

28 במרץ, 2011

לכבוד

הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010

שלום רב,

הנדון: האם המנגנון לחקירת הפרות של דיני הלחימה הנוהג תואם את חובותיה של מדינת ישראל

1. בהמשך למכתבו של מזכיר הוועדה אלינו הריני מתכבדת להביא בפניכם את עמדת האגודה לזכויות האזרח בישראל בנושא שבנדון.

כללי

2. עמדתנו היא, כי מנגנון החקירה הנוהג בישראל איננו תואם את חובותיה על פי המשפט הבינלאומי, לקיומן של חקירות במקרים בהם מתעורר חשד, כי כוחותיה הפרו הוראות של המשפט הבינלאומי.

3. על מנת לעמוד בחובותיה, על ישראל לאמץ מדיניות לפיה חקירה של הרג אזרחים על-ידי כוחות הביטחון הינה הכלל ולא החריג; עליה להקים מנגנון עצמאי מתאים לצורך עריכתן של חקירות מקדמיות, וזאת במקום השימוש הנעשה כיום בתחקירים מבצעיים; ועליה לדאוג לגוף חקירה עצמאי, שיוסמך לחקור מצבים בהם קיים ניגוד עניינים אישי ומוסדי של הפרקליטות הצבאית והפרקליט הצבאי הראשי.

4. חובת אימוצו של מנגנון חקירה עצמאי ואפקטיבי קיימת על-פי המשפט הבינלאומי והישראלי הנוהג, ואך מתחזקת נוכח ההתפתחויות בתחום זה. אימוץ מנגנון שכזה הינו נדבך חיוני בכיבוד זכויות האדם ובהגנה עליהן ובראשן הזכות לחיים, ובשמירה על שלטון החוק.

5. לאור תפיסתנו כי קיומן של חקירות עצמאיות הינו נדבך קריטי בהבטחת הזכות לחיים, הגשנו בשנת 2003 יחד עם ארגון בצלם עתירה לבג"צ (בג"צ 9594/03 בצלם והאגודה לזכויות האזרח נ' הפרקליט הצבאי הראשי), בדרישה להורות לפצ"ר לחזור ולקיים חקירות מצ"ח במקרים, בהם הריגתם של אזרחים בלתי מעורבים בשטחים הכבושים נגרמה על-ידי כוחות צה"ל. העתירה הוגשה בעקבות אימוצה של המדיניות החדשה עם פרוץ האינתיפאדה השנייה, לפיה הפסיק צה"ל לקיים חקירות מצ"ח במקרי פגיעה באזרחים בלתי מעורבים בשטחים והמיר זאת בבירור באמצעות תחקירים מבצעיים. כפי שהובהר בנייר העמדה של הפצ"ר צה"ל ממשיך לנהוג על פי מדיניות זו גם כיום.

למעלה מ-7 שנים חלפו מאז הוגשה העתירה, וקרוב ל-5 שנים מאז התקיים בה הדיון האחרון, למרות זאת, טרם ניתן בה פסק-דין.¹

6. נוכח היעדר ההכרעה בעתירת חקירות מצ"ח, הגשנו בשנת 2008 עתירה, יחד עם ארגון בצלם, בדרישה לפתוח בחקירת מצ"ח בעקבות אירוע, בו חיילי צה"ל הרגו נער פלסטיני בכפר באזור רמאללה (בג"צ 6928/08 זהראן נ' הפרקליט הצבאי הראשי). נוסף לצורך בקיומה של חקירה במקרה הנדון, נועדה העתירה להמחיש את חוסר הסבירות הקיצוני, בו מפעיל הפצ"ר את שיקול דעתו בטרם הוא מחליט על פתיחה בחקירת מצ"ח בעקבות אירוע של הרג אזרחים בגדה המערבית. רק בעקבות הגשת העתירה, ובחלוף למעלה משנתיים ממועד האירוע, הורה הפצ"ר על פתיחה בחקירה.²

7. כמו כן, ניסינו להביא לקיומן של חקירות עצמאיות בעקבות אירועים של פגיעות חמורות במיוחד באזרחים במהלך פעילות לחימתית בדרום לבנון וברצועת עזה:

א. ביום 31.7.2006 פנינו לראש הממשלה בבקשה למנות ועדת חקירה ממלכתית כדי לחקור את הרג האזרחים הלבנונים שאירע יום לפני כן בכפר קאנא שבלבנון. כשבוע לאחר מכן פנינו אף לפצ"ר, בבקשה להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח בעניין.³

ב. ביום 7.8.2006 פנינו לשר הבטחון, לרמטכ"ל ולפרקליט הצבאי הראשי, והתרענו על פגיעה נמשכת באוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה מידי צה"ל במהלך מבצע "גשמי קיץ". עמדנו על חובתה של ישראל לחדול מיד מהתקפות בלתי מובחנות ובלתי פרופורציונליות, הפוגעות באוכלוסייה האזרחית, ועל חובתה לחקירת אירועים.⁴

ג. ביום 2.3.2008 פנינו ליועץ המשפטי לממשלה, בדרישה לפתוח בחקירה פלילית לחקר נסיבות השימוש בפצצות מצרר במהלך מלחמת לבנון השנייה. בעקבות פרסום דו"ח ועדת וינוגרד, קראנו ליישם את המלצתה של הוועדה לחקור אירועים ופעולות צבאיות אשר על פי החשד גרמו להפרה בוטה של כללי המשפט ההומניטארי.⁵

8. בחודש ינואר 2009, עם תום פעולות הלחימה בעזה במסגרת מבצע "עופרת יצוקה" פנינו ליועץ המשפטי לממשלה, כמי שעומד בראש מערכת אכיפת החוק במדינת ישראל, בבקשה שיקים מנגנון חקירה שיקיים חקירות עצמאיות ואפקטיביות במקרים בהם עולה חשד, כי כוחותיה של ישראל אחראים להפרות של המשפט ההומניטארי שתוצאתם הריגתם של אזרחים ברצועת עזה או פגיעה בהם.⁶

¹ לכתבי הטענות בעתירת חקירות מצ"ח ראו: <http://www.acri.org.il/he/?p=1721>

² לכתבי הטענות בעתירת חקירת מותו של הנער זהראן ראו: <http://www.acri.org.il/he/?p=1951>

³ למכתבי הפניה בעניין הדרישה לחקירת אירוע הכפר קאנא ראו: <http://www.acri.org.il/he/?p=1367>

⁴ למכתב הפניה בעניין מבצע "גשמי קיץ" ראו: <http://www.acri.org.il/he/?p=1368>

⁵ למכתב הפניה ליועץ המשפטי לממשלה, ולחוות דעתו של הפצ"ר בעניין השימוש בפצצות מצרר במהלך הלחימה ראו: <http://www.acri.org.il/he/?p=1785>

⁶ לתגובת האגודה בעקבות דו"ח וינוגרד ראו: <http://www.acri.org.il/he/?p=1678>; לתכתובת עם היועץ המשפטי לממשלה ראו: <http://www.acri.org.il/he/?p=1014>. חלק מהתכתובת קיים באנגלית:

9. לצערנו, על אף פניות להביא לקיומן של חקירות במקרים האמורים, לא נפתחו חקירות עצמאיות לבדיקת הפגיעות באזרחים עקב פעולות צה"ל. בעניין "עופרת יצוקה" לא מונה מנגנון חקירה עצמאי. החקירות שכן נפתחו לגבי אירועים שונים במהלך מבצע "עופרת יצוקה" לא ריפאו את הפגמים במנגנון החקירות, ולא ענו על חובת החקירה המוטלת על ישראל.⁷
10. חובת החקירה איננה רק חובה משפטית הרובצת על מדינת ישראל. זוהי חובה מוסרית ראשונה במעלה – כלפי האזרחים שנפגעו, ושעלולים להיפגע; כלפי החיילים שנשלחו ויישלחו; כלפי הציבור בישראל; וכלפי מדינות העולם, האמורות לפקח על שמירתו של המשפט הבינלאומי. הימנעות מקיומה של חקירה עצמאית חוטאת לשאיפה לחקר האמת, ולשאיפה למנוע ככל שניתן פגיעה באזרחים, ומהווה הפרה של החובות המשפטיות והמוסריות של מדינת ישראל.
11. אנו סבורים, כי על מנת שישראל תקיים חובותיה על פי המשפט הבינלאומי נדרשים מספר שינויים מערכתיים-מוסדיים במנגנון החקירה הקיים:
- א. **מדיניות הפתיחה בחקירות** - יש לשנות מהמדיניות הנוהגת ולקבוע כי תפתח חקירה כל אימת שישנו חשד לביצועה של עבירה פלילית. בנוגע להריגת אזרחים בשטחים הכבושים, יש לחזור למדיניות לפיה ככלל תפתח חקירה במקרי הרג של אזרחים אשר נהרגו על-ידי כוחות הביטחון;
- ב. **חקירה מוקדמת עצמאית** - הקמתו של מנגנון עצמאי לביצוען של חקירות מוקדמות, אשר יופעל במקרים בהם קיים ספק אם בוצעה עבירה אם לאו;
- ג. **גוף חוקר מקצועי** – יש לדאוג לכך שהגוף החוקר עומד בסטנדרט הנדרש של מקצועיות וכי עומדים לרשותו האמצעים הדרושים לצורך ביצוען של חקירות אפקטיביות;

למכתב הפניה ליועץ המשפטי לממשלה מיום 20.1.2009: <http://www.acri.org.il/pdf/Gaza200109.pdf>
לתשובה מטעם היועץ המשפטי לממשלה מיום 24.2.2009: <http://www.acri.org.il/en/?p=622>
לתשובת האגודה ובה הפניה החוזרת להקמת מנגנון חקירה מיום 19.3.2009: <http://www.acri.org.il/en/?p=635>

⁷ מנתונים שמסר הפצ"ר עלה, כי נפתחו כ-50 חקירות של המשטרה הצבאית החוקרת (מצ"ח) בנוגע לאירועים שונים במהלך מבצע עופרת יצוקה, וכי יתר החשדות תוחקרו באמצעות "תחקירים מבצעיים". ואולם, תחקירים וחקירות מצ"ח אלה אינם מקיימים את חובת החקירה ואינם ממלאים את מטרותיה:

ראשית, חקירות מצ"ח בודקות חריגות מהפקודות הנוהגות. לכן הן מתאימות למקרים, בהם החשד הוא לביצוע פעולה שנוגדת את פקודות הצבא. לעומת זאת הנתונים הרבים שנחשפו לגבי המבצע, ובכללם תחקירים שבוצעו על-ידי ארגונים ישראלים ובינלאומיים, העלו חשד כי רבות מהפגיעות באזרחים, ברכוש ובמבנים אזרחיים במהלך המבצע היו תוצאה של מדיניות, שנקבעה על ידי דרגים בכירים בממשלה ובצבא, באישור הפרקליטות הצבאית. מכאן, שעל החקירה היה לכלול בחינה של הפקודות ושל ההנחיות שניתנו לקראת המבצע ובמהלכו. כדי לחקור חשד שניתנו פקודות לא חוקיות, או שמדיניות לוחמה הייתה מנוגדת למשפט ההומניטארי הבינלאומי, דרוש גורם שאיננו כפוף לנותני הפקודות ושלא היה מעורב בגיבוש הפקודות וההנחיות ערב היציאה להתקפה.

