



המוקד להגנה הפרטית

HAMOKED

Center for the Defence of the Individual

هموكيد - مركز الدفاع عن الفرد

17 ספטמבר 2009
בתשובה נא לציין: 17263

לכבוד
תא"ל אביחי מנדלבלית
הפרקליט הצבאי הראשי
מפצ"ר, ד.צ. 02329, הקריה
תל אביב

בדואר רשום

שלום רב,

הנדון: ערר על סגירת תיק מצ"ח 3/517
מותו של המנוח ג'רושי, ת.ז.
אירוע ירי מיום 31.10.2001, תלונה מיום 25.3.2002.

1. בהמשך להודעת הפרקליטה לעניינים מבצעיים, סא"ל סיגל משעל-שחורי, על סגירת התיק שבנדון ללא העמדה לדין, מוגש בזאת ערר מטעם המתלונן.
2. המוקד להגנת הפרט מטפל בתלונתו של _____ ג'רושי ובהגשת הערר. מר ג'רושי הוא אחיו של המנוח _____ ג'רושי (להלן: **המנוח**), יליד 1961, אשר נורה ונהרג מידי חיילים, בשעה שהחנה את רכבו בחצר ביתה של אחותו בעיר טול כרם (להלן: **האירוע**).
3. ביום 2.9.2008 הודיעה הפרקליטות לעניינים מבצעיים על סגירת תיק החקירה. בהודעתה נאמר כי קיים יסוד סביר להניח שהמנוח נפגע מירי צלפי צה"ל לעבר הרכב בו נסע, ירי שנועד לעוצרו ולא דווקא להרגו. הירי בוצע לאור תובנת המפקדים כי המנוח היה מעורב באופן חוזר ונשנה בהכוונת ירי פלסטיני לעבר כוחות צה"ל וסיכן את חי החיילים. אף שמראש **לא ניתן היה לאשר את הירי** כפי שאושר, ואף שהחיילים **פעלו באופן החורג מכללי הפתיחה באש**, הרי ש"בבחינה בדיעבד אם להורות על העמדה לדין, נמצא ליתן משקל למכלול נסיבות האירוע ולדין". נימוק זה הצדיק, כך לשיטת הפרקליטות הצבאית, את סגירת התיק ללא נקיטת אמצעים משפטיים כלשהם כנגד מי מהחיילים המעורבים באירוע.
4. לאחרונה התקבל חומר החקירה במשרדנו. מבדיקתו מתברר, בין היתר, כי חקירת האירוע נפתחה בשיהוי ניכר, כעבור **כשנה וחצי** ממועד האירוע. עדויות מבני משפחת המנוח נגבו כעבור **שנתיים** מהאירוע, ורק כעבור **שלוש שנים** נגבו עדויות החיילים והמפקדים. ניתן היה להעריך כי פגם זה בניהול החקירה יביא

בהמשך לטיפול מזורז בתיק וליתר נחישות במיצוי הדין, ואולם ציפייה זו נכזבה. החלטת הפרקליטות בנוגע לאי-העמדה לדין ניתנה בחלוף **כשבע שנים** מקרות האירוע, וגם זאת רק בעקבות עתירה לבג"ץ (בג"ץ 5314/08 **ג'רושה נ' הפרקליטות הצבאית**). למעלה מזאת, וכפי שיפורט להלן, ההחלטה על גניזת התיק מתעלמת מחומר הראיות אשר בכוחו להביא - בסבירות גבוהה - להרשעה של חיילים בעבירות חמורות של הריגה ושמא אף ברצח.

5. מחומר החקירה עולה כי קיים קשר סיבתי הדוק ומשמעותי בין התנהגות החיילים לבין פציעתו והריגתו של המנוח, קשר סיבתי שבקיומו מודים אף החיילים המעורבים עצמם. לפי העדויות בתיק, המנוח נפגע מאש הצלפים, סמ"ר תום וסמ"ר איגור, השייכים לפלוגת נובמבר 2000, גדוד 202. פקודת האש ניתנה על ידי המ"פ סרן אופיר, ואושרה על-ידי המג"ד אל"מ רוני. יתר על כן, ממצאי החקירה מלמדים כי המ"פ אופיר והמג"ד רוני החליטו - **בצוותא, באופן עצמאי ומבועד מועד** - לבצע "סיכול ממוקד" במנוח, על בסיס אותו חשד ערטילאי כי המנוח מתצפת ומכווין ירי לעבר עמדות החיילים. החשד כנגד המנוח לא נבדק ולא אומת קודם לאירוע, ואף לא בדיעבד. על סמך "אישור הריגה" ופקודת אש ביצעו הצלפים ירי מכוון לעבר המנוח, לקדמת הרכב בו נהג, ובנשק שנועד להרוג. כל זאת מבלי לבצע נוהל מעצר חשוד מדורג ומידתי.

6. חקירת האירוע מובילה למסקנה כי החיילים פעלו לכאורה בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ובניגוד להוראות המשפט הישראלי הפנימי. בהתחשב בראיות הקיימות ובחשדות החמורים, החלטת הפרקליטות אינה יכולה לעמוד במבחן הביקורת. חומר הראיות וחומרת האירוע מחייבים ברור משפטי ממצה והוגן של נסיבות הפגיעה, לרבות מיצוי הדין עם האחראים לפגיעה הקטלנית. מכאן הערר.

האירוע

7. פרטי האירוע, כפי שתוארו בתלונה, הם בתמצית כדלקמן: המנוח ובנו הגיעו בבוקר ה-31.10.2001 ברכב מסוג אאודי לביקור משפחתי בבית אחותו של המנוח. הבית נמצא בצד המזרחי של טול כרם, כ-200 מטרים מעמדה צבאית ששכנה אז בבניין "אלצפא". כעבור כשעה יצאה המשפחה ברכבו של המנוח לעבר ביתו, אך הרכב נחסם על-ידי טנק של הצבא. בני המשפחה סבו על עקבם, המנוח החנה את המכונית בצד הכביש וכולם נכנסו בחזרה לבית האחות. לאחר מספר דקות שמעו בני הבית את הטנק מתקרב לביתם. המנוח, שחש לפגיעה ברכבו, יצא מן הבית על מנת להחנות את הרכב בחצר הבית. משנכנס אל הרכב, נשמע צרור יריות. המנוח נפגע כתוצאה מהירי, אך הספיק להיכנס אל הבית ולקרוא לעזרה. אמבולנס של הסהר האדום הגיע למקום, אך החיילים מנעו את הגישה לבית והיקשו על הגשת סיוע רפואי. לאחר עיכוב של כ-20 דקות ועריכת חיפוש גופני על המנוח, אפשרו החיילים את הפינוי לבית החולים. ארנק שהיה על המנוח, ובו תעודת זהות, מסמכים, צ'קים וכסף מזומן, נלקח ממנו. המנוח נפטר בבית החולים מפצעיו כעבור מספר שעות.

החקירה וממצאה

ירי אסור לעבר "אזרח מוגן"

8. מחומר החקירה עולה כי החיילים פגעו במנוח - שהינו "אזרח מוגן" - במכוון. זאת בניגוד לדין, ללא כל הצדקה, ומבלי שהיה ברשותם מידע ממשי כי היה מעורב בלחימה או בפעילות בלתי חוקית כלשהי. בכך הם הפרו את הכלל היסודי האוסר על פגיעה במהלך הלחימה באוכלוסיה אזרחית אשר אינה מעורבת במעשי האיבה. בכך הם ביצעו פשע מלחמה והם נושאים באחריות פלילית (ראו: סעיף 3 המשותף לארבע אמנות ג'נבה מ-1949 בדבר הגנה על קורבנות מלחמה, סעיפים 48 ו-50 לפרוטוקול הראשון הנוסף משנת 1977

ירי שרירותי על סמך חשד ערטילאי

9. הפרקליטות הצבאית אישרה בהודעה על סגירת תיק החקירה כי המנוח נורה ונהרג מירי צלפי הצבא. טענתה העיקרית, המסוכמת בסעיף 17 להודעה, היא כי דיני המלחמה מאפשרים את הירי שתכליתו היתה מעצר המנוח אף במחיר של פגיעה אפשרית בו. לגישת הפרקליטות, בפעילותו - אשר תוארה על-ידי כ"הכוונה שיטתית של ירי לעבר החיילים במספר רב של הזדמנויות ובאופן נמשך ואינטנסיבי" - הוציא עצמו המנוח מקהל ה"אזרחים המוגנים". הוא לא היה זכאי להגנה מפני פגיעת החיילים שכן הוא מוגדר כ"אזרח הנוטל חלק ישיר במעשי האיבה", להבדיל מ"אזרח מוגן" שאינו מעורב בלחימה.
10. ייאמר מיד כי עמדתנו הנחרצת היא שהמנוח היה "אזרח מוגן" לכל דבר וענין, ובשל כך אסור היה לחיילים לפגוע בו, קל וחומר לפגוע בו במכוון במטרה להרגו. יחד עם זאת, לאור טענות הפרקליטות הצבאית, אין מנוס מלהשיב לגוף הענין לנימוק המרכזי בהודעתה בנוגע לאי העמדתם לדין של החיילים המעורבים באירוע.
11. אכן, כללי המשפט הבינלאומי הדנים בסכסוכים מזוינים קובעים כי אזרח הנוטל חלק ישיר בלחימה עשוי לאבד את ההגנות הנתונות בדרך כלל ל"אזרחים מוגנים" ולפיכך להוות מטרה לגיטימית לפגיעה. עקרון זה מבטא משפט בינלאומי מינהגי, והוא מחייב את כל המדינות, ובכלל זה את מדינת ישראל וצבאה (ראו: סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון; J. M. Henckaerts, Study on Customary International Humanitarian Law, ; 87 International Review of the Red Cross 175, 198, Rule 6 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, סעיף 30 לפסק הדין (2006)). ואולם, גישת הפרקליטות הצבאית לוקה בחסר. היא מתעלמת מכך שלחריג הנ"ל יש ליתן פרשנות מצמצמת ודווקנית שנועדה לשמור על ההבחנה החדה בין אזרחים לבין לוחמים ולהימנע מפגיעה באזרחים תמימים:
- "מאחר וסעיף 51(3) הינו חריג לחובה להימנע מפגיעה בחיי אזרחים תמימי דרך, יש לנקוט הקפדה יתרה באפשרות להסיר את הגנת הדין על חייהם של אזרחים בנסיבות המתאימות".**
- (דברי כב' הנשיאה בייניש בבג"ץ 769/02 הנ"ל; וראו גם סעיף 150(1) לפרוטוקול הראשון לפיו במקרה של ספק באשר להיותו של אדם "אזרח", ייחשב אדם זה כ"אזרח" ויזכה להגנה מפני פגיעה).
12. בהתאם לגישה המקובלת בדבר פרשנות מצמצמת, נקבעו במשפט הישראלי אמות מידה מחמירות ביותר בנוגע להחלתו של החריג המתיר פגיעה באזרחים הנוטלים חלק ישיר בלחימה. בבג"ץ 769/02 הנ"ל הדגיש בית המשפט העליון כי על מנת לשלול הגנה מ"אזרח מוגן", ולהתיר את הפגיעה בו, נדרש **מידע בדוק ומבוסס היטב** באשר לזהותו ולפועלו של האזרח אשר על פי הטענה נוטל חלק במעשי האיבה. הנטל המוטל בענין זה על הצבא הוא כבד. במקרה של ספק, נדרשת **בדיקה קפדנית** בטרם תעשה תקיפה. בנוסף, משבוצעה תקיפה על אזרח, החשוד בכך שנטל חלק ישיר במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריכה להיות עצמאית ואובייקטיבית (סעיף 40 לפסה"ד בבג"ץ 769/02 הנ"ל).

