

- העותרים: 1. בצלם, מרכז המידע לזכויות האדם בשטחים  
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

שניהם ע"י ב"כ עוה"ד לימור יהודה ו/או דן יקיר  
ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל  
פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או  
באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או  
סוניה בולוס ו/או עאזם בשארה ו/או עודד פלר

**מהאגודה לזכויות האזרח בישראל**

ת"ד 34510, ירושלים 91000

טל': 6521218-02; פקס: 6521219-02

- נ ג ד -

המשיב: הפרקליט הצבאי הראשי

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

**תגובת העותרים להודעה המשלימה השנייה מטעם המשיב**

1. העותרים מתכבדים להגיש תגובתם להודעת המשיב המשלימה, בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 14.7.2005.
2. עניינה של עתירה זו בהחלטתו של המשיב לבטל את ההוראה שנהגה עד לסוף שנת 2000, ולרבות במהלך האינתיפאדה הראשונה, שחייבה פתיחתה של חקירת מצ"ח בכל מקרה בו נהרג אזרח על ידי חיילי צה"ל, למעט באירועי פח"ע (פעילות חבלנית עוינת). טענת העותרים בעתירה הינה כי דין החלטה זו להתבטל, תוך השבתה לכנה של ההוראה שנהגה קודם לכן (אשר עוגנה בפקודת מטכ"ל 33.0304), לפיה קיים הצבא חקירה לבירור נסיבות מותו של כל אזרח שלא היה מעורב בפעילות פח"ע, באמצעות גורם מקצועי שאינו נוגע בדבר.
3. בהודעה המשלימה שהוגשה על ידי המשיב ביום 28.11.2005 (להלן: ההודעה המשלימה) עדכן המשיב את בית המשפט באשר לקבלתו של נוהל חדש לדיווח על מקרים בהם נגרם מותם של אזרחים שלא היו מעורבים בלחימה.

4. העותרים סבורים, כי הגם שהשינויים שנמסרו על ידי המשיב עשויים להביא לשיפור בנהלים הקיימים בכל הנוגע לדיווח לפצ"ר, הרי שמהטעמים שיפורטו להלן, גם במנגנון הדיווח עליו הוחלט נפלו מספר פגמים משמעותיים. מדובר בליקויים אשר בגינם גם לאחר שינוי נהלי הדיווח, כל המידע **שנקבע שיש למוסרו** לפצ"ר הינו מידע הנמסר ונאסף על ידי הכוח המעורב באירוע גרימת המוות, או על ידי שרשרת הפיקוד שלו, ועל ידם בלבד. מכאן, שהחלטותיו של הפצ"ר, ובהיעדר דרישה לאיסוף מידע והבאת ראיות על ידי גוף בלתי תלוי, יסתמכו **ככלל** על מידע שהינו חשוד על פניו, בשל היותו מידע הנמסר מטעם צד נוגע בדבר.
5. מכל מקום, אין בשינויים שהוכנסו כדי לרפא את הפגם הבסיסי נגדו יצאה העתירה – הימנעותו של **ככלל** של צה"ל מקיום חקירה לברור נסיבות מותם של אזרחים פלסטינים שלא היו מעורבים בלחימה - הימנעות הנובעת מהחלטתו של המשיב נשוא עתירה זו. הימנעות זו מחקירה, מהווה פגם חמור באופן הפעלת שיקול הדעת על ידי המשיב, ועומדת בסתירה למחויבויותיה של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ובראשן חובתה לחקור פשעי מלחמה שלכאורה בוצעו על ידי כוחות הביטחון שלה.

### פגמים במנגנון

6. בנוהל אשר אושר לאחרונה על ידי הרמטכ"ל באשר לדרך הדיווח על מקרה מוות של אדם שלא היה מעורב בלחימה, נקבעו כמה הנחיות חשובות ובהן, קביעת חובה למסירת דיווח מיידי תוך 48 שעות, מתן הנחייה באשר לפרטים בסיסיים שצריכים להיות כלולים בדיווח זה, והנחייה לצירוף של העתקים מיומני המבצעים ודוחות יומיים רלבנטיים לדיווח. כן נקבעו הנחיות באשר לשמירת חומרי תיעוד של פעולת הכוח והעברתם, בין היתר, לפצ"ר.
7. עם זאת, כפי שיפורט להלן, המשיב דחה מספר המלצות חשובות שהועלו על ידי העותרים, וביניהן:
8. האחת, המלצה לקביעת חובה לתיעוד הזירה על ידי מצ"ח, מלבד באותם מקרים בהם יימצא שתיעוד הזירה אינו אפשרי. באשר לתיעוד הזירה הודיע המשיב, כי הוחלט שזירת האירוע תתועד ותצלם על ידי הכוחות הלוחמים עצמם, אך לא על ידי מצ"ח. לא נמסר, אם צילום זה של הזירה יוצא מהחיסיון של התחקיר המבצעי.
- השניה, השמטתם של מספר נתונים חשובים מדרישת הדיווח המיידית, ומדרישות התיעוד.
- השלישית, קביעת מסגרת זמן להחלטות הפצ"ר, ובמיוחד להחלטה אם להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח.
- הרביעית, קביעת הנחיה כי במקרה שהוחלט על פתיחת חקירת מצ"ח על התחקיר המבצעי להפסק מיידית.

**א. מניעת מעורבות מצ"ח באיסוף הראיות, ובתיעוד הזירה**

9. לעובדה, כי לא ייערך תיעוד של הזירה ואיסוף ממצאים פורנזיים ובליסטיים על ידי מצ"ח מספר השלכות עקרוניות ומעשיות.
10. ראשית, תיעוד וצילום הזירה על ידי הכוחות הלוחמים עדיפים כמובן על היעדר תיעוד כלל של זירת האירוע. ואולם לצורך איסוף הממצאים ההכרחיים מזירת האירוע, יש צורך בהכשרה מקצועית ובמיומנות שאינם קיימים כלל בידי הכוחות הלוחמים בשטח. כמו כן, גם בעניין זה קיים קושי מובנה הנובע מהטלת המשימה על צד מעורב, המצוי בניגוד עניינים ברור.
- בנסיבות אלה, תיעוד הנערך על ידי חיילים אינו יכול, בשום אופן, להחליף תיעוד הנערך על ידי גוף בלתי-תלוי, ועל ידי כוח אדם מקצועי, המיומן ומתודרך בעניין זה.
11. שנית, נוכח העובדה שהתיעוד והצילום נערך על ידי הכוחות הלוחמים עצמם, ובהיעדר הוראה ברורה כי תיעוד זה לא ייהנה מהחיסיון של התחקיר המבצעי, כלל לא ברור אם ניתן יהיה להשתמש בראיות אלה לצורך חקירה, לכשיוחלט על פתיחתה.
12. שלישית, תיעוד זירה ואיסוף ממצאים פורנזיים ובליסטיים יכול להיעשות, ככלל, אך ורק מיד לאחר קרות האירוע.
13. משמעותם של דברים אלה היא, כי החלטתו של המשיב שלא לדרוש תיעוד של הזירה ואיסוף ראיות אלה על ידי מצ"ח מיד עם קרות האירוע משמעו פגיעה, אשר לרוב איננה ניתנת לתיקון, באפשרות לקיומה של חקירה אפקטיבית, אף במקרים בהם יוחלט לבסוף, על פתיחתה של חקירת מצ"ח.
14. כן יוער, כי לתיעוד הזירה על ידי החיילים ולא על ידי כוח אדם המיועד ומיומן לעניין זה עשויות להיות אף השלכות לעניין זכויותיהם של החיילים בהליך פלילי עתידי. בכלל זאת, קיים חשש לפגיעה בזכות להימנע מהפללה עצמית, כמו גם פגיעה אפשרית ביכולתו של חייל להגן על עצמו מפני אישום בשל איסוף לקוי של הראיות.
15. יש להדגיש, כי אין בטעמים שהובאו במכתבו של סרן תימור בלן, אשר צורף כנספח ג' להודעה המשלימה מטעם המשיב, כדי להצדיק את ההחלטה שלא לחייב תיעוד הזירה על ידי מצ"ח כאשר הדבר אפשרי.
16. וכך הוסבר במכתבו של סרן בלן סירובו של המשיב להורות על תיעוד הזירה על ידי מצ"ח: "ההצעה כי חוקרי מצ"ח, שממילא אינם מומחים בבדיקה ותיעוד של זירת אירוע בדומה למחלקה לזיהוי פלילי, יגיעו לתעד כל זירת אירוע, היא בלתי אפשרית, הן מבחינת זמינות כוח האדם, והן מבחינת המאפיינים המבצעיים של האירועים". כן נטען, כי הכנסת חוקרי מצ"ח לזירות אירוע שנמצאות על פי רוב באזורים שאינם בשליטת צה"ל תסכן את החוקרים.
17. באשר לטעם הראשון הרי שלא רק שאין בו כדי לתמוך בהחלטה האמורה, אלא שיש בו משום הודאה בקיומו של כשל חמור ומדאיג במערכת. ככל שמשמעו של טיעון זה שאין

ברשות הצבא את כוח האדם המקצועי ואת האמצעים הנדרשים על מנת לבצע תיעוד מקצועי של ממצאים הכרחיים במסגרת ביצוען של חקירות פליליות, מחובתו של המשיב לפעול באופן מיידי לתיקון ליקוי זה, בין על ידי תגבור והתמקצעות של כוח האדם המצוי בידי מצ"ח, ובין על ידי הוצאתן של החקירות מידי הצבא.

18. הישענות המשיב על ליקוי זה כהצדקה להימנעות ממעורבות של מצ"ח בתיעוד הזירה הינה בלתי מתקבלת במיוחד, משמדובר בדרישות הנגזרות ונובעות מהצורך בשמירה וכיבוד של זכויות אדם, ובענייננו – חובה הנגזרת מהזכות לחיים. כאמור בתגובתנו המשלימה מיום 20.12.2004 (עמ' 16-17) מדובר בבעיות שהמשיב יכול וצריך להתגבר עליהן. המערכת הצבאית נאלצה להתמודד עם בעיות דומות בעבר, במהלך האינתיפאדה הראשונה. והנה, לגבי שנעשה אז נאמר:

"כוח האדם תוגבר, נפתחו חוליות מצ"ח נוספות, והניסיון שנצבר איפשר הגברת היעילות."

אמנון סטרשנוב, צדק תחת אש (ידיעות אחרונות, 1994), עמ' 166.

19. חובתו של המשיב היא לדאוג לקיומן של חקירות אפקטיביות. הטענה האמורה מעלה חשד כבד בדבר יכולתה של מצ"ח לבצע חקירות כאלה. מחובתו של המשיב על כן לוודא ריפוי של פגם זה, בין על-ידי כך שיפעל לרכישת המיומנות וכוח האדם הנדרשים למצ"ח, ובין באמצעות הוצאתן של החקירות מידי צה"ל.

20. אף הטענה השלישית איננה מסבירה את סירובו הגורף של המשיב להורות על תיעוד הזירה על ידי מצ"ח. כך, שכן אין בכך כדי להסביר מדוע לא ייערך תיעוד של הזירה בכל אותם מקרים בהם הדבר הוא אפשרי. בהמלצת העותרים שהועברה למשיב נאמר, כי יש לקבוע כי "בכל מקרה ייערך תיעוד מיידי של הזירה על-ידי מצ"ח... אלא אם כן, נמסר על ידי מפקד מצ"ח, כי תיעוד הזירה אינו אפשרי" (מכתב העותרים לבי"כ המשיב מיום 23.8.2005, עמ' 2. נספח ב' להודעה המשלימה מטעם המשיב).

אכן, חלק מהאירועים מתרחשים באזורים בהם צה"ל איננו שולט באופן מלא, ואשר הימצאות בהם עשויה להיות כרוכה בסכנה לכוחות. עם זאת, והמשיב גם לא הכחיש זאת, אירועים רבים ביותר בהם חיילים גרמו למוותם של אזרחים התרחשו באזורים הנמצאים בשליטת הצבא, ובמקומות בהם נמצאים כוחות באופן שוטף, ואשר אין מקום לקבוע לגביהם כי מתקיים בהם החשש האמור. גם אין לומר שיש חפיפה מלאה בין האזורים, בהם צה"ל שולט, לבין האזורים אליהם יכולים החוקרים להגיע. מן הסתם ישנם אזורים, אשר אינם בשליטה מלאה של צה"ל, שאפשר להגיע אליהם בלי סיכון ממש. מכאן, שבמקרים רבים ביותר תיעוד זירת האירוע על ידי מצ"ח הנה אפשרית.

לא זו אף זו, ממצאים אחרים, ובהם ממצאים בליסטיים ופורנזיים ניתנים לתיעוד, ולמצער, להקפאה, גם ללא הגעה לזירה עצמה.

21. הנה כי כן, סירובו של המשיב להורות, כי ייערך תיעוד של זירת האירוע על ידי מצ"ח, וייתפסו או יוקפאו ממצאים פורנזיים ובליסטיים, איננו סביר.

## ב. השמטתם של נתונים חיוניים מדרישת הדיווח המייד

22. בהצעת העותרים שהועברה למשיב נכללו מספר פריטי מידע, שמשום מה, הוחלט שלא לדרוש את פירוטם במסגרת הפרטים שיש לכלול במסגרת הדיווח המייד, ובמסגרת תיעוד פעולת הכוח.
23. המשיב נמנע מלדרוש במסגרת הדיווח המייד פירוט באשר לשאלה האם נתפסו ברשות הנפגע אמצעי לחימה, ואלו. כן נמנע מלדרוש פירוט באשר להוראות הפתיחה באש על פיהן פעל הכוח.
24. באשר לשאלת הימצאותם או היעדרם של אמצעי לחימה ברשות הנפגע, הרי שמדובר בממצא אובייקטיבי חשוב ביותר, שיש בו כדי להשליך על מכלול נסיבות האירוע. בהיותו ממצא אובייקטיבי, בשונה ממרבית החומר האחר המובא בפני הפצ"ר נודעת לו בכך חשיבות יתרה.
25. אף פירוט הוראות הפתיחה באש שניתנו לכוח הינו מידע חשוב ביותר, בין היתר, על מנת לסייע, באיתור הנושא באחריות בשרשרת הפיקוד. דרישה זו אף תסייע לפצ"ר באיתורן של הוראות פתיחה באש בלתי-חוקיות הניתנות לכוחות, אשר הביאו או עלולות להביא להרג של חפים מפשע. לצערנו, אין המדובר בחשש בעלמא. מתוך עדויות רבות של חיילים שנאספו על ידי ארגון "שוברים שתיקה" עולה תמונה קשה של שכיחות גבוהה במקומות ובזמנים שונים של פקודות פתיחה באש אשר בחלקן הן בלתי חוקיות בעליל: הוראות לפתיחה באש על אזרחים שאינם מהווים סיכון, מבצעים שכל מטרתם הינה נקמה, ירי מכוון על כוחות הצלה ועוד.
- העתק מקובץ עדויות שנאסף על ידי ארגון "שוברים שתיקה" מצ"ב מסומן כנספח ע/51.
- יוער, כי העובדה שעדויות אלה יצאו אך בעקבות יוזמה פרטית, והעובדה הנוספת, שהמערכת הצבאית לא הייתה מודעת לתמונת מצב זו ולא יזמה בעצמה חקירה ואיסוף של עדויות אלה, בסמוך לקרות האירועים, מלמדות על כשל חמור במערכת החקירה והביקורת שמפעיל המשיב.
26. עדות נוספת לקיומן של הוראות פתיחה באש בלתי-חוקיות ניתן למצוא בתלונה שהועברה על ידי העותרת מס' 2 למשיב. במכתב לפצ"ר התריעה העותרת על הוראות פתיחה באש שניתנה לחיילים, לפיה יש אישור לירות על מנת להרוג בתצפיתנים, שאוספים מידע לפני מבצע (מל"מ). רק בעקבות תלונה זו, שונו הוראות הפתיחה באש הבלתי-חוקיות, שהועברו עד אותה עת לחיילים באותה גזרה.
- העתק מהתכתובת בין העותרת מס' 2 למשיב מצ"ב מסומנת כנספח ע/52.
27. אשר על כן, סבורים העותרים כי פירוט אם נתפסו על הנפגע אמצעי לחימה, וכן פירוט של הוראות הפתיחה באש על פיהן פעל הכוח, הינם נתונים חשובים ביותר שיש בהם כדי להשליך על הבנת מכלול נסיבות האירוע, והדרושים לפצ"ר לצורך הפעלת שיקול דעתו.

ג. אי-קביעת מסגרת זמן לפתיחה בחקירה

28. ההצעה, כי ייקבעו מסגרות זמן להחלטה בדבר פתיחה בחקירה, ולהחלטה על העמדה לדין, ניתנה על רקע בעיה מערכתית של עיכובים ממושכים ביותר במתן החלטות באשר לפתיחה בחקירת מצ"ח ובדבר העמדה לדין. כפי שניתן להיווכח מרשימה מדגמית של פניות הארגונים העותרים, בחלק ניכר של המקרים, ההחלטה הראשונית האם תפתח חקירה אם לאו, התקבלה רק לאחר חודשים ממושכים ביותר ואף שנים.
- טבלה המרכזת רשימת פניות שהעבירו העותרות למשיב, תוך פירוט המועדים בהם הוחלט בשאלה אם תפתח חקירה, מצ"ב כנספח ע/53.
29. במכתב הפרקליטות הצבאית נטען, כי אין זה מקובל לקבוע מסגרת זמן להפעלת שיקול דעת של גורמי תביעה ואכיפה, שכן קביעת מסגרת זמן כאמור עלולה לפגוע בעצמאות ובאיכות הפעלת שיקול הדעת. כן נטען, כי קביעת מסגרת זמן אינה מקובלת ואינה קיימת בשום תחום אחר במערכת האכיפה, לא הצבאית ולא האזרחית.
- גם בעניין זה אין מקום לקבל את טענת המשיב, שאף איננה מדויקת מן הבחינה העובדתית.
30. כפי שנטען בתגובה המשלימה מטעם העותרים, חובתן של הרשויות לבצע חקירה כוללת בין היתר את הדרישה, כי החקירה תפתח ותושלם בתוך זמן סביר (עמ' 25-28 לתגובה, ראו במיוחד סעיף 128). ואכן נראה, כי על ההכרח שבפתיחתה של חקירה בסמוך ככל הניתן למועד קרות האירוע, אין חולק.
31. בעקבות החלטתו של המשיב נשוא עתירה זו, שלא תפתח חקירת מצ"ח אלא לאחר קבלת החלטה קונקרטיית שלו, **מעוכבות כל פעולות החקירה בכל המקרים בהם נהרגו אזרחים** מידי חיילי צה"ל עד לקבלתה. כאמור, כתוצאה מכך, וכתוצאה מהעיכובים הממושכים בקבלת ההחלטות על ידי המשיב, **רבות מהחקירות החלו אך חודשים ולעיתים שנים ממועד קרות האירוע**. ההשלכות של עיכובים אלה ברורות ואינן צריכות הסבר. בעקבות כך, במקרים רבים עד מאוד גם כאשר נמצא בסופו של דבר כי היה מקום להורות על חקירה, עדים רבים, וראיות חשובות כבר לא היו ניתנים לאיתור.
32. מצב דברים זה שונה ממצב הדברים הרגיל, בו פתיחה בחקירה הנה אוטומטית ומיידית ואיננה תלויה בהחלטה מוקדמת של ראש מערכת אכיפת החוק (ראו סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982).
33. זאת ועוד, הטענה כי קביעת מסגרת זמן לקבלת ההחלטה אם לפתוח בחקירה, ואף לקבלת ההחלטה אם להעמיד לדין עלולה לפגוע בעצמאות ובאיכות שיקול הדעת הנה טענה שאין לה מקום. לא אחת, נדרשות רשויות האכיפה לקבל החלטותיהן באשר לביצוע פעולות חקירה, ואף באשר לשאלת העמדה לדין, תחת סד זמנים צפוף ביותר. לעיתים מזומנות נדרש הדבר דווקא בתיקים החמורים והסבוכים ביותר. כך הדבר למשל כאשר החשוד בעבירה מצוי במעצר, וגורמי האכיפה מבקשים להמשיך ולהחזיקו בו.

34. בנסיבות מצטברות אלה, כשמחד גיסא עומדת ההחלטה שלא לנקוט בפעולות חקירה עד לקבלת החלטתו של הפצ"ר, ומאידך גיסא, הנתונים המצטברים מלמדים על עיכובים ממושכים ביותר בקבלת ההחלטות, מן הראוי לקבוע מסגרת זמנים, שתבטיח כי החקירה תתחיל ותסתיים בתוך זמן סביר.

#### ד. היעדר הנחייה להפסקת ביצוע תחקיר לאחר פתיחה בחקירת מצ"ח

35. קושי אינהרנטי בגלום בקיומו של תחקיר מבצעי הוא, כי הוא משמש פלטפורמה, מודעת ואף לא-מודעת, לתיאום והשוואת גרסאות. במובן זה, מהווה התחקיר המבצעי אבן נגף בקיומה של חקירה פלילית, ועלול לגרום לשיבוש הליכי חקירה.

36. בהקשר זה אין זה למותר להזכיר את הנוהל הקיים במשטרת ישראל על פיו, בכל אירוע שבו נעשה שימוש בכלי ירייה אשר גרם לפציעתו של אדם, אין לנקוט בפעולות חקירה כלשהן ויש לדווח מיידית אודות האירוע למנהל החקירה לחקירות שוטרים, אשר יחליט האם לפתוח בחקירה פלילית. עוד נקבע, כי "הועבר האירוע לחקירת המחלקה לחקירות שוטרים – ניתן לבצע תחקיר מבצעי במהלך החקירה רק לאחר קבלת אישור ממנהל המחלקה לחקירות שוטרים. התחקיר ייערך אודות עניינים הקשורים לאירוע (כגון נהלי דיווח, היערכות מבצעית, נהלי פריסת מחסומים, התנהגות מבצעית וכו)". עוד נקבע כי "ניתן לקבל טלפונית אישור ראש המחלקה לחקירות שוטרים בכל שעה משעות היום והלילה" (ראו דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, כרך ב', עמ' 501-502).

37. בנסיבות אלה, מן הראוי היה לקבוע הוראה בדבר הפסקתו של התחקיר המבצעי, ולחלופין בדבר התניית המשכו בקבלת אישורו של אדם שימונה לצורך כך בפרקליטות הצבאית.

#### סיכום: הפגם הבסיסי נותר על כנו – היעדרה של חקירה במקרי מוות של אזרחים

38. בעתירה ובתגובה המשלימה שהגישו העותרים עמדנו על חובתן של רשויות הצבא לדאוג לקיומה של חקירה כל אימת שאזרחים שלא היו מעורבים בלחימה נהרגו על ידי כוחות הביטחון.

39. עמדנו על כך, שחובתו של המשיב לדאוג לחקירתם של מקרים אלה נגזרת משורה של חובות הקבועות במשפט הישראלי, במשפט ההומניטרי הבינלאומי וממשפט זכויות האדם הבינלאומי, ובראשן החובה לשמור ולהגן על הזכות לחיים.

40. כן עמדנו על כך, שחובתה של ישראל לחקור אירועים אלה, נגזרת אף מהחובה לחקור פשעי מלחמה שבוצעו לכאורה על ידי כוחות הביטחון שלה (ראו עמ' 33-38 לתגובה המשלימה מטעם העותרים). כך הדבר, שכן הרג של אזרחים, גם במהלך לחימה מעלה חשד להפרה של דיני הלחימה (ראו עמ' 30-33 לתגובה המשלימה מטעם העותרים), ולפיכך מדובר במקרים

המעוררים חשש ולו לכאורה לביצועם של פשעי מלחמה. יש להדגיש, כי **החובה לחקור פשעי מלחמה מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי**. היות חובה זו חלק מהמשפט המנהגי, והיקפה של חובה זו, מצאה ביטוי בפרסום חדש ורב חשיבות של הצלב האדום הממפה את הכללים המנהגיים שהתגבשו במשפט הבינלאומי ההומניטרי. ראו:

J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law (Cambridge, 2005) Vol. 1: Rules, Rule 158, pp 607-611.

J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law (Cambridge, 2005) Vol. 2 (part 2): Practice, pp 3941-4013.

41. לא למותר לציין, כי המשפט הבינלאומי לא הותיר את הסמכות ואת האחריות לאכיפתה של חובה זו (חקירה והעמדה לדין בגין פשעי מלחמה) בידי המדינה הנוגעת בדבר בלבד. אפשרות זו הפכה ממשית במיוחד מאז הקמתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי, ועם הקנייתה של סמכות שיפוט אוניברסלית לבתי משפט לאומיים שונים לגבי פשעי מלחמה. מכאן, שהימנעותה של ישראל לחקור את מעשי שלוחיה, ולהעמיד לדין במקרים הנדרשים בהתאם לחובותיה על פי המשפט הבינלאומי, עשויה בהחלט להביא לחקירתם של מעשים אלה בפני טריבונלים זרים.

42. עמדנו גם על כך, שעל מנת לעמוד בחובת החקירה, על החקירה לקיים מספר תנאים בסיסיים, ובכלל זאת:

42.1. על החקירה להיערך בתוך זמן סביר;

42.2. על החקירה להיות עצמאית - הן פורמלית והן מעשית, מהאנשים המעורבים באירוע;

42.3. על החקירה להיות פתוחה לביקורת ציבורית;

42.4. ולבסוף עליה להיות אפקטיבית, במובן זה שבאופן סביר יש בה כדי להביא לממצאים אובייקטיביים באשר לאחריותם של שלוחי המדינה, ולהוביל למסקנות באשר למכלול הנסיבות שהביאו למוות, כמו גם לגבי האחריות לו, ולזיהויים והעמדתם לדין של האחראים לו.

43. ואולם, על פי המדיניות הנוהגת כיום בצה"ל, מדיניות עליה החליט המשיב, לא מתקיימת ככלל חקירה לבדיקת נסיבות מותם של אזרחים שנהרגו על ידי חיילי צה"ל. זהו המצב, גם כאשר מדובר במקרים בהם חיילי צה"ל הרגו אנשים שלא היו מעורבים בלחימה, ואשר לפיכך לא הייתה הצדקה לפגיעה בהם. גם במקרים אלה, כל שנערך הוא תחקיר מבצעי. כתוצאה מכך, המידע היחיד שבאופן יזום נאסף ונחקר הינו מידע המסופק על ידי הכוח האחראי לגרימת המוות, ועל ידי דרגים המצויים בשרשרת הפיקוד שלו.

44. על הפגם הטמון בהיות החוקר חלק משרשרת הפיקוד שאליה נוגע הדו"ח, עמד הרמטכ"ל עצמו אך לפני ימים מעטים, במסגרת בחינה של ממצאי ועדת בדיקה שהוקמה בעקבות אירוע בו סירבו לוחמים ביחידת דובדבן לצאת למבצע. לדבריו "היה פגם בהחלטה למנות



כראש הוועדה קצין הכפוף לשרשרת הפיקוד שאליה נוגע הדו"ח (אל"מ אלון, כמח"ט בית-לחם, כפוף לאלוף הפיקוד נווה ולמפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תת-אלוף יאיר גולן). זאת, אף שאין לו טענות כלפי טיב החקירה עצמה. להבא, אמר חלוץ, יש לוודא שראש הוועדה יהיה מחוץ לשרשרת הפיקוד של המסגרת הנחקרת" (ע' הראל, "הערה למפקד דובדבן בעקבות סירוב לוחמים לצאת למבצע, הארץ 3.1.2006). דברים אלה יפים מקל וחומר לענייננו.

העתק מהכתבה שפורסמה בעיתון הארץ מיום 3.1.2006, מצ"ב מצורף כנסת ע/54.

45. המדיניות אם כן, כי ככלל, מקרי הרג של אזרחים לא ייחקרו היא העומדת ביסוד עתירה זו. ואולם, מיעוט המקרים המגיע לידי חקירת מצ"ח (ולפיכך, לחקירה בכלל) נובע אף מהקו המנחה את המשיב בקבלת ההחלטות על פתיחה בחקירה. הנתונים המצטברים, ובחינת ההחלטות במקרים הקונקרטיים מעלים, כי המשיב החליט להציב רף משפטי ועובדתי גבוה ביותר לצורך ההחלטה הראשונית של פתיחה בחקירה. עמדנו גם על הליקוי הנובע מכך, ששיקול הדעת של המשיב מופעל תוך הסתמכות כמעט בלבדית על חומר שנאסף ונמסר על ידי היחידה הנוגעת בדבר, ועל גרסתה שלה לאירועים, עובדה התורמת אף היא לעיוות מובנה באופן הפעלת שיקול הדעת.

46. נזכיר, כי המשיבים בתגובתם לא מסרו כל נתונים, לא באשר להיקפי ההרוגים, ולא באשר למספר חקירות המצ"ח שנפתחו בהתייחס אליהם. בתגובת העותרים המשלימה (שהוגשה בדצמבר 2004) הצבענו על כך, שרק בכ-5% מכלל מקרי המוות של אזרחים שלא היו מעורבים בלחימה נפתחו חקירות מצ"ח (ראו עמ' 4-5 לתגובה המשלימה מטעם העותרים).

47. במהלך השנה האחרונה חלה עלייה במספר חקירות המצ"ח שנפתחו. כך, שמאז תחילת האינתיפאדה השניה ועד לחודש יוני 2004 נפתחו כ-80 חקירות מצ"ח בנוגע למקרי מוות וירי (במקביל ל-1675 הרוגים בלתי מעורבים), בחודש יולי 2005 עמד מספר החקירות על כ-130 (ביחס ל-1,774 הרוגים בלתי מעורבים). ואולם, גם לאחר עליה זו, עדיין מדובר אך באחוזים בודדים מתוך סך מקרי המוות של אזרחים שלא היו מעורבים בלחימה, שהגיעו לידי חקירה.

48. ההיקף הזעום של החקירות המשיך גם ביחס לאירועים בהם נהרגו אזרחים מאש חיילי צה"ל שהתרחשו בשנים האחרונות. על פי נתוני העותרת מס' 1 במהלך שנת 2004 נהרגו כ-400 אזרחים פלסטינים שלא היו מעורבים בלחימה. בשנת 2005 נהרגו כ-100 אזרחים. נראה, כי לא יהיה חולק שבמהלך שנתיים אלה חל שינוי דרמטי באופי הפעילות של צה"ל בשטחים. למרות זאת, גם ביחס לאירועים שהתרחשו בשנים אלה, מספר מקרי המוות שזכו להגיע לחקירת מצ"ח עד כה עומד על מקרים ספורים בלבד.

49. לסיכום, מאז נתקבלה החלטת המשיב נשוא עתירה זו, אך מיעוט שבמיעוט של המקרים בהם כוחות צה"ל הרגו אזרחים שלא היו מעורבים בלחימה הגיעו לידי חקירת מצ"ח. בכל יתר המקרים (והם כאמור הרוב המכריע של המקרים בהם נהרגו אזרחים) לא מתקיימת כל חקירה.

50. אשר על כן, מהטעמים עליהם עמדנו בעתירה ובתגובה המשלימה, מדיניות זו, עליה החליט המשיב, מהווה הפרה ברורה של החובה הרובצת על רשויות מדינת ישראל בכלל, ועל המשיב בפרט – לוודא דבר קיומה של חקירה בכל מקרה בו חייל צה"ל גרם למותו של אזרח שלא היה מעורב בלחימה.

16 בינואר, 2006

---

לימור יהודה, עו"ד  
ב"כ העותרים