



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9594/03

בפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת א' חיות

העותרות: 1. בצלם- מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם
בשטחים
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

המשיב: הפרקליט הצבאי הראשי

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ו' בטבת התשס"ד (31.12.2003)
ז' בתמוז התשס"ה (14.07.2005)
ב' באייר התשס"ו (30.04.2006)

בשם העותרות: עו"ד לימור יהודה; עו"ד נועה שטיין;
עו"ד פאטמה אלעג'ו; עו"ד דן יקיר

בשם המשיב: עו"ד שי ניצן

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

העתירה שלפנינו הופנתה כנגד מדיניות הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר או המשיב), לפיה נמנע מפתחה בחקירת מצ"ח (משטרה צבאית חוקרת), להבדיל מקיום תחקיר מבצעי, בנסיבות בהן נהרגו אזרחים פלסטינים כתוצאה מפעילות כוחות הביטחון, באזור יהודה ושומרון וחבל עזה.

1. העתירה הוגשה עוד בשנת 2003, לאחר שמאז שנת 2000 בעקבות אירועי "גאות ושפל" התנהלה בתוך שטח ישראל פעילות טרוריסטית אכזרית שכוונה כנגד אזרחים ותושבים במדינה. הטרור הביא להרג אזרחים תמימים ללא הבחנה - גברים, נשים וטף - וקרבותיו היו כל הנקלעים לזירת היעד של המחבלים. הטרור היכה אז בכל גזרה, ומחבלים מתאבדים, פצצות אדם, פגעו ביעדים אזרחיים מובהקים - אוטובוסים, מסעדות ובתי-קפה, שווקים ומרכזי קניות. הטרור לא פסח גם על בתיהם של האזרחים. המלחמה כנגד הטרור הייתה שונה מהמלחמה "הקלאסית" המוכרת מן העבר שהתנהלה בין צבאות שנלחמו זה בזה. הפעילות הטרוריסטית יצאה מתוך אוכלוסיה אזרחית שבקרבה מצאו המחבלים מסתור מבלי להתחשב בכך שהם מסכנים אוכלוסיה זו והלחימה במקום בו מצויה אוכלוסיה אזרחית הציבה גם אוכלוסיה תמימה ב"קו האש". הפעילות כנגד הטרור גרמה לקרבות בנפש מעברו השני של המתרס.

2. הרקע להגשת העתירה נעוץ באותה תקופה מרה וטענתם המרכזית של העותרים הייתה, כי הפצ"ר, המופקד על אכיפת החוק בצבא, שינה מהמדיניות שהייתה נהוגה בעבר עוד בתקופת האינתיפאדה הראשונה, ולפיה נהג להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח בכל מקרה שבו הגיע לידי מידע על הריגת אזרח פלסטיני בידי כוחות הביטחון בעת פעילותם באיו"ש או בחבל עזה. העתירה הופנתה כנגד שינוי מדיניותו זו של הפצ"ר בעקבות האירועים שהחלו בספטמבר 2000.

בעת הגשת העתירה ביום 27.10.2003 קבעו נהלי צה"ל, כי אמצעי הבירור הראשוני במקרים שבהם נפגעו תושבים פלסטינים כתוצאה מפעילות צה"ל הוא התחקיר המבצעי. התחקירים, בצירוף פניות ארגוני זכויות אדם, כתבות מהעיתונות וכל חומר אחר המצוי ביחס לאירוע, הועברו באותה תקופה לפרקליטות הצבאית ונבדקו על ידה. רק אם עלה חשד מהחומר להתנהגות פלילית מצד החיילים המעורבים, ניתנה הוראה לפתוח בחקירת מצ"ח. לאחר הגשת העתירה וככל הנראה בעקבותיה, וכתוצאה משינוי העיתים, חלו שוב שינויים משמעותיים במדיניות הפצ"ר ואלה צמצמו את יריעת הדיון עד כדי מיצוי העתירה. נפרט להלן, את ההשתלשלות שהביאה לתוצאה אשר ייתרה את העתירה.

3. העתירה המקורית הייתה בעלת שני ראשים. בראש הראשון העלו העותרות טענה מהותית בנוגע למדיניות צה"ל בתחום חקירות אירועי מוות של אזרחים פלסטינים כתוצאה מפעילות כוחות הביטחון. העותרות ביקשו כי נורה לפצ"ר ליתן טעם מדוע לא יורה על חקירת מצ"ח בכל מקרה שבו הובא לידיעתו דבר מותו של אזרח

פלסטיני אשר לא נטל חלק בפעילות לחימה במהלך פעילות צה"ל באזור, וזאת בתוך פרק זמן סביר מקרות האירוע.

