזרח הונדורס שבנו נחטף בשנת 1981 על ידי כוחות הביטחון של הונדורס ועקבותיו לא נודעו עוד. זאת, בתקופה בה המשטר בהונדורס עמד מאחורי גל של חטיפות ו- "העלמויות", והכשיל במתכוון את פעילותה של מערכת אכיפת החוק במדינה.

קביעת בית המשפט, לפיה ממשלת הונדורס לא קיימה את חובתה להגן על זכותו לחיים של בנו של העותר, נשענת על מציאות שבה בוצעו פשעים מחרידים על-ידי כוחות הביטחון של המדינה, והממשלה פעלה לשיתוק המערכת המשפטית.

למותר לציין, כי כל השוואה בין ההקשר שבו ניתן פסק דין Velasquez Rodriguez לבין המצב שבו פועל צה"ל בשטחים אינה במקומה. במדינת ישראל לא קיימת מציאות שבה הרשות המבצעת מכשילה את פעילותן של רשויות חקירה; החלטות בדבר חקירה מתקבלות על-ידי גורמים משפטיים עצמאיים; חקירות מתקיימות במקרים המתאימים; ובקיצור - אין כל מקום להשוואה.

עוד יוער, בשולי הדברים, כי העותרים נמנעו מלהציג את אחת הקביעות המופיעות בפסק הדין, לפיה האופן בו יש להגן על הזכות לחיים משתנה ממקרה למקרה. מקביעה זו עולה כי ההגנה על זכות זו אינה חייבת תמיד להיעשות דווקא באמצעות חקירה פלילית. לענין זה נפנה לדברים שנאמרו מייד בסיום הקטע שציטטו העותרים בעתירה, שם קבע בית המשפט כדלקמן:

"...It is not possible to make a detailed list of all such measures, since they vary with the law and the conditions of each state..."

(פסקה 175 לפסק הדין).

קביעה זו שומטת בכל מקרה את הבסיס לטענת העותרים בנדון.

פסקי הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם

106. העותרים הוסיפו וציטטו בעתירה שלושה פסקי דין של בית המשפט האירופי לזכויות אדם. שניים מפסקי הדין כווננו נגד בריטניה (פסקי הדין *Jordan v. The United Kingdom* 43290/98 ; *Kingdom* 24746/94) ופסק הדין השלישי כוון נגד תורכיה (פסק דין *Kaya v. Turkey* 22729/93).

בפתח הדברים יש לציין, כי פסקי הדין עניינם פעילות של מדינות שלא במסגרת לחימה או עימות מזוין. מקרי המוות שנבחנו בפסקי הדין, אירעו בתוך גבולות המדינה, במהלך פעילות שלטונית בעלת אופי "שיטורי" ולא במהלך פעילות מבצעית-לחימתית. **אף לא אחד מפסקי הדין מתייחס למציאות בה נתונה מדינה בעימות מזוין מתמשך מהסוג עמו מתמודדת מדינת ישראל מזה שלוש שנים וחצי**. לא בכדי פסקי הדין עניינם בפעולות שנקטה ממשלת בריטניה נגד מפירי הסדר בצפון אירלנד, ולא באירועים שאירעו במהלך הלחימה בה היא משתתפת באפגניסטן ובעיראק.

די בהבדלי נסיבות משמעותיים אלו כדי להביא למסקנה הברורה, לפיה ההלכות שנקבעו בפסקי הדין אינן ישימות לנסיבות העתירה שלפנינו.

107. למעלה מן הנדרש נציין, כי עיון מעמיק בפסקי הדין ובפסיקה נוספת של בית-הדין האירופאי, מעלה כי בית הדין לא התכוון כלל לקבוע, כטענת העותרים, כי בכל מקרה מוות שכזה חייבת להתבצע חקירה פלילית דווקא.

עיון בפסיקה זו מעלה, כי בית הדין כלל לא ביקש לקבוע הליך מסוים ומחייב, שרק באמצעותו ראוי לבצע בדיקה של מקרי מוות כתוצאה מפעילות המדינה, אלא אך ביקש לוודא שלא תהיה התעלמות ממקרי מוות.

הדברים עולים בבירור מקביעתו של בית הדין בעניין *Shanaghan v. The United Kingdom* 37715/97 כדלקמן:

“It is not for this court to specify in any detail which procedures the authorities should adopt in providing for the proper examination of the circumstances of killing by state agents. While reference has been made for example to the Scottish model of enquiry conducted by a judge of criminal jurisdiction, there is no reason to assume that this may be the

only method available. Nor can it be said that there should be one unified procedure providing for all requirements".

(פסקה 123 לפסק הדין).

עמדת המשיב היא, כי ההליכים שנקבעו בחוק הישראלי ובפסיקה לעניין דרך החקירה של פעילות צבאית – היינו, ככלל, קיום תחקיר מבצעי, בחינה פרטנית של נסיבות האירוע, ובמקרים המתאימים בלבד, פתיחה בחקירה פלילית – היא הדרך הראויה וההולמת להתמודדות עם אירועי לחימה.

המדיניות הנוהגת - המורכבת מבירור ראשוני, לרבות עריכת תחקיר על-ידי דרג פיקודי בכיר, ופתיחה בחקירת מצ"ח, במקרים שיש לכך הצדקה - מאפשרת חקירה נאותה ואפקטיבית של אירועי הלחימה, התחקות מהירה אחר האמת העובדתית, ובמקרים המתאימים המצדיקים זאת, גם קיום הליכים פליליים והעברת מסר מרתיע וענישתי. צה"ל אינו טוען שהחובה לערוך בדיקה וחקירה של מקרי מוות מושעית בעת לחימה, ואינו מנהיג מדיניות כזו בפועל. ניסיונם של העותרים לטעון שוב ושוב, כאילו צה"ל אינו מנהל כלל חקירות בעת לחימה, הוא חסר בסיס ומקומם.

אכן, אופי הליכי הבירור והחקירה מותאם לאופי הלחימתי של האירועים, אך בכך אין כל פסול.

פרק ח': מידת ההתערבות של בית המשפט בהחלטות בעניין פתיחה בחקירה פלילית

108. מכל שהבאנו עד כה, עולה כי אין כל עילה שבגינה יתערב בית המשפט הנכבד באורח גורף וכוללני בפרקטיקה הנהוגה על ידי הפרקליטות הצבאית בנושא דנן.

מכל מקום, בטרם נסיים סקירתנו בנדון, נבקש להזכיר, כי כידוע, על פי ההלכה הפסוקה, מידת ההתערבות של בג"צ בהחלטות התביעה הכללית, לרבות הפצ"ר, הינה מידה מצומצמת ביותר, וככלל, בית המשפט לא ישם עצמו "יועץ משפטי על" או "פצ"ר על".

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

109. תחילה נציין, כי בפסיקה נקבע בבירור, כי מידת ההתערבות בשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה, זהה היא למידת ההתערבות בשיקול דעת הפצ"ר. ראו למשל בג"צ 425/89 צופאן נ. הפצ"ר, פ"ד מג (4) 718. לפיכך, כל הפסיקה שתובא להלן לגבי מידת התערבות בשיקול דעת היועמ"ש, יפה היא גם לענין הפצ"ר.

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

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

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

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

"יש לזכור, כי ההחלטה האם יש בענין פלוני די ראיות לצורך העמדה לדין - ההחלטה העומדת במוקד הדיון בענייננו - מצויה בגרעין הקשה של סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה. זו ההכרעה היסודית אשר עליו לעשות על פי החוק, בהחליטו אם לעשות שימוש בסמכותו להגיש כתב אישום (ראו סעיף 62 (א) לחוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב - 1982). בתוך כך, רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהחליטו אם להגיש כתב אישום, להעריך את תוצאותיו

הצפויות של משפט אם ייערך, ואת הסיכויים להרשעה (ראו פסקה 10 לפסק הדין בבג"צ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם)). הוא רשאי להידרש גם למידת המהימנות שעשוי בית המשפט לייחס לראיות ולסיכוי, שעל אף קיומן של ראיות לכאורה, הנאשם יזוכה בסיומו של ההליך (בג"צ 3846/91 עו"ד פינחס מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו (5) 423, 436; ראו גם בג"צ 653/94 יהודה נ' היועץ המשפטי לממשלה, תקדין עליון 1235 (2), בפסקה 2 לפסק הדין). אין טעם בהפעלת מנגנון התביעה ואין טעם בפגיעה בפרט הנגרמת על ידי עצם ההעמדה לדין, אם בסופו של ההליך אין סיכוי סביר שאותו פרט יורשע בדינו.

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

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

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

אכן, בידי בית משפט המפקח על פעילותו של היועץ המשפטי, קיימים אותם כלים כמו ליועץ המשפטי לממשלה לבדיקת חומר ראיות, ולקביעה אם יש בו די כדי להצדיק העמדה לדין. אך כפי שנאמר לא אחת, **בית המשפט אינו "יועץ משפטי על", ואל לו ליטול לעצמו את תפקידו של היועץ המשפטי ולהחליט מה היה עושה הוא במקום היועץ המשפטי. אם החלטתו של היועץ המשפטי הינה החלטה אפשרית מבחינת סבירותה, די בכך כדי שבית המשפט ימשוך ידו מהניסיון לקבוע מה היה הוא מחליט, לו ההחלטה בדבר העמדה לדין היתה בידו.** (עמוד 31) (הדגשות הוספו).

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

110. בהקשר זה נבקש להפנות לפסק הדין בדנג"צ 7516/03 נמרודי נ. היועמ"ש, תקדין עליון 2004 (1) 1142, שעסק בהחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית, בונקבע כדלקמן:

"משורה של פסקי-דין שניתנו בשנים האחרונות עולה, כי כללי ההתערבות בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה זהים בעיקרם לגבי כל שלביו של ההליך הפלילי, וכי אין לעניין זה הבדל בין החלטה על אי-העמדה לדין לבין החלטה על אי-פתיחה בחקירה (ראו למשל: בג"ץ 560/03 ארגון נפגעי הטרור הערבי נ' ראש הממשלה אריאל שרון, תק-על 2003(2) 3376; בג"ץ 6302/01 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(6) 725, בפסקה 10 לפסק-דינה של השופטת דורנר; בג"ץ 3087/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 414, בפסקה 4 לפסק-דינו של הנשיא; בג"ץ 8179/99 יאנוס נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2000(3) 2551; בג"ץ 2644/94 פרציק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 341, בפסקה 3 לפסק-דינו של הנשיא). יצוין כי לעיתים ביקשו העותרים מבית-המשפט להורות הן על פתיחה בחקירה והן על העמדה לדין - כפי שעשה גם העותר במקרה שלפנינו - ובית-המשפט דחה את העתירות מבלי להבחין בנימוקיו בין שתי הבקשות (ראו למשל: בג"ץ 5883/93 יהלום נ' המפקח הכללי, משטרת ישראל, תק-על 94(2) 2102; בג"ץ 426/94 אדלר נ' ראש האגף לחקירות, משטרת ישראל, תק-על 94(2) 2074). אמנם, ההחלטות על אי-פתיחה בחקירה שנבחנו עד כה בפסיקה התבססו בדרך כלל על היעדר "עניין לציבור" בקיום החקירה, ולא על היעדר תשתית ראייתית מספקת, שהיווה את הנימוק העיקרי בענייננו. אולם בכך אין כדי לגרוע מן המסקנה, כי פסק-הדין נשוא העתירה לא חידש דבר-מה משמעותי אלא אך החיל הלכה מיוסדת על הנסיבות שנדונו בו. בהקשר זה

לא למותר להעיר, כי בית-המשפט הבהיר לא אחת שנכונותו להתערב בהחלטות היועץ המשפטי הנוגעות לדיות הראיות תהיה נמוכה במיוחד, ואף צוין כי "עד כה לא היה, ככל הנראה, ולו אף מקרה אחד בו התערב בית משפט זה בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש אישום בשל חוסר ראיות" (בג"ץ 8121/99 האגודה לזכות הציבור לדעת נ' פרקליטות המדינה, תק-על 2000(2) 2048). דברים אלה נאמרו, אמנם, לגבי אי-העמדה לדין, אך נראה כי הם יפים גם לגבי אי-פתיחה בחקירה (הגם שהרף הראייתי הדרוש בכל אחד מהשלבים עשוי להיות שונה).

