

25.10.2016

לכבוד

ד"ר אביחי מנדלבלית

היועץ המשפטי לממשלה

רח' צלאח א-דין 29

ירושלים 91010

ובפקס: 02-6467001

שלום רב,

הנדון: ערר על החלטת הפצ"ר לסיים את הטיפול באירוע הפגיעה במתחם UNRWA ברפיח

במהלך המבצע הצבאי "צוק איתן"

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

מדובר בערר על החלטת הפרקליט הצבאי הראשי מיום 24.8.2016 לסיים את הטיפול באירוע הנדון ללא פתיחה בחקירה פלילית וללא נקיטת צעדים נוספים כלפי מי מהמעורבים. הערר מוגש ליועץ המשפטי לממשלה בהתאם להנחייתו מס' 4.5003 בנושא השגה על החלטות הפצ"ר בנוגע לחקירת אירועים שבהם נהרג אדם במהלך פעילות צבאית (להלן: "הנחיות היועץ המשפטי").

יצוין, כי בגין האירוע הנדון הוגשו שתי תלונות לפצ"ר בדרישה לפתוח בחקירה בגין חשד להפרה חמורה של דיני הלחימה במהלך המבצע המכונה "צוק איתן". הראשונה, הוגשה ביום 31.8.2014 בשם מרכז עדאלה וארגון אלמיזאן, והשנייה ביום 23.2.2015 באמצעות משרד עורכי דין רפיק ג'בארין בשםם של יתרת העוררים.

נכון למועד הגשת הערר, התקבלה תשובה בעניין סיום הטיפול באירוע מטעם הפצ"ר רק בגין התלונה השנייה וזאת ביום 24.8.2016, וכן פורסמה הודעה לתקשורת מטעם הפרקליטות הצבאית באותו יום (עדכון מס' 5 הכולל עדכון בקשר לאירוע הנדון). בקשתם של מרכז עדאלה ומרכז אלמיזאן מיום 30.8.2016 לקבל התייחסות לתלונתם מיום 31.8.2014 וכן בקשתם להעמיד לרשותם חומר החקירה אשר עמד בפני הפצ"ר בעת קבלת החלטתו לא זכו לכל התייחסות. על כן, במידה ותהיה תשובה מטעם הפצ"ר ויועבר המידע המבוקש, העוררים שומרים לעצמם הזכות להשלים את הטיעונים מטעמם בערר זה.

עובדות האירוע בקצרה

1. ביום 3.8.2014, בסביבות השעה 10:40 בבוקר, במהלך תקופת הלחימה בעזה במבצע המכונה "צוק איתן", תקף חיל האוויר של הצבא הישראלי באמצעות טיל אופנוע ליד בית הספר "א" לבנים ברפיח. בית

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

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

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

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

הספר הופעל באותה עת על ידי סוכנות הסעד והתעסוקה של האו"ם - אונר"א ושימש מקלט חירום עבור כ-3,000 אזרחים אשר נמלטו מבתיהם כתוצאה מההתקפות הישראליות ותפסו שם מחסה (להלן: "בית הספר").

2. כתוצאה מהתקפה זו, נפצעו לפחות 30 אזרחים ונהרגו 14 אזרחים - שני אזרחים אשר רכבו על האופנוע בקרבת בית הספר, שני רוכלים קטינים אשר העמידו דוכניהם ליד שער בית הספר, שומר בית הספר מטעם אונר"א, ו-9 אזרחים אחרים, ביניהם 6 ילדים, עקורים אשר תפסו מחסה בבית הספר, ולהלן פרטיהם:

- א. איה מוחמד ג'אנס אבו רג'אל, בת 4 שנים;
- ב. מונדר מוחמד ג'אנס אבו רג'אל, בן 6 שנים;
- ג. סאכר בסאם סולימאן אלקשף, בן 7 שנים;
- ד. טארק זיאד סלימאן אבו ח'יתלה, בן 9 שנים;
- ה. עומר טארק סעיד אבו אלרוס, בן 16 שנים;
- ו. חאזם עבד-אלבאסט עבד-אלפתאח אבו הילאל, בן 25 שנים;
- ז. אחמד ח'אלד עלי אבו חרבה, בן 14 שנים;
- ח. יוסף אקרם סאלח אל-סקאפי, בן 16 שנים;
- ט. עז-אדין וליד מחמד אבו סנימה, בן 12 (נפטר ביום 8.8.2014);
- י. נאדיה פוזי חסין אבו חמד, בת 26 (נפטרה ביום 7.8.2014);
- יא. ג'מאל עבד אלרחמאן חמזה אבו לבדה, בן 50 (נפטר ביום 11.10.2014);
- יב. מדחת פאיז מחמד גיאד, בן 31 (נפטר ביום 7.2.2015);

האזרחים אשר רכבו על האופנוע:

- ג. אחמד כמאל עבד אלנחאל, בן 25;
- יד. איסמעיל סמיר סולימאן שלוף, בן 17.

** מצ"ב תעודות פטירה של ההרוגים, המהווים חלק בלתי נפרד מערר זה, סומנו כנספח "א".

3. לאחר האירוע ובאותו יום 3.8.2014, הנציב הכללי של אונר"א ומנהל אונר"א גינו בחריפות את ההתקפה הישראלית על בית הספר. בהודעתם צוין כי אונר"א הודיעה לצבא הישראלי אודות מיקום בית הספר ועדכנו את הצבא ב-33 הזדמנויות נפרדות כי בית הספר משמש כמקלט עבור אנשים עקורים, כאשר העדכון האחרון היה שעה לפני ההתקפה. הם קראו לרשויות הישראליות לפתוח בחקירה מיידית של האירוע.

** מצ"ב עותק מהודעת האונר"א מיום 3.8.2014, המהווה חלק בלתי נפרד מערר זה, סומן כנספח "ב".

4. בנובמבר 2014, החליט מזכ"ל האו"ם להקים ועדת חקירה פנימית של האו"ם (UN Board of Inquiry, להלן: "ועדת המזכ"ל") כדי לבחון ולחקור את האירועים שהתרחשו במהלך "צוק איתן" שבהם נפצעו ו/או נהרגו עובדי האו"ם ו/או נפגעו מתקניו. ממשלת ישראל שיתפה פעולה עם ועדה זו ובעניין האירוע הנדון, מסרה לוועדה אותה גרסה אשר צוינה בתשובת הפצ"ר נשוא הערר ואשר תפורט להלן.

5. יצוין, דוח ועדת המזכ"ל עצמו נפרש על פני 207 עמודים, ונלוו אליו 160 נספחים הכוללים ראיות, הצהרות עדים, דוחות חקירה לרבות תיעוד לסוגי התחמושת, דוחות רפואיים, תמונות, צילומי וידאו, קלטות אודיו, הגשות מארגונים לא ממשלתיים, פגישות ועוד. על אף היותו מסמך פנימי ובשל חשיבות ממצאיו, ועדת המזכ"ל פרסמה תקציר לדוח באפריל 2015.

6. הוועדה הגיעה למסקנה לפיה ישראל אחראית לפגיעה בשבעה מתקנים של אונר"א אשר שימשו כמקלטים לאזרחים, ביניהם בית הספר נשוא הערר, ושבהם נהרגו 44 פלסטינים ו-227 נוספים נפצעו.

לתקציר דוח ועדת המזכ"ל, ראו: <http://blog.unwatch.org/index.php/2015/04/27/full-text-un-board-of-inquiry-on-gaza>

7. בעניין המקרה הנדון של ההתקפה על בית הספר, הוועדה הגיעה לממצאים העובדתיים הבאים (עמ' 4 ו-10 לתקציר הדוח):

א. ביום 11.7.2014, המתאם של האו"ם והנציב הכללי של אונר"א שלחו מכתב לשר הביטחון הישראלי עם רשימה של כל מתקני האו"ם בעזה וביניהם בית הספר ברפיח. הם הדגישו את חובת ישראל לשמור ולהגן על המתקנים, העובדים ושטחי האונר"א, ערך קדוש שאין לחללו, זאת בהתאם למשפט הבינלאומי, כולל האמנה הבינלאומית בדבר זכויות יתר וחסינויות של האו"ם משנת 1946.