לטענת העותרות, כפי שהועלתה בעתירה המקורית, מאז תחילת האינתיפאדה השנייה, בספטמבר 2000, ועד למועד העדכון האחרון, ביום 26.02.2008 - משך שבע שנים וחצי - נהרגו על ידי כוחות הביטחון אלפי פלסטינים, ומתוכם - כך הטענה, על פי תחקיריהן - נהרגו 2,000 אזרחים פלסטינים שלא היו מעורבים בפעילות טרור. אליבא דעותרות, המספר הגבוה של מקרי המוות מעלה חשש להתנהגות פלילית של מי מהחיילים המעורבים באירועים. לא ייתכן, כך העותרות, כי מותם של כה רבים נגרם, בכל המקרים, כתוצאה מפעילות של חיילי צה"ל שהייתה כדין. העותרות תמכו טענותיהם בדוחות ארגוני זכויות אדם בינלאומיים, שקבעו כי מרבית מקרי המוות נגרמו עקב שימוש מופרז בכוח מצד חיילי צה"ל כלפי מפגינים וזורקי אבנים וכן ירי והפגזות חסרי הבחנה. לפיכך טענו העותרות כי מוטלת על ישראל, באמצעות גופי החקירה הצבאיים או האזרחיים שלה, החובה לנהל חקירה רשמית, עצמאית ויסודית בנוגע לחשש זה, להזימו או להגיש בעקבות החקירה כתבי אישום נגד הנוגעים בדבר. חובה זו נגזרת, כך העותרות, מהמשפט הפנימי הישראלי, המגדיר את הזכות לחיים כזכות יסוד ומהשאפה להגביר את שלטון החוק ולקדם אחריותיות (Accountability) לגבי עבירות שבוצעו, אם וככל שבוצעו, באמצעות העמדה לדין וענישה מתאימה; זאת אף נוכח החובות המוטלות על ישראל במסגרת הדין הבינלאומי ההומניטארי. לפיכך ביקשו העותרות, כי בדומה לנוהל שהיה נהוג במהלך האינתיפאדה הראשונה, תיפתח חקירת מצ"ח בנוגע לכל מקרה מוות של פלסטיני במסגרת פעילות צה"ל, למעט במקרים של מעורבות המנוח בפעילות חבלנית עוינת. לטענת העותרות, חקירת האירוע באמצעות תחקיר צבאי פנימי, כפי שנעשה עד להגשת העתירה, אינה מספקת, בשל בעיות שונות שלדעתן מצויות בתחקיר. בעיות אלה הן בעיקר שתיים: העובדה שהתחקיר מתבצע על ידי חיילים שאינם מומחים לחקירה פלילית ולפיכך עלולים להחמיץ ראיות חשובות לבירור המקרה; ועל ידי החיילים המעורבים בפעולה הנחקרת, באופן המעמיד אותם בניגוד עניינים ועלול להוביל לחוסר אובייקטיביות מצידם בחתירה לגילוי האמת, או במקרים חמורים לניסיונות טיוח של ממש. נוכח בעיות אלה, טענו העותרות כי ההסתמכות על התחקיר הצבאי הפנימי בהחלטה האם לפתוח בחקירת מצ"ח אינה ממלאת את החובה המוטלת על ישראל לחקור מקרי מוות של אזרחים פלסטיניים שנגרמו כתוצאה מפעילותה הצבאית באזור.

במסגרת ראשה השני של העתירה, הציגו העותרות באופן פרטני שמונה מקרי מוות של אזרחים בלתי מעורבים, שנהרגו מאש צה"ל במהלך שישה אירועים שונים. לטענת העותרות, הנסיבות שהובילו למותם של האזרחים מצדיקות פתיחה בחקירה פלילית. העותרות טענו כי אי פתיחת חקירה, והתנהלותו של צה"ל באירועים אלה באופן כללי, משקפים את התנהלותו הבעייתית הכללית ביחס למוות של אזרחים פלסטינים. לפיכך, ביקשו העותרות מבית המשפט להורות על פתיחת חקירה פלילית לגבי האירועים המפורטים בעתירה.

4. בתגובתו המקדמית לעתירה, שהוגשה ביום 24.12.2003, ביקש המשיב כי נדחה את העתירה כולה על הסף משני טעמים. ביחס לטענה הפרטנית העוסקת במקרי המוות המפורטים בעתירה, טען המשיב כי העותרות כורכות שש עתירות בהן הרקע העובדתי שונה, בעתירה אחת. לפיכך טען, כי יש לדחות את העתירה על הסף ולאפשר לעותרות להגיש עתירות נפרדות, אם ישנו בסיס לכך. בהתייחסו למקרים לגופם ציין המשיב, כי במקרים מסוימים העתירה מוקדמת, משום שעוד לא התקבלה החלטה סופית בנוגע לחקירת המקרה על ידו; ובנוגע לאירוע אחד מתוך ששת האירועים המופיעים בעתירה, הרי שהיא מתיירת משום שהוחלט, ימים מספר טרם הגשת העתירה, לשנות מהחלטתו המקורית של הפצ"ר ולפתוח בחקירת מצ"ח.

ביחס לסוגיה העקרונית של מדיניות החקירה, העלה המשיב טענת סף הנוגעת לכלליות הסעד המבוקש. לטענתו, היות ומדובר בעניין שבשיקול דעתו של המשיב, הרי שאין מקום להורות על פתיחה אוטומאטית בחקירה בכל מקרה בעל מאפיין מסוים (בענייננו – כל מקרה שבו נגרם מותו של אזרח פלסטיני). הוראה כזו, כך לטענת המשיב, משמעה התפרקותו משיקול דעתו בתחום זה והפיכת סמכות הרשות שנתונה לו לסמכות חובה. כמו כן, עלולה קבלת העתירה להוביל לביצוע חקירות מיותרות.

