



## מסמך תגובה מטעם החוקרים בפרויקט "טרור ודמוקרטיה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה בנושא חקירת טענות או חשדות על אודות הפרת דיני הלחימה

### א. מבוא

1. על פי סעיף 5 להחלטת הממשלה מספר 1796 מיום 14 ביוני 2010 הופקדה בידי הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, בראשות שופט בית המשפט העליון בדימוס יעקב טירקל (להלן: ועדת הבדיקה) הסמכות לבדוק אם "מנגנון הבדיקה והחקירה ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של דיני הלחימה, הנוהג בישראל באופן כללי, וכפי שהוא מיושם ביחס לאירוע הנוכחי, תואם את חובותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי".
2. במהלך חודש דצמבר 2010 הגיש הפרקליט הצבאי הראשי לוועדת הבדיקה נייר עמדה בדבר כללי החקירה כפי שהם מיושמים על ידי מדינות ישראל, והיחס ביניהם לבין המשפט הבינלאומי (להלן: נייר העמדה של הפצ"ר).<sup>1</sup>
3. המסמך שלפניכם מוגש לוועדה כתגובה לנייר העמדה של הפצ"ר. מטרתו של מסמך תגובה זה הנה לבקר כמה נקודות שעלו בנייר הפצ"ר ולא זכו שם לדעתנו לניתוח מספק, או שלא עלו שם בכלל.
4. מסמך תגובה זה מוגש על ידי צוות החוקרים המשתתף בפרויקט טרור ודמוקרטיה במכון הישראלי לדמוקרטיה. הצוות, המורכב מפרופ' יובל שני, ד"ר עמיחי כהן ועו"ד עדו רוזנצווייג, פועל במסגרת תכנית המחקר של המכון בנושאי ביטחון לאומי ודמוקרטיה. החוקרים המשתתפים בפרויקט ובתכנית האמורים מנהלים באופן רציף מחקרים, מפגשים וקבוצות עבודה, שתכליתם דיון בבעיות ובאתגרים שהמציאות הביטחונית הקשה מציבה בפני הדמוקרטיה הישראלית, והצעת דרכים אפשריות לשיפור המצב. עבודת החוקרים מבוססת, בין היתר, על מחקר משווה המנסה ללמוד מניסיון הרלוונטי של דמוקרטיות אחרות המתמודדות עם אתגרים ביטחוניים ברי השוואה לאלו הניצבים בפני מדינת ישראל.
5. נייר העמדה של הפצ"ר פורס בפני הוועדה מערכת מקיפה של נתונים. אפשר לומר שנייר זה הוא המסמך המקיף ביותר שנכתב בישראל בנושא ביצוע תחקירים על ידי יחידות צבאיות. הוא מצטיין בהיקף המידע ההשוואתי המובא בו, בעומק האנליטי ובאיכות יישום הטיעונים העקרוניים המוצגים בו על מקרים קונקרטיים. בשל כך נראה כי מסמך זה ראוי לשמש מצע לדיון על אופי התחקירים

<sup>1</sup> ראו [http://www.mag.idf.il/sip\\_storage/FILES/9/949.pdf](http://www.mag.idf.il/sip_storage/FILES/9/949.pdf)

בצה"ל והצורך בהם באופן כללי, ולא דווקא בנוגע לאירועים הקונקרטיים הנחקרים על ידי ועדת הבדיקה.

6. בשל איכותו הגבוהה והפירוט הרב המצוי בו, נייר העמדה של הפצ"ר מבהיר וחושף לדעתנו את הבעיות הקיימות במערכת החקירה הפלילית בצה"ל – ככל שזו מופעלת ביחס לטענות וחשדות על אודות הפרת דיני המלחמה. לאור ההצגה המקיפה של הדברים, ובמסגרת המנדט של ועדת הבדיקה, אנו סבורים שיש מקום שהוועדה תתמודד עם שורה של סוגיות העולות מחקירת האירועים על ידי צה"ל, ותקבע את המדיניות הראויה במקרים אלה. הסוגיות הדורשות לשיטתנו בירור הן אלו:

- א. מהו המידע המצדיק פתיחה בחקירה פלילית צבאית?
- ב. מהו היחס בין קיום תחקירים מבצעיים לבין עריכת חקירות פליליות?
- ג. מיהו הגוף שצריך להחליט על פתיחת חקירה פלילית? האם קטגוריות שונות של אירועים מצדיקות הליכים מיוחדים לפתיחה בחקירה?
- ד. מיהו הגוף שצריך לפקח על ההחלטה לפתוח בחקירה פלילית, וכן על ניהול החקירה ותוצאותיה?

7. יודגש כבר מראשית הדברים שאנו סבורים כי מערכת אכיפת החוק בצה"ל, כפי שהיא פועלת היום, היא בעיקרה ראויה והגונה. אנו מתנגדים אפוא לעמדה שהובעה בדו"ח ועדת הבדיקה של מועצת זכויות האדם לעניין מבצע עופרת יצוקה ("דו"ח גולדסטון"),<sup>2</sup> שלפיה כל בדיקה של חשדות להפרת דיני המלחמה המנוהלת על ידי צה"ל פסולה מעיקרה. עמדה זו היא קיצונית ואינה מבוססת על העובדות, כפי שאנו מבינים אותן, או על הפרקטיקות המקובלות בנושא בעולם. מכאן שאין אנו חולקים על מרבית הטענות המוצגות בנייר העמדה של הפצ"ר. נדמה לנו כי דווקא בשל כך, ההערות וההסתייגויות המובאות להלן צריכות להישקל ברצינות הן על ידי אלו הסבורים כי הליכי החקירות הקיימים סבירים בעיקרם, והן על ידי אלו המבקרים בחריפות את ההליכים הקיימים.

8. נראה כי מוסכם על הכול, שכללי המשפט הבינלאומי העוסקים באופן ניהולן של חקירות פליליות מנוסחים בצורה תמציתית, ומותירים לעתים שאלות רבות שהדיון בהן חסר.<sup>3</sup> מצב דברים זה מותיר לכאורה בידי המדינות טווח נרחב של אפשרויות לשימוש בכוחות החקירה שלהן.<sup>4</sup> אולם כידוע, התבוננות בתנאי המינימום של המשפט הבינלאומי הפוזיטיבי אינה מספיקה לשם ניתוח הדין החל. המשפט הבינלאומי הוא מערכת משפטית מתפתחת, שבה לצורה שבה מתנהגות המדינות, ולהחלטות של גופים שיפוטיים ומעין שיפוטיים, כמו גם לעקרונות כלליים של משפט וצדק, יש השפעה ניכרת על דרך התפתחותו של המשפט ועל פרשנותו. לפיכך היצמדות לכללים הכתובים של המשפט הבינלאומי

---

Human Rights Council, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, 29 Sept. 2009, UN Doc. A/HRC/12/4 (2009) <sup>2</sup>

Michael N. Schmitt, "Investigating Violations of International Law in Armed Conflict", 2 <sup>3</sup>  
*Harvard National Security Journal* 31 (2011) (להלן: Schmitt)

Amichai Cohen and Yuval Shany, "A Development of Modest Proportions", 5 <sup>4</sup>  
*Journal of International Criminal Justice* 310 (2007)

בלא לקחת בחשבון את המגמות הקיימות בפרקטיקה המדינתית והשיפוטית, עשויה לספק הכוונה נורמטיבית מוגבלת מדי.

9. נדמה לנו כי תפיסה צרה של החובות השאובות מהמשפט הבינלאומי אף מנוגדת למטרת ועדה הבדיקה. למיטב הערכתנו, תפקידה של ועדה זו אינו רק הסקת מסקנות ביחס לחוקיות החקירות, כפי שנערכו בעבר, אלא גם ניסוח קווי הנחיה שיספקו למדינה הכוונה נורמטיבית כיצד לנהוג בשאלות דומות שיתעוררו בעתיד. הכוונה שכזו צריכה להביא בחשבון, בין היתר, את דרכי הפעולה שיסייעו למדינה לעמוד בצורה מיטבית מול הביקורת הבינלאומית הצפויה לעלות בקשר לפעולות צבאיות עתידיות. אם אכן זה תפקיד הוועדה, קל וחומר שעליה להתייחס לשאלה כיצד נוטות מדינות לפרש בפועל את חובותיהן בתחום חקירת חשדות להפרת דיני המלחמה, וכיצד גופים בינלאומיים – שיפוטיים ומעין שיפוטיים – מפרשים חובות אלו.

## ב. סטנדרט הפתיחה בחקירה

10. החובה לחקור חשדות להפרות חמורות של דיני הלחימה אינה שנויה במחלוקת. היא מופיעה בשורה ארוכה של מסמכים מן המשפט הבינלאומי.<sup>5</sup> העיקרון הבסיסי מופיע באמנות ז'נבה וקובע כי:

בעלי האמנה מתחייבים לחוקק כל חוק שיהא צורך בו, כדי לקבוע עונשים יעילים לאנשים המבצעים או מצווים לבצע את אחת ההפרות החמורות של האמנה הזאת המוגדרות בסעיף הבא.

כל אחד מבעלי האמנה יהא מחויב לחפש את האנשים שלפי הטענה ביצעו – או ציוו לבצע – את ההפרות החמורות האלה, ויעמיד אנשים כאלה לדין בפני בתי המשפט שלו ללא התחשבות באזרחותם. כן רשאי הוא, אם יבחר לעשות כן, למסור אנשים כאלה, בהתאם להוראות החוקים שלו, למשפטו של בעל אמנה אחר הנוגע בדבר, בתנאי שבעל האמנה הזה הגיש נגד אנשים כאלה האשמות מספיקות.

כל אחד מבעלי האמנה ינקוט את האמצעים הדרושים להדברת כל הפעולות שבניגוד להוראות האמנה הזאת, להבדיל מההפרות החמורות המוגדרות בסעיף הבא.

בכל הנסיבות ייהנו הנאשמים מערבויות לשפיטה ומסנגוריה הוגנת, שיהיו נוחות לא פחות מאלה שנקבעו בסעיף 105 ובסעיפים שלאחריו של אמנת ז'נבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הטיפול בשבויי מלחמה.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> אמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, כ"א 5, 65, סעיף 4; אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 1039, 249, סעיף 7; כמו כן Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction (להלן: Chemical Weapons Convention), סעיף 17; Hague Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction (להלן: Ottawa Convention).

<sup>6</sup> אמנת ג'ניבה להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב, מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, 387 (להלן: אמנת ז'נבה הראשונה), סעיף 49; אמנת ג'ניבה להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אוניות מבין אנשי הכוחות המזוינים בים, מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, 423 (להלן: אמנת ז'נבה השנייה), סעיף 50; אמנת ג'ניבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, 453 (להלן: אמנת ז'נבה השלישית), סעיף 129; אמנת ג'ניבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, 559 (להלן: אמנת ז'נבה הרביעית), סעיף 146.

11. פרופסור מייקל שמיט, שפרסם לאחרונה מאמר מקיף בנושא החובה לחקור הפרות של דיני הלחימה, טוען כי תוכן החקירה הנדרש על ידי הסעיף, לפי הפרשנות המוסמכת של אמנות ז'נבה, כולל את הדרישות האלה:<sup>7</sup>

- החובה לחקור מותנית בקיומה של (1) טענה (Allegation) (2) בדבר קיומו של פשע מלחמה. אין צורך לפתוח בחקירה פלילית אם הטענה מתייחסת להפרה שאינה עולה כדי פשע מלחמה.
- אין מגבלה באשר למקור התלונה או הטענה – התלונה יכולה להגיע ממפקד בשטח, מארגון לא ממשלתי וכולי.
- אין חובה לפתוח בחקירה בעקבות כל טענה המועלית נגד חוקיות הפעולה, אלא רק מקום בו הטענה נהנית מדרגה מספיקה של אמינות שתצדיק את הפתיחה בחקירה ( Sufficiently (credible to reasonably merit [investigation]).
- הדרישה לחקור חלה על כל הפרות דיני הלחימה שעולות כדי פשע מלחמה.
- הדרישה לחקור מכוונת גם כלפי מפקדים, הנתפסים כאחראים לביצוע פשעי מלחמה מתוקף אחריותם הפיקודית.

12. ככלל אנו נוטים להסכים עם עמדתו של פרופ' שמיט, אךן דיני המלחמה אינם מחייבים לחקור בכלים פליליים טענות קלושות או כאלה המתייחסות להפרות שאינן עולות כדי פשע מלחמה. עם זאת יש לציין שהחובה לחקור המוטלת על הצבא אינה רק חובה ריאקטיבית, היא אינה מתגבשת אך ורק בתגובה לטענה פוזיטיבית לביצוע פשע מלחמה שהועלתה מצד מקור כלשהו; החובה לחקור עשויה להתגבש גם באופן פרואקטיבי, מקום בו נסיבות האירוע המלחמתי עצמן מעלות חשד סביר כי בוצע פשע מלחמה. ואכן גם לשיטתו של שמיט, החובה לחקור עשויה לקום גם מקום בו יש טענות אמינות כי בוצע פשע מלחמה, או **לחלופין** מקום בו יש חשד סביר (reasonable suspicion) לכך.<sup>8</sup>

13. חשוב גם להדגיש כי אליבא דשמיט, החובה לחקור חקירה פלילית קמה **בכל מקום** בו יש מידע אמין (או חשד סביר) כי בוצעה הפרה חמורה של דיני המלחמה, וכי מכוח החובה הזו יש לחקור את הדרג המבצעי שביצע במישרין את ההפרה, אך גם את ה**דרג הפיקודי** המצוי מעליו. בהקשר זה שמיט אינו מתייחס מפורשות לאחריותם של דרגים מדיניים להפרות חמורות של דיני המלחמה, אך ברור שאם הדין המהותי הפלילי מטיל אחריות פלילית שכזו,<sup>9</sup> וכאשר מתקיימת חקירה בשאלה אם פעולה צבאית מהווה פשע מלחמה, תקום חובה לחקור את אחריותם של הדרגים המדיניים כאשר יש טענה אמינה או חשד סביר שדרגים אלה היו מעורבים באישור, בתכנון או בהוצאה לפעול של הפעולה, או שהפרו חובה למנוע אותה או להעניש בגין התרחשותה.

14. המקום הנורמטיבי שבו נפרדת דרכנו מדרכו של שמיט, הוא המקום שבו מתעוררת השאלה על אודות אופייה הממצה של החובה לחקור. לדעתנו – בניגוד לדעתו של שמיט – בצד החובה השאובה מדיני הלחימה, קיים במשפט הבינלאומי מקור חובה נוסף לדרישה לחקור פעולות צבאיות: דיני זכויות

<sup>7</sup> Schmitt, הערה 3 לעיל, עמ' 39.

<sup>8</sup> Schmitt, הערה 3 לעיל, עמ' 83.

<sup>9</sup> ראו למשל סעיף 28 לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי.

האדם הבינלאומיים. יתר על כן, החובה לחקור מכוח דיני זכויות האדם רחבה יותר מהחובה העולה מכוח דיני הלחימה.

15. קיימים שני הסברים עיקריים לפערים הנורמטיביים בין דיני הלחימה לבין דיני זכויות האדם, בכל הקשור להיקף החובה לחקור הפרות משפט בינלאומי:

א. דיני זכויות האדם כוללים בצד החובה מסדר ראשון שלא להפר זכויות אדם, **חובה מסדר שני** להעניק סעד מתאים במקרה של הפרות זכויות אדם. כמה גופים בינלאומיים, שיפוטיים ומעין שיפוטיים, קבעו כי החובה מסדר שני כוללת חובה (יחסית) לחקור ולהעמיד לדין פלילי עובדי ציבור שהפרו זכויות אדם מוגנות – בעיקר אותן זכויות המגנות על החיים והגוף. לאור התחולה הרחבה של דיני זכויות האדם, ייתכן מאוד כי פעולות צבאיות שהסתיימו במותם או פציעתם של אזרחים לא יעלו כדי פשע מלחמה, אך עדיין ייחשבו כהפרת זכויות אדם המצדיקה חקירה.<sup>10</sup>

ב. דיני זכויות האדם מניחים מציאות שבה הפגיעה בחיים ובגוף הנה פעולה חריגה המחייבת הצדקה מיוחדת. מכאן שעצם השימוש בנשק חם על ידי כוחות שלטוניים, הגורם לפגיעה בחיים או בגוף, נתפס כהפרה לכאורית של הדינים מסדר ראשון, המחייבת חקירה (כחובה מסדר שני).<sup>11</sup>

העיקרון הבסיסי נקבע בפסק הדין בעניין *McKerr v. United Kingdom*:

[T]he obligation to protect the right to life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", also requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force.<sup>12</sup>

16. אם כן – החובה שנקבעה בפסיקת בית הדין האירופי היא לפתוח בחקירה בכל מקרה שבו זוהתה פגיעה בחיי אדם. גם אם לא כל הפרשנים מאמצים את העמדה שדיני זכויות האדם מחייבים חקירת כל מוות המתרחש במהלך סכסוך מזוין, ניתן למצוא בספרות ובפסיקה הסכמה רחבה לטענה שכל

<sup>10</sup> ראו למשל *Isayeva v. Russia*, Human Rights Committee, General Comment 31 (2004), at para. 18; *Las Palmeras v. Colombia*,

*Russia*, ECHR judgment of 24 Feb. 2005, para. 209—212; *Las Palmeras v. Colombia*, I/A CHR judgment of 6 Dec. 2001, para. 65

<sup>11</sup> Kenneth Watkin, "Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict", 98 *American Journal of International Law* 1 (2004), 1, pp. 17—20. (להלן: Watkin).

<sup>12</sup> *McKerr v. United Kingdom*, ECHR, 2001-111, Eur. Ct. H.R. 475

מקרה מוות של אזרחים לא מעורבים בפעילות צבאית מחייב – לפי דיני זכויות האדם – חקירה.<sup>13</sup> יושם אל לב שחלק ניכר מפקדי הדין של בית הדין האירופי, שעסקו בחובת החקירה, עסקו במצבים שבהם התנהלה בפועל לחימה (בעיקר בצי'ניה, במזרח טורקיה ובצפון קפריסין). אמנם לחימה זו התנהלה ברובה בשטח שנשלט על ידי מדינות אלו או שהיה בריבונותן. אך כפי שיפורט להלן, אלמנט השליטה קיים ברמה כזו או אחרת בחלק גדול של הסכסוך בין ישראל לפלסטינים. מכאן שהפסיקה האמורה אינה בלתי רלוונטית לחלק ניכר מפעולות ישראל בשטחים.

### דיני זכויות האדם: תחולה

17. אין בכוונתנו לפרוס כאן את מלוא היריעה בשאלה אם דיני זכויות האדם חלים במקביל לדיני המלחמה. בדו"ח החלקי של ועדת הבדיקה<sup>14</sup> אומצה התפיסה הפרשנית שלפיה באופן עקרוני קיימת תחולה לדיני זכויות האדם גם בעת סכסוך (בוודאי סכסוך בשטח כבוש או בשטח שנשלט על ידי ישראל), אם כי היחס בין דיני זכויות האדם לדיני הלחימה הוא של Lex Specialis ו-Lex Generalis, כלומר: המשפט ההומניטרי גובר על דיני זכויות האדם בכל מקום שבו קיימת סתירה בין שתי מערכות הדינים.

18. באיזו עמדה ראוי לנקוט ביחס לסטנדרט הפתיחה בחקירות של הפרות דין בינלאומי במצבי לחימה? האם בעניין זה ראוי לאמץ במלואה את עמדת הפצ"ר, שעל פיה הדין החל הוא המשפט ההומניטרי, או שמא את העמדה שעל פיה הדין החל לגבי חקירות הוא משפט זכויות האדם ככתבו וכלשונו (עמדה המבוטאת בדו"ח גולדסטון)?<sup>15</sup> עמדתנו היא שיש לאמץ גישת ביניים: אין לראות את דיני הלחימה כיוצרים הסדר שלילי ביחס לסוגיית החקירה וכמוציאים מכלל תחולה את ההוראות הרלוונטיות של דיני זכויות האדם, אך יש לפרש את דיני זכויות האדם באופן שיתאים למציאות של לחימה (כפי שנראה בהמשך, עמדה זו אומצה גם בדו"ח ועדת טומושט שבחן את יישום המלצות ועדת גולדסטון).<sup>16</sup>

<sup>13</sup> ראו למשל Professor Philip Alston, UN Special Rapporteur on Extrajudicial Executions Handbook, Investigation and Prosecutions of Killings, at A8 (<http://www.extrajudicialexecutions.org/LegalObservations>)

<sup>14</sup> סעיפים 98—100 לדו"ח החלקי.

<sup>15</sup> Human Rights in Palestine and other Occupied Arab Territories: Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, U.N. Doc. A/HRC/12/48 (Sept. 15 2009), פסקה 1611 ואילך.

<sup>16</sup> Report of the Committee of independent experts in international humanitarian and human rights laws to monitor and assess any domestic, legal or other proceedings undertaken by both the Government of Israel and the Palestinian side, in the light of General Assembly resolution 64/254, including the independence, effectiveness, genuineness of these investigations and their conformity with international standards, para. 29 A/HRC/15/50 (להלן: ועדת טומושט).

19. יש להדגיש שקביעת הדין הרלוונטי לסוגיית החקירות תלויה בראש ובראשונה במצב העובדתי, שלגביו מועלות הטענות או החשדות על אודות הפרת דיני הלחימה. עניין זה נקבע לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. למיטב הבנתנו, תפקיד הוועדה בכל הנוגע לבחינת החקירות הצבאיות אינו רק החובה לחקור את האירועים של ה-31 במאי 2010, אלא גם להמליץ על עקרונות לניהול חקירות בעתיד במגוון רחב של פעולות צבאיות.
20. כפי שמציינת במפורש הוועדה בדו"ח החלקי שלה, התמונה העובדתית מצביעה לעתים על מצב "מעורב".<sup>17</sup> יש אירועים צבאיים הדומים יותר ל"קרוב", ומן הסתם מתאימים יותר ליישום המשפט ההומניטרי, ויש אירועים המתאימים יותר לניתוח על פי דיני זכויות האדם, בעיקר אם הם מתרחשים בשטח המצוי בשליטה חלקית או מלאה של מדינת ישראל. ודוק, גם באזור שבו מתנהלת לחימה פעילה ייתכנו אירועים, שבשל אופיים המינורי או זיקתם המוגבלת ללחימה יוסדרו על ידי דיני זכויות האדם ולא על ידי דיני הלחימה (למשל, אירועי זריקת אבנים או הפגנות בסמוך לחזית הקרבות).
21. בהקשר זה ראוי לציין שהעמדה לגבי סיווג פעולות צבאיות במצב מעורב אינה מחייבת הכרעה בשאלה אם ישראל כובשת או אינה כובשת ברצועת עזה. על פי פסיקת בית המשפט העליון<sup>18</sup> (שבה תומכים כותבי מסמך זה),<sup>19</sup> ישראל אינה שולטת שליטה אפקטיבית ברצועת עזה. עם זאת בית המשפט העליון קבע כי לישראל חובות מסוימות כלפי רצועת עזה, שנדמה שהן מבוססות על רעיונות השאובים מתחום דיני זכויות האדם. יתר על כן, כאשר כוחות צבא ישראלים נכנסים לרצועת עזה ומפעילים בחלק מן הרצועה שליטה אפקטיבית למשך כמה שבועות, או להבדיל, כאשר כוחות צבא ישראלים משתלטים על אונייה בלב ים המפליגה אל עבר עזה – דיני זכויות האדם חלים, לפחות כדין שיורי, על פעולות הצבא.
22. מבחינה עובדתית, העימות בין ישראל לפלסטינים עונה להגדרה המודרנית של עימות היברידי (hybrid conflict), היינו עימות שפרקים של עימות מזוין ופרקים של שקט יחסי דרים בו בערבוביה.<sup>20</sup> ההנחה שחיילי צה"ל מצויים כל העת ובכל מקום בעימות מזוין אינה נראית בעינינו נכונה מבחינה עובדתית או משפטית.
23. במצב מעורב ראוי להפעיל משטר משפטי משולב, שאינו נשען על מערכת חוקים אחת בלבד אלא משלב כללים ורעיונות יסוד השאובים משני המשטרים – דיני הלחימה ודיני זכויות האדם.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> סעיף 185 לדו"ח החלקי.

<sup>18</sup> בג"ץ 9132/07 אל בסיוני נ' ראש הממשלה ושר הביטחון (טרם פורסם, 30 בינואר 2008)

<sup>19</sup> Yuval Shany, "Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza After Israel's Disengagement", 8 *Yearbook of International Humanitarian Law* 369 (2005)

<sup>20</sup> ע"א 5964/92 בני עודה נ' מ"י, פ"ד נו(4) 1 (2002).

<sup>21</sup> David Kretzmer, "Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?", 16 *Eur J Int Law* 171 (April 2005)



לשיטתנו, ניתן לראות ביטוי לרעיון זה בפסיקת בג"ץ בנושא הסיכולים,<sup>22</sup> בכליאתם של לוחמים בלתי חוקיים<sup>23</sup> ובפיצויי האינתיפאדה.<sup>24</sup> בכל אחת מן ההחלטות הללו השתמש בג"ץ בעקרונות של דיני זכויות אדם על מנת להגביר את ההגנה המוענקת לאזרחים על ידי דיני המלחמה.

24. כיצד תפיסה זו של שילוב נורמטיבי באה לידי ביטוי בנושא החקירות? מצד אחד, סביר להניח שבמצב של סכסוך מזוין, אפילו כזה שאינו בינלאומי, אין מקום לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה של גרם מוות.<sup>25</sup> העמדה של דיני זכויות האדם, הרואה בכל פגיעה בחיים או בגוף הפרה לכאורה של דין, לא מתאימה למצב של סכסוך מזוין בו הדין מתיר, או למצער משלים, עם הרג של לוחמי אויב ואף של אזרחים שהפגיעה בהם הנה אגבית (ומידתית).

25. מצד אחר, העמדה שאין לפתוח בחקירה ללא ראיות לכאורה שבוצע פשע – הסטנדרט המוצע על ידי נייר העמדה של הפצ"ר – היא למיטב הערכתנו עמדה בלתי סבירה ובלתי מוצדקת. הסכסוך הנוכחי בין ישראל לבין הפלסטינים כולל מרכיבים של עימות ושל שליטה. הסטנדרט המשפטי צריך לכלול כאמור מרכיבים של דיני לחימה ושל דיני זכויות האדם.<sup>26</sup>

26. הואיל והחיוב לנהל חקירות מכוח דיני זכויות האדם הוא יחסי באופיו – היינו קצב יישומו והאופן שבו הוא מיושם כפופים למבחני סבירות ומידתיות – אין סתירה חזיתית בין חובות החקירה לפי שני הדינים. מכיוון שניתן לקיים את החקירה מתוך התחשבות באילוצים הצבאיים – למשל במספר הפרטים שנפגעו, בצורך לרכז מאמץ בהמשך הלחימה ובנגישות לזירת החקירה – אין מניעה של ממש להחיל בצדה של החובה לחקור הנובעת מדיני הלחימה את החובה לחקור השאובה מדיני זכויות האדם, באופן שיביא לידי ביטוי את ההקשר הלחימתי של האירוע הנידון. כך למשל יהיו מצבים שבהם מוצדק לפתוח בחקירה בעקבות חשדות להפרות המשפט הבינלאומי רק לאחר שהמבצע הצבאי הסתיים, או לתעדף חקירות מסוימות על פני אחרות.

27. עמדה ברוח זו אימצה ועדת טומושט, שקבעה:

There are constraints during armed conflict that do impede investigations. For example, not every death during an armed conflict can be effectively investigated. Similarly, the level of transparency expected of human rights investigations is not always achievable in situations of armed conflict, particularly as questions of national security often arise. The nature of hostilities might obstruct on-site investigations or make prompt medical examinations

<sup>22</sup> בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14 בדצמבר 2006).

<sup>23</sup> ע"פ 6659/06 פלונים נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11 ביוני 2008).

<sup>24</sup> בג"ץ 8276/05 עדאללה נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 12 בדצמבר 2006).

<sup>25</sup> Watkin, הערה 11 לעיל, עמ' 33.

<sup>26</sup> Watkin, הערה 11 לעיל, עמ' 33—34.

impossible. The conflict might have led to the destruction of evidence, and witnesses might be hard to locate or be engaged in conflict elsewhere. When the fighting is over, some of these constraints tend to lose their relevance. As summarized by the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: "On a case by-case basis a State might utilize less effective measures of investigation in response to concrete constraints. For example, when hostile forces control the scene of a shooting, conducting an autopsy may prove impossible. Regardless of the circumstances, however, investigations must always be conducted as effectively as possible and never be reduced to mere formality."

The purpose and objectives of IHL also affect the legal significance of some IHRL standards of investigation beyond the common criteria of independence, impartiality, thoroughness, effectiveness and promptness mentioned above. The overriding concern of IHRL to protect the rights and freedoms of individuals from the abuse of State power is not the primary focus of IHL. The latter seeks first to balance the lawful use of force with the protection of individuals. Consequently, some human rights standards, such as the involvement of victims in investigations, while desirable, are not requisite for evaluating the inquiries into alleged IHL violations.<sup>27</sup>

28. מכל מקום ברור, כי מקום בו אין שיקולים מיוחדים המצדיקים הימנעות מפתיחה בחקירה, למשל כאשר אזרחים נפגעו בשטח המצוי בשליטה ישראלית שלא במסגרת לחימה של ממש, אין לדעתנו כל הצדקה משפטית או עניינית שלא לפתוח בחקירה מכוח דיני זכויות האדם אך ורק משום שבאזור מתנהל סכסוך צבאי.

29. באילו מצבים תידרש פתיחה בחקירה במקרים הנתפסים על ידי המודל המשולב האמור? גם כאן יחול הכלל שטענות אמינות או חשד סביר לביצוע פשעי מלחמה מחייבים חקירה פלילית. אך לשיטתנו יש להרחיב כלל זה במצבים מעורבים באופן שיחול גם על הפרות חמורות של זכויות אדם שאינן עולות בהכרח כדי פשעי מלחמה. חקירת הפרות אלו עשויה להוביל להטלת אחריות פלילית בגין הפרת זכויות אדם מסוימות לפי הדין הבינלאומי או הישראלי (למשל, האיסור נגד עינויים או גרם מוות ברשלנות), אך גם לסייע במימושן של חובות אחרות מסדר שני הנובעות מדיני זכויות האדם (למשל חובת פיצוי כספי). הסטנדרטים הנראים לנו כמתאימים לצורך ביסוס חובת חקירה רחבה יותר, הנובעים מהשילוב בין החובות לפי דיני הלחימה ולפי דיני זכויות האדם, והמתאימים למקרים שנופלים במסגרת תחולת שתי מערכות הדינים (כגון אירועי המשט לעזה), הם שני הסטנדרטים הבאים: **"האירוע החמור הבלתי מוצדק"** ו**"האירוע החמור הבלתי צפוי"**.

<sup>27</sup> ועדת טומושט, פסקות 32—33.

30. מבחן "האירוע החמור הבלתי מוצדק" מרחיב במידת מה את הסטנדרט הרגיל החל על הפרות חמורות של דיני הלחימה. מקום בו מועלות טענות אמינות או קיים חשד סביר לפגיעה חמורה בחיים, בגוף, בחירות, בכבוד או ברכוש שהיתה בלתי מוצדקת – היינו הפרה של זכויות האדם – קמה על המדינה חובת חקירה (יחסית). דוגמה ליישום מבחן כזה היא כאשר ארגוני זכויות האדם מציגים מידע אמין בפני הפצ"ר, שלפיו חשוד בטרור נורה למוות אף שהיתה אפשרות סבירה לעצרו, או מקום בו אזרחים נפגעו כתוצאה משימוש בנשק באופן המנוגד לנוהלי הצבא. במקרים אלה יהיה על הפצ"ר לפתוח בחקירה.

31. מבחן "האירוע החמור הבלתי צפוי" הוא מבחן רחב יותר, המכסה גם טענות או חששות להפרות פליליות וגם כאלה המתייחסות להפרות זכויות אדם שאינן מצמיחות אחריות פלילית במשפט הבינלאומי (אלא אחריות פלילית לפי המשפט הישראלי או אחריות נזיקית). ההנחה שבבסיס מבחן זה היא שהפער בין הציפיות הסובייקטיביות של המפקדים על אודות התוצאות הצפויות של הפעולה לבין התוצאות שהתרחשו הלכה למעשה מעלה אפשרות – שצריכה להיבדק – כי בתכנון או בביצוע הפעולה הצבאית נפל פגם שעשוי להשליך על חוקיותה. בהקשר זה יש לציין שדיני המלחמה מטילים על המפקדים הצבאיים חובה לנסות ולצפות את תוצאותיהן של פעולות צבאיות ולהימנע מפעולות שתוצאותיהן צפויות להיות בלתי מידתיות,<sup>28</sup> וכן למנוע הפרות של דיני המלחמה מצד פקודיהם שאותן עליהם לצפות בנסיבות העניין.<sup>29</sup> קיומו של נזק בלתי צפוי עשוי להיות אינדיקציה (לא מוחלטת כמובן) להפרתן של חובות אלו. דוגמה ליישום מבחן זה היא מצב שבו תקיפת מטרה צבאית מהאוויר, שהיתה צפויה להסתיים בלא פגיעה באזרחים, גרמה לפגיעה באזרחים רבים; או מצב מסוג פרשת המשט שנחקרה על ידי ועדת הבדיקה, שבו פעולת השתלטות על אונייה בלב ים הסתיימה באופן בלתי צפוי במותם של אזרחים. במקרים כאלה ייתכן שהפער בין הצפי למציאות מעיד שתכנון הפעולה או הוצאתה אל הפועל נעשו בצורה לקויה, שאינה עונה על דרישות הדין, ומתחייבת חקירה.

32. לפי שני המבחנים הנזכרים החובה לחקור במצבי לחימה אינה מתעוררת רק מעצם הפגיעה בגוף או ברכוש, שכן זו עשויה להיות מוצדקת וצפויה, אלא נדרש דבר מה נוסף – אינדיקציה לאי-חוקיות או לתקלה בתכנון או בביצוע. יתר על כן, גם אם הפגיעה אינה מוצדקת או צפויה, יש להניח שבמצבי לחימה יהיה קושי לחקור, בכלי המשפט הפלילי, הפרות קלות של דיני הלחימה ודיני זכויות האדם. מכאן שרק אם קיימת טענה או ישנו חשד סביר לפגיעה חמורה, בלתי מוצדקת או בלתי צפויה, יהיה מקום לפתוח בחקירה פלילית (אם כי, כאמור, ייתכן שדיני זכויות האדם יטילו חובה לחקור – לא בכלים פליליים – גם הפרות קלות יותר).

33. ייאמר כבר עתה: הפתיחה בחקירה פלילית איננה בהכרח התגובה האוטומטית המתבקשת בכל מקרה של פעולה שתוצאתה עשויה להצביע על הפרה חמורה של דיני המלחמה או דיני זכויות האדם. החובה לחקור, כפי שיפורט להלן, יכולה להיות מיושמת במקרים מתאימים גם על ידי חקירה עובדתית

<sup>28</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977 (להלן: הפרוטוקול הראשון), סעיף 57(2).

<sup>29</sup> שם, סעיף 86.

מקדמית, שתבחן אם יש מקום לפתוח בחקירה פלילית. עם זאת, כפי שנטען להלן, התחקירים היחידתיים במתכונתם הנוכחית אינם מהווים אלטרנטיבה לחקירה פלילית.

### חובת החקירה שאינה חקירה פלילית

34. את חובת קיום התחקיר ראוי לבחון משני צדדים: החובה לפתוח בתחקיר מבצעי מול הפטור מכל חקירה שהיא מחד גיסא; וקו התפר שבין החובה לקיים תחקיר לבין החובה לקיים חקירה פלילית מאידך גיסא.

35. נייר העמדה של הפצ"ר מציין שני מקרים שבהם יתבצע "תחקיר מבצעי", דהיינו חקירה עובדתית מקדמית שאינה חקירה פלילית. ראשית, תלונה שאינה מופרכת על פניה;<sup>30</sup> ושנית, כל מקרה מוות של בלתי מעורבים.<sup>31</sup> נייר העמדה מפרט בהקשר זה את נוהלי התחקיר ואת החסיונות השונים וטעמיהם.

36. כהערה מקדימה נציין כי עולה מנייר העמדה של הפצ"ר שנוהלי החקירה, כפי שהם נקבעים על ידי הפרקליט הצבאי הראשי ומפורטים בנייר העמדה, אינם מעוגנים בהוראת חקיקה כלשהי. לפיכך גם אם הוראות אלו ראויות כשלעצמן, אנו רואים בעיה בכך שהן בנוי שינוי מכוח הוראות פנימיות של הפצ"ר (או הנחיות של היועץ המשפטי לממשלה). **הוראות אלו ראוי שיעוגנו בצורה מוסמכת בחוק השיפוט הצבאי או בתקנות מכוחו.**

37. ביחס לקו התפר שבין הפתיחה בתחקיר מבצעי לבין הפתיחה בחקירה פלילית, נייר העמדה של הפצ"ר מדגיש שבין שתי החקירות אין קשר הכרחי. כלומר, החקירה הפלילית יכולה להתנהל גם בלא קיומו של תחקיר מבצעי ואינה תלויה בו. לטעמנו עמדה זו היא עמדה ראויה: תחקיר מבצעי אינו יכול להיות מחסום או תנאי לחקירה פלילית.

38. עם זאת קיימת בעייתיות של ממש, שנייר העמדה של הפצ"ר אינו נותן לה מענה, בנוגע ליחס שבין התחקיר המבצעי כמסד לאיסוף נתונים ובין קיומה של חקירה פלילית מיד לאחריו. ההנחה כי תחקיר מבצעי ביחידה – שמטרתו העיקרית היא הפקת לקחים מבצעיים ולא דווקא בירור שאלת ההפרות של הדין הבינלאומי – יוביל לממצאים שיוכלו לסייע לחקירה הפלילית, היא בעייתית. הדעת נותנת שחיילים יטו בדרך כלל שלא לחשוף במסגרת תחקיר מבצעי עניינים שיכולים להביא להעמדה לדין של חבריהם ליחידה או להכתמת שם היחידה. למעשה, קיומו של תחקיר מבצעי רחב היקף, המתייחס לאירוע חמור המערב כמה חיילים מאותה יחידה, יכול להעלות חשש מהותי ל"תיאום עדויות" – גם אם בלתי מכוון – על ידי העדים המשתתפים במהלך התחקיר המבצעי. מובן שתיאום עדויות כזה יכול לשלול אחר כך מגוף חוקר פלילי, אם יבקש לעסוק בכך, את היכולת לחקור את המקרה באופן אפקטיבי ולאתר סתירות בעדויות השונות.

<sup>30</sup> נייר העמדה של הפצ"ר, עמ' 15.

<sup>31</sup> נייר העמדה של הפצ"ר, עמ' 13.

39. יתר על כן, תחקיר מבצעי יסודי דורש זמן יקר, ופרק הזמן שחלף בין מועד התרחשות האירוע לבין מועד פתיחת החקירה הפלילית יכול לגרום לכך שממצאים חשובים ייעלמו מהזירה (או שהזירה עצמה תהפוך בינתיים לבלתי נגישה), דבר שיפגע אף הוא בטיב החקירה הפלילית.

40. דוגמה לבעייתיות זו עולה מהאירועים שהם נושא עבודתה של ועדת הבדיקה עצמה. לפי נייר העמדה של הפצ"ר, נמנע הפצ"ר מלהורות על חקירה פלילית מיידית ביחס לאירוע המשט, הואיל והנושא נמסר לבדיקת "תחקיר מומחים" ולוועדת הבדיקה עצמה. אמנם נייר העמדה מציין שהדבר אינו חוסם את אפשרות קיומה של חקירה פלילית בשלב מאוחר יותר, אך נדמה לנו שבשלב זה ההחלטה לפתוח בחקירה תיתקל בקשיים בשני המישורים שצינו: עדויות החיילים שכבר פורסמו יעוררו חשש של תיאום עדויות בשלב החקירה הפלילית, והממצאים הפיזיים שבזירה אינם זמינים עוד. ואכן, גם הדו"ח החלקי של ועדת הבדיקה מציין שזירת ההתרחשויות לא נשמרה כראוי (אף שמטרת ישראל היתה מופקדת, לפי נייר העמדה של הפצ"ר, על שימור הזירה), ולכן לא היה אפשר לרדת באופן מלא לחקר האמת.<sup>32</sup>

41. **על מנת למנוע את הבעיות לעיל אנו מציעים לאמץ שני פתרונות המשלימים זה את זה:** מנגנון "הערכה מהירה", וחובת הפסקת החקירה במקרה של חשד לעבירה:

42. **מנגנון הערכה עובדתית מהירה** נהוג בחקירות בצבא האוסטרלי. אם קיים ספק בצורך לפתוח בחקירה פלילית, ממונה קצין שתפקידו לבצע תחקור מהיר (Quick Assessment) ולהגיש את מסקנותיו בתוך 24 שעות.<sup>33</sup> מנגנון זה מקטין את החשש מתיאום עדויות ומפחית את פרק הזמן עד לפתיחה בחקירה. הוא מסייע בכך לשימור גישתם של החוקרים הפליליים לזירת האירועים.

43. מנגנון משלים נוסף הוא קביעת כלל, שלפיו על הקצין החוקר **להפסיק את התחקיר המבצעי** ברגע שמתגלה ראשית ראיה לקיומה של עברה פלילית (דוגמת עדות כלשהי בהקשר זה). הוראה מעין זו – הקיימת למשל בהתאם לתקנות שהוצאו בנוגע ל-Service Inquires מתוקף חוק ה-Armed Forces הבריטי משנת 2006<sup>34</sup> – יכולה להפחית בצורה ניכרת את החששות שהובעו לעיל.

44. לסיכום נקודה זו, עמדתנו היא שהתחקיר המבצעי אינו כלי יעיל לניהול חקירות פליליות. נהפוך הוא, הוא כלי שהשימוש בו עלול להזיק לחקירות הללו עד כדי שיבושן הגמור. מובן שלתחקיר הצבאי יתרונות חשובים אחרים, בעיקר לשם הפקת לקחים מבצעיים. אין פסול בשימוש בתחקיר כזה אם לא התקיימו התנאים לפתיחה בחקירה פלילית (תלונה אמינה או חשד סביר על אודות אירוע חמור

<sup>32</sup> פסקה 237 לדו"ח החלקי.

<sup>33</sup> Australian Government Department of Defence, Defence Instructions, Admin 76-2 Quick Assessment ([http://www.defence.gov.au/fr/Policy/ga67\\_02.pdf](http://www.defence.gov.au/fr/Policy/ga67_02.pdf))

<sup>34</sup> Armed Forces (Service Inquiries) Regulations 2008, Regulations 8 and 9, [http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/88DD291C-8125-4ABE-896D-FC4A38AEF905/0/TheArmedForces\\_ServiceInquiries\\_Regulations2008si2008\\_1651.pdf](http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/88DD291C-8125-4ABE-896D-FC4A38AEF905/0/TheArmedForces_ServiceInquiries_Regulations2008si2008_1651.pdf)

בלתי מוצדק או בלתי צפוי; אך היה ואגב ביצוע התחקיר יעלה חשד להפרה חמורה של דיני הלחימה או דיני זכויות האדם, שומה על הפצ"ר לפתוח בחקירה פלילית ולא להמתין לביצוע תחקיר מבצעי.

45. כאשר הוחלט על פתיחת חקירה פלילית, על הפצ"ר (ככלל) להפסיק את התחקיר. לחלופין, ייתכן שיש מקום לקבוע נהלים שיאפשרו קיום תחקירים מבצעיים חשובים במקביל לחקירה הפלילית, באופן שלא יפגע בניהולה התקין של החקירה (למשל, תוך הקפדה על הפרדת העדים זה מזה ועריכת חלקים מהתחקיר לאחר שפעולות חקירה פלילית דחופות הושלמו).

46. השילוב הקיים היום בין שימוש נדיב מדי מצד הפצ"ר בכלי התחקיר המבצעי, ואימוץ רף גבוה לפתיחה בחקירה פלילית, מוביל לכך שהתחקיר המבצעי משמש, למרות חסרונותיו המובהקים, ככלי סינון ראשוני של מקרים פליליים – תפקיד המנוגד למטרתו המקורית של התחקיר והעומד במתח עם מאפייניו העיקריים. כתוצאה מכך, החובה לחקור הפרות משפט בינלאומי בזמן לחימה אינה מיושמת בצורה ראויה.

47. לסיכום, כאשר מונחים לפני הפצ"ר תלונה אמינה או חשד סביר שקרה אירוע חמור, בלתי מוצדק או בלתי צפוי, הוא חייב לדעתנו לפתוח בחקירה פלילית. במקרי גבול יכול הפצ"ר להסתייע בהליך הערכה עובדתית מהירה. בכל מקרה, כאשר אירוע מסוים עבר או צפוי לעבור למישור הפלילי, שומה על הפצ"ר להימנע מלהשתמש בתחקיר המבצעי ככלי חקירתי פלילי.

## ג. עצמאות וחוסר פניות החקירות

48. כאמור לעיל, חקירת טענות או חשדות לביצוע הפרות חמורות של דיני הלחימה או דיני זכויות האדם שהתרחשו במסגרת הסכסוך הישראלי-הפלסטיני נשלטת על ידי מערכת משולבת של דינים בינלאומיים – דיני לחימה ודיני זכויות האדם.

49. בעוד שדיני הלחימה אינם מתארים בצורה מפורטת מהם האלמנטים ההכרחיים לקיומה של חקירה פלילית נאותה, קיימת הסכמה רחבה יחסית בין המומחים לדיני זכויות האדם על אודות המרכיבים הנדרשים מחקירות פליליות של פעולות צבאיות. מרכיבים אלו תוארו בשורת פסקי דין של בית הדין האירופי לזכויות האדם, ומקובלים למעשה כיסודות החקירה על פי דיני זכויות האדם. לא למותר לציין כי פסקי הדין של בית הדין האירופי ניתנו ברובם בהקשרם של סכסוכים אלימים ברוסיה ובטורקיה,<sup>35</sup> שבהחלט אפשר לטעון כי הם דומים דמיון מה לנעשה בישראל. כללים דומים נקבעו על ידי בית הדין האמריקני לזכויות האדם, שקבע במפורש כי כללים מסוימים הנוגעים לחקירת פשעים לפי דיני זכויות האדם חלים גם על סכסוכים אלימים,<sup>36</sup> ועל ידי ועדת טומושט שבחנה בין היתר את מערך החקירות של צה"ל.<sup>37</sup>

50. שני העקרונות הבסיסיים הנדרשים מחקירות על פי דיני זכויות האדם, והרלוונטיים לענייננו, הם עצמאות החקירות וחוסר הפניות של הגוף החוקר (impartiality). עקרונות אלו מקובלים כעקרונות בסיסיים בדיני זכויות האדם. הם גם מהווים בסיס לקיומה של חקירה מוכרת העומדת בעיקרון המשלימות, לפי סעיף 17(2) לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי. כלל נוסף שעליו נעמוד בקצרה הוא הדרישה לשקיפות. נוסף על כך, ניתן להצביע על עוד כללים (שבהם לא נעסוק במסגרת מסמך זה) כגון יעילות, מהירות ואמינות. כפי שציינה ועדת טומושט, העקרונות הללו יחולו על סכסוכים מזוינים באופן שונה מן האופן שבו יחולו בזמן רגיעה.<sup>38</sup>

51. **עצמאות:** עיקרון בסיסי החולש על החקירות הצבאיות הוא עיקרון עצמאות הגוף החוקר את החשדות. עצמאות זו צריכה להתבטא בכך שהחוקר לא יהיה כפוף במישור הפיקודי לגוף הנחקר. יתר על כן, אסור שהחוקר יהיה כפוף לגוף אחר שיש לו **עניין בתוצאות החקירה** לכאן או לכאן. עיקרון העצמאות הוא גם נדבך מרכזי בנייר העמדה של הפצ"ר, ולפיכך אין אנו סבורים שיש מקום להאריך בביסוס עיקרון זה.

52. **חוסר פניות:** אף שעיקרון חוסר הפניות קשור קשר הדוק לעיקרון עצמאות החקירה, מדובר בתנאי נפרד מבחינה אנליטית, הנחוץ לקיומה של חקירה נאותה. בניגוד למרכיב העצמאות, העוסק בעיקר בשאלת הכפיפות של הגוף החוקר לגוף בעל עניין אחר, מרכיב חוסר הפניות כולל ניתוק של הגוף

<sup>35</sup> לדוגמה: *Isayeva v. Russia*, הערה 10 לעיל.

<sup>36</sup> *Las Palmeras v. Colombia*, הערה 10 לעיל.

<sup>37</sup> ראו הערה 16 לעיל.

<sup>38</sup> ראו הערה 16 לעיל.

החוקר מכל אינטרס היכול להשפיע על תוצאות החקירה. העיקרון הוא שמי שמקבל החלטה ביחס לחקירה אמור לפעול ללא דעה מוקדמת או הטיה כלשהי.

53. עיקרון עצמאות החקירה מקובל גם בצבאותיהן של מדינות אחרות. כמפורט בנייר העמדה של הפצ"ר, הליך החקירה הפלילית הוצא ברבות ממדינות העולם מידי המערכת הצבאית והוא מהווה חלק ממערכת החקירה הפלילית האזרחית הרגילה של אותן מדינות. נייר העמדה של הפצ"ר השמיט מדינות אלו מפרק סקירת הדין המשווה של הנייר על בסיס הטענה, שלאור ההבדלים המשמעותיים בין מערכות המשפט של המדינות הפועלות לפי מודל החקירה האזרחית לבין מערכת המשפט הצבאית של ישראל, לא ניתן ללמוד דבר מניסיוןן של אותן מדינות.

54. גם אם נקבל טענה זו, חשוב למקם את הדיון המשווה המופיע בנייר העמדה של הפצ"ר בהקשר זה: מדינות המשפט המקובל, שאינן נוהגות לפי מודל החקירה האזרחית, פועלות בתנאים המאתגרים את עקרון העצמאות של מערך החקירות הצבאי (הצבא חוקר את עצמו). אשר על כן, מדינות אלו נוטות לאמץ "מנגנוני פיצוי" שנועדו להקטין את החיסרון הטמון בקיום מערכת חקירה פנים-צבאית. מנגנונים שכאלה, המערבים בדרך כלל אזרחים בהליכי החקירה הצבאיים, מאפשרים למדינות המשפט המקובל לטעון כי מערכת ההעמדה לדין הצבאית שלהן היא עצמאית, אף שאינה מנוהלת על ידי המערכת האזרחית. נסקור בקצרה כמה "מנגנוני פיצוי" כאלה:

55. **אוסטרליה**: מערכת החקירות האוסטרלית עוברת בימים אלו תהפוכות שונות, בעקבות רפורמה שנקבעה בשנת 2007, ולאחר פסק דין של בית המשפט העליון באוסטרליה שפסל חלק מרכיבי הרפורמה.<sup>39</sup> הנקודה הרלוונטית לענייננו היא זאת: חקירות הצבא האוסטרלי מנוהלות על ידי יחידה הכפופה ל-Military Provost Marshall (Australian Defence Force Investigative Service) הכפופה ל-Military Provost Marshall איננו כפוף פיקודית רק לרמטכ"ל הצבא. יש להדגיש שאותו Military Provost Marshall איננו כפוף לייעוץ המשפטי של הצבא. גם מערכת התביעות היא מערכת עצמאית. בראשה עומד ה-Director of Military Prosecution, שהוא תפקיד המנותק משרשרת הפיקוד הרגילה. ה-Director of Military Prosecution ממונה באופן חיצוני לצבא על ידי שר הביטחון.<sup>40</sup>

56. **בריטניה**: גם בבריטניה מנותקת מערכת התביעה הצבאית ממערכת הייעוץ הצבאית. מערכת התביעה הצבאית, ה-Service Prosecution Authority, מנותקת ממערכת הפיקוד הרגילה ובראשה עומד אזרח.<sup>41</sup> לאחרונה, בנובמבר 2010, החלה לפעול בבריטניה יחידת חקירות מיוחדת לבחינת האשמות של התעללות באזרחים מקומיים על ידי כוחות הצבא הבריטי בעיראק בתקופה שבין מרץ 2003 ויולי 2009 (IHAT – Iraq Historic Allegations Team). בראש הצוות עומד איש משטרה בכיר בדימוס.

<sup>39</sup> Lane v. Morrison (2009) 239 CLR 230

<sup>40</sup> נייר העמדה של הפצ"ר, עמ' 62. ראו גם NEW ADF APPOINTMENTS TO ENHANCE MILITARY

JUSTICE SYSTEM", 5 Jul 2006, available at

<http://www.minister.defence.gov.au/Billsontpl.cfm?CurrentId=5784>

<http://spa.independent.gov.uk> <sup>41</sup>



הצוות מורכב משילוב של חוקרי משטרה צבאית (מה-SIB) וחוקרי משטרה אזרחית לשעבר. ההחלטה על הקמת הצוות התקבלה כבר במרץ 2010 (על ידי הממשלה הקודמת), ועבודת הצוות אמורה להימשך לפחות שנתיים. צוות החקירה מחויב לקיים את החקירות בהתאם ל- Armed Forces Act 2006 (קרי בדומה לחקירות הצבאיות).

57. לאחרונה דן בית המשפט הבריטי (QB) בטענות שהועלו נגד עצמאות ה-IHAT<sup>42</sup> על רקע השתתפות חיילים בצוות החקירה, לאור כפיפות הצוות ל- Armed Forces Act, ובשל כך שחלק גדול מהטענות להתעללות עוסקות באנשי המשטרה הצבאית. בית המשפט קבע כי ה-IHAT הוא צוות עצמאי וכי חיילים המשתתפים בעבודתו אינם כפופים לשרשרת הפיקוד; הם גם לא מהווים חלק מהיחידה הנחקרת. בכל מקרה, די בכך שחלק מצוות ה-IHAT הם אזרחים שאינם כפופים כלל למערכת הצבאית.

58. **קנדה:** גוף החקירה הפלילי המטפל בחשדות לעברות חמורות במערכת הצבאית הוא – CFNIS Canadian Forces National Investigation Service. גוף זה פועל באופן עצמאי משרשרת הפיקוד, כפוף ישירות ל- Provost Marshal ומיועד לטפל בעברות חמורות ורגישות.<sup>43</sup> בפועל, רוב העברות על דיני הלחימה מהוות עברות חמורות הנופלות תחת סמכות ה-CFNIS (במקרים הבודדים האחרים המקרה מטופל על ידי המשטרה הצבאית הרגילה).<sup>44</sup>

59. במאמרו שנזכר לעיל מציין שמיט כי עצמאות גופי החקירה והחקירות הפנימיות היא תופעה השייכת למשפט הפנימי ואין לה קשר למשפט הבינלאומי.<sup>45</sup> איננו מסכימים עם קביעה זו.

60. ראשית, כפי שכבר כתבנו לעיל, העובדה שכלל מסוים אינו מופיע במפורש באמנה בינלאומית אינה מובילה למסקנה שהוא אינו חלק מהמשפט הבינלאומי המחייב. המשפט הבינלאומי מבוסס על מערכת כללים רחבה, הנשענת על הפרקטיקה של המדינות, על עקרונות כלליים ועל פרשנות ראויה לכללים מנהגיים והסכמיים בספרות ופסיקה. שנית, עמדתו של שמיט נכונה אולי למצב שבו מופעלים כללי החקירה הנובעים מהמשפט ההומניטרי בלבד. אולם כפי שצינו לעיל, הכללים שבהם אנו עוסקים מבוססים על מודל משולב הכולל עקרונות של דיני זכויות האדם לצד דיני הלחימה.

61. בניגוד לעמדה המובעת על ידי שמיט, חוקרים אחרים כגון Watkin סבורים שיש לערב אזרחים בחקירות, כביטוי לצורך לשלב בין דיני זכויות האדם לבין כללי המשפט ההומניטרי.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> *R-v-Ali Zaki Mousa*, High Court (QB) judgment of 21 Dec. 2010, [2010] EWHC 3304 (Admin)

<sup>43</sup> <http://www.vcds-vcemd.forces.gc.ca/cfpm-gpfc/cfp-ggp/nis-sne/index-eng.asp>

<sup>44</sup> Schmitt, הערה 3 לעיל, עמ' 60. ראו גם <http://www.cefcom.forces.gc.ca/pa-ap/nr-sp/doc-eng.asp?id=2960>

<sup>45</sup> Schmitt, הערה 3 לעיל, עמ' 79–82.

<sup>46</sup> Watkin, הערה 11 לעיל, עמ' 34.

62. יתר על כן, בחינה של יישום עקרונות העצמאות וחוסר הפניות במדינות המתוארות לעיל מראה כיוון התקדמות ברור אל עבר ניתוק הדרגתי בין גופי החקירה וגופי הייעוץ. אין להתעלם אפוא מכך שהתפיסה בעניין זה דינמית. המשפט הבינלאומי אינו קופא על שמריו, אלא מהווה תחום משפטי הולך ומתפתח. התעלמות מכיוון ההתפתחות שעליו מעידה הפרקטיקה של המדינות, כמו גם פסיקתם של גופים שיפוטיים או מעין שיפוטיים בינלאומיים, יכולה לכל היותר להעיד על המשפט הבינלאומי כפי שהיה **עובר להתפתחות הפרקטיקה**. אם תפקיד הוועדה הוא להורות על מערכת חקירות שתעמוד לאורך זמן בבחינת התאמתה למשפט הבינלאומי, היישום של הפרקטיקה והפסיקה המתפתחת היא מרכיב יסוד בתחום זה.

