

**האגודה לזכויות האזרח בישראל**  
**جمعية حقوق المواطن في اسرائيل**  
**The Association for Civil Rights in Israel**



**טופס העברת פקסימיליה**  
**نموذج لارسال فاكسي**  
**FAX TRANSMISSION**

ISRAEL TIME: \_\_\_\_\_ שעה / ساعة: \_\_\_\_\_ DATE: \_\_\_\_\_ תאריך / تاريخ: \_\_\_\_\_

TO: \_\_\_\_\_ אל / لعمارة: \_\_\_\_\_

FAX: \_\_\_\_\_ 674 9114 פקס / فاكس: \_\_\_\_\_

FROM: \_\_\_\_\_ מאת / من: \_\_\_\_\_

לעמוד זה מצורפים 8 עמודים  
 مرفقة 8 صفحات لهذه الصفحة

NUMBER OF PAGES (not including this one) \_\_\_\_\_

**MESSAGE:**

הודעה:

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

בתי דין 2004/03

**בית המשפט העליון**  
**בשבתו כבית משפט לצדק**

בגלש האח'  
עו"ד ב"ב עוזייד שטיין ואח'

הצדדים

ג ד

הפרקליט הצבאי הראשי  
עו"ד פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים

חפשי

**תגובה מטעם פרקליטות המדינה**

בעתירה זו מבקשים העותרים מבית משפט נכבד זה לחייב את אח"ל לקיים חקירת מצ"ח בדבר נסיבות מותם של שמונה תושבים מאזור יהודה ושומרון ומאזור חבל עזה, אשר נהרגו במהלך שישה אירועים שונים במסגרת פעילות צה"ל באזורים אלה.

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

בתגובה לעתירה זו יטען המשיב, כי דינה של עתירה זו, על שני חלקיה, להידחות על הסף. להלן נתייחס לשני החלקים כסדרם:

**הראש הראשון לעתירה**

1. אשר לחלק הראשון של העתירה, הן בשישה מקרים שונים בהם מדיש המשיב לחזות על פתיחה בחקירת מצ"ח, הרי שבחלק זה של העתירה כרוו העותרים בעתירה אחת שש עתירות נפרדות ושונות, שעניינן שישה אירועים שונים ומפרידים.

לעניין זה כבר התייחס כבוד השופט השיין בהחלטתו מיום 14.12.03, בה כתב כדלקמן:

"העותרת מבילה, למעשה, 6 עתירות נפרדות ושונות, ומן הראוי היה כי תוגשנה עתירות נפרדות בגין כל אירוע ואירוע. כך נהוג בבית-המשפט זה מכבר, וחזקה על העותרות כי יודעות הן זאת. לעת חזו לא באנו אלא להסיב את תשומת-לב העותרות לעברתי זו".

2. החלטת זו מבוססת על פסיקה ידועה ומושרשת, בה נקבע שוב ושוב, כי אין לצרף בעתירה אחת עניינים שונים, מקום בו חרקה העובדתי בכל אחד מאותם עניינים הוא שונה, שכן איחוד העניינים (או העותרים) נורם לסרבול ולבלבול מיותרים. בית המשפט הנכבד כבר סבע, פעם אחר פעם, כי די בצידוף כאמור כדי להביא להתייתה של עתירה על-מספ, תוך שמירת הזכות להגיש עתירה נפרדת בכל ענין וענין, ובלבד שתהיה עלה לעשות כן.

לענין זה ראו לדוגמא, דבריו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6432/01 חסאן נ' הממונה על מחלקת אשרות, תקדין 2001(3)1648, כדלקמן:

"בעתירה המכוננת כנגד הממונה על האשרות במנהל האוכלוסין, טוענים העותרים, כי המשיכה נמנעת באופן שיטתי מלהתייחס לפניותיהם. הם מבקשים, כי בית המשפט יורה לה להתייחס לפניותיהם...

כבר נפסק בבית משפט זה כי מקום בו מצורפים עניינים נפרדים בעתירה אחת, דין העתירה להדחה על הסף מטעם זה. אפילו בקשות העותרים הן בעלות אופי דומה, כך דובר בפסיקה, הרי משמדובר בעותרים שונים שבנינם נרד, שומה על העותרים להגיש עתירות נפרדות (ראו: בג"צ 432/99 עלי פרא נ' שר המשטרה; בג"צ 5856/01 עמאד נ' משרד הפנים). במקרה זה - גם ענינו של כל עותר שונה בסריבותיו ממענהו..."