5. ביום 31.12.2003 התקיים דיון ראשון בעתירה, בהרכב השופטים מ' חשין, ד' דורנר ו-מ' נאור, בו נתחמו גבולותיה של העתירה. נוכח תגובתו של המשיב באשר לשלבים השונים של בדיקה הנערכת על ידו לגבי כל אחד מהמקרים, התבקשו העותרות להסיר את ראשה השני, הפרטני, של העתירה, ולהתמקד בעניין העקרוני. בנוגע למקרים הנקודתיים נותרה בידי העותרות האפשרות לשוב ולעתור כנגד החלטות המדינה בעת המתאימה ולאחר שיתקבלו על ידי המשיב החלטות סופיות בכל מקרה. יצוין, כי בחלק מהמקרים הדבר אמנם נעשה, ובחלק מהמקרים הסתפקו הנפגעים במקרים הפרטניים בהגשת תביעות אזרחיות לפיצוי בגין מות יקיריהם (ראו למשל ע"א 3991/09 מדינת ישראל - משרד הביטחון נ' עיזבון המנוחה פאטמה אבראהים עבדאללה

אבו סמרה ז"ל (טרם פורסם, 8.11.2010)). בנוגע לראשה הראשון, העקרוני, של העתירה המתייחס למדיניות הפתיחה בחקירות, התבקש המשיב להגיב ולפרט את טיעונו לגופו של עניין.

בהודעתו המשלימה המתייחסת לטענה העקרונית הנוגעת למדיניות החקירה, העלה המשיב שתי טענות המצטברות לעמדתו הכללית, לפיה אין כל פגם בנהלים הקובעים כי ההחלטה האם לפתוח בחקירה פלילית תתקבל בכל מקרה לגופו, ולא באופן אוטומטי כפי שנעשה בעבר. ראשית, טען המשיב כי קיים שוני מהותי ורלוונטי בין האינתיפאדה הראשונה לבין האינתיפאדה השנייה. בעוד שבמהלך האינתיפאדה הראשונה התמודד צה"ל בעיקר עם הפרות סדר "אזרחיות" – הפגנות שנערכו בשטחים שהיו תחת שליטתו המלאה ובהשתתפות תושבים בלתי חמושים, שלא העמידו, ככלל, את כוחותיו במצב של סיכון חיים, הרי שבאירועי האינתיפאדה השנייה ובעימות הנמשך מאז מתמודד צה"ל עם ארגוני טרור ועוסק בלחימה של ממש. אופי שונה זה של פעילות משפיע, לטענת המשיב, על משמעותה של החובה לחקור המוטלת על ישראל בדין הבינלאומי. במקרים אלו של פעולות לחימה, אין הצדקה לראות בכל מקרה מוות של אזרח פלסטיני ראשית ראייה לקיומה של התנהגות המצדיקה פתיחת חקירה פלילית.

שנית, טען המשיב כי הליכי החקירה שהתבצעו על ידו מספקים, ככלל, את החובה לחקור מקרי מוות, כאשר היא אמנם מתעוררת. במסגרת הליכים אלה – בהתאם לנהלים שהיו קיימים עובר להגשת העתירה – קיבל המשיב את ההחלטה לפתוח בחקירה על בסיס החומר הרלוונטי הנאסף בעניין, הכולל את התחקיר הצבאי הפנימי, תלונות שהוגשו למשיב על ידי גורמים חיצוניים (ובהם העותרות עצמן), פניות מגורמים דיפלומטיים, דיווחים בתקשורת ועוד. לטענת המשיב, הליך קבלת ההחלטה, המבוסס על בחינת כל מקרה ומקרה, מתיישב עם הפסיקה הישראלית בנושא, עם הדין הבינלאומי ועם הפרקטיקה הדומה שבה נוקטים צבאות זרים המעורבים בלחימה מול ארגוני טרור. כך, הפנה המשיב לסעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי המעגן את השימוש בתחקיר המבצעי, ולפסיקה העניפה הבוחנת את מוסד התחקיר המבצעי וקובעת כי הוא הכלי המתאים לבירור אירועים המתרחשים במסגרת צבאית (ראו למשל בג"ץ 4550/94 ניסים אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, מט (5) 859 (1995)). בנוסף טען המשיב, כי פתיחת חקירה בגין כל מקרה שבו נהרג אזרח פלסטיני מירי כוחות צה"ל אינה אפשרית באופן מעשי בשל העומס הרב שתטיל על המערכת.

6. ביום 14.07.2005 קיימנו דיון שני בעתירה. במסגרת הדיון שבו והדגישו העותרות את מספרן הזעום של החקירות שנפתחו למול מספרם הרב של מקרי המוות של אזרחים לא מעורבים, וכן חזרו והעלו טענות לעניין התחקיר המבצעי, שנועד להסקת מסקנות מבצעיות ולא לחשיפת האמת. בא כוח המשיב ציין את ההשפעה השלילית שעלולה להיות להחלטה לפתוח מלכתחילה בכל מקרה בחקירה פלילית, הן בפן המעשי של הצפת המערכת בפעילות מיותרת והן מבחינת ההשפעה שתהיה להחלטה כזו על החיילים בשטח, שיהססו לפעול משום התוצאות המשפטיות הצפויות. עוד טען בא כוח המשיב כי נוכח שינויים בשטח שנבעו בין היתר מהמצב המדיני באותה העת, ניכר שינוי בגישה ונטייה רבה יותר לפתוח בחקירות מצ"ח. לכך ענה בא כוח העותרות כי שינוי זה אינו מחלחל לשטח, והיעדר מיצוי הדין עם הפוגעים באזרחים חפים מפשע מעביר לחיילים מסר של סלחנות כלפי מקרים כאלה. בתום הדיון ובהמשך לטיעוני הצדדים הורינו על קידום מנגנון דיווח שישפר את מסד הנתונים שעל בסיסם מקבל המשיב את ההחלטה באשר לפתיחה בחקירה.