63. יש לציין עוד בהקשר זה, ששאלת העצמאות וחוסר הפניות אינה מחויבת רק מכוחו של המשפט הבינלאומי ההסכמי או המנהגי. הצורך בעצמאות החקירה היא עיקרון משפטי כללי, הנתמך גם בשיקולי צדק ויעילות: עצמאותו וחוסר פניותו של החוקר מבטיחות לא רק את הגינותה של החקירה עצמה אלא גם את אמון הציבור בחקירה, שהוא מרכיב חשוב בכל חקירה.<sup>47</sup>

64. האם מערכת החקירות המתוארת בנייר העמדה של הפצ"ר עומדת באמות המידה של עצמאות וחוסר פניות כפי שתוארו לעיל? בהקשר זה ניתן להצביע על שלושה תחומים שבהם עולות שאלות ביחס למערכת זו: 1. תפקידו של הפצ"ר כגוף המחליט על עצם הפתיחה בחקירה, המפקח על קיומה והמקבל החלטה באשר להעמדה לדין בעקבותיה; 2. תפקידו של הפצ"ר כאחראי הן על הגוף המייעץ לצבא והן על גופי אכיפת הדין, וניגוד העניינים הפוטנציאלי הכרוך בכך; 3. יכולתו של הפצ"ר להורות על חקירות ביחס לפעולות הדרג המדיני. שלוש בעיות אלו מעלות סוגיות הדורשות התייחסות נפרדת, כפי שיפורט להלן. עם זאת הן נובעות כולן ממקור אחד: מערכת המשפט הצבאית הישראלית מרכזת כוח רב מדי בידיו של גורם אחד, שרמת הפיקוח האזרחי עליו היא מועטה.

<sup>47</sup> ראו למשל בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה ואח', פ"ד לד(2) 566; בג"צ 1356/96 בן דוד נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נ(1) 663.

#### ד. הגוף המחליט על ביצוע החקירות הפליליות

65. כאמור בנייר העמדה של הפצ"ר, הגורם המחליט בצה"ל על קיומה של חקירה פלילית הוא הפצ"ר. לגבי פתיחה בחקירה פלילית הוא פועל על פי קני המידה שתוארו לעיל. לגבי פתיחה בתחקיר מבצעי קיימות הוראות אחרות, שאף הן תוארו לעיל באופן חלקי. השאלות מהו הגוף המכריע על פתיחה בחקירה הפלילית, ועל פי אילו אמות מידה מתקבלת ההחלטה לחקור, הן שאלות יסודיות: ההחלטה הראשונית אם לפתוח בחקירה פלילית דחופה, או להסתפק בשלב ראשון בתחקיר מבצעי כזה או אחר, או לא לחקור כלל, עשויה להיות גורם מכריע בקביעת התגובה המשפטית הסופית לאירוע שבו מדובר. הנתונים שהובאו בנייר העמדה של הפצ"ר מצביעים על כך, שרק מעט מהחקירות המופנות לתחקירים משמשות בסופו של דבר בסיס לפתיחת חקירה פלילית.<sup>48</sup>

66. יש לציין בהקשר זה שחלק ניכר מהחלטות הפצ"ר, לאחר מבצע "עופרת יצוקה", שלא להעמיד לדין התבססו על היעדר ראיות.<sup>49</sup> להערכתנו, מצב עניינים זה נובע בחלקו מקשיים ראיתיים שלא היה אפשר להתגבר עליהם, ובחלקו האחר מהקשיים הראיתיים הנובעים משימוש יתר בכלי חקירתי שאינו מתאים – התחקיר המבצעי. נראה שיש כאן ממד של "קביעות מוסדית" (path dependence), כלומר מרגע שנבחר להתייחס לאירוע חריג בכלים לא פליליים, המערכת המשפטית לא תיטה לחזור בה. מובן שאין מדובר בחזקה חלוטה, ויש סיכוי שההחלטה תשתנה. אך נראה לנו שסיכוי זה הוא נמוך למדי, הן בשל הנטייה שלא להתבונן על אירועים חריגים דרך משקפיים פליליות, הבאה לידי ביטוי בעצם ההחלטה לפנות לדרך התחקיר המבצעי (על אף היותו כלי בעייתי לניהול חקירה פלילית), והן בשל הבעיות הכרוכות בחקירה מאוחרת הנפתחת לאחר שכבר קיים תחקיר מבצעי. מכל הטעמים האלו, אין להתייחס לבחירה של תחקיר כאל הליך "סתמי" שאינו משפיע על ההחלטה הסופית. נהפוך הוא, הבחירה בהליך התחקיר המבצעי מובילה ברוב המקרים להכרעה שלא להעמיד לדין.

67. השאלה המשפטית העומדת לפנינו היא אם הפצ"ר הוא גורם המקיים את דרישות העצמאות וחוסר הפניות בכל הנוגע לחקירות צבאיות. ההוראות המצויות באמנות השונות אינן יכולות לסייע לנו בצורה ישירה, שכן יישום אמות מידה אלו – בעיקר הדרישה לעצמאות – הוא פונקציה של "שיווי המשקל" המוסדי בין הגורמים המתכננים, המבצעים והחוקרים את פעולות הצבא. יתר על כן, אין הכרח שההכרעה בשאלה המשפטית תהיה אחידה ביחס לכל מקרה ומקרה. לדעתנו, ברוב הגדול של המקרים סמכותו של הפצ"ר להורות על פתיחה בחקירה אינה מעלה קושי של ממש (אם כי, כאמור לעיל, אנו בדעה כי אמות המידה המופעלות על ידו הן נוקשות מדי). אך כפי שנטען מיד, במקרים מסוימים עצם קיומה של הסמכות להורות על חקירה בידי הפצ"ר יוצרת קושי משפטי.

<sup>48</sup> ראו למשל Gaza Operation Investigations: An Update, מתאריך 29 בינואר 2010. מתוך כ-90

אירועים שהועברו לתחקירים מבצעים, רק 7 מקרים הועברו לחקירות מצ"ח.

<sup>49</sup> ראו למשל The Operation in Gaza: Factual and Legal Aspects

<http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/E89E699D-A435-491B-B2D0->

Gaza Operation Investigations: וגם [017675DAFEF7/0/GazaOperationwLinks.pdf](http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/017675DAFEF7/0/GazaOperationwLinks.pdf)

Second Update. ראו <http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/1483B296-7439-4217-933C->

[653CD19CE859/0/GazaUpdateJuly2010.pdf](http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/653CD19CE859/0/GazaUpdateJuly2010.pdf)

68. לדעתנו, הגורם הקריטי המבדיל בין המקרים שבהם הפעלת סמכות הפצ"ר להורות על חקירה יוצרת קושי עקרוני לבין המקרים שבהם אין קושי כזה, הוא מהותה של העברה שבנידון. ניתן לחלק את החשדות הקיימים על אודות הפרות של דיני הלחימה או דיני זכויות אדם לשני סוגים. הסוג האחד מערב חשד בדבר הפרתה של פקודה צה"לית או הוראה מפורשת; כאשר היא מתרחשת, הפרה כזו מבוצעת בדרך כלל על ידי חיילים מדרג נמוך (אם כי גם מפקדים בכירים יכולים להפר פקודות והוראות או לא למנוע מפקודיהם לעשות כן). בהקשר זה לא מתעוררת לטעמנו כל בעיה מבנית בכך שאת ההחלטה על הפתיחה בחקירה יקבל הפצ"ר.

69. לעומת זאת סוג אחר של חשדות מצביע על בעיה לכאורה בפקודה עצמה או בנוהלי הצבא. ככל שנהלים אלו התקבלו על דעתו של הפצ"ר או באישורם של דרגים בכירים ממנו – במיוחד הרמטכ"ל או הדרג המדיני – הפקדת שיקול הדעת הבלעדי בשאלה אם לפתוח בחקירה בידי הפצ"ר עשויה שלא לעמוד בדרישות העצמאות והיעדר הפניות.

## ה. עצמאות מערכת החקירות

70. נייר העמדה של הפצ"ר מציע בהקשר זה את ההבחנה הבאה: עצמאות יכולה להתפרש כעצמאות פונקציונלית וכעצמאות מוסדית, ודי בכך שהפצ"ר הוא בעל עצמאות פונקציונלית, שכן הוא אינו כפוף לגוף הנחקר.<sup>50</sup>

71. לעומת עמדה זו, הנטייה שניתן למצוא בדין המשווה היא אל עבר עיצוב מערכת החקירה והתביעה של אירועים צבאיים בהתאם לעיקרון העצמאות המוסדית. כאמור, ברבות ממדינות העולם אומצה הגישה שעל הגוף החוקר להיות בעל עצמאות מוסדית מהמערכת המשפטית הצבאית הרגילה. עצמאות מוסדית זו (הכוללת לעתים את הכפפת מערכת החקירה לאזרח שאינו כפוף כלל למערכת הצבאית) משרתת מטרה כפולה – היא מחזקת את עצמאות הגוף החוקר, ומונעת ניגוד עניינים בפעולתו של גוף זה.

72. מוסכם עלינו כי כברת דרך מסוימת לפתרונה של הבעיה נעשתה במהלך השינוי הארגוני בפרקליטות הצבאית, שהפריד בין מערכת הייעוץ לבין מערכת אכיפת הדין, כמצוין בנייר העמדה של הפצ"ר. הפרדה פונקציונלית זו תרמה תרומה ניכרת להסרת החששות מניגוד עניינים בפעולתה של הפרקליטות הצבאית. עם זאת הפרדת מערכות הייעוץ והתביעה לא התבצעה בצורה מוחלטת – בראש המערכת המאוחדת עדיין עומד הפצ"ר. ודוק, תפקידו של הפצ"ר אינו טקסי או מנהלי. הוא מנהל בפועל את הפרקליטות ומעורב אישית בשורה ארוכה של הכרעות, הן לגבי הייעוץ והן לגבי הפתיחה בחקירה. ניגוד העניינים בין תפקיד הייעוץ לבין תפקיד התביעה מבוטא אפוא באופן מובהק בתפקידו של נושא תפקיד בכיר במערכת המשפטית הצבאית, המצוי בניגוד עניינים פוטנציאלי בחקירות הנוגעות להחלטות שהוא עצמו קיבל.

73. יש להגיש שאיננו מטילים ספק בכשירותם או בתום לבם של נושאי תפקיד בכיר זה בעבר ובהווה, ויצוין שנושא התפקיד הנוכחי זוכה להערכה מקיר אל קיר. אלא שכידוע, שאלת ניגוד העניינים אינה עוסקת בגופו של אדם אלא בשיקולים מוסדיים, וכן במראית עין של עצמאות והיעדר פניות. אף שאין לנו ספק כי ברוב המקרים מתקבלות החלטות הפצ"ר בתום לב, בסופו של דבר מערכת "שני הכובעים" שלו היא בעייתית, וככל שהחלטה נשוא התלונה או החשד התקבלה ברמה גבוהה יותר, כך מתגברת בעיית ניגוד העניינים הטמונה בתפקידו של הפצ"ר.

74. הפתרון הנכון והיעיל ביותר לבעיה זו – פתרון המקובל במדינות רבות בעולם – הוא הפרדת מערכת אכיפת הדין מהמערכת המייעצת לצבא. הפרדה כזו אינה חייבת להתנהל החל ברמה הנמוכה ביותר. ככל שמדובר בהפרת משמעת, או בהפרה אחרת של פקודות הצבא המשקפות את דיני הלחימה או את דיני זכויות האדם, אין למיטב הערכתנו בעיה מבנית המחייבת את שינוי המצב הקיים. לעומת זאת כאשר מדובר בחקירה העוסקת בחוקיות הפקודות או הנהלים עצמם, או אז יש מקום להפריד את סמכות הייעוץ מהחקירה ולחזק את רכיב הפיקוח החיצוני על ההחלטה לפתוח בחקירה.

<sup>50</sup> נייר העמדה של הפצ"ר, עמ' 66.

75. בנייר העמדה של הפצ"ר קיימת התייחסות נרחבת לשאלת פיצול הסמכויות. התשובה המרכזית הניתנת שם לבעיית "שני הכובעים" היא שחשש דומה לניגוד עניינים קיים בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, ולגבי זה האחרון קבעו כבר שורה ארוכה של ועדות (ובג"ץ) שאין ב"שני הכובעים" משום בעיה אמיתית.<sup>51</sup> היות שעניין זה עומד בלב הוויכוח בינינו לבין הפצ"ר, נדמה לנו כי ראוי להרחיב מעט בשאלה זו.

76. ראשית, השאלה העומדת לבחינה היא אם מערכת החקירות הצבאיות הנהוגה בישראל עומדת בדרישות הדין הבינלאומי ביחס לאופן שבו יש לנהל חקירות צבאיות. העובדה שמוסדות חקירה אחרים הקיימים בישראל מתנהלים בצורה דומה לאופן שבו מתנהלת כיום מערכת הפרקליטות הצבאית, אינה מצביעה כשלעצמה על התאמת המערכת הצבאית הישראלית לדרישות הבינלאומיות. ודוק, אפשר לטעון שהרגישויות המיוחדות הכרוכות בהעמדה לדין של חיילים, מפקדים ואנשי הדרג המדיני בגין הפרת המשפט הבינלאומי, מחייבות פתרון מוסדי מיוחד השונה מזה הנהוג ביחס לחקירות רגילות (וכאמור, לשיטתנו יש להבחין בין שני סוגי חקירות צבאיות ולשנות את הנהלים הקיימים רק ביחס לסוג החקירות המצביע על פקודות או הנחיות לא ראויות).

77. שנית, ההשוואה בין תפקיד הפצ"ר לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה אינה במקומה מכמה סיבות:

א. היועץ המשפטי לממשלה עומד בראש מערכת גדולה בהרבה מהפרקליטות הצבאית. במקרה של ניגוד עניינים אישי ניתן להפריד ביתר קלות בין תפקיד הייעוץ לבין תפקיד אכיפת הדין. לעומת זאת הפצ"ר עצמו עוסק בייעוץ המשפטי הנוגע לפעולות צבאיות מסוימות,<sup>52</sup> והוא שמקבל את ההחלטות בנוגע להעמדה לדין. ההפרדה בין שני כובעיו היא במקרים מסוימים בלתי אפשרית כמעט.

ב. הטענה נגד "הכובע הכפול" של היועץ המשפטי לממשלה עולה בדרך כלל במישור המנהלי ולא במישור הפלילי. היועץ המשפטי לממשלה אינו מעניק בדרך כלל ייעוץ שבעקבותיו עולה חשד למעשים פליליים, שאותם הוא נדרש לתבוע לאחר מכן. תפקיד הפצ"ר מעמיד אותו בסיטואציה מסובכת הרבה יותר, שכן עצם הייעוץ שניתן על ידו או על ידי מחלקה ממחלקות הפרקליטות עשוי להביא בשכיחות גבוהה לתוצאה שתצטרך להיבחן גם בכלים פליליים. ניגוד העניינים הוא כאן ברמה גבוהה הרבה יותר.