13. לאור האמור, טענתה של הפרקליטות הצבאית כי ניתן היה לירות לעבר המנוח, ואף לפגוע בו, אינה יכולה לעמוד. מחומר הראיות עולה כי המידע, אשר היה ברשות החיילים עובר לפגיעה במנוח, מסתכם בשבוע ימים בלבד של תצפיות אקראיות בהן נראה המנוח "מרחוק", כשהוא מגיע במספר הזדמנויות לבית פרטי פלוני ומתעכב מחוצה לו כשהוא משוחח בטלפון נייד. לפירורי מידע אלו נוספה ה"ראיה" הנסיבתית לפיה כעבור זמן קצר נפתחת אש פלסטינית לעבר עמדת החיילים בבניין "אלצפא". צירוף נסיבות מקרי זה הספיק ליצור אצל החיילים וודאות לפיה המנוח עסק בהכוונת ירי לעברם, ולמעשה היה מעורב בלחימה. כך הצלף, סמ"ר איגור, בעדותו (מיום 13.1.2005):

**" הפלסטינאי הזה כיוון ירי של צלף על כח שלנו במשך כשבוע לפני מותו...
בכל פעם שהיה ירי מדויק של צלף לעברנו הוא היה שם ודיבר בפלאפון וכיוון אותו.
אני יודע שהוא כיוון את הכח כי צירוף מקרים יכול להיות פעם-פעמיים ולא שבוע שלם"
(כל ההדגשות הוספו ואינן במקור - א.מ.).**

וכן הצלף סמ"ר תום :

**"חיילי הפלוגה סיפרו לי כי מדי יום הם מזהים אדם שמגיע עם רכב מסוג אאודי כחול,
מתמקם כ-450 מ' מהבניין, צופה לעברו תוך שהוא משוחח בטלפון ונראה כמי שמוסר דיווח
לגבינו. מיד עם סיום השיחה היה אותו אדם מסתלק מהמקום ומיד לאחר מכן נפתחת אש תופת
לעבר חלונות החיילים בהם היו החיילים. במשך כשבוע וחצי ששהיתי בבניין ראיתי אף אני את
אותו אדם. התהליך הנ"ל חזר על עצמו ולא היה לי כל ספק שקיים קשר ישיר בין אותו אדם לירי
שבוצע וכי למעשה הוא עסק בפעילות טיווח".**

14. ואולם, בכל אותה תקופה שקדמה לאירוע לא ידעו החיילים כי אותו בית פלוני הוא ביתה של אחות המנוח וכי המנוח הגיע לביתה לעתים מזומנות לביקור משפחתי, פעמים מלווה על-ידי בנו בן ה-13. המנוח לא היה חמוש, לא היה מצויד באמצעי תצפית כלשהו, לא ביקש להסתיר עצמו מן החיילים ועד היום לא ידוע מה תוכן השיחות שניהל בטלפון הנייד ועם מי דיבר. כמו כן מעדויות החיילים עולה כי העמדות היו נתונות להתקפות ירי חוזרות ונשנות (למשל עדות המ"פ אופיר מיום 26.9.05), כך שאם נפתחה אש פלסטינית לעבר החיילים, הרי שהיא נורתה לעברם גם בהזדמנויות אחרות, כשהמנוח כלל לא נכח באיזור. הקשר הסיבתי בין התנהגות המנוח לבין ירי לעבר החיילים נראה קלוש ובלתי מבוסס. בהעדר ראיה ישירה כלשהי למעורבות המנוח בלחימה, המסקנה הסבירה והמתבקשת הינה כי המנוח עסק דווקא בפעילות תמימה.

15. ברם, לאחר שבוע של תצפיות ספוראדיות, לא נותר אצל החיילים כל ספק. למעשה ניכר כי הם כלל לא ביקשו להוסיף ולבדוק את החשד שהתעורר אצלם. אין כל אינדיקציה בחומר הראיות כי המידע, לפיו המנוח מכוון ירי לעבר החיילים, נבדק מעבר להתרשמות הנסיבתית של החיילים ששהו אז בבניין "אלצפא". אין כל אינדיקציה כי המידע יצא לבדיקה כלשהי מעבר לרמת המ"פ והמג"ד. אין כל אינדיקציה לניסיון לאמת את המידע בשיתוף גורמי שטח ומודיעין בצבא או מחוצה לו, או לכך כי ההחלטה "לחסל" את המנוח עברה אישור של גורמים פיקודיים ו/או משפטיים כלשהם מלבד המ"פ והמג"ד. גם בדיקה בדיעבד בנוגע לאימות החשד בדבר פעילות בלתי חוקית מצד המנוח לא נעשתה. אדרבא, הצלף סמ"ר איגור העריך כי לא בוצע חיפוש ברכבו של המנוח לאחר הירי (עדות מיום 13.1.2005). למעלה מזאת, המג"ד רוני העיד כי כלל לא בוצע תחקיר לאירוע (עדות מיום 28.11.2004). בירור משמעותי של נסיבות האירוע החל רק כעבור שנתיים

מהאירוע, עם פתיחתה של חקירת מצ"ח, וגם זאת ביוזמת משפחת המנוח ולא ביוזמת גורם רשמי כלשהו.

16. יצוין כי בדיעבד, ככל הנראה זמן קצר לאחר האירוע, הגיע לגדוד מידע מהשב"כ לפיו המנוח היה גזבר של החמאס בטול-כרם. מידע זה לא היה ידוע לחיילים במועד האירוע, וממילא אין בו בכדי "להכשיר" או "להלבין" את התנהגותם החמורה.

17. העולה מן המקובץ הוא כי החשד לפיו המנוח מכווין ירי פלסטיני נגד הכוחות נותר חשד ערטילאי ונסיבתי בלבד, המבוסס על מידע דל, הניתן לפרשנויות שונות. המידע לא נבדק באופן ממש, לא בזמן אמת, ואף לא בדיעבד. מיותר לציין כי לא היה במידע זה בכדי להצדיק פגיעה כה קשה ובלתי הפיכה - "נטרולו" של המנוח באמצעות ירי המכוון לפגוע בו, ושמא אף להרגו. לכל היותר, על בסיס המידע הקיים ניתן היה לפעול כלפי המנוח בהתאם לנוהל מעצר חשוד, לעוצרו ולחקרו על מנת להוסיף ולברר את החשדות נגדו. ברם, חומר החקירה מוביל אל המסקנה כי הפגיעה במנוח אושרה ובוצעה באופן שרירותי, ב"יד קלה על ההדק". בהעדר ראיה ממשית למעורבותו של המנוח בלחימה, יש לקבוע כי החיילים פגעו במכוון ב"אזרח מוגן". בכך הם ביצעו מעשה פלילי חמור והפרו בצורה בוטה את הדין הבינלאומי ההומניטארי.

"סיכול ממוקד"

18. למרות שהמידע בנוגע למנוח נאסף בתוך פרק זמן קצר בלבד, והיה רחוק מלהיות מבוסס היטב או חד-משמעי, די היה בו - לגישת החיילים - בכדי להוות מידע "מרשיע" שפירושו גזר דין מוות. על סמך אותן נסיבות, אשר סביר כי לא היו אלא צירוף מקרים אומלל, פנה המ"פ אופיר אל המג"ד רוני, כשבוע לפני האירוע, ולחץ עליו לקבל אישור "לנטרל" את המנוח - לקבל "אישור הריגה". לאחר שבוע נענה המג"ד לבקשתו. כך אופיר בעדותו (30.11.2004):

"ביקשתי אישור הריגה מרוני. דיברנו על זה כמה פעמים ואחרי כמה פעמים שהוא לא אישר, קיבלתי אישור".

עוד עולה מעדותו כי הכוח בפיקודו ארב למנוח יום לפני האירוע, אך המנוח לא הופיע באיזור. אופיר הכין לעצמו תרשימי זרימה של מקרים ותגובות, ומציין כי היה מוטרד מהימצאותם של אנשים נוספים או ילדים ברכבו של המנוח:

"באותו שלב הבנתי שאי אפשר להרוג אותו והחלטתי לעצור את הרכב, ליירט אותו"

החיילים המתינו איפוא עד שהמנוח יצא מן הבית, לבדו. בינתיים הורה אופיר לטנק ולנגמ"ש להתקדם לעבר בית האחות. זמן קצר לאחר מכן, יצא המנוח מן הבית ונכנס בגפו אל הרכב, אז הורה אופיר לירות לעברו:

"אני הבנתי שאני הולך לפספס את המחבל הזה... להערכתך נתתי פקודת אש ברגע שהוא נכנס לרכב והוא רק הספיק לפנות".

19. אופיר הוסיף כי הם עיכבו את האמבולנס עד לקבלת אישור מהמג"ד רוני לפיו ניתן לפנות את המנוח לבית החולים. אופיר לקח מן המנוח תעודת זהות ופנקסי צ'קים חתומים, אותם העביר למודיעין של גדוד 202. הוא אינו זוכר כי ברשות המנוח היה כסף מזומן. יצוין כי המג"ד רוני מסר בעדותו (28.11.2004) כי ברכב נמצא רכב מזומן. בעדותו השניה (26.9.2005) משנה המ"פ אופיר את גרסתו ו"נזכר" כי ברשות המנוח נמצא סכום כסף נכבד בסדר גודל של עשרות אלפי שקלים במזומן.