ב. כל בתי הספר של אונר"א, כולל בית הספר נשוא הערר, שלחו עדכונים והיו בתיאום עם מתאם פעולות הממשלה בשטחים (מתפ"ש) ומנהלת התיאום והקישור (מת"ק) ושלחו להם עדכונים פעמיים ביום עם קואורדינטות גאוגרפיות של המתחמים בהם נעשה שימוש כמקלטי חירום.

ג. בית הספר ממוקם בעיר רפיח המאוכלסת בצפיפות ובעת ההתקפה הוא שימש כמקלט חירום אשר תפסו בו מחסה 2,700 – 2,900 אזרחים אשר נמלטו מבתיהם.

ד. בין השעות 10:40 – 10:45 בבוקר, הצבא הישראלי שיגר טיל אשר פגע ברחוב במרחק של 5-6 מטרים משער בית הספר. כתוצאה, בני אדם נהרגו, ביניהם שומר מטעם אונר"א אשר היה באותה עת בתוך מתחם בית הספר. בין 25 - 30 בני אדם נוספים נפצעו. הוועדה מצאה כי הטיל כוון לעבר אופנוע עליו רכבו שלושה אנשים.

פניות העוררים לפצ"ר עד לקבלת החלטתו נשוא הערר

8. סמוך לאחר האירוע הנדון וביום 31.8.2014, פנו ארגוני עדאלה ואלמיזאן במכתב לשר הביטחון, הפצ"ר וליועץ המשפטי לממשלה בדרישה לפתוח בחקירה בגין האירוע הנדון ושלושה אירועים נוספים בהם הותקפו בתי ספר של אונר"א על ידי הצבא הישראלי בעיר דיר אל-בלח, בשכונת זייתון ובמחנה הפליטים ג'באליה, אשר היוו מקלטים לאלפי אזרחים. העוררים דרשו לפתוח בחקירה פלילית עצמאית בגין האירועים הנ"ל בשל חשד רציני להפרת המשפט הבינלאומי ההומניטארי עקב פגיעה ישירה באזרחים והריגתם.

** מצ"ב עותק ממכתב הארגונים, המהווה חלק בלתי נפרד מערר זה, סומן כנספח "ג".

9. ביום 1.9.2014, התקבלה תשובה מטעם ראש לשכת היועץ המשפטי לממשלה לפיה הטיפול באירוע הועבר לעו"ד רועי שיינדרוף, משנה ליועץ המשפטי לממשלה (בינלאומי), אשר הודיע לארגונים ביום 27.11.2014 כי האירועים מצויים בבחינה אצל גורמי הפרקליטות הצבאית.
- ** מצ"ב עותק ממכתבי התשובה מיום 1.9.2014 ומיום 27.11.2014, המהווים חלק בלתי נפרד מערר זה, סומנו כנספחים "ד" ו-"ה", בהתאמה.
10. ביום 23.2.2015, נשלחה דרישה נוספת לפתיחה בחקירה בשם של פצועים ובני משפחותיהם של ההורגים כתוצאה מההתקפה נשוא ענייננו באמצעות משרד עורכי דין רפיק ג'בארין.
- ** מצ"ב עותק מהמכתב מיום 23.2.2015, המהווה חלק בלתי נפרד מערר זה, סומן כנספח "ו".
11. משלא התקבלה כל תשובה ו/או התייחסות מטעם גורמי הפרקליטות הצבאית, ביום 27.7.2015, חזרו העוררים ופנו לפרקליטות הצבאית בדרישה לקבלת מענה לפנייתם. העוררים עוד הפנו לדוח ועדת החקירה העצמאית של האו"ם לחקר אירועי הסכסוך בעזה (להלן: "ועדת האו"ם"), אשר בחנה, בין היתר, את אירועי הפגיעה במתחמי אונר"א ופרסמה את הדוח מטעמה ביום 22.6.2015 (ממצאי הוועדה יפורטו להלן).
- ** מצ"ב עותק ממכתב העוררים מיום 27.7.2015, המהווה חלק בלתי נפרד מערר זה, סומן כנספח "ז".
12. ביום 9.11.2015, התקבלה תשובה מטעם הפרקליטות הצבאית לפיה האירועים המפורטים במכתב העוררים, הכוללים את האירוע נשוא הערר, מצויים בבדיקה. זאת, למעט אירוע הפגיעה בבית הספר של אונר"א בג'באליה אשר הועבר בהחלטת הפצ"ר לחקירת מצ"ח.
- ** מצ"ב עותק מתשובת הפרקליטות הצבאית, המהווה חלק בלתי נפרד מערר זה, סומן כנספח "ח".
13. העוררים חזרו ופנו לפרקליטות הצבאית ביום 7.6.2016 לצורך קבלת עדכון אודות מצבם של ההליכים באירועים הנ"ל. ביום 24.8.2016 התקבלה תשובת הפצ"ר בעניין האירוע נשוא הערר בלבד ולפיה הוחלט על סיום הטיפול באירוע ללא פתיחה בחקירה.
- ** מצ"ב עותק ממכתב העוררים מיום 7.6.2016, המהווה חלק בלתי נפרד מערר זה, סומן כנספח "ט".
14. יצוין ויודגש כבר עתה, לתשובתו של הפצ"ר לעיל, שהינה נשוא הערר, לא צורפו כל אסמכתאות ו/או עדויות ו/או כל חומר נוסף אשר עליו התבססה החלטתו שלא לפתוח בחקירה. נכון למועד כתיבת שורות אלה, פניותיהם של העוררים להעמיד לרשותם את חומר החקירה אשר עמד בפני הפצ"ר בעת קבלת החלטתו לא נענו.
- ** מצ"ב מכתבי העוררים מיום 30.8.2016 ומיום 20.9.2016, המהווים חלק בלתי נפרד מערר זה, סומנו כנספחים "י" ו-"יא", בהתאמה.

