

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 05/_____

בעניין :

1. ס.ה

2. ה.ה

3. הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל

באמצעות עו"ד ל. צמל ו/או מ. ספרד ו/או ל. חביב

ו/או ג. חלייחל ו/או ל. ברקאת

מרחי אבו עוביידה 2, ירושלים

טל': 6273373-02, פקס : 6289327-02

העותרים

נגד

1. צה"ל, התובעת הצבאית הראשית

2. בית הדין הצבאי מחוז שיפוט דרום

באמצעות פרקליטות המדינה, מחלקת הבג"צים

משרד המשפטים, רחי צלאח אל דין 29, ירושלים

המשיבים

3. סרן ע. ר. גדי חייר מסי אישי בצה"ל ק/*****

משיב פורמלי

עתירה לצו על תנאי ולצו ביניים

זוהי עתירה לצו על תנאי לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, אם יחפצו בכך :

א. מדוע לא תורה המשיבה מספר 1 למשטרה הצבאית החוקרת לבצע השלמת חקירה

בפרשת הריגתה של הילדה אימאן אל המץ על-מנת לברר אם קיימת אחריות פלילית של מפקדי הגיזרה הרלבנטית למתן פקודות בלתי חוקיות בעליל ואם קיימת אחריות של חיילים לביצוע פקודות בלתי חוקיות בעליל;

ב. מדוע לא תעביר המשיבה מספר 1 את הפיקוח על החקירה המבוקשת בסעיף א' לעיל לתביעה האזרחית של מדינת ישראל;

ג. מדוע לא תאפשר המשיבה מס' 1 לעותרים, לב"כ, או למי מהם ללא דיחוי, לעיין במסמכים המפורטים במכתב פרקליטת מחוז שיפוט דרום בפרקליטות הצבאית מיום 17.1.2005 (נספח ד' לעתירה) ושהיו חלק מחומר החקירה שעל בסיסו הוגש לבית הדין הצבאי של מחוז שיפוט דרום כתב האישום בתיק דר/04/400;

ד. מדוע לא ימייך את חומר החקירה לחומר הניתן לעיונו של כל נציג משפחת המנוחה ולחומר הניתן לבעל אישור מיוחד.

בקשה לצו ביניים:

כצו ביניים מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי המשיב מס' 2, בית הדין הצבאי מחוז דרום, יפסיק לקיים דיונים במסגרת תיק דר/04/400 המתנהל בפניו, וזאת עד למתן פסק-דין בעתירה זו.

בקשה לקביעת דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למזכירות לקבוע תיק זה לשמיעה דחופה וזאת בשל העובדה כי התיק הפלילי נשוא החקירה המבוקשת בעתירה החל להתנהל זה מכבר וכבר נערכו שלושה דיוני הוכחות במסגרתו. החקירה המבוקשת בעתירה זו עשויה להשליך על אחריותם הפלילית של עדים רבים האמורים להעיד בתיק הפלילי המתנהל בפני בית הדין הצבאי במחוז הדרום. היא גם עשויה להשליך על אחריותו של הנאשם ואף עשויה לגרור שינוי סעיפי האישום ו/או הוספת אישומים. בנוסף, ככל שעובר הזמן יתקשו חוקרי מצ"ח לבצע חקירה אפקטיבית של הנושאים שלהבנת העותרים לא התבררו בקשר לפרשת הריגתה של הילדה אימאן אל-המץ ז"ל וגם מסיבה זו נדרש דיון מיידי בעתירתה.

ואלה הנימוקים לבקשה לצו על תנאי :

א.

פתח דבר

1. העותרים מס' 1 ו-2 הינם הוריהם של הילדה אימאן אל-המץ ז"ל, אשר נהרגה מידי חיילי צה"ל ביום 05.10.04 בעת שעברה בסמוך למוצב "גירית" ברפיח.
- העותרת מס' 3 הינה עמותה ציבורית נגד עינויים בישראל, השוקדת על מניעת עינויים ופעילות בלתי חוקית על ידי אנשי מרות נגד הנתונים תחת מרותם.
2. המשיב מס' 3, שהוא משיב פורמלי, צורף לעתירה מטעמי זהירות בלבד, וזאת מאחר וצו הביניים המבוקש אמור לעכב את המשפט המתנהל נגדו במעט.
3. התחקיר המבצעי שערך מפקד אוגדת עזה ניקה את חיילי צה"ל מכל אשמה בקשר למותה של ביתם של העותרים 1-2, עד כדי כך שאף הרמטכ"ל סמך ידיו על מסקנותיו והעניק גיבוי למפקד הפלוגה שאיישה את המוצב. אלא שעדויות מפלילות של חיילים שהתפרסמו בעיתונות הביאו לפתיחת חקירה פלילית בידי המשטרה הצבאית החוקרת, וזו אספה ראיות חמורות, לפיהן מפקד הפלוגה ביצע נוהל "וידוא הריגה" כנגד הילדה וניסה לשבש את החקירה בפרשה. בין הראיות שנאספו במסגרת חקירת מצ"ח של הפרשה גם הקלטה מפלילה של חילופי הדברים ברשת הקשר הצה"לית ועדויות של חיילי תצפית אשר זיהו את המנוחה כילדה הצועדת לבדה ועל גבה ילקוט בית ספר.
4. בשל הראיות שהניבה חקירת מצ"ח, החליטו אנשי המשיבה מס' 1 (להלן: "המשיבה") להגיש כתב אישום כנגד מפקד הפלוגה, סרן ע. ר. גד' חי"ר מס' אישי בצה"ל ק/6397074, בגין שימוש בלתי חוקי בנשק –עבירה לפי סעיף 85 סיפא לחוק השיפוט הצבאי תשט"ו - 1955, שיבוש מהלכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין תשל"ז - 1977, חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות עבירה לפי סעיף 72 לחוק השיפוט הצבאי תשט"ו - 1955. אף אדם מלבדו לא הואשם בקשר לפרשה זו ואף אדם

לא הואשם בגרימת מותה של הילדה המנוחה.

5. כבר עם הגשת כתב האישום לבית הדין מחוז שיפוט דרום, פנתה ב"כ העותרים, עו"ד צמל, לאנשי המשיבה מס' 1 וביקשה לעיין בחומר החקירה שנאסף וזאת על מנת לעמוד על הסיבות שבגינן לא הועמד אף אדם לדין בגין אחריות למותה של הילדה.

6. עתירה זו מוגשת רק עתה, מכיוון שמיצוי ההליכים והמגעים בין ב"כ העותרים למשיבה מס' 1 ארכו זמן רב. הם כללו עשרות מכתבים שתוכנם ומועדם יפורט בנספח ב' לעתירה. בסופו של יום, ולאחר השהיות שונות, אפשרו רשויות הצבא לעו"ד ספרד הח"מ לעיין בחלק מתיק החקירה. הובהר לעו"ד ספרד כי חלק נכבד של הראיות לא ניתן לו לעיון מסיבות של בטחון שדה, ונגיע לכך בהמשך.

7. בעקבות עיון זה עמד עו"ד ספרד על חסרים משמעותיים ומרכזיים בחקירת מצ"ח וגובשה עמדתנו, שבגינה מוגשת עתירה זו: שחקירת הפרשה הקשה של הריגת הילדה אימאן אל המץ ז"ל ניסתה אך ורק למצוא התאמה בין קליע קטלני וחייל יורה ולברר את נסיבות וידוא ההריגה. המשטרה הצבאית החוקרת, ועימה הפרקליטות הצבאית, לא בחנו כלל את האחריות הפיקודית לאירוע, את השאלה כיצד זה שעשרות לוחמים מובחרים של צבא ההגנה לישראל פותחים בירי קטלני כלפי "דמות" (אם נקבל טענתם שלא הבחינו כי מדובר בילדה בת 13) שאינה מסכנת חיי אדם וזאת מבלי לבצע כל נוהל מעצר חשוד, בלי לאפשר ל"דמות" להיכנע, להוכיח שאינה מתכוונת לפגוע באיש.

8. על פי חומר החקירה ניתן להבין כי החיילים התנהגו כך מכיוון שאלו ההוראות שקיבלו. איננו יודעים אם הפקודות היו בגדר חריגה מסמכות של מפקד הפלוגה, או שמא אלו פקודות הפתיחה באש שהוא קיבל מדרג גבוה יותר. כך או כך נותן הפקודות ומבצעהן אחראים ישירות לתוצאה הקטלנית של האירוע ועליהם לשאת את הדין על מעשיהם אלו.

9. על הדברים להיאמר באופן הברור ביותר: לידי העותרת מס' 3 הגיעו זה זמן רב שמועות ועדויות על "איזור מוות" שצה"ל יצר בסמוך לציר פילדלפי ובקירבת מוצביו בעזה, על הוראות פתיחה באש של "לירות על מנת להרוג" בתאי שטח אלה. אזרחים פלסטינים ואזרחים זרים רבים מצאו את מותם בנסיבות בהן לא סיכנו חיי חיילים.

הגיעה העת לחקור טענות אלה ובמיוחד כאשר חומר החקירה הקיים בתיק זה מאשש לכאורה את הטענות. העותרים דורשים זה זמן רב קיום חקירות מקרי מוות מירי של צה"ל, ועפ"י רוב דרישה זו אינה נענית.

10. ונזכיר מושכלות ראשונים: צה"ל משמש ככוח כובש בעזה. אחת ממשימותיו המרכזיות של כוח כובש היא הגנה על האוכלוסיה הנכבשת. הוראות שמשמעותן חיסול כל אדם בתא שטח מסויים, משמעותה הפרה ברוטאלית של עקרון האבחנה בין לוחמים ואזרחים והיא מהווה עבירה על דיני הלחימה הבינלאומיים.

11. זאת ועוד: מפקד הפלוגה, סרן ר', מואשם בכתב האישום בעבירה של "חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים ובריאות", וזאת בגין פקודה שנתן ושנקלטה ברשת הקשר מיד לאחר האירוע. סרן ר' פקד על חייליו "לירות על-מנת להרוג" כל אדם שעובר באזור שבין המוצב לשכונת תל-סולטן "גם אם זה ילד בן שלוש" (!!!). הוראה זו הוקלטה כאמור והיא מהווה ראייה במשפט.

12. מכיוון שפקודה ספציפית זו ניתנה לאחר האירוע לא ניתן למצוא קשר סיבתי בין נתינתה לתוצאה הקטלנית. אם לעומת זאת ניתנה פקודה דומה לפני האירוע הרי שמי שנתן אותה נושא גם הוא באחריות ישירה להריגת הילדה. עניין זה לא נבדק ולא נחקר עד תום ומכאן עתירה זו המבקשת שקו חקירה זה ייבדק.

13. בנוסף, חלק נכבד מהמסכים שלעו"ד ספרד לא ניתן לעיין בהם, קשורים קשר ישיר לקו החקירה האמור שלא מוצה ואפילו לא נבדק, ומכאן הדרישה לאפשר את העיון במסמכים אלו.

14. לבסוף, למיטב ידיעת הח"מ הפרקליטות הצבאית מעורבת דרך קבע בניסוח פקודות הפתיחה באש של צה"ל. על-כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות לפרקליטות הצבאית להעביר את הפיקוח על החקירה לגוף תביעתי אחר, כגון התביעה האזרחית הכללית, כדי שלא ימצא גוף מפקח על עצמו ומקבל החלטות בשאלות של אחריות פלילית של עצמו.

15. סירובה של הפרקליטות הצבאית לבצע חקירה בכיוון זה, שיבדוק את חוקיות הפקודות שניתנות לחיילי צה"ל באזורי חיכוך עם אוכלוסיה אזרחית, היא חמורה

ומדאיגה. המספר הגדול של אזרחים, בהם ילדים קטנים, הנהרגים מירי כוחות צה"ל בעזה, מחייב את הפרקליטות הצבאית להקפדה יתירה על קיום הפקודות ועל חוקיות הפקודות. החלטתה שלא למצות את החקירה בכיוון שעליו הצבענו, מצטרפת להחלטה של הפרקליט הצבאי הראשי הקודם שאומצה על-ידי הפרקליט הצבאי הראשי הנוכחי, שלא לפתוח בחקירות פליליות בגין כל מקרה של מוות של אזרח פלסטיני. המדובר בשני מופעים של גישה אחת מסוכנת היוצרת (גם אם לא במכוון) זלזול בוטה בחיי אדם ובטווח הארוך גובה מחיר כבד בחיי אדם.

16. הסעד המבוקש בעתירה זו נוגע למקרה קונקרטי שבו לטענות בדבר אי חוקיות הפקודות יש "ראשית ראיה" חזקה (שתפורט בפני בית המשפט, כמובן), אבל הוא חולש על מכלול ההתנהגות של צה"ל כלפי אוכלוסייה אזרחית הנתונה תחת שליטתו.

ב. רקע עובדתי

1. מותה של אימאן אל-המץ ז"ל

על פי האמור בכתב האישום שהוגש נגד קצין המוצב ביום 23.11.04:

(1) ביום 05.10.04 שעה 06:50 הייתה המנוחה אימאן אל המץ

ז"ל, תושבת העיר רפיח ברצועת עזה, ילידת 30.12.1990 בדרכה לבית הספר.

(2) עמדת הש"ג במוצב "גירית" זיהתה דמות, (להלן: "הילדה").

(3) הקצין סרן ע. ר., מ"פ המוצב, יחד עם קצינים וחיילים נוספים, יצאו מן המוצב, והתמקמו מאחורי סוללת עפר הסמוכה למוצב. שם ירו הם, ובכללם הקצין ע. ר. לעבר הילדה.

(4) כתוצאה מהירי נפגעה הילדה, והקצין ע. ר. החליט לצאת לעברה, וקרא לסמ"ר חן, ששימש כקשר, שיבוא

(5) הקצין ע. ר. קרב למקום שבו הייתה שרועה הילדה. בהתקרבו אליה הורה לסמ"ר חן לעצור במקומו, והוא המשיך לבדו לכיוון הילדה. כאשר הגיע למקום בו הייתה שכובה הילדה, עמד עמידה יציבה בסמיכות רבה אליה,

כיוון את נשקו, רוס"ר אם 16 – לכיוון מטה וירה בה, במצב בודדת, שתי יריות מטווח קצר.

(6) לאחר שירה הקצין ע. ר. בילדה את שתי היריות, פנה לאחור ושב לסמ"ר חן. אולם מיד לאחר מכן הסתובב ושב אל המקום שבו הייתה שכובה הילדה. הוא נעמד באופן דומה לעמידתו בעת שירה את שתי היריות הנזכרות לעיל, כיוון את נשקו כלפי מטה לעבר הילד וירה בה, במצב אוטומט, כעשרה כדורים עד שרוקן את מחסנית נשקו.

2. לאחר אירועים אלה לא ניגש איש מאנשי המוצב או מחיילי צה"ל בגיזרה לילדה, אף אחד לא הגיש לה עזרה רפואית ואף אחד לא קבע את מותה עד להגעת אמבולנס פלסטיני לאחר זמן רב.

כתוצאה מכך נהרגה הילדה אימאן בתם של העותרים 1 ו - 2, העתק מכתב האישום מצ"ב ומסומן נספח א'.

חקירת האירוע והגשת כתב האישום

3. בעקבות האירוע פתח צה"ל בתחקיר מבצעי של האירוע. תוצאות התחקיר לא הועברו מעולם לעותרים ו/או לבי"כ הח"מ.

בתום החקירה ביום 23.11.04 הוגש כתב אישום למשיב מס' 2 נגד הקצין מ"פ סרן ע. ר.

כפי שנאמר בפתיח לעתירה זו, תוצאות חקירת מצ"ח היו ניקוי מוחלט של שאר חיילי המוצב, והעמדתו לדין של סרן ע. ר. מ"פ, בהאשמות זניחות.

4. חקירת מצ"ח העלתה כי התחקיר המבצעי היה לקוי וכי חיילים הטעו את עורכיו.

5. המשטרה הצבאית אספה ראיות מפלילות ובהן הקלטת שיחות בין החיילים במוצב, צילומי וידיאו, צילומי סטילס, ועדויות רבות.

6. ב"כ העותרים פנו בשלבים מקדמיים מאוד אל המשיבה מס' 1 ודרשו לאפשר להם לעיין בחומר החקירה.

אנשי המשיבה מס' 1 התחייבו לאפשר לנציגי המשפחה לעיין בחומר החקירה. התחייבות זו סויגה בדרישות של סיווג בטחוני בלבד. מאז הפניה הראשונה של עו"ד צמל הח"מ, ועד שבסופו של דבר ניתנה לעו"ד ספרד הח"מ (מטעמה של עו"ד צמל) לעיין בחלק מחומר החקירה, חלפו למעלה משישה שבועות. העותרים נאלצו לאיים בפניה לבית המשפט הנכבד מספר פעמים ופעם אחר פעם נדחו בתירוצים שונים.

פירוט ההליכים שהביאו בסופו של דבר למתן אפשרות העיון החלקית, מצוי בנספח לכתב עתירה זה – נספח ב'.

7. נאמר רק שבסופו של דבר, החל המשפט בתיק נשוא עתירה זו לגופו, ואף נשמעה בו עדות, ללא ידיעת העותרים וללא שהתאפשר לעותרים לעיין בחומר החקירה. כל זאת בניגוד להבטחות מפורשות של אנשי המשיבה. רק לאחר הדיון הראשון במשפטו של סרן ר', ולקראת הדיון השני, ביום 10.1.2005, התאפשר לעו"ד ספרד לעיין בחומר החקירה החלקי.

ג. חומר החקירה

1. חומר החקירה שהתגלה לעו"ד ספרד מהעיון בתיק, כלל עשרות עדויות של חיילי וקציני מוצב גירית, תמלילי רשת הקשר, קלטות וידאו (שלא ניתן לעו"ד ספרד לצפות בהם), ועדויות הצוות הרפואי הפלסטיני שהוציא את גופת הילדה מהאזור בו נפגעה וקבע את מותה.

2. מחומר החקירה עולה תמונה מבהילה של עשרות לוחמים אשר יורים על מנת להרוג "דמות" לבושה בבגדים אזרחיים שזוהתה במרחק של 100 מטרים לפחות מהמוצב, ומבלי ש"דמות" זו מסכנת חיי אדם, ללא שיש עימה אמצעי ירי או אפילו אמצעי תצפית.

3. יש בחומר החקירה גם התייחסות של מספר חיילים ואפילו קצינים לשאלת התואם שבין התנהגות החיילים להוראות הפתיחה באש. ההוראות הכתובות עצמן נותרו חסויות ועו"ד ספרד שלא עיין בהן קיבל הנחיה מאנשי התביעה הצבאית לפיה כל עניין הקשור להוראות הפתיחה באש הנובע מחומר החקירה הינו סודי.

על-כן נבקש לפרט את הקיים בחומר החקירה בנושא זה בפני בית המשפט בדיון בעל-פה ולאחר שלמשיבים תינתן האפשרות להחליט אם לבקש סגירת דלתיים בעניין זה. למען הסר ספק: אנו סבורים כי אין כל מקום להסתיר מהציבור מה חשבו החיילים לגבי הוראות הפתיחה באש כפי שהדבר עולה מעדויותיהם, אולם בשל המחויבות שנטל על עצמו עו"ד ספרד כשניתנה לו האפשרות לעיין, אנו זהירים בנושא ואיננו מפרטים אותו בכתב העתירה, שהוא כמובן מסמך פומבי.

4. כך או כך, הערכת העותרים המבוססת על החומר שניתן לעיוננו הינה, כי חיילי מוצב גירת קיבלו פקודות פתיחה באש בלתי חוקיות בעליל.

סוגיה זו לא נתבררה די צורכה. הגורמים הפיקודיים שעסקו בהעברת פקודות פתיחה באש, כגון מפקד הגדוד סא"ל עופר, וראש חטיבת המבצעים של האוגדה, לא נחקרו תחת אזהרה ומסרו פרטים סותרים לגבי הוראות הפתיחה באש שגם אם הם נכונים, להבנת הח"מ מדובר בפקודות בלתי חוקיות בעליל. קצינים וחיילים במוצב תיארו פקודות שאינן מסתדרות עם עדויות המג"ד ורח"ט המבצעים של האוגדה.

5. כאמור, קשה לפרט את הטענות והדבר ייעשה כדבעי במהלך הדיון בעל-פה. יחד עם-זאת, ברור מהתנהגות החיילים וממעט העדויות שעסקו בהוראות הפתיחה באש, שהיה מקום לבדוק נושא זה לעומק וכי הוא לא נבדק אלא עלה באורח אינצידנטלי.

6. יש לציין שוב כי להבנת העותרים, אם ניתנה פקודה בלתי חוקית בעליל, היא היא יצרה את הסיכון שהתממש עם הריגת הילדה אימאן אל המץ ז"ל. נותן הפקודה אחראי ישיר (בפלילים) למותה והמציית לפקודה אחראי בפלילים לשימוש בנשק באופן לא חוקי ולעבירות נוספות שעניינן סיכון חיי אדם.

7. למחרת היום שבו עיין עו"ד ספרד בחומר החקירה החלקי כאמור, ביום 11.1.2005, פנתה עו"ד צמל לפרקליטת מחוז הדרום ודרשה כי הפרקליטות הצבאית תורה על

השלמת חקירה בכיוונים שפורטו לעיל. כמו-כן ביקשה עו"ד צמל כי הפיקוח על החקירה יועבר לגוף אזרחי בשל מעורבות הפרקליטות הצבאית בניסוח הוראות הפתיחה באש. לבסוף, ביקשה עו"ד צמל כי עד להחלטה ועד לסיום השלמת החקירה המבוקשת יוקפאו ההליכים במשפטו של סרן ר' העלולים לסכל את השלמת החקירה ומיצוי הדין עם האחראים.

מכתבה של עו"ד צמל מיום 11.1.2005, מצ"ב ומסומן נספח ג'.

8. ביום 17.1.2005 השיבה פרקליטת מחוז הדרום של הפרקליטות הצבאית לפניית עו"ד צמל. בתשובתה נאמר שהחיילים היורים האמינו שמדובר ב"מחבל" ועל-כן אין מקום להשלמת חקירה.

9. בכבוד הראוי, תשובתה זו של פרקליטת מחוז הדרום אינה מספקת וזאת בלשון עדינה. היא הנותנת: שחיילים נבונים, מוכשרים ומנוסים, ראו דמות בבגדים אזרחיים שאינה חמושה ואינה מסכנת חיי אדם והיא נמצאת מרחק רב מהמוצב, והאמינו כי מדובר ב"מחבל" (יש להזכיר כי ה"דמות" לבשה מדי בית ספר אופייניים הניתנים לזיהוי ממרחק רב). כך מאמין מי שמקבל פקודות מתאימות האומרות לו, כפי שאמרו רבים מהעדים בתיק זה כי "לפלסטיני אין מה לחפש באזור זה, פלסטיני שנמצא שם הוא מחבל". מי שהכשיר את החיילים להאמין כך אחראי בפלילים. הנה הדוגמא: ילדה בת 13 לא ידעה ש"אין לפלסטינים מה לחפש שם", ובל נשכח ש"שם" זה ליד הבית, מטרים ספורים מקו הבתים של שכונת תל-סולטן.

10. בנוסף, דחתה הפרקליטה את הדרישה להקפיא את הליכי המשפטו נגד סרן ר'.

מכתבה של פרקליטת מחוז הדרום בפרקליטות הצבאית מצ"ב ומסומן נספח ד'.

11. ביום בו נשלח מכתבה של פרקליטת מחוז הדרום, ועוד בטרם הוא נשלח, ביום 17.01.05 התקיים דיון נוסף במשפטו של סרן ר'. במסגרת דיון זה העיד התצפיתן סמ"ר ע'. במהלך הדיון, בו נכח עו"ד ממשרדה של עו"ד צמל, נסגרו הדלתיים ולאחר שנפתחו ניתנה לעד התחייבות התביעה שהוא לא יועמד לדין על חלקו בגרימת מותה של הילדה.

12. להבנת העותרים, כך יקרה עם כל עד כמעט אשר יעלה להעיד במשפטו של סרן ר'. גם בשל כך ניהול המשפט יסכל מיצוי הדין עם אחראים ועם נאשמים פוטנציאליים נוספים. בנוסף, כמובן, ככל שמתקדם המשפט מצטמצמת האפשרות לשנות את כתב האישום שהוגש נגד סרן ר' עצמו. וגם מטעם זה יתבקש להלן צו הביניים.

ד. הטיעון המשפטי

השלמת החקירה

1. קו החקירה הנוגע לאחריות הפיקודית למתן פקודה בלתי חוקית ולאחריות של חיילים על ציות לפקודה כזו לא נבדק ועל-כן יש להתייחס אליו כאל חשד לביצוע עבירה שלא נחקר כלל.

חובתה של רשות חוקרת לפתוח בחקירה כל אימת שעולה חשד לביצוע עבירה קבועה הן בחוק סדר הדין הפלילי והן בחוק השיפוט הצבאי:

נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על-פי תלונה ואם בדרך אחרת, תפתח בחקירה.

חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב, 1982 – סעיף 59)

225.תלונה

מפקד היודע, או שיש לו יסוד להניח, כי אחד מפקודיו עבר עבירה שאפשר לשופטו עליה בבית דין צבאי או חייל אחר שנקבע לכך על-פי פקודות הצבא, היודע או שיש לו יסוד להניח כי חייל אחר עבר עבירה כאמור, יערוך תלונה או יורה על עריכת תלונה בשל העבירה, יחתום עליה ויביאנה לפני קצין שיפוט, הכל כפי שנקבע בפקודות הצבא.

חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו, 1955 – סעיף 225)

לשון חוק סדר הדין הפלילי היא חד-משמעית בעניין החובה לחקור. לשון חוק השיפוט הצבאי היא ברורה בעניין החובה להגיש תלונה. אין כל אפשרות להתחמק מהחובה

הזו :

"הגיעה למשטרה "ידיעה" בדבר ביצועה של עבירה שלא בדרך של "תלונה"

כאמור – גם אז חייבת המשטרה לפתוח בחקירה מיוזמתה"

י. קדמי, על סדר הדין בפלילי (2003, כרך ראשון) עמ' 546)

2. המקרים היחידים בהם נקבע כי ניתן לסגור תיק ללא חקירה, הם מקרים בהם האירוע אינו מעלה כלל שאלות ראייתיות כלשהן. כך היה כשהחליט היועמ"ש שלא להגיש כתב-אישום כנגד הרב עובדיה יוסף בגין התבטאות שיוחסו לו (בג"צ 3087/99 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', תקדין עליון 2000 (1) 624). שם לא היה כל קושי לייחס את הדברים לרב יוסף שכן הם שודרו בטלוויזיה, ועל-כן לא היה כל צורך בפתיחה בחקירה אם עמדתו המשפטית של היועץ היתה כי אין מקום להעמידו לדין.

3. במקרה שלפנינו יש הצדקה לפתוח בחקירה פלילית או ליתר דיוק לבצע השלמה בכיוון המתואר. רצף האירועים שהובילו למותה של הילדה המנוחה, על-פי עדויות עדי הראייה, יוצרים חשד לכאורי כבד כי חיילי צה"ל ירו בה ללא צידוק ועל-פי נוהל המגובה בפקודות בלתי חוקיות בעליל.

השימוש שעשו החיילים בנשק חם כנגד "דמות" אזרחית לא חמושה ומבלי שנשקפה להם סכנת חיים כלשהי, יוצרת חשד לכאורי כבד כי הם קיבלו פקודות בלתי חוקיות לגבי הנסיבות בהן יש לפתוח באש קטלנית. ונזכור שאף לא עברה במוחם של החיילים והמפקדים המחשבה שמא לאחר מעשה, כשנודע כבר שמדובר בילדה קטנה ולא ב"מחבל" יש להעניק לה סיוע רפואי. המדובר, לכאורה בסדרה של עבירות חמורות ביותר על החוק הצבאי ועל המשפט ההומניטרי הבינלאומי שבוצעו באזור שיש בו אזרחים והסכנה לפגיעה בחפים מפשע חייבת לעמוד לנגד עיני מנסחי הפקודות.

5. אין ולא יכולה להיות מחלוקת שהאירוע הוא חמור ויש עניין ציבורי גדול מאוד לחוקרו עד תום. ועד שלא תתקיים חקירה ראויה לא ניתן לסגור את התיק, לא מחוסר ראיות ולא מחוסר עניין לציבור.

6. פשע מלחמה: האירוע והתרחשותו מעלים חשש כי בוצע פשע מלחמה, ומאחר ואין

ואקום משפטי, הרי אם מערכת המשפט הישראלית לא תהיה נכונה לחקור האירוע עד תום, אין זה מן הנמנע כי החיילים המעורבים לכאורה ייחשפו לתביעות במישור הבינלאומי. גם מטעם זה מן הראוי שרשויות החקירה הישראליות ינהלו חקירה ממצה בקשר לפרשה חמורה זו.

ה. עיון בחומר

1. כפי שנאמר בפתח הדברים, דרישתם של העותרים לקבל לידיהם את מלוא חומר החקירה נובע מרצונם לבחון את הליכי החקירה ולוודא שאכן כל האחראים למות הילדה הועמדו לדין, וכי זה שהועמד לדין אכן הואשם בעבירה המתאימה. כן מעוניינים העותרים לקבל כל פרט מידע שיכול לשפוך אור על רגעיה האחרונים.
2. כך למשל, יומני המבצעים של הפלוגה והגדוד, אשר לא ניתן לעיין בהם, עשויים לשפוך אור רב על אירועי אותו בוקר ועל מידת הסבירות של טענות החיילים ומפקדם כגון הטענה שאין תנועה פלסטינית כלל באזור.
3. כך גם תצלומי האוויר, שלא ניתן לעיין בהם, יאפשרו לעותרים לבחון עד כמה הגיוניות הטענות שנשמעו לפיהן מסלולה של הילדה חרג מהדרך לבית הספר, דבר שיצר כלפיה חשד כביכול שהיא מחבלת. על גבי תצלומי האוויר גם סימנו העדים כולם את מיקומם של המעורבים בפרשה. הסתרתם מעי"ד ספרד הגביל במידה רבה את האפשרות לבחון את החומר ולהבינו כראוי.
4. לבסוף, ולמעשה החשוב ביותר: פקודות הפתיחה באש לא הועמדו לעיונו של עי"ד ספרד. המדובר במצב מוזר שהרי עי"ד ספרד הוא חייל מילואים בצה"ל, אשר מקבל הוראות פתיחה באש כל אימת שהוא נקרא לשירות מילואים פעיל והנה בשמשו כסניגור נאמר לו כי ההיתר המסוייג שבידו לשמש כסניגור בבתי הדין הצבאיים לא מאפשר לו לעיין בפקודות. יודגש בהקשר זה כי מחלקת הפיקוח המשפטי בפרקליטות הצבאית הבהירה לעי"ד ספרד לפני מספר שנים כאשר הוצא עבורו ההיתר המסוייג, כי בהוראת השב"כ אין מוציאים היום אישורים בלתי מסוייגים כלל, וזו הסיבה היחידה שהאישור שניתן לו הוא מסויג.
5. להבנת העותרים, זכותם של העותרים 1-2 לקבל לידיהם (או לידי בא-כוחם) העתק של

חומר החקירה נובע ישירות ממעמדם כהורים של קורבן עבירה שחיו ניטלו. העותרת מס' 3 מייצגת העותרים 1 ו 2- בהליך זה, בהיותה ארגון לזכויות אדם, ושוקד על קיום מלוא זכויות העותרים.

6. מכיוון שהמשיבים אינם חולקים על זכותם זו של הורי המנוחה, לא מצאנו לנכון לפרט את הטיעון המשפטי בנושא, ונותרה רק סוגיית המסמכים הסודיים. נבקש כי בבית המשפט תנמק המשיבה מס' 1 את התנגדותה לאפשר עיון מלא והעותרים יגיבו לטענותיה.

7. אין לשכוח כי התחקיר הראשון שביצע הצבא הגיע למסקנה כי אין כל מקום להגשת כתבי אישום וכי התנהלות מפקד הפלוגה ופקודיו הייתה ללא רבב. אלמלא עדויות החיילים שמצאו דרכם לתקשורת והלחץ הציבורי שהדבר גרר - ספק אם הייתה נפתחת כלל חקירה פלילית בנושא.

מכאן שבפרשה זו חשוב עד מאוד לאפשר את הפיקוח ה"אזרחי" על רשויות החקירה. פיקוח זה נעשה לא רק באמצעות התקשורת אלא גם על-ידי מתן אפשרות אפקטיבית לפרקליטי המשפחה לבחון את החומר ולפעול בהתאם למצוי בו.

8. לסיכום, הורי ילדה שנהרגה מירי חיילי צה"ל, ביחד עם ארגון זכויות אדם, מבקשים לוודא כי הליכי החקירה וההעמדה לדין של האחראים להריגת בתם נעשו כראוי, כשלפחות חלק אחד של הליכים אלו – התחקיר המבצעי - נכשל כשלון חרוץ. בהיעדר אינטרס כבד משקל ונוגד זכאים העותרים לעיין באופן מלא בתיק החקירה הפלילית.

ו. הוצאת הפיקוח על החקירה מהפרקליטות הצבאית

1. הצו המבוקש בעניין זה קשור בטבורו לצו המרכזי (הראשון) המבוקש בעתירה.

במידה ותתקבלנה הטענות כי יש לבצע השלמת חקירה, יש להעביר את הפיקוח על החקירה מהפרקליטות הצבאית אל הפרקליטות האזרחית, וזאת בשל מעורבות הפרקליטות הצבאית בניסוח הוראות הפתיחה באש ומכאן נגיעתה לנושא החקירה.

הדברים הם ברורים ומתבקשים מעצמם וזהו כלל ראשון בכללי מינהל תקין ובכללי הצדק הטבעי, הכלל בדבר איסור משוא פנים.

2. אכן אין מדובר כאן (עדיין) במשוא פנים פרסונאלי אלא "מוסדי", אבל החשש נובע מהסכנה שאכן מעורבות המוסד של הפרקליטות הצבאית בניסוח הוראות הפתיחה באש, תיצור דיעה קדומה באשר לחוקיותן או לצורך בחקירתם המדוקדקת.

על-כן קבע המחוקק שחקירות שוטרים תתבצענה על-ידי המחלקה לחקירות שוטרים שהיא גוף במשרד המשפטים ולא במשרד לביטחון פנים, ועל-כן נקבע פעם אחר פעם, בפרקטיקה, שפרקליטות המחוז שתדון בתיק שבו החשוד הוא פרקליט לא תהיה הפרקליטות בה הוא מכהן. כאמור, הדברים הם מתבקשים מאיליהם.

3. בשל דחיפות הגשת העתירה לא היה סיפק להקיף את מלוא הנימוקים והטענות המשפטיים בעניין זה והעותרים יבקשו להרחיב בעל פה.

2. הבקשה לצו ביניים

1. בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא גם צו ביניים כמפורט ברישא לכתב העתירה לפיו ימנע המשיב מסי' 2 (בית הדין הצבאי מחוז דרום) מקיום דיונים במשפטו הפלילי של מפקד הפלוגה הנאשם בירי על בתם של העותרים.

2. צו ביניים זה נדרש מכיוון שככל שנוקפים ימי הדיונים, ולמיטב ידיעת הפרקליטים נקבעו הדיונים בצפיפות של לפחות דיון אחד כל שבוע, קטן הסיכוי שהסעד המבוקש בעתירה זו יהיה סעד אפקטיבי. די בשמיעת מספר עדים כדי ששינוי כתב האישום, אם תבוא דרישה שכזו מצד העותרים לאחר השלמת החקירה ועיון בחומר החקירה החסוי, יהיה בלתי אפשרי.

3. כמו-כן, שמיעת העדויות יוצרת סכנה של הכשלת חקירה בכיוון עליו דובר בכתב העתירה, ושצו בעניינו הוא הסעד העיקרי המבוקש בה. כפי שפורט בחלק העובדתי, עד הראייה הראשון שהעיד בדיון האחרון כבר קיבל חסינות על עדותו והבטחה של התביעה כי לא יועמד לדין על אחריותו למותה של הילדה. כך יקרה כנראה עם כל עד שיעלה להעיד במסגרת התיק.

4. המדובר בצו שיעכב את ניהול התיק בזמן מועט בלבד, שהרי הסוגיה שמעורר תיק זה הינה ממוקדת ומצומצמת, ופתרונה יכול לבוא במהירות. השלמת החקירה, למיטב הבנת העותרים, משמעותה גביית עדויות ממספר קצינים וחיילים, דבר שיכול להיעשות בימים ספורים. על-כן גם הנזק מהוצאת צו הביניים אינו גדול.

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו ביניים וצווים על תנאי כאמור בפתח עתירה זו ולאחר קבלת תגובת המשיבים ודיון – להופכם למוחלטים.

כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות משפט ושכ"ט עו"ד עתירה זו.

לאה צמל, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד