

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8794/03

בפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה

העותרים: יואב הס ואח'

נגד

המשיבים: 1. הפרקליט הצבאי הראשי
2. היועץ המשפטי לממשלה
3. מפקד חיל האוויר
4. הרמטכ"ל
5. בנימין בן אליעזר
6. ראש ממשלת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרים: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד מיכאל ספרד

בשם המשיבים: עו"ד שי ניצן

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

עניינה של עתירה זו בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לפתוח בחקירה פלילית בעקבות פעולת הסיכול הממוקד שבוצעה בעיר עזה ביום 22.7.02 נגד פעיל החמאס סלאח שחאדה.

השתלשלות העניינים בעתירה

1. ביום 22.7.02, בשעות הלילה, שוגרה ממטוס של צה"ל פצצה במשקל 1,000 ק"ג לעבר בית מגורים בעיר עזה, בו התגורר פעיל החמאס הבכיר סלאח שחאדה (להלן: שחאדה), שהיה יעד לסיכול ממוקד בפעולה זו (להלן: הפעולה). כתוצאה

מהפעולה, נהרגו שחאדה עצמו, פעיל חמאס נוסף ששהה עמו, וכן 14 אזרחים נוספים, בהם אשתו ובתו של שחאדה, שלא היו מעורבים בפעילות טרור, ורבים נוספים נפצעו. בתשובתה של המדינה לעתירה נמסר כי לאחר הפעולה ונוכח תוצאותיה הקשות, נערכו במערכת הביטחון מספר תחקירים ביחס לפעולה, אשר הובילו את המשיבים 1-2 - הפרקליט הצבאי הראשי והיועץ המשפטי לממשלה - להחלטה כי אין מקום לפתיחה בחקירה פלילית של הפרשה.

2. ביום 30.9.03 הוגשה העתירה, ובה ביקשו העותרים כי נורה למשיבים לבטל את ההחלטות האמורות של המשיבים 1-2, ונורה להם לפתוח בחקירה פלילית שתבחן אם נעברו עבירות פליליות במהלך התכנון והביצוע של הפעולה. לטענתם, ההחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית במקרה זה, בו קיפחו את חייהם 14 אזרחים חפים מפשע, רבים מהם ילדים, מצביעה על אכיפה בררנית של החוק בידי הרשויות, על שחיתות מוסרית ועל זלזול בחיי אדם.

3. בתגובה לעתירה, פרטה המדינה את עמדתה העקרונית ביחס לחוקיות פעולות הסיכול הממוקד, וכן התייחסה באופן פרטני לנסיבות הפעולה נשוא העתירה. הודגש, כי שחאדה היה פעיל בכיר ביותר בארגון החמאס וממייסדי הזרוע הצבאית שלו, אשר היה אחראי לפיגועים רבים נגד אזרחי מדינת ישראל ולמותם של רבים, ואשר המשיך בתכנונם והכנתם של פיגועים נוספים. כן נטען כי ההחלטה על ביצוע הפעולה התקבלה לאחר שהוברר כי פעולת מעצר אינה אפשרית, ולאחר בחינה מעמיקה ומקיפה של מידתיות הפעולה המתוכננת. בהקשר אחרון זה נטען, כי מקבלי ההחלטות לא היו אדישים לחיי אדם ולפגיעה אפשרית באזרחים, ולכן הוחלט לבצע את התקיפה בשעות הלילה המאוחרות, שעה שהולכי רגל אינם צפויים להימצא ברחוב הסמוך לביתו של שחאדה. התוצאה הקשה נגרמה, כך נטען, בשל פער מודיעיני, היות ובזמן אמת המידע המודיעיני שנאסף הצביע על כך כי בביתו של שחאדה מצויים נוסף לו רק פעיל חמאס נוסף ואשתו של שחאדה; וכי הבית הסמוך לביתו של שחאדה - אשר נפגע אף הוא בפעולה - כלל אינו מאויש. בפועל, התברר בדיעבד כי שהו בבית זה אנשים רבים, אשר נפגעו כתוצאה מהפעולה. עוד הודגש בתגובת המדינה, כי התחקירים שבוצעו על-ידי מערכת הביטחון בעקבות האירוע בחנו את כלל היבטי הפעולה, וכן את הכשל המודיעיני שהוביל לתוצאה הקשה. בעקבות התחקירים, נטען, הופקו לקחים מבצעיים, הקשורים בעיקר לנושא המודיעיני, ונמצא כי התוצאה הקשה לא נצפתה על-ידי מקבלי ההחלטות, וודאי שלא נגרמה בכוונת מכוון. ממצאים אלה נבחנו על-ידי הפרקליט הצבאי הראשי, אשר מצא כי אין בהם כדי להצביע על חשד כלשהו לביצוע עבירות פליליות. היועץ המשפטי לממשלה אימץ עמדה זו, והחליט כי אין מקום להורות על