החלטת הפצ"ר נשוא הערר

15. כאמור, ערר זה מוגש על החלטת הפצ"ר אשר התקבלה במשרד עורכי דין רפיק ג'בארין ביום 24.8.2016 וכן פורסמה בהודעת הפרקליטות הצבאית לעיתונות באותו יום. לפי ההחלטה, מצא הפצ"ר כי פעילות

כוחות הצבא הישראלי לא מעוררות חשד סביר לביצוע עבירה פלילית ומשכך, הוא הורה על סיום הטיפול באירוע ללא פתיחה בחקירה פלילית וללא נקיטת אמצעים נוספים כלפי מי מהמעורבים באירוע הנדון.

16. לגישתו של הפצ"ר, מהממצאים העובדתיים אשר נאספו על ידי מנגנון הברור המטכ"לי, אליו הועבר המקרה לבחינה, והוצגו לפצ"ר עולות העובדות הבאות:

א. בית הספר סומן על ידי הצבא הישראלי כ"אתר רגיש" אשר פעילות צבאית בקרבתו מחייבת נקיטת זהירות מיוחדת. והוא אף סומן כי שימש באותה עת כמחסה לאזרחים אשר התפנו מבתיהם.

ב. ביום 3.8.25014 הצבא הישראלי איתר שלושה אנשים רכובים על אופנוע ועל בסיס "מידע מודיעיני" זוהו כפעילים צבאיים אשר הוחלט לתקוף אותם, זאת כאשר "היעד הסופי של רוכבי האופנוע לא היה ידוע לגורמים המבצעיים".

ג. "תקיפת הפעילים הצבאיים תוכננה לביצוע באמצעות חימוש מדויק, בעל ראש נפץ מוקטן, באופן שיאפשר להשיג את תכלית ההתקפה תוך צמצום הסיכון לפגיעה באזרחים ובכלי רכב חולפים".

ד. לאחר שיגור החימוש לעבר האופנוע, הוא יצא ממעגל תנועתו וחלף על פני החומה המקיפה את בית הספר ולא ניתן היה להסיט ממסלולו את החימוש ששוגר לעבר האופנוע.

** מצ"ב עותק מתשובת הפצ"ר, המהווה חלק בלתי נפרד מערך זה, סומן כנספח "יב", בהתאמה.

נימוקי הערר

17. העוררים יטענו כי במקרה דנן, בו נהרגו 14 אזרחים שמרביתם ילדים ונפצעו עשרות אחרים, בוצעו הפרות חמורות של דיני הלחימה העולות כדי פשע מלחמה. על כן לא היה כל מקום להורות על סיום הטיפול באירוע ללא פתיחה בחקירה וללא נקיטה בצעדים משפטיים ביחס למי מהמעורבים.

