

לכבוד

הועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010

רח' נחמן אביגד, גבעת רם

ירושלים 91343

המועצה הציבורית:

שולמית אלוני

מיכאל בן יאיר

שלמה גזית

רות דיין

מיכל זמורה-כהן

רותי חשין

שלמה צ'יץ' (להט

אילן פז

פול קדר

יהודית קרפ

יאיר רוטלוי

טליה ששון

נייר עמדה מטעם ארגון זכויות האדם יש דיין

**החובה לחקור: התאמת הליכי הבדיקה והחקירה ביחס לתלונות
המועלות בדבר הפרות של דיני הלחימה לחובותיה של מדינת
ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי**

תוכן העניינים

4	א. פתח דבר
4	I. מנדט הועדה
5	II. סקירת פעילות ארגון זכויות האדם יש דין ונגיעתו לנושא המנדט
5	הארגון
6	תחומי פעילות
8	פרסומי יש דין
10	ב. המסגרת המשפטית הנורמטיבית המחייבת לחקירות בשטחים כבושים
10	I. השדות המשפטיים החלים
10	עמדת הפרקליטות הצבאית
12	עמדת יש דין
15	II. הסטנדרטים המחייבים בחקירת טענות על הפרת דיני הלחימה
15	עמדת הפרקליטות הצבאית
15	א. עצמאות פונקציונאלית וחקירה נטולת פניות
16	ב. כוונה להביא את החשוד לדין
16	ג. ללא עיכוב בלתי מוצדק
16	עמדת יש דין
17	א. עצמאות
17	ב. ללא משוא פנים
19	ג. אפקטיביות ומקצועיות
21	ד. במהירות ראויה
22	ה. פומביות
23	ג. בדיקה וחקירה בפועל: כשלים בעמידה בסטנדרטים המחייבים
	I. תהליך הבדיקה והחקירה של תלונות על הפרת דיני הלחימה על-ידי חיילי צה"ל בגדה המערבית :
23	ומדיניות החקירות החל מאוקטובר 2000
23	התחקיר המבצעי
26	חקירות המשטרה הצבאית החוקרת
26	א. נגישות קורבנות ומסירת הודעות על עבירות חיילים
27	ב. היקף תיקי החקירה שמניבים כתבי אישום
28	ג. עילות סגירתם של תיקי החקירה : לפרקליטות הצבאית אין נתונים
29	ד. הודעות
29	ה. הרשעות, זיכויים, וביטול כתבי אישום
30	ו. הרשעת חיילים בקשר למות אזרחים
31	II. לוחות זמנים לקבלת החלטות בפרקליטות הצבאית
31	על פתיחה בחקירה פלילית
32	על גורל תיק חקירה : לסגירה או להגשת כתב אישום
32	III. אי-עמידת התחקיר המבצעי בדרישות החובה לחקור
32	עצמאות
33	אפקטיביות / מקצועיות
34	פומביות
34	משוא פנים
34	"ללא דיחוי"
35	IV. כשלים בחקירת מצ"ח
35	"ללא דיחוי"
36	אפקטיביות / מקצועיות
36	עצמאות
37	חקירת מצ"ח שלאחר תחקיר מבצעי
39	ד. אי דיוקים בניתוח הפרקליטות הצבאית לגבי הפרקטיקה בצבאות זרים
39	בריטניה
39	אי דיוקים בתיאור הפרקטיקה הבריטית ע"י הפרקליטות הצבאית
40	קנדה
40	אי דיוקים בתיאור הפרקטיקה הקנדית ע"י הפרקליטות הצבאית
40	אוסטרליה
41	אי דיוקים בתיאור הפרקטיקה האוסטרלית ע"י הפרקליטות הצבאית
41	ארה"ב

רשימת טבלאות

- טבלה 1 : יחס בין מספר הודעות שנמסרו במצ"ח לבין מספר תיקי החקירה שנפתחו וכתבי האישום שהוגשו בעקבותיהן, 2005-2009 26
- טבלה 2 : מוסרי הודעות שהובילו לפתיחת חקירה במצ"ח, 2006-2009 27
- טבלה 3 : חקירות מצ"ח והגשת כתבי אישום בעקבותיהם, 2000-2009 28

א. פתח דבר

I. מנדט הועדה

1. בהחלטת ממשלת ישראל מס' 1796 מיום 14 ביוני 2010, קיבלה הועדה מנדט לחקור לא רק את חוקיות הפעולות של כוחות הביטחון הישראליים בהשתלטות על המשט לרצועת עזה, שהתרחש ביום 31.5.2010, אלא גם:

"...את השאלה האם מנגנון הבדיקה והחקירה ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של דיני הלחימה, הנוהג בישראל באופן כללי, וכפי שהוא מיושם ביחס לאירוע הנוכחי, תואם את חובותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי"

(סעיף 5 להחלטה)

2. חלק זה של מנדט הועדה הנוגע לבחינת מנגנוני החקירה של תלונות על הפרת דיני הלחימה (לשם הפשטות, נכנה להלן את הסוגייה שבה עוסק מסמך זה - "החובה לחקור") הינו, כמוגדר בהחלטת הממשלה בבירור, כללי וגורף והוא מסמיך את הועדה לבחון, לחקור ולהמליץ המלצות בקשר למנגנוני הבדיקה והחקירה ביחס לתלונות שחורגות מהאירוע הימי או מהפרקטיקה הנוהגת ביחס לרצועת עזה.

3. לפיכך, המדובר, למעשה, בבחינה של המענה האכיפתי שניתן ע"י רשויות המדינה לתלונות על הפרת דיני הלחימה הן במובן של ההתנהלות בעת עימות מזויין ולחימה ממש, והן במובן של התנהלות במסגרת ניהול של שטח כבוש (סוגייה המוסדרת אף היא במסגרת דיני הלחימה הבינלאומיים). במילים אחרות: מנדט הועדה הוא לבחון לא רק כיצד ממלא צה"ל את חובתו לחקור תלונות על אירועים שהתרחשו במהלך לחימה וחילופי אש בין לוחמים, אלא גם תלונות הנוגעות ליומיום של ניהול שטחים כבושים, ניהול המופקד כידוע בידי כוחות הביטחון הישראליים. לכן, מנדט הועדה חולש גם על בדיקות וחקירות של קשת רחבה של תלונות אזרחי השטח הכבוש, מהתנהלות של חיילים במחסום, דרך טענות על אופן פיזור הפגנות לא חמושות של אזרחים ואף תלונות על עמידה מנגד של חיילים כאשר אזרחים ישראלים פוגעים בנוכחותם באזרחים פלסטינים או ברכושם.

4. הועדה הוסמכה לבחון סוגייה חשובה מאין כמותה: התאמת המענה האכיפתי של מדינת ישראל לתלונות על הפרת דיני הלחימה ע"י לוחמים, מפקדים ומדינאים ישראלים. למרות טענות חוזרות ונישנות, המתפרשות על פני שנים רבות, של ארגוני זכויות אדם ישראלים, פלסטיניים ובינלאומיים, לא ידוע לנו על בחינה מקיפה כזו של סוגייה זו ע"י אף גורם ישראלי רשמי מעולם. במצב דברים זה אנו רואים חשיבות גדולה מאוד בבדיקה שעורכת הועדה וסבורים שהתפקיד שהוטל עליה הינו חשוב מאין כמותו.

5. ביום 19 בדצמבר 2010 קיבלה הועדה נייר עמדה מהפרקליטות הצבאית, החתום ע"י הפרקליט הצבאי הראשי. המדובר בנייר העמדה השני שהוגש לועדה ע"י הפרקליטות הצבאית, ובו נפרשה עמדתה ביחס להתאמת מנגנוני הבדיקה והחקירה של צה"ל לחובות ישראל על-פי המשפט הבינלאומי.

6. קראנו את נייר העמדה השני של הפרקליטות הצבאית בעיון רב ומצאנו כי בעניינים רבים אנו תמימי דעים עמה, אולם בעניינים רבים אנו חולקים, ולעיתים אף בתוקף, על האמור בו.

7. נייר עמדה זה המוגש ע"י ארגון זכויות האדם הישראלי יש דין, מהווה מענה לנייר העמדה השני של הפרקליטות הצבאית. כפי שיפורט מיד, המענה נסמך על עבודה נרחבת ביותר ונסיון רב שנצבר בידינו בליווי בדיקות, תחקירים וחקירות צבאיים בטענות להפרת דיני הלחימה. נייר העמדה שלנו יכלול גם ניתוח משפטי אך עיקרו יעסוק בפרקטיקה ובכשלים החמורים והמערכתיים שלהבנתנו קיימים במנגנוני הבדיקה והחקירה הצה"ליים.

8. אנו נפתח בהצגת הארגון ופעילותו, בכדי לאפשר לחברי הועדה להבין כיצד נצבר המידע הרב שיוצג לאחר מכן. בחלקו השני של נייר העמדה נתייחס באופן תמציתי אך ביקורתי לניתוח המשפטי שהוצגה ע"י הפרקליטות הצבאית בפרק ג' של נייר העמדה השני שהוגש על-ידה, ונעמוד על הסטנדרטים שמנגנון בדיקה וחקירה מחוייב לעמוד בהם על-פי שדות המשפט הבינלאומי המחייבים את מדינת ישראל. החלק השלישי יוקדש לניתוח מדוקדק של העמידה של מנגנוני הבדיקה והחקירה כפי שהם מתנהלים בפועל, בסטנדרטים שפורטו בחלק השני. לבסוף נבקש להתייחס לטעויות שנפלו להבנתנו בנייר העמדה של הפרקליטות הצבאית בתיאור מנגנוני הבדיקה והחקירה הרלבנטיים בארבע המדינות הדוברות אנגלית שנבחרו על-ידם (ארה"ב, קנדה, בריטניה ואוסטרליה).

9. אולם, כאמור, נפתח בהצגת הארגון ופעילותו.

II. סקירת פעילות ארגון זכויות האדם יש דין ונגיעתו לנושא המנדט

הארגון

10. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם הוקם במרץ 2005 במטרה לקדם שיפור ממשי ובר-קיימא במצב זכויות האדם בשטחים הכבושים על-ידי מדינת ישראל.

11. יש דין הוא ארגון ישראלי עצמאי, בלתי תלוי וא-מפלגתי. בעוד שעמדת יש דין היא שהכיבוש הצבאי הישראלי הממושך בשטחים גורר באופן אינהרנטי פגיעות נרחבות וקשות בזכויותיהם של האזרחים המוגנים בשטחים הכבושים – ומסיבה זו צריך

להסתיים - יש דין אינו מאמץ כל עמדה באשר לאופן הסדרתו של הסכסוך הישראלי-פלסטיני בתהליך מדיני כזה או אחר.

12. בהיותו ארגון עצמאי ובלתי תלוי יש דין מקפיד שלא לקבל תרומה מגופים ממשלתיים ישראלים או פלסטיניים. יש דין מתקיים מתרומותיהם של אזרחים פרטיים, קרנות פרטיות וקרנות ציבוריות, ובכלל זה גם תרומות מגופים ממשלתיים זרים שתומכים בהגנה על זכויות האדם באזורנו ובעולם כולו. רשימה מלאה של תורמינו מצויה באתר האינטרנט של הארגון בכתובת www.yesh-din.org.

13. יש דין הוא ארגון של מתנדבות ומתנדבים שלצידם פועלים אנשי מקצוע: עורכי דין, תחקירני שטח, אנשי מחקר, דוברים וכיו"ב. המתנדבים שקיבלו הכשרה יעודית יוצאים לשטח, גובים עדויות מנפגעי עבירה ומסייעים להם להגיש תלונות בגופי החקירה הרלוונטיים. אנשי המקצוע פועלים בתחומי עיסוקם לקדם את פעילות הארגון. בראש הארגון עומד מנכ"ל הכפוף לוועד המנהל שמורכב מחמישה ממתנדבי הארגון שנבחרו לתפקידם בידי חברי העמותה.

14. לצד יש דין פועלת מועצה ציבורית שמסייעת לארגון בפעולותיו. בין חברי המועצה הציבורית נמנים חברים רבים שעסקו בעברם רבות בסוגיות של אכיפת חוק. ביניהם: השרה לשעבר שולמית אלוני, היועץ המשפטי לממשלה לשעבר מיכאל בן יאיר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לשעבר יהודית קרפ, תא"ל (מיל.) אילן פז ועו"ד טליה ששון, לשעבר ראש המחלקה לתפקידים מיוחדים בפרקליטות המדינה.

תחומי פעילות

15. יש דין פועל כיום בשלושה תחומים עיקריים, והם:

תחום אכיפת החוק על אזרחים ישראלים: יש דין פועל מאז היווסדו בשנת 2005 להעצמתם של הליכי אכיפת החוק על אזרחים ישראלים המעורבים בעבירות פליליות נגד פלסטינים ורכושם בגדה המערבית. במסגרת פעילות זו מסייעים מתנדבי הארגון לנפגעי עבירה להגיש תלונה ועורכי דין מטעם הארגון, המייצגים את המתלוננים, עוקבים אחר התנהלות חקירת התלונות עד לסיום הטיפול בהן, בדרך של סגירת תיק החקירה או – במקרים בהם הוגשו כתבי אישום נגד נאשמים – מתן פסק דין סופי. באותם מקרים בהם נסגרים תיקי החקירה מבלי להגיש כתב אישום נגד נאשמים בוחן יש דין – מכוח יפוי כוח שניתן בידי נפגעי העבירה לעורכי הדין שפועלים בשרות יש דין – את תוכנו של תיק החקירה בכדי לבחון באם קמה עילה להגיש ערר על ההחלטה לסגור את החקירה, ובמקרים המתאימים עורר יש דין בשם נפגעי העבירה על ההחלטה לסגור את תיק החקירה.

על-מנת לסבר את האוזן, במסגרת פרויקט זה טיפל ומטפל כיום יש דין **בלמעלה מ-700 חקירות** של תלונות פלסטינים על עבירות לכאורה שעברו אזרחים ישראלים כלפיהם.

16. לצד סיוע לנפגעי עבירה במקרים פרטניים ועל בסיס הידע שנרכש במסגרת סיוע זה מקדם יש דין בחינה ושינוי מדיניות בתחום אכיפת החוק על אזרחים ישראלים המעורבים בעבירות פליליות נגד פלסטינים ורכושם. יש דין אוסף נתונים מתוך התיקים בהם הארגון מטפל, ממקורות רשמיים וממקורות נוספים ועל בסיס אלה מפרסם ממצאים וממליץ המלצות.

17. בתחום זה פרסם יש דין עד כה שני דוחות מקיפים. הדוח "מראית חוק: אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית" עסק בשורת נושאים ובעיקר בכשלים שנתגלו בעבודת משטרת ישראל במחוז ש"י (שומרון ויהודה) בחקירת תלונות פלסטינים על עבירות שעברו נגדם לכאורה אזרחים ישראלים. מתוך בחינתם של תיקי החקירה עצמם עמד הדוח על ליקויים מערכתיים וקבועים בחקירות הללו והמליץ המלצות לתיקון הכשלים שפורטו בדוח. דוח שני, שכותרתו "מעט מדי ומאוחר מדי", עסק בפיקוח פרקליטות המדינה על חקירת עבירות אזרחים ישראלים נגד פלסטינים בשטחים, ובעיקר בפעילותו של צוות אכיפת החוק בראשותו של המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) ובפעילות מחלקת העררים.

18. לצד הדוחות המקיפים מפרסם יש דין סדרת דפי נתונים. דף הנתונים האחרון שפרסם הארגון על בסיס 642 תיקי החקירה של מחוז ש"י אותם ליווה ומלווה הארגון מאז הקמתו מראה כי 9% בלבד מתיקי החקירה של עבירות שביצעו ישראלים נגד פלסטינים בשטחי הגדה מגיעים לכדי כתב אישום. רוב רובן של החקירות – יותר מתשעים אחוזים – מסתיימות בסגירת תיק החקירה בעילות המעידות על כישלון החקירה ("עברייני לא נודע", "חוסר ראיות מספיקות" ותיקי חקירה שאבדו).

19. **תחום האדמות:** לנוכח התגברות התופעה של אזרחים ישראלים המשתלטים על אדמות המצויות בבעלותם של אזרחים פלסטינים בגדה המערבית, בין בדרך של פלישה ושימוש (בניה, נטיעה וכד') ובין על דרך של מניעת גישה לבעלים, מסייע יש דין לבעלי האדמות במאבק להשבת רכושם. יש דין מייצג בעלים פלסטינים של חלקות אדמה בגדה המערבית אותן תפסו אזרחים ישראלים בדרך של הקמת מבנים ו/או גידור ו/או נטיעת גידולים באופן שמונע את שימוש בעלי החלקה הפלסטינים באדמתם. תחקירנים מטעם יש דין עומדים בקשר רצוף עם בעלי אדמות שאדמתם נגזלה ומקבלים מהם מידע ותיעוד נחוץ. הצוות המשפטי של הארגון מייצג את בעלי האדמות אל מול רשויות האכיפה והרשויות המנהליות בגדה המערבית, ובמקרים המתאימים תובעים ביצוע צווי הפסקת עבודה וצווי פינוי שהוצאו לעבודות הלא-חוקיות האמורות ולפלישות. במקרים בהם לא נותרה אפשרות אחרת מסייע יש דין לבעלי הקרקע לפנות לערכאות השיפוטיות השונות בכדי לתבוע מרשויות האכיפה לאכוף את הצווים שהוציאו הן עצמם ולהשיב את חלקות האדמה לבעליהן.

20. עד כה סייע יש דין לבעלי קרקעות פלסטינים לקיים הליכים משפטיים ב-36 מקרים, מרביתם עתירות לבג"ץ בדרישה להורות לרשויות האכיפה לאכוף צווי הריסה למבנים

שנבנו בידי אזרחים ישראלים באדמותיהם הפרטיות של פלסטינים. עניינם של הליכים נוספים במסגרת פרויקט זה הוא הבטחת גישתם של בעלי קרקעות לאדמותיהם, פינוי פולשים שתפסו קרקעות באמצעות נטיעת שתילים מסוים שונים, פיצויים של בעלי קרקעות בידי המדינה בשל המנעותה מאכיפת החוק על פולשים לאדמותיהם ועוד.

21. **תחום אכיפת החוק על אנשי כוחות הביטחון בשטחים** : בדומה לפרויקט אכיפת החוק על אזרחים, במסגרת פעילות הארגון בתחום זה פועלים מתנדבי הארגון וצוותו המקצועי בשם ולמען נפגעי עבירה פלסטינים, שנפגעו לכאורה מעבירות פליליות של חיילים ושוטרים, ומסייעים בהגשת תלונות לגופי החקירה החקירה המתאימים : מצ"ח, מח"ש ובמקרים מסויימים משטרת ישראל. גם כאן, הצוות המשפטי של יש דין, מייצג על-פי יפוי כוח את קורבנות העבירה אל מול רשויות החקירה והתביעה הרלבנטיים ועוקבים אחר התקדמות החקירה עד תומה. יש דין מסייע לגורמי החקירה והתביעה על-פי בקשתם ביצירת קשר עם קורבנות עבירה ועם עדי ראיה וכן בהשגת מיסמוך רלבנטי (כגון תיעוד רפואי וכד'), הכל במגמה לאפשר תנאים אופטימאליים להצלחת החקירה. עורכי הדין שמייצגים את נפגעי העבירה מטעם יש דין פונים בבקשות לעיין בתיקי החקירה שנסגרו ללא הגשת כתב אישום בכדי לבחון הגשת ערר, ובמקרים בהם נראה כי על פני הדברים יש מקום לחדש את החקירה או להגיש כתבי אישום על-פי ראיות שמצויות בתיק – מגיש יש דין ערר על החלטות הסגירה.

22. במסגרת טיפולו בתחום זה מלווה יש דין את טיפול רשויות החקירה והתביעה הצבאיות **בכמתאיים תלונות שהוגשו לבסיסי מצ"ח** על רקע עבירות פליליות לכאורה של חיילי צה"ל נגד אזרחים פלסטינים ורכושם בגדה המערבית.

23. יש דין פרסם עד כה דוח מקיף תחת הכותרת "חריגים : העמדה לדין של חיילי צה"ל באינתיפאדה השנייה ולאחריה, 2000-2007" ובו סקירה של תוצאות הגשתם של כל כתבי אישום שהוגשו נגד חיילים ועניינם עבירות נגד פלסטינים בתקופה הנדונה. לצד סקירה זו עסק יש דין בקצרה בבעיות מרכזיות בהליכי אכיפת החוק בעבירות ממין זה. שורת דפי נתונים שפרסם יש דין עסקה בנושאים דוגמת התמשכות טיפולה של הפרקליטות הצבאית בבירור תלונות ובבחינת תיקי חקירה.

פרסומי יש דין

דוחות מקיפים

א. מראית חוק : אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית (יוני 2006)

ב. לקראת מסיק הזיתים 2007 (נייר עמדה) (פברואר 2007)

ג. משפטים בחצר האחורית : מימוש זכויות ההליסך ההוגן בבתי המשפט הצבאיים בשטחים (דצמבר 2007)

ד. מעט מדי ומאוחר מדי: פיקוח פרקליטות המדינה על חקירת עבירות אזרחים
ישראלים נגד פלסטינים בשטחים (מאי 2008)

ה. חריגים: העמדה לדין של חיילי צה"ל באינתיפאדה השנייה ולאחריה, 2000-2007
(ספטמבר 2008)

דפי נתונים

א. חקירת עבירות פליליות. של חיילי צה"ל נגד פלסטינים ורכושם: נתוני השנים
2000-2007 (דצמבר 2007)

ב. חקירת עבירות פליליות של חיילי צה"ל נגד פלסטינים ורכושם: מדד היחידות
2006-2007 (אפריל 2008)

ג. אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית: נתוני מעקב יש דין (יולי
2008)

ד. חקירת עבירות פליליות של חיילי צה"ל בשטחים הכבושים: הגשת כתבי אישום
2000-2007 (יולי 2008)

ה. חקירת עבירות פליליות של חיילי צה"ל נגד פלסטינים ורכושם: נתונים בדבר
פעילות הפרקליטות לעניינים מבצעים (אוקטובר 2009)

ו. חקירת המשטרה את הפגיעה בעצי פלסטינים, נתוני מעקב יש דין 2005-2009
(נובמבר 2009)

ז. חקירת עבירות פליליות של חיילי צה"ל נגד פלסטינים ורכושם: נתוני השנים
2000-2009 (פברואר 2010)

ח. חקירת המשטרה את הפגיעה בעצי פלסטינים בגדה המערבית: נתוני מעקב יש
דין 2005-2010 (אוקטובר 2010)

ט. נתוני מעקב יש דין: אכיפת החוק על אזרחים ישראלים בגדה המערבית 2005-
2010 (פברואר 2011)

ב. המסגרת המשפטית הנורמטיבית המחייבת לחקירות בשטחים כבושים

I. השדות המשפטיים החלים

24. להלן ננתח את עמדת הפרקליטות הצבאית ביחס לשדות המשפטיים החלים על סוגיית החובה לחקור תלונות על הפרת דיני הלחימה, ונציג את עמדת יש דין. הניתוח מכאן ואילך יעשה בדגש על סיטואציה של כיבוש צבאי של שטח, בדומה לכיבוש החל על הגדה המערבית.

עמדת הפרקליטות הצבאית

25. בנייר העמדה השני של הפרקליטות הצבאית נטען כי המסגרת המשפטית הנורמטיבית היחידה המחייבת בעניין חקירת טענות להפרת דיני הלחימה בשטחים הכבושים הם הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי (בחלקו העוסק בדיני לחימה). לאחר סקירה של דלות ההוראות הכלולות בנושא בדיני הלחימה, מציעה הפרקליטות הצבאית כי ענף נגזר של הדין ההומניטארי - המשפט הבינלאומי הפלילי, עשוי לשמש כמקור נורמטיבי נוסף.

26. המשפט הבינלאומי ההומניטארי אכן מהווה גם לגישת יש דין אבן יסוד בכל הנוגע למסגרת המשפטית המחייבת בסוגיה נשואת נייר עמדה זה. מקורה של החובה לחקור הפרות לכאורה של דיני הלחימה נובעת מסעיף 1 המשותף לארבע אמנות ג'נבה (1949) (להלן: אמנות ג'נבה) המטיל חובה על המדינות לציית ולהבטיח ציות לנורמות הקבועות באמנה בכל מצב: "respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances")

27. על האמור בנייר העמדה מטעם הפרקליטות הצבאית **נבקש להוסיף** את הדברים הבאים:

אנו מפנים לסעיף 3 המשותף לארבע אמנות ג'נבה ולסעיפים 27 לאמנה הרביעית ותקנה 46 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית בדבר נהגיה וכלליה של המלחמה ביבשה, 1907. סעיפים אלה קובעים את חובת הכוח הלוחם להגן על אזרחים בעת לחימה, ובאופן ספציפי הם קובעים את החובה לכבד זכויות ולהגן על גוף ורכוש של אזרחי שטח כבוש.

28. החובה לחקור הפרות חמורות של חובת ההגנה על האזרחים המוגנים קבועה בסעיפים 146-147 לאמנת ג'נבה הרביעית (ס' 146 מובא גם בנייר העמדה של הפצ"ר). בין היתר קבועה בסעיף 146 החובה:

"to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts."

29. אכן, החובה לציית לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, הטומנים בחובם כאמור לעיל את החובה לטפל בהפרותיו כולל העמדה לדין של האחראים להפרות חמורות, מקימים כמובן את החובה לחקור חשדות בדבר הפרות אלו. לאור קביעתו של הפצ"ר כי ביחס לחובת צה"ל לחקור פגיעה במי שאינו מעורב בלחימה אין משמעות לקביעה האם העימות בין ישראל לארגוני הטרור בעזה ובגדה המערבית נכנס תחת גדר הכללים החלים בעימות מזוין בינלאומי, או בגדר הכללים החלים בעימות מזוין שאינו בינלאומי, לא נרחיב בסוגיה זו.

30. כפי שניתן לראות, החובה לחקור הקבועה במשפט הבינלאומי ההומניטארי (או נגזרת ממנו) אינה כוללת פירוט של העקרונות המנחים את מימושה. לפיכך יש לפנות למקורות משפטיים נוספים על מנת ללמוד כיצד לצקת תוכן לחובה זו. אף הפרקליטות הצבאית מציינת ובצדק כי לא ניתן לומר שבשל העובדה כי המשפט הבינלאומי ההומניטארי לא הורה כיצד לחקור, משחררת את החקירה עצמה מכל סטנדרט שהוא. **אנו מסכימים**, לקביעתה הראשונה של הפרקליטות הצבאית כי חקירת חשדות להפרת דיני הלחימה אמורה להיות "פלילית" במהותה, מאחר ותכלית החקירה היא "איתור חשודים בהפרות של דיני הלחימה והעמדתם לדין". במאמר מוסגר יצויין, כי יש דין סבור שתכליתה של חקירה הוא הגעה לחקר האמת וחשיפת אחריות אישית לעבירות ככל שיש כאלו, ולפיכך ראוי שהחקירה תישא אופי "פלילי" מאחר וזו הדרך ששיטת המשפט שלנו מציעה להשגת משימה זו.

31. הסטנדרט המהותי היחיד אותו גוזרת הפרקליטות הצבאית מהמשפט הבינלאומי ההומניטארי ביחס לחובה לחקור הוא עמידה בדרישת תום הלב. דרישה זו, מציינת הפרקליטות הצבאית בצדק, היא דרישה כוללת שאינה יכולה להספיק.

32. לכן, נדרש הפצ"ר למקור משפטי משלים נוסף והוא המשפט הבינלאומי הפלילי. עקרון המשלימות (Complementarity) המהווה עיקרון יסוד במשפט הבינלאומי הפלילי קובע כי כל עוד מערכת האכיפה המדינתית חוקרת ומעמידה לדין במקרה הצורך לאור חשדות שהתעוררו בדבר ביצוע פשעים בינלאומיים, לא יבואו במקומם הליכים בטריבונלים בינלאומיים או חוץ-מדינתיים למדינה המטפלת בחשד להפרה.

33. מכוחו של עיקרון המשלימות המעוגן בסעיף 17 לחוקת רומא של בית הדין הבינלאומי משנת 1998 (להלן: חוקת רומא) גוזרת הפרקליטות הצבאית מספר דרישות בדבר אופן מימושה של החובה לחקור (סעיף 17(a), 17(b), ו-17(c) לחוקת רומא), והם:

- א. חקירה עצמאית ונטולת פניות** – חקירה בלתי תלויה בגורמים הנחקרים בחשד לביצוע ההפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי.
- ב. כוונה להביא את החשוד לדין** – החקירה צריכה להעשות שלא מתוך כוונה "לחסן" את החשודים מפני העמדה לדין. אנו מעדיפים את

הניסוח: "חקירה שמטרתה גילוי האמת וחשיפת אחריות אישית אם ישנה".

ג. **ללא עיכוב בלתי מוצדק** - החקירה שמעוכבת באופן בלתי מוצדק עלולה להצביע על חוסר תום לב של המדינה המבצעת את החקירה.

34. בנוסף, בוחנת הפרקליטות הצבאית את תחולת דיני זכויות האדם הבינלאומיים, ומגיעה למסקנה כי **ענף זה אינו חל על החובה לחקור**, ולכן, לא ניתן לראות בו **מקור משפטי משלים**. לטענת הפצ"ר קיימות כיום שתי גישות בנוגע לענף זה של המשפט הבינלאומי: האחת, הרואה בו מקור עצמאי לביסוסה של החובה לחקור, והשנייה כמקור משפטי משלים לדיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי. הפרקליטות הצבאית טוענת כי שתי גישות אלו הן בעיקר גישותיהם של ארגוני זכויות אדם ברחבי העולם שמנצלים, כהגדרתה, את ה"ערפול הנורמטיבי" האופף את דיני הלחימה בעת עימות מזוין. יחד עם זאת, הפרקליטות הצבאית טורחת להדגיש בחוות דעתה כי "גישתה העקבית של מדינת ישראל בעניין זה, הינה שמשפט זכויות האדם אינו חל על פעולות צה"ל במסגרת העימותים המזוינים להם היא צד" (עמ' 44 לנייר העמדה מטעם הפרקליטות הצבאית). מכאן אנו למדים, כי הפרקליטות הצבאית כופרת בתחולת הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי על פעולות הצבא בשטחים כבושים, ובכלל זאת על חובתה לחקור הפרות של הדין, ולו כמקור משפטי משלים לדין ההומניטארי ולדין הפלילי הבינלאומי.

עמדת יש דין

35. בניגוד לעמדת הפרקליטות הצבאית, עמדת יש דין היא כי הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי **חלים ישירות** על החובה לחקור תלונות על הפרת דיני הלחימה, **במיוחד בקונטקסט של פעילות כוחות לוחמים בשטח כבוש**.

36. אנחנו סבורים כי עמדתה של הפרקליטות הצבאית אינה עולה בקנה אחד עם המטרה והתכלית של אמנות בדבר זכויות אדם ("מטרה ותכלית" היא עקרון פרשני ראשון במעלה של המשפט הבינלאומי – ראו סעיף 31 לאמנת האמנות, אמנת וינה). הקהילה המשפטית הבינלאומית גם היא אינה מקבלת עמדה זו של מדינת ישראל, וכל גופי האו"ם הפועלים לאכיפת אמנות זכויות אדם חוזרים על עמדה זו פעם אחר פעם בדוחותיהם.

37. גם בית המשפט הבינלאומי לצדק שמושבו בהאג, אותו בית דין שבית המשפט העליון כבר קבע בעבר כי הוא **הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי** – ועל כן יש לתת את מלוא המשקל הראוי לפרשנותו את משפט זה וכלליו (ראו בג"ץ 7957/04 **זהראן יונס מחמד מראעבה ואח' נגד ראש ממשלת ישראל ואח'** [פסק הדין מיום 15.9.2005, פסקה 56 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק]) – קבע בשתי חוות דעת מיעוצות (Advisory Opinions), כי יש תחולה של דיני זכויות האדם גם במסגרת דיני העימות המזוין בכלל ובפרט דיני הכיבוש:

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory ADVISORY OPINION OF 9 JULY 2004, *I. C. J. Reports* 2004, p. 136, at pp. 177-181.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, *I.C.J. Reports* 1996, p. 226, at p. 240.

38. חוות דעת אלו קבעו, למעלה מכל ספק, כי דיני זכויות האדם אינם מושעים בשל קיומו של מצב לחימה, אלא הם חלים במלוא עוזם, במגבלות הקיימות. חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בעניין גדר ההפרדה בחנה באופן פרטיקולרי את תחולת האמנות בשטחי הגדה המערבית וחובות מדינת ישראל לאור התחייבויותיה הבינלאומיות, והגיעה למסקנה, המתבקשת, כי ישראל – בהיותה הגורם הריבוני היחיד הקיים באזור – מחוייבת בשמירה על זכויות האדם הבינלאומיות של התושבים הפלסטינים.

39. קביעה חד-משמעית זו מצטרפת גם לשורת החלטות בית המשפט האירופי לזכויות אדם שקבע את מבחן "השליטה האפקטיבית" כמכריע בדבר הגבולות הגיאוגרפיים של תחולת האמנה האירופאית בדבר זכויות האדם וחירויותיו הבסיסיות, מבחינתה של חברה חתומה. בין החלטות אלו ניתן למנות, למשל:

Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), Decision of the 23rd of February 1995, Paragraph 62.

Behrami v France, Saramati v France, Germany and Norway (Application Nos 71412/01 and 78166/01 (unreported), 2 May 2007)

40. ולכל אלו יש להוסיף את פסקי הדין שניתנו זה לא מכבר על ידי בית הלורדים הבריטי, אשר קבע גם הוא כי דיני זכויות האדם הבינלאומיים להם מחוייבת בריטניה, חלים גם בתחומי שטח כבוש הנתון לשליטה ולשליטת חייליה, כמו בעירק:

R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence UKHL 26, [2007] 3 WLR 33 [13.6.2007] available at:
<http://www.parliament.the-stationery-office.com/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070613/skeini-1.pdf>

R (on the application of Al-Jedda) (FC) v Secretary of State for Defence UKHL 58, [12.12.2007], available at:
<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd071212/jedda.pdf>

41. מכל האמור עולה כי משפט זכויות האדם הבינלאומי גם הוא חל על יחסי הכוח הלוחם-קובש והאוכלוסיה האזרחית, וחובות שלטון הכיבוש – ובכללן החובה לחקור – נובעים גם

ממנו. יצוין, כי בפרשת **מראעבה** שהוזכרה לעיל, בית המשפט העליון לא שלל את תחולת האמנות המרכיבות את משפט זכויות האדם הבינלאומי, וקבע כי לעניין פסק הדין דשם, קיימת הנחה לתחולה של אמנות אלו (ראו: בג"ץ **מראעבה** שם, פסקה 57 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') ברק).

42. גם בפסיקותיו האחרות בנוסף לפסק הדין בעניין **מראעבה**, הכיר בית המשפט הגבוה לצדק בתחולתן של זכויות יסוד מכוח משפט זכויות האדם הבינלאומי בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית. לא אחת נקבע כי זכויות יסוד של אדם או של קבוצת בני אדם חלות גם בעת מלחמה (וראו למשל דברי השופטת א' פרוקציה, בפסק הדין בבג"ץ 10356/02 **יואב הס נ' מפקד כוחות צ"ל בגדה המערבית** (טרם פורסם); פסק הדין מיום 4.3.2004 ויכונה להלן "**פרשת הס**"), אשר קובעת בפסקה 17 לפסק הדין כי "**זכות הקניין של הפרט אינה פוקעת גם בעת מלחמה**"; וכן את קביעותיה של כב' השופטת (כתארה אז) ד' בייניש, בפסק הדין בבג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם ו-21 אח' נגד מדינת ישראל ואח'** (תק-על-1) 2005, 1114 (2005)), המתייחסת לתחולת הזכות לחופש תנועה בזכות שמקורה במשפט הבינלאומי המנהגי של זכויות האדם אשר חלה בענייננו. לפסקי דין אלו ולאמור בהם עוד נשוב לכשנבחן את הזכויות הנפגעות בענייננו, באופן פרטיקולארי.

43. ואילו בפסק דין שניתן האחרונים זה לא מכבר, הוא פסק הדין בבג"ץ 3969/06 **ראש מועצת הכפר דיר סאמט, מוחמד עבד מחמוד אלחרוב ואח' נגד מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח'** (טרם פורסם); פסק הדין מיום 22.10.2009; להלן יכונה "**פרשת דיר סאמט**") נקבע ע"י כב' הנשיאה בייניש (יחד עם המשנה לנשיאה א' רבלין והשופטת א' פרוקציה), הדברים החד-משמעיים הבאים:

"[...]סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי הפומבי החלים על תפיסה לוחמתית. כללים אלה מעוגנים, בעיקרם, באמנת האג הרביעית [...] ובתקנות הנספחות לה, אשר להוראותיהן מעמד של משפט בינלאומי מנהגי; באמנת ג'נבה הרביעית [...], אשר הוראותיה המנהגיות מהוות חלק ממשפטה של מדינת ישראל, ובית משפט זה כבר נזקק בעבר לפרשנותן של הוראותיה השונות בפסקי-דינו [...]; ובפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ג'נבה, [...] אשר ישראל אינה צד לו, אולם הוראותיו המנהגיות מהוות אף הן חלק ממשפטה של ישראל [...]. ניתן, לעיתים, להשלים את ההוראות ההומניטריות מתוך משפט זכויות האדם הבינלאומי (ה-Human Rights Law)"]

(בג"ץ דיר סאמט, שם, פסקה 10 לפסק דינה של כב' הנשיאה בייניש; הדגשות הוספו).

וכן בהמשך פסק הדין, בפסקה 17 לפסק דינה של כב' הנשיאה בייניש:

17". באשר לזכויות האדם של האוכלוסייה המקומית, אין חולק כי על המפקד הצבאי לכבד, להגן ולאפשר את מימושן של מגוון זכויות האדם המוקנות לתושבים המקומיים, בכפיפות לצרכי ביטחון חיוניים (ראו, למשל, סעיף 27 לאמנת ג'נבה הרביעית; תקנה 46 לתקנות האג. כן ראו העקרונות המנחים את פסיקתנו על-פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, להלן: האמנה לזכויות אזרחיות ומדיניות)).

44. מעבר לכך, אין ולא יכול להיות ספק של ישראל דרגה גבוהה של שליטה אפקטיבית ברחבי הגדה המערבית וכי שליטתה האפקטיבית על שטחי C היא מלאה, ייחודית ובלעדית.

45. עולה מכל אלו, כי הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי, בנושאים שאינם מפורטים באמנות ובמסמכים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, חלים בכל שטח שבו יש למדינת ישראל (באמצעות צבאה) שליטה אפקטיבית. זוהי גם עמדת בג"צ, כפי שעולה מהפסיקות שהוזכרו לעיל. מכאן, שהחלת הסטנדרטים של החובה לחקור הקבועים במשפט זכויות האדם הבינלאומי אינו בגדר החלה וולונטארית של מקור משפטי מנחה או משלים – אלא מימוש חובה משפטית מחייבת.

II. הסטנדרטים המחייבים בחקירת טענות על הפרת דיני הלחימה

46. להלן נפרט מהם הסטנדרטים למימוש החובה לחקור הפרות נטענות של דיני הלחימה. נפתח בהצגת עמדת הפרקליטות הצבאית ולאחר מכן נסביר את עמדתנו.

עמדת הפרקליטות הצבאית

א. עצמאות פונקציונאלית וחקירה נטולת פניות

47. מערכת אכיפת החוק בצה"ל הינה מערכת המהווה חלק מצה"ל. גופי אכיפת החוק של הצבא (הפרקליטות הצבאית, המשטרה הצבאית, ובתי הדין הצבאיים) הם יחידות צה"ליות. מערך זה דומה למערך הקיים במדינות אשר שיטת המשפט בהן דומה לשיטה הנהגת בישראל (ארה"ב, בריטניה, קנדה ואוסטרליה). מכאן גוזרת הפרקליטות הצבאית כי הדרישה לחקירה עצמאית ונטולת פניות של חשד להפרות הדין הבינלאומי ההומניטארי אינה מחייבת עצמאות מוסדית של הגוף החוקר אלא עצמאות פונקציונאלית.

48. הפרקליטות הצבאית טוענת כי מעמדו העצמאי-פונקציונאלית של הפצ"ר העומד בראש מערך אכיפת החוק בצה"ל נובע מהעובדה שחרף כפיפותו הפיקודית לרמטכ"ל, בעניינים

מקצועיים "אין עליו אלא מרותו של החוק". מינויו נעשה ע"י שר הבטחון כאשר הרמטכ"ל הוא גורם ממליץ בלבד, וכן פעילותו המקצועית כפופה לביקורת היועץ המשפטי לממשלה ובית המשפט העליון בשבתו כבג"צ. העצמאות הפונקציונאלית אינה רק פרסונלית לגבי תפקיד הפצ"ר, אלא לכל תפקידי היועצים המשפטיים בפרקליטות הצבאית.

49. בנוסף טוענת הפרקליטות הצבאית, כי לפני מספר שנים חל שינוי ארגוני בפרקליטות הצבאית, אשר במהלכו כמה הפרקליטות לעניינים מבצעיים שעיקרה טיפול באכיפת החוק, תוך הפרדה מגופי הייעוץ המשפטי. במצב זה, טוען הפצ"ר, מתחזקת העצמאות הפונקציונאלית לאור העובדה כי גופי הייעוץ המשפטי אינם אותם גופים הבוחנים אחר כך את תוצאות הייעוץ בהיבט הפלילי.

ב. כוונה להביא את החשוד לדין

50. הפרקליטות הצבאית אינה מפרטת בנייר העמדה שהוגש מטעמה מהו הסטנדרט של "כוונה להביא את החשוד לדין". ככל הנראה, כוונתה למבחן לפיו ההליכים המתנהלים לבדיקה או לחקירת התלונה, נעשים מתוך כוונה אמיתית לבדוק ולא כדי לצאת ידי חובה או "לטייח".

ג. ללא עיכוב בלתי מוצדק

51. הפרקליטות הצבאית טוענת כי יש מספר גורמים אשר באספקלריה שלהם יש לבחון את חוקיות קצב החקירה, והם:

- I. המועד בו נודע לראשונה למערכת אכיפת החוק בצה"ל על האירוע המעורר חשד להפרת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי;
- II. הקשיים (האובייקטיביים) בניהול חקירה אפקטיבית;
- III. השוואה לחקירות אחרות הנערכות ע"י אותה מערכת אכיפת חוק ביחס לחשד לעבירות שאינן מהוות הפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי (טענת שסבירות השיהוי צריכה להיבחן מנקודת מבט השוואתית);

עמדת יש דין

52. יש דין חולקת על הפרקליטות הצבאית הן בשאלה האם הסטנדרטים שפורטו לעיל (עצמאות פונקציונאלית, כוונה לעמיד לדין והיעדרו של שיהוי בלתי מוצדק) הם החובות

היחידות הנגזרות מהחובה לחקור, והן בשאלת הגדרתם המדויקת של סטנדרטים אלה. להלן נפרט את עמדתנו.

א. עצמאות

53. איננו חולקים שעצמאות פונקציונאלית מספיקה ברוב רובם של המקרים. יחד עם זאת, אנו סבורים כי במקרים בהם נושא הבדיקה / חקירה הינו פעולות של הדרגים הבכירים ביותר ו/או מדיניות שהפרקליטות הצבאית הייתה שותפה לגיבושה, לא ניתן לראות בעצמאות הפונקציונאלית כממלאת את דרישת הדין לעצמאות הגוף החוקר והגוף המעמיד לדין.

54. כדוגמא, אנו סבורים שחקירות העוסקות בשאלת חוקיות של פקודות (למשל – פקודות הפתיחה באש), או בשימוש בסוג מסויים של חימוש (למשל זרחן), או בפרקטיקה (למשל חיסולים) שבכולם מעורבים אנשי הפרקליטות הצבאית, אינה יכולה להתבצע ע"י המשטרה הצבאית ובהנחיית התביעה הצבאית. ונזכיר שהתביעה הצבאית והפרקליטות הצבאית כפופות שתיהן לפרקליט הצבאי הראשי.

55. בנוסף, אנו לא סבורים שניתן ברצינות לצפות ממערכת אכיפת הדין בצה"ל לקיים פיקוח חקירתי ותביעתי רציני על מפקדיו הראשיים של הצבא ובהם אלופי הפיקודים והרמטכ"ל, בעניינים הנוגעים ללחימה ולפעילות מבצעית. למרות עצמאותו של הפצ"ר, הצבא הינו מערכת היררכית לוחמת שבה הפרקליטים הצבאיים משמשים יועצים של מפקדיהם. מפקדים בדרגת אלוף משמשים כמפקדי מחוזות שיפוט והם והרמטכ"ל מוסמכים להתערב בענישה (סעיף 442 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955, להלן: "חוק השיפוט הצבאי"). איננו מכירים תקדים לכך שגוף חוקר צבאי יחקור אלוף או רב-אלוף בחשד לפשעי מלחמה.

ב. ללא משוא פנים

56. אנו סבורים כי היעדרו של משוא פנים בהליך החקירה היא דרישה מחייבת של החובה לחקור ומקורה במשפט הבינלאומי של זכויות האדם.

57. משמעה של הדרישה היא כי לא תהיה הטיה של יחס מצד החוקרים לטובת (או לרעת) הנחקרים, **במיוחד שלא יהיה יחס מוטה כלפי רשויות שתחת בדיקתם.**

58. הדרישה להיעדר משוא פנים - כתנאי למילוי החובה לחקור - כלולה במקורות רבים של המשפט הבינלאומי של זכויות האדם (ראו למשל):

- האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, סעי' 2 (בייחוד סעי' 2(a)(3))
"effective remedy, notwithstanding that the violation has been ..."
";("committed by persons acting in an official capacity

- הפרשנות לסעיפים הנ"ל בהערה הכללית מס' 31 של ועדת זכויות האדם של האו"ם, פסקה 15 ("independent and impartial bodies");
- הפרשנות לסעיף 7 של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות בהערה הכללית 20 של ועדת זכויות האדם של האו"ם, פסקה 14 ("complaints must be investigated promptly and **impartially**");
- האמנה נגד עינויים, סעיף 12 ("prompt and **impartial** investigation");
- החלטות האו"ם:

GA Res 60/147 16 December 2005, 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, para. II 3(b) ("investigate...**impartially**");

GA Res 55/111 12 March 2001, Extrajudicial, summary or arbitrary executions, para. 6 ("obligation of all Governments to conduct exhaustive **and impartial** investigations");

United Nations Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions, adopted on 24 May 1989 by the Economic and Social Council Resolution 1989/65, (UN Principles on Extra-Legal Executions), E.S.C. res. 1989/65, annex, 1989 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) at 52, U.N. Doc. E/1989/89 (1989), Principle 9 ("thorough, prompt and **impartial** investigation").

- ובייחוד, פסקי דין רבים של בית המשפט האירופי לזכויות אדם, הקובעים כי סטנדרט האפקטיביות של חקירה אינה ממולאת כל עוד אין משוא פנים או אובייקטיביות מצדם של גורמי החקירה. ראו למשל:

Ramsahai v The Netherlands (Application no. 52391/99), Judgment 15 May 2007, § 112 ("the persons responsible for and carrying out the investigation must be independent and **impartial, in law and in practice**"); § 113 ("investigation's conclusions must be based on thorough, **objective and impartial analysis of all relevant elements**"); § 325 ("not only a lack of hierarchical or institutional connection but **also a practical independence**").

Kaya v Turkey (158/1996/777/978), Judgment 19 February 1998

(אשר קבע כי החקירה נשוא העתירה לא הייתה אפקטיבית לאור העובדה כי על בסיס הנחותיו ודעתו הקדומה לטובת החיילים החשודים החקירה לא עמדה באיסור על משוא פנים).

ג. אפקטיביות ומקצועיות

59. דרישה נוספת שלא בא זכרה ברשימת הדרישות שהפרקליטות הצבאית רואה בהן כמחייבות (להבדיל מעמידה וולונטארית בדרישות), היא הדרישה כי החקירה תהיה מקצועית ואפקטיבית.

60. משמעות הדרישה היא כי הגוף החוקר חייב להיות בעל יכולות לאיסוף ראיות שיחשפו את האמת ולהעניק סעד ראוי לקרבנות של התנהגות לא חוקית שנתגלתה.

61. אנו מפנים בעניין זה למקורות הבאים :

- האמנה האזרחית, סעי' 2 (2) ו-3 ("competent authorities", "effective remedy");
- הפרשנות לסעיפים הנ"ל בהערה הכללית מס' 31 של ועדת זכויות האדם של האו"ם, פסקה 15 ("thoroughly and effectively"), ופס' 18 ("ensure that those responsible are brought to justice");
- הערה כללית מס' 20 של הועדה נגד עינויים, פסקה מס' 14 ("by competent authorities", "so as to make the remedy effective");
- הערה כללית מס' 6 של ועדת זכויות אדם, בנוגע לסעי' 6 לאמנה האזרחית (הזכות לחיים), "effective facilities and procedures to investigate thoroughly"; פסק דין של בית הלורדים הבריטי: *R. (Amin) v. Secretary of State for the Home Department* [2003] UKHL 51 ("effective investigation, 'reasonably complete'")

62. בנוסף, פסקי דין רבים של בית המשפט האירופי לזכויות אדם קובעים את החובה לחקור באופן מקצועי ואפקטיבי – קרי באופן שמאפשר גילוי האמת ועמידה על אחריות של יחידים ומוסדות להפרת זכויות יסוד. להלן רשימה חלקית:

- *Ramsahai v. The Netherlands* (Application no. 52391/99), Judgment 15 May 2007, § 324 ("In order to be 'effective'...an investigation...must firstly be adequate. That is, it must be capable of leading to the identification and punishment of those responsible.");
- *Finucane v. The United Kingdom* (Application no. 29178/95) Judgment, Strasbourg, 1 July 2003. § 67-69 ("effective official investigation ... secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their

accountability for deaths occurring under their responsibility ... capable of leading to a determination of whether the force used in such cases was or was not justified in the circumstances ... and to the identification and punishment of those responsible ... reasonable steps...to secure the evidence concerning the incident, including *inter alia* eye witness testimony, forensic evidence and, where appropriate, an autopsy.... Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of death or the person or persons responsible will risk falling foul of this standard...").

- *Velikova v Bulgaria* (Application no. 41488/98), Judgment 18 May 2000, § 79 ("The investigation must be, *inter alia*, thorough, impartial and careful"); § 82 ("unexplained failure to undertake indispensable and obvious investigative steps is to be treated with particular vigilance").
- *Aksoy v Turkey* (100/1995/606/694), Judgment 18 December 1996, § 98 ("thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure. ... such a requirement is implicit in the notion of an "effective remedy").

63. גם בית המשפט הבין-אמריקאי לזכויות אדם עמד על חובה זו (בהקשר של חקירת הרג אזרחים). ראו:

Case of Myrna Mack-Chang v. Guatemala. Judgment of November 25, 2003. Series C No. 101, para. 4 ("a serious and effective investigation that could be the basis for complete elucidation of the facts, prosecution, trial, and punishment of those responsible, both direct perpetrators and accessories, within a reasonable term.").

64. וכן קיימים מספר לא מבוטל של החלטות מוסדות האו"ם החוזרים על הדרישה שחקירות תהיינה מקצועיות ואפקטיביות כדי שיעמדו בדרישות החוק הבינלאומי:

- GA Res 60/147 16 December 2005, 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, para. II. 3(b) ("effectively...thoroughly")
- GA Res 55/111 12 March 2001, Extrajudicial, summary or arbitrary executions, para. 6 ("exhaustive", "identify and bring to justice those responsible"), para. 7 ("thoroughly")
- Principle 11 of the Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions, E.S.C. res. 1989/65, annex, 1989 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) at 52, U.N. Doc. E/1989/89 (1989) ("thorough ... The purpose of the investigation shall be to

determine the cause, manner and time of death, the person responsible, and any pattern or practice which may have brought about that death. It shall include an adequate autopsy, collection and analysis of all physical and documentary evidence and statements from witnesses. The investigation shall distinguish between natural death, accidental death, suicide and homicide."); Principle 10 ("The investigative authority shall have the power to obtain all the information necessary to the inquiry. Those persons conducting the inquiry ... shall also have the authority to oblige officials allegedly involved in any such executions to appear and testify ...").

ד. במהירות ראויה

65. עמדתנו הינה כי דרישת קיום החקירה ללא דיחוי – איננה השוואתית אלא אובייקטיבית. הדרישה היא כי קצב החקירה יהיה כזה שלא יפגע באפקטיביות שלה וביכולתה להניב סעד לקרבנות והרתעה למפירים פוטנציאליים.

66. אנו מבססים פרשנות זו על המקורות הבאים:

- הערה כללית 31 של ועדת זכויות אדם המתייחסת לחקירת הפרות של האמנה הבינלאומית של זכויות אזרחיות ופוליטיות, סעי' 15 ("promptly");

- הערה הכללית 20 של ועדת זכויות האדם, (באשר לחקירת עינויים והתייחסות או עונש משפיל ואכזרי) פס' 14: ("complaints must be investigated promptly...so (as to make the remedy effective")

- פסקי דין מבית המשפט האירופי לזכויות אדם, למשל:

- *Ramsahai v The Netherlands* (Application no. 52391/99), Judgment 15 May 2007, § 9 ("a prompt response by the authorities in investigating a use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts.");
- *Finucane v. The United Kingdom* (Application no. 29178/95) Judgment, Strasbourg, 1 July 2003, §70 (repeated in *Ramsahai*); § 80 ("requirement that effective investigations be commenced promptly and conducted with due expedition").
- *Edwards v UK* (Application no. 46477/99) 14 March 2002, § 86 ("it is crucial in cases of deaths in contentious situations for the investigation to be

prompt. The passage of time will inevitably erode the amount and quality of the evidence available and the appearance of a lack of diligence will cast doubt on the good faith of the investigative efforts, as well as drag out the ordeal for the members of the family.")

• החלטות האו"ם :

- GA Res 60/147 16 December 2005, 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, para. II 3(b) ("promptly").
- GA Res 55/111 12 March 2001, Extrajudicial, summary or arbitrary executions, para. 7("promptly").

ה. פומביות

67. דרישה נוספת שנעדרת מרשימת הדרישות שבהן מחוייבת חקירה לראיית הפרקליטות הצבאית, היא דרישת פומביות החקירה.

68. להבנתנו, דרישה זו משמעה שהליך החקירה יהיה כזה שיאפשר לציבור להתחקות אחר הליך קבלת ההחלטות, יאפשר ביקורת ציבורית, ובעיקר יאפשר לקרבנות, בני משפחותיהם ולעורכי-דינם ונציגיהם לבחון את איכות החקירה וסבירות תוצאותיה.

69. דרישה זו היא חלק בלתי נפרד ואינטגרלי מדרישת האפקטיביות והמקצועיות של חקירות. ללא מעורבות ציבורית, ללא מעורבות (אמיתית) של הקרבנות ונציגיהם, ללא בקרה של הליכי החקירה – הליכים אלה יהיו מועדים לכשלים ועיוותים.

70. לגבי דרישה זו אנו מפנים למקורות הבאים :

החלטות האו"ם :

Principle 16 of the Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions, E.S.C. res. 1989/65, annex, 1989 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) at 52, U.N. Doc. E/1989/89 (1989) ("Families of the deceased and their legal representatives shall be informed of, and have access to any hearing as well as to all information relevant to the investigation, and shall be entitled to present other evidence ... A written report shall be made within a reasonable period of time on the methods and findings of such investigations. The report shall be made public immediately and shall include the scope of the inquiry, procedures and methods used to evaluate evidence as well as conclusions

and recommendations based on findings of fact and on applicable law. The report shall also describe in detail specific events that were found to have occurred and the evidence upon which such findings were based, and list the names of witnesses who testified, with the exception of those whose identities have been withheld for their own protection.")

פסקי דין מבית המשפט האירופי לזכויות אדם, למשל:

- *Isayeva v Russia* (Application nos. 5794/00, 57948/00 and 57949/00), Judgment 24 February 2005, § 213 ("there must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory. The degree of public scrutiny required may well vary from case to case. In all cases, however, the next-of-kin of the victim must be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard his or her legitimate interests.");
- *Finucane v. The United Kingdom* (Application no. 29178/95) Judgment, Strasbourg, 1 July 2003. §71 (repeated in *Isayeva*); *Edwards v UK* (Application no. 46477/99) 14 March 2002, § 73 (same as above).

ג. בדיקה וחקירה בפועל: כשלים בעמידה בסטנדרטים המחייבים

I. תהליך הבדיקה והחקירה של תלונות על הפרת דיני החכימה על-ידי חיילי צה"ל בגדה המערבית: ומדיניות החקירות החל מאוקטובר 2000

התחקיר המבצעי

71. כפי שמפורט בנייר העמדה של הפרקליטות הצבאית, הגוף האמון בצה"ל על חקירת תלונות על הפרת החוק על-ידי חיילים, היא המשטרה הצבאית החוקרת ("מצ"ח").

72. מאז פרוץ אינתיפאדת "אל-אקצא" בספטמבר 2000 הנהיג הפצ"ר מדיניות חקירות חדשה לפיה לא תיפתח חקירת מצ"ח בכל מקרה שנפגע אזרח בפעילות מבצעית בשטחים הכבושים, ותחת זאת ייערך תחקיר מבצעי שרק לאחר קבלת ממצאיו יחליט המשיב האם יש מקום להורות על פתיחה בחקירה.

73. בעבר (ולא כל-כך רחוק – באינתיפאדה הראשונה) צה"ל התהדר בכך שכל אימת שאדם נהרג במהלך פעילות צבאית – נפתחת חקירת מצ"ח (ראו ספרו של הפצ"ר לשעבר, אמנון סטרשנוב, **צדק תחת אש**, עמ' 139). פעם שלטה הדיעה כי:

"מותו של ילד קטן הינו מעשה בל יסלח ובל יכופר ואין כל חשיבות על מי מוטלת האחריות למוות ולפיתחו של מי רובצת

*חטאת איום זה... דרשתי איפוא ממצ"ח להעמיק את החקירה
בנושא כאוב זה"*

(א. סטרשנוב, **צדק תחת אש**, עמ' 166-167)

74. אכן, המדיניות החדשה עומדת בסתירה לפרקטיקה אשר הונהגה בתקופת ה"אינתיפאדה הראשונה" בה נהג צה"ל על פי פקודת מטכ"ל מס' 33.0304, אשר חייבה פתיחה בחקירת מצ"ח בכל מקרה שבו הגיעה לידי הפרקליט מידע על הריגת אזרח בידי חיילי צה"ל, למעט באירועי פח"ע (פעילות חבלנית עוינת).

75. מעמדו של התחקיר המבצעי מעוגן בסעיף 539א' לחוק השיפוט הצבאי. על מעמדו של התחקיר המבצעי עמדה כב' השופט (בדימוס) דורנר בבג"צ 6208/96 מור חיים ואח' נ' צה"ל ואח' (פד"י נב(3), 835, 834):

"התחקיר המבצעי הינו ככלל הדרך המתאימה לחקירת אירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית. הוא נערך, בדרך-כלל, על ידי גורמים מקצועיים הקרובים לנעשה בשטח, ומצויים בפעילות המבצעית. הוא מתרחש מיד בסמוך לאירוע, כשהאירוע עדיין טרי בזיכרונם של המשתתפים בתחקיר. הוא נעשה באופן בלתי אמצעי ובלתי מסורבל. הוא מהווה חלק אינטגרלי ממכלול הפעולה המבצעית הצה"לית מאז ראשית קיומו של צה"ל."

76. הנה כי כן, מהותו של התחקיר המבצעי הינה מקצועית. מטרתו להפיק לקחים מבצעיים וללמוד מכשלים ותקלות מבצעיות. הוא אינו כלי שנועד לאסוף ראיות או לקבוע אחריות אישית.

77. תכונותיו של התחקיר המבצעי ואופן ביצועו נגזרים מתכליותיו אלה:

א. למעט במקרים חריגים, עורכי התחקיר המבצעי הם מפקדים בשרשרת הפיקוד של היחידה המעורבת בפעילות המתוחקרת;

ב. למעט במקרים חריגים, עורכי התחקיר המבצעי אינם בעלי הכשרה בחקירות ואין להם יכולות חקירתיות וכלים פורנזיים כלשהם;

ג. הנאמר בתחקיר המבצעי אינו קביל במשפט על עבירה שבוצעה בפעילות המתוחקרת;

ד. התחקיר הוא חסוי;

ה. למעט במקרים חריגים, במסגרת התחקיר המבצעי נשמעות גרסאותיהם של חיילים וקצינים בלבד ואילו גרסאות אזרחים כמעט לעולם לא נשמעות.

78. יש דין אינו חולק על הצורך בקיומם של תחקירים אלו כאשר צה"ל נדרש לברר כשלים מבצעיים. יחד עם זאת, העובדה כי מאז אוקטובר 2000 תחת פרדיגמת ה"עימות המזוין" הפך התחקיר המבצעי לחסם משמעותי וחמור בפני קיומן של חקירות פליליות אפקטיביות של אירועי ירי בהם נפגעו אזרחים פלסטינים, היא חמורה ומקוממת **ולהבנתנו מהווה הפרה של החובה לחקור.**

79. מרכזיותו של התחקיר המבצעי מאז החלת מדיניות החקירות החדשה, הופכת אותו במקרים רבים מאוד לכלי הבדיקה / חקירה היחיד. אמנם הפרקליטות הצבאית טוענת שתהליך ה"בדיקה" (המקדימה להחלטה אם לפתוח בחקירה פלילית) כולל לא רק את התחקיר המבצעי אלא גם גביית עדויות ע"י מצ"ח וקבלת חומר מארגוני זכויות אדם או קטעי עיתונות – אבל הנסיון של יש דין מראה כי גביית עדויות של פלסטינים במסגרת הבדיקה היא נדירה עד כמעט לא קיימת.

80. הלכה למעשה, התחקיר המבצעי הוא ליבת הבירור וברוב המקרים הפעולה היחידה הכלולה בו. לא פלא, אם-כן, שהפרקליטות הצבאית בנייר העמדה שהגישה מסבירה כי מדיניות החקירות מחייבת –

"כי תחילה ייערך, באמצעות תחקיר מבצעי, בירור ראשוני של נסיבות האירוע – בעיקר מנקודת מבטם של הכוחות המעורבים – ועל בסיס ממצאיו (ונתונם זמינים נוספים) תתקבל החלטה האם עולה חשד לביצוע עבירה פלילית המצדיק להורות על פתחיחה בחקירת מצ"ח"

(עמ' 13, ההדגשה שלנו)

81. על היקף המקרים שבהם הודעה על הפרה לכאורה של החוק ע"י חייל או קצין **כלפי פלסטינים בגדה המערבית** אינה מתורגמת לחקירת מצ"ח ולמעשה מסתיימת בבירור שלרוב כולל תחקיר מבצעי בלבד, ניתן ללמוד מהנתונים הבאים שבידי יש דין. כפי שניתן לראות 37% מהתלונות אינן מועברות לחקירת מצ"ח.

טבלה 1: יחס בין מספר הודעות שנמסרו במצ"ח לבין מספר תיקי החקירה שנפתחו וכתבי האישום שהוגשו בעקבותיהן, 2005-2009¹

2005	2006	2007	2008	2009	סה"כ
292	323	477	432	415	1939
155	152	351	323	236	1217 63%
5	9	10	19	6	49 2.53%
1.71%	2.79%	2.1%	4.4%	1.45%	

חקירות המשטרה הצבאית החוקרת

82. בחלק זה נעסוק בתכונות של חקירת המשטרה הצבאית החוקרת, הנפתחת באותם המקרים שצלחו את הבירור (שבליבו התחקיר המבצעי).

83. "תרשים זרימה" כללי של הצמתים המרכזיים בהליך הבירור והחקירה מופיע בעמודים 13-16 במסמך שהגיש הפצ"ר לועדה. בעמודים הבאים נציין נתונים הנוגעים לתוצאות עבודתם של חוקרי מצ"ח ותובעי הפרקליטות הצבאית באותם מקרים בהם הוגשו תלונות בדבר עבירות פליליות שעברו לכאורה חיילי צה"ל נגד אזרחים פלסטינים ורכושם בשטחים.

א. נגישות קורבנות ומסירת הודעות על עבירות חיילים

84. טיפול מצ"ח באירוע מתחיל על בסיס הודעה שמתקבלת באחד מבסיסי מצ"ח. חקירות מצ"ח בדבר עבירות בגדה המערבית מנוהלות בכמה בסיסי מצ"ח, ובעיקר בבסיס מצ"ח שרון ושומרון (ששוכן במחנה בית ליד שבאזור נתניה) ובבסיס מצ"ח ירושלים – שניהם שייכים ליחידת המשנה של מצ"ח בפיקוד המרכז – וכן בבסיס מצ"ח באר שבע ששייך ליחידת המשנה של מצ"ח בפיקוד הדרום. אף לא אחד מבסיסי מצ"ח אינו שוכן בגדה המערבית ועובדה זו משליכה כמובן על נגישותם של קורבנות עבירה פלסטינים לרשויות האכיפה הצבאיות ועל אופן פעולתם של חוקרי מצ"ח בחקירותיהם, כפי שנסקור בקצרה בהמשך.

¹ הנתונים מציינים כתבי אישום שהוגשו על יסוד תיקי חקירה שנפתחו בפועל בכל שנה (אף אם כתב האישום הוגש לאחריו). מקור הנתונים בדבר הודעות שנמסרו למצ"ח בשנים 2005-2007: מענה דובר צה"ל לפניית הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, 1 במאי 2008. מקור הנתונים בדבר הודעות שנמסרו למצ"ח בשנים 2008-2009: מענה דובר צה"ל לפניית יש דין, 26 באפריל 2010. מקור הנתונים בדבר תיקי חקירה וכתבי אישום: מחקר יש דין על יסוד כתבי אישום ופסקי דין שהעביר דובר צה"ל לארגון. במכתבו ליש דין, ציין דובר צה"ל כי 34 מתיקי החקירה שנפתחו בשנת 2008 מקורם בהודעות שהתקבלו בשנת 2007.

85. ההודעה עשויה להתקבל באופן ישיר מיחידה צבאית, ממשטרת ישראל (במיוחד בהתחשב בכך שהכתובת הישראלית העיקרית להגשת תלונות בגדה המערבית בידי אזרח פלסטיני היא שוטר שמוצב במתקן התיאום והקישור שבאזור מגוריו של המתלונן) מארגון זכויות אדם, מהפרקליטות הצבאית (שמשמשת עבור חלק מארגוני זכויות האדם כתובת ראשונה למסירת הודעה על עבירה לכאורה) ובמקרים מעטים ישירות מאזרחים פלסטינים.

86. על בסיס ההודעה ועל פי פרמטרים שנעסוק בהם בהמשך מסמך זה מתקבלת החלטה על אופן הטיפול בהודעה: האם תיפתח חקירה פלילית ("חקירת מצ"ח") או שיערך הליך של בירור או טיפול אחר ובכלל זה סגירת הטיפול בהודעה ללא כל פעולה.

87. הטבלה הבאה מציגה נתונים בדבר זהותם של מוסרי ההודעות שבעקבות הודעתם אכן נפתחה חקירה פלילית. כפי שניתן ללמוד מהטבלה, אזרחים פלסטינים הם מקור נדיר להודעות, ולהבנתנו הדבר נובע, בין היתר, מהיעדר הנגישות שלהם למצ"ח. גם אם נוסף את ההודעות המגיעות מהמשטרה (בהנחה שמקורן בתלונות שהוגשו ע"י פלסטינים במת"קים) נגלה שההודעות המגיעות מהקרבות הם מיעוט ובשנים מסויימות אף מיעוט קטן.

טבלה 2: מוסרי הודעות שהובילו לפתיחת חקירה במצ"ח, 2006-2009²

סה"כ	2009	2008	2007	2006	
81	21	23	23	14	אזרח פלסטיני
185	56	80	39	10	ארגוני זכויות אדם
255	41	70	104	40	משטרת ישראל
152	58	54	26	14	יחידה צבאית
347	56	59	158	74	הפרקליטות הצבאית
1	0	0	1	0	משרד הביטחון
7	4	3	0	0	הרשות הפלסטינית
1028	236	289	351	152	סה"כ

ב. היקף תיקי החקירה שמניבים כתבי אישום

88. נתונים שנאספים במצ"ח ובפרקליטות הצבאית ונמסרים ליש דין לבקשת הארגון, כמו גם העתקיהם של פסקי דין שניתנו בבתי הדין הצבאיים, אותם מעביר דובר צה"ל ליש דין בשנים האחרונות על-פי דרישת הארגון, מאפשרים ליש דין להציג נתונים מדוייקים בדבר

² הנתונים בטבלה זו מתייחסים אך ורק להודעות שבעקבותיהם נפתחה חקירה פלילית במצ"ח. מקור נתוני השנים 2006-2007: מענה דובר צה"ל לפניית יש דין, 15 באפריל 2008. מקור נתוני השנים 2008-2009: מענה דובר צה"ל לפניית יש דין, 26 באפריל 2010. בנוגע לנתוני שנת 2008, ציין דובר צה"ל כי 34 תיקי חקירה שנפתחו בשנת 2008 מקורם שהודעות שהתקבלו בשנת 2007.

מספר תיקי החקירה שעניינם עבירות חיילים נגד פלסטינים ורכושם שהניבו בסופו של דבר כתבי אישום (כנגד נאשם אחד או יותר).

89. ובכן, 1806 חקירות פליליות נפתחו במצ"ח מאז תחילתה של האינתיפאדה השנייה ועד לסוף שנת 2009.³ מדובר בחקירות שנפתחו בנוגע לקשת רחבה של פגיעות קשות באזרחים פלסטינים וברכושם: מעשי הרג ופציעה, מעשי ביזה, גניבה ופגיעה אחרת ברכוש, אלימות והתעללות בעוברי אורח ובעצורים וכיוצא באלה. נכון לינואר 2011, היקף החקירות שהניבו כתבי אישום עומד על **ששה אחוזים בלבד**.

טבלה 3: חקירות מצ"ח והגשת כתבי אישום בעקבותיהם, 2000-2009⁴

שנה	תיקי חקירה שנפתחו במצ"ח	כתבי אישום	
		תיקי חקירה שהניבו כתבי אישום	באחוזים מתוך תיקי החקירה
2009	236	6	2%
2008	323	19	6%
2007	351	10	3%
2006	153	9	6%
2005	155	5	3%
2004	189	12	6%
2003	146	16	11%
2002	155	23	15%
2001	82	7	9%
2000 ⁵	16	1	6%
סה"כ	1806	108	6%

ג. עילות סגירתם של תיקי החקירה: לפרקליטות הצבאית אין נתונים

90. הפרקליטות הצבאית לא מרכזת נתונים בדבר עילות סגירתם של תיקי חקירה שחקירתם הסתיימה, ועל כן אין באפשרות הפרקליטות הצבאית לפלג את תיקי החקירה שנסגרו על פי עילות סגירה, כך על-פי מענה הפרקליטות הצבאית לפנייתנו.⁶

³ הנתונים כאן נכונים ליום 1 בינואר 2011 ונשענים על המידע שהעביר דובר צה"ל ליש דין עד מועד זה.
⁴ מקור נתוני תיקי החקירה שנפתחו במצ"ח בשנים 2000-2002: חנן גרינברג, "צה"ל 2004: זינוק במספר העבירות בשטחים", Ynet, 10 בינואר 2005. מקור נתוני תיקי החקירה שנפתחו בשנים 2003-2007: מענה דובר צה"ל לפניית יש דין, 15 באפריל 2008. מקור נתוני תיקי החקירה בשנים 2008-2009: מענה דובר צה"ל לפניית יש דין, 26 באפריל 2010. מקור הנתונים בדבר כתבי אישום שהוגשו: מחקר יש דין על יסוד כתבי אישום ופסקי דין שהעביר דובר צה"ל לארגון. הנתונים אינם כוללים תיקי חקירה שנפתחו וכתבי אישום שהוגשו בשנת 2010. יובהר כי הנתונים מציינים את כתבי האישום שהוגשו על יסוד תיקי החקירה שנפתחו בפועל בכל אחת מהשנים (אף אם כתב האישום הוגש מאוחר יותר). לבקשת יש דין, מסר דובר צה"ל ליש דין במכתבו מיום 26 באפריל 2010 נתונים חלקיים בדבר הגשת כתבי אישום בשנים 2007-2009, בצירוף הערות והסתייגויות שונות. הנתונים המוצגים בטבלה זו הוצלבו גם מול נתונים מספריים אלה שהעביר דובר צה"ל אל יש דין.

⁵ לאחר תחילתה של האינתיפאדה השנייה, ב-29 בספטמבר 2000.

91. לכן, על אף שברור כי חלק מתיקי החקירה נסגרו לאחר שהשתכנעו החוקרים והפרקליטים הצבאיים שבחנו את חומרי החקירה כי ביסוד התלונה אין עבירה פלילית, הרי שלא ניתן לדעת מה היקף תיקי החקירה שנסגרו מחוסר אשמה ומה היקף תיקי החקירה שנסגרו לאחר שכשלו החוקרים במלאכתם לאסוף ראיות מספיקות להעמדת חשודים לדין. העדר מידע מוסמך מטעם הפרקליטות הצבאית על היקף כשלון חוקרי מצ"ח בחקירת עבירות מקשה מאד על הנחיית גורמי החקירה והתביעה בתיקון כשלים מערכתיים חוזרים.⁷

ד. הודעות

92. כאמור לעיל (ראו טבלה מס' 1) ב-37% מההודעות שנמסרות בעניין חשד לביצוע עבירות של חיילים נגד פלסטינים לא נפתחת חקירה פלילית בעקבות ההודעה. הסיבות לכך עשויות להיות מדיניות הפרקליטות הצבאית שלא לחקור תלונות על עבירות מסוימות שבוצעו בנסיבות "מבצעיות", החלטה של הפרקליטות הצבאית כי המידע שנמסר בהודעה אינו מבסס חשד לעבירה, כמו גם החלטה של גורמי מצ"ח שהתלונה אינה מצביעה על ביצוע עבירה פלילית ובמקרים מסוימים אף אובדן חומר החקירה.

93. בחינת הפער שבין מספר ההודעות שנמסרו למצ"ח בשנים האחרונות לבין מספר החקירות שנפתחו ומספר כתבי האישום שהוגשו על-יסוד אותן חקירות מצביע כי הסיכוי שהודעה שתימסר במצ"ח תהפוך בסופו של דבר לכתב אישום שיוגש כנגד חשודים הוא זעום מאד: 1939 הודעות שנמסרו למצ"ח בשנים 2005-2009 הפכו ל-1217 חקירות, אך רק 49 מתיקי החקירה – שהם כ-2.5% מההודעות – התרגמו עד ינואר 2011 לכתבי אישום נגד חשודים (טבלה מס' 1 לעיל).

ה. הרשעות, זיכויים, וביטול כתבי אישום

94. כתבי אישום מוגשים בידי הפרקליטות הצבאית בבתי הדין הצבאיים המחוזיים. על פי המידע שמצוי בידי יש דין, נכון ליום 1 בינואר 2011, מאז ספטמבר 2000 הועמדו לדין פלילי בידי התביעה הצבאית 189 נאשמים – חיילים וקצינים – בעבירות הקשורות לפגיעה באזרחים פלסטינים ורכושם. ביחס לשבעה נאשמים מתנהלים עדיין ההליכים המשפטיים או שלא נמסרו ליש דין תוצאות ההליכים הללו.

⁶ מענה דובר צה"ל לפניית יש דין, 26 באפריל 2010. תשובות דומות העביר דובר צה"ל לפניית קודמות של יש דין. ראו **חריגים**, עמ' 18, ה"ש 14.

⁷ ביקורת זו אינה חדשה. בדוח **חריגים** כבר ביקר יש דין את המנעות הפרקליטות הצבאית ומצ"ח מאיסוף נתונים בדבר עילות הסגירה של תיקי חקירה שעניינם עבירות נגד אזרחים פלסטינים. למרבה הצער גורמי אכיפת החוק הצבאיים עדיין נמנעים מריכוז נתונים כאמור.

95. 162 נאשמים, שהם רובם המכריע (89%) של 182 הנאשמים שתוצאות ההליכים בעניינם ידועות ליש דין הורשעו עם תום ההליכים המשפטיים בעניינם. תשעה מהנאשמים זוכו (5%) וכתבי האישום שהוגשו נגד 11 נאשמים אחרים (6%) בוטלו או הומרו בהעמדה לדין משמעת.

ו. הרשעת חיילים בקשר למות אזרחים

96. בשנים 2002-2009 נפתחו במצ"ח 173 חקירות שעניינן חשד להרג אזרחים פלסטינים שלא כדין בידי חיילי צה"ל.⁸ רק 14 מתיקי החקירה הללו הניבו כתבי אישום, שהוגשו נגד 19 נאשמים.

97. עד ינואר 2011 הסתיימו ההליכים המשפטיים בעניינם של 18 מבין 19 הנאשמים. נאשם אחד זוכה, כתב האישום נגד נאשם אחר בוטל, ו-16 הנאשמים הנותרים הורשעו בעבירות שונות.

98. כתבי האישום שהוגשו עסקו באירועים בהם נהרגו 17 אזרחים פלסטינים מאז תחילתה של האינתיפאדה האחרונה. בכתב האישום האחרון שהוגש בעניין זה הואשם סמ"ר ס', חייל מחטיבת גבעתי, בעבירות של הריגה והתנהגות שאינה הולמת. כתב האישום ייחס לנאשם הריגת אדם שזהותו אינה ידועה במהלך "מבצע עופרת יצוקה", בעת שהמנוח הלך בקרב קבוצת אנשים שלפחות אחד מחבריה הניף דגל לבן.⁹

99. על אף ש-16 נאשמים הורשעו עד כה בעבירות שונות בעקבות חקירות שנפתחו לבירור נסיבות הריגתם של אזרחים, רק חמישה מהם הורשעו בעבירות שנקשרו במפורש בפסק הדין למותם של אזרחים: שלושה פלסטינים ואזרח בריטי אחד.¹⁰ בעניינם של נאשמים אחרים, ציינו בתי הדין הצבאיים במפורש כי התביעה הצבאית לא הצליחה להוכיח את

⁸ ממשלת ישראל פרסמה כי בשנים 2002-2008 נפתחו במצ"ח 162 חקירות שעניינן מקרי מוות של אזרחים פלסטינים (מקור נתון זה: State of Israel: The Operation in Gaza: Factual and Legal Aspects. July 2009. P. 110, para. 295). לסך זה נוספו 11 חקירות שנפתחו בשנת 2009 (מקור הנתון: מענה דובר צה"ל לפניית יש דין, 26 באפריל 2010).

⁹ תיק בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ"ל מט/816/10 התובע הצבאי נ' סמ"ר ס'.
¹⁰ שני נאשמים נוספים הורשעו בעבירות שקשורות לנסייונות לשבש חקירה. קצין אחד הורשע בגרימת מותו ברשלנות של בן 16 (מז/135/03 התובע הצבאי נ' סרן צבי קורצקי וכן פס"ד בערעור ע/64/04; חייל הורשע בהריגת אזרח בריטי ובעבירות נוספות וחברו הורשע בעבירות הנוגעות לשיבוש החקירה (דר/10/04 התובע הצבאי נ' סמל תייסיר הייב וכן פס"ד בערעור ע/96/05; דר/7/04 התובע הצבאי נ' סמל עימאד עטאונה); שני חיילים הורשעו בקשר להריגתו של תושב הכפר אל-יאמון, האחד בגרימת מוות ברשלנות ושניהם בעבירה של מסירת ידיעות כוזבות והתנהגות שאינה הולמת (צפ/450/04 התובע הצבאי נ' סמ"ר דג"א; צפ/451/04 התובע הצבאי נ' סמ"ר ר"א וכן פס"ד בערעור ע/154/04; שני קצינים זוטרים הורשעו בעבירה של התרשלות בשל חלקם במותו של פעוט מפליטת צרור ממא"ג (צפ/186/04 התובע הצבאי נ' סג"מ צבי ויניק וסג"מ דור גלזל, וכן פס"ד בערעורו של סג"מ ויניק ע/59/05). ראו בדוח חריגים, עמ' 47-52.

הקשר בין מעשי הנאשמים לבין מותם של האזרחים בנסיבות שיוחסו לנאשמים בכתבי האישום המקוריים.¹¹

100. כך, מאז תחילתה של "האינתיפאדה השנייה" בספטמבר 2000 ועד עתה, משך למעלה מעשור, מעט יותר מ-170 מקרים חצו את הרף המחמיר שמציבה הפרקליטות הצבאית ושרק חצייתו מאפשרת לשיטתה פתיחה בחקירה פלילית בדבר נסיבות מותם של אזרחים. מבין אלה, חקירות מעטות בלבד – 14 תיקי חקירה – צלחו במידה כזו שהניבו ראיות מספיקות להגשת כתבי אישום. חקירות מעטות עוד יותר – ארבע בלבד – הניבו הרשעות בהן נקשר מותו של אדם למעשיהם או למחדליהם של נאשמים: במקרה אחד הורשע חייל בעבירת הריגה, בשני מקרים הורשעו חיילים בגרימת מוות ברשלנות ובמקרה נוסף הורשעו שניים בעבירה של רשלנות. בכל הנוגע לחקירת עבירות לכאורה שהביאו למותם של אזרחים פלסטינים, לא מלמד "מבחן התוצאה" על הצלחתם של גורמי אכיפת החוק הצבאיים בחקירה ובתביעה אפקטיביות.

101. אמנם ניתן לטעון שלא ניתן להסיק מ"מבחן התוצאה" דבר לגבי איכות החקירות והליכי התביעה בצה"ל, שהרי יתכן שהנתונים הם תולדה של העדר אשמה במקרים המסויימים שנחקרו. אלא שאת הנתונים יש לבחון על רקע הכשלים שיתוארו להלן ושלדעתנו מגלים כי המספר הבודד של חקירות שהניבו כתבי אישום והמספר הקטן עוד יותר של חקירות שהובילו להרשעה בעבירת המותה הם תוצאה בלתי נמנעת של כשלים מערכתיים בהליכי החקירה והתביעה.

II. לוחות זמנים לקבלת החלטות בפרקליטות הצבאית

על פתיחה בחקירה פלילית

102. יש דין טיפל ב-14 תיקים בהם הוחלט לאחר הליך של "בירור" שלא לפתוח בחקירה פלילית.¹² בממוצע חלפו מעט יותר מ-15 חודשים (458 יום) בין מועד ההודעה שנמסרה למצ"ח לבין מועד קבלת ההחלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית.

103. נכון ליום 30.1.2011 היו מצויים במעקב יש דין 15 תיקים בהליך של "בירור" וטרם התקבלה החלטת הפרקליטות הצבאית האם לפתוח בהם חקירה פלילית. בין מועד

¹¹ להרחבה בעניין זה, ראו חריגים, עמ' 43-61. מאז פרסומו של הדוח חריגים ניתנו פסקי דין בענייניהם של שני נאשמים נוספים שהואשמו בתחילה בקשר למותם של שני אזרחים פלסטינים. בשני המקרים הללו הורשעו הנאשמים בעבירות שונות מבלי לקשור את הרשעתם למותם של המנוחים. בתיק ביד"צ מרכז מר/186/04 הואשם רס"ל ג"א בעבירות שנוגעות למותו של הנער עומר מטר, בן 14 ולפציעת חברו בן ה-16 בחודש מארס 2003 (ראו חריגים, עמ' 49). הנאשם הודה בכתב אישום מתוקן והורשע בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק ונדון לשלושה חודשי מאסר על-תנאי ולהורדה לדרגת טוראי. סמ"ר ל"י הורשע בתיק מר/158/03 (ראו חריגים, עמ' 48) בעבירה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות ונדון לשבעה חודשי מאסר על-תנאי ולקנס בסך אלף ש"ח.

¹² האמור כאן מתייחס לתיקים בהם נערך תהליך של "בירור" והתקבלה החלטה בפרקליטות הצבאית שלא לפתוח בחקירת מצ"ח. אין הכוונה כאן למקרים בהם לאחר קבלת הודעה במצ"ח הוחלט בידי גורמי מצ"ח שלא לחקור את התלונה. יש דין טיפל בחמישה מקרים כאלה.

מסירת ההודעה בדבר האירועים הללו לבין יום 30.1.2011 חלפו במוצק 566 יום, שהם **קרוב לשנה ושבעה חודשים**. שמונה מהתיקים הללו ממתנינים להחלטה מעל שנה וחצי, בשלושה מקרים חלפו בין שנה לשנה וחצי מאז נמסרה ההודעה ועד והחלטה בשלוש הודעות נוספות מתעכבת פרק זמן קצר יותר משנה אחת.

על גורל תיק חקירה: לסגירה או להגשת כתב אישום

104. מבין 38 תיקים שבמעקב יש דין, בהם התקיימה חקירה פלילית והתקבלה החלטה של הפרקליטות הצבאית לסגור את תיק החקירה מבלי להגיש כתב אישום, מסרה הפרקליטות הצבאית ליש דין מידע בדבר מועד קבלת ההחלטה על סגירת התיק ב-15 מקרים בלבד. משך פרק הזמן הממוצע שבין העברת חומר החקירה ממצ"ח לעיון הפרקליטות הצבאית לבין מועד קבלת ההחלטה בדבר סגירת התיק היה **קרוב לשנה** (340 יום).

105. ב-57 תיקים נוספים שבמעקב יש דין, בהם הסתיימה חקירת מצ"ח, טרם התקבלה החלטת הפרקליטות הצבאית בדבר גורל החקירה עד ל-30 בינואר 2011.

- מבין תיקים אלה, בעשרה מקרים חלפו **למעלה משנתיים** בין תום חקירת מצ"ח והעברת חומר החקירה לעיון הפרקליטות הצבאית לבין 30 בינואר 2011.
- ב-24 מקרים ממתין חומר החקירה להחלטת הפרקליטות **בין שנה לשנתיים**.
- ב-23 מקרים טרם חלפה שנה מאז הועבר תיק החקירה לעיון והחלטת הפרקליטות הצבאית, אך ב-13 מהם חלפו למעלה מששה חודשים.

III. אי-עמידת התחקיר המבצעי בדרישות החובה לחקור

106. על רקע הניתוח של המסגרת הנורמטיבית-משפטית ועל רקע הנתונים שהצגנו לעיל, נבקש לפרט בפני הועדה את עמדת יש דין לגבי עמידתו של מנגנון הבירור הקיים בצה"ל בתלונות על הפרת דיני הלחימה, בדרישות המשפט הבינלאומי.

107. בחינה זו תיעשה בהתאם לרשימת הדרישות שמצאנו כי חלות על החובה לחקור.

108. נתחיל בבחינת עמידתו של התחקיר המבצעי בדרישות החובה לחקור ולאחר מכן נעבור לבחינה של התמלאות הדרישות באותם תיקים בהם מתקיימת חקירת מצ"ח.

עצמאות

109. התחקיר המבצעי נעשה בתוך הצבא. כפי שתואר לעיל, גם אם נקבל את עמדת הפרקליטות הצבאית כי היא נהנית מעצמאות פונקציונאלית, ברי כי התחקיר הצבאי

הנערך ביחידות עצמן או ע"י מפקדיהם מהיחידות הממונות, מהווה מנגנון של "בדיקה פנימית" נעדר כל עצמאות. הבדיקה של אירועים המקימים חשד להפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטרי נעשית ע"פ מדיניות החקירות מאוקטובר 2000 בראש ובראשונה בתוך הגוף החשוד לכאורה בביצוע העבירה.

110. ברור אם-כן, כי בירור שכזה, גם אם פורמאלית מסתיים בהחלטה של הפרקליטות הצבאית, היות והחלטה זו נסמכת באופן בלעדי על התחקיר המבצעי, אינו עומד בדרישת העצמאות. הליך הבירור נעשה על-ידי גוף מעורב ולפיכך נגוע בניגוד אינטרסים אינהרנטי, ולפיכך ההחלטה שנובעת ממנו אינה עצמאית.

אפקטיביות / מקצועיות

111. התחקיר המבצעי אינו מבצע על-ידי חוקרים. האמונים על התחקיר המבצעי אינם אנשים שהוכשרו בחקירות ואין להם את הכלים החקירתיים והפורנזים הנדרשים לגילוי ראיות ולחשיפת האמת. היות והאוריינטציה של התחקיר המבצעי איננה בחינה של אחריות פלילית, לא פלא שהליכי התחקיר אינם בנויים למיקסום האפקטיביות של בדיקת סוגייה זו.

112. בנוסף, התחקיר המבצעי, כאמור לעיל, חוסם לרוב ועד להחלטה אחרת של הפצ"ר פתיחתן של חקירות פליליות. במצב כזה, בו נמשך הבירור באמצעות התחקיר המבצעי זמן רב נפגמת האפקטיביות של חקירת מצ"ח לכשזו תיפתח. לא רק שהתחקיר אינו מקצועי אלא שבזמן התחקיר, הנערך ע"י גורמי צבאי שלא הוכשרו לטיפול בחשדות לעבירות פליליות נפגם הליך החקירה הפלילית העתידי:

א. בראש ובראשונה, עולה חשש ממשי לתיאום עדויות בין החיילים שלקחו חלק בפעולה המעוררת חשד להפרת הדין;

ב. קיום ראיונות עם החיילים המעורבים הוא מעין "חזרה גרלית" לקראת החקירה הפלילית;

ג. ראיות המצויות בזירה עלולות להיות מושמדות, להעלם מבלי יכולת לשחזרן, כך שבמקרים רבים חקירה שתפתח מאוחר יותר, מקצועית ככל שתהיה, לא תוכל לאסוף ראיות-זירה;

ד. הזמן החולף עד לפתיחת החקירה גורם לאבדן חדות הזיכרון של עדים, לפגיעה בראיות ולהזדמנות לבידוי ראיות;

פומביות

113. ע"פ סעיף 539א(ב)(2) לחוק השיפוט הצבאי "חומר התחקיר יהיה חסוי בפני כל אדם ואולם הוא יימסר, כולו או חלקו, רק לאותם גופים בצבא שהתחקיר דרוש להם לצורך מילוי תפקידם". אם-כן, לא רק שחומרי התחקיר חוסיים אלא אף מסקנותיו הינן חסויות בפני כל גורם חיצוני לצה"ל.

114. בכך נמנעת אפשרותם של קורבנות עבירה, ארגוני זכויות אדם, או בעלי עניין אחרים האפשרות לערער על מסקנות התחקיר המבצעי, בפרט כאשר אלו אינן מביאות לפתיחה בחקירה.

115. ואכן, במקרים הרבים שיש דין ביקש לערור על החלטה שלא לפתוח בחקירה פלילית, לא ניתן לעורכי-דינו לעיין בחומרים שנאספו בתחקיר, ולמעשה נגזר עלינו להגיש ערר המתבסס על הנמקה, לאקונית לרוב, של הפרקליט שהחליט על אי פתיחה בחקירה.

משוא פנים

116. התחקיר המבצעי אינו כולל (למעט מקרים יוצאי דופן ובודדים) האזנה לנראטיב של קרבנות העבירה, של עדי ראיה אזרחיים ולמעשה של כל אדם שאיננו החיילים והקצינים המעורבים בפעילות הנחקרת.

117. כפי שצויין לעיל, התחקיר מבוצע לרוב ע"י מפקדים בשרשרת הפיקוד של היחידה המעורבת.

118. שתי תכונות אלה הופכות את התחקיר המבצעי להליך נגוע ומוטה קשות.

"ללא דיחוי"

119. ע"פ הידוע ליש דין התחקיר המבצעי אינו מוגבל בזמן, כך שייתכנו מצבים בהם התחקיר המבצעי יימשך זמן רב עד שבפועל יאויין הסיכוי לניהולה של חקירה פלילית עתידית.

120. בפועל – התחקירים נמשכים אכן זמן רב עד לקבלת החלטה של הפרקליטות הצבאית. נתונים עדכניים בדבר משך הזמן של התחקיר המבצעי הובאו לעיל והם מצביעים על כך שהליך הבירור נמשך לעיתים חודשים ארוכים ואף שנים.

121. לשם דוגמא נביא את תיק יש דין 1686/09: ביום 12.12.08 נורה ונפצע באורח קשה יעקוב מוחמד צאלח עלא קצראוי בן ה-15 בחברון. בעקבות האירוע הוגשה ע"י יש דין הודעה למצ"ח ביום 18.1.09 (הודעה מס' 1237/08 למצ"ח באר-שבע). עד היום, בחלוף למעלה

משנתיים טרם החליטה הפרקליטות הצבאית האם לפתוח בחקירת מצ"ח, ובכל תשובותיה ליש דין נאמר כי "התיק בטיפול".

122. לסיכום: הליך הבירור, כשאין לאחריו חקירה פלילית, אינו עומד באף אחת מדרישות החובה לחקור שמטיל המשפט הבינלאומי על מדינת ישראל. הבירור לוקה בחוסר עצמאות, הוא אינו מקצועי (ולפיכך גם לא אפקטיבי), הוא נערך בסתר וללא בקרה ציבורית (ולפיכך נעדר פומביות), הוא נגוע במשוא פנים והוא נערך בקצב שלא ניתן לומר עליו שעומד בדרישת המהירות.

IV. כשלים בחקירת מצ"ח

"ללא דיחוי"

123. לאור מדיניות הפרקליטות הצבאית מאז אוקטובר 2000, הפתיחה בחקירת מצ"ח מתעכבת במקרים רבים, ואינה עולה בקנה אחד עם הדרישה לפתוח בחקירה כזו "ללא דיחוי" כאשר מתעורר חשד לכאורי להפרת דיני הלחימה. למצער, אי עמידה של הפרקליטות הצבאית בדרישה זו בולטת במיוחד בתיקים החמורים של הרג ופציעת אזרחים פלסטינים כאשר הנסיבות דווקא מחייבות פתיחה מיידית בחקירה.

124. נתונים עדכניים המצויים בידי יש דין לגבי קצב ביצוע חקירות וקבלת החלטות בפרקליטות הצבאית מראה כי קיים צוואר בקבוק חמור בפרקליטות שגורם לתיקים להתקע שנים.

125. כמובן שבמצב דברים זה לא ניתן לומר שהליך הטיפול בתיק שנחקר ע"י מצ"ח עומד בדרישת ה"ללא דיחוי".

126. לשם דוגמא נביא את **תיק יש דין 1390/08**: ביום 5.1.08 נפצע מוחמד פסיל מוסא סלים בן ה-16 מירי כוח צה"ל בכפר עזון. לאחר הגעת המידע ליש דין פנה הארגון לפרקליטה לעניינים מבצעיים, סא"ל סיגל משעל שחורי ב-30 במרץ 2008 בדרישה לחקירת האירוע. האירוע נבדק על ידי הפרקליטות לעניינים מבצעיים במשך למעלה משנה וחודשיים, עד שביום 4.6.09, שנה וחצי בקרוב לאחר האירוע, הודיע הפצ"ר על החלטתו להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח לנסיבות האירוע (תיק מצ"ח שרון שומרון 210/09). ביום 28.12.10, כמעט 3 שנים לאחר האירוע יודע יש דין כי תיק החקירה הועבר להכרעת הפרקליטות לעניינים מבצעיים.

אפקטיביות / מקצועיות

127. במהלך עבודת יש דין מאז הוקם לפני שש שנים נחשף הארגון לחקירות מצ"ח רבות. בכל מקרה בו נסגר תיק מצ"ח ע"י הפרקליטות הצבאית, צולם תיק החקירה ע"י הארגון וחומר החקירה בו נבחן על מנת להחליט אם יש מקום להגיש ערר. מדובר בעשרות תיקי חקירה אליהם נחשף הארגון ומתוך בחינה רחבה ניתן לציין מספר בעיות וקשיים בלתי מבוטלים בעבודת מצ"ח אשר הופכים את קיומה של חקירה אפקטיבית ומקצועית לבלתי אפשרית:

- נגישות – בסיסי מצ"ח בהם נחקרים חשדות לעבירות כלפי אזרחים פלסטינים ממוקמים בתחומי הקו הירוק (מצ"ח ירושלים, מצ"ח באר-שבע ומצ"ח שרון-שומרון). פלסטיני אשר מעוניין להגיש תלונה באופן פיזי לא יכול לעשות זאת, ועל מנת לגבות את עדותו יש צורך בתיאום מוקדם עם חוקר מצ"ח. לרוב עדות זו תגבה במפקדות התיאום והקישור השונות, ובמקרים מסוימים בתנאים שאינם הולמים את המעמד.
- מתורגמנים – במקרים רבים, גביית העדות הראשונה בתיק מתעכבת במשך זמן רב לאור חסרונם של מתורגמנים במצ"ח. פעמים רבות נתקלו אנשי "יש דין בדחייה ארוכה של גביית עדות ממתלוננים פלסטינים עקב חוסר היכולת הבסיסי לתרגם את עדותם.
- מקצועיות חוקרים – רוב חוקרי מצ"ח העוסקים בחקירת תלונות על הפרות לכאורה של חיילים נגד פלסטינים בגדה המערבית, הם חיילים בשירות חובה או מילואים, והכשרתם היא ההכשרה הכללית לה זוכים החוקרים במצ"ח, קרי: קורס חוקרים סמוך לאחר הגיוס וחפיפה בידי חוקרים ותיקים יותר עם הגעתם לבסיס מצ"ח. אין בהכשרה מצומצמת שכזו כדי לתאם את מורכבות, חומרת וחשיבות המקרים עליהם הם אמונים.
- היעדר פעולות חקירה בשטח – במעבר על עשרות תיקי החקירה, נמצא כי רק בפעמים בודדות תועדו יציאות לזירות האירוע של חוקרי מצ"ח.

עצמאות

128. במקרים רבים נדרשים אנשי הפרקליטות הצבאית לחקור פרקטיקות ושיטות פעולה שהפרקליטות הצבאית היתה שותפה ליצירתה או לאישורה. דומה כי אין פגיעה חמורה מזו בעצמאות הגוף החוקר. בנייר העמדה מטעמו קובע הפצ"ר כי "הכובע הכפול" של ייעוץ משפטי ותובע ראשי מצוי אך ורק על ראשם של שני בעלי תפקיד: הפצ"ר עצמו

וסגנו. לטענתו קיימת הפרדה מוחלטת בפרקליטות הצבאית בין היועצים המשפטיים לתובעים הצבאיים אשר מתדרכים ומלווים חקירות מצ"ח בנוגע לחשדות בדבר הפרת דיני הלחימה.

129. אין בידינו לקבל טענה זו. לאור מורכבות המקרים עימם נאלצת הפרקליטות הצבאית להתמודד, הרי שברור כי לפתחו של הפצ"ר וסגנו מגיעות סוגיות שדורשות את התערבותו הן כיועץ המשפטי הבכיר לצה"ל והן כמי שעומד בראש מערכת התביעה הצבאית. במידה והפעולה שאושרה על ידו בכובעו כיועץ משפטי (או על-ידי מי מאנשיו שפועלים תחתיו) תעורר חשד לכאורה להפרת דיני הלחימה, כיצד יוכל הפצ"ר להורות על חקירת מצ"ח בנוגע לאותה סוגיה שבה היה מעורב אישית או מוסדית?

130. סוגיית העצמאות אף מתעוררת בדרגים הנמוכים ביותר של חוקרי מצ"ח. במקרים בהם נדרשים חיילים צעירים שהוכשרו כחוקרים להתמודד עם חקירות מורכבות, קיים חשש להתערבות של גורמים בעלי מעמד וסמכות מקרב שדרות הפיקוד בצה"ל בדרכי החקירה של מצ"ח, וזאת בשל האופי ההירכי של הצבא.

131. כדוגמא לכך ניתן להביא עדות שניתנה במשפט האזרחי (המתנהל בבית המשפט המחוזי בחיפה) בתביעת משפחת רייצ'ל קורי, אזרחית ארה"ב שנהרגה ברצועת עזה על ידי דחפור של צה"ל במרץ 2003, כנגד מדינת ישראל. על פי דיווח מיום 6.9.10 מהעיתון ג'רוזלם פוסט, חוקר מצ"ח שהיה מופקד על חקירת התקרית, הודה בעדותו בבית המשפט כי מפקד פיקוד דרום בזמן האירוע הורה לו "לקצר" את משך החקירה. החוקר, ששמו עודד, סיפר כי היה בזמן חקירת מותה של קורי חסר ניסיון, עם הכשרה של 3 חודשים בלבד, וחקירה של תיק מוות אחד בלבד לפני כן.¹³

חקירת מצ"ח שלאחר תחקיר מבצעי

132. במקרים בהם נפתחת חקירת מצ"ח לאחר תחקיר מבצעי, קיים חשש כבד כי החקירה כבר "זוהמה". כפי שהוסבר לעיל, במסגרת התחקיר המבצעי מוסרים החיילים המעורבים גרסאות לאירוע הנחקר, ומתעורר חשש כבד לתיאום גרסאות. גם ההמתנה הממושכת עד להחלטה אם לפתוח בחקירת מצ"ח מעקרת כמעט לחלוטין את האפשרות לחקירה מקצועית ואפקטיבית.

133. לא נוכל גם שלא להתייחס לחוסר האמון שיוצר העיכוב הנ"ל אצל מתלוננים פלסטינים אשר מתקשים להבין מדוע תלונתם אינה נחקרת באופן מיידי וזוכה ליחס ראוי. כיצד אמור להרגיש קורבן עבירה, שרק חודשים רבים לאחר הגשת תלונתו, פונים אליו לפתע ממצ"ח בבקשה לגבות את עדותו? אך לא רק חוסר האמון של מתלוננים עלול לחבל

¹³ Dan Izenberg, 'General told me to cut short probe of Corrie death'. *Jerusalem Post*, September 6, 2010.

בחקירה. ברור לכל בר דעת כי גביית עדות מקורבן עבירה מיד לאחר הגשת התלונה אינה שקולה לגביית עדות במועד מאוחר יותר, כאשר ייתכן ופרטים חשובים כבר נשתכחו או התעמעמו נוכח חלוף הזמן.

134. **לדוגמא: תיק יש דין 1733/09:** ביום 6.2.09 נורה ונפצע מוחמד פתחי מוחמד מדאמין סלים בכפר ג'יוס מירי כדור גומי ע"י כוח צה"ל. הירי לעבר סלים היה מטווח אפס במדויק לעבר זרועו כאשר ניסה להתנגד למעצר אחיו. נורה לאחר הגעת המידע ליש דין פנה הארגון לתובעת הצבאית הראשית, אלי"מ ז'נה מודזגברשווילי בדרישה לפתוח בחקירת מצ"ח, זאת לאחר שבתגובה להודעה שנמסרה למצ"ח ע"י מתנדבת יש דין (הודעה מס' 123/09 במצ"ח שרון שומרון), נמסר כי האירוע לא ייחקר עד לבירור העובדות. ב-20.8.09, למעלה מחצי שנה לאחר האירוע זומן המתלונן למסור את גרסתו למצ"ח. המתלונן שנאש בינתיים החליט לוותר מתוך אובדן אמון במערכת. עד היום, בחלוף שנתיים מהאירוע, טרם הוחלט על פתיחה בחקירת מצ"ח לבירור נסיבות האירוע, והאירוע עודו בבירור בפרקליטות לעניינים מבצעיים.

135. לסיכום: גם חקירת מצ"ח לוקה בכשלים מבניים חמורים שפוגמים בכל אחת מדרישות החובה לחקור שמטיל המשפט הבינלאומי על מדינת ישראל. התמשכות ההליכים עד להחלטת הפרקליטות הצבאית בתום חקירת מצ"ח, בעיית הנגישות של קורבנות פלסטינים, היעדר מתורגמנים, אי-ביצוע של פעולות חקירה בשטח, בעיית העצמאות כשמדובר בעניינים בהם מעורבת הפרקליטות הצבאית והסודיות האופפת את ההליכים – יוצרים כולם אי-עמידה בדרישות המהירות, המקצועיות, האפקטיביות, העצמאות והפומביות של הליכי האכיפה.

136. בנוסף, באותם מקרים רבים (רבים מאוד) בהם התנהל תחקיר מבצעי בטרם החקירה הפלילית, מתווספים לכל הכשלים שתוארו גם הפגיעות שפוגע התחקיר המבצעי בחקירה, הזמן הרב שהוא אורך, הפגיעה בראיות ובזיכרון העדים, הסכנה של בידוי ראיות ותיאום עדויות.

137. מסקנתנו אם-כן הינה, כי בשל פגמים מבניים קשים אלו, ישראל אינה עומדת בחובתה לחקור תלונות על הפרת הדין ע"י חיילים, ככל שהדבר בא לידי ביטוי בהליכים המתנהלים בתלונות של פלסטינים תושבי הגדה המערבית.

ד. אי דיוקים בניתוח הפרקליטות הצבאית לגבי הפרקטיקה בצבאות

זרים

138. בפרק אחרון זה נבקש להעיר על מספר אי-דיוקים שנפלו לדעתנו בהצגת פרקטיקת החקירות של צבאות זרים, שנכללה בנייר העמדה של הפרקליטות הצבאית.

139. אנו מבקשים להבהיר כי לראייתנו, גם אם ימצא צבא זר שנוהג בדומה לצה"ל, לא יהיה בכך משום הוכחה של חוקיות המדיניות או הפרקטיקה, שהרי הדרישות והחובות קבועות במשפט הבינלאומי, ובו בלבד. יחד עם-זאת, מקובל עלינו כי פרקטיקה של מדינות היא מקור של המשפט הבינלאומי וכי פרקטיקה יכולה אף לשקף פרשנות מוסכמת של הוראותיו.

בריטניה

140. החוק הבריטי המסדיר חקירות בצבא קובע חובה לפתוח בחקירה פלילית במקרים בהם תלונה או אירועים מעלים חשד אצל ה"אדם הסביר" שבוצעה עבירה מרשימת עבירות הקבועה בחוק (והכוללת מגוון רחב של עבירות חמורות כנגד אדם ו/או רכוש, לרבות הפרות של דיני הלחימה הבינלאומיים).

141. החוק מוסיף וקובע כי על כל מפקד (commanding officer) חלה החובה לדווח על כל חשד כי בוצעה עבירה מסוג זה למשטרה הצבאית (service police) ללא דיחוי בלתי סביר (על-פי הנחיות פנימיות של המשטרה הצבאית המלכותית - Royal Military Police - המדובר בתוך 48 שעות). עם הדיווח תחליט המשטרה הצבאית האם יש מקום לפתוח בחקירה פלילית ועצמאית. (ראו: (Armed Forces Act 2006 (Sec. 113). כמו כן, על-פי תקנות המלכה (Queen's Regulations), על אנשי הצבא הבריטי לדווח לקצין המפקד שלהם על כל חשד להפרה בדיני הלחימה, ועל הקצין לדווח הלאה בשרשרת הפיקוד ולהבטיח שהעניין ייחקר באופן יסודי ללא דיחוי (ראו: (Regulation J7.121 & (b)(3)).

אי דיוקים בתיאור הפרקטיקה הבריטית ע"י הפרקליטות הצבאית

142. בנייר העמדה של הפרקליטות הצבאית נטען כי "כמו בצבא ארה"ב (ובצה"ל) ניתנה למפקדים האפשרות לקיים בדיקה ראשונית של טענות בדבר הפרות של דיני הלחימה באמצעות תחקירים; ורק ככל שבמסגרתם התעורר חשד לביצוע עבירה פלילית – או כאשר מלכתחילה מתעורר חשד לביצוע עבירה חמורה – העניין עובר לטיפול המשטרה הצבאית" (עמ' 60).

143. תיאור זה אינו מדויק. כל טענה או חשד אשר היה גורם לאדם סביר לחשוד כי בוצעה הפרה של דיני הלחימה (או כל עבירה הכלולה ברשימה בחוק) ייכנס לקטגוריה של

מקרים המחייבים דיווח מידי ואשר המשטרה הצבאית – ולא המפקדים – תחליט כיצד לנהוג בהם. רק כאשר מדובר בעבירות קלות יותר, אשר אינן מופיעות ברשימה שבחוק, ניתנת למפקד הסמכות לנהל תחקיר ראשוני, ובמקרה כזה הקצין עשוי להיעזר ביעוץ משפטי קודם להחלטה לפעול כאמור.

144. בנוסף, מתיאור הפרקטיקה הבריטית אצל הפרקליטות הצבאית נשמטה הדרישה הקבועה בהנחיות המשטרה הצבאית הבריטית כי דיווחים על חשדות לביצוע עבירות החייבות בדיווח יתקבלו אצלה תוך 48 שעות.

קנדה

145. במערכת הצבאית הקנדית כל האשמה או חשד לכאורה להפרה של דיני הלחימה יופנה לשירות החקירות הלאומי (National Investigation Service), אגף של המשטרה הצבאית המיועד לחקור עניינים חמורים ורגישים, לרבות הפרות של דיני הלחימה. גוף זה אמון על עריכת בדיקה בשאלה האם יש מקום לפתוח בחקירה פלילית.

146. בנוסף, באירועים צבאיים המסתיימים בפגיעה גופנית חמורה או במות של אדם חלה חובת דיווח ישירות לגוף מיוחד במסגרת המשטרה הצבאית.

147. התקבל דיווח על חשד להפרה של דיני הלחימה, שירות החקירות הלאומי יערוך בדיקה בכדי להחליט האם לפתוח בחקירה פלילית, ורק במידה ויחליט כי העניין אינו חמור מספיק להצדיק חקירה, הינו רשאי להעביר את העניין ליחידת הפיקוד לשם בירור האירוע.

אי דיוקים בתיאור הפרקטיקה הקנדית ע"י הפרקליטות הצבאית

148. בתיאור הפרקליטות הצבאית של המערכת הצבאית הקנדית, נטען כי מערכת המשפט בצבא קנדה מתנהלת באופן דומה לצה"ל. אלא שתיאור זה מתעלם מהעובדה כי באופן שונה מאד מהמערכת הצבאית הישראלית, במערכת הצבאית הקנדית הבדיקה הראשונית בשאלה האם לפתוח בחקירה פלילית נערכת בקנדה על-ידי גוף עצמאי – שירות החקירות הלאומי – ולא על-ידי אותה יחידה בצבא ממנה מגיע הדיווח כי התעורר חשד לביצוע הפרה של דיני הלחימה, וזאת הבחנה מהותית.

אוסטרליה

149. במערכת הצבאית האוסטרלית, כל אירוע חמור בו אזרחים שאינם לוחמים מעורבים נחשב "תקרית בת דיווח" (notifiable incident). על המפקדים לקבוע האם מדובר בתקרית בת דיווח, ואם הכריעו שכך הדבר עליהם לדווח עליה ללא דיחוי ובאמצעי הזריז ביותר העומד לרשותם לרשות ההגנה החוקרת (Defence Investigative Authority). רשות זו הינה גוף עצמאי שאינו קשור לשדרת הפיקוד. תקרית בת דיווח הינה, בין היתר,

תקרית אשר מעוררת "חשד סביר" שבוצעה עבירה משמעתית או עבירה פלילית. מותו, פציעתו או העלמותו של אדם שאינו איש צבא, למעט לוחמים אויבים, הינו תקרית בת דיווח אף כאשר אין חשד סביר שעבירה נעברה. (ראו: Australian Government Department of Defence, Defence Instructions (General) ADMIN 45-2, 26 (March 2010, para. 6).

150. על רשות ההגנה החוקרת, בהתקבל דיווח על תקרית בת דיווח, לערוך בדיקה בשאלה האם לפתוח בחקירה, ולהודיע על תוצאותיה תוך שבעה ימים לשרשרת הפיקוד שיש לה אחריות פונקציונאלית על העניין (ראו: שם, פס' 31).

אי דיוקים בתיאור הפרקטיקה האוסטרלית ע"י הפרקליטות הצבאית

151. בנייר העמדה של הפרקליטות הצבאית, נטען כי כאשר מתעורר חשד להפרה של דיני הלחימה תיערך תוך 24 שעות "הערכה מהירה" (Quick Assessment) על-ידי קצין שממונה על-ידי המפקד של הכוח המעורב בתקרית, וזאת לשם בדיקת העובדות ולצורך הערכה האם יש מקום לפתוח בחקירה.

152. תיאור זה אינו מדויק. הכלל הינו כי כל תקרית בת דיווח תועבר למשטרה הצבאית ללא דיחוי, וקיימת למפקד אופציה להורות על עריכתה של הערכה מהירה אם לשיקול דעתו העובדות אינן ברורות וקיים צורך בבירור. הוחלט כי יש צורך בבירור שכזה, ההערכה המהירה **תיערך תוך 24 שעות מהדיווח ועל-ידי גוף עצמאי**, כאשר חריג לכך יורשה רק כאשר הקצין הממונה הינו איש צבא מאותה יחידה אך אינו מעורב בעצמו באירוע שבבדיקה ואין לו אינטרס בתוצאותיה. עוד יובהר כי הדין האוסטרלי קובע כי במקרה וחקירה משטרתית כבר נפתחה, על קצין ההערכה המהירה להבטיח כי ההערכה לא תפגע ולא תפריע לחקירה. כמו כן, ההערכה אינה פוטרת מחובת הדיווח (ראו: Australian Government Department of Defence, Defence Instructions (General) ADMIN 45-2, 26 (7 August 2007).

153. כמו כן, בנייר העמדה של הפרקליטות הצבאית אין אזכור של הבדיקה אשר על רשות ההגנה החוקרת לערוך בתוך שבעה ימים.

ארה"ב

154. בצבא האמריקאי, מפקדים מחויבים לדווח על כל תקרית בת דיווח (reportable incidents) למשטרה הצבאית (US Army Criminal Investigation Division (USACID)) ללא דיחוי ובאמצעי הזריז ביותר העומד לרשותם. כמו כן, המפקדים אחראים להבטיח שאנשי הצבא אשר בפיקודם מדווחים על תקריות מסוג זה. תקרית בת דיווח הינה כל אפשרות, חשד או האשמה המבוססת על מידע אמין כי בוצעה הפרה של דיני הלחימה, או כל מעשה אשר בוצע בשעת שלום אך אשר היה נחשב חשד להפרה של

דיני הלחימה אילו היה בוצע בשעת מלחמה, על-ידי אנשי הצבא האמריקאי, או נגדם. אם נקבע כי אנשי הצבא האמריקאי היו מעורבים בתקרית, העניין ייחקר ללא דיחוי ובאופן יסודי על-ידי המשטרה הצבאית, כאשר בסיומה של החקירה מפקד הכוח יחליט, בהתייעצות עם פרקליט צבאי, האם לנקוט בהליכים משפטיים כנגד החשודים.

155. חשוב לציין כי הנחיות הרמטכ"ל האמריקאי שבתוקף, הן אלו שנכנסו לתוקפן ב-30 באפריל 2010 – ולא ההנחיות משנת 2007 שאליהן הפנתה הפרקליטות הצבאית ושבוטלו. על-פי הנחיות אלה, חשדות להפרות של דיני הלחימה מקבלים מעמד מיוחד במערכת הצבאית האמריקאית, ולגביהן נדרש דיווח מיידי באמצעות שרשרת הפיקוד לגורמי החקירה והגורמים הרלבנטיים במחלקת ההגנה, ובמקביל למזכיר מחלקת ההגנה, יו"ר המטות המשולבים, ומזכיר הצבא, וכן למפקד הכוח במקרה ואינו המדווח (ראו: Chairman of the Joint Chiefs of Staff Instruction, "Implementation of the Department of Defense Law of War Program," CJCSI 5810.01D 4(d)-(e); Defense Directive "DoD Law of War Program," 2311.01E, certified as current (as of February 22, 2011, 6.3-6.7).

תאריך: 23.3.2011

אמילי שפר, עו"ד

עידו תמרי, עו"ד

מיכאל ספרד, עו"ד

יועצים משפטיים
יש דין

ליאור יבנה

מנהל מחלקת המחקר
יש דין