

9.1.2017

לכבוד

ד"ר אביחי מנדלבליט

היועץ המשפטי לממשלה

רח' צלאח א-דין 29

ירושלים

ובפקס: 02-6467001

שלום רב,

הנדון: ערר על החלטת הפצ"ר לסיים את הטיפול באירוע הפגיעה בבית המגורים של משפחת אבו דחרוג' במהלך המבצע הצבאי "צוק איתן"

בשם בני משפחת ההרוגים והנפגעים באירוע הנדון, ארגון עדאלה וארגון אלמיזאן לזכויות אדם (להלן: "העוררים"), הרינו להגיש אליכם ערר בעניין הנדון, כדלקמן:

מדובר בערר על החלטת הפרקליט הצבאי הראשי מיום 18.3.2015 ו- 9.11.2016 לסיים את הטיפול באירוע הנדון ללא פתיחה בחקירה פלילית וללא נקיטה בצעדים נוספים כלפי מי מהמעורבים. הערר מוגש ליועץ המשפטי לממשלה בהתאם להנחייתו מס' 4.5003 בנושא השגה על החלטות הפצ"ר בנוגע לחקירת אירועים שבהם נהרג אדם במהלך פעילות צבאית (להלן: "הנחיית היועץ המשפטי").

עובדות האירוע בקצרה

1. ביום 22.8.2014, בסביבות השעה 11:45 בלילה תקף הצבא הישראלי אווירית בשני טילים בניין מגורים השייך למשפחת אבו דחרוג' בכפר אל-זווידה שבמרכז עזה. ההתקפה בוצעה ללא שניתנה לבני המשפחה השוהים בבית התראה מוקדמת.

2. כתוצאה מהתקפה זו, נהרגו חמישה מבני משפחת אבו דחרוג' אשר היו בבית באותה עת, והם: האב האייל שחדה עבד-רבה אבו דחרוג' (בן 29), אישתו הודא מוחמד ח'מיס אבו דחרוג' (בת 27), שני ילדיהם הקטנים: האדי האייל שחדה אבו דחרוג' (בן שנתיים) ועבד-אללה האייל שחדה אבו דחרוג' (בן 3), ודודתו של האב, חייאת עבד-רבה סלימאן אבו דחרוג' (בת 49). בנוסף, נפצעו עוד אזרחים רבים, ביניהם שחדה עבד-רבה אבו דחרוג' (בן 67) שנגרמו לו חבלות בגוף, מוחמד סלימאן אבו דחרוג' (בן 11) שנגרמו לו

P.O. Box 8921 Haifa 31090 Israel Tel: (972)-4-950-1610 Fax: (972)-4-950-3140

חיפה 31090, ص.ب 8921 هاتف 04-9501610 فاكس 04-9503140

חיפה 31090, ת.ד. 8921 טלפון 04-9501610 פקס 04-9503140

Email: adalah@adalah.org http://www.adalah.org

חבלות ושברים, עבד אלחמיד סלימאן אבו דחרוג' (בן 9) שנפגע בראשו, ושכנים נוספים. נזק רב נגרם גם לבתים סמוכים.

3. יצוין, כי ביום 16.7.2014 הצבא הישראלי תקף את אותו בניין מגורים בן 4 הקומות של משפחת אבו דחרוג'. בטרם התקיפה קיבלו הדיירים הודעה מגורם צבאי לפנות את ביתם מיידית, ותוך 10 דקות כל בני משפחת אבו דחרוג' התפנו מביתם. באירוע התקפה זו לא היו נפגעים אולם נגרם הרס רב לקומות העליונות של הבית. חלק מבני משפחת אבו דחרוג' חזרו אחרי כמה ימים לביתם ויכלו להשמיש למגורים את קומת הקרקע של הבית אשר, כאמור, הותקף ביום 22.8.2014 בשנית וגרם להריגתה של משפחה שלמה.

** מצ"ב ארבעה תצהירים מטעם שניים מבני משפחת אבו דחרוג' ושניים משכניהם, המהווים חלק בלתי נפרד מערך זה, סומנו כנספח "א".

פניות העוררים לפצ"ר

4. ביום 1.3.2015 נשלח מכתב לפצ"ר באמצעות משרד עו"ד רפיק ג'בארין בשם בני משפחת ההרוגים והנפגעים בדרישה לפתוח בחקירה פלילית בגין חשדות כבדים לביצוע פשעי מלחמה במהלך ההתקפות על בית משפחת אבו דחרוג' נשוא הערר.

** מצ"ב עותק ממכתב הדרישה מיום 1.3.2015, המהווה חלק בלתי נפרד מערך זה, סומן כנספח "ב".

5. ביום 18.3.2015 התקבלה תשובה ראשונית מטעם הפרקליטות הצבאית עם עדכונים בעניינם של חמישה אירועים וביניהם האירוע הנדון (על אף שצוין שם תאריך אירוע מיום 16.7.2014) ובו צוין כי, "הפצ"ר הורה על סיום הטיפול באירוע ללא פתיחה בחקירה פלילית וללא נקיטה בצעדים נוספים כלפי מי מהמעורבים". ב"כ בני המשפחה נדרש להמציא ייפוי כוח לצורך קבלת נימוקי החלטתה של הפצ"ר.

** מצ"ב עותק ממכתב הפרקליטות הצבאית מיום 18.3.2015, המהווה חלק בלתי נפרד מהערר, סומן כנספח "ג".

6. ביום 22.3.2015 פרסמה הפרקליטות הצבאית עדכון מס' 3 בעניין החלטות הפצ"ר באשר לאירועים חריגים במבצע "צוק איתן". מבין האירועים האלה נכלל האירוע הנדון וצוין כי המקרה הועבר לבחינת מנגנון הברור המטכ"לי אשר ממצאיו העלו כי:

- ביום 23.8.2014 בחצות הלילה הטיל מטוס קרב של הצבא הישראלי פצצה שכוונה אל מחסן אמצעי לחימה שהיה בשטח פתוח במרחק של כ-100 מטר מהמבנה של בני משפחת אבו דחרוג'.

- ככל הנראה בשל כשל טכני בלתי-צפוי סתתה הפצצה מנתיבה המיועד ופגעה בבית משפחת אל דחרוג'.

- העובדה שבפועל אירע כשל טכני בלתי-צפוי שהוביל לסטיית ולפגיעה באזרחים וברכוש היא מצערת, אך אין בה כדי להשליך על חוקיות הפעולה בדיעבד.

7. ב"כ משפחת אבו דחרוג' דאז חזר ופנה ביום 9.8.2016 לפרקליטות הצבאית בדרישה לקבל לידי פירוט להחלטתו של הפצ"ר ולאפשר לו לעיין בחומרי החקירה עליהם הסתמך הפצ"ר בהחלטתו.

** מצ"ב עותק ממכתב ב"כ משפחת אבו דחרוג' מיום 9.8.2016, המהווה חלק בלתי נפרד מהערר, סומן כנספח "ד".

8. בתאריך 9.11.2016 התקבלה תשובת הפרקליטות הצבאית לעניין החלטת הפצ"ר נשוא הערר בה צויין כי "מסיבה שאינה ברורה – ככל הנראה תקלה טכנית בלתי ניתנת לצפייה מראש – פגע החימוש שנורה לעבר המטרה במבנה מרוחק ממנה". בנוסף, סורבה דרישתו של ב"כ בני משפחת דחרוג' לקבל ו/או לעיין בחומרי החקירה בטענה כי מדובר "בחומרים חסויים על פי הדין ומסווגים". זאת ועוד, הודע לו על אפשרות הגשת ערר ליועץ המשפטי לממשלה.

