



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8008/20

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט א' שטיין

העותרים: 1. עטאף עאהד סובחי בכר
2. עאהד צבחי פארס בכר
3. ראמו עזאת סעיד בכר
4. מוחמד צבחי פארס בכר
5. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט
הערבי בישראל
6. מרכז אלמיזאן לזכויות אדם
7. המרכז הפלסטיני לזכויות אדם

נגד

המשיבים: 1. הפרקליט הצבאי הראשי
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. פרקליט המדינה

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ח' בשבט התשפ"ב (10.1.2022)

בשם העותרים: עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד מונא חדאד

בשם המשיבים: עו"ד רועי שויקה; עו"ד אילנית ביטאו

פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

עניינה של עתירה זו בהחלטת המשיב 2, היועץ המשפטי לממשלה, מיום 9.9.2019, בה נדחו השגות העותרים על החלטת המשיב 1, הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר), לסגור את תיק החקירה בעניין מותם הטרגי של ארבעת ילדי משפחת בכר, אשר נהרגו במהלך תקיפת חיל האוויר הישראלי ברצועת עזה בעיצומו של מבצע "צוק איתן".

1. ביום השמיני למבצע "צוק איתן" – 16.7.2014 – בסביבות השעה 16:00, זיהו כוחות צה"ל מספר דמויות חשודות במתחם המצוי בחוף הים בחאן יונס שברצועת עזה (להלן: המתחם). הדמויות שהו בסמוך למכולה אשר שימשה לאחסון אמצעי לחימה והותקפה יום קודם לכן על ידי כוחות צה"ל. בנסיבות אלה הוחלט לתקוף את הדמויות החשודות מן האוויר. במסגרת התקיפה, נורה טיל אחד לעבר המכולה במתחם ובעקבות כך, ככל הנראה, נפגעה אחת הדמויות החשודות. לאחר הירי, החלו יתר הדמויות לרוץ לכיוון היציאה מהמתחם, ובסמוך לכך בוצע ירי נוסף מן האוויר לעברן, אשר פגע בהן לאחר יציאתן מהמתחם. למרבה הצער, התברר בדיעבד כי כתוצאה מהתקיפה נהרגו ארבעה ילדים, בני משפחת בכר, שהיו במתחם.

2. העותרים 5-6 וכן העותר 7, כולם ארגוני חברה אזרחית הפועלים בישראל ובעזה, פנו לפרקליטות הצבאית בבקשות לחקור את נסיבות מותם של הילדים (הוריהם הם העותרים 1-4). ביום 28.7.2014 השיבה הפרקליטות הצבאית לעותרים כי זה מכבר החל צה"ל בהליכי בדיקה ואיסוף מידע על מנת להבטיח שניתן יהיה לבחון את האירוע בתום הלחימה. ביום 10.9.2014 שלחה הפרקליטות הצבאית מכתב נוסף לעותרים שבו צוין כי בסמוך לאחר פנייתם ובהתאם למדיניות החקירות של הפצ"ר, הופנה האירוע לבדיקת מנגנון הבירור המטכ"לי לבחינת אירועים חריגים במבצע "צוק איתן". עוד צוין במכתב כי הממצאים שנאספו על ידי מנגנון הבירור "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.

3. במסגרת חקירת מצ"ח נגבו עדויות מאנשי צבא רבים שהיו מעורבים באירוע התקיפה בשלבי השונים; נאספו מסמכים הנוגעים לתקיפה, לרבות החומר המודיעיני שעמד בפני כוחות צה"ל טרם התקיפה, וכן סרטונים המתעדים את התקיפה בזמן אמת; והתקבלו תצהירים מתושבי רצועת עזה שהיו לכאורה עדים לאירוע. בנוסף, הועבר סרטון המתעד את אירוע התקיפה לבחינה של גורם צבאי בעל מומחיות בנושא, שלא היה מעורב בו, על מנת לבחון אם ניתן היה לזהות במועד התקיפה כי הדמויות החשודות הן למעשה ילדים. מבדיקה שערך אותו גורם עלה כי קיים קושי לזהות שהדמויות החשודות הן ילדים, ולהערכתו לא ניתן היה לזהות זאת בזמן אמת.

