

# מדינת ישראל

## משרד המשפטים

לשכת היועץ המשפטי לממשלה

ירושלים, כ"א אלול תשס"ט  
10 ספטמבר 2009

מספרנו : 2009-0004-8516  
(בוטשבה נא לציין מספרנו)

לכבוד  
עו"ד לימור יהודה  
האגודה לזכויות האזרח בישראל  
ת.ד. 35401  
ירושלים 91352

שלום רב,

**הנדון: פעולות צה"ל בעזה במבצע "עופרת יצוקה" - אופן קיום הבדיקה**  
מכתבכם מיום 19.3.09

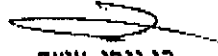
ראשית, נבקש להתנצל על השיהוי במענה למכתבכם שבסמך, אשר נבע בעיקרו מהמתנה לקבלת התייחסויות שנתבקשו לפנייתכם, והצורך לבחון את הנושא באופן יסודי.

לגוף העניין - בעקבות פנייתכם ביקשנו את התייחסות הפרקליטות הצבאית לדברים, ובעקבות כך הוכנה בפרקליטות הצבאית חוות דעת מקיפה, שהועברה אלינו על ידי הפרקליט הצבאי הראשי. בהמשך לחוות דעת זו, נבחנו הדברים על ידי היועץ המשפטי לממשלה בשיתוף עם הגורמים הרלבנטיים במשרדנו.

עמדת הפרקליטות הצבאית, לפיה לא קיימת חובה משפטית להקים מנגנון חקירה "עצמאי וחיצוני", בנפרד ממערכת אכיפת החוק הממלכתית, לשם בחינת אירועי "עופרת יצוקה" - מקובלת על היועץ המשפטי לממשלה. עיקרי הדברים והנימוקים שבבסיס עמדה זו מפורטים במסמך המצ"ב, הכולל תמצית של חוות-הדעת שהוכנה על ידי הפרקליטות הצבאית.

נוסף ונדגיש, כי כפי שהודענו בעבר, ממצאי התחקירים הנערכים בצה"ל ועמדת הפרקליט הצבאי הראשי ביחס אליהם, מועברים לעיון ולבחינת היועץ המשפטי לממשלה וצוות מטעמו עוסק בעניין.

בכבוד רב ובברכת שנה טובה,

  
רוז נזרי, עו"ד  
עוזר בכיר ליועץ המשפטי לממשלה

העתק: פרקליט המדינה  
הפרקליט הצבאי הראשי  
מר שי ניצן, המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים)  
אלי"מ לירון ליבמן, רמ"ח דבלי"א

רח"ט צלח א-דין 29, ירושלים 91010 ☎ 02-6466521 פקס: 02-6467001

משרד המשפטים לשכת היועץ המשפטי לממשלה דואר נה"ט 06-09-2009 מסמך מס' _____ וניק _____ ת.ד. 8331-04-08
--

מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי  
 מחלקת ת"י  
 טל': 03-5696662/3  
 מס"ב"לי: 0302-(2)6662/3  
 מקסי': 03-5694629  
 א"י: 610-3557  
 מקס-א"י: 602-3861  
 XIn4: 120020  
 י"ד: 3  
 באלול  
 בספטמבר 2009  
 התשס"ט

היועץ המשפטי לממשלה

הנדון: תקינתו של הפרוט לכאורה של דיני הלחימה במבצע "עופרת יצוקה"

גללי

1. נתבקשה התייחסותנו לשלוש פניות עקרוניות שעניינן היקפה ומהותה של החובה המוטלת על מדינת ישראל ביחס לחקירת הטענות בדבר הפרות לכאורה של דיני הלחימה על ידי חיילי צה"ל במהלך מבצע "עופרת יצוקה".

א. מכתבם של הפרופסורים למשפטים אייל בנבנישתי, יפח זילברשץ, ברק מדינה, קלוד קליין, דוד קרצ'מר ויובל שני, מיום 5.2.09, שכותרתו "פעולות צה"ל בעזה: החובה לערוך חקירה" (להלן: מכתב הפרופסורים). במכתבם, טוענים ששת הפרופסורים כי על ישראל מוטלת חובה משפטית לקיים חקירה עצמאית לבחינת טענות בדבר הפרת של דיני הלחימה במהלך מבצע "עופרת יצוקה". לאור זאת, דורשים הפונים כי ימונה לעניין זה צוות, אשר ירכיב מאנשים שלא היו "חלק מהמערכת" בזמן המבצע, וכי לצידו של הצוות החוקר יש להקים צוות נוסף, שמטרתו להבטיח את אמינות החקירה - ומומלץ לכלול בו מומחה זר למשפט בין-לאומי הומניטארי.

ב. מכתבה של ע"יז לימור יהודה מהאגודה לזכויות האזרח, מיום 19.3.09, שכותרתו "מנגנון לחקירת מקרי פגיעה באזרחים ברצועת עזה - חשד להפרות חמורות של דיני הלחימה" (להלן: מכתב האגודה לזכויות האזרח). במכתבה, דורשת האגודה לזכויות האזרח כי יוקם מנגנון חקירה עצמאי לבחינת אירועי המבצע, אשר יעמוד בארבע הדרישות הבאות: מיידיות, עצמאות, פומביות ואפקטיביות.

ג. מכתבם של פרופ' פרנסיס רדאי, מר אבינעם כהן וד"ר רעות גז, ממרכז "קונקורדי" לחקר קליטת המשפט הבין-לאומי בישראל, מיום 7.6.09, שכותרתו "החובה לקיים חקירה עצמאית בעקבות הלחימה במבצע "עופרת יצוקה". מכתב זה חוזר במידה רבה על הטענות שהועלו בשתי הפניות שקדמו לו, ומסתמך לעניין זה אף על הערותיה של חוועדה האמונה על יישום האמנה נגד עינויים ביחס לדו"ח התקופתי שהגיש לה ישראל באחרונה.

