

- העותרים:**
1. פאטמה עבד אל-חמיד עטא זהראן
 2. אכרם ח'אלד סאלם זהראן
 3. בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים
 4. האגודה לזכויות האזרח בישראל

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
תאופיק טיבי ו/או שרון אברהם-ויס ו/או עודד
פלר ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או נסראת
דקואר ו/או נסרין עליאן

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

ת"ד 34510, ירושלים 91000

טל': 02 - 6521218 ; פקס': 02 - 6521219

- נ ג ד -

- המשיבים:**
1. הפרקליט הצבאי הראשי
 2. התובע הצבאי הראשי
- ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזו עתירה למתן צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יורו על עריכתה של חקירת מצ"ח לבחינת הנסיבות והאחראים להריגתו של הנער עבד אל-כרים זהראן (להלן: זהראן), אשר נורה ונהרג מאש חיילי צה"ל ביום 22.4.2007.

מבוא ובקשה לדיון מוקדם

עניינה של עתירה זו הוא סירובו של צה"ל לקיים חקירת מצ"ח לבחינת נסיבות הריגתו של הנער עבד אל-כרים זהראן (להלן: זהראן), יליד 17.8.1991, תושב הכפר דיר אבו-משעל שבגדה המערבית, אשר נורה ונהרג בידי חיילי צה"ל ביום 22.4.2007.



תמונת הנער המנוח עבד אל-כרים זהראן

במהלך 'סיוור שגרתני' שקיימו כוחות צה"ל באזור הכפר דיר אבו-משעל, ביצע חייל מהכוח ירי ישיר לכיוונו של זהראן, עת נמצא יחד עם ילדים ונערים נוספים. **השימוש בירי חי נעשה, על אף שהחיילים לא היו נתונים לסכנה כלשהי – קבוצת הילדים נמצאה במרחק של מעל 300 מ' מהם!**

למרות זאת, ובניגוד לחובתה של ישראל על פי המשפט הבינלאומי, מסרבים המשיבים בשם צה"ל, למלא את החובה הבסיסית לקיומה של חקירה ראויה לשמה: חקירה עצמאית, בלתי-תלויה ואפקטיבית לבחינת נסיבות ההרג והאחראים לו. המשיבים לא רק נמנעו מליזום, כחובתם, חקירה, אלא אף כאשר הוגשה תלונה בנדון, עמדו הם בסירובם. הסירוב מלקיים חקירה מנוגד לחובתה של ישראל לכבד ולהגן על הזכות לחיים ומשקף זלזול בערך החיים של פלסטינים.

ההחלטה שלא לפתוח בחקירה במקרה דנן תמוהה במיוחד נוכח נסיבות האירוע, המעלות חשד כבד, כי מדובר בירי שרירותי, נעדר הצדקה, שאף חורג מהוראות הפתיחה באש של צה"ל.

החקירה, ששומה על המשיבים להורות עליה, צריכה לכלול התייחסות לחוקיות הוראות הפתיחה באש שניתנו בפועל לחיילים, הן במהלך הכשרתם ותדרוכם לקראת שירותם המבצעי באזור האמור, והן במהלכו של האירוע הנדון.

נוכח החשש, שחלופ הזמן יקשה על קיומה של חקירה אפקטיבית, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע דיון מוקדם בעתירה זו.

למען שלמות התמונה נציין, כי בשנת 2003 הוגשה עתירה על-ידי 'בצלם' והאגודה לזכויות האזרח בישראל (בג"צ 9594/03) נגד החלטת הפצ"ר, שהתקבלה בסוף שנת 2000, לבטל את ההוראה, שחייבה פתיחתה של חקירת מצ"ח בכל מקרה, בו נהרג אזרח על ידי חיילי צה"ל, למעט באירועי פח"ע. בעקבות החלטה זו צריכה להתקבל החלטה קונקרטיבית, פרטנית, בטרם תיפתח חקירת מוות לבדיקת נסיבות מותו של אזרח, שנהרג מירי כוחות הביטחון. עתירה זו עדיין תלויה ועומדת וממתינה להכרעתו של בית-משפט זה.

המקרה המובא בעתירה זו ממחיש את הליקויים הקשים באופן הפעלת שיקול הדעת על-ידי המשיבים במקרים הפרטניים, ואת הצורך בביטולה של מדיניות כללית זו של אי-חקירה ובקביעה ברורה בדבר חובתה של ישראל לקיים חקירה כל אימת שאזרח נהרג מירי של כוחות הביטחון.