חקירה פלילית ביחס לפעולה הנדונה. לטענת המדינה, החלטה זו הינה סבירה וראויה, ולא נפל בה כל פגם המצדיק התערבות שיפוטית בה.

4. ביום 22.3.04 החליט בית המשפט להשהות את הטיפול בעתירה עד למתן פסק-הדין בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (להלן: בג"ץ הסיכול הממוקד), העוסק בשאלה העקרונית של חוקיות מדיניות הסיכול הממוקד. ביום 5.9.05, בעקבות בקשת העותרים, התקיים דיון בעתירה, אשר בסיומו הוחלט על איחוד הדיון בעתירה זו עם הדיון בבג"ץ הסיכול הממוקד. ההכרעה בשאלה העקרונית של חוקיות הסיכול הממוקד הייתה חיונית לשם הכרעה בעתירה שלפנינו, אשר נקודת המוצא בטיעוני העותרים בה הייתה כי הפעולה של הסיכול הממוקד, באופן בו היא בוצעה, מקימה חשד לביצוע עבירות פליליות.

5. ביום 14.12.06 ניתן פסק-הדין בבג"ץ הסיכול הממוקד. בפסק-הדין קבע בית המשפט, מפי הנשיא א' ברק, כי לא ניתן להכריע באופן גורף שמדיניות הסיכול הממוקד אסורה תמיד:

"בחינתו של "הסיכול הממוקד" – ובמינוחנו שלנו פגיעה מונעת הגורמת למות מחבלים, ולעתים גם של אזרחים תמימי לב – מלמדת כי שאלת החוקיות של הפגיעה המונעת על פי המשפט הבינלאומי המנהגי היא מורכבת (לניתוח המדיניות הישראלית, ראו: Shany, "Israeli Counter – Terrorism Measures: Are They 'Kosher' Under International Law", M. Schmitt and G. Beruto (eds.), *Terrorism and International Law: Challenges and Responses*, p. 96 (2002); M. Gross, "Fighting By Other Means in the Mideast A Critical Analysis of Israel's Assassination Policy", 51 *Political Studies* p. 360 (2003); David, "Debate: Israel's Policy of Targeted Killing", 17 *Ethics and International Affairs* p. 111 (2003); Stein, "Response to Israel's Policy of Targeted Killing: By Any Name Illegal and Immoral", 17 *Ethics and International Affairs* p. 127 (2003); Guiora, "Symposium: Terrorism on Trial: Targeted Killing As Active Self-Defense" 36 *Case Western Res. J. Int'l L.*, 319; Bilsky, "Suicidal Terror, Radical Evil, And The Distortion of Politics And Law" 5 *Theoretical Inquiries in Law* 131 (2004). התוצאה המתקבלת אינה שפגיעה מונעת זו מותרת תמיד או שהיא אסורה תמיד. הגישה של המשפט הבינלאומי המנהגי החלה בסכסוכים מזוינים בעלי אופי בינלאומי הינה, כי אזרחים מוגנים מפני תקיפתו של הצבא. עם זאת, הגנה זו אינה קיימת כלפי אותם אזרחים "ולמשך