<sup>51</sup> נייר העמדה של הפצ"ר, עמ' 68—69.

<sup>52</sup> Amichai Cohen, "Legal Operational Advice and the Changing Nature of IHL", forthcoming 2011 *Connecticut Journal of International Law*

## ו. בעיית חקירות הדרג המדיני

78. בעיה מיוחדת נוספת הקיימת בהקשר הישראלי היא בעיית החקירה של הדרג המדיני. אופי המשטר והקרבה היתרה בין הדרג המדיני לדרג הצבאי בישראל, מביאה לכך שבניגוד למדינות אחרות בעולם, רבות מההחלטות הצבאיות המבצעיות מתקבלות בישראל על ידי הדרג המדיני או לכל הפחות תוך מעורבותו ובאישורו.<sup>53</sup> התוצאה היא שבמקרים רבים התקבלה ההחלטה, נשוא התלונה האמינה או החשד הסביר, בדרג צבאי גבוה מדרג הפצ"ר או על ידי הדרג המדיני. מה צריך להיות מנגנון החקירה באותם מקרים?

79. הגם שנייר העמדה של הפצ"ר אינו מתייחס לבעיה זו, הבעיה אינה תאורטית כלל וכלל. המגמה המודרנית בדין הבינלאומי הפלילי היא הטלת אחריות משפטית, ככל שהדבר ניתן, על הדרג בעל סמכות ההחלטה הגבוהה ביותר – לפי דוקטרינת האחריות הפיקודית.<sup>54</sup> הניסיון להטיל אחריות פלילית על דרגי הפיקוד הגבוהים, ועל האחראים המדיניים להם, מביא לכך שרבות מהחקירות שמנהלים בתי המשפט הבינלאומיים, או בתי המשפט הזרים המפעילים סמכות שיפוט אוניברסלית, מכוונות דווקא כלפי הדרג המדיני של המדינות שהיו מעורבות בפעולות צבאיות שנויות במחלוקת.

80. בלי קשר לשאלת מעורבותו של הפצ"ר בקבלת ההחלטות נשוא החקירה, לא סביר שהפצ"ר יופקד על חקירת פוליטיקאים. דבר זה נוגד עקרונות בסיסיים של כפיפות הדרג צבאי לדרג המדיני, ושל המערכת החוקתית שבה הצבא נטול סמכות כלפי הדרג המדיני. יש אפוא מידה של צדק בהחלטת הפצ"ר להתעלם מסוגיה זו בנייר העמדה שלו.

81. מהי התוצאה של מצב זה? אם קיים חשש למעשים פליליים מצד ראשי השלטון בישראל, הרי קיימת לכאורה האפשרות שגורמי החקירה האזרחיים יחקרו טענות וחשדות אלה; אלא שהפעלת סמכות זו, לפי המצב המשפטי הקיים, בעייתית מכמה סיבות:

א. ראשית, בניגוד למצב הקיים בחלק גדול ממדינת העולם, אין בישראל חקיקה פלילית אזרחית המתאימה להעמדתם לדין של מבצעי פשעים בינלאומיים. בעוד שבמסגרת הצבאית כולל חוק השיפוט הצבאי עברות סל היכולות להתאים להעמדה לדין בגין הפרת דיני הלחימה, מדינת ישראל חסרה חוק פלילי המיישם את הוראות אמנת ז'נבה, כמו גם את רוב ההתחייבויות האחרות של מדינת ישראל בתחום המשפט ההומניטרי והפלילי. מובן שמצב זה בעייתי מאוד מבחינות רבות, ולא למותר לציין כי כשלעצמו הוא עשוי להוות הפרה של הדין הבינלאומי.

<sup>53</sup> Yehuda Ben-Meir, *Civil-Military Relation in Israel*, Columbia University Press (1995), p.

18–19; וגם מרדכי קרמניצר, ואריאל בנדור, **חוק-יסוד: הצבא**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט

השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, ירושלים, 2000, עמ' 29.

<sup>54</sup> Yuval Shany and Keren Michaeli, "The Case Against Ariel Sharon: Revisiting the Doctrine of Command Responsibility", 34 *New York University Journal of International Law and Politics* 797 (2002)

ב. שנית, לרשויות האזרחיות במתכונתן הנוכחית אין המומחיות המשפטית הנחוצה לניהול חקירות שעניינן הפרות דיני המלחמה. לשם כך נדרשים הסדרי שיתוף פעולה נרחבים בין הדרגים הצבאיים המצויים בקרבה לזירת האירועים והנם בעלי מומחיות וידע בניהול חקירות פליליות בגין הפרת דיני הלחימה, לבין הדרגים האזרחיים. הסדרים שכאלה עשויים לעורר את הבעיות החוקתיות שנזכרו לעיל.

ג. שלישית, הניסיון מראה שבדברי ימיה של ישראל מעולם לא נוהלה חקירה פלילית נגד איש דרג מדיני בגין הפרת דיני המלחמה (להבדיל מוועדות חקירה, כגון ועדת כהן בנושא הטבח בסברה ושתילה, שבחנו היבטים מסוימים של התנהלות הדרג המדיני שיכלו להתגלגל לחקירה פלילית).

ד. לפיכך נראה כי אין במצב המשפטי הקיים בישראל, ובפרקטיקה הנוהגת בה, פתרון ראוי לבדיקת חשדות להפרות דיני הלחימה מצד הדרג המדיני בישראל. מובן מאליו שמצב זה גורם גם לחוסר בהגנה על מקבלי החלטות מפני ניסיונות בינלאומיים להפעלת שיפוט בינלאומי או אוניברסלי כלפיהם, כמפורט להלן.

82. מובן שאין מקום לפתוח בחקירה פלילית נגד ראשי המדינה אם קיים מנגנון עצמאי שבחן והכשיר את המדיניות, שלגביה היו טענות או חשדות לאי-חוקיות. אשר על כן, מקום בו בג"ץ או ועדת בדיקה הכשירו מדיניות כגון סיכולים ממוקדים או סגר ימי, אין צורך לפתוח בחקירה פלילית נגד ראשי המדינה בשל החלטה לנקוט באותה המדיניות (אם כי עדיין תיתכן בחינת חריגה של הצבא מהמדיניות שנקבעה). הבעיה היא שלא קיים הליך שגרתי המאפשר לבחון את חוקיותן של קביעות מדיניות אלה. בג"ץ נמנע לעתים תכופות מבחינת חוקיותן של החלטות מדיניות או פעולות ספציפיות מכוחן,<sup>55</sup> והחלטה אם להקים ועדת בדיקה או חקירה מצויה בידי הממשלה – הגוף שהוא בהקשר זה הגוף הנחקר. **בכל אותם מצבים לא קיים הליך בחינה עצמאי ואפקטיבי היכול לבחון את השאלה אם הופרה נורמה של המשפט הבינלאומי אם לאו.**

83. לסיכום חלק זה נציין שפתרון מלא לבעיית העצמאות וחוסר הפניות של הפצ"ר צריך לפתור את מכלול הבעיות שהוצגו לעיל: הפצ"ר כגורם המכריע לגבי חקירה; הפצ"ר כגוף בעל "שני כובעים"; ובעיית החקירות של הדרג המדיני.

84. **שקיפות**: כלל נוסף של חקירה בינלאומית, שאליו נתייחס בקצרה, הוא עקרון השקיפות. שקיפות נדרשת כדי להבהיר למתבונן מן החוץ שהחקירה התקיימה על פי כללים מוכרים ומקובלים, ומטרתה לא היתה "טיוח" המקרה. תכליתה של השקיפות היא בראש ובראשונה להגביר את אמון הציבור בהליך החקירה ולהבטיח פיקוח נאות על ההליך.

85. מובן שכאשר חקירה עוסקת בנושאים צבאיים רגישים אין אפשרות לשקיפות מלאה.<sup>56</sup> ייתכן אפוא שבמקרים מסוימים לא תוכל החקירה הצבאית להתקיים בצורה גלויה ונגישה, ופרטי החקירה, לרבות ניתוח המקרה, יצטרכו להישאר סודיים.

<sup>55</sup> ראו למשל בג"ץ 4969/04 **עדאלה נ' אלוף פיקוד דרום** (טרם פורסם, 13 ביולי 2005); בג"ץ 9594/03

**האגודה לזכויות האזרח נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (תיק תלוי ועומד).

<sup>56</sup> Watkin, הערה 11 לעיל, עמ' 20.



86. הפתרון שאומץ בכמה מדינות – שיתוף אזרחים בהליך או פיקוח אזרחי מסוים – מיועד לפתור גם בעיה זו. אכן, טיבן של חקירות צבאיות הוא שחלקן יישארו סודיות. אלא שחסימת כל חקירה אזרחית או חיצונית לצבא היא פתרון לא מידתי לבעיית ההגנה על חשאיות המידע. בישראל יש די והותר אזרחים בעלי רקע ביטחוני ואמינות ציבורית, שיוכלו להיחשף לחומר החקירה במלואו ולסייע בפיקוח על ההליך.

87. גם כאן ראוי שייקבע הסדר משפטי ברור, שיכלול הוראות קבועות בדבר גישה של אזרחים מסוימים, שימונו לשם כך, לחומרי החקירה, באופן שיאפשר להם להביע עמדה ולבקר את אופן התנהלות החקירה וממצאיה.

## ז. אלטרנטיבה אפשרית מוצעת: פיקוח אזרחי חיצוני

88. נייר העמדה של הפצ"ר מכיר באומץ בחלק מהבעיות שהועלו לעיל. הפתרון לבעיות אלה, שעליו מצביע הפצ"ר, הוא קיומה של מערכת חיצונית אזרחית מפקחת בדמות היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון.<sup>57</sup>

89. נוסף על השאלה מי מוסמך להורות על פתיחה בחקירה, אנו מסכימים שחשובה גם השאלה מיהו הגוף האזרחי המפקח על החקירה. שאלה זו חשובה בכמה רמות: ראשית, מבחינת העצמאות של הגוף הצבאי החוקר, חשוב שכפיפותו לפיקוח חיצוני, ככל שהיא קיימת, תהיה לגופים המצויים מחוץ למערכת הפיקוד הצבאית (וזאת בין היתר על מנת לחזק את מעמדו מול הנחקרים הצבאיים); שנית, יש חשיבות לקיום שקיפות מסוימת במערכת החקירה. כאמור, דווקא המגבלות על השקיפות מחייבות שגוף עצמאי חיצוני יפקח על החקירה כמנגנון פיצוי על חוסר השקיפות של מערכת החקירות הצבאית; שלישית, הפיקוח האזרחי על הגוף החוקר חשוב גם לביצור כפיפותו של הגוף הצבאי החוקר למערכת האזרחית, שהיא עיקרון יסודי במשטר דמוקרטי; רביעית, קיומו של גוף פיקוח על מערכת החקירות מפחיתה את היכולת של אחרים, אזרחים או חיילים, לנסות ולהשפיע על החקירה, ולפגוע בעצמאותה.

90. משיקולים אלו, כמה מדינות בעולם יצרו מערך של פיקוח אזרחי על מערכת החקירה הצבאית. נדגיש שוב: בחלק ניכר ממדינות העולם מצויות החקירות ממילא בידי המערכת האזרחית. לפיכך רק במדינות המשפט המקובל, שבהן מערכת החקירות היא בידי הגוף הצבאי, דורשת המערכת מעורבות "מפצה" של גוף אזרחי ברמת הפיקוח והביקורת (בקנדה, למשל, הוקמה ה- Military Police Complaints Commissions – ועדה חיצונית בראשות אזרח, המפקחת על ההתנהלות והחקירות של המשטרה הצבאית).<sup>58</sup> גם כאן, הפרקטיקה הנהוגה במדינות העולם האחרות מהווה לא רק שיקוף של עקרונות דמוקרטיים מקובלים, אלא גם פרשנות של החובות המשפטיות הבינלאומיות המוטלות עליהן.

91. נייר העמדה של הפצ"ר מנסה לשכנע שקיימת בישראל מערכת דו-שלבית של פיקוח אזרחי על החקירה, המחזקת את עצמאות המערכת הצבאית: פיקוח מטעם היועץ המשפטי לממשלה, ופיקוח על ידי בג"ץ. איננו סבורים ששתי מערכות פיקוח אלה נותנות מענה מספיק לבעיית העצמאות שעליה הצבענו.

92. כהערה מקדימה נציין שהצורך בפיצול מערכת המשפט הצבאית למערכת אכיפת הדין ולמערכת מייעצת, שאלת שילוב אזרחים בהכרעה אם לפתוח בחקירה, ושאלת הפיקוח האזרחי – הן שלוש שאלות נפרדות (הגם שיש ביניהן קשר מסוים). הפיקוח האזרחי על החקירה מהווה מערכת נפרדת ונוספת של פיקוח, שהיא חלק ממערכת שלטון החוק הכללית. היא תמשיך לעמוד על כנה אם מערכת אכיפת הדין ומערכת הייעוץ משולבות זו בזו ואם הן נפרדות, אם ישולבו אזרחים במערכת החקירה

<sup>57</sup> נייר העמדה של הפצ"ר, עמ' 7.

<sup>58</sup> <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/index-eng.aspx>

ואם לא ישולבו. גם ההיפך נכון: אם קיים פיקוח אזרחי על החקירה, לא נובע מכך שאין צורך להפריד בין מערכת החקירה לבין מערכת הייעוץ, או שאין צורך לשלב אזרחים בהכרעה אם לפתוח בחקירה. שאלות אלו משיקות, אך הפתרונות להן אינם תלויים זה בזה.

93. **פיקוח היועץ המשפטי לממשלה**: אדן מרכזי בטיעון הנטען בנייר הפצ"ר הנו הטענה שהיועץ המשפטי לממשלה מפקח על פעולת הפצ"ר בכל הנוגע להעמדה לדין. מצד אחר נקבע בנייר העמדה כי:

בפועל, יש לציין, מתקיים כיום תיאום הדוק בין הפרקליטות הצבאית לבין פרקליטות המדינה, ובין הפצ"ר לבין היועץ המשפטי לממשלה – הן בגיבוש מדיניות, הן בסוגיות עקרוניות והן בהחלטות פרטניות שיש בהן חשיבות – באופן המונע כמעט לחלוטין את הצורך בהתערבות היועץ המשפטי לממשלה בהחלטות הפצ"ר לאחר מכן.<sup>59</sup>

אנו סבורים שיש לראות את מעורבותו של היועץ המשפטי בתהליכים בתוך הצבא באור חיובי. דבר זה מגביר את עצמאותו של הפצ"ר מול גורמים צבאיים, ואף תורם לשליטת הדרג האזרחי על הדרג הצבאי. עם זאת העובדה שהיועץ המשפטי מעורב בהחלטות הפצ"ר באורח קבע הופכת את הפיקוח שלו על הפצ"ר, לאחר קבלת ההחלטה, לבעייתי. אם החלטה לאמץ אמצעי צבאי שנוי במחלוקת התקבלה בתיאום עם היועץ המשפטי לממשלה, מה הטעם לקבוע כי היועץ המשפטי לממשלה יוכל לבקר את ההחלטות בדיעבד? הרי אלו החלטות שהוא עצמו היה מעורב בהן.

94. כעניין מעשי, אין למיטב ידיעתנו דוגמאות עדכניות למקרים שבהם הורה היועץ המשפטי לממשלה, בניגוד לעמדת הפצ"ר, על פתיחה בחקירה צבאית בגין הפרה של דיני הלחימה. בכך יש לחזק את ההשערה, שהפיקוח שמקיים היועץ המשפטי לממשלה על החלטת הפצ"ר – בשאלה אם לפתוח בחקירה או לא – אינו הדוק.

95. **פיקוח בג"ץ**: התזה שלפיה סמכותו של בג"ץ לדון בעתירות נגד הפצ"ר מהווה אמצעי פיקוח ממשי על החקירה הצבאית, נדחתה למעשה על ידי בית המשפט עצמו. בית המשפט העליון קבע בשורה של פסקי דין, שפיקוח מצדו, בשבתו כבג"ץ, על חקירות פרטניות אינו הצורה המתאימה לפיקוח על חקירות צבאיות מורכבות.

96. ראשית, בית המשפט העליון קבע בפסק הדין בעניין הסיכולים הממוקדים, כי:

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.<sup>60</sup>

וכן:

<sup>59</sup> נייר העמדה של הפצ"ר, עמ' 8

<sup>60</sup> ראו הערה 22 לעיל, פסקה 40 לפסק דינו של הנשיא אהרון ברק.

משקבענו בפסק דינו זה הוראותיו של המשפט הבינלאומי המנהגי בסוגיה שלפנינו, לא נוכל, מטבע הדברים, לבחון את הגשמתה מראש. הביקורת השיפוטית תהא בסוגיה זו מטבעה בדיעבד. **שנית**, עיקר הבדיקה צריכה להיעשות על ידי ועדת בדיקה אשר על פי המשפט הבינלאומי צריכה לקיים בדיקה אובייקטיבית המופעלת בדיעבד. הביקורת של בית משפט זה יכולה, מעצם טבעה, להיות מכוונת רק כנגד החלטותיה של ועדה זו, וזאת על פי אמות המידה המקובלות לעניין זה.<sup>61</sup>

97. למעשה, רק לאחרונה קבע בית המשפט בעניין **תאבת** שטענות קונקרטיות על אודות הפרת דיני הלחימה אינן צריכות להתברר בפניו אלא בפני ועדת בדיקה עצמאית:

ברי כי בית משפט זה אינו הפורום המתאים ובעל האמצעים הנדרשים לשם בחינת נסיבות האירוע בו נהרג המנוח. יחד עם זאת, העותרת עוררה בעתירתה כמה שאלות שלא זכו למענה בתגובת המשיב, ושעיקרן בנסיבות בהן נהרג המנוח והאם אלה תואמות את אמות המידה שנקבעו בפסק הדין בעניין הסיכול הממוקד. שאלות אלה, אם וככל שהן ניתנות לבירור, ראוי היה כי יתבררו בפני הפורום המקצועי שאמור היה להיקבע לשם כך, אף כי בנסיבות העניין שלפנינו בטרם ניתן פסק דינו בעניין הסיכול הממוקד לא נקבע פורום כזה.<sup>62</sup>

98. לטעמנו, יש להבין את הכרעת בג"ץ בפרשת הסיכולים כהצבת דרישה כללית שחוקיותם של אירועים חריגים מסוימים, שלגביהם יש טענה או חשד שמדיניות שנויה במחלוקת או צעדים שנקטו במסגרתה מפריס את דיני הלחימה, תיבחן על ידי גוף בדיקה חיצוני. אף שהנשיא ברק לא פירט בהחלטתו בעניין הסיכולים כיצד תתקיים דרישת העצמאות של החקירה, שאלת הרכבה של ועדת הבדיקה כוועדה "עצמאית ואובייקטיבית" עלה בעניין **הס**.<sup>63</sup> באותה פרשה נקטה המדינה עצמה בעמדה, שוועדת חקירה עצמאית ואובייקטיבית היא ועדה המורכבת מאנשים שאינם כפופים עוד למערכת הצבאית (בית המשפט העליון קבע כי אין מקום להתערב בהרכב האישי של הוועדה כל עוד לא הובאו בפניו ראיות שהוועדה אינה עצמאית).

99. מכל מקום, גם אנו סבורים שבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ אינו מוסד אופטימלי לבירור שאלות הנוגעות להחלטה לפתוח בחקירה במקרים פרטניים או בשאלות מדיניות כללית. ככל שמדובר בשאלות קונקרטיות, הליך הבג"ץ אינו ההליך המתאים לבירור עובדתי של שאלות מורכבות שאינן מצויות בתחום מומחיותו הרגיל של בג"ץ. ככל שמדובר בשאלות הנוגעות לקביעת מדיניות כללית, התערבות יתר של בג"ץ בנושאים אלו עשויה לפגוע בהפרדת הרשויות (בגרסתה המקובלת בישראל). נדמה לנו שבשאלות הנוגעות לחקירות צבאיות יש לטפל ב"אזמל מנתחים" – גוף מומחים עצמאי וקבוע הפועל ליד המערכת ומפקח על פעולתה באופן רציף ודיסקרטי – ולא ב"פטיש הכבד" של ההתדיינות הפומבית בבג"ץ.

<sup>61</sup> ראו הערה 22 לעיל, פסקה 59 לפסק דינו של הנשיא אהרן ברק.

<sup>62</sup> בג"ץ 474/02 **סיהם תאבת נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 30 בינואר 2011), פסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

<sup>63</sup> בג"ץ 8794/03 **יואב הס נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 26 בדצמבר 2006).

100. בהקשר זה יש לציין, שהפיקוח מצד בג"ץ על החלטות הפצ"ר תלוי במשתנים חיצוניים העשויים לפגום באפשרות היתכנותו של פיקוח זה. ראשית, עתירה לבית המשפט תלויה בקיומו של עותר המסוגל להציג בפני בית המשפט ראיות ומידע שאסף בעצמו. ככלל, אין העותר לבג"ץ יכול להגיע כאשר יש לו רק תלונה או מידע כללי על הפרת דין ללא מידע קונקרטי. שנית, חלק ממאגר העותרים הפוטנציאליים, בעלי הנגישות הישירה למידע העובדתי הרלוונטי, הם אזרחים זרים שאינם שוהים בישראל או בשטחים המצויים בשליטתה, ועל כן אינם יכולים לגשת להכח למעשה לבית המשפט העליון. מכל הטעמים הללו, בית המשפט העליון אינו מתאים לשמש כבסיס לפיקוח האזרחי הרציף על הצבא.

101. לפיכך אנו סבורים שמערכת חיצונית, הבנויה בעיקרה על עתירות לבית המשפט העליון, אינה ממלאת באופן יעיל את תפקיד מערכת הפיקוח האזרחית הרצויה. על מנת לפתור את בעיית העצמאות וחוסר הפניות יש צורך לפנות למנגנון אחר.

102. נשוב ונדגיש, הבעיה בישראל קשה יותר מאשר במדינות אחרות בגלל שורה של גורמים: אופי הסכסוך הצבאי המתמשך, החוסר בחוק פלילי מתאים, מעורבות היתר של הדרג המדיני בהחלטות מבצעיות, וחוסר העצמאות המובנה של תפקיד הפצ"ר. ישראל גם חשופה יותר ממדינות אחרות לסכנות השיפוט הבינלאומי הפלילי. אלא שגורמים אלו מכוונים כולם לכיוון אחד: **דווקא במדינת ישראל הפיקוח החיצוני האזרחי על חקירות הצבא חשוב יותר מאשר בכל מדינה אחרת.**

### ח. הסמכות האוניברסלית ועקרון המשלימות

103. שאלת יסוד העולה בהקשר של ועדות החקירה היא שאלת ההתערבות המשפטית החיצונית במערכת החקירות של הצבא. בשנים האחרונות מתפתחת במשפט הבינלאומי מערכת פיקוח על המשפט המקומי, שאת כלליה צריכה המדינה להפנים. גופי המשפט הבינלאומי, מדינות וארגונים בינלאומיים מפעילים מגוון של אמצעים, שמטרתם לגרום למדינות לכבד וליישם את כללי המשפט הבינלאומי. במיוחד מופעלים כללים אלו ביחס להפרות חמורות של דיני המלחמה ושל דיני זכויות האדם (או בשם ה"פלילי" – פשעים נגד האנושות או עינויים).<sup>64</sup>

104. טעם חשוב להפעלתם של מנגנוני החקירה והשיפוט הבינלאומיים הוא אי-הפעלת השיפוט והחקירה הפליליים על ידי המדינות. מכאן נגזר כלל חשוב בהפעלת השיפוט הפלילי הבינלאומי – עיקרון המשלימות. עיקרון זה קובע שלא יופעל שיפוט בינלאומי בעברות שבהן מופעל השיפוט הפלילי על ידי המדינה עצמה. עיקרון זה מעוגן במפורש בחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי. כמו כן במדינות רבות, ולדעת חוקרים רבים, מהווה עיקרון זה מחסום מפני הפעלת סמכות השיפוט האוניברסלית.<sup>65</sup>

105. מהו תוכנו של עיקרון המשלימות? מתי יופעל עיקרון זה?

אין הסכמה כללית על תוכנו של עיקרון המשלימות במסגרת הפעלת הסמכות האוניברסלית על ידי מדינות, והעיקרון הופעל הלכה למעשה בצורה שונה על ידי בתי משפט שונים במדינות שונות. כיוון שכל מדינה מפעילה עיקרון זה בצורה שונה מעט, יש הגיון רב לפנות, כעיקרון מנחה, לכללים המנויים בחוקת רומא בדבר הקמתו של בית הדין הבינלאומי הפלילי (חוקת רומא)<sup>66</sup> (כמו גם לכללים המקבילים שהתפתחו בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם ביחס לחובת החקירה המוטלת על המדינות).<sup>67</sup> סיבה נוספת שבגינה ראוי לפנות לבית הדין הזה היא האפשרות שביום מן הימים

<sup>64</sup> עמיחי כהן, "המשפט הפלילי הבינלאומי", בתוך רובי סייבל, **משפט בינלאומי**, הוצאת המכון למחקרי

חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, 2010, עמ' 347–399; אורנה בן-נפתלי ויובל שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום**, רמות – הוצאת אוניברסיטת תל אביב, תל אביב, 2006.

<sup>65</sup> אורנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי, "סמכות השיפוט האוניברסלית והשיח הבינמדינתי", **המשפט ט** (תשס"ד) 141, 159.

<sup>66</sup> Florian Jessberger, Wolfgang Kaleck and Andreas Schueller, "Concurring Criminal Jurisdiction Under International Law", in M. Bergsmo (ed.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Oslo, 2010, 233, at 241–242

<sup>67</sup> Harmen van der Wilta and Sandra Lyngdorf, "Procedural Obligations Under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of 'Unwillingness' and 'Inability' in the Context of the Complementarity Principle", 9(1) *International Criminal Law Review* 39 (2009), p. 39

יבקש בית הדין להפעיל את סמכות החקירה שלו כלפי חשדות לפשעי מלחמה במעשיה של ישראל. לא כאן המקום לנתח את האפשרות שבית הדין יקבל סמכות כזו, אם מכוח הצטרפות של מדינת ישראל לבית הדין, ואם מכוח סמכות אחרת.<sup>68</sup>

106. סעיף 17 לחוקת רומא קובע כי :

1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where :
  - a. The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;
  - b. The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute ;
  - c. The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3 ;
  - d. The case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court.
  
2. In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable :
  - a. The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5 ;
  - b. There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice ;
  - c. The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in

---

Daniel Benoliel and Ronen Perry, "Israel, Palestine and the ICC", 32 *Michigan Journal of International Law* 73 (2010) <sup>68</sup>

the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

107. רלוונטי לדיון הוא סעיף 17(2)(c) לחוקה. על פי סעיף זה, כל חקירה צריכה להיות עצמאית וחסרת פניות. כלומר הדיון הקודם שלנו בנושא העצמאות רלוונטי לדיון זה. היות שאמנות בינלאומיות אינן קובעות כללים מובהקים בעניין, סביר להניח שהתוכן שיינתן לנושאים אלו יישאב מהתוכן שמדינות וגופים בינלאומיים – שיפוטיים ומעין שיפוטיים – יוצקים לתוך ממד זה.

108. יודגש, כלל העצמאות כפי שהוא מופיע בחוקת רומא אינו מוגבל לחקירות של הפרות זכויות האדם, אלא מהווה חלק מהדרישה לחקור גם הפרות חמורות של המשפט ההומניטרי. בשל כך נראה שהדיון לעיל על הסטנדרט הראוי העומד בתנאי זכויות האדם נתמך גם על ידי המשפט הבינלאומי הפלילי.

109. לאור האמור לעיל במסמך זה, עולה שמערכת החקירות הקיימת היום במדינת ישראל אינה מספקת לחיילי צה"ל ולמדינאיה את "חליפת המגן" המתאימה להגנה בפני העמדה לדין בחוץ לארץ מכוח עיקרון המשלימות.

110. למעשה, בשני מקרים מן העת האחרונה שבהם נבחנה מערכת החקירה הצהלי"ת על ידי גופים בינלאומיים, היא זכתה לביקורת:

א. ועדת הבדיקה של מועצת זכויות האדם בראשות השופט גולדסטון קבעה, לדעתנו שלא בצדק, כי מערכת החקירה הצהלי"ת פסולה מכול וכול. כפי שצינו לעיל, מסקנות אלו מרחיקות לכת, אך יש בהן כדי להעיד על דימויה הבעייתי של המערכת המשפטית הצבאית ועל האמון המוגבל שנותנים בה חלק מהמשפטנים הבינלאומיים.

ב. דו"ח ועדת טומושט מצוטט בנייר העמדה של הפצ"ר כתומך בטענה, שלפיה חקירות הנוגעות לפעולות צבאיות צריכות להתנהל לפי כללים שונים מאלו החלים על הפרות זכויות אדם "רגילות". עם זאת הוועדה גם מתחה ביקורת על מבנה החקירות בצבא.