** מצ"ב עותק ממכתב הפרקליטות הצבאית מיום 9.11.2016, המהווה חלק בלתי נפרד מערר זה, סומן כנספח "ה".

נימוקי הערר

הפרת דיני הלחימה וחשד כבד לביצוע פשעי מלחמה

9. הערר דנא מוגש כנגד החלטת הפצ"ר להורות על סיום הטיפול באירוע הנדון ללא פתיחה בחקירה פלילית. בהתאם להחלטה זו, הערכת הצבא לתקוף אשר התבררה כשגויה והובילה להריסת מבנה אזרחי בו שהו אזרחים אשר נהרגו כתוצאה מהתקיפה, "לא הייתה בלתי סבירה בנסיבות העניין".

10. העוררים יטענו כי במקרה דנן, בוצעו הפרות חמורות של דיני הלחימה העולות כדי פשע מלחמה. על כן, לא היה כל מקום להורות על סיום הטיפול באירוע ובטח שלא בטרם פתיחה בחקירתו וללא נקיטה בצעדים משפטיים ביחס למי מהמעורבים.

11. עובדות המקרה, אף כפי שנטענו על ידי הפצ"ר, מחייבות לכל הפחות לפתוח בחקירה אשר, לגישת העוררים, חייבת להוביל להעמדה לדין של המעורבים באירוע. עמדתו של הפצ"ר מצביעה על פרשנות שגויה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ויישום לא נכון ומוטעה של דיני הלחימה.

12. בהתאם לגישת הצבא (הנעדרת כל תימוכין), התקיפה כוונה כנגד מחסן אמצעי לחימה הנמצא במרחק של 100 מטרים מבית משפחת אבו דחרוג'. לא מתקבל על הדעת כי בה בעת שהצבא טוען כי נעשה שימוש ב"חימוש קטן יחסית ומדויק" ונקט באמצעי זהירות, כשל טכני הוא שהביא לפגיעה הישירה והריגת חמישה אזרחים וגרימת נזק רב לבית ולסביבתו. לא מתקבל על הדעת אף יותר להגיע למסקנה לפיה לא הייתה הפרה לעקרונות המשפט הבינלאומי המחייבות את מדינת ישראל וכי הערכת הצבא בעת התקיפה "לא הייתה בלתי סבירה" וכי פעולתו "אינה מעוררת חשד סביר לביצוע עבירה פלילית".

13. המדובר באירוע אשר הוביל להריגתה של משפחה שלמה – אב, אם ושני ילדיהם הקטנים בני השנתיים והשלוש בנוסף לדודתם. הטענה של הצבא היא כי לא הייתה כוונה לפגוע בהם או בביתם, אך ההתקפה פגעה בהם בטעות וכי הגורמים המוסמכים לאישור התקיפה טעו בהערכתם "מסיבה אינה ברורה". טענה זו מועלת בעלמא וללא כל תימוכין. אך החשוב מכך, וכפי שיודגש להלן, גם בקבלת טיעון זה, הרי שבהתאם להוראות הדין הבינלאומי ההומניטארי, הדבר אינו פוטר את המעורבים באירוע מאחריות פלילית.

14. ראשית כל, העוררים יטענו כי, באירוע הנדון קיימת הפרה בוטה לעקרון ההבחנה והכללים הנגזרים ממנו והאוסרים על פגיעה מכוונת באזרחים ובאובייקטים אזרחיים ואוסרים התקפות שאינן מבחינות

בין מטרות צבאיות לאזרחיות (ר' סעיפים 51(2), 51(4) ו-52(2) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה, המהווים משפט מנהגי).

15. נסיבות האירוע מצביעות כי בפועל מדובר בהתקפה ישירה מכוונת כנגד אובייקט אזרחי (בית המגורים) וכנגד אזרחים או, למצער, מדובר בהתקפה שנעשתה בפזיזות. סעיף 85(3)(א) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה קובע כי עשייתה של האוכלוסייה האזרחית או של אזרחים יחידים מטרה להתקפה בכוונה (willfully), מהווה הפרה חמורה של הוראות הפרוטוקול. ובלשון הסעיף:

“willfully... making the civilian population or individual civilians the object of attack”.

זאת כאשר בהתאם לפרשנותו של הצלב האדום, גם פזיזות נחשבת כ-“willfully” ומהווה יסוד נפשי מספיק בכדי לקיים את יסוד העבירה שעניינה תקיפה ישירה נגד אזרחים:

“willfully: the accused must have acted consciously and with intent, i.e., with his mind on the act and its consequences, and willing the ("criminal intent" or "malice aforethought"); **this encompasses the concepts of "wrongful intent" or "recklessness"**, viz., the attitude of an agent who, without being certain of a particular result, accepts the possibility of it happening...” (ICRC, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (1987)). (ההדגשה אינה במקור)

16. בהחלטות הטריבונל הבינלאומי לפשעים ביוגוסלביה לשעבר (ICTY), אימץ ה-ICTY את הפרשנות של הצלב האדום וקבע כי היסוד הנפשי של פזיזות מספיק בכדי לקבוע כי ההתקפה הייתה כנגד אזרחים (ר' Prosecutor v. Galic, Case No. IT-98-29-T, Trial Chamber Judgment and Opinion (Dec. 5, 2003), Prosecutor v. Blaskic, וגם; 2003), <http://www.un.org/icty/galic/trialc/judgement/index.htm> ; וגם Case No. IT-95-14-T, Appeals Chamber Judgment (March 3, 2000), <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>).

17. למעלה מן הצורך, יודגש כי התנהגות שתוצאתה מוות של אזרחים מתוך רשלנות מהווה עבירה פלילית גם לפי המשפט הישראלי.

18. בהיקשר זה יודגש, כי בהתאם לעדויות שצורפו לערר וגם אלה שנגבו על ידי ארגונים בינלאומיים, הצבא הישראלי תקף את הבית בשני טילים מן האוויר, כאשר שניהם כוונו כנגד הבית נשוא הערר, דבר המחזק את המסקנה כי ההתקפה כוונה כנגד אובייקט אזרחי, אם בכוונת תחילה או בפזיזות.

19. העוררים יוסיפו ויטענו, כי במקרה דנן ההתקפה בוצעה בשכונה צפופה בה שהו אלפי אזרחים. עובדה זו הייתה אמורה למנוע את ההתקפה מלכתחילה. השימוש בהפצצות מן האוויר על אזורי אוכלוסין, במיוחד כאלה הצפופים מאוד, מפר את הכללים האמורים לעיל האוסרים על פגיעה באזרחים ואת הכלל האוסר על התקפות חסרות הבחנה. מה גם, כפי שתוצאות המקרה דנן מצביעות, התקפה מסוג זה, גם אם היא כוונה לעבר מחסן חימוש כנטען, הינה בהכרח בלתי מידתית שכן היא מובילה לנזק מוגזם לאזרחים המתגוררים מסביב למחסן העולה על התועלת הצפויה מההתקפה. מכל מקום, בתשובתו, הפצ"ר לא עמד בנטל ההוכחה המוטל על הצבא להוכיח את חוקיות ההתקפה, נחיצותה, ושלא הייתה חלופה סבירה אחרת לביצועה.

20. יתרה על כן, נסיבות האירוע בהן הצבא טוען כי לא התכוון לפגוע באזרחים או בבניין המגורים בהם שהו בהיותו אובייקט אזרחי, מצביעה בהכרח כי לא ננקטו אמצעי הזהירות הנדרשים שמטרתן לחוס על האוכלוסייה האזרחית ועל אובייקטים אזרחיים (ר' סעיף 57(1) לפרוטוקול הראשון). הצבא מחויב לנקוט באמצעי זהירות ולאמת את זהות המטרות ואת סוג החימוש בו הוא משתמש זאת בכדי למנוע תקיפה רשלנית ישירה על אזרחים או אובייקטים אזרחיים.

21. ההתקפה הזו הינה דוגמא נוספת לאופן הפעולה של הצבא הישראלי לפיה מתקבלת החלטה ומבוצעת התקפה על מטרה מסוימת עוד בטרם הקביעה כי מדובר במטרה צבאית וכי לא יהיה נזק אגבי בלתי מידתי. החלטתו של הפצ"ר שלא לחקור את האירוע והמקבלת את אופן הפעולה של הצבא אף היא מצביעה על יישום לא נכון של המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

החובה לפתוח בחקירה

22. בנסיבות האירוע הנדון קיימת חובה לפתוח בחקירה פלילית עצמאית. גם אם נקבל המסכת העובדתית אשר הפצ"ר הציג בתשובתו, עדיין קיימת חובה לפתוח בחקירת נסיבות האירוע שבו טיל סטה 100 מטר ממטרתו הנטענת ופוצץ בית מגורים והביא להריגתם של 5 אזרחים, ביניהם שני תינוקות. עובדה זו, כפי שהתקבלה על ידי הפצ"ר דווקא מצביעה כי ההערכה אכן הייתה מוטעית, פזיזה, ובלתי סבירה בנסיבות העניין.

23. חובת החקירה נגזרת מהוראות המשפט הבינלאומי המנהגי, מהוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי ומהוראות המשפט הישראלי. סעיף 1 המשותף לאמנות ג'נבה, מטיל חובה על המדינות שהן צד לאמנות "לכבד" את הוראות האמנות בכל מצב. כמו כן, אמנות ג'נבה מטילות כולן חובה על המדינה המפרה לפתוח בחקירה במקרים של הפרת המשפט הבינלאומי ההומניטארי ואף להעמיד לדין במידת הצורך. כך נקבע בסעיף 49 לאמנת ג'נבה הראשונה; סעיף 50 לאמנת ג'נבה השנייה; סעיף 129 לאמנת ג'נבה השלישית וסעיף 146 לאמנת ג'נבה הרביעית. הדרשה לקיום תחקיר עצמאי קיבלה חיזוק אף במסקנות הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (דו"ח ועדת טירקל, חלק שני) בנוגע לאפקטיביות מנגנוני החקירה בצבא הישראלי.

24. כפי שנקבע בבג"ץ 769/02 הועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, סב(1) 507 (2006), מקרה שבו נפגעים אזרחים תמימים דורש "בחינה בדיעבד של התנהגות הצבא... בחינה זו צריכה להיות – כך קובע המשפט הבינלאומי המנהגי – בעלת אופי אובייקטיבי" (ר' סעיפים 40 ו-54 לפסק הדין). בחינה מעין זו באמצעות חקירת נסיבות האירוע לא נעשו במקרה דנן.

25. העוררים יוסיפו ויטענו כי אף הליך הבדיקה אשר בוצע על ידי מנגנון הבירור המטכ"לי וההחלטה שהתקבלה לאחר מכן על ידי הפצ"ר אינם עונים על דרישות המשפט הבינלאומי הקובע סטנדרטים בינלאומיים קפדניים שעל החקירה, ובטח הליך הבדיקה של עובדות האירוע, לעמוד בהם כדי שיחשבו לראויים ואפקטיביים. הסטנדרטים הם: (1) עצמאות, (2) העדר משוא פנים, (3) אפקטיביות ויסודיות, (4) מהירות ו-(5) שקיפות.

26. במקרה דנן, התנהלותו של הפצ"ר בקבלת ההחלטה נשוא הערר היא דוגמא בולטת להפרת דרישות אלה. לא ניתן להתעלם מהעובדה כי אותם הגופים הצבאיים המעורבים בלחימה הם אותם הגופים אשר אמורים לבצע בדיקה ולהחליט על פתיחה בחקירה לאירוע מסוים. הפצ"ר עצמו ממלא תפקיד כפול – הוא מעניק ייעוץ משפטי לצבא לפני ובזמן המבצעים הצבאיים, ובתום הלחימה הוא האמור להחליט אם

לפתוח בחקירה פלילית או לא. מצב כזה הוא הפרה בוטה לדרישה לעצמאות והמקרה דנן הוא אחד הדוגמאות המעוררים חשד למשוא פנים בעת קבלת החלטה באם לפתוח בחקירה או לא.

27. יתרה על כן, לא ניתן להתעלם מהשימוש של הפצ"ר במונחים עמומים המובילים למסקנות לא מבוססות ובעלמא. בהתייחסו לקביעה הנדרשת לצורך בחינת חוקיות ההתקפה, הפצ"ר משתמש במונח "ככל הנראה" המצביע על עמימות, הססנות ואי החלטיות באשר לנסיבות האירוע. כל אלה מראים כי לא בוצעה בדיקה יסודית, עצמאית ומספקת בכדי להחליט באם לפתוח בחקירה או לא. מה גם, שמדינת ישראל לא עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה להצדיק את ההתקפה.

28. ככל הנראה לא נגבו ראיות ועדויות מגורמים צבאיים או מעדים פלסטינים אשר היו בשטח, לא נבדקה מהי "התקלה הטכנית" שהביאה לתוצאה הטרגית, לא נבדקו הטילים בהם בוצעה ההתקפה או מדוע נורו שני טילים מלכתחילה. מכל מקום, הצבא סירב לספק כל חומר חקירה או לפרט את הצעדים אשר נעשו לצורך קבלת ההחלטה, זאת בניגוד לדרישת השקיפות.

29. העוררים יוסיפו ויטענו כי לא ניתן להכליל את כל החומר אשר היה בפני הפצ"ר בגדר חומר חסוי. החלת חיסיון גורף על כלל החומר מנוגדת גם להמלצות ועדת טירקל אשר המליצה על חובת תיעוד ותשאול מתלוננים ועדים שאינם חיילים מבלי להמליץ על החלת החיסיון על תיעוד זה. כמו כן, החלת חיסיון גורף כאמור, פוגעת בזכות החוקתית להליך הוגן של הקורבנות המבקשים פתיחה בחקירה פלילית. הדבר אף מנוגד להמלצות דו"ח ועדת טירקל בדבר החלת חוק נפגעי זכויות עבירה גם על חקירות מעין אלו. פירוט החומר שהיה בפני צוות הבירור המטכ"לי, לרבות פרטי העדים וסוג הראיות, הוא חלק עיקרי במימוש זכויות הקורבן עפ"י חוק זה.

30. יצוין, כי בדוח ועדת החקירה העצמאית של האו"ם לחקר אירועי הסכסוך בעזה, אשר פורסם ביום 22.6.2015, ועדת האו"ם הביעה דאגה בקשר למספר ליקויים פרוצדורליים, מבניים ומהותיים בקשר למנגנוני החקירה בישראל. ליקויים אלה, לגישתה של הוועדה, ממשיכים לפגוע ביכולת ישראל למלא אחר חובתה לחקור כראוי. הוועדה מצאה ראיות חזקות המצביעות על כך שהצבא הישראלי נכשל במילוי חובתו לנקוט בכל אמצעי הזהירות בכדי להימנע או, למצער, למזער את הנזק לאזרחים. על הצבא מוטלת החובה לנקוט בכל האמצעים לצורך זיהוי המטרה ולהימנע מפגיעה שגויה או שרירותית באזרחים וקיימת חשיבות רבה לנקוט בכל האמצעים בכדי לקבוע באם מדובר באזרח או בלוחם (ר' סעיפים 619-633 לדוח הוועדה).

על יסוד כל האמור לעיל, מתבקש היועץ המשפטי לממשלה לקבל את הערר דנן ולהורות על:

א. ביטול החלטת הפצ"ר לסיים הטיפול באירוע, ללא פתיחה בחקירה וללא נקיטה בצעדים כלשהם כלפי מי מהמעורבים.

ב. פתיחה בחקירה פלילית עצמאית ואפקטיבית, המקיימת את העקרונות של עצמאיות, העדר משוא פנים, אפקטיביות ויסודיות, מהירות ושקיפות, ולהעמיד לדין פלילי את האחראים למעשים הבלתי חוקיים הנ"ל.

בכבוד רב,

מונא חדאד, עורכת דין