

בעניין:

1. עג'רמי _____ ת.ז. _____, תושב רפיח
2. עג'רמי _____ ת.ז. _____, תושב רפיח
3. עג'רמי _____ ת.ז. _____, תושב רפיח
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.
ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור (מ.ר. 37962) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566) ו/או ענת קדרון (מ.ר. 37665)
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

1. הפרקליט הצבאי הראשי
2. מפקד המשטרה הצבאית החוקרת

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לדיון מוקדם

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא יערכו חקירה פלילית אפקטיבית, על מנת לחשוף את האמת על נסיבות מותה של _____ עג'רמי (ת.ז. _____), רעייתו של העותר 1 (להלן – המנוחה), אשר נורתה למוות בסף ביתה ברפיח בליל ה-17.10.03, על ידי כוחות הצבא.
- ב. מדוע לא ייחקרו באופן אפקטיבי נסיבות פציעתם של העותרים 1-3 באותה תקרית בליל ה-17.10.03.
- ג. מדוע לא יימצאו ויועמדו לדין החיילים אשר, על פי ממצאי הצבא, ירו בעותרים 2-3, בזמן שפינו את העותר 1 והמנוחה לקבלת טיפול רפואי, אף שידעו כי הם אינם חמושים ואינם מסכנים את הכוח ואף שכבר זוהתה פגיעה ודאית בעותר 1 ובמנוחה.
- ד. מדוע לא יינקטו צעדים משמעותיים נגד האחראים למחדלי החקירה החמורים, המלווים את החקירה הזאת מתחילתה?
- ה. לחלופין, מדוע לא תוצא חקירת האירוע מהצבא ותועבר לגוף חיצוני, בלתי תלוי ואמין, עקב המחדלים הבלתי פוסקים של המשיבים בעניין וחוסר האמון שנוצר בכוחה של המערכת לחקור את עצמה?

עתירה זו, שנייה באותו עניין (הראשונה, בג"ץ 2369/05), מוגשת עקב מחדל חמור ומתמשך בכל הקשור לחקירת האירוע בו נורתה למוות המנוחה, בת 30 במותה, תוך שהיא מותירה אחריה ארבעה יתומים, לרבות תינוק בן פחות מחודשיים.

מהמסד ועד הטפחות, ניכרים הטיח, חוסר הרצינות ואי הרצון לחקור בצורה אפקטיבית את החשדות הכבדים שעולים מהאירוע, שהרס משפחה שלמה בתוך דקות.

המחדלים יפורטו בעתירה זו בהרחבה ובית המשפט הנכבד מתבקש לקרוא אותם גם כחלק מהבקשה לדיון מוקדם.

יודגש, כי רק לאחר מאמצים רבים של העותרים, לרבות הגשת העתירה הראשונה לבג"ץ (שהוגשה בדרישה להורות על פתיחה בחקירה פלילית), חומר הבירור שנחשף בעקבותיה והגשת ערר, הוחלט על פתיחה בחקירה פלילית (וזאת לאחר שכבר הוחלט על סגירת התיק והודעה על כך נמסרה לבג"ץ במסגרת העתירה הראשונה). על ההחלטה לפתוח בחקירה פלילית נמסר למוקד להגנת הפרט ביום 8.9.05. חלפו מאז למעלה משמונה חודשים וככל הידוע לעותרים לא נערכה ולו פעולת חקירה אפקטיבית אחת במשך שבעת החודשים הללו. אפילו צעד בסיסי בכל חקירה - גביית עדות מהעותרים, הקורבנות - טרם נעשה.

בנסיבות אלו, מן הדין ומן הראוי כי המשיבים יחויבו להסביר את התנהלותם בהקדם האפשרי. העותרים זכאים לכך. הם זכאים לדעת את האמת, תהא אשר תהא. ילדיה היתומים של המנוחה זכאים לדעת את האמת. הציבור זכאי לדעת את האמת. אם מחדלי החקירה יימשכו, ספק אם ניתן יהיה אי פעם להגיע לחקר האמת.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 הוא פלסטיני תושב רפיח, אשר ברצועת עזה. באירוע, נשוא העתירה, איבד העותר 1 את רעייתו ואם ארבעת ילדיו, המנוחה, ונפצע בעצמו באורח קשה. ארבעת ילדיהם של בני הזוג נותרו יתומים מאמם. בנם הקטן, _____ (ת.ז. _____) נולד ביום 7.9.03. לפני הגיעו לגיל חודשיים כבר התייתם מאמו. גם שאר הילדים צעירים מאוד: _____ בת שמונה, _____ בן 6 ו _____ בן 5.

2. העותרים 2 ו-3 הם אחיו של העותר 1. המנוחה היא גיסתם. באירוע, נשוא העתירה, נפצעו אף הם באורח קשה.

3. העותרת 4 (להלן – **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת מול רשויות המדינה לקידום זכויות האדם של התושבים הפלסטינים בשטחים הכבושים.

4. המשיב 1 עומד בראש הפרקליטות הצבאית והוא המפקח עליה. (סעיף 178 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955).

5. המשיב 2 עומד בראש המשטרה הצבאית החוקרת, האמונה על חקירת חיילים החשודים בביצוע עבירות פליליות.

האירוע נשוא העתירה על פי עדות העותרים

6. משפחת העותרים מתגוררת בשכונת אל-סלאם בעיר רפיח ברצועת עזה. בליל ה-17.10.03 חשה המנוחה ברע. המנוחה, אשר רק כחודשיים קודם לכן ילדה את בנה, סבלה מכאבים בבטנה. העותר ביקש לפנותה מייד לבית החולים לקבלת טיפול רפואי.

7. בשעה שתיים וחצי בלילה (משוער), כשפתח העותר את דלת החניה, הצמודה לבית, נפתחה לעברו אש חיה וקטלנית על ידי חיילים. המנוחה הייתה בזמן זה בתוך המכונית. שני אחיו של העותר, אשר היו בתוך הבית, מיהרו לצאת להגיש עזרה. הם ביקשו להסיע את בני הזוג לבית החולים במכוניתו של העותר. שוב נפתחה לעברם אש חיה.

8. הכדורים פגעו בכל הנוכחים ובגוף הרכב. מירי זה נפגעו כולם. כל הנפגעים פונו כעבור זמן מה לבית החולים אבו יוסף אלנג'אר באמצעות אמבולנס. משם הועברו לבית החולים האירופאי בעזה. המנוחה הגיעה לבית החולים במצב אנוש ומתה זמן קצר לאחר הגעתה לבית החולים האירופאי. העותר 1 נפצע מרסיסים בחזהו, אשר רק במזל לא פגעו בליבו, ביד שמאל, במרפק ובאיברים נוספים. עד היום הוא נאלץ לעבור טיפולי פיזיותרפיה. אחיו, העותר 2, נפגע בצוואר, בבטן ובאיברים נוספים. גם הוא סובל מכאבים, ונאלץ ליטול תרופות ולעבור טיפולי פיזיותרפיה עד היום. האח הנוסף, העותר 3, נפגע ברגל ובשוק ימין. עד היום הוא נאלץ ליטול תרופות רבות.

9. העותר 1 סבור כי הירי בוצע מאזור המשתלה או הבניין הסמוך למשתלה, בניין ששייך למשפחת בהלול, אך אינו יכול לומר בוודאות, שכן אין לו ידע אישי על כך. על פי הידוע לו, נמצאו למחרת היום טביעות נעליים צבאיות באזור המשתלה.

10. יצוין כי בשעות הבוקר של יום ה-18.10.03, כפי שנמסר לעותרים ונכתב בעיתונות, ובכל מקרה, לאחר האירוע נשוא התלונה, נהרגו שני פלסטינים אחרים בשכונה. ההרוגים מהאירוע השני הם ___ אבו חסיין ו ___ מורעייר.