כן ראו בב"צ 5860/01 זיתון עמאד ואח' נ' משרד הפנים, הלשכה האזורית למנהל אוכלוסין, מורה ירושלים, תק-על 2001(3), 1066, בו נפסק כדלקמן:

"שני העותרים הם תושבי ירושלים שנישאו ב-20.11.00 לאזרחיות ירלניות. בעתירתם הם מבקשים, כי נורה למשיב לנמק מדוע אינו נענה לבקשתם להעניק אשרות כניסה לישראל עבור נשותיהם..."

נכונה טענת המדינה שדין העתירה להידחות על הסף מחמת צירופם של שני עניינים נפרדים בעתירה אחת. במקרה דנן, גם אם תבקשות של שני העותרים בעלות אופי דומה, הרי מדובר בשני עותרים שונים שבנינם הוא נפרד, ולכן היה עליהם להגיש עתירות נפרדות".

וכן ראו לדוגמא, פסק הדין שניתן לפני זמן קצר בבג"ץ 4582/03 ג'בארין נ' שר הפנים, תקדין 2003(2)2, בו נפסק כדלקמן:

"אכן, עניינם של העותרים בעל אופי דומה, אך את כל אחד מהם מאפיינות נסיבותיו הסיווחיות, שהרי מדובר בבני משפחות שונות. דיון בעניינם של כל

העותרים במסגרת עתירה אחת, עלול איסוף לניות מורכב וממושך, וכבר נפסק על ידי בית משפט זה כי הגשתן של עתירות בדרך זו אינה ראיה ולא רצויה (בג"ץ 5866/01, בג"ץ 7016/01).

לפיכך, אנו מחליטים לדחות את העתירה על הסף, ולעותרים שטוריה הזכות להגיש עתירות נפרדות, ובלבד שתגיה ביום עילה לכך.

3. בעניינו מדובר בששה אירועים שונים, וענינו של כל אחד ואחד מהם בודד בעובדות קונקרטיות שונות. בפסקי הדין שצוטטו לעיל ואחרים, נדחו לעיתים עתירות על הסף אך בשל חיבורם של שניים או שלושה ענינים בעתירה אחת, על אחת כמה וכמה שזין העתירה דנו להידחות על הסף, בשל חיבורם של ששה ענינים שונים, שנקיבותיהם שונות, בעתירה אחת.

4. לפיכך, נטען, כי אין מקום לאפשר הגשתן של עתירה אחת במקום שש עתירות שונות, ועל כן נבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את חלקה הראשון של העתירה על-זוהף, תוך שמירת זכותם של העותרים להגיש עתירות נפרדות, אם תחיה להם עילה לעשות כן.

5. עוד יצוין, כי בכל הנוגע למקרים המפורטים בסעי' 10 ו-11 לעתירה, מדובר בעתירה מוקדמת, שכן מדובר בדרישות שהועלו בטרם התקבלו בכלל החלטות סופיות בצבא אם לפתוח בחקירת מציית אם לאו. מכל מקום, בנתיים, במקרה אחוז כבר התקבלה החלטה, והודעה בנדון השלח לעותרים.

כן יצוין, להשלמת התמונה, כי במקרה הנדון בסעי' 6 לעתירה, שבו התקבלה מלכתחילה החלטה שלא לפתוח בחקירת מציית, שונתה החלטה לאחר שחתמו שטאסוף נבחן פעם נוספת, וביום 22.10.03, מספר ימים לפני הגשת העתירה, הוחלט להורות על פתיחה בחקירת מציית בנושא זה. ממילא, בנושא זה, מדובר כיום בעתירה הלאורטית.

**חראש הראש לעתירה**

6. בתלק השני של העתירה מבקשים העותרים לקבל סעד כללי וגורף - שבמסגרתו יחוייב הפרקליט הצבאי הראשי להורות על חקירת מציית בכל מקרה שבו חונא לידעתו דבר מותו של אזרח פלסטיני, אשר לא נטל חלק בפעולות לחימה, במהלך פעולות צה"ל באזורים.

לענין זה נטען, כי גם ראש זה צריך לדחות על חסף שכו הסעד המבוקש בו הוא **סעד כללי ונאיורטי**.

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 לחינתו על-ידי העותרים וממקורות נוספים דבר קיומה של שחיתות במשרד ממשלתי, וכיוצא.

7. כידוע, החלטת אם לחזור על פתיחה בחקירה אם לאו, היא החלטת הנתונה לשיקול דעת של רשויות החקירה והתביעה.

משעה שמדובר בהחלטה שיש לבחון שיקול דעת, חרי שבדי כי כל החלטה מתקבלת לאחר בחינת יסודות המקרה, ובהתאם לנסיבותיו, עובדותיו וישומם של שיקולי מדיניות משפטית בחקירתו. 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 לחבויל לקיומן של חקירות סדק.

8. במקשר זה נבקש להפנות לפסיקה הקובעת כי החלטה על פתיחה בחקירה הינה החלטה הנתונה לשיקול דעת התביעה, שיש לקבלת בכל מקרה בחירות ומועד מדיעות למשמעות מרחיקת חלכת שיש לפתיחת חקירה פלילית על זכויותיו של החשוד חפוטנציאלי.

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

כך נקבע למשל בבג"צ 2444/94 פרצ'ילק ואח'י נ' היועץ המשפטי לממשלת, פ"ד מח (4) 341, 343, כי

"הגשתו של אישום פלילי - וקיום חקירה פלילית חמוכילה אלו - הם עניין הנתון לשיקול דעת גבעין שיפוטי של היועץ המשפטי לממשלת."

9. לאחרונה נדון שיקול דעת זה בהרחבה במסגרת בג"צ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לתק-על 2003(8), (139). במסגרת מסל דין התייחס בית המשפט לפסק דין קודם שניתן לא מכבר, שגם בו עסק בית המשפט בנושא זה. כוונתנו לבג"צ 3993/01 חתנועה לפני איכות השלטה נ' היועץ המשפטי (טרם פורסם). מטאת השיבות הדברים, נביאם כלשונם, כמו 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 המשטרנית ועל זרפי תיפקודות. כרוכה בהן פגיעה קשה בגילון, הן במעמדו ובתפקידו והן בחייו ברשות הפרט. השלכות נחלתה של חקירת באמור על המערכת הציבורית ועל היחיד מחייבת וחזרת רבת בהשפעת שמונה הדעת של הגורם המוסמך לחליט על פתיחת חקירה, מתנג לחזרות על כך, ומתני לתמונע סכד. בצד החזירות המתחייבת בהחלטה על פתיחת חקירה, מוטלת אחריות לחימונע מנזיות תלונות שעשוי להיות בהן ממש, מקום שחן משקפות סטייה של איש משטרה מטרמות חתנחגות המתחייבות במסגרת מלוי תפקידו.

עמד על כך בית המשפט בפרישת ב"צ 51/813 והתנועה למען איכות השלטון  
 בישראל נ' חנוכי המשפטי לממשלה ואח' (טרם פורסם) (מפו השופטת  
 שטרסברג-כהן) באומרו:

כאשר הפרקליטות מפעילה את שיקול דעתה לענין עריכת בדיקה על מנת  
 לחלטה אם לחזור על פתיחת חקירה משטרתית אם לאו, עשויה החלטתה  
 להיות בעלת השלכות גורליות על הגליון ובעלת משמעות מיוחדת לציבור  
 בכללותו. לפיכך, על בדיקת כזו להיערך ביוסודיות ובאחריות, תוך איסוף כל  
 חומר רלבנטי והתייחסות אליו, בדיוק כזו היא חלק מתהליך קבלת  
 החלטתה אותה מוסמכת הפרקליטות לקבל... הפרקליטות מעורבת  
 בחקירות משטרתיות פליליות ולעיתים היא מלווה אותן, והאחריות  
 להחליט אם קיים תשד לבצוע עבירה ועל מי נופל חשד זה, ולהורות על  
 פתיחת חקירה בחשדם, רובצת עליה. כאמור, לא ניתן לקבוע קריטריונים  
לענין חיפוי אוכל ופאח הבדיקה, ויש להשאיר ענין זה לשיקול דעת  
הפרקליטות בשכל מקרה נדון לבופן ועל פי מקובלת... היועץ המשפטי  
 לממשלה ופרקליטות המדינה הם גופים מקצועיים המופקדים על שמירת  
 שלטון החוק. הם גופים עצמאיים ועליהם למעול ללא סניות, ללא משוא  
 פנים וללא איפח האפח ועל פי הכלל של שוויון חכל בפני החוק. החלטת  
 כיצד לחוג בתלונה המוגשת לפרקליטות כחשד לבצוע עבירה פלילית, כמו  
 החלטות רבות אחרות, צריכה להתקבל לא על פי מיהות הגליון אלא על פי  
 מנות הענין ונסיבותיו, ככל שחשד פתיחס לעבירות חמורות ומורכבות  
 יותר, ככל שמידת אי חודאאות ביחס לשאלה אם יש בסיס עובדתי או  
 משפטי לחשדות לבצוע עבירה שהועלו בתלונה גדולה יותר, ככל שקיים  
 חשש שהתלונה עולה להחברר כ"תלונת סרק" בין משום מעמדו של הגליון  
 ובין משום סיבת אחרת, כך מתבקשת בדיקה מקפת ומעמיקה יותר בטרם  
 קבלת החלטה".

חקירה פלילית או משמעתית כנגד איש משטרה מחייבת, נוכח משמעותה  
 והשלכותיה, תשתית נוקנים התחלתית המצדיקה את עריכתה. שיקול הדעת לגבי  
 קיומה של תשתית כזו נתון ביסודו ליועץ המשפטי לממשלה, כראש התביעה  
 הכללית, התעוררות בשיקול דעת זה חיצה נדירה ושמורה למקרים חריגים בהם  
 נראה כי חיתה סטייה מוחותית מקוון שיקול הדעת הטביר שראוי חית להפעיל."

10. משני פסקי הדין הללו עולה בבירור עד כמה יש לחזור בהמגלת שיקול הדעת הנתון  
 לגורמים המוסמכים לחזרות על פתיחה בחקירה. ברור בעליל, כי דבריה אלה, שנאמרו לגבי  
 פתיחתה של כל חקירה, רלחנטיים הם בודאי לגבי פתיחה בחקירה בנסיבות שבחן בתחלט  
 יתכן שלא בוצעה כלל עבירה, היינו כאשר מדובר במקרי מוות המתרחשים לעתים אגב  
 ביצוע פעולות לחימה. לפיכך נטען, כי חדרושה המועלית בעתירה, לחייב את המשיב לחזרות

על פתיחת בחקירה ללא שקיפת נספחים במקרה ובמקרה, הינה דרישה מרחיקת לכת וחסרת בסיס.

11. יצויין, כי למעשה, גם העותרים אינם חולקים על כך שלמשיב קיים שיקול דעת בהחן - ראוי שיש 27 לעתירה. אלא שלעצם, במקרים של מות אדם, חובבת למעשה סמכות חרשה 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 תראש השני של העתירה להחנות בשל חיות חדדישה המועלית בו חסרת בסיס משפטי ובשל חיותה דרישה כללית ותואורטית.

12. למעלה מן הנדרש נוסף ונצויין, כי דינח של בקשת העותרים להחנות גם לגופם של דברים, שכן אין כל פגם במדיניות הנוהגת לגבי פתיחה בחקירות פליליות בעת לחימת תנהונח במחיל מאז ספטמבר 2000. על פי מדיניות זו, התלטה אם לפתוח בחקירה במקרה מסוים אם לאו מתקבלת על יסוד כלל חומר רלוונטי לענין חמגע לרשויות, ובראשו חומר שהושג במהלך תחקירים מבצעיים מסודרים שנוהג לעורכם, לצד כל חומר רלוונטי נוסף המגיע בענין, כגון תלונות, עדויות, וכדומה.

מדיניות זו הוצגה בעיקריה לעותרות, במסגרת תכתובת שתתנהלה עמן.

ראו למשל נספחים 28, 31 ו-33 לעתירה.

יצויין, כי על יסוד בדיקות שבאגף החקירה, מאז פרצה החלימה בטרור והפליסטיני, לפתוח ב-470 חקירות מצ"ח, מתוכן כ-70 חקירות שענינן יהי על-ידי חיילים, מרביתן בנסיבות של גרימת מוות או פציעה חמורה.

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

13. המשיב יוסיף ויטען, כי התלטותיו, המתקבלות בכל מקרה ומקרה על יסוד נסיבותיהם, מתיישבות חיטב עם הוראות המשפט הבין-לאומי, העם הפסיקה והחוק במדינת ישראל, וכן עם הפרקטיקה של כוחות זרים ביחס לפתיחת בחקירות פליליות בעת לחימה.

14. לענין זה נצויין בתמציות, כי כאשר בוחנים את כללי ועקרונות המשפט הבין-לאומי, עולה מהם במפורש, כי בנסיבות של לחימה, ובפרט לחימת בטרור באזורים צפופי אוכלוסייה, פגיעה באזרחים עלולה להיות חלק מתוצאות חלואי הקשות של לחימה. ועובדה שבזמן לחימה נפגע אזרח חף מפשע, אינה מלמדת בשלעצמה על כך שבוצע פשע מלקח או על כך שחילתה התנהגות פלילית מצד החיילים המעורבים, אלא יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו.

15. אף במשפט הישראלי קיימת מסיקה ענפה, המלמדת כי פעילות מבצעית אינה דומה לכל פעילות אחרת, וכי לאור מאפייניה ומחומתה של פעילות זו, פתיחת בחקירה פעילות ביחס לפעילות מבצעית מחייבת שקולה שיקולים ייחודיים, ותיעשה כדבר הריג בלבד. תלכות אלת יפות, בבחינת קל והומר, כאשר מדובר בפעילות להימנעות מובהקת.

בהקשר זה נמנה למשל למסקי חזין הבאים:

- בג"צ 4550/94 אישרה נ. חינועמיש, פ"ד מט (5) 859,
- בג"צ 6208/94 מור חייס נ. צה"ל, פ"ד נב (3) 835,
- בג"צ 7222/01 יוסוף נ. ממשלת ישראל [תק-על 2003(2), 3952].

16. עוד נבקש להפנות להסדר הסטטוטורי שנחקק בשנת 1997 - סעיף 539 לחוק השיפוט הצבאי, התשס"ו - 1955. סעיף זה קובע, כי אירוע שחותרש במהלך פעילות מבצעית יחקר, ככלל, בדרך של תחקיר מבצעי, ולא על-ידי גוף חוקר, וממצאי תחקיר יימסרו לפצ"ר. רק במקרים חמוראים, ניתן להעביר את האירוע לחקירת גוף חוקר, לאחר עמידת במספר מסונות תקבולות בחוק. גם מחסבר זה עולה, כי פתיחה בחקירה פעילות ביחס לפעילות מבצעית צריכה להישקל בכל מקרה לגופו.

17. כן נבקש להפנות לכך, שמחקר משפטי מקיף שנערך ביחס לפרקטיקה הנחוגת בקרב כוחות זרים לגבי פתיחת חקירות פעילות ביחס לאירועי לחימה (למשל פעילות נאט"ו ביוגוסלביה ופעילות צבא ארצות בעיראק ובאפגניסטן), מלמד, בצורה מפורשת וברורה, כי אין צבא שבו נפתחת חקירה פעילות באופן אוטומטי בכל מקרה בו נחרג אורח במהלך פעילות מבצעית. בעניין זה, ד"ר לויץ בדו"ח של ועדה שחוקמת על-ידי התובעת של בית הדין הפלילי חבין-לאומי לעניין יוגוסלביה, בו נקבע כי אין מקום לקיים חקירות פעילות ביחס לפעילות של נאט"ו, בחן נחרגו עשרות ומאות אזרחים. 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/prosecr/nato031300.htm>

18. במידת הצורך, ניתן יהיה כמובן להרחיב בנושא זה. אלא שכאמור, אין בכך כל צורך, שכן די בכל האמור לעיל כדי להבהיר כי אין חלקק השני של העתירה להדחות על הסף, בגין כך שמבקש בו סגד כללי ותאורטי שאין כל מקום לתתו.

19. אשר על כן, מכל הטעמים דלעיל, נבקש את דחיית שני חלקי העתירה על הסף.



שני ניצן

מנהל תחום תסקירים מיוחדים (במועל)

היום: כ"ח כסלו, תשס"ד

23 דצמבר, 2003