

27 ינואר 2008

בתשובה נא לציין: 29670

לכבוד:
אביחי מנדלבלויט, תא"ל
הפרקליט הצבאי הראשי
מפצ"ר, בנין 22, הקריה
ד.צ. 02329
תל אביב

בפקס 03-5694526 ובדואר רשום

שלום רב,

הנדון: ערר על סגירת תיק מס' 49/2006
מותו של המנוח אלבדרסאוי, ת.ז.
אירוע ירי מיום 02.10.2003

1. בהמשך להודעת הפרקליטות הצבאית על סגירת התיק שבנדון ללא העמדה לדין, מוגש בזאת ערר מטעם המתלוננים.
 2. מרשיי, מר _____ אלבדרסאוי וגב' _____ אלבדרסאוי, הם המתלוננים בתיק. אלה הם הוריו של הפעוט המנוח _____ אלבדרסאוי, אשר נורה ונהרג על גג ביתו בשכונת "אלאמל" בעיר חי'אן יונס, רצועת עזה.
 3. ביום 03.12.2007 התקבלה במשרדנו החלטת פרקליטות פיקוד דרום לסגור את התיק. ההחלטה נומקה בכך ש"אין בחומר הראיות כדי להצביע כי בוצע ירי כלשהו על ידי כוחות צה"ל בשעה בה נפגע הפעוט".
 4. יוזכר כי חקירת מצ"ח בעניין נפתחה בשיהוי ניכר ובחלוף שנה וחצי מיום האירוע. נדרשה עתירה לבג"צ בכדי להביא את רשויות הצבא לפתוח בבירור נסיבות הירי הקטלני.
 5. משנסתיימה החקירה והוחלט על סגירת התיק, שבנו ובחנו בקפידה את חומר החקירה. עיון בחומר מעלה כי קיימות ראיות לכאורה לכך שחיילים ירו מעמדה צבאית סמוכה, לעבר גג הבית בו שהה הפעוט, והרגו אותו. עוד קיימות ראיות לכאורה לכך שירי התראתי בוצע באותה גזרה ובאותה תקופה כדבר שבשגרה. בנוסף, מתברר כי לא נעשה מאמץ משכנע וממצה לאסוף ראיות רלבנטיות על מנת להבהיר את נסיבות האירוע החמור ולמצות את הדין עם האשמים. ה"חקירה" שנפתחה בעקבות העתירה לבג"צ לא היתה אלא סדרה קלושה של פעולות, שקשה להכתירה אף בתואר "חובבנית".
- מכאן הערר.

פרטי התלונה והחקירה

6. ביום 02.10.2003, בשעה 07:30 בבוקר לערך, בוצע ירי לעבר גג בית מגורים ברחוב אלמדרסה בשכונת "אלאמל", ח'אן יונס. מהירי נפגע הפעוט. בטרם נורה, הוא טיפס אל גג הבית. קרובת משפחה בת 8 שנים, ששיחקה עמו על הגג, לא נפגעה. אביו של המנוח חיפש אחריו. בעודו עולה במדרגות המובילות אל הגג, שמע יריה אחת ואת צעקת בנו. הוא יצא בבהלה לגג, בעוד מתבצע ירי לעברו, אך הוא לא נפגע. הוא פנה לחלץ את בנו ומצאו מוטל על רצפת הגג, ירוי בצווארו מכדור אחד. הפעוט פונה לבית החולים וכעבור יומיים מת מפצעיו.
7. על אף חומרת האירוע ותוצאותיו הטראגיות, בוששו רשויות הצבא מלפתוח בחקירה. המתלוננים הגישו, באמצעות המוקד להגנת הפרט, עתירה לבג"צ. משהוסכם כי חקירה תיפתח לאלתר, נמחקה העתירה.
8. מצ"ח אכן פתחה בחקירה, אך בחלוף הזמן סוכלה האפשרות לחלץ ממצאים ישירות מזירת האירוע, כגון תרמילי כדורים שיצביעו על זהות היורים. בנוסף, וכפי שיפורט להלן, הסתפקה מצ"ח בחקירה "רזה" ונטולת משמעות אמיתית. במסגרת החקירה נגבו עדויות מאביו של הפעוט ומשני מפקדי גדוד מגזרת זיוונית. בתיק מצויים גם יומני מבצעים מיום האירוע ומימים סמוכים לאחריו, יומנים שנאספו בוודאי כבר בשלב הבירור, עוד טרם פתיחת החקירה. חלקים מסוימים מהחומר מחוקים או בלתי קריאים.

ממצאי החקירה

9. בעדותו במצ"ח חזר האב על פרטי התלונה. הוא סבור כי הירי לעבר גג הבית בוצע מכיוון מערב, מעמדה צבאית סמוכה, כ-250-300 מטרים מול גג הבית, כאשר החיילים "תמיד שם". הוא הוסיף כי לא היו חילופי אש או אירוע חריג בשכונה באותה עת.
10. עד נוסף שחוקר מצ"ח בחר לתשאל הוא סא"ל עמוס, מפקד גדוד 7056. מתרשומת התשאול מתברר כי חוקר מצ"ח הגיע לתשאול בלתי-מוכן, ואף לא היה מודע, כנראה, לכך שלפי החומר הכתוב בתיק גדוד 7056 תפס אחריות בגזרה רק בשעות אחר-הצהרים של יום האירוע, בעוד שהפעוט נהרג בשעות הבוקר. על-כל-פנים, סא"ל עמוס אינו זוכר את האירוע, ואף אינו זוכר כלל היכן נמצאת שכונת "אלאמל". הוא אינו בטוח שהיא בגזרת הגדוד. הוא מסר בעדותו כי הגדוד עליו פיקד תפס אחריות על הגזרה ביום האירוע בשעה 14:00. לפיכך, האירוע, משעה 07:30 בבוקר, כלל אינו רלבנטי לגדוד שלו, אלא לגדוד "צבר". סא"ל עמוס הוסיף כי על גזרת שכונת "אלאמל" היה אחראי מ"פ מסוים. ככל שמבוצע ירי בגזרה, הוא מדווח לחטיבה וכמו כן נרשם ביומן המבצעים ובדו"ח שד"ף (או שד"ל, שכן הכתוב אינו ברור).
11. דו"ח בוקר אוגדת עזה לתאריך ה- 3.10.2003 מלמד, כי גדוד 7056 לא שהה בגזרת האירוע, אף מבלי להיזקק לעדותו של סא"ל עמוס. במסמך נאמר כי "גדוד 7056 תפס אחריות בגזרת זיוונית כחליף לגדוד ... [מחוק] שיצאו לאימוץ". חוקר מצ"ח בחר בכל זאת לגבות עדות שאינה דרושה, תוך התעלמות ממסמך שנרשם בזמן אמת ושהיה מונח לפניו.
12. עדות נגבתה גם מסא"ל רונן, לא ברור מאיזה גדוד, שאף הוא אינו זוכר את האירוע. הוא אינו בטוח האם הגדוד שלו שהה בגזרת זיוונית במועד האירוע. הוא הסביר כי במהלך חודש

אוקטובר, שבראשיתו אירע האירוע נשוא התלונה, הוחלף הכוח לזמן מסוים ע"י גדוד אחר, הוא גדוד 7056. העד אישר כי שכונת "אלאמל" מצויה בגזרת זיוונית. הוא הוסיף כי בסמכות מ"פ, מג"ד או מח"ט לאשר ירי, וכי היה מ"פ שפיקד על גזרת השכונה. הוא ציין כי באותה תקופה הוראות פתיחה באש היו "יותר מתירניות", אך הדגיש כי אין מאשרים ירי "לעבר לא חמוש ביום". סא"ל רונן הבהיר עוד כי "הגיוני" שהיה איסור לעלות לגג. כאשר מישהו בכל זאת עלה לגג, ירו לעבר חומת מפגע, לעבר הקרקע, למרחק 20-30 מ' הקרובים לעמדה. מעבר לנרשם ביומן המבצעים, הוא אינו מכיר תיעוד נוסף לנעשה בגזרה.

13. על טיבו של אותו ירי "מתירני" נמצאנו למדים מיומן המבצעים ומדו"ח הבוקר ליום 02.10.2003. מהרישום הנוגע לגדוד זיוונית עולה כי בשעה 17:20 "ע' אדום בזיוונית זיהתה 3 ילדים ומבוגר במזבלה. ביצעו אזהרה והם ברחו". מהרישום הנוגע לגדס"ר נמצא כי בשעה 11:26 "ע' צפ' דקל זיהתה אדם על גג הבית המחורר. ביצעו התראתי, אבד קשר עין". בשעה 11:38 "יקינגטון זיהו כמה ילדים שנכנסו לערוץ הצפוני. ביצעו אזהרה והם ברחו".

הדפים הרלבנטיים מיומן המבצעים ליום 02.10.2003 מצורפים ומסומנים נספח א'1-א'2.

14. זאת ועוד, ירי מסוג זה אינו מעשה חד-פעמי אלא פרקטיקה נוהגת. מהרישומים ליום 04.10.2003, המתייחסים לגזרה הדרומית, עולה כי בשעה 07:45 "זיהה 2 נערים בשטח האב"מ מולו. ביצע ירי אזהרה והנ"ל התרחקו". בשעה 12:00 "זיהה 5 אנשים נכנסים למזבלה... בוצע ירי אזהרה והנ"ל התרחקו". בשעה 12:15 "זיהה מס' ילדים 10 מ'... בוצע ירי אזהרה והנ"ל התרחקו".

הדף הרלבנטי מיומן המבצעים ליום 04.10.2003 מצורף ומסומן נספח ב'.

ניתוח הממצאים ונימוקי הערר

15. הגם שהחקירה רחוקה מלהיות ממצה, על יסוד ממצאיה - יומן המבצעים והעדויות - ניתן להגיע למסקנות הבאות:

- א. לכאורה בוצע ירי לעבר גג ביתה של משפחת בדרסאוי מכיוון העמדה הצבאית הסמוכה.
- ב. אפילו לא תועד הירי ביומן המבצעים, הראיות מלמדות על הוראות פתיחה באש "מתירניות" ועל ביצוע ירי התראתי בתחומי הגזרה לעתים קרובות. ירי אזהרה מבוצע גם במהלך שעות היום, לרבות לעבר ילדים שאינם חמושים ולעבר אלה היוצאים אל גגות בתיים בשעת איסור.
- ג. יתכן כי הגזרה, כולה או מקצתה, הוגדרה על ידי הצבא כאב"מ - אזור בטחון מיוחד - שבגבולותיו כולם "בני מוות", אדם חמוש או בלתי חמוש, ילד או מבוגר.
- ד. החיילים ששהו בעמדה הצבאית במועד האירוע ביצעו לכאורה ירי בהתאם להוראות מ"פ, ואו בהתאם להוראות פתיחה באש "מתירניות". ירי זה אף יכול שהתבצע בחריגה מההוראות.

ה. גדוד 7056 עליו פיקד סא"ל עמוס לא שהה בגזרה בזמן האירוע. עדות המג"ד מיותרת ומצביעה על רשלנות החוקר.

- ו. לא ברור האם הגדוד שעליו פיקד סא"ל רונן שהה בגזרה בזמן האירוע.
- ז. לא נחקרו חיילים ברמת השטח אשר שהו בעמדה הצבאית, בין אם נמנו על גדוד "צבר", על גדוד 7056, או על גדוד אחר. בסופו של יום, **נחקר מפקד אחד בלבד**, אשר כלל לא **שהה בעמדה הצבאית**, שכן על הגזרה הספציפית פיקד מפקד הפלוגה ולא מפקד הגדוד.
- ח. מ"פ מסוים הוא שהיה אחראי על גזרת שכונת "אלאמל" ואף הוסמך לאשר ירי בתחומי הגזרה. גם הוא לא נחקר.
- ט. לבד מיומן מבצעים ודו"ח בוקר של האוגדה, לא נאספו מסמכים נוספים בעלי ערך שזכרו בהודעות העדים. דיווחי ירי מאותו יום שנשלחו לחטיבה, דו"ח שד"ף והוראות הפתיחה באש אינם מצויים בתיק.

16. התמונה המתקבלת מניתוח הממצאים בתום החקירה - מטרידה ביותר. לכאורה, קיימות ראיות לכך שחיילים הרגו את הפעוט על-ידי שירו לעבר גג בית המגורים של המתלוננים, שם הוא שיחק. ברם, לא נעשה ניסיון רציני לאסוף ראיות נוספות על מנת לאשש או להפריך את החשדות. התיק נסגר תוך ביטול מוחלט של האפשרות לפיה בוצע ירי כלשהו במועד ובמקום האירוע, בעוד ברי כי **ירי התראתי באותה גזרה בוצע אז כדבר שבשגרה**.

17. שנה וחצי לאחר האירוע ניאוחו ראיות הצבא לפתוח בחקירה, הודיעו על כך לבג"צ וביקשו לדחות את העתירה שהוגשה בנושא. ואולם, עתה מתברר כי לא בוצעה חקירה משמעותית ואפקטיבית, אלא חקירה רשלנית וכלאחר יד, המתעלמת מקצות חוט אפשריים. החומר שנאסף בחקירה לא מעלה ולא מוריד, ומותר את המתלוננים במצב בו היו ערב הגשת העתירה. העדויות שנגבו והחומר שנתפס אינם מוסיפים על שהיה ידוע כבר בשלב הבירור ובטרם נפתחה חקירה. דפי המבצעים ודו"ח הבוקר הרי היו מצויים מלכתחילה ברשות הצבא ולא היה בהם לספק את ההסברים הנדרשים. גם עדויות מפקדי הגדודים אינן מוסיפות מידע משמעותי, שהרי אחד כלל לא שהה בגזרה, והשני לא שהה בעמדה הצבאית הסמוכה לבית וממילא אינו בקיא במה שהתרחש. אפילו מצביעות עדויות המפקדים על חיילי העמדה ועל מפקד הפלוגה כעדים שעשויים לשפוך אור על הפרשה ולהביא לגילוי האמת, לא נעשה מאמץ לאתרם ולהמשיך ולחקור בכיוון הנחוץ.

18. אכן, ספק אם המונח "חקירה" תואם את מהלכיה של מצ"ח בתיק זה. רק על מנת לסבר את האוזן - האם כך ניתן לכנות את ההליך במסגרתו לא נחקר אפילו חייל אחד שהיה בעמדה הצבאית, או שעשוי היה להימצא בה? האם ניתן להסתפק באמירות המפקדים שכלל אינם בטוחים ששהו במקום האירוע במועד הרלבנטי ואינם יודעים מה התרחש בגזרתם? האם יעלה על הדעת שהמפקדים אינם יודעים כיצד נרשם ומתועד הנעשה בגזרתם? האם ביקש החוקר לרענן את זכרונם של המפקדים ולעמתם עם תרשימי האיזור, צילומי אוויר, פקודות והוראות ועם פרטי יומן המבצעים? היתכן שלא נמצא תיעוד, בשום מקום, של הפקודות, לרבות הוראות פתיחה באש? האם יתכן שאין תיעוד מוקלט של הקשר הצבאי בעמדה הצבאית מאותו היום? האם נעשו בדיקות שמא נקלטה אינדיקציה כלשהי לירי באמצעי

הניטור והמעקב שהצבא מפעיל באותו אזור (כולל מהאוויר)? האם נעשה שימוש באמצעים סמויים או מודיעיניים לקבלת מידע מחיילי היחידה ששהו בגזרה במועד האירוע? למרבה הצער, התשובה לכל אלה, ככל הנראה, שלילית.

19. החקירה בתיק סוטה איפוא באופן בוטה מסטנדרט חקירה סביר. אין די בניהול חקירה באופן פורמאלי. משנפתחה חקירה, עליה להיות אפקטיבית. יפים בהקשר זה דברי בית המשפט בת"א (שלום י-ם) 7808/96 **בוטמה נ' מדינת ישראל** (פורסם ב"נבו", 01.07.1998), שם נקבע כי מצ"ח לא ביצעה חקירה של ממש:

"אכן נעשתה פעולת חקירה, אכן בוצעו בה 38 פעולות אלא מאי, כולן היו טחינת חול, במקום לבצע מספר פעולות בסיסיות שב הקצין החוקר וביצע אותן פעולות חסרות תוחלת... הודעות התובעים במשטרה היו בפני חוקר מצ"ח, בהודעות היו פרטים מלאים (או כמעט מלאים) בנסיבות אלו הדעת נותנת שמצ"ח תזמן לחקירה את כל החיילים שערכו את החיפוש בבתי התובעים הספציפיים, דומה שזו פעולת חקירה בסיסית כל כך שכל אמירה לגביה פשוט מיותרת, אך למרבה התדהמה פעולה בסיסית זאת לא נעשתה" (פס' 7 לפסק הדין).

(על החובה לחקור באופן יעיל וסביר ראו גם: ע"א 361/00 **ד'אהר נ' סרן יואב**, פ"ד נט(4) 310 (2005); תפ"ח (מחוזי י-ם) 3043/00 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-מח 2)2001 4887 (2001); ת"פ (שלום י-ם) 770/94 **מדינת ישראל נ' זר**, תקדין-של 2)1996 341 (1996); ע"מ 28/04 **סמ"ר ב.ס. נ' התובע הצבאי הראשי** (פורסם ב"נבו", 14.07.2004)).

20. הדרישה לחקור בצורה אפקטיבית נגזרת גם ממחויבויותיה של מדינת ישראל מכוח המשפט הבינלאומי של זכויות האדם והמשפט הבינלאומי ההומניטארי. חקירה כהלכה היא ערובה לשלומם של מוגנים, לכבודם ולזכותם להליך הוגן, שעה שזכות מזכויותיהם המהותיות נפגעה. בית הדין האירופי לזכויות אדם התייחס, במספר הזדמנויות, לסטנדרט הראוי בחקירת מקרי מוות. נקבע כי לבד מן הצורך לפתוח בחקירה בזריזות הראויה, על החקירה להיות כזו שתאפשר לקבוע האם השימוש בכוח הקטלני היה מוצדק, ולהוביל לזיהוי האשמים ולהענשתם. בית הדין הבהיר כי אין מדובר בחובה להגיע לתוצאה הנוכרת, כי אם בחובה לנקוט באמצעים. על הגוף החוקר לנקוט אמצעים סבירים להשגת הראיות הרלבנטיות, ובין היתר, לחקור עדי ראיה, למצוא ראיות פורנויות ולקבל לידיו דו"ח נתיחה שלאחר המוות. כל פגם בחקירה, אשר בעטיו לא ניתן לקבוע את סיבת המוות או מיהו האחראי למוות, עלול להוביל למסקנה כי החקירה לא התנהלה בסטנדרט הראוי (ראו לדוגמה: *Kakoulli v. Turkey*, 45 E.H.R.R. 15 ECHR (2008); *Bazorkina v. Russia*, 46 E.H.R.R. 15 ECHR (2007); *Ozkan v. Turkey*, (21689/93) (unreported) ECHR (2004)).

21. החקירה שנעשתה בענייננו אינה הולמת את הסטנדרט הראוי, כפי שפורט לעיל. תוצאות המחדל אינן מצטמצמות אך לסגירת התיק הנדון. העדר חקירה, או חקירה רשלנית, מעודדים התנהגות עבריינית. במצב דברים בו קשה להניח כי תתבצע חקירה אפקטיבית, בעקבותיה ייתפסו האשמים והדין עמם ימוצה, לא יחששו חיילים מלהפר את החוק הפלילי הישראלי והבינלאומי. סובלנות, ולו למראית עין, כלפי מעשים בלתי חוקיים מזמינה הפרות חוק נוספות ופוגעת באמון הציבור באכיפת החוק. הנה כי כן, לא ניתן להקל ראש בחשיבותה

של חקירה אפקטיבית, והדבר נכון ביתר שאת כאשר מדובר בביצוע עבירות חמורות כנגד מוגנים, ובכלל זה ירי קטלני לעבר קטין, פעוט בן שנה וחמישה חודשים.

הסעד המבוקש

22. לפיכך מתבקש להחזיר את התיק למצ"ח להשלמת החקירה ולהורות, בין היתר, כדלקמן:
- א. להבהיר את הרלבנטיות של הרישומים ביומן המבצעים ובדו"חות לגזרת שכונת "אלאמל". יש להבהיר האם הדיווחים אודות ירי התראתי מתייחסים לגזרה זו.
 - ב. לברר באילו תדירות ובאילו נסיבות בוצע ירי אזהרה בגזרת השכונה. יש להוסיף ולברר האם יתכן כי בוצע ירי במועד האירוע שלא תועד ביומן המבצעים או במקום אחר.
 - ג. להשלים את התייעוד בנוגע לנעשה בגזרה ביום ה-02.10.2003. נדרש לאתר ולעיין בדו"ח החטיבה, דו"ח שד"ף, צילומי אוויר ובמקורות נוספים היכולים להעיד על ביצוע ירי בשכונת "אלאמל" באותו יום.
 - ד. לחקור ולהבהיר את מיקומה המדויק של העמדה הצבאית ביחס לבית המתלוננים, את סוג הפעילות בעמדה והתחמושת המצויה בה.
 - ה. על-פי הרישום והתייעוד המצויים ברשות הצבא, לברר ולאתר את זהות הגדוד ששהה בגזרת שכונת "אלאמל" במועד הרלבנטי לאירוע.
 - ו. לאתר את החיילים ששהו בעמדה הצבאית באותה עת ולחקרם, בין היתר, בשאלות, האם בוצע ירי מהעמדה או ממקור אחר במועד הרלבנטי, או בסמוך לו; על-ידי מי אושר הירי; מה היו הוראות הפתיחה באש באותה עת, בדגש על הנחיות בדבר ירי אזהרה ואב"מ (איזור בטחון מיוחד).
 - ז. לאתר את מפקד הפלוגה שפיקד על גזרת השכונה ביום האירוע ולחקרו בשאלות אלו.
 - ח. לקבל את הוראות הפתיחה באש הרלבנטיות ולהבהיר האם, ככלל, ירי התראתי לעבר גגות בתי מגורים היה מותר באותה גזרה ובאותו מועד.

סיכום

23. בשולי הערר, לא ניתן להתעלם מהתנהלות מצ"ח והפרקליטות הצבאית במקרה זה. התנהלותן נושאת חומרה מיוחדת ומתמשכת. מלכתחילה, האירוע נשוא התלונה לא זכה לתשומת הלב המתאימה ולא טופל כיאות על-ידן. ככל הידוע, לא ערך הצבא תחקיר מבצעי לגבי האירוע, או כל בדיקה אחרת, הגם שמדובר באירוע ירי קשה ומצער, בעקבותיו נהרג פעוט על לא עוול בכפו. רק עתירה לבג"צ היא ששכנעה את הפרקליטות לצאת מאדישותה ולהורות למצ"ח לחקור. במשך שנתיים וחצי שקדו מצ"ח והפרקליטות על חקירה וכתובת חוות דעת בתיק. כל שנעשה בתקופה זו מסתכם בגביית שלוש הודעות. שתיים מהן אינן רלבנטיות, והסבר כלשהו מצד הרשויות למותו של הפעוט - א"ן. דווקא לאור מחדלי העבר, ראוי היה כי בסופו של ענין תתבצע חקירה כנה ורצינית, וכי הפיקוח על אופן ביצועה ירפא ולו מקצת מהפגמים שדבקו בהתנהגות הרשויות. ואולם, הדבר לא נעשה.

24. כשמדובר בחשד חמור כמו בענייננו הכרחי לשקוד על חשיפת האמת באמצעות חקירה פלילית אמיתית, כזו הנעזרת באותם אמצעים המקובלים בחקירות פליליות: אמצעי מודיעין ומעקב, תרגילי חקירה וכיוצא באלו. נאיבי לחשוב, שניתן להגיע לחקר האמת באמצעות תשאולים חלביים של קצינים שאין להם ידיעה אישית לגבי מה שהתרחש במקום מסוים, תשאולים שהחוקר מגיע אליהם בלתי מוכן וללא היכרות עם הנתונים שכבר נאספו. מאחר שאיננו סבורים שמצ"ח לוקה בנאיביות, הרי שאם לא תתקיים כאן חקירה כהלכה, לא ניתן יהיה אלא להגיע למסקנה הקשה, אך הבלתי נמנעת, שיש עניין שלא להגיע לחקר האמת במקרה דנן.

25. לאור כל האמור, יש לקבל את הערר ולהורות על השלמת החקירה בהתאם לאמור בסעיפים 19 ו-22 לעיל. בסיום החקירה, ככל שיימצאו חשודים בירי, יש לפעול להעמדתם לדין.

26. אנו שוקלים המשך צעדינו המשפטיים, לרבות פנייה לבג"צ. נא הודיענו החלטתך בהקדם.

בכבוד רב,

אלון מרגלית, עו"ד

לוט: נספחים א-ב.