המחדל הראשון – לא נערכה כל בדיקה או חקירה באופן יזום

11. האירוע נשוא העתירה היה ידוע לצבא כבר למחרת. כתב "הארץ", ארנון רגולר, דיווח על האירוע בעיתונו ביום 19.10.03. מהכתבה עולה בבירור כי הצבא היה מודע כבר אז לטענות כי המנוחה היא אזרחית חפה מפשע. על גרסתם של "הגורמים הבכירים" שהתראיינו לכתבה עוד נרחיב בהמשך.

12. נאמנה למדיניות אי החקירה שהכתיב המשיב, וחרף הטענות שאזרחית חפה מפשע נהרגה, נמנעה הפרקליטות מלפתוח בחקירה מיידית של האירוע ונסיבות המוות.

13. הפרקליטות הודיעה בתשובתה לעתירה הראשונה, כי נערכו תחקירים לגבי אירועים אחרים באותו אזור ובאותה תקופה, אך מחומר הבירור עולה כי הידע של הפרקליטות לגבי האירוע הספציפי מסתמך רק על דיווח שנרשם ביומן המבצעים של הפיקוד. על פי נהלי הצבא, בכל אירוע, לרבות אירוע לחימה, שבו נטען כי נהרג אזרח חף מפשע, ייערך תחקיר מבצעי מיידי על ידי קצינים בכירים.

14. הצבא, ככל הידוע, לא ערך תחקיר מבצעי לגבי האירוע הספציפי, תוך שהוא מפר את נהליו הוא. למעשה, לא נערכה כל בדיקה, מכל סוג שהוא, לטענות כי אזרחית חפה מפשע נורתה למוות באותו לילה, בשכונת סאלם ברפיח.

15. האירוע, כאמור, השאיר את המשפחה דואבת ומרוסקת. ארבע נפשות נפגעו באירוע. אם המשפחה נהרגה, אב המשפחה ושני אחיו נפצעו ואושפזו בבית החולים. אין פלא אם כן כי עברו עוד שלושה חודשים בטרם אספו העותרים את השברים ופנו לייעוץ משפטי.

המחדל השני – השתהות קיצונית בהחלטה האם לפתוח בחקירה

16. ביום 10.2.04 פנה המוקד בשם העותרים לפרקליטות הצבאית במחוז הדרום בדרישה לפתוח בחקירת מצ"ח של האירוע הקשה.

העתק המכתב מיום 10.2.04 מצורף ומסומן ע/1.
העתקי טופסי התלונה שהועברו למשרד הביטחון מצורפים ומסומנים ע/2-5.

17. ביום 22.2.04 אישר משרד הביטחון את קבלת התלונות.

העתק המכתב מיום 22.2.04 מצורף ומסומן ע/6.

18. ביום 3.5.04 טרם התקבלה כל התייחסות מצד הפרקליטות הצבאית לתלונה. לאור זאת שב ושלח המוקד מכתב בו נתבקשה הפרקליטות להודיע האם נפתחה חקירה.

העתק המכתב מיום 3.5.04 מצורף ומסומן ע/7.

19. ביום 16.6.04 הודיע התובע הצבאי, סרן אורן ליבר, כי התלונה התקבלה והיא נמצאת בבדיקה.

העתק המכתב מיום 16.6.04 מצורף ומסומן ע/8.

20. ביום 11.8.04 שלח המוקד מכתב נוסף לפרקליטות. במכתב נתבקש סרן רן כהן, התובע הצבאי, להודיע האם נפתחה חקירה.

העתק המכתב מיום 11.8.04 מצורף ומסומן ע/9.

21. ביום 3.10.04 וביום 22.11.04 נשלחו שני מכתבי תזכורת נוספים. העתק נשלח גם למשיב.

העתקי המכתבים מצורפים ומסומנים ע/10 ו-ע/11 בהתאמה.

22. ביום 26.12.04 שלח המוקד מכתב תזכורת נוסף לסרן כהן. "הליך בירור הנמשך שנה פוגע באפשרות של חקירה אפקטיבית ומחבל בזכויות הנפגעים ומשפחותיהם", נכתב.

העתק המכתב מיום 26.12.04 מצורף ומסומן ע/12.

23. ביום 17.1.05 ניסתה פרקליטת מחוז הדרום, סא"ל זינה מודזגברישוילי, לרמוז למוקד כי אין טעם בפניותיו החוזרות ונשנות: "לאחר אישורנו שמכתבך הגיע למענו, ולאחר בדיקה עניינית של הטענות המופיעות בו, אנו מעדכנים אתכם בדבר תוצאות בירורינו".

העתק המכתב מיום 17.1.05 מצורף ומסומן ע/13.

24. ביום 9.3.05, משעברו עוד חודשיים ללא החלטה לכאן או לכאן, באשר לפתיחה בחקירה, וכמעט שנה וחצי מיום האירוע, הגישו העותרים עתירה לבית משפט נכבד זה – בג"ץ 2369/05. בעתירה ביקשו העותרים כי המשיב 1 יורה על פתיחה מיידית בחקירה אשר תבחן את נסיבות מותה של המנוחה ופציעתם של העותרים 1-3.

העתק העתירה (בלי נספחיה) מצורף ומסומן ע/14.

25. ביום 17.4.05 התקבלה תשובת המשיב. בתשובה הודה המשיב כי ההשתהות בהחלטה על פתיחה בחקירה נבעה ממחדל קשה של הצבא בפעולות החקירה הבסיסיות ביותר:

בעקבות קבלת הפנייה בעניין מותה של המנוחה פנתה פרקליטות פיקוד הדרום אל הגורמים המבצעיים הרלוונטיים בבקשה שיועברו לידי נציג הפרקליט הצבאי בפיקוד, היינו פרקליט פיקוד הדרום, התחקירים המבצעיים שנערכו וכל חומר רלוונטי אחר הנוגע לפנייה שבנדון.

על אף פנייה זו, כמו גם תזכורות נוספות שהוצאו מטעמה של פרקליטות פיקוד הדרום לגורמים המבצעיים, הועברו התחקירים המבצעיים והעתקי יומני המבצעים הקשורים לעניין שבנדון לעיון הפרקליטות הצבאית בפיקוד הדרום רק בחודש מרץ 2005.

עוד נכתב, כי עקב המחדל ננקטו צעדים על מנת לוודא ש"עיוכובים מצערים, דוגמת זה המובא בעתירה, הם נחלת העבר".

תשובת המשיב לעתירה, מיום 14.4.05, מצורפת ומסומנת ע/15. לתשובה צורפה תגובת המשיב לבג"ץ 9594/03 בצלם נ' הפצ"ר (תלוי ועומד) שעניינו פתיחה בחקירה. ככל שיידרש, ימציאו העותרים את המסמך (ואת המסמכים העדכניים בעתירה זו).

26. נשוב ונדגיש – האירוע אירע בחודש אוקטובר 2003. כבר אז התקבלו אצל גורמי צבא תלונות על כך שאזרחית חפה מפשע נורתה למוות על ידי חיילים שלא כדיון, אך לא נערכה כל בדיקה בעניין. בתחילת פברואר 2004 הוגשה תלונה רשמית על ידי המשפחה, ולמרות חומרת הדברים, הפרקליטות אפילו לא קיבלה את חומר הבירור עד חודש מרץ 2005, קל וחומר, שלא החלה לשקול את הבקשה. במקרה או שלא במקרה, החומר הגיע לבסוף לפרקליטות בחודש מרץ 2005 – מועד הגשת העתירה (לפרקליטות ניתנו 14 ימים להגיב לעתירה שהוגשה ביום 09.3.06). בתקופה זו נשלחו לפרקליטות מכתבי תזכורת רבים. במכתבים אלו צוין במפורש כי ההתנהלות הנוכחית תסכל את האפשרות להגיע לחקר האמת – לשווא.

