

שנה ל"עופרת יצוקה": החובה לקיים חקירה עצמאית והתנאים לקיום חקירה ראויה

כתיבה: עו"ד לימור יהודה, מיכל פומרנץ. ינואר 2010

על ישראל, ככל מדינה המחויבת בכיבוד המשפט הבינלאומי, לקיים חקירה לבדיקת פעולת כוחותיה, אשר גרמו להרג ולפגיעה של אזרחים רבים ולהרס נרחב של מבנים אזרחיים ברצועת עזה במהלך מבצע "עופרת יצוקה". חקירה בדיעבד היא הפן המשלים של החובה לדאוג לכיבוד דיני הלחימה מראש, ובלעדי חקירה, ההתחייבות לעמוד בדיני הלחימה נותרת ריקה מתוכן.

מכלול הנתונים שהצטברו מלמד, כי עיקר הפגיעות באזרחים ובמבנים אזרחיים במהלך מבצע "עופרת יצוקה" אינו תוצר של החלטה מקומית כזו או אחרת, אלא תוצאה של הנחיות ושל החלטות שהתקבלו על-ידי דרגים בכירים בממשלה ובצה"ל, באישור הפרקליטות הצבאית. מכאן, שהחקירה שעל ישראל לנהל חייבת לכלול בחינה של ההחלטות שהתקבלו, ושל הפקודות וההנחיות שניתנו לקראת המבצע ובמהלכו, ואינה יכולה להסתפק בחקירת אירועים נקודתיים, שעיקרם יישום הפקודות בשטח או סטייה מהן על-ידי חייל בודד. מטרת החקירה צריכה להיות כפולה: ראשית, על החקירה לבחון אחריות למעשי עבר, אשר תתייחס הן לאחריות המדינה המשתרעת על כל מעשי כוחותיה, והן לאחריות אישית במקרים שבהם מי מכוחות הביטחון או ממקבלי ההחלטות חשודים בביצועם של פשעי מלחמה או של עבירות אחרות על הדין הישראלי. שנית, על החקירה לקיים בחינה צופה פני עתיד של חוקיות הפקודות וההנחיות שניתנו, במטרה להביא לשינויין של פקודות ושל הנחיות שאינן עולות בקנה אחד עם החובות על פי המשפט הבינלאומי, או לאימוצן של פקודות והנחיות שלא ניתנו והנדרשות לצורך עמידה בחובות אלה.

חקירה זו חייבת להתקיים ללא דיחוי נוסף, ולהיות עצמאית ואפקטיבית. בנסיבות המיוחדות האופפות את פעולת צה"ל בעזה, ולנוכח ניסיון העבר, אנו סבורים כי נדרש שילובו של מומחה זר במשפט הבינלאומי ההומניטרי, למען הבטחת אמינות החקירה ורצינותה.

חובת החקירה איננה רק חובה משפטית הרובצת על מדינת ישראל. זוהי חובה מוסרית ראשונה במעלה – כלפי החיילים שנשלחו להילחם בעזה; כלפי החיילים שיישלחו להילחם בעתיד; כלפי הציבור בישראל; כלפי אזרחי עזה; וכלפי מדינות העולם, האמורות לפקח על קיומם של דיני הלחימה. הימנעות מקיומה של חקירה עצמאית חוטאת לשאיפה לחקר האמת, ומהווה הפרה של החובות המשפטיות והמוסריות של מדינת ישראל.

על אף דרישות שהוצגו על-ידי ארגוני זכויות אדם, משפטנים בכירים ואנשי ציבור רבים, לא נפתחה בישראל עד כה חקירה עצמאית של החשדות הקיימים. מעבר להפרת חובת החקירה יש בהימנעות זו כדי לתרום לתחושת חוסר אמון בהצהרות הרשמיות, והיא מעבירה מסר – שיש מה להסתיר.