2. נוכח טענות אלו, הוכנה במחלקתנו חוות דעת מקיפה ומפורטת, אודות מהותה של החובה לחקור הפרות לכאורה של דיני הלחימה ויישומה בעקבות מבצע "עופרת יצוקה". בין השאר, נסמכה חוות הדעת על המקורות שהוזכרו בשלושת הפניות העקרוניות הנ"ל, כמו גם על מקורות משפטיים נוספים. חוות הדעת, אשר חכנתה

ארכה זמן רב, הועברה לעיון, ובהמשך לכך, נתבקשו לתמצת את עיקריה לכדי מענה לפניות – ולכך נפנה לחלן.

**"החובה לחקור פשעי מלחמה" במשפט הבין-לאומי**

3. כמצוין במכתב הפרופטורים ובמכתב האגודה, סעיף 146 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 (לחלן: **אמנת ג'נבה הרביעית**), כמו גם סעיפים מקבילים חמצויים ביתר אמונת ג'נבה וכן בפרוטוקול הנוסף הראשון לארבעת האמנות הללו משנת 1977 (לחלן: **הפרוטוקול הראשון**), מבטטים את קיומה של חובה לחקור "הפרות המורדות" (grave breaches) של דיני הלחימה, כנגזרת של החובה לאתר ולהעמיד לדין את מבצעייהן של הפרות כאמור ולאכוף בכך את הציות לדיני הלחימה.

4. יוער, כי לאור תמחלוקת הקיימת ביחס להגדרתם של מעשים מסוימים כ-פשעי מלחמה בסעיף 8 לחוקת בית הדין הפלילי הבין-לאומי (לחלן: **חוקת רומא**), אשר ישראל כידוע אינה צד לה – כמו גם ביחס למנהגיותו של חלק מחוקאות הפרוטוקול הראשון, אשר אף לו ישראל אינה צד – עשויה להתעורר שאלה בנוגע לתחולתה של החובה האמורה ביחס למעשים מסוימים. עם זאת, בהתחשב בכך שהטענות שזועלו בנוגע להתנהלות אה"ל במבצע "עופרת יצוקה" מתארות הפרות לכאורה של העקרונות הבסיסיים של דיני הלחימה – כגון עקרון ההבחנה – השאלה האמורה אינה מתעוררת בענייננו. בדומה, גם שאלת סיווגו של העימות המזוין הנוכחי ברצועת עזה – כבין-לאומי או שאינו בין-לאומי – אינה משליכה, לכאורה, על חסוגיה דעסקינן. **בתנאים ייחודיים כאלו לאור האמור להלן משום נסיטת עמדה בשתי שאלות סיבוכות ומורכבות אלו.**

5. בעוד שעצם קיומה של חובה לחקור פשעי מלחמה אינו שנוי במחלוקת, אין במקורות שהוזכרו לעיל כל חתייתחות באשר לאופן בו יש לערוך חקירות מעין אלו. לאור זאת, לחבנתנו, לא ניתן לקבוע כי בדיני הלחימה קיימת נורמה מנהגית ביחס לאופן חקירתם של "פשעי מלחמה". הפרקטיקה המדינית בנושא היא מועטה יחסית, ובכל מקרה קשה להסתמך עליה, שכן קשה לומר האם אותו מדינות פעלו כפי שפעלו מכיוון שראו עצמן מחויבות משפטית לעשות כד (opinio juris), או בשל טעמים אחרים, פוליטיים או תדמיתיים.

6. כפי שמצויינים מספר כותבים, המדינה נהנית משיקול דעת רחב בחקשר זה, הכפוף אך ורק לדרישה כי המדינה תממש את חובתה האמורה – כמו כל חתייבות בין-לאומית – בתום לב (לדוגמא: Amichai Cohen and Yuval Shany, *A Development of the Principle of Proportionality in the Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Louise Doxwald-Beck, Targeted Killings Case*, 5 J. INT'L CRIM. Jus. 310, 317 (2007) *The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provides (all the Answers?*, 88 INT'L REV. RED CROSS 881, 898 (2006).

זהו, אפוא, הכלל היחיד הרלבנטי לעניין **אומן** עריכת החקירות האמורות.

7. בחמשך לכך, מקור משלים לחובה לחקור לפי דיני הלחימה, הוא **המשפט הבין-לאומי הפלילי**. כידוע, לפני כעשור, אומצה חוקת רומא, אשר הקימה את בית-הדין הפלילי הבינלאומי שבידיו מופקדת הסמכות לאכוף פשעים בינלאומיים חמורים, מקום בו מדינה שהיא צד לחוקה וששטחה או על-ידי אזרחיה התבצעו הפשעים איננה מעוניינת או מסוגלת להעמיד את מבצעייהם לדין. בבסיס סמכות השיפוט העניינית של בית הדין הפלילי הבין-לאומי מונח עקרון ה-"משלימות" (complementarity) המגלם את הקדימות הניתנת למערכות אכיפת החוק המדיניות לחקור ולהעמיד לדין את מבצעייהם של פשעי מלחמה.

8. כפן תמעשי, עקרון זה משתקף בסעיף 17 לחוקת רומא, אשר מגדיר את תנאי ה-"קבילות" (admissibility) של אישומים המובאים לפני בית הדין. בין השאר, קובע

הטעיף כי מקרה לא יהיה קביל אם הוא מצוי בחקירה או בהעמדה לדין על-ידי מדינה בעלת סמכות שיפוט, אלא אם המדינה אינה רוצה או אינה יכולה למצות את החקירה ב-"כנות" (genuinely). בהמשך לכך, קובע כלל 51 לכללי הפרוצדורה והראיות החלים על החליטים בפני בית הדין הפלילי הבין-לאומי כי המדינה תחא רשאית להציג בפניו מידע לפיו החליטים האמורים עומדים בסטנדרטים הבין-לאומיים המקובלים לחקירת חונתהגות דומה.

9. הגם שישראל איננה צד לחוקת רומא, ושאלן בכך השלכח ישירה ביחס למשמעותה של דרישת "תום הלב" במימוש חובת החקירה קבועה בזיני החלימה, עולה מכאן **הלב הגבוה** בו יש לעמוד כדי "להפיק" את סמכות השיפוט של המדינה. אחד הכותבים מצוין כי לצורך כך, יהיה על התובע של בית הדין הפלילי הבין-לאומי (שעליו נטל ההוכחה בעניין זה) להראות כי המדינה **חוסמת באופן אקטיבי** את החתימה לצדק, וכי דווקא "סטייה" מרובת מתהליכי החקירה המקובלים במדינה - למשל, מסירת הבדיקה לידו "חוקר מיוחד" - **עלולה לפעול לרעתה** בהקשר זה - John T. Holmes, *Complementarity: National Courts versus the ICC*, in 1 THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY 667, 673-74 (eds.), 2002 ((Antonio Cassese, Paolo Gaeta & John R.W.D. Jones (eds.), 2002).

10. לבסוף, מקור נוסף במשפט הבין-לאומי בו קיימת "חובה לחקור", אליו התייחסו הפונים במכתביהם, הוא **משפט זכויות האדם הבין-לאומי**. עוד בטרם נתייחס לעצם האפשרות להחיל נורמות שמקורן בענף משפטי זה ביחס לסיטואציה דעסקינן נבקש להזגיש, כי לחבנתנו, חובת החקירה במשפט זכויות האדם הינה בעלת **תכלית, טיב והיקף שונים לחלוטין** מחובת החקירה לפי דיני החלימה.

זו האחרונה, כאמור, הינה חקירה פלילית במהותה שנועדה לאתר חשודים ולהעמידם לדין; זו הראשונה נועדה לערוך בירור יסודי של העובדות סביב הפרתן של זכויות אדם מסוימות (בדרך-כלל מדובר במוות של אדם או בהעלמותו), תוך השיפה ותיוקן של כשלים פרטניים ומערכתיים שחובילו לכך ותוך מתן אפשרות למשפחתו של הקורבן להגיע ל-"סגירת המעגל" הנחוצה להם ולזכות בפיצול הולם בגין הפרתה של הזכות הרלבנטית (למשל: Regina (ex parte Amin) v. Secretary of State for the Home Department, [2003] UKHL 51, para. 31).

11. מבחינת היקפה, חובת החקירה לפי משפט זכויות האדם הבין-לאומי **שמה לפאורה בכל מקרה של פגיעה בזכויות אדם מסוימות** - ללא קשר לזכות הקורבן או לנסיבות הפגיעה בזכות. אולם, בסיטואציה הנשלטת על-ידי דיני החלימה, מוות בחיפה נרחב יותר, על פי רוב - בין של אנשי הכוחות המזוינים של הצד שכנגד ובין של אזרחי - הוא צפוי מראש, וחובה לחקור את כלל אירועי החלימה שהסתיימו במוות **אינה קיימת** (Byal Benvenisti, *Human Dignity in Combat: The Duty to Spare (Enemy) Civilians*, 39 Isr. L. Rev. 81, 100 (2006)).

12. בהתאם, חובת החקירה לפי דיני החלימה משתרעת, כאמור, **רק ביחס לחשדות לביצוע "הפרת חמורות" או "פשעי מלחמה"**; ובהקשר זה, יש לזכור, כי הפגיעה הנרחבת באוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה אין בה, כשהיא לעצמה, ראייה לכך כי הצבא פעל בניגוד לחוראות דיני החלימה (כך, אגב, צוין גם על ידי ארגון 'בעלם', בפרסומו מן העת האחרונה: מתווה לחקירת פעולות הצבא בממצע "עופרת יצוקה" (מרץ 2009), בעמ' 2).

13. עוד יוער, כי חובת החקירה במשפט זכויות האדם הבין-לאומי אינה מתמצה בכך שהיא נערכת על-ידי מנגנון "חיצוני ועצמאי". בית הדין האירופי וועדת זכויות האדם הציבו דרישות נוספות, בראשן פומביות החקירה ושיתוף משפחת הנפגע, אך מטבע הדברים, וכפי שצוין במכתב הפרופסורים, דרישות אלו אינן ישימות מקום בו מדובר על חקירת 'פשעי מלחמה', העשויה לערב בחינה, בין השאר, של חומר

מודיעיני, שיטות פעולה, כללי פתיחה באש, טכנולוגיות צבאיות מסווגות ועוד -  
ובפרט כאשר הנפגעים הם תושבי טריטוריה זרה הנשלטת על-דני ארגון טרור  
(Kenneth Watkin, Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in  
Contemporary Armed Conflict, 98 AM. J. INT'L L. 1, 33-34 (2004)).

המסגרת המשפטית לחקירת הפרות לכאורה של דיני החנימה אגב החנימה ברצועת עזה

14. במשפט הבין-לאומי קיימות, אפוא, שתי "חובות לחקור" - האחת מקורה בדיני  
החנימה, האחרת במשפט זכויות האדם הבין-לאומי - אשר תכליתו, היקפו וטיבו  
שונה לחלוטין.

15. כידוע, עמדתה של ישראל הינה כי למשפט זכויות האדם הבין-לאומי אינו כולל  
תחולת על פעולות צה"ל בטוחים המוחזקים על-ידה בתפיסה לוחמתית. בעמדה זו,  
אשר לטעמיה לא נידרש במסגרת זו, נקטה ישראל ביחס לרצועת עזה עוד בתקופה  
בה הייתה נהוגה בממשל צבאי. משחסייתים הממשל הצבאי, ועל פעולות צה"ל  
ברצועה לא חלים עוד דיני התפיסה הלוחמתית אלא דיני החנימה בלבד (בג"ץ  
9132/07 אלכסיינג'ני ראש הממשלה ואח', תס-על 12008 (1) 1213), נראה כי עמדת זו  
מקבלת משנה-תוסף.

יתרה מכך, לא זו בלבד שהרצועה מהווה עתה טריטוריה זרה לכל דבר ועניין, אלא  
שמאז יוני 2007 היא נתונה לשליטתו האפקטיבית של ארגון טרור; במסגרת זו, כוח  
לעצמו הארגון כוחות מזוינים בעלי סממנים צבאיים מובהקים; ובאמצעותם, מנהל  
שלטון הטרור ברצועה לחימה מתמשכת כנגד מדינת ישראל. בעימות זה, ככלל, לא  
חלתו נורמות מעולם משפט זכויות האדם הבין-לאומי.

16. הקדמנו וציינו זאת כדי להבהיר, למען הסר ספק, כי לחשקפתנו לא יכולה לעמון  
משפט זכויות האדם הבין-לאומי חובת חקירה "גפרדת" ביחס לחוקיות פעולות  
צה"ל ברצועת עזה. לכל היותר, ניתן היה לטעון כי חובת החקירה המעוגנת במשפט  
זכויות האדם יכולה לשמש כמקור פרשני לעניין אופן מימושה של חובת החקירה  
לפי דיני החנימה, בכפוף לדרישת תום הלב. עם זאת, אף טענה זו אינה סבירה, נוכח  
תכליתו, היקפו וטיבו השונה של "חובות לחקור"; וכן, לאור השוני הרב בין  
הנסיבות שלאורך התפתחה חובת החקירה במשפט זכויות האדם הבין-לאומי.

17. באשר לנסיבות התגבשותה של חובת החקירה במשפט זכויות האדם הבין-לאומי,  
בהחלטותיה של ועדת זכויות האדם (Human Rights Committee) ושל בית הדין  
האירופי לזכויות אדם, יש לשים לב לכך שברובם המכריע של המקרים, חקורבנות -  
כלומר, אלו שנפגעה זכותם לחיים או שהיו קורבן לחיעלמות כפויה - היו אזרחי  
המדינה שנדרשה לערוך את החקירה; והאירועים שחקירתם נדרשה התרחשו  
בשטח הריבוני. בנוסף, אופי הפעילות במהלכה נפגעה הזכות לחיים הייתה  
"שיטורית" ולא "לחימתית". זוהו הבדל רב-משמעות. תכליתה של פעילות "שיטורית"  
היא תמיד מעצר והעמדה לדין - וכל הרג, בין של "יעדי" הפעילות ובין של אחרים,  
אינו אמור להתרחש. מנגד, הנחת המוצא של פעילות "לחימתית" הינה שימוש בכוח  
קטלני כנגד "יעדי" הפעילות, קרי מי שנמנים על שורות הכוחות המזוינים של הצד  
שכנגד. בהתאם, אף מותם של אזרחים כתוצאה מכך הוא בגדר תוצאה מצערת - אך  
לעיתים קרובות בלתי-נמנעת - אשר אין בה כל פסול חוקי, ובלבד שלא חרגה  
מהגבולות שמתווה עקרון המידתיות של דיני החנימה. בדין כל לכך יש נפקות אף  
בין החקירתי.

18. אמנם, בפסיקתו העדכנית של בית הדין האירופי לזכויות אדם חלה התפתחות  
הדרגתית, במסגרתה חולחל החובה גם על מה שעשוי היה לחישוב כאירועים  
שחתרשו במסגרת לחימה "של ממש", אשר התחוללו מחוץ לשטח הריבוני של  
המדינה הדלוונטית ושבההלכם נפגעה זכותם לחיים גם של מי שאינם אזרחי  
המדינה, אין כנגד התפתחות זו יש להציב מספר עובדות מרכזיות.

ראשית, מדובר בפסיקתה של ערכאה אחת בלבד - מרכזית, אמנם - המפרשת ומיישמת אמנת זכויות אדם אזורית שישראל (כמו גם מרבית מדינות העולם) כלל אינה צד לה.

שנית, רק במקרה אחד הפגיעה בזכות לחיים התרחשה אגב עימות מזוין (אשר אף הוכר ככזה על-ידי חומדינות שנדרשו לבצע את החקירה) - אך באותו מקרה, הפצרות נאטיי בסרביה, סירב בית הדין האירופי לדון בשענות לגופו בנימוק שחקרה אינו מצוי בסמכותו העניינית ( Bankovic et al v. Belgium and 16 other (States, 2001 Eur. Ct. H.R. 970). בדומה, אף בית הלורדים הבריטי נמנע מלהטיל את חובת החקירה ביחס לנסיבות מותם של אזרחים עיראקיים, שנהרגו במסגרת פעילות צבא בריטניה במדינה, מבלי שהיו מצויים במשמורתו ( Al-Skeini and Others (v. Secretary of State for Defence, [2007] UKHL 26 ).

ושלישית, בכל יתר המקרים שנידונו בפני בית הדין האירופי בהקשר זה, לא נקטה המדינה שנדרשה לבצע את החקירה בעמדה כי הפגיעה בזכות לחיים התרחשה אגב עימות מזוין. בהתאם, בית הדין האירופי עצמו כלל לא ניתח בפסיקתו נורמות רלבנטיות של דיני הלחימה ( Gloria Gaggioli and Robert Kolb, A Right to Life in Armed Conflicts? The Contribution of the European Court of Human Rights, 37 18r. YEARBOOK HUM. RTS. 114, 124, 126 (2007)). בכל מקרה, יובהר כי בית הדין האירופי נמנע מלעיין במפורש כי חובת החקירה שאותה הוא מטיל חלה אף במצבים של עימות מזוין.

19. לאור כלל האמור לעיל, מתבקשת המסקנה כי לא ניתן להשתמש במשפט זכויות האדם הבין-לאומי ובחובת החקירה שפותחה במסגרתו כדי "למלא בתוכו" את חובת החקירה הקיימת כדיני הלחימה ובכדי להוסיף דרישות קונקרטיות החורגות מהדרישה הבסיסית כי חובת זו תמומש בתום לב.

20. בהקשר זה, צויין בפניות, כי ביטוי לחובה לערוך חקירה "עצמאית והיצונית" של חוקיות פעולות הלחימה במבצע "עופרת יצוקה" קיים גם בפסיקתו של בית המשפט העליון בנוגע למדיניות "הסיכולים הממוקדים", שם, כזכור, קבע בית המשפט העליון כי יש לערוך בדיקה יסודית ועצמאית לאחר תקיפת של אזרחים חנוטלים חלק ישיר בפעולות האיבה (בנייץ 769/02 הנועד הציבורי נגד עיניים נ ממשלת ישראל ואח', תק-על 2006(4) 3958, 3981).

21. אלא, שקביעה זו מוגבלת להרג של אזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר בלחימה, שנהרגו במסגרת פעולות "סיכול ממוקד", אשר בוצעו בנסיבות שבהן דן פסק הדין - חשונות לגמרי מנסיבות מבצע "עופרת יצוקה". זאת ועוד: כידוע, קביעה זו שבפסק הדין אינה מבוססת על נורמות של דיני הלחימה, אלא על נורמות של משפט זכויות אדם בין-לאומי - עובדה הנלמדת בעיקר מהאסמכתאות שחובאו לכך בפסק הדין (ראו גם: Marko Milanovic, Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Case, 89 INT'L (REV. RED CROSS 373, 390 (2007)).

22. לעיל הסברנו בהרחבה מדוע אין משפט זכויות האדם הבין-לאומי מהווה מקור פרשני מתאים בסוגיה דען. אבהיר, כי בפד אין כל סתירה לפסיקתו הנ"ל של בית המשפט העליון, שכן זו ניתנה על רקע מצאיאות עובדתית ומשפטית שונה לחלוטין, בעיקר בכל הנוגע לרצועת עזה. כך, ביטולו של הממשל הצבאי והשינוי במעמדה המשפטי של הרצועה ובמסגרת הנורמטיבית החלה על פעילות צה"ל בשטחה - והפרכתו של החמא"ס מארגון טרור שלחיימו מבוזרת, ספוראדית ומקומית לשלטון טרור שלחיימו ריכוזית, שיטתית ומעין-צבאית - שינו את פני העימות המזוין ברצועת עזה, עד שספק אם ניתן עוד לומר כי קביעותיו של בית המשפט העליון בפסק דינו האמור נועדו לחול על חמצב העובדתי ברצועת עזה בעת הנזכחת.

23. עניין נוסף, שאף אותו יש לקחת בחשבון בחקשר זה, הוא שסיכול ממוקד, מעצם הגדרתו, הוא פעולה מבודדת ותחומה בזמן, אשר ניתן לומר כי דפוס החקירה של 'בדיקה עצמאית' מתאים לנסיבותיו. זאת, בניגוד ללחימה בהיקף נרחב, הנמשכת באופן רציף לפרק זמן מסוים - כך שבכל זגע נתון מתרחשים, בעת ובעונה אחת, אין-ספור אירועי לחימה.

24. מכל מקום, ובחתייחס לחיבת החקירתי בלבד, אף אם בשעתו ניתן היה לומר כי בלחימה שמתנהלת בשטח המצוי בשליטתה האמקטיבית של ישראל, ושחלים עליה במקביל דיני התפיסה הלוחמתית, יש הצדקה לחחיל חובת חקירה מעין זו - ענה אין לבד עוד כל הצדקה, עיונית ומעשית כאחד. משכך, ובהעדר התאמה בין מהותה של החובה לחקור 'פשעי מלחמה' לבין מהותה של חובת הבדיקה כפי שהוגדרה על-ידי בית המשפט העליון - ובשים לב לעובדה כי זו האחרונה לקוחה מתוך משפט זכויות האדם הבין-לאומי, שכאמור אינו חל ככלל בענייננו - עמדתי היא כי לא ניתן לחקיש ממנה לענייננו.

מן הכלל אל הפרט - אופן בדיקתן של טענות בדבר הפרות לכאורה של דיני הלחימה על-ידי כוחות צה"ל במבצע "עופרת יצוקה"

25. כפי שפורטם באמצעי התקשורת זה מכבר, זמן קצר לאחר המבצע מונו על-ידי זרמטכ"ל חמישה קצינים בכירים, בדרגת אלוף-משנה, לתחקורן של חמש סוגיות עיקריות. הנוגעות לחוקיות פעולות הלחימה של צה"ל במבצע "עופרת יצוקה". יודגש, כי אף לא אחד מהמתחקרים היה מעורב במישורן בסוגיות אותן מונה לתחקר, עוד יצוין, כי בשלושה מחמשת התחקירים נבחנו גם אירועים סונקורטיים, בחמשך לפניות שהועברו מגורמים שונים ולפרסומים בתקשורת.

26. כל זאת, בהתאם למדיניות חקירות של הפרקליט הצבאי הראשי, לפיה בנסיבות של לחימה, רק מקום בו ממצאי התחקיר מעלים חשדות להפרת הדין ונכלל זה - דיני הלחימה) נפתחת חקירה פלילית בעניין. בהתאם, אף חמשת התחקירים הנ"ל מונחים עתה בפני הפרקליט הצבאי הראשי, אשר בהתאם לחוזיות ופקודות הצבא הרלבנטיות, יחווה את דעתו באשר לממצאיהם ויחליט אם ואלו צעדים יש לנקוט לאורם. כמו כן, מפאת רגישות הדברים, סוכם כי ממצאי חמשת התחקירים האמורים וחוות-דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי ביחס אליהם יוצגו בפני היועץ המשפטי לממשלה, בבוא העת.

27. באופן דומה, נבדקות עתה כלל הטענות הפרטניות בדבר הפרות לכאורה של דיני הלחימה שבוצעו על-ידי חיילי צה"ל במהלך "עופרת יצוקה", לרבות אלו שלא נבדקו במסגרת התחקירים הנ"ל. לצורך כך, נערכה בפרקליטות הצבאית עבודת ריכוז ומיפוי מקיפה, במסגרתה, נבחנו כלל חפניות, התלונות, חזו"חות, הפרסומים וחשאלות שהובאו לידיעתה ישירות, במסגרת פניות שנשלחו לצה"ל, או בעקיפין, במסגרת פרסומים פומביים. רשימת האירועים שגובשה במסגרת זו הועברה באחרונה לגורמים המבצעיים הרלבנטיים, אשר עתה נדרשים לקיים לגביהם תחקירים מבצעיים, ולהעביר את ממצאיהם לעיונה של הפרקליטות הצבאית. על בסיס ממצאים אלו, תתקבלנה החלטות בדבר כל אחת ואחת מהטענות הפרטניות האמורות לעיל.

עד כה נפתחו בעשרים חקירות פליליות ביחס לעבירות מסוגים שונים, לרבות טענות בדבר ותעללות בעצורים, שימוש באזרחים כב-י"מגן אנושי, ירי על אזרחים נושאי דגלים לבנים ונטילת רכוש פרטי. בחקשר זה, חייל אחד כבר חורשע בגין גניבת כרטיס אשראי של תושב היצועה, ונעזרו עליו חמישה עשר חודשי מאסר, מחם שבעה וחצי חודשי מאסר בפועל והיתרח על תנאי וחורדה לדרגת טוראי.

28. חקירתם של חשדות בדבר ביצוע "פשעי מלחמה" באופן חמוראר לעיל, עולה בקנה אחד עם הדרישה כי המדינה תממש את חובתה לחקור בתום לב.

29. כזכור, בלב תגובת המדינה לעתירה שהוגשה כנגד "מדיניות החקירות" של הפרקליט הצבאי הראשי (בג"ץ 9594/03 פגלם נ' הפרקליט הצבאי הראשי, הודעה משלימה ראשונה מטעם המדינה מיום 4.7.04, ניצב הטיעון, כי בהתחשב במציאות הביטחונית השוררת בארצנו וברצועות עזה מאז פרוץ אירועי האלימות בשלהי שנת 2000, מותו או פגיעתו של תושב פלסטיני, אף אם אינו מעורב בלחימה, במהלך פעילות לחימתית של כוחות צה"ל, אינם מעידים מיניה ובינה על כך שבוצעה עבירה פלילית ועל כן אינם מחייבים פתיחה בחקירה פלילית בכל מקרה.

30. לטעמנו, השימוש בתחקיר המבצעי, ככלי עזר לבחינת הצורך בקיומה של חקירה פלילית, הוא ראוי והכרחי כאחד. ודוק: התחקיר המבצעי אינו מהווה תחליף לעריכתן של חקירות פליליות במקרים המתאימים, ועל כן השימוש בו חולם את תכליתה של החובה לחקור "ישע"י מלחמה", קרי איתור השודים בחפרות של דיני החינוח והעמדתם לדין. החקירה שדיני החינוח "ירואים" לנגד עיניהם" הינה פלילית במהותה, אך אין משמעות הדבר כי החקירה הפלילית צריכה להיות "אוטומטית" (וראו לעניין זה את החלטתו מחעת האחרונה של בית המשפט העליון, הדוחה את העתירה שהוגשה כנגד אי-קיומה של חקירה פלילית ביחס לאירוע הסיכול הממוקד של בכיר החמא"ס, צלאח שאהדה; בג"ץ 8794/03 חס נ' הפרקליט הצבאי, תק-על 2008(4) 3581).

31. גישה זו היא מחויבת מציאות, מקל וחומר, מקום בו מדובר על מוות של אזרחים במהלך פעילות לחימתית מחסוג שאפיון את מבצע "עופרת יצוקה": אינטנסיביות, תחומה בזמן, בליבו של איזור עירוני; וכזו שמעורבים בה כוחות רבים, ביבשה, בים ובאוויר, הנלחמים בכוחותיו המזוינים של שלטון טרור, אשר פועלים מקרבה של האוכלוסייה האזרחית. כך טענה המדינה אך באחרונה, בתשובתה לעתירה שהוגשה כנגד החלטת הפרקליט הצבאי הראשי שלא לפתוח בחקירה פלילית "כללית" ביחס להתנהלות כוחות צה"ל במבצעים "קשת בענן" ו-"ימי תשובה" שחתהלו ברצועות עזה בחודשים מאי ואוקטובר 2004, בהתאמה (בג"ץ 3292/07 עצאללה נ' הנועז המשפטי לממשלה). יצוין, כי בדיון שנערך בעתירה זו בראשית חודש מאי האחרון, ניתן היה להתרשם כי אף בית המשפט העליון נוטה לעמדה זו.

מכל מקום, לטעמנו, נדרש השד קונקרטי וממשי להתנהגות פלילית כעילה לפתיחה בחקירה פלילית ביחס לפעילות מבצעית.

32. בדומה לכל חקירה פלילית, אף בדיקתן של הטענות בדבר הפרות לכאורה של דיני החינוח על-ידי חיילי צה"ל במבצע "עופרת יצוקה", צריך שתעשה על-ידי גורמי אכיפת החוק האמונים על כך, הן בפן החקירתי והן בפן התביעתי. לשיטתנו, "עצמאותת" של החקירה אינה נמדדת בהפקדתה בידי גורמים חיצוניים, אלא בכך שהיא נערכת על-ידי גורמי אכיפת בעלי שיקול דעת עצמאי.

33. בחינה של פרקטיקה מדינתית בחקשר זה, שנערכה על ידנו, לא גילתה מקרים בהם חקירתם של "ישע"י מלחמה" שבוצעו לכאורה על-ידי הצבא במסגרת עימות מזוין, נמסרה לגוף "חיצוני ועצמאי" כבוצע על-ידכם. תחת זאת, תמיד באמו מתבצעות על-ידי גורמי אכיפת תחום הצבאיים (ראו, למשל, לעניין זה, סקירה של האופן בו נחקרה פרשת ההתעללות בכלא אבו-גרייב בעיראק: Julie B. Martin, *The International Criminal Court: Defining Complementarity and Divining Implications for the United States*, 4. LOY. U. CHI. INT'L L. REV. 107, 125-26 (2006-07)).

34. בהקשר זה אף לא למותר לציין, כי במרבית הצבאות המערביים מקובל חמודל לפני הגורם העומד בראש השירות המשפטי הצבאי מהווה הן בכיר היועצים המשפטיים והן ראש מערכת אכיפת החוק. ככל הידוע לנו, אין זה נהוג כי בצבאות ורים, גורמים במערכת המשפט הצבאית שהיו מעורבים במתן ייעוץ משפטי "בזמן אמת" מדירים עצמם מחיטוק בחקירתם של "ישע"י מלחמה ובממצאיהן. יוזכר, כי טענה ברורה זו



- לפיה הפרקליטות הצבאית מנועה מלבחון ממצאי חקירה כאשר לאופן קביעתן ויישומן של חוזרות פתיחה באש - נדחתה זה מכבר על-ידי בית המשפט העליון (בג"ץ 741/05 אל המצ ואח' נ' התובעת הצבאית הראשית ואח', תק-על 2006(4) 5001, 5008).

35. לבסוף, אפילו אם לצורך העניין היה מוקם מנגנון חקירה "חיצוני ועצמאי", כזה או אחר, בהקשר זה - וזה היה מוצא כי אכן בוצעו, לכאורה, 'פשעי מלחמה' - לא היה זה בסמכותו לחורות על העמדתם של מבצעיהם לדין. על כן, גם בתרחיש זה, מימוש החובה העיקרית שמטילים דיני הלחימה על המדינה בהקשר זה היה מצריך להעביר את העניין לטיפולן של רשויות אכיפת החוק; ואלו, בתורן, היו נדרשות לקבל החלטה האם יש מקום להעמיד את המבצעים לדין - ולצורך כך, ממילא, היותה נדרשת גם חקירה פלילית "רגילה". אם כן, לא זו בלבד שחקמת מנגנון כאמור אינה מתחייבת מימוש החובה לחקור - אלא שמבחינה מעשית הדבר עלול לסרב ולעכב את אכיפת החוק הפלילי, במקרים שהדבר נדרש.

מן המקובץ לעיל עולה, כי אין כל מקום לסבור שהשימוש בתחקירים מבצעיים ובחקירות פליליות צבאיות לשם מימוש החובה לחקור 'פשעי מלחמה' אינו עולה בקנה אחד עם החובה המוטלת על מדינת ישראל מכוח דיני הלחימה לקיים חקירה בתום לב של פשעים כאמור.

36. אף כשבוחנו את הדברים מן הזווית של המשפט הבין-לאומי הפלילי, ניתן לקבוע כי חקירה מדינתית בדבר חשדות לביצוע 'פשעי מלחמה' שנערכו לפי הפרוצדורה הרגילה באותה מדינה לבירורם של חשדות זומים, הינה חקירה שנערכה בכנות. ככל שסטנדרט הכנות של חוקת רומא משליך על פרשנותה של דרישת תום הלב בענייננו, משמעות הדבר שלצורך עמידה בדרישה זו במימוש החובה לחקור 'פשעי מלחמה', אין צורך לסטות מחוץ המקובל במדינה לחקירות כגון דא - למשל על-ידי שיתופם של גורמים חיצוניים בתהליך. מכאן, שעל-מנת שהבדיקות והחקירות שנערכו ושתערכנה בדבר חשדות לביצוע 'פשעי מלחמה' על-ידי כוחות צה"ל בזמן מבצע 'עופרת יצוקה' תאפשרנה לטעון לתחולתו של עקרון ה-"משלימות" (אשר, להבנתנו, חל גם בהליכים פליליים בפני ערכאות מדינתיות זרות, לפי עקרון "הסמכות האוניברסאלית"), אין חכרת כי חן תבוצענה על-ידי מנגנון חקירה "עצמאי וחיצוני", כפי שהוצע בפניות.

37. אשר לדין הישראלי הפנימי, מוכרת קביעתו של בית המשפט העליון, לפיה מרחב שיקול הדעת של רשויות אכיפת החוק (האזרחית והצבאית כאחד) בבואן להורות על פתיחתה בחקירה או על העמדה לדין הינו רחב ביותר, והתערבות שיפוטית בו תתאפשר רק אם יתגלה חוסר-סבירות קיצוני או פגם מהותי ושוורשי. (ראו, למשל, בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נז(6) 49; בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מט(5) 859).