27. לגופו של עניין, ביום 22.3.05, בלחץ העתירה, דן המשיב באירוע, אך החליט לא לפתוח בחקירה פלילית של האירוע. הגרסא של הפרקליטות, כפי שנמסרה לבג"ץ בתגובה, מובאת כאן במלואה:

האירוע הדומה ביותר לאירוע המתואר על ידי העותרים, והמתאים מבחינת הזמן והמקום, הוא אירוע ממהלך הלילה שבין 17.10.03 לבין ה-18.10.03, עת זוהו על ידי חיילי צה"ל שתי דמויות חמושות, אשר ניסו להניח מטען. החיילים ביצעו ירי לעבר אותן דמויות, וזיהו פגיעה. לאחר מכן, זוהו שתי דמויות נוספות שהגיעו למקום על מנת לפנות את הנפגעים, והחיילים ביצעו ירי גם לעברם, ושוב זוהתה פגיעה. למקום הגיע אמבולנס, אשר פינה את ארבעת הנפגעים. במקום נותר תיק, שלהבנת הכוחות הכיל את מטען החבלה האמור. לאחר מכן, זוהו שני אנשים נוספים, הניגשים למקום, ונראו כמי שמתעסקים עם אותו תיק. נורתה אש גם לעברם, ופגיעה זוהתה גם במקרה זה (פיסקה 9).

28. הפרקליטות הודיעה כי אין בהתנהגות החיילים באירוע המתואר היבט פלילי. לאור תשובה זו, הוסכם כי חומר הבירור במלואו יועבר לבדיקת העותרים לצורך בחינת ערר, וכי העתירה תימחק תוך שמירת הטענות של העותרים.

העתק הבקשה למחיקת העתירה מיום 2.5.05 מצורף ומסומן ע/16.

המחדל השלישי – הסתמכות מוחלטת על חומר בירור חלקי לסגירת התיק

29. ביום 29.5.05 התקבל במוקד להגנת הפרט "חומר הבירור" עליו הסתמכה הפרקליטות. חומר הבירור הוא קטע קצר מיומן מבצעים, עשר שורות בסך הכול, אשר מתוארת בו הגרסא שהציגה הפרקליטות בבג"ץ. הפרקליטות הודתה שהתחקירים המבצעיים שנערכו באותו מבצע ברפיח לא כללו התייחסות ישירה לאירוע המדובר. למעשה, די ברור כי זהו החומר היחידי המתייחס לאירוע, אשר עמד בפני המשיב כשהחליט לסגור את התיק.

30. להלן הדיווח במלואו, ככל שניתן לפענח את כתב היד:

04:45 [אוגדה לרותם]: במהלך המבצע זיהו 2 חמושים שניסו להניח מטען – ביצעו לעברם ירי וזוהתה פגיעה ודאית. לאחר מכן באו 2 לאסוף אותם – ביצעו גם לעברם

זוהתה פגיעה שוב. אמבולנס בא לאסוף אותם אבל נשאר במקום חיק, ככה"נ המטען.
 אז באו עוד 2 והתעסקו בחיק – ביצעו גם לעברם זוהתה פגיעה ודאית.

העתק יומן המבצעים מצורף ומסומן ע/17.

31. הנה כי כן, כל חומר הבירור הוא קטע בן עשר שורות מיומן מבצעים. לא מדובר ביומן המבצעים של הפלוגה, שביצעה את הפעילות, גם לא של הגדוד. אף לא מדובר ביומן המבצעים של החטיבה. מי שרשם את הדיווח הוא ככל הנראה אגף המבצעים של הפיקוד, אשר קיבל את הדיווח מהאוגדה. לא ברור מדוע לא נעשה ניסיון למצוא את הדיווחים המקוריים, ברמת הפלוגה או הגדוד. דיווחים אלו היו ודאי מפורטים, וכתובים כדיווח מתמשך עם השעה המדויקת שבה אירע כל דבר (בניגוד לדיווח שהועבר לפיקוד, שהיה תמציתי וסיכם את כל האירוע, וכנראה גם אירועים אחרים באותה שכונה שלא היו קשורים לאירוע, בלי חלוקה לזמנים). הימנעות מבדיקת יומנים אלו מהווה התרשלות של ממש בחקירת התלונה והיא לבדה מצדיקה חקירה נוספת.

המחדל הרביעי – התעלמות מעבירות פליליות לכאורה

32. אם לא די בכך שחומר הבירור דל ומעורר ספקות, הרי שגם הניתוח של חומר הבירור היה דל ובלתי מעמיק. ברור לחלוטין, כי לא נעשה כל ניסיון לאשש את הדיווח או לבחון אותו בעיניים ביקורתיות ולמעשה, לא הייתה כל כוונה לבדוק או לחקור האם הדיווח אמין או מפוברק. עוד ברור, כי לא נעשה כל ניסיון לבדוק האם עולה חשש למעשים פליליים ממעשיהם של החיילים או המפקדים שהשתתפו באירוע.

33. במיוחד נכון הדבר לגבי התיאור של החיילים את הירי השני שבוצע (ככל הנראה זהו הירי לעבר העותרים 2-3). מהתיאור של הפרקליטות עולה, לכאורה, כי בוצע לעברם ירי על מנת להרוג, בזמן שהחיילים מודעים לכך שהם אינם חמושים או מסוכנים, ושמטרתם לפנות את הפצועים.

34. מהתיאור עולה כי לא היו חילופי אש בכל אותו הזמן ולא נשקפה סכנה מיידית לכוח הצבאי, אשר היה מאובטח וככל הנראה מוסווה במארב או בעמדה שולטת. בנסיבות אלו החשד שבוצע ירי מכוון, על מנת להרוג, כלפי אזרחים שבאו לפנות פצועים (ומטבע הדברים גם כלפי הפצועים במקום) הוא חשד של ממש המחייב חקירה פלילית ואף העמדה לדין. ירי על לוחמי אויב פצועים הוא אסור באיסור חמור, כמו גם ירי על כוחות ההצלה (סעיף 16 לאמנת גינבה הרביעית; סעיפים 12 ו-19 לאמנת גינבה הראשונה). בענייננו לא היה מדובר בלוחמים של האויב ששוכבים פצועים אלא באזרחים, שמלכתחילה אינם מטרה לגיטימית לירי, וחומרת הדברים מתעצמת מכוח קל וחומר.

35. ביום 5.6.05 שלח המוקד ערר על ההחלטה לסגור את התיק והעלה בו את הדרישה לחקור ולהעמיד לדין את מי שירה או נתן את ההוראה לירות על אזרחים בזמן שהם מפנים פצועים.

העתק הערר מצורף ומסומן ע/18.

36. בערר נכתב כי ירי באזרחים שמפנים את קרוביהם, בין שנפצעו בקרב ובין שנפצעו באזור לחימה, הוא אסור בהחלט. ירי כזה מהווה הפרה של דיני הלחימה, כפי שמעוגנים בעיקר באמנת ג'נבה הראשונה. עוד נכתב, כי אף מבחינה מוסרית הייתה חייבת להידלק נורה אדומה. אדם נורה ונפצע, מה טבעי יותר מכך שקרוביו יעוטו להושיט לו עזרה ולפנותו. זהו פשע לירות באותם קרובים שעושים את המעשה הצפוי והמתבקש.

37. בין היתר מתבקש לחקור במקרה זה מה היו הוראות הפתיחה באש והאם הייתה הגדרה של "אזור מוות" או "שטח ביטחון מיוחד" בלב שכונת המגורים, כפי שאירע לא אחת, לפי עדויות שונות, ברצועת עזה באותה תקופה.

38. "אזור מוות" או "שטח ביטחון מיוחד" (שב"מ) הם ביטויים שמשמעותם הגדרה של אזור או שטח שמותר לירות בו בכל דבר שזו. אדם חמוש או לא, ילד או מבוגר, כולם בני מוות. ההגדרה הזאת אינה מופיעה באף פקודה רשמית, ומעולם לא הודו בקיומה אך קיימות היום די ראיות כי הייתה נפוצה בקרב יחידות השדה של הצבא ברצועת עזה ובגדה המערבית בפעילות מבצעית, ואף הפכה לחלק מהסלנג הצבאי.

39. כך, למשל, בעדויות של לוחמים של צה"ל באתר האינטרנט של "שוברים שתיקה" מתאר לוחם ותיק בגדוד שריון את הוראות הפתיחה באש שניתנו לו בזמן שירותו ברצועת עזה: "זו הייתה תקופה שכל הזמן משתנה נוהל. בעקרון כל המבצעים הגדולים שהיינו עושים או כל בן אדם שנמצא ברחוב לא אמור להיות שם. אז כל מי שברחוב, חמוש או לא חמוש – בום יורים... ואיך התייחסו לזה? כמו שוק בשר בערד".

40. לוחם ותיק אחר בשריון, ששירת ברצועת עזה, מעיד: "וגם ההוראות פתיחה באש היו משתנות. זאת אומרת, היו תקופות ש... כל בן אדם ברחוב – תהרוג אותו".

העתקי העדויות מהאתר www.shovrimstika.org מצורפים ומסומנים ע/19.

המחדל החמישי – סגירת התיק ללא כל בדיקה מעמיקה של הדיווח מול גירסת העותרים וגרסאות אחרות

41. כאמור, ביום 19.10.03 נמסרה לכתב "הארץ", ארנון רגולר, גירסה אחרת מפי "קצינים בכירים" באשר לאירועי הלילה הקודם. על פי גירסה זו המנוחה נהרגה בחילופי אש שנערכו בין צלפי צה"ל וחוליית מניחי מטענים של החמאס. על פי הגירסה, הייתה המנוחה שותפה פעילה להנחת המטענים, ונהרגה יחד עם ____ אבו חסיין, מה שהוביל את הקצינים למתוח ביקורת על השימוש, לכאורה, הראשון בנשים לביצוע פיגועי טרור. עוד נטען כי במקום נערכו סריקות ונמצאו שלוש פצצות מרגמה.

העתק הכתבה מצורף ומסומן ע/20.

42. כך או כך, התפארות זו של "הקצינים הבכירים" על הפגיעה ב"טרוריסטית מסוכנת", האישה הראשונה שמשתתפת בהנחת מטענים כביכול, לא מצאה, מסיבה כלשהי, דרכה להודעת דובר צה"ל שפורסמה ביום 19.10.03 ובו צוין רק חיסולו "לפנות בוקר" (של יום 19.10.03 במקום יום 18.10.03) של ____ אבו חסיין ("אא-חצין") ואין כל זכר להריגתה של המנוחה ופציעתם של העותרים.

העתק הודעות דובר צה"ל מאותו שבוע מצורף ומסומן ע/21.

43. הסתירות המהותיות בין הגירסה שנמסרה לעיתונאי לבין הגירסה השונה שעולה מיומן המבצעים ובדיקת הפרקליטות חייבו את המשך החקירה:

האם היו חילופי אש כמו שנמסר לעיתונאי או שהיה זה ירי יזום על מניחי מטענים כביכול?

האם היה קשר בין האירוע של משפחת העותרים לבין מותם של שני פלסטינים אחרים בשכונה?

האם פצצות המרגמה נמצאו בפתח בית המשפחה? האם נמצא שם גם מטען?

44. גם הפערים בין גירסת הצבא, העולה מן הדיווח ביומן המבצעים, לבין גירסת העותרים, הקורבנות, גדולים מידי. פערים אלו חייבו גם כן בדיקה וחקירה.

45. על פי גירסת הפרקליטות, זיהה כוח צבאי שני חמושים שניסו להניח מטען, בוצע לעברם ירי וזוהתה פגיעה ודאית. קביעה זו אינה מסתדרת עם עדות העותר כי הירי נפתח לעברו בלבד, כשפתח את דלת החנייה בביתו, ושאותו המנוחה הייתה צפונה ברכבם עת נפתח הירי. לאור זאת לא ניתן היה לזהות שני חמושים, אלא אם ה"חמושים" שזוהו אינם העותר והמנוחה.

46. על פי גירסת הפרקליטות, עסקו העותר והמנוחה בהנחת מטען, אך העותר והמנוחה נורו בפתח ביתם, אשר על כביש צידי. האם הגיוני שאדם יניח מטענים בפתח ביתו, שם נמצאים ארבעת ילדיו ובני משפחתו?

47. בגירסת הפרקליטות אין אזכור לרכב של העותר ולניסיון לפנות את הפצועים ברכב זה או את הירי שהתבצע לעבר הרכב – אי אזכור של פרט כה מהותי מחזק את הדרישה לחקירה מעמיקה.

המחדל השישי – התנהלות איטית ומבישה לאחר שהוחלט לפתוח בחקירה פלילית

48. כאמור, ביום 5.6.05 הוגש הערר למשיב. למחרת התקבל אישור לקבלת המכתב. נמסר בו כי הערר הועבר לבחינתו של התובע הצבאי הראשי.

העתק המכתב שהתקבל ביום 6.6.05 מצורף ומסומן ע/22.

49. ביום 26.6.05 נשלחה תזכורת לתצ"ר. **שלושה חודשים לאחר הגשת הערר, ביום 8.9.05, החליטה פרקליטת פיקוד דרום, לאחר בדיקה נוספת, להורות על פתיחת חקירה.** הודעה על כך הועברה למוקד ביום 17.10.05.

העתק התזכורת מיום 26.6.05 מצורף ומסומן ע/23.

העתק המכתב שהתקבל ביום 17.10.05 מצורף ומסומן ע/24.

50. יצוין כי ביום 16.10.05 הוגשה על ידי העותרים תביעה אזרחית נגד מדינת ישראל בגין האירועים נשוא העתירה (ת.א. (שלום י-ם) 10251/05). העותרים נאלצו להגיש את התביעה לפני סיום החקירה, בליט ברירה, משום שעל פי תיקון 4 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1052 (תיקון משנת 2002), כל תביעה של פלסטינים נגד המדינה חייבת להיות מוגשת תוך שנתיים ולא תוך שבע שנים, כמו כל תביעה נזיקית אחרת.

בתיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), מיום 10.8.05, נקבע כי שר הביטחון רשאי להכריז על אזור מסוים בשטחים כ"אזור עימותי", שעל נזקים שגרמו בו כוחות הביטחון, לרבות נזקים שנגרמו שלא עקב לחימה או פעולה מלחמתית, לא תשא המדינה באחריות נזיקית. שר הביטחון ניצל את הסמכות שניתנה לו עד תום והכריז ביום 9.2.06 על כל דרום הרצועה כאזור עימות אחד ומתמשך מתחילת האינתיפאדה בשנת 2000 ועד בכלל (ההכרזה פורסמה בילקוט הפרסומים 5492).

ביום 14.3.06 הגישה המדינה בקשה לדחיית התביעה על הסף לאור ההכרזה.

העתק הבקשה על נספחיה, החוק וההכרזה הרלוונטית, מצורף ומסומן ע/25.

חשוב לציין, כי בתיקון 7 לחוק הנזיקים האזרחיים נקבעו מספר מצומצם של חריגים. אחד החריגים קובע, כי כאשר החייל המזיק הורשע בדין, לרבות בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, תיסוג החסינות של המדינה¹.

המדינה הייתה מודעת לחריג ומודעת לעובדה כי מתנהלת חקירה פלילית, אך לא מצאה לנכון להתאפק ומיהרה ושלחה את הבקשה לדחיית התביעה על הסף. בבקשה שהוגשה לבית המשפט לא מזכירה המדינה ולו ברמז את דבר החקירה ואת העובדה כי אם הייתה מקדמת את החקירה כהלכה, ייתכן והחסינות לא הייתה חלה על המקרה.

51. נחזור לענייננו – כאמור, ההחלטה לפתוח בחקירה התקבלה עוד לפני הגשת התביעה ובלי קשר אליה. ביום 3.11.05 נמסר למוקד על-פה על ידי מצ"ח אורים, כי התיק הועבר אליהם מספר שבועות קודם לכן. לתיק החקירה ניתן המספר 726/05 והחוקר הממונה הוא איתי סבתו. ביום 14.11.05 פנתה מצ"ח למוקד בבקשה לזמן את העותרים למתן עדות, בקשה שנענתה כמובן בשיתוף פעולה מלא. עם זאת, שלטונות הצבא היו צריכים להסדיר היתרים

1 החריג, הקבוע בתוספת השנייה לחוק, קובע כי החסינות לא תחול כאשר מדובר ב: "תביעה שעילתה נזק שנגרם בשל מעשה שביצע המשרת בכוחות הביטחון, ובלבד שהורשע בעבירה בשל אותו מעשה בפסק דין חלוט בבית דין צבאי או בבית משפט בישראל; לעניין זה, "עבירה" - למעט עבירה מסוג העבירות של אחריות קפידה, כמשמעותה בסעיף 22 בחוק העונשין, התשל"ז-1977".

לבני המשפחה כדי שיוכלו להיכנס למחסום ארוז (או מקום אחר) לנקודה בה יוכלו להיפגש עם חוקר מצ"ח.

52. במרץ 2006 (!) עדיין לא נתקבלו האישורים הנדרשים כדי להביא את העותרים מביתם למתן עדות במצ"ח. בתקופה זו התקשר המוקד לחוקר מצ"ח מספר רב של פעמים ותיזכר בעל פה את הצורך לזרז את החקירה.

53. ביום 23.3.06, למעלה מחצי שנה מאז הוחלט לפתוח בחקירה, פנה המוקד למשיב בקדם בג"ץ ובו ביקש ממנו לשים קץ למחדלים ולהשתהות ולהורות כי תבוצע חקירה אפקטיבית ונמרצת.

העתק המכתב מיום 23.3.06 מצורף ומסומן ע/26.

54. עד היום לא התקבלה כל התייחסות לפנייה ולא חל כל שינוי במצב החקירה (שמא יש לומר: האי-חקירה) מלבד בקשה של מצ"ח לקבל שוב את המסמכים הרפואיים. אין מנוס אלא לשוב ולבקש סעד מבית המשפט הנכבד.

סיכום החלק העובדתי

55. נמצאים אנו כשנתיים ימים וחצי מיום האירוע, אך בשל מחדליהם הבלתי פוסקים של כל הגורמים הצבאיים המעורבים בעניין, עדיין רב הנסתר על הגלוי. שאלות חשובות ורציניות טרם קיבלו מענה והדבר מייסר את העותרים.

56. מדובר באירוע קשה מאוד, אירוע שריסק משפחה שלמה והפך ילדים צעירים מאוד ליתומים בלי סיבה. האירוע קשה מאוד גם כי אירע בלב שכונת מגורים מאוכלסת. הפעילות הייתה יזומה אך לא הוכרז עוצר באותו לילה. ירי על תושבים ללא סיבה אינו יכול להיות מוצדק בשום תנאי, ודאי שלא בתנאים של שכונת מגורים.

57. העותרים אינם יכולים לערוך את החקירה בעצמם. החקירה נתונה באופן מונופוליסטי לרשויות הצבא. בני המשפחה תלויים בקיומה של חקירה אפקטיבית כדי לדעת כיצד ולמה נורתה המנוחה ונורו העותרים. לעותרים נתונה הזכות המלאה לכך. במקום לברר את האמת פטרו המשיבים את בני המשפחה בטענות בלתי מבוססות ובגירסה אחת, שנמסרה לתקשורת, אף הוסיפו חטא על פשע והכתימו את המנוחה כטרוריסטית, טענה שנעלמה לגמרי בגירסה השנייה שהוגשה לבג"ץ.

58. כפי שיורחב בטיעון המשפטי, העותרים, ככל מי שנפל קורבן למעשה אלימות בלתי חוקי לכאורה, זכאים שתיערך חקירה אפקטיבית ורצינית, וזכאים לקבל מענה לשאלות בסיסיות כמו, למשל:

מי הכוח שירה בהם ומה היו הוראות הפתיחה באש שניתנו להם?

האם הייתה הוראה לפתוח באש על מנת להרוג על כל מי שנמצא ברחוב?

האם תודרכו החיילים כי הם במרכזה של שכונת מגורים מאוכלסת?

מהי הסיבה בגינה פתחו החיילים באש על מנת להרוג, למרות שלא נשקפה להם סכנה?

האם מדובר בירי מכוון מתוך כוונה להרוג כל מי שמתגלה ברחוב או שמא ברשלנות עקב טעות בזיהוי?

האם נבדקה הטענה שזוהתה הנחת מטען? האם נמצא מטען כזה או סימנים להנחת מטען כזה בפתח ביתם של העותרים?

האם יכלו החיילים לזהות את מה שנטען על ידם כהטמנת מטען במיקום ובאמצעים שעמדו לרשותם?

האם יש הקלטה של הקשר הפלוגתי או דיווחים בזמן אמת לפלוגה ולגדוד שתועדו?

59. לחלק גדול מהשאלות היה ניתן למצוא את התשובה אם הייתה נערכת חקירה אפקטיבית ומיידית לאחר האירוע. ברור כי כיום הקושי להגיע לחקר האמת הוא רב. עם זאת, ודאי שאין להשתמש במחדלי המשיבים כדי לפטור אותם עצמם מחובתם לחקור.

הטיעון המשפטי

כללי

60. בית המשפט אינו מתערב, כעניין של שגרה, באופן התנהלותן של רשויות חקירה, אך אין ספק כי התנהלות כל הגורמים האמונים על אכיפת החוק במקרה זה זועקת לביקורת שיפוטית. ההתנהלות היא בלתי סבירה בצורה קיצונית, ומהווה סמל ומשל לכישלון מערכת אכיפת החוק כולה, בכל הנוגע לחקירת מותם של תושבים בשטחים הכבושים.

61. בפני בית המשפט עומדת משפחה פגועה וכואבת שמבקשת לדעת למה, מדוע ומי הרג את בת משפחתם האהובה. כל חטאם של העותר והמנוחה הוא כי ביקשו לצאת מביתם בלב שכונה מאוכלסת. ללא כל אזהרה נפתחה עליהם אש מדויקת על מנת להרוג. העותרים 2-3 לא יכלו לעמוד מנגד, שהרי "לא תעמוד על דם רעך". הם מיהרו להגיש סיוע לעותר ולמנוחה ולפנותם מאזור הסכנה. החיילים לא היססו לפתוח גם עליהם באש מדויקת על מנת להרגם.

הפרה בוטה של החובה לחקור חקירה סבירה לגילוי האמת

62. בעתירתם הראשונה היו העותרים מלאים טענות כרימון בדבר ההשתהות הקיצונית בעצם ההחלטה לפתוח בחקירה. המשיבים הודו בהגינותם במחדלם, אך טענו כי מחדל זה לא משנה את העובדה שלגופו של עניין, אין מקום לפתוח בחקירה פלילית.

