

1. **עבד אל מומן אחמד מוחמד עבד אללה,**

2. **"יש דין" – ארגון מתנדבים למען זכויות**
אדם, ע.ר. 5804422

באמצעות עו"ד מיכאל ספרד ו/או אמילי
שפר עומר-מן ו/או מיכל פסובסקי ו/או
סופיה ברודסקי כולם מרח' דוד חכמי 12,
תל-אביב 6777812; טל: 03-6206947/8/9,
פקס: 03-6206950

העותרים

-- נ ג ד --

1. **היועץ המשפטי לממשלה**
2. **פרקליט המדינה**
3. **הפרקליט הצבאי הראשי**

המשיבים

באמצעות ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, רח' סלאח א-דין, ירושלים

עתירה לצו על תנאי

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא יורו למשטרה הצבאית החוקרת (מצ"ח) לפתוח בחקירה פלילית לבירור נסיבות מותה של ביתנו של העותר מספר 1, הנערה **סמאח עבד אללה ז"ל**, אשר נהרגה ע"פ החשד כתוצאה מירי של כוחות צה"ל ביום 23.11.2015 כאשר נסעה עם בני משפחתה ברכבם הפרטי שעבר במחסום חווארה;

ב. מדוע לא יוצא צו הצהרתי לפיו האירוע שבו מצאה סמאח את מותה אינו אירוע "לחימה של ממש" כהגדרת המונח במדיניות הפתיחה בחקירות של הצבא כפי שעליה הודיע המשיב מספר 3 בהודעת העדכון מטעמו במסגרת בג"צ 9594/03, **בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים נ' הפרקליט הצבאי הראשי** [פורסם בנבו] (21.8.2011) (להלן: בג"צ בצלם ו/או פרשת בצלם).

בקשה לקביעת מועד דיון דחוף

תיק זה עוסק בהחלטתם הבלתי סבירה באורח קיצוני של המשיבים שלא לפתוח בחקירה של נסיבות הריגתה של סמאח עבד אללה (להלן: "המנוחה" או "סמאח"), אזרחית פלסטינית תושבת הכפר עמוריה, שנפגעה ביום 23.11.2015 מירי אש חיה, לאחר שהרכב בו נסעה עבר את מחסום חווארה מצפון לדרום.

המנוחה הייתה בדרכה חזרה לביתה מיום לימודים בעת שנפגעה במפתיע מכדור שנורה על-ידי חייל צה"ל, חדר אל הרכב ופגע בראשה. בעת הפגיעה הקטלנית היו ברכב הוריה, אחותה ואחיה. סמאח אושפזה במצב קשה אך למרבה הצער מתה מפציעה כשלושה שבועות לאחר שנפגעה.

האירוע התרחש לפני למעלה משנתיים ימים בהן גררו המשיבים כולם את רגליהם בקבלת החלטות בתיק זה והתנהלו באיטיות בלתי מובנת.

כל עיכוב נוסף בבירור הסוגיה עלול להביא לכך שימנע מבית המשפט הנכבד להעניק לעותרים סעד אפקטיבי, שכן כידוע ככל שחולף הזמן מרגע התרחשות אירוע, קשה יותר לחקרו. מעבר לכך, עקרון יסוד של שלטון החוק הוא שפעולות אכיפה יש לנקוט במהירות ואילו במקרה זה כבר חלף זמן רב בשל התמהמהות חמורה של המשיבים כפי שיפורט בכתב העתירה להלן.

גרירת הרגליים של המשיבים הביאה לכך שאנו נאלצים להגיש עתירה זו עוד בטרם התקבל מענה על השגה שהוגשה ליועץ המשפטי לממשלה על החלטת הפצ"ר שלא לפתוח בחקירת האירוע.

לאור האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למזכירות לקבוע תיק זה לדיון בדחיפות.

א. פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו באירוע קשה ביותר במסגרתו נהרגה נערה פלסטינית בת 18 מירי של חייל צה"ל במחסום חווארה ובהחלטה בלתי מתקבלת על הדעת של משיב 3 שלא להורות על חקירת האירוע ולהסתפק בתחקיר המבצעי שנערך.
2. עניינה של עתירה זו אף רחב יותר, באשר ההחלטה על אי פתיחה בחקירה נובעת מפרשנות רחבה באופן קיצוני שמעניק משיב 3 לחריג לכלל הקובע כי אירועי מוות של אזרחים פלסטיניים שהם תולדה של שימוש בכוח על ידי חיילי צה"ל יחקרו בחקירה פלילית. כפי שיפורט בכתב עתירה זה בשנים האחרונות נקט משיב 3 במדיניות לפיה אירועים אזרחיים מובהקים של הפרת סדר פורשו כאירועי "לחימה של ממש" ועל יסוד קטגוריזציה בלתי סבירה זו נמנע משיב 3 מלהורות על פתיחה בחקירות בעשרות מקרים בהם אזרחים נהרגו, בנסיבות שבהם ברור כי הצבא תיפקד בכובעו כאוכף סדר ולא כגוף לוחם.
3. יאמר מיד כי עתירה זו מוגשת לאחר שכלו כל הקיצין וההתנהלות האיטית של המשיבים אשר גררו רגליים בקבלת ההחלטות לגבי האירוע מושא העתירה, והביאו לכך שאנחנו נמצאים שנתיים ימים לאחר האירוע וטרם התקבלה החלטה בהשגה שהגישו העותרים למשיב 1, מתרגמת כזלזול וקלות דעת מצדם לתוצאתו הקשה של האירוע, ולסבל שהוא הסב לעותר 1 לבני משפחתו.
4. בעתירה זו יתבקש בית המשפט הנכבד להתערב הן במקרה הקונקרטי ולכפות על המשיבים את הפעולה האלמנטרית המתחייבת במערכת שמקדשת חיי אדם - לחקור נסיבות גרימת מותה של נערה צעירה, והן להתערב בסוגיה העקרונית הנוגעת לקו המבחין בין אירוע אכיפתי לאירוע לחימתי.
5. חשיבותה של עתירה זו עבור משפחתה של המנוחה ברורה מאליה אולם העותרים יבקשו אף להדגיש כי המדיניות הנתקפת בעתירה יש לה השלכות חמורות לחייהם של אזרחים רבים והיא אף יוצרת מסר של זילות הפגיעה בחיים, שלהבנתו הינו מסוכן ביותר, וגם מטעם זה בית המשפט הנכבד חייב להתערב בה.

ב. הצדדים לעתירה

6. העותר מספר 1 הוא אביה של המנוחה, הנערה סמאח עבד אללה ז"ל, אב לשתי בנות וארבעה בנים ותושב הכפר עמוריה.
7. העותרת מספר 2, עמותת "יש דין", היא ארגון זכויות אדם ישראלי אשר פועל למען חיזוק וביצור זכויות האדם בשטחי הגדה המערבית, בין היתר באמצעות העצמה של הליכי אכיפת החוק, ובמסגרת זו מעניק סיוע משפטי לאזרחים מוגנים שנפגעו מעבירות של אזרחים ישראלים או אנשי כוחות הביטחון הישראליים כלפיהם.

8. המשיבים מספר 1 ו-2, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, מופקדים, בין היתר, על אכיפת החוק הפלילי והמשיב מספר 2 גם מייצג את מדינת ישראל בפני בתי המשפט בעניינים פליליים. למשיב מספר 1 הסמכות לבחון השגות על החלטות הפרקליט הצבאי הראשי (משיב מספר 3) ואליו הגישו העותרים, בדצמבר 2016, השגה על החלטתו של המשיב מספר 1 שלא לפתוח בחקירה פלילית של נסיבות הריגתה של המנוחה. ההשגה הוגשה בהתאם לנוהל שנקבע בהנחיית יועץ מסי' 4.5003 אשר פורסמה באפריל 2015. המשיב מספר 1 העביר את הטיפול בהשגה זו אל המשיב מספר 2. כאמור בפתח הדברים – עד לרגע הגשת עתירה זו ולמרות שחלפה שנה תמימה מאז הוגשה ההשגה, טרם נתן המשיב מספר 2 החלטה בה.
9. המשיב מספר 3, הפרקליט הצבאי הראשי ("פצ"ר"), מופקד על אכיפת החוק בצבא והוא שאחראי להחלטה שלא לפתוח בחקירת האירוע מושא עתירה זו.

ג. רקע עובדתי

i. האירוע

10. סמאח עבד-אללה, פלסטינית תושבת הגדה המערבית הכבושה, הייתה בת 18 במותה. זמן קצר טרם מותה היא סיימה את לימודי התיכון והחלה ללמוד בקורס לקוסמטיקה וטיפוח החר במכללה בשכם.
11. ביום 23.11.15 בשעות אחר הצהריים נסעה סמאח ז"ל לשכם שם השתתפה כאמור בקורס קוסמטיקה יחד עם אחותה, חנין. בתום הקורס אסף אותן אביהן, העותר 1, ויחד עם אימן, האלה אבראהים רגא עבד-אללה עידה, ואחיהן בן ה-16, אחמד נסעו חזרה לכיוון ביתם שבעמוריה. בסביבות השעה 15:00 אחר הצהריים הגיעו בני המשפחה ברכבם למחסום חווארה. באוטו נהג העותר 1, לידו ישבה אשתו, מאחוריה ישבה חנין, באמצע מאחור ישבה סמאח ולידה, מאחורי העותר 1, ישב אחיה, אחמד.
12. לאחר שעברו את מחסום חווארה לכיוון דרום, החל ירי שלפחות בחלקן נעשה לכיוון רכבם. אחד מן הכדורים שנורה ככל הנראה ממגדל השמירה הממוקם צפונית למחסום, פגע בשמשה הקדמית של הרכב, חדר למצחה של סמאח ז"ל ויצא מעורפה.
13. סמאח ז"ל הובהלה לבית החולים רפידיא שבשכם שם עברה ניתוח דחוף. בשל מצבה הקריטי של בתו, דרש העותר 1 את העברתה לבית חולים בישראל המצויד כנדרש לטיפול במצבים מסוג זה והמתמחה בו. סמאח ז"ל אכן הועברה לבית החולים בילינסון בפתח תקווה שם בוצעה הדמיה CT ונמצא שרסיסים מהכדור נותרו במוחה ולכן הוחלט להכניסה לניתוח נוסף. מספר ימים לאחר מכן הועברה סמאח ז"ל למרכז שניידר לרפואת ילדים בישראל לצורך המשך טיפול.
14. סמאח עבד-אללה מתה מפציעה ביום 16.12.15, כשלושה שבועות לאחר פציעתה.

(מצ"ב מסמכים רפואיים ותרגומם לעברית ומסומנים נספח 1)

15. ביום 24.12.15 פורסמה כתבה בעיתון "הארץ" ובה תיאור מקרה זה. בכתבה מובאת, בין היתר, תגובת דובר צה"ל לאירוע ולפיה באותה העת התרחש אירוע במחסום חווארה שבמסגרתו "מחבל רץ עם סכין שלופה לעבר אזרחים שעמדו בתחנת ההסעה". זו הייתה ככל הנראה הסיבה לכך שכוחות צבא שהוצבו במחסום פתחו באש. בידיעה דווח שמהירי נפגעו נוסעים אשר היו ברכב שנסע מאחורי המחבל. עוד הוסיף הדיווח כי "האירוע תוחקר וממצאיו נמצאים כעת בבחינת הפרקליטות הצבאית".

(מצ"ב העתק מהכתבה מיום 24.12.15 ומסומן נספח 2)

ii. מיצוי הליכים

16. בעקבות האירוע, ביום 7.12.15 הגיש העותר 1 תלונה במת"ק חווארה.

17. ביום 23.3.16 פנה ארגון זכויות האדם הישראלי "בצלם" לסא"ל אדורם ריגלר, הפרקליט לעניינים מבצעיים, בניסיון לברר האם נפתחה חקירה בעניינם של המנוחה ועלאא ח'ליל סבאח חשאש, שנהרג אף הוא מירי במחסום (לאחר שעל-פי החשד תקף חיילים). ביום 17.5.16 התקבלה תשובה לקונית לפיה התיק מצוי "בבחינת הפרקליטות הצבאית".

(מצ"ב תשובתו של סא"ל ריגלר לארגון "בצלם" מיום 17.5.16 ומסומן נספח 3)

18. ביום 29.6.16 פנו באי כוח העותרים הח"מ לסא"ל ריגלר. בפנייתם ביקשו הח"מ לברר האם נפתחה חקירה במצ"ח בהתאם למדיניות הפתיחה בחקירות, עליה נעמוד בפירוט בהמשך. על קצה המזלג נציין כי מדיניות זו קובעת כי יש לפתוח בחקירה באופן אוטומטי וללא כל תנאי כגון בירור מקדים מכל סוג שהוא, וזאת במקרים של מות אזרח/ית בעקבות פעילות חיילי צה"ל שלא התרחשה ב"אירוע לחימתי של ממש".

19. בהמשך לפנייתם, דרשו באי כוח העותרים הח"מ כי אם טרם נפתחה חקירה כאמור, תיפתח חקירה לבחינת נסיבות האירוע בו היו מעורבים חיילי צה"ל, וכן לבדיקת אחריותם של המפקדים של מי מהכוחות שיימצאו אחראים לאירוע ותוצאותיו הקטלניות. בפנייתם הדגישו הח"מ את הצורך והחשיבות בפתיחה בחקירה באופן מיידי וללא דיחוי וכמו כן, צירפו את המסמכים הרפואיים אשר בידם.

(מצ"ב מכתבם של ב"כ העותרים לסא"ל ריגלר מיום 29.6.16 ומסומן נספח 4)

20. ביום 19.7.16 פנו באי כוח העותרים לסא"ל ריגלר בשנית. במכתבם הזכירו בקצרה את המקרה, צירפו מסמכים רפואיים נוספים וביקשו להתעדכן במצב התיק. לאחר שלא נענו, ביום 21.8.16 שלחו הח"מ פנייה נוספת לסא"ל ריגלר, ובה בקשה נוספת להתעדכן לגבי המקרה הנדון. אף פנייה

זו לא זכתה להתייחסות ומשכך ביום 14.9.16 שלחו הח"מ בשם העותרים פנייה נוספת, רביעית במספר, לסא"ל ריגלר.

(מצ"ב מכתביהם של ב"כ העותרים לסא"ל ריגלר ומסומנים נספח 5)

21. ביום 26.9.16 שוחחה ב"כ העותרים עו"ד אמילי שפר עומר-מן עם סא"ל ריגלר בטלפון, שיחה בה הראשונה ניסתה להבין, בין היתר, האם נפתחה חקירה לבדיקת החשדות העולים ממקרה זה, האם מתבצע בעקבותיו תחקיר מבצעי או האם מתקיימת בדיקה מכל סוג שהיא בעניין זה. כמו כן, הח"מ ביקשה לברר האם המקרה מוגדר כמקרה פציעה ולא כמקרה מוות או האם הוא מסווג כאירוע של לחימה, ולפיכך טרם נפתחה חקירה של נסיבותיו. סא"ל ריגלר נמנע ממתן תשובה לשאלות אלו, מלבד להודיע לח"מ כי המקרה עודנו בבדיקה וכי טרם התקבלה החלטה אם לפתוח בחקירה.

22. ביום 25.10.16 ולאחר חמש פניות כאמור, שלחו באי כוח העותרים הח"מ לסא"ל ריגלר התראה לפני נקיטה בהליכים משפטיים, פנייה זו נשלחה אף למשיב 3.

(מצ"ב מכתב התראה לפני נקיטה בהליכים משפטיים של ב"כ העותרים לסא"ל ריגלר ומסומן נספח 6)

23. ביום 16.11.16 הודיע סא"ל ריגלר לב"כ העותרים כי הוחלט שאין מקום לפתיחה בחקירה. סא"ל ריגלר ציין כי על פי החומרים שבידו, סמאח נפגעה מירי אשר בוצע לעברו של מחבל, שניסה לבצע פיגוע דקירה". הוסבר כי "במקרה בו ההרוג מירי חיילי צה"ל היה המפגע שניסה לבצע מעשה רצח, והירי כלפיו נועד לכאורה להסיר את הסכנה שמשקפה ממנו, בלא שהתעורר על פני הדברים חשד לביצוע עבירה פלילית, ייבחן האירוע לאחר איסוף מידע עובדתי רלוונטי. בדיקה זו כוללת פנייה לקבלת תחקיר מבצעי מהגורמים הצבאיים הרלוונטיים ואיסוף מידע ממקורות נוספים". על פי המענה, החל מחודש אוקטובר 2015 "חלה הסלמה במצב הביטחוני, אשר באה לידי ביטוי בעלייה משמעותית בהיקף פיגועי הטרור". בנוסף צוין כי "גם בעת הסלמה זו, נותרה מדיניות החקירות כשהייתה" [כך במקור]. בהמשך המכתב נטען כי במקרה הנדון הוחלט על קיום בדיקת האירוע וזו העלתה כי נסיבות האירוע בעלות "אופי מבצעי מובהק", כך להגדרת סא"ל ריגלר. במאמר מוסגר נעיר כי ככל הנראה כוונת הפרקליט לעניינים מבצעיים היא שמדובר באירוע "לחימתי של ממש" אשר לפי מדיניות החקירות אינו מחייב פתיחה בחקירת מצ"ח מיידי אלא קיום תחקיר מבצעי בלבד, ועל בסיס ממצאיו לתקבל ההחלטה אם לפתוח בחקירה אם לאו.

(מצ"ב מכתבו של סא"ל ריגלר לב"כ העותרים מיום 16.11.16 ומסומן נספח 7)

24. בהתאם להנחיית היועץ מספר 4.5003 ("השגה על החלטות הפרקליט הצבאי הראשי בנוגע לחקירת אירועים שבהם נהרג אדם במהלך פעילות מבצעית של צה"ל, כאשר נטען כי מדובר בהפרה חמורה של כללי המשפט הבין-לאומי המנהגי"), ביום 28.12.16 הוגשה השגה למשיב 1, היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבלט, על החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי מיום 16.11.16 שלא לפתוח בחקירת נסיבות מותה של סמאח ז"ל.

(מצ"ב עותק של ההשגה שהוגשה ומסומן נספח 8)

25. ביום 2.1.17 הודיע המשיב 1 לב"כ העותרים הח"מ על העברת בחינת ההשגה מיום 28.12.16 לטיפולו של המשיב 2.

(מצ"ב מכתבו של משיב 1 מיום 2.1.17 ומסומן נספח 9)

26. ביום 19.1.17 התקבל במשרדי הח"מ מכתב מעו"ד שלומי אברמזון, ממונה בפרקליטות המדינה (תפקידים מיוחדים), בו צוין כי מההשגה שהוגשה כאמור ביום 28.12.16 עולה כי בידי ב"כ העותרים נמצאת לכאורה "עדות" של עותר מס' 1. לפיכך, ב"כ העותרים התבקשו במכתב זה מיום 19.1.17 להעביר לעיון הפרקליטות לעניינים מבצעיים את "עדותו" של עותר מס' 1.

(מצ"ב מכתבו של עו"ד שלומי אברמזון מיום 19.1.17 ומסומן נספח 10)

27. ביום 30.1.17 השיבו ב"כ העותרים הח"מ לעו"ד אברמזון והבהירו כי מדובר בשימוש לא נכון במילה וכי נפלה טעות בהשגה, כאשר למעשה מדובר בדברים אשר מסר העותר 1 לנציגי הח"מ כחלק מהתקשורת בין עו"ד ולקוח ובמסגרת הייעוץ המשפטי.

(מצ"ב מכתבם של ב"כ העותרים לעו"ד אברמזון מיום 30.1.17 ומסומן נספח 11)

28. ביום 20.2.17 התקבלה במשרדי ב"כ העותרים הח"מ פנייה מעו"ד נדב מינקובסקי, ס' הפרקליט לעניינים מבצעיים, בה נטען כי העותרים טרם העבירו את החומרים אשר התבקשו על-ידי עו"ד אברמזון ביום 19.1.17, וכי הם מתבקשים להעבירם לידי משרדו. ביום 21.2.17 נשלח אף לידי עו"ד מינקובסקי, מענה הבהרה לגבי הטעות שנפלה בכל הנוגע ל"עדות".

(מצ"ב מכתבו של עו"ד מינקובסקי, ס' הפרקליט לעניינים מבצעיים מיום 20.2.17 ומכתבם

של ב"כ העותרים לעו"ד מינקובסקי מיום 21.2.17 ומסומנים נספח 12)

29. תמישה חודשים לאחר הגשת ההשגה, ובהיעדר החלטה בה, בימים 7.5.17 ו-7.6.17 נשלחו פניות לעו"ד אברמזון בניסיון לברר האם התקבלה החלטה בכל הנוגע להשגה מיום 28.12.16. פניות אלו נותרו ללא מענה עד לעצם יום זה. משפניות אלו לא נענו שוחחה ב"כ העותרים הח"מ, עו"ד סופיה ברודסקי, עם נציגה ממשרדו של עו"ד אברמזון בניסיון לברר האם התקבלו החלטות בהשגה. בשיחה זו נמסר לעו"ד ברודסקי כי טרם התקבלו החלטות וכי התיק עודנו בטיפול.

(מצ"ב מכתביהם של ב"כ העותרים לעו"ד אברמזון ומסומנים נספח 13)

30. למרות כל האמור, **שנה שלמה חלפה מאז הגשתה של ההשגה מושא עתירה זו**, וטרם התקבלה החלטה.

31. היות והמשיבים לא מצאו לנכון להשיב לפניוניהם של ב"כ העותרים הח"מ ממאי ויולי 2017, ולנוכח פרק הזמן הבלתי סביר שחלף מאז הגשת ההשגה, העותרים רואים את אי-המענה כתשובה שלילית וסבורים כי אין מנוס אלא לבקש סעד מבית משפט נכבד זה.

iii. מדיניות הפתיחה בחקירות של צה"ל

33. הפרקטיקה אשר הונהגה בתקופת האינתיפאדה הראשונה בה נהג צה"ל על פי פקודת מטכ"ל 33.0304, חייבה את המשיב 3 לפתוח בחקירת מצ"ח בכל מקרה שבו הגיעה לידי מידע על הריגת אזרח בידי חיילי צה"ל, וזאת למעט באירועי פח"ע (פעילות חבלנית עוינת) שבו האזרח נהרג במסגרת הגנה עצמית או צורך. כך גם היה נכון לגבי מקרים מסוימים של פציעה של תושבים פלסטינים אשר אירעו במסגרת חיכוך בין כוחות צה"ל לבין האוכלוסייה, שאף בהם התחייבה פתיחה מיידית בחקירת מצ"ח (ראו: דו"ח הוועדה לבדיקת אירועי המשט לעזה, בראשות השופט בדימוס יעקב טירקל, "הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על-פי המשפט הבינלאומי", בעמ' 273 [להלן: "וועדת טירקל"]).

34. וכך, עד לפרוץ האינתיפאדה השנייה נהגה בצה"ל מדיניות חקירות לפיה בכל מקרה בו נהרג, ובמקרים מסוימים בו נפצע, אזרח פלסטיני בידי כוחות הביטחון כתוצאה מפעילות הכוחות באיו"ש, נפתחה חקירת מצ"ח לבירור נסיבות האירוע. לפי פקודת מטכ"ל זו, החקירה נפתחה ללא תלות בקיומה של טענה קונקרטיית בדבר הפרת חוק מצד הכוחות המעורבים אשר הובילה למקרה המוות או לפציעה. כמו בחקירה של פגיעה באזרח ע"י אנשי אכיפת חוק בתוך מדינת ישראל, התוצאה הקטלנית לבדה נתפסה כמצדיקה פתיחה בחקירה.

35. מדיניות זו השתנתה עם פרוץ האינתיפאדה השנייה, אינתיפאדת אל-אקצא, בספטמבר 2000. ע"פ המדיניות החדשה עליה הכריז הפצ"ר, במקרים של מוות או פציעה של אזרח באיו"ש ייערך "בירור" שעיקרו על-פי רוב תחקיר מבצעי שמקיימת היחידה המעורבת באירוע המדובר. בירור זה כלל תיחקור של הכוח המעורב באירוע ולעיתים גם פניות של ארגוני זכויות אדם, כתבות מהעיתונות וחומר גלוי אחר שהגיע לצבא ביחס לאירוע. רק לאחר הבירור ובהתאם לתוצאותיו, אמור היה הפצ"ר להחליט האם קיים חשד לביצוע עבירה ולפיכך האם יש מקום לפתוח בחקירת מצ"ח. החלטה על פתיחה בחקירה דרשה היוועצות של הפצ"ר באלוף.

36. ההצדקה למדיניות החדשה, אליבא דפצ"ר וכפי שנומקה בנייר העמדה שהוגש לוועדת טירקל, הינה שהיה שינוי מהותי במאפייני הפעילות האלימה של ארגונים פלסטינים באינתיפאדה השנייה. לעמדת צה"ל, במסגרת "מערכה של טרור" זו (כך תוארה בנייר העמדה) נדרשו כוחות צה"ל להתמודד עם חמושים פלסטינים אשר הצטיידו במגוון רחב של אמצעי לחימה. בהתאם, כך עמדת צה"ל, לא היה עוד מקום לסווג את פעילות צה"ל ברצועה כפעילות של **אכיפת חוק** אלא כפעילות **לחימתית**. לענייננו, משמעות הדבר בשינוי התפיסה שחל בתקופה זו היה כי לא תיפתח חקירה מיידית ביחס למקרי מוות ומקרי פציעה מסוימים ועתה מקרי מוות גם של אלו שאינם מעורבים בלחימה לא הקימה חובה אוטומטית לחקירה פלילית של גרימתו.

37. בשלהי 2003 הוגשה לבית משפט נכבד זה עתירה עקרונית מטעם ארגון בצלם – בג"צ 9594/03, בג"צ בצלם. העתירה תקפה את חוקיותה של מדיניות החקירות ונתבקש בה צו שיחייב את המשיב 3 להורות על פתיחה בחקירת 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" (מצוטט בפסק הדין בפרשת בג"צ בצלם, פסקה 3).

38. בפסק הדין שניתן רק בשנת 2011 ולאחר תום האינתיפאדה השנייה, קבע בית המשפט הנכבד כי הנהלים הקיימים בכל הנוגע לקבלת החלטות אם לפתוח בחקירה אם לאו אכן לא היו אינם מספקים וכי יש לפעול "לקביעת מנגנון שיביא לשיפור הנהלים הקיימים בכל הנוגע לדיווח לפצ"ר על אירועי מוות של אזרחים עקב פעילות צבאית". בתוך כך ציין בימ"ש נכבד זה כי "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" (שם, בפסקה 10).

39. החשוב לענייננו הוא שבמסגרת הודעת עדכון שהגיש המשיב 3 באפריל 2011, ערב עדותו בפני ועדת טירקל, הוא הכריז על שינוי במדיניות הפתיחה בחקירות הנוגעות למקרי מוות של תושבים פלסטינים באיו"ש, וזאת, לנוכח שינויים במצב הביטחוני ובאירועים בשטח. נוהל זה אושר על-ידי הרמטכ"ל (דאז), והופץ כפקודה מחייבת לכלל יחידות צה"ל:

"על פי המדיניות החדשה שנקבעה, ככלל, כל מקרה בו ייהרג אזרח מעתה ואילך, כתוצאה מפעולה של כוחות צה"ל באיו"ש יביא לפתיחה מיידית בחקירת מצ"ח (דוגמת אירועים של מוות אגב הפרות סדר ואירועי התפרעות במחסומים).

עם זאת, במקרים בהם יהיה ברור כי הפעילות במהלכה נהרג האזרח הייתה בעלת אופי לחימתי של ממש (לדוגמה, אירועים בהם התנהלו חילופי אש, מהם נפגע אזרח שלא היה מעורב בלחימה), ההחלטה אם יש מקום לפתוח בחקירת מצ"ח תתקבל לאחר שיערך בירור ראשוני של עובדות המקרה באמצעות תחקיר מבצעי ואיסוף כל חומר רלוונטי נוסף, ובכלל זאת תלונות שהוגשו ביחס לאירוע" (הודעה מעדכנת מטעם הפצ"ר במסגרת בג"צ בצלם מיום 4.4.11, עמ' 3) (ההדגשה שלנו).

(מצ"ב עותק של הודעה זו מיום 4.4.11 ומסומן נספח 14)

40. לסיכום, כיום, ועל פי מדיניות הפתיחה בחקירה אליה מחויב המשיב מאז 4.4.11, במקרה בו נהרג אזרח פלסטיני בידי כוחות הביטחון בעת פעילותם באיו"ש, שלא במהלך פעילות בעלת "אופי לחימתי של ממש", יש לפתוח באופן אוטומטי בחקירה פלילית, ללא הליך בירור ראשוני, וללא תלות בתחקיר מבצעי מקדים ותוצאותיו. ואילו במקרים שהינם תחת פרדיגמה של "לחימה של

ממש" ואשר מעלים חשד לביצועה של עבירה, קיימת חובה לפתוח בחקירה, לאחר הליך של בירור ראשוני ובחינה של ממצאי התחקיר המבצעי של האירוע.

41. בפסק-דינו מיום 21.8.11 סמך ידו בית המשפט הנכבד על השינוי עליו הכריז המשיב 3 בנוגע למדיניות החקירות:

"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" (בג"צ בצלם, פסקה 15).

42. הנה אם כן, על אף שמשיב 3 נמנע בהודעתו מיום 4.4.16 מלהגדיר או לפרט מהי "פעולה לחימתית של ממש" ומה קו הגבול המבדיל אותה מפעילות "אכיפתית", כלל גם כלל דוגמאות ספורות ובין היתר הבהיר ש"מוות אגב הפרות סדר ואירועי התפרעות במחסומים", **כפי שאירע באירוע דנן עתירה זו**, נכנסים לפרדיגמה האכיפתית.

iv. יישומה של מדיניות החקירות המעודכנת באירועי האלימות מאז אוקטובר 2015

43. עתירה זו עוסקת במקרה מסויים שבו נהרגה נערה עוברת אורח מירי חיילים. הטענות של העותרים בתמיכה לעמדתם שיש חובה לפתוח בחקירה של נסיבות המקרה הקונקרטי יפורטו בהמשך. עם זאת, סברנו שכיוון שהעתירה מעלה סוגייה עקרונית שטרם הגיעה לבירור בבית המשפט הנכבד – מהי משרעת המקרים שתיחשב "אירוע לחימתי של ממש", וכפועל יוצא מהי משרעת המקרים שאינם כאלה ובהן תקום החובה לחקור באופן מיידי וללא בירור מקדים – מן הראוי להציג בפני בית המשפט רקע עובדתי על יישומה בפועל של מדיניות החקירות בשנים האחרונות. להבנתנו המצב שנוצר כתוצאה מפרשנות מרחיבה ביותר של המונח על-ידי המשיב 3 ואנשיו, הינו בלתי נסבל ואף מפר באופן מובהק את הוראות המשפט הבינלאומי.

44. עם ההסלמה במצב הביטחוני באוקטובר 2015, במה שכונה "אינתיפאדת הסכינים", רבו האירועים בהם נעשה שימוש בכח קטלני על-ידי כוחות צה"ל ומג"ב במתארים אזרחיים.

45. בידי העותרים נתונים בנוגע לחקירת המקרים בהם נהרגו אזרחים בעקבות הפעלת כוח קטלני על-ידי חיילי צה"ל בשנים 2015 ו-2016. הנתונים נתקבלו באופן חלקי במסגרת בקשות שהגישו ארגוני זכויות אדם שונים ובהן העותרת 2 לפי **חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998**.

46. על פי הנתונים אותם הפיקו העותרים ממאגר המידע של ארגון "בצלם", בשנת 2015 נהרגו 69 פלסטינים מירי חיילים בגדה המערבית ב-63 אירועים נפרדים. נתון זה לא כולל מקרים בהם

נהרגו פלסטינים במזרח ירושלים וכן לא כולל מקרים בהם נהרגו פלסטינים ע"י כוחות מג"ב ומשטרה. למעלה ממחצית האירועים, 35, התרחשו על רקע דקירה או דריסה או ניסיון לכאורה לבצע תקיפה מסוג זה, כנגד אזרחים או כוחות הביטחון (להלן קישור למאגר הנתונים של ארגון ב"צלם": www.btselem.org/hebrew/statistics/fatalities/after-cast-lead/by-date-of-event/westbank/palestinians-killed-by-israeli-security-forces).

47. על פי נתוני דובר צה"ל עולה כי בשנת 2015 נפתחו 21 תיקי חקירה שנוגעים למקרי מוות של פלסטינים בידי חיילים בגדה המערבית.

(מצ"ב עותק מבקשת חופש המידע לשנת 2015 שהגישה עותרת 2 לדובר צה"ל ומענה לבקשת חופש המידע ומסומנים נספחים 15 ו-16)

48. המשמעות של הנתונים האמורים היא שעל כל שלושה מקרים בהם נהרגו פלסטינים רק במקרה אחד נפתחה חקירה.

49. העותרים יטענו שאירועי דקירה ודריסה, ובנסיבות מסוימות אף אירועי ירי, עם כל חומרתם אינם אירועים שניתן לסווגם כ"לחימה של ממש" ובהתאם למדיניות החקירות של צה"ל אמורים לקבל יחס כאל אירועי אכיפת חוק. כפי שיפורט בהמשך, עמדת העותרים היא כי בהיות אירועים אלה "אכיפתיים", כאשר נפגע בהם אזרח באופן קטלני מתחייבת חקירה פלילית. העותרים יוסיפו ויטענו כי החובה לחקור נובעת הן מהוראות המשפט הישראלי (ובפרט מדיניות החקירות כאמור) והן מהוראות המשפט הבינלאומי.

50. מנתוני דובר צה"ל עולה, כאמור, כי בשנת 2015 נפתחו 21 תיקי חקירה שנוגעים למקרי מוות של פלסטינים בידי חיילים בגדה המערבית. משמעות הדבר היא כי ב-42 האירועים האחרים שבהם נורו ונהרגו פלסטינים באותה שנה, או 66.7% מכלל האירועים שבהם נורו ונהרגו פלסטינים בידי חיילים בגדה המערבית, הוחלט שאין מקום לפתוח בחקירה פלילית של האירוע. מהאמור עולה כי על פי תפיסתם של המשיבים, לכל הפחות 66% מכלל האירועים בהכרח אינם אירועים הנופלים תחת פרדיגמה של אירועים אזרחיים או "אכיפתיים", אלא שהם סווגו כאירועי "לחימה של ממש".

51. זאת ועוד, המספר המדובר הוא מספר עליון, וייתכן שמדובר אף במספר נמוך יותר: זאת מכיוון שלעותרים לא נמסרו נתונים באשר למספר החקירות, מתוך ה-21 שנפתחו בשנת 2015, שנפתחו לאחר עיון בממצאי התחקיר המבצעי – קרי שסווגו כאירועי לחימה של ממש אך הוחלט לפתוח אף בהם חקירה פלילית. במילים אחרות, ייתכן כי בין 21 אירועי המוות בהם הוחלט לפתוח בחקירה בשנת 2015 יש שסווגו כאירועים לחימתיים, ולפיכך יכול להיות שמספר האירועים שסווגו כ"אכיפתיים" והמחייבים לפיכך חקירה פלילית אוטומטית, נמוך יותר. משמעות הדבר היא כי אף אם נניח כי כלל החקירות נפתחו באופן מיידי, כלומר, שכל 21 החקירות נפתחו מיידית בהיותם אירועים "אכיפתיים", 66% (42 מתוך 63 מקרי מוות) הוא היחס המינימאלי של מקרי המוות שאירעו בשנת 2015 שנסיבותיהם הוגדרו על-ידי המשיבים כ"לחימה של ממש".

52. העותרים יטענו כי מספרם הנמוך של אירועי ההריגה שסווגו כ"אכיפתיים", בימים שבהם אין לחימה של ממש בגדה המערבית מצביעה על פרשנות מרחיבה באופן קיצוני של המונח "לחימה של ממש".

53. תמונת מצב דומה עולה מהנתונים של שנת 2016. על פי נתוני דובר צה"ל שהתקבלו בידי העותרת 2 ביום 1.10.17 במסגרת בקשת חופש מידע, בשנת 2016 התקבלו במצ"ח ובפרקליטות הצבאית תלונות אודות 104 אירועים בהם נטען כי חיילי צה"ל ביצעו ירי באופן לא חוקי בגדה המערבית, כאשר על פניו באותו מענה בתוך קטגוריית "אירועי הירי" אין הבחנה בין המקרים שהסתיימו במוות לבין המקרים שהסתיימו בפציעה. על פי אותם נתונים של דובר צה"ל, בשנת 2016 נפתחו 23 חקירות על אירועי ירי בגדה המערבית בהם היו מעורבים חיילים.

(מצ"ב עותק מבקשת חופש המידע לשנת 2016 שהגישה עותרת 2 לדובר צה"ל ומענה לבקשת חופש המידע ומסומנים נספחים 17 ו-18)

54. בניגוד לשנת 2015, בשנת 2016 התקבל מדובר צה"ל מידע נוסף לפיו מתוך כלל החקירות בשנה זו בגין אירועי ירי, 10 חקירות נפתחו באופן מיידי. גם במקרה זה על פניו אין הבחנה בין אירועים שהסתיימו במוות לבין אירועים שהסתיימו בפציעה "בלבד". משמעות הדבר היא שהמשיב 3 מצא לנכון לסווג 10 מקרי מוות בלבד, וזאת לכל היותר, כאירועי "אכיפת חוק" אשר בהיותם כאלה, מצדיקים פתיחה בחקירה מיידית לפי מדיניות החקירות.

55. על פי נתוני ארגון "בצלם", בשנת 2016 נורו ונהרגו 57 נהרגו תושבים פלסטינים ע"י חיילים ב-48 אירועים שונים שהתרחשו בגדה המערבית. בדומה לאירועים שאפיינו את שנת 2015 רבים ממקרי ההרג של פלסטינים ב-2016 אופיינו בכך שאירעו על רקע מעשי דקירה ו/או דריסה ו/או ניסיונות דקירה/דריסה של חיילים או חשד לכאלה, והם מהווים 32 מסך כלל האירועים (66.7%).

56. להלן סיכום הנתונים משנת 2016:

- 57 פלסטינים תושבי הגדה המערבית נהרגו ע"י חיילים במהלך 48 אירועים נפרדים;
- 32 אירועים התרחשו על רקע דריסה או דקירה, נסיון לדריסה או דקירה או חשד לכך;
- 10 חקירות מצ"ח, לכל היותר, נפתחו באופן מיידי בגין מקרי מוות של פלסטינים בגדה המערבית.

57. אם-כן העותרים יטענו כי שיעורם הגבוה מאד של מקרי מוות בהם הוחלט שלא לפתוח בחקירה הן ב-2015 והן ב-2016 מלמד על פרשנות רחבה מאוד לביטוי המצמצם "אירועי לחימה של ממש".

58. בהיעדר פרשנות רשמית ופומבית של המשיב 3 למונח "לחימה של ממש", נותר לנו להסיק את עמדתו בנושא מניתוח של הנתונים האמורים לגבי החלטותיו בשנים 2015-2016. ניתוח זה מעלה שהעמדה המשפטית של המשיב 3 היא שגם מעשה אלימות של יחיד, ואפילו ללא נשק חם, ייחשב לאירוע "לחימתי של ממש".

59. לעמדה יוצאת דופן זו השלכה ישירה לא רק על הנפגעים המעורבים באירוע אלא גם על נפגעים לא מעורבים (כמו סמאח ז"ל), כאשר פגיעה בהם אינה מובילה לחקירה. הדבר מעקר את ההבחנה בין אירועים הדורשים תגובה מכוחות אכיפת החוק, דוגמת הפרות סדר, חמורים ככל שיהיו, לבין אירועי "לחימה של ממש", ומפחית באופן ניכר מחשיבות שינוי המדיניות החקירות עליה הוכרז כבר בשנת 2011 וחורג באופן מובהק מעקרונות המשפט הבינלאומי, כפי שיפורט להלן בטיעון המשפטי.

60. לעמדתו של המשיב 3 כפי שעולה מיישום מדיניותו בפועל – הלשכות קשות ביותר על שלטון החוק, על קיום חובותיה של מדינת ישראל מכח המשפט הבינלאומי ועל הזהירות של השימוש בנשק חם כלפי אזרחים. וכמובן שעמדתו גם הובילה להחלטה שלא לפתוח בחקירה של האירוע שבה נהרגה סמאח ז"ל.

ד. הטיעון המשפטי

I. החובה לחקור

א. החובה לחקור בדין הבינלאומי

i. משפט הומניטארי בינלאומי (דיני הכיבוש)

61. האירוע מושא עתירה זו התרחש בגדה המערבית, שטח שנכבש ע"י מדינת ישראל בשנת 1967. כפי שקבע בית משפט נכבד זה פעמים רבות, בשטחי הגדה המערבית הנתונים לתפיסה לוחמתית, חל מאגר דינים מסועף המחייב את המעצמה הכובשת, קרי ישראל, ואת הכוח הכובש, קרי צה"ל. השדות המשפטיים החלים על השטח הכבוש ועל תושביו כוללים את המשפט ההומניטארי הבינלאומי ובתוכו את דיני הכיבוש, ואת דיני זכויות האדם הבינלאומיים (ראו: בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד ס"ב (1) 507 (2006); בג"צ 7957/04 זהראן יונס מחמד מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, ס (2) 477 (2005) [להלן: "פרשת זהראן"]).

62. החובה לחקור ולהעמיד לדין חשודים בפגיעה באזרחים מוגנים מעוגנת בדיני הכיבוש הבינלאומיים, שכן הינה חובה שנגזרת מהחובה להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטח הכבוש – שמעמדם על-פי אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949 [להלן: "אמנת ג'נבה הרביעית"], הוא של "אזרחים מוגנים".

63. החובה והאחריות לשמירה על ביטחונם של האזרחים המוגנים כוללת חובה חיובית להגן עליהם מפני פגיעה וחובה שלילית להימנע מפגיעה בהם (ראו: בג"צ 9593/04 ראש דמוראר, ראש מועצת הכפר יאנון נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה והשומרון, תקדין עליון 2006 (2) 4362).

64. בשתי האמנות שאיגדו את דיני הכיבוש הבינלאומיים - התקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר דיניה ומנהגיה של המלחמה ביבשה, 1907 [להלן: "תקנות האג"], ואמנת ג'נבה הרביעית, הוקדשו סעיפים רבים לפירוט החובה השלילית המוטלת על הכוח הכובש. לדוגמה, סעיף 3 המשותף לארבע אמנות ג'נבה קובע את סטנדרט ההתנהגות המינימאלי כלפי מי שאינו מעורב בלחימה והוא נחשב כיום לעקרון-על של המשפט ההומניטארי הבינלאומי. בפרט, סעיף זה אוסר על אלימות ופגיעות אחרות לגופם ולכבודם של האזרחים המוגנים (כל ההדגשות בחלק זה שלנו אלא אם יאמר אחרת):

To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

(a) **violence to life and person**, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;

(b)...

(c) **outrages upon personal dignity**, in particular humiliating and degrading treatment;

65. סעיף 27 לאמנת ג'נבה קובע את זכותם של האזרחים המוגנים ליחס מינימאלי של כבוד וכן מטיל חובה על הכוח הכובש להגן עליהם מפני מעשי אלימות ואיומים על כך:

Art. 27. Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They shall at all times be humanely treated, and shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof and against insults and public curiosity.

66. תקנה 46 לתקנות האג, קובעת אף היא את העיקרון הכללי האוסר פגיעה פיזית בתושבי שטח כבוש:

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

67. העותרים מפנים עוד לסעיף 75 לפרוטוקול הראשון של אמנות ג'נבה משנת 1977 [להלן: "הפרוטוקול הראשון"], הקובע זכויות יסוד, ובהן החובה למתן יחס אנושי לכל בני האדם

המצויים בידי אחד הצדדים לסכסוך, וכן הזכות להליך הוגן. ישראל אמנם אינה צד לפרוטוקול הנוסף אך מחויבת להוראותיו המנהגיות (G. von Glahn *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law* (Boston, 7th ed., 1996) 622)

68. בעניין זה המשפט ההומניטארי הבינלאומי הוא ברור: חלק בלתי נפרד מהחובה להגן על האוכלוסייה המוגנת הינו החובה לחקור הפרות לכאורה של האיסור על פגיעה באזרחים המוגנים, בשלמות גופם, ברכושם ובכבודם, והחובה להעמיד לדין חשודים לביצוע פגיעות מסוג זה. אי-חקירה של הפרת זכות יסוד נטענת, ואי-הגשת כתב אישום כנגד מבצעה לכאורה, מטילה על המדינה או הכוח הרלבנטי אחריות להפרה. המדובר בעקרון ותיק הן של המשפט הבינלאומי לזכויות האדם והן של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. החובה להביא בפני בתי המשפט אנשים אשר חתרו תחת חובת ההגנה על האזרחים המוגנים נזכרת במקורות המשפט ההומניטארי שונים (ראו למשל: ס' 146-147 לאמנת ג'נבה הרביעית, כאשר יש לקרוא אותם כיחידה אחת).

ii. משפט זכויות האדם הבינלאומי

69. חקירה בדיעבד נתפסת במשפט הבינלאומי כערובה להגנה עתידית על החיים ועל שלמות הגוף ולפיכך, אי-קיומה של חקירה שעומדת בסטנדרטים שקובע המשפט הבינלאומי (אליהם נתייחס בהמשך), מהווה הפרה **נוספת ועצמאית** של הזכויות שנפגעו מהמעשה מושא החקירה הנדרשת.

החובה המוגברת לחקור פגיעה שנגרמה על-ידי אנשי כוחות ביטחון באזרחים במסגרת אירועים שאינם אירועי לחימה, אלא בעלי אופי אזרחי ולפיכך הכוחות מתפקדים בהם כגורמי אכיפת חוק, כפי שנטען על-ידי העותרים במקרה דנן, הינה חובה המבוססת היטב. חשיבותה העצומה נובעת מהשוני וההבחנה בין נסיבות אירועים אזרחיים לעומת אירועי לחימה, כפי שיורחב להלן. החובה לחקור פגיעות באזרחים בידי כוחות הביטחון במסגרת אירועים אזרחיים נגזרת ישירות מהעקרונות הראשיים של משפט זכויות האדם הבינלאומי הקובעים את חובת ההגנה על החיים ועל שלמות הגוף, ומהעקרונות המנחים של דיני השימוש בכוח על-ידי אנשי אכיפת החוק. בשני המקרים המדובר בעקרונות **מנהגיים** ולפיכך מחייבים את ישראל גם ללא "הצנרה" או אימוץ בחוק הכתוב המדינתי (ע"פ 174/56 אנוש שטמפפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י' 5). מה גם שכיום קיים קונצנזוס רחב בקהילה הבינלאומית כי דיני זכויות אדם חלים גם מחוץ לגבולות המדינה בשטחים עליהם אותה מדינה מפעילה "שליטה אפקטיבית". לעניין זה ראו בעניין זה, בין היתר:

- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996 .I.C.J 226, ¶ 25 (July 8) ;

- *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, ¶ 106 (2004).
- Human Rights Committee, General Comment 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant (2004) ;
- *Issa and Others v. Turkey*, Appl. 31821/96 (16.11.04).

גישה זו אומצה אף על-ידי בית משפט נכבד זה בסדרה של פסקי דין, בהם נקבע כי דיני זכויות האדם חלים, לצד המשפט ההומניטארי, מקום בו ישנן לאקונות בהוראות המשפט ההומניטארי (ראו למשל בג"צ 7015/02 כיפאח מחמד אחמד עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (6) 352, (2002) ; פרשת זהראן).

70. אף שמרבית האמנות המרכיבות את משפט זכויות האדם הבינלאומי (למעט האמנה נגד עינויים) אינן כוללות חובה מפורשת לחקור הפרות נטענות שלהן, הן מטילות חובה זו הנובעת ישירות מהחובה הכללית המצויינת בהן "**לכבד ולהבטיח**" (guarantee and uphold) את מימוש הזכויות, את קיום החובות ואת ההימנעות מהפרת האיסורים הקבועים בהן. כמו-כן, החובה לחקור נובעת מהזכות **לסעד אפקטיבי** הקבועה באמנות זכויות האדם (ראו בהקשר זה של החובות **לכבד ולהבטיח ולסעד אפקטיבי** כמקורות החובה לחקור במשפט הבינלאומי את האמור בדו"ח וועדת טירקל, בעמ' 74).

71. החובות לכבד ולהבטיח את הזכויות ולהעניק סעד אפקטיבי, שמהן נגזרת החובה לחקור הפרות, מצויות כאמור במרבית, אם לא בכל, האמנות המרכיבות את משפט זכויות האדם הבינלאומי (ראו למשל, באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (1966) בסעיף 2(3), שם נקבעה החובה להעניק סעד **אפקטיבי** וכן ראו באמנה האירופית בדבר זכויות האדם סעיפים 1 ו-13 ובאמנה אמריקאית לזכויות אדם סעיף 1).

72. כאמור לעיל, פסיקת בתי המשפט האזוריים לזכויות אדם פירשה את החובה לחקור באופן רחב וקבעה שאי-חקירה כמוה כהפרה עצמאית ונוספת של הזכות שהפרתה לא נחקרה. דרישת החקירה נקבעה כנעדרת סייגים וקיימת כל אימת שנגרמה פגיעה חמורה או נגרם מוות כתוצאה משימוש בכוח על-ידי איש רשות. אומנם פסיקת בתי הדין האזוריים לזכויות אדם אינה חלה על ישראל, אך הם מהווים מקור פרשני חשוב, ולכן נביא מספר דוגמאות לפרשנותם את חובת החקירה.

בית המשפט הבין-אמריקאית לזכויות אדם :

73. בפסיקתו של בית המשפט הבין-אמריקאי לזכויות אדם משנת 2005, נקבע כי החובה לחקור נגזרת מהחובה הכללית של המדינות החברות באמנה האמריקאית לזכויות אדם "**לכבד ולהבטיח**" את זכויות האדם המנויות בה. כך במקרים של הפרה של הזכות לחיים, מילוייה של החובה לחקור

הינה רכיב הכרחי בביסוס אחריות המדינה להעניק הגנה משפטית לנתיניה. בלשונו של בית המשפט:

"This duty to investigate derives from the general obligation of the States Party to the Convention to **respect and ensure** the human rights embodied in it, that is, the obligation set forth in Article 1(1) of said treaty together with the substantive right that should have been protected or ensured. Thus, **in cases of violations of the right to life, fulfillment of the obligation to investigate is a key component of establishment of the responsibility of the State** for disregard of the right to fair trial and the right to judicial protection".

Inter-Am. Ct. H.R., **Mapiripán Massacre v. Colombia**, *Series C No. 122* (15 September 2005), para. 233.

74. בפסק דין נוסף מבית המשפט הבין-אמריקאי לזכויות אדם משנת 2003, נקבע כי הבטחת הזכות לחיים במקרי מוות של אזרחים על-ידי אנשי אכיפת החוק מחייבת חקירה רשמית ואפקטיבית:

"In this regard, safeguarding the right to life requires conducting an **effective official investigation** when there are persons who lost their life as a result of the use of force by agents of the State."

Inter-Am. Ct. H.R., **Myrna Mack-Chang v. Guatemala**, Inter-Am. Ct. H.R. Case *Series C No. 101* (25 November 2003), para. 157.

בית המשפט האירופי לזכויות אדם:

75. בפרשת *Ergi v. Turkey* נקבע כי החובה להבטיח את הזכויות הקבועות באמנה האירופית לזכויות אדם משמעה "שתתקיים חקירה אפקטיבית רשמית מסוג כלשהו":

"In addition, the Court has attached particular weight to the procedural requirement implicit in Article 2 of the Convention. It recalls that according to its case-law, the obligation to protect the right to life under Article 2, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 to 'secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention', **requires by implication that there should be some form of effective official investigation** when individuals have been killed as a result of the use

of force by, inter alios, agents of the State” (see the above-mentioned McCann and Others judgment, p. 49, § 161; and also the Kaya v. Turkey judgment of 19 February 1998, Reports 1998-I, pp. 322, 324, §§ 78, 86).

ECtHR 23818/94 **Ergi v. Turkey**, Judgment of 28 July 1998, Reports 1998-IV, para. 82.

76. בפרשת *Finucane v. The United Kingdom* הכיר (פעם נוספת) בית המשפט האירופי לזכויות אדם בחובה לקיים חקירה אפקטיבית והסביר כי חובה זו נועדה להגן על זכות לחיים של אזרחים ובמקרים בהם סוכנים של המדינה ורשויותיה מעורבים במוות של אזרחים. מטרת החקירה והדרישה שתהיה אפקטיבית נועדו להבטיח מקסימום הגנה לחיים בין היתר על-ידי הקפדה על קיומה של אחריותיות של סוכני אכיפת החוק למוות שהם גרמו:

"The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility".

ECtHR, **Finucane v. The United Kingdom** (Application no. 29178/95) Judgment of July 1 2003, para. 67.

77. ראו פסקי דין נוספים של בית המשפט האירופי לזכויות אדם החוזרים על הלכה זו והמחייבים לחקור כל מקרה של מוות שנגרם כתוצאה משימוש בכוח על-ידי אנשי אכיפת חוק וכי חקירות אלו יהיו עצמאיות וללא משוא פנים:

- ECtHR, **McCann v. UK**, (Application no. 18984/91) Decision of September 27 1995, Series A, No. 324, para. 161:

"The obligation to protect the right to life under this provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", requires by implication **that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State**".

- ECtHR, **Kelly and Others v. UK** (Application No. 30054/96), Decision of May 4 2001, para. 95:

בפרשה זו לא רק חזר בית המשפט האירופי לזכויות אדם על העיקרון שמות אזרח משימוש בכוח של אנשי אכיפת חוק מחייב חקירה אלא אף קבע כי חקירה זו חייבת להתבצע על-ידי גורם עצמאי שאינו קשור היררכית או מוסדית לגורם הנחקר :

"For an investigation into alleged unlawful killing by State agents to be effective, it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation **to be independent from those implicated in the events** (see e.g. *Güleç v. Turkey* judgment of 27 July 1998, *Reports* 1998-IV, §§ 81-82; *Öğur v. Turkey*, [GC] no. 21954/93, ECHR 1999-III, §§ 91-92). This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence".

- ECtHR, **Hamiyet Kaplan and others v. Turkey** (Application No, 36749/97), Judgment of 13 September 2005:

בפסק דין זה נקבע שהיעדר חקירה של אירוע בו פשיטה של כוחות טורקיים על פעילים חמושים של ארגון השחרור הכורדי (ה-PKK), שהסתבך וכלל חילופי ירי, מהווה הפרה של הזכות לחיים של אלו שנהרגו באירוע. כלומר אפילו באירוע שנמצא על הגבול שבין אכיפת חוק ולחימה – חובת החקירה קמה בשל מוות אזרח.

.iii. העקרונות המנחים של דיני השימוש בכוח על-ידי אנשי אכיפת החוק לפי דיני זכויות האדם :

78. מלבד אמנות זכויות האדם ופסיקת בתי המשפט לזכויות האדם, מקור נורמטיבי נוסף לחובה לחקור במשפט זכויות האדם הבינלאומי, הוא העקרונות המנחים של דיני השימוש בכוח על-ידי אנשי אכיפת החוק. הקודיפיקציה של עקרונות אלו נעשתה במסגרת הכללים הבסיסיים בדבר שימוש בכוח ובנשק על-ידי אנשי אכיפת חוק [להלן: "כללי האו"ם"] –

Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials

Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990

[הכללים אומצו ע"י כנס האו"ם בדבר מניעת פשע וטיפול בעבריינים, שהתקיים בהוואנה ב-1990 (הוראה מספר 4)].

79. עקרונות אלו הגיעו למעמד של דינים מנהגיים, והם כוללים עקרונות יסוד כגון: החובה לעשות שימוש הדרגתי בכוח נגד אזרחים; החובה לעשות שימוש באמצעים שאינם קטלניים ואינם כוללים נשק חם באירועי אכיפת חוק; **והחובה לחקור שימוש בנשק חם בהתמודדות עם אירועים במהלך פעילות אכפתית.**

80. לפי עקרונות אלו, למשל, בשעת שגרה, גם במצב של כיבוש, להוציא מצבי לחימה של ממש, חל איסור מוחלט לירות על מנת להרוג אזרח – אף כאשר אותו אזרח מבצע לכאורה מעשה אלים כלפי אזרחים אחרים או כלפי כוחות הביטחון שבמקום – אלא אם כן נשקפת לאזרחים או לכוחות סכנה ממשית ומיידית לחייהם או לשלמות גופם וירי קטלני הוא המוצא האחרון לשם מניעת ונטרול סכנה זו. זאת בניגוד למצבי לחימה, הן במסגרת כיבוש והן במסגרת מלחמה, כאשר הפרדיגמה המשפטית שונה משמעותית והפגיעה באזרחים כתוצאה מפעולות לוחמתיות נבחנת לפי עקרונות ההבחנה, הצורך הצבאי והמידתיות, בין היתר (ראו למשל סעיפים 51 ו-52 לפרוטוקול הראשון).

81. הכללים האלה מטילים גם חובה על הרשות לחקור שימוש בנשק חם בהתמודדות עם אירועים במהלך פעילות אכפתית, ואת החובה לאפשר לנפגעים גישה לחקירות עצמאיות ולביקורת שיפוטית על אלה:

"22. Governments and law enforcement agencies shall establish effective reporting and review procedures for all incidents referred to in principles 6 and 11 (f). For incidents reported pursuant to these principles, Governments and law enforcement agencies shall ensure that an effective review process is available and that independent administrative or prosecutorial authorities are in a position to exercise jurisdiction in appropriate circumstances. In cases of death and serious injury or other grave consequences, a detailed report shall be sent promptly to the competent authorities responsible for administrative review and judicial control.

23. Persons affected by the use of force and firearms or their legal representatives shall have access to an independent process, including a judicial process. In the event of the death of such persons, this provision shall apply to their dependents accordingly."

82. כפי שניתן לראות הכללים מדברים על הליך עצמאי, אפקטיבי ושקוף המערב את הקרבנות או משפחותיהם.

iv. הקווים המנחים של הצלב האדום

83. ארגון הצלב האדום פרסם קווים מנחים לשימוש בכוח על-ידי אנשי אכיפת החוק במהלך פעילות אכפתית (The use of force in law enforcement operations) [להלן: "הקווים המנחים של הצלי"א"]. ניתן למצוא עותק של קווים מנחים אלו בכתובת זו:

<https://www.icrc.org/en/document/use-force-law-enforcement-operations>

(מצ"ב עותק של הקווים המנחים של הצלי"א מצ"ב ומסומנים נספח 20)

84. הקווים המנחים של הצלי"א, בעמ' 1, קובעים כי הם חלים על כל פעילות אכפתית, ובכלל זאת אף פעילות אכפתית המתרחשת בעת עימות מזוין.

85. הקווים המנחים של הצלי"א מפרשים את החובה הקבועה בכלל 22 לכללי האו"ם המוזכרים לעיל כמקימה חובה לחקור כל הפעלת כוח שתוצאתה הינה פגיעה או מוות של אזרח.

86. כמו כן, בעמ' 3 לקווים המנחים של הצלי"א מלמדים כי בכדי להבטיח שהחקירה תהיה אפקטיבית, סעיף 22 לכללי האו"ם דורש כי עליה להתבצע באופן **מייד, עצמאי וללא משוא פנים**, וכי עליה לכלול את השתתפותם של הקורבנות ו/או קרובי משפחתם:

"To be effective, these investigations must be conducted promptly and in an independent and impartial manner, and must involve the participation of the victims and/or their next of kin. They also have a right to remedy and reparation".

87. בדו"ח המסכם של דיוני מומחים שכינס הוועד הבינלאומי של הצלב האדום בינואר 2012 בנושא השימוש בכוח על-ידי אנשי אכיפת חוק וכוחות ביטחון, מנומקת חובת החקירה האוטומטית בכך שהשימוש בכוח בפעילות **אכפתית** הוא בגדר היוצא דופן. בהיותו כזה, פגיעה שנגרמה כתוצאה משימוש בכוח זה מייצרת חשד אינהרנטי וכתוצאה מכך חובה מחמירה לחקור:

"Unlike IHL, the law enforcement paradigm entails also an obligation to conduct an investigation at least each time there is an allegation of violation of the right to life.

...

Human rights law, which was initially conceived to govern peacetime situations where any use of force is exceptional, provides for a much more

stringent obligation to investigate following the use of force that results in death or serious injury".

ICRC - Expert Meeting: The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms, 2012, pages iv and 50, respectively.

ניתן למצוא עותק של הדו"ח המסכם של הצ"א בכתובת זו :

<https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-4171.pdf>

בהמשך לציטוט האמור, המסמך מציין שהנטייה היא להרחיב את החובה לחקור לכל מקרה של **מוות אזרח כתוצאה משימוש בכוח של אנשי כוחות הביטחון גם לאירועי לחימה כאשר אזרחים נפגעו בהם** (ראו: Judgment of ECtHR **Kaya v. Turkey**, (Application No. 22729/93), Judgment of HRC **Pedro Pablo Camargo v. Colombia**, No. 45/1979, U.N. ; 19 February 1998 (Doc. CCPR/C/OP/1 at 112 (1985)).

בהתייחסות לחובה זו לחקור פגיעה ומוות בפעולות אכפתיות, הדו"ח מפנה אף הוא לסעיף 22 בכללי האו"ם כמקור מנהגי לחובה לחקור (שם, בעמ' 50).

88. עוד נפנה בעניין זה לדו"ח של הדווח המיוחד למועצה החברתית-כלכלית של האו"ם משנת 2006 בו צוין כי דיני זכויות אדם מטילים על מדינות חובה לחקור הפרות לכאורה של הזכות לחיים. לדברי הדווח המיוחד, האמצעים בהם על מדינות לנקוט על מנת למלא אחר חובה זו שוכללו אף יותר בכל הנוגע למקרי אכיפת חוק:

"Human rights law imposes a duty on States to investigate alleged violations of the right to life "promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies". This duty is entailed by the general obligation to ensure the right to life to each individual. The particular measures States may take to fulfil this duty have been elaborated in detail with respect to law enforcement operations. Most prominently, in 1989 the Economic and Social Council adopted the Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions. These detailed principles should guide States whenever they carry out law enforcement operations, including during armed conflicts and occupations." (Special Rapporteur on extrajudicial summary or arbitrary executions, Civil and Political Rights, Including the Questions of Disappearances and Summary

89. העותרים יבקשו להדגיש, ועל אף כי נקודה זו חורגת מכותלי עתירה זו, כי ההבחנה המלאכותית הקיימת כיום, בהתאם למדיניות החקירה שמונהגת על-ידי המשיב 3, בין חובת החקירה באירועים שהביאו למותם של אזרחים על-ידי חיילי צה"ל לבין חובת החקירה באירועים בהם התוצאה הביאה "רק" לפגיעה ממשית של אזרח בנסיבות שאינן לחימה ממש ובפרט כאשר מדובר בשימוש בירי, אינה יכולה לעמוד במבחן ההיגיון. מותו של אזרח שלא במסגרת פעילות לחימתית מחייב חקירה פלילית. לעיתים ההבדל בין גרימת פגיעה לגרימת מוות הוא מקרי ומעורבת בו יד המזל בלבד. אין הוא משליך על אי-החוקיות של התנהגות החיילים.
90. על כן, הרעיון שאין חובה לחקור פציעתו הקשה של מפגין-אזרח שנורה על-ידי כוחות הביטחון, למשל, הוא בלתי נסבל לשיטה המכבדת והרואה חשיבות עליונה בערך חיי האדם ואינו עולה בקנה אחד עם הדרישות של המשפט הבינלאומי בכל הנוגע לחובה לחקור אירועים המעלים חשד להפרה של דיני זכויות האדם ודיני הכיבוש.

v. דו"ח ועדת טירקל

91. החובה המיידית לחקור **פגיעת** כוחות ביטחון באזרחים הודגשה אף במסקנות "ועדת טירקל" בדו"ח חלק ב' שפורסם בפברואר 2013, "הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי":

"בהקשר של אכיפת חוק, השימוש בכוח הוא בבחינת חריג צר, והשימוש בכוח קטלני (ירי על מנת להרוג) הוא בבחינת חריג צר ממנו. הנה כי כן, פעולה אכיפתית שבמסגרתה גורמים כוחות הביטחון למותו של אדם או לפציעתו החמורה מקימה חובת חקירה מיידית" (ההדגשה שלנו).

92. לסיכומו של דבר, המשפט הבינלאומי של זכויות האדם ודיני הכיבוש מקימים "חובת חקירה מיידית" במקרים בהם נפגע אזרח (נהרג או נפצע קשות) מידי כוחות ביטחון באירוע של אכיפת חוק.
93. החובה קיימת לכל הפחות במקרים של מוות ופגיעה חמורה של אזרח בנסיבות של אכיפת חוק, וכיום הנטייה היא להרחיב אותה גם לאירועים שבהם יש אלמנטים מעורבים של אכיפת חוק ולחימה (למשל בעת התמודדות עם קבוצות חמושות).

ב. האבחנה בין אירוע לחימתי ואירוע אכיפתי בדין הבינלאומי

94. בסכסוך מזוין בינלאומי, ובכלל זאת במצבי כיבוש, ייתכנו לצד אירועי לחימה מובהקים, אירועים בעלי אופי אזרחי המחייבים, כאמור לעיל, תגובה אכיפתית, ולא לחימתית. יסודה של ההבחנה בין סוגי אירועים אלו מקורה בעיקרון העליון של המשפט ההומניטארי, או דיני הלחימה, המכונה "עקרון ההבחנה", לפיו אך ורק לוחמים ואזרחים המשתתפים ישירות בלחימה מהווים מטרה צבאית לגיטימית.

95. כל פגיעה באזרחים שאינה בגדר נזק משני של פגיעה במטרה לגיטימית המבוצעת במסגרת לחימה ובהתאם לעקרונות היסוד כגון מידתיות, נקיטה באמצעי זהירות וצורך, היא בגדר הפרת לכאורה של דיני הלחימה, ובנסיבות מסוימות אף תעלה כדי פשע מלחמה. ראו לעניין זה את הכלל הראשון לכללים המנהגיים של המשפט ההומניטארי הבינלאומי (מחקר הצלב האדום):

CIHL Rule 1, ICRC Customary IHL Database;

Nils Melzer, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law (2010) [hereinafter: "Interpretive Guidance"];

96. ההנחה שאירוע אינו לחימתי הולכת ומתחזקת ככל שהמתאר נעדר לחימה "של ממש", קרי – כוחות חמושים היורים זה על זה. ההנחה אף מתחזקת כשמדובר במציאות של כיבוש צבאי ובוודאי כיבוש ארוך טווח, וזאת לנוכח חובתה של המעצמה הכובשת להשיב את הסדר והביטחון לאזור, כאמור בתקנה 43 לתקנות האג. חובה זו יוצרת חובת שיטור במתארים האזרחיים.

97. ניתן לשרטט קשת של סוגי אירועים העשויים להתרחש בשעות חירום ושגרה של כיבוש, הנעים בין הקיצון של מתקפות הדדיות באמצעות ארטילריה, התקפות אוויריות, ומארבים חמושים, לבין הקיצון השני של התקהלויות אזרחיות עם פרצי אלימות או אפילו אלימות של יחיד בלתי חמוש. להבנתנו, בדוגמאות הנ"ל, ברי כי בקיצון הראשון מדובר במצבי לחימה, ובקיצון השני מדובר באירועים אזרחיים גרידא.

98. סעיף 1(2) לפרוטוקול השני הנספח לאמנות ג'נבה, אשר אף הוא נחשב כבעל מעמד כמשפט ההומניטארי מנהגי, מגדיר סוגי האירועים שלא ייחשבו לחלק מסכסוך מזוין וקובע שהפרות סדר, מהומות, ותקיפות אלימות בודדות וספורדיות לא יחשבו "עימות מזויין".

"This Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, **isolated and sporadic acts of violence** and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts."

99. אין חולק שבגדה המערבית יש לא מעט אירועי אלימות, חלקם קשים. עם-זאת, להבנתנו סוג המקרים שבהם ניסה (או לצערנו הצליח) מפגע בודד לדרוס או לדקור אינו נכנס לגדר הקטגוריה של לחימה אלא של אלימות ספוראדית, הפרת סדר או מהומות.

100. לא זו אף זו: סוגי האירועים האלימים המתרחשים בגדה בשנים האחרונות ושתוארו בחלק העובדתי נופלים במובהק תחת הקטגוריות של מחאה עממית, הפרות סדר, ומעשי אלימות ועימותים אלימים בודדים, בין אזרחים פלסטינים וכוחות הביטחון ובין מתנחלים ופלסטינים. גם כאשר אירועים אלו מסלימים למהומות עם יידוי אבנים ובקבוקי תעברה – ואף כאשר מדובר בתקריות העולות כדי מעשי טרור, כמו בתקופת גל האלימות שהחלה באוקטובר 2015 – הם נותרים אירועים אזרחיים שהמסגרת הנורמטיבית החולשת עליהם היא אכיפת חוק ולא לוחמה (ראו בעניין זה, בין היתר, דו"ח טירקל חלק ב', עמ' 94-96; Interpretive Guidance עמ' 62 - 64).

101. מדריך הצלב האדום המנחה כיצד תתקבל ההחלטה אם אזרח הוא אזרח המוגן מפני תקיפה, או אם הוא משתתף ישירות בלחימה שלעת השתתפותו אינו מוגן, מסווג את האירועים שאינם נחשבים ללחימה ככוללים מתיחות ואלימות בין אזרחים, ואף אלימות כלפי כוחות הביטחון מטעם השלטון הזר או האויב:

"As a general rule, harm caused (a) in individual self-defence or defence of others against violence prohibited under IHL, (b) in exercising power or authority over persons or territory, (c) as part of civil unrest against such authority, or (d) during inter-civilian violence lacks the belligerent nexus required for a qualification as direct participation in hostilities" (p. 64).

102. אותה גישה נשקפת בדו"ח טירקל, בס' 58 בעמ' 98 - 99:

"הוועדה שוכנעה כי בשטח כבוש, ובפרט בכיבוש ממושך, ברירת המחדל היא שהנורמות המסדירות את השימוש בכוח הן נורמות של אכיפת חוק. רק אם הפעולות שבגינן נעשה שימוש בכוח קטלני נחשבות כ'השתתפות ישירה במעשי האיבה' ואינן רק בבחינת הפרעות ומתחים פנימיים כמו מהומות, ומעשים מבודדים וספוראדיים של אלימות, יחולו על הסיטואציה הכללים המסדירים לחימה. ברי, כי סיווג אופי הפעילות תלוי בנסיבות הספציפיות לפי עובדות כל מקרה ומקרה" (ההדגשה שלנו, מ.ס. א.ש.ע, ס.ב.).

103. אכן מדיניות הפתיחה בחקירות שעליה הכריז קדמו של המשיב 3 בתפקיד בהודעתו לבית משפט נכבד זה במסגרת בג"צ 9594/03 [בג"צ בצלם], אף היא משקפת את הגישה הנ"ל. המונח שבו בחר המשיב 3, "לחימה של ממש", מבטא חריג מצומצם ביותר לחובה לפתוח בחקירת מצ"ח של נסיבות הריגתם של אזרחים פלסטינים בגדה המערבית.

104. אם-כן, גם טקסטואלית נדרשת מובהקות של אופי "לחימתי" לאירוע כדי שיחול החריג לחובת הפתיחה בחקירה. לא די אף שיהיו אלמנטים של לחימה באירוע, אלא שיהיה ממדובר באירוע לחימתי "של ממש".

105. זאת ועוד, כאמור לעיל הנטייה של המשפט הבינלאומי היא להרחיב את החובה לחקור גם לאירועי לחימה.

106. ניתן לראות את הנטייה הזו כמשתקפת מפסיקה שנקבלה בטריבונלים בינלאומיים בשנים האחרונות. כך למשל, בפרשה אחת נקבע על-ידי ועדת זכויות האדם של האו"ם כי אירוע שסווג כ"לחימתי" ושבמהלכו נהרגו מי שנחשדו להיות טרוריסטיים, עדיין מקים חובה לפתוח בחקירה פלילית. ראו:

HRC **Pedro Pablo Camargo v. Colombia**, No. 45/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 112 (1985)

107. בפרשה אחרת שבה עלה ספק האם נסיבות האירוע היו "לחימתיות", קבע בית המשפט האירופי לזכויות אדם כי גם כאשר ההריגה של אזרח בוצעה תחת נסיבות של עימות מזוין קמה החובה לחקור (ראו: ECtHR **Kaya v. Turkey**, (Application No. 22729/93), Judgment of 19 February 1998). בית המשפט הדגיש כי כאשר נסיבות האירוע אינן ברורות, חובה זו אף מתחזקת.

108. לענייננו, כפי שפורט לעיל, אירוע בעל "אופי מבצעי מובהק", כפי שתיאר את האירוע דן סא"ל אדורם ריגלר מטעם המשיב 3, אינו עומד, ואף לא מתקרב, לרף הנדרש כדי להמצע במסגרת החרגי המתיר נקיטה בבירור מקדים והמנעות מחקירת מצ"ח.

109. לסיכום: הסטנדרט שיש לעמוד בו על מנת שאירוע מוות שמתרחש בגדה "יהיה פטור" מחובת החקירה הפלילית האוטומטית, ללא הפעלת שיקול דעתם של אנשי לשכת המשיב 3 על בסיס ממצאי בירור מקדים ותחקיר מבצעי, הוא מפורש ומדוקדק, והוא מציב רף גבוה ביותר – והסטנדרט נקבע כך, ככל הנראה, דווקא על מנת שהחובה לחקור אירועי מותם של האזרחים המוגנים והנכבשים, ובייחוד במקרה של כיבוש ארוך טווח, תהיה רחבה, ועל מנת שהחריג יהיה צר.

110. הפרשנות של החובה היא זו המתיישבת עם המשקפת את כוונותיהם של מנסחי דיני הלחימה ודיני זכויות האדם הבינלאומיים החלים, וככל הנראה אף מתיישבת עם מדיניות המשיב 3 דה-יורה – אך, כפי שעולה בבירור מהנתונים שהוצגו לעיל, אינה מתיישבת עם פרקטיקת המשיבים, דה-פקטו.

ג. אי-הלימות התחקיר המבצעי את חובת החקירה

111. כאמור ברקע העובדתי, במקרה מושא עתירה זו, המשיב הורה על עריכת תחקיר מבצעי ועל בסיסו הוחלט שלא לפתוח בחקירה.

112. למען הסר ספק, ולמרות שנדמה שכבר ידוע לכל כי התחקיר המבצעי אינו תחליף לחקירה ואינו יכול להיחשב כממלא אחר חובת החקירה של מקרה הריגה, נקדיש לו להלן מספר מילים.

113. התחקיר המבצעי הוא "בירור שנערך בצבא, בהתאם לפקודות הצבא, בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך אימון או פעילות מבצעית, או בקשר אליהם" (ראו סעיף 539א (א) לחוק השיפוט הצבאי והוראת פיקוד עליון 2.0702 "תחקיר שחל עליו חסיון").

114. התחקיר מבוצע על-פי רוב על-ידי מפקדים בשרשרת הפיקוד של היחידה המעורבת באירוע המתוחקר; התחקיר כולל ככלל ראיונות עם חיילים בלבד ואינו כולל פעולות חקירה מקצועיות (כגון בדיקות פורנזיות, איסוף ראיות, חקירה באזהרה וכד'); התחקיר נועד להסיק מסקנות מבצעיות ולא להפיק ראיות בדבר אשמה או חפות; עורכי התחקיר אינם כפופים לדיני הראיות והמתוחקרים אינם נהנים מזכות שתיקה או מפני הפללה עצמית; התוצרים של התחקיר אינם קבילים במשפט וחל חסיון על חומריו.

115. על מעמדו של התחקיר המבצעי עמדה כב' השופט (בדימוס) דורנר בבג"צ 6208/96 מור חיים ואח' נ' צה"ל ואח' (פד"י נב(3), 835, 834):

"התחקיר המבצעי הינו ככלל הדרך המתאימה לחקירת אירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית. הוא נערך, בדרך-כלל, על-ידי גורמים מקצועיים הקרובים לנעשה בשטח, ומצויים בפעילות המבצעית. הוא מתרחש מיד בסמוך לאירוע, כשהאירוע עדיין טרי בזיכרונם של המשתתפים בתחקיר. הוא נעשה באופן בלתי אמצעי ובלתי מסורבל. הוא מהווה חלק אינטגרלי ממכלול הפעולה המבצעית הצה"לית מאז ראשית קיומו של צה"ל" (ההדגשה שלנו, מ"ס, אש"ע, ס"ב).

116. אופיו של התחקיר המבצעי שונה בתכלית ובמהות מאופיה של החקירה הפלילית. התחקיר המבצעי נועד לשם שיפור והפקת לקחים לעתיד בעוד החקירה הפלילית מתרכזת באירוע שהתרחש וזיהוי של אחריות אישית בגינו.

117. תכונות אלו של התחקיר המבצעי הופכים אותו לכלי שאיננו יכול לשמש כתחליף לחקירה, וככל שקיימת בדין חובת חקירה התחקיר המבצעי אינו מקיים אותה.

118. הדין הבינלאומי מטיל סדרה של חובות שרק בהתקיימותן ניתן לומר כי התקיימה חקירה נאותה. בין היתר הדין הבינלאומי קובע את הסטנדרטים הבאים לחקירה נאותה: עצמאות, מיידיות (מהירות), אפקטיביות (ומקצועיות), שקיפות והיעדר משוא פנים (ראו, דו"ח טירקל חלק ב', עמ' 100 - 121).

119. גם על-פי העקרונות שנקבעו בפסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם ואשר חלים על חקירה של אנשי אכיפת חוק בשל מעורבותם באירועי מוות או פציעה חמורה של אזרחים, על חקירות אלו לעמוד בסטנדרטים האמורים ואף הם מחייבים שהחקירה תאפשר את מעורבות של הקורבן (או משפחתו) בהליך (ראו: ECHR, McKerr v The United Kingdom, (Application No. ...

(28883/95), Judgment of 4 May 2001). כפי שמצוין בדו"ח של נציב זכויות האדם של מועצת אירופה משנת 2009, מערכת תלונות עצמאית ויעילה, כזו העומדת בסטנדרטים המוזכרים, כנגד אנשי אכיפת חוק, הינה חיונית לאבטחת הציבור ולשמירת אמון וביטחון במשטרה, ותפקידה לשמש הגנה בסיסית מפני התעללות והתנהגות בלתי הולמת. ראו :

Opinion of the Commissioner for Human Rights Concerning Independent and Effective Determination of Complaints Against the Police, CommDH (2009) 4, 12 March 2009].

120. התחקיר המבצעי אינו עומד באף אחד מהדרישות האמורות : הוא איננו עצמאי (רוב המתחקרים הם, כאמור, מתוך שרשרת הפיקוד של היחידה הנוגעת בדבר); הוא איננו מקצועי (המתחקרים אינם אנשי מקצוע האמונים על חקירות); הוא איננו שקוף (להיפך חל חסיון מלא ומכוח הדין על הנאמר בו ועל ממצאיו); וקיים חשש למשוא פנים בשל הנגיעה של המתחקרים ליחידה המעורבת.

121. למסקנה דומה הגיעה ועדת טירקל אשר קבעה כך בניסוחה העדין :

"נמצא, שהפצ"ר משתמש בתחקיר המבצעי לצרכי קיום חובתו לערוך הערכה עובדתית. הוועדה נתנה דעתה על מספר קשיים שמעלה השימוש שנעשה בתחקיר המבצעי לצרכי הימטרה המשנית, דהיינו, לבירור השאלה אם קיים חשד סביר להפרה רצינית של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. כך, לדוגמא, עלול השימוש בתחקיר המבצעי לעכב באופן בלתי סביר את מתן ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה. כמו כן, אין התחקיר המבצעי מכוון לשאלות הנוגעות לחשדות למעשים פליליים. הוועדה סבורה כי על התחקיר המבצעי לשרת, בראש ובראשונה, את הצרכים המבצעיים של הצבא. לפיכך, סבורה הוועדה שיש להקים מנגנון נפרד לצורך עריכת ההערכה העובדתית, בדומה למודל האוסטרלי, אשר יאפשר לקיים הערכה העומדת בתנאי המשפט הבינלאומי כמפורט בפרק א', קרי, הערכה מהירה ומקצועית, המסייעת לחקירה פוטנציאלית ואינה פוגעת בה" (דו"ח טירקל חלק ב', עמ' 320, ההדגשה שלנו, מ"ס, אש"ע, ס"ב).

122. כלומר, לא רק שהתחקיר המבצעי אינו כלי שעומד בדרישות של "חקירה" לפי המשפט הבינלאומי, אלא שאליבא דוועדת טירקל הוא אף לא עומד בדרישות המופחתות מאוד של הליך ה"הערכה העובדתית" המקדימה לחקירה של אירועי לחימה.

ד. החובה לחקור בדין הישראלי

123. כידוע, החובה לחקור עבירות שבוצעו לכאורה על-ידי כוחות הביטחון הישראליים כנגד אזרחים קבועה אף במשפט הישראלי (ראו סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982)

ובחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 בעניין החובה החלה על מפקדים וחיילים להגיש תלונה עם היוודע להם על ביצוע עבירה לכאורה על-ידי חייל אחר (ראו סעיף 225 לחוק השיפוט הצבאי).

124. בנוסף גם דו"ח ועדת טירקל (חלק ב') קבע שהחובה לחקור כאמור קיימת וחלה על מדינת ישראל. בדו"ח הוועדה צוין בהקשר לשליטה הצבאית בגדה המערבית כי פעילות אכיפתית המתבצעת מול אזרחים – איוש מחסומים, חיפושים, פיזור הפרות סדר וכו' מתירות שימוש בכח קטלני רק בנסיבות חריגות, ומכאן שמקרה מוות או פציעה חמורה "הנגרם בידי כוחות הביטחון של הכוח הכובש יהיה מקרה חריג, המקיים חשד לפעולה אסורה, ועל כן מחייב פתיחה מיידית בחקירה" (שם, עמ' 97, ההדגשות שלנו, מ"ס, אש"ע, ס"ב).

125. אכן, אף מדיניות המשיב 3 המוזכרת לעיל, ושפורטה בחלק העובדתי, קובעת כי במקרים בהם אזרח נהרג מירי כוחות צה"ל בגדה המערבית תיפתח חקירת מצ"ח, למעט "במקרים בהם ברור כי הפעילות שבמהלכה נהרג התושב הפלסטיני נשאה אופי לחימתי של ממש" (ההדגשה שלנו, מ"ס, אש"ע, ס"ב).

126. אם כן, המשפט הישראלי אף הוא מחייב חקירת מקרי מוות של אזרחים מירי כוחות הביטחון ואינו כולל שום חריג לכך, למעט אירועי לחימה, שם ניתן להתנות את החקירה בבדיקה מקדימה המעלה חשד כלשהו להפרת דיני הלחימה.

127. המשפט הישראלי אימץ מהמשפט הבינלאומי את ההבחנה החשובה בין אירועים המסווגים כ"אירועים של אכיפת חוק" ואלה המסווגים כ"אירועים לחימתיים". להבחנה זו יש השלכות רבות ובענייננו ככל שמדובר באירוע אכיפתי קמה חובה "אוטומטית" לחקור מקרי מוות או פציעה חמורה שנגרמו על-ידי אנשי אכיפת החוק, בעוד שבנסיבות של לחימה, יש מקרים בהם עריכת בירור מקדים שמטרתו לבחון אם, על פניו, קיים חשד להפרה של הדין הבינלאומי והמצדיקה פתיחה בחקירה פלילית – אפשרית. בנקודה זו דו"ח ועדת טירקל (חלק ב') ברור בעמדתו כי "בשטח כבוש, ובפרט בכיבוש ממושך, ברירת המחלל היא שהנורמות המסדירות את השימוש בכוח הן נורמות של אכיפת חוק" (שם, עמ' 98).

128. הנה כי-כן, כדי להכריע האם יחולו על האירוע הנדון הוראות המשפט ההומניטארי או שמא ייטלו את הבכורה הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי הנוגעים לשימוש בכוח בעת הפרות סדר שאינן בגדר עימות מזוין, יש לבחון את אופי האירוע וזאת אף אם המקום בו התרחש האירוע מוגדר כאזור בו יש עימות מזוין, שהרי כפי שקבעה ועדת טירקל בחלק ב' של הדו"ח שלה:

*"במצבים של עימות מזוין, המשפט הבינלאומי ההומניטארי הוא הדין המיוחד.
במצבים הכרוכים בפעילויות אכיפה מסורתיות במהלך עימות מזוין, ימלא הדין הכללי של משפט זכויות האדם הבינלאומי את החסר (לאקונה) במשפט הבינלאומי ההומניטארי.*

...

כאשר בכל זאת מתעורר הצורך להשתמש בכוח כלפי אזרחים במהלך פעילויות אלה (למשל שימוש בכוח כדי לעצור ביזה בידי אזרחים או כדי לשמור על החוק והסדר בדרכים אחרות), תחולנה נורמות זכויות האדם המסדירות שימוש בכוח, לרבות עקרון הצורך ועקרון המידתיות (מונחים אלה מוגדרים באופן שונה בהקשר של אכיפת החוק מאשר הם מוגדרים במשפט הבינלאומי ההומניטארי) (דו"ח טירקל חלק ב', עמ' 63, ההדגשה שלנו, מ"ס, אש"ע, ס"ב).

129. בדו"ח ועדת טירקל צוין גם כי פעילות אכיפתית המתבצעת אל מול אזרחים – איוש מחסומים, חיפושים, פיזור הפרות סדר וכו' – מתירות שימוש בכוח קטלני רק בנסיבות חריגות, ומכאן שמקרה מוות או פציעה חמורה "הנגרם בידי כוחות הביטחון של הכוח הכובש יהיה מקרה חריג, המקים חשד לפעולה אסורה, ועל כן מחייב פתיחה מיידית בחקירה" (שם, עמ' 97, ההדגשות שלנו, מ"ס, אש"ע, ס"ב).

130. עוד ראו לעניין זה (בשינויים המחויבים) את דברי הנשיא (דאז) ברק בפרשת בני עודה (ע"א 5964/02 בני עודה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (4) 1), אשר עסק בתחומי התפרשות המונח "פעולה מלחמתית" הקבועה בסעיף 5 לחוק הנוזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב – 1952 והמעניקה חסינות נזיקית למדינה, ובעיקר את הציטוט של קודמו, הנשיא שמגר :

"רק פעולת מלחמה ממש במובנו הצר והפשוט של מונח זה, כגון: כינוס כוחות לקרב, תקיפה לוחמת, חילופי אש, פיצוצים וכדומה, שבהם בא לידי ביטוי האופי המיוחד של הלחימה על סיכונה ובעיקר על השלכותיה ועל תוצאותיה, הם אלו אליהם כווננו מילותיו של סעיף 5" (ע"א 623/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 477, 479, ההדגשות שלנו, מ"ס, אש"ע, ס"ב).

131. כמובן, שהציטוט לעיל נוגע לסוגיה שונה בתכלית, והיא התפרשות החסינות הנזיקית, ולפיכך יש לראות בפרשנות למונח "פעולה מלחמתית" כחלה מקל וחומר על ההבחנה שבה עסקינן בין פעולת לחימה לפעולה של הפרת סדר. וכפי שהעותרים טענו לעיל, החובה לחקור פגיעה באזרחים מעוגנת ורחבה בהרבה מהחובה לפצות את מי שנפגע אגב פעולת לחימה.

II. האירוע מושא העתירה אינו אירוע לחימתי של ממש ולפיכך קמה חובת

חקירה

א. נסיבות האירוע אינן תואמות "לחימתי של ממש" ולפיכך מחייב פתיחה בחקירה

132. גם אם העותרים יקבלו את התיאור של האירוע כפי שמופיע בפירוט (הדל) של סיכום התחקיר המבצעי שנכלל במכתבו של סא"ל אדורם ריגלר (נספח 7), הרי שאין מנוס מסיווג האירוע כאירוע אזרחי של הפרת סדר, ובשום פנים ואופן לא אירוע לחימתי.

133. בהתאם לאמור במכתבו של סא"ל ריגלר, הנערה סמאח, ז"ל, נפגעה כתוצאה מירי שבוצע לעברו של מי שנחשד כמחבל, אשר ניסה לכאורה לבצע פיגוע דקירה.

134. גם בהינתן שאכן סמאח נפגעה בנסיבות של ירי שנעשה לנוכח ניסיון דקירה כפי שמתאר זאת סא"ל ריגלר, לא ניתן בשום דרך לסווגו כאירוע לחימתי, בטח לא אירוע לחימתי של ממש. המדובר באירוע מובהק של הפרת סדר ואלימות מצד אזרח וכוחות הביטחון אמורים לתפקד בו בכובעם כאוכפי חוק וסדר ולא כלוחמים העושים שימוש בסמכויותיהם מרחיקות הלכת הנתונים לשעת לחימה. הדבר נכון גם כאשר האירוע האזרחי כולל אלימות, וגם אם מדובר באלימות קטלנית.

135. בעת שסמאח נורתה בראשה לא היו **חילופי אש**, לא היו במקום **כוחות של לוחמי אויב**, לא נעשה שימוש בארטילריה, ולמעשה לא היה כל שמוש ב**נשק חם**. שום אלמנט של **לחימה** לא היה באירוע. המדובר באירוע של התקפה אכזרית ופלילית, מצד אזרח, על אזרחים אחרים.

136. כפי שהעותרים טענו לעיל, המשפט הבינלאומי וכך גם המשפט הישראלי פוסלים את האפשרות שאירועי הפרות סדר ותקיפות בודדות וספורדיות ייחשבו כלחימה, הגם שאלו מחייבים תגובה של כוחות הביטחון, אולם בכובעם השיטורי ולא הלחימתי. ועדת טירקל קבעה את הדברים במפורש - "פעילות 'אכיפתית' מתרחשת בעיקרה בשטח - שם מבצעים כוחות הצבא סיורים, מעצרים וחפושים, מאיישים מחסומים ונקודות בדיקה, אוכפים עוצר ומפזרים הפרות סדר" (דו"ח טירקל, עמ' 97, ההדגשה שלנו, מ"ס, אש"ע, ס"ב).

137. גם העובדה שהאירוע התרחש בתקופה אשר היו בה אירועי אלימות תכופים מצד בודדים (או במילותיו של סא"ל ריגלר: בתקופה בה "חלה הסלמה במצב הביטחוני"), אין בכך לצבוע את האירוע שהינו אכיפתי מובהק, בצבעי מלחמה.

138. בשעת שגרה, כמו זו המתקיימת בגדה המערבית כיום, הגדרתן של פעולות אשר יסווגו כפעולות "לחימה" הינן רק פעולות מלחמה ממש במובנו הצר ביותר והינן בגדר החריג. יפים פה דבריו של השופט חיים כהן: "לשם הכרעה אם פעולה פלונית היא פעולה מלחמתית, עליך לבחון את הפעולה - לא את המלחמה" (בע"א 311/59 מפעל תחנות הטרקטורים בע"מ נ' חייט, פ"ד יד 1613, 1609). ההבחנה בין לחימה להפרת סדר ובין עימות מזוין להפרת חוק תלויה בשאלה העובדתית האם התנהלה לחימה. הנה כי-כן, כדי להכריע בשאלה יש לבחון את אופי האירוע לגופו, ואין חשיבות לשאלה האם יש עימות מזוין בגדה המערבית. כפי שקבעה זאת אף ועדת טירקל.

139. כאמור, במקרה מושא העתירה דנן בתו של העותר 1 נהרגה שעה שלא הייתה מעורבת בשום אופן בפעילות איבה באופן ישיר או עקיף, ועל כך אין אחד שחולק. לא בשל כך בלבד חלה חובת החקירה במקרה דנן, אם כי די בכך כדי להקים חובה זו. חובת החקירה קמה לנוכח העובדה שסמאח ז"ל מצאה את מותה במהלך מבצע שמטרתו היה לעצור דוקר לכאורה. פעולה זו נופלת ברובריקה של פעולות שייחשבו פעולות של אכיפת חוק, ולא של לחימה, **גם אם התרחשה במסגרת של עימות מזוין וגם אם במסגרת כיבוש ללא עימות כזה.**

140. ודוק: למקרה שלפנינו השאלה אם מדינת ישראל הייתה ועודנה מצויה בעימות מזוין לאור ההסלמה שחלה בתקופה זו בגדה המערבית או אם לאו איננה רלוונטית כלל, שכן גם בעת עימות מזוין יבחן אירוע על-פי נסיבותיו.

141. ועדת טירקל קבעה קביעה דומה לפיה פעילות אכיפתית יכולה להתרחש במהלך עימות מזוין והיקף התחולה של חובת החקירה נקבע לפי אופי הפעילות, וסיווג אופי הפעילות תלוי בנסיבות ובעובדות של כל מקרה ומקרה (ההדגשה שלנו):

"הוועדה שוכנעה כי במסגרת עימות מזוין יש הבדל בין השימוש בכוח במסגרת לחימה של ממש לבין השימוש בכוח במסגרת פעולות אכיפה. בניגוד להקשר של פעולות אכיפה, מוות או פציעה של אזרח במהלך לחימה של ממש אינם מקימים באופן מידי חובת חקירה. ... לעומת זאת, מקום שבו שוכח גרם לפגיעה חמורה או למוות של אדם במסגרת פעולות של אכיפת חוק, קיימת חובת חקירה" (דו"ח טירקל חלק ב', עמ' 96, ההדגשה שלנו).

142. למעשה, מדיניות הפצ"ר מאז 2011 בנוגע לפתיחה בחקירות בעקבות פגיעות באזרחים על-ידי כוחות צה"ל בגדה המערבית מתיישבת עם גישה זו, ולמעלה מכך אף נולדה על רקע מדיניות שסתרה תפיסה זו וקבעה כי "מערכה של טרור" משליכה על חובת החקירה וזאת מבלי לבחון כל אירוע על נסיבותיו.

143. אם כן, המדיניות הנוכחית נשענת על הרציונל של הבחנה בין פעולות בעלי אופי "לחימתי של ממש" לבין פעולות הנעשות תחת הפרדיגמה של אכיפת חוק דוגמת "הפרות סדר ואירועי התפרעות במחסומים". כלומר – המדיניות קובעת כי הדין שיחול ייקבע בהתאם לאופי האירוע ויותר מכך המדיניות קובעת במפורש כי אירועים של "התפרעות במחסומים", כפי שאירע במקרה דנן, ייתפסו כאירועים הנופלים לפרדיגמה של אכיפת חוק.

144. לאור כל האומר, החלטתם של המשיבים להימנע מחקירת נסיבות מותה של סמאח ז"ל מהווה החלטה המפירה את חובתה של מדינת ישראל לחקור אירוע שבו נהרגה אשה צעירה מירי כוחות צה"ל והיא גם לוקה בחוסר סבירות קיצוני.

III. העיכוב במתן החלטה ע"י המשיב נגועה באי סבירות קיצונית

145. כאמור לעיל, בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מספר 4.5003 (השגה על החלטות הפרקליט הצבאי הראשי בנוגע לחקירת אירועים שבהם נהרג אדם במהלך פעילות מבצעית של צה"ל, כאשר נטען כי מדובר בהפרה חמורה של כללי המשפט הבין-לאומי המנהגי), הוגשה השגה למשיב 1, ד"ר אביחי מנדלבליט, ביום 28.12.16 על החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי מיום 16.11.16 שלא לפתוח בחקירת נסיבות מותה של סמאח ז"ל. הטיפול בהשגה הועברה לידי משיב 2 כבר ביום 2.1.17. מאז חלפה קרוב לשנה ללא קבלת החלטה כלשהי בידי המשיבים.

146. הימנעותם של המשיבים מלקבל החלטה בהשגה על ההחלטה שלא לפתוח בחקירה של נסיבות מותה של סמאח עבד אללה ז"ל לוקה בחוסר סבירות קיצוני ולפיכך אין מנוס מלבקש מבית המשפט הנכבד להורות למשיבים לפתוח בחקירה פלילית במקרה דנן. כאמור, חלפו למעלה משנתיים מאז האירוע בו נהרגה סמאח, ושנה מאז שהוגשה ההשגה מושא עתירה זו, על החלטת המשיב 3 שלא לפתוח בחקירה לבדיקת נסיבות האירוע, החלטה שהתקבלה אף היא רק בחלוף שנה מקרות האירוע.

147. עיכובים כאלו ייחשבו לבלתי סבירים בין כה וכה בכל תיק חקירה של נסיבות הפגיעה באזרח ע"י כוחות הביטחון. **וודאי שבתיק הרג שסבל מעיכובים במהלך קבלת ההחלטה המקורית שלא לפתוח בחקירה, אין שום הצדקה לעיכוב נוסף בשלב הבחינה בהשגה.**

148. אי-הסבירות הקיצונית הנובעת ממחדלם של המשיבים לקבל החלטה עד לשלב מאוחר זה, בעוד שידוע להם היטב כי ככל שהזמן חולף, פוחתים הסיכויים להעמיד חשודים לדין ולהרשיע אותם. למעשה, מחדלם מאיים לסכל כל סיכוי שהאמת תצא והצדק ייעשה. בנוסף, אף שלא בכוונת מכוון, מחדל זה משדר זלזול בחובה להגן על האוכלוסייה המוגנת, בעקרון שלטון החוק ובחשיבות אכיפת החוק.

149. המשיב 1 אף הוא מכיר בצורך הממשי בקבלת החלטות מהירות בכל הנוגע למקרים בגינם מוגשות השגות מסוג אלו כפי שעולה מהנחייה 4.5003 (השגה על החלטות הפרקליט הצבאי הראשי). סעיף ג' (1) לאותה הנחייה מבהיר כי "בשל הרגישות הרבה הקיימת בתלונות מעין אלו, וההשלכות הבין-לאומיות והפנימיות העשויות לנבוע כתוצאה מהן, יש לעשות מאמץ לטפל בהשגות במהירות האפשרית".

150. מימד הזמן הינו נדבך מהותי במקרה שלפנינו ביתר שאת ככל שהדבר נוגע לסעדים המתבקשים בתיק זה, וזאת בין היתר פתיחה בחקירה פלילית. מטרתו העליונה והעיקרית של מנגנון הגשת השגות הינה ביקורת ופיקוח על הליך קבלת ההחלטות של הפרקליט הצבאי הראשי לאור ההבנה כי אלו החלטות בעלות חשיבות ראשונה במעלה הנוגעות לחיי אדם. אפקטיביות הביקורת נפגעת קשות בחלוף זמן כה רב.

151. הליך הביקורת והפיקוח על החלטות הפצ"ר אינו נפגע בלעדית מעצם אי קבלת החלטה בעניין השגות המוגשות מכוח הנחיה 4.5003, אלא שהימנעותו למשך זמן כה ארוך של המשיב 1 מקבלת החלטות בהשגות אלו המוגשות לידי משליכה באופן ישיר על יכולת הביקורת והפיקוח של בית המשפט הנכבד על החלטות אלו של הפצ"ר. משנכנסה לתוקף הנחיה 4.5003 הפך הליך הגשת ההשגות לידי המשיב 1 לשלב הכרחי משלבי מיצוי ההליכים בטרם הגשת עתירות לבית המשפט הנכבד, בכל הנוגע למקרים הדומים למקרה מושא עתירה זו. אם כן, במקרים בהם קבלת ההחלטה בהשגות המוגשות בהתאם להנחיה 4.5003 אינן מתקבלות בחלוף זמן כה ארוך, כפי שאירע במקרה דנן עתירה זו, הליך הביקורת של המשיב 1 הוא עצמו המרחיק את הקורבנות במקרים אלו מביקורת שיפוטית, זו של בית המשפט הנכבד, והופך אותו להליך ביקורת שאינו אפקטיבי הלכה למעשה.

152. דו"ח ועדת טירקל הגיע למסקנה דומה כאשר ציין כי ההחלטה של הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה היו ועודן נתונות, לביקורת בית המשפט הנכבד בגדר עתירות המוגשות אליו אך ציין כי "בפועל, כוחו של בית המשפט העליון לבקר החלטות כאלה מצומצם למדי. זאת, בין היתר, מן הטעם שעתירה לבית המשפט העליון מוגשת, בדרך כלל, אחרי שחלף זמן רב מהאירוע הנדון. תפקודו של בית המשפט כמנגנון ביקורת על החלטות הפצ"ר בדבר פתיחה בחקירה, הוא אפוא מוגבל". ולפיכך המליצה הוועדה "לקבוע בחוק הליך של ערר לפני היועץ המשפטי לממשלה על החלטות הפצ"ר". בפועל הימשכות הליך קבלת ההחלטה בהשגות אלו, וליתר דיוק אי קבלת ההחלטה, רק גורמת לעתירות להיות מוגשות בחלוף זמן ארוך אף יותר וחוטא למטרת פרסום ההנחיה ומובילה לתוצאה אותה ההנחיה הייתה אמורה למנוע, ולמעשה פוגעת ביכולת הביקורת של בית המשפט הנכבד בהליכים אלו.

153. בנקודה זו יהיה זה נכון לציין כי חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אשר אינו חל על המשיב 3 אך חל במישרין על המשיבים 1 ו-2, והינו יפה לשם השוואה, קובע בסעיף 65א כי: "החלטה בערר לפי סעיף 64, לעניין עבירת מין או אלימות, מסוג פשע, תינתן ותימסר למתלונן עד תום שישה חודשים מיום הגשת הערר" (ההדגשה שלנו, מ"ס, אש"ע, ס"ב). עוד קובע הסעיף האמור כי בעל הסמכות להחליט בערר רשאי לחרוג מפרק זמן זה, רק מטעמים מיוחדים שיירשמו. העותרים סבורים כי קבלת החלטה הנמשכת תקופה של שנה הינה בלתי סבירה בעליל.

ה. סוף דבר

154. החלטת המשיבים שלא לפתוח בחקירת מצ"ח בתיק מושא עתירה זו, ולהותיר את מותה של סמאח ז"ל ללא חקירה נאותה, מהווה החלטה בלתי סבירה בעליל ואף הפרה של הדין הבינלאומי הנוגע לחובות הכוח הכובש ביחס לאוכלוסייה הכבושה.

155. נסיבות האירוע, על פניהן, מובילות למסקנה אחת בלבד והיא כי הירי הקטלני במהלכו מצאה בתו של העותר 1, סמאח עבד אללה, ז"ל, את מותה, בוצע בנסיבות שבהן פעלו כוחות הביטחון בכובען האכיפתי, ובוודאי שלא מדובר באירוע "לחימתי של ממש".

156. אי-פתיחה בחקירה במקרה כה חמור מותירה את התוצאה הקשה בערפל משפטי ומאפשרת הן לחשוד בגרימת מותה של סמאח בת ה-17 והן לחשודים אחרים במקרים הרבים שאירעו ושלצערנו עוד יתרחשו בנסיבות דומות, להימלט מבחינה רצינית של אחריותם. ההחלטה ודומותיה מעבירות מסר למי שאוחזים בנשק במסגרת פעילותם הצבאית כי קיימת להם חסינות גם כאשר התנהגותם גורמת למותם של אנשים ושהחסינות היא כה רחבה שהיא אף כוללת חסינות מפני חקירה (!).

157. לאור כל האמור לעיל, החלטת המשיבים שלא לפתוח בחקירת הריגתה של סמאח ז"ל הינה בלתי סבירה בעליל וזועקת להתערבות בית המשפט הנכבד.

158. בנוסף ולאור האמור לעיל, פרשנותם של המשיבים לקו המבדיל בין אירוע לחימתי של ממש לאירוע של הפרת חוק, כפי שמשקפת מהחלטותיהם במקרה זה ובמקרים רבים אחרים בשנים האחרונות – מחייבת גם היא התערבות של בית המשפט שינחה אותם בעניין זה.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צווים על-תנאי כמבוקש בראשית כתב עתירה זה, ולאחר קבלת תגובת המשיבים ודיון בעל-פה – להופכם למוחלטים.

בנוסף מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עורכי-דינם בתוספת מע"מ וריבית כחוק.

תאריך: 28.12.17

סופיה ברודסקי, עו"ד

אמילי שפר עומר-מן, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

ב"כ העותרים