

צה"ל חוקר את עצמו: חקירת חשדות להפרת דיני מלחמה

עמיחי כהן, יובל שני

מדינת ישראל מעורבת זה שנים רבות בסכסוכים אלימים רבים עם המדינות שסביבה, עם ארגונים שאינם מדינות, עם ישויות עוינות ועם פעילי טרור. ניהולם של סכסוכים אלו כפוף לשורה של נורמות, השאובות מהמשפט הישראלי ומהמשפט הבינלאומי.

בשנים האחרונות עולות טענות שונות בדבר הפרות ישראליות של הכללים המשפטיים החלים בסכסוכים אלו. הטענות עולות משורה של מקורות: מצד ארגונים בינלאומיים ממשלתיים, דוגמת ועדות בדיקה מטעם מועצת זכויות האדם של האו"ם; מצד ארגונים לא ממשלתיים ישראלים וזרים העוסקים בנושא, דוגמת האגודה לזכויות האזרח, ארגון בצלם, Amnesty International, Human Rights Watch, ודומיהם; מצד אזרחים שהיו חשופים לפעילות צה"ל או זרוע ביטחונית אחרת של מדינת ישראל, וסבורים כי זכויותיהם הופרו; ומצד חיילים שהשתתפו בפעילות שבעיניהם אינה עומדת בנורמות הנדרשות. מובן מאליו שלא כל טענה העולה נגד פעולותיה של מדינת ישראל או של חייל צה"ל היא בהכרח נכונה. אינטרסים של כוחות עוינים, טעויות בזיהוי, מחסור במידע והבנה לא נכונה של המציאות בשטח או של הדין החל – כל אלו מביאים לעתים להעלאת תלונות סרק. מצד אחר, כבכל סכסוך בהיסטוריה האנושית, אין להתעלם מן האפשרות שגם בסכסוך הישראלי-הערבי מבצעים כוחות צה"ל הפרות של הכללים המשפטיים המחייבים.

בדיקה וחקירה של טענות בדבר הפרות של הכללים על ידי צה"ל היתה דרושה תמיד. עם זאת בשנים האחרונות גובר הצורך לבדוק טענות אלו. ראשית – המשפט הבינלאומי, המקור העיקרי לכללים הנוהגים בעת סכסוכים, הולך ומגביר את השפעתו בעולם כולו. התחזקות המשפט הבינלאומי בתחומי היחס שבין פעולות צבאיות לבין זכויות אדם, הניע כמעט כל מדינה מערבית לבחון את מדיניותה ביחס לחקירת טענות בדבר הפרות דיני הלחימה (ודינים רלוונטיים נוספים), ולשקול רפורמות משפטיות בתחום. גם ישראל אינה פטורה מן הצורך לבחון את התאמת מנגנוני הבדיקה הקיימים בה למציאות המשפטית החדשה.

שנית – בשני העשורים האחרונים התפתחו במשפט הבינלאומי מוסדות שיפוט פליליים בינלאומיים שתפקידם לאכוף על המדינות את כללי המשפט הבינלאומי החלים בסכסוכים חמושים. בד בבד מדינות שונות דוגמת בריטניה וספרד מפעילות את דוקטרינת השיפוט האוניברסלי, שעל פיה בתי המשפט של מדינות אלו רשאים לשפוט אזרחים זרים החשודים בביצוע פשעי מלחמה – אף אם המעשים נעשו בלא זיקה כלשהי למדינות השופטות. במדינות שונות הוגשו בשנים האחרונות תלונות פליליות נגד פוליטיקאים ישראלים בכירים, וכן נגד קצינים בכירים, התפתחות המשליכה בצורה שלילית על דימויה של ישראל בעולם ואף חושפת בכירים ישראלים לסיכונים משפטיים של ממש. עקרון המשלימות, המתלה את הפעלת סמכות השיפוט של בתי דין בינלאומיים או זרים בשאלה אם המדינות בעלות הזיקה הישירה לאירועים מנהלות חקירה ראויה של התלונות, מייצר תמריץ מוסדי משמעותי למדינה כמו ישראל לחזק את מנגנוני הבדיקה הפנימיים שלה. ככל שהבדיקה הפנים-מדינתית של טענות על אודות הפרת המשפט הבינלאומי תיתפס כרצינית יותר, כך יפחתו הסיכויים כי בתי דין חיצוניים יבקשו להפעיל את סמכותם ביחס למצב בישראל.

שלישית – התפתחות התקשורת, האינטרנט ומהפכת המידע הבינלאומית, הביאו לכך שההתעניינות הבינלאומית בישראל הולכת וגוברת, ואתה הבחינה הדקדקנית של פעולות כוחות הביטחון הישראליים. בעולם כזה, שבו קיימת דרישה ממדינות לכבד זכויות אדם של אזרחים – לרבות הימנעות מפגיעה באזרחי אויב במהלך סכסוך חמוש – ישנה ציפייה חזקה יותר כי טענות על אודות הפרת הדין הבינלאומי על ידי כוחות הביטחון הישראליים תיבחנה באופן רציני ויעיל.

בדיקת הנתונים שיובאו במחקר זה מראה שישראל אכן שינתה בפועל, בשנים האחרונות, את מדיניות החקירות הצבאיות שלה הנוגעת לחשדות על אודות הפרת המשפט הבינלאומי על ידי חיילי צה"ל. מספר החקירות הפליליות, השליטה של הפרקליט הצבאי הראשי ותשומת הלב הניתנת לתלונות המגיעות ממקורות שונים, עברו שינוי ניכר בשנים האחרונות. עם זאת השינוי אינו חד-כיווני במגמתו: בתגובה לחץ מצד גורמים צבאיים, שחששו מעודף חקירות משפטיות ומהאפקט המצנן הנלווה אליהן, הוגבלו בשנת 2000 החקירות בדבר גרימת מוות לאזרחים פלסטינים בשטחים. עד שנת 2000 המדיניות היתה שיש לפתוח בחקירה בעקבות כל מקרה מוות של אזרח, ואולם מדיניות זו שונתה לאחר פרוץ האנתיפאדה השנייה. בד בבד עם הגדרת מצב האלימות כעימות מזוין, הפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר) דאז קבע כי תיפתח חקירה רק באותם מקרים שבהם יש ראיות לביצוע של מעשה המהווה הפרה של הדין. מדיניות זו שונתה באפריל 2011 בכל הנוגע לאזור יהודה ושומרון. הפצ"ר הודיע כי מעתה הוא מתעתד לפתוח בחקירות פליליות בכל מקרה של מוות של אזרח בלתי מעורב, אלא אם כן הפגיעה נגרמה כתוצאה מפעולת לחימה.

מובן שמספר החקירות שנפתחו אינו יכול להיות המדד היחיד, או אף המרכזי, לבחינת יעילותה של מערכת החקירות הצבאית. בחינת מערכת החקירות מחייבת התבוננות בהפרות בפועל והשוואתן אל מול כמות החקירות, ההעמדות לדין וההרשעות או הזיכויים. כמו כן, יש לבחון את אופן ביצוע החקירות וההעמדות לדין. אנו נתייחס להלן למספר שאלות מרכזיות הנוגעות למבנה מערכת החקירות הצבאיות, לחלוקת האחריות בין הגורמים השונים המעורבים בביצוע החקירות, ולעקרונות המשפטיים החולשים על התהליך. בין השאלות הספציפיות שנברר יהיו השאלות האלה:

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

עמדתה הבסיסית של מדינת ישראל היא שמערכת החקירות הצבאיות, כפי שהיא כיום, עומדת בכל הדרישות של המשפט הבינלאומי ומגיעה לתוצאות ראויות ונכונות. עמדה זו הוצגה בפרוט רב בפני ועדת הבדיקה לאירועי 31 במאי 2010 (להלן: ועדת טירקל, או ועדת הבדיקה של המשט) : היא הוצגה ראשית בנייר עמדה מטעם הפצ"ר,¹ (להלן: נייר העמדה של הפצ"ר); ובתשובה לוועדה, שהוגשה על ידי המשנה לפרקליט המדינה לתפקידים מיוחדים, עו"ד שי ניצן (להלן: תשובת שי ניצן או תשובת המשנה לפרקליט המדינה).² לתשובת שי ניצן צורף מסמך מאת הפצ"ר בדבר "מדיניות החקירות" (להלן: מסמך הפצ"ר בדבר מדיניות החקירות).³ הפצ"ר והמשנה לפרקליט המדינה אף העידו בפני ועדת טירקל בנושאים אלו.

¹ הפצ"ר, נייר עמדה, מיום 19 בדצמבר 2010.

² שי ניצן, "מנגנוני בדיקה וחקירה בישראל ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של דיני הלחימה", מיום 6 באפריל 2011.

³ הפצ"ר, "מדיניות החקירות החלה בקשר לפעילות מבצעית של צה"ל באיו"ש", מיום 4 באפריל 2011.

עמדה מנוגדת לעמדת המדינה הובעה בדוח ועדת הבדיקה של מועצת זכויות האדם לעניין מבצע עופרת יצוקה (דוח גולדסטון).⁴ לפי דוח גולדסטון, כל בדיקה של חשדות להפרת דיני המלחמה, המנוהלת על ידי צה"ל, פסולה מעיקרה.

מחקר מדיניות זה עוסק בעיקרו בכללי המשפט הבינלאומי החלים על חקירות צבאיות. הגם שאנו דוחים במחקר זה את העמדה המוצגת בדוח גולדסטון, כעמדה קיצונית שאינה מבוססת על העובדות בפועל או על הפרקטיקות המקובלות בעולם בתחום החקירות, מסקנתנו היא כי שיטת החקירה הנוהגת ביחס לחשדות לביצוע פשעי מלחמה בישראל לוקה בחסר. יתרה מכך, אנו מציעים דרך לתיקון המצב הקיים, שלמיטב הבנתנו יכולה לענות על הדרישות של המשפט הבינלאומי ועל צורכי המערכת כאחד. נראה כי מוסכם על הכול, שכללי המשפט הבינלאומי העוסקים באופן ניהולן של חקירות פליליות מנוסחים בצורה תמציתית, ומותירים לעתים שאלות רבות שהדיון בהן חסר.⁵ מצב דברים זה מותיר לכאורה בידי המדינות טווח נרחב של אפשרויות לשימוש בסמכויות החקירה שלהן.⁶ אכן ניתן לראות, כפי שיפורט להלן, שקיים מגוון של כלים המשמשים את המדינות לחקירת חשדות להפרות של הדין הבינלאומי, ולא ניתן לקבוע כי קיימת רק מערכת "נכונה" אחת, שכל המדינות צריכות לאמצה. עם זאת ניתן בהחלט לומר שקיימים תנאי מינימום במשפט הבינלאומי, הנוגעים לחובת המדינות לחקור טענות או חשדות על אודות הפרות כללי המשפט הבינלאומי. ניתן למצוא תנאים אלו בכמה סוגי מקורות משפטיים:

ראשית: מספר הסכמים הבינלאומיים מפורשים, ופסקי דין של מוסדות בינלאומיים המפרשים אותם, קובעים את תנאי המינימום הנדרשים בחקירות הנוגעות להפרות כללי משפט בינלאומי. כפי שיפורט להלן, ההכרעה בדבר עצם השימוש ואופן השימוש במקורות המשפטיים הללו תצריך לעתים הכרעה בשאלה מהו הדין החל על ביצוע החקירות (דיני זכויות האדם, דיני הכיבוש או הדין ההומניטרי).

שנית: הפרקטיקה הכללית של המדינות היא מקור משפטי מחייב במשפט הבינלאומי **כמנהג בינלאומי**, ככל שהיא נעשית בצורה ממושכת ואחידה ומתוך תפיסה שהפרקטיקה מחויבת מבחינה משפטית. מגוון האמצעים שהמדינות משתמשות בהם לחקירת הפרות של דיני הלחימה, והעובדה שרוב המדינות עושות כן כתוצאה מכללים הנובעים ממשפטן הפנימי, אינו מאפשר הסקה פשוטה של המנהג מתוך ההתנהגות של המדינות. עובדה זו הביאה כמה משפטנים להסיק, כי המשפט הבינלאומי דל מאוד בתכנים קונקרטיים לגבי אופן ביצוע חקירות על אודות פעולות הצבא, וכי לפיכך הוראות המשפט הבינלאומי מאפשרות לכל מדינה להתאים את דרך החקירה הננקטת על ידה לצרכיה ולאילווציה. טענות מסוג זה הועלו גם באשר לחוקיות מערך החקירה המופעל על ידי רשויות המשפט בצה"ל.⁷ אנו חולקים מכל וכל על העמדה המצמצמת, שאולי אף שוללת את קיומם של סטנדרטים משפטיים בינלאומיים רלוונטיים לשאלת האופן שבו יש לקיים חקירות של פעולות הצבא. עמדה זו יוצאת מנקודת מבט צרה

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

5 Michael N. Schmitt, "Investigating Violations of International Law in Armed Conflict", *Harvard National Security Journal* 2 (2011), p. 31

6 Amichai Cohen & Yuval Shany, "A Development of Modest Proportions", *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), p. 310

7 Schmitt, לעיל הערה 5, וכן במסמכי הפצ"ר, לעיל הערה 1, והמשנה לפרקליט המדינה, לעיל הערה 2.

מאוד על המשפט הבינלאומי, ומתעלמת מכך שהמשפט הבינלאומי מצוי בתהליך קבוע של התפתחות, וכן מיחסי הגומלין בין עקרונות רחבים לבין פרקטיקות ספציפיות הקיימים במסגרתו. לשיטתנו, גם אם הפרקטיקה של המדינות איננה אחידה ברגע כלשהו, קיימים עקרונות רחבים שניתן לגזור אותם מהפרקטיקה של המדינות ומן ההכרה של המדינות בתוקפם המחייב. עקרונות אלו מנביעים דרישות מינימום מסוימות, המספקות פרספקטיבה ביקורתית על פרקטיקות ספציפיות של המדינות. ודוק, בתחום זה, כמו בתחומים רבים אחרים הנוגעים למשפט ההומניטרי ולדיני זכויות האדם, המשפט הבינלאומי מצוי בתנועה מתמדת כתוצאה מדיאלוג בין עקרונות לבין פרקטיקות. לעתים הפרקטיקה המדינתית מובלת על ידי העקרונות המשפטיים, ולעתים המצב הפוך – התפתחות פרקטית גוררת אחריה יצירה של עקרונות. מכל מקום יש יסוד להניח, שלאורך זמן ילכו ויצטמצמו הפערים בין הפרקטיקה לבין העקרונות המנחים אותה. התפתחות דיאלקטית זו מחייבת בחינה של צורת החקירה של המדינות, על רקע העקרונות הכלליים החולשים על התחום. יתר על כן, מהמגמות בהתפתחות הפרקטיקה של המדינות ניתן ללמוד על כיווני ההתפתחות העתידיים של המשפט הבינלאומי בתחום, וגם עיקרון שאינו מגובש כיום במשפט הבינלאומי עשוי להפוך לכזה במרוצת השנים.

הגם שמחקר זה עוסק בצורך לבחון את מערך החקירות הנוהג בישראל מפרספקטיבה משפטית בינלאומית, הרי ככל שהמשפט הבינלאומי מאפשר מספר אפשרויות בביצוע החקירות, אנו סבורים שיש לבחור בזו המתאימה ביותר למדינת ישראל מבחינת תרבותה, דרישות המשפט הפנימי הישראלי, המוסדות הייחודיים לדמוקרטיה הישראלית, וכמובן ההיסטוריה הספציפית של ביצוע החקירות בישראל. בחינה משולבת של המקורות המשפטיים האמורים, ושל ההקשר הישראלי, הביאה אותנו למסקנה שיש מקום לשינוי במערך החקירות הישראלית הפועל היום. שינוי כזה אינו צריך להיות רק שינוי "קוסמטי" אלא מהותי. בסופו של דבר, אנו בדעה שיש לשנות את מערך הסמכויות הקיים ביחס לאופן ביצוע חקירות צבאיות, ושיש לחתור להקמתו של מוסד אזרחי חדש וקבוע שיפקח על ביצוע חקירות של הפרות לכאורה של הדין הבינלאומי על ידי הצבא.

פרק א: הרקע המשפטי

1. הנורמות החלות

מהיכן שאובות הנורמות המחייבות בעת פעילות צבאית? מהי המעטפת המשפטית של הפעילות המבצעית? מה מותר ומה אסור לחייל לעשות בעת הקרב? מתי תיחשב פעולתו של חייל או מפקד להפרה של הדין החל או של המשפט ההומניטרי?

נברר תחילה מהו המקור להטלת חבות בינלאומית על המדינה בקשר לפעילות צבאית שהיא נוקטת. בשלב השני נשאל את עצמנו מהן הנורמות הרלוונטיות החלות על החייל הבודד.

המשפט הבינלאומי: דיני הלחימה ודיני זכויות האדם

ככל שפעולות שנטען כי הן מפרות את המשפט הבינלאומי אירעו בעת מלחמה בין שתיים או יותר מדינות, כן ברור שהמשפט הבינלאומי ההומניטרי חל לגביהן. במקרה זה יש לתור אחר החובות המהותיות, ואחר החובה לחקור ולהעניש, ותכניה באמנות ובמנהגים השונים המהווים את המשפט ההומניטרי (או בשם האחר – דיני הלחימה או דיני המלחמה).⁸ דיני הלחימה כוללים את כל האמנות הבינלאומיות שישראל הצטרפה אליהן,⁹ וגם את כללי המשפט המנהגי ההומניטרי. עקרונות אלו נתגבשו במהלך מאות שנים של התפתחות דיני הלחימה, ונאספו לאחרונה בידי הצלב האדום הבינלאומי בחיבור שניסה לערוך קודיפיקציה של הדין המנהגי *Study on Customary International Humanitarian Law*.¹⁰ בלא לנקוט עמדה בוויכוח, אם כל הכללים המופיעים בחיבור זה מהווים אכן ייצוג **מדויק** של המשפט ההומניטרי המנהגי, הרי בעיקרו של דבר אין ויכוח כי חיבור זה מייצג בדרך כלל את דיני הלחימה המנהגיים כפי שהתפתחו עד ימינו אלה.

ככל שפעולות, שלגביהן נטען כי הן מפרות את המשפט הבינלאומי, אירעו בעת שלום בתוך שטחה של מדינה (או באזור המצוי תחת שליטתה), אזי שאלת החובה לחקור תיבדק על פי המקורות המחייבים של דיני זכויות האדם, העוסקים בדרך כלל בחובות המדינה כלפי אזרחיה שלה ואנשים אחרים המצויים תחת שליטתה.¹¹ מסגרת זו של דיני זכויות האדם כוללת שורה ארוכה של אמנות בינלאומיות, שישראל הצטרפה אליהן, המטילות על ישראל חובות רבות.¹²

⁸ סעיף 2 המשותף לאמנות זינבה קובע כי: "נוסף על ההוראות שיבוצעו בימי שלום, תחול האמנה הזאת על כל המקרים של מלחמה מוכרזת או של סכסוך מזוין אחר העלול להתגלע בין שנים מבעלי האמנה או בין יותר משנים, ואפילו לא הכיר אחד מהם במצב המלחמה".

⁹ אמנת זינבה להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב, מ-12 באוגוסט 1949, כ"א, 1, 387 (להלן: אמנת זינבה הראשונה); אמנת זינבה להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אוניות מבין אנשי הכוחות המזוינים ביס, מ-12 באוגוסט 1949, כ"א, 1, 423 (להלן: אמנת זינבה השנייה); אמנת זינבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, מ-12 באוגוסט 1949, כ"א, 1, 453 (להלן: אמנת זינבה השלישית); אמנת זינבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, מ-12 באוגוסט 1949, כ"א, 1, 559 (להלן: אמנת זינבה הרביעית), אמנת האג להגנה על נכסי תרבות בעת עימות מזוין (1954).

¹⁰ Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge UP, 2005

¹¹ אורנה בן נפתלי ויובל שני, **המשפט הבינלאומי: דיני מלחמה ושלום**, רמות, 2006.

¹² ישראל היא צד לשש מתוך שבע האמנות המרכזיות להגנה על זכויות אדם שנוסחו ביוזמת האו"ם: האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות כ"א, 31, עמ' 269; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות כ"א, 31, עמ' 205;

אלא שרבות מהטענות להפרות של המשפט הבינלאומי מצד ישראל מתעוררות בהקשרים המצויים בתחומים האפורים של המשפט הבינלאומי, המצויים בין מצב מלחמה למצב של שלום. רוב הסכסוכים האלימים כיום אינם דווקא מלחמות בין שתי מדינות, אלא סכסוכים בין מדינות לבין גופים לא-מדינתיים. סכסוכים אלימים מסוג זה הם פעמים רבות סכסוכים פנימיים, המתרחשים בשטח המצוי כולו בשליטתה של מדינה מסוימת, ולעתים אף בתוך גבולותיה. סכסוכים רבים הם סכסוכים מעורבים (hybrid or mixed conflicts), המערבים מצבי עימות מזוין בשאלות הקשורות בשליטה באוכלוסיה אזרחית.¹³

במקרים הנופלים בגדר סכסוכים מעורבים עולה במלוא תקפותה שאלת התחולה המקבילה של דיני הלחימה ודיני זכויות האדם.¹⁴ בגלל היקף המחלוקת בסוגיה זו נוכל להתייחס אליה כאן רק בקצירת האומר.

על פי עמדה אחת במשפט הבינלאומי, בכל עת שדיני המשפט ההומניטרי חלים, דיני זכויות האדם אינם חלים כלל. במילים אחרות – דיני הלחימה ודיני זכויות האדם מוציאים זה את זה מכלל תחולה. עמדה זו נתמכת בטענות טקסטואליים-פורמליים, היסטוריים, מהותיים, וגאוגרפיים.

- על פי הטיעון הטקסטואלי-פורמלי, ניתן להסיק מחלק מהסעיפים המופיעים באמנות זכויות האדם כי האמנות לא נועדו לחול בעת לחימה.¹⁵
- מן הפן ההיסטורי, הטענה היא כי בעת הניסוח וההצטרפות לאמנות זכויות האדם היה ברור למדינות המצטרפות כי אמנות אלו אינן חלות בעת לחימה.¹⁶
- הטענה המהותית היא כי דיני זכויות האדם שונים במהותם מדיני הלחימה. בעת מלחמה יש להעניק למדינה גמישות בניהול ענייניה וקביעת יחס לאזרחים, ולפיכך אין לאסור עליה לנקוט פעולות שבמצב הדברים הרגיל יכולות להתפרש כפוגעות בזכויות האדם.¹⁷

האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית כ"א 25, עמ' 547; האמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית כ"א 31, עמ' 179; האמנה הבינלאומית נגד עינויים וצורות אחרות של יחס או ענישה אכזרית בלתי אנושית ומשפילה כ"א 31, עמ' 249; האמנה בדבר זכויות הילד כ"א 31, עמ' 221.

¹³ העימותים המרכזיים בעולם היום (המוגדרים לפי יותר מאלף הרוגים בשנה) אינם מלחמות "קלאסיות" בין מדינות, אלא כולם עימותים תוך מדינתיים בעלי מאפיינים של עימות מעורב. מבחינת מספר ההרוגים בשנת 2010, העימותים הגדולים ביותר הם: העימות במקסיקו על השליטה בנתיבי הברחות הסמים (כ-15,000 הרוגים ב-2010); העימות באפגניסטן ובפקיסטן (כ-18,000 הרוגים ב-2010); מלחמת האזרחים בתימן ובלוב; ומלחמת האזרחים בסומליה (כ-3,000 הרוגים ב-2010, כ-400,000 הרוגים מאז תחילת הלחימה ב-1991). ראו Uppsala University database on Armed Conflicts,

Available at: <http://www.pcr.uu.se/research/ucdp/database>

¹⁴ באופן כללי ראו Orna Ben Naftali & Yuval Shany, "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories", *Isr. L. Rev.* 37 (2003–2004), p. 17

¹⁵ למשל סעיף 4 לאמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות, הקובע כי בשעת חירום כללית המאיימת על חיי האומה ואשר על קיומה הוכרז רשמית, רשאיות המדינות שהן צד באמנה זו לנקוט אמצעים הגורעים מהתחייבויותיהן שעל פי אמנה זו במידה הנדרשת במדוקדק מפאת חומרת המצב, ובלבד שאותם אמצעים לא יהיו בלתי מתיישבים עם התחייבויותיהן האחרות על פי המשפט הבינלאומי ולא יגררו הפליה שתהא מבוססת אך ורק על טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת או מוצא חברתי.

¹⁶ לפיתוח מאוחר של שני הטיעונים האחרונים, ראו Michael J. Dennis "Non-Application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially During Times of International Armed Conflicts", *Israel L. Rev.* 40 (2007), p. 453

¹⁷ ראו נייר העמדה של הפצ"ר, לעיל הערה 1, עמ' 48.

• הטיעון הגיאוגרפי מתמקד בשאלת תחולת זכויות האדם מחוץ לתחומי המדינה. העמדה האמריקנית, הנתמכת על ידי פרשנות מסוימת של החלטת בית הדין האירופי בפרשת *Banković* (שם נידונה תחולת האמנה האירופית ביחס להפצצות נאטו ביוגוסלביה), היא כי אמנות זכויות האדם חלות רק בשטח הטריטוריאלי של המדינה שחתמה עליהן.¹⁸ במקום המצוי בריבונות מדינה אחרת חלים כללים אחרים, ואין לערבב את המחויבויות של מדינות אלו באלו.¹⁹ עמדה מקובלת יותר היא שדיני זכויות האדם אינם חלים במקום שאין למדינה שליטה אפקטיבית בו. עמדה זו נתמכת על ידי פרשנות אחרת של ההחלטה בעניין *Banković* – של פסק הדין של בית הדין האירופי בעניין *Issa*,²⁰ ושל ההערה הכללית של הוועדה לזכויות אדם בנוגע לתחולת האמנה הבינלאומיות בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR).²¹

הטענה בצורתה הקיצונית ביותר – דהיינו, כי בכל מקום בו קיים סכסוך מזוין אין תחולה לדיני זכויות האדם כלל – נדחתה על ידי שורה של מוסדות שיפוט לאומיים ובינלאומיים, ונדמה שאין לה אחיזה כיום במשפט הבינלאומי.²² דבר זה נכון במיוחד כלפי שטח ואנשים המצויים תחת שליטתה של המדינה, אם בשטחה הריבוני ואם בשטח כבוש או מצוי בצורה אחרת תחת שליטתה של המדינה. במצבים אלו הצהירו בית הדין האירופי לזכויות אדם בשורה של פסקי דין,²³ בין הדין הבין אמריקני לזכויות אדם, ובעיקר בית הדין הבינלאומי,²⁴ כי לדיני זכויות האדם תחולה אף במצב בו חלים דיני הלחימה. דוגמה רלוונטית ועדכנית לכך היא פסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם משנת 2011 בפרשות *Al Skeini* ו- *Al Jedda*. במקרים אלו דן בית הדין בתחולת האמנה האירופית לזכויות אדם ביחס לחיילים הבריטים בעיראק, בראשית מלחמת המפרץ השנייה בשנים 2003–2004, בעת שעיראק עדיין נשלטה על ידי ה-*Coalition Provisional Authority* (כוח הכיבוש של כוחות הקואליציה), ובשנים שלאחר מכן כאשר הצבא הבריטי פעל בעיראק מכוח החלטה של מועצת הביטחון ובאישורה של ממשלת עיראק. בית הדין קבע, בניגוד לחלק מההחלטות של בית הלורדים במקרים אלו,²⁵ כי השליטה הבריטית באזור בצרה עמדה

¹⁸ *Banković v. Belgium*, ECtHR [GC], Application No. 52207/99, decision as to the admissibility, 12 December 2001, ¶ 59

¹⁹ דעת המיעוט בעניין *Al Skeini, Al Skeini and others (Respondents) v. Secretary of States for Defence* (Appellant), House of Lords, [2007] UKHL 26, [2007] 3 All ER 685, [2007] 22 BHRC 518

²⁰ *Issa and Others v. Turkey*, Appl. 31821/96 (16.11.04). (להלן: עניין *Issa*).

²¹ הערה כללית מס' 31 של הוועדה לזכויות אדם.

²² “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”, *Isr. L. Rev.* 41 (2008), pp. 175, 180

²³ למשל *Isayeva v. Russia*, 41 Eur. H.R. Rep. 791, 836 (2005)

²⁴ Legal Consequences of the Construction of a wall in the Occupied Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 9), at para. 106; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. (July 8), at para. 25

²⁵ *Al Skeini and Others v. the Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 26

בתנאי ה-effective control, וחייבה את בריטניה לעמוד בדרישות האמנה האירופית לזכויות אדם.²⁶ יודגש כי בית הדין הגיע למסקנה זו אף על פי שבפועל עדיין התנהלו באזור קרבות מול כוחות עיראקים מקומיים.

דומה שהעמדה, שלפיה תיתכן תחולה מקבילה לדיני הלחימה ולדיני זכויות האדם, אומצה גם על ידי בית המשפט העליון של ישראל, שכן בכמה פסקי דין השתמש בית המשפט בדיני זכויות האדם מהמשפט הבינלאומי על מנת להכריע בסכסוכים הנוגעים לפעולות צבאיות בשטחים.²⁷ לצורך מחקר זה נניח כי מקור הנורמות של המשפט הבינלאומי, החלות על הסכסוך הישראלי – הפלשתיני, מצוי הן במשפט ההומניטרי הן בדיני זכויות האדם. כמובן, יהיו מצבים שבהם המשפט ההומניטרי לא יחול, פשוט מפני שלא מדובר בסכסוך מזוין כלל; יהיו גם פעמים שדיני זכויות האדם לא יחולו, מפני שהשטח האמור אינו מצוי בשליטתה האפקטיבית של מדינת ישראל. למרות זאת, במקרים רבים, הנורמות החלות ינבעו משתי מערכות הדינים של המשפט הבינלאומי.

הערה בדבר עמדת המדינה: דיני התפיסה הלוחמתית

בנייר הפצ"ר ביחס למדיניות החקירות שהוגש לוועדת טירקל,²⁸ מעלה הפצ"ר טענה נוספת הרלוונטית לדיונו – הטענה שעל פיה קיימת חובת חקירה נפרדת של פעולות צבאיות מכוח "דיני התפיסה הלוחמתית", או במילים אחרות מכוח דיני הכיבוש של המשפט הבינלאומי. עמדה זו מייצגת לכאורה ניסיון ליצירת מודל ביניים של חובות חקירה – בין המשפט ההומניטרי ובין דיני זכויות האדם (עם זאת אין בנייר הפצ"ר פירוט בשאלה, במה בדיוק שונים דיני התפיסה הלוחמתית מדיני זכויות האדם). ככל שעמדת הפצ"ר היא כי דיני התפיסה הלוחמתית **מקלים** על המדינה בחובת החקירה מול דיני זכויות האדם, עמדה זו נראית לנו חסרת בסיס. אין הוראות ספציפיות באמנות הרלוונטיות המצמיחות חובות חקירה מיוחדות מכוח דיני התפיסה הלוחמתית, ונראה לנו כי גם אין כל הצדקה לאימוץ סטנדרט משפטי מופחת ביחס לחובות החקירה כאשר מדובר בפעילות שאינה לוחמתית (גם אם נעשתה בשטח כבוש). לשיטתנו אם כן, בשטח הנתון לשליטתה של המדינה ואשר לא מתקיים בו עימות מזוין, חלים דיני זכויות האדם במלואם ביחס לחקירות של חשדות להפרות הדין הבינלאומי.

התחולה המקבילה של דיני הלחימה ודיני זכויות האדם

שאלה מקדמית נוספת שבה נדון בקצרה, היא שאלת היחס בין דיני זכויות האדם למשפט ההומניטרי, בהנחה שמקורות דין אלו חלים במקביל. בית הדין הבינלאומי (International Court of Justice) נתן את דעתו לסוגיה בכמה הזדמנויות, וקבע כי היחס המתאים בין הדין ההומניטרי לבין דיני זכויות האדם הוא של דין מיוחד מול דין כללי, ה-lex

²⁶ *Al Skeini v. UK*, ECtHR (GC) application no. 55721/07 (July 7, 2011); *Al Jedda v. UK*, ECtHR (GC) application no. 27021/08 (July 7, 2011)

²⁷ ראו למשל בג"צ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נו (2) 349, 363. כן ראו בג"צ 13/86 **שאהין 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).

²⁸ ראו לעיל הערה 1, עמ' 13.

specialis גובר על ה-lex generalis. כלומר, הדין ההומניטרי גובר על דיני זכויות האדם במקרה של סתירה ביניהם.²⁹ כפי שכבר העירו כמה מלומדים, עניין זה אינו פותר את שאלת תחולת דיני זכויות האדם בשעה שהדין ההומניטרי אינו סותר את דיני זכויות האדם באופן ישיר. כך למשל, לא ברור אם יש מקום לפרש את המשפט ההומניטרי בשעה שאינו מונה זכות מסוימת (דוגמת חופש הביטוי או חופש התנועה) כקובע הסדרים שליליים המונעים את תחולתם של דיני זכויות האדם, או כנמע מקביעת הסדר כלשהו (או אז אין מניעה למלא את החלל המשפטי בדיני זכויות האדם).³⁰

לדעתנו, חלק ניכר מהמחלוקות על אודות תחולת דיני זכויות האדם בשעת סכסוך מזוין יכולות להיפתר באמצעות גישה פונקציונלית-קונקרטית: ככל האמור בפעולות של הצבא הנעשות בתוך תחומיה הריבוניים של מדינת ישראל, או בשטחים המוחזקים על ידי ישראל ב"תפיסה לוחמתית" במסגרת פעילות שגרתית של אכיפת חוק, אין כל סיבה להימנע מהחלה מלאה של הסטנדרטים הרגילים הנובעים מדיני זכויות האדם.

המצב סבוך יותר כאשר פעילות היכולה להיחשב ככפופה לדיני הלחימה מתבצעת בשטח המצוי בתפיסה לוחמתית, או בשטח המצוי מחוץ לגבולות שליטתה של מדינת ישראל, וקיימים חשדות להפרות של דיני הלחימה במהלכה.

האם בעניין זה ראוי לאמץ במלואה את עמדת הפצ"ר, שעל פיה הדין החל הוא המשפט ההומניטרי, או שמא ראוי לאמץ את העמדה שעל פיה הדין החל הוא משפט זכויות האדם ככתבו וכלשונו (עמדה המבוטאת בדוח גולדסטון)?³¹ עמדתנו היא שיש לאמץ גישת ביניים: אין לראות במצבים אלו את דיני הלחימה כיוצרים הסדר שלילי ביחס לסוגיית החקירה, וכמוציאים מכלל תחולה את ההוראות הרלוונטיות של דיני זכויות האדם, אך יש לפרש את דיני זכויות האדם באופן שיתאים למציאות של לחימה (כפי שנראה בהמשך, עמדה זו אומצה גם בדוח ועדת טומושט שבחן את יישום המלצות ועדת גולדסטון).³² יש להדגיש שקביעת הדין הרלוונטי לסוגיית החקירות תלויה בראש ובראשונה במצב העובדתי, שלגביו מועלות הטענות או החשדות על אודות הפרת דיני הלחימה. עניין זה נקבע לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

כאמור לעיל, העימות בין ישראל לפלסטינים עונה מבחינה עובדתית להגדרה המודרנית של עימות מעורב (hybrid conflict), היינו עימות שפרקים של עימות מזוין ופרקים של שקט יחסי דרים בו בערבוביה.³³ ההנחה שחיילי צה"ל מצויים כל העת ובכל מקום בעימות מזוין אינה נראית בעינינו נכונה

²⁹ ראו חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי, לעיל הערה 24.

³⁰ William Schabas, "Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of Jus In Bello", *Israel L. Rev.* 40 (2007), p. 592

³¹ Human Rights in Palestine and other Occupied Arab Territories: Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, U.N. Doc. A/HRC/12/48 (Sept. 15 2009), פסקה 1611 ואילך.

³² Report of the Committee of independent experts in international humanitarian and human rights laws to monitor and assess any domestic, legal or other proceedings undertaken by both the Government of Israel and the Palestinian side, in the light of General Assembly resolution 64/254, including the independence, effectiveness, genuineness of these investigations and their conformity with international standards, para. 29

(להלן: ועדת טומושט). [A/HRC/15/50](#)

³³ ע"א 5964/92 בני עודה נ' מ"י, פ"ד נו 1 (4) 1 (2002).

מבחינה עובדתית או משפטית (עמדה דומה נקטה ועדת טירקל בדוח החלקי בפרשת המשט לעזה, כאשר קבעה כי התמונה העובדתית המצויה בפני צה"ל מצביעה לעתים על מצב "מעורב").³⁴ יש אירועים צבאיים הדומים יותר ל"קרוב", ומן הסתם מתאימים יותר ליישום המשפט ההומניטרי, ויש אירועים המתאימים יותר לניתוח על פי דיני זכויות האדם, בעיקר אם הם מתרחשים בשטח המצוי בשליטה חלקית או מלאה של מדינת ישראל. ודוק, גם באזור שבו מתנהלת לחימה פעילה ייתכנו אירועים, שבשל אופיים המינורי או זיקתם המוגבלת ללחימה יוסדרו על ידי דיני זכויות האדם ולא על ידי דיני הלחימה (למשל, אירועי זריקת אבנים או הפגנות בסמוך לחזית הקרבות).

בהקשר זה ראוי לציין שהעמדה לגבי סיווג פעולות צבאיות במצב מעורב אינה מחייבת הכרעה בשאלה, אם ישראל כובשת או אינה כובשת ברצועת עזה. על פי פסיקת בית המשפט העליון³⁵ (שבה תומכים כותבי מחקר זה),³⁶ ישראל אינה שולטת עוד שליטה אפקטיבית ברצועת עזה. עם זאת בית המשפט העליון קבע כי לישראל חובות מסוימות כלפי רצועת עזה, המבוססות – כך נראה – על רעיונות השאובים מתחום דיני זכויות האדם.³⁷ עם זאת כאשר כוחות צבא ישראליים נכנסים לרצועת עזה ומפעילים בחלק מן הרצועה שליטה אפקטיבית למשך כמה שבועות, או להבדיל, כאשר כוחות צבא ישראלים משתלטים על אונייה בלב ים המפליגה אל עבר עזה – דיני זכויות האדם חלים לדעתנו, לפחות כדין שירי, על פעולות הצבא. במצב סכסוך מעורב יש להפעיל משטר משפטי משולב, שאינו נשען על מערכת חוקים אחת בלבד אלא משלב כללים ורעיונות יסוד השאובים משני המשטרים – דיני הלחימה ודיני זכויות האדם.³⁸ לשיטתנו, ניתן לראות תמיכה בצורך במשטר משפטי משולב בפסיקות בג"ץ בנושא הסיכולים,³⁹ בכליאתם של לוחמים בלתי חוקיים⁴⁰ ובפיצויי האנטיפאדה.⁴¹ בכל אחת מן ההחלטות הללו השתמש בג"ץ בעקרונות של דיני זכויות אדם על מנת להגביר את ההגנה המוענקת לאזרחים על ידי דיני המלחמה (או לחלופין, הצדיק סטייה מדיני זכויות אדם רק בנסיבות שבהן החלתם של דיני הלחימה היתה נחוצה על מנת להגשים אינטרס ביטחוני חשוב).

נקוט אפוא בעמדה הבאה, שנראית לנו כנובעת הן מהכללים המחייבים של המשפט הבינלאומי הן מהמצב בשטחים שבהם פועל צה"ל: נניח כי במצבים של עימות, המתנהל בתחום המצוי בשליטתה של מדינת ישראל, חלים דיני זכויות האדם ודיני המשפט ההומניטרי. במקום בו יש סתירה ישירה בין שתי מערכת הדינים, ברור כי דיני המשפט ההומניטרי גוברים. בשאר המקרים, דיני זכויות האדם משמשים מקור משפטי מחייב הן לצורך פרשנות של המשפט ההומניטרי הן כמקור לנורמות החלות באופן עצמאי מהמשפט ההומניטרי.

³⁴ ראו סעיף 185 לדוח החלקי של ועדת טירקל.

³⁵ בג"ץ 9132/07 אל בסיוני נ' ראש הממשלה ושר הביטחון (טרם פורסם, 30 בינואר 2008).

³⁶ Yuval Shany, "Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza After Israel's Disengagement", *Yearbook of International Humanitarian Law* 8 (2005), p. 369

³⁷ ראו עניין בסיוני, לעיל הערה 35.

³⁸ David Kretzmer, "Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?", *Eur J Int Law* 16 (April 2005), p. 171

³⁹ בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל, לעיל הערה 27.

⁴⁰ ע"פ 6659/06 פלוניס נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11 ביוני 2008).

⁴¹ בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 12 בדצמבר 2006).

2. מה חל על החייל בפועל – החקיקה הצבאית

כפי שנראה להלן, העובדה שכללים מתחום המשפט הבינלאומי מחייבים את מדינת ישראל, משליכה גם על החובות המוטלות על אותם יחידים הפועלים בשמה של מדינת ישראל (חיילים, מדינאים וכדומה). עם זאת דיניה הפנימיים של מדינת ישראל אינם משקפים במלואם חובות אישיות אלו. להלן נפרט על החובות המשפטיות מנקודת מבטו של החייל – מהן החובות החלות על החייל עצמו ועל פעולותיו בתוך המערכת הצבאית?

החקיקה הצבאית בישראל מורכבת מכמה שכבות. שכבה אחת היא ההוראות הפנימיות של הצבא. אלו הן פקודות המטכ"ל, הוראות הפיקוד העליון, והפקודות והנהלים השונים שאומצו על ידי היחידות השונות. הפרה של הוראות אלו עשויה להיחשב כהפרת פקודה או כעברה פלילית אחרת על פי חוק השיפוט הצבאי. שכבה נורמטיבית שנייה היא מערכת הכללים והאיסורים המצויים בחוקיה הפליליים של מדינת ישראל. החוקים הפליליים החלים על כל אזרח במדינת ישראל, מחייבים גם חיילים בצבא, וזאת נוסף על העברות המיוחדות הנמנות בחוק השיפוט הצבאי, החלות רק על חיילים. האם מערכות דין אלו משקפות את הכללים המחייבים של המשפט הבינלאומי, החלים ביחס למצבי לחימה (לרבות לחימה בסכסוכים "מעורבים")?

האם החוק הישראלי קלט לתוכו, במישרין או בעקיפין, את הוראות דיני הלחימה?

כאמור, על חיילי צה"ל חלות נורמות מחייבות שהפרתן מהווה עברה פלילית הן מכוח חוקי העונשין הרגילים של מדינת ישראל הן מכוח חוק השיפוט הצבאי.⁴² אמנם כבר בשנת 1951 אשררה ישראל את כל אמנות ז'נבה, אלא שאמנות אלו לא נקלטו אל המשפט הישראלי. לפיכך המשפט הפלילי הישראלי, בין האזרחי ובין חוק השיפוט הצבאי החל על חיילי צה"ל, אינו כולל כמעט הוראות ישירות הנובעות מדיני הלחימה.⁴³

עם זאת ברור שחלק מדיני הלחימה חופפים בתכניהם עבירות רגילות המצויות בחוק העונשין. כך למשל, הפרות של דיני הלחימה שמביאות למותו של אדם יחפפו במקרים מסוימים את עברת הרצח, ההריגה או גרם המוות ברשלנות. אלא שהמשפט הפלילי הרגיל אינו מתאים במיוחד לתנאי לחימה, ואינו מיועד לטפל בהפרות של דיני הלחימה. המשפט הפלילי אינו כולל למשל כללים המתירים פגיעה בחייל של האויב;⁴⁴ הוא אף אינו מתיר את הפגיעה באזרחי האויב על פי עיקרון המידתיות הקיים בדיני הלחימה. בשל כך, העמדה לדין של חיילים על פי המשפט הפלילי הרגיל בגין פעולות שבוצעו אגב לחימה, היא בעייתית ביותר. בעייתיות זו מודגשת במיוחד במקרים המערבים את הגנת הצידוק ואת סוגיית הפקודה הבלתי חוקית בעליל.

כידוע, חייל המקבל פקודה פטור מאחריות פלילית על פי חוק העונשין, אם עשה את המעשה (האסור) על פי פקודה שקיבל, וזאת אלא אם כן הצו הוא "בעליל שלא כדין".⁴⁵ בחוק השיפוט הצבאי הלשון ברורה יותר – חייל חייב לקיים כל פקודה שקיבל, אלא אם כן "ברור וגלוי שהפקודה היא בלתי חוקית".⁴⁶ אמנם יש הסוברים כי גם עברות ברורות וחד-משמעיות על המשפט הבינלאומי, כגון פשעים נגד האנושות, יכולות

⁴² חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, סעיף 4.

⁴³ שני החריגים היחידים לעניין זה הם עבירות הביזה והאינוס המוזכרות בחוק השיפוט הצבאי, סעיפים 74 ו-75 בהתאמה.

⁴⁴ הפרוטוקול הראשון, סעיף 48.

⁴⁵ חוק העונשין, סעיף 34 יג (2).

⁴⁶ חוק השיפוט הצבאי, סעיף 125.

להוות בסיס לחובה להפר פקודה,⁴⁷ אך עמדה זו אינה מקובלת על כלל החוקרים, הרואים בשאלה אם הפקודה בלתי חוקית שאלה עובדתית ולא מוסרית.⁴⁸ אך אף אם תתקבל הדעה הראשונה, הרואה במשפט הבינלאומי צידוק להפרת פקודה, היא מוגבלת לעברות החמורות ביותר על המשפט הבינלאומי.⁴⁹ אשר על כן, אין לראות במוסד הפקודה הבלתי חוקית ערוץ מתאים לקליטה גורפת של המשפט הבינלאומי אל הדין הישראלי.

אפשרות פוטנציאלית אחרת לקליטת החקיקה הבינלאומית היא על ידי סעיף התחולה האוניברסלית שבחוק העונשין. סעיף 16 (א) לחוק העונשין קובע כי:

דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ אשר מדינת ישראל התחייבה, באמנות בינלאומיות רב צדדיות ופתוחות להצטרפות, להעניש עליהן; והוא, אף אם נעברו בידי מי שאינו אזרח ישראלי או תושב ישראל, ויהא מקום עשיית העברה אשר יהא.

על פי דעה אחת המובאת על ידי רות לפידות ודורון וייץ,⁵⁰ סעיף 16 קלט אל המשפט הישראלי את כל העברות הכלולות באמנות ז'נבה השונות, ובאמנות אחרות המפלילות פעולות מסוימות. עמדה זו בעייתית מבחינת המשפט הפלילי. טענות מרכזיות נגד פרשנות זו של הסעיף נוגעות למיקומו בחוק העונשין, לכללים עקרוניים של משפט פלילי ולפרקטיקה הנוהגת בישראל ביחס להגשת כתבי אישום העוסקים באירועים המערבים לכאורה הפרות של המשפט הבינלאומי:

- על פי הפרשנות הפשוטה של הסעיף, כמו גם על פי מיקומו בחוק העונשין, סעיף 16 הוא סעיף המרחיב את תחולת **דיני העונשין הקיימים** אל מחוץ לגבולות המדינה, ולא סעיף המטיל חובות חדשות על תושבי ישראל.⁵¹ הסעיף מופיע בפרק "עבירות חוץ" בחוק העונשין, העוסק בהחלת דיני העונשין הישראליים על עברות שונות שלא בוצעו בישראל. אם כן סביר להניח כי סעיף 16 עוסק גם הוא בנושא זה – החלה אוניברסלית של דיני העונשין על עברות קיימות בספר החוקים הישראלי, אשר המשפט הבינלאומי מחייב את המדינה לנקוט בהן סמכות אוניברסלית.
- על פי עקרונות יסוד של המשפט הפלילי אין להעניש אדם אלא על פי חוק הכולל בתוכו אף את הסנקציה הפלילית הדרושה.⁵² אמנות ז'נבה כשלעצמן אינן כוללות כל הנחיה לגבי העונשים הצפויים על העברות – וגם מטעם זה אין לראות בהן עברות פליליות מושלמות. ממילא קשה להניח שעברות אלו

⁴⁷ שניאור זלמן פלר, **יסודות דיני עונשין**, כרך ב, ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, 1987, עמ' 490.

⁴⁸ ראו למשל עדי פרוש, "פסק הדין בפרשת כפר קאסם, מבחן הדגל השחור והמושג של פקודה בלתי חוקית בעליל", **עיוני משפט טו** (תש"ן-1990), עמ' 245, 258-259.

⁴⁹ פלר, **לעיל** הערה 47, שם.

⁵⁰ לדיון בדעה זו ובביקורות עליה, ראו רות לפידות ודורון וייץ, "סמכות השיפוט האוניברסלית בישראל", **המשפט ט** (1994), עמ' 95, 102-105.

⁵¹ גבריאל הלוי, **תורת דיני העונשין**, כרך א, תל אביב: בורסי, 2009, עמ' 470.

⁵² שניאור זלמן פלר, **יסודות דיני עונשין**, כרך א, ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, 1978, עמ' 45; הלוי, **לעיל** הערה 51, עמ' 232: "הסנקציה הפלילית מהווה את התקיימות התנאי שבנורמה הפלילית, והיא מהווה חלק בלתי נפרד ממבנה הנורמה".

נקלטו לדין הישראלי בדרך של הפניה בלבד, דרך סעיף 16, בלא שנקבעו סנקציות כלשהן בגין הפרות של האמנות הללו.

- הפרקטיקה של הפרקליטות הצבאית היא להאשים חיילים בהפרות של חוק השיפוט הצבאי, ולא בהפרות ישירות של המשפט ההומניטרי, על ידי שימוש בסעיף 16.

מהאמור לעיל עולה שההסתמכות על סעיף 16 לחוק העונשין, כבסיס להאשמה פלילית בהפרת דיני הלחימה, היא בעייתית, ואין להניח כי בפרקטיקה היא תהווה בסיס להעמדה לדין.

הוראות הצבא ודיני הלחימה

אמנות ז'נבה נקלטו כבר בשנות השמונים בפקודות מטכ"ל.⁵³ לפיכך הפרה שלהן מהווה הפרת פקודה, חריגה מסמכות וגם, כפי הנראה, התנהגות שאינה הולמת על פי חוק השיפוט הצבאי. כך למשל – חיילי גבעתי שהואשמו בשימוש בילדים לשם בדיקת תיקים, במהלך מבצע עופרת יצוקה, הורשעו בעברה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים ובריאות, ובהתנהגות שאינה הולמת חייל.⁵⁴

עם זאת יש לשים לב שהוראות אמנות ז'נבה מהוות רק חלק מכללי המשפט הבינלאומי הנוגע למלחמה. חלק אחר, חשוב ומהותי, של דיני הלחימה המחייבים מצוי בכללי המשפט המנהגי.⁵⁵ הוראות אלו לא נקלטו כלל בדיני הצבא. אמנם בית המשפט העליון קבע בעבר כי המשפט הבינלאומי המנהגי מהווה חלק מהדין הנהוג בישראל גם בהעדר קליטה מפורשת בחקיקה;⁵⁶ אך כלל זה חל רק במקרים שבהם אין חקיקה ישראלית סותרת. יתר על כן, לא ברור אם כלל זה עונה על דרישות עקרון החוקיות במקרים שבהם הוא משמש לשם הטלת אחריות פלילית.⁵⁷

מצב בעייתי זה משליך על מבנה החקירות של הצבא. אמנם גרימת מוות במהלך פעילות צבאית, או גרימת נזק חמור לחיים או לרכוש, יכולות להיבחן לפי העברות הרלוונטיות הקיימות בדין הפלילי האזרחי; אך הפרות אחרות שלא היה בהן כדי לגרום למוות או לנזק לחיים או לרכוש, אינן נידונות על פי החוק הפלילי. בכל מקרה, ביחס להפרות של הדין הבינלאומי המנהגי שאינן כפופות להוראות מקבילות של המשפט הישראלי (כמו למשל הפרת כללי המידתיות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי בעת פעילות מבצעית), כלל לא ברור מהו הבסיס המשפטי להעמדה לדין לפי המשפט הישראלי, ואם בכלל קיים בסיס שכזה.

⁵³ פקודה מס' 33.0133 מיום 20 ביולי 1982. סעיף 3 לפקודה קובע כי: "חובה על חיילי צה"ל לנהוג על פי האמור באמנות הנ"ל" (הכוונה לארבע אמנות ז'נבה).

⁵⁴ ז"י (דרום) 150/10 **התובע הצבאי נ' סמ"ר א.ס.** (הכרעת דין מיום 3.10.2010). במקרים אחרים של שימוש במגן אנושי העברה היתה רק של התנהגות שאינה הולמת. ראו למשל ע' 153/03 **סא"ל גבע שגיא נ' התובע הצבאי הראשי** (בבית הדין הצבאי לערעורים) (פס"ד מיום 5.8.2004). במקרה אחר נעשה שימוש בעברה של "שימוש בלתי חוקי בנשק" עמ' (צפון) 266/06 **התובע הצבאי נ' סמל אהרון מלטר ואח'** (הכרעת דין מיום 11.2.2007).

⁵⁵ ראו לעיל ליד הערה 10.

⁵⁶ ע"פ 147/55 **שטמפר נ' היועמ"ש, פד"י י 5.**

⁵⁷ השווה *R. v. Jones*, [2006] UKHL 16. בספרו **יסודות בדיני עונשין** מתלבט פלר בנוגע ליחס שבין הדין הבינלאומי הפלילי לבין עקרון החוקיות, בהתחשב בחסרונות המשפט הבינלאומי שנידונו לעיל. תשובתו החלקית של פלר היא שהמשפט הבינלאומי המנהגי עומד בתנאי עקרון החוקיות, כאשר היישום שלו נעשה באמצעות חוק מדינה ספציפי המפעיל אותו (דוגמת חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, או חוק למניעת פשע השמדת עם). ראו פלר, **לעיל** הערה 52, עמ' 28–30.

יודגש שאיננו מביעים עמדה בשאלה, אם העובדה שלא קיימת בישראל מערכת המיישמת ישירות את המשפט הבינלאומי בדין הפנימי מהווה כשלעצמה הפרה של הדין הבינלאומי. קיימת מחלוקת בשאלה אם קיימת חובה מכוח המשפט ההומניטרי לאמץ את האמנות הרלוונטיות והכללים המנהגיים אל תוך המשפט הפנים-מדינתי.⁵⁸ עם זאת ברור לחלוטין כי המחויבות של מדינת ישראל כלפי המשפט ההומניטרי היא ליצור מערכת פלילית שיש בה כדי להעניש על הפרות חמורות של הדין ההומניטרי. אם עונש כזה אינו בנמצא, יש בכך משום הפרה של הדין הבינלאומי.

⁵⁸ ראו למשל את הדיון המקביל בנוגע לאמנות זכויות האדם, אצל רות לפידות, ארנה בן נפתלי ויובל שני "חובת קליטה של אמנות בנושא זכויות אדם לדין הישראלי", **נייר עמדה מס' 1**, מכון קונקורד, 2004. לדעה לפיה אין צורך לקלוט את האמנה אל המשפט המקומי, ראו המשפט המקומי, "The Geneva Conventions require states to 'enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing' grave breaches. The conventions do not explicitly require such prosecutions to reflect the international nature of the crimes committed. More generally, international law allows states to prosecute international crimes on the basis of ordinary criminal law", Ward Ferdinandusse, *The Prosecution of Grave Breaches in National Courts*, 7 J. INT'L CRIM. JUS. 723, 729 (2009)

פרק ב: החובה לחקור הפרות משפט בינלאומי ויישומה בפועל בישראל

בפרק הקודם דנו בשאלת המקור הנורמטיבי לכללים המחייבים את חיילי צה"ל באופן כללי. פרק זה יקדם אותנו אל נושא החקירות. מה קובע הדין הבינלאומי ביחס לאופן שבו יש לקיים חקירות של טענות על אודות הפרות משפט בינלאומי? ומהו המצב בפועל בישראל?

העמדה לדין בפני בתי המשפט בישראל כפופה כמובן לחוק הפלילי הישראלי הרלוונטי. העמדה לדין על ידי בתי הדין הצבאיים כפופה גם לחוק השיפוט הצבאי. כלומר: העמדה לדין בישראל, וחקירה שתביא להעמדה לדין בישראל, יכולה להתבצע רק על פי החוק הישראלי.

עם זאת באותם מקרים שבהם פעולה של אחד מאורגני המדינה (דהיינו, מאלו שנחשבים על פי המשפט הבינלאומי כפועלים בשמה) הובילה להפרת חובה בינלאומית של המדינה, כי אז למדינה קמה החובה לחקור את האירוע, ובמקרים מתאימים להעניש את בעל התפקיד האמור. חובה מסדר שני זו נגזרת מחובתה של המדינה לקיים את מחויבותיה (מסדר ראשון) על פי המשפט הבינלאומי. כמובן, ייתכן שהעמדה לדין כזו תיתקל בבעיה של היעדר הוראה מתאימה במשפט הפלילי הישראלי, בעיה שנטפל בה בהמשך המחקר.

ראשית, נברר מאילו שטחי משפט ניתן לגזור את חובות החקירה וההעמדה לדין מכוח המשפט הבינלאומי. לאחר מכן נבחן מהו המעמד של המקורות המשפטיים הללו בדין הפנימי של מדינת ישראל. כאמור לעיל, אנו סבורים כי על פעולות רבות המבוצעות על ידי כוחות הביטחון של מדינת ישראל חלות שתי מערכות הדין הרלוונטיות – המשפט ההומניטרי ומשפט זכויות האדם – כאחת. בשל כך נבחן את חובת החקירה מכוח שתי מערכות הדין הבינלאומי הללו.

1. החובה לחקור מכוח המשפט ההומניטרי

ראשית נבחן את חובת החקירה מכוח המשפט ההומניטרי. עד מלחמת העולם השנייה, המשפט הבינלאומי לא הטיל על המדינות חובה כללית לחקור הפרות של דיני הלחימה.⁵⁹ מצב דברים זה עבר שינוי יסודי עם כריתתן של אמנות ז'נבה בשנת 1949 ואימוץ הפרוטוקולים המשלימים אותן בשנת 1977. בד בבד, כפי שנראה בהמשך, הובילו גם התפתחויות בתחום דיני זכויות האדם להטלת חובות חקירה על המדינה.

הבסיס התאורטי של החובה לחקור בדין ההומניטרי

החובה לחקור במשפט הבינלאומי ההומניטרי מבוססת על שני טעמים מרכזיים: ראשית, אכיפה יעילה של הדינים ההומניטריים מניחה מידה מסיימת של הרתעה מפני ביצוע הפרות. חיוב המדינות להקים ולהפעיל מערכת רצינית של חקירה בדיעבד של טענות על אודות הפרת הדינים מגבירה את הסיכויים שהדינים ייאכפו מראש. שנית, הואיל והמשפט הבינלאומי ההומניטרי דורש מהמדינה לא רק להימנע מלפגוע באזרחי אויב, אלא אף כולל דרישה פוזיטיבית להתכוון שלא לפגוע באזרחים,⁶⁰ מוצדק להטיל על המדינות חובה לקיים מערכת חקירה שתבדוק תקלות מבצעיות ותוביל להפחתת הפגיעה באזרחים המשתייכים לצד

⁵⁹ Schmitt, לעיל הערה 5, עמ' 35.

⁶⁰ אייל בנבנישתי, "חובות הבדיקה והחקירה בדבר הפרות של דיני הלחימה החלות על מדינת ישראל – עיקרי חוות דעת משפטית", הוגש לוועדת טירקל ביום 13 באפריל 2011 (להלן: חוות הדעת של אייל בנבנישתי); Michael Waltzer, *Just and Unjust Wars*, New York: Basic Books, 1977, pp. 155–156

האחר לסכסוך. מכאן, שעצם הסיכון לחיי האזרחים של הצד השני למערכה מצמיח עבור הצבא חובה פוזיטיבית לפעול על מנת להקטין סיכון זה. הקטנת הסיכון תיעשה רק כאשר חקירות יעילות של הפרות שבוצעו ייצרו – בלשונו של Kenneth Watkin⁶¹ – תרבות של אחריותיות, A Culture of Accountability, אשר תפחית את הנטייה לבצע הפרות בעתיד.

המשפט ההסכמי

החובה במשפט הבינלאומי ההומניטרי ההסכמי לחקור חשדות להפרות חמורות של דיני הלחימה אינה שנויה במחלוקת. היא מופיעה בשורה ארוכה של מסמכים מן המשפט הבינלאומי.⁶² העיקרון הבסיסי מופיע באמנות ז'נבה, שם נקבע כי:

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

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

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

בכל הנסיבות ייהנו הנאשמים מערבויות לשפיטה ומסנגוריה הוגנת, שיהיו נוחות לא פחות מאלה שנקבעו בסעיף 105 ובסעיפים שלאחריו של אמנת ז'נבה מ-12 באוגוסט 1949 בדבר הטיפול בשבוויי מלחמה.⁶³

⁶¹ Kenneth Watkin, "Assessing Proportionality: Moral Complexity and Legal Rules", *Yearbook of International Humanitarian Law* 8 (2005), p. 47

⁶² אמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, כ"א 5, 65, סעיף 4; אמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 1039, 249, סעיף 7; כמו כן, Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction (להלן: Chemical Weapons Convention), סעיף 7 (1); Hague Convention for the Protection of Cultural Property, סעיף 28; Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction (להלן: Ottawa Convention).

⁶³ אמנת ז'נבה הראשונה, סעיף 49; אמנת ג'נבה השנייה, סעיף 50; אמנת השלישית, סעיף 129; אמנת ז'נבה הרביעית, סעיף 146.

הפרשנות הרשמית של הצלב האדום לאמנות ז'נבה (הקומנטר) מדגישה כי החובה שהסעיף מטיל היא חובה אקטיבית לחפש חשודים בהפרת האמנות, ולא רק להגיב לתלונות של חברות אחרות לאמנה.⁶⁴

המשפט המנהגי

חובת החקירה מהווה גם חלק מהמשפט הבינלאומי המנהגי. מחקר הצלב האדום בנושא החקירות קובע כי:

Rule 158: States must investigate war crimes allegedly committed by their own nationals or armed forces [...] and, if appropriate, prosecute them.⁶⁵

[על המדינות לחקור פשעי מלחמה שנטען כי בוצעו על ידי אזרחיהן או הכוחות המזוינים שלהן [...] ולהעמידם לדין, במקרים הולמים (תרגום לא רשמי).]

משמעות הדברים היא, שבמקרים מתאימים על המדינה האחראית לפתוח חקירה ביוזמתה בכל מקרה שבו יש טענות להפרה. אין להמתין לתלונה או לבקשה רשמית ממדינה אחרת על מנת לעשות כן.⁶⁶ חובה זו חלה לפי מחקר הצלב האדום אף בסכסוכים שאינם בינלאומיים. לפיכך גם אם הסכסוך בין ישראל לפלסטינים מסווג כסכסוך בינלאומי⁶⁷ וגם אם אינו מסווג כבינלאומי, החובה לחקור הפרות שמבוצעות במהלכו חלה על ישראל בכל מקרה.⁶⁸

חובת החקירה, הנובעת כאמור הן מהמשפט ההסכמי הן מהמשפט המנהגי, טומנת שתי חובות משנה המהוות את הליבה המהותית של החובה: החובה הראשונה היא לנהל חקירות הלכה למעשה באותם המקרים המתאימים לכך, והחובה השנייה, הנלווית לה, היא יצירת מוסדות ראויים לביצוע אותן חקירות.

חובת ביצוע החקירה

חובת ביצוע החקירה מוטלת בעיקרה על המפקדים בצבא, ומהווה חלק מחובתם למנוע הפרות של הדין הבינלאומי.

⁶⁴ Yves Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions*, 12 June 1949, p. 623

⁶⁵ J. M. Henckaerts & L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1, Rules, Cambridge, 2005, pp. 156–158, 607–611

⁶⁶ קומנטר לאמנת ז'נבה השלישית, עמ' 623.

⁶⁷ בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים (בג"ץ הסיכולים הממוקדים), לעיל הערה 39.

⁶⁸ שמיט מתלבט בשאלה זו, שכן כידוע החובות מכוח המשפט הבינלאומי ההומניטרי לגבי סכסוכים בינלאומיים ולגבי סכסוכים שאינם בינלאומיים לא הושוו לחלוטין. במיוחד מצוין שמיט את העובדה שחובות החקירה המופיעות באמנות מתייחסות בעיקרן לסכסוך הבינלאומי, וכן לעובדה שבמחקר הצלב האדום הבינלאומי יש רק מעט תמיכה בפרקטיקה לחובה לחקור בסכסוך שאינו בינלאומי. עם זאת גם שמיט מסיק בסופו של דבר כי החובה לחקור קיימת גם בסכסוך שאינו בינלאומי, ראו Schmitt, לעיל הערה 5.

סעיף 87 לפרוטוקול הראשון הנוסף לאמנות ז'נבה משנת 1977 (סעיף המקובל בדרך כלל כמשקף משפט בינלאומי מנהגי)⁶⁹ קובע כי :

Art 87. Duty of commanders

1. The High Contracting Parties and the Parties to the conflict shall require military commanders, with respect to members of the armed forces under their command and other persons under their control, to prevent and, where necessary, to suppress and to report to competent authorities breaches of the Conventions and of this Protocol.

...

3. The High Contracting Parties and Parties to the conflict shall require any commander who is aware that subordinates or other persons under his control are going to commit or have committed a breach of the Conventions or of this Protocol, to initiate such steps as are necessary to prevent such violations of the Conventions or this Protocol, and, where appropriate, to initiate disciplinary or penal action against violators thereof.

[סעיף 87. חובותיהם של מפקדים : 1. הצדדים לאמנה והצדדים לסכסוך ידרשו ממפקדים צבאיים, ביחס לאנשי הכוחות המזוינים המצויים תחת פיקודם ואנשים אחרים תחת שליטתם, למנוע, והיכן שהדבר נחוץ, לדכא ולדווח לרשויות המתאימות על הפרות של האמנות ושל פרוטוקול זה [...] 3. הצדדים לאמנה והצדדים לסכסוך ידרשו מכל מפקד שנודע לו כי פקודים או אנשים אחרים תחת שליטתו עומדים לבצע או ביצעו הפרה של האמנות או של פרוטוקול זה, כי ינקוט באותם הצעדים הנחוצים למנוע הפרות שכאלה של האמנות או של פרוטוקול זה, ובמקרים המתאימים, לנקוט בצעדים משמעותיים או פליליים נגד המפרים אותם (תרגום לא רשמי).]

החובה המוטלת על דרגי הפיקוד, לבצע חקירות אפקטיביות של הפרות, מהווה לא רק חובה עצמאית מכוח דיני הלחימה; הפרתה אף יכולה לעלות כדי הפרה של הדין הפלילי הבינלאומי, ולהוות בסיס להרשעת מפקדים בפלילים, על בסיס דוקטרינת אחריות המפקדים (לפיה מפקד שלא מנע או העניש פשע מלחמה נושא בעצמו באחריות פלילית עקב כך).

⁶⁹ ראו Henckaerts & Doswald-Beck, לעיל הערה 65, עמ' 558 כלל 153 : "Commanders and other superiors are criminally responsible for war crimes committed by their subordinates if they knew, or had reason to know, that the subordinates were about to commit or were committing such crimes and did not take all necessary and reasonable measures on their power to prevent their commission, or if such crimes had been committed, to punish the persons responsible"

חובות דומות המוטלות על המפקד מכוח אחריותו כמפקד מופיעות גם בסעיף 7 (3) לחוקת בית הדין הפלילי לעניין יוגוסלביה (ICTY). גם סעיף זה מהווה ביטוי למשפט הבינלאומי המנהגי:

The fact that any of the acts [...] was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he [...] [h]ad done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures [...] to punish the perpetrators thereof.

[העובדה שאחד מהמעשים הללו [...] בוצע על ידי פקוד לא משחררת את הממונה מאחריות פלילית, אם הוא ביצע זאת והממונה נמנע מלנקוט את האמצעים הנחוצים והסבירים על מנת להעניש את המבצעים הללו (תרגום לא רשמי)].

בפרשת Halilovich קבעה ערכאת הערעור של ICTY, בהתייחסה לסעיף זה, כי:

The Trial Chamber recalls that the purpose behind the concept of command responsibility is to ensure compliance with the laws and customs of war and international humanitarian law generally. The principle of command responsibility may be seen in part to arise from one of the Basic principles of international humanitarian law aiming at ensuring protection for protected categories of persons and objects during armed conflicts. This protection is at the very heart of international humanitarian law. Ensuring this protection requires, in the first place, preventative measures which commanders are in a position to take, by virtue of the effective control which they have over their subordinates [...]

...

The duty to punish includes at least an obligation to investigate possible crimes or have the matter investigated, to establish the facts, and if the superior has no power to sanction, to report them to the competent authorities.⁷⁰

[ערכאת המשפט שבה ומזכירה כי התכלית שבבסיס מושג האחריות הפיקודית הנה הבטחת ציות לדיני ולמנהגי המלחמה, ובאופן כללי, למשפט הבינלאומי ההומניטרי. ניתן לראות, באופן חלקי, את עקרון האחריות הפיקודית כנובע מאחד העקרונות הבסיסיים של המשפט הבינלאומי ההומניטרי, המיועד להבטיח הגנה לקטגוריות מוגנות של אנשים ואובייקטים

⁷⁰ Prosecutor v. Sefer Halilovic, IT-01-48-T (2005) available at: <http://www.icty.org/x/cases/halilovic/tjug/en/tcj051116e.pdf>

במהלך סכסוכים חמושים. הגנה זו מצויה בלב לבו של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. הבטחת הגנה זו מצריכה, ראשית כול, את אמצעי המנע שהמפקדים מסוגלים לנקוט, כתוצאה מהשליטה האפקטיבית שיש להם על הכפופים להם [...] החובה להעניש כוללת לפחות את החובה לחקור פשעים אפשריים או לדאוג לכך שהעניין ייחקר, לברר את העובדות, ואם למונה אין כוח להעניש, לדווח עליהם לרשויות המוסמכות (תרגום לא רשמי).

הקביעה כי הפרת החובה לחקור, מצד מפקד, היא עברה פלילית מופיעה גם בחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC). סעיף 28 (a) לחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי קובע כי:

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

- (i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and
- (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.⁷¹

[א] מפקד צבאי או אדם הפועל הלכה למעשה כמפקד צבאי יהיה אחראי בפלילים בגין פשעים הנופלים בגדר סמכות בית הדין אשר בוצעו על ידי כוחות הנתונים תחת פיקודו ושליטתו האפקטיביים, או תחת סמכותו ושליטתו האפקטיביים לפי נסיבות העניין, כתוצאה מהימנעותו מהפעלת שליטה נאותה על כוחות אלו, כאשר: (1) אותו מפקד צבאי או אדם ידעו, או עקב הנסיבות הקיימות באותו הזמן היו צריכים לדעת, שהכוחות ביצעו או עמדו לבצע פשעים שכאלה; וגם (2) אותו מפקד צבאי או אדם נמנע מלנקוט בכל האמצעים הנחוצים והסבירים שהיה בכוחו לנקוט על מנת למנוע או לדכא את ביצועם, או להעביר את העניין לרשויות המוסמכות לשם חקירה והעמדה לדין (תרגום לא רשמי).

⁷¹ בפרשנותו לסעיף זה קבע ה-Pre Trial Chamber של ה-ICC בפרשת Bemba כי: "The Duty to repress encompasses an obligation to punish forces after the commission of the Crime", *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, CC-01/05-01/08, (2009) available at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc699541.pdf>

החובה לחקור הפרות של דיני הלחימה מהווה אפוא חובה הנלווית לחובה לדכא את הפרות דיני הלחימה. כאמור, התפיסה העומדת בבסיס החובה היא שללא חקירות לא ידוכאו ההפרות של דיני הלחימה.⁷² ברור כי החובה המוטלת על מפקדים לבצע חקירות של הפרות אפשריות של פקודיהם היא חובה לקיים חקירה יעילה ואפקטיבית, אשר אכן תמנע את ההפרות העתידיות. רק חקירה ראויה של אירועי העבר עשויה לייצר מניעה יעילה כלפי אירועים עתידיים אפשריים.⁷³ אכן, ה-ICTY קבע כי היעדרה של חקירה אפקטיבית מהווה הפרה של חובתו של המפקד לחקור.⁷⁴ כך למשל, בפרשת Boskoski נקבע כי:

A superior's duty to punish the perpetrators of a crime may encompass an obligation to conduct an effective investigation with a view to establishing the facts. The obligation to investigate translates into an obligation on the part of the superior to take active steps to ensure that the perpetrators will be punished. To that end, the superior may exercise his own powers of sanction, or if he lacks such powers, report the perpetrators to the competent authorities.⁷⁵

[חובתו של הממונה להעניש את מבצעי הפשע עשויה לכלול חובה לנהל חקירה אפקטיבית המיועדת לבסס את העובדות. החובה לחקור מיתרגמת לחובה מצד הממונה לנקוט צעדים אקטיביים על מנת להבטיח שהמבצעים ייענשו. לתכלית זו, הממונה יפעיל את סמכויות הענישה העומדות לרשותו או, אם אין לו סמכויות שכאלה, ידווח על המבצעים לרשויות המוסמכות (תרגום לא רשמי).]

ראוי לשים לב בהקשר זה לנקודה שרבים מהעוסקים בדין ההומניטרי נוטים להתעלם ממנה. נוסף על החובה להעניש על העברות החמורות, המצויה באמנות ז'נבה, אותו הסעיף הן בהפרות חמורות והמשותף לארבע האמנות⁷⁶ מטיל על המדינות חובה נוספת – לנקוט את כל האמצעים הדרושים כדי להדביר (suppress) כל פעולה המנוגדת להוראות האמנות, קרי לא רק הפרות חמורות של האמנות. נראה שהוראה זו מטילה חובה לחקור חשדות בדבר כל הפרה, ולא רק הפרות חמורות. ודוק, בניגוד להפרות החמורות, החובה לחקור חשדות אחרים אינה כפופה לסמכות שיפוט אוניברסלית (אשר מכוחה על כל המדינות החברות להעמיד לדין או להסגיר למדינה אחרת חשודים בביצוע פשעי מלחמה חמורים); יתר על כן, החובה לחקור הפרות אחרות אינה מחייבת פנייה לערוץ של חקירה פלילית (שכן כאמור, העברות אינן בהכרח עברות שיש עליהן אחריות אישית מכוח הדין הבינלאומי). פרשנות נכוחה של הסעיף תתאים אותו לחובה המקבילה בסעיף 1 המשותף לאמנות ז'נבה – החובה להבטיח את כיבוד האמנות. לפנינו, אם כן,

⁷² Guenael Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, OUP, 2009

⁷³ Mettraux, לעיל הערה 72.

⁷⁴ *Prosecutor v. Strugar*, IT-01-42-T (January 31, 2005) para. 376–378

⁷⁵ *Prosecutor v. Ljube Boskoski Johan Traculovski*, IT-04-82-T (2008) available at:

http://www.icty.org/x/cases/boskoski_traculovski/tjug/en/080710.pdf

⁷⁶ ראו לעיל ליד הערה 53.

חובה מקבילה ועצמאית להבטיח את יישום האמנות – בכל הדרכים המתאימות. הגם שלא תמיד חקירה פלילית תהא דרך מתאימה או הכרחית לביצוע חקירה שתכליתה עידוד כיבוד האמנה, ודאי יהיו מצבים בהם חקירה פלילית תהיה האמצעי המתאים שבו יש לנקוט גם ביחס להפרות שאינן עולות כדי הפרות חמורות.

להלן נבחר כמה מהרכיבים הכלולים בחובה לחקור הפרות של דיני הלחימה. בשלב זה נציין רק, שקיום חקירה יעילה מחייב יצירת מערכת מוסדית של חקירות. מערכת זו צריכה לכלול את המוסדות היכולים לקיים את החקירה האפקטיבית הדרושה, בדרכים העולות בקנה אחד עם הנורמות המשפטיות הרלוונטיות.

חובת החקירה מכוח דיני זכויות האדם

משפט זכויות האדם הבינלאומי מטיל על מדינות, שכוחותיהן היו אחראים להרג אזרחים, חובה לחקור.⁷⁷ מדובר בחובה המהווה חלק מחובת הכיבוד וההגנה על הזכות לחיים, המעוגנת בסעיף 6 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. מכוחה של חובה זו, וכחלק מההגנה על הזכות שבבסיסה, מוטלת על מדינה חובה מסדר שני לחקור ביוזמתה את הנסיבות של מקרים שבהם אנשים נהרגו מידי כוחות הביטחון שלה. אי-מילוי חובת החקירה עשוי להוות כשלעצמו הפרה של הוראות האמנה:

Administrative mechanisms are particularly required to give effect to the general obligation to investigate allegations of violations promptly, thoroughly and effectively through independent and impartial bodies [...] A failure by a State Party to investigate allegations of violations could in and of itself give rise to a separate breach of the Covenant.⁷⁸

[קיימת דרישה מיוחדת לאמצעים מנהליים שיעניקו תוקף לחובה הכללית לחקור טענות על אודות הפרות בצורה מהירה, יסודית ויעילה, באמצעות גופים עצמאיים וחסרי פניות [...]. הימנעותה של מדינה חברה מלחקור טענות על אודות הפרות, עשויה כשלעצמה להוות הפרה נפרדת של האמנה (תרגום לא רשמי).]

בפסיקת בית הדין האירופי העוסקת בזכות לחיים, המופיעה באמנה האירופית לזכויות אדם, הובהר כי הדרישה לחקור מקרי מוות אינה מוגבלת לפגיעות בזכות לחיים המתרחשות בזמן שלום. בתביעות שהוגשו נגד רוסיה (בהקשר לפעילותה בצ'צ'ניה) ונגד טורקיה (בפעילותה נגד הכורדים), קבע בית הדין כי הזכות

⁷⁷ למעשה, החובה בדיני זכויות האדם היא לחקור אף אם המדינה לא היתה אחראית בצורה ישירה למוות, אלא בצורה עקיפה בלבד.

⁷⁸ הערה כללית מס' 31 של ועדת זכויות האדם של האו"ם (2004).

לחיים, וחובת החקירה הנלווית אליה, חלות גם בהקשר של פעילות צבאית.⁷⁹ הלכה זו אושרה שוב על ידי בית הדין בפרשת Al-Skeini, שבה נקבע כי:

The Court has held that the procedural obligation under Article 2 continues to apply in difficult security conditions, including in a context of armed conflict.⁸⁰

[בית הדין קבע כי החובות הפרוצדורליות תחת סעיף 2 ממשיכות לחול בתנאים ביטחוניים קשים, לרבות במצבי סכסוך מזוין (תרגום לא רשמי).]

2. מבנה מערך החקירות בישראל⁸¹

הפרקליט הצבאי הראשי (פצ"ר) הוא הגורם המופקד על מערכת החקירות הצבאית. בכובעו זה הוא מורה על פתיחה של חקירת המשטרה הצבאית החוקרת (מצ"ח). כמו כן, הפצ"ר יכול להמליץ לרשויות הצבא לפתוח בתחקיר מבצעי של אירועים צבאיים חריגים (הסמכות להורות על פתיחה בתחקיר מצויה בידי מפקד היחידה או במקרים מיוחדים בידי דרגה גבוהה יותר בשרשרת הפיקוד). בעדותו בפני ועדת טירקל, ובנייר העמדה שלו שהוגש לוועדה, הבהיר הפצ"ר את נוהל החקירה הזה: כל מקרה מוות של אזרח, או כל אירוע חמור אחר, מדווח באופן מידי לפצ"ר. הפצ"ר, לאחר בדיקה מקדמית של החומר, יבחר באחד משני המסלולים:

- **פתיחה בחקירה פלילית** – פתיחה בחקירה פלילית מצויה בסמכותו של הפרקליט הצבאי הראשי, או בסמכות מצ"ח. בעניינים מבצעיים מפעיל הפצ"ר, החל ב-2006, חולית תביעה לעניינים מבצעיים שתפקידה ללוות חקירות (ואף להורות על פתיחה בחקירה) במקרים הנובעים מפעילות מבצעית. הפצ"ר יורה על פתיחה בחקירה פלילית (חקירת מצ"ח) במצב של לחימה (להבדיל ממצב של "אכיפת חוק") רק כאשר יש לו חשד סביר שאכן נעברה עברה. כאשר מדובר במצב של פעולת אכיפת חוק, הפצ"ר יורה באופן מידי על פתיחה בחקירה פלילית בכל מקרה של מוות של אזרח בלתי מעורב.
- **המלצה לפתוח בתחקיר מבצעי** פנימי ביחידה, או בתחקיר מומחים – חיצוני ליחידה הנחקרת.

התחקיר המבצעי

התחקיר המבצעי הוא מערכת חקירה צבאית פנימית "שתכליתה לשפר את התפקוד של יחידות הצבא".⁸² מדיניות החקירות המתוארת בנייר העמדה של הפצ"ר⁸³ קובעת, כי כאשר הפצ"ר סבור לאחר בדיקה

⁷⁹ *Kamer Demir v. Turkey*, no. 41335/98, October 19, 2006; *Anik v. Turkey*, no. 63758/00, June 5, 2007; *Tangiyeva v. Russia*, no. 57935/00, November 29, 2007; *Khatsiyeva and others v. Russia*, no. 5108/02, January 17, 2008

⁸⁰ Al Skeini, **לעיל** הערה 26, סעיף 164.

⁸¹ תת פרק זה מבוסס על נייר העמדה של הפצ"ר, ראו **לעיל** הערה 1; על תשובות המשנה לפרקליט המדינה, ראו **לעיל** הערה 2; ועל עדויותיהם של אלו בפני ועדת טירקל בימים 12 ו-13 באפריל 2011 בהתאמה.

⁸² הפ"ע 2.0702, סעיף 3.

ראשונית שאין מקום לפתוח בחקירה פלילית, היות שעל פני הדברים האירוע אינו מגלה חשד לעברה פלילית, הוא מעביר את העניין לביצוע תחקיר מבצעי. התחקיר המבצעי מתבצע על ידי היחידה עצמה, או במקרים מיוחדים על ידי מומחים חיצוניים ליחידה.

במקרה שלפצ"ר אין חשד או ראיות קונקרטיות לשם פתיחה בחקירה פלילית, הוא ימליץ על קיומו של תחקיר מבצעי. ההנחיות הפנימיות של הצבא, כפי שהופצו בשנת 2005, קובעות כי בכל מקרה מוות של אזרח יועבר דיווח, הזירה תתועד, ויתבצע תחקיר שיאושר על ידי אלוף הפיקוד.

התחקיר המבצעי אינו כלי חקירה פלילית במובן המקובל של המונח. ראשית, הוא מכוון אל עבר הפקת לקחים כלפי העתיד ולא אל עבר הטלת אחריות משפטית בגין מעשי העבר. שנית, גביית העדויות מהחייילים אינה מתבצעת באופן המקובל בהליכים פליליים. אמנם כל חייל חייב למסור את כל המידע הנדרש לעורך התחקיר, ובצד מסירת מידע לא מלא או לא מהימן קיימת ענישה פלילית; עם זאת החיילים הנחקרים אינם מיוצגים (וזאת כיוון שלא ניתן להעמיד לדין חייל על סמך מידע שנאסף בתחקיר) ואין הפרדה פיזית בין הנחקרים השונים בשלב החקירה. לבסוף, המידע הנאסף בתחקיר חסוי מפני החוקרים העוסקים בחקירת המישור הפלילי של האירוע.⁸⁴

בעדותו בפני ועדת טירקל הדגיש הפצ"ר את העובדה, שדווקא מרכיבים אלו של התחקיר המבצעי מבטיחים כי תתגלה במהלכו האמת על אודות הדברים שקרו באירוע. לאחר עריכתו מועבר התחקיר לפצ"ר, וזה יכול להורות על פתיחה בחקירה פלילית לאחר שהוא בוחן את תוצאות התחקיר.

החקירות בפועל

מידע שהועבר לידי ועדת טירקל על ידי גופים שונים, ביניהם קצין משטרה צבאית ראשי⁸⁵ וארגון יש דין,⁸⁶ מגלה כי אין מחלוקת אמיתית על נתוני החקירות. בשנים האחרונות מוגשות למעלה מ-200 תלונות בשנה בגין מעשים לא חוקיים של חיילי צה"ל כלפי האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית בשטחים, שיכולים להיחשב כפשעי מלחמה (בממוצע מוגשות כ-300 תלונות בשנה; בשנת השיא, 2007, הוגשו כמעט 500 תלונות). יותר מ-50% מהתלונות מופנות לחקירות משטרה צבאית. ביותר מ-63% מתלונות אלו (1,394 עד מרץ 2011) נפתחה חקירה. אלא שבין 2005–2009 הוגשו כתבי אישום רק ב-49 תיקים.

חקירות מוות

העברות החמורות ביותר הנחקרות על ידי מצ"ח הן עברות המוות. עד סוף שנת 2009 נפתחו 173 חקירות מקרי מוות. רק 19 חקירות הובילו לכתב אישום, ורק ב-5 מקרים כתב האישום קושר בין העברה לבין המוות (בשאר המקרים מדובר היה באישום בהפרת נהלים וכולי). מקרה אחד מבין 5 המקרים האלו הסתיים בזיכוי.

⁸³ לעיל הערה 1.

⁸⁴ חוק השיפוט הצבאי, סעיף 539 א.

⁸⁵ דיווח קצין משטרה צבאית ראשי לוועדת טירקל, אפריל 2011.

⁸⁶ דוח ארגון יש דין לוועדת טירקל, אפריל 2011.

הדרג הנחקר

עקרונית ניתן לחלק את פוטנציאל ההפרות של דיני הלחימה לשלוש דרגות של מפרים אפשריים. במקרים מסוימים חייל פועל באופן המפר את ההוראות הישירות שניתנו לו. בין שהוא מודע לכך שהוראות אלו יסודן במשפט הבינלאומי, ובין שהוא סבור כי מקורן במשפט הישראלי או בפקודה פנימית, בעיני צה"ל הבעיה המרכזית במקרים אלו היא הפרת הפקודה. יש לציין שבמקרים מסוימים ייתכן שההוראות שניתנו היו עמומות, אך החייל לא נהג כפי שהיה מצופה ממנו – כלומר, הוא פירש את הפקודה שניתנה לו בצורה שגויה.

דרגת הביניים של החשודים בהפרת הדין הבינלאומי היא דרגת הפיקוד המבצעי. בדרג זה הפרה של הדין הבינלאומי נעשית לעתים מתוך מודעות לכך שהמשפט הבינלאומי אוסר לבצע פעולות מסוימות. הבעיה של "הפרת פקודה", במובן הבסיסי של מונח זה, אינה קיימת בדרך כלל במקרים אלה, שכן החשוד בהפרה הוא לעתים קרובות נותן הפקודה. עם זאת ייתכן שהפקודה היתה בניגוד לנוהל מסוים הקיים בצבא (כגון ירי ארטילרי סמוך לבתי אזרחים). פעמים רבות נותן הפקודה אף קיבל טרם מתן הפקודה ייעוץ משפטי, שאישר את הפקודה שניתנה.

דרגת הפיקוד הגבוהה ביותר אשר עשויה למצוא את עצמה מעורבת בחקירות הנוגעות להפרות של דיני הלחימה, היא דרג הפיקוד העליון של הצבא והדרג המדיני שמעליו. גם כאן כמובן סביר להניח, שהפרה של המשפט הבינלאומי אינה מהווה הפרת פקודה. כאן השאלה היא לעתים תכופות שאלת מדיניות: המדינה קבעה יעדים מדיניים שהפעולה הצבאית נדרשה להשיג, ויעדים אלו או האמצעים הנחוצים להגשימם עשויים להיות מנוגדים לאמות המידה המצויות במשפט הבינלאומי.

בעוד שמספר החקירות הנפתחות ביחס לחשדות של הפרות מצד חיילים בדרג הנמוך ביותר (קבוצה א) אינו נמוך במיוחד (המספרים המצוטטים לעיל נראים לנו סבירים להיקף פעילות צה"ל בשטחים), אין כמעט חקירות צבאיות המתייחסות לפעילות של דרגים גבוהים יותר. רק במקרים מועטים מגיעה הפרה של הדין הבינלאומי, של דרג פיקודי, לדיון משפטי, וגם אז לרוב מסגרת הטיפול היא משמעתית ולא פלילית.⁸⁷ בעיה זו מוקצנת עוד יותר בדרג העליון של הצבא ובדרג המדיני. לגבי דרגים אלו לא מתקיימת למעשה כל מערכת חקירה בנוגע למעשיהם או מחדליהם. ככל הידוע לנו, המקרה היחיד של חקירה כנגד דרג מדיני במדינת ישראל בגין מעשה שניתן לקשרו אל הפרה של הדין הבינלאומי, הוא מינוי ועדת החקירה בראשות השופט כהן בעניין הטבח בסברה ושתילה.⁸⁸ יש לזכור כי גם בדוח זה הקפידו חברי הוועדה להימנע מאזכור כל אחריות פלילית של ראשי השלטון בישראל, וקבעו את אשר קבעו על אודות אחריותם האישית על סמך ניתוח החובות הציבוריות שראוי כי יחייבו אותם.

עולה אם כן, כי מערכת החקירות הקיימת ממוקדת במקטע אחד בלבד שבו עוסק הדין הבינלאומי הרלוונטי, והיא במעשיו של החייל בשטח. אך מובן שהפרות אלו אינן ההפרות הבלעדיות של המשפט הבינלאומי שצבאות אחראים להן. יתר על כן, יהיו גם אלה שיטענו שהפרות שביצעו דרגים נמוכים אינן

⁸⁷ יש חריגים מעטים, דוגמת הטיפול בסא"ל עמרי בורברג שהורה על ירי אל מפגין עצור, ראו בג"צ 7195/08 אבו רחמה נ' הפצ"ר (טרם פורסם), אך אלו יוצאים מן הכלל. גם הטיפול המשמעותי בתת-אלוף אייל איזנברג, מפקד אוגדת עזה, ובאלוף משנה אילן מלכה, אשר אישרו ירי של פצצות המכילות זרחן בסמוך לאוכלוסיה אזרחית, הוא חריג למדי. ראו אנשיל פפר, "תשובת ישראל לדוח גולדסטון: מפקד אוגדת עזה נענש משמעתית על ירי זרחן בעת מבצע עופרת יצוקה", הארץ, 1 בפברואר 2010,

<http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=1146610&contrassID=1&subContrassID=7>

⁸⁸ ועדת החקירה לעניין האירועים במחנות הפליטים סברה ושתילה.

ההפרות הקשות ביותר, הדורשות את הטיפול הנחוש ביותר. דווקא הוראות הדרג המדיני, והנחיות הביצוע של הדרג הפיקודי, הן אלו המחייבות התייחסות מלאה ורצינית, שכן ההפרות הנרחבות ביותר של הדין הבינלאומי נעשות בדרך כלל לא על ידי החייל הפשוט, אלא על ידי הפיקוד העליון. לשיטתנו, מערכת ראוייה של חקירות בדבר הפרות של הדין הבינלאומי חייבת להתייחס גם לנושאים באחריות, בכל הדרגים. להלן נבהיר כי חובתה של המדינה היא לחקור, לאו דווקא באמצעים פליליים, גם הפרות של דיני הלחימה שאינן עולות כדי עברות פליליות, וודאי שחובה עליה לבחון אם מעשיהם של שלוחיה – בכל הדרגים – עומדים בקנה המידה של המשפט הבינלאומי.

פרק ג: סטנדרט הפתיחה בחקירה

בהנחה שקיימת חובה לחקור במקרים מתאימים – באילו נסיבות משתכללת החובה לחקור? האם הצורה שבה הפרקליט הצבאי הראשי של צה"ל מממש את החובה לחקור ומורה על פתיחה בחקירה מקיימת את הדרישות של המשפט הבינלאומי? האם ומתי ניתן להשהות את הפתיחה בחקירה עד לקיומו של תחקיר מבצעי?

פרופסור מייקל שמיט פרסם לאחרונה מאמר מקיף בנושא החובה לחקור הפרות של דיני הלחימה, ובו הטענה כי חובת הפתיחה בחקירה – לפי הפרשנות המוסמכת של אמנות ז'נבה – כוללת את התנאים האלה:⁸⁹

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

אנו סבורים כי התנאים שהציב שמיט אינם מקיפים את חובת החקירה כולה. כאמור לעיל, לדעתנו חובת החקירה מוטלת על הצבא בכל מקום שקיים חשד להפרה של דיני הלחימה, גם אם ההפרה אינה עולה כדי פשע מלחמה. עם זאת החקירה אינה חייבת תמיד להתבצע בכלים פליליים, היות שאין חובה להעניש בפלילים על הפרות של דיני הלחימה שאינן עולות כדי פשע מלחמה.

ככל שהתנאים שהציב שמיט עוסקים בחקירה הפלילית המתחייבת בחשדות להפרות העולות כדי פשעי מלחמה, אנו נוטים ככלל להסכים עם עמדתו. אכן דיני המלחמה אינם מחייבים לחקור בכלים פליליים טענות קלושות או כאלה המתייחסות להפרות שאינן עולות כדי פשע מלחמה. עם זאת יש לציין, שהחובה לחקור המוטלת על הצבא אינה רק חובה ראקטיבית – היינו, היא אינה מתגבשת אך ורק בתגובה לטענה פוזיטיבית לביצוע פשע מלחמה, שהועלתה מצד מקור כלשהו; החובה לחקור עשויה להתגבש גם באופן פרואקטיבי, מקום בו נסיבות האירוע המלחמתי עצמן מעלות חשד סביר כי בוצע פשע מלחמה. ואכן גם לשיטתו של שמיט, החובה לחקור עשויה לקום גם מקום בו יש טענות אמינות כי בוצע פשע מלחמה, או לחלופין מקום בו יש חשד סביר (reasonable suspicion) לכך.⁹⁰

חשוב להדגיש כי אליבא דשמיט, החובה לחקור חקירה פלילית קמה **בכל מקום** בו יש מידע אמין (או חשד סביר) כי בוצעה הפרה חמורה של דיני המלחמה, וכי מכוח החובה הזו יש לחקור את הדרג המבצעי

⁸⁹ Schmitt, לעיל הערה 5, עמ' 39.

⁹⁰ שם, עמ' 83.

שביצע במישרין את ההפרה, אך גם את הדרג הפיקודי המצוי מעליו. בהקשר זה שמיט אינו מתייחס מפורשות לאחריותם של דרגים מדיניים להפרות חמורות של דיני המלחמה, אך ברור שאם הדין המהותי הפלילי מטיל אחריות פלילית שכזו, נלווית אליה החובה לחקור את האחראים להפרה.⁹¹ מכאן, שכאשר מתקיימת חקירה בשאלה אם פעולה צבאית מהווה פשע מלחמה, תקום חובה לחקור את אחריותם של הדרגים המדיניים בכל מצב שבו יש טענה אמינה או חשד סביר שדרגים אלה היו מעורבים באישור, בתכנון או בהוצאה לפעול של הפעולה, או שהפרו חובה למנוע אותה או להעניש בגין התרחשותה. המקום הנורמטיבי שבו נפרדת דרכנו מדרכו של שמיט, הוא המקום שבו מתעוררת השאלה על אודות אופייה הממצה של החובה לחקור. לדעתנו – בניגוד לדעתו של שמיט – בצד החובה השאובה מדיני הלחימה, קיים במשפט הבינלאומי מקור חובה נוסף לדרישה לחקור פעולות צבאיות: דיני זכויות האדם הבינלאומיים. ודוק, החובה לחקור מכוח דיני זכויות האדם רחבה יותר מהחובה העולה מכוח דיני הלחימה. יתר על כן, כפי שצינו לעיל, דיני הלחימה עצמם מטילים חובה לחקור באמצעים מתאימים – פליליים או אחרים – גם הפרות של דיני המלחמה שאינו עולות כדי הפרות חמורות (המחייבות תמיד חקירה פלילית).

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

- א. דיני זכויות האדם כוללים, בצד החובה מסדר ראשון שלא להפר זכויות אדם, חובה מסדר שני להעניק סעד מתאים במקרה של הפרות זכויות אדם. כמה גופים בינלאומיים, שיפוטיים ומעין שיפוטיים, קבעו כי החובה מסדר שני כוללת חובה (יחסית) לחקור ולהעמיד לדין פלילי עובדי ציבור שהפרו זכויות אדם מוגנות – בעיקר אותן זכויות המגנות על החיים והגוף. לאור ההיקף הרחב של ההגנה המסופק על ידי דיני זכויות האדם, ייתכן מאוד כי פעולות צבאיות שהסתיימו במותם או בפציעתם של אזרחים לא יעלו כדי פשע מלחמה, אך עדיין ייחשבו כהפרת זכויות אדם המצדיקה חקירה (פלילית או אחרת).⁹²
- ב. דיני זכויות האדם מניחים מציאות שבה הפגיעה בחיים ובגוף הנה פעולה חריגה, המחייבת הצדקה מיוחדת. מכאן שעצם השימוש בנשק חם על ידי כוחות שלטוניים, הגורם לפגיעה בחיים או בגוף, נתפס כהפרה לכאורית של הדינים מסדר ראשון, המחייבת חקירה (כחובה מסדר שני).⁹³

העיקרון הבסיסי הנ"ל, לפיו קיימת חובה כללית לחקור כל מקרה שבו התרחשה פגיעה בחיי אדם כתוצאה מפעולות הצבא, נקבע בפסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *McKerr v. United Kingdom*:

⁹¹ ראו למשל סעיף 28 לחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי.

⁹² ראו למשל Human Rights Committee, General Comment 31 (2004), at para. 18; *Isayeva v. Russia*, ECHR judgment of 24 Feb. 2005, para. 209—212; *Las Palmeras v. Colombia*, I/A CHR judgment of 6 Dec. 2001, para. 65

⁹³ Kenneth Watkin, "Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict", *American Journal of International Law* 98, 1 (2004), pp. 17—20. (להלן: Watkin).

[T]he obligation to protect the right to life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", also requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force.⁹⁴

[החובה להגן על הזכות לחיים תחת סעיף 2 לאמנה, כאשר קוראים אותה לצד החובה הכללית המוטלת על המדינה תחת סעיף 1 לאמנה: "להבטיח לכל אדם המצוי תחת סמכותם את הזכויות והחירויות המוגדרות באמנה", מחייב גם את המסקנה המשתמעת, שסוג מסוים של חקירה רשמית ויעילה צריך להתקיים כאשר בני אדם נהרגו כתוצאה משימוש בכוח (תרגום לא רשמי).]

גם אם לא כל הפרשנים מאמצים את העמדה, שדיני זכויות האדם מחייבים חקירת כל מקרה מוות המתרחש במהלך סכסוך מזוין, ניתן למצוא בספרות ובפסיקה הסכמה רחבה לטענה, שכל מקרה מוות של אזרחים לא מעורבים בפעילות צבאית מחייב – לפי דיני זכויות האדם – חקירה.⁹⁵ יושם אל לב שחלק ניכר מפסקי הדין של בית הדין האירופי, שעסקו בחובת החקירה, עסקו במצבים שבהם התנהלה בפועל לחימה (בעיקר בצ'צ'ניה, בעיראק, במזרח טורקיה ובצפון קפריסין). אמנם לחימה זו התנהלה ברובה בשטח שנשלט על ידי מדינות אלו או שהיה בריבונותן. אך כפי שיפורט להלן, אלמנט השליטה קיים ברמה כזו או אחרת בחלק גדול של הסכסוך בין ישראל לפלסטינים. מכאן שהפסיקה האמורה אינה בלתי רלוונטית לחלק ניכר מפעולות ישראל בשטחים.

כיצד תפיסה זו של שילוב נורמטיבי באה לידי ביטוי בנושא החקירות? מצד אחד, סביר להניח שבמצב של סכסוך מזוין, אפילו כזה שאינו בינלאומי, אין מקום לפתוח בחקירה פלילית בכל מקרה שבו נגרם מותו של אדם.⁹⁶ העמדה של דיני זכויות האדם, הרואה בכל פגיעה בחיים או בגוף הפרה לכאורה של הדין, אינה מתאימה למצב של סכסוך מזוין שבו הדין מתיר, או למצער משלים, עם הרג של לוחמי אויב ואף של אזרחים שהפגיעה בהם היא אגבית (ומידתית). עם זאת גם העמדה המנוגדת – שלפיה לעולם אין לפתוח בחקירה – אינה מתקבלת על הדעת, שכן גם לפי המשפט ההומניטרי קיימת חובת חקירה רחבה למדי. יש למצוא אפוא נוסחה המגדירה את התנאים לפתיחה בחקירת מקרי מוות, המבטאת את הערך הנלווה לחיי אדם מחד גיסא, ואת האילוצים המבצעיים הקשים הקיימים במצבי לחימה מאידך גיסא.

1. עמדת המדינה

⁹⁴ *McKerr v. United Kingdom*, ECHR, 2001, Eur. Ct. H.R. 475

⁹⁵ ראו למשל, Professor Philip Alston, UN Special Rapporteur on Extrajudicial Executions Handbook, Investigation and Prosecutions of Killings, at A8, <http://www.extrajudicialexecutions.org/LegalObservations>

⁹⁶ Watkin, לעיל הערה 93, עמ' 33.

מהי עמדתה של מדינת ישראל ביחס לחובה לפתוח בחקירה? באילו מקרים סבורים גורמי החקירה בצבא שמוטלת עליהם החובה לחקור? עמדתה המעודכנת ביותר של המדינה הוצגה במסמכים שהוגשו לוועדת טירקל, ובעדויות בפני ועדה זו.⁹⁷ ממסמכים ועדויות אלו עולה כי עמדתה של המדינה היא שיש להבדיל בין שני סוגי אירועים. הסוג הראשון הוא מקרים שבהם התרחש אירוע של מוות או פגיעה חמורה אחרת בתוך שטח הריבוני של ישראל או בשטח הנשלט על ידיה במשטר של תפיסה לוחמתית, כל עוד לא מתקיים בשטח האמור עימות מזוין. במקרים אלו, החובה לחקור עולה מכוח קיומה של התוצאה החמורה (מותו של אזרח לא מעורב).⁹⁸ לעומת זאת כאשר קיים בשטח עימות מזוין, וקל וחומר כאשר העימות נערך מחוץ לתחומיה של מדינת ישראל, יש לפתוח בחקירה רק כאשר:

מדובר באירועים אשר לא ניתן להצדיק את התרחשותם בכך שאירעו כחלק מפעילות לחימתית לגיטימית, כדוגמת כאלו הנוגעים להפרות לכאורה של איסורים מוחלטים בדיני הלחימה. נוסף על כך, ייתכנו אירועים אשר נסיבותיהם יצביעו על כך שלמרות התרחשותם תחת המסגרת המשפטית של דיני הלחימה, הרי שהם מעוררים – על פניהם – חשד להפרה של דינים אלו.⁹⁹

כלומר, במקרים שבהם פעולות הצבא הסתיימו במוותם של אזרחים פלסטינים או בתוצאה חמורה אחרת, חקירה פלילית תיפתח רק כאשר קיימים חשדות לכאורה לביצוע הפרה של דיני הלחימה. ואין די בקיומה של תוצאה חמורה כדי להביא לפתיחת חקירה כזו.

בנייר העדכון לגבי החקירות, שפורסם בינואר 2010,¹⁰⁰ הבדילה המדינה בין שני סוגים של חשדות לעברות. יש מקרים שבהם ברור בעליל כי נעברה בהם עברה (per se), ואלו הם: "התנהגות לא ראויה כלפי עצירים; שימוש באזרחים כמגן אנושי; ביזה; וירי מכוון כלפי אזרחים". באלו תיפתח מיד חקירה פלילית.¹⁰¹ במקרים אחרים שבהם נהרגו אזרחים, כאשר לא ברור לחלוטין שהיה ירי מכוון כלפי אזרחים, או כאשר נדרשת הכרעה בדבר שאלת הצפיות של הרג אזרחים (הפעלת עיקרון המידתיות),¹⁰² יש לבחון ראשית את נסיבות המקרה על מנת לראות אם הן מקימות חשד לעברה פלילית.

⁹⁷ ראו לעיל הערות 1–3.

⁹⁸ ראו נייר מדיניות החקירות של הפצ"ר, לעיל הערה 3, עמ' 3.

⁹⁹ ראו נייר העמדה של הפצ"ר, לעיל הערה 1, ליד הערות 98–99.

¹⁰⁰ Gaza Operations Investigations, January 2010

¹⁰¹ שם, פסקה 51.

¹⁰² הכלל במשפט ההומניטרי קובע כי "[I]n relation to criminal law the Protocol requires intent and, moreover, with

regard to indiscriminate attacks, the element of prior knowledge of the predictable result" ה-ICTY מצאה

שכדי להגדיר מתקפה כפשע מלחמה, היא "must have been conducted intentionally in the knowledge, or when it

was impossible not to know, that civilians or civilian property were being targeted" Prosecutor v. גס

Galić, Case No. IT-98-29-T, Judgment and Opinion ¶ 42 (5 December 2003); Yves Sandoz, Christophe

Swinarski & Bruno Zimmermann, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva

Conventions 12 June 1949 (International Committee of the Red Cross, 1987), art. 51(2), ¶ 1934

לשם הכרעה לגבי הצורך לפתוח בחקירה באותם מקרי גבול נדרשת "בדיקה מקדימה"¹⁰³. בדיקה מקדמית זו נעשית בישראל בעיקר על ידי תחקיר מבצעי.¹⁰⁴ בעדותו בפני ועדת טירקל הבהיר הפצ"ר כי לאחר ביצוע תחקיר מבצעי, מבצע הפצ"ר או מי מטעמו בדיקה של התחקיר ותר אחר חשדות אפשריים להפרת הדין. חקירה פלילית תיפתח רק אם הבדיקה המקדמית העלתה חשד כי אכן הפרה כזו קרתה.

2. המשפט המשווה

הממצא הבולט ביותר העולה מבדיקת המשפט ההשוואתי בסוגיית התנאים לפתיחה בחקירת חשדות להפרות הדין הבינלאומי על ידי פעולות הצבא, הוא היקף שיקול הדעת העצום המסור לפצ"ר הישראלי בשאלת הפתיחה בחקירה, ביחס לגורמים מקבילים בצבאות אחרים בעולם. מפאת קוצר היריעה, לא נפרט כאן בהרחבה מהי העמדה המשפטית המדויקת הנהוגה בכל מדינה ומדינה ממדינות המשפט המקובל. הכללים הרלוונטיים שונים בין מדינה לחברתה, ואין מודל אחד ברור שעל פיו יש לנהוג. עם זאת ניתן להצביע על כמה עקרונות המשותפים לכל מסגרות החקירה המקובלות בצבאות המערב, עקרונות שמעמדם הולך ומתחזק בשנים האחרונות: ראשית, יש כללים ברורים בדבר השאלה אילו חשדות יש לבדוק במסגרת של חקירה פלילית. שנית, גם רמה נמוכה יחסית של חשד עשויה להצדיק פתיחה בחקירה פלילית, במיוחד אם מדובר בחשד לביצוע עברות חמורות. שלישית, יש העדפה ברורה למערכת של חקירה פלילית על פני כל צורה אחרת של תחקור אירוע.¹⁰⁵

כך למשל, בארצות הברית קובעות הוראות משרד ההגנה רשימה של reportable incidents, הכוללת חשדות ולו קלים לביצוע הפרות של דיני הלחימה.¹⁰⁶ אירועים כאלו נחקרים על ידי יחידה מיוחדת במשטרה הצבאית, Criminal Investigation Division (CID). משנפתחה חקירה פלילית, כל חקירה פיקודית צריכה להיפסק באופן מידי. בבריטניה הקים ה-Armed Forces Act (2006) יחידת חקירה מיוחדת, Special Investigative Branch, שאליה יש לדווח על כל חשד סביר להפרות חמורות של הדין הבינלאומי.¹⁰⁷ על היחידה לפתוח בחקירה פלילית של מקרים שהובאו בפניה. בכל מקרה שבו נפתחה חקירה פלילית, לא מתקיימת חקירה פיקודית מקבילה.

3. ביקורת על מדיניות החקירות לפי דיני המשפט ההומניטרי

¹⁰³ ראו נייר מדיניות החקירות של הפצ"ר, לעיל הערה 3, עמ' 4.

¹⁰⁴ שם, עמ' 5.

¹⁰⁵ יצוין כי במסמכים שהוגשו על ידי המדינה לוועדת טירקל (לעיל הערות 1–3), כמו גם בדוח החקירות (לעיל הערה 100), הביאה המדינה מידע לגבי חקירות, שמוכיח לדעתה שהחקירות בישראל עומדות בכל השוואה בינלאומית. מסמכים שהוגשו לוועדת טירקל על ידי ארגון יש דין, וכן על ידי ה-Open Society Project, מראים כי חלק מהמידע שהובא על ידי המדינה אינו מדויק או אינו מעודכן. איננו מתכוונים להיכנס במסגרת מחקר זה לדקויות ההשוואה. כאמור, איננו סבורים שקיים מודל נכון אחד להשוואה.

¹⁰⁶ Department of Defense Directive 2311.01E (May 9, 2006) Article 3.2: Reportable Incident. A possible, suspected, or alleged violation of the law of war, for which there is credible information, or conduct during military operations other than war that would constitute a violation of the law of war if it occurred during an armed conflict

Section 113 (2)¹⁰⁷

גם במקום שבו חלים רק דיני המשפט ההומניטרי, ואף בהתעלם מדרישות דיני זכויות האדם כפי שיפורטו להלן, הכללים בדבר חקירות כפי שפורטו על ידי הפצ"ר נראים בעינינו בעייתיים ביותר. הבעיה המרכזית טמונה בשיקול הדעת הנרחב ביותר המופעל על ידי הפצ"ר. למעשה, מניירות העמדה שהוצגו בפני הוועדה, כמו גם מעדותו הפומבית של הפצ"ר בפני ועדת טירקל, עולה כי למעשה אין בנמצא כללים כתובים ברורים בשאלה מתי תיפתח חקירה מצ"ח אם בכלל. נראה כי מערכת החקירה מתבססת על התפיסה, שהפצ"ר הוא הגורם המסוגל להבחין בין מקרים שבהן נדרשת חקירה לבין מקרים שבהם לא נדרשת חקירה. גם בנושא התחקירים המבצעיים מבוססת המערכת על אמון ביכולתו של הפצ"ר לזהות מתי יש צורך להמליץ על ביצוע תחקירים (יש לציין שבחלק ניכר מהמקרים בוחר הפצ"ר לפתוח בחקירה לאחר שהוא מקבל את התחקירים המבצעיים).

לדעתנו, השיטה המתוארת לעיל מעלה שורה של בעיות:

- א. ראשית, קיים חשש כי הפצ"ר יחוש רתיעה מפני פתיחה בחקירה פלילית בנסיבות שבהן לא מוטלת עליו חובה לעשות כן. כפי שיתואר להלן, עצם פתיחתה של חקירה פלילית נתפסת על ידי גורמים בצבא כהטלת דופי בפעולת החיילים. למעשה, יש כאן מעין מעגל שוטה – כיוון שיש בידי הפצ"ר סמכות נרחבת לפעול על פי שיקול דעתו, כל הפעלה של הסמכות לחקור נתפסת כהבעת עמדה, שעל פיה התגלתה בעיה המצדיקה חקירה פלילית. אילו שיקול הדעת של הפצ"ר לא היה כל כך רחב, לא היתה הפתיחה בחקירה פלילית עצמה מהווה סימן לכך, שהפצ"ר עצמו סבור שפעולת הכוחות היתה בלתי חוקית.
- ב. הענקת שיקול דעת רחב כל כך לגורם אחד במערכת החקירה פותחת פתח לטענות בדבר טיוח חשדות להפרות הדין. בלא להביע דעה שלילית על פעולה מפעולותיו של הפצ"ר הנוכחי או של מי מקודמיו, אין כל ערובה כי כל הפצריים כולם יפעילו את שיקול הדעת בצורה נאותה. יתר על כן, הואיל והפצ"ר ממונה על ידי שר הביטחון והרמטכ"ל, קיים חשש שגורמים אלו יעדיפו מועמדים בעלי תפיסת עולם שמרנית, בכל הקשור להחלטה אם לפתוח בחקירה אם לאו.
- ג. ההסתמכות של הפצ"ר על התחקיר המבצעי, בבואו להחליט מתי לפתוח בחקירה פלילית, הנה בעייתית במיוחד. מטרת התחקיר המבצעי שונות לחלוטין ממטרותיה של החקירה הפלילית. עריכתו של התחקיר על ידי גורמים שאינם מקצועיים, אי-קבילותם של ממצאי התחקיר, משך הזמן הדרוש לביצוע התחקיר, ובעיית תיאום הגרסאות בין משתתפי התחקיר – כל אלה גורמים לחשש אמתי, ששימוש יתר בתחקיר המבצעי יביא להכשלת החקירה הפלילית. אמנם מספר ניכר של חקירות פליליות נפתחות עקב תחקיר מבצעי, אך מספר ההעמדות לדין בעקבותיהן אינו גדול. כלומר, במקרים רבים הפצ"ר סבר, לאחר שקרא את התחקיר, שהיה מקום לפתוח בחקירה פלילית, אך בפועל חקירה זו לא הביאה להעמדה לדין פלילי. עובדה זו צריכה להעלות סימני שאלה בכל הקשור ליעילותה של המערכת החקירתית הקיימת. הסבר אפשרי אחד (בוודאי לא הבלעדי) לפער הגדול בין מספרי החקירות שנפתחו לאחר קיומו של תחקיר מבצעי לבין מספרי ההעמדות לדין, הוא שהעובדה שקיים תחקיר מבצעי לפני החקירה פגעה באפשרות להעמיד לדין.

ניתן לפתור חלק מהבעיות המובאות לעיל במסגרת המערכת הקיימת – על ידי שינוי כללי הפתיחה בחקירה, כפי שיבואר להלן. אך חלק אחר של הבעיות נוגע בשאלות מבניות מהותיות, שבהן נטפל מאוחר יותר.

4. פתיחה בחקירה באותם מקרים שלגביהם חלים דיני זכויות האדם

העמדה שאין לפתוח בחקירה ללא ראיות לכאורה שבוצע פשע מלחמה – הסטנדרט המוצע על ידי נייר העמדה של הפצ"ר שהוגש לוועדת טירקל – היא למיטב הערכתנו עמדה בלתי סבירה ובלתי מוצדקת. הסכסוך הנוכחי בין ישראל לבין הפלסטינים כולל מרכיבים של עימות ושל שליטה, וכאמור לעיל, הסטנדרט המשפטי צריך לכלול בדרך כלל מרכיבים של דיני לחימה ושל דיני זכויות האדם.¹⁰⁸ למיטב הבנתנו, דיני זכויות אדם מטילים חובת חקירה רחבה יותר – גם של אירועים שאינם נופלים בגדר פשע מלחמה. מכאן שיש חובה לחקור פעולות שנשתיימו בתוצאות המצביעות לכאורה על הפרת זכויות אדם, גם אם ההפרה אינה עולה כדי פשע מלחמה. משמעות הדברים עשויה להיות, שתקריות חמורות צריכות להיחקר גם במצבים שבהם התשתית הראייתית הלכאורית אינה מצביעה על אחריות פלילית. הואיל והחיוב לנהל חקירות מכוח דיני זכויות האדם הוא יחסי באופיו – היינו קצב יישומו והאופן שבו הוא מיושם כפופים למבחני סבירות ומידתיות – אין סתירה חזיתית בין חובות החקירה לפי שתי מערכות הדינים. מכיוון שניתן לקיים את החקירה מתוך התחשבות באילוצים הצבאיים – למשל במספר הפרטים שנפגעו, בצורך לרכז מאמץ בהמשך הלחימה ובנגישות לזירת החקירה – אין מניעה של ממש להחיל בצדה של החובה לחקור, הנובעת מדיני הלחימה, את החובה לחקור השאובה מדיני זכויות האדם, באופן שיביא לידי ביטוי את ההקשר הלחימתי של האירוע הנידון. כך למשל יהיו מצבים, שבהם מוצדק לפתוח בחקירה בעקבות חשדות להפרות המשפט הבינלאומי רק לאחר שהמבצע הצבאי הסתיים, או לתעדף חקירות מסוימות על פני אחרות.

עמדה ברוח זו אימצה ועדת טומושט אשר מונתה על ידי מועצת זכויות האדם של האו"ם על מנת לבחון את אופן יישום מסקנות דוח גולדסטון על ידי ישראל והפלסטינים. הוועדה קבעה כי:

There are constraints during armed conflict that do impede investigations. For example, not every death during an armed conflict can be effectively investigated. Similarly, the level of transparency expected of human rights investigations is not always achievable in situations of armed conflict, particularly as questions of national security often arise. The nature of hostilities might obstruct on-site investigations or make prompt medical examinations impossible. The conflict might have led to the destruction of evidence, and witnesses might be hard to locate or be engaged in conflict elsewhere. When the fighting is over, some of these constraints tend to lose their relevance. As summarized by the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: "On a case by-case basis a State might utilize less effective measures of investigation in response to concrete constraints. For example, when hostile forces control the scene of a shooting, conducting an autopsy may prove impossible. Regardless of the circumstances, however, investigations must always be conducted as effectively as possible and never be reduced to mere formality".

¹⁰⁸ Watkin, *לעיל* הערה 93, עמ' 33–34.

The purpose and objectives of IHL also affect the legal significance of some IHRL standards of investigation beyond the common criteria of independence, impartiality, thoroughness, effectiveness and promptness mentioned above. The overriding concern of IHRL to protect the rights and freedoms of individuals from the abuse of State power is not the primary focus of IHL. The latter seeks first to balance the lawful use of force with the protection of individuals. Consequently, some human rights standards, such as the involvement of victims in investigations, while desirable, are not requisite for evaluating the inquiries into alleged IHL violations.¹⁰⁹

[ישנן הגבלות במהלך סכסוך מזוין הפוגעות בחקירות. למשל, לא ניתן לחקור בצורה יעילה כל מקרה מוות בזמן סכסוך מזוין. באופן דומה, לא ניתן להגיע תמיד לרמת השקיפות הנדרשת בחקירות לפי דיני זכויות האדם במצבי סכסוך מזוין, במיוחד מכיוון ששאלות של ביטחון לאומי מתעוררות לעתים תכופות. אופיים של מעשי האיבה עלול למנוע נקיטת פעולות חקירה בזירה או לגרום לכך שביצוע מהיר של בדיקות רפואיות יהפוך לבלתי אפשרי. ייתכן גם כי הסכסוך הוביל לאבדן ראיות, והעדים עשויים להיות בלתי ניתנים לאיתור או מעורבים בסכסוך במקום אחר. כשהלחימה מסתיימת, חלק מההגבלות הללו נוטות לאבד את הרלוונטיות שלהן. כפי שסיכם המדווח המיוחד [של האו"ם] לנושא הוצאות להורג חוץ-שיפוטיות, או בהליך מקוצר או שרירותי: "בכל מקרה ומקרה, המדינה עשויה לנקוט אמצעי חקירה יעילים פחות בתגובה להגבלות קונקרטיות. למשל, כאשר כוחות עוינים שולטים בזירת הירי, ביצוע נתיחה לאחר המוות עלול להתגלות כבלתי אפשרי. עם זאת, בלי קשר לנסיבות, יש לנהל תמיד חקירות יעילות ככל האפשר, ולא להסתפק רק ביציאה ידי חובה". התכלית והמטרות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי משפיעות אף הן על חשיבותם המשפטית של חלק מהסטנדרטים לחקירה, הקיימים בדיני זכויות האדם הבינלאומיים, מלבד הקריטריונים המשותפים של עצמאות, היעדר פניות, יסודיות, יעילות ומהירות שנוכרו לעיל. העיסוק המרכזי של דיני זכויות האדם בצורך להגן על זכויות וחירויות של פרטים מפני ניצול לרעה של כוח שלטוני, אינו מצוי במוקד תשומת הלב של המשפט הבינלאומי ההומניטרי. זה האחרון מנסה בראש ובראשונה לאזן בין שימוש חוקי בכוח לבין ההגנה על פרטים. כתוצאה מכך, חלק מאמות המידה של דיני זכויות האדם, כגון עירוב קרבנות בחקירות, הם רצויים אך לא הכרחיים בבואנו להעריך חקירות של טענות להפרות של דיני המשפט הבינלאומי ההומניטרי (תרגום לא רשמי).]

באופן דומה, קבע בית הדין האירופי לזכויות האדם בפרשת Al Skeini כי:

¹⁰⁹ ראו לעיל הערה 32, פסקות 32–33.

The Court takes as its starting point the practical problems caused to the investigatory authorities by the fact that the United Kingdom was an Occupying Power in a foreign and hostile region in the immediate aftermath of invasion and war. These practical problems included the breakdown in the civil infrastructure, leading *inter alia* to shortages of local pathologists and facilities for autopsies; the scope for linguistic and cultural misunderstandings between the occupiers and the local population; and the danger inherent in any activity in Iraq at that time. As stated above, the Court considers that in circumstances such as these the procedural duty under Article 2 must be applied realistically, to take account of specific problems faced by investigators.¹¹⁰

[נקודת המוצא לדיונו של בית הדין היא שקיימות היו בעיות מעשיות, שנבעו מן העובדה שבריטניה היתה מעצמה כובשת באזור זר ועוין זמן קצר לאחר הפלישה והמלחמה, והן השפיעו על רשויות החקירה [הבריטיות]. בעיות מעשיות אלו כללו את קריסתה של התשתית האזרחית, דבר שהוביל בין היתר למחסור בפתולוגים מקומיים ובמתקנים לביצוע נתיחות לאחר המוות; את הטווח הרחב של אי-הבנות לשוניות ותרבותיות בין הכובשים לבין האוכלוסייה המקומית; ואת הסכנה שנלוותה לכל פעילות בעיראק באותה תקופה. כפי שצוין לעיל, בית הדין סבור שבנסיבות שכאלה החובות הפרוצדורליות תחת סעיף 2 צריכות להיות מיושמות באופן ראי, המביא בחשבון את הבעיות הספציפיות שבהן נתקלו החוקרים (תרגום לא רשמי).]

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

5. הסטנדרט המוצע על ידנו

מתוך המקרים הנתפסים על ידי המודל המשולב האמור, באילו מצבים תידרש פתיחה בחקירה? גם כאן יחול הכלל, שטענות אמינות או חשד סביר לביצוע פשעי מלחמה מחייבים חקירה פלילית. אך לשיטתנו יש להרחיב כלל זה ולבסס חובת חקירה (פלילית או אחרת) גם ביחס להוראות של דיני המלחמה שאינן כלולות ברשימת ההפרות החמורות (או פשעי המלחמה); כמו גם ביחס להפרות חמורות של זכויות אדם שאינן עולות בהכרח כדי פשעי מלחמה. חקירת הפרות אלו עשויה להוביל להטלת אחריות פלילית בגין הפרת דיני הלחימה או זכויות אדם מסוימות לפי הדין הבינלאומי או הישראלי (למשל, גרם מוות ברשלנות או אי-מניעת פשע), אך גם לסייע במימושן של חובות אחרות מסדר שני הנובעות מדיני זכויות האדם (למשל חובת פיצוי כספי לקרבנות), ולמנוע הישנותן של ההפרות בעתיד. הסטנדרטים הנראים לנו

¹¹⁰ Al Skeini, לעיל הערה 26, סעיף 168.

כמתאימים לצורך ביסוס חובת חקירה רחבה יותר, הנובעים מהשילוב בין החובות לפי דיני הלחימה ולפי דיני זכויות האדם, והמתאימים למקרים שנופלים במסגרת תחולת שתי מערכות הדינים (כגון אירועי המשט לעזה), הם שני הסטנדרטים הבאים: "האירוע החמור הבלתי מוצדק" ו"האירוע החמור הבלתי צפוי".

מבחן "האירוע החמור הבלתי מוצדק" מרחיב את הסטנדרט הרגיל החל על הפרות חמורות של דיני הלחימה. מקום בו מועלות טענות אמינות או קיים חשד סביר לפגיעה חמורה בחיים, בגוף, בחירות, בכבוד או ברכוש, שהיתה בלתי מוצדקת – היינו הפרה של זכויות האדם – קמה על המדינה חובת חקירה (יחסית). דוגמה ליישום מבחן כזה היא מצב שבו ארגוני זכויות האדם מציגים מידע אמין בפני הפצ"ר, שלפיו חשוד בטרור נורה למוות אף שהיתה אפשרות סבירה לעצרו בלא שנשקף סיכון של ממש לכוח המבצעי, או מקום בו אזרחים נפגעו כתוצאה משימוש בנשק באופן המנוגד לנוהלי הצבא. במקרים אלה יהיה על הפצ"ר לפתוח בחקירה גם אם אין ראיות לכאורה לעברה פלילית (למשל, במקרים שבהם על פניו נראה כי החיילים פעלו בלא כוונה פלילית).

מבחן "האירוע החמור הבלתי צפוי" הוא רחב יותר ומכסה גם טענות או חששות להפרות פליליות, גם כאלה המתייחסות להפרות דין בינלאומי שאינן מצמיחות אחריות פלילית במשפט הבינלאומי (אלא אחריות פלילית לפי המשפט הישראלי או אחריות נזיקית). ההנחה שבבסיס מבחן זה היא שהפער בין הציפיות הסובייקטיביות של המפקדים בנוגע לתוצאות הצפויות של הפעולה, לבין התוצאות שהתרחשו הלכה למעשה, מעלה אפשרות – שצריכה להיבדק – כי בתכנון או בביצוע הפעולה הצבאית נפל פגם שעשוי להשליך על חוקיותה. בהקשר זה יש לציין שדיני המלחמה מטילים על המפקדים הצבאיים חובה לנסות ולצפות את תוצאותיהן של פעולות צבאיות ולהימנע מפעולות שתוצאותיהן צפויות להיות בלתי מידתיות,¹¹¹ וכן למנוע הפרות של דיני המלחמה מצד פקודיהם שאותן היה עליהם לצפות בנסיבות העניין.¹¹² קיומו של נזק בלתי צפוי עשוי להיות אינדיקציה (לא מוחלטת כמובן) להפרתן של חובות אלו. דוגמה ליישום מבחן זה היא מצב שבו תקיפת מטרה צבאית מהאוויר, שהיתה צפויה להסתיים בלא פגיעה באזרחים, גרמה לפגיעה באזרחים רבים; או מצב כדוגמת פרשת המשט לעזה, שבמהלכו הסתיימה פעולת השתלטות על אונייה בלב ים, באופן בלתי צפוי, במותם של אזרחים. במקרים כאלה ייתכן שהפער בין הצפי למציאות מעיד שתכנון הפעולה או הוצאתה אל הפועל נעשו בצורה לקויה, שאינה עונה על דרישות הדין והמחייבת חקירה.

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

¹¹¹ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims

of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977 (להלן: הפרוטוקול הראשון), סעיף 57 (2).

¹¹² שם, סעיף 86.

ייאמר כבר עתה: הפתיחה בחקירה פלילית איננה בהכרח התגובה האוטומטית המתבקשת בכל מקרה של פעולה, שתוצאתה עשויה להצביע על הפרה חמורה של דיני המלחמה או של דיני זכויות האדם. יתר על כן, החובה לחקור יכולה להיות מיושמת במקרים מתאימים גם על ידי חקירה עובדתית מקדמית, שתבחן אם יש מקום לפתוח בחקירה פלילית. עם זאת, כפי שנטען להלן, התחקירים היחידתיים במתכונתם הנוכחית אינם מהווים אלטרנטיבה נאותה לחקירה פלילית.

6. האם התחקיר המבצעי מקיים את חובת החקירה הקיימת במשפט הבינלאומי?

נייר העמדה של הפצ"ר, אשר הוגש לוועדת טירקל, מציין שני מקרים שבהם יתבצע "תחקיר מבצעי", דהיינו חקירה עובדתית מקדמית שאינה חקירה פלילית: ראשית, במקרה של תלונה שאינה מופרכת על פניה;¹¹³ שנית, בכל מקרה מוות של בלתי מעורבים.¹¹⁴ נייר העמדה מפרט בהקשר זה את נוהלי התחקיר ואת החסיונות השונים וטעמיהם.

כהערה מקדימה נציין שכאמור לעיל, נוהלי החקירה – כפי שהם נקבעים על ידי הפרקליט הצבאי הראשי ומפורטים בנייר העמדה – אינם מעוגנים בהוראת חקיקה כלשהי. לפיכך גם אם תוכנן של הוראות אלו היה ראוי כשלעצמו, יש קושי עם העובדה שההוראות ברות שינוי מכוח הוראות פנימיות של הפצ"ר (או הנחיות של היועץ המשפטי לממשלה). **הוראות מסוג זה ראוי שיעוגנו בצורה מוסמכת בחוק השיפוט הצבאי או בתקנות מכוחו.** לחלופין, אם תיצור ישראל הוראות מחייבות כוללות להתנהגות בעת לחימה (המקבילות למדריך הצבאי, ה-ualman, המקובל בצבאות זרים), שיאושרו במסגרת של הוראות הפיקוד העליון או באישור הממשלה, יש לקוות כי הוראות אלו יכללו גם הוראות מדויקות בדבר חובת החקירה והתחקיר.

את היקף חובת קיום התחקיר ראוי לבחון משני צדדים: הגבול העליון של החובה – קו התפר שבין החובה לקיים תחקיר לבין החובה לקיים חקירה פלילית מחד גיסא, וקו הגבול התחתון של החובה – החובה לפתוח בתחקיר מבצעי מול הפטור מכל הליך בדיקה שהוא מאידך גיסא.

ביחס לקו התפר שבין הפתיחה בתחקיר מבצעי לבין הפתיחה בחקירה פלילית, נייר העמדה של הפצ"ר מדגיש שבין שתי החקירות אין קשר הכרחי. כלומר, החקירה הפלילית יכולה להתנהל גם בלא קיומו של תחקיר מבצעי ואינה תלויה בו. לטעמנו עמדה זו היא עמדה ראויה: התחקיר המבצעי אינו יכול להיות מחסום או תנאי לחקירה הפלילית. עם זאת קיימת בעייתיות של ממש, שנייר העמדה של הפצ"ר אינו נותן לה מענה, בנוגע ליחס שבין התחקיר המבצעי כמסד לאיסוף נתונים ובין קיומה של חקירה פלילית מיד לאחריו. ההנחה שתחקיר מבצעי ביחידה – שמטרתו העיקרית היא הפקת לקחים מבצעיים ולא דווקא בירור שאלת ההפרות של הדין הבינלאומי – יוביל לממצאים שיוכלו לסייע לחקירה הפלילית, היא בעייתית. ראשית, תרומתו של התחקיר לחקר האמת, ככל שזו מתייחסת לשאלת האחריות הפלילית של מי מהמעורבים בהפרה, שנויה במחלוקת. הדעת נותנת שחיילים ייטו בדרך כלל שלא לחשוף במסגרת תחקיר מבצעי עניינים שיכולים להביא להעמדה לדין של חבריהם ליחידה או להכתמת שם היחידה. יתר על כן, קיומו של תחקיר מבצעי רחב היקף, המתייחס לאירוע חמור המערב כמה חיילים מאותה יחידה, יכול להעלות חשש מהותי ל"תיאום עדויות" – גם אם לא מכוון – על ידי העדים המשתתפים במהלך התחקיר

¹¹³ נייר העמדה של הפצ"ר, לעיל הערה 1, עמ' 15.

¹¹⁴ שם, עמ' 13.

המבצעי. מובן שתיאום עדויות כזה יכול לשלול אחר כך מגוף חוקר פלילי, אם יבקש לעסוק בכך, את היכולת לחקור את המקרה באופן אפקטיבי ולאחר סתירות בעדויות השונות. שנית, שימוש בממצאי התחקיר לצורך קיום חקירה פלילית (ואפילו אם רק הפצ"ר נחשף לחומר לשם קבלת החלטה על פתיחה בחקירה פלילית, כפי שקובע חוק השיפוט הצבאי)¹¹⁵ עלול לפגוע בזכויות ההליכות של החיילים המשתתפים בתחקיר – בעיקר הזכות לאי-הפללה עצמית (שכן ממצאי התחקיר משמשים בסיס להחלטה אם לפתוח בחקירה פלילית, וכנגד מי). נדמה לנו שהזיקה בין התחקיר המבצעי לבין החקירה הפלילית הנוצרת, כתוצאה מההתייחסות אליהם כאל שלבים בשרשרת פעולות שגרתית, פוגעת באיכות התחקיר (חיילים יטו שלא לחשוף ליקויים המצמיחים אחריות פלילית) ובאיכות החקירה הפלילית (המידע עלול להיות מתואם או נגוע בהפרה של זכויות החשוד).

לבסוף, יש לציין שתחקיר מבצעי יסודי דורש זמן יקר, ופרק הזמן שחלף בין מועד התרחשות האירוע לבין מועד פתיחת החקירה הפלילית יכול לגרום לכך שממצאים חשובים ייעלמו מהזירה (או שהזירה עצמה תהפוך בינתיים לבלתי נגישה), דבר שיפגע אף הוא בטיב החקירה הפלילית.¹¹⁶

¹¹⁵ חוק השיפוט הצבאי, סעיף 539א. בגלל חשיבות הסעיף נביא אותו כלשונו:

539א.

בסעיף זה –

"תחקיר" – בירור שנערך בצבא, בהתאם לפקודות הצבא, בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך אימון או פעילות מבצעית, או בקשר אליהם;

"גוף חוקר" – קצין בודק, משטרה צבאית חוקרת או שופט חוקר;

"גוף ציבורי" – משרדי הממשלה, או גוף אחר ששר הביטחון קבעו בצו;

"משפט" – כהגדרתו [בסעיף 538\(ב\)](#);

"קצין בודק" – קצין בודק כמשמעותו [בסעיף 252\(א\)\(2\) ו-3](#).

(ב) על אף האמור בכל דין, יחולו לעניין תחקיר הוראות אלה:

- (1) הדברים שהושמעו בתחקיר, פרוטוקול התחקיר, כל חומר אחר שהוכן במהלכו, וכן הסיכומים, הממצאים והמסקנות (להלן: חומר התחקיר), לא יתקבלו כראיה במשפט, למעט במשפט בשל מסירת ידיעה כוזבת או העלמת פרט חשוב בתחקיר;
- (2) חומר התחקיר יהיה חסוי בפני כל אדם ואולם הוא יימסר, כולו או חלקו, רק לאותם גופים בצבא שהתחקיר דרוש להם לצורך מילוי תפקידם;
- (3) חומר התחקיר לא יימסר לגוף חוקר;
- (4) (א) חומר התחקיר יימסר לפרקליט הצבאי הראשי או לנציגו, לפי בקשתו, בנוגע לאירוע מסוים או בנוגע לסוגי אירועים;
- (ב) מצא הפרקליט הצבאי הראשי או סגנו כי חומר התחקיר מגלה חשד לביצוע עברה, המצדיק בדיקה או חקירה על ידי גוף חוקר, רשאי הוא, לאחר שנועץ בקצין שדרגתו אלוף לפחות, להורות בכתב, לגוף חוקר, לפתוח בבדיקה או בחקירה;
- (ג) הורה הפרקליט הצבאי הראשי או סגנו לפתוח בבדיקה או בחקירה, יתאר בהוראתו את נסיבות האירוע שבעקבותיו נערך התחקיר, ואת הסיבות אשר בשלן עלה החשד לביצוע העברה; ואולם לא יצורף להוראה דבר מחומר התחקיר, והיא לא תצביע על חשד כלפי אדם שהיה מעורב באירוע;
- (5) הרמטכ"ל או מי שהוא הסמיך לכך, רשאי לאשר העברת סיכום ממצאי התחקיר או חומר התחקיר, כולו או חלקו, לגוף ציבורי שהמידע דרוש לו, לצורך מילוי תפקידו בלבד, וכן רשאי הוא לאשר העברת סיכום ממצאי התחקיר לאדם הנוגע בדבר; ואולם לא יועבר חומר או סיכום כאמור, אם קיים חשש כי העברתו תפגע בביטחון המדינה;
- (6) על אף האמור בפסקה (5), חומר התחקיר או סיכום ממצאיו, לא יועבר למי שעורך חקירה פלילית על פי דין;
- (7) ועדת משנה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, ששיבותיה חסויות, תקבל לפי בקשתה, את חומר התחקיר.

¹¹⁶ על בעיה דומה עמד בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת Al-Skeini, שם ביקר את הפגיעה בחקירה הפלילית ביחס למקרי מוות של אזרחים כתוצאה מעיכובים שנגרמו בין היתר בשל התחקירים היחידתיים שהתנהלו בצבא הבריטי (פסקה 173): The Court considers that the long period of time that was allowed to elapse before Lance Corporal S was questioned about the incident, combined with the delay in having a fully independent investigator

דוגמה לבעייתיות זו עולה מאירועי המשט, שהם נושא עבודתה של ועדת טירקל. לפי נייר העמדה של הפצ"ר, נמנע הפצ"ר מלהורות על חקירה פלילית מיידית ביחס לאירוע המשט, הואיל והנושא נמסר לבדיקת "תחקיר מומחים" ולוועדת הבדיקה הממשלתית. אמנם, לכאורה, אין מניעה כי חקירה פלילית תיפתח בשלב מאוחר יותר, אך נדמה לנו שהחלטה לפתוח בחקירה פלילית חודשים רבים, או אף שנים, לאחר המאורעות הרלוונטיים תיתקל בקשיים בכל המישורים שצינו לעיל: עדויות החיילים שכבר פורסמו יעוררו חשש של תיאום עדויות בשלב החקירה הפלילית או של הפללה עצמית, והממצאים הפיזיים שבזירה אינם זמינים עוד. ואכן, גם הדוח החלקי של ועדת טירקל מציין שזירת ההתרחשויות לא נשמרה כראוי (אף שמשטרת ישראל היתה מופקדת, לפי נייר העמדה של הפצ"ר, על שימור הזירה), ולכן הוועדה לא יכלה לרדת באופן מלא לחקר האמת.¹¹⁷

כאמור, הגורם המחליט בצה"ל על קיומה של חקירה פלילית הוא הפצ"ר. לגבי פתיחה בחקירה פלילית, הוא פועל על פי קני המידה שתוארו לעיל. לגבי פתיחה בתחקיר מבצעי קיימות הוראות אחרות, שאף הן תוארו לעיל באופן חלקי. השאלות מהו הגוף המכריע על פתיחה בחקירה הפלילית, ועל פי אילו אמות מידה מתקבלת ההחלטה לחקור, הן שאלות יסודיות: ההחלטה הראשונית אם לפתוח בחקירה פלילית דחופה, או להסתפק בשלב ראשון בתחקיר מבצעי כזה או אחר, או לא לחקור כלל, עשויה להיות גורם מכריע בקביעת התגובה המשפטית הדומיננטית לאירוע שבו מדובר. אכן, הנתונים שהובאו בנייר העמדה של הפצ"ר מצביעים על כך, שרק מעט מהחקירות המופנות לתחקירים משמשות בסופו של דבר בסיס לפתיחת חקירה פלילית.¹¹⁸ מכאן, שמשמעותה של הבחירה באפיק התחקיר המבצעי עלולה להיות חסימה כמעט מוחלטת של אפיק החקירה הפלילית.

יש לציין בהקשר זה שחלק ניכר מהחלטות הפצ"ר – לאחר מבצע עופרת יצוקה – שלא להעמיד לדין, התבססו על היעדר ראיות.¹¹⁹ להערכתנו, מצב עניינים זה נובע בחלקו מקשיים ראייתיים שלא היה אפשר להתגבר עליהם; אך אין לשלול את האפשרות כי חלק מהקשיים הראייתיים נבעו משימוש יתר בכלי חקירתי שאינו מתאים – התחקיר המבצעי – כלי שהשימוש בו מפחית את היתכנותם של ההליכים הפליליים. למעשה, נראה שיש כאן ממד של "קביעון מוסדי" (path dependence), כלומר מרגע שנבחר להתייחס לאירוע חריג בכלים לא פליליים, המערכת המשפטית לא תיטה לחזור בה. אמנם אין מדובר בחזקה חלוטה, ויש סיכוי שההחלטה תשתנה, אך נראה לנו שסיכוי זה הוא נמוך למדי הן בשל הנטייה שלא להתבונן על אירועים חריגים דרך משקפיים פליליות, הבאה לידי ביטוי בעצם ההחלטה לפנות לדרך התחקיר המבצעי (על אף היותו כלי בעייתי לניהול חקירה פלילית), הן בשל הבעיות הכרוכות בחקירה מאוחרת הנפתחת לאחר שכבר קוים תחקיר מבצעי. מכל הטעמים האלו, אין להתייחס לבחירה להפנות

interview the other military witnesses, entailed a high risk that the evidence was contaminated and unreliable by the time the Army Prosecuting Authority came to consider it

¹¹⁷ פסקה 237 לדוח החלקי של ועדת טירקל.

¹¹⁸ ראו למשל Gaza Operation Investigations: An Update, מתאריך 29 בינואר 2010. מתוך כתשעים אירועים שהועברו לתחקירים מבצעיים, רק שבעה מקרים הועברו לחקירות מצ"ח.

¹¹⁹ ראו למשל The Operation in Gaza: Factual and Legal Aspects

<http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/E89E699D-A435-491B-B2D0-017675DAFEF7/0/GazaOperationwLinks.pdf>

וגם Gaza Operation Investigations: Second Update. ראו <http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/1483B296-7439-4217-933C-653CD19CE859/0/GazaUpdateJuly2010.pdf>

אירוע לתחקיר מבצעי כאל הליך "ניטרלי" שאינו משפיע על ההחלטה הסופית. נהפוך הוא, הבחירה בהליך התחקיר המבצעי מובילה ברוב המקרים להכרעה שלא להעמיד לדין.

7. כיצד יש להחליט על פתיחה בחקירה פלילית?

על מנת לפתור את הבעיות לעיל, המשליכות על אופן ביצוע החקירות הצבאיות, אנו מציעים לאמץ שני פתרונות פרוצדורליים המשלימים זה את זה: מנגנון "הערכה מהירה", וחובת הפסקת התחקיר באותם מקרים שבהם הוחלט על פתיחה בחקירה פלילית.

מנגנון הערכה עובדתית מהירה: מנגנון זה, הנהוג בצבא האוסטרלי, מאפשר בדיקה ראשונית של פעולות צבאיות בצורה שמקטינה את בעיית הקיבעון המוסדי עליה עמדנו קודם. אם קיים ספק בצורך לפתוח בחקירה פלילית בעקבות אירוע צבאי, ניתן למנות קצין שאינו חלק משרשרת הפיקוד ביחידה הרלוונטית, שתפקידו לבצע תחקור מהיר (Quick Assessment) של התקרית ולהגיש את מסקנותיו לרשויות החקירה (בצבא האוסטרלי ההליך כולו מושלם בתוך 24 שעות).¹²⁰ מנגנון זה מקטין את החשש מתיאום עדויות ומפחית את פרק הזמן עד לפתיחה בחקירה פלילית במקרים המתאימים. הוא מסייע בכך לשימור גישתם של החוקרים הפליליים לזירת האירועים.

מנגנון משלים נוסף מצוי בעיקרון שלפיו, בדרך כלל, על הקצין החוקר להפסיק את התחקיר המבצעי ברגע שמתגלה ראשית ראייה לקיומה של עברה פלילית (דוגמת עדות מפלילה או הודאת חשוד). הוראה מעין זו – הקיימת למשל בתקנות שהוצאו בנוגע ל-Service Inquires מתוקף חוק ה-Armed Forces הבריטי משנת 2006¹²¹ – יכולה להפחית בצורה ניכרת את החששות שהובעו לעיל בנוגע לפגיעה בחקירה כתוצאה מניהולו של תחקיר מבצעי.

לסיכום נקודה זו, עמדתנו היא שהתחקיר המבצעי אינו כלי יעיל לניהול חקירות פליליות. נהפוך הוא, הוא כלי שהשימוש בו עלול להזיק לחקירות הללו עד כדי שיבושן הגמור. מובן שלתחקיר הצבאי יתרונות חשובים אחרים, בעיקר לשם הפקת לקחים מבצעיים. אין פסול בשימוש בתחקיר כזה באותם מקרים שבהם לא התקיימו התנאים לפתיחה בחקירה פלילית, או כדי להפעיל מנגנון הערכה עובדתית מהירה (בנוגע לתלונה אמינה או לחשד סביר על אודות אירוע חמור בלתי מוצדק או בלתי צפוי). אך היה ואגב ביצוע התחקיר יעלה חשד להפרה חמורה של דיני הלחימה או של דיני זכויות האדם, שומה על הפצ"ר לפתוח בחקירה פלילית ולא להמתין לביצוע תחקיר מבצעי.

כאשר הוחלט על פתיחת חקירה פלילית, על הפצ"ר ככלל להפסיק את התחקיר – לפחות עד להשלמת פעולות חקירה דחופות (כגון גביית עדות מחשודים ועדי ראייה, ואיסוף ממצאים פיזיים). עם זאת ברור שישנם מצבים שבהם לתחקיר המבצעי ערך עצמאי חשוב, הקשור לתרומתו להפקת לקחים מבצעיים

¹²⁰ Australian Government Department of Defence, Defence Instructions, Admin 76-2 Quick Assessment

(http://www.defence.gov.au/fr/Policy/ga67_02.pdf)

¹²¹ Armed Forces (Service Inquiries) Regulations 2008, Regulations 8 and 9,

http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/88DD291C-8125-4ABE-896D-FC4A38AEF905/0/TheArmedForces_ServiceInquiries_Regulations2008si2008_1651.pdf

ולשיפור רמת הבטיחות ביחידה. במקרים אלה יש מקום לדעתנו לקבוע נהלים שיאפשרו קיום תחקירים מבצעיים חשובים ודחופים במקביל לחקירה הפלילית, באופן שיפגע מינימלית בניהולה התקין של החקירה (למשל, תוך הקפדה על הפרדת העדים זה מזה, שילוב גורמי חוץ בתחקיר ועריכת חלקים מהתחקיר לאחר שהושלמו פעולות חקירה פלילית דחופות).

השילוב הקיים היום בין שימוש נדיב מדי מצד הפצ"ר בכלי התחקיר המבצעי, ואימוץ רף גבוה לפתיחה בחקירה פלילית, מוביל לכך שהתחקיר המבצעי משמש, למרות חסרונותיו המובהקים, ככלי סינון ראשוני של מקרים פליליים – תפקיד המנוגד למטרתו המקורית של התחקיר והעומד במתח עם מאפייניו העיקריים. כתוצאה מכך, החובה לחקור הפרות משפט בינלאומי בזמן לחימה אינה מיושמת בצורה ראויה. לשיטתנו, כאשר לפני הפצ"ר תלונה אמינה או חשד סביר שקרה אירוע חמור, בלתי מוצדק או בלתי צפוי, הוא חייב לפתוח בחקירה. במקרי גבול יכול הפצ"ר להסתייע בהליך הערכה עובדתית מהירה על מנת לאסוף מידע נוסף, שיסייע לו בהחלטה אם לפתוח בהליכים פליליים. בכל מקרה, כאשר אירוע מסוים עבר או צפוי לעבור למישור הפלילי, שומה על הפצ"ר להימנע מלהשתמש בתחקיר המבצעי ככלי חקירתי פלילי.

פרק ד: הכללים החלים על החקירה עצמה

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

1. המשפט ההומניטרי

מהו היקף החובה לחקור על פי המשפט ההומניטרי? הסברנו לעיל כי מטרת החקירה על פי המשפט ההומניטרי היא להפסיק את ההפרות של המשפט ולהעניש את מבצעהן. אין חולק כי על החקירה להיות כנה ויעילה – דהיינו כזו שיכולה להשיג מטרות אלו. מקובל לסבור כי חקירה אפקטיבית חייבת לעמוד בכמה תנאים בסיסיים, ובהם עצמאות, חוסר פניות, שקיפות ומהירות ראויה.¹²² התנאים האמורים, המהווים גם את תנאי היסוד של חקירות לפי דיני זכויות האדם, כפי שנראה להלן, נובעים מההיגיון הפנימי של מוסד החקירה – קרי, מן הצורך להבטיח את כנותה ויעילותה של החקירה. מקור מרכזי דרכו ניתן ללמוד על הפרשנות של תוכן חובת החקירה במשפט הבינלאומי הוא אמנת רומא להקמתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי. סעיף 17 לחוקת רומא קובע את עקרון המשלימות (complementarity). על פי עיקרון זה – בית הדין הבינלאומי לא יעמיד לדין אלא אם כן מתברר כי:

The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution (17 (1) (a)).

[התיק הנו נשוא הליך חקירה או העמדה לדין מצד מדינה בעלת סמכות שיפוט ביחס אליו, אלא אם אותה מדינה אינה רוצה או אינה יכולה לנהל באופן אמתי את החקירה או את ההעמדה לדין (תרגום לא רשמי)].

בהמשך הסעיף (בסעיף קטן 2) מסבירה האמנה מהם המקרים, שהתקיימותו של אחד מהם מהווה עדות לכך שלא התקיימה חקירה "אמתית" (Genuine).

a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5 ;

¹²² ראו חוות הדעת של אייל בנבנישתי, לעיל הערה 60, עמ' 19–22. למעשה, גם נייר העמדה של הפצ"ר מניח כי אלו הם התנאים הרלוונטיים לחקירה, ראו נייר העמדה של הפצ"ר, לעיל הערה 1, עמ' 64, 92.

- b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice ;
- c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.

(א) ההליכים ננקטו או ננקטים, או ההחלטה המדינית נתקבלה, מתוך כוונה לחסן את האדם הנוגע בדבר מאחריות פלילית בגין פשעים הנופלים בגדר סמכות השיפוט של בית הדין לפי סעיף 5 ;

(ב) חל עיכוב בלתי מוצדק בהליכים בנסיבות שאינן מתיישבות עם כוונה להביא לדין את האדם הנוגע בדבר ;

(ג) ההליכים לא נוהלו או אינם מתנהלים בצורה עצמאית או חסרת פניות, והם נוהלו או מנוהלים באופן שבנסיבות העניין אינו מתיישב עם כוונה להביא לדין את האדם הנוגע בדבר (תרגום לא רשמי).

מהאמור לעיל עולה כי חקירה "אמתית" צריכה לכלול את שלושת העקרונות הבאים :

- א. החקירה צריכה להתקיים בתום לב, כלומר על מנת למצות את הדין עם הנחקר ולא על מנת לגונן עליו מפני העמדה לדין.
- ב. החקירה צריכה להתבצע ללא עיכובים בלתי מוצדקים בנסיבות העניין.
- ג. החקירה צריכה להיות עצמאית ומנוהלת ללא משוא פנים.

ראוי להעיר כי שאלת העמידה במבחן המשלימות אינה זהה לחלוטין לשאלת החובה לחקור, אם כי ודאי יש קשר מסוים בין שתי השאלות. אשר על כן, אין לראות בהוראות חוקת רומא את המבחן הבלעדי לחובה לחקור, אלא כמייצגות את תנאי המינימום שאי-עמידה בהם שוללת מתהליך החקירה המדינתי את הלגיטימיות שלו. בהחלט ייתכן שהחובה לחקור כוללת מרכיבים נוספים – גם אם אי-כיבודם לא יוביל להתערבות בית הדין הבינלאומי בהליך החקירה המדינתי.

דרך נוספת לפרש את דרישת החקירה האפקטיבית בדיני הלחימה היא על ידי שימוש במקורות משפטיים "רכים", היכולים לשפוך אור על התנאים הנדרשים. מסמכים אלו משקפים לעתים קרובות את האופן שבו המדינות נוטות להבין את החובות המשפטיות המוטלות עליהן, והם מסייעים לחזות את כיווני ההתפתחות העתידיים של הנורמות בתחום.

במסמך לא מחייב, שאומץ על ידי העצרת הכללית של האו"ם בשנת 2005, נאמר "The Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross

Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International
Humanitarian Law”¹²³ בסעיף 3 להחלטה נקבע כי :

The obligation to respect, ensure respect for and implement international human rights law and international humanitarian law as provided for under the respective bodies of law, includes, inter alia, the duty to:

- (a) Take appropriate legislative and administrative and other appropriate measures to prevent violations;
- (b) Investigate violations *effectively, promptly, thoroughly and impartially* and, where appropriate, take action against those allegedly responsible in accordance with domestic and international law;

[החובה לכבד, להבטיח כיבוד וליישם את דיני זכויות האדם הבינלאומיים ואת המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הקבועים במקורות הדין המתאימים, כוללת בין היתר את החובה: א. לנקוט את האמצעים התחיקתיים, המנהליים, או אמצעים מתאימים אחרים, על מנת למנוע הפרות; ב. לחקור הפרות באופן יעיל, מהיר, יסודי ונטול פניות, ובמקרים המתאימים, לפעול נגד אלו האחראים לכך על בסיס המשפט הלאומי והבינלאומי; (תרגום לא רשמי).]

על פי מקור זה, החובה לחקור הפרות של דיני הלחימה (או של דיני זכויות האדם) כוללת את החובה לחקור בצורה אפקטיבית, מהירה, מעמיקה ובלתי תלויה.

2. החקירה בדיני זכויות האדם

ישנה הסכמה רחבה יחסית בין המומחים לדיני זכויות האדם על אודות המרכיבים הנדרשים מחקירות פליליות של פעולות צבאיות. מרכיבים אלו תוארו בשורת פסקי דין של בית הדין האירופי לזכויות האדם, ומקובלים למעשה כיסודות החקירה על פי דיני זכויות האדם.¹²⁴ לא למותר לציין כי פסקי הדין המרכזיים של בית הדין האירופי, בנושא החובה לחקור, ניתנו ברובם בהקשרם של סכסוכים אלימים ברוסיה, בעיראק ובטורקיה,¹²⁵ שבהחלט אפשר לטעון כי הם דומים דמיון מה למתרחש בישראל. כללים דומים נקבעו גם על ידי בית הדין האמריקני לזכויות האדם, שקבע במפורש כי כללים מסוימים הנוגעים לחקירת פשעים לפי דיני זכויות האדם חלים גם על סכסוכים אלימים,¹²⁶ ועל ידי ועדת טומושט שבחנה בין היתר

¹²³ General Assembly Resolution 60/147 (December 16, 2005)

¹²⁴ לסיכום העמדה ראו Claire Oveyr & Robin White, *Jacobs and White The European Convention on Human*

Rights, 4th Edition, OUP, 2006, p. 67

¹²⁵ ראו לדוגמה *Isayeva v. Russia*, לעיל הערה 92.

¹²⁶ *Las Palmeras v. Colombia*, לעיל הערה 92.

את מערך החקירות של צה"ל.¹²⁷ בשל כך אנו סבורים, כי בין שמקור החובה לחקור הוא במשפט ההומניטרי ובין שהוא בדיני זכויות האדם, העקרונות המצוינים להלן מהווים חלק מהחובה לחקור הפרות של המשפט הבינלאומי.¹²⁸ עם זאת ייתכן שהמשקל היחסי שיינתן לרכיבים שונים של החובה לחקור יהיה שונה, אם החובה נובעת מכוח הדין ההומניטרי או מכוח זכויות האדם, וזאת בשל הנסיבות השונות המאפיינות חלק מהמצבים המוסדרים על ידי הדינים הללו. במקום בו יהיה הדבר רלוונטי, נציין אם לדעתנו קיים הבדל בנוגע להיקף החובה לחקור.

בכל מקרה, העיקרון המשפטי הבסיסי החל כאן – העיקרון שלפיו יש לפרש הוראות חוק בצורה שמעניקה להם אפקטיביות (עקרון ה-*effet utile*)¹²⁹ – תומך בקיומה של חקירה אפקטיבית שתוכל להביא לגילויים של האחראים להפרה, להעמדתם לדין ולהענשתם.¹³⁰ מנקודת מוצא נורמטיבית זו נובעים מספר כללים, שנועדו לדאוג לקיומה של חקירה אפקטיבית – כזו שתוכל להביא לבירור האמת ולקיום הליכים משפטיים נגד מפרי חוק.

עצמאות: עיקרון בסיסי, החולש על החקירות הצבאיות, הוא העיקרון של עצמאות הגוף החוקר את החשדות להפרת הדין. העצמאות צריכה להתבטא בכך שהחוקר לא יהיה כפוף במישור הפיקודי לגוף הנחקר. יתר על כן, אסור שהחוקר יהיה כפוף לגוף אחר שיש לו **עניין בתוצאות החקירה** לכאן או לכאן. **חוסר פניות:** אף שעיקרון חוסר הפניות קשור קשר הדוק לעיקרון עצמאות החקירה, מדובר בתנאי נפרד מבחינה אנליטית, הנחוץ לשם קיומה של חקירה נאותה. בניגוד למרכיב העצמאות, העוסק בעיקר בשאלת כפיפות הגוף החוקר לגוף אחר בעל עניין, מרכיב חוסר הפניות כולל ניתוק של הגוף החוקר מכל אינטרס היכול להשפיע על תוצאות החקירה. העיקרון הוא שמי שמקבל החלטה ביחס לחקירה אמור לפעול ללא דעה מוקדמת או הטיה כלשהי.

מהירות: כמפורט בפסקי הדין של בית הדין האירופי, חקירה ראויה היא חקירה מהירה, שיש בה כדי להביא לדין את האחראים בתוך זמן קצר. דרישת המהירות מעוגנת בשיקולי יעילות – השתהות בביצוע החקירה עלולה להוביל לאבדן ראיות ולפגיעה באיכות העדויות בתיק – אך גם בשיקולים של צדק – החשודים והקרבתם כאחד זכאים לצפות כי החקירה תתנהל בצורה מהירה שתמנע עינוי דין.¹³¹

שקיפות: עיקרון נוסף שהודגש בפסיקת בית הדין האירופי הוא עיקרון השקיפות. על המדינה החוקרת מוטלת החובה לחשוף עד כמה שניתן את ממצאי החקירה. יסוד השקיפות נועד להביא לאמון הציבור (ובמיוחד משפחות הקרבתם) במערכת החוקרת, ולהבטיח כי המערכת מתנהלת בצורה יעילה וכנה.¹³² דוק, העקרונות הללו חלים בשינויים המחויבים על כל השלבים בחקירה הצבאית: שלב ההערכה המקדמית, הליכי בדיקה אחרים (באותם מקרים שבהם הוחלט שלא לפתוח בחקירה פלילית, תוך שימור

¹²⁷ ראו **לעיל** הערה 32.

¹²⁸ בנייר העמדה של הפצ"ר, **לעיל** הערה 1, ובחוות הדעת שהוגשה על ידי אייל בנבנישתי, **לעיל** הערה 60, מובעת העמדה כי העקרונות האמורים הם למעשה חלק מדיני הלחימה, ולא רק חלק מדיני זכויות האדם. איננו רואים צורך להכריע אם אכן כך הוא. לדעתנו, כאמור, דיני זכויות האדם – כמקור משלים – חלים על נושא זה ממילא.

¹²⁹ לדיון בעקרון האפקטיביות במשפט הבינלאומי, ראו Hiroshi Taki, "Effectiveness", edited by Rodigur Wofrum,

Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online Edition, 2011

¹³⁰ *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, § 128, ECHR2001 III (extracts)

¹³¹ Al Skeini, **לעיל** הערה 26, סעיף 167.

¹³² **שם**, שם. ראו גם *Ahmet Özkan and Others v. Turkey*, no. 21689/93, §§ 85–90 and 309–320 and 326–330, 6

האפשרות לעבור למסלול הפלילי אם יתגלה מידע מפלילי), והחקירה הפלילית עצמה. הואיל והחקירה הפלילית נסמכת על השלבים שקדמו לה, הרי פגם יסודי שייפול בשלבים המוקדמים (למשל, שיהוי ממושך בביצוע הבדיקה או תיאום עדויות בין חיילים ביחידה שביצעה את ההפרה לה נטען) יקרין גם על איכותה וחוקיותה של החקירה הפלילית שתיפתח (או לא תיפתח) בסופו של דבר.

3. הפרקטיקה הבינלאומית

בלא ספק, שאלת העצמאות וחוסר הפניות של הגוף החוקר מהווים את הבסיס לדרישה לשמירה על כנות ואפקטיביות החקירה ברמה הבינלאומית. שקיפות ומהירות הם עקרונות חשובים, אך הם יחסיים יותר, ותלויי הקשר ואפשרות. לעומת זאת שאלת העצמאות, והשאלה הקרובה לה של חוסר הפניות, מעסיקים את המדינות הדמוקרטיות זה שנים רבות.

קיימים כמה מודלים לביצור עצמאות מערכת החקירות, המטפלת בהפרות של דיני הלחימה או דיני זכויות האדם על ידי כוחות הביטחון. דומה שהמודל המחמיר ביותר הוא זה הנוהג בכמה ממדינות אירופה, שעל פיו החקירות הוצאו כליל מידי הצבא והן נתונות היום בידיה של מערכת החקירות הפלילית הרגילה. כך הוא הדין בגרמניה למשל, ובמדינות אחרות באירופה. מובן שככל שמערכות החקירות הפליליות הרגילות נהנות מעצמאות, משליכה עצמאות זו גם על עצמאות החקירה של חשדות להפרות של דיני הלחימה.

העיקרון של עצמאות החקירה מקובל גם בצבאותיהן של מדינות אחרות. מדינות המשפט המקובל, שאינן נוהגות לפי מודל החקירה האזרחית, ופועלות בתנאים המתאגרים את עקרון העצמאות של מערך החקירות הצבאי (הצבא חוקר את עצמו), מקבלות אף הן את העיקרון של עצמאות החקירה, ונוטות לאמץ "מנגנוני פיצוי" שנועדו להקטין את החיסרון הטמון בקיום מערכת חקירה פנים-צבאית. מנגנונים שכאלה, המעריבים בדרך כלל אזרחים בהליכי החקירה הצבאיים, מאפשרים למדינות המשפט המקובל לטעון כי מערכת ההעמדה לדין הצבאית שלהן היא עצמאית, אף שאינה מנוהלת על ידי המערכת האזרחית. נסקור בקצרה כמה "מנגנוני פיצוי" כאלה.

אוסטרליה: מערכת החקירות האוסטרלית עוברת בימים אלו תהפוכות שונות, בעקבות רפורמה שנקבעה בשנת 2007, ולאחר פסק דין של בית המשפט העליון באוסטרליה שפסל חלק מרכיבי הרפורמה.¹³³ הנקודה הרלוונטית לענייננו היא כדלקמן: חקירות הצבא האוסטרלי מנוהלות על ידי יחידה צבאית (Australian Defence Force Investigative Service) הכפופה ל-Military Provost Marshall, הכפוף פיקודית רק לרמטכ"ל הצבא. יש להדגיש שאותו Military Provost Marshall איננו כפוף ליעוץ המשפטי של הצבא. גם מערכת התביעות היא מערכת עצמאית. בראשה עומד ה-Director of Military Prosecution, שהוא תפקיד המנותק משרשרת הפיקוד הרגילה. ה-Director of Military Prosecution ממונה באופן חיצוני לצבא על ידי שר הביטחון.¹³⁴

¹³³ Lane v. Morrison, (2009) 239 CLR 230

¹³⁴ נייר העמדה של הפצ"ר, לעיל הערה 1, עמ' 62. ראו גם "New ADF Appointments to Enhance Military Justice System", 5 Jul 2006, available at: <http://www.minister.defence.gov.au/Billsontpl.cfm?CurrentId=5784>

בריטניה : גם בבריטניה מנותקת מערכת התביעה הצבאית ממערכת הייעוץ הצבאית. מערכת התביעה הצבאית, ה-Service Prosecution Authority, מנותקת ממערכת הפיקוד הרגילה ובראשה עומד אזרח.¹³⁵ לאחרונה, בנובמבר 2010, החלה לפעול בבריטניה יחידת חקירות מיוחדת לבחינת האשמות של התעללות באזרחים מקומיים על ידי כוחות הצבא הבריטי בעיראק, בתקופה שבין מרץ 2003 ויולי 2009 (IHAT – Iraq Historic Allegations Team). בראש הצוות עומד איש משטרה בכיר בדימוס. הצוות מורכב משילוב של חוקרי משטרה צבאית (מה-SIB) וחוקרי משטרה אזרחית לשעבר. ההחלטה על הקמת הצוות התקבלה כבר במרץ 2010 (על ידי הממשלה דאז), ועבודת הצוות אמורה להימשך לפחות שנתיים. צוות החקירה מחויב לקיים את החקירות בהתאם ל-2006 Armed Forces Act (קרי, בדומה לחקירות הצבאיות). לאחרונה דן בית המשפט הבריטי (QB) בטענות שהועלו נגד עצמאות ה-IHAT¹³⁶ על רקע השתתפות חיילים בצוות החקירה, בשל כפיפות הצוות ל-2006 Armed Forces Act ובגין העובדה שחלק מהחוקרים באים משורות המשטרה הצבאית, אף שהמשטרה הצבאית היא המוקד של חלק גדול מהטענות להתעללות באזרחים. בית המשפט קבע כי ה-IHAT היא צוות עצמאי וכי חיילים המשתתפים בעבודתה אינם כפופים לשרשרת הפיקוד הרגילה; הם גם לא מהווים עוד חלק מהיחידה הנחקרת. בכל מקרה, די בכך שחלק מצוות ה-IHAT הם אזרחים, שאינם כפופים כלל למערכת הצבאית, על מנת לבסס את עצמאות ההליך.

קנדה : גוף החקירה הפלילי, המטפל בחשדות לעברות חמורות במערכת הצבאית, הוא – CFNIS Canadian Forces National Investigation Service. גוף זה פועל באופן עצמאי משרשרת הפיקוד, הוא כפוף ישירות ל-Provost Marshal ומיועד לטפל בעברות חמורות ורגישות.¹³⁷ בפועל, רוב העברות על דיני הלחימה מהוות עברות חמורות הנופלות תחת סמכות ה-CFNIS (במקרים אחרים, המקרה מטופל על ידי המשטרה הצבאית הרגילה).¹³⁸

במאמרו שנזכר לעיל ציין שמיט כי עצמאות גופי החקירה והחקירות הפנימיות היא תופעה השייכת למשפט הפנימי, ואין לה קשר למשפט הבינלאומי.¹³⁹ איננו מסכימים עם קביעה זו. ראשית, כפי שכבר כתבנו לעיל, העובדה שכלל מסוים אינו מופיע במפורש באמנה בינלאומית אינה מובילה למסקנה שהוא אינו חלק מהמשפט הבינלאומי המחייב. המשפט הבינלאומי מבוסס על מערכת כללים רחבה, הנשענת על הפרקטיקה של המדינות, על עקרונות כלליים ועל פרשנות ראויה לכללים מנהגיים והסכמיים המופיעה בספרות ובפסיקה. מכאן שנורמות חשובות רבות של המשפט הבינלאומי אינן מעוגנות בטקסט של אמנה, אלא במקורות נוספים – מפורשים פחות. כאמור לעיל, ניתן לבסס על מקורות נוספים אלו את הטענות, שהמשפט הבינלאומי מחייב מדינות לחקור טענות על אודות הפרות דיני הלחימה באופן כן ויעיל, עצמאי ונעדר פניות, וכן – במידת האפשר – בצורה מהירה ושקופה.

שנית, גם אם נוכל לקבל את עמדתו של שמיט ביחס למצבים שבהם מופעלים כללי החקירה הנובעים מהמשפט ההומניטרי בלבד, הרי כפי שצינו לעיל, חלק ניכר מהמצבים הרלוונטים לדיון בישראל הם מצבים שלגביהם חל מודל משפטי משולב, הכולל עקרונות של דיני זכויות האדם לצד דיני הלחימה. לפי

¹³⁵ <http://spa.independent.gov.uk>

¹³⁶ R-v-Ali Zaki Mousa, High Court (QB) judgment of 21 Dec. 2010, [2010] EWHC 3304 (Admin)

¹³⁷ <http://www.vcds-vcemd.forces.gc.ca/cfpm-gpfc/cfp-ggp/nis-sne/index-eng.asp>

¹³⁸ Schmitt, לעיל הערה 5, עמ' 60; ראו גם <http://www.cefcom.forces.gc.ca/pa-ap/nr-sp/doc-eng.asp?id=2960>

¹³⁹ Schmitt, לעיל הערה 5, עמ' 79–82.

מודל זה, עקרונות שפותחו בתחום דיני זכויות האדם יחולו גם, בשינויים מחויבים, במצבי סכסוך חמוש. כך למשל מציע Watkin לשקול לשלב אזרחים בחקירות צבאיות, כביטוי לצורך לשלב בין דרישת העצמאות החזקה המופיעה בדיני זכויות האדם לבין הפרקטיקה של ניהול חקירות צבאיות על ידי הצבא עצמו (פרקטיקה שאינה אסורה על פי דיני המלחמה).¹⁴⁰

חשוב להדגיש שבחינה של יישום עקרונות העצמאות וחוסר הפניות במדינות המתוארות לעיל, מראה על כיוון התקדמות ברור אל עבר ניתוק הדרגתי בין גופי החקירה לבין גופי הייעוץ הצבאיים. אין להתעלם אפוא מכך, שהתפיסה בעניין הסטנדרטים לניהול חקירה נאותה היא דינמית. התעלמות מכיוון ההתפתחות, שעליו מעידה הפרקטיקה של המדינות, כמו גם פסיקתם של גופים שיפוטיים או מעין שיפוטיים בינלאומיים, יכולה לכל היותר להעיד על המשפט הבינלאומי כפי שהיה **עובר להתפתחות הפרקטיקה**. ראוי כי עיצובם של כללים ומוסדות חדשים בתחום החקירות הצבאיות יתבצע לא רק על בסיס הדין שהיה קיים בעבר, אלא גם לאורן של המגמות הנורמטיביות הקיימות בהווה והצפויות בעתיד.

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

בפרק הבא נפרט את הבעיות המשפטיות הכרוכות בריכוז כוח ההחלטה בידיו של הפצ"ר, מכל ההיבטים הנ"ל.

¹⁴⁰ Watkin, לעיל הערה 93, עמ' 34.

פרק ה: החקירות בצה"ל – בעיות בחקירה לאור הוראות המשפט הבינלאומי

ראינו לעיל את דרישות המשפט הבינלאומי ביחס להפעלת מערכת חקירות. בפרקים מוקדמים יותר ראינו גם את המבנה הספציפי של מערכת החקירות הקיימת בצה"ל, והמיועדת לחקור חשדות על אודות הפרות של הדין הבינלאומי. האם תואמת מדיניות צה"ל את דרישות המשפט הבינלאומי ביחס לאופן ביצוע החקירות?

בפרק זה נטען כי חקירות צה"ל לוקות בכמה קשיים מבניים שאינם מאפשרים למערכת החקירות בצה"ל להיחשב כעומדת בדרישות המשפט הבינלאומי. נבחן שאלות אלו לאור התנאים לעריכתה של חקירה נאותה שפירטנו בפרק הקודם.

השאלה המשפטית המרכזית העומדת לפנינו היא אם תפקידו של הפצ"ר בניהול ובהוצאה לפועל של מערכת החקירות הצבאיות מקיים את דרישות העצמאות וחוסר הפניות שהמשפט הבינלאומי מציב ביחס לחקירות צבאיות, הנוגעות להפרות דיני הלחימה או דיני זכויות אדם. ההוראות המצויות באמנות השונות אינן יכולות לסייע לנו בצורה ישירה, שכן יישום אמות מידה אלו – בעיקר הדרישה לעצמאות – הוא פונקציה של "שיווי המשקל" המוסדי בין הגורמים המתכננים, המבצעים והחוקרים את פעולות הצבא. יתר על כן, אין הכרח שההכרעה בשאלה המשפטית תהיה אחידה ביחס לכל מקרה ומקרה (היינו ביחס לכל תקרית שלגביה נבחנת השאלה אם יש מקום לחקירה או להעמדה לדין). לדעתנו, ברוב הגדול של המקרים, הפעלת סמכותו של הפצ"ר לפתוח בחקירה אינה מעלה קושי של ממש (אם כי, כאמור לעיל, אנו בדעה שאמות המידה המופעלות על ידו הן ככלל נוקשות מדלי). אך כפי שנטען מיד, במקרים מסוימים, עצם קיומה של הסמכות להורות על חקירה בידי הפצ"ר יוצרת קושי משפטי של ממש.

לדעתנו, הגורם הקריטי המבדיל בין המקרים שבהם הפעלת סמכות הפצ"ר להורות על חקירה יוצרת קושי עקרוני, לבין המקרים שבהם אין קושי כזה, הוא מהותה של העברה שבנידון. כפי שכבר כתבנו למעלה, ניתן לחלק את החשדות להפרות של הדין הבינלאומי לכמה סוגים. הסוג האחד מערב חשדות בדבר הפרתה של פקודה צה"לית או הוראה מפורשת; כאשר היא מתרחשת, הפרה כזו מבוצעת בדרך כלל על ידי חיילים מדרג נמוך (אם כי גם מפקדים בכירים יכולים להפר פקודות והוראות או לאפשר לפקודיהם להפר פקודה). בהקשר זה לא מתעוררת לטעמנו כל בעיה מבנית בכך, שאת ההחלטה על הפתיחה בחקירה יקבל הפצ"ר. למיטב הערכתנו, הבעיות במישור זה – הלכה למעשה – נובעות מכך שההחלטה של הפצ"ר על הפתיחה בחקירה מגיעה לעתים בשלב מאוחר מדי, שבו היכולת לאסוף עדויות וראיות שיוכלו לבסס הרשעה בפלילים לוקה בחסר, כמתואר לעיל. לטעמנו, על הפצ"ר לפנות מהר יותר לאפיק החקירה הפלילית במקרים רבים יותר; ובאותם מקרים שבהם לא ברור כי קיימת הצדקה לחקירה פלילית, עליו לעשות שימוש בהליך עצמאי וחוסר פניות של הערכה מוקדמת ולא בכלי הבעייתי של התחקיר הצבאי. לעומת זאת סוג אחר של חשדות מצביע על בעיה לכאורה בפקודה עצמה או בנוהלי הצבא. ככל שנהלים אלו התקבלו על דעתו של הפצ"ר או באישורם של דרגים בכירים ממנו – במיוחד הרמטכ"ל או הדרג המדיני – הפקדת שיקול הדעת הבלעדי בשאלה אם לפתוח בחקירה בידי הפצ"ר, עשויה שלא לעמוד בדרישות העצמאות והיעדר הפניות של המשפט הבינלאומי. לכן יש להבחין בין סוגי העברות, ולהתאים לכל קטגוריה את סוג החקירה המתאים לה. להלן נפרט את הבעיות המרכזיות המתעוררות ביחס לכל אחד מסוגי העברות שבהם עשוי הפצ"ר להיתקל.

1. חוסר הפניות: הפרדת מערכת החקירות ממערכת הייעוץ

בעיה מרכזית, שגופים בינלאומיים שבים ומפנים אליה ביחס לחקירות הנערכות על ידי הפצ"ר במדינת ישראל, היא בעיית כפל הכובעים של הפצ"ר: הפרקליט הצבאי הראשי הוא היועץ המשפטי הראשי של הצבא, והוא גם העומד בראש מערכת החקירות שלו. בעיה זו הועלתה לאחרונה בצורה הברורה ביותר על ידי ועדת טומושט:¹⁴¹

52. In general terms, it appears that Israel's military justice system has certain built-in mechanisms to preserve its independence. At the heart of the system is the MAG, whose hierarchical independence rests on a number of factors. Specifically, the Minister of Defense, rather than the Chief of General Staff, is responsible for his appointment and decisions of the MAG are subject to review by the Attorney-General and by the Supreme Court sitting as the High Court of Justice, including through petition by individuals and civil society. Israeli jurisprudence illustrates the careful attention paid to ensuring the independent functioning of the MAG within the rule of law.

53. In spite of the structural guarantees of independence built into the military justice system, the dual responsibilities of the MAG, in the specific context of these investigations, raise concerns of a lack of impartiality. The MAG is legal adviser to the Chief of Staff and other military authorities. Yet, at the same time, he is the supervisor of disciplinary law in the military. Although the combination of the advisory and supervisory functions in one office does not automatically lead to a conflict of interest or a lack of impartiality, the situation is complicated in the present case by the fact that many of the allegations of serious violations of IHL and IHRL in the FFM report directly link to the advice he provided.

54. Indeed, Israel publicly stated that the MAG gave legal advice on IHL to commanders at all levels leading up to and during the Gaza conflict and that "the lawyers examined the legality of planned targets, participated in the operational

Report of the Committee of independent experts in international humanitarian and human rights laws to¹⁴¹ 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 A/HRC/15/50, September 23 2010, <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/B07AE44EC3B4F211852577A5004C709B> Available at:

planning process, helped direct humanitarian efforts and took part in situation assessments, exercises and simulations". However, as noted above, the Fact-Finding Mission strongly criticized the objectives, strategy and policy underlying the entire Gaza operation. The link between the advice given and the allegations in the FFM report underlines the importance of the MAG not only acting impartially, but also being seen to act impartially.

52] בקווים כלליים, יש במערכת המשפט הצבאית בישראל כמה מנגנונים מובנים שנועדו להגן על עצמאותה. בלב המערכת מצוי הפצ"ר, שעצמאותו הפיקודית מבוססת על כמה אדנים. באופן ספציפי, שר הביטחון ולא הרמטכ"ל אחראי למנותו, והחלטות הפצ"ר כפופות לפיקוח היועץ המשפט לממשלה ובית המשפט העליון בשבתו כבג"צ, לרבות באמצעות עתירות המוגשות על ידי פרטים וארגוני חברה אזרחית. הפסיקה הישראלית ממחישה את תשומת הלב הרבה שניתנה להבטחת עצמאות התפקוד של הפצ"ר במסגרת שלטון החוק.

53. למרות הערובות המבניות לעצמאות הכלולות במערכת המשפט הצבאית, ככל התפקידים של הפצ"ר, ביחס לחקירות ספציפיות אלו, מעלה חששות להפרה של הכלל בדבר חוסר פניות. הפצ"ר הוא היועץ המשפטי של הרמטכ"ל ושל שאר רשויות הצבא. אך בה בעת הוא מפקח על הדין והמשמעת בצבא. אף על פי שהשילוב במשרה אחת של תפקידי ייעוץ ופיקוח אינו מוביל אוטומטית למסקנה שמדובר בניגוד עניינים או הפרה של הכלל בדבר חוסר פניות, במקרה הנוכחי המצב מסתבך בגין העובדה שטענות רבות על אודות הפרות חמורות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים, שנזכרו בדוח גולדסטון, קשורות במישרין לייעוץ שהוא נתן.

54. אכן, ישראל הודיעה באופן פומבי שהפצ"ר נתן ייעוץ משפטי בנושאי משפט בינלאומי הומניטרי למפקדים בכל הרמות לקראת ובמהלך הסכסוך בעזה, וכי "עורכי הדין בחנו את חוקיות המטרות המתוכננות, השתתפו בתהליך התכנון המבצעי, עזרו בניהול המאמצים ההומניטריים ונטלו חלק בהערכות מצב, בתרגילים ובתרחישים". עם זאת, כפי שנטען קודם, ועדת גולדסטון מתחה ביקורת חריפה על היעדים, האסטרטגיה והמדיניות שעמדו בבסיס המבצע בעזה בכללותו. הקשר שבין הייעוץ שניתן והטענות בדוח גולדסטון מדגיש את החשיבות שהפצ"ר לא רק יפעל באופן נטול פניות, אלא גם יראה כמי שפועל באופן נטול פניות" (תרגום לא רשמי).

כברת דרך מסוימת לפתרונה של הבעיה אמנם נעשתה, במהלך השינוי הארגוני בפרקליטות הצבאית, שהפריד בתוך הפרקליטות בין מערכת הייעוץ לבין מערכת אכיפת הדין (רפורמה זו מתוארת במכתב הפצ"ר בעניין מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל שהוגש לוועדת טירקל).¹⁴² הפרדה פונקציונלית זו תרמה

¹⁴² הפצ"ר, "מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל ביחס לטענות המועלות בדבר הפרות של דיני לחימה", מכתב לוועדת טירקל,

תרומה ניכרת להסרת החששות מניגוד עניינים בפעולתה של הפרקליטות הצבאית. עם זאת הפרדת מערכות הייעוץ והתביעה לא התבצעה בצורה מוחלטת – בראש המערכת המאוחדת עדיין עומד הפצ"ר. ודוק, תפקידו של הפצ"ר אינו טקסי או מנהלי. הוא מנהל בפועל את הפרקליטות ומעורב אישית בשורה ארוכה של הכרעות, הן לגבי הייעוץ הן לגבי הפתיחה בחקירה. ניגוד העניינים בין תפקיד הייעוץ לבין תפקיד התביעה מתבטא אפוא באופן מובהק בתפקידו של נושא תפקיד בכיר במערכת המשפטית הצבאית, **המצוי בניגוד עניינים פוטנציאלי** בקשר לאותן חקירות הנוגעות להחלטות שהוא עצמו קיבל. יש להדגיש ששאלת ניגוד העניינים במסגרת זו אינה קשורה לחשד ספציפי ביחס למקרה קונקרטי. יתר על כן, שאלת ניגוד העניינים אינה עוסקת בגופו של אדם או בתום לבו, אלא בשיקולים מוסדיים ובמראית עין של עצמאות והיעדר פניות. ודוק, המדינה טוענת (בנייר העמדה של הפצ"ר שהוגש לוועדת טירקל) כי על מנת לעמוד בדרישות העצמאות של המשפט הבינלאומי די בכך שהפצ"ר הוא בעל עצמאות פונקציונלית (במובן זה שהוא אינו כפוף לגוף הנחקר); לשיטתה של המדינה, אין במשפט הבינלאומי דרישה **לעצמאות מוסדית**.¹⁴³ אך עמדה זו עומדת בניגוד גמור לנטייה שניתן למצוא בדין המשווה אל עבר עיצוב מערכת החקירה ומערכת התביעה המטפלת באירועים צבאיים בהתאם לעקרונות העצמאות המוסדית. כאמור, ברבות ממדינות העולם אומצה הגישה שלפיה על הגוף החוקר להיות בעל עצמאות מוסדית מהמערכת המשפטית הצבאית הרגילה. עצמאות מוסדית זו (הכוללת לעתים את הכפפת מערכת החקירה לאזרח שאינו כפוף כלל למערכת הצבאית) משרתת מטרה כפולה: היא מחזקת את עצמאות הגוף החוקר, ומונעת ניגוד עניינים בפעולתו של גוף זה.

מנקודת מבט מוסדית, ברור לנו כי חבישת "שני הכובעים" על ידי הפצ"ר היא בעייתית, וככל שההחלטה נשוא התלונה או החשד התקבלה ברמה גבוהה יותר, כך מתגברת בעיית ניגוד העניינים הטמונה בתפקידו. מכאן, שגם אם נקבל את העמדה שלפיה די בעצמאות פונקציונלית, מצב הדברים הקיים מעלה קושי בכל הקשור לקיום הדרישה להיעדר פניות. הפתרון הנכון והיעיל ביותר לבעיה – פתרון המקובל במדינות רבות בעולם – הוא הפרדת מערכת אכיפת הדין מהמערכת המייעצת לצבא.¹⁴⁴ הפרדה כזו אינה חייבת להתקיים החל ברמה הנמוכה ביותר. ככל שמדובר בהפרת משמעת, או בהפרה אחרת של פקודות הצבא המשקפות את דיני הלחימה או את דיני זכויות האדם, אין למיטב הערכתנו בעיה מבנית המחייבת את שינוי המצב הקיים. לעומת זאת כאשר מדובר בחקירה העוסקת בחוקיות הפקודות או הנהלים עצמם, או אז יש מקום להפריד את סמכות הייעוץ מהחקירה ולחזק את רכיב הפיקוח החיצוני על ההחלטה לפתוח בחקירה.

בנייר העמדה של הפצ"ר, אשר הוגש לוועדת טירקל, קיימת התייחסות נרחבת לשאלת פיצול הסמכויות. התשובה המרכזית הניתנת שם לבעיית "שני הכובעים" היא שחשש דומה לניגוד עניינים קיים בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, ולגבי זה האחרון קבעו כבר שורה ארוכה של ועדות (ובג"ץ) שאין ב"שני הכובעים" משום בעיה אמיתית.¹⁴⁵ היות שעניין זה עומד בלב הוויכוח על אודות מבנה מערכת החקירות הצבאיות, נדמה לנו שראוי להרחיב מעט בשאלה זו.

ראשית, השאלה העומדת לבחינה היא אם מערכת החקירות הצבאיות הנהוגה בישראל עומדת בדרישות הדין הבינלאומי ביחס לאופן שבו יש לנהל חקירות צבאיות. העובדה שמוסדות חקירה אחרים

¹⁴³ נייר העמדה של הפצ"ר, לעיל הערה 1, עמ' 66.

¹⁴⁴ ראו הדיון לעיל ליד הערה 133.

¹⁴⁵ נייר העמדה של הפצ"ר, לעיל הערה 1, עמ' 68–69.

הקיימים בישראל מתנהלים בצורה דומה לאופן שבו מתנהלת כיום מערכת הפרקליטות הצבאית, אינה מצביעה כשלעצמה על התאמת המערכת הצבאית הישראלית לדרישות הבינלאומיות. ודוק, אפשר לטעון שהרגישויות המיוחדות הכרוכות בהעמדה לדין של חיילים, מפקדים ואנשי הדרג המדיני בגין הפרת המשפט הבינלאומי, מחייבות פתרון מוסדי מיוחד השונה מזה הנהוג ביחס לחקירות רגילות (וכאמור, לשיטתנו יש להבחין בין סוגים שונים של חקירות צבאיות, ולשנות את הנהלים הקיימים רק ביחס לסוג החקירות המצביע על פקודות או הנחיות לא ראויות). שנית, ההשוואה בין תפקיד הפצ"ר לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה אינה במקומה מכמה סיבות:

- א. הבסיס התאורטי לעמדה שלפיה אין בעיה עם חבישתם של שני כובעים על ידי היועץ המשפטי לממשלה, הוא דוח ועדת שמגר בנושא תפקיד היועץ המשפטי לממשלה, שנתפרסם בשנת 1998.¹⁴⁶ ראוי לשים לב כי ועדת שמגר לא התעלמה מכך שייתכן שיהיה ניגוד עניינים מסוים בין תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה לבין תפקידו כראש התביעה. אלא שהוועדה סברה כי לשם ביצור מעמדו של היועץ המשפטי בראש המערכת המשפטית, יש חשיבות רבה לקיומם של שני התפקידים בידי של נושא משרה אחד. אין בדוח שמגר קביעה כי לגבי כל תפקיד במערכת המשפטית ראוי לאמץ קביעה דומה. להפך, נראה כי הקביעה הושפעה מייחודיות תפקידו של היועץ המשפטי לממשלה, ומהחשיבות הרבה שהוועדה העניקה למשרה זו.
- ב. אף אם נחיל את דוח ועדת שמגר ככתבו וכלשונו גם כלפי הפצ"ר, ככל שהוא נוגע לחבישת שני הכובעים על ידי היועץ המשפטי לממשלה, הרי שיש לקבל במקביל את ה"הסדרים המפצים" שהציעה ועדת שמגר ביחס ליועץ המשפטי לממשלה, ושנועדו להפחית את בעיית ניגוד העניינים הכרוכה בשני תפקידיו. למשל, הוועדה קבעה כי על היועץ להיות ממונה לתקופה קצובה,¹⁴⁷ וכי לא ראוי שישתתף בישיבות הממשלה אלא כאשר דעתו נדרשת, על מנת להרחיק עצמו ממצב אפשרי של ניגוד עניינים.¹⁴⁸ לעומת זאת הפצ"ר ממונה לתקופה בלתי מוגבלת – דבר הפוגע בעצמאותו, והוא משתתף קבוע בפורום מטכ"ל (הצעה להרחיק את הפצ"ר מפורום זה אינה נראית לנו מעשית, שכן חלק משמעותי מכוחו של הפצ"ר בתוך הצבא נובע מהיותו חבר בפורום מטכ"ל). אשר על כן, הפצ"ר חשוף לבעיות של היעדר עצמאות וניגוד עניינים החריפות יותר מאלו שמאפיינות את תפקוד היועץ המשפטי לממשלה.
- ג. היועץ המשפטי לממשלה עומד בראש מערכת גדולה בהרבה מהפרקליטות הצבאית. לכן, במקרה של ניגוד עניינים אישי ניתן להפריד ביתר קלות בין תפקיד הייעוץ לבין תפקיד אכיפת הדין. לעומת זאת הפצ"ר עצמו עוסק בייעוץ המשפטי הנוגע לפעולות צבאיות מסוימות,¹⁴⁹ והוא שמקבל את ההחלטות בנוגע להעמדה לדין. ההפרדה בין שני כובעיו היא במקרים מסוימים בלתי אפשרית כמעט.
- ד. הטענה נגד "הכובע הכפול" של היועץ המשפטי לממשלה עולה בדרך כלל במישור המנהלי ולא במישור הפלילי. היועץ המשפטי לממשלה אינו מעניק בדרך כלל ייעוץ שבעקבותיו עולה חשד למעשים פליליים, שאותם הוא נדרש לחקור ולתבוע לאחר מכן. תפקיד הפצ"ר מעמיד אותו בסיטואציה רגישה הרבה

¹⁴⁶ דין וחשבון הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו, ירושלים, 1998 (להלן: דוח ועדת שמגר), <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/7356210A-9133-4729-B146>

¹⁴⁷ שם, פסקה 62.

¹⁴⁸ שם, פסקה 47.

¹⁴⁹ Amichai Cohen, "Legal Operational Advice and the Changing Nature of IHL", *Connecticut Journal of*

יותר, שכן עצם הייעוץ שניתן על ידו או על ידי מחלקה ממחלקות הפרקליטות הצבאית עשוי לגעת בשאלות הכרוכות בפגיעה בזכות לחיים או בזכויות יסוד אחרות. הייעוץ בשאלות שכאלה עלול להוביל בשכיחות גבוהה לתוצאות מעשיות שתצטרכנה להיבחן גם בכלים פליליים. ניגוד העניינים הוא כאן, אפוא, ברמה גבוהה הרבה יותר.

סיכום

העובדה שהפרקליט הצבאי הראשי עוסק בייעוץ לצבא ומורה על פתיחה בחקירות כאחד יוצרת פוטנציאל מוסדי לניגוד עניינים. מרכז הבעיה המוסדית איננו בהעמדה לדין של חיילים בדרג נמוך יחסית, לגבי אי-מילוי פקודה או הוראה או פעולה בניגוד לנהלים. במקרים אלו אכן מתנהלות לעתים קרובות חקירות מצ"ח, המלוות על ידי הפרקליטות. הבעיה העיקרית מצויה בטיפול במקרים שבהם היתה הפרקליטות הצבאית מעורבת בשלב הייעוץ עובר לפעולה.

בהקשר זה, חשוב לציין כי ההיסטוריה המודרנית של דיני הלחימה מראה שכוחו של מערך הייעוץ המשפטי הצבאי הולך וגדל. ייעוץ משפטי אופרטיבי הוא מונח ההולך ותופס לו מקום בצבאות שונים ברחבי העולם. עורכי דין צבאיים הולכים ותופסים מקום נכבד יותר ויותר במהלך הפעילות המבצעית.¹⁵⁰ בישראל הפצ"ר עצמו מעורב באופן אישי בחלק ניכר מהייעוץ המשפטי האופרטיבי – כעולה מעדותו בפני ועדת טירקל – כמו גם בהחלטות לגבי ההעמדה לדין של חיילים ומפקדים. ככל שתפקיד הייעוץ של המשפטנים בשירות הצבאי הולך ותופס מקום נרחב יותר, כך עולה החשש לניגוד עניינים כתוצאה מפעילות המערכת כמייעצת וכמעמידה לדין. אשר על כן, יש לדעתנו להתאים את הכללים המסדירים את דרך ניהול החקירות הצבאיות לשינויים שחלו במערך הייעוץ המשפטי הצבאי.

בחירת הנתונים על אודות העמדה לדין של חיילים, לפי דרגתו של המועמד לדין, מגלה שכמעט בכל המקרים ההעמדות לדין כוונו כלפי הדרג הנמוך בצבא. הפצ"ר נמנע כמעט תמיד מלהעמיד לדין מפקדים בכירים יחסית, העוסקים בפיקוד על הדרג המבצע, על בסיס ההוראות שהם נתנו (מעניין לציין שבשני המקרים היחידים שבהם התערב בג"צ בשיקול דעת הפצ"ר בדבר העמדה לדין, הוא עשה זאת ביחס לדרג פיקודי).¹⁵¹ מצב עניינים זה בעייתי מכמה סיבות :

א. אין למעשה העמדה לדין של מפקדים בכירים. כתוצאה מכך עקרון אחריות המפקדים כלפי מעשי פקודיהם הוא עיקרון שלא נקלט הלכה למעשה במשפט הישראלי. למעשה, מאז פסק הדין הידוע בעניין כפר קאסם, אין כמעט דיון שיפוטי בנושא זה.¹⁵²

¹⁵⁰ Laura A. Dickinson, "Military Lawyers on the Battlefield: An Empirical Account of International Law Compliance", *AJIL* 104 (2010), p. 1.; Alan Craig, "Lebanon 2006 and the Front of Legitimacy", *Israel Affairs* 15 (4) (2009), p. 427

¹⁵¹ בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד מג (4) 718, שבו הורה בג"ץ להעמיד לדין את אלי"מ יהודה מאיר בגין הוראתו לנקוט אלימות כלפי מפגינים. בג"צ 7195/08 אבו רחמה נ' הפצ"ר (2008, טרם פורסם), שבו הורה בג"ץ לשנות את סעיף ההעמדה לדין של סא"ל עומרי בורברג (לחומרה) בגין פקודת ירי במפגין עצור.

¹⁵² מצאנו שני חריגים לכאורה לאמירה זו: העמדתו לדין של סא"ל גבע שגיא, לעיל הערה 54, והעמדתו לדין של סא"ל עומרי בורברג, מ 5/08 התובע הצבאי נ' סא"ל עומרי בורברג, בהוראת בג"ץ. אלא שבשני המקרים המפקד "הבכיר" תפקד למעשה בשטח בתפקיד של מפקד זוטור, ולא פעל בצורה של מתן הנחיות ופקודות סדורות.

ב. העובדה שניתן היום יותר יעוץ משפטי מבעבר, מביאה לכך שאכן יש קושי משפטי אמתי בהעמדה לדין של מפקדים. האם ניתן להעמיד לדין מפקד שפעל על פי עצה משפטית שקיבל, אף אם זו לא היתה נכונה? האם ראוי להעמיד לדין את המשפטן נותן העצה? להערכתנו, שתי הדרכים אינן סבירות. אכן, בחינת הפעולה והעצה במשקפיים של העמדה לדין פלילי, כפי שנעשה על ידי הפצ"ר, היא בחינה הלוקה בחסר: אף אם לא ניתן להעמיד איש לדין פלילי, עדיין ייתכן כי הפעולה היוותה הפרה של הדין הבינלאומי. כאמור לעיל, מדינת ישראל מחויבת לתקן הפרות כאלה ולמנוע הישנותן בעתיד.

ג. המקום היחיד שבו ראוי ניתן לקבוע כי מתקיים דיון בהפרות כלליות, הוא ב"תחקירי המומחים" המוקמים על פי שיקול דעת הפיקוד, לעתים בהמלצת הפצ"ר.¹⁵³ יש תחקירים צבאיים הבוחנים גם שאלות שיש בהן דיון בחוקיותה של מדיניות מסוימת.¹⁵⁴ עם זאת ברור שתחקירי המומחים אינם יכולים להוות תחליף לחקירה מלאה. ראשית, הם נפתחים על בסיס הליך קבלת החלטות שבשיקול דעת, שאינו מובנה וגלוי. שנית, הם מתנהלים ללא שקיפות וללא כללים מחייבים בנוגע לעריכתם. שלישית, כללי החקירה המופעלים בהם גמישים לחלוטין, ואינם קבועים בשום מקום. רביעית, וזה החשוב מכול, מטרתם העיקרית של תחקירי המומחים, כמו גם שאר התחקירים, איננה ברור חשדות להפרות של הדין, אלא הפקת לקחים צבאיים. לסיכום: אף תחקיר המומחים אינו יכול להוות תחליף לחקירה אמיתית. התוצאה היא כי **אין כיום בישראל שום גוף שיש לו הידע והסמכות לטפל בהפרות של הדין הבינלאומי, כאשר אלו מתבצעות בהקשר שבו אין אפשרות מעשית להעמדה לדין פלילי.**¹⁵⁵ ברור לגמרי שלא ניתן לעסוק בהפרות של הדין ולתקן, אם איש אינו מוכן לדון בהן.

ד. כמפורט בהרחבה לעיל, בידי הפרקליט הצבאי הראשי מרכז כוח עצום. בגלל האופי האישי של קבלת ההחלטות, ובגלל סודיות חלק ניכר מחוות הדעת, למעשה לא ניתן לפקח ביעילות על פעולותיו של הפצ"ר על ידי שימוש במערכת המשפטית.¹⁵⁶

מכל האמור לעיל עולה שהסתמכות מערכת החקירות הצבאית על שיקול דעתו של הפצ"ר, למרות בעיות העצמאות והיעדר הפניות הנלוות לפעולתו, אינה ראויה. יתר על כן, מערכת החקירות הקיימת אינה מספקת פתרון מובנה ושיטתי לדיון בטענות על אודות חוקיות נהלים או פקודות שמקורם בדרגים בכירים יחסית בצבא, ושהוכנו לעתים לאחר קבלת ייעוץ משפטי מראש.

2. בעיית העצמאות: חקירות הדרג המדיני

כמתואר לעיל, ריכוז הכוח בידי הפרקליט הצבאי הראשי מביא לכך שקיימת בעיית ניגוד עניינים אינהרנטית לתפקידו. יתר על כן, ריכוז הכוח בידי אדם אחד מביא ללחצים ניכרים על אדם זה, ולפיכך עצמאותו המוחלטת בקבלת החלטות הופכת להיות קריטית. האם אכן ניתן לומר שהפצ"ר עצמאי דיו בקבלת החלטותיו?

בעיה מיוחדת הקיימת בהקשר הישראלי, המשליכה על עצמאות הפצ"ר, היא בעיית החקירה של הדרג המדיני. אופי המשטר והקרבה היתרה בין הדרג המדיני לדרג הצבאי בישראל, מביאים לכך שבניגוד

¹⁵³ לתיאור מוסד תחקיר המומחים, ראו נייר העמדה של הפצ"ר, לעיל הערה 1, עמ' 70-73.

¹⁵⁴ למשל תחקיר המומחים בעניין שימוש בזרחן, המוזכר שם.

¹⁵⁵ בפתרון של הפיקוח האזרחי בצורת היועץ המשפטי ובג"ץ נטפל מאוחר יותר.

¹⁵⁶ ראו להלן דיון בנושא זה, ליד הערות 168-171.

למדינות אחרות בעולם, רבות מההחלטות הצבאיות המבצעיות מתקבלות בישראל על ידי הדרג המדיני או לכל הפחות תוך מעורבותו ובאישורו.¹⁵⁷ התוצאה היא שבמקרים רבים התקבלה ההחלטה, נשוא התלונה האמינה או החשד הסביר, בדרג צבאי גבוה מדרג הפצ"ר או על ידי הדרג המדיני. מה צריך להיות מנגנון החקירה באותם מקרים?

ועדת McGowan Davis – אחת מוועדות האו"ם הבוחנות את יישום דוח גולדסטון בכל הקשור לחקירת חשדות לפשעי מלחמה – התייחסה לבעיה זו בדוח שלה:¹⁵⁸

The Committee further noted that notwithstanding the built-in structural guarantees to ensure the MAG's independence, his dual responsibilities as legal 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 a viable mechanism to investigate and assess high-level policy decisions. When questioned by commission members about his "dual hat" and whether his position at the apex of legal advisory and prosecutorial power can present a conflict of interest under certain circumstances, he stated that "the mechanism is calibrated for the inspection of individual incidents, complaints of war crimes in individual incidents [...] This is not a mechanism for policy. True, it is not suitable for this". 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.

¹⁵⁷ Yehuda Ben-Meir, *Civil-Military Relation in Israel*, Columbia University Press, 1995, p. 18–19; וכן מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור, **חוק-יסוד: הצבא**, ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, 2000, עמ' 29.

¹⁵⁸ Report of the Committee of independent experts in international humanitarian and human rights law established pursuant to Council resolution 13/9 March 11, 2011, A/HRC/16/24 Available at: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/16session/reports.htm>

[הוועדה מציינת עוד, כי על אף הערובות המבניות הקיימות על מנת להבטיח את עצמאותו של הפצ"ר, כפל התפקידים שלו כיועץ משפטי לרמטכ"ל ולשאר רשויות הצבא, והיותו הגורם המפקח על החקירות הפליליות בצבא, מעלה קושי בהקשר הנוכחי, וזאת לאור הטענות בדוח גולדסטון כי אלו שעיצבו, תכננו, הורו ופיקחו על המבצע בעזה היו שותפים להפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים. יש לציין כי הפצ"ר עצמו, בעדותו בפני ועדת טירקל, הצביע על כך שמערכת החקירות הצבאיות אשר הוא עומד בראשה אינה מנגנון מתאים לחקירתן והערכתן של החלטות מדיניות שנתקבלו בדרג בכיר. משנשאל על ידי חברי הוועדה על אודות "כפל הכובעים" שלו, ואם מעמדו בראש מערך הייעוץ וסמכויות התביעה עשוי להוביל במקרים מסוימים לניגוד עניינים, הוא השיב כי "המנגנון מכויל לבחינתם של אירועים פרטניים, תלונות בדבר ביצוע פשעי מלחמה באירועים ספציפיים [...] זה אינו מנגנון לבחינת מדיניות. נכון, זה לא מתאים לכך".

אשר על כן, הוועדה נותרה בדעה כי ועדה ציבורית עצמאית, ולא הפרקליטות הצבאית, היא המנגנון המתאים לבצע הערכה עצמאית וחסרת פניות, כפי שדוח גולדסטון דורש, של טענות על אודות הפרות משפט בינלאומי בקשר לסכסוך בעזה, כתוצאה מההחלטות שנתקבלו על ידי דרגים בכירים (תרגום לא רשמי).

אמנם ועדת McGowan Davis מתייחסת פה לשני היבטים של הבעיה (זה של חוסר הפניות וזה של העצמאות) בבת אחת. עם זאת דומה שעיקר הבעיה שמעלה הוועדה הוא חוסר היכולת המבנית של הפצ"ר לבחון החלטות מדיניות, שהתקבלו על ידי הדרג הפיקודי העליון או הדרג האזרחי המפקח. מערכת החקירות של הפצ"ר, כמו המשפט הפלילי בכללותו, מכוונת לבחון הפרות נקודתיות של הדין. היא אינה בנויה לבחינה מערכתית יותר של חוקיותה של מדיניות כללית.

הגם שנייר העמדה של הפצ"ר שהוגש לוועדת טירקל אינו מתייחס ישירות לבעיית חקירות הדרג המדיני, הבעיה אינה תאורטית כלל ועיקר. המגמה המודרנית בדין הבינלאומי הפלילי היא הטלת אחריות משפטית, ככל שהדבר ניתן, על הדרג בעל סמכות ההחלטה הגבוהה ביותר – לפי דוקטרינת האחריות הפיקודית.¹⁵⁹ הניסיון להטיל אחריות פלילית על דרגי הפיקוד הגבוהים, ועל האחראים המדיניים להם, מביא לכך שרבות מהחקירות שמנהלים בתי המשפט הבינלאומיים, או בתי המשפט הזרים המפעילים סמכות שיפוט אוניברסלית, מכוונות דווקא כלפי הדרג המדיני של המדינות שהיו מעורבות בפעולות צבאיות שנויות במחלוקת. מבחינה זו, אי-קיומן של חקירות דרג מדיני בתוך ישראל חושף את אותו דרג מדיני לשיפוט זר או בינלאומי.

לדעתנו, מערכת החקירות הצבאית במתכונתה הקיימת אינה יכולה לספק פתרון מניח את הדעת לבעיית החקירות הצבאיות. ראשית, בלי קשר לשאלת מעורבותו של הפצ"ר בתהליך קבלת החלטות מדיניות נשוא החקירה, לא סביר שהפצ"ר יופקד על חקירת פוליטיקאים. דבר זה נוגד עקרונות בסיסיים של כפיפות הדרג צבאי לדרג המדיני, ושל המערכת החוקתית שבה הצבא נטול סמכות כלפי הדרג המדיני. שנית, ספק רב אם הפצ"ר עצמאי דיו על מנת לנהל חקירות שכאלה. אמנם בהוראות הפיקוד העליון נאמר

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

במפורש כי הפצ"ר כפוף מקצועית רק למרותו של הדין;¹⁶⁰ וניתן לטעון כי הפצ"ר כפוף בפועל מבחינה משפטית רק ליועץ המשפטי לממשלה;¹⁶¹ אך יש הטוענים כי עצמאותו של הפצ"ר נפגמת כתוצאה מכך שמינויו נעשה על ידי שר הביטחון, מכך שתקופת כהונתו אינה קבועה, ומן העובדה שדרגתו יכולה להשתנות במהלך שירותו.¹⁶²

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

- א. בניגוד למצב הקיים בחלק גדול ממדינת העולם, אין בישראל חקיקה פלילית אזרחית המתאימה להעמדתם לדין של מבצעי פשעים בינלאומיים. בעוד שבמסגרת הצבאית כולל חוק השיפוט הצבאי עברות סל היכולות להתאים להעמדה לדין בגין הפרת דיני הלחימה, מדינת ישראל חסרה חוק פלילי המיישם את הוראות אמנת ז'נבה, כמו גם את רוב ההתחייבויות האחרות של מדינת ישראל בתחום המשפט ההומניטרי והפלילי. מובן שמצב זה בעייתי מאוד מבחינות רבות, ולא למותר לציין כי הוא עשוי כשלעצמו להוות הפרה של הדין הבינלאומי.
- ב. לרשויות האזרחיות במתכונתן הנוכחית אין המומחיות המשפטית הנחוצה לניהול חקירות שעניינן הפרות דיני המלחמה. לשם כך נדרשים הסדרי שיתוף פעולה נרחבים בין הדרגים הצבאיים – המצויים בקרבה לזירת האירועים והם בעלי מומחיות וידע בניהול חקירות פליליות בגין הפרת דיני הלחימה – לבין הדרגים האזרחיים. הסדרים שכאלה עשויים לעורר את הבעיות החוקתיות שזכרו לעיל.
- ג. הניסיון מראה שבדברי ימיה של ישראל מעולם לא נוהלה חקירה פלילית נגד איש דרג מדיני בגין הפרת דיני המלחמה (להבדיל מוועדות חקירה, כגון ועדת כהן שדנה בטבח בסברה ושתילה, אשר בחנו היבטים מסוימים של התנהלות הדרג המדיני שיכלו להתגלגל לחקירה פלילית).
- ד. לפיכך נראה כי אין במצב המשפטי הקיים בישראל, ובפרקטיקה הנוהגת בישראל, פתרון ראוי לבדיקת חשדות להפרות דיני הלחימה מצד הדרג המדיני. מובן מאליו שמצב זה גורם גם לחוסר בהגנה על מקבלי החלטות מפני ניסיונות בינלאומיים להפעלת שיפוט בינלאומי או אוניברסלי כלפיהם, כמפורט להלן.

כמובן, אין מקום לפתוח בחקירה פלילית נגד ראשי המדינה אם קיים מנגנון עצמאי שבחן והכשיר את המדיניות, שלגביה היו טענות או חשדות לאי-חוקיות. אשר על כן, מקום בו בג"ץ או ועדת בדיקה הכשירו מדיניות כגון סיכולים ממוקדים או סגר ימי, אין צורך לפתוח בחקירה פלילית נגד ראשי המדינה בשל החלטה לנקוט באותה המדיניות (אם כי עדיין תיתכן בחינת חריגה של הצבא מהמדיניות שנקבעה). הבעיה היא שלא קיים הליך שגרתי המאפשר לבחון את חוקיותן של קביעות מדיניות אלה. בג"ץ נמנע לעתים

¹⁶⁰ הוראות הפיקוד העליון 2.0613, סעיף 9 (א).

¹⁶¹ לגבי היחס שבין הפצ"ר לבין היועץ המשפטי לממשלה, ראו אורי שהם, "הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה: בין פרשת שדיאל לבג"צ אביבית עטיה", **משפט וצבא** 16 (תשס"ב), עמ' 203.

¹⁶² במיוחד הדגיש נקודה זו אייל בנבנישתי בחוות דעתו, ראו לעיל הערה 60.

תכופות מבחינת חוקיותן של החלטות מדיניות או פעולות ספציפיות מכוחן,¹⁶³ וההחלטה אם להקים ועדת בדיקה או חקירה מצויה בידי הממשלה – הגוף שהוא בהקשר זה הגוף הנחקר. **בכל אותם מצבים לא קיים הליך בחינה עצמאי ואפקטיבי היכול לבחון את השאלה אם הופרה נורמה של המשפט הבינלאומי אם לאו.**

פתרון מלא לבעיית העצמאות וחוסר הפניות של הפצ"ר צריך לפתור לדעתנו את מכלול הבעיות שהוצגו לעיל: הפצ"ר כגורם המכריע לגבי חקירה; הפצ"ר כגוף בעל "שני כובעים"; ובעיית חקירות הדרג המדיני.

3. בעיית השקיפות: פיקוח אזרחי חיצוני על החקירה

כלל נוסף של חקירה בינלאומית, שאליו נתייחס בקצרה, הוא עקרון השקיפות. שקיפות נדרשת על מנת להבהיר למתבונן מן החוץ שהחקירה התקיימה על פי כללים מוכרים ומקובלים, ומטרתה לא היתה "טיוח" של המקרה. תכליתה של השקיפות היא בראש ובראשונה להגביר את אמון הציבור בהליך החקירה ולהבטיח פיקוח נאות על ההליך.¹⁶⁴ מובן שכאשר חקירה עוסקת בנושאים צבאיים רגישים אין אפשרות לשקיפות מלאה.¹⁶⁵ ייתכן אפוא שבמקרים מסוימים לא תוכל החקירה הצבאית להתקיים בצורה גלויה ונגישה, ופרטי החקירה, לרבות ניתוח המקרה, יצטרכו להישאר סודיים.

הפתרון שאומץ בכמה מדינות – שיתוף אזרחים בהליך או פיקוח אזרחי מסוים – מיועד לפתור בעיה זו. אכן, טיבן של חקירות צבאיות הוא שחלקן יישארו סודיות. אלא שחסימת כל חקירה אזרחית או חיצונית לצבא היא פתרון לא מידתי לבעיית ההגנה על חשאיות המידע. לעומת זאת פיקוח אזרחי יעיל על החקירה פותר במידה מסוימת את בעיית השקיפות. יש להדגיש שהפיקוח האזרחי על הצבא הוא עיקרון יסוד של המדינה המודרנית, ויש טעמים נכבדים התומכים בפיקוח כזה, שאינם קשורים בחובת החקירה מכוח המשפט הבינלאומי. פיקוח אזרחי יעיל על הצבא נחוץ אפוא גם מטעמים שאינם קשורים ישירות לדיון במסגרת מחקר זה. עם זאת מערכת פיקוח אזרחית יעילה יכולה להביא פתרון מסוים גם לבעיית העצמאות וחוסר הפניות שתוארו לעיל: אם אכן הפצ"ר כפוף למערכת פיקוח אמינה, חיצונית לצבא, כי אז יפחת החשש לפגיעה בכנות וביעילות החקירה עקב הכשלים המבניים, המאפיינים את המערכת הקיימת. אכן, הפצ"ר עצמו הדגיש בפני ועדת טירקל את חשיבות קיומה של מערכת חיצונית-אזרחית-מפקחת בדמות היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון.¹⁶⁶

ודוק, השאלה מיהו הגוף האזרחי המפקח על החקירה היא שאלה חשובה ביותר. ראשית, מבחינת העצמאות של הגוף הצבאי החוקר, חשוב שכפיפותו לפיקוח חיצוני, ככל שהיא קיימת, תהיה לגופים המצויים מחוץ למערכת הפיקוד הצבאית (וזאת בין היתר על מנת לחזק את מעמדו העצמאי של הגוף החוקר מול הנחקרים הצבאיים); שנית, כאמור לעיל, המגבלות על היכולת לנהל חקירה צבאית שקופה מחייבות שגוף עצמאי חיצוני יפקח באופן יעיל על החקירה, כמנגנון פיצוי על חוסר השקיפות של המערכת; שלישית, הפיקוח האזרחי על הגוף החוקר חשוב גם לביצור כפיפותו למערכת האזרחית של הגוף הצבאי

¹⁶³ ראו למשל בג"ץ 4969/04 עדאלה נ' אלוף פיקוד דרום (טרם פורסם, 13 ביולי 2005); בג"ץ 9594/03 האגודה לזכויות האזרח נ' הפרקליט הצבאי הראשי (תיק תלוי ועומד).

¹⁶⁴ Al Skeini, לעיל הערה 26, סעיף 167; Isayeva, לעיל הערה 23, סעיפים 211–214.

¹⁶⁵ Watkin, לעיל הערה 93, עמ' 20.

¹⁶⁶ נייר העמדה של הפצ"ר, לעיל הערה 1, עמ' 7.

החוקר, כפיפות שהיא עיקרון יסודי במשטר דמוקרטי; רביעית, קיומו של גוף פיקוח על מערכת החקירות מפחיתה את היכולת של אחרים, אזרחים או חיילים, לנסות ולהשפיע על החקירה, ולפגוע במהלכה. משיקולים אלו, כמה מדינות בעולם יצרו מערך של פיקוח אזרחי על מערכת החקירה הצבאית. נדגיש שוב: בחלק ניכר ממדינות העולם מצויות החקירות ממילא בידי המערכת האזרחית. לפיכך רק במדינות המשפט המקובל, שבהן מערכת החקירות היא בידי הגוף הצבאי, דורשת המערכת מעורבות "מפצה" של

גוף אזרחי ברמת הפיקוח והביקורת (בקנדה, למשל, הוקמה ה- Military Police Complaints Commissions – ועדה חיצונית בראשות אזרח, המפקחת על ההתנהלות והחקירות של המשטרה הצבאית).¹⁶⁷ גם כאן, הפרקטיקה הנהוגה במדינות העולם האחרות מהווה לא רק שיקוף של עקרונות דמוקרטיים מקובלים, אלא גם פירוש של החובות המשפטיות הבינלאומיות המוטלות עליהן. כהערה מקדימה לדין בפיקוח האזרחי על החקירות הצבאיות בישראל, נציין שהצורך בפיצול מערכת המשפט הצבאית למערכת אכיפת הדין ולמערכת מייעצת, שילוב אזרחים בהכרעה אם לפתוח בחקירה, ושאלת הפיקוח האזרחי – הן שלוש סוגיות נפרדות (הגם שיש ביניהן קשר מסוים). הפיקוח האזרחי על החקירה מהווה חלק ממערכת שלטון החוק הכללית, שצריכה להמשיך ולעמוד על כנה אם מערכת אכיפת הדין ומערכת הייעוץ משולבות זו בזו ואם הן נפרדות, אם ישולבו אזרחים במערכת החקירה ואם לאו. גם ההפך נכון: אם קיים פיקוח אזרחי על החקירה, לא נובע מכך שאין צורך להפריד בין מערכת החקירה לבין מערכת הייעוץ, או שאין צורך לשלב אזרחים בהכרעה אם לפתוח בחקירה. שאלות אלו משיקות, אך הפתרונות להן אינם תלויים זה בזה.

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

פיקוח היועץ המשפטי לממשלה: עמדתה של המדינה היא שפיקוח אזרחי שוטף על הצבא מתבצע באמצעות היועץ המשפטי לממשלה, המפקח על פעולת הפצ"ר בכל הנוגע להעמדה לדין. ההנחה היא שפיקוח זה מחזק את עצמאות ההליך ואת שקיפותו. עם זאת נטען בנייר העמדה של הפצ"ר, כי:

בפועל, יש לציין, מתקיים כיום תיאום הדוק בין הפרקליטות הצבאית לבין פרקליטות המדינה, ובין הפצ"ר לבין היועץ המשפטי לממשלה – הן בגיבוש מדיניות, הן בסוגיות עקרוניות והן בהחלטות פרטניות שיש בהן חשיבות – באופן המונע כמעט לחלוטין את הצורך בהתערבות היועץ המשפטי לממשלה בהחלטות הפצ"ר לאחר מכן.¹⁶⁸

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

¹⁶⁷ <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/index-eng.aspx>

¹⁶⁸ נייר העמדה של הפצ"ר, לעיל הערה 1, עמ' 8.

את החלטות בדיעבד? הרי אלו החלטות שהוא עצמו היה מעורב בהן. למעשה, אותה בעיה של ניגוד עניינים המונעת מהפצ"ר לחקור פעולות שהוא יעץ לגביהן, מונעת מהיועץ המשפטי לפקח על החלטות שהוא אישר מראש או ייעץ לגביהן.

כעניין מעשי, אין למיטב ידיעתנו דוגמאות עדכניות למקרים שבהם הורה היועץ המשפטי לממשלה, בניגוד לעמדת הפצ"ר, על פתיחה בחקירה צבאית בגין הפרה של דיני הלחימה. בכך יש לחזק את ההשערה, שהפיקוח שמקיים היועץ המשפטי לממשלה על החלטת הפצ"ר – בשאלה אם לפתוח בחקירה או לא – אינו הדוק במיוחד. יתר על כן, אין במשרד היועץ המשפטי לממשלה בסיס ידע אנושי היכול לקיים מערכת ביקורת אמתית על רשויות הצבא. בנייר העמדה שהגיש לוועדת טירקל, הגדיר זאת אייל בנבנישתי כך:

הפצ"ר פועל בחלל כמעט ריק מבחינה חוקתית. מנקודת מבט חוקתית פנים-ישראלית קשה להלום את האופן שבו המערכת האזרחית מתנערת מסמכויותיה ואחריותה בתחום דיני הלחימה כאשר היא אוצלת למערכת הצבאית את הסמכות הבלעדית להגדיר את כללי ניהול הלחימה, את כללי הבדיקה והחקירה, ואף את הליכי ההעמדה לדין והשפיטה.¹⁶⁹

ההנחה העומדת מאחורי עמדתו של בנבנישתי היא זו: כיוון שמרכז הידע של המשפט ההומניטרי מצוי בידי הפרקליטות הצבאית, אין למעשה שום פיקוח אזרחי אמתי על הדרך שבה הפרקליטות הצבאית מיישמת את המשפט הבינלאומי הן בתחום הייעוץ המשפטי הן בתחום החקירות. כתוצאה מכך, אין כל פיקוח אזרחי אמתי על הדרך שבה הפרקליטות הצבאית מנהלת עניינים אלו. מבחינה חוקתית פנימית ישראלית, מדובר בתחום שבו הצבא זוכה ליתרון מובהק על פני הדרג האזרחי, וממילא לא ניתן לדבר בתחום זה על פיקוח יעיל של הדרג האזרחי על הדרג הצבאי.

נוסף על הבעיה החוקתית הפנימית בעניין זה, אנו סבורים כי מצב זה גם יוצר בעיה מבחינת המשפט הבינלאומי. ראשית, ההתפתחויות שהצבענו עליהן במסגרת הפרקטיקה של המדינות מצביעות על כך, שפיקוח אזרחי הולך ונהיה חלק מרכזי וחשוב במערכת הפיקוח על המערכת הצבאית. שנית, ככל שהפיקוח האזרחי חלש יותר, כך גדל הכוח של המערכת הצבאית להשפיע על תוצאות החקירה ועל חוות הדעת של הפרקליטות הצבאית. המערכת האזרחית אינה אפוא סתם מערכת פיקוח; היא עשויה להוות משקל נגד ללחצים מצד מערכת הפיקוד הצבאית, הפוגעים בעצמאות המערכת ובחוסר הפניות שלה.¹⁷⁰

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

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

¹⁶⁹ אייל בנבנישתי, חוות דעת, לעיל הערה 60, ליד הערה 38.

¹⁷⁰ ראו Cohen, לעיל הערה 149.

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.¹⁷¹

וכן:

משקבענו בפסק דינו זה הוראותיו של המשפט הבינלאומי המנהגי בסוגיה שלפנינו, לא נוכל, מטבע הדברים, לבחון את הגשמתה מראש. הביקורת השיפוטית תהא בסוגיה זו מטבעה בדיעבד. שנית, עיקר הבדיקה צריכה להיעשות על ידי ועדת בדיקה אשר על פי המשפט הבינלאומי צריכה לקיים בדיקה אובייקטיבית המופעלת בדיעבד. הביקורת של בית משפט זה יכולה, מעצם טבעה, להיות מכוונת רק כנגד החלטותיה של ועדה זו, וזאת על פי אמנת המידה המקובלות לעניין זה.¹⁷²

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

ברי כי בית משפט זה אינו הפורום המתאים ובעל האמצעים הנדרשים לשם בחינת נסיבות האירוע בו נהרג המנוח. יחד עם זאת, העותרת עוררה בעתירתה כמה שאלות שלא זכו למענה בתגובת המשיב, ושעיקרן בנסיבות בהן נהרג המנוח והאם אלה תואמות את אמנת המידה שנקבעו בפסק הדין בעניין הסיכול הממוקד. שאלות אלה, אם וככל שהן ניתנות לבירור, ראוי היה כי יתבררו בפני הפורום המקצועי שאמור היה להיקבע לשם כך, אף כי בנסיבות העניין שלפנינו בטרם ניתן פסק דינו בעניין הסיכול הממוקד לא נקבע פורום כזה.¹⁷³

לטעמנו, יש להבין את הכרעת בג"ץ בפרשת הסיכולים כהצבת דרישה כללית שחוקיותם של אירועים חריגים מסוימים, שלגביהם יש טענה או חשד שמדיניות שנויה במחלוקת או צעדים שנקטו במסגרתה מפריים את דיני הלחימה, תיבחן על ידי גוף בדיקה חיצוני. אף שהנשיא ברק לא פירט בהחלטתו בעניין הסיכולים כיצד תתקיים דרישת עצמאות החקירה, שאלת הרכבה של ועדת הבדיקה כוועדה "עצמאית ואובייקטיבית" עלה בעניין **הס**.¹⁷⁴ באותה פרשה נקטה המדינה עצמה עמדה, כי ועדת חקירה עצמאית ואובייקטיבית היא ועדה המורכבת מאנשים שאינם כפופים עוד למערכת הצבאית (בית המשפט העליון קבע שאין מקום להתערב בהרכב האישי של הוועדה כל עוד לא הובאו בפניו ראיות שהוועדה אינה עצמאית).

מכל מקום, גם אנו סבורים שבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ אינו מוסד אופטימלי לבירור שאלות הנוגעות להחלטה לפתוח בחקירה במקרים פרטניים או בשאלות מדיניות כללית. ככל שמדובר בשאלות

¹⁷¹ ראו **לעיל** הערה 27, פסקה 40 לפסק דינו של הנשיא אהרון ברק.

¹⁷² ראו **לעיל** הערה 27, פסקה 59 לפסק דינו של הנשיא אהרון ברק.

¹⁷³ בג"ץ 474/02 **סיהם תאבת נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 30 בינואר 2011), פסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

¹⁷⁴ בג"ץ 8794/03 **יואב הס נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 26 בדצמבר 2006).

קונקרטריות, הליך הבג"ץ אינו ההליך המתאים לבירור עובדתי של שאלות מורכבות שאינן מצויות בתחום מומחיותו הרגיל של בג"ץ. ככל שמדובר בשאלות הנוגעות לקביעת מדיניות כללית, התערבות יתר של בג"ץ בנושאים אלו עשויה לפגוע בהפרדת הרשויות (בגרסתה המקובלת בישראל). נדמה לנו שבשאלות הנוגעות לחקירות צבאיות יש לטפל ב"אזמל מנתחים" – גוף מומחים עצמאי וקבוע הפועל ליד המערכת ומפקח על פעולתה באופן רציף ודיסקרטי – ולא ב"פטיש הכבד" של ההתדיינות הפומבית בבג"ץ.

בהקשר זה יש לציין שהפיקוח מצד בג"ץ על החלטות הפצ"ר תלוי גם במשתנים חיצוניים, העשויים לפגום באפשרות היתכנותו של פיקוח זה. ראשית, עתירה לבית המשפט תלויה בקיומו של עותר המסוגל להציג בפני בית המשפט ראיות ומידע שאסף בעצמו. ככלל, אין העותר לבג"ץ יכול להגיע כאשר יש לו רק תלונה או מידע כללי על הפרת דין ללא מידע קונקרטי. בעיה זו חמורה ביותר ביחס לעתירות כנגד מדיניות. חוות הדעת של הפצ"ר בנוגע לשאלות מדיניות הן חסויות. את עמדתו המשפטית העקרונית לא ניתן לברר, וממילא העמדה שעל פיה ניתן לעתור כנגד הכרעות מדיניות היא גורפת מדי. כך למשל, ספק אם ניתן לעתור נגד הוראות הפתיחה באש של צה"ל, אם הוראות אלו אינן מפורסמות כלל, אלא אם יש לעותר אינדיקציה כי פגיעה באזרחים מקורה בהוראות עצמן ולא בהפרתן.

שנית, חלק ממאגר העותרים הפוטנציאליים, בעלי הנגישות הישירה למידע העובדתי הרלוונטי, הם אזרחים זרים שאינם שוהים בישראל או בשטחים המצויים בשליטתה, ועל כן אינם יכולים לגשת, הלכה למעשה, לבית המשפט העליון. מכל הטעמים הללו, בית המשפט העליון אינו מתאים לשמש כבסיס לפיקוח האזרחי הרציף על הצבא.

כעניין שבעובדה, בג"ץ נמנע כמעט לחלוטין להתערב בשיקול דעתו של הפצ"ר. למעשה, עד כה התערב בית המשפט העליון רק פעמיים בשיקול דעתו של הפצ"ר בדבר העמדה לדין.¹⁷⁵ אפשר כמובן לטעון שיש כאן ראיה לכך, שהפצ"ר מקבל החלטות ראויות בלבד. אך ההנחה שרק בשני מקרים – מתוך מאות ואלפי החלטות של הפצ"ר בעניין העמדה לדין – קרתה טעות נראית לנו סבירה פחות מההנחה – הנתמכת בדבריו של בית המשפט העליון עצמו – שבית המשפט אינו רואה זאת כתפקידו להעביר ביקורת על החלטות הפצ"ר, אלא במקרים מיוחדים ויוצאי דופן במיוחד.

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

נשוב ונדגיש, הבעיה בישראל קשה יותר מאשר במדינות אחרות בגלל שורה של גורמים: אופי הסכסוך הצבאי המתמשך, המציף שאלות הקשורות לחוקיות פעולות צה"ל חדשות לבקרים; החוסר בחוק פלילי ישראלי מתאים; מעורבות היתר של הדרג המדיני בהחלטות מבצעיות; וחוסר העצמאות המובנה של תפקיד הפצ"ר. ישראל גם חשופה יותר ממדינות אחרות לסכנות השיפוט הבינלאומי הפלילי. כל הגורמים האלו מכוונים כולם לכיוון אחד: **דווקא במדינת ישראל, הפיקוח החיצוני האזרחי על חקירות הצבא חשוב יותר מאשר בכל מדינה אחרת.**

4. תחולת פסק הדין בנושא הסיכולים הממוקדים על סוגיית החקירות הצבאיות

בנייר העמדה של הפצ"ר, שהוגש לוועדת טירקל, נעשה ניסיון להמעיט בחשיבות פסיקת בית המשפט העליון ביחס לחובה לבצע חקירות. כאמור לעיל, בלחץ בג"ץ הסכימה המדינה (במסגרת ההליכים בעניין

¹⁷⁵ בעניין צופאן (יהודה מאיר) ובעניין אבו רחמה (נעלין), ראו לעיל הערה 151.

הס) לבצע חקירה עצמאית בנושא הרג האזרחים במהלך הסיכול הממוקד שבוצע נגד סלאח שחאדה (ראש הזרוע הצבאית של החמאס בעזה). בראש הוועדה הועמד עו"ד צבי ענבר, לשעבר הפצ"ר. במהלך עבודת הוועדה נפטר עו"ד ענבר, ולראשות הוועדה מונתה השופטת בדימוס טובה שטרסברג-כהן. החקירה, כפי שפורסמה לתקשורת, הגיעה למסקנה כי הפגיעה בשחאדה על ידי צה"ל לא היתה בלתי חוקית (אם כי הוועדה מתחה ביקורת על היבטים מסוימים של הפעולה).

פרט למקרה זה, נמנעת המדינה מלהפעיל את מערך החקירות ביחס לפעולות של סיכול ממוקד. אכן – דווח כי המדינה הקימה ועדה מיוחדת לחקירת הסיכולים הממוקדים; אך לא ידוע לנו אם הוועדה החלה בפעולתה.

למעשה נייר העמדה של הפצ"ר, שהוגש לוועדת טירקל, מדגים את ניסיונות ההתחמקות של המדינה מחובתה לחקור מקרי מוות של אזרחים בפעולות סיכול ממוקד, בוועדות חקירה חיצוניות. המדינה טוענת בנייר זה, שהחובה לחקור מקרים של סיכול ממוקד לפי פסיקת בג"ץ חלה רק בתנאים מאוד ספציפיים, שכמעט לעולם אינם מתקיימים.¹⁷⁶ עמדה זו מעמידה בספק את נכונותה של המדינה להכפיף את פעולות הצבא לפיקוח שיפוטי או מעין שיפוטי אפקטיבי. נהפוך הוא, נראה כי המדינה עושה כל שביכולתה על מנת להימנע מלהפעיל מערך זה.

5. מהירות ראויה

אין זה סוד שחקירות בדבר הפרות של הדין הבינלאומי, בין שהן נעשות על ידי מצ"ח ובין שהן מלוות בתחקיר מבצעי, צורכות זמן יקר. לממד הזמן יש חשיבות כפולה בחקירת הפרות. בהכרח, כל חקירה מעוכבת היא חקירה פגומה. אפשרות ניהול החקירה חודשים ושנים לאחר שהאירוע קרה פוגעת ביכולת המעשית לנהל חקירה. יתר על כן, עיכוב בחקירה פוגע פגיעה של ממש באמון הציבורי בה. חקירה שהתעכבה יתר על המידה עלולה להיחפז לבלתי רלוונטית מבחינת הקרבנות.

בית הדין האירופי הדגיש לאחרונה בפרשת Al-Skeini, שהחובה לחקור חקירה ראויה חלה אף בעת שהכוחות נתקלו בסביבה עוינת, ובקשיים אובייקטיביים באיסוף הראיות מיד לאחר עימות אלים. חובת החקירה כוללת את החובה לבצע חקירה על ידי **גורם עצמאי** סמוך ככל האפשר לאחר הירי, כמו גם את החובה **האקטיבית** לנסות ולאתר עדי ראיה מקומיים בסמוך ככל האפשר לאחר התקרית.¹⁷⁷ חקירות צה"ל אינן מתנהלות במהירות. היום, יותר משנתיים לאחר סיומו של מבצע עופרת יצוקה, עדיין ישנם כמה תיקים שנותרו ללא הכרעה. תוצאה זו היא בלתי סבירה ואינה עומדת, כך נדמה, בסטנדרטים של מהירות ראויה – זאת אף שחלק מהעיכוב בחקירה נובע במידה לא מבוטלת מגורמים שאינם בשליטת צה"ל (למשל, העובדה שהשטח שבו בוצעו האירועים נמצא מחוץ לשליטתה של מדינת ישראל; והעובדה שהעדים והקרבנות לעתים אינם ששים לשתף פעולה עם השלטונות הישראליים).

סיכום

ראינו כי על פי המבחנים המקובלים לחקירות בדבר הפרות של המשפט הבינלאומי, מערכת החקירות הצבאיות המופעלת היום על ידי צה"ל אינה עומדת בתנאים המינימליים שמציב המשפט הבינלאומי

¹⁷⁶ נייר העמדה של הפצ"ר, לעיל הערה 1, עמ' 72–74.

¹⁷⁷ Al Skeini, לעיל הערה 26, סעיף 170.

לחקירה אפקטיבית וכנה. בעיות אלו אינן ניתנות לפתרון משפטי פשוט. הבעיה כאן היא בעיית יסוד, שהפתרון לה – למיטב הערכתנו – צריך להיות פתרון מוסדי.

6. הערה בדבר הסמכות האוניברסלית ועקרון המשלימות

תיארנו לעיל שורה של בעיות במערכת החקירות הצבאית. לכאורה כל בעיה מבעיות אלו פתירה בפני עצמה, אך יחדיו הן מצביעות על קשיים מבניים במערך החקירות הצבאי. מהי ההשלכה של הדבר? האם יכולות לנבוע תוצאות שליליות מכך שמערך החקירות של צה"ל אינו עומד בדרישות המשפט הבינלאומי? שאלת יסוד, העולה בהקשר של עיצוב כללי החקירה הצבאית, קשורה לשאלת ההתערבות המשפטית הבינלאומית במערכת החקירות של הצבא. בשנים האחרונות מתפתחת במשפט הבינלאומי מערכת פיקוח על המשפט המקומי; וגופי המשפט הבינלאומי, מדינות וארגונים בינלאומיים, מפעילים מגוון של אמצעים שמטרתם לגרום למדינות לכבד וליישם את כללי המשפט הבינלאומי. במיוחד מופעלים כללים אלו ביחס להפרות תמורות של דיני המלחמה ודיני זכויות האדם (או בשם ה"פלילי" – פשעים נגד האנושות, עינויים וכיוצא באלה).¹⁷⁸

טעם חשוב להפעלתם של מנגנוני החקירה והשיפוט הבינלאומיים הוא אי-הפעלה של כלי השיפוט והחקירה הפליליים מצד המדינות הנוגעות בדבר. הכלל המשפטי החשוב, החולש על הפעלת השיפוט הפלילי הבינלאומי, הוא עקרון המשלימות. עיקרון זה קובע שלא יופעל שיפוט בינלאומי בעברות שבהן מופעל השיפוט הפלילי על ידי המדינה עצמה. עיקרון זה מעוגן במפורש בחוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי, וכן בחוקיהן הפנימיים של מדינות מסוימות. לדעת חוקרים רבים, עיקרון זה מהווה מחסום גם מפני הפעלת סמכות השיפוט האוניברסלית.¹⁷⁹

מהו תוכנו של עקרון המשלימות? מתי יופעל עיקרון זה?

אין הסכמה כללית על תוכנו של עקרון המשלימות במסגרת הפעלת הסמכות האוניברסלית על ידי מדינות, והעיקרון הופעל הלכה למעשה בצורה שונה על ידי בתי משפט שונים במדינות שונות. מכיוון שכל מדינה מפעילה את העיקרון הזה בצורה שונה מעט, יש הגיון רב לפנות – כעיקרון מנחה – לכללים המנויים בחוקת רומא בדבר הקמתו של בית הדין הבינלאומי הפלילי (חוקת רומא)¹⁸⁰ (וכן לכללים המקבילים שהתפתחו בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם ביחס לחובת החקירה המוטלת על המדינות).¹⁸¹ סיבה נוספת שבגינה ראוי לפנות לחוקה המסדירה את פעולת בית הדין הזה, היא האפשרות שביום מן הימים יבקש בית הדין להפעיל את סמכות החקירה שלו כלפי חשדות לפשעי מלחמה במעשיה של ישראל.

¹⁷⁸ עמיחי כהן, "המשפט הפלילי הבינלאומי", בתוך רובי סייבל, **משפט בינלאומי**, ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, 2010, עמ' 347–399; אורנה בן-נפתלי ויובל שני, **המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום**, תל אביב: רמות – הוצאת אוניברסיטת תל אביב, 2006.

¹⁷⁹ אורנה בן-נפתלי וקרן מיכאלי, "סמכות השיפוט האוניברסלית והשיח הבינמדינתי", **המשפט** ט (תשס"ד), עמ' 141, 159.

¹⁸⁰ Florian Jessberger, Wolfgang Kaleck & Andreas Schueller, "Concurring Criminal Jurisdiction Under International Law", in M. Bergsmo (ed.), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Oslo, 2010, pp. 241–242

¹⁸¹ Harmen van der Wilt & Sandra Lyngdorf, "Procedural Obligations Under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of 'Unwillingness' and 'Inability' in the Context of the Complementarity Principle", [International Criminal Law Review](#) 9 (1) (2009), p. 39

לא כאן המקום לנתח את האפשרות שבית הדין יקבל סמכות כזו, אם מכוח הצטרפות של מדינת ישראל לבית הדין ואם מכוח מקור סמכות אחר.¹⁸²

כבר ניתחנו לעיל את הוראות סעיף 17 לחוקת רומא ותכניו.¹⁸³ הדגשנו שם שסעיף קטן (2) (c), הקובע שכל חקירה צריכה להיות עצמאית וחסרת פניות, הוא רלוונטי במיוחד לדיון שלנו. היות שחוקת רומא עצמה לא קובעת אמות מידה מובהקות בעניין תכניהם של מונחים אלו, סביר להניח שהתוכן שיינתן להם יישאב מהפרקטיקה של מדינות וגופים בינלאומיים – שיפוטיים ומעין שיפוטיים – בהקשרים אחרים, לרבות מהפרקטיקה הרלוונטית שנצברה בתחום דיני זכויות האדם.

לאור האמור לעיל, קיים חשש שמערכת החקירות הקיימת היום במדינת ישראל אינה מספקת לחיילי צה"ל ולמדינאיה את "חליפת המגן" המתאימה להגנה בפני העמדה לדין בחוץ לארץ מכוח עקרון המשלימות. למעשה, בשני מקרים מן העת האחרונה, שבהם נבחנה מערכת החקירה הצהלי"ת על ידי גופים בינלאומיים, היא זכתה לביקורת:

- א. ועדת הבדיקה של מועצת זכויות האדם בראשות השופט גולדסטון קבעה, לדעתנו שלא בצדק, כי מערכת החקירה הצהלי"ת פסולה מכול וכול. כפי שצינו לעיל, מסקנות אלו מרחיקות לכת, אך יש בהן כדי להעיד על דימויה הבעייתי של המערכת המשפטית הצבאית ועל האמון המוגבל שנותנים בה חלק מהמשפטנים הבינלאומיים.
- ב. דוח ועדת טומושט מצוטט בנייר העמדה של הפצ"ר כתומך בטענה, שלפיה חקירות הנוגעות לפעולות צבאיות צריכות להתנהל לפי כללים שונים מאלו החלים על הפרות זכויות אדם "רגילות". עם זאת הוועדה גם מתחה ביקורת על מבנה החקירות בצבא.

נביא את דברי ועדת טומושט כלשונם. בפרק ההמלצות של הוועדה נכתב:

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

.....

Daniel Benoliel & Ronen Perry, "Israel, Palestine and the ICC", *Michigan Journal of International Law* 32¹⁸² (2010), p. 73

¹⁸³ לעיל פרק ד, סעיף 1.

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

91] פעולתה הלכה למעשה של מערכת החקירות הצבאיות של ישראל מעוררת דאגה בהקשר הנוכחי. באופן ספציפי, הוועדה הגיעה למסקנה שכפל התפקידים של הפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר), הבא לביטוי במתן ייעוץ משפטי לצה"ל בקשר לתכנון ולהוצאה לפועל של מבצע "עופרת יצוקה" ובניהול כל הליכי התביעה במקרים שבהם נטען כי חיילי צה"ל פעלו שלא כדין במהלך המבצעים בעזה, יוצר ניגוד עניינים, וזאת לאור הטענות בדוח גולדסטון כי אלו שעיצבו, תכננו, הורו ופיקחו על הפעולה היו שותפים להפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים. לכך יש השלכה על השאלה אם הפצ"ר יכול להיות באמת חסר פניות – ולא פחות חשוב, להיראות באופן אמתי כחסר פניות, בבואו לחקור טענות חמורות אלו.

.....

95. באופן דומה, אין כל אינדיקציה שישראל אכן פתחה בחקירות ביחס למעשיהם של אלו שעיצבו, תכננו, הורו ופיקחו על מבצע "עופרת יצוקה". דוח גולדסטון מעלה טענות חמורות, כי אנשי ממשל בכירים ביותר היו שותפים בהפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטרי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים. ישראל לא מילאה את חובתה לחקור את ההאשמה הזו. הוועדה מציינת כי מערכת המשפט הצבאית אינה מנגנון מתאים לביצוע חקירה כזו, לאור ניגוד העניינים האינהרנטי שבו מצוי הצבא (תרגום לא רשמי).

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

המקרה היחיד הידוע לנו, שבו קיבל בית משפט במדינה אחרת במפורש את העמדה שמערכת החקירות של ישראל עומדת בתנאי עקרון המשלימות, הוא המקרה שבו בית המשפט העליון בספרד דחה על הסף דרישה להעמיד לדין בכירים ישראלים בגין הפצצת ביתו של סאלח שחאדה ב-2002. אלא שפסק דין זה אינו יכול לספק תמיכה של ממש בעמדה כי מערכת החקירה בישראל עונה ככלל על הדרישות הבינלאומיות, היות שהוא מבוסס במפורש על כך שבישראל הוקמה ועדת בדיקה חיצונית ואובייקטיבית (ועדת ענבר)

לחקירת הפעולה הספציפית שאליה התייחסו ההליכים בספרד.¹⁸⁴ ועדות בדיקה מסוג זה אינן בנמצא ביחס לרוב המכריע של ההפרות האחרות של המשפט הבינלאומי, שלהן נטען בפורומים בינלאומיים. מכל האמור לעיל עולה שמערכת החקירות כפי שהיא קיימת היום אינה זוכה, בלשון המעטה, לקבלה בינלאומית רחבה. מובן מאליו שמטרתה של החקירה היא בראש ובראשונה פנימית – לבחון אם אכן בוצעה עברה או הפרה. אך הגנה על חיילי צה"ל ומפקדיו, וכן על ראשי המדינה, מפני שיפוט במקומות זרים, גם היא מטרה ראויה בין שאר מטרות החקירה הצבאית. מערכת החקירה הקיימת אינה משיגה מטרה זו.

¹⁸⁴ להחלטה של בית המשפט הספרדי ראו: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/04/13/auto_gaza.pdf

לניתוח ההחלטה ראו:

http://www.idi.org.il/sites/english/ResearchAndPrograms/NationalSecurityandDemocracy/Terrorism_and_Democracy/Newsletters/Pages/17th%20newsletter/4/4.aspx

פרק ו: מודלים אפשריים

בניגוד לשאלת עיתוי הפתיחה בחקירה, שאותה ניתן לפתור במסגרת שינוי כללים כמפורט לעיל, שאלות אחרות הנוגעות לאופן קיום החקירה אינן פתורות במסגרת הקיימת, ואין מנוס להערכתנו אלא לאמץ שינויים מהותיים בשיטת החקירה הצבאית. שינויים אלו צריכים להיות לא רק נורמטיביים כי אם גם מוסדיים, באופן שהבעיות המוסדיות הקיימות במערכת החקירות יפתרו. שאלות העצמאות, חוסר הפניות והשקיפות של מערכת החקירה הצבאית אינן ייחודיות למשפט הישראלי. למעשה, כמעט כל מערכת משפט במדינות הליברליות הדמוקרטיות צריכה לספק תשובה לשאלות אלו.

כפי שראינו לעיל, קיימים כמה מודלים מרכזיים בעולם למעורבות כזו:

1. המודל האירופי – הוצאת מערכת החקירות מהצבא לחלוטין

מערכת החקירות, בחלק ניכר ממדינות אירופה, אינה כוללת מערכת חקירות צבאית. מערכת החקירות הפלילית הצבאית היא מערכת אזרחית לחלוטין, המתפקדת כחלק מהמערכת הפלילית הרגילה. מובן מאליה כי מערכת כזו מספקת את דרישת העצמאות ממערכת הפיקוח הצבאית. ואולם פתרון זה אינו מקובל בכל שיטות המשפט. למעשה, יש כמה שיקולים כבדי משקל התומכים בהשאת חלק ניכר ממערכת החקירה הצבאית בישראל בתוך הצבא:

- א. מערכת חקירות חיצונית לחלוטין לצבא אינה מביאה בחשבון את הייחודיות של המערכת הצבאית, שבה מיושמים כללים שונים, וחלות בה עברות הייחודיות לצבא (למשל: התנהגות שאינה הולמת וכולי). ערבוב של המערכת הצבאית והאזרחית עשוי אפוא להביא לתוצאות בעייתיות.
- ב. המערכת הצבאית והטיפול בה דורשים מומחיות מסוימת, שאינה מצויה כיום מחוץ לצבא.
- ג. הטיפול בחקירות של חשדות להפרות המשפט הבינלאומי מעלה קשת של סוגיות רגישות, המחייבות פתרונות מעשיים ויצירת תרבות של חקירות יעילות וכנות. מערכת החקירות הצבאית כבר שילמה את "שכר הלימוד" הכרוך בפיתוח מערכת כזו; העברת הסמכות לחקור לידי מערכת חקירות אזרחית תהיה כרוכה בעלויות של פיתוח פתרונות חדשים, וכן של ביסוסה של תרבות חקירות חדשה.
- ד. מערכת החקירות הצבאית כבר נטועה עמוק בתרבות הארגונית הצבאית, ושינוי קיצוני של הסטטוס קוו בתחום זה יהיה כרוך בעלויות כבדות.

2. מודל הפיקוח האזרחי הרך

המודל השני האפשרי, מודל הפיקוח האזרחי הרך, הוא כך נדמה המודל המקובל בישראל. לפי מודל זה מערכת החקירות הפנימית הצבאית היא נפרדת לחלוטין מהמערכת האזרחית, אך יש פיקוח ראקטיבי מצד המערכת האזרחית על המערכת הצבאית – פיקוח המופעל באותם מקרים שבהם קרבן ההפרה הנטענת או מי מטעמו פונה לבית המשפט או ליועץ המשפטי לממשלה.

יתרונו המרכזי של המודל טמון בשמירה על עצמאות מערכת החקירות הצבאית מפני התערבות אזרחית בלתי נאותה, המונעת משיקולים פוליטיים או מהבנה לקויה של מערכת החקירות הצבאיות. עם זאת למודל הפיקוח הרך שורה של חסרונות:

- א. המערכת היא ראקטיבית בלבד, והפיקוח מופעל רק אם מתבצעת פניה מצד גורם חיצוני; דא עקא, שיכולתו של אותו גורם חיצוני להניע את המערכת לפעול עשויה להיות מוגבלת למדי. כך למשל, ברור שלשם ערר ליועץ המשפטי לממשלה נדרשת ידיעה בדבר תוצאות החקירה הצבאית, אך מידע זה אינו נגיש תמיד לקרבן.¹⁸⁵ באופן דומה, קיימות מגבלות על נגישות פיזית למסמכים ועל האפשרות להגיש ערר, וכן על הגישה לעורכי דין וכולי. עולה מכאן שהדרך היחידה כמעט להגיע לערר ליועץ המשפטי לממשלה, היא אם המקרה "מאומץ" על ידי ארגון זכויות אדם או ארגון חוץ ממשלתי אחר. קשה להניח שתושב פלסטיני יוכל לפעול בעניין זה בעצמו.
- ב. היועץ המשפטי לממשלה הוא גוף המעורב בחלק ניכר מההחלטות, ולכן אינו מפקח יעיל ביחס אליהן.
- ג. פיקוח על ידי בג"ץ הוא בעייתי, מכיוון שבג"ץ אינו יכול לפקח בצורה יעילה על מכלול הפעולות של המערכת (מאות רבות של תיקי חקירה בכל שנה).

3. מודל הפיקוח האזרחי הקשיח

ראינו לעיל שכמה מדינות אימצו מודל של עירוב של גורם אזרחי (דהיינו אזרח שאינו כפוף למערכת החקירות הצבאית) במערכת החקירות הצבאית ובהעמדה לדין. העמדה של אזרח כזה בראש מערכת החקירות, למשל, יכולה להביא לכמה תוצאות חיוביות:

ראשית, הצעד האמור מחזק את ההפרדה בין מערכת הייעוץ לבין מערכת החקירה (כמתואר לעיל, כיום לא קיימת הפרדה מספקת בין שתי המערכות). בדרך כלל הגורם האזרחי אינו מעורב כלל במערכת הייעוץ הצבאי אלא רק במערכת החקירה; אשר על כן מינויו של אזרח לעמוד בראש מערכת החקירה מפחיתה את הבעייתיות הטמונה בחבישת "שני הכובעים" על ידי הפרקליטות הצבאית.

שנית, מינויו של אזרח משרת גם את המטרה של הגברת הפיקוח האזרחי על הצבא, שהיא מטרה ראויה במדינה דמוקרטית. פיקוח אזרחי על מערכת התביעה מהווה חלק מהמערך הכולל של פיקוח אזרחי על התנהגות הצבא. הוא עולה בקנה אחד עם אינטרסים כלליים של שלטון החוק, ואף מקדם את המטרה של האחדת מערכת התביעה במדינה.

שלישית, מינויו של אזרח עשוי לשרת גם את הצורך בעצמאות מערכת התביעה הצבאית מהדרגים הבכירים בצבא. אף שהפרדה בין ייעוץ לחקירה יכולה להתרחש גם באמצעות מינוי איש צבא לעמוד בראש מערכת תביעה שלא תהיה כפופה לפצ"ר, כל עוד העומד בראש מערכת התביעה הצבאית הוא חייל, נותרת על כנה בעיית העצמאות של המערכת החקירתית כלפי ראשי הצבא והדרג המדיני.

רביעית, מינויו של אזרח יכול לשרת, בצורה חלקית לפחות, את מטרת קידום השקיפות הציבורית של מערכת החקירה. אמנם ברור שמערכת חקירות, החוקרת חשדות לפשעי מלחמה בצבא, חייבת לשמור על מידה מסוימת של חשאיות, בגלל הנושאים שבהם היא עוסקת; עם זאת העמדת אזרח בראש המערכת יכולה להביא ליתר שקיפות, במובן זה שהעומד בראש המערכת מהווה מעין "נאמן" של הציבור, המפקח מטעמו על הנעשה בצבא.

4. בעיות במודל ובהתאמתו לישראל

מודל קשיח של פיקוח אזרחי קיים כאמור בכמה ארצות בעולם. מודל זה משרת כמה מטרות בסיסיות, כמתואר לעיל. עם זאת קיימות עדיין במודל זה כמה בעיות שאתן יש להתמודד. ראשית, המודל נותר מכוון

¹⁸⁵ ראו למשל עדות ג'סיקה מונטל, מנכ"ל בצלם, בפני ועדת טירקל, מיום 11.4.2011, עמוד 3 לפרוטוקול.

לתביעה פלילית. שימוש יתר בתביעה הפלילית הוא, כפי שטענו לעיל, אחת הסיבות המרכזיות שבשלה מערכת החקירות אינה מצליחה לבצע חקירה יעילה של הפרות מערכתיות (קרי, שמקורן במדיניות הכללית ולא בפעולה נקודתית). שנית, אף שצירוף אזרח בודד (או מספר קטן מאוד של אזרחים) למערכת החקירות מהווה שיפור ניכר לעומת המצב הקיים, אין בכך כדי להבטיח פיקוח אזרחי יעיל על מערכת החקירות הצבאית. בפרק הבא נציע פתרון מקיף יותר, המכוון אל עבר רפורמה רחבה של מערכת החקירות הצבאיות – הקמת ועדה קבועה לבדיקת הפרות משפט בינלאומי על ידי הצבא.

פרק ז: הפתרון המוצע: ועדת בדיקה חיצונית אובייקטיבית וקבועה

תפיסת היסוד של מערכת החקירות הקיימת בישראל כיום מבוססת על שני אדנים: האחד, שהאפשרויות העומדות בפני צה"ל הן קיומה של חקירה פלילית או קיומה של חקירה מבצעית פנימית בצבא. השני, שחובה על מדינת ישראל לשמור רק על המינימום הנדרש לפי המשפט הבינלאומי. לטעמנו, שני אדנים אלה אינם יכולים להוות בסיס איתן לעמדתה של המדינה בסוגיית החקירות.

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

כזכור, הפרדנו לעיל בין כמה סוגי חקירות של חשדות להפרת דיני הלחימה. סוג החקירות הראשון מתייחס להפרות של דרגים נמוכים יחסית, החשודים בהפרת הוראות. סוג החקירות השני הוא ביחס לדרגי פיקוד מבצעי, המוציאים פקודות שחשודות כסותרות את המשפט הבינלאומי. סוג החקירות השלישי מתייחס לדרג הפיקוד העליון (הצבאי והאזרחי), הקובע מדיניות. כאמור לעיל, אין לדעתנו בעיה כי לאחר שיתקבלו שינויים ביחס לקביעת נוהלי הפתיחה בחקירה, הפיקוח וההחלטות לגבי חקירות מהסוג הראשון ימשיכו להתקיים על ידי הפצ"ר או הפרקליטות הצבאית. הבעיות המבניות המרכזיות שאיתרנו מתייחסות לחשדות הנוגעים לסוג החקירות השני והשלישי. בשל כך, עיקר תפקידה של הוועדה המוצעת צריך להתמקד בנושאים, שעל פי המצב הנוהג כיום כמעט שאינם זוכים להתייחסות על ידי מוסד כלשהו – אם בשל הקושי הכרוך בפתיחה בחקירה פלילית ואם מכל טעם אחר. נושא אחד שבו אפשר שהגוף המוצע יוכל לתרום גם ביחס לחקירות מן הסוג הראשון, הוא מיסוד הליך הערר על החלטות הפצ"ר.

לעניין האדן השני – שמירה על המינימום הבינלאומי: במאמרו כותב שמיט כי "As should be

clear, a practice that is not technically required by IHL may nonetheless represent a wise policy decision".¹⁸⁶ [צריך להיות ברור כי פרקטיקה שאינה נחוצה מבחינה טכנית לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי עדיין עשויה לייצג החלטת מדיניות נכונה (תרגום לא רשמי)]. כן מדגיש שמיט את העובדה, שלכל מדינה קיימת גם דרגת מחויבות הנובעת ממשפטה הפנימי, מההיסטוריה הספציפית שלה וממבנה מערכת המשפט הייחודית לה. מכאן שהמינימום הבינלאומי עשוי שלא להספיק למדינות מסוימות, והן עשויות לבחור לאמץ סטנדרטים חקירתיים מחמירים יותר (כזכור, אנו חולקים על תיאור המינימום הבינלאומי על ידי שמיט; לשיטתנו, גם הפרות לא חמורות של דיני המלחמה והפרות של דיני

¹⁸⁶ Schmitt, לעיל הערה 5, עמ' 78.

זכויות האדם עשויות לחייב חקירה, שאינה פלילית אף שהיא עלולה להוביל במקרים מתאימים גם להליך העמדה לדין פלילי).

ההיסטוריה של מדינת ישראל מעידה שבמקרים קיצוניים וחמורים של פגיעה באזרחים, שבהם היו מעורבים דרגים מדיניים ומבצעיים בכירים, הוקמו ועדות בדיקה עצמאיות, אף אם מבחינת הדין לא היה מקום לפתוח בחקירה פלילית. ועדות אלו היו חיצוניות למערכת (אף כי היה בהן לעתים ייצוג ליוצאי המערכת הצבאית). כך למשל, ניתן לציין את ועדת לנדוי לבחינת שיטות החקירה של השב"כ; ועדת כהן לחקירת האירועים במחנות הפליטים בלבנון; ועדת ענבר לבחינת הריגתו של שחאדה; ועדת וינוגרד לחקר מלחמת לבנון השנייה (אשר בחנה בין היתר את חוקיותם של אמצעי לחימה מסוימים); ועדת טירקל לבחינת אירועי המשט לעזה. יתר על כן, מעמדה הבינלאומי של מדינת ישראל, הביקורת הנמתחת עליה חדשות לבקרים ומחויבותה לשמירה על המשפט הבינלאומי גם בעתיד, מחייבים אותה לבחון את דרישות המשפט הבינלאומי לא רק לאור המינימום הקיים, המבוסס על אמנות ועל פרקטיקה של מדינות, אלא גם על בסיס הערכת ההתפתחויות העתידיות בתחום זה של המשפט הבינלאומי. אשר על כן אנו בדעה שיש צורך בהקמתה של ועדת בדיקה חיצונית, אובייקטיבית ובלתי תלויה. ועדת בדיקה זו תוכל לפצות על כמה מהפגמים במערכת השיפוט הצבאית שנידונו לעיל.

1. הקמת ועדת בדיקה לכל אירוע בנפרד

אפשרות אחת לטיפול בצורך לשלב במערכת החקירה הצבאית רכיב חזק של פיקוח אזרחי, היא האפשרות הננקטת היום של הקמת ועדת בדיקה או חקירה לאחר אירועים חמורים שבהם היו מעורבים כוחות הצבא. למיטב הערכתנו, אין טעם והיגיון בהקמה מחדש של ועדת בדיקה חיצונית לאחר כל אירוע חמור, וזאת מכמה טעמים: ראשית, הניסיון מלמד שכל הקמה של מערכת בדיקה חיצונית כזו נבעה מלחץ חיצוני ולא מיוזמה של גופי הביטחון עצמם (ועדת כהן הוקמה בעקבות לחץ ציבורי נרחב; ועדת לנדוי הוקמה בעקבות אירועים שבהם התברר כי השב"כ הפר את החוק ואף שיקר לבתי המשפט ולגופי החקירה השונים; ועדת ענבר הוקמה עקב המלצה של בית המשפט העליון וכדומה). לחצים חיצוניים אלה מופעלים בצורה לא שיטתית, וההתמודדות עמם מייצרת במערכת הביטחון תחושה קשה של איום ומשבר. שנית, הקמה של ועדת בדיקה או חקירה לאחר אירוע חמור מונעת כל אפשרות של לימוד מערכתי ויצירת זיכרון ארגוני, שיסייע למערכת הביטחון להתמודד בצורה מושכלת עם דרישות המשפט הבינלאומי והישראלי. יתר על כן, הקמתה של ועדה חדשה לצורך כל בדיקה ובדיקה לוקה בחוסר יעילות. יש עלות ניכרת בהקמתה של ועדה, ויש גם צורך לגבש מחדש נוהלי עבודה, צוות עובדים וכולי. שלישית, מטבע הדברים יהיו מקרים שבהם לחצים או שיקולים כאלה או אחרים ימנעו הקמתה של ועדת בדיקה. באותם מקרים לא יהיה בידי המדינה מנגנון ראוי, העומד בסטנדרטים בינלאומיים, לבחון חלק מהטענות על אודות הפרת המשפט הבינלאומי – דבר המעלה בין היתר חשש לאכיפת דין סלקטיבית הכפופה לשיקולים פוליטיים. לעומת זאת גוף קבוע יבחן את קיום כללי המשפט הבינלאומי בצורה אחידה ושיטתית. גוף כזה יספק לחיילים בצבא, כמו גם למקבלי ההחלטות האחרים במדינה, "חליפת מגן" קבועה שתפחית את הסיכויים להתערבות משפטית בינלאומית בנעשה בישראל. כפי שיתברר להלן, הפתרון המוצע על ידנו אינו ייחודי לישראל. למעשה, המגמה הקיימת במשפט המשווה היא הקמת נציבויות או ועדות קבועות ועצמאיות לבחינת (המספר הגדל והולך של) טענות על אודות הפרות של המשפט הבינלאומי על ידי המדינה.

2. ועדות אזרחיות קבועות – המודל הקיים בדיני זכויות האדם

התבוננות בפרקטיקות של המדינות ביחס למאמציהן לפעול לפי דיני זכויות האדם, מגלה שהקמה של ועדות חיצוניות קבועות לעניין שמירה על זכויות האדם מהווה פרקטיקה מקובלת. למעשה, מספר גדל והולך מדינות ייסדו בשנים האחרונות גופים לאומיים לזכויות אדם – National Human Rights Institutions. הגופים הלאומיים לזכויות אדם הוגדרו בספרות כך :

A body which is established by a government under the constitution, or by a law or decree, the function of which are specifically defined in terms of the promotion and protection of Human rights.¹⁸⁷

[גוף אשר הוקם על ידי ממשלה מכוח החוקה, או מכוח חוק או תקנה, ושתפקידו מוגדר באופן ספציפי במונחים של קידום והגנה על זכויות אדם (תרגום לא רשמי)].

כבר בשנות הארבעים של המאה העשרים החלו מוסדות האו"ם העוסקים בזכויות אדם לקדם את הקמתם של גופים לאומיים ככלי ליישום חובות המדינות מכוח דיני זכויות האדם;¹⁸⁸ גופים כאלה הוקמו הלכה למעשה החל בשנות השישים. בשנת 1991 אומצו בפריז עקרונות הפעולה של מוסדות אלו. העקרונות אומצו על ידי העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1993 (החלטה 48/134 מיום 20 בדצמבר 1993).¹⁸⁹ עקרונות אלה קובעים את היקף הסמכויות של הגופים הלאומיים, המבנה והחברות, ושיטות העבודה. עם זאת המסגרת של עקרונות פריז נותרה גמישה, ולכל מדינה האפשרות לקבוע בעצמה את היקף הפעילות של הגוף המוקם על ידה.

3. עקרונות פריז

סמכויות : עקרונות פריז קובעים שהסמכות של גופים לאומיים לזכויות אדם תהיה רחבה ככל האפשר ; כי לגוף תעמוד האפשרות להביע את דעתו לגבי כל סוגיה, עניין ספציפי, חוק או פעולה ממשלתית ; כי הוא יוכל לקיים קשר עם ארגוני זכויות ועם ארגונים בינלאומיים ; וכי הוא ישתתף בהכנת הדוחות לארגונים בינלאומיים.

עצמאות : בעקרונות פריז הושם דגש רב על עצמאותו של הגוף. דבר זה מתבטא בחשיבות המינורי בפרוצדורה עצמאית ובהרכב הגוף – שצריך לכלול נציגים של האקדמיה, הציבור, ארגוני זכויות אדם וכולי. כן נקבע שחברי הגוף לא יהיו תלויים בתקציבם ובמשכורתם בזרועות השלטון שאותן הם מבקרים.

Linda Reif, "Building Democratic Institutions: The Role of National Human Rights Institutions in Good Governance and Human Rights Protection", *Harvard Human Rights Journal* 13 (2000), p. 11 ¹⁸⁷

C. Raj Kumar, "National Human Rights Institutions: Good Governance Perspectives on Institutionalization of Human Rights", *American U. J. Int'l Rev.* 19 (2003), p. 259 ¹⁸⁸

Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), available at: ¹⁸⁹

<http://www2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm>

גישה למידע וסמכויות ביצוע: עקרונות פריז עמומים ביחס למתן סמכות חקירה לגופי זכויות אדם. נקבע כי הם רשאים להביע דעתם על כל עניין ואירוע, וכי יש לאפשר להם גישה לכל מקום ולכל אדם, אך לא נקבע שלכל גוף תהיה הסמכות לזמן עדים בחובה, או לחייב הצגת מסמכים בפניו. עקרונות פריז אינם מחייבים כי לגופי זכויות אדם תהיינה סמכויות מעין שיפוטיות לקיים דיונים בתלונות בדבר הפרות. עם זאת נקבע כי ניתן לעשות כן, וכי במקרים אלו יש לקבוע פרוצדורות ראויים לשם כך.

4. גופים לאומיים לזכויות אדם – הלכה למעשה

מאז 1993 הוקמו גופים לאומיים לזכויות אדם בעשרות מדינות בעולם. הפורום הבינלאומי של הגופים הלאומיים לזכויות אדם מדרג גופים אלו לפי עמידתם במסגרת שנקבעה בעקרונות פריז.¹⁹⁰ אמנם רוב עבודתם של גופים אלו מרוכזת בהפרות של דיני זכויות האדם שאינן כרוכות בסכסוכים חמושים, אלא שבשנים האחרונות, בגלל מגוון ההפרות של זכויות האדם הכרוכות במלחמה בטרור, גופים אלו מטפלים יותר ויותר גם בסוגיות הנובעות מסכסוכים צבאיים שהמדינות מעורבות בהם. במיוחד אמורים הדברים כלפי מדינות הנמצאות במצב של פוסט-קונפליקט. חלק ממדינות אלו העניקו לגופי זכויות האדם הלאומיים הפועלים בשטחן סמכויות נרחבות מתחום זכויות האדם, שמטרתן להגביר את האמון בשלטון. ישנם שני מודלים מרכזיים של גופי שמירה על זכויות האדם. המודל הקלאסי הוא מודל האומבודסמן (Ombudsman) – נציב תלונות הציבור. מודל זה שולט גם היום בחלק מן המדינות, למשל מדינות סקנדינביה.¹⁹¹ עם זאת כיום, יותר מבעבר, יש הכרה בכך שמודל נציב התלונות הוא מודל בעייתי ולא מספק. ראשית, זהו מודל ראקטיבי המופעל על ידי תלונה ספציפית. עקב כך, הוא אינו מטפל בדרך כלל בשאלות עקרוניות אלא בבעיות נקודתיות. שנית, זהו מודל מוגבל מבחינת סמכויותיו: כך למשל, סמכויות החקירה של האומבודסמן הן מוגבלות בדרך כלל, והוא אף אינו מייצג בדבר שינוי חוקים ואינו מגיש תיקים לבית המשפט.¹⁹² מטעמים אלו, חלק מהמדינות החלו לנטוש בעשורים האחרונים את מודל נציב תלונות הציבור ולעבור למודל הוועדה העצמאית, הממונה על שמירת זכויות האדם באופן כללי או על ההגנה על זכות מסוימת (שוויון האישה וכולי).¹⁹³

הוועדה העצמאית

¹⁹⁰ שם.

¹⁹¹ Rachel Murray, "The Role of National Human Rights Institutions", in Mashood A. Baderin & Manisuli Ssenyonjo (eds.), *International Human Rights: Six Decades After the UDHR and Beyond* (England and USA: Ashgate, 2010), pp. 305–316

¹⁹² Isabelle Rorive, "A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Racism and Discrimination", in Kevin Boyle (ed.), *New Institutions for Human Rights Protections* (OUP, 2009), pp. 137–173

¹⁹³ במקרים מסוימים היווה מינויה של ועדה תנאי מפורש בהסכם בינלאומי לסיומו של סכסוך מזוין. כך מונתה בצפון אירלנד ועדת זכויות אדם כחלק מהסכם יום שישי הטוב "The Northern Ireland Human Rights Commission", *Fordham Int'l L. J.* 22 (1999)

במדינות שבהן הוקמו ועדות זכויות אדם עצמאיות, קיימים שני מודלים מרכזיים: המודל הכוללני, והמודל הספציפי. המודל הכוללני קובע כי לגוף זכויות האדם תהיה האחריות לגבי כל נושא קידום זכויות האדם במדינה. המודל הספציפי קובע גופים שונים, שלהם אחריות לגבי מקטעים מסוימים של זכויות אדם. מובן שלכל מודל היתרונות והחסרונות שלו.

מצד אחד, גופים בעלי מנדט רחב יותר הם בעלי יכולת להשפיע במגוון רחב של נושאים, תוך שימוש במגוון כלים. בדרך זו יכולה הוועדה לקדם בצורה מקיפה את ההגנה על זכויות האדם במדינה הרלוונטית. מצד אחר, התמקדות מצד הוועדה בהיבט ספציפי של זכויות האדם יכולה להביא ליתר העמקה ומומחיות באותו התחום המסור לסמכותה, כמו גם למיקוד המאמץ בהתקדמות בקשר ליישום אותו היבט מסוים של הדין.

אמנם עקרונות פריז מעדיפים את הגישה של מתן מנדט רחב לוועדה, אך ברור כי אין חובה משפטית ללכת בדרך זו (או למנות גוף לאומי כלשהו).

סמכויות

עיקר העבודה של גופים לאומיים של זכויות האדם מתמקד בביקורת של נושאים ספציפיים. עיון בדוחות של מוסדות ממגוון מקומות בעולם, מגלה כי מוסדות בעלי מנדט רחב עוסקים בביקורת על שורה ארוכה של נושאים שבהם מופרות זכויות אדם במדינות שונות.

- א. ה-Equality and Human Rights Commission הבריטי, שהוקם על פי ה-Equality Act (2006), הוא גוף בעל סמכות רחבה ביותר לחקור מקרים ספציפיים וכלליים של הפרות זכויות אדם, להוציא דוחות, להחליט החלטות ולחייב גופים להגיש לו תכניות עבודה לתיקון הפרות של זכויות אדם. במקרים מסוימים הגוף אף יכול להצטרף לעתירות ולתביעות מסוימות בבתי המשפט.¹⁹⁴
- ב. הוועדה לזכויות אדם בהודו הוקמה ב-1993 על פי ה-Protection of Human Rights Act (1993). ועדה זו מוסמכת לחקור מקרים ספציפיים, שבהם אירעו הפרות של זכויות אדם. הוועדה משתמשת לעתים בכוחה על מנת לעקוב אחרי פעילות של הממשלה לאורך זמן, דבר שבתי המשפט אינם יכולים לעשות.¹⁹⁵
- ג. נושא הגופים העצמאיים להגנה על זכויות אדם זכה בעשור האחרון לפיתוח בישראל בדמות שתי "נציבויות" שהוקמו על פי חוק: נציבות שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלות, שהוקמה בשנת 2000,¹⁹⁶ ונציבות שוויון הזדמנויות בעבודה, שהוקמה בשנת 2006 על פי תיקון מס' 10 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.¹⁹⁷ שתי הנציבויות הן חלק אינטגרלי ממשרדי הממשלה (משרד המשפטים ומשרד התמ"ת בהתאמה) אך מוקנית להן עצמאות מסוימת: הנציב וסמכויותיו נקבעו על פי חוק, ולפיכך לא

¹⁹⁴ Equality Act (2006), art. 20–32

¹⁹⁵ Syed Tazkir Inam, "Role of National Human Rights Commission in Upholding Human Rights in India", available at: www.ssrn.com

¹⁹⁶ הנציבות הוקמה בשנת 2000 על פי חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח–1998 (סעיף 20 לחוק).

¹⁹⁷ חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, תשמ"ח–1988, סעיפים 18א–18טו (הוספו על פי תיקון מס' 10, 2006).

ניתן להגבילם. התקציב נקבע בצורה נפרדת בספר התקציב, ולפיכך גם הוא לא ניתן להכפפה להעדפות הממשלה.¹⁹⁸

החידוש הגדול הטמון בהקמת הנציבויות מצוי בכוח האכיפה שלהן.¹⁹⁹ בעניין זה כוחה של נציבות שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלות רב יותר. יש לנציבות זו הסמכות להוציא "צווי נגישות" המורים לכל גוף, לרבות ממשלתי, להגיש מקום או שירות מסוים.²⁰⁰ הפרת הצו יכולה להביא לכתב אישום פלילי, המוגש על ידי הנציבות.²⁰¹ לנציבות גם הסמכות לתבוע תביעות אזרחיות, להצטרף לכל תביעה אזרחית, ולהגיש תביעות ייצוגיות בשם הנפגעים מהפרת הוראות החוק.²⁰²

עולה מהאמור כי אף במדינת ישראל הולכת ומשתרשת התובנה, שבתחומים מסוימים הנוגעים לזכויות אדם יש להקים גופים עצמאיים או עצמאיים למחצה ולהפקיד בידם את אכיפת החוק. יש לציין שבמקומות שונים התערבו גופי זכויות האדם אף בנושאים הקשורים ללחימה בטרור. כך למשל, מוסד זכויות האדם באוגנדה בדק טענות נגד הממשלה ביחס לדברים אלה: לחימה בטרור, החזקת עצורים במעצר, תנאי כליאתם ומגבלות אחרות.²⁰³

5. הוועד הלאומי למשפט הומניטרי

גוף לאומי אחר הקיים בכמעט מאה מדינות בעולם (97 נכון לספטמבר 2010),²⁰⁴ הוא ועדה לאומית למשפט הומניטרי. ועדות אלו משמשות גוף מייעץ ומתאם בדבר כיבוד המשפט ההומניטרי. בניגוד למוסדות זכויות האדם, ועדות אלו חסרות בדרך כלל כוחות חקירה, ותפקידן מתמצה בבדיקת החקיקה הרלוונטית, בהפצת המשפט ההומניטרי ובתאום עמדות בין הגורמים השונים המעורבים בנושא. ברוב המקרים גופים אלו פועלים בחסות ממשלתית, והם אינם בעלי סמכויות עצמאיות של חקירה ובדיקה.

- א. **מטרות:** מטרת הגופים הלאומיים למשפט הומניטרי שונות מאשר אלו של הגופים הלאומיים לזכויות אדם. למעשה, מטרתם העיקרית היא הסברתית – להסביר לציבור את היקף המשפט ההומניטרי. כמו כן, להעיר הערות לגבי חוקים מסוימים והתאמתם למשפט ההומניטרי.
- ב. **הרכב:** ההרכב הרגיל של ועדות המשפט ההומניטרי, בניגוד לזה של זכויות האדם, נשלט על ידי הממשלות, ויש להן נציגות נרחבת בגופים אלו.
- ג. **השפעה:** עדיין אין מערכת נרחבת של תיעוד בדבר ההשפעה שישנה לקיומן של ועדות לאומיות למשפט הומניטרי. עם זאת, ההתפתחות הרחבה של מוסדות כאלו, ועבודתם בצמוד לגורמים שונים וביניהם

¹⁹⁸ חוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלות, סעיף 25; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, סעיף 18.

¹⁹⁹ ראו בלה ברק, "מעמד נציבות השוויון ביישום ואכיפה של 'פרק הנגישות' בחוק השוויון", בתוך דינה פלדמן ואחרים (עורכים), **נגישות החברה הישראלית לאנשים עם מוגבלות בפתח המאה ה-21** (משרד המשפטים, תשס"ז – 2007), עמ' 249.

²⁰⁰ חוק שוויון הזדמנויות לאנשים עם מוגבלות, סעיף 19מג.

²⁰¹ **שם**, סעיף 19מח.

²⁰² **שם**, סעיף 19נג.

²⁰³ Annual Report Uganda Human Rights Commission 2009

²⁰⁴ ראו טבלה באתר הוועד הבינלאומי של הצלב האדום:

הוועד הבינלאומי של הצלב האדום, מראה כי למוסדות אלו יש תפקיד בעל חשיבות גדלה והולכת במישור הבינלאומי.

6. הצעת גוף לאומי לחקירת הפרות של דיני הלחימה

לאור האמור במחקר זה אנו סבורים כי יש מקום להקים במדינת ישראל מוסד מיוחד שיוכל לפתור כמה מהבעיות שעליהן הצבענו. להלן נפרוס את עקרונות היסוד לפעולתו של מוסד מעין זה, המבוססים על מודלים שונים שהופעלו בעולם, ועל המודל המתאים ביותר להפעלה בישראל. מפאת קוצר היריעה, המובא להלן כולל אך ורק את עקרונות היסוד של ההצעה.

א. היקף הנושאים המטופלים

הוועדה המוצעת תעסוק בנושאים האלה:

1. הוועדה תמליץ לממשלה בדבר דרכים לקידום נושא זכויות האדם והמשפט ההומניטרי בעת לחימה. הוועדה תכין, בהתייעצות עם אנשי מערכת הביטחון, מדריך צבאי (manual) עבור כוחות הביטחון, הכולל הוראות בדבר השמירה של זכויות אדם ומשפט ההומניטרי, וכן הוראות ספציפיות שיחולו במצבי לחימה שונים וביחס לפעילות צבאית שוטפת.
2. במקרה של טענה כי מדיניות מסוימת של הצבא אינה תואמת את המשפט ההומניטרי, תהיה לוועדה הסמכות לבדוק טענה זו ולהמליץ המלצות, או להעביר את העניין לחקירת הגורמים המתאימים.
3. הוועדה תמנה מתוכה צוותים (או שתיעזר במומחים חיצוניים) שיהוו ועדות בדיקה עצמאיות לעניין המקרים האלה:
 - פעולות של סיכול ממוקד בעימות מעורב שבהן נהרגו אזרחים.
 - פעולות צבאיות שבהן נהרגו אזרחים רבים או נגרם נזק כבד אחר ושהוועדה, הפרקליט הצבאי הראשי, הרמטכ"ל, היועץ המשפטי לממשלה או הממשלה יסברו כי הם דורשים בדיקה חיצונית.
 - פעולות המעלות חשד של עברות על המשפט הבינלאומי, שאינן מחייבות פתיחה בחקירה פלילית, או שהפצ"ר לא ראה מקום לפתוח בחקירה פלילית לגביהן.
4. הוועדה תמנה מתוכה ועדת משנה, שתשמש כוועדת ערר על החלטות הפצ"ר לפתוח או שלא לפתוח בחקירה פלילית.

דברי הסבר

פרק הסמכויות הוא הפרק המרכזי בעקרונות הפעולה. אנו מציעים לרכז בידי הוועדה כמה סמכויות שעד היום התפזרו בין גופים שונים. ההיגיון מאחורי הצעה זו הוא, שוועדה שתרכז בידיה את הכוחות האמורים תוכל לממש את מטרות המשפט ההומניטרי בצורה הטובה ביותר. ראשית, ועדה כזו תוכל לרכז בידיה ידע וניסיון שיאפשרו לה לבקר את מגוון הפעולות הצבאיות לאור המשפט ההומניטרי. ריכוז ידע כזה יאפשר ביקורת אפקטיבית על הפרקליטות הצבאיות. שנית, ריכוז הסמכויות בידי ועדה אחת יגביר את הוודאות אצל הצבא בדבר המותר והאסור, ואת היקף הביקורת. שלישית, קיומה של ועדה קבועה יקל על מדינת ישראל לטעון לקיומה של משלימות משפטית, שתייתר את הצורך בהתערבות בתי דין בינלאומיים או זרים בנעשה בצבא.

1. **קביעת עקרונות פעולה.** חוסר מרכזי, שכבר הצבענו עליו, הוא חוסר ב-manual מסודר עבור כוחות הביטחון בישראל, הקובע את האסור והמותר בעת לחימה. תפקיד מרכזי של הוועדה המוצעת הוא לנסח ולעדכן מעת לעת manual מעין זה.
2. **ביקורת מדיניות.** המונח מדיניות מתייחס להחלטות שהתקבלו או אושרו על ידי הפצ"ר עצמו או על ידי דרגים גבוהים ממנו. כאמור לעיל, הגוף האמון כיום על חקירות המערבות את קובעי המדיניות הוא היועץ המשפטי לממשלה. אלא שהפיקוח המופעל על ידי היועץ המשפטי לממשלה הוא בעייתי בכמה מובנים. ראשית, אין במשרד היועץ המשפטי ריכוז הידע הנדרש במשפט בינלאומי. שנית, בדיקת היועץ המשפטי לממשלה נעשית מתוך כוונה לבדוק העמדה לדין פלילי. אלא שהסבירות כי בדיקה כזו תוביל להעמדה לדין (במיוחד אם במהלך קבלת ההחלטה ניתן ייעוץ משפטי) היא קטנה ביותר. לעומת זאת – הוועדה המוצעת תבצע את הבדיקה באופן שאינו רק צופה פני עבר אלא גם, ואולי בעיקר, צופה פני עתיד. כפי שהסברנו, חובתה של מדינת ישראל היא לדכא הפרות של דיני מלחמה או דיני זכויות אדם, גם אם אין בהן משום עברה פלילית.
- כיום האפשרות היחידה לתקוף מדיניות בצורה הצופה פני עתיד היא באמצעות בג"ץ. כאמור לעיל, לדעתנו בג"ץ אינו הגוף המתאים לביצוע ביקורת זו. בשל כך מוצע כי סמכות זו תינתן לוועדה (אשר עבודתה עצמה תהא כפופה לפיקוח הבג"ץ). אם הוועדה תמצא כי יש בממצאיה משום חשד לפלילים, היא תוכל כמובן להעביר את העניין ליועץ המשפטי לממשלה לשם ביצוע חקירה פלילית.
3. **ריכוז סמכויות.** אנו מציעים לרכז בידי הוועדה סמכויות המפוזרות בין ועדות אד-הוק שונות הקיימות היום, ואשר מן הסתם יוקמו בעתיד. ראשית, לעניין הסיכולים הממוקדים: ועדת בדיקה חיצונית לחקירת תוצאות הסיכול הממוקד הוקמה לעניין אירוע סלאח שחאדה. מאז הקים משרד המשפטים ועדה קבועה (אם כי מידע מסודר על סמכויותיה ועצם קיומה לא התפרסם עד למועד כתיבת שורות אלו). הפקדת הסמכות בידי הוועדה המוצעת תהפוך את הליך הפניה לידוע ולברור יותר. על מנת להסיר ספק, אנו מציעים כי סמכות הבדיקה בעניין סיכולים ממוקדים תיוחד למקרים של עימות מעורב, מסוג זה שבו ישראל שרויה בעזה; היא לא תחול ביחס לעימותים בין-מדינתיים כוללים (כגון מלחמת לבנון השנייה), וזאת מן הטעמים הבאים: ראשית, בסכסוכים בין-מדינתיים שבהם אין יסוד של שליטה על אוכלוסייה אזרחית, תחולת דיני זכויות האדם – וחובת החקירה המוגברת הנובעת מהם – מצומצמת יותר. שנית, במצבים של עימות מעורב כל שימוש בכוח, בצורה של סיכול ממוקד, זוכה בדרך כלל לאישור מהגורמים הבכירים ביותר, וכן נעשה לאחר תכנון מוקדם ובהתבסס על מודיעין ספציפי. לפיכך מקרים אלו מתאימים לתפקידה של הוועדה המוצעת. לעומת זאת מקרים של שימוש בכוח בעת לחימה, שבהם נהרגו אזרחים לפי החלטות של דרגי שדה, מתאימים בדרך כלל לבדיקת הפצ"ר (לפחות בשלב הראשון של החקירה).
- מוצע גם להפקיד בידיה של הוועדה בדיקה ראשונית של אירועים חמורים שבהם נהרגו אזרחים רבים או נגרם נזק כבד אחר, ואשר קיימת דרישה משפטית, ציבורית או בינלאומית, לחוקרם בצורה עצמאית. כאמור, מובן החשש של גורמי הצבא מפתיחה בחקירה פלילית בכל פעם שדרישה כזו עולה, בעיקר על רקע הסטיגמה השלילית הנלווית לחקירה הפלילית. מצד אחר, בעיני גורמים בינלאומיים רבים, עצם הפגיעה באזרחים רבים מצדיקה בדיקה וחשיבה מחדש על הפעולה ועל המדיניות שהנחתה אותה.
- במובן זה תשמש הוועדה תחליף לוועדות הבדיקה המוקמות כיום אד-הוק על ידי הממשלה. כמפורט לעיל, החלטות אלו הן לעולם משבריות. הקמה של ועדה מיוחדת נתפסת כהודאה של המדינה בקיומה של תקלה. היא גם נתפסת ככניעה ללחץ בינלאומי, ולעולם מעוררת מחלוקות פנימיות רבות ברשות

המבצעת ומחוצה לה. השימוש דרך קבע בוועדה המוצעת יפחית במידה רבה את הביקורת הזו (באותה צורה שבה חקירת מח"ש היא אירוע רגיל בחיי המשטרה).

מוצע גם כי בצד גורמי הצבא והממשלה, ליועץ המשפטי לממשלה ולוועדה עצמה יהיו הסמכויות לפתוח בבדיקה כזו במקרים המתאימים, על מנת לשלול טענות בדבר השפעות פוליטיות על עבודתה של הוועדה.

4. כאמור לעיל, גם בבדיקת טענות בדבר הפרות דיני הלחימה על ידי חיילים בדרג נמוך יחסית, ניתן לשפר את המערכת הקיימת כך שתעמוד טוב יותר בדרישות המשפט הבינלאומי. אף שאנו סבורים כי ראוי שהפצ"ר יישאר הגורם המרכזי בחקירות אלו, רצוי שהוועדה שתוקם תוכל לדון בעררים על החלטות הפצ"ר (ובכך לפצות על בעיית חוסר הפניות הנובעת מן העובדה שהצבא חוקר את עצמו). למעשה, כבר היום קיים נוהל של ערר על החלטות הפצ"ר אל היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת הליך הערר הקיים היום הוא בעייתי: (א) דבר קיומו של ההליך אינו מוכר, ולכן ההליך אינו מנוצל רבות; (ב) אין ידע אמתי במשרד היועץ המשפטי, היכול להוות תשתית לביקורת על החלטות הפצ"ר; (ג) כיוון שהיועץ המשפטי עצמו מעורב בחלק מהחלטות הפצ"ר בדבר העמדה לדין, הליך הערר הופך להיות הליך מיותר. מכל הטעמים האלו, מוצע להפקיד בידי הוועדה המוצעת את הליך הערר (ולפרסם את דבר קיום הסמכות הזו של הוועדה).

חשוב לשים לב שאיננו ממליצים להעניק למוסד זה את אחת הסמכויות המוענקות לגופי זכויות אדם בעולם, והיא סמכות הפתיחה העצמאית בכל חקירה, בכל נושא. למוסד המוצע על ידנו לא תהיה סמכות לפתוח בחקירה עצמאית אלא רק בקשת מצומצמת של נושאים – ברובם נושאים שבהם הפצ"ר בחר שלא לפתוח בחקירה.

ב. הרכב הוועדה

1. הוועדה תורכב מנציגים שימונו לפי המלצת משרדי הממשלה הרלוונטיים, נציגי האקדמיה ונציגי ציבור. בראש הוועדה יעמוד שופט בדימוס שיוצע על ידי נשיא בית המשפט העליון.
2. מספר חברי הוועדה יעמוד על תשעה. ארבעה נציגי משרדי הממשלה, ארבעה אקדמאים ונציגי ציבור, ויושב ראש הוועדה.
3. חברי הוועדה ימונו על ידי הממשלה.
4. תקופת המינוי של חברי הוועדה תהיה לתקופה אחת של חמש שנים. בכל שנה יתחלפו אחד או שניים מחברי הוועדה.
5. בכל ועדת משנה או צוות יהיו חברים לכל הפחות שלושה מחברי הוועדה.
6. החלטות הוועדה יתקבלו ברוב.
7. החלטות וועדות המשנה או הצוותים יתקבלו ברוב, אולם למיעוט בוועדות המשנה שמורה זכות הערעור על החלטת הרוב אל מליאת הוועדה.

דברי הסבר

שאלת מינוי חברי הוועדה היא שאלה רגישה ביותר. כמפורט לעיל, יש בעולם מודלים שונים לעניין זה, ואין מודל דומיננטי אחד – העיקר הוא הבטחת עצמאות הגוף המוקם מגורמי השליטה החיצוניים. עם זאת יש לזכור שמדובר בגוף מיוחד במינו, המקבל סמכויות חקירה ביחס להתנהגותה של המדינה בעת לחימה, ולפיכך לא סביר להקים גוף העוסק בנושאים רגישים כגון אלה מבלי שתהיה לממשלה כל נגיעה בדרך מינוי חבריו.

המודל המוצע לעיל להרכב הוועדה מבוסס על המודל המוצע על ידי הוועד הבינלאומי של הצלב האדום לעניין הרכב ועדות לאומיות למשפט הומניטרי. בשים לב לעובדה שהמטרה כאן היא לעודד את המדינה לשתף פעולה עם הוועדה ולחלוק עמה מידע, אנו סבורים שיש צורך לתת לנציגי המדינה ייצוג משמעותי בוועדה. יתר על כן, הפרקטיקה המקובלת גם ביחס לגופים העצמאיים של זכויות האדם היא שהממשלה ממנה את חברי הגוף.²⁰⁵ עם זאת על מנת לשמור על עצמאות הוועדה ואי-כפיפותה לרשות המבצעת, יש לקבוע כמה ערובות פרוצדורליות.

ראשית, הממשלה תוכל למנות את חברי הוועדה שאינם נציגי משרדי הממשלה רק על פי המלצה של גופים רלוונטיים (כגון דיקני פקולטות למשפטים או נציגי ארגונים אזרחיים, כגון מגן דוד אדום וארגוני זכויות אדם), דבר שיפחית את שליטתה בהרכב הוועדה.

שנית, יש ליצור מצב שבו הוועדה תוכל לקבל הכרעות ברוב גם בלא תמיכת נציגי משרדי הממשלה, וזאת על מנת להבטיח את עצמאותה. בשל כך מוצע כי רוב חברי הוועדה לא יהיו נציגי הממשלה. הליך הבחירה של הנציגים בוועדה הוא למעשה החלק העדין ביותר בהקמתה, שכן הוא שיקבע את אופן פעולתה וממילא את כיוון ההתפתחות שלה. צורת הבחירה המוצעת מביאה לידי ביטוי גם את חשיבות מעורבות המדינה, וגם את חשיבות מעורבות הציבור בעבודת הוועדה. לשם כך מומלץ כי גם הנציגים המומלצים על ידי משרדי הממשלה יהיו עובדי מדינה בדימוס, הנהנים מעצמאות יחסית מהמדינה.

לשם ביסוס עצמאות הוועדה, מוצע כי תקופת החברות תהיה קדנציה אחת בת חמש שנים. בצורה זו ינותק הקשר בין האינטרס האישי של חברי הוועדה במינוי מחדש לבין הבעת דעה מצדם במהלך דיוני הוועדה. לשם שמירת הזיכרון המוסדי של הוועדה מוצע כי החלפת חברי הוועדה תיעשה בדירוג.

ג. סמכויות הוועדה ודרכי פעולתה

1. לא תהיה מרות על חברי הוועדה אלא מרותו של הדין הישראלי והדין הבינלאומי הרלוונטי לעבודתה.
2. לוועדה המוצעת תהיינה הסמכויות לחייב עדים להופיע בפניה, ולדרוש שיוצג בפניה כל מסמך שהיא סבורה שהוא נחוץ לה לשם ביצוע עבודתה.
3. דיוני הוועדה יהיו פתוחים לציבור, אלא אם כן קבע יושב ראש הוועדה, מטעמים שיירשמו, שהדיונים יהיו סגורים לציבור. פרוטוקולים של הדיונים יפורסמו לציבור אלא אם כן קבע יושב ראש הוועדה אחרת מטעמים של ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה או שלום הציבור.
4. בסיום עבודתה בנושא מסוים תנפיק הוועדה (או ועדת משנה או הצוות הרלוונטי) לפחות אחד מהמסמכים האלה:
 - חוות דעת בדבר חוקיות הפעולה או המדיניות.
 - המלצות בדבר שינוי מדיניות, או שינויי חקיקה או פקודות נדרשים
 - הפניה של מקרה אל הגורם המתאים (הפצ"ר או היועץ המשפטי לממשלה) להמשך החקירה הפלילית.
 - החלטה בדבר ערר שהופנה אליה על החלטת הפצ"ר.
5. מסמכי הוועדה המפורטים לעיל יפורסמו לציבור בכללותם, אלא אם כן החליט יו"ר הוועדה, מטעמים מיוחדים שבביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה או ביטחון הציבור, כי יש למנוע פרסום מידע מסוים

²⁰⁵ כך למשל בבריטניה, בצפון אירלנד ובסקנדינביה. אמנם, בכמה גופים עצמאיים לבחינת זכויות אדם בארצות הברית, המינוי נעשה על ידי הקונגרס דווקא, אך נדמה שאלו מייצגים מקרים יוצאי דופן.

הכלול במסמכי הוועדה. מצא יו"ר הוועדה כי לא ניתן לפרסם את המסמך כלל, יורה על איסור פרסום המסמך בכללותו.

6. עדות שנמסרה לפני הוועדה או לפני מי שהוטל עליו לאסוף חומר עבורה, לא תשמש ראיה בהליך משפטי, חוץ ממשפט פלילי בשל מסירת אותה עדות.

7. תקציב הוועדה יוצע על ידי יושב ראש הוועדה ויאושר על ידי ועדת הכספים של הכנסת.

דברי הסבר

חלק זה של העקרונות נועד לבסס את העצמאות, חוסר הפניות ושקיפות עבודת הוועדה. תועלת מרכזית בהקמת הוועדה היא מימוש עקרון המשלימות, שעל פיו מוסדות שיפוט בינלאומיים לא יתערבו בחקירות במדינה המקיימת חקירה אפקטיבית. העקרונות האמורים, ובייחוד חלק זה של העקרונות, נועדו לבסס את יסודות אפקטיביות החקירה לפי עקרונות העצמאות והשקיפות.

עצמאות הוועדה מבוססת על הוראה מפורשת בדבר עצמאות שיקול הדעת של חבריה. הוראה זו מצטרפת לדרך המינוי של חברי הוועדה, כפי שפורט לעיל. אשר על כן, בכתב המינוי המוצע לוועדה יש ניסיון להתגבר גם על החוסר בדין הישראלי ביחס ליישום המשפט הבינלאומי כפי שפורט לעיל. לפיכך מוצע להסמיק את חברי הוועדה להתייחס למשפט הבינלאומי בצורה ישירה, בלא צורך בדרכים עוקפות לקליטה.

חשוב מאוד שהוועדה המוצעת תהיה בעלת סמכות חקירה, בדומה לוועדות זכויות האדם. סמכות החקירה היא הבסיס לכתיבת המסמכים שהוועדה תנפיק. סמכות חקירה, בעניינים שהם במסגרת סמכות הוועדה (כמפורט בעיקרון הראשון לעיל), היא גם הבסיס לעצמאותה של הוועדה.

עיקרון שני הבא כאן לידי ביטוי, הוא עיקרון השקיפות. מובן שבגלל אופי הדיונים והנושאים שהוועדה המוצעת תעסוק בהם, יש להניח כי חלק מדיוניה וממסמכיה יהיו סודיים. בשל כך מוצע כי ליושב ראש הוועדה תהיה הסמכות לקבוע כי דיונים או מסמכים מסוימים יהיו סודיים. עם זאת ראוי ליצור מדרג של סודיות. דיוני הוועדה הם בתחתית מדרג הפומביות – בין היתר משום שיש לאפשר לחברי הוועדה להתבטא בחופשיות במסגרת דיוניה. לפיכך מוצע לתת ליושב ראש הוועדה סמכות רחבה יחסית להורות על דיון בדלתיים סגורות. לעומת זאת, לאחר שהעדות ניתנה, אפשר לקבוע כי פרוטוקול העדות יפורסם אלא אם יובהר ליושב ראש הוועדה כי אכן יש טעם מיוחד להגביל את פרסומו. לגבי מסקנות הוועדה, כאן מוצע לקבוע את הרף הגבוה ביותר. כמו כן מוצע שיושב ראש הוועדה ינקוט על דרך הכלל בשיטה של אי-פרסום חלקי או מקומי, ואי-פרסום גורף יהיה החריג.

עקרון השקיפות עומד בסתירה מוחלטת כמעט לעיקרון החיסיון, המקובל כיום בתחקירים מבצעיים. כמובן – לעקרון השקיפות יש מחיר ניכר. ראשית, יהיו עדים שמסיבות של ביטחון לאומי יימנעו מלשתף פעולה עם הגוף. לשם פתרון בעיה זו, מוצע לתת בידי היושב ראש סמכות לשמירה על סודיות במקרים מסוימים.

שנית, ייתכן שחיילים ומפקדים יימנעו מלשתף פעולה עם חקירה שלא תשמור על סודיות המידע שהם מעבירים לה, בשל חששם מפגיעה בהם עצמם במסגרת הליך משפטי פלילי או אזרחי עתידי. התשובה לטענה זו מצויה בגוף השאלה. עיקרון בסיסי של חקירות העומדות בתנאי החקירה לפי אמנות זכויות האדם, ואף לפי המשפט ההומניטרי, הוא כי על החקירה להיות כזו שיכולה להוביל להעמדה לדין.²⁰⁶

²⁰⁶ ראו למשל: *Khalima Isayeva v. Russia*, ECHR Judgment of 17 Nov. 2007, para. 162.

חקירה שאינה יכולה להוביל להעמדה לדין אינה יכולה להיחשב כחקירה אפקטיבית על פי דיני זכויות האדם. כמו כן, מטרתה של החקירה היא בין השאר לידע את הקרבנות ובני משפחותיהם בדבר הסיבות האמתיות שעומדות בבסיס האירוע. בשל כך אכן הועדף עקרון השקיפות על פני עקרון החיסיון. עם זאת יש להקפיד גם על זכויות הנאשם. בשל כך מוצע כי יאומץ הכלל הנוהג כלפי ועדות חקירה ממלכתיות מכוח חוק ועדות חקירה, תשכ"ט–1968, שעל פיו עדות בפני הוועדה לא תוכל לשמש ראיה במשפט פלילי.

נדגיש כי היות שההצעה מובאת כאן בצורת עקרונות כלליים בלבד, לא כללנו במסגרתה את ההסדר המפורט הקיים בחוק ועדות החקירה ביחס לזכויות הייצוג של הנחקרים בפני הוועדה, החובה להזהירם וכולי. יש להניח כי אם אכן תוקם ועדה מעין זו המוצעת כאן, יאומץ הסדר הדומה במהותו להסדר הקיים כלפי ועדות חקירה ממלכתיות ביחס להגנה על זכויות אלו שעלולות להיפגע באופן אישי מעבודת הוועדה. בעקרונות פריז ובכתיבה על עצמאות הוועדות הלאומיות לזכויות אדם, מודגשת החשיבות שביצירת תקציב עצמאי לגוף, על מנת שלא יהיה כפוף לממשלה, שתוכל לפגוע בעבודת הגוף דרך פגיעה בתקציבו. מצד אחר, העקרונות החוקתיים של המשפט הישראלי מחייבים כי מוסד נבחר יאשר את תקציב הוועדה. בשל כך מוצע לאמץ את ההסדר הנוהג בחוק יסוד: מבקר המדינה, כלפי אישור תקציבו של המבקר, שעל פיו יושב ראש הוועדה יציע את התקציב לוועדת הכספים, וזו תאשר את תקציב הוועדה. מובן כי מנגנון אישור זה מאפשר השפעה פוליטית מסוימת על עבודתה של הוועדה, אך השפעה זו ממותנת על ידי ההליך, שבעיקרו של דבר פועל כראוי ביחס למבקר המדינה זה עשרות שנים.

סיכום

כמה מאפיינים קונקרטיים של מערכת החקירות הצבאית מחייבים התייחסות וחשיבה, לאור האתגרים העומדים בפני מדינת ישראל בשנים האחרונות. יש מקום להנחה שאתגרים אלה יתעצמו בשנים הקרובות. הערכת המגמות במשפט הבינלאומי, בעיקר בענפיו המסדירים את דיני הלחימה ואת דיני זכויות האדם, נעשתה בהסתמך על כמה רבדים: הנורמות הכתובות המחייבות של המשפט הבינלאומי, פסקי דין וקביעות אחרות של ארגונים בינלאומיים, הפרקטיקה של המדינות, עקרונות משפט כלליים, וניתוח מגמות עקרוניות במשפט הבינלאומי. מרכיבים אלה יחדיו יוצרים את מערכת המשפט הבינלאומי החלה ביחס לסכסוכים "מעורבים". נשוב ונבהיר, התמקדות במרכיב אחד בלבד מבין המרכיבים המנויים לעיל – אמנות בינלאומיות – משמעה כי מוצגת תמונה חלקית בלבד של המשפט הבינלאומי, וכי כתוצאה מכך ההשלכות האפשריות של מנגנוני חקירה מסוימים אינן מתוארות בצורה נכונה. במסגרת זו הערנו לגבי שלושה נושאים עקרוניים:

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

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