לטעמי, כלל זה תקף אף ביחס להחלטות אחרות המצויות במתחם שיקול הדעת המקצועי של אכיפת החוק, לרבות לגבי אופן עריכתה של החקירה, במקרה ספצימי או כללי.

38. אף לו היה נטען כי החקירה המבוקשת כלל לא נועדה לאתר חשודים בביצוע 'פשעי מלחמה' ולהעמידם לדין אלא לבחון את סוגית הפגיעה בתושבי הרצועה במהלך מבצע 'עופרת יצוקה' ואת מדיניותו של צה"ל בהקשר זה, כסוגיה בעלת חשיבות ציבורית (ואז, למותר לציין, היא אינה מתחייבת מדיני הלחימה), הרי שגם בחקשר זה נקבע כי ההחלטה על עצם ואופן עריכת מסורה לשיטת דעתה רחבה של הרשות המבצעת (בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006(4) 2797, 2802). בהתאם לשיקול דעת זה, הוחלט - כאמור לעיל - על ביצוע חמישה תחקירים רחבי היקף. מתוך התחקירים הופקו לקחים רבים, אשר

בל"ש  
-9-

ח'רמטכ"ל חזרה על יישומם, וזאת ללא קשר לבחינה הנפרדת שתיערך על-ידי הפרקליט הצבאי הראשי בעניין חשדות פליליים אשר עשויים לעלות מח'תחקירים.

39. לבסוף, יש להזכיר את פסק-דינו בית-המשפט הלאומי הגבוה בספרד ( Audiencia Nacional), אשר התקבל בתאריך 9.7.09, בעניין הבקשה לערוך חקירה פלילית בספרד נגד שבעה בכירים ישראלים בגין פעולת הסיכול הממוקד של בכיר החמאס צ'לאח שחאדה. בפסק-הדין נסמך בית-המשפט הספרדי על סעיף 17 לחוקת רומא לשם קביעת חסגדרט הראוי לקיומה של חקירה כנה על-ידי מדינת ישראל, באופן אשר מונע את סמכות השיפוט האוניברסאלית הספרדית על-פי עיקרון "המשלימות". בית-המשפט אישר כי רשויות האכיפה במדינת ישראל מקיימות את חסגדרט האמור בפעולתו, ובפרט ביחס לחקירת הפגיעה באזרחים כתוצאה מהחתיפה כנגד שחאדה. בהתאם, נדחתה הבקשה לקיומה של חקירה ספרדית את המקרה.

סיכום

40. אם כן, בסיכומה של בדיקה מקיפה ומעמיקה שנערכה נוכח חזקת בננות, איננו סבורים כי מוטלת על ישראל חובה משפטית לחקור מעצמי ח'צבא וח'צבא לחקור את ח'צבא. לצורך בדיקתן של טענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על-ידי חיילי צה"ל במבצע "עופרת יצוקה", כל שנמצא הוא חובה ברורה ומפורשת לחקור הפרות כאמור, חובה אותה יש לקיים בתום לב ובכנות.

41. למותר לציין, כי דרישה זו תוא נר לרגלנו כבואם של גורמי אכיפת החוק, בצבא ומחוצה לו, לעסוק בסוגיה כזו כבדת-משקל; אז אין בה כדי לכבול את שיפוט דעתם, באופן א-פריורי, ביחס לדרך הראויה והיעילה למלא את המוטל עליהם. בהתאם למדיניותו של הפרקליט הצבאי הראשי, כל טענה ביחס לאי-חוקיות של פעולה מסוימת שבוצעה במהלך מבצע "עופרת יצוקה", תיבדק. לעיתים יהיה זה בתחקיר מבצע, ובמקרים המתאימים - בחקירה פלילית. נשוב ונזכיר, כי נוכח הרגישות הרבה של הדברים, סוכם זה מכבר כי ממצאי החקירים המטכ"ליים אף יועברו לעיון היועץ המשפטי לממשלה. כתמיד, ככל שמי מהגורמים המעורבים בנושא יהא סבור כי החלטה קונקרטית כזו או אחרת הינה בלתי-סבירה באופן קיצוני, תהיה פתוחה בפניו הדרך לעתור כנגדה בבית המשפט העליון.

42. לבסוף, נציין, כי ידוע לנו היטב עד כמה רבים הגורמים הפועלים לפגוע במעמדה של ישראל בהקשר המדובר בקרב הקהילה הבין-לאומית, ומוכר לנו החשש כי פעולות זו ותורגם לחליכים, כאלה או אחרים, כנגד גורמים שונים במערכת האזרחית או הצבאית. על רקע זה, ברור לנו כי הפניות השונות נובעות מדאגה כנה לצלמח המוסרי ולתדמיתה הציבורית של מדינת ישראל; אך דווקא בזכורנו את המציאות המורכבת הזו, אנו מתקשים לראות כיצד מינויו של מנגנון חקירה כזה או אחר יביא לשיפור אמיתי במצבנו, בשני המובנים האמורים; תחת זאת, אנו מאמינים שדווקא נסייטת באמצעי האכיפה המקובלים, שחוכרו כאפקטיביים, עשויה להביא לכלול עלמא את עומק מחויבותה של ישראל לדיני החלמה, גם כאשר היא נלחמת בגורמים שבארגוני הטרור.

43. האמור במכתבנו זה הינו על דעת הפציר.

בברכה,  
לירון לבמ"ן  
ראש מחלקת ח'צבא הבינלאומי אל"ם

בל"ש

120020

P.02

TO 8026467001

06-SEP-2009 08:34 FROM DBRLA