

בצלם ואחי'  
ע"י ב"כ עוה"ד שטיין ואחי'

**ה ע ו ת ר י ם**

נ ג ד

**הפרקליט הצבאי הראשי**  
ע"י פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים

**ה מ ש י ב**

**תגובה מטעם פרקליטות המדינה**

בעתירה זו מבקשים העותרים מבית משפט נכבד זה לחייב את צה"ל לקיים חקירת מצ"ח בדבר נסיבות מותם של שמונה תושבים מאזור יהודה והשומרון ומאזור חבל עזה, אשר נהרגו במהלך **שישה אירועים שונים** במסגרת פעילות צה"ל באזורים אלה.

כן התבקש בית המשפט לחייב את הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר) להורות על חקירת מצ"ח "בכל מקרה שבו הובא לידיעתו דבר מותו של אזרח פלסטיני, אשר לא נטל חלק בפעולות לחימה, במהלך פעילות צה"ל באזורים, וזאת בתוך פרק זמן סביר מיום האירוע".

בתגובה לעתירה זו יטען המשיב, כי דינה של עתירה זו, על שני חלקיה, להידחות על הסף. להלן נתייחס לשני החלקים כסידרם.

**הראש הראשון לעתירה**

1. **אשר לחלק הראשון של העתירה, הדן בששה מקרים שונים בהם נדרש המשיב להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח, הרי שבחלק זה של העתירה כרכו העותרים בעתירה אחת שש עתירות נפרדות ושונות, שעניינן שישה אירועים שונים ונפרדים.**

לעניין זה כבר התייחס כבוד השופט חשין בהחלטתו מיום 14.12.03, בה כתב כדלקמן:

**"העתירה מכילה, למעשה, 6 עתירות נפרדות ושונות, ומן הראוי היה כי תוגשנה עתירות נפרדות בגין כל אירוע ואירוע. כך נהוג בבית-המשפט זה מכבר, וחזקה על העותרות כי יודעות הן זאת. לעת הזו לא באתי אלא להסב את תשומת-לב העותרות להערת זו".**

2. החלטה זו מבוססת על פסיקה ידועה ומושרשת, בה נקבע שוב ושוב, כי אין לצרף בעתירה אחת עניינים שונים, מקום בו הרקע העובדתי בכל אחד מאותם עניינים הוא שונה, שכן איחוד העניינים (או העותרים) גורם לסרבול ולבלבול מיותרים. בית המשפט הנכבד כבר קבע, פעם אחר פעם, כי די בצירוף כאמור כדי להביא לדחייתה של עתירה על-הסף, תוך שמירת הזכות להגיש עתירה נפרדת בכל ענין וענין, ובלבד שתהיה עילה לעשות כן.

לעניין זה ראו לדוגמא, דבריו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 6432/01 חסאן נ' הממונה על מחלקת אשרות, תקדין 2001(3)1668, כדלקמן:

"בעתירה המכוונת כנגד הממונה על האשרות במנהל האוכלוסין, טוענים העותרים, כי המשיבה נמנעת באופן שיטתי מלהתייחס לפניויהם. הם מבקשים, כי בית המשפט יורה לה להתייחס לפניויהם..."

כבר נפסק בבית משפט זה כי מקום בו מצורפים עניינים נפרדים בעתירה אחת, דין העתירה להדחות על הסף מטעם זה. אפילו בקשות העותרים הן בעלות אופי דומה, כך הובהר בפסיקה, הרי משמדובר בעותרים שונים שעניינם נפרד, שומה על העותרים להגיש עתירות נפרדות (ראו: בג"צ 452/99 עלי פרא נ' שר המשטרה; בג"צ 5866/01 עמאד נ' משרד הפנים). במקרה זה - גם עניינו של כל עותר שונה בנסיבותיו ממשנהו..."

כן ראו בג"צ 5866/01 זיתון עמאד ואח' נ' משרד הפנים, הלשכה האזורית למנהל אוכלוסין, מזרח ירושלים, תק-על 2001(3), 1066 בו נפסק כדלקמן:

"שני העותרים הם תושבי ירושלים שנישאו ב-20.11.00- לאזרחיות ירדניות. בעתירתם הם מבקשים, כי נורה למשיב לנמק מדוע אינו נענה לבקשתם להעניק אשרות כניסה לישראל עבור נשותיהם..."

נכונה טענת המדינה שדין העתירה להידחות על הסף מחמת צירופם של שני עניינים נפרדים בעתירה אחת. במקרה דנן, גם אם הבקשות של שני העותרים בעלות אופי דומה, הרי מדובר בשני עותרים שונים שעניינם הוא נפרד, ולכן היה עליהם להגיש עתירות נפרדות".

וכן ראו לדוגמא, פסק הדין שניתן לפני זמן קצר בבג"ץ 4882/03 ג'בארין נ' שר הפנים, תקדין 2003(2)2, בו נפסק כדלקמן:

"אכן, עניינם של העותרים בעל אופי דומה, אך את כל אחד מהם מאפיינות נסיבותיו המיוחדות, שהרי מדובר בבני משפחות שונות. דיון בעניינם של כל

העותרים במסגרת עתירה אחת, עלול איפוא להיות מורכב וממושך, וכבר נפסק על ידי בית משפט זה כי הגשתן של עתירות בדרך זו אינה ראויה ולא רצויה (בג"ץ 5866/01, בג"ץ 7016/01).

לפיכך, אנו מחליטים לדחות את העתירה על הסף, ולעותרים שמורה הזכות להגיש עתירות נפרדות, ובלבד שתהיה בידם עילה לכך."

3. בענייננו מדובר בששה אירועים שונים, ועניינו של כל אחד ואחד מהם כרוך בעובדות קונקרטיות שונות. בפסקי הדין שצוטטו לעיל ואחרים, נדחו לעיתים עתירות על הסף אך בשל חיבורם של שניים או שלושה עניינים בעתירה אחת. על אחת כמה וכמה שדין העתירה דנן להידחות על הסף, בשל חיבורם של ששה עניינים שונים, שנסיבותיהם שונות, בעתירה אחת.

4. לפיכך, נטען, כי אין מקום לאפשר הגשתה של עתירה אחת במקום שש עתירות שונות, ועל כן נבקש מבית המשפט הנכבד לדחות את חלקה הראשון של העתירה על-הסף, תוך שמירת זכותם של העותרים להגיש עתירות פרטניות, אם תהיה להם עילה לעשות כן.

5. עוד יצויין, כי בכל הנוגע למקרים המפורטים בסעי' 10 ו-11 לעתירה, מדובר בעתירה מוקדמת, שכן מדובר בדרישות שהועלו בטרם התקבלו בכלל החלטות סופיות בצבא אם לפתוח בחקירת מצ"ח אם לאו. מכל מקום, בינתיים, במקרה אחד כבר התקבלה החלטה, והודעה בנדון תשלח לעותרים.

כן יצויין, להשלמת התמונה, כי במקרה הנדון בסעי' 6 לעתירה, שבו התקבלה מלכתחילה החלטה שלא לפתוח בחקירת מצ"ח, שונתה ההחלטה לאחר שהחומר שנאסף נבחן פעם נוספת, וביום 22.10.03, מספר ימים לפני הגשת העתירה, הוחלט להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח בנושא זה. ממילא, בנושא זה, מדובר כיום בעתירה תיאורטית.

### **הראש השני לעתירה**

6. בחלק השני של העתירה מבקשים העותרים לקבל סעד כללי וגורף – שבמסגרתו יחוייב הפרקליט הצבאי הראשי להורות על חקירת מצ"ח בכל מקרה שבו הובא לידיעתו דבר מותו של אזרח פלסטיני, אשר לא נטל חלק בפעולות לחימה, במהלך פעילות צה"ל באזורים.

לענין זה נטען, כי גם ראש זה צריך להדחות על הסף שכן הסעד המבוקש בו הוא **סעד כללי** **ותיאורטי**.

דומה הדבר לבקשה שתוגש לבית המשפט לחייב את היועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה בו מצא אדם בישראל את מותו, בכל מקרה בו הובא לידיעתו על-ידי העותרים וממקורות נוספים דבר קיומה של שחיתות במשרד ממשלתי, וכיו"ב.

7. כידוע, החלטה אם להורות על פתיחה בחקירה אם לאו, היא החלטה הנתונה לשיקול דעת של רשויות החקירה והתביעה.

משעה שמדובר בהחלטה שיש לגביה שיקול דעת, הרי שברי כי כל החלטה מתקבלת לאחר בחינת יסודות המקרה, ובהתאם לנסיבותיו, עובדותיו ויישומם של שיקולי מדיניות משפטית בהקשרו. קבלת החלטה אוטומטית בדבר פתיחה בחקירה, לא רק שאינה מחויבת, אלא שיש בה משום ויתור של המשיב על שימוש בשיקול הדעת הנתון לו, ועלולה היא להוביל לקיומן של חקירות סרק.

8. בהקשר זה נבקש להפנות לפסיקה הקובעת כי החלטה על פתיחה בחקירה הינה החלטה הנתונה לשיקול דעת התביעה, שיש לקבלה בכל מקרה בזהירות ומתוך מודעות למשמעות מרחיקת הלכת שיש לפתיחת חקירה פלילית על זכויותיו של החשוד הפוטנציאלי.

אכן, פסיקה זו התייחסה לסמכות היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה להורות על פתיחה בחקירה, אולם כבר נפסק כי סמכות הפצ"ר והפרקליטות הצבאית בנושא זה מקבילה היא לסמכות היועץ המשפטי ופרקליטות המדינה.

כך נקבע למשל בבג"צ 2644/94 פרצ'יק ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח (4) 341, 343, כי:

"הגשתו של אישום פלילי – וקיום חקירה פלילית המובילה אליו – הם עניין הנתון לשיקול דעת (כעין שיפוטי) של היועץ המשפטי לממשלה."

9. לאחרונה נדון שיקול דעת זה בהרחבה במסגרת בג"צ 1689/02 נמרודי נ. היועמ"ש [תק-על-2003(3), 139]. במסגרת פסק דין התייחס בית המשפט לפסק דין קודם שניתן לא מכבר, שגם בו עסק בית המשפט בנושא זה. כוונתנו לבג"צ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון נ. היועמ"ש (טרם פורסם). מפאת חשיבות הדברים, נביאם כלשונם, כפי שנאמרו בפרשת נמרודי:

"פתיחתה של חקירה פלילית או משמעתית כנגד ממלא תפקיד ציבורי וכנגד איש חקירות במשטרה בכלל זה, היא צעד רב משמעות ורב השלכות ביחס למערכת התיפקודית עליה הוא נמנה ולגביו באופן אישי. לחקירה כזו השלכה על מעמדה בציבור של המערכת המשטרתית ועל דרכי תיפקודה. כרוכה בכך פגיעה קשה בנילון, הן במעמדו ובתפקידו והן בחייו ברשות הפרט. השלכות ניהולה של חקירה כאמור על המערכת הציבורית ועל היחיד מחייבות זהירות רבה בהפעלת שיקול הדעת של הגורם המוסמך להחליט על פתיחת חקירה, מתי להורות על כך, ומתי להימנע מכך. בצד הזהירות המתחייבת בהחלטה על פתיחת חקירה, מוטלת אחריות להימנע מגניזת תלונות שעשוי להיות בהן ממש, מקום שהן משקפות סטייה של איש משטרה מנורמות התנהגות המתחייבות במסגרת מילוי תפקידו.

עמד על כך בית המשפט בפרשת בג"צ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (טרם פורסם) (מפי השופטת שטרסברג-כהן) באומרו:

כאשר הפרקליטות מפעילה את שיקול דעתה לענין עריכת בדיקה על מנת להחליט אם להורות על פתיחת חקירה משטרתית אם לאו, עשויה החלטתה להיות בעלת השלכות גורליות על הנילון ובעלת משמעות מיוחדת לציבור בכללותו. לפיכך, על בדיקה כזו להיערך ביסודיות ובאחריות, תוך איסוף כל חומר רלבנטי והתייחסות אליו. בדיקה כזו היא חלק מתהליך קבלת ההחלטה אותה מוסמכת הפרקליטות לקבל... הפרקליטות מעורבת בחקירות משטרתיות פליליות ולעיתים היא מלווה אותן, והאחריות להחליט אם קיים חשד לביצוע עבירה ועל מי נופל חשד זה, ולהורות על פתיחת חקירה בהתאם, רובצת עליה. כאמור, לא ניתן לקבוע קריטריונים לענין היקף, אופי וטיב הבדיקה, ויש להשאיר ענין זה לשיקול דעת הפרקליטות כשכל מקרה נדון לגופו ועל פי נסיבותיו... היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה הם גופים מקצועיים המופקדים על שמירת שלטון החוק. הם גופים עצמאיים ועליהם לפעול ללא פניות, ללא משוא פנים וללא איפה ואיפה ועל פי הכלל של שוויון הכל בפני החוק. ההחלטה כיצד לנהוג בתלונה המוגשת לפרקליטות בחשד לביצוע עבירה פלילית, כמו החלטות רבות אחרות, צריכה להתקבל לא על פי מיהות הנילון אלא על פי מהות הענין ונסיבותיו. ככל שהחשד מתייחס לעבירות חמורות ומורכבות יותר, ככל שמידת אי הוודאות ביחס לשאלה אם יש בסיס עובדתי או משפטי לחשדות לביצוע עבירה שהועלו בתלונה גדולה יותר, ככל שקיים חשש שהתלונה עלולה להתברר כ"תלונת סרק" בין משום מעמדו של הנילון ובין משום סיבה אחרת, כך מתבקשת בדיקה מקפת ומעמיקה יותר בטרם קבלת החלטה".

חקירה פלילית או משמעתית כנגד איש משטרה מחייבת, נוכח משמעותה והשלכותיה, תשתית נתונים התחלתית המצדיקה את עריכתה. שיקול הדעת לגבי קיומה של תשתית כזו נתון ביסודו ליועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הכללית; התערבות בשיקול דעת זה הינה נדירה ושמורה למקרים חריגים בהם נראה כי היתה סטייה מהותית מקווי שיקול הדעת הסביר שראוי היה להפעיל."

10. משני פסקי הדין הללו עולה בבירור עד כמה יש להזהר בהפעלת שיקול הדעת הנתון לגורמים המוסמכים להורות על פתיחה בחקירה. ברור בעליל, כי דברים אלה, שנאמרו לגבי פתיחתה של כל חקירה, רלוונטיים הם בודאי לגבי פתיחה בחקירה בנסיבות שבהן בהחלט יתכן שלא בוצעה כלל עבירה, היינו כאשר מדובר במקרי מוות המתרחשים לעתים אגב ביצוע פעולות לחימה. לפיכך נטען, כי הדרישה המועלית בעתירה, לחייב את המשיב להורות

על פתיחה בחקירה ללא שקילת נסיבות כל מקרה ומקרה, הינה דרישה מרחיקת לכת וחסרת בסיס.

11. יצויין, כי למעשה, גם העותרים אינם חולקים על כך שלמשיב קיים שיקול דעת בנדון – ראו סעי' 27 לעתירה. אלא שלדעתם, במקרים של מות אדם, הופכת למעשה סמכות הרשות של המשיב, לסמכות חובה. דא עקא, שלטענה זו אין כל יסוד וכל הגיון, שכן בודאי גם העותרים אינם חולקים על כך שיכולים להיות מקרי מוות רבים שאינם מעלים כלל חשד לביצוע עבירה.

לפיכך נטען, כי דין הראש השני של העתירה להדחות בשל היות הדרישה המועלית בו חסרת בסיס משפטי ובשל היותה דרישה כללית ותיאורטית.

12. למעלה מן הנדרש נוסף ונציין, כי דינה של בקשת העותרים להידחות גם לגופם של דברים, שכן אין כל פגם במדיניות הנוהגת לגבי פתיחה בחקירות פליליות בעת לחימה, הנהוגה בצה"ל מאז ספטמבר 2000. על פי מדיניות זו, החלטה אם לפתוח בחקירה במקרה מסוים אם לאו מתקבלת על יסוד כלל החומר הרלוונטי לענין המגיע לרשויות, ובראשו חומר שהושג במהלך תחקירים מבצעיים מפורטים שנהוג לעורכם, לצד כל חומר רלוונטי נוסף המגיע בענין, כגון תלונות, עדויות, וכדומה.

מדיניות זו הוצגה בעיקריה לעותרות, במסגרת תכתובת שהתנהלה עמן.

ראו למשל נספחים 28, 31 ו-33 לעתירה.

יצויין, כי על יסוד בדיקות שכאלה הוחלט, מאז פרצה הלחימה בטרור הפלסטיני, לפתוח ב-470 חקירות מצ"ח, מתוכן כ-70 חקירות שעניינן ירי על-ידי חיילים, מרביתן בנסיבות של גרימת מוות או פציעה חמורה.

מנתונים אלה ברור כי אין מדובר במדיניות של סירוב גורף לפתוח בחקירה, אלא במדיניות שבמסגרתה מתקבלת החלטה בכל מקרה על יסוד נסיבותיו.

13. המשיב יוסיף ויטען, כי החלטותיו, המתקבלות בכל מקרה ומקרה על יסוד נסיבותיהם, מתיישבות היטב עם הוראות המשפט הבין-לאומי, ועם הפסיקה והחוק במדינת ישראל, וכן עם הפרקטיקה של כוחות זרים ביחס לפתיחה בחקירות פליליות בעת לחימה.

14. לענין זה נציין בתמצית, כי כאשר בוחנים את כללי ועקרונות המשפט הבין-לאומי, עולה מהם במפורש, כי בנסיבות של לחימה, ובפרט לחימה בטרור באזורים צפופי אוכלוסייה, פגיעה באזרחים עלולה להיות חלק מתוצאות הלוואי הקשות של הלחימה. העובדה שבזמן לחימה נפגע אזרח חף מפשע, אינה מלמדת כשלעצמה על כך שבוצע פשע מלחמה או על כך שהייתה התנהגות פלילית מצד החיילים המעורבים, אלא יש לבחון כל מקרה לנסיבותיו.

15. אף במשפט הישראלי קיימת פסיקה ענפה, המלמדת כי פעילות מבצעית אינה דומה לכל פעילות אחרת, וכי לאור מאפייניה ומהותה של פעילות זו, פתיחה בחקירה פלילית ביחס לפעילות מבצעית מחייבת שקילת שיקולים ייחודיים, ותיעשה כדבר חריג בלבד. הלכות אלה יפות, בבחינת קל וחומר, כאשר מדובר בפעילות לחימתית מובהקת.

בהקשר זה נפנה למשל לפסקי הדין הבאים :

בג"צ 4550/94 אישה נ. היועמ"ש, פ"ד מט (5) 859 ;

בג"צ 6208/96 מור חיים נ. צה"ל, פ"ד נב (3) 835 ;

בג"צ 7232/01 יוסוף נ. ממשלת ישראל [תק-על 2003(2), 3952].

16. עוד נבקש להפנות להסדר הסטוטורי שנחקק בשנת 1997 - סעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955. סעיף זה קובע, כי אירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית ייחקר, ככלל, בדרך של תחקיר מבצעי, ולא על-ידי גוף חוקר, וממצאי התחקיר יימסרו לפצ"ר. רק במקרים המתאימים, ניתן להעביר את האירוע לחקירת גוף חוקר, לאחר עמידה במספר מסננות הקבועות בחוק. גם מהסבר זה עולה, כי פתיחה בחקירה פלילית ביחס לפעילות מבצעית צריכה להישקל בכל מקרה לגופו.

17. כן נבקש להפנות לכך, שמחקר משפטי מקיף שנערך ביחס לפרקטיקה הנהוגה בקרב כוחות זרים לגבי פתיחת חקירות פליליות ביחס לאירועי לחימה (למשל פעילות נאט"ו ביוגוסלביה ופעילות צבא ארה"ב בעיראק ובאפגניסטן), מלמד, בצורה מפורשת וברורה, כי אין צבא שבו נפתחת חקירה פלילית באופן אוטומטי בכל מקרה בו נהרג אזרח במהלך פעילות מבצעית. בעניין זה, די לעיין בדו"ח של ועדה שהוקמה על-ידי התובעת של בית הדין הפלילי הבין-לאומי לעניין יוגוסלביה, בו נקבע כי אין מקום לקיים חקירות פליליות ביחס לפעולות של נאט"ו, בהן נהרגו עשרות ומאות אזרחים. ראו :

Final Report of the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, June 13 2000.

פורסם ב : <http://www.un.org/icty/pressreal/nato031300.htm>.

18. במידת הצורך, ניתן יהיה כמובן להרחיב בנושא זה. אלא שכאמור, אין בכך כל צורך, שכן די בכל האמור לעיל כדי להבהיר כי דין החלק השני של העתירה להדחות על הסף, בגין כך שמבוקש בו סעד כללי ותיאורטי שאין כל מקום לתתו.

19. אשר על כן, מכל הטעמים דלעיל, נבקש את דחיית שני חלקי העתירה על הסף.

היום: כ"ח כסלו, תשס"ד

23 דצמבר, 2003

**שי ניצן**

**מנהל תחום תפקידים מיוחדים ( בפועל )**