111. עוד נדגיש, כי על פי פסיקת בית משפט נכבד זה, כאשר מדובר בהחלטה המבוססת על בחינה ראייתית, בית המשפט יתערב בנדון רק במקרים נדירים במיוחד. במקרה דנן, מבבקים העותרים כי מהמשיב ישלל שיקול הדעת לבחון אם יש תשתית ראייתית בכל מקרה ומקרה לפתיחה בחקירה, והתערבות שכזו מהווה התערבות ב"גרעין הקשה" של שיקול דעת המשיב.

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

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

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

הדברים הללו יפים ככתבם וכלשונם גם לענייננו.

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

112. עוד נוסיף ונציין, כי כפי שקבע בית משפט נכבד זה, הרי שעד היום לא התערב בית המשפט הגבוה לצדק מעולם בהחלטה של התביעה לגניזת תיק מהעדר ראיות, ולא בכדי.

ראו בג"צ 8121/99 האגודה לזכות הציבור לדעת נ. פרקליטות המדינה, תקדין עליון, 2000 (2), 2048, שם נאמר כדלקמן:

"במקרים חריגים, שמטבע הדברים הם גם נדירים, עשוי בית המשפט הגבוה לצדק להתערב במסקנותיו של היועץ המשפטי לממשלה. עד כה לא היה, ככל הנראה, ולו אף מקרה אחד, בו התערב בית משפט זה בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש אישום בשל חוסר ראיות. נראה כי אף מקרה זה אינו מצדיק סטייה מן הכלל הזה."

סיכום ביניים

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

העותרים מציגים מתעלמים כליל מפסיקה זו, ודרישתם הינה כי בית המשפט הנכבד יטול למעשה שיקול דעת זה המוקנה למשיב, ויתערב מראש במגוון תיקים והליכים, שבהם מחליט המשיב – על פי נתוני כל מקרה ומקרה, אם לפתוח בחקירה אם לאו.

לדרישה כזו אין כל הצדקה ואין לכך כל תקדים.

פרק ח': העילה לדחיית העתירה על הסף

114. בתגובה משלימה זו הבהרנו כי לא נפל כל פגם בפרקטיקה הנוהגת בצה"ל בנושא של פתיחה בחקירה וכי מטעמים הנוגעים לגופם של דברים לא ניתן לקבל את הדרישה המועלית בעתירה לפיה יחוייב המשיב להורות על פתיחה אוטומטית בחקירה בכל מקרה שבו הובא לידיעתו דבר מותו של אזרח פלסטיני, אשר לא נטל חלק בפעולות לחימה, במהלך פעילות צה"ל באזורים.

מכל מקום, בטרם נסיים, נשוב ונזכיר את טענתנו הראשונית בנדון, שהועלתה בתגובתנו הראשונה לעתירה, אשר במסגרתה טענו כי דין העתירה להדחות על הסף שכן הסעד המבוקש בה הוא סעד כללי ותיאורטי.

דומה הדבר לבקשה שתוגש לבית המשפט לחייב את היועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה בו מצא אדם בישראל את מותו; בכל מקרה בו הובא לידיעתו על-ידי העותרים וממקורות נוספים דבר קיומה של שחיתות במשרד ממשלתי, וכיו"ב. לנוחיות בית המשפט, נבקש לחזור על דברינו שהובאו באותה תגובה בהקשר זה, ואף נוסף פסיקה חדשה בנדון, שניתנה לאחרונה.

115. כידוע, החלטה אם להורות על פתיחה בחקירה אם לאו, היא החלטה הנתונה לשיקול דעת של רשויות החקירה והתביעה.

משעה שמדובר בהחלטה שיש לגביה שיקול דעת, הרי שברי כי כל החלטה מתקבלת לאחר בחינת יסודות המקרה, ובהתאם לנסיבותיו, עובדותיו ויישומם של שיקולי מדיניות משפטית בהקשרו. קבלת החלטה אוטומטית בדבר פתיחה בחקירה, לא רק שאינה מחויבת, אלא שיש בה משום ויתור של המשיב על שימוש בשיקול הדעת הנתון לו, ועלולה היא להוביל לקיומן של חקירות סרק.

116. בהקשר זה הפנינו לפסיקה הקובעת כי החלטה על פתיחה בחקירה הינה החלטה הנתונה לשיקול דעת התביעה, שיש לקבלה בכל מקרה בזהירות ומתוך מודעות למשמעות מרחיקת הלכת שיש לפתיחת חקירה פלילית על זכויותיו של החשוד הפוטנציאלי.

אכן, פסיקה זו התייחסה לסמכות היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה להורות על פתיחה בחקירה, אולם כאמור, כבר נפסק כי סמכות הפצ"ר והפרקליטות הצבאית בנושא זה מקבילה היא לסמכות היועץ המשפטי ופרקליטות המדינה.

כך נקבע למשל בבג"צ 2644/94 פרצ'יק ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח (4) 341, 343, כי:

"הגשתו של אישום פלילי – וקיום חקירה פלילית המובילה אליו – הם עניין הנתון לשיקול דעת (כעין שיפוטי) של היועץ המשפטי לממשלה."

117. לאחרונה נדון שיקול דעת זה בהרחבה במסגרת בג"צ 1689/02 נמרודי נ. היועמ"ש, פ"ד נו (6) 49. במסגרת פסק דין זה (שאותו כבר הזכרנו בהקשר אחר בפרק ג'), התייחס בית המשפט לפסק דין קודם שניתן לא מכבר, שגם בו עסק בית המשפט בנושא זה. כוונתנו לבג"צ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון נ. היועמ"ש (טרם פורסם). מפאת חשיבות הדברים, נביאם כלשונם, כפי שנאמרו בפרשת נמרודי:

"פתיחתה של חקירה פלילית או משמעתית כנגד ממלא תפקיד ציבורי וכנגד איש חקירות במשטרה בכלל זה, היא צעד רב משמעות ורב השלכות ביחס למערכת התיפקודית עליה הוא נמנה ולגביו באופן אישי. לחקירה כזו השלכה על מעמדה בציבור של המערכת המשטרית ועל דרכי תיפקודה. כרוכה בכך פגיעה קשה בנילון, הן במעמדו ובתפקידו והן בחייו ברשות הפרט. השלכות ניהולה של חקירה כאמור על המערכת הציבורית ועל היחיד מחייבות זהירות רבה בהפעלת שיקול הדעת של הגורם המוסמך להחליט על פתיחת חקירה, מתי להורות על כך, ומתי להימנע מכך. בצד הזהירות המתחייבת בהחלטה על פתיחת חקירה, מוטלת אחריות להימנע מגניזת תלונות שעשוי להיות בהן ממש, מקום שהן משקפות סטייה של איש משטרה מנורמות התנהגות המתחייבות במסגרת מילוי תפקידו.

עמד על כך בית המשפט בפרשת בג"צ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (טרם פורסם) (מפי השופט שטרסברג-כהן) באומרו:

כאשר הפרקליטות מפעילה את שיקול דעתה לענין עריכת בדיקה על מנת להחליט אם להורות על פתיחת חקירה משטרית אם לאו, עשויה החלטתה להיות בעלת השלכות גורליות על הנילון ובעלת משמעות מיוחדת לציבור בכללותו. לפיכך, על בדיקה כזו להיערך ביסודיות ובאחריות, תוך איסוף כל חומר רלבנטי והתייחסות אליו. בדיקה כזו היא חלק מתהליך קבלת ההחלטה אותה מוסמכת הפרקליטות לקבל... הפרקליטות מעורבת בחקירות משטריות פליליות ולעיתים היא מלווה אותן, והאחריות להחליט אם קיים חשד לביצוע עבירה ועל מי נופל חשד זה, ולהורות על פתיחת חקירה בהתאם, רובצת עליה. כאמור, לא ניתן לקבוע קריטריונים לענין היקף, אופי וטיב הבדיקה, ויש להשאיר ענין זה לשיקול דעת הפרקליטות כשכל מקרה נדון לגופו ועל פי נסיבותיו... היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה הם גופים מקצועיים המופקדים על שמירת שלטון החוק. הם גופים עצמאיים ועליהם לפעול ללא פניות, ללא משוא פנים וללא איפה ואיפה ועל פי הכלל של שוויון הכל בפני החוק. ההחלטה כיצד לנהוג בתלונה המוגשת לפרקליטות בחשד לביצוע עבירה פלילית, כמו

החלטות רבות אחרות, צריכה להתקבל לא על פי מיהות הנילון אלא על פי מהות הענין ונסיבותיו. ככל שהחשד מתייחס לעבירות חמורות ומורכבות יותר, ככל שמידת אי הוודאות ביחס לשאלה אם יש בסיס עובדתי או משפטי לחשדות לביצוע עבירה שהועלו בתלונה גדולה יותר, ככל שקיים חשש שהתלונה עלולה להתברר כ"תלונת סרק" בין משום מעמדו של הנילון ובין משום סיבה אחרת, כך מתבקשת בדיקה מקפת ומעמיקה יותר בטרם קבלת החלטה".

חקירה פלילית או משמעתית כנגד איש משטרה מחייבת, נוכח משמעותה והשלכותיה, תשתית נתונים התחלתית המצדיקה את עריכתה. שיקול הדעת לגבי קיומה של תשתית כזו נתון ביסודו ליועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הכללית; התערבות בשיקול דעת זה הינה נדירה ושמורה למקרים חריגים בהם נראה כי היתה סטייה מהותית מקווי שיקול הדעת הסביר שראוי היה להפעיל."

118. הלכה זו אושרה לפני כמה חודשים בדג"צ 7516/03 נמרודי נ. היועמ"ש (טרם פורסם) בו נדחתה עתירה לקיום דיון נוסף על פסק הדין שדחה את עתירת נמרודי הנ"ל. וכך נקבע בפסק הדין:

"דין העתירה להידחות. בפסק-הדין לא נקבעה כל הלכה אשר "עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה" מצדיקה קיומו של דיון נוסף, כדרישת סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. אכן, פסק-הדין מייחס חשיבות, לצורך ההחלטה בדבר פתיחתה של חקירה, לעובדה שהנילון הוא איש משטרה. זאת, משום שלעצם החקירה נגד איש משטרה - ובפרט אם הוא בעל תפקיד בכיר - יש השלכות מיוחדות, בין היתר על אמון הציבור במערכת אכיפת החוק ועל יכולתה של המערכת להמשיך ולתפקד באופן בלתי-תלוי תחת לחצים רבי עוצמה המופעלים עליה כל העת מכיוונים שונים. למותר לציין כי תפקידם של אנשי המשטרה אינו מחסן אותם מפני חקירה, אלא דווקא מציב בפניהם סטנדרטים גבוהים במיוחד של חובות אמון, הגינות והקפדה על קיום החוק; אולם הרגישות המיוחדת הכרוכה בחקירתם מחייבת גם זהירות מיוחדת בעת קבלת ההחלטה על כך (השוו לבג"ץ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם), שעסק בפתיחה בחקירה נגד יו"ר הרשות לניירות ערך). כך נקבע בפסק-הדין, וקביעה זו אינה מעוררת כל קושי. היא אך מהווה ביטוי לכלל הידוע, שלפיו חייבת הרשות המינהלית להתחשב בכל השיקולים הנוגעים לעניין בעת גיבוש החלטתה."

ובמקום אחר בפסק הדין נקבע כדלקמן:

"גם טענת העותר, כי פסק-הדין מנוגד לסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי, דינה להידחות; ומאחר שבפסק-הדין אין התייחסות לעניין זה אייחד לו מספר מילים. סעיף 59 רישא מצווה, כי אם "נודע למשטרה [ולענייננו - לפרקליטות] על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה". ואולם, השאלה העיקרית לעניין זה היא אם אכן נודע למשטרה על ביצוע עבירה. תשובה חיובית על שאלה זו מחייבת קיומה של תשתית ראייתית ברמה המצדיקה פתיחה בחקירה, ופשיטא כי טענות המתלונן, אם אינן מגובות בתשתית כזו, עשויות שלא להספיק לשם כך. משמעות החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה בענייננו, אפוא, איננה כי החקירה לא תיפתח חרף ידיעתה של הפרקליטות על ביצוע עבירות, אלא כי התשתית הראייתית הקיימת אינה מקימה ידיעה כזו, וממילא אין תחולה לסעיף 59."

119. משלושת פסקי הדין הללו עולה בבירור עד כמה יש להזהר בהפעלת שיקול הדעת הנתון לגורמים המוסמכים להורות על פתיחה בחקירה. ברור בעליל, כי דברים אלה, שנאמרו לגבי פתיחתה של כל חקירה, רלוונטיים הם בודאי לגבי פתיחה בחקירה בנסיבות שבהן בהחלט יתכן שלא בוצעה כלל עבירה, היינו כאשר מדובר במקרי מוות המתרחשים לעתים אגב ביצוע פעולות לחימה. במקרים אלה בודאי נכונה היא הקביעה, כי לא יתכן שתפתח חקירה אלא במקרה שבו יש תשתית ראייתית לכאורה לביצוע עבירה, כפי שנפסק בדנג"צ נמרודי.

לפיכך נטען, כי הדרישה המועלית בעתירה, לחייב את המשיב להורות על פתיחה בחקירה באופן גורף, ללא שקילת נסיבות כל מקרה ומקרה, הינה דרישה מרחיקת לכת וחסרת בסיס.

120. יצויין, כי למעשה, גם העותרים אינם חולקים על כך שלמשיב קיים שיקול דעת בנדון – ראו סעי' 27 לעתירה. אלא שלדעתם, במקרים של מות אדם, הופכת למעשה סמכות הרשות של המשיב, לסמכות חובה. דא עקא, שלטענה זו אין כל יסוד וכל הגיון, שכן בודאי גם העותרים אינם חולקים על כך שיכולים להיות מקרי מוות רבים שאינם מעלים כלל חשד לביצוע עבירה.

לפיכך נטען, כי דין העתירה להדחות בשל היות הדרישה המועלית בה חסרת בסיס משפטי ובשל היותה דרישה כללית ותיאורטית.

פרק ט: סיכום

121. **כפי שהובהר בפרק הקודם, דין העתירה להזכות על הסף שכן הדרישה המועלית בה הינה כללית ותיאורטית.**

122. **למעלה מן הנדרש נוסף ונטען, כי דינה של בקשת העותרים להיזכות גם לגופם של דברים, שכן אין כל פגם במדיניות הנוהגת לגבי פתיחה בחקירות פליליות בעת לחימה, הנהוגה בצה"ל מאז ספטמבר 2000.** על פי מדיניות זו, שתוארה בהרחבה בתגובה זו, החלטה אם לפתוח בחקירה במקרה מסוים אם לאו מתקבלת **בכל מקרה לגופו**, על יסוד כלל החומר הרלוונטי לענין המגיע לרשויות, ובראשו חומר שהושג במהלך תחקירים מבצעיים מפורטים שנהוג לעורכם, לצד כל חומר רלוונטי נוסף המגיע בענין, כגון תלונות, עדויות, וכדומה.