63. כפי שמתואר בחלק העובדתי בהרחבה, רק בעקבות מסירת חומר הבירור לידי העותרים, בדיקתו והגשת הערר, רק בעקבות אלו, הודתה הפרקליטות כי שגתה בהחלטתה לסגור את התיק. זמן כה ממושך לאחר האירוע החליטה הפרקליטות לפתוח מחדש את התיק ולהתחיל לחקור. על רקע זה יש לבחון את המחדלים הנוכחיים בניהול החקירה, שכן מחדלים אלו אינם עומדים בפני עצמם – מחדלים אלו חוברים למחדלי העבר וממשיכים את שרשרת הכישלונות שמלווה את החקירה מראשיתה.

64. חובת החקירה אינה מתמצית בהודעה על פתיחה בחקירה. על מנת שהגוף החוקר יעמוד בחובת החקירה, עליו לפעול כפי שגוף חוקר סביר צריך לפעול. סבירות החקירה נמדדת גם ביחס לחומרת העבירה. אין חקירת מעשה שגרם למותו של אדם כחקירת גניבת חולצה מחנות. ככל שהעניין הנחקר קשה וחמור יותר, כך יידרש הגוף החוקר לסטנדרט גבוה יותר על מנת לעמוד בחובתו לחקור.

65. הפסיקה הישראלית אינה משופעת בהלכות בדבר הסטנדרטים הנדרשים מגוף חוקר עת שהוא מבצע חקירה פלילית. להלן נסקור בקצרה את הדין הישראלי ולאחריו את הדין הזר.

66. כחוט השני עוברת בפסיקה הגישה, כי מטרת החקירה היא להגיע לחקר האמת, וכי לצורך זה על הגוף החוקר להיות פעלתן ויוזם (proactive), למצות כיווני חקירה ולבצע איסוף מקיף של הראיות הרלוונטיות:

מטרת החקירה המשטרית אינה מציאת ראיות להרשעתו של חשוד, אלא מציאת ראיות לחשיפת האמת, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכוי של חשוד, ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו (ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל פ"ד לה(2) 466, 472).

באותו עניין נקבע כי אי חקירת טענת אליבי שהעלה החשוד הוא בלתי סביר:

טענת אליבי, אשר חשוד מעלה, הינה חרב פיפיות. אם הטענה תימצא נכונה, יש בה כדי לשכנע את החוקרים להניח לחקירה, להימנע מלהגיש כתב אישום, ובכך לחסוך עינוי לחשוד. אם הטענה תימצא כוזבת, יש בה כדי לסייע לטענות התביעה. מכאן, כאשר חשוד מעלה טענת אליבי, על המשטרה לבדוק במהירות ראויה (שם).

67. טענה של ירי בלתי מוצדק של כוחות צבא באזרחים בשטחים אינה חסינה מפני החובה לחקור, גם אם החיילים מציגים גירסה שונה. בית המשפט העליון פסק, כי אי עריכת בדיקת מז"פ לבחינת סימני ירי במכונית מהווה מחדל חמור, אשר יש בו להעביר את נטל ההוכחה לכתפיה של המדינה. באותו עניין דן בית המשפט בפציעתו הקשה של פלסטיני על ידי כוח של הצבא בג'נין:

גם אם חוקרי המשטרה העריכו כי ייחוס הפגיעה במערער לחיילי צה"ל הוא שקרי, וכי בפועל נפגע המערער בעימות פנימי בין תושבי העיר ג'נין, חלה עליהם חובה להעמיד את המכוננית לבדיקה על-ידי מומחה מז"פ, במטרה לנסות ולהתחקות אחר גורמי הפגיעה. כן אין בידי לקבל את טענת המדינה, כי לנוכח גודש האירועים שהוטל עליהן לבדוקם בתקופת האינתיפאדה המדוברת, רשאיות היו המשטרה ומצ"ח להגביל את עריכתן של בדיקות מז"פ בעיקר לאירועי מוות. המערער נפצע באופן קשה ביותר מפגיעת קליע שחדר לראשו. המדובר במקרה רציני. בדיקת המכוננית היוותה אמצעי חיוני במסגרתה של החקירה, ואי-קיום הבדיקה מהווה מחדל רשלני של המשטרה (ע"א 361/00 ד'אהר נ' סרן יואב, פס"ד מיום 10.2.05 (טרם פורסם)שם, פסקה 21 לפסק הדין).

68. במקרה אחר נקבע, כי לכל הפחות על הגוף החוקר לאסוף את כל הנתונים הרלוונטיים :

ככלל, בהעדר נסיבות יוצאות דופן, על הגורם החוקר לחקור גם את החשוד בביצוע העבירה. חובה זו מקורה בחובתו של כל גורם חוקר, לנהל חקירה באופן סביר ולאסוף את כל החומר הרלוונטי לצורך הפעלת שיקול הדעת של הגורם המחליט באשר להמשך הטיפול בתיק החקירה. חובה זו זהה לחובתה של כל רשות מינהלית האמורה להפעיל את שיקול דעתה (ע"פ (חיפה) 3730/03 מ"י נ' אגבאריה, פס"ד מיום 11.3.04).

69. במקרים שונים דנו שופטים בבתי המשפט בישראל במחויבות הגוף החוקר לערוך חקירה סבירה כאמצעי למימוש זכותו של נאשם למשפט הוגן :

הימנעות מביצוע פעולות חקירה, ובמיוחד חקירת מעורבים ובדיקת גרסאותיהם מול ראיות אחרות, מערערת את אמינות גרסת המאשימה (ת"פ (חיפה) 156/02 מ"י נ' אלואני, פס"ד מיום 29.4.03).

נראה לנו כי ראוי להקפיד על חקירות מלאות ומסודרות בכל מקרה, ובוודאי במקרים שבהם מדובר בחשדות לביצוע עבירות חמורות. חקירה משטרתית חייבת לכלול את כל הפעולות הנדרשות לגילוי האמת ולא רק לשם איתור עבריינים, הבאתם לדין והרשעתם. חקירה ראויה הינה חלק מזכות האזרח למשפט הוגן ותקין (תפ"ח (ירושלים) 3043/00 מ"י נ' פלונני, פס"ד מיום 17.5.01, פסקה 21).

70. במקרים אחרים נקבע כי רשלנות בחקירה מצד המשטרה עשויה להקנות לה חבות בנזיקין כלפי קורבן העבירה. כך, למשל, במקרה אחד נקבע, כי אף כשנעשו פעולות חקירה שלא היה בהן ממש, היווה הדבר חריגה מסטנדרט חקירה סביר :

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 (ת.א. (ירושלים) 7808/96 בוטמה נ' מ"י (מיום 1.7.98).

ר' גם ת.א. (ירושלים) 5122/99 עצאירה נ' משטרת ישראל (מיום 9.12.02).

71. חקירה סבירה חייבת להתנהל ולהסתיים בתוך זמן סביר. הזמן הסביר נבחן בהקשר לנסיבות המקרה, אך ברור כי החקירה חייבת להתנהל. סחבת או קיפאון ממושך בחקירה, לא רק מהווים הפרה של החובה לחקור אלא גם עינוי דין עבור הקורבנות והחשוד כאחד. סחבת והשתהות בחקירה פוגעים באינטרס הציבורי:

האינטרס הציבורי של מלחמה יעילה בפשיעה דורש שמלאכת אכיפת הדין הפלילי תתבצע במהירות (בג"צ 6972/96 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי, פ"ד נא(2) 757, 773).

72. בסעיף 12 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, קבע המחוקק כי החובה לחקור בצורה אפקטיבית ותוך זמן סביר היא גם זכות העומדת לקורבן העבירה:

ההליכים הנוגעים לעבירת מין או אלימות יקוימו בתוך זמן סביר, כדי למנוע עינוי דין.

73. בבית הדין הצבאי לערעורים דן השופט, אל"מ מרדכי לוי, בבקשת מעצר נגד חייל שהואשם בהתעללות בשני פלסטינים אזוקים שהיו נתונים למשמרתו. באותו מקרה נפתחה חקירת מצ"ח רק בעקבות התערבות שופטת בית המשפט השלום בירושלים, אשר זיהתה בזמן הדיון סימני חבלות קשים בגופם. החקירה נוהלה בעצלות בולטת וזכתה לקיתונות של ביקורת מצד הסנגורים. על כך אמר כבוד השופט:

בגין חשדות לעבירות כה חמורות, מן הראוי כי תנוהלנה חקירות מקצועיות וממצות, באופן מיידי ונמרץ, תוך שימוש בכל אמצעי החקירה החוקיים; ואם יידרש הדבר, יש לשקול גם מעצר לצרכי החקירה, ככל שהדין מתיר. כך לא נעשה במקרה זה, ויש להצטער על כך. יש לקוות כי מחדל זה הינו חריג, ומכל מקום יש להפיק את הלקחים המתחייבים מהמקרה דנא (ע"מ 29/03 התובע הצבאי הראשי נ' סמל דוד זמיר, החלטה מיום 8.7.03, ההדגשה הוספה).

אך הלקחים לא הופקו.

חוסר סבירות היורד לשורשו של עניין

74. על רקע הסטנדרטים הנ"ל, ניתן לראות כי הליכים שנגקטו בפרשה נשוא עתירה זו מלכתחילה ועד עצם היום הזה נגועים בשורה בלתי נפסקת של מחדלים.

75. הסחבת שננקטת ואי קידום החקירה אינם נובעים מקשיים אובייקטיביים יוצאי דופן. למשל, העותרים אינם מוזמנים למתן עדות כי כבר חודשים החוקרים לא מצליחים לזכות בשיתוף פעולה מצד מי שאמור להוציא עבורם היתרים מתאימים להגיע למקום החקירה במעבר ארז. זו לא התנהלות רצינית, בלשון המעטה. ככל הידוע לא נערכו פעולות חקירה אחרות והחקירה למעשה אינה מקודמת כלל.

76. אנו מצויים בשלב בו כבר הודתה הפרקליטות במחדל קשה באיסוף החומר ובדיקתו, גם בהשתהות בהחלטה על פתיחה בחקירה, וגם בקבלת הערר, אשר מהווה הודאה שלא היה מקום להחלטה המקורית על סגירת התיק. קשה, אם כן, להבין, כיצד זה מרשות לעצמן רשויות אכיפת החוק להמשיך במחדליהן בחקירת האירוע הטראגי.

77. ההתנהלות של גורמי אכיפת החוק היא בלתי סבירה בצורה קיצונית. העותרים איבדו אמון במערכת החוקרת. במצב זה אין מנוס מפנייה לערכאות שיפוטיות.

טיוח, סלחנות וחסיונות – מתכון לפגיעה בשלטון החוק

.78

From pardon-power unrestricted, comes impunity to delinquency in all shapes; from impunity to delinquency in all shapes, impunity to malfeasance in all shapes, from impunity to malfeasances in all shapes; dissolution of government; from dissolution of government, dissolution of political society...

דברים אלה חריפים הם. ייתכן שהם חריפים מדי. אך יש בהם כדי להצביע על הצורך החיוני בביקורת שיפוטית (בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 588).

דבריו הידועים של המלומד בנטהם, צוטטו על ידי השופט ברק בקשר לשימוש בלתי מושכל בסמכות החנינה בפרשת קו 300.

79. העדר ענישה (**impunity**) הוא הבסיס לזלזול בשלטון החוק וכר פורה לפגיעה הולכת וגוברת בזכויות אדם. כאשר אווירת הסלחנות והיעדר הענישה אינם מתפוגגים אף במקרים בהם אזרחים, שאינם מעורבים בלחימה, לרבות ילדים קטנים, נשים וזקנים, נהרגים, מבטא הדבר מסר של **זלזול בוטה בחיי אדם**. תהא הרטוריקה הרשמית של הצבא אשר תהא, זלזול זה מחלחל אל כל שדרות הצבא, החל במפקדים וכלה באחרון החיילים. באווירת לית דין ולית דיין, יודע כל חייל כי ניתן לו רישיון להרוג וחסיונות מעונש.

80. טיוח חקירות הוא האמצעי המטריד מכול האמצעים של מערכת המבקשת להעניק חסיונות גורפת לבניה. קל לתקוף סגירת תיק חקירה, אי העמדה לדין והענקת חנינה – החלטות אשר

נעשות בגלוי, לרוב מנומקות, ונתונות לביקורת שיפוטית מיידית. אך מה יעשה הקורבן כאשר האמונים על שלטון החוק מטייחים את החקירה? משתהים באופן בלתי סביר ומסכלים את האפשרות להגיע לאמת? מה יעשה הקורבן כאשר לכאורה מתקיימת חקירה אך בפועל לא מתבצעות פעולות חקירה? כיצד יפקח כי המערכת מבצעת את משימתה בכנות וכראוי?

81. הניסיון הרב שהצטבר בקרב טריבונאלים משפטיים בינלאומיים מצביע כי סלחנות וטיוח חקירות, היוצרים אווירת חסינות בקרב חיילים, מעודדים הפרה חוזרת של החוק. כך בית הדין הבין-אמריקני:

[T]he Court has understood that impunity is the overall lack of investigation, tracing, capture, prosecution and conviction of those responsible for violations of the rights protected by the American Convention, and that the State is obliged to combat this situation by all available legal means. **Impunity promotes the chronic repetition of the human rights violations and the total defenselessness of the victims and their next of kin** (*Maritza Urrutia v. Guatemala*, pa. 45, p. 126, 27.11.03).

פסק הדין נמצא באתר בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם:

http://www.corteidh.or.cr/seriec_ing/index.html

דברים דומים נאמרו מפי בית הדין האירופאי לזכויות אדם בעניין חקירת מותם של אזרח טורקי ואזרח אירי על ידי כוחות הביטחון של טורקיה ובריטניה: חקירה מהירה, גם כאשר ישנם מכשולים, היא חיונית לשמירה על אמון הציבור ומניעת תחושה של סובלנות כלפי מעשים בלתי חוקיים:

A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context. While there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities in investigating the use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts (*Ozkan v. Turkey*, p. 77, pa. 314, 6.4.04).

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=htmlhighlight=ozkan&sessionid=1021764&skin=hudoc-en>

ר' גם: Mckerr v. The United Kingdom, pa. 114, 4.5.01

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=7&portal=hbkm&action=html&highlight=investigation&sessionid=1021706&skin=hudoc-en>

פגיעה בזכויות אדם

82. קיומה של חקירה אפקטיבית אינה חובה המוטלת על הרשויות בלבד, היא גם זכות של הקורבן ושל משפחתו. החקירה היא חלק אינהרנטי מהזכויות החוקתיות לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד האדם (סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

83. הזכות החוקתית לחיים ולהגנה על החיים היא מהזכויות הבסיסיות ביותר בשיטת המשפט הישראלי, "מן הערכים הנעלים והמקודשים ביותר בשיטתנו המשפטית, בתולדות עמנו ובתולדות האנושות בכלל" (בג"ץ 2753/03 קירש נ' הרמטכ"ל, תק-על 2003(3) 825, 833). זכות המעוגנת היטב גם במשפט ההומניטארי הבינלאומי ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי.

84. ההגנה על הזכות לחיים, כמו גם ההגנה על הזכות לשלמות הגוף ולכבוד האדם, מחייבת מתן סעד במקרה של הפרתן. כאשר נפגע אדם, גם אם הוא פלסטיני, וגם אם פגיעתו היא תוצאה של ירי של כוחות ביטחון, עריכת חקירה ומיצוי הדין עם האחראים הם חובה פוזיטיבית המוטלת על המשיבים. החקירה היא חלק מהותי בהגנה על זכויות אדם מוגנות. אוי לחברה שעוברת לסדר כאשר יש חשדות לפגיעה בלתי חוקית בחיי אדם:

תלונותיהם של גורמים פרטיים מהוות אחד ממקורות המידע העיקריים של המשטרה במלחמתה בפשיעה. התלונות מבטאות את שיתוף הפעולה בין הפרט הבודד לבין המשטרה, ובמקביל, במקרים רבים, גם את זרישתם הלגיטימית של המתלוננים להגנה מפני הפגיעה בזכויותיהם. הזכות של כל אדם להגנה על חייו, גופו וכבודו, נקבעה במפורש בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואילו בסעיף 11 לחוק-היסוד נקבע, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". המשטרה, כחלק מן הרשות המבצעת, הינה אחד הגופים העיקריים האמונים על קיום חובה זאת (ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס, פס"ד מיום 2.6.04, פסקה 13).

85. הכוח לחקור את החשדות מצוי באופן מונופוליסטי בידי המשטרה הצבאית החוקרת. המעמד המונופוליסטי של רשויות החקירה מחייב אותן לפעול בנאמנות וללא משוא פנים. במידה רבה מאוד תלויים העותרים בכך שהמשטרה הצבאית תעשה את עבודתה. מכאן שלמשטרה הצבאית ולרשויות אכיפת החוק חובה שלטונית מוגברת למלא אחר חובת החקירה ולחשוף את האמת.

86. הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד האדם כוללות גם את הזכות לקבל סעד בצורת פיצוי כספי במקרה שהן מופרות:

המשפט הפרטי הישראלי בכלל ודיני הנזיקין בפרט, מהווים מקור ראשוני במעלה להענקת סעד בגין פגיעה (פיזית) בזכות אדם מוגנת... פקודת הנזיקין היא המקור לסעד, ואילו הזכות מעוגנת בחוקי היסוד (אהרן ברק, פרשנות במשפט (חלק שלישי, נבו 1994), בעמ' 785).

87. העותרים הגישו תביעה נזיקית, כשהם מקווים שהפיצוי הכספי יעזור למשפחה להשתקם לאחר הטרגדיה שעברו. תביעה זו עומדת בסכנה של דחייה על הסף עקב התיקון לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952, המקנה למדינה חסינות גורפת ב"אזורי עימות". כאמור, דרום הרצועה הוכרז כאזור עימות בצורה גורפת ורציפה מתחילת האינתיפאדה.

88. אחד החריגים לחוק קובע כי החוק לא יחול לגבי "תביעה שעילתה נזק שנגרם בשל מעשה שביצע המשרת בכוחות הביטחון, ובלבד שהורשע בעבירה בשל אותו מעשה בפסק דין חלוט בבית דין צבאי או בבית משפט בישראל" (סעיף 1 לתוספת השנייה לחוק). יוצא כי אם חקירה אמיתית תוביל לכתבי אישום והרשעות, יכול והחוק לא יחול על המקרה שלפנינו.

89. על אף החקירה הנמשכת, הפרקליטות מיהרה להגיש בקשה למחיקת התביעה על הסף. הפרקליטות עשתה כן אף שאין לה חובה לעשות כן, או למהר ולהגיש את הבקשה. אדרבא, פרקליטת סבירה הייתה חייבת להימנע מלהגיש את הבקשה לדחייה על הסף כל עוד מתנהלת החקירה. מה אמורים העותרים לבין מהצעד הזה? שלפרקליטות יש ידע מבוסס על כך שהחקירה לא תוביל לכלום!?

90. בעבר, עצם הגשת התביעה היווה תמריץ חיובי לחקירת אירועים. המקרה הזה מדגים היטב כיצד מתממש החשש שהפטור הגורף מאחריות שארגנה המדינה לעצמה באמצעות המחוקק יגרום לצמצום ניכר של החקירות בכל הנוגע לפגיעה באזרחים. החריג לחוק מותנה בקיומה של חקירה אפקטיבית והעמדה לדין של החייל (גם ברשלנות, אגב) אולם איזה עניין יש לצבא לערוך חקירות כאלו, אם הצלחתן תחייב את המדינה לפצות את הקורבן? החריג מהווה תמריץ שלילי לחקירות, באופן מובהק, והדבר ניכר גם במקרה שלפנינו.

91. הנה כי כן, לא רק שהמשיבים מונעים במחדליהם מהעותרים לדעת את האמת על נסיבות מותה של המנוחה ופציעתם, הם גם מונעים מהם את הזכות לפיצוי על הפגיעה בזכויותיהם, פיצוי אשר אמור לשמש לשיקום המשפחה.

חומר החקירה מגלה לכאורה עילה להעמדה לדין

92. ככל הנוגע לנסיבות מותה של המנוחה ופציעתו של העותר 1, קיימת מחלוקת על העובדות המחייבת חקירה. ה"אליב" של הכוח מעורר תהיות וספקות כבדים. קשה להאמין כי אם צעירה לתינוק בן חודשיים ובעלה יניחו מטען בפתח ביתם.

93. עם זאת, לגבי נסיבות פציעתם של העותרים 2-3, כפי שעולות לכאורה מדברי המשיבים, אין מחלוקת של ממש לגבי העובדות: גם לפי גירסת הפרקליטות, כפי שנמסרה לבג"ץ במסגרת העתירה הראשונה, ברגע שהגיעו האחים לפנות את המנוחה והעותר הפצועים (לאחר שזוהתה בהם פגיעה ודאית) הם זוהו כמי שבאים לפנות את הפצועים ובכל זאת נורו בצורה ישירה, באש שנועדה לפגוע בהם על מנת להרגם. על פי יומן המבצעים ברור גם כי לגבי העותרים 2-3 אף לא הייתה מחלוקת בנוגע לעובדה כי אינם חמושים.

94. ירי על אזרחים בעת שהם מפנים פצועים, ללא שנשקפת סכנה מיידית ללוחמים, הוא אסור בתכלית האיסור ומהווה עבירה על חוקי הלחימה. ירי כזה הוא בלתי חוקי בשני מובנים: ראשית, הוא מהווה מעין "וידוא הריגה" כלפי הפצועים, המתבוססים בפצעייהם. גם אם אכן מדובר היה כביכול בלוחמי אויב שמניחים מטען נגד טנק ישראלי, ואותם לוחמים נפצעו, וכאמור, זוהתה פגיעה ודאית בהם לפי גירסת הפרקליטות, הרי שחל איסור חמור למנוע את פינויים ולירות עליהם ועל מפניהם בעת הפינוי. שנית, הירי מהווה פגיעה אסורה באזרחים המפנים פצועים לטיפול רפואי. פגיעה כזאת אסורה גם כשמדובר בלוחמים שנמנים על כוחות הפינוי והרפואה של האויב, קל וחומר כשמדובר באזרחים, שנחלצים לצורך פינוי קרוביהם הפצועים.

סיכום

התנהלות המשיבים בכל הנוגע לחקירת מותה של המנוחה ובחקירת פציעת העותרים מדברת בעד עצמה – היא נגועה במחדלים קשים מתחילתה, שמעוררים ספק עמוק לגבי השאלה האם הרשויות האמונות על אכיפת החוק כלל מעוניינות להגיע לחקר האמת.

כשנתיים ימים וחצי נמצאים העותרים במצב של חוסר ודאות. אם לא די במחיר ששילמו ובאובדן שספגו, הרי שהתנהלות רשויות אכיפת החוק מעמיקה את סבלם ומעצימה את הפגיעה בזכויותיהם. התנהלות המשיבים פוגעת בכבודם כבני אנוש.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד ברצועת עזה ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הם ניתנו בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין בא כוחם.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.