אותו הזמן בו הם נוטלים חלק ישיר במעשי האיבה" (סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון). פגיעה באזרחים אלה, גם אם תוצאתה מוות, מותרת היא, ובלבד שאין אמצעי שפגיעתו בהם פחותה, ובלבד שאינם נפגעים אזרחים תמימים שבקרבתם. הפגיעה בהם צריכה להיות מידתית. מידתיות זו נקבעת על פי מבחן ערכי הבא לאזן בין התועלת הצבאית לבין הנזק האזרחי. נמצא, כי אין בידינו לקבוע כי פגיעה מונעת היא תמיד חוקית, כשם שאין בידינו לקבוע כי היא לעולם אינה חוקית. הכל תלוי בשאלה אם אמות המידה של המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך מזויין בינלאומי מאפשרות אותה פגיעה מונעת אם לאו. (בפסקה 60 לפסק-הדין)

לשם קביעת אמות-המידה לבחינת החוקיות של פעולות סיכול ממוקד בכל מקרה ומקרה, קבע בית המשפט פרמטרים לפיהם יוחלט בכל מקרה, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות, באם פעולה של סיכול ממוקד הינה חוקית.

6. בפסק-הדין בעניין הסיכול הממוקד נקבע עוד, כי מלבד בחינה מראש של קיום התנאים לביצוע "סיכול ממוקד" בטרם הפעולה, יש להביא בחשבון כי אין לפגוע בלוחמים או ב"אזרחים הנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה", אם הנזק הצפוי לאזרחים תמימים שבקרבתם אינו שקול כנגד התועלת הצבאית הצפויה מפעולה זו (להרחבה בסוגיה זו ראו פסקה 46 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק בפרשת הסיכול הממוקד). הבחינה של עיקרון זה נעשית באמצעות יישום פרטני ממקרה למקרה.

7. לבסוף, נקבע בפרשת הסיכול הממוקד כי לאחר פעולה מסוג זה, שגרמה לפגיעה באזרחים אשר אינם מעורבים בפעילות טרור, יש לערוך בדיקה יסודית ועצמאית (בדיעבד) באשר לדיוק הזיהוי ונסיבות הפגיעה. וכך נאמר, מפי הנשיא א' ברק:

"לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו זמן, במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. בדיקה זו צריכה להיות עצמאית (ראו ווטקין, עמ' 23; דופי, עמ' 310; קססה, עמ' 419; ראו גם Warbrick, "The principle of the European Convention on Human Rights and the Responses of State to Terrorism", (2002) EHRLR 287, 292 פרשת מקקאן, 161, 163; וכן - McKerr v. United Kingdom, 34 E.H.R.R. 553, 559 (2001)). במקרים מתאימים יהא מקום לשקול תשלום פיצויים בגין הפגיעה באזרח תמים (ראו קססה, עמ' 419, 423, וכן

סעיף 3 לתקנות האג; סעיף 91 לפרוטוקול הראשון)“
(בפסקה 40 לפסק-הדין מיום 14.12.06 (לא פורסם)).

8. בעקבות האמור, קיימנו, ביום 17.6.07, דיון בעתירה לגופה, ובו נדונה סוגיית השפעתו של פסק-הדין העקרוני בפרשת הסיכול הממוקד על העתירה שלפנינו. בטיעוניה בהודעה המשלימה שהוגשה לקראת הדיון, ביום 14.6.07, פרטה המדינה אחד לאחד את הטעמים לכך שלשיטתה עמדה הפעולה בכל אמות המידה שנקבעו בפסק-הדין בעניין הסיכול הממוקד. לשיטתה, נתקיימו בעניין שחאדה כל התנאים המוקדמים המבססים את הלגיטימיות של הפעולה, והתוצאה הקשה והטראגית של פגיעה בחפים מפשע היא פרי המודיעין שהיה בזמן אמת והתברר בדיעבד שהיה מוטעה. בתום הדיון התבקשה המדינה להודיע לבית המשפט בתוך 45 ימים באם קיימת נכונות מצידה לבחינת הנסיבות שבגינן נפגעו אזרחים חפים מפשע בעת ביצוע הפעולה בפרשת שחאדה על-ידי גורם אובייקטיבי, ברוח הנחיות בית המשפט בפסק-הדין העקרוני בפרשת הסיכול הממוקד. בהחלטתנו ציינו כי הנחיה זו אינה מחייבת בחינה רטרואקטיבית של סיכולים ממוקדים מן העבר. אף על פי כן, מצאנו כי במקרה שלפנינו ראוי לקיים בדיקה עצמאית מעין זו, נוכח נסיבותיו המיוחדות והחריגות של האירוע הנדון. בעקבות האמור, הודיעה המדינה לבית המשפט, ביום 17.9.07, על נכונותה להקמת ועדת בדיקה עצמאית ואובייקטיבית, אשר תמונה על-ידי רשויות המדינה המוסמכות, ותבחן את נסיבות הפגיעה באזרחים במהלך פעולת הסיכול הממוקד נשוא עתירה זו. העותרים הודיעו אף הם כי הם נכונים לקבל פתרון של הקמת ועדת בדיקה עצמאית ואובייקטיבית, אשר תחקור את אופן ביצוע הפעולה ואת הגורמים שהביאו לתוצאה הטרגית. ביום 4.2.08 הגישה המדינה הודעת עדכון מטעמה, בו צוין כי הועדה האמורה מונתה על-ידי ראש הממשלה ביום 23.1.08. כן פורטו הרכבה של הועדה האמורה וסמכויותיה. בתגובה להתפתחות זו, הודיעו העותרים לבית המשפט כי בעוד שהפיתרון העקרוני בדמות ועדת חקירה אובייקטיבית מקובל עליהם, הם מתנגדים להרכבה של הועדה, אשר שלושת חבריה הינם בעלי רקע ביטחוני מובהק ואין ביניהם כל נציג ציבור או שופט. לטענתם, ועדה מעין זו אינה יכולה להוות ועדה אובייקטיבית אלא בדיקה פנימית וחשאית, שלא תוכל להוסיף דבר על התחקירים המבצעיים אשר בוצעו זה מכבר בפרשה זו ולשיטתם מדובר בתחקיר צבאי נוסף. בנסיבות אלה, שבו העותרים אל עמדתם כי יש להורות על פתיחה בחקירה פלילית בעניין.

9. כאמור, עתירה זו מופנית כנגד החלטת המשיבים 1-2 שלא לפתוח בחקירה פלילית של פעולת הסיכול הממוקד שבוצעה ביום 22.7.02. נוכח ההתפתחויות המתוארות לעיל, עברה העתירה ממועד הגשתה ועד לעת הזו שינויים ותהפוכות. יריעת

המחלוקת שבין הצדדים הצטמצמה, ולמעשה המחלוקת העקרונית הוכרעה לאחר מתן פסק-הדין העקרוני בשאלת חוקיות מדיניות הסיכולים הממוקדים, בו נקבע כי אין לפסול מראש ובאופן גורף פעולות של סיכול ממוקד, וכי חוקיותן של פעולות ממין זה תיבחן בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו, בכפוף לעמידה באמות המידה אשר נקבעו על-ידי בית המשפט. בין היתר, התייחס בית המשפט בפסק-דינו בעניין הסיכול הממוקד, כמפורט לעיל, לסוגיית הבדיקה אותה יש לקיים לאחר ביצועה של פעולה מסוג זה, וקבע כי על המדינה לקיים בדיקה יסודית ועצמאית של הפעולה, של זהות הנפגעים ושל נסיבות הפגיעה בהם.

10. בהודעה מטעם המדינה שהוגשה ביום 4.2.08 נמסר לבית המשפט כי ראש הממשלה מינה ועדה אשר בראשה עומד תא"ל (במיל') צבי ענבר, אשר בעבר כיהן כפרקליט הצבאי הראשי והיה לאחר מכן היועץ המשפטי של הכנסת. כחברי ועדה מונו האלוף (במיל') יצחק איתן, ומר יצחק דר, שהיה איש שירות הביטחון הכללי. שלושת חברי הועדה אינם נושאים בתפקידים במערכת הביטחון כיום. תפקידו האחרון של ראש הועדה במערכת הביטחון הסתיים לפני קרוב לשלושים שנה. הועדה התבקשה להגיש דו"ח הכולל ממצאים ומסקנות בנושאי בדיקתה ואם תמצא לנכון – לחוות דעתה האם יש מקום להפיק לקחים מבצעיים על סמך ממצאי הבדיקה. הועדה רשאית להמליץ לרמטכ"ל או לראש השב"כ לשקול נקיטת הליך פיקודי נגד מי מהנוגעים בדבר. אם יעלה הבירור שייערך על-ידי הועדה חשש שנעברה עבירה פלילית או עבירה משמעית, תביא הועדה את הדברים לידיעת הגורם המוסמך, לפי העניין. על עבודת הועדה יחולו, לפי העניין, הוראות סעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, או סעיף 17 לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002. העותרים, מצדם, הגישו הודעה נוספת ביום 20.2.08 והעלו טענות כנגד אופי הועדה, הרכבה האישי עקב היותה חברה אנשי ביטחון "לשעבר", דבר המטיל, לטענתם, דופי באופייה האובייקטיבי המתחייב של הועדה, וכן כנגד העובדה שדיוני הועדה אינם פתוחים לציבור. לפיכך, מבקשים הם כעת לחזור לעתירתם המקורית בה התבקש בית המשפט להורות על פתיחה בחקירה פלילית.

11. נוכח האמור בדבר השתלשלות בחינת הנושאים שהועלו בעתירה שלפנינו, אנו סבורים כי העתירה מוצתה. על פני הדברים, העותרים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם להצביע על פגם שנפל בשיקול דעתם של הפרקליט הצבאי הראשי והיועץ המשפטי לממשלה, שלא לפתוח בחקירה פלילית. זאת, גם בהתחשב במתחם שיקול הדעת המסור ליועץ המשפטי לממשלה בהחלטות מסוג זה. וודאי כך הוא בעת שהוקמה ועדת בדיקה לבחינת הנושא, ובטרם התפרסמו תוצאותיה וממצאיה של

בדיקת הועדה. כאמור לעיל, מקובל עלינו, וגם על העותרים, כי תוצאותיה החריגות והקשות של הפעולה מחייבות חקירה עצמאית בדיעבד, על-פי הכלי שהוצע על-ידנו בפסק-דיננו בפרשת הסיכול הממוקד. על אף שפסיקה זו אינה חלה על הפעולה נשוא עתירה זו, אשר בוצעה מספר שנים קודם למתן פסק-הדין בפרשת הסיכול הממוקד, דעתנו היא כי חקירה על-ידי ועדת בדיקה עצמאית היא הדרך המתאימה לבחון גם את אופן ביצועה של פעולה זו. השימוש באמצעי שהוצע בפסק-הדין בפרשת הסיכול הממוקד הוא אמצעי מותאם גם לעניין שלפנינו ובוודאי כך בטרם נקבע כי יש תשתית לכאורית המצדיקה חקירה פלילית. עם זאת, הקמתה של ועדת הבדיקה, הרכבה ואופן פעולתה, מסורים הם לשיקול דעתה של הרשות המבצעת. בענייננו, נעשה מינוי הוועדה מכוח הסמכות הטבועה של הממשלה למינוי ועדה לשם בדיקת עניין המצוי בתחום אחריותה. היות ואמנם מדובר בבדיקה של אירוע נקודתי, לא מצאנו כי נפל פגם בהחלטת המדינה להקים ועדת בדיקה מסוג זה. ודאי לא פגם המצדיק את התערבות בית המשפט בשיקול הדעת הרחב המסור לממשלה בכגון דא (להבחנה בין סוגי ועדות הבדיקה השונות ראו: בבג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 30.11.2006, להלן: פרשת אומץ), בפסקאות 28-32 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה).

12. אשר להרכבה של הועדה - ראינו לציין כי אף על פי שככלל, אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשות המבצעת כפוף לביקורתו השיפוטית של בית משפט זה, על פני הדברים לא מצאנו כי העותרים הצביעו על כך שנפל פגם בהרכבה של הועדה, מן הסוג המחייב התערבותנו לשינוי הרכב הועדה. שאלת הרכבה של ועדת בדיקה המוקמת בידי הממשלה מצוי במתחם שיקול הדעת הרחב של הממשלה או הדרג הממנה בה. בפרשת אומץ קבע בית המשפט העליון בהקשר זה, בדעת רוב, כי:

"לא יכולה להיות מחלוקת כי לממשלה היכולת והרשות לחקור את הטעון בבדיקה וחקירה, וזאת בדרכים שונות. זוהי סמכות טבועה; זוהי גם סמכותה השיורית של הממשלה, כרשות המבצעת (וראו את סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה). אכן, היכולת לבקר פעילות שלטונית ולהפיק לקחים לאחר מעשה, היא מרכיב משלים וחיוני של הפעילות עצמה. אין בה כדי לאיין את הביקורת השיפוטית במקרים המתאימים אלא שלצד הביקורת השיפוטית, אין להמעט מחשיבותה של הבדיקה היזומה על-ידי הרשות. זוהי פעולה מתבקשת, המהווה חלק אינטגרלי מאחריותו של השלטון, במיוחד כשמדובר בנושאים בעלי חשיבות מרובה. הבדיקה יכולה להיעשות בדרכים שונות, הכל בהתאם לעניין ולמהות

הנושא. [ההדגשה הוספה – ד. ב.] (בפסקה 7 לפסק-דינו של השופט ריבלין)

בבג"ץ 7232/01 יוסוף נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5), 561 (2003) התייחס בית משפט זה להיקף התערבותו בהחלטת הממשלה לחקור עניין מסוים בדרך מסוימת, בציינו כי:

"שיקול דעתה של הממשלה הוא רחב מאוד וחל לא רק לגבי עצם ההחלטה לחקור אלא גם לגבי דרך החקירה" (בעמ' 572 לפסק-הדין)

(כן ראו: בג"ץ 6001/97 אמיתי נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 22.10.1997)).

13. בענייננו, מורכבת הועדה שנתמנתה בידי ראש הממשלה מחברים אשר ניתן משקל לניסיונם הביטחוני, וכן לרקע המשפטי של העומד בראשה. אי שביעות הרצון ובעיקר חוסר האמון שמביעים העותרים בהרכב הועדה, אינם מבוססים ואינם מקימים עילה להתערבותנו. וודאי כך הוא בשלב מקדמי זה, בו טרם סיימה הועדה את פעילותה ובו טרם התקבלו מסקנותיה. יש להניח, כי כאשר יימסרו מסקנות או המלצות ועדת הבדיקה, אלה ייבחנו על ידי הרשויות המוסמכות, בין היתר, ביחס להשלכתן האפשרית על הצורך בנקיטת הליכים משפטיים נוספים בפרשה נשוא עתירה זו. הגענו, אפוא, למסקנה כי בשלב זה אין לשוב ולהיעתר לסעד המקורי שהתבקש על-ידי העותרים בטרם ניתן פסק-הדין העקרוני בפרשת הסיכול הממוקד, וכן אין עילה לביטול ההליך כפי שנקבע לבחינת נסיבות האירוע נשוא העתירה.

אשר על כן, העתירה נדחית.

ה נ ש י א ה

המשנה-לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינה של כב' הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ו בכסלו התשס"ט (23.12.2008).

שופטת

המשנה לנשיאה

הנשיאה