

19 במרץ, 2009

ש/18854

לכבוד

מר מני מזוז

היועץ המשפטי לממשלה

דחוף!

בפקס: 02-6467001

שלום רב,

הנדון: מנגנון לחקירת מקרי פגיעה באזרחים בעזה – חשד להפרות חמורות של דיני הלחימה

סימוכין: מכתבנו אליך מיום 20.1.2009

תשובת עו"ד רוז נזרי מיום 24.2.2009

1. אנו מאשרים קבלת תשובתכם לפנייתנו בעניין הצורך בהקמתו של מנגנון חקירה, שיקיים חקירות עצמאיות ואפקטיביות של אירועים שהתרחשו ברצועת עזה.
2. בתשובתכם נמסר, כי אין בכוונת מדינת ישראל להקים מנגנון חקירה עצמאי לבחינת האירועים, וכי הבדיקה תתמצה בביצועם של תחקירים מבצעיים, אשר יועברו לפרקליט הצבאי הראשי, ובהמשך ויחד עם עמדת הפצ"ר יועברו אף לעיוןך. עוד השבתם, כי על אף מעורבותם של הפרקליט הצבאי הראשי ושל אנשי הפרקליטות הצבאית בהנחיית גורמי הצבא במהלך הלחימה, יהיו הם האחראים על בדיקת טענות ותלונות על הפרת חוק במהלכה של לחימה זו.
3. אנו מוצאים לנכון לשוב ולפנות אליך בנדון, על מנת שתשוב ותשקול עמדתך זו. פניה זו, נעשית אליך בשם האגודה לזכויות האזרח בישראל, במקום, בצלם, גישה, המוקד להגנת הפרט, הוועד הציבורי נגד עינויים, יש דין, רופאים לזכויות אדם, שומרי משפט – רבנים למען זכויות אדם, עדאלה ועמותת איתך. עניינה – הקמתו של מנגנון חקירה עצמאי אשר באמצעותו תמלא ישראל את חובתה – לקיים חקירות עצמאיות ואפקטיביות במקרים בהם מתעורר חשד כי כוחותיה הפרו הוראות של המשפט הבינלאומי.
4. כפי שיפורט להלן, החלטתך לדחות את פנייתנו להקמתו של מנגנון חקירה עצמאי, והמשך המדיניות לפיה מבוצעים תחקירים מבצעיים בלבד איננה עולה בקנה אחד עם חובת החקירה המוטלת על ישראל ועם הצהרותיה של ישראל בדבר כיבוד המשפט הבינלאומי.
5. אין מדובר בהפרתה של חובה שולית וזניחה. חובת החקירה וההעמדה לדין הנה אחד מאבני היסוד לכיבודן הלכה למעשה של הוראות המשפט הבינלאומי. בהיעדר חקירות ראויות לשמן נותרות הוראות הדין אשר נועדו לצמצום הפגיעה והסבל באוכלוסייה האזרחית כהוראות חסרות כיסוי, והצהרות על כיבודן כהצהרות ריקות מתוכן.

על החובה לחקור

6. חובתה של כל מדינה, המעוגנת בסעיף 1 המשותף לארבע אמנות גינבה, היא לכבד את הוראות האמנות, ולהבטיח שהוראות אלה יכובדו בכל הנסיבות. התחייבות זו כוללת את החובה לדאוג מראש לכך שכוחותיה יכבדו את הוראות האמנות (באמצעות לימוד ההוראות, הטמעתן ומתן פקודות התואמות אותן, ובאמצעות הבטחה שניסוח הפקודות יהיה כזה שיבטיח, כי גם הפקודות, שיינתנו בסופו של דבר לכוחות בשטח, יעלו אף הן בקנה אחד עם הוראות האמנות). מהתחייבות זו נגזרת גם החובה לחקור מקרים, בהם עולה חשד, שהוראות האמנות לא כובדו בפועל.