18. עובדות המקרה, אף כפי שהוכרו על ידי הפצ"ר ופורטו לעיל, מחייבות לכל הפחות בפתיחה בחקירה אשר לגישת העוררים חייבת להוביל להעמדה לדין של המעורבים בו. אף מבלי לחלוק על עובדות האירוע, עמדתו לפיה פעילות הצבא "לא מעוררת חשד סביר לביצוע עבירה פלילית" מצביעה על פרשנות שגויה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ויישום לא נכון ומוטעה של דיני הלחימה וכי בפועל אין לישראל כל כוונה לחקור ולהעמיד לדין האחראים להריגתם של אזרחים רבים.

19. בהודעת האונר"א מיום 26.8.2016, אשר יצאה לאחר קבלת ההודעה בדבר החלטת הפצ"ר לסיים הטיפול באירוע, צוין כי האירוע הנדון מעלה שאלות חמורות בנוגע להתנהלותו של הצבא הישראלי וחובתו לפעול בהתאם למשפט ההומניטארי הבינלאומי וכיבוד קדושת ועקרון אי-הפגיעות של מתקני האונר"א בהתאם למשפט הבינלאומי. עוד הודגשה דרישת אונר"א והחובה של ישראל לחקור את האירוע בשל נסיבותיו ובהתאם לראיות הקיימות.

** מצ"ב עותק מהודעת אונר"א מיום 26.8.2016, המהווה חלק בלתי נפרד מערך זה, סומן כנספח "יג".

20. במקרה דנן, הצבא הישראלי הגיע למסקנה כי ניתן לתקוף מן האוויר את האופנוע שהיה בתנועה ליד אלפי אזרחים ואובייקטים אזרחיים ומחסה של אונר"א, זאת על בסיס "מידע מודיעיני" לפיו "שלושה פעילים צבאיים בארגוני טרור" היו רכובים עליו וכאשר מסלולו לא היה ידוע. המידע הנטען לא נחשף ולא ידוע מה מקורו ואין כל תיעוד לגביו אשר הוצג לבאי כוח ההרוגים והנפגעים. זאת כאשר לא הייתה, ולא נטען שהייתה, כל דחיפות לביצוע ההתקפה בעת שבוצעה, ובאותו מקום, בו לא נכחו חיילים ישראלים על הקרקע.

21. אופן קבלת ההחלטה לתקוף את אותן דמויות אשר רכבו על האופנוע והחלטת הפצ"ר שלא לחקור את האירוע מעידה על ההפרה הבוטה של עקרון ההבחנה והכללים הנגזרים ממנו והאוסרים על פגיעה מכוונת באזרחים ובאובייקטים אזרחיים.

22. ראשית כל, נטען כאן כי טענה בעלמא זו של הפצ"ר אינה יכולה בשום אופן להספיק לצורך ביסוס קביעה כלשהי בדבר השאלה אם מדובר בלוחם או באזרח מוגן, במיוחד כאשר אותם אנשים נמצאו והיו בתנועה בשכונה מאוכלסת בצפיפות ובסמוך למקלט חירום אשר היה ידוע לצבא הישראלי ובתיאום עמו. עובדות אלה היו מספיקות בכדי למנוע את ההתקפה. מכאן, יש הפרה בוטה לעקרון ההבחנה וההתקפה נחשבת להתקפה ישירה נגד אזרחים. הצהרת הפצ"ר בהודעתו כי "היעד הסופי של רוכבי האופנוע לא היה ידוע לגורמים המבצעים" וכי האופנוע יצא ממעגל תנועתו כאשר הדבר לא הוערך, היו אמורים להביא למניעת ההתקפה בהיותה אסורה. עם ביצועה, קיימת הפרה בוטה לחובת ההבחנה המחייבות פתיחה בחקירת האירוע מול הגורמים המעורבים.

23. בהקשר זה יודגש, כי אף נוכחותם של יחידים אשר אינם באים בגדר הגדרת אזרחים, בקרב האוכלוסייה האזרחית אינה שוללת מהאוכלוסייה האזרחית את אופייה האזרחי, ועל כן אינה שוללת ממנה את ההגנה מפני התקפות כאמור (סעיף 3)50 לפרוטוקול הראשון).

24. שנית, העוררים ידגישו כי בהתאם לעדויות שנגבו ולמידע אשר נאסף לאחר האירוע, נמצא כי בפועל שני אנשים רכבו על האופנוע (ולא שלושה כפי שנטען) והם היו אזרחים שאינם משתייכים לארגון כלשהו ולא היו מעורבים בלחימה. כך למשל, בהתאם לתצהיר אמירה שלוף, אמו של איסמעיל שלוף אשר היה אחד מבין שני הרכובים על האופנוע, בנה איסמעיל שהה בלילה שבין 2.8.2014-3.8.2014 בבית הספר של אונר"א אשר שהו בו שתי אחיותיו הנשואות ושנאלצו לעזוב את בתיהן יחד עם משפחותיהן ולתפוס מקלט בבית הספר. ביום האירוע איסמעיל נפגש עם בן דודתו אחמד אלנחאל, הרוכב השני, קרוב למרכז של הסהר האדום והם רכבו על האופנוע יחד ועשו את דרכם חזרה לבית הספר של אונר"א בעת התרחשות ההתקפה.

** מצ"ב עותק מהתצהירים של 10 עדים, כולל תצהיר אמו של איסמעיל שלוף, המהווים חלק בלתי נפרד מערך זה, סומנו כנספח "יד".

25. בהתאם למשפט הבינלאומי ההומניטארי, במקרה של ספק, יש להניח כי האדם המדובר הוא אזרח המוגן מפני פגיעה ישירה בו. באירוע הנדון, הייתה הערכה שגויה בקשר לזהותם של הרכובים על האופנוע וגם בקשר למסלולו. סעיף 50 וסעיף 1)52 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה, שהינם חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי, קובעים כי יש לקחת בחשבון, בין היתר, המידע הקיים, דחיפות המצב והנוק הצפוי להיגרם לאזרחים ולאובייקטים אזרחיים המוגנים מפני התקפות ישירות כתוצאה מהחלטה שגויה.

26. גם נוכחותם של לוחמים, שהם מטרה לגיטימית לפגיעה, אין בה כדי להצדיק התקפה על ריכוז אוכלוסייה אזרחית, שכן הנזק לאוכלוסייה בהכרח לא יהיה מידתי. במקרה דנן לא רק שדובר במקום צפוף באנשים, אלא גם בסמוך מאוד למקלט אונר"א בו חסו אלפי אזרחים, עובדה אשר הייתה ידועה לצבא הישראלי ואשר הייתה צריכה למנוע את ההתקפה מלכתחילה. בכך, יש הפרה בוטה לעקרונות המידתיות ולחובה לנקוט באמצעי הזהירות האפשריים בהתקפה ונגד תוצאות ההתקפה (סעיפים 51(5)(b) ו-57 לפרוטוקול הראשון של אמנת ג'נבה שהינם בעלי אופי מנהגי).

27. כפי שקבע הטריבונול הבינלאומי לפשעים ביוגוסלביה לשעבר בעניין Prosecutor v. Stanislav GALIĆ "Sarajevo" (IT-98-29), בהתקפות על מקום בו יש ריכוז של אזרחים ניתן לצפות בבירור כי יגרם אובדן נלווה לחיי אזרחים ופגיעה נלווית של אזרחים אשר יהיו מופרזים ביחס ליתרון הצבאי הצפוי מהן. וכפי שצוין בהחלטה עצמה:

"... an attack on a crowd of approximately 200 people, including numerous children, would clearly be expected to cause incidental loss of life and injuries to civilians excessive in relation to the direct and concrete military advantage anticipated" (פסקה 387)

28. במקרה דנן ההתקפה בוצעה בשכונה בה שהו אלפי אזרחים, כך שבבית הספר של אונר"א לבדו שהו כ- 3,000 אזרחים. עובדה זו הייתה אמורה למנוע את ההתקפה שכן הנזק ללא ספק יהיה מופרז ובלתי מתקבל. מה גם שאותם אזרחים לא נכחו ליד מטרה צבאית ולא היו בקרבת מטרה צבאית והצבא הישראלי החליט לתקוף במקום הומה אנשים וליד מתקן של האו"ם אשר היה ידוע לו ולעובדה שחוסים בו אלפי אזרחים, בחימוש שהשפעתו ורסיסיו מגיעים למרחק של 20 מטרים. חימוש זה כוון נגד אופנוע אשר היה בתנועה ומסלולו לא היה ידוע לצבא הישראלי. התקפה מעין זו, 5 מטרים בלבד מבית הספר, הינה בהכרח בלתי מידתית.

29. ארגון Human Rights Watch ערך תיעוד מעמיק וחקירה של שלושה אירועי ההתקפה של בתי ספר השייכים לאונר"א ומצא, כי במקרה ההתקפה נשוא ענייננו, החימוש שהשתמש בו הצבא הישראלי הוא מסוג "ספייק" המאפשר למפעיל לצפות במטרה שהטיל "רואה" ובמידת הצורך לשנות, לאחר שהטיל כבר שוגר, את המטרה שעליה הטיל מתביית הטיל. משמע כי, בניגוד לטענה אשר התקבלה על ידי הפצ"ר, הצבא הישראלי היה יכול למנוע את ההתקפה עם התקרבות האופנוע לשער בית הספר. והחשוב מכך, סוג חימוש זה הינו בעל השפעה על אזור נרחב ומייצר רסיסים היכולים להגיע ליותר מ-20 מטרים ממקום הפגיעה. משמע, שסוג החימוש אשר נבחר בהכרח היה מוביל לנזק אגבי בלתי מידתי לאזרחים.

** מצ"ב עותק מדוח החקירה של Human Rights Watch, המהווה חלק בלתי נפרד מערר זה, סומן כנספח "יד".

30. ההתקפה הזו הינה דוגמא נוספת לאופן הפעולה של הצבא הישראלי לפיה מתקבלת החלטה ומבוצעת התקפה על מטרה מסוימת עוד בטרם הקביעה כי מדובר במטרה צבאית וכי לא יהיה נזק אגבי בלתי מידתי. בהתקפה זו, הצבא הישראלי הפר והפך את ההנחה שצריכה להנחות אותו כי תהיה פגיעה באזרחים רבים. החלטתו של הפצ"ר שלא לחקור את האירוע והמקבלת את אופן הפעולה של הצבא אף היא מצביעה על יישום לא נכון של המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

31. כפי שקבעה ועדת האו"ם, אשר פרסמה את הדוח מטעמה ביום 22.6.2015, בשימוש בחימוש בעל השפעה רחבה לפגוע במטרה הממוקמת באזור מאוכלס בצפיפות ובקרבת מקום מבית מקלט של אונר"א, הצבא הישראלי היה מודע כי קיימת סבירות ממשית שיפגעו מטרות אזרחיות, מה שמעלה את החשש כי הדרישה להימנע, או לכל הפחות להקטין, נזק אגבי לאזרחים הופרה. בנוסף, נקבע על ידי ועדת האו"ם כי ההחלטה לתקוף קרוב למקלט אונר"א עלולה להוות התקפה ישירה נגד אזרחים המגיעה לכדי פשע מלחמה (פסקה 446 לדוח הוועדה). עוד צוין, כי גם אם ההתקפה על בית הספר לא הייתה מכוונת, הצבא מחויב לנקוט באמצעי זהירות ולאמת את זהות המטרות זאת בכדי למנוע תקיפה רשלנית ישירה על אזרחים או אובייקטים אזרחיים (פסקה 447).

32. זאת ועוד, ההתקפה על ובסמוך מאוד למתקן האונר"א מהווה הפרה חמורה לאמנה בדבר זכויות היתר והחסינויות של האו"ם משנת 1946, אשר ישראל חתמה עליה. סעיף 2(3) לאמנה מעניק למתקני האו"ם הגנת אי פגיעות (invulnerability), הגנה שהינה מוחלטת וחלה במיוחד בזמן מלחמה. בדוח ועדת החקירה של מזכ"ל האו"ם בעניין הפגיעות במתקני אונר"א בעזה במהלך "עופרת יצוקה", הועדה חזרה והדגישה את היות ההגנה המוענקת למתקני האו"ם מוחלטת וכי עקרון "אי הפגיעות" אינו בטל אפילו מפני צורך צבאי (ר' Summary by the Secretary-General of the Report of the United Nations Headquarters Board of Inquiry, 2009). אף בדברי מזכ"ל האו"ם שצורפו במכתב נלווה לדוח ועדת המזכ"ל האחרון, הוא חזר והדגיש כי מתחמי האו"ם הם בלתי פגיעים ואמורים להיות מקום מבטחים, במיוחד בשעת מלחמה.

33. בנסיבות אלו קיימת חובה לפתוח בחקירות פליליות עצמאיות. גם אם נקבל את המסכת העובדתית שהפצ"ר הציג בתשובתו, עדיין קיימת חובה לפתוח בחקירת נסיבות האירוע הנדון שכן ההתקפה מהווה הפרה לדיני הלחימה. הפצ"ר אינו מכחיש כי הצבא ידע אודות ריכוז האוכלוסייה האזרחית ומחסה אונר"א במקום, וכי האופנוע היה בתנועה ומסלולו לא היה ידוע. יודגש, הטענה לפיה האופנוע סטה ממסלולו, כפי שנטענה על ידי הפצ"ר, היא בדיוק הסיבה המחזקת את האיסור על ההתקפה במקום צפוף באזרחים.

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

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

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

37. לא ניתן להתעלם מהעובדה כי אותם הגופים הצבאיים המעורבים בלחימה הם אותם הגופים אשר אמורים לבצע בדיקה ולהחליט על פתיחה בחקירה לאירוע מסוים. הפצ"ר עצמו ממלא תפקיד כפול – הוא מעניק ייעוץ משפטי לצבא לפני ובזמן המבצעים הצבאיים, ובתום הלחימה הוא האמור להחליט אם לפתוח בחקירה פלילית או לא. מצב כזה הוא הפרה בוטה לדרישה לעצמאות והמקרה דנן הוא אחד הדוגמאות המעוררים חשד למשוא פנים בעת קבלת החלטה באם לפתוח בחקירה או לא (ר' גם סעיף 619 לדו"ח ועדת האו"ם).

38. במקרה דנן, על אף שקיימות עדויות רבות בנוגע לזהותם של האנשים אשר רכבו על האופנוע ועדויות בקשר לנסיבות האירוע, לא ידוע ולא נטען כי הפצ"ר ו/או מנגנון הבירור המטכ"לי גבו עדויות של גורמים אשר היו עדים לאירוע ואינם שייכים לכוחות הצבא הישראלי. בכך יש הפרה לעקרון האפקטיביות ויסודיות. לא קיים מידע בקשר לאופן איסוף והערכת הראיות והחומר, הליך אשר נמשך מעל לשנתיים לאחר התרחשות האירוע. לא ברור אם בוצעו בדיקות נוספות ונקטו שיטות אחרות בכדי להבטיח חקירה יסודית של העובדות. מנגנון הבירור המטכ"לי כולל מומחים בנושאים מבצעיים ומשפטיים ולא ברור אם הצוות בעלי הכשרה בטכניקות ומתודולוגיות ביצוע חקירה העונה על הסטנדרטים של משפט זכויות האדם הבינלאומי (ר' גם סעיף 626 לדו"ח ועדת האו"ם).

39. בנוסף וכפי שוועדת האו"ם מציינת בדו"ח מטעמה, בתשובותיו של הפצ"ר יש אזכורים למונחים שונים ועמומים כגון: מטרות צבאיות, נקיטת אמצעי זהירות, אישור התקפה וזאת מבלי לספק מידע או פירוט נאותים בכדי לתמוך במעשי הצבא אשר הובילו להרוגים, פצועים ונזקים כבדים לאוכלוסייה האזרחית. הוועדה אף מציינת את הכשל של הפצ"ר באספקת החומר אשר עמד בפניו בעת קבלת ההחלטה למתלוננים. יצוין, כי על אף דרישת העוררים, נכון למועד זה לא התקבל ו/או לא הועמד לרשות באי כוחם את החומר אשר עמד בפני הפצ"ר בעת קבלת החלטתו.

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

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

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

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

בכבוד רב,

מונא חדאד, עורכת דין