



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3292/07

בפני : כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ח' מלצר

העותרים : 1. עדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט  
הערבי בישראל  
2. המרכז הפלסטיני לזכויות אדם-עזה  
3. אל-חאק

נגד

המשיבים : 1. היועץ המשפטי לממשלה  
2. הפרקליט הצבאי הראשי  
3. שמואל זכאי  
4. דן הראל  
5. משה יעלון  
6. שאול מופז  
7. צבא הגנה לישראל  
8. ממשלת ישראל

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה : י"ב באייר התשס"ט (06.05.2009)

בשם העותרים : עו"ד חסן גיאברין ; עו"ד ארנה כהן ;  
עו"ד מרואן דלאל

בשם המשיבים : עו"ד ענר הלמן

### פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

עניינה של עתירה זו בהחלטת הפרקליט הצבאי הראשי, אשר אושרה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, שלא לפתוח בחקירה פלילית בעקבות פגיעה באזרחים

והרס בתים ברצועת עזה, אשר אירעו במהלך המבצע הצבאי "קשת בענן", בין הימים 28.9.2004-18-24.5.2004, וכן במהלך המבצע הצבאי "ימי תשובה", בין הימים 16.10.2004.

רקע עובדתי והשתלשלות העניינים בעתירה

1. הרקע לעתירה שלפנינו, שהוגשה ביום 15.4.2007, נטוע בתקופה בה שררה מציאות ביטחונית קשה, ופעילותם של ארגוני הטרור הפלסטינים הייתה בעיצומה. למבצעים הצבאיים נשואי העתירה קדמו שורה של אירועים רצחניים שהתרחשו באזור רצועת עזה בחודש מאי 2004. ביום 2.5.2004 נרצחו טלי חטואל ז"ל, שהייתה בהיריון מתקדם, וארבע בנותיה, בפגוע ירי לעבר רכבה בעת שנסעה בציר כיסופים. ביום 11.5.2004 נפגע נגמ"ש צה"לי מרקטת RPG שנורתה לעברו וששת החיילים אשר נסעו בו נהרגו. ביום 12.5.2004 נהרגו חמישה חיילים נוספים, גם הפעם כתוצאה מפגיעת רקטת RPG בנגמ"ש בו נסעו. יומיים לאחר מכן, ביום 14.5.2004, נהרגו שני חיילים נוספים באותה גזרה, בעת שנטלו חלק בפעילות לאיתור חלקי הגופות של החיילים ההרוגים. האבדות הקשות נגרמו, ככל הנראה, כתוצאה משימוש באמצעי לחימה אשר על-פי החשד הוברחו לרצועת עזה באמצעות מנהרות תת-קרקעיות שנחפרו מתחת לציר "פילדלפי". על רקע זה, הוחלט על יציאה למבצע "קשת בענן" – בו נשלחו כוחות בהיקף אוגדתי אל שכונותיה הדרום-מערביות של העיר רפיח, במטרה למנוע מעבר של אמצעי לחימה, לאתר מבוקשים ומנהרות, ולמנוע הישנות של אירועי ירי צלפים על הכוחות הנעים לאורך ציר "פילדלפי". כפי שנמסר על-ידי המדינה, במהלך המבצע נתקלו כוחות צה"ל בהתנגדות עזה של פעילי טרור אשר פעלו מתוך בתי המגורים ברחבי רפיח.

בנוסף לאירועים שהתרחשו בציר "פילדלפי", חלה במהלך שנת 2004 עליה משמעותית בירי רקטות הקסאם מצפון רצועת עזה אל עבר שטח ישראל. בחודש יוני 2004 נהרגו גבר ופעוט בן ארבע כתוצאה מפגיעת רקטת קסאם בסמוך לגן ילדים בשדרות, ובחודש ספטמבר נהרגו שני פעוטות נוספים כתוצאה מפגיעה ישירה של רקטת קסאם בבית מגורים בשדרות. בחודש זה נורו לעבר ישראל 46 רקטות קסאם. על רקע זה, כך נמסר על-ידי המדינה, נוצר צורך בפעילות מסכלת במרחבי שיגור רקטות הקסאם בצפון רצועת עזה. מבצע "ימי תשובה", אשר בוצע בצפון רצועת עזה, בין הימים 28.9.2004 ל-16.10.2004 נועד לצמצם את היקף תופעת ירי רקטות הקסאם לעבר ישובים ישראליים ולפגוע בארגוני הטרור העומדים מאחורי פעילות זו.

2. לאחר מבצעים אלו, בחודש יולי 2005, יישמה ממשלת ישראל את תכנית ההתנתקות מרצועת עזה, השלטון הצבאי באזור זה תם, וארגון החמאס תפס את השלטון ברצועת עזה. בחודש נובמבר 2005 פנתה העותרת 1 (להלן: העותרת) למשיבים 1-2 בבקשה להורות על פתיחה בחקירה פלילית בעניינו של מבצע "קשת בענן". בחודש לאחר מכן הודיע הפרקליט הצבאי הראשי לעותרת כי בקשתה נדחתה. בחודש מאי 2006, בעקבות פניה נוספת של העותרת, שב הפרקליט הצבאי הראשי והודיע לעותרת על החלטתו שלא לפתוח בחקירה פלילית בגין מבצע "קשת בענן". ביום 16.1.2007 פנתה העותרת בשלישית אל הפרקליט הצבאי הראשי, וזו הפעם כללה בפנייתה גם דרישה לפתוח בחקירה פלילית ביחס לאירועים שהתרחשו במהלך מבצע "ימי תשובה". ביום 7.2.2007 הודיעה הפרקליטות הצבאית לעותרת כי בקשתה לפתוח בחקירה פלילית בגין מבצע "ימי תשובה" נדחתה אף היא. ביום 15.4.2007 הוגשה עתירה זו, ובה ביקשו העותרים מבית המשפט להורות ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליט הצבאי הראשי לנמק מדוע לא יורו על קיום חקירה פלילית במטרה להעמיד לדין פלילי את האחראים להרג אזרחים ולהרס נרחב של בתים ורכוש אזרחי ברצועת עזה במהלך המבצעים הצבאיים "קשת בענן" ו"ימי תשובה". ביום 6.5.2009 קיימו דיון בעתירה, בו נשמעו טענות הצדדים.

#### טיעוני הצדדים

3. לטענת העותרים, המשיבים או מי מטעמם הפרו באופן בוטה את דיני זכויות האדם והמשפט הבינלאומי ההומניטארי בעצם היציאה למבצעי "קשת בענן" ו"ימי תשובה", וכן ביצעו, במסגרת אירועים שהתרחשו במהלך המבצעים, מעשים המהווים עבירות פליליות הן לפי הדין הבינלאומי הן לפי חוק העונשין, התשל"ז-1977. על כן, טוענים העותרים, המשיבים 1-2 היו מחויבים להורות על פתיחה בחקירה פלילית בגין האירועים שאירעו במהלך שני המבצעים הצבאיים האמורים. בין היתר טוענים העותרים, כי נפגעו שלא כדין הזכות לחיים והזכות לשלמות גופנית; כי בוצע הרס נרחב של בתים ומבנים אזרחיים; כי הופר האיסור על ביצוע פעולות תגמול נגד אזרחים ומבנים אזרחיים; וכי לא ננקטו בעת ביצוע המבצעים הצבאיים אמצעי זהירות נחוצים לשם הגנת האוכלוסייה האזרחית אשר נקלעה לאזור הקרבות. את טענותיהם אלו ביססו העותרים, לדבריהם, על התבטאויות פומביות של חיילים ומפקדים בצה"ל, לאחר תום הלחימה, אך בעיקר על דיווחים עיתונאיים שסקרו את המצב ברצועת עזה לאחר המבצעים ואת תוצאותיהם, כאשר העותרים טוענים כי הרס רב כל כך לא יכול שיהיה תוצאה של פעילות חוקית העומדת בדרישות הדין. כן ביססו העותרים

טענותיהם על דיווחים ודוחות של ארגונים בינלאומיים, ועל התבטאויות של גופים בינלאומיים שהביעו ביקורת על התנהלות צה"ל במסגרת המבצעים.

4. בתגובתם לטיעוני העותרים, שהוגשה ביום 30.04.2009, טענו המשיבים 1-2 ו-7-8 (להלן ביחד: המדינה, או המשיבים), כי יש לדחות את העתירה על הסף, היות והיא נגועה בכוללניות וכן מאחר שהוגשה בשיהוי רב. לטענת המדינה, מדובר בעתירה המבקשת להורות על פתיחה בחקירה פלילית בעניינם של שני מבצעים צבאיים שנערכו בשנת 2004 – למעלה משנתיים וחצי לפני הגשת העתירה. נטען, כי העותרת פנתה למשיבים 1-2 לראשונה בעניין מבצע "קשת בענן" רק בחודש נובמבר 2005, בחלוף כשנה וחצי מהמבצע, וכי כבר בחודש דצמבר 2005 – למעלה משנה לפני הגשת העתירה – הודיע המשיב 2 לעותרת 1 כי בקשתה לפתוח בחקירה פלילית בעניין מבצע "קשת בענן" נדחתה. ביחס למבצע "ימי תשובה" פנתה העותרת למשיבים לראשונה בחודש ינואר 2007 – למעלה משנתיים לאחר סיומו של המבצע. שיהוי זה מתעצם, לטענת המשיבים, נוכח מורכבותם של המבצעים הצבאיים רחבי ההיקף נשואי העתירה; העדר בסיס לחשדות פרטניים כלשהם; ויישום תכנית "ההתנתקות" ויציאת כוחות צה"ל מרצועת עזה, דבר המקשה, אם לא מונע, אפשרות לנהל חקירה אפקטיבית כיום באזור זה. עוד טוענים המשיבים כי העותרים מבקשים להורות על פתיחה בחקירה נגד שר הביטחון לשעבר, הרמטכ"ל לשעבר וקצינים בכירים נוספים, בגין אחריותם לתוצאותיהם של שני מבצעים מורכבים ומסוכנים אשר נמשכו למעלה מ-24 ימים בסך הכל ואשר התרחשו בתא שטח גדול ברצועת עזה, וכל זאת – על סמך תיאורים כלליים הנשענים בעיקרם על דיווחים עיתונאיים, ואשר אינם מהווים בסיס עובדתי ראוי לקבלת סעד מבית המשפט. בנוסף גורסים המשיבים, כי סוגיית הריסת בתים במהלך פעילות לחימה נדונה זה מכבר בבג"ץ 4694/04 אבו עתרה נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (טרם פורסם, 18.5.2004, להלן: עניין אבו עתרה), ובבג"ץ 4969/04 עדאלה נ' אלוף פיקוד הדרום (טרם פורסם, 13.7.2005, להלן: עניין עדאלה). בעניין אבו עתרה דחה בית המשפט עתירה אשר בה התבקש בית המשפט להורות על הפסקת הריסת הבתים בשטח רצועת עזה. בעניין עדאלה נדחתה עתירה עקרונית בעניין חוקיות הריסת בתים במסגרת פעילות צבאית. לטענת המשיבים, דחיית העתירות מלמדת כי בית המשפט קיבל את עמדת המדינה לפיה ככלל, אין בהריסת בתים במסגרת הלחימה ברצועת עזה כדי להוות "פשע מלחמה", כטענת העותרים, וככל שהעתירה דנן עוסקת בסוגיית הריסות הבתים יש לדחותה על הסף נוכח קיומה של הכרעה שיפוטית בעניין.

לגוף העניין, נטען בתגובת המשיבים כי התערבות בית המשפט בשיקול דעת היועץ המשפטי לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי בנוגע לפתיחה בחקירה פלילית - מצומצמת ביותר. בענייננו, כך נטען, בהיעדר בסיס עובדתי לטענות בדבר חשדות פליליים, נוכח מאפייניה המיוחדים של הלחימה בטרור ומורכבותם של המבצעים הצבאיים נשוא העתירה, וכן מאחר שצה"ל ערך בתום המבצעים תחקירים מבצעיים ברמות הפיקוד השונות, אין עילה להתערבות בשיקול דעתם של הגורמים המוסמכים.

#### דיון והכרעה

5. עתירה זו מציגה באופן מובהק את הראציונאלים המהותיים העומדים מאחורי כלים מתחום המשפט הדיוני. כך, מביין שלוש עילות הסף שהעלו המשיבים, שתיים אכן אינן מאפשרות לדון דיון מעמיק בסוגיות שמעלה העתירה, לא כל שכן להעניק את הסעד המבוקש בה. העותרים העלו את הטענה כי לא ראוי שעתירה העוסקת בשלטון החוק תידחה מפני טענות סף. אמנם, בית המשפט אמר לא פעם כי טענות סף כשלעצמן לא יהוו עילה לדחיית עתירה המעלה שאלות מהותיות, אך במקרה שלפנינו אין עילות הדחייה בגדר טענות סף בלבד, אלא הן נוגעות לגוף העניין.

6. ראשית ייאמר כי כלליותה של העתירה עומדת בעוכריה. כאמור, במסגרת העתירה התבקשו ליתן סעד המופנה כלפי היועץ המשפטי לממשלה והפרקליט הצבאי הראשי, לפיו מתבקשים הם לנמק מדוע לא יורו על קיום חקירה פלילית, במטרה להעמיד לדין פלילי את האחראים להרג אזרחים רבים ולהרס נרחב של בתים ורכוש אזרחי בדרום רצועת עזה במהלך מבצע "קשת בענן", ובצפון רצועת עזה במהלך מבצע "ימי תשובה". מבצעים אלה ארכו, כאמור, כ-24 ימים ובמהלכם התרחשו חילופי אש ואירועים רבים. העותרים טוענים בעתירתם כי לתפיסתם המשיבים - בכירי מערכת הביטחון, החל במפקד אוגדת עזה במהלך המבצעים, עבור באלוף פיקוד הדרום וברמטכ"ל וכלה בשר הביטחון, צה"ל וממשלת ישראל - הם האחראים לתוצאות המבצעים, אותם לטענת העותרים "לא ניתן לתאר אלא כפשעי מלחמה" (סעיף 7 לעתירה). העתירה, בהתאם לתפיסה זו של העותרים, אינה מפרטת מקרים פרטניים בהם בוצעו, לכאורה, עבירות פליליות, אלא מלינה על עצם הפגיעה באזרחים וביעדים אזרחיים במהלך שני המבצעים. השאלה שהיא מעלה הינה האם יש מקום לחייב כעת את מדינת ישראל לפתוח בחקירה פלילית, הנוגעת ליציאה למבצעים כמכלול, כאשר לטענת באת-כוח העותרים הפעולות הנקודתיות משמשות אך אינדיקציות לשיטת הפעולה שננקטה במהלכם.

עסקינן אפוא בסעד המנוסח בלשון רחבה וכוללנית ביותר. בהקשר זה כבר אמרנו בעבר כי "כלליותה של העתירה, הן בהגדרת המחלוקת, הן בבסיס העובדתית שהיא מניחה, והן בסעדים המבוקשים, עומדת בעוכריה, וככזו לא ניתן לבררה במתכונת הקיימת בבית משפט זה" (בג"ץ 7178/08 פורום ראשי המועצות הדרוזיות והצ'רקטיות בישראל ועוד נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 18.11.2009)).

7. נאמר עוד, כי לא ראינו לקבל את הטענה שהמבצעים - ככלל - היוו פעולה שאינה מוצדקת מבחינה ביטחונית ולפיכך מהווים - כשלעצמם - פשע מלחמה. כפי שתיארנו בראשית דברינו, המצב ברצועת עזה עובר ליציאה למבצע "קשת בענן" איפשר לגורמי הטרור לפגוע שוב ושוב הן בחיילי צה"ל והן באזרחים שהתגוררו באזור, באמצעות אמצעי לחימה שהוברחו במנהרות לתוכו. מתקפה זו של גורמי הטרור, שהלכה והסלימה, והשימוש באמצעי לחימה מסוכנים יותר ויותר הם שהובילו ליציאה למבצעים. לא שוכנענו - והעותרים אף לא הניחו תשתית עובדתית לטענה מרחיקת לכת זו, למעט ראיון עיתונאי אחד - כי מטרות המבצע היו פעולות נקם, או הרתעה קולקטיבית של האוכלוסיה האזרחית בעזה משיתוף פעולה עם גורמי הטרור. ברי, כי הצדקות מסוג זה לפעילות צבאית הן פסולות, אך כאמור בנסיבות העניין לא הוכח כי עמדו ביסוד היציאה למבצעים. נהפוך הוא - המדינה טוענת, כי ראתה לעצמה חובה להגן על תושביה מפני פגיעה ורצח נשים וילדים, ופעלה מתוך הכרה בזכותה להגנה עצמית, ובתוך כך הגנה על אזרחיה; כך גם ראתה חובה להגן על התושבים המתגוררים בישובים הסמוכים לרצועת עזה מפני טילי הקסאם וטילים אחרים שכוונו לעברם מצפון הרצועה, ולשם כך ראתה צורך מבצעי לפעול לשם פגיעה בגורמי הטרור שעשו שימוש בטילים אלו, באמצעי הלחימה שלהם ובנקודות השיגור שלהם. ההכרעה לפיה נקבע כי היה צורך בטחוני בקיומה של פעולה מבצעית מאסיבית בניסיון למגר - או למצער לצמצם - את פעילות גורמי הטרור בדרום רצועת עזה ואת נגישותם לאמצעי לחימה מתקדמים שהוברחו דרך המנהרות לשטח הרצועה ולשימוש ארגוני הטרור, הינה עניין של מדיניות ביטחונית, הנתונה בשיקול דעת מובהק של האחראים על הביטחון, ואינה עניין המתאים לביקורתו של בית משפט זה.

8. הסעד המבוקש בעתירה הוא קיום חקירה פלילית. בנסיבות ובנתונים שלפנינו אין השימוש בכלי המשפט הפלילי מתאים ואינו מתמודד עם הבעייתיות בסוגיה זו, וזאת מטעמים הנוגעים לאופיו של המשפט הפלילי. ראשית, הסעד של העמדה לדין פלילי הוא סעד רלוונטי בישראל בנוגע למקרים המקימים חשד לביצועה של עבירה. החשד להפרת הדין העולה כדי עבירה אינו יכול להיות מנותק מההגנות שדיני העונשין מקימים ביחס לפעולות לחימה ושאלה זו היא כמובן מורכבת, ומבוססת על בירור

פרטני. דרישה לקיום חקירה פלילית מחייבת תשתית לכאורית הולמת. יודגש, כי החקירה הפלילית אינה הכלי היחיד שבאמצעותו ניתן לברר הפרות של הדין כשאלה אינן עולות כדי עבירות פליליות. בשיטתנו מצויים גם אמצעי בדיקה וביקורת אחרים, המאפשרים התמודדות עם אירועים רחבי היקף, או עם בחינת מדיניות הפעלת כוחות הביטחון. שנית, המשפט הפלילי בישראל תחום לגדרי חוקי העונשין וחקירות פליליות מותאמות לעבירות על פי דיני העונשין ולא בהכרח מתייחסות להפרות של נורמות אחרות שאינן חלק מהדין הפוזיטיבי. על פי חוקים שונים ניתן לחקור ולבדוק פעילות צבאית או ממשלתית אחרת שאינה בהכרח פלילית ואף להעביר עליה ביקורת ולהמליץ על מסקנות אופרטיביות שאינן מעוגנות מלכתחילה בדין הפלילי, הגם שלעיתים יכולות הן להוביל גם למסקנה בדבר הפרת דיני העונשין.

כך, למשל, קובע סעיף 537 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 כי שר הביטחון או הרמטכ"ל רשאים למנות ועדת חקירה לשם חקירת כל עניין הנוגע לצבא; וחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968 קובע כי הממשלה יכולה, במקרים בהם ראתה שקיים עניין בעל חשיבות ציבורית הטעון ברור, להורות גם היא על הקמת ועדת חקירה (שס, סעיף 1). בנוסף מעגן חוק זה בסעיף 28 את סמכותה של הממשלה להקים וועדות בירור לבדיקה של נושאים שאינם דווקא ראויים בעיניה לבירור באמצעות וועדת חקירה ממלכתית (ראו לעניין זה בג"ץ 6001/97 אמיתי - אזרחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 22.10.1997)). וועדות חקירה ובדיקה מסוגים שונים הוקמו בעבר כאשר עלו טענות ביחס לאירועים שתוצאותיהם חייבו בירור ובחינה של סוגיות בעלות עניין ציבורי, ובין היתר כמובן, גם פעולות צבאיות ופעולות לחימה. אכן, התפיסה הרווחת בשיטתנו היא כי ועדות חקירה אינן עוסקות באחריות "משפטית" בלבד אלא באחריות "ציבורית", ועשויות להיות, במקרים מסויימים, רק שלב בדרך להחלטה האם יש מקום לפתוח בהליכים פליליים. לעיתים אף עשוי להתעורר קושי מבחינה של אירועים העשויים לעורר אחריות פלילית על ידי ועדת חקירה במקום, או לפני, ההליך השיפוטי הפלילי (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (תשס"ה, מהדורה 6) 1033-1034 (להלן: רובינשטיין ומדינה)).

9. יש להדגיש כי ההחלטה אם עניין מסוים מקים חשד המצדיק חקירה פלילית היא בראש ובראשונה של העומדים בראש מערכת התביעה שבידה הסמכות והכוח להעמיד לדין פלילי בגין ביצוע עבירה פלילית. ככלל, על מנגנון החקירה והתביעה הפלילית מופקד היועץ המשפטי לממשלה, ובעניינים הנוגעים לצבא נתון לפרקליט הצבאי הראשי שיקול דעת רחב. כאשר נושא הבדיקה הוא בראש ובראשונה בעל היבט

מבצעי, ההחלטה על מנגנון החקירה היא בדרך כלל בידי גורמי הצבא אך אין בכלי הבדיקה של המערכת הצבאית כדי למנוע חקירות נוספות על פי מהותו של העניין הנדון. לעניין זה יש להבחין ככל האפשר בין חקירה שנועדה מראש להגיע לתוצאה משפטית פלילית או אזרחית לבין נושאים נוספים המחייבים בדיקה באשר לאחריות ואחריות ציבורית או אישית. כאשר מדובר בחקירה שהיבט הדומיננטי המחייב בדיקה הוא ציבורי, רשאים הדרגים המדיניים להחליט על הבדיקה. אמנם, במצבים מסוימים הכירה פסיקתנו בכך שהסמכות להקים ועדת חקירה או בדיקה לעניין מסוים עשויה להפוך לחובה (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 1037), אך אלה הם מקרים חריגים (בג"ץ 7232/01 יוסוף נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 561, 573 (2003)). ככלל, שיקול הדעת המוענק לגורמי החקירה והתביעה באשר לעצם הקמת ועדת בדיקה או חקירה ככלל, ובאשר לבחירה במנגנון בדיקה מסוים בפרט הוא רחב ביותר, והביקורת השיפוטית על החלטה מסוג זה היא מצומצמת, ותחומה לבחינת סבירות הבחירה (בג"ץ 2624/97 ידיד רונאל עו"ד נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 71, 79 (1997); בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 30.11.2006) (להלן: פרשת "אומץ"), פסק דינה של השופטת חיות, פסקה 3).

בבחינת למעלה מן הצורך נאמר כי בית משפט זה מפעיל את ביקורתו השיפוטית כשלנגד עיניו גופי החקירה והדינים ששיטתנו המשפטית מעמידה, וגם העותרים ממקדים את עתירתם בדרישה לעשות שימוש בכלי הפלילי בלבד. הסוגיה של התאמת מנגנוני החקירה והבדיקה הקיימים במערכת המשפטית הישראלית ביחס להפרות נטענות של דיני הלחימה ולחובות המוטלות על ישראל על פי הדינים הבינלאומיים שהם חיצוניים למשפט הפלילי ולדין הפוזיטיבי, משמשת נושא לדיונים שונים בזירה הבינלאומית ולא רק ביחס לישראל. הסוגיה אף עומדת במוקד כתיבה אקדמית הנוקטת בעמדות שונות לגבי עצמאות המנגנונים הקיימים בשיטתנו לשם חקירה ובדיקה של טענות בדבר הפרות של דיני הלחימה ויכולתם לבחון את הפרות הנטענות (וראו עמיחי כהן ויובל שני, צה"ל חוקר את עצמו: חקירת חשדות להפרת דיני הלחימה, מחקר מדיניות 93, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2011) (להלן: כהן ושני)). זו איננה השאלה שהונחה לפתחנו ואיננו נדרשים לה שכן לפנינו כאמור עתירה להחלת הדין הפלילי, וזו אינה מניחה תשתית לביסוס הטענות. נתנו דעתנו גם לכך שהשאלה העקרונית בדבר התאמתם של מנגנוני החקירה לתלונות וטענות המועלות ביחס להפרת דיני הלחימה עומדת לבחינת הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, בראשות השופט בדימוס י' טירקל, היושבת עדיין על המדוכה בעניין זה.



10. בנוסף על האמור, הסעד המבוקש על ידי העותרים הוא כאמור אינו מעשי מסיבה נוספת: העותרים דורשים כי תיפתח חקירה פלילית וכי האחראים ל"פשעים" שהם מצביעים עליהם לכאורה יועמדו לדין פלילי. זאת, על יסוד הפרות נטענות של הדין הבינלאומי ההומניטארי, אשר מהן ניתן להסיק, לשיטתם, הפרות של הדין הפלילי הישראלי (סעיפים 174 ו-178 לעתירה). אכן, כשיטתנו המשפטית מוגשים לבתי הדין הצבאיים והאזרחיים, במקרים המתאימים, כתבי אישום המתבססים על הדין הישראלי. במקרים שבהם הופרו דיני הלחימה יוגשו כתבי אישום על פי הדין הישראלי ובגין עבירה פלילית מתאימה, שככלל על פי עקרונותיה אף מקבילה לעקרונות המשפט הפלילי הבינלאומי. במקרים מסוג זה על התובע לבסס את קיומם של יסודות העבירה הספציפית ככלל משפט פלילי אחר. חשוב להבהיר כי מדיניות זו של ישראל, הגם בהיעדר החלה של הדין הבינלאומי כשהוא עומד לעצמו כחלק מהדין הפלילי הישראלי, אינה מפרה את חובותיה של ישראל על פי אמנות ג'נבה כיוון שהוא מאפשר הטלת סנקציות פליליות אפקטיביות על מפרי סעיפים מהותיים באמנה ( Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 1949, (להלן: אמנת ג'נבה), סעיף 146; וראו בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם, 1.7.2009) (להלן: פרשת אבו רחמה), פסקאות 35-44; Ward Ferdinandusse, *The Prosecution of Grave Breaches in National Courts*, 729 J INT'L CRIMINAL JUSTICE 7(4) (2009). זאת, כאשר כתב האישום מבטא את פליליות המעשה המיוחס לנאשם, והעונש המוטל במקרה של הרשעה משקף את הנסיבות המחמירות של ביצוע העבירה כלפי אזרחים מוגנים על פי דיני הלחימה (Knut Dörmann and Robin Geiß, *The Implementation of Grave Breaches into Domestic Legal Orders*, J INT'L CRIMINAL JUSTICE 7(4) (2009) 703-721, 710). יתרה מכך, מלומדים שונים טוענים כי לבחירה בטיפול בפשעי מלחמה באמצעות המערכת הפלילית המקומית הקיימת (בניגוד לחיקוק עבירות חדשות של פשע מלחמה, או הטמעה של דיני הלחימה לתוך המערכת המקומית ככתבם וכלשונם) יתרונות ברורים, כגון הכרת גורמי התביעה עם יסודות העבירה ויכולתם המוגברת, לפיכך, לנהל משפט אפקטיבי במקרים אלו (שם, בעמ' 709).

11. מעבר לקשיים האמורים, הרי שאף בהיבטים נקודתיים הנוגעים לאירועים שהתרחשו במהלך המבצעים הנידונים בעתירה, אין העותרים מבססים עילה לתקיפת החלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית העוסקת באירוע נקודתי כלשהוא. העתירה כאמור מבוססת על ראיונות ודיווחים עיתונאיים, שאינם יכולים להוות ראיה בהליך פלילי, ועל דיווחי ארגונים בינלאומיים העוסקים בעיקר בבחינת תוצאות האירועים ולא בניתוח של ההתרחשויות, האיומים ותגובות כוחות הביטחון בעת המבצעים. תשתית

ראייתית דלה זו אינה יכולה לעמוד בבסיס אישום פלילי, על רף ההוכחה הגבוה הנדרש במשפט מסוג זה. העתירה עצמה מתייחסת לעשרות אם לא מאות מקרים שתוצאותיהם היו הרס ביתם של אזרחים פלסטינים וכן מקרים לא מעטים שתוצאתם מותם של אזרחים שלא היו מעורבים בלחימה, והלוא אף העותרים עצמם אינם טוענים כי כל בית שנהרס מתוך מאות הבתים הייתה הריסתו נגועה בפליליות. ראוי להדגיש כי גם על פי נורמות המשפט ההומניטארי הבינלאומי החובה לחקור עצמה, הקמה במקרים שבהם ישנו חשד להפרות דין כפי שנפרט להלן, אינה קמה כאשר התלונות אינן מבססות תשתית ראייתית ראשונית, ולו לכאורית. כך, המלומד שמידט מבהיר כי:

"Not every allegation requires an investigation; only those sufficiently credible to reasonably merit one do" (Michael N. Schmitt, *Investigating Violations of International Law in Armed Conflict*, HARVARD NATIONAL SECURITY JOURNAL 2, 31 (2011), 39)

12. ביחס לאירועים נקודתיים המקימים על פניהם חשדות קונקרטיים לביצוע עבירות פליליות, אף המדינה אינה חולקת על החובה לחקור חששות להפרת הדין. חובה זו נגזרת ישירות מחובתה של ישראל להגן על חייהם של האזרחים המוגנים בשטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית מפני פגיעה מכוונת; והיא מעוגנת גם בהוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, כך בסעיף 146 לאמנת ג'נבה ויש הגורסים כי כך מתחייב גם על פי אמנות זכויות האדם (ראו למשל כהן ושני, בעמ' 22-24). עם זאת, הצדדים בפנינו חלוקים בשאלה מהי האינדיקציה לקיומו של חשש, המצדיק פתיחה בחקירה פלילית באשר לאירוע מסוים. בעוד שהעותרים טוענים כי עצם התוצאה - מותם של אזרחים והרס בתים רבים - אמורה להוביל לפתיחה בחקירה פלילית, הרי שהמשיבים גורסים כי יש לבחון נסיבות של כל מקרה לגופו ולקבוע האם עולה חשש להפרת דיני הלחימה והדין הישראלי באותו עניין.

בשאלה האם יש לפתוח באופן אוטומטי בחקירה פלילית בכל מקרה שבו נגרם מותו של אזרח כתוצאה מפעילות כוחות הביטחון עסקנו בעתירה מקבילה שהוגשה לבית המשפט בנושא זה, בג"ץ 9594/03 בצלם נ' הפצ"ר (טרם פורסם, 21.8.2011), ולא ראינו להרחיב בעניין זה כאן. בקצרה נבהיר, כי בכל מקרה, פתיחה בחקירה פלילית אינה מהלך אוטומטי. עליה לנבוע מחשד ממשי כי עבירות פליליות אמנם בוצעו. התמונה המצטיירת מתיאור לחימה במצב של עימות מזויין בין ארגון טרור רצחני שפעליו מצאו מחסה בקרב אוכלוסייה אזרחית היא בוודאי תמונה קשה, ותוצאות הלחימה היו תוצאות מכאיבות לאוכלוסייה האזרחית שבקרבתה או בין בתיה פעלו המחבלים. אולם, גם תמונה כללית קשה זו אינה מהווה, כשלעצמה, עילה

לחקירה בעלת אופי פלילי דווקא. חקירה מסוג זה יש לבצע כאשר מתעורר, על פניו, חשד לביצוע התנהגות החורגת מן הדין הישראלי או בהפרות חמורות של הדין הבינלאומי העולות כדי עבירות פליליות לפי דיני העונשין.

13. יש לזכור, כי דיני הלחימה, החלים על עימותים מזויינים בין כוחות הביטחון הישראליים לארגוני הטרור השולטים ברצועת עזה, מעניקים אמנם הגנה לאזרחים שאינם מעורבים בלחימה, ו"עקרון ההבחנה" (Distinction) - המטיל על הצבא הלוחם את החובה להימנע מפגיעה מכוונת באוכלוסייה אזרחית - הוא עקרון יסוד במסגרת דינים אלו. עם זאת, לצד עקרון ההבחנה מכירים דיני הלחימה גם בקיומו של "נזק נלווה" (Collateral Damage) - נזק שנגרם לאזרחים באופן עקיף, כתוצאה מהתקפה שכוונה ליעדים צבאיים של האויב. הנזק הנלווה הוא נגזרת של ההבנה, כי דרישה להימנע לחלוטין מפגיעה באזרחים בעת לחימה תאיין את היכולת להילחם בעידן המודרני, והוא אינו מהווה הפרה של דיני הלחימה, גם אם הוא צפוי, כל עוד הוא עומד בדרישות הדין, ובהן בין היתר הדרישה למידתיות הפגיעה הצפויה באזרחים ביחס לתועלת הצפויה מהפעולה הצבאית; וההימנעות מתקיפה מכוונת של אזרחים. למרבה הצער אין חולק, כי בעת קיומן של פעולות לחימה עלולים להיפגע גם חפים מפשע. זאת, במיוחד במלחמות בנות זמננו, המאופיינות בטשטוש הגבולות בין החזית והעורף, בין יעדים צבאיים ויעדים אזרחיים, ובין אזרחים תמימים לכאלה המעורבים בפעולות טרור ולחימה. בענייננו, פעמים רבות מתבצעת פעילות לחימה - בלית ברירה - בקרב שכונות אזרחיות, אשר מהן ומתוכן פועלים ארגוני הטרור. במצבים אלה, על הצבא לעשות כל מאמץ על-מנת להימנע מפגיעה באזרחים חפים מפשע. אף על פי כן, לעיתים אין ניתן למנוע לחלוטין כל פגיעה באוכלוסייה האזרחית. אין לשכוח, כי פעילות הלחימה מתבצעת בתנאי לחץ ואי וודאות, תוך סיכון חיי החיילים. הלחימה האינטנסיבית מתבצעת, לעיתים, נגד טרוריסטים חמושים הפועלים מתוך האוכלוסייה האזרחית במודע ובמתכוון. פעילות לחימה זו, אף היא מתחייבת לעיתים מדיני זכויות האדם, המטילים על מדינת ישראל את החובה לספק הגנה לאזרחיה ולתושביה מפני התקפות טרור המסכנות את חייהם. על כן, אין די בעצם העובדה כי נפגעו אזרחים לשם הקמת חשד ממשי כי בוצעו עבירות פליליות עקב הפרות של דיני הלחימה. בהעדר ראיות לביצוען של עבירות פליליות, לא קמה גם החובה לקיים חקירה פלילית של האירועים.

מהודעת המדינה בתגובה לעתירה עולה, כי כאשר קיים ספק באשר לעמידתה של ההתנהגות שהובילה לפגיעה באזרחים במגבלות הדין, נעזר הפצ"ר בבדיקה עובדתית מקדמית הנעשית באמצעות התחקיר המבצעי, המועבר אליו לבחינה. לתחקיר

המבצעי מטרות נוספות, ובהן בחינת התנהלות הכוחות והפקת לקחים לשם הימנעות מתוצאות חמורות בעתיד, גם אם הללו לא נבעו מהתנהגות פלילית דווקא של הכוחות הלוחמים וכן לצרכים מבצעיים פנימיים נוספים. השאלות בדבר עצמאותו של מנגנון בדיקה זה והתאמתו לצורך ביסוס מסד הנתונים המשמש את הפצ"ר בהחלטה הראשונית האם לפתוח בחקירה פלילית לא עמדה לפנינו בעתירה זו, משום שכאמור, לא הוצגו בפנינו מקרים קונקרטיים שבהם אכן עלה חשד להפרת הדין הפלילי. גם באשר לאירועים נקודתיים שהובאו בעתירה כבדרך אגב, באמצעות דיווחים עיתונאיים, לא הוברר אופן הטיפול בהם במערכת הביטחון והעותרים לא הציגו טענות באשר לטיפול הראשוני בהם באמצעות תחקיר מבצעי. יתרה מכך, גם המדינה מסכימה כי כאשר אכן מתעורר חשש להתנהגות פלילית אין בתחקיר המבצעי די על מנת לקיים את החובה לחקור הפרות של הדין. ראוי לציין בהקשר זה כי נהלי הדיווח והבדיקה העובדתית המשמשת את הפצ"ר לקבלת ההחלטה עברו שינויים בשנים האחרונות וכיום מועבר לפצ"ר עצמו דיווח ראשוני בתוך 48 שעות מקרות כל אירוע שבו נפגע אזרח שאינו מעורב בפעילות הלחימה. דיווח זה מאפשר טיפול אפקטיבי ומידי באירוע, בין אם באמצעות חקירה פלילית ובין באמצעות בדיקה והפקת לקחים אחרים.

14. נוסף עוד כי לא ראינו להתערב גם בהחלטה ביחס לאירוע פרטני, המובא בעתירה כדוגמא לטענה הכללית בדבר התנהלות כוחות הביטחון, אירוע שבמסגרתו נהרגו אזרחים כתוצאה מירי פגזי טנק לעבר בית נטוש שלעברו התקדמה תהלוכה של אזרחים פלסטינים. כעולה מהעמדה המפורטת שמסרה המדינה בהקשר זה, האירוע תוחקר בכל דרגי הצבא והתחקירים הועברו לעיון הפרקליט הצבאי הראשי, אשר מצא כי מפקד הגדוד שגה שגיאה מקצועית באשר להיקף הירי, אך ההחלטה על עצם ביצוע הירי הייתה מוצדקת בנסיבות שהתקיימו בשטח. הפצ"ר קבע כי הטעות בוצעה במהלך לחימה ובתנאי לחץ ואי וודאות, כאשר כוונת מפקד הגדוד הייתה דווקא למנוע פגיעות בנפש, ולפיכך הגיע למסקנה, שאושרה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, כי החלטתו השגויה של מפקד הגדוד לא הייתה בלתי סבירה באופן המצדיק נקיטה בהליכים פליליים נגדו. למעלה מן הצורך נבהיר, כי תנאי לחץ ומצבי לחימה אינם מצדיקים - בפני עצמם - ירי פגזים לעבר אוכלוסייה אזרחית, אך פרטי החקירה שהתקיימה ומכלול הנסיבות שהביאו למסקנות הפצ"ר בעניין זה לא היו לפנינו. כידוע, העיקרון בדבר ריסון מירבי בהתערבות שיפוטית בהחלטות הרשות המבצעת בעניין חקירה והעמדה לדין פלילי נטוע עמוק במסורת השיפוטית של בית משפט זה. בדומה ליועץ המשפטי לממשלה, שיקול הדעת המסור לפרקליט הצבאי הראשי בשאלה האם להורות על פתיחה בהליכים פליליים הנו רחב ביותר. בין היתר, עליו לפעול בהגינות, ביושר ובתום לב; בסבירות ובמידתיות; להתחשב בשיקולים הרלוונטיים ובהם בלבד; להימנע

מכל אפליה פסולה; ולגלות עצמאות בהחלטתו, בהיותו אחראי לשלטון החוק בצבא (פרשת אבו רחמה, בפסקה 66). בהתאם לתפיסה זו, התערבות בהחלטותיו המקצועיות של הפרקליט הצבאי הראשי נעשית לעיתים נדירות, בנסיבות חריגות ביותר (בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718, 727-728 (1989); בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859, 871-872 (1995)). בשולי הדברים ניתן לציין, שככלל ההחלטה על הפסקת הטיפול הפלילי בפרשה אינו מייתר טיפול - משמעותי, מערכתי או חינוכי - באירוע שתוצאותיו חמורות.

15. עניין נוסף המאייץ את היכולת לבחון את החלטות הפצ"ר, הן ביחס לאירוע הנקודתי המפורט לעיל והן ביחס לשאר האירועים שהתרחשו במהלך שני המבצעים - גם לו היו העותרים מפנים טענות מבוססות ביחס לאירועים נקודתיים - הוא הזמן שחלף מעת התרחשות האירועים הטעונים בחינה ועד להפעלת הביקורת השיפוטית על ידינו, היינו - השיהוי הרב בו לוקה העתירה. כאמור לעיל, העותרת פנתה לראשונה למשיבים 1-2 בבקשה להורות על חקירה פלילית עקב מבצע "קשת בענן" רק בחודש נובמבר 2005, כשנה וחצי לאחר תום המבצע; בקשה לחקור את אירועי מבצע "ימי תשובה" הוגשה על-ידי העותרת לראשונה רק בחודש ינואר 2007, למעלה משנתיים לאחר תום אותו מבצע; העתירה עצמה הוגשה כ-16 חודשים לאחר שקיבלה העותרת את תשובת המשיב 2, הדוחה את בקשתה, וכמעט שלוש שנים לאחר האירועים.

על-פי ההלכה הפסוקה, קבלתה של טענת שיהוי הנטענת נגד עתירה מנהלית מחייבת את קיומם של שני יסודות מצטברים - האחד, קיומו של שיהוי סובייקטיבי, היינו, האם התנהגות העותר בפועל מצביעה על ויתור משתמע מצדו על זכותו לפנות לערכאות. השני, קיומו של שיהוי אובייקטיבי, היינו, האם חל שינוי במצב בשטח, והאם האיחור בהגשת העתירה גרם לפגיעה באינטרסים של צדדים אחרים. בענייננו, אכן ניכר שיהוי הן בהיבט הסובייקטיבי והן בהיבט האובייקטיבי, כאשר העותרים פנו אל המשיבים בבקשה לפתוח בחקירה פלילית בגין האירועים שהתרחשו במהלך מבצע "קשת בענן" כשנה ומחצה לאחר תום המבצע. גם העתירה עצמה הוגשה פרק זמן ממושך - למעלה משנה - לאחר קבלת תשובת המשיבים, ושיהוי זה לא הוסבר על-ידי העותרים. לא זו אף זו, העותרים פנו למשיבים לראשונה בבקשה להעמיד לדין את האחראים בגין מבצע "קשת בענן" בנובמבר 2005 - חודשים מספר לאחר יישום תכנית ההתנתקות, שבמהלכה יצא צה"ל מרצועת עזה.

העותרים טוענים, ויש ממש לכאורה בטענה שככלל, אין מקום לקבל את טענת השיהוי שעה שמדובר בקיום שלטון החוק ובפגיעה בזכויות אדם. זאת, במיוחד מקום בו החובה לחקור מוטלת הייתה לפתחם של המשיבים גם ללא פניותיהם של העותרים וללא קשר הכרחי להגשת העתירה. גישה זו בעיקרון מקובלת עלינו ויש לה עיגון בפסיקתו של בית משפט זה. אכן, ההלכה המקובלת בפסיקתנו היא כי בית המשפט לא ידחה עתירה מחמת שיהוי אם משמעות הדבר היא כי עקב כך תיגרם פגיעה חמורה בשלטון החוק ובאינטרס ציבורי חשוב (בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 193, 202 (1999); בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678, 684 (1988)). בבחינת למעלה מן הצורך נאמר, כי כאשר מתעוררים חששות כגון אלה, ואף חמורים פחות מהם, אין להמתין לפניות מצד ארגוני זכויות אדם, עיתונאים או גורמים אחרים על מנת לפתוח בבדיקת האירוע, באופן שיאפשר, אם אמנם יתגבש צורך בכך, ניהול הליך פלילי אפקטיבי. כך, כבר אמרנו בשורה של פסקי דין כי במקרים המעלים חשש להתנהגות פלילית יש לפתוח בחקירה בסמוך לאירוע על מנת לאפשר איסוף ראיות (ראו למשל בג"ץ 8517/07 בסאם עראמין נ' היועמ"ש (טרם פורסם, 10.7.2011)).

עם זאת, במקרה שלפנינו אין עסקינן בשיהוי כטענת סף באופיו הרגיל, אלא בשיהוי המאיין את היכולת להידרש לעתירה. לפרק הזמן הממושך אשר חלף מאז תום מבצעי הלחימה נשוא העתירה ועד למועד הגשתה בפועל של העתירה קיימת השפעה על האפשרות ליתן לעותרים את הסעד המבוקש בה, גם אילו הייתה עתירתם מקימה עילה להיעתר לה. ככל שחולף הזמן מיום ביצועה של פעילות לוחמה בזירה צבאית, כך גדל הקושי באיסוף ראיות, גביית עדויות והפקת ממצאים עובדתיים אשר יוכלו להוות תשתית ראייתית ועובדתית מספקת להליך משמעתי או פלילי. זירת האירוע משתנה, חלק מהעדים אינם זמינים עוד לחקירה והנגישות לאזור עשויה להשתנות, כפי שאף אירע בנסיבות העניין שלפנינו. ניתן לומר, כי הבקשה לסעד של חקירה פלילית או פתיחה בהליך פלילי מעלה תמיד לדיון את אינטרס אכיפת החוק במובנו החזק ביותר, אך מנגד היא בקשה ו"תאריך תוקף" בצידה. כאשר חולף זמן מהאירוע נשוא בקשה מסוג זה, אין עוד טעם בבקשה, בעוד שסעדים אחרים לבר-פליליים עשויים להיות רלוונטיים בנסיבות המתאימות. בעניינו, משחלפה שנה ומחצה מאז המבצעים ועד לפניית העותרים למשיב 2 בבקשתם כי יפתח לאלתר בחקירה פלילית, ובוודאי משחלפו כמעט שלוש שנים מיום התרחשות האירועים ועד לפנייה אלינו, הרי שהסעד בדבר פתיחה בחקירה פלילית ממילא אינו ישים עוד, והדבר מתחדד נוכח היעדרה של תשתית ראייתית שיכולה הייתה לעמוד בבסיס חקירה פלילית. עניין זה מחזק את

התחושה כי עניינה של העתירה לא בסעד אופרטיבי אלא בסעד הצהרתי ותו לא. בעניין אחר נקבע ביחס לסעד הצהרתי מבית משפט זה כי:

“...הצהרה כזאת, האומרת את המובן מאליו, מיותרת לחלוטין. וכי המשיבים טוענים שהם פטורים מעולו של החוק? וכי העותרים סבורים שהצהרה של בית המשפט כי יש לקיים את החוק תוסיף לחוק תוקף או משקל? בית המשפט אינו נותן הצהרות מעין אלה, שאין בהן צורך, תועלת או כבוד” (בבג”ץ 1901/94 ח”כ עוזי לנדאו נ’ עיריית ירושלים, מח(4) 403, 412 (1994) (להלן: פרשת לנדאו))

לסיכום סוגיה זו באופן כללי ניתן לומר כי לאיזון בין שלושת היסודות השונים של השיהוי, ובהם מידת הפגיעה באינטרסים של יחידים שהסתמכו על מצב נתון ומידת הפגיעה בערכי שלטון החוק (עע”מ 7142/01 הוועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה נ’ החברה להגנת הטבע, פ”ד נו(3) 673, 679 (2002)) יש להוסיף את עצם היכולת להעניק את הסעד המבוקש, שגם הוא למעשה אינטרס ציבורי כללי, שלא ייתן בית משפט זה סעדים שאינם ניתנים למימוש. לפיכך, במקרים מסוימים הופך השיהוי לטעם לדחות את העתירה גם במקרים העוסקים בסוגיות מהותיות. זאת, משום שהטיפול במקרים מסוג זה בסוגיות אלו לא יוכל שיעשה אלא באופן חלקי וחסר, נוכח הזמן שחלף ושינוי הנסיבות.

קיומה של הכרעה שיפוטית בעניין

16. לבסוף, טוענת המדינה כי סוגיית הריסת בתים במהלך פעילות לחימה נדונה זה מכבר בעניין אבו עתרה ובעניין עדאלה, ודחייתן של עתירות אלה מלמדת כי עמדת המדינה לפיה ככלל, אין בהריסת בתים במסגרת הלחימה ברצועת עזה כדי להוות “פשע מלחמה”, התקבלה זה מכבר על-ידי בית המשפט. טענה זו אינה משקפת את תוכן פסקי הדין הנזכרים. בעניין עדאלה נדחתה העתירה נוכח הודעת המשיבים לפיה בכוונת המדינה להימנע מהריסות הבתים, אשר בהתאם לה מצאנו כי העתירה הפכה תיאורטית וכי בנסיבות אלה “הכרעה בטענות העקרוניות שבפי העותרים איננה נדרשת כעת” (בפסקה 5 לפסק-הדין). הכרעה דומה ניתנה גם בעניין אבו עתרה. בעניין זה נרשמה הצהרת המדינה לפיה אם יוחלט בעתיד על הריסת מבנים נוספים לא תמומש החלטה זו מבלי להעניק לנפגעים זכות טיעון, למעט בשלושה חריגים – צורך מבצע-מידי, סיכון חיי החיילים או סיכול הפעולה. בית המשפט הדגיש בפסק-דינו כי:

”נבקש להניח כי המשיבים מודעים לכובד האחריות המוטלת על שכמם ועושים כל מאמץ להקטין ככל האפשר את מידת הפגיעה באוכלוסייה האזרחית הרחבה ואת סאת סבלה.”

נוכח האמור, ברי כי פסקי הדין המוזכרים על-ידי המדינה בהקשר זה לא קבעו הלכות כלשהן, אלא התייחסו לסוגיה בהתאם למצב ולמצג העובדתי דאז, ולעקרונות שהציגה המדינה בהצהרתה לבית המשפט. בענייננו, אין טוענים העותרים טענה כללית באשר לסמכות המפקד הצבאי להריסת בתים מטעמי ביטחון. טענתם היא כי סמכות זו הופעלה שלא כדין, באופן המצדיק פתיחה בחקירה. בפסקי הדין הנזכרים לא ניתנה, אפוא, חסינות כללית לכל הריסת בית באשר היא, אך בית המשפט הכיר בכך שכאשר בית מהווה מוקד לירי כלפי מדינת ישראל ובתוכו מתקיימת פעילות טרור או שהוא משמש מחסה לחוליות מחבלים, עשויה הריסתו, גם ללא זכות טיעון, להוות מעשה חוקי ומוצדק; כאשר בית משמש למגורים של אזרחים תמי לב, בנסיבות מסוימות, תהיה הריסתו אסורה גם בעת לחימה. הכל בהתאם לנסיבותיו של כל עניין ועניין בהתחשב בתנאים, בצרכים ובמצב השורר במקום.

בטרם סיום

17. מהטעמים שפירטנו לא ראינו כי העתירה הקימה עילה להתערבותנו בהחלטה שלא לקיים חקירה פלילית כמבוקש על ידי העותרים. השיהוי הניכר בהגשת העתירה, כוללניותה והתבססותה על מידע חלקי מדגישים את היותו של הכלי המשפטי הכלי המתאים פחות להשגת מטרותיהם של העותרים בעניין זה, יהיו אשר יהיו. לגופו של עניין, הלחימה בטרור היא לחימה קשה, המעמידה את הכוחות הלוחמים ואת צמרת הביטחון בפני דילמות קשות של מניעת פגיעה באזרחים כאשר מתוכם ומקרבים יוצאות פעולות רצחניות. האירועים שקדמו למבצעים, שהיו קשים ועקובים מדם, ממחישים את הקושי שבקבלת החלטות על פעולות לחימה והתוצאות שלהן. בוודאי שאין ניתן לומר כי על פני הדברים עצם היציאה לשני המבצעים וכלל הפעולות שננקטו במהלכם מקימים חשד לעבירות פליליות, כפי שעולה מהטענות בעתירה. יתרה מכך, כפי שפירטנו לעיל, החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה או של הפרקליט הצבאי הראשי באשר להעמדה לדין מתקבלת באספקלריה של אירוע מבודד, וכך גם מתבצעת הביקורת השיפוטית על החלטות מסוג זה. אכן -

”אם העותרים יוצאים מבית-משפט זה בדיים ריקות, אין זאת אלא משום שטעו בדרכם, ולכן לא הגיעו ליצדום. יש האומרים כי בית-משפט זה הוא המפלט האחרון של האזרח בריבו עם השלטון. אך לעומתם יש



הפונים אל בית-משפט זה כדי ליישב ריב כזה, כצעד ראשון בדרכם, אף לפני שפנו אל השלטון עצמו. ויש גם הבאים אל בית המשפט שלא על-מנת ליישב את הריב, מתוך ידיעה כי המקרה אינו מתאים כלל להכרעה שיפוטית, ולפיכך גם אין יסוד להניח שבית המשפט יושיט להם סעד" (פרשת לנדאו, בעמ' 418).

העתירה הגורפת והטענות החמורות המועלות בה אינן מניחות תשתית עובדתית או משפטית ראויה לדיון ענייני וקונקרטי. היא מערבת בין טענות משפטיות לטענות שמקומן, אולי, בדיון הפובליציסטי הציבורי ולא בהליך משפטי. היא נראית על פניה כניסיון לעשות שימוש בבית המשפט במחלוקת שעל פניה אינה נטועה בשדה זה.

18. בהקשר זה יוער, כי מטעמיה שלה, מצאה העותרת לנכון להביא בטיעוניה גם התייחסות מרחיבה לעיקרון סמכות השיפוט האוניברסאלית. עיקרון זה אין לו נגיעה להליכים המתקיימים בפני בית משפט זה כמו גם רלוונטיות כלשהי להליך המתקיים לפנינו, וטענות מסוג זה על פי אופן ניסוחן נשאו אופי של "איום" מרומז על המשיבים ואף על בית המשפט, וטוב היה לולא בחרה העותרת להביא טיעון זה בפנינו.

19. המציאות בה אנו חיים היא דינאמית ומשתנה, ונראה כי רחוק היום בו ייתמו כליל פעולות הלחימה. לצערנו, העימות המזוין בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטינים גובה קורבנות רבים מקרב האוכלוסייה האזרחית משני צדי המתרס, וסופו אינו נראה באופן. במצבי לחימה כמו בעיתות רגיעה, מחויבים כוחות הביטחון להימנע ככל הניתן מפגיעה בחפים מפשע, שנקלעו על לא עוול בכפם לאזורי העימות, הן על פי הדין הישראלי והבינלאומי והן על פי עקרונות בסיסיים של הומאניות ואנושיות. עם זאת, למרבה האסון, בעת פעולות לחימה ובשל אופן הלחימה של ארגוני הטרור, עשויים להיפגע חפים מפשע גם כאשר צה"ל פועל כדין. ההתמודדות עם אסונות כאלה אינה בהכרח - ואין ראוי שתהיה תמיד - העמדה לדין פלילי. אנו מוצאים לשוב ולהדגיש - והמדינה לא חלקה גם על כך - כי כאשר ישנו חשש לחריגה מנורמות ההתנהגות הראויה, גם אם אין מקום להעמדה לדין, על גורמי החקירה לקיים בדיקה של האירוע בכלים המתאימים לכך, על מנת להרתיע פוגעים עתידיים מחזרה על ההתנהגות הפוגענית; להעביר מסר חינוכי לכוחות הלוחמים לשמירה על אמות המידה - המשפטיות והמוסריות; ולהפגין את חשיבות השמירה על שלטון החוק.

נוכח כל האמור לעיל, העתירה נדחית. אך מפני חשיבות המאטריה שבה עוסקת העתירה, לא ראינו ליתן צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

השופט א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לכל דבריה של חברתי הנשיאה, מראשית ועד אחרית, ואף שכל המוסיף גורע, הנה דברים קצרים משלי.

ב. מדינת ישראל נמצאת באופן תדיר במאבק נגד טרור אכזרי, שהוא חלק מן הסאגה הלובשת צורה ופושטת צורה של מאבק בעומדים עליה לכלותה בכל דור וגם בדורות אלה. אין בעתירה זו המשתרעת על פני 135 עמודים התיחסות משפטית למאבק זה של מדינת ישראל נגד אנשים שפלים ונבזים שאינם ראויים לתואר בני אנוש, שאינם מהססים לטבוח באזרחיה באוטובוסים, בבתי קפה ובליל הסדר ליד שולחן הסעודה, בתחנות אוטובוס ובכל מקום אפשרי, לרבות בבית משפחה שלווה בליל שבת וחג, ולשגר טילים לשדרות ולכפרי עוטף עזה במשך שנים במטרה לפגוע באזרחים ובהם בלבד. כבר איני מדבר על אמפתיה - אך הקורא את העתירה עשוי לסבור כי המדובר בפגיעה מכוונת באנשים היושבים שוקטים ובוטחים, "ואין-מכלים דבר... ודבר אין להם עם אדם" (שופטים י"ח, ז'). מה מסתתר מאחורי הכסות המשפטית המלומדת ורבת הציטוטים, ושאלה היא האין תכליתה האמיתית דה-לגיטימציה של מדינת ישראל, תוך "איום" אליו התייחסה גם חברתי בהפעלת "סמכות אוניברסלית". והרי האמת היא, כי איננו נתונים בבועה שבה ישנו רק צד אחד שאליו מופנים חיצי העתירה, מדינת ישראל וחייליה - ואין צד או צדדים אחרים, אשר ידיהם מלאו דמים, ואינם פועלים לפי כללי המשפט ההומניטרי ולפי כללי אנוש בכלל. הלשון המשפטית המכובדת אינה יכולה לכסות על אלה. בית משפט זה אינו אטום לפגיעה באזרחים, כעולה מפסיקתו רבת השנים, ולא רק הוא אלא גם צה"ל ומערכת הביטחון בכלל. בית משפט זה עוסק בכך באופן שוטף, יומיומי כמעט, לרבות ביקורת שיפוטית על החלטות גורמים צבאיים בהקשרים שונים הזרועה על פני פסקי הדין, והכרעותיו גם זכו לביקורת פנימית מחוגים שונים בישראל; והוא לא ישנה מדרכו הנדרשת למשפט הפנימי והבינלאומי, אך זוכרת גם כי בתוך עמנו אנו יושבים.

ג. אכן, בית משפט זה גם קיבל לא אחת עתירות שהופנו כנגד מערכת הביטחון (ראו בין השאר בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדבליט הפצ"ר (לא פורסם)). מנגד מבקר אני לעתים מזומנות בבתי סוהר ופוגש אסירים בטחוניים, מהם רוצחים, הזוכים לזכויות על פי כל החוקים והכללים, לרבות ביקורי הצלב האדום ומשפחה. גלעד שליט ישב חמש שנים וארבעה חודשים בידי אנשי חמאס רשעים, בלא שהצלב האדום יכול היה לבקרו. אם ניטול את מבצע "עופרת יצוקה" ב-2009, בית משפט זה דן באופן מידי, תוך כדי הקרבות, בעתירות בנושאים הומניטריים ואחרים הקשורים במלחמה, דבר שאין לו אח ורע במדינות אחרות - שבית המשפט הגבוה במדינה יעסוק בזמן אמיתי, תוך ההתרחשויות עצמן, בעניינים הנוגעים למלחמה המתנהלת זה עתה. בנוסף אוכל להעיד מכלי ראשון על דיונים אין ספור בפורומים שונים, מהם הגבוהים ביותר, כמו הממשלה והקבינט, בעת כהונתי כיועץ משפטי לממשלה ולפני כן כמזכיר הממשלה, בהם הזכירו והזהירו הגורמים המשפטיים כאשר לחובת הזהירות בנסיבות כלפי אזרחים חפים מפשע, וזאת שעה שהטרור משתמש בשכונות אזרחיות ובבתי מגורים למעשיו הנפשעים. בית משפט זה ימשיך לעמוד על המשמר, וגורמי אכיפת החוק הצבאיים והאזרחיים ימלאו חובתם לעת תלונות ספציפיות; ועל חובתם לפעול בהקשר זה, ובהקשר "עבירות שלטוניות" בכלל, אין צורך להכביר מלים (בנוסף לדברי חברתי הנשיאה כאן, ישנה פסיקה ענפה קודמת, וראו למשל בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נ' עינויים נ' ממשלת ישראל (פסקה 40)).

ד. חברתי, באיפוק רב, ניתחה את העתירה ואת הטענות בה ונדרשה אליהן אחת לאחת; אני מצטרף, כאמור, לכל דבריה.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה של הנשיאה, השופטת ד' ביניש.

הנני מוצא לנכון להוסיף כי טענות דומות לאלו שהעלו העותרים בעתירה הובאו בשעתו לפני התובעת שנתמנתה לבדוק את הפצצות נאט"ו ביוגוסלביה, שבוצעו כתגובה לפגיעות בתושבי חבל קוסובו. התובעת שם נעזרה בוועדה מיוחדת, שיעצה לה בסוגיה, וזו קבעה כדלקמן:

"... in the particular incidents reviewed by the committee with particular care (...) the committee has not assessed any particular incidents as justifying the commencement of an investigation by the OTP. NATO has admitted that mistakes did occur during the bombing campaign; errors of judgment may also have occurred. Selection of certain objectives for attack may be subject to legal debate. On the basis of the information reviewed, however, the committee is of the opinion that neither an in-depth investigation related to the bombing campaign as a whole nor investigations related to specific incidents are justified. In all cases, either the law is not sufficiently clear or investigations are unlikely to result in the acquisition of sufficient evidence to substantiate charges against high level accused or against lower accused for particularly heinous offences"

(ראו):

Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, §90

ניתן לצפייה ב: <http://icty.org/sid/10052>.

דברים אלה יפים, בשינויים המחויבים, גם למכלול שבכאן, ובכך אף נבדלת עתירה זו ממה שעמד לנגד עינינו ב-בג"ץ 7195/08 אשרף אבו רחמה נ' הפצ"ד (טרם פורסם, 1.7.2009), בגדרו הוציא בית משפט זה צו מוחלט (עיינו: חוות דעתי שם).

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, י"ב בכסלו התשע"ב (08.12.2011).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה