

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

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

מבוא

1. העתירה נשוא תיק זה, תוקפת את מדיניות אי-חקירתם של מקרי הריגתם של אזרחים פלסטינים, אשר נהרגו במהלך פעילות צה"ל בשטחים הכבושים.
2. בימים שקדמו להגשת תגובה זו עסקה התקשורת הישראלית בפרשת וידוא ההריגה של הילדה אימאן אלהאמס, בת ה-13, אשר נהרגה ע"י חיילי צה"ל ליד מוצב גירית בעזה. פרשה זו העלתה על סדר היום הציבורי את הלחימה בשטחים ובין היתר, את אמינותו של התחקיר המבצעי, עליו מתבססת החלטת המשיב אם לפתוח בחקירה פלילית במקרה של הרג אזרחים.
3. מקרה זה הדגים יותר מכל מקרה אחר את חוסר אמינותו של התחקיר המבצעי ככלי לחקר האמת במקרים, בהם נהרגים אזרחים פלסטינים.
4. ביום 21.11.04 התפרסמה במהדורת האינטרנט של מעריב הכתבה "לא ניתן יותר לתת אמון בתחקירים צבאיים". הכתבה מצורפת לתגובה זו כחלק בלתי נפרד ממנה ומסומנת כנספח "ע/43".

5. כפי שהובא בכתבה זו, בתקופה האחרונה דווחה בתקשורת סדרה ארוכה של אירועים, בהם הופרו זכויות יסוד של אזרחים פלסטיניים, ואשר תוחקרו ע"י הצבא באמצעות "התחקיר המבצעי". ברם, מהפרסומים בתקשורת עלה, כי התחקירים המבצעיים שנערכו, היו מופרכים ושגויים מן היסוד, תמיד לטובת החיילים החשודים, דבר שהוכיח מעל לכל ספק סביר, כי בצה"ל טבוע עמוק הנוהג לתת גיבוי וחיפוי למי שנחשד בעבירות כלפי פלסטינים. עוד עלה מארועים אלו, כי חיילים, המעורבים בתקריות, זוכים לגיבוי כמעט אוטומטי של המפקדים עליהם.
6. רבים מן המקרים הקשים, שנחשפו בתקשורת, העלו חשד כבד לטיוח בתחקיר הצבאי. חיילים ומפקדים נחשדו, כי מסרו עדויות כוזבות ביחס לאירועים, בהם נהרגו אזרחים פלסטינים.
7. פרסומים אלו לוו בקריאות של גורמים בכירים במערכת הצבאית לשנות את תרבות התחקירים הצבאיים, ואף להוציא אותם לידי גוף חיצוני כדוגמת מח"ש במשרד המשפטים.
8. מפקד המכללה לפיקוד ומטה (פוי"ם) הפורש, תא"ל יעקב זיגדון, טען, כי טיוחים חוזרים ונשנים "נובעים מהטבע הבסיסי של האדם. אם החייל לא בסדר, אז גם המח"ט שחוקר אותו לכאורה נכשל. לכן קשה מאוד לצפות ממפקדים שחוקרים בעצמם את עצמם לחשוף את כל הכשלים".
9. גם האיש, אשר היה אחראי בעצמו על תקינות החקירות ועל הדין המשמעתי בצבא במשך שלוש מתוך ארבע שנות האינתיפאדה האחרונה, סגן הפרקליט הצבאי הראשי לשעבר, אל"מ (מיל') אילן כץ, אשר שימש לפני כן, כממלא מקום נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים באיו"ש ובאזח"ע וקודם לכן פרקליט פיקוד הדרום, הצטרף לקריאה: "התחקירים בצבא פשטו את הרגלי". "התחקיר הכל כך שגוי בפרשת מפקד הפלוגה בגבעתי בהחלט היה הקש ששבר את גב הגמל מבחינתי. צריך לעשות מעשה דחוף, כי לא ניתן לתת יותר אמון בתחקירים הצבאיים".
10. סגן הפצ"ר לשעבר, אל"מ (מיל') אילן כץ סבור, כי מתקיימות מעט מאוד חקירות ממשיות על מקרי מוות: "בתכל"ס כמה חקירות ממשיות על מקרי מוות של פלסטינים היו? מעט מאוד. גם מקרים של חקירה לעומק של מקרי מוות שמסתיימים בסגירת תיק ייחשבו בעיניי חקירה ראויה, אבל זה כמעט לא קורה".
11. כץ טוען, כי הסיבה העיקרית ל"קריסת התחקיר הצבאי", כהגדרתו, היא שימוש שעושים מפקדים בחוק התחקיר המבצעי "כדי לכסות על עצמם ולמנוע ככל האפשר חקירות של מצ"ח" ... "מטרת החוק היתה לאפשר לחיילים ולמפקדים לדבר ביתר חופשיות במהלך התחקירים המבצעיים ללא חשש שדברים שיאמרו ישמשו נגדם. בפועל, התחקיר המבצעי

הפך לאמצעי של מפקדים למנוע חקירות מצ"ח ... מאז, חוסמים המפקדים את החקירות של מצ"ח כמעט בכל אירוע בשטחים. אחרי שבועות או חודשים כאשר התחקיר המבצעי מסתיים, אם הפצ"ר מחליט על סמך הממצאים שיש מקום להורות על חקירות מצ"ח, אז בדרך כלל הפרשה כבר נשכחת, קשה מאוד לאסוף ראיות בשטח, והמפקדים עסוקים בבעיות אחרות שמציבה להם הלחימה בשטח".

12. אל"מ (מיל') אילן כץ קורא להגדיר בדחיפות את גבולות התחקיר המבצעי ולקבוע באופן חד משמעי, שבכל מקרה של הרג אנשים, שאינם קשורים ישירות למלחמה, כמו ילדים, נשים או זקנים שעברו במקרה ליד כוחות צה"ל, תיפתח חקירה אוטומטית של המשטרה הצבאית החוקרת.

13. לקריאה זו הצטרף גם אל"מ (מיל') אהרן שליין, מי שכיהן כנשיא בית הדין הצבאי המיוחד ובתי הדין של פיקוד הדרום והמרכז בשלהי האינתיפאדה הראשונה. שליין סבור, שמלכתחילה היה על הפרקליטות לפתוח בחקירת מצ"ח בכל מקרה של הרג אזרח פלשתינאי, כפי שנהגה באינתיפאדה הראשונה.

14. תא"ל (מיל') אמנון סטרשנוב, שהיה הפצ"ר בתקופת האינתיפאדה הראשונה, היה מראשוני מבקרי מדיניות החקירות החסכונית של צה"ל.

15. מקרה הריגתה של אימאן אלהאמס הוכיח את טיעוני העותרים בעתירה דנן. המקרה המחיש את הבעייתיות שבהסתמכות על התחקיר המבצעי, הנערך על ידי מפקדים, הנדרשים לבחון את התנהגות החיילים שתחת פיקודם, אותם חיילים הפועלים על פי פקודותיהם של אותם מפקדים-חוקרים עצמם. אותם מפקדים בוודאי שלא יראו בהתנהגות חייליהם, המבצעים את פקודותיהם, התנהגות יוצאת דופן או חריגה מדפוס ההתנהגות, שהם בעצמם הנחילו לחייליהם. אך טבעי הוא, כי מפקדים אלו יראו בהתנהגות חייליהם כחלק מלחימה, שבמהלכה הרג אזרחים נהיה לעניין שגרתי.

16. מקרה זה הבליט את עומקה של תרבות הטיוח והחיפוי, השלטת בצבא בכל הקשור לחקר מקרי הריגתם של פלסטינים.

17. מדיניות החקירה, הנסמכת על התחקירים המבצעיים הרעועים, משדרת לחיילים מסר, שחיי האדם הפלסטיני זולים, וכי הרג אזרחים מותר - ולא רק במקרה של הגנה עצמית אלא גם למען נוחות מבצעית.

18. יצוין עוד, כי שורת חשיפות אלו ואחרות הובילה לכך, שביום 7.12.04 התפרסמו במהדורת האינטרנט של עיתון "הארץ" דברי הרמטכ"ל, לפיהם "בחלק מהמקומות יש כנראה התקוות חושים ושחיקה הנובעת מהשירות הממושך בשטחים והלחימה". הרמטכ"ל הוסיף, כי "עלינו לבדוק את עצמנו, לבחון היטב אם הפקודות לחיילים נהירות

וברורות ואינן עמומות מדי, והאם המסרים שאנו מעבירים ליחידות הלוחמות אינם כפולים".

הכתבה כפי התפרסמה במהדורת האינטרנט ביום מצורפת לתגובה זו ומסומנת כנספח "ע/44".

הנתונים מדברים בעד עצמם

19. ב-80 עמודי ההודעה המשלימה מטעם המשיב לא נמצאו תשובות לשאלות בית המשפט הנכבד, שעלו בדיון מיום 31.12.03, לגבי מספר ההרוגים הפלסטיניים, נסיבות מותם ואופן חקירת הריגתם.

20. המשיב כלל לא הציג לבית משפט נכבד זה, למרות בקשתו, נתונים לגבי מספר ההרוגים. ממילא לא הוצגו נתונים, המפרידים בין מקרי מוות, שנגרמו בעת פעילות מבצעית של ממש, לבין מקרי מוות, שאירעו במהלך פעילות שיטור (כגון פיזור הפגנות, אכיפת עוצר, מעצר מבוקשים ופעילות שגרתית במחסומים).

21. המשיב אף לא הציג נתונים על מספר חקירות מצ"ח שנערכו לבירור מקרי מוות. המשיב לא סיפק נתונים אודות מספר התחקירים המבצעיים שנערכו, בכמה מקרים נפתחה חקירת מצ"ח בניגוד להמלצת התחקיר ובכמה מהמקרים הסתפק המשיב בממצאי התחקיר. המשיב לא הציג נתונים לגבי גילאי ההרוגים, נסיבות וסיבות מותם. לדוגמה, כמה אזרחים נהרגו ע"י צלפים? כמה אזרחים נהרגו לאחר ווידוא הריגה? כמה אזרחים נהרגו בסמוך למחסומים? כמה אזרחים נהרגו ב"אזורים בלתי מורשים"? כמה אזרחים נהרגו במהלך חילופי ירי ובאיזה מרחק ממקום ה"פעילות המבצעית" היו ההרוגים? וכד'.

22. לפי הנתונים שאסף העותר מס' 1, מאז תחילת האינתיפאדה ועד ליום 15.10.04 נהרגו בשטחים הכבושים כ-3,000 פלסטינים. מהם כ-600 הרוגים קטינים. לפחות 1,650 מן ההרוגים לא השתתפו בלחימה (יצוין כי בנוסף לנתון זה, ישנם עוד 547 הרוגים שלא ידוע לגביהם אם השתתפו בלחימה אם לאו). מתוך ה-3,000 הרוגים 779 הרוגים שהשתתפו בלחימה.

23. לעומת זאת, המשיב פתח פחות מ-89 חקירות מצ"ח לבירור נסיבות הריגתם של אזרחים אלו (יודגש, כי המספר המצוין בהודעה המשלימה מדבר על חקירות שעניינן עבירות הקשורות לירי. דהיינו, רק מקצתן של החקירות מתייחס למקרי מוות).

24. במילים אחרות, המשיב מצא הצדקה לפתוח בחקירה בפחות מ-5% ממקרי ההרג שהובאו לידיעתו. למותר עוד לציין, כי על פי הפרסומים בעיתונות הישראלית, רוב החקירות נפתחו בשנה האחרונה.

25. המשיב טוען, כי ככל צבא אחר, אינו נוהג לתעד ולספור את ההרוגים בצד השני, בין אם מדובר בלוחמים ובין אם מדובר באזרחים. פרקטיקה זו, טוען המשיב, הינה בין היתר, תוצאה של הקושי העובדתי שבתיעוד הרוגים בצד האויב, במיוחד כאשר השטח נמצא בשליטת האויב וכאשר אין רישום אוכלוסין מסודר ורשמי.

26. בניגוד לטענה זו, הפרסומים בעיתונות מראים, כי הצבא יכול גם יכול להמציא נתונים לגבי מספר ההרוגים ונסיבות הריגתם. ראו העתק הכתבות, אשר התפרסמו בעיתונים "הארץ" ו"מעריב" המצ"ב ומסומן כנספח "ע/45".

27. אם העותר מס' 1 מצליח לתעד ולספור כל הרוג לא חמוש ואף לערוך רשימה שמית של כל ההרוגים בעזרת עובדי שטח, הפזורים ברחבי השטחים הכבושים, אזי גם הצבא מסוגל לתעד ולספור את ההרוגים. לו הצבא היה מעוניין בכך, הוא היה יכול לתעד ולספור את ההרוגים.

28. ועוד, ההשוואה שעורך המשיב בינו לבין צבאות אחרים מקוממת. שכן, בניגוד למשיב, צבאות אלו לא נלחמו ואינם נלחמים בתוך שטח, הנמצא תחת שליטתם קרוב ל- 40 שנים.

29. לא למותר לציין, כי המדיניות אותה תוקפת עתירה זו, שלא לחקור כל מקרה של הרג אזרחים, נקבעה ע"י המשיב, בתחילת העימות, שהחל בסוף שנת 2000. באותה עת לא יכול היה המשיב לצפות את משך העימות ובוודאי לא את מספר ההרוגים. זאת, שעה שהמדיניות בה נהג קודמו בתפקיד, היא חקירת כל מקרה של הרג אזרחים. העותרים סבורים, כי שינוי המדיניות, שהיתה נהוגה בתקופת הפצ"ר הקודם, נעשתה שלא כדין. מדיניות זו היא שהעבירה לכוחות הפועלים בשטח מסר, לפיו ניתן לזלזל בערך חיי האדם של האזרחים הפלסטינים בשם המצב הביטחוני. מסר זה הוא שהביא ל- 3,000 הרוגים פלסטינים במשך ארבע שנים.

30. עוד יודגש, כי העותרים אינם דורשים, כי בכל מקרה, בו נהרג אזרח שלא השתתף בלחימה, יועמד החייל ההורג לדין. העותרים דורשים קיומה של חקירה מקצועית, יסודית וממצה לבירור האמת, ואם כתוצאה מחקירה כזו יתברר כי נעברה עבירה, או אז יועמדו האחראים לדין.

התחקיר המבצעי - לב העניין

31. עמדת המשיב הינה, כי חקירה פלילית אמורה להיפתח רק במקרים, שבהם יש חשד להתנהגות פלילית של המעורבים. במקרה, שבו על פני הדברים נהגו החיילים באופן

חוקי, אין הצדקה לפתיחה בחקירה. וכיצד יודע המשיב אם על פני הדברים נהגו החיילים כדין? המשיב בודק את ממצאי התחקיר המבצעי.

התחקיר המבצעי אינו יכול לשמש תחליף לחקירה פלילית

32. התחקיר המבצעי הינו בירור, שנערך בצבא בנוגע לאירוע, שהתרחש במהלך אימון או פעילות מבצעית.
ראו סעיף 539 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955.

33. עיון במאפייני התחקיר המבצעי, כפי שאלו תוארו ע"י המשיב, מלמד, כי התחקיר בודק את היבטי האירוע הנחקר; הוא נערך בידי גורם פיקודי-מבצעי, הקרוב לנעשה בשטח והמצוי היטב ברזי הפעילות המבצעית, והמיטיב להכיר את סוג הפעילות שבה מדובר, את סביבת הפעילות, את השיקולים והאילוצים המבצעיים, ואת הנורמות המצופות מהחיילים, וביכולתו לקבוע ממצאים ולחוות דעה על פעילות הכוחות. דהיינו, התחקיר בודק בעיקר את היבטיו המבצעיים של האירוע הנחקר.

34. גם התורה, לפיה נערך התחקיר, ואשר גובשה ע"י חטיבת תורה והדרכה באגף המבצעים של צה"ל, מעידה על היות התחקיר כלי מבצעי, הבא לבדוק הסיבות לכשל לשם הפקת הלקחים ותיקון הליקוי או הימנעות ממצב דומה בעתיד.

35. אין כל קשר בין הסקת מסקנות והפקת לקחים בתחום המבצעי לבין חקירה מקצועית, שנערכת כדי לברר את האמת ולמצוא אם הופר דין כלשהו. שינוי תורת הלחימה או שיפור יכולות, הפקת לקחים וכיוצא באלה דגשים מבצעיים אינם באים לחקור את האירוע הקיים, אלא כדי ליישם מסקנות הכשל שהתגלה לעתיד.

36. בשל כך אין התחקיר יכול לשמש ככלי העיקרי לחקר האמת, כפי שנהוג היום בצבא.

37. העותרים מסכימים, כי יש חשיבות רבה לעריכת תחקירים מבצעיים ולצורך בהפקת לקחים מאירועים מבצעיים שונים. ברם, אין הצורך בהפקת לקחים אמור לבוא על חשבון החובה המשפטית לחקור בכלים משפטיים מקרה, בו קופחו חייו של אדם חף מפשע.

38. המשיב שוגה לחשוב, כי בקיומם של תחקירים מבצעיים, שבהתבסס על מסקנותיהם מתקבלת ההחלטה האם לפתוח בחקירת מצ"ח, הוא יוצא ידי חובתו לברר האם התבצעו עבירות על ידי חיילי הכוח הצבאי, שהיה מעורב בתקרית, בה נהרגו אזרחים.

39. התחקיר המבצעי, כך עולה מהודעתו המשלימה של המשיב, מתבצע בשטח על ידי גורמים בשרשרת הפיקוד, להם כפופים מבצעי פעולות ההרג, הדורשות חקירה. טענת המשיב היא, כי עובדת היותו של הגורם המופקד על התחקיר המבצעי בדרגת סגן אלוף לפחות (כך, לפחות "ככלל", כטענת המשיב בהודעתו המשלימה) מאיינת את החשש לחקירה בלתי מקצועית או מוטה.

40. טענה זו, לפיה דרגתו של הגורם החוקר מבטיחה את אמינות התחקיר אינה ממן העניין. הגורם החוקר הוא גורם, לו כפוף הכוח הצבאי, שביצע את הפעולה הצבאית הדורשת חקירה. תוצאות התחקיר וההחלטה האם לפתוח בחקירת מצ"ח בעקבות התחקיר הן נתונים, אשר להן השפעה ממשית וישירה על הגורם החוקר עצמו, בהיותו מפקדו של הכוח שהשתתף בפעילות, שגבתה את חייהם של אזרחים חפים מפשע. אותו גורם, המופקד על התחקיר המבצעי, תהא דרגתו אשר תהא, אינו צד מרוחק ונייטרלי, כי אם גורם, שלתוצאות התחקיר יכולה להיות השפעה ישירה על המוניטין של יחידתו ועל האופן, שבו יטופלו חייליו, אם יטופלו, בעקבות התחקיר שבוצע.

41. בנוסף לאמור, אותם מפקדים, המופקדים על עריכת התחקיר המבצעי. הם בדרך כלל אלו האחראים על הנחיית החיילים ועל מתן הוראות ההתנהגות לחיילים, לרבות - ואולי בעיקר - הוראות הפתיחה באש, אשר כתוצאה מיישומן נהרגו אזרחים חפים מפשע.

42. לפיכך, במקרים מסוימים, בהם נגרם מוות לאזרחים חפים מפשע, תוצאות התחקיר המבצעי ותוצאותיה של חקירת מצ"ח, אם תיפתח, עלולות להטיל אחריות ישירה או עקיפה, לעיתים אף אחריות פלילית, על הגורם המופקד על החקירה עצמו.

43. משכך, התחקירים המבצעיים, הנערכים על ידי הצבא לפני ההחלטה האם לפתוח בחקירת מצ"ח, מנוהלים למעשה על ידי גורם, שיש לו אינטרס אישי מובהק בתוצאות החקירה. הפקדת בירור תקריות, בהן נהרגו אזרחים חפים מפשע, בידי גורם בשרשרת הפיקוד, פירושה פגיעה בעקרון, שקנה אחיזה בפסיקתו של בית משפט זה, לפיו אסור לאדם לשפוט בריבו, ולפיו אין בעל דין נהיה דין. המצב, בו מצויים הקצינים המופקדים על קיום התחקירים המבצעיים, אשר להם השלכות ישירות על עניינם האישי, סותר את האיסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים. לעומת זאת, חקירת מצ"ח נערכת על ידי גוף, שאין לו אינטרס אישי וישיר בחקירה.

44. על האיסור להציב מי שממלא תפקיד על פי דין במצב, בו עומד מצידו האחד אינטרס ציבורי ומן הצד השני אינטרס אחר, עמד בית המשפט זה מכבר, ושב וחזר עליו פעמים רבות.

ראו בג"צ 531/79 **סיעת הליכוד בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה ואח'**, פ"ד לד(2) 566, 571.

45. ויודגש - אין האמור קשור לחשש, שקצינים נוהגים לשבש בכוונה תחילה את תוצאותיו של התחקיר המבצעי, הנערך על ידם. עניין לנו בניגוד עניינים מובנה. **קצין, המופקד על תחקיר מבצעי, אשר עשוי להיות בעל השלכות מרחיקות לכת עליו ועל פקודיו, לא יוכל, תהא מידת יושרתו ומוסריותו אשר תהא, שלא להיות מושפע - אף אם באופן לא מודע - מן ההשלכות הצפויות של מסקנות התחקיר המבצעי.** קציני צבא עניין לנו בבני אדם, אשר ככל אדם אחר קרובים אצל עצמם, ולא ניתן לקוות, אף לא ניתן לצפות, כי יהיו חסרי פניות בחוקרם אירועים ביודעם את ההשלכות האפשריות של התחקיר.

46. החשש הממשי מפני קיומו של ניגוד עניינים, אשר ישפיע על תוצאות התחקיר המבצעי, מחייב פסילתו של כלי זה ככלי לחקר האמת. פסילתו של מכשיר זה, בו חוקרים מפקדים את מעשי פקודיהם, שהסתיימו במות אזרחים, מתחייבת, אף מבלי לבחון בכל מקרה ומקרה האם בפועל יושפע קצין זה או אחר מהפוזיציה, בה הוא נמצא ביחס למי שמעשיהם נחקרים. האיסור על הימצאות במצב של ניגוד עניינים אין פירושו, כי נבחנת השאלה האם מתרחש בפועל ניגוד עניינים, אלא האם קיימת אפשרות ממשית לניגוד עניינים. תכלית הכלל בדבר איסור הימצאות בניגוד עניינים הוא "למנוע את הרע בטרם יארע":

"המבחן לקיום מצב של ניגוד עניינים הינו אובייקטיבי. די בהימצאות נושא התפקיד במצב של חשש ממש בדבר ניגוד עניינים, ללא צורך שיוכח ניגוד עניינים בפועל".

בג"צ 5575/94 **מהדרין בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מט(3) 133, 142.

47. הימצאותו של העותר במצב של ניגוד עניינים פוגעת לא רק בחקר האמת. אחד האינטרסים המרכזיים, העומדים ביסוד הכלל האוסר על קיומו של ניגוד עניינים, הוא פגיעתו הקשה של ניגוד מן הסוג האמור באמון הציבור.

ראו והשוו בג"צ 2758/01 **התנועה למען איכות השלטון נ' עיריית ירושלים ואח'** (פסק דין מיום 25.3.2004).

48. אף אילו ניתן היה (ולא ניתן!) להתגבר על המכשלה של הגעה לחקר האמת בתחקיר מבצעי, הרי שדי במראית העין, הנוצרת כאשר לאחראי על קיום התחקיר אינטרס אישי בתוצאותיו, על מנת לפסול אמצעי זה. בירור נסיבות מותם של אזרחים באמצעות תחקיר

מסוג זה פירושו, בראש ובראשונה, פגיעה באמונו של הציבור הישראלי, במסקנות בעניין פעולות, שמבצע הצבא, שהוא שלוחו של אותו ציבור, בשטחים הכבושים.

49. אף על פי שהפרקליטות הצבאית אינה נגועה באותו ניגוד עניינים, בו נגועים מבצעי התחקיר המבצעי, הרי שאין בכך כדי להתגבר על המכשלה. הפרקליטות הצבאית אינה אוספת בעצמה נתונים ואינה בודקת או חוקרת את שאירע. היא נאלצת להסתפק בתיאור העובדתי ובמסקנות, הנמסרות לה על ידי מבצעי התחקיר הבלתי אובייקטיביים, ולהסתמך על נתונים אלה באופן מלא. איסוף נתונים באופן, שיאפשר לפרקליטות הצבאית לקבל החלטה מושכלת, חייב להיעשות על ידי גוף נטול פניות, אשר אין לו עניין אישי בתוצאות החקירה.

50. המשיב טוען בתגובתו, כי על פי פסיקת בית משפט נכבד זה, במקרה של מות אזרחים בפעילות מבצעית, הדרך הנכונה לחקור את האירועים היא תחקיר מבצעי ולא חקירת מצ"ח (פיסקה 17 להודעתו המשלימה של המשיב). עיון בפסה"ד שהביא המשיב מראה, כי לטענה זו אין שחר. לא נקבע, אף לא בפסק דין אחד מתוך אלה שהובאו על ידי המשיב, כי הדרך הראויה לבחינת מותם של אזרחים בפעולה מבצעית, להבדיל מחיילים, היא תחקיר מבצעי. זאת בניגוד לאמירתו המטעה של המשיב.

51. בבג"צ 4550/94 אישה נ' היועמ"ש ואח', פ"ד מט(5) 859 - לא דובר כלל וכלל במותם של אזרחים, כי אם במותו של חייל יחידת "דובדבן" במהלך פעילות מבצעית. הציטוט, אשר מובא על ידי המשיב מתוך פסק הדין, משל היה קביעה פוזיטיבית של בית המשפט או כאילו אומץ על ידי בית המשפט על קרעיו ועל קרביו, כלל אינו כזה. מדובר בציטוט, אשר לא הובא מפי בית המשפט עצמו, אלא ציטוט מתוך מסקנות פרקליט פיקוד המרכז, שניתנו לאחר תום חקירת מצ"ח, שהובא כחלק מטענות המשיב לעתירה. כל שקבע בית המשפט הוא שההחלטה שלא להעמיד לדין את מפקד היחידה היא החלטה סבירה בנסיבות העניין. ויודגש - במקרה המתואר בפסק הדין, במקביל לעריכת התחקיר המבצעי נערכה גם חקירת מצ"ח. רק לאחר שקיבל הפצ"ר גם את ממצאיה של חקירה זו הוחלט שלא להעמיד לדין את מפקד היחידה (שם, עמ' 863).

52. עוד יש לציין, כי מסקנות פרקליט פיקוד המרכז, המצוטטות בפסק הדין ומצוטט על ידי המשיב, נקבע אף כי "בעוד שבמקרה רגיל קיים אינטרס ציבורי מובהק להרתיע עבריינים מלבצע מעשים דומים בעתיד, הרי לגבי מעשי רשלנות שבוצעו אגב פעילות מבצעית אין לפי שעה, כמעט, צורך מעשי בהרתעה מעין זו: כלום צריך להרתיע בענישה פלילית מפקד קרבי כלשהו בצה"ל מפני העמדת פקודיו בסכנת פגיעה שלא לצורך" (שם, עמ' 867, ההדגשה הוספה). מכאן, שאף אם יטען הטוען, כי בית המשפט אימץ את האמירות, שציטט המשיב מתוך הדו"ח, הרי שהן אומצו רק לגבי אותם מקרים, בהם מדובר בשאלת אחריותו הפלילית של מפקד בשל פגיעה בחייליו. הרציונל, המובא כנימוק

לבחירה בכלי של תחקיר מבצעי, אינו תקף עת מדובר באוכלוסיה אזרחית, שנפגעה על ידי הצבא, ולא בחיילים שנפגעו.

53. בג"צ 6208/96 מור חיים ואח' נ' צה"ל ואח', פ"ד נב(3) 835 - העובדות, שמתאר המשיב אכן נכונות - העתירה אכן הוגשה בעקבות אירוע, בו נהרגו ארבעה חיילים מאש חבריהם. אולם המשיב טועה בטענתו, כי "העותרים בעתירה תקפו החלטות אלה ודרשו כי הצבא יפתח חקירה פלילית לבירור נסיבות האירוע, ולמצער דרשו, כי הצבא ימנה גוף חוקר לבדיקת האירוע" (פיסקה 13 להודעה המשלימה).

54. עיון בפסק הדין מלמד, כי כלל לא נדרשה בעתירה חקירת מצ"ח - העותרים עתרו "כי המשיבים יורו על הקמת ועדת חקירה לפי סעיף 537 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955" (עמ' 837 לפסק הדין) ולא דרשו כי תיפתח חקירה פלילית (עמ' 842 לפסק הדין). ממילא לא דן בית המשפט בשאלת פתיחתה של חקירה פלילית ולא קבע בה מסמרות, וממילא את כל אמירותיו, שצוטטו בהרחבה על ידי המשיב, יש להבין בהקשר של הקמת וועדת חקירה ולא בהקשר של דרישה לקיום חקירה פלילית.

55. ואפילו יסבור המשיב, כי האמירות בפסק דין זה רלוונטיות גם לעניינה של פתיחה בחקירת מצ"ח, הרי שיש להבין אמירות אלה, כפי שצינו אף לעניין פסק הדין בעניין אישה, כמתייחסות אך למצבים, בהם חייל צה"ל נהרג בידי חיילי צה"ל אחרים, ולא למצבים, בהם נהרג אזרח על ידי חיילי הצבא. בית המשפט עצמו אף קבע, כי "מכלל האמור לעיל עולה אפוא, כי אין לקבל את פרשנות העותרים, ולפיה הוראת הפיקוד העליון מטילה חובה להקים ועדת חקירה בכל אירוע פציעה שהתרחש שלא מאש האויב. [...] כאמור, המסלול המתאים לחקירתם של מקרים כאלה יהיה בדרך-כלל התחקיר המבצעי, כפי שקבוע בפקודת המטכ"ל." (שם, עמ' 845, ההדגשה הוספה).

56. בג"צ 7232/01 יוסוף ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נו(5) 561 - המשיב מפנה אף אל פסק דין זה וקובע, כי הוא מבסס את הטענה, לפיה תועדף הדרך של פתיחה בתחקיר מבצעי במקרים של הריגת אזרחים. אולם, כמו בפסק הדין הקודם שהוזכר, מדובר היה בחקירת מותו של חייל צה"ל בעקבות מחדלי מפקדיו.

57. אף כאן לא ביקשו העותרים לפתוח בחקירת מצ"ח, אלא ביקשו להקים וועדת חקירה, וממילא בית המשפט לא דן ולא הכריע בשאלת הפתיחה בחקירת מצ"ח. ועוד, פסק הדין התבסס בעיקר על העובדה, כי "לאור ההיקף והיסודיות של התחקיר המבצעי שנערך ניתן לקבוע כי חקירת הנסיבות נתמצתה ככל שהיה ניתן למצותה, וקשה לשער שחקירה נוספת על ידי ועדת חקירה תעלה מימצאים שישנו את התמונה שמצייר התחקיר. יש מקום לומר שדווקא הדרך של תחקיר מבצעי שנבחרה לחקירת האירוע היה בה סיכוי טוב יותר לבדיקה יסודית." שם בעמ' 574-575.

58. ע/ 232/95 **התובע הצבאי הראשי נ' סגן קאופמן**, פדאור 96 (3) 367 - פסק הדין מובא על ידי המשיב בהתייחס לאמירות שבו, לפיהן אין להחיל על פעילות מבצעית את אותן אמות המידה החלות על אימונים ככל שהדבר נוגע לבחינת רשלנות.

59. קריאת פסק הדין כולו, ולא רק הציטוט המובא על ידי המשיב מחוץ להקשרו, תומך דווקא בטענות העותרים - מדובר בערעור על קולת העונש של קצין ששירת בכלא כסוהר, וירה לעבר אסיר, שחשש שאסירים אחרים הולכים לפגוע בו ורץ לעבר השער. הקצין הורשע בבית הדין הצבאי. למרות שהמצב סווג כמצב חירום, נפתחה חקירת מצ"ח בעקבות האירוע, והקצין הועמד לדין והורשע. ההבחנה, שעשה בית הדין לערעורים בין פעילות מבצעית לבין אימונים, לא נעשתה לצורך שאלת נחיצותה של חקירה או לצורך שאלת ההרשעה, אלא לצורך שאלת העונש הראוי בלבד.

60. מן המקובץ עולה, כי בניגוד לתמונה, המצטיירת מקריאת הודעתו המשלימה, בית משפט זה מעולם לא קבע, כי במקרים של הרג אזרחים עדיפה דרך התחקיר המבצעי על פני פתיחה בחקירת מצ"ח.

61. המשיב חוטא לעצמו, לאמת, לקצין החוקר, לחיילים הנחקרים ולאזרחים ההרוגים, כאשר הוא מעמיד את הקצין, המבצע את התחקיר המבצעי, בניסיון ובצורך ליישב בין האינטרס של חקר האמת לבין האינטרס האנושי של הגנה על עצמו ועל פקודיו:

"אל תביאני... לידי נסיון' (ברכות, ס, ב [ב]), זו היא תפילת המאמין, כאומר שאם תביאני לידי ניסיון, ובהכירי את עצמי, יקשה עליי במאוד לעמוד בו, וחוששני שמא אכשל"
ע"א 5185/93 **היועמ"ש נ' מרום**, פ"ד מט(1) 318, 338.

היעדר המיומנות והמקצועיות הדרושים לחקר האמת

62. מעבר לניגוד העניינים האינהרנטי, הקיים עת מתבצע תחקיר מבצעי, יש לעמוד אף על עניין מקצועיות הגוף, עליו הוטל לברר את העובדות, עליהן מתבססות החלטות הפרקליטות הצבאיות. וודאי שבמקרים, בהם איבדו את חייהם אזרחים שלא השתתפו בפעולות לחימה, וייתכן כי עולה או יעלה חשד לביצוע עבירה פלילית, **אין בידי קצינים, בכירים ככל שיהיו, את הכלים, היכולות והניסיון שבידי חוקרי המשטרה הצבאית.**

63. בהקשר זה יצוין, כי כלל לא ברור איזה יתרון יש לגורמים הבכירים בצבא על המשטרה הצבאית החוקרת. אמנם גורמים אלו קרובים לנעשה בשטח ומצויים בפעילות המבצעית, אך אין להם יתרון לגבי המקרה המתוחקר על פני מצ"ח. נהפוך הוא, חסרה להם ההכשרה והמיומנות המקצועית הדרושה לחקר האמת.

64. חוקרי מצ"חהם חוקרים, העוברים הכשרה מקצועית המקנה להם כלים ומיומנויות המתאימים לגביית עדויות, חקירת חשודים, חקירת עדים, עריכת בדיקות בליסטיות, גביית טביעות אצבע ובחינת זירת האירוע.

65. ההחלטה לפתוח בחקירת מצ"ח לאחר עריכת תחקיר מבצעי, ולעתים קרובות לאחר חלוף זמן רב מהתרחשות האירוע הנחקר, אינה מעשית במובן זה שזירת האירוע לא נשתמרה, ובדיקות רבות, אשר ניתן היה לערכן סמוך לאחר קרות האירוע, אינן רלבנטיות יותר.

66. לצורך הכנת התחקיר המבצעי אין עורכי התחקיר גובים עדויות מפלסטינים, שהיו עדים לאירוע, ואשר יכולים להעיד על נסיבותיו של המקרה הנחקר.

67. בהיעדר המיומנות והכלים של חוקרי מצ"ח, התחקיר המבצעי, שהינו עיקר ממצאי הצבא לגבי חקירת אירוע כזה או אחר, אינו אלא עדות לא מקצועית וחד צדדית, שאינה יכולה לשמש כתשתית עובדתית מלאה ומספקת, עליה ניתן לבסס החלטה מושכלת לגבי פתיחה בחקירה פלילית.

הצורך בקיום חקירה מקצועית ועצמאית

68. כפי שנאמר בפסק דין אִישָה, אין צורך מעשי בהרתעה ככל שמדובר במעשי רשלנות, שבוצעו אגב פעילות מבצעית והביאו לפגיעה בחיילים. המצב שונה בתכלית ביחס להתנהגות החיילים כלפי האוכלוסייה האזרחית בשטחים הכבושים. בהקשר זה קיים צורך בהרתעת חיילים מלבצע פעולות, שיש בהן זלזול בערך חיי האדם הפלסטיני.

69. לאורך ארבע שנות העימות האחרונות נהרגו כ-3,000 איש בשטחים. גם בשנתיים וחצי האחרונות מספר ההרוגים נשאר גבוה, זאת למרות שהיקף הלחימה בשטחים ירד בצורה משמעותית.

70. מספר ההרוגים כתוצאה מפעילות הצבא בשטחים, אחוז הלא חמושים מכלל ההרוגים ומספר ההרוגים חסרי הישע, כל אלה כשהם מצטרפים לנתוני אכיפת החוק על החיילים, הפועלים בשטחים (מדיניות היעדר החקירה, וממילא אי ההעמדה לדין והרשעה) מעידים על תופעה חמורה של זלזול בזכויות היסוד של האוכלוסייה הפלשתינית ועל כך שהכל מותר ביחס אליה, בבחינת אין דין ואין דין.

ראו דברי הרמטכ"ל המצוטטים בסעיף 18 לעיל וכן את דברי ראש אכ"א, האלוף אליעזר שטרן, לפיהם כ- 20% מהחיילים מזלזלים בחיי ערבים. תדפיס פרוטוקול ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 6.12.04, בה נאמרו דברי ראש אכ"א מצורף לתגובה זו ומסומן כנספח "ע/46".

התערבות בית המשפט בהחלטה שלא לפתוח בחקירה

71. המשיב טועה לחשוב, כי את הלכותיו של בית משפט זה בעניין מידת התערבות בית המשפט בהחלטה האם לפתוח בחקירת משטרה, כאשר מובאת לפניו עתירה, הדורשת לפתוח בחקירה בעניין קונקרטי, יש ליישם ללא השינויים המתחייבים כאשר מדובר בעתירה, שעניינה מדיניות הפתיחה בחקירה, דוגמת עתירה זו.

72. פסקי הדין, עליהם סומך המשיב את ידיו, דנו כולם במקרים קונקרטיים, בהם נתבקש בית משפט זה להורות על פתיחה בחקירה לגבי אדם מסויים או במקרה מסויים. בעתירה דן בית המשפט אינו מתבקש לעשות כן. במקרה זה מתבקש בית המשפט להתערב במדיניות, לפיה הכלל הוא, כי אין פותחים בחקירה אלא מבצעים "תחקיר מבצעי", ורק אם אותו תחקיר (שמעצם טיבו אינו מתאים לחקר האמת, והמוטה מראש לכיוון מסוים, כפי שפירטנו לעיל וכפי שפורט בעתירה) מלמד על חשד להתנהגות עבריינית, נפתחת חקירה אמיתית. רק באותם מקרים מעטים, בהם מבצעי התחקיר מצליחים להתגבר על הפגמים במידת האובייקטיביות שלהם ועל הפגמים במידת מקצועיותם בבדיקת קיומם של חשדות להתנהגות פלילית (אם בכלל קיימים מקרים שכאלה), מגיעה הפרקליטות הצבאית לשקול באופן אמיתי את שאלת הפתיחה בחקירה.

73. באחת הפרשות, אליהן מתייחס המשיב בהודעתו, נקבע כי:

"בהפעיל ראש התביעה הכללית שיקול-דעת אם לפתוח בחקירה או בבדיקה נעשית הערכה של טיב החשדות הפליליים כנגד הנילון על רקע **נסיבותיו המיוחדות של העניין** ואופי העבירות המיוחדות לו, ונבדקת על פני הדברים **התשתית העובדתית הנטענת**" (ההדגשות אינן במקור).

בג"צ 1689/02 נמרודי נ' היועמ"ש, פ"ד נז(6) 49.עמ' 56.

74. ואכן, כאשר בוחן בית המשפט מקרה קונקרטי ומגיע למסקנה, כי נשקלו כל השיקולים ונבדקה התשתית העובדתית, הוא ימעט להתערב בהחלטות בעניין פתיחה בחקירה. אולם בסוג המקרים, אליהם מתייחסת עתירה זו, כלל לא ניתן לומר כי, נערכת על ידי המשיב בדיקה אפקטיבית של "נסיבותיו המיוחדות של העניין" ושל "התשתית העובדתית הנטענת". כפי שפירטנו בהרחבה לעיל, הן ניגוד העניינים האינהרנטי של מבצעי התחקיר והן העדר כלים אמיתיים לחקור מוות של אזרחים, מביאים לכך, שבבוא הפרקליטות הצבאית להחליט, האם לקיים חקירה פלילית, כלל אין עומדת בפניה תשתית עובדתית מלאה ומספקת, שעליה ניתן לבסס החלטה לפתוח או שלא לפתוח בחקירה. כלל אין בידיה נתונים לגבי נסיבות האירוע, שיאפשרו לה לקבל החלטה מושכלת וסבירה. לפיכך גיבושה של מדיניות, לפיה לא תיפתח חקירה פלילית במקרים של מוות על בסיס תוצאות אותם "תחקירים מבצעיים", היא על פניה לא סבירה.

75. על מנת לקבל החלטה סבירה על המשיב לבחון את כל השיקולים הרלוונטיים, וצריכה להיות בפניו תשתית עובדתית מלאה. איסוף הנתונים העובדתיים הוא תנאי בל יעבור על

מנת שהמשיב יוכל לקבל החלטה העומדת באמות המידה שבית משפט זה הציב לבחינת סבירות החלטותיה של הרשות המנהלית. המשיב, בהסתמכו על אותם "תחקירים מבצעיים", מציב עצמו במצב, בו כלל אינו יכול לקבל החלטה סבירה ומושכלת, המבוססת על כלל הנתונים הרלוונטיים. משכך, קביעתה של מדיניות כללית לגבי פתיחה בחקירה על הרג אזרחים, לפיה כלל לא תובא בפני המשיב מלוא התשתית העובדתית, היא היא כשלעצמה בלתי סבירה, ומביאה מעצם הגדרתה לקבלת החלטות נוספות רבות, שאינן סבירות. שכן, כל החלטה הנובעת מן המדיניות האמורה מתקבלת ללא איסוף התשתית העובדתית הנדרשת.

76. על כן מדיניות זו ניתנת לביקורתו של בית משפט זה, ואין להתייחס אליה כאל החלטה בעניין חקירה קונקרטית, שלצורך קבלתה עמדו בפני הרשות המחליטה מלוא הנתונים העובדתיים, כפי שהיה בפרשות, שנדונו בפסיקה, שהובאה על ידי המשיב בהודעתו. **באותם המקרים, בהם לא עמדה תשתית עובדתית מספקת בפני הרשות המוסמכת, בית משפט זה התערב גם התערב בהחלטות בעניינים אלה, ועליו לעשות כן גם לעניין המדיניות, המוצגת בעתירה זו.** כך, למשל, בבג"צ 7074/93 סויסא נ' היועמ"ש, פ"ד מח (2) 749 התערב בג"ץ בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה להימנע מנקיטה בהליכים משמעותיים נגד מפכ"ל המשטרה, וזאת משום שלא הובאו בפניו די ממצאים עובדתיים על מנת לבסס החלטה בעניין. בהעדר תשתית עובדתית כזו, הגדיר בית המשפט את הממצאים עליהם התבססה ההחלטה כ"ניחוש", המצדיק התערבות של בית המשפט:

"האם לא מתבקשת מכך מסקנה משמעותית? התשתית העובדתית, כפי שנקבעה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה וכפי שהוצגה לפנינו, אינה מאפשרת, כשלעצמה, תשובה לשאלה זו. [...] **נדרשים מימצאים של החוקרים ושל היועץ המשפטי, אשר על בסיסם ניתן לקבל הכרעה נורמטיבית.** בהיעדר מימצאים אנו בתחומי הניחוש, וניחוש אינו בסיס להכרעה שיפוטית"
(שם, בעמ' 807 (ההדגשה הוספה)).

77. וכך אף בעניינינו - התחקיר המבצעי אינו מספק למשיב את התשתית העובדתית, הנדרשת על מנת להכריע בשאלות, בהן חובה עליו להכריע. כל החלטה, המתקבלת על ידי המשיב בעקבות תחקיר מבצעי כזה, היא החלטה, שאינה נסמכת על תשתית עובדתית מוצקה. מדיניות המשיב מובילה למצב, בו כלל אין אפשרות בידי המשיב לקבל החלטה סבירה. משכך, אף בשים לב למידת ההתערבות, הנהוגה על ידי בית משפט זה בעניין החלטות על פתיחה בחקירה, אין להסכין עם מדיניות המשיב, והיא מצדיקה התערבותו של בית המשפט.

שלילת שיקול הדעת מהפצ"ר - לא מיניה ולא מקצתיה

78. המשיב טועה לחשוב, כי קבלת העתירה פירושה ביטול שיקול הדעת המוקנה לו. לא מיניה ולא מקצתיה. בעתירה זו אכן מתבקש בית המשפט להתערב בשיקול דעתו של המשיב, אשר גיבש מדיניות בלתי סבירה בעליל. הטענה, לפיה קבלתה של העתירה פירושה שלילת שיקול דעתו של המשיב, יכולה להישמע על ידי כל רשות מינהלית, אשר נגדה מוגשת עתירה לבג"צ. קבלת טענה זו מעקרת לחלוטין את מוסד הביקורת השיפוטית על החלטותיה של הרשות המינהלית. אך ברור הוא, כי בית משפט זה מתערב, וחובה עליו להתערב, כל אימת שמתקבלת על ידי רשות מינהלית החלטה, שאינה עומדת באמות המידה של המשפט המינהלי, כשם שהחלטה זו אינה עומדת בהן, ולא ניתן לטעון, כי הביקורת השיפוטית של בית משפט זה פירושה ביטול שיקול דעתה של רשות מינהלית.

79. בנוסף אל לנו לשכוח, כי במהלך אירועי ה"אינתיפאדה הראשונה" נהג צה"ל על פי פקודת מטכ"ל 33.0304, אשר חייבה אותו לפתוח בחקירת מצ"ח, בכל מקרה שבו הגיע לידיו מידע על הריגת אזרח בידי החיילים, למעט באירועי פח"ע (פעילות חבלנית עוינת). מעולם לא נטען אז על ידי איש, כי פירושה של פקודת מטכ"ל זו היא עיקור שיקול הדעת, המוקנה למשיב. נהפוך הוא. פקודת המטכ"ל האמורה שיקפה הפעלה סבירה וראויה של שיקול הדעת, הנתון למשיב בעניין פתיחה בחקירות מצ"ח. כל שמתבקש בית המשפט לעשות בעתירה זו הוא להחזיר את המשיב אל אותם פסים סבירים, שעל פיהם נהג בעבר ושמהם סטה בשנים האחרונות.

80. בנוסף לכך, כפי שצויין בעתירה בפירוט, הלכה מושרשת היא, כי יש שסמכות שברשות הופכת בנסיבות מסוימות לסמכות חובה. במקרה זה הפעלת שיקול הדעת באופן סביר מובילה לכך, שיש תוצאה סבירה אחת בלבד - השימוש בסמכות, הנתונה לרשות על פי דין. קיומן של נסיבות, בהן הופכת סמכות שברשות לסמכות שחובה להפעילה, אין כלל פירושו שלילתה של שיקול הדעת, כי אם תוצאה של הפעלת שיקול הדעת באופן סביר.

81. למותר להזכיר, כי מדיניות של אי פתיחה בחקירה בגין מותו של אזרח חף מפשע מנוגדת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זכות האדם לחיים, אף אם הוא תושב השטחים המוחזקים, בהן מתנהלת לפרקים לחימה של ממש כגרסת המשיב, מחייב נקיטה בסנקציות הקבועות בחוק נגד מי שבמעשיו או במחדליו הביאו למותו שלו, לא כל שכן כי, יעשה הכל לחקירת נסיבות מותו בטרם עת.

הקשיים בחקירת כל מקרה הרג

82. כפי שפורט בעתירה, במהלך האינתיפאדה הראשונה הונהגה מדיניות, לפיה כל מקרה הרג אזרחים ע"י חיילים נחקר ע"י מצ"ח.

83. הפצ"ר דאז, תא"ל אמנון סטרשנוב, הכניס למערך השיקולים את "מקדם האינתיפאדה", שגילם את הקושי, עמו נאלצו להתמודד החיילים במילוי המשימות שהוטלו עליהם, אשר אליו לא היו מורגלים ומתורגלים.

84. על אף שנקבעו אמות מידה מקלות לגבי חריגות מההתנהגות הדרושה מהחיילים, הורה הפצ"ר דאז לחקור כל מקרה של פגיעה באוכלוסייה אזרחית. ההתחשבות ב"מקדם האינתיפאדה" התבטאה בגישה מקלה בברירת סעיפי האשמה, אשר יוחסו לחיילים.

85. גם בתקופת האינתיפאדה הראשונה נתקלה מצ"ח בקשיים לא מעטים, אשר השפיעו בצורה ניכרת על רמת החקירה ועל תוצאותיה. הסיבות לקשיים, בהם נתקלה מצ"ח, היו שונות ומגוונות. מדברי הפצ"ר דאז, הקשיים עימם נאלץ להתמודד זהים לקשיים, עימם נאלץ המשיב להתמודד היום:

"חוסר כח אדם מיומן, תקלות באיתור החיילים המעורבים באירוע, אי שיתוף פעולה מצד החיילים הנחקרים, חשש של התושבים הערביים מלמסור עדות בפני רשות צבאית, העלמת גופות של הרוגים; כל אלה היו רק חלק מהנסיבות הקשות עימהן נאלצו חוקרי מצ"ח להתמודד במטרה למצות את החקירה ולגלות את האמת. בתחילת האינתיפאדה, לא היו כל רישומים לגבי תנועת יחידות קטנות ברחבי האזורים ולכן לא ניתן היה לאתר את החיילים שנחשדו בביצוע עבירות שונות, על פי תלונות תושבים מקומיים. לא היתה בנמצא כתובת אחת להגשת תלונות, והתושבים המקומיים יכולים היו להתלונן במנהל האזרחי, במשרת ישראל או אצל היועץ המשפטי לאזור. התלונות החמורות הועברו לחקירת מצ"ח, בעוד שהמקרים הקלים יותר נבדקו על ידי ועדת חקירה או קצין בודק. חלק ניכר מהחקירות והבדיקות לא העלו תוצאות והתיקים נסגרו מבלי שאיש הועמד לדין."

אמנון סטרשנוב **צדק תחת אש** (ידיעות אחרונות, 1994) עמ' 165.

86. ברם, הרשות החוקרת התאימה עצמה למצב החדש:

"כוח האדם תוגבר, נפתחו חוליות מצ"ח נוספות, והניסיון שנצבר איפשר הגברת היעילות. נכונותם של התושבים המקומיים לשתף פעולה עם החוקרים גברה, ובתיאום עם הצלב האדום הבינלאומי נקבע שעדויותיהם תיגבנה במקומות אזרחיים ולא בתוך מתקנים צבאיים".
שם, בעמ' 166.

87. הפצ"ר דאז ערך דיונים, במסגרתם לובנו בעיות וניתנו הנחיות מתאימות להעמקת החקירות ולהגברת יעילותן, במהלכן הודגש הצורך לחקור ביסודיות תיקים שנפתחו כתוצאה מגרימת מותם של תושבי השטחים ובפרט מקרי הרג של ילדים.
שם, עמ' 166.

88. המשיב טען עוד, כי במערך השיקולים לפתיחה בחקירה פלילית יש לקחת בחשבון את ההשלכות, אשר עשויות להיות לחקירה פלילית על שרשרת הפיקוד ועל נכונותם של מפקדים למלא את משימתם.

89. בהקשר זה יצוין, כי מתוך מאות תיקי החקירה, שנפתחו בעקבות מותם של תושבי השטחים בתקופת האינתיפאדה הראשונה, נסגרו עשרות תיקים בנימוק, שהחיילים פעלו מתוך הגנה עצמית, גם כשסכנת החיים שנשקפה להם לא היתה ממשית. (שם, עמ' 170).

90. מכאן, שאין לחייל הפועל כדן סיבה לחשוש, ואין טיעון זה יכול לבטל את האינטרס הציבורי העומד מנגד, והוא אכיפת שלטון החוק והשמירה על ערך חיי האדם.

"העיקרון שהנחה אותנו היה כי על אף הקשיים האובייקטיביים והמצב הקשה אליו נקלעו חיילי צה"ל ומפקדיו בנסיונם לבלום את ההתקוממות באזור יהודה ושומרון וחבל עזה, לא ניתן להימנע מנקיטת צעדים משפטיים והעמדה לדין באותם מקרים בהם חייבה זאת התנהגות החיילים. **עימות צבאי עם אזרחים, כמו גם מלחמה של ממש, יהיו קשים ככל שיהיו, אינם מצדיקים פריקת עול כללית ומוחלטת ואי-עמידה בסטנדרטים של התנהגות הולמת בני-אנוש בחברה תרבותית.** בני-אדם בכלל, וחיילים בפרט, נבחנים בשעתם הקשה, בעת מצוקה, תוך מילוי משימה בעייתית. גם אז, ואולי במיוחד אז, עליהם לשמור על כללי התנהגות אנושיים אלמנטריים ולא לקרוא דרור ליצריהם הפרועים והחבויים...". (ההדגשה אינה במקור). שם, בעמ' 175.

91. יצוין, כי מדיניותו של הפצ"ר דאז זכתה לביקורת רבה (בין היתר מידי העותרים). ברם, גם אם לא הקפיד הפצ"ר דאז על מיצוי חומרת הדין עם החיילים שסרחו הרי שנקודת המוצא שלו היתה, כי הפגיעה בחיי אזרחים אסורה היא, ובשל כך יש לחקור כל מקרה, בו נהרג אזרח, ולבחון אם החיילים פעלו במקרה זה כדין אם לאו, ואם מצא כי היתה חריגה מההתנהגות המקובלת, החיילים האחראים הועמדו לדין.

התייחסות לטענות המשיב בנוגע למקרים הפרטניים

92. המשיב טוען, כי 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. על סמך "ממצאים" אלו דחה המשיב את טענות העותרים, הנסמכים על "תחקירים", שערכו תחקירני העותר 1.

93. עמדה זו של המשיב היא היא הפגם במדיניות המשיב, אותו תוקפת עתירה זו. העותרים עמדו בפירוט רב על הבעייתיות שבתחקיר המבצעי ועל אי התאמתו לשמש ככלי העיקרי לחקר האמת. בכל מקרה, בו דחה המשיב את טענות העותרים, הוא סמך את ידו על ממצאי התחקיר המבצעי, אשר אינו אלא עדות חד צדדית, שאין בה כדי להוות ממצאים מספקים לגיבוש המסקנות המתחייבות מבחינה אובייקטיבית ומקצועית לגבי נסיבות כל אירוע ואירוע.

94. המשיב מוסיף וטוען, 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. טענה זו דינה להידחות על הסף, באשר היא מעבירה את נטל חקר האמת אל כתפי ארגוני זכויות האדם, אשר אין זה תפקידם לחקור את נסיבות הריגתם של אזרחים חפים מפשע במקום רשויות הצבא. ארגוני זכויות האדם אינם ערוכים לחקור את נסיבות מותם של אזרחים ולמלא את תפקידה של הרשות החוקרת. העובדה, כי ארגוני זכויות אדם מצליחים במקרים מסויימים לגבות עדויות ולהעבירן אל רשויות החקירה אין משמעה, כי בהיעדר עדויות כאלו פטורות רשויות הצבא מעריכת חקירה יסודית וממצה של נסיבות הריגתם של אזרחים חפים מפשע. הצבא יכול גם יכול לערוך חקירה מקיפה ולגבות עדויות מעדים לאירוע ללא כל קשר לארגוני זכויות האדם.

ההבחנה בין פעילות מלחמתית לבין פעילות שיטורית

95. המשיב מבסס את מדיניותו על הטענה, כי בשטחים מתנהל עימות מזוין, וכי יש לראות בכל פעולות הצבא בשטחים פעולות מלחמתיות.

96. עמדה גורפת זו הינה פסולה, ומנוגדת לפסיקתו העקבית של בית משפט נכבד זה ושל בתי הדין הצבאיים, האמונים על אכיפת החוק בצבא.

97. בע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מ(1) 477, 479 קבע הנשיא שמגר כי:

"רק פעולת מלחמה ממש במובנו הצר והפשוט של מונח זה, כגון: בכינוס כוחות לקרב, תקיפה לוחמת, חילופי אש, פיצוצים וכדומה, שבהם בא לידי ביטוי האופי המיוחד של הלחימה על סיכונה ובעיקר על השלכותיה ועל תוצאותיה, הם אלו שאליהם כווננו מילותיו של סעיף 5".

98. בע"א 5964/92 בני עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 1, 7 אשר קבע את ההלכה בשאלת אחריות המדינה בנזיקין על מעשה או מחדל של הצבא כלפי התושבים המקומיים, נקבעו מבחנים, לפיהם תיחשב פעולה צבאית כפעולה מלחמתית או שיטורית.

"נקודת המבט מכוונת אל מהותה של הפעולה ואל הסיכון המיוחד שהיא מסבה. ... הפעולה היא מלחמתית אם זו פעולת לחימה, או פעולה מבצעית-צבאית, של הצבא".

99. עמדת בית המשפט בעניין זה ברורה, לא כל פעולות הצבא בשטחים הן מלחמתיות:

"הצבא מבצע באזורי יהודה, שומרון ועזה "פעולות" שונות היוצרות סיכונים מסוגים שונים. לא כל פעולותיו הן "מלחמתיות" ... הנה כי כן, **במתן תשובה לשאלה אם פעולה היא מלחמתית יש לבחון את כל נסיבות האירוע.** יש לבדוק את מטרת הפעולה, את מיקום האירוע, את משך הפעילות, את זהות הכוח הצבאי הפועל, את האיום שקדם לה ונצפה ממנה, את עוצמת הכח הצבאי הפועל והיקפו ואת משך האירוע. כל אלה זורקים אור על אופיו של הסיכון המלחמתי המיוחד שהפעולה גרמה". (ההדגשה אינה במקור).
שם, בעמ' 8-9.

100. הנה כי כן, **יש לבחון נסיבותיו של האירוע הנתון לצורך הקביעה אם מדובר בפעולה שיטורית או לחימתית. נסיבות האירוע ילמדו על אופיו של הסיכון שבפעולה, ובהתאם לכך גם תיקבע מידת הזהירות, שעל החיילים לנהוג בה.**

101. בניגוד לטענת המשיב, העותרים אינם מבקשים להפעיל סיווג אוטומטי בין פעולות שיטוריות לבין פעולות לחימתיות. העותרים סבורים, כי גם במציאות הלחימה בשטחים ניתן עדיין להבחין בין פעילות שיטורית לפעילות לחימתית, ובמקרים של ספק להיעזר במבחנים, שנקבעו ע"י הפסיקה לביצוע הבחנה זו. מה גם, שהמציאות בשטחים השתנתה והיקף הלחימה ירד בצורה משמעותית, כך שעיקר פעילותו היום של הצבא בשטחים, היא שיטור ואכיפת חוק.

102. אכן לעיתים פעולת שיטור רגילה הופכת לפעולת לחימה, ויכול כי מעבר זה יהיה חד וחריף. ברם, גם אם קו הגבול בין שני המצבים הוא דק, אין להתעלם ממנו. הסתכלות כוללת על מכלול הנסיבות בעזרת המבחנים, שנקבעו בפסק דין **בני עודה**, יכולה להכריע את השאלה לכאן או לכאן.

103. למותר לציין כי אפיון הפעולה כמלחמתית אינו אמור להשתנות בהתאם להקשרים השונים, בענייננו נזיקי או פלילי. הרציונל המונח ביסוד הפטור המוענק למדינה מאחריות בנזיקין בגין "פעולה מלחמתית", לפיו פעולות מלחמתיות יוצרות סיכונים מיוחדים, זהה לרציונל "הפטור" חיילים מאחריות פלילית במהלך "פעולה מלחמתית". מכאן, שגם המבחנים החלים לאפיון פעולה כמלחמתית בהקשר הנזיקי, אמורים להיות זהים למבחנים לאפיון הפעולה כמלחמתית בהקשר הפלילי.
ראו פס"ד **עודה**, בעמ' 7.

104. למעשה, מיישום הפסיקה האמורה ניתן לומר, כי על פניו, כל פעולות הצבא בשטחים, שאינן חלק ממבצע צבאי ממוקד, הינן פעולות שיטוריות. ברם, אין בכך כדי לשלול בחינת אופייה של כל פעולה ופעולה, גם אם היא ננקטת במהלך מבצע צבאי.

105. יצויין, כי אין באמור בפרק זה כדי לגרוע מעמדת העותרים, לפיה יש להורות על חקירת מקרי מותם של אזרחים חפים מפשע בכל סיטואציה, בין אם היא מאופיינת כמלחמתית ובין אם כשיטורית.

106. העותרים מסכימים עם המשיב כי לא ניתן לסווג בנקל פעולה כפעולה מלחמתית או שיטורית. למעלה מכך, העותרים סבורים כי גזירת חובת החקירה מסיווג הפעולה הינה בעייתית ברמה המוסדית. שכן, גם לצורך סיווג הפעולה כפעולה מלחמתית או שיטורית יהיה צורך לבחינת העובדות בכל מקרה ומקרה. בשל כך סבורים העותרים, כי הדרך היחידה הנאותה הינה חקירת כל מקרה הרג תוך בחינה מושכלת של התשתית העובדתית בכל מקרה ומקרה במקום לעסוק בשאלת הסיווג, שממילא תחייב בחינת כל מקרה ומקרה באופן פרטני.

107. בהתייחסו לאכיפת החוק על חיילים, הפועלים בשטחים במציאות ימינו, אמר בית הדין הצבאי לערעורים את הדברים הבאים:

"אמנם, לא ניתן להתעלם, ואף לא להקל ראש במצב הבטחוני החמור ובתנאים הקשים שבהם פועלים חיילי צה"ל ומפקדיו, במיוחד בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה, וכן בשירות הקשה והשוחק, תוך הקרבה עצמית, להגנה על המדינה ועל אזרחיה מפני מחבלים צמאי דם המבקשים לכלותנו ולהורגנו נפש. כמו-כן יש להניח כי רובם של החיילים המשרתים בשטחים מקפידים לנהוג כדין ולהתייחס בכבוד הראוי לתושבי השטחים ולכל אדם באשר הוא אדם. עם זאת, אין בכך כדי להמעיט מחומרת העבירות מסוג אלו המיוחסות למערער, ואין ניתן עוד לקוות כי מדובר בחריגות נדירות.

חזקה על צה"ל כי יידע לשרש את הנגע, בפעילות נמרצת של הסברה והדרכה נכונות, ובלבד שהדבר יקבל עדיפות גבוהה, כמתחייב לאור הישנות העבירות ולאור חומרתן הרבה כשם שצה"ל נלחם בדין, בנגע הסמים, וכן בתופעה של הטרדה מינית – מקל וחומר, יש מקום להלחם מלחמת חורמה בעבירות הנדונות. גם בתי הדין הצבאיים וגם הפרקליטות הצבאית צריכים לתרום את חלקם בעניין זה, אולם עיקר המלאכה במישור המניעתי ובמישורים ההרתעתי וההסברתי, וכן באכיפת החוק על פורעיו. כידוע, ההליך השיפוטי הינו תוצאתי, במובן זה שאין משפט ללא העמדה, ואין העמדה לדין ללא חקירה; ופעמים, גם כשנפתחת חקירה באיחור, חלוף הזמן עד לפתיחת החקירה אינו מאפשר לגלות את מלוא האמת ולמצות את הדין עם העבריינים; ולשיקולים של שיהוי בחקירה, מחדלים בחקירה, וחלוף הזמן עד למשפט, השפעה על שאלת ההצדקה למעצר ועל העונש המושת על מי שהורשע בדינו. צריך שיהיה ברור, אפוא, לכל המפקדים ולכל החיילים, כי עבירות חמורות שכאלה הן בנות מעצר (בכפוף לתשתית ראייתית מספקת), ובוודאי שהן מחייבות חקירת מצ"ח מקצועית ונמרצת. כאמור, לצערי, למרות הדברים שכתבתי בעניין זה בע"מ/29/03, ולמרות הפסיקה הנוספת של בית דין זה, כמצויין לעיל, נראה כי הלקחים המתחייבים טרם הופקו דיים".

(ההדגשה אינה במקור).

ראו סעיף 16 לע"מ/28/04 המצורף לתגובה זו כנספח "ע/47".

108. בע"מ/29/03 התובע הצבאי הראשי נ' סמל דור זמיר, נמצא, כי החקירה של מצ"ח נוהלה בעצלתיים. לפיכך קבע בית הדין כי: "בגין חשדות לעבירות כה חמורות, מן הראוי כי תנהלנה חקירות מקצועיות וממצות, באופן מיידי ונמרץ, תוך שימוש בכל אמצעי החקירה החוקיים".
צלוס פסק הדין מצורף לתגובה זו כנספח "ע/48".

109. בע"מ/28/04 סמ"ר ב.ס. נ' התובע הצבאי הראשי, סיים שופט בית הדין הצבאי לערעורים את החלטתו בדברים הבאים:

"חזקה על הפרקליט הצבאי הראשי כי ישקול אם יש מקום לבחון שוב את המדיניות הנוכחית בעניין חקירתם של מעשים חריגים בשטחים (ובמיוחד, מעשים שאינם במהלך פעילות לוחמתית), על מנת להבטיח כי החקירות תהיינה אפקטיביות, נמרצות וממצות- כדי לשרש את העבירות או, למצער, למנוע התפשטותן, על כל המשמעות השלילית שלהן ועל השלכותיהן החמורות".

110. דברים אלה נאמרו לאחר שבית הדין התרשם, כי החקירה, שבוצעה במקרה שהובא בפניו, לא היתה מספיקה, כי לא נגבו עדויות חיוניות וכו'.

111. הנה כי כן, גם במצב הביטחוני השורר בשנים האחרונות בשטחים מצאו בתי המשפט להחיל נורמות התנהגות, המחייבות את החיילים לנהוג במידת זהירות סבירה בנסיבות המקרה ולהימנע ככל הניתן מפגיעה בחיי אזרחים.

112. למותר להפנות את תשומת הלב לעובדה, כי שני פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים המובאים לעיל דנים במקרים חמורים פחות של הפעלת אלימות כלפי אזרחים ולא של הרג אזרחים. מכאן, שניתן לומר, שהדברים שנאמרו בהם חלים לענייננו בבחינת קל וחומר.

קריטריון החריגה מהוראות הפתיחה באש וחובת הזהירות

113. גם הטענה, לפיה כל עוד לא חרגו החיילים מהוראות הפתיחה באש אין מקום לפתיחה בחקירה פלילית, אינה יכולה לעמוד למשיב:

"תוקפן המחייב (כלפי החיילים) של הוראות הפתיחה באש אינו נובע בהכרח מסטנדרט הסבירות, כמשמעו בדיני הנזיקין. מכאן מתחייב, שבין קיום (או הפרת) תוכנן של הוראות הפתיחה באש על ידי חייל לבין קיומה (או הפרתה) של חובת הזהירות הנזיקית המוטלת עליו - הגם שבהכרח קיימת חפיפה חלקית - אין זהות מוחלטת.
הלוא את תוכנן של הוראות הפתיחה באש קובע הצבא, ואילו את היקפה ואת תוכנה של חובת הזהירות הנזיקית קובעות הלכותיו של בית המשפט. נמצא שהמדובר בשתי נורמות משפטיות שתכליותיהן אינן זהות, הקובעות סטנדרד של התנהגות ופועלות במקביל.

מהיעדר חפיפה מלאה בין חובת הזהירות הנזיקית לבין חובת הציות להוראות הפתיחה באש נובע כי תיתכן פעולה רשלנית שאינה מפרה את הוראות הפתיחה באש, כשם שתיתכן פעולה סבירה המפרה הוראות אלה...".

ע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נו(4) 304, 314.

114. אמנם דברים אלה נאמרו בהקשר של חובת הזהירות הנזיקית, אך הדברים יפים גם לעניין חובת הזהירות הפלילית. היקפה של חובת הזהירות הפלילית וסבירותה של פעולה, נתונות גם הן לשיקול דעתו של בית המשפט. לפיכך לא אמורה להיות חפיפה מוחלטת בין הוראות הפתיחה באש לבין חובת הזהירות המוטלת על החיילים במהלך פעילותם בשטחים.

ראו דנ"פ 983/02 בויס יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 385, בו נקבע:

"משידענו כי יצירת החובה באה מלמפרע - לאחר היות הנזק - נוסף ונדע כי נטל כפול ומכופל מוטל על בית-המשפט ביצירתה של אותה חובה. אכן, אם מלאכת האיזונים ביצירתה של חובה מראש מלאכה היא שאינה קלה, לא-כל-שכן מלאכת האיזונים ביצירתה של חובה בדיעבד, יצירה שפירושה הוא, להלכה ולמעשה, חיובו (או אי-חיובו) של הנתבע בפיצוי התובע ורציונליזציה של חובת פיצוי זו. בעשותו במלאכת איזונים זו - בדיעבד - חייב השופט להישען בכל כובד על רגשי המוסר המפעמים בו. אכן, המוסר מזין בשפע את דרך יצירתן של חובות במשפט הנזיקין וממלא הוא בענייננו תפקיד ראשון במעלה.

אם אלה דברים ייאמרו על רשלנות בדין הנזיקין, עוצמתם תגבר בתחומי המשפט הפלילי ובגדרי העבירה של גרימת מוות ברשלנות. העיקרון כי אין עבירה ואין ענישה אלא על-פי חוק - ובלשונו של סעיף 1 לחוק העונשין: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו" - עיקרון ראש וראשון הוא בדיני עונשין.

והנה בענייננו אמור בית-המשפט - על-פי המחוקק - ליצור חדשות-לבקרים, ובדיעבד, חובות שהפרתן תגרור אחריה עבירות של גרימת מוות ברשלנות. משנוכחנו לדעת כך, נוסף ונדע מה תפקיד ראשון במעלה יש להן לנורמות המוסר המקובלות בחברתנו, נורמות מוסר שבית-המשפט אמור ליתן להן ביטוי בפסקי-הדין היוצאים מתחת ידיו. שם עמ' 399-400 (ההדגשה אינה במקור).

115. קיומן (או אי-קיומן) של הוראות הפתיחה באש בידי חייל הוא אינדיקציה חשובה לבירור השאלה אם החייל הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו. אך כאמור, מימצא בשאלת קיומן (או הפרתן) של הוראות הפתיחה באש אינו אמור לכבול את שיקול-דעתו של הפצ"ר בבואו להחליט על פתיחה בחקירה לצורך בירור שאלת קיומה (או הפרתה) של חובת הזהירות. "מימצא כזה אך מספק לבית-המשפט כלי עזר לקביעת סטנדרד ההתנהגות הראויה" - פרשת לרנר, עמ' 316.

116. על החיילים, המבצעים פעילות צבאית בשטחים, בתוך ריכוזי אוכלוסיה אזרחית, חלה חובת זהירות מוגברת. על החייל לנהוג באיפוק מרבי בעת הפעלת הכוח הצבאי המסור בידיו. כל שימוש בכוח מעבר לנדרש הוא שימוש פסול, אף אם הוא מכוון נגד מטרה

לגיטימית ולצורך ביצוע המשימה. אסור לחייל להשתמש בנשקו ובכוחו כדי לפגוע באזרחים.

117. בע/153/03 סא"ל גבע שגיא נ' התובע הצבאי הראשי מיום 5.8.04, נאמר:

"מבחינה משפטית ומוסרית יש להבחין, הבחן היטב, בין שימוש בכוח, הנדרש לשם ביצוע המשימה הצבאית והמותר - באופן מידתי, הנגזר מנסיבות הלחימה - נגד לוחמים, לבין שימוש לרעה בכוח, נגד אוכלוסיה אזרחית."
שם, סעיף 35.

"תקופת לחימה מחייבת שימוש בכוח הנשק ובעוצמת השררה, על מנת למלא המשימה ולהשיב הביטחון והסדר על כנו. יחד עם זאת, היא מעוררת סכנה של שימוש לרעה בכוח הזרוע. הדברים אמורים שבעתיים מקום בו הלחימה נעשית בתוככי אוכלוסיה אזרחית, שרבים בקרבה חפים מפשע." (ההדגשה אינה במקור)
שם, סעיף 31.

118. ובפסק הדין בע"א 5604/94 חמד ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), אשר ניתן אך לאחרונה, כשמול עיני השופטים נמצא גם המצב הבטחוני עליו נסמך המשיב, נקבע כי:

"השוטרים אינם רשאים לעשות הכל על מנת לשכך מהומות ולהשליט סדר. יש לנקוט רק באותם אמצעים שהם סבירים בנסיבות העניין. הפרעה או סיכון בטחוני אינם יוצרים היתר לפעול שלא בסבירות. סיכון בטחוני הוא נסיבה חשובה שמשפיעה על אמצעי זהירות שסביר לנקוט בהם בנסיבות העניין." (ההדגשה אינה במקור).
ראו סעיף 18 לפסק הדין.

119. בע"א 3889/00 לרנר נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נו(4) 304, 311, קבע בית המשפט העליון כי:

"גם במצב קונקרטי נתון - שבו חיילים ניצבים מול אדם החשוד כמפגע - חלה עליהם חובת זהירות כלפי החשוד, ולוא רק משום שבדיעבד עלול להתברר כי חשדם בו היה מוטעה. משמעותה של חובה זו איננה רק כי עליהם להקפיד על קיומם של כללי זהירות... חשיבות הטלתה עליהם גם של חובת זהירות נזיקית נעוצה בכך שהיא מחייבת אותם לנהוג בסבירות גם בהיעדרן של פקודות המכתיבות להם כיצד עליהם לפעול במצבים מוגדרים..."

120. לא ניתן לסיים פרק זה מבלי שנתייחס לטיעון בדבר הסיכון, מולו עומדים החיילים במהלך פעילותם בשטחים המוחזקים בימינו. בפרשת חמד נקבע מפיה של השופטת דורנר:

"פעולות שיטור הן פעולות שבמומחיות. שיטור הוא מקצוע הדורש מידה רבה של אימונים, יכולת ומיומנות. יש לבחון פעילות שיטור על פי סטנדרט המומחה הסביר בנסיבות העניין... בגדר המיומנויות הנדרשות לפעילות

שיטור נמנית השתלטות על הפרות סדר בקרב אוכלוסייה אזרחית במצבים העשויים לחייב שימוש באמצעים המסכנים את המתפרעים ואף את חייהם של עוברי-אורח... **נסיבות שניתן להיערך ולהתאמן לקראתן לא יכולות איפוא, ככלל, להביא לריכוך של סטנדרט האחריות של בעלי מקצוע בתחום הטיפול במצבי חירום.** על-כן, אין לראות במכלול פעולותיהם של גופים אזרחיים או צבאיים, הנדרשים להיות אמונים על שמירת הביטחון והסדר, פעולות "בתנאי לחץ וחירום ... המונעים מהם שקילה ובחינה רגילים של החלופות והמחייבים החלטה מהירה שלא ניתן להתכונן אליה מראש" ... **מובן הוא כי לא ניתן להתכונן לכל. ישנם ודאי מצבים שייחשבו מצבי חירום, אף לפי הסטנדרט של השוטר המקצוען. אלא שאין גם להתעלם מכך שמטרת האימונים היא הקניית היכולת לשוטר לטפל במצבים, שעבור האדם הממוצע הם בגדר מצב חירום, בדרך שגרה."**

121. העותרים סבורים, כי מאחר שהצבא שולט בשטחים הכבושים קרוב לארבעים שנה, כשבארבע השנים האחרונות נוכחותו בהם גברה, חובה עליו לפעול באחריות ובמקצועיות. חובה זו מתבטאת בין היתר בצורך לאמן את החיילים להתמודדות עם הפרות סדר בקרב אוכלוסייה אזרחית במצבים, העשויים לחייב שימוש באמצעים, המסכנים את המתפרעים ואף את חייהם של עוברי-אורח. אימונים אלו, עשויים להפחית מתחושת "הלחץ" המשתלטת על החיילים והמונעת מהם לנהוג במידת הזהירות הראויה.

122. סטנדרט התנהגות זה יש בו כדי להשליך על כל הפעולות הצבאיות בשטחים, ומכאן גם לגבי היקף ומידת חובת הזהירות, שעל החיילים לנהוג בה.

היקף הלחימה

123. גם לשיטת המשיב, לפיה לא ניתן לחלק את פעולות הצבא בשטחים לפעילות לחימתית ולפעילות שיטורית, לאור העימות המזוין השורר בשטחים, הרי שלא ניתן להתעלם מהשינוי בהיקף הלחימה, המתבצעת בשטחים.

124. ידוע לכל, כי היקף הלחימה של הצבא בשטחים ירד בשנתיים האחרונות. גם אם הצבא מקיים, בתדירות גבוהה, מבצעים צבאיים באזורים מסוימים בשטחים (דוגמת אלו שננקטו ברצועת עזה במהלך חצי השנה האחרונה), אין לומר, כי היקף הלחימה היום זהה להיקף הלחימה לפני שנתיים.

125. לעובדה זו, אשר המשיב נוטה להתעלם ממנה, יש השלכות רציניות על הגדרת המצב הביטחוני בשטחים, ולפיכך גם על אפיון של פעולות הצבא בהם.

חובת החקירה - חובה נגזרת מהזכות לחיים

ביום 14.12.04 נתן בית המשפט הגבוה בבריטניה פסק דין מאלף בסוגיית חקירת מקרי הריגתם של אזרחים עיראקיים במהלך פעילות הצבא הבריטי בעיראק בתקופה שבין 1.5.03 לבין 28.6.04, תקופה שבה נחשבה בריטניה לכח כובש בעיראק. תיק 2242/04 *MAZIN*

פסק הדין מצורף לתגובה זו ומסומן כנספח "ע/49".

126. בפסק דין זה חזר בית המשפט על ההלכה הידועה, לפיה הוראות סעיפים 2 ו-3 לאמנה האירופית לזכויות אדם מקימות חובה פרוצדוראלית לעריכת חקירה נאותה במקרה של אובדן חיים, עינויים או יחס משפיל כלפי אזרחים.

127. בית המשפט הסתמך על פסיקה קודמת שלו ושל בתי משפט אחרים (ראו פסקה 319) ופירט את חובת החקירה, הנגזרת מסעיפים אלו:

"An authoritative summary of the requirements of the procedural obligation can thus be found in Amin and in particular in the ten propositions set out in the speech of Lord Bingham of Cornhill at para 20:

"... The cases clearly establish a number of important propositions:

(1) It is established by McCann, para 161, Yasa v Turkey (1998) 28 EHRR 408, para 98, Salman, para 104 and Jordan, para 105 that (as it was put in McCann): "The obligation to protect the right to life [under article 2(1)], read in conjunction with the State's general duty under article 1 of the Convention to 'secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention', requires that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the state."

(2) Where agents of the state have used lethal force against an individual the facts relating to the killing and its motivation are likely to be largely, if not wholly, within the knowledge of the state, and it is essential both for the relatives and for public confidence in the administration of justice and in the state's adherence to the principles of the rule of law that a killing by the state be subject to some form of open and objective oversight: para 192 of the opinion of the Commission in McCann, set out at pp139-140.

(3) As it was put in Salman, para 99:

"Persons in custody are in a vulnerable position and the authorities are under a duty to protect them. Consequently, where an individual is taken into police custody in good health and is found to be injured on release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of how those injuries were caused [footnote omitted]. The obligation on the authorities to account for the treatment of an individual in custody is particularly stringent where that individual dies."

Where the facts are largely or wholly within the knowledge of the state authorities there is an onus on the state to provide a satisfactory and convincing explanation of how the death or injury occurred: *Salman*, para 100; *Jordan*, para 103.

(4) The objective to ensure that there is some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force is not confined to cases where it is apparent that the killing was caused by an agent of the state: *Salman*, para 105.

(5) The essential purpose of the investigation was defined by the Court in *Jordan*, para 105:

“to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility. What form of investigation will achieve those purposes may vary in different circumstances. However, whatever mode is employed, the authorities must act of their own motion, once the matter has come to their attention. They cannot leave it to the initiative of the next of kin either to lodge a formal complaint or to take responsibility for the conduct of any investigative procedures.”

(6) The investigation must be effective in the sense that (*Jordan*, para 107)

“it is capable of leading to a determination of whether the force used in such circumstances was or was not justified in the circumstances... and to the identification and punishment of those responsible... This is not an obligation of result, but of means.”

(7) For an investigation into alleged unlawful killing by state agents to be effective, it may generally be regarded as necessary (*Jordan*, para 106)

“for the persons responsible for and carrying out the investigation to be independent from those implicated in the events... This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence.”

(8) While public scrutiny of police investigations cannot be regarded as an automatic requirement under article 2 (*Jordan*, para 121), there must (*Jordan*, para 109) “be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory. The degree of public scrutiny required may well vary from case to case.”

(9) “In all cases”, as the Court stipulated in *Jordan*, para 109: “the next-of-kin of the victim must be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard his or her legitimate interests.”

(10) The Court has not required that any particular procedure be adopted to examine the circumstances of a killing by state agents, nor is it necessary that there be a single unified

procedure: Jordan, para 143. But it is “indispensable” (Jordan, para 144) that there be proper procedures for ensuring the accountability of agents of the state so as to maintain public confidence and allay the legitimate concerns that arise from the use of lethal force.” ”

(ההדגשות אינן במקור).

שם, פסקה 321 לפסק הדין.

128. בית המשפט קבע, כי על מנת שחקירה תענה על דרישות הסעיפים האמורים באמנה, על החקירה להיות רשמית, מיידית, עצמאית, פתוחה לביקורת הציבור וקרובי הקורבן ואפקטיבית:

“It follows that for an investigation into a death occurring allegedly at the hands of state agents to comply with the requirements of the procedural obligation, it must be official, ie initiated by the state; timely, ie in both initiation and completion; independent, ie both formally and practically, from those implicated in the events; open, ie to a sufficient element of public scrutiny as well as to the involvement of the next-of-kin; and effective, ie capable of achieving objective accountability of the state agents and thus of leading, as appropriate, to conclusions about all the circumstances, including the background issues, leading to the death, as well as about responsibility for it, and the identification and punishment of those responsible. ”

פסקה 322 לפסק הדין.

129. בית המשפט חזר על פסיקת בית המשפט הדוחה את הטענה, לפיה יש לצמצם את חובת החקירה באזורי עימות בשל הסכנה והבעייתיות, הגלומים במצבי עימות:

“**the Court has consistently rejected the idea that there is any displacement of the investigative duty by reason of the security situation: see *Kaya* at para 91, *Guleç* at para 81, *Ergi* at para 85, and *Ö zkan* at para 319, where, most recently, the Court said this:**

“It is mindful, as indicated in various previous judgments concerning Turkey, of the fact that loss of life is a tragic and frequent occurrence in the security situation in south-east Turkey... **However, neither the prevalence of violent armed clashes nor the high incidence of fatalities can displace the obligation under Article 2 to ensure that an effective, independent investigation is conducted into the deaths arising out of the clashes involving the security forces, the more so in cases such as the present where the circumstances are in many respects unclear.**” ”

(ההדגשה אינה במקור).

130. בהתייחסו לקשיים האובייקטיביים, בהם נתקל הצבא בבקשו לחקור מקרי מוות במצב של עימות, הוסיף בית המשפט וקבע:

“We would not discount these difficulties, which cumulatively must have amounted to grave impediments for anyone concerned to conduct investigations as they might have liked to have carried them out. However, irrespective of Mr Singh’s submission, in reliance on the Turkish cases, that **security problems provide no excuse for a failure in the article 2 investigative duty**, we would conclude that, on the hypothesis stated, the investigations would still not pass muster. They were not independent; they were onesided; and the commanders concerned were not trying to do their best according to the dictates of article 2”.

(ההדגשה אינה במקור).

131. לא למותר לציין, כי פסק דין חוזר על הקביעות העיקריות בפסקי הדין של בית הדין האירופאי לזכויות אדם בפסיקה אותה פירטו העותרים בעתירתם.

132. חובת החקירה, אשר בית המשפט חזר עליה בפסק דין זה, נגזרת מהזכות לחיים, המעוגנת היטב במשפט הבינלאומי ובמשפט זכויות האדם בכלל, ובהוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, החלות על שטחים כבושים בפרט. בנוסף לכך, פסק הדין מתייחס להיקף חובת החקירה גם במצב של עימות מזויין, וקובע מפורשות, כי אין בעובדה, שמדובר במצב של עימות מזויין, כדי לגרוע מחובת החקירה, החלה על כוחות הצבא הפועלים בשטח.

המצב העובדתי/משפטי השורר בשטחים

133. המשיב מוסיף וטוען, כי בשטחים חל “עימות מזויין”. לפיכך העובדה, שבזמן לחימה נפגע אזרח, אינה מהווה הוכחה - ולו לכאורה - לכך שהייתה התנהגות פלילית מצד החיילים המעורבים.

134. אכן בשטחים הכבושים מתנהלות לפרקים פעולות לחימה ממש בין קבוצות פלסטיניות ממושמעות לבין כוחות הצבא, אך אין בעובדה זו כדי להביא לקביעה, כי מדובר במצב קבוע של “עימות מזויין”. הקביעה, כי מדובר בעימות מזויין, נגזרת מהמצב הביטחוני ומרמת האלימות בשטחים. מאחר שאין מדובר במצב קבוע וברמת אלימות קבועה, הרי שאין לומר, כי קיים מצב קבוע של עימות מזויין. גם אם רמת האלימות בשטחים מגיעה לכדי עימות מזויין, היתוספותו של מימד “העימות המזויין” אינה מעלימה את המימד האזרחי הדומיננטי ביחס למצב בשטחים. מדובר במצב של כיבוש או תפיסה לוחמתית - היוצר סדרה של חובות כלפי האוכלוסייה האזרחית.

135. מכל מקום, העותרים סבורים, שאין בהגדרת המצב המשפטי בשטחים כדי להכריע את הסוגיה נשוא העתירה דנן. שכן, גם בימי לחימה חל המשפט ההומניטרי הבינלאומי וכן משפט זכויות האדם.

ראו את הדברים הברורים של מליאת האומות המאוחדות בהחלטתה משנת 1970 בדבר העקרונות הבסיסיים של הגנת אזרחים בעימותים מזויינים (החלטה 2675 (XXV)), אשר נתקבלה ללא התנגדות, ולפיה בימי עימות מזויין חלים, בין היתר:

“fundamental human rights, as accepted in international law and laid down in international instruments, continue to apply fully in situations of armed conflict”.

ראו גם בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג(4) 817, פסקה 3;
בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פדאור 04(6) 514, פסקאות 10-11;
בג"צ 3239/02 מרעב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד נו (2) 349, פסקה 27.

136. המשפט ההומניטרי הבינלאומי ומשפט זכויות האדם מחילים על הצבא את החובה להימנע מהרג אזרחים חפים מפשע. מאיסור זה נגזרת החובה לחקור נסיבות מותם של אזרחים, אשר נהרגו ע"י כוחות הצבא הפועל בשטחים למרות איסור זה.

137. פעולת הצבא בלב ריכוזי אוכלוסיה אזרחית גורמת לפגיעה חמורה ורחבה בחייהם של אזרחים. אף שלגבי חוקיות הפגיעה בחייהם של פלסטינים חמושים חלוקים העותרים עם המשיב (שכן, גם אם מדובר בלוחמים הרי ניתן לירות בהם כדי להרוג רק במקרה אחד ויחיד, בו ההריגה נועדה למנוע סכנת חיים הנשקפת לחיילים הנלחמים בהם) לא יכולה להיות מחלוקת לגבי האיסור בדבר פגיעה בחייהם של אזרחים לא חמושים (זכותם לחיים של התושבים המוגנים מעוגנת היטב באמנות ג'נבה השונות - ובעיקר בסעיפים 27 ו-32 לאמנת ג'נבה הרביעית, הנחשבים לאבני הפינה של דיני התפיסה הלוחמתית הבינלאומיים).

138. איסור זה מבוסס היטב הן בהוראות הדין הישראלי והן בהוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי, לרבות ההוראות הספציפיות, הנוגעות לדיני הלחימה.

139. הוראות המשפט הבינלאומי לרבות דיני הלחימה נועדו להקטין את הסבל של האוכלוסייה האזרחית על-ידי אבחנה בין לוחמים למי שאינם לוחמים והגבלה של אופני הלחימה על-ידי קביעת עקרונות מנחים, על פיהם יפעלו הצדדים הלוחמים.

140. ואכן, ישנם שני עקרונות מנחים בדיני הלחימה, לאורם יש לבחון כל פעילות לחימתית: עקרון האבחנה בין לוחמים למי שאינם לוחמים ועקרון הפרופורציונליות.

עקרון האבחנה

141. עקרון-על זה הוא "סיבת קיומו" של ענף דיני הלחימה. העיקרון מחייב אבחנה בין לוחמים לאזרחים בעת לחימה, והוא אוסר על פגיעה באזרחים. הזכות להרוג אויב הוגבלת להריגת לוחמים של היריב כבר בכללים הנספחים לאמנת האג, אשר קבעו, כי כל לוחם חייב לכבד חיי אזרחים, המצויים תחת שליטתו (כלל 46 לכללי האג).

142. אמנות ג'נבה השונות העניקו הגנה חזקה יותר וקונקרטי יותר וכן מערך של זכויות לאוכלוסייה האזרחית, הנקלעת לעימות מזוין בינלאומי. הדבר נעשה בסעיף 3, המשותף לכל ארבעת אמנות ג'נבה, הקובע סטנדרט מינימלי של התנהגות כלפי מי שאינו משתתף באופן ישיר בלחימה, וכמובן שנקבע שם, כי חל איסור מוחלט על פגיעה פיזית בהם. הסעיף הרחיב את ההגנה וקבע, כי מלבד אזרחים גם לוחמים שנפצעו, חלו או נכנעו ואינם משתתפים עוד בלחימה ייהנו מיחס אנושי. מאז נהוג לומר, כי עקרון האבחנה אינו מתייחס רק לאבחנה בין לוחמים לאזרחים אלא בין לוחמים למי שאינם לוחמים. בפרוטוקולים כבר הוזכר עקרון האבחנה באופן מפורש, ואף הוגדר באופן שלא מתיר מקום לספק.

143. היותו של עיקרון האבחנה חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי המחייב אינה מוטלת בספק.
ראו

C. Greenwood, "Customary Law Status of the Protocols", in: Humanitarian Law of Armed Conflicts: Challenges Ahead, (Delissen & Tanja Ed., 1991) 93, p. 108.

144. העיקרון, אם-כן, מטיל חובה על הכוחות הלוחמים לאבחן בין אזרחים ללוחמים ובין מטרות אזרחיות למטרות צבאיות. על הכח הלוחם לעשות מאמץ שלא לפגוע במטרות אזרחיות, ודיני המלחמה אוסרים עליו להשתמש באמצעים, שהוא יודע כי אין הם מסוגלים להבחין כאמור.

145. אמנם המשפט הבינלאומי מתיר ומכשיר הריגה של בני-אדם בסיטואציות מוגדרות, שאינן בהכרח של הגנה עצמית ו/או צורך, אך הדבר מתאפשר אך ורק בשל ההנחה, כי הנפגע הינו לוחם. כל פגיעה במי שאיננו לוחם או שמעמדו כלוחם מוטל בספק, אסורה בהחלט.

146. סעיפים 43 ו-50 לפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה מגדירים מיהו לוחם, וקובעים כי כל מי שנופל להגדרה זו הינו אזרח. במקרה של ספק בדבר מעמדו של אדם הוא יחשב אזרח.

147. אין באמור כדי להקנות לתושבי השטח הכבוש חסינות מלאה. אזרח האוחז בנשק ופוגע בחיילים עלול ליתן את הדין על כך על-פי תחיקת הביטחון. מעמד של אזרח טומן בחובו איסור על השתתפות בלחימה בעוד שלוחם זכאי להלחם וגם רשאי להרוג בהתאם לדיני הלחימה והוא מחוסן מפני העמדה לדין אם הוא נתפס. דיני הלחימה לא נועדו להעניק מעמד של לוחם למי שמטרתו פגיעה באזרחים. על אותו משקל, גם ההרחבה של מעגל ה"מטרות הלגיטימיות" באופן שיחול על אזרחים בתנאים מסוימים, אינה יכולה להתקבל מפרשנות תכליתית של אמנות אלו אשר כל מטרתן להגן על אוכלוסייה אזרחית ולהבטיח כי פגיעה בהם תיעשה בהליך הוגן - Due Process.

"Thus for purposes of the law on the conduct of hostilities, there is no gap. Either a person is a combatant or a civilian. Given that unlawful combatants by definition do not fulfill the criteria of either Article 4 (A) (1), (2), (3) and (6) of GC III or Article 43 of PI, this means that they are civilians".

Kunt Dormann, "The Legal Situation of 'Unlawful / Unprivileged Combatants'", 849 Int. rev. of the Red Cross 45 (2003) p. 72.

עקרון הפרופורציונאליות

148. לצידו של עקרון האבחנה בין לוחמים למי שאינם לוחמים, ניצב עקרון הפרופורציונאליות כעקרון כללי מרכזי של דיני הלחימה, שגם הוא מבטא משפט בינלאומי מנהגי.

149. עקרון הפרופורציונאליות אוסר על פגיעה גם במטרות לגיטימיות, במידה שההתקפה צפויה להביא לפגיעה בחיי אזרחים, פציעתם וגרימת נזק אזרחי, אשר עולה על היתרון הצבאי החזוי מההתקפה.

150. אכן, המשפט הבינלאומי מודע למציאות, לפיה תיתכן פגיעה באזרחים, ולכן הוא קובע, כי עצם הפגיעה באזרחים במהלך פעולה חוקית נגד מטרה צבאית לא הופכת את עצם התקיפה לבלתי חוקית, ובלבד שפעולה זו עומדת בכללי המשפט הבינלאומי ודיני הלחימה. ברם, אין בכך כדי ללמד, כי עקרון הפרופורציונאליות מתיר הרג אזרחים. הפגיעה באזרחים אסורה ע"פ הוראות המשפט הבינלאומי, וחובתו של הכח הכובש לשמור על חייהם ובטוחנם ולא רק להימנע מפגיעה בהם.

151. סעיף 57 לפרוטוקול הראשון מקים חובה לפעול להגנת אזרחים, ולקחת בחשבון את שלומם בעת תכנון התקפה. הסעיף נותן אינדיקציה לאמצעי הזהירות, שעל הצבא לנקוט בהם לפני כל התקפה במטרה למנוע פגיעה בחיי אזרחים. הסעיף קובע, כי על הכוח

הצבאי לעשות כל אשר לאל ידו כדי לוודא, כי לא תהיה פגיעה בחיי אזרחים, ולנקוט אמצעי זהירות שימנעו פגיעה כזו. הסעיף מטיל חובה לבחור באמצעים, דרכים ושיטות, שימנעו פגיעה בחיי אדם, והוא אף מחייב שקילת ביטול מתקפה, שתוכננה וסצפוייה לגרום לפגיעה כזו.

152. עקרון הפרופורציונאליות מחייב מתן משקל נכבד לעובדה, כי הצבא נלחם בלב ריכוזי אוכלוסיה אזרחית, שכן במצב כזה הסיכון, שאזרחים חפים מפשע ייפגעו, הוא גבוה במיוחד. במצב דברים זה, המשקל שיינתן לסיכון שבפגיעה באזרחים חפים מפשע גובר על היתרון המבצעי מהפעולה. מכאן, שלא יתקבל הטיעון, כי פגיעה בעובר אורח באזור, בו מוטלת פצצה, או שפגיעה באזרחים, ששהו בבתיהם שעה שפעילות מבצעית התרחשה סמוך לבניין מגורים, לא היו צפויות. **הלחימה בלב אוכלוסיה אזרחית מחייבת נקיטת אמצעי זהירות יותר אפקטיביים, היערכות ואף לחימה שונה מזו המקובלת בלחימה שלא בתוך שטח אורבאני.**

153. כפי שעולה מן האמור, המשפט הבינלאומי אינו מתיר מראש פגיעה בחיי אזרחים אלא יכול לפטור מאחריות בדיעבד, רק אם יתברר כי הפעולה לא היתה מכוונת כלפי אזרחים, כי הפעולה היתה מידתית וכי ננקטו כל האמצעים הדרושים כדי להבטיח, כי לא ייפגעו אזרחים במהלכה.

154. ההבדל בגישה אינו סמנטי, אלא מהותי. פעולה צבאית, אשר תוכננה מראש באופן כזה שלא תפגע בחיי אזרחים, אך באופן מקרי ולא צפוי גרמה לפגיעה כזו, שונה מפעולה, שמראש הניחו מתכנניה, כי פגיעה בחיי אזרחים לגיטימית היא, נוכח קיומו של היתרון המבצעי שבביצוע הפעולה. לא למותר לציין כי, ניסיון החיים מלמד, כי כוח צבאי תמיד יראה יתרון מבצעי בפעולותיו הצבאיות.

155. הבדל זה נובע מעקרון העל, החולש על המשפט הבינלאומי ודיני הלחימה, לפיו אסורה הפגיעה באזרחים. פעולה מהסוג הראשון מיישמת עקרון זה ומונחית על ידו, ואילו השנייה מתחזה לפעולה חוקית בבחינת לצאת ידי חובה. פרשנות אחרת תרוקן מתוכן את עקרון העל האמור ותהפוך חיי אדם לחסרי ערך.

156. הדבר דומה להבדל בין התגוננות ברוח לחימה לבין התגוננות בדרך הגנה כדברי השופט חיים כהן בע"פ 319/71 **אחמד נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו (1) 309, 316 :

"יש להבחין בין התגוננות ברוח לחימה לבין התגוננות בדרך הגנה: הלוחם משיב מלחמה שערה, והעובדה שהוא מתגונן מפני תוקפנות יריבו, אינה העילה למלחמתו; ואילו המגן על נפשו סולד מן המלחמה ונרתע מפניה ועושה כל מאמץ להימנע ממנה, וכל מעשה אלימות אשר הוא עושה להגנתו עושה הוא בעל כורחו ובדלית ברירה. הגנת החוק נתונה למתגונן בדלית ברירה ולא ללוחם בעילת התגוננות".

157. לסיכום, אם ע"פ המשפט הבינלאומי אסורה הפגיעה ברכוש אזרחי ומתקנים אזרחיים, אלא אם פגיעה כזו הינה לצורך צבאי מוחלט (ראה סעיפים 12,15,53,54,55,56 לפרוטוקול הראשון לאמנת גינבה), הרי שהוראות משפט זה בודאי לא יתירו פגיעה בחיי אזרחים חפים מפשע אך בשם היתרון המבצעי.

לעניין היסוד הנפשי בעבירות הנחשבות כפשעי מלחמה

158. אף אם היה ניתן (ולא ניתן!) באמת לקבוע על בסיס תשתית עובדתית, כי לא קיים יסוד נפשי של כוונה מבלי לפתוח בחקירת מצ"ח, הרי שאין בכך כל רבותא. המשיב טוען, כי בהעדר יסוד נפשי של כוונה אין מדובר בפשע מלחמה ועל כן לא קיימת אחריות פלילית. אף אם נקבל את שיטתו של המשיב לעניין היסוד הנפשי הדרוש לקיום פשע מלחמה, גישתו זו של המשיב מטרידה ביותר. הסבור המשיב, כי זה הוא הסטנדרט, שעל חיילי צה"ל לעמוד בו על מנת שלא תוטל עליהם אחריות? העדר כוונה ותו לא? האם כל עוד לא מבצעים חיילי צה"ל את המעשים החמורים ביותר שאומות העולם הגדירו כפשעי מלחמה, הם יימצאו פטורים מכל אחריות? האם המשיב נותן גושפנקא למעשים פליליים חמורים אחרים, שאינם עולים כדי פשעי מלחמה?

159. בניגוד לתמונה, שמצייר המשיב, השאלה "האם התבצע פשע מלחמה?" אינה זו הצריכה לקבוע את סטנדרט ההתנהגות של חיילי צה"ל. המשפט הישראלי הפנימי, כמו גם משפטן המקומי של כל מדינות העולם, מגדיר סוגים רבים של עבירות פליליות, שאינם עולים כדי פשעי מלחמה. המשפט הבינלאומי מטפל בעיקר בהפרות החמורות ביותר, אולם אין פירושו, כי כל התנהגות, שאינה עולה כדי פשע מלחמה, או הפרה חמורה אחרת של הוראות המשפט הבינלאומי, אינה עבירה, שהדין המקומי מטפל בה ומטיל סנקציות בגינה. אף התנהגות, שתוצאתה מוות ונעשתה מתוך רשלנות, מהווה עבירה פלילית לפי המשפט המקומי, ואין בהגדרתה או אי הגדרתה של התנהגות כזו או אחרת כפשע מלחמה כדי להשליך על ההחלטה, האם לפתוח בחקירת מצ"ח. משכך, כל טענותיו של המשיב לגבי הבעייתיות בהגדרת מעשי הצבא כפשעי מלחמה, בין שנקבל טענות אלה ובין שלא נקבלן, אין לה כל רלוונטיות לעניין נשוא עתירה זו.

160. המשיב מציין בהודעתו המשלימה, כי על פי כללי חוקת בית הדין הפלילי הבין-לאומי (חוקת רומא), המהווה לשיטתו אינדיקציה למחויבות ישראל בסכסוך בשטחים הכבושים, רק הרג אזרחים שנעשה מתוך כוונה ומודעות מהווה פשע מלחמה. מכאן הוא ממנה להסיק, כי היכן שלא קיימת כוונה אין אחריות פלילית. למעלה מן הצורך, נתייחס לטיעון זה.

161. טועה המשיב בפרשו כאמור את חוקת רומא. עיון בפרשנות הרשמית לחוקת רומא מלמד, כי ישנן עבירות רבות הנחשבות לפשעי מלחמה אף שהיסוד הנפשי בהן הינו פחות מ"כוונה".

ראו סעיף 8 לחוקת בית הדין.

Art. 162. בפרשנות הרשמית שניתנה ליסוד הנפשי שדרוש לקיום העבירה המנויה ב- Art. 8(2)(a)(i) בחוקת רומא שכותרתה war crime of willful killing, גם פזיזות נחשבה ליסוד נפשי מספיק לקיום יסודות העבירה:

“The term ‘willful’ encompasses reckless acts”.

Knut Dormann, **Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court**, ICRC 2003, p. 42.

“It may be concluded from the cases rendered by the ad hoc tribunals that **the notion ‘wilful’ includes ‘intent’ and ‘recklessness’, but excludes ordinary negligence.** This view is supported by various decisions emerging from post-second world war trials in which it was stated in general terms that willful neglect, if it amounts to recklessness, i.e. gross criminal or wicked negligence, or gross and criminal disregard of his/her duties, is sufficient for the mens rea. This view is also found in the ICRC commentary on Art. 85(3) AP I and was explicitly underlined by the ICTY in the above-mentioned Delalic case.

In the cases of Willful Killing committed by fault of omission, if death is the foreseeable consequence of such omission, intent can be inferred.”

שם, בעמ' 43. (ההדגשות אינן במקור).

163. גם לצורך ביסוס העבירה, המנויה בסעיף 8(2)(b)(i), שעניינה תקיפה מכוונת נגד אוכלוסיה אזרחית או אזרחים ספציפיים שלא נטלו חלק בלחימה, עצם אי הנקיטה בכל אמצעי הזהירות האפשריים לצורך מניעת פגיעה באזרחים, מספיקה לקיום יסודות העבירה:

“This offence is not limited to attacks against individual civilians. It essentially encompasses attacks that are not directed against a specific military objective or combatants or attacks employing indiscriminate weapons or attacks effectuated without taking necessary precautions to spare the civilian population or individual civilians, especially failing to seek precise information on the objects or persons to be attacked. **The required mens rea may be inferred from the fact that the necessary precautions (in the sense of Art. 57 AP I, e.g. the use of available intelligence to identify the target) were not taken before and during an attack.** This would apply to all the war crimes relating to an unlawful attack against persons or objects protected against such attacks discussed later on.” P. 131-132.

(ההדגשה אינה במקור).

“According to the ICRC Commentary on the grave breach as defined in Art. 85(3)(a) AP I, another element - not explicitly mentioned - is a constituent of the offence:

All precautions must be taken with a view to sparing civilians, both in planning and in carrying out an attack.

This requirement seems to be well founded.”

P. 138.

The notion of ‘willfully’ is defined in the commentary as follows:

[T]he accused must have acted consciously and with intent, i.e., with his mind on the act and its consequences, and willing them (‘criminal intent’ or ‘malice aforethought’); **this encompasses the concepts of ‘wrongful intent’ or ‘recklessness’**, viz., the attitude of an agent who, without being certain of a particular result, accepts the possibility of it happening; on the other hand, ordinary negligence or lack of foresight is not covered, i.e., when a man acts without having his mind on the act or its consequences (although failing to take the necessary precautions, particularly failing to seek precise information, constitutes culpable negligence punishable at least by disciplinary sanctions).” P. 147

164. אחת העבירות, הנחשבות לפשע מלחמה, היא העבירה, המנויה בסעיף 8(2)(b)(iv), המתייחסת לביצוע התקפה בידיעה, כי היא תגרום לפגיעה לא סבירה בחיי אזרחים. סעיף זה מכיר באפשרות הפגיעה המקרית באזרחים. ברם, מוסכם כי אין בהכרח זו כדי להצדיק הפרה של דיני הלחימה:

“The fact that this crime admits the possibility of lawful incidental injury and collateral damage **does not in any way justify any violation of the law applicable in armed conflict. It does not address justifications for war or other rules related to jus ad bellum.**”

שם, בעמ' 161.

165. כדי שמתקפה תהיה חוקית בהתאם לשני הכללים, כלל האבחנה וכלל הפרופורציונאליות, ולא תיחשב לעבירה על פי הסעיף האמור, על המתקפה להיות מכוונת כלפי מטרות צבאיות תוך שימוש באמצעים פרופורציונאליים למטרה והמתאימים לפגיעה אך ורק בה.

In order to comply with the conditions, the attack must be directed against a military objective with means which are not disproportionate in relation to the objective, but are suited to

destroying only that objective, and the effects of the attacks must be limited in the way required by the protocol; moreover, even after those conditions are fulfilled, the incidental civilian losses and damages must not be excessive.

שם בעמ' 163.

166. יצוין, כי למרות חילוקי הדעות שהיו בין המדינות, החתומות על האמנה, ביחס ליסוד הנפשי הדרוש לצורך קיומה של עבירה זו, מקובל על כולם, כי העבירה חלה על מבצע פזיז, אשר היה מודע לסכנה שבפעולה אך בחר להתעלם ממנה:

"However, there seemed to be agreement between States that this foot-note should not lead to the result of exonerating a reckless perpetrator who knows perfectly well the anticipated military advantage and the expected incidental damage or injury, but gives no thought to evaluating the possible excessiveness of the incidental injury or damage.

(הכוונה להערה 36 שבטקסט שאומץ ע"י הוועדה המכינה של בית הדין הבינלאומי הפלילי. – פ"א')
שם, בעמ' 165.

167. בנוסף לאמור, המשפט הבינלאומי רואה בפגיעה לא מכוונת חוזרת ונשנית בחיי אזרחים, במהלך פעילות צבאית המכוונת נגד מטרה לגיטימית, דפוס התנהגות המסכן חיי אזרחים חפים מפשע, העשוי להיתפס כמנוגד להוראותיו.

"... it may happen that single attacks on military objectives causing incidental damage to civilians, although they may raise doubts as to their lawfulness, nevertheless do not appear on their face to fall foul per se of the loose prescriptions of Articles 57 and 58 (or of the corresponding customary rules). However, *in case of repeated attacks, all or most of them falling within the grey area between undisputable legality and unlawfulness, it might be warranted to conclude that the cumulative effect of such acts entails that they may not be in keeping with international law. Indeed, this pattern of military conduct may turn out to jeopardise excessively the lives and assets of civilians, contrary to the demands of humanity.*"

שם בעמ' 169 (ההדגשה במקור).

168. בגדר פשעי מלחמה מונה חוקת רומא הפרות חמורות אחרות של המשפט הבינלאומי, לצידן של ההפרות של אמנת ג'נבה הרביעית. דוגמה לכך הינה העבירה, המנויה בסעיף

8(2)(e)(i), שעניינה תקיפה מכוונת נגד אוכלוסייה אזרחית או אזרחים מסוימים, שלא נטלו חלק בלחימה, במסגרת לחימה במצב של עימות מזוין, שאינו בעל אופי בינלאומי.

169. למרות ההבחנה ברף החבות, שנקבע בקשר להפרה של אמנת ג'נבה הרביעית ולהפרות אחרות של המשפט הבינלאומי ודיני הלחימה, הרי שישנה הסכמה בדבר זהות יסודות העבירה במצב של עימות מזוין בעל אופי בינלאומי ובעימות מזוין, שאינו בעל אופי בינלאומי.

“one might conclude from this finding that the crime is identical in international and non-international armed conflicts and therefore its constituent elements are the same for both situations.”
p. 441

לפיכך, המסקנות האמורות לגבי עבירה 8(2)(b)(i), חלים על עבירה זו.
ראה שם, עמ' 445.

170. למותר לציין, כי בניגוד לנטען ע"י המשיב, סעיף 30 לחוקת רומא, שעניינו היסוד הנפשי, מסתפק ב"מודעות" כיסוד נפשי, המספיק להחלת הוראות החוקה.

171. ללא קשר לעובדה, כי חוקת בית הדין מונה עבירות רבות שהיסוד הנפשי בהן אינו עולה כדי כוונה, מן הראוי לציין, כי כאשר לא נפתחת חקירה פלילית, וכאשר כל הממצאים העובדתיים נלמדים מן "התחקיר המבצעי", כלל לא ניתן לבסס מסקנות לגבי היסוד הנפשי של מי שביצע פעולת הרג. המשיב טועה לחשוב, כי סדר הדברים צריך להיות כזה - לשיטתו, יש להניח כי לא נתקיים יסוד נפשי של כוונה; יש לקיים תחקיר מבצעי, אשר כלל אינו מספק את הכלים לבחינת היסוד הנפשי של מבצעי ההרג; ולבסוף על הפרקליטות להחליט האם לקיים חקירת מצ"ח על בסיס מסקנה-לא-מסקנה בדבר קיומה או העדרה של כוונה.

172. בכל הכבוד, סדר הדברים אמור להיות הפוך לחלוטין - במקרה של הרג אזרחים חפים מפשע יש לפתוח בחקירת מצ"ח. חקירה כזו היא המספקת את הכלים לבחון את קיומו או העדרו של יסוד נפשי. לבסוף, בהתבסס על ממצאי החקירה, ובכלל זה הממצאים לגבי היסוד הנפשי של מבצעי ההרג, על הפרקליטות להחליט אם יש מקום להעמיד חיילים לדין בגין ביצוע עבירה.

173. מבלי שתתקיים חקירה מקיפה וממצה כלל לא ניתן להניח את התשתית העובדתית לביסוס קיומו או העדרו של יסוד נפשי. במקרים מעין אלה על בית המשפט להתערב ולחייב את המשיב לבסס תשתית עובדתית, שתמצא או תשלול קיומו של יסוד נפשי:

"מודעות היא מצב נפשי, ונדרשת תשתית עובדתית שממנה ניתן להסיק את דבר קיומה או היעדרה. [...] חובתו של היועץ המשפטי, על בסיס החקירות, היא לגבש לעצמו את התשתית העובדתית הלכאורית. [...] אכן, נראה לנו כי התשתית העובדתית, כפי שנקבעה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, אינה מאפשרת לו להגיע למסקנה בתחום המשמעותי, וממילא אינה מאפשרת לבית המשפט לבחון את החלטת היועץ המשפטי לממשלה בהיבטה המשמעותי. אין מנוס אפוא, במסגרת העילות המקובלות להתערבות בשיקול-דעת היועץ המשפטי לממשלה, מהחזרת העניין נושא העתירות לחקירה ולעיון מחודשים על-ידי היועץ המשפטי לממשלה".

בג"צ 7074/93 סויסא נ' היועמ"ש, פ"ד מח(2) 749, 807-806.

פרקטיקות של צבאות אחרים בעולם במהלך עימותים מזוינים

כוחות נאט"ו ביוגוסלביה

174. המשיב מתייחס בפיסקה 93 להודעתו להחלטת התובעת בבית הדין הפלילי הבין-לאומי בעניין הפצצות נאט"ו ברפובליקה לשעבר של יוגוסלביה. על בסיס המלצותיה של וועדה, שבחנה את כל ההיבטים הרלוונטיים, נקבע, כי אין לפתוח בחקירה פלילית של כוחות נאט"ו לצורך העמדתם לדין בבית הדין. המשיב מפנה בהודעתו לקישורית אינטרנט, בה מובאת הודעה לעיתונות בעניין הדו"ח. אולם טוב היה עושה המשיב אם היה פונה לדו"ח עצמו ולא מסתפק בפניה להודעה לעיתונות. לו היה עושה כן, הייתה נפרשת בפניו תמונה שונה מזו שהוא מנסה להציג בפני בית המשפט. לדו"ח המלא של תובעת בית הדין הפלילי הבין-לאומי ראו:

http://beqiraj.com/kosova/de/allied_force/final_report/index.asp#Work_Program

175. כפי שמלמד עיון בדו"ח, הנסיבות בהן נתקבלו ההמלצה וההחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית במקרה זה שונות בתכלית מן הנסיבות, בהן מתקבלות החלטות הפרקליטות הצבאית.

176. התשתית העובדתית, אותה בוחנת הפרקליטות הצבאית, מבוססת רובה ככולה על אותם "תחקירים מבצעיים", הנערכים בצבא על ידי אותו גוף, שחייליו עשויים לשאת באחריות פלילית לו הייתה נפתחת חקירת מצ"ח. הדבר משול לקבלת החלטה של התובעת בבית הדין הבין-לאומי, שהיתה נסמכת כל כולה, או ברובה, על מידע שהועבר על ידי נאט"ו. אולם התובעת בבית הדין הייתה מודעת לכך, שלא ניתן לגבש תשתית עובדתית מציאותית, שלמה ומדויקת על בסיס מידע, שנתקבל בעיקר מנאט"ו, הגוף שפעולות חייליו הן שעמדו לבדיקה. משכך, התבססה החלטתה על חקירה, שהתבצעה על ידי וועדה בלתי תלויה. וועדה זו התבססה על תשתית עובדתית, שגובשה באמצעות קשת רחבה של מקורות מידע.

177. התובעת בבית הדין הפלילי הבין-לאומי ביססה את החלטתה על המלצת וועדה, שבחנה חומר רב והמליצה שלא לפתוח בחקירה פלילית תוך התבססות על:

- 177.1 מסמכים שהגישה הרפובליקה לשעבר של יוגוסלביה ל- ICJ;
- 177.2 מסמכים אחרים שהוגשו על ידי הרפובליקה לשעבר של יוגוסלביה, בהם דו"ח בן שני כרכים, שהוכן על ידי משרד החוץ של הרפובליקה לשעבר של יוגוסלביה ותיעד את התקפות נאט"ו;
- 177.3 מסמכים שונים שהגיש ארגון זכויות האדם Human Rights Watch;
- 177.4 דו"ח שהוכן על ידי ארגוני זכויות אדם בנושא שימוש בתחמושת במהלך ההתקפות;
- 177.5 דו"ח של ארגוני זכויות אדם, בו הובאו נתונים לגבי הפגיעות באזרחים במהלך ההתקפות;
- 177.6 דו"ח של ארגוני זכויות אדם על הנזק הסביבתי והנזק למקומות יישוב של בני אדם, שהגישו ארגוני זכויות אדם;
- 177.7 מסמכים ונתונים, שגובשו על ידי וועדה פרלמנטרית רוסית;
- 177.8 דו"ח של אזרח גרמני בשם Ekkehard Wenz בעניין הפצצת רכבת על ידי נאט"ו;
- 177.9 דו"ח של אותו Ekkehard Wenz בעניין הפצצת מחנה פליטים על ידי נאט"ו;
- 177.10 דיווחים עיתונאיים;
- 177.11 מאמרים משפטיים בעניין התקפות נאט"ו על הרפובליקה לשעבר של יוגוסלביה;
- 177.12 דו"ח של ארגון "אמנסטי אינטרנשיונל";
- 177.13 פניות של אזרחים, שנפגעו מהפצצות נאט"ו, והפרטים שמסרו אלה לוועדה;
- 177.14 תגובתה של נאט"ו לשאלות שנתבקשו על ידי התובעת;
- 177.15 מסמכים פומביים של נאט"ו, של מחלקת ההגנה של ארה"ב ושל מחלקת ההגנה הבריטית.

178. ניסיון המשיב לערוך השוואה בין החלטת תובעת בית הדין הבינלאומי, לבין מדיניות הצבא הישראלי, הינו בפשטות מקומם. החלטת תובעת בית הדין היתה החלטה מקיפה ומנומקת, אשר התבססה על תשתית עובדתית ועל המלצות מפורטות שנסמכו על מקורות מידע רבים של גוף אובייקטיבי וחיצוני לנאט"ו. בעוד שהתחקיר המבצעי מתבצע, הלכה למעשה, על ידי מי שראוי להיות הנחקר ולא החוקר.

179. נראה, כי התובעת הייתה מודעת היטב לכך, שהסתמכות באופן בלעדי על המידע הנמסר על ידי נאט"ו, הגוף שחייליו וקציניו עלולים להיפגע מהחלטת התובעת, לשם גיבוש תשתית עובדתית מספקת הוא בעייתי. וכך מצויין בדו"ח:

"When the OTP requested NATO to answer specific questions about specific incidents, the NATO reply was couched in general terms and failed to address the specific incidents."

180. נעלה מכל ספק, כי בעניין נשוא הדו"ח לא ציפתה התובעת מנאט"ו להציג תשתית עובדתית מלאה ובלתי מוטה, כשם שבעניין נשוא העתירה לא ניתן לצפות ממפקדה של יחידה, המקיים "תחקיר מבצעי", ליתן בידי הפרקליטות הצבאית ראיות, אשר יביאו להחלטה מושכלת בשאלת הפתיחה בחקירה והעמדה לדין.

181. בניגוד לאמור בהודעת המשיב, התובעת לא קבעה בשום פנים ואופן שהפגיעה המאסיבית באוכלוסייה אזרחית בהפצצות נאט"ו היתה פרופורציונאלית. קביעתה היחידה היתה, שהפגיעה נבעה מטעות אנוש, ועל-כן שאלת הפרופורציה כלל לא עולה.

182. בעניין זה מן הראוי לציין, כי החלטתה של התובעת שלא לפתוח בחקירה פלילית, זכתה לביקורת קשה בספרות המשפטית.

Anthony J. Colangelo, **Manipulating International Criminal Procedure: The Decision of the ICTY office of the Independent Prosecutor not to Investigate NATO Bombing in the Former Yugoslavia**, 97 NW. U. L. Rev. 1393.

183. המלומד Colangelo טען, כי החלטתה של התובעת מבוססת על הנחות שגויות ביחס למשפט הבינלאומי לגבי היסוד הנפשי הדרוש לצורך קיום יסודות העבירה של פשע מלחמה. התובעת לא מצאה "כוונה" במעשים, אך לדעת הכותב, די היה ביסוד הנפשי של פזיזות. הכותב מוסיף וטוען, כי הסיבות האמיתיות להחלטת התובעת הן פוליטיות וסיבות הנוגעות להקצאת משאבים.

184. למותר לציין כי, גם אם החלטתה של התובעת נבעה מכך שלא ניתן להצביע על יסוד נפשי של כוונה, הרי שכפי שצינו לעיל, כאשר מדובר בשאלה האם יש מקום לחקירה פלילית או להעמדה לדין של חייל צה"ל, השאלה הרלוונטית אינה, האם בוצעו פשעי מלחמה על ידיו, אלא האם בוצעה עבירה פלילית על ידיו לפי המשפט המקומי. מעשים, שאינם עולים לכדי פשעי מלחמה בשל העדר יסוד של כוונה או פזיזות, וממילא אינם מצויים בסמכות בית המשפט הפלילי הבינלאומי, עשויים להוות בנסיבות רבות עבירות פליליות על פי הדין המקומי, לדוג' כאשר קיים יסוד נפשי של רשלנות. על כן אין ללמוד דבר מהחלטת תובעת בית הדין לענייננו.

צבא ארה"ב בעירק

185. בפסקה 96 לתגובתו מתייחס המשיב לאירועים שהתרחשו בעיראק. המשיב מפנה לקישורית אינטרנט, אשר, למרבה ההפתעה, מובילה לדו"ח של ארגון זכויות אדם, המתאר את פעולות צבא ארה"ב בעיראק ומבקר את זילות החיים שם. אולם המעניין הוא, כי הניתוח העובדתי העולה מקריאת הדו"ח, שונה מן האופן שבו מבקש המשיב להציגו.

186. המשיב טוען, כי לא התקיימו חקירות פליליות בקשר למקרים בעיראק שהובאו על ידיו. טענתו היא, כי הבדיקות נערכו בערוצים פיקודיים. חלקה השני של הטענה אינו מבוסס כלל בדו"ח, אליו מפנה המשיב.

187. כך, למשל, בעניין שני האירועים, אליהם מתייחס המשיב, במחסום אל-סליח, אירועים בהם נהרגו חמישה אזרחים לא חמושים בעקבות ירי של חיילים לעבר מכוניות, טוען המשיב, כי "במקרה זה נבדק האירוע בערוצים פיקודיים, שאינם פליליים, ונקבע לגבי הירי כי החיילים במחסום פעלו בהתאם להוראות הפתיחה באש. חקירה פלילית לא נפתחה."

188. האמנם? הדו"ח, ממנו נלקחו עובדות אלה, קובע -

"U.S. military authorities conducted an investigation to determine whether soldiers from the Alpha Company, 2nd Battalion, 3rd Field Artillery Regiment of the 1st Armored Division had acted inappropriately by shooting at the two cars".

עמ' 23 לדו"ח.

189. רשויות של צבא ארצות הברית פתחו בחקירה, כך קובע הדו"ח. המשיב מסיק, כי האירוע נבדק בערוצים פיקודיים שאינם פליליים. כל שנאמר במקום, אליו מפנה המשיב בדו"ח, הוא שמי שחקרו את המקרה היו רשויות הצבא. לא נאמר, כי האירוע נבדק בערוצים פיקודיים, ולא נאמר, כי לא נפתחה חקירה פלילית. לו היה מצ"ח, שאף הוא חלק מרשויות הצבא, חוקר אירועי מוות בשטחים, מן הסתם היה מדווח באופן דומה כי "Israeli military authorities conducted an investigation"

190. לגבי כלל האירועים, שמתאר המשיב בתגובתו, נקבע במקום אחר בדו"ח, אליו הוא מפנה:

"The military's Criminal Investigation Division (CID) also took part in the investigation, JAG officials told Human Rights Watch, but not because it was a criminal investigation; rather, the CID lent its technical skills".

בעמ' 46 לדו"ח. ראו:

<http://www.reliefweb.int/library/documents/2003/hrw-irq-21oct.pdf>

191. אכן, החקירות, שנפתחו על ידי צבא ארה"ב בעיראק, לא הוגדרו על ידי צבא ארה"ב כחקירות פליליות, אולם, לכל הפחות, נשאו אופי של חקירה כזו. במקרים המתוארים על

ידי המשיב, בהם נהרגו אזרחים חפים מפשע, לא הסתפק צבא ארה"ב ב"תחקיר מבצעי", המבוצע על ידי חוליה בשרשרת הפיקודית של מחוללי ההרג, בניגוד לתמונה, שמנסה המשיב לצייר. היחידה לחקירות פליליות לקחה חלק פעיל בחקירה. ההליכים לבדיקת התשתית העובדתית הוגדרו כ-"investigation". צבא ארה"ב הבין את שמסרב המשיב להבין ואת שטוענים העותרים בעתירה זו - ראשית, לא ניתן לצפות לחקירה אובייקטיבית, שתביא לממצאים מהימנים כאשר זו מתנהלת כ"תחקיר מבצעי" על ידי חוליה בשרשרת הפיקוד של הגוף או האדם הנחקר; ושנית, אין בידי האחרונים המיומנות, המקצועיות והכלים, הדרושים לבירור העובדות.

http://hrw.org/reports/2003/iraq1003/5.htm#_Toc54183737

<http://www.siriell.info/node/view/159>

20 בדצמבר 2004

פאטמה אלעג'ו, עו"ד

ב"כ העותרים