בעקבות החלטה זו מסרו העותרות טענותיהן והצעותיהן לגורמים האמונים על גיבוש מנגנון דיווח חדש, ובהמשך לכך אושר בשנת 2005 על ידי הרמטכ"ל "נוהל דיווח על אירועים במסגרתם נפגעו אזרחים פלסטיניים" (נספח א' להודעה המשלימה מטעם פרקליטות המדינה מיום 28 נובמבר 2005) (להלן: נוהל הדיווח). על פי נוהל הדיווח, "בכל מקרה בו נהרג או נפצע בלתי מעורב כאמור, ידווח האירוע בנוהל חמ"לים מיידי ללשכת הרמטכ"ל, לאמ"ץ ולפצ"ר. דיווח כאמור יועבר לא יאוחר מ-48 שעות ממועד האירוע (ההדגשה במקור - ד.ב.). בנוסף, קובע נוהל הדיווח את דרכי התיעוד של זירת האירוע, ואת האופן בו יש לשמר את החומר הרלוונטי לחקירה פלילית, אם תיפתח. עם גיבושו של נוהל הדיווח, הצטמצמה זירת המחלוקת בין העותרות והמשיב. גם העותרות עצמן לא חלקו על כך שנוהל הדיווח משקף שיפור בהתנהלות הצבא בנוגע לאירועי מוות של אזרחים, אך הן מיקדו את ביקורתן בערכו היישומי של הנוהל. כך, הביעו העותרות חשש ממשי בנוגע לאופן איסוף הנתונים הראשוניים שיעמדו בבסיס החלטתו של הפצ"ר, וישמשו בחקירה פלילית אם תיפתח כזו. לטענתן, הטלת איסוף החומר על היחידה הצבאית בשטח עלולה להוביל לאיסוף לא מספק שיפגע באופן בלתי הפיך ביכולת לחקור את האירוע מאוחר יותר. בנוסף, ביקשו העותרות להגביל בזמן את אפשרות קבלת ההחלטה בעקבות הפעלת הנוהל, כך שבכל מקרה תתקבל החלטה בנוגע לפתיחת חקירה פלילית בתוך מסגרת זמן מוגבלת.

7. לאחר דברים אלה, ביום 06.04.2011 הגיש המשיב הודעה מעדכנת מטעמו (להלן: ההודעה המעדכנת). בהודעה זו הבהיר המשיב כי לגישתו חלו באזורים

הנידונים בעתירה שינויים מרחיקי לכת שהובילו לשינוי מדיניותו. כך, ברצועת עזה נוצר, לשיטת המשיב, מצב משפטי חדש בשל סיום התפיסה הלוחמתית של אזור זה, לצד תפיסת השלטון שם על ידי ארגון החמאס. העימות המזוין באזור זה מתנהל כעת, לשיטת המשיב, מול גורם שלטוני המצויד בכוחות מזוינים, ולפיכך אין מדובר עוד על לחימה בכוחות אזרחיים או אזרחיים באופן חלקי. כשטחי יהודה ושומרון ציין המשיב, כי בתקופה האחרונה חל צמצום בפעילות המבצעית של צה"ל הנושאת אופי מלחמתי מובהק. לפיכך הודיע המשיב כי בעקבות עבודת מטה שנערכה בפרקליטות הצבאית ובתיאום עם היועץ המשפטי לממשלה חל שינוי במדיניות החקירות הנוגעות למקרי מוות בשטחים אלו. על פי המדיניות החדשה שנקבעה, ככלל, כל מקרה בו יהרג אזרח מעתה ואילך כתוצאה מפעולה של כוחות צה"ל באיו"ש, יביא לפתיחה מיידית בחקירת מצ"ח. עם זאת הבהיר המשיב כי במקרים שבהם יהיה ברור כי הפעילות במהלכה נהרג האזרח הינה בעלת אופי לחימתי של ממש ההחלטה האם לפתוח בחקירת מצ"ח תתקבל לאחר שייערך בירור ראשוני של עובדות המקרה באמצעות תחקיר מבצעי. בשולי הודעתו צירף המשיב הבהרה נוספת והיא כי ההחלטה על שינוי מדיניות החקירות "קשורה בטבורה למצב הדברים בשטח" והיא כפופה לשינויים ככל שמצב דברים זה ישתנה.

הודעתו האחרונה של הפצ"ר מבטאת שינוי מדיניות ובעיקרה יש בה משום קבלת העיקרון שלצורך מימושו הוגשה העתירה. מטעם זה סברנו כי נוכח ההודעה הנזכרת העתירה מוצתה. בטרם נכריע סופית בעתירה בעקבות ההודעה המעדכנת של הפצ"ר, ביקשנו את תגובת העותרות, וזו התקבלה ביום 30.5.2011. לצד הבעת שביעות רצון מהשינוי שחל בעמדת המשיב, העלו העותרות בתגובה זו ארבעה טעמים לכך שההודעה המעדכנת אינה עונה לדעתם על הסעד המבוקש בעתירה. ראשית, טענו העותרות כי כריכת השינוי במדיניות עם מצב הדברים בשטח והמציאות הביטחונית מותיר למעשה את הצורך להכריע בין הצדדים בשאלה העקרונית בדבר החובה לחקור, כדי שלא לשוב ולהיזקק לה כאשר תשתנה מדיניות המשיב ברגע עתידי עלום; שנית, ההחלטה על שינוי המדיניות תקפה רק לגבי מקרי מוות מכאן ואילך, ולשיטת העותרות, ככל שאכן יוחלט כי מדיניותו הקודמת של המשיב הייתה בניגוד לדין יש מקום לחייב קיום חקירות במקרים שלא נחקרו; שלישית, החלת שינוי המדיניות על שטחי יהודה ושומרון בלבד מותירה בעיני העותרות את השאלה בדבר הצורך לחקור מקרים מסוימים באזור רצועת עזה. כמו כן במקרים אלו נותרת על כנה טענת העותרות ביחס להסתמכות מערכת החקירות הצבאית על התחקיר המבצעי; ואחרון, העותרות טוענות כי ההודעה כולה לוטה בערפל משלא נמסרו פרטיו של שינוי המדיניות לבית המשפט או לצדדים, ולפיכך ישנן במדיניות החדשה נקודות עמומות, כגון מהו מקרה

