

לישראל	הגנה	צבא
מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי	הפרקליט הצבאי הראשי	מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי
מחלקת הבין-לאומי	הדין	מחלקת הבין-לאומי
03-5696662/3		טל':
03-5694629		פקס':
120020	-	XIח4
התשס"ט	באלול	י"ד
2009	בספטמבר	3

היועץ המשפטי לממשלה

הנדון : חקירתן של הפרות לכאורה של דיני הלחימה במבצע "עופרת יצוקה"

כללי

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

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

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

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

2. נוכח טענות אלו, הוכנה במחלקתנו חוות דעת מקיפה ומפורטת, אודות מהותה של החובה לחקור הפרות לכאורה של דיני הלחימה ויישומה בעקבות מבצע "עופרת יצוקה". בין השאר, נסמכה חוות הדעת על המקורות שהוזכרו בשלושת הפניות העקרוניות הנ"ל, כמו גם על מקורות משפטיים נוספים. חוות הדעת, אשר הכנתה ארכה זמן רב, הועברה לעיון, ובהמשך לכך, נתבקשנו לתמצת את עיקריה לכדי מענה לפניות – ולכך נפנה להלן.

"החובה לחקור פשעי מלחמה" במשפט הבין-לאומי

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

4. יוער, כי לאור המחלוקת הקיימת ביחס להגדרתם של מעשים מסוימים כ-פשעי מלחמה' בסעיף 8 לחוקת בית הדין הפלילי הבין-לאומי (להלן: **חוקת רומא**), אשר ישראל כידוע אינה צד לה – כמו גם ביחס למנהגיותן של חלק מהוראות הפרוטוקול הראשון, אשר אף לו ישראל אינה צד – עשויה להתעורר שאלה בנוגע לתחולתה של החובה האמורה ביחס למעשים מסוימים. עם זאת, בהתחשב בכך שהטענות שהועלו בנוגע להתנהלות צה"ל במבצע "עופרת יצוקה" מתארות הפרות לכאורה של העקרונות הבסיסיים של דיני הלחימה – כגון עקרון ההבחנה – השאלה האמורה אינה מתעוררת בענייננו. בדומה, גם שאלת סיווגו של העימות המזוין הנוכחי ברצועת עזה – כבין-לאומי או שאינו בין-לאומי – אינה משליכה, לכאורה, על הסוגיה דעסקינן. **בהתאם, יובהר כי אין באמור להלן משום נקיטת עמדה בשתי שאלות סבוכות ומורכבות אלו.**

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

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

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

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

8. בפן המעשי, עקרון זה משתקף בסעיף 17 לחוקת רומא, אשר מגדיר את תנאי ה- "קבילות" (admissibility) של אישומים המובאים בפני בית הדין. בין השאר, קובע הסעיף כי מקרה לא יהיה קביל אם הוא מצוי בחקירה או בהעמדה לדין על-ידי מדינה בעלת סמכות שיפוט, אלא אם המדינה אינה רוצה או אינה יכולה למצות את החקירה ב-"כנות" (genuinely). בהמשך לכך, קובע כלל 51 לכללי הפרוצדורה והראיות החלים על ההליכים בפני בית הדין הפלילי הבין-לאומי כי המדינה תהא רשאית להציג בפניו מידע לפיו ההליכים האמורים עומדים בסטנדרטים הבין-לאומיים המקובלים לחקירת התנהגות דומה.

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

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

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

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

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

13. עוד יוער, כי חובת החקירה במשפט זכויות האדם הבין-לאומי אינה מתמצה בכך שהיא נערכת על-ידי מנגנון "חיצוני ועצמאי". בית הדין האירופי וועדת זכויות האדם הציבו דרישות נוספות, בראשן פומביות החקירה ושיתוף משפחת הנפגע; אך מטבע הדברים, וכפי שצוין במכתב הפרופסורים, דרישות אלו אינן ישימות מקום בו מדובר על חקירת 'פשעי מלחמה', העשויה לערב בחינה, בין השאר, של חומר מודיעיני, שיטות פעולה, כללי פתיחה באש, טכנולוגיות צבאיות מסוגות ועוד – ובפרט כאשר הנפגעים הם תושבי טריטוריה זרה הנשלטת על-ידי ארגון טרור (Kenneth Watkin, *Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict*, 98 AM. J. INT'L L. 1, 33-34 (2004)).

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

14. במשפט הבין-לאומי קיימות, אפוא, שתי "חובות לחקור" – האחת מקורה בדיני הלחימה, האחרת במשפט זכויות האדם הבין-לאומי – אשר תכליתן, היקפן וטיבן שונה לחלוטין.

15. כידוע, עמדתה של ישראל הינה כי **למשפט זכויות האדם הבין-לאומי אין, ככלל, תחולה** על פעולות צה"ל בשטחים המוחזקים על-ידה בתפיסה לוחמתית. בעמדה זו, אשר לטעמיה לא נידרש במסגרת זו, נקטה ישראל ביחס לרצועת עזה עוד בתקופה בה הייתה נתונה בממשל צבאי. משהסתיים הממשל הצבאי, ועל פעולות צה"ל ברצועה לא חלים עוד דיני התפיסה הלוחמתית אלא דיני הלחימה בלבד (בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה ואח', תק-על 1213 (1)2008), **נראה כי עמדה זו מקבלת משנה-תוקף**.

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

16. הקדמנו וציינו זאת כדי להבהיר, למען הסר ספק, כי להשקפתנו **לא יכולה לצמוח ממשפט זכויות האדם הבין-לאומי חובת חקירה "נפרדת"** ביחס לחוקיות פעולות צה"ל ברצועת עזה. לכל היותר, ניתן היה לטעון כי חובת החקירה המעוגנת במשפט זכויות האדם יכולה לשמש כמקור פרשני לעניין אופן מימושה של חובת החקירה לפי דיני הלחימה, בכפוף לדרישת תום הלב. עם זאת, **אף טענה זו אינה סבירה**, נוכח תכליתן, היקפן וטיבן השונה של "החובות לחקור"; וכן, לאור השוני הרב בין הנסיבות שלאורן התפתחה חובת החקירה במשפט זכויות האדם הבין-לאומי.

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

18. אמנם, בפסיקתו העדכנית של בית הדין האירופי לזכויות אדם חלה התפתחות הדרגתית, במסגרתה הוחלה החובה גם על מה שעשוי היה להיחשב כאירועים שהתרחשו במסגרת לחימה "של ממש", אשר התחוללו מחוץ לשטחה הריבוני של המדינה הרלוונטית ושבמהלכם נפגעה זכותם לחיים גם של מי שאינם אזרחי המדינה, אך כנגד התפתחות זו יש להציב מספר עובדות מרכזיות:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

עד כה נפתחו **פעשים חקירות פליליות** ביחס לעבירות מסוגים שונים, לרבות טענות בדבר התעללות בעצורים, שימוש באזרחים כב-"מגן אנושי", ירי על אזרחים נושאי דגלים לבנים ונטילת רכוש פרטי. בהקשר זה, חייל אחד כבר הורשע בגין גניבת כרטיס אשראי של תושב הרצועה, ונגזרו עליו חמישה עשר חודשי מאסר, מהם שבעה וחצי חודשי מאסר בפועל והיתרה על תנאי והורדה לדרגת טוראי.

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

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

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

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

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

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

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

34. בהקשר זה אף לא למותר לציין, כי במרבית הצבאות המערביים מקובל המודל לפיו הגורם העומד בראש השירות המשפטי הצבאי מהווה הן בכיר היועצים המשפטיים והן ראש מערכת אכיפת החוק. ככל הידוע לנו, אין זה נהוג כי בצבאות זרים, גורמים במערכת המשפט הצבאית שהיו מעורבים במתן ייעוץ משפטי "בזמן אמת" מדירים עצמם מהעיסוק בחקירתם של 'פשעי מלחמה' ובמצאייהן. יוזכר, כי טענה ברוח זו – לפיה הפרקליטות הצבאית מנועה מלבחון ממצאי חקירה באשר לאופן קביעתן ויישומן של הוראות פתיחה באש – נדחתה זה מכבר על-ידי בית המשפט העליון (בג"ץ 741/05 אל המץ ואח' נ' התובעת הצבאית הראשית ואח', תק-על 2006(4) 5001, 5008).

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

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

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

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

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

38. אף לו היה נטען כי החקירה המבוקשת כלל לא נועדה לאתר חשודים בביצוע 'פשעי מלחמה' ולהעמידם לדין אלא לבחון את סוגית הפגיעה בתושבי הרצועה במהלך מבצע "עופרת יצוקה" ואת מדיניותו של צה"ל בהקשר זה, כסוגיה בעלת חשיבות ציבורית (ואז, למותר לציין, היא אינה מתחייבת מדיני הלחימה), הרי שגם בהקשר זה נקבע כי **ההחלטה על עצם ואופן עריכתה מסורה לשיקול דעתה הרחב של הרשות המבצעת** (בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" נ' ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006(4) 2797, 2802). בהתאם לשיקול דעת זה, הוחלט – כאמור לעיל – על ביצוע חמישה תחקירים רחבי היקף. מתוך התחקירים הופקו לקחים רבים, אשר הרמטכ"ל הורה על יישומם, וזאת ללא קשר לבחינה הנפרדת שתיערך על-ידי הפרקליט הצבאי הראשי בעניין חשדות פליליים אשר עשויים לעלות מהתחקירים.

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

סיכום

40. אם כן, בסיכומה של בדיקה מקיפה ומעמיקה שנערכה נוכח הנטען בפניות, איננו סבורים כי מוטלת על ישראל חובה משפטית להקים מנגנון חקירה "עצמאי וחיצוני" למערכת אכיפת החוק הצבאית, לצורך בדיקתן של טענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על-ידי חיילי צה"ל במבצע "עופרת יצוקה". כל שנמצא הוא חובה ברורה ומפורשת לחקור הפרות כאמור, חובה אותה יש לקיים בתום לב ובכנות.

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

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

43. האמור במכתבנו זה הינו על דעת הפצ"ר.

בברכה,
לירון ליבמן,
ראש מחלקת הדין הבינלאומי
אל"ם