

הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010

דו"ח שני - ועדת טירקל



**הבדיקה והחקירה בישראל  
של תלונות וטענות  
בדבר הפרות של דיני הלחימה  
על פי המשפט הבינלאומי**

הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010

ועדת טירקל

דו"ח שני

# מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה על פי המשפט הבינלאומי

"וְדַרְשֵׁת וְחֻקְרֵת וְשֹׁאֵלֶת הַיָּטֵב" (דברים יג 15)

שבט התשע"ג, פברואר 2013



## תוכן העינים

19	מכתב המשקיף – הלורד דייוויד טרימבל
23	מכתב המשקיף – תת אלוף (במיל.) קנת' ווטקין
27	מכתב המשקיף – פרופ' טימות'י מק'קורמק
32	בפתחו של הדו"ח השני
34	מבוא
34	הרקע להקמת הוועדה והחלטות הממשלה
36	חברי ועדת טירקל, יועצים לוועדה והצוות המקצועי
38	הדו"ח השני של הוועדה
40	שיטת העבודה של הוועדה
41	הסקירה המשווה
43	הבדיקה המדגמית
44	מבנה הדו"ח
46	עיקרי מסקנות הוועדה והמלצותיה

### **פרק א: המסגרת הנורמטיבית לחובה במשפט הבינלאומי לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי**

48	מבוא
49	א. רקע
51	1. המשפט הבינלאומי ההומניטארי
56	2. משפט זכויות האדם הבינלאומי

58	המשפט בין המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי
63	3. המשפט הבינלאומי הפלילי
65	4. דיני אחריות המדינה
	ב. מקורות החובה לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ('למה חוקרים?')
67	1. מקור החובה במשפט הבינלאומי ההומניטארי
67	א. בדיקה
68	ב. חקירה
70	חובות מפקדים צבאיים וממונים אחרים
72	בדיקה וחקירה בעימות מזוין שאינו בינלאומי
74	2. מקור החובה במשפט זכויות האדם הבינלאומי
77	3. מקור החובה במשפט הבינלאומי הפלילי
83	4. מקור החובה בדיני אחריות המדינה
	סיכום מקורות החובה לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי
84	
	ג. הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי הטענות בדיקה או חקירה ('מה חוקרים?')
85	
91	ד. העילות המקימות את החובה לבדוק ולחקור ('מתי חוקרים?')
92	החובה לחקור במסגרת עימות מזוין
93	הערכה עובדתית
94	החובה לחקור במסגרת אכיפת חוק
94	החובה לחקור פעילות אכיפת חוק במסגרת עימות מזוין
96	החובה לחקור בשטח כבוש
100	ה. אופן ביצוע בדיקה וחקירה ('איך חוקרים?')
100	בדיקה

100	חקירה
102	הדרישות הנחוצות לקיום 'חקירה אפקטיבית'
105	העקרונות הכלליים
105	1. עקרון העצמאות
111	2. עקרון העדר משוא פנים
113	3. עקרון האפקטיביות והיסודיות
117	4. עקרון המהירות
119	5. עקרון השקיפות
121	סיכום העקרונות הכלליים
122	יישום העקרונות הכלליים לניהול חקירה אפקטיבית בעימות מזוין
123	1. עקרון העצמאות ועקרון העדר משוא פנים
124	2. עקרון האפקטיביות והיסודיות
126	3. עקרון המהירות
127	4. עקרון השקיפות
128	סיכום העקרונות הכלליים בהקשר של עימות מזוין
129	הערכה עובדתית
131	סיכום

## **פרק ב: סקירה משווה של מערכות חקירה זרות**

134	מבוא
135	מטרות הסקירה המשווה
136	המתודולוגיה של הסקירה המשווה
138	התפתחויות במשפט ובפרקטיקה במדינות שנסקרו

140	א. המסגרת הנורמטיבית ('למה חוקרים ומה חוקרים?')
140	המשפט הבינלאומי החל
140	דיני העימות המזוין
141	משפט זכויות האדם הבינלאומי
143	המשפט הבינלאומי הפלילי
143	המשפט הפנים-מדינתי החל
144	הוראות ספציפיות הקשורות לפשעי מלחמה ולהפרות של דיני העימות המזוין
148	הדין הפלילי הכללי, קודים של התנהגות צבאית ומדיניות העמדה לדין
149	ארצות הברית
150	קנדה
151	אוסטרליה
152	בריטניה
153	גרמניה
153	הולנד
155	ב. המנגנונים הבודקים וחוקרים תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני העימות המזוין ('מי חוקר?')
155	היחס בין מערכות המשפט האזרחיות והצבאיות ארצות הברית
157	מערכת המשפט הצבאית
160	מערכת המשפט האזרחית קנדה
161	מערכת המשפט הצבאית
165	מערכת המשפט האזרחית

	אוסטרליה
165	מערכת המשפט הצבאית
168	מערכת המשפט האזרחית
	בריטניה
168	מערכת המשפט הצבאית
171	מערכת המשפט האזרחית
	גרמניה
171	מערכת המשפט האזרחית
	הולנד
173	מערכת המשפט האזרחית
179	ג. תהליכי חקירה וההליכים שלאחריה ('מתי ואיך חוקרים?')
	ארצות הברית
179	מתי מדווחים וחוקרים : תהליכים שגרתיים
182	איך חוקרים : תהליכים שגרתיים
182	1. תחקירים מבצעיים (Operational Reviews)
183	2. חקירות מנהליות (Administrative Investigations)
184	2(א). חקירה מוקדמת (Preliminary Inquiry)
	2(ב). חקירה פיקודית רשמית (Formal Investigation by Command Investigation)
185	(Command Investigation)
186	3. חקירה פלילית - חקירת MCIO
187	4. חקירה מקדימה (Pre-trial Investigation)
187	מנגנוני חקירה נקודתיים ואד-הוק
188	הליכים בעקבות החקירה
	קנדה
189	מתי מדווחים וחוקרים : תהליכים שגרתיים



191	איך חוקרים : תהליכים שגרתיים
192	חקירות מנהליות
193	חקירות שגרתיות במקרי מוות של אזרחים
193	חקירות משמעתיות
194	מנגנוני חקירה נקודתיים ואד-הוק
195	הליכים בעקבות החקירה אוסטרליה
197	מתי מדווחים וחוקרים : תהליכים שגרתיים
199	'הערכה מהירה'
200	איך חוקרים : תהליכים שגרתיים
201	תחקיר מנהלי מלא
202	חקירה פלילית
203	מנגנוני חקירה נקודתיים ואד-הוק
204	הליכים בעקבות החקירה בריטניה
205	מתי מדווחים וחוקרים : תהליכים שגרתיים
206	איך חוקרים : תהליכים שגרתיים
206	חקירת עבירות צבאיות
206	חקירה פלילית
207	מנגנוני חקירה נקודתיים ואד-הוק
209	הליכים בעקבות החקירה גרמניה
210	מתי מדווחים וחוקרים : תהליכים שגרתיים
211	איך חוקרים : תהליכים שגרתיים
211	חקירה של עבירות

212	חקירה שגרתית במקרי מוות של אזרחים
212	חקירה פלילית
213	מנגנוני חקירה נקודתיים ואד-הוק
213	הליכים בעקבות החקירה
	הולנד
213	מתי מדווחים וחוקרים : תהליכים שגרתיים
215	איך חוקרים : תהליכים שגרתיים
215	חקירות פנימיות
216	חקירה עובדתית מלאה
216	חקירה פלילית
217	מנגנוני חקירה נקודתיים ואד-הוק
218	הליכים בעקבות החקירה
219	ד. נקודות מרכזיות בסקירה המשווה
219	מה חוקרים ?
220	מתי חוקרים ?
225	מי חוקר ?
227	איך חוקרים ?
230	הערות סיכום

**פרק ג: מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות  
בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי**

232	מבוא
	א. מקורות החובה לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי
233	המשפט הבינלאומי ההומניטארי בישראל ('למה חוקרים?')

ב. ההוראות הנורמטיביות בישראל המגדירות את ההפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי הטעונות בדיקה וחקירה ('מה חוקרים?')

237

237

פשעי מלחמה

240

אחריותם של מפקדים וממונים אזרחיים

ג. המנגנונים בישראל הבודקים והחוקרים תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ('מי חוקר?')

241

241

תלונות וטענות המכוונות כלפי חיילי צה"ל

241

1. הפרקליטות הצבאית

245

א. מערך אכיפת הדין

247

ב. מערך הייעוץ המשפטי

249

ג. מערך ההכשרה והמחקר

250

2. המשטרה הצבאית החוקרת

253

3. בתי הדין הצבאיים

255

תלונות וטענות המכוונות כלפי שוטרים

256

1. המחלקה לחקירות שוטרים

259

2. מחוז ש"י במשטרת ישראל

260

תלונות וטענות המכוונות כלפי אנשי שב"כ

262

תלונות וטענות המכוונות כלפי סוהרים

263

תלונות וטענות המכוונות כלפי הדרג האזרחי

264

1. ועדת חקירה ממלכתית

265

2. ועדת בדיקה ממשלתית

265

3. ועדת בירור

266

4. ועדת חקירה פרלמנטארית

266

פיקוח וביקורת על גופי החקירה

267

1. פיקוח (Oversight)

267	פיקוח על המערכת הצבאית
269	2. ביקורת (Review)
269	א. היועץ המשפטי לממשלה (בתפקידו כתובע הכללי)
269	ב. בית המשפט העליון
272	ד. העילות המקימות את חובת החקירה בישראל ('מתי חוקרים?')
272	העילות המקימות את החובה לחקור בצה"ל
272	1. מדיניות החקירות
275	2. נהלי דיווח
277	העילות המקימות את החובה לחקור במשטרה
277	1. מדיניות החקירות
277	2. נהלי דיווח
278	העילות המקימות את החובה לחקור במח"ש וביאח"ס
278	1. מדיניות החקירות
972	2. נהלי דיווח
279	א. המחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש)
280	ב. היחידה הארצית לחקירות סוהרים (יאח"ס)
282	העילות המקימות את החובה לחקור חוקרי שב"כ
282	1. מדיניות החקירות
282	2. נהלי דיווח
284	ה. אופן ביצוע הבדיקה והחקירה בישראל ('איך חוקרים?')
284	אופן ביצוע הבדיקה והחקירה בצה"ל
285	1. התחקיר המבצעי
287	2. תחקיר מומחים
288	3. החלטה על בסיס התחקיר המבצעי
288	4. חקירת מצ"ח

292	אופן ביצוע הבדיקה והחקירה במשטרה
292	1. התחקיר המבצעי המשטרתי
293	2. החלטה על בסיס התחקיר המבצעי המשטרתי
294	3. חקירת משטרה
296	אופן ביצוע הבדיקה והחקירה במח"ש
297	אופן ביצוע הבדיקה והחקירה על ידי המבת"ן
298	אופן ביצוע הבדיקה והחקירה ביאח"ס
299	אופן ביצוע הבדיקה והחקירה בוועדות החקירה
299	1. ועדת חקירה ממלכתית
300	2. ועדת בדיקה ממשלתית
300	3. ועדת בירור

**פרק ד: האם מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי תואמים את חובותיה של מדינת ישראל לפי כללי המשפט הבינלאומי?**

302	מבוא
	א. ההוראות הנורמטיביות בישראל המגדירות את ההפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי הטעונות בדיקה וחקירה ('מה חוקרים?')
304	המלצה מס' 1: חקיקת 'פשעי מלחמה'
306	השלמת חסרים בחקיקה הישראלית
308	המלצה מס' 2: אחריותם של מפקדים וממונים אזרחיים
309	א. השלמת חסרים בחקיקה הישראלית
310	ב. חקירת מפקדים

- 311 ב. העילות המקימות את החובה לבדוק ולחקור ('מתי חוקרים?')
- 311 המלצה מס' 3 : חובות דיווח
- 314 א. הטמעת נהלי דיווח
- 315 ב. תיעוד הזירה
- 315 המלצה מס' 4 : עילות המקימות חובה לבדוק ולחקור
- 316 מדיניות החקירות בצה"ל
- 317 ג. אופן ביצוע הבדיקה והחקירה ('איך חוקרים?')
- ההליכים בצה"ל טרם פתיחה בחקירה
- 317 המלצה מס' 5 : הערכה עובדתית
- 320 א. הערכה עובדתית
- 321 ב. חקירה מוגבלת במסגרת הערכה עובדתית
- 321 המלצה מס' 6 : ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה
- 322 א. מסגרת זמנים
- 323 ב. חובת הנמקה
- 323 ג. העברת חומר לדרג הפיקודי
- עריכת החקירה
- 324 הגופים החוקרים
- 325 1. הגוף החוקר תלונות נגד חיילי צה"ל
- 325 המלצה מס' 7 : עצמאות הפצ"ר
- 327 א. כפיפות מקצועית
- 327 ב. מינוי הפצ"ר
- 327 ג. משך כהונתו ודרגתו של הפצ"ר
- 328 המלצה מס' 8 : 'הכובע הכפול' של הפצ"ר
- 330 מינוי התצ"ר

- 330 המלצה מס' 9 : חקירות מצ"ח
- 331 מצ"ח לענינים מבצעיים
- 331 המלצה מס' 10 : קביעת מסגרת זמן לחקירה
- 332 קביעת מסגרת זמן
- 333 המלצה מס' 11 : שקיפות ההליכים
- 333 א. זכויות נפגעי עבירה
- 333 ב. תיעוד בתיק
- 334 פיקוח וביקורת על הפרקליטות הצבאית (Oversight and Review)
- 334 המלצה מס' 12 : פיקוח על הייעוץ המשפטי בפרקליטות הצבאית
- 335 יחידת דין בינלאומי במשרד המשפטים – ייעוץ
- 336 המלצה מס' 13 : ביקורת פרטנית ומערכתית על מערך התביעה בפרקליטות הצבאית
- 339 א. ביקורת פרטנית – ערר ליועץ המשפטי לממשלה
- 340 ב. ביקורת מערכתית – נציבות תלונות על הפרקליטות
- 340 2. הגוף החוקר תלונות נגד שוטרים
- 340 המלצה מס' 14 : הטיפול בתלונות נגד שוטרים
- 343 בדיקה וחקירה של פעילות משטרתית תחת פיקוד צה"ל
- 343 3. הגוף החוקר תלונות נגד חוקרי שב"כ
- 343 המלצה מס' 15 : הטיפול בתלונות נגד חוקרי שב"כ
- 345 א. העברת תפקיד המבת"ן למח"ש
- 346 ב. תיעוד חקירות שב"כ
- 346 4. הגוף החוקר תלונות נגד סוהרים
- 346 המלצה מס' 16 : הטיפול בתלונות נגד סוהרים
- 347 הכשרה

347	5. הגוף החוקר תלונות נגד הדרג האזרחי
347	המלצה מס' 17 : הטיפול בתלונות נגד הדרג האזרחי
349	ועדות חקירה
349	המלצה מס' 18 : הטמעת המלצות הוועדה
350	א. הנחיות הפצ"ר
350	ב. צוות יישום
352	סיכום מסקנות והמלצות פרק ד'

### **פרק ה: בדיקת וחקירת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010**

358	מבוא
359	א. האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 – סקירה קצרה
361	ב. תיאור תהליכי הבדיקה והחקירה שנערכו בישראל
361	חקירת משטרת ישראל לגבי עבירות שביצעו משתתפי המשט
363	הבדיקות שהתקיימו בצה"ל
363	1. תחקיר מומחים מטכ"לי
364	2. החלטת הפצ"ר
365	הקמת ועדת חקירה ציבורית (ועדת טירקל)
367	בדיקות פנימיות ברשויות נוספות
367	בדיקת מבקר המדינה
368	בדיקות משלימות שביצע הפרקליט הצבאי הראשי בעקבות מסקנות דוחות ועדות החקירה השונות
369	ג. הערכת הבדיקות והחקירות שבוצעו
369	מה חוקרים ?



370	מתי חוקרים ?
	1. החלטת הפצ"ר שלא לפתוח בחקירת מצ"ח מיידית בעקבות האירוע הימי
370	
372	2. תיעוד הזירה
374	איך חוקרים ?
	1. שימוש בדו"ח איילנד כ'הערכה עובדתית' טרם ההחלטה אם לפתוח בחקירה
374	
	2. החלטות הפצ"ר לאחר הגשתו של הדו"ח הראשון של ועדת טירקל ודו"ח פאלמר
378	
380	סיכום
381	<b>דברי נעילה</b>

## נספחים

	נספח א	רשימת העדים שהופיעו בפני הוועדה ושנפגשו עם מרכז הוועדה, תפקידם ותאריכי עדותם
385		
	נספח ב	הבדיקה המדגמית
387		
	נספח ג	הסקירה המשווה (באנגלית)
כריכה אחורית		
4		השאלון למדינות הדוחות המדינתיים
		הדו"ח האמריקאי
13		
		הדו"ח הקנדי
91		
		הדו"ח האוסטרלי
171		
		הדו"ח הבריטני
245		
		הדו"ח הגרמני
329		
		הדו"ח ההולנדי
415		



## **The Rt. Hon. David, Lord Trimble**

As the Public Commission to Examine the Maritime incident of 31 May 2010 is now completing its remit by publishing its Second Report examining the question ‘whether the examination and investigation process for complaints and allegations raised with regard to violations of the law of armed conflict... is consistent with the obligations of the State of Israel pursuant to the rules of international law’, it is appropriate to reflect on my experience over the last 30 months as an international observer attached to the Commission.

The international observers, myself, Brigadier-General (ret.) Kenneth Watkin (until April 2011) and Professor Timothy McCormack (from April 2011 to date), had access to all materials and were fully involved in the Commission’s work, participating in the testimony sessions, as is evident from the transcripts of those sessions, and participating actively in all the Commission meetings. Throughout the 30 months of the Commission’s work not one meeting – internal, public or in camera – was convened without the participation of both observers. We did not have a vote in those meetings, but then the Chairman’s patient pursuit of consensus meant that there were no votes. I am full of admiration of the way that our chairman, Supreme Court Justice Emeritus Jacob Turkel, guided the Commission through difficult and controversial issues to produce what I think are clearly balanced and fair reports. I also want to express my appreciation of the work of the Commission Coordinator, Advocate Hoshea Gottlieb in both his legal and administrative role. I particularly appreciate meetings with him to brief me on the preparation of the actual reports which facilitated an input to those reports.

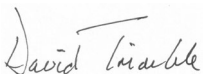
As Kenneth Watkin has noted in his letter, international law on investigations and inquiries is complex and not entirely clear and it took some time and the assistance of a number of experts for us to be able to state with some confidence just what the requirements of international law are. I think

that this Second Report will be a significant contribution to the development of this topic.

In terms of the Israeli examination and investigation mechanisms for alleged breaches of the laws of armed conflict, we did not limit ourselves to the military mechanisms only but assessed all the mechanisms (ISA – [Shin Bet], Israel Police, Israeli Prison Service and the political echelon). The Commission heard a wide array of parties – Government, Israeli human rights organizations and leading Israeli academics and a Palestinian family who spoke of the investigation process into the tragic loss of their child. This general area is of particular importance to me as a former academic lawyer and politician dealing sometimes with similar issues in my native land. I gave special attention to certain issues that are especially close to my heart and I appreciate that the Commission accepted an input both in terms of focus and emphasis.

Any reader of this Report will see that it is comprehensive and rigorous. It is independent. It reveals that, taken as a whole, Israeli law and practice will stand comparison with the best in the world, but there is always room for improvement and there is one area where, regrettably, a complaints procedure is ineffective. I am sure the Government and Knesset will want to deal comprehensively with that particular matter.

Finally, I want to thank all the members of the Commission and all those who have worked in and for it for their help and their friendship. I consider it a privilege to have been an observer to the Commission. I think I have benefitted enormously from the experience and have not regretted for one minute the time devoted to it. I have emerged with, I hope, a better understanding of the character of the peoples and the difficulties and the opportunities they have in the clash between right and right in this, another, narrow ground.

A handwritten signature in cursive script that reads "David Trimble".

**Lord David Trimble**

## The Rt. Hon. David, Lord Trimble

עם השלמת תפקידה של הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 13 במאי 2010 על ידי פרסום הדו"ח השני שלה שבדק את השאלה "האם מנגנוני הבדיקה והחקירה של תלונות וטענות שהועלו בנוגע להפרות של דיני הלחימה... עולה בקנה אחד עם התחייבויותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי", ראוי להאיר את הניסיון שלי במשך 30 החודשים האחרונים כמשקיף בינלאומי נספח לוועדה.

למשקיפים הבינלאומיים, אני עצמי, תא"ל (במיל.) קנת' ווטקין (עד לאפריל 2011) ופרופסור טימות'י מק'קורמק (החל מאפריל 2011 ועד היום), היתה גישה לכל החומרים והם היו מעורבים באופן מלא בעבודת הוועדה, השתתפו בישיבות שבהן נשמעו עדויות, כפי שעולה מהרישומים של ישיבות אלה, והשתתפו באופן פעיל בכל ישיבות הוועדה. במהלך 30 החודשים של עבודת הוועדה אף לא ישיבה אחת – פנימית, ציבורית או בדלתיים סגורות – לא כונסה ללא השתתפות שני המשקיפים. לא היתה לנו זכות הצבעה בישיבות אלה, אך עם זאת שאיפתו הסבלנית של יושב הראש לקונצנזוס משמעותה היתה שלא היו הצבעות. אני מלא הערצה מהדרך שבה יושב הראש שלנו, שופט בית המשפט העליון בדימוס יעקב טירקל, הנחה את הוועדה בנושאים קשים ושנויים במחלוקת כדי להפיק מה שאני רואה כדוחות מאוזנים והוגנים באופן ברור. אני גם מעונין להביע את הערכתי לעבודת מרכז הוועדה, עו"ד הושע גוטליב, בתפקידו המשפטי וגם המנהלי. אני מעריך במיוחד את הישיבות עמו בהם עדכן אותי אודות הכנת הדוחות עצמם דבר שאפשר לי לתרום לדוחות אלה.

כפי שציין קנת' ווטקין במכתבו, המשפט הבינלאומי לגבי בדיקות וחקירות הוא מורכב ולא לגמרי ברור ונדרש זמן וסיוע של מספר מומחים כדי שנוכל לציין בביטחון מסוים מה הן הדרישות של המשפט הבינלאומי. אני סבור שחלק זה של הדו"ח השני שלנו יהיה בגדר תרומה משמעותית לפיתוחו של נושא זה.

בכל הנוגע למנגנונים הישראליים לבדיקה וחקירה של טענות בדבר הפרות של דיני העימות המזוין, לא הגבלנו את עצמנו למנגנונים הצבאיים בלבד אלא בָּחַנו את כל המנגנונים (שב"כ, משטרה, שרות בתי הסוהר והדרג הפוליטי). הוועדה שמעה

מגוון רחב של צדדים – הממשלה, ארגוני זכויות אדם ישראלים ואנשי אקדמיה  
ישראליים מובילים, וגם משפחה פלסטינית שסיפרה על תהליך החקירה של מותו  
הטראגי של בנם. לתחום זה באופן כללי חשיבות מיוחדת עבורי כמי שהיה בעבר  
משפטן באקדמיה וכפוליטיקאי העוסק לעיתים בנושאים דומים בארץ מולדתי.  
הענקתי תשומת לב מיוחדת לנושאים מסוימים הקרובים לליבי במיוחד ואני מוקיר  
את העובדה שהוועדה קיבלה זאת, הן על ידי התמקדות והן על ידי דגשים.

כל מי שיקרא דו"ח זה יראה שהוא מקיף וקפדני. הדו"ח הוא עצמאי. הוא מגלה  
שהמשפט והפרקטיקה הישראליים כמכלול יכולים לעמוד בהשוואה לטובים ביותר  
בעולם, אם כי יש תמיד מקום לשיפורים, וכן יש תחום אחד שבו, למרבה הצער,  
תהליך בדיקת התלונות אינו יעיל. בטוחני שהממשלה והכנסת ירצו לטפל באופן  
מקיף בנושא פרטני זה.

לבסוף, אני מבקש להודות לכל חברי הוועדה ולאלה שעבדו בה ועבורה  
על עזרתם וידידותם. אני רואה כזכות לעצמי את היותי משקיף בוועדה. אני סבור  
שהפקתי רווח עצום מניסיון זה ואינני מתחרט אף לא על רגע אחד שהקדשתי לכך.  
יצאתי, כך אני מקווה, עם הבנה טובה יותר של אופי העמים והקשיים וההזדמנויות  
העומדים בפניהם בהתנגשות בין זכות וזכות גם בפיסת אדמה צרה זו.

לורד דייוויד טרימבל

## **Brigadier-General (ret.) Kenneth Watkin, Q.C.**

11 May, 2011

Since the submission of Part I of the Commission report in January, 2011, I have been honoured to continue to serve as an Observer to the Public Commission appointed to inquire into the maritime incident of 31 May 2010.

In turning its attention to the examination of whether the mechanism applied by Israel for the investigation of violations of the laws of armed conflict conforms with the rules of international law the Commission has embarked on an assessment of a complex but also essential area of law focused on accountability. The Commission has taken an appropriately broad view of its mandate looking at the accountability structure applicable to Israeli civilian as well as military security forces and decision makers.

It is important to note that the Commission has made considerable efforts to hear from a wide range of interested groups and individuals in addition to the Government witnesses. The Government officials who testified included the Attorney General, the Military Advocate General, the head of the ISA (GSS) and the Commander of the Military Police. It has again been particularly helpful to have the input of a number of Israeli human rights non-government organizations that provided a unique and important viewpoint on the investigation of alleged war crimes. One of those organizations arranged the appearance of Palestinian family members who testified about their perspective on the investigation process looking into the death of a deceased relative. That testimony provided a reminder of the human impact of such investigations.

The Commission also sought input from knowledgeable Israeli academics regarding not only their views of international law, but also the Israeli process for conducting investigations. This effort to hear from a broad range of interested parties combined with the substantial written submissions provided to the Commission cannot help but enhance the comprehensiveness of the final Commission Report.

The Commission has continued to expend considerable effort to ensure that the Observers were provided with translations of the testimonies and written materials that were provided in Hebrew. The work of the translators during the testimony sessions has been impressive thereby permitting full engagement in the questioning process.

On a personal note I would like to thank Justice Turkel and all the Commission members for the collegial manner in which I was incorporated as a Foreign Observer into the Commission process. Throughout that process I have been provided complete access to witnesses and materials and have been fully involved by the Commission in its work.

I would also like to express my sincere appreciation to the exceptionally dedicated Commission Coordinator, Hoshea Gottlieb, who has been instrumental in facilitating not only my involvement as an Observer but also the overall work of the Commission. Further, I want to acknowledge the impressive legal work carried out by Moran Yahav who has worked tirelessly in assisting the Commission. No undertaking of this scope can be carried out without a dedicated administrative staff. Their efforts and the kindness demonstrated towards me are very much appreciated.

Finally, I am leaving the Commission before it has completed its work due to a prior commitment to become the Charles H. Stockton Professor of International Law at the United States Naval War College, Newport, Rhode Island. Having submitted my letter withdrawing as a Foreign Observer effective 15 April 2011 I depart the Commission with a full understanding and appreciation of the unique role that I have been privileged to perform. Needless to say it has been both professionally and personally rewarding. Since the completion of the last report the Commission has continued to independently and rigorously investigate the significant issues with which it has been entrusted. Its work is an important reflection of the commitment to the Rule of Law.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'K. Watkin', enclosed in a thin black rectangular border.

**Kenneth Watkin**



11 במאי 2011

מאז הגשתו של חלק א' של דו"ח הוועדה בינואר 2011 היה לי הכבוד להמשיך ולשמש כמשקיף בוועדה הציבורית שמונתה לחקור את האירוע הימי מיום 31 במאי 2010.

בפנייתה לבחון אם המנגנון שישראל מפעילה לחקירתן של הפרות של דיני הלחימה עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי הוועדה יצאה לבחינה של תחום משפטי מורכב אך חיוני שמתמקד באחריותיות (accountability). הוועדה, כראוי, ראתה את המנדט שלה באופן רחב בכך שבחנה את מבנה האחריותיות החל על כלל כוחות הביטחון בישראל, צבאיים ואזרחיים ומקבלי החלטות.

חשוב לציין כי מעבר לעדויות של נציגי הממשלה עשתה הוועדה מאמצים ניכרים לשמוע עדויות ממגוון רחב של קבוצות ויחידים בעלי ענין. נציגי הממשלה שהעידו כללו את היועץ המשפטי לממשלה, הפרקליט הצבאי הראשי, ראש השב"כ וקצין המשטרה הצבאית הראשי. שוב היה זה מועיל לשמוע את עמדתם של מספר ארגוני זכויות אדם ישראלים לא ממשלתיים שסיפקו נקודת מבט ייחודית וחשובה על חקירתן של טענות בדבר פשעי מלחמה. אחד מהארגונים ארגן את הופעתם של בני משפחה פלסטיניים שהעידו על הפרספקטיבה שלהם על תהליך החקירה שבחן את מותו של בן משפחתם. עדות זו היתה תזכורת להשפעה האנושית של חקירות אלה.

הוועדה גם ביקשה את עמדתם של אנשי אקדמיה ישראלים ידועים לא רק לגבי השקפתם על המשפט הבינלאומי, אלא גם על תהליכי ניהול החקירות בישראל. מאמץ זה לשמוע מגוון רחב של בעלי ענין, בשילוב החומרים המשמעותיים הכתובים שהוגשו לוועדה, מקדמים את האופי המקיף של דו"ח הוועדה הסופי.

הוועדה המשיכה להשקיע מאמץ ניכר כדי שלמשקיפים יהיו תרגומים של העדויות והחומרים הכתובים שהוגשו בעברית. עבודת המתרגמים במשך העדויות היתה מרשימה ואיפשרה השתתפות מלאה בתשאול העדים.

ברמה האישית אני מבקש להודות לשופט טירקל ולכל חברי הוועדה על הדרך הקולגיאלית שבו שותפתי כמשקיף זר בעבודת הוועדה. במשך הזמן ניתנה לי גישה מלאה לעדים ולחומרים והוועדה עירבה אותי כשותף מלא בעבודתה.

אני מבקש גם לבטא את הערכתי הכנה למרכז הוועדה המסור באופן יוצא דופן, הרשע גוטליב, שאיפשר לא רק את מעורבותי כמשקיף אלא גם את כלל עבודתה של הוועדה. יתירה מכך, אני מבקש לציין את העבודה המשפטית המרשימה של מורן יהב שעבדה ללא לאות בסיוע לוועדה. משימה שכזו אינה אפשרית ללא צוות מנהלי מסור. מאמציהם והנועם שהופגן כלפיי מוערכים מאד.

לבסוף, אני עוזב את הוועדה בטרם סיימה את עבודתה בשל התחייבות קודמת לשמש כפרופסור למשפט בינלאומי ע"ש צ'ארלס סטוקטון במכללה ללוחמה ימית של ארה"ב בניופורט, רוד איילנד. עם הגשת מכתב סיום תפקידי שנכנס לתוקף ביום 15 באפריל 2011 אני נפרד מהוועדה בהבנה מלאה ובהערכה של התפקיד הייחודי שזכיתי לבצע. אין צריך לומר כי היה זה מתגמל מקצועית ואישית. מאז סיום הדו"ח הקודם, הוועדה המשיכה לחקור, עצמאית ובקפדנות, את הסוגיות המשמעותיות שהופקדו בידיה. עבודת הוועדה היא ביטוי חשוב למחויבות לשלטון החוק.

קנת' ווטקין, QC

## **Professor Timothy LH McCormack**

It has been an honour for me to serve as one of two International Observers for Phase II of the Public Commission appointed to inquire into the maritime incident of 31 May 2010. I was formally appointed to the Commission in June 2011 to join Lord David Trimble and to replace Brigadier Ken Watkin – a formidable undertaking because of the esteem in which I and all the other members of the Commission hold Ken.

There was no basis for any personal feelings of inadequacy. I was warmly welcomed by Justice Jacob Turkel, by the other members of the Commission, General Amos Horev, Ambassador Reuven Merhav and Professor Miguel Deutsch, by Lord Trimble, by the Commission Co-ordinator, Hoshea Gottlieb, and by the research and administrative staff of the Commission. From my first visit to the Commission in June 2011 and through all subsequent visits I have consistently been received as an integral participant in the Commission's work. I am grateful for the warmth of that reception. My only regret is that I did not have the privilege of working with Ambassador Shabtai Rosenne who died before I joined the Commission.

I considered the focus of Phase II of the Commission's Inquiry – Israel's Mechanisms for Examination and Investigation of Alleged Violations of the Law of Armed Conflict – both intriguing and laudable. I was impressed that the Government of Israel was prepared to undertake this broad-ranging inquiry into its structures and procedures for investigating alleged violations of the Law of Armed Conflict and that they would do so by involving international observers throughout every stage of the inquiry process and ensuing deliberations. Other States would do well to follow Israel's example by including international observers in commissions of inquiry and, in my view, Israel itself would benefit from consistently following its own lead in the proceedings of all its other commissions of inquiry.

When I was first invited to replace Brigadier Watkin, I was acting as Special Adviser on International Humanitarian Law to the Prosecutor of the International Criminal Court in The Hague – a position I still hold. I discussed my Turkel Commission invitation with the then Prosecutor, Luis Moreno

Ocampo, and we agreed that any State, Party or non-State Party to the Rome Statute, which wanted to review its national processes for investigation of alleged violations of the Law of Armed Conflict should be encouraged to do so. I remain grateful for Mr Ocampo's endorsement of my involvement in Jerusalem.

The subject matter of the Commission's work is of fundamental importance, not only for Israel but also for other States desirous of complying with international legal obligations and for the International Criminal Court itself given the complementarity formula in Article 17 of the Rome Statute. The essential requirements for an effective investigation of an alleged violation of the Law of Armed Conflict have received too little detailed analysis in the past. It has been a thoroughly rewarding professional experience for me to be involved in the comprehensive study now reflected in the Commission's Report. I am particularly grateful for the productive collaboration I have enjoyed with the indefatigable Commission Co-ordinator, Hoshea Gottlieb, and also with my dear friend and former PhD student from the Melbourne Law School, Dr. Michelle Lesh. I believe that the Commission's study has identified the applicable international legal requirements for effective investigations into alleged violations of the Law of Armed Conflict and the ways Israel can improve its procedural and structural mechanisms consistently with such requirements. Of course world's best procedures and structures are of limited utility in the absence of effective implementation. My hope is that the tabling of the Commission's Report will provide an impetus for improvement in both theory and practice.

At the time of my appointment to the Commission, my own nation of Australia was engaged in an ongoing process of reform of our military justice system. I was particularly interested in the comparative study of selected national military justice systems by the Commission and was extended the privilege of preparing the Australian national report for this study. A former student from the Melbourne Law School, Megan Donaldson, now in the JSD program at New York University Law School, spent a few months in Jerusalem and did a superb job in assisting me with the Australian Report. I remain deeply indebted to her.

Although it was somewhat disadvantageous for me to join the Commission in June 2011 after hearings with interested parties had been completed, I attempted to familiarize myself with the testimony presented to the

Commission. I was never precluded from accessing any of the relevant materials which were translated into English. Instead, I was encouraged to become fully engaged in the Commission's work. It is my observation that the members of the Commission and the international observers were free to deliberate and to recommend as we saw fit without interference from, and independently of, the Government of Israel.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Tim McCormack', with a horizontal line underneath the name.

**Professor Tim McCormack**

## Professor Timothy LH McCormack

היה לי הכבוד לשרת כאחד משני משקיפים בינלאומיים בשלב השני של עבודת הוועדה הציבורית שמונתה לחקור את האירוע הימי מיום 31 במאי 2010. מונית באופן רשמי לוועדה ביוני 2011 כדי להצטרף ללורד דיוויד טרימבל ולהחליף את תא"ל (במיל.) קן ווטקין – התחייבות אדירה לאור הכבוד שאני, כמו גם כל יתר חברי הוועדה, רוחשים לקן.

לא היה כל בסיס לרגשות אישיים של אי התאמה. התקבלתי בחום על ידי כבוד השופט יעקב טירקל, על ידי החברים האחרים בוועדה, האלוף עמוס חורב, השגריר ראובן מרחב ופרופסור מיגל דויטש, על ידי הלורד טרימבל, על ידי מרכז הוועדה, הושע גוטליב ועל ידי הצוות המחקרי והמנהלי של הוועדה. כבר בביקורי הראשון בוועדה ביוני 2011 ובמהלך כל הביקורים שלאחר מכן התקבלתי תמיד כמשתתף אינטגרלי בעבודת הוועדה. אני אסיר תודה על קבלת הפנים החמה. אני רק מצטער על כך שלא היתה לי הזכות לעבוד עם השגריר שבתאי רוזן, שנפטר טרם הצטרפותי לוועדה.

בעיניי, ההתמקדות בשלב השני בחקירת הוועדה – המנגנונים הישראליים לבדיקת וחקירת טענות להפרות של דיני הלחימה – מסקרנת וגם ראויה לשבח. התרשמתי מכך שממשלת ישראל הייתה מוכנה לקבל על עצמה חקירה רחבת היקף זו של המנגנונים וההליכים לחקירת טענות בדבר הפרות של דיני הלחימה וכי היא עשתה זאת על ידי שיתוף משקיפים בינלאומיים במשך כל שלב של תהליך החקירה והדיונים שבאו בעקבותיה. מדינות אחרות ייטיבו לעשות אם ילכו בעקבות הדוגמא של ישראל ויצרפו משקיפים בינלאומיים לוועדות חקירה וגם, לפי דעתי, ישראל עצמה תפיק תועלת מכך שתמשיך להוביל כך את ההליכים של כל ועדות החקירה האחרות שלה.

כאשר הוזמנתי לראשונה להחליף את תא"ל (במיל.) ווטקין, פעלתי כיועץ מיוחד למשפט בינלאומי הומניטארי של התובע הכללי של בית המשפט הפלילי הבינלאומי בהאג – תפקיד שאני עדיין ממלא. דנתי בהזמנתי לוועדת טירקל עם התובע דאז, לוואיס מורנו אוקאמפו, והסכמנו כי כל מדינה – בין אם היא צד לחוקת רומא ובין שאינה צד לה – המעוניינת לבחון את הפרוצדורות הלאומיות שלה בחקירת טענות בדבר הפרות של דיני הלחימה, יש לעודדה לעשות כן. אני אסיר תודה על תמיכתו של מר אוקאמפו במעורבותי בירושלים.

לנושא של עבודת הוועדה יש חשיבות יסודית, לא רק לישראל אלא גם למדינות אחרות השואפות לעמוד במחויבויות המשפטיות הבינלאומיות ועבור בית המשפט הפלילי הבינלאומי עצמו לאור נוסחת המשלימות (complementarity) שבסעיף 17 לחוקת רומא. הדרישות המהותיות לחקירה יעילה של טענות בדבר הפרות של דיני הלחימה לא זכו בעבר בניחות מפורט די הצורך. העבודה בוועדה היתה לי בגדר ניסיון מקצועי מעמיק ומתגמל על ידי מעורבות במחקר מקיף המשתקף עתה בדו"ח של הוועדה. במיוחד הייתי מעוניין להודות על שיתוף הפעולה הפורה ממנו נהניתי עם מרכז הוועדה הבלתי נלאה, הושע גוטליב, וגם עם חברתי הטובה שהיתה גם תלמידה שלי לתואר PhD בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת מלבורן, ד"ר מישל לש. אני מאמין כי הוועדה זיהתה במחקר שלה את דרישות המשפט הבינלאומי שיש ליישם לצורך חקירות אפקטיביות של טענות להפרות של דיני הלחימה ואת הדרכים שבהן ישראל יכולה לשפר את הפרוצדורות והמבנים של מנגנוניה בהתאם לדרישות אלה. כמובן, לפרוצדורות ולמבנים הטובים ביותר יש תועלת מוגבלת בהעדר יישום יעיל שלהם. תקוותי היא, שהגשת דו"ח הוועדה תביא לתנופה של שיפור להלכה ולמעשה.

בעת מינויי לוועדה, מדינתי שלי, אוסטרליה, היתה עסוקה בתהליך מתמשך של רפורמה במערכת המשפט הצבאית. התענינתי במיוחד במחקר ההשוואתי שערכה הוועדה של מערכות משפט צבאיות במדינות נבחרות ונפלה בידי הזכות להכין את הדו"ח המדינתי האוסטרלי לצורך מחקר זה. סטודנטית לשעבר מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת מלבורן, מייגן דונלדסון, כיום בתוכנית JSD בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת ניו יורק, שהתה חודשים מספר בירושלים ועשתה עבודה מצוינת בעזרה שהגישה לי בהכנת הדו"ח האוסטרלי. אני חב לה חוב יקר.

למרות שהתחלתי מעמדת נחיתות כשהצטרפתי לוועדה ביוני 2011 לאחר ששמיעת וחקירת הצדדים הושלמה, ניסיתי ליידע את עצמי על ידי לימוד העדויות שהוצגו לוועדה. מעולם לא נמנעה ממני גישה לכל החומרים הרלוונטיים לעבודת הוועדה שתורגמו לאנגלית. נהפוך הוא, קיבלתי עידוד להיות מעורב בעבודת הוועדה. נוכחתי לדעת כי חברי הוועדה והמשקיפים הבינלאומיים היו חופשיים לדון ולהמליץ כפי שראינו לנכון ללא התערבות מצד ממשלת ישראל ובאופן עצמאי.

פרופ' טים מק'קורמק





## בפתחו של הדו"ח השני

הדו"ח השני של הוועדה, ענינו אחת השאלות החשובות ביותר במשפט הבינלאומי בכלל, ובמדינות המעלות על נס את עקרון שלטון החוק בפרט, קרי דרכי הבדיקה והחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה.<sup>1</sup> לאופן יישומן של כל אלה בישראל היבטים משפטיים, מוסריים, חינוכיים ותדמיתיים הן כלפי פנים – לאמור, החברה הישראלית בעיני עצמה – והן כלפי חוץ – לאמור, מדינת ישראל בעיני החברה הבינלאומית.

שלא כמו הדו"ח הראשון של הוועדה, שהבחינה שבו היתה מתוך ראייה שבדיעבד, דו"ח זה צופה פני עתיד ומטרתו להתוות עקרונות ודרכי פעולה שישפרו את המנגנונים הפועלים בישראל, תוך התאמתם לכללי המשפט הבינלאומי ולמגמות השוררות היום במדינות אחרות. הוועדה נשענה גם על לקחים שנלמדו מחקירת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010. בענין זה התגלתה, לדוגמא, החשיבות הגדולה שיש לנהלים כתובים ומפורטים וכן לתיעוד המשקף באופן אמין, הגון, ברור ומדויק את תהליך הבדיקה והחקירה, החל בדיווח הראשוני על קרות אירוע ועד סיום הטיפול בו.

דו"ח זה, על חמשת פרקיו, הוא פרי של מאמצים גדולים לזקק עקרונות מנחים של משפט בינלאומי, מתוך מקורות שהם לעתים עמומים וחסרים, ומתוך השוואה לשיטות משפטיות ולפרקטיקות של מדינות אחרות. מאמצים כאלה הושקעו גם בחקירת המנגנונים השונים בישראל ובאופני הפעולה שלהם, שאינם מוסדרים ומוגדרים תמיד לפרטיהם בכללים כתובים. על פי כל אלה ניתן היה לשרטט תמונה של המציאות המשפטית הנוהגת בתחום זה בישראל וכן להמליץ המלצות.

תהליך יצירתו של הדו"ח השני התגלה כתהליך קשה, סבוך ומורכב הרבה יותר משניתן היה לצפות בתחילת העבודה. העמל הרב שהושקע בו הוליד מסמך רב כמות המקיף כ-380 עמודים וכ-500 עמודי נספחים. המבוא שלהלן הוא ניסיון לשרטט

1 השימוש במונח 'דיני הלחימה' נעשה בעקבות ניסוח הדברים בהחלטה 1796 של הממשלה ה-32 "מינוי וועדה ציבורית בלתי תלויה, בראשות שופט בית המשפט העליון בדימוס, יעקב טירקל, לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010" (14.6.2010) (להלן: החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה). אולם בדו"ח זה ייעשה שימוש במונח 'כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי', כמשמעותו בפרק א' לדו"ח זה.

מעין 'מפת דרכים' הבאה להקל על המבקש למצוא את דרכו בתוך מה שנראה כמבוך של שאלות, מקורות, סקירות, מסקנות והמלצות.

## מבוא

### הרקע להקמת הוועדה והחלטות הממשלה

1. נחזור ונעמוד על מקצת דברי הרקע שנכתבו במבוא לדו"ח הראשון. אחרי האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 – שעמד במוקד הדו"ח הראשון של הוועדה – ונוכח תוצאותיו המצערות של האירוע, החליטה ממשלת ישראל, ביום 14 ביוני 2010, להקים ועדה ציבורית בלתי תלויה לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (להלן: החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה).<sup>2</sup> בסעיף 5 להחלטת הממשלה נתבקשה הוועדה להוסיף ולבדוק "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".<sup>3</sup> סעיף זה בא להטיל על הוועדה לבדוק אם מקיימת ישראל את חובותיה לבדוק ולחקור תלונות וטענות כאמור, וזאת, בין היתר, בשל ביקורת שנשמעה בישראל ובעולם על האופן שבו נחקרות בישראל תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה. יצוין כי ביום 4 ביולי 2010, הורחבו סמכויותיה של הוועדה והוענקו לה סמכויות מסוימות לפי חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968.<sup>4</sup>

2. ביום 3 באפריל 2009, מינה נשיא מועצת זכויות האדם של האומות המאוחדות (Human Rights Council; להלן: מועצת זכויות האדם) ועדה לבדיקת "כל ההפרות של משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט הבינלאומי ההומניטארי שייתכן והתבצעו בכל פרק זמן במסגרת פעולות הלחימה בעזה" (מבצע 'עופרת יצוקה'), שבראשה נבחר לעמוד השופט ריצ'רד גולדסטון (להלן: ועדת גולדסטון).<sup>5</sup> ישראל נמנעה מלשתף פעולה עם ועדת גולדסטון. ביום 29 בספטמבר 2009 הוגשו מסקנותיה

2 החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה, לעיל ה"ש 1.

3 שם, בסעיף 5.

4 ראו החלטת שר המשפטים "קביעה בדבר הקניית סמכויות לוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010" (5.7.2010).

5 ראו: הודעה לעיתונות (3.4.2009); <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/9E392B6EBDA7173D8525758D0049B222>; ראו גם: The grave violations of human rights in the Occupied Palestinian Territory, particularly due to the recent Israeli military attacks against the occupied Gaza Strip, U.N. Doc. A/HRC/S-9/L.1, para. 14 (Jan. 12, 2009).

של ועדת גולדסטון למועצת זכויות האדם (להלן: דו"ח גולדסטון).<sup>6</sup> בחלק הרביעי של דו"ח גולדסטון נכללה ביקורת קשה על תפקודם של מנגנוני הבדיקה והחקירה הישראליים בתגובה לטענות על הפרות של דיני לחימה.<sup>7</sup>

3. ביום 14 באפריל 2010 קיבלה מועצת זכויות האדם את החלטה מס' 13/9, לפיה תוקם ועדת מומחים עצמאית (Committee of Independent Experts), בראשות פרופ' כריסטיאן טומושאט, אשר תעסוק באופן שבו נחקרות בישראל ובצד הפלסטיני הטענות שהועלו לגבי פעילותם של הצדדים הלוחמים במבצע 'עופרת יצוקה', שנכללו בדו"ח גולדסטון (להלן: ועדת טומושאט).<sup>8</sup> ישראל מנעה מלשתף פעולה עם ועדת טומושאט. ביום 21 בספטמבר 2010 הגישה ועדת טומושאט את מסקנותיה למועצת זכויות האדם.<sup>9</sup> בדו"ח זה נמתחה, בין היתר, ביקורת על מערכות הבדיקה והחקירה הישראליות, ובמיוחד צוין שם כי אופן פעולתם של המנגנונים הצבאיים המופקדים על חקירת הפרות של דיני לחימה בישראל "מעורר דאגה" (raises concern).<sup>10</sup>

4. בהחלטה מס' 15/6 מיום 6 באוקטובר 2010 ביקשה מועצת זכויות האדם מוועדת טומושאט להמשיך בפיקוח ובהערכה של מערכות החקירה הישראליות והפלסטיניות.<sup>11</sup> עקב פרישתם של שניים מחברי הוועדה מונתה השופטת מארי מקגוון-דיוויס, מחברי ועדת טומושאט המקורית, לשמש יו"ר הוועדה (להלן: ועדת דיוויס).

5. ביום 18 במרץ 2011 הוגשו מסקנותיה של ועדת דיוויס.<sup>12</sup> במסקנותיה ציינה

6 ראו דו"ח ועדת גולדסטון: Human Rights Council, Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, U.N. Doc. A/HRC/12/48 (2009).

7 שם, בפסקאות 1773-1835.

8 ראו Follow-up to the report of the United Nations Independent International Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, U.N. Doc. A/HRC/RES/13/9 (Apr. 14, 2010).

9 ראו Human Rights Council, Report of the Committee of independent experts in international humanitarian and human rights laws to monitor and assess any domestic, legal or other proceedings undertaken by both the Government of Israel and the Palestinian side, in the light of General Assembly resolution 254/64 including the independence, effectiveness, genuineness of these investigations and their conformity with international standards, U.N. Doc. A/HRC/15/50 (Sep. 23, 2010).

10 שם, בפסקה 91, עוד ראו שם: בפסקה 43 ובמסקנות הדו"ח בענין ישראל, בפסקאות 89-95.

11 ראו Follow-up to the report of the Committee of independent experts in international humanitarian and human rights law established pursuant to Council resolution, UN Doc A/HRC/RES/15/6 (Oct. 6, 2010).

12 ראו Report of the Committee of independent experts in international humanitarian and human

ועדת דיוויס, כי חלה התקדמות מצד ישראל בחקירתם של מקרים קונקרטיים שנוכרו בדו"ח גולדסטון, וכי הושקעו בכך משאבים רבים. ועדת דיוויס חזרה וציינה, כי לגבי מספר תחומים עולה חשש כי ישראל אינה עומדת בחובותיה על פי המשפט הבינלאומי. עם זאת, ציינה ועדת דיוויס בחיוב את שיטת עבודתה של ועדת טירקל ומסקנתה היתה כי ועדת חקירה ציבורית כמו ועדת טירקל היא דוגמא למנגנון שבו יכולה ישראל להשתמש.<sup>13</sup>

## חברי ועדת טירקל, יועצים לוועדה והצוות המקצועי

6. כאמור בדו"ח הראשון של ועדת טירקל, מונו כחברים בוועדה שופט בית המשפט העליון בדימוס יעקב טירקל, יו"ר; פרופ' שבתאי רוזן (ז"ל), חבר; והאלוף (במיל.) עמוס חורב, חבר. כמו כן, מונו שני מומחים זרים לשמש כמשקיפים: הלורד דיוויד טרימבל מאירלנד, חתן פרס נובל לשלום ולשעבר השר הראשון של הפרלמנט הצפון אירלנדי, ותת אלוף (במיל.) קנת' ווטקין, לשעבר הפרקליט הצבאי הראשי של צבא קנדה.<sup>14</sup>

כמרכז הוועדה מונה עו"ד הושע גוטליב.

7. בחודש יולי 2010, הורחב הרכבה של הוועדה על ידי צירופם של שני חברים נוספים, השגריר ראובן מרחב ופרופ' מיגל דויטש.<sup>15</sup> ביום 21 בספטמבר 2010 הלך לעולמו פרופ' שבתאי רוזן ז"ל, אך הוחלט שלא למנות חבר אחר תחתיו, וליו"ר הוועדה ניתן "קול נוסף בכל מקרה של שוויון קולות בהצבעות חברי הוועדה".<sup>16</sup>

8. ביום 14 באפריל 2011, עם מינויו לפרופסור למשפט בינלאומי ע"ש סטוקטון במכללה ללוחמה ימית של חיל הים האמריקאי, פרש תת אלוף (במיל.) קנת' ווטקין מתפקידו כמשקיף זר בוועדה. תת אלוף (במיל.) ווטקין תרם תרומה נכבדה לעבודה

.rights law established pursuant to Council resolution 13/9, UN Doc A/HRC/16/24 (Mar. 18, 2011)

13 שם, בפסקה 80.

14 פרטיהם האישיים של חברי ועדה אלה ושל המשקיפים הובאו בתמצית בפתחת דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 (ועדת טירקל) דין וחשבון חלק ראשון (התשע"א) (להלן: דו"ח הוועדה הראשון) וביתר פירוט באתר האינטרנט של הוועדה; ראו: [www.turkel-committee.gov.il](http://www.turkel-committee.gov.il).

15 החלטה 2134 של הממשלה ה-32 "מינוי חברים נוספים לכהונה בוועדה הציבורית בראשות שופט בית המשפט העליון בדימוס, יעקב טירקל, לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010" (25.7.2010). פרטיהם האישיים של חברי ועדה אלה הובאו בתמצית בפתחת דו"ח הוועדה הראשון וביתר פירוט באתר האינטרנט של הוועדה, לעיל.

16 החלטה 2297 של הממשלה ה-32 "הוועדה לבדיקת אירוע המשט הימי מיום 31.5.2010 בראשותו של השופט (בדימוס) יעקב טירקל - בעקבות פטירתו של פרופ' שבתאי רוזן ז"ל" (4.10.2010).

הוועדה גם בדו"ח השני, ועל כך מודה לו הוועדה מקרב לב.

9. ביום 23 ביוני 2011 מינתה ממשלת ישראל את פרופ' טימות'י מק'קורמק, היועץ המיוחד למשפט בינלאומי הומניטארי של התובע הכללי בבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג, כמשקיף זר במקומו של תת אלוף (במיל.) ווטקיין.<sup>17</sup> זה המקום להדגיש, והדברים צוינו גם בדו"ח הראשון של הוועדה, כי אף שבהחלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה נקבע כי למשקיפים "לא תהיה [...] זכות הצבעה בנוגע להליכים ולמסקנות הועדה", הרי שלפי החלטת יו"ר הוועדה פעלו המשקיפים כחברים של ממש, השתתפו באופן פעיל בכל ישיבות הוועדה ודינויה, ותרמו הרבה ממצים ומהידע שלהם לשני הדוחות של הוועדה.<sup>18</sup> יצוין, שלא התקיימה ישיבה של הוועדה – בין ציבורית ובין פנימית – ללא השתתפותם של המשקיפים. הוועדה מודה להם מקרב לב.

10. לשני הדוחות של הוועדה תרמו בעצותיהם מספר יועצים מומחים ידועי שם בתחום המשפט הבינלאומי. לדו"ח השני סיע, בין היתר, פרופ' מייקל שמיט,<sup>19</sup> עד מינויו לראש המחלקה למשפט בינלאומי במכללה ללוחמה ימית של חיל הים האמריקאי בספטמבר 2011. כך גם סיעו לוועדה פרופ' קלאוס קרס, ראש המכון למשפט בינלאומי, שלום וביטחון מאוניברסיטת קלן בגרמניה,<sup>20</sup> ופרופ' גבריאלה בלום מאוניברסיטת הרווארד,<sup>21</sup> שסמכו את ידיהם על הניתוח המשפטי שבפרק א' לדו"ח זה, וייעצו לוועדה בגיבוש המלצותיה.

11. על הצוות המקצועי שסייע לעבודת הוועדה בתקופות שונות נמנו עורכי דין, משפטנים וסטרודנטים רבים מהארץ ומחול, רובם בעלי תארים מתקדמים, המתמחים במשפט הבינלאומי. במיוחד יש לציין את תרומתן החשובה של ד"ר מישל לש,<sup>22</sup>

17 החלטה 3338 של הממשלה ה-32 "הוועדה הציבורית בראשות שופט בית המשפט העליון בדימוס, יעקב טירקל, לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 – מינוי משקיף זר" (23.6.2011). פרופ' טימות'י מק'קורמק. משמש כפרופסור למשפט בינלאומי באוניברסיטת מלבורן, אוסטרליה.

18 החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 3.

19 פרופ' מייקל שמיט. בעת הייעוץ לוועדה כיהן כראש הפקולטה למשפט בינלאומי פומבי בבית הספר למשפטים באוניברסיטת דורהאם בכריסטינה וכעורך ראשי של שנתון המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

20 פרופ' קלאוס קרס. פרופ' למשפט בינלאומי פומבי ולמשפט פלילי, ראש המכון למשפט בינלאומי, שלום וביטחון וראש המחלקה למשפט פלילי גרמני ובינלאומי, אוניברסיטת קלן, גרמניה. מאז שנת 1998 משמש פרופ' קרס כחבר במשלחת הגרמנית למו"מ בנושאים שונים הקשורים לבית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג.

21 פרופ' גבריאלה בלום. פרופ' ליכריות אדם ומשפט הומניטארי ע"ש ריטה האור בבית הספר למשפטים, אוניברסיטת הרווארד, ארה"ב.

22 Ph.D, בית הספר למשפטים, אוניברסיטת מלבורן, אוסטרליה.

ד"ר כרמית קאריין יפת,<sup>23</sup> ועו"ד מורן יהב.<sup>24</sup> כמו כן, סייעו לעבודה המנהלית עוזרים מנהליים ובמיוחד גב' מלי פרץ ומר אבי אטיאס. הוועדה מודה לכולם.

12. על הקשרים המקצועיים עם היועצים המומחים והצוות המקצועי והמנהלי ועל התיאום ביניהם ניצח ביעילות ובבקיאות מרכז הוועדה, עו"ד הושע גוטליב.<sup>25</sup> כישוריו המקצועיים ויכולותיו הניהוליות, בשילוב הבנה מעמיקה של הזירה המשפטית הבינלאומית, אפשרו לוועדה להוציא מתחת ידיה דו"ח מקיף ויסודי.

## הדו"ח השני של הוועדה

13. כאמור לעיל, בדו"ח השני, נדרשה הוועדה לשאלה שהוצגה בסעיף 5 להחלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה, לאמור, "האם מנגנון הבדיקה והחקירה ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של דיני הלחימה, הנוהג בישראל באופן כללי, וכפי שהוא מיושם ביחס לאירוע הנוכחי [האירוע הימי מיום 31 במאי 2010], תואם את חובותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי".<sup>26</sup> יוער כאן כי בדו"ח זה נעשתה הבחנה בין חובת בדיקה (examination) לבין חובת חקירה (investigation), אך לא נעשתה הבחנה בין המונחים 'תלונות' ו'טענות' והם משמשים לחלופין.

14. לעיני הוועדה עמדו בעיקר דיני הלחימה, קרי, כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. כמו כן, סמכה הוועדה על משפט זכויות האדם הבינלאומי, כללי המשפט הבינלאומי הפלילי ועל דיני אחריות המדינה במשפט הבינלאומי ככל שהיו רלוונטיים לבדיקת הוועדה (בדיקה וחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי). הוועדה גם הביאה בחשבון שיקוליה את הכללים הרלוונטיים של המשפט החוקתי והמנהלי הישראלי וכן עקרונות כלליים של שלטון החוק.

15. בדו"ח זה בחינת הוועדה התמקדה בעיקר במגננוני הבדיקה והחקירה הצבאיים. כפי שעולה מן החומר שהוגש לוועדה, מכוונות רוב הטענות בדבר הפרות של דיני

23 J.S.D, בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ייל, ארה"ב.

24 LL.M, בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ניו יורק, ארה"ב (תלמידה לתואר J.S.D).

25 LL.M, בית הספר למשפטים, אוניברסיטת הרווארד, ארה"ב.

26 החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה, לעיל ה"ש 1.

הלחימה כלפי צה"ל, כזרוע הביטחון המרכזית העוסקת בלחימה. עם זאת, מצאה הוועדה לנכון לבדוק גם מנגנוני בדיקה וחקירה של זרועות ביטחון אחרות, כמו משטרת ישראל, שירות הביטחון הכללי (להלן: שב"כ), ושירות בתי הסוהר, בין אם מדובר בחקירת אירועים שאירעו באזור יהודה ושומרון ובין בחקירת אירועים שאירעו בישראל. יודגש כי טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי יכול שיכוונו גם כלפי גורמים בכירים בדרגי קבלת ההחלטות, בין במערכת הצבאית ובין במערכות האזרחיות.

הוועדה הוסיפה ובחנה גם את המנגנונים המפקחים (במשמעות oversight) על מנגנוני הבדיקה והחקירה, וכן את המנגנונים המבקרים אותם (במשמעות review), בין בדרך של ערעור ובין בדרך של ביקורת מנהלית.

16. זה המקום לחזור ולציין כי דו"ח זה צופה פני עתיד. במילים אחרות, במסגרת דו"ח זה דנה הוועדה, ברמה התורתית-עקרונית רק בשאלות של למה, מה, מתי ואיך יש לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה, ונמנעה מלבחון את יישומן ביחס למקרים פרטניים.

17. בשולי הדברים יוער, כי במבוא לדו"ח הראשון ציינה הוועדה כי בדו"ח השני – הנוכחי – יידונו שאלות נוספות שעלו במהלך עבודתה "לרבות שאלות שיש להן חשיבות מבחינה ישראלית פנימית".<sup>27</sup> בינתיים פרסם מבקר המדינה ביום 12 ביוני 2012 דו"ח מקיף שבו נדון יישום חוק המטה לביטחון לאומי ומעורבותו בתהליכי קבלת ההחלטות בנושאי חוץ וביטחון; וכן נדונו תהליכי קבלת ההחלטות בממשלה בנוגע להתמודדות עם המשט הטורקי והממשק שהתקיים בהקשר זה בין הדרג המדיני לצה"ל, לרבות התכנון, ההפעלה והשליטה של גופי המודיעין באירוע הימי. כמו כן, דן דו"ח המבקר בתפקודם של גופי מערך ההסברה הלאומי ושל גופי הסברה נוספים בהקשר של האירוע הימי.<sup>28</sup> לאור הדיון המקיף והמפורט בסוגיות אלה ואחרות בדו"ח מבקר המדינה, ומבלי להתייחס לתוכנו של ההערות שבדו"ח, ולאור העיסוק בסוגיות אלה בפורומים שונים, סבורה הוועדה שאין טעם בעת הזאת בדיון נוסף מצדה באותן שאלות.

27 ראו: דו"ח הוועדה הראשון, בפסקה 12.

28 ראו: מבקר המדינה דוח ביקורת על יישום חוק המ"ל וההתמודדות עם המשט הטורקי (2012).



## שיטת העבודה של הוועדה

18. הוועדה אספה את המידע שהיה דרוש לה בדרכים שונות, לרבות בדרך של גביית עדויות בעל פה ובכתב. הוועדה שמעה עדים שהאירו את נושאי הדיונים מזוויות שונות: היועץ המשפטי לממשלה; המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים); הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר); מפקד המשטרה הצבאית; ראש השב"כ, היועץ המשפטי של השב"כ והגורמים העוסקים בבדיקת טענות נחקרים בשב"כ; וכן נציגים של ארגוני זכויות אדם, ובהם בצלם, האגודה לזכויות האזרח, יש דיין והוועד הציבורי נגד עינויים. כמו כן, העידו חוקרים בתחום המשפט הבינלאומי – פרופ' איל בנבנישתי, פרופ' יובל שני וד"ר עמיחי כהן. הוועדה ביקשה גם להתרשם מכלי ראשון מעדויותיהם של מתלוננים שהוזכרו בדוחות שהוגשו לה על ידי ארגוני זכויות האדם, אולם בסופו של דבר התייצבו לעדות רק בני משפחתו של מר יאסר א-טמייזי שנהרג במהלך פעילות של צה"ל באזור חברון.

לאור החשיבות שבהבאת מירב המידע בפני הציבור, נגבו העדויות בדלתיים פתוחות. היו חלקים של העדויות שנגבו בדלתיים סגורות, מטעמים של ביטחון המדינה ויחסי החוץ שלה, ולפי החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה.<sup>29</sup> עם זאת, הובהר לעדים, כי לאחר שמיעת העדויות שנגבו בדלתיים סגורות, ייתכן שהוועדה תמצא לנכון לחשוף חלקים מהן. כמו כן, הועלו כל הפרוטוקולים של העדויות שנגבו בדלתיים פתוחות לאתר האינטרנט של הוועדה.<sup>30</sup> כל העדויות תורגמו לאנגלית תרגום סימולטאני, והפרוטוקולים בשפה האנגלית הועלו גם הם לאתר האינטרנט של הוועדה.

מלבד גביית עדויות מפי עדים נאסף חומר רב גם בפגישות של מרכז הוועדה עם גורמים שונים, ובהם הפצ"ר, מנהל המחלקה לחקירות שוטרים, המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פלייליים) ובעלי תפקידים בכירים במשטרה. כמו כן, נפגש מרכז הוועדה עם אלוף משנה ארז כץ, שעמד בראש אחד מחמשת צוותי התחקיר המיוחד שהוקמו לאחר מבצע 'עופרת יצוקה', על מנת ללמוד על תהליך התחקיר המבצעי בצה"ל. עוד קיבלה הוועדה לעיונה מגורמים שונים מסמכים

29 החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 7.

30 ראו: [www.turkel-committee.gov.il](http://www.turkel-committee.gov.il)

רבים וסקירות בנושאים הכרוכים בנושאי עבודתה. הוועדה גם הוסיפה ועיינה בדוחות פנימיים ובינלאומיים שונים שהיו דרושים לבירור השאלות שעמדו בפניה. המסמכים שהוגשו לוועדה – למעט מסמכים חסויים – נגישים לציבור באתר האינטרנט של הוועדה.<sup>31</sup>

בסך הכל שמעה הוועדה 16 עדויות במהלך חמישה ימי דיונים, מתוכן ארבע עדויות בדלתיים סגורות, וכן התקיימו ארבע פגישות לאיסוף חומרים נוספים. רשימת העדים שהופיעו בפני הוועדה ותאריכי עדויותיהם מפורטים כנספח א' לדו"ח זה.

הוועדה מודה לכל אלה שתמרו מזמנם ומומחיותם לעבודתה, ואשר העשירו והעמיקו את הבחינה העובדתית, המשפטית והמוסדית של השאלות המורכבות על הפרק.

19. מלבד העיון בכל אלה ערכה הוועדה גם השוואה מקיפה של מנגנוני הבדיקה והחקירה של שש מדינות מערביות (להלן: הסקירה המשווה). כמו כן, בדקה הוועדה בפירוט מדגם של תיקים שבהם נערכו בדיקות וחקירות על ידי מנגנוני הבדיקה והחקירה בצה"ל (להלן: הבדיקה המדגמית).

## הסקירה המשווה

20. מטרת הסקירה המשווה היתה לבחון את המנגנונים הנוהגים בישראל בהשוואה למנגנונים של מדינות אחרות. אכן, לכל מדינה ומדינה שיקולים משלה בבואה לבחור בכלים ובמנגנונים הנראים לה לצורך הגשמת חובותיה לפי המשפט הבינלאומי – לפי התנאים של אותה ארץ ותושביה, מוסדות השלטון שלה ושיטתה החוקתית והמשפטית. למרות ההבדלים בגישות של המדינות, מציבה הסקירה קשת רחבה של מנגנונים אפשריים שמדינה יכולה לנקוט כדי לבדוק ולחקור הפרות של דיני הלחימה. היא גם מאפשרת הערכה ביקורתית של היתרונות והחסרונות שבכל גישה ואת התאמתה למציאות המשפטית והצבאית בישראל.

21. שש המדינות שנסקרו – ארצות הברית, קנדה, אוסטרליה, בריטניה, גרמניה

והולנד – נבחרו ממספר טעמים: הן נחשבות מדינות המכבדות את עקרון שלטון החוק; הן היו מעורבות בשנים האחרונות בלחימה במצבים מורכבים של עימות מזוין, ובכלל זה עימות עם קבוצות לא-מדינתיות, לחימה המתנהלת בקרבת אוכלוסייה אזרחית, ומצבים שבהם הגדרת סוג העימות (עימות מזוין בינלאומי ושאינו בינלאומי) איננה ברורה; ופועלות בהן מערכות יעילות לבדיקה וחקירה של הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. בארבע ממדינות אלה נוהגת שיטת המשפט המקובל – היא השיטה הנהוגה בעיקרה בישראל – ואילו בשתיים מהן (גרמניה והולנד) נוהגת שיטת המשפט הקונטיננטלית.

22. לצורך עריכת הסקירות נבחרו מומחים בעלי שם בתחומים הנדונים, מכל אחת ממש המדינות, שחלקם בעלי ניסיון מעשי הכולל שירות בתפקידים בכירים במערכות המשפט הצבאיות של המדינות שנסקרו. הדו"ח האמריקאי חובר על ידי פרופ' שון ווטס מאוניברסיטת קרייטון (Creighton) בארה"ב, ששימש כפרקליט צבאי בצבא ארה"ב; הדו"ח הקנדי חובר על ידי אל"מ (במיל.) הולי מקדוגל ששימשה כתובעת הצבאית הראשית בצבא קנדה; הדו"ח האוסטרלי חובר על ידי פרופ' טימותי מק'קורמק מאוניברסיטת מלבורן באוסטרליה המשמש כמשקיף לוועדה זו; הדו"ח הבריטי חובר על ידי פרופ' פיטר רו מאוניברסיטת לנקסטר (Lancaster) בבריטניה;<sup>32</sup> הדו"ח הגרמני חובר על ידי פרופ' וולף היינטשל פון היינג, סגן נשיא אוניברסיטת אירופה-וויאדרינה, פרנקפורט (אודר) ועל ידי עוזרו ד"ר רוברט פראו; הדו"ח ההולנדי חובר על ידי פרופ' טרי גיל מאוניברסיטת אמסטרדם ומהאקדמיה ההולנדית לביטחון (Netherlands Defence Academy) ועל ידי רס"ן (במיל.) וון הואק (J. J. M. van Hoek) ממחלקת התביעות הצבאיות במשרד התובע הכללי בארנהם.

למומחים נשלח שאלון זהה (ראו נספח ג' לדו"ח זה), שעיקרו סקירת הדין החל באותן מדינות ותיאור דרכי הבדיקה והחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה שנעשו על ידי הכוחות המזוינים של מדינות אלה. עוד נתבקש מידע על המוסדות הבודקים וחקורים הפרות של דיני הלחימה שנעשו על ידי רשויות ביטחון אחרות ועל ידי רשויות אזרחיות, וכן על תהליכי הבדיקה והחקירה. אחרי שקיבלה הוועדה את הדוחות המדינתיים חזרה וביקשה מהמומחים השלמות במספר ענינים.

32 פרופ' פיטר רו הוסיף הערות על טיוטה מוקדמת של פרק א'.

פרק ב' של דו"ח זה הוא סיכום של דוחות אלה. (הדוחות המדינתיים עצמם מצורפים בשפת המקור כנספח ג' לדו"ח זה).

הוועדה מודה לגב' מייגן דונלדסון<sup>33</sup> על תרומתה החשובה לעריכת הסקירה המשווה.

## הבדיקה המדגמית

23. כאמור לעיל, לא הסתפקה הוועדה בעדויות ובחומרים שהוגשו לה, אלא בדקה בפירוט גם מדגם של תיקים במטרה להתרשם באופן בלתי אמצעי מתהליכי הבדיקה והחקירה. לשם כך פנה מרכז הוועדה אל הפצ"ר בבקשה להמציא לוועדה מדגם של כ-60 תיקים: 28 מהם אוזכרו בדוחות בינלאומיים ופנימיים ובמסמכים שהוגשו לוועדה על ידי ארגוני זכויות אדם, ו-30 מהם לפי קטגוריות שהגדירה הוועדה, כגון אירועים שלגביהם הוחלט שלא לפתוח בחקירה של המשטרה הצבאית, אירועים שנחקרו במשטרה הצבאית והוחלט שלא להגיש לגביהם כתב אישום, ואירועים שלגביהם הוגש כתב אישום (פניית מרכז הוועדה אל הפצ"ר מצורפת כנספח ב' לדו"ח זה). מתוך מדגם זה, נבחרו 10 תיקים שנבדקו באופן יסודי. הבדיקה נערכה על ידי עו"ד עינת בניטה, סגנית בכירה לפרקליטת מחוז מרכז, שבחנה בהנחייתו של מרכז הוועדה את אופן ודפוס הטיפול בתיקים, את תרומת התחקיר המבצעי להחלטה בדבר פתיחה בחקירה, ואת איכות החקירה כפי שהיא עולה מן התיק. הוועדה מודה לה על עבודתה היסודית.

למותר לומר כי בדיקה מדגמית כזאת אין בה כדי לשרטט תמונה מקיפה, אולם היא אפשרה לוועדה להתרשם מן הדרכים שבהן נערכות בפועל בדיקות וחקירות. עוד יוער, כי בדיקה מדגמית דומה נערכה בשנת 2007 על ידי פרקליטות המדינה לצורך בדיקת תלונות וטענות שהועלו כלפי חוקרי שב"כ. גם תוצאותיה של בדיקה זו שמשו את הוועדה.

33 L.L.M., בית הספר למשפטים, אוניברסיטת ניו יורק, ארה"ב (תלמידה לתואר J.S.D.).

24. דו"ח זה כולל חמישה פרקים. פרק א' משרטט את המסגרת הנורמטיבית החלה על בדיקה וחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (דיני הלחימה). פרק זה, בדומה לפרקי הדו"ח האחרים, נבנה לפי ארבע שאלות שעליהן הוא בא להשיב: מה המקורות הנורמטיביים לחובה לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי כפי שהם משתקפים בענפי המשפט הבינלאומי הרלוונטיים ('למה חוקרים?'); מה סוג ההפרות שיש לבדוק ולחקור ('מה חוקרים?'); מה העילות המקימות את החובה לבדוק ולחקור וכיצד עובדות אירוע מסוים וההקשר שלו משפיע על אותן עילות ('מתי חוקרים?'); ומה העקרונות הכלליים שעל פיהם יש לערוך בדיקה וחקירה בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ('איך חוקרים?').

25. פרק ב' הוא סיכום של הדוחות שהוגשו לוועדה במסגרת הסקירה המשווה. כאמור לעיל, מטרתו של פרק זה היא לתאר ולהסביר את האופן שלפיו מיושמים כללי המשפט הבינלאומי בשש מדינות: ארה"ב, קנדה, אוסטרליה, בריטניה, גרמניה והולנד. יוער, כי בפרק זה נעשה שימוש באותם מונחים שבהם נעשה שימוש בדוחות המדינתיים שהוגשו לוועדה, ולא במונחים שהוועדה השתמשה בהם בפרקים אחרים. הדבר נעשה במטרה לשמור על דיוק והתאמה עם הדוחות עצמם.

26. פרק ג' סוקר את מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל. בתחילתו מוצגת המסגרת הנורמטיבית המגבשת את החובה לחקור הפרות כפי שהיא מוגדרת בישראל, בין שהיא עולה מתוך מחויבויותיה של ישראל לדין הבינלאומי ובין שהיא עולה מתוך הדין הישראלי הפנימי ('למה חוקרים?'). בחלקו השני של הפרק, מפורטות ההוראות הנורמטיביות החלות בישראל, המגדירות את ההפרות שבגינן חלה חובה לחקור, דהיינו – מה העבירות המוכרות בדין הישראלי הפנימי, שענינן הפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ('מה חוקרים?'). בחלקו השלישי של הפרק, מתוארים המנגנונים העוסקים בבדיקה ובחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי המכוונות כלפי חיילי צה"ל, שוטרים, אנשי שב"כ, סוהרים והדרג האזרחי, וכן המוסדות המפקחים ומבקרים את התנהלותם ('מי חוקר?'). בחלקו הרביעי של הפרק, מפורטות העילות לפתיחה בבדיקה ובחקירה

במנגנונים השונים, לרבות נהלי הדיווח ('מתי חוקרים?'). בסופו של הפרק מוצגת סקירה של תהליכי עריכת הבדיקה והחקירה כפי שהם נעשים במנגנונים השונים ('איך חוקרים?').

27. פרק ד' ענינו בדיקת התאמתם של מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל העוסקים בתלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (פרק ג') לחובותיה של מדינת ישראל לפי כללי המשפט הבינלאומי (פרק א'), תוך השוואתם למגמות המשתקפות בפרקטיקות של המדינות שנסקרו (פרק ב'). בין היתר, נבדקה ההתאמה של עבירות המוגדרות בדין הישראלי הפנימי לעבירות המוגדרות במשפט הבינלאומי ההומניטארי, שעליהן חלה החובה לחקור. כמו כן, נבדקה ההתאמה של העילות המקימות את החובה לחקור בדין הישראלי לאלה שבדין הבינלאומי, וכן נבדקו מוסדות הבדיקה והחקירה בישראל, ואף אמות המידה שעל פיהן הם פועלים כבואם לבדוק ולחקור, והתאמתם של כל אלה לכללי המשפט הבינלאומי.

בפרק זה גם שולבו, לפי עניניהן, המסקנות שהסיקה הוועדה וכן ההמלצות שגיבשה בנושאים שנראו לה ראויים לכך.

28. פרק ה' ענינו נושא נקודתי: אופן הבדיקה והחקירה של האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, המשמש כאן כמעין מקרה מבחן (שאמנם אינו טיפוסי) לאופן בו נבדקות ונחקרות תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה בישראל. בחלקו הראשון של פרק זה הובאה, בתמצית ולשם התזכורת בלבד, סקירה קצרה של מהלך האירועים שם, שתוארו בהרחבה בדו"ח הראשון. בחלקו השני של הפרק נסקרו פעולות הבדיקה והחקירה שננקטו במנגנונים השונים בישראל. בחלקו השלישי של הפרק נדונו אחדות מן הסוגיות העולות מתוך נסיבות האירועים בהקשר של מנגנוני הבדיקה והחקירה ואופן תפקודם בחקירת האירוע הנ"ל, לאור כללי המשפט הבינלאומי, כפי שהובאו לעיל ונותחו בדו"ח זה.

## עיקרי מסקנות הוועדה והמלצותיה

29. כאמור בפתחו של דו"ח זה, יש לדרכי הבדיקה והחקירה שהן ענינו של דו"ח זה היבטים משפטיים, מוסריים, חינוכיים ותדמיתיים חשובים, הן כלפי פנים והן כלפי חוץ. משהגענו עד הלום, בתום דיוניה וחקירותיה של הוועדה, יש מקום לקבוע, כי מנגנוני הבדיקה והחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה הקיימים בישראל ודרכי פעולתם מתיישבים, בדרך כלל, עם חובותיה של מדינת ישראל לפי כללי המשפט הבינלאומי. עם זאת, סברה הוועדה כי בתחומים אחדים שנחקרו יש מקום לתיקונים במנגנוני הבדיקה והחקירה וכי באחדים מן התחומים יש מקום לשינויים במדיניות המקובלת. עוד סברה הוועדה כי פרקטיקות מסוימות – הראויות כשלעצמן – טוב להן שיעוגנו בהנחיות כתובות מפורשות שינתן להם פומבי. יודגש, כי כאשר מצאה הוועדה שיש צורך בתיקונים או בשינויים אין בכך, בהכרח, כדי להצביע על פגמים מהותיים אלא התויית דרכים להשגת יעדים אידיאליים למנגנונים ולדרכי פעולתם.

30. כך, לדוגמא, המליצה הוועדה לעגן בחקיקתה הפנימית של מדינת ישראל נורמות בינלאומיות שישראל מכירה בהן ונוהגת על פיהן. תהיה בכך הצהרה על ה"אני מאמין" של החברה הישראלית בתחומים אלה ועל הנורמות המדריכות את מערכות הביטחון הישראליות. המלצה חשובה אחרת של הוועדה היא לתקן את הפרקטיקה הנוהגת בצה"ל שלפיה ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה מבוססת על התחקיר המבצעי. המלצות נוספות שיש לתת עליהן את הדעת במיוחד הן לגבי קציבת זמנים למתן החלטתו של הפצ"ר בדבר פתיחה בחקירה. כמו כן, לדעת הוועדה יש צורך לשנות את דרכי המינוי של הפצ"ר ושל התובע הצבאי הראשי ולקצוב מראש את תקופת כהונתם. עוד המליצה הוועדה על דרכים לחזק את הפיקוח והביקורת של הדרג המשפטי האזרחי על הדרג המשפטי הצבאי. אשר לחקירות שעורכת משטרת ישראל, המליצה הוועדה להעביר את חקירתם של אירועי ירי בתחומי יהודה ושומרון מהמשטרה לצה"ל. גם לענין הבדיקה של תלונות וטענות של נחקרים בשב"כ נגד חוקריהם, נראה לוועדה שיש צורך בשינוי מבני של מנגנוני הבדיקה של התלונות.

31. בסופו של דבר נתגבשו 18 המלצות החותמות דו"ח זה (מלבד פרק ה' והמלצותיו). אחרי מימושן תהיה ישראל גם להלכה כמתוקנות שבאומות.





## **פרק א: המסגרת הנורמטיבית לחובה במשפט הבינלאומי לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי**

### **מבוא**

1. ענינו של פרק זה הוא הצגת המסגרת הנורמטיבית לחובה במשפט הבינלאומי לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. בחלקו הראשון של הפרק ישורטטו בקצרה ענפי המשפט הבינלאומי המסדירים חובה זו, בראש ובראשונה כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי וכן משפט זכויות האדם הבינלאומי, המשפט הבינלאומי הפלילי ודיני אחריות המדינה. בחלקו השני של הפרק ייסקרו המקורות לחובה לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי כפי שהם משתקפים בענפי המשפט הרלוונטיים ('למה חוקרים?'). בחלקו השלישי של הפרק תבאר הוועדה את המונח 'הפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי' באופן כללי, ותגדיר את אותן הפרות העולות כדי 'פשעי מלחמה' ('מה חוקרים?'). בחלקו הרביעי של הפרק יוצגו העילות המקימות את החובה לפתוח בבדיקה ובחקירה וכן השפעת העובדות של אירוע מסוים וההקשר שלו על אותן עילות ('מתי חוקרים?'). בחלקו החמישי של הפרק יפורטו העקרונות הכלליים שעל פיהם יש לערוך בדיקה וחקירה בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ('איך חוקרים?').

2. המשפט הבינלאומי המסדיר את השימוש בכוח מורכב מ'דיני השימוש בכוח' (*jus ad bellum*) ומ'דיני המלחמה' (*jus in bello*). דיני השימוש בכוח מסדירים מתי רשאית מדינה להשתמש בכוח והם עוסקים בסוגיות כגון האיסור על שימוש בכוח, המוכר במשפט המנהגי והקבוע בסעיף 2(4) למגילת האו"ם; זכותן של מדינות להגנה עצמית, בהתאם למשפט המנהגי ולסעיף 51 למגילת האו"ם; והמנגנונים להבטחת הביטחון הקולקטיבי, לפי פרק 7 למגילת האו"ם.<sup>1</sup>

לעומתם, דיני המלחמה (*jus in bello*) קובעים את המשטר המשפטי הבינלאומי המסדיר את השימוש בכוח במהלך עימות מזוין ומקובל לכנותם 'דיני העימות המזוין' (laws of armed conflict), או 'המשפט הבינלאומי ההומניטארי' (international humanitarian law).<sup>2</sup> המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אשר חל רק במהלך 'עימות מזוין' (armed conflict) כהגדרתו במשפט הבינלאומי, מסדיר את החובות, הזכויות וההגנות העומדות למדינות ולפרטים המעורבים בעימות מזוין או מושפעים ממנו.<sup>3</sup> בין היתר, מטופלים נושאים כמו אופן ניהול הלחימה (conduct of attacks), אמצעי לחימה לגיטימיים (legitimate means of warfare), מעצרים (detentions) וניהול שטח כבוש (administration of an occupation).

יודגש, כי אחד ממושכלות היסוד החשובים והמוששרים ביותר במשפט הבינלאומי הוא עקרון העצמאות של דיני המלחמה (*jus in bello*) מדיני השימוש בכוח (*jus ad bellum*). דהיינו, המשפט הבינלאומי ההומניטארי יחול נל אימת שמדובר ב'עימות מזוין', כהגדרתו במשפט הבינלאומי ואין נפקא מינה לשאלת חוקיותו או צדקתו של השימוש בכוח מצד הצדדים לעימות או לשאלה אם צד לעימות הוא 'תוקפן' או 'קורבן' במונחי דיני השימוש בכוח.<sup>4</sup>

1 ראו: ס' 42-39, (4), 51-1 למגילת האו"ם, 3 Bevans 1153 (1945). Charter of the United Nations.

2 בדו"ח זה יכונה מכלול משפטי זה המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

3 תחת דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי מוטלות חובות על מדינות אף כאשר הן אינן צד לסכסוך המזוין, וראו לדוגמא את ס' 1 המשותף לאמנות ז'נבה: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 75 U.N.T.S 31, Common Article 1 (1949); Convention (II) for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 75 U.N.T.S 85, Common Article 1 (1949); Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War (IV), 75 U.N.T.S 135, Common Article 1 (1949); Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 75 U.N.T.S 287, Common Article 1 (1949) (ישראל חתמה על האמנות בתאריך 8 בדצמבר 1949 ואישרה אותן בתאריך 6 ביולי 1951) (להלן: אמנות ז'נבה).

4 ראו: Christopher Greenwood, *Historical Development and Legal Basis*, in THE HANDBOOK OF

3. בנוסף לדיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי, קיימים שלושה ענפים משפטיים אחרים מהם למדה הוועדה על החובה לבדוק ולחקור הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי: משפט זכויות האדם הבינלאומי (international human rights law), המשפט הבינלאומי הפלילי (international criminal law), ודיני אחריות המדינה (laws of State responsibility). כל אחד מענפים משפטיים אלה מורכב ממשפט הסכמי (treaty law),<sup>5</sup> ממשפט מנהגי (customary law)<sup>6</sup> ומ'משפט רך' (soft law).<sup>7</sup> להלן יידונו ענפי המשפט השונים כסדרם.

FLECK (ed.), THE INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, 28 (Dieter Fleck ed., 2nd ed., 2008) (להלן: 'האג' (HANDBOOK). בבסיס עיקרון זה עומד הרציונאל לפיו פעמים רבות הקביעה יהיה התוקפן (aggressor) ומיהו המגן (defender) שנויה במחלוקת וקשה להכרעה. בצד זאת יודגש שתיחום העיקרון באופן שבו אף מבטיח כי לתוקפן יישמר תמריץ לקיים את דיני הלחימה, וראו בהקשר זה: Adam Roberts, *The Equal Application of the Laws of War: A Principle Under Pressure*, 90(872) IRRC 931, 939 (2008).

5 Vienna Convention on) 1969 (א) לאמנת וינה בדבר דיני אוננות משנת 1969 (the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331, Article 2(1)(a) (1969) לפיה מדובר ב"הסכם בינלאומי שנכרת בכתב בין מדינות והכפוף למשפט הבינלאומי, בין שהוא מגולם במסמך יחיד ובין בשני מסמכים או יותר הקשורים זה בזה, ויהיה כניוו המיוחד אשר יהיה". נהוג להבחין בין אמנות דקלרטיביות (היינו, אמנות המבוססות על מנהג ומביאות לקדיפיקציה של) לבין אמנות קונסטיטוטיות (היינו, אמנות היוצרות דין חדש של משפט בינלאומי) אשר עשויות להפוך במוצאת השנים לדקלרטיביות כתוצאה מהתפתחות המנהג (Robert Jennings, *What is International Law (and How Do We Tell It When We See It?)*, 37 Sw. Y.B. Int'l L 59, 62 (1981) חלק מהדין הפנימי הישראלי ולא מחייב בקליטה בחקיקה (ראו בענין זה: המ' 41/49 'שמשון' נתי חרושת ארץ-ישראלים למט' פורטנר על נ"מ ה' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 146-145, 143 (1951)). לעומתה אמנה קונסטיטוטית צריכה להיקלט למשפט המדינתי כמאמר הנשיא לשעבר שמגר: "כללי המשפט הבינלאומי ההסכמי אינם נקלטים אוטומטית ואינם הופכים לחלק מן הדין החל בישראל, כל עוד לא אומצו או שולבו בדרך החקיקה והפכו לחלק מן המשפט החל בישראל מכוח הוראותיו של חוק חרות או של חקיקת משנה, ששאבה כוחה מהסדר חקיקתי" (בג"ץ 69/81 אנו טיט נ' מפדק אזוז יהודה ושומון, פ"ד (2) 197, 234 (1983)). לקריאה נוספת אודות קליטת הסכמים בינלאומיים במשפט הישראלי ויחסם לדין המדינתי ראו: תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 69, 73 (רובי סיבל עורך, התש"ע); עוד ראו: Ruth Lapidot, *International Law Within the Israeli Legal System*, 24 ILR 451 (1990) IAN BROWNLEE, PRINCIPLES; MALCOLM (להלן: 'SHAW, INTERNATIONAL LAW 93-98 (6th ed., 2008) (להלן: 'SHAW, INTERNATIONAL LAW 93-98 (6th ed., 2008)). ראו גם להלן, פרק ג' לד"ר ח.ה. בפסקה 2.

6 ראו: (1) Statute of the International Court of Justice, 1 U.N.T.S. 993, Article 38(1)(b) (1945). סעיף 38(1)(b) מעגן שני אלמנטים הנדרשים לטובת התגבשותו של כלל מנהגי המשפט הבינלאומי: פרקטיקה עקבית של מדינות, באמצעות נציגיהן ולאוורך זמן (State practice); ותחושת מחויבות משפטית לפעול על פי הפרקטיקה (opinio juris). בית הדין הבינלאומי בהאג המשיך וקבע כי יש לראות בשני אלמנטים אלו כאלמנטים 'אקסיומטיים' לטובת הוכחתה של התפתחות נורמה מנהגית במשפט הבינלאומי, וראו: *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)*, 1985 I.C.J. 13, para. 27 (June 3) ICRC CUSTOMARY; INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW STUDY, xxxviii-li (HENCKAERTS & DOSWALD-BECK eds., 2005) (להלן: 'CIHL); 55 (1984) SHABTAI ROSENNE, PRACTICE AND METHODS OF INTERNATIONAL LAW, 55 (1984). מרגע שהוכר כלל כמשקף דין בינלאומי מנהגי, כל המדינות חבות בו. החריג היחיד לכלל זה הוא כלל 'המתנגד העיקש' (objector persistent) על פי כלל זה מדינה יכולה להוציא עצמה מתחולת המנהג בכך שתפגין באופן עקבי התנגדות לכלל המנהגי במהלך שלב היווצרותו ובטום הפיכתו לכלל מנהגי מחייב וראו: *United Kingdom v. Norway* (Fisheries Case (1951) 11 I.C.J. 116, p.131 (1951) BROWNLEE, PRINCIPLES; 1951 I.C.J. 116, p.131 (1951). עם זאת, גם במקרים של התנגשות אפשרית בין הדין הפנימי לדין הבינלאומי רשאי בית המשפט הישראלי להפעיל את 'חוקת ההתאמה הפרשנית' קרי "לפרש את החוק החרות שעה שהוא משתמע לכאן ולכאן ותוכנו אינו מחייב פירוש אחר, בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי". (ע"פ 336/61 איימן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 2033, 2040 (1962) (להלן: 'ע"פ איימן)).

7 להגדרת המונח 'משפט רך' ראו: The Inter-Agency Standing Committee Task Force on Humanitarian Action and Human Rights, *Frequently Asked Questions on International Humanitarian, Human Rights and Refugee Law*, 2 (Mar. 4, 2004), available at: www.unicef.org/emerg/files/FAQs\_IHL.pdf

## 1. המשפט הבינלאומי ההומניטארי

4. על מקורות המשפט הבינלאומי ההומניטארי העיקריים<sup>8</sup> נמנים אמנת האג הרביעית משנת 1907 והתקנות הנלוות לה (להלן: אמנת האג או תקנות האג), המקובלות כמשפט מנהגי בינלאומי ולפיכך מחייבות את ישראל;<sup>9</sup> ארבע אמנות ז'נבה משנת 1949: אמנת ז'נבה להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדה הקרב (להלן: אמנת ז'נבה הראשונה); אמנת ז'נבה להטבת מצבם של פצועים, חולים וניצולים מאוניות שנטרפו מבין אנשי הכוחות המזוינים בים (להלן: אמנת ז'נבה השנייה); אמנת ז'נבה בדבר היחס לשבויי מלחמה (להלן: אמנת ז'נבה הרביעית)<sup>10</sup> שהגישה המקובלת בעולם היא שהן משקפות דין מנהגי<sup>11</sup> (וישראל חתמה עליהן ואשררה אותן)<sup>12</sup>; ושני הפרוטוקולים הנוספים משנת 1977 לאמנות

8 שם הוגדר המונח באופן הבא: "Soft International Law is an important body of non-treaty standards usually adopted within the framework of the United Nations system (declarations, bodies of principles, standard minimum rules, etc.). Although not legally binding, soft law serves to interpret and elaborate treaty provisions and to develop new standards in emerging areas of international law."

9 רק במחצית השנייה של המאה ה-19 החל תהליך של קודיפיקציה של כללים בסיסיים אלו, אשר היו עד שלב זה מנהגיים באופיים. ראו לדוגמה: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, commonly known as the 'Lieber Code', U.S. War Department, General Orders No. 100 (Apr. 24, 1863), reprinted in THE LAWS OF ARMED CONFLICTS: A COLLECTION OF CONVENTIONS, RESOLUTIONS, AND OTHER DOCUMENTS, 3 (DIETRICH SCHINDLER & JIRI TOMAN eds., 1988).

10 מעמדם המנהגי של תקנות האג הוכר לראשונה במשפטי נירבונג של סוף מלחמת העולם השנייה, וראו: TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINALS BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL vol. I, 253-254 (1947); המנהגי גם הוכר כחוקת הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בהאג לענין שימוש בנשק גרעיני בשנת 1996, וראו: Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion, 1996 I.C.J. 226, para. 78-79 (July 8) (להלן: חוות דעת הנש"ג). לפיכך, הגם שישראל איננה צד לתקנות האג היא עדיין רואה עצמה כמחויבת להם מכוח מעמדם המנהגי, וראו למשל: בג"ץ 78/606 איוב נ' שר הניטחון, פ"ד לג(2) 113, 120 (1979); "הוועדה הציבורית לבריכת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010" 3 (נייר עמדה מטעם הפרקליטות הצבאית, 29.7.2010).

11 ראו: אמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 9.

12 ראו: חוות דעת הנש"ג, לעיל ה"ש 9, בפסקה 257; Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.A.), 1986 I.C.J. 14, para. 218 (June 27) FLECK (ed.), THE HANDBOOK, לעיל ה"ש 4, בעמ' 28.

13 ראו: אמנת ז'נבה הראשונה להטבת מצבם של פצועים וחולים מבין אנשי הכוחות המזוינים בשדות הקרב, 1949, כ"א 1, 387; אמנת ז'נבה השנייה להטבת מצבם של פצועים, חולים ונטרפי אניות מבין אנשי הכוחות המזוינים בים, 1949, כ"א 1, 423; אמנת ז'נבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה, 1949, כ"א 1, 559; אמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, כ"א 1, 453.

החל משנת 1967 עמדתה הרשמית של מדינת ישראל הייתה ועודנה, שאין להחיל את אמנות ז'נבה בשטחי יהודה, שומרון ורצועת עזה, שכן לא נתקיים ביחס אליהן התנאי הקבוע בס' 2 המשותף לאמנות, לפיו השטח שנכבש הינו "ארצו של אחד מבעלי האמנה". בשנת 1971 הצהיר היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר, כי ישראל תקיים את 'ההוראות ההומניטאריות' של האמנה גם בשטחי יהודה, שומרון ורצועת עזה (Meir Shamgar, *The Observance of (Administered Territories*, 1 Isr. Y.B. H.R. 262, 266 (1971)). מעולם לא הבהירה מהן אותן 'הוראות ההומניטאריות', כאמור, באמנות. בשנים האחרונות התייחס בית המשפט העליון לאמנת ז'נבה הרביעית כחלק מן המתווה הנורמטיבי הראשי לדיון בתיקים שבפניו וראו: בג"ץ 4764/04 רופאים לנוויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעוה, פ"ד נח(5) 385 (2004) (להלן: ענין רופאים לנוויות אדם 2004); בג"ץ 201/09 רופאים לנוויות אדם נ' ראש הממשלה (שרם פורסם, 19.1.2009). יצוין כי עצם היותה של ישראל צד לאמנות בינלאומיות אינו הופך את הוראותיהן לחלק מהמשפט המדינתי. ראו: פרק ג', בפסקה 2.

ז'נבה. הפרוטוקול הנוסף הראשון עוסק בעימותים מזוינים בינלאומיים (להלן: הפרוטוקול הנוסף הראשון),<sup>13</sup> בעוד שהפרוטוקול הנוסף השני ענינו עימותים מזוינים שאינם בינלאומיים (להלן: הפרוטוקול הנוסף השני).<sup>14</sup> ישראל אינה צד לפרוטוקולים הנוספים אך מכירה בהוראותיהם המנהגיות.<sup>15</sup> אמנות אחרות החלות על התנהגות בעת מלחמה כוללות אמנות העוסקות בנכסי תרבות ובפיקוח על נשק.<sup>16</sup>

13 ראו: Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 1125 U.N.T.S. 3 (1977) (להלן: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה).

14 ראו: Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 1125 U.N.T.S. 609 (1977) (להלן: הפרוטוקול הנוסף השני לאמנות ז'נבה).

15 בעדותו בפני הוועדה ציין הפצ"ר, אלוף אביחי מגדלבלט, את הדברים הבאים: "אני חושב שאדוני מכיר היטב את חוסר החיבה שלנו לפרוטוקול הנוסף הראשון, שלנו ושל האמריקאים. אני אגיד כך. יש הוראות מהותיות ב-additional protocol one ויש הוראות פרוצדוראליות שבאות ליישם את ההוראות המהותיות. לגבי ההוראות המהותיות ככל שהן מצביעות על נורמה מנהגית כדוגמת האיסור לפגוע במטרה אזרחית באופן בלתי מבחין למשל, אז אנחנו מקבלים את זה שזה מנהגי. אנחנו יש לנו קושי גדול עם הפרוטוקול הנוסף הראשון בעיקר בגלל סעיף התחולה שלו שמרחיב אותו למקומות שאנחנו לא חושבים שהם נכונים, בוודאי שהם לא מנהגיים, בעיקר נותנים יותר כוח למה שנקרא תנועת שחרור על חשבון הצבאות הלוחמים ולכן, העמדה שלנו שכל דבר שהוא לא נורמה מהותית מהפרוטוקול הראשון, הוא לא מחייב. זאת אומרת אנחנו לא רוצים לתת לו מעמד מנהגי, וזו העמדה המסורתית של מדינת ישראל"; ראו: פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 2 "עדות הפרקליט הצבאי הראשי" 53 (11.4.2011) (להלן: עדות הפרקליט הצבאי הראשי - חלק ג).

עמדת הוועדה ביחס להיקף התחולה של הפרוטוקול הנוסף הראשון הינה, כי בהינתן שישראל איננה צד לפרוטוקול יש להחיל עליה רק את אלה מהוראותיו אשר משקפות דין מנהגי. בהקשר זה מצאה הוועדה הבינלאומית של הצלב האדום (להלן: הצלב האדום) במחקרה על מנהגיות כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי כי הוראות הפרוטוקול הראשון הנוגעות לחובות החקירה וההעמדה לדין משקפות דין מנהגי (וראו: CIHL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 607-611 ובייחוד בה"ש 206). עמדה זו מקובלת על הוועדה וזאת חרף העובדה כי על היבטים מסוימים של מחקר הצלב האדום נמתחה ביקורת, אשר ישראל שותפה לה, באשר למתודולוגיה בה נעשה שימוש לשם הגעה למסקנה כי כללים מסוימים הינם בעלי מעמד מנהגי; ראו: "נייר עמדה מטעם הפרקליטות הצבאית" 22 (19.12.2010) (להלן: הפרקליטות הצבאיות, נייר עמדה 2010).

16 ראו לדוגמא: Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 249 U.N.T.S. 240 (1954) (ישראל חתמה על האמנה בתאריך 16 באפריל 1958 ואישרה אותה בתאריך 1 ביולי 1958) (להלן: אמנת האג להגנה על נכסי תרבות בזמן סכסוך מוין); The Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and on their Destruction, 1014 U.N.T.S. 163 (ישראל איננה צד לאמנה זו) (להלן: האמנה בדבר איסור פיתוח, ייצור, אגירה ושימוש בנלי נשק ביולוגיים ובענין השמדתם); Convention on the Prohibition of Military or any Hostile Use of Environmental Modification Techniques, 1108 U.N.T.S. 151 (ישראל איננה צד לאמנה זו); Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons, 54/263, Annex I, U.N.T.S. 171 (1980) (ישראל חתמה על האמנה ואישרה אותה בתאריך 22 במרץ 1995 וזאת לצד אישור ארבע מתוך חמשת הפרוטוקולים המשלימים לאמנה, כולם למעט הפרוטוקול השלישי העוסק בנשק תבערה); The Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction, 1974 U.N.T.S. 45 (ישראל חתמה על האמנה בתאריך 13 בינואר 1993 אך לא אישרה אותה) (להלן: אמנה בדבר איסור פיתוח, ייצור, אגירה ושימוש בנלי נשק כימיים והשמדתם); The Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Optional Protocol to the Convention on their Destruction, 36 I.L.M. 1507 (1997) (ישראל איננה צד לאמנה זו); The Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflicts, G.A. Res. 54/263, Annex I, U.N. Doc. A/54/49, Vol.III (2000) (ישראל חתמה על הפרוטוקול בתאריך 14 בנובמבר 2001 ואישרה אותה בתאריך 18 ביולי 2005); The Convention on Cluster Munitions, G.A. Res. 63/71, Annex I, U.N. Doc. A/63/3; (2005) (ישראל איננה צד לאמנה זו). PV.61 (2008)

5. תחולתו של המשפט הבינלאומי ההומניטארי תלויה, כאמור, בקיומו של עימות מזוין. המשפט ההסכמי מזהה שני סוגי עימות מזוין, בינלאומי<sup>17</sup> ושאינו בינלאומי,<sup>18</sup> אשר נבדלים זה מזה ברף פעולות הלחימה (hostilities) הנדרש כדי לעלות בגדר עימות מזוין. בענין *The Prosecutor v. Dusko Tadić* (להלן: ענין טאדיץ) הכירה ערכאת הערעור של הטריבונול הבינלאומי לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לשעבר בדרגות סף שונות לקיומו של עימות מזוין בהתאם לסוגו:

[A]n armed conflict exists whenever there is resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.<sup>19</sup>

המשפט הבינלאומי ההומניטארי חל גם במצבים של תפיסה לוחמתית (belligerent occupation).<sup>20</sup> התנהלות כוחות צבא בשטח כבוש מוסדרת על ידי מערכת דינים מיוחדת בתוך המשפט הבינלאומי ההומניטארי. סעיף 42 לתקנות האג מגדיר 'כיבוש' כך:

17 ראו: ס' 2 המשותף לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 3: "The present convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them. The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance" (ראו לעיל ה"ש 12 בנוגע לעמדת ישראל לגבי הסעיף). כמו כן ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 1(4): "The situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist regimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations" of the United Nations. יצוין כי ישראל איננה צד לפרוטוקול הנוסף הראשון ואיננה מכירה במעמדו המנהגי של סעיף 1(4), וראו בהקשר זה: עדות הפרוקליט הצבאי הראשי - חלק ב, לעיל ה"ש 15; עור ראו: A. P. V. ROGERS, LAW ON THE LESLIE GREEN, THE CONTEMPORARY LAW OF ARMED CONFLICT (2nd ed., 2000); BATTLEFIELD (3rd ed., 2012). (להלן: GREEN, THE CONTEMPORARY LAW).

18 ראו: ס' 3 המשותף לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 3: "In the case of armed conflict not of an international character: occurring in the territory of one of the High Contracting Parties" "This Protocol, which develops and supplements Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 without modifying its existing conditions of application, shall apply to all armed conflicts which are not covered by Article 1 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) and which take place in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol. This Protocol shall not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts" and. ישראל איננה צד לפרוטוקול הנוסף השני ואיננה מכירה כאמור במעמדו המנהגי. עור ראו: ANTHONY CULLEN, THE CONCEPT OF NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICT; IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW (2010) LINDSAY MOIR, THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT (2002).

19 Prosecutor v. Tadić, ICTY Case No. IT-94-1-A, App. Ch., para. 70 (Oct. 2, 1995) (להלן: ענין טאדיץ).  
20 ראו: ס' 2 המשותף לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 3.

Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised.<sup>21</sup>

לפי הגדרה זאת, לכוח הכובש חייב שתהיה 'שליטה אפקטיבית' בטריטוריה שאינה בשטחו הריבוני.<sup>22</sup> הכוח הכובש, באמצעות הממשל הצבאי שהוא מקים, נושא במלוא הסמכויות הנחוצות כדי להשליט חוק וסדר ולשמור על הביטחון תוך מילוי חובותיו כלפי האוכלוסייה המקומית, ובפרט כיבוד מעמדה המוגן והזכויות הנובעות ממעמד זה.<sup>23</sup>

6. ישנם כמה עקרונות בסיסיים המנחים את המשפט הבינלאומי ההומניטארי. בראש ובראשונה, ענף משפטי זה מבוסס על איזון עדין בין שני אינטרסים נוגדים של מדינות המשתתפות בעימות מזוין, קרי אינטרס הצורך הצבאי והאינטרס ההומניטארי. גישה זו באה לידי ביטוי במבוא לאמנת האג הרביעית, המצהיר כי האמנה נערכה "בהשראת השאיפה לצמצם את עוולות המלחמה, ככל שהצרכים הצבאיים מאפשרים

21 ראו: Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, 36 Stat. 2277, Article 42 (להלן: תקנות האג).

22 ראו: GERHARD GLAHN, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY: A COMMENTARY ON THE LAW AND PRACTICE OF BELLIGERENT OCCUPATION, 29 (1957); EYAL BENVENISTI, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION, 4 (להלן: OCCUPATION, 4 (2nd ed., 2004) Hans-Gasser, ; (BENVENISTI, BELLIGERENT OCCUPATION, 4 (2nd ed., 2004) Eyal Benvenisti, *Protection of the Civilian Population, in* Fleck (ed.), *The Handbook of the Law of International Humanitarian Law*, 46 (2010) (ועדת טירקל) דין וחשבון חלק ראשון, בפסקה 46 (התשע"א) (להלן: דו"ח הוועדה הראשון), שם אימצה הוועדה את העמדה המקובלת כיום במשפט הבינלאומי, לפיה המונח 'כיבוש' איננו מתמצה בהצבה של כוחות צבאיים בטריטוריה מסוימת, "אלא נלווה אליו גם מילוי תפקידיה של הממשלה הקיימת". לאופן בו מצאה עמדה זו את ביטוייה ראו: Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (*D.R.C v. Uganda*) 2005 I.C.J. 116, para. 231 (December 19) COMMENTARY ON THE IV GENEVA CONVENTION OF 12 AUGUST 1949 RELATIVE TO THE PROTECTION OF THE CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR, Article 6, 60-61 (Pictet ed., 1958) (להלן: הקומנטאר לאמנת ז'נבה הרביעית), שם הודגש כי דה-יורה אין שלב בנינים בין החדירה לטריטוריה זרה לבין הכניסה למצב של כיבוש וכי תחולתם של דיני התפיסה הלוחמתית חוסים אף על מצבים שבהם כוח סיוור נכנס לטריטוריית אויב ללא כל כוונה להישאר בשטח ("Even a patrol which penetrates into enemy territory without any intention of staying there must respect the Conventions in its dealings with the civilians it meets").

23 ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 22, בפסקה 185; כאמור פעילות הכוח הצבאי בשטח המצוי תחת תפיסה לוחמתית נשלטת על ידי מסגרת נורמטיבית מיוחדת המעוגנת בתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 ובהוראות אמנת ז'נבה הרביעית. ראו בהקשר זה: תקנות האג, לעיל ה"ש 21, בסעיפים 42-45, 47-56; אמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 3, בסעיפים 27-45, 51-78. סעיפים אלה גוזרים, בין היתר, כי מפקד כוחות הצבא בשטח כבוש נכנס בנועל הריבון ממנו נכבש השטח והוא אחוז אפוא בכלל הסמכויות שהיו מסורות עד לאותה עת בידיו של הריבון, קרי סמכויות החקיקה, הביצוע והשיפוט. אותו מפקד צבאי נושא משלב זה גם בשורה של חובות מנהליות ביחס לאכיפת חוק, שמירה על הסדר הציבורי והגנה על ביטחון התושבים בשטח. ראו גם: ICRC REPORT, OCCUPATION AND OTHER FORMS OF BELLIGERENT OCCUPATION, 17-26 (Tristram Ferraro ed., 2012) Kenneth Watkin, *Use of Force during Occupation: Law Enforcement and Conduct of Hostilities*, 94 (885) IRRC REV. 267 (2012) (להלן: *Watkin, Use of Force*).

זאת".<sup>24</sup> שנית, לפי עקרון ההבחנה (principle of distinction)<sup>25</sup> ניתן לפגוע ביעדים (אנשים ואובייקטים) צבאיים,<sup>26</sup> אך פגיעה מכוונת באזרחים או באובייקטים אזרחיים אסורה.<sup>27</sup> שלישית, לפי עקרון המידתיות, אפילו כשמדובר בפגיעה המכוונת כלפי מטרה חוקית היא תהיה בלתי חוקית אם הפגיעה האגבית הצפויה באזרחים או באובייקטים אזרחיים היא מופרזת ביחס ליתרון הצבאי הקונקרטי והישיר הצפוי.<sup>28</sup>

24 ראו: תקנות האנ, לעיל ה"ש 21, בסעיף 3; עוד ראו לדוגמא: Declaration Renouncing the Use in Time of War of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight, 18 Martens Nouveau Recueil (ser.1) 474 (1868); Convention with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 32 Stat. 1803, Article 22 (1899) הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 135(1).

25 עקרון ההבחנה הוכר על ידי בית הדין הבינלאומי בהאג כמהווה את אחד משני עמודי התווך של המשפט הבינלאומי ההומניטארי וכמשקף כלל מנהגי וראו: חוות דעת הנש"ג, לעיל ה"ש 9, בפסקה 78: "The cardinal principles contained in the texts constituting the fabric of humanitarian law are the following. The first is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets..." ראו גם: ענין קוננו'ג אונדה לעיל ה"ש 22, בפסקה 208.

26 אם אדם נופל תחת הקטגוריה של 'לוחם' (combatant), כמעוגן בתקנות האג ואמנות ז'נבה, הוא זכאי לקחת חלק בלחימה ותוצאה מכך הופך למטרה לגיטימית לתקיפה. בנוסף לוחמים זכאים גם למספר הגנות תחת כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (לרבות המעמד של שבוי מלחמה מרגע תפיסתם וכן חסינות מפני הליכים מקומיים או בינלאומיים כנגד פעולות אשר ביצעו על פי כללי המשפט הבינלאומי ואגב הסכסוך המזוין). אמנת ז'נבה השלישית, לעיל ה"ש 3, בסעיף 24(A), הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 43, קובעים מבחנים קשיחים ומצמצמים בכניסה לקטגוריה של 'לוחמים' תחת המשפט הבינלאומי. בצד לוחמים, המשפט הבינלאומי ההומניטארי מתיר תקיפות כנגד אזרחים "שלוקחים חלק ישיר בפעולות האיבה" (Direct Participants in Hostilities), להלן: השתתפות ישירה בלחימה) בנסיבות מסוימות. ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 51(3). סעיף זה משקף משפט מנהגי וראו: CIHL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 3-8. ההבחנה בין אזרחים מוגנים לבין אזרחים שנוטלים חלק ישיר במעשי האיבה, המאבדים את הגנתם למשך אותו הזמן, הינה הבחנה מורכבת וקשה. לבהיית עמדת בית המשפט העליון בסוגיה זו ראו: בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב (1) 507 (2006), בפסקאות 30-40 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: ענין הסיכול הממוקד). בשנת 2009 גיבש הצלב האדום מדרין אשר ביקש לבחון את ההגדרה של השתתפות ישירה בלחימה. ראו: International Committee of the Red Cross, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (Feb. 26, 2009), available at: [www.icrc.org/feng/assets/files/other/ icrc-002-0990.pdf](http://www.icrc.org/feng/assets/files/other/ icrc-002-0990.pdf). לפולמוס אקדמי שעורר המדרין, ראו: Kenneth Watkin, *Opportunity Lost: Organized Armed Groups*; ראו: Kenneth Watkin, *Opportunity Lost: Organized Armed Groups*; Michael Schmitt, *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 697 (2010); Bill Boothby, "And for Such Time As": *The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 741 (2010); Hays Parks, *Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study: No Mandate, No Expertise and Legally Incorrect*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 769 (2010); Nils Melzer, *Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques on the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 831 (2010).

27 ההגדרה של 'אזרחים' תחת המשפט הבינלאומי ההומניטארי הינה הגדרה שלילית: "A civilian is any person who does not belong to one of the categories of person referred to in Articles 4(A)(1), (2), (3) and (6) of the Third Geneva Convention and Article 43 of this Protocol. In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered to be a civilian" (ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 50).

28 ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 51(b), המעגן את עקרון המידתיות במשפט הבינלאומי ההומניטארי, ואוסר על כל תקיפה אשר: "may be expected to cause incidental loss of civilian life, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated"



## 2. משפט זכויות האדם הבינלאומי

7. משפט זכויות האדם הבינלאומי מטיל חובות על מדינות להגן על זכויותיהם של פרטים. בעוד שהמשטר המשפטי הבינלאומי מסדיר את ההגנה על זכויות האדם במידה מסוימת, בדרך כלל מהוות זכויות אלה חלק מהמערכת החוקית המדינתית. המבוא להכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights) משנת 1948, הכלי הבינלאומי הראשון שמוקדש לחיזוק המחויבות לזכויות אדם, משקף את ההניעה (המוטיווציה) לפיתוח חובות משפטיות:

Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world...<sup>29</sup>

בעשורים שלאחר אימוץ ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, המשך הקורפוס המודרני של משפט זכויות האדם הבינלאומי להתפתח. בין האמנות המכוננות ענף משפטי זה ניתן למנות את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות<sup>30</sup>, והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, שאומצו שתייהן בשנת 1966.<sup>31</sup> אמנות חשובות אחרות שאומצו מאז הן האמנה הבינלאומית בדבר ביעור האפליה הגזעית, האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות האפליה נגד נשים, האמנה נגד עינויים והאמנה בדבר זכויות הילד.<sup>32</sup>

29 ראו: Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 (1948). בית הדין הבינלאומי בהאג הכיר בהכרזה כמשקפת עקרונות יסוד של זכויות אדם הנגזרות ממגילת האו"ם עצמה וראו: Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*Iran v. U.S.A.*), 1980 I.C.J. 3, para. 91 (May 24).

30 ראו: International Covenant on Civil and Political Rights, 31 U.N.T.S. 269 (1966) (ישראל חתמה על האמנה בתאריך 19 בדצמבר 1966 ואישררה אותה בתאריך 3 באוקטובר 1991) (להלן: האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות). יצוין שמכוח סעיף 28 לאמנה זו הוקמה ועדת זכויות האדם (Human Rights Committee) אשר מתפקדה להבטיח את אכיפת האמנה. לשם כך הועדה אמונה על בחינה עתית של מצב זכויות האדם במדינות השונות על דרך של דוחות תקופתיים מדינתיים, על פרסום הערות כלליות פרשניות על סעיפי האמנה (general comments) וכן בדיקה של תלונות שמגישים פרטים שמדינותיהן הן צד לפרוטוקול המשלים הראשון לאמנה. בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג קבע כי יש לתת משקל מיוחד לפסיקה הפרשנית ולהערות הכלליות של ועדת זכויות האדם כגוף העצמאי המוסמך לפרש את האמנה (*Republic of Guinea v. Democratic Republic of Guinea*) (להלן: ענין דיאלו). Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (2010 I.C.J. 103, para. 66 (November 30)).

31 ראו: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 993 U.N.T.S. 3 (1966) (להלן: האמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות) (ישראל חתמה על האמנה בתאריך 19 בדצמבר 1966 ואישררה אותה בתאריך 3 באוקטובר 1991).

32 ראו: International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 U.N.T.S. 1099 (1965) (ישראל חתמה על האמנה בתאריך 7 במרץ 1966 ואישררה אותה בתאריך 3 בינואר 1979) (להלן: האמנה Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women, 1249 U.N.T.S. 13 (1981) (ישראל חתמה על האמנה בתאריך 17 ביולי 1980 ואישררה אותה בתאריך 3 באוקטובר 1991); Convention on the Rights of the Child, 1577 U.N.T.S. N 3 (1989) (ישראל חתמה על האמנה בתאריך 3 ביולי 1990 ואישררה אותה בתאריך 3 באוקטובר 1991) (להלן: האמנה בדבר זכויות הילד);

8. בנוסף לאמנות בינלאומיות אלה, אומצו גם אמנות אזוריות העוסקות בזכויות אדם. אמנות אלה מחייבות את המדינות החתומות עליהן והן כוללות את האמנה האירופית להגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד (להלן: האמנה האירופית לזכויות אדם), האמנה האמריקאית לזכויות אדם והמגילה האפריקאית בדבר זכויות אדם ועמים.<sup>33</sup> מכוח אמנות אזוריות אלה הוקמו בתי משפט ייעודיים לפסיקה בפניות של פרטים או של מדינות בדבר טענות להפרות של הזכויות הקבועות באמנות.<sup>34</sup> בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג, הסתמך, בין היתר, על הפסיקה של בתי דין אלה בפרשנות שהוא יצק לתוכן הזכויות הקבועות באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.<sup>35</sup>

9. הן האמנות הבינלאומיות והן האמנות האזוריות מונות רשימה של זכויות יסוד אזרחיות ומדיניות שבית הדין הבינלאומי לצדק בהאג הכיר בהן כבעלות 'אופי אוניברסאלי'.<sup>36</sup> זכויות אלה כוללות, בין היתר, את הזכות לחיים, הזכות להליך הוגן, האיסור על עינויים ועל יחס או ענישה אכזריים, לא אנושיים או משפילים, וההגנה על חירויות הפרט. למרות שמטרתן העיקרית היא להבטיח את ההגנה הבסיסית על זכויות האדם, מאפשרות האמנות למדינות לגרוע מזכויות אדם מסוימות בנסיבות ספציפיות שבהן מעורבים אינטרסים חיוניים של המדינה.<sup>37</sup> הן רשאיות, למשל, לעשות כן ב"מצב חירום לאומי המסכן את חיי האומה" (time of public emergency)

---

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 U.N.T.S 85 (1984) (ישראל חתמה על האמנה בתאריך 22 באוקטובר 1986 ואישרה אותה בתאריך 3 באוקטובר 1991) (להלן: האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים). ראו גם: Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, G.A. Res. 61/106, Annex I, U.N. GAOR, 61st Sess., Supp. No. 49, at 65, U.N. Doc. A/61/49 (2006) (ישראל חתמה על האמנה בתאריך 31 במרץ 2007 ואישרה אותה בתאריך 10 בספטמבר 2012); U.N. Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, G.A. res. 61/177, U.N. Doc. A/RES/61/177 (2006) (ישראל איננה צד לאמנה זו).

33 ראו: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 312 U.N.T.S 221 (1950) (להלן: האמנה האירופית בדבר הגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד); American Convention on Human Rights, 1144 U.N.T.S 123 (1969) (להלן: האמנה האמריקאית בדבר זכויות אדם); African Charter on Human and Peoples' Rights, 21 I.L.M 58 (1981) (להלן: המגילה האפריקאית בדבר זכויות אדם ועמים) (ישראל איננה צד לאמנות אלו).

34 ראו: האמנה האירופית בדבר הגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד, לעיל ה"ש 33, בסעיף 19; האמנה האמריקאית בדבר זכויות אדם, שם, בסעיף 33; Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Establishment of an African Court on Human and People's Rights, OAU Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (III), Article 1 (1998).

35 ראו לדוגמה: ענין דיאלו, לעיל ה"ש 30, בפסקה 68.

36 ראו: Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (*Belgium v. Spain*), 1970 I.C.J 3, para. 34. (February 5).

37 ראו: האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 30, בסעיף 4; האמנה האירופית בדבר הגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד, לעיל ה"ש 33, בסעיף 15; האמנה האמריקאית בדבר זכויות אדם, שם, בסעיף 27.

הכרחית, זמנית, מידתית ובלתי-מפלה, ויש לפרסמה.<sup>39</sup> יצוין, כי ניתן לגרוע מזכויות מסוימות בלבד אך לא מאחרות, לדוגמא, אין לפגוע בזכות לחיים ולא ניתן לגרוע מהאיסור על עינויים.<sup>40</sup> על הפגיעה בזכות אדם מוגנת להיות

הממשק בין המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי

10. הכללים השונים שחלים בהקשר של עימות מזוין (המשפט הבינלאומי ההומניטארי) ובהקשר של אכיפת חוק (משפט זכויות האדם הבינלאומי) הם, ככלל, ברורים. אולם, קשה יותר לזהות את הכללים שחלים על 'מצבים מעורבים' שבהם חלים שני הענפים המשפטיים האלה במקביל.

11. קיימת מחלוקת בין גופים ומשפטנים בינלאומיים לגבי היחס בין שתי מערכות הדינים ולגבי היקף תחולתן במצבים שונים. התחולה החוץ-טריטוריאלית של משפט זכויות האדם הבינלאומי אושרה על ידי בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג,<sup>41</sup> על ידי

38 ראו: האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 30, בסעיף 4.

39 ראו: Human Rights Committee, General Comment 29: *States of Emergency (Article 4)*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

40 ראו לדוגמא: האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 30, בסעיף 4(3).

41 בחוות דעתו המייעצת לענין הגדר, אימץ בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג את הגישה כי החובות המנויות הן באמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 30, הן באמנה הבינלאומית לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לעיל ה"ש 31, והן באמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 32, חלות על ישראל גם בפעילותה בשטחי יהודה ושומרון; (ראו: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, paras. 109-113 (July 9) (להלן: חוות דעת בענין הגדר)). יודגש כי קביעה זו של בית הדין מתבססת על העמדה לפיה 37 years been subject to its territorial jurisdiction as the occupying power" בענין קונגו נ' אונגדה, לעיל ה"ש 22, בפסקאות 179-180, 216-217, צעד בית הדין צעד נוסף והכיר במשתמע בתחולה האקסטרה-טריטוריאלית של אמנות זכויות האדם גם במקרים של כיבוש קצר מועד. עוד ראו: Application of the International Convention on the Elimination of All forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Request for the Indication of Provisional Measures, 2008 I.C.J 941, para. 109 (October 15).

פורומים שיפוטיים רוב צדדיים<sup>42</sup> ועל ידי מלומדים.<sup>43</sup> אולם כפי שצוין בדו"ח הראשון של הוועדה, היקף התחולה החוץ-טריטוריאלית של ענף משפטי זה אינו מוסכם באופן אוניברסאלי.<sup>44</sup> אף על פי כן, סבורה הוועדה כי בנסיבות מסוימות עשויה להיות למשפט זכויות האדם תחולה חוץ-טריטוריאלית.

12. בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג דן ביחס בין כללי המשפט הבינלאומי הההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי בחוות הדעת המייעצת בדבר חוקיות השימוש בנשק גרעיני. בית הדין קבע כי שתי מערכות הדינים חלות במקביל וכי זכותו של אדם שלא יקופחו חייו באופן שרירותי חלה גם במהלך פעולות לחימה.<sup>45</sup> היקף התחולה של זכות זו ייקבע על ידי *lex specialis derogat lex generalis*, לפיו הדין המיוחד (*lex specialis*) גובר על הדין הכללי (*lex generalis*).<sup>46</sup> בחוות הדעת המייעצת האמורה, המשפט הבינלאומי ההומניטארי היווה 'החוק המיוחד' לעימותים

42 גישה זו אומצה על ידי ועדת זכויות האדם, וראו: Human Rights Committee, General Comment 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/ Lopez Burgos v. Uruguay, HRC Add.13, paras. 15, 18 (2004) (להלן: הערה כללית 31 של ועדת זכויות האדם); Communication No. R.12/52, U.N. Doc. A/36/40 176, paras. 12.1–12.3 (1981); Celiberti de Casariego v. Uruguay, HRC Communication No. 56/1979, U.N. Doc. CCPR/C/13/ D/56/1979, para. 10.1 (1981); Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee with regards to Israel, U.N. Doc. CCPR/CO/78/ISR, McCann and Others: para. 11 (2003). עמדה זו אומצה גם על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם, וראו לדוגמא: v. United Kingdom, App. No. 18984/91, Eur. Ct. H.R., paras. 145–148, 161 (1995) (להלן: ענין מקקאן); Loizidou v. Turkey, App. No. 15318/89, Eur. Ct. H.R., paras. 56–64 (1995); Cyprus v. Turkey, App. No. 25781/94, Eur. Ct. H.R., para. 77 (2001); Issa and Others v. Turkey, App. No. 31821/96, Eur. Ct. H.R., para. 66–75 (2004) (להלן: ענין איטא); Öcalan v. Turkey, App. No. 46221/99, Eur. Ct. H.R., para. 91 (2005) (להלן: ענין איטא); Coard (2005) וכן על ידי בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם והוועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם, וראו לדוגמא: et al. v. United States of America, Case No. 10.951, Inter-Am. C.H.R., Report No. 109/99, OEA/Alejandro v. Cuba, Case No. 11.589, Inter-Am. C.H.R., Ser.L/V/II.106 Doc. 3 rev., para. 37 (1999) Report No. 86/99, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 rev., paras. 23–25 (1999).

43 ראו לדוגמא: MANFRED NOWAK, UN COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, CCPR COMMENTARY 41– (2005); NOAM LUBELL, EXTRATERRITORIAL USE OF FORCE AGAINST NON-STATE ACTORS 193–235 (2010) ; 43 (2005); Marco Sassöli, *The Role of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts*, in INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW 63–66 (Orna Ben Naftali ed., Matthew Hoppold, *Banković v. Belgium and the territorial scope of the European Convention 2011*) on *Human Rights*, 3(1) H.R. L. Rev. 77 (2003).

44 ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 22, בפסקה 186. ראוי לפרש את עמדת ארצות הברית, כפי שמשקפת בפסקה 186, בראי דו"ח תקופתי שהגישה לוועדת זכויות האדם וראו: Fourth Periodic Report of the United States of America to the United Nations Committee on Human Rights Concerning the International Covenant on Civil and Political Rights (Dec. 30, 2011), paras. 504–505, [http://ushrnetwork.org/sites/default/files/declaration-treaty/ICCPR\\_Fourth\\_Periodic\\_Report.pdf](http://ushrnetwork.org/sites/default/files/declaration-treaty/ICCPR_Fourth_Periodic_Report.pdf) ('...The United States is mindful that in General Comment 31 (2004) the Committee presented the view that State Parties are required by Article 2, paragraph 1, to respect and ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State Party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party...').

45 ראו: חוות דעת הנש"ג, לעיל ה"ש 9, בפסקה 25.

46 מפסיקותיו של בית הדין הבינלאומי עולות מספר הנמקות מרכזיות לתחולה המקבילה של שתי מערכות הדינים וראו: ענין קונגונ' אונגוד, לעיל ה"ש 22, בפסקה 218, וכן חוות דעת בענין הגדו, לעיל ה"ש 41, בפסקאות 109–113.

מזוינים ולפיכך גבר על משפט זכויות האדם הבינלאומי ('הדין הכללי'):

The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself.<sup>47</sup>

בפסיקה מאוחרת יותר, הכיר בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג באופן חד משמעי בממשק בין המשפט הבינלאומי ההומניטארי לבין משפט זכויות האדם הבינלאומי. בחוות הדעת המייעצת בדבר ההשלכות המשפטיות של בניית גדר בשטחים הפלסטיניים הכבושים (להלן: חוות הדעת המייעצת בדבר הגדר) קבע בית הדין:

As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law.<sup>48</sup>

13. באופן ספציפי יותר, בחוות הדעת המייעצת בדבר הגדר, המשיך בית הדין ופיתח את גישתו ביחס לממשק הראוי בין המשפט הבינלאומי ההומניטארי לבין

47 ראו: חוות דעת הנש"ג, לעיל ה"ש 9, בפסקה 25.

48 ראו: חוות דעת בענין הגדר, לעיל ה"ש 41, בפסקה 106; גישה זו אומצה גם בענין קונגו נ' אונגודה, לעיל ה"ש 22, בפסקאות 220-216.

## משפט זכויות האדם הבינלאומי בהקשר של אחריותה של ישראל ככוח כובש בגדה המערבית:

In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law.<sup>49</sup>

לפיכך, למרות שמשפט זכויות האדם הבינלאומי אינו מסדיר באופן בלעדי את חובותיו של הכובש, מקובל כי נורמות מסוימות של זכויות אדם חלות בדרגות משתנות במהלך כיבוש.<sup>50</sup> מבחינה מושגית, משפטית ומעשית, היחס בין הממסד הצבאי לבין תושבי השטח הכבוש קרוב יותר ליחס המתקיים בין המדינה לבין אזרחיה מאשר לזה המתקיים בין מדינה שהיא צד לעימות מזוין לבין אזרחי הצד שכנגד.

49 ראו: חוות דעת בענין הגדר, לעיל ה"ש 41, בפסקה 106. בהקשר זה יצוין כי במספר פסקי דין החיל בית המשפט העליון בישראל כללים של משפט זכויות האדם הבינלאומי לגבי פעולות הממשל הצבאי ביהודה ושומרון וזאת מבלי לקבוע מפורשות כי יש לאמץ את עמדת בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג בשאלת התחולה החוץ-טריטוריאלית של אמנות זכויות האדם הבינלאומיים. ראו לדוגמא: בג"ץ 3239/02 מרעב נ' מפקד נחוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נ(2) 349, 360 (2003); בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיוסדה של ד"ר לושה ולצברג נ' מפקד נחוחות צבא ההגנה לישראל באזור הגדה המערבית, פ"ד נ(1) 396, 385 (2002); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, משרד הביטחון, פ"ד נ(4) 736, 755 (2005); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 492, 500-506-523 (2005) (להלן: ענין מרעאבה), שם קבע בית המשפט בפסקה 57 כי: "בית הדין הבינלאומי בהאג קבע כי מלבד הדינים ההומניטאריים חלות בשטח התפוס כתפיסה לוחמתית האמנות בדבר זכויות האדם... לצורכי פסק הדין בעניינים אנו מניחים כי אמנות אלה אכן תחולנה". המלומד דינשטיין רואה באופן שבו לא חלק בית המשפט העליון על חוות דעתו של בית המשפט הבינלאומי בהאג בהקשר זה, ערות לכך שיש להחיל את האמנות בשטחי יהודה ושומרון (וראו: Yoram Dinstein, *Belligerent Occupation* 71 (2009) (להלן: Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*).

50 עמדה זו אומצה על ידי ועדת זכויות האדם ביחס לחובותיה ההסכמיים של ישראל וראו: לעיל ה"ש 42; על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם ביחס לכיבוש הטורקי בצפון קפריסין, שם; וכן על ידי בית הדין הבינלאומי לצדק בהאג בשורה של מקרים, וראו: לעיל ה"ש 41. בכתיבה האקדמית עלו שלוש גישות שונות לניתוח המצב המשפטי החל בשטח כבוש: (1) בשטח הכבוש יחול רק משפט זכויות האדם הבינלאומי, זאת בהתבסס על חובת הכוח הכובש הקבועה בתקנה 43 לתקנות האג לשמור על הסדר והחיים הציבוריים בשטח כבוש, חובה המבוצעת אגב פעולות שיטור ואכיפת חוק (ראו לדוגמא: Marco Sassöli, *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying* 16 Eur. J. Int'l. L. 661, 665 (2005) (specialis) בומן כיבוש ראו: William Abranches, *A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya*, 16 Eur. J. Int'l. L. 741 (2005); (2) בשטח הכבוש יחולו רק כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אשר מהווים את 'החוק המיוחד' החל בשטח מכוח תקנות האג ואמנת ז'נבה הרביעית (וראו לדוגמא: Michael J. Dennis, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, 99 Am. J. Int'l. L. 119 (2005) יצוין, כי המלומד דניס מחזיק בעמדה כי משפט זכויות האדם הבינלאומי לא נועד לחול באופן חוץ-טריטוריאלי, וכי החלת ההגנות הניתנות בזמן שלום גם בסכסוכים צפויה לגרום לכלבול ולהגדיל את הפער בין תיאוריה ומציאות בעת עימות מזוין וכיבוש צבאי);

(3) בשטח הכבוש מתקיים 'מצב מעורב', במסגרתו חלים במקביל שני המשטרים הנורמטיביים, משפט זכויות האדם הבינלאומי וכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי כאחד. יצוין כי לביטוי 'מצב מעורב' ניתנו פרשנויות שונות וראו: Kenneth Watkin, *Maintaining Law and Order during Occupation: Breaking the Normative Chains*, 41 Isr. L. Rev. 175, 192 (2008) (להלן: Steven R. Ratner, *Foreign Occupation and International Law*); (Watkin, *Maintaining Law and Order in Territorial Administration: The Challenges of Convergence*, 16(4) Eur. J. Int'l. L. 695, 710 (2005) לדין בהשפעתו של כיבוש מתמשך על הדין החל, ראו: Orna Ben-Naftali & Yuval Shany, *Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories*, 37 Isr. L. Rev. 17, 105 (2003-2004).

14. סיכומו של דבר, הוועדה סבורה כי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי הם שתי מערכות דינים משלימות.<sup>51</sup> בשאלת הממשק בין שתי מערכות דינים אלה עסקה הוועדה בדו"ח הראשון, וציינה כי פעמים רבות משתכחת והולכת בדיון מורכב זה העובדה שלשני המשטרים הנורמטיביים לזו משותף (common core) של סטנדרטים בסיסיים שיש להחילם בכל עת.<sup>52</sup> אכן, כמצוין בדו"ח הראשון "המשפט הבינלאומי ההומניטארי משקף בעצמו נורמות רבות שהן מוכרות בתור חלק ממשפט זכויות האדם הבינלאומי".<sup>53</sup> כך, למשל, סעיף 75 לפרוטוקול הנוסף הראשון, הזוכה להכרה גדלה והולכת כבעל מעמד מנהגי,<sup>54</sup> מתווה בקווים כלליים את זכויות היסוד של "אנשים המוחזקים על ידי צד לעימות ושאינם זוכים ליחס נאות יותר תחת האמנות או תחת פרוטוקול זה", כגון הזכות להליך הוגן, הזכות לכליאה נפרדת לגברים ולנשים וכיו"ב.<sup>55</sup> כאמור לעיל, זכויות אדם מסוימות הן כה יסודיות עד שלא ניתן לגרוע מהן ללא יוצא מן הכלל. עם זאת, משפט זכויות האדם הבינלאומי מכיר בכך שבעתות חירום, ניתן לגרוע מזכויות אדם אחרות לטובת צרכים ביטחוניים ממשיים.<sup>56</sup>

51 עמדה זו אומצה על ידי בית המשפט העליון, וראו לרוגמא: ענין הסיכול הממוקד, לעיל ה"ש 26, בפסקה 18; ענין מרעאבה, לעיל ה"ש 49, בפסקה 57 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 3969/06 אלחרוב נ' מפקד נוחות צה"ל בנדה המערבית (טרם פורסם, 22.10.2009), בפסקאות 10-11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "סמכויותיו של המפקד הצבאי יונקות מכללי המשפט הבינלאומי החלים על תפיסה לוחמתית... ניתן לעתים, להשלים את ההוראות ההומניטאריות מתוך משפט זכויות האדם הבינלאומי (ה-Human Rights Law)".

52 ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 22, בפסקה 185; עוד ראו בענין זה: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 72, שזו לשונו: "The provisions of this Section are additional to the rules concerning humanitarian protection of civilians and civilian objects in the power of a Party to the conflict contained in the Fourth Geneva Convention, particularly Parts I and III thereof, as well as to other applicable rules of international law relating to the protection of fundamental human rights during international armed conflict"; יצויין כי אליבא דהמלומד דינשטיין, DINSTEIN, BELLIGERENT OCCUPATION (וראו: Frankin Guillermo Aisalla Molina (Ecuador-Colombia), Inter-state: (71-70). עוד ראו: Petition IP-02 on Admissibility, Inter-Am. C.H.R., Report No. 112/10, OEA/Ser.L/V/II.140 Doc. 10, para. 117 (2010) (להלן: ענין תולינה) instruments, the American Convention and the 1949 Geneva Conventions share a common core of non-derogable rights and the mutual goal of protecting the physical integrity and dignity inherent in the human being".

53 ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 22, בפסקה 185.

54 ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 75, CIHL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 432; Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 71 (2006), שם קבעה דעת הרוב כי סעיף 75 הינו חלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי. עוד יצוין כי בשנת 2011 הצהירה מחלקת המדינה האמריקאית כי היא תכבד את כל הנורמות המשפטיות המעוגנות בסעיף 75. וראו: Secretary of State Clinton, Press Statement, Reaffirming America's Commitment: available at: www.state.gov/secretary/the Humane Treatment of Detainees (Mar. 7, 2011), available at: [www.state.gov/secretary/the Humane Treatment of Detainees](http://www.state.gov/secretary/the Humane Treatment of Detainees) (Mar. 7, 2011), available at: [www.state.gov/secretary/the Humane Treatment of Detainees](http://www.state.gov/secretary/the Humane Treatment of Detainees); William Taft, *The Law of Armed Conflict After 9/11: Some Salient Features*, 28 YALE J. INT'L L. 319, 322 (2003).

55 הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 75.

56 ראו לעיל, בפסקה 9; גם כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מכירים באפשרות לגרוע מזכויות כאמור וראו: COMMENTARY ON THE PROTOCOL ADDITIONAL TO THE GENEVA CONVENTION OF 12 AUGUST 1949, AND RELATING TO THE PROTECTION OF VICTIMS OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT, Article 72, para. 2933 (Sandoz et al.

במצבים של עימות מזוין, המשפט הבינלאומי ההומניטארי הוא הדין המיוחד. במצבים הכרוכים בפעילויות אכיפה מסורתיות במהלך עימות מזוין, ימלא הדין הכללי של משפט זכויות האדם הבינלאומי את החסר (לאקונה) במשפט הבינלאומי ההומניטארי. לדעת הוועדה, לא חל משטר נורמטיבי נפרד של משפט זכויות האדם הבינלאומי במקום המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אלא נורמות מסוימות של זכויות אדם חלות על מנת להשלים את החסר בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>57</sup> כאשר בכל זאת מתעורר הצורך להשתמש בכוח כלפי אזרחים במהלך פעילויות אלה (למשל שימוש בכוח כדי לעצור ביזה בידי אזרחים או כדי לשמור על החוק והסדר בדרכים אחרות), תחולנה נורמות זכויות האדם המסדירות שימוש בכוח, לרבות עקרון הצורך ועקרון המידתיות (מונחים אלה מוגדרים באופן שונה בהקשר של אכיפת החוק מאשר הם מוגדרים במשפט הבינלאומי ההומניטארי).<sup>58</sup> בפרט נכון הדבר במצב של כיבוש. חשוב לציין, עם זאת, כי במהלך עימות מזוין תיתכנה פעולות שסיווגן נמצא על התפר בין פעולות לחימה ובין פעילות אכיפת חוק. דוגמאות לכך הן למשל השתלטות על מבנים מאוכלסים, עריכת חיפושים והצבת מחסומים ארעיים. במצבים כאלה שאלת הממשק בין שתי מערכות הדינים הופכת למורכבת יותר.

### 3. המשפט הבינלאומי הפלילי

15. המשפט הבינלאומי הפלילי הוא ענף משפטי שלישי, בנוסף למשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי, המקים אחריות כאשר הופר כלל מהותי.

eds., 1987) (להלן: "הקונטאר לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ז'נבה") "Therefore it is to be foreseen that States will frequently use the possibility available to them to suspend the application of these agreements [ICCPR, ECHR, ACHR, etc.] for the duration of the armed conflict; thus only the clauses which permit no derogation remain applicable"

57 להרחבה בענין זה ראו: *Watkin, Use of Force*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 304-310.

58 תחת עקרון הצורך (necessity) במשפט זכויות האדם הבינלאומי השימוש בכוח מותר רק כאשר חלופות שאינן אלימות מוצדקות והתגלו כבלתי מספקות, ורק במידה הנחוצה לשם אכיפת החוק או לשם הבטחת שלום של כוחות האכיפה. עקרון המידתיות (proportionality) במשפט זכויות האדם הבינלאומי קובע כי על התועלת שבשימוש בכוח, קרי מניעת הנוק הצפוי, לעלות על הפגיעה שתיגרם מעצם השימוש בכוח (לדוגמא, שימוש בכוח קטלני לשם הגנה על רכוש חסיבות הוא אסור, מנגד שימוש בכוח שכוה לשם מניעת רצח או לשם הגנה עצמית הוא מותר). ראו בהקשר זה: UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, Eight United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1, Article 9 (1990) (להלן: UN Basic Principles, Use of Force and Firearms 1990). ראו גם: UN Conduct for Law Enforcement Officials, G.A. res. 34/169, annex, 34 U.N. G.A.O.R. Supp. No. 46, U.N. Doc. A/34/46, Article 2-3 (1979).



16. המשפט הבינלאומי הפלילי קובע אחריות פלילית אישית ביחס לקטגוריות שונות של התנהגות אסורה, בעיקר פשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, מעשי רצח עם, ופשעי תוקפנות.<sup>59</sup> האמנות העיקריות שעליהן מבוסס ענף משפטי זה הן תקנות האג משנת 1907, אמנות ז'נבה (והפרוטוקולים הנוספים אליהן) והאמנה נגד רצח עם משנת 1948.<sup>60</sup> אמנות אלה ואחרות יוצרות את הבסיס לרבים מן הפשעים שבתחום השיפוט של הטריבונלים הפליליים הבינלאומיים ושל חוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (להלן: חוקת רומא).<sup>61</sup>

17. חשיבות עקרון האחריות הפלילית האישית בוטאה לראשונה בפסיקה של הטריבונל במשפטי נירנברג: "crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced."<sup>62</sup> מאז משפטי נירנברג, עוגן עקרון האחריות הפלילית האישית באמנות שנזכרו לעיל, הוא נחשב כמשקף דין מנהגי והוא שב ואומץ במשנה תוקף במועצת הביטחון של האו"ם.<sup>63</sup>

59 לקריאה נוספת אודות גוף משפטי זה, ראו: ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (2nd ed., 2008) (להלן: Claus Kreß, *International Criminal Law*, in: כן ראו: (CASSESE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW : MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, paras. 15–18 (2009), available at: www.mpepil.com (להלן: Kreß in PLANCK); לקריאה אודות היסטוריית ההתפתחות של המשפט הבינלאומי הפלילי, ראו: (Schabas & Bernaz eds., 2011) (להלן: RUTLEDGE HANDBOOK OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, 5–107) (RUTLEDGE HANDBOOK).

60 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 U.N.T.S 277, (1948) (ישראל חתמה על האמנה בתאריך 17 באוגוסט 1949 ואישררה אותה בתאריך 9 במרץ 1950) (להלן: האמנה בדבר מניעה וענישה של פשע רצח העם).

61 ראו: Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S 3, Article 12, 13 (1998) (להלן: חוקת רומא). הפשעים שבחוקת רומא אינם נובעים אך ורק מהמשפט ההסכמי שקדם לה אלא מייצגים הרחבה משמעותית של העבירות שבתחום שיפוטו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג. יודגש כי בצד הדין המהותי קובע המשפט הבינלאומי הפלילי שורה של כללים פרוצדוראליים העוסקים במסגרת קיום ההליך הפלילי. בבסיסם של כללים אלו עומדת שאלת סמכות השיפוט של בתי משפט מדינתיים ושל הטריבונלים הפליליים הבינלאומיים השונים, בהעמדה לדין על עבירות אלו. בהקשר הזה יוער כי ישראל איננה צד לחוקת רומא. עם זאת אין להבין מכך כי לא עשויה להתקיים כל זיקת סמכות בין ישראל לבין בית הדין. לדוגמא: מקום שבו אורח ישראלי הוא בעל אזרחות זרה של מדינה שהיא צד לחוקת רומא או למדינה שנתנה את הסמכתה לסמכות השיפוט של בית הדין ביחס לפשע הנידון, מקום שבו המדינה שבשטחה ביצע האורח הישראלי את העבירה היא צד לחוקת רומא או נתנה הסמכתה לסמכות השיפוט של בית הדין ביחס לפשע הנידון, או מקום שמועצת הביטחון הסמיכה את בית הדין לשיפוט בענין שהחשוד בו הוא אורח ישראלי. לקריאה נוספת אודות סמכות השיפוט של בית הדין על מדינות שאינן חברות ובפני ישראל, ראו: Dapo Akande, *The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits*, 1 JICJ 618 (2003); Yaël Ronen, *ICC Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip: Yuval Shany, In Defence of Article 12(3) of the ICC Statute and Non-State Entities*, 8 JICJ 3 (2010); *Functional Interpretation of Article 12(3) of the Rome Statute A Response to Yaël Ronen* 8 JICJ 329 (2010); לדין בסמכות השיפוט האוניברסאלית, ראו להלן, בה"ש 121.

62 ראו: Judgment of the International Military Tribunal, *reprinted in* NAZI CONSPIRACY AND AGGRESSION: OPINION AND JUDGMENT 53 (United States Government Printing Office, 1947).

63 ראו לדוגמא: החלטות מועצת הביטחון הבאות: Security Council Res. 1970, U.N. Doc. S/RES/1970 (2011); Security Council Res. 1546, U.N. Doc. S/; Security Council Res. 1820, U.N. Doc. S/RES/1829 (2008).

#### 4. דיני אחריות המדינה

18. הענף המשפטי האחרון הרלוונטי לעיצוב החובה לבדוק ולחקור הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי הוא דיני אחריות המדינה. אף שהמשפט הבינלאומי הפלילי קובע אחריות אישית ביחס להפרות של חוקים מהותיים, ענף זה מתמקד, כפי ששמו מרמז, באחריותה של המדינה לעוולות בינלאומיות. לפי דוקטרינת אחריות המדינה, כל אימת שמדינה (או מי מנציגיה) מבצעת מעשה עוולה בינלאומי, היא אחראית לאותה הפרה של המשפט הבינלאומי ונושאת באחריות לפיצויים לתיקון העוולה (redress).

19. המקור העיקרי לאחריות המדינה הוא ה-International Law Commission's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (להלן: ILC Articles),<sup>64</sup> המשקפים, בחלקם, את המשפט המנהגי.<sup>65</sup> סעיף 2 של ה-ILC Articles מגדיר את מרכיביו של מעשה עוולה בינלאומי של מדינה:

There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

- (a) is attributable to the State under international law; and
- (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.<sup>66</sup>

מקום שמדינה ביצעה מעשה עוולה בינלאומי היא עלולה להידרש, מכוח ה-ILC Articles, לשאת באחריות להפסקתו ולהבטחה שלא ישוב ויבוצע (cessation and non-)

---

Security Council Res. ; Security Council Res. 1264, U.N. Doc. S/RES/1264 (1999) ; RES/1546 (2004) Security ; Security Council Res. 955, U.N. Doc. S/RES/955 (1994) ; 1203, U.N. Doc. S/RES/1203 (1998) . Council Res. 827, S/RES/827 (1993)

64 ראו: International Law Commission, *Articles and Commentaries on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Annex G.A. Res. 56/83, U.N. GAOR Sess. 56, Supp. No. 10, U.N. Doc. (2001) A/56/10, p.59 (להלן: ILC Articles). הכללים נוסחו לראשונה בשנת 1981, ועודכנו בשנת 2001, עת אומצו על ידי העצרת הכללית בהחלטה ללא הצבעה.

65 ראו לדוגמא: Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (להלן: *Bosnia & Herzegovina v. Serbia & Montenegro*), 2007 I.C.J. 138, p. 142-153 (February, 3) ענין בוסניה נ' סרביה); עוד ראו: עמדת המלומד קרין המציין כי: "The ILC articles represent (at best) a restatement of David Caron, *The ; the customary international law of the secondary principles of state responsibility*" ILC Articles on State Responsibility: *The Paradoxical Relationship between Form and Authority*, 96 Am. J. (להלן: Int'l. L. 857, p. 872 (2002)). (Caron, *State responsibility*)

66 ראו: ILC Articles, לעיל ה"ש 64, בסעיף 2.

(repetition),<sup>67</sup> השבה (restitution),<sup>68</sup> תשלום פיצויים (compensation)<sup>69</sup> או ריצוי הנפגע על ידי לקיחת אחריות, התנצלות וכיו"ב (satisfaction).<sup>70</sup>

20. אותו מעשה עוולה עשוי להוות הפרה הן לפי המשפט הבינלאומי הפלילי והן לפי דיני אחריות המדינה, אם כי האחריות לו תהיה שונה עבור פרטים ועבור המדינה המעורבת. דוגמא הממחישה זאת היטב היא טבח סרבניצה. בעוד שסלובודן מילושביץ' עמד למשפט בפני בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר בגין, בין היתר, שני סעיפים של רצח עם בשל מעורבותו לכאורה בסרבניצה, בוסניה הרצגובינה הגישה בקשה לתבוע את סרביה בבית הדין הבינלאומי לצדק בהאג בטענה לאחריותה המשפטית הבינלאומית של סרביה להפרות של חובותיה לפי האמנה נגד רצח עם.<sup>71</sup>

---

67 שם, בסעיף 30.

68 שם, בסעיף 35.

69 שם, בסעיף 36.

70 שם, בסעיף 37.

71 ראו: ענין בוסניה נ' סרביה, לעיל ה"ש 65, בפסקאות 377-450; וכן ראו: *Prosecutor v. Milošević*, ICTY Case No. IT-02-54, Initial Indictment (Bosnia), para. 32 (Nov. 22, 2001); האמנה בדבר מניעה וענישה של פשע רצח העם), לעיל ה"ש 60, בסעיפים 1, 5-6.

## **ב. מקורות החובה לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ('למה חוקרים?')**

21. החובה לנקוט תגובה בעקבות תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי נגזרת ממקורות שונים. בחלק זה יסקרו המשפט הבינלאומי ההומניטארי (החל הן בעימותים מזוינים בינלאומיים והן בעימותים מזוינים שאינם בינלאומיים), משפט זכויות האדם הבינלאומי, המשפט הבינלאומי הפלילי ודיני אחריות המדינה, ככל שאלו חלים במצבים של עימות מזוין. כפי שמקורות אלה מלמדים, החובה לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי הינה חובה מוכרת ומיוסדת היטב בדין הבינלאומי.

### **1. מקור החובה במשפט הבינלאומי ההומניטארי**

22. על צדדים לעימות מזוין מוטלת חובה כללית לכבד את כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, כמו גם להבטיח כי הם יכובדו (to respect and to ensure respect).<sup>72</sup> לשם כך, מחויבות המדינות לקבוע כעבירה הפרות מסוימות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>73</sup> על מפקדים צבאיים אף ליזום ולהגיב בדרך שתבטיח ציות לחוק.<sup>74</sup> הוועדה סבורה שניתן להגשים חובות משפטיות אלה רק על ידי הליכי בדיקה וחקירה. ראשית, קיימת חובה כללית לבדוק את כלל החשדות להפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. שנית, מוטלת חובה נוספת לחקור סוגים מסוימים של הפרות לכאורה, הידועות כ'פשעי מלחמה'. להלן נעמוד על ההבחנה בין החובות הללו ועל המקורות שעליהם הן מבוססות. לעתים קרובות ישנה חפיפה בין המקורות לחובות אלה.

#### **א. בדיקה**

23. הטעם העומד בבסיס החובה לבדוק את כלל החשדות להפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי הוא להבטיח ציות לכללי וליישומם האפקטיבי במהלך

72 ראו: ס' 1 המשותף לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 3.

73 ראו: אמנת ז'נבה הרביעית, שם, בסעיף 146 וכן הוראות מקבילות; הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 85.

74 הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 87.

פעולות צבאיות.<sup>75</sup> נדרשים אמצעים נוספים, ששומה על מדינות לנקוט, כדי לסייע להגברת הציות לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, וביניהם הפצה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, פעולות חינוך, הכשרות צבאיות מתאימות, חובות דיווח, אמצעים משמעותיים ופעולות נוספות.

החובה לבדוק הפרות לכאורה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי היא בין הכלים החשובים להשגת המטרה הכללית של ציות לכלליו. יש למנוע הפרות כאמור, אך בהתרחשן, מחויבות המדינות למצות את הדין עם האחראים.<sup>76</sup> סעיף 146 לאמנת ז'נבה הרביעית (כמו גם כל אחת מאמנות ז'נבה האחרות והפרוטוקול הנוסף הראשון) מטיל חובה כללית למנוע כל הפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי (suppress, 'למגר').<sup>77</sup> 'מיגור' הפרות דורש מן המדינות להבטיח את קיום המשפט הבינלאומי ההומניטארי בכללותו ולמנוע ביצוע של הפרות בעתיד או חזרה עליהן.<sup>78</sup> בדיקה בדיעבד ממקדת תשומת לב בחשיבות שבציות למשפט הבינלאומי ההומניטארי ובאכיפתו הלכתחילית.

## ב. חקירה

24. סעיף 146 לאמנת ז'נבה הרביעית מטיל חובה נוספת "לחפש ולהעמיד לדין" את האחראים לכאורה לסוגים מסוימים של הפרות של האמנה ('לדכא'):

The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article.

75 ראו לדוגמא: שם, בסעיף 87, וכן הקומנטאר לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ז'נבה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1017-1023; ענין רופאים זונות אדם, 2004 לעיל ה"ש 12, בפסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק, בה הוא מסכם: "פעילות צבאית בהתאם לכללים ההומניטאריים של המשפט הבינלאומי מחייבת שניים אלה: ראשית, שינון כללי התנהגות והפגמתם בכל הגייסות הלוחמים, מהרמטכ"ל ועד לטוראי. שנית, יצירת כלים מוסדיים שיאפשרו הגשמתם של הכללים והוצאתם מהכוח אל הפועל בעת הלחימה"; Eyal Benvenisti, *Human Dignity in Combat: The Duty to Spare Enemy*, 39 Is. L. Rev. 2, 92, 99 (2006). החובה להבטיח את הציות לדין ההומניטארי הבינלאומי מוטלת ישירות גם על מפקדים וראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 2(87); לסקירת הכלים המצויים בידי המפקד להבטחת הציות, ראו: Renaut Céline, *The Impact of Military Disciplinary Sanctions on Compliance with International Humanitarian Law*, IRRIC, Vol. 90, No. 870 (2008).

76 ראו: אמנת ז'נבה הראשונה, לעיל ה"ש 3, בסעיף 52; אמנת ז'נבה השנייה, שם, בסעיף 53; אמנת ז'נבה השלישית, שם, בסעיף 132; אמנת ז'נבה הרביעית, שם, בסעיף 149.

77 ראו: אמנת ז'נבה הראשונה, לעיל ה"ש 3, בסעיף 49; אמנת ז'נבה השנייה, שם, בסעיף 50; אמנת ז'נבה השלישית, שם, בסעיף 129; אמנת ז'נבה הרביעית, שם, בסעיף 146. ראו גם: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 1(86).

78 ראו: הקומנטאר לאמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 22, בעמ' 590-594.

Each High Contracting Party shall be under the obligation 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. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a *prima facie* case.<sup>79</sup>

החובה 'לדכא' הפרות כוללת נקיטת אמצעים משמעותיים או עונשיים, בדרך כלל באמצעות חקיקה פלילית, וכן חיפוש, העמדה לדין וענישה של מבצעי הפרות רציניות שהורשעו. חובה זו אינה מוגבלת רק לנתיניו וחייליו של צד לעימות, כי אם חלה על כל מדינה ביחס לכל אדם המצוי בשטחה הנחשד בביצוע הפרות כאמור.<sup>80</sup> סעיף 85 לפרוטוקול הנוסף הראשון נוקט גישה זהה ביחס לחובה לדכא הפרות (repression) (אך הוא מחיל אותה על רשימה מורחבת של עבירות).<sup>81</sup>

25. ביחס לאופיין של ההפרות נשוא החובה לחקור ולהעמיד לדין, הקומנטאר של הצלב האדום על אמנות ז'נבה מלמד שהחובה לחקור ולהעמיד לדין את מבצעי ההפרות אינה מוגבלת רק לאותן ההפרות החמורות המוגדרות ככאלה באמנות, כי אם חלה על מכלול ההפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי המהוות 'פשע מלחמה'.<sup>82</sup>

79 ראו: אמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 3, בסעיף 146.

80 ראו: הקומנטאר לאמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 22, בעמ' 592-593.

81 הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 85; עוד ראו: Claus Kreß, *Reflections on the Iudicare Limb of the Grave Breaches Regime*, 7 J. INT'L CRIM. JUST. 789, 794 (2009) (להלן: Kreß, *Reflections on the Iudicare*).

82 ראו: COMMENTARY ON THE I GENEVA CONVENTION OF 12 AUGUST 1949 RELATIVE TO THE PROTECTION OF THE CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR, Article 49, 367-368 (Pictet ed., 1958) "Article 29 of the Convention called for the punishment of 'all' acts contrary to the provisions of the Convention, and there could be no question of the Diplomatic Conference of 1949 not going as far as in 1929... It is thus clear that 'all' breaches of the present Convention should be repressed by national legislation. At the very least, the Contracting Powers, having arranged for the repression of the various grave breaches and fixed an appropriate penalty for each, must include a general clause in their national legislative enactments, providing for the punishment of other breaches of the Convention. Furthermore, under the present paragraph the authorities of the Contracting Parties should issue instructions in accordance with the Convention to all their subordinates, and arrange for judicial or disciplinary proceedings to be taken in all cases of failure to comply with such instructions". Yuval Shany and Amichai Cohen, *Beyond the Grave Breaches Regime: The Duty to Investigate Alleged Violations of International Law Governing Armed Conflict*, 14 YIHL (forthcoming, 2012), available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1982201](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1982201) (להלן: Shany & Cohen, *Beyond the Grave Breaches Regime*); Michael N. Schmitt, *Investigating Violations of International Law in Armed Conflict*, 2 HARV. NAT. SEC. J. 31, 38 (2011) (להלן: Schmitt, *Investigating Violations*).

בתי הדין הפליליים הבינלאומיים וחוקת רומא הרחיבו אף הם את הקטגוריה של פשעי מלחמה מעבר להפרות חמורות (לדיון בהגדרה של פשעי מלחמה ראו להלן, פסקאות 39–44). יתרה מזאת, כלל 158 למחקר הצלב האדום (the International Committee of the Red Cross's Study on Customary International Law (להלן: מחקר הצל"א) עומד על קיומן של חובות מנהגיות מפורשות בדבר חקירה והעמדה לדין של מבצעי כלל ההפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי העולות כדי 'פשע מלחמה':

States must investigate war crimes allegedly committed by their nationals or armed forces, or on their territory, and, if appropriate, prosecute the suspects. They must also investigate other war crimes over which they have jurisdiction and, if appropriate, prosecute the suspects.<sup>83</sup>

אשר להפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי שאינן מגיעות כדי סף זה, החובה הנפרדת 'לבדוק' עולה בקנה אחד עם החובה 'למגר'.

#### חובות מפקדים צבאיים וממונים אחרים

26. סמכות צבאית אפקטיבית היא חיונית להבטחת הציות לחוק. המשפט הבינלאומי ההומניטארי מכיר בתפקיד המרכזי של מפקדים וממונים אחרים בהקשר של מבצעים צבאיים. חיילים חייבים לדעת שמפקדיהם וממונים אחרים יגיבו באפקטיביות להפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. הימנעות מתגובה כזאת מקימה חבות משפטית הן למפקדים ולממונים האחרים והן למפריים עצמם.<sup>84</sup> על מפקדים צבאיים וממונים אחרים מוטלת חובה כללית למנוע הפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, ולנקוט אמצעים כדי להבטיח כי צעדים מתאימים ינקטו בתגובה לחשדות להפרות. חובות אלה קבועות מפורשות בפרוטוקול הנוסף הראשון, העוסק באחריות ממונים (לרבות ממונים אזרחיים) להפרות שבוצעו על ידי הכפופים להם ומחייבם למנוע הפרות פוטנציאליות, ועל פי הענין לרווח על הפרות או לזוּם

83 ראו: CIHL, לעיל ה"ש 6, בכלל 158 (עמ' 607–611), וכן עמדת המלומד שמיט ביחס למעמדו המנהגי של הכלל: *Schmitt, Investigating Violations*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 44. עוד יצוין כי כלל 161 ל-CIHL (עמ' 618–622), המתייחס לסעיף 88 לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, קובע כי ביחס לחקירות של הפרות חמורות: "States must make every effort to cooperate, to the extent possible, with each other in order to facilitate the investigation of war crimes and the prosecution of the suspects"

84 ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 86(2).

## הליכים משמעותיים או פליליים:

The High Contracting Parties and the Parties to the conflict shall require military commanders, with respect to members of the armed forces under their command and other persons under their control, to prevent and, where necessary, to suppress and to report to competent authorities breaches of the Conventions and of this Protocol.<sup>85</sup>

כך, באמצעות הטלת חובה על ממונים למנוע הפרות ולהעניש בגינן, מוסיפים סעיפים 86 ו-87 לפרוטוקול הנוסף הראשון ומפתחים את ההבחנה בין 'למגר' (supress) לבין 'לדכא' (repress).<sup>86</sup> בקומנטאר על סעיף 87 לפרוטוקול הנוסף הראשון צוין כי חובותיו של מפקד כוללות פעולות כגון כתיבת דו"ח על נסיבות האירוע, הטלת (או הצעת) סנקציה משמעתית מתאימה, ובמידת הצורך – העברת הענין לרשויות המתאימות.<sup>87</sup> במאמר ביחס לחובה לחקור הפרות של המשפט הבינלאומי בעימות מזוין, ציין פרופ' מייקל שמיט כי חובה זו משתרעת לאורך כל שרשרת הפיקוד.<sup>88</sup>

חובתם של מפקדים הוכרה במסמכי יסוד שמכוחם הוקמו בתי דין פליליים בינלאומיים;<sup>89</sup> בפסיקותיהם של בתי דין בינלאומיים שונים החל משנת 1945;<sup>90</sup>

85 שם, בסעיף 87(1); כן ראו: שם, בסעיפים 86-87, אשר הוכרו כמשקפים דין מנהגי (וראו: CIHL, לעיל ה"ש 6, בעמ' Prosecutor v. Akayesu, ICTR Case No. ICTR-96-4-T-A, T. Ch. I, paras. 490-491 (Sep. 2, 1998) Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, ICTR Case No. ICTR-95-1-T, T. Ch., paras. 2, 1998) Prosecutor v. Aleksovski, ICTY Case No. IT-213-216 (May 21, 1999) (להלן: ענין קיישמה ורוזינדאנה); Prosecutor v. Delalić, ICTY Case No. IT-96-21-T, T., 95-14/1-T, App. Ch., para. 76 (Mar. 24, 2000) Prosecutor v. Delalić, ICTY Case No. IT-96-21-T, App. Ch., Chamber II, para. 356 (Nov. 16, 1998) (להלן: ענין דלאליץ); אחריותם הפלילית של מפקדים וממונים עוגנה גם בחוקת רומא וראו בהקשר זה: חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיף 28.

86 ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיפים 86-87; עוד ראו: הקומנטאר לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ז'נבה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1011-1010, פסקאות 3538-3539.

87 ראו: הקומנטאר לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ז'נבה, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1023, פסקה 3526.

88 ראו: Schmitt, *Investigating Violations*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 43.

89 ראו: Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia, S.C. Res. 808 Annex, U.N. Doc. S/RES/808, Article 7(3) (1993) (להלן: חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי ליוגוסלביה לשעבר); International Tribunal for Rwanda, S.C. Res. 955 annex, U.N. Doc. S/RES/955, Article 6(3) (1994) (להלן: חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי לרואנדה); חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיף 28(a).

90 ראו לדוגמא: Prosecutor v. Blaškić, ICTY Case No. IT-95-14-A, App. Ch., para. 69 (Jul. 29, 2004) (להלן: ענין בלסקיץ); Prosecutor v. Halilović, ICTY Case No. IT-01-48-T, T. Ch. I, para. 39 (Nov. 16, 2005) (להלן: ענין הלילוביץ); Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC Case No. ICC-01/05-01/08, Pt. Ch. II, para. 402-443 (Jun. 15, 2009) (להלן: ענין בימבה); Prosecutor v. Bošković and Tarculovski, ICTY Case No. IT-04-82-T, T. Ch. II, para. 418 (Jul. 10, 2008) (להלן: ענין בוסקוביץ וטרוקובוסקי); יודגש שבמסגרת ענין בוסקוביץ וטרוקובוסקי נתן בית הדין הבינלאומי הפלילי של יוגוסלביה לשעבר את דעתו לפרשנות המעשית של דוקטרינת "אחריות המפקדים" וקבע כי: "A superior's duty to punish the perpetrators of a crime may encompass an obligation to conduct an effective investigation with a view to establishing the



במחקר הצל"א;<sup>91</sup> ובמדריכים צבאיים של מדינות שונות.<sup>92</sup> בהקשר זה נודעת חשיבות מיוחדת לחוקת רומא, אשר מתייחסת בפירוט לאחריותם של מפקדים וממונים אחרים.<sup>93</sup> הוועדה הגיע לכלל מסקנה כי מכוח המשפט הבינלאומי ההסכמי והמנהגי, מחובתם של מפקדים צבאיים וממונים אחרים להבטיח כי חשדות להפרות (סטנדרט אשר ייבחן להלן) של המשפט הבינלאומי ההומניטארי ייבדקו וייחקרו כהלכה. מחובתם אף לנקוט אמצעים מתקנים, משמעתיים או עונשיים, או להבטיח כי אלו יינקטו בידי אחרים, בתגובה להפרות מוכחות. אחריות זו משתרעת לאורך כל שרשרת הפיקוד.

### בדיקה וחקירה בעימות מזוין שאינו בינלאומי

27. לאחר שעסקנו בחובת הבדיקה והחקירה בהקשר של עימות מזוין בינלאומי, נפנה עתה לדון בחובה זו בהקשר של עימות מזוין שאינו בינלאומי.<sup>94</sup> החובה לבדוק ולחקור הפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי אינה נזכרת בסעיף 3 המשותף לארבע אמנות ז'נבה, והיא אינה נזכרת אף בפרוטוקול השני הנוסף.<sup>95</sup> עם זאת, סבורה הוועדה כי אין עוד הבדל בין הדין החל על עימותים מזוינים בינלאומיים ועל עימותים מזוינים שאינם בינלאומיים ביחס לקיומה של חובת בדיקה וחקירה המוטלת על המדינה הטריטוריאלית (territorial State) ועל המדינה שהחשוד

---

facts. The obligation to investigate translates into an obligation on the part of the superior to take active steps to ensure that the perpetrators will be punished. To that end, the superior may exercise his own powers of sanction, or if he lacks such powers, report the perpetrators to the competent authorities. It has been held in the jurisprudence of the Tribunal that civilian superiors, who may lack the disciplinary or sanctioning powers of military commanders, may discharge their obligation to punish by reporting to the competent authorities whenever a crime has been committed if these reports are likely to trigger an investigation or initiate disciplinary or criminal proceedings"

91 ראו: CIHL, לעיל ה"ש 6, בכלל 152 (עמ' 556-558) לפיו: "Commanders and other superiors are criminally responsible for war crimes committed pursuant to their orders"; וכן כלל 153 (עמ' 558-563), לפיו:

"Commanders and other superiors are criminally responsible for war crimes committed by their subordinates if they knew, or had reason to know, that the subordinates were about to commit or were committing such crimes and did not take all necessary and reasonable measures in their power to prevent their commission, or if such crimes had been committed, to punish the persons responsible"

92 ראו לדוגמא: DEP'T OF THE ARMY, FIELD MANUAL 27-10, THE LAW OF LAND WARFARE, para. 501, (Jul. 18, 1956).

93 ראו: חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיף 28.

94 בחינת הרשמות מדיוני הוועדה הדיפלומטית שנערכה לעדכון של אמנות ז'נבה בין השנים 1974-1977 חושף טפח מהרתיעה של נציגי המדינות המנסחות בעיגון ההסדרים החלים על סכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים. הגם שקבוצת מדינות, ובראשן נורבגיה, הודו ועיראק, ביקשו לנסח פרוטוקול יחיד, הקובע כללים זהים לסכסוך מזוין ללא שאלה של סיווג הסכסוך. עמדת הרוב הייתה הפוכה וביקשה לייצר הבחנה בין מערכת הדינים החלה על סכסוכים מזוינים בינלאומיים ובין זו החלה על סכסוכים מזוינים שאינם בעלי אופי בינלאומי (לקריאה נוספת ראו: Sylvie S. Junod, (Additional Protocol II: History and Scope, 33 Am. U. L. Rev. 29 (1983).

95 ראו: Schmitt, Investigating Violations, לעיל ה"ש 82, בעמ' 48.

נמנה על אזרחיה,<sup>96</sup> וזאת מן הטעמים הבאים: ראשית, סעיף 149(3) לאמנת ז'נבה הרביעית (כמו גם סעיפים מקבילים בשלוש האמנות האחרות) קובע כי קיימת חובה למגר את נל המעשים העומדים בניגוד לאמנות (ובכלל זה, יש להניח, גם מעשים בניגוד לסעיף 3).<sup>97</sup> שנית, המבוא לחוקת רומא מכיר בחובה מנהגית המוטלת על מדינות לחקור את כל הפשעים לפי החוק הבינלאומי, ובכלל זה פשעי מלחמה שבוצעו בעימותים מזוינים שאינם בינלאומיים.<sup>98</sup> שלישית, סוגיית אחריות מפקדים על העמדה לדין של פקודיהם בגין הפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי נכללה גם בחוקת בית הדין הפלילי לענין רואנדה, המסדירה את העמדתם לדין של פושעי מלחמה בעימות מזוין שאינו בינלאומי.<sup>99</sup> רביעית, המגמה הכללית הנובעת מפסיקותיהם של בתי משפט וטריבונלים היא להחיל את כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי גם על סכסוכים שאינם בינלאומיים.<sup>100</sup> חמישית, החובה המוטלת על המדינות ממילא מכוח העיקרון 'אמנות יש לקיים' (*pacta sunt servanda*) המעוגן בסעיף 26 לאמנת וינה בדבר דיני אמנות.<sup>101</sup> לבסוף, החובה לחקור חשדות לכאורה לפשעי מלחמה, הן בעימותים מזוינים בינלאומיים והן בעימותים שאינם

96 ראו: *Krefß, Reflections on the Iudicare*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 795-794; ענין טאדיץ', לעיל ה"ש 19, בחוות דעתו הנפרדת של השופט *Abi-Saab*, בפסקה 6.

97 ראו: אמנת ז'נבה הראשונה, לעיל ה"ש 3, בסעיף 52; אמנת ז'נבה השנייה, שם, בסעיף 53; אמנת ז'נבה השלישית, שם, בסעיף 132; אמנת ז'נבה הרביעית, שם, בסעיף 149.

98 ראו: חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בפסקה 6 למבוא. יצוין, שיש דמיון רב בין רשימת העבירות המהוות פשעי מלחמה בסכסוכים מזוינים בינלאומיים (סעיפים 2(a-b)(2)) לבין רשימת העבירות המקבילה בסכסוכים שאינם בינלאומיים (סעיפים 2(c-f)). ביוני 2010 כחלק מכינוס קמפלה של אסיפת המדינות החברות בבית הדין הבינלאומי הפלילי הקבוע בהאג לשם בחינה מחדש של חוקת רומא, אומצה החלטה המצמצמת עוד יותר את הפערים שבין רשימות הפשעים. האסיפה אף הדגישה כי ניתן לבצע היקש פרשני מיסודות העבירה המתקיימת בסכסוך מזוין בינלאומי גם למקבילה החלה בסכסוך הפנימי *"The abovementioned relevant elements of the crimes [in international armed conflicts] can also help in their interpretation and application in armed conflict not of an ICC Review Conference of the Rome Statute, RC/Res.5 Concerning international character"* וראו: amendments to Article 8 of the Rome Statute, 13 (Jun. 10, 2010), available at: [www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP9/OR/RC-11-Part.II-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-Part.II-ENG.pdf) (להלן: דו"ח סיכום המלצות כינוס אסיפת המדינות החברות בבית הדין הפלילי הקבוע בהאג, קמפלה 2010).

99 ראו: חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי לרואנדה, לעיל ה"ש 89, בסעיף 6(3).

100 בעשורים האחרונים, המגמה בפסיקה ובספרות האקדמית מצביעה על כך שכללים מנהגיים בסכסוכים מזוינים בינלאומיים חלים, על דרך ההיקש והאנלוגיה, גם בסכסוכים מזוינים שאינם בינלאומיים. ראו בהקשר זה: ענין טאדיץ', לעיל ה"ש 19, בפסקאות 109-127; CIHL, לעיל ה"ש 6, בעמ' xvi; דו"ח הוועדה הרואשון, לעיל ה"ש 22, בפסקה 42. יודגש כי קביעה זו אינה חפה מביקורת (וראו לדוגמא: Sandesh Sivakumaran, *Re-Envisaging the International Law of Internal Armed Conflict*, 22 Eur. J. Int'l L. 219 (2011); Gabriella Blum, *Re-Envisaging the International Law of Internal Armed Conflict: A Reply to Sandesh Sivakumaran*, 22 Eur. J. Int'l L. 273 (2011); Sandesh Sivakumaran, *Re-Envisaging the International Law of Internal Armed Conflict*; 265 (2011). (A Rejoinder to Gabriella Blum, 22 Eur. J. Int'l L. 273 (2011)).

101 ראו: (1969) 26 U.N.T.S. 331, Article 26, Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 U.N.T.S. 331, Article 26 (1969), הקובע כי "כל אמנה בתוקף מחייבת את הצדדים לה ויש לקיימה בתום לב". מכוח הדרישה לקיום בתום לב מסיק המלומד שמיט כי יש להעניק פרשנות מרחיבה לחובות החקירה המעוגנות בדין ההסכמי החל על סכסוכים מזוינים בינלאומיים ביחס לחשדות להפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, כך שקיום בתום לב של חובות החקירה יכסה גם על חשדות להפרות המתרחשות אגב סכסוכים שאינם בינלאומיים. עוד ראו בענין זה: *Schmitt, Investigating Violations*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 48.

בינלאומיים, יכולה להיגזר, למשל, מסעיף 5 לאמנה למניעת והענשת מבצעי רצח עם,<sup>102</sup> מסעיף 28 לאמנת האג בדבר ההגנה על נכסי תרבות בזמן עימות מזוין משנת 1954<sup>103</sup> ומסעיף 7(1) לאמנה נגד נשק כימי משנת 1993,<sup>104</sup> אשר הפשעים הבינלאומיים הכלולים בהן חלים בהתעלם מההקשר הספציפי שבו בוצעו.

28. על יסוד סקירה של המקורות, סבורה הוועדה כי המשפט הבינלאומי המנהגי כולל את חובתן של מדינות לחקור תלונות וטענות בדבר פשעי מלחמה ולברוק כל הפרה. חובה זו חלה הן בעימותים מזוינים בינלאומיים והן בעימותים מזוינים שאינם בינלאומיים.

## 2. מקור החובה במשפט זכויות האדם הבינלאומי

29. ענף משפטי נוסף הרלוונטי לחקירת פעילויות מסוימות במהלך עימות מזוין הוא משפט זכויות האדם הבינלאומי. מרבית האמנות העיקריות המרכיבות את משפט זכויות האדם הבינלאומי, למעט האמנה נגד עינויים,<sup>105</sup> אינן מטילות חובה מפורשת לחקור הפרות נטענות. החובה לחקור הפרות של דיני זכויות אדם מוסקת, לרוב, במשתמע מהחובה הכללית "לכבד ולהבטיח" (to uphold and guarantee) את זכויות האדם ומהזכות לסעד אפקטיבי של מנגנון מוסמך.<sup>106</sup>

102 ראו: האמנה בדבר מניעה וענישה של פשע רצח העם, לעיל ה"ש 60, בסעיפים 1, 4-6.

103 ראו: אמנת האג להגנה על נכסי תרבות בזמן סכסוך מזוין, לעיל ה"ש 16, בסעיף 28; כן ראו: Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflicts, 38 I.L.M. (1999) 769, Articles 15-17 (ישראל איננה צד לפרוטוקול זה).

104 ראו: האמנה בדבר איסור פיתוח, ייצור, אגירה ושימוש בנלי נשק ביולוגיים ובעינין השמדתם, לעיל ה"ש 16, בסעיף 7(1).

105 ראו: האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים, לעיל ה"ש 32, בסעיפים 6-8.

106 כך למשל, האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 30, בסעיף 2: "1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status; 2. Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such laws or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant; 3. Each State Party to the present Covenant undertakes: (a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity; (b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy; (c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted"

חובת החקירה הודגשה רבות בפסיקה, ובפרט בפסיקה שעסקה בהפרות לכאורה של הזכות לחיים, כמו גם במקורות אחרים של משפט זכויות האדם הבינלאומי. למשל, בהערה כללית מס' 31 'אופיה של החובה המשפטית הכללית המוטלת על המדינות שהן צד לאמנה' (האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות) (Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the) קבעה (Covenant – the International Covenant on Civil and Political Rights), ועדת זכויות האדם כי:

There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights as required by Article 2 would give rise to violations by States Parties of those rights, as a result of States Parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities. ... A failure by a State Party to investigate allegations of violations could in and of itself give rise to a separate breach of the Covenant.<sup>107</sup>

ביטוי נוסף לתפיסה זו נמצא בפסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם בענין *McCann and others v. United Kingdom*:

The obligation to protect the right to life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to "secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention," also requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force.<sup>108</sup>

107 ראו: הערה כללית 31 של ועדת זכויות האדם, לעיל ה"ש 42, בפסקאות 15 ו-18.

108 ראו: ענין מקקאן, לעיל ה"ש 42; לדוגמאות נוספות לפסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם בנושא זה ראו: Kaya v. Turkey, App. No. 22947/93, 22948/93, Eur. Ct. H.R., para. 105 (Oct. 10, 2000) (להלן: ענין קאיה); Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia, Apps. Nos. 57947/00, 57948/00, 57949/00, Eur. Ct. H.R., paras. 208–213 (2005) (להלן: ענין ישאייבה, יוסופובה ובזייבה); גישה דומה אומצה גם בפסיקתו של בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם, וראו לדוגמא: Velásquez-Rodríguez v. Honduras, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C), No. 4 (להלן: ענין וודריגו נ' הונורס), paras. 161–172 (Jul. 29, 1988).

30. זאת ועוד, אזכורים נוספים לחובה לחקור על פי משפט זכויות האדם הבינלאומי מצויים במסמכי 'משפט רך' (soft law instruments).<sup>109</sup> האו"ם קבע סטנדרטים בינלאומיים המסדירים את השימוש בכוח במסגרת אכיפת החוק, ובכלל זה סטנדרטים ביחס לאחירותיות של סוכני אכיפת חוק (accountability of law enforcement agents).<sup>110</sup> לדוגמא, 'עקרונות היסוד של האו"ם בדבר שימוש בכוח ובכלי נשק על ידי רשויות אכיפת החוק' (United Nations Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials) קובעים אחירות מוגברת לגבי שימוש בכלי נשק. עקרונות אלה קוראים לממשלות ולרשויות האכיפה "להבטיח כי קיימים הליכי ביקורת אפקטיביים", ובכל מקרה של מוות או פציעה שנגרמו בשל שימוש בכוח "לשלוח במהירות דיווח מפורט לרשויות המוסמכות".<sup>111</sup> כל אדם המושפע מההפרה לכאורה (או נציגיו המשפטיים) זכאי להליך משפטי בלתי-תלוי, ובמקרי מוות, זכות זו מוקנית לקרוביו (dependents).<sup>112</sup> דרישות דומות לאחירותיות מופיעות ב'עקרונות האו"ם לחקירה ומניעה אפקטיבית של הוצאות להורג שרירותיות, מיידיות וללא הליך משפטי' (UN Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions). עקרונות אלה קוראים לחקירת כל מקרה של חשד להוצאות להורג שהן שרירותיות, מיידיות וללא הליך משפטי, ובכלל זה מקרים שבהם עולה מתלונות של קרובי משפחה או מדיווחים אמינים אחרים אפשרות של מוות לא טבעי. "מטרת החקירה תהיה לקבוע את גורם המוות, אופן המוות וזמן המוות, את האחראי לו, וכל דפוס פעולה או פרקטיקה שייתכן שגרמו לאותו מוות".<sup>113</sup>

31. סיכומם של דברים, אמנם נדיר למצוא באמנות לזכויות אדם חובה מפורשת לחקור הפרות נטענות של זכויות אדם, אולם מגוון גופים בינלאומיים ומקורות 'משפט רך' אחרים פירשו את הזכויות המהותיות ואת החובה הכללית להבטיח את מימושן של זכויות האדם ככוללות, בין היתר, את החובה לחקור הפרות של זכויות

109 ראו לדוגמא: UN Basic Principles, Use of Force and Firearms 1990, לעיל ה"ש 58, בסעיפים 6, 11(f), 22-23; Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions as Recommended by the Economic and Social Council in Resolution 1989/65, Supp. No. 1, ESCOR Principles, Effective Prevention (להלן: Annex, U.N. Doc. E/1989/89, Articles 9, 10, 11 (1989) and Investigation 1989); הערה נלנית 31 של ועדת זכויות האדם, לעיל ה"ש 42, בפסקאות 15 ו-18.

110 ראו: ESCOR Principles, Effective Prevention and Investigation 1989, לעיל ה"ש 109, בסעיף 1.

111 ראו: UN Basic Principles, Use of Force and Firearms 1990, לעיל ה"ש 58, בסעיף 22.

112 שם, בסעיף 23.

113 ראו: ESCOR Principles, Effective Prevention and Investigation 1989, לעיל ה"ש 109, בסעיף 9.

אדם. הוועדה סומכת ידיה על פרשנות זו, ובמיוחד לענין חובת חקירה מיד לאחר שימוש בכוח קטלני במסגרת פעולות אכיפת חוק.

### 3. מקור החובה במשפט הבינלאומי הפלילי

32. ענף משפטי שלישי הרלוונטי לחקירת פעילויות מסוימות במהלך עימות מזוין הוא המשפט הבינלאומי הפלילי. בדרך כלל, ההנחה היא שפשעים בינלאומיים יישפטו בעדיפות ראשונה ברמה הפנים-מדינית, כך שמערך הכוחות השיפוטי הבינלאומי יקבל את סמכות השיפוט רק מקום שמערכת המשפט הפנימית איננה מפעילה את סמכויותיה כראוי או שיש להמריצה לעשות כן.<sup>114</sup> הכלל שלפיו זוכה מערכת המשפט הפנימית לקדימות בא לידי ביטוי בשניים מעקרונותיו של המשפט הבינלאומי הפלילי, קרי עקרון ה'משלימות' (complementarity) ועקרון ה'שיוויות' (subsidiarity), המדגישים את הקדימות הניתנת לבדיקה ולחקירה על ידי מערכת המשפט במדינה.<sup>115</sup>

33. סעיף 17 לחוקת רומא (שענינו 'קבילות', Admissibility) מעגן את עקרון המשלימות. הוא משקף מגמה במשפט הבינלאומי הפלילי שעל פיה תשמש פניה לערכאה בינלאומית בבחינת מוצא אחרון, וזאת כאשר מדינות אינן יכולות או אינן רוצות לממש בעצמן את חובתן לחקור ולהעמיד לדין:

1. Having regard to paragraph 10 of the Preamble and Article 1, the Court shall determine that a case is inadmissible where:

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

114 ראו לדוגמא: ROBERT CRYER ET AL., AN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL CRIMINAL LAW 64 (2010) (להלן: "level". עם זאת במקרים מסוימים נדחה עקרון המשלימות וניתנת עדיפות דווקא לטריבונלים הבינלאומיים. דוגמא אחת לכך יכול שתימצא בסמכות השיפוט של הטריבונלים הפליליים שהוקמו אד-הוק על ידי מועצת הביטחון בשנות ה-90, וראו: חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי ליוגוסלביה לשעבר, לעיל ה"ש 89, בסעיף 29), וחוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי לרואנדה, שם, בסעיף 28). מודל נוסף הוא של בתי דין מעורבים (mixed tribunals) שאופי הקמתם, סמכות שיפוטם העניית, דרכי מימונם וכן התובעים והנאשמים בהם, משלבים כולם ממד בינלאומי ולאומי גם יחד. ערכאות מסוג זה הוקמו, לדוגמא, בסיירה לאון, קמבודיה, עיראק ולבנון. לקריאה נוספת בענין בתי דין מעורבים ראו: Shaw, International Law, לעיל ה"ש 5, בעמ' 417-430, Cassese, International Criminal Law ; לעיל ה"ש 59, בעמ' 336-330.

115 לקריאה נוספת על היחסים שבין עקרון המשלימות לעקרון השיוויות ראו: Claus Kress, *Universal Jurisdiction Over International Crimes and the Institut de Droit International*, 4 J. INT'L CRIM. JUST. 3, 561, 579 (2006).

(b) *The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;*

2. *In order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable:*

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

(b) *There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice;*

(c) *The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.*

3. *In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.*<sup>116</sup>

מטבע הדברים, סעיף 17 לחוקת רומא רלוונטי בכל הקשור למעשים שהוגדרו על ידי חוקת בית הדין כפשעי מלחמה, פשעים נגד האנושות, פשע השמדת-עם (ובעתיד, גם פשע התוקפנות).<sup>117</sup> לענינו, כאשר מדינה מפעילה את סמכותה לחקור הפרות מסוג

116 חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיף 17 [ההדגשות אינן במקור].

117 סמכות השיפוט של בית הדין ביחס לפשע התוקפנות מעוגנת בחוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיף 5(d). אלא שסמכות זו הושעתה עד לאחר הגדרתו המוסכמת של פשע זה על ידי המדינות החברות. בתאריך 11 ביוני 2010 התקבלה החלטה RC/Res.6 המגדירה את פשע התוקפנות וקובעת את התנאים להפעלת סמכות השיפוט של בית הדין על פשע זה. ראו: דו"ח סינום המלצות כינוס אסיפת המדינות החברות בבית הדין הפלילי הקבוע בהאג, קמפלה 2008, לעיל ה"ש 98, בעמ' 17. חוקת רומא עברה עדכון כדי לכלול את הגדרת פשע התוקפנות (סעיף bis8) ואת התנאים להחלת סמכות השיפוט של בית הדין (סעיף bis15).

מסוים של המשפט הבינלאומי ההומניטארי – קרי, ביצועם לכאורה של פשעי מלחמה – הופך הענין לבלתי קביל בהליכים בפני בית הדין הבינלאומי הפלילי.<sup>118</sup> לפיכך, יתערב בית הדין רק מקום שבו ניתן לקבוע כי המדינה אינה רוצה (קרי, ההליכים במדינה ננקטו מתוך כוונה להגן על החשוד; היה עיכוב בלתי מוצדק בהליכים שאינו עולה בקנה אחד עם כוונה להעמיד לדין; ההליכים לא נוהלו באופן עצמאי או בלתי משוחד ובאופן שעולה בקנה אחד עם כוונה כנה להעמיד לדין) או אינה ינולה (כתוצאה מהתמוטטות חלקית או מוחלטת או חוסר זמינות של מערכת המשפט הלאומית) למצות את החקירה (או את ההעמדה לדין) בננות.<sup>119</sup> עקרון המשלימות, כפי שהוא מוכר בחוקת רומא, מושחת על שיקולים מבוססים של מדיניות משפטית ומסמל את החשיבות המיוחדת במשפט הבינלאומי הפלילי לקיום חובת החקירה המדינתית, ועל התוצאות שאי קיום חובה זו טומנות בחובן.<sup>120</sup>

118 סוגיה מרכזית שהתווררה ביחס לחובת החקירה נוגעת לשאלה האם על המדינה לעגן בחקיקה את קודקס המשפט הבינלאומי הפלילי, ובבסיסו סעיפים 6-8 של חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, כלשונם לתוך החקיקה הפנימית. בענין לובנה אימץ בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג את הגישה כי: "it is a condition *sine qua non* for a case arising from the investigation of a situation to be inadmissible that national proceedings encompass both the person and the conduct which is the subject of the case before the Court" (Prosecutor v. Lubanga, ICC Case No. ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Pt. Ch. I, para. 58 (Feb. 10, 2006)). בית הדין דרש אפוא כי החקיקה הפלילית המדינתית תכלול את ההתנהגות (conduct) אך לא דווקא את הפשע (crime) שבגינו מואשם החשוד בהליך המקביל בבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג. דהיינו, די אם החקיקה הפלילית תשקף נאמנה את מתחם ההתנהגויות הפליליות המתוארות בחוקת רומא. מבחינה זו דוחה הפסיקה את 'תורת המראה הקשיחה' (Hard-Mirror thesis) לפיה יש להעמיד לדין בגין עבירה בינלאומית (international crime) ולא די בתרגומה לעבירה רגילה (ordinary crime) שברדין המדינתי. תזה זו עוגנה במקור בחוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי ליוגוסלביה לשעבר, לעיל ה"ש 89, בסעיף 10(2); ובענין טאודיץ, לעיל ה"ש 19, בפסקה 58; כמו כן אומצה התזה גם בחוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי לרואנדה, לעיל ה"ש 89, בסעיף 2(9); וכן בסיטוטת ה-ILC לחוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי הקבוע בסעיף 42 (וראו: Draft Statute for an International Criminal Court, Report of the ILC on the work of its forty-sixth session, G.A.O.R (Supp. No. 10, U.N. Doc. A/49/10 (1994)). התזה נדחתה לבסוף כאמור על ידי ה-ICC בענין לובנה. נראה שעמדה זו של בית הדין מתישבת עם עמדת המדינות המנסחות בדיונים שקדמו לגיבוש חוקת רומא, כפי שמצביע המלומד הולמס (John Holmes, *The Principle of Complementarity*, in *THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: THE MAKING OF THE ROME STATUTE, ISSUES, NEGOTIATIONS, RESULTS* 57-58 (Lee ed., 1999)). "There is no requirement that the crimes charged at the national :ICC- does not set out to regulate how States may choose to incorporate crimes within the jurisdiction of the Court into their national legal system. Therefore there may be discrepancies in the way a particular act is criminalized under Prosecution Response to Application on behalf of the : (וראו: the Rome Statute and under national law" (Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, OTP ICC-01/11-01/11 (Jun. 5, 2012) Claus Kreß, *The Principle of Complementarity under the Rome Statute of the International Criminal Court: A Legal Opinion Submitted to the Israeli Independent Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010, headed by Supreme Court Justice Jacob Turkel* 43-46 (Aug. 16, 2011) available at: <http://www.turkel-committee.gov.il/files/wordocs/Manuskript.pdf> (להלן: *Kreß, The Principle of Complementarity*).

119 חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיף 17. לבחינה סדורה של היסודות השונים של עקרון המשלימות כפי שמעוגנים בסעיף 17 לחוקת ראו: *Kreß, The Principle of Complementarity*, לעיל ה"ש 118, בעמ' 43-46.

120 לקריאה נוספת אודות הטעמים המשפטיים ושיקולי המדיניות העומדים מאחורי עקרון המשלימות ראו: JANN KLEFFNER, *COMPLEMENTARITY IN THE ROME STATUTE AND NATIONAL CRIMINAL JURISDICTIONS* 57-99 (2008) (להלן: Christoph Bughard, *Complementarity as Global Governance*, in: (KLEFFNER, *COMPLEMENTARITY*; THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND COMPLEMENTARITY FROM THEORY TO PRACTICE, VOL. I, 167-197 (Stahn & El Zeidy eds., 2011)).



34. עקרון השיוריות (subsidiarity) מפעיל מבחן זהה (קרי, מבחן ה-'אינה רוצה או אינה יכולה' - unwilling or unable) לקביעת התחולה של סמכות השיפוט האוניברסאלית של מדינות שאינן צד לסכסוך.<sup>121</sup> עקרון השיוריות מכיר באפשרות הממשית של סמכויות שיפוט מתחרות ומעדיף סמכות שיפוט בעלת זיקה טריטוריאלית או לאומית על פני סמכות אוניברסאלית. בעוד שעקרון המשלימות עוגן בחוקת רומא באמצעות הוראות המבוא,<sup>122</sup> עקרון השיוריות טרם עבר קודיפיקציה ומעמדו המנהגי נותר שנוי במחלוקת.<sup>123</sup> לאחרונה, החילו רשויות תביעה ושיפוט מדינתיות את עקרון השיוריות לצורך העדפת המדינה שבשטחה או על ידי אזרחיה בוצעה העבירה על פני מדינה שלישית התובעת סמכות שיפוט אוניברסאלית.<sup>124</sup> ניתן, אפוא, להסיק כי

121 סמכות השיפוט האוניברסאלית מתייחסת לסמכותו של בית משפט מדינתי לשיפוט אדם בגין פשע בינלאומי, בהעדור כל זיקה בין מדינת הפורום, בה מתקיים ההליך, לבין הפשע מושא ההליך. הפרשה המכוננת בהגדרת סמכות השיפוט האוניברסאלית היא ענין איינמן. בית המשפט המחוזי שדן בתיק הפלילי קבע כי: "הפשעים המחרידים המוגדרים בחוק זה [חוק לעשיית דין בנאצים ובעורויהם, התש"ו-1950, ס"ח 57] אינם מהווים עבירות על פי החוק הישראלי בלבד. פשעים אלה, אשר פגעו באנושות כולה וזעזעו את מצפון העמים, מהווים עבירות חמורות על משפט העמים עצמו, 'פשעים לפי משפט העמים' (delicta juris gentium) בהעדר בית דין בינלאומי זקוק המשפט הבינלאומי למוסדות החקיקה והשפיטה של כל מדינה ומדינה כדי לתת תוקף לאיסורים הפליליים ולהביא את העבריינים לדין" (ת"פ (י-ם) 40/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' איינמן, פ"מ מה 3, 12 (1961)). אמירות דומות ניתן למצוא גם בערעור הפלילי, וראו: ע"פ איינמן, לעיל ה"ש 6, עמ' 2039-2065. הכללים החלים על הפעלת סמכות השיפוט האוניברסאלית נידונו בשורה של מסמכים וראו: CIHL, לעיל ה"ש 6, בכלל 157 (עמ' 604-607); The Princeton Principles on Universal Jurisdiction, formulated by the participants of the Princeton Project at Princeton University Program in Law and Public Affairs (Macedo ed., 2001), available at: [http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/Institute\\_of\\_International\\_Law,\\_17th\\_Commission,\\_Universal\\_Jurisdiction\\_With\\_Regard\\_to\\_the\\_Crime\\_of\\_Genocide,\\_Crimes\\_Against\\_Humanity\\_and\\_War\\_Crimes\\_\(Aug.26,2005\).available\\_at:\\_www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/2005\\_kra\\_03\\_en.pdf](http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/Institute_of_International_Law,_17th_Commission,_Universal_Jurisdiction_With_Regard_to_the_Crime_of_Genocide,_Crimes_Against_Humanity_and_War_Crimes_(Aug.26,2005).available_at:_www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_03_en.pdf)

122 חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, במבוא לאמנה: "emphasizing that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions"

123 ראו בהקשר זה: Krefß, *The Principle of Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, in *COMPLEMENTARITY AND THE EXERCISE OF UNIVERSAL JURISDICTION FOR Jo Stigen, Complementarity and the* (להלן: CORE INTERNATIONAL CRIMES, 133-142 (Bergsmo ed., 2010) M. Cherif Bassiouni, *Universal Jurisdiction for International*; (*Exercise of Universal Jurisdiction* Crises: Historical Perspectives and Contemporary Practice, 42 VIRG. J. INT'L. L. 81, 89 (2001) The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, EU Doc. 8672/1/09; ראו: REV 1 (Apr. 16, 2009), available at: [http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/troika\\_ua\\_ue\\_rapport\\_competence\\_universelle\\_EN.pdf](http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/troika_ua_ue_rapport_competence_universelle_EN.pdf). בית הדין הבינלאומי לצדק לא קיבל החלטה ביחס לקיומו של קריטריון שיוריות, אולם בענין ה-Arrest Warrant, השופטים הייגנס (Higgins), קוימנס (Kooijmans) ובוגנטל (Buergenthal) עמדו על כך בחוות דעתם המשותפת הנפרדת. השופטים ציינו שמדינה המתכנתת להעמיד לדין פלילי על בסיס סמכות שיפוט אוניברסאלית מחויבת תחילה להציע למדינת אזרחותו של החשוד את ההזדמנות לפעול בענין האישומים האמורים. ראו: Case Concerning Arrest Warrant of Apr. 11, 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Burgenthal, 2002 I.C.J. 3, paras. 54-59 (Feb. 14, 2002).

124 המגמה להתנות את הפעלת סמכות השיפוט האוניברסאלית אך למצבים שבהם המדינות המחויקות בויקות המסורתיות למעשה הפשע נמנעות מלהביא את החשודים לדין או מלהגרים (עיקרון 'הסגר או העמד לדין') באה לידי ביטוי בסדרה של פסקי דין מדינתיים ובחקיקה, בפרט בספרד. ראו: National Criminal Court, Case of Spanish Citizens who Disappeared in Argentina, Court Order No. 5 (May 11, 1998) as translated by Angel Sanchez Legido, *Spanish Practice in the Area of Universal Jurisdiction*, 8 SPANISH YB. INT'L. L. 17, 38 (2001-2002) Audiencia Nacional, Preliminary Proceedings No. 157/2008 (May 4, 2009), available at: [www.TheCommitteeofSolidarity.org/files/PressR/English/2009/04-05-2009-2.html](http://www.TheCommitteeofSolidarity.org/files/PressR/English/2009/04-05-2009-2.html); ראו: *The Committee of Solidarity*; *pchgaza.org/files/PressR/English/2009/04-05-2009-2.html; *with the Arab Cause et al. v. The Office of the Public Prosecutor* אשר עסק בתלונה ביחס למותם של אזרחים כתוצאה מתקיפתו של סלאח שחאדה על ידי ישראל. בית המשפט הספרדי קבע כי הסמכות האוניברסאלית*

לא ניתן לפנות לסמכות שיפוט אוניברסאלית מקום שהמדינה בעלת סמכות השיפוט הטריטוריאלית או הפרסונאלית נכונה ויכולה להעמיד לדין בגין העבירה לכאורה.

35. היבט נוסף של המשפט הבינלאומי הפלילי אשר רלוונטי לחובת החקירה הוא הדוקטרינה של 'אחריות מפקדים' (command responsibility). הפרה של החובה המוטלת על דרגי הפיקוד והדרגים הממונים לחקור באופן אפקטיבי הפרות שביצעו פקודיהם יכולה להוות בעצמה הפרה של הדין הבינלאומי הפלילי ובסיס להרשעה פלילית.<sup>125</sup> חובה זו הוכרה בבית הדין הבינלאומי הצבאי למזרח הרחוק בטוקיו,<sup>126</sup> וכן בוועדה הצבאית האמריקאית במנילה במהלך משפטו של גנרל ימשיטה (Yamashita).<sup>127</sup> חובות דומות נכללו גם בחוקות הטריבונלים הבינלאומיים הפלילים השונים, למשל בסעיף 7(3) לחוקת בית הדין הפלילי לענין יוגוסלביה לשעבר, בו צוין כי:

The fact that any of the acts referred to in Articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.<sup>128</sup>

הנתונה לו תיסוג מפני ההליכים המתקיימים במדינת ישראל - קרי, הקמתה, בהמלצת בית המשפט העליון הישראלי, של ועדת ענבר (לימים ועדת שטרסברג-כהן) לבדיקת האירוע (ראו: ועדה מיוחדת לבחינת פעולת סיכול ממוקד - צלאח שחאדה דין וחשבון (התשע"א), DA339745-7D9F-40C7- (www.pm.gov.il/NR/rdonlyres/), B20F-4481AAF1F4C7/0/reportshshade.pdf). החלטה זו אף אושרה על ידי בית המשפט העליון של ספרד (ראו: Tribunal Supremo, Sala de lo penal (Auto 550/2010), Appeal No. 1979/2009 (Mar. 4, 2010), [http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/04/13/auto\\_gaza.pdf](http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/04/13/auto_gaza.pdf)). לקריאה נוספת בדבר הפרקטיקה של מדינות בהפעלת סמכות השיפוט האוניברסאלית ראו: Cedric Ryngaert, *Applying the Rome Statute's Complementarity Principle: Drawing Lessons from the prosecution of Core Crimes by states Acting Under the Universality Principle*, THE INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW: WORKING PAPER Jo Stigen, 98, 7-14 (2006) available at: [www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP98e.pdf](http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP98e.pdf), *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction*, לעיל ה"ש 123, בעמ' 137-142.

125. לניתוח מפורט של סוגיה זו בהקשר של החובה לחקור ראו: יובל שני, עמיחי הכהן ועדו רוונצווייג "מסמך תגובה מטעם החוקרים בפרויקט 'טרור ודמוקרטיה' של המכון הישראלי לדמוקרטיה לנייר העמדה שהוגש לוועדה מטעם הפרקליט הצבאי הראשי בנושא חקירת טענות או חשדות על אודות הפרת דיני החלימה" 26 (10.2.2011). (להלן: שני, נהן ורוונצווייג, מסמך תגובה לנייר הפצ'ר).

126. ראו: United States et al v. Araki Sadao et al, *reprinted in* THE TOKYO MAJOR WAR CRIMES TRIAL: THE RECORDS OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST WITH AN AUTHORITATIVE COMMENTARY Gideon Boas, *Command Responsibility*; and COMPREHENSIVE GUIDE, Vol. 2, Indictment 13 (2002) *for the Failure to Stop Atrocities: The Legacy of the Tokyo Trial*, in BEYOND VICTOR'S JUSTICE: THE TOKYO WAR CRIMES TRIAL REVISITED 163-183 (Tanka, McCormack & Simpson eds., 2011).

127. ראו: Trial of General Tomoyuki Yamashita, Case No. 21 (Apr. 4, 1946), *reprinted in* UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, Vol. IV (1948).

128. ראו: חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי ליוגוסלביה לשעבר, לעיל ה"ש 89, בסעיף 7(3).

סעיף זהה במהותו מופיע גם בחוקת בית הדין הפלילי לענין רואנדה.<sup>129</sup> ההוראה המקבילה בסעיף 28 לחוקת רומא מנסחת ביתר פירוט את המבחן הרלוונטי לאחריות פלילית, בקובעה:

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:

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

(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.<sup>130</sup>

למרות שדוקטרינת 'אחריות מפקדים', כפי שעולה מסעיף 28 לחוקת רומא, אינה עוסקת כשלעצמה בחובתן של מדינות לחקור הפרות, היא נסמכת בבירור על ההנחה שקיימת חובה כזאת, שכן חובתו של מפקד לדווח על פשע מלחמה "לרשויות המוסמכות לשם חקירה והעמדה לדין" יש בה טעם רק ככל שאותן רשויות אכן נדרשות לפעול.

36. לסיכום, התפתחות המשפט הבינלאומי הפלילי תרמה משמעותית להתפתחות

129 ראו: חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי לרואנדה, לעיל ה"ש 89, בסעיף 6(3).

130 ראו: חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיף 28(1). לקריאה נוספת אודות היקף החובה ראו עוד ראו: ענין הלילובניץ, לעיל ה"ש 90, בפסקאות 39, 67-68; ענין בלסקיץ, שם, בפסקה 69; ענין בימבה, שם, בפסקאות 433-436; ענין ולאליץ, לעיל ה"ש 85, בפסקאות 238-239; ענין בוסקוסקי וטוקולובנסקי, לעיל ה"ש 90, בפסקה 413-414. לדיון בשאלת אחריות מפקדים לפי הדין הישראלי, ראו: "דין וחשבון וועדת החקירה לחקירת האירועים במחנות הפליטים בבירות התשמ"ג" טפר יצחק כהן - לזכרו של יצחק כהן נשיא בית המשפט העליון, בפסקאות 71, 75-78 (מנחם אלון עורך, 1989).

ולהתגבשות החובה המנהגית לחקור מקרים שבהם בוצעו לכאורה פשעי מלחמה בעימותים מזוינים בינלאומיים ושאינם בינלאומיים כאחד. הכללים המנהגיים המסדירים את סמכויותיהן וחובותיהן של מדינות לחקור פשעי מלחמה יכולים להיחשב הן כחלק מהמשפט הבינלאומי ההומניטארי והן כחלק מהמשפט הבינלאומי הפלילי.<sup>131</sup> יתרה מכך, המשפט הבינלאומי הפלילי מבטא את החשיבות המיוחדת לציאות לחובת החקירה, ומספק תמריץ להפעלתה.

#### 4. מקור החובה בדיני אחריות המדינה

37. הענף האחרון במשפט הבינלאומי אשר רלוונטי לחקירת פעילויות מסוימות במהלך עימות מזוין הוא דיני אחריות המדינה. כאמור לעיל, הפרה של חובה משפטית בינלאומית, קרי חובה הקבועה במשפט הבינלאומי ההומניטארי או במשפט זכויות האדם הבינלאומי, מקימה אחריות בינלאומית, שמטילה על המדינה הרלוונטית חובה להפסקת העוולה ולהבטיח שלא תשוב ותישנה, להשבה, לתשלום פיצויים או לריצוי הנפגע על ידי לקיחת אחריות, התנצלות וכיו"ב.<sup>132</sup>

131 ראו: *Kreß in PLANCK*, לעיל ה"ש 59, בפסקאות 10-14.

132 ראו: *Caron, State responsibility*, לעיל ה"ש 65.

## סיכום מקורות החובה לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי

38. לסיכום, כל אחד משלושת ענפי המשפט – המשפט הבינלאומי ההומניטארי, משפט זכויות האדם הבינלאומי והמשפט הבינלאומי הפלילי – מקים חובה לחקור. במשפט הבינלאומי ההומניטארי, למשל, מוטלת חובה 'למגר' שענינה בדיקת כל הפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, כמו גם חובה 'לדכא', שענינה, חקירת הפרות מסוימות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. חובות אלה נועדו להבטיח שכוחות הצבא יעודדו ויפתחו תרבות פנימית של מחויבות וציות לחוק. לפי משפט זכויות האדם הבינלאומי, על הרשויות הרלוונטיות לחקור כל אירוע של שימוש בכוח הגורם למוות או לפגיעה חמורה בידי כוחות הביטחון של המדינה. המשפט הבינלאומי הפלילי, באמצעות עיקרון 'המשלימות', מטיל על מדינות את החובה לחקור ולהעמיד לדין את מי שביצע פשעי מלחמה. כמו כן, עומדת חובת החקירה בפני עצמה, במובן זה שלא קיומה של החובה נודעות משמעויות משפטיות נוספות על אלו החלות על המבצעים בפועל של הפרות רציניות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. דיני אחריות המדינה מייחסים מעשים פרטניים למדינה הרלוונטית ומטילים על המדינה אחריות להתמודד עם ההפרות.

## ג. הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי הטעונות בדיקה או חקירה ('מה חוקרים?')

39. עמדנו לעיל, בפסקה 23, על קיומה של חובת בדיקה של כל הפרה לכאורה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. אולם רק הפרות של הוראות מסוימות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, מקימות אחריות פלילית.<sup>133</sup> הפרות אלה מהוות 'פשעי מלחמה'.<sup>134</sup> להלן נעמוד על ההגדרה של 'פשעי מלחמה' כפי שהתפתחה במשפט הבינלאומי.

40. ההגדרה המדויקת של המונח 'פשעי מלחמה' השתנתה במשך הזמן. על אף שבעבר נהוג היה להכיר בכל הפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי כפשע מלחמה,<sup>135</sup> כיום מקובל שרק הפרות בדרגת חומרה מסוימת עולות כדי 'פשעי מלחמה'.<sup>136</sup>

כבר בשנת 1944, ביקר פרופ' הרש לאוטרפאכט את ההגדרה הרחבה ל'פשעי מלחמה':

[D]oes every violation of a rule of warfare constitute a war crime? It appears that, in this matter, textbook writers and, occasionally, military manuals and official pronouncements have erred on the side of comprehensiveness. They make no attempt to distinguish between violations of rules of warfare and war crimes... It is possible that one of the reasons for the failure to give effect to the

133 ראו: Rüdiger Wolfum & Dieter Fleck, *Enforcement of International Humanitarian Law*, in FLECK (ed.), *THE HANDBOOK* "Each member of the armed forces who has the duty to observe the rules of international humanitarian law must be aware of the fact that he or she can be prosecuted according to penal or disciplinary provisions. This provision refers to every violation, both grave breaches and others. The consequences of a grave breach are always of a penal nature; other violations may be punished through disciplinary procedures"

134 ראו: GREEN, *THE CONTEMPORARY LAW*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 286; לפי המלומד גרין הגדרת המונח 'פשעי מלחמה' מבוססת על ההגדרה המנויה בסעיף 6(ב) לחוקת נירנברג (המכונה גם 'חוקת לונדון') (Charter of the International Military Tribunal, 82 U.N.T.S 280 (1945), להלן: חוקת הטריבונל הצבאי בנירנברג), לפיה: "War Crimes are: namely violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity"

135 ראו: YORAM DINSTEIN, *THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT* 229 (2004) (להלן: DINSTEIN, *THE CONDUCT OF HOSTILITIES*).

136 ראו: CRYER, *INTRODUCTION*: לעיל ה"ש 114, בעמ' 272.

decision to prosecute war criminals after the first World War was the extent of the list of offences... and the absence of a distinction between violations of international law and war crimes in the more restricted sense of the term.<sup>137</sup>

### לאוטראפקט הציע הגדרה צרה יותר ל'פשעי מלחמה':

These may be defined as such offences against the law of war as are criminal in the ordinary and accepted sense of fundamental rules of warfare and of general principles of criminal law by reason of their heinousness, their brutality, their ruthless disregard of the sanctity of human life and personality, or their wanton interference with rights of property unrelated to reasonably conceived requirements of military necessity.<sup>138</sup>

קודיפיקציה של גישה זו עוגנה באמנות ז'נבה ובפרוטוקול הנוסף הראשון, המציינים הפרות של הוראות מסוימות כ'הפרות חמורות' (grave breaches) ומבחינה ביניהן לבין הפרות פחות חמורות. לגבי הפרות חמורות אלה נקבעה חובה מבוססת לחקור ולהעמיד לדין את מבצעי ההפרות.<sup>139</sup>

41. למרות שאמנות ז'נבה והפרוטוקול הנוסף הראשון מגבילים את היקף ההגדרה של פשעי מלחמה ל'הפרות חמורות' של הוראותיהם, ברור כי פשעי מלחמה כוללים בגדרם טווח רחב יותר של הפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. חוקת הטריבונל הבינלאומי לפשעי מלחמה ביוגוסלביה לשעבר, למשל, כוללת "הפרות חמורות של אמנות ז'נבה" בסעיף 2 והפרות אחרות של "חוקי המלחמה או מנהגיה" בסעיף 3. בענין טאדיץ', נתנה ערכאת הערעור דעתה על פרשנותו של סעיף 3 לחוקה,

137 ראו: Hersch Lauterpacht, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, 21 BRIT. Y.B. INT'L. L. 58, 77 (1944).

138 שם, בעמ' 79.

139 ה'הפרות החמורות' מוגדרות באמנת ז'נבה הראשונה, לעיל ה"ש 3, בסעיף 50; אמנת ז'נבה השנייה, שם, בסעיף 51; אמנת ז'נבה השלישית, שם, בסעיף 130; אמנת ז'נבה הרביעית, שם, בסעיף 147. הפרות אלה כוללות, בין היתר, הריגה במזיד של אדם מוגן; עינויים או יחס בלתי אנושי, לרבות ניסויים מדעיים או רפואיים בבני אדם מוגנים; גרימה במזיד של נזק או סבל רב או של נזק חמור לגוף או לבריאות; הרס נרחב של רכוש ללא צורך צבאי המבוצע באופן לא חוקי ומתוך הפקרות; ועוד. הפוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 85, אימץ את רשימת 'ההפרות החמורות' הקבועות באמנות ז'נבה והוסיף עליהן, בין היתר, את אלה: תקיפת יעדים באופן העשוי לגרום לפגיעה חמורה ובלתי מוצדקת באוכלוסייה אזרחית; שימוש כוזב בסמלי שירותי רפואה; העברת אוכלוסיית המדינה הכובשת אל תוך שטח כבוש; עיכוב בלתי מוצדק בשחרור שבויי מלחמה; אפרטהייד ופגיעה מכוונת במבני תרבות או דת. יש לציין כי ההפרות החמורות המנויות בארבע אמנות ז'נבה נחשבות כמשקפות משפט מנהגי, וראו בהקשר זה: CIHL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 568-604.

תוך שהיא קובעת ארבעה תנאים שרק בהתקיימם תהיה סמכות שיפוט לטריבונל.  
אחד מתנאים אלה הוא שההפרה היא "רצינית":

The Appeals Chamber deems it fitting to specify the conditions to be fulfilled for Article 3 to become applicable. The following requirements must be met for an offence to be subject to prosecution before the International Tribunal under Article 3:

- (i) the violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law;
- (ii) the rule must be customary in nature or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met (see below, para. 143);
- (iii) the violation must be 'serious', that is to say, it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim. Thus, for instance, the fact of a combatant simply appropriating a loaf of bread in an occupied village would not amount to a 'serious violation of international humanitarian law' although it may be regarded as falling foul of the basic principle laid down in Article 46, paragraph 1, of the Hague Regulations (and the corresponding rule of customary international law) whereby 'private property must be respected' by any army occupying an enemy territory;
- (iv) the violation of the rule must entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule.

It follows that it does not matter whether the 'serious violation' has occurred within the context of an international or an internal armed conflict, as long as the requirements set out above are met.<sup>140</sup>

בהגדרה את היקף תחולתו של סעיף 3 לחוקה, שיקפה ערכאת הערעור גם את קביעת

---

140 ראו: ענין טאדיץ, לעיל ה"ש 19, בפסקה 94.



סמכות השיפוט שלה המופיעה בסעיף 1: "The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991".<sup>141</sup> ארבעת התנאים שניסחה ערכאת הערעור יושמו בהחלטות מאוחרות יותר של הטריבונל.<sup>142</sup> התנאים שנקבעו בענין טאדיץ' מספקים מסגרת מועילה לזיהוי 'הפרות רציניות' (serious violations), אך הוועדה מכירה בכך שהיקפן המדויק שנוי במחלוקת.<sup>143</sup>

42. הגדרת 'פשעי המלחמה' בסעיף 8 לחוקת רומא רחבה יותר אף היא מהקטגוריה של 'הפרות חמורות של אמנות ז'נבה' (הקבועה בסעיף 8(2)(א) לחוקה). סעיפים 8(2)(ב) ו-8(2)(ה) מתייחסים ל'הפרות רציניות של חוקי המלחמה או מנהגיה' החלות בהתאמה בעימותים מזוינים בינלאומיים ובעימותים מזוינים שאינם בינלאומיים.<sup>144</sup> הוועדה מסכימה ש'הפרות רציניות' של המשפט הבינלאומי ההומניטארי הן 'פשעי מלחמה'.

43. יצוין עוד, כי במהלך עימות מזוין יכולים להתרחש פשעים בינלאומיים אחרים בנוסף לפשעי מלחמה, ובכלל זה 'רצח עם', 'פשעים נגד השלום'<sup>145</sup> ו'פשעים נגד האנושות',<sup>146</sup> אולם דו"ח זה לא יתמקד בקטגוריות נוספות אלה של פשעים בינלאומיים.

141 ראו: חוקת בית הדין הבינלאומי הפלילי ליוגוסלביה לשעבר, לעיל ה"ש 89, בסעיף 1.

142 ראו לדוגמה: Prosecutor v. Galić, ICTY Case No. IT-98-29-T, T. Ch. I, paras. 13-32 (Dec. 5, 2003); Prosecutor v. Galić, ICTY Case No. IT-98-29-A, App. Ch., paras. 90-98 (Nov. 30, 2006); האדום אימץ אף הוא את האבחנה שנעשתה בענין טאדיץ', לעיל ה"ש 19, לפיה יוכרו כפשעי מלחמה רק ההפרות החמורות ביותר של דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי "States in fact limit war crimes to the more serious violations of international humanitarian law". עם זאת, מחקר הצלב האדום המשיך לבאר את פרשנותו למושג "endanger protected persons) מוגנים או יעדים מסכנות אנשים (breach important values)". ראו: CIHL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 570-568; עוד ראו: CRYER, INTRODUCTION, לעיל ה"ש 114, בעמ' 272.

143 אין הסכמה בינלאומית גורפת באשר לשאלה באם כלל פשעי המלחמה המנויים בסעיף 8 לחוקת רומא, לעיל ה"ש 61, משקפים דין מנהגיה, וראו לענין זה: DINSTEIN, THE CONDUCT OF HOSTILITIES, לעיל ה"ש 135, בעמ' 232-233.

144 ראו: חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיף 8.

145 'פשעים נגד השלום' הוגדרו בחוקת הטריבונל הצנאי בניונוברג, לעיל ה"ש 134, בסעיף (א6) באופן הבא: "namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing". המונח 'פשע התוקפנות' משמש, לעתים, כחלופה לביטוי 'פשעים נגד השלום', והוא הוגדר כחלק מסמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג וראו לעיל, בה"ש 117. לקריאה נוספת אודות פשעים אלו ראו: CRYER, INTRODUCTION, לעיל ה"ש 114, בעמ' 312-328; וכן RUTLEDGE HANDBOOK OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 59, בעמ' 155-169.

146 בעוד שפשעי מלחמה ופשע השמדת העם עברו תהליך של קודיפיקציה בשורה של מסמכים קאנוניים מכוננים, אין במשפט הבינלאומי הפלילי הגדרה אחידה ל'פשעים נגד האנושות'. עם זאת הפסיקה המאוחרת בשנים האחרונות מצביעה על מידה גוברת של קוהרנטיות באשר לפשע ולמאפייניו. המדובר אפוא במעשים נפשעים במיוחד הפוגעים באופן חמור בכבוד האדם ואשר מבוצעים כחלק ממדיניות ממשלתית או פרקטיקה נרחבת ושיטתית כנגד אוכלוסייה אזרחית. לקריאה נוספת בענין זה ראו: CASSESE, INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, לעיל ה"ש 59, בעמ' 98-123;

44. מרכיב נוסף שיש לתת עליו את הדעת בהגדרת המונח 'פשעי מלחמה' הוא זהות מבצע ההפרות. טריבונלים בינלאומיים אחדים קבעו כי ביצוע פשע מלחמה אינו מוגבל למפקדים, ללוחמים או לאנשי הכוחות המזוינים, אלא גם מעשיהם של אזרחים, כאשר אלה מתבצעים בהקשר של עימות מזוין ובקשר אליו, עלולים לעלות כדי פשעי מלחמה.<sup>147</sup> התפתחות זו מייתרת את 'מבחן הסוכן הציבורי או נציג הממשלה' (public agent or government) (representative test) המשמש לקביעה מי עשוי לשאת באחריות להפרות רציניות של סעיף 3 המשותף לאמנות ז'נבה. כך, מעשים שביצעו אנשי הדרג המדיני וממונים אזרחיים עשויים להוות פשעי מלחמה.<sup>148</sup> ערכאת הערעור של בית הדין הפלילי הבינלאומי לרואנדה עמדה על הרציונאל לכך בתיק *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*:

... international humanitarian law would be lessened and called into question if it were to be admitted that certain persons be exonerated from individual criminal responsibility for a violation of common Article 3 under the pretext that they did not belong to a specific category.<sup>149</sup>

CRYER, INTRODUCTION, לעיל ה"ש 114, בעמ' 230-267; וכן RUTLEDGE HANDBOOK, לעיל ה"ש 59, בעמ' 121-139.

147 ראו בענין זה: *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR Case No. ICTR-96-4-T, App. Ch., paras. 443-444 (Jun. 1, 2001) (להלן: 'ענין אקייסו'), שם נקבע כי: "The Appeals Chamber is of the view that the minimum protection provided for victims under common Article 3 implies necessarily effective punishment on persons who violate it. Now, such punishment must be applicable to everyone without discrimination, as required by the principles governing individual criminal responsibility as laid down by the Nuremberg Tribunal. ... the Trial Chamber [in this case] found that the four Conventions 'were adopted primarily to protect the victims as well as potential victims of armed conflicts'. It went on to hold that '[t]he category of persons to be held accountable in this respect then, would in most cases be limited to commanders, combatants and other members of the armed forces'... In the opinion of the Appeals Chamber, the Trial Chamber erred in requiring that a special relationship should be a separate condition for triggering criminal responsibility for a violation of Article 4 of the Statute" *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR Case No. ICTR-96-3-A, App. Ch., para. 440 (May 26, 2003) בסוגיה זו ראו עמ' 425-446 לפסק הדין. כן ראו: *Zyklon B Case 1 LRTWC 103*; *Prosecutor v. v. Rutaganda*, ICTR Case No. ICTR-96-3-A, App. Ch., para. 440 (May 26, 2003) *Prosecutor v. Musema*, ICTR Case No. ICTR-96-13-T, App. Ch., para. 274 (Jan. 27, 2000)

148 לא ברור אם מנהיגים פוליטיים המפקחים על הדרג הצבאי (כגון, שר הביטחון או ראש הממשלה) כלולים בקטגוריה הראשונה של אמנת ז'נבה השלישית, לעיל ה"ש 3, בסעיף 4, המתייחס לחיילים בצבא סדיר. עם זאת נראה, שככל שמתקיימים יחסים היררכיים של מפקד-פקוד בין הדרג הפוליטי לצבאי, גם הדרג הפוליטי יהיה זכאי למעמד של שבו מלחמה (כך היה בפרשת נוריגה, בה שליט פנמה לשעבר היה זכאי למעמד שבו מלחמה; וראו: *United States v. Noriega*, 808 F. Supp. 791 (S.D. Fla. 1992)). מן הדברים עולה, כי ניתן לראות את אנשי הדרג המדיני במקרים מסוימים כ'לוחמים', ולפיכך, מעשיהם יכולים לבוא בגדר 'פשעי מלחמה', זאת גם מבלי להרחיב את קטגוריית זהות המבצעים לכזו הכוללת גם אזרחים. חיווק נוסף לרציונאל זה יכול שיימצא בחוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיף 27, שכתורתו "Irrelevance of official capacity". מכוחו של סעיף זה נגזר כי סמכות השיפוט של האמנה איננה מוגבלת מטעמי סיבות של ראשי מדינה וכי האחריות הפלילית הבינלאומית תחול באופן שווה וללא הבחנה. ראו לדוגמא: *Kōki Hirota, Judgement, Record of Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East* (1946-1949), Vol. 20, 49, paras. 788-792, reprinted in *THE TOKYO WAR CRIMES TRIAL* (Pritchard & Zaide eds., 1981).

149 ראו: ענין אקייסו, לעיל ה"ש 147, בפסקה 443.

45. נחה דעתה של הוועדה כי חלה חובה משפטית לקיים **חקירה** לגבי מעשים המהווים הפרות רציניות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי, המכונים גם 'פשעי מלחמה'. זאת ועוד, על מנת להבטיח ציות עתידי, נדרשת **בדיקה** מסוג כלשהו לגבי כל יתר ההפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

## ד. העילות המקימות את החובה לבדוק ולחקור ('מתי חוקרים?')

46. בקביעת העילות המקימות את החובה לבדוק ולחקור, יש להבחין בין החובה הכללית לבדוק נל הפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ובין החובה הפרטיקולארית לנהל חקירה. גישתה של הוועדה היא שהרף הנדרש לניהול חקירה הוא מקום שבו נשמעת האשמה אמינה<sup>150</sup> (credible accusation) או מקום שבו עולה חשד סביר<sup>151</sup> (reasonable suspicion) כי בוצע פשע מלחמה.<sup>152</sup> בין מלומדים קיימת הסכמה כי אין מגבלה על מקור תלונה או טענה ויכול שהן תגענה מרשויות המדינה, אזרח פרטי, ארגונים לא-ממשלתיים ועוד.<sup>153</sup> התשובה לשאלה אם קיים חשד סביר שבוצע פשע מלחמה במקרה מסוים תלויה בעובדות האירוע הקונקרטי ובהקשרו הספציפי. במקרים מסוימים, די בעובדות המקרה כדי להצביע על כך שהמעשה שבוצע לכאורה הוא, על פניו, פלילי במהותו ולפיכך מקים חובה לפתיחה מידית בחקירה. דוגמאות למקרים מסוג זה כוללות הפרות לכאורה של איסורים מוחלטים בדין הבינלאומי, כגון שימוש באזרחים כ"מגנים אנושיים בכפיה",<sup>154</sup> אונס,<sup>155</sup> ביזה<sup>156</sup>

150 ראו: *Schmitt, Investigating Violations*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 83.

151 מהסקירה המשווה שערכה הוועדה (ראו נספח ג' לדו"ח זה וכן פרק ב' לדו"ח) עולה כי מרבית המדינות שנסקרו גיבשו סף סבירות לפתיחה בחקירה; כך, לדוגמא, בארצות הברית יש צורך ב'מידע מהימן' (credible information) בדבר חשד לביצוע הפרה; בקנדה עומדת הדרישה על 'הערכה סבירה' (reasonable belief); הדרישה באוסטרליה הינה 'לחשד סביר' (reasonable suspicion); באנגליה מתקיים מבחן 'האדם הסביר' (reasonable person), קרי האם אדם סביר היה נוטה לראות קיומה של עבירה; בהולנד עומדת הדרישה על 'חשד סביר' (reasonable suspicion); ובגרמניה יש צורך ב'בסיס מספק לחשד' (sufficient grounds for suspicion). עוד חשוב לציין כי לאחרונה אימץ בית המשפט העליון בישראל את המבחן של 'חשד סביר' (reasonable suspicion) כמבחן הראוי לפתיחה בחקירה (וראו: בג"ץ 9594/03 בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים נ הפרוקליט הצנאי הראשי (טרם פורסם, 21.8.2011). (להלן: ענין בצלם). לבחינה מעמיקה של הגורמים המובילים לפתיחה בחקירה ראו: *Shany & Cohen, Beyond the Grave*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 13-17.

152 ראו: *Schmitt, Investigating Violations*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 38-39, שם מציין המלומד שמיט כי: "the commentary [to the Fourth Geneva Convention] refers to the International Law Commission's 1954 Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind's inclusion of acts in violation of the laws or customs of war. The reference implies that the duty set forth in the provisions are not limited to those articulated in the conventions themselves, but extend to any war crimes" הקומנטאר לאמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 22, סעיף 146, בעמ' 588.

153 ראו: *Schmitt, Investigating Violations*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 38; עוד ראו: 'חובות הבדיקה והחקירה בדבר הפרות של דיני ההלימה החלות על מדינת ישראל' 8-1 (חוות דעת משפטית לוועדה מאת פרופ' איל בנבנישתי, 13.4.2011), בעמ' 15 (להלן: בנבנישתי, חוות דעת).

154 ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיפים 51(7), 57(iii)(b); אמנת ז'נבה השלישית, לעיל ה"ש 3, בסעיף 23; אמנת ז'נבה הרביעית, שם, בסעיף 28; ענין הטיכול הממוקד, לעיל ה"ש 26, בפסקה 36 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 3799/02 עדאנה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005), בפסקאות 20-25 לפסק דינו של הנשיא ברק.

155 ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 75(2); הפרוטוקול הנוסף השני לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 14, בסעיף 4(e) וכן חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיפים 28(b)(xxii)(1)-(2)(e)(vi).

156 תקנות האז, לעיל ה"ש 21, בסעיף 47; אמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 3, בסעיפים 33, 147; אמנת האז להגנה על ננסי תרבות בזמן סכסוך מוין, לעיל ה"ש 16, בסעיף 4(3).

או תקיפה מכוונת נגד אזרחים.<sup>157</sup> המשותף למקרים אלה הוא שהמשפט הבינלאומי אינו מכיר בשום נסיבות המצדיקות את התרחשותם, ולפיכך מידע אמין המצביע על התרחשותם כשלעצמו מעיד על חשד סביר לקיומו של פשע מלחמה.

עם זאת, פעמים רבות שאלת פליליות המעשה תלויה בפרדיגמה המשפטית המסדירה את הפעילות הספציפית במהלך עימות מזוין, ובמיוחד, האם מדובר בפעילות שחלים עליה הדינים המסדירים לחימה או נורמות אכיפת החוק (למשל פעולות שיטור).

### החובה לחקור במסגרת עימות מזוין

47. כפי שתואר בפסקה 6, בהקשר של עימות מזוין, פגיעה מכוונת באדם יכול שתהיה חוקית, כאשר אותו אדם הוא לוחם או אזרח הלוקח חלק ישיר בפעולות איבה. יתרה מזאת, על פי עקרון המידתיות, פגיעות אגביות הצפויות להביא למות אזרחים או לפגיעה באובייקטים אזרחיים עשויות להיות חוקיות (הגם שהן מצערות), ובלבד שהן אינן 'מופרזות' (excessive) ביחס לתועלת הצבאית הישירה והקונקרטית הצפויה מהפעולה.<sup>158</sup> חוקת רומא אימצה נוסחה מרוככת יותר לעקרון המידתיות המציבה רף גבוה יותר לפליליות כאשר לפיה מוסמך בית הדין הבינלאומי הפלילי להרשיע נאשם בפשע המלחמה 'שימוש בכוח צבאי בלתי מידתי' רק מקום שבו המוות או הפגיעה הצפויים לאזרחים או הנזק הצפוי לרכוש אזרחי הם 'מופרזים בבירור' (clearly excessive) ביחס לתועלת הצבאית הישירה והקונקרטית הכוללת.<sup>159</sup>

48. נמצא, אפוא, כי לא כל מקרה מוות או פגיעה של אדם במהלך עימות מזוין עולה כדי הפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. מותם או פציעתם של לוחמים, אזרחים הלוקחים חלק ישיר בפעולות איבה ואזרחים שנפגעו בשל פגיעה אגבית, העומדים במבחן המידתיות, הם כשרים לפי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. מותו

157 ראו: אמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 3, בסעיף 147; הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיפים 1(2)51-1(4)51.

158 עיקרון זה אשר קיבל ביטוי בפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיפים 1(5)51(b), (2)57 מכונה 'עקרון המידתיות'. עיקרון זה הוכר כמשקף דין מנהגי וראו: חוות דעת הנש"ג, לעיל ה"ש 9, בפסקה 41.

159 חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיף (iv)(b)(2)8; הגדרה מצמצמת זו של מבחן "הפרופורציונאליות" מדיגימה את ההבחנה הבסיסית בין עבירה לפי המשפט הבינלאומי הפלילי לבין הפרה של נורמה מנהגית לפי כללי משפט הבינלאומי ההומניטארי. בעוד שההתנהגות מסוימת יכולה לבוא בגדר הפרה של סעיף (2)57 לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, ייתכן כי הפרה זו לא תעלה לכדי 'פשע מלחמה' הכפוף לסנקציה פלילית.

של אדם במהלך פעולת לחימה שונה, אפוא, ממעשים שהם אסורים על פניהם, כגון שימוש במגן אנושי בכפיה או אונס, שלעולם לא יוכלו להיות מוצדקים כאירועי לחימה לגיטימיים. לפיכך, פגיעה אגבית המביאה לידי מוות או פגיעה של אזרח במהלך עימות מזוין לא תקים בהכרח חשד מידי לפלילים; ההקשר שבו אירעו המוות או הפגיעה הוא שיכריע אם ישנו חשד סביר לביצוע פשע מלחמה. חשד סביר כזה יקים חובת חקירה לאלתר.

#### הערכה עובדתית

49. בדיקה מסוג כלשהו נדרשת כאשר אמינות ההאשמה או רמת החשד לביצוע פשע מלחמה אינם עומדים ברף האמור לעיל, והמידע חלקי או נסיבתי בלבד, ויש צורך לברר את נסיבות האירוע (בדו"ח זה, תכונה בדיקה מסוג זה 'הערכה עובדתית').<sup>160</sup> ביצוע הערכה עובדתית יכול שיוביל בהמשך לקיום חקירה אם מתגלה חשד סביר לביצוע פשע מלחמה. הערכה מסוג זה חלה, בין היתר, באירועים ובמקרים חריגים או בלתי צפויים, כגון הרג של אזרחים שלא נצפה שעה שתוכננה התקיפה, שעל פניהם אינם מקימים חשד סביר לביצוע פשע מלחמה.

50. יודגש, כי מפקד עשוי בהחלט להורות על קיומה של בדיקה או חקירה בשל מגוון שיקולים אחרים לבר-משפטיים, ובהם צרכים מבצעיים, רצון להפיק לקחים או לשפר את פעולת היחידה בעתיד. למשל, בחלק מן המדינות החקירות הללו נדרשות, כמדיניות, בכל מקרה שבו כוחותיה המזוינים של המדינה מביאים למותו של אזרח.<sup>161</sup>

160 ראו דברי הביקורת של פרופ' בנבנישתי על מסמך הפצ"ר, לפיה: "המסמך אינו נותן תשובה לשאלה המתחייבת: מהן העילות לפתיחה 'בבירור עובדתי מקדים'! בכל 100 עמודי המסמך המפורט אין תשובה לשאלת מפתח זו" (בנבנישתי, חוות דעת לעיל ה"ש 153, בעמ' 19); כמו כן ראו: *Shany & Cohen, Beyond the Grave Breaches*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 17. המלומדים שני וכהן תומכים בעמדה שיש להוריד את רף הפתיחה בחקירה כאשר הפוטנציאל הוא להתרחשות של עבירות חמורות. הרציונאל העומד מאחורי עמדתם הינו: "Hence, allegations or suspicions pertaining to the most serious violations of law may require investigations even on the basis of less than fully credible allegations or well founded suspicions. A lowering of the threshold ... not only ensures a higher level of humanitarian protection, it also increases the prospects that less-serious violations would be effectively addressed. ... As a result, an incident featuring serious consequences in questionable circumstances, such as unexpected loss of life or wanton harm to property without a clear justification, may warrant an investigation even if no evidence of wrongdoing is initially available"

161 ראו להלן, פרק ב' לדו"ח זה, בפסקה 481(א) וכן בפסקאות 4, 32, 43-45, 50, 67-68.

## החובה לחקור במסגרת אכיפת חוק

51. בניגוד למותו של אזרח בלתי-מעורב בפגיעה אגבית במהלך אירועי לחימה, שאינו מקים חובת חקירה מידית, הריגה של אדם (או פציעתו החמורה) בידי כוחות הביטחון במהלך אירועים של אכיפת חוק מקימה נשלעצמה חובת חקירה. בהקשר זה, שימוש לגיטימי בכוח קטלני מוגבל לנסיבות ייחודיות בלבד, ובעיקר כדי למנוע סכנת חיים ממשית ומידית לאדם העושה שימוש בכוח או לאדם אחר.<sup>162</sup> גרימת מוות כתוצאה משימוש בכוח שלא בנסיבות כאלה מהווה פגיעה אסורה בזכות לחיים.<sup>163</sup> דהיינו, בהקשר של אכיפת חוק, השימוש בכוח הוא בבחינת חריג צר, והשימוש בכוח קטלני (ירי על מנת להרוג) הוא בבחינת חריג צר ממנו.<sup>164</sup> הנה כי כן, פעולה אכיפתית שבמסגרתה גורמים כוחות הביטחון למותו של אדם או לפציעתו החמורה מקימה חובת חקירה מידית.<sup>165</sup>

## החובה לחקור פעילות אכיפת חוק במסגרת עימות מזוין

52. כפי שצוין בפסקה 14, פעילות אכיפתית יכולה להתרחש במהלך עימות מזוין, מה שמעורר את שאלת התחולה של חובת החקירה במקרים כאלה. על פי פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם, ניתן להרחיב את החובה לחקור, הנגזרת מן הזכות לחיים המעוגנת באמנה האירופית לזכויות אדם, למצבים של עימות מזוין.<sup>166</sup> היקף התחולה

162 ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 22, בפסקה 189.

163 ראו: האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 30, בפסקה 6; האמנה האירופית בדבר הגנה על זכויות אדם וחירויות יסוד, לעיל ה"ש 33, בסעיף 2; האמנה האמריקאית בדבר זכויות אדם, שם, בסעיף 4; המגילה האפריקאית בדבר זכויות אדם ועמים, שם, בסעיף 4.

164 ראו במיוחד: העקרונות הבסיסיים של האו"ם בדבר השימוש בכוח ונשק על ידי רשויות אכיפת החוק (UN Basic Principles, Use of Force and Firearms 1990, לעיל ה"ש 58), בהם נקבע כי השימוש בכוח קטלני על ידי סוכני המדינה מותר באופן כללי בשלוש נסיבות: (1) הגנה עצמית; (2) הגנה על אחרים; וכן (3) אכיפת החוק. על השימוש בכוח בהקשר זה חלים עקרונות בסיסיים נוספים, שענינם להבטיח שהשימוש בכוח יהא הכרחי ומידתי.

165 החובה לחקור מקרים שכאלה קיבלה ביטוי במסמכים בינלאומיים שונים וכן בפסיקתם של טריבונלים לזכויות אדם. ראו לדוגמה: UN Basic Principles, Use of Force and Firearms 1990, לעיל ה"ש 58, בסעיפים 24-22; ESCOR 1989 Principles, Effective Prevention and Investigation 1989, לעיל ה"ש 109, בסעיפים 11-9; McKerr v. The United Kingdom, App. No. 28883/95, Eur.Ct. H.R. (2001) "The obligation to protect the right to life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to 'secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention,' also requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force"; Juliet Chevalier-Watts, *Effective investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights*, 21(3) Eur. J. Int. L. 711-712 (2010) (להלן: *Effective investigations*).

166 לסקירת פרשנותו של בית הדין האירופי לזכויות האדם ביחס לדוקטרינת התחולה מקבילה/ בין משפט זכויות האדם הבינלאומי בקונטקסט של עימות מזוין, ראו: Andrea Gioia, *The Role of the European Court of Human Rights*

של חובת החקירה נקבע לפי אופי הפעילות המבצעית. במספר מקרים, פירש בית הדין ויישם את החובות הקבועות באמנה בהקשר של עימות מזוין, למרות שמדובר היה בפעולות שיטור ולא בפעולות לחימה של ממש. למשל, בית הדין הכיר בצורך לנקוט אמצעים חריגים להשלת סדר ציבורי וביטחון בדרום מזרח טורקיה, לרבות שימוש בכוח מזוין קטלני. לפי בית הדין, עם זאת, דרישות בטחוניות כאלה אינן מייתרות את החובה לקיים חקירה כל אימת שנגרם מוות.<sup>167</sup> בענין *Issa and others v. Turkey* אף הרחיב בית הדין את החובה לחקור, למצער במישור העקרוני, אף על פעולות צבאיות שבוצעו מעבר לגבולות טורקיה.<sup>168</sup> בדומה לכך, בענין *Al-Skeini v. United Kingdom* (להלן: ענין אל-סקייני), אשר עסק בשטח עיראקי כבוש שבו התנהלו מעשי איבה בעצימות גבוהה, קבע בית הדין כי החובה לחקור ממשיכה לחול גם במהלך עימות מזוין (להחלטה זו נשוב להלן, במסגרת הדיון בדיון החל בשטח כבוש).<sup>169</sup>

53. הוועדה סבורה כי כאשר מתעורר הצורך להשתמש בכוח כלפי אזרחים בלתי מעורבים במהלך פעולות לחימה (בשונה מהשימוש בכוח כלפי יעדים צבאיים הגורם לפגיעה אגבית), למשל, פינוי בכוח של בית מגורים של אזרחים בלתי מעורבים כדי שישמש כעמדה צבאית, יחול הדין הכללי (*lex generalis*) של משפט זכויות האדם הבינלאומי. זאת משום שככלל, עסקינן בפעולות אכיפתיות מסורתיות הגם שהן מתרחשות במסגרת עימות מזוין. מכאן, שפגיעה באדם במהלך פעולות מסוג זה עשויה לעורר על-פניה חשד גדול יותר לפלילים מפגיעה אגבית במהלך אירוע לחימה, ובנסיבות מסוימות, אף תצריך פתיחה מידית בחקירה. חובת החקירה הקמה בשל הריגה או פגיעה באדם במהלך עימות מזוין תלויה, אפוא, בשילוב של ההקשר שבמסגרתו התרחש האירוע והעובדות הנוגעות לו, שיקבע אם המקרה לגיטימי או חשוד.

54. סיכומם של דברים, הוועדה שוכנעה כי במסגרת עימות מזוין יש הבדל בין השימוש בכוח במסגרת לחימה של ממש לבין השימוש בכוח במסגרת פעולות אכיפה. בניגוד להקשר של פעולות אכיפה, מוות או פגיעה של אזרח במהלך לחימה של

*in Monitoring Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict, in INTERNATIONAL HUMANITARIAN AND HUMAN RIGHTS LAW 201–203 (Ben-Naftali ed., 2011)*

167 ראו: ענין קאיה, לעיל ה"ש 108, בפסקה 91.

168 ראו: ענין איסא, לעיל ה"ש 42, בפסקאות 66–75.

169 ראו: *Al-Skeini and Others v. United Kingdom*, App. No. 55721/07, Grand Chamber Eur.Ct. H.R., paras. 163–165 (Jul. 7, 2011) (להלן: ענין אל-סקייני).



ממש אינם מקימים באופן מידי חובת חקירה.<sup>170</sup> עם זאת, נדרשת הערכה עובדתית כל אימת שעולה צורך להבהיר את הנסיבות על מנת לקבוע אם קיים חשד סביר לפעולה אסורה (למשל, תקיפה המביאה למספר משמעותי של מקרי מוות בלתי מכוונים של אזרחים). הערכה זו עשויה להוביל בהמשך הדברים לחקירה. לעומת זאת, מקום שכוח גרם לפגיעה חמורה או למוות של אדם במסגרת פעולות של אכיפת חוק, קיימת חובת חקירה.<sup>171</sup>

## החובה לחקור בשטח כבוש

55. בזמן כיבוש, ובמיוחד במהלך כיבוש מתמשך, הכוח הכובש עשוי לעסוק הן במשימות אכיפתיות (כגון שמירה על הסדר הציבורי) והן בפעולות לחימה הקשורות לעימות המזוין.<sup>172</sup>

56. תקנה 43 לתקנות האג, אשר זכתה לכינוי "mini-constitution for the occupation administration",<sup>173</sup> היא בעלת חשיבות מיוחדת לתקופות של רגיעה יחסית או לפעילויות שיטור בכלל.<sup>174</sup> התקנה קובעת את חובתו של הכוח הכובש להשליט סדר ציבורי וביטחון בטריטוריה הכבושה:

The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures

170 ראו: הפרקליטות הצבאיות, נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 15, בעמ' 12-13; *Schmitt, Investigating Violations*; לעיל ה"ש 82, בעמ' 79; *Dick Jackson, Reporting and Investigation of Possible, Suspected, or Alleged Violations of the Law of War*, 11(6) THE ARMY LAWYER 95, 98 (2010).

171 ראו: האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 30, בפסקאות 2 ו-6; הערה נלווית 31 של ועדת זכויות האדם, לעיל ה"ש 42, בפסקה 15; ענין רודריגו הונדורס, לעיל ה"ש 108, בפסקה 170; *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*, UN Doc A/RES/60/147, para. 3(b) (להלן: *UN Principles, Remedy for Victims of Violations 2005*); *UN Principles, Remedy for Victims of Violations 2005*, חוות דעת לעיל ה"ש 153, בעמ' 28.

172 ענין בצלם, לעיל ה"ש 151, בפסקאות 7 ו-11; הפרקליטות הצבאיות, נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 15, בעמ' 10-12; שני, נהן ורוזנצווייג, חסמן תגובה לנייר הפצ'ר, לעיל ה"ש 125, בפסקה 22, בה נטען כי יש לראות בעימות 'עימות היברידי'. עוד ראו: *Michael Schmitt & Charles Garraway, Occupation Policy in Iraq and International Law*, 9 INT'L PEACEKEEPING 27, 31 (2005) (להלן: *Schmitt & Garraway, Occupation Policy*); *Watkin, Use of Force*; לעיל ה"ש 23, בעמ' 298-301.

173 *BENVENISTI, BELLIGERENT OCCUPATION*, לעיל ה"ש 22, בעמ' 69.

174 ראו: *Watkin, Maintaining Law and Order*, לעיל ה"ש 49, בעמ' 179; *Rudiger Wolfrum, The Adequacy of International Humanitarian Law Rules on Belligerent Occupation: To What Extent May Security Council Resolution 1483 Be Considered a Model for Adjustment, in INTERNATIONAL LAW AND ARMED CONFLICT – EXPLORING THE FAULTLINES: ESSAYS IN HONOUR OF YORAM DINSTEIN* 497, 500-501 (Schmitt & Pejic eds., 2007).

in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.<sup>175</sup>

פרופ' יורם דינשטיין מסביר את הטעם ביסוד החובה להבטיח סדר ציבורי וביטחון:

[T]he occupant cannot sit idly by if marauders pester the occupied territory, killing the inhabitants, even though no soldiers of the army of occupation get injured. The occupant must maintain law and order, and he is not at liberty to tolerate the situation of lawlessness and disorder in the occupied territory.<sup>176</sup>

פעילות 'אכיפתית' מתרחשת בעיקרה בשטח - שם מבצעים כוחות הצבא סיורים, מעצרים וחיפושים, מאיישים מחסומים ונקודות בדיקה, אוכפים עוצר ומפזרים הפרות סדר. מבחינה משפטית פעילות אכיפתית כזו דומה לפעילותה של המשטרה בתחומי המדינה ולפיכך חלות עליה נורמות של זכויות אדם, המתירות שימוש בכוח קטלני רק בנסיבות חריגות (ראו לעיל פסקה 51). מכאן, שמוות של תושבי השטח הכבוש (וכן מקרים של פציעה חמורה) הנגרם בידי כוחות הביטחון של הכוח הכובש יהיה מקרה חריג, המקים חשד לפעולה אסורה, ועל כן מחייב פתיחה מיידית בחקירה.<sup>177</sup>

57. במצבים שבהם מתרחשות פעולות לחימה מזוינות בשטח כבוש, חובת החקירה היא ענין מורכב. בענין אל-סקייני, קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם שפעילות הכוחות הבריטיים בעיראק בתקופה שבין מאי 2003 (התקופה שבה הכריזו כוחות הקואליציה על עיראק כשטח כבוש) ליוני 2004 (אז הועברה הסמכות השלטונית לממשלת המעבר העיראקית) עלתה כדי שליטה אפקטיבית ולפיכך חלה עליה האמנה האירופית לזכויות אדם.<sup>178</sup> על כן, קמה חובת חקירה בגין מותו של כל אדם.

יצוין, כי למרות שבית הדין האירופי ציטט בהחלטתו את חוות הדעת המייעצת

175 תקנות האג, לעיל ה"ש 21, בסעיף 43; יצוין כי במקור הצרפתי הופיע הביטוי '*la vie publique*' ('חיים אזרחיים'), שתורגם בטעות לאנגלית כ-Safety. ראו: BENVENISTI, BELLIGERENT OCCUPATION, לעיל ה"ש 22, בעמ' 10-11. הביטוי הצרפתי מחזק עוד יותר את הקריאה המוצעת, לפיה חובת הכוח הכובש כרוכה בחובות השאובות מתחום משפט זכויות האדם הבינלאומי.

ראו: Yoram Dinstein, *International Law of Belligerent Occupation and Human Rights*, 8 ISR. Y.B. (1978) Hum. Rts. 104, 111.

177 ראו: הפרקליטות הצבאיות, נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 15, בעמ' 33-34.

178 ראו: ענין אל-סקייני, לעיל ה"ש 169.

בדבר הגדור, הוא לא עסק בתוכנו הספציפי של עקרון הדין המיוחד (*lex specialis*) ובמכלול היבטיו. בית הדין מצא כי מדינה המפעילה שליטה אפקטיבית על שטח זר מחויבת להבטיח את זכויות האדם של האנשים תחת שלטונה. הוא קבע כי ב"קביעה האם מתקיימת שליטה אפקטיבית, יתייחס בית הדין בעיקר למידת הנוכחות הצבאית של המדינה באזור".<sup>179</sup> אכן, הוראות הפתיחה באש שניתנו לכוחות הבריטיים בעיראק שיקפו פרדיגמה של אכיפת חוק; עם זאת, בהתייחסו למצב בעיראק כאילו היה כפוף לחלוטין למשטר זכויות האדם, דומה כי בית הדין התעלם מאותן עובדות שהוצגו בפסק דינו אשר העידו על רמות גבוהות של אלימות (ובכלל זה למעלה מ-1,000 תקריות אלימות, שמתוכן ב-145 התקפות נעשה שימוש במרגמות, ו-535 תקריות ירי). שאלת עצימות הלחימה (*intensity*) או הקשר לעימות (*nexus*) והשפעתה על הפרדיגמה החלה כלל לא נדונה בהחלטה. בהקשר זה חשוב לציין, כי בית הדין הדגיש כי בריטניה היתה כפופה לחובות המיוחדות של האמנה האירופית לזכויות אדם, וכי "האמנה אינה מסדירה את פעולותיהן של מדינות שאינן צדדים לאמנה, ואף אינה מתימרת להיות אמצעי לחייב את המדינות החתומות עליה להחיל את הסטנדרטים של האמנה על מדינות אחרות".<sup>180</sup>

58. לגישת הוועדה, כאשר פורצים מעשי איבה במהלך כיבוש, חלים דיני המשפט הבינלאומי ההומניטארי המסדירים לחימה. עם זאת, אפילו במהלך עימות מזוין חלות נורמות זכויות האדם על פעולות שניתן לאפיין אותן באופן כללי כפעולות אכיפת חוק, על אף ש"הפרדת תפקיד אכיפת החוק מההיבט של ניהול הלחימה בהתקוממות אינו דבר פשוט, עובדתית או משפטית".<sup>181</sup>

הוועדה שוכנעה כי בשטח כבוש, ובפרט בכיבוש ממושך, ברירת המחדל היא שהנורמות המסדירות את השימוש בכוח הן נורמות של אכיפת חוק.<sup>182</sup> רק אם

179 שם, בפסקה 139.

180 שם, בפסקה 141.

181 *Watkin, Use of Force*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 294.

182 ראו: שם, בעמ' 294-295: "Consistent with traditional counterinsurgency doctrine, operational planning should: rely on the 'police primacy principle'... [However] it is also evident that the nature and scale of the threat posed by ongoing hostilities, as well as the organization, training, traditional role and equipment of police forces, means that they are not the only security forces engaged either in law enforcement or in countering the insurgency during an occupation. Military forces of the Occupying Power will be required to participate in hostilities; fill gaps in the policing capacity; and provide support to police operations" RENE PROVOST, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW 349-350 (2002) "while there is indeed space for enlightened cross-pollination and better integration of human rights and humanitarian law, each performs a task for which it is better suited than the

הפעולות שבגינן נעשה שימוש בכוח קטלני נחשבות כ'השתתפות ישירה במעשה האיבה'<sup>183</sup> ואינן רק בבחינת הפרעות ומתחים פנימיים כמו מהומות, ומעשים מבודדים וספוראדיים של אלימות,<sup>184</sup> יחולו על הסיטואציה הכללים המסדירים לחימה.<sup>185</sup> ברי, כי סיווג אופי הפעילות תלוי בנסיבות הספציפיות לפי עובדות כל מקרה ומקרה.

59. סיכומם של דברים: מותו של אזרח בלתי מעורב במהלך פעולות לחימה העולות כדי עימות מזוין (בין בשטח כבוש ובין שלא בשטח כבוש) אינו מקים כשלעצמו חובת חקירה מיידית, זאת למעט בהינתן 'חשד סביר' לביצועו של פשע מלחמה או 'האשמה אמינה' שבוצע פשע מלחמה. כאשר רמת החשד או אמינות ההאשמה לביצוע פשע מלחמה אינם עומדים ברף הדרוש, והמידע שהתקבל הוא חלקי או נסיבתי בלבד, יש לקיים הערכה עובדתית על מנת לברר אם יש צורך בחקירה. זאת בפרט כאשר התרחש אירוע חריג המצביע על עובדות או נסיבות שייתכן כי יעלו בהמשך צורך בחקירה. קיומו של חשד סביר שבוצע פשע מלחמה תלוי הן בעובדות האירוע והן בהקשר המשפטי. ככל שההקשר מצביע על כך שיש להחיל על הסיטואציה נורמות של אכיפת חוק, הרי שעם מותו של אדם (או פציעה חמורה שלו) תקום חובת חקירה מיידית כאמור, בשל החשד לכאורה לפלילים הטבוע בסיטואציה כזו.

---

"other, and the fundamentals of each system remain partly incompatible with that of the other"

183 ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 3)51.

184 ראו: COMMENTARY ON THE PROTOCOL ADDITIONAL TO THE GENEVA CONVENTION OF 12 AUGUST 1949, AND RELATING TO THE PROTECTION OF VICTIMS OF NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS, Article 1, para. 4474 (Sandoz et al. eds., 1987); חוקת רומא, לעיל ה"ש 61, בסעיף 8)2(d).

185 ראו: *Schmitt & Garraway, Occupation Policy*, לעיל ה"ש 172, בעמ' 31: "despite the existence of an occupation, humanitarian law related to the conduct of hostilities continues to govern actions with a direct nexus to the conflict. ... on the other hand, actions with no direct nexus to the hostilities are subject to human rights law, law imposed by the occupier, and any domestic penal law remaining in force". להגררה המונח 'זיקה' (nexus) בהקשר של סכסוך מזוין, ראו: *Prosecutor v. Gotovina*, ICTY Case No. IT-06-90-T, T. Ch., para. 1677 (Apr. 15, 2011): "The alleged crime need not have occurred at a time and place in which there was actual combat, so long as the acts of the perpetrator were 'closely related' to hostilities occurring in territories controlled by parties to the conflict. The existence of this close relationship between the crime and the armed conflict will be established where it can be shown that the conflict played a substantial part in the perpetrator's ability to commit the crime, his or her decision to commit it, the manner in which it was committed, or the purpose for which it was committed". ראו: *Watkin, Use of Force*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 310-311.

## ה. אופן ביצוע בדיקה וחקירה ('איך חוקרים?')

60. בקביעת האופן שבו יש לערוך בדיקות וחקירות, יש להבחין בין החובה הכללית לבדוק כל הפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ובין החובה הפרטיקולארית לנהל חקירה מקום בו מתגלה חשד סביר לביצוע פשע מלחמה.

### בדיקה

61. לא כל הפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מקימה אחריות פלילית, ובנסיבות מסוימות יהיה מקום לנקוט סנקציות משמעותיות או אחרות, המצויות בסמכותו הבלעדית של המפקד. במשפט הבינלאומי ההומניטארי נודעת חשיבות עליונה לחובה לציית לכלליו (compliance), קרי 'למגר כל הפרה' (suppress all other breaches).<sup>186</sup> כאמור לעיל, החובה 'לבדוק' עולה בקנה אחד עם החובה 'למגר'. החובה למגר יכולה להתבצע באמצעות חובות דיווח, אמצעים משמעותיים ופעולות נוספות המסייעות לחובת הציית (compliance). לפיכך, בדיקת האירועים צריך שתיעשה באופן שיבטיח את מיגור ההפרות כמו גם את הציית העתידי למשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>187</sup>

### חקירה

62. החובה 'לדכא' (repress) מחייבת חקירה של טענות בדבר הפרות רציניות (serious violations) של המשפט הבינלאומי ההומניטארי. משמעותה של חובת החקירה, בהקשר של החובה המוטלת על מפקדים ועל ממונים אחרים למצות את הדין עם הכפופים להם, נדונה בפסיקת בתי הדין והטריבונלים הבינלאומיים. באישור האישומים (Confirmation of Charges) בענין *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, קבע מותב הקדם-משפט של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ICC), כי החובה 'לדכא' הפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי מורכבת, למעשה, משתי חובות נפרדות, שיש לקיימן בנקודות זמן שונות: הראשונה היא

186 ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 86.

187 ראו: הקומנטאר לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ז'נבה, לעיל ה"ש 56, בפסקאות 3559-3562; כן ראו: הקומנטאר לאמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 22, סעיף 146, בעמ' 594.

החובה להפסיק את התרחשותם של פשעים; השניה היא החובה להעניש את האחראים לביצוע פשעים. בית הדין ציין, כי את החובה להעניש ניתן למלא באחת משתי דרכים:

[E]ither by the superior himself taking the necessary and reasonable measures to punish his forces, or, if he does not have the ability to do so, by referring the matter to the competent authorities.<sup>188</sup>

במסגרת הניתוח של החובה המוטלת על ממונים להעניש את הכפופים להם בגין ביצוע פשעי מלחמה, קבע בית הדין המיוחד ליוגוסלוביה לשעבר בענין *Prosecutor v. Sefer Halilović* כי:

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

Military tribunals established after World War II interpreted the superiors' duty to punish as implying an obligation for the superior to *conduct an effective investigation* and to take active steps to ensure that the perpetrator will be brought to justice. Whether the superior has called for a report on the incident and the thoroughness of the investigation could also be relevant in this respect.<sup>189</sup>

הנה כי כן, מן הפסיקה עולה כי 'חקירה אפקטיבית' היא כזו המסוגלת לזהות את האחראים ולמצות עמם את הדין. על פי רוב, החקירה תהיה פלילית, אולם היא עשויה גם לכוש צורות אחרות.<sup>190</sup> נפנה עתה לניתוח העקרונות הכלליים המקובלים לקיומה של 'חקירה אפקטיבית'.

188 ענין בימנה, לעיל ה"ש 90, בפסקה 440.

189 ראו: ענין הילולוביץ', לעיל ה"ש 90, בפסקאות 97-98 [ההדגשות אינן במקור]; כן ראו: ענין בוסקוסקי וטורקולובסקי, שם, בפסקה 418.

190 ניתן להבחין בוויכוח בין מלומדים בשאלה מהו סוג החקירה הנדרש לפי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. שני וכהן סבורים כי חקירה אינה חייבת להיות חקירה פלילית דווקא, שאיננה בהכרח האמצעי האפקטיבי ביותר לחקור. הם מציעים לדוגמא את ועדת החקירה כאמצעי, שאיננו פלילי, לחקור טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. ראו: עמדת המלומדים שני וכהן: *Shany & Cohen, Beyond the Grave Breaches*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 37-39.

## הדרישות הנחוצות לקיום 'חקירה אפקטיבית'

63. המשפט הבינלאומי ההומניטארי מכיל מידע דל בלבד לגבי הדרישות המעשיות הנחוצות לקיום 'חקירה אפקטיבית',<sup>191</sup> אולם משפט זכויות האדם הבינלאומי מספק הנחיות שיטתיות ומקיפות יותר<sup>192</sup> וניתן לדלות ממנו ארבעה 'עקרונות כלליים' החלים על חקירות: עצמאות, העדר משוא פנים, אפקטיביות ויסודיות, ומהירות (להלן: העקרונות הכלליים). שמירה על ארבעת עקרונות אלה מגבשת 'חקירה אפקטיבית'.<sup>193</sup> הוועדה סבורה כי משפט זכויות האדם הבינלאומי אף מרחיב ומגדיר שקיפות כעיקרון חמישי (אשר תחולתו במשפט הבינלאומי ההומניטארי תידון להלן בפסקאות 106-107). יודגש, כי משעה שקמה חובה לקיים 'חקירה אפקטיבית', אין, ולא צריך להיות, הבדל יסודי בין העקרונות לניהול 'חקירה אפקטיבית' במצב של עימות מזוין לבין העקרונות לניהול 'חקירה אפקטיבית' במצב של אכיפת חוק.<sup>194</sup> ביסוד עמדה זו מצויה התפישה כי היישום הפרקטי של העקרונות הכלליים הוא תלוי הקשר,<sup>195</sup> ולפיכך תוכנם המדויק לפי המשפט הבינלאומי ההומניטארי עשוי להיות

191 המקורות להלן מציינים את הסטנדרטים הנוכחים בהקשר להליכים משפטיים באופן כללי; ראו: הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנת ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 475(4); הפרוטוקול הנוסף השני לאמנת ז'נבה, לעיל ה"ש 14, בסעיף 26(2); לענין החובה להעמיד אשמים בפשעי מלחמה לדין, במהירות וללא משוא פנים, ראו: הקומנטאר לאמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 22, סעיף 146, בעמ' 593; לענין החובה לבצע חקירת מקרי מוות של שבויי מלחמה באופן אפקטיבי, ראו: COMMENTARY ON THE III GENEVA CONVENTION OF 12 AUGUST 1949 RELATIVE TO THE TREATMENT OF PRISONERS OF WAR, Article 121, 570 (Pictet ed., 1958) (להלן: הקומנטאר לאמנת ז'נבה השלישית); UN Principles, Remedy; for Victims of Violations 2005, לעיל ה"ש 171, בפסקה 3(b).

192 ראו: UN Basic Principles, Use of Force and Firearms 1990, לעיל ה"ש 58, בסעיף 22; ESCOR Principles, Principles on the Effective; Effective Prevention and Investigation 1989, לעיל ה"ש 109, בסעיפים 9-17; Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UN Doc A/RES/55/89 (Feb. 22, 2001) (להלן: UN Principles, Effective Investigation of Torture 2001).

193 יש להבחין בין שני שימושים למונח 'אפקטיבי' בנושא החקירות: אפקטיביות במובן הרחב - משמעה דרישת העל הכללית, לערוך 'חקירה אפקטיבית' לפי החובה במשפט הבינלאומי. על 'חקירה אפקטיבית' לעמוד בעקרונות לעריכת חקירה. אפקטיביות במובן הצר - היא אחת מן העקרונות לביצועה של חקירה (וכוללת את דרישת האפקטיביות והיסודיות), ומשמעותה שחקירה צריכה להיות מסוגלת להגיע לחקר האמת. עיקרון זה מתמקד באמצעים לעריכת החקירה ולא בתוצאותיה.

194 ראו גם: Human Rights Council, Report of the Committee of independent experts in international humanitarian and human rights laws to monitor and assess any domestic, legal or other proceedings undertaken by both the Government of Israel and the Palestinian side, in the light of General Assembly resolution 254/64 including the independence, effectiveness, genuineness of these investigations and their conformity with international standards, U.N. Doc. A/HRC/15/50, para. 30 (2010) (להלן: דו"ח ועדת טומושאט); "The Committee believes that the gap between the expansive standards under IHL and the less defined standards for investigations under IHL is not so significant. Several criteria under human rights law can be met within the context of armed conflict. Above all, investigators must be impartial, thorough, effective and prompt; otherwise, an investigation would be no more than a manoeuvre of artful deceit. Any investigations that meet these criteria may be called credible and genuine".

195 *Schmitt, Investigating Violations*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 55; כן ראו: ענין בלסקוין, לעיל ה"ש 90, בפסקה 417, שם מצוין בית המשפט כי האמצעים בהם נדרש המפקד לנקוט תלויים בנסיבות כל מקרה לגופו.

שונה מתוכנם לפי משפט זכויות האדם הבינלאומי. חלקו האחרון של הפרק יעסוק באופן שבו העקרונות הכלליים יחולו במצבים של עימות מזוין.

64. העקרונות הכלליים לחקירה אפקטיבית מעוגנים במקורות שונים של משפט זכויות האדם הבינלאומי, ובהם אמנות מחייבות (כמו האמנה נגד עינויים);<sup>196</sup> פרשנויות ועדת זכויות האדם לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות<sup>197</sup> והחלטותיה במקרים קונקרטיים;<sup>198</sup> וכן החלטות שאימצה עצרת האו"ם.<sup>199</sup> מוסדות נוספים העוסקים בסוגיה זו בהרחבה הם בית הדין האירופי לזכויות אדם ובית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם.<sup>200</sup> אמנם החלטותיהם של רבים ממוסדות אלה אינן מחייבות באופן אוניברסאלי, אולם הן מסייעות להבהיר את משמעותו של כל אחד מהעקרונות הכלליים לקיום 'חקירה אפקטיבית'.

65. בטרם נדון בתוכנו המעשי של כל אחד מהעקרונות הכלליים, תחילה באופן כללי ולאחר מכן בהקשר של עימות מזוין, ראוי להקדים שתי הערות: ראשית, חלק מן המקורות מתחום משפט זכויות האדם הבינלאומי מצביע על כך שייתכנו סוגים שונים של חקירה אפקטיבית. לא רק חקירות פליליות, אלא גם סוגים אחרים של

196 ראו: האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, נלתי אנושיים ומשפילים, לעיל ה"ש 32, בסעיף 12, הקובע כי בהתקיים חשד סביר לכך שבוצע מעשה עינויים בשטחה של מדינה, נדרשת המדינה להבטיח שרשויותיה המוסמכות תחקרנה את החשדות במהירות הראויה ובאופן נטול פניות. יצוין גם כי בשנים האחרונות אימצה הוועדה כנגד עינויים בהחלטותיה, במקרים קונקרטיים שהובאו בפניה, את הדרישה לשקיפות בחקירה (ראו למשל: *Danilo Dimitrijević v. Serbia*; and *Montenegro*, Comm. No. 172/2000, U.N. Doc. CAT/C/35/D/172/2000, para 7.3 (2005) דימיטריביץ').

197 ראו למשל: פרשנותה הכללית של ועדת זכויות האדם לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 30, בסעיף 6, המעגן את הזכות לחיים, בה צוין כי חקירה של אנשים 'נעלמים' או נעדרים, בנסיבות בהן ישנו חשד להפרת הזכות לחיים – צריכה להיות יסודית ואפקטיבית; Human Rights Committee, General Comment 6, Article 6; (Sixteenth session, 1982), *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 6, para. 4 (1994) של ועדת זכויות האדם). ראו: הערה כללית 31 של ועדת זכויות האדם, לעיל ה"ש 42, בפסקה 15, העוסקת בטבעה של החובה הכללית, המוטלת על המדינות החברות באמנת הזכויות האזרחיות, כי חקירת הפרות האמנה תהיה עצמאית, מקיפה, אפקטיבית ותתנהל במהירות הראויה.

198 ראו למשל: Baboeram-Adhin v. Suriname, HRC, Comm. No. 146/83 & 148-154/83, U.N. Doc. (1985) Herrera Rubio v. Colombia, HRC, Comm. ; CCPR/C/24/D/154/1983, A/40/40, at 187, para. 16 (1985) Arévalo Pérez ; No. 161/83, U.N. Doc. CCPR/C/31/D/161/1983, A/43/40, at 190, para. 10.3 (1987) v. Colombia, HRC, Comm. No. 181/84, U.N. Doc. CCPR/C/37/D/181/1984, A/45/40, at 31, para. 10 Mojica v. Dominican Republic, HRC, Comm. No. 449/91, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/449/1991, ; (1989) Laureano Atachahua v. Peru, HRC, Comm. ; (להלן: ענין מוניקה) A/49/40 Vol II, at 142, para. 5.5 (1994) UN Doc. CCPR/C/56/D/540/1993, A/51/40 Vol II, at 108, Para. 8.3 (1996) No. 540/93, U.N. Doc.

199 ראו במיוחד: ESCOR 1990 Principles, Use of Force and Firearms, לעיל ה"ש 58, בסעיף 22; UN Principles, Effective ; 109, לעיל ה"ש 109, Investigation of Torture 2001, לעיל ה"ש 192.

200 ראו: ענין זורדיגו נ' הנודורס, לעיל ה"ש 108, בפסקה 177; Humberto Sánchez v. Honduras, Inter-Am.Ct.H.R., ; 177, בפסקה 139 (Jun. 7, 2003) Myrna Mack Chang v. Guatemala, Inter- (להלן: ענין סאנצ'ז') (Ser. C), No.99. para. 139 (Jun. 7, 2003) ; Am.Ct.H.R., (Ser. C), No.101, para. 156 (Nov. 25, 2003) לעיל ה"ש 42; בפסקה 161; ענין אל-טקיני, לעיל ה"ש 169, בפסקה 163.



חקירות יכול שיחשבו ל'חקירה אפקטיבית', ובלבד שהם עומדים בעקרונות הכלליים לקיום 'חקירה אפקטיבית'.<sup>201</sup> 'חקירה אפקטיבית' היא כזו המאפשרת, בין היתר, להכריע כראוי בשאלת האחריות למעשה, ובמקרים מתאימים להביא למיזוי הדין עם מבצע ההפרה. בית הדין האירופי לזכויות אדם אפיין את חובת החקירה הקמה בעקבות מותו של אזרח בשל שימוש בכוח על ידי סוכני המדינה כחובה לקיים "some form of effective official investigation",<sup>202</sup> והוסיף וקבע כי "what form of investigation will achieve the purposes of Article 2 may vary depending on the circumstances".<sup>203</sup> דהיינו, בית הדין הכיר בכך שיש מגוון אפשרויות. כך גם בדו"ח שהכין המדווח המיוחד של האו"ם לנושא הוצאות להורג חוץ-שיפוטיות, או בתהליך מקוצר או שרירותי (UN Special Rapporteur on Summary, Arbitrary and Extrajudicial Executions), צוין כי למרות שככלל יש להבטיח את קיום חובת החקירה באמצעות מערכת המשפט הפלילי, הרי שבנסיבות מסוימות ייתכן כי המערכות הרגילות לא תהיינה מסוגלות לעשות צדק (כגון מקום בו מדובר בהרג בקנה מידה גדול או בסוגיה טעונה מבחינה פוליטית) ותידרש נקיטת אמצעים אחרים, לרבות הקמת ועדות חקירה ציבוריות.<sup>204</sup> הנה כי כן, 'חקירה אפקטיבית' אין

201 כך, למשל, בענין חקירת שימוש בכוח על ידי רשויות אכיפת חוק, ראו: UN Basic Principles, Use of Force and Firearms 1990, לעיל ה"ש 58, בסעיף 22, שם נקבע כי "Governments and law enforcement agencies shall establish effective reporting and review procedures for all incidents referred to in principles 6 and 11 (f). For incidents reported pursuant to these principles, Governments and law enforcement agencies shall ensure that an effective review process is available and that independent administrative or prosecutorial authorities are in a position to exercise jurisdiction in appropriate circumstances. In cases of death and serious injury or other grave consequences, a detailed report shall be sent promptly to the competent authorities responsible for administrative review and judicial control"

202 ראו: ענין מקקאן, לעיל ה"ש 42; בפסקה 161; ענין אל-טקייני, לעיל ה"ש 169, בפסקה 163. וראו גם: Oğur v. Turkey, App. No. 21594/93, Eur.Ct. H.R., paras. 88, 90-93 (1999) (להלן: ענין אוגור). במקרים אלה יישם בית הדין האירופי לזכויות אדם את הסטנדרט של 'חקירה אפקטיבית' על חקירות שאינן פליליות - ועדות ציבוריות וחקירות מינהליות. עובדה זו מצביעה על כך שלפחות ברמה העקרונית, העובדה שהחקירה המתנהלת אינה פלילית באופיה - אינה הופכת אותה ל'בלתי אפקטיבית' באופן אוטומטי, אך עם זאת עליה לעמוד בסטנדרטים מסוימים.

203 ראו: ענין אל-טקייני, לעיל ה"ש 169, בפסקה 165; לדברים ברוח דומה, אשר הובעו על ידי בית הדין, ראו: Ahmet İpek v. ; Özkan and Others v. Turkey, App. No. 21689/93, Eur.Ct. H.R., para. 310 (Apr. 6, 2004) (להלן: ענין אֶיֶק וֶאֶזְקָן). מלשון הפסיקה עולה כי בית המשפט מבין את המונח 'accountability' כמכוון לבדיקה הנתונה לביקורת ציבורית ולא בהכרח לבדיקה פלילית.

עם זאת, השוו לעמדת בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם, המדגיש את חשיבותה של חקירה פלילית במקרים בהם נידונו הפרות לכאורה של הזכות לחיים: ראו: ענין מולינה, לעיל ה"ש 52, שם ציין בית הדין כי: "In those cases alleging the arbitrary deprivation of life, the adequate remedy is the criminal investigation and trial initiated and pursued ex officio by the State to identify and punish the perpetrators". השוו עמדת דו"ח האו"ם: Juan E. Méndez, Report of the Special Rapporteur on torture and other: "By itself, a commission of inquiry is never sufficient to fully satisfy a State's obligations under international law with regard to torture and other forms of ill-treatment... Commissions of inquiry should therefore be considered complementary to other mechanisms, including criminal investigations and prosecution of perpetrators, the provision of reparations to victims, and extensive reforms to institutions, including the vetting of public officials"

204 Philip Alston, Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary

משמעותה חקירה פלילית דווקא. כך, למשל, כאשר עסקינן בסוגיות אשר חקירה פלילית עשויה שלא לתת להן מענה הולם, אם בשל אופיין, מורכבותן או היקפן, ראוי לעשות שימוש בכלים נוספים או משלימים.<sup>205</sup>

66. שנית, חשוב לעמוד על בלבול מסוים שקיים ביחס לשאלה כיצד יש ליישם את העקרונות הכלליים ביחס למוסדות שונים, קרי שופטים, תובעים, שוטרים, סנגורים ועוד. לעתים קרובות מתבסס הדיון על ההנחה שיש לפרש ולהחיל כל אחד מהעקרונות באופן אחיד וללא הבחנה על בעלי התפקידים והמוסדות השונים. אולם, דומה שנכון יותר לפרש ולהחיל את העקרונות באופן שונה, בהתחשב בתפקידו הספציפיים של בעל התפקיד או המוסד, לפי הענין.

## העקרונות הכלליים

### 1. עקרון העצמאות

67. מושכלות ראשונים הם כי 'חקירה אפקטיבית' צריך שתתנהל באופן עצמאי, אולם, כאמור, משמעותה של עצמאות זו משתנה בהתאם לגוף, למוסד, או לבעל התפקיד העורך את החקירה. מניתוח הפסיקה שלהלן עולה כי שופטים, תובעים, שוטרים וסנגורים נדרשים לדרגות שונות של עצמאות.

68. אמנות ז'נבה והפרוטוקולים הנוספים מספקים הכוונה מועטה בלבד באשר לתוכנה המדויק של חקירה עצמאית, על אף שסעיף 84 לאמנת ז'נבה השלישית מתייחס לעיקרון של 'עצמאות והעדר משוא פנים' ככזה "המקובל על הכול".<sup>206</sup> בשל מיעוט ההכוונה במשפט הבינלאומי ההומניטארי, פניה למשפט זכויות האדם הבינלאומי ולמשפט הבינלאומי הפלילי עשויה להיות לעזר.

---

Executions: Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development, A/HRC/8/3, paras. 14, 22–23 (2008) (להלן: "דו"ח אלסטון 2008").

205 ראו: ענין אל-טקיני, לעיל ה"ש 169, בפסקה 174 ו-176, שם דן בית הדין בצורך בבדיקה רחבה יותר של מדיניות והוראות שניתנו לכוחות; כן ראו, לדוגמא: Report of the *Bloody Sunday Inquiry* (HC29-I, House of Commons, 2010); (דו"ח ועדת החקירה ליום ראשון העקוב מדם, אירוע שהתרחש בתאריך 30 בינואר 1972, במהלכו נהרגו 13 מפגינים מאש חיילים בריטיים במהלך צעדת זכויות אזרחיות בצפון אירלנד).

206 ראו: אמנת ז'נבה השלישית, לעיל ה"ש 3, בסעיף 84.

69. תחום אחד בהליך החקירה שבו נודעת לעיקרון זה חשיבות הוא עצמאותו של התובע. בכללים המנחים של האו"ם בנוגע לתפקידם של תובעים (Guidelines on the Role of Prosecutors) נזכרים מספר עקרונות, אשר נועדו, בין היתר, להבטיח את עצמאות התביעה בכיצוע תפקידיה, לרבות הסדרת מעמדם, תנאי העסקתם וקידומם של תובעים.<sup>207</sup> מבחינה מוסדית, קובעים הכללים כי על התביעה להיות גוף נפרד לחלוטין ממנגנון השפיטה.<sup>208</sup> עם זאת, לא נזכרת בכללים דרישה דומה ביחס לגופי החקירה, ואף נקבע כי מקום בו הדבר מוסדר בחוק או בפרקטיקה, על תובעים לקחת חלק פעיל בחקירתם של פשעים ולפקח על חוקיות החקירות.<sup>209</sup> בהקשר זה יש לציין, כי מדינות שונות אימצו מודלים שונים בשאלת הקשר שבין רשויות התביעה והחקירה, הנעים בין הפרדה גמורה לבין שילוב של שתי הרשויות לכדי גוף אחד.<sup>210</sup> למרות השוני הרב במודלים הנוהגים, נראה שככלל, אף אחד ממודלים אלה אינו סותר בהכרח את הכללים המנחים הנזכרים של האו"ם. אדרבה, החלטות אחדות של האיחוד האירופי מדגישות דווקא את חשיבות שיתוף הפעולה בין התביעה לבין המשטרה, ואת הצורך להבטיח שיתוף פעולה 'הולם ופונקציונאלי' (appropriate and functional) במדינות בהן נהוגה הפרדה מוסדית מלאה בין שני גופים אלה.<sup>211</sup>

70. משרד התובע של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג הביע אף הוא את הצורך בעצמאות במילוי תפקידו. 'עצמאות' בחוקת רומא משמעה, לפי פרשנותו, פעולה ללא תלות בהוראות של מקור חיצוני כלשהו. לאמור: "independence goes beyond not seeking or acting on instructions: it means that the Office decisions

207 ראו: United Nations, Guidelines on the Role of Prosecutors, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990, available at: [www2.ohchr.org/english/law/prosecutors.htm](http://www2.ohchr.org/english/law/prosecutors.htm) (להלן: UN Guidelines, Role of Prosecutors 1990). כך למשל, בפרק העוסק במעמדם ובתנאי העסקתם של תובעים, נקבע בסעיף 4 כי על המדינות להבטיח שתובעים יוכלו למלא את תפקידם ללא איומים, הטרדות, התערבות לא נאותה או חשיפה לא מוצדקת לחבות אורחית או פלילית; בסעיף 5 נקבע כי יש להבטיח את ביטחונם הגופני של התובעים ומשפחותיהם מפני איומים הנובעים מביצוע תפקידם כתובעים; עוד נקבע בסעיף 6 כי על המדינה להסדיר בחוק או בתקנות פומביות את תנאי העסקתם של תובעים - לרבות משכורת, פנסיה, כללי קידום, גיל פרישה וכדומה; בסעיף 7 נקבע כי קידומם של תובעים ייעשה על בסיס קריטריונים אובייקטיביים, המתחייבים בעיקר להיבטים מקצועיים, דוגמת כשירות, יכולת, יושרה, ניסיון, וכי הוא יבוצע בפרוצדורה הוגנת ונטולת פניות; בסעיפים 8-9 נקבע עוד כי תובעים זכאים ליהנות מחופש הביטוי וההתאגדות, בכפוף לחובות ולמעמד הנובעים מתפקידם.

208 שם, בסעיף 10.

209 שם, בסעיף 11.

210 ראו: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission): Report on European Standards as Regards the Independence of the Judicial System: Part II – The Prosecution Service, [www.venice.coe.int/docs/2010/cdl-ad\(2010\)040-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2010/cdl-ad(2010)040-e.pdf), para. 8 (2010), available at: [www.venice.coe.int/docs/2010/cdl-ad\(2010\)040-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2010/cdl-ad(2010)040-e.pdf).

211 ראו: The Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System: Recommendation Rec(2000)19, Article 23 (2000), available at: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=376859&Site=CM>.

shall not be altered by the presumed or known wishes of any party or by  
לפיהם תוערך עצמאות ההליכים המדינתיים: 212. "the cooperation seeking process  
משרד התובע אף מנה קריטריונים שעל

[I]ndependence in the proceedings at hand may be assessed in light of such indicators as, *inter alia*, the alleged involvement of the apparatus of the State, including those responsible for law and order, in the commission of the alleged crimes; the extent to which appointment and dismissal of investigators, prosecutors and judges affect due process in the case; the application of a regime of immunity and jurisdictional privileges for alleged perpetrators; political interference in the investigation; and the corruption of investigators, prosecutors and judges.<sup>213</sup>

71. חשיבותו של עקרון העצמאות בניהול חקירה נדונה בהרחבה על ידי בית הדין האירופי לזכויות אדם. לגישת בית הדין, על האחראים לחקירת אירוע להיות בלתי תלויים במעורבים באירוע, בפרט כאשר המעורבים חברים בסוכנויות ממשלתיות או בגופים ממשלתיים, כדוגמת המשטרה. בענין *McKerr v. United Kingdom* (להלן: ענין מקאר), הביע בית הדין את הצורך בעצמאות היררכית ומוסדית:

For an investigation into alleged unlawful killing by State agents to be effective, it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for and carrying out the investigation to be independent from those implicated in the events... *This means not only that there should be no hierarchical or institutional connection but also clear independence...*<sup>214</sup>

דוגמא נוספת שבה מצא בית הדין כי רשויות החקירה לא נהנו מעצמאות במידה מספקת היא ענין *Ramsahai v. The Netherlands* (להלן: ענין ומסהאי). חקירת השוטרים ההולנדים נערכה על ידי עמיתים מאותו מחוז שאליו השתייכו השוטרים

212 ראו: Para. 34 Draft Policy Paper on Preliminary Examinations, ICC Office of the Prosecutor, (Oct. 14, 2010), available at: [www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-43D7-83D2-Draft/6A2C9CF5D7D7/282515/OTP\\_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-43D7-83D2-Draft/6A2C9CF5D7D7/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf) (להלן: *Policy Paper on Preliminary Examinations*).

213 שם, בפסקה 64.

214 ראו: ענין מקאר, לעיל ה"ש 165, בפסקה 112 [ההדגשה אינה במקור].

ולא על ידי מחלקת החקירות הפליליות הממשלתית. בית הדין קבע כי פיקוח של הרשות שהחשודים עצמם משתייכים אליה, עצמאי ככל שיהא, אינו אמצעי הגנה מספיק להבטחת "עצמאות החקירה".<sup>215</sup> בית הדין הדגיש את חשיבותה של עצמאות הן להלכה והן למעשה,<sup>216</sup> וחזר ועמד על הנוסחה לכך:

[F]or the investigation to be "effective" in this sense it may generally be regarded as necessary for the persons responsible for it and carrying it out to be independent from those implicated in the events. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence.<sup>217</sup>

הדגש השיפוטי על עצמאות מעשית ומוסדית פותח בענין *Kolevi v. Bulgaria* (להלן): ענין קולבי), שבו היה התובע הציבורי הראשי מעורב לכאורה באירוע הנבדק. בית הדין היה מוכן להכיר במודלים שונים אשר בכוחם לספק את הדרישה לעצמאות מוסדית, כפי שעולה מהסקירה שערך בית הדין על הנהוג במדינות שונות.<sup>218</sup> בית הדין קבע:

Independence and impartiality in cases involving high-ranking prosecutors or other officials may be secured by different means, such as investigation and prosecution by a separate body outside the prosecution system, special guarantees for independent decision-making despite hierarchical dependence, public scrutiny, judicial control or other measures. It is not the Court's task to determine which system best meets the requirements of the Convention. The system chosen by the member State concerned must however guarantee, in law and in practice, the investigation's independence and objectivity in all circumstances and regardless of whether those involved are public figures.<sup>219</sup>

215 ראו: Ramsahai v. The Netherlands, App. No. 52391/99, Eur.Ct. H.R., paras. 294–296, 337 (2005) (להלן: ענין ומסהאי).

216 שם, בפסקה 112.

217 שם, בפסקה 325; כן ראו: ענין אל-טקייני, לעיל ה"ש 169, בפסקאות 167 ו-172, שם עמד בית הדין על מונח נוסף, 'עצמאות מבצעית' (operationally independent).

218 ראו: קולבי; המדינות שנסקרו הן קרואטיה, קפריסין, אסטוניה, צרפת, גרמניה, יוון, אירלנד, איטליה, מלטה, רוסיה, ספרד, שוודיה, שוויץ, מקדוניה ובריטניה (UK).

219 שם, בפסקה 208.

יתרה מזאת, בענין קולבי הדגיש בית הדין כי עצמאות היא מרכיב מהותי ב'חקירה אפקטיבית' בקביעתו שלמרות שהחוקרים ביצעו היבטים רבים של החקירה כראוי (למשל, ניתוח הראיות הפיזיות ותשאול צופים מן הצד), עצם העובדה שהחקירה היתה כפופה לתובע הראשי (קרי, אותו אדם שהקורבן ומשפחתו האשימו) "חתרה באופן שורשי תחת האפקטיביות שלה" (undermined decisively its effectiveness).<sup>220</sup>

72. בנוסף לפסיקה העשירה של בית הדין האירופי לזכויות אדם בדבר החובה לקיים חקירה באופן עצמאי, יש לציין כי הדו"ח משנת 2008 של המדווח המיוחד של האו"ם בנושא הוצאות להורג חוץ-שיפוטיות, או בתהליך מקוצר או שרירותי, עומד על שלושה היבטים של דרישת העצמאות (פורמאלי, פרקטי ופרסונאלי) בהקשר של הגדרת התנאים הבסיסיים לעבודתה של ועדת חקירה ציבורית:

First, independence must be structurally guaranteed so that the commission is set up as a separate institution from the Government. This formal independence can often be assessed by examining the terms of the mandate before the commission begins its work, or through an examination of the early investigatory practices of the commission. ... Second, where formal independence has been established, actual independence may still be lacking. It is essential to look beyond the formal independence of the commission from the Government, and to assess whether the commission is capable in practice of carrying out its work independently. This may require the work of the commission to be monitored for the entire period of its operation. ...Third, a commission's members must also be judged to be individually independent and not be seen to have a vested interest in the outcome.<sup>221</sup>

73. בטרם נעבור לדון ביתר העקרונות יש לתת את הדעת על שאלה חשובה: האם מערכת משפט צבאית יכולה, ככזו, להיות עצמאית דיה כדי לקיים 'חקירה אפקטיבית'? תשובתה הנחרצת של הוועדה לכך היא בחיוב. לא זו בלבד שהמשפט הבינלאומי ההומניטארי מתיר חקירות פנימיות על ידי גופים צבאיים, אלא שקיימת

220 שם, בפסקאות 211-212.

221 ראו: דו"ח אלסטון 2008, לעיל ה"ש 204, בפסקאות 25, 33-38.

ציפייה מבוססת כי הם אלה שיעשו כן.<sup>222</sup> לדוגמא, סעיף 84 לאמנת ז'נבה השלישית מתייחס למערכות המשפט הצבאיות של המדינות החתומות על האמנה בתור ברירת המחדל להעמדה לדין, הן של אנשי הכוחות המזוינים של המדינה עצמה והן של שבויי מלחמה.<sup>223</sup>

גישה דומה באה לידי ביטוי בענין *Cooper v. the United Kingdom*, שם קבע בית הדין האירופי לזכויות אדם כי קיומו של טריבונל צבאי אינו סותר בהכרח את עקרון העצמאות. בית הדין מצא, כי אין סיבה לפקפק בעצמאות הטריבונל משרשרת הפיקוד או מהשפעת הצבא: "There is no reason to doubt the independence of the decision-making of those bodies from chain-of-command, rank or other service influence."<sup>224</sup>

כפי שיוצג בפרק ב' של דו"ח זה, ובדוחות המדינתיים (נספח ג'), בארבע מדינות המשפט המקובל (common law) שנסקרו על ידי הוועדה קיימות מערכות משפט צבאיות נפרדות, דבר התומך בטענה שעצם קיומה של מערכת כזו אינו עומד בסתירה לכללים המקובלים של המשפט הבינלאומי.<sup>225</sup>

## מסקנתה של הוועדה – העולה בקנה אחד עם אמנות ז'נבה והקומנטארים עליהן,

222 ראו: אמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 3, בסעיף 146; הפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה, לעיל ה"ש 13, בסעיף 387; לדין מעמיק בסוגיה, ראו: *Schmitt, Investigating Violations*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 80, פסקה 10; כן ראו: שם, בעמ' 81, פסקה 15: "There is no obligation to conduct investigations outside military channels into possible IHL violations".

יש לציין כי המשפט הבינלאומי הפלילי, כפי שהוא משתקף בחוקת רומא, אינו מתייחס למערכת המשפט הצבאית כבלתי מתאימה לנהל הליך שיפוטי ראוי. לפיכך, אין סיבה אינהרנטית שמערכת משפט צבאית לא תעמוד ברף המ'שלמות' אשר מעוגן בחוקת רומא. לעיל ה"ש 61, בסעיף 17. לפי הקומנטאר על החוקה, כאשר תידון השאלה אם מדינה 'מחסנת' חשוד (shielding) כמובן בסעיף 17, בית הדין יתייחס לאינדיקציות שונות: "For Example, bypassing the normal criminal (either civil or military) procedures by appointing a special investigator who is politically aligned with persons close to the accused could also be a determining factor" [ההדגשה אינה במקור]; *THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY* 675 (Cassese, Antonio, Gaeta & Jones eds., 2002).

ראו גם: *KLEFFNER, COMPLEMENTARITY*, לעיל ה"ש 120, בעמ' 148, המציין כי: "If a State decided to establish military or special courts for the purpose of trying core crimes, the applicable criteria for the ICC to determine whether proceedings were not or are not conducted independently or impartially remain the same as for ordinary courts".

223 ראו: אמנת ז'נבה השלישית, לעיל ה"ש 3, בסעיף 84, המשווה את מעמדם של שבויי המלחמה למעמד חיילי הכוח ששבה אותם, בכל הנוגע לשפוטם בפלילים (במובחן מהעמדה לדין משמעתי), בקבעו כי: "שבוי מלחמה לא יישפט אלא על ידי בית משפט צבאי, מלבד מקום שהחוקים הקיימים של 'הכוח העוצר' מתירים במפורש לבתי משפט אזרחיים לשפוט אנשים מן הכוחות המזוינים של 'הכוח העוצר' בשל העבירה המסיימת המיוחסת לשבוי המלחמה".

224 ראו: *Cooper v. The United Kingdom*, App. No. 48843/99, Eur.Ct. H.R., para. 115 (Dec. 16, 2003); *Grievs v. The United Kingdom*, App. No. 57067/00, Eur.Ct. H.R., para. 69 (Dec. 16, 2003); כן ראו: *Findlay v. The United Kingdom*, App. No. 110/1995/616/706, Eur.Ct. H.R., para. 73 (Feb. 25, 1997).

225 עם זאת, במרבית מערכות המשפט הצבאיות שנסקרו בפרק ב', זיתהה הוועדה נטייה לכיוון מעורבות ופיקוח אזרחי, אשר נראה כנובע מעקרון העצמאות.

החלטות טריבונלים והנהוג המקובל של המדינות (State Practice) – היא כי עצם קיומה של מערכת משפט צבאית אינו כשלעצמו סותר את עקרון העצמאות, הקבוע בדין הבינלאומי.

74. סיכומם של דברים, על מנת שחקירה תהיה אפקטיבית, עליה להתנהל באופן עצמאי. עקרון העצמאות מורכב הן מעצמאות מוסדית (למשל, התביעה נפרדת מן הרשות השופטת) והן מעצמאות פרקטית (למשל, החוקרים אינם קשורים בשום דרך שהיא לאירוע הנבדק).

## 2. עקרון העדר משוא פנים

75. העיקרון של העדר משוא פנים נועד להבטיח שחקירה תתנהל באובייקטיביות וללא הטיה. הוא כולל דרישה פרסונאלית, דוגמת העדר אינטרס בתוצאות חקירה או הליך ספציפיים, וכן דעה אובייקטיבית כלפי הצדדים המעורבים. כמו כן, כולל עיקרון זה דרישה לקיום מראית עין של העדר משוא פנים.<sup>226</sup> כאמור, סעיף 84 לאמנת ז'נבה השלישית מתייחס אל עקרון 'העצמאות והעדר משוא פנים' ככזה 'המקובל על הכול'.<sup>227</sup> אף שקיימת חפיפה משמעותית בין עקרון 'העצמאות' ובין עקרון 'העדר משוא פנים' ('עצמאות פרקטית' והעדר משוא פנים עשויים שניהם לכלול היבט פרסונאלי), הרי שאין מדובר במושגים נרדפים. להבדיל מעקרון העצמאות, העדר משוא פנים ענינו אופן תפקודו של החוקר, לרבות מראית העין של תפקודו. כך, למשל, ברור ששופט הנהנה מעצמאות מוסדית ופונקציונאלית, עלול ללקות במשוא פנים ביחס לאחד המתדיינים בפניו. עקב מיעוט הדיון במשפט הבינלאומי ההומניטארי ביחס למשמעותו של עקרון העדר משוא פנים, ראוי להיזקק אף כאן לבחינה של משפט זכויות האדם הבינלאומי ושל המשפט הבינלאומי הפלילי.

76. תוכנו המעשי של עקרון העדר משוא פנים כולל את החובה להימנע ממשוא פנים מצד רשויות החקירה וכן את החובה שלא להטות את הראיות שעליהן מתבססת החקירה.<sup>228</sup> כך, למשל, לפי עקרונות החקירה והתיעוד האפקטיביים של מעשי עינויים

226 ראו: Girgvliani v. Georgia, App. No. 25091/07, Eur.Ct. H.R., para. 147 (Apr. 26, 2011) (להלן: ענין גירגוליאני).

227 ראו: אמנת ז'נבה השלישית, לעיל ה"ש 3, בסעיף 84.

228 ראו: האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים, לעיל ה"ש 32, בסעיף 12; הערה כללית 31 של ועדת זכויות האדם, לעיל ה"ש 42, בפסקה 15; כן ראו: UN Principles, Effective Investigation of Torture 2001, לעיל ה"ש 192, בסעיף (a)5.



יחס או ענישה אכזריים, בלתי אנושיים או מבזים (Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) אין די בכך שהחוקרים יהיו נטולי משוא פנים, אלא גם הראיות (ובכלל זה העדים) שעליהן הם נסמכים חייבות להיות בלתי מוטות.<sup>229</sup>

77. בית הדין האירופי לזכויות אדם נתן ביטוי גם הוא לצורך בניהול חקירות ללא משוא פנים. בענין קולבי, קבע בית הדין ביחס למעורבות של נילוונים בחקירה, כי: "Involvement [in the investigation] of persons against whom the victim and his relatives had made serious complaints based on specific facts is *Georgia v. Girgvlani* v. בענין <sup>230</sup>." incompatible with the principle... of impartiality ביקר בית הדין את אופן החקירה של מקרה רצח מפורסם, ומצא כי לרשויות "חסרה הגינות בניהול החקירה" ושהיא התנהלה במשוא פנים בולט.<sup>231</sup> ליקויים אלה ניכרו בכל רמות החקירה, לרבות בגישה הסלקטיבית של משרד הפנים, ולאחר מכן של משרד התובע, לראיות, ובנקיטת יד רכה בצורה בלתי סבירה כלפי הנאשם הן במהלך המעצר והן במהלך המשפט.

78. במסגרת המשפט הבינלאומי הפלילי, טיוטת נייר מדיניות על בדיקות מקדימות של משרד התובע של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (Draft Policy Paper on Preliminary Examination by the Office of the Prosecutor) מסייעת בהבנת עיקרון זה, תוך מתן דוגמאות למשוא פנים:

Impartiality in the proceedings at hand may be assessed in light of such indicators as, *inter alia*, linkages between the

---

because of insufficient expertise or *suspected bias*, or because of the apparent existence of a pattern of abuse or for other substantial reasons, States shall ensure that investigations are undertaken through an independent commission of inquiry or similar procedure. *Members of such a commission shall be chosen for their recognized impartiality, competence and independence as individuals. In particular, they shall be independent of any suspected perpetrators and the institutions or agencies they may serve. The commission shall have the authority to obtain all information necessary to the inquiry and shall conduct the inquiry as provided for under these Principles*" [ההדגשות אינן במקור].

229 ראו: UN Principles, Effective Investigation of Torture 2001, לעיל ה"ש 192, בסעיף 2, "The investigators, who shall be independent of the suspected perpetrators and the agency they serve, shall be competent and impartial. They shall have access to, or be empowered to commission investigations by, impartial .medical or other experts"

230 ראו: ענין קולבי, לעיל ה"ש 218, בפסקה 211.

231 ראו: ענין ג'ורג'אני, לעיל ה"ש 226, בפסקה 276.

suspected perpetrators and competent authorities responsible for investigation, prosecution and/or adjudication of the crimes; public statements, awards, sanctions, promotions or demotions, deployments, dismissals or reprisals in relation to investigative, prosecutorial or judicial personnel concerned.<sup>232</sup>

יש לציין כי "אינדיקאטורים" אלה ממחישים את החפיפה בין עצמאות פרקטית ובין העדר משוא פנים.

79. סיכומו של דבר, ניתוח העיקרון של העדר משוא פנים ממחיש את האופן שבו הטיה אישית של חוקר או ניגוד ענינים פוגעים בקיום 'חקירה אפקטיבית'.

### 3. עקרון האפקטיביות והיסודיות

80. אפקטיביות ויסודיות הן חלק מהעיקרון הבסיסי שענינו הגשמת תכלית החקירה, קרי הגעה לחקר האמת. עקרון האפקטיביות והיסודיות דורש שהחקירה תיערך במקצועיות. בקומנטאר על סעיף 121 לאמנת ז'נבה השלישית בנוגע לחקירה הנדרשת כאשר שבוי מלחמה מת בעת שהוא מוחזק בידי מדינה, נקבע כי: "The victim must therefore be thoroughly examined, if necessary by an expert in forensic medicine, and all witnesses must be heard as well as the person <sup>233</sup>."who made the attack, if any

81. מקורות מתחום משפט זכויות האדם הבינלאומי מספקים פירוט חשוב בהסבריהם לעקרון האפקטיביות והיסודיות. ככלל, גופים שונים ומסמכים העוסקים בזכויות אדם פירשו את העיקרון כנוגע לפרוצדורות ולמנגנונים לניהול חקירה.<sup>234</sup> פרשנויות אלה מועילות להבנת העיקרון בספקן דוגמאות קונקרטיות למנגנונים כאלה. כך, לפי סעיף 9 לעקרונות הבסיסיים בדבר מניעה וחקירה יעילה של הוצאות להורג שרירותיות (the Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extralegal,)

232 ראו: *Draft Policy Paper on Preliminary Examinations*, לעיל ה"ש 212, בפסקה 65.

233 ראו: הקומנטאר לאמנת ז'נבה השלישית, לעיל ה"ש 191, בעמ' 570.

234 ראו: הערה נלנית 6 של ועדת זכויות האדם, לעיל ה"ש 197, בפסקה 4; כן ראו למשל: ענין מוג'קה, לעיל ה"ש 198, בפסקה 5.2, שם ציינה הוועדה כי על מדינה חלה חובה לחקור האשמות וחשדות להפרת הוראות האמנה, בין היתר, ביסודיות: "It is implicit in Article 4, paragraph 2, of the Optional Protocol and in rule 91 of the rules of the procedure that a State Party investigate thoroughly, in good faith and within the imparted deadlines, all the allegations of violations of the Covenant made against it..." [ההדגשות אינן במקור].

Arbitrary and Summary Executions), על 'חקירה יסודית' לכלול "ביצוע נאות של נתיחה שלאחר המוות, איסוף וניתוח של כל הראיות הפיזיות והמתועדות וגביית הודעות מעדים".<sup>235</sup> אופן ניהול החקירה ואיכות הראיות שעליהן היא נסמכת חשובים אף הם כדי להבטיח חקירה אפקטיבית ויסודית. המדווח המיוחד של האו"ם לנושא הוצאות להורג חוץ-שיפוטיות, או בתהליך מקוצר או שרירותי, ביטא את החשיבות שיש לניהול חקירה "in a competent fashion" וקבע כי מקצוענות מאפשרת בחינה יסודית של מושא החקירה.<sup>236</sup>

דוגמא לאופן שבו כישלון בניהול נאות של חקירה פוגע באפקטיביות שלה היא המקרה שעמד בפני הוועדה נגד עינויים. הוועדה הגיעה לכלל מסקנה שחקירה שניהלו הרשויות של מדינה מסוימת היתה בלתי אפקטיבית ובלתי יסודית עקב חוסר עקביות בראיות, ליקויים בבדיקה הפורנזית ועדים מומחים לא מתאימים. הוועדה קבעה כי יש לתקן ליקויים אלה כדי להגיע ל"רמה משביעת רצון של ודאות" בראיות שעליהן מסתמכת חקירה.<sup>237</sup>

82. הגישה שאימץ בית הדין האירופי לזכויות אדם היא כי אפקטיביות החקירה איננה נמדדת במבחן התוצאה, קרי בהטלת אשם על מי מהמעורבים, אלא באמצעים המופעלים בה.<sup>238</sup> מפסיקותיו של בית הדין עולים קווים מנחים לקיומה של חקירה אפקטיבית ויסודית, ובכללם: נתיחה שלאחר המוות ובדיקות רפואיות נדרשות; איסוף ותיעוד כל הראיות הרלוונטיות; זיהוי ותשאול יסודי של כל העדים הרלוונטיים וגביית הודעותיהם; ותהליך הסקת מסקנות המבוסס על ניתוח מעמיק של כל החומר הרלוונטי.<sup>239</sup> חשוב לציין, כי בית הדין נמנע מלקבוע את הפרטים המדויקים של

235 ראו: ESCOR Principles, Effective Prevention and Investigation 1989, לעיל ה"ש 109, בסעיף 9.

236 ראו: דו"ח אלסטון 2008, לעיל ה"ש 204, בפסקה 32.

237 ראו: *Radivoje Ristić v. Yugoslavia*, HRC, Comm. No. 113/98, U.N. Doc. CAT/C/26/D/113/1998, paras. 9.4–9.6 (2001).

238 ראו: *Avşar v. Turkey*, App. No. 25657/94, Eur.Ct. H.R., para. 394 (2001) (להלן: ענין אנטסאר), שם ציין בית הדין, בין היתר, כי: "This is not an obligation of result, but of means"; כן ראו: *Brecknell v. United Kingdom*, App. No. 32457/04, Eur.Ct. H.R., para. 66 (2007) "The fact that an investigation ends without concrete, or with only limited, results is not indicative of any failings as such. The obligation is of means only".

239 ראו: ענין אנטסאר, לעיל ה"ש 238, בפסקה 394, שם ציין בית הדין כי על הרשויות מוטלת חובה, בין היתר, לתחקר את העדים, לגבות עדויות, לבצע בחינה בליסטית, לטרוק את זירת האירוע ולבצע נתיחה לאחר המוות: "The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident, including, *inter alia*, eye witness testimony, forensic evidence, and where appropriate, an autopsy which provides a complete and accurate record of injury and an objective analysis of clinical findings, including the cause of death" כן ראו: *Magomed Musayev and others v. Russia*, App. No. 8979/02, Eur.Ct. H.R., para. 162 (2008) (להלן: ענין מוסייב), שם ציין כי חקירה שניהלה רוסיה לא עמדה בתנאים

הפרוצדורות הדרושות להבטחת אפקטיביות. בענין מקאו מצא בית הדין, כי כל עוד מושגת התכלית – קרי, קיומה של חקירה אפקטיבית – אין הוא מתיימר לקבוע מהן הפרוצדורות הראויות שעל מדינות לנקוט:

It is not for this court to specify in any detail which procedures the authorities should adopt in providing for the proper examination of the circumstances. ... Nor can it be said that there should be one unified procedure satisfying all requirements. ... [T]he court considers that the requirement of Article 2 may nonetheless be satisfied if, while seeking to take into account other legitimate interests such as national security or the protection of material relevant to other investigations, the various procedures provide for the necessary safeguards in an accessible and effective manner.<sup>240</sup>

בית הדין הוסיף להחזיק בעמדה זו גם בפסקי דין מאוחרים יותר, בקובעו כי הפרוצדורה החקירתית שאותה יש לנקוט בכל מקרה ומקרה עשויה להשתנות בהתאם לנסיבות.<sup>241</sup> אף על פי כן, ככל שמדובר בשימור ראיות, הרי שלפי בית הדין פרוצדורה זאת רלוונטית בכל חקירה. בית הדין הדגיש את החשיבות שנודעת לשימור ראיות

---

הנדרשים, היות ולא נעשה איסוף ותייעוד מספק של ראיות. בין היתר, הרשויות לא הכינו רשימה מפורטת של ההורגים ואף לא צירפו נתונים מדויקים אודות מיקום האירוע, על אף שאלו היו ידועים בוודאות; Gül v. Turkey, App. No. 22676/93, Eur.Ct. H.R., paras. 89–90 (2000) (להלן: ענין גול); באותו ענין פתחה המשטרה באש על אורח, בטענה כי היה הראשון לפתוח באש לכיוונם של השוטרים. בית המשפט סקר שורת מחדלים בחקירת הרשויות, כך למשל: הכדור שלכאורה נורה על ידי האורח בשוטרים מעולם לא אותר, לא נבחן קשר בין החשוד לאקרה שבו לכאורה ירה על השוטרים, כלי הנשק בוירת האירוע לא צולמו ועוד. לפיכך, מצא בית הדין כי החקירה לא עמדה בתנאים הנדרשים.

240 ראו: ענין מקאו, לעיל ה"ש 165, בפסקה 159; כן ראו: Hugh Jordan v. U.K., App. No. 24746/94, Eur.Ct. H.R., para. 143 (May. 4, 2001) (להלן: ענין ג'ורדן).

241 ראו: ענין אנטאר, לעיל ה"ש 238, בפסקה 393; כן ראו: ענין ג'ורדן, לעיל ה"ש 240, בפסקה 105; Shanaghan v. Ayhan v. Turkey, App. No. 41964/98, Eur.Ct.; U.K., App. No. 37715/97, Eur.Ct. H.R., para. 88 (2001) H.R., para. 86 (2006). ראו גם: ענין אל-סקייני, לעיל ה"ש 169, בפסקאות 163 ו-165, העוסק באופן ספציפי בסוגיית חובת החקירה בעימות מזוין; וכן: ענין יסאייבה, יוסופובה ובוייבה, לעיל ה"ש 108, בפסקה 209; Isayeva v. Russia, App. No. 57950/00, Eur.Ct. H.R., para. 210 (2005) (להלן: ענין יסאייבה), בשני המקרים נבחנה פגיעה, מהפצצה אווירית, באזרחים שניסו לברוח מאזור הקרבות. בית הדין בחן בצורה מעמיקה את הליכי החקירה והדגיש, בין היתר, כי לא נעשו מאמצים מספקים לאסוף פריטים בנוגע להצהרה על 'מסדרון הומניטארי' וזהות הקצינים שהיו אחראים על תיאום המעבר הבטוח של האזרחים (ענין יסאייבה, יוסופובה ובוייבה, בפסקה 222; ענין יסאייבה, בפסקה 219). כמו כן, ציין בית הדין כי לא הומצאה מפת המבצע, כפי שביקש התובע המחזוי; לא נעשה ניסיון לפתור את הסתירות, כדוגמת הכרתו הצבא כי לא בוצעו טיסות מבצעיות בסמוך למקום התקרית; מסמכים רלוונטיים, כדוגמת יומן המבצעים, לא נבחנו כנדרש; ולא נעשו מאמצים מספקים לאתר את הקורבנות והעדים לתקרית (ענין יסאייבה, יוסופובה ובוייבה, בפסקאות 220-225; ענין יסאייבה, בפסקאות 219-224).

לפרשנות אלטרנטיבית בסוגיה ראו: *Chevalier-Watts, Effective investigations*, לעיל ה"ש 165, בעמ' 715-717, שם נדונו באופן ספציפי ענין יוסופובה ובוייבה, וענין יסאייבה. הכותבת מסיקה כי בשני מקרים אלה מצא בית הדין שהרשויות הרוסיות כלל לא עמדו בסטנדרט המינימאלי הנדרש, ולפיכך נדרש בית הדין בהרחבה לאופן בו בוצעה החקירה. לפי הניתוח של הכותבת, מאז פסק הדין בענין מקאו, נראה שבמצבים מורכבים פוליטיים והומניטאריים בית הדין מקיים בחינה מעמיקה יותר של אופן ניהול החקירה; וראו גם בעמ' 721.

Thus it cannot be said that the domestic authorities took promptly any and all reasonable steps available to them to secure evidence which would have enabled them to bring light on the <sup>242</sup>."circumstances of the suspect death

83. בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם מפרש אף הוא את עקרון האפקטיביות והיסודיות כנמדד לפי האמצעים המופעלים בחקירה. בענין *Castro v. Peru*, הציע בית הדין הנחיה מועילה ליישום עקרון זה:

[I]n order to conduct an effective and expeditious [sic] investigation, the investigating body must use all the means at its disposal to carry out all measures and investigations necessary to shed light on the fate of the victims and identify the [sic] responsible ... For this, the State will guarantee that the authorities in charge of the investigation have the logistic and scientific resources necessary to collect and process evidence, and more specifically, the power to access to [sic] the documents and information relevant to the investigation of the facts denounced and that they be able to obtain evidence of the locations of the victims.<sup>243</sup>

84. לסיכום, עקרון האפקטיביות והיסודיות מתייחס לאמצעים המשמשים לניהול חקירה כדי להגשים את התכלית של הגעה לחקר האמת. העיקרון נוגע לאמצעים הפרוצדוראליים הכלליים, כמו איסוף ושימור ראיות, לרבות איכות הנתיחה שלאחר המוות והצהרות העדים, שעליהן 'חקירה אפקטיבית' אמורה להתבסס.

242 ראו: *Eremiášová and Pechová v. The Czech Republic*, App. No. 23944/04, Eur.Ct. H.R, para. 146 (Feb. 16, 2012).

243 ראו: *Anzualdo Castro v. Peru*, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 202, paras. 135 (Sep. 22, 2009) כי בפרשנותו את עיקרון האפקטיביות והיסודיות, במקרים בהם נדונו הפרות לכאורה של הזכות לחיים, בית הדין הבין-אמריקאי העדיף לאמץ רשימה של דרישות מינימאליות, המתבססת על מדריך האו"ם למניעה וחקירה אפקטיבית של הוצאות להורג חוץ משפטיות ושרירותיות; ראו לדוגמא: ענין טאנצ'ו, לעיל ה"ש 200, בפסקאות 126-127; *Mapiripán*, Massacre v. Colombia, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 134, para. 224 (2005) (להלן: ענין מפיריפאן), שם ציין בית הדין כי: "The State authorities in charge of an investigation must seek, at the least, inter alia: a) to identify the victim; b) to obtain and preserve evidence regarding the death, so as to aid any potential criminal investigation regarding those responsible; c) identify possible witnesses and receive their statements regarding the death under investigation; d) establish the cause manner, place and time of death, as well as any pattern or practice that may have caused the death; and e) differentiate between natural death, accidental death, suicide, and homicide. It is also necessary to exhaustively investigate the crime scene, autopsies and analysis of human remains must be conducted rigorously, by competent professionals, applying the most appropriate procedures"

#### 4. עקרון המהירות

85. עקרון המהירות מכתוב שחקירה תיפתח במהירות האפשרית, וכי היא תימשך ללא עיכובים בלתי סבירים. הקומנטאר על סעיף 146 לאמנת ז'נבה הרביעית קובע כי כאשר מדינות מתמודדות עם הפרות רציניות, עליהן לפעול במהירות המרבית כדי להבטיח שמבצע העבירה ייעצר ויובא למשפט במהירות הראויה.<sup>244</sup> משפט זכויות האדם הבינלאומי מייחס חשיבות רבה לצורך לקיים חקירות ללא עיכוב.<sup>245</sup> זמן הוא גורם מרכזי ביכולת לאסוף ולשמר ראיות, שכן זירות פשע משתנות, ראיות נעלמות מן השטח, זכרונות דוהים ועדים עשויים לעמוד תחת איומים או שהם עלולים לתאם גרסאות. איסוף ראיות במהירות הראויה משלים, אפוא, את עקרון האפקטיביות והיסודיות. בנוסף, בביצוע חקירה במסגרת זמן סבירה יש כדי לתרום לתחושה כי החוק נאכף והצדק נעשה. גופים חשובים עמדו על קשר זה בין מהירות לבין אופן הציבור במערכת המשפט.<sup>246</sup>

86. גופים העוסקים בזכויות אדם מציעים קווים מנחים ביחס למסגרת הזמן הסבירה לפתיחה בחקירה. כך, הוועדה נגד עינויים קבעה כי עיכובים של 10–15 חודשים בין האירוע הנטען לבין פתיחתה של החקירה הנם בלתי סבירים.<sup>247</sup> בית הדין האירופי לזכויות אדם, בענין ומסהאי, קבע כי על החוקרים להגיע לזירת אירוע בתוך לא יותר משעה וחצי בממוצע לאחר האירוע. עוד קבע בית הדין, כי חמש עשרה השעות וחצי שחלפו בין מותו של ומסהאי ובין התערבות הרשויות החוקרות הרלוונטיות היוו עיכוב בלתי סביר.<sup>248</sup> דוגמאות אלה ממחישות את החובה המשפטית לפתוח בחקירה מיד כאשר קמה חובת חקירה.

244 ראו: הקומנטאר לאמנת ז'נבה הרביעית, לעיל ה"ש 22, בעמ' 593.

245 ראו: האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים ומשפילים, לעיל ה"ש 32, בסעיף 12 UN Basic Use ; of Force and Firearms 1990, לעיל ה"ש 58, בסעיף 22, שם צוין כי: "In cases of death and serious injury or other grave consequences, a detailed report shall be sent promptly to the competent authorities responsible for administrative review and judicial control"

246 ראו: ענין ג'ורדן, לעיל ה"ש 240, בפסקה 108; כן ראו: Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on eradicating impunity for serious human rights violations, adopted by the committee of ministers on 30 March 2011.

247 ראו: Halimi–Nedzibi v. Austria, Comm. No. 8/1991, U.N. Doc. A/49/44, para. 13.5 (Nov. 18, 1993), שם צוין כי: "The Committee considers that a delay of 15 months before an investigation of allegations of torture is initiated, is unreasonably long and not in compliance with the requirement of Article 12 of the Convention" [ההדגשות אינן במקור]; כן, ראו: M'Barek v. Tunisia, Comm. No. 60/1996 U.N. Doc. CAT/C/23/D/60/1996, paras. 11.5–11.7 (Jan. 24, 2000).

248 ראו: ענין ומסהאי, לעיל ה"ש 215, בפסקאות 334 ו-339; כן ראו: Çiçek v. Turkey, App. No. 25704/94, Eur.Ct., H.R., para. 149 (Feb. 27, 2001), שם צוין בית הדין האירופי לזכויות אדם את הזמן הרב שעבר ממועד התקרית עד לפתיחה בחקירה (שנה וחצי) ועד לשימעת העדויות (שלוש שנים וחצי).

87. באשר למשך החקירה, בענין *Abad v. Spain*, קבעה הוועדה נגד עינויים כי 10 חודשים היו משך זמן בלתי סביר לחקירה. במקרה זה, היו פערים של בין חודש לשלושה חודשים בין שלבים שונים של הבדיקות הרפואיות ובין הדוחות שהופקו בעקבותיהם, והוועדה מצאה כי זהו עיכוב בלתי מתקבל על הדעת.<sup>249</sup> בית הדין האירופי לזכויות אדם הפגין אף הוא סובלנות מועטה כלפי חקירות התליות ועומדות זמן רב לאחר התרחשות האירוע.<sup>250</sup> כך, למשל, בענין *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, מצא בית הדין כי המחדל לסיים חקירה במשך למעלה משמונה שנים לאחר שהתרחשו האירועים היה בלתי תקין, אפילו שהדחיות בחקירה נעשו לבקשת המתלונן עצמו. לדברי בית הדין:

If long adjournments are regarded as justified in the interests of procedural fairness to the victim's family, it calls into question whether the inquest system was at the relevant time structurally capable of providing for both speed and effective access for the deceased's family.<sup>251</sup>

88. הדרישה לנהל חקירה במהירות אומצה גם על ידי הוועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם:

The Commission finds that, as a general rule, a criminal investigation should be carried out promptly to protect the interests of the victims and to preserve evidence, and that, in this case, the time elapsed without an effective investigation, prosecution, and punishment of all those responsible, constitutes unwarranted delay and is an indication of the scant probability of the effectiveness of this remedy.<sup>252</sup>

249 ראו: Encarnación Blanco Abad v. Spain, Comm. No. 59/1996, U.N. Doc. CAT/C/20/D/59/1996, para. 8.7 (May 14, 1998).

250 ראו: Tanrikulu v. Turkey, App. No. 23763/94, Eur.Ct. H.R., para. 109 (Jul. 8, 1999). שם ביקר בית הדין האירופי לזכויות אדם את העדר הפעילות בחקירה, במשך יותר משנה ממועד האירוע, ואת העדר ההתקדמות בחקירה.

251 ראו: ענין ג'ורדן, לעיל ה"ש 240, בפסקה 138.

252 ראו: *Marco Antonio Servellón García et al. v. Honduras*, Inter-Am. Ct. H.R. Case 12.331, Report No. 25/02, Doc. 5 rev. 1 at 348, para. 31 (2002); כן ראו: ענין מולינה, לעיל ה"ש 52, בפסקה 154; ענין מפיריפאן, לעיל ה"ש 243, בפסקה 217. יש לציין כי הוועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם, כבואה לנתח את סטנדרט המהירות, נוהגת להתייחס למספר שיקולים, ביניהם הזמן שעבר ממועד התקרית, שלב החקירה, מורכבות המקרה, שיקולים פרוצדוראליים בניהול ההליך מול הצדדים והתנהגות רשויות החקירה; כך קבעה הוועדה בענין מולינה בפסקה 154: "To establish whether an investigation has been undertaken 'promptly', the Commission considers a series of factors, such as the time that has elapsed since the crime was committed, if the investigation has passed the preliminary stage, the measures adopted by the authorities and the complexity of the case"

89. לסיכום, 'חקירה אפקטיבית' חייבת להתנהל במהירות. עיכובים בפתחה בחקירה או במשכה עלולים לגרום לבעיות ראייתיות ולפגוע באמון הציבור בכך שהצדק ייצא לאור.

## 5. עקרון השקיפות

90. עיקרון זה ענינו הצורך בפרסום החלטות ופעולות בתהליך החקירה, והוא נגזר מכמה טעמים, ובכללם הצורך להבטיח תרבות של אחריותיות ושל ביקורת ציבורית על רשויות אכיפת החוק והמשפט, כמו גם את אמון הציבור במערכת המשפט ובשלטון החוק.<sup>253</sup>

91. הוועדה לא מצאה הכרה מפורשת בעיקרון זה במקורות המשפט הבינלאומי ההומניטארי,<sup>254</sup> אולם מקורות מתחום משפט זכויות האדם הבינלאומי עוסקים גם עוסקים בחובה לשמור על שקיפות בחקירה. לפי מקורות אלה, מורכב עקרון השקיפות משני היבטים נפרדים: הראשון ענינו החובה ליידע נפגעי עבירה על זכויותיהם לקבל מידע בדבר נסיבות העבירה האמורה (או, במידה ונהרגו במהלך האירוע הנדון, להבטיח שבני משפחותיהם יקבלו את המידע).<sup>255</sup> היבט זה נגזר, בין היתר, ממושג הצדק המאחה (restorative justice).<sup>256</sup> כך, למשל, בענין *Danilo The Dimitrijevic v. Serbia and Montenegro*, עמדה הוועדה לאמנה נגד עינויים (The

253 ראו לדוגמה: Anguelova v. Bulgaria, App. No. 38361/97, Eur.Ct. H.R, para. 140 (Jun. 13, 2002) (להלן: ענין אנגולובה).

254 הן דו"ח גולדסטון והן המלומד שמידט אינם מתייחסים למרכיב השקיפות במסגרת כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי; ראו: Human Rights Council, Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, U.N. Doc. A/ (2009) 121, para. 121, HRC/12/48, *Schmitt, Investigating Violations*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 83.

255 ראו: ESCOR Principles, Effective Prevention and Investigation 1989, לעיל ה"ש 109, בסעיף 16; UN Guidelines, UN Principles, Effective Investigation of Torture 2001, לעיל ה"ש 192, בסעיף 4; Role of Prosecutors 1990, לעיל ה"ש 207, בסעיף 13(d). כן ראו: UN Principles, Remedy for Victims of Torture 2005, לעיל ה"ש 171, בסעיפים 11(c) ו-24. ראו: ענין מקאר, לעיל ה"ש 165, בפסקה 115, שם מצוין "In all cases, however, the next-of-kin of the victim must be involved in the procedure כי בית הדין חייב להימנע מהפרט מה תהיינה הנסיבות השונות, העשויות להשפיע על היקף מעורבות המשפחה, אולם ניתן להסיק כי כוונת בית הדין להשאיר מרחב לשיקול דעת הרשות החוקרת, מקום בו מדובר באירועים שחשיפת ממצאיהם עשויה לסכל את מטרת החקירה או פעולת הרשות.

256 על אף שישנם מובנים שונים למושג 'צדק מאחה', נראה שבבסיס התיאוריה עומדת תפיסת הליך שיתופי של פיצוי או שיקום בין העברייין לקורבן, כמו גם צדדים אחרים בעלי אינטרס; תהליך זה מיועד לבסס את אחריות העברייין, לפצות את הקורבן ולשתף את הצדדים המעורבים באופן מלא בהליך. צדק מאחה שואף לשחזר את האיוון בין הצדדים, לתקן את הנזק ולרפא את היחסים; ראו: John Braithwaite, *Restorative Justice, in THE HANDBOOK OF CRIME AND PUNISHMENT* 323-344 (Tony ed., 1998). UNGA Res 40/34 Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse for Power, 29 November 1985, 96th plen mtg, (annex).



את המתלונן אם נפתחה חקירה בענינו ועל תוצאותיה, אם היו כאלה.<sup>257</sup> ההיבט השני ענינו החובה לפרסם דו"ח ציבורי מקיף על חקירות וממצאיהן על מנת להבטיח את אמינות המערכת או המוסד החוקר ואת אמון הציבור בהם.<sup>258</sup>

92. פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם מאירה על שני היבטיו של עקרון השקיפות. בית הדין דרש כי תהיה אחריות ציבורית מספקת, כמו גם מעורבות של משפחת נפגע העבירה בתהליך החקירה. לגבי ההיבט הראשון, מצא בית הדין כי לא היתה ביקורת ציבורית על חקירה משום שדוחות וממצאי חקירה לא פורסמו.<sup>259</sup> בית הדין חזר וקבע:

[T]here 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.<sup>260</sup>

בקשר למעורבות של בני משפחה, פסיקות בית הדין מבהירות את היקפה של מעורבות זו. בענין *Güleç v. Turkey*, מתח בית הדין ביקורת על אופן התנהלות החקירה, ובכלל זה המחדל לספק למתלונן (אביו של הנפגע) הזדמנות להשתתף בתהליך וליידע אותו בדבר החלטות משמעותיות שהתקבלו במהלך בדיקת המקרה.<sup>261</sup> לפי החלטות בית הדין, ההשתתפות של בני משפחה אינה מסתכמת רק ביידוע המשפחה בדבר התפתחויות בחקירה, אלא כוללת גם מתן אפשרות לשמש כעדים,<sup>262</sup> וכן גישה למסמכים הרלוונטיים לחקירה ולהליכים בבית המשפט.<sup>263</sup> במקרה שעסק במצור על

257 ראו למשל: ענין דימיטריוביץ', לעיל ה"ש 196, בפסקה 7.3, שענינו אזרח סרבי, שהובל לתחנת מטרה בסרביה, שם הוכה על ידי השוטרים, שלא נענו לבקשתו לטיפול רפואי ומנעו מאכל ושתייה וגישה לשירותים. עם שחרורו הגיש תלונה במשרד התובע המחוזי על היחס לו וזכה מידי השוטרים, בצירוף תיעוד רפואי של פציעותיו. הוועדה קבעה כי מקום בו התובע לא יידע את המתלונן בדבר פתיחת חקירה בענינו או תוצאותיה, נמנעה מהמתלונן לפתוח בתביעה פרטית בגין הפרות זכויותיו, ובשל כך הופרה החובה לבצע חקירה אפקטיבית מקום בו ישנם חששות לגיטימיים בדבר הפרת האיסור על עינויים; כן ראו: U.N. Comm. No. 261/2005, U.N. Doc. CAT/C/42/D/261/2005, para. 10.7 (May 25, 2009).

258 ראו: ESCOR Principles, Effective Prevention and Investigation 1989, לעיל ה"ש 109, בסעיף 17; UN Principles, Effective Investigation of Torture 2001, לעיל ה"ש 192, בסעיף 5(b).

259 ראו: ענין מקאר, לעיל ה"ש 165, בפסקה 141.

260 שם, בפסקה 115; ענין ג'ורדן, לעיל ה"ש 240, בפסקה 109; ענין יסאייבה, לעיל ה"ש 241, בפסקה 214; כן ראו: ענין אנונובה, לעיל ה"ש 253, בפסקה 140; ענין קולבי, לעיל ה"ש 218, בפסקה 194.

261 ראו: *Güleç v. Turkey*, App. No. 54/1997/838/1044, Eur.Ct. H.R., para. 82 (Jul. 27, 1998).

262 ראו: ענין גול, לעיל ה"ש 239, בפסקה 93.

263 ראו: ענין אוגור, לעיל ה"ש 202, בפסקה 92.

תיאטרון דוברובקה, נתן בית הדין פרשנות צרה יותר לעקרון השקיפות בקביעתו כי יש להחילו בכפוף לשמירה על חקירה אפקטיבית:

... the materials and conclusions of the investigation should be sufficiently accessible for the relatives of the victims... to the extent it does not seriously undermine its efficiency.<sup>264</sup>

93. בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם הצביע על כך ששני היבטיו של עקרון השקיפות נפרדים ואינם תלויים זה בזה:

The state must ensure the next of kin of the victims full access and the capacity to take part in all the stages of the investigation and trial of those responsible, pursuant to domestic law and the American convention. In addition, the results of the corresponding procedures should be publically disclosed thereby permitting Brazilian society to know the facts of the present case, as well as those responsible.<sup>265</sup>

94. קיצורו של דבר, עקרון השקיפות תורם לתרבות של אחריותיות; הוא דורש כי תהיה מידה מספקת של ביקורת ציבורית לצורך ניהול חקירה אפקטיבית ומתייחס לזכותם של נפגעי עבירה לקבל גישה למידע על נסיבות העבירה.

סיכום העקרונות הכלליים

95. העקרונות הכלליים הנדרשים ב'חקירה אפקטיבית' מעוגנים במסמכים בינלאומיים שונים. מקורות אלה ברובם הם בבחינת 'משפט רך', הגם שניתן (ואף ראוי) לפנות אליהם לצורך הדרכה פרשנית. 'חקירה אפקטיבית' היא כזו המנוהלת באופן עצמאי (הן מבחינה מוסדית והן מבחינה פרקטית), ללא משוא פנים (ללא הטיה אישית), באפקטיביות וביסודיות (על האמצעים להשיג את תכלית ההגעה לחקר האמת), במהירות (הימנעות מעיכובים בפתיחת החקירה ובמשך החקירה) ובשקיפות (מתן אפשרות לביקורת ציבורית והתייחסות לזכויותיהם של הקורבנות

264 ראו: Finogenov and Others v. Russia, App. No. 18299/03 and 27311/03, Eur.Ct. H.R., para. 270 (Dec. 20, 2011).

265 ראו: Gomes lund et al. v. Brazil, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 219, para. 257 (Nov. 24, 2010); כן ראו: ענין מפיריפאן, לעיל ה"ש 243, בפסקה 219.

נפגעי עבירה). עתה נפנה לבחון כיצד ההקשר של עימות מזוין מגביל או משנה את תחולתן ואופן יישומן של עקרונות אלה.

### יישום העקרונות הכלליים לניהול חקירה אפקטיבית בעימות מזוין

96. השאלה אם ההקשר של עימות מזוין משנה את יישום העקרונות הכלליים לניהול 'חקירה אפקטיבית' היא שאלה משפטית ומעשית. הוועדה סבורה כי למרות שאין הבדל יסודי בין העקרונות לפי משפט זכויות האדם ולפי המשפט הבינלאומי ההומניטארי,<sup>266</sup> הרי שקיומו של עימות מזוין עלול למנוע את יישום העקרונות באותו אופן בו הם מיושמים בהקשר של אכיפת חוק. סוג הפעולה במהלך עימות מזוין עשוי גם הוא להשפיע על היקף היישום של העקרונות. בהקשר של עימות מזוין, הנחת המוצא היא שהכללים החלים על הסיטואציה הם הכללים המסדירים לחימה. בפעולות אכיפת חוק המתרחשות במהלך עימות מזוין, ובפרט במהלך כיבוש, יישום העקרונות הכלליים יהיה דומה יותר ליישומם במשטר של משפט זכויות האדם הבינלאומי.

97. פורומים בינלאומיים שונים לזכויות אדם הכירו בכך שיישום העקרונות הכלליים לחקירה אפקטיבית הוא תלוי נסיבות, ושקיומו של עימות מזוין עלול בהחלט להגביל את יישומם. בדו"ח של ועדת המומחים העצמאית של מועצת זכויות האדם של האומות המאוחדות (ועדת טומושאט) נקבע:

The Committee believes that the gap between the expansive standards under IHRL [international human rights law] and the less defined standards for investigations under IHL [international humanitarian law] is not so significant... Nonetheless, there are constraints during armed conflict that do impede investigations.<sup>267</sup>

בית הדין האירופי לזכויות אדם, בענין אל-סקייני, הכיר אף הוא במגבלות אלה:

It is clear that where the death to be investigated... occurs in circumstances of generalised violence, armed conflict or insurgency, obstacles may be placed in the way of investigators...<sup>268</sup>

266 ראו לעיל, בפסקה 63.

267 ראו: דו"ח ועדת טומושאט, לעיל ה"ש 194, בפסקאות 30-32.

268 ראו: ענין אל-סקייני, לעיל ה"ש 169, בפסקה 164.

אמנם בנסיבות אותו ענין לא סבר בית הדין כי קיומו של עימות מזוין מונע את יישום האמנה האירופית לזכויות אדם (ראו פסקה 57), אך הוא הכיר בצורך העקרוני להתחשב במציאות של עימות מזוין בקביעת אופן ניהול החקירה.

בהקשר של עימות מזוין ניתן ליישם את העקרונות הכלליים, במידות משתנות. יש לבחון אותם לאור הנסיבות ולאור העקרונות המנחים את המשפט הבינלאומי ההומניטארי, ולקבוע את היקף תחולתם בהתחשב במטרה הכוללת, קרי ניהול 'חקירה אפקטיבית'. נפנה עתה לבחון כיצד חל כל עיקרון בעימות מזוין.

#### 1. עקרון העצמאות ועקרון העדר משוא פנים

98. על אף שהוועדה מצאה לנכון להבחין, בניתוח הכללי של העקרונות, בין עקרון העצמאות לבין עקרון העדר משוא פנים, הרי שלצורך בחינת ההתאמה של עקרונות אלה להקשר של עימות מזוין ניתן לדון בהם יחדיו. כאמור לעיל, קיומה של מערכת משפט צבאית אינו פוגע, כשלעצמו, בדרישה לעצמאות,<sup>269</sup> אך כדי לקיים את עקרון העצמאות במערכת כזו, על חקירה להתנהל מחוץ לשרשרת הפיקוד. דוגמא בהקשר הצבאי, שבה התייחס בית הדין לעצמאות מבצעית, היא ענין אל-סקייני :

The Court considers... that the fact that the Special Investigation Branch was not “free to decide for itself when to start and cease an investigation” and did not report “in the first instance to the [Army Prosecuting Authority]” rather than to the military chain of command, meant that it could not be seen as sufficiently independent from the soldiers implicated in the events to satisfy the requirements of Article 2.<sup>270</sup>

מכאן, שבמהלך עימות מזוין, על החוקר להיות בלתי תלוי בגורמים הנחקרים ובוודאי שאסור שיהיה כפוף לאותה שרשרת פיקוד.<sup>271</sup>

269 ראו לעיל, בפסקה 73.

270 ראו: ענין אל-סקייני, לעיל ה"ש 169, בפסקה 172.

271 ראו גם: פסיקת בית המשפט לערעורים של בריטניה, בפרשת מוסא, שם נקבע כי הצוות המיוחד לבדיקת הטענות בעיראק (Iraq Historic Allegations Team (IHAT)), אשר הוקם על ידי משרד ההגנה הבריטי לשם חקירת טענות בדבר התעללות שבוצעה לכאורה על ידי כוחות הביטחון הבריטיים בעיראק, איננו עומד בדרישת העצמאות הפרקטית (practical independence) של החקירה, לכל הפחות כענין של תפיסה סבירה של הציבור (reasonable perception). זאת, בשל המעורבות הפוטנציאלית של משתתפי הענף הממונה (Provost Branch) של IHAT באירועים הנדונים; ראו: Mousa, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence and Anr, [2011] EWCA Civ 1334 (Nov. 22, 2011) (Court of Appeal (Civil Division)), paras. 36–38 (U.K).

99. עקרון העצמאות מושפע מההקשר של פעולות לחימה במובן זה שלעתים קרובות נדרש שלחוקר תהיה מומחיות מבצעית וטכנית. פרופ' שמיט מביא דוגמא הממחישה דרישה זאת:

While impartiality and independence are investigatory requirements, so too is *effectiveness*. An investigator who does not understand, for example, weapons options, fuzing, guidance systems, angle of attack, optimal release altitudes, command and control relationships, communications capabilities, tactical options, available intelligence options, enemy practices, pattern of life analysis, collateral damage estimate methodology, human factors in a combat environment, and so forth, will struggle to *effectively scrutinize* an air strike.<sup>272</sup>

100. יש לאזן, אפוא, בין הצורך בהבנה מספקת של אופי הפעולה לבין הצורך בהפרדה משרשרת הפיקוד. ההפרדה של החוקר משרשרת הפיקוד דרושה כדי להבטיח שאין לו כל מעורבות פוטנציאלית באירועים הנבדקים ועל כן אין לו ניגוד ענינים או מראית עין של ניגוד ענינים בכדיקת האירוע. בהקשר של עימות מזוין, הפרדה משרשרת הפיקוד אינה עומדת בסתירה לדרישה שחוקר יהיה בעל ידע מבצעי מספיק כדי לממש את המטרה של 'חקירה אפקטיבית'.

## 2. עקרון האפקטיביות והיסודיות

101. במהלך פעולות לחימה בהקשר של עימות מזוין, מתערערת היכולת המעשית של הרשויות הרלוונטיות לנהל חקירה באופן אפקטיבי ויסודי. מקום האירוע עשוי להיות בשליטה של כוחות עוינים, המשאבים עשויים להיות מוגבלים, והאמצעים לניהול החקירה, למשל היכולת לתשאל עדים או לערוך נתיחה שלאחר המוות, עלולים שלא להיות זמינים.<sup>273</sup> בענין זה, קבע המדווח המיוחד של האו"ם לנושא

272 ראו: Schmitt, *Investigating Violations*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 84 [ההדגשות אינן במקור].

273 ראו לדוגמא: דו"ח ועדת טומושאט, לעיל ה"ש 194, בפסקה 32, שם צוין כי: "The nature of hostilities might obstruct on-site investigations or make prompt medical examinations impossible. The conflict might have led to the destruction of evidence, and witnesses might be hard to locate or be engaged in conflict elsewhere"; כן ראו: Schmitt, *Investigating Violations*, לעיל ה"ש 82, בעמ' 54, המציין כי: "Evidence may have been destroyed during the hostilities, civilian witnesses may have become refugees or internally displaced persons, military witnesses may be deployed elsewhere or be engaged in combat, territory where the offense occurred may be under enemy control, forensic and other investigative tools may be unavailable on or near the battlefield, military police may be occupied by other duties such as

הוצאות להורג חוץ-שיפוטיות, או בתהליך מקוצר או שרירותי, כי :

It is undeniable that during armed conflicts circumstances will sometimes impede investigation. Such circumstances will never discharge the obligation to investigate – this would eviscerate the non-derogable character of the right to life – but they may affect the modalities or particulars of the investigation. ... *On a case-to-case basis a State might utilize less effective measures of investigation in response to concrete constraints. For example, when hostile forces control the scene of a shooting, conducting an autopsy may prove impossible. Regardless of the circumstances, however, investigations must always be conducted as effectively as possible and never be reduced to mere formality.*<sup>274</sup>

אף שייתכן כי עקרון היסודיות והאפקטיביות של חקירה במהלך עימות מזוין לא יתורגם לאותם סטנדרטים ראייתיים הנהוגים בזמן שלום, על הסטנדרטים להיות גבוהים מספיק כדי להגיע לממצאים חד משמעיים ואמינים. כך, למשל, קבע בית הדין האירופי בענין אל-סקייני :

[T]he investigation must be effective in the sense that it is capable of leading to a determination of whether the force used was or was not justified in the circumstances and to the identification and punishment of those responsible. This is not an obligation of result, but of means. The authorities must take the *reasonable steps available* to them to *secure the evidence* concerning the incident, including *inter alia* eye-witness testimony, forensic evidence and, *where appropriate*, an autopsy which provides a complete and accurate record of injury and an objective analysis of clinical findings, including the cause of death.<sup>275</sup>

---

prisoner of war handling, legal advisers may be providing conduct of hostilities advice, judicial bodies may be distant from the theatre of operations, communications may be degraded, travel may be hazardous, and so forth”

274 ראו: Philip Alston, Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, E/CN.4/2006/53, para. 36 (Mar. 8, 2006) [ההדגשות אינן במקור].

275 ראו: ענין אל-סקייני, לעיל ה"ש 169, בפסקה 166 [ההדגשות אינן במקור].

למרות שעשויות להיות מגבלות ראייתיות במהלך עימות מזוין, יש לשמר ביסודיות את הראיות שבכל זאת זמינות ויש להשלים את כל הדיווחים האפשריים.

102. לסיכום, על אף שאופי הלחימה עשוי להגביל את האמצעים הזמינים לניהול החקירה, יש לנקוט אמצעים סבירים כדי לאסוף ולשמר ממצאים מדויקים ואמינים לצורך החקירה ועליה להיערך במקצועיות.

3. עקרון המהירות

103. הדרישה למהירות מתעוררת מיד כאשר קמה החובה לחקור (ראו פסקה 85). בהחלת עקרון המהירות על עימות מזוין, יש לקבוע את סבירות העיכוב על פי הנסיבות ובהתאם להיקף האלימות ועוצמתה. מפסיקת בית הדין האירופי עולה, כי עיכובים בלתי סבירים נבחנים על רקע נסיבות העימות המזוין. לדוגמא, בכמה מקרים הקשורים למצב בדרום-מזרח טורקיה, הכיר בית הדין בכך שהאווירה האלימה עלולה להציב קשיים בפני ניהול חקירה, אך עם זאת קבע שאין בה כדי למנוע מהרשויות להגיב באופן פעיל ובזריזות סבירה לאירוע.<sup>276</sup> יתר על כן, בענין *Bazorkina v. Russia* קבע בית הדין:

[W]hile accepting that some explanation for these delays can be found in the exceptional circumstances that have prevailed in Chechnya. ... the Court finds that in the present case they clearly exceeded any acceptable limitations on efficiency that could be tolerated in dealing with such a serious crime.<sup>277</sup>

גישה דומה אומצה בענין אל-סקייני, שם ציין בית הדין כי "concrete constraints" may ... cause an investigation to be delayed<sup>278</sup>.

104. הוועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם בחנה גם היא את מורכבות נסיבות המקרה בקביעת מידת הסבירות של עיכובים בחקירות. בענין *Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador v. Colombia* (להלן: ענין מולינה), שעסק במותו של

276 ראו לדוגמא: *Ergi v. Turkey*, App. No. 66/1997/850/1057, Eur.Ct. H.R., Judgement, para. 85 (1998); *Yaşa v. Turkey*, App. No. 63/1997/847/1054, Eur.Ct. H.R., para. 104 (Sep. 2, 1998); (להלן: ענין אורג'י); *Mahmut Kaya v. Turkey*, App. No. 22535/93, Eur.Ct. H.R., para. 107 (Mar. 28, 2000).

277 ראו: *Bazorkina v. Russia*, App. No. 69481/01, Eur.Ct. H.R., para. 121 (Jul. 27, 2006).

278 ראו: ענין אל-סקייני, לעיל ה"ש 169, בפסקה 164.

אזרח במהלך מבצע צבאי שביצעה קולומביה בשטחה של אקוודור, קבעה הוועדה הבין-אמריקאית כי יש לפרש את משפט זכויות האדם הבינלאומי לאור כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אך חזרה והדגישה את הכלל לפיו חקירה צריכה להיפתח מהר ככל שניתן:

As a general rule, the Commission determines that "a criminal investigation" must be undertaken promptly to protect the victims' interests and preserve evidence. ... When a State alleges the complexity of facts as factor [sic] to be taken into account in determining whether or not there has been an unwarranted delay and to examine whether the authorities have acted diligently in the investigations, it must explain specifically in what way this complexity and other difficulties caused the delay.<sup>279</sup>

105. הנה כי כן, יש להעריך את סבירות העיכובים בהתאם לנסיבות האלימות ולעוצמתה. הקפדה על יישום עקרון המהירות במהלך עימות מזוין אפשר שתסייע ביישום עקרון האפקטיביות והיסודיות, למשל, על ידי הבטחת זמינות הראיות. למרות היחסים המשלימים שעשויים להתקיים בין שני עקרונות אלה, כאשר לא ניתן לערוך חקירה במהירות הראויה, שימור כל הראיות הזמינות והנגישות הופך לחיוני עוד יותר.

#### 4. עקרון השקיפות

106. כאמור לעיל, עקרון השקיפות אינו מוכר במפורש במשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>280</sup> הניתוח לעיל מלמד כי לעיקרון זה שני היבטים הקשורים זה לזה אך המשרתים מטרות שונות: 'זכויות נפגעי העבירה' ו'אחריותיות באמצעות ביקורת ציבורית'.

המשפט הבינלאומי ההומניטארי אינו דורש מחוקרים ותובעים לקיים את כללי השקיפות הקשורים לזכויות ספציפיות של נפגעי עבירה. דו"ח טומושאט קובע:

The overriding concern of IHRl to protect the rights and freedoms of individuals from the abuse of State power is not the primary

279 ראו: ענין מולינה, לעיל ה"ש 52, בפסקאות 154 ו-157.

280 ראו לעיל, בפסקאות 63 ו-91.



focus of IHL. The latter seeks first to balance the lawful use of force with the protection of individuals. Consequently, *some human rights standards, such as the involvement of victims in investigations, while desirable, are not requisite for evaluating the inquiries into alleged IHL violations.*<sup>281</sup>

הוועדה שותפה לגישה לפיה הקפדה על עקרון השקיפות היא אכן רצויה כאשר היא מקדמת ביקורת ציבורית ותורמת לאחריותיות. קיום הדרישות העולות מהיבט ה'אחריותיות באמצעות ביקורת ציבורית' של עקרון השקיפות תורם למימוש חלק מהתכליות המרכזיות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, קרי הגברת הציות והרתעה מביצוע הפרות עתידיות. ניתן להגשים היבט זה של עקרון השקיפות, בין היתר, באמצעות פרסום הנחיות, הקמת מנגנוני דיווח ופרסום ברבים של מידע רלוונטי כדוגמת נתונים סטטיסטיים.

107. ראוי לציין כי את דרישת השקיפות (הן בהיקפה המלא בחקירות המונחות על ידי נורמות של זכויות אדם, והן בהיקפה המוגבל על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי) יש ליישם בהתאם לנסיבות. ובלשון דו"ח טומושאט:

[T]he level of transparency expected of human rights investigations is not always achievable in situations of armed conflict, *particularly as questions of national security often arise.*<sup>282</sup>

סיכום העקרונות הכלליים בהקשר של עימות מזוין

108. סיכום של דברים, עצם קיומו של עימות מזוין אינו מאיין את החובה לנהל 'חקירה אפקטיבית' על פי העקרונות הכלליים המקובלים. החלת עקרונות אלה על תהליך החקירה מגביר את האחריותיות בעימותים מזוינים. דרגת הציות לעקרונות הכלליים צריך שתיקבע על פי התכלית הכוללת של ניהול 'חקירה אפקטיבית'. באמצעה גישה זאת, נסמכה הוועדה על הדין הכללי (*lex generalis*) של משפט זכויות האדם הבינלאומי, שבו עקרונות החקירה מפותחים יותר, כדי למלא את הלאקונה במשפט

281 ראו: דו"ח ועדת טומושאט, לעיל ה"ש 194, בפסקה 33 [ההדגשה אינה במקור].

282 שם, בפסקה 32 [ההדגשה אינה במקור].

הבינלאומי ההומניטארי ולהשלים אותו בכל הנוגע לאופן ניהול חקירה. תוכנם המדויק של העקרונות הכלליים נקבע בזהירות רבה ומתוך התחשבות בהקשר ובנסיבותיו. ניתוח זה מדגים את האופן שבו כל אחד מהעקרונות מיושם לתהליך החקירה בהקשר של עימות מזוין.

## הערכה עובדתית

109. כפי שצינינו לעיל, בהקשר של עימות מזוין, לעתים נדרש לקיים הערכה עובדתית על מנת לקבוע אם יש לפתוח בחקירה. מטרתה העיקרית של הערכה זו היא לאסוף די מידע על האירוע. כמו כן, עליה לסייע לחקירה פוטנציאלית ולא לפגוע בה. לפיכך, העקרונות החלים על אופן ביצוע ההערכה העובדתית נקבעים בהתחשב במטרתה הכוללת של ההערכה.

110. בהתאם לכך, הערכה עובדתית צריכה להיערך על ידי מוסד או אדם בעלי מומחיות מבצעית מספקת כדי לסייע לחקירה עתידית. דרך נוספת שבה הערכה עובדתית יכולה לסייע לחקירה היא בכך שתבטיח כי איכות הראיות עומדת בסטנדרט גבוה דיו כדי שאפשר יהיה להתבסס עליהן בחקירה עתידית. הערכה עובדתית חייבת להיערך בדרך שלא תפגום בחקירה, למשל, באופן שלא יזהם את הראיות ויהפוך חקירה עתידית לבלתי-אפקטיבית. בענין *Ergi v. Turkey*, לדוגמא, ביקר בית הדין האירופי לזכויות אדם את המהימנותו של דו"ח על אירוע שנכתב על ידי קציני הז'נדרמיה, ואת ההסתמכות הרבה של התובע הציבורי על הדו"ח. קציני הז'נדרמיה שכתב את הדו"ח לא השיג הצהרות מעדי ראיה, ואף לא תשאל לעומק את כוחות הביטחון בזמן האירוע.<sup>283</sup> בשל איכותו הגרועה של הדו"ח, מצא בית הדין את הסתמכות התובע עליו לבעייתית. הערכה עובדתית שבוצעה באופן לא מקצועי ושלא בידי מומחים עלולה להפוך חקירה מאוחרת יותר הנסמכת עליה לבלתי-אפקטיבית.

111. הערכה עובדתית צריכה להיערך במהירות, משום שאי ביצועה במהירות עלול לגרום לעיכובים בלתי מוצדקים בחקירה מאוחרת יותר, וכך להפוך אותה לבלתי-אפקטיבית. למרות שפסיקת בית הדין האירופי התמקדה בפתיחה בחקירה, בית הדין הדגיש את חשיבותה של המהירות גם בשלבים המקדימים. בדומה לכך, בענין

283 ראו: ענין ארגי, לעיל ה"ש 276, בפסקאות 83-85.

*Musayev and Others v. Russia*, לא מצא בית הדין כל הצדקה לעיכוב המשמעותי בפתיחה בחקירה או, לכל הפחות, בהליכים המקדימים. בית הדין מצא כי מקרי המוות הרבים שקרו במהלך פעולה של רוסיה, בהקשר של לחימה בין הכוחות הרוסיים לבין לוחמים צ'צ'ניים, הם סיבה לזרז את הפתיחה בתהליך החקירה.<sup>284</sup> בנוסף, בענין אל-סקייני, הדגיש בית הדין את חשיבותה של "תגובה מהירה של הרשויות".<sup>285</sup>

112. סיכומו של דבר, המטרה העיקרית של הערכה עובדתית היא לאסוף את המידע הרלוונטי על האירוע הנטען בשלב הראשוני. יש לבצע את ההערכה העובדתית באופן שיגשים את מטרתה הכוללת, דהיינו, על ההערכה העובדתית להיערך במקצועיות, במומחיות ובמהירות, כך שתסייע לחקירה פוטנציאלית ולא תפגע בה.

284 ראו: ענין מוסייב, לעיל ה"ש 239, בפסקה 160.

285 ראו: ענין אל-סקייני, לעיל ה"ש 169, בפסקה 167; ענין יסאייבה, לעיל ה"ש 241, בפסקה 213; *Sasita Israilova and Others v. Russia*, App. No. 35079/04, Eur.Ct. H.R., para. 111 (Oct. 28, 2010).

113. החובה לערוך חקירה כל אימת שישנו חשד סביר לביצוע פשע מלחמה הינה חובה מבוססת במשפט הבינלאומי. גם בהעדר חשד סביר לפשע מלחמה מוטלת עדיין חובה לבצע הערכה עובדתית כאשר המידע חלקי או נסיבתי בלבד, ובפרט מקום שהתרחש אירוע או מקרה חריג כמו מקרה מוות בלתי צפוי של אזרחים. אם ההערכה העובדתית חושפת נסיבות המקימות חשד סביר לביצוע פשע מלחמה, יש לפתוח בעקבותיה בחקירה. אל לה להערכה העובדתית לפגוע באפקטיביות של החקירה הפוטנציאלית. חשוב גם לציין כי קיימת חובה חוקית לערוך בדיקה בגין כל חשד להפרה של המשפט הבינלאומי ההומניטארי שאינה עולה כדי פשע מלחמה. אם אכן התגלתה הפרה, יש לנקוט אמצעים מנהליים, משמעתיים או עונשיים מתאימים בהתחשב בחומרת ההפרה.

114. מההוראות הספציפיות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי החלות על עימות מזוין עולה, כי מוות או פציעה של אדם אינם מקימים כשלעצמם חשד סביר לביצוע פשע מלחמה. ללא מידע נוסף המבסס חשד כזה, לא מוטלת חובה משפטית לקיים חקירה. לעומת זאת, בשטח כבוש, כאשר הכוח הכובש עוסק בפעולות של אכיפת חוק, כגון שמירה על הסדר הציבורי או תגובה למהומות אזרחיות והתפרעויות, מקימים מוות או פציעה חמורה של אדם בידי כוחות הביטחון כשלעצמם חובה מיידית לפתוח בחקירה.

115. מקום שנדרשת חקירה במהלך עימות מזוין, עליה להתנהל על פי העקרונות הכלליים לקיומה של 'חקירה אפקטיבית', קרי עצמאות, העדר משוא פנים, אפקטיביות ויסודיות, מהירות וההיבט של שקיפות הנוגע לביקורת ציבורית. תוכנם המדויק של העקרונות הכלליים עשוי להשתנות בהתאם להקשר הספציפי ובשים לב לנסיבות, אולם החובה היסודית לנהל חקירה באופן אפקטיבי בעינה עומדת. במקרה הצורך, יש לקיים הערכה עובדתית באופן שיאפשר לה להגשים את תכליתה.

116. פרק זה שרטט בקווים כלליים את חובת הבדיקה והחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. הפרק ביסס את תוכנה של החובה על ידי התייחסות לכללים הרלוונטיים של המשפט הבינלאומי.

117. המסגרת הנורמטיבית, כפי שהותוותה בפרק זה, תשמש תשתית לניתוח בפרקים הבאים של הדו"ח, אשר יעמדו על האופן שבו תלויות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי נבדקות ונחקרות בישראל (ראו להלן פרק ג'), ועל ההתאמה בין מנגנונים אלה לבין חובותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי (ראו להלן פרק ד'). אך בטרם נפנה לסקירה של הפרקטיקה הנהוגה בישראל, תיזקק הוועדה תחילה למחקר השוואתי של הפרקטיקה הנוהגת בתחום זה בשש מדינות אחרות.



## פרק ב: סקירה משווה של מערכות חקירה זרות

### מבוא

1. פרק זה ענינו סקירה משווה שיזמה הוועדה של חוקים, מוסדות ותהליכים המשמשים שש מדינות אחרות – ארה"ב, קנדה, אוסטרליה, בריטניה, גרמניה והולנד – לצורך חקירת תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי – או כפי שמערכת משפטית זאת מכונה במדינות הנסקרות, דיני העימות המזוין (the law of armed conflict) – והעמדה לדין כאשר דינים אלה מופרים.<sup>1</sup>

פרק זה מבוסס על דוחות מפורטים שנערכו לגבי המדינות הנסקרות (הדוחות המדינתיים מצורפים כנספח ג'). הפרק יסכם את העמדות המשתקפות במערכות המשפט שנסקרו לגבי אחדות מן השאלות הדרושות להערכה של החוק והמדיניות הנהוגים כיום בישראל. ענינו של הפרק בהפרות אפשריות של דיני העימות המזוין על ידי כוחות צבאיים, ולא על ידי שירותי ביטחון אחרים (על אף שבדוחות המדינתיים מובא מעט מידע גם עליהם).

המבוא לפרק מסביר את מטרת הסקירה המשווה ומשרטט את המתודולוגיה לפיה נערכה. כמו כן כולל המבוא כמה הערות כלליות ביחס לגישה הנהוגה במערכות החקירה שנסקרו. בחלק הראשון של הפרק יתוארו המסגרות הנורמטיביות הבינלאומיות והמדינתיות הנצרכות לענין ('למה חוקרים ומה חוקרים?'). בחלק השני יתוארו המוסדות ובעלי התפקידים המעורבים בחקירה וכך הליכים פליליים או משמעתיים הננקטים בעקבות טענות בדבר הפרות של דיני העימות המזוין ('מי חוקר?'). בחלק השלישי ייבחנו התהליכים הנהוגים בכל מדינה בכל הנוגע לחקירה ולהליכים שבעקבותיה ('מתי ואיך חוקרים?'). בחלק הרביעי של הפרק יסוכמו הנקודות המרכזיות, המגמות הרווחות וההבדלים הבולטים בין המדינות שנסקרו.

1 פרק זה מאמץ את המינוחים של הדוחות המדינתיים אפילו כאשר משמעות המונחים שונה מהאופן שבו הם משמשים בפרקי הדו"ח האחרים. למשל, הפרק שומר על המונח 'דיני העימות המזוין' משום שחלק מהמדינות הנסקרות (ובפרט ארצות הברית) אינן עושות שימוש נרחב ב'משפט הבינלאומי ההומניטרי' בחקיקה ובמדיניות שלהן; ראו: Sean Watts, *Report on United States Law of Armed Conflict Investigations and Prosecution Practices*, at para. 4 (להלן: הדו"ח האמריקאי). דוגמא נוספת היא השימוש האחד במונח 'חקירה' גם בהתייחסויות להליכי בדיקה אחרים.

## מטרות הסקירה המשווה

2. סקירה זו מטרתה להשוות בין המנגנונים הקיימים בישראל לחקירת תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני העימות המזוין, כפי שנעמוד עליהם להלן בפרק ג', לבין הגישות הנהוגות במדינות אחרות שבהן יש מערכות מפותחות לחקירת הפרות ולטיפול בהן באמצעות הליכים פליליים או משמעתיים. על רקע זה תוכל הוועדה לבחון באופן מושכל את יעילות המנגנונים הנהוגים בישראל, ולהיעזר בדוגמאות שונות כבסיס להצעת רפורמות אפשריות. הוועדה אמנם מכירה בכך שהגישות שאומצו במדינות השונות מושפעות גם מחקיקה פנימית, שיקולי מדיניות, תרבות צבאית, שיקולים מבצעיים, והאתגרים השונים הנוצרים עקב ההבדלים במספר החקירות ובהיקפן.<sup>2</sup> אולם למרות ההבדלים, הוועדה עדיין סבורה שיש בסקירה המשווה תועלת רבה; היא מספקת קשת רחבה של מנגנונים אפשריים שמדינה יכולה לנקוט בהם כדי להגשים את חובותיה לפי המשפט הבינלאומי, והיא מאפשרת להעריך באופן ביקורתי את היתרונות והחסרונות שבכל גישה ואת התאמתה למציאות המשפטית והצבאית בישראל.

השיקול המנחה בבחירת המדינות שנסקרו היה, בראש ובראשונה, הרצון לבחור באותן מערכות משפט אשר השוואה למנגנונים שאומצו בהן תמקסם את התועלת והלקחים שניתן יהיה להפיק מהסקירה המשווה כדי לייעל את המנגנונים הנהוגים כיום בישראל. יתר על כן, שש המדינות שנבחרו ידועות במנגנונים המשוכללים שהן פיתחו לחקירת הפרות של דיני העימות המזוין, ובכך שיש להן ניסיון מהעת האחרונה בהפעלתם.<sup>3</sup> זאת ועוד, הוועדה ביקשה להגביל את הסקירה המשווה למדינות המפורסמות במחויבות שלהן לשלטון החוק, ומכאן שגם ליישום ולאכיפה

2 לסטטיסטיקות ביחס לחקירה (או ועדות חקירה אחרות) והעמדה לדין בגין הפרות לכאורה של דיני העימות המזוין (למשל מספרי התלונות, הענינים שנחקרו, כתבי האישום שהוגשו, הליכים שאינם שיפוטיים, הליכים שיפוטיים, פסקי דין) ראו: הוד"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקאות 111-112; Holly MacDougall, *Canada: Investigation*; 136-143 and Annex and *Prosecution of Alleged Violations of the Law of Armed Conflict*, at paras. 136-143 and Annex Tim McCormack, *Australian Law and Practice relevant to Investigation and Prosecution of LOAC Violations*, at paras. 83-85 (להלן: "הוד"ח האוסטרלי"); A Peter Rowe, *Comparative Study of Other Systems for Investigating Alleged LOAC Breaches: The Law of the United Kingdom*, Wolff Heintschel von Heinegg & Robert Frau, *Investigation*, at paras. 4.22-4.24 (להלן: "הוד"ח הבריטי"); and *Prosecution of Violations of the Law of Armed Conflict in Germany*, at Appendix V, paras. 24-28 T. D. Gill & J. J. M. van Hoek, *Netherlands: Investigation and Prosecution of* (להלן: "הוד"ח הגרמני"); and *Alleged Violations of the Law of Armed Conflict*, at paras. 84-85 (להלן: "הוד"ח ההולנדי").

3 יצוין, כי בחומרים שהוגשו לוועדה הוצגו הערכות סותרות לגבי המערכות של ארבע מהמדינות שנבחרו בסקירה זו (ארה"ב, בריטניה, קנדה, ואוסטרליה). אף שחומרים אלה סייעו לוועדה, הסקירה בפרק זה הוכנה אך ורק על בסיס הדוחות המדינתיים שנערכו על ידי מומחים על פי המתודולוגיה המתוארת בפרק זה.



של דיני העימות המזוין. בכך קבעה הוועדה רף גבוה אשר נמנע במכוון מלהצטמצם לאותן פרקטיקות מינימאליסטיות שיש בהן כדי לשקף את המשפט הבינלאומי המנהגי ותו לא. לבסוף, כל שש המדינות נשוא הסקירה המשווה היו מעורבות בעבר הקרוב במבצעים צבאיים נרחבים ומגוונים והתמודדו עם מצבים מורכבים של עימות מזוין, ובכלל זה עימות עם קבוצות לא-מדינתיות, לחימה המתנהלת בקרבת אוכלוסיה אזרחית, ומצבים שבהם הגדרת סוג העימות (עימות מזוין בינלאומי ושאינו בינלאומי) איננה ברורה. חלק מהמדינות הללו היו מעורבות גם בסוגים שונים של מבצעי שלום (peace operations) שניתן בהם דגש רב יותר על שמירת החוק והסדר מאשר על פעולות לחימה צבאיות.

לענין שיטת המשפט הנוהגת במדינות שנבחרו, בארבע מהן (ארה"ב, בריטניה,<sup>4</sup> קנדה ואוסטרליה) נוהגת שיטת המשפט המקובל (common law), ובשתיים האחרות (גרמניה והולנד) נוהגת שיטת המשפט הקונטיננטלי. בכל מדינות המשפט המקובל קיימת מערכת משפט צבאי נפרדת, אם כי יש ביניהן שונות ניכרת לענין חלוקת הסמכויות בכל הקשור להליכי החקירה וההעמדה לדין. לגרמניה והולנד אין מערכות משפט צבאי, במובן זה שהן אינן מאפשרות העמדה לדין בגין עבירות פליליות שלא בבתי המשפט האזרחיים (למרות שבהולנד קיים הרכב צבאי מיוחד בבית משפט אזרחי שנתונה לו סמכות השיפוט מקום שהנאשם משרת בכוחות המזוינים). עם זאת, הן בגרמניה והן בהולנד ממלאת המשטרה הצבאית תפקיד משמעותי בחקירת הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין, אשר (במידת הצורך) הרשויות האזרחיות מעמידות לדין בגינן.<sup>5</sup>

## המתודולוגיה של הסקירה המשווה

3. הסקירה המשווה נערכה באופן הבא: ראשית, הכינה הוועדה שאלון אחיד (ראו נספח ג') שיש בו כדי לספק תמונת מצב מקיפה של המוסדות והתהליכים הקיימים בכל מדינה. בשאלון הושם דגש על חשדות להפרות שהתבצעו בידי הכוחות המזוינים,

4 המשפט שנסקר למעשה הוא זה של אנגליה ושל ויילס, ראו: הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בה"ש 3.

5 להשקפות שונות ביחס לשאלה מתי פרקטיקות החקירה של מדינות משקפות את המשפט הבינלאומי המנהגי, ראו: Michael N. Schmitt, *Investigating Violations of International Law in Armed Conflict*, 2 HARV. NAT. AMICHAH COHEN AND YUVAL SHANY, *Beyond the Grave Breaches Regime: The Duty*; SEC. J. 31, 56 (2011) *to Investigate Alleged Violations of International Law Governing Armed Conflict*, in YEARBOOK OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW, 37 (Michael N. Schmitt and Louise Arimatsu eds., 2011).

אם כי נתבקש מידע גם על החוקים, התהליכים והמוסדות הרלוונטיים לחקירות של הפרות שהתבצעו בידי אזרחים המועסקים בשירותי הביטחון.

בחלקו הראשון והכללי של השאלון התבקש מידע על המבנה הכללי של המערכות הקיימות בכל מדינה לצורך חקירה והעמדה לדין בגין הפרות של דיני העימות המזוין, לרבות סקירה של החובות על פי החוק הפנימי והמשפט הבינלאומי המנהגי, הבסיס לסמכות השיפוט הפלילית ביחס להפרות של דיני העימות המזוין, ואפיקים אחרים מלבד העמדה לדין שעשויים להיות רלוונטיים לחקירות של הפרות אפשריות. בחלקו השני התמקד השאלון במערכת המשפט האזרחית ככל שהיא נוגעת לדיני העימות המזוין, ועסק בפרט במעמד, בתפקיד ובעצמאות של התובע הכללי (Attorney-General) ושל רשויות תביעה אזרחיות מקבילות, ברשויות המשטרה והחקירה האזרחיות, ובחוקים החלים על שירותי ביטחון אזרחיים, כגון המשטרה ושירותי המודיעין. בחלקו השלישי של השאלון נחקרו ביתר פירוט אופיה ואופן פעולתה של מערכת המשפט הצבאית, ובכלל זה תהליכי הדיווח והחקירה; מעמדם, תפקידם ועצמאותם של החוקרים הצבאיים, של היועצים המשפטיים ושל התובעים; תפקידם של המפקדים בחקירה ובהעמדה לדין; והאמצעים המנהליים והמשמעתיים שניתן לנקוט לצד, או במקום, העמדה לדין בגין הפרות של דיני העימות המזוין. בחלק האחרון של השאלון, שעסק ביישום המדיניות בפועל, התבקשו פרטים נוספים בנושאים קונקרטיים הרלוונטיים לדיווח ולחקירה של הפרות אפשריות על ידי אנשי הכוחות המזוינים.

מומחים שונים למשפט ולפרקטיקה בכל מדינה התבקשו להכין דו"ח על פי השאלון. במקרים מסוימים, לאחר בחינה ראשונית של טיטות הדוחות, התבקשו המומחים לספק מידע ופרטים נוספים בנושאים שונים. מידע נוסף זה משתקף בדוחות הסופיים.

פרק זה מבוסס בעיקר על הדוחות המדינתיים ועל המקורות הנזכרים בהם, אלא אם צוין אחרת. מראי מקום למסמכים ספציפיים עשויים להינתן במקרה של ציטוט ישיר, אולם ברוב המקרים ההפניה היא במישרין לפסקאות הרלוונטיות בדוחות המדינתיים. בכל מקרה של חוסר התאמה בין הפרק ובין הדוחות, הדוחות גוברים בהיותם מקור המידע המקורי והמפורט ביותר. הדוחות מעודכנים נכון לחודש

אוגוסט 2011 ואף כי נערכו בהם עדכונים אחדים מאז, הרי שהתפתחויות מאוחרות יותר במשפט ובמדיניות של המדינות השונות לא שולבו בפרק באופן שיטתי.

## התפתחויות במשפט ובפרקטיקה במדינות שנסקרו

4. נפתח בהצגה שיטתית של המשפט והפרקטיקה בכל אחת מהמדינות שנסקרו, חשוב לציין עד כמה השתנו המסגרות המשפטיות ומערכות המשפט הצבאיות והאזרחיות הרלוונטיות לדיני עימות מזוין בעשורים האחרונים ועודן מוסיפות להשתנות.

כל המדינות הנסקרות, למעט ארצות הברית, הכניסו תיקוני חקיקה שונים בעקבות אשרור חוקת רומא, שחלקם משקפים שינויים מרחיקי לכת בהיקף ההתנהגות הנחשבת לפלילית וכן בסדרי ההעמדה לדין. מדינות שהצטרפו לאמנה האירופית לזכויות אדם (בריטניה, גרמניה והולנד) מחויבות להבטיח זכויות אדם לכל אדם בתחום השיפוט שלהן, חובה שפורשה ככזו המחייבת להחיל הגנה חוץ-טריטוריאלית על הזכויות שבאמנה ביחס לטווח רחב של אנשים, אפילו במצבים של עימות מזוין.<sup>6</sup>

חלק מהמדינות ערכו שינויים משמעותיים במערכות המשפט הצבאיות שלהן, בין אם מתוך רצון לאמץ דרכי פעולה אופטימאליים (best practice), ובין אם בתגובה למקרים קונקרטיים שבהם המערכות הקיימות נמצאו לוקות בחסר בכל הנוגע למניעת עבירות על החוק, לחקירתן ולענישה בגינן, או כשלו בהגנה על זכויות הנאשמים. בריטניה הכניסה במשך מספר שנים תיקונים מסוימים במערכת המשפט הצבאית שלה כדי לוודא שהיא מכבדת את הזכות למשפט הוגן הקבועה באמנה האירופית לזכויות אדם ובחוק זכויות האדם משנת 1998. קנדה ערכה שינויים במערכת בתי הדין הצבאיים שלה כדי לוודא שהתהליך המשפטי עולה בקנה אחד עם הזכות למשפט הוגן אשר מובטחת בכתב הזכויות והחירויות הקנדי (Canadian Charter of Rights and Freedoms). קנדה ערכה רפורמות נוספות שיושמו בשנת 1999 ושמטרתן היא להפריד את גורמי ההעמדה לדין משרשרת הפיקוד, זאת בין היתר בהשפעת ממצאים חמורים

6 ראו למשל: Al-Skeini and Others v. United Kingdom, App. No. 55721/07, Grand Chamber Eur.Ct. : H.R., paras. 138 (Jul. 7, 2011) (להלן: ענין אל-סקייני).

בנוגע להתנהגות הכוחות הקנדיים בסומליה ולקשיים במערכת המשפט הצבאית. דו"ח משנת 2009 של הוועדה לתלונות על המשטרה הצבאית (Military Police Complaints Commission) אשר ביקר את האופן שבו פעלה המשטרה הצבאית באפגניסטן, הביא למאמצים נוספים להגביר את עצמאותה. גם אוסטרליה ערכה רפורמה במערכת המשפט הצבאית שלה בשנת 2006, ובמסגרת רפורמה זו הוקם בית דין צבאי חדש שאינו תלוי בשרשרת הפיקוד ושנועד להחליף את מערכת בתי הדין הצבאיים ואת מערך השופטים הצבאיים.<sup>7</sup> הולנד ערכה שינוי יסודי ומקיף במערכת המשפט הצבאית שלה בשנת 1991, שבמהלכו העבירה למערכת המשפט האזרחי את סמכות השיפוט בעבירות פליליות המבוצעות על ידי כוחות הצבא, ובשנת 2006 אימצה את שיטת ה'דוחות שלאחר פעולה' (After Action Reports) אשר תומכת בתהליך החקירה העובדתית השגרתית של כל מקרה מוות או פציעה חמורה של אזרחים.

ככלל, המגמה בשינויים אלה היתה להעמיק את ההתמחות וההתמקצעות בתהליכי החקירה וניהול ההליכים הפליליים או המשמעתיים, ולנתק את הזיקה לשרשרת הפיקוד המבצעית. היקף השינוי והמגמה הכללית שביסודו במדינות הנסקרות עשוי להיות רלוונטי למסקנות שאפשר ללמוד מסקירה זו.

7 עם זאת, בעקבות החלטה שיפוטית לפיה היבטים מסוימים של בית המשפט הצבאי האוסטרלי החדש הם בלתי חוקתיים, חזרה אוסטרליה בינתיים לשיטת בתי הדין הצבאיים; הדו"ח האוסטרלי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 7-11.

## א. המסגרת הנורמטיבית ('למה חוקרים ומה חוקרים?')

### המשפט הבינלאומי החל

5. כאמור לעיל, חלק גדול מהפרקטיקה שהמדינות הנסקרות אימצו ביחס לחקירות של חשדות להפרות של דיני העימות המזוין עוצב לאור חקיקה פנימית, שיקולי מדיניות, תרבות משפטית וצבאית וצרכים מבצעיים. עם זאת, אין ספק כי מסגרת המשפט הבינלאומי, והחובות לפי דיני העימות המזוין, מציבים פרמטרים לגישה שאומצה. יתרה מזאת, אין ספק כי משפט זכויות האדם הבינלאומי וטריבונלים לזכויות אדם, כמו גם התפתחויות במשפט הבינלאומי הפלילי, הם גורמים חשובים שהשפיעו על שינויים שחלו בעת האחרונה בגישות השונות של המדינות. חלק זה משרטט את עמדתן של המדינות שנסקרו ביחס לדיני העימות המזוין, למשפט זכויות האדם הבינלאומי ולמשפט הבינלאומי הפלילי.

### דיני העימות המזוין

6. המדינות שנסקרו מחזיקות בעמדות שונות במקצת באשר למכלול המשפטי של דיני העימות המזוין המחייב אותן. כל המדינות קיבלו על עצמן ליבה בסיסית של דיני העימות המזוין בכך שאשררו את אמנות ז'נבה משנת 1949, וכל המדינות מלבד ארה"ב אשררו את הפרוטוקולים הנוספים הראשון והשני. מקורות שונים מלמדים שחלק מהוראות הפרוטוקול הנוסף הראשון והשני מקובלות על ארה"ב כמשקפים משפט בינלאומי מנהגי.<sup>8</sup>

8 הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 7; מקורות אלו אינם מעידים על עמדה חד משמעית כלשהי ביחס לדרישות המפורטות בסעיף 87, מלבד על כך שארצות הברית "תומכת בעיקרון לפיו הרשויות המתאימות... ינקטו את כל האמצעים הנחוצים כדי להביא לדין כל אדם שביצע מרצונו מעשים כאלה... ויעשו מאמצים כנים כדי לשתף פעולה זו עם זו בעניין זה"; Michael J. Matheson, *Remarks in Session One: The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Convention*, 2 AM. UNIV. J. INT'L L. & POL'Y 419, 428 (1987).

7. המדינות שנסקרו אשררו את האמנות הבינלאומיות העיקריות לזכויות האדם, כולן או חלקן, אם כי הן נוקטות גישות שונות ביחס לתחולתן של האמנות (ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי המנהגי) במצבי עימות מזוין.

עמדתה של ארה"ב היא שלמשפט זכויות האדם הבינלאומי ההסכמי אין תחולה חוץ-טריטוריאלית. לטענתה, אפילו היתה לו תחולה חוץ-טריטוריאלית, הרי שבזמן עימות מזוין, דיני העימות המזוין משמשים כדין מיוחד (*lex specialis*) ומחליפים את הוראותיהם של משטרים משפטיים כלליים יותר כגון משפט זכויות האדם הבינלאומי.<sup>9</sup> עמדות אלה באשר להעדר התחולה החוץ-טריטוריאלית של משפט זכויות האדם הבינלאומי ובאשר לתפיסת המשפט הבינלאומי ההומניטארי כדין מיוחד, מפחיתות במידה ניכרת את היקף התחולה (אם בכלל) של משפט זכויות האדם הבינלאומי במצבים של עימות מזוין.<sup>10</sup> עמדתה של קנדה היא שמשפט זכויות האדם הבינלאומי חל תמיד, בין במצבים של שלום ובין במצבים של עימות מזוין, אך בעת עימות מזוין אפשר לקבוע מהם עקרונות זכויות האדם הרלוונטיים רק על ידי התייחסות אל דיני העימות המזוין כאל דין מיוחד. מקום בו אין התאמה בין מערכות הדינים, יגברו דיני העימות המזוין.<sup>11</sup> עם זאת, שאלת התחולה של דיני העימות המזוין ושל משפט זכויות האדם הבינלאומי בעימות מזוין היא שאלה מורכבת ותלויה בנסיבות הספציפיות של כל מקרה.<sup>12</sup> אוסטרליה, לעומת זאת, אינה רואה במשפט זכויות האדם הבינלאומי דין מחייב חוץ-טריטוריאלית במצבים של עימות מזוין, אולם תהיה נכונה להחיל, כמדיניות, סטנדרטים של זכויות אדם ככל שצרכיה הצבאיים יתירו זאת.<sup>13</sup>

בריטניה, גרמניה והולנד מחזיקות בעמדה שונה מעט. הן כפופות למשטר

9 הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 13. לעמדת ארצות הברית, נכון לדצמבר 2011, ראו: The US Government fourth periodic report to the Human Rights Committee, at paras. 506–507, available at: [http://ushrnetwork.org/sites/default/files/declaration-treaty/ICCPR\\_Fourth\\_Periodic\\_Report.pdf](http://ushrnetwork.org/sites/default/files/declaration-treaty/ICCPR_Fourth_Periodic_Report.pdf)

10 הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 13.

11 כמו כן, נורמות זכויות האדם הכלולות בסעיף המשותף 3 ובסעיף 75 לפרוטוקול הנוסף הראשון לאמנות ז'נבה חלות במסגרת המשפט ההסכמי או המנהגי, לפחות בכל הנוגע למעצר. ראו: *Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association v. Chief of the Defence Staff for the Canadian Forces et al.*, Court File No. T-324-07, Respondent's Factum 83 (Jan. 18, 2008), available at: [www.bccla.org/KennethWatkin\\_UseofForceduringOccupation:LawEnforcement;antiterrorissue/factumcrown.pdf](http://www.bccla.org/KennethWatkin_UseofForceduringOccupation:LawEnforcement;antiterrorissue/factumcrown.pdf) .and *Conduct of Hostilities*, 94 (885) IRRIC REV. 267, fn 267 (2012)

12 הדו"ח הקנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 17–19.

13 הדו"ח האוסטרלי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 22.

זכויות אדם אזורי – האמנה האירופית לזכויות אדם – ולסמכות השיפוט של בית הדין האירופי לזכויות אדם.<sup>14</sup> בית הדין האירופי לזכויות אדם פיתח תורת משפט מקיפה באשר לנסיבות שבהן תחול האמנה באופן חוץ-טריטוריאלי, לרבות במצבים של עימות מזוין, וזהו גורם משמעותי בעיצוב הכללים של מדינות אלו בנוגע לנסיבות שבהן יחולו החובות הנובעות ממשפט זכויות האדם, ולהיקף התחולה שלהן, במצבים של עימות מזוין.<sup>15</sup>

בית הדין האירופי לזכויות אדם בחן את תחולת האמנה האירופית לזכויות אדם ביחס לאנשים שמתו בנסיבות שונות באזור בעיראק שבו פעלו כוחותיה המזוינים של בריטניה, במהלך התקופה שלאחר תום פעולות הלחימה העיקריות. ממשלת בריטניה טענה כי למעט מקרה מוות של אדם אחד בשבי הבריטי, לא היתה לבית הדין כל סמכות שיפוט ביחס למקרי מוות שהתרחשו במהלך פעולות לחימה. בית הדין קבע כי היתה לכוחות הבריטיים שליטה אפקטיבית באזור הרלוונטי בתקופה שבין נפילת ממשלת הבעת' ובין כינון הממשלה הזמנית, והם החזיקו בחלק מהסמכויות המנהליות שאותן מפעילה על פי רוב ממשלה ריבונית, ובכלל זה סמכות ואחריות לשמירה על הביטחון. בהתאם לכך, היתה לבריטניה, באמצעות חייליה שעסקו בפעולות ביטחוניות בדרום מזרח עיראק, סמכות ושליטה על האנשים שנהרגו במהלך הפעולות, ככל שאנשים אלה היו בסמכות השיפוט של בריטניה, והיתה זו חובתה להבטיח את זכויותיהם לפי האמנה (ולעניינו, לחקור כל טענה להפרה של זכותם לחיים).<sup>16</sup>

בדומה לבריטניה, גם לגישתן של גרמניה והולנד, משפט זכויות האדם הבינלאומי חל באופן חוץ-טריטוריאלי במצבים של עימות מזוין, ככל שהאנשים הרלוונטיים נמצאים בשטחים שתחת אחריותן.<sup>17</sup> בגרמניה, משרד ההגנה הפדראלי מנסח כעת תקנה פנים-משרדית חדשה בנוגע לתחולת משפט זכויות האדם בעימות מזוין. נראה כי תקנה זו תאשר את תחולתו של משפט זכויות האדם, אך תראה בדיני

14 ארה"ב אינה צד לאמנה האמריקאית לזכויות אדם ואינה כפופה לבית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם. הוועדה הבין-אמריקאית לזכויות אדם פרסמה אזהרה והחלטה הקוראת לארצות הברית לסגור את המתקן שלה במפרץ גואנטנמו. תגובתה של ארצות הברית הייתה כי הוועדה הבין-אמריקאית נעדרת סמכות בענין; הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 14.

15 הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 1.29-1.32; הדו"ח הגרמני, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 24-28; הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 79.

16 ענין אל-טקייני, לעיל ה"ש 6, בעמ' 149; לדיון בהחלטה, ראו: הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 1.25.

17 הדו"ח הגרמני, לעיל ה"ש 2, בפסקה 25.

העימות המזוין דין מיוחד ביחס למשפט זכויות האדם.<sup>18</sup> מדיניותה של הולנד היא להחיל את האמנה האירופית לזכויות אדם בכל מצב שבו הכוחות המזוינים ההולנדיים עוסקים במשימה מחוץ לגבולות המדינה, אפילו מקום שהאמנה אינה בהכרח חלה מבחינה משפטית.<sup>19</sup>

### המשפט הבינלאומי הפלילי

8. כל המדינות שנסקרו, למעט ארה"ב, אשררו את חוקת רומא, וחוקקו חקיקה שנועדה לאפשר להן לחקור ולהעמיד לדין בגין העבירות הקבועות בחוקת רומא. ברבות ממדינות אלו, אשררו חוקת רומא כמו גם הרצון להבטיח כי במידת הצורך תוכל המדינה להעמיד את נתיניה לדין, שימשו זרז לתיקון ולפיתוח חקיקה המגדירה עבירות המהוות פשעי מלחמה והפרות אחרות של דיני העימות המזוין.<sup>20</sup>

### המשפט הפנים-מדינתי החל

9. המדינות שנסקרו נבדלות זו מזו במידת מה לענין הממשק בין המשפט הבינלאומי ובין שיטת המשפט הפנימית. בחלק מהמדינות, אמנות הופכות להיות חלק מהמשפט המדינתי משעה שאושררו, ואילו במדינות אחרות נחוצה לשם כך חקיקה מפורשת. יהא הממשק בין המשפט הבינלאומי למשפט הפנים-מדינתי אשר יהא, הסוגיה העיקרית בנוגע לחקירה ולהעמדה לדין (לפחות בגין פשעי מלחמה); ישנן דרכים אחרות להתמודד עם הפרות קלות יותר) היא שאלת קיומן של עבירות פליליות על פי המשפט הפנימי. כל המדינות שנסקרו חוקקו חוקים הקובעים עבירות ספציפיות המהוות פשעי מלחמה (בין אם הן נקראות כך ובין אם לאו), ורובן קבעו בחוקיהן הוראות העוסקות בסוגיית 'אחריות מפקדים', דהיינו, אחריות פלילית בגין מחדל למנוע פשעים שבוצעו על ידי פקודים.

אפילו ביחס לפשעי מלחמה, הדין הפלילי הכללי וקוד המשמעת הצבאי עשויים

18 שם, בפסקה 26.

19 הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 15.

20 ראו: הדו"ח האוסטרלי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 4; הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 1.18; הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 12; הדו"ח הגרמני, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 4-8; בקנדה, אשרורה של חוקת רומא (Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 U.N.T.S 3, Article 28 (1998)) הביא לשינויים בהסדרי שיתוף הפעולה בין המשטרה ובין משרד המשפטים בחקירות של פשעי מלחמה; ראו: הדו"ח הקנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 16.



להיות רלוונטיים (ולאו דווקא עבירות הקשורות ישירות להפרות של דיני העימות המזוין), בעיקר משום שחלק מהמדינות נוהגות להעמיד לדין חשודים בביצוע הפרות המשרתים בכוחות המזוינים על ידי האשמתם בעבירות לפי הדין הפלילי הכללי או הקוד הצבאי, ולא בעבירות הקשורות במישרין לפשעי מלחמה או להפרות של דיני העימות המזוין. להלן יוצגו בתמצית החוקים המרכזיים במשפט המדינתי שניתן להחיל על הפרות של דיני העימות המזוין.

### הוראות ספציפיות הקשורות לפשעי מלחמה ולהפרות של דיני העימות המזוין

10. חלק מהמדינות שנסקרו קבעו כעבירות פליליות טווח רחב יותר של הפרות של דיני העימות המזוין מאשר אחרות. להלן נעמוד על סוגי העבירות העיקריות שאומצו בכל אחת מן המדינות. יש לציין כי לא בכל המדינות משמש המונח 'פשעי מלחמה' כדי לציין עבירות המקימות אחריות פלילית, ומדינות שונות כוללות עבירות שונות במסגרת הפשעים שניתן להעמיד בגינם לדין.

בארה"ב, חוק העונשין הפדראלי מגדיר 'פשעי מלחמה' כרשימה סגורה של התנהגויות, הכוללת הפרות חמורות של אמנות ז'נבה משנת 1949 ושל כל פרוטוקול של האמנות שארה"ב היא צד לו (נכון להיום, הפרוטוקול הנוסף השלישי בלבד); התנהגויות אסורות לפי סעיפים 23, 25, 27 ו-28 לנספח לאמנת האג הרביעית; הפרות חמורות של סעיף 3 המשותף, כאשר אלו מתבצעות בהקשר של עימות מזוין שאינו בינלאומי; והתנהגות של אדם אשר, בהקשר של עימות מזוין ובניגוד לפרוטוקול בדבר איסור או הגבלת שימוש במוקשי יבשה, מטענים ממולכדים ומתקנים אחרים (הפרוטוקול השני לאמנה על כלי נשק קונבנציונליים מסוימים), הורג או גורם נזק רציני לאזרחים באופן מכוון.<sup>21</sup> עם זאת, שוררת אי ודאות ביחס להיקף המונח 'פשעי מלחמה'. מחד, מדריכים מסוימים של צבא ארה"ב קובעים כי כל הפרה של דיני העימות המזוין עולה כדי פשע מלחמה, בעוד שמחומרים אחרים של משרד ההגנה ושל חיל הים עולה הבחנה בין פשעי מלחמה ובין קבוצה רחבה יותר של הפרות אחרות של דיני העימות המזוין.<sup>22</sup> מדריכים צבאיים מונים פעולות

21 (c) 2441, 18 U.S.C. § 2441(c); War crimes, 18 U.S.C. § 2441(c); פרוטוקול מס' 2 לאמנה זו, בדבר איסורים או הגבלות על השימוש במוקשים, מלכודות פתאים והתקנים אחרים (CCW Protocol II 1980) (אושרר ונכנס לתוקף ב-1995); הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 8; יש לשים לב להגדרה הצרה של ארצות הברית להפרות חמורות שבסעיף המשותף 3.

22 שם, בסעיף 8.

שונות בנוסף לעבירות המוכרות בחוק העונשין אשר נכללות בגדר 'פשעי מלחמה', ובכלל זה התעללות בגופות, שימוש לרעה בסמל הצלב האדום, וכפייה של שבוי מלחמה לבצע עבודות אסורות.<sup>23</sup>

בקנדה, מדריך לדיני העימות המזוין מגדיר פשעי מלחמה כהפרות רציניות של דיני המלחמה ומנהגיה.<sup>24</sup> ה-Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000 מגדיר פשעי מלחמה כמעשים או מחדלים שהתבצעו במהלך עימות מזוין, אשר בזמן ובמקום שהתבצעו היו פשעי מלחמה לפי החוק הבינלאומי המנהגי או ההסכמי החל בעימותים מזוינים. סעיף פרשני בחוק מוסיף וקובע כי פשעים לפי סעיפים 6, 7 ו-8(2) לחוקת רומא הם פשעים לפי החוק הבינלאומי המנהגי.<sup>25</sup> ה-Geneva Conventions Act קובע אף הוא שורה של עבירות הכוללות את כל ההפרות החמורות של אמנות ז'נבה ושל הפרוטוקול הנוסף הראשון.<sup>26</sup>

באוסטרליה, ה-Criminal Code Act 1995 מכיל כיום עבירות התואמות את כל העבירות הקבועות בחוקת רומא.<sup>27</sup> החקיקה האוסטרלית משתמשת במונח 'פשעי מלחמה' לציון קבוצת עבירות המקבילות לאלו שבסעיף 8 לחוקת רומא.

בבריטניה, כולל החוק הפלילי עבירות אחדות הרלוונטיות לדיני העימות המזוין, כגון ביצוע הפרות חמורות של אמנות ז'נבה משנת 1949 או של הפרוטוקול הנוסף הראשון ושימוש לרעה בסמלים מוגנים. כמו כן, חוקקה בריטניה ב-International Criminal Court Act 2001 עבירות האוסרות על פשעי מלחמה כהגדרתם בסעיף 8 לחוקת רומא, על רצח עם כהגדרתו בסעיף 6 ועל פשעים נגד האנושות כהגדרתם בסעיף 7.<sup>28</sup>

בגרמניה, בניסוח ההוראות הרלוונטיות של ה-Code of Crimes against International Law (Völkerstrafgesetzbuch או VStGB), ביקש המחוקק להטמיע במשפט הגרמני את מכלול הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי בנוגע לפשעי מלחמה

23 שם, בסעיף 9.

24 הדו"ח הקנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 9.

25 שם, בפסקה 10.

26 שם, בפסקה 11.

27 הדו"ח האוסטרלי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 4.

28 הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 1.14.

ולפשעים הקבועים בסעיף 8 לחוקת רומא.<sup>29</sup> הוראות ה-*Völkerstrafgesetzbuch*, בניגוד לחלק מההוראות האחרות הנוגעות לפשעי מלחמה הנסקרות כאן, כמעט שאינן מבחינות בין החוקים החלים בעימות מזוין בינלאומי ובעימות מזוין שאינו בינלאומי, ואינן מבחינות בין 'הפרות חמורות' ובין פשעי מלחמה אחרים. תחת זאת, ההוראות עוצבו סביב האינטרסים השונים שעליהם ביקש החוק להגן (בני אדם, כרוש, פעולות, סמלים הומניטאריים וכיו"ב).<sup>30</sup>

בהולנד, כולל ה-*International Crimes Act*<sup>31</sup> עבירות של הפרות חמורות של אמנות ז'נבה ושל הפרוטוקול הראשון הנוסף, כמו גם הפרות רציניות אחרות של דיני העימות המזוין הקשורות הן לעימות מזוין בינלאומי והן לעימות מזוין שאינו בינלאומי, וכן הפרות אחרות של דיני המלחמה ומנהגיה. ה-*International Crimes Act* אוסר על עבירות רבות המקבילות ל'פשעי מלחמה' כהגדרתם בסעיף 8 לחוקת רומא, אף על פי שהמונח 'פשעי מלחמה' אינו מופיע בחוק,<sup>32</sup> והוא כולל גם עבירות אחרות שאינן מופיעות בחוקת רומא. תקיפה בנסיבות לא מחמירות של שבוי מלחמה או של עציר שאין בה סכנת פציעה חמורה או שאינה מגיעה כדי יחס אכזרי, לא הומאני או משפיל, או גניבה של פריט אישי מאדם כזה הן דוגמא לעבירות כאלה.<sup>33</sup>

11. מלבד חקיקת עבירות פנימיות האוסרות על הפרות של דיני העימות המזוין, רוב המדינות שנסקרו חוקקו גם הוראות העוסקות ב'אחריות מפקדים'. למפקדים או לבעלי סמכות אחרים עשויה להיות מידה כלשהי של אחריות פלילית ביחס למעשי פקודיהם, אם כשותפים לדבר עבירה (למשל, מקום שהמפקד או הממונה סייע להתנהגות הכפופים לו או עודד אותה<sup>34</sup>) ואם בפני עצמם (למשל, מקום שהמפקד פקד לבצע את העבירות או לא פיקח כראוי והתנהגותו היוותה הזנחה של תפקידו או עבירה דומה אחרת<sup>35</sup>). עם זאת, סעיף 28 לחוקת רומא קובע עילות נפרדות להטלת

29 הדו"ח הגרמני, לעיל ה"ש 2, בפסקה 111.

30 שם, בפסקה 110.

31 *Wet Internationale Misdrijven* או WIM.

32 הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 8.

33 שם.

34 הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 1.45.

35 הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 21; לדוגמא לאישומים שהוגשו כנגד מפקד על התרשלות שהביאה לכך שלא מילא את אחד מתפקידיו, ראו: הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 1.21, ואת גיליון האישום הנזכר שם, בה"ש 45.

אחריות פלילית על מפקדים בצבא וממונים אזרחיים. בקווים כלליים, אנשים אלה יועמדו לדין בגין עבירות נפרדות, בהתקיים שני תנאים מצטברים: האחד, הם ידעו או היו אמורים לדעת שפקודיהם מבצעים או עתידים לבצע פשעים בתחום השיפוט של בית הדין (מפקדים בצבא), או אם הם ידעו או התעלמו במודע ממידע שהצביע בכירור על כך שהכפופים להם מבצעים או עתידים לבצע פשעים (ממונים פוליטיים או אחרים); השני, הם לא נקטו בכל האמצעים הסבירים למנוע את הפשעים או להעביר את הטיפול בענין לידי הרשויות המוסמכות לשם חקירה והעמדה לדין. מבין המדינות שנסקרו, חמש המדינות שאשררו את חוקת רומא קבעו הוראות דומות בחוק הפלילי הפנימי, אם כי תוך הכנסת שינויים מסוימים שנועדו להתאימן לחוק הקיים בדבר העילות החלופיות להקמת אחריות פלילית. אחת התוצאות הנובעות מחקיקה זו היא הרחבת העילות האפשריות להטלת אחריות פלילית על אזרחים המעורבים בקבלת החלטות לגבי התנהלות העימות המזוין.

בקנדה, מגדיר החוק הרלוונטי עבירה עצמאית שבגינה ניתן להעמיד לדין מפקדים וממונים אזרחיים במישרין, וזאת במקום להאשים באחריות (liability) לעבירה של הכפופים להם. עבירה זו חלה רק כאשר מפקד ידע או היה עליו לדעת על עבירות שעמדו או שעומדים לעבור הכפופים לו.<sup>36</sup> באוסטרליה, מאפשרות ההוראות הרלוונטיות בחקיקה הפלילית הפנימית להאשים מפקדים וממונים אזרחיים באחריות לעבירות שביצעו הכפופים להם, והן כוללות, כעילה לאחריות מפקדים, יסוד נפשי של פזיזות ביחס לביצוע העבירות הרלוונטיות.<sup>37</sup> בבריטניה, ההוראות הרלוונטיות מקבילות כמעט לגמרי לסעיף 28 לחוקת רומא, אולם כוללות הוראה נוספת שלפיה אדם האחראי לעבירה לפי אותן הוראות ייחשב כאילו סייע, עודד, ייעץ או הזמין את ביצוע העבירה (כלומר, שותף לדבר עבירה).<sup>38</sup> בגרמניה, ב-Code of Crimes against International Law, העונש המוטל על מפקד או ממונה שלא מנע עבירה של הכפופים לו זהה לעונש המוטל עליהם. מסיבות חוקתיות נמנעת גרמניה מלהטיל אחריות פלילית במקרים של רשלנות (אם כי רשלנות עשויה להיות עילה לאחריות

36 (S.C. 2000, c. 24) 7(1), 5(1) Crimes Against Humanity and War Crimes Act, at article 5(1), 7(1); הדו"ח הקנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 31.

37 הדו"ח האוסטרלי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 33.

38 הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 1.46.

פלילית בעבירות הנפרדות של העדר פיקוח או אי-דיווח).<sup>39</sup> בהולנד, ההוראות הרלוונטיות דומות במהותן לסעיף 28.<sup>40</sup>

בארה"ב, אין בחקיקה הפנימית הוראה שענינה 'אחריות מפקדים' כעילה מובחנת לאחריות פלילית. עם זאת, מדריכים משפטיים צבאיים מלמדים על קיומה של אחריות פלילית מסוג זה, וישנה פסיקה צבאית ואזרחית המסתמכת על כך.<sup>41</sup>

הדין הפלילי הכללי, קודים של התנהגות צבאית ומדיניות העמדה לדין

12. במקרים רבים, התנהגות המהווה הפרה של דיני העימות המזוין תהווה גם הפרה של הדין הפלילי הפנימי (למשל רצח או תקיפה), או עבירה לפי הקודים של התנהגות צבאית (בין אם עבירה ספציפית ובין אם עבירה כללית של התנהגות הפוגעת בסדר הטוב ובמשמעת וכיו"ב).

פרט לעבירות מסוימות כמו פשעי מלחמה, שמעצם טיבן מתבצעות לעתים קרובות מחוץ לגבולות המדינה ויש להן תחולה חוץ-טריטוריאלית מפורשת, החוק הפלילי המדינתי חל ברובו רק על התנהגות המתבצעת בתוך שטחה של המדינה. עם זאת, במקרים רבים ישנן הוראות המרחיבות את תחולת החוק הפלילי המדינתי על אנשי הכוחות המזוינים, גם בשעה שהם משרתים מחוץ לתחומי המדינה. באותן מדינות שיש להן מערכות משפט צבאיות, ניתן להעמיד לדין במסגרת מערכת המשפט הצבאית לפחות בגין חלק מהעבירות הקבועות בחוק הפלילי המדינתי.

הסוגיות הנוגעות לחלוקת האחריות בין מערכת המשפט הצבאית ומערכת המשפט האזרחית לענין ביצוע החקירה וההליכים שבעקבותיה, יידונו בחלק ב' (מי חוקר?), הסוקר את המוסדות והגופים העוסקים בענינים אלה (פסקאות 19-30). חלק זה ('מה חוקרים?') מתמקד במסגרות הנורמטיביות החלות. הוא מפרט את הקודים העיקריים של התנהגות צבאית שנקבעו במשפט הפנימי של המדינות הנסקרות, ומציין את ההוראות המרחיבות את תחולת החוק הפלילי לאנשי הכוחות המזוינים המשרתים מחוץ לגבולות המדינה. לבסוף יעסוק חלק זה במדיניות ובפרקטיקה

39 הדו"ח הגרמני, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 115-119.

40 הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 28.

41 הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקאות 23-25.

הנהוגות בכל מדינה לגבי נסיבות ואופן ההעמדה לדין של אנשים המשרתים בכוחות המזוינים בעקבות אירועים שעלולים להוות הפרות של דיני העימות המזויין.

## ארצות הברית

13. ה-US Uniform Code of Military Justice (UCMJ) הוא חוק פדראלי החל על אנשים מקטגוריות שונות, בלא קשר ללאום של מבצע העבירה או לשטח שבו בוצעה העבירה. בקטגוריות אלה נכללים אנשי הכוחות המזוינים וחיילי מילואים בשירות פעיל, כמו גם מי שמלווה או משרת לצד הכוחות המזוינים במהלך מלחמה או contingency operations, כגון עובדי סוכנויות ביטחון או קבלנים העובדים בשירות הצבא.<sup>42</sup>

ה-UCMJ כולל רשימת עבירות, שחלקן (כמו רצח, הריגה או תקיפה) דומה לעבירות לפי החוק הפלילי הפנימי, וחלקן (למשל נפקדות או פגיעה בכבוד מפקד) יכול להתבצע רק על ידי חייל בכוחות המזוינים. בנוסף, סעיף כללי ב-UCMJ מכפיף 'פשעים ועבירות שאינם חמורים' (לצד הפרעות והתנהגויות רשלניות הפוגעות בסדר הטוב ובמשמעת, וכן התנהגות הפוגעת בשם הטוב של הכוחות המזוינים) לסמכות השיפוט של בית דין צבאי. מאפיין זה של ה-UCMJ גורם לכך שהפרות של חוק העונשין הפדראלי הרגיל יידונו במערכת המשפט הצבאית.<sup>43</sup>

החוק הפלילי הפנימי יכול לחול באופן חוץ-טריטוריאלי אפילו ביחס למי שאינו כפוף ל-UCMJ, בעקבות הוראות המרחיבות את החוק הפלילי הרגיל של ארה"ב לטריטוריות אחרות (Special Maritime and Territorial Jurisdiction). הוראות אלה מרחיבות את סמכות השיפוט של בתי משפט פדראליים לעבירות חמורות (felony offences) לפי ה-Special Maritime and Territorial Jurisdiction, מקום שהעבירות מתבצעות על ידי אזרחים הנלווים לכוחות המזוינים, או אזרחים או קבלנים המספקים שירותים תומכים לפעילות של משרד ההגנה מעבר לים.<sup>44</sup>

42 contingency operations הינן פעילויות צבאיות שהוגדרו על ידי מזכיר ההגנה ככאלה שהשתתפים בהן עשויים להיות מעורבים בפעולות צבאיות, במבצעים או במעשי איבה, או ככאלה שהוצא בגינתן צו המונע ממי שמשרת בשירות פעיל לעזוב את השירות; שם, בפסקה 78; נראה כי התיקון האחרון המחיל את ההגדרה גם על אזרחים המלווים את הכוחות המזוינים ב-contingency operations כוון בעיקר כלפי קבלני אבטחה פרטיים; שם, בפסקה 78; חוקתיות הכפפתם של אזרחים לחוק הצבאי עשויה להיות מוטלת בספק; שם, בפסקה 54.

43 שם, בפסקה 19; ככל הנראה לא היה אף מקרה שבו מאפיין זה הביא לכך שעבירות לפי החקיקה בנוגע לפשעי מלחמה נדונו בפני בית דין צבאי.

44 שם, בפסקאות 17-18.

הוראות ה-Special Maritime and Territorial Jurisdiction שימשו, למשל, כדי להעמיד לדין קבלן של ה-CIA בקשר למוות של עציר בבסיס צבאי באפגניסטן.<sup>45</sup>

אשר לפרקטיקות של העמדה לדין, הרי שהתובעים בארה"ב נוטים שלא להעמיד לדין אנשים המשרתים בכוחות המזוינים בגין עבירות הקשורות באופן ספציפי לפשעי מלחמה. ההנחיה לתובעים צבאיים היא להעמיד אנשי צבא לדין בגין עבירה לפי החוק הפלילי הכללי המקבילה להתנהגות העומדת בבסיס פשע המלחמה שלכאורה ביצעו, או בגין עבירה משמעתית.<sup>46</sup>

## קנדה

14. קוד המשמעת הצבאית (Code of Service Discipline) נכלל בחלק III של ה-National Defence Act. הקוד חל על אנשי הכוחות המזוינים הקנדיים, לרבות כוחות המילואים, אך גם על אזרחים המלווים יחידות או גורמים בצבא קנדה (ובכלל זה, כאשר הם משתתפים בתנועות, בתמרונים, במטלות סיוע של הכוח האזרחי, במטלות בשעת אסון או בפעולות מעין-מלחמתיות של אותה יחידה או גורם), וכן על אזרחים המועסקים בשירות צבא קנדה אשר קיבלו על עצמם את הקוד.<sup>47</sup> בדומה ל-UCMJ בארה"ב, קוד המשמעת הצבאית בקנדה מגדיר מספר עבירות ייחודיות לכוחות המזוינים, ומחיל על עבירות מכוח הדין הפלילי הכללי את סמכות השיפוט הצבאית. עם זאת, קוד המשמעת הצבאית מאפשר תחולה חוץ-טריטוריאלית של הדין הפלילי הכללי על אנשי כוחות הביטחון, וכך כל פעולה המתרחשת מחוץ לגבולות קנדה, שניתן היה להעניש בגינה לפי חוק העונשין או לפי חוק אחר לו התרחשה בתוך גבולות קנדה, מהווה עבירה לפי החלק המתאים ב-National Defence Act.

בדומה לנהוג בארה"ב, נראה כי המדיניות בקנדה היא כי במקרה של הפרות של דיני העימות המזוין בידי אנשי הכוחות המזוינים, יועמדו המפרים לדין בגין עבירות

45 שם, בפסקה 59; במקרה זה, שענינו הכאתו למוות של עציר, הוגשו אישומים בגין תקיפה באמצעות כלי נשק מסוכן ותקיפה המביאה לידי פציעה. הנאשם, דייוויד פסארו (David Passaro), הורשע ובסופו של דבר נדון למאסר לתקופה של שש שנים ושבעה חודשים. נראה כי ניתן היה להאשים את פסארו גם בפשעי מלחמה (ה-War Crimes Act חל על התנהגות של אזרחי ארצות הברית בכל מקום בעולם ואינו תלוי בהוראות ה-SMTJ).

46 שם, בפסקה 9.

47 הדו"ח הקנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 58-88.

לפי הדין הפלילי הכללי או בגין עבירות צבאיות לפי קוד המשמעת הצבאית, ולא בגין עבירות הקשורות ספציפית לדיני העימות המזוין.<sup>48</sup>

## אוסטרליה

15. ה-Defence Force Discipline Act 1982 (DFDA) חל על אנשי הכוחות המזוינים (אנשי כוחות הקבע או הכוחות הסדירים, או אנשי מילואים המשרתים שירות מלא ורציף, או שנמצאים בתפקיד או שלובשים מדים) ועל 'אזרחים המועסקים בשירות הכוחות המזוינים' (מי שמלווים במסגרת תפקידם את הכוחות המזוינים מחוץ לאוסטרליה או במבצעים נגד האויב, או מי שקיבלו על עצמם בכתב את המשמעת הצבאית).<sup>49</sup> קבלה של המשמעת הצבאית עשויה להידרש למשל כאשר אזרחים נכנסים לאזורים מבצעים מסוימים.<sup>50</sup>

בדומה למצב בארה"ב ובקנדה, גם ה-DFDA באוסטרליה כולל מספר עבירות ייחודיות לכוחות המזוינים. כמו בקנדה, ה-DFDA מאפשר תחולה חוץ-טריטוריאלית של הדין הפלילי הכללי על אנשי הכוחות המזוינים. איש הכוחות המזוינים או אזרח העובד בשירות הכוחות המזוינים יהיה אשם בעבירה לפי ה-DFDA אם ביצע כל פעולה שאילו בוצעה באחד משטחי אוסטרליה, היתה עבירה על החוק החל שם, והוא צפוי לעונש הקבוע לעבירה זו, או, במידה וישנם כמה עונשים אפשריים לעבירה, לעונש שאינו חמור מהעונש המקסימאלי.<sup>51</sup>

עד כה, לא הועמדו אנשי הכוחות המזוינים לדין באוסטרליה בגין הפרות של דיני העימות המזוין, בין אם כעבירות הקשורות באופן ספציפי לדיני העימות המזוין ובין אם כעבירות על הדין הפלילי הכללי.<sup>52</sup> היה ותיערך חקירה על הפרה של דיני

48 ראו למשל את התיק בענינו של קפטן סמארו (Captain Samrau). התנהגותו של סמארו, שירה במתפרע בלתי חמוש ופצוע, הייתה יכולה בהחלט להוות פשע מלחמה, אולם הוא הואשם ברצח מדרגה שנייה; ניסיון לרצח באמצעות נשק חם (אישום חלופי לרצח מדרגה שנייה); רשלנות בביצוע משימה צבאית, והתנהגות מחפירה: שם, בה"ש 7 ו-12 ובנספח א. דוגמא נוספת היא התיק בענינו של קפטן גאפ (Captain Gapp). הנאשם גנב את כיסוי הראש של אדם מת. הוא הואשם בהתנהגות הפוגעת בסדר הטוב ובמשמעת בשל חוסר ציות לקוד התנהגות האוסר על ביוה; אישום זה עוכב ובסופו של דבר הוא נמצא אשם באישום חלופי הקשור לחוסר ציות לפקודות קבע בוירת האירוע בנוגע ללקיחת חפצים ושלל במלחמה: שם, בנספח א.

49 הדו"ח האוסטרלי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 30.

50 שם, בפסקה 58.

51 שם, בפסקה 30.

52 במשפט שהתנהל לאחרונה בבית דין צבאי, הוגשו כתבי אישום בגין הריגה ברשלנות פלילית כנגד שני אנשי הכוחות המזוינים, אך במקרה זה התובע הצבאי הראשי מעולם לא טען שבוצע פשע מלחמה. ה-Chief Judge Advocate ביטל את כתבי האישום על יסוד זה שחובת הזהירות המשפטית, העומדת בבסיס עבירת ההריגה ברשלנות פלילית, לא חלה



העימות המזוין אשר תגיע לכדי העמדה לדין, אפשר יהיה לעשות כן בגין עבירות על הדין הפלילי הכללי (או עבירות משמעתיות), ולא דווקא בגין עבירות על הוראות ספציפיות הנוגעות לפשעי מלחמה. הדבר ישקף את המדיניות הרווחת במדינות אחרות שיש להן מערכת משפט צבאית.<sup>53</sup>

## בריטניה

16. ה-Armed Forces Act 2006 קובע מיהם האנשים הכפופים למשפט הצבאי (service law) ומיהם האזרחים הכפופים למשמעת הצבאית (service discipline). האנשים הכפופים למשפט הצבאי כוללים את אנשי הכוחות הסדירים, ואת אנשי כוחות המילואים בנסיבות מסוימות, למשל במהלך שירות קבע או שירות מלא, או בזמן הכשרה או בתפקיד.<sup>54</sup> האזרחים הכפופים למשמעת הצבאית הם כל אלו המשרתים את הממלכה באזורים מוגדרים, ומספקים תמיכה לכוחות המזוינים.<sup>55</sup>

ה-Armed Forces Act מגדיר מגוון עבירות, שחלקן יכול להתבצע רק על ידי מי שכפוף למשפט הצבאי וחלקן (למשל ביזה) יכול להתבצע הן על ידי הכפופים למשפט הצבאי והן על ידי אזרחים הכפופים למשמעת הצבאית. אלה ואלה מבצעים עבירה על ה-Armed Forces Act אם הם מבצעים כל פעולה שאילו בוצעה באנגליה או בוויילס, ניתן היה להעניש בגינה לפי החוק באנגליה או בוויילס. הדבר מאפשר תחולה חוץ-טריטוריאלית של החוק הפלילי המדינתי.<sup>56</sup> בית הדין הצבאי מחזיק בסמכות שיפוט ביחס לעבירות לפי ה-Armed Forces Act. בית המשפט האזרחי, ה-Service Civilian Court, מחזיק בסמכות שיפוט ביחס לעבירות קלות על החוק הפלילי שלא ניתן להעמיד לדין בגינן, אשר מתבצעות על ידי אזרחים העובדים בשירות הצבא, אך הוא רשאי להפעיל את סמכות השיפוט הזאת רק מחוץ לשטח אנגליה.<sup>57</sup>

בהקשר של שדה קרב: שם, בפסקה 52.

53 המניע למדיניות זו עשוי להיות העובדה שקל יותר לתביעה לעמוד בנטל הראייתי מבלי שתצטרך להוכיח את קיומו של מרכיב נוסף, דהיינו את קיומו של עימות מזוין; וכן העובדה שעשוי להיות קשה יותר להשיג הרשעה בגין עבירה ספציפית הנוגעת להפרה של דיני העימות המזוין, בשל הסטיגמה הנקשרת לפשעי מלחמה; שם, בפסקה 13.

54 הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 3.13, 3.21-3.22.

55 שם, בפסקה 3.13.

56 שם, בפסקה 1.02.

57 שם, בפסקה 3.22.

רק פעם אחת הועמד לדין בבריטניה איש הכוחות המזוינים באשמת יחס בלתי אנושי, לפי חקיקה פנימית שקלטה עבירות הקבועות בחוקת רומא.<sup>58</sup> האישום התייחס להכאה למוות של עציר (בהא מוסא Baha Mousa, שענינו היה אחד מהשישה שנדונו בפני בית הלורדים בענין *R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*,<sup>59</sup> וכן היה מושא לחקירה של ועדת חקירה ציבורית). האיש הודה באשמה ונידון ל-12 חודשי מאסר, הורדה בדרגה וסילוק מהצבא.<sup>60</sup>

## גרמניה

17. אנשי הכוחות המזוינים ואזרחים מסוימים, בעיקר אזרחים המהווים חלק משרשרת הפיקוד, כפופים ל-Code of Law for Members of the Armed Forces<sup>61</sup>, ול-Code of Crimes Committed by Members of the Armed Forces<sup>62</sup> ול-Military Discipline Regulation<sup>63</sup>. עם זאת, דברי חקיקה אלו אינם כוללים עבירות פליליות המתייחסות להפרות של דיני העימות המזוין.<sup>64</sup> עבירות פליליות הקשורות להפרות של דיני העימות המזוין מופיעות ב-Code of Crimes against International Law (אשר חל באופן חוץ-טריטוריאלי), וכן בדין הפלילי הכללי (אשר בנסיבות מסוימות חל באופן חוץ-טריטוריאלי), ככל שהוא אינו עומד בסתירה ל-Code.<sup>65</sup>

בגרמניה התנהלו חקירות נגד אנשי הכוחות המזוינים בגין הפרות של דיני העימות המזוין, אולם אף אחת מהן לא הבשילה לכדי הגשת כתב אישום.<sup>66</sup>

## הולנד

18. בהולנד, אנשי הכוחות המזוינים ואזרחים מקטגוריות מסוימות, לרבות אזרחים שמונו על ידי הכתר לביצוע תפקידים חיוניים בכוחות המזוינים,

---

58 שם, בפסקה 1.21.  
59 ראו: UKHL 26 [2007] *R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*. ענין זה הופנה גם לבית הדין האירופי לזכויות אדם, ראו: ענין אל-טקייני, לעיל ה"ש 6. ראו גם: פרק א', בפסקה 53.  
60 עם זאת, האישומים נגד אנשי צבא אחרים שהואשמו ביחס למקרה זה בוטלו או שהם זוכו מאשמה.  
61 *Soldatengesetz* או SG.  
62 *Wehrstrafgesetzbuch* או WStG.  
63 *Wehrdisziplinarordnung* או WDO.  
64 הדו"ח הגרמני, לעיל ה"ש 2, בפסקה 18.  
65 שם, בפסקאות 16-18; 128-132.  
66 שם, בפסקאות 133-147.

כפופים ל-Military Criminal Code, ולעבירות הפליליות הכלולות בו,<sup>67</sup> וכן ל-Military Discipline Justice Act,<sup>68</sup> המגדיר עבירות משמעת קלות יותר, שאינן עבירות פליליות.

לפי ה-Military Criminal Code, כפופים אנשי הכוחות המזוינים לכל החקיקה הפלילית התקפה בהולנד, אפילו כאשר הם משרתים מחוץ לגבולות המדינה.<sup>69</sup> למרות שסמכות השיפוט על עבירות אלה נתונה לבית דין מיוחד המהווה חלק ממערכת המשפט האזרחית, ניתן לגזור על הכפופים לחוק הצבאי עונש מעצר צבאי, אשר עשוי לבוא במקום מאסר (אך אפשרות זו מוגבלת לגזרי דין שאינם עולים על שישה חודשים).<sup>70</sup>

נראה כי בהולנד מעולם לא הועמד לדין אף אחד מאנשי הכוחות המזוינים בגין התנהגות הקשורה להפרות של דיני העימות המזויין, למרות שהתקיימו מספר חקירות בקשר להתנהגות כזאת. היו שציינו כי עשויות להיות הצדקות להעמדה לדין על הפרות בחומרה פחותה של דיני העימות המזויין כעבירות לפי ה-Military Criminal Code, ולא כעבירות המתייחסות ספציפית להפרה של דיני העימות המזויין לפי ה-International Crimes Act.<sup>71</sup>

67 *Wetboek van Militair Strafrecht* או MSr; הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 58-59.

68 *Wet Militair Tuchtrect* או WMT.

69 הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 26, 57.

70 שם, בפסקה 60.

71 שם, ב-questions to responses.

## **ב. המנגנונים הבודקים וחוקרים תלונות וטענות בדבר הפרות של דיני העימות המזוין ('מי חוקר?')**

19. כאמור לעיל, המדינות שנסקרו הן בעלות מבנים פוליטיים, משפטיים ומוסדיים שונים, והבדלים אלה משפיעים על אופן החקירה וההעמדה לדין בגין הפרות פוטנציאליות של דיני העימות המזוין. חלק זה סוקר את המוסדות והגופים השונים בכל מדינה העוסקים בחקירה ובהליכים שבעקבותיה הקשורים להפרות של דיני העימות המזוין. כיוון שמדינות שיש להן מערכת משפט צבאית נפרדת נוטות לחקור ולהעמיד לדין בגין הפרות של דיני העימות המזוין באמצעות מנגנוני המשפט הצבאיים (ראו לעיל פסקאות 13-15), סקירת המוסדות במדינות אלה תתמקד במערכות המשפט הצבאיות שלהן. כמו כן, יושם דגש על מוסדות שאינם חלק משרשרת הפיקוד הרלוונטית, אם כי כפי שניווכח, בחלק מן המדינות ממלאים המפקדים תפקיד חשוב.

להלן נעמוד על היחס שבין מערכת המשפט האזרחית מזה והצבאית מזה במדינות הנסקרות, ולאחר מכן תידון כל מדינה בנפרד.

### **היחס בין מערכות המשפט האזרחיות והצבאיות**

20. בארה"ב, קנדה, אוסטרליה ובריטניה פועלות מערכות משפט צבאיות במקביל למערכות המשפט האזרחיות ובכוחן לחקור ולהעמיד לדין בגין עבירות פליליות מבלי להסתמך על מערכות המשפט האזרחיות (אם כי עשויה להיות חפיפה מסוימת בזהות נושאי המשרות בשתי מערכות המשפט; בבריטניה למשל, שופטים אזרחיים משמשים כפרקליטים צבאיים (Judge Advocates) בבית הדין הצבאי). בגרמניה ובהולנד, אין מערכת משפט צבאית נפרדת. הפרות פליליות של דיני העימות המזוין נשפטות במסגרת מערכת בתי המשפט האזרחיים (על אף שבהולנד קיים עדיין הרכב צבאי נפרד שנועד למקרים שבהם הנאשמים הם אנשי הכוחות המזוינים).<sup>72</sup> עם זאת, קיימת בכוחות המזוינים מערכת פנימית העוסקת בענייני משמעת, ולמשטרה הצבאית יש תפקיד מרכזי בחקירת חשדות להפרות פליליות שבסופו של דבר יידונו בבתי משפט אזרחיים.<sup>73</sup>

72 שם, בפסקאות 52-53.

73 הדו"ח הגרמני, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 44-46; הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 46-49.

כאמור לעיל, ישנם מקרים שבהם אותה התנהגות עשויה להוות גם עבירה פלילית הקשורה להפרה של דיני העימות המזוין, גם עבירה לפי הדין הפלילי הכללי, וגם עבירה צבאית לפי קוד המשמעת הצבאית, מה שיוצר אפיקים אחדים לקיום חקירה והעמדה לדין. באותן מדינות שבהן יש מערכת משפט צבאית נפרדת, עשויה, אפוא, לקום לרשויות הצבאיות והאזרחיות סמכות שיפוט מקבילה. לפיכך, יש להקדים ולתת את הדעת לסוגית הסמכות המקבילה, קרי, האם יש לחקור ולהעמיד לדין בערוץ הצבאי או בערוץ האזרחי. ככלל, נראה כי מערכת המשפט הצבאית היא שתשמש לחקירה ולהעמדה לדין בגין הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין שהתבצעו בידי אנשי הכוחות המזוינים מחוץ לשטח המדינות הללו. בדרך כלל, משעה שהליך משפטי צבאי הביא לידי הרשעה או זיכוי, לא תהיה עוד לבתי המשפט האזרחיים סמכות שיפוט ביחס לאותה התנהגות.<sup>74</sup>

בארה"ב, ממזכר הבנות בין משרד המשפטים למשרד ההגנה עולה, כי במרבית המקרים, מי שמשרת בכוחות המזוינים יועמד לדין בגין עבירות פדראליות (לרבות פשעי מלחמה) באמצעות מערכת המשפט הצבאית, וחקירות של פשעים שבוצעו במתקנים צבאיים או על ידי מי שמשרת בכוחות המזוינים ינוהלו לרוב על ידי רשויות הצבא ולא על ידי הרשויות האזרחיות.<sup>75</sup>

בקנדה, לא קבועים הסדרים פורמאליים בנוגע להפעלת סמכות השיפוט על ידי בעלי תפקידים צבאיים או אזרחיים. נסיבות ומיקום האירוע הרלוונטי, אינטרסים של משמעת צבאית, והשאלה למי יש משאבים טובים יותר לבצע את המשימה הם שיקבעו אם החקירה תתנהל במערכת הצבאית או האזרחית. האסמכתאות הקיימות מלמדות כי הפרות של דיני העימות המזוין בידי אנשי הכוחות הקנדיים יידונו במערכת המשפט הצבאית.<sup>76</sup>

74 בארצות הברית, כאשר ניתן להעמיד לדין בגין התנהגות מסוימת בבית דין צבאי, לא ניתן, לפי סעיף הסיכון הכפול בחוקה, להעמיד לדין בגין אותה התנהגות בשנית בהליך פלילי פדראלי: 333 U.S. 206, *Grafton v. United States* (1907); "הוד"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, responses to questions; בקנדה, ממצא של אשמה או חפות על ידי טריבונל צבאי חוסם כל אפשרות להליך בבית משפט אזרחי בגין אותה התנהגות (ולהיפך): "הוד"ח הקנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 5. באוסטרליה, החלטות פרטניות של בתי דין צבאיים כלליים נתונות לביקורת, לפחות בשאלות משפטיות, של בית הדין הצבאי המשמעותי לערעורים, של בית המשפט הפדראלי ובסופו של דבר (ברשות) לביקורת של בית המשפט העליון. בבריטניה, הרשעה או זיכוי בגין עבירה לפי הדין הפלילי הכללי, אשר נדונה במערכת הצבאית, חוסמת את אפשרות ההעמדה לדין בגין אותה עבירה בבתי המשפט האזרחיים. עם זאת, כאשר מתגלות ראיות חדשות ומשכנעות, עשוי להתנהל משפט חוזר אפילו לאחר זיכוי בהליכים צבאיים או אזרחיים, כאשר יש בכך אינטרס ציבורי: "הוד"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 1.09.

75 "הוד"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקאות 5, 19, 94-96.

76 "הוד"ח הקנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 6.

באוסטרליה, התובע הצבאי הראשי (Director of Military Prosecutions) חתם על מזכר הבנות (Memorandum of Understanding) עם כל תשעת התובעים הכלליים הראשיים באוסטרליה (Australian Directors of Public Prosecutions) (ברמה הפדראלית, המדינתית והטריטוריאלית), שלפיו על התובע הצבאי הראשי להיוועץ בתובע הכללי הרלוונטי בכל מקרה שבו הוא סבור שמדובר במעשה המהווה לא רק הפרת משמעת צבאית, אלא גם עבירה שצריכה להידון במערכת המשפט האזרחית. עד כה, לא העביר התובע הצבאי הראשי אף עבירה צבאית חמורה לטיפולו של תובע כללי בעקבות מזכר ההבנות.<sup>77</sup>

בבריטניה, במקרים של טענות להפרות של דיני העימות המזוין על ידי אנשי הכוחות המזוינים, המדיניות היא להפעיל סמכות שיפוט צבאית, ולהעמיד לדין בבית דין צבאי.<sup>78</sup> במקרה אחד (לפני ה-Armed Forces Act 2006) שבו ביטל מפקד כתב אישום ובכך מנע העמדה לדין במערכת המשפט הצבאית, הועבר המקרה לטיפולו של היועץ המשפטי לממשלה (Attorney-General) ונפתחו הליכים במערכת המשפט האזרחית.<sup>79</sup>

## ארצות הברית

### מערכת המשפט הצבאית

21. מערכת המשפט הצבאית בארה"ב מורכבת בעיקר מהמוסדות הבאים: גופי חקירה פלילית צבאיים (Military Criminal Investigative Organizations, MCIOs) ומשטרה צבאית, יחידות הפרקליטות הצבאית (Judge Advocate-General corps) של כל זרוע, בתי דין צבאיים ובתי דין לערעורים.

(1) גופי החקירה הפלילית הצבאיים (MCIOs) - קרי, US Army Criminal Investigation Command, Naval Criminal Investigative Service, Air Force Office of Special Investigations - מנהלים חקירות של עבירות חמורות.<sup>80</sup>

77 הדו"ח האוסטרלי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 5.

78 הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 1.08.

79 שם, בפסקה 1.07.

80 הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 65.

הסגל המשרת בגופי החקירה מגויס מקרב שורות הצבא הרגיל, והוא בעל השכלה מתקדמת ולעתים קרובות גם רקע משטרתי. למרות שגופי החקירה הם חלק מהכוחות המזוינים, הם כפופים לשרשרת פיקוד נפרדת, לרוב לראש מטה הזרוע הרלוונטית או למזכיר הזרוע.<sup>81</sup> המפקדים המבצעיים אינם רשאים להתערב בחקירות שיוזמים גופי החקירה, וגופי החקירה אינם זקוקים לאישור חיצוני מצד המפקדים כדי לחקור. מפקדים יכולים לבקש כי גופי החקירה יפתחו בחקירה מסוג זה, אולם מפקדי גופי החקירה אינם מחויבים להיענות לבקשות כאלה.<sup>82</sup>

(2) קציני המשטרה הצבאית הראשיים (provost marshals) והמשטרה הצבאית (military police) במתקנים צבאיים בארה"ב עשויים גם הם להיות מעורבים בחקירות. קציני המשטרה הצבאית הם לעתים קרובות חלק מהיחידה הצבאית וכפופים למפקד היחידה, וכמו חוקרי המשטרה הצבאית, הם נחשבים לנכס חשוב העומד לרשות המתקן הצבאי או המפקד שליחידתו הם צוותו.<sup>83</sup>

(3) הפרוקניט הצבאי (Judge Advocate-General) של כל זרוע מחזיק בסמכות ובתפקידים הקבועים לו על פי חוק, ועל פי רוב מדווח לראש המטה של הזרוע הרלוונטית.<sup>84</sup> הפרקליטים הצבאיים אף עשויים להיות כפופים לפיקוח טכני של ה-General Counsel האזרחי של הזרוע שבה הם מכהנים.<sup>85</sup> ראוי לציין שקיימות הוראות חוק שמטרתן להבטיח את עצמאותם של הפרקליטים הצבאיים ושל אנשי הפרקליטות הצבאית (JAG Corps) בהפעלת סמכויותיהם.<sup>86</sup>

הפרקליטים הצבאיים בכל זרוע אחראים לספק לכוחות המזוינים ייעוץ

---

81 ש.ם.  
82 ש.ם.  
83 ש.ם, בפסקה 91.  
84 המונח 'ראש המטה' (Chief of Staff) מתייחס כאן לכינוי המשרה (למשל: ראשי הזרועות) ולא לפונקציה של התפקיד.  
85 ש.ם, בפסקאות 84 ו-86.  
86 ההוראות אוסרות על קצינים או עובדים של משרד ההגנה להתערב בכוחו של הפצ"ר לספק ייעוץ משפטי בלתי-תלוי למזכיר או לראש הזרוע הרלוונטית, ואוסרות עליהם להתערב בכוחם של פרקליטים צבאיים לספק ייעוץ משפטי בלתי-תלוי למפקדים: 10 USC § 5046(e) (Marine Corps); 10 USC § 5148(4)(e) (Navy); 10 USC § 3037(e) (Army); 10 USC § 8037(f) (Air Force). הנחיות אלו נקבעו בעקבות מתחים בין עורכי דין אזרחיים לבין אנשי הפרקליטות הצבאית בנוגע ליחס כלפי עצירים. ההצהרה החתומה, המלווה את החקיקה בה נקבעו התקנות, מצינת כי על הרשות המבצעת לפרש אותן כך שיעלו בקנה אחד, בין היתר, עם הסמכות, הניהול והשליטה במשרד ההגנה הנתונים לפי חוק לשר ההגנה; ועם הסמכות החוקית והסמכות הכללית הנתונות על פי חוק לתובע הכללי, בתור היועץ המשפטי הראשי של משרד ההגנה, להנחות את משרד ההגנה ולהנפיק חוות דעת משפטיות המחייבות את כל עורכי הדין האזרחיים והצבאיים במשרד ההגנה: Statement on Signing the Ronald W. Reagan National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2005 (Oct. 28, 2005), in Weekly Compilation of Presidential Documents 2673 (Nov. 1, 2004).

ושירותים משפטיים, לרבות ביחס לדיני העימות המזוין, ועל פי רוב הם עושים זאת באמצעות 'משרדי שדה' (field offices) שבראשם עומדים אנשי הפרקליט הצבאי (Staff Judge Advocates). על אף שהפרקליטות הצבאית היא המקור העיקרי למתן ייעוץ משפטי בכל זרוע, הרי שגם עורכי דין של משרד ההגנה, או לעתים נדירות של משרד המשפטים, עשויים לספק ייעוץ כהשלמה לזה שמספקת הפרקליטות הצבאית או אפילו במקומו.<sup>87</sup> בדומה לכך, למרות שהפרקליטות הצבאית היא הפרשנית המוסמכת באשר לדיני העימות המזוין, הרי שגם משרד החוץ עשוי למלא תפקיד פרשני, אולם למשרד המשפטים הסמכות הסופית להכריע במקרים שבהם מתגלעת מחלוקת לגבי פרשנות משפטית בין הגופים השונים.<sup>88</sup> הפרקליטים הצבאיים בכל זרוע גם מוסמכים לפקח על מערכת המשפט הצבאית בזרוע ועל אופן ניהולה.<sup>89</sup> תחתיהם פועלים גופים היררכיים נפרדים המופקדים על השופטים (trial judges) ועל הסנגורים (defense counsel) (למשל, פרקליט כוחות היבשה ממנה ה-Chief of Trial Judge המפקח על השופטים הצבאיים בכוחות היבשה, ו-Chief of Defense, המפקח על הסגוריה במשפטים ובערעורים).<sup>90</sup>

בשיטה האמריקאית אמנם ממלאים מפקדים תפקיד מרכזי בהליכים המתנהלים בבתי הדין הצבאיים, לרבות בקביעת הגוף שיקבל לידי את הטיפול בכל מקרה, אולם גם אנשי הפרקליטות של כל זרוע מעורבים הן במשפטים הצבאיים עצמם, והן – במקרים מסוימים – בחקירות המקדימות (pre-trial investigations) הנחוצות כדי להגיע לחקר האמת וכדי לאסוף מידע שיסייע למפקד להחליט כיצד לנהוג באותו מקרה. חקירות מקדימות תיערכנה על ידי קצינים חוקרים, לרוב מדורגת רב-סרן (Major) ומעלה, המתמנים על ידי הגורם המוסמך להחליט על כינוס בית דין צבאי (court-martial convening authority). במקרים חמורים גם עשויים להיות מעורבים בחקירות כאלה עורכי דין מהפרקליטות הצבאית.<sup>91</sup>

(4) בראש המותבים של בתי הדין הצבאיים מכהנים פרקליטים (Judge Advocates), אשר בדומה לתובעים ולסנגורים, ממונים מקרב הפרקליטות הצבאית.

87 הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 85.

88 שם.

89 שם, בפסקה 84.

90 שם, בפסקה 73.

91 שם, בפסקה 68.



הפרקליטים ממלאים אך ורק את תפקיד השיפוט במשך כל תקופת כהונתם והם אינם חלק משרשרת הפיקוד המבצעית. שופטים צבאיים אינם צוברים ותק כשופטים והם עשויים לחזור ולקבל משימות משפטיות מבצעיות עם תום תקופת השירות בתפקיד זה.<sup>92</sup> הרכב של אנשי הכוחות המזוינים ממלא את תפקיד חבר המושבעים. על חברי הפאנל להפעיל שיקול דעת עצמאי, ועל פי חוק חל איסור להביא בחשבון את השתתפותם של חברי ההרכב בבית דין צבאי במסגרת דוחות ההערכה עליהם.<sup>93</sup> הליך המשפט הצבאי כולו כפוף לאיסור החוקי על 'השפעה פיקודית בלתי חוקית' (unlawful command influence), קרי שימוש בלתי הולם בסמכות לשם התערבות (או תוך יצירת מראית עין של התערבות) בהליך המשפטי הצבאי.<sup>94</sup>

(5) בית הדין לערעורים פליליים של הכוחות המזוינים (Court of Criminal Appeals for the Armed Forces, CAAF) (המורכב משופטים אזרחים המתמנים על ידי נשיא ארצות הברית לתקופה של 15 שנים) דן בכל המקרים שבהם נגזר על הנאשם עונש מוות. החלטותיו של בית הדין נתונות לביקורת של בית המשפט העליון הפדראלי, בהליך של בקשת רשות ערעור (writ of certiorari).<sup>95</sup>

#### מערכת המשפט האזרחית

22. כאמור לעיל, רק לעתים נדירות תהיה מערכת המשפט האזרחית האמריקאית מעורבת בחקירה ובהעמדה לדין בגין הפרות של דיני העימות המזוין על ידי אנשי הכוחות המזוינים. עם זאת, בכמה מקרים הועמדו לדין במערכת המשפט האזרחית אנשים שהשתחררו מהשירות הצבאי קודם שהתגלו עבירותיהם.<sup>96</sup> במקרים שבהם מערכת המשפט האזרחית אכן מעורבת, חשדות להפרות של דיני העימות המזוין יהיו, בדרך כלל, כפופים לסמכות השיפוט הפדראלית ולא המדינתית.<sup>97</sup> המוסדות

92 שם, בפסקה 89.

93 שם.

94 שם, בפסקאות 87-88; בתיק שנדון בתקופה האחרונה, בוטלו אישומים, בגין אי דיווח מדויק ואי ביצוע חקירה של רצח שבוצע לכאורה בעיראק על ידי נחתים, על יסוד הטענה כי מעורבותו של עורך דין צבאי הן בחקירת האירוע והן בייעוץ לרשות המכנסת בנוגע לאישומים, זיהמה את ההליכים: שם, בפסקאות 88 ו-112(a).

95 שם, בפסקה 93; מנגנון אחרון הוא סמכות החנינה של הנשיא.

96 למשל בתיק בענינו של הנחת לשעבר חוסה לואיס נזאריו ג'וניור (Jose Luis Nazario Jr), שהואשם בהריגה במתכוון בגין הריגת ארבעה אזרחים אלמוניים בפלוגיה שבעיראק בנובמבר 2004, אך בסופו של דבר זוכה; וכן בתיק בענינו של החייל לשעבר סטיבן גרין (Steven Green) אשר הורשע באונס, בקשירת קשר ובכמה אישומים של רצח בקשר לאונס של נערה צעירה ורצח הנערה ומשפחתה במחמודיה שבעיראק במרץ 2006: ראו: שם, בפסקאות 56-57.

97 שם, בפסקאות 29-31.

העיקריים של מערכת המשפט האזרחית הפדראלית הם ה-FBI,<sup>98</sup> התובע הכללי והפרקליטים הפדראליים (US Attorneys),<sup>99</sup> ובתי המשפט הפדראליים.<sup>100</sup>

## קנדה

### מערכת המשפט הצבאית

23. מערכת המשפט הצבאית בקנדה מורכבת בעיקר מהמוסדות הבאים: המשטרה הצבאית של הכוחות המזוינים (Canadian Forces Military Police) וענף החקירות שלה, רשות החקירות הלאומית של הכוחות המזוינים (Canadian Forces National Investigation Service, CFNIS), הפרקליט הצבאי הראשי (Judge Advocate-General), התובע הצבאי הראשי (Director of Military Prosecutions), הסנגוריה הצבאית (Defence Counsel Services), בתי הדין הצבאיים (courts martial) ובתי הדין לערעורים (appellate courts).

(1) סמכויותיה של המשטרה הצבאית של צבא קנדה ושל קצין המשטרה הצבאית הראשי (Canadian Forces Provost Marshal) העומד בראשה קבועות בחוק. מדיניות פנימית קובעת כי חקירות המשטרה הצבאית לא תהיינה נתונות להשפעת שרשרת הפיקוד, ולפי מכתבו של הרמטכ"ל (Chief of Defence Staff) החל מיום 1 באפריל 2011, יהיה לקצין המשטרה הצבאית הראשי פיקוד מלא על כל אנשי המשטרה הצבאית העוסקים במישרין בפעולות שיטור. סמכותו של קצין המשטרה הצבאית הראשי הורחבה באופן זה כתוצאה מחקירה שניהלה לאחרונה הוועדה לתלונות על המשטרה הצבאית (Military Police Complaints Commission, MPCC), אשר קראה לאימוץ רפורמות מבניות ואחרות במשטרה הצבאית.<sup>101</sup>

(2) רשות החקירות הלאומית של הכוחות המזוינים (CFNIS) היא ענף במשטרה הצבאית של צבא קנדה שתפקידו לחקור מקרים מסובכים או חמורים במיוחד. מפקד הרשות מדווח ישירות לקצין המשטרה הצבאית הראשי, וזאת כדי להגן על

98 שם, בפסקאות 37 ו-97.

99 שם, בפסקאות 39 ו-40.

100 שם, בפסקאות 49-50.

101 הדו"ח הקנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 101.

יכולתה של הרשות לנהל חקירות באופן שאינו תלוי בהשפעות פיקודיות.<sup>102</sup> זאת ועוד, כל השוטרים הצבאיים כפופים ל-Military Police Code of Conduct ולארגון מקצועי (professional standards organization), וכן לפיקוח של ועדת התלונות של המשטרה הצבאית (MPCC). ועדת התלונות היא גוף אזרחי עצמאי בעל מעמד מעין-שיפוטי, שהוקם כדי להגביר את האחריות (accountability) הציבורית של המשטרה הצבאית ושל שרשרת הפיקוד בכל הנוגע לחקירות שעורכת המשטרה הצבאית. בין היתר, יש לוועדת התלונות תפקיד בשמירה על עצמאותה של המשטרה הצבאית. כל אדם במשטרה הצבאית הסבור כי חבר בכוחות המזוינים או בעל תפקיד בכיר במשרד ההגנה התערב בחקירה של המשטרה הצבאית, או ניסה להשפיע עליה, רשאי להגיש תלונה לוועדה.<sup>103</sup> כמו כן ניתן להביא בפני ועדת התלונות או בפני ה- Professional Standards directorate של המשטרה הצבאית תלונות בדבר אופן ניהול חקירת המשטרה הצבאית. על אף שרשות החקירות הלאומית של הכוחות המזוינים אינה כפופה לתובע הצבאי הראשי או לפרקליט הצבאי הראשי, התובע הצבאי הראשי רשאי לבקש, לגבי מקרה מסוים, כי רשות החקירות תערוך חקירות נוספות.<sup>104</sup>

(3) הפרקליט הצבאי הראשי מספק לשרשרת הפיקוד את השירותים המשפטיים הנחוצים לה, אולם הוא מדווח לשר ההגנה באשר לביצוע חובותיו.<sup>105</sup> חובות אלה מעוגנות בחוק, ובמסגרתן משמש הפרקליט הצבאי הראשי כיועץ משפטי למושל הכללי (Governor-General), שר ההגנה, משרד ההגנה וצבא קנדה בכל הנוגע למשפט הצבאי, ומפקח על הניהול של מערכות המשפט הצבאיות בכוחות המזוינים.<sup>106</sup> הפרקליט הצבאי הראשי אף מספק לממשלת קנדה ייעוץ משפטי ביחס לדיני העימות המזוין, לצד יועצים משפטיים ממשרד המשפטים וממשרד החוץ והמסחר הבינלאומי.<sup>107</sup> סמכויותיו של הפרקליט הצבאי הראשי כיועץ משפטי אינן גורעות מסמכותם של שר המשפטים ושל התובע הכללי של קנדה.

102 שם, בפסקאות 102 ו-106.

103 שם, בפסקאות 104-105.

104 שם, בפסקה 106.

105 שם, בפסקה 97.

106 שם, בפסקה 90.

107 שם; National Defence Act, at Article 10(2).

(4) התובע הצבאי הראשי (DMP) ממונה על ידי שר ההגנה לתקופה של ארבע שנים (הניתנת להארכה), ועליו להיות עורך דין (advocate או barrister) בעל ותק של עשר שנים לפחות. חובותיו מעוגנות בחוק וכוללות הגשת כתבי אישום בפני בית הדין הצבאי, ניהול התביעה בבית הדין הצבאי וייצוג השר בערעורים פליליים בפני בית הדין הצבאי לערעורים ובפני בית המשפט העליון.<sup>108</sup> בנוסף לחובות אלו, מספק התובע הצבאי הראשי ייעוץ משפטי בכל הנוגע לחקירות פליליות ומשמעותיות שמנהלת רשות החקירות הלאומית של הכוחות המזוינים.<sup>109</sup> התובע הצבאי הראשי פועל תחת פיקוחו של הפרקליט הצבאי הראשי. עם זאת, הקשר בין השניים, בדומה לקשר בין התובע הכללי הפדראלי (Federal Director of Public Prosecutions) לבין היועץ המשפטי לממשלה (Attorney-General), כפוף למנגנונים מסוימים, שנועדו להבטיח את עצמאותו של התובע הצבאי הראשי, הן מכוח המשפט המקובל (common law) והן מכוח המבנים המוסדיים המוגדרים בחוק. למשל, על אף שהפרקליט הצבאי הראשי עשוי לתת לתובע הצבאי הראשי הוראות וקווים מנחים ביחס לתביעה מסוימת או ביחס לתביעות בכלל, עליו למסור העתק של הוראות אלו לשר ההגנה, ועל התובע הצבאי הראשי לוודא שהוראות אלו מתפרסמות בפומבי (להוציא מקרים שבהם הוא מחליט כי פרסום כזה לא יהיה לטובת תהליך עשיית הצדק).<sup>110</sup>

(5) ראש הסנגוריה הצבאית (Director of Defence Counsel Services, DDCS), בדומה לתובע הצבאי הראשי, מתמנה על ידי שר ההגנה לתקופה של ארבע שנים (הניתנת להארכה), ועליו להיות עורך דין (advocate או barrister) בעל ותק של עשר שנים לפחות. חובותיו כוללות מתן שירותים משפטיים לנאשמים, פיקוח על השירותים הללו והקצאתם. קצינים לעניינים משפטיים (legal officers) החברים בסנגוריה הצבאית מייצגים לקוחות הן בהתאם למדיניותם של הסנגוריה הצבאית ושל הפרקליט הצבאי הראשי והן בהתאם לקודי ההתנהגות המקצועיים החלים על כלל עורכי הדין. התקשורת בין הנאשם לבין הסנגורים מטעם הסנגוריה הצבאית מוגנת מכוח חיסיון עורך דין-לקוח. על פי חוק, הסנגוריה הצבאית היא רשות עצמאית שאיננה תלויה ברשויות אחרות של הכוחות המזוינים ושל משרד ההגנה. אמנם הסנגוריה הצבאית כפופה לפיקוחו של הפרקליט הצבאי הראשי, אולם הוא

108 שם, בפסקה 92.