כפי שצויין, על יסוד בדיקות שכאלה הוחלט, מאז פרצה הלחימה בטרור הפלסטיני, לפתוח בלמעלה מ - 515 חקירות מצ"ח, מתוכן כ- 80 חקירות שענינן ירי על-ידי חיילים, מרביתן בנסיבות של גרימת מוות או פציעה חמורה.

מנתונים אלה ברור כי אין מדובר במדיניות של סירוב גורף לפתוח בחקירה, אלא במדיניות שבמסגרתה מתקבלת החלטה בכל מקרה על יסוד נסיבותיו.

123. המשיב יוסיף ויטען, כי החלטותיו, המתקבלות בכל מקרה ומקרה על יסוד נסיבותיו, מתיישבות היטב עם הוראות המשפט הבין-לאומי, ועם הפסיקה והחוק במדינת ישראל, וכן עם הפרקטיקה של כוחות זרים ביחס לפתיחה בחקירות פליליות בעת לחימה.

124. כפי שהראינו בהרחבה בתשובה משלימה זו, כאשר בוחנים את כללי ועקרונות המשפט הבין-לאומי, עולה מהם במפורש, כי בנסיבות של לחימה, ובפרט לחימה בטרור באזורים צפופי אוכלוסייה, פגיעה באזרחים עלולה להיות חלק מתוצאות הלוואי הקשות של הלחימה. העובדה שבזמן לחימה נפגע אזרח חף מפשע, אינה מלמדת כשלעצמה על כך שבוצע פשע מלחמה או על כך שהייתה התנהגות פלילית מצד החיילים המעורבים, אלא יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו.

125. אף במשפט הישראלי קיימת פסיקה ענפה, המלמדת כי פעילות מבצעית אינה דומה לכל פעילות אחרת, ולאור מאפייניה ומהותה של פעילות זו, פתיחה בחקירה פלילית ביחס לפעילות מבצעית מחייבת שקילת שיקולים ייחודיים, ותיעשה כדבר חריג בלבד. הלכות אלה יפות, בבחינת קל וחומר, כאשר מדובר בפעילות לחימתית מובהקת.

בהקשר זה הפנינו למשל לפסקי הדין הבאים :

בג"צ 4550/94 אישה נ. היועמ"ש, פ"ד מט (5) 859 ;

בג"צ 6208/96 מור חיים נ. צה"ל, פ"ד נב (3) 835 ;

בג"צ 7232/01 יוסוף נ. ממשלת ישראל [תק-על 2003(2), 3952].

126. כן הפנינו לכך, שמחקר משפטי מקיף שנערך ביחס לפרקטיקה הנהוגה בקרב כוחות זרים לגבי פתיחת חקירות פליליות ביחס לאירועי לחימה (למשל פעילות נאט"ו ביוגוסלביה ופעילות צבא ארה"ב בעיראק ובאפגניסטן), מלמד, בצורה מפורשת וברורה, כי אין צבא שבו נפתחת חקירה פלילית באופן אוטומטי בכל מקרה בו נהרג אזרח במהלך פעילות מבצעית. ההיפך הוא הנכון, וככלל אין נפתחות חקירות פליליות במקרים כגון דא.

127. המשיב יוסיף ויטען לסיכום, כי לו היה פועל על פי דרישת העותרים, ומורה – באופן אוטומטי – על פתיחת חקירה פלילית בכל מקרה מהסוג הנדון בעתירה, היה בכך משום שימוש לא ראוי בסמכותו ומשום התנערות מחובתו להפעיל בכל מקרה שיקול דעת פרטני. פעולה בדרך זו היתה לוקה בחוסר סבירות והיתה פוגעת באופן בלתי מידתי בזכויות הנחקרים. לכך אין ולא יכולה להיות כל הצדקה.

128. אשר על כן, מכל הטעמים שפורטו בהרחבה לעיל, נבקש את דחיית העתירה על הסף ולגופה.

היום : ט"ו תמוז תשס"ד

04 יולי 2004

שי ניצן

המשנה לפרקליטת המדינה

(תפקידים מיוחדים)