נביא את הדברים כלשונם. בפרק ההמלצות של הוועדה נכתב:

91. The actual operation of Israel's military investigations system raises concern in the present context. Specifically, the Committee concludes that the dual role of the Military Advocate General (MAG) to provide legal advice to IDF with respect to the planning and execution of "Operation Cast Lead" and to conduct all prosecutions of alleged misconduct by IDF soldiers during the operations in Gaza raises a conflict of interest, given the Fact-Finding Mission's allegation that those who designed, planned, ordered and oversaw the operation were complicit in IHL and IHRL violations. This bears on whether the MAG can be



truly impartial – and, equally important, be seen to be truly impartial – in investigating these serious allegations.

.....

95. Similarly, there is no indication that Israel has opened investigations into the actions of those who designed, planned, ordered and oversaw “Operation Cast Lead”. The FFM report contained serious allegations that officials at the highest levels were complicit in violations of IHL and IHRL. Israel has not met its duty to investigate this charge. The Committee observes that the military justice system would not be the appropriate mechanism to undertake such an investigation, given the military’s inherent conflict of interest

111. הנושאים המועלים על ידי הוועדה טופלו על ידנו לעיל ובהרחבה. עם זאת ראינו טעם להביא את דברי הוועדה כלשונם, כדי להדגיש שהבעייתיות במערכת החקירות משליכה על הצורה שבה היא נתפסת כלפי חוץ, וממילא על יכולתה של ישראל להדוף הליכים בינלאומיים נגד אזרחיה וחייליה על פי עקרון המשלימות.

112. המקרה היחיד הידוע לנו, שבו קיבל בית משפט במדינה אחרת במפורש את העמדה שמערכת החקירות של ישראל עומדת בתנאי עיקרון המשלימות, הוא המקרה שבו בית המשפט העליון בספרד דחה על הסף דרישה להעמיד לדין בכירים ישראלים בגין הפצצת ביתו של סאלח שחאדה ב-2002. אלא שפסק דין זה אינו יכול להוות תמיכה בנייר העמדה של הפצ"ר, היות שהוא מבוסס במפורש על כך שבישראל הוקמה ועדת בדיקה חיצונית ואובייקטיבית (ועדת ענבר) לחקירת המקרה.<sup>69</sup>

113. מכל האמור לעיל עולה שמערכת החקירות כפי שהיא קיימת היום אינה זוכה, בלשון המעטה, לקבלה בינלאומית רחבה. מובן מאליו שמטרתה של החקירה היא בראש ובראשונה פנימית – לידע אם אכן בוצעה עברה או הפרה. אך הגנה על חיילי צה"ל ומפקדיו, וכן על ראשי המדינה, מפני שיפוט במקומות זרים, גם היא מטרה ראויה בין שאר מטרות החקירה הצבאית. מערכת החקירה הקיימת אינה משיגה מטרה זו.

---

<sup>69</sup> להחלטה של בית המשפט הספרדי ראו

[http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/04/13/auto\\_gaza.pdf](http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/04/13/auto_gaza.pdf)

לניתוח ההחלטה ראו

[http://www.idi.org.il/sites/english/ResearchAndPrograms/NationalSecurityandDemocracy/Terrorism and Democracy/Newsletters/Pages/17th%20newsletter/4/4.aspx](http://www.idi.org.il/sites/english/ResearchAndPrograms/NationalSecurityandDemocracy/Terrorism%20and%20Democracy/Newsletters/Pages/17th%20newsletter/4/4.aspx)

### ט. הפתרון המוצע: ועדת בדיקה חיצונית אובייקטיבית וקבועה

114. תפיסת היסוד של נייר העמדה של הפצ"ר ניצבת על שני אדנים: האחד, שהאפשרויות העומדות בפני צה"ל הן קיומה של חקירה פלילית או קיומה של חקירה מבצעית פנימית בצבא. השני, שחובה על מדינת ישראל לשמור על המינימום הנדרש לפי המשפט הבינלאומי. לטעמנו, שני אדנים אלה אינם יכולים להוות בסיס איתן לעמדתה של המדינה בסוגיית החקירות.

115. לעניין האדן הראשון: כפי שנטען לעיל, ההנחה שחקירה פלילית היא האפשרות היחידה להתמודד עם הפרות של דיני הלחימה אינה נכונה. לפי גישת בית המשפט העליון, המשתלבת היטב בגישת חלק מהמדינות והמומחים הבינלאומיים, קיים אמצעי ביניים – ועדת בדיקה עצמאית. ועדה כזו, שתוסמך לבחון טענות וחשדות המופנים כלפי פעולות המבוססות על החלטות והנחיות שהתקבלו בדרגי מדיניות בכירים בצבא ובמערכת הפוליטית, יכולה לגבש תשתית לפתיחת חקירה פלילית, גם אם אין היא בהכרח מובילה אליה. פתרון זה מגלם לשיטתנו את שביל הזהב בין הצורך ביצירת מנגנון עצמאי לבחינת הצורך בפתיחה בחקירה פלילית בכל מקרה של פעולה צבאית שנסתיימה בתוצאה קשה או חריגה, לבין הרתיעה מפני שימוש יתר בהליכים פליליים בקשר לאירועים מבצעיים. נדמה לנו שוועדה כזו עשויה לסייע אף בחיזוק ההגנה המשפטית על ראשי השלטון והצבא מפני העמדה לדין בחוץ לארץ.

116. לעניין האדן השני: במאמרו כותב שמיט כי "As should be clear, a practice that is not technically required by IHL may nonetheless represent a wise policy decision"<sup>70</sup> כן מדגיש שמיט את העובדה שלכל מדינה קיימת גם דרגת מחויבות הנובעת ממשפטה הפנימי, מההיסטוריה הספציפית שלה, וממבנה מערכת המשפט הייחודי לה.

117. ההיסטוריה של מדינת ישראל מעידה שבמקרים קיצוניים וחמורים של פגיעה באזרחים, אף אם מבחינת הדין לא היה מקום לפתוח בחקירה פלילית, הוקמו ועדות בדיקה עצמאיות. ועדות אלו היו חיצוניות למערכת (אף שהיה בהן לעתים ייצוג ליוצאי המערכת הצבאית). שורה של ועדות חקירה הוקמו במדינת ישראל לבחינת אירועים שבהם היו מעורבים דרגים מדיניים ומבצעיים שונים, ונידונה בהן הפרת הדין והאחריות הציבורית: ועדת לנדוי לבחינת שיטות החקירה של השב"כ; ועדת כהן לחקירת האירועים במחנות הפליטים בלבנון; ועדת ענבר שנזכרה לעיל; ועדת וינוגרד לחקר מלחמת לבנון השנייה; וועדת הבדיקה הנוכחית.

118. יתר על כן, מעמדה הבינלאומי של מדינת ישראל, הביקורת הנמתחת עליה חדשות לבקרים ומחויבותה לשמירה על המשפט הבינלאומי, מחייבים אותה לבחון את דרישות המשפט הבינלאומי לא רק לאור המינימום הקיים, המבוסס על אמונות ועל פרקטיקה של מדינות, אלא גם על בסיס הערכת ההתפתחויות העתידיות בתחום זה של המשפט הבינלאומי.

<sup>70</sup> Schmitt, הערה 3 לעיל, עמ' 78.

119. אשר על כן אנו בדעה שיש צורך בהקמתה של ועדת בדיקה חיצונית, אובייקטיבית ובלתי תלויה. ועדת בדיקה זו תוכל לפצות על כמה מהפגמים במערכת השיפוט הצבאית שנידונו לעיל.

120. למיטב הערכתנו, אין טעם והיגיון בהקמה מחדש של ועדת בדיקה חיצונית לאחר כל אירוע חמור. הניסיון מלמד שכל הקמה של מערכת בדיקה חיצונית כזו נבעה מלחץ חיצוני ולא מיוזמה של גופי הביטחון עצמם (ועדת כהן הוקמה בעקבות לחץ ציבורי נרחב; ועדת לנדוי הוקמה בעקבות אירועים שבהם התברר כי השב"כ הפר את החוק ואף שיקר לבתי המשפט ולגופי החקירה השונים; ועדת ענבר הוקמה עקב המלצה של בית המשפט העליון). לחצים חיצוניים אלה מופעלים בצורה לא שיטתית, וההתמודדות עמם מייצרת במערכת הביטחון תחושה קשה של איום ומשבר.

121. יתר על כן, הקמתה של ועדה חדשה לצורך כל בדיקה ובדיקה לוקה בחוסר יעילות. יש עלות ניכרת בהקמתה של ועדה, ויש גם צורך לגבש מחדש נוהלי עבודה, צוות עובדים וכולי.

122. ההמלצה המובאת כאן היא, אם כן, הקמתה של ועדה חיצונית קבועה לבדיקת הפרות דיני המלחמה. לוועדה זו יימסרו התפקידים הבאים:

א. הוועדה תשמש כוועדת בדיקה ראשונית לכל מקרה שבו הפצ"ר, ראשי הצבא או הדרג המדיני מעורבים בקבלת החלטה או מדיניות שלגביהן עולה טענה או חשד כי הן מהווה הפרה חמורה של דיני הלחימה או דיני זכויות האדם. בעניינים אלו, בכל מקרה שבו עולה חשש סביר כי המדיניות עצמה מגלה עילה פלילית, תעביר הוועדה את מסקנותיה לידי היועץ המשפטי לממשלה להמשך ההליך. הוועדה תהיה רשאית לבקר מדיניות, גם אם לא מצאה שהיא מצמיחה אחריות פלילית, ולהמליץ בפני הדרג הצבאי והמדיני על דרכים לשינויה או לפיצוי הנפגעים ממנה.

ב. הוועדה תמנה מתוכה (או שתיעזר במומחים חיצוניים) צוותים שיבדקו פעולות של סיכול ממוקד לפי החלטת בג"ץ הסיכולים, ופעולות צבאיות רגישות אחרות שבהן נהרגו אזרחים שלא היו מעורבים בלחימה. לשם כך תוכל הוועדה להיעזר בצוות צבאי ובחוקרים אזרחיים לפי העניין.

ג. אפשר לשקול להסמיך את הוועדה גם לשמש כוועדת ערר על החלטות הפצ"ר להעמיד או שלא להעמיד לדין חיילים ואזרחים, במקומות שבהם הסמכות לקבל החלטות בדבר העמדה לדין תיוותר בידי הפצ"ר (הפרות של "הדרג הנמוך"). סמכות כזו תענה במידה רבה על הביקורת בנוגע לניגוד העניינים המוסדי שבו מצוי הפצ"ר.

ד. אפשר לשקול להסמיך את הוועדה להורות גם באופן יזום ועצמאי על חקירה פלילית במקרים מסוימים שלגביהם הורה הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה. סמכות זו יכול שתהיה בידי הוועדה אף בלא שמוגשת אליה תלונה מסוימת, אלא מכוח קרות מקרים חמורים וחריגים שבהם תסבור הוועדה שיש לפתוח בחקירה. מתן סמכות כזו לוועדה יבטיח אכיפה יעילה יותר של דיני הלחימה ודיני זכויות האדם.

ה. לחברי הוועדה תהיה גישה לחקירות פליליות ולתחקירים סודיים בכל הרמות.

123. **הרכב הוועדה:** מומלץ שמסגרת הבדיקה החיצונית הקבועה תוקם בחוק ראשי. בראש הוועדה יעמוד שופט או שופט בדימוס. הוועדה תמונה על ידי הממשלה, שתיוועץ לשם כך ביועץ המשפטי לממשלה.

חברי הוועדה יכללו (לכל הפחות) יוצא מערכת הביטחון שיומלץ על ידי שר הביטחון, איש אקדמיה שמומחיותו בדין הבינלאומי או הפלילי ונציג משרד המשפטים.

## י. סיכום

124. מסמך תגובה זה לנייר העמדה של הפצ"ר מקבל את רוב הטענות העקרוניות שהובעו בנייר העמדה. אין לנו ספק כי מערכת החקירות בצה"ל הנה באופן כללי מערכת הגונה ואמינה.

125. עם זאת ישנם כמה מאפיינים קונקרטיים של המערכת המחייבים התייחסות וחשיבה לאור האתגרים העומדים בפני מדינת ישראל בשנים האחרונות. יש מקום להנחה שאתגרים אלה יתעצמו בשנים הקרובות.

126. הערכת המגמות במשפט הבינלאומי, בעיקר בענפיו המסדירים את דיני הלחימה ואת דיני זכויות האדם, נעשתה בהסתמך על כמה רבדים: הנורמות הכתובות המחייבות של המשפט הבינלאומי, פסקי דין וקביעות אחרות של ארגונים בינלאומיים, הפרקטיקה של המדינות, עקרונות משפט כלליים וניתוח מגמות עקרוניות במשפט הבינלאומי. מרכיבים אלה יחדיו יוצרים את מערכת המשפט הבינלאומי החלה ביחס לסכסוכים "מעורבים". נשוב ונבהיר, התמקדות במרכיב אחד בלבד מבין המרכיבים המנויים לעיל משמעה כי מוצגת תמונה חלקית בלבד של המשפט הבינלאומי, וכי כתוצאה מכך ההשלכות האפשריות של מנגנוני חקירה מסוימים אינן מתוארות בצורה נכונה.

127. במסגרת זו הערנו לגבי שלושה נושאים עקרוניים:

- א. הרף הנוכחי לפתיחת חקירה פלילית צבאית אינו מתאים. הרף צריך להיות מבוסס לא רק על טענה אמינה או חשד מבוסס לפשע מלחמה, אלא גם על מבחן ההתרחשות החמורה שאינה מוצדקת או שלא נצפתה.
- ב. השימוש בתחקירים מבצעיים אינו צריך להיות חלק מהליך החקירה הפלילי.
- ג. לדעתנו, בהינתן המצב הקיים של "כפל הכובעים" של הפצ"ר, יש צורך להוציא מידי הפצ"ר את ההחלטה על אודות פתיחה בחקירה פלילית הנוגעת לחוקיות פקודות ונוהלי הצבא שהפצ"ר או הדרגים שמעליו, לרבות הדרג המדיני, אימצו או אישרו. נוסף על כך יש לפעול לחיזוק הפיקוח האזרחי החיצוני על מערכת החקירות. לשם כך יש להקים ועדה חיצונית, אובייקטיבית וקבועה, שתוכל לברר באופן מקדמי חלק מהתלונות ולפקח על הליך החקירה הצבאי.

128. בסיכומי של דבר הצענו דרך פעולה אפשרית של הקמת מוסד חקירה עצמאי וקבוע, שלדעתנו ישרת היטב את מטרותיה של החקירה וישפר את עמדתה של מדינת ישראל אל מול דרישות בינלאומיות לעצמאות החקירה.