בעל אופי לחימתי "של ממש", מיהו הגורם המחליט בשאלת סיווג האירוע ובתוך כמה זמן תתקבל ההחלטה. העותרות שבו וביקשו מאיתנו בתגובתם להכריע בשאלות העולות בעתירה ולקבוע כי חלה על ישראל חובה לחקור כל מקרה מוות של אזרחים שנהרגו מפעילות כוחות הביטחון, חקירה מיידית, עצמאית ואפקטיבית.

הכרעה

8. ייאמר תחילה כי מבוקשן של העותרות בשלב זה של ההליכים כי נכריע בשאלות האמורות אינו עולה בקנה אחד עם הכללים הנקוטים בידינו בבית משפט זה; כל טענותיהן של העותרות לעת הזו מאופיינות בכך שהן כלליות ותיאורטיות ובכגון אלה אין בית המשפט דן. אכן, לא מצאנו לקבל את טענתו של המשיב כי יש לדחות את העתירה על הסף בשל היותה כוללנית, אך זאת משלא עסקה עוד במקרים הנקודתיים, אלא בשאלה העקרונית הרחבה (בג"ץ 9961/03 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברג נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 5.4.2011)). אולם, נוכח הודעתו המעדכנת של הפצ"ר נראה כי גם השאלה העקרונית שאותה ראינו לברר באה על פתרונה לעת הזו.

9. השינוי הבסיסי בעמדת הפצ"ר הוא בעינינו בעל חשיבות מהמעלה הראשונה. נקודת המוצא לכל דיון בסוגיה הינו מרכזיותה וחשיבותה של ההגנה על הזכות לחיים. זכות זו הינה זכות יסוד, המוגנת במשפט הישראלי והיא זכותו של כל אדם גם על פי המשפט הבינלאומי. הזכות לחיים חרותה באמנות הבינלאומיות של זכויות האדם ונתונה לתושבים המוגנים על פי דיני הלחימה והכיבוש. התפיסה העומדת בבסיס דינים אלו היא כי גם בעת התרחשותה של התנגשות אלימה, חלים כללים המחייבים את הכוחות הלוחמים לכבד חיי אדם וככל הניתן לכבד את זכויותיהם הבסיסיות של האזרחים שאינם מעורבים בלחימה. כך, אמרנו בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14.12.2006) (להלן: פרשת הסיכול הממוקד):

"שיקול מרכזי המשפיע על נקודת האיזון הינו זהותו של אדם הנפגע או המטרה הנפגעת בעימות המזויין. זהו העקרון הבסיסי של ההבחנה (distinction) (ראו דינשטיין, עמ' 82; בן-נפתלי ושני, עמ' 151). המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך המזויין עומד על הבחנה יסודית בין לוחמים (combatants) ומטרות צבאיות (military objectives) לבין שאינם לוחמים (non-combatants), כלומר אזרחים (civilians) ומטרות אזרחיות (civilian objectives) (ראו פרשת

חוקיות הנשק הגרעיני, עמ' 257; סעיף 48 לפרוטוקול הראשון). על פי העקרון הבסיסי של ההבחנה לא הרי נקודת האיזון בין הצורך הצבאי של המדינה לבין לוחמים ומטרות צבאיות של הצד שכנגד, כהרי נקודת האיזון בין הצורך הצבאי של המדינה לבין אזרחים ומטרות אזרחיות של הצד שכנגד" (שם, פסקה 23 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק).

עם זאת, לצד עקרון ההבחנה ועקרון הפרופורציונאליות - המחייב להימנע מפעולה צבאית אם הנזק שנגרם ממנה חמור מהתועלת הצבאית שהיא מסבה - מכירים דיני הלחימה גם בקיומו של "נזק נלווה" (Collateral Damage) – נזק שנגרם לאזרחים באופן עקיף, כתוצאה מהתקפה שכוונה ליעדים צבאיים של האויב. ההכרה בנזק נלווה היא נגזרת של ההבנה, כי דרישה להימנע לחלוטין מפגיעה באזרחים בעת לחימה תאיין את היכולת להילחם בעידן במודרני. נזק כזה אינו מהווה הפרה של דיני הלחימה, גם אם הוא צפוי, כל עוד הוא עומד בעקרונות האמורים של פרופורציונליות והבחנה.

