

ט' אלול תשע"ט
9 ספטמבר 2019
מס' תיק: 64-15-12
מס' מבתי: 811-99-2018-007790

לכבוד

עו"ד מונא חוד

ארגון "עדאלה" - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

עו"ד איאד אלעמי

המרכז הפלסטיני לזכויות אדם

שלום רב,

הנדון: החלטה בתשגה על החלטת הפרקליט הצבאי הראשי ביחס לאירוע מותם של ארבעה ילדים מבני משפחת בכר

לאחר שבתן את התשגה שהוגשה ביחס לתיק זה, וכן את חוות הדעת שנערכה על ידי פרקליטות המדינה, החליט חיועץ המשפטי לממשלה, על סמך החלטת פרקליט המדינה, לדחות את התשגה בעניין אירוע מותם של ארבעה ילדים מבני משפחת בכר (עאתד עטאף בכר, זכריא שאחו בכר, מוחמד ראמו בכר ואסמעיל מוחמד בכר).

רקע והשתלשלות עניינים:

- ביום ה-16.7.14, היום השמיני למבצע "צוק איתן", בסביבות השעה 16:00, ביצע צה"ל תקיפה מהאוויר לעבר מספר דמויות ששהו בסמיכות למכולות, במתחם של החמאס בגמל עזה. הירי בוצע תחילה לעבר דמות שנמצאה בסמוך למכלה, ולאחר מכן לעבר ארבע דמויות שנלטו מהמקום לאור הירי הראשון. מאוחר יותר התברר, מדיווחי התקשורת, כי הדמויות שנפגעו הם ילדים בגילאים 9-11 (להלן: האירוע).
- ביום 18.7.14 פנה ארגון "עדאלה" לגורמים שונים, בבקשה לפתוח בחקירת האירוע. במכתבו זה הלין הארגון, כי הפגיעה בילדים מחוזה "הפרה בוטה של דיני חלוחמה המגיעה לכדי פשע מלחמה". מכתב ברות דומה, בצירוף תמונות מזירת האירוע, הוגש ביום 23.8.14 לפרקליטות הצבאית מטעם עו"ד איאד אלעמי מ"המרכז הפלסטיני לזכויות האדם-PCHR". בסמוך לכך הועבר אירוע זה לבחינת מנגנון הביורד המטכ"לי.
- ביום 10.9.14, השיבה הפרקליטות הצבאית לארגון "עדאלה", כי האירוע הופנה לבחינת מנגנון הביורד המטכ"לי לבחינת אירועים חריגים במבצע "צוק איתן", וכי הממצאים שנאספו על ידו "ביטאו יסוד סביר לחשד כי התקיפה בוצעה שלא בתאם לכללים המחייבים את כוחות צה"ל, ומשכך, הורח הפצ"ר על פתיחה בחקירת מצ"ח לביורד נסיבות האירוע".
- בסיומה של חקירת מצ"ח, ולאחר שטאפו ראיות נגבו עדויות רבות מהחילים ומהקצינים המעורבים באירוע, החליט הפרקליט הצבאי הראשי לסגור את תיק החקירה, ללא נקיטה באמצעים משפטיים ביחס למי מהמעורבים.

5. ביום 22.6.15, העבירה הפרקליטות הצבאית מכתב טענה ל"עדאלה", בו פירטה את הסיבות העומדות בסיס החלטה זו. בשורת הונחתות, צוין באותו מכתב כי "לאור ממצאי החקירה, מצא הפרקליט הצבאי הראשי כי שיקול דעונו של כלל המוקדמים שחיו והערכים באירוע תינתן סביר בנסיבות העניין וכי לא היה באפשרותם לזהות, בזמן אמת, כי ה'זמיונות' שהותקפו חן ילדים, ואף לא לחשוד בנך" (להלן: "החלטת המצ"ר").
6. בנקבות החלטת המצ"ר לסגור את ויקי תחקירת, הגיש ע"ד אלעלמי, ביום 12.8.15, תשגה ליועץ המשפטי לממשלה. ככונה החשגה תקציר נכתב, ללא הנמקות, כי הארגון משיג על החלטת המצ"ר ומבקש לחזש את החקירה ביחס לאירוע. עוד צוין כי ברשות הארגון "טענות משפטיות וראיות שמוכיחות את מעורבות צמ"ל באירוע".
7. נוסף על כך, ביום 23.8.15, הגישה ע"ד מוגא חדאד מארגון "עדאלה", "עוד" ליועץ המשפטי לממשלה בעקבות החלטת המצ"ר. בכתב הערר, כפי שיפורט להלן, תועלו מספר טענות עובדתיות ומשפטיות, וכן בקשה כי היועץ המשפטי לממשלה יורה על ביטול החלטת המצ"ר ועל "פתיחה בחקירה פלילית, עצמאית ואפקטיבית" ביחס לאירוע, כמו גם על העברת חומרי החקירה לעיון המגעים ובאי כוחם.
8. בהמשך לפניית ע"ד אלעלמי, ובחתום להנחית היועץ המשפטי לממשלה 4.5003 שעניינת "חשגה על הולטות הפרקליט הצבאי הראשי בנוגע לחקירת אירועים שבהם נהרג אדם במהלך פעילות מבצעית של צרא והגנו ל"שואלי", העברנו ביום 20.8.15 בקשת לפרקליט הצבאי הראשי לקבלת כלל ומידע ומסמכים הדרושים לשם הניחת חטענות, כמו גם את התייחסותו של המצ"ר לכתבי החשגה לגופם. עם קבלת התשגה של "עדאלה" אף היא הועברה לנתיחתות הצבא. במקביל ביקשנו מהפרקליטות הצבאית לאפשר באגבלות בטחון מידע את צילום תיק החקירה.
9. ביום 25.10.17 הושלמה העברת כלל החומרים מהצבא. לאחר בחינו ראשונית של חומרי החקירה, התבקשה הפרקליטות הצבאית, ביום 13.11.17, להתייחס למספר נקודות שעלו במסגרת החשגה ובמהלך הניחת התיק. מענה לפניית זו התקבל ביום 3.1.18.
10. ביום 18.12.17, לאחר קבלת האישורים הנדרשים מגורמי ביטחון המידע, קיבלו לידיהן באות כוח ארגון "עדאלה" את החומר שאושר לעיון. בהתייחסות שהועברה מהצבא נמסר כי תיק חקירה זה כלל ראיות רבות המבילות מידע ברמת סיווג גבוהה מאוד, לרבות מידע מודיעיני רגיש, ולכן היה קושי ממשי להעבירו בשלב מוקדם יותר.
11. ביום 28.1.18, לאחר שארגון "עדאלה" עיון בחומרי החקירה, התקבלה השלמת טיעון להשגה מטיעום. ביום 30.1.18 ביקשנו את הווייחסות הפרקליטות הצבאית לטיעונים אלו, כמו גם לשאלות נוספות שהתעוררו במהלך הניחת התשגה והווייחסות זו התקבלה ביום 6.6.18.

עיקרי התשגות

12. לחלן פירוט הטענות שעלו בהשגה שהוכשה מטעם ע"י אלעלמי, וביישר"י שהוגש על-ידי ארגון "עדאלה" ליועץ המשפטי לממשלה:
- א. ביום 16.7.14, במהלך מבצע "צוק איתן", יצאה קבוצה קטנה של ילדים בגילאי 9-11 לשחק בחוף הדייגים מערבית לעיר עזה, בסמוך לבתי מלון. בסביבות השעת 15:30, געת שחילדים שיחקו ורצו על החוף, תקף חיל הים באמצעות שלושה טילים (או ארבעה פגזים לטענת עו"ד אלעלמי) את קבוצת הילדים, מה שהוביל למותם של ארבעה ולפציעותם של חמישה אנשים נוספים. עוד נטען, כי בניגוד לטענות הצבא, הילדים כאמור לא שיחקו בשטח צבאי השייך לתמאס, אלא על חוף ים הקרוב לגמל הדייגים.
 - ב. הירי עמד בניגוד לעקרונות המשפט הבין-לאומי, תוך שנעשתה חפזת בהקשר זה לדו"ח "ועדת החקירה והבלתי תלויה של האו"ם בנושא עימות ישראל-עזה 2014" אשר מונחה ע"י מועצת זכויות האדם של האו"ם (דו"ח דיוויס), אשר התייחס למקרה, וקבע כי הצבא הישראלי הפך את עקרונות המשפט הבין-לאומי, ואת כיוון שלטענת הוועדה לא ננקטו צעדים מספיקים על מנת להימנע מפגיעה באזרחים. לטענת כותבי הדו"ח, ניתן היה להבטיח שמדובר בילדים ולא במבוגרים (שכן היו נמוכי קומה), לא הייתה דחיפות בתקיפה (שכן לא נהל מבצע קרקעי בסמוך) ולא ניתן היה לשלול שהות אזרחים באזור, לרבות ילדים (שכן המתחם נמצא סמוך מאוד לאזור מאוכלס, ולא היה ניתן להפליג רק על פי הימצאותם במתחם).
 - ג. בהסוּמך על דו"ח של ארגון Human Rights Watch, טענו בארגון "עדאלה" כי תצלומי תרסיסים שנמצאו בזירה מלמדים כי הירי בוצע באמצעות טילי "ספייק", חמומים על-ידי מצלמת המאפשרת לורה לראות את המטרה, וכי הכוונות שירו אותם היו יכולים לזהות כי מדובר בילדים ולנצור את האש. בנוסף, לטענת עו"ד אלעלמי, יש סרטון וידאו של האירוע מסוג עולה כי הירי בוצע על-ידי ספינות חיל הים שנמצאות קרוב לגמל, וכי באזור אף נכחו מטוטי תצמית של חיל האוויר. לדבריו, בשל תנאי מוג האוויר הטובים, אפשר היה לזהות כי הדמויות על החוף הן של ילדים. על כן, לטענתו, אירוע זה מוזהה הפרח המורה של דיני הלחימה. עו"ד אלעלמי, לא צרף ראיות הנוגעות בטענותיו האמורות.
 - ד. בהשגות נטען, כי נימוקיו של הפרקליט הצבאי הראשי בסגירת הוטיק, לפיהם הוחלטה לתקוף את הדמויות בוצעה על יסוד "תובנה מודיעינית", אינם מבוססים ואינם מגובים בראיות. נטען, כי על פי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, "תובנה" שכזו אינה מספיקה לצורך קביעה האם מדובר בלוחם או באזרח. מכיוון שמדובר בתקיפה של אנשים, חלה חובה לנקוט בכל האמצעים האפשריים על מנת לוודא שאין מדובר באזרחים, וככל שיש ספק, יש לחנח כי הדמויות חיע של אזרחים אותם אסור לתקוף. מסקנתו של צה"ל כי ניתן לתקוף את הדמויות רק על בסיס מיקומן, מוזהה הפרח של עקרון ההבחנה.
 - ה. לטענת המשיגים, דפוס חריצה של ילדים הינו שונה משל מבוגרים, עניין שמראה כי הנורמים האחרים היו אדישים לכך שמדובר בילדים וכי לא נעשתה כל בדיקה לזיהוי הדמויות. בנוסף, לא היו חיילים של "הצבא הישראלי" באזור ועל כן לא היה איום מדי שבגינו התקיפה הייתה נחוצה.

1. טענות נוספות עסקו באי יכולתו של מנגנון החקירה הקיים בצה"ל לנהל חקירה אפקטיבית, עצמאית ובלתי תלויה, ובכך שאין לחטיל תיסיון על חוזמר שעמד בפני צוות זבירור המטכילי ובפני הפרקליט הצבאי הראשי.

ניתוח:

13. במסגרת חקירת מציית מקיפה שוערכה בתיק זה, נגבו עדויותיהם של אנשי צבא שהיו מעורבים בתקיפה האווירית, וכן עדויות מצד גורמים נוספים (בסה"כ, נגבו 20 עדויות בתיק זה, לרבות בדרגות צבאיות בכירות). כמו כן, נבחנו מסמכים הנוגעים לתקיפה וסרטון בו תועדה התקיפה בזמן אמת. נמסר לנו עיי הפרקליטות הצבאית, כי על אף תיסיון של מציית לגבות את עדויותיהם של תושבי הרצועה אשר לכאורה היו עדים לאירוע, עדים אלו לא זומנו למישה שתואמה עימם. במסגרת בחינת ההשגה, ועל אף המשקל הראייתי המוגבל שיש לתצהירים במסגרת חקירה פלילית, בחנו את התצהירים אשר הועברו על ידם לעומק.
14. מהחומר שחוקרו לעיננו, ניתן ללמוד על השתלשלות האירועים ועל הנסיבות והגורמים אשר תובילו לביצוע הירי, אשר הביא לתוצאה המצערת של מות ארבעת הילדים. לחלן נפרט את עיקרי הדברים:
- א. ביום 8.7.14 פתח צה"ל, בהנחיית תורג המדיני, במבצע "צוק איתן" ברצועת עזה, ואת בעקבות ירי תלול מסלול נרחב מהרצועה לעבר שטח מדינת ישראל. פרק זמן קצר לאחר תחילת המבצע חדרה חוליה של הכוח הימי של חמאס (הקומנדו), דרך הים, לאזור מחנה זיקים. בחילופי אש עם כוחות צה"ל במקום, נהרגו חברי החוליה. הערכת הגורמים מצבאיים ורלוונטיים הייתה כי יעשה ניסיון נוסף בטווח זמן מידי לבצע תקיפה במחנה דומה. מבחינת גורמי הצבא, פניעת בכוח זה הייתה בעלת ערכיות מבצעית גבוהה.
- ב. אירוע התקיפה שבו עוסקת ההשגה התרחש מספר ימים לאחר מכן, בעיצומה של הלחימה, באזור שהיה מוכר מזה זמן רב כמתחם של המשטרה הימית והכוח הימי של חמאס (הקומנדו), המשמש גורמי טרור בלבד. המתחם משתרע לאורך שובר הגלים בחוף ימת של העיר עזה, ומופרד בצורה ברורה מחוף הים המשמש את האוכלוסייה האזרחית. מדובר במתחם צבאי סגור, תחום ומגודר.
- ג. מהחקירה, לרבות מהתצהירים שצורפו על ידם (נראו פירוט להלן), עלה כי המתחם מוכר לתושבי רצועת עזה ככזה המשמש באופן בלעדי את המשטרה הימית של החמאס, וכי צה"ל ביצע מספר תקיפות במתחם בימים שקדמו לאירוע. במסגרת אחת מהתקיפות האלה, שבוצעה ביום שקדם לאירוע (15.7.14), הותקפת מכולה המצויה במתחם, אשר שימשה לאחסון אמצעי לחימה. גם ביום התקיפה, 16.7.14, מספר שעות קודם ביצועה, בוצע ירי על ידי כוחות צה"ל, לעבר כלי שיט ימי במתחם.
- ד. לאחר חקירות אלו, ועל בסיס מידע שלא ניתן לפרטו במסגרת מענה זה, התגבשה הערכה כי פעילים של הכוח הימי של חמאס (הקומנדו) יתכנסו במתחם הצבאי לשם תיערוך לביצוע פעילות לחימה נוספת נגד צה"ל.
- ה. בעקבות זאת, ולאחר שנערכו מספר בדיקות ווספות אשר תיקמו את ההערכה האמורה, הוחלט להעלות אמצעי תצפית אווירי לעבר המתחם האמור. סמוך מאד למועד קבלת

- תמידע האמור ולכדיקות שנעשו לתיקופו, ויחת אמצעי זה מספר זמניות שנכנסו כריצה למתחם, לכיוון המכולה שהותקמה ווס קודים לכן, אשר שימשו לאחסון ציוד לחימה.
- א. ריצה לאורך המכולות של הקומננדו הימי של החמאס, המוצי במתחם סגור של החמאס ואשר הותקן ות מקורב, על רקע תמידע תנודיעוני האמור שהתקבל סמוך מאד לכן, ועל רקע אירוע הדירת התולית לאורך מחנה וינגים, הריאו לתוכנית כי מזובר במעילי הכוח הימי של החמאס, אשר הוגעו למתחם לשם הערכות לביצוע פעילות לועמנו נוד צחייל. בסביבות השעה 16:00, ביצע צחייל תקיפה מתאוויר וגד אותן דמויות. מעיון בכלל התומרים עולה כי בשום שלה של האירוע לא זוזו הדמויות בילדים.
- ד. מציון, כי צין התומרים אשר נכחו על ידינו מצוי סרטון המתעד את הונקיפה ואת השיח בקשר שהתקיים אזותית. אף תרומים אלו ניתן ללמוד כי הכוח התוקף סבו שמדובר בכוח צבאי של החמאס ולא ויחת כי מדובר בילדים.
- ה. יתרה נכון, מחחומרים שלה, כי הכוח וידא באמצעות פעולות בדיקה שנעשו לפני חתקיפת ובמחלבה, כי מעבר לדמויות שזוהו בטעות כלוחמים, אין בלוגי מעורבים באזור, ואת הן בשלב וותקיפה עצמה, והן בשלב הריצה אל מחוץ למתחם. בהקשר זה, ניתן לציין כי במהלך התקיפה התנהל בקשר שית בו ביקש הכוח התוקף לברר מהם בדיוק גבולות חמתחם, בו לחבתו אמונים לחימצא אנשי תמאס בלבד, שכן מבחינת הכוח התוקף עם היציאה מחמתחם עולה לכאורה החשש למגיעה כבלתי מעורבים, ועליו לנקוט משנה זהירות. גם בכך, יש לטעמנו ללמד על כך שהכוח פעל על מנת לפגוע בגורמים שזוהו על ידו ככוח צבאי של החמאס בלבד.
- ו. במסגרת בדיקת הטענות לפיהן ניתן היה לחבתין בזמן אמת כי מדובר בילדים, הועבר הסרטון לבחינת גורם צראי בעל מומחיות בעניין, שלא היה מעורב בחקיפה, על מנת לבחון האם לטעמו ניתן היה לזהות כי מדובר בילדים. לאחר שצפה בסרטון, בדיעבד, בתנאים הנעדרים את המידיות ואת הלחץ המאפיינים פעולות לחימתיות, מסר אותו גורם, כי קשה מאוד לזהות שמדובר בילדים ולא במבוגרים. משכן, זניגוד עולה מההשגת ולפיה נוכח הגובה ודפוס הריצה של הדמויות ניתן היה לזהות כי מדובר בילדים, הבחינה המקצועית שנעשתה במסגרת החקירה לימדת כי היה קיים קושי רב להגיע למסקנה זו. בהקשר זה נשוב ונזכיר כי החלטה על ביצוע התקיפה התקבלה כאמור בתנאים של לחץ ומידיות המאפיינים פעילות לחימה וכי מתמליל הקשר עולה בבירור, כי הכוח לא היה מודע לכך שמדובר בילדים.
- ז. כאמור, במסגרת בחינת ההשגה כחמי ארבעה תצהירים, אשר נגבו בחודשים שלאחר האירוע, ואשר הועברו למצייה על-ידי מרכז אל-מיזאן. שנים מחתצתירים היו של ילדים שהשתייכו, לפי הטענה, לקבוצת הילדים שהותקפה, ושני תצהירים היו של אנשים ששהו במקום הסמוך לאזור התקיפה.
- ח. הקטין אל ערבי נאסר גדל בכך הצהיר כי יהלכנו לשם כדי לשחק, הגענו לחוף והתחלנו לשחק עם כמה מקלות של עץ... התרחק אסמאעיל ועצר ועמד ליד חדר המשטרה הימית שתיה דיק ומצא מעל הלשון המערבי... פוזאום בסביבות השעה 30:30... שמעתי פיצוץ גדול, נשכבנו על האדמה וחרגשתי בפחד גדול, ואז ראיתי החדר יוצא ממנו עשן, אחרי כמה רגעים הלכנו לכיוון אסמאעיל, ראינו אותו שוכב על האדמה ומדמם וגופתו נשרפת.

- חקטין תמאדה כמיס סוכחי בכר סיפר כי ירץ בן דודי אטמאעיל לכיוון קונטיינר (חדר המשטרה הימית), מתאים שמעתי קול פיצוץ וראיתי הרבה עשן יוצא מהקונטיינר, רצנו כולנו לכיוון צפון מזרח...".
- יא. מחמד אבו וטפה, ששוחח בחטת סמוכה לחוף, הוסיף: "שמעוני קול פיצוץ חזק, יצאתי במהירות מהמטבת ועמדתי בחצר של ההפסקה (החנות), ראיתי עשן יוצא מהקונטיינר (חדר המשטרה הימית) ומרתק ממנו לכיוון דרום בסביבות 150 מטרים, ראיתי ארבעה ילדים נמשפחת בכר רצים לכיווננו".
- יב. מתאחירים אלו עלו בבירור, כי בניגוד לנטען בהשגת, תטענה ולפיה הילדים לא שוחו במתחת של החמאס, אלא על חוף הים בסמוך לבני המלון, הינה טענה שאין לה בסיס, אשר נסותרת מנתצהחירים שהועברו על ידיכם. מהתצהירים שצורפו לתוק עולה כי הילדים אכן שוחקו סמוך לקונטיינר של המשטרה הימית, ולאחר הירי הראשון החלו בבריחה, או נפגו על-ידי הטיל השני. תצהירים אלו מתיישבים עם תיאורת הקיימות בניק, וסותרים כאמור את טענתכם.
15. מהאמור לעיל, ועל בסיס המידע שהיה בידי הכוח הצבאי בזמן אמת, המסקנה אליה הגיע הכוחות ולפיה חזמויות אשר זתו הים פעילים של החמאס המחפשיט במתחת הצבאי לשם היערכות לביצוע פעילות לחימה, תיחת טביחה בסיירות העניין.
16. וזכוח סכר, שנוכח היה תמקום, הטיס סגור של החמאס, גרי שלטרוג חונקיפת הקודמות במקום אנשי החמאס עדין נמצאים/שגמשים למנוחט, וכי נוכח התקיפה שנוצעה, לרבות בסמוך לאירוע, בניסח למקום המושמש און החמאס, לא נועשה על-ידי בלתי מעורבים אלא על-ידי אנשי החמאס. גם בכך גיית כדי לחזק את הוהחלטה על ביצוע התקיפה.
17. מתיק החקירה לא עולה כל אינדיקציה, אשר היה בה כדי לעורר חשד של מי מהמעורבים בדרג הפיקוד או בדרג המבצע, כי מדובר בבלתי מעורבים, ועל כן יש להימנע מחקיפה. יתרה מכך, מחומר החקירה עולה כי התתליך כולו – משלב ההתרעה הראשונית ועד ביצוע חונקיפת עצמה, בוצע באופן סדור ומחושב, בהתאם לנהלים, ועורב גורמים רבים בחוליק, על מנת לבצע חונקיפת מדויקת, שקולה ואפקטיבית ככל הניתן.
18. נדגיש, כי מבחנה דיני הלוחמה, הטבחן המשפטי אינו וזאם כדיעבד היה אפשר להגיע למסקנה אחרת, אלא האם היה זה בלתי סביר מצד הגורמים שמעלו בהקשר האמור לחגיע למסקנה שמדובר בפעילים צבאיים.
19. במקרה זה, מחתיעוד בזמן אמת של האירוע עולה כי הכוחות לא זיהו שמדובר בילדים או בבלתי מעורבים. להיפך, מבחינתם מדובר היה בפעילי חמאס. אכן לצופה מגובה פני הקרקע, כעולה מהתמונות של עיתונאים שנכחו במקום, קל לראות שמדובר בילדים, ואולם כידוע מבחינה משפטית בתינת הדברים צריכה להיעשות מנקודת המבט של הגורם שאישר את חונקיפה, שכאמור התבסס בניבוש תמונות הטצב העובדתית שעמדה לרשותו על תיעוד האירוע מהאוויר.
20. כאמור, במסגרת החקירה ולאורך כיוור האפשרות האט יכול היה הכוח חתוקף לזהות שמדובר בילדים, נבחה, כדיעבד, באמצעות צפייה בסרטון חונקיפה, וכולתו של איש צבא שלא היה מעורב בחקיפה והמתמחה בשימוש באמצעי חונקיפה בו עשה שימוש צה"ל, לזהות האם מדובר בילדים. מהודעתו עולה כאמור כי יקשה מאד לזהות שמדובר בלא מבוגרים".

21. מניית העובדות והעלות מהתיק כדאי דיגיטלית, עולה, כי התקיפה בוצעה תוך עמידה בעקרונות ההכחשה, החובת לנקוט באמצעי זהירות לפני תקיפת והמידתיות, ואת מאחר שכאמור היא כרוכה לעבר אנשים שזהו כלהגמים, תוך נקיטה באמצעי זהירות שנועדו למוער את הסיכון למגיעה באורחים, ולטיבות בחן החערפה הייתה כי אורחים לא צפויים להימנע מזהירות. מהעדריות בתוך אף עוליסו המודיעות הרבה ותוצין להימנע בניידת האפשר לפגיעה בבילוי מעורבים, ולהימנע מוויכוח ירי במקרים מעין אלה. אחד תקצינים מונע כי יאנו יכול להגיד לך שהמולך המשמרת חזו ספציפית ובמהלך כל המבצע תדללו תקיפה בגלל שויתורו פוטנציאל לפגיעה בילדים. יש לו והנדרות חד משמעית שאסור למוע בילדים... בעבר אני חדלתי אירועים שהיו מעורבים בתם ילדים / נשים... פח לא היו ספק שלא יזנו לחות כי מוזכר בילדים... קצין נוסף, מסר: יאנו רוצה לציין שאנחנו עושים הכל על מנת לוודא שנכל תקיפה שאנחנו מבצעים לא יפגע בבילוי מעורבים...".

תנייתחות לטענות שונות המפורטות בתשעה:

22. הטענה כי הילדים שנהרגו לא שיהקו בשטח הצבאי השייך לחמאס, אלא על חוף תים בסמוך לבתי המלון: מדובר בשאלו עובדתית, כאשר הראיות, ובמרט חרטון ועדיית הילדים שהיו במקום, עומדות בסתירה לטענתכם. כאמור, סרטון התקיפה מאמת את גרסת הצבא ביחס למיקום הילדים בווך המתחם, בסמוך למכולת האמליית של חמאס, וכך גם התצהירים שצורמו על יזכס, מתח עולה שחילדים היו בסמיכות למכולת בעת הירי, ואז החלו להימלט. עוד נציין, כי למיטב הבנתנו, מהסרטון עולה כי גם הטיל חשני נרה כאשר הדמויות עוד היו בתוך המתחם, על אף שבזמן שחלף עד רגע הפגיעה, הם כבר יצאו מהמתחם, ואולם עדיין היו בסמוך לו.

23. הטענה כי הירי בוצע באמצעות טילים מונחי מצלמה המאפשרים לירות לזהות בני מדובר בילדים ולבטל את התקיפה ברגע האחרון: טענה זו נסמכת על קביעת דו"ח ארגון Human Rights Watch, שפורסם באינטרנט, וזו לשונו: ייתכנו של הרסיסים שנמצאו בזירת האירוע, שצולמו על-ידי עיתונאי אתר, מעידים על כך שהכוחות הישראליים השתמשו במיילי ספיק... המצוידים במצלמה המאפשרת לאפעיל לראות את המטרה גם לאחר שהטיל שוגר ולהסיט אותו ממסלולו במקרה שמתעורר ספק של הרגע האחרון כאשר למטרה". מעבר לכך שהדו"ח והראיות עליהן הוא נסמך לא צורפו לחשנה, ומשכך המשקל שניתן לתת להם הינו נמוך, הרי שמבדיקה עם הפרקליטות ווצבאית עלת כי טוג התחמושת בו נעשה שימוש בתקיפה זו אינו מהסוג הנטען. עוד נמסר, כי יתכן שהממצאים שאותרו על-ידי ארגון Human Rights Watch מקורם בתקומות קודמות, שכאמור בוצעו באחר, ובהם יתכן כי נעשה שימוש בתחמושת זו. בחקשר זה נציין, כי אין חובה משפטית לעשות שימוש בחימוש עם מצלמות בכל תקיפה. כאמור, באירוע זה, לא התעורר אצל הכוח התוקף ספק ביחס לכך שהדמויות הינן פעילים צבאיים.

24. הטענה כי מסקנתו של צה"ל כי ניתן לתקוף את הדמויות רק על בסיס מיקומן, מהווה הפרה בוטח של עקרון התבונה: ברמה העובדתית, כעולה מתמפורט לעיל, התקיפה לא בוצעה רק על בסיס הימצאות הדמויות במתחם בלבד, אלא בעיקר על בסיס מינוע קונקרטי שהתקבל ביחס לפעולה העתידה לצאת ממתחם זה, שהתווסף לזיהוי דמויות במתחם בסמיכות

למכולת אשר שימש את הכוח הימני של החמאס, בנסיבות אלו, התקיפה בוצעה תוך הקפדה על עקרון הזהירות. בחקשר זה ידוע, כי עקרון הזהירות בדיני המלחמה אינו דורש ודאות מלאה ומוחלטת כי האדם או האובייקט ישוה התקיפה ויגם מטרה לגיטימית לתקיפה – כפרט בנסיבות של לחימה בעצימות גבוהה בחזאי "ערפל קרבי" – שכן המבחן המקובל הינו מבחן הנוגע לסבירות תחלטה, קרי עלומקד הצבאי שנוקדל את תחלטה על התקיפה תולה ודאות סבירה (reasonable certainty) כי זו יעלה בקנה אחד עם עקרון הזהירות. יתרה מכך, כמפורט לעיל, נעשו מספר פעולות על מנת להימנע ממגינה בבלתי מעורבים נוספים, מעבר ליציאות שזוהו בטעות כלוחמים, וגם יכן יש ללמד על התקפדה של הכוח על דיני המלחמה, ובפרט חובבה לנקוט אמצעי זהירות לפני תקיפה. מעבר לכך יצוין, כי ביצוע התקיפה נעשה אף בתואם לזוהרות ולפקודות הצבאיות.

25. תעזר איום מניחי ודחיות בביצוע התקיפה: הרגע שזוהה יעד לניסיון לתקיפה, ניתן לנתק אותו בכל עת במחלין היציבות המזוין, כמחלין לעקרונות המהותיים של דיני המלחמה. קיומה של איום מניחי או דחיות אונה מהווים תנאי לתקיפה, אך עשויים להשפיע על בחינת המידע והיכולת לנקוט אמצעי זהירות. כאמור, נראית הכוונה התוקפים היה מדובר בפעילים צבאיים שתקיפתם אינה צפויה לרום לנזק אגבי, ולכן היא ממילא עומדה בבחינת המידעיות. על סמך תובנה זו, נקטו, כאמור אמצעי זהירות שנועדו למנוע כל פגיעה אחרת בבלתי מעורבים. לבסוף, יצוין, כי הדחיות בביצוע הפעולה נבעה כאמור מהחשש הממשתי כי הפעילים הצבאיים של החמאס יבצעו, בטווח זמן מודי, פגיע במתווה דומה לזו שתרחש כסמוך למחנה זיקים מספר ימים לפני כן, ומהחבנה כי חלון הזמנים לביצוע התקיפה מוגבל נטיבות אלו נלקחו בחשבון במסגרת בחינת סבירות תחלטה, לרבונו בהיבטים הנוגעים לחובה לודא כי התקיפה איננה מכוונת כנגד אזרחים, כיאמצעי זהירות לפני התקיפה.¹ במקרה דנן, חלון הזמנים הצר לביצוע התקיפה והחקשר הנוגע לחשש כי יבוצע פגיעה עיי הפעילים הצבאיים של החמאס, הובילו לכך שלא היה מעשי בנסיבות העניין לנקוט בפעולות נוספות לשם וידוא כי אכן המטרות שזוהו הינם פעילים צבאיים.

26. הטענה כי נימוקי הפציר לשגירת התיק אינם מבוססים ולא מגובים נראיות: קיים קושי להציג תמונה מלאה בדבר הבסיס העובדתי שהביא לזיהוין של הדמויות במתחם כפעילים צבאיים, משום שהיא מתבססת על מידע מטווג שלא ניתן לחשוף אותו. עם זאת, נעשה בניק

¹ אף לפי הפרוטוקול הישען, שכודע ישראל איננה צד לו ואיש בחברה ועל פגער מעוני, חחובה לודא כי התקיפה חוקית מוגבלת לשקרים בהם הדבר כביצוע (feasible), קרי מעשי או אפשרי למעשה (practicable or practically possible), תוך לקיחה בחשבון של כל הנסיבות שישל בעת קבלת החלטה, לרבות שיקולים המהותיים וצבאיים ראו למשל:

United Kingdom Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (2009) para. 5.32, note 191; Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, (3rd ed., 2016), p. 167; I. Henderson, *The Contemporary Law of Targeting: Adversity Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, (2009) pp. 101-2; International Law Association Study Group on the Conduct of Hostilities in the 21st Century, –Challenges of 21st Century Warfare, 93 *Int'l L. Stud.* 322, 374 (2017); Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, *Commentary on the IHL Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (2010) 38-39, Rule 1(g)

זה מאמץ לאפשר לכם צילום חומרים נרחב עד כמה שניתן, ולטעמנו יש בחומרים אלו כדי ללמד על התחליכים שהביאו את הכוח לתקוף את הדמויות, על העדר המודעות שלהם לכך שמדובר בילדים, ועל הרצון והפעולות שנעשו להימנע מפגיעה בבלוני מעורבים. התוצאות תקשורת והמצערות של תקיפת זו, אשר כעולה מתיק החקירה לא היו צפויות ע"י הכוח התוקף, אינן מקימות במני עצמן, חשד לביצוע עבירה פלילית.

27. הטענה כי מנגנון החקירה הקיים בצה"ל אינו מקיים את דרישת המשפט הבין-לאומי לחקירה אמקטיבית ועצמאית: האירוע הנדון נבחן באופן חקוף ויסודי על ידי מנגנוני הבדיקה והחקירה בצה"ל. כזכור, עוד ביום 10.9.14, השיב סגן הפרקליט לעניינים מבצעיים לארגון "עדאלה" כי "האירוע נבחן על-ידי מנגנון הברור המטכילי לבחינת אירועים חרוגים במבצע יצוק איתן, אשר הוקם כחלק מתהליך יישום המלצותיה של ועדת טירקל, בברכתו של ד"ר ציונובר, העומד בראש הצוות ליישום המלצות הוועדה, וכן בתיאום מלא עם היועץ המשפטי לממשלה. כזכור, הוועדה מצאה כי מנגנוני הבדיקה והחקירה הקיימים בישראל מתיישבים, בדרך כלל, עם חובותיה של מדינת ישראל לפי כללי המשפט הבין-לאומי, וחדברית מדברים במני עצמם. בעקבות ממצאי מנגנון הברור המטכילי, נפתחה חקירה פלילית ממצת בתיק זה. איננו מוצאים נסיים לטענותיך הכלליות בדבר מנגנוני בדיקה וחקירה אלה. המשטרה הצבאית החוקרת, טיפלה ומוטפלת בתיקים פליליים רבים נגד אנשי צבא, ולא נראה שיש ונימוכין לטענה כי אין מדובר בחקירה אמקטיבית ועצמאית.

28. דו"ח דיוויס: ומוסקנות המופיעות בדו"ח דיוויס לא התבססו על החומרים המצויים בתיק החקירה ביחס לאירוע זה, ולא נומקו ראיותיו. כעולה מהפירוט לעיל, ותקיפה האמורה, על אף חוצאותיה המצערות, בוצעה בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי ופקודות הצבא, והיא אינה מקימת חשד לפלילים. יש להניח כי אם היו נחשפים כותבי הדו"ח לחומרים האמורים, הם היו מגיעים למסקנות זהות.

סיכום:

29. מדובר באירוע שתוצאתו הסופית, מותם של ארבעת ילדים, היא מצערת מאד. עם זאת, עיון בחומרי החקירה, הבנת השתלשלות העניינים, התעמקות בתהליך קבלת החלטות הן במישור המודיעיני והן במישור המבצעי, וצפייה בסרטון המתעד את התקיפה, מלמדים כי בנסיבות העניין לא היה זה בלתי סביר מצד הגורם התוקף להגיע למסקנה כי הדמויות שנתקפו הינם פעילים צבאיים של החמאס, זאת, גם אם בדיעבד והתברר למרבית הצער כי מדובר בילדים ששיחקו במקום.

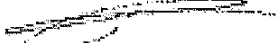
30. כאמור, על אף התוצאה המצערות של האירוע, לא מצאנו כשל בהתנהלות הכוחות המעורר חשד לפלילים. תוצאה מצערות, אינה מועדה, כשלעצמה, על הפרת חזין או על כשל בעת קבלת החלטה. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט העליון, הנתייחסים לכך שיש לתייחר מיתוח "מונתק מהשטח" שאינו לוקח בחשבון את מאפייניה הייחודיים של קבלת החלטה בתנאי לחץ וחידום:

יובן, כאשר שוטרים או חיילים פועלים בתנאי לחץ וחידום שלא הם גרמו, המונעים מהם שקולה ובחינה דגילים של החלופות והמחויבים החלטה מתירה שלא ניתן להתבונן אליה מראש, יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה. אין לנתק את

ההתנהגות מהתנאים שסיבבו אותה. אין להעתיק את ההתנהגות ל"תנאי מעבדה" (ע"א 5604/94 אוסמנה חמד נ' מדינת ישראל).

אשר על כן, כאמור, החליט היועץ המשפטי לממשלה, על סמך המלצת פרקליט המדינה, לדחות את ההשגה על החלטת הפצ"ר שלא להעמיד לדין מי מהמעורבים בוגע לאירוע מצער זה.

בברכה,


שלומי אפרתזוק, עו"ד

ממונה בלשכת המשנה לפרקליט המדינה
(תפקידים מיוחדים)

הערת:

היועץ המשפטי לממשלה

פרקליט המדינה

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי)

המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים)

הפרקליט הצבאי הראשי

חוזב הצבאי הראשי