7. החובה היא ליזום ולקיים חקירות **עצמאיות ואפקטיביות** במקרים, בהם מתעורר חשד, כי מדינת ישראל אחראית להפרות של המשפט ההומניטרי או במקרים, בהם מתעורר חשד, כי קציניה או חייליה אחראים לפעולות, הגוררות אחריות פלילית.

8. חקירה בדיעבד היא הפן המשלים של החובה לדאוג מראש לכיבוד המשפט הבינלאומי, ובלעדיה, **כאשר נדרשת, נותרת ההתחייבות לעמוד בהוראות המשפט הבינלאומי כהתחייבות ריקה מתוכן.**

9. החובה לחקור מעוגנת בשלושה מקורות נורמטיביים: המשפט הבינלאומי ההומניטרי, משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט הישראלי.

10. המשפט הבינלאומי ההומניטרי מטיל על מדינה חובה עצמאית לחקור. חובה זו מתגבשת כאשר מועלים חשדות, לפיהם כוחותיה של המדינה היו מעורבים במעשים של הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי (ומכאן גם חשד לאחריות לביצועם של פשעי מלחמה).

11. סעיף 146 לאמנת גינבה הרביעית קובע במפורש, כי כל מדינה, שהיא צד לאמנה, חייבת לחפש ולהעמיד לדין אנשים, החשודים בביצוע הפרות חמורות של האמנה, דהיינו אותן הפרות המולידות אחריות אישית. חובה זו מהווה חלק מהמשפט הבינלאומי המינהגי:

Rule 158: States must investigate war crimes allegedly committed by their own nationals or armed forces...and, if appropriate, prosecute them.¹

12. משמעות החובה היא, כי במקרים אלה על המדינה האחראית לפתוח חקירה **ביוזמתה**. לפיכך, אי-קיומה של חקירה במקרים, בהם הועלו חשדות, מהווה היא כשלעצמה – הפרה של המשפט הבינלאומי.

13. סעיף 146 מטיל על המדינות חובה נוספת - לנקוט בכל האמצעים הדרושים כדי למנוע כל פעולה בניגוד להוראות האמנות (ולא רק הפרות חמורות). נראה, כי חובה זו מטילה אף היא חובה לחקור חשדות בדבר כל הפרה, ולא רק הפרות חמורות.

¹ J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law (Cambridge, 2005) Vol. 1: Rules, Rules 156-158, pp 607-611.

14. משפט זכויות האדם הבינלאומי מטיל אף הוא חובת חקירה על מדינות, שכוחותיהן היו אחראים להרג אזרחים, וזאת כחלק מחובת הכיבוד וההגנה על הזכות לחיים, המעוגנת בסעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. מכוחה של זכות זו, וכחלק מההגנה עליה, מוטלת על כל מדינה חובה לחקור ביוזמתה נסיבותיהם של מקרים, בהם כוחות הביטחון של המדינה אחראים להריגתם של אזרחים.² אי-מילוי חובת החקירה עשוי להוות כשלעצמו הפרה של הוראות האמנה:

"Administrative mechanisms are particularly required to give effect to the general obligation to investigate allegations of violations promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies. ... A failure by a State Party to investigate allegations of violations could in and of itself give rise to a separate breach of the Covenant."

(ההדגשות הוספו – ל' י')

הערה כללית מס' 31 של ועדת זכויות האדם של האו"ם (2004):

[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?Opendocument)

15. בדו"ח משנת 2006 מסכם פרופ' פיליפ אלסטון, הדווח המיוחד לעניין extrajudicial, summary or arbitrary executions, את החובות המוטלות על מדינות בעניין זה:

"34.... The Geneva Conventions of 12 August 1949 first established the legal obligation of States to investigate alleged unlawful killings and to prosecute their perpetrators. Elaborating the general obligation to "respect and ensure respect" for humanitarian law, the Geneva Conventions mandated the penal repression of violations. In particular, when a state receives allegations that someone has committed or ordered a grave breach – such as the "willful killing" of a protected civilian – the state is then legally obligated to search for him and either try him before its own courts or extradite him to another State that has made out a prima facie case..."

Today, human rights law and humanitarian law together require accountability in all circumstances.

Human rights law imposes a duty on states to investigate alleged violations of the right to life "promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies. This duty is entailed by the general obligations to ensure the right to life to each individual"

(ההדגשה הוספה – ל' י')

² Rajapakse v. Sri Lanka (Communication 1250/2004); Concluding Observations of the Human Rights Committee, United States of America, para. 14 (CCPR/C/USA/CO/3/Rev. 1, 18 Dec 2006)

Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Mr. Philip Alston), 8 March, 2006, p 14-17;

http://www.extrajudicialexecutions.org/reports/E_CN_4_2006_53.pdf

16. בפסיקת בית הדין האירופי הובהר, כי דרישה זו איננה מוגבלת לפגיעות בזכות לחיים, המתרחשת בזמן שלום. בבית הדין האירופי נדונו תביעות נגד רוסיה, אשר עסקו במעשים, שבוצעו במסגרת המבצע הצבאי של רוסיה נגד המורדים בצ'צ'ניה. בית הדין מצא, כי רוסיה אחראית לפגיעה בזכות לחיים, בין השאר, מכיוון שלא ערכה חקירות אמינות במקרים של הרג אזרחים על-ידי כוחותיה³.

17. המשפט הישראלי מטיל אף הוא על רשויות אכיפת החוק חובה לחקור חשדות, לפיהם רשויות השלטון, וכוחות שפעלו בשמן, הפרו באופן חמור את הדין. חובה זו נגזרת מעקרון שלטון החוק, לפיו כל הגורמים במדינה חייבים לפעול על-פי החוק, ובמקרה שפעלו בניגוד לו נדרשת סנקציה. מכאן חובתו של היועץ המשפטי לממשלה, שהינו ראש מערכת אכיפת החוק במדינת ישראל, לפתוח בחקירה כאשר קיים חומר לכאורה, המצביע על ביצוע עבירות על-ידי מי מאנשי הרשות המבצעת⁴.

18. על חובתה של מדינת ישראל לחקור גם כאשר מדובר במצב לחימה עמד בית המשפט העליון בפסק-הדין בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (2006) (להלן: בג"צ החיסולים):

"נקודת המוצא העקרונית הינה, כי בין ישראל לבין ארגוני מחבלים שונים הפועלים מיהודה, שומרון וחבל עזה (להלן – האיזור) קיים מאז האינתיפאדה הראשונה מצב נמשך של עימות מזויין או סכסוך מזויין (armed conflict) ...

שלישית, 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."

פיסקה 16, ופיסקה 40 לפסק-הדין בהתאמה

19. החובה, הרובצת על מדינת ישראל, היא ליזום בעצמה חקירה לבדיקת החשדות, המתעוררים בנוגע לפעולת כוחותיה ברצועת עזה.

אמות המידה לחקירה ראויה (לשמה)

"promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies"⁵

20. על חקירה ראויה לעמוד בארבעה תנאים מצטברים:

א. מיידיות: יש לערוך את החקירה במהירות האפשרית, ולסיימה בתוך זמן סביר ממועד האירוע וממועד פתיחת החקירה.

³ Isayeva v. Russia (Appl. 57950/00); *Khatsiyeva and others v. Russia* (Appl. 5108/02)

⁴ בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, עמ' 621-622

⁵ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Mr. Philip Alston), 8 March, 2006, p 14-17;

- ב. עצמאות גורמי החקירה: הגוף החוקר והאנשים המבצעים את החקירה חייבים להיות עצמאים ובלתי-תלויים – פורמלית ומהותית - בנחקרים הפוטנציאליים.
- ג. פומביות: על החקירה להיות פתוחה לביקורת ציבורית ולמשפחת הנפגע.
- ד. אפקטיביות: על החקירה להיות אפקטיבית כך שבאופן סביר יש בה כדי להביא לממצאים אובייקטיביים באשר לאחריותם של שלוחי המדינה, להוביל למסקנות באשר למכלול הנסיבות שהביאו למוות או לפגיעה, כמו גם לגבי האחריות לו, ולזיהויים ולהעמדתם לדין של האחראים להם.

ראה:

Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Execution, Recommended by Economic and Social Council resolution 1989/65 of 24 May 1989.

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/54.htm>

Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Mr. Philip Alston), 8 March, 2006, p 14-17;

http://www.extrajudicialexecutions.org/reports/E_CN_4_2006_53.pdf

בפסיקתו העניפה של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, למשל:

22729/93 *Kaya v. Turkey*, 1998, Article 87;

19807/92 *Erdogan v. Turkey*, 2006, Articles 66, 88-95

41335/98 41335/98 *Kamer Demir v. Turkey*, 2006

63758/00 *Anik v. Turkey*, 2007

57935/00 *Tangiyeva v. Russia*, 2007

5108/02 *Khatsiyeva and others v. Russia*, 2008

ובפסיקתו של בית המשפט האינטר-אמריקאי לזכויות אדם:

I/A Court H.R., *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Judgment of July 29, 1988, Article 180

21. אף במשפט הישראלי נקבע, כי החקירה חייבת להיות חקירה עצמאית ואובייקטיבית. בבג"צ החיסולים קבע בית משפט העליון:

"לבסוף, הדינים הנוגעים לפעילות מונעת של צבא הגורמת למותם של מחבלים ושל אזרחים תמימים שבקרבתם, דורשת בחינה בדיעבד של התנהגות הצבא (ראו פסקה 40 לעיל). **בחינה זו צריכה להיות – כך קובע המשפט הבינלאומי המנהגי – בעלת אופי אובייקטיבי.** ... כמו כן, **ביקורת שיפוטית זו אינה תחליף לביקורת אובייקטיבית בדיעבד, לאחר אירוע שבו נפגעו, לפי הטענה, אזרחים תמימים שלא נטלו חלק ישיר במעשי האיבה....**"

(ההדגשות הוספו – ל' י). פסקה 54 לפסק-הדין

עצמאות הגוף החוקר

"כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים (conflict of interest)"

בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פד"י לד(2) 566, 569

22. דרישת העצמאות של הגוף החוקר, הינה תנאי בסיסי, שנראה כי אין כל צורך להרחיב בו. עקרון מוסד של שיטת המשפט שלנו ושל כל שיטה משפטית המכבדת את עצמה הוא הכלל האוסר ניגוד עניינים. מקורו הוא בכלל האוסר משוא פנים, ובמושכלות יסוד לפיהם אין אדם דן בענייניו שלו. הכלל האוסר ניגוד עניינים התפתח על רקע זה והרחיב אותו. הכלל קובע, כי אסור לו לעובד הציבור ולכל בעל תפקיד על פי דין להימצא במצב של ניגוד עניינים וכן אסור לו להימצא במצב בו קיים חשש סביר, או אפשרות ממשית, לניגוד עניינים⁶.
23. בפרשת סיעת הליכוד נדונה שאלת מינויו של חבר מועצת העירייה לשמש במקביל גם כיו"ר ועדת הביקורת במנהל העירוני. כהונה מקבילה זו של חבר המועצה בשתי וועדות אלו נפסלה על ידי בית המשפט ברוב דעות, בהיותה נגועה בניגוד עניינים פסול:

"הנאמנות והאמון בתפקידו של מר מוכתר כחבר בוועדה לענייני ביקורת מחייבים אותו לראות לנגד עיניו את האינטרס של הביקורת, ואותו בלבד. הוא אינו יכול לעשות כן כאשר הביקורת מתיחסת לפעולותיו הוא, כאשר נאמנות כפולה יוצרת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים. אין מבוקר נעשה מבקר. ... לא רק עבודתה של הוועדה לענייני ביקורת נפגעת בשל כך, אלא אמון הציבור במערכת הביקורת מתערער. בני הציבור לא יתנו אמון בהמלצות הוועדה לענייני ביקורת שעה שהם יראו כי המלצות אלו נוסחו בידי אלה הנתונים לביקורת עצמה... הפונקציה אשר ממלאה הוועדה לענייני ביקורת - הפונקציה של עיון והמלצות בענייני ביקורת - אין בה דבר שיש בו כדי לצמצם או לשלול את תחולתם של הכללים בדבר ניגוד עניינים. נהפוך הוא: דווקא לענין הביקורת - כמו לענין השיפוט - יש לשמור, ככל האפשר, על עצמאותו ואי תלותו של העוסק בביקורת."