10. ההגנה על הזכות לחיים מחייבת את הכוח הלוחם במגוון רחב של פעולות שונות והימנעות מפעולות אחרות. העתירה שלפנינו עוסקת בחובה לחקור מקרי מוות לאחר שאירעו. לעצם החקירה השלכה על ההגנה על הזכות לחיים - החקירה מאפשרת בראש ובראשונה העמדה לדין במקרים המתאימים, והטלת אחריות על החורגים מהדין. מעבר לכך, חקירה פלילית פועלת לשמירת הרכיב הצופה פני עתיד של החובה להגן על החיים, בכך שהיא מרתיעה פוגעים עתידיים, מונעת זילות היחס לזכות לחיים ותורמת לאווירה של קיום שלטון החוק. יודגש: החובה אינה לחקור כל מקרה מוות, אלא לחקור כל מקרה מוות שיש חשש שיטודו בהתנהגות אסורה – כאשר מתעורר חשש להפרה של הדין ולעבירה פלילית. חובה זו חלה הן בעת לחימה והן בעת רגיעה – כאשר ישנו חשד להתנהגות אסורה, יש לפתוח בחקירה לצורך בירור חשד זה. עם זאת, נקודת האיזון ויציאת תוכן לתבנית "חשד להתנהגות אסורה" משתנים על פי נסיבות האירוע הפרטני, והנסיבות המצדיקות פתיחה בחקירה הן תמיד שאלות שהן תלויות נסיבות. מהודעתו המעדכנת של המשיב עולה, כי במקרים שאינם "בעלי אופי לחימתי של ממש", המתרחשים באיו"ש, סבור המשיב כי עצם מותו של אזרח פלסטיני מעלה חשד להתנהגות שאינה כדוין, על פי הדינים החלים על האזור ועל פעילויות אלה, ולפיכך מצדיק פתיחה בחקירת מצ"ח.

11. מדיניותו החדשה של המשיב כפי שהיא עולה מההודעה המעדכנת מקובלת עלינו, שכן היא משקפת את התפיסה כי ככל שתפקידם של כוחות הביטחון באזור משתנה, חל גם שינוי בנקודות האיזון ובאופן יישום הדין. אכן, המצב בשטח ואופי הפעולה משפיעים על תפיסת תפקידו של הכוח הפועל בשטח, ולפיכך על החובות המוטלים עליו, והם משנים את הדרישות שאי עמידה בהן תוביל לסיווג פעילות מסוימת כפלילית. כך כבר קבענו בעבר, כי "חובות בסיסיות אלה כלפי האוכלוסייה האזרחית אינן מוחלטות, אלא יש לאזן אל מול שיקולי הביטחון והאמצעים הדרושים עקב הלחימה" (בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם ואח' נ' ראש הממשלה ואח' (טרם פורסם, 19.01.2009), (להלן: פרשת "עופרת יצוקה")). כך כבר אמרנו:

"כמו בתחומים רבים אחרים של המשפט, הפתרון אינו בכל או בלא כלום. הפתרון הוא במציאת האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים. הפתרון אינו במתן משקל מוחלט לאחד השיקולים; הפתרון הוא במתן משקלות יחסיים לשיקולים השונים, תוך איזון ביניהם בנקודת ההכרעה" (פרשת מדאעבה, פסקה 29 לפסק הדין). תוצאתו של איזון זה הינה, כי זכויות האדם מוגנות על ידי דיני הסכסוך המזוין, אך לא כדי מלוא היקפן. הוא הדין לעניין הצורך הצבאי. ניתנת לו האפשרות להגשים את עצמו, אך לא כדי מלוא צרכיו. איזון זה משקף את יחסיותן של זכויות האדם ואת מגבלותיו של הצורך הצבאי. נקודת האיזון אינה קבועה. 'בעניינים מסוימים הדגש הוא בצורך הצבאי ואילו בעניינים אחרים הדגש הוא בצרכיה של האוכלוסייה המקומית'" (פרשת הטיכול הממוקד, פסקה 22).

עם זאת חשוב להבהיר, כי הנסיבות השונות אמנם משנות את האיזון הנערך בין הזכויות והאינטרסים השונים הפועלים בזירה, אך אינן מפחיתה מחשיבות השמירה על זכויות האדם, ובענייננו – על הזכות לחיים. כבר קבענו בעבר כי:

"אין אפשרות לקיים הבחנה חדה בין מעמד זכויות האדם בעת לחימה ומעמדן בעת שלום. קו הגבול בין טרור לרגיעה הוא דק. כך בכל מקום. כך בוודאי בישראל. אין אפשרות לקיים אותו לאורך זמן. עלינו להתייחס לזכויות האדם ברצינות הן בעת לחימה והן בעת רגיעה. עלינו להשתחרר מהאמונה התמימה, כי עם חלוף הטרור ניתן להשיב את מחוגי השעון אחורה. אכן, אם נכשל בתפקידנו בימי מלחמה וטרור, לא נוכל למלא את תפקידנו כראוי בימי שלום ושלווה" (בג"צ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים (טרם פורסם 14.05.2006), פסקה 21 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

בכל מקרה ראוי להעיר, כי גם כאשר לא קמה עילה לחקירה פלילית אין הרשויות פטורות בהכרח מן הצורך לבחון אמצעים אחרים, הן במסגרת הסקת מסקנות ביחס להתנהלות הכוחות בעת הלחימה; והן בבחינת הצורך לפצות בגין פגיעה באזרחים (ראו ע"א 4471/08 ג'ורג' סעדה נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון (טרם פורסם, 7.11.2010), פסקה 20).