על החובה לחקור

חובתה של כל מדינה, המעוגנת בסעיף 1 המשותף לארבע אמנות ג'נבה, 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). אופן ניסוח הפקודות צריך להיות כזה שיבטיח, כי גם הפקודות שיינתנו בסופו של דבר לכוחות בשטח יעלו בקנה אחד עם הוראות האמנות).

החובה לכבד את הוראות האמנות מטילה חובה לחקור מקרים שבהם עולה חשד שהוראות האמנות לא כובדו בפועל. חקירה בדיעבד היא הפן המשלים של החובה לדאוג לכיבוד הוראות האמנות מראש. בלעדי חקירה, ההתחייבות לעמוד בהוראות האמנות נותרת כהתחייבות ריקה מתוכן.

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

המשפט הבינלאומי ההומניטרי מטיל חובה עצמאית לחקור. חובה זו מתגבשת כאשר מועלים חשדות שלפיהם כוחותיה של המדינה היו מעורבים במעשים של הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי¹ (ומכאן גם חשד לאחריות לביצועם של פשעי מלחמה). המדינה חייבת מכוח המשפט הבינלאומי לקיים חקירה של חשדות כאלה.

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.²

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

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

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 מדינה חובה לחקור ביוזמתה את הנסיבות של מקרים שבהם אנשים נהרגו מידי כוחות הביטחון שלה.³ אי-מילוי חובת החקירה עשוי להוות כשלעצמו הפרה של הוראות האמנה.⁴

¹ סעיף 147 לאמנת ג'נבה הרביעית, וסעיף 85 לפרוטוקול הראשון, מונים מעשים הנחשבים הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, ואשר הפרתם המכוונת עלולה להוליד אחריות פלילית.

² J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law (Cambridge, 2005) Vol. 1: Rules, Rules 156-158, pp 607-611.

³ 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).

בפסיקת בית הדין האירופי הובהר, כי דרישה זו אינה מוגבלת לפגיעות בזכות לחיים המתרחשות בזמן שלום. בבית הדין האירופי נדונו מספר תביעות נגד רוסיה, שעסקו 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 כוחותיה.⁵

המשפט הישראלי מטיל אף הוא על רשויות אכיפת החוק חובה לחקור חשדות, שלפיהם רשויות השלטון וכוחות שפעלו בשמן הפרו באופן חמור את הדין. חובה זו נגזרת מעקרון שלטון החוק, שלפיו 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 עברות על-ידי מי מאנשי הרשות המבצעת.⁶ על פי פסיקת בית המשפט העליון, חובתה של ישראל לחקור עומדת לה גם כאשר מדובר במצב לחימה.⁷

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 של המשפט הבינלאומי.⁸

כבר במהלך מבצע "עופרת יצוקה", וביתר שאת עם תום הלחימה, הועלו תלונות וחשדות בדבר הפרות של דיני הלחימה על-ידי כוחות צה"ל. תלונות וחשדות אלה התבססו על מידע ונתונים שהתקבלו ממקורות מידע מגוונים. בנסיבות אלה, רובצת על ישראל החובה ליזום בעצמה חקירה לבדיקת החשדות המתעוררים בנוגע לפעולת כוחותיה. למרות זאת, עד כה טרם יזמה ישראל חקירה עצמאית לבדיקת פעולת כוחותיה ברצועת עזה, פעולה שבמהלכה נהרגו כ-1,400 בני אדם ונפצעו אלפים נוספים, שרבים מהם אזרחים שלא נטלו חלק בלחימה, ובהם מאות נשים וילדים.⁹

⁴ הערה כללית מס' 31 של ועדת זכויות האדם של האו"ם (2004):

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

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.

⁵ Isayeva v. Russia (Appl. 57950/00).

⁶ בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, עמ' 622-621.

⁷ בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (2006), פסקה 16 לפסק הדין.

⁸ דוח הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד) (ינואר, 2008).

⁹ לנתונים בדבר היקף הנפגעים ראו בצלם:

http://www.btselem.org/Download/20090909_Cast_Lead_Fatalities_Heb.pdf

להרחבה בדבר שאלות וחשדות המתעוררים בנוגע לפעולת כוחות צה"ל במהלך מבצע "עופרת יצוקה" ראו מסמך "שנה לסיום הלחימה בעזה – חשדות ושאלות הממתנות לחקירה", באתר האגודה לזכויות האזרח; כן ראו דוח של ארגוני זכויות אדם בישראל שהוגש לוועדת גולדסטון – <http://www.acri.org.il/story.aspx?id=2189>

אמות המידה לחקירה ראויה (לשמה)

“¹⁰promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies”

הפרמטרים לחקירה ראויה

על חקירה ראויה לעמוד בארבעה תנאים מצטברים:¹¹

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

החובה להבטיח את 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)”¹²

דרישת העצמאות של הגוף החוקר הינה תנאי בסיסי. 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. הכלל האוסר על ניגוד עניינים התפתח על רקע זה והרחיב אותו. הכלל קובע, כי אסור לעובד הציבור ולכל בעל תפקיד על-פי דין

¹⁰ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (Mr. Philip Alston), 8 March, 2006, p 14-17.

¹¹ ראו:

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 *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

¹² בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פד"י לד(2) 566, 569 (להלן: פרשת סיעת הליכוד).

להימצא במצב של ניגוד עניינים, וכן אסור לו להימצא במצב שבו קיים חשש סביר, או אפשרות ממשית, לניגוד עניינים.

כאמור, דרישה זו היא גם אחד התנאים הבסיסיים לחקירה על-פי המשפט הבינלאומי. על חברי הגוף החוקר להיות בלתי תלויים בכל מוסד, גוף או אדם אשר עשוי להיות מושא לחקירה. דרישה זו מקבלת משנה תוקף, ומצריכה היערכות ומענה מיוחדים, במקרים שבהם הועלו טענות בדבר אי-התלות או אי-המומחיות של הגופים הקיימים.¹³

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....**¹⁴

(ההדגשות הוספו)

הבטחת אמינות החקירה

הצורך בגוף חקירה עצמאי בעל מומחיות מתחזק נוכח כשלים שבהם לקו חקירות שניהלה ישראל בעבר. בין היתר ניתן להזכיר את החקירות, שנהלו בעניין הריגתו על-ידי כוחות צה"ל של גיימס מילר,¹⁵ בעניין פציעתו של בריאן אייבורי¹⁶ ובעניין השימוש בפצצות מצרר והריגתם של עשרות אזרחים בהתקפה על הכפר קאנא במלחמת לבנון השנייה.¹⁷

¹³ 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>.

¹⁴ בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (2006), פסקה 54 לפסק הדין.
¹⁵ 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, ההשתתפות בפתחת חקירת מצ"ח איפשר לטשטש ראיות ולשבש את החקירה. בסיום ההליכים שלמה ישראל פיצויים למשפחתו של מילר.

¹⁶ במקרה זה החליט הפצ"ר שלא לפתוח בחקירת מצ"ח לבדיקת נסיבות המוות, בהתבסס על התחקיר המבצעי. במסגרת עתירה לבג"ץ 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 שבתצהירי לבג"ץ נכתב כי בוצע תחקיר מקיף על ידי מח"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.

¹⁷ 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>

השערתנו היא שחלק מחומר החקירה הרלבנטי לפעולת כוחות צה"ל הינו חומר סודי, שלא ניתן לפרסמו. ככל ששקיפות החקירה, המשמשת כערובה מרכזית לאמינותה ורצינותה של חקירה, תהא מוגבלת, נדרש חיזוקם של אלמנטים אחרים כדי להבטיח את אמינותה.

בנסיבות אלה, על מנת לעמוד בדרישת העצמאות, נדרש כי לגוף החוקר ימונו אנשים בעלי מומחיות בתחום המשפט הבינלאומי, שאינם חלק ממערכת השלטון היום, ושלא היו מעורבים בדרך כלשהי בהליך קבלת ההחלטות במבצע הנוכחי. שילובו של מומחה זר בעל שיעור קומה בגוף החוקר, או בצוות שילוה ויפקח על פעולתו של צוות החקירה, הינו נדבך חשוב בהבטחת עצמאות החקירה ואמינותה.¹⁸

האם ישראל עומדת בחובת החקירה בכלל, ובפרט האם עומדת בחובה להבטיח את עצמאות הגוף החוקר?

מהנתונים שהצטברו עולה, כי עיקר הפגיעות באזרחים ובמבנים אזרחיים במהלך מבצע "עופרת יצוקה" אינו תוצר של החלטה מקומית כזו או אחרת, אלא תוצאה של הנחיות ושל החלטות שהתקבלו על-ידי דרגים בכירים בממשלה ובצה"ל, באישור הפרקליטות הצבאית. מכאן, שהחקירה שעל ישראל לנהל חייבת לכלול בחינה של הפקודות ושל ההנחיות שניתנו לקראת המבצע ובמהלכו, ואינה יכולה להסתפק בחקירת אירועים נקודתיים, שעיקרם יישום הפקודות בשטח או סטייה מהן על-ידי חייל בודד.

במבצע "עופרת יצוקה" הגורמים הבכירים ביותר במערכת המשפטית – הפרקליט הצבאי הראשי והיועץ המשפטי לממשלה – היו מעורבים בהליך קבלת ההחלטות ובגיבוש ואישור ההנחיות לפעולת כוחות צה"ל. נוכח מעורבות זו ברור, כי חקירה שתבצע על-ידי גורמים אלה או על-ידי אנשים הכפופים להם לא תעמוד בדרישה שגורמי החקירה יהיו עצמאיים ובלתי תלויים בנחקרים.¹⁹

על פי המידע שהגיע לידיעתנו פתח צה"ל עד עתה בחקירות מצ"ח בנוגע לכ-30 אירועים, ואילו את יתר החשדות החליט לתחקר באמצעות "תחקירים מבצעיים" בלבד, תחקירים הנערכים על ידי קצינים בכירים והמועברים לבחינתו של הפרקליט הצבאי הראשי.²⁰ למיטב ידיעתנו, חקירות המצ"ח שנפתחו מתמקדות בעיקר בהתנהגותם של חיילים וקצינים בדרגי השטח.²¹ כמו כן, בכל

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 ממצאי 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.

¹⁸ שילובם של מומחים זרים במנגנון החקירה הינו אמצעי שכבר נעשה בו שימוש בעבר – בוועדה הממלכתית שהקימה ממשלת בריטניה לחקירת מה שכונה "Bloody Sunday Massacre" בצפון אירלנד, שולבו שופטים ממדינות אחרות.

¹⁹ למסקנה דומה הגיעה ועדת וינוגרד, אשר לאור מעורבותם של אנשי הפרקליטות והיועץ המשפטי הבכיר של הצבא בתהליכי קבלת ההחלטות במלחמת לבנון השנייה, המליצה כי תחקירים בנוגע למלחמה ייעשו או יושלמו בפקוח ובשילוב של גורם חיצוני למערכות שפעולתן הן נשוא התחקיר. ראו דוח הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד) (ינואר, 2008), דו"ח סופי, פרק 14, בעמ' 492-493.

²⁰ ראו למשל תשובות לשכת היועץ המשפטי לממשלה מיום 25.2.2009, ומיום 10.9.2009, לפניוטינו אליו:

<http://www.acri.org.il/Story.aspx?id=2070>

²¹ ראו סקירה של חקירות מצ"ח שנפתחו באתר בצלם:

הכבוד, אין זה סביר לצפות מחוקרי מצ"ח, כי יוכלו לחקור ברצינות חשדות הנוגעים לדרג מקבלי ההחלטות בצה"ל ולבחון את חוקיותן של החלטות שהתקבלו על-ידם.

כאמור, כל יתר האירועים והחשדות נבדקים, ככל שנבדקים, במסגרת תחקירים מבצעיים בלבד, המועברים להחלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי. הליך בדיקה זה פגום בשלושה אופנים מרכזיים:

- א. **היעדר עצמאות:** מדובר בהליך בדיקה הנעשה על-ידי "נוגעים בדבר" שאינם בלתי-תלויים בגופים ובאנשים שהחלטותיהם ומעשיהם אמורים להיבחן. כך במיוחד, כאשר הפרקליט הצבאי הראשי, שהיה מעורב בקבלת ההחלטות לפני היציאה למבצע ובמהלך הלחימה, הוא שגם כעת נותר הפוסק העיקרי בעניין.
- ב. **היעדר שקיפות:** תחקירים מבצעיים הינם חסויים ואין כל אפשרות לעיין בהם. כפועל היוצא מכך מדובר בהליך בדיקה שאין כל דרך רצינית לבקרו או לפקח על אמינותו או על רצינותו.
- ג. **היעדר אפקטיביות:** די באי-התקיימותם של שני התנאים הקודמים כדי ללמד, שאין בהליך הבחינה שנערך בצה"ל כדי להביא באופן סביר לממצאים אובייקטיביים באשר לאחריות למעשים.

לסיכום, למיטב ידיעתנו, עד כה לא נפתחה חקירה ראויה, העומדת בתנאים הבסיסיים לקיומה של חקירה בנוגע לעיקר החשדות והשאלות שהועלו ביחס לפעולת כוחות צה"ל במבצע "עופרת יצוקה", שהינן כאמור חשדות הנוגעים להנחיות והחלטות שהתקבלו על-ידי דרגים בכירים בממשלה ובצה"ל, באישור הפרקליטות הצבאית. בנסיבות אלה, וככל שאלו הם תהליכי הבדיקה המתקיימים, האמינות שניתן ליחס להליך הבדיקה שעורכת ישראל הינה נמוכה ביותר.

הפיל שבחדר – החשש מפני העמדה לדין בחו"ל

כאשר מדברים על חקירתם של אירועים ומעשים שעלולים לעלות כדי פשעי מלחמה, לא ניתן להתעלם מהחשש שקיים אצל רבים מפני העמדתם לדין של חיילים ושל קצינים ישראלים אשר השתתפו במבצע בעזה בפני טריבונלים בינלאומיים או בתי משפט במדינות אחרות. קיימת האפשרות, שאין לנו דרך לאשרה או להפריכה, כי הסירוב לקיים חקירה עצמאית נובע מחשש זה.

מטעם זה חשוב לדעת, כי סמכות שיפוט לבתי משפט אחרים עשויה לקום **רק כאשר המדינה בעלת הזיקה למעשה אינה ממלאת את חובתה לחקור כראוי** ולהעמיד לדין את החשודים בהפרות המשפט הבינלאומי.²² עיקרון זה אף מעוגן בסעיף 17 לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, המגדיר כללי קבילות לצורך הפעלת סמכות שיפוט של בית הדין.

http://www.btselem.org/Hebrew/Gaza_Strip/20091227_Updated_list_of_Military_Police_investigation_s_into_Castlead_violations.asp

²² 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.

נראה אם כן, שניהולה של חקירה עצמאית ונטולת פניות, ובמקרים הנדרשים העמדתם לדין של חשודים, לא רק שאיננה מגבירה את הסיכון להעמדתם לדין של קצינים וחיילים ישראלים בפני ערכאות אחרות, אלא היא דרך המלך להתמודדות עם חשש זה.²³ לפיכך, ככל שמדינת ישראל תפעל לחקור בעצמה כיאות את הטענות שהועלו בדבר הפרת המשפט הבינלאומי על-ידי צה"ל, כך תקטן האפשרות שתופעל כנגד קצינים וחיילים סמכות שיפוט על-ידי בתי משפט אחרים.

²³ 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.