4. בחודש יוני 2015, לאחר השלמת איסוף הראיות, הורה הפצ"ר על סגירת תיק החקירה בהעדר אשמה מצד מי מחיילי צה"ל (להלן: החלטת הפצ"ר). בהחלטת הפצ"ר

צוין כי על פי ממצאי החקירה, אירוע התקיפה התרחש באזור שהיה מוכר מזה זמן רב לכוחות צה"ל ולתושבי רצועת עזה כמתחם של המשטרה הימית והכוח הימי של ארגון החמאס אשר משמש גורמי טרור בלבד. עוד צוין בהחלטת הפצ"ר כי מדובר במתחם צבאי סגור ומגודר, המופרד בבירור מרצועת החוף המשמשת את האוכלוסייה האזרחית, וכי יום קודם לאירוע האמור הותקפה מכולה המצויה במתחם, אשר שימשה לאחסון אמל"ח. על רקע זה, התגבשה בקרב גורמי הביטחון תובנה מודיעינית לפיה פעילים מהכוח הימי של החמאס יתכנסו במתחם לשם היערכות לביצוע פעילות לחימה נגד צה"ל ועל יסוד תובנה זו העריכו כוחות צה"ל כי הדמויות החשודות שנצפו במתחם במהלך האירוע הן פעילי חמאס. בנסיבות אלה, כך צוין, הוחלט לתקוף את הדמויות החשודות, וזאת "לאחר שהתקבלו כלל האישורים הנדרשים לתקיפה ונערך וידוא בנוגע לאפשרות נוכחותם של אזרחים בלתי מעורבים במרחב". עוד הוטעם כי, כעולה מחומרי החקירה, התקיפה כוונה באופן מדויק כלפי הדמויות החשודות, תוך הקפדה על עקרון המידתיות ובאמצעות חימוש מדויק שלא צפוי היה לגרום נזק אגבי למבנים או לאזרחים המצויים בסמוך.

מטעמים אלה הגיע הפצ"ר למסקנה כי שיקול דעתם של כלל הגורמים המעורבים באירוע היה סביר בנסיבות העניין וכי לא היה באפשרותו של הכוח התוקף לזהות בזמן אמת שהדמויות החשודות הן ילדים. עוד מצא הפצ"ר כי התקיפה האמורה, על אף תוצאתה הטרגית, לא חרגה מהוראות הדין או מפקודות הצבא. על כן, הוחלט לסגור את תיק החקירה בגין האירוע ללא נקיטת צעדים משפטיים כנגד מי מהמעורבים בו.

5. על החלטה זו הגישו העותרים שתי השגות ליועץ המשפטי לממשלה: ביום 12.8.2015 הגיש העותר 7 השגה שבה ביקש להורות על חידוש החקירה בגין נסיבות האירוע; וביום 23.8.2015 הגישה העותרת 5 השגה מטעמה שבה ביקשה להורות על ביטול החלטת הפצ"ר בדבר סגירת תיק החקירה, על פתיחה בחקירה "פלילית, עצמאית ואפקטיבית" ביחס לאירוע, וכן על העברת חומרי החקירה לעיונם של העותרים. ביום 21.7.2019, לאחר שהועברו לעיונם של העותרים חומרי החקירה לרבות תיעוד חזותי של האירוע, הגישו העותרים ליועץ המשפטי לממשלה התייחסויות נוספות לחומרים אלה.

6. בהסתמך על חוות דעת מטעם פרקליטות המדינה ובהמלצת המשיב 3, פרקליט המדינה, החליט היועץ המשפטי לממשלה ביום 9.9.2019 לדחות את השגות העותרים. היועץ המשפטי לממשלה קבע כי מהמידע שהיה בידי הכוח התוקף בזמן אמת, עולה שהערכת כוחות צה"ל לפיה הדמויות החשודות שנצפו במתחם הן פעילי הכוח הימי של החמאס, הייתה הערכה סבירה בנסיבות העניין. נמצא כי טיבו של המתחם, המוכר

כמתחם צבאי סגור המשמש את ארגון החמאס, לצד תקיפות קודמות באזור, חיזקו את הערכת הגורמים הצבאיים כי לא צפויה הימצאות אזרחים במקום ועוד צוין כי תקיפת הדמויות החשודות לא נעשתה על בסיס הימצאותן במתחם בלבד, אלא נסמכה במידה רבה על מידע מודיעיני קונקרטי שהתקבל בסמוך לאירוע בדבר התכנסות צפויה של הכוח הימי של החמאס במתחם, לשם היערכות לביצוע פעולות לחימה נגד צה"ל. מסקנה זו, כך נקבע, נתמכת בתיעוד האירוע ממנו עולה שהכוחות הצבאיים לא זיהו כי הדמויות החשודות הן ילדים, וכן בבדיקה שנערכה כדיעבד על ידי המומחה שמונה לצורך כך.