12. נוכח העמדה העקרונית המשמשת נקודת מוצא למדיניות המשיב איננו רואים לדון בשאלות שטרם הגיע זמן ההכרעה בהן והן לעת הזו שאלות אקדמיות ותיאורטיות, כגון השאלה מהו "מצב לחימה של ממש" ומתי יוחלט כי עקב מצב כזה אין מתבקשת עוד מדיניות של פתיחה אוטומטית בחקירת מצ"ח כנגד מי שגרם לאובדן חיי אדם. לצורך העניין שבפנינו די בתשובה החד-משמעית המחייבת את הפצ"ר באשר למדיניותו בעת הזו. בכל הנוגע לדרישת העותרות לפתוח בחקירת מצ"ח בנוגע למקרים קונקרטיים מן העבר לא מצאנו ליתן צו כללי לחקירה גורפת כזו, בהתחשב בכך שכל שיקול של פתיחה בחקירה באשר למקרה מוות מסוים יש לקבל לפי נסיבותיו של העניין. כך גם החלטנו בעבר כאשר דחינו את הראש השני של העתירה. בעניין זה יש גם ליתן את הדעת לכך שבחינה מחדש של אירועים שהתרחשו בעשור האחרון, אינה צפויה להניב חקירות אפקטיביות, נוכח הזמן שחלף והשפעתו על היכולת לאסוף ראיות לצורך משפט פלילי. מכל מקום, ביחס למקרים פרטניים שבהם קיים חשד ממשי שבוצעה עבירה וטרם חלפה תקופת התיישנות, אין מניעה גם כיום לפנות לפצ"ר כדי שאותו חשד ייחקר.

זאת ועוד, בנוגע לשאלת הסתמכות המשיב על התחקיר המבצעי לצורך איסוף המידע העומד בבסיס ההחלטה על פתיחה בחקירה, בה מיקדו העותרות מאמץ רב, לא ראינו להתערב במדיניות המשיב, בין היתר נוכח עמדתו המעדכנת המותירה את המקרים המסתמכים על התחקיר המבצעי לצורך קבלת החלטת המשיב לעניין קיום חקירה בגדר המקרים החריגים, הקיצוניים והברורים. אכן, ייתכן כי ישנם חסרונות לתחקיר הצבאי ככלי שעליו מתבססת החלטת הפצ"ר, וראוי לתת את הדעת על הטיות מסוג אלה שמציננות העותרות בעת בחינת התחקירים המבצעיים לצורך קבלת החלטה באשר לצורך לפתוח בחקירה פלילית. אך, אין מנוס משימוש בכלי זה, בהיותו הכלי היחידי לבדיקה על-אתר של התנהלות היחידה הצבאית. ראוי להוסיף, כי התחקיר המבצעי אמור לשמש לצרכים נוספים, מלבד היותו כלי עזר לקבלת החלטת הפצ"ר, ויש להביא בחשבון כי תכליתו של התחקיר המבצעי אינה חופפת לתכליתה של החקירה הפלילית. כך, התחקיר מתייחס לשאלות מבצעיות ולשאלות הנוגעות

להתנהלות הכוחות ובין היתר גם לאפשרות להימנע מנזקים לאוכלוסייה האזרחית בפעולות דומות בעתיד.

13. באשר לטענות שהעלו העותרות בכל הקשור לפעילות כוחות הביטחון ברצועת עזה, יש לקבל את טענת המשיב כי המצב ברצועת עזה אינו דומה עוד למצב הדברים באזור מאז ספטמבר 2005, עם סיום התפיסה הלוחמתית, וכי הלחימה כיום נעשית למול שלטון המחזיק בכוחות מזוינים. לעניין זה כבר קבענו כי "בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה" (בג"ץ 9132/07 גבר אלבסיוניי אחמד נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 30.01.2008) פסקה 12). כמובן, גם במצב דברים זה חלים דיני הלחימה והמשפט הבינלאומי ההומניטארי על פעילות כוחות הביטחון בשטח, ובמסגרת פעילותם על הכוחות להימנע ככל הניתן בתנאי הפעילות מלפגוע באזרחים שאינם מעורבים בלחימה (פרשת "עופרת יצוקה", פסקה 16). עם זאת, ביחס לאזור זה, בהיעדר שליטה בחבל עזה ונוכח העימות המזוין, אין לקבוע כי כל מקרה מוות של אזרח בלתי מעורב בלחימה מעלה - על פניו - חשש להתנהגות פלילית המצדיקה פתיחה בחקירה.

14. לעניין קביעת מועד קבלת ההחלטה על ידי המשיב, העותרות מבקשות כי נקבע שבמקרים הגבוליים, שבהם לא נפתחת חקירה פלילית באופן אוטומאטי, יהיה על המשיב לקבל את החלטתו במסגרת זמן קבועה. בהתאם לנוהל הדיווח מועבר לפצ"ר דיווח ראשוני על האירוע בתוך 48 שעות, ודיווח מפורט יותר, הכולל גם את התחקיר המבצעי שנערך ביחידה, בתוך 21 יום. ברי, כי על הפצ"ר לקבל את החלטתו במהירות סבירה וראויה על בסיס החומר שהועבר אליו, וכי עליו להתייחס לצורך לקבל החלטה בהקדם על מנת שלא להוביל לאיון היכולת לנהל חקירה פלילית אפקטיבית בחלוף הזמן. יחד עם זאת, שיקול הדעת המקצועי מחייב בדיקה מעמיקה, והגבלת זמן פורמאלית עלולה לפגוע ברמת ההחלטה. לפיכך לא ראינו מקום להיענות לבקשת העותרות גם בעניין זה.