שנית, עיקר החשדות תוחקרו כאמור באמצעות "תחקירים מבצעיים" בלבד. מדובר בתחקירים הנערכים על ידי קצינים בכירים והמועברים לבחינתו של הפרקליט הצבאי הראשי. הליך בדיקה זה הינו פגום, באשר הוא אינו עצמאי, אינו אפקטיבי, והינו חסר שקיפות לחלוטין.

להרחבה ראו מכתב הארגונים לראש הממשלה בנימין נתניהו, מיום 25.1.2010. ניתן לעיון בכתובת: <http://www.acri.org.il/he/?p=10492>

ד. **מניעת ניגוד עניינים** – יש לשנות את הגוף האחראי על החקירות כך שיתאים אף לחקירת אירועים, לגביהם קיים ניגוד עניינים אישי ומוסדי של הפרקליטות הצבאית והפרקליט הצבאי הראשי.

ה. **גוף פיקוח אזרחי** - מינוי גוף פיקוח אזרחי אשר יקיים פיקוח הדוק על מנגנון החקירה.

12. אנו מקווים כי ועדה זו תניח בפני ממשלת ישראל המלצות בדבר הצורך בתיקונו של מנגנון החקירה הנוכחי על מנת להבטיח קיומן של חקירות עצמאיות ואפקטיביות בכל המקרים בהם עולה חשד, כי כוחותיה של ישראל אחראים להפרות חמורות של המשפט ההומניטארי הבינלאומי, של משפט זכויות האדם הבינלאומי או לעבירות על פי החוק הישראלי.

א. חובת החקירה

1.1. על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי

13. המשפט הבינלאומי ההומניטארי מטיל על מדינה חובה לחקור. חובתה של המדינה, המעוגנת בסעיף 1 המשותף לארבע אמנות ג'נבה, היא לכבד את הוראות האמנות, ולהבטיח שהוראות אלה יכובדו בכל הנסיבות. חובת החקירה 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).

14. סעיף 146 לאמנת ג'נבה 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.⁸

15. משמעות החובה היא, כי במקרים אלה על המדינה האחראית לפתוח חקירה ביוזמתה. הימנעות מקיומה של חקירה במקרים בהם הועלו חשדות, מהווה היא כשלעצמה – הפרה של המשפט הבינלאומי, ואף עשויה לגרור אחריות פלילית. סעיף 28 לחוקת ה-ICC קובע:

Responsibility of commanders and other superiors

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and

⁸ J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law (Cambridge, 2005) Vol. 1: Rules, Rules 156-158, pp 607-611.

control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

...

(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission **or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.**

(ההדגשה הוספה – ל' י')

כן ראו: סעיף 28 (iii)(b) לחוקת רומא; סעיף 86 לפרוטוקול הנספח הראשון

16. 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.

17. בשונה מהמוצג בנייר העמדה שהגיש הפצ"ר, המציין את החובה לחקור אך על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, **החובה לחקור מעוגנת בשני מקורות נורמטיביים נוספים: משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט הישראלי.**

2.א. על פי משפט זכויות האדם הבינלאומי

18. משפט זכויות האדם הבינלאומי מטיל על מדינות, שכוחותיהן היו אחראים להרג אזרחים, חובה לחקור. מדובר בחובה המהווה חלק מחובת הכיבוד וההגנה על הזכות לחיים, המעוגנת בסעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. מכוחה של זכות זו, וכחלק מההגנה עליה, מוטלת על מדינה חובה לחקור ביוזמתה את הנסיבות של מקרים שבהם אנשים נהרגו מידי כוחות הביטחון שלה⁹. אי-מילוי חובת החקירה עשוי להוות כשלעצמו הפרה של הוראות האמנה¹⁰:

"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."¹¹

(ההדגשות הוספו – ל' י')

⁹ 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).

¹⁰ כן ראו:

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

¹¹ הערה כללית מס' 31 של ועדת זכויות האדם של האו"ם (2004), ניתן לעיון בכתובת:
[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)

19. בפסיקת בית הדין האירופי הובהר, כי דרישה זו אינה מוגבלת לפגיעות בזכות לחיים המתרחשות בזמן שלום. בבית הדין האירופי נדונו תביעות נגד רוסיה, שעסקו במעשים שבוצעו במסגרת המבצע הצבאי 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 כוחותיה¹². בבית הדין נדונו גם תביעות נגד בריטניה¹³ וטורקיה בגין אחריותם להרג אזרחים במהלך פעילות לסיכול איומי טרור.

20. בית הדין חזר ופסק בהתאם להלכה זו, תוך שהוא מבסס את ההלכה בדבר חובת קיומה של חקירה אף במצבים של סכסוך מזוין פעיל:

א. *Kamer Demir v. Turkey*, no. 41335/98, October 19, 2006 – אזרחית טורקיה, תושבת אזור דרום-מזרח טורקיה, נהרגה בעקבות הפצצה של כוחות הביטחון הטורקיים על הכפר בו התגוררה. האזור בו התגוררה המנוחה הוכרז באותה עת כאזור, הנתון במצב חירום, בשל עימותים קשים בין כוחות הביטחון הטורקיים לחברי ארגון PKK. בית הדין מכיר בכך, שהסיטואציה באזור באותה עת דרשה מטורקיה לנקוט באמצעים חריגים, ובכללם הצבתן של יחידות ארטילריה, במטרה להשיג מחדש שליטה באזור ולשים סוף למעשי האלימות. יחד עם זאת בפסק הדין נקבע, כי טורקיה אחראית להפרת סעיף 2 לאמנה האירופית – הזכות לחיים, הן משום שעל פי המידע שנמסר לבית הדין לא ננקטו כל אמצעי הזהירות הנדרשים על מנת להגן על חיי אזרחים, והן משום שלא התקיימה חקירה ראויה על-ידי גורם בלתי תלוי.

ב. *Anik v. Turkey*, no. 63758/00, June 5, 2007 - שני אזרחים טורקיים, תושבי אזור דרום-מזרח טורקיה, נהרגו על-ידי כוחות הביטחון הטורקיים בזמן ששהו ללא אישור באזור, הנתון למעקב צבאי. לפי הדו"ח, שנערך לאחר המקרה, כוחות הביטחון חשדו בשניים, כי הם מנסים לסייע לחברי ארגון PKK להיכנס לצפון עיראק או להטמין מוקשים באזור. על פי פסק הדין, טורקיה נמצאה אחראית להפרת סעיף 2 לאמנה האירופית – הזכות לחיים, הן בשל היעדרה של חקירה אפקטיבית, והן בשל כך שמנסיבות המקרה עלה, כי הריגתם של השניים לא עמדה בתנאי של "absolute necessity".

ג. *Tangiyeva v. Russia*, no. 57935/00, November 29, 2007 – ארבעה קרובי משפחתה של הפונה נהרגו בביתם שבגרוזני בזמן עימותים בין כוחות צבא רוסיים למורדים הצ'צ'נים באזור. באותה עת התבצעו באזור הפצצות מהאוויר. בית הדין מצא את רוסיה אחראית להפרה של חובתה לחקור, חובה הנגזרת מהזכות לחיים, בשל כך שהחקירה שנערכה הייתה בלתי אפקטיבית.

ד. *Khatsiyeva and others v. Russia*, no. 5108/02, January 17, 2008 – התביעה הוגשה בעקבות הריגתם של שני קרובי משפחתם של הפונים על-ידי כוחות צבא רוסיים. באותו

¹² Isayeva v. Russia (Appl. 57950/00).

¹³ McKerr v. United Kingdom, 34 Eur. H.R. Rep. 553 (2001)

יום בו נהרגו התבצע מבצע מיוחד לאיתור מחנה של 250 לוחמים בלתי-חוקיים של מורדים צ'צ'ניים. לטענת רוסיה, טייסי הליקופטר שחגו באזור דיווחו על מכונית, ובה 5 אנשים עם מכוונות יריה קלות. הם קיבלו הוראות לבצע ירי אזהרה. האנשים המשיכו בנסיעה במקום לעצור במקום ולהמתין לבדיקת זהותם. בשל כך, ולאחר ירי אזהרה נוסף ניתנו הוראות לביצוע ירי לעבר המכונית. מהירי נהרגו השניים. לטענת הפונים, השניים נהרגו בזמן שעבדו בשדה, יחד עם מספר תושבים נוספים, מירי של טילים ומכוונות יריה, שבוצע לעבר המכונית, ולאחר מכן לעבר הגברים שניסו להסתתר מפני ההתקפה. חקירה נפתחה באותו היום, נערכו בדיקה של זירת האירוע, בדיקות רפואיות ראשוניות, ועדי ראיה תוחקרו. החקירה הושעתה וחזרה ונפתחה מאז מספר פעמים. בפסק הדין נקבע, כי רוסיה אחראית להפרת סעיף 2 לאמנה האירופית – הזכות לחיים, הן משום שהריגתם של השניים לא הייתה בגדר *absolutely necessity*, והן משום שלא התקיימה חקירה אפקטיבית לבדיקת נסיבות מותם של השניים.

21. **בנייר העמדה מטעם הפצ"ר מקבל הוא את חובת החקירה על פי דיני הלחימה, אך דוחה הוא את חובת החקירה על-פי משפט זכויות האדם הבינלאומי, בראש ובראשונה, נוכח טענתו להיעדר תחולה של משפט זה על פעולות צה"ל מחוץ לגבולותיה של ישראל. את טענתו זו סומך הפצ"ר על שני טעמים: האחד, אי-תחולתה של האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות מחוץ לשטחה הריבוני של המדינה. השני, היותם של דיני הלחימה דין מיוחד, הגובר על הדין הכללי של משפט זכויות האדם.**

22. **דא עקא, עמדה זו של הפצ"ר עומדת בסתירה לעמדת המשפט הבינלאומי כעולה מפסיקתו של בית הדין הגבוה לצדק בהאג. בחוות דעתו בעניין חוקיות השימוש בנשק גרעיני¹⁴ עמד בית הדין על המשך תחולתה של האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות גם בזמן מלחמה. בחוות דעתו בעניין חוקיות תוואי גדר ההפרדה בשטחים¹⁵ קבע בית הדין באופן ספציפי, כי שלוש אמנות, שעניינן הגנה על זכויות האדם – האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966, האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966 והאמנה לזכויות הילד, 1989, אשר אושרו על ידי ישראל בשנת 1991 - חלות בשטחי הגדה המערבית. למסקנה זו מגיע בית הדין לאחר שהוא דן בטענות ישראל¹⁶ הכוללות את הטעמים עליהם עמד הפצ"ר בנייר העמדה.**

23. **בית הדין עומד על כך, שבנוגע ליחס בין המשפט הבינלאומי ההומניטארי למשפט זכויות האדם, קיימות שלוש סיטואציות אפשריות: חלק מהזכויות עשויות להיות מוסדרות אך במשפט ההומניטארי, אחרות עשויות להיות אך עניין של משפט זכויות האדם, ואחרות עשויות להשתייך לשני הענפים של משפט בינלאומי¹⁷. בית הדין קבע, כי על מנת לבחון את**

¹⁴ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. Reports, para. 25 (July 8)

¹⁵ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 131 (July 9)

¹⁶ שם, ראו פסקאות 102 - 113 לחוות הדעת

¹⁷ שם, ראו פסקאות 41 - 42 לחוות הדעת

המצב המשפטי בשטחים, עליו להתחשב בשני ענפי המשפט האמורים, בעוד שיש לראות את המשפט הבינלאומי ההומניטארי כבא בגדר דין מיוחד (*lex specialis*).

24. קביעות אלה של בית הדין עולות בקנה אחד עם ההתפתחויות, שחלו במשפט הבינלאומי מאז נכתבו תקנות האג ואמנת ג'נבה הרביעית. עומד על כך פרופ' איל בנבנישתי:

“International law has evolved significantly since the time these two instruments were drafted. The fundamental concepts of human rights and self-determination of peoples, which had transformed international law in the latter half of the twentieth century, have not been duly reflected in the constituting documents of the law of occupation...”

...When the Security Council announced the applicability of the law of occupation to 2003 Iraq, it had to adapt a law that initially reflected the premise that kings were the sovereigns and that international law should protect their possessions during wartime, to a new philosophy—the **philosophy of international humanitarian law—which posited that peoples were the true sovereigns and that human rights had to be respected**. These fundamental changes in international law required the law of occupation to revise its approach toward the consequences of the downfall of the domestic regime **and take into due account the relevancy of human rights law...**

...the Resolution recognizes in principle the continued applicability of international human rights law in occupied territories in tandem with the law of occupation.”

E. Benvenisti **The International Law of Occupation** (Princeton University Press, 2004) 5-6.

ועוד באשר לתחולתן של אמנות זכויות האדם בזמן עימות מזוין בכלל, ובשטחים בפרט ראו:

Orna Ben Naftali & Yuval Shani “Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories” 37 *Isr. L. Rev.* p. 17 (2003-2004)

25. על תחולתן המקבילה של שתי מערכות דינים אלה ככלל שכבר הוכרע במשפט הבינלאומי עמד : Kenneth Watkin

"As a result the challenge exists of potentially applying both IHL and human rights law at the same

time. It is now settled that both legal frameworks apply during armed conflict."

Kenneth Watkin "Maintaining Law and Order During Occupation" 41 Isr. L. Rev. (2008), 175, 180

26. וידגש, עמדתו של הפצ"ר בעניין זה סותרת אף את גישתו של בג"צ. ראו למשל: בג"צ 3239/02 מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נז(2) 349, 363. כן ראו: בג"צ 13/86 שאהיו נ' מפקד כוחות צה"ל באזור, פ"ד מא(1), 197, 210-211; בג"צ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), פסקה 15; בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (2006).

27. מעניין לציין, שבכתב תשובה שהוגש מטעם המדינה במסגרת בג"צ 4825/04 ובג"צ 4938/04 עליו נ' ראש הממשלה (בו התבקשה לתת את התייחסותה לחוות דעתו של בית הדין בהאג בעניין חוקיות תוואי גדר ההפרדה), לא כפרה המדינה בקביעתו האמורה של בית הדין בהאג, אלא טענה, כי לא נדרשת הכרעה בעניין זה.

3.א. על פי המשפט הישראלי

28. 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 החובה לפתוח בחקירה כאשר קיים חומר לכאורה, המצביע על ביצוע עבירות על-ידי מי מאנשי הרשות המבצעת¹⁸.

29. על חובתה של מדינת ישראל לחקור גם כאשר מדובר במצב לחימה עמד בית המשפט העליון בפסק-הדין בבג"צ 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

¹⁸ בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, עמ' 622-621

30. גם בהמלצות הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד), עמדה הוועדה על הצורך בקיום חקירה בכל מקרה של "חשש לסטייה" מן החוק הצבאי, מן המשפט הישראלי, או מדיני הלחימה במשפט הבינלאומי.¹⁹

ב. מתי מתגבשת חובת החקירה (מהו הטריגר לפתיחת חקירה)

31. חובת החקירה קמה ומתגבשת כאשר מתעורר יסוד לחשוד כי נעברה עבירה פלילית על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (קרי, יסוד לחשד כי בוצע פשע מלחמה), על פי משפט זכויות האדם הבינלאומי או המשפט הישראלי.

32. ואכן, חובת הפתיחה בחקירה כאשר קיים יסוד לחשד, מעוגנת אף בפקודת מטכ"ל העוסקת בפתיחה של חקירות מצ"ח:

חקירת המשטרה הצבאית (מצ"ח)

אימתי חייבים להעביר את הבדיקה לידי מצ"ח

62. כאשר קיים יסוד לחשוד כי נעברה אחת מן העבירות המפורטות להלן, לא ימנה קצין שיפוט בכיר קצין בודק ולא יערוך את הבדיקה בעצמו, אלא יעביר את התלונה ואת יתר החומר שבידו לעריכת בדיקה, ליחידת מצ"ח, אשר בתחומה נעברה העבירה....

(ההדגשה הוספה – ל' י')

ראו פקודת מטכ"ל (פ"מ) מס' 33.0304 "בדיקה וחקירת מצ"ח" (1.4.1962).

33. בין העבירות המנויות בפקודה נמנות העבירות של שימוש בלתי-חוקי בנשק לפי סעיף 85 לחוק השיפוט הצבאי, שהביא לפציעת אדם, וכל עבירה לפי חוק העונשין שאין לה מקבילה צבאית בחוק השיפוט הצבאי, בהן עבירות ההמתה וגרימת המוות.

34. מעיון בנייר העמדה של הפצ"ר לא הצלחנו ללמוד מהו הרף המשפטי אותו קבע לעצמו הפצ"ר כרף בו תפתח חקירה.

35. בהקשר זה חשוב להזכיר, כי הימנעות מקיום חקירה במצבים בהם קמה חובה שכזו מהווה היא כשלעצמה הפרה של המשפט הבינלאומי. משכך, מדיניות ראויה היא, שבמקרה של ספק תיפתח חקירה, וזאת על מנת להימנע מהפרות נוספות.

36. ככל שמדובר בשטח כבוש, כדוגמת שטחי הגדה המערבית, חובת החקירה קמה בכל מקרה בו אחראים כוחות הביטחון של ישראל להרג של אזרח שאינו משתתף בלחימה²⁰. טענותינו בעניין זה הובאו בהרחבה במסגרת עתירתנו בבג"צ 9594/03 בצלם והאגודה לזכויות האזרח נ' הפרקליט הצבאי הראשי.

העתק מכתבי הטענות בעתירה (ללא נספחים) מצורף ומסומן כנספח א'

¹⁹ דוח הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד) (ינואר, 2008).

²⁰ אלא אם כן, מדובר ב"סיכול ממוקד" לגביו קמה חובת חקירה נוספת, ראו בג"צ החיסולים פסקה 40

37. ואכן, על פי חובה נורמטיבית זו פעל צה"ל בשלושת העשורים הראשונים לכיבוש. הכלל לפיו פעל צה"ל בתקופה זו מביא בחשבון את היחס המיוחד המתקיים בין הכוח הכובש לבין האוכלוסיה המוגנת בשטח הכבוש, ואת חובותיו וסמכויותיו של הכוח הכובש כלפי אוכלוסיה זו, תוך שהוא מאפשר התחשבות במצב המיוחד השורר בשטח. כפי שציין הפצ"ר בנייר העמדה מטעמו:

"מבחינה משפטית ומעשית כאחד, מערכת היחסים הקיימת בין הממשל הצבאי לבין תושבי שטח הנתון בתפיסה לוחמתית קרובה יותר לזו הקיימת בין המדינה לבין אזרחיה – מאשר לזו הקיימת בין מדינה המהווה צד לעימות מזוין לבין נתיני הצד שכנגד לעימות. בהתאם, כאשר הממשל הצבאי נדרש להתמודד עם גורמים עוינים הפועלים מקרב התושבים הנתונים למרותו או עם גילוי אלימות מצידם של האחרונים (אשר אינם מגיעים לרף העצימות הדרוש להכרה בקיומו של עימות מזוין בינו לבין אותם גורמים), הוא עושה זאת מתוקף סמכויותיו ואחריותו האמורים לעיל – ובמסגרת זו הוא פועל באופן דומה לזה שהמדינה נוהגת בו בסיטואציות מעין אלה – קרי, בכלים של "אכיפת חוק".

בהמשך לכך, כמו בתחומי המדינה, גם בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, פעילות "אכיפתית" היא בעיקרה מתרחשת בשטח – שם מבצעים כוחות הצבא סיורים, מעצרים וחטיפושים, מאיישים מחסומים ונקודות בדיקה, אוכפים עוצר ומפזרים הפרות סדר. אלו הם סוגי פעילות שמבחינה מעשית, נחשבת כ-"פעילות מבצעית" לכל דבר ועניין; ואולם, בהמשך לאמור לעיל, מבחינה משפטית, היא דומה לפעילותה של המשטרה בתחומי המדינה. אשר על כן, חלות עליה מגבלות לעניין השימוש בכוח קטלני, המותר רק בנסיבות חריגות, כגון הגנה עצמית, ונגזרת ממנה תפיסה לגבי חריגותם של מקרי מוות (ובנסיבות מסוימות, גם פציעה) של תושבים, ככאלה המקימים חשד מייד לפעולה בלתי חוקית, ועל כן מצדיקים חקירה מיידית. כל זאת, הגם שכאמור, מבחינה פורמאלית מדובר בסיטואציה עליה חלים דיני הלחימה."

(ההדגשות במקור)

עמ' 33-34 לנייר העמדה מטעם הפצ"ר

38. ואולם, דברים יפים אלה של הפצ"ר מאויינים בפסקה הבאה בנייר העמדה מטעמו, בה נטען, כי מרגע שפורץ עימות מזוין בין המדינה המחזיקה לבין גורמים מקרב האוכלוסייה המתגוררת בו מתבטלים באחת כל אלה. ובלשונו:

"ואולם, שונים הם פני הדברים מקום בו בשטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, פורץ עימות מזוין בין המדינה המחזיקה בו לבין גורמים מקרב האוכלוסייה המתגוררת בו – כפי שאכן קרה, כאמור בנייר העמדה, באיו"ש וברצועת עזה בספטמבר 2000. האופן בו יש לסווג פעילות מבצעית בסיטואציות כאמור מושפע, בראש ובראשונה, מהמסגרת המשפטית הכללית החלה עליהן, היא דיני הלחימה. עם זאת, נסיבות הקונקריות של המקרה עשויות להוביל למסקנה כי החובה לחקור נובעת מעצם התרחשותו של האירוע."

שם, בעמ' 34

39. הנה כי כן, עמדת הפצ"ר היא כי על אף ששטח ממשיך להיות מוחזק כשטח כבוש, ולפיכך, ממשיכה לחול על הכוח הכובש החובה לשמירת הסדר והחיים הציבוריים (תקנה 43 תקנות האג), חדל הוא לשאת בחובות וחדל הוא להיות כפוף לכללים הנגזרים מחובה זו וממעמד זה לגבי השימוש בכוח כלפי האוכלוסייה האזרחית. ובמיוחד – חדל הוא לשאת בחובות החקירה האינהרנטיות הנגזרות מכך.

40. מהניסיון שהצטבר ב-10 השנים האחרונות, מדיניות הפצ"ר המתבססת על עמדה שגויה זו הביאה לכך, שמקרי הרג שהתבצעו באירועים מובהקים של אכיפת חוק וסדר (כדוגמת הרג ופגיעה שהתרחשו במהלך פיזור הפגנות²¹, במהלך סיורים 'שגרתיים' בכפרים²², ובמסגרת ביצוע מעצרים) לא נחקרו, ואם נחקרו, עברו לא אחת חודשים ארוכים ואף שנים בטרם נפתחה החקירה. **תוצאה בלתי נמנעת של מצב דברים זה היא פגיעה בהגנה הניתנת לזכות לחיים.**

41. ואכן, גם כאשר בשטח הכבוש מתקיימים אירועים שנגדירים כעימות מזוין אין בכך כדי לבטל את חובתו של המפקד הצבאי לשמור על הסדר הציבורי (תקנה 43 לתקנות האג), סדר אותו יש לשמור בראש ובראשונה באמצעים של אכיפת חוק. חיזוק והשלמה לכך יש למצוא אף במשפט זכויות האדם הבינלאומי, החל אף הוא על הסיטואציה. משמעות הדבר היא, שאין באירועי עימות מזוין כדי לבטל את תחולתם של הכללים הנוגעים לאחריותם של של שלוחי המדינה (ולחובת החקירה הנגזרת מהם), וזאת ככל שלא מדובר באירוע שהינו בגדר התקפה כנגד **מטרה צבאית לגיטימית**. באשר להתקפות כנגד מטרות צבאיות, הרי שהכלל לא יוביל אומנם לפתיחה אוטומטית בחקירה, וחקירה צריכה להפתח כאשר יתקיים יסוד לחשד להפרה של המשפט הבינלאומי.

42. החזקתו של המפקד הצבאי כמי שממשיך לחוב בחובות אכיפת חוק וסדר, וכמי שמחוייב להקפיד על כללים אלה בפעולותיו בשטח הכבוש וכלפי האוכלוסייה המוגנת מתחזקת נוכח היותו של הסכסוך סכסוך א-סימטרי, בו האזרחים ה'מוגנים' בלשונה של אמנת ג'נבה, חשופים ופגיעים במיוחד, בהינתן מצב בו אין להם מדינה שתגן עליהם.

43. זאת ועוד, חובות אלה בהן חבה ישראל כלפי אוכלוסיית השטח הכבוש חלות ביתר שאת נוכח זאת שמדובר בכיבוש ממושך ביותר, המתמשך מזה למעלה מארבעים שנה²³.

44. נשוב ונדגיש, התקיימותם של אירועים שניתן להגדירם כנופלים בגדר עימות מזוין, אינה יכולה להביא לשינוי אופיין של כל יתר פעולותיו של הכוח הכובש בשטח הכבוש, לשינוי הכללים החלים על הפעלת הכוח בהן או לביטול חובת החקירה הנגזרת מהן. בבסיס הבחינה אם מדובר בהתקפה במסגרת עימות מזוין החורגת מתפקידו הרגיל של הכוח הכובש כאחראי

²¹ למשל, מקרה הריגתו של באסם אבו רחמה במהלך הפגנה ביום 17.4.2009, ראו דו"ח בצלם "חוסר אחריות – מדיניות הצבא שלא לחקור הרג פלסטינים בידי חיילים", ספטמבר 2010, עמ' 7

²² למשל, מקרה הריגתו של הנער עבד אל-כרים זהראן במהלך 'סיור שגרת'י בכפר דיר אבו-משעל שבגדה המערבית, ביום 22.4.2007, ראו בג"צ 6928/08 זהראן נ' הפרקליט הצבאי הראשי

²³ Orna Ben Naftali & Yuval Shani, "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories", 37 *Isr. L. Rev.* p. 17, 97 (2003-2004)

לאכיפת החוק והסדר, צריכה לעמוד השאלה – האם פעולת הכוח הצבאי כוונה כנגד מטרה צבאית לגיטימית. כאשר התשובה לשאלה זו תהיה כן, הרי שהטריגר לחקירה במקרים כאלה יהיה הטריגר הכללי – קיומו של יסוד לחשד לביצועה של עבירה.

45. הכלל הקובע, כי בשטח כבוש יש לפתוח בחקירה במקרה בו אחראים כוחות הביטחון להרג של אזרח שלא השתתף בלחימה – משקף את האיזון הנכון בין תפקידי אכיפת החוק, ובין הצורך בהתמודדות עם אירועים שעשויים להתאפיין כסכסוך מזוין. שילוב זה אף נותן את המשקל המתאים לתחולתם של דיני הלחימה על הסיטואציה.

ג. אמות המידה לחקירה ראויה (לשמה)

”promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies”²⁴

46. ארבע דרישות מרכזיות פותחו במשפט הבינלאומי כתנאים בהם חקירה ראויה צריכה לעמוד: עצמאות והיעדר משוא פנים, אפקטיביות, מיידיות ושקיפות²⁵.

47. דרישת העצמאות של הגוף החוקר הינה תנאי בסיסי שאין בלתו. עקרון מוסד של שיטת המשפט שלנו ושל כל שיטה משפטית המכבדת את עצמה הוא הכלל האוסר על ניגוד עניינים. מקורו הוא בכלל האוסר על משוא פנים, ובמושכלות יסוד שלפיהם אין אדם דן בענייניו שלו.

48. הכלל האוסר על 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 שבו קיים חשש סביר, או אפשרות ממשית, לניגוד עניינים.

”כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד הציבור להימצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים (conflict of interest)”²⁶

49. כאמור, דרישה זו היא גם אחד התנאים הבסיסיים לחקירה על-פי המשפט הבינלאומי. מבחינה ארגונית-מוסדית - הגוף החוקר צריך להיות בלתי תלוי בכל מוסד, גוף או אדם אשר

²⁴ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Mr. Philip Alston), 8 March, 2006, p 14-17;

²⁵ ראו:

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
²⁶ בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פד"י לד(2) 566, 569 (להלן: פרשת סיעת הליכוד).

עשוי להיות מושא לחקירה, ואילו על חברי הגוף החוקר, המשתתפים בחקירה, נאסר להמצא במצב של ניגוד עניינים, או במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים.

50. על החובה, שחקירה של פעולות הצבא שהביאו לפגיעה באזרחים חייבת להיות חקירה עצמאית ואובייקטיבית, עמד בית המשפט העליון:

"שלישית, לאחר ביצוע תקיפה על אזרח החשוד בכך שנטל חלק ישיר, אותו הזמן, במעשי איבה, יש לערוך (בדיעבד) בדיקה יסודית באשר לדיוק הזהות של הנפגע ונסיבות הפגיעה בו. **בדיקה זו צריכה להיות עצמאית.**"

...
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....²⁷

(ההדגשות הוספו – ל' י')

51. מבחינת המיידיות, הדרישה היא כי יש לערוך את החקירה במהירות האפשרית, ולסיימה בתוך זמן סביר ממועד האירוע וממועד פתיחת החקירה. הגיונה של דרישה זו ברור הוא מאליו – עיכוב בפתיחתה של חקירה משבש, לעיתים בצורה קשה, ואף בלתי הפיכה, את האפשרות לאיסוף ראיות, ולפיכך, לקיומה של חקירה ראויה. מכאן, שפתיחתה המיידית של חקירה הינה תנאי אין בלתו לקיומו של מנגנון חקירה ראוי.

52. אף דרישת האפקטיביות מובנית מאליה: 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.

53. דרישה מהותית נוספת היא של שקיפות ואפשרות קיומה של ביקורת. שקיפות נדרשת בנוגע להתקדמות החקירה ואופן ניהולה, וכן בנוגע לתוצאותיה, על מנת להבטיח ביקורת ציבורית של אלה.

54. דרישות אלה בהן חקירה צריכה לעמוד פותחו בצורה המקיפה והמשמעותית ביותר על-ידי בתי משפט וגופים אחרים העוסקים באכיפתן של אמנות זכויות אדם. ואולם, אך בדרך מקרה (ובמידה רבה בשל חסר מוסדי הקיים בגופים האמונים על אכיפת המשפט הבינלאומי ההומניטארי²⁸) פיתוח זה נעשה במסגרת משפט זכויות האדם הבינלאומי ולא במסגרת פרשנות חובת החקירה על פי המשפט ההומניטארי. **שכן, חובת החקירה הן על פי משפט זכויות האדם הן על פי המשפט ההומניטארי נובעות מאותו העקרון – החובה לשמור ולהגן על הזכות לחיים,** שאין חולק שממשיכה לחול אף בזמן סכסוך מזוין. מדובר בעקרונות

²⁷ בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (2006), פסקה 54 לפסק הדין.

²⁸ השוו': K. Watkin, "Maintaining Law and Order During Occupation", 41 Isr. L. Rev. (2008), 175, 190.

הנובעים מהשכל הישר, מתבקשים מאליהם לצורך קיומה של חקירה אפקטיבית ומתבססים על עקרונות המשותפים לכל שיטת משפט נאורה.

55. מטעמים אלה יש לדחות את עמדת הפצ"ר לפיה, כללים אלה יפים אך ורק לסיטואציה של אכיפת חוק בשטחה הריבוני של מדינה ולא בשטח זר שאינו מצוי כלל בשליטתה²⁹. הטעמים שמציג הפצ"ר לעמדתו זו אינם משכנעים. ככל שמתקיימות נסיבות מיוחדות הנוגעות למהותה המיוחדת של חקירה בנוגע לאירועים אגב לחימה, יש לבחנם באופן פרטני ולהכריע האם קיימת הצדקה מהותית לסטייה. כך למשל, ככל שחקירת חשדות לביצוע של פשע מלחמה אגב פעילות לחימתית תכלול בחינה של חומר שחשיפתו תסכן את ביטחון המדינה, הרי שניתן בזהירות המירבית להתאים את הדרישה של שקיפות החקירה לנסיבות מיוחדות אלה, או למשל, כאשר כוחות עוינים שולטים בזירת האירוע, ביצוע נתיחה לאחר המוות עשוי להיות בלתי אפשרי.

56. חשוב להדגיש כי גם לפי עמדת הפצ"ר חלקן המכריע של דרישות אלה קיים גם ביחס לחקירת הפרות לכאורה של דיני הלחימה. למעשה, מנייר העמדה של הפצ"ר עולה, כי יש תמימות דעים עם כך, שחקירה חייבת לעמוד בדרישות של עצמאות והיעדר משוא פנים, אפקטיביות ויסודיות, ומיידיות ("בכל המהירות" או "ללא עיכובים מוצדקים"). הדרישה היחידה המעוררת קושי, לשיטתו של הפצ"ר היא דרישת השקיפות וחשיפת החקירה לביקורת ציבורית, תוך שיתוף משפחת הקורבן בהליך. למרות זאת צוין, כי מערכת האכיפה בישראל מקיימת במידת האפשר, אף דרישה זו.³⁰

57. למסקנה כי הפער בין דרישות החקירה לפי משפט זכויות האדם והמשפט ההומניטארי איננו גדול הגיעה אף ועדת טומושט³¹:

"30. The committee believes that the gap between the expansive standards under IHRL and the less defined standards for investigation under IHL is not so significant. Several criteria under human rights law can be met within the context of armed conflict. Above all, investigators must be impartial, thorough, effective and prompt; otherwise an investigation would be no more than a manoeuvre of artful deceit."

58. עם זאת, הוועדה הוסיפה והדגישה, את הנטייה הגוברת והולכת להשוואת הדרישות:

²⁹ ראו עמ' 54 לנייר העמדה מטעם הפצ"ר. יוער, כי בהצגת טענה זו התייחס הפצ"ר לשיטתו שאינו מצוי כלל בשליטתה (של המדינה), להבדיל משטחה הריבוני, תוך שהוא לא מבהיר את עמדתו בנוגע למצב הדברים בשטח כבוש.

³⁰ ראו עמ' 53-54 לנייר העמדה

³¹ 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. 30

"31. It is important to note the growing trend towards requiring comparable standards for investigations under IHL and IHRL"

59. באשר לדרישות הדיווח והמעמד שניתן לקורבנות, עמדה הוועדה בסיכום הדין וחשבון הראשון שלה:

"92. ... Transparency in reporting progress and results of investigations and access to justice for victims are requirements for investigations under IHL, owing to the differing objectives of investigations under this two bodies of laws.

93. Nonetheless, without the full participation of victims and witnesses in investigations, their effectiveness and thoroughness suffer. The Committee notes that international standards are evolving in this area, with ever stronger emphasis on affording access to justice for victims even with respect to investigations into alleged violations of IHL."

60. לסיכום, יש לראות בכללים שפותחו לצורך קיומן של חקירות ראויות במסגרת משפט זכויות האדם הבינלאומי ככללים הרלבנטיים לענייננו. מן הראוי לקבל סטיה מהם, אך ורק כאשר ניתן להצביע על כלל או דרישה ספציפיים המתנגשים עם איפיונים מיוחדים הנוגעים לחקירה של אירועי לחימה. ודוקו, כל סטיה שכזו חייבת להיעשות בזהירות מירבית, על מנת למנוע פגיעה בחקירה ובאמינותה. כמו כן, 'ויתור' שכזה על אחת מהדרישות להבטחת קיומה של חקירה צריך להיות מפוצה באמצעות 'חיזוק' אלמנטים אחרים בחקירה, אשר יבטיחו כי האפקטיביות של החקירה ואמינותה לא ייפגעו.

ד. הפגמים במנגנון הנוהג

61. כתוצאה מאימוצה של מדיניות החקירות הנוכחית, מקרי הרג רבים בהם קמה חובת חקירה אינם נחקרים.

62. ראשית הכשל נעוץ בכך שנדרשת החלטה קונקרטי של הפרקליט הצבאי הראשי לצורך פתיחה בחקירה פלילית, גם כאשר מדובר בהרג אזרחים בשטח כבוש. כשל זה מוחמר נוכח הקו המנחה את הפצ"ר בקבלת ההחלטות על פתיחה בחקירה:

א. הרף הגבוה – המשפטי והעובדתי – אותו הציב הפצ"ר כתנאי לפתיחתה של חקירה;

ב. היעדרו של מנגנון עצמאי ואמין לקיומן של חקירות מוקדמות, והתבססותו של הפצ"ר על התחקיר המבצעי כאמצעי מרכזי לצורך גיבוש התשתית העובדתית, התבססות התורמת לעיוות מובנה באופן הפעלת שיקול הדעת;

ג. סירוב גורף לפתיחה בחקירה הנוגעת לפקודות והנחיות, זאת בהתבסס על חזקה בלתי ניתנת לסתירה, כי פקודות והנחיות שניתנו הינן חוקיות, וכי לא יכול להתעורר לגביהן חשד כי הן עצמן מהוות הפרה.

63. בנוגע לנקודה האחרונה, חקירת אירועים הנוגעים לחוקיות פקודות והנחיות, קיים כשל נוסף הנוגע לניגוד עניינים אישי ומוסדי בתפקידו של הפצ"ר והפרקליטות הצבאית.

1.ד. הימנעות מחקירה

64. **חקירת מקרי הרג בשטחים הכבושים** - על פי המדיניות הנוכחית ככלל, מקרי הרג של אזרחים בשטחים הכבושים (גם כאלה שלא היו מעורבים בלחימה) לא ייחקרו, אלא אם כן מתקבלת החלטה קונקרטי של הפצ"ר המורה על פתיחתה של חקירה.
65. נוסף על הפגם המובנה במדיניות זו עליו עמדנו לעיל, הרי שגם האופן בו מופעל שיקול הדעת של הפצ"ר בבחינתם של המקרים הפרטניים הינו פגום. זאת, מבחינת הרף המשפטי שאומץ על-ידו כרף המצדיק פתיחה בחקירה, ואף ביתר שאת נוכח האופן בו הוא מימש רף משפטי זה.
66. להדגמת טענתנו זו נביא בהרחבה מקרה אחד - התנהלות גורמי החקירה בעניין הריגתו של הנער עבד-אל כרים זהראן ביום 22.4.2007 בידי כוחות צה"ל.
67. על סמך תחקיר שערך בצלם, אשר כלל גביית עדויות מעדים לאירוע וביקורים במקום, נשלחה תלונה לאל"מ לירון ליבמן, מי שהיה התובע הצבאי הראשי, בפרקליטות הצבאית בדרישה לפתוח בחקירת מצ"ח לבירור נסיבות הריגתו של הנער. לשם שלמות הדברים נביא את הכתוב בתלונה במלואו:

"ב-22.4.07, בסביבות 10:30 בבוקר, ירה חייל צה"ל מספר יריות לעבר קבוצת נערים שהיו על גבעה סמוך לכפר דיר אל-משעל. אחת היריות פגעה בנער עבד אל-כרים זהראן, בן 16, והרגה אותו.

על פי עדויות שגבה תחקירן בצלם מהנערים שהיו עם זהראן עולה כי הנערים עקבו אחר תנועתו של ג'יפ צבאי שנסע בכפר ולאחר מכן יצא ממנו ונסע בדרך חקלאית הררית. במהלך הדרך יידו נערים מהכפר אבנים לעבר הג'יפ.

כשהיה הג'יפ באותה דרך שנקראת בפי העדים "דרך עין עטא" הגיעו הנערים לגבעה שנקראת "אבו סוכרייה" בעוד שהג'יפ נסע על גבעה ממול. המרחק בין הג'יפ לנערים היה 200-300 מטרים. בשלב זה פתחו הנערים בקריאות "אללה אכבר" לעבר הג'יפ. המנוח אחז בידיו בקבוק "קוקה קולה" ריק מפלסטיק שבתוכו היו אבנים קטנות מחצץ, וניער אותו כדי לייצר רעש, בדומה לכלי הקשה מסויימים. הג'יפ נעצר וממנו יצאו ארבעה חיילים. אחד מהם כרע על ברכיו וכיוון את נשקו לעבר הנערים. לאחר זמן מה, נפתחה אש מכיוון החיילים לעבר הנערים. הירי לא היה אוטומאטי, אך נורו מספר ניכר של כדורים. כאמור, אחד הכדורים פגע בזהראן, והלה התמוטט על אחד הסלעים. רוב הנערים ברחו מלבד שניים שניסו להרים אותו אך לא עלה בידיהם.

הם רצו לעבר בתי הכפר והזעיקו עזרה, וכעבור 20 דקות הובא זהראן לכפר. משם הוא נלקח ברכב פרטי, יחד עם אמו ועם עוד תושבים מהכפר. בכניסה לכפר עצרו אותם חיילי צה"ל. החיילים, בשיתוף פעולה עם רופא מקומי נתנו עזרה ראשונה לזהראן וביצעו בו פעולות החייאה ואף הזריקו לו חומרים שונים אך ללא הועיל. הם לקחו את זהראן לצומת עאבוד, שם חיכה צוות רפואי של ממש עם אמבולנס, רופאים ואחים. לפי התיאור בעדותה של האם, הנער אף נותח בתנאי שדה, אך גם מאמצים אלה לא נשאו פרי, והצוות קבע את מותו.

הכוח הצבאי נטל את גופת הנער איתו ולאחר מכן הועברה הגופה לאמבולנס פלסטיני והוחזרה לקבורה בכפר. תיאור המקרה מדבר בעד עצמו: לא הייתה כל הצדקה לירי הזה. הנערים היו במרחק רב מהחיילים, ולא יכלו לפגוע בהם בשום אמצעי – נשק חם לא היה ברשותם, ואין ביכולתם לזרוק אבנים או בקבוקי תבערה לטווח כזה. הנערים גם לא סיכנו שום אדם אחר או מתקן צבאי וכיו"ב. נראה שמדובר בירי סתמי אך מכוון היטב, החורג מהוראות הפתיחה באש של צה"ל ומנוגד בעליל לכללי המשפט ההומניטארי הבינלאומי. אבקשך להורות בדחיפות על פתיחת חקירה לשם בירור נסיבות מותו של עבד אל-כרים זהראן."

68. המכתב נשלח ביום 26.4.2007, ארבעה ימים לאחר קרות האירוע.
69. רק ב-28.10.2007, כחצי שנה לאחר אירוע הריגתו של הנער, השיב התצ"ר לפנית בצלם. וכך נכתב בתשובתו של אל"מ ליבמן:

"מבירור שנערך מול הגורמים המבצעיים עולה, כי בסביבות השעה הנזכרת בפנייתכם, זיהה גייפ הסיור הצבאי שנסע במקום התקהלות של כ-60 פלסטינים, בסמוך לציר נסיעתו, כששניים מתוכם מחזיקים חפץ בידיהם ומתעסקים בקרקע בצורה מחשידה. כמו כן, מזוהה חשוד המחזיק בידו בקבוק תבערה, ממנו משתלשלת פיסת בד, כשבכוונתו לזרקו לעבר הכוח, לכשיעבור בסמוך אליו. לאחר שמפקד הכוח צועק בערבית "עצור או שאני יורה" ויורה מספר כדורים באוויר, נותרים במקום כעשרה אנשים, ובהם החשוד. ירי נוסף, של מספר כדורים, למקום הסמוך לחשוד, לא מביא אותו להשליך את בקבוק התבערה מידי או להימלט. רק אז, מבצע הכוח ירי לעבר פלג גופו התחתון של הפלסטיני, שמחזיק בבקבוק התבערה, שכתוצאה ממנו הוא נופל. מאוחר יותר, במהלך הושטת סיוע רפואי, מתגלה כי המנוח נפגע ממה שנראה ככדור אחד, שחדר לחזהו, ממנו, כנראה, נפטר. לא למותר לציין, כי על ידיו של המנוח, שנראה בוגר מגילו, להערכת כוחות הרפואה, נתגלו סימנים שחורים. לאור מכלול נסיבות האירוע, לא מצא הפצ"ר לנכון להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח. עם זאת, לאור מספר פגמים מקצועיים אשר נפלו באופן בו פעל המ"מ, שפיקד על הסיור, הוחלט כי האחרון יישפט בדין משמעתי."

70. נראה, כי לא יכלה להיות מחלוקת שהתלונה שהוגשה במקרה זה, המבוססת על תחקיר מקצועי ועל גביית עדויות מעדי ראיה, מבססת יסוד לחשד כי נעברה עבירה פלילית שהביאה למותו של נער, שנמצא על-פי התלונה, במרחק של כ-200-300 מ' מהחיילים היורים.
71. במאמר מוסגר נציין, כי במקרה זה גרסת 'הגורמים המבצעיים' עצמה עוררה תהיות חמורות לגבי אמינותה (ראו כתב העתירה סעיף 29).
72. לפיכך, ובהתאם לפקודת המטכ"ל הרלבנטית הקובעת כי יש לפתוח בחקירת מצ"ח בהתקיים יסוד לחשוד כי נעברה עבירה מהעבירות המנויות בה, היה על הפרקליטות להורות ללא דיחוי על פתיחתה של חקירה.
73. אם נבחן את המקרה על-פי הקריטריונים שנמנו על-ידי הפצ"ר בנייר העמדה מטעמו (עמ' 14-15 לנייר העמדה), הרי שגם הם מתקיימים במקרה זה:

- א. עיון ראשוני בנסיבות האירוע מעורר חשד להפרת חוק ;
- ב. התלונה הינה קונקרטי, מהימנה ומפורטת ;
- ג. אין מחלוקת שכוחות צה"ל פעלו בכפר בעת האמורה, וכי הנער נהרג מירי חיילי צה"ל.
74. למרות זאת, נמנע הפצ"ר מלהורות על חקירה, והמתין לקבלת התחקיר.
75. את החלטתו הסופית שלא להורות על פתיחה בחקירה מבסס הפצ"ר באופן בלבדי על התיאור העובדתי של האירוע כפי שתואר על-ידי 'הגורמים המבצעיים'. הפצ"ר אינו מספק כל הסבר על סמך מה, וכיצד, יכול היה לדחות את התיאור העובדתי שהובא במסגרת התלונה, ולאמץ באופן מוחלט את גרסת הגורמים המבצעיים, וזאת כאשר כלל לא התקיימה חקירה של האירוע.
76. בעקבות הגשתה של העתירה לבג"צ, ובחלוף למעלה משנתיים מיום האירוע הורה הפצ"ר על פתיחתה של חקירה (יצוין, כי שינוי ההחלטה לא נעשה בעקבות פסק-דין של בג"צ אלא בעקבות עצם הגשתה של העתירה. עוד נציין, כי הגשתו של ערר לפני הגשת העתירה לא הביא את המערכת לבחון את החלטתה). הנה כי כן, חקירה שהייתה צריכה להפתח לאלתר נפתחה רק כעבור כשנתיים ימים, לאחר שנדרש תחקיר מקיף של האירוע, התכתבות ממושכת עם גורמי הפרקליטות והגשת עתירה לבג"צ.
77. לדוגמאות נוספות ראו המקרים שפורטו במסגרת העתירה בבג"צ 9594/04 בצלם והאגודה לזכויות האזרח נ' הפרקליט הצבאי הראשי (עמ' 4-8 לכתב העתירה); דו"ח בצלם "חוסר אחריות, מדיניות הצבא שלא לחקור הרג פלסטינים בידי חיילים", ספטמבר 2010 (עמ' 7 בעניין אירוע הריגתו של באסם אבו רחמה, שהשתתף בהפגנה בכפר בילעין; ובעמ' 21-31).
78. על פי נתוני בצלם, מאז פרוץ האינתיפאדה השניה בסוף שנת 2000, נהרגו למעלה מ-2,000 אזרחים פלסטינים שלא השתתפו בלחימה (נתון זה אינו כולל את ההרוגים במהלך מבצע "עופרת יצוקה"). על אף ניסיונות חוזרים ונשנים של בצלם לקבל נתונים על מספר חקירות המצ"ח שנפתחו בגין מקרי מוות, לא התקבלו נתונים מלאים. הנתונים שהועברו היו חלקיים, ולא מדויקים³².
79. למרות היעדר זה בנתונים עולה בבירור, כי כתוצאה מהמדיניות הנוהגת, רובם המכריע של מקרי המוות בעשור האחרון, של אזרחים שלא השתתפו בלחימה לא נחקרו.
80. **חקירת אירועים במהלך לחימה** - גם לגבי אירועים, שהתרחשו במהלך אירועי לחימה בדרום לבנון ובעזה, התמונה המתקבלת היא של הימנעות מחקירה. סקרנו לעיל מספר פניות שנשלחו על-ידי האגודה לזכויות האזרח בעקבות אירועים חמורים בהם נהרגו אזרחים רבים (ראו סעיף 7 לעיל). למרות הפניות, לא נפתחו באירועים אלה חקירות, והוחלט להסתפק בבדיקה באמצעות "תחקירים מבצעיים". גם בעקבות אירועים חמורים נוספים, כדוגמת אלה

³² ראו דו"ח בצלם, שם, בעמ' 17

שהתרחשו במהלך מבצעים קודמים של צה"ל ברצועת עזה, לא נפתחו חקירות, על אף פניות מטעם של ארגוני זכויות אדם אחרים.

2.ד. היעדרו של מנגנון עצמאי לקיומן של חקירות מוקדמות

81. על פי מדיניות החקירות הנוכחית מהווה התחקיר המבצעי ככלי מכריע בשאלה אם תפתח חקירה לבירור נסיבות הריגתו של פלסטיני אם לאו.
82. משמעות הדבר, שבמנגנון הנוכחי, המידע היחיד שבאופן יזום נאסף ושעליו סומך הפצ"ר את החלטתו אם לפתוח בחקירה אם לאו - הינו מידע המסופק על ידי הכוח האחראי לגרימת המוות, ועל ידי דרגים המצויים בשרשרת הפיקוד שלו.
83. בנייר העמדה מטעמו מפרט הפצ"ר את היתרונות הגלומים בתחקיר המבצעי. דא עקא, שכלי זה, שהינו טוב לצורך הערכה מקצועית-מבצעית של אופן תפקוד הכוחות איננו מתאים לחלוטין לצרכיה של חקירה.
84. על הכשל הברור הקיים בהסתמכות המשיב על תחקירים מבצעיים עמדנו כבר בעתירה שהגשנו בשנת 2003. הדברים שכתבנו שם שרירים ונכונים גם היום:

"הסתמכות על תוצאות תחקיר מבצעי"

19. כפי שעולה מתשובותיו של המשיב, החלטתו האם לפתוח בחקירת מצ"ח מסתמכת על תוצאותיו של התחקיר המבצעי. אותו תחקיר מבצעי נערך בסמוך לאחר התקרית, שגרמה למותו של אזרח, ע"י הדרג הפיקודי של הכוחות המעורבים בה. לאחר סיומו של התחקיר מועברות תוצאותיו אל המשיב. בהסתמך על תוצאות התחקיר מחליט המשיב, האם עולה חשד להתנהגות פלילית של חיילי צה"ל.

20. התחקיר המבצעי נערך ע"י אותם כוחות, אשר את תקינות פעילותם אמורה לבחון החקירה הפלילית של מצ"ח. במצב, שבו התחקיר הינו הבסיס העיקרי להחלטה בדבר פתיחת חקירת מצ"ח, אין תמה על כך, שמספר החקירות שנפתחו הינו זעום ביחס למקרי המוות של אזרחים פלסטינים. לא ניתן לצפות מכוחות צה"ל בשטח לערוך תחקיר מבצעי אובייקטיבי בדבר כשרות פעולתם. באופן דומה הושמעה הביקורת על נוהל חקירת תלונות על אלימות מצד שוטרים.

ראו לעניין זה: פרופ' מנחם אמיר כח בפיקוח, התנהגות אלימה של שוטרים: אנשים, מצבים וארגון (המשרד לביטחון פנים, 1998), פרק יז':

"הקצינים החוקרים בעצמם תלונות על פיקודיהם, ברמת התנהגות, לפני שהחקירה מגיעה ליחידת חקירות מיוחדות, נמצאים במצב בעייתי. הם תלויים בשוטרים לביצוע משימות, ולכן ינסו לא לפגוע בהם ובמוניטין של היחידה ושל הארגון כולו. הרשעה של השוטרים, אם תהיה, ועצם התלונה והאשמה פרושה שגם הם כמפקדים אחראים למצב, לפחות בכשלון בפיקוח על פקודיהם. . ."

21. הסתמכותו של המשיב על תוצאות התחקיר המבצעי כתנאי לפתיחת חקירת מצ"ח מסכלת למעשה את מטרתה של החקירה הפלילית, קרי - חקר האמת. תוצאות התחקיר עשויות להיות מושפעות משיקולים זרים, כגון - אי נכונות של מפקדי הכוחות לחשוף מחדלים, רצון לגבות את חבריהם או פיקודיהם וכיוב'. ברוח זו קבע בית המשפט האמריקאי לזכויות אדם בעניין Velasquez Rodriguez, בסעיף 180 לפסק הדין, כי החקירה היחידה שהתקיימה בעניין נערכה על-ידי הכוחות המזוינים, אותם כוחות החשודים בביצוע החטיפות, ועל כן עלו חששות כבדים לגבי רצינות החקירה:

“The offer of an investigation in accord with Resolution 30/83 of the Commission resulted in an investigation by the Armed Forces, the same body accused of direct responsibility for the disappearances. This raises grave questions regarding the seriousness of the investigation.”

22. זאת ועוד, למפקדי הכוחות, העורכים את התחקירים, אין כישורים לביצוע חקירות ולחשיפת האמת, כשבאופן טבעי החיילים הנחקרים ינסו להסתירה. זאת להבדיל מחוקרי מצ"ח, אשר אמורים לעבור הכשרה מקצועית בענין זה. על המשיב להורות על חקירת מצ"ח ללא קשר לעריכת התחקיר, כאשר תוצאות התחקיר, במידה שנערך, תשמשנה במקרה כזה חלק בלבד מחומר החקירה.

23. לא זו בלבד, שהתחקיר המבצעי אינו משקף מציאות אובייקטיבית, מעדויות, שגבה העותר מס' 1 מחיילים, עלה, כי חלק מהתחקירים המבצעיים נעשים בצורה שטחית ובלתי ממצה. ראו בדו"ח ארגון "בצלם", "אצבע קלה - ירי בלתי מוצדק והוראות הפתיחה באש במהלך אינתיפאדת אל-אקצא", בעמוד 9. הדו"ח מצורף לעתירה זו ומסומן ע/34.

24. זאת ועוד, באחד ממקרי הירי, שארעו במהלך האינתיפאדה, נקט המשיב סדר הפוך ופתח בחקירת מצ"ח, קודם שנערך תחקיר מבצעי. באותה פרשה תוצאות התחקיר היו הפוכות לתוצאות החקירה. החקירה נגעה לנסיבות מותה של צלמת עיתונות כתוצאה מירי חיילים לעבר ג'יפ שבו נסעה. בעקבות מסקנות חקירת מצ"ח החליט המשיב להגיש כתב אישום. רק לאחר מכן נערך תחקיר מבצעי בחטיבה, שקבע, כי לא היתה כל חריגה מההנחיות בדבר שימוש בנשק.

ראו לעניין זה בידיעה, שהתפרסמה בעיתון "הארץ" ביום 24.12.02, מצ"ב ומסומנת ע/35.

25. במקרה אחר פנה העותר מס' 1 אל המשיב בבקשה, כי יחקרו נסיבות מותו של אחמד ג'יהאד עבד א-רחמן אל-קריני. קריני נורה ביום 10.8.02 ע"י חיילי צה"ל, בעת שנהג ברכב מסחרי בשעות העוצר במסגרת תפקידו כעובד עיריית שכם. התובעת הצבאית הראשית, אל"מ עינת רון, ענתה לפניו זה ביום 10.9.02. על פי תשובתה, הוחלט שלא לפתוח בחקירה פלילית בדבר נסיבות המוות, היות שמבירור שנערך לא עלה חשד לעבירה. ההסבר העיקרי לכך היה, כי הרכב המסחרי, שבו נסע קריני, לא זוהה ע"י החיילים כרכב של העירייה, מאחר שלא היתה מונחת עליו נורה כתומה מהבהבת, שהיא סימן ההיכר המוסכם עם עיריית שכם.

בניגוד לממצאי הבירור, שנערך עם החיילים המעורבים בתקרית, בקלטת וידאו, שצולמה ע"י סוכנות הידיעות AP ושהגיעה לידי העותר מס' 1, נראתה בבירור נורה כתומה מהבהבת על גג הרכב. לאחר שהועברה הקלטת אל המשיב הוחלט לפתוח בחקירת מצ"ח לבירור נסיבות המוות. מכאן, כי אילו הסתמך המשיב על התחקיר הפנימי שנערך לא היתה נפתחת חקירה, זאת משום שהחיילים טענו שלא הבחינו, מסיבות עלומות, בנורה המבהבת על גג הרכב.

מצ"ב העתקי חליפת המכתבים בעניין קריני מסומנים נספחים ע/36-41.

מכל האמור לעיל עולה, כי הנוהל, שעל פיו מורה המשיב על פתיחה בחקירת מצ"ח רק כאשר עולה מהתחקיר המבצעי חשד להתנהגות פלילית, הינו פסול ובלתי סביר. נוהל זה עלול להביא לאי גילויים של מקרים, שבהם התנהגותם של החיילים עולה כדי עבירה פלילית.

עמ' 14-16, סע' 19-25 לכתב העתירה בבג"צ 9594/03.

ראו עוד: תגובת העותרים להודעה המשלימה מטעם המשיב, עמ' 1-4, 6-12, סע' 2-18, 31-70

85. המחשה לכשל הגלום בהסתמכות על ממצאי תחקירים מבצעיים ראינו לעיל, בהחלטת הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה בעקבות הריגתו של זהראן, החלטה אותה קיבל תוך שהוא מאמץ את

גרסתם העובדתית של הגורמים המבצעיים, על אף שעמדה בסתירה לתחקיר מקצועי המבוסס על גביית עדויות מעדי ראיה.

3.ד. פתיחה וניהול החקירה בזמן לא סביר

86. בעקבות אימוץ המדיניות לפיה לא תפתח חקירת מצ"ח אלא לאחר קבלת החלטה מיוחדת של הפצ"ר, מעוכבות כל פעולות החקירה בכל המקרים בהם נהרגו אזרחים מידי חיילי צה"ל עד לקבלתה. כתוצאה מכך, וכתוצאה מעיכובים ממושכים בקבלת ההחלטות על ידי הפצ"ר, רבות מהחקירות נפתחות אך חודשים ולעיתים שנים ממועד קרות האירוע.

ראו טבלת נתונים המרכזת רשימת פניות שהעבירו בצלם והאגודה לזכויות האזרח לפצ"ר עד לשנת 2005, תוך פירוט המועדים בהם הוחלט בשאלה אם תפתח חקירה אם לאו, מצורפת ומסומנת **ב'נספח ב'**

לנתונים מעודכנים ראו דו"ח בצלם "חוסר אחריות – מדיניות הצבא שלא לחקור הרג פלסטינים בידי חיילים", ספטמבר 2010, עמ' 17-19

4.ד. היעדר אפקטיביות

87. היעדר האפקטיביות של החקירה על-פי המנגנון הנוכחי נובע מכמה כשלים מצטברים: **האחד**, הפגיעה בחקירה הנגרמת בשל אי-פתיחה של החקירה מיידית לאחר האירוע, ובשל הימנעות מאיסוף של ראיות שלא יהיו זמינות מאוחר יותר; **והשני**, קיומו של תחקיר מבצעי לפני חקירה.

88. **הפגיעה בחקירה עקב הימנעות מפתיחה מיידית בחקירה ומאי-איסוף של ראיות:** ההשלכות שיש לעיכוב בפתיחת החקירה על אפקטיביות החקירה ברורות ואינן צריכות הסבר. בעקבות עיכוב זה, במקרים רבים עד מאוד גם כאשר נמצא בסופו של דבר כי היה מקום להורות על חקירה, עדים רבים, וראיות חשובות - כגון תיעוד זירת האירוע, ואיסוף ממצאים פורנזיים ובליסטיים - אינם יכולים להיעשות עוד, שכן הם זמינים אך ורק מיד לאחר קרות האירוע.

89. זאת ועוד, כל קשיי החקירה עליהם עומד הפצ"ר (ראו עמ' 4-5 לנייר העמדה מטעמו) אך מועצמים נוכח העובדה שחולף זמן, לעיתים זמן רב, בטרם נפתחת החקירה.

90. בהקשר זה נציין, כי במסגרת העתירה בבג"צ 9594/03 דחה הפצ"ר את ההצעה להורות על תיעוד זירת האירוע ועל איסופם של ממצאים פורנזיים ובליסטיים על-ידי מצ"ח במקרי מוות, בלא לקשור זאת לפתיחת החקירה (ראו תגובת העותרים להודעה המשלימה השניה מטעם המשיב, מיום 16.1.2006, עמ' 3-4).

91. **הפגיעה עקב קיומו של תחקיר מבצעי קודם לחקירה:** קושי אינהרנטי הגלום בקיומו של תחקיר מבצעי הוא, כי הוא משמש פלטפורמה, מודעת ואף לא-מודעת, לתיאום והשוואת גרסאות. במובן זה, מהווה התחקיר המבצעי אבן נגף בקיומה של חקירה פלילית, ועלול לגרום לשיבוש הליכי חקירה.

92. נזכיר בהקשר זה את הנוהל הקיים במשטרת ישראל על פיו, בכל אירוע שבו נעשה שימוש בכלי ירייה אשר גרם לפציעתו של אדם, אין לנקוט בפעולות חקירה כלשהן ויש לדווח מיידית אודות האירוע למנהל המחלקה לחקירות שוטרים, אשר יחליט האם לפתוח בחקירה פלילית. עוד נקבע, כי "הועבר האירוע לחקירת המחלקה לחקירות שוטרים – ניתן לבצע תחקיר מבצעי במהלך החקירה רק לאחר קבלת אישור ממנהל המחלקה לחקירות שוטרים. התחקיר ייערך אודות עניינים הקשורים לאירוע (כגון נהלי דיווח, היערכות מבצעית, נהלי פריסת מחסומים, התנהגות מבצעית וכו')". עוד נקבע כי "ניתן לקבל טלפונית אישור ראש המחלקה לחקירות שוטרים בכל שעה משעות היום והלילה" (ראו דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לביורר ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, כרך ב', עמ' 501-502).

93. בנסיבות אלה, מן הראוי היה לקבוע הוראה בדבר הפסקתו של התחקיר המבצעי, ולחלופין בדבר התניית המשכו בקבלת אישורו של אדם שימונה לצורך כך בגוף האחראי על החקירות.

94. **ליקויים עקב היעדר מקצועיות מצ"ח:** לשני הכשלים הללו יש להוסיף ליקויים חמורים במקצועיות מצ"ח, כפי שנמסרו לנו מטעמו של הפצ"ר. וכך הוסבר במכתבו של סרן בלן מיום 27.11.2005, בנוגע לסירובו של המשיב להורות על תיעוד הזירה על ידי מצ"ח: "ההצעה כי חוקרי מצ"ח, שממילא אינם מומחים בבדיקה ותיעוד של זירת אירוע בדומה למחלקה לזיהוי פלילי, יגיעו לתעד כל זירת אירוע, היא בלתי אפשרית, הן מבחינת זמינות כוח האדם, והן מבחינת המאפיינים המבצעיים של האירועים" (ההדגשה הוספה – ל' י').

מתשובה זו עולה קיומו של כשל חמור במקצועיותה של המערכת. עולה ממנו, שאין ברשות הצבא את כוח האדם המקצועי ואת האמצעים הנדרשים על מנת לבצע תיעוד של ממצאים הכרחיים במסגרת ביצוען של חקירות פליליות.

95. לפיכך, משמעות המדיניות שלא לפתוח בחקירה מיד עם קרות האירוע, קיומו של תחקיר מבצעי לפני חקירה, ופגמים במקצועיות מצ"ח, משמען פגיעה, אשר לרוב איננה ניתנת לתיקון, באפשרות לקיומה של חקירה אפקטיבית, אף במקרים בהם יוחלט לבסוף, על פתיחתה של חקירת מצ"ח.

5.ד. היעדר שקיפות

96. ההסתמכות על תחקירים מבצעיים מביאה לכשל נוסף – היעדר שקיפות.

97. כאמור, על פי המנגנון הנוכחי, ברבים מהמקרים לא נפתחת חקירת מצ"ח, ותלונות נסגרות על בסיס ממצאי התחקירים המבצעיים.

98. מאחר שעל פי פקודות הצבא התחקירים המבצעיים הינם חסויים הרי שאין אפשרות לעיין בהם, אף לא למשפחת הנפגע³³.

³³ אלא אם כן ניתן אישור מיוחד מהרמטכ"ל להעברת התחקיר. ראו נייר העמדה מטעם הפצ"ר עמ' 16.

99. כתוצאה מכך, מדובר בהליך בדיקה שאין כל דרך רצינית לבקרו או לפקח על אמינותו או רצינותו.

6.ד. ניגוד עניינים בתפקיד הפצ"ר והפרקליטות הצבאית

100. פגם חמור נוסף במנגנון החקירות הקיים נוגע לחקירתם של אירועים לגביהם מתעורר חשד שההוראות עצמן מפרות את דיני הלחימה. נוכח זאת, שהפרקליטות הצבאית, ובראשה הפרקליט הצבאי הראשי, הינם מעורבים – בהתאם לתפקידם ואחריותם – בגיבוש הנחיות ופקודות לכוחות הלוחמים, הרי שהם אינם כשירים להיות אלה אשר יבחנו ויכריעו בתלונות שיוגשו בנדון.

101. סוגיה זו התעוררה במלוא חריפותה לאחר תום מבצע "עופרת יצוקה" וכאשר עלה הצורך בחקירת חשדות לפגיעות בלתי מוצדקות באוכלוסייה האזרחית. נוכח זאת, שהמידע שהתגבש הצביע, כי עיקר הפגיעות באזרחים ובמבנים אזרחיים, לא היו תוצר של החלטה מקומית כזו או אחרת אלא תוצאה של החלטות והנחיות שהתקבלו על-ידי הדרגים הבכירים בממשלה ובצה"ל, באישור הפרקליטות הצבאית³⁴, התבקשה המסקנה, כי לא ניתן למנות את אנשי הפרקליטות הצבאית או הייעוץ המשפטי כגורם החוקר, שכן מינוי שכזה יעמוד בסתירה לחובת העצמאות והנייטרליות, בה חקירה ראויה לשמה חייבת לעמוד.

102. 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, ולחקירת חשדות המתעוררים בנוגע לפקודות והנחיות שהם (כעניין אישי ולא רק מוסדי) היו מעורבים בגיבושן.

התכתובת עם היועץ המשפטי לממשלה מצורפת ומסומנת **כנספח ג'**

103. אף 6 מבכירי המשפטנים הישראלים העוסקים במשפט ההומניטארי הבינלאומי, בזכויות אדם במשפט הבינלאומי ובמשפט הציבורי של מדינת ישראל הגיעו למסקנה זו, כעולה מחוות דעתם שנשלחה ליועץ המשפטי לממשלה:

"במבצע "עופרת יצוקה", הגורמים הבכירים ביותר במערכת המשפטית, הן הצבאית הן האזרחית, היו מעורבים בהליך קבלת ההחלטות. ברור, אפוא, כי חקירה המתבצעת ע"י גורמים אלה, או בהדרכתם, לא תוכל לעמוד בדרישה שגורמי החקירה יהיו עצמאיים ובלתי תלויים בנחקרים."

העתק מחוות דעתם ליועץ המשפטי לממשלה מצורפת ומסומנת **כנספח ד'**

104. ואכן, אף ועדת טומושט הגיעה למסקנה זהה:

"The committee further noted that notwithstanding the built-in structural guarantees to ensure the MAG's independence, his dual responsibilities as legal

³⁴ בסעיף 3 למכתבו של תא"ל אביחי מנדלבלט, הפרקליט הצבאי הראשי, מיום 18.1.2009 לעו"ד פאטמה אלעג'ו צוין, כי פעילות צה"ל לוותה בייעוץ משפטי של אנשי הפרקליטות הצבאית, וכי העקרונות הכלליים לייעוץ אף אושרו על-ידי היועץ המשפטי לממשלה

advisor to the Chief of Staff and other military authorities, and his role as supervisor of criminal investigations within the military, raise concerns in the present context given allegations in the FFM report that those who designed, planned, ordered, and oversaw the operation in Gaza were complicit in international humanitarian law and international human rights law violations. It is notable that the MAG himself, in his testimony to the Turkel Commission, pointed out that the military investigations system he heads is not viable mechanism to investigate and assess high-level policy decisions.... Therefore, the Committee remains of the view that an independent public commission – and not the MAG's office – is the appropriate mechanism for carrying out an independent and impartial analysis, as called for in the FFM report, into allegations that high-level decision-making related to the Gaza conflict violated international law."³⁵

ד.7. היעדר מנגנון פיקוח מתאים

105. בנייר העמדה של הפצ"ר מציין הוא את האפשרות של הגשת עתירות לבג"צ כמהווה חלק מהותי, יאמר אף מרכזי, בפיקוח האזרחי על מנגנון החקירה הקיים, אשר הפצ"ר מציגו כ"פיקוח אזרחי הדוק" (ראו עמ' 8 לנייר העמדה). דא עקא, שכפי שהבהירו הנשיאים שמגר וברק, אין זה מתפקידו ואין זה מיכולתו המוסדית של בית המשפט לקיים ביקורת ופיקוח מתמשך:

"לפי מבנהו ותחום תפקידו של בית המשפט, אין הוא יכול לפעול בדרך של מעקב ופיקוח מתמשכים"

(הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון, פ"ד מב(3) 801, 825)

"...ביקורת שיפוטית זו אינה תחליף לביקורת אובייקטיבית בדיעבד, לאחר אירוע שבו נפגעו, לפי הטענה, אזרחים תמימים שלא נטלו חלק ישיר במעשי האיבה."

(הנשיא א' ברק בבג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (2006), פסקה 54 לפסק-הדין)

³⁵ דו"ח הוועדה השני, פסקה 41; כן ראו דו"ח הוועדה הראשון פסקה 91.

106. בנוגע לביקורת על החלטות פרטניות אין ההליך בבג"צ מתאים, וההצעה כי זה יהווה את עיקר הפיקוח האזרחי על המערכת יש בה אף כדי לקומם.
107. ראשית, בג"צ אינו מתאים כמנגנון פיקוח, נוכח מגבלות הברור העובדתי בהליך, המתבסס כולו על תצהירים מטעמים של הצדדים, ללא חקירה כלשהי של המצהירים וללא אפשרות זימון עדים או דרישת פרטים ומסמכים³⁶.
108. שנית, נוכח ההלכות המושרשות בפסיקת בג"צ לפיהן בית המשפט יתערב בהחלטות אלה רק במקרים נדירים בהם לוקה ההחלטה בעיוות מהותי או בחוסר סבירות קיצוני (ראו למשל: בג"ץ 6271/96 בארי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 425 (1996); בג"ץ 8749/06 עמותת 'אומץ' – אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' היועץ המשפטי לממשלה (2006)).
109. שלישית, משך הזמן הנדרש לצורך ברור עתירה בבג"צ הינו ארוך ביותר, ומתמשך במקרה הטוב על פני חודשים. ברי, כי אין זה מנגנון מתאים לצורך בחינת השאלה אם לפתוח בחקירה, כאשר כל עיכוב בפתיחתה מפחית את היכולת להגיע לחקר האמת.
110. ורביעית, הגשת עתירה לבג"צ כרוכה בהשקעת משאבים רבים – כספיים ואחרים. האומנם סביר לקבל כי הפיקוח האזרחי יהיה מותנה בכך?
111. זאת ועוד, באשר לאפשרות בקרה ופיקוח על מדיניות החקירות הנוהגת יש לתת את הדעת לכך שבג"צ נמנע מלהכריע בעתירה שהוגשה כבר לפני למעלה מ-7 שנים כנגד מדיניות אי-החקירה אותה אימץ הפצ"ר. היעדר ההכרעה משמעו - כי בג"צ מושך ידיו מלקיים את הביקורת המערכתית-מוסדית הנדרשת בענייננו.
112. לסיכום, הגם שביקורת שיפוטית מהווה נדבך חשוב, משלים, למערכת אכיפת החוק, הרי שכפי שאנחנו רואים אין היא אמורה ואין היא יכולה לשמש כמנגנון פיקוח המקיים מעקב יסודי ומתמשך. כך גם אין בה כדי להביא לשינוי המערכת-מוסדי הנדרש.

ה. העמדה לדין בחו"ל

113. כאשר מדברים על חקירתם של אירועים ומעשים שעלולים לעלות כדי פשעי מלחמה, לא ניתן להתעלם מהרתיעה המתעוררת מחקירתם של האירועים על-ידי גורמים בינלאומיים, ומהחשש שקיים אצל רבים מפני העמדתם לדין של חיילים וקצינים ישראלים בפני טריבונלים בינלאומיים או בתי משפט במדינות אחרות.
114. כפי שפורט בנייר העמדה מטעם הפצ"ר, תכליתו של המשפט הבינלאומי הפלילי הינה להבטיח את העמדתם לדין של מבצעי פשעים בין-לאומיים, ביניהם פשעי מלחמה.
115. אמצעי שאומץ במשפט הפלילי הבינלאומי הינו החובה שהוטלה על כל המדינות לחפש ולהעמיד לדין מי שחשודים בביצועם של פשעי מלחמה, והקנייתה של סמכות אוניבסאלית לבתי משפט במדינות אחרות. בהתחשב בעיקרון הנותן עדיפות לשפיטתם של חשודים על-ידי

³⁶ ראו: יצחק זמיר, השפיטה בעניינים מינהליים (1987), עמ' 98-95; רענן הר-זהב, סדר הדין בבית המשפט הגבוה

המדינה בעלת הזיקה לאירועים, סמכות שיפוט לבתי משפט אחרים (טריבונלים בינלאומיים או בתי משפט של מדינות אחרות) עשויה לקום רק כאשר המדינה בעלת הזיקה למעשה אינה ממלאת את חובתה לחקור כראוי ולהעמיד לדין את החשודים בהפרות המשפט הבינלאומי.³⁷ עיקרון זה אף מעוגן בסעיף 17 לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, המגדיר כללי קבילות לצורך הפעלת סמכות שיפוט של בית הדין.

116. נראה אם כן, שניהולן של חקירות עצמאיות ונטולות פניות, ובמקרים הנדרשים העמדתם לדין של חשודים, היא דרך המלך להתמודדות עם חששות אלה.³⁸ לפיכך, ככל שמדינת ישראל תפעל לחקור בעצמה כיאות טענות בדבר הפרת המשפט הבינלאומי על-ידי צה"ל, כך תקטן האפשרות שתופעל כנגד קצינים וחיילים סמכות שיפוט על-ידי בתי משפט אחרים.

סיכום

117. מדיניות החקירות הנוהגת מאז פרוץ האינתיפאדה השנייה איננה ממלאת את החובות המוטלות על ישראל בהקשר זה – לא על פי המשפט הבינלאומי, ולא על פי המשפט הישראלי.

118. לפיכך, ולנוכח פירוט הדברים לעיל, אנו סבורים, כי על מנת שישראל תקיים חובותיה על פי המשפט הבינלאומי נדרשים מספר שינויים מערכתיים-מוסדיים במנגנון החקירה הקיים:

א. **מדיניות הפתיחה בחקירות** - יש לשנות מהמדיניות הנוהגת ולקבוע, כי תיפתח חקירה כל אימת שישנו **חשד** לביצועה של עבירה פלילית. בנוגע להריגת אזרחים בשטחים הכבושים, יש לחזור למדיניות, לפיה **ככלל** תפתח חקירה במקרי הרג של אזרחים אשר נהרגו על-ידי כוחות הביטחון;

ב. **חקירה מוקדמת עצמאית** - הקמתו של מנגנון עצמאי לביצוען של חקירות מוקדמות, אשר יופעל במקרים בהם קיים ספק אם בוצעה עבירה אם לאו;

ג. **גוף חוקר מקצועי** – יש לדאוג לכך שהגוף החוקר עומד בסטנדרט הנדרש של מקצועיות וכי עומדים לרשותו האמצעים הדרושים לצורך ביצוען של חקירות אפקטיביות;

ד. **מניעת ניגוד עניינים** – יש לשנות את הגוף האחראי על החקירות כך שיתאים אף לחקירת אירועים, לגביהם קיים ניגוד עניינים אישי ומוסדי של הפרקליטות הצבאית והפרקליט הצבאי הראשי.

ה. **גוף פיקוח אזרחי** - מינוי גוף פיקוח אזרחי אשר יקיים פיקוח הדוק על מנגנון החקירה.

³⁷ לצדק (1991), עמ' 142-143

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 אוניברסלית.

³⁸ וראו בעניין זה דברין של כבי' השופט מלצר, בג"צ 7195/08 אבו-רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פס"ד מיום 1.7.2009) פס" 7 לפסק דינו של השופט מלצר.

119. אנו מקווים כי ועדה זו תניח בפני ממשלת ישראל המלצות חד-משמעיות בדבר הצורך בהקמתו של מנגנון חקירה עצמאי, נעדר פניות, אשר יחקור במהירות הראויה חשדות להפרות של המשפט הבינלאומי ושל פגיעה באזרחים.

בכבוד רב,

לימור יהודה, עו"ד