

7-1. עטאף עאהד סובחי בכר ואח'
באמצעות ב"כ עוה"ד מונא חדאד ואח'
מרח' יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טל': 04-9501610 ; פקס: 04-9503140

העותרים

נגד

1. הפרקליט הצבאי הראשי
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. פרקליט המדינה
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים 9711052
טל': 073-3925590 ; פקס 02-6467011

המשיבים

תגובה מקדמית מטעם המדינה

1. בהתאם להחלטת כבוד השופט י' עמית מיום 18.11.2020, ולארכה שניתנה, מוגשת בזאת תגובה מקדמית מטעם המשיבים (להלן גם – **המדינה**) לעתירה שבכותרת.
2. עניינה של העתירה בבקשת העותרים כי בית המשפט הנכבד יורה למשיבים ליתן טעם "א. מדוע לא לבטל את ההחלטה לסגור את תיק החקירה 201554100234 הנוגע לנסיבות הריגתם של ארבעת הילדים ממשפחת בכר בחוף הים בחאן יונס ביום 16.7.2014 במהלך המבצע הצבאי 'צוק איתן'"; ב. מדוע לא יורו על קיום חקירה פלילית במטרה להעמיד לדין את האחראים להרג של ארבעת הילדים בני משפחת בכר ביום 16.7.2014 במהלך המבצע הצבאי 'צוק איתן'".
3. במוקד העתירה דנן, החלטת היועץ המשפטי לממשלה מיום 9.9.2019, אשר החליט על סמך חוות דעת שנערכה בפרקליטות המדינה והמלצת פרקליט המדינה, לדחות את ההשגה שהגישו העותרים על החלטת הפרקליט הצבאי הראשי (להלן – **הפצ"ר**) לסגור ללא נקיטת צעדים משפטיים את תיק החקירה אודות נסיבות מותם המצער של ארבעת ילדי משפחת בכר במהלך תקיפה בחאן יונס באירועי המערכה הצבאית של "צוק איתן" בחודש יולי 2014.
4. ייאמר מייד – המדובר באירוע קשה ומצער, שתוצאתו טראגית. כפי שיפורט להלן באריכות, הצבא תחקר וחקר את האירוע באופן מעמיק, מקיף ויסודי. אחר כל זאת, לאחר בחינת ממצאי החקירה, הגיע הפצ"ר למסקנה כי אין מקום לנקוט הליכים משפטיים נגד מי מהמעורבים בעניין.

החלטה זו של הפצ"ר, אושרה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, בהמלצת פרקליט המדינה, לאחר בחינת הדברים בפרקליטות המדינה בעקבות השגה שהוגשה.

במישור המשפטי, לעמדת המדינה דין העתירה להידחות, בהעדר עילה להתערבות בית המשפט הנכבד בהחלטות הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה. וזאת, על אחת כמה וכמה בהתחשב בנסיבות המבצעיות של האירוע דנן.

5. זו תהיה דרך הילוכנו. בפתח הדברים יוצג הרקע העובדתי, לרבות הממצאים העיקריים של החקירה בנוגע לאירוע; בהמשך נפרט אודות החלטתו של הפצ"ר לסגור את תיק החקירה וכן החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, על סמך המלצתו של פרקליט המדינה, לדחות את ההשגה שהוגשה נגד החלטת הפצ"ר; ולבסוף, תוצג עמדת המשיבים, לפיה דין העתירה להידחות, הכול כפי שיפורט להלן.

עיקרי העובדות הצריכות לעניין

המערכה הצבאית "צוק איתן" והאירוע מושא העתירה

6. ביום 8.7.2014, על רקע ירי רקטות מסיבי לעבר יישובים בדרום ישראל, הנחה הדרג המדיני את צה"ל לפתוח במערכה נגד ארגוני הטרור ברצועת עזה. מטרת המערכה, אשר כונתה "צוק איתן", הייתה להגן על תושבי הדרום ועל מדינת ישראל, לצמצם את ירי הנשק תלול המסלול לסוגיו, למנוע פעילות חבלנית עוינת ולסכלה, ולהשמיד מנהרות ששימשו את גורמי הטרור מרצועת עזה.

7. החל מפרוץ המערכה, ארגון הטרור חמאס פעל בצורה אינטנסיבית כדי לפגוע בעורף מדינת ישראל ובלוחמי צה"ל. ארגון הטרור, על זרועותיו, שאף להוציא אל הפועל פעילות חבלנית בכלל המישורים – ירי מטחים כבדים של רקטות ופצצות מרגמה לעבר ישראל; ניסיונות תקיפה וחבלה דרך הים; ניסיונות בלתי פוסקים לבצע פיגועים דרך היבשה באמצעות מנהרות תת-קרקעיות, לרבות באמצעות כוחות מיוחדים של הזרוע הצבאית ועוד.

8. ביום 8.7.2014, מספר ימים לפני האירוע מושא העתירה, חדרה חולייה של הכוח הימי של חמאס, דרך הים, לאזור מחנה זיקים, לצורך ביצוע פיגוע. בחילופי אש עם כוחות צה"ל במקום, נהרגו חברי החוליה. ההערכה הייתה כי יעשה ניסיון נוסף בטווח זמן מיידי לביצוע תקיפה במתווה דומה.

9. ביום 16.7.2014, היום השמיני למערכה הצבאית "צוק איתן", סמוך לפני קרות האירוע, התקבל מידע מודיעיני קונקרטי, על בסיסו התגבשה הערכה לפיה פעילים של הכוח הימי של חמאס צפויים להתכנס במתחם צבאי של חמאס בנמל עזה, לשם היערכות לביצוע פעילות לחימה נגד צה"ל.

10. בסביבות השעה 16:00, זוהר, במתחם צבאי סגור של החמאס בנמל עזה, מספר חשודים. החשודים שהו בסמיכות למכולה, אשר שימשה לאחסון אמצעי לחימה, ואשר הותקפה יום קודם לכן.

11. נוכח שילוב הנסיבות האמור, סברו כוחות צה"ל כי הדמויות החשודות הן פעילי הכוח הימני (קומנדו) של החמאס, אשר הגיעו למתחם לשם היערכות לביצוע פעילות לחימה נגד צה"ל. לאחר שהכוחות וידאו באמצעים חזותיים כי אין נוכחות אזרחים בלתי מעורבים במקום, ועל כן, העריכו כי לא יגרם נזק אגבי מהתקיפה, התקבלה החלטה לתקוף את הדמויות. למרבה הצער, מאוחר יותר התברר, מדיווחי התקשורת, כי הדמויות שנפגעו הם ילדים בגילאים 9-11.

12. ביום 18.7.2014 פנו העותרים 5 ו-6 לפרקליטות הצבאית בבקשה לפתוח בחקירה בגין האירוע האמור. ביום 23.8.2014 התקבלה פניה דומה מהעותר 7.

ביום 28.7.2014 השיבה הפרקליטות הצבאית לעותרים במכתב ובו נכתב בין היתר: "חרף העובדה שצה"ל מצוי בפעילות מבצעית אינטנסיבית, כבר החלו תהליכים של בדיקה ואיסוף מידע, כדי להבטיח שניתן יהיה לבחון אירועים חריגים עם תום הלחימה".

צילום פניית העותרים 5 ו-6 צורף לעתירה כנספח 2/ע; צילום תשובת הפרקליטות הצבאית מיום 28.7.2014 צורף לעתירה כנספח 3/ע וצילום פניית העותר 7 צורף לעתירה כנספח 5/ע.

13. ביום 10.9.2014, עם השלמת בדיקת מנגנון הברור המטכ"לי לבחינת אירועים חריגים במערכה הצבאית "צוק איתן", הועברו הממצאים לבחינת הפצ"ר דאז, אשר סבר כי יש מקום לבחון את האירוע במסגרת חקירה פלילית של המשטרה הצבאית החוקרת (להלן – **מצ"ח**). משכך, הורה הפצ"ר על פתיחה בחקירת מצ"ח לברור נסיבות האירוע. צילום מכתבים מהפרקליטות הצבאית לעותרים בעניין זה צורף לעתירה כנספח 6/ע.

חקירת מצ"ח

14. בתחילת חודש פברואר 2015 הסתיימה חקירה מקיפה, מקצועית ויסודית של מצ"ח. במסגרת החקירה נאספו מסמכים רבים הנוגעים לתקיפה, לרבות סרטונים המתעדים את התקיפה בזמן אמת, וצילומי וסרטוני תקשורת שתיעדו חלקים מן האירוע.

כמו כן, נגבו עדויותיהם של חיילי וקציני צה"ל רבים, שהיו מעורבים באיסוף המודיעין, בתכנון ובביצוע התקיפה האווירית.

בנוסף, נגבתה עדותו של עד מומחה – גורם צבאי המתמחה בתקיפות אוויריות ולו ידע מעשי וניסיון פרקטי רחב היקף בתחום – אשר לא היה מעורב בתקיפה, כדי שיבחן בדיעבד האם הכוח היה יכול לזהות שמדובר בילדים.

15. עוד יודגש, כי במסגרת החקירה נעשו מאמצים לגבות את עדויותיהם של תושבי רצועת עזה אשר היו, לכאורה, עדים לאירוע. בין השאר, תואמה גביית עדויותיהם של שלושה תושבי רצועת עזה. עם זאת, על אף התיאום המקדים, העדים בחרו שלא להיפגש עם חוקרי מצ"ח, והסתפקו בהעברת תצהירים מטעמם ביחס לאירוע.

16. מהחקירה עולה כי המתחם שבו בוצעה התקיפה מוכר מזה זמן רב כמתחם של המשטרה הימית והכוח הימי של חמאס, המשמש גורמי טרור בלבד (להלן – **המתחם**). מהעדויות שנגבו עלה, כי לפי המידע שהיה בפני כוחות צה"ל, המתחם מצוי בחוף הים ברצועת עזה אולם הופרד בצורה ברורה מהחלק בחוף אשר משמש את האוכלוסייה האזרחית.

כך, לדוגמה, מסר גורם מודיעיני בכיר מטעם חיל הים בעדותו מיום 26.11.2014 (עמ' 3 שורות 2-4): "המתחם הוא מתחם סגור של חמאס, מצידו הצפוני מגודר כדי למנוע כניסה של מתרחצים מהחוף ומצידו הדרומי יש ים שממנו יוצאים כלי השיט של חמאס שעוגנים שם"; וכן מסרה אחראית חמ"ל וחקר מודיעין בעדותה מיום 3.12.2014 (עמ' 1, שורות 13-21): "אנחנו מדברים על השובר הצפוני של מעגן עזה שהוא מקום שבמחקר שלנו ידוע כאזור ששייך בבלעדיות לחמאס... האזור הזה הוא סגור ומתוחם... אנחנו במחקר שלנו תמיד יוצאים מנקודת הנחה שמי שנמצאים שם זה גורמי חמאס בלבד".

כאמור, מעדויות אלה עולה כי בניגוד לנטען בעתירה, האירוע מושא העתירה התרחש במתחם צבאי סגור ומתוחם, המשמש את גורמי חמאס, ומוכר ככזה לאורך זמן. צוין, כי מסקנה זו אף עולה ממידע מודיעיני.

17. עוד עולה מהעדויות השונות כי אף תושבי המקום אשר היו עדים לאירוע מסרו כי המתחם מוכר ככזה המשמש את המשטרה הימית של החמאס. כך בתצהירו של הקטין אל ערבי נאסר פדל בקר מיום 17.7.2014 אשר הועבר על ידי מרכז אל מיזאן, ואשר תורגם על ידי חוקר מצ"ח, נמסר כי "...התרחק אסמאעיל ועצר ועמד ליד **חדר למשטרה הימית** היה ריק ונמצא מעל הלשון מערבי..." [ההדגשה אינה במקור - הח"מ].

בתצהירו של הקטין חמאדה כמיס סובחי מיום 22.9.2014, אשר הועבר על ידי מרכז אל מיזאן, ותורגם על ידי חוקר מצ"ח, נמסר כי "...רץ בן דודי אסמאעיל לכיוון קונטינר (חדר נייד ששייך למשטרה ימית ונמצא על לשון הנמל), פתאום שמעתי קול פיצוץ וראיתי הרבה עשן יוצא מהקונטינר, רצנו כולנו לכיוון צפון מזרח..."

וכך גם מחמד אבו וטפה, ששהה בחנות סמוכה לחוף, הוסיף בתצהירו מיום 22.9.2014, אשר הועבר על ידי מרכז אל מיזאן, ותורגם על ידי חוקר מצ"ח: "...שמעתי קול פיצוץ חזק, יצאתי במהירות מהמטבח ועמדתי בחצר של ההפסקה, ראיתי עשן יוצא מהקונטינר (חדר נייד ששייך למשטרה ימית ונמצא על לשון הנמל) ומרחקו ממנו לכיוון דרומה בסביבות 150 מטרים, ראיתי ארבעה ילדים ממשפחת בקר רצים לכיווננו..."

צילום תרגום תצהירי תושבי המקום מצורף ומסומן **מש/1**

18. יודגש כי חיזוק נוסף למסקנה לפיה המתחם מוכר לתושבי רצועת עזה כמתחם המשמש את החמאס, ניתן למצוא גם בעדויות של גורמי הצבא בתיק החקירה כדלקמן:

כך מסר קצין מודיעין בעדותו מיום 8.12.2014 (עמ' 3, שורות 17-21): "כן. הגורמים הפלסטינאים מודעים לכך ששובר הגלים הצפוני הוא בשליטת המשטרה הימית של חמאס והוא מגודר ואסור לאזרחים להיכנס אליו בשגרה ובוודאי בחירום".

וכן ראש מספן מודיעין, נשאל בעדותו מיום 15.12.2014 (עמ' 4, שורות 4-8), האם האזרחים שבאזור ידעו שמדובר במחנה סגור של חמאס, והשיב: "חד משמעית כן. אנחנו יודעים זאת שבכל המעקב שלנו אחר המתחם לא ראינו אזרחים מסתובבים וכל אנשי נמל עזה ידעו שזה מתחם השיטור וככה הם התייחסו לזה".

19. עוד עולה מממצאי החקירה, כי כוחות צה"ל ביצעו מספר תקיפות במתחם האמור בימים ובשעות שקדמו לאירוע. וכך ביום 15.7.2014, יום קודם לאירוע, הותקפה מכולה המצויה במתחם אשר שימשה לאחסון אמצעי לחימה. וגם ביום התקיפה עצמו, מספר שעות עובר לאירוע, בוצע ירי על ידי כוחות צה"ל לעבר כלי שיט ימי במתחם. מהחקירה עולה, כי מידע זה אודות תקיפות קודמות במתחם חיזק את המסקנה בקרב כוחות צה"ל לפיה **לא צפויה הימצאות אזרחים במתחם האמור**.

כך למשל מסרה אחראית חמ"ל וחקר מודיעין בעדותה ביום 3.12.2014 (עמ' 1, שורות 28-30): "ביום של האירוע, 16 יולי 2014, בשעה 14:00 אני מכירה שיש אירוע של כלי שיט חשוד שנתקף במעגן ... אני כמובן יוצאת מנקודת הנחה שאם יש תקיפה במעגן אנשים שהם לא חמאס או אנשי ביטחון לא מסתובבים שם".

20. כאמור, מהממצאים העובדתיים שנאספו בחקירה עולה, כי סמוך לפני קרות האירוע, התקבל מידע מודיעיני קונקרטי, על בסיסו התגבשה הערכה לפיה פעילים של הכוח הימי של חמאס צפויים להתכנס במתחם צבאי של חמאס בנמל עזה, לשם היערכות לביצוע פעילות לחימה נגד צה"ל.

21. בעקבות קבלת המידע הקונקרטי הוחלט להפנות אמצעי תצפית אווירי לעבר המתחם, כדי שניתן יהיה לאסוף מידע על המתרחש בו, ולזהות מבעוד מועד את התארגנות חמאס לקראת הוצאתה לפועל של פעילות הלחימה נגד צה"ל. סמוך מאוד לאחר מכן, זיהה אמצעי התצפית מספר דמויות חשודות שנכנסו בריצה למתחם, לכיוון המכולה שהותקפה כאמור יום קודם לכן, אשר שימשה לאחסון ציוד לחימה.

יודגש, ככל שבית המשפט הנכבד ימצא לנכון, וככל שהעותרים יתנו את הסכמתם, תציג המדינה את המידע המודיעיני המסווג שעמד ברקע התקיפה לבית המשפט הנכבד במעמד צד אחד ובדלתיים סגורות.

22. על פי העולה מחומר החקירה, בשלב זה, התבססה בקרב הכוח תובנה כי הדמויות החשודות הן פעילי הכוח הימי של חמאס, אשר הגיעו למתחם לשם היערכות לביצוע פעילות לחימה נגד צה"ל. בבסיס התובנה הנתונים המצטברים הבאים:

ראשית, זמן קצר מאוד לפני שזוהו הדמויות החשודות, התקבל מידע מודיעיני קונקרטי, בעקבותיו התגבשה תובנה לפיה לכוח הימי של חמאס יש כוונה להוציא פעילות טרור נגד כוחות צה"ל ממתחם זה, בטווח זמן מידי.

שנית, הדמויות החשודות שהו במתחם שהיה מוכר זמן רב כמתחם סגור ומתוחם של המשטרה הימית והכוח הימי של חמאס, המשמש גורמי טרור בלבד. המתחם הופרד בצורה ברורה מחוף הים, המשמש את האוכלוסייה האזרחית. מתחם זה היה מוכר גם לאוכלוסייה המקומית כמתחם של הכוח הימי, והתובנה הייתה כי האוכלוסייה נמנעת מהתקרבות אליו.

שלישית, המתחם הותקף על ידי צה"ל בימים שלפני האירוע, וביום האירוע עצמו הותקף כלי שיט ששהה בסמוך למתחם. במסגרת אחת מהתקיפות, שבוצעה יום קודם לאירוע, הותקפה מכולה המצויה במתחם, אשר שימשה לאחסון ציוד לחימה. הדמויות החשודות שנצפו באירוע רצו לאזור אותה המכולה. הריצה לעבר המכולה, שנתקפה כאמור יום קודם לאירוע, חיזקה את המסקנה בקרב הכוחות לפיה מדובר בפעילי חמאס. זאת, משום שההערכה הייתה, שבכוונתם לאסוף ציוד מתוך המכולה.

רביעית, ביום 8.7.2014, מספר ימים לפני האירוע, חדרה חולייה של הכוח הימי של חמאס, דרך הים, לאזור מחנה זיקים, לצורך ביצוע פיגוע. בחילופי אש עם כוחות צה"ל במקום, נהרגו חברי החוליה. ההערכה הייתה כי ייעשה ניסיון נוסף בטווח זמן מידי לביצוע תקיפה במתווה דומה. לכן, עלה, כי מבחינת גורמי הצבא, פגיעה בכוח הימי של חמאס הייתה בעלת ערכיות מבצעית גבוהה, וכי **הכוחות היו דרוכים ביתר שאת ביחס לפעולות של הכוח הימי של חמאס**.

הדברים עולים, בין היתר, בעדותה של אחראית חמ"ל וחקר מודיעין מיום 3.12.2014 (עמ' 1, שורות 25-28): "...זה מגיע אחרי שבוע קודם לכן היה את הפיגוע בזיקים שבוצע ע"י פעילים של קומנדו ימי של חמאס ואפשר להגיד שאנחנו מעריכים שכלל הכוחות של הקומנדו הימי של חמאס נמצאים בכשירות ומוכנות מבצעית גבוהה להוציא פיגוע נוסף..."

וכן בעדותו של קצין מודיעין מיום 8.12.2014 (עמ' 1, שורות 20-21) "...מצבור האירועים האלו גורם לפוקוס גדול מאוד על הקומנדו הימי של חמאס במטרה לסכל פיגוע מתוכנן וגם ברקע יש הבנה כמו בכל צה"ל שפגיעה בקומנדו הימי של חמאס תפגע בו אנושות ובארגון כולו..."

23. עוד עולה מממצאי החקירה, כי למעלה מהנדרש, ועל אף ההערכה שלא היו אזרחים במקום התקיפה, הכוחות וידאו, באמצעים **חזותיים**, ובאמצעות **שיחה בקשר**, במסגרתה ביקשו לדעת מהם גבולות המתחם, טרם התקיפה, ובמהלך התקיפה עצמה, כי אכן אין אזרחים במתחם התקיפה. כמו כן, בחרו הכוחות להשתמש ב**חימוש מדויק**, שלא היה צפוי לגרום נזק למבנים אזרחיים שהיו בסמוך.

24. על בסיס האמור, התקבלו **כלל האישורים הנדרשים לתקיפת הפעילים**.

25. אחר כל זאת, ומשנכנסה אחת מהדמויות המופללות – כלומר כאלו שזוהו לכאורה כפעילי טרור – למכולה שהותקפה ביום שקדם לאירוע, נורה טיל אחד מן האוויר לעבר המכולה והסככה הצמודה אליה. כתוצאה מירי זה, ככל הנראה, נפגעה אותה דמות מופללת. לאחר הירי, החלו יתר הדמויות המופללות לרוץ לכיוון היציאה מהמתחם. כפי שנראה בסרטון שמתעד את התקיפה, סמוך לפני יציאתן מהמתחם, נורה לעברן טיל נוסף מן האוויר, אשר פגע בהן לאחר שיצאו מן המתחם.

26. לאחר האירוע התברר, למרבה הצער, כי התקיפה הובילה למותם הטראגי של ארבעה ילדים שנכנסו למתחם. למותר לציין כי תוצאה זו קשה ומצערת, ולא זו הייתה כוונת התקיפה.

זיהוי הדמויות החשודות

27. מהחקירה, ובפרט מהסרטון שתיעד את התקיפה ואת השיח ברשת הקשר עלה כי לאורך כל האירוע הגורמים המבצעיים **סברו** כי נפגעו מספר פעילי טרור שהשתייכו לקומנדו הימי של החמאס והיו עסוקים אותה עת בהיערכות לפעילות לחימתית נגד ישראל. **בשום שלב של האירוע לא זוהו הדמויות המופללות כילדים**.

נשוב ונדגיש, כי הכוח **לא זיהה בזמן אמת** כי מדובר בילדים. כך למשל ראש מספן מודיעין מסר בעדותו מיום 15.12.2014, כי גם בתצפית מן האוויר ניכרים הבדלים בין תנועתם של ילדים לתנועתם של מבוגרים, ודווקא במקרה זה, הדמויות החשודות נחזו כמבוגרים, כדלקמן: "אני לא ראיתי שהדמויות הם ילדים. אתה רואה פחות או יותר את קצב התנועה, את תנועות הגוף עצמן. ילד וגבר לא רצים אותו דבר, זה נראה אחרת ולי הייתה תחושה שפגענו באנשים מבוגרים, לא בילדים בני 12,14" (עמ' 3, שורות 1-3).

יובהר כי חלק מהעדים אף מסרו, כי לאחר שנודע להם שהדמויות המופללות היו ילדים, הם צפו בסרטון פעם נוספת, בדיעבד. עולה מעדויותיהם, כי אף בבחינה זו, לא היה ניתן לזהות כי הדמויות החשודות הן ילדים.

28. יוער כי מהחקירה עולה כי באירועים אחרים ושונים שבהם הכוח סבר שמדובר בילדים, עצר הכוח את התקיפות המתוכננות. בענייננו, כאמור, הכוח לא זיהה בזמן אמת שהדמויות החשודות הן ילדים, ואף לא יכול היה לזהות כן, ומשכך התקיפות לא נעצרו.

כך מסר במפורש בעדותו קמ"ן מכלול התקיפה מיום 3.12.2014 "בזמן הזה לפחות ממה שאנחנו ראינו בחוזה זה שמדובר באנשים מבוגרים כי אם משהו היה מזהה שמדובר בילדים היינו צועקים מיד 'חדל'.... ואני אומר בוודאות שאם משהו היה מזהה שזה ילדים הייתה יוצאת פקודת 'חדל', כמו שקרה במקרים אחרים שזיהינו טרם התקיפה ילדים סביב המטרה ביצענו 'חדל' כשח"א כבר באוויר וגם כשידענו בוודאות מודיעינית שיש ביעד התקיפה פעילי טרור" (עמ' 2, שורות 24-31; ההדגשה הוספה - הח"מ).

29. יתרה מזו, במהלך התקיפה התנהל, כאמור, שיח בקשר, במסגרתו ביקש הכוח התוקף לברר מהם בדיוק גבולות המתחם, בו להבנתו אמורים להימצא אנשי חמאס בלבד, שכן מבחינת הכוח התוקף, עם היציאה מהמתחם עולה לכאורה החשש לפגיעה באזרחים, ועליו לנקוט משנה זהירות. שיח זה מלמד על כך שהכוח פעל על מנת לפגוע בגורמים שזוהו על ידו כפעילי הקומנדו הימי של החמאס בלבד.

30. במהלך החקירה נעשתה בחינה מקצועית, בדיעבד, של גורם צבאי בעל מומחיות בתקיפות מסוג זה, ובעל מומחיות בפענוח אמצעי תצפית, שלא היה מעורב באירוע הנדון. מבדיקת המומחה עלה, כי קשה מאוד לזהות שייתכן שמדובר באנשים שאינם בוגרים, וכי להערכתו אף הוא לא היה מזהה את הדבר בזמן אמת.

וכך מסר המומחה בעדותו מיום 5.1.2015: "מצפייה בסרטון קשה מאוד לזהות שמדובר בלא מבוגרים, בטח תוך כדי אירוע חם. ניסיתי להבחין בהתחלה עוד שמדובר בילדים וזה מאוד קשה ... כי כנראה הם כולם היו באותו גיל בערך".

31. מכלל המפורט לעיל עולה, כי כוחות צה"ל סברו בזמן אמת, על בסיס שורה של טעמים כפי שפורטו לעיל, כי התקיפה מכוונת נגד פעילי טרור במתחם צבאי סגור, בעת שנערכו לבצע פעילות לחימה נגד ישראל. בשום שלב לא זיהו כוחות צה"ל בזמן אמת שמדובר בילדים ולא בפעילי חמאס, ולא היה ביכולתם לזהות כן.

החלטת הפרקליט הצבאי הראשי

32. ביום 22.6.2015, לאחר סיום חקירת מצ"ח ובחינת חומר הראיות, מצא הפצ"ר דאז, כי פעילות התקיפה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין הישראלי וכללי המשפט הבין-לאומי.

ההחלטה על התקיפה התקבלה על-ידי הגורמים המוסמכים לכך, והיא כוונה נגד דמויות שזוהו כפעילי הקומנדו הימי של חמאס, והתכנסו לשם היערכות לביצוע פעילות לחימה נגד צה"ל.

הערכת הכוחות התבססה על מספר נתונים, ובהם העובדה כי מדובר במתחם צבאי סגור ותובנת הכוחות בעקבות מידע קונקרטי שהתקבל, לפיה פעילים מהכוח הימי של חמאס יתכנסו בטווח זמן הקרוב מאוד לשם היערכות לביצוע לחימה נגד צה"ל.

בעת קבלת ההחלטה על התקיפה לא היה, להערכת הגורמים המבצעיים, צפוי להיגרם כל נזק אגבי לאדם או לרכוש.

הפצ"ר מצא, כי התקיפה בוצעה תוך נקיטת אמצעי זהירות שנועדו למנוע פגיעה אגבית באזרחים, בין היתר, בחירת סוג חימוש שלא צפוי היה לגרום נזק למבנים אזרחיים שהיו בסמוך, ותצפית בזמן אמת.

33. בהחלטת הפצ"ר נקבע כי שיקול דעתם של כלל הגורמים שהיו מעורבים באירוע היה סביר בנסיבות העניין, וכי התקיפה האמורה לא חרגה מהוראות הדין או מפקודות הצבא. אומנם, בדיעבד התברר כי ההערכה שהדמויות שזוהו הן פעילי הקומנדו הימי של החמאס הייתה שגויה. אולם, לא היה באפשרות הגורמים המעורבים בתקיפה לזהות בזמן אמת כי הדמויות שהותקפו היו ילדים.

34. על-רקע האמור, הורה הפצ"ר על סגירת תיק החקירה ללא נקיטת צעדים פליליים או משמעתיים ביחס למי מהמעורבים באירוע. הודעה על כך נשלחה לעותרים בימים 11.6.2015 ו- 22.6.2015, במכתבים שצורפו כנספח ע/9 לעתירה.

החלטת היועץ המשפטי לממשלה

35. ביום 12.8.2015, ובהמשך לכך, ביום 23.8.2015, הגישו העותרים השגה על החלטת הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה. בתמצית, העותרים ביקשו כי היועץ המשפטי לממשלה יורה על ביטול החלטת הפצ"ר ועל פתיחה בחקירה "פלילית, עצמאית ואפקטיבית" ביחס לאירוע, כמו גם על העברת חומרי החקירה לעיונם.

36. ביום 18.12.2017, ולאחר קבלת האישורים הנדרשים מגורמי ביטחון מידע, קיבלו העותרים לידיהם חומרי חקירה לעיון. יצוין כי כפי שנמסר מגורמי הצבא מאחר שמדובר בחומר ברמת סיווג גבוהה מאוד לרבות מידע מודיעיני רגיש, היה קושי ממשי להעבירו בשלב מוקדם יותר.

37. ביום 28.1.2018, הגישו העותרים טיעונים נוספים להשגותיהם. ביום 21.7.2019, ולאחר שהועברו לעיון העותרים כלל חומרי החקירה ולאחר שצפו במשרדי הפרקליטות הצבאית בתיעוד חזותי של האירוע, הגישו העותרים התייחסות נוספת ליועץ המשפטי לממשלה.

38. ביום 9.9.2019, לאחר בחינת ההשגה, וכן את חוות הדעת שנערכה על ידי פרקליטות המדינה, החליט היועץ המשפטי לממשלה, על סמך המלצת פרקליט המדינה, לדחות את ההשגה על החלטת הפצ"ר שלא להעמיד לדין את מי מהמעורבים בנוגע לאירוע מצער זה.

39. בהחלטה המפורטת של היועץ המשפטי לממשלה נכתב כי לאחר בחינת חומרי החקירה, נמצא כי בנסיבות העניין לא היה זה בלתי סביר מצד כוחות צה"ל להגיע למסקנה לפיה הדמויות שנתקפו הינן פעילים צבאיים של החמאס. זאת, גם אם בדיעבד התברר למרבה הצער כי מדובר בילדים.

עוד צוין, כי בניגוד לטענות העותרים בהשגה, הדמויות לא נתקפו רק מאחר ששהו במתחם הצבאי. הובהר, כי ההחלטה לתקוף התבססה בעיקרה על בסיס מידע קונקרטי שהתקבל ביחס לפעולה העתידה לצאת ממתחם זה באותה העת, שהתווסף לזיהוי דמויות חשודות במתחם בסמיכות למכולה אשר שימשה את הכוח הימי של החמאס.

כן הובהר כי מתייעוד בזמן אמת של האירוע עולה כי הכוחות לא זיהו שמדובר בילדים או באזרחים. אשר לשאלה האם בנסיבות האירוע הכוח התוקף יכול היה לזהות שמדובר בילדים, נסמכה ההחלטה, בין השאר, על קביעת העד המומחה, לפיה: "קשה מאד לזהות שמדובר בילדים ולא במבוגרים..."

במסגרת ההחלטה, נדחתה טענת העותרים לפיה לא הייתה דחיפות בביצוע התקיפה. צוין, כי הדחיפות בביצוע הפעולה נבעה מהחשש הממשי כי הפעילים הצבאיים של החמאס יבצעו, בטווח זמן מידי, פיגוע במתווה דומה לזה שהתרחש בסמוך למחנה זיקים מספר ימים לפני כן, ומההבנה כי חלון הזמנים לביצוע התקיפה מוגבל.

באשר לטענת העותרים, לפיה החלטת הפצ"ר לסגירת התיק אינה מגובה בראיות, נכתב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה כדלקמן:

"קיים קושי להציג תמונה מלאה בדבר הבסיס העובדתי שהביא לזיהוין של הדמויות במתחם כפעילים צבאיים, משום שהיא מתבססת על מידע מסווג שלא ניתן לחשוף אותו. עם זאת, נעשה בתיק זה מאמץ לאפשר לכם צילום חומרים נרחב עד כמה שניתן, ולטעמנו יש בחומרים אלו כדי ללמד על התהליכים שהביאו את הכוח לתקוף את הדמויות, על העדר המודעות שלהם לכך שמדובר בילדים, ועל הרצון והפעולות שנעשו כדי להימנע מפגיעה בבלתי מעורבים. התוצאות הקשות והמצערות של תקיפה זו, אשר כעולה מתיק החקירה לא היו צפויות ע"י הכוח התוקף, אינן מקימות בפני עצמן, חשד לביצוע עבירה פלילית" (ר' סעיף 26 להחלטה בהשגה).

40. במסגרת ההחלטה, נדרש היועץ המשפטי לממשלה לכלל טענות העותרים, ובכלל זה, בין היתר, הטענה העובדתית בדבר המקום בו שהו הילדים (סעיף 22 להחלטה); הטענה בדבר סוג התחמושת בה נעשה שימוש (סעיף 23 להחלטה); הטענה בעניין עקרון ההבחנה (סעיף 24 להחלטה) ועוד טענות שונות.

41. במסגרת בחינת ההשגה, היועץ המשפטי לממשלה עמד גם על כך שהאירוע התרחש בעיצומה של מערכה מבצעית עצימה ורחבת היקף, ושיש להביא שיקול זה בחשבון. כך צוין, כי יש להיזהר מניתוח "מנותק מהשטח" שאינו מתחשב במאפייניה הייחודיים של קבלת החלטה בתנאי לחץ וחירום.

42. בסופו של יום, החליט היועץ המשפטי לממשלה, בהתבסס על חוות דעת שנערכה בפרקליטות המדינה, ובהמלצת פרקליט המדינה, לדחות את ההשגה על החלטת הפצ"ר שלא להעמיד לדין מי מהמעורבים בנוגע לאירוע מצער זה. וכך קבע היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה:

"29. מדובר באירוע שתוצאתו הסופית, מותם של ארבעה ילדים, היא מצערת מאוד. עם זאת, עיון בחומרי החקירה, הבנת השתלשלות העניינים, התעמקות בתהליך קבלת ההחלטות 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 התברר כי מדובר בילדים ששיחקו במקום.

30. כאמור, על אף התוצאה המצערת של האירוע, לא מצאנו כשל בהתנהלות הכוחות המעורר חשד לפלילים. תוצאה מצערת, אינה מעידה, כשלעצמה, על הפרת הדין או על כשל בעת קבלת ההחלטה. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט העליון, המתייחסים לכך שיש להיזהר מניתוח "מנותק מהשטח" שאינו לוקח בחשבון את מאפייניה הייחודיים של קבלת החלטה בתנאי לחץ וחירום:

"אכן, כאשר שוטרים או חיילים פועלים בתנאי לחץ וחירום שלא הם גרמו, המונעים מהם שקילה ובחינה רגילים של החלופות והמחייבים החלטה מהירה שלא ניתן להתכונן אליה מראש, יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה. אין לנתק את ההתנהגות מהתנאים שסבבו אותה. אין להעתיק את ההתנהגות ל"תנאי מעבדה" (ע"א 5604/94 אוסמה 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 בנוגע לאירוע מצער זה."

צילום החלטת היועץ המשפטי לממשלה בהשגה מיום 9.9.2019 מצורף ומסומן **מש/2**

43. בחודש נובמבר 2020, למעלה משנה אחר החלטת היועץ המשפטי לממשלה, הוגשה העתירה שלפנינו.

עמדת המדינה

דין העתירה להידחות – התערבות בשיקול דעת רשויות התביעה, והיועץ המשפטי לממשלה בפרט

44. המשיבים יטענו כי דינה של העתירה להידחות על בשל היקף ההתערבות המצומצם של בית המשפט הנכבד בהחלטות הפצ"ר, וכן בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה, בהליכים פליליים.

45. הלכה פסוקה היא, כי מידת ההתערבות של בית משפט נכבד זה בשיקול דעת רשויות אכיפת החוק והתביעה, בסוגיות שעניינן חקירה פלילית והעמדה לדין, תהא מצומצמת ביותר. ההתערבות בתחומים אלו מוגבלת אך ורק למקרים בהם החלטת רשויות התביעה לוקה ב"חוסר סבירות קיצוני" או ב"עיוות של ממש". כך למשל, ראו פסיקתו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 7323/16 כיואן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 4.1.17), כדלקמן:

"גם לגופה אין בעתירה ממש, ואין כל עילה להתערבותנו. בית משפט זה חזר פעמים רבות בעבר על ההלכה הידועה, לפיה הוא אינו מחליף את שיקול דעתן של רשויות התביעה בשיקול דעתו שלו, ולא ייטה להתערב בשיקול דעת זה אלא במקרים חריגים של החלטה משיקולים זרים או החלטה הלוקה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי. לרשויות התביעה מסור שיקול דעת רחב ביותר בכל הנוגע לנקיטת הליכים פליליים – בתוך כך גם החלטה על העמדה לדין והחלטה על סגירת תיק – ובפרט ביחס להיבטים הקשורים בהערכת ראיות ומידת הסתברותן להביא להרשעה. מתחם שיקול הדעת הרחב "נעוץ במקצועיות, בכישורים, ובניסיון המיוחד הנדרשים לצורך הערכה זו. הוא נגזר ממידת המורכבות הכרוכה בתהליך הערכה זה, ובהיותו פרי של הערכת הסתברויות הנתונה לאנשי מקצוע שזה עיסוקם לאורך שנים" ... בענייננו לא הצביע העותר על פגם כלשהו שנפל בהחלטת רשויות התביעה שמעלה ולו סיבה לכאורה להתערבותנו. כמפורט בתגובת המדינה, הפרקליטות בחנה את כלל הראיות בתיק ונתנה בעקבות כך החלטה מנומקת וברורה".

46. המשיבים יטענו כי העותרים לא הצביעו על פגם שנפל בהחלטות המשיבים, וממילא לא הוכיחו כי עניינם נופל לגדר אותם מקרים נדירים ויוצאי דופן בהם בית המשפט הנכבד עשוי להתערב בהחלטות רשויות התביעה.

47. נשוב ונפנה לעניין זה לפסיקתו של בית המשפט הנכבד, זו הפעם בבג"ץ 8088/14 פרחאט נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 27.9.17):

14. הלכה פסוקה היא כי "ככלל, אין בית משפט זה נוהג להתערב בשיקול דעת התביעה לעניין העמדה לדין או עריכת הסדר טיעון"... הלכה זו חלה גם על עריכת הסדר מותנה (ראו: בג"ץ 8049/16 אלון נ' פרקליטות המדינה (המחלקה לאכיפת דיני מקרקעין), פסקה 7 לפסק דינו של השופט י' עמית (6.3.2017)). בשים לב למתחם שיקול הדעת המקצועי הרחב המסור למשיב 1 בהחלטות כגון דא, אין די בקיומן של חלופות סבירות נוספות או בקשיים שמעוררת החלטתו אלא נדרש חוסר סבירות קיצוני או עיוות מהותי: "אלה הם המפתחות שיפתחו את שערי בית המשפט הגבוה לצדק ויביאו להתערבותו בהחלטות של רשויות התביעה [...] לעניין אי פתיחתם של הליכים פליליים (או להחלטות בדומה להן): החלטה שנתקבלה שלא ביושר או שלא בתום-לב; החלטה שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור [...]; החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי (במובנו הרחב); החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה שנתקבלה בעיוות מהותי; החלטה הנגועה במשגה היורד לשורשו של עניין" (בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859, 871-872 (1995)).

48. כידוע, לרשויות אכיפת החוק מסור שיקול דעת רחב ביחס לניהול הליכים פליליים, ובכללם חקירה פלילית, לא כל שכן כאשר מדובר בהחלטות של ראשי המערכת, והיקף ההתערבות השיפוטית המצומצם כפועל יוצא הוא מצומצם עד מאד. ראו והשוו: בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49, 55 (2003); כן ראו: בג"ץ 6271/96 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 425, 429 (1996); בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, נ(4) 1, 10 (1996).

49. העקרון הכללי לפיו בית המשפט, בבחנו החלטה מנהלית של הרשות, אינו נכנס בנעליה אלא אך בוחן את סבירותה של החלטתה, נגזר גם כי בדרך כלל, כאשר עסקין בהחלטה בדבר חקירה והעמדה לדין, לא יבחן בית המשפט את חומר הראיות לגופו. הנה כך קבע בית משפט נכבד זה בבג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, פס"ד מיום 26.2.2008):

"להיקפה הצר של הביקורת השיפוטית על הפן הראייתי שבהחלטת היועץ בענין העמדה לדין תורם גם העקרון הכללי לפיו בית המשפט לא ישים עצמו בנעלי הרשות המוסמכת, ועל-פי רוב, ימנע מלקבל לידיו את החומר והנתונים הגולמיים שהיו בפניה, וימנע, דרך כלל, מלהחליט במקומה בענין העומד למבחן. הביקורת השיפוטית היא חיצונית לראיות גופן, והיא בוחנת - על-פי עילות ביקורת מוגדרות - את חוקיות ההחלטה.

לפיכך, כבר מקדמת דנא קבע בית משפט זה כי בביקורת השיפוטית על החלטות היועץ אין הוא פועל כ"יועץ משפטי-על" ... לפיכך, ככלל, יימנע בית המשפט מקבלת חומר הראיות הגולמי לידיו, ומבדיקתו. פועל יוצא מכך הוא, כי בחינת סבירותה של החלטת היועץ בדבר דיות הראיות לצורך העמדה לדין, אינה כורכת את בדיקת הראיות עצמן, אלא את תוכנה של ההחלטה בדבר דיותן, על-פי סימנים חיצוניים אובייקטיביים העשויים להאיר את סבירותה; למשל, באמצעות בחינת תהליך קבלת ההחלטה, העשוי להאיר ולהשליך על תוכנה וסבירותה. כדברי השופט גולדברג בבג"צ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי, פד"י נ(4) 793, 808 (1996): "דומני, כי בנדון זה הכל מסכימים כי אין על בית משפט זה, דרך כלל, להעמיד במבחן הביקורת השיפוטית את החלטת המשיב בדבר דיות חומר הראיות. שאם לא כן, יוסר החיץ שבין הביקורת לבין המרת שיקול דעת המשיב בשיקול דעתו של בית המשפט. כאשר תפקיד המשיב מצטמצם, מלכתחילה, רק לבדיקה לכאורית של חומר הראיות, לא ניתן, בדרך כלל, לקבוע את מתחם הסבירות להחלטתו בלי להסיג את גבולו, ובלי שבית המשפט יהפוך עצמו ל"יועץ משפטי על" ולמעין 'שופט חוקר'. אולם בכך שהסתייגנו מאפשרות הביקורת על סבירות ההחלטה בדבר דיות הראיות, אין כדי למנוע את בחינת התהליך לקבלת ההחלטה".

50. דומה, כי במקרה שלפנינו, החלטתו המפורטת של היועץ המשפטי לממשלה מדברת בעד עצמה, וכי אין להתערב בה, אך מן הטעם האמור לעיל.

51. עוד ראו והשוו לעניין זה האמור בבג"ץ 8924/18 התנועה לטוהר המידות נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 28.2.19), שם נפסק, בין היתר, כי:

"לגורמי אכיפת החוק מסור שיקול דעת רחב לגבי עצם הפתיחה בחקירה פלילית, ולגבי אופן ניהולה, קל וחומר כאשר מדובר בהחלטות בהן מעורבים ראשי המערכת... היקפו הרחב של שיקול הדעת המסור לרשויות התביעה, מכתוב ביקורת שיפוטית מצומצמת על החלטותיהן. בהתאם, הלכה היא כי בית משפט זה לא יתערב בהחלטות רשויות החקירה ואכיפת החוק ולא יחליף שיקול דעתן בשלו, אלא במקרים חריגים ביותר; בין היתר, בנסיבות בהן ההחלטות הנתקפות נתקבלו בחוסר סבירות קיצוני, בחוסר תום לב, או על יסוד שיקולים זרים..." (שם, בפסקה 15).

52. במקרה זה עסקינן, כאמור, בהחלטה של הפצ"ר ובהשגה שהוכרעה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, ובהתאם להמלצת פרקליט המדינה.

בכל הנוגע להתערבות שיפוטית בשיקול דעתו של הפצ"ר, הרי שאמת המידה בעניין זה מצויה בהלימה עם זו הנוהגת ביחס לשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה; וכך נקבע בבג"ץ 4550/94 **אישה נ' היועמ"ש פ"ד מט(5) 859 (1995)** (להלן – **עניין אישה**):

"בפסק-דינו עומד חברנו, השופט אור, על כך שהדין לעניין התערבות בהחלטותיה של התביעה הצבאית דומה הוא לדין באשר להתערבות בהחלטותיה של התביעה הפלילית הרגילה, וכך אומר הוא בנושא התערבות בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה שלא לנקוט הליכים פליליים:

'על אף שראוי שבית משפט זה יגלה איפוק בבואו להתערב בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה [...] הוא יוכל להתערב בהחלטות, אף אם זו נתקבלה בתום-לב, אם זו נגועה בחוסר סבירות קיצוני' או בעיוות מהותי' [...]. כפי שנקבע לא אחת, בית המשפט אינו ממיר את שיקול-דעת היועץ המשפטי לממשלה בשיקול-דעתו שלו. אין בית המשפט פועל כ'יועץ משפטי על'. לפיכך לא יתערב בית המשפט בהחלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, רק מכיוון שהוא היה מחליט אחרת. אך בית המשפט יתערב בהחלטותיו של היועץ המשפטי אם זו לוקה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי' [...]

השופט אור ממשיך וסוקר בדבריו את סוגיית התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטות הפרקליט הצבאי הראשי, ומסקירה זו נמצאנו למדים על הדמיון - דמיון עד כדי זהות - בין העקרונות השולטים בסוגיה זו לבין העקרונות השליטים בסוגיית התערבות בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה [...]. וכך היא פרשת בג"צ 425/89 [...] שבה קובע בית המשפט כי אותם עקרונות החלים על התערבות בית המשפט הגבוה לצדק בשיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה "בוודאי צריכים להיות נר לרגלנו" לעניין התערבות בשיקול-דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי, והוא "בנתון לשינויים הנובעים מהמסגרת הצבאית המיוחדת וממעמדו של הפצ"ר, המופקד על מערכת התביעה הצבאית על צרכיה המיוחדים [...] אלה הם המפתחות שיפתחו את שערי בית-המשפט הגבוה לצדק ויביאו להתערבותו בהחלטות של רשויות התביעה - יועץ משפטי לממשלה או תביעה צבאית - לעניין אי-פתיחתם של הליכים פליליים (או החלטות בדומה להן):

החלטה שנתקבלה שלא ביושר או שלא בתום-לב; החלטה שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור [...]; החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי (במובנו הרחב); החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה שנתקבלה בעיוות מהותי; החלטה הנוגעת במשגה היורד שורשו של עניין"

בנוסף, ראו והשוו: 425/89 **צופאן נ' הפצ"ר**, פ"ד מג(4) 718 (1989); בג"ץ 5960/98 **שלפוברסקי נ' שר הביטחון**, פ"ד נה(1) 552 (1999); בג"ץ 1901/08 **דבאבסה נ' הפצ"ר** (פורסם באר"ש, 15.7.12); בג"ץ 7953/15 **מצרי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם באר"ש, 10.11.16); בג"ץ 10682/06 **אטרש נ' הפצ"ר** (פורסם באר"ש, 18.6.07).

53. ובאשר לביקורת על החלטות הפצ"ר בדבר העמדה לדין במערכת הצבאית, ובהקשר לפעילות מבצעית בפרט, שב והדגיש בית המשפט הנכבד אך לאחרונה בבג"ץ 1782/19 **כוסבה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, בפסקה 25 (פורסם באר"ש, 3.9.2020):

"בהינתן השינויים הנובעים מהמסגרת הצבאית והתנאים שהיא מציבה ללוחמים, וכן ממעמדו של הפצ"ר, המופקד על מערכת התביעה הצבאית, על צרכיה המיוחדים - אותם שיקולים המדריכים בית-משפט זה להמעיט בהתערבות בשיקול-דעתו של היועמ"ש בסוגיה זו, בוודאי צריכים להוות לנו מורה דרך, בבואנו לבחון ולבקר את שיקוליו ואת החלטותיו של הפצ"ר ... **בהתאם לכך, אופי ומרחב ההתערבות של בית משפט זה בהחלטות המתקבלות על-ידי הפצ"ר בדבר העמדה לדין, נדונו זה מכבר ברבים מפסקי הדין, אשר יצאו את מפתנו של בית המשפט, ובהם נקבע כי הפעלת סמכות זו על-ידי הפצ"ר, שהיא סמכות 'מעין שיפוטית', מסורה, באופן עקרוני, לשיקול דעתו הנרחב, תוך התחשבות במאטריה הצבאית הייחודית...."**

54. התערבות שיפוטית בהחלטות הפצ"ר, הופכת לנדירה עוד יותר במקרים בהם ההחלטה נבחנה כבר על-ידי היועץ המשפטי לממשלה. לעניין זה, ראו והשוו, בג"ץ 9850/16 **אבו רחמה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, בפסקה 16 לפסק-דינו של השופט גרוסקופף (פורסם באר"ש, 16.9.18). וכפי שנקבע אך לאחרונה **בעניין כוסבה**:

"זאת ועוד - אחרת. בגדרי העניין שלפנינו איננו נדרשים לביקורת שיפוטית ראשונה וישירה על החלטת הפצ"ר, שהרי בהתאם להוראות נוהל ההשגות על החלטת הפצ"ר - החלטת הפצ"ר שלא להגיש כתב אישום בחקירה שנפתחה על אודות 'אירוע משמעותי במהלך פעילות צבא ההגנה לישראל' מובאת, בכפוף להגשת השגה מתאימה, לעיון היועמ"ש; לאחרון מוקנה בהקשר זה שיקול דעת רחב - לשנות, או לאשר - את החלטותיו של הפצ"ר. בכך נקבע מנגנון ייחודי, המורה על בדיקה כפולה ועצמאית של התנהלות הרשויות העוסקות בחקירה ובהעמדה לדין בצבא, והכל על רקע העובדה שהתלונה עשויה לעורר 'השלכות משמעותיות על פעילותה של מדינת ישראל במישורים רבים'" (פסקה 27).

55. במקרה דנן, לעמדת המדינה דין העתירה להידחות, משהעותרים לא ביססו עילה להתערבות בהחלטותיהם של היועץ המשפטי לממשלה ושל הפצ"ר. כך, העותרים לא הרימו את הנטל הכבד המוטל עליהם להוכיח כי ההחלטות התקבלו בחוסר סבירות קיצוני, תוך עיוות מהותי או שנפל בהן משגה היורד לשורשו של עניין.

56. טרם חתימת פרק זה, נבקש להתייחס למישור העקרוני שבו לעמדת המדינה יש להביט על האירוע כולו.

לטענת העותרים, לא היה זה נכון לתת משקל רב לעובדה שהאירוע התרחש בנסיבות מבצעיות. עוד נטען על ידי העותרים, כי לא הייתה כל מיידיות או דחיפות בתקיפה, ולכן היה על הכוחות לוודא שהדמויות החשודות היו לוחמים או אזרחים המעורבים בפעילות לחימתית.

57. המדינה תטען כי דין טענות אלו להידחות, שכן ניתן משקל הולם וראוי לנסיבות המבצעיות של האירוע, לצד שיקולים נוספים שנשקלו במסגרת ההחלטה.

בית המשפט הנכבד קבע לא אחת בעבר, כי לא ניתן לנתק את פעולת הכוחות באירוע מהאירועים שעמדו ברקע. וכך נקבע בפסק הדין בבג"ץ 143/12 ג'ילאני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 20.07.2014) (להלן – עניין גילאני):

"... עוד יש להזכיר, כי בית משפט זה קבע, לא אחת, כי יש להותיר 'מרווח טעות' לשוטרים ולחיילים הפועלים בתנאי קרב, או במסגרת פעילות מבצעית. הטעם לעמדה זו, נעוץ בתובנה לפיה 'ראוי להותיר לחיילים מרווח סביר של טעות היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי המקום, השטח והזמן העומדים ברקע האירוע המבצעי שבמחלוקת והמחייבים החלטה מהירה ולא התייעצות משפטית על המותר והאסור באותו רגע' (ע"א 3684/98 מדינת ישראל נ' אחילייל (7.3.1999), בפסקה 5 לפסק הדין). עוד ראוי להביא מדבריו של השופט א' א' לוי ברע"א 5203/08 מדינת ישראל נ' אגבריה (24.09.09) (להלן: עניין אגבריה), שם נאמר כי: 'אף אם הייתי סבור – ואיני סבור כך – כי החיילים שגו בהפעלתו של נוהל מעצר חשוד, דומה כי טעות זו, בנסיבותיו הפרטניות של המקרה דנן, נכנסת לגדר מתחם שיקול הדעת אותו יש להעניק לחייל המתמודד במצבי אמת בשטח' (שם, בפסקה 9 לפסק הדין).

24. עוד יש להדגיש, בהקשר זה, כי אין זה ראוי לנתק את תגובתם של המשיבים לפגיעת רכבו של המנוח בשוטרים, מהאירועים שקדמו לכך באותו יום, אשר כללו הפרות סדר וידוויי אבנים לעבר הכוח שבפיקודו של המשיב 3, **ואין גם להתעלם מההתרעות המודיעיניות שהתקבלו, בדבר כוונות לבצע פיגוע חבלני במקום. כבר נקבע, כי טבע הדברים הוא ש"סף הרגשות' של חיילים הנתונים בפעילות מבצעית שונה מזה של ימי שגרה"** (עניין אגבריה, בפסקה 8 לפסק דינו של השופט א' א' לוי). לפיכך, ובמסגרת בחינת פעולותיהם של המשיבים, שומא עלינו "להביא בחשבון את אוירת-המתח, שבה היו נתונים בעת מעשה, ולא לקבוע את הערכתנו רק על סמך העובדות היבשות, שנודעו לאחר המעשה, כאשר בידינו לשקול אותן באווירה שקטה".

58. עוד יצוין, כי כפי שפורט בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה בהשגה, האירוע התרחש בעיצומה של מערכת 'צוק איתן'. המערכה המבצעית נפתחה לאחר ביצוע ירי תלול מסלול נרחב מהרצועה לעבר שטח מדינת ישראל.

פרק זמן קצר לאחר תחילת המערכה, חדרה חוליה של הקומנדו הימי של חמאס, דרך הים, לאזור מחנה זיקים. בחילופי אש עם כוחות צה"ל במקום, נהרגו חברי החוליה. הערכת הגורמים הצבאיים הרלוונטיים הייתה כי ייעשה ניסיון נוסף בטווח זמן מידי לבצע תקיפה במתווה דומה. על כן, הדחיפות בביצוע הפעולה נבעה כאמור מהחשש הממשי כי הפעילים הצבאיים של החמאס יבצעו, בטווח זמן מידי, פיגוע במתווה דומה לזה שהתרחש בסמוך למחנה זיקים מספר ימים לפני כן, ומההבנה כי חלון הזמנים לביצוע התקיפה מוגבל. וכך נכתב בסעיף 25 להחלטת היועץ המשפטי לממשלה, בעניין זה:

"העדר איום מיידי ודחיפות בביצוע התקיפה: מרגע שזוהה יעד לגיטימי לתקיפה, ניתן לתקוף אותו בכל עת במהלך העימות המזוין, בכפוף לעקרונות המחייבים של דיני המלחמה. קיומם של איום מיידי או דחיפות אינם מהווים תנאי לתקיפה, אך עשויים להשפיע על בחינת המידתיות והיכולת לנקוט אמצעי זהירות. כאמור, בראיית הכוחות התוקפים היה מדובר בפעילים צבאיים שתקיפתם אינה צפויה לגרום לנזק אגבי, ולכן היא ממילא עומדת בבחינת המידתיות. על סמך תובנה זו, ננקטו, כאמור אמצעי זהירות שנועדו למנוע כל פגיעה אחרת בבלתי מעורבים. לבסוף, יצוין, כי הדחיפות בביצוע הפעולה נבעה כאמור מהחשש הממשי כי הפעילים הצבאיים של החמאס יבצעו, בטווח זמן מידי, פיגוע במתווה דומה לזה שהתרחש בסמוך למחנה זיקים מספר ימים לפני כן, ומההבנה כי חלון הזמנים לביצוע התקיפה מוגבל. נסיבות אלו נלקחו בחשבון במסגרת בחינת סבירות ההחלטה, לרבות בהיבטים הנוגעים לחובה לוודא כי התקיפה איננה מכוונת כנגד אזרחים, כ"אמצעי זהירות לפני תקיפה". במקרה דנן, חלון הזמנים הצר לביצוע התקיפה וההקשר הנוגע לחשש כי יבוצע פיגוע ע"י הפעילים הצבאיים של החמאס, הובילו לכך שלא היה מעשי בנסיבות העניין לנקוט בפעולות נוספות לשם וידוא כי אכן המטרות שזוהו הינם פעילים צבאיים".

59. באשר לטענת העותרים בדבר אי-נקיטת אמצעי זהירות, המדינה תבהיר, כפי שצוין אף בהחלטת הפצ"ר וכפי שיפורט להלן, כי פעילות הכוחות עלתה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבין-לאומי, לרבות בהיבטים הנוגעים לחובה לנקוט אמצעי זהירות לפני תקיפה, ובפרט בצורך לנקוט את כל הצעדים הישימים בנסיבות העניין במטרה לוודא שמדובר ביעדים לגיטימיים לתקיפה, על מנת לצמצם ככל הניתן פגיעה אגבית באזרחים.

60. לעמדת המדינה, אירוע מבצעי צבאי אינו אירוע פלילי "רגיל", ויש לבחון אותו תחת "משקפיים מבצעיים". פסיקת בתי הדין הצבאיים ופסיקתו של בית המשפט הנכבד הכירה לאורך השנים בכך שאת סטנדרט ההתנהגות הסבירה המצופה מחיילים במסגרת פעילות מבצעית אין לבחון "בתנאי מעבדה", ויש להתחשב בנסיבותיו המבצעיות של האירוע, ולהביאן בחשבון הן ביחס לבחינת התנהגות הכוח הלוחם, הן ביחס להשלכותיה, ובפרט לעניין האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין פלילי של הלוחם שפעל בנסיבות מבצעיות. כך נקבע בהקשר זה בבג"ץ 1971/15 אלמסרי נ' הפצ"ר (פורסם באר"ש, 18.7.17):

"התנהלותם של חיילי צה"ל במצבי חירום ולחץ, אליהם נקלעו גם במקרה דנן, אינה צריכה להבחן בתנאי "מעבדה" של בית המשפט".

61. כידוע, הערכאה אשר בוחנת ברגיל את אחריותם הפלילית של חיילים בגין ביצוע עבירות מבצעיות, היא מערכת בתי הדין הצבאיים. בית הדין הצבאי לערעורים קבע כבר לפני שנים את הדברים הבאים, שצוטטו והובאו מאוחר יותר גם בפסיקתו של בית המשפט הנכבד **בעניין אישה :**

"מן הראוי להבהיר כי אין מקום להחיל, כאילו הדבר מובן מאליה, את קני המידה המקובלים לקביעת הרשלנות בתנאים של אימונים או תרגילים, על תנאים של פעילות בתנאי לחימה. אין חולק כי התנאים בשני המצבים שונים שינוי מהותי. לעניננו צריך להדגיש במיוחד את הבעייתיות הכרוכה בתהליך הבחירה בין דרכי פעולה ותגובה, את השפעת תנאי הלחץ על תפקודו של אדם, ואת העובדה כי בתנאי קרב מוטל עומס אחריות גדול יותר ואתו סמכויות החלטה, לעיתים מכריעות, על המפקד בזירת הפעולה [...] ביצוע המשימה כרוך בדרך כלל בסיכונים, ולעיתים קשה לומר איזוהי הדרך הבטוחה יותר ואיזו פחות. זהו מצב שבו כשרו ויכולת עמידתו של אדם באים לידי מיצוי מירבי, וענין קביעת אותו מכנה משותף או דגם הקרוי 'האדם הסביר' בנסיבות כאלה, הוא בעיית הרבה יותר".

עוד נבקש להפנות לפסיקתו של בית המשפט בע"פ 4497/18 **מדינת ישראל נגד בן דרי** (פורסם באר"ש, 19.8.18):

"עלינו לנהוג בזהירות יתירה שעה שאנו בוחנים את פעולותיהם של אנשי כוחות הביטחון סביב פעילות מבצעית או במצבי לחימה. בחינה זו אינה יכולה להיות 'סטריילית', בתנאי מעבדה, תוך הפעלת חכמה שלאחר מעשה, אלא עליה לקחת בחשבון את נסיבות האירוע, תנאי השטח ותחושת הנפשות הפועלות בזמן אמת"

62. לחיזוק עמדתנו, לפיה יש להיזהר מניתוח "מנותק מהשטח" שאינו לוקח בחשבון את מאפייניה הייחודיים של קבלת החלטה בתנאי לחץ וחירום, נפנה לאמור בדבריו של בית משפט נכבד זה, בהרכב תשעה, בפסק דינו של הנשיא א' ברק בע"א 5604/94 **אוסמה חמד נ' מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, פס"ד מיום 12.1.2004):

"אכן, כאשר שוטרים או חיילים פועלים בתנאי לחץ וחירום שלא הם גרמו, המונעים מהם שקילה ובחינה רגילים של החלופות והמחייבים החלטה מהירה שלא ניתן להתכונן אליה מראש, יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה, אין לנתק את התנהגותם מהתנאים שסבבו אותה. אין להעתיק את ההתנהגות ל"תנאי מעבדה".

63. לסיכומה של סוגיה זו, נטען כי לנסיבות המבצעות של האירוע השלכות משמעותיות באשר להחלטה שהתקבלה באירוע. בהתאם לתובנה שהתגבשה אצל הכוחות, על בסיס המידע שהיה בפניהם אותה עת, לפיה מספר פעילים מהכוח הימי יתכנסו במתחם הצבאי לשם היערכות לביצוע פעילות לחימה כנגד צה"ל, היה עליהם לקבל החלטה מהירה, וזאת מתוך החשש הממשי שהתגבש אצלם, לפיו הפעילים הצבאיים של החמאס יבצעו, בטווח זמן מיידי פיגוע; ומההבנה כי חלון הזמנים לביצוע התקיפה מוגבל.

64. כעת, יבקשו המשיבים להידרש לגופם של דברים, ולבאר מדוע דינה של העתירה להידחות לגופה.

לגופם של דברים

65. העותרים טוענים כמה וכמה טענות במישור העובדתי, נגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה. נידרש לטענות אלו אחת לאחת.

66. העותרים טוענים כי לא היה מקום "להפליל" את הילדים כפעילים, בהתחשב במסד הנתונים שהיה בפני הכוחות, ולכל הפחות, היה ניתן בזמן אמת לזהות שמדובר בילדים. עוד נטען כי הגדרתו של אזור התקיפה כמתחם צבאי סגור לא הייתה מבוססת. **לעמדת המדינה, דין טענות אלו להידחות מכל וכל.**

67. כמפורט לעיל, לאחר תום החקירה, כלל ממצאיה הועברו לבחינת הפצ"ר, ולאחר שהוגשו השגותיהם של העותרים – הדברים נבחנו גם בפרקליטות המדינה ועל בסיס חוות הדעת שהוגשה על ידי פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה. וכך לאחר בחינת חומר הראיות **החליטו גורמי האכיפה הבכירים ביותר, כי אין מקום לנקוט צעדים משפטיים כנגד מי מהמעורבים באירוע.** החלטה זו הסתמכה על הממצאים העובדתיים שנאספו בחקירה המקצועית, המעמיקה והיסודית שנערכה ביחס לאירוע.

68. כאמור הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה ביססו החלטותיהם על העדויות שנגבו, על מסמכים הנוגעים לתקיפה ועל סרטון שתיעד את התקיפה בזמן אמת.

בהחלטותיהם עלה כי התהליך כולו – משלב ההתרעה הראשונית ועד ביצוע התקיפה עצמה – בוצע באופן סדור ומחושב, בהתאם לנהלים ותוך הקפדה על יישום דיני הלחימה בסיטואציה הנדונה, לרבות בהיבטים הנוגעים לעמידה בעקרון ההבחנה, לנקיטה באמצעי זהירות לפני תקיפה, ולבחינת מידתיות התקיפה לפני הוצאתה אל הפועל, קרי – קיום הערכה כי הנזק האגבי הצפוי מהתקיפה לאזרחים ולרכוש אזרחי אינו מופרז ביחס ליתרון הצבאי הצפוי להיות מושג מתקיפה זו.

69. מממצאי החקירה עלה במפורש, כי **הכוח התוקף סבר כי הדמויות הנתקפות הן כוח צבאי של החמאס הנערך לפעילות לחימתית נגד צה"ל.**

זאת, בראש ובראשונה, על בסיס מידע מודיעיני קונקרטי שהתקבל, בעקבותיו התגבשה תובנה לפיה לכוח הימי של חמאס יש כוונה להוציא פעילות טרור נגד כוחות צה"ל ממתחם זה, בטווח זמן מיידי. אשר על כן, היה על הכוחות לפעול במקרה זה במהירות ובנחישות, ולסכל פיגוע אפשרי של הכוח הימי של חמאס.

70. לטענת העותרים, המתחם לא היה מתחם סגור, ולכן לא היה ניתן "להפליל" את הדמויות החשודות על סמך הימצאותן במתחם. תימוכין לכך שהמתחם לא היה מתחם סגור, ניתן למצוא, לטענתם, בכך שהילדים נכנסו ויצאו מהמתחם בקלות, ובכך שהילדים הגיעו למתחם כחצי שעה לפני האירוע.

אף דין טענות אלו של העותרים להידחות. מהמידע שהיה בידי כוחות צה"ל בזמן אמת עלה, כי מתחם זה היה מוכר לכוחות צה"ל לאורך זמן כמתחם צבאי סגור ומגודר של החמאס, שמאויש בזמן שגרה באמצעות שומרים בעמדת השער. כמו כן, מהחומר ומהתצהירים שצורפו לעתירה עלה, כי גם האוכלוסייה המקומית הייתה מודעת לכך שהמתחם משמש את המשטרה הימית ואת חמאס. מנגד, לא הייתה בידי כוחות צה"ל כל אינדיקציה לכך שאזרחים עשויים להיכנס לאותו מתחם.

על אף האמור לעיל, ועל מנת לנקוט משנה זהירות נוסף, גם בזמן התקיפה עצמה הכוחות הסתייעו באמצעי תצפית, כדי לבדוק שאין נוכחות אזרחים במקום. ואכן, במהלך כל האירוע, לא זיהו הכוחות נוכחות נוספת פרט לנוכחות הדמויות.

מעבר לכך, עמדה לנגד עיני הכוחות תמונת התצפית שהצביעה על תנועתן המהירה של הדמויות החשודות לעבר מכולה ששימשה לאחסון ציוד לחימה. על בסיס תנועות אלה, התחזקה בקרב הכוחות הסברה לפיה מדובר בפעילי טרור.

לעניין המתחם, נבקש להפנות גם לאמור בסעיף 22 להחלטת היועץ המשפטי לממשלה:

"... מדובר בשאלה עובדתית, כאשר הראיות ובפרט הסרטון ועדויות הילדים שהיו במקום, עומדות בסתירה לטענתכם. כאמור, סרטון התקיפה מאמת את גרסת הצבא ביחס למיקום הילדים בתוך המתחם, בסמוך למכולת האמל"ח של החמאס, וכך גם התצהירים שצורפו על ידכם, מהם עולה שהילדים היו בסמיכות למכולה בעת הירי, ואז החלו להימלט עוד נציין, כי למיטב הבנתנו, מהסרטון עולה כי גם הטיל השני נורה כאשר הדמויות עוד היו בתוך המתחם, על אף שבזמן שחלף עד רגע הפגיעה, הם כבר יצאו מהמתחם ואולם עדיין היו בסמוך לו".

71. לטענת העותרים, הדמויות החשודות לא החזיקו דבר בידיהן, ולכן לא הייתה סיבה להניח שמדובר במחבלים, וניתן היה לזהות כי מדובר בילדים, לאור האופן בו הם רצו.

המדינה תטען כי טענה זו דינה להידחות, שכן התובנה המודיעינית של כוחות צה"ל הייתה כי פעילי הקומנדו הימי של חמאס מתכנסים במתחם לשם היערכות לביצוע פעולת לחימה נגד צה"ל.

על כן, אין הכרח שפעילים כאמור יישאו אמצעי לחימה או חפץ מפליל אחר, בעת שהותם במתחם. משכך, עצם העובדה שאותן דמויות לא זוהו כנושאות חפצים מסוימים לכשעצמה, לא היוותה אינדיקציה לכך שאין מדובר בפעילים צבאיים.

72. למותר לציין כי לפי העולה מממצאי החקירה, הכוח התוקף לא זיהה בזמן אמת כי הדמויות החשודות הן ילדים. מסקנה זו עולה במפורש מחומר הראיות.

כך מסרטון התקיפה, המתעד את התקיפה ואת השיח בקשר שהתקיים אודותיה, עלה כי הכוחות סברו כי הדמויות החשודות הן פעילי הכוח הימי וכי בזמן אמת לא התעורר ספק אצל אף אחד מהגורמים באשר לזהות הדמויות החשודות כבגירים. כן הובהר במסגרת החקירה, כי במקרים רבים אחרים בהם זוהו ילדים בסביבת יעד שעמד להיתקף, התקיפה נעצרה באופן מיידי, אף לאחר שהתקבלו האישורים הנדרשים לתקיפה.

יודגש שזיהוי אותן דמויות כפעילי הקומנדו הימי של חמאס לא נעשה בחלל ריק, אלא בעיצומה של לחימה פעילה במסגרת מערכת 'צוק איתן', ותחת איום קונקרטי ותנאי לחץ שהצריכו מענה מיידי. לא זו אף זו, כאמור בפירוט העובדתי בתגובה זו, על מנת למצות את החקירה, הסרטון אף הועבר לבחינת גורם צבאי בעל מומחיות בעניין, ובפרט בבחינת אמצעי תצפית בהקשר של תקיפות, שלא היה מעורב בתקיפה, כדי לבחון האם לפי חוות דעתו המקצועית ניתן היה לזהות כי הדמויות החשודות הן ילדים. לאחר שצפה בסרטון קבע הגורם המומחה, כי יש קושי לזהות שמדובר בילדים ולא במבוגרים. למותר לציין שקביעה זאת ניתנה בדיעבד, ולא בזמן אמת, תחת התנאים שבהם כוחות צה"ל נדרשו לקבל את החלטתם בעניין.

73. מכל מקום, לעניין טענות העותרים לפיהן בדיעבד ניתן היה לזהות כי מדובר בילדים – תבקש המדינה להבהיר כי בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי בחינת התנהלות הכוחות צריכה להיעשות מנקודת המבט של הגורם שאישר את התקיפה על בסיס המידע שעמד לרשותו ברגע התקיפה ולא בראיה שבדיעבד.

ראו לעניין זה: United States v. List, et al. (The Hostage Case), XI TRIALS OF US DoD Manual, Updated WAR CRIMINALS BEFORE THE NMT 1295-1296; Notification by the depositary addressed to the ICRC on 15 February 2016, para. 5.3.2; February 1991 (Translation provided by Germany upon ratification), para. 4; Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* para. 443 at 165-166 (3rd ed., 2016) (להלן – **דינשטיין (2016)**).

בענייננו, כאמור, המפקד הצבאי הגיע למסקנה כי הדמויות שזוהו הן פעילי הקומנדו הימי, על בסיס זיהוי המתחם בו שהו כמתחם צבאי סגור שאזרחים אינם נכנסים אליו, על רקע מידע מודיעיני קונקרטי שעל בסיסו התגבשה תובנה בדבר כוונה של הפעילים להתכנס בפרק הזמן הקרוב לשם היערכות ללחימה נגד צה"ל, ועל בסיס ראיות המתרחש במתחם בזמן אמת באמצעות אמצעי תצפית אווירי.

יפים לעניין זה אף דבריו של כבוד הנשיא ברק בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עיניים נ' ממשלת ישראל, סב(1) 507, בפסקה 57 (להלן – בג"ץ הסיכולים הממוקדים):

"...בית המשפט ישאל עצמו אם מפקד צבאי סביר יכול היה לקבל את ההחלטה שנתקבלה בפועל. השאלה הינה, אם החלטת המפקד הצבאי נופלת למתחם הפעילות הסבירה של מפקד צבאי. אם התשובה היא בחיוב, לא יחליף בית המשפט את שיקול הדעת הביטחוני של המפקד הצבאי, בשיקול דעתו הביטחוני של בית המשפט".

74. בעתירה נטען כי התקיפה השנייה בוצעה תוך חריגה מההוראות שכן היא בוצעה לאחר שהדמויות יצאו מהמתחם, ולא התקבלו האישורים הנדרשים לצורך תקיפה זו.

המדינה תטען כי גם טענה זו דינה להידחות, וזאת משני טעמים עיקריים: **הראשון**, כעולה מסרטון התקיפה, הטיל נורה כשהדמויות עוד שהו בתוך המתחם, ופגע בהן כשיצאו מגבולות המתחם; **שנית**, אין ממש בטענה כי לא התקבלו האישורים הנדרשים, שכן האישור ביחס לתקיפת הדמויות שזוהו כבר ניתן ונותר בעינו; יציאת הדמויות מהמתחם לא הביאה לביטולו של האישור, שכן היה כל העת קשר עין עם אותן דמויות ומשך ניתן היה לתוקפן, בכפוף לכך שהיה צריך לבחון האם אין באזור אזרחים בלתי-מעורבים העשויים להיפגע מהתקיפה, אפשרות שנשקלה ונשללה באמצעות השימוש באמצעי תצפית כאמור.

75. **נמצא כי התקיפות בוצעו תוך הקפדה על עקרונות ההבחנה והמידתיות.** הכוחות הלוחמים העריכו, על בסיס המידע המודיעיני הקונקרטי שהיה ברשותם באותה העת, כי הדמויות במתחם היו פעילי הקומנדו הימי של חמאס בהיערכות לפעולת לחימה, ושללו את האפשרות שמדובר באזרחים בלתי מעורבים. בהקשר זה יודגש, כי עקרון ההבחנה בדיני הלחימה אינו דורש ודאות מלאה ומוחלטת כי האדם או האובייקט מושא התקיפה הם מטרה לגיטימית לתקיפה, בפרט בשים לב לאופי האינהרנטי של לחימה בעצימות גבוהה בתנאי "ערפל קרב". לעניין זה ראו: דינשטיין (2016), פס' 395, 147-148. מעבר לכך, כאמור, יישומו של עקרון ההבחנה אינו נסמך על "חוכמה בדיעבד", ואת החלטת המפקד יש לבחון על בסיס המידע שהיה זמין לו בזמן אמת. היבט זה הודגש גם במסגרת החלטת היועץ המשפטי לממשלה, בסעיף 19:

"במקרה זה, מהתיעוד בזמן אמת של האירוע עולה כי הכוחות לא זיהו שמדובר בילדים או בבלתי מעורבים. אכן לצופה **מגובה פני הקרקע**, כעולה מהתמונות של עיתונאים שנכחו במקום, קל לראות שמדובר בילדים, ואולם כידוע מבחינה משפטית בחינת הדברים צריכה להיעשות מנקודת מבט של הגורם שאישר את התקיפה, שכאמור התבסס בגיבוש תמונת המצב העובדתית שעמדה לרשותו על תיעוד האירוע **מהאוויר**".

76. בהקשר זה, העותרים טוענים כי די בספק קל ביחס לזהות המטרה הנתקפת כדי לחייב השהיה של התקיפה ומפנים לפרשנות ארגון הצלב האדום לסעיף 150(1) לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה 1977 (להלן – הפרוטוקול).

ישראל אינה צד לפרוטוקול ולכן מחויבת לכלליו אך ורק ככל שהם משקפים משפט מנהגי. מצב דברים זה הוכר בעבר על-ידי בית המשפט הנכבד. לעניין זה, ראו **בבג"ץ הסיכולים הממוקדים**, פסקה 20.

אף אם נניח, לצורך הדיון, כי הסיפא של סעיף 150(1) לפרוטוקול משקפת, כלשונה, כלל מנהגי, הרי שגישת העותרים לבחינת הכלל אינה הגישה המקובלת ביחס לכלל זה. הבחינה צריכה להישען בראש ובראשונה על האופן בו מדינות מבינות את הכלל ומיישמות אותו.

לעניין זה ראו לדוגמה: United Kingdom, Declarations and reservations made upon the ratification of Additional Protocol I, URL: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument>; France, Declarations and reservations made upon ratification of Additional Protocol I, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=D8041036B40EBC44C1256A34004897B2>;

MILITARY MANUAL, Danish MoD, September 2016, par. 4.1.2; LAW OF WAR MANUAL, US Department of Defense, updated December 2016, par. 5.4.3.2 (יודגש שארצות הברית אינה חברה בפרוטוקול).

זאת ועוד, הגישה המוצעת על-ידי העותרים, שלטענתם נתמכת בעמדת ארגון הצלב האדום הבין-לאומי, אינה משקפת אף את עמדתו הנוכחית של הארגון עצמו. הצלב האדום ניסח מחדש את עמדתו בנושא במרוצת השנים, השמיט את ההתייחסות ל"ספק קל" בה נתלו העותרים ומציג כיום עמדה מסויגת, לפיה נדרשת **מידת ודאות שניתן להשיג באופן סביר בנסיבות העניין**.

ראו: INTERPRETIVE GUIDANCE ON THE NOTION OF DIRECT PARTICIPATION IN ; HOSTILITIES UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, ICRC 2009, p. 76 ; ICRC CUSTOMARY IHL DATABASE, Rule 6, URL: [HTTPS://IHL-DATABASES.ICRC.ORG/CUSTOMARY-IHL/ENG/DOCS/V1_RUL_RULE6](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule6) ;

בדומה לכך, העמדה המקובלת בקרב מומחים מובילים בתחום דיני הלחימה היא, כי הכלל שמשוקף בסעיף 150(1) אינו מציב רף של ודאות מוחלטת, לפיו די בספק קל על מנת לחייב השהיה של התקיפה.

ראו למשל –

Dieter Fleck, THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS (2 M. Schmitt & E. Widmar, 'On Target' Precision and Balance ; ed.) 2009, p. 188 in the Contemporary Law of Targeting, 7 Journal of National Security and Policy Yoram Dinstein, *The Special Dimensions of Urban Warfare*, ; (2014), p. 390 (Israel Yearbook on Human Rights 50 2020, par. 38).

כך או כך, המדינה תטען כי חומר החקירה מעיד בבירור כי הכוחות סברו בכנות כי זיהו ברמת ודאות גבוהה את הדמויות החשודות כפעילי טרור, ועל כן ממילא פעלו הכוחות באופן העולה בקנה אחד עם הוראות הדין בעניין.

77. עוד טוענים העותרים שהכוח התוקף הפר את חובתו לנקוט אמצעי זהירות. בין היתר העותרים מפנים לחובה לפי סעיף 57(2)(א) לפרוטוקול, לפיה על הגורם המתכנן או המבצע את התקיפה לנקוט את כל הצעדים הישימים בנסיבות העניין (feasible) במטרה לוודא שהמטרה שעומדת להיתקף היא אכן מטרה צבאית.

מבלי להידרש למעמדה של חובה זו כשלעצמה, ואם ישראל מחויבת לנוסח שלה כפי שמופיע בפרוטוקול הראשון, הרי שניכר שחובה זו אינה מוחלטת, ושבהתאם לקבוע בסעיף 57(2)(א), העמידה בה תלויה במידת ישימותה (feasibility). זאת, בין השאר לאור הנסיבות הקונקרטיות בשטח, הדחיפות בביצוע התקיפה, והאמצעים והמידע המודיעיני שנתונים לרשות הכוח באותה העת. ראו לדוגמה: United Kingdom Ministry of Defence, The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, para. 5.32.2 (2004); OFFICE OF THE JUDGE ADVOCATE GENERAL (CANADA), LAW OF ARMED CONFLICT AT THE OPERATIONAL AND TACTICAL LEVELS, para. 418 (2001); PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH AT HARVARD UNIVERSITY, COMMENTARY TO THE HPCR MANUAL ON INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO AIR AND MISSILE WARFARE, 126 (2013).

להרחבה בעניין זה, ובפרט ביחס להגדרה המקובלת למונח feasible בהקשר לחובה זו ובאשר לשיקולים שמקובל לראותם כרלוונטיים לבחינה האם במקרה קונקרטי יהיה זה feasible לוודא כי המטרה הנתקפת הינה מטרה צבאית, ראו: Noam Neuman, *A Precautionary Tale the Theory and Practice of Precautions in Attack*, Israel ; Eric Talbot Jensen, *Cyber* (2018) Yearbook on Human Rights, Volume 48, 29-40 *Attacks Proportionality and Precautions in Attack*, 89 INT'L L. STUD. 198, 209-211 (2013).

בבחינת המקרה שלפנינו, וכפי שעולה מחומרי החקירה, לאחר שהכוח התוקף הגיע למסקנה כי הדמויות הנחזות במתחם הן פעילי הכוח הימי של החמאס, על בסיס המידע המודיעיני שעמד לרשותו, ולאור הדחיפות בביצוע התקיפה, שכן ההבנה הייתה כי הדבר נדרש לסיכול פיגוע מתוכנן – היה זה סביר לבצע את התקיפה מבלי לנסות להמשיך לאמת את זהותן של אותן דמויות.

78. נשוב ונדגיש, כי ברקע האירוע עמדה הערכת הגורמים המבצעיים כי בטווח זמן מיידי ייעשה ניסיון חדירה של חוליית הכוח הימי של חמאס לעבר שטח ישראל לצורך ביצוע פיגוע, במתווה דומה לניסיון הפיגוע שהתרחש מספר ימים קודם לכן, גם הוא על ידי הכוח הימי של חמאס.

העותרים טוענים כי המקרים הקודמים אינם רלוונטיים לבחינת מקרה זה. ואולם, ניסיון הפיגוע הקודם, אשר הוצא לפועל באמצעות הכוח הימי של חמאס ימים ספורים קודם לכן, לצד הערכת הגורמים הרלוונטיים בדבר היתכנות הוצאה לפועל של ניסיון פיגוע נוסף, ממתחם הכוח הימי של חמאס, גרמו לכך שהכוחות הצבאיים היו דרוכים ביתר שאת ביחס לפעולות של הכוח הימי של חמאס בכלל, וביחס לפעילות במתחם הכוח הימי של חמאס בפרט. ואכן, הפגיעה בכוח הימי של חמאס (הקומנדו), הוגדרה כבעלת ערכיות מבצעית גבוהה.

79. העולה מן המקובץ הוא, כי ההחלטה לסגור את תיק החקירה ללא נקיטת צעדים משפטיים סבירה לאור הממצאים העובדתיים שנאספו בחקירה המקצועית, המעמיקה והיסודית שנערכה ביחס לאירוע. **ההחלטה נסמכת על תשתית ראייתית מספקת, וודאי אינה מקימה עילה להתערבות שיפוטית.**

80. בשולי הדברים נבקש לציין. העותרים התייחסו למסקנותיה של ועדת הבדיקה שמינתה מועצת זכויות האדם של האו"ם ביחס למבצע "צוק איתן". בכל הכבוד, עמדת המדינה היא שאין כל מקום להסתמך על מסקנותיה של ועדה זו, מהטעמים הבאים.

ראשית, לחברי הוועדה לא היו הבנה ומומחיות מקצועית חיונית בדיני הלחימה ובנושאים אופרטיביים. לוועדה גם לא הייתה גישה לרצועת עזה והיא הסתמכה במידה רבה על עדויות וחומרים חלקיים ובלתי מבוססים, במקרה הטוב. על אף זאת, הוועדה בחרה להניח הנחות עובדתיות חסרות בסיס ולקבוע קביעות עובדתיות מרחיקות לכת. כך, לדוגמה, הוועדה הסיקה מהעובדה שהיו נפגעים רבים בקרב אזרחים כי כוחות צה"ל פגעו באזרחים באופן מכוון או באופן שאינו מידתי. טענה זו משוללת כל יסוד, כמובן.

כתוצאה מחוסר המומחיות של חבריה, הוועדה ניתחה סוגיות שונות ניתוח משפטי שגוי והפגינה חוסר הבנה וידע ביחס לסוגיות אופרטיביות בלחימה. כמו כן, הדוח כולו התאפיין בחוסר אובייקטיביות מובהק וביקורתיות רבה נגד ישראל, לרבות מערכת הבדיקות והחקירות שלה, לעומת הטון הסלחני בו נקט כלפי חמאס. לדוגמאות מפורטות, ראו פנינה שרביט ברוך "דוח ועדת החקירה של מועצת זכויות האדם ביחס למבצע 'צוק איתן': ניתוח ביקורתי" המכון למחקרי ביטחון לאומי מזכר 160, בעמ' 61-65 (2016), המצוי בקישור

הבא <https://www.inss.org.il/he/wp-content/uploads/sites/2/systemfiles/memo160.pdf>

שנית, הוועדה מונתה על ידי מועצת זכויות האדם של האו"ם, גוף בעל הטיה אנטי-ישראלית ידועה (ראו מאמרה של פנינה שרביט ברוך, בעמ' 7-8). הדבר בא לידי ביטוי גם במנדט הוועדה, אשר הניח מראש את אחריותה של ישראל לחלק מהמעשים הנטענים. בנוסף, חלק מחברי הוועדה היו מוטים כנגד ישראל. יו"ר הוועדה, פרופ' ויליאם שאבאס, אף נאלץ להתפטר חודשים ספורים טרם פרסום מסקנות הוועדה לאחר שנחשף כי הסתיר את העובדה שנתן ייעוץ לארגון אש"ף ביחס להליכים נגד ישראל.

נוכח כל האמור לעיל, ישראל סירבה לשתף פעולה עם הוועדה, אם כי פרסמה דו"ח מקיף ביחס להיבטים עובדתיים ומשפטיים של המבצע, דו"ח המצוי בקישור הבא: <https://www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/InternationalLaw/UnitWork/DivisionOfStrategicAffairs/AllegedViolationsExaminations/Pages/ProtectiveEdge.aspx>

עמדת המדינה היא כי נפלו בפעילות ועדת הבדיקה שמינתה מועצת זכויות האדם של האו"ם פגמים חמורים בניתוח העובדתי והמשפטי, שבגינם אין כל מקום להסתמך על מסקנותיה.

דין הטענה ביחס להיעדרה של חקירה פלילית אפקטיבית להידחות

81. העותרים טוענים כי לא התקיימה חקירה פלילית אפקטיבית. המשיבים יטענו כי דינה של טענה זו להידחות מכל וכל.

כפי שפורט לעיל בהרחבה, האירוע מושא העתירה דנן, נבחן בצורה יסודית ומקיפה על-ידי מנגנוני הבדיקה והחקירה בצה"ל.

יודגש כי בהתאם למדיניות החקירות של הפצ"ר, האירוע מושא העתירה דנן, הופנה כבר **יום לאחר קרות האירוע**, לבחינת מנגנון הבירור המטכ"לי לבחינת אירועים חריגים במערכה הצבאית "צוק איתן".

מנגנון זה הוקם כחלק מתהליך יישום המלצותיה של ועדת טירקל, אשר בחנה את ההתאמה של מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה לכללי המשפט הבין-לאומי.

כזכור, הוועדה מצאה כי מנגנוני הבדיקה והחקירה הקיימים בישראל מתיישבים, בדרך כלל, עם חובותיה של מדינת ישראל לפי כללי המשפט הבין-לאומי והמליצה כי יוכנסו מספר שיפורים במנגנונים אלה.

הקמת המנגנון נעשתה בתיאום מלא עם היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם להמלצות ד"ר יוסף צ'חנובר, שעמד בראש צוות שמינתה הממשלה, בינואר 2014, ליישום המלצות ועדת טירקל.

המשימה של מנגנון הבירור המטכ"לי היא איסוף נתונים וחומרים רלוונטיים, ובירור עובדות לגבי אירועים חריגים שאירוע במהלך המערכה. זאת, על מנת לספק לפצ"ר מידע מלא ככל הניתן שיאפשר לו להחליט אם יש בסיס לפתוח בחקירה פלילית, וכן לצורך הפקת לקחים מבצעיים ומתן המלצות שיסייעו למנוע אירועים חריגים בעתיד. הנתונים והחומרים שייאספו על-ידי צוותי הבירור, וממצאי עבודתם, יועברו אל הפצ"ר, אשר יחליט, באופן מנומק, על דרך הטיפול המתאימה.

82. וכך בענייננו, מנגנון הבירור המטכ"לי תחקר את האירוע במשך כחודשיים. לאחר תום התחקור, הממצאים הועברו לבחינת הפצ"ר. ממצאי המנגנון ביססו יסוד סביר לחשד כי התקיפה בוצעה שלא בהתאם לכללים המחייבים את כוחות צה"ל. משכך, הורה הפצ"ר על פתיחה בחקירת מצ"ח, לבירור נסיבות האירוע.

83. חקירת המצ"ח שנערכה בתיק זה הייתה חקירה מעמיקה, יסודית, עצמאית ומקצועית. מיומן החקירות שמצורף לתיק עולה, כי במסגרת החקירה בוצעו פעולות חקירה רבות ומגוונות. בין היתר, במסגרת החקירה, נגבו עדויותיהם של אנשי צבא שהיו מעורבים בתקיפה האווירית, וכן עדויות מצד גורמים נוספים. בסך הכל נגבו 20 עדויות, לרבות עדויות מקצינים בדרגות בכירות.

כמו כן, אותר תיעוד מזמן אמת של האירוע, ובכלל זה, המידע המודיעיני שעליו נסמכו כוחות צה"ל, מסמכים הנוגעים לתקיפה וסרטון בו תועדה התקיפה בזמן אמת. בנוסף, גורמי מצ"ח ניסו לגבות את עדויותיהם של תושבי הרצועה אשר לכאורה היו עדים לאירוע, אך אלו לא הגיעו לפגישה שתואמה עימם. עם זאת, נדרשו המשיבים גם לתצהירים של תושבי עזה שהועברו למשיבים.

84. בניגוד לטענת העותרים לפיה החקירה התנהלה בצורה רשלנית, המדינה טוען, כי מעיון בחומר הראיות הרב שנאסף, ושהועמד לעיון העותרים, למעט חלקים שלא ניתן היה להציג לנוכח סיווגם, עולה בבירור, כי בחקירה מוצתה בחינתם של כלל אפיקי החקירה הרלוונטיים.

כך, במסגרת החקירה נמצא מידע מפורט ומעמיק על אודות תהליך התקיפה ועל השיקולים שעמדו בבסיס התקיפה. הגוף החוקר עשה מאמץ לאסוף את מירב הממצאים העובדתיים, ולהגיע לחקר האמת, ואכן, נאספה תשתית ראייתית משמעותית, מפורטת ומעמיקה. כל זאת, במסגרת חקירה עצמאית, שנוהלה ללא משוא פנים, באפקטיביות וביסודיות.

85. לפיכך, לעמדת המדינה, אין ממש בטענת העותרים לפיה לא התקיימה חקירה פלילית אמיתית ואפקטיבית.

כזכור, לחקירה קדמה בדיקת מנגנון הבירור המטכ"לי, שנפתחה יום לאחר התקיפה, במסגרתה נאספו הממצאים הדרושים לצורך קבלת החלטה בדבר קיומו של חשד המוביל לפתיחה בחקירה פלילית. המנגנון עבד ביעילות ובזריזות. סמוך לאחר קבלת ממצאיו, הורה הפצ"ר על פתיחה בחקירת מצ"ח.

במהלך החקירה, נאספו מסמכים הנוגעים לתקיפה וכן סרטון המתעד את התקיפה ואת השיח לפניה ובמהלכה. החומרים שפכו אור על השתלשלות האירועים, ולאחר בחינתם לא נמצא כי קיים חשד כי בעל תפקיד מסוים עבר עבירה פלילית. על כן הוחלט שלא לחוקרם תחת אזהרה, ולא היה כל צורך לערוך עימות ביניהם. ככל שהיה עולה חשד לביצוע עבירה פלילית על ידי אחד העדים במהלך העדות, היה נדרש לעצור את העדות ולהזהיר את העד. אולם הדבר לא קרה, והעדויות חיזקו את התמונה שעלתה מהחומרים שנאספו בתחילת החקירה.

86. אשר על כן, יטענו המשיבים כי דין טענות העותרים בעניין החקירה, להידחות אף הן.

"ניגוד העניינים המוסדי" שבו מצוי הפצ"ר

87. העותרים טוענים כי הפצ"ר נתון בניגוד עניינים אישי ומוסדי, שכן הוא אמון הן על הייעוץ המשפטי שניתן למפקדים והן על ההחלטה בדבר העמדתם לדין פלילי.

עמדת המדינה היא כי דין טענה זו להידחות מכל וכל בשל היותה משוללת כל יסוד. טענת העותרים לניגוד עניינים נטענת בעלמא ואינה מבוססת על תשתית עובדתית למעט טענות בדבר המבנה המוסדי של תפקיד הפצ"ר.

88. למעלה מן הצורך, נשיב בקצרה כי הפצ"ר פועל באופן עצמאי, ענייני ומקצועי, וללא משוא פנים. תפקיד הפצ"ר נבחן גם על ידי הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (להלן – **ועדת טירקל**), אשר קבעה כי עצמאות הפצ"ר מתיישבת עם עקרון העצמאות שנקבע במשפט הבין-לאומי. כן מצאה הוועדה, כי תפקידו הכפול של הפצ"ר, כעומד בראש מערך התביעה הצבאית ובראש מערך הייעוץ המשפטי, מקובל גם במדינות נוספות בעולם. לעניין זה, ראו עמ' 328 ואילך בדו"ח השני של ועדת טירקל, המצוי בקישור הבא: https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/alternatefiles/he/turkel_heb_b1and2.pdf

בנוסף, יצוין כי בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, נקבע כי תפקידו של הפצ"ר הוא מתן ייעוץ משפטי לגופים צבאיים, וקבלת החלטות ביחס לחיילים במישור הפלילי. קרי, המחוקק קבע באופן מפורש כי הפצ"ר ימלא את שני התפקידים, ולא סבר כי הדבר מעורר קושי. זאת ועוד, החלטות הפצ"ר נתונות לביקורת על ידי גופים חיצוניים. כך, ניתן להגיש השגה על החלטת הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה, ואף להגיש עתירה לבג"ץ על החלטת היועץ המשפטי לממשלה בהשגה. וזאת כפי שנעשה במקרה שלפנינו.

מכל מקום, נשוב ונציין, שהאירוע מושא העתירה נבחן גם על ידי גורם "אזרחי" מפרקליטות המדינה, אשר בחן את חומרי הבדיקה לעומקם ובמנותק מניתוח הפרקליטות הצבאית. לאחר מכן, הדברים נבחנו על ידי פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה ועמדת הפצ"ר אושרה על ידי גורמים "אזרחיים" אלו.

89. אשר על כן, דין טענות העותרים, אף בעניין זה, להידחות.

סוף דבר

90. כמפורט, האירוע המצער מושא העתירה נחקר באופן יסודי ומעמיק על-ידי מצ"ח. מהחקירה עלה, כי שיקול דעתם של כלל הגורמים שהיו מעורבים באירוע היה סביר בנסיבות העניין, וכי התקיפה האמורה לא חרגה מהוראות הדין, מפקודות הצבא או מהכללים שבדיני הלחימה החלים על האירוע הנדון. משלא נתגלתה חריגה כאמור, ממילא לא קמה אחריות פלילית למי מהמעורבים בהקשר לאירוע זה. אשר על כן, החליט הפצ"ר לסגור את תיק החקירה ללא נקיטת צעדים משפטיים כנגד מי מהמעורבים באירוע.

בהמשך נבחן האירוע גם על-ידי פרקליט המדינה והיועץ המשפטי לממשלה. לאחר בחינה מקיפה של הראיות שנאספו בחקירה וכן שקילת מכלול השיקולים הרלבנטיים, החליט היועץ המשפטי לממשלה, בהמלצת פרקליט המדינה, ובהחלטה מפורטת ומנומקת, כי יש לדחות את ההשגה על החלטת הפצ"ר.

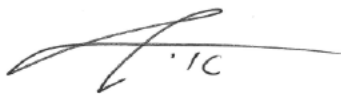
91. בנסיבות אלה, המדינה תטען כי העותרים לא הציגו תשתית עובדתית או משפטית המצביעה כי עניינם נופל בגדר אותם מקרים נדירים ויוצאי דופן, בהם יתערב בית המשפט הנכבד בהחלטותיהן של רשויות אכיפת החוק והתביעה, והדברים נכתבים בלשון המעטה; זאת, בשים לב לטיפול המקיף, הראוי והמקצועי באירוע, כמתואר לעיל.

92. על יסוד כל המפורט, תטען המדינה כי דין העתירה להידחות.

היום,

י"ב אדר תשפ"א

24 פברואר 2021



אילנית ביטאן, עו"ד

סגנית בכירה במחלקת הבג"צים
בפרקליטות המדינה



רועי שויקה, עו"ד

ממונה על ענייני בג"צים
בפרקליטות המדינה

בג"ץ 8008/20

תוכן עניינים נספחים

שם הנספח	נספח
צילום תרגום עדויות תושבי המקום	מ/ש 1
צילום החלטת היועץ המשפטי לממשלה בהשגה מיום 9.9.2019	מ/ש 2

מש/1

צילום תרגום עדויות תושבי המקום



יחידת	מצ"ח	דרום
בסיס	מצ"ח	באר-שבע
טל:		0753-3161/2
פקס:		0753-3352
קידומת	אזורית:	08-6298
חק	(7)	63
תאריך:		14.10.14

15

דף: 1/2

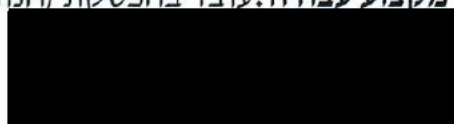
זכ"ד תרגום

(1) אני טור' באסל גאנס, בלש במצ"ח ב"ש, דובר השפה העברית והערבית ברמה טובה, ולהלן תרגום המסמך מהשפה הערבית לשפה העברית:

מרכז אל מיזאן לזכויות האדם

דף עדות

הנושא: עד על ירי על ילדי משפחת בקר.
אני הח"מ: פהד באסם עבד אל פתאח אבו סולטאן.
תאריך לידה: 19/9/1988
מקצוע עבודה: עובד בהפסקת (חנות) אל שראע.



אני מצהיר אחרי שהוזהרתי שאני יגיד את האמת או שאני גורם לעצמי לאחריות משפטית:

אני הח"מ פהד עבד אל פתאח אבו סולטאן, בגיל 26, רווק, גר עם משפחתי שבנויה מ-8 נפשות בבית סבא שלי מ-3 קומות קרוב ממידאן אל שוהדא 2 (כיכר חללי) בקייטנת החוף מערב לעזה, עובד בהפסקת אל שראע שנמצאת ממול לים (והיא חצר ומטבח להכנת משקאות וכמה כסאות ושולחנות, ובד שהוא מכסה הצד הדרומי להפסקה, ושטחה 500 מטרים, ונמצאת על חוף ים עזה, קרוב מנמל הציידים מאחורי כמה מלונות-האנדלוס והביצ' ואולם אבו הוידי לחתונות, והיא בבעלות בשיר אבו וטפה, ורחוקה ההפסקה לכיוון צפונה מהלשון הצפוני שמורחב בים ושייך לנמל הציידים בסביבות ה-150 מטרים). בסביבות השעה 11:00 בבוקר של יום רביעי בתאריך 16/7/2014 יצאתי מביתנו באמצעות האופנוע שלי לבית מחמד בשיר אבו וטפה שנמצא קרוב מביתי והוא הבן של בעל ההפסקה, ביקשתי ממנו מפתח של המטבח שלה כדי שאלך ולבדוק אותה, נתן לי אותו ואמר לי: עוד שעתיים אני בא להפסקה, ואז הלכתי להפסקה, ובהגעתי פתחתי את הדלת של המטבח ישבתי והפעלתי טלוויזיה, אחרי שעתיים או טיפה יותר הגיע מחמד אבו וטפה, ישבנו במטבח ואחרי יצאתי לחצר של ההפסקה ותוך כדי עמידתי ראיתי 8 ילדים משחקים קרוב מלשון הנמל, וחזרתי לשבת עם מחמד במטבח ותוך כדי ישביתנו שמעתי קולות של פיצוצים רחוק מהמקום. אחרי זמן קצר בשעה 2:00 מהערב של אותו יום, שמעתי קול פיצוץ קרוב מהמקום ויצאתי ישר מהמטבח אני ומחמד אבו וטפה לחצר של ההפסקה, ראיתי הרבה אבק במקום, אחרי זה ראיתי בסביבות 4 ילדים רצים לכיוונינו וקוראים אומרים: בן דודי מת.. בן דודי מת, ובקשנו מהם לברוח מהמקום ושיתפזרו, וזה מהפחד מהירי להמקום עוד פעם, אבל לא הקשיבו לנו, עמדו ליד ההפסקה, ורחוקים מאיתנו כמה מטרים, אחרי כמה רגעים שמעתי קול פיצוץ ונפלתי על האדמה, אחרי זה קראתי למחמד כדי לבדוק שהכל טוב איתו, לא

"...וכל אשר יעשה יצליח"



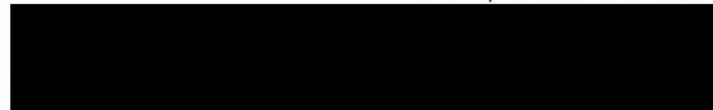
ט 2

ד"ר	מ"צ	יחידת
באר-שבע	מ"צ	בסיס
0753-3161/2		טל:
0753-3352		פקס:
08-6298	אזרחית:	קידומת
141/14	(7)	חק 63
29.10.14		תאריך:

2/2:ףד

ענה לי, נסיתי לעמוד ולא הצלחתי, הרגשתי כאבים בגב ובבטן, התחלתי להתהפך ואז קרעתי את הבד של כיסוי הקיר של ההפסקה ועשיתי בו פתח ראיתי מתוכו שני ילדים שכובים על האדמה, אחד מהם שכוב בסביב פח אשפה רחוקה לדרומה מההפסקה 5 מטרים לערך והאחר שכוב ורחוק מהראשון בסביבות 4 מטרים לכיוון מערב, אחרי התחלתי לצרוח, ראיתי שני עיתונאים מחזיקים מצלמות ואזרחים עומדים קרוב מהמלונות, קראתי להם ולא שמעו אותי. אחרי רגע בא אמבולנס והעבירו את השני ילדים ולא ראו אותי, קראתי להם אבל הקול שלי היה חלש ואז ראיתי עיתונאי מרים מצלמה מתקרב להפסקה וכאשר הלך מסביב הכיסוי הוצאתי את ידי מהבד של הכיסוי ותפסתי את הרגל שלו ואז הרים אותי ישר והעביר אותי לאמבולנס שהיה באזור. הוא לקח אותי, ומאז ידעתי שאני בבית חולים אל קיודס שנמצא בשכונת תל אל הווא, ונשארתי שם בסביבות ה-12 ימים, ואחרי הבדיקות הרפואיות התברר שאני פצוע מ-7 רסיסים בבטן, שגרם לחתך הורידים אצלי, ועוד רסיס באזור הגב, וזה שגרם לי לצלוע בהליכתי.

חתימתי בתאריך: 12/10/2014.



- (2) פרט לכך לא על דבר ממסמך זה.
- (3) כראיה לנכונות הדברים באתי על החתום:

חתימת המתורגמן

סמל סמל
(שם ומשפחה)

8039369
(מ.א.)
607
(דרגה)

"...וכל אשר יעשה יצליח"



32

יחידת	מצ"ח	דרום
בסיס	מצ"ח	באר-שבע
טל:		0753-3161/2
פקס:		0753-3352
קידומת	אזורית:	08-6298
חק	(7)	14\14
תאריך:	18.10.14	63

אני המשרת ביחידת מצ"ח בתור בלש דובר השפה העברית והערבית ולהלן תרגום המסמך:

דף עדות

אני הח"מ: [Redacted] תאריך לידה: [Redacted]

כתובת: מוכיים אל שאט-ארד בקר-עזה. מקצוע: תלמיד בכיתה ה בבית ספר חסן אל בסרי.

הנדון עדות על הריגת 4 ילדים ופצע של 5 אחרים על החוף. אני מצהיר שאבא נמצא אחרי שהוזהרתי כדי להגיד את האמת ואם לא אני עבור על החוק: אני הח"מ הערבי נאסר פדל בקרה, בן 11, גר עם משפחתי שבנויה מ9 נפשות בביתי שנמצא בארד בקר קרוב מקרן תרבות נושעל, אני תלמיד בכיתה "ה" בבית ספר "חסן בסרי" שנמצאת קרוב מבית חולים "הריפוי", אבא שלי עובד צייד וגם האחים שלי, בשעה 3:00 בערב של יום הרביעי, 16/7/2014 הלכתי אני בליווי של קרובי המשפחה, אסמאעיל מחמד סובחי בקר(10 שנים), עאהד עטאף עאהד בקר(10 שנים), לא מוכן עאהד סובחי בקר(10 שנים), מחמד ראמז עזאת בקר(11 שנים), ואל מונתסר באללה עאהד סובחי בקר(11 שנים), מחמד כמיס בקר, לחוף אל עאימה(הלשון המערבי לנמל הציידים מאחורי אולם אבו הויד), הלכנו לשם אחרי שהשתעממנו ממצב המלחמה והירי מישראל, אחרי שהרגשני שהירי הפסיק לזמן קצר, הלכנו לשם כדי לשחק, הגענו להחוף והתחלנו לשחק הכמה מקלים של עץ, ותוך כדי ראיתי עיתנואית סמוך למלון אלדירה מצלמת אותנו, לא התעניינתי בה, המשכנו לשחק והיינו שמחים וצוחקים, התרחק אסמאעיל ועצרועמד ליד חדר למשטרה הימית היה ריק ונמצא מעל הלשון המערבי ואמר.. לאמובן.. ירי עלי, ואנחנו נשארנו רחוקים ממנו ב10 מטרים לצפון בהחוף, ופתאום בסביבות השעה 3:30 מערב של אותו יום שמעתי פיצוץ גדול, נשכבנו על האדמה והרגשתי בפחד גדול, ואז ראיתי הברקס(החדר) יצא ממנו עשן, אחרי כמה רגעים הלכנו לכיוון אסמאעיל, ראינו אותו שוכב על האדמה ומדמם וגופתו נשרפת, התחלתי לצעוק ולבכות, ואז ברחנו מהפחד שיקרה עוד יירי, הלכנו לכיוון הצפון מזרח כדי לעזוב את המקום, הייתי יותר מהר מהם והיו כל חברי מאחורי, שמעתי עוד קול של פיצוץ, הסתכלתי אחרי וראיתי זכריא, עאהד ומחמד ראמז, שוכבים על האדמה וצורכים, הלך לכיוונם מונתסר מחמד כמיס ועוד שני ילדים, יצאו ממהפסקה של אבו וטפה כדי שיצילו אותם וכאשר התקרבו מהם שמעתי עוד קול של פיצוץ אחר, ונפלו כולם, ואני התחלתי לבכות עליהם, ואז באו אזרחים ואמבולנסים והעבירו את כולם, ואני חזרתי לביתי ו.. לאמובן.. שעאהד, זכריאף מחמד ראמז ומחד סובחי מתו, ונפצעו מונתסר, מחמד כמיס ועוד שניים ממשפחת אבו וטפה. החתימה בתאריך 17/7/2014. השם: אל ערבי נאסר פדל בקר. החוקר: סמיר אל מונאעמה.

חתימת החוקר

שם ומשפחה

(דרגה)

(מ.א.)

"...וכל אשר יעשה יצליח"



130

יחידת	מצ"ח	דרום
בסיס	מצ"ח	באר-שבע
טל:		0753-3161/2
פקס:		0753-3352
קידומת	אזורית:	08-6298
חק	(7)	14
תאריך:		29.10.14

דף: 1/2

זכ"ד תרגום

(1) אני טורי באסל גאנס, בלש במצ"ח ב"ש, דובר השפה העברית והערבית ברמה טובה, ולהלן תרגום המסמך מהשפה הערבית לשפה העברית:

מרכז אל מיזאן לזכויות האדםדף עדות

הנושא: עדותו ממוקדת על ילדי משפחת בקר על חוף ים עזה.
אני הח"מ: חמאדה כמיס סובחי בכר.

מקצוע עבודה: תלמיד בבית ספר "חסן אל בסרי".

כתובת: עזה-החוף-כביש בקר.

אני מצהיר אחרי שהוזהרתי שאני יגיד את האמת או שאני גורם לעצמי לאחריות משפטית:

אני חמאדה כמיס סובחי בגיל 13 שנה, גר באדמת אל בקר שנמצאת דרום לקייטנת החוף, מערב לעיר עזה, אני תלמיד בבית ספר "חסן אל בסרי". בסביבות 8:00 בבוקר של יום רביעי בתאריך 16/7/2014, נפגשנו אני ואחי, בני דוד מונתסר, זקריא, אסמאעיל, עאהד ובן דודה מחמד, קרוב לביתנו. הסכמנו ללכת לחוף הים כדי לשחות ולשחק שם ובאמת התכוונו ללכת לשם. בהגענו לחוף הים, קרוב מההפסקה (חנות) האל שראע שנמצאת מאחורי מלונות הביצ' והאנדלוס, ואולם אבו הוידי לחתונות וקרוב מלשון הנמל, התחלנו לשחק והמשכנו בלשחק עד השעה 12:00 בצהריים לערך באותו יום, החלטנו שנחזור לביתנו כדי שננוח קצת, ובאמת חזרנו בהליכה. בסביבות השעה 13:00 מאותו יום חזרנו כולנו עוד פעם לאותו אזור, התחלנו לשחק מחדש, ובסביבות השעה 14:30 מאותו יום שהיינו משחקים ורצים, רץ בן דודי אסמאעיל לכיוון קונטינר (חדר נייד ששייך למשטרה ימית ונמצא על לשון הנמל), פתאום שמעתי קול של פיצוץ וראיתי הרבה עשן יוצא מהקונטינר, רצנו כולנו לכיוון צפון מזרח, הגענו להפסקת אל שראע, וראיתי שתיים עומדים בתוך ההפסקה, אמרנו

"...וכל אשר יעשה יצליח"



120

יחידת	מצ"ח	דרום
בסיס	מצ"ח	באר-שבע
טל:		0753-3161/2
פקס:		0753-3352
קידומת	אזורית:	08-6298
חק	(7)	14
תאריך:		29.10.14

2/2:ף

להם שבן דודי מת, ובקשו מאיתנו שנעזוב את המקום, ועם רגשתנו לא עזבנו. פתאום שמענו קולות של שני פיצוצים אחד אחרי השני, ראיתי את כל האבק מכסה את המקום, אחרי כמה רגעים ראיתי בן דודי זקריא במצב שכיבה על האדמה וראיתי את הדם שמדמם אותו, וראיתי גם בן דודתי מחמד ששוב על האדמה, שמעתי אותו צורח ואז רצתי לכיוון מלון אל דירה, וכשהגעתי נפלתי על האדמה, והרים אותי האנשים לאמבולנס, שהעבירה אותי לבית חולים, ובאמצעות הבדיקות הרפואיות התברר שנפצעתי מרסיסים בחזה בכתף ובגב ונשארתי בבית חולים אל שארע בעיר עזה בסביבות ה 7 ימים.

חתימתי בתאריך: 22/9/2014.

החתימה: חמאדה כמיס בקר.

העורך דין: פוזי אבו שחאדה.

(2) פרט לכך לא על דבר ממסמך זה.

(3) כראיה לנכונות הדברים באתי על החתום:

חתימת המוֹתָרֵגֶמֶן

שם ומשפחה

(מ.א.) 8039369

(דרגה)

(שם ומשפחה)

"...וכל אשר יעשה יצליח"



ד"ר	מ"צ	יחידת
באר-שבע	מ"צ	בסיס
0753-3161/2		טל:
0753-3352		פקס:
08-6298	אזורית:	קידומת
14/14	(7)	חק 63
29.10.14		תאריך:

11

דף: 1/2

זכ"ד תרגום

(1) אני טורי באסל גאנס, בלש במצ"ח ב"ש, דובר השפה העברית והערבית ברמה טובה, ולהלן תרגום המסמך מהשפה הערבית לשפה העברית:

מרכז אל מיזאן לזכויות האדם

דף עדות

הנושא: עד על ירי על ילדי משפחת בקר על חוף הים העזה.
אני הח"מ: מחמד בשיר מחמד אבו וטפה.

מקצוע עבודה: עורך בהפסקה אל שראע.

אני מצהיר אחרי שהוזהרתי שאני יגיד את האמת או שאני גורם לעצמי לאחריות משפטית:

אני הח"מ מחמד בשיר מחמד אבו וטפה, בגיל 23 נשוי ויש לי ילד וילדה, גר בבית של אבא שלי שנמצא קרוב למידאן אל שוהדא בקייטנת החוף מערב מעיר עזה, עובד בהפסקה אל שראע שבעלה הוא אבא שלי והיא נמצאת על חוף הים ובדיוק מאחורי מלון אל אנדלוס, מלון הביצי, אל קומודור ואולם אבו הוידי לחתונות זה קרוב לנמל הציידים, שטח ההפסקה הוא בסביבות ה-500 מטרים היא בנויה מחצר וכמה כסאות, שלחונות ומטבח להכנת המשקאות, מרחקה מהכיוון הצפוני מלשון הנמל מורחב לכיוון מערב בים 150 מטרים לערך. בסביבות השעה 11:00 בבוקר של יום רביעי בתאריך 16/7/2014, בא לביתנו חבר שלי בעבודה פהד אבו סולטאן באמצעות אופנוע ויבקש ממני את המפתח של ההפסקה כדי שיבדוק אותה והודיע לי שהוא הולך אליה, נתתי לו את המפתח וסיכמתי איתו שאני אלך להפסקה כדי שאני אבדוק אותה גם אחרי שעה או שעתיים, הוא באמת עזב את המקום, ואני הלכתי אליה בסביבות השעה 13:30 באותו יום. בהגעתי להפסקה ראיתי כמה ילדים, הכרתי אותם, הם ממשפחת בקר הם שיחקו בחצר שנמצאת בין ההפסקה ולשון הנמל, נכנסתי למטבח וראיתי את פהד אבו סולטאן יושב שם וישבתי איתו, אחרי חצי שעה לערך שמעתי קול של פיצוץ חזק יצאתי במהירות מהמטבח ועמדתי בחצר של ההפסקה ראיתי עשן יוצא מהקווינטינר (חדר נייד שייך למשטרה ימית ונמצא על לשון הנמל) ומרחקו ממנו לכיוון דרומה בסביבות 150 מטרים, וראיתי ארבעה ילדים ממשפחת בקר רצים לכיווננו שמעתי אותם בוכים וצורחים, הגיעו אלינו ואמרו לי: בן דודי מת.. בן דודי נמצא בקווינטינר אז לקחתי את הפלאפון שלי כדי להתקשר לאמבולנס והכנסתי מספר 1 ואז 0 ותוך כדי זה שמעתי קול של פיצוץ אחר חזק מאוד ונפלתי על האדמה ניסיתי לעמוד ולא הצלחתי וראיתי הרבה אבק. אחרי רגע חזרתי לראות כמו שצריך ושמעתי את פהד צורח. עמדתי על רגלי וראיתי 3

"...וכל אשר יעשה יצליח"



100

דרום	מצ"ח	יחידת
באר-שבע	מצ"ח	בסיס
0753-3161/2		טל:
0753-3352		פקס:
08-6298	אזורית:	קידומת
101	(7)	חק 63
29.10.14		תאריך:

דף: 2/2

ילדים שכובים על האדמה בצד של פח אשפה רחוקה לכיוון דרום מההפסקה בסביבות ה-3 מטרים ויצאתי במהירות מההפסקה לכיוון ה-3 ילדים, הגעתי אליהם וראיתי אותם מדממים ניסיתי להרים אחד מהם ואני זוכר שהוא היה לבוש חולצה ירוקה אבל פתאום הרגשתי בפחד עצום ושמתי אותו על האדמה והתחלתי לרוץ במהירות לכיוון צפון מזרח. הגעתי לדלת האחורית של המלון ביצ' ופתאום שמתי לב שאני מדמם מהבטן וראיתי תוך כדי ילד פצוע וצורח, החזקתי לו את היד והתחלנו ללכת מהר עד שהגענו למלון אל דירה. הרגשתי בעייפות גבוהה וסחרחורת בראש איבדתי את ההכרה במקום שם ולא התעוררתי עד שהייתי על המיטה בתוך בבית חולים אל שיפא בעיר עזה ובאמצעות הבדיקות הרפואיות הופיע שנפצתי מרסיס בבטן.

חתימתי בתאריך 22/9/2014

חתימה: מחמד בשיר מחמד אבו וטפה

עורך דין: פאוזי אבו שחאדה

(2) פרט לכך לא על דבר ממסמך זה.

(3) כראיה לנכונות הדברים באתי על החתום:

חתימת המתורגמן

8039369	41	שם ומשפחה
(מ.א.)	(דרגה)	(שם ומשפחה)

"...וכל אשר יעשה יצליח"

מש/2

צילום החלטת היועץ המשפטי
לממשלה בהשגה מיום 9.9.2019

מדינת ישראל
משרד המשפטים
לשכת המשנה לפרקליט המדינה
(תפקידים מיוחדים)

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

לכבוד

עו"ד מונא חדד

ארגון "עדאלה" – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

עו"ד איאד אלעלמי

המרכז הפלסטיני לזכויות אדם

שלום רב,

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

לאחר שבחן את ההשגה שהוגשה ביחס לתיק זה, וכן את חוות הדעת שנערכה על ידי פרקליטות המדינה, החליט היועץ המשפטי לממשלה, על סמך המלצת פרקליט המדינה, לדחות את ההשגה בעניין אירוע מותם של ארבעה ילדים מבני משפחת בכר (עאהד עטאף בכר, זכריא עאהד בכר, מחמד ראמו בכר ואסמעיל מחמד בכר).

רקע והשתלשלות עניינים:

1. 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 בנמל עזה. הירי בוצע תחילה לעבר דמות שנמצאה בסמוך למכולה, ולאחר מכן לעבר ארבע דמויות שנמלטו מהמקום לאחר הירי הראשון. מאוחר יותר התברר, מדיווחי התקשורת, כי הדמויות שנפגעו הם ילדים בגילאים 9-11 (להלן: **האירוע**).
2. ביום 18.7.14 פנה ארגון "עדאלה" לגורמים שונים, בבקשה לפתוח בחקירת האירוע. במכתבו זה הלין הארגון, כי הפגיעה בילדים מהווה "הפרה בוטה של דיני הלחימה המגיעה לכדי פשע מלחמה". מכתב ברוח דומה, בצירוף תמונות מזירת האירוע, הוגש ביום 23.8.14 לפרקליטות הצבאית מטעם עו"ד איאד אלעלמי מ"המרכז הפלסטיני לזכויות האדם – PCHR". בסמוך לכך הועבר אירוע זה לבחינת מנגנון הבירור המטכ"לי.
3. ביום 10.9.14, השיבה הפרקליטות הצבאית לארגון "עדאלה", כי האירוע הופנה לבחינת מנגנון הבירור המטכ"לי לבחינת אירועים חריגים במבצע "צוק איתן", וכי הממצאים שנאספו על ידיו "ביססו יסוד סביר לחשד כי התקיפה בוצעה שלא בהתאם לכללים המחייבים את כוחות צה"ל, ומשכך, הורה הפצ"ר על פתיחה בחקירת מצ"ח לבירור נסיבות האירוע".
4. בסיומה של חקירת מצ"ח, ולאחר שנאספו ראיות ונגבו עדויות רבות מהחייילים 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 סגירה ל"עדאלה", בו פירטה את הסיבות העומדות בבסיס החלטה זו. בשורה התחתונה, צוין במכתב כי "לאור ממצאי החקירה, מצא הפרקליט הצבאי הראשי כי שיקול דעתם של כלל המפקדים שהיו מעורבים באירוע היה סביר בנסיבות העניין וכי לא היה באפשרותם לזהות, בזמן אמת, כי הדמויות שהותקפו הן ילדים, ואף לא לחשוד בכך" (להלן: **"החלטת הפצ"ר"**).
6. בעקבות החלטת הפצ"ר לסגור את תיק החקירה, הגיש עו"ד אלעלמי, ביום 12.8.15, השגה ליועץ המשפטי לממשלה. בכתב ההשגה הקצר נכתב, ללא הנמקות, כי הארגון משיג על החלטת הפצ"ר ומבקש לחדש את החקירה ביחס לאירוע. עוד צוין כי ברשות הארגון "טענות משפטיות וראיות שמוכיחות את מעורבות צה"ל באירוע".
7. נוסף על כך, ביום 23.8.15, הגישה עו"ד מונא חדאד מארגון "עדאלה", "ערר" ליועץ המשפטי לממשלה בעקבות החלטת הפצ"ר. בכתב הערר, כפי שיפורט להלן, הועלו מספר טענות עובדתיות ומשפטיות, וכן בקשה כי היועץ המשפטי לממשלה יורה על ביטול החלטת הפצ"ר ועל "פתיחה בחקירה פלילית, עצמאית ואפקטיבית" ביחס לאירוע, כמו גם על העברת חומרי החקירה לעיון הנפגעים ובאי כוחם.
8. בהמשך לפניית עו"ד אלעלמי, ובהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.5003 שעניינה "השגה על החלטות הפרקליט הצבאי הראשי בנוגע לחקירת אירועים שבהם נהרג אדם במהלך פעילות מבצעית של צבא ההגנה לישראל", העברנו ביום 20.8.15 בקשה לפרקליט הצבאי הראשי לקבלת כלל המידע והמסמכים הדרושים לשם בחינת הטענות, כמו גם את התייחסותו של הפצ"ר לכתבי ההשגה לגופם. עם קבלת ההשגה של "עדאלה" אף היא הועברה להתייחסות הצבא. במקביל ביקשנו מהפרקליטות הצבאית לאפשר במגבלות בטחון מידע את צילום תיק החקירה.
9. ביום 25.10.17 הושלמה העברת כלל החומרים מהצבא. לאחר בחינה ראשונית של חומרי החקירה, התבקשה הפרקליטות הצבאית, ביום 13.11.17, להתייחס למספר נקודות שעלו במסגרת ההשגה ובמהלך בחינת התיק. מענה לפנייה 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 המכילות 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" עיין בחומרי החקירה, התקבלה השלמת טיעון להשגה מטעמם. ביום 30.1.18 ביקשנו את התייחסות הפרקליטות הצבאית לטיעונים אלו, כמו גם לשאלות נוספות שהתעוררו במהלך בחינת ההשגה והתייחסות זו התקבלה ביום 6.6.18.

עיקרי ההשגה:

12. להלן פירוט הטענות שעלו בהשגה שהוגשה מטעם עו"ד אלעלמי, וב"ערר" 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 השעה 15:30, בעת שהילדים 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 ולפציעתם של חמישה אנשים נוספים. עוד נטען, כי בניגוד לטענות הצבא, הילדים כאמור לא שיחקו בשטח צבאי השייך לחמאס, אלא על חוף ים הקרוב לנמל הדייגים.

ב. הירי עמד בניגוד לעקרונות המשפט הבין-לאומי, תוך שנעשתה הפניה בהקשר זה לדו"ח "וועדת החקירה הבלתי תלויה של האו"ם בנושא עימות ישראל-עזה 2014" אשר מונתה ע"י מועצת זכויות האדם של האו"ם (דו"ח דיוויס), אשר התייחס למקרה, וקבע כי הצבא הישראלי הפר את עקרונות המשפט הבין-לאומי, זאת כיוון שלטענת הוועדה לא ננקטו צעדים מספיקים על מנת להימנע מפגיעה באזרחים. לטענת כותבי הדו"ח, ניתן היה להבחין שמדובר בילדים ולא במבוגרים (שכן היו נמוכי קומה), לא הייתה דחיפות בתקיפה (שכן לא נוהל מבצע קרקעי בסמוך) ולא ניתן היה לשלול שהות אזרחים באזור, לרבות ילדים (שכן המתחם נמצא סמוך מאוד לאזור מאוכלס, ולא היה ניתן להפלילם רק על פי הימצאותם במתחם).

ג. בהסתמך על דו"ח של ארגון Human Rights Watch, טענו בארגון "עדאלה" כי תצלומי הרסיסים שנמצאו בזירה מלמדים כי הירי בוצע באמצעות טילי "ספייק", המונחים על-ידי מצלמה המאפשרת לורה לראות את המטרה, וכי הכוחות שירו אותם היו יכולים לזהות כי מדובר בילדים ולנצור את האש. בנוסף, לטענת עו"ד אלעלמי, יש סרטון וידאו של האירוע ממנו עולה כי הירי בוצע על-ידי ספינות חיל הים שנמצאות קרוב לנמל, וכי באזור אף נכחו מטוסי תצפית של חיל האוויר. לדבריו, בשל תנאי מזג האוויר הטובים, אפשר היה לזהות כי הדמויות על החוף הן של ילדים. על כן, לטענתו, אירוע זה מהווה הפרה חמורה של דיני הלחימה. עו"ד אלעלמי, לא צרף ראיות התומכות בטענותיו האמורות.

ד. בהשגות נטען, כי נימוקיו של הפרקליט הצבאי הראשי בסגירת התיק, לפיהם ההחלטה לתקוף את הדמויות בוצעה על יסוד "תובנה מודיעינית", אינם מבוססים ואינם מגובים בראיות. נטען, כי על פי המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, "תובנה" שכזו איננה 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 להניח כי הדמויות הינן של אזרחים אותם אסור לתקוף. מסקנתו של צה"ל כי ניתן לתקוף את הדמויות רק על בסיס מיקומן, מהווה הפרה של עקרון ההבחנה.

ה. לטענת המשיגים, דפוס הריצה של ילדים הינו שונה משל מבוגרים, עניין שמראה כי הגורמים האחראים 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 מידי שבגינה התקיפה הייתה נחוצה.

ו. טענות נוספות עסקו באי יכולתו של מנגנון החקירה הקיים בצה"ל לנהל חקירה אפקטיבית, עצמאית ובלתי תלויה, ובכך שאין להטיל חיסיון על החומר שעמד בפני צוות הביורור המטכ"לי ובפני הפרקליט הצבאי הראשי.

ניתוח:

13. במסגרת חקירת מצ"ח מקיפה שנערכה 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 ע"י הפרקליטות הצבאית, כי על אף הניסיון של מצ"ח לגבות את עדויותיהם של תושבי הרצועה אשר לכאורה היו עדים לאירוע, עדים אלו לא הגיעו לפגישה שתואמה עימם. במסגרת בחינת ההשגה, ועל אף המשקל הראייתי המוגבל שיש לתצהירים במסגרת חקירה פלילית, בחנו את התצהירים אשר הועברו על ידכם לעומק.

14. מהחומרים שהועברו לעיוננו, ניתן ללמוד על השתלשלות האירועים ועל הנסיבות והגורמים אשר הובילו לביצוע הירי, אשר הביא לתוצאה המצערת של מות ארבעת הילדים. להלן נפרט את עיקרי הדברים:

א. ביום 8.7.14 פתח צה"ל, בהנחיית הדרג המדיני, במבצע "צוק איתן" ברצועת עזה, זאת 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 הצבאיים הרלוונטיים הייתה כי יעשה ניסיון נוסף בטווח זמן מידי לבצע תקיפה במתווה דומה. מבחינת גורמי הצבא, פגיעה 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 ימה של העיר עזה, ומופרד בצורה ברורה מחוף הים המשמש את האוכלוסייה האזרחית. מדובר במתחם צבאי סגור, תחום ומגודר.

ג. מהחקירה, לרבות מהתצהירים שצורפו על ידכם (וראו 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), הותקפה 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 תקיפות אלו, ועל בסיס מידע שלא ניתן לפרטו במסגרת מענה זה, התגבשה הערכה כי פעילים של הכוח הימי של חמאס (הקומנדו) יתכנסו במתחם הצבאי לשם היערכות לביצוע פעילות לחימה נוספת נגד צה"ל.

ה. בעקבות זאת, ולאחר שנערכו מספר בדיקות נוספות אשר תיקפו את ההערכה האמורה, הוחלט להעלות אמצעי תצפית אווירי לעבר המתחם האמור. **סמוך מאד למועד קבלת**

המידע האמור ולבדיקות שנעשו לתיקופו, זיהה אמצעי זה מספר דמויות שנכנסו בריצה למתחם, לכיוון המכולה שהותקפה יום קודם לכן, אשר שימשה לאחסון ציוד לחימה.

1. ריצה לאזור המכולות של הקומנדו הימי של החמאס, המצוי במתחם סגור של החמאס ואשר הותקף זה מקרוב, על רקע המידע המודיעיני האמור שהתקבל סמוך מאד לכך, ועל רקע אירוע חדירת החוליה לאזור מחנה זיקים, הביאו לתובנה כי מדובר בפעילי הכוח הימי של חמאס, אשר הגיעו למתחם לשם היערכות לביצוע פעילות לחימה נגד צה"ל. בסביבות השעה 16:00, ביצע צה"ל תקיפה מהאוויר נגד אותן דמויות. מעיון בכלל החומרים עולה כי בשום שלב של האירוע לא זוהו הדמויות כילדים.

2. נציין, כי בין החומרים אשר נבחנו על ידינו מצוי סרטון המתעד את התקיפה ואת השיח בקשר שהתקיים אודותיה. אף מחומרים אלו ניתן ללמוד כי הכוח התוקף סבר שמדובר בכוח צבאי של החמאס ולא זיהה כי מדובר בילדים.

יתרה מכך, מהחומרים עולה, כי הכוח וידא באמצעות פעולות בדיקה שנעשו לפני התקיפה ובמהלכה, כי מעבר לדמויות שזוהו בטעות כלוחמים, אין בלתי מעורבים באזור, זאת הן בשלב התקיפה עצמה, והן בשלב הריצה אל מחוץ למתחם. בהקשר זה, ניתן לציין כי במהלך התקיפה התנהל בקשר שיח בו ביקש הכוח התוקף לברר מהם בדיוק גבולות המתחם, בו להבנתו אמורים להימצא אנשי חמאס בלבד, שכן מבחינת הכוח התוקף עם היציאה מהמתחם עולה לכאורה החשש לפגיעה בבלתי 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.

ח. במסגרת בדיקת הטענות לפיהן ניתן היה להבחין בזמן אמת כי מדובר בילדים, הועבר הסרטון לבחינת גורם צבאי בעל מומחיות בעניין, שלא היה מעורב בתקיפה, על מנת לבחון האם לטעמו ניתן היה לזהות כי מדובר בילדים. לאחר שצפה בסרטון, בדיעבד, בתנאים הנעדרים את המידות ואת הלחץ המאפיינים פעולות לחימתיות, מסר אותו גורם, כי קשה מאוד לזהות שמדובר בילדים ולא במבוגרים. משכך, ובניגוד לעולה מההשגה ולפיה נוכח הגובה ודפוס הריצה של הדמויות ניתן היה לזהות כי מדובר בילדים, הבחינה המקצועית שנעשתה במסגרת החקירה לימדה כי היה קיים קושי רב להגיע למסקנה זו. בהקשר זה נשוב ונזכיר כי ההחלטה על ביצוע התקיפה התקבלה כאמור בתנאים של לחץ ומיידיות המאפיינים פעילות לחימה וכי מתמליל הקשר עולה בבירור, כי הכוח לא היה מודע לכך שמדובר בילדים.

ט. כאמור, במסגרת בחינת ההשגה בחנו ארבעה תצהירים, אשר נגבו בחודשים שלאחר האירוע, ואשר הועברו למצ"ח על-ידי מרכז אל-מיזאן. שניים מהתצהירים היו של ילדים שהשתייכו, לפי הטענה, לקבוצת הילדים שהותקפה, ושני תצהירים היו של אנשים ששהו במקום הסמוך לאזור התקיפה.

י. הקטין אל ערבי נאסר פדל בכר הצהיר כי "הלכנו לשם כדי לשחק, הגענו לחוף והתחלנו לשחק עם כמה מקלות של עץ... התרחק אסמאעיל ועצר **ועמד ליד חדר המשטרה הימית** שהיה ריק ונמצא מעל הלשון המערבי... פתאום בסביבות השעה 3:30... שמעתי פיצוץ גדול, נשכבנו על האדמה והרגשתי בפחד גדול, ואז ראיתי החדר יוצא ממנו עשן, אחרי כמה רגעים הלכנו לכיוון אסמאעיל, ראינו אותו שוכב על האדמה ומדמם וגופתו נשרפת".

הקטין חמאדה כמיס סובחי בכר סיפר כי "רץ בן דודי אסמאעיל **לכיוון קונטיינר (חדר המשטרה הימית)**, פתאום שמעתי קול פיצוץ וראיתי הרבה עשן יוצא מהקונטיינר, רצנו כולנו לכיוון צפון מזרח..."

יא. מחמד אבו וטפה, ששהה בחנות סמוכה לחוף, הוסיף: "שמעתי קול פיצוץ חזק, יצאתי במהירות מהמטבח ועמדתי בחצר של ההפסקה (החנות), ראיתי עשן יוצא **מהקונטיינר (חדר המשטרה הימית)** ומרחק ממנו לכיוון דרום בסביבות 150 מטרים, ראיתי ארבעה ילדים ממשפחת בכר רצים לכיווננו".

יב. מתצהירים אלו עולה בבירור, כי בניגוד לנטען בהשגה, הטענה ולפיה הילדים לא שהו במתחם של החמאס, אלא על חוף הים בסמוך לבתי המלון, הינה טענה שאין לה בסיס, אשר נסתרת מהתצהירים שהועברו על ידיכם. מהתצהירים שצורפו לתיק עולה כי הילדים אכן שיחקו סמוך לקונטיינר של המשטרה הימית, ולאחר הירי הראשון החלו בבריחה, אז נפגעו על-ידי הטיל השני. תצהירים אלו מתיישבים עם הראיות הקיימות בתיק, וסותרים כאמור את טענתכם.

15. מהאמור לעיל, ועל בסיס המידע שהיה בידי הכוח הצבאי בזמן אמת, המסקנה אליה הגיעו הכוחות ולפיה הדמויות אשר זוהו הינם פעילים של החמאס המתכנסים במתחם הצבאי לשם היערכות לביצוע פעילות לחימה, הייתה סבירה בנסיבות העניין.

16. הכוח סבר, שנוכח טיב המקום, בסיס סגור של החמאס, הרי שלמרות התקיפות הקודמות במקום אנשי החמאס עדיין נמצאים/מגיעים למתחם, וכי נוכח התקיפה שבוצעה, לרבות בסמוך לאירוע, כניסה למקום המשמש את החמאס, לא תיעשה על-ידי בלתי מעורבים אלא על-ידי אנשי החמאס. גם בכך היה כדי לחזק את ההחלטה 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 מתקיפה. יתרה מכך, מחומר החקירה עולה כי התהליך כולו – משלב ההתרעה הראשונית ועד ביצוע התקיפה עצמה, בוצע באופן סדור ומחושב, בהתאם לנהלים, ועירב גורמים רבים בתהליך, על מנת לבצע התקפה מדויקת, שקולה ואפקטיבית ככל הניתן.

18. נדגיש, כי מבחינת דיני הלחימה, המבחן המשפטי אינו האם בדיעבד היה אפשר להגיע למסקנה אחרת, אלא האם היה זה בלתי סביר מצד הגורמים שפעלו בהקשר האמור להגיע למסקנה שמדובר בפעילים צבאיים.

19. במקרה זה, מהתיעוד 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 בחינת הדברים צריכה להיעשות מנקודת המבט של הגורם שאישר את התקיפה, שכאמור התבסס בגיבוש תמונת המצב העובדתית שעמדה לרשותו על תיעוד האירוע **מהאוויר**.

20. כאמור, במסגרת החקירה ולצורך בירור האפשרות האם יכול היה הכוח התוקף לזהות שמדובר בילדים, נבחנה, בדיעבד, באמצעות צפייה בסרטון התקיפה, יכולתו של איש צבא שלא היה מעורב בתקיפה והמתמחה בשימוש באמצעי התקיפה בו עשה שימוש צה"ל, לזהות האם מדובר בילדים. מהודעתו עולה כאמור כי "קשה מאד לזהות שמדובר בלא מבוגרים".

21. מניתוח העובדות העולות מהתיק בראי דיני המלחמה, עולה, כי התקיפה בוצעה תוך עמידה בעקרונות ההבחנה, החובה לנקוט באמצעי זהירות לפני תקיפה והמידתיות. זאת, מאחר שכאמור היא כוונה לעבר אנשים שזוהו כלוחמים, תוך נקיטה באמצעי זהירות שנועדו למזער את הסיכון לפגיעה באזרחים, בנסיבות בהן ההערכה הייתה כי אזרחים לא צפויים להיפגע מהתקיפה. מהעדויות בתיק אף עולים המודעות הרבה והרצון להימנע במידת האפשר מפגיעה בבלתי מעורבים, ולהימנע מביצוע ירי במקרים מעין אלה. אחד הקצינים העיד כי "אני יכול להגיד לך שבמהלך המשמרת הזו ספציפית ובמהלך כל המבצע חדלנו תקיפה בגלל שזיהנו פוטנציאל לפגיעה בילדים. יש לנו הגדרות חד משמעיות שאסור לפגוע בילדים... בעבר אני חדלתי אירועים שהיו מעורבים בהם ילדים / נשים... פה לא היה ספק שלא ניתן לזהות כי מדובר בילדים...". קצין נוסף, מסר: "אני רוצה לציין שאנחנו עושים הכל על מנת לוודא שבכל תקיפה שאנחנו מבצעים לא יפגעו בלתי מעורבים...".

התייחסות לטענות שונות המפורטות בהשגה:

22. **הטענה כי הילדים שנהרגו לא שיחקו בשטח הצבאי השייך לחמאס, אלא על חוף הים בסמוך לבתי המלון:** מדובר בשאלה עובדתית, כאשר הראיות, ובפרט הסרטון ועדויות הילדים שהיו במקום, עומדות בסתירה לטענתכם. כאמור, סרטון התקיפה מאמת את גרסת הצבא ביחס למיקום הילדים בתוך המתחם, בסמוך למכולת האמל"ח של החמאס, וכך גם התצהירים שצורפו על ידכם, מהם עולה שהילדים היו בסמיכות למכולה בעת הירי, ואז החלו להימלט. עוד נציין, כי למיטב הבנתנו, מהסרטון עולה כי גם הטיל השני נורה 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 ליורה לזהות כי מדובר בילדים ולבטל את התקיפה ברגע האחרון:** טענה זו נסמכת על קביעת דו"ח ארגון Human Rights Watch, שפורסם באינטרנט, וזו לשונו: "תצלומים של הרסיסים שנמצאו בזירת האירוע, שצולמו על-ידי עיתונאי אחר, מעידים על כך שהכוחות הישראליים השתמשו בטיילי ספייק... המצוידים במצלמה המאפשרת למפעיל לראות את המטרה גם לאחר שהטיל שוגר ולהסיט אותו ממסלולו במקרה שמתעורר ספק של הרגע האחרון באשר למטרה". מעבר לכך שהדו"ח והראיות עליהן הוא נסמך לא צורפו להשגה, ומשכך המשקל שניתן לתת להם הינו נמוך, הרי שמבדיקה עם הפרקליטות הצבאית עלה כי סוג התחמושת בו נעשה שימוש בתקיפה זו אינו מהסוג הנטען. עוד נמסר, כי יתכן שהממצאים שאותרו על-ידי ארגון Human Rights Watch מקורם בתקיפות קודמות, שכאמור בוצעו באתר, ובהם יתכן כי נעשה שימוש בתחמושת זו. בהקשר 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 בוטה של עקרון ההבחנה:** ברמה העובדתית, כעולה מהמפורט לעיל, התקיפה לא בוצעה רק על בסיס הימצאות הדמויות במתחם בלבד, אלא בעיקר על בסיס מידע קונקרטי שהתקבל ביחס לפעולה העתידה לצאת ממתחם זה, שהתווסף לזיהוי דמויות במתחם בסמיכות

למכולה אשר שימשה את הכוח הימי של החמאס. בנסיבות אלו, התקיפה בוצעה תוך הקפדה על עקרון ההבחנה. בהקשר זה יודגש, כי עקרון ההבחנה בדיני המלחמה **אינו דורש ודאות מלאה ומוחלטת** כי האדם או האובייקט נשוא התקיפה הינם מטרה לגיטימית לתקיפה – בפרט בנסיבות של לחימה בעצימות גבוהה בתנאי "ערפל קרב" – שכן המבחן המקובל הינו מבחן הנוגע **לסבירות ההחלטה**, קרי שלמפקד הצבאי שמקבל את ההחלטה על התקיפה תהיה **ודאות סבירה (reasonable certainty)** כי זו עולה בקנה אחד עם עקרון ההבחנה. יתרה מכך, כמפורט לעיל, נעשו מספר פעולות על מנת להימנע מפגיעה בבלתי מעורבים נוספים, מעבר לדמויות שזוהו בטעות כלוחמים, וגם בכך יש ללמד על ההקפדה של הכוח על דיני המלחמה, ובפרט החובה לנקוט אמצעי זהירות לפני תקיפה. מעבר לכך יצוין, כי ביצוע התקיפה נעשה אף בהתאם להוראות ולפקודות הצבאיות.

25. **העדר איום מיידי ודחיפות בביצוע התקיפה:** מרגע שזוהה יעד לגיטימי לתקיפה, ניתן לתקוף אותו בכל עת במהלך העימות המזוין, בכפוף לעקרונות המחייבים של דיני המלחמה. קיומם של איום מיידי או דחיפות אינם מהווים תנאי לתקיפה, אך עשויים להשפיע על בחינת המידתיות והיכולת לנקוט אמצעי זהירות. כאמור, בראיית הכוחות התוקפים היה מדובר בפעילים צבאיים שתקיפתם אינה צפויה לגרום לנזק אגבי, ולכן היא ממילא עומדת בבחינת המידתיות. על סמך תובנה זו, ננקטו, כאמור אמצעי זהירות שנועדו למנוע כל פגיעה אחרת בבלתי מעורבים. לבסוף, יצוין, כי הדחיפות בביצוע הפעולה נבעה כאמור מהחשש הממשי כי הפעילים הצבאיים של החמאס יבצעו, בטווח זמן מיידי, פיגוע במתווה דומה לזה שהתרחש בסמוך למחנה זיקים מספר ימים לפני כן, ומההבנה כי חלון הזמנים לביצוע התקיפה מוגבל. נסיבות אלו נלקחו בחשבון במסגרת בחינת סבירות ההחלטה, לרבות בהיבטים הנוגעים לחובה לוודא כי התקיפה איננה מכוונת כנגד אזרחים, כ"אמצעי זהירות לפני תקיפה"¹. במקרה דנן, חלון הזמנים הצר לביצוע התקיפה וההקשר הנוגע לחשש כי יבוצע פיגוע ע"י 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 הפצ"ר לסגירת התיק אינם מבוססים ולא מגובים בראיות:** קיים קושי להציג תמונה מלאה בדבר הבסיס העובדתי שהביא לזיהוין של הדמויות במתחם כפעילים צבאיים, משום שהיא מתבססת על מידע מסווג שלא ניתן לחשוף אותו. עם זאת, נעשה בתיק

¹ אף לפי הפרוטוקול הראשון, שכידוע ישראל איננה צד לו ואינו בהכרח בעל מעמד מנהגי, החובה לוודא כי התקיפה חוקית מוגבלת למקרים בהם הדבר בר-ביצוע (feasible), קרי מעשי או אפשרי למעשה (practicable or practically possible), תוך לקיחה בחשבון של כל הנסיבות שחלו בעת קבלת ההחלטה, לרבות שיקולים הומניטאריים 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: Military 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 HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (2010) 38-39, Rule 1(q).

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

27. הטענה כי מנגנון החקירה הקיים בצה"ל אינו מקיים את דרישת המשפט הבין-לאומי

לחקירה אפקטיבית ועצמאית: האירוע הנדון נבחן באופן מקיף 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 המטכ"לי לבחינת אירועים חריגים במבצע 'צוק איתן', אשר הוקם כחלק מתהליך יישום המלצותיה של ועדת טירקל, בברכתו של ד"ר צ'חנובר, 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", והדברים מדברים בעד עצמם. בעקבות ממצאי מנגנון הברור המטכ"לי, נפתחה חקירה פלילית ממצה בתיק זה. איננו מוצאים בסיס לטענותיך הכלליות בדבר מנגנוני בדיקה וחקירה אלה. המשטרה הצבאית החוקרת, טיפלה ומטפלת בתיקים פליליים רבים נגד אנשי צבא, ולא נראה שיש תימוכין לטענה כי אין מדובר בחקירה אפקטיבית ועצמאית.

28. **דו"ח דיוויס:** המסקנות המופיעות בדו"ח דיוויס לא התבססו על החומרים המצויים בתיק החקירה ביחס לאירוע זה, ולא נומקו ראייתית. כעולה מהפירוט לעיל, התקיפה האמורה, על אף תוצאותיה המצערות, בוצעה בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי ופקודות הצבא, והיא אינה מקימה 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 ארבעה ילדים, היא מצערת מאד. עם זאת, עיון בחומרי החקירה, הבנת השתלשלות העניינים, התעמקות בתהליך קבלת ההחלטות 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 התברר למרבה הצער כי מדובר בילדים ששיחקו במקום.

30. כאמור, על אף התוצאה המצערת של האירוע, לא מצאנו כשל בהתנהלות הכוחות המעורר חשד לפלילים. תוצאה מצערת, אינה מעידה, כשלעצמה, על הפרת הדין או על כשל בעת קבלת ההחלטה. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט העליון, המתייחסים לכך שיש להיזהר מניתוח "מנותק מהשטח" שאינו לוקח בחשבון את מאפייניה הייחודיים של קבלת החלטה בתנאי לחץ וחירום:

'אכן, כאשר שוטרים או חיילים פועלים בתנאי לחץ וחירום שלא הם גרמו, המונעים מהם שקילה ובחינה רגילים של החלופות והמחייבים החלטה מהירה שלא ניתן להתכונן אליה מראש, יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת תנאים מיוחדים אלה. אין לנתק את

ההתנהגות מהתנאים שסבבו אותה. אין להעתיק את ההתנהגות ל"תנאי מעבדה" (ע"א 5604/94 אוסמה 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 בנוגע לאירוע מצער זה.

בברכה,


שלומי אברמזון, עו"ד

ממונה בלשכת המשנה לפרקליט המדינה
(תפקידים מיוחדים)

העתק:

היועץ המשפטי לממשלה

פרקליט המדינה

המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט בין-לאומי)

המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים)

הפרקליט הצבאי הראשי

התובע הצבאי הראשי