פרשת סיעת הליכוד, 578-579

24. כאמור, דרישה זו היא גם אחד התנאים הבסיסיים לחקירה על-פי המשפט הבינלאומי. דרישה זו מקבלת משנה תוקף, ומצריכה היערכות ומענה מיוחדים במקרים בהם הועלו טענות נגד אי-התלות או המומחיות של הגופים הקיימים:

11. In cases in which the established investigative procedures are inadequate because of lack of expertise or impartiality, because of the importance of the matter or because of the apparent existence of a pattern of abuse, and in cases where there are complaints from the family of the victim about these inadequacies or other substantial reasons, Governments shall pursue investigations through an independent commission of inquiry or similar

⁶ רענן הר-זהב, המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז-1996), עמ' 300-299

procedure. Members of such a commission shall be chosen for their recognized impartiality, competence and independence as individuals. **In particular, they shall be independent of any institution, agency or person that may be the subject of the inquiry.** The commission shall have the authority to obtain all information necessary to the inquiry and shall conduct the inquiry as provided for under these Principles.

(ההדגשות הוספו – ל' י')

Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Execution, Recommended by Economic and Social Council resolution 1989/65 of 24 May 1989.

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/54.htm>

25. בעניין ההתקפות שבוצעו ברצועת עזה, הרי שנוכח היקף הפגיעות והנזק לאזרחים ומבנים אזרחיים, ונסיבות נוספות שפורטו (ראה סעיפים 15-12 למכתבנו מיום 20.1.2009), מלמדים ולו לכאורה, על ספק באשר לחוקיותן של הפקודות וההנחיות, שניתנו לכוחות הלוחמים. אלה מובילים לכך, שהחקירות חייבות לכלול אף בחינה של הפקודות וההנחיות, שניתנו לקראת המבצע ובמהלכו, ואינן יכולות להתמצות בחקירת אירועים נקודתיים, שעיקרם יישום הפקודות בשטח.

26. לצערנו, נראה כי תפיסתו של הפרקליט הצבאי הראשי שונה בתכלית. ניתן ללמוד על כך ממכתבו של תא"ל אביחי מנדלבלט מיום 25.3.2008 בתשובה לדרישה לפתוח בחקירת אירועים במלחמת לבנון השנייה:

"בהקשר זה יצוין, כי להבנתי חקירה פלילית בגין מעשים או מחדלים שהתרחשו אגב פעילות מבצעית-לחימתית, היא בגדר חריג, ואיננה דבר שגרתי. לפי מדיניות הפרקליטות הצבאית, חקירה פלילית על אירוע מבצעי, ודאי אירוע שהתרחש במהלך מלחמה בהיקף נרחב, תיפתח רק מקום בו קיים יסוד ממשי לחשד, כי נעברה עבירה פלילית על-ידי חייל צה"ל בסיטואציה פרטנית..."

...

למותר לציין, כי כל פניה פרטנית שתועבר לפרקליטות הצבאית ותעורר, על פניה, חשד לביצוע עבירה פלילית על-ידי חייל צה"ל במלחמת לבנון השנייה, תיבדק לגופה, ותטופל בהתאם..."

מתוך סעיפים 16 ו-21 למכתב

27. המסקנה המתקבלת מדברים אלה היא, כי לשיטתו של הפצ"ר, האפשרות לפתיחה בחקירה רלבנטית אך כאשר עסקינן במעשיו של חייל, שנעשו באופן חריג. הפועל היוצא מכך, שאין כל אפשרות שיתקיימו חקירות כאשר מדובר בפעולות, לגביהן הועלו חשדות בדבר הפרה שיטתית של דיני הלחימה. מדברי הפצ"ר עולה, כי אפשרות זו לאו אפשרות היא, וזאת נקבע כ- prima facie.

28. ברי, כי בכדי שתתקיים חקירה עצמאית ובלתי תלויה בנחקרים, נדרש כי זו לא תנוהל על-ידי גורמים אשר היו מעורבים בהליך קבלת ההחלטות. במבצע "עופרת יצוקה" הגורמים הבכירים ביותר במערכת המשפטית, הן הצבאית הן האזרחית, היו מעורבים בהליך קבלת ההחלטות וגייבוש ואישור ההנחיות לפעולת כוחות צה"ל. ממכתבו של תא"ל אביחי מנדלבליט מיום 18.1.2009⁷ עולה, כי אף אתה היית מעורב באופן אישי בעניינים אלה. נוכח מעורבות זו של המערכת המשפטית בצבא ובמשרד המשפטים בהליך קבלת ההחלטות ברור, כי חקירה שתבצע על-ידי גורמים צבאיים, לרבות הפרקליטות הצבאית, או על-ידי גורמים במשרד המשפטים ובפרקליטות המדינה, או על-ידי גורמים הכפופים להם, לא תעמוד בדרישה זו.
29. כאמור, דרישת העצמאות של הגוף החוקר, הינה תנאי בסיסי, בלעדיה אין. העובדה כי הפרקליט הצבאי הראשי או היועץ המשפטי לממשלה נושאים בכמה "כובעים" איננה יכולה להעלות או להוריד בעניין זה. משמעות הדבר היא ברורה – נוכח מעורבותם של הפצ"ר ואנשי הפרקליטות הצבאית בהנחיית גורמי הצבא במהלך הלחימה אין הם יכולים להימנות על הגוף האחראי לחקירתם של אותם אירועים.
30. הצורך בגוף חקירה עצמאי בעל מומחיות מתחזק נוכח כשלים, בהם לקו חקירות בעבר. בין היתר ניתן להזכיר את החקירות, שנוהלו בעניין הריגתם על-ידי כוחות צה"ל של גיימס מילר⁸ ובריאן אייבורי⁹, והחקירות בעניין השימוש בפצצות מצרר והריגתם של עשרות אזרחים בהתקפה על הכפר קאנא במלחמת לבנון השנייה¹⁰.
31. זאת ועוד, השערתנו היא שחלק מחומר החקירה הרלבנטי יסווג כחומר סודי, שלא יהיה פתוח לעיון ולביקורת ציבורית. בנסיבות אלה, בהן שקיפות החקירה, המשמשת כערובה מרכזית לאמינותה ורצינותה של חקירה, תהא מוגבלת, נדרש חיזוקם של אלמנטים אחרים במטרה להבטיח את אמינות החקירה.
32. למען הסר ספק נבהיר, כי תחקיר מבצעי, שנערך על-ידי הכוחות הלוחמים בשטח או על-ידי אנשים המצויים בשרשרת הפיקוד שלהם, בוודאי שאינו מקיים את דרישת החקירה. כך שכן, תחקיר שכזה איננו עומד בתנאים הבסיסיים לקיומה של חקירה: עצמאות, אפקטיביות

⁷ מכתבו של תא"ל אביחי מנדלבליט, הפרקליט הצבאי הראשי, לעו"ד פאטמה אלעג'ו מעדאלה, מיום 18.1.2009. בתחקיר שקיים צה"ל וכן בחקירת מצ"ח שהתנהלה במשך שנה וחצי לא נמצאו ראיות להעמדה לדין פלילי. הקצין אף זוכה לחלוטין מדין משמעתי אליו הועמד. במקרה זה ננקטו הליכים משפטיים בבריטניה, שהולידו קביעה של חבר מושבעים כי גיימס מילר נרצח. כפי שהתגלה מאוחר יותר, ההשתהות בפתיחת חקירת מצ"ח איפשר לטשטש ראיות ולשבש את החקירה. בסיום ההליכים שלמה ישראל פיצויים למשפחתו של מילר.

⁹ במקרה זה החליט הפצ"ר שלא לפתוח בחקירת מצ"ח לבדיקת נסיבות המוות, בהתבסס על התחקיר המבצעי. במסגרת עתירה לבג"צ שהוגשה נגד ההחלטה לא לפתוח בחקירה הוצהר, כי הירי בוצע לעבר כביש הסמוך לקיר בניין, הדמויות ברחו מהמקום, והכוח הצבאי לא זיהה פגיעה ולא דיווח על נפגעים מהירי. לעומת זאת, מתצהירי החיילים שהוגשו לבית-המשפט במסגרת הליך אזרחי בו פתחה המשפחה התבררו עובדות שונות לחלוטין. בתצהירי החיילים שהוגשו במסגרתו נכתב, כי בעקבות הירי נפלה דמות אחת. בעוד שבתצהיר לבג"צ נכתב כי בוצע תחקיר מקיף על ידי מוח"ט הגזרה שהתבסס אף על חקירת הלוחמים, בתצהירי החיילים נכתב, כי לא השתתפו בתחקיר כלשהו, וכי הפעם הראשונה שבה נשאלו על האירוע הייתה לאחר שנה וחצי. ר' מכתבו של עו"ד שלמה לקר לעו"ד יובל רויטמן מפרקליטות המדינה, מיום 3.1.2008. רק בעקבות העתירה החליט הפצ"ר על פתיחת חקירת מצ"ח.

¹⁰ דו"ח החקירה שנערכה בנדון על-ידי Human Rights Watch ניתן לעיון בכתובת: <http://www.hrw.org/en/reports/2008/02/16/flooding-south-lebanon-0>

במכתב של עו"ד שי ניצן מיום 1.4.2008 בתשובה לפניית האגודה לזכויות האזרח ובצלם ליועץ המשפטי לממשלה בדרישה להורות על חקירה בעניין התקפות שבוצעו בלבנון נמסר, כי אין כוונה להורות על קיומה של חקירה, תוך הסתמכות על המצאי הבדיקה שנערכה בפרקליטות הצבאית. במכתבו של הפצ"ר שצורף נמסר, כי אף ממצאי חקירת הקצין הבודק שנוהלה בנוגע לשימוש בפצצות המצרר, לא העלו צורך בנקיטת הליכים משפטיים.

ושקיפות¹¹. גם ועדה, אליה ממונים אך ורק אנשים יוצאי צבא וממשל (כדוגמת הוועדה שמונתה לחקור את החיסול של סלאח שחאדה, בו נהרגו 14 אזרחים) לא תעמוד בדרישות הבסיסיות של מומחיות ועצמאות, ולא תשרת את המטרה של הבטחת אמינות החקירה.

33. הובאה לידיעתנו חוות דעת שנשלחה אליך מאת שישה פרופ' למשפטים, המתמחים במשפט בינלאומי ובמשפט ציבורי¹². בחוות דעת זו עומדים המומחים על אופי החקירה הנדרש על פי המשפט הבינלאומי. מסקנתם היא, כי בנסיבות העניין יש מקום להקים צוות שילווה את החקירה, ולשלב בו מומחה זר במשפט הומניטרי בינלאומי. להערכתם, נוכחותו של מומחה זה תוכל לתרום רבות לאמינותה של החקירה.

34. אף אנו שותפים להערכה, כי מינוי מומחה זר בעל שיעור קומה עשוי להוות נדבך חשוב בהבטחת עצמאות החקירה ואמינותה. שילובם של מומחים זרים במנגנון החקירה הינו אמצעי, שכבר נעשה בו שימוש בעבר - בוועדה הממלכתית שהקימה ממשלת בריטניה לחקירת מה שכוונה "Bloody Sunday Massacre" בצפון אירלנד, שולבו שופטים ממדינות אחרות.

35. ערים אנו לחשש הקיים במערכת הביטחון מפני העמדתם לדין בפני טריבונלים בינלאומיים או בתי משפט במדינות אחרות של חיילים וקצינים ישראלים אשר השתתפו במבצע בעזה. כפי שוודאי ידוע לך, סמכות שיפוט לבתי משפט אחרים עשויה לקום אך כאשר המדינה בעלת הזיקה למעשה אינה ממלאת את חובתה לחקור כראוי ולהעמיד לדין את החשודים בהפרות המשפט הבינלאומי:

"... מקום שבו מדינה בעלת זיקה לפשע מפעילה את סמכות השיפוט שלה על מבצעיו באופן אפקטיבי, אין כל הצדקה להחלת סמכות שיפוט אוניברסאלית על ידי מדינות אחרות. כישלונה של המדינה להכפיף פשעים להכרעה שיפוטית – כישלון המנוגד לרעיון שלטון החוק והמזיק לערכים המשותפים של הקהילה - הוא המצדיק הפעלתה של סמכות אוניברסאלית"¹³.

36. עיקרון זה אף מעוגן בסעיף 17 לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, המגדיר כללי קבילות לצורך הפעלת סמכות שיפוט של בית הדין:

"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

¹¹ להרחבה ראו טיעוני העותרים בבג"צ 9594/03 בצלם והאגודה לזכויות האזרח נ' הפצ"ר, תגובה מיום 20.12.2004.

¹² מכתבם של פרופ' איל בנבנישתי, פרופ' יפה זילברשץ, פרופ' ברק מדינה, פרופ' קלוד קליין, פרופ' דוד קרצמר ופרופ' יובל שני מיום 5.2.2009 בעניין פעולות צה"ל בעזה: החובה לערוך חקירה

¹³ ארנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי, "סמכות השיפוט האוניברסלית והשיח המשפטי המדינתי" המשפט 18 (2004) 44-53. ראו לעניין זה גם: ארנה בן-נפתלי ויובל שני, המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום, עמ' 307; עקרונות 8 ו-9 לעקרונות פרינסטון בדבר שיפוט אוניברסאלי.

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;

...

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:

....

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

37. נראה אם כן, שניהולן של חקירות חסרות פניות ובמקרים הנדרשים העמדתם לדין של חשודים לא רק שאיננה מגבירה את הסיכון להעמדתם לדין של קצינים וחיילים ישראלים בפני ערכאות אחרות אלא היא היא דרך המלך להתמודדות עם חשש זה.

38. לסיכום, ניהולן של חקירות חסרות פניות במקרים בהם מתעורר חשד להפרות של המשפט הבינלאומי, ובמקרים הנדרשים העמדתם לדין של חשודים מתחייבת מכוח חובה חוקית המוטלת על ישראל, ומתוקף השאיפה לפעול לחקר האמת ולמנוע סבל ופגיעה מיותרים באזרחים. חקירה זו חייבת להיות עצמאית ואפקטיבית. בלא עמידה בתנאים אלה, לא תוכל החקירה לזכות באמינות כלשהי.

39. על מנת לעמוד בדרישת עצמאות החקירה ועל מנת להבטיח את אמינותה נדרש, כי לגוף החוקר ימונו אנשים בעלי מומחיות בתחום המשפט הבינלאומי, וניסיון בחקירות, שאינם חלק מהגורמים והמערכות הנתונים לחקירה, ושלא היו מעורבים בדרך כלשהי בהליך קבלת ההחלטות. בהתחשב בכך שאף אתה היית מעורב במידה כזו או אחרת בקבלת ההחלטות וההנחיות הננו סבורים, כי נדרשת תשומת לב מיוחדת בבחירת האנשים המתאימים, על מנת להבטיח, שהאנשים שימונו יהיו ניטרליים, ובעלי מומחיות ועצמאות שאינן מוטלות בספק.

40. הימנעות מחקירה עצמאית ראויה לשמה תהפוך את הפער בין ההצהרות בדבר כיבוד המשפט הבינלאומי לבין הנעשה בפועל לפער בלתי נסבל, ואת הצהרותיה של ישראל לנעדרות אמינות.

41. נודה לתשובתך הדחופה לפנייתנו זו.

בכבוד רב,

לימור יהודה, עו"ד