הרקע העובדתי

א. העותרים

1. העותרת מסי' 1 הינה אמו של הנער זהראן המנוח.
2. העותר מס' 2 הינו אחיו.
3. העותר מס' 3 הוא עמותה, העוסקת באיסוף וחקר מידע, הנוגע להפרות זכויות האדם בשטחים.
4. העותרת מס' 4 היא עמותה, הפועלת לקידום זכויות האדם בישראל ובשטחים, הנתונים לשליטתה.

ב. נסיבות מותו של זהראן

5. ביום 22.4.2007 בשעות הבוקר נכנס גייפ צה"לי (להלן: הגייפ) אל מרכז הכפר דיר אבו-משעל, שבגדה המערבית.
מפה ובה סימון הכפר ואזור הכפר, מצורפת ומסומנת **כנספח ע/1**.
6. הגייפ הסתובב בכפר כשהוא נוסע הלוך ושוב, מגיע עד לבית הספר לבנים שבכפר וחוזר לשכונת עין עטא. מהגייפ נזרקו רימוני הלם לעבר בית הספר לבנים.
7. הלימודים הסתיימו באותו היום בשעה 10:00 בבוקר וילדים בגיל בית ספר שיחקו בכפר.
8. לאחר כחצי שעה יצא הגייפ מהכפר ונסע בדרך חקלאית המכונה א-רשאתייה, המצויה במורדותיו של הר א-רשאתייה.
9. מספר ילדים, בגילאים 12-16, וביניהם זהראן, עלו לרכס קרוב, ממנו יכלו לראות את הגייפ כשהילדים מצויים במרחק של כ-300 מטרים מהגייפ. זהראן החזיק בידו בקבוק קולה מפלסטיק. אחרי שסיים לשתות את המים שהיו בו, הכניס אליו אבני חצץ קטנות. הוא ניער את הבקבוק בכדי לעשות רעש.
10. החיילים והילדים נמצאו במרחק רב אלו מאלו ועל שני רכסי הרים נפרדים - בעוד שהגייפ נמצא על רכס הרים אחד, הילדים נמצאו על רכס אחר, במורדות הר רמי אל-חרי. עדי ראיה לאירוע העריכו שהמרחק בין החיילים לילדים היה כ-300 מ'. **בבדיקה, שנערכה באזור האירוע באמצעות מכשירי מדידה (GPS) עובר להגשתה של עתירה זו נמצא, שהמרחק בין החיילים לזהראן היה 379 מ'.**
- תצלום אוויר של אזור האירוע מצורף ומסומן **כנספח ע/2**.
- צילומים של איזור האירוע מצורפים ומסומנים **כנספח ע/3**.
11. הגייפ עצר, וירדו ממנו ארבעה חיילים, כולם חמושים ברובים. החיילים נצפו כשהם עוקבים אחרי הילדים ומכוונים לעברם את כלי-הנשק.

12. בשלב כלשהו נראה אחד החיילים כשהוא כורע ברך ומתכוון לביצוע ירי.
13. בסביבות השעה 11:00 נשמעו מספר יריות בזו אחר זו. לירי זה לא קדם ירי אזהרה.
14. מהירי נפגע זהראן. הוא התמוטט במקום ונפל על האדמה כשהוא שכוב על בטנו. הוא דימם דימום כבד מאזור הגב ומאזור החזה. מיקומו של זהראן בעת שנורה, ובו התמוטט, מסומן על גבי התצ"א (נספח ע/2).
15. לאחר הירי נראה החייל שירה כשהוא מרים את נשקו למעלה, והחיילים האחרים מוחאים לו כפיים. החיילים הסתכלו לעבר הילדים, ולאחר דקות בודדות עלו על הגיף והסתלקו מהמקום בו עמדו. הנתיב בו נסעו החיילים מסומן על התצ"א (נספח ע/2).
16. שניים מהילדים ניסו להרים את זהראן אך לא הצליחו. הילדים רצו לעבר בתי הכפר והזעיקו עזרה. כעבור כ-20 דקות הובא זהראן לכפר, ונלקח ברכב פרטי, בליווי אמו ושני תושבים נוספים מהכפר, במטרה להביאו לטיפול רפואי. חיילי צה"ל עצרו את הרכב בכניסה לכפר. יחד עם רופא מקומי ניתנה עזרה ראשונה ובוצעו בזהראן פעולות החיאה.
17. לאחר זמן מה ומשלא היה בפעולות כדי להועיל, נלקח המנוח לצומת עאבוד, שם המתינו כוחות נוספים. גם ניסיונותיהם עלו בתוהו.
18. גופתו של המנוח הועברה למחנה חלמיש, ומשם נמסרה לאמבולנס של הסהר האדום שהעבירו לבית חולים ברמאללה.
- העתק מתעודת הפטירה מצורף ומסומן כנספח ע/4.

ג. גרסת 'הגורמים המבצעיים'

19. בתשובה לפניית עותר 3, ארגון בצלם, מיום 26.4.2007, השיב התצ"ר, אל"ם לירון ליבמן:

'מבירור שנערך מול הגורמים המבצעיים עולה, כי
 בסביבות השעה הנזכרת בפנייתכם, זיהה ג"פ הסיור הצבאי שנסע במקום התקהלות של כ-60 פלסטינים, בסמוך לציר נסיעתו, כששניים מתוכם מחזיקים חפץ בידיהם ומתעסקים בקרקע בצורה מחשידה. כמו כן, מזוהה חשוד המחזיק בידו בקבוק תבערה, ממנו משתלשלת פיסת בד, כשבכוונתו לזרקו לעבר הכוח, לכשיעבור בסמוך אליו. לאחר שמפקד הכוח צועק בערבית "עצור או שאני יורה" ויורה מספר כדורים באוויר, נותרים במקום כעשרה אנשים, ובהם החשוד. ירי נוסף, של מספר כדורים, למקום הסמוך לחשוד, לא מביא אותנו להשליך את בקבוק התבערה מידי או להימלט. רק אז, מבצע הכוח ירי לעבר פלג גופו התחתון של הפלסטיני, שמחזיק בבקבוק התבערה, שכתוצאה ממנו הוא נופל. מאוחר יותר, במהלך הושטת סיוע רפואי, מתגלה כי המנוח נפגע ממה שנראה ככדור אחד, שחדר לחזהו, ממנו, כנראה, נפטר. לא למותר לציין, כי על ידיו של המנוח, שנראה בוגר מגילו, להערכת כוחות הרפואה, נתגלו סימנים שחורים."

העתק מתשובת התצ"ר מצורף ומסומן כנספח ע/5.

20. לעומת זאת, בתשובה לתביעה אזרחית שהוגשה בשם קרוביו של זהראן, נכתב כך :

"32. במסגרת פעילות מבצעית של כוחות הביטחון, בכפר דיר אבו משעל שמצפון לרמאללה – כפר הידוע ככפר אלים ממנו יצאו פעולות טרור כנגד כוחות הביטחון וצירי תנועה – חסמו מתפרעים את הצומת במסלול נסיעתו של הכוח. המתפרעים היו חמושים בסכינים, יידו אבנים ובלוקים וכמו כן היה חשש כי בכוונתם להכין ולהפעיל מטען כנגד הכוח לקראת מעברו בצומת. בנקודה זו מזהה כוח בקבוק תבערה בידי אחד המתפרעים ובפועל נוצר מצב בו המתפרעים שולטים בצומת, מסכנים את חיילי הכוח ואת מעברם בצומת.

33. הכוח החל בנוהל מעצר חשוד (להלן: נמ"ח) על שלביו השונים, לעבר מפר הסדר שאחז בבקבוק התבערה. לאחר שמפר הסדר שבידו בקבוק התבערה לא שעה לקולות וקריאות החיילים ולא נסוג לאחור הירי באוויר – שבוצע לפי הנוהל – בוצע לעברו ירי."

העתק מכתב ההגנה שהוגש בת"א (נצ"י) 114/08 מצורף ומסומן **כנספח ע/6**.

21. גרסה זו איננה עולה בקנה אחד, במספר נקודות, עם עדויותיהם המפורטות של עדי ראיה לאירוע. כמו כן, אין בה זכר לנקודה מהותית – המרחק הרב של מאות מטרים, בו נמצאו החיילים מהילדים. ובנוסף, המיקום בו מת זהראן ובו נמצא לאחר שנורה (ראו נספח ע/2), מפריך אף הוא את גרסת 'הגורמים המבצעיים'.

ד. היעדר נימוק להחלטה שלא להורות על פתיחה בחקירה

22. חייל צה"ל הרג אזרח, נער.

23. החלטתם של המשיבים, כפי שנמסרה לארגון 'בצלם' היא, שלא לקיים חקירה לבירור נסיבות מותו של זהראן, אשר נורה ונהרג על-ידי חייל צה"ל. להחלטה זו לא ניתן כל נימוק. וכך נכתב בתשובת התצ"ר מיום 28.10.2007 (נספח ע/5):

"לאור מכלול נסיבות האירוע, לא מצא הפצ"ר לנכון להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח."

הא ותו לא.

24. הסבר, מדוע המשיבים סבורים, כי אין זה מחובתו של הצבא לקיים חקירה ראויה לשמה, להבדיל מ"בירור מול הגורמים המבצעיים" – לא נמסר.

25. הסבר, מדוע המשיבים סבורים, כי השימוש בנשק והפתיחה באש בנסיבות הנ"ל היו חוקיים, ובהתאם להוראות הפתיחה באש – לא נמסר.

26. תשובה לבקשת ארגון בצלם לקבלת החומר הראייתי שנאסף בנוגע לנסיבות האירוע (שנכללה בערר שהוגש ביום 28.1.2008 על החלטת הפצ"ר) – לא ניתנה.

ה. חשד כבד לירי בלתי-מוצדק המנוגד להוראות הפתיחה באש

27. נסיבות האירוע מצביעות באופן ברור על כך שמדובר בירי בלתי-חוקי: ירי חי המכוון לעברו של נער בנסיבות בהן לא נשקפה לכוח הצבאי סכנה, ובוודאי שלא סכנת חיים מיידית.

28. נראה, כי גם לפי גרסת "הגורמים המבצעיים" אין מדובר במצב של "סכנת חיים מיידית", שלא ניתן היה להתגונן מפניה אלא באמצעות שימוש בנשק. כך עולה אף מהגרסה שמסרו המשיבים, ואשר עליה ביססו החלטתם שלא לפתוח בחקירה:

"לאחר שמפקד הכוח צועק בערבית "עצור או שאני יורה" ויורה מספר כדורים באוויר, נותרים במקום כעשרה אנשים, ובהם החשוד. ירי נוסף, של מספר כדורים, למקום הסמוך לחשוד, לא מביא אותו להשליך את בקבוק התבערה מידי או להימלט. רק אז, מבצע הכוח ירי לעבר פלג גופו התחתון של הפלסטיני, שמחזיק בבקבוק התבערה, שכתוצאה ממנו הוא נופל."

מתוך תשובת התצ"ר, נספח ע/5.

29. מגרסה זו עולה, כי טענת המשיבים היא שהכוח פעל לפי 'נוהל מעצר חשוד'. בחינת הגרסה כשלעצמה (ואף בטרם אנו מעמתים אותה למול נסיבות האירוע הממשיות) מעלה תהיות:

29.1. לפי גרסת המשיבים, החיילים קראו לעבר הילדים "עצור או שאני יורה". אם כך, מהיכן הציפייה שהילדים יעשו את ההיפך – דהיינו יברחו. ומשעשה זהראן, לכאורה ולפי גרסת הגורמים המבצעיים, מה שנקרא לעברו, מדוע התגובה הסבירה מצד החיילים היא – לירות בו?!

29.2. לפי גרסת המשיבים, פעלו החיילים לפי 'נוהל מעצר חשוד', אולם הלכה למעשה ביקשו להניס את הילדים מהמקום ('ירי נוסף, של מספר כדורים, למקום הסמוך לחשוד, לא מביא אותו להשליך את בקבוק התבערה מידי או להימלט'). כלומר, לא מעצר של מי מהילדים ביקשו החיילים לבצע. אם זהו המצב, מהיכן ההצדקה לפתיחה באש בנסיבות אלה?

29.3. אף הטענה המשתמעת, כי הירי כוון לעבר 'רגלי החשוד', אך 'במקרה' פגע בבטנו של זהראן והביא למותו מעוררת, בלשון המעטה, תהיות. נוכח המרחק הרב בין החיילים לילדים ברור מאליו, כי דובר בירי שבוצע על-ידי צלף. ואידך זיל גמור.

30. משום מה, לא נכלל בגרסת המשיבים התייחסות לנקודה מהותית - המרחק שבו נמצאו החיילים מהילדים.

31. לא זו אף זו, כפי שראינו לעיל, גרסה זו של המשיבים סותרת את עדויותיהם של עדי ראיה לאירוע, ואיננה מתיישבת עם נסיבות 'אובייקטיביות' שקל לבררן:

31.1. לפי עדויותיהם של עדי ראיה לאירוע לא נעשתה כל קריאת אזהרה לעבר הילדים ולא בוצע ירי אזהרה. הירי הראשון והיחיד שבוצע היה הירי של מספר כדורים, שנורה לעברו של זהראן ופגע בו.

31.2. העדים לאירוע דיווחו על מרחק של מאות מטרים בין החיילים לילדים. בנסיבות אלה, כיצד אמור היה להתבצע שלב התפיסה של 'החשוד'? עובדה זו מחזקת את הסברה, העולה מגרסת המשיבים עצמה, כי לא היה בכוונת הכוח הצבאי לתפוס חשוד.

31.3. המרחק הרב בין החיילים לילדים מעלה תהיה אף לגבי האפשרות לבצע 'קריאת אזהרה'.

32. מכלול נסיבות האירוע ואף בחינת הגירסה של "הגורמים המבצעיים" מבססות חשד כבד, כי הירי, שבוצע לעבר זהראן, היה מנוגד להוראות הפתיחה באש, בלתי-מוצדק ושרירותי.

33. על אף כל האמור, המשיבים לא סברו שמן הראוי להורות על חקירה.

1. הפניות למשיבים

34. ביום 26.4.2007 פנה ארגון 'בצלם' אל המשיב מס' 2, התובע הצבאי הראשי (להלן: התצ"ר), בבקשה להורות בדחיפות על פתיחתה של חקירה לבירור נסיבות מותו של זהראן. במכתב הפניה פורטו בקצרה נסיבות האירוע מהן עולה, כי לא הייתה כל הצדקה לביצועו של הירי.

העתק מפניית 'בצלם' מצורף ומסומן **כנספח ע/7**.

35. ביום 28.10.2007 הודיע התצ"ר, אל"ם לירון ליבמן, כי הפצ"ר לא מצא לנכון להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח. עם זאת נמסר, כי לאור מספר פגמים מקצועיים, אשר נפלו באופן בו פעל המ"מ, שפיקד על הסיור, הוחלט כי האחרון יישפט בדין משמעותי. לא נמסרו פרטים כלשהם לגבי הפגמים האמורים, או על האישומים בגינם הועמד לדין משמעותי.

העתק מתשובת התצ"ר מצורף ומסומן **כנספח ע/8**.

36. ביום 27.1.2008 פנה ארגון 'בצלם' אל המשיב מס' 1 בדרישה לביטול החלטתו שלא לפתוח בחקירת מצ"ח. כמו כן התבקש להבהיר, האם הגורמים האחראים פעלו בהתאם לנוהל המפורט, שהוצג במסגרת בג"צ 9594/03 בדבר דיווח על אירוע מוות של אזרחים, ולקבל את המידע שהתקבל על-פי נוהל זה.

העתק מהפניה לפצ"ר מצורף ומסומן **כנספח ע/9**.

37. על פניה זו לביטול ההחלטה לא ניתן מענה עד להגשתה של עתירה זו.

הטיעון המשפטי

כללי

38. החלטתם של המשיבים בגינה הוגשה עתירה זו נוגעת להגנה על זכות האדם בעלת מעמד הבכורה – הזכות לחיים.
39. חובתה של ישראל במקרה, בו אחראים כוחות הביטחון שלה להרג של אזרח בשטחים, היא לפתוח ביוזמתה היא חקירה לבדיקת נסיבות המוות. החקירה שיש לבצע, הינה חקירה עצמאית ואפקטיבית. חובה זו מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. כך קבע בית משפט זה בפסק-הדין בבג"צ החיסולים (בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינניים בישראל נ' ממשלת ישראל (2006), להלן: בג"צ החיסולים).
40. מסקנתו של בית משפט זה בבג"צ החיסולים בדבר החובה לקיים חקירה עצמאית ואפקטיבית מתחייבת, מקל וחומר, משמדובר בירי ובהרג של אזרח, שלא היווה 'יעד' לתקיפה מכוונת מראש. זו המסקנה, מקל וחומר בן בנו של קל וחומר, בנסיבות המקרה דנן, בו הוגשה תלונה ובקשה לפתיחה בחקירה, ובו עולים חשדות כבדים במיוחד לפתיחה באש בלתי-מוצדקת, אשר אף מנוגדת להוראות הפתיחה באש.
41. ברור לעין כל, כי "בירור מול הגורמים המבצעים", כגון זה שנערך בענייננו, איננו עונה על החובה לקיומה של חקירה ראויה לשמה.
42. סירובם של המשיבים לבדוק את אחריותו של הצבא ושלוחיו להריגתם של אזרחים, מהווה הפרה בוטה של החובה לכבד את הזכות לחיים ולהגן עליה, ונגועה בחוסר סבירות קיצוני.

א. הזכות לחיים

43. הזכות לחיים היא זכות יסוד ראשונה במעלה. הזכות הוכרה במשפט הבינלאומי, במספר אמנות (ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם, 1948, סעיף 3; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, סעיף 6; לאמנה בדבר זכויות הילד, 1989, סעיף 6, 38). סעיף 4 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, המאפשר למדינות לגרוע מהוראות האמנה בזמן חירום, לא מאפשר גריעה מהוראות סעיף 6. בהתאם, הערה כללית מס' 14 (General Comment) של וועדת זכויות האדם של האו"ם לסעיף 6 הנ"ל מבהירה את חשיבותה העליונה של זכות זו ומדגישה, כי לא תותר גריעה ממנה גם במצב חירום.

הערות הוועדה ניתנות לעיון בכתובת:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/9c882008fd898da7c12563ed004a3b08?Op=endocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/9c882008fd898da7c12563ed004a3b08?Op=endocument)

44. בהערה כללית מס' 6 של וועדת זכויות האדם של האו"ם מבהירה הוועדה את חובתן של המדינות, לנקוט בצעדים הנדרשים על מנת למנוע הרג שרירותי על-ידי כוחות הביטחון שלהן, המוגדר על-ידי הוועדה כנושא בעל חומרה מיוחדת:

"The protection against arbitrary deprivation of life which is explicitly required by the third sentence of article 6 (1) is of paramount importance. **The Committee considers that States parties should take measures** not only to prevent and punish deprivation of life by criminal acts, **but also to prevent arbitrary killing by their own security forces. The deprivation of life by the authorities of the State is a matter of the utmost gravity.**"

(ההדגשה הוספה – ל' י')

הערות הוועדה ניתנות לעיון בכתובת:

<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3?Opendocument>

45. סעיף 38(4) לאמנה בדבר זכויות הילד קובע, כי בהתאם לחובות על פי המשפט ההומניטרי להגן על האוכלוסייה האזרחית בזמן סכסוך מזוין, מחוייבות המדינות במיוחד לנקוט בכל צעד אפשרי כדי להבטיח את הגנתם של ילדים בזמן סכסוך מזוין:

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

(ההדגשה הוספה – ל' י')

ב. **חובת השמירה על חיי אזרחים בשטח כבוש (וגם במהלך עימות מזוין)**

46. שטח הגדה המערבית, בו התרחש האירוע נשוא העתירה, נתון תחת משטר כיבוש של ישראל מזה למעלה מ-40 שנה. במסגרת שליטתו בשטח כבוש חב המפקד הצבאי חובות הגנה וזהירות מיוחדות כלפי האוכלוסייה האזרחית, הנתונה תחת שליטתו. חובות אלה מעוגנות הן במשפט זכויות האדם הבינלאומי, שהוראותיו נסקרו לעיל, והן בהוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי.

47. המשפט הבינלאומי, החל בשטח כבוש, מטיל על הכוח הכובש את החובה להבטיח את צרכיהם של האנשים המוגנים בשטח הכבוש ולהגן עליהם. חובה זו מעוגנת בהוראת תקנה 43 לתקנות, הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907 (להלן: תקנות האג). הוראת תקנה 46 לתקנות האג מורה לצדדים החתומים על האמנה כי:

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

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

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

49. בפרשנות המוסמכת של ארגון הצלב האדום לאמנת ג'נבה הרביעית מובהר, כי הזכות לחיים כלולה בו, שכן בלעדיה אין טעם לקיומן של זכויות אדם אחרות:

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

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

50. הוראותיו של הפרוטוקול הראשון משנת 1977, הנספח לאמנת ג'נבה (להלן: הפרוטוקול הראשון), מטילות חובה על מדינה להגן על האוכלוסייה האזרחית מפני השלכותיה של הלחימה. על אף העובדה, שמדינת ישראל מעולם לא חתמה על הפרוטוקול, ענייננו בהוראות מתוכו, המהוות חלק מהמשפט המינהגי.

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

52. עקרונות אלה אומצו והתקבלו בפסיקתו של בית משפט זה (ראו למשל: בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(2) 349, 363 (2003); בג"צ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 394 (2004)).

ג. החובה לקיים חקירה

53. חובתן של מדינות לשמור ולהגן על הזכות לחיים, ולמנוע הרג שרירותי על-ידי כוחות הביטחון שלהן, גוזרת את החובה לקיים חקירה במקרים, בהם כוחות הביטחון גרמו למותו של אדם. חובה זו מעוגנת הן במשפט ההומניטרי, והן במשפט זכויות האדם הבינלאומי.

54. **המשפט הבינלאומי ההומניטרי** - סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע, כי הריגת מוגן במזיד מהווה הפרה חמורה של האמנה. סעיף 146 לאמנה מטיל חובה לחקור מקרים אלה, להביא את האחראים להם לדין ולהענישם. החובה לחקור טענות בדבר ביצועם של פשעי מלחמה, ובכלל זאת טענות בדבר הריגתו של מוגן במזיד, מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי. 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.

55. יצויין, 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 הגוברת והולכת של סמכות שיפוט אוניברסלית לבתי משפט לאומיים שונים לגבי פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות.

56. **משפט זכויות האדם הבינלאומי** – קובע, כי הזכות לחיים מטילה על המדינות חובה לחקור טענות בדבר הפרות של הזכות לחיים – במהירות, באופן יסודי ואפקטיבי באמצעות גופי חקירה עצמאיים ובלתי-תלויים:

"Administrative mechanisms are particularly required to give effect to the **general obligation to investigate allegations of violations promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies**. ... A failure by a State Party to investigate allegations of violations could in and of itself give rise to a separate breach of the Covenant."

הערה כללית מס' 31 של ועדת זכויות האדם של האו"ם (2004). ניתן לעיין בכתובת:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?Opendocument)

57. במשפט המשווה מצויה פסיקה עניפה, הקובעת שוב ושוב את החובה הבסיסית ליזום ולקיים חקירה. ראו, למשל, בפסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם:

22729/93 *Kaya v. Turkey*, 1998, Article 87;

24746/94 *Jordan v. The United Kingdom*, 2001, Article 105;

43290/98 *McShane v. United Kingdom*, 2002 Article 93;

41335/98 *Kamer Demir v. Turkey*, 2006

63758/00 *Anik v. Turkey*, 2007

57935/00 *Tangiyeva v. Russia*, 2007

5108/02 *Khatsiyeva and others v. Russia*, 2008

וראו בפסיקת בית המשפט האינטר-אמריקאי לזכויות האדם:

I/A Court H.R., *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. July 29, 1988, Articles 176-177;

58. בדו"ח משנת 2006 מסכם פרופ' פיליפ אלסטון, הדווח המיוחד לעניין extrajudicial, summary or arbitrary executions, את החובות המוטלות על מדינות בענייננו:

"34.... The Geneva Conventions of 12 August 1949 first established the legal obligation of States to investigate alleged unlawful killings and to prosecute their perpetrators. Elaborating the

general obligation to "respect and ensure respect" for humanitarian law, the Geneva Conventions mandated the penal repression of violations. In particular, when a state receives allegations that someone has committed or ordered a grave breach – such as the "willful killing" of a protected civilian – the state is then legally obligated to search for him and either try him before its own courts or extradite him to another State that has made out a prima facie case...

Today, human rights law and humanitarian law together require accountability in all circumstances.

Human rights law imposes a duty on states to investigate alleged violations of the right to life "promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies. This duty is entailed by the general obligations to ensure the right to life to each individual"

Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Mr. Philip Alston), 8 March, 2006, p 14-17;

דו"ח הדווח המיוחד ניתן לעיון בכתובת :

http://www.extrajudicialexecutions.org/reports/E_CN_4_2006_53.pdf

59. **פסיקת בית משפט זה** - בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (2006) (להלן: בג"צ החיסולים) קבע בית משפט זה, כי בכל מקרה בו בוצעה תקיפה נגד אזרח, החשוד כמי שהשתתף באופן ישיר בלחימה במסגרת מבצע "חיסול"/"סיכול ממוקד", חלה על מדינת ישראל החובה לקיים חקירה :

"שלישית, לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו זמן, במעשי איבה, יש לערוך **(בדיעבד) בדיקה יסודית** באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריכה להיות עצמאית."

(ההדגשות הוספו – ל"י) פסקה 40 לפסק-הדין

60. למסקנה זו באשר לחובת קיומה של חקירה יש להגיע, מקל וחומר, גם בענייננו.

ד. **הדרישות בהן החקירה צריכה לעמוד**

61. סקירת האסמכתאות מלמדת, כי על חקירה לעמוד בארבעה תנאים מצטברים :

61.1. **תזמון** : יש לערוך החקירה בתוך זמן סביר ממועד האירוע וממועד פתיחת החקירה.

61.2. **עצמאות** : על החקירה להיות עצמאית – הן פורמאלית והן מעשית מהאנשים המעורבים באירוע.

61.3. **פומביות** : על החקירה להיות פתוחה לביקורת ציבורית ולמשפחת הנפגע.

61.4. **אפקטיביות**: על החקירה להיות אפקטיבית כך שבאופן סביר יש בה כדי להביא לממצאים אובייקטיביים באשר לאחריותם של שלוחי המדינה, להוביל למסקנות באשר למכלול הנסיבות שהביאו למוות, כמו גם לגבי האחריות לו, ולזיהויים ולהעמדתם לדין של האחראים לו.

62. כפי שראינו, על פי משפט זכויות האדם, על החקירה להתבצע "promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies." (ראו סעיף 54 לעיל).

63. עקרונות מפורטים באשר לדרך ניהולן של חקירות במקרים כאלה אומצו בשנת 1989 על-ידי המועצה לזכויות כלכליות וחברתיות. ראו:

Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Execution, Recommended by Economic and Social Council resolution 1989/65 of 24 May 1989.

ניתן לעיון בכתובת:

<http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/54.htm>

64. **בבג"צ החיסולים** פסק בית משפט זה, כי החקירה חייבת להיות חקירה עצמאית ואובייקטיבית:

"שלישית, לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו הזמן, במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. **בדיקה זו צריכה להיות עצמאית.**"

(ההדגשות הוספו – ל' יי) פסקה 40 לפסק-הדין

לבסוף, הדינים הנוגעים לפעילות מונעת של צבא הגורמת למותם של מחבלים ושל אזרחים תמימים שבקרבתם, דורשת בחינה בדיעבד של התנהגות הצבא (ראו פסקה 40 לעיל). **בחינה זו צריכה להיות – כך קובע המשפט הבינלאומי המנהגי – בעלת אופי אובייקטיבי.** ... כמו כן, **ביקורת שיפוטית זו אינה תחליף לביקורת אובייקטיבית בדיעבד,** לאחר אירוע שבו נפגעו, לפי הטענה, אזרחים תמימים שלא נטלו חלק ישיר במעשי האיבה...."

(ההדגשות הוספו – ל' יי). פסקה 54 לפסק-הדין

65. פירוט בדבר יסודותיה של חקירה נאותה מצוי בפסיקתו העניפה של בית המשפט האירופי לזכויות אדם. ראו, למשל:

22729/93 *Kaya v. Turkey*, 1998, Article 87;

19807/92 *Erdogan v. Turkey*, 2006, Articles 66, 88-95 41335/98 41335/98

Kamer Demir v. Turkey, 2006

63758/00 *Anik v. Turkey*, 2007

57935/00 *Tangiyeva v. Russia*, 2007

5108/02 *Khatsiyeva and others v. Russia*, 2008

66. ובפסיקתו של בית המשפט האינטר-אמריקאי לזכויות אדם:

I/A Court H.R., *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgment of July 29, 1988, Article 180

1. מסקנה: ההחלטה נגועה בחוסר סבירות קיצוני

67. הנה כי כן, מכל המקורות המשפטיים שנסקרו לעיל, ולרבות פסק-הדין בבג"צ החיסולים, עולה ברורות, כי חובתה של ישראל, ולפיכך מחובתם של המשיבים, מתוקף תפקידם וסמכותם להבטיח, כי תתקיים בתוך זמן סביר חקירה עצמאית ואפקטיבית בכל מקרה של פגיעה באזרחים.

68. נוכח התהיות והחשדות הכבדים בענייננו, ביחס לפתיחה באש לעברו של הנער, ולעברה של קבוצת ילדים – חלה חובה זו אף ביתר שאת.

69. כפי שעולה מתשובתו של התצ"ר ההחלטה שלא לפתוח בחקירת מצ"ח התבססה על "בירור עם הגורמים המבצעיים" כלשונו. אין זה ברור מהו טיבו של בירור זה. מה שכן ברור, שהוא איננו עונה אף לא על אחד מהעקרונות הבסיסיים אשר פורטו לעיל, ואשר חקירת מקרה מוות חייבת לעמוד בהם.

70. **בהחלטתם שלא להורות על פתיחת חקירה אחראים המשיבים, ואחראית ישראל, להפרה ברורה של מחויבויותיה על פי המשפט הבינלאומי המינהגי, המחייב אותה בפעולותיה בשטחים הכבושים.**

סיכום

71. זהראן נהרג בעקבות ירי מכוון של חייל צה"ל.

72. חובתה הברורה של ישראל, ובענייננו - חובתם של המשיבים מתוקף תפקידם וסמכותם – להורות על קיומה של חקירה מהירה, יסודית ואפקטיבית על ידי גוף בלתי-תלוי.

73. כך בכלל, וכך בפרט, נוכח התלונה שהוגשה על-ידי ארגון בצלם המבהירה, כי קיימות טענות לכך שמדובר בירי ובהרג בלתי-חוקי.

74. החלטתם של המשיבים שלא להורות על חקירה במקרה דנן נגועה בחוסר סבירות קיצוני, ומשדרת זלזול וזילות של חיי אדם.

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לעשות את הצו על תנאי למוחלט.

היום, 6 באוגוסט, 2008