109 שם.

110 שם, בפסקה 98.

רשאי לתת לה הוראות או קווים מנחים כלליים בלבד, ולא ביחס לקווי הגנה או למשפטים צבאיים קונקרטיים. על הסנגוריה הצבאית להביא את ההוראות והקווים המנחים הללו לידיעת הציבור.<sup>111</sup>

(6) ההליכים המשפטיים הצבאיים כוללים הליכים מקוצרים (summary trials) והליכים בפני בתי דין צבאיים. הליכים מקוצרים נערכים במסגרת היחידה הצבאית הרלוונטית, על ידי רשויות היחידה. בהליכים מקוצרים ובמקרים של עבירות מינוריות, עומד לרשות הנאשם קצין מסייע (assisting officer) שתפקידו לסייע לו בהכנה לקראת ההליך ובמהלכו. בפני בתי דין צבאיים יישפטו עבירות על ה-Crimes Against Humanity and War Crimes Act ועל ה-Geneva Conventions Act, כמו גם רוב העבירות לפי הדין הפלילי הכללי שניתן להעמיד בגינן לדין במערכת המשפט הצבאית.<sup>112</sup>

הגורם המוסמך לכנס בתי דין צבאיים הוא ה-Court Martial Administrator ממשרד השופט הצבאי הראשי (Office of the Chief Military Judge). ישנם שני סוגי בתי דין צבאיים: כלליים (general) וקבועים (standing). בתי דין צבאיים כלליים, המכונסים כדי לשפוט בעבירות חמורות שעונשן מאסר עולם,<sup>113</sup> מורכבים משופט צבאי ממשרד השופט הצבאי הראשי, ומהרכב של אנשי הכוחות המזוינים המשמשים בתפקיד חבר מושבעים. בתי דין צבאיים קבועים מורכבים משופט צבאי בלבד.<sup>114</sup> בשני סוגי בתי הדין הצבאיים משמש תובע ממשרד התובע הצבאי הראשי, וסנגורים מהסנגוריה הצבאית, או, אם הנאשם משלם על כך מכספו, עורכי דין אזרחים.<sup>115</sup>

(7) החלטות בתי הדין הצבאיים נתונות לביקורת של ערכאות ערעורים, ראשית בבית הדין הצבאי לערעורים (Court Martial Appeal Court, CMAC), ולאחר מכן בבית המשפט העליון, ובלבד שמדובר בשאלה משפטית וכל עוד שופט ה-CMAC חולק על ההחלטה או אם בית המשפט העליון נתן רשות ערעור.<sup>116</sup>

111 שם, בפסקאות 93 ו-99.

112 שם, בפסקה 79; בגין רובן הגדול של העבירות הצבאיות, הנאשם רשאי לבחור להישפט בבית דין צבאי במקום הליך מקוצר.

113 או לפי בחירת הנאשם, בהינתן שהעבירה האמורה יכולה לגרום עונש של לפחות שתי שנות מאסר.

114 שם, בפסקה 86.

115 שם, בפסקה 84.

116 שם, בפסקה 112.

24. בדומה לארה"ב, רק לעתים נדירות תהיה מערכת המשפט האזרחית בקנדה מעורבת בחקירה ובהעמדה לדין בגין הפרות של דיני העימות המזוין בידי אנשי הכוחות המזוינים. במקרים שבהם מערכת המשפט האזרחית אכן מעורבת, חשדות להפרות של דיני העימות המזוין מטופלים על ידי המשטרה הרכובה המלכותית של קנדה (Royal Canadian Mounted Police),<sup>117</sup> היועץ המשפטי לממשלה של קנדה (Attorney-General),<sup>118</sup> התובע הכללי (Director of Public Prosecutions)<sup>119</sup> ובתי המשפט.<sup>120</sup>

## אוסטרליה

### מערכת המשפט הצבאית

25. מערכת המשפט הצבאית באוסטרליה מורכבת בעיקר מהמוסדות הבאים: המשטרה הצבאית החוקרת (Australian Defence Force Investigative Service, ADFIS), הפרקליט הצבאי הראשי (Judge Advocate-General), התובע הצבאי הראשי (Director of Military Prosecutions, DMP), בתי הדין הצבאיים ובתי הדין לערעורים, והשירות המשפטי של צבא אוסטרליה (Australian Defence Force Legal Services). המפקח הכללי של הצבא (Inspector-General of the Australian Defence Force) ממלא אף הוא תפקיד במערכת המשפט הצבאית.

(1) המשטרה הצבאית החוקרת (ADFIS) כפופה לרמטכ"ל (Chief of the Defence Force), ובראשה עומד קצין המשטרה הצבאית הראשי (Provost Marshal), המתמנה על ידי הרמטכ"ל לתקופה קצובה. המשטרה הצבאית החוקרת אינה חלק משרשרת הפיקוד הישירה. בכל הנוגע להתנהלות חקירות, היא פועלת באופן עצמאי ואינה כפופה ליחידה או למפקדי הצבא בזירת האירוע, אם כי הקצין לעניינים משפטיים המצוות לה במסגרת עבודתה יכול להמליץ לה לתקן דו"ח חקירה

117 שם, בפסקאות 1, 38-39, 49-52.

118 שם, בפסקאות 40, 44-45-1, 55.

119 שם, בפסקאות 46-1, 48.

120 שם, בפסקה 41.

שבו נדרשות עוד ראיות, והתובע הצבאי הראשי אף עשוי לבקש כי תחפש ראיות נוספות.<sup>121</sup>

(2) הפרקליט הצבאי הראשי (JAG) מתמנה על ידי המושל הכללי לתקופה קצובה. על אף שהוא בעל דרגה של שני כוכבים, הפרקליט הצבאי הראשי נמצא מחוץ לשרשרת הפיקוד הצבאית ומדווח לשר ההגנה. עליו להיות שופט בית המשפט הפדראלי או שופט בית המשפט העליון, והוא עשוי להיות איש הכוחות המזוינים. הפרקליט הצבאי הראשי הנוכחי (2011) וקודמו בתפקיד היו קצינים בעלי שני כוכבים בכוחות המילואים.<sup>122</sup> תפקידו וסמכויותיו של הפרקליט הצבאי הראשי קבועים בחוק וכוללים קביעה של כללים פרוצדוראליים לטריבונלים צבאיים; השתתפות במינוי פרקליטים צבאיים, שופטים צבאיים, נשיאי בתי דין צבאיים וחברי בתי דין צבאיים; ודיווח על אופן היישום של חוקים שונים הקשורים למשמעת בכוחות המזוינים. לפרקליט הצבאי הראשי אין אחריות פיקודית או אדמיניסטרטיבית על הקצינים לענינים מקצועיים. הוא מפקח על התנהלות מערכת המשפט הצבאית אך אינו מבקר את החלטותיהם של בתי דין צבאיים או של שופטים צבאיים (להוציא מצבים שבהם הרמטכ"ל או בכיר בצבא מבקר הליך כלשהו של טריבונל צבאי ומבקש לשם כך דו"ח משפטי<sup>123</sup>). אין לפרקליט הצבאי הראשי כל קשר עם החוקרים ואין לו כל תפקיד בהעמדה לדין. כמו כן, אין הוא משמש כיועץ משפטי לכוחות המזוינים או לממשלה, כיוון שתפקיד זה אינו עולה בקנה אחד עם תפקידו השיפוטי. המנהל הכללי של השירות המשפטי של הכוחות המזוינים (Director General of ADF Legal Services) הוא הממלא תפקיד זה.<sup>124</sup>

(3) התובע הצבאי הראשי (DMP) מתמנה על ידי שר ההגנה לתקופה קצובה, בדרגת תת-אלוף (Brigadier-General). הוא עומד מחוץ לשרשרת הפיקוד הצבאית, ומדווח לשר ההגנה. עצמאותו מוגנת בחוק, והתערבות בהחלטותיו בנוגע להגשת כתב אישום היא עבירה פלילית. תפקידו של התובע הצבאי הראשי קבועים בחוק והם כוללים העמדה לדין בגין עבירות צבאיות בפני בית דין צבאי או בפני שופט צבאי (Defence Force magistrate), וייצוג ראשי הצבא בהליכים המתנהלים

121 הדו"ח האוסטרלי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 51.

122 שם, בפסקה 60.

123 שם.

124 שם, בפסקה 62.

בפני הטריבוונל הצבאי לערעורים משמעתיים (Defence Force Discipline Appeal Tribunal).<sup>125</sup>

(4) משפטים בגין עבירות צבאיות (service offenses) יתנהלו בפני טריבוונל צבאי. ישנם שלושה סוגי טריבוונלים צבאיים באוסטרליה: רשות לשיפוט מהיר (summary court authority), שופט צבאי (Defence Force magistrate) ובית דין צבאי (martial court). רשויות לשיפוט מהיר (הכוללות קצינים המהווים חלק משרשרת הפיקוד) מוסמכות לעסוק רק בעבירות קלות.<sup>126</sup> בעבירות חמורות יותר יעסקו שופטים צבאיים ובתי דין צבאיים.

(5) כל ההרשעות המתקבלות בטריבוונלים צבאיים עומדות לביקורת באופן אוטומטי, וגזרי הדין טעונים אישור מסמכות מבקרת בשרשרת הפיקוד. על הרשעות בבתי דין צבאיים או בפני שופט צבאי ניתן גם לערער בפני הטריבוונל הצבאי לערעורים משמעתיים בשאלות משפטיות (או, אם ניתנת לכך רשות, בשאלות עובדתיות). חברי הטריבוונל הם שופטי בית המשפט הפדראלי, ונשיא הטריבוונל הוא הפרקליט הצבאי הראשי המכהן. ניתן להעביר שאלות משפטיות העולות בהליכים המתנהלים בטריבוונל, וכן ערעורים על הטריבוונל בשאלות משפטיות, לטיפולו של בית המשפט הפדראלי.

(6) ה-Director-General of ADF Legal Services (DGADFLS) עומד בראש מערך השירות המשפטי הצבאי. הוא משמש כיועץ המשפטי הראשי לענייני המשפט המנהלי הצבאי, המשפט הנוגע לפעולות צבאיות (לרבות דיני העימות המזוין) והדין המשמעתי הצבאי. כפופים לו, בין היתר, ה-Directorate of Operations and International Law (הענף המייעץ) וה-Directorate of Military Justice Reform.<sup>127</sup>

(7) לבסוף, חשוב לציין את תפקיד המפקח הנכללי של הצבא (Inspector-General of the ADF, IGADF). הוא נועד לספק לרמטכ"ל מנגנון לביקורת פנים על מערכת המשפט הצבאית, שאינו תלוי בשרשרת הפיקוד הרגילה, אשר

125 שם, בפסקה 61.

126 למשל, הן אינן רשאיות לשיפוט בעבירה צבאית שניתן להטיל בגינה עונש העולה על שנתיים מאסר.

127 שם, בפסקה 62.



באפשרותו ניתן לחשוף, לבדוק ולרפא כשלים ופגמים במערכת המשפט הצבאית הגורמים לאי-צדק (מערכתי או אחר) כדי לתקנם. חובותיו של המפקח הכללי כוללות חקירת ענינים הנוגעים למערכת המשפט הצבאית; עריכת ביקורות על ביצועי המערכת, לרבות ביקורות פנים, ככל שהוא מוצא לנחוץ; ייעוץ בענינים הנוגעים למערכת המשפט הצבאית, ובכלל זה מתן המלצות לשיפורים; וקידום ערכי המשפט הצבאי בצבא כולו. המפקח הכללי רשאי לפתוח בחקירות מיוזמתו או לבקשת הרמטכ"ל, בכירים בצבא או כל אדם אחר. המפקח הכללי נוהג לערוך ביקורות פנים באופן אקראי ביחידות הצבא ביחס לפרקטיקות, הליכים, תהליכים, הכשרה ויכולות הקשורים למשפט הצבאי, ועל אף שהוא חוקר נושאים כגון שימוש לרעה בסמכות וחוסר הגינות פרוצדוראלית, הוא עשוי לבחון גם מקרים של טיוח או של מחדל.<sup>128</sup>

#### מערכת המשפט האזרחית

26. בדומה למדינות האחרות שיש להן מערכות משפט צבאיות, רק לעתים נדירות תהיה מערכת המשפט האזרחית באוסטרליה מעורבת בחקירה ובהעמדה לדין בגין הפרות של דיני העימות המזוין בידי אנשי הכוחות המזוינים. במקרים שבהם מערכת המשפט האזרחית אכן מעורבת, חשדות להפרות של דיני העימות המזוין מטופלים על ידי המשטרה הפדראלית האוסטרלית,<sup>129</sup> התובע הכללי (Director of Public Prosecutions),<sup>130</sup> ובתי המשפט.<sup>131</sup>

#### בריטניה

#### מערכת המשפט הצבאית

27. מערכת המשפט הצבאית בבריטניה מורכבת בעיקר מהמוסדות הבאים: המשטרה הצבאית (service police) (בדרך כלל ה-Royal Military Police), התובע הצבאי הראשי (Director of Service Prosecutions), הפרקליט הצבאי הראשי

128 שם, בפסקה 66.

129 שם, בפסקה 35.

130 שם, בפסקה 36.

131 שם.

(Judge Advocate-General), בתי הדין הצבאיים ובתי הדין לערעורים, והענפים המשפטיים של כל זרוע.

(1) כל אחת משלוש זרועות הצבא מחזיקה במשטרה צבאית (ה-Royal Military Police, וה-Royal Air Force Police וה-Royal Navy Police). עד כה, רוב הטענות להפרות של דיני העימות המזוין התייחסו לחיילי כוחות היבשה, כך שהתפקיד המשמעותי ביותר בחקירת הפרות כאמור היה של ה-Royal Military Police.<sup>132</sup> המבנים ההיררכיים של הזרועות דומים זה לזה. בראש כוח המשטרה של כל זרוע עומד קצין משטרה צבאית ראשי, הנמצא מחוץ לשרשרת הפיקוד; קצין המשטרה הצבאית הראשי של כוחות היבשה אחראי בפני ה-Army Board of the Defence Council (המורכב מבכירים ממשרד ההגנה ומשרים בממשלה). השוטרים הצבאיים כפופים לקצין המשטרה הצבאית הראשי הרלוונטי ולא לשרשרת הפיקוד המבצעית, ומחויבים על פי ה-Queen's Regulations לבצע חקירות באופן בלתי תלוי בשרשרת הפיקוד.<sup>133</sup> החל משנת 2011, קציני המשטרה הצבאית הראשיים מתמנים על ידי המלכה ולא על ידי שר ההגנה, ואחת מחובותיהם היא להבטיח שכל החקירות המתנהלות במשטרה הצבאית תהיינה חופשיות מהתערבויות בלתי ראויות, דהיינו ניסיונות של כל אדם שאינו שוטר צבאי להטות את התנהלותן.<sup>134</sup> גופי המשטרה הצבאית כפופים לביקורת של מנגנון המכונה Her Majesty's Inspectorate of Constabulary כדי להבטיח שמירה על סטנדרטים ראויים, ומאז 2011 מדווח גוף זה למזכיר המדינה על מידת העצמאות והאפקטיביות של חקירות המשטרה הצבאית.<sup>135</sup>

לכל אחת מזרועות הצבא יש ענף משפטי, שהעומד בראשו הוא חלק משרשרת הפיקוד, אך 'מחיצה בלתי נראית' מפרידה בין תפקידו כקצין בשרשרת הפיקוד לבין חובותיו המקצועיות כעורך דין.<sup>136</sup> הענפים המשפטיים של הזרועות הם המקור העיקרי ליעוץ לכוחות המזוינים בנוגע לדיני העימות המזוין. ככלל, הענפים המשפטיים של הזרועות אינם המקור הראשי ליעוץ לממשלה, אלא עורכי

132 הזרוע הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 3.05.

133 שם, בפסקאות 3.46-3.47.

134 שם, בפסקאות 3.20, 3.44.

135 שם.

136 שם, בפסקה 3.29.

דין הפועלים במסגרת משרד ההגנה ומשרד החוץ (באמצעות היועץ המשפטי לממשלה).<sup>137</sup>

(2) התובע הצבאי הראשי, שיכול להיות אזרח, עומד בראש מערכת התביעה הצבאית (Service Prosecution Authority), הוא מתמנה על ידי המלכה,<sup>138</sup> ומתפקידו להחליט בדבר הגשת כתב אישום במקרה נתון. אנשי מערכת התביעה הצבאית מגיעים מהענפים המשפטיים של זרועות הצבא, אולם במסגרת חובותיהם כתובעים הם כפופים לתובע הצבאי הראשי.<sup>139</sup> מערכת התביעה הצבאית, בדומה למערכת התביעה האזרחית, כפופה לפיקוח מצד ה-Queen's Crown Prosecution Inspectorate. היועץ המשפטי לממשלה (Attorney-General) מחזיק, על פי המנהג והפרקטיקה המקובלת, בתפקיד של פיקוח על מערכת המשפט הצבאית, ונראה כי מצב זה ימשיך להתקיים גם לאחר השינוי בהגדרת התפקיד של התובע הצבאי הראשי (בעקבות ה-Armed Forces Bill 2011). כמו כן, מדווח היועץ המשפטי לממשלה לפרלמנט בכל הנוגע למערכת התביעה הצבאית, הן ביחס לעבודתה באופן כללי והן ביחס למקרים ספציפיים,<sup>140</sup> ועליו אף לאשר כל העמדה לדין בגין עבירות לפי ה-International Criminal Court Act, בין אם הנאשם שייך לכוחות המזוינים ובין אם הוא אזרח.<sup>141</sup> במקרה אחד שבו ביטל מפקד כתב אישום נגד איש צבא, דבר שהוציא מכלל אפשרות הפעלה של סמכות שיפוט צבאית, התערב היועץ המשפטי ופתח בהליך פלילי אזרחי, אולם על פי רוב הוא אינו מעורב בתביעות צבאיות.<sup>142</sup>

(3) הפרקליט הצבאי הראשי (Judge Advocate-General) אחראי על הפרקליטים המשמשים כשופטים בהליכים בפני בתי הדין הצבאיים. כולם אזרחים ואינם משתייכים לענפים המשפטיים של זרועות הצבא. הפרקליט הצבאי הראשי מיעץ אך ורק בנושאים הקשורים לשיפוט בבתי הדין הצבאיים.<sup>143</sup>

(4) בית דין צבאי מורכב מפרקליט צבאי המשמש כקצין שיפוט, ולצידו פאנל

137 שם, בפסקאות 2.06-1-3.31.

138 שם, בפסקאות 3.19-1-3.32.

139 שם, בפסקה 3.47.

140 שם, בפסקאות 3.34-1-3.36.

141 שם, בפסקה 3.19.

142 שם, בפסקאות 2.05-1-1.07.

143 שם, בפסקה 3.33.

של קציני צבא ונגדים בכירים (warrant officers) (בין שלושה לשבעה, בהתאם למקרה) היושבים בדין בתפקיד חבר המושבעים.<sup>144</sup> ניתן לערער על החלטות בית הדין הצבאי בפני בית הדין הצבאי לערעורים (Court Martial Appeal Court).<sup>145</sup>

(5) קיים גם הליך של שימועים מקוצרים (summary hearings) בפני הקצינים המפקדים בגין עבירות פחות חמורות, וכאשר הנאשם שייך לדרג ביניים עד זוטר.<sup>146</sup> הנאשם אינו זכאי לייצוג משפטי, אך הוא רשאי לבחור כי ההליך יתנהל בפני בית דין צבאי ולא בפני הגורם המקיים שימועים מקוצרים. על החלטות המתקבלות בהליכים מקוצרים ניתן לערער בפני בית דין לערעורים (Summary Appeal Court).<sup>147</sup>

### מערכת המשפט האזרחית

28. כאשר מערכת המשפט האזרחית דנה בחשדות להפרות של דיני העימות המזוין, המוסדות העיקריים המוסמכים לטפל בכך הם המשטרה האזרחית הרלוונטית,<sup>148</sup> התובע הכללי (Director of Public Prosecutions),<sup>149</sup> ובתי המשפט.<sup>150</sup>

## גרמניה

### מערכת המשפט האזרחית

29. מערכת המשפט האזרחית היא המערכת היחידה הקיימת בגרמניה להעמדה לדין פלילי בגין הפרות של דיני העימות המזוין, אולם, לפחות ככל שהעבירות בוצעו מחוץ לגבולות גרמניה, צפויה המשטרה הצבאית למלא תפקיד מרכזי בחקירה.<sup>151</sup> הליכים בגין הפרות משמעותיות (ולא פליליות) רציניות יתנהלו בטריבונלים של משרד ההגנה.

הפרות של דיני העימות המזוין מטופלות על ידי הרשויות הפדראליות, בעוד

144	שם, בפסקה 3.17.
145	שם, בפסקה 3.50.
146	שם, בפסקה 3.18.
147	שם, בפסקה 3.50.
148	שם, בפסקאות 2.03, 3.08 ו-2.10.
149	שם, בפסקאות 2.04 ו-2.12.
150	שם, בפסקאות 2.01 ו-2.02.
151	הדו"ח הגרמני, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 44-46.

שענינים פליליים אחרים יטופלו בדרך כלל על ידי המדינות השונות (*Länder*).<sup>152</sup> המוסדות העיקריים העוסקים בחקירת עבירות לפי דיני העימות המזוין ובהעמדה לדין בגינן הם המשטרה הצבאית ובמקרים מסוימים, המשטרה הפדראלית האזרחית,<sup>153</sup> התובע הראשי הפדראלי<sup>154</sup> ובתי המשפט. בעבירות פליליות אחרות יטפלו מוסדות המדינות השונות (*Länder*).

(1) המשטרה הצבאית היא ענף מיוחד בצבא גרמניה, שלו עצמאות ושרשרת פיקוד נפרדת. אנשי המשטרה הצבאית הוכשרו במיוחד לביצוע עבודת השיטור.<sup>155</sup>

(2) המשטרה האזרחית הפדראלית עשויה להתבקש לסייע לתובע הראשי הפדראלי, למשל בחקירת הפרה של דיני העימות המזוין לפי ה-Code of Crimes against International Law. אם המשטרה מתבקשת לעשות זאת, עליה להיענות ולסייע, על אף הקשיים הכרוכים בפעולה מעבר לים.<sup>156</sup>

(3) התובע הראשי הפדראלי מדווח לשר המשפטים הפדראלי. השר אמנם רשאי לתת לתובע הראשי הנחיות, אולם עליו לציית לכל החוקים והתקנות. עיקרון חובת ההעמדה לדין, למעט במקרים הפטורים מכך הקבועים בחוק, מבטיח את עצמאות מערכת התביעה.<sup>157</sup>

(4) ביחס לענינים פליליים, ישנו תובע נללי (*Attorney-General*) לכל אחד מ-24 מחוזות השיפוט בגרמניה. התובעים הכלליים הינם אורגנים של המדינה, ולרשות כל אחד מהם יש משרד תביעה, המסייע לו בעבודתו. חלוקת סמכות השיפוט בין התובעים הכלליים הללו מורכבת, אך הוסכם ביניהם כי משרד התובע בפוטסדאם הוא שיחליט אם להעביר את המקרים שענינם פשעים שבוצעו מחוץ לגבולות המדינה על ידי הכוחות המזוינים הגרמנים או כנגדם, לטיפולו של משרד התובע במחוז האחרון שבו הוצב הנאשם בגרמניה, או לטיפולו של התובע הכללי הפדראלי.<sup>158</sup>

152 שם, בפסקאות 37-40.

153 *Bundeskriminalam* או BKA.

154 *Generalbundesanwalt* או GBA.

155 הדו"ח הגרמני, לעיל ה"ש 2, בפסקה 46.

156 שם, בפסקה 44.

157 שם, בפסקאות 42-43; 61; 72-73.

158 שם, בפסקה 14.

לבתי המשפט המחוזיים בדרגה הגבוהה<sup>159</sup> יש סמכות שיפוט ביחס לעבירות לפי ה-Code of Crimes against International Law<sup>160</sup>.

(5) עבירות משמעותיות (לא פליליות) חמורות אפשר שיידונו בפני ה-*Truppendienstgericht*. זהו טריבונל שנוסד בתוך משרד ההגנה, שהשופט העומד בראשו הוא עורך דין אזרח, ושהשופטים הזוטרים בו הם חיילים שנבחרו על ידי מפקדיהם ועל ידי הנהלת בתי המשפט. בהליכים המתקיימים בפני טריבונל זה, משמשים עורכי דין צבאיים כרשות המאשימה.<sup>161</sup>

בגרמניה, עורכי דין אזרחים ממשרד ההגנה מספקים ייעוץ למשרד ההגנה ולצבא בנוגע לדיני העימות המזוין ולנושאים אחרים. משרדים ממשלתיים אחרים מקבלים ייעוץ מעורכי דין משל עצמם. הממשלה מקבלת ייעוץ בנוגע לדיני העימות המזוין בעיקר מעורכי דין ממשרד החוץ וממשרד ההגנה, וכל עמדה משפטית שהוכנה במשרד ההגנה טעונה אישור ממשרד החוץ.<sup>162</sup>

## הולנד

### מערכת המשפט האזרחית

30. בדומה למצב בגרמניה, גם בהולנד מערכת המשפט האזרחית היא המערכת היחידה להעמדה לדין פלילי בגין הפרות של דיני העימות המזוין, אולם לפחות ככל שהעבירות בוצעו מחוץ לגבולות הולנד, צפויה המשטרה הצבאית למלא תפקיד מרכזי בחקירה.

המוסדות העיקריים העוסקים בחקירת הפרות של דיני העימות המזוין ובהעמדה לדין בגינם הם: המשטרה (National Police Corps)<sup>163</sup> ורשות החקירות הלאומית

<sup>159</sup> *Oberlandsgerichte*.

<sup>160</sup> הדו"ח הגרמני, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 36 ו-84.

<sup>161</sup> שם, בפסקה 53; נספח V.

<sup>162</sup> שם, בפסקה 52.

<sup>163</sup> *Korps Landelijke Politiediensten*.

התביעה הלאומית (National Prosecutorial Authority),<sup>166</sup> התובע המחוזי של רשות (National Investigation Service),<sup>164</sup> ה-Royal Military Constabulary,<sup>165</sup> רשות ארנהם (District Prosecutor of Arnhem),<sup>167</sup> בית המשפט המחוזי בהאג ובארנהם והשירות המשפטי הצבאי של הכוחות המזוינים (Military Legal Service of the Armed Forces).

(1) המשטרה כפופה למשרד הביטחון והמשפטים, והיא מקבלת הנחיות כלליות משירות התביעה הציבורי (Public Prosecution Service) בנוגע לחקירת עבירות פליליות (ובאופן ספציפי, מהענף בשירות התביעה הציבורי העוסק באותה עבירה). רשות החקירות הלאומית היא ענף במשטרה הממונה על חקירת עבירות, לרבות עבירות לפי ה-International Crimes Act. היא כוללת צוות מיוחד של חוקרים ויועצים שתפקידם לחקור חשדות לעבירות בעלות אופי בינלאומי, ובכלל זה עבירות לפי ה-International Crimes Act. רשות החקירות הלאומית כפופה לרשות התביעה הלאומית.<sup>168</sup>

(2) ה-Royal Military Constabulary הוא ענף בצבא שתפקידו לחקור כל עבירה לפי החוק הצבאי. בכל ענין הנוגע לחקירת עבירות פליליות אפשריות, פועל ענף זה לפי הוראותיו ותחת אחריותו של התובע הראשי במחוז ארנהם (ראו להלן), ולא תחת רשויות הצבא או משרד הביטחון.<sup>169</sup> לעומת זאת, כאשר ה-Royal Military Constabulary מנהל חקירות הקשורות למשימות צבאיות, הוא עשוי להיות תלוי במידת מה במפקד המבצעי לשם תקשורת, תמיכה לוגיסטית ואבטחת הכוח, כמו גם לצורך מומחיות צבאית בתחומים כמו פינוי מוקשים וחומרי נפץ.<sup>170</sup>

(3) רשות התביעה הלאומית (National Prosecutorial Authority) הינה חלק משירות התביעה הציבורי (Public Prosecution Service),<sup>171</sup> הגוף המופקד על

*Dienst Nationale Recherche* 164

*Koninklijke Marechaussee* או *KMar* 165

*Landelijk Parket* 166

*Hoofddofficier van Justitie* 167

הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 2 ו-33. 168

שם, בפסקה 63. 169

שם, בפסקה 64. 170

*Openbaar Ministerie* או *OM* 171

חקירה והעמדה לדין בגין כל העבירות לפי החוק הפלילי ההולנדי.<sup>172</sup> שירות התביעה הציבורי כפוף למשרד הביטחון והמשפטים. הקווים המנחים שלפיהם הוא מאורגן הם טריטוריאליים ופונקציונאליים. כחלק משירות התביעה הציבורי, רשות התביעה הלאומית אחראית לחקירה ולהעמדה לדין בגין עבירות מסוימות, ובכללן פשע מאורגן מקומי וחוצה-גבולות, מעשי טרור, הפרות של דיני העימות המזוין ובפרט עבירות לפי ה-International Crimes Act, המטמיע אל תוך המשפט ההולנדי את חוקת רומא.<sup>173</sup>

(4) התובע המחוזי של בית המשפט המחוזי בארנהם מטפל בעבירות המתבצעות על ידי אנשי הכוחות המזוינים (לרבות עבירות לפי ה-International Crimes Act), והחקירה וההעמדה לדין בגין עבירות פליליות היא בתחום אחריותו של ה-Military Affairs Section of the District Office in Arnhem.<sup>174</sup> התובעים המחוזיים כפופים ל-College of Procurers-General, שיתואר ביתר פירוט בהמשך. ה-Military Affairs Section מורכב מתובעים אזרחים וצוות תמיכה אזרחי, קצין תיאום מה-Royal Military Constabulary, ושני קציני תיאום מהשירות המשפטי הצבאי של הכוחות המזוינים.<sup>175</sup> ה-Military Affairs Section נעזר גם בשירותי הייעוץ של גוף המורכב ממומחים לחוק הפלילי הצבאי (Expertise Centre for Military Criminal Law).<sup>176</sup> בפועל, מתקיים שיתוף פעולה הדוק בין התובע המחוזי של ארנהם לבין רשות התביעה הלאומית בחקירה של הפרה אפשרית של דיני העימות המזוין בידי אדם המשרת בכוחות המזוינים.<sup>177</sup>

ערעורים הנוגעים לענינים פליליים צבאיים יטופלו על ידי היועץ המשפטי (Advocate-General)<sup>178</sup> של מחוז הערעורים הרלוונטי, שהוא למעשה התובע בערכאת הערעור. היועץ המשפטי וצוותו הם אזרחים.<sup>179</sup>

---

172 הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 1.  
173 שם.  
174 שם, בפסקאות 3, 52-54.  
175 שם, בפסקה 53.  
176 שם, בפסקה 54.  
177 שם, בפסקות 3, 52.  
178 *Advocaat-general*.  
179 הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 54.



אין בהולנד מקבילה לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה הקיים במדינות אחרות, כלומר תפקיד המחזיק באחריות העליונה הן למתן ייעוץ משפטי והן לפיקוח על גופי אכיפת החוק והתביעה. הפיקוח על רשויות התביעה הוא באחריותו של ה-College of Procurers-General<sup>180</sup> גוף בן שלושה עד חמישה prosecutorial magistrates בכירים. גוף זה קובע את הקווים המנחים למדיניות ההעמדה לדין ורשאי לתת הוראות והנחיות כלליות (המתפרסמות ב-Official Gazette) לתובעים הראשיים של כל מחוז, על אף שלא יישמו מידה רבה של אוטונומיה בקבלת החלטות במהלך העבודה השוטפת.<sup>181</sup> על פי חוק, יש ל-College of Procurers-General סמכות להתערב בענינים בעלי חשיבות לאומית ולהבטיח כי חשדות לעבירות ייחקרו ויובאו למשפט, אם ה-College סבור שהתובע האחראי לחקירת ההפרה לא חקר אותה באופן מספק.<sup>182</sup> ה"תיק" (portfolio) של הענינים הקשורים לצבא נמצא באחריותו של יושב ראש ה-College.<sup>183</sup>

למרות שהכוחות המזוינים אינם מעורבים ישירות בחקירה ובהעמדה לדין, עומדות לרשותם דרכים שונות להעלות בפני התובעים שאלות או סוגיות ייחודיות לכוחות המזוינים. אם רשויות הצבא סבורות כי האינטרסים של הכוחות המזוינים לא זכו לתשומת לב מספקת בחקירה פלילית כלשהי, הם רשאים להציע ייעוץ לשירות התביעה הציבורי. גם משרד הביטחון רשאי לספק ייעוץ לשירות התביעה הציבורי. בפועל ישנן דרכים שונות שבהן משרד הביטחון יכול לייעץ לשירות התביעה הציבורי בענינים הנוגעים לכוחות המזוינים ולפעולות ספציפיות, וישנן דרכים שונות שבהן הגופים הללו יכולים לדון בענינים הקשורים למדיניות ההעמדה לדין. בסמכותו של שירות התביעה הציבורי להחליט אם לפעול לפי העצות שקיבל.<sup>184</sup>

(5) ישנם 19 בתי משפט מחוזיים המוסמכים לדון כערכאה ראשונה בכל ענין פלילי הנוגע לעבירות חמורות (ובכלל זה הפרות של דיני העימות המזויני).<sup>185</sup> בית המשפט המחוזי בהאג נועד לשמש כערכאה ראשונה בהעמדה לדין בגין עבירות לפי

180 *College van procureurs generaal*

181 הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 34 ו-76.

182 שם, בפסקה 34.

183 שם, בפסקה 55.

184 שם, בפסקה 56.

185 שם, בפסקה 32.

ה-International Crimes Act<sup>186</sup> בבית המשפט המחוזי בארנהם יש הרכב צבאי של סמכות שיפוט לגבי כל עבירה שבוצעה על ידי אנשי הכוחות המזוינים, לרבות עבירות לפי ה-International Crimes Act<sup>187</sup> שניים משלושת השופטים, ובכללם נשיא ההרכב, הם אזרחים, והשופט השלישי ממונה מהשירות המשפטי של הענף בכוחות המזוינים שבו משרת הנאשם.<sup>188</sup> משך הכהונה של השופט הצבאי הוא ארבע שנים, וניתן להאריכו.<sup>189</sup> בענינים מינוריים הנידונים בפני שופט יחיד, השופט הוא אזרח.<sup>190</sup>

ערעורים על ההרכב הצבאי נידונים בפני ההרכב הצבאי של בית הדין לערעורים בארנהם, המורכב אף הוא משני שופטים אזרחים ושופט צבאי אחד. ניתן להגיש ערעור נוסף, בשאלות משפטיות בלבד, לבית המשפט העליון (האזרחי).<sup>191</sup>

לבתי משפט לערעורים יש גם סמכות שיפוט ביחס לתלונות (של אדם או של ארגון שיש להם אינטרס ישיר בענין) על החלטת שירות התביעה הציבורי לא להגיש כתב אישום במקרה מסוים. במקרים כאלה יבחן בית המשפט לערעורים את הראיות וישמע הן את התובע והן את שירות התביעה הציבורי כדי לקבוע אם יש בסיס להורות על פתיחה או המשך חקירה. בתי המשפט לערעורים מוסמכים להורות על חקירה מעמיקה יותר במקרה כזה, או להורות על הגשת כתב אישום.<sup>192</sup>

(6) השירות המשפטי הצבאי של הכוחות המזוינים (Military Legal Service of the Armed Forces)<sup>193</sup> מורכב מכ-130 עורכי דין, כולם בעלי תארים מתקדמים בתחומים רלוונטיים של המשפט ובוגרי תכנית מיוחדת ללימודי המשפט הצבאי.<sup>194</sup> או יותר מהמעורבים האחרים הוא אזרח, לא יתנהל הענין בפני הרכב צבאי. השירות המשפטי הצבאי מספק ייעוץ למפקדים המבצעים בכל תחומי המשפט הרלוונטיים, לרבות דיני העימות המזוין. היועצים המשפטיים הצבאיים כפופים

186 שם, בפסקה 2.

187 שם, בפסקה 52; יש לכך חריגים בעלי היקף מוגבל: כאשר מתבצעת עבירה באזור הכפוף למפקד האזור הקאריבי, הענין נתון לסמכות השיפוט של בית המשפט המחוזי באיים האנטיליים; כאשר מתבצעת עבירה על ידי יותר מאדם אחד, ואחד או יותר מהמעורבים האחרים הוא אזרח, לא יתנהל הענין בפני הרכב צבאי.

188 שם, בפסקה 53.

189 שם, ב-questions to responses.

190 שם, בפסקה 53.

191 שם.

192 שם, בפסקאות 30, 36-1-68.

193 *Militair Juridische Dienst Krijgsmacht* או MJDK.

194 הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 98.

למפקדים המבצעיים, אך מבחינה מקצועית הם כפופים ליועץ המשפטי הצבאי בדרגה שמעליהם בשרשרת הפיקוד.<sup>195</sup> אין להם כל תפקיד בחקירה או בהעמדה לדין בגין חשדות לעבירות פליליות,<sup>196</sup> אולם אנשי השירות המשפטי הצבאי יכולים לשמש כשופטים בהרכב הצבאי בבית המשפט המחוזי בארנהם.<sup>197</sup>

הממשלה עשויה לקבל ייעוץ בענינים הנוגעים לדיני העימות המזוין מכמה גורמים, וביניהם ה-Directorate of Legal Affairs של משרד הביטחון (שבציקרו הינו גוף אזורחי, אולם על צוותו נמנים מספר משתנה של עורכי דין צבאיים המהווים חלק מהשירות המשפטי הצבאי, ובכללם ראש השירות המשפטי הצבאי, המחזיק בדרגת Brigadier-General והממוקם במקום השלישי בהיררכיה של ה-Directorate); משרד החוץ; הצלב האדום ההולנדי; ואוניברסיטאות ומוסדות מחקר הולנדיים.<sup>198</sup>

195 שם, בפסקה 62.

196 שם, בפסקה 61; שני קציני הקישור הצבאיים המוצבים אצל התובע המחוזי בארנהם אינם מהווים חלק משירות התביעה הציבורי.

197 שם, בפסקה 3.

198 שם, ב-responses to questions.

## ג. תהליכי חקירה וההליכים שלאחריה ('מתי ואיך חוקרים?')

31. חלק זה יסקור את המשפט והפרקטיקה הנהוגים בכל אחת מן המדינות הנסקרות ביחס לשאלות של מתי ואיך חוקרים הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין על ידי אנשי הכוחות המזוינים. עבור כל מדינה תידון השאלה 'מתי חוקרים?' (מהן הנסיבות המחייבות דיווח ופתיחה בחקירות מסוגים שונים), ו'איך חוקרים?' (מי מנהל את סוגי החקירות השונים, ובמה החקירות הללו כרוכות). הדיון בשאלה 'איך חוקרים?' נחלק בתורו לתהליכים שגרתיים, אשר מתבצעים בכל מקרה ומקרה, למנגנונים אד הוק, כדוגמת ועדות חקירה ציבוריות, הננקטים באופן נקודתי, ולהליכים בעקבות החקירה.

### ארצות הברית

#### מתי מדווחים וחוקרים: תהליכים שגרתיים

32. אחד מעקרונות הדיווח המרכזיים מתייחס ל'תקריות בנות-דיווח' (reportable incidents), קרי "אפשרות, חשד או טענה להפרה של דיני המלחמה שיש עליה מידע אמין, או התנהגות במהלך מבצעים צבאיים שאינם מלחמה שאילו אירעה במהלך עימות מזוין היתה מהווה הפרה של דיני המלחמה".<sup>199</sup> כל אנשי הכוחות המזוינים, ואזרחי ארה"ב העובדים בכוחות המזוינים או המשמשים כקבלנים וכקבלני משנה ומוצבים בכוחות המזוינים או מלווים אותם, נדרשים לדווח על כל 'תקרית בת-דיווח' באמצעות שרשרת הפיקוד. ניתן לדווח גם באמצעות ערוצים אחרים, לרבות המשטרה הצבאית, פרקליט צבאי (judge advocate), או מפקח כללי (inspector-general), וגורמים אלה כולם מחויבים להעביר כל דיווח שקיבלו הלאה במעלה שרשרת הפיקוד.<sup>200</sup> על בעלי תפקידים בכירים יותר חלה חובת דיווח לקשת רחבה של בעלי תפקידים צבאיים ואזרחיים.<sup>201</sup> בצבא ארה"ב קיימות חובות דיווח נוספות ביחס ל'פשעי מלחמה' כמו התעללות בשבויי מלחמה, בעצירים, בפליטים או באסירים אזרחיים; הפרות של אמנות ז'נבה; ומעשי זוועה. פשעי מלחמה מסוגים

199 הדו"ח האמריקאי, לעיל הש" 1, בפסקה 106.

200 שם, בפסקה 103.

201 שם, בפסקה 100.

כ'תקריות חמורות מדרגה 1' (category 1 serious incidents) ומחייבים הגשת דיווח ל-Headquarters, Department of the Army, עם העתקים למפקדים וליועצים המשפטיים בכל רמה ורמה.<sup>202</sup>

העוזר המיוחד של צבא ארה"ב לענייני דיני מלחמה (US Army Special Assistant for Law of War Matters) מדריך עורכי דין צבאיים לכך שתהליך הדיווח נועד להיות גורף, ושבמקרה של ספק, עליהם לדווח.<sup>203</sup>

תקריות בנות-דיווח מקימות חובת חקירה (אם באמצעות המערכת המנהלית ואם באמצעות המערכת הפלילית). חובת חקירה קמה גם בנסיבות שיתכן שאינן בגדר תקרית בת-דיווח, למשל, מקום שיש חשד לעבירה לפי חוק השיפוט הצבאי האמריקאי (ה-UCMJ). נראה כי עקרונות הדיווח השונים מטילים במשולב את החובות המתוארות להלן. חשוב לציין כי אין חובה למלא אחר החובות הללו בזו אחר זו – כאשר קיים חשד כי סגל אמריקאי מעורב בתקרית בת-דיווח או אחראי לה, על המפקד ליידע את גוף החקירה הפלילית הצבאי הרלוונטי (MCIO) ולפתוח אלתר בחקירה פיקודית רשמית; הוא אינו חייב לנהל חקירה מוקדמת (preliminary inquiry) קודם לכן.

#### 1. אם מפקד מקבל מידע:

- א. על חשד לעבירה לפי ה-UCMJ שבוצעה על ידי סגל פיקודי; ו/או
- ב. על 'תקרית בת-דיווח' שבוצעה לכאורה על ידי סגל פיקודי (לרבות אזרחים, קבלנים וקבלני משנה אשר מוצבים בכוח או מלווים אותו);

המפקד מחויב לערוך 'חקירה מוקדמת'.<sup>204</sup> במקרה של מידע על תקרית בת-דיווח, על החקירה המוקדמת לקבוע אם ייתכן כי סגל אמריקאי היה מעורב באירוע או אחראי לו.<sup>205</sup>

202 שם, בפסקה 102.

203 שם, בפסקה 101.

204 שם, בפסקאות 64 ו-105.

205 שם, בפסקה 105.

2. אם ייתכן כי סגל אמריקאי (כלומר, סגל פיקודי, אזרחים, קבלנים או קבלני משנה) היה מעורב בתקרית בת-דיווח או אחראי לה, המפקד מחויב לפתוח בחקירה רשמית על ידי חקירה פיקודית בהתאם לתקנות הצבא (formal investigation by command investigation) ובמקביל ליידע את ה-MCIO הרלוונטי (שיכריע אם לערוך חקירה פלילית).<sup>206</sup> אם האירוע טרם דווח, יש לדווח עליו כנדרש (ראו לעיל).<sup>207</sup>

3. גם אם נראה כי ההתנהגות אינה חמורה דיה כדי להיחשב לתקרית בת-דיווח, ניתן עדיין לחקור אותה באמצעות ה-MCIO או באמצעות המשטרה הצבאית, אם החקירה מורכבת במיוחד (רמת המורכבות או התחכום הטכני הדרושה לחקירה היא שתכריע איזו משתי האפשרויות היא המתאימה ביותר);<sup>208</sup> במקרים אחרים, ניתן לערוך חקירה מנהלית, שתוביל לעונשים מנהליים או לענישה שאינה שיפוטית (non-judicial punishment).

לצד הנחיות והוראות כלליות אלה עשויות להתקיים הנחיות מחמירות יותר, ספציפיות לזירת אירוע, לגבי פתיחה בחקירה. דוגמא לכך היא הפרסום לפיו הורה סגן מפקד כוחות ארה"ב בעיראק בשנת 2006, לפתוח בחקירה בגין כל שימוש בכוח נגד עיראקים שהביא לידי מוות, פציעה או נזק לרכוש של למעלה מ-10,000 דולר.<sup>209</sup>

על פי מדיניות משרד ההגנה, המפקדים בזירת האירוע מחויבים לנקוט את האמצעים הדרושים כדי לשמר ראיות על תקריות בנות-דיווח שטרם הועברו לטיפולן של הרשויות המתאימות. ההוראה תחול לכל המאוחר משעה שמפקד קבע כי סגל אמריקאי היה מעורב בתקרית בת-דיווח (הכוללת, כאמור, 'אפשרות, חשד או טענה להפרה של דיני המלחמה, שיש עליהם מידע אמין'). לא התפרסמו הנחיות מפורטות יותר המנחות כיצד יש לשמר ראיות בהקשר של עימות. ביקורות שנערכו בעת האחרונה על מבצעים צבאיים הדגישו את הצורך בנהלים טובים יותר בהיבט זה (אם

206 שם.

207 שם, בפסקה 106.

208 שם, בפסקה 129.

209 שם, בפסקה 108.

כי המניע לכך היה בעיקר הרצון לסייע דווקא להעמדה לדין של מורדים ולא לחקירה של סגל אמריקאי).<sup>210</sup>

איך חוקרים: תהליכים שגרתיים

33. מהאמור לעיל עולה כי ישנם כמה סוגי חקירות שעשויים להיות רלוונטיים:

1. תחקירים מבצעיים, הנערכים לאחר כמעט כל מבצע.
  2. חקירות מנהליות, שהן לרוב חקירות ראשוניות שנועדו לאסוף מידע, ויכולות להביא לתוצאות ברמה המנהלית או לחקירות פליליות.
  - א. 'חקירה מוקדמת' הנדרשת תחת ה- Law of War Program של משרד ההגנה כדי לקבוע אם סגל אמריקאי היה מעורב בתקרית בת-דיווח או אחראי לה, ו/או חקירה מוקדמת הנדרשת לפי ה-UCMJ;
  - ב. 'חקירה רשמית באמצעות חקירה פיקודית' (formal investigation by command investigation), שתתנהל אם קיימת אפשרות כי סגל אמריקאי היה מעורב בתקרית בת-דיווח או אחראי לה (אך תימשך רק ככל שהיא אינה מפריעה לחקירה כלשהי של MCIO);
  3. חקירות פליליות, שהן חקירות של MCIO.
  4. חקירות מקדימות לפי ה-Rules of Court-Martial, שתיערכנה לפני כל אישום המועבר לבית דין צבאי כללי, לרבות פשעי מלחמה.
- להלן נדון בסוגי חקירות אלה, אחד לאחד, לפי אופן הצגתם.

1. תחקירים מבצעיים (Operational Reviews)

34. תחקירים מבצעיים שגרתיים, המכונים 'operational debriefings', 'hot washes' או 'after action reviews', נערכים לאחר כמעט כל מבצע צבאי כדי להפיק

210 שם, בפסקאות 136-137.

לקחים טקטיים, טכניים ומבצעיים. התחקירים המבצעיים שונים מהחקירות הפליליות והמנהליות שיידונו להלן, על אף שהודעות שנגבו או מידע שנאסף במהלכם עשוי להביא לדיווח על תקרית או להוות בסיס לפתיחה בחקירות פליליות או מנהליות. הודעות ומידע שנמסרו במהלך תחקירים מבצעיים אינם מוגנים בחסינות משום סוג שהוא (כפי שעשוי להיות בחקירות בטיחותיות מסוימות - safety investigations).<sup>211</sup>

## 2. חקירות מנהליות (Administrative Investigations)

35. חקירות מנהליות נערכות במקרים של הפרות מינוריות או טכניות, כמו למשל אירועים שבהם היה אובדן או הרס של רכוש.<sup>212</sup> לעתים קרובות הן משמשות לאיסוף מידע לצורך החלטות ראשוניות מקדמיות על העמדה לדין פלילי או על נקיטת אמצעי ענישה מנהליים.<sup>213</sup> כל מפקד צבאי רשאי להורות על הכשרה מחדש (retraining) או על הליכי ענישה הקשורים לכשלים התנהגותיים כאלה. המפקדים יכולים אף לפתוח בהליכים מנהליים רשמיים יותר שיביאו לידי הצבה מחדש, שינוי תחומי אחריות, או הורדה בדרגה של אנשי צבא זוטרים יותר. אמצעי ענישה מנהליים מעודדים שמירה על הסדר הטוב והמשמעת וכוללים "יעוץ, אזהרות, נזיפות, תוכחות, מורת רוח, ביקורת, גינויים, הדרכה צבאית נוספת, ומניעה מנהלית של זכויות' (counseling, admonitions, reprimands, exhortations, disapprovals, criticisms, censures, reproofs, rebukes, extra military instruction, and administrative withholding of privileges).<sup>214</sup> לעתים קרובות יוטלו אמצעים מנהליים, כמו השעיית הזכאות לקידום, עוד בטרם הסתיימו ההליכים הפליליים.<sup>215</sup> לפיכך, אין מניעה לערוך במקביל חקירות מנהליות ופליליות על אותם האירועים או הפעולות, אולם מקום שיש התנגשות, חקירות פליליות הנערכות על ידי MCIO מקבלות עדיפות על פני חקירות מנהליות.<sup>216</sup> חקירות מוקדמות וחקירות פיקודיות רשמיות הן קטגוריות משנה של חקירות מנהליות שיידונו עתה.

211 שם, בפסקה 125.

212 שם, בפסקאות 62 ו-70.

213 שם, בפסקאות 70 ו-79.

214 שם, בפסקה 79.

215 שם, בפסקה 63; על אף שעונשים מנהליים מוטלים לעתים קרובות יותר רק לאחר תום ההליכים הפליליים: שם, בפסקה 135.

216 שם, בפסקאות 104-105, 107 ו-134.



## 2(א). חקירה מוקדמת (Preliminary Inquiry)

36. אין בנמצא הנחיות מפורטות לגבי אופן עריכתה של 'חקירה מוקדמת' כדי לקבוע אם סגל אמריקאי היה מעורב בתקרית בת-דיווח או אחראי לה. חקירה כזאת לרוב אינה רשמית, והיא נערכת על ידי המפקד עצמו או על ידי חבר בסגל הפיקודי.<sup>217</sup> אופן החקירה ייקבע בהתאם לאנשים העורכים אותה ולאמצעים הזמינים לשם כך, והיא בדרך כלל תתבצע על ידי קצין אחד בדרג זוטר, והיקפה יוגבל לאנשי היחידה ולאזור שבו היחידה פועלת. החקירה אינה אמורה לגרוע באופן ניכר ממשימותיו האחרות של הקצין החוקר, ומכאן שאם היקף הזמן והמומחיות הנדרשים ממנו לשם ביצועה הם משמעותיים, קרוב לוודאי שהיא תיסגר ותינתן המלצה להמשך חקירה.<sup>218</sup>

העוזר המיוחד הנוכחי של ה-JAG לענייני דיני מלחמה קבע כי חקירה מוקדמת עשויה ללבוש צורה של חקירה מוקדמת בשל חשד לעבירה על ה-UCMJ, או של חקירה מנהלית לא רשמית.<sup>219</sup> המדריך לבתי דין צבאיים (Manual for Courts Martial) קובע כי בחקירה מוקדמת של חשד לעבירה על ה-UCMJ יש לאסוף את כל הראיות הזמינות המצביעות על אשמה או חפות ואת כל הראיות הקשורות להחמרה או להקלה בעונש (aggravation, extenuation, or mitigation). בעוד שחקירות מוקדמות נערכות, כאמור, לרוב על ידי המפקד או חבר בסגל הפיקודי, הרי שבמקרים חמורים או מורכבים, לפי המדריך לבתי דין צבאיים, על המפקד לשקול אם להיעזר באנשי אכיפת החוק. משמעות הדבר היא כי רק בהפרות הפשוטות ביותר יערכו המפקדים את החקירות המוקדמות.<sup>220</sup>

גם חקירה מנהלית לא רשמית יכולה לשמש לאיסוף מידע נוסף על חשד לתקרית. על פי התקנות החלות על כוחות היבשה,<sup>221</sup> הסמכות הממנה (על פי רוב, מפקד גדוד או בעל תפקיד בכיר יותר) תמנה קצין שאינו מעורב בתקרית לנהל את החקירה, לברר את העובדות ולתת המלצה למפקד באשר לצעדים שיש לנקוט. הליך

217 שם, בפסקה 64.

218 שם, בפסקה 126-128.

219 ראו: Dick Jackson, *Reporting and Investigation of Possible, Suspected, or Alleged Violations of the Law of War*, 11(6) THE ARMY LAWYER 95, 99 (2010) (להלן: *Jackson, Reporting and Investigation*); הוד"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 127.

220 הוד"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 64.

221 Army Regulation 15-6: Procedures for Investigating Officers and Boards of Officers (Oct. 2, 2006)

זה מאפשר איסוף מהיר של ראיות ובחינה של הצהרות הניתנות תחת שבועה ושל דוחות שגרתיים.<sup>222</sup>

אם ברור שענין כלשהו מחייב חקירה פלילית, בשל חומרתו או מורכבותו, החקירות המוקדמות עשויות להיות פשוטות ומהירות.<sup>223</sup> כאמור לעיל, אם נראה כי קיים סיכוי שסגל אמריקאי היה מעורב בתקרית בת-דיווח או אחראי לו, המפקדים מחויבים ליידע את ה-MCIO ולפתוח בחקירה רשמית.

2(ב). חקירה פיקודית רשמית (Formal Investigation by Command Investigation)

37. ההליכים לחקירה רשמית מעוגנים בתקנות של כל אחת מזרועות הצבא. חקירות רשמיות תיפתחנה על ידי מפקד בהתאם לתקנות אלה, ובמקביל יידע המפקד את ה-MCIO שיהיה אחראי על מתן דיווח על אירוע פלילי בהמשך.<sup>224</sup> דוגמא אחת לחקירה רשמית היא ההליך של Board of Officers בכוחות היבשה. הליך זה נועד לאמת עובדות ולתת המלצות. אנשים העומדים בפני ה-Board of Officers זכאים לייצוג משפטי, וה-Board עצמו יכול לכלול יועץ משפטי כחבר ללא זכות הצבעה לשם ייעוץ בשאלות ראייתיות, משפטיות או מנהליות.<sup>225</sup>

חקירות רשמיות אלה יכולות להתנהל במקביל לחקירות של MCIO, אך (כמפורט להלן) חקירות MCIO מקבלות עדיפות לעומתן.<sup>226</sup>

לא ניתן להציג הודעות מפלילות שנמסרו לחוקרים מנהליים, או ראיות שהושגו בעקבות הודעות כאלה, בהליכי משפט צבאיים המתנהלים לאחר מכן. אף על פי כן, מנחות התקנות את החוקרים המנהליים ליידע את הנחקרים בדבר הזכות שלא לענות על שאלות מקום שיש חשד לעבירה פלילית.<sup>227</sup>

222 ראו: *Jackson, Reporting and Investigation*, לעיל ה"ש 219; הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 127.

223 שם, בפסקה 132.

224 שם, בפסקה 105.

225 שם.

226 שם.

227 שם, בפסקה 134.

### 3. חקירה פלילית – חקירת MCIO

38. משעה שה-MCIO קיבל דיווח על 'תקרית בת-דיווח', יש לו סמכות להחליט אם לפתוח בחקירה. על אף שקיימים הסדרים מקיפים שמטרתם להגן על עצמאותם של גופי ה-MCIO בהחלטה האם לחקור, נראה כי לא קיימים קריטריונים מדויקים שלפיהם מתקבלת ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה.<sup>228</sup>

החלטת ה-MCIO לחקור אפשרות ל'תקרית בת-דיווח' עשויה לבוא בעקבות הודעה או בקשה מצד מפקד, בעקבות דרישת המפקח הכללי של משרד ההגנה, או ביוזמת ה-MCIO עצמו. חקירות של ה-MCIO זוכות לעדיפות על פני כל חקירה אחרת שנערכת על ידי מפקדים, חוקרי בטיחות וגופים אחרים, וחקירות כאלו אסור שתתערבנה בחקירות פליליות או שתופרענה בכל דרך שהיא. אם מפקד מתנגד לפתיחה של חקירת MCIO, הוא רשאי לדווח על כך במעלה שרשרת הפיקוד עד למזכיר של הזרוע הצבאית הרלוונטית. רק המזכיר (ובחקירות שהמפקח הכללי מורה לערוך, רק המפקח הכללי) יכול להורות על עיכוב, השעיה או סיום של חקירה.<sup>229</sup>

משעה שנפתחה חקירה, ה-MCIOs נדרשים (על פי הנוהג והתקנות) לתאם את פעולותיהם עם המפקד והצוות בזירת האירוע, קצין המשטרה הצבאית הראשי במקום ושגרירות ארה"ב הרלוונטית.<sup>230</sup>

עם סיום החקירה, יעביר ה-MCIO את תוצאותיה למפקדים, ואלו יהיו אחראים לקבוע אם לנקוט פעולות מנהליות או ליזום הליכים משמעתיים בבית דין צבאי. למפקדים נתונה מידה ניכרת של שיקול דעת בהחלטותיהם לגבי העמדה לדין.<sup>231</sup> הם אמנם מחויבים להיוועץ בפרקליט צבאי רק במקרה שמוגש כתב אישום לבית דין צבאי כללי,<sup>232</sup> אולם בפועל הם נועצים בו כענין שבשגרה.

228 שם, בפסקאות 65 ו-130.

229 שם, בפסקה 65.

230 שם, בפסקה 66.

231 שם, בפסקה 67.

232 Rules for Court-Martial, Rule 406; הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, ב-questions to responses.

#### 4. חקירה מקדימה (Pre-trial Investigation)

39. לפני העמדה לדין בבית דין צבאי (בין אם בעקבות חקירה פלילית שערך ה-MCIO ובין אם בעקבות חקירה מנהלית או פיקודית), יש לערוך חקירה מקדימה, וזאת בהתאם לכללי בית הדין הצבאי (Rules for Court-Martial). מטרת החקירה המקדימה היא להגיע לחקר האמת ולאסוף מידע כדי לסייע למפקד לטפל בתיק. קיים דמיון מסוים בין חקירות אלה לבין הליך משפטי, במובן זה שהן כוללות עדים, והנאשם זכאי ליעוץ משפטי ורשאי להיות נוכח בשלב מסירת העדויות. בחקירות מקדימות ניתן להשתמש בראיות שנאספו במהלך חקירת MCIO או בהודעות שנגבו במהלכה, אף על פי שהחקירה המקדימה נותרת הליך נפרד.<sup>233</sup> עם תום החקירה, מגבשים הקצינים החוקרים המלצה לגבי כל אישום, אולם אין היא מחייבת את הרשות המוסמכת לכנס את בתי הדין הצבאיים.<sup>234</sup> לרשות המכנסת את בתי הדין הצבאיים יהיה שיקול דעת אם להעמיד לדין בבית דין צבאי בגין האישומים.

#### מנגנוני חקירה נקודתיים ואד-הוק

40. במסגרת הפיקוח של הקונגרס על הרשות המבצעת, הוא רשאי לבדוק מקרים הכוללים הפרות פוטנציאליות של דיני העימות המזוין. הפיקוח מתבצע בעיקר באמצעות מערך הוועדות. ועדת הסנאט לכוחות המזוינים (Senate Committee on Armed Services), למשל, ערכה חקירה מפורטת של הטענות בדבר התעללות בעצירים המוחזקים על ידי צבא ארה"ב.<sup>235</sup> המדיניות ביחס לעצירים נמצאת גם על סדר יומה של ועדת בית הנבחרים לכוחות המזוינים (House Committee on Armed Services).<sup>236</sup>

בארה"ב, חקירות ציבוריות ופליליות יכולות להתנהל במקביל. אף כי חקירות של הקונגרס עשויות להקים טענות להשפעה פיקודית פסולה או להטיה בקרב חברי פאנל אפשריים, השימועים שעסקו במי ליי (Mý Lai) ובאירועים באבו גרייב לא היוו מכשולים של ממש להעמדה לדין פלילי בענינים אלה.<sup>237</sup>

233 הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 133.

234 שם, בפסקה 68.

235 שם, בפסקאות 15 ו-52.

236 שם, בפסקה 52.

237 שם, בפסקה 53.

## הליכים בעקבות החקירה

41. קיימות שלוש קטגוריות רחבות של אמצעים שניתן לנקוט במקרה של הפרה של דיני העימות המזוין. עבירות חמורות יותר תידונה לרוב בהליך בפני בית דין צבאי, שלצדו סנקציות צבאיות או פליליות אם הוא מסתיים בהרשעה והמפקד מאשר את גזר הדין.<sup>238</sup> מפקדים יכולים גם הם להשתמש באמצעי אכיפה מנהליים (לרבות נזיפות, הדרכה נוספת ומניעה מנהלית של זכויות) ובענישה שאינה שיפוטית (במידת חומרה משתנה בהתאם לדרגתו של מי שמטיל את העונש ושל מי שהעונש מושג עליו, אך לרבות עונשים כמו הורדה בשכר ותוספת מטלות).<sup>239</sup>

חלק ממאפייניו הכלליים של הליך המשפט הצבאי תוארו לעיל (בפסקאות 19-30). עם סיום הליך בבית דין צבאי, המפקדים, בתור הרשות שכינסה את בית הדין הצבאי, בוחנים את פרוטוקול הדיון במשפט (records of trial), שומעים את טיעונו של הנאשם להקלה בעונש, ופועלים בהתאם לממצאים ולפסק הדין. פעולה זו יכולה לפעול רק לטובתו של הנאשם: המפקד אינו רשאי למצוא אשמה מקום שבית הדין לא מצא אשמה או להחמיר בעונש, אולם הוא רשאי לא לאשר החלטה המוצאת את הנאשם אשם או להקל, להשעות או לבטל גזרי דין. על פי המדריך לבתי דין צבאיים (Manual for Courts-Martial), הפעולות שתינקטנה בעקבות משפט צבאי תהיינה "לשם הצדק, המשמעת, דרישות המשימה הצבאית, מידת הרחמים, וסיבות ראויות אחרות".<sup>240</sup> כאשר המפקד מחליט על פעולות בעקבות משפט צבאי, הוא מפעיל פרווגטיבה פיקודית מיוחדת, אשר מצויה בשיקול דעתו הבלעדי. עם זאת, מחייב המדריך לבתי דין צבאיים כי לפני החלטות כאלו, יקבל המפקד ייעוץ והמלצות מ-Staff Judge Advocate או מיועץ משפטי אחר (שלא היה מעורב בהליכים המקוריים בבית הדין הצבאי). בהחלטתו על המפקד להביא בחשבון את תוצאת ההליך, ההמלצה של ה-Staff Judge Advocate או של היועץ המשפטי, והחומר שהגיש הנאשם בבקשה להקלה בעונש.<sup>241</sup> גם ה-JAG של כל

238 שם, בפסקה 62.

239 שם, בפסקאות 79-81.

240 שם, בפסקה 75.

241 Rules for Court-Martial, Rule 1107(b)(3); הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 75.

זרוע מבקר את ההליכים בבתי הדין הצבאיים, אולם בדיקה זו מטרתה להבטיח שההרשעות תהיינה מבוססות כראוי בחוק, ושגזרי הדין יהיו הולמים וראויים.<sup>242</sup>

גם אם המפקד בוחר שלא להעמיד לדין בגין האישומים בפני בית דין צבאי, הוא עדיין רשאי להטיל מגוון עונשים מנהליים, שענישה שאינה שיפוטית (non-judicial punishment) היא החמורה שבהם. מפקדים רשאים להטיל ענישה שאינה שיפוטית בגין עבירות מינוריות לפי סעיפי העונשין של ה-UCMJ. סיווג עבירה כ'מינורית' תלוי בשאלות כמו אופי העבירה ונסיבותיה, גילו של הנאשם, דרגתו, תפקידו, עברו וניסיונו, והעונש המרבי על העבירה אילו נידונה בבית דין צבאי. בדרך כלל, עבירות שהעונש המרבי בגינן הוא פחות משנה תיחשבנה למינוריות.<sup>243</sup>

## קנדה

מתי מדווחים וחוקרים: תהליכים שגרתיים

42. ישנן כמה דרישות דיווח שעשויות להיות רלוונטיות להפרה אפשרית של דיני העימות המזוין (וכן לעבירות אחרות).<sup>244</sup>

ה-Queen's Regulations and Orders מחייבים קצינים וחוגרים לדווח ל'רשות המתאימה' (הכוללת, ככל הנראה, את שרשרת הפיקוד או את המשטרה) על כל הפרה של החוקים, התקנות, הכללים, הצווים וההנחיות הרלוונטיים המסדירים את התנהגותו של אדם הכפוף לקוד המשמעת הצבאית (Code of Service Discipline). עבור קצינים הדבר רלוונטי רק כאשר הקצין אינו יכול 'להתמודד עם העניין כראוי' (כפי שסביר שיקרה בהפרות אפשריות של דיני העימות המזוין). בהפרות של דיני העימות המזוין, הרשות המתאימה תהיה, בדרך כלל, המשטרה הצבאית או רשות החקירות הלאומית של צבא קנדה (CFNIS).<sup>245</sup>

242 הדו"ח האמריקאי, לעיל ה"ש 1, בפסקה 84.

243 שם, בפסקה 80.

244 בנוסף לקיומן של עבירות פליליות בשל אי דיווח על פשעי מלחמה, ניתן להעמיד לדין בגין עבירה לפי ה-Crimes Against Humanity and War Crimes Act, כאשר מפקד צבאי או ממונה לא נקטו, מיד כאשר הדבר מעשי, את האמצעים הנחוצים והסבירים שבכוחם לנקוט כדי להעביר לרשויות המוסמכות, בין היתר, מידע על חשדות לביצוע פשעי מלחמה, כהגדרתם בחוק, לשם חקירה והעמדה לדין: הדו"ח הקנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 116.

245 שם, בפסקה 108.

על פי כלל 11 של ה-Code of Conduct for Canadian Forces Personnel, יש לדווח על כל הפרה של דיני העימות המזויין. ניתן לדווח לממונים בשרשרת הפיקוד, למשטרה הצבאית, לקצין דת, לקצין לענייני משפט או לכל בעל סמכות אחר.<sup>246</sup>

כמו כן, עשויות להיות הוראות דיווח ספציפיות לזירת הקרב. לפי הוראה אחת כזו, Joint Task Force Afghanistan Standing Order 304, יש לדווח מיידית על כל 'תקרית משמעותית' (לרבות פעולות של אנשי [צבא קנדה] שעלולות לחתור תחת ערכים ציבוריים, או להוביל לפגיעה בשמה הטוב של קנדה מבית או מחוץ).<sup>247</sup>

נראה כי דרישות דיווח אלו נכנסות לתוקף כאשר מתבצעים פשעי מלחמה (למשל, Crimes Against Humanity and War Crimes Act); כאשר מופרים חוקים או כללים (Queen's Regulations and Orders; Code of Conduct for Canadian Personnel); או כאשר נעשית פעולה שעלולה לחתור תחת ערכים ציבוריים או להוביל לפגיעה בשמה הטוב של קנדה (Standing Order 304). אף על פי כן, אין בהוראות הנוגעות לחובות הדיווח התייחסות מפורשת לשאלה אם יש לדווח על הפרה אפשרית או על חשד בלבד להפרה, בפרט של דיני העימות המזויין. הרבה תלוי, אפוא, בנסיבות שבהן נדרשת חקירה.

על פי ה-Queen's Regulations and Orders, כאשר מוגשת תלונה או כאשר יש סיבות אחרות לחשוד כי התבצעה עבירה צבאית,<sup>248</sup> תתקיים חקירה מוקדם ככל האפשר.<sup>249</sup> תקנה הקובעת כי אין לחקור תלונת שווא או תלונה שהוגשה לשם הטרדה מלמדת כי אם ישנו בסיס כלשהו שאינו סתמי או קנטרני, יש לערוך חקירה.

הפרקטיקה הנוהגת (invariable practice) בקנדה לגבי זירות התרחשות רבות כדוגמת אפגניסטן, גם אם בלא תיעוד רשמי, היא שמפקדים קנדיים מורים על חקירה מסוג כלשהו, אם מנהלית ואם פלילית, בכל מקרה של מוות או פגיעה, לרבות מוות או פגיעה אגביים, ואפילו במקרי מוות של לוחמי האויב.<sup>250</sup>

246 שם, בפסקה 115.

247 שם, בפסקה 117.

248 עבירה לפי ה-National Defence Act (ובכלל זה ה-Code of Service Discipline), ה-Criminal Code או כל חוק אחר, שבוצעה על ידי אדם בשעה שהיה כפוף ל-Code of Service Discipline.

249 הוד"ח הקנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 122.

250 שם, בפסקה 125.

הפרקטיקה התקיימה בלא קשר לאינטנסיביות של הלחימה, לפחות בכל האמור בחקירות באפגניסטן.<sup>251</sup> המנדט שיש ל-CFNIS לחקירת ענינים חמורים ורגישים משמעותו שזהו הגוף החוקר, לפחות עד שאפשר לקבוע כי לא קיימת אשמה פלילית או מנהלית.<sup>252</sup> נזק לרכוש, לעומת זאת, לא תמיד נחקר, בפרט אם העובדות ברורות או הנזק קל.<sup>253</sup>

חובת החקירה החלה על המשטרה הצבאית עלתה אף היא לדיון בעקבות חקירה שערכה ועדת התלונות של המשטרה הצבאית בנוגע לטענה לפיה לא חקרה המשטרה הצבאית חבלות שנגרמו לקבוצה קטנה של עצירים, בשל תהליך קליטה מהיר מדי שעברו בבסיס שבשדה התעופה של קנדהאר. החקירה של ועדת התלונות העלתה כי לא נעשתה חקירה בנוגע לחבלה שנגרמה לאחד העצירים.<sup>254</sup> ועדת התלונות הגיעה למסקנה שלא היתה כוונה לטייח את הפגיעות, אלא שהמשטרה הצבאית נכנעה ללחץ שהפעילה עליה שרשרת הפיקוד כדי להעביר את העצירים מהר ככל האפשר. ועדת התלונות המליצה לבחון כיצד ניתן להגביר את עצמאותה של המשטרה הצבאית. מפקד המשטרה הצבאית קיבל את ההמלצה, ובעקבות זאת שינה הרמטכ"ל (Chief of Defence Staff) את מבנה הפיקוד והשליטה במשטרה הצבאית.<sup>255</sup>

#### איך חוקרים : תהליכים שגרתיים

43. ישנם שני סוגים רלוונטיים של חקירות, חקירה מנהלית וחקירה משמעתית, ולכל סוג יש כמה ואריאציות. הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין יביאו, בדרך כלל, לחקירות משמעתיות. עבירה משמעתית תחת ה-Canadian Codes of Service היא ביסודה חלק ממערכת המשפט הפלילי.

כאמור לעיל, ישנה גם פרקטיקה שלפיה ה-CFNIS עורכת חקירות ראשוניות בכל מקרה של מוות או פציעה, לפחות עד שניתן לאשר כי לא קמה אחריות פלילית

251 ש,ם, ב-questions to responses.

252 ש,ם, בפסקה 125.

253 ש,ם, בפסקה 126.

254 ראו : ש,ם, בפסקה 135(c).

255 ראו : Military Police Complaints Commission, *Afghanistan Public Interest Investigation*, available at: [www.mppc-cppm.gc.ca/300/afghanistan/index-eng.aspx](http://www.mppc-cppm.gc.ca/300/afghanistan/index-eng.aspx).



או מנהלית. חקירות אלו, אף שה-CFNIS מעורבת בהן, אינן חקירות משמעתיות מלאות (שיתוארו להלן) ואין כל דרישה ספציפית המחייבת חקירה במקרים כאלה. חקירות אלה תיסקרנה בנפרד.

## חקירות מנהליות

44. חקירות הנערכות על ידי מפקדים בכל הרמות לשם ניהול אפקטיבי ויעיל של יחידותיהם מסווגות לרוב כחקירות מנהליות.<sup>256</sup> אין הגדרה אחת ממצה לחקירה מנהלית, והיא כוללת שלושה מסלולי חקירה אפשריים: חקירות לא פורמאליות (informal investigations), חקירות בהליך מהיר (summary investigations) וועדות חקירה צבאיות (boards of inquiry).

1. לחקירות לא פורמאליות (informal investigations) אין סמכויות או מתודולוגיות ספציפיות. חקירות כאלה מבוססות על סמכות פיקודית שירית המוענקת למפקדים של יחידות או של גורמים אחרים בצבא קנדה, והן מאפשרות למפקד לשמור על מודעות למצב (situational awareness) עד שיוכל לקבוע מהי דרך הפעלה הנכונה.<sup>257</sup>

2. הסמכות לקיים חקירות בהליך מהיר (summary investigations) מתבססת על ה-Queen's Regulations and Orders, ויש כללים מוגדרים לביצוען של חקירות אלה.<sup>258</sup>

3. ועדות החקירה הצבאיות (boards of inquiry) מוסמכות בחוק לחקור ולדווח על כל ענין הקשור בניהול, במשמעת, באדמיניסטרציה או בתפקידים של צבא קנדה, או על כל ענין הנוגע לקצין או לחוגר שראוי להביא לידיעת שר ההגנה, ראש הסגנווריה או הקצינים בתפקידי הפיקוד. לדוגמא, ועדות חקירה צבאיות כונסו כדי לחקור את הטיפול בעצירים באפגניסטן ואת העברתם.<sup>259</sup> לוועדות חקירה צבאיות יש מגדט מוגדר לפעילותם.<sup>260</sup>

256 הדו"ח הקנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 66.

257 שם, בפסקה 67.

258 שם.

259 שם, בפסקה 27.

260 שם.

חשוב לציין כי לפי ה-Defence Administrative Orders and Directives (DAOD), לא תתקיימנה חקירה בהליך מהיר או חקירה על ידי ועדת חקירה צבאית אם המטרה היחידה או העיקרית היא להשיג עדויות למטרות משמעתיות או כדי לקבוע אחריות פלילית.<sup>261</sup> אחת הסיבות לכך היא שראיות שהושגו בכפיה אינן קבילות בהליך משמעותי.<sup>262</sup> שני סוגי החקירות הללו (חקירה מנהלית וחקירה משמעתית) נבדלים בבירור זה מזה. אם במהלך חקירה מנהלית או חקירה המתבצעת על ידי ועדת חקירה צבאית עולות ראיות הקשורות, לדעת החוקרים, לחשד לקיומה של עבירה פלילית או עבירה משמעתית, עליהם לעצור את החקירה ולפנות לסיוע של היועץ המשפטי של היחידה, כדי להימנע מהעמדת קשיים בפני חקירות משמעתיות או פליליות שעשויות לבוא לאחר מכן. לפי ה-DAOD יש לכלול במנדט של ועדות חקירה צבאיות סעיף המתייחס לכך.<sup>263</sup>

#### חקירות שגרתיות במקרי מוות של אזרחים

45. כמצוין לעיל, במקרי מוות של אזרחים במהלך עימות מזוין, ניתן ל-CFNIS המנדט לנהל חקירה, ולהמשיך בה לפחות עד שניתן יהיה לקבוע שלא מעורבת בתקרית כל אשמה פלילית או משמעתית.<sup>264</sup> אם יש חשד לאשמה כזו, תהפוך החקירה לחקירה משמעתית.

חקירות שעורכת ה-CFNIS על מקרי מוות של אזרחים משמשות למטרות שונות מאלו של תחקיר מבצעי או הליך פנימי המתמקד בשאלה אם המבצע התנהל בצורה הטובה ביותר. חקירות אלה גם נערכות כהליך נפרד לגמרי מהתחקיר המבצעי.<sup>265</sup>

#### חקירות משמעתיות

46. חקירות משמעתיות הן, כאמור לעיל, חקירות שמטרתן לקבוע אם בוצעה עבירה צבאית (הפרה של כל חוק, לרבות קוד המשמעת הצבאית הכלול ב-National Defence Act). חקירה של עבירה צבאית מטרתה לשחזר אירועים, לאסוף ראיות,

261 שם, בפסקאות 26, 28, 120 ו-124.

262 שם, בפסקאות 26 ו-124.

263 שם, בפסקה 124.

264 שם, בפסקה 125.

265 שם, בפסקה 127.

לזהות מרכיבים של העבירה וגם לזהות את האחראים לה.<sup>266</sup> בחקירה משמעתית יש, לכל הפחות, לאסוף את כל הראיות הזמינות במידה סבירה ביחס לאשמה או לחפות של האדם האמור.<sup>267</sup>

חקירות משמעתיות יכול שתתבצענה על ידי ה-CFNIS, המשטרה האזרחית, המשטרה הצבאית של הבסיס או של הענף, או במקרים של הפרות משמעת קלות, רשויות היחידה. בדרך כלל ה-CFNIS היא שתנהל חקירות של עבירות חמורות או רגישות, דהיינו, עבירות שעשויות להיות להן השלכות אסטרטגיות מעצם טיבה של ההאשמה, או בשל זהות המעורבים בהן. לפיכך, חקירת הפרות של דיני העימות המזוין תיערך לרוב על ידי ה-CFNIS.<sup>268</sup> במקרים שאינם חמורים או רגישים, או במקרים שבהם ה-CFNIS מוותרת על סמכותה, תנוהל החקירה על ידי המשטרה הצבאית הרגילה (או המשטרה האזרחית). חקירות ברמת היחידה תיערכנה, בדרך כלל, רק לגבי הפרות משמעת קלות.

#### מנגנוני חקירה נקודתיים ואד-הוק

47. לבית הנבחרים ולסנאט של קנדה יש ועדות קבועות וכן ועדות מיוחדות המתמנות כדי לערוך חקירות ספציפיות. כך, למשל, הוועדה המיוחדת למשימה של הכוחות הקנדיים באפגניסטן קיימה שימועים, בין היתר, על העברת עצירים לידים פקידים אפגאנים, אולם טרם התפרסם על כך דיווח.<sup>269</sup>

הממשלה מוסמכת למנות ועדת חקירה ציבורית (public inquiry) לחקירת אירועים חשובים. הפרוצדורה לקבלת ההחלטה בדבר מינוי ועדות כאלה והסמכויות המוקנות להן, כמו גם תחומי אחריותן מוסדרים בחקיקה. ניתן למנות ועדת חקירה ציבורית כדי לחקור הפרה אפשרית של דיני העימות המזוין שנודעת לה חשיבות מיוחדת. דוגמא רלוונטית היא הוועדה לחקירת פריסת הכוחות הקנדיים בסומליה (Commission of Inquiry into the Deployment of the Canadian Forces in)

266 שם, בפסקה 61.

267 שם.

268 שם, בפסקה 62.

269 שם, בפסקאות 143-122.

(Somalia 1994–1997), שבחנה, בין היתר, האשמות בדבר עינויים ורצח של שבוי סומלי על ידי חיילים קנדיים.<sup>270</sup>

לוועדת התלונות של המשטרה הצבאית (MPCC) נתונה הסמכות לנהל חקירה ולקיים שימועים ביחס לתלונה, אם יושב ראש הוועדה סבור כי טובת הציבור מחייבת קיום חקירה. חקירה בשל אינטרס ציבורי נערכה, למשל, בתגובה לתלונות על התעללות בעצירים אפגאנים בידי המשטרה הצבאית.

אין איסור חוקי על ניהול חקירה פרלמנטארית או ציבורית במקביל להתנהלות חקירה פלילית, למרות שיש בכך כדי לפגוע ביכולת לנהל את החקירה הפלילית ובמידת הצורך להעמיד לדין. על הממשלה להתמודד עם דילמות כאלה בהחליטה אם למנות ועדת חקירה ציבורית ובהגדירה את מנדט הוועדה (terms of reference). עם זאת, בנסיבות מסוימות אפשר לנהל חקירות במקביל מבלי לסכן הליכים פליליים פוטנציאליים. חקירת ה-MPCC על היחס לעצירים אפגאנים היא דוגמא לכך. כיוון שחקירה על היחס לעצירים התנהלה במקביל ב-CFNIS, ובשל הסיכון כי שלא במתכוון חקירת ה-MPCC תסכן את עדויות העדים או את הראיות, סיכמו שני הגופים על נוהל שלפיו תספק ה-CFNIS ל-MPCC עותקים של המסמכים שברשותה (בכפוף להתחייבות ה-MPCC כי תשמור על המסמכים חסויים), וה-MPCC תדחה תשאל של עדים עד שה-CFNIS תסיים את חקירתה, או תיתן את אישורה לקיום חקירות ספציפיות.<sup>271</sup>

#### הליכים בעקבות החקירה

48. כתב אישום יכול להיות מוגש על יד אנשי ה-CFNIS ועל ידי רשויות היחידה (הקצינים המפקדים וקצינים וחוגרים המוסמכים לכך על ידי קצין מפקד). אם המשטרה הצבאית של הבסיס או של הענף מנהלת את החקירה, יועבר המקרה לטיפול היחידה לשם הגשת כתב אישום.<sup>272</sup>

שיקול הדעת אם להגיש כתב אישום נתון לרשויות המוסמכות לעשות זאת, אך

270 שם, בפסקה 24; הדו"ח הסופי מתח ביקורת חריפה על הסגל הבכיר, הצבאי והאזרחי, ועל מערכות המשפט הצבאיות הקיימות, ובעקבותיו פורק ה-Canadian Airborne Regiment.

271 שם, בפסקה 57.

272 שם, בפסקה 74.

ככלל, מוטלת עליהן חובה להגיש כתב אישום אלא אם קיימות סיבות לגיטימיות ומשכנעות להימנע מלעשות כן במקרה קונקרטי. בדרך כלל, תהיינה הרשויות בעמדה המתאימה ביותר להעריך את האינטרס הציבורי, ובפרט מה מחייבת טובת המשמעת ביחידה. על אף שיקול הדעת הנתון להן, הרשויות עדיין נדרשות לקבל ייעוץ משפטי לפני שיגישו את רוב סוגי האישומים (כלומר, בכל האישומים שבהם יש להציע לנאשם אפשרות להישפט בפני דין צבאי).

משעה שהוגש כתב אישום, יש להעביר אותו לקצין המפקד על הנאשם, למפקד הבסיס, היחידה או הגוף שבו משרת הנאשם בזמן הגשת כתב האישום, או לקצין המוסמך לפעול באחד מתפקידים אלה.<sup>273</sup>

הקצין שאליו הועבר כתב האישום יחליט אם יש לו סמכות לנהל הליך מהיר בגין העבירות האמורות, וייתחם בהחלטתו לסוגיות כגון דרגת הנאשם, האם הנאשם בחר להישפט בפני בית דין צבאי, והאם הוא עצמו לא ניהל את החקירה או פיקח עליה, הגיש או גרם להגשת כתב האישום, או הוציא צו חיפוש (שאז הוא מנוע מלעמוד בראש משפט בהליך מהיר).<sup>274</sup>

אפילו קנה הקצין סמכות לנהל הליך מהיר, עליו להוסיף ולשקול אם לעשות זאת, תוך התייחסות לגורמים כגון העונש שניתן יהיה להטיל בהליך מהיר (העונש המרבי בהליך מהיר בפני מפקד הוא מאסר של 30 ימים) והאם ראוי שינהל את ההליך מבחינת אינטרסים של צדק ומשמעת.<sup>275</sup>

מקום שהאישומים מחייבים הליך בפני בית דין צבאי (או מקום שהנאשם בחר להישפט בפני בית דין צבאי, או שהמפקד בחר שלא לנהל הליך מהיר), יופנה כתב האישום ל'רשות מפנה' (referral authority), הכוללת קצינים המוסמכים מבחינה חוקית להעביר כתב אישום לטיפולו של התובע הצבאי הראשי. על הרשות המפנה להעביר את כתב האישום לטיפולו של התובע הצבאי הראשי, בתוספת המלצה מתאימה ביחס לטיפול במקרה וביחס לשאלה אם להמשיך בתהליך או לחלופין, אם העביר מפקד את כתב האישום לרשות המפנה בסוברו כי הוא חסר את סמכויות הענישה

273 שם, בפסקה 76.

274 שם.

275 שם.

הנחוצות כדי לשפוט את הנאשם בהליך מהיר והרשות המפנה חולקת על דעתו, עליה להורות למפקד לשפוט את הנאשם בהליך מהיר.<sup>276</sup>

משעה שקיבל התובע הצבאי הראשי את כתב האישום, עליו לבחון אותו ולתת דעתו על סוגיות שונות, כגון מוצקותו של חומר הראיות והענין שיש לציבור ולכוחות הקנדיים בהעמדה לדין. התובע הצבאי הראשי רשאי להורות ל-CFNIS להמשיך ולחקור (ראו לעיל) בטרם יחליט אם יש להעמיד לדין בבית דין צבאי (במקרה של אישומים שיש להם, לדעתו, ראיות תומכות מספיקות), או אם יש להחזיר את הטיפול לקצין בעל סמכות לשפוט את הנאשם בהליך מהיר.<sup>277</sup>

החלטה של התובע הצבאי הראשי שלא להעמיד לדין כפופה לביקורת שיפוטית, אך בתי המשפט יתערבו בשיקול דעתו רק במקרים חריגים, שבהם היה ניצול בוטה לרעה של התהליך.<sup>278</sup>

## אוסטרליה

### מתי מדווחים וחקרים: תהליכים שגרתיים

49. הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין תהיינה נתונות לחובות דיווח וייתכן שגם לתהליך של 'הערכה מהירה' (Quick Assessment – QA), אלא אם ברור למן ההתחלה כיצד יש להתקדם בחקירה.

אנשי הכוחות המזוינים מחויבים לדווח על 'תקרית בת-יידוע' (notifiable incidents) באופן מידי. תקריות בנות יידוע כוללות כל תקרית המקימה חשד סביר לעבירה על הקוד המשמעתי (disciplinary code) (למעט הפרות קלות), או על החוק הפלילי האוסטרלי או הזר, שמעורבים בה אנשי צבא, רכוש צבאי או אתרים צבאיים, כמו גם אירועים של מוות, פציעה חמורה או היעלמות של סגל שאינו שייך לכוחות המזוינים (למעט לוחמים השייכים לכוחות האויב) שמעורבים בהם אנשי צבא, רכוש צבאי או אתרים צבאיים, אפילו מקום שאין נל חשד סביר לעבירה. גם מקרים של מוות,

276 שם, בפסקה 81.

277 שם, בפסקה 82.

278 שם, בפסקה 100 ו-111.

פגיעה חמורה או היעלמות של לוחם השייך לכוחות האויב בשעה שהוא מוחזק בידי אנשי הכוחות המזוינים או תחת שליטה אפקטיבית שלהם, נחשבים לתקרית בת-יידוע. תקריות בנות-יידוע כוללות גם כל אירוע אחר שהוגדר על ידי מפקדים או מנהלים כאירוע חמור, רגיש או דחוף, כמו למשל אירוע שעלול לפגוע בשמו הטוב של הצבא או למשוך תשומת לב תקשורתית או פרלמנטארית. במקרה של ספק אם האירוע נופל בגדר תקרית בת-יידוע, יש לדווח עליו.<sup>279</sup>

שרשרת הדיווח משתנה במקצת בהתאם לאופי התקרית. מוות או פגיעה חמורה באזרחים (או בלוחמי האויב המוחזקים בידי אנשי הכוחות המזוינים) מחייבים דיווח לשרשרת הפיקוד (למפקד המבצעי, המעביר את הדיווח לפיקוד בזירת האירוע ול-Commander Joint Operations in Australia (CJOPS), לרשות חקירה צבאית (ADFIS) או המשטרה הצבאית) על מנת שהללו ינקטו צעדים בקשר אליו, וכן ליידע את מפקד המשטרה הצבאית.<sup>280</sup>

הדיווח על התקרית יתבסס על מידע מהתיעוד המבצעי (operational log). עליו לכלול, לכל הפחות, מידע בדבר הזמן, המיקום והנסיבות של התקרית, וכן פרטים על המעורבים בה, כמו גם מידע בדבר המעורבות של התקשורת או של הרשויות האזרחיות.<sup>281</sup>

במקרה של תקרית בת-יידוע, מוטלת על המפקדים ועל המנהלים חובת היוועצות ברשות החקירה הצבאית המתאימה (בדרך כלל ADFIS או המשטרה הצבאית הרלוונטית), כמו גם חובות נוספות כגון נקיטת כל האמצעים הסבירים כדי לשמר ראיות פוטנציאליות ולוודא כי לא תאבדנה, תושמדנה או תיפגענה וכדי למנוע השפעה על עדים או בניית קווי הגנה שקריים. המפקדים והמנהלים גם מחויבים לספק כל סיוע סביר לאנשי רשות החקירה הצבאית הרלוונטית. כאשר הדבר נחוץ לשם השלמת המשימה הצבאית או לשם שלום הצוות, ייתכן שתוטלנה מגבלות על הגישה של החוקרים לשטח, אולם על הגבלות אלה להימשך זמן קצר ככל האפשר.<sup>282</sup>

279 הדו"ח האוסטרלי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 48.

ש.ם. 280

ש.ם. 281

ש.ם. 282

כאשר ADFIS או המשטרה הצבאית הרלוונטית מקבלים דיווח על תקרית בת-יידוע הנוגעת לחשד סביר לעבירה על ה-DFDA, עליהם להחליט אם לבקר באתר האירוע, לפתוח בחקירה עצמאית, או להפנות את הענין לגורם אחר (רשות חקירה מתאימה יותר, הרשויות האזרחיות, הרשות שיזמה את הדיווח (initiating authority) או רשות חקירה צבאית הפועלת בתחום אחר בכוחות המזוינים) לשם חקירה או פעולה. אם התקרית אירעה באזור מבצעי, נדרשים ADFIS או המשטרה הצבאית להיוועץ במפקד המבצעי הרלוונטי בנוגע לסוגיות בטיחותיות, ביטחוניות או מבצעיות העשויות להשפיע על פתיחת חקירה.<sup>283</sup>

כאשר ADFIS או המשטרה הצבאית הרלוונטית מקבלים דיווח על תקרית בת-יידוע בנוגע למוות, פציעה חמורה או היעלמות של אזרחים, שלכשעצמה אינה מקימה חשד סביר לביצוע עבירה, עליהם להגיב לפי הצורך כדי להגיש סיוע מידי, ליצור קשר עם המשטרה האזרחית, ולהבטיח כי אזור התקרית יאובטח וכי הראיות תישמרנה.<sup>284</sup>

‘הערכה מהירה’

50. תהליך ‘ההערכה המהירה’ (Quick Assessment) משתלב בחובות הדיווח. הערכות מהירות תיערכנה ביוזמת מפקד או מפקח או בעקבות דיווח על תקרית. יש להשלים את ההערכה המהירה בתוך 24 שעות ולהעבירה למפקד המבצעים המשותפים (Commander Joint Operations (CJOPS)) על מנת שיחליט אם להמשיך בחקירה אדמיניסטרטיבית או לפתוח בחקירה פלילית. ההערכה תכיל תיאור קצר של העובדות, ללא הודעות פורמאליות, וכן המלצות לפעולות עתידיות (אם הגורם המקיים את ההערכה התבקש לעשות כן), לצד אישור או החלטה בכתב של מפקד בתגובה לדברים. בדרך כלל, ישוחח הקצין המקיים את ההערכה עם אנשי הכוחות המזוינים שהיו מעורבים בתקרית כדי להבין מה אירע ומהו ההקשר הרלוונטי.<sup>285</sup>

כל מי שמשרת בצבא אוסטרליה יכול להתבקש לקיים הערכה מהירה, אולם

283 ש.ם.

284 ש.ם.

285 ש.ם, בפסקה 49.



עליו להיות אובייקטיבי ונטול פניות, כך שמי ששייך לשרשרת הפיקוד של המעורבים בתקרית, רשאי להיבחר לכך רק אם אין לו כל מעורבות או ענין אישי בתקרית.<sup>286</sup>

ניתן לקיים הערכה מהירה במקביל לחקירות אחרות, אולם אסור שתפריע לחקירות אלה.<sup>287</sup> אם במהלך הערכה מהירה עולה חשד כי אירעה תקרית בת-יידוע, חובה לדווח על כך מיידית למפקד או למפקח. במקרה כזה יש להשלים את ההערכה המהירה, אולם על הגורם המקיים אותה לפעול בתיאום עם חוקרי ADFIS כדי להבטיח כי לא יפריע למהלך החקירות.<sup>288</sup>

על סמך הדיווח על התקרית וההערכה המהירה, יחליט ה-CJOPS אם נדרש 'תחקיר מנהלי מלא'. המדיניות כיום היא לערוך תחקיר מנהלי מלא במקרים של מוות של אנשי הכוחות המזוינים, הרס משמעותי של רכוש ומות אזרחים (מלבד מקרי מוות של אנשים הנוטלים חלק ישיר במעשי איבה).<sup>289</sup>

אם עולה מהערכה מהירה או מתחקיר מנהלי מלא אפשרות שבוצעה הפרה של דיני העימות המזוין, יורה ה-CJOPS (תוך התייעצות עם הרמטכ"ל ועם ראש הזרוע הרלוונטית) ל-ADFIS לערוך חקירה פלילית (אם ADFIS טרם פתח בחקירה כזאת).

#### איך חוקרים: תהליכים שגרתיים

51. כאמור לעיל, הערכות מהירות אינן נחשבות כשלעצמן לחקירות, אך הן עשויות להביא לידי חקירות, שהרלוונטיות שבהן לצרכי דו"ח זה הן 'חקירות מנהליות מלאות' ו'חקירות פליליות'. ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה מנהלית נתונה בידי הדרג המנהל בכוחות המזוינים, וההחלטה בדבר פתיחת חקירה פלילית נתונה לשיקול דעתו של קצין המשטרה הצבאית הראשי (ADF Provost Marshal), העומד בראש ADFIS. אין הצהרה פומבית בנוגע למדיניות ADFIS לגבי הרף המצדיק פתיחת חקירה פלילית, או בנוגע למדיניות הכוחות המזוינים לגבי הרף המצדיק פתיחת חקירה מנהלית, בתגובה לדיווח על תקרית בת-יידוע ולהערכה המהירה ביחס אליה.

286 ש.ם.

287 ש.ם.

288 ש.ם.

289 ש.ם, בפסקה 50.

בהעדר מידע על מדיניות ברורה, קשה לדעת אם ישנה גישה עקבית כלשהי, ואם כן, על מה היא מבוססת.<sup>290</sup>

באוסטרליה לא היו העמדות לדין בעקבות טענות בדבר הפרות של דיני העימות המזוין, אם כי לאחרונה כונס בית דין צבאי לשמיעת אישומים בדבר רשלנות פלילית בהתנהגות בשדה הקרב. מקרה זה הוא דוגמא למצב שבו נעשה שימוש הן בהערכה מהירה והן בתחקיר מנהלי מלא. באירוע שהביא לאישומים אלה נהרגו חמישה ילדים אפגאנים במהלך פשיטה לילית על מתחם מגורים באורוזגן (Oruzgan), עת השליכו חיילים רימון לתוך חדר שממנו נפתחה עליהם אש. החקירות הבשילו לכדי אישומים בדבר הריגה ברשלנות, אך בית הדין הצבאי קיבל את ההתנגדויות לאישומים על בסיס הטענה שלא חלה על חיילי צבא אוסטרליה חובת זהירות חוקית בהקשר של פעולות לחימה.<sup>291</sup>

#### תחקיר מנהלי מלא

52. בתקריות שבהן אין חשד לעבירה, ישנן אפשרויות אחדות לעריכת תחקירים מנהליים. בתקריות חמורות יותר, יש סולם מדורג של רמות תחקיר המחייבות, דרגת סמכות הולכת ועולה של הגורמים העורכים את התחקיר.<sup>292</sup> האפשרויות העיקריות לתחקירים מנהליים כאלה הן: Minister of Defence General Court of Inquiry, Chief of the Defence Force Commissions of Inquiry, Boards of Inquiry וכן Inquiry Officer inquiries. כל אחד מתחקירים אלו שואב את סמכותו מהחוק ומתנהל בהתאם להליכים קבועים.

תחקיר של מוות או פציעה של אזרחים (בהעדר חשד סביר להפרת דיני העימות המזוין) ינוהל בדרך כלל על ידי קצין חוקר (Inquiry Officer). תחקיר מסוג זה כולל הגדרה של מסגרת התחקיר (terms of reference) ומינוי של קצין (על פירוב, קצין בכוחות המזוינים האוסטרליים) ושל צוות תמיכה, על ידי הקצין המפקד בזירת האירוע או על ידי ה-CJOPS באוסטרליה. צוות התחקיר יוצב בזירת האירועים ועשוי להישאר שם משך כל תקופת החקירה. הקצין החוקר יתשאל את כל המעורבים העיקריים בתקרית, וכיין

<sup>290</sup> שם, בפסקה 77.

<sup>291</sup> שם, בפסקה 52.

<sup>292</sup> שם, בפסקה 50.

טיוטת דו"ח התחקיר הכולל הסבר של מה שקרה לדעתו במהלך התקרית, את ההקשר שבו היא התרחשה והמלצתו לפעולה בעקבות הדו"ח. הדו"ח יחולק למעורבים העיקריים ותינתן להם ההזדמנות להעיר על המלצות שהציע החוקר. לאחר מכן יגבש הקצין החוקר גרסה סופית של הדו"ח ויגיש אותה ל-CJOPS.<sup>293</sup> בדרך כלל מתנהלים תחקירים של קצין חוקר כתחקירים פנימיים, ללא שימועים פורמאליים. עם זאת, היו דוחות תחקיר שפורסמו בציבור (תוך ביצוע ההתאמות הנחוצות).<sup>294</sup>

## חקירה פלילית

53. חקירה פלילית נפתחת על ידי ADFIS במקרה של חשד לעבירה על דיני העימות המזוין. ADFIS מציבה חוקרים מטעמה בזירת האירועים, מראיינת משתתפים באירוע ואוספת ראיות לשם בניית תיק ראיות עבור התובע הצבאי הראשי. בתום החקירה הפלילית, נמסר עותק של תיק הראיות למפקד או למנהל, יחד עם דיווח על הפעולה שננקטה (למשל, פניה לתובע הצבאי הראשי). על סמך תיק הראיות, מקבל התובע הצבאי הראשי החלטה לגבי דרך הפעולה המתאימה, דהיינו, חקירות המשך ממוקדות על ידי ADFIS, הגשת כתב אישום ופתיחה בהליכים פליליים. גם התובע הצבאי הראשי מחויב ליידע את המפקדים או את המנהלים על התקדמות בחקירה.<sup>295</sup>

כאשר ADFIS מבצעת חקירה פלילית, עליה לבצעה באופן עצמאי, ללא השפעה של שרשרת הפיקוד, אם כי כל חקירה מחייבת התייעצויות הדוקה בין המפקדים או המנהלים לבין ADFIS. רק לקצין המשטרה הצבאית הראשי של ADFIS (ולקציני המשטרה הצבאית הראשיים של כל זרוע) יש סמכות להשעות או לסיים חקירה. עם זאת, יצוין כי הואיל וראש ADFIS מדווח לרמטכ"ל, ייתכן ששרשרת הפיקוד ברמה הגבוהה ביותר תשנה החלטה של ADFIS לחקור. הרמטכ"ל, ה-CJOPS, סגן הרמטכ"ל והמפקדים הבכירים בצבא עשויים לדרוש להשעות חקירה, אך דרישה שכזו צריכה להיות מוגשת בכתב ומתועדת ב-Defence Policing and Security Management System (בסיס נתונים המכיל את כל הדוחות על תקריות בנות-יידוע ואת כל דוחות החקירה), וכל החלטה להשעות או לסיים חקירה, והסיבות להחלטה, חייבות אף הן להיות מתועדות בבסיס נתונים

293 ש.ם.

294 ש.ם, בפסקה 50.

295 ש.ם, בפסקה 51.

זה.<sup>296</sup> כל החלטה של התובע הצבאי הראשי להגיש או שלא להגיש כתב אישום נתונה לביקורת של בית המשפט העליון באוסטרליה (High Court of Australia) מכוח ההוראה הכללית בסעיף 75(ה) לחוקה המאפשר לבית המשפט ליתן צו עשה (writ of mandamus) המחייב רשות ציבורית לבצע פעולה מסוימת או להפעיל שיקול דעת בהתאם לחוק. יש לציין, כי מעולם לא ננקטה פעולה כזאת נגד התובע הצבאי הראשי בתגובה להחלטתו להגיש או שלא להגיש כתב אישום.<sup>297</sup>

#### מנגנוני חקירה נקודתיים ואד-הוק

54. באוסטרליה נהוגה שיטת ועדות פרלמנטאריות הדומה באופן כללי לשיטות הנהוגות בארה"ב, בקנדה ובבריטניה. זאת ועוד, הממשלה יכולה להקים ועדות חקירה ציבוריות מסוגים שונים כדי לחקור ענינים שונים ובהם הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין. כך לדוגמא, הוועדה לעניני חוץ, הגנה ומסחר של הסנאט ניהלה חקירה בהיקף מוגבל בשנת 2005, בעקבות דיווחים תקשורתיים על התעללות בעצירים בעיראק. החקירה עסקה בשאלות הבאות: האם אנשי הכוחות האוסטרליים נכחו במהלך חקירת עצירים; האם אנשי הכוחות האוסטרליים דווחו לסוכנויות ממשלת אוסטרליה על ידיעות או על חששות שהיו להם בנוגע ליחס כלפי עצירים; ואלו פעולות ננקטו בעקבות דיווחים אלו. הוועדה הביעה צער רב על האיכות הירודה של הראיות שקיבלה לידיה. מסקנתה היתה שהממצאים בדבר תיעוד לא-אפקטיבי, תהליכי דיווח אקראיים ומערכי תקשורת גרועים מלמדים כי תהליכי הדיווח והתקשורת עם משרד ההגנה היו בלתי מספקים מבחינות מסוימות.<sup>298</sup>

בהקשר של מנגנוני חקירה אד-הוק פנימיים, ראוי לציין שוב את עבודת הביקורת והחקירה של המפקח הכללי של הצבא (Inspector-General of the ADF), שנידון לעיל בפסקה 25). המפקח הכללי של הצבא רשאי לפתוח בחקירות על דעת עצמו (ועשוי להתבקש לעשות כן על ידי הרמטכ"ל, קצין בכיר בכוחות המזוינים או כל אדם אחר), ובעבר הוא חקר את ההתנהלות בחקירת טענות שכוונו כלפי אנשי

296 ש.ם.

297 ש.ם.

298 ש.ם, בפסקה 28; עוד ראו: Senate Foreign Affairs, Defence and Trade Committees, *Duties of the Australian Personnel in Iraq* (Aug. 18, 2005), available at: [www.aph.gov.au/Senate/committee/fadt\\_ctte/completed\\_inquiries/2004-07/iraq/report/index.htm](http://www.aph.gov.au/Senate/committee/fadt_ctte/completed_inquiries/2004-07/iraq/report/index.htm)

השירות האווירי המיוחד (Special Air Services) בדבר הריגה בלתי חוקית במזרח טימור. הדו"ח מתח ביקורת חריפה על תהליך החקירה (אם כי בשל כך שהוא היה ממושך מדי ושנאסף חומר חקירה משמעותי אך בלתי קביל ולא בגלל שהחקירה היתה בלתי-יסודית).<sup>299</sup> המפקח הכללי גם עורך, כענין שבשגרה, ביקורות אקראיות על ההליכים ועל הפרקטיקות הנהוגות ביחידות בכל הנוגע למשפט הצבאי, ומנסה לאתר בעיות כמו שימוש לרעה בסמכות או אי פתיחה בהליכים במקרים של ביצוע מעשי עוולה. ביקורות אלה נערכות כחלק מתכנית שיטתית, כך שהן אינן חקירות אד-הוק פנימיות במונח הצר בדומה לחקירות פרלמנטאריות, והן גם אינן חלק מנוהל תגובה שגרתי בכל מקרה של מוות של אזרחים או של חשד לעבירה פלילית.<sup>300</sup>

### הליכים בעקבות החקירה

55. לתובע הצבאי הראשי, למפקד הצבאי או לאדם המשרת בכוחות המזוינים שהוסמך בכתב על ידי המפקד הצבאי,<sup>301</sup> מוקנה שיקול דעת אם להגיש כתב אישום על עבירות צבאיות נגד אדם המשרת בכוחות המזוינים (או אזרח העובד בשירות הכוחות המזוינים). אם מוגש כתב אישום בגין עבירה פלילית, יידון התיק בפני טריבונל צבאי (service tribunal); בעבירות החמורות ביותר (למשל, עבירות שהעונש בגינן הוא מאסר של למעלה משנתיים), יידון התיק בפני בית דין צבאי או שופט צבאי. מוסדות אלו נידונו ביתר פירוט לעיל בפסקה 25.

כיום<sup>302</sup> לא קיים בית דין צבאי קבוע, והרשעות בטריבונלים צבאיים כפופות כולן לביקורת של 'רשויות מבקרות' (reviewing authorities, גופים שזו מטרותם). רשויות אלה מחזיקות בסמכויות שונות, לרבות הסמכות לבטל את ההרשעה, אך רק מטעמים מסוימים (למשל אם הן בדעה כי ההרשעה אינה סבירה או שאין לה די תימוכין ראייתיים). הרשויות המבקרות נסמכות על דוחות של יועצים משפטיים צבאיים במילוי תפקידן, ובשאלות משפטיות הן אף מחויבות לנהוג על פי הדוחות

299 הדו"ח האוסטרלי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 29.

300 שם, בפסקה 66.

301 DFDA, בסעיף 187(1).

302 לדיון על ההתפתחויות ההיסטוריות של מערכת המשפט הצבאית האוסטרלית, ראו: הדו"ח האוסטרלי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 1, 7-11.

הללו.<sup>303</sup> רוב העונשים צריכים אף הם לקבל אישור מרשות מבקרת בטרם ייכנסו לתוקף. בנוסף לתהליך האישור, רשאית רשות מבקרת לבטל עונשים שלדעתה שגויים מבחינה משפטית או מופרזים.<sup>304</sup>

## בריטניה

מתי מדווחים וחוקרים: תהליכים שגרתיים

56. משעה שמגיעות לידיעתו של מפקד טענה או נסיבות שאדם סביר היה לומד מהן על אפשרות שמי מפקודיו ביצע 'עבירה מדרגה 2' (schedule 2 offence), עליו לדווח על כך למשטרה הצבאית במהירות האפשרית.<sup>305</sup> בעבירות מדרגה 2 נכללות טענות בדבר עבירות פליליות 'רגילות' כמו רצח והריגה, וכן עבירות לפי ה-International Criminal Court Act 2001 (רצח עם, פשעים נגד האנושות או פשעי מלחמה).<sup>306</sup> הואיל ועבירות כאלה תיחקרנה כמעט בוודאות על ידי המשטרה הצבאית, הרי שסמכויותיו של המפקד לחקור טענות להפרות של דיני העימות המזוין מוגבלות ביותר.<sup>307</sup>

ישנם כללים לחקירת חשדות לעבירות צבאיות שעשויים להפוך לרלוונטיים במקרה של התנהגות שאינה מהווה עבירה מדרגה 2. במקרה כזה, אם סבור המפקד כי התבצעה או ייתכן שהתבצעה עבירה צבאית, עליו לערוך חקירה או להבטיח כי המשטרה הצבאית הרלוונטית תדע על העניין.<sup>308</sup> אם המשטרה הצבאית אינה חוקרת, המפקד עדיין רשאי לבחור שלא לחקור בעצמו ובמקום זאת למנות קצין אחר באותה הדרגה, שאינו חלק משרשרת הפיקוד המבצעית המידית, כדי שיחקור אם אכן התבצעה עבירה צבאית.

נראה כי החלטת ההרכב המורחב בענין *Al-Skeini and Others v. United*

303 שם, בפסקה 56.

304 שם.

305 הדוח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 4.11.

306 שם, בפסקה 3.09.

307 שם.

308 שם, בפסקה 3.49.

Kingdom (להלן: ענין אל-סקייני)<sup>309</sup> תחייב את הכוחות המזוינים לקבל על עצמם תחומי אחריות נוספים לשם שימור זירת האירוע של כל הפרה לכאורה של סעיפים 2 או 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם.<sup>310</sup>

### איך חוקרים: תהליכים שגרתיים

#### חקירת עבירות צבאיות

57. חקירה של חשדות לעבירות צבאיות יכול שתיערך על ידי כל אדם הנתון לפיקודו של המפקד, והיא כפופה להנחיות מפורטות.<sup>311</sup> קיימות ראיות לכך שאפילו ביחס לעבירות שאינן נכנסות בגדר עבירות מדרגה 2, הנוהג הוא למנות קצין שאינו שייך ליחידת הפיקוד שלה כפופים החשודים כדי שישקול אם יש צורך בחקירה.<sup>312</sup>

#### חקירה פלילית

58. חקירות פליליות נערכות במקרים של חשדות לעבירות מדרגה 2. יש תחום צר מאד שבו ניתן לערוך חקירות ברמת היחידה או ברמה המבצעית של הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין. חקירות על הפרות של פקודות קבע או של נהלי פעילות אחרים יכולות כמובן להיערך ברמה זו. עם זאת, במקרים חריגים שבהם בשל סיבות מבצעיות המשטרה הצבאית אינה יכולה להגיע לזירת האירוע ולחקור, רשאי המפקד להתחיל לחקור עבירות מדרגה 2. גם אם הדבר קורה, הרי שהדבר נחשב לסטייה מסדר הדין הרגיל והמפקדים נדרשים לערב את המשטרה הצבאית מיד כשהדבר אפשרי.<sup>313</sup>

משעה שהמשטרה הצבאית קיבלה דיווח ממפקדים (או מגורמים אחרים) על הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין, היא אחראית לחקירה. אם היא בדעה שיש די ראיות כדי להעמיד לדין בגין עבירה מדרגה 2, עליה להעביר את המקרה לטיפולו

309 ענין אל-סקייני, לעיל ה"ש 6.

310 שם, בפסקה 1.26.

311 שם, בפסקה 3.49, ה"ש 214.

312 שם, בפסקה 3.10.

313 שם.

של התובע הצבאי הראשי.<sup>314</sup> גם אם היא מחליטה כי אין די ראיות, עליה להיוועץ בתובע הצבאי הראשי.<sup>315</sup> מקום שאין די ראיות כדי להעמיד לדין, ניתן להעביר את התיק בחזרה למפקד כדי שיקבע אם יש להעמיד את החשוד לדין בגין עבירה צבאית שאיננה עבירה מדרגה 2.<sup>316</sup>

כאשר מקרה עובר לטיפולו של התובע הצבאי הראשי, על המשטרה הצבאית ליידע על כך את מפקדו של הנאשם.<sup>317</sup> ה-Prosecutors' Pledge של מערכת התביעה הצבאית (Service Prosecuting Authority) כולל חובה להודיע לקורבנות אם הוחלט שלא להעמיד לדין בגין האירוע שבו נפגעו.<sup>318</sup> לתובע הצבאי הראשי שיקול דעת בלעדי אם להגיש כתב אישום. אם מוגש כתב אישום, ההליך יתנהל בפני בית דין צבאי. העמדה לדין בגין עבירות לפי ה-International Criminal Court Act מחייבת את אישורו של ה-Attorney-General.<sup>319</sup> החלטה של התובע הצבאי הראשי שלא להעמיד לדין תהיה נתונה לביקורת שיפוטית של ה-High Court, בדומה להחלטה של התובע הכללי (Director of Public Prosecutions).<sup>320</sup>

#### מנגנוני חקירה נקודתיים ואד-הוק

59. בבריטניה מוסמכות ועדות פרלמנטאריות לחקור קשת רחבה של ענינים. בבריטניה קיים עיקרון חוקתי לפיו יש לחוקק מחדש את החוקים המסדירים את פעילות הכוחות המזוינים כל חמש שנים, והבחינה המחודשת של החקיקה מידי חמש שנים היא למעשה הזדמנות לבחון את תפקודם של הכוחות המזוינים, ובכלל זה את תפקודה של מערכת המשפט הצבאית. בדרך כלל מוקמת ועדה מיוחדת (Select Committee) כדי לבחון את טיוטת הצעת החוק ולקיים שימועים בנושא, לפני שמתקיים הדיון בבית הנבחרים.<sup>321</sup>

314	שם, בפסקה 4.05.
315	שם, בפסקה 3.20.
316	שם.
317	שם, בפסקה 3.09.
318	שם, בפסקה 3.19.
319	שם.
320	שם.
321	שם, בפסקה 3.50.



ניתן להקים גם ועדות חקירה ציבוריות, וישנה חקיקה המסדירה את הסמכויות והחובות של ועדות חקירה אלו. בעבר הוקמו מספר ועדות חקירה שעסקו בעניינים הנוגעים לדיני העימות המזוין. ועדת חקירה ציבורית מסוג זה הוקמה, למשל, כדי לחקור את מותו של בהא מוסא (Baha Mousa), אזרח עיראקי, בעת שהוחזק בידי הכוחות המזוינים הבריטיים בבצרה בשנת 2003. אותה פרשה נחקרה קודם לכן בחקירות שערכה ה-Royal Military Police, אשר הביאו להרשעה של אדם אחד בבית דין צבאי באשמת יחס בלתי-אנושי. הדו"ח הסופי התפרסם ביום 8 בספטמבר 2011. בנוגע לנסיבות מותו של בהא מוסא, החקירה עסקה באי-הדיווח של אירועים שהתרחשו במתקן המעצר, והמליצה להטיל איסור על שיטות חקירה שונות. הממשלה קיבלה את כל המלצות הדו"ח למעט אחת.<sup>322</sup> ועדת חקירה רלוונטית אחרת היא ועדת החקירה בעניין אל-סווידי (Al Sweady), החוקרת טענות בדבר הריגה בלתי חוקית והתעללות בעצירים במחנה אבו נאג'י (Camp Abu Naji) ובבסיס הלוגיסטיקה שייבה (Shaibah) שבדרום עיראק בשנת 2004.<sup>323</sup>

ועדות חקירה פרלמנטאריות או ציבוריות עשויות לסכן הליכים פליליים עתידיים, ומשום כך הן בדרך כלל תחלנה בעבודתן רק בתום ההליכים הפליליים. במקרה של בהא מוסא, ועדת החקירה הציבורית לא החלה בפעולתה עד שהסתיימו ההליכים בבית הדין הצבאי נגד הנאשמים.<sup>324</sup> אולם בענין אל סווידי החלה החקירה עוד קודם לכן (בעקבות חקירות בלתי מספקות שניהלה בעבר ה-Royal Military Police) וה-Attonrey-General התחייב בפני העדים שהראיות שיספקו לוועדת החקירה לא יישמשו בהליכים פליליים נגדם או לשם קביעה אם לפתוח בהליכים פליליים (שלא בגין עבירות הקשורות למתן עדות שקר לוועדה וכדומה).<sup>325</sup>

תביעות משפטיות הקשורות לחובות החקירה לפי האמנה האירופית לזכויות אדם עשויות למלא תפקיד בהחלטה אם להקים ועדות חקירה ציבוריות. במקרה של אל-סווידי, קרובי משפחתו תבעו, כסעד, כי תיפתח חקירה עצמאית ונטולת פניות ביחס למקרי המוות. מזכיר המדינה טען, בין היתר, כי חקירה כזאת אינה נחוצה, כיוון שה-Royal Military Police כבר ערכה חקירה מספקת. בסופו של דבר הושהתה

322 שם, בפסקה 4.28.

323 שם, בפסקאות 1.33-1.35.

324 שם, בפסקאות 1.33, 2.14-2.16.

325 שם, בפסקה 2.14.

התביעה לביקורת שיפוטית, והוקמה ועדת חקירה ציבורית, אך ה-High Court of Justice, בפסק דינו, מתח ביקורת חריפה על החקירות שבוצעו על ידי ה-Royal Military Police.<sup>326</sup>

בנוסף לוועדות חקירה ציבוריות, הצבא עצמו עשוי ליזום חקירות על ענינים מסוימים. למשל, צבא בריטניה יזם חקירה על אירועים של הריגה בלתי חוקית ועל התעללות בעצירים בעיראק בשנים 2003-2004. הדו"ח, שהוכן בידי בריגדיר אייטקן (Aitken), ראש ה-Army Personnel Strategy, ציין אמצעים שונים שננקטו מאז 2003 כדי למנוע הישנות של הריגות והתעללויות, ונתן המלצות נוספות.<sup>327</sup>

גם משרד ההגנה הקים 'צוות טענות היסטוריות הקשורות לעיראק' (Iraq Historic Allegations Team, IHAT), שבראשו קצין משטרה אזרחית בכיר בדימוס. המשימה שהוטלה על הצוות היתה לחקור טענות להתעללויות בידי אנשי הכוחות הבריטיים בעיראק, במטרה לוודא שניתן יהיה לפתוח בהליכים פליליים נוספים במידת הצורך. כל עוד לא הושלמה עבודתו של IHAT, נמנע בית המשפט הגבוה (High Court [Divisional Court]) מלקבוע כי לפי האמנה האירופית לזכויות אדם נדרשה חקירה ציבורית מלאה ביחס לטענות על אנשי הכוחות הבריטיים. נטען, כי IHAT חסר את העצמאות הדרושה (בין היתר, משום שהיו חברים בו אנשי ענף החקירות המיוחדות של ה-Royal Military Police ואנשי הענף האחר ב-Royal Military Police, האחראי ל-General Police Duties, שייתכן שהיו מעורבים בעוללות שנעשו באירועים הנחקרים). בית המשפט לערעורים [Civil Division] קיבל את הטענות וקבע בענין בהא מוסא כי מעורבותו של ה-Provost Branch בעיראק אכן פגמה בעצמאותו של IHAT.<sup>328</sup>

## הליכים בעקבות החקירה

60. בנוגע לחשדות לעבירות צבאיות שאינן נכנסות בגדר עבירות מדרגה 2, מוסמך המפקד, באופן תיאורטי, להגיש כתב אישום בכל אישום שהוא לפי הצורך, אך עם

*R (on the application of Al-Sweady and Others) v Secretary of State for the Defence* [2009] EWHC 326 326  
2387

הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 1.36. 327

*The Queen (on the application of Ali Zaki Mousa) v Secretary of State for Defence* [2010] EWHC 3304 328  
(Admin); on appeal to the Court of Appeal, [2011] EWCA Civ 1334  
; ראו: הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 1.34 ו-2.16. 328

זאת, הוא אף רשאי להעביר את המקרים הללו לטיפולו של התובע הצבאי הראשי.<sup>329</sup> ה-Manual of Service Law קובע כי במקרים של אלימות או התעללות בקורבן שאינו חבר בכוחות המזוינים, או שמוחזק בידי הכוחות המזוינים, על הקצין המפקד להעביר את הענין לטיפולו של התובע הצבאי הראשי, אלא אם נחה דעתו, לאחר שקיבל ייעוץ משפטי, כי עליו להגיש כתב אישום.<sup>330</sup>

עבירות צבאיות שניתן לטפל בהן בשימועים בהליך מהיר (summary hearings) כוללות, ככל שהדבר נוגע לדיני העימות המזוין, ביזה, אי-ציות לפקודה חוקית ורשלנות בביצוע חובה, כמו גם עבירות לפי הדין הפלילי הכללי כגון גרימת נזק העולה כדי עבירה פלילית ותקיפה המביאה לכדי פגיעה פיזית של ממש.<sup>331</sup> העונשים המוטלים בשימועים בהליך מהיר מוגבלים לריתוק בבסיס צבאי או ביחידת אימונים עד 90 ימים, קנס המגיע עד למשכורת של 28 ימים, והורדה בדרגה.<sup>332</sup>

עבירות אחרות צריכות להידון בפני בית דין צבאי, מוסד שתואר ביתר פירוט לעיל בפסקה 27.

## גרמניה

### מתי מדווחים וחוקרים: תהליכים שגרתיים

61. בגרמניה, אין חובות דיווח ייחודיות מלבד החובה הכללית לדווח על חשדות לעבירות פליליות לרשויות התביעה האזרחיות.<sup>333</sup> לתחקירים מבצעיים אין כל השפעה על חקירות והם זוכים להתעלמות כדבר שבשגרה.<sup>334</sup>

לפי ה-Code of Law for Members of the Armed Forces, הפרות של דיני העימות המזוין עשויות להוות עבירות (malfeasances) הנתונות לאמצעים משמעתיים ולפיכך ניתן לחקור אותן בהליכי חקירה הנהוגים לגבי עבירות מסוג זה.

329 הדו"ח הבריטי, לעיל ה"ש 2, בפסקה 3.49, ה"ש 214.

330 שם, בפסקה 3.18, ה"ש 161.

331 שם, בפסקה 3.18.

332 שם.

333 הדו"ח הגרמני, לעיל ה"ש 2, בנספח V.

334 שם, בפסקה 56.

מפקד מחויב לפתוח בחקירה מיד כשנודעות לו עובדות התומכות בחשד לעבירה.<sup>335</sup> עם זאת, אם סבור מפקד כי בוצעה עבירה פלילית, עליו להעביר מיד את המידע לטיפולן של רשויות התביעה האזרחיות.

איך חוקרים: תהליכים שגרתיים

חקירה של עבירות

62. בדרך כלל, מפקד יבקש מהיועץ המשפטי שלו לערוך חקירה בסיוע המשטרה הצבאית.<sup>336</sup>

במהלך הרגיל של הדברים, אנשי הכוחות המזוינים מחויבים לענות ולומר אמת כאשר הם נחקרים לגבי אירוע. אם הם נשאלים על ענין משמעותי שעשוי לגרום ענישה מצד הקצין הממונה עליהם, הם רשאים לבחור אם לענות או לא לענות, אך אם הם עונים, עליהם לומר את האמת. דרישות אלה אינן חלות בהליכים בבית המשפט, בין אם בבית דין צבאי משמעותי ובין אם בהליך פלילי רגיל.<sup>337</sup>

אם מתגלה בחקירה כי יש בסיס מספיק לחשד כי בוצעה עבירה פלילית, על הקצין המפקד לעצור את ההליך המשמעותי ולהגיש את תוצאות החקירה לתובע אזרחי (כאמור לעיל, לעתים קרובות קשה לקבוע מיהו התובע הרלוונטי, אך המדיניות הנהוגה היא שמשרד התובע בפרוטסדאם יהיה נקודת הקשר הראשונית לפשעים שבוצעו מחוץ לגבולות המדינה על ידי הכוחות המזוינים או כנגדם, והוא רשאי להעביר את הענין הלאה לטיפולו של התובע הכללי הפדראלי, אם ההתנהגות לכאורה עלולה להגיע לכדי פשע מלחמה לפי ה-Code of Crimes against International Law, או לטיפולו של תובע אחר במחוז האחרון שבו הוצב הנאשם בגרמניה).<sup>338</sup>

מיד עם סיום ההליך הפלילי, יכולים הליכי החקירה המשמעותיים להימשך. הליכים הנוגעים לעבירות משמעותיות חמורות יובאו בפני טריבונלים של משרד

335 שם, בפסקה 48.

336 שם.

337 שם, בפסקה 55.

338 שם, בפסקאות 57-95.

ההגנה, וטריבונלים אלה מחויבים לממצאים העובדתיים שמצא בית המשפט הפלילי.

### חקירה שגרתית במקרי מוות של אזרחים

63. לפי המדיניות הנוהגת, בכל מקרה שבו נהרג אזרח בידי אנשי הכוחות המזוינים הגרמניים, נפתחת חקירה.<sup>339</sup> החקירה שתיפתח תהיה דומה לחקירה של עבירת משמעת, ומעורבים בה התובע הכללי הפדראלי והמשטרה הצבאית.<sup>340</sup>

### חקירה פלילית

64. ברוב המקרים הנוגעים לטענות בדבר הפרות של דיני העימות המזוין, על הקצין המפקד ליידע תובע אזרחי עוד בשלביה המוקדמים של החקירה. לתובעים אזרחיים אין סמכות ביחס לרשויות הצבאיות ולפיכך אין להם סמכות פורמאלית ביחס להתנהלות החקירה הצבאית, אולם הם רשאים להביע את דעתם בנוגע לתביעה אפשרית וליידע את הרשויות הצבאיות בהתאם.<sup>341</sup> לתובע אזרחי אין אפשרות לחקור בזירה הרלוונטית; לכל היותר, רשויות הצבא עשויות להיוועץ בו, שעה שהן חוקרות. הדבר עשוי להביא לקשיים בכירור העובדות.<sup>342</sup>

משעה שענין הנוגע להפרה של ה-Code of Crimes against International Law עובר לטיפולו של התובע, ורף הראיות הנחוץ לשם העמדה לדין מתקיים, חלה חובה להעמיד לדין אלא אם חל פטור ספציפי.<sup>343</sup> רבים מפטורים אלו נועדו למנוע שימוש במערכת המשפט הגרמני כמסגרת לחקירה ולהעמדה לדין במקרים שבהם הנאשמים בפשעי מלחמה אינם גרמנים והתנהגותם אינה קשורה בגרמניה.<sup>344</sup> החלטה של התובע להסתמך על פטורים אלו אינה נתונה לביקורת שיפוטית, אך ניתן לתקוף החלטה לסיים הליכים בשל מחסור בראיות.<sup>345</sup>

339 שם, בפסקה 47.

340 שם.

341 שם, בפסקה 58.

342 שם, בפסקאות 49-50. (לקשיים בענין Colonel Klein, ראו: שם, בפסקה 97).

343 ביחס לכך, ראו: שם, בפסקה 72.

344 כפי שקרה בתלונות נגד נשיא סין ז'יאנג ז'ימין, נגד מי שהיה בשעתו סגן הנשיא של צ'ינ'ה, ונגד מי שהיה בשעתו מזכיר המדינה של ארצות הברית, אף כי הפרשנות של פטורים אלו לא היתה חפה ממחלוקות: שם, בפסקאות 74-81.

345 שם, בפסקה 82-83.

65. קיימת אפשרות לערוך חקירה פרלמנטארית בגרמניה. למשל, בית הנבחרים הפדראלי (*Bundestag*) ערך חקירה על עוולות הקשורות לפרשת Colonel Klein (תקיפה אווירית ליד קונדוז בספטמבר 2009, שבמהלכה נהרגו מספר רב של אזרחים). החקירה הפרלמנטארית הגבילה את תפקידה לבחינת טענות נגד בכירים, ובכלל זה שר ההגנה, הרמטכ"ל (Joint Chief of Staff) והקנצלר, בדבר שקר לציבור וניהול כושל של החקירה באפגניסטן. בחקירה לא נשקלה האפשרות שאנשים אלו ביצעו הפרות של דיני המלחמה,<sup>346</sup> וזאת משום שההחלטה אם פעולה כלשהי מהווה עבירה פלילית מתקבלת על ידי בתי המשפט, ואינה יכולה, מטעמים חוקתיים של הפרדת רשויות, להתקבל על ידי כל גוף אחר.

#### הליכים בעקבות החקירה

66. עבירות פליליות שבוצעו על ידי אנשי הכוחות המזוינים, לרבות הפרות של ה-Code of Crimes against International Law, יידונו בבתי משפט אזרחיים.

עבירות משמעתיות חמורות יותר מחייבות שיפוט בפני ה-*Truppendienstgericht*, שנדון לעיל בפסקה 29, ועשויות להביא לעונשים של הורדה בשכר ובקצבאות, מניעת קידום, הורדה בדרגה וסילוק מהצבא. בעבירות משמעתיות חמורות פחות, מוסמך המפקד לגנות את ההתנהגות ולהטיל עונשים כגון קנסות עד לסכום מסוים, עוצר וריתוק, ומאסר לתקופה של עד שלושה שבועות.<sup>347</sup>

#### הולנד

מתי מדווחים וחוקרים: תהליכים שגרתיים

67. בהתאם לקוד הפרוצדורה הפלילית (Code of Criminal Procedure) החל הן על עבירות שביצעו אזרחים והן על עבירות שביצעו אנשי הכוחות המזוינים, רשאי כל אדם להגיש תלונה בדבר חשד לביצוע עוולה לכל קצין ברשויות אכיפת החוק

346 שם, בפסקה 98.

347 שם, בפסקה 95.

(במשטרה האזרחית הרגילה או ב-Royal Military Constabulary). התלונה תועבר לטיפול הרשות התובעת המתאימה.<sup>348</sup>

כל אנשי הכוחות המזוינים מחויבים לדווח לרשויות המוסמכות על כל מידע בדבר הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין.<sup>349</sup>

אם אין בסיס לחשד לעבירה פלילית, המפקד (או משרד ההגנה או שירות התביעה הציבורי) יכולים ליזום חקירה פנימית בנוגע לכל אירוע שהוא. אם עולה חשד סביר כי בוצעה עבירה פלילית, על המפקד להגיש דיווח רשמי ל-Royal Military Constabulary ללא דיחוי, ולעצור את החקירה הפנימית.<sup>350</sup>

כחלק מהפרקטיקה הנוהגת, שאינה מוסדרת בחוק, קיים הליך מיוחד של דיווח וחקירה שנועד לספק דין וחשבון על מקרים שבהם נעשה שימוש בכוח ועל תוצאותיהם. לאחר כל שימוש בכוח (בין אם יריית אזהרה ובין אם לחימה בהיקף מלא הנמשכת כמה ימים), על המפקד בשטח להגיש 'דו"ח לאחר פעולה' (After Action Report).<sup>351</sup> הדו"ח הוא חלק מן המידע המבצעי שניתן למפקד הכוחות המזוינים (Commander of the Armed Forces), וכן מנגנון שנועד להבטיח פיקוח משפטי ואחריות (accountability) על כל שימוש בכוח.<sup>352</sup> מפקד פלוגת ה-Royal Military Constabulary המלווה את המשימה יספק עותק של הדו"ח לשירות התביעה הציבורי, וזה יקבע מהר ככל האפשר, על בסיס הדו"ח, אם יש צורך בחקירה פלילית או בחקירה עובדתית מלאה יותר.<sup>353</sup>

לא קיימים בחוק או בנוהג קריטריונים שמנחים את שירות התביעה הציבורי בקבלת החלטה אם נדרשת חקירה עובדתית מלאה, אך נראה כי גורמים כגון אופי האירוע וחומרת תוצאותיו הם חלק ממערכת השיקולים הרלוונטיים. בפועל, נערכת חקירה עובדתית מלאה כל אימת שמוות של אזרחים או פגיעה חמורה בהם

348 הדו"ח ההולנדי, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 70-72.

349 שם, בפסקה 71.

350 שם, בפסקאות 74-75 ו-77.

351 שם, בפסקאות 50, 79-80 ו-88.

352 שם, בפסקאות 50 ו-80.

353 שם, בפסקה 50.

נגרמים בשל פעולות הכוחות המזוינים ההולנדים.<sup>354</sup> מדיניות זו חלה בלא קשר לאינטנסיביות של מעשי האיבה, למרות שהיישום שלה עשוי להשתנות לפי אופי הפעולה והנסיבות העובדתיות בשטח.<sup>355</sup> הסטנדרטים לקבילות ראיות בסדר הדין הפלילי בהולנד מבססים את הפרדיגמה לאיסוף ראיות, למרות שלא תמיד יהיה ניתן לעמוד בסטנדרטים אלה בנסיבות מבצעיות. לבסוף, על תיעוד החקירה לציין כיצד היא התנהלה וכיצד השפיעו הנסיבות על התנהלותה.<sup>356</sup>

המדיניות לגבי אופן הביצוע של חקירות עובדתיות בכל מקרה מוות של אזרחים או של פגיעה חמורה בהם מבוססת בחלקה על הדרישות שמעמידה האמנה האירופית לזכויות אדם, והולנד מיישמת אותן, כענין של מדיניות, כל אימת שהכוחות המזוינים יוצאים לפעילות מבצעית.<sup>357</sup>

## איך חוקרים : תהליכים שגרתיים

### חקירות פנימיות

68. חקירות פנימיות יכול שתיערכנה על ידי המפקדים. מטרתן לספק תמונה טובה ככל האפשר של העובדות הקשורות לאירוע, ולקבוע אם יש בסיס לחשד להתנהגות פלילית.<sup>358</sup> כאמור לעיל, ה-Royal Military Constabulary מקיים חקירה עובדתית מלאה במקרים של מוות של אזרחים או של פגיעה חמורה בהם. חקירה פנימית יכול, אפוא, שתימשך במקביל לחקירה עובדתית מלאה. למשל, בינואר 2008, בעקבות תקרית של 'אש ידידותית' במחוז אורוזגן (Uruzgan) שבאפגניסטן, הן משרד ההגנה והן שירות התביעה הציבורי שלחו צוותים לאזור כדי לערוך חקירות עובדתיות. על אף שלשני הצוותים היו תחומי אחריות שונים, התקיים ביניהם שיתוף פעולה ושירות התביעה הציבורי השתמש בתוצאות החקירה של משרד ההגנה בדר"ח שהגיש.<sup>359</sup>

354 שם, בפסקה 79.

355 שם, responses to questions.

356 שם; במקרה אחד בו הוחלט שלא להעמיד לדין בגין אירוע שאירע בנקודת ביקורת, בית הדין לערעורים עמד על קשיי איסוף הראיות בהקשרים מבצעיים, ראו: שם, בפסקה 93.

357 שם, בפסקאות 79-80.

358 שם, בפסקה 77.

359 שם, בפסקה 78; חקירות עובדתיות נערכו גם, לדוגמא, ביחס לדיווחים שמסוקי אפאצ'י השייכים לחיל האוויר ההולנדי גרמו למות אזרחים כאשר פתחו באש על שני כלי רכב במחוז צ'נארטו שבאזור אורוזגן; וביחס לשימוש במטוס F16 של חיל האוויר ההולנדי באזור הלמנד, שהביא למותם של כמה אזרחים, לרבות ילדים; ראו: שם, בפסקה 96.



אם עולה חשד במהלך חקירה פנימית כי בוצעה עבירה פלילית, על המפקד לעצור את החקירה. האנשים המעורבים ייחשבו לחשודים ומרגע זה ואילך תתנהל החקירה כחקירה פלילית.<sup>360</sup>

#### חקירה עובדתית מלאה

69. ה-Royal Military Constabulary הוא המקיים חקירות עובדתיות מלאות, תחת פיקוחו של התובע המחוזי. הפרוצדורה של חקירה עובדתית אינה מוסדרת בחוק, אלא מדובר בענין של מדיניות. במהלך חקירה עובדתית יכולים המעורבים להופיע כעדים, אולם הם אינם מחויבים לענות על שאלות שעלולות להביא להפלתם. המפקד, בדרך כלל, יהיה מעורב בחקירה כדי לתת תמונה מלאה של הסיטואציה, אף על פי שלא מוטלת עליו חובה כזו.<sup>361</sup>

כאמור לעיל, אם קיים חשד סביר כי בוצעה עבירה פלילית, החקירה הופכת מיד לפלילית.

#### חקירה פלילית

70. חקירה פלילית תיערך על ידי ה-Royal Military Constabulary לפי אותם כללים החלים על חקירת חשדות לביצוע עבירות פליליות על ידי אזרחים, תוך התייעצות עם שירות התביעה הציבורי ותחת פיקוח כללי שלו. כאשר יחידה נמצאת מחוץ לשטח הולנד וה-Royal Military Constabulary אינם נוכחים או זמינים באופן מידי, רשאים המפקדים להפעיל את סמכויות החקירה הנתונות ל-adjunct assistant prosecutors או לקציני המשטרה.<sup>362</sup>

בחקירה פלילית, חובה לשמוע את המפקד כעד על מנת לקבל תמונה מדויקת של הסיטואציה המבצעית.<sup>363</sup>

360 שם, בפסקאות 47, 75-1.

361 שם, בפסקה 74.

362 שם, בפסקה 47.

363 שם, בפסקה 75.

71. הפרלמנט ההולנדי רשאי ליזום חקירות לגבי ענינים שונים ובכלל זה על הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין. גם הממשלה רשאית ליזום חקירה עצמאית על מצבים הכוללים הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין, או על ענינים אחרים הקשורים למבצעים צבאיים שבהם היו מעורבים הכוחות המזוינים.<sup>364</sup>

ישנם תקדימים הן לחקירות שיזם הפרלמנט והן לחקירות שיזמה הממשלה ביחס לענינים צבאיים. לדוגמא, לאחר נפילת סרברניצה ביולי 1995 והטבח שבא בעקבותיה, יזמה הממשלה (באישור הפרלמנט) חקירה שנערכה על ידי ה-Netherlands Institute of War Documentation בנוגע לנסיבות נפילתה של סרברניצה והתפקיד שמילא הכוח שייצג את הולנד (DUTCHBAT) בכוח שמירת השלום של האו"ם. דו"ח שהתפרסם ב-2002 הוביל בעקיפין לנפילת הממשלה. כתוצאה מכך, יזם הבית התחתון של הפרלמנט חקירה שכללה שימועים פומביים ותשאול עדים, אשר הסתכמה בדו"ח שיצא בתחילת 2003. בנושא זה אף התקיימו חקירות אחרות שנערכו על ידי ארגונים לא ממשלתיים וקבוצות אינטרס (lobby groups), וכן תביעות משפטיות שהוגשו על ידי בני משפחה של קורבנות טבח סרברניצה.<sup>365</sup>

ישנן גם דוגמאות לוועדות חקירה ציבוריות אחרות בנוגע לטענות בדבר עינויים של חיילים עיראקיים בידי שירות המודיעין הצבאי (ולא בידי הכוחות המזוינים), ובכלל זה חקירה עובדתית של ועדה עצמאית וחקירה של ועדת הפיקוח על שירותי המודיעין (Oversight Committee for the Intelligence Services).<sup>366</sup>

אם יש חשד סביר להתנהגות פלילית, תימנענה חקירות פרלמנטאריות או חקירות ציבוריות אחרות מלהתייחס לשאלות הנוגעות להתנהגות פלילית פוטנציאלית, או שהן תושענה עד להשלמת החקירה הפלילית.<sup>367</sup>

364 שם, בפסקה 22.

365 שם, בפסקה 23.

366 שם, בפסקה 90.

367 שם, בפסקאות 22-38.

## הליכים בעקבות החקירה

72. הפרות של ה-International Crimes Act יידונו בפני בית המשפט המחוזי בהאג, אלא אם בוצע הפשע בידי חבר בכוחות המזוינים. במקרה כזה, יישפט הנאשמים בפני ההרכב הצבאי של בית המשפט המחוזי בארנהם.

החלטה של הרשויות התובעות שלא להעמיד לדין במקרה מסוים נתונה לביקורת שיפוטית.<sup>368</sup>

---

368 שם, בפסקה 30.

## ד. נקודות מרכזיות בסקירה המשווה

73. חלק זה מסכם את הממצאים של הסקירה המשווה בפרק זה לגבי כמה מן הנקודות המרכזיות שהוועדה בחרה להתמקד בהן. הדיון מקביל למבנה הניתוח כפי שהוא מופיע לכל אורך הדו"ח (כלומר 'מה חוקרים?', 'מתי חוקרים?', 'מי חוקר?' ו'איך חוקרים?'). מטרת הדיון הוא להאיר כמה מגמות רווחות והבדלים בולטים בין המדינות שנסקרו בכל אחת מהקטגוריות האלה.

### מה חוקרים?

74. חקיקה הנוגעת להפרות של דיני העימות המזוין:

א. בחוקים הפליליים של ארה"ב קיימות עבירות של 'פשע מלחמה', והן כוללות הפרות של אמנות ז'נבה, ומספר מצומצם של פשעי מלחמה נוספים. כל יתר המדינות שנסקרו צעדו מעבר לכך וחוקקו חקיקה פלילית פנימית האוסרת לפחות את פשעי המלחמה הקבועים בסעיף 8(2) לחוקת רומא.

ב. מתוך שש המדינות שנסקרו רק לארה"ב אין סעיף בחקיקה הפלילית הפנימית, שענינו אחריותם של מפקדים וממונים למנוע עבירות שעברו או תכננו פקודיהם, אם כי לפי דעות מסוימות ארה"ב מכירה בדוקטרינה של אחריות מפקדים. כל יתר המדינות צעדו מעבר לכך וחוקקו הוראות ספציפיות העוסקות באחריותם של מפקדים ושל ממונים אזרחיים, שבפועל דומות להסדר הקבוע בסעיף 28 לחוקת רומא ושמטיל על מפקדים ועל ממונים אזרחיים אחריות בנסיבות מסוימות שבהן, בין היתר, בוצעו פשעי מלחמה על ידי הכפופים להם.<sup>369</sup>

ג. בחלק מן המדינות, אנשי הכוחות המזוינים אינם מועמדים לדין בגין עבירות ספציפיות הנוגעות להפרות של דיני העימות המזוין. ארה"ב וקנדה – הראשונה כענין שבמדיניות והשנייה כענין שבפרקטיקה – מעמידות לדין את אנשי הכוחות המזוינים שלהן בגין הפרות של המשפט הפלילי הרגיל (בין אם אלה מופיעות בחקיקה האזרחית ובין אם בחקיקה הצבאית). הולנד וגרמניה לא הגישו כתבי

369 בנוסף לפשעי מלחמה, סעיף 28 לחוקת רומא, לעיל ה"ש 20, עוסק בכל הפשעים שבתחום שיפוטו של בית הדין הפלילי הבינלאומי (רצח עם, פשעים נגד האנושות ותוקפנות).

אישום נגד איש מאנשי הכוחות המזוינים מאז שנחקקה החקיקה הרלוונטית. במקרה היחיד שקרה באוסטרליה, בענין אישומים על הפרות של המשפט הצבאי האוסטרלי שכללו עבירות פליליות, העמיד התובע הצבאי הראשי את הנאשם לדין בגין הריגה ברשלנות ולא בגין עבירות על דיני המלחמה. בריטניה, לעומת זאת, העמידה לדין אדם ששירת בעבר בכוחות המזוינים שלה באשמת 'יחס בלתי אנושי' לפי חקיקה פנימית שהטמיעה עבירות הקבועות בחוקת רומא.

## מתי חוקרים?

75. ברוב המדינות שנסקרו ישנן חובות נפרדות של דיווח ושל חקירה. יש מנגנונים שונים לדיווח על תקריות, ואלה מובילים ל"תהליכי חקירה". חלק זה יתמקד בסוגיות ספציפיות הרלוונטיות לניתוח שערכה הוועדה, אשר קשורות לפתיחת חקירות מסוגים שונים. הוא פותח בדיון על חובות הדיווח במדינות השונות, ובכלל זה על סוגי התקריות שיש לדווח עליהן ועל הדרישות הנוגעות לשימור ראיות פוטנציאליות. לאחר מכן, ידון חלק זה בתנאי הסף השונים לפתיחה בחקירות. חקירות אלה יכול שתהיינה מנהליות או פליליות והן אף עשויות לכלול הערכה עובדתית ראשונית.

76. חובות דיווח

1. מערכות דיווח

ברוב המדינות שנסקרו קיימת מערכת דיווח מקיפה. אירועים המחייבים דיווח, על פי רוב, מקימים חובה לחקור (במערכת המנהלית או הפלילית), אם כי ישנן גם חובות חקירה בנסיבות שלא עלולות כדי אירועים המחייבים דיווח.

א. בארה"ב, אם אנשי הכוחות המזוינים יכול שהיו מעורבים בתקרית בת-דיווח או אחראים לה, יש לדווח על התקרית במעלה שרשרת הפיקוד. תהליך הדיווח עוצב באופן גורף ביותר, כך שבמקרה של ספק יש לדווח על התקרית. תקרית בת-דיווח היא "אפשרות, חשד או טענה להפרה של דיני המלחמה שיש עליהם מידע אמין, או התנהגות במהלך מבצעים צבאיים שאינם מלחמה שאילו אירעה במהלך עימות מזוין היתה מהווה הפרה של דיני המלחמה".

ב. בקנדה, ישנן דרישות דיווח שונות שעשויות להיות רלוונטיות להפרה אפשרית של דיני העימות המזויין. ה-Queen's Regulations and Orders מחייבים כי קצינים וחוגרים ידווחו ל'רשות המתאימה' על כל הפרה של הכללים המסדירים את התנהגותו של אדם הכפוף לקוד המשמעת הצבאית (Code of Service Discipline). כלל 11 של ה-Code of Conduct for Canadian Forces Personnel מחייב דיווח על כל הפרה של דיני העימות המזויין בין אם לגורמים בכירים בשרשרת הפיקוד, למשטרה הצבאית, לקצין דת, לקצין לענייני משפט או לכל בעל סמכות אחר. כמו כן עשויות להיות הוראות ספציפיות לזירת הקרב על דיווח כל "תקרית משמעותית".

ג. באוסטרליה, אנשי הכוחות המזוינים מחויבים לדווח על 'תקריות בנות-יידוע' (notifiable incidents) באופן מיידי. תקריות כאלה כוללות כל אירוע המקים חשד סביר לעבירה על הקוד המשמעתי (disciplinary code) (למעט הפרות קלות), או על החוק הפלילי האוסטרלי או הזר, שמעורבים בו אנשי צבא, רכוש צבאי או אתרים צבאיים. עם זאת, 'תקריות בנות-יידוע' כוללות גם אירועים של מוות, פציעה חמורה או היעלמות של סגל שאינו שייך לכוחות המזוינים (למעט לוחמים השייכים לכוחות האויב) שמעורבים בהם כל פעילות צבאית, רכוש צבאי או אתרים צבאיים, אפילו מקום שאין כל חשד סביר לעבירה. במקרה של ספק אם האירוע הוא בגדר תקרית בת-יידוע, יש לדווח עליו.

ד. בבריטניה, משעה שמגיעות לידיעתו של מפקד טענה או נסיבות שאדם סביר היה לומד מהן על אפשרות שמי מפקודיו ביצע 'עבירה מדרגה 2' (schedule 2 offence), עליו לדווח על כך למשטרה הצבאית הרלוונטית במהירות האפשרית. בעבירות מדרגה 2 נכללות טענות בדבר עבירות פליליות 'רגילות' כמו רצח והריגה, וכן טענות בדבר הפרות של ה-International Criminal Court Act 2001 (רצח עם, פשעים נגד האנושות או פשעי מלחמה).

ה. בגרמניה, אין חובות דיווח ייחודיות מהסוג שיש בחלק מהמדינות האחרות, מלבד החובה הכללית לדווח על חשדות לעבירות פליליות לרשויות התביעה האזרחיות.

1. בהולנד, בהתאם לקוד הפרוצדורה הפלילית (Code of Criminal Procedure) החל הן על עבירות שביצעו אזרחים והן על עבירות שביצעו אנשי הכוחות המזוינים, רשאי כל אדם להגיש תלונה בדבר חשד לביצוע עוולה לכל קצין ברושיות אכיפת החוק (במשטרה האזרחית הרגילה או ב-Royal Military Constabulary). התלונה תועבר לטיפול הרשות התובעת המתאימה. כל אנשי הכוחות המזוינים מחויבים לדווח לרשויות המוסמכות על כל מידע בדבר הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין.

## 2. הוראות ביחס לשימור ראיות

במסגרת הדיווח הראשוני על 'אירועים מחייבי-דיווח' (reportable incidents בארה"ב ו-notifiable incidents באוסטרליה), מונחים המפקדים לנקוט אמצעים כדי לשמר ראיות פוטנציאליות. באוסטרליה, מוות או פציעה של אזרח נחשבים ל'תקרית בת-יידוע' בין אם קיים חשד כלשהו לעבירה פלילית ובין אם לאו, כך שהדרישה לשמר ראיות חלה גם בחקירות שאינן פליליות. במדינות שהן צד לאמנה האירופית לזכויות אדם (קרי, בריטניה, גרמניה והולנד), נראה כי ההחלטה בענין אל-סקייני תחייב את הכוחות המזוינים לקבל על עצמם תחומי אחריות נוספים לשם שימור זירת האירוע של כל הפרה לכאורה של סעיפים 2 או 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם.

## 77. תנאי הסף הדרושים לקיום חקירה

### 1. חקירה מנהלית

אין הגדרה ברורה לנסיבות המקימות חובה לקיים חקירה מנהלית. עם זאת, חקירות כאלו לרוב תיפתחנה בעקבות אירועים שאינם חמורים דיים, והן יכולות להוביל לעונשים מנהליים או לענישה שאינה שיפוטית (non-judicial punishment). חקירות מנהליות נוטות להיות חקירות בהליך מהיר או על ידי ועדי חקירה, המתנהלות לרוב על ידי קצין, תחת הסמכות של שרשרת הפיקוד.<sup>370</sup>

370 בארה"ב, מפקד גרוד או בעל תפקיד בכיר יותר מורה על פתיחת החקירה; בקנדה, הקצין המפקד על יחידה או המשטרה הצבאית הם שמורים על פתיחת חקירה כזאת; באוסטרליה, מפקד או ה-CJOPS מורים על פתיחת תחקיר על פי אופיו של התחקיר המנהלי; בבריטניה, מפקד מורה על פתיחת חקירה; בגרמניה, מפקד מורה על פתיחת חקירה שכזאת; ובהולנד, מפקד (או משרד ההגנה או שרות התביעה הציבורי) מורים על פתיחת חקירה מסוג זה.

במדינות מסוימות (ארה"ב), חקירות מנהליות משמשות כדי לאסוף מידע נוסף על אירוע ועשויות לחשוף בסיס לחשד להתנהגות פלילית. במדינות אחרות (אוסטרליה), הן משמשות לחקירת מקרי מוות של אזרחים שבהם אין חשד סביר לעבירה פלילית.

## 2. חקירה פלילית

התנאים המקימים חובה לפתוח בחקירה פלילית אינם תמיד ברורים, אולם תנאי הסף הוא לרוב מסוג 'חשד סביר' או 'סיבות להאמין' שהתבצעה עבירה פלילית.

א. בארה"ב, חקירה פלילית נפתחת לרוב במקרים של תקריות בנות-דיווח, למרות שלא התפרסמו קריטריונים ספציפיים שלפיהם מחליטים מפקדים מה- Military Criminal Investigative Organization (MCIO) אם להמשיך לחקור. החלטת ה-MCIO לחקור עשויה לבוא בעקבות הודעה או בקשה מצד מפקד, בעקבות דרישת המפקח הכללי של משרד ההגנה, או ביוזמת ה-MCIO עצמו.

ב. בקנדה, חקירות פליליות (הידועות כ'חקירות משמעתיות') בודקות טענות בדבר עבירה צבאית (הפרה של כל חוק, לרבות קוד המשמעת הצבאית הכלול ב-National Defence Act). חקירות משמעתיות יכול שתתבצענה על ידי ה- Canadian Forces National Investigation Services (CFNIS), המשטרה האזרחית, המשטרה הצבאית של הבסיס או של הענף, או במקרים של הפרות משמעת קלות, רשויות היחידה. בדרך כלל ה-CFNIS היא שתנהל חקירות של עבירות חמורות או רגישות.

ג. באוסטרליה, תיפתח חקירה פלילית על פי רוב על ידי ה-Australian Defence Force Investigative Service (ADFIS) במקרים של חשדות להפרות של דיני העימות המזוין, אם כי אין הצהרה פומבית בנוגע לרף המצדיק פתיחה בחקירה פלילית.

ד. בבריטניה, חקירות פליליות נערכות במקרים של חשדות לעבירות מדרגה 2. משעה שהמשטרה הצבאית קיבלה דיווח ממפקדים (או מגורמים אחרים) על



הפרות אפשריות של דיני העימות המזוין, היא אחראית לחקירה.

ה. בגרמניה, חקירות פליליות נועדו לחקור עבירות מסוג malfeasances. הפרות של דיני העימות המזוין עשויות להוות malfeasances הנתונות לאמצעים משמעותיים לפי ה-Code of Law for Members of the Armed Forces. מפקד מחויב לפתוח בחקירה מיד כשנודעות לו עובדות התומכות בחשד לעבירה.

ו. בהולנד, חקירות פליליות בודקות חשדות לעבירות פליליות שהתבצעו על ידי אנשי הכוחות המזוינים. חקירות אלה נערכות על ידי ה-Royal Military Constabulary.

78. הערכה עובדתית למטרות חקירה

בכמה מהמדינות שנסקרו קיימת פעילות מקדימה שמטרתה גילוי עובדות, המשלימה את חובות הדיווח.

א. בארה"ב, נערכת 'חקירה מוקדמת', שהיא סוג של חקירה מנהלית, כדי לקבוע אם סגל אמריקאי יכול שהיה מעורב ב'תקרית בת-דיווח' או אחראי לה. אין הנחיות ברורות באשר לעריכת 'חקירה מוקדמת', אך חקירה כזאת לרוב אינה רשמית ונערכת על ידי המפקד עצמו או על ידי חבר בסגל הפיקודי. אם ברור שענין כלשהו מחייב חקירה פלילית, בשל חומרתו או מורכבותו, החקירות המוקדמות עשויות להיות פשוטות ומהירות.

ב. באוסטרליה, תהליך ההערכה המהירה (Quick Assessment) משתלב בחובות הדיווח. הערכות מהירות תיערכנה ביוזמת מפקד או מפקח או בעקבות דיווח על אירוע. ההערכה היא פעולה לגילוי עובדות ויש להשלימה בתוך 24 שעות. ניתן לערוך הערכה מהירה במקביל לחקירות אחרות, אולם אסור שתפריע לחקירות אלה. אם במהלך הערכה מהירה מתברר כי ייתכן שאירעה תקרית בת-יידוע, חובה לדווח עליה באופן מידי למפקד או למפקח. במקרה כזה יש להשלים את ההערכה המהירה, אולם על הגורם העורך אותה לפעול בתיאום עם חוקרי ADFIS כדי להבטיח כי לא יפריע למהלך החקירות.

## מי חוקר?

79. במדינות שנסקרו, החקירות שתוארו לעיל נערכות על ידי רשויות מסוגים שונים.

### 1. חקירות מנהליות

בהתאם לאופי העבירה הנחקרת, חקירות מנהליות נערכות על ידי מפקדים בכל הרמות ביחידה, שלא היו מעורבים באירוע הנבדק. לעתים קרובות אותו אדם ביחידה שהורה על פתיחה בחקירה הוא גם זה שמנהל אותה.

- א. בארה"ב, קצין שאיננו מעורב באירוע יערוך את החקירה וידווח למפקד.
- ב. בקנדה, מפקדים בכל הרמות צריכים להיות מסוגלים לערוך חקירות לשם ניהול אפקטיבי ויעיל של יחידותיהם.
- ג. באוסטרליה, במקרים חמורים פחות, המפקד בזירה יכול לפתוח בתחקיר שגרתי. באירועים חמורים יותר, יש סולם מדורג של רמות תחקיר המחייבות, בהתאמה, דרגת סמכות הולכת ועולה של הגורמים העורכים את התחקיר.
- ד. בבריטניה, מפקד סביר הוא שיערוך חקירה של עבירה צבאית או שיבטיח כי המשטרה הצבאית הרלוונטית תדע על העניין. אפשרות נוספת העומדת בפני המפקד היא למנות קצין אחר באותה הדרגה, שאינו חלק משרשרת הפיקוד המבצעית המידית, כדי שיחקור.
- ה. בגרמניה, על פי רוב יבקש מפקד מיועצו המשפטי לחקור, בסיוע המשטרה הצבאית.
- ו. בהולנד, מפקד (או משרד ההגנה) מנהל את החקירה.

## 2. חקירות פליליות

משעה שנפתחה חקירה פלילית, מתנהלות הרשויות החוקרות, בדרך כלל, באופן בלתי תלוי בשרשרת הפיקוד.

א. בארה"ב, על אף שחקירות של MCIO נערכות על ידי אנשי הכוחות המזוינים, הן כפופות לשרשרת דיווח נפרדת, לרוב לראש מטה הזרוע הרלוונטית או למזכיר הזרוע.

ב. בקנדה, ה-CFNIS היא העורכת חקירות פליליות, והחקירה מתנהלת תחת מפקד המדווח ישירות לפצ"ר הקנדי, וזאת כדי להגן על יכולתה של ה-CFNIS לנהל חקירות באופן שאינו תלוי בהשפעות פיקודיות.

ג. באוסטרליה, ADFIS מנהלת חקירות של פשעים חמורים, ועל חקירות כאלה להתנהל ללא השפעה של שרשרת הפיקוד או של הפיקוד הישיר. עם זאת, כל חקירה מחייבת התייעצות הדוקה עם המפקדים או המנהלים. יצוין, כי הואיל וראש ADFIS מדווח לרמטכ"ל, ייתכן ששרשרת הפיקוד ברמה הגבוהה ביותר תשנה החלטה של ADFIS לחקור.

ד. בבריטניה, המשטרה הצבאית מנהלת חקירות, והיא כפופה לקצין המשטרה הצבאית הראשי הרלוונטי ולא לשרשרת הפיקוד המבצעית. המשטרה הצבאית אף מחויבת על פי ה-Queen's Regulations לבצע חקירות באופן בלתי תלוי בשרשרת הפיקוד.

ה. בגרמניה, התובע האזרחי הרלוונטי ינהל את החקירה יחד עם המשטרה הצבאית.

ו. בהולנד, חקירות פליליות נערכות על ידי ה-Royal Military Constabulary לפי אותם כללים החלים על חקירת חשדות לביצוע עבירות פליליות על ידי אזרחים, תוך התייעצות עם שירות התביעה הציבורי ותחת פיקוח כללי שלו.

## 80. פיקוח וביקורת

לרוב המדינות שנזכרו יש פיקוח חיצוני מסוג כלשהו. בקנדה, כפופים כל

השוטרים הצבאיים לפיקוח של הוועדה לתלונות על המשטרה הצבאית (Military Police Complaints Commission, MPCC), גוף אזרחי שיש לו מעמד מעין-שיפוטי, שהוקם על מנת לחזק את האחריות והעצמאות של המשטרה הצבאית בנוגע לחקירות המתנהלות על ידיה; באוסטרליה, המפקח הכללי של הצבא (Inspector-General of the ADF, IGADF), שאינו תלוי בשרשרת הפיקוד הרגילה, נועד לספק לרמטכ"ל מנגנון לביקורת פנים על מערכת המשפט הצבאית, אשר באפשרותו ניתן לחשוף, לבדוק ולרפא כשלים ופגמים במערכת המשפט הצבאית; בבריטניה, כופים גופי המשטרה הצבאית לביקורת של Her Majesty's Inspectorate of Constabulary כדי להבטיח שיעמדו בסטנדרטים של מקביליהם האזרחיים (כלומר חקירות עצמאיות ואפקטיביות).

## איך חוקרים?

81. חלק זה יעסוק בסיכום תמציתי של סוגיות הקשורות לסטנדרטים הנהוגים בחקירות.

### 1. תחקירים מבצעיים

בכל המדינות שנסקרו, בנוסף לחקירות המנהליות או הפליליות, נערך גם תחקיר מבצעי אחרי כל מבצע צבאי. בארה"ב, למשל, מכונה התחקיר 'After Action Review' ובהולנד 'After Action Report'. מטרתו של התחקיר המבצעי היא הפקת לקחים טקטיים, טכניים ומבצעיים, והוא לרוב הרבה פחות פורמאלי מחקירות פליליות ומנהליות. תחקיר מבצעי ייערך בתוך היחידה, על ידי הקצין המפקד או קצין בדרגה נמוכה יותר. המדינות שנסקרו נבדלות זו מזו בשאלה אם הודעות שנגבו או מידע שנאסף במהלך תחקיר מבצעי עשויים להביא לדיווח על אירוע או להוות בסיס לפתיחה בחקירה פלילית או מנהלית. למשל, בארה"ב יכול תחקיר מבצעי להקים חובה לפתוח בחקירה. בגרמניה, לעומת זאת, אין לתחקירים מבצעיים כל השפעה על חקירות פליליות.

### 2. הפרדת תפקידי הייעוץ והתביעה

במדינות שנסקרו, קיימת הפרדה, במידות משתנות, בין תפקידי הייעוץ והתביעה.

א. בגרמניה ובהולנד, מדינות ללא מערכת נפרדת של משפט צבאי הנסמכות על רשויות התביעה האזרחיות, קיימת בהכרח הפרדה ממסדית בין הסגל המספק ייעוץ משפטי לכוחות המזוינים (בגרמניה, עורכי דין אזרחים ממשרד ההגנה, ובהולנד, השירות המשפטי הצבאי של הכוחות המזוינים) לבין רשויות התביעה האזרחיות.

ב. מבין ארבע מדינות המשפט המקובל שלהן מערכות משפט צבאיות, שלוש (קנדה, אוסטרליה ובריטניה) יצרו במשך השנים רשויות תביעה נפרדות האחראיות על ההליכים הפליליים. לרשויות התביעה הללו מובטחת עצמאות, הנובעת מכך שהן מעוגנות בחוק וכן מהוראות ספציפיות הנוגעות לממשק שלהן עם מוסדות ובעלי תפקידים אחרים. בקנדה, פועל התובע הצבאי הראשי (DMP) תחת פיקוחו של ה-JAG, המפקח גם על פונקציות ייעוץ, אך קשר זה נתון למספר מגבלות פורמאליות (למשל, כל הנחייה מה-JAG ביחס לתביעות ספציפיות, או ביחס למדיניות התביעה בכלל, צריכה להיות בכתב ולהתפרסם בפומבי). באוסטרליה, למרות שיש Directorate of Operations ו-(Directorate of Military Justice and International Law (DOIL)), המפקחים בהתאמה על פונקציות הייעוץ והמשפט הצבאי ומדווחים למנהל הכללי של השירות המשפטי של הכוחות המזוינים, החלטות הנוגעות להעמדה לדין מתקבלות על ידי התובע הצבאי הראשי. בבריטניה, נתון התובע הצבאי הראשי (DSP) לפיקוחו של התובע הכללי (למרות שאנשי מערכת התביעה הצבאית שייכים לענפים המשפטיים של הזרועות השונות), ואילו הענפים המשפטיים של הזרועות מדווחים לשר ההגנה. כאמור, כל המדינות שנסקרו, למעט ארה"ב, מפרידות בין פונקציות הייעוץ המשפטי לבין פונקציות ההעמדה לדין. בארה"ב, פרקליט צבאי עשוי להיות אחראי הן לענינים הנוגעים למשפט צבאי והן לייעוץ משפטי מבצעי.

3. ייעוץ לממשלה

במדינות שנסקרו, הענף המשפטי של הכוחות המזוינים איננו המקור הבלעדי לייעוץ לממשלה ביחס לסוגיות הקשורות לדיני העימות המזוין; הענפים המשפטיים הצבאיים יתבקשו לייעוץ בסוגיות כאלה, אך זאת לצד יועצים משפטיים ממשרדי

ממשלה אחרים (למשל משרד ההגנה, משרד המשפטים (Attorney-General) ומשרד החוץ).

#### 4. חקירת מקרי מוות של אזרחים

בחלק מן המדינות נערכת חקירה של העובדות בכל מקרה מוות של אזרחים (גם בהעדר כל חשד לעבירה). נראה כי פרקטיקה זו אינה מתועדת באופן פורמאלי בחוק או בתקנות, אך מקרים מסוימים נופלים גם תחת חובות דיווח שמעוגנות בהנחיות ובהוראות.

א. בארה"ב אין חובה לקיים חקירות כאלה. במדינות האחרות שנסקרו (קנדה, אוסטרליה, גרמניה, הולנד, וייתכן שאף בריטניה, ביחס למקרי ירי) קיימת חובה לבצע את החקירות הללו, בין אם כמדיניות ובין אם משום שמדובר בפרקטיקה מקובלת שהשתרשה בזירת האירוע. חקירה עובדתית נערכת בכל מקרה שבו נהרג אזרח (ובמקרה של הולנד, גם במקרה של פגיעה חמורה) על ידי כוחותיה המזוינים של המדינה, לרבות בתקריות של פגיעה אגבית.

ב. לעתים קרובות, חקירות עובדתיות של מקרי מוות של אזרחים נערכות על ידי אנשים או מוסדות מרוחקים ועצמאיים משרשרת הפיקוד המבצעית. (בקנדה, ה-CFNIS הוא הגוף החוקר, לפחות עד שאפשר לקבוע כי לא קיימת אשמה פלילית או מנהלית; באוסטרליה, מתמנה קצין חוקר מיחידה אחרת, שנשלח לזירת האירוע; בגרמניה, המשטרה הצבאית ורשויות התביעה האזרחיות עורכות את החקירה; ובדומה לכך, גם בהולנד ה-Royal Military Constabulary ורשויות התביעה האזרחיות הן שעורכות את החקירה).

## הערות סיכום

82. סיכום הסוגיות המרכזיות בפרק זה ממחיש הן את נקודות השוני והן את נקודות הדמיון באופן שבו שש המדינות הנסקרות פירשו ויישמו את חובתן לפי המשפט הבינלאומי ההומניטארי לחקור טענות בדבר פשעי מלחמה. ההבדלים בין המערכות הקיימות בכל מדינה אינם מפתיעים היות והחובות והסטנדרטים המוגדרים באמנות מנוסחים באופן שאינו ספציפי. הסבר נוסף להעדר האחידות הוא שמנגנוני החקירה של המדינות מעוצבים, בחלקם, על ידי חקיקה פנימית (משפט מקובל או קונטיננטלי), שיקולים מבצעיים ושיקולי מדיניות, ותרבויות צבאיות השונות זו מזו. המדינות שהן צד לחוקת רומא או לאמנה האירופית לזכויות אדם חייבות בחובות נוספות המשפיעות על עיצוב תהליכי החקירה בהן. שש המדינות גם נבדלות משמעותית במספר החיילים הפרוסים בשטח ובהיקף ומספר החקירות המתנהלות בהן מדי שנה, וגם לכך יש השפעה על המוסדות והתהליכים השונים שנוהגים בהן. עם זאת, יש גם נקודות משותפות רבות בסוג המסגרות הפנימיות שהקימו המדינות כדי להתמודד עם חקירות של פשעי מלחמה. בשנים האחרונות, יזמו רוב המדינות רפורמות מוסדיות במערכות החקירה שלהן, והמגמות העיקריות העולות מן הרפורמות האלה הן רף ה'סבירות' המביא לפתיחה בחקירה, והדגש הניתן לעצמאות גופי החקירה, הבא לידי ביטוי בהפרדתם משרשרת הפיקוד או בהעברתם לפיקוח ולביקורת חיצוניים.

סקירה משווה הינה כלי מועיל להבנת כיווני ההתפתחות של ההתנהלות האופטימאלית בתחום (best practice), והיא אף מאפשרת למדינות ללמוד זו מזו על סוגי התהליכים המשמשים כדי למלא אחר החובה החוקית הבסיסית לחקור בהקשר של עימות מזוין. ידע כזה הוא חשוב בשעה שעורכים סקירה של מערכת משפט צבאית ושוקלים התפתחויות ורפורמות אפשריות.





## **פרק ג: מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי**

### **מבוא**

1. ענינו של פרק זה הוא סקירת מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל העוסקים בתלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. הסקירה בפרק זה נעשתה תוך הקבלה למבנה הניתוח הנורמטיבי שבפרק א': בתחילה תוצג המסגרת הנורמטיבית המגבשת את החובה לחקור הפרות כפי שהיא מוגדרת בישראל, בין מתוך מחויבויותיה של ישראל לדין הבינלאומי ובין מתוך הדין הישראלי ('למה חוקרים?'). שנית, יפורטו ההוראות הנורמטיביות החלות בישראל, המגדירות מה הן, על פי הדין הישראלי, הפרות שעליהן חלה החובה לחקור, דהיינו – מהן העבירות המוכרות בדין הישראלי הפנימי, הנוגעות להפרת כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ('מה חוקרים?'). שלישית, יוצגו מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי המכוונות כלפי חיילי צה"ל, שוטרים, אנשי שב"כ, סוהרים והדרג האזרחי ('מי חוקר?'). בגדר סקירה זאת, יפורטו מקור סמכותם החוקי של מנגנונים אלה, מסגרת פעילותם ומיקומם במערכת המשפטית הישראלית הכללית, כמו גם המוסדות המפקחים על התנהלותם של מנגנונים אלה והמבקרים אותם. רביעית, יוצגו העילות לפתיחה בבדיקה ובחקירה במנגנונים השונים, זאת לרבות נהלי הדיווח ('מתי חוקרים?'). לבסוף, ייסקרו תהליכי עריכת הבדיקה והחקירה כפי שהם נעשים במנגנונים השונים ('איך חוקרים?').

הסקירה בפרק זה מבוססת על מידע שהונח בפני הוועדה, לרבות עדויות ומסמכים שהועברו לוועדה על ידי המנגנונים החוקרים עצמם; על עדויות ומסמכים שהעבירו גופים אחרים, לרבות ארגוני זכויות אדם; וכן על בחינה עצמאית של הליכי הבדיקה והחקירה שערכה הוועדה בדרך של בדיקה מדגמית של תיקים (ראו במבוא לדו"ח זה, בפסקה 23).

## **א. מקורות החובה לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי בישראל ('למה חוקרים?')**

2. כאמור בפרק א', החובה לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מעוגנת במקורות שונים של המשפט הבינלאומי. על פי המשפט הישראלי, נכללות בדין הישראלי הפנימי אותן הוראות של המשפט הבינלאומי המנהגי שאינן עומדות בסתירה לחקיקה ישראלית. לעומת זאת, נקלטת הוראה של המשפט הבינלאומי ההסכמי לתוך הדין הפנימי של המדינה – להבדיל מן המחויבות של המדינה במישור הבינלאומי בהיותה צד לאמנה – רק אם אומצה ההוראה בפירוש על ידי המחוקק הישראלי. כדברי בג"ץ:

במשפט הישראלי מבחינים, בשאלת היחס בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט הפנימי, קרי לצורך ההכרעה בשאלה, אם הוראה פלונית מתוך המשפט הבינלאומי הפומבי הפכה לחלק מן הדין הישראלי, בין משפט מינהגי לבין משפט הסכמי... לפי פסיקתו העקבית של בית-משפט זה, המשפט הבינלאומי המינהגי הוא חלק ממשפט הארץ, וזאת בכפפות לדבר חקיקה ישראלי הקובע הוראה סותרת... 'ההלכה היא, שכללי המשפט הבינלאומי (המנהגי) נקלטים אוטומטית לתוך המשפט הישראלי ומהווים חלק ממנו, אך במקרה של התנגשות חזיתית בינם [לבין חוק חרות, יד החוק החרות על העליונה]... בעניין מעמדו של המשפט הבינלאומי ההסכמי ביחס לדין שלנו... אימוצן של אמנות בינלאומיות – כדי להפכן לחלק מן המשפט הפנימי וכדי לפתוח פתח לאכיפתן באמצעות הערכאות הלאומיות – מותנה במעשהו [ה]קודם של המחוקק... יכול שאמנות בינלאומיות תהיינה בגדר הצהרה על המשפט המינהגי התקף – אך אז יחייב האמור בהן, מכוח מעמדו המינהגי האמור של הכלל המובא בהן ולא עקב היכללותו באמנה.<sup>1</sup>

3. כמפורט בפרק א', ישראל היא צד לארבע אמנות ז'נבה.<sup>2</sup> כמו כן, חתמה

1 בג"ץ 785/87 אל עפ"ו נ' מפקד נוחות צה"ל, פ"ד מב(2) 1 (1988), בפסקאות 5(ב)–5(ג) לפסק דינו של הנשיא שמגר.  
2 ראו: פרק א', בפסקה 5; יצוין כי ישראל אימצה גם את הפרוטוקול הנוסף השלישי לאמנות ז'נבה, המתייחס לאימוץ סמל מבחין נוסף, וראו: Protocol III Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (אוישר ונכנס לתוקף בתאריך 22 בנובמבר 2007).

ישראל ואשררה אמנות נוספות העוסקות בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>3</sup>

4. החובה הכללית לבדוק ולחקור הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי נובעת גם מכך שישראל היא מדינה המשתייכת לקהילת העמים והמכבדת זכויות אדם. בית המשפט העליון ביטא השקפה זו בהחלטות רבות. כך לדוגמא קבע בית המשפט:

לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה. האמירה כי "כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות" אינה נכונה. אמרתו של קיקרו כי בעת מלחמה מחרישים החוקים אינה משקפת את המציאות המודרנית. עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני: 'כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות'. אך גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה' (בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 470).

5. מלבד החובות במשפט הבינלאומי, חלה בישראל חובה לחקור שמקורה בכללי המשפט המנהלי והפלילי הפנימיים. למשל, חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי) קובע כי: "נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה". כך מורה גם חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958 כי "מת אדם ויש יסוד סביר לחשש... שמותו נגרם בעבירה... רשאי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, קצין משטרה, רופא או כל אדם מעוניין, לבקש מאת שופט של בית משפט השלום... לחקור בסיבת

3 אמנת האג להגנה על נכסי תרבות בזמן סכסוך מזויין, כ"א 7, 213 (נפתחה לחתימה בתאריך 14 במאי 1954) (אושר ונכנס לתוקף בתאריך 1 ביולי 1958); פרוטוקול בדבר האיסור על שימוש בנשק כימי חונק, רעלים ונשק ביולוגי (נפתח לחתימה בתאריך 17 ביוני 1925) (אושר ונכנס לתוקף בתאריך 20 בפברואר 1969); האמנה נגד עינויים וצורות אחרות של יחס או ענישה אכזרית, בלתי אנושית ומשפילה כ"א 1039, 4 (נפתחה לחתימה בתאריך 19 בדצמבר 1984) (אושר ונכנס לתוקף בתאריך 3 באוקטובר 1991); האמנה בדבר איסורים והגבלות על השימוש בכלי נשק קונבנציונליים מסוימים העשויים להיחשב כבעלי פגיעה קשה במיוחד או השפעות חסרות אבחנה, כ"א 46, 7 (נפתחה לחתימה בתאריך 10 באוקטובר 1980) (אושרה ונכנסה לתוקף בתאריך 22 במרץ 1995); פרוטוקול מס' 1 לאמנה זו, בדבר רסיסים בלתי ניתנים לגילוי (CCW Protocol I 1980) (אושר ונכנס לתוקף בתאריך 22 במרץ 1995); פרוטוקול מס' 2 לאמנה זו, בדבר איסורים או הגבלות על השימוש במוקשים, מלכודות פתאים והתקנים אחרים (CCW Protocol II 1980) (אושר ונכנס לתוקף בתאריך 22 במרץ 1995); פרוטוקול מס' 4 לאמנה זו, בדבר נשק לייזור הגורם לעיוורון (CCW Protocol IV 1980) (אושר ונכנס לתוקף בתאריך 30 באוקטובר 2000) פרוטוקול מס' 2 המתוקן לאמנה זו, בדבר איסור או הגבלת השימוש במוקשים, מטענים ממולכדים ומתקנים אחרים, 3 במאי 1996 (CCW Protocol II 1996) (אושר ונכנס לתוקף בתאריך 30 באוקטובר 2000); הפרוטוקול האופציונלי לאמנה בדבר זכויות הילד בנושא מעורבות ילדים בסכסוכים מזוינים, כ"א 1465 (נפתח לחתימה בתאריך 25 במאי 2000) (אושר ונכנס לתוקף בתאריך 18 ביולי 2005).

4 בג"ץ 3451/02 אלמוני נ' שר הביטחון, בנימין בן אליעזר, פ"ד נון(3) 30 (2002), בפסקה 9 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: ענין אלמוני).

המוות".<sup>5</sup> החובה לחקור טענות מסוימות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מעוגנת במשפט הישראלי גם מכוח ההכרה בזכות לחיים, כפי שקבע בית המשפט העליון:

לעצם החקירה השלכה על ההגנה על הזכות לחיים – החקירה מאפשרת בראש ובראשונה העמדה לדין במקרים המתאימים, והטלת אחריות על החורגים מהדין. מעבר לכך, חקירה פלילית פועלת לשמירת הרכיב הצופה פני עתיד של החובה להגן על החיים, בכך שהיא מרתיעה פוגעים עתידיים, מונעת זילות היחס לזכות לחיים ותורמת לאווירה של קיום שלטון החוק.<sup>6</sup>

כמו על כל רשות מנהלית, מוטלת גם על רשויות התביעה והחקירה החובה לבסס את החלטותיהן על מסד נתונים רחב ומדויק ככל האפשר.<sup>7</sup> לפיכך, ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה כמו גם ההחלטה בדבר העמדה לדין חייבות להתבסס על בדיקה וחקירה.

6. החובה לחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי על ידי חיילי צה"ל נובעת גם מהוראות החלות על פעילותם של החיילים והמסדירות את המסגרת הנורמטיבית בה הם פועלים. כך מורה חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חש"צ) כי "מפקד ... או חייל ... היודע או שיש לו יסוד להניח כי חייל אחר עבר עבירה כאמור, יערוך תלונה או יורה על עריכת תלונה בשל העבירה" ויגיש את התלונה לרשויות החוקרות,<sup>8</sup> וכן כי "אין להעמיד אדם לדין בפני בית דין צבאי ... אלא לאחר בדיקת העבירה על ידי קצין בודק..." (שוטר צבאי מוסמך הוא קצין בודק).<sup>9</sup> כמו כן, חלות על חיילי צה"ל הוראות הפיקוד העליון;<sup>10</sup> פקודות המטה הכללי של צה"ל (להלן: פקודות מטכ"ל);<sup>11</sup> וכן פקודות והוראות מטעם יחידות

5 חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982, ס"ח 1043, בסעיף 59 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי); חוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958, ס"ח 242, בסעיף 19.

6 בג"ץ 9594/03 בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים נ' הפוקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם, 21.8.2011), בפסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (להלן: ענין בצלם).

7 בג"ץ 297/82 ברגו נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29 (1983).

8 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 189, בסעיף 225 (להלן: חש"צ).

9 שם, בסעיף 251.

10 על פי החש"צ, בסעיף 2א(א), הוראות הפיקוד העליון הן "הוראות כלליות שיוציא הרמטכ"ל באישור שר הביטחון, והן יקבעו עקרונות הנוגעים לארגון הצבא, למינהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעולתו התקינה".

11 על פי החש"צ, בסעיף 2א(ב), פקודות המטה הכללי הן "פקודות כלליות שיוציא הרמטכ"ל", בנושאים האמורים לגבי הוראות הפיקוד העליון.

צבאיות שונות,<sup>12</sup> שמקצתן דנות בחובתם של מפקדים בצה"ל לבדוק ולחקור טענות בדבר הפרות של הדין על ידי הכפופים להם.

7. מקור מרכזי נוסף לחובה לחקור הוא הכלל המטיל אחריות על המפקדים לחקור תלונות וטענות על הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. כפי שפורט בהרחבה בפרק א', 'אחריות מפקדים' היא בגדר דין מנהגי מחייב.<sup>13</sup>

בישראל, מחויבים חיילי צה"ל ומפקדיו "לשמור על קיום המשמעת והציות לחוק ולפקודות ולהקפיד עליהם".<sup>14</sup> על מפקדים מוטלת אחריות מיוחדת בהיותם הממונים על אכיפת המשמעת מצד פקודיהם.<sup>15</sup> בגדר אחריות מיוחדת זו נדרש כל מפקד לוודא את קיום הפקודות; להחזיר בפקודיו נכונות לבצע את המוטל עליהם; ולנקוט תגובה משמעתית ללא דיחוי, במקרה שנעברה עבירה.<sup>16</sup> אחריות זאת של המפקד חלה לגבי קיום המשמעת של כל חייל נמוך ממנו בדרגה, הנמצא במקום ללא נוכחות מפקדו.<sup>17</sup>

אף בית המשפט העליון נדרש לסוגיית אחריות המפקדים, בקובעו כי על המפקדים מוטלת האחריות למנוע עבירות ולהעניש בגינן כאשר נעברו, בין בדרך של דוגמא אישית, כמודל לחיקוי לחיילים בשטח, ובין על ידי שימוש בסנקציות כלפי חיילים שהפרו כללים, באופן שיעביר מסר של אי סובלנות כלפי הפרות כאלה.<sup>18</sup>

12 החש"צ, בסעיף 3, קובע כי רואים את הוראות הפיקוד העליון, פקודות המטה הכללי והוראות כלליות אחרות כדינים, אך במקרה של סתירה בין הוראות הפיקוד העליון לבין פקודות המטה הכללי או הוראה כללית אחרת, תהיינה הוראות הפיקוד העליון עדיפות.

13 ראו: פרק א', בפסקה 26. ראו גם: פרוטוקול ישיבה מס' 4 "עדות הפרקליט הצבאי הראשי" (26.8.2010).

14 הפ"ע 6.0302 "משמעת - אחריות מפקדים ואחריות מטה", בסעיף 1.

15 שם, בסעיף 3.

16 שם, בסעיף 5.

17 שם, בסעיף 6. ראו גם: ע/78/88 וס"ר דנינו נ' התצ"ר, פד"ן 227, 239 (1988).

18 בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדלבלית, הפרקליט הצבאי הראשי (לא פורסם, 1.7.2009) (להלן: ענין אבו רחמה).

## **ב. ההוראות הנורמטיביות בישראל המגדירות את ההפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי הטעונות בדיקה וחקירה ('מה חוקרים?')**

8. כאמור לעיל, קיימת בישראל חובה לחקור חשדות להפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. להלן תיסקרנה ההוראות שעליהן מושתתת פעולתם של מנגנוני הבדיקה והחקירה כלפי זרועות הביטחון השונות. ההוראות שבאמנות ז'נבה המטילות חובה להעניש את מפרי האמנות – ובפרט סעיף 146 לאמנת ז'נבה הרביעית – לא אומצו בחוק הישראלי.<sup>19</sup> בישראל, על פי עקרון החוקיות, נדרשת הוראה מפורשת בדבר חקיקה האוסרת התנהגות מסוימת על מנת שהתנהגות זו תחשב פלילית. בלשון חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין): "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו".<sup>20</sup> לפיכך, עצם קיומו של משפט בינלאומי מנהגי ואף התחייבות של ישראל במישור הבינלאומי לא די בהם כשלעצמם כדי לנקוט הליכים פליליים.

### **פשעי מלחמה**

9. כאמור בפרק א', המשפט הבינלאומי מחייב מדינות לחוקק חקיקה המאפשרת ענישה בגין ביצוע פשעי מלחמה.<sup>21</sup> בישראל, אזכורו המפורש היחיד של המונח 'פשע מלחמה' בחקיקה הפנימית הוא בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950.<sup>22</sup> סעיף 1(ב) לחוק מגדיר את המונח 'פשע מלחמה' כך: "רצח בני אוכלוסייה אזרחית של ארץ כבושה או בתוך ארץ כבושה, נגישתם וגירושם לשם עבודות כפייה או לכל מטרה אחרת; רציחתם ונגישתם של שבויי מלחמה או של בני אדם הנמצאים בלב ים; המתת בני ערובה; שוד רכוש ציבורי או פרטי; הריסה שרירותית של כרכים, ערים או כפרים; והחרבה שאינה מוצדקת על ידי הכרח

19 יצוין, כי על שולחנה על הכנסת הונחו הצעות חוק בענין זה. ראו למשל: פ/682/18 הצעת חוק אמנת ג'נבה, התשס"ט-2009. ראו עוד: הלל סומר "ואף-על-פי-כן חול תחול (לתחולה של אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בזמן מלחמה, 1949, בדין הישראלי)" עיוני משפט יא(2) 263 (1986).

20 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864, בסעיף 1 (להלן: חוק העונשין).

21 ראו: פרק א', בפסקה 24.

22 חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950, ס"ח 57. יצוין, כי בנוסף לחוק זה קיים בישראל החוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, התש"י-1950, ס"ח 137, הקולט לחקיקה הישראלית הפלילית את האמנה בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם (אמנת הג'נוסייד), שהתקבלה בתאריך 9 בדצמבר 1948.

צבאי". אלא, שפשעי המלחמה שפורטו בחוק ענינם רק "תקופת מלחמת העולם השנייה, בארץ עויינת".<sup>23</sup>

10. בישראל חשדות למעשים העולים כדי 'פשעי מלחמה' נחקרים בהתבסס על עבירות הקיימות בחוק העונשין, שעליהן נמנים, בין היתר, האיסורים על רצח,<sup>24</sup> אונס,<sup>25</sup> גניבה,<sup>26</sup> ותקיפה.<sup>27</sup> בענין זה קבע בית המשפט העליון, כי:

אכן, בשיטתנו המשפטית מוגשים לבתי הדין הצבאיים והאזרחיים, במקרים המתאימים, כתבי אישום המתבססים על הדין הישראלי. במקרים שבהם הופרו דיני הלחימה יוגשו כתבי אישום על פי הדין הישראלי ובגין עבירה פלילית מתאימה, שכלל על פי עקרונותיה אף מקבילה לעקרונות המשפט הפלילי הבינלאומי. במקרים מסוג זה על התובע לבסס את קיומם של יסודות העבירה הספציפית כבכל משפט פלילי אחר.<sup>28</sup>

11. החלתו של הדין הישראלי הפנימי מעוררת את שאלת תחולתו החוץ-טריטוריאלית של הדין הפלילי בישראל, הואיל והפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מתרחשות לא פעם מחוץ לגבולות המדינה. ואכן, המחוקק הישראלי הרחיב את היקף תחולתם של דיני העונשין מעבר לשטחה של ישראל, כל עוד מתקיימות זיקות מסוימות בין מבצע העבירה לישראל או בין העבירה לישראל.<sup>29</sup> כך, לדוגמא, מקנה החוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה, שומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ח-1967,<sup>30</sup> לבתי המשפט בישראל סמכות שיפוט בגין עבירות שנעברו באזור יהודה ושומרון (להלן: 'איו"ש'), (ועד לשנת 2005 - רצועת עזה) על ידי כל אדם הנמצא בישראל וכן בגין עבירות שנעברו

23 שם בסעיף 1(א).

24 חוק העונשין, בסעיף 300.

25 שם, בסעיף 345.

26 שם, בסעיף 383.

27 שם, בסעיף 378.

28 בג"ץ 3292/07 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 8.12.2011) (להלן: ענין עדאלה 2011); עוד ראו: בג"ץ 10219/09 שורת הדין - Israel Law Center נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 2.5.2010).

29 ראו: חוק העונשין, בסעיפים 13-17 (סימן ג' - התחולה על עבירות חוץ), המפרטים את סוגי העבירות עליהן יחול הדין הישראלי מחוץ לגבולות המדינה (ובניהם ביטחון המדינה, עבירות כנגד חיי אזרח ישראלי או כנגד חיי יהודי, וכן חובות מכוח אמנות בינלאומיות שמדינת ישראל צד להן); ראו עוד: ע"פ 8831/08 מדינת ישראל נ' אשחור (טרם פורסם, 30.6.2010), בפסקאות 13-14 לפסק דינו של השופט עמית.

30 חוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה ושומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967, ס"ח 905; כפי שהוקן לאחרונה על ידי החוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשע"ב-2012; תקנות שעת חירום אלה יעמדו בתוקפן עד לתאריך 30 ביוני 2017.

בשטחי הרשות הפלסטינית על ידי ישראל. חוק העונשין מורה כי "דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירת-חוק מסוג פשע או עוון, שנעברה בידי אדם שהיה, בשעת עשיית העבירה או לאחר מכן, אזרח ישראלי או תושב ישראל" (עבירת חוק היא עבירה שנעברה מחוץ לשטח ישראל).<sup>31</sup>

12. מלבד העבירות הקבועות בחוק העונשין שמאפשרות העמדה לדין בשל הפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, חל על חיילי צה"ל בשירות סדיר או במילואים דין מיוחד, קרי, חוק השיפוט הצבאי ופקודות צבאיות ולוונטיות.<sup>32</sup> החש"צ חל גם על אזרחים הקשורים לצבא (מתנדבים בכוחות המילואים, עובדים בשירות הצבא וכל אדם הנמצא כדין במשמורת הצבא או שנמסר לו נשק מטעם הצבא) שביצעו עבירות מרגע גיוסם ועד לשחרורם, בין בשטח מדינת ישראל ובין מחוץ לשטחה.<sup>33</sup> החש"צ 'שואב' עבירות מסוימות מחוק העונשין ומחילן על הכפופים לו,<sup>34</sup> והוא כולל גם הוראות עונשיות מיוחדות ('עבירות צבאיות'). בין העבירות הצבאיות מנויה עבירת הביזה, שהיא בגדר 'פשע מלחמה' על פי הדין הבינלאומי.<sup>35</sup>

אחת העבירות הצבאיות הקבועות בחש"צ עוסקת באי קיום פקודות הצבא.<sup>36</sup> עבירה זו חשובה לעניננו משום שארבע אמנות ז'נבה והאמנה להגנת נכסי תרבות בשעת סכסוך מזוין, לרבות הפרוטוקול המשלים לה, נקלטו בפקודת מטכ"ל 33.0133 שלפיה חיילי צה"ל חייבים לנהוג על פי האמור באמנות אלה.<sup>37</sup> נמצא, שהפרת הוראותיהן של האמנות היא בגדר עבירה על פקודת מטכ"ל, וממילא, גם עבירה על חוק השיפוט הצבאי. בנוסף, ניתן להעמיד לדין בגין הפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי גם באמצעות עבירות כגון "התנהגות שאינה הולמת".<sup>38</sup> יצוין, כי ניתן לדון בעבירות מסוימות – כגון התנהגות שאינה הולמת או אי קיום פקודה – הן בדין משמעתי והן בבית דין צבאי, שאז מיוחסת להן, לפחות על ידי

31 חוק העונשין, בסעיף 15; להגדרתה של 'עבירת חוק', ראו גם: שם, בסעיף 7.

32 חש"צ, בסעיף 4.

33 חוק העונשין, בסעיפים 4-11. לענין תחולת החוק על מי שחדל מהיות חייל ראו: שם, בסעיף 6.

34 חש"צ, בסעיף 17.

35 שם, בסעיף 74. ניתן לראות דוגמא למעמדה הבינלאומי של העבירה בחוקת רומא לבית הדין הבינלאומי, בסעיפים 8(2)(b)(XVI)1-8(V)(e).

36 שם, בסעיפים 132-133.

37 פקודות מטכ"ל 33.0133 "משמעת – התנהגות בהתאם לאמנות בין לאומיות שמדינת ישראל צד להן".

38 לדוגמא ראו: הנדיקה המזדממת, לעיל בפסקה 23 במבוא לדו"ח זה, בתיק 38/09 הוגשו כתבי אישום בגין התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחש"צ, וחריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים ובריאות לפי סעיף 72 לחש"צ; כן ראו ענין אבו רחמה, לעיל ה"ש 18.



גורמי התביעה, חומרה רבה יותר, אף שבמצב הקיים היום לא נלווה להן רישום פלילי.<sup>39</sup> עבירות מסוג זה הוגדרו על ידי בית המשפט העליון כ"עבירות בעלות רקמה פתוחה", המצויות בקו המשיק בין הדין הפלילי לדין המשמעתי, וייחודן בכך שהן מעידות על הפרת נורמות שאינן מלמדות על מסוכנותו של מבצען לחברה, אלא על פגיעתו במסגרת הצבאית.<sup>40</sup>

## אחריותם של מפקדים וממונים אזרחיים

13. משנקלטו בפקודות הצבא כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, הוטלה על כל מפקד החובה למנוע הפרות של כללים אלו מצד פקודיו ולמגרן. החובה המוטלת על מפקדים להטיל סנקציות על מפריס נתפשת בצבא כחלק מתפקידם להוות מודל לחיקוי ודמות חינוכית, ובלשון הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר): "מתפיסת הפיקוד בצה"ל, נגזרת חובה פיקודית-חינוכית-ערכית לטפל בנחישות ובאופן ברור במי שהתנהגותו חורגת מסטנדרט ההתנהגות המצופה מחייל או מפקד במעמדו".<sup>41</sup>

39 לפי סעיף 17 לחש"צ, חלות לגבי עבירות צבאיות הוראות פרק א' ו-ב' של החלק המקדמי של חוק העונשין, ומשכך חל עליהן רישום פלילי; זאת, למעט עבירות מסוג עוון, העומדות בתנאים שנקבעו בסעיף 404 לחש"צ, שעימן עבירות שעונשן אינו עולה על חודשיים מאסר בפועל; עוד בענין זה, ראו: טענות הפצ"ר בענין אבו רחמה, לעיל ה"ש 18, בפסקאות 22 ו-26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ"ה.

40 ענין אבו רחמה, לעיל ה"ש 18, בפסקאות 59-60 לפסק דינה של השופטת פרוקצ"ה.

41 הודעה משלימה מטעם הפצ"ר והתצ"ר בעתירה בענין אבו רחמה, כפי שהיא מצוטטת בפסק הדין, ראו: ענין אבו רחמה, לעיל ה"ש 18, בפסקה 75 לפסק דינה של השופטת פרוקצ"ה.

## **ג. המנגנונים בישראל הבודקים והחוקרים תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ('מי חוקר?')**

14. בחלק זה ייסקרו המנגנונים הבודקים והחוקרים תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. מטבע הדברים, מכוונות רוב הטענות הנוגעות למנגנוני הבדיקה והחקירה כלפי צה"ל, כזרוע הביטחון המרכזית העוסקת בלחימה. לפיכך, חלק ניכר מחלק זה ענינו מנגנונים אלה בצה"ל. עם זאת, תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי יכול שתהיינה מכוונות גם כלפי זרועות ביטחון אחרות, כמו משטרת ישראל, שירות הביטחון הכללי (להלן: שב"כ), ושירות בתי הסוהר (להלן: שב"ס), בין אם הן מתרחשות באיו"ש ובין אם הן מתרחשות בישראל. לבסוף, טענות בדבר הפרות כאמור יכול שתהיינה מכוונות אף כלפי גורמים בכירים בדרג קבלת ההחלטות, בין במערכת הצבאית ובין בדרגים הפוליטיים האזרחיים. להלן נסקור את אופני פעולתן של הזרועות בבואן לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, וכן את המוסדות המפקחים על התנהלותן של זרועות אלה ומבקרים אותן.

### **תלונות וטענות המכוונות כלפי חיילי צה"ל**

15. מערכת המשפט הצבאית בישראל מופקדת על הבדיקה והחקירה של תלונות וטענות על תפקודם של חיילים. מערכת זאת מורכבת משלושה גופים מרכזיים האמונים על השלטת החוק והמשפט בצה"ל: הפרקליטות הצבאית, המשטרה הצבאית החוקרת (להלן: מצ"ח), ובתי הדין הצבאיים. בצד מערכת המשפט הצבאית, מטופלות טענות מסוימות בדבר תפקודם של חיילים גם באמצעות שרשרת הפיקוד הצה"לית. במסגרת זאת, נעשה שימוש בתחקיר המבצעי, שעליו ועל יחסי הגומלין בינו לבין פעילותה של מערכת המשפט הצבאית נעמוד בהמשך ('איך חוקרים?'). להלן נדון בשלושת גופי הבדיקה והחקירה של מערכת המשפט הצבאית כסדרם.

#### **1. הפרקליטות הצבאית**

16. הוראות דין אחדות מסדירות את יחידת הפרקליטות הצבאית. ייעודה, תפקידיה

והמבנה של הפרקליטות הצבאית מוסדרים בחוק השיפוט הצבאי ובהוראות הפיקוד העליון מספר 2.0613, "הפרקליטות הצבאית" (15.3.1976). כמו כן מוסדרת פעילותה של הפרקליטות הצבאית גם בהוראות הפיקוד העליון מספר 2.0201, "המטה המקצועי במטה הכללי" (1.8.1966);<sup>42</sup> ההוראות הפנימיות של מפקדת הפצ"ר, שגרסה עדכנית שלהן אומצה בחודש דצמבר 2010;<sup>43</sup> ופקודת הארגון של מפקדת הפצ"ר, שאושרה על ידי אגף התכנון בצה"ל בחודש יולי 2008 (להלן גם: פק"א מפצ"ר).<sup>44</sup>

ייעודה של הפרקליטות הצבאית הוא להשליט את החוק והמשפט בצבא (למעט פיקוח על בתי הדין הצבאיים וניהולם), לייעץ לרשויות הצבא בעניני חוק ומשפט, ולהנחיל את ערכי שלטון החוק בצבא.<sup>45</sup> פק"א מפצ"ר עדכן ייעוד זה תוך מתן דגש ל"עובדה שהשלטת המשפט והחוק והנחלתן בצבא, וכן, הייעוץ המשפטי שניתן על ידי הפרקליטות הצבאית, מהווים חלק בלתי נפרד מיכולתו של צה"ל לעמוד במשימותיו".<sup>46</sup>

תפקידיה של הפרקליטות הצבאית הם, בין היתר, לקיים את מערכת התביעה הצבאית בפני בתי הדין הצבאיים; לקיים את הסנגוריה הצבאית לשם מתן הגנה משפטית לחיילים; לייעץ לגופי הצבא בכל תחומי המשפט, לרבות בתחום המשפט הצבאי, המשפט הבינלאומי ודיני המלחמה, ואף לייצגם כאשר יש צורך בכך; להשליט משפט בשטחים המוחזקים על ידי צה"ל, בין היתר באמצעות קיום מערכת תביעה באיו"ש; לפקח על הדין המשמעתי בצבא; לפתח, ללמד ולהטמיע את דיני הצבא בקרב חיילי צה"ל ומפקדיו; ולטפל בכל עניני החקיקה הקשורים לצבא, הן על ידי ייזום תיקוני חקיקה והן על ידי טיפול בהצעות חוק, תוך תיאום עם הליכי החקיקה המתקיימים בגופי הממשלה ובכנסת.<sup>47</sup>

42 הפ"ע 2.0613 "הפרקליטות הצבאית" (להלן: הפ"ע 2.0613); הפ"ע 2.0201 "המטה המקצועי במטה הכללי" (להלן: הפ"ע 2.0201).

43 ההנחיות הפנימיות של הפרקליטות הצבאית (להלן: הוראות פנימיות מפצ"ר) הינן במעמד של פקודות קבע יחידתיות המחייבות את כלל המשרתים ביחידה; ראו: \D:www.law.idf.il\Templates\GetFile\GetFile.aspx?FileName=projects\patzar-ks\data\Sip\_storage\FILES\0\940.pdf.

44 "פקודת הארגון של מפקדת הפצ"ר" (אושרה על ידי אגף התכנון, 2008) (להלן: פק"א מפצ"ר); לפקודת ארגון אין מעמד נורמטיבי מיוחד, והיא מחייבת אך את אגף התכנון של צה"ל, האמון, בין היתר, על גיבוש מדיניות הארגון של צה"ל, לרבות קביעת הייעוד, התפקידים ועיקרי המבנה של כל יחידה.

45 הפ"ע 2.0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 2.

46 "מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של דיני לחימה" (נייר עמדה לוועדת טירקל מטעם הפרקליטות הצבאית, 29.3.2011) 3-4 (להלן: הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה).

47 הפ"ע 2.0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 3; הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בעמ' 4.

17. מפקד יחידת הפרקליטות הצבאית הוא הפצ"ר. לפי חוק השיפוט הצבאי, מוסמך הפצ"ר לשמש יועצו של ראש המטה הכללי של צה"ל (להלן: הרמטכ"ל) ושל שאר שלטונות הצבא בכל עניני חוק ומשפט;<sup>48</sup> לפקח על השלטת המשפט בצבא, למעט פיקוח על בתי הדין הצבאיים וניהולם; להיות אחראי על הפיקוח המשפטי על ההליכים המשמעתיים; ולמלא כל תפקיד אחר המוטל עליו לפי כל דין ולפי פקודות הצבא.<sup>49</sup> כמו כן, מוסמך הפצ"ר לצוות על עריכת חקירה מוקדמת כאשר הוא סבור שנעברה עבירה שבית דין צבאי מוסמך לדון בה, להורות על פתיחה בחקירה פלילית או על סגירתה של חקירה כזו, וכן להורות על עריכתן של השלמות חקירה.<sup>50</sup> עוד יוער, כי לחוות דעת הפצ"ר מעמד מחייב בתוך הצבא, בהיותה "קובעת, לגבי צה"ל ורשויותיו, את המצב המשפטי הקיים".<sup>51</sup>

18. הפצ"ר ממונה על ידי שר הביטחון, לפי המלצתו של הרמטכ"ל.<sup>52</sup> תקופת כהונתו של הפצ"ר אינה מוגדרת בזמן.<sup>53</sup> עם מינוי הפצ"ר הנוכחי ביום 15 בספטמבר 2011, סיכמו הרמטכ"ל ושר הביטחון ביניהם לקצוב את תקופת כהונתו של הפצ"ר הנוכחי לארבע שנים וכן לקבוע מראש את מועד העלאתו לדרגת אלוף.<sup>54</sup> מבחינה מקצועית, כפוף הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה, העומד בראש מערכת המשפט של הרשות המבצעת בישראל, לרבות מערכת התביעה ואכיפת החוק (לענין מערכת היחסים בין הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה, ראו להלן פסקאות 62-63). יצוין, כי בחומר שהגיש לוועדה הבהיר הפצ"ר, כי בהתאם לפקודות הצבא ולמרות כפיפותו הפיקודית לרמטכ"ל והשתייכותו למטה המקצועי במטכ"ל, "אינן עליו אלא מרותו של החוק".<sup>55</sup> עוד מסר הפצ"ר לוועדה כי "עצמאותו המקצועית של הפצ"ר איננה מוגבלת לבעל התפקיד גרידא, אלא מבטאת את עצמאותה המקצועית של הפרקליטות הצבאית כולה".<sup>56</sup>

48 ראו: הפ"ע 2,0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 4; חש"צ, בסעיף 178; יצוין כי תפקידים אלו מוגדרים גם בהפ"ע 2,0201, לעיל ה"ש 42, בסעיפים 34-38; ראו עוד: הוראות פנימיות מפצ"ר 01.01 "הפרקליט הצבאי הראשי ולשכתו - תפקידים וסמכויות", לעיל ה"ש 43. סמכות זו מעוגנת גם בהפ"ע 2,0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 4.

49 כך, לדוגמא, בהתאם לסעיף 317 לחש"צ, הפצ"ר הינו חבר בוועדה לאישור עורכי דין אשר רשאים לשמש סנגורים בבתי הדין הצבאיים.

50 שם, בסעיפים 178(4)-178(5).

51 הפ"ע 2,0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 13.

52 חש"צ, בסעיף 177(א).

53 לדוגמא, הפצ"ר האחרון כיהן במשך כשמונה שנים, וקודמו כיהן במשך כארבע שנים וחצי.

54 מכתב מאל"מ הוד בצר, עוזר הרמטכ"ל, להושע גוטליב, מרכז הוועדה, "מעמד הפרקליט הצבאי הראשי" (10.11.2011).

55 ראו: הפ"ע 2,0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 9(א); והראיה דומה מופיעה בהפ"ע 2,0201, לעיל ה"ש 42, בסעיף 7(א)7(א); עוד ראו: "נייר עמדה לוועדת טירקל מטעם הפרקליטות הצבאית" (19.12.2010) 66 (להלן: הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2010).

56 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בעמ' 6.

19. דמות מרכזית נוספת בפרקליטות הצבאית היא סגן הפצ"ר, הממונה על ידי הרמטכ"ל לפי המלצת הפצ"ר.<sup>57</sup> סגן הפצ"ר, שהוא קצין בדרגת אלוף משנה, משמש כראש מטה הפרקליטות הצבאית, ובין תפקידיו לסייע לפצ"ר בהפעלת סמכויותיו על פי דין; למלא את מקומו של הפצ"ר בהעדרו; לנהל את עבודת מפקדת הפרקליטות הצבאית הראשית; ולקיים את הסמכויות שהוקנו לו בחוק ובפקודות הצבא או שהואצלו לו על ידי הפצ"ר.<sup>58</sup>

20. לשם מילוי תפקידם, נעזרים הפצ"ר וסגנו בקציני הפרקליטות הצבאית, שהם קציני צה"ל בעלי השכלה והכשרה משפטית.<sup>59</sup> בפק"א מפצ"ר נקבע כי "קצין בפרקליטות הצבאית, להוציא הסנגור הצבאי, כפוף במילוי תפקידו אך ורק לפצ"ר, ולא למפקד לו הוא מספק שירות משפטי".<sup>60</sup> בדומה לכך, גם הפרקליטים הצבאיים במחוזות השיפוט השונים<sup>61</sup> אינם כפופים מבחינה מקצועית לראשי המחוזות (דהיינו לאלוף הפיקוד או למפקד החיל), אלא לפצ"ר.<sup>62</sup>

21. הפרקליטות הצבאית בנויה משלושה מערכים מקצועיים: מערך אכיפת הדין, המורכב מהתביעה הצבאית ומהסנגוריה הצבאית; מערך הייעוץ המשפטי, המורכב ממחלקת הייעוץ והחקיקה, היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, ומחלקת הדין הבינלאומי (להלן: דבל"א); ומערך ההכשרה והמחקר, שבמרכזו בית הספר למשפט צבאי. בצדם של מערכים אלו, פועל תחום ביקורת, אינטרנט, פניות ומידע, וכן ענפים ותחומים מנהלתיים נוספים.<sup>63</sup>

יצוין, כי ההפרדה בין מערך אכיפת הדין ובין מערך הייעוץ המשפטי באה בעקבות שינוי ארגוני שנערך בשנת 2007 בפרקליטות הצבאית. בעקבות שינוי זה, הפרקליטים הצבאיים שבראש חוליות התביעה אינם עוסקים עוד במתן ייעוץ משפטי

57 חש"צ, בסעיף 177(ב).

58 שם, בסעיף 178(א); כן ראו: הפ"ע 2,0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 6; הוראות פנימיות מפצ"ר 01.02 "סגן הפרקליט הצבאי הראשי ולשכתו - תפקידים וסמכויות", לעיל ה"ש 43. יצוין, כי מבנה הפרקליטות הצבאית עבר מספר שינויים משמעותיים בשנים האחרונות, שחלקם יידונו בהמשך. לפיכך, הפ"ע 2,0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 8, המונה את הגופים העיקריים בפרקליטות הצבאית, איננו משקף עוד את המצב הקיים, והוא עתיד להשתנות במסגרת התיקון להפ"ע.

59 ראו: חש"צ, בסעיף 178; הפ"ע 2,0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 5.

60 הפ"ע 2,0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 11, קובע כי הסנגור הצבאי הראשי לא יהיה נתון, בעת מילוי תפקידו, למרות מפקדיו, ותעמוד לנגד עיניו טובת הנאשם בלבד.

61 בצה"ל תשעה מחוזות שיפוט, החופפים לפיקודים גיאוגרפיים או פונקציונאליים.

62 הפ"ע 2,0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 10.

63 ראו: הוראות פנימיות מפצ"ר 01.04 "התביעה הצבאית מבנה, ייעוד ותפקידים", לעיל ה"ש 43.

לראשי מחוזות השיפוט בהם הם פועלים, אלא הייעוץ המשפטי לגורמי הצבא השונים ניתן אך ורק באמצעות מערך הייעוץ המשפטי על מחלקותיו.<sup>64</sup> להלן תדון הוועדה, ביתר פירוט, במבנה ובתפקיד של כל אחד משלושה מערכים מקצועיים אלה, קרי, מערך אכיפת הדין, מערך הייעוץ המשפטי ומערך ההכשרה והמחקר.

#### א. מערך אכיפת הדין

22. כאמור לעיל, שתי היחידות המרכיבות את מערך אכיפת הדין הן התביעה הצבאית והסנגוריה הצבאית. בראש התביעה הצבאית עומד התובע הצבאי הראשי (להלן: תצ"ר), שהוא קצין בדרגת אלוף משנה, האחראי על הפרקליטים הצבאיים ומנחה אותם מקצועית. תפקידיו מנויים בהוראות הפנימיות של הפרקליטות הצבאית, ועיקרם: לסייע לפצ"ר ולסגנו להפעיל את סמכויותיהם בתחום הפלילי; למלא את התפקידים שהוטלו עליו לפי כל דין ולפי פקודות הצבא בכל הקשור להליכי חקירה, בדיקה, מעצר ומשפט; לפקד על התביעה הצבאית בחוליות שבבתי הדין הצבאיים ועל התביעה שבבתי המשפט הצבאיים באיו"ש, לפקח על פעילותם ולהנחותם מבחינה מקצועית; לקבוע מדיניות תביעה אחידה ומתואמת בענינים שונים; וכן לייעץ ולסייע בהכשרה ובהדרכה מטעם בית הספר למשפט צבאי בנושאים הנוגעים לתחום התביעה הצבאית.<sup>65</sup> עוד בסמכותו של התצ"ר לפקח על מצ"ח, להנחותה מן הבחינה מקצועית, וכן להורות לה על פתיחת חקירות או על עריכת בדיקות או השלמתן.

23. שלושה פרקליטים בדרגת סגן אלוף ממונים כפרקליטי מחוזות השיפוט, והם נציגיו של הפצ"ר במחוזות אלה בכל ענין של אכיפת דין והליכי חקירה ושיפוט בצבא.<sup>66</sup> פרקליט צבאי נוסף מופקד על הליכי החקירה והתביעה בבתי המשפט הצבאיים באזור יהודה והשומרון (פרקליט איו"ש). הפרקליטים הצבאיים כפופים מן הבחינה המקצועית לפצ"ר וכן כפופים פיקודית ומקצועית לתצ"ר, אולם, כאמור, אין הם כפופים לראש מחוז השיפוט (אלוף הפיקוד או מפקד הזרוע).<sup>67</sup>

64. הפרדה זו מעוגנת בפנק"א מפצ"ר, לעיל ה"ש 44, וכן בהוראות הפנימיות של הפרקליטות הצבאית. הפרדה אף נכללת בהצעה לתיקון הפ"ע 2,0613, לעיל ה"ש 42.

65. הוראות פנימיות מפצ"ר 01.04 "התביעה הצבאית מבנה, ייעוד ותפקידים", לעיל ה"ש 43.

66. בסעיף 23; בסעיפים 31-33, נקבע כי פרקליט צבאי פיקוד המרכז יישמש גם כפרקליט צבאי של מחוז שיפוט חיל האוויר, של מחוז שיפוט מטכ"ל, ושל מחוז שיפוט העורף; פרקליט צבאי פיקוד הדרום יישמש גם כפרקליט צבאי של מחוז שיפוט מפקדת זרוע היבשה; ופרקליט צבאי חיל הים יישמש גם כפרקליט צבאי של מחוז שיפוט צפון. תפקידיו העיקריים של פרקליט צבאי מנויים גם הם בהוראה זו (ראו סעיף 24).

67. הוראות פנימיות מפצ"ר 01.04 "התביעה הצבאית מבנה, ייעוד ותפקידים", לעיל ה"ש 43, בסעיף 29.

24. בנוסף, קיימות בפרקליטות הצבאית ארבע חוליות, שבראשן פרקליטים צבאיים, שמסמכות לטפל בנושאים מסוימים. חוליות אלה הן הפרקליטות לתפקידים מיוחדים, הפרקליטות לענינים מבצעיים, פרקליטות נפקדים ועריקים, ותחום תעבורה.<sup>68</sup>

25. חשיבות מיוחדת נודעת בענינו לפרקליטות לענינים מבצעיים, שהוקמה בשנת 2007. חוליה זו מתמחה בטיפול בתיקים שענינם אירועים שהתרחשו אגב פעילות מבצעית וכן בתיקים שענינם תאונות אימונים. יצוין, כי לפני הקמתה של חוליה זאת נבדקו תלונות וטענות בדבר הפרות חוק אגב פעילות מבצעית, לרבות הליווי של חקירות מצ"ח ושל הליכי ההעמדה לדין שבאו בעקבותיהן, על ידי חוליות התביעה במחוזות השיפוט, יחד עם יתר העבירות שבהן טיפלו.<sup>69</sup>

תפקידיה של הפרקליטות לענינים מבצעיים כוללים: בדיקת תחקירים מבצעיים, לצורך החלטה אם לפתוח בחקירת מצ"ח; ייעוץ לפצ"ר ולמחלקת דבל"א בכל הנוגע להגדרת כללי פתיחה באש (לצד גופים מייעצים נוספים);<sup>70</sup> טיפול בתיקי בדיקה וחקירה של עבירות הכרוכות בפעילות מבצעית של צה"ל וכן בעבירות של חיילי צה"ל שנעברו כלפי אוכלוסייה אזרחית בשטח המוחזק על ידי צה"ל או בזמן לחימה; וכן טיפול בתלונות אזרחים וארגונים על עבירות של חיילי צה"ל בתחומים שפורטו לעיל.<sup>71</sup>

בפרקליטות לענינים מבצעיים משרתים כעשרה תובעים צבאיים, ובראשה עומד הפרקליט לענינים מבצעיים בדרגת סגן אלוף, וסגנו בדרגת רב סרן.<sup>72</sup> הפרקליטים בחוליה זו, כמו פרקליטי החוליות האחרות, הם בעלי תואר ראשון (לפחות) במשפטים, בוגרי קורס קצינים וקורס קציני משפטים.<sup>73</sup> במהלך קליטתם וחניכתם, עוברים הפרקליטים גם הכשרות בסוגיות משפטיות מתוך נושאי

68 בראש תחום תעבורה עומד קצין בדרגת רס"ן.

69 ראו: "דו"ח פעילות לשנת העבודה התשס"ז-התשס"ח" 17-18 (דין וחשבון שנתי של מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי, 2007), [www.law.idf.il/sip\\_storage/FILES/3/393.pdf](http://www.law.idf.il/sip_storage/FILES/3/393.pdf), (להלן: "דו"ח פעילות מפצ"ר 2007").

70 יצוין כי על פי מכתב מאלוף אביחי מנדלבלית, הפרקליט הצבאי הראשי, להושע גוטליב, מרכז הוועדה, 2 (9.8.2011), מעורבותה של הפרקליטות לענינים מבצעיים בניסוח הוראות הפתיחה באש מתמקדת בייעוץ באשר לפן האכיפה. מעורבותה נועדה לוודא כי ההוראות מנוסחות באופן ברור דיו כך שבמקרה של חריגה ניתן יהיה לבסס עליהן הטלה של אחריות משמעתית או פלילית וכן להציג בפני המנסחים לקחים שנלמדו ממקרי עבר הנוגעים לאופן ניסוח הוראות הפתיחה באש, ולוודא הטמעתם בהוראות החדשות.

71 פק"מ מפצ"ר, לעיל ה"ש 44, בסעיף 5.7.

72 דו"ח פעילות מפצ"ר 2007, לעיל ה"ש 69, בעמ' 5-8.

73 קורס קציני משפטים מכשיר את הצוערים, שסיימו את לימודים המשפטים האקדמיים, להכרת תחומי העשייה של הפרקליטות הצבאיות. הקורס, הנערך במשך חודשיים, נחלק לשלושה חלקים עיקריים: הפרק הפלילי - לימוד מערכת אכיפת החוק הצבאי, תוך שילוב הפן התיאורטי בסדנאות מעשיות; הפרק הייעוצי - הכולל היכרות עם מחלקות הייעוץ בפרקליטות הצבאית; הכרת צה"ל - הכולל סיורים בבסיסי צה"ל שונים והיכרות עם המפקדים בשטח.

עבודתה של החוליה, בין היתר, על ידי הפרקליט לענינים מבצעיים וסגנו. עוד עוברים הפרקליטים במשך שירותם בחוליה הכשרות מקצועיות עתיות, כמו ימי עיון בשיתוף עם מצ"ח, ימי עיון מבצעיים ייעודיים, סיורים לימודיים ביחידות מבצעיות והדרכות מטעם גורמי צבא מקצועיים. כמו כן, מקיימת הפרקליטות לענינים מבצעיים ימי עיון בשיתוף עם מפקדי בסיסי מצ"ח ובשיתוף החוקרים בתיקים שענינם הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, לשם ייעול הטיפול בתיקים והפקת לקחים.<sup>74</sup>

26. היחידה השניה המרכיבה את מערך אכיפת הדין היא הסנגוריה הצבאית, שתפקידה הענקת ייצוג משפטי לחיילי צה"ל העומדים או עלולים לעמוד לדין פלילי במסגרת צבאית.<sup>75</sup> הזכות לייצוג חלה על ההליך כולו, משלב החקירה ועד ההליכים שאחרי ההליך המשפטי העיקרי, כגון הליכים בפני ועדה להתרת התחייבויות או בפני ועדה להקלה בעונש. בראש הסנגוריה הצבאית עומד הסגור הצבאי הראשי (להלן: הסצ"ר), שהוא קצין בדרגת אלוף משנה, המוגדר, על פי ההוראות הפנימיות של מפקדת הפצ"ר, כעוזרו של הפצ"ר בכל עניני הסנגוריה הצבאית.<sup>76</sup> עם זאת, ככל סגור צבאי, במילוי תפקידו אין הסצ"ר נתון למרות הפצ"ר ולנגד עיניו טובת הנאשם בלבד.<sup>77</sup> בהקשר זה יש לציין, כי למעט הסצ"ר, הסגורים הצבאיים ממלאים את תפקידם במדי משפט אזרחיים ולא במדי צבא, וזאת מתוך שאיפה לשפר את מידת האמון בסנגוריה הצבאית.<sup>78</sup> הסנגוריה הצבאית פועלת בארבעה מוקדים: הסנגוריה הצבאית הראשית ושלוש חוליות פיקודיות המקבילות למחוזות השיפוט של התביעה הצבאית – פיקוד הדרום ומפקדת זרוע היבשה (מז"י); פיקוד הצפון וחיל הים; ופיקוד המרכז, הכולל את יחידות המטכ"ל, חיל האוויר ופיקוד העורף.

ב. מערך הייעוץ המשפטי

27. כאמור, המערך השני בפרקליטות הצבאית הוא מערך הייעוץ המשפטי, המורכב משלוש מחלקות: מחלקת הייעוץ והחקיקה, היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון

74 הפרקליטות הצבאית – נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 2.

75 תפקידיה העיקריים של הסנגוריה הצבאית מפורטים בהוראות פנימיות מפצ"ר 01.03 "סנגוריה צבאית – מבנה ייעוד ותפקידים", לעיל ה"ש 43.

76 הסצ"ר מתמנה על ידי הרמטכ"ל, על פי המלצת הפצ"ר; ראו: חש"צ, בסעיף 182.

77 הפ"ע 2,0613, לעיל ה"ש 42, בסעיף 11.

78 הוראות פנימיות מפצ"ר 01.03 "סנגוריה צבאית – מבנה ייעוד ותפקידים", לעיל ה"ש 43, בסעיף 15.



ודבל"א. בראש כל אחת מהמחלקות עומד קצין בדרגת אלוף משנה, והוא כפוף מבחינה מקצועית ופיקודית לפצ"ר. מחלקת הייעוץ והחקיקה עוסקת בייעוץ משפטי בתוך הצבא בכל תחומי הפעילות ובכל תחומי המשפט, למעט בנושאים הנוגעים "לשטחים המוחזקים ולמשפט הבינלאומי" בהם עוסקות שתי מחלקות ייעודיות. מחלקת הייעוץ והחקיקה מופקדת גם על גיבוש עמדתו המשפטית של צה"ל לגבי הצעות חקיקה, הן על ידי ייזום תיקוני חקיקה והן על ידי טיפול בהצעות חוק, תוך תיאום עם הליכי החקיקה המתקיימים בגופי הממשלה ובכנסת.<sup>79</sup>

28. היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון עוסק בייעוץ משפטי לגורמי צבא הפועלים באיו"ש ובחזיק שלטון החוק והמשפט שם, תוך שיתוף פעולה עם גורמי הביטחון ואכיפת החוק האחרים הפועלים באזור; בקביעת הפרשנות המחייבת של הדין ושל חקיקת הביטחון באיו"ש; בקיום עבודת מטה משפטית ובניסוח ופרסום דברי חקיקה באזור.<sup>80</sup>

29. מחלקת הדין הבינלאומי עוסקת בייעוץ משפטי בתחום המשפט הבינלאומי ובהטמעת מחויבויותיה של ישראל מכוח המשפט הבינלאומי בצבא. מחלקה זו משמשת גם מוקד של ידע ומשרתת גורמים במגזר הציבורי האזרחי (דהיינו, מחוץ לצבא) בתחומי המשפט הבינלאומי הנוגעים לעשייה הצבאית והביטחונית.<sup>81</sup> תפקידי המחלקה מנויים בהוראות הפנימיות של הפרקליטות הצבאית, ובהם: לייעץ לכלל גורמי הצבא בכל תחומי המשפט הבינלאומי תוך קביעת הפרשנות המחייבת של כללי; לשמש גוף מטה בפרקליטות הצבאית בכל תחומי המשפט הבינלאומי; להנחות מקצועית את כל גורמי הפרקליטות הצבאית בתחומי המשפט הבינלאומי; לייעץ לגורמי צה"ל בנוגע לפעילות מבצעית בשעת חירום ובשגרה, ובכלל זה לגבי התייחסות משפטית לתורות לחימה, תוכניות מבצעיות ומטרות תקיפה; וכן לייעץ לגורמי צה"ל ולגורמים אחרים בשירות הציבורי, בנוגע למשא ומתן מדיני ולהסכמים מדיניים בין מדינת ישראל לבין מדינות ערב והפלסטינים, כמו גם להשתתף במשא ומתן מדיני ובוועדות יישום הסכמים מדיניים בהם מעורב צה"ל.<sup>82</sup>

79 הוראות פנימיות מפצ"ר 01.05 "מחלקת יעוץ וחקיקה - מבנה, ייעוד ותפקידים", לעיל ה"ש 43.

80 הוראות פנימיות מפצ"ר 01.06 "הייעוץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון - מבנה ייעוד ותפקידים", לעיל ה"ש 43.

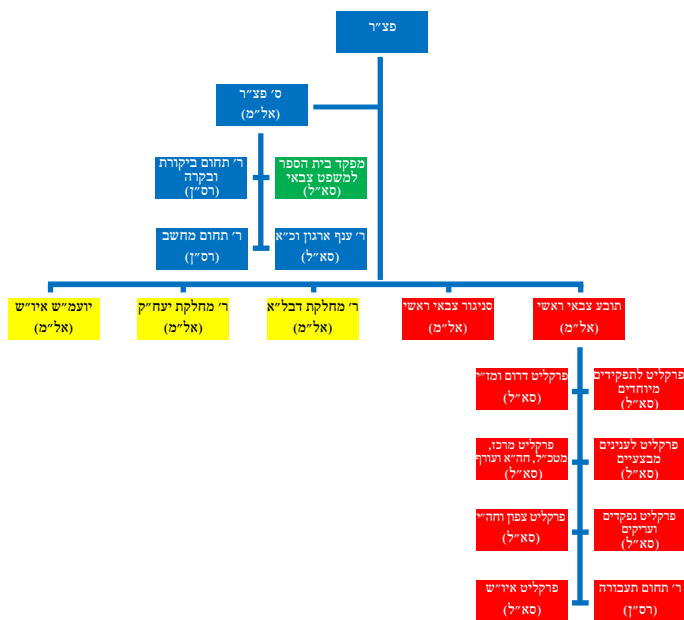
81 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בעמ' 8-9.

82 הוראות פנימיות מפצ"ר 01.07 "מחלקת הדין הבינלאומי - מבנה ייעוד ותפקידים", לעיל ה"ש 43.

### ג. מערך ההכשרה והמחקר

30. מערך ההכשרה והמחקר הוא המערך המקצועי השלישי בפרקליטות הצבאית, שבמרכזו בית הספר למשפט צבאי. בית ספר זה משמש מרכז מקצועי בצה"ל להדרכה ולמחקר בתחום המשפט הצבאי.<sup>83</sup> מפקד בית הספר למשפט צבאי הוא קצין בדרגת סגן אלוף, הכפוף מקצועית ופיקודית לסגן הפצ"ר.

בבית הספר פועלות מספר מגמות, ובהן מגמת הדין הפלילי, מגמת הדין המשמעתי, ומגמת הדין הבינלאומי והדין האזרחי. בין הסוגיות בהן עוסקת מגמת הדין הבינלאומי והדין האזרחי, נמנים תחומי המשפט הבינלאומי הפומבי, כגון דיני הלחימה לרבות חוקיות שיטות לחימה; כללי התנהגות בלחימה ובפעילות הביטחון השוטף; האחריות הפלילית הבינלאומית; דיני השבויים והעצורים; תפיסה לוחמתית וזכויות האדם. קציני המגמה מרצים בהכשרות למפקדים בכל הרמות, לרבות בקורס מנהלי לחימה, קורסים אקדמיים במכללה לפיקוד טקטי ולפיקוד ימי, קורסי קצינים של צה"ל, קורסי קציני תיאום וקישור, מפקדי מעברים ועוד.<sup>84</sup>



83 הוראות פנימיות מפצ"ר 01.08 "ביה"ס למשפט צבאי - מבנה יעוד ותפקידים", לעיל ה"ש 43.

84 עוד בענין זה, ראו: [www.law.idf.il/455-he/Patzar.aspx#paragraph\\_2](http://www.law.idf.il/455-he/Patzar.aspx#paragraph_2).

## 2. המשטרה הצבאית החוקרת

31. הגוף המרכזי השני המופקד על השלטת החוק והמשפט בצה"ל הוא המשטרה הצבאית, המורכבת מארבעה מערכים: מצ"ח - המערך המרכזי בו נתמקד; מערך אכיפת התנועה (המקביל לאגף התנועה במשטרת ישראל); מערך הכליאה (המקביל לשירות בתי הסוהר); ומערך הבידוק (במעברי קו התפר בעוטף ירושלים<sup>85</sup> ובאיו"ש)<sup>86</sup>.

32. ליחידת מצ"ח נתונה סמכות החקירה בצה"ל בתחום הפלילי, לרבות בנוגע לתאונות דרכים. פעילותה של מצ"ח מוסדרת בחש"צ, בפקודת מטכ"ל 33.0304, וכן בהוראת קצין המשטרה הצבאית הראשי 5000, ותכליתה לאכוף את החוק, למנוע עבריינות ולמגר פשיעה. לשם מילוי תפקידיה, רשאית מצ"ח לחקור כל אדם (לרבות אזרחים) וליטול לידיה כל חפץ הנחוץ לחקירה.<sup>87</sup> למצ"ח סמכות עצמאית לפתוח בחקירה פלילית בשל עבירות שנעברו בהקשר צבאי או שנעברו על ידי מי שחוק השיפוט הצבאי חל עליהם.<sup>88</sup> מלבד יחידת מצ"ח רשאים רק הפצ"ר והפרקליטים הצבאיים להורות על פתיחה בחקירה.<sup>89</sup> כלל בעלי התפקידים במצ"ח אינם כפופים לגורמים חיצוניים אלא רק למפקדיהם הישירים ביחידה, במעלה שרשרת הפיקוד עד למפקד מצ"ח עצמו.<sup>90</sup> עוד יודגש, כי ההנחיה המקצועית ליחידת מצ"ח נעשית על ידי הפצ"ר והתביעה הצבאית.<sup>91</sup>

33. בראש יחידת מצ"ח עומד מפקד בדרגת אלוף משנה הכפוף פיקודית לקצין המשטרה הצבאית הראשי (להלן: הקמצ"ר) ומשמש כסגנו בתחום החקירות בצה"ל.<sup>92</sup> מלבד הפיקוד על היחידה, ממליץ מפקד מצ"ח לפצ"ר על מועמדים לשמש כחוקרי מצ"ח; הוא מופקד על שיפור מקצועיותם של חוקרי מצ"ח; והוא מוסמך להורות

85 עוטף ירושלים הינו האזור הכולל את היישובים הסמוכים לתוואי גדר ההפרדה באזור ירושלים.

86 פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 7 "עדות קצין משטרה צבאית ראשי" 2 (14.4.2011) (להלן: עדות קמצ"ר).

87 חש"צ, בסעיף 256.

88 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 2.

89 פקודות מטכ"ל 33.0304 "בדיקה וחקירת מצ"ח" (להלן: פקודות מטכ"ל 33.0304).

90 הוראת קצין המשטרה הצבאית הראשי 5000 "הגדרת בעלי תפקידים ביחידת מצ"ח וסמכויותיהם" (להלן: הוראת קמצ"ר 5000). ההוראה עודכנה לאחרונה בפברואר 2007.

91 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 2.

92 ראו: הוראת קמצ"ר 5000, לעיל ה"ש 90, בסעיף 3.

על פתיחתן של חקירות פליליות וכן להמליץ לפני הפצ"ר או פרקליטים צבאיים על פתיחתה או סגירתה של חקירה.<sup>93</sup>

34. יחידות המשנה ובעלי התפקידים הכפופים למפקד מצ"ח הם: שלושה מפקדים מרחביים (צפון, מרכז ודרום); מפקד היחידה לחקירות מיוחדות; מפקד היחידה הארצית לחקירות הונאה (להלן: יאח"ה); וראש ענף מודיעין ובילוש, המהווה חלק ממטה מפקד מצ"ח.<sup>94</sup>

יחידות מצ"ח המרחביות מטפלות בעיקר העבודה השוטפת של מצ"ח, לרבות חקירות שענינן הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>95</sup> בראש כל יחידה עומד מפקד מצ"ח מרחבי (להלן: ממצ"ח), האחראי על אכיפת החוק ביחידות צה"ל הפועלות במרחב שתחת פיקודו.<sup>96</sup> תחת פיקודו של הממצ"ח פועלים יחידת חקירות מרחבית (בסיס מצ"ח), בסיס חקירת תאונות דרכים מרחבי (המטפל בתאונות דרכים שבאותו מרחב) ויחידת חקירות מרכזית, המטפלת בחקירות מיוחדות ורגישות, ובכלל זה, העלמה וגניבה של כלי נשק ואמצעי לחימה בהיקפים נמוכים, תיקי סמים קשים, זיוף מסמכים ותיקים רגישים נוספים.<sup>97</sup>

35. היחידה המרכזית לחקירות מיוחדות (להלן: ימל"ם) מרכזת את יכולות החקירה הרגישות והמורכבות ביותר, הנשענות על טכנולוגיה מתקדמת ועל איתור וניצול מקורות מודיעיניים מיוחדים.<sup>98</sup> הימל"ם מספקת שירותים אלה לכלל יחידות מצ"ח, ואף רותמת את יכולותיה לצורך חקירת יעדים עבריינים רגישים ומיוחדים, למשל, חיילים החשודים בסחר בסמים, בנשק ובאמצעי לחימה, או בסיוע לאויב וכדומה. חקירות מנותבות ליחידה זו לפי שיקול דעתו של מפקד מצ"ח.

36. היחידה הארצית לחקירות הונאה (להלן: יאח"ה) הוקמה במאי 2000 (במקומו של צוות חקירה ייעודי שפעל בתוך הימל"ם) לשם טיפול בעבירות הונאה המבוצעות על ידי חיילי צה"ל, ובכלל זה גניבה בהיקפים גדולים (של דלק, ציוד צבאי וכיו"ב),

93 הפוקליטות הצבאית – נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 3.

94 הוראת קמצ"ד 5000, לעיל ה"ש 90.

95 שם, בסעיפים 34-36.

96 שם, בסעיפים 32-33.

97 שם, בסעיפים 36-37; יצוין כי במרחב המרכזי ובמרחב הדרום כבר קיימות יחידות מרכזיות כאמור, בעוד שבמרחב הצפון פועל צוות חקירה מיוחד.

98 שם, בסעיפים 22-29.

הלבנת הון, זיוף המצמיח תועלת כלכלית, שוחד, הפרת אמונים ועוד.<sup>99</sup> יאח"ה פועלת בפריסה ארצית ומפעילה שירותי מודיעין והערכה הייחודיים לעבירות הונאה ופשיעה כלכלית. במסגרת יאח"ה פועלת פלגת עבירות מחשב וחיפושים בחומרי מחשב, שלרשותה מכשור טכנולוגי מתקדם, והיא גורם מומחה בתחום זה לכלל יחידות מצ"ח.<sup>100</sup> פלגה זו גם מופקדת על הכשרתם של חוקרי עבירות מחשב. יצוין, כי הפלגה מילאה תפקיד מרכזי בחקירת עבירות הגניבה שבוצעו במסגרת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 על סיפון ה'מרמרה', והחיפושים שערכה במחשבים ובמכשירים סלולאריים של החשודים העלו ראיות הקושרות אותם לעבירות.<sup>101</sup>

37. יחידת המשנה האחרונה הכפופה למפקד מצ"ח היא ענף מודיעין ובילוש, המרכז את פעילות הפקת המודיעין ושירותי הבילוש לכלל יחידת מצ"ח.<sup>102</sup> הענף מהווה סמכות מקצועית לענין הפעלת מודיעין כמו גם איתור מקורות והפעלתם, וכן מכשיר ומעסיק רכזי מודיעין ובלשים המשרתים בכלל יחידת מצ"ח. בנוסף, מרכז הענף את מאגרי המידע אליהם חשופה המשטרה הצבאית (המרשם פלילי, מרשם משרד הפנים ועוד) והוא אחראי על העשרת חקירות מצ"ח. לשם הבטחת איכותם של המקורות המודיעיניים ושל המידע המודיעיני, עורך ראש ענף מודיעין ובילוש ביקורות תקופתיות על עבודתם של רכזי המודיעין הפועלים תחתיו.

38. היבט נוסף של מצ"ח עליו יש לעמוד הוא ההכשרה של החוקרים. על פי עדותו של הקמצ"ר בפני הוועדה, נערכות חקירות מצ"ח על ידי חוקרים שעברו הכשרה מקצועית של מספר חודשים, ובכלל זה טירונות והסמכה ראשונית בת שישה שבועות וכן קורס בסיסי בן עשרה שבועות, הנערך בבית הספר למקצועות המשטרה הצבאית.<sup>103</sup> במהלך הקורס עוברים המשתתפים גם הכשרה משפטית מטעם הפרקליטות הצבאית, והם מוסמכים למלא את תפקידם כחוקרי מצ"ח על

99 שם, בסעיפים 30-31 (בשלב זה טרם עודכנה ההוראה ומפלג הונאה מוגדר במסגרת הימ"ם. ראו: הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 4, בה"ש 14).

100 שם, בסעיפים 41-42 (בשלב זה מוגדרת הפלגה בהוראות קמצ"ר 5000 כ"ראש תחום מחשב". ראו: הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 4, בה"ש 15).

101 לפירוט מלא של חקירות מצ"ח שנפתחו בעקבות האירוע, ראו: הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 (ועדת טירקל) דין וחשבון חלק ראשון, בפסקה 160 (התשע"א) (להלן: דו"ח הוועדה הראשון).

102 הוראות קמצ"ר 5000, לעיל ה"ש 90, בסעיפים 14-15.

103 עדות קמצ"ר, לעיל ה"ש 86, בעמ' 23.

ידי הפצ"ר.<sup>104</sup> עם תום הקורס, יוצאים החניכים לפעילות בשטח הנמשכת שלושה חודשים, שבמהלכה נחנכים החוקרים הצעירים על ידי חוקרים ותיקים. בסיום תקופת החניכה חוזרים החניכים לבסיס ההדרכה למקצועות המשטרה הצבאית לשבועיים של הכשרה מתקדמת. בנוסף, נדרשים כל חוקרי מצ"ח להשתתף בהשתלמויות ייעודיות לכל אורך שירותם, ולעמוד במבחני כשירות מקצועיים מידי חודש.

### 3. בתי הדין הצבאיים

39. הגוף המרכזי השלישי במערכת המשפט הצבאית, המופקד על השלטת החוק והמשפט בצה"ל, הוא מערכת בתי הדין הצבאיים, 'הרשות השופטת' של מערכת המשפט הצבאית. מבנה המערכת וסמכויות ערכאותיה מוסדרים בחוק השיפוט הצבאי,<sup>105</sup> ובהוראות הפיקוד העליון מספר 2.0612, "יחידת בתי הדין הצבאיים" (15.7.1966). מערכת בתי הדין הצבאיים כוללת בתי דין מחוזיים (לפי מחוזות שיפוט גיאוגרפיים או פונקציונאליים), בית דין צבאי מיוחד (המיועד לשיפוט קצינים בדרגת סגן אלוף ומעלה) ובית הדין הצבאי לערעורים, הדין בערעורים על בתי הדין הצבאיים המחוזיים ובית הדין המיוחד.<sup>106</sup>

לפי חוק השיפוט הצבאי, סמכות השיפוט של בתי הדין הצבאיים חלה על עבירות שנעברו על ידי חיילי צה"ל בשירות סדיר ומילואים.<sup>107</sup> סמכות השיפוט של בתי הדין היא פרסונאלית, והיא משתרעת על עבירות שעברו חיילים בכל מקום, בין בעתות שלום ובין בעתות מלחמה.<sup>108</sup> סמכות בתי הדין חלה לגבי עבירות המוגדרות ככאלה בחוק השיפוט הצבאי ('עבירות צבאיות')<sup>109</sup> וכן לגבי עבירות אחרות המוגדרות בחקיקה הישראלית הכללית. סמכותם של בתי הדין הצבאיים לגבי עבירות שאינן עבירות צבאיות אינה בלעדית, ולבתי המשפט האזרחיים סמכות שיפוט מקבילה. לענין עבירות כאלה, התביעה הצבאית היא המכריעה לפני איזו מערכת שיפוט, הצבאית או האזרחית, יועמד חשוד לדין,

104 חש"צ, בסעיף 252(א)(3); ראו גם: הפוקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 3.

105 חש"צ, חלק ד', פרק שני - 'בתי הדין הצבאיים'.

106 שם, פרק חמישי - 'ערעור'.

107 שם, בסעיפים 7-10; כמו כן מחיל החש"צ את סמכות בתי הדין הצבאיים על מי שנמצא כדין במשמורת הצבא, מי שעובד בשירות הצבא או בשליחותו, וכן על שבויי מלחמה.

108 שם, בסעיפים 13-14.

109 להגדרת 'עבירות צבאיות' ראו: שם, בסעיף 1.

כאשר השיקול העיקרי שמנחה אותה הוא מידת הזיקה בין מעשה העבירה לבין השירות הצבאי.<sup>110</sup>

40. עקרון אי התלות של שופטי בתי הדין הצבאיים הוא עיקרון יסודי שנקבע בחש"צ: "בעניני שפיטה אין על שופט צבאי מרות זולת מרותו של הדין ואין הוא נתון למרות כל שהיא של מפקדיו".<sup>111</sup> בראש מערכת בתי הדין הצבאיים עומד נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, המוסמך לקבוע את סדרי המינהל בבתי הדין ולפקח על פעילותם, וכן הוא משמש מפקד יחידת בתי הדין הצבאיים.<sup>112</sup> נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, ככל השופטים הצבאיים המשפטאיים, ממונה לתפקידו על ידי נשיא המדינה, לפי בחירתה של ועדת בחירה בראשות שר הביטחון, שבין חבריה אזרחים ואנשי צבא.<sup>113</sup> המינוי הוא לתקופה קבועה, אולם ועדת הבחירה רשאית להמליץ על הארכתה לתקופות נוספות.<sup>114</sup> הפסקת כהונה שלא בהסכמת השופט מוגבלת לעילות מסוימות ונעשית לפי החלטה של בית דין משמעתי מיוחד או של ועדת הבחירה.<sup>115</sup> לצד השופטים הצבאיים המשפטאיים מכהנים בבתי הדין גם שופטים שאינם משפטנים, המכונים 'שופטים צבאיים', הממונים לתפקידם בהמלצת נשיא בית הדין הצבאי שבו הם מכהנים. לפי הוראות החש"צ, מותב של בית דין צבאי מחוזי או של בית דין מיוחד מורכב משלושה או מחמישה שופטים, שאחד מהם לפחות הוא שופט צבאי ואחד מהם לפחות שופט צבאי משפטאי;<sup>116</sup> מותב של בית הדין הצבאי לערעורים לעולם יכלול רוב של שופטים צבאיים משפטאיים.<sup>117</sup>

41. לסיום סקירת המערכת המשפטית הצבאית יצוין, כי באיו"ש פועלת מערכת של בתי משפט צבאיים המורכבת מערכאה ראשונה ומערכאת ערעור שפעילותה מוסדרת

110 היועץ המשפטי לממשלה מוסמך להורות על העברת הדיון בעבירה שאיננה צבאית מבתי הדין הצבאיים למערכת השיפוט האזרחית, אם סבר שהעבירה לא נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנאשם לצבא (שם, בסעיף 14).

111 שם, בסעיף 184.

112 הפ"ע 2.0612 "יחידת בתי דין צבאיים (יבר"ץ)", בסעיפים 1-2.

113 חש"צ, בסעיפים 186-197; על פי סעיף 187, חברי הוועדה לבחירת שופטים צבאיים-משפטאיים הם: שר הביטחון, הממלא את תפקיד יושב ראש הוועדה, שר המשפטים, נשיא בית המשפט העליון, שופט בית המשפט העליון הנבחר על ידי חבר שופטיו, נציג לשכת עורכי הדין הנבחר על ידי המועצה הארצית של הלשכה, הרמטכ"ל, ראש אגף כוח אדם במטה הכללי של צה"ל, נשיא בית הדין הצבאי לערעורים ושופט צבאי-משפטאי של בית הדין הצבאי לערעורים הנקבע על ידי נשיאו.

114 שם, בסעיף 192.

115 שם, בסעיף 192.

116 חש"צ, בסעיפים 201-202; במקרים בהם בית הדין הצבאי המחוזי דן בהרכב של שופט אחד (למשל, בעבירות של העדר מן השירות), יהיה זה שופט צבאי-משפטאי (שם, בסעיף 203).

117 שם, בסעיף 216; במקרים בהם בית הדין הצבאי לערעורים דן בהרכב של שופט אחד (בערעור על פסק דין של בית דין צבאי לתעבורה), יהיה זה שופט צבאי-משפטאי (שם, בסעיף 215א).

בצו.<sup>118</sup> בתי המשפט הצבאיים באי"ש מוסמכים לשפוט אזרחים ולדון בכל עבירה שהוגדרה ככזאת בדין ובתחיקת הביטחון.<sup>119</sup> בכך שונים בתי המשפט הצבאיים באי"ש מבתי הדין הצבאיים הדנים רק בעבירות של חיילים ומי שחש"צ חל עליהם.<sup>120</sup> בדרך כלל מוסמך בית המשפט הצבאי לדון בכל עבירה שנעברה באי"ש, אפילו מבצע העבירה איננו תושב האזור.<sup>121</sup> עם זאת, מקום שחלה על נאשם סמכות שיפוט של בית משפט צבאי וגם של בית משפט אזרחי, יידונו אזרחי ישראל ותושביה לפני בית משפט אזרחי, אלא אם כן מרב הזיקות של העבריין ושל העבירה הן לאי"ש.<sup>122</sup> הערעור על בתי המשפט הצבאיים הוא לפני בית המשפט הצבאי לערעורים.

## תלונות וטענות המכוונות כלפי שוטרים

42. זרוע הביטחון השניה שכלפיה מכוונות תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי היא משטרת ישראל. המשטרה פועלת על ידי שוטרים משני סוגים: השוטרים הרגילים של משטרת ישראל (שוטרים 'כחולים'), ושוטרי משמר הגבול (שוטרים 'ירוקים').<sup>123</sup> משמר הגבול (להלן גם: 'מג"ב') הוא חיל היברידי, הכפוף למשטרת ישראל, אולם חיילים מתגייסים לשורותיו כחלק מגיוס החובה במקום גיוס לצה"ל. כמו כן, משתתפים שוטרי מג"ב, בפעילות מבצעית הדומה במהותה לפעילות הצבאית. לענייננו, ראוי לציין את היחידה המיוחדת ללוחמה בטרור (ימ"מ); ויחידת המסתערבים של המשטרה (ימ"ס). בפועלה של המשטרה באי"ש, "רואים כל שוטר וכל קצין ממשטרת ישראל... כמי שהועמד תחת פיקוד מפקד כוחות צה"ל באזור".<sup>124</sup> כפי שיוצג להלן, להבחנה בין שוטרים 'כחולים'

118 צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מספר 1651), התש"ע-2009 (להלן: צו בדבר הוראות ביטחון, התש"ע-2009); צו זה החליף את מרבית הצווים הקודמים שהסדירו את המסגרת הנורמטיבית באי"ש.

119 תחיקת הביטחון היא כלל החקיקה המותקנת על ידי המפקד הצבאי של האזור.

120 חש"צ, בסעיפים 8-20.

121 במקביל לסעיף האמור הקובע את סמכות בתי הדין הצבאיים באי"ש, נקבע כי "בנוסף לאמור בכל דין יהיה בית המשפט בישראל מוסמך לדון, לפי הדין החל בישראל, אדם הנמצא בישראל על מעשהו או מחדלו שאירעו באזור" (סעיף 2 לתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשס"ז-2007, אשר מאריך את תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967).

122 ראו: בג"ץ 3634/10 אנגאריה נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 9.12.2010), בפסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

123 משמר הגבול היא הזרוע המבצעית של משטרת ישראל ומטרתה לתת מענה לבעיות בנושאי ביטחון פנים, לוחמה בטרור, אבטחת הגבולות עם מצרים ואבטחת מרחב התפר. כמו כן, משמר הגבול היא כוח רב תכליתי לאבטחה ושיטור שתפקידיו כוללים מניעת הפרות סדר, פיזור הפגנות וסיכול ומתן מענה ראשוני לפעולות פח"ע. ראו: [www.police.gov.il/mehozot/mishmarHagvol/Pages/default.aspx](http://www.police.gov.il/mehozot/mishmarHagvol/Pages/default.aspx)

124 צו בדבר הוראות ביטחון, התש"ע-2009, לעיל ה"ש 118, בסעיף 1.



ו'ירוקים' חשיבות לענין זהות הגוף החוקר טענות המכוונות כלפיהם. חקירת טענות כלפי שוטרים 'כחולים' היא בסמכותה של המחלקה לחקירות שוטרים שבמשרד המשפטים (להלן: מח"ש), בעוד שחקירת טענות כלפי שוטרים 'ירוקים' לגבי אירועי ירי באיו"ש היא בסמכותו של אגף החקירות של מחוז שומרון ויהודה במשטרת ישראל (להלן גם: אח"מ ש"י).

## 1. המחלקה לחקירות שוטרים

43. חקירה של טענות המכוונות כלפי שוטרים נערכת על ידי מח"ש. פעילותה של מחלקה זו, שהוקמה בשנת 1992, מוסדרת בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת המשטרה) וכן בהנחיית פרקליט המדינה 14.4 "סמכות חקירה והעמדה לדין בתלונה נגד שוטר". פקודת המשטרה מורה, כי חקירתם של שוטרים החשודים בעבירות שהעונש בגינן עולה על שנת מאסר "לא תיערך בידי משטרת ישראל, אלא בידי המחלקה לחקירות שוטרים שבמשרד המשפטים"<sup>125</sup>. הוראה זו נחקקה, בין היתר, בעקבות ביקורת ציבורית על כך שהמשטרה חוקרת בעצמה את החברים בה, נוהל שפוגע באובייקטיביות החקירה ומוביל לכך שחקירות רבות אינן מגיעות לידי מיצוי.<sup>126</sup> יש לציין, כי חקירתן של תלונות שבתחום המשמעתי נותרה בידי המשטרה, אולם עבירות משמעת, שענינן שימוש בכוח שלא כדין, מטופלות במח"ש.

44. קיימים מספר חריגים לכלל לפיו חקירות של שוטרים לא תיערכנה על ידי המשטרה.<sup>127</sup> כך למשל, בתוספת הראשונה לפקודת המשטרה נקבע, שעבירות שעונשן מאסר עד שנה וכן עבירות הנובעות מאירועים מיוחדים שקבעו פרקליט המדינה והמפקח הכללי של משטרת ישראל (להלן: מפכ"ל) לא תיחקרנה על ידי מח"ש, אלא על ידי המשטרה. ביום 25 במאי 1992 החליטו פרקליטת המדינה

125 פקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, נ"ח 390, בסעיף 49ט(א) (להלן: פקודת המשטרה). הסעיף נחקק במסגרת תיקון מספר 11 לפקודה, התשנ"ב-1992.

126 מבקר המדינה דוח שנתי 56א - לשנת 2005 355 (2005).

127 החריגים המנויים בתוספת הראשונה לפקודת המשטרה הם:

- (1) עבירה שעונשה מאסר שאינו עולה על שנה, אלא אם כן פרקליט המדינה והמפקח הכללי קבעו שהעבירה תיחקר בידי המחלקה [מח"ש];
- (2) עבירת תעבורה כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת התעבורה;
- (3) עבירה שרשות אחרת, שאינה המשטרה, מוסמכת לחקור בה על פי דין;
- (4) עבירה שביצע שוטר ביחד עם אחר, ומנהל המחלקה, בהתייעצות עם ראש אגף החקירות במשטרה, קבע כי חלקו של השוטר בביצוע אותה עבירה - משני;
- (5) עבירות הנובעות מאירועים מיוחדים שקבעו פרקליט המדינה והמפקח הכללי.

ומפכ"ל המשטרה כי עבירות הכרוכות באירועי ירי של שוטרים באיו"ש תיחקרנה על ידי המשטרה עצמה ולא על ידי מח"ש.<sup>128</sup> חקירות אלה נערכות על ידי אח"מ ש"י בהתאם למפורט להלן בפסקה 46. כפי שעולה מהחומר שהונח בפני הוועדה, הטעם לחריג הוא "ייוחדיותם של אירועים אלו, מיקומם, מגבלותיה של המחלקה לחקירות שוטרים וכיוצא בזה".<sup>129</sup> כעשור לאחר מכן החלו גורמים במשטרה לפעול לביטול החריג, ולהחזרת חקירת העבירות באירועים כאלה למח"ש. זאת, עקב התחושה כי הטעמים שהביאו מלכתחילה להקמת מח"ש – ההבנה כי המשטרה אינה יכולה לערוך חקירות של שוטריה באופן אובייקטיבי, עצמאי והוגן – כוחה יפה גם לאירועים כאמור.<sup>130</sup>

בשנת 2007, לאחר בחינת הסוגיה על ידי גורמים במשרד המשפטים, החליט פרקליט המדינה להחזיר את חקירת אירועי הירי שאירעו באיו"ש למח"ש.<sup>131</sup> אולם, תהליך ההעברה לא החל בפועל, ומהחומר שהונח בפני הוועדה עולה כי במח"ש התנגדו להעברת החקירות אליהם. סיבה מרכזית להתנגדות היא שמח"ש החלה בהליך 'אזרוח' (ראו להלן בפסקה 45) שהוביל לכך שרבים מחוקרי מח"ש הם חדשים בתפקיד, והתמודדות עם משימה חדשה שתיוסף למשימותיה הרגילות של היחידה תהיה קשה להם ביותר. כמו כן, טענה מח"ש למחסור במשאבים ולקשיים הכרוכים באישור כניסה של חוקרים אזרחיים, או חוקרים שאינם רגילים בלחימה, לשטח צבאי (כגון קשיים הנוגעים לאבטחת החוקרים).<sup>132</sup>

בשל התנגדותה, הוחלט להעביר למח"ש את החקירות שענינן אירועי ירי באיו"ש בשני שלבים. בשלב הראשון, יעבירו למח"ש באופן מידי חקירות של שני סוגי אירועי ירי של שוטרים באיו"ש: (1) אירועים שבהם היו מעורבים שוטרים

128 "נוהל בדבר חקירת עבירות שוטרים" (נוהל מטעם פרקליט המדינה ומפכ"ל המשטרה, 25.5.1992).

129 "מנגנוני בדיקה וחקירה בישראל ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של דיני לחימה" 8 (נייר עמדה לוועדת טירקל מטעם המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), 6.4.2011) (להלן: המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה).

130 ראו: "חקירת ירי שוטרים באיו"ש ואזרחי" (סיכום דיון שנערך אצל פרקליט המדינה, 4.7.2005), בו הדגיש פרקליט המדינה כי "אין חולק שמבחינה קונספטואלית ראוי שחקירות בתחום זה יערכו על ידי מח"ש".

131 מכתב מערן שנדר, פרקליט המדינה, אל רנ"צ משה קראדי, מפכ"ל המשטרה, ואח", "חקירת אירועי ירי של שוטרים באיו"ש" (11.2.2007) (להלן: מכתב מפרקליט המדינה בנושא חקירת ירי של שוטרים 2007).

132 פגישה בין הושע גוטליב, מרכז הוועדה, לאורי כרמל, ראש המחלקה לחקירות שוטרים 2-1 (22.9.2011) (להלן: פגישה - ראש מח"ש); עוד ראו: מכתב מהרצל שביר, ראש המחלקה לחקירות שוטרים למשה לדור, פרקליט המדינה, "זהות הגוף הראוי לחקור אירועי ירי של מג"ב באיו"ש והקפאת ההחלטה להעביר למח"ש את סמכות החקירה בענין" (30.1.2011) (להלן: מכתב - ראש מח"ש).

'כחולים', וכן (2) אירועים שהתרחשו באזורים ש"ככלל אין סיכון בהגעה אליהם",<sup>133</sup> לדוגמא גבעת זאב ומעלה אדומים. הטעם לבחירה בשני סוגי אירועים אלה היה בשל כך שאירועים שמעורבים בהם שוטרים 'כחולים' מעלים חשש משמעותי יותר של ניגוד ענינים מול חוקרי המשטרה, וכן אירועים שהתרחשו בתחומי הקו הירוק או בסמוך לו אינם מעוררים את הקושי של כניסת חוקרים אזרחיים לשטח צבאי. בשלב השני, שאמור היה להסתיים עד 1 בינואר 2009, היו אמורות לעבור לידי מח"ש חקירות של אירועים שמעורבים בהם שוטרים 'ירוקים'.<sup>134</sup> השלב השני של החלטת פרקליט המדינה לא יושם, ולפיכך, כיום, טענות בדבר הפרות שאירעו במהלך אירועי ירי באיו"ש נחקרות על ידי אח"מ ש"י במשטרת ישראל. בשנים האחרונות, נתפשים גם אירועי ירי שאירעו בשטחי עוטף ירושלים, בעיקר סביב בניית גדר ההפרדה, כאירועי ירי שאירעו באיו"ש ונחקרים אף הם על ידי המשטרה.<sup>135</sup> חשוב לציין, כי בשנת 2011, הציע מנהל מח"ש להעביר את "סמכות חקירת אירועי ירי באיו"ש לידי הגורם המוסמך בצה"ל".<sup>136</sup>

45. בראש מח"ש עומד פרקליט שמעמדו כשל פרקליט מחוז והוא כפוף לפרקליט המדינה וליועץ המשפטי לממשלה. תחתיו פועלים פרקליטים וחוקרים. עם הקמתה של מח"ש, היו רוב החוקרים אנשי משטרה בעלי ניסיון והכשרה בתחום החקירות ש'הושאלו' למח"ש. עם זאת, נמסר לוועדה על ידי ראש מח"ש, כי חוקרי מח"ש חסרים הכשרה הנוגעת לדין בינלאומי בכלל וכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי בפרט.<sup>137</sup> בשנת 2005, הוחלט להחליף את חוקרי היחידה בחוקרים אזרחיים שיגויסו מחוץ למשטרה, בתהליך שכונה בפני הוועדה בשם 'אזרוח' המחלקה. מטרת השינוי היתה, בין היתר, להגדיל את עצמאותה של מח"ש ואי תלותה במשטרה.<sup>138</sup> בתהליך שהחל בשנת 2008 נקלטו במח"ש חוקרים אזרחיים, על מנת להחליף בהדרגה את החוקרים ש'הושאלו' ממשטרת ישראל. החוקרים החדשים עוברים קורס הכשרה בן חודשיים על ידי חוקרי משטרה בכירים ופרקליטים מהפרקליטות, ולאחר מכן שנת

133 "מנגנוני בדיקה וחקירה בישראל ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של דיני לחימה - השלמות" 7 (נייר עמדה לוועדת טירקל מטעם המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), 23.8.2011) (להלן: המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה - השלמות).

134 מכתב מפרקליט המדינה בנושא חקירת ירי של שוטרים 2007, לעיל ה"ש 131.

135 "מדיניות חקירת אירועים בהם נפגע אדם על ידי כוחות משטרה בגזרת עוטף ירושלים" (סיכום דיון בלשכת המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים), 8.12.2009) (להלן: סיכום דיון בענין חקירת אירועי ירי בגזרת עוטף ירושלים).

136 מכתב - ראש מח"ש, לעיל ה"ש 132.

137 פגישה - ראש מח"ש, לעיל ה"ש 132, בעמ' 2-3.

138 ש.ש.

צוערות בליווי חוקר בכיר, תוך השתלבות בעבודת החקירות. מחומר שנמסר לוועדה על ידי מח"ש עולה, כי תהליך האזרח צפוי להסתיים בשנת 2015.<sup>139</sup>

## 2. מחוז ש"י במשטרת ישראל

46. חקירת אירועי ירי של שוטרים באיו"ש נערכת, כאמור, על ידי אח"מ ש"י, אולם זהות הגורם המוסמך להחליט בדבר פתיחה בחקירה אינה ברורה. ככלל, בפעילות מבצעית שבה נהרג או נפצע אזרח מירי של כוחות המשטרה (מג"ב) הפועלים באיו"ש תחת פיקוד הצבא, ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה מתקבלת על ידי המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים),<sup>140</sup> על בסיס תחקיר מבצעי (להלן: התחקיר המבצעי המשטירתי).<sup>141</sup> בפועל, לא תמיד נערכים תחקירים מבצעיים משטירתיים בעקבות אירועי ירי באיו"ש,<sup>142</sup> וההחלטה בדבר פתיחה בחקירה אינה מתקבלת תמיד על ידי המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים), אלא על ידי קצין אח"מ ש"י, שמחובתו רק ליידע את המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים).<sup>143</sup> נראה, כי זהות הגורם שמקבל תחילה את המידע משפיעה על זהות הגורם המקבל את ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה. כאשר מגיע המידע אל המשנה לפרקליט המדינה במישרין (לדוגמא, כאשר ארגוני זכויות אדם מגישים תלונה לפרקליטות, או כאשר נודע לפרקליטות על האירוע באופן אחר) הוא זה שיקבל את ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה. לעומת זאת, כאשר מגיע המידע במישרין לאח"מ ש"י (לדוגמא, כאשר הנפגעים מתלוננים ישירות במשטרה, או כאשר נודע למשטרה על האירוע באופן אחר), תקבל היא את ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה.

139 מנתב - ראש מח"ש, לעיל ה"ש 132, בנספח, עמ' 8-10.

140 חוק המשטרה, התשס"ו-2006, ס"ח 2045, בסעיף 102(3)(ב) (להלן: חוק המשטרה); ראו גם: מכתב מערן שנדר, פרקליט המדינה, לתנ"צ ענת שפי, יועמ"ש משטרת ישראל, "בקשות לעיין בחומר תחקיר משטירתי לפי סעיף 102 לחוק המשטרה (דין משמעתי, בירור קבילות שוטרים והוראות שונות) התשס"ו-2006" (4.10.2006) (להלן: מנתב פוקליט המדינה בענין חומר תחקיר משטירתי).

141 משמר הגבול - נהלי מחלקת מבצעים והדרכה 60.210.055 "ביצוע תחקיר מבצעי" (להלן: נוהל תחקירים); הנחיית אגף חקירות ומוויעין 03.300.071 "חקירת אירועי ירי באיו"ש בהם נפגעו תושבים כתוצאה מירי של שוטרי מ"י" (להלן: הנחיית אח"מ 03.300.071).

142 ראו לדוגמא: מכתב מיהושע למברגר, המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים) לנצ"מ איציק רחמים, קצין אח"מ ש"י (25.2.2009).

143 סינום דיון בענין חקירת אירועי ירי בגזרת עוטף ירושלים, לעיל ה"ש 135.

## תלונות וטענות המכוונות כלפי אנשי שב"כ

47. זרוע הביטחון השלישית שכלפיה מכוונות תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי היא שירות הביטחון הכללי. מבחינה היסטורית, עברה דרך הטיפול בטענות כלפי אנשי שב"כ תהפוכות וטלטלות במשך השנים, שנסבו בעיקר סביב זהות הגורם המטפל ואופן הטיפול בטענות. בשנות השמונים של המאה הקודמת התקיים דיון ציבורי נרחב בנושאים אלה בעקבות פרשה שלימים נודעה בשם 'פרשת קן 300' – הריגתם של מחבלים שנתפסו על ידי אנשי השב"כ, והטיפול הלקוי של השב"כ בחקירתה של פרשה זו.<sup>144</sup> בפרשה נוספת שאירעה באותה תקופה, הואשם הקצין עיזאת נאפסו בריגול והורשע על בסיס עדויות שקר.<sup>145</sup> פרשות אלה הובילו בשנת 1987 להקמתה של ועדת חקירה לענין שיטות החקירה של השב"כ, היא ועדת לנדוי.<sup>146</sup> ועדת לנדוי חשפה תרבות ארגונית של אי שיתוף פעולה של אנשי שב"כ עם גורמי חקירה חיצוניים. בשנת 1989, בעקבות מותו של נחקר, ח'אלד שיח' עלי,<sup>147</sup> הוקמה ועדת בדיקה, היא ועדת סוכר, שעסקה אף היא בבדיקת טענות בדבר התנהלותם של אנשי שב"כ.<sup>148</sup> בדו"ח מבקר המדינה, שעסק במערך החקירות בשב"כ בשנים 1988–1992 נקבע, כי "גם אחרי דוח ועדת לנדוי לא נעקרה התופעה של אמירת שקר מקרב החוקרים" בפני "ערכאות שיפוטיות או רשויות חקירה ובדיקה אחרות".<sup>149</sup> בחודש פברואר 1992, בעקבות הביקורת הציבורית, החליט שר המשפטים כי השב"כ והפרקליטות יגבשו נוהל לבדיקת תלונות נחקרים בשב"כ נגד חוקריהם, שעיקרו העברת החקירה של תלונות לגורם חיצוני לשב"כ.

48. הנוהל לבדיקת תלונות נחקרים אושר על ידי ועדת השרים לעניני שירות הביטחון הכללי, ומכוחו הוקם מנגנון בדיקה הכולל שני שלבים.<sup>150</sup> בשלב הראשון, מועברות תלונות נחקרים בשב"כ נגד חוקריהם אל הממונה על בדיקת תלונות נחקרים (להלן: המב"ת), שהוא עובד שב"כ בדרגה המקבילה לתת אלוף בצה"ל או לתת

144 לפירוט על הפרשה, ראו: בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986) (להלן: ענין ברזילי).

145 להרחבה, ראו: ע"פ 124/87 עיזאת נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631 (1987).

146 ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת (חלק ראשון) דין וחשבון (התשמ"ח).

147 להרחבה ראו: ע"פ 532/91 פלונים נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

148 הוועדה לבדיקת מקרי מוות בזמן חקירה דין וחשבון (התשנ"א).

149 מבקר המדינה תמצית מדו"ח הביקורת בנושא מערך החקירות בשירות הביטחון הכללי (שב"כ) לשנים 1988–1992 6 (2000).

150 החלטה מס' שב/16 של ועדת השרים לעניני שירות הביטחון הכללי של הממשלה ה-24, "נוהל בדיקת תלונות נחקרים" (20.5.1992). הנהל החל כיום עודכן לאחרונה ביום 1 בפברואר 2006.

ניצב במשטרה. במטרה למנוע ניגוד ענינים בינו לבין חוקרי השב"כ הנילונים, ממונה כמבת"ן רק מי שלא עבד באגף החקירות של השב"כ.<sup>151</sup> בשלב השני, מעביר המבת"ן את ממצאיו לפרקליט בכיר מפרקליטות המדינה, המכונה 'הממונה על המבת"ן'. יש לציין, שהן המבת"ן והן הממונה על המבת"ן הוסמכו בחוק כחוקרי משמעת, כך שהם יכולים לגבות עדויות מחוקרי השב"כ הנילונים, שניתן להשתמש בהן מאוחר יותר בהליכי משמעת (אך לא בהליכים פליליים).<sup>152</sup>

49. ממצאי המבת"ן והמלצת הממונה על המבת"ן מועברים ליועץ המשפטי לממשלה (או למי שהיועץ המשפטי האציל לו את סמכותו) המחליט אם יש לפתוח בחקירה פלילית. אם הוחלט לפתוח בחקירה פלילית, היא תיערך במח"ש. הטעם להתנייתה של החקירה בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה נעוץ ב"ייחודיותה של עבודת השב"כ, ייעוד השב"כ והרגישות הרבה שיש בעבודתו, כמי שאמון על סיכול ומניעה של פעילות בלתי חוקית שמטרתה לפגוע בביטחון המדינה, בסדרי המשטר הדמוקרטי או במוסדותיו, ובהתחשב בהתמודדותו בין השאר מול ארגוני טרור".<sup>153</sup> על פי פקודת המשטרה, מח"ש מוסמכת לחקור עובדים של השב"כ, שיש חשד כי עברו עבירה פלילית:

(א) עבירה שעובד שירות הביטחון הכללי חשוד בביצועה במסגרת מילוי תפקידו או בקשר לתפקידו, תחקור בה המחלקה [מח"ש], אם החליט על כך היועץ המשפטי לממשלה; הוראות סעיף 49(ב) ו-1(ג) יחולו לענין זה, בשינויים המחויבים; בסעיף קטן זה, "עבירה" – כל עבירה למעט עבירת תעבורה כהגדרתה בסעיף 1 לפקודת התעבורה, ועבירה רשומה אחרת, שאינה המשטרה או שירות הביטחון הכללי, מוסמכת לחקור בה על פי דין.

(ב) היועץ המשפטי לממשלה רשאי לאצול לפרקליט המדינה ולמשנה לפרקליט המדינה – דרך כלל, לסוגי ענינים או לענין מסויים – את סמכותו לפי סעיף קטן (א).<sup>154</sup>

151 פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 7 "עדות הממונה על המבת"ן" 11 (14.4.2011) (להלן: עדות המנת"ן).

152 חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, ס"ח 390 וצו שירות המדינה (משמעת) (שירות הביטחון הכללי והמוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים), התשל"ט-1979, ק"ת 1750.

153 המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה, לעיל ה"ש 129, בעמ' 10.

154 פקודת המשטרה, בסעיף 49ט(א). לשיקולים שעמדו בבסיס התיקונים האמורים, ראו: דברי הסבר להצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 12) (חקירת אנשי שירות הביטחון הכללי), התשנ"ג-1993, ה"ח 304; דיון בהצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 12), התשנ"ד-1994 (קריאה שנייה וקריאה שלישית), ד"כ 39, 7249 (התשנ"ד) וכן דברי הסבר

50. בשנת 2010, אחרי דיון בפעילויות המבט"ן, לרבות בחינה מדגמית של תיקים בהם טיפל,<sup>155</sup> החליט היועץ המשפטי לממשלה (על דעת פרקליט המדינה, ראש השב"כ והמנהל הכללי של משרד המשפטים), כי המבט"ן לא יהיה עוד עובד שב"כ, כי אם עובד משרד המשפטים, והוא יהיה כפוף מבחינה מנהלית וארגונית למנהל הכללי של משרד המשפטים, ומבחינה מקצועית לממונה על המבט"ן, לפרקליט המדינה וליועץ המשפטי לממשלה. החלטה זאת נבעה מטעמים אחדים, ביניהם, הממצא שהמבט"ן "נעדר למעשה ניסיון חקירתי שוודאי נדרש לתפקיד זה", כמו גם "בעיית נראות, קרי הקושי להצדיק מצב בו... גורם פנימי בשב"כ בודק תלונות – פליליות על פניהן – נגד עמיתיו לשירות".<sup>156</sup> חשוב לציין, כי נמסר לוועדה, שגם לאחר השינוי המוצע תוסיף לעמוד למבט"ן הגישה אל מסמכים ומידע המצוי אצל השב"כ, על מנת לאפשר למבט"ן לבצע את עבודתו על הצד הטוב ביותר.<sup>157</sup> עד הגשתו של דו"ח זה, החלטת היועץ המשפטי לממשלה טרם יושמה.

## תלונות וטענות המכוונות כלפי סוהרים

51. זרוע הביטחון הרביעית, שכלפיה מכוונות תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי היא שירות בתי הסוהר. היחידה הארצית לחקירת סוהרים שבמשרתת ישראל (להלן: יאח"ס) מופקדת על בדיקתן וחקירתן של טענות בדבר ביצוע עבירות פליליות על ידי אנשי שירות בתי הסוהר במסגרת מילוי תפקידם. היאח"ס כפופה ליחידה הארצית לחקירות בינלאומיות, כחלק מאגף חקירות ומודיעין במשרתת ישראל. בראש היאח"ס עומד קצין בדרגת סגן ניצב, ותחתיו פועלים 11 חוקרים, שרובם ממונים לתפקיד לאחר הכשרה כחוקרים במשטרה ולאחר שירות ביחידה הארצית לחקירות בינלאומיות. לפי הצורך, זוכה היאח"ס לשיתוף פעולה ולתגבור מיחידות נוספות באגף חקירות ומודיעין במשרתת ישראל, כמו היחידה

להצעת חוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 18) (חקירת עובדי שירות הביטחון הכללי בידי המחלקה לחקירות שוטרים), התשס"ד-2003, ה"ח הממשלה 42; דיון בהצעת החוק לתיקון פקודת המשטרה (מס' 18), התשס"ד-2004 (קריאה שנייה וקריאה שלישית), ד"כ 60, 5486 (התשס"ד).

155 מכתב מיהושע למברגר, המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים), לערן שנדר, פרקליט המדינה, "בדיקה מדגמית של תיקי מבט"ן" (9.10.2007).

156 "העברת המבט"ן למשרד המשפטים" (סיכום דיון מתאריך 4.10.2010, לשכת היועץ המשפטי לממשלה, 11.11.2010).

157 המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה – השלמות, לעיל ה"ש 133, בעמ' 8.

הארצית לחקירות בינלאומיות המתגברת את היאח"ס בחוקרים, וכן בשרותי הערכה, מודיעין, תקשורת ובילוש.<sup>158</sup>

## תלונות וטענות המכוונות כלפי הדרג האזרחי

52. תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי יכולות להיות מכוונות גם כלפי הדרג האזרחי. פשוט וברור כי כאשר עולה חשד שבכירים ברשות המבצעת הפרו את הדין, חובה לברר את החשד, כמו ברור חשדות נגד כל אדם. כך, קבע בית המשפט העליון, לענין חקירת טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי, כי:

שלטון החוק במובנו הפורמאלי משמעותו, שכל הגורמים במדינה, בין הפרטים כיחידים וכהתאגדויות ובין זרועות המדינה, חייבים לפעול על פי החוק, ופעולה בניגוד לחוק צריכה להיתקל בסנקציה המאורגנת של החברה. שלטון החוק, במובן זה, משמעותו כפולה: חוקיות השלטון והשלטת החוק... על כן, אם היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי קיים חומר לכאורה, המצדיק חקירה, בעניין עבירות חמורות ביותר שנעברו על ידי מי מאנשי הרשות המבצעת, מחייב שלטון החוק חקירה ובדיקה. כך היינו נוהגים כלפי כל אדם. כך יש לנהוג כלפי אנשי השלטון. שיקולי הביטחון אינם מחייבים תוצאה אחרת. אין ביטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בביטחון הלאומי. הביטחון מחייב מציאת כלים ראויים לחקירה.<sup>159</sup>

53. המשטרה, שהיא החוקרת חשדות כלפי אזרחים בכלל, חוקרת גם טענות נגד בכירים. עם זאת, ההחלטה על פתיחה בחקירה פלילית נגד חברי ממשלה טעונה אישור של היועץ המשפטי לממשלה.<sup>160</sup>

54. מלבד הליך הבדיקה והחקירה הפלילי, קיים בישראל מנגנון של ועדות חקירה אשר, ככלל, עוסק בטענות המכוונות כלפי מקבלי החלטות בדרג האזרחי. ועדות חקירה אלה יכול שתהיינה ממספר סוגים: ועדת חקירה ממלכתית; ועדת בדיקה ממשלתית; ועדת ברור; וועדה פרלמנטארית.

158 שם, בעמ' 9-10.

159 ראו: ענין ברזילי, לעיל ה"ש 144, בפסקה 45 לפסק דינו של השופט ברק.

160 "חקירת אישי ציבור" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.2200 (התשס"ו).



## 1. ועדת חקירה ממלכתית

55. סוג אחד של ועדות חקירה הקיים בישראל הוא ועדת חקירה ממלכתית. ועדת חקירה ממלכתית מוסדרת בחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968 (להלן: חוק ועדות חקירה), והיא מוקמת על ידי הממשלה לפי הצורך ולפי שיקול דעתה.<sup>161</sup> על פי חוק ועדות חקירה:

- (א) בהחלטה על הקמת ועדת חקירה תגדיר הממשלה את הענין שיהיה נושא החקירה.
- (ב) הממשלה רשאית, על פי פניית ועדת החקירה, להבהיר, להרחיב או לצמצם את נושא החקירה.<sup>162</sup>

משהחליטה הממשלה על מינוי ועדת חקירה ממלכתית, עליה להודיע על כך לנשיא בית המשפט העליון, "והוא ימנה את יושב-ראש הוועדה ואת שאר חבריה".<sup>163</sup> בית המשפט העליון עמד על סמכותה של הממשלה בענין מינוי ועדת חקירה, בקובעו כי "הבחירה למנות או שלא למנות ועדת חקירה ממלכתית מצויה בלב סמכותה של הרשות המבצעת".<sup>164</sup> בנסיבות מיוחדות המנויות בחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958, מוסמכת גם הוועדה לביקורת המדינה של הכנסת להחליט על הקמת ועדת חקירה ממלכתית.<sup>165</sup>

במשך השנים, הוקמו 14 ועדות חקירה מכוח חוק ועדות חקירה, וכן הוקמו ארבע ועדות מכוח חוק מבקר המדינה. אחדות מהן בחנו טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, לדוגמא, ועדת לנדוי, שנזכרה לעיל; וועדת פֶהן שחקרה את המעורבות הישראלית במעשי הזוועה אשר בוצעו באוכלוסייה האזרחית במחנות הפליטים 'סברא' ו'שתילא' בלבנון על ידי יחידה מהכוחות הלבנוניים.<sup>166</sup>

161 חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, ס"ח 548, בסעיף 1.

162 שם, בסעיף 2.

163 שם, בסעיף 4(א).

164 בג"ץ 6728/06 עמותת 'אומץ' (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל, מר אהוד אולמרט (לא פורסם, 30.11.2006), בפסקה 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (להלן: ענין אומץ).

165 חוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958, ס"ח 248, בסעיף 14 ב (להלן: חוק מבקר המדינה).

166 להרחבה, ראו: ועדת החקירה לחקירת האירועים במחנות הפליטים בביירות דין-וחשבון (התשמ"ג).

## 2. ועדת בדיקה ממשלתית

56. סוג שני של ועדות חקירה הקיים בישראל הוא ועדת בדיקה ממשלתית. סעיף 8א לחוק הממשלה, התשס"א-2001 (תיקון התשס"ג) (להלן: חוק הממשלה) מורה כי:

מינה שר ועדה לבדיקת נושא או אירוע מסוים המצוי בתחום אחריותו (בסעיף זה – השר הממנה), ובראש הועדה עומד שופט בדימוס, רשאי שר המשפטים, לבקשת השר הממנה ובאישור הממשלה, לקבוע כי לאותה ועדה יהיו הסמכויות של ועדת חקירה, לפי סעיפים 9 עד 11 ו-27(ב) לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968.<sup>167</sup>

במשך השנים, הוקמו בישראל ועדות בדיקה ממשלתיות בענינים שונים, ושתיים מהן בדקו טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי: ועדת וינוגרד לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 וועדת טירקל לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010.<sup>168</sup>

## 3. ועדת בירור

57. סוג שלישי של ועדות חקירה הקיים בישראל הוא ועדת בירור. מלבד ועדת בדיקה ממשלתית, רשאית הממשלה, וכן רשאי כל שר בממשלה, למנות ועדת בירור, ובלבד שלא נתמנתה לבדיקת אותו ענין ועדת חקירה ממלכתית.<sup>169</sup> ההבדל העיקרי בין ועדת בירור לוועדות שנסקרו לעיל הוא שאין לה סמכויות מכוח חוק.<sup>170</sup> ועדות בירור מוקמות באופן תדיר על ידי שרים. שתי דוגמאות לוועדות שעסקו בנושאים משמעותיים הן ועדת זורע לחקירת פרשת קו 300 וועדת צ'חנובר

167 חוק הממשלה, התשס"א-2001, ס"ח 1780.

168 להרחבה, ראו: הוועדה לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (ועדת וינוגרד) מלחמת לבנון השנייה דין וחשבון סופי כרך א', 484-486 (התשס"ח), וכן דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 101.

לענין סמכויותיה של ועדת בדיקה ממשלתית ראו גם: ענין אומק, לעיל ה"ש 164, וכן בג"ץ 258/07 ח"כ והבה גלאון נ' ועדת הבדיקה הממשלתית לבדיקת אירועי המערכה בלבנון 2006 (לא פורסם, 6.2.2007).

169 חוק ועדות חקירה, בסעיף 28(א).

170 ראו: בג"ץ 6001/97 אמית - אוחיים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 22.10.1997), בפסקה 3: "ככל גוף מינהלי, רשאית הממשלה להקים ועדת בירור לשם חקירה ובדיקה של ענין אשר במסגרת סמכויותיה או הנוגע למילוי תפקידיה (ראו והשוו לענין זה את הוראת סעיף 28 (א) לחוק ועדות חקירה). לוועדה כזו אין מעמד מוסדר בחוק והיא משמשת בדרך כלל כלי עזר לבירורים בנושאים פנימיים של הרשות הממנה. כפי שאומר על כך י. זמיר בספרו הסמכות המינהלית, כרך ראשון בעמ' 418: 'לעתים קרובות מוקמת ועדה לחקירת ענין מסויים שלא מכוח חוק. ועדות כאלה נקראות, בדרך כלל, בשם ועדות בירור. אכן, לוועדות שלא מכוח חוק אין סמכויות כפיה, אך במקרים רבים אין צורך בסמכויות כאלה כדי לרדת לחקר האמת. עצם השיתוף של נציגי ציבור או מומחים לדבר בוועדות הבירור עשוי להוסיף להן מימד של יוקרה, מקצועיות ואמינות'."

לחקירת כישלון פעולת ההתנקשות במנהיג החמאס ח'אלד משעל בירדן.<sup>171</sup>

#### 4. ועדת חקירה פרלמנטארית

58. סוג רביעי של ועדות חקירה הקיים בישראל הוא ועדת חקירה פרלמנטארית. מלבד הממשלה, רשאית גם הכנסת למנות ועדות חקירה לפי סעיף 22 לחוק יסוד: הכנסת, שבו נקבע כי:

הכנסת רשאית למנות ועדות חקירה, אם על ידי הסמכת אחת הוועדות הקבועות ואם על ידי בחירת ועדה מבין חבריה, כדי לחקור דברים שהכנסת קבעה; סמכויותיה ותפקידיה של ועדת חקירה ייקבעו על ידי הכנסת; בכל ועדת חקירה יהיו גם נציגים של סיעות שאינן משתתפות בממשלה, לפי יחסי הכוחות של הסיעות בכנסת.<sup>172</sup>

במשך השנים הוקמו 25 ועדות חקירה פרלמנטאריות. לדוגמא, בשנת 1951 הוקמה ועדה פרלמנטארית בענין עזירי מחנה ג'למי שדנה בסוגיות של הפרת דיני זכויות אדם.<sup>173</sup>

#### פיקוח וביקורת על גופי החקירה

59. החלק הראשון של תת פרק זה ('מי חוקר?') סקר את המנגנונים הבודקים וחוקרים טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי בישראל, קרי הפרקליטות הצבאית, מצ"ח, בתי הדין הצבאיים, מח"ש, משטרת ישראל, מבת"ן, יאח"ס ועודות החקירה. בחלק זה יוצגו המוסדות המפקחים על התנהלותם של מנגנוני בדיקה וחקירה אלה ומבקרים אותם, קרי היועץ המשפטי לממשלה, העומד בראש המערכת המשפטית הציבורית ומשמש כתובע כללי, ובית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.

171 להרחבה, ראו: הוועדה לחקירת כישלון פעולת ההתנקשות במנהיג החמאס ח'אלד משעל בירדן דין וחשבון (התשנ"ח).

172 חוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 244.

173 להרחבה, ראו: דין וחשבון של ועדת החקירה הפרלמנטארית בענין עזירי המחנה בג'למי, ד"כ 28, 2196 (התשי"א), [www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/piqJalamiReport.pdf](http://www.knesset.gov.il/committees/heb/docs/piqJalamiReport.pdf)

60. היועץ המשפטי לממשלה עומד בראש מערכת המשפט של הרשות המבצעת. בין תפקידיו לייעץ לממשלה ולרשויות השונות הפועלות מטעמה, לייצג את המדינה ורשויות השלטון בפני ערכאות השיפוט ולשמר את האינטרס הציבורי בתחום המשפט. בהיותו הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת, מחייבות הנחיותיו את כל זרועות הממשלה ורשויות המדינה, לרבות צה"ל ויתר זרועות הביטחון.<sup>174</sup>

61. לצורך מילוי תפקידו כיועץ, מסתייע היועץ המשפטי לממשלה בשישה משנים, המנהלים את מחלקות הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים. מהחומר שהובא בפני הוועדה עולה, כי אין במחלקות אלה מחלקה אחת שתחום התמחותה הוא ייעוץ בתחום כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>175</sup> מלבד המשנים, מסתייע היועץ המשפטי לממשלה, כאשר הוא נדרש לסוגיות הכרוכות בתפקוד זרועות הביטחון (ובכלל זה סוגיות מתחום המשפט הבינלאומי), גם במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה (המייצגת, בין היתר, גם את הצבא בעתירות נגדו).<sup>176</sup> גם במחלקה זו אין התמחות מיוחדת בתחום המשפט הבינלאומי.

#### פיקוח על המערכת הצבאית

62. מכוח תפקידו כראש השירות המשפטי בישראל, היועץ המשפטי לממשלה הוא הגורם המוסמך להנחות מקצועית את הפצ"ר. סוגיית מעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה בהחלטות הפצ"ר סוכמה בפסיקת בית המשפט העליון בקווים המנחים הבאים:

(1) היועץ המשפטי לממשלה רשאי להתערב, ואף להורות לפצ"ר כיצד לנהוג בהחלטות אשר לדעתו יש בהן עניין מיוחד לציבור או

174 ראו: הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו ודין וחשבון (התשנ"ט); ראו גם: בג"ץ 4267/93 אמיתי - אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, 475 (1993).

175 יצוין, כי במשרד המשפטים ובפרקליטות המדינה ישנם מספר גופים שהינם בעלי מומחיות במשפט בינלאומי וביניהם היחידה להסכמים בינלאומיים ותביעות בינלאומיות במשרד המשפטים (הכוללת את המחלקה לזכויות אדם וקשרי חוץ), המחלקה לעניינים בינלאומיים בפרקליטות המדינה והמחלקה לתפקידים מיוחדים (בינלאומי) בפרקליטות המדינה. בנוסף, המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) עוסק דרך קבע בנושאים אלה.

176 מחלקת הבג"צים מהווה חלק מהלשכה הראשית של פרקליטות המדינה בירושלים, והיא מונה כ-40 עובדים; פרקליטי המחלקה מייצגים את הממשלה ורשויות המדינה האחרות, בהליכים מנהליים וחוקתיים המתנהלים בבית המשפט העליון. להרחבה, ראו: עוזי פוגלמן "מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה" משפט וממשל ו 173 (התשס"א); אסנת מגדל "על עבודת הפרקליט במחלקת הבג"צים" מעשי משפט כ 53 (2009).

שמוצא הוא שהשלכותיהן חורגות מעבר לתחומי המסגרת הצבאית. מעורבות היועץ המשפטי לממשלה בעניינים אלו תיעשה במסגרת תפקידו כמי שנושא באחריות עליונה לרשויות התביעה השונות ולגורמים המשפטיים ברשות המבצעת.

(2) היועץ המשפטי לממשלה יתערב בהחלטות הפצ"ר בכל אותם מקרים שבהם החלטת הפצ"ר תחרוג מן הנורמות המשפטיות המקובלות. התערבות היועץ המשפטי לממשלה בהחלטות אלו תיעשה מכוח סמכותו כמי שממונה על חוקיות פעולותיהן של זרועות הממשל השונות.

(3) בעניינים הנוגעים למדיניות כללית, כגון מדיניות התביעה הצבאית בהעמדה לדין, חייב הפצ"ר להביא בגדר שיקוליו את מדיניות התביעה הכללית הנקבעת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ואת הצורך באחידות ובהרמוניה של רשויות התביעה השונות. היועץ המשפטי רשאי להתערב בהחלטות הפצ"ר כאשר האחרון לא נתן משקל ראוי לשיקול זה.<sup>177</sup>

הקווים המנחים של בית המשפט העליון באים לידי ביטוי בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להנחות את הפצ"ר במקרים בהם הוא סבור שיש מקום להתערבותו או להנחיותיו; במקרים בהם מבקש הפצ"ר מיוזמתו להיוועץ ביועץ המשפטי לממשלה; או בעקבות פניה מטעם גוף חיצוני, שענינה מדיניות או התנהלות הפצ"ר, שאז נדרש היועץ המשפטי לממשלה לגבש עמדתו ביחס לסוגיה, והוא יכול לאמץ את עמדת הפצ"ר או להנחותו לשנות את מדיניותו.<sup>178</sup> מעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה בהחלטות הפצ"ר באה לידי ביטוי כדבר שבשגרה כאשר מתקיימים דיונים בין מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה ובין הפרקליטות הצבאית בדבר עתירות נגד הצבא המוגשות לבית המשפט העליון. במקרים בהם מתגלעת מחלוקת בנוגע לעמדת המדינה שתוגש לבית המשפט, מובא הנושא להכרעת היועץ המשפטי לממשלה והכרעתו מחייבת את הפצ"ר ואת הפרקליטות.<sup>179</sup>

177 בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714, 733 (1997) (להלן: ענין עטייה).

178 המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה - השלמות, לעיל ה"ש 133, בעמ' 3.

179 המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה, לעיל ה"ש 129, בעמ' 3.

א. היועץ המשפטי לממשלה (בתפקידו כתובע הכללי)

63. אחד הגופים שהיועץ המשפטי לממשלה מוסמך לבקר את פעילותם הוא הפרקליטות הצבאית. בפרט, מפעיל הוא את תפקידו כמבקר הפצ"ר במקרים קונקרטיים. בבג"ץ עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה נקבע, שהחלטות של הפצ"ר, שלדעת היועץ המשפטי לממשלה יש בהן ענין ציבורי מיוחד, או בהחלטות שהשלכותיהן חורגות מעבר למסגרת הצבאית, ייבחנו על ידי היועץ המשפטי לממשלה או מי מטעמו. היועץ המשפטי יתערב בהחלטות הפצ"ר אם ימצא לכך מקום.<sup>180</sup> בחומר שהוגש לוועדה צוין כי, ככלל, החלטות הנוגעות לטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי הן מסוג ההחלטות שיש בהן ענין ציבורי מיוחד, ולפיכך תיבדק כל פניה בנושאים אלו לגופה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או על ידי מי שימונה לכך, ותתקבל בה החלטה לאחר בירור מכלול נסיבות הענין.<sup>181</sup> יצוין, כי במקרים של תאונות אימונים קטלניות בצה"ל, עוגן בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה נוהל השגה ליועץ המשפטי לממשלה על החלטות הפצ"ר לגבי סגירת תיק חקירה.<sup>182</sup>

64. סמכות היועץ המשפטי לממשלה לבקר החלטות של גופי החקירה בשאר זרועות הביטחון (דהיינו משטרה, מח"ש והגופים החוקרים את השב"כ) מוסדרת בחוק על ידי מנגנון ערר.<sup>183</sup>

ב. בית המשפט העליון

65. בית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק (להלן: בג"ץ), דן בעתירות המוגשות אליו בנוגע לפעולות של הממשלה וזרועותיה, לרבות החלטות של היועץ המשפטי לממשלה ומערכת המשפט הצבאית. במסגרת זאת מפעיל בית המשפט ביקורת שיפוטית בתחומים שענינם יישום של כללי המשפט הבינלאומי

180 ענין עטייה, לעיל ה"ש 177.

181 המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה, לעיל ה"ש 129, בעמ' 4.

182 "תאונות קטלניות בצה"ל - השגה ליועץ המשפטי לממשלה על החלטת הפצ"ר לסגור תיק חקירה" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.5000 (התשס"ב).

183 חוק סדר הדין הפלילי, בסעיף 64.

ההומניטארי, ואפילו במהלך הלחימה עצמה. במשך השנים העביר בג"ץ תחת שבט הביקורת סוגיות מגוונות, ובכללן: שיטות החקירה בשב"כ;<sup>184</sup> תוואי של מקטעים בגדר ההפרדה;<sup>185</sup> החלטות ממשלה הנוגעות למצב ההומניטארי ברצועת עזה, לדוגמא, ההחלטה להגביל את אספקת הדלק והחשמל;<sup>186</sup> וכן ביקורת נרחבת על פעילות מבצעית של צה"ל, כגון נוהל אזהרה מוקדמת,<sup>187</sup> מדיניות הסיכולים הממוקדים,<sup>188</sup> צווי גירוש,<sup>189</sup> פינוי גופות במהלך מבצע 'חומת מגן',<sup>190</sup> המצור סביב כנסיית המולד,<sup>191</sup> טענות בדבר המצב ההומניטארי ברצועת עזה אגב מבצע 'עופרת יצוקה'<sup>192</sup> ועוד.

לעניינו, חשוב להדגיש, כי בג"ץ הפעיל ביקורת שיפוטית גם על מדיניות החקירות בצה"ל, לדוגמא, מדיניות הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה בעקבות מותם של אזרחים כתוצאה מפעילות צה"ל באיו"ש (בג"ץ 9594/03 בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים נ' הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: ענין בצלם)) שיידון להלן,<sup>193</sup> וכן מדיניות החקירות של תלונות המכוונות נגד חוקרי שב"כ.<sup>194</sup> כמו כן, התערב בג"ץ גם בהחלטות קונקרטיות של הפצ"ר בנוגע לתהליך החקירה. בג"ץ דן בעתירה נגד החלטת הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה בעקבות פגיעה באזרחים והרס בתים,<sup>195</sup> ולאחרונה, אף הוסיף ודן בעתירה נגד החלטת הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה בעקבות מותו של אדם במהלך פעילות מבצעית.<sup>196</sup> בג"ץ גם מפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות קונקרטיות בדבר פתיחה בחקירה של רשויות חקירה אחרות, בנוגע

184 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999); בג"ץ 11447/04 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לונה ולצברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 14.6.2005), בפסקאות 6 ו-9 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן: ענין המוקד להגנת הפרט 2004).

185 בג"ץ 2056/04 מועצת הנפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005).

186 בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 30.1.2008).

187 בג"ץ 3799/02 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל, פ"ד ס(3) 67 (2005).

188 בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006) (להלן: ענין הסיכול הממוקד).

189 בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נז(6) 352 (2002), (להלן: ענין עג'ורי).

190 בג"ץ 3114/02 חבר-הכנסת ברכה נ' שר הביטחון, בנימין בן אליעזר, פ"ד נו(3) 11 (2002).

191 ענין אלמדני, לעיל ה"ש 4.

192 בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 19.1.2009).

193 ענין בצלם, לעיל ה"ש 6.

194 בג"ץ 1265/11 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 6.8.2012) (להלן: ענין הוועד הציבורי נגד עינויים 2011).

195 ענין עדאלה 2011, לעיל ה"ש 28; ראו גם: ענין אבו רחמה, לעיל ה"ש 18, בו דן בית המשפט בהתאמת סעיפי האישום שבחר הפצ"ר לכללים במשפט הבינלאומי שהופרו; בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718 (1989), בו דן בית המשפט בהחלטת הפצ"ר להעמיד לדין משמעותי ולא פלילי.

196 בג"ץ 1901/08 דבאבסה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם, 5.7.2012).

לתלונות המכוונות כלפי שוטרים וחוקרי שב"כ.<sup>197</sup> עם זאת, יצוין, כי התערבות בית המשפט במקרים קונקרטיים מוגבלת להחלטות שלוקות בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי.<sup>198</sup>

---

197 לביקורת על החלטות שלא להעמיד לדין פלילי חוקרים של השב"כ ראו: בג"ץ 2150/96 חריזאת נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 26.3.2002), בפסקה 8 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (להלן: ענין חריזאת); ענין המוקד להגנת הפרט 2004, לעיל ה"ש 184, בפסקאות 6 ו-9 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 6138/10 המוקד להגנת הפרט מיטודה של ד"ר לונה זלצברג נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 12.1.2011) בפסקה 4 לפסק דינו של השופט פוגלמן. לענין החלטות בדבר נקיטה בצעדים משפטיים כנגד שוטרים, ראו: בג"ץ 5817/08 עראמין נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 10.7.2011) (להלן: ענין עראמין); עוד ראו: בג"ץ 1299/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 23.1.2007), בפסקה 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

198 ראו: ענין חריזאת, לעיל ה"ש 197, בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן; בג"ץ 6009/94 שפון נ' התובע הצבאי הראשי, אל"מ דן בארי, פ"ד מח(5) 573, 582 (1994); בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה.



## ד. העילות המקימות את חובת החקירה בישראל (מתי חוקרים?)

66. בחלק זה של הפרק יידונו התהליכים שבעקבותיהם נפתחת בדיקה או חקירה בישראל על ידי הרשויות החוקרות השונות. סוגיה זאת מורכבת משתי שאלות הכרוכות זו בזו. האחת, מה הן העילות המקימות את החובה לחקור הפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי לפי הדין והפרקטיקה הנוהגת בישראל; והשניה, מה הם נהלי הדיווח לגבי חשדות להפרות, לרבות חובות בדבר תיעוד זירת האירוע. נהלים אלה חיוניים שכן הם המהווים בסיס לגיבוש העילות לבדיקה וחקירה. שאלות אלה תיבדקנה ביחס לצה"ל, למשטרה, למח"ש ויאח"ס ולשב"כ.

### העילות המקימות את החובה לחקור בצה"ל

#### 1. מדיניות החקירות

67. העילות המקימות את החובה לחקור בצה"ל תלויות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מוסדרות בפקודת מטכ"ל 33.0304 (להלן: הפקודה) ובמכלול הנחיותיו של הפצ"ר. על פי הפקודה, מחויבת מצ"ח לפתוח בחקירה פלילית במקרים בהם קיים יסוד לחשד כי נעברו עבירות המפורטות בפקודה,<sup>199</sup> ובהן: ביזה,<sup>200</sup> אינוס,<sup>201</sup> ושימוש בלתי חוקי בנשק (דהיינו, ללא סמכות או ללא נקיטת אמצעי זהירות נאותים) במקרים של פגיעת אדם, איום, או יצירת סיכון מכוון לאדם.<sup>202</sup> עוד מורה הפקודה, כי כאשר קיים יסוד לחשד שנעברה עבירה לפי חוק העונשין שאין לה מקבילה צבאית בחש"צ, תיפתח חקירת מצ"ח, ובלבד שלעבירה זיקה לשירותו הצבאי של החשוד.<sup>203</sup> על אף האמור, מסמיכה הפקודה מפקד חוליה במצ"ח שלא לפתוח בחקירה במקרים אלה, אחרי התייעצות בפרקליט צבאי, כאשר "אין לדעתו הצדקה עניינית לעשות כן".<sup>204</sup>

199 פקודת מטכ"ל 33.0304, לעיל ה"ש 89, בסעיף 62.

200 שם, בסעיף 62א(19).

201 שם, בסעיף 62א(20).

202 שם, בסעיף 62א(26).

203 שם, בסעיף 62.

204 שם, בסעיף 63.

68. לפי הפצ"ר, סמכות זאת שבפקודה היא העיגון החוקי היחיד בדין הישראלי למכלול הנחיותיו הקובעות באלו נסיבות תיפתח חקירת מצ"ח באופן מידי.<sup>205</sup> הנחיות אלה מכונות 'מדיניות החקירות'.

עד לשנת 2000, קבעה מדיניות החקירות ש"כמעט כל מקרה מוות, וכן מקרים מסוימים של פציעה של תושבים פלסטיניים, [באיו"ש וברצועת עזה] אשר אירעו במסגרת [ה]חיכוך... בין כוחות צה"ל לבין האוכלוסייה, הובילו לפתיחה מיידית בחקירת מצ"ח".<sup>206</sup> בשנת 2000, שינה הפצ"ר את מדיניות החקירות, כך שבאירוע שבו נהרג תושב פלסטיני כתוצאה מפעילות מבצעית, תושהה ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה עד שהפצ"ר יקבל את התחקיר המבצעי של האירוע (להסבר על התחקיר המבצעי ראו להלן פסקאות 88-93). הפצ"ר הורה על פתיחה בחקירה אם הנסיבות שעלו מן התחקיר המבצעי (ומנתונים זמינים נוספים) העלו חשד לביצוע עבירה.<sup>207</sup>

על פי הפצ"ר, השינוי במדיניות החקירות בשנת 2000 נבע מההסלמה בעימות שבין ישראל לפלסטינים. באותה שנה פרצו אירועים אלימים באיו"ש וברצועת עזה אשר כונו 'האינתיפאדה השנייה' (אירועי גאות ושפל), בגדרם חודשו פיגועי ההתאבדות בערים בשטח ישראל. באיו"ש וברצועת עזה התמודדו כוחות צה"ל עם חמושים פלסטינים שהצטיידו במגוון רחב של אמצעי לחימה, תקנים ומאולתרים. מצב זה גרר שינוי באופי הפעילות של צה"ל שבא לידי ביטוי בהיקף הכוח, האמצעים ושיטות הלוחמה, ושינוי הוראות הפתיחה באש, שהתירו שימוש בכוח קטלני נגד מי שזוהו כמעורבים בלחימה או בפעילות טרור.<sup>208</sup> בהתאם, הצהירה ישראל על השינוי שחל, לשיטתה, במערכת הדינים המסדירה את פעילות צה"ל באיו"ש וברצועת עזה, מאחר שרמת העימות עלתה כדי עימות מזוין. גם בית המשפט העליון הגיע למסקנה לפיה ישראל מצויה בעימות מזוין עם ארגוני הטרור הפלסטינים.<sup>209</sup> כך, בתקופה זו הדין שהסדיר את פעילות צה"ל באיו"ש וברצועת עזה היה המשפט הבינלאומי ההומניטארי ובפרט הכללים המסדירים את ניהול הלחימה (conduct of hostilities),

205 "הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 - השלמות" 14 (נייר עמדה לוועדת טירקל מטעם הפרקליטות הצבאית, 9.8.2011) (להלן: הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2011 - השלמות).

206 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 55, בעמ' 9.

207 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2011 - השלמות, לעיל ה"ש 205, בעמ' 14.

208 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 55, בעמ' 12.

209 ענין הסיבול הממוקד, לעיל ה"ש 188, בפסקה 16 לפסק דינו של הנשיא ברק; ענין עג'ורי, לעיל ה"ש 189, בפסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לפיהם עצם מותו של אזרח אינו מקים כשלעצמו חשד לעבירה ולפיכך לא בהכרח דורש פתיחה בחקירה.

69. בשנת 2011, ערב עדויותיהם של הפצ"ר ושל היועץ המשפטי לממשלה בפני ועדה זו, החליט הפצ"ר, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, לשנות שוב את מדיניות החקירות. על פי הפצ"ר, מדיניות חדשה זאת משנת 2011 נובעת מ"שינוי משמעותי במאפייני הפעילות המבצעית של כוחות צה"ל באיר"ש, שבעיקרה אינה נושאת עוד אופי לחימתי מובהק".<sup>210</sup> לפי מדיניות החקירות החדשה, מחויבת מצ"ח לפתוח בחקירה מיידית בכל מקרה מוות של תושב פלסטיני כתוצאה מפעילות של כוחות צה"ל באיר"ש, למעט ב"מקרים בהם ברור כי הפעילות שבמהלכה נהרג התושב הפלסטיני נשאה אופי לחימתי של ממש".<sup>211</sup> כאשר נהרג אדם במסגרת אירועי לחימה, ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה תתקבל רק אחרי בירור מקדמי של עובדות המקרה על ידי תחקיר מבצעי, בדומה למדיניות משנת 2000.<sup>212</sup>

70. הנה כי כן, עד שנת 2000, מותו של תושב פלסטיני כתוצאה מפעילות כוחות צה"ל באיר"ש וברצועת עזה הובילה לפתיחה מיידית בחקירה; בין השנים 2000-2011, ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה בגין מותו של אזרח הושתתה עד לקבלת ממצאי תחקיר מבצעי; מאז שנת 2011 מותו של תושב באיר"ש מובילה לפתיחה מיידית בחקירת מצ"ח, למעט באירועים במסגרת לחימה של ממש שבהם מושהית ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה עד לקבלת ממצאי תחקיר מבצעי שעל בסיסם מחליט הפצ"ר אם עולה חשד לעבירה ואם תיפתח חקירה.

71. מדיניות החקירות שבתוקף כיום (דהיינו, המדיניות משנת 2011) זכתה לאישורו של בית המשפט העליון בענין בצלם, בקובעו כי:

... החובה אינה לחקור כל מקרה מוות, אלא לחקור נל מקרה מוות שיש חשש שייסודו בהתנהגות אסורה – כאשר מתעורר חשש להפרה של הדין ולעבירה פלילית. חובה זו חלה הן בעת לחימה והן בעת רגיעה – כאשר ישנו חשד להתנהגות אסורה, יש לפתוח בחקירה לצורך בירור חשד זה. עם זאת,

210 מכתב מאלוף אביחי מנדלבלט, הפרקליט הצבאי הראשי, ליהודה וינשטין, היועץ המשפטי לממשלה, "מדיניות החקירות החלה בקשר לפעילות מבצעית של צה"ל באיר"ש", 8 (4.4.2011).

ש.ם. 211

ש.ם. 212

נקודת האיזון ויציאת תוכן לתבנית "חשד להתנהגות אסורה" משתנים על פי נסיבות האירוע הפרטני, והנסיבות המצדיקות פתיחה בחקירה הן תמיד שאלות שהן תלויות נסיבות. מהודעתו המעדכנת של המשיב עולה, כי במקרים שאינם "בעלי אופי לחימתי של ממש", המתרחשים באיו"ש, סבור המשיב כי עצם מותו של אזרח פלסטיני מעלה חשד להתנהגות שאינה נדון, על פי הדינים החלים על האזור ועל פעילויות אלה, ולפיכך מצדיק פתיחה בחקירת מצ"ח. מדיניותו החדשה של המשיב כפי שהיא עולה מההודעה המעדכנת מקובלת עלינו, שכן היא משקפת את התפיסה כי ככל שתפקידם של כוחות הביטחון באזור משתנה, חל גם שינוי בנקודות האיזון ובאופן יישום הדין.<sup>213</sup>

## 2. נהלי דיווח

72. החובה בצה"ל לדווח על חשדות לעבירות נקבעה בחש"צ, לפיה "מפקד היודע או שיש לו יסוד להניח כי אחד מפקודיו עבר עבירה", עליו לערוך תלונה ולהביאה בפני קצין שיפוט (להלן: חובת הדיווח הכללית).<sup>214</sup> לענין חובת הדיווח, יש להבדיל בין שני סוגי אירועים. הסוג האחד ענינו אירועים שתוצאתם אינה מוות או פציעה של אזרחים, אולם הם מעלים חשד להפרות אחרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (למשל, ביזה). לגבי אירועים אלה חלה על המפקדים חובת הדיווח הכללית להעביר את המידע על האירוע לידי קצין שיפוט. על פי פקודת מטכ"ל, על קצין השיפוט להעביר במקרים אלה את המידע למצ"ח, ללא עריכת בדיקה מטעמו (לפירוט נוסף ראו 'איך חוקרים')?<sup>215</sup>

73. הסוג האחר ענינו אירועים שתוצאתם מוות או פציעה וחובת הדיווח לגביהם היא שונה. הרקע לדברים הוא זה: בשנת 2005, בתגובה לעתירה בענין מדיניות החקירות של הפצ"ר (ענין בצלם), הודיעה המדינה כי תפעל לגיבושו של נוהל שישפר את הטיפול בטענות לגבי מקרי מוות של פלסטינים בשטחי איו"ש שנגרמו עקב פעילויות של צה"ל.<sup>216</sup> בעקבות ההודעה נערך "נוהל דיווח על אירועים במסגרתם נפגעו אזרחים פלסטיניים", שאומץ על ידי הרמטכ"ל ועוגן בהנחיות של חטיבת

213 ענין בצלם, לעיל ה"ש 6, בפסקאות 10-11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

214 חש"צ, בסעיף 225.

215 פקודות מטכ"ל 33.0304, לעיל ה"ש 89, בסעיף 62.

216 החלטת ביניים מיום 14 ביולי 2005, במסגרת ענין בצלם, לעיל ה"ש 6.

המבצעים באגף המבצעים ושל לשכת מפקד פיקוד מרכז (להלן: נוהל הדיווח).<sup>217</sup> לפי נוהל הדיווח, "בכל מקרה בו נהרג או נפצע בלתי מעורב כאמור, דיווח האירוע... מידיי לשכת הרמטכ"ל לאגף המבצעים ולפצ"ר. דיווח כאמור יועבר לא יאוחר מ-48 שעות ממועד האירוע".<sup>218</sup> נוהל הדיווח קובע הנחיות למילוי טופס "דיווח ראשוני על מקרה מוות או פציעה של אזרח פלסטיני" (להלן: טופס הדיווח הראשוני). המפקדים המנויים בנוהל הדיווח אחראים להעברת טופס הדיווח הראשוני לפצ"ר בתוך 48 שעות. בטופס הדיווח הראשוני יש לציין את מקום האירוע, שעת האירוע, פרטי הכוחות המעורבים, מספר הנפגעים, לרבות מצבם, מינם וגילם וכן נסיבות נוספות.<sup>219</sup> על פי נוהל הדיווח, יש לצרף לטופס הדיווח הראשוני "העתקי יומני המבצעים הנוגעים בדבר, הדוחות היומיים וכל חומר רלבנטי אחר".<sup>220</sup> עוד נקבע בנוהל הדיווח, כי "באחריות המח"ט המרחבי ומפקד היחידה... לוודא צילום ותיעוד זירת האירוע בסמוך להתרחשות האירוע ככל שאין בכך כדי לסכן הכוחות והדבר מתאפשר בנסיבות העניין",<sup>221</sup> וכי "במידה שיוחלט שקיימת מניעה לתיעוד וצילום זירת האירוע... יפורטו הסיבות לכך".<sup>222</sup>

אולם בפועל, הפצ"ר איננו מקבל דיווח על מקרי מוות או פציעה של אזרחים לפי נוהל הדיווח, ובמקרים בהם מתקבל הדיווח מגורמי צבא, הוא מועבר טלפונית על ידי המפקד הנוגע בדבר, בדרך כלל סמוך לזמן האירוע.<sup>223</sup> לדברי הפצ"ר:

ברוב המקרים, מגיע מידע על האירוע לידי התביעה הצבאית בטווח הזמן של עד 48 שעות ממועד האירוע. לעיתים, הדיווח עשוי להגיע ממקורות חיצוניים לצה"ל, כדוגמת אמצעי התקשורת או ארגוני זכויות אדם, עוד בטרם קבלתו מידי גורמי הצבא. אשר לדיווח מגורמי הצבא, יש מקרים בהם המידע אינו מועבר בזמן, בין מחוסר מודעות או הקפדה על הנוהל,

217 הנחיות אגף המבצעים של צה"ל מב-ספ-015 "נוהל דיווח על אירועים במסגרתם נפגעו אזרחים פלסטיניים" (וכן הנחיות לשכת מפקד פיקוד מרכז לש-41877, מתאריך 13.2.2007) (להלן: הנחיות אגף המבצעים של צה"ל והנחיות לשכת מפקד פיקוד מרכז "נוהל דיווח").

218 ש.ם.

219 ש.ם, בטופס הדיווח המצורף.

220 ש.ם.

221 ש.ם.

222 ש.ם.

223 פגישה בין הושע גוטליב, מרכז הוועדה, לאלוף אביחי מגדלבלית, הפרקליט הצבאי הראשי (10.8.2011) (להלן: פגישה - פצ"ר). הוועדה אף ביקשה לקבל טפסים שמולאו על ידי היחידות ונערכו לפי נוהל הדיווח, אך נמסר לה כי אין טפסים כאלה בנמצא.

ובין כיוון שבמקרים מסוימים, גורמי הצבא אינם מודעים לכך שפעילות מבצעית הביאה לפגיעתו של אדם.<sup>224</sup>

## העילות המקימות את החובה לחקור במשטרה

### 1. מדיניות החקירות

74. העילות המקימות את החובה במשטרה לחקור תלונות וטענות בדבר עבירות מוסדרות בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי לפיו, כאשר "נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה".<sup>225</sup> אולם, כאמור לעיל בפסקה 46, בפעילות מבצעית שבה נהרג או נפצע אזרח מירי של כוחות מג"ב הפועלים באיו"ש תחת פיקוד צה"ל, ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה מושהית עד שהמשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים) מקבל לידיו תחקיר מבצעי משטרתי שעל פיו, בין היתר, הוא מחליט אם לפתוח בחקירה. העילות שבגינן יורה המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים) על פתיחה בחקירה בגין אירועי ירי של שוטרי מג"ב זהות לאלה שבגינן יורה הפצ"ר על פתיחה בחקירה בגין אירועים בהם מעורבים חיילי צה"ל.<sup>226</sup> עם זאת, בפועל, לא תמיד ברור מי מחליט על פתיחה בחקירה (ראו לעיל בפסקה 46), וממילא גם העילות בגינן נפתחת חקירה אינן ברורות, שכן הן תלויות בזהות הגורם המחליט. כאשר המשטרה (קצין אח"מ ש"י) היא הגורם המחליט, היא פועלת על פי העילות שנקבעו בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי גם באירוע ירי באיו"ש.

### 2. נהלי דיווח

75. נהלי דיווח חלים גם על אירועים באיו"ש בהם נפגעו אזרחים פלסטיניים כתוצאה מירי של שוטרי משטרת ישראל. על פי נוהל של האגף לחקירות ולמודיעין במשטרת

224 הפוקליטות הצבאיות - נייר עמדה 2011 - השלמות, לעיל ה"ש 205, בעמ' 6.

225 חוק סדר הדין הפלילי, בסעיף 59. יצוין כי החוק מסמיך קצין משטרה להחליט שלא לחקור עבירות שאינן פשע. לענין החובה לחקור בסעיף 59 ראו גם: דנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 12.2.2004).

226 בשנת 2011, ובעקבות הודעת המדינה לבג"ץ בענין בצלם, לעיל ה"ש 6, בדבר השינוי במדיניות החקירות הצבאית, הוחלט "לבצע שינוי דומה במדיניות החקירות החלה על יחידות המשטרה הפועלות באזור יהודה והשומרון בפעילות מבצעית כפופה לצה"ל". ראו: מכתב מיהושע למברגר, המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים) לתנ"צ שאול גורדון, יועמ"ש משטרת ישראל (9.6.2011).

ישראל, על מפקד הפלוגה או היחידה לדווח בכל מקרה שבו נפגע 'תושב מקומי' כתוצאה מירי של שוטר תוך כדי פעילות מבצעית באיו"ש.<sup>227</sup> הדיווח מועבר לשלושה גורמים: מפקד תחנת המשטרה אשר בתחומה התרחש האירוע; מפקד החטיבה המרחבית, או מפקד המרחב; ומנהל מח"ש במשרד המשפטים (זאת, למרות שלפי הנהלים הנוכחיים, מח"ש איננה חוקרת אירועים אלה). כמו כן, על מפקד המפקדה החטיבתית לדווח למפקד צה"ל באזור, למפקד מג"ב במקרים בהם היה כוח מג"ב מעורב באירוע, למפקד מחוז ש"י ולראש אגף החקירות והמודיעין במשטרה. לפי הנוהל המשטרת, יש לכלול בדיווח פרטים הנוגעים לאירוע ובהם מיקום האירוע וזמן התרחשותו, נסיבותיו, מספר האזרחים שנפגעו וסוג הפגיעה, וכן פרטי השוטרים שירו ופרטי מפקד הכוח.

76. עם זאת, בדומה למצב שתואר לגבי נוהל הדיווח בצה"ל, מהחומר שהוצג לוועדה עולה כי נוהל הדיווח המשטרת אינו מקיים כלשונו, ולעתים חולף זמן רב לפני שמועבר המידע על פגיעה באזרחים לרשויות החוקרות.<sup>228</sup> כמו כן, יש ודבר הפגיעה נודע לרשויות החוקרות רק בעקיפין, למשל בעקבות הגשת תביעת נזיקין בשל האירוע.<sup>229</sup>

בהקשר זה ראוי לציין, שלוועדה לא ידוע על קיומו של נוהל דיווח לענין אירועים שבהם מעורבים שוטרים שאינם אירועי ירי אך מעלים חשד בדבר הפרות אחרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (למשל, ביזה).

## העילות המקימות את החובה לחקור במח"ש וביאח"ס

### 1. מדיניות החקירות

77. העילות המקימות את החובה של מח"ש ויאח"ס לחקור תלונות וטענות בדבר

227 הנחיית אח"מ 03.300.071, לעיל ה"ש 141.

228 פגישה בין הושע גוטליב, מרכז הוועדה, ליהושע למברגר, המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים), בהשתתפות סגנית היועץ המשפטי למשטרת ישראל, היועצת המשפטית של משמר הגבול וסגן ראש ענף חקירות במחוז ש"י של משטרת ישראל 3 (5.10.2011) (להלן: פגישה - המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים)); עוד ראו, לדוגמא: ענין עוראמי, לעיל ה"ש 197; "חריגים - העמדה לדין של חיילי צה"ל באינתיפאדה השנייה ולאחריה, 2000-2007" 15-16 יש דין (ספטמבר 2008) [www.yesh-din.org/sys/images/File/Exceptions%5BHeb%5D%5B1%5D.pdf](http://www.yesh-din.org/sys/images/File/Exceptions%5BHeb%5D%5B1%5D.pdf)

229 פגישה - המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים), לעיל ה"ש 228, בעמ' 3.

עבירות מוסדרת בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי.<sup>230</sup> המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) הדגיש, "כי למרות הסמכות שהוענקה בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי, לקצין משטרה, להורות מטעמים של ענין ציבורי שלא לפתוח בחקירה, על פי נהלי המשטרה ביחס לסוהרים, במידה וקיים חשד לכאורי שנעברה עבירה פלילית בהקשר לביצוע תפקיד – ככלל, תיפתח חקירה".<sup>231</sup> לפיכך, העילות לפתיחה בחקירה נגד סוהרים יכול שתהיינה שונות מן העילות לפתיחה בחקירה נגד שוטרים. בנוסף, נוהל אגף חקירות ומודיעין של משטרת ישראל, המסדיר את הטיפול בעבירות סוהרים, קובע "העלתה התלונה, עוד בטרם נפתחה חקירה, חשד לעבירה משמעתית בלבד, ייסגר התיק על ידי ראש יאח"ס באישור הפרקליטות".<sup>232</sup>

78. יצוין, כי קיים נוהל חקירה מיוחד בענין מותם של עצורים או של אסירים, שאז יכול שתתקיים חקירה מחוץ למשטרה:

מת אדם ויש יסוד סביר לחשש שסיבת מותו אינה טבעית או שמותו נגרם בעבירה, וכן מת אדם בהיותו נתון במעצר או במאסר או בהיותו מאושפז בבית חולים לחולי נפש או במוסד סגור לילדים מפגרים, רשאי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, קצין משטרה, רופא או כל אדם מעונין, לבקש מאת שופט של בית משפט השלום שבתחום שיפוטו אירע המוות או נמצאת הגוויה (להלן – שופט חוקר) לחקור בסיבת המוות.

בסעיף זה, "אדם מעונין" – בן זוגו של הנפטר, הוריו, הורי הוריו, צאצאו, אחיו ואחיותיו.<sup>233</sup>

## 2. נהלי הדיווח

### א. המחלקה לחקירות שוטרים (מח"ש)

79. בדרך כלל מגיע למח"ש מידע על חשדות לעבירות באמצעות תלונות (בין אם על

230 ראו לעיל, בפסקה 43; כן ראו: פקודת המשטרה, בסעיף 49ט(א), הקובע כי על אף האמור בכל דין, חקירה של עבירה אשר בביצועה חשוד שוטר תיערך בידי מח"ש (למעט עבירה שעונשה מאסר שאינו עולה על שנה, אלא אם כן פרקליט המדינה והמפקח הכללי קבעו שהעבירה תיחקר בידי מח"ש).

231 המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה – השלמות, לעיל ה"ש 133, בעמ' 11.

232 הנחיית אח"מ 03.300.071, לעיל ה"ש 141, בסעיף א2(5).

233 חוק חקירת סיבות מוות, התש"ח-1958, ס"ח 242, בסעיף 19 [ההדגשות אינן במקור]; פקודות הקבע של משטרת ישראל 14.01.013 "חקירת מקרי מוות", בסעיפים 1 ו-4א, קולטים את האמור בחוק לגבי העילות לפתיחה בחקירה לתוך פקודות הקבע של המשטרה.



ידי המתלונן עצמו, ובין אם על ידי מי מטעמו).<sup>234</sup> תלונה למח"ש ניתן להגיש בכתב או בדרך של התייצבות באופן אישי באחד ממשרדי מח"ש והגשת תלונה בפני חוקר.<sup>235</sup> על עציר או אסיר המבקש להגיש תלונה נגד שוטר להעביר את תלונתו לממונה על המשמורת שבה הוא מוחזק, וזה יעביר את התלונה למח"ש. במקרים כאלה, על פי הנהלים, יגיע נציג מח"ש לבית המעצר או לבית הסוהר וימשיך את הטיפול בתלונה.<sup>236</sup>

80. תושבי איו"ש, המנועים מלהיכנס לישראל לשם הגשת תלונה, יכולים להגיש תלונה כתובה, ובמקרים מסוימים אף מתואמת פגישה עם חוקר מח"ש באחד מהמחסומים לשם גביית התלונה.<sup>237</sup> עם זאת, קיימת אי בהירות לגבי המען הנכון להגשת התלונה (תלונות על שוטרים לגבי אירועי ירי יש להגיש למשטרה, בעוד שתלונות על שוטרים לגבי עבירות אחרות, לרבות שימוש בכוח תוך הפרות סדר, יש להגיש למח"ש). כן נטען, כי בפועל קיים קושי לתאם פגישות במחסומים ולהשיג מתורגמן, ובמקרים רבים נגבות התלונות באיחור ניכר.<sup>238</sup>

81. מידע על עבירות שוטרים יכול להגיע למח"ש גם שלא על ידי תלונות. כך לדוגמא, על פי פקודת המשטרה, שוטר שמגיע לידיו מידע בדבר עבירה פלילית שעבר שוטר אחר, חייב להעבירו למח"ש.<sup>239</sup> מידע כזה יכול שיגיע למשטרה מתלונות נגד שוטרים, שמוגשות בטעות למשטרת ישראל במקום למח"ש, וכן מתלונות שנחקרים מעלים כנגד שוטרים במהלך חקירותיהם או במהלך דיונים שנוהלו בענינם בכתב משפט.<sup>240</sup>

## ב. היחידה הארצית לחקירות סוהרים (יאח"ס)

82. תלונות על ביצוע עבירות שעברו אנשי שירות בתי הסוהר יכול שיוגשו ליאח"ס

234 המשנה לפרוקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה, לעיל ה"ש 129, בעמ' 7.

235 משרדי מח"ש פרוסים בנצרת, טבריה, חיפה, תל אביב, רחובות, אשקלון, אילת ובאר שבע.

236 המשנה לפרוקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה, לעיל ה"ש 129, בעמ' 7.

237 ראו: המשנה לפרוקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה – השלמות, לעיל ה"ש 133, בעמ' 5; ראו לדוגמא: תיק מח"ש 2471/10, תיק מח"ש 768/11, תיק מח"ש 782/11 ותיק מח"ש 2433/11, בהם נגבתה עדות המתלוננים על ידי חוקר מח"ש במעבר הגבול רחל, במחסום חזימא, במנהלת תיאום וקישור קלקיליה ובמחסום המנהרות, בהתאמה.

238 "חקירה לכאורה – כישלון חקירת חשדות לעבירות של חיילים נגד פלסטינים" 35–46 יש דין (אוגוסט 2011) <http://yesh-din.org/userfiles/file/Reports-Hebrew/Alleged%20Investigation%20%5BHebrew%5D.pdf> (להלן: דו"ח חקירה לכאורה).

239 פקודות המטה הארצי 06.03.03 "חקירת אנשי משטרה על ידי המשטרה ועל ידי המחלקה לחקירת שוטרים שבמשרד המשפטים", בסעיף 5א(1).

240 המשנה לפרוקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה, לעיל ה"ש 129, בעמ' 7.

בעל פה, בכתב או בדיווח על ידי השב"ס.<sup>241</sup> על פי פקודות נציבות בתי הסוהר "ביקש אסיר למסור תלונה נגד סוהר בקשר למילוי תפקידו, תינתן לו האפשרות להגיש את התלונה בכתב במעטפה סגורה, והיא תועבר ישירות באותו יום ליאח"ס".<sup>242</sup> כמו כן, יחידות שב"ס השונות מונחות לדווח לראש ענף משמעת על כל תלונה או מידע המעלה חשד לביצוע עבירה פלילית על ידי סוהר והוא יעביר את התלונה או המידע ליאח"ס.<sup>243</sup> על הדיווח לכלול ככל האפשר "פרטים מלאים של המעורבים" ומסמכים רפואיים.<sup>244</sup> כאשר עולה חשד לשימוש בכוח שלא כדין נגד אסיר, אפילו לא הוגשה תלונה, על היחידה לדווח לראש ענף משמעת.<sup>245</sup> על ראש ענף משמעת לבדוק את המקרה, ואם הוא סבור כי השימוש בכוח היה שלא כדין, עליו להעביר את הטיפול באירוע ליאח"ס.

83. מידע על עבירות יכול שיגיע אל יאח"ס גם באמצעות המנגנון של 'מבקר רשמי לבתי הסוהר' (להלן: מבקר רשמי ממונה על ידי השר לביטחון פנים, מתוך רשימה של מועמדים המוגשת לו מידי שנה על ידי היועץ המשפטי לממשלה והכוללת עובדי משרד המשפטים, נציגי לשכת עורכי הדין, עובדים בגופים ציבוריים הפונים ומבקשים להסמיך מי מטעמם כמבקר רשמי, וכן כל אדם אחר שהשר מצא כי יש למנותו כמבקר רשמי.<sup>247</sup> בנוסף, שופטי בית המשפט העליון, שופטי בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום (במחוזות שיפוטם) וכן היועץ המשפטי לממשלה הם מבקרים רשמיים מכוח כהונתם.<sup>248</sup> מבקר רשמי "רשאי בכל עת להיכנס לבית סוהר שהוסמך לבקר בו ולבדוק את התנאים שבו, את דרך הטיפול באסירים, את ניהולו התקין של בית הסוהר והתאמתם של כל אלה להוראות הדין ולהוראות אחרות".<sup>249</sup> לפי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, מבקר רשמי מוסמך להיכנס לכל מקום במתקן

- 241 המשנה לפרוקליט המדינה (תפקידים מיוחדים). נייר עמדה - השלמות, לעיל ה"ש 133, בעמ' 10.
- 242 פקודת נציבות בתי הסוהר 02.10.00 "הטיפול בעבירות פליליות של סוהרים", בסעיף 3(ד) (להלן: פקודת נציבות בתי הסוהר 02.10.00); הנחיית אנף חקירות ומודיעין 03.300.039 "טיפול בעבירות סוהרים", בסעיף 2(א) (להלן: הנחיית אח"מ 03.300.039).
- 243 פקודת נציבות בתי הסוהר 02.10.00, לעיל ה"ש 242, בסעיפים 3(א) ו-3(ב).
- 244 שם, בסעיפים 3(ב) ו-3(ג).
- 245 שם, בסעיף 1(1).
- 246 פקודת בתי הסוהר, בסעיף 71.
- 247 פקודת נציבות בתי הסוהר 03.04.00 "מבקרים רשמיים בבתי הסוהר"; ראו גם "ביקורים במתקני כליאה" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1201 (התש"ע) (להלן: הנחיית יועמ"ש 4.201).
- 248 פקודת בתי הסוהר, בסעיף 72.
- 249 שם, בסעיף 72(א); הוועדה קיבלה לידיה דו"חות שהופקו בעקבות ביקורים במתקני כליאה על ידי מבקרים רשמיים, בהתאם למנגנון זה, הן במתקני שב"כ והן במתקני מאסר אחרים.

הכליאה, לשוחח עם כל עציר או אסיר ביחידות ולקבל כל מסמך או מידע.<sup>250</sup> עוד מורה ההנחיה, כי מקום בו "העלה כלוא טענות נגד סוהר או נגד שוטר ובדעת המבקר הרשמי לציין זאת בדין וחשבון, ישמע קודם לכן את הסוהר או השוטר הנילוך. ואולם, כאשר המדובר בתלונה בשל אלימות או בשל חשד לעבירה פלילית אחרת, אין להעבירה לתגובת הנילוכים".<sup>251</sup>

## העילות המקימות את החובה לחקור חוקרי שב"כ

### 1. מדיניות החקירות

84. העילות המקימות את החובה לחקור תלונות וטענות המכוונות כלפי חוקרי שב"כ נתונות לשיקול דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, הבוחן כל מקרה על פי סדרי הדין הפליליים וחוק העונשין הישראלי. כאמור לעיל בפסקה 49, היועץ המשפטי לממשלה מקבל את ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית נגד חוקרי שב"כ רק אחרי חקירה הנערכת על ידי המבט"ן, ועל בסיס המלצתו של הממונה על המבט"ן.<sup>252</sup>

### 2. נהלי הדיווח

85. המבט"ן מקבל מידע על הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי באמצעות תלונות המוגשות לו במישרין על ידי הנחקרים או על ידי ארגוני זכויות אדם.<sup>253</sup> בעדותו לפני הוועדה ציין המבט"ן, כי הוא "קולט את התלונות השונות מכל מיני גופים. זה יכול להגיע מעורכי דין, [זה] יכול להגיע מאחד מארגוני זכויות האדם למיניהם, [לדוגמא] מהצלב האדום, הוועד נגד עינויים, בצלם".<sup>254</sup> יתר על כן, כל בעלי התפקידים בשב"כ מונחים להעביר למבט"ן כל מידע שיש בידיהם שעשוי

250 הנחיות יועמ"ש 4.201, לעיל ה"ש 247, בסעיפים 3-10; פקודת בתי הסוהר, בסעיף ס' 72.א.

251 הנחיות יועמ"ש 4.201, לעיל ה"ש 247, בסעיף 8.

252 יצוין, כי בינתיים ניתן פסק דין בענין; ראו: ענין הוועד הציבורי נגד עינויים 2011, לעיל ה"ש 194.

253 יצוין, כי ארגון הצלב האדום מקיים ביקורים סדירים בכל מתקני החקירות של השב"כ, מעביר באופן שוטף תלונות קונקרטיות להתייחסות השב"כ ומגיש מדי שנה דו"ח תקופתי אודות "היחס כלפי עצורים במתקני חקירות". דו"ח זה מוגדר כחסוי, הוא אינו מפורסם ברבים ומועבר להתייחסות הרשויות הנוגעות בדבר בלבד.

254 עדות המבט"ן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 2.

לעלות לכדי תלונה נגד חוקר שב"כ. כך, מועברות למכת"ן תלונות בין אם הן הועלו על ידי נחקר בפני חוקרו, ובין אם הועלו בבית משפט במהלך דיוני המעצר.<sup>255</sup>

## ה. אופן ביצוע הבדיקה והחקירה בישראל ('איך חוקרים?')

סקירת מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל התייחסה עד עתה לשאלות של 'למה חוקרים?', 'מה חוקרים?', 'מי חוקר?', 'ומתי חוקרים?'. בחלק אחרון זה תסקור הוועדה את תהליכי עריכת הבדיקה והחקירה במנגנונים השונים ('איך חוקרים?'). בדומה למבנה החלקים הקודמים, אף כאן יידון תחילה אופן ביצוע הבדיקה והחקירה בצה"ל, במשטרה ובמח"ש, ולאחר מכן יידונו אופן ביצוע הבדיקה והחקירה על ידי המבת"ן, יאח"ס וועדות החקירה.

### אופן ביצוע הבדיקה והחקירה בצה"ל

86. במסגרת הסקירה של 'איך חוקרים?' בצה"ל יתוארו תהליכי הבדיקה והחקירה באופן כרונולוגי. תחילה נעמוד על תהליך הבדיקה, הכולל את מנגנוני התחקיר המבצעי ואת ההחלטה של הפצ"ר בדבר פתיחה בחקירה על בסיס ממצאי התחקיר. לאחר מכן נעמוד על תהליך החקירה במצ"ח. הכרונולוגיה של התהליכים תלויה בטבען של התלונות והטענות המכוונות כלפי חיילי צה"ל. כמתואר לעיל בפסקה 69, על פי מדיניות החקירות הנוהגת כיום, קיימים שני מסלולים לבדיקה וחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. המסלול הראשון הוא מסלול החקירה המידית, הנפתחת בעקבות טענות הנוגעות לאירועים המתרחשים באיו"ש במהלך הפעילות השגרתית של צה"ל לאכיפת החוק, וכן בעקבות תלונות על מעשים שהם בגדר הפרה של איסורים מוחלטים שאין כל הצדקה להתרחשותם אף במסגרת לחימה אינטנסיבית. המסלול השני הוא מסלול שבו משהה הפצ"ר את ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה עד לקבלת ממצאי התחקיר המבצעי, שעל בסיסו ייקבע אם עולה חשד לפלילים.

87. מידע על הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי יכול שיגיע לפצ"ר באמצעות תלונות המוגשות על ידי הנפגעים עצמם או באמצעות ארגוני זכויות אדם המייצגים אותם; באמצעות דיווחים בתקשורת או בעקבות דוחות ישראלים או זרים על אירוע מסוים;<sup>256</sup> או באמצעות הכוחות הפועלים בשטח. לפי נוהל הדיווח (ראו לעיל בפסקה 73), בכל מקרה מוות או פציעה של אזרח פלסטיני יש למלא טופס

256 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2011 - השלמות, לעיל ה"ש 205, בעמ' 6.

דיווח ראשוני ולהעבירו לפצ"ר תוך 48 שעות. כמו כן, יש לערוך תחקיר מבצעי, שיאושר על ידי מפקד הפיקוד המרחבי ויועבר לעיון הפצ"ר תוך 21 יום, בצירוף החומרים שנאספו במהלכו.<sup>257</sup>

הדיווח הראשוני נבחן בפרקליטות לענינים מבצעיים. אם הבחינה אינה מגלה על פניה חשד לפלילים, מושהית ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה עד לקבלת התחקיר המבצעי.

## 1. התחקיר המבצעי

88. התחקיר המבצעי הוא "בירור שנערך בצבא, בהתאם לפקודות הצבא, בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך אימון או פעילות מבצעית, או בקשר אליהם".<sup>258</sup> מעמדו של התחקיר המבצעי ואופן עריכתו מוסדרים בסעיף 539א לחש"צ; בהפ"ע 2.0702, "תחקיר שחל עליו חיסיון" (להלן: הפ"ע 2.0702); ובהוראות אגף המבצעים – חטיבת תורה והדרכה (אמ"ץ-תוה"ד) בנושא "הפקת לקחים, יישומם והטמעתם" (להלן: הוראת הפקת לקחים),<sup>259</sup> ובנושא "נוהלי דיווח והצגה של תחקירים מבצעיים לרמטכ"ל" (להלן: הוראת נוהלי דיווח).<sup>260</sup>

לפי הוראת הפקת לקחים, עריכתו של תחקיר מבצעי בנויה משלושה שלבים: איסוף העובדות ואימותן, זיהוי הממצאים שיש להם חשיבות לענין הפעילות המתוחקרת, והסקת מסקנות.<sup>261</sup> אחרי השלמתו של התחקיר המבצעי, ועל בסיס המסקנות שהוסקו, נערך תהליך של הפקת לקחים, שמטרתו יישומם והטמעתם.<sup>262</sup> הוראת הפקת הלקחים מדגישה את החשיבות שבעריכת התחקיר המבצעי סמוך ככל האפשר להתרחשותה של הפעילות המתוחקרת, ומחייבת את המשתתפים בפעילות העלולה להביא לעריכת תחקיר מבצעי לכתוב דיווח שבו יתארו את אשר אירע.<sup>263</sup>

257 הנחיות אגף המבצעים של צה"ל והנחיות לשנת מפקד פיקוד מרכז "נוהל דיווח", לעיל ה"ש 217.

258 ראו: חש"צ, בסעיף 539א (א); הפ"ע 2.0702 "תחקיר שחל עליו חיסיון", בסעיף 1(ב) (להלן: הפ"ע 2.0702).

259 הוראת אמ"ץ תוה"ד ת-29(43) "הפקת לקחים, יישומם והטמעתם" (23.9.2003) (להלן: הוראת הפקת לקחים). על פי הפ"ע 1.0105, "פקודות הצבא, פקודות כלליות אחרות, פקודות קבע ופקודות שגרה", הוראות אמ"ץ-תוה"ד הן בגדר "פקודות כלליות אחרות", כמשמעותן בסעיף 2א(ג) לחש"צ, והן נחשבות לדין לענין חוק השיפוט הצבאי, אם כי מעמדן ההירארכי נמוך מזה של הפ"ע או של פקודת מטכ"ל.

260 הוראת אמ"ץ תוה"ד 1.6 "נוהלי דיווח והצגה של תחקירים מבצעיים לרמטכ"ל" (18.6.2007).

261 הוראת הפקת לקחים, לעיל ה"ש 259, בסעיף 8(ב).

262 שם, בסעיף 7.

263 שם, בסעיף 8(ג).

הכללים הנוגעים למעמדו המשפטי של התחקיר המבצעי, ובמיוחד חיסיון המידע הנאסף במהלכו, נועדו להבטיח את אמינות הנתונים הנאספים במסגרת התחקיר.<sup>264</sup> עורך התחקיר המבצעי אינו כפוף לדיני הראיות והוא רשאי לגבות עדות מכל חייל שהיה מעורב באירוע או שעדותו דרושה לתחקיר, וכן לקבל לידיו כל מסמך רלוונטי, לרבות פקודות ותוכניות מבצעיות, יומני מבצעים, סיכומי דיונים, חוות דעת מקצועיות, תצלומי אוויר, סרטי וידאו וכיו"ב. הפ"ע 2.0702 מטילה חובה על כל חייל שנדרש לכך לשתף פעולה ולמסור מידע רלוונטי שברשותו, בין בעדות ובין בדרך אחרת.<sup>265</sup> בהליך של תחקיר מבצעי, להבדיל מחקירה פלילית, החיילים המתוחקרים אינם זכאים לייצוג על ידי עורך דין, וזכות השתיקה והזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית אינן עומדות להם. יתר על כן, מסירת פרט כוזב או העלמת פרט חשוב בהליך של תחקיר מבצעי, הן עבירות לפי חוק השיפוט הצבאי שבצדן עונש מאסר.<sup>266</sup>

89. על חומר התחקיר המבצעי חל חיסיון. על פי סעיף 539א לחש"צ, "דברים שהושמעו בתחקיר, פרוטוקול התחקיר, כל חומר אחר שהוכן במהלכו, וכן הסיכומים, הממצאים והמסקנות, לא יתקבלו כראיה במשפט". אולם יש לציין, כי ראיות חפציות שנתפסו במהלך התחקיר עשויות להיות קבילות כראיות במשפט פלילי.<sup>267</sup> עוד קובע הסעיף, כי "חומר התחקיר לא יימסר לגוף חוקר" (ובכלל זה יחידת המשטרה הצבאית החוקרת), וכי "חומר התחקיר יהיה חסוי בפני כל אדם ואולם הוא יימסר, כולו או חלקו, רק לאותם גופים בצבא שהתחקיר דרוש להם לשם מילוי תפקידם".<sup>268</sup> הוראות הצבא קובעות כי למרות שחומר התחקיר המבצעי לא יתקבל כראיה במשפט, ניתן להעמיד חייל לדין משמעתי על סמך ממצאיו וכן לנקוט צעדים פיקודיים בעקבותיו.<sup>269</sup>

90. לאחר השלמת התחקיר המבצעי, מובאים הממצאים לאישור הדרגים הבכירים, קרי מפקד הפיקוד או הזרוע, ובמקרים מסוימים אף הרמטכ"ל. בסמכותו של כל אחד מהם להורות על השלמת פערים שקיימים בתחקיר המבצעי, בין במישור העובדתי

264 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2011 - השלמות, לעיל ה"ש 205, בעמ' 15-16.

265 הפ"ע 2.0702, לעיל ה"ש 258, בסעיף 8-10; הוראות הפקת לקחים, לעיל ה"ש 259, בסעיף 8(ג).

266 ראו: חש"צ, בסעיפים 108(2) ו-539א.

267 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2011 - השלמות, לעיל ה"ש 205, בעמ' 16.

268 לדין בסוגיה זו, ראו: בג"ץ 2366/05 אלנבארי נ' ראש המטה הנלי בצה"ל (לא פורסם, 29.6.2008).

269 הפ"ע 2.0702, לעיל ה"ש 258, בסעיף 11; חש"צ, בסעיף 282.

ובין במישור של קביעת הממצאים והפקת הלקחים. במקרים מסוימים – כגון אירועים שבמהלכם נפגעו אזרחים פלסטינים בלתי מעורבים – מוטלת על הגוף המתחקר חובה להעביר את התחקיר המבצעי לידי הפצ"ר, שאף הוא רשאי לבקש את השלמת התחקיר או את הבהרת ממצאיו.<sup>270</sup> חשוב לציין, כי כפי שעולה מהחומר שהוגש לוועדה, עלול פרק הזמן שבין התרחשות אירוע לבין השלמת התחקיר המבצעי והעברתו לפרקליטות להיות ממושך מאוד.<sup>271</sup>

## 2. תחקיר מומחים

91. מלבד התחקיר המבצעי הנערך במסגרת היחידה המתוחקרת, קיים בצה"ל גם הליך מיוחד של תחקיר מומחים, הנערך במקום בו קיימים שיקולים מיוחדים כגון היקף המבצע המתוחקר, מגוון הכוחות שפעלו בו או אמצעי הלחימה שהופעלו.<sup>272</sup> היוזמה לערוך תחקיר מומחים יכול שתהא של מפקד היחידה המתוחקרת, הדרגים הממונים עליו בשרשרת הפיקוד או של הרמטכ"ל, וכן יכול שתהא של הפצ"ר, כפי שאכן אירע, לדוגמא, לאחר מבצע 'עופרת יצוקה'.<sup>273</sup> דוגמא נוספת היא הוראת הרמטכ"ל, אחרי האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, לערוך תחקיר מומחים בראשות האלוף (במיל.) גיורא איילנד, ששימש בעברו ראש אגף המבצעים, ראש אגף התכנון וראש המועצה לביטחון לאומי.<sup>274</sup>

תחקיר מומחים נערך על ידי גורמים חיצוניים ליחידה המתוחקרת. לפי הוראת הפקת לקחים, על הגורמים המתחקרים להיות בעלי מומחיות בתחומים המקצועיים השייכים לענין, אשר מכירים את אופי היחידה המתוחקרת, את משימותיה ואת

270 החובה המוטלת על עורך תחקיר מבצעי למסור את חומר התחקיר לידי הפצ"ר או לידי נציגו מוסדרת גם בהפ"ע 2.0702, לעיל ה"ש 258, בסעיף 14, המונה את העילות הבאות לקיומה:

א. בכל מקרה הנוגע לפעילות מבצעית שבמהלכה נהרג או נפצע קשה חייל או מי שאיננו אויב;

ב. בכל תחקיר הנוגע לאימון, שבו נהרג אדם או נפצע קשה;

ג. בכל מקרה אחר, או בסוגי מקרים אחרים, שבהם ביקשו זאת הפצ"ר או נציגו.

271 הנדיקה המדוממת, בתיק 203/10 התחקיר המבצעי הומצא לפרקליטות חצי שנה ממועד האירוע; בתיק 279/07 התקבל התחקיר בפרקליטות כעשרה חודשים אחרי האירוע; בתיק 427/07 מצויה בתיק בקשה של הפרקליטות לקבלת התחקיר חמשה חודשים אחר האירוע (לא ברור מתי התחקיר הועבר); בתיק 375/09 הפרקליטות איתרה את התחקיר המבצעי בחלוף כשנתיים ממועד האירוע. בנוסף, בתיק 359/07 נתקלה הוועדה בסיכום פגישה בין הפצ"ר לבין אלוף מסוים, במהלכה עמד הפצ"ר על הקושי בקבלת תחקירים מבצעיים.

272 לפירוט סוגי המקרים בהם תינתן העדפה לתחקיר מומחים על פני תחקיר רגיל, ראו: הפוקליטות הצבאיות – נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 55, בעמ' 70–71.

273 'הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010' (נייר עמדה לוועדת טירקל מטעם הפרקליטות הצבאיות, 29.7.2010).

274 'רוחות שמיים 7' (תחקיר מומחים מטכ"לי של גיורא איילנד, 11.7.2010); ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 101, בפסקה 9.



בעלי התפקידים בה. על המומחים להיות מי שלא השתתפו בפעילות המתחכרת.<sup>275</sup>

### 3. החלטה על בסיס התחקיר המבצעי

92. לאחר השלמתו עובר התחקיר לפרקליטות הצבאית, לצורך קבלת החלטה בדבר פתיחה בחקירה. הפרקליטות לענינים מבצעיים מגבשת חוות דעת בדבר פתיחה בחקירה, והפצ"ר עורך 'ישיבת תחקירים', שמטרתה לקבוע אם לפתוח בחקירה של האירועים השונים. יש לציין, כי החלטות הפצ"ר בדבר פתיחה בחקירה אינן מנומקות תמיד.<sup>276</sup>

93. כאשר חומר התחקיר מגלה חשד לביצוע עבירה, ובטרם יורה הפצ"ר על פתיחה בחקירה, עליו להיוועץ בקצין האחראי על היחידה המעורבת באירוע, שדרגתו היא, לכל הפחות, אלוף.<sup>277</sup> מטרת חובה זו היא לוודא שהובאו בפני הפצ"ר הנסיבות המבצעיות הרלוונטיות. ויודגש, ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה נתונה לשיקול דעתו הבלעדי של הפצ"ר.<sup>278</sup>

### 4. חקירת מצ"ח

94. החקירות של יחידת מצ"ח הן חקירות פליליות. חוקר מצ"ח רשאי לגבות עדות מכל אדם וכן ליטול כל חפץ הדרוש לחקירה.<sup>279</sup> בין יתר הפעולות שמבצעת מצ"ח, עליה לאסוף פרטים רבים ככל האפשר אודות האירוע, לרבות מיקום האירוע וזמנו, המעורבים בו, וכיו"ב.<sup>280</sup> במהלך עבודתה, פועלת מצ"ח מול גורמי הצבא על מנת לאתר את האירוע הנחקר, היחידה הרלוונטית לאירוע (לעתים, אירועים מתרחשים בקו התפר שבין שטחים בהם פועלות יחידות שונות), זיהוי הכוח המסוים שפעל במקום, וכדומה. מצ"ח גם מוסמכת לגבות עדויות ברחבי הארץ (במחנות צה"ל, בבסיסי מצ"ח, בתחנות משטרה או במשרדים שונים).<sup>281</sup> כמו כן, רשאית מצ"ח

275 הוראת הפקת לקחים, לעיל ה"ש 259, בסעיף 8(ה)(2).

276 ראו לדוגמא: הבריקה המדגמית, בתיק 359/07 ובתיק 377/10.

277 חש"צ, בסעיף 539א(ב)(4)(ב).

278 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 55, בעמ' 17; עוד ראו: פנישה - פצ"ר, לעיל ה"ש 223, בעמ' 7.

279 חש"צ, בסעיף 256.

280 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 5.

281 שם, בנספח מצ"ח, עמ' 6; בהקשר זה ראוי לציין כי לאחר מבצע 'עופרת יצוקה' נטען בתקשורת כי במספר מקרים נגבו עדויות ראשוניות מחיילים בבתי קפה או במסעדות. לדברי הפצ"ר, מקרים אלה היו נדירים וערכו רק מקרים של גביית עדויות (ולא חקירה) מחיילים שבמועד גביית העדות כבר השתחררו מן הצבא. הפצ"ר ציין כי הפרקליטות הצבאית לא

להסתייע בגורמים נוספים לצורך קידום החקירה (לדוגמא, קבלת תצלומים מיחידות של חיל האוויר, חיל המודיעין ומהשב"כ); וכן לבקש חוות דעת של מומחים לצורך בירור שאלות המצריכות מומחיות טכנית או מומחיות אחרת (למשל, שאלות על אמצעי לחימה מסוים).<sup>282</sup>

בנוסף, יוצרת מצ"ח קשר עם המתלונן (לרוב באמצעות ארגוני זכויות האדם), על מנת לקבל מידע רלוונטי המצוי אצלו (כגון תעודות פטירה, מסמכים רפואיים, דוחות נזק לרכוש, תמונות וצילומים, קבלות ועוד) ולגבות את עדותו.<sup>283</sup> על פי החומר שהועבר לוועדה ממצ"ח, עדויות נגבות בנקודות הביקורת בין איו"ש וחבל עזה ובין ישראל, או בסמוך לנקודות אלה, בחדרים שיועדו לכך.<sup>284</sup> בעדותו מסר הקמצ"ר, שבזמן האחרון נגבות עדויות על ידי חוקרי מצ"ח דוברי ערבית (לדבריו, יש עדיין מקום לשיפורים בנושא זה).<sup>285</sup> מחומר שהועבר לוועדה על ידי ארגון זכויות האדם 'יש דין', המייצג מתלוננים, הודגש שקיימים קשיים אחדים באיסוף עדויות, לרבות תיאום המפגשים, מחסור במתורגמנים לשפה הערבית, מציאת מקומות הולמים לגביית העדות, וכן נוכחות של אנשים נוספים מלבד החוקרים במהלך גביית העדות העלולה להרתיע את המתלונן ממתן עדותו.<sup>286</sup>

95. מחומר שהגיש מפקד מצ"ח לוועדה עולה, כי מרבית התלונות המתקבלות במצ"ח, הנוגעות להפרת כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, ענינן מקרים של אלימות או של ביזה שאירעו במהלך פעילות הביטחון השוטפת באיו"ש. בעת האחרונה, עסקה מצ"ח במיוחד בתלונות שענינן נזק שנגרם כתוצאה מאירועי ירי או תקיפה שאירעו במהלך פעילות צה"ל במהלך מבצע 'עופרת יצוקה'.<sup>287</sup>

בהמשך לכך טען הפצ"ר בפני הוועדה, כי חקירות שענינן הפרות של כללי

---

הייתה מעורבת מראש בהחלטה אולם, לאור שיקולי חקירה שונים ובעיקר הרצון לזכות בשיתוף פעולה של העדים, לא נראה שיש פסול בפרקטיקה זו בהקשר הספציפי הזה. חשוב לציין כי חקירות חשודים (להבדיל מגביית עדויות) התבצעו רק בבסיסי צה"ל. פגישה - פצ"ר, לעיל ה"ש 223, בעמ' 5.

282 הפוקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 6.

283 ש.ם.

284 ש.ם.

285 עדות קמצ"ר, לעיל ה"ש 86, בעמ' 17-18.

286 דו"ח חקירה לנאורה, לעיל ה"ש 238.

287 הפוקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 5.

המשפט הבינלאומי ההומניטארי במקרים שאירעו תוך כדי לחימה "מציבות בפני מצ"ח אתגרים לא פשוטים, רבים ומגוונים".<sup>288</sup> לדבריו:

הזירה בה בוצעה (לכאורה) העבירה נמצאת – בדרך כלל – מחוץ לשטחה של מדינת ישראל, ובמקרים רבים אף בשטח הנשלט על ידי מדינות אויב (דרום לבנון) או גורמים עוינים (רצועת עזה). עובדה זו מגבילה באופן משמעותי, ולעיתים אף מסכלת לחלוטין, את יכולתם של החוקרים לבקר בשטח ולאסוף ראיות פיסיות הנמצאות במקום. יתר על כן, אף קיים חשש כי גורמים המבקשים להאשים את צה"ל בביצוע פשעי מלחמה "ישתלו" ראיות פיקטיביות בזירה.

קושי נוסף נובע מהעובדה שבמקרים רבים, הלחימה עצמה מובילה להשמדת הראיות הנחוצות... קושי שלישי קשור באיתורם של עדי ראייה לאירועים (פרט לחיילים עצמם)...

כמו כן לעיתים קרובות מתעורר קושי כבר בשלב הראשוני של זיהוי המקום בו התרחש האירוע והנחש שהיה מעורב בו...

לבסוף אף משזוהו המיקום והכוח המעורב, קיים קושי בקבלת גרסה אחידה וברורה... שכן הנסיבות המבצעיות ו-"ערפל הקרב" משפיעים.<sup>289</sup>

לפי מפקד מצ"ח, תיקים אלה "הינם תיקי חקירה רגישים ומורכבים, המחייבים מצוותי החקירה המטפלים בהם עיסוק אינטנסיבי".<sup>290</sup> עקב המורכבות של תיקים אלה, מלווה הפרקליטות לענינים מבצעיים, בדרך כלל, את החקירה.<sup>291</sup> חשוב לציין, כי לכל בסיס מצ"ח שעיסוקו חקירת הפרות של כללי המשפט הבינלאומי מצורף איש קשר מטעם הפרקליטות הצבאית כגורם ייעוץ מקצועי.<sup>292</sup> בחודש אוקטובר 2009, לאחר מבצע 'עופרת יצוקה', ובעקבות פתיחתן של חקירות רבות, הוקם צוות חקירה מיוחד של יחידת מצ"ח, בראשותו של קצין בדרגת סגן אלוף ובהשתתפותם של שישה קצינים, שני נגדים ו-12 חיילים (שבהם נכללו גם מתורגמנים לערבית).<sup>293</sup>

288 הפרקליטות הצבאית – נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 55, בעמ' 4. ראו גם: הפרקליטות הצבאית – נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, בעמ' 1 (פסקאות 4-5).

289 הפרקליטות הצבאית – נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 55, בעמ' 4-5.

290 הפרקליטות הצבאית – נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 1.

291 שם, בעמ' 2, בפסקה 11.

292 שם, בעמ' 3.

293 שם, בעמ' 6.

לצורך הבקרה על החקירות נערכו גם הערכות מצב בראשותו של הפצ"ר, התצ"ר, הקמצ"ר ומפקד מצ"ח.<sup>294</sup>

96. משסיימה מצ"ח את הטיפול בתיק, מועבר התיק לפרקליטות הצבאית לצורך החלטה בדבר המשך הטיפול.<sup>295</sup> תיקים שענינם טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מועברים לפרקליטות לענינים מבצעיים המעורבת בטיפול בתיק כבר משלב החקירה.<sup>296</sup> הפרקליטות מוסמכת לסגור את תיק החקירה, להשלים את החקירה, להעביר את התיק לטיפול של רשות חוקרת אחרת (לדוגמא כאשר אין זיקה לצבא או אין תחולה לחוק השיפוט הצבאי), או להגיש כתב אישום נגד החשודים.

97. נהלי הפרקליטות הצבאית, לרבות הפרקליטות לענינים מבצעיים, קובעים כי כאשר נמסר לה ייפוי כוח של חשוד או נאשם לעורך דין, עליה להודיע למיופה הכוח על שלבי הטיפול בתיק. מהחומר שהונח בפני הוועדה עולה, כי במקרים רבים נוהגת הפרקליטות להעביר את המידע בדבר שלב הטיפול לארגוני זכויות אדם, אם הם מבקשים את המידע, אפילו אין בתיק ייפוי כוח לעורך דין.<sup>297</sup> עם זאת, נראה, כי לעתים חולף זמן ניכר עד למתן מענה למתלוננים או לארגוני זכויות האדם.<sup>298</sup>

98. על פי מידע שהועבר לוועדה מטעם מצ"ח, נפתחים ביחידת מצ"ח למעלה מ-3,000 תיקי חקירה בממוצע בכל שנת עבודה, בכל סוגי העבירות. בשנת 2008, סמוך לאחר הקמת הפרקליטות לענינים מבצעיים, נפתחו במצ"ח 3,500 תיקי חקירה, מתוכם כ-323 תיקים נפתחו בגין תלונות על הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (מתוך 432 תלונות). בשנת 2009, נפתחו 236 תיקי חקירה (מתוך 415 תלונות, שחלקן היו תלונות בגין מבצע 'עופרת יצוקה') בגין תלונות על הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי; ובשנת 2010 נפתחו למעלה מ-140 תיקי

294 ש.ם.

295 פקודות מטנ"ל 33.0304, לעיל ה"ש 89, בסעיף 63, קובעת כי רק פרקליט צבאי מוסמך לאשר ליחידת מצ"ח להימנע מביצוע חקירה או לסגור תיק חקירה לאחר שנפתח. יצוין, כי ממכתב מפקד מצ"ח עולה כי כיום מתקיימת עבודת מטה שמטרתה תיקון פקודה זו, כך שיוקנה לגורמי מצ"ח סמכות לסגור תיקי חקירה במקרים מסוימים בעצמם וללא העברת התיק לפרקליטות, לאחר היוועצות בפרקליט. עם זאת, צוין שם כי אין מדובר בתיקים שענינם טענות בדבר הפרות של דיני הלחימה (ראו: הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 3, ה"ש 6).

296 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 55, בעמ' 4.

297 פגישה - פצ"ד, לעיל ה"ש 223, בעמ' 6.

298 לדוגמא לענין זה, ראו: הבדיקה המדגמית, בתיק 359/07.

חקירה כאמור (מתוך 201 תלונות, שחלקן היו תלונות בגין מבצע 'עופרת יצוקה').<sup>299</sup> מרבית התיקים נפתחו בעקבות תלונות של תושבי איו"ש ורצועת עזה נגד חיילי צה"ל בשל פעולות ביטחון שוטף. על פי נתונים שנמסרו לוועדה מהפצ"ר, נפתחו בסך הכול 52 תיקי חקירה במצ"ח בעקבות מבצע 'עופרת יצוקה', מתוכם שבע חקירות טרם הסתיימו.<sup>300</sup> לאחר האירוע הימי מיום 31 במאי 2010, נפתחו במצ"ח חקירות נגד 18 חשודים בגין אירועי גניבה שונים של רכוש השייך למשתתפי המשט על ידי חיילי צה"ל (זאת, להבדיל מהטענות שענינן אירוע ההשתלטות עצמו, שנבדקו על ידי תחקיר מומחים בראשותו של האלוף (מיל.) איילנד, וכן על ידי ועדה זאת). מתוך סך החקירות שנפתחו, הוגשו כתבי אישום נגד שמונה חיילים.<sup>301</sup>

## אופן ביצוע הבדיקה והחקירה במשטרה

99. משטרת ישראל (אח"מ ש"י) מטפלת בטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי שאירעו במהלך אירועי ירי של שוטרים באיו"ש (למעט קטגוריות של שוטרים מסוימים שתוארו לעיל בפסקה 44).<sup>302</sup> במסגרת הסקירה של 'איך חוקרים?' במשטרה יתוארו תהליכי הבדיקה והחקירה. תחילה נעמוד על תהליך הבדיקה, הכולל את התחקיר המבצעי המשטרתי ואת העברתו למשנה לפרקליט המדינה (ענינים פלייליים) לצורך קבלת החלטה בדבר פתיחה בחקירה. לאחר מכן נעמוד על תהליך החקירה במחוז ש"י במשטרה. עם זאת, כאמור לעיל בפסקה 46, בפועל נפתחו חקירות גם ללא החלטה של המשנה לפרקליט המדינה, ולעתים כלל לא נערכים תחקירים.

### 1. התחקיר המבצעי המשטרתי

100. התחקיר המבצעי המשטרתי מוסדר בחוק המשטרה (דין משמעתי, בירור קבילות שוטרים והוראות שונות) התשס"ו-2006 (להלן: חוק המשטרה) ובנוהל מבצעי של

299 הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה בענין מנגנוני בדיקה, לעיל ה"ש 46, בנספח מצ"ח, עמ' 1.  
300 מכתב מרס"ן רוני קציר, הפרקליטות הצבאית, להושע גוטליב, מרכז הוועדה, "נתוני חקירות אודות אירועי עופרת יצוקה" (28.6.2012).

301 מכתב מרס"ן רוני קציר, הפרקליטות הצבאית, להושע גוטליב, מרכז הוועדה, "נתוני חקירות אודות אירועי המרמרה" (13.8.2012). ראו גם: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 101, בפסקה 160; הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 55, בעמ' 83-84.

302 סיכום דיון בענין חקירת אירועי ירי בגזרת עוטף ירושלים, לעיל ה"ש 135.

מג"ב "ביצוע תחקיר מבצעי" (להלן: נוהל תחקירים).<sup>303</sup> חוק המשטרה מגדיר תחקיר מבצעי משטרתי: "בירור שנערך במשטרת ישראל בהתאם לנהלים שהוציא המפכ"ל או מי מטעמו, בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית".<sup>304</sup> על פי נוהל תחקירים, אחרי כל אירוע בו נעשה שימוש בנשק "יבוצע תחקיר על ידי מפקד הכוח ככלל, ועל ידי הרמה הפוקדת עליו (על פי החלטה)".<sup>305</sup> על אף האמור, "באירוע שבו היה שימוש בכוח או נעשה בו שימוש בכלי ירייה ואשר גרם לפגיעתו של אדם... יבוצע תחקיר רק לאחר קבלת אישור ממח"ש".<sup>306</sup> נוהל תחקירים קובע שעל התחקיר להיערך "קרוב ככל האפשר לאירוע... תוך הקפדה על אמינות המתחקרים והמתוחקרים".<sup>307</sup> על התחקיר המבצעי המשטרתי להיעשות בכתב על גבי 'טופס תחקיר' והוא מועבר לדרגי הפיקוד במג"ב.<sup>308</sup>

101. הכללים הנוגעים למעמדו המשפטי של התחקיר המבצעי המשטרתי, ובמיוחד חיסיון המידע הנאסף במהלכו מוסדר בחוק המשטרה באופן דומה להסדרה של התחקיר המבצעי בצה"ל בסעיף 539א לחש"צ (ראו לעיל בפסקה 89).<sup>309</sup>

## 2. החלטה על בסיס התחקיר המבצעי המשטרתי

102. חוק המשטרה קובע כי "חומר התחקיר יימסר ליועץ המשפטי לממשלה או למי שהוא הסמיך לכך, לפי בקשתו, בנוגע לאירוע מסוים או בנוגע לסוגי אירועים".<sup>310</sup> עוד נקבע, כי "מצא היועץ המשפטי לממשלה או מי שהוא הסמיך לכך, כי חומר התחקיר מגלה חשד לביצוע עבירה, המצדיק בדיקה או חקירה... רשאי הוא, לאחר שנועץ במפקח הכללי, להורות, בכתב, לגוף חוקר לפתוח בבדיקה או בחקירה".<sup>311</sup> בהמשך לכך, הסמיך היועץ המשפטי לממשלה את המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים) להיות הגורם העיקרי "שיפעל בענין זה".<sup>312</sup> על פי הנחיה של פרקליט

303 נוהל תחקירים, לעיל ה"ש 141.

304 חוק המשטרה, בסעיף 102(א).

305 נוהל תחקירים, לעיל ה"ש 141, בסעיף 1א4 ובנספח א', סעיף ט1.

306 שם, בנספח א', סעיף 2.

307 שם, בסעיף 4.

308 שם, בנספח ג'.

309 חוק המשטרה, בסעיף 102; ראו גם: "מעמדם של תחקירים משטריים וצבאיים בהליך הפלילי" (נוהל מטעם המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים), 5.8.2008).

310 חוק המשטרה, בסעיף 102(ב)(4)(א).

311 שם, בסעיף 102(ב)(4)(ב).

312 מכתב פרקליט המדינה בענין חומר תחקיר משטרתי, לעיל ה"ש 140.

המדינה למשטרת ישראל, יש להעביר את התחקירים למשנה לפרקליט המדינה "תוך 21 יום לכל היותר".<sup>313</sup> נראה, שבפועל הנחיה זו אינה מקוימת.<sup>314</sup> בנוסף, לא תמיד מתקיימים תחקירים מבצעיים משטרתיים גם כשהדבר נדרש על פי נוהל תחקירים (ראו לעיל בפסקה 46).

יצוין, כי בשנת 2007 אימץ המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים) 'נוהל עבודה' לפיו בטרם יחליט לפתוח בחקירה וקודם שיוועץ במפכ"ל, ישלח את התחקיר המבצעי המשטרתי לפצ"ר לצורך קבלת עמדתו. הפצ"ר, בתורו, ייוועץ באלוף הפיקוד שבה התבצעה פעילות המשטרה. עמדות הפצ"ר ואלוף הפיקוד יילקחו בחשבון על ידי המשנה לפרקליט המדינה במסגרת החלטתו בדבר פתיחה בחקירה.<sup>315</sup> נוהל העבודה אומץ בניסיון לצמצם את הפערים שבין הסתמכות הפצ"ר על התחקיר המבצעי בעקבות אירועים בצה"ל לבין ההסתמכות של המשנה לפרקליט המדינה על התחקיר המבצעי המשטרתי, באירועים במשטרה.

### 3. חקירת משטרה

103. חקירות משטרה של אירועי ירי באיו"ש נערכות כמו כל חקירות המשטרה במהלך פעילותה השוטפת (מבחינת סמכויותיה לאסוף ראיות, לגבות עדויות וכדומה), אולם הן גם כפופות להוראות נוהל האגף לחקירות ולמודיעין שענינו "חקירת אירועי ירי באיו"ש בהם נפגעו תושבים כתוצאה מיירי של שוטרי משטרת ישראל" (להלן: נוהל משטרתי לאירועי ירי באיו"ש).<sup>316</sup> על פי נוהל זה, חקירה ראשונית תבצע באחריות מפקד התחנה הנוגע בדבר. במסגרת חקירה זו תטפל התחנה בנושאים הבאים:

- א. זירת האירוע (איסוף ראיות, תיעוד וכדומה).
- ב. חקירת הנפגעים ועדים (לרבות השוטרים), בענין מעורבותו של הנפגע באירוע.

313 שם.

314 פגישה - המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים), לעיל ה"ש 228.

315 "תחקירי ירי מג"ב" (סיכום דיון מיום 19 ביולי 2007 שנערך אצל המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים), יהושע למברגר, 26.7.2007); מכתב מיהושע למברגר, המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים) לאל"מ לירון ליבמן, התובע הצבאי הראשי (27.8.2007). ראו גם "תחקירי משטרה" (סיכום דיון מיום 28 ביולי 2009 שנערך אצל המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים), יהושע למברגר, 15.10.2009).

316 הנחיות אגף חקירות ומודיעין 03.300.071, לעיל ה"ש 141.

ג. זיהוי הגופה – במקרה של פגיעה שגרמה למוות – והעברתה למרכז  
הלאומי לרפואה משפטית לשם חקירת סיבת המוות.

ד. מיצוי חקירתי מדור"ח התחקיר [ה]ניהולי של החטמ"ר או ממ"פ  
מג"ב.<sup>317</sup>

104. אחרי שהושלמו פעולות אלה, באחריות מפקד התחנה הנוגע בדבר להעביר את  
הממצאים לצוות חקירה מחוזי, "ש[י]קבל לידיו בהקדם האפשרי את חומר החקירה  
הראשוני שנאסף בתחנת המשטרה וכן את התחקיר המבצעי שערך מג"ב... וכל  
חומר אחר הקשור לאירוע אשר נמצא במג"ב (יומני מבצעים), דו"חות השוטרים  
וכיו"ב".<sup>318</sup> צוות החקירה המחוזי עורך פעולות חקירה משלו, הכוללות איסוף  
מוצגים רלוונטיים (כגון נשק וקליעים), גביית עדויות משוטרים ועדים אחרים,  
והשגת ממצאים פורנזיים. בסיום החקירה, על צוות החקירה לגבש סיכום מפורט  
של הראיות ושל החומרים שבתיק, ולהגיע למסקנה אם קיים חשד לעבירה פלילית  
או משמעתית. לאחר מכן, מועבר תיק החקירה לקצין אח"מ ש"י המחווה את דעתו  
ומעביר אותו לפרקליט בפרקליטות המחוז.<sup>319</sup>

105. יצוין, כי המשטרה כפופה לחוק זכויות נפגעי עבירה,<sup>320</sup> שמטיל, בין היתר,  
חובה להעביר מידע על התנהלות ההליך הפלילי לנפגע עבירה או למשפחתו.

106. על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין רשאי המתלונן לערור לפני מנהל  
תחום עררים בפרקליטות המדינה, הכפוף למשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים).<sup>321</sup>

107. בתשובה לפניית הוועדה להמציא לה נתונים על תיקים שנפתחו במשטרה בענין  
טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי נמסר, כי אין המשטרה  
מתעדת את מקור התלונה. מקור התלונה חשוב, שכן זהות המתלונן משפיעה על  
סיווג התלונה כהפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. לפיכך, לא ניתן

317 ש.ס.

318 ש.ס.

319 ש.ס.

320 חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 1782 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה).

321 חוק סדר הדין הפלילי, בסעיף 64.



היה לפלח את התיקים הנחקרים במשטרה בגין תלונות על הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>322</sup>

## אופן ביצוע הבדיקה והחקירה במח"ש

108. ככלל, חוקרת מח"ש תלונות וטענות המכוונות כלפי שוטרים.<sup>323</sup> עם קבלת תלונה על ידי מח"ש או עם קבלת מידע המערור חשד לפלילים, נערכת בדיקה ראשונית של התלונה או של המידע על ידי פרקליט. משהחליט לפתוח בחקירה, מעביר הפרקליט את התלונה או המידע לאחד מצוותי החקירה של מח"ש. לרשות חוקרי מח"ש עומד מערך מודיעין וכן יכולות טכנולוגיות הזרות לאלה של משטרת ישראל. עם זאת, אין במח"ש מחלקה לזיהוי פלילי והיא נעזרת במחלקת הזיהוי הפלילי המשטרית.<sup>324</sup> הואיל וחוקרי מח"ש אינם פועלים באיו"ש, חקירות של מתלוננים פלסטינים תושבי איו"ש נערכות, בדרך כלל, במשרדי התיאום והקישור, ואילו חקירותיהם של השוטרים הנילונים נערכות במשרדי מח"ש.<sup>325</sup>

109. בתום החקירה מועבר התיק לפרקליט במח"ש הבוחן את החומר ועל בסיסו ממליץ להנהלת המחלקה על הגשת כתב אישום, העברת התיק למסלול משמעתי או סגירת התיק. החלטה על הגשת כתב אישום מתקבלת על ידי ראש המחלקה או סגנו, ואילו החלטה לסגור את התיק יכולה להתקבל גם על ידי פרקליט בכיר במחלקה.<sup>326</sup>

110. יצוין, כי מח"ש מחויבת להעביר מידע על ההליך הפלילי לנפגעי עבירה לפי חוק זכויות נפגעי עבירה. על פי חומר שקיבלה הוועדה עולה, שכאשר מדובר בנפגעי עבירה פלסטיניים יש והמחלקה מסתייעת בארגוני זכויות אדם על מנת לקיים את חובותיה לפי החוק.<sup>327</sup>

111. על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין ניתן להגיש ערר.<sup>328</sup> הערר נבחן

322 פגישה - המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים), לעיל ה"ש 228.

323 ראו לעיל, בפסקאות 43-44; על סמכות מח"ש לחקור עובדי שב"כ, ראו בפסקה 49.

324 פגישה - ראש מח"ש, לעיל ה"ש 132, בעמ' 2.

325 ראו: המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה - השלמות, לעיל ה"ש 133, בעמ' 5.

326 שם.

327 המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה - השלמות, לעיל ה"ש 133, בעמ' 5.

328 חוק סדר הדין הפלילי, בסעיף 64.

על ידי מחלקת עררים בפרקליטות המדינה, הכפופה למשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים).

112. בדומה למשטרה גם מח"ש אינה מתעדת את מקור התלונה, זהות המתלונן או העבירה הנטענת בתלונה באופן המאפשר מעקב ויצירת מסד נתונים סטטיסטי לגבי תלונות על הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. עם זאת, על פי המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), רק במקרים נדירים מטפלת מח"ש בתלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>329</sup>

### אופן ביצוע הבדיקה והחקירה על ידי המכת"ן

113. תהליך הטיפול בתלונות וטענות המכוונות כלפי חוקרים בשב"כ מתחיל במכת"ן. עם קבלתה של תלונה, המכת"ן נפגש עם המתלונן. הפגישה מתנהלת בערבית ומוקלטת. בהנחיית הפרקליטות, נערכת הפגישה ללא נוכחות עורך דין מטעמו של המתלונן.<sup>330</sup> המכת"ן גם בוחן חומר הנוגע לחקירתו של המתלונן בשב"כ, לרבות פגישות של הנחקר עם גורמים רפואיים ותיעוד ממצאיהם. הוא מתשאל אנשי שב"כ הקשורים לענין ובוחר את התנהלות החקירה כפי שהיא מתועדת במאגר הנתונים הפנימי של השב"כ, שאליו יש לו גישה. במקרים שבהם לא יכול המכת"ן לפגוש את המתלונן (לדוגמא, משום שהמתלונן שוחרר ממשמורת ומסרב להיענות לפנייתו), מתבססת החקירה על מסמכים המצויים בידי המכת"ן.<sup>331</sup>

114. בתום הבחינה של המכת"ן הוא מעביר את התיק, הכולל את סיכום ממצאיו, לממונה על המכת"ן בפרקליטות המדינה. הממונה על המכת"ן מגבש המלצה בדבר הצורך בפתיחה בחקירה פלילית, טיפול משמעתי, השלמת הבחינה או גניזת התלונה. ההמלצה מועברת ליועץ המשפטי לממשלה (או למי שהואצלה לו הסמכות). לעתים ממליץ הממונה על המכת"ן לשנות נהלים.<sup>332</sup>

115. ברמה העקרונית, אם התקבלה החלטה לפתוח בחקירה פלילית, מועבר התיק

329 המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים). נייר עמדה, לעיל ה"ש 129, בעמ' 6.

330 עדות המכת"ן, לעיל ה"ש 151, בעמ' 6.

331 שם, בעמ' 15.

332 שם, בעמ' 24.

למח"ש, שם נמשך הטיפול כמו בשאר התיקים במח"ש, ובסוף החקירה מתקבלת החלטה אם להעמיד את חוקר השב"כ לדין. בפועל, מחומר שהונח בפני הוועדה עולה, כי מאז הקמתו של המבית"ן בשנת 1992 הוגשו אליו למעלה מ-700 תלונות ומעולם לא נפתחה חקירה פלילית נגד חוקר שב"כ.<sup>333</sup>

## אופן ביצוע הבדיקה והחקירה ביאח"ס

116. היאח"ס היא יחידה במשטרת ישראל המופקדת על חקירת תלונות נגד אנשי שירות בתי הסוהר. הטיפול בתלונות וטענות המכוונות כלפי סוהרים מוסדר בנוהל המשטרתי לטיפול בעבירות סוהרים.<sup>334</sup> על פי הנוהל, מוסמך ראש יאח"ס להורות על עריכת 'בדיקה ראשונית' של התלונה בטרם יחליט על המשך הטיפול בה, והוא רשאי להסתייע בקצין תלונות אסירים במשרד לביטחון פנים לצורך בדיקה זו.<sup>335</sup> הנוהל מדגיש את הצורך בטיפול דחוף בתלונות על שימוש בכוח שלא כדין על ידי אנשי שב"ס, והוא מורה כי יש לגבות את התלונה במהירות ולתעד בכתב ובצילום "סימנים חיצוניים של השימוש בכוח על גופו של המתלונן".<sup>336</sup> בחינה זו יכול שתיערך גם על ידי יחידת החקירות המקומית במתקן השב"ס.

117. לאחרונה חוברה היאח"ס לתשתיות המחשוב של שב"ס, באופן המאפשר לה גישה למאגרי המידע הקיימים על סוהרים ואסירים.<sup>337</sup> כמו כן, נבחנת האפשרות לחבר את היחידה במישורין למצלמות האבטחה של השב"ס על מנת לאפשר לה בחינה בלתי אמצעית של האירועים אותם היא חוקרת.<sup>338</sup> בתום החקירה ביאח"ס מועבר התיק לפרקליטות בצירוף המלצת היחידה.

118. על פי המידע שנמסר לוועדה, אין פילוח של תלונות שענינן חשדות להפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. עם זאת, נמסרו לוועדה נתונים הנוגעים

333 ראו: פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 11 "עדות הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל" 2 (12.4.2011); כן ראו: "מתחת לכל ביקורת - העדר חקירה וענישה של עינויים והתעללות בחקירות שב"כ" 31-32 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל (דצמבר 2009).

334 הנחיית אח"מ 03.300.039, לעיל ה"ש 242.

335 שם, בסעיף 2א(7).

336 שם, בסעיף 2א(8).

337 המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), נייר עמדה - השלמות, לעיל ה"ש 133, בעמ' 9.

338 שם, בעמ' 10.

לתלונות וחקירות של כלל האסירים המוחזקים על ידי שב"ס, הן אסירים ביטחוניים והן אסירים פליליים.<sup>339</sup>

## אופן ביצוע הבדיקה והחקירה בוועדות החקירה

119. להלן יידון אופן ביצוע הבדיקה והחקירה בוועדות החקירה השונות, החל בוועדת חקירה ממלכתית, עבור בוועדת בדיקה ממשלתית וכלה בוועדת בירור.

### 1. ועדת חקירה ממלכתית

120. כאמור לעיל בפסקה 55, על פי חוק ועדות חקירה, הרכב ועדת חקירה ממלכתית נקבע על ידי נשיא בית המשפט העליון.<sup>340</sup> בראש ועדת חקירה ממלכתית יעמוד שופט של בית המשפט העליון או של בית משפט מחוזי.<sup>341</sup> בהחלטת הממשלה המקימה את הוועדה, מגדירה הממשלה את הענין שיהיה נשוא החקירה, והיא רשאית, על פי פניית הוועדה, להבהיר, להרחיב או לצמצם את נושא החקירה.<sup>342</sup> לוועדות מסוג זה סמכויות נרחבות. החוק מורה כי ועדת חקירה אינה חייבת לנהוג לפי סדרי דין של בית משפט, והיא רשאית לקבל כל ראיה בכל דרך הנראית לה מועילה ולקבוע את סדרי חקירתם של עדים.<sup>343</sup> היא רשאית לזמן עדים לעדות וחובותיו של עד כאמור יהיו כשל נחקר לפי סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות),<sup>344</sup> וכן רשאית היא להוציא צו חיפוש.<sup>345</sup> אם ועדת חקירה ממלכתית מגיעה למסקנה כי קיים חשד להפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי או לביצוע עבירה פלילית אחרת, עליה להעביר את ממצאיה לגורם המוסמך להורות על פתיחה בחקירה פלילית (היועץ המשפטי לממשלה או הפצ"ר, לפי הענין).<sup>346</sup>

שם. 339

340 חוק ועדות חקירה, בסעיף 4(א).

341 שם, בסעיף 4(ב).

342 שם, בסעיף 2.

343 שם, בסעיף 8.

344 שם, בסעיף 10.

345 שם, בסעיף 12.

346 דוגמא לוועדת חקירה ממלכתית שבעקבות ממצאיה נפתחה חקירה פלילית היא ועדת החקירה לענין ויסות מניות הבנקים (ועדת בייסקי), שהוקמה על ידי הוועדה לביקורת המדינה של הכנסת, בעקבות הגשת דו"ח מבקר המדינה. להרחבה, ראו: פ"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נג' (2) 221, 253 (1996).

ועדת חקירה מפרסמת את הדין וחשבון שלה ברבים סמוך לאחר הגשתו לממשלה. עם זאת, רשאית היא שלא לפרסם את הדו"ח, כולו או מקצתו, אם שוכנעה שהדבר דרוש למניעת פגיעה של ממש בביטחון המדינה, ביחסי החוץ של המדינה, בענין כלכלי חיוני של המדינה, בשלומו או בפרטיותו של אדם, או בדרכי הפעולה החסויות של רשות או גוף שיש להם סמכות חקירה על פי דין.<sup>347</sup> כמו כן, קובע חוק ועדות חקירה הסדרים ביחס לפרסום פרוטוקולים של דיוני הוועדה וכן ביחס לאפשרות לקבוע הוראות והגבלות לענין עיון הציבור בחומרי הוועדה.<sup>348</sup>

## 2. ועדת בדיקה ממשלתית

121. שר שמינה ועדה לבדיקת נושא או אירוע מסוים המצוי בתחום אחריותו, רשאי אחרי שקיבל את אישור הממשלה לכך, לבקש משר המשפטים לקבוע כי לאותה ועדה תהיינה סמכויות של ועדת חקירה ממלכתית (סמכות לזמן עדים, לחייבם להעיד, לכפות התייצבותם ולהטיל סנקציות על המסרבים להעיד).<sup>349</sup> כמו כן, עדות בפני הוועדה, וכן דו"ח הוועדה, לא ישמשו ראיה בהליך משפטי.<sup>350</sup>

על פי חוק הממשלה "לא יתמנה ולא יכהן כחבר בוועדת בדיקה ממשלתית מי שעלול להימצא, במישרין או בעקיפין, במצב של ניגוד ענינים בין תפקידו כחבר הוועדה לבין תפקיד אחר שהוא ממלא או ענין אחר שלו".<sup>351</sup> עוד קובע החוק כי "מצאה ועדת בדיקה ממשלתית כי קיים חשש לביצוע עבירה פלילית, תביא את הענין לידיעת היועץ המשפטי לממשלה".<sup>352</sup> ועדת בדיקה ממשלתית מגישה את הדו"ח שלה לשר הממנה והוא המביא את הדו"ח בפני הממשלה.<sup>353</sup>

## 3. ועדת בירור

122. חוק ועדות חקירה קובע כי "אין בחוק זה כדי לגרוע מסמכותו של שר למנות

347 חוק ועדות חקירה, בסעיף 20.

348 שם.

349 שם, בסעיפים 9-11 ו-27(ב).

350 שם, בסעיפים 14 ו-22; כן ראו: חוק הממשלה, בסעיף 8א(א).

351 חוק הממשלה, בסעיף 8א(ב).

352 שם, בסעיף 8(ד).

353 שם, בסעיף 8א(ה).

ועדת בירור לשם בדיקת ענין שבתחום תפקידיו".<sup>354</sup> ועדת בירור היא בעיקרה מכשיר עזר מנהלי, שנועד, בין היתר, לאתר ליקויים מנהליים או ניהוליים, ואין מגמתו להביא לידי הליכים משפטיים (אף שזו יכולה להיות תוצאת לוואי של הבירור).<sup>355</sup>

123. מקום בו החלה ועדת בירור בפעילותה ונתעורר חשד לפלילים, יובא הענין לידיעת היועץ המשפטי לממשלה, ועבודת הוועדה תופסק עד לסיום בירור הענין במטרה למנוע את שיבוש החקירה הפלילית. אם מוחלט בכל זאת להמשיך בעבודת ועדת הבירור, תתמקד הוועדה בסוגיות בעלות אופי מנהלי או מקצועי; בקביעת מסגרת תפקידה של הוועדה תובא בחשבון מידת ריחוקם של תחומי הבדיקה מן ההיבט הפלילי.<sup>356</sup> ככלל, ובאין סייג לפי חוק חופש המידע או לפי חוק אחר, על הרשות להעמיד לעיונו של המבקש את דו"ח ועדת הבירור.<sup>357</sup>

---

354 חוק ועדות חקירה, בסעיף 28א; ראו גם: "ועדות בירור פנימיות" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.2301 (התשס"ג) (להלן: הנחיית יועמ"ש 4.2301).

355 הנחיית יועמ"ש 4.2301, לעיל ה"ש 354, בסעיף א.

356 שם, בסעיף 33(א).

357 ציון כי קיימים הסדרים מיוחדים הנוגעים לדיוני ועדת בדיקה רפואית, ראו: שם, בסעיף ג(3).

## **פרק ז: האם מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי תואמים את חובותיה של מדינת ישראל לפי כללי המשפט הבינלאומי?**

### **מבוא**

1. ענינו של פרק זה הוא בדיקת התאמתם של מנגנוני הבדיקה והחקירה בישראל העוסקים בתלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (ראו פרק ג' לדו"ח זה) לחובותיה של מדינת ישראל לפי כללי המשפט הבינלאומי (ראו פרק א' לדו"ח זה), וכן מסקנותיה של הוועדה והמלצותיה. אחדות מהפרקטיקות של המדינות שנסקרו בפרק ב' לדו"ח זה, תובאנה להלן לצורך השוואה.<sup>1</sup>

הניתוח בפרק זה נעשה תוך הקבלה למבנה הניתוח שבפרקים הקודמים: בתחילה תיבדק ההתאמה של העבירות שבדין הישראלי הפנימי לעבירות במשפט הבינלאומי ההומניטארי, שעליהן חלה החובה לחקור ('מה חוקרים?'). בהמשך תיערך השוואה בין העילות המקימות את החובה לחקור הפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי לפי הדין והפרקטיקה הנוהגת בישראל, לבין דרישות המשפט הבינלאומי ('מתי חוקרים?'). לבסוף, תיבדק התאמתן של דרכי הבדיקה והחקירה בישראל לכללי המשפט הבינלאומי ('איך חוקרים?'). בגדר בדיקה זאת תיבחן גם התאמתם של גופי החקירה בישראל לדרישות שלפי כללי המשפט הבינלאומי.

2. בפרק זה תעמוד הוועדה במיוחד על הטענות העיקריות שהועלו בפניה בעדויות ובמסמכים שהוגשו לה, ושנטענו בפורומים ובדוחות בינלאומיים שונים. מטבע הדברים, מכוונות רוב הטענות הנוגעות למנגנוני הבדיקה והחקירה כלפי צה"ל, כזרוע הביטחון המרכזית העוסקת בלחימה. לפיכך, חלק ניכר מפרק זה ענינו מנגנונים אלה בצה"ל. עם זאת, וכאמור בפרק ג', תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (כגון טענות בדבר עינויים, ביזה, התעללות או מעשים חמורים אחרים) יכול שתהיינה מכוונות גם כלפי זרועות ביטחון אחרות, כמו משטרת ישראל, שירות הביטחון הכללי (להלן: שב"כ), ושירות בתי הסוהר. לפיכך,

1 יוער, כי ההפניות לסקירה המשווה בפרק זה נועדו להצביע על הצורך בהסדרים ולא דווקא לשעתק את הפרקטיקות הנהוגות במדינות שנסקרו.

תבדוק הוועדה גם את דרכי הפעולה של זרועות אלה בכואן לבדוק ולחקור תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

3. בפתח הדיון, ראוי לציין, כי לכל מדינה ומדינה נתון שיקול דעת נרחב בבואה לבחור כלים ומנגנונים לצורך הגשמת חובותיה לפי המשפט הבינלאומי, וזאת בהתאם לתנאי כל ארץ ותושביה, מוסדות השלטון שלה ושיטתה החוקתית והמשפטית. לפיכך, כאשר סברה הוועדה כי יש מקום לשנות את אופני הפעולה של מנגנוני בדיקה וחקירה ישראליים בעניינים מסוימים, אין ללמוד מכך בהכרח על פגמים שהיו בעבר, אלא על שאיפתה של הוועדה להתוות דרך למנגנונים ולדרכי פעולה שיהיו טובים יותר בעתיד.



## א. ההוראות הנורמטיביות בישראל המגדירות את ההפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי הטעונות בדיקה וחקירה ('מה חוקרים?')

4. בחלק זה של הפרק תבדוק הוועדה אם יש התאמה בין עבירות פליליות בישראל שבגינן ניתן לחקור, לבין הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי המקימות חובה לחקור. בגדר דיון זה גם תעמוד הוועדה על השאלה, אם חייבת ישראל לאמץ בחקיקתה עבירות של 'פשעי מלחמה' וחקיקה שענינה 'אחריות פלילית של מפקדים וממונים אזרחיים'.

המלצה מס' 1: חקיקת 'פשעי מלחמה'

5. כפי שצוין בפרק א', כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מחייבים את המדינות לחוקק חקיקה שתאפשר ענישה פלילית אפקטיבית של מי שמבצע פשעי מלחמה או מורה לבצעם.<sup>2</sup> חובה זו ענינה חקירת מעשים שעולה חשד שהם באים בגדר 'הפרות רציניות' (serious violations) של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>3</sup>

6. כעולה מפרק ב', חוקקו המדינות שנסקרו חקיקה פלילית פנימית האוסרת פשעי מלחמה כעבירות מיוחדות: בחוקים הפליליים של ארצות הברית וקנדה קיימות עבירות של 'פשע מלחמה'; במדינות אלה מוגדרות העבירות על ידי הפניה לאמנות הרלוונטיות.<sup>4</sup> בריטניה חוקקה בחוק הפלילי שלה עבירות האוסרות פשעי מלחמה,

2 ראו: פרק א', בפסקה 24, ובפסקה 33 ה"ש 114.

3 ראו: פרק א', בפסקאות 25 ו-41; לאורך פרק זה (פרק ד') ייעשה שימוש במונח 'הפרות של כללי המשפט הבינלאומי' אף ל'הפרות רציניות' (serious violations).

4 בארה"ב, ראו: 18 U.S.C. § 2441(c): "Definition. – As used in this section the term 'war crime' means any conduct – (1) defined as a grave breach in any of the international conventions signed at Geneva 12 August 1949, or any protocol to such convention to which the United States is a party; (2) prohibited by Article 23, 25, 27, or 28 of the Annex to the Hague Convention IV, Respecting the Laws and Customs of War on Land, signed 18 October 1907; (3) which constitutes a grave breach of common Article 3 (as defined in subsection (d)) when committed in the context of and in association with an armed conflict not of an international character; or (4) of a person who, in relation to an armed conflict and contrary to the provisions of the Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended at Geneva on 3 May 1996 (Protocol II as amended on 3 May 1996), when the United States is a party to such Protocol, willfully kills or causes serious injury to civilians" (וראו בנספח ג': הדו"ח האמריקאי, בפסקאות 8-9) בקנדה, ראו: Crimes Against Humanity and War Crimes (S.C. 2000, c. 24) "An act or omission committed during an armed conflict that, at the time: לפיו Act (S.C. 2000, c. 24) and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission" בניוסף מבהיר החוק הקנדי כי "The crimes described in Articles 6, 7 and 8(2) of the Rome Statute are crimes according to

פשעים נגד האנושות ורצח עם, כהגדרתן של עבירות אלה בחוקת רומא, וכן חוקקה עבירה נפרדת, שענינה הפרות חמורות של אמנות ז'נבה והפרוטוקול הנוסף הראשון.<sup>5</sup> אוסטרליה וגרמניה חוקקו סעיפים, המגדירים עבירות באופן דומה או זהה לאלה שבדין הפלילי הבינלאומי.<sup>6</sup> הולנד חוקקה אף היא עבירות זהות לעבירות המוגדרות בחוקת רומא, אף על פי שהמונח 'פשעי מלחמה' אינו מופיע בחוק הפלילי שלה. כמו כן אוסרת חקיקתה הפרות של אמנת ז'נבה, הפרוטוקול הנוסף הראשון וכן הפרות נוספות.<sup>7</sup>

7. כאמור בפרק ג', אזכורו המפורש היחיד של המונח 'פשע מלחמה' בחקיקה הישראלית הוא בחוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, התש"י-1950.<sup>8</sup> העמדה לדין בישראל בשל הפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי נעשית על ידי המרת הנורמות הפליליות הבינלאומיות בעבירות שבספר החוקים הישראלי: אלה שבחוק העונשין, בחוק השיפוט הצבאי (להלן: חש"צ) ובפקודות הצבאיות הרלוונטיות.<sup>9</sup> אם אין חקיקה פלילית שעל פיה ניתן להעמיד לדין חייל, ניתן לעשות שימוש בעבירת 'סל', לפי פקודת מטכ"ל 33.0133, המחייבת את חיילי צה"ל לנהוג על פי האמור באמנות ז'נבה.<sup>10</sup> מכאן, שעל התנהגות של חייל או של מפקד, העומדת בסתירה לאמנות אלה, ניתן להגיש כתב אישום בשל הפרת פקודת מטכ"ל.

8. השאלה אם יש צורך בחקיקה פנימית של עבירות המגדירות פשעי מלחמה עלתה בעדויות בפני הוועדה. כך ציינו פרופ' יובל שני וד"ר עמיחי כהן (להלן: שני וכהן) בעדותם, כי רשימת העבירות שבדין הישראלי היא חלקית ואינה כוללת את כל המעשים המוגדרים כפשעי מלחמה לפי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>11</sup> כמו כן, טענה נציגת 'האגודה לזכויות האזרח בישראל', כי העבירות שבדין הישראלי –

---

"customary international law" (וראו בנספח ג': הדו"ח הקנדי, בפסקאות 9-11).

5 ראו: פרק ב', בפסקה 10; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח הבריטי, בפסקה 1.14.  
6 ראו: פרק ב', שם; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח האוסטרלי, בפסקה 4; הדו"ח הגרמני, בפסקאות 110-111.  
7 ראו: פרק ב', שם; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח ההולנדי, בפסקה 8.  
8 ראו: פרק ג', בפסקה 9.  
9 ראו בהרחבה: פרק ג', בפסקאות 10-12.  
10 ראו: פרק ג', בפסקה 12.  
11 פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 9 "עדותם של יובל שני ועמיחי כהן" 23-25 (14.4.2011); יובל שני, עמיחי כהן ועדו רחובצ'וויג "מסמך תגובה מטעם החוקרים בפרויקט 'טרור ודמוקרטיה' של המכון הישראלי לדמוקרטיה לנייר העמדה שהוגש לוועדה מטעם הפרקליט הצבאי הראשי בנושא חקירת טענות על אודות הפרת דיני החימה" 24 (10.2.2011) (להלן: שני, נהן ורחובצ'וויג, מסמך תגובה לנייר הפצ'ר); וכן פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 8 "עדות איל בנבנישתי" 7-9 (14.4.2011) (להלן: עדות בנבנישתי).

העבירות 'הרגילות' והן 'עבירות הסל' – אינן משקפות את חומרת ההפרות על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>12</sup>

בתגובה לטענות אלה השיב היועץ המשפטי לממשלה, כי "בפועל קיימת הלימה רבה בין המשפט הפלילי הישראלי לבין העבירות הקבועות במשפט הבינלאומי". כך ציין לדוגמא את "עבירת הרצח... אשר בגדרה נופלים מעשים המהווים רצח כפשע נגד האנושות".<sup>13</sup> עוד ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי "במשרד המשפטים מתקיים לאורך השנים מעקב מעת לעת אחר ההתפתחויות החלות במשפט הבינלאומי... תוך בחינה של מידת ההלימה בין הוראות אלה לבין מחויבויותיה של ישראל... בין היתר נבחנת פרקטיקה של מדינות שונות באשר לאופן קליטתן את העבירות הבינלאומיות אל תוך משפטן הפנימי".<sup>14</sup>

9. על מנת לעמוד בדרישות הדין הבינלאומי "לחוקק חקיקה שתאפשר ענישה פלילית אפקטיבית" של מי שמבצע פשעי מלחמה, הוועדה סבורה כי די ב'תרגום' של ההתנהגות העולה כדי פשע מלחמה לעבירה הקיימת בדין הפנימי, ובלבד שהיא משקפת את חומרת העבירה בדין הבינלאומי.<sup>15</sup> אכן, אף שמרבית המדינות שנסקרו חוקקו חקיקה פלילית פנימית המאמצת את הדין הפלילי הבינלאומי, הרי שלפי הפרקטיקה הנוהגת בהן, משתיתות מערכות התביעה שלהן את כתבי האישום נגד חשודים בהפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי על סעיפי חוק פליליים 'רגילים' (כגון רצח, תקיפה בנסיבות מחמירות וכדומה) ולא על סעיפי חוק 'מיוחדים' הלקוחים מהמשפט הבינלאומי, בדומה לפרקטיקה הנוהגת בישראל.<sup>16</sup>

### לפיכך ממליצה הוועדה בענין חקיקת פשעי מלחמה:

12 פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 2 "עדות האגודה לזכויות האזרח" 2 (11.4.2011); "החסר בדין הפלילי הישראלי לצורך העמדה לדין בגין הפרות של דיני הלחימה" 6 (נייר עמדה מטעם האגודה לזכויות האזרח בישראל, 25.10.2011).

13 ראו: מכתב מהידור ויינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה, לכב' השופט בדנימוס יעקב טירקל, יו"ר הוועדה, "השלמת עדות היועץ המשפטי לממשלה מיום 10 באפריל 2011 בפני הוועדה" 3 (27.9.2011) (להלן: מכתב – יועמ"ש, 27.9.2011).

14 שם, בעמ' 2-3.

15 ראו לעיל, בפסקה 5.

16 ייתכן כי פרקטיקה זו מונעת מהיכולת להביא להרשעות ביתר קלות משהיה ניתן, לזו האשימו בסעיפי החוק המיוחדים השאובים מן הדין הבינלאומי. ראו: פרק ב', בפסקה 15, ה"ש 53, וכן ראו: Ward Ferdinandusse, *The Prosecution of Grave Breaches in National Courts*, 7(4) JICJ 723, 732 (2009). יצוין, כי בבריטניה הוגש כתב אישום אחד, בשנת 2006, כנגד חייל בעוון של "התעללות" לפי החוק הפנימי שאימץ עבירות מחוקת רומא (וראו: פרק ב', בפסקה 16). בגרמניה הפרקטיקה שונה. כל הפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי תוביל לאישום לפי ה-VStGB.

## השלמת חסרים בחקיקה הישראלית

10. על משרד המשפטים ליזום חקיקה בכל מקרה שבו קיים חסר הנוגע לאיסורים בינלאומיים שאין מקבילה 'רגילה' שלהם בדין הפלילי, ולהשלים אותו על ידי חקיקה פלילית ישראלית.<sup>17</sup> כך למשל, יש לוודא, שהאיסור המוחלט במשפט הבינלאומי על עינויים והתעללות, נקלט כהלכה לדין הישראלי. זאת, על מנת לאפשר 'ענישה פלילית אפקטיבית' של מי שמבצע פשעי מלחמה, כנדרש על פי הדין הבינלאומי.

11. מעבר לאמור, הוועדה רואה חשיבות בקליטה מפורשת של הנורמות הבינלאומיות לגבי פשעי מלחמה למשפטה של מדינת ישראל. זאת, משום שחקיקה כאמור משרתת מעבר למטרה המעשית (קרי, שהיא מאפשרת העמדה לדין וענישה של מפרים של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי), גם מטרה נורמטיבית (קרי, קידום הרתעה וחינוך).<sup>18</sup> כאמור, מהמגמה המשתקפת מן הסקירה של שש המדינות נראה כי הדרך לכך היא על ידי עיגון העבירות הפליליות הבינלאומיות בחקיקה הפנימית.

12. יצוין כי ענינה של הוועדה בדו"ח זה הוא הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אולם הוראות הדין הפלילי הישראלי משתרעות לעתים על מתחם רחב יותר של מעשים. הוועדה רואה לנכון להדגיש את הברור מאליו כי על רשויות הבדיקה והחקירה בישראל לבדוק אם מעשים של כוחות הביטחון מקימים אחריות פלילית אפילו אינם באים בגדר פשעי מלחמה.<sup>19</sup>

17 ראו: מכתב – יועמ"ש, 27.9.2011, לעיל ה"ש 13, בעמ' 3 ממנו עולה כי אין הלימה מלאה בין הנורמות במשפט הפלילי הישראלי לאלה שבמשפט הבינלאומי.

18 לקריאה נוספת ראו: Knut Dörmann & Robin Geiß, *The Implementation of Grave Breaches into Domestic Legal Orders*, 7(4) JICJ 703 (2009).

19 דוגמא לעבירה פנימית המקימה אחריות פלילית היא גרימת מוות ברשלנות. בענין זה ראו: הבדיקה המוגמית, במבוא לדו"ח זה, בפסקה 23, בתיק 377/10 נראה כי לא נבדקה שאלת הרשלנות (קרי, אם היורה היה מודע לטיב מעשיו, לנסיבות או לתוצאות המזיקות של התנהגותו) אף שמהתחקיר המבצעי עלה ליקוי מקצועי חמור בניגוד נהרג אדם; דוגמא לאירוע שבו נבדקה שאלת הרשלנות, ראו: מכתב מתא"ל דן עפרוני, הפרקליט הצבאי הראשי, להושע גוטליב, מרכז הוועדה, "חוות הדעת בענין תקיפת בית משפחת א-סאמוני" וכן חוות הדעת שצורפה לה (6.5.2012) (להלן: חוות דעת א-סמוני).

## המלצה מס' 2: אחריותם של מפקדים וממונים אזרחיים

13. כאמור בפרק א', מטילים כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי אחריות מיוחדת על מפקדים צבאיים וממונים אזרחיים בשל עבירות שנעברו על ידי הכפופים להם (command responsibility). אחריותם של המפקדים והממונים כוללת את החובה לנקוט אמצעים מתאימים כדי למנוע הפרות ולנקוט צעדים פיקודיים, משמעתיים או פליליים, כנגד המפרים.<sup>20</sup>

14. כעולה מפרק ב', ארצות הברית היא היחידה מתוך שש המדינות שנסקרו שבחקיקתה הפלילית הפנימית אין סעיף מפורש שענינו אחריותם של מפקדים וממונים להפעיל את סמכותם על מנת למנוע עבירות שעברו או תכננו פקודיהם.<sup>21</sup> לעומת זאת, קיימת בקנדה עבירה מיוחדת שלפיה ניתן להאשים מפקדים וממונים אזרחיים במישרין, במקום להאשים באחריות (liability) לעבירה של הכפופים להם. עבירה זו חלה כאשר המפקד ידע או היה עליו לדעת על עבירות שעברו או שעומדים לעבור הכפופים לו.<sup>22</sup> באוסטרליה, מאפשרים סעיפי החוק הרלוונטיים בחקיקה הפלילית הפנימית להאשים מפקדים וממונים אזרחיים באחריות (liability) לאי מניעה או אי ענישה בגין עבירות שביצעו הכפופים להם.<sup>23</sup> גם בבריטניה מוגדרות עבירות, המקימות את אחריותם של מפקדים וממונים, לרבות כשותפים לעבירה של פקודיהם,<sup>24</sup> וכך גם בהולנד ישנן עבירות המקימות את אחריותם של

20 ראו: פרק א', בפסקאות 26 ו-35.

21 בארה"ב, בניגוד לשאר המדינות שנסקרו, בחקיקה הפדראלית או המדינתית, אין התייחסות לאחריות מפקדים. בענין זה מתקיים דיון בין משפטנים באשר לאפשרות להעמיד לדין מפקדים באשמת עבירות שביצעו פקודיהם, וישנן פסיקות שונות בנושא בבתי המשפט בארצות הברית (ראו בנספח ג': הדו"ח האמריקאי, בפסקאות 21-27). אמריקאים קיימת התייחסות לאחריות מפקדים וראו למשל: The LAW DEP'T OF THE ARMY, FIELD MANUAL 27-10: 10-27 (1956): "In some cases, military commanders may be responsible for war crimes committed by subordinate members of the armed forces, or other persons subject to their control. Thus, for instance, when troops commit massacres and atrocities against the civilian population of occupied territory or against prisoners of war, the responsibility may rest not only with the actual perpetrators but also with the commander. Such a responsibility arises directly when the acts in question have been committed in pursuance of an order of the commander concerned. The commander is also responsible if he has actual knowledge, or should have knowledge, through reports received by him or through other means, that troops or other persons subject to his control are about to commit or have committed a war crime and he fails to take the necessary and reasonable steps to insure compliance with the law of war or to punish violators thereof"

22 ראו: פרק ב', בפסקה 11.

23 שם; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח האוסטרלי, בפסקה 33.

24 ראו: פרק ב', שם; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח הבריטי, בפסקה 1.46.

מפקדים וממונים.<sup>25</sup> בגרמניה, העונש המוטל על מפקד או ממונה שלא מנע עבירה של הכפופים לו זהה לעונש המוטל על מבצעי העבירה.<sup>26</sup>

15. כאמור בפרק ג', אין החוק הפלילי בישראל דן במפורש באחריותם של מפקדים וממונים ובחובתם למנוע עבירות. מפקדים בצה"ל נדרשים "לשמור על קיום המשמעת והציות לחוק ולפקודות ולהקפיד עליהם", וכן לנקוט תגובה משמעתית כאשר נעברה עבירה.<sup>27</sup> לדברי הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר), "מוטלת על כל מפקד החובה למנוע ולמגר הפרות של דיני הלחימה מצד פקודיו, ככל שאלו זכו לעיגון מחייב במסגרת פקודות הצבא".<sup>28</sup> בפסיקת בתי הדין הצבאיים נדונה שאלת האחריות הפלילית המוטלת על מפקדים בשל אי מניעת עבירות של פקודיהם.<sup>29</sup> במקרה אחד אף הורשע מפקד, ששהה בשטח עם פקודיו, כמסייע לעבירה, בשל כך שלא מנע אותה, וגם בעבירה נפרדת של התנהגות שאינה הולמת.<sup>30</sup> עם זאת, יצוין כי ככל הידוע ברוב המקרים שבהם הועמדו לדין מפקדים בצה"ל בשל עבירה של פקודיהם, הואשמו המפקדים בביצוע העבירה גופה, ולא באחריות לאי מניעתה או בעבירה של אי דיווח לרשויות המוסמכות.<sup>31</sup>

לפיכך ממליצה הוועדה בענין אחריותם של מפקדים וממונים אזרחיים:

#### א. השלמת חסרים בחקיקה הישראלית

16. אחריותם של מפקדים וממונים היא מהחובות המשמעותיות הקבועות במשפט הבינלאומי ההומניטארי ובמשפט הבינלאומי הפלילי. כפי שראינו, אימצו חמש מתוך שש המדינות שנסקרו את סוגיית אחריות המפקדים בחקיקה ראשית, ולא הסתפקו בעיגון החובה בהוראות ובנהלי הכוחות המזוינים שלהן.

הוועדה ממליצה כי תיקבענה הוראות בחוק, המטילות על מפקדים וממונים

25 ראו: פרק ב', שם; עור ראו בנספח ג': הדו"ח ההולנדי, בפסקה 28.

26 ראו: פרק ב', שם; עור ראו בנספח ג': הדו"ח הגרמני, בפסקה 119.

27 ראו: פרק ג', בפסקה 7.

28 "הוועדה הציבורית לבריקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 - השלמות" 23 (נייר עמדה מטעם הפרקליטות הצבאית, 9.8.2011) (להלן: הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2011 - השלמות).

29 שם.

30 ראו: ע/78/88 רס"ד דנינונ' התצ"ר, פד"ץ 227, 239 (1988).

31 ראו לדוגמא: בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' תא"ל אביחי מנדלנבליט, הפרקליט הצבאי הראשי (לא פורסם, 1.7.2009); הבדיקה המדגמית, תיק 38/09 בו הוגש כתב אישום כנגד מפקד הכוח.

אזרחיים אחריות פלילית ישירה בשל עבירות שעברו הכפופים להם, כאשר הם לא נקטו בכל האמצעים הסבירים למנוע ביצוע עבירות או לא פעלו להביא את האחראים לדין כאשר נודע להם על העבירות לאחר מעשה.

#### ב. חקירת מפקדים

17. גם פקודות של מפקדים כשלעצמן יכול שתעלינה כדי הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. לפיכך, ממליצה הוועדה לתת את הדעת גם על הצורך בבדיקה ובחקירה של מפקדים שנתנו פקודות כאלה.

## ב. העילות המקימות את החובה לבדוק ולחקור ('מתי חוקרים?')

18. בחלק זה של הפרק ייבדקו התהליכים שבעקבותיהם נפתחות בדיקה או חקירה בישראל. טרם בדיקת העילות המקימות את החובה והתאמתן לכללי המשפט הבינלאומי, ייבדקו הנהלים המחייבים חיילים לדווח על חשדות להפרות, לרבות החובות בדבר תיעוד זירת האירוע. נהלים אלה חיוניים שכן הם המהווים בסיס לגיבוש העילות לבדיקה וחקירה.

המלצה מס' 3: חובות דיווח

19. כפי שפורט בפרק א', מוטלת על מפקדים חובה כללית למנוע הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ולדווח עליהן וכן להבטיח נקיטת צעדים מתאימים בתגובה לחשדות להפרות.<sup>32</sup>

20. לחובות הדיווח מקום נכבד במנגנוני הבדיקה והחקירה של המדינות שנסקרו בפרק ב'. מדינות אלה קבעו את חובות הדיווח כדלקמן:

בארצות הברית, נדרשים הכוחות המזוינים לדווח לשרשרת הפיקוד על כל 'תקרית בת-דיווח' (reportable incident), קרי, תקרית שלגביה מתעורר חשד להפרה של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, שאינה עולה כדי פשע מלחמה.<sup>33</sup> כמו כן יש חובת דיווח מיוחדת על 'תקריות חמורות מדרגה 1' (category 1 serious incidents), קרי חשדות לפשעי מלחמה. על 'תקריות חמורות מדרגה 1' יש לדווח הן למפקדים והן ליועצים המשפטיים. כחלק מחובות הדיווח, על המפקדים לנקוט צעדים כדי לשמר ראיות פוטנציאליות על מנת להעבירן לפי הצורך לגורמים הרלוונטיים.<sup>34</sup>

בקנדה, על קצינים וחוגרים לדווח ל'רשות המתאימה' על כל הפרה של חוק, תקנה, כלל או צו רלוונטיים.<sup>35</sup> כמו כן, לפי נהלי דיווח ייעודיים למבצעים ספציפיים

32 ראו: פרק א', בפסקה 26.

33 ראו: Dep't of Defense Directive 2311.01E, *DoD Law of War Program*, para. 5.11 et seq. (May 9, 2006); ראו: Chairman of the Joint Chiefs of Staff, Instruction 5810.01D, *Implementation of the DoD Law of War Program*, paras. 6.f.(4)(e)(1)–(3) (Apr. 30, 2010).

34 ראו: פרק ב', בפסקה 32; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח האמריקאי, בפסקה 102.

35 ראו: פרק ב', בפסקה 42; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח הקנדי, בפסקה 108.



יש לדווח מידית על כל 'תקרית משמעותית', דהיינו, תקרית שעלולה לחתור תחת ערכים ציבוריים או לגרום לפגיעה בשמה הטוב של קנדה מבית או מחוץ.<sup>36</sup>

באוסטרליה, על הכוחות המזוינים לדווח על כל 'תקרית בת-יידוע' (notifiable incident) לגורמים שונים בהתאם לסוג התקרית.<sup>37</sup> תקריות בנות-יידוע כוללות כל תקרית המעלה חשד סביר לעבירה על הדין המשמעתי הצבאי או החוק הפלילי האוסטרלי, וכן תקריות שבמהלכן מת, נפצע או נעלם אדם, אפילו לא עולה חשד סביר שנעברה עבירה. על הדיווח לכלול מידע בדבר הזמן, המיקום והנסיבות של התקרית, וכן פרטים על המעורבים בה. כחלק מחובות הדיווח מוטלת על המפקדים אחריות, לאחר התייעצות עם המשטרה הצבאית, לנקוט את כל הצעדים האפשריים במטרה לאסוף ולשמר ראיות פוטנציאליות ולמנוע פגיעה בעדים פוטנציאליים או בעדותם.<sup>38</sup>

בבריטניה, על המפקדים לדווח למשטרה הצבאית על 'עבירה מדרגה 2' (schedule 2 offence). בעבירות מדרגה 2 נכללות עבירות פליליות 'רגילות' כמו רצח והריגה וכן טענות בדבר פשעי מלחמה.<sup>39</sup>

בהולנד, חלה על כל החיילים חובת דיווח על כל אפשרות של הפרה של דיני הלחימה לרשות המתאימה.<sup>40</sup> כמו כן חלה על המפקד בשטח חובת דיווח לפרקליטות האזרחית על כל אירוע שבמהלכו היה שימוש בכוח.<sup>41</sup>

בגרמניה, אין חובות דיווח ייחודיות, מלבד החובה הכללית לדווח על חשד לעבירות פליליות לרשויות התביעה האזרחיות.<sup>42</sup>

21. כפי שפורט בפרק ג', החובה בצה"ל לדווח על חשדות לעבירות נקבעה בחש"צ: "מפקד היודע או שיש לו יסוד להניח כי אחד מפקודיו עבר עבירה", עליו לערוך תלונה

36 שם, הדו"ח הקנדי, בפסקה 117, המפנה לדוגמא להוראה: Joint Task Force Afghanistan Theatre Standing Order 304 (Significant incident Reporting).

37 ראו: Defence Instructions (General), DI(G) ADMIN 45-2: The reporting and management of notifiable incidents (Mar. 26, 2010).

38 ראו: פרק ב', בפסקה 49; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח האוסטרלי, בפסקה 48.

39 ראו: פרק ב', בפסקה 56.

40 ראו: פרק ב', בפסקה 67; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח ההולנדי, בפסקאות 70-72.

41 ראו בנספח ג': הדו"ח ההולנדי, בפסקה 50.

42 ראו: פרק ב', בפסקה 61.

ולהביאה בפני קצין שיפוט.<sup>43</sup> בשנת 2005 אימץ הרמטכ"ל "נוהל דיווח על אירועים במסגרתם נפגעו אזרחים פלסטיניים" העוסק בדיווח על "כל אירוע בו היו מעורבים כוחות צה"ל, במהלכו נהרג או נפצע אדם שלא היה מעורב בלחימה מסכנת חיים" או "בכל מקרה של ספק בדבר מעורבותו של אדם בלחימה כאמור" (להלן: נוהל הדיווח).<sup>44</sup> על פי הנוהל, "בכל מקרה בו נהרג או נפצע בלתי מעורב כאמור, ידווח האירוע... מייד ללשכת הרמטכ"ל לאגף המבצעים ולפצ"ר. דיווח כאמור יועבר לא יאוחר מ-48 שעות ממועד האירוע". נוהל הדיווח קובע הנחיות למילוי טופס דיווח. המפקדים המנויים בנוהל הדיווח אחראים להעברת טופס "דיווח ראשוני על מקרה מוות או פציעה של אזרח פלסטיני" (להלן: טופס הדיווח הראשוני) לפצ"ר בתוך 48 שעות. בטופס הדיווח הראשוני יש לציין את מקום האירוע, שעת האירוע, פרטי הכוחות המעורבים, מספר הנפגעים, לרבות מצבם, מינם וגילם וכן נסיבות נוספות. על פי נוהל הדיווח, יש לצרף לטופס הדיווח הראשוני "העתקי יומני המבצעים הנוגעים בדבר, הדוחות היומיים וכל חומר רלבנטי אחר". עוד נקבע בנוהל הדיווח, כי "באחריות המח"ט המרחבי ומפקד היחידה... לוודא צילום ותיעוד זירת האירוע בסמוך להתרחשות האירוע ככל שאין בכך כדי לסכן הכוחות והדבר מתאפשר בנסיבות הענין", וכי "במידה שיוחלט שקיימת מניעה לתיעוד וצילום זירת האירוע... יפורטו הסיבות לכך".

מחומר הראיות שהוגש לוועדה עולה, כי המפקדים אינם ממלאים טופס דיווח ראשוני בעקבות אירועים שלגביהם קיימת חובת דיווח כנדרש בנוהל הדיווח,<sup>45</sup> וכי הזירות הרלוונטיות אינן מתועדות.<sup>46</sup> בעדותו של הפצ"ר בפני הוועדה ובחומרים שהעביר נטען, כי אף על פי שנוהל הדיווח אינו מיושם כלשונו, לומד הפצ"ר בדרך כלל על האירועים תוך זמן שהם אפילו קצרים מהנדרש על פי הנוהל. עם זאת, לעתים למד הפצ"ר על התרחשות אירועים שחל עליהם נוהל הדיווח רק כעבור זמן

43 ראו: פרק ג', בפסקה 72; עוד ראו: חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 189, בסעיף 225 (להלן: חש"צ).

44 הנחיות אגף המבצעים של צה"ל מב-ספ-015 "נוהל דיווח על אירועים במסגרתם נפגעו אזרחים פלסטיניים" (להלן: נוהל הדיווח).

45 ראו גם: פרק ג', בפסקה 73; הוועדה אף ביקשה לקבל טפסים שמולאו על ידי היחידות ונערכו לפי נוהל הדיווח, אך נמסר לה כי אין טפסים כאלה בנמצא.

46 ראו, לדוגמא, הבדיקה המודגמת. מהחומרים בתיק 34/09 לא עולה שהזירה תועדה; בתיק הריגתו של ג'יהאד אל שאער, במהלכו נהרג פלסטיני אשר תקף חייל בסכין, אין תיעוד של הסכין (התיק לא נבחן על ידי הוועדה וענינו עלה במסגרת בחינת תיק 359/07). בעקבות תיק זה, יצאה הנחיה "כי יצא חידוד הנחיות פיקודי" בנושא תיעוד הזירה ואמצעי התקיפה. ראו גם: פגישה בין הושע גוטליב, מרכז הוועדה, לאלוף אביחי מנדלבלית, הפרקליט הצבאי הראשי 1 (10.8.2011) (להלן: פגישה - פצ"ר). ראו גם: פרק ה', בפסקאות 32-36.

רב, וכתוצאה מתלוננות הנפגעים או נציגיהם.<sup>47</sup> זאת, גם כשהיחידות המעורבות ידוע על תוצאות האירוע בסמוך להתרחשותו.<sup>48</sup>

לפיכך ממליצה הוועדה בענין חובות דיווח:

#### א. הטמעת נהלי דיווח

22. חובות הדיווח מעוגנות במשפט הבינלאומי, והוסדרו בחמש מהמדינות שנסקרו, כמו גם בישראל. חובות דיווח בגין אירוע מובילות להליכי בדיקה וחקירה שלו, ומשכך, אי קיומן או קיום חלקי של חובות אלה פוגעים ביכולת לפתוח בבדיקה וחקירה כאשר הדבר נדרש. החשיבות של העמידה בחובות אלה היא, אפוא, חיונית להגשמת חובת הבדיקה והחקירה.

23. הוועדה הגיעה למסקנה שבפועל, נוהל הדיווח שקבע הרמטכ"ל אינו מיושם. על מנת להבטיח את יישומו, יש לעגן את נוהל הדיווח בהוראות הפיקוד העליון, להטמיע את הנוהל ביחידות צה"ל, ולהטיל סנקציות על מפקדים שלא מילאו אחר הוראותיו.

הוועדה סבורה כי תונן נוהל הדיווח שקבע הרמטכ"ל תואם את חובותיה של מדינת ישראל לפי המשפט הבינלאומי. עם זאת, ממליצה הוועדה להרחיב את תחולת הנוהל מעבר לאירועים אשר במהלכם נהרג או נפצע אדם שלא היה מעורב בלחימה, כך שיחול גם על נלל האירועים שבהם היו מעורבים כוחות צה"ל או כוחות הפועלים תחת אחריות צה"ל, המעלים חשש בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

47 ראו: פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 2 "עדות הפרקליט הצבאי הראשי" 17 (11.4.2011) (להלן: עדות הפרקליט הצבאי הראשי - חלק ב); פגישה - פצ"ד, לעיל ה"ש 46, בעמ' 2; עוד ראו: פרק ג', בפסקה 73 המצטט את הפצ"ד: "אשר לדיווח מגורמי הצבא, יש מקרים בהם המידע אינו מועבר בזמן, בין מחוסר מודעות או הקפדה על הנוהל, ובין כיוון שבמקרים מסוימים, גורמי הצבא אינם מודעים לכך שפעילות מבצעית הביאה לפציעתו של אדם".

48 ראו: הבדיקה המדגמית, תיק 377/10 נפתח בדצמבר 2010 בגין אירוע שבו נהרג אדם במהלך פעילות ביולי 2010. התיק נפתח בעקבות פניית 'בצלם' אף שמותו של ההרוג נקבע מידית על ידי רופא צבאי ונפתח תחקיר מבצעי; תיק 359/07 נפתח חודש לאחר מועד האירוע (בעקבות פניית ארגון 'בצלם') אף שנראה כי היה על היחידה המעורבת לדווח מידית לפצ"ד.

## ב. תיעוד הזירה

24. תיעוד זירת אירוע הוא חלק מחובות הדיווח והוא תורם לבדיקה ולחקירה.<sup>49</sup> בישראל, כמו גם בארצות הברית ובאוסטרליה, נהלי הדיווח מחייבים לתעד את זירת האירוע סמוך להתרחשותו.<sup>50</sup> הוועדה מדגישה, אפוא, חובה זאת, הכוללת תפיסה של כל מוצג וכל תיעוד אפשרי שיש בו לסייע לבדיקה ולחקירה, לרבות שמירת מוצגים (כגון בגדים, תחמושת או כלי נשק שנתפסו) בתנאים שיאפשרו, ככל הניתן, את בדיקתם לאחר מכן.

### המלצה מס' 4: עילות המקימות חובה לבדוק ולחקור

25. כמפורט בפרק א', מקימים כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי חובה לחקור האשמה אמינה (credible accusation) או חשד סביר (reasonable suspicion) לפשע מלחמה. קיומו של חשד סביר שבוצע פשע מלחמה תלוי הן בעובדות האירוע והן בהקשר המשפטי.<sup>51</sup> לפיכך, כאשר המידע שהתקבל הוא חלקי או נסיבתי ואין בו כדי לבסס חשד סביר המחייב חקירה, יש לקיים הערכה עובדתית (fact-finding assessment) על מנת לברר אם יש צורך בחקירה.

26. סקירת המדינות בפרק ב' מעלה, כי שתיים מהמדינות שנסקרו מיסדו בנהליהן מנגנון לביצוע 'הערכה עובדתית'. בארצות הברית, מוטלת על המפקדים חובה לבצע 'חקירה מוקדמת' (preliminary inquiry), במקרה שקיים מידע בדבר מעורבות של חייל בהפרה העולה כדי 'תקרית בת-דיווח' (reportable incident) או בדבר אחריותו להפרה, או כאשר הדבר נדרש על פי החוק.<sup>52</sup> באוסטרליה, מתקיימת הערכה לפי שיקול דעת המפקד, אחרי שנודע לו על אירוע משמעותי או על טענה בדבר אירוע שכזה. הערכה זו מכונה 'הערכה מהירה' (Quick Assessment, QA), ובמידע שנאסף בה נעשה שימוש בקבלת ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה.<sup>53</sup>

49 ראו: פרק א', בפסקאות 82, 101-102.

50 לדוגמא, ראו בנספח ג': הדו"ח האמריקאי, בפסקה 92.

51 ראו: פרק א', בפסקאות 46, 49-59.

52 ראו: פרק ב', בפסקה 32; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח האמריקאי, בפסקאות 64 ו-105.

53 ראו: פרק ב', בפסקה 50; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח האוסטרלי, בפסקה 49; כמו כן, על פי המדיניות הנוהגת כיום באוסטרליה ייפתח תחקיר מלא (full administrative inquiry) בכל מקרה של מוות של חייל; הרט משמעותי לרכוש; או מוות של אזרח בלתי מעורב (וראו בענין זה בנספח ג': הדו"ח האוסטרלי, בפסקה 50).

27. כמפורט בפרק ג', על פי מדיניות החקירות הנוהגת כיום בצה"ל, נפתחת מיד חקירת המשטרה הצבאית החוקרת (להלן: מצ"ח) כאשר דברים אמורים בתלונות על מעשים המעלים על פניהם חשד לפלילים, כגון ביזה. כמו כן, מותו של אדם בעקבות פעילות צה"ל באזור יהודה ושומרון (להלן: איו"ש) יחקר, בדרך כלל, על ידי מצ"ח, למעט מקרים העולים כדי אירועי לחימה של ממש. במקרים כאלה, מושהית ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה עד לקבלת תחקיר מבצעי, המאפשר לפצ"ר לבדוק אם נסיבות האירוע מצדיקות פתיחה בחקירה.<sup>54</sup> זאת, לאמיתו של דבר, מדיניות שהתפתחה ללא עיגון חוקי מפורש בדין הישראלי, מתוך התחשבות בכך שלמפקד במצ"ח הסמכות – לפי פקודת מטכ"ל – שלא לפתוח בחקירה, אחרי התייעצות עם פרקליט צבאי, כאשר "אין לדעתו הצדקה עניינית לעשות כן".<sup>55</sup>

לפיכך ממליצה הוועדה בענין העילות לפתיחה בבדיקה וחקירה:

#### מדיניות החקירות בצה"ל

28. הוועדה הגיעה למסקנה, כי בדרך כלל תואמת מדיניות החקירות הנוהגת בצה"ל את חובותיה של ישראל על פי המשפט הבינלאומי (לענין השהיית ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה עד לקבלת תחקיר מבצעי ראו להלן, המלצה מס' 5). עם זאת, יש להגדיר את הסמכות לקבוע מדיניות כאמור באופן מפורש בהוראות המתאימות. כמו כן, לצורך ניתוב מהיר ככל האפשר של בירור התלונה לאפיק הנכון, ממליצה הוועדה, כי סמוך ככל האפשר לקבלתו של טופס הדיווח הראשוני, תסווג הפרקליטות הצבאית את ההקשר המשפטי של האירוע; לאמור, האם מדובר באירוע לחימה של ממש, שחלים עליו דיני העימות המזוין, או בכל אירוע אחר, שחלות עליו נורמות של אכיפת חוק.

54 ראו: פרק ג', בפסקאות 67-71.

55 שם, בפסקאות 67-69.

## ג. אופן ביצוע הבדיקה והחקירה ('איך חוקרים?')

29. לפי מדיניות החקירות שפורטה לעיל, במקרים מסוימים נפתחת חקירת מצ"ח, ובמקרים אחרים מושהית ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה עד לקבלת תוצאות התחקיר המבצעי, שעל בסיסו ייקבע אם עולה חשד לפלילים. הדיון בנושא של 'איך חוקרים?' נחלק, אפוא, לשנים. תחילה תבדוק הוועדה אם אופן עריכת התחקיר המבצעי בצה"ל מאפשר לו לשמש לצרכי הערכה עובדתית; וכן תדון בדרך קבלת ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה. שנית, תדון הוועדה בדרכי עריכת החקירה בגין תלונות וטענות כנגד צה"ל, השב"כ, המשטרה, סוהרים ומקבלי החלטות בכירים.

## ההליכים בצה"ל טרם פתיחה בחקירה

המלצה מס' 5: הערכה עובדתית

30. כפי שצוין בפרק א', מטרת ההערכה העובדתית היא לאסוף מידע על מנת לספק נתונים, שעל פיהם ניתן להחליט אם לפתוח בחקירה. אם מתגלה חשד סביר לביצוע פשע מלחמה, יוחלט על פתיחה בחקירה. על ההערכה העובדתית להיערך במקצועיות, במומחיות ובמהירות, כך שתסייע לחקירה פוטנציאלית ולא תפגע בה.<sup>56</sup>

31. כמפורט בפרק ב' וכפי שצוין לעיל בפסקה 26, קיים מנגנון דומה ל'הערכה עובדתית' גם באחדות מן המדינות שנסקרו, לדוגמא, בארצות הברית ובאוסטרליה. בארצות הברית, אין אמנם הנחיות מפורטות לגבי אופן עריכתה של 'חקירה מוקדמת', אך היא נערכת, לרוב על ידי המפקד עצמו או על ידי חבר בסגל הפיקודי. המדריך לבתי דין צבאיים (Manual for Courts Martial) מורה, כי בחקירה מוקדמת של חשד לעבירה יש לאסוף את כל הראיות הזמינות המצביעות על אשמה או חפות.<sup>57</sup> באוסטרליה, כוללת 'הערכה המהירה' – QA – רק תיאור קצר של העובדות, ובדרך כלל, מסתפק הקצין העורך את ה-QA בשיחה עם אנשי הכוחות המזוינים שהיו מעורבים באירוע כדי להבין מה אירע ובאיזה הקשר. על עורך ה-QA להיות

56 ראו: פרק א, בפסקאות 49, 109-112.

57 ראו: פרק ב', בפסקה 36; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח האמריקאי, בפסקה 64.

אובייקטיבי ונטול פניות.<sup>58</sup> ה-QA מועבר בתוך 24 שעות למפקד המבצעים המשותפים Commander Joint Operations, CJOPS) על מנת שיחליט אם להמשיך בחקירה אדמיניסטרטיבית או לפתוח בחקירה פלילית.<sup>59</sup>

חשוב לציין, כי בכל המדינות שנסקרו נערכים תחקירים מבצעיים אחרי מבצעים צבאיים. בארצות הברית מכונה התחקיר After Action Review–AAR ובהולנד After Action Report.<sup>60</sup>

32. כמפורט בפרק ג', ובפסקה 27 לעיל, בישראל, כאשר מתקבלות תלונות או טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי כתוצאה מאירועי 'לחימה של ממש', מושהית ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה עד לקבלת תחקיר מבצעי, המאפשר לפצ"ר לשקול אם נסיבות האירוע מצדיקות פתיחה בחקירה.<sup>61</sup> התחקיר המבצעי משמש, אפוא, ככלי עזר להערכה עובדתית. על פי ההנחיות לעריכת תחקיר מבצעי, המפורטות בפרק ג', על המפקד העורך את התחקיר המבצעי לאסוף עובדות ולאמתן, לזהות את הממצאים שיש להם חשיבות לענין הפעילות המתווכרת, ולהסיק מסקנות.<sup>62</sup> ההנחיות מדגישות את החשיבות שבעריכת התחקיר המבצעי סמוך ככל האפשר להתרחשותה של הפעילות המתווכרת. על מנת להבטיח את אמינות הנתונים הנאספים במסגרת התחקיר, אין עורך התחקיר כפוף לדיני הראיות והוא מוסמך לגבות עדות מכל חייל, וכן לקבל לידי כל מסמך השייך לענין. חובה על כל חייל, המשתתף בתחקיר, לשתף פעולה ולמסור מידע רלוונטי. מסירת פרט כוזב או העלמת פרט חשוב בהליך של תחקיר מבצעי הן עבירות שבצידן עונש מאסר.<sup>63</sup>

58 ראו: Defence Instructions (General), DI(G) ADMIN 67–2–10: Directing a Quick Assessment Officer (Aug. 7, 2007), לפיו "QAOs must be free, to the maximum extent feasible, from any suggestion of bias or conflict of interest involving any issue or witness surrounding the occurrence. A member of a unit or workplace in the direct chain of command or line management of the commander/supervisor instigating the QA may be selected as a QAO provided that they have no involvement or personal interest in the matters or people involved in the QA, which is likely to compromise their objectivity or impartiality"

59 ראו: פרק ב', בפסקאות 49–50; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח האוטונומי, בפסקה 49.

60 ראו: פרק ב', בפסקאות 34 ו-67.

61 ראו: פרק ג', בפסקאות 67–71, 92–93; הוועדה למדה על הליכי התחקיר המבצעי מהעדויות והחומרים שנמסרו לה ובפרט מבחינה מעמיקה של התחקירים המבצעיים במסגרת הבדיקה המוגמית וכן מפגישה בין הושע גוטליב, מרכז הוועדה, לאלוף משנה ארז כץ (11.11.2011), אשר עמד בראש אחד מצוותי תחקירי המומחים שהוקמו בעקבות מבצע 'עופרת יצוקה' (להלן: פגישה – אל"מ כץ).

62 ראו: פרק ג', בפסקה 88.

63 ש.ם.

מלבד התחקיר המבצעי, הנערך במסגרת היחידה המתוחקרת, קיים גם תחקיר מומחים, הנערך במקרים של אירועים מורכבים, לפי שיקול דעתו של הדרג הפיקודי.<sup>64</sup> תחקיר מומחים נערך על ידי בעלי מומחיות בתחומים המקצועיים השייכים לענין, שאינם חלק משרשרת הפיקוד ושלא היו מעורבים בפעילות המתוחקרת.

3.3. אנשי אקדמיה ונציגי ארגוני זכויות האדם שהעידו בפני הוועדה העלו הסתייגויות כנגד השימוש שעושה הפצ"ר בתחקיר המבצעי כבסיס להחלטה בדבר פתיחה בחקירה.<sup>65</sup> כך, נטען בפני הוועדה כי: (1) התחקיר המבצעי נגוע בניגוד אינטרסים אינהרנטי הנובע מעריכתו על ידי אותם הכוחות אשר את תקינות פעילותם הוא נועד לברר; <sup>66</sup> (2) התחקיר עלול לפגום בחקירה עתידית, כיוון שטמון בו פוטנציאל לגרום לתיאום עדויות של מי שהשתתפו בתחקיר; <sup>67</sup> (3) התחקיר המבצעי אינו מוגבל בזמן, ועלול לגרום לדחיה בלתי סבירה של החקירה; <sup>68</sup> (4) התחקיר המבצעי מבוסס, ככלל, על גרסאות הכוחות הלוחמים מבלי שנגבות עדויות מהמתלוננים או מעדים אחרים; <sup>69</sup> (5) המפקדים העורכים את התחקירים נעדרים הכשרה מקצועית לביצוע חקירות, ופעמים רבות אלה מתנהלות באופן שטחי ובלתי ממצה; <sup>70</sup> (6) אין זכות ערעור על מסקנות התחקיר.<sup>71</sup>

מנגד, טען הפצ"ר, כי ממצאי התחקיר המבצעי הם רק גורם אחד הנשקל במסגרת ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה, וממצאים אלה 'מעומתים' עם מידע נוסף שבידי הפרקליטות הצבאית. לפיכך יש לראות את ממצאי התחקיר רק כ'כלי תומך החלטה'.<sup>72</sup> בנוסף, רשאי הפצ"ר להורות על השלמת התחקיר או הבהרת ממצאיו, על מנת לשוב ולשקול את הענין. לענין זה הדגיש הפצ"ר, כי תפקידו המרכזי של

64 שם, בפסקה 91.

65 ראו: עדות ונבנישתי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 15, שם הוא טען כי: "המשפט הבינלאומי לא הגיע לרמה של רוולוציה כזו שיכול להגיד לנו בדיוק איזו שיטת חקירה היא עדיפה על השיטות האחרות. אני חושב שהמבחן הכללי שמנחה, הוא מבחן של מידתיות... במילים אחרות, אם באמת התחקיר המבצעי הוא חיוני לצבא ויש בו פגיעה... בהליך הפלילי האפשרי, צריך... למצוא את האיזון הנכון, באופן מידתי".

66 ראו: "האם מנגנון לחקירת הפרות של דיני הלחימה הנהוג תואם את חובותיה של מדינת ישראל" 20-21 (נייר עמדה מטעם האגודה לזכויות האזרח בישראל, 28.3.2011) (להלן: האגודה לזכויות האזרח - נייר עמדה).

67 ראו: שני, נהן ורותצוויג, מסמן תגובה לנייר הפצ"ר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 13.

68 שם, בעמ' 14; עוד ראו: "החובה לחקור: התאמת הליכי הבדיקה והחקירה ביחס לתלונות המועלות בדבר הפרות של דיני הלחימה לחובותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי" 34 (נייר עמדה מטעם 'יש דין' - ארגון מתנדבים לזכויות אדם, 23.3.2011) (להלן: 'יש דין' - נייר עמדה).

69 יש דין - נייר עמדה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 32.

70 ראו: האגודה לזכויות האזרח - נייר עמדה, לעיל ה"ש 66, בעמ' 21.

71 ראו: יש דין - נייר עמדה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 34.

72 ראו: "נייר עמדה מטעם הפרקליטות הצבאית" (19.12.2010) 69-70 (להלן: הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2010).



התחקיר הוא 'מבצעי'; דהיינו, הוא מכשיר ארגוני "לשם שיפור התפקוד של יחידות הצבא" ולשם הפקת לקחים. במילים אחרות, השימוש שהפצ"ר עושה בתחקיר לצורך ההערכה אם נסיבות האירוע מצדיקות פתיחה בחקירה הוא משני בלבד,<sup>73</sup> ובלשון הפצ"ר: "התחקיר הוא לא כלי של הפצ"ר הוא כלי של המפקד".<sup>74</sup>

לפיכך ממליצה הוועדה בענין עריכת ההערכה העובדתית:

#### א. הערכה עובדתית

34. נמצא, שהפצ"ר משתמש בתחקיר המבצעי לצרכי קיום חובתו לערוך הערכה עובדתית. הוועדה נתנה דעתה על מספר קשיים שמעלה השימוש שנעשה בתחקיר המבצעי לצרכי ה'מטרה המשנית', דהיינו, לברור השאלה אם קיים חשד סביר ל'הפרה רצינית' של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. כך, לדוגמא, עלול השימוש בתחקיר המבצעי לעכב באופן בלתי סביר את מתן ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה.<sup>75</sup> כמו כן, אין התחקיר המבצעי מכוון לשאלות הנוגעות לחשדות למעשים פליליים.<sup>76</sup>

35. הוועדה סבורה כי על התחקיר המבצעי לשרת, בראש ובראשונה, את הצרכים המבצעיים של הצבא. לפיכך, סבורה הוועדה שיש להקים מנגנון נפרד לצורך עריכת ההערכה העובדתית, בדומה למודל האוסטרלי, אשר יאפשר לקיים הערכה העומדת בתנאי המשפט הבינלאומי כמפורט בפרק א', קרי, הערכה מהירה ומקצועית, המסייעת לחקירה פוטנציאלית ואינה פוגעת בה.<sup>77</sup>

הוועדה ממליצה, כי מיד עם קבלת טופס הדיווח הראשוני והחומר המצורף אליו, כנדרש בנוהל הדיווח, יחליט הפצ"ר או מי שיסמיך לכך על אחת מאלה:

א. כי יש חשד סביר לפלילים וכי יש לפתוח מיד בחקירה.

73 שם, בעמ' 15, 69; עוד ראו: פנישה – פצ"ר, לעיל ה"ש 46.

74 ראו: עדות הפרקליט הצבאי הראשי – חלק ב, לעיל ה"ש 47, בעמ' 29.

75 ראו: פרק ג', בפסקה 90 ה"ש 271; הבדיקה המודגמת: בתיק 203/10 התחקיר המבצעי הומצא לפרקליטות חצי שנה ממועד האירוע; בתיק 279/07 התקבל התחקיר בפרקליטות כעשרה חודשים אחרי האירוע; בתיק 427/07 מצויה בתיק בקשה של הפרקליטות לקבלת התחקיר חמשה חודשים אחר האירוע (לא ברור מתי התחקיר הועבר); בתיק 375/09 הפרקליטות איתרה את התחקיר המבצעי בחלוף כשנתיים ממועד האירוע. בנוסף, בתיק 359/07 נתקלה הוועדה בסיכום פגישה בין הפצ"ר לבין אלוף מסוים, במהלכה עמד הפצ"ר על הקושי בקבלת תחקירים מבצעיים.

76 ראו: הבדיקה המודגמת, בתיק 375/09; ראו גם: פרק ה', בפסקה 39.

77 יצוין, שמנגנון נפרד שכזה נותן מענה גם לביקורת בדבר ניגוד ענינים שבפסקה 33 לעיל.

- ב. כי אין חשד סביר לפלילים וכי יש לסגור את התיק.  
ג. כי דרוש מידע נוסף על מנת לקבוע אם יש חשד סביר לפלילים.

אם יחליט הפצ"ר כי דרוש מידע נוסף יורה לצוות מיוחד שיוקם לשם כך לבדוק את נסיבות האירוע (להלן: צוות הערכה עובדתית). חברי הצוות יהיו בעלי מומחיות בתחום המבצעי, בדין הבינלאומי ובתחום החקירות. תפקיד הצוות יהיה לספק לפצ"ר מידע מלא ככל הניתן, בתוך פרק זמן שייקבע בנהלים, שיאפשר לפצ"ר להחליט אם לפתוח בחקירה.

יודגש, כי אין בהמלצה זו כדי למנוע מהפצ"ר לעיין בתחקיר המבצעי (בכפוף להמלצה מס' 6(א)).

#### ב. חקירה מוגבלת במסגרת הערכה עובדתית

36. במהלך העיון בתיקים שסקרה, התגלה לוועדה נוהג המכונה 'חקירה מוגבלת'. לפי נוהג זה, מורה הפצ"ר לעתים להשלים את התמונה העובדתית בדרך של גביית עדויות ממתלוננים ומעדים נוספים בצד התחקיר המבצעי.<sup>78</sup> הוועדה סומכת ידיה על נוהג זה וממליצה כי חקירה מוגבלת, תיערך לפי הצורך במסגרת ההערכה העובדתית.<sup>79</sup>

#### המלצה מס' 6: ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה

37. כאמור בפרק א', אחד מהעקרונות הנדרשים ב'חקירה אפקטיבית' הוא עקרון ה'מהירות'. חשיבותו של עיקרון זה, לבד מעצם קיומו, היא בכך שהוא גם מחזק את עקרון ה'אפקטיביות והיסודיות'. עקרון המהירות מכתיב שחקירה תיפתח במהירות האפשרית, וכי היא תימשך ללא עיכובים בלתי סבירים. ממילא, גם ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה חייבת לעמוד בדרישת המהירות.

78 ראו: פגישה - א"מ נק, לעיל ה"ש 61, ממנה עלה כי באחד מתחקירי המומחים שנוהלו בעקבות מבצע 'עופרת יצוקה' נערכה פניה לתושבי עזה שהיו מעורבים באירוע; ראו גם: הבדיקה המדגמית בתיק 492/09 הורה הפצ"ר על פתיחה בחקירה מוגבלת, במסגרתה יש לגבות את עדויותיהם של העדים הנזכרים בתלונות ולאסוף כל חומר או ראיה אשר ברשותם; ראו גם תיק 229/09.

79 יצוין, שנוהג זה נותן מענה גם