היועץ המשפטי לממשלה הוסיף וקבע כי הליך התקיפה בוצע באופן סדור ומחושב, בהתאם לנהלי הצבא, הוראות הדין ודיני המלחמה, תוך עמידה בעקרונות ההבחנה (Distinction), המידתיות (Proportionality) והחובה לנקוט באמצעי זהירות (Precautions in Attack). היועץ המשפטי לממשלה ציין כי המודעות הרבה והרצון של כוחות צה"ל להימנע ככל הניתן מפגיעה בבלתי מעורבים נלמדים היטב מעדויות הגורמים הצבאיים בתיק החקירה. במסגרת זו, הובהר כי התקיפה כוונה נגד הדמויות החשודות שזוהו כפעילי חמאס, וכי טרם התקיפה ובמהלכה אף וידא הכוח התוקף שלא נוכחים במקום בלתי מעורבים. עוד הדגיש היועץ המשפטי לממשלה כי ההחלטה על ביצוע התקיפה התקבלה בתנאים של לחץ ודחיפות, כאשר ברקע עמד חשש ממשי שמא פעילי הכוח הימי של החמאס יבצעו בטווח הזמן המידי פיגוע במתווה דומה לזה שהתרחש בסמוך למחנה זיקים מספר ימים קודם לכן, וכי לנוכח חלון הזמנים הקצר לביצוע התקיפה ובשל הדחיפות בביצועה, לא היה זה מעשי לנקוט בפעולות נוספות לצורך בחינת זהותן של המטרות שזוהו כחשודות. משלא נמצא כשל בהתנהלות הכוחות הצבאיים המערורר חשד לקיומה של עבירה פלילית, קבע היועץ המשפטי לממשלה כי אין מקום לשנות מהחלטת הפצ"ר.

מכאן העתירה שלפנינו.

העתירה

7. העותרים מבקשים כי נורה על ביטול החלטת היועץ המשפטי לממשלה לדחות את השגותיהם על החלטת הפצ"ר בדבר סגירת תיק החקירה, וכן כי נורה על קיום חקירה פלילית במטרה להעמיד לדין את האחראים לאירוע האמור. בתמצית, טענות העותרים מתמקדות בשלושה מישורים: ראשית, העותרים טוענים כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה נעדרת תשתית עובדתית מספקת, וזאת לנוכח סתירות רבות שנתגלו לשיטתם בחומר הראיות ובממצאי החקירה. בפרט, מציינים העותרים את העובדה כי המתחם

האמור לא היה מגודר ומתוחם; כי חוליית הקומנדו הימי של החמאס שחדרה לישראל מספר ימים קודם לכן לא חדרה מאותו שטח; כי תנועות הגוף של הדמויות החשודות היו של ילדים ולא של מבוגרים; וכי מרבית הילדים נפגעו במסגרת ההתקפה השנייה, שהתרחשה פחות מדקה לאחר התקיפה הראשונה. שנית, העותרים טוענים כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה מתעלמת מהפרות הדין הישראלי וכללי המשפט הבינלאומי במסגרת אירוע התקיפה, ובראשם חובת ההבחנה והחובה לנקוט באמצעי זהירות, המחייבים את מדינת ישראל מכוח המשפט המנהגי. לבסוף, העותרים טוענים כי החקירה שנערכה לבירור נסיבות האירוע לא הייתה אפקטיבית והם מצביעים על כשלים שונים שנפלו בה לשיטתם, ואשר לגישתם לא קיבלו ביטוי הולם בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה. בהקשר זה מוסיפים העותרים וטוענים כי לשיטתם הפצ"ר מצוי בניגוד עניינים מובנה לנוכח התפקיד הכפול שהוא ממלא כגורם האמון הן על מערך הייעוץ המשפטי בצה"ל והן על מערך התביעה הצבאית. מטעמים אלו כולם, סבורים העותרים כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה לדחות את השגותיהם חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות ומצדיקה את התערבותו של בית משפט זה בהחלטתו.

8. המשיבים, מצדם, סבורים כי דין העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבות שיפוטית בשיקול דעת רשויות התביעה בכלל, והיועץ המשפטי לממשלה בפרט. לעמדת המשיבים, החלטת היועץ המשפטי לממשלה במקרה דנן היא החלטה סבירה אשר נסמכה על ממצאים עובדתיים שנאספו במסגרת חקירה מעמיקה ויסודית שנערכה על ידי גופי הבדיקה והחקירה בצה"ל. לטענת המשיבים, זיהוי הדמויות החשודות כפעילי הכוח הימי של החמאס, התבסס על שורה של אינדיקציות משמעותיות. זיהוי זה, כך נטען, לא נעשה בחלל ריק, אלא בעיצומה של מערכה צבאית ופרק זמן קצר לאחר חדירת חוליה של הכוח הימי של החמאס לאזור מחנה זיקים. אינדיקציות אלה, כך נטען, חיזקו את הערכת גורמי הצבא כי ייעשה ניסיון תקיפה נוסף בטווח הזמן המידי והן חייבו מתן מענה בחלון זמנים קצר. המשיבים טוענים עוד כי התקיפה בוצעה בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי המחייבים את מדינת ישראל מכוח הדין הבינלאומי המנהגי, וכי קודם לתקיפה נקטו כוחות צה"ל בכל אמצעי הזהירות הישימים על מנת לוודא שאין במקום נוכחות של בלתי מעורבים. המשיבים מוסיפים ומדגישים כי האירוע נבחן בצורה יסודית ומקיפה על ידי מנגנוני הבדיקה והחקירה בצה"ל, ובהקשר זה הם מדגישים את מעמדו של הפצ"ר כגורם עצמאי, הפועל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי, אשר החלטותיו כפופות לביקורת חיצונית של היועץ המשפטי לממשלה. בנסיבות אלה, טוענים המשיבים כי לא עלה בידי העותרים להצביע על פגם שנפל בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה בדחותו את השגותיהם על החלטת הפצ"ר, אשר מקים עילה להתערבות בה.

9. ביום 10.1.2022 קיימנו דיון בעתירה. במהלך הדיון הציגו בפנינו המשיבים, במעמד צד אחד ובהסכמת העותרים, מידע מודיעיני מסווג שעמד ברקע החלטת התקיפה. לאחר עיון בחומר האמור, הבהרנו לעותרים כי המידע שהוצג בפנינו תומך בהחלטת התקיפה ומבסס את טענת המשיבים כי המתחם נושא התקיפה שימש את הכוחות המזוינים של ארגון החמאס.

חרף האמור, הודיעו העותרים כי הם עומדים על עתירתם ולפיכך עלינו להכריע

בה.

דיון והכרעה

10. התוצאה הקשה בפרשה שלפנינו היא מותם הטראגי של ארבעת ילדי משפחת בכר. הלב דואב על מותם של חפים מפשע ועם זאת, לאחר שמיעת טענות הצדדים ועיון במכלול החומר שהובא לפנינו, הגעתי אל המסקנה כי דין העתירה להידחות בהיעדר עילה להתערבות בשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה אשר דחה את ההשגות על החלטת הפצ"ר.

11. כלל נקוט עמנו כי לרשויות התביעה מסור שיקול דעת רחב בכל הקשור לפתיחה בחקירה פלילית והעמדה לדין, וכי בית משפט זה אינו ממיר את שיקול דעתן של רשויות התביעה בשיקול דעתו שלו (ראו מני רבים: בג"ץ 6745/19 לובטון נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 30 (14.3.2022) (להלן: עניין לובטון); בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859, 870-871 (1995) (להלן: עניין אישה); בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 10-11 (12.7.2010)). דברים אלו יפים ביחס להחלטות הפצ"ר העומד בראש מערכת התביעה הצבאית (בג"ץ 1971/15 אלמסרי נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פסקה 18 (18.7.2017) (להלן: עניין אלמסרי); בג"ץ 1782/19 כוסבה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 26-27 (3.9.2020)), והם בבחינת קל וחומר מקום שבו החלטת הפצ"ר בעניין העמדתו או אי-העמדתו לדין של אדם נבחנה ואושרה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה (בג"ץ 3917/20 אלוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 10-12 (5.11.2020); בג"ץ 10782/05 בן יוסף נ' השופט דוד מינץ, שופט חוקר בבית משפט השלום בירושלים, פסקה 25 (23.8.2007); בג"ץ 3921/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקאות 70-71 (22.7.2021)).

ההתערבות השיפוטית בשיקול דעתן של רשויות התביעה – היועץ המשפטי לממשלה או הפרקליט הצבאי הראשי – לעניין אי-נקיטה בהליכים פליליים יש לה מקום אך באותם מקרים נדירים וחריגים שבהם התקבלה החלטה שלא ביושר או שלא בתום לב; ממניעים נפסדים ולא טהורים; בסתירה ברורה לאינטרס הציבור; בחוסר סבירות קיצוני או מהותי; בעיוות דין מהותי; או כאשר החלטה נגועה במשגה היורד לשורשו של עניין (ראו: עניין לובטון, בפסקה 30; עניין אישה, בעמ' 870-871). היקף ההתערבות השיפוטית מצומצם אף יותר מקום שבו החלטת רשויות התביעה על סגירת תיק החקירה מבוססת על דיות הראיות (בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199, 209-212 (2004)).

12. בענייננו, החלטת הפצ"ר לסגור את תיק החקירה בהעדר אשמה מצד מי מחיילי צה"ל, התקבלה לאחר שהאירוע נבדק באופן מקיף ויסודי על-ידי מנגנוני הבדיקה והחקירה בצה"ל ובהתבסס על בחינה מעמיקה של חומר הראיות שנאסף. בעקבות השגות העותרים, נבחנה החלטת הפצ"ר פעם נוספת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה אשר בהמלצת פרקליט המדינה, דחה את ההשגות לאחר בחינת חומר הראיות ושקילת מכלול השיקולים הרלוונטיים. זאת, בין היתר, בשים לב למידע הקונקרטי שהיה בידי כוחות צה"ל בזמן אמת בדבר היערכותם של פעילי חמאס במתחם לביצוע פיגוע בטווח הזמן המידי; לטיבו של המתחם נושא התקיפה אשר היה מוכר לכוחות צה"ל כמתחם צבאי סגור ומגודר השייך לחמאס; ולאמצעי הזהירות שנקטו כוחות צה"ל לצורך וידוא זהותן של המטרות הנתקפות גם בזמן התקיפה עצמה.

היועץ המשפטי לממשלה בחן את טענות העותרים בדבר הפרות דיני הלחימה וקבע כי "בבחינת התיק בראי דיני הלחימה, עולה כי התקיפה בוצעה תוך עמידה בעקרונות ההבחנה, החובה לנקוט באמצעי זהירות לפני תקיפה ודרישת המידתיות" (סעיף 21 להחלטת היועץ המשפטי לממשלה מיום 9.9.2019). כעולה מן ההחלטה, התקיפה כוונה לעבר אנשים שזוהו בטעות כלוחמים, תוך שננקטו אמצעי זהירות שנועדו למזער את הסיכון לפגיעה באזרחים; מתוך הערכה שאזרחים אינם צפויים להיפגע מהתקיפה; ותוך ביצוע שורה של פעולות במהלך התקיפה עצמה על מנת להימנע מפגיעה בבלתי מעורבים. פעולות אלו הובילו את היועץ המשפטי לממשלה למסקנה כי התנהלותו של הכוח התוקף עולה בקנה אחד עם עקרון ההבחנה הדורש קיומה של ודאות סבירה באשר לזהותו של האובייקט נושא התקיפה, וכן עם החובה לנקוט אמצעי זהירות טרם תקיפה. לנוכח האיום המידי שניצב בפני הכוח התוקף וחלון הזמנים הקצר לביצוע התקיפה – נקבע כי לא ניתן היה לנקוט בפעולות נוספות לצורך בירור זהותן של הדמויות החשודות. בנסיבות אלה, סבר היועץ המשפטי לממשלה כי התקיפה בוצעה בהתאם

להוראות הדין, פקודות צה"ל וכללי המשפט הבינלאומי, וקבע כי "מתיק החקירה לא עולה כל אינדיקציה, אשר היה בה כדי לעורר חשד של מי מהמעורבים בדרג הפיקוד או בדרג המבצע כי מדובר בלתי 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 [...] על מנת לבצע התקפה מדויקת, שקולה ואפקטיבית ככל הניתן".

13. זאת ועוד – בית משפט זה עמד לא אחת על ייחודה של הפעולה הלוחמתית, המאופיינת בעצימות גבוהה אשר מחייבת את הכוחות הצבאיים לקבל החלטות מהירות בשטח וליטול סיכונים בתנאי אי ודאות. במקרים מעין אלה שומה על בית המשפט להישמר מפני ביקורת שיש בה משום "חכמה שבדיעבד" הנעשית ב"תנאי מעבדה". לפיכך, ראוי כי בחינת נסיבות האירוע תיעשה בהתאם למידע שעמד בפני הכוח התוקף בזמן אמת ובראי נסיבותיו הייחודיות של האירוע המבצעי (עניין אלמסרי, בפסקה 31). עמדה על כך הנשיאה (בדימוס) מ' נאור בצינה :

"אל לנו לבחון את פעולותיהם של אנשי כוחות הביטחון במצבי לחימה, בגדרם נשקף סיכון ממשי לחייהם ולשלומם, באופן תלוש מהסיטואציה המיוחדת בה הם פעלו [...] 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'" (בג"ץ 143/12 ג'ילאני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 23 (20.7.2014)).

ויפים הדברים לענייננו שכן העתירה דנן עוסקת באירוע תקיפה שבוצע בעיצומה של מערכה צבאית, כאשר ברקע האירוע קיים חשש ממשי לביצוע פיגוע בטווח הזמן המידי על ידי פעילי חמאס. כפי שהובהר במהלך הדיון שקיימנו, עיון בחומר המסווג שהוצג לנו תומך בהחלטת התקיפה בזמן אמת ומבסס את טענת המשיבים לפיה המתחם נושא התקיפה שימש את פעילי הכוח הימי של החמאס.

14. הנה כי כן, שני גורמים מקצועיים ובלתי תלויים – מערכת אכיפת החוק הצבאית ומערכת אכיפת החוק האזרחית – בחנו באופן יסודי את חומר הראיות ואת טענותיהם של העותרים במישור העובדתי ובמישור המשפטי, והגיעו למסקנה כי אין מקום לנקוט בהליכים פליליים כלפי מי מהמעורבים באירוע. בנסיבות אלו, איני סבורה כי עלה בידי

העותרים להראות שהחלטת היועץ המשפטי לממשלה לדחות את השגות העותרים על החלטת הפצ"ר, נגועה בפגם שהינו מסוג הפגמים המצדיקים המרת שיקול דעתם של גורמי התביעה המקצועיים בשיקול דעתו של בית המשפט.

15. כמו כן לא מצאתי ממש בהשגות שמעלים העותרים באשר לאופן ניהול החקירה. מדיניות הבדיקה והחקירה בצה"ל בדבר הפרות של דיני הלחימה נבחנה על ידי הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 בראשות השופט (בדימוס) ' טירקל (להלן: ועדת טירקל). הדו"ח השני של ועדת טירקל שכותרתו "הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי" (להלן: דו"ח ועדת טירקל) שפורסם ביום 6.2.2013 – קבע כי "מנגנוני הבדיקה והחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה הקיימים בישראל ודרכי פעולתם מתיישבים, בדרך כלל, עם חובותיה של מדינת ישראל לפי כללי המשפט הבינלאומי" (שם, בעמ' 46). בפרט, דחתה ועדת טירקל את הטענות לפיהן עצמאות הפרקליט הצבאי הראשי אינה עולה בקנה אחד עם עקרון העצמאות כפי שזה פורש במשפט הבינלאומי (שם, בעמ' 325-327). בהקשר זה הוסיפה וציינה ועדת טירקל כי "כובעו הכפול" של הפצ"ר, כמי שעומד הן בראש מערך הייעוץ המשפטי לצבא והן בראש מערך התביעה הצבאית, הינו מבנה מוסדי מקובל בעולם וכי אין במבנה זה, כשלעצמו, כדי לבסס טענה למשוא פנים (שם, בעמ' 329; על האופן שבו התקבלו המלצות הדו"ח בקרב מלומדים בעולם ראו: Ben Emmerson, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism*, U.N. Michelle Lesh, *The Israeli military justice system*; Docs. A/HRC/25/59, 9 (10.3.2014) *in the context of the Turkel Commission in MILITARY JUSTICE IN THE MODERN AGE* (2016) (Alison Duxbury & Matthew Groves eds.), 238).

ועדת טירקל המליצה עם זאת על עריכת מספר שיפורים במנגנונים הקיימים בצה"ל לבחינת תלונות בדבר הפרות חמורות של דיני הלחימה, תוך הדגשה כי במרבית המקרים אין מדובר בהצבעה על כשלים מהותיים אלא "בהתויית דרכים להשגת יעדים אידיאליים למנגנונים ולדרכי פעולתם" (ראו דו"ח ועדת טירקל, בעמ' 46). בעקבות המלצות ועדת טירקל הוחלט, בין היתר, על הקמת מנגנון בירור עצמאי ונפרד מהליך התחקיר המבצעי, לצורך איסוף נתונים ובירור עובדות ביחס לאירועים חריגים שהתרחשו במהלך לחימה, ואשר על בסיס ממצאיו יחליט הפצ"ר אם יש צורך לפתוח בחקירה פלילית של האירוע (שם, בעמ' 320; פסקה 81 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים מיום 24.2.2021; ראו והשוו: בג"ץ 3003/18 יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' הרמטכ"ל, פסקה 13 לחוות דעתי (24.5.2018)). בהמשך לכך, אף נקבעה הנחיית

היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.5003 שכותרתה "השגה על החלטות הפרקליט הצבאי הראשי בנוגע לחקירת אירועים שהתרחשו במהלך פעילות צבא ההגנה לישראל, שנטען שיש בהם משום הפרה חמורה של כללי המשפט הבין-לאומי המנהגי" (אפריל 2015), המסדירה את הליך הביקורת של היועץ המשפטי לממשלה על החלטות הפצ"ר בתיקים שעניינם תלונות בדבר הפרות חמורות של דיני הלחימה (דו"ח ועדת טירקל, בעמ' 336-339).

16. בענייננו, אירוע התקיפה נבחן על-ידי מנגנוני הבדיקה והחקירה בצה"ל באופן העולה בקנה אחד עם המלצותיה של ועדת טירקל. כפי שצוין בתגובת המשיבים, יום לאחר אירוע התקיפה הופנה המקרה לבדיקת מנגנון הבירור המטכ"לי לבחינת אירועים חריגים במהלך המבצע הצבאי "צוק איתן". לאחר בחינת הממצאים שנאספו על-ידי מנגנון הבירור המטכ"לי, הורה הפצ"ר על פתיחה בחקירה פלילית, במסגרתה נערכו פעולות רבות ומגוונות לאיסוף ראיות, ובהן גביית עדויות של גורמים צבאיים שהיו מעורבים בשלביו השונים של אירוע התקיפה, איסוף חומרים הנוגעים לתקיפה ואיתור סרטונים המתעדים את האירוע בזמן אמת. בתום החקירה ולאחר עיון בחומר הראיות, הגיע הפצ"ר למסקנה כי אין מקום להורות על נקיטת צעדים משפטיים כנגד מי מהמעורבים באירוע. החלטה זו של הפצ"ר נבחנה על ידי היועץ המשפטי לממשלה בעקבות השגות העותרים, ובתום הבחינה הנוספת לא מצא היועץ המשפטי לממשלה מקום לשנות מהחלטת הפצ"ר.

בנסיבות אלה אין בידי לקבל את טענות העותרים בדבר אי קיומה של חקירה פלילית אפקטיבית.

17. סיכומם של דברים, עם כל הצער ודאבון הלב על תוצאתו הקשה והטרגית של האירוע נושא העתירה, לא מצאתי כי העותרים הצביעו על פגם בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה בדחות את ההשגה על החלטת הפצ"ר, אשר מצדיק את התערבותו של בית משפט זה בהחלטה.

אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את העתירה. עוד אציע כי בנסיבות העניין ולנוכח תוצאותיו המצערות של האירוע – לא ייעשה צו להוצאות.

השופט י' עמית:

אני מסכים.

שופט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות.

ניתן ביום, כ"ג בניסן התשפ"ב (24.4.2022).

תוקן היום כ"ח באייר התשפ"ב (29.5.2022).

שופט

שופט

הנשיאה