20. גם הצלפים, סמ"ר איגור וסמ"ר תום, העידו כי קיבלו פקודה לירות במנוח על מנת לפגוע בו, ואף להרגו ממש. סמ"ר איגור ירה לעבר המנוח ברובה צלפים מסוג "בארט 05", מכלי נשק שנועד להרוג. כך העיד ביום 13.1.2005:

ש. "קיבלת פקודה מפורשת לירות בו על מנת לפגוע?"

ת. כן. היה פקודה לירות בו... אבל לא זוכר מה בדיוק אמרו בפקודה. לא זוכר מי נתן את הפקודה."

וביום 15.9.2005 הוסיף:

ש. האם הירי היה ע"מ להרוג או ע"מ לפגוע?

ת. ירי שלי לא יכול להיות ע"מ לפצוע/לפגוע כי אני יורה מכלי שיכול רק להרוג."

21. סמ"ר תום ירה לעבר המנוח מרובה צלפים מסוג M-24. תחילה בחר לשמור על זכות השתיקה, ובהמשך העיד כי יום לפני האירוע, מסר לו המ"פ אופיר כי נערכה הערכת המצב אצל המג"ד בנוגע למנוח. בפעם הבאה שהוא (המנוח) יזוהה, עליו (תום) להגיע במהירות לעמדת הירי שהוכנה מראש לכיוון ממנו נצפה המנוח, ו"משמעה בין השאר, נשק צלפים דרוך, מכויל ומוכן לירי עם נשק הצלפים". סמ"ר תום הוסיף כי לאחר שהמנוח יצא מן הבית ונכנס לרכב, פקד עליו אופיר לירות לעבר המנוח:

המ"פ קרא לי ולצלף השני [איגור] ופקד עלינו לירות תוך שציין, אל תתנו לו לברוח. יריתו לכיוון החלק הקדמי של הרכב."

22. הנה כי כן, לא היה זה ירי אזהרה באוויר או לעבר גלגלי הרכב על מנת לעצור את המנוח, אלא ירי לקדמת הרכב, לעבר מושב הנהג, על מנת לפגוע בו, בנשק - שעל פי עדותו של הצלף איגור - "יכול רק להרוג".

23. המג"ד של גדוד 202 אל"מ רוני נחקר אף הוא, ובמיוחד בנוגע למתן "אישור הריגה" מוקדם ביחס למנוח. מחומר החקירה עולה כי אל"מ רוני לא היה נוכח פיזית בזירת האירוע, אך לאורך האירוע קיבל דיווחים רצופים בטלפון מהמ"פ אופיר, ואת הירי הקטלני אישר מבעוד מועד. בניגוד לעדויותיהם של אופיר ושל הצלפים אשר נכחו בזירה, העיד תחילה אל"מ רוני (ביום 28.11.2004) כי הוחלט לעשות "מבצע יירוט ולעצור את הרכב", זאת על מנת לבדוק את הקשר של המנוח לירי לעבר החיילים. הוא הסביר כי ההנחיה הייתה

לעשות חסם ונוהל מעצר חשוד לרכב. אל"מ רוני הוסיף כי המנוח לא נענה לקריאות לעצור ולכן בוצע נוהל מעצר חשוד וירי לעבר הגלגלים, אף שאל"מ רוני מוסיף ומציין כי אינו זוכר שהיה מרדף.

24. לאחר שעומת עם עדויותיהם של המ"פ אופיר ושל הצלף סמ"ר איגור, במסגרתן נמסר כי התקבל מראש מהמג"ד "אישור הריגה" וכי הירי בוצע מנשק צלפים על מנת לפגוע, שינה אל"מ רוני את גרסתו. בעדותו מיום 16.1.2005 הוא מוסר כדלקמן:

"התקשורת שאופיר מתאר אכן הייתה. הוא באמת ביקש מספר פעמים ליירט את הרכב ואישרתי רק לאחר זמן מה... זה גם דובר בינינו בערב שלפני, לכן אישרתי ירי לעבר הרכב הזה..."

ובהמשך:

"ש. אופיר מציין בעדותו שהוא ביקש ממך אישור הריגה. זה נכון?"

ת. [חסר] [לא נתתי] אישור הריגה, אלא אישור לבצע ירי לעבר [הגלגלים על מנת] לעצור אותו. יכול להיות שהוא ביקש ואישרתי לו".

דבריו מדברים בעד עצמם ונתמכים כאמור בעדויותיהם של המ"פ אופיר והצלף סמ"ר איגור.

לא בוצע נוהל מעצר חשוד

25. בעדותו השלישית, מיום 21.9.2005, מתאר המג"ד רוני סיטואציה של מרדף אחר רכבו של המנוח ועומד על כך כי אכן בוצע נוהל מעצר חשוד, לרבות ירי לעבר גלגלי הרכב. ואולם, אין לייחס משקל ראייתי משמעותי לדבריו אלו. ירי במהלך מרדף לא נזכר בעדותו הראשונה של אל"מ רוני או בעדותו השנייה. לפיכך, גרסתו בדבר ביצוע נוהל מעצר חשוד היא בבחינת "עדות כבושה" אשר קיים חשש לאמינותה ומהימנותה, ולכן ערכה מועט.

26. בנוסף יוזכר כי אל"מ רוני לא נכח כלל בזירת האירוע, אלא הוא ניזון מדיווחיו הטלפוניים של המ"פ אופיר. כמו כן, משנתבקש המג"ד רוני להוסיף ולפרט את גרסתו העדכנית, נותרו תשובותיו כלליות וסתמיות. כך למשל, הוא מציין כי המנוח ניסה להתחמק "לכל מיני מקומות" וכי סימנו לו לעצור "בכל מיני צורות". הוא אינו מסביר לאן בדיוק ברח הרכב אשר נחסם על-ידי טנק, וכיצד עלה בידו לברוח כאשר הוא מוקף ברכבים משוריינים המרוחקים ממנו עשרות מטרים בלבד. יתרה מזאת, גרסתו אינה מתיישבת עם גרסתם של החיילים האחרים בנוגע להתרחשויות ואף לא עם הגרסה שהציג קודם לכן. למשל, בעדותו השלישית טוען אל"מ רוני כי המ"פ אופיר ביקש ממנו אישור לעצור את הרכב, בעוד אופיר מדבר באופן מפורש על "אישור הריגה", והדברים למעשה אושרו גם בעדותו השנייה של אל"מ רוני עצמו (מיום 16.1.2005) כמפורט לעיל. סתירה נוספת בגרסתו ניתן למצוא בכך שבחקירתו השלישית מציין אל"מ רוני כי המנוח נפגע מירי של נגמ"ש, בעוד שאין לכך כל אינדיקציה בעדויות החיילים שנכחו בזירה. המ"פ אופיר והצלף סמ"ר איגור הבהירו במפורש כי המנוח נפגע מאש צלפים ושלא נורתה אש מ"מאג" וגם לא מהטנק. סתירות אלו והשינויים התדירים בגרסתו של המג"ד אל"מ רוני פוגמים במהימנותו.

27. באופן דומה, גם בעדותו של המ"פ אופיר ניתן להבחין בניסיון לבצע "מקצה שיפורים", לטשטש את

ההתנהגות החמורה ולהסיר מעליו את החשדות הפליליים. בעדותו השניה (מיום 26.9.05) הוא מפליג בתיאור הסכנה שמשקפה לחיילים. בעדות זו נחשף כי המנוח פעל במשך למעלה משבוע, ו"אולי קרוב לשבועיים", וכי מדובר ב"רב יורים ורב תצפיתנים, המפזר יורים בעמדות". פרטים אלה לא הוזכרו בעדותו הראשונה של אופיר. ניכר כי מדובר במגמה להעצים את פעילותו הלא חוקית כביכול של המנוח, בניסיון להצדיק בדיעבד את התנהגות החיילים.

28. בנוסף, בעדותו השניה מנסה המ"פ אופיר ליצור מצג לפיו התנהגות החיילים היתה שקולה וזהירה. הוא מציין כי ניסה לעצור את המנוח שבחר לנסות ולהימלט בנסיעה מהירה, ורק אז ניתנה פקודת אש. לעומת זאת, בעדותו הראשונה מציין אופיר כי המתין עד שהמנוח ימצא לבדו, ונתן פקודת אש מיד כשהוא נכנס לרכבו, ללא כל ניסיון מעצר וללא כל מרדף מקדים. דברים אלה אף הם בגדר "עדות כבושה" המצטיירת כבלתי אמינה ואין להעניק לה משקל משמעותי.

29. בהמשך מוסיף ומשנה אופיר את גרסתו, ועוד במסגרת אותה עדות. תחילה הוא מודה כי לא ביקש מהמנוח לעצור וכי חסימת הציר על-ידי הנגמ"ש היא שהיוותה את ה"איתות" לעצור. יחד עם זאת, השתלשלות האירועים מלמדת כי חסימת הנגמ"ש אירעה בשלב מוקדם יותר, כאשר בני המשפחה עוד היו מצויים כולם ברכב וביקשו לנסוע לבית המנוח. לאחר שנחסם הרכב, החנה המנוח את הרכב ליד הבית ובני המשפחה ירדו מן הרכב ונכנסו כולם פנימה. לאחר מספר דקות, יצא המנוח מן הבית ונכנס אל הרכב כשהוא לבדו. המ"פ אופיר לא מזכיר שבשלב זה בוצע נוהל מעצר חשוד או "איתות" מחודש - קולי או חזותי - שסימן למנוח לעצור. בסופו של דבר, אופיר שב ומאשר כי על הירי לעבר המנוח סוכם מבעוד מועד ומלכתחילה הירי נועד לפגוע בו, ללא נוהל מעצר חשוד, ללא ירי אזהרה באוויר או לעבר הגלגלים:

"אני את בקשתי לנטרולו גם באמצעות הריגה המלצתי למג"ד לאחר שהבנתי את התובנה כי נוכחותו [של המנוח] מסכנת את כוחותינו. לאחר מספר אירועים שלפי מיטב זכרוני נמשכו מעל לשבוע ואולי קרוב לשבועיים קיבלתי אישור המג"ד, לא תוך כדי האירוע הספציפי הזה".

ובהמשך העדות:

"פעלתי לנטרולו ע"פ הוראות וסיכום קודם עם המג"ד רוני ולכן לא ביקשתי אישור לכל שלב..."

ש. להיכן הורית לצלפים לכוון את הירי ולמה התכוונת באומרוך כי הורית להם לפתוח באש על הרכב?"

ת. "הוריתי להם לפתוח באש לעבר הרכב. לא התכוונתי לאפשרות של בריחה רכובה. מטרתי היתה לעצור את הרכב או את ג'רושי גם במחיר של פגיעה בג'רושי עצמו. פשוט לא אמרתי היכן לירות".

יוזכר, כי הצלפים העידו כי בתגובה לפקודת האש של המ"פ אופיר, ירו מנשק קטלני אל קדמת הרכב ולעבר המנוח.

30. ניסיון עקר לטעון כי החיילים ביצעו נוהל מעצר חשוד כלפי המנוח מצוי גם בעדותו השניה של סמ"ר איגור (מיום 15.9.2005). הוא ציין כי יתכן ובוצע לעבר המנוח ירי אזהרה וכי "יכול להיות" שהכלים המשוריינים

ניסו לעצרו. ברם, טענה בדבר ביצוע נוהל מעצר חשוד נעדרת מעדותו הראשונה והועלתה רק בשלב מאוחר, לאחר שהוצגו לו עדויותיהם של אחרים. כך או כך, היא אינה מתיישבת עם גרסתו המוקדמת שלו עצמו לפיה קיבל פקודת אש מפורשת שנועדה לפגוע במנוח, מייד לאחר שנכנס אל הרכב. או אז ירה לעברו מ"כלי שיכול רק להרוג".

ירי בלתי מידתי

31. עיקרון המידתיות הוא עיקרון מרכזי של דיני המלחמה ושל המשפט החוקתי הישראלי. בהתאמה קבע בג"ץ ביחס לפגיעה באזרח הנוטל חלק ישיר בלחימה כי אין לתקוף אזרח כזה, אם ניתן לנקוט כלפיו אמצעי שפגיעתו פחותה. יש להעדיף תמיד מעצר, חקירה והעמדה לדין שכן "משפט עדיף של שימוש בכוח" (סעיף 40 לפסה"ד בבג"ץ 769/02 הנ"ל). בג"ץ הוסיף והדגיש כי דרישה זו חלה ביתר שאת כאשר מדובר בתנאים של תפיסה לוחמתית. כאשר הצבא שולט באזור בו נעשית הפעולה - מעצר, חקירה ומשפט הם אפשרויות הניתנות לעתים למימוש (שם, שם).

32. נוהל מעצר חשוד הוא אמצעי לחימה מדורג הכולל, בין היתר, קריאה לעצור, קריאה להזדהות, איום בירי, דריכה הפגנתית של כלי הנשק, ירי אזהרה באוויר וירי לעבר רגלי הדמות החשודה, או לעבר גלגלי הרכב החשוד. הנוהל הוא חלק מהוראות הפתיחה באש, המקנות עדיפות למעצר על פני פגיעה פיזית. הקפדה על ביצועו מתחייבת איפוא לאור עקרון המידתיות והחשש מפגיעה קטלנית בחפים מפשע.

33. בנסיבות האירוע הנדון, הצורך לנקוט בפעולה מידתית מתחדד לנוכח המידע החסר שהיה ברשות חיילי הגדוד - חשד נסיבתי, בלתי מבוסס ובלתי מאומת, כי המנוח הוא אזרח המעורב בלחימה. גם אם לפי דיני המלחמה היווה כביכול המנוח מטרה לגיטימית לפגיעה, דרישת המידתיות חייבה את החיילים להימנע מפגיעה כאמור, שהרי ניתן היה לעוצרו ולברר את החשדות, ובמידת הצורך להעמידו למשפט בגין פעילות בלתי חוקית ככל שהתגלתה כזו. ברם, חומר העדויות מראה בבירור כי החיילים לא פעלו בהתאם להוראות הפתיחה באש ולא ביצעו נוהל מעצר חשוד. התנהגותם אינה עולה בקנה אחד עם עקרון המידתיות.

34. בהקשר זה אין לשעות לטענות הפרקליטות הצבאית בדבר סכנה מיוחדת שכביכול נשקפה לחיי החיילים ובעטייה לא ניתן היה לבצע נוהל מעצר חשוד. כפי שראינו למעלה, חלקים מסוימים בעדויות החיילים הם מגמתיים וערכם הראייתי מועט. הם נועדו להעצים בדיעבד את מידת הסכנה ששררה אז בזירת האירוע. לגוף העניין, החיילים לא הבהירו מהי הסכנה המיוחדת שנשקפה להם מהמנוח או מסביבתו. המנוח, שלא היה חמוש, שהה במקום בחברת בני משפחתו, לרבות בקרבת נשים וילדים. הכוחות היו ממוקמים בעמדות ממוגנות או בכלי רכב ממוגנים, אשר לא חששו להתקרב אל הבית ואל רכבו של המנוח עד למרחק של עשרות מטרים בלבד, הכל במהלך מארב שתוכנן על-ידי החיילים מראש. למעלה מזאת, חומר הראיות מראה כי מלכתחילה התכוונו החיילים לפגוע במנוח, ללא קשר למידת הסכנה שנשקפה ממנו במהלך האירוע הנדון.

35. לסיכום, מתברר כי החיילים כלל לא טרחו לבצע נוהל מעצר חשוד קודם שירו אל רכבו של המנוח. עדויותיהם של המ"פ אופיר, המג"ד אל"מ רוני והצלפים מלמדות ש"אישור הריגה" ניתן מבעוד מועד ונשק הצלפים היה דרוך, מכויל ומוכן להרוג. החיילים ארבו למנוח ומשנקרתה ההזדמנות - המנוח נכנס אל הרכב ללא אנשים נוספים - פתחו החיילים על-אתר בירי קטלני לעבר הרכב, ואף לעבר קדמת הרכב. למסקנתה של

הפרקליטות הצבאית, כי הירי "כוון לעצור את הרכב ובו המנוח, ולא דווקא להרגו", אין תימוכין בחומר הראיות. להיפך, הראיות מוליכות אל המסקנה כי הירי לעבר המנוח נועד להרגו, ולא בוצע על מנת לעצרו.

החלטת הפרקליטות אינה סבירה

36. חקירת מצ"ח מגלה כי החיילים ביקשו לפגוע פגיעה קטלנית ב"אזרח מוגן" שעסק בפעילות תמימה, ואשר הפגיעה בו אסורה בתכלית האיסור. גם אם סברו החיילים, כנראה בעקבות צירוף מקרים אומלל, כי המנוח הכווין לעברם ירי צלפים פלסטינים, הרי שהמידע שברשותם היה חלקי, לא נבדק ולא אומת, אלא נשאר ברמת הפלוגה והגדוד. החיילים בשטח גמרו אומר לנטרל את המנוח ויהי מה, גם בדרך של הריגה. הירי לעבר המנוח היה שרירותי ובלתי מידתי. נסיבות האירוע מעלות חשד לכאורה למעשה פלילי חמור, המהווה גם פשע מלחמה.

37. לאור האמור, עמדת הפרקליטות לעניינים מבצעיים, המסרבת להעמיד לדין את החיילים המעורבים, תמוהה ומקוממת. בהתחשב בחשדות החמורים נגדם, מצופה היה כי הפרקליטות הצבאית תפעל בנחישות ובזריזות לבירור האמת ולמיצוי הדין עם החשודים במעשה. והרי, גם היא מודה כי אפשר שמראש לא ניתן היה לאשר את הירי כפי שאושר ומוסיפה שהחיילים פעלו באופן החורג מכללי הפתיחה באש. בנסיבות אלו, נדרשת בחינה בדיעבד של הפגיעה במנוח ושל התנהגות הצבא. בחינה זו צריכה להיות בעלת אופי עצמאי ואובייקטיבי (ראו: סעיף 54 לפסה"ד בבג"ץ 769/02 הנ"ל), והיא תושג באמצעות ניהול הליך פלילי כנגד החשודים.

38. דומה שאין צורך להכביר מילים על כך שתוצאותיו של מחדל אי העמדה לדין אינן מצטמצמות לתיק הנדון בלבד, אלא הן בעלות "השלכות רוחב" על הצבא ועל החברה בכללותה. סובלנות וסלחנות, ולו למראית עין, כלפי מעשים בלתי חוקיים מזמינות הפרות חוק נוספות ופוגעות באמון הציבור באכיפת החוק. אי מיצוי הדין עם מי שלכאורה ביצע עבירות פליליות, ואף פשע מלחמה ממש, שולח מסר שלילי. מסר זה פירושו כי מותר דמה של האוכלוסיה בשטחים הכבושים - אשר מדינת ישראל וחייליה ערבים לשלומה - וכי לחיילים העבריינים עומדת חסינות מדין ומעונש (ראו: יש דין, חריגים - העמדה לדין של חיילי צה"ל באינתפאדה השניה ולאחריה, 2000-2007, (2008); Human Rights Watch, Promoting Impunity: The Israeli's Military's Failure to Investigate Wrongdoing (2005).

39. לכשל שבאכיפת החוק יש פן נוסף. הימנעותה של הפרקליטות הצבאית מלהעמיד לדין חשודים בביצוע פשעי מלחמה פוגעת באמינותה של מערכת המשפט הישראלית. הדבר עלול "להזמין" מוסדות שיפוטניים של הקהילה הבינלאומית או בתי משפט של מדינות זרות, המפעילים סמכות שיפוט אוניברסלית, לתקן את העוול ולהעמיד לדין את החשודים בביצוע פשעים אלה:

"שיטה לאומית אשר נמנעת מלהפעיל סמכות שיפוט על אזרחיה החשודים בעבירות על המשפט הבינלאומי, חושפת אותם לסמכות שיפוט אוניברסלית או בינלאומית, שוללת מהם את היתרונות הנזכרים לעיל של השיטה הלאומית וגוזלת מכלל אזרחיה את היתרונות הטבועים במערכת משפט אמינה מבחינת חיותו ותרבותו של המשפט הדמוקרטי מבית ומחוץ". (ראו: א' בן נפתלי וק' מיכאלי, סמכות השיפוט האוניברסלית. והשיח המשפטי המדינתי, המשפט 18, 44, 52 (2004).

סיכום

40. אשר על כן, אבקשך לקבל את הערר מהנימוקים שפורטו ולהורות על הגשת כתבי אישום כנגד החיילים המעורבים באירוע, ולמצער כנגד המג"ד אל"מ רוני, המ"פ רס"ן אופיר והצלפים. כמו כן, אבקשך להורות על השלמת החקירה בתיק הנדון, ככל שהדבר דרוש להעמדתם לדין של אחראים נוספים למות המנוח.

41. אנו שוקלים את צעדינו המשפטיים הבאים, לרבות פנייה לבג"ץ. אודה איפוא על תשובתך המהירה.

בכבוד רב,

אלון מרגלית, עו"ד