15. אכן, משימה קשה היא ההגנה על אזרחי האויב, כאשר האויב עצמו מסתתר בקרבם, מעמיד אותם בקו האש ומסכן את שלומם. ארגוני הטרור אינם מצייתים לדין הבינלאומי ואינם עומדים בדרישותיו הבסיסיות ביותר, ובין היתר הם מטשטשים ככוונת מכוון את ההבחנה בין לוחמים לאזרחים. עם זאת, הקושי שיוצרות הנסיבות ושיוצרים גורמי הטרור אינו מפחית מחובתו של צה"ל להבחין ביניהם לבין אזרחים פלסטינים שאינם מעורבים בלחימה, ולפעול כך שככל הנדרש והאפשרי יפגע רק

בראשונים, ויגן על האחרונים מפגיעה שאינה הכרחית. משהודיע הפצ"ר על מדיניותו לעת הזו ובשים לב להסכמה ביחס לעקרון היסודי בדבר חובת החקירה בנסיבות שמותו של אזרח שאינו מעורב בפעילות טרור נגרם כתוצאה מפעילות כוחות הביטחון, מוצתה העתירה בכל הנוגע לסעד העיקרי שהתבקש בה. מדיניותו המוצהרת של המשיב כפי שבאה לידי ביטוי בהודעתו האחרונה מיום 06.04.2011 עומדת בסטנדרטים הראויים על פי הדין בישראל ועולה בקנה אחד עם החובות על פי המשפט הבינלאומי. היא חשובה ומוצדקת לצורך מילוי חובותיה של ישראל כמופקדת על אוכלוסיה מוגנת ולשם שמירה על שלטון החוק.

לפיכך, העתירה מוצתה ודינה להידחות. בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

1. אני מסכימה לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש כי השאלה העקרונית אשר הונחה לפתחינו בעתירה דנן באה על פתרונה משהודיע המשיב בהודעתו המעדכנת מיום 6.4.2011 על שינוי במדיניות החקירות הנוגעות למקרי מוות בשטחי יהודה ושומרון ועל המדיניות החדשה לפיה, ככלל, כל מקרה בו ייהרג אזרח מעתה ואילך כתוצאה מפעולה של כוחות צה"ל באיו"ש, יביא לפתיחה מיידית בחקירת מצ"ח. כמו כן, תמימת דעים אני עם הנשיאה כי את מקרי המוות בעבר אשר לגביהם לא יושמה מדיניות זו ניתן לבחון על בסיס פרטני. עוד מקובלת עלי הגישה לפיה ניתן להותיר לעת מצוא את בחינת משמעותו של הסייג שפירט המשיב בהודעתו לעניין המדיניות החדשה, המתייחס למקרים שבהם ברור כי הפעילות אשר במהלכה נהרג האזרח, הינה בעלת "אופי לחימתי של ממש". בהקשר זה לא למותר לשוב ולהדגיש את שכבר נאמר לא אחת בהתייחס למציאות המורכבת והייחודית עמה אנו נדרשים להתמודד בעקבות התפיסה הלוחמתית בשטחי יהודה ושומרון (ובעבר גם ברצועת עזה):

"המצב בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית הוא לעתים קרובות נזיל. תקופות של שקט ורגיעה מוחלפות בתקופות דינמיות של לחימה. כאשר מתרחשת הלחימה היא נעשית על פי כללים של משפט בין-לאומי: 'לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על-פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה' (ראו: בג"ץ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון [13], בעמ' 34; ראו גם בג"ץ 3114/02 ח"כ ברכה נ' שר הביטחון [14], בעמ' 16). במצב דברים זה, שבו בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית מתנהלות פעולות לחימה, יחולו על פעולות אלה הן הכללים החלים על תפיסה לוחמתית והן הכללים החלים על פעולות לחימה" (בג"ץ 7957/04 מדאעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס"ד (2) 477, 495-496 (2005)).

אכן, "נזילותו" של המצב בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית והתנודות המתרחשות בו בין מצבי רגיעה למצבים המצריכים פעולות לחימה, מחייבות בחינה, התאמה ועדכון של הנורמות אותן יש ליישם בכל מצב נתון ובכלל זה מדיניות החקירות שעל-פיה יש לפעול. מדובר במלאכה מורכבת ובסוגיות רגישות ועל הקושי עמו מתמודדת מדינת ישראל בעיצוב נורמות של מותר ואסור מול טרוריסטים שאינם מקיימים כל דין, כבר עמדה הנשיאה ד' ביניש בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 599 (2006), בצינה כי קושי זה מעסיק בשנים האחרונות גם חכמי משפט במדינות השונות ואנשים מתחום המשפט הבינלאומי, על-רקע התפשטות נגע הטרור ברחבי העולם.

2. אשר לטענות הנוספות שהעלו העותרות בעניין השימוש הנעשה על-ידי המשיב בתחקיר המבצעי ובעניין מסגרת הזמן שיש לקצוב במקרים שבהם אין נפתחת חקירת מצ"ח מיידית, מקובלת עליו עמדת הנשיאה כמפורט בסעיפים 12 ו-14 לחוות-דעתה. כמו כן, שותפה אני לעמדתה בעניין פעילות כוחות הביטחון ברצועת עזה (כמפורט בסעיף 13 לפסק-דינה), הן באשר לשינוי שחל במעמדו של אזור זה מאז השלמת ההתנתקות בספטמבר 2005 והן באשר למערכת הנורמטיבית החלה לגביו, נוכח העדר שליטה אפקטיבית של מדינת ישראל בו מאותו מועד ואילך ונוכח העימות המזוין המתנהל בינו ובין ארגון החמאס, שהוא ארגון טרור, השולט ברצועה.

מטעמים אלה, אני מצטרפת לפסק-דינה של הנשיאה.

הוחלט כאמור בפסק-דינה של כב' הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"א באב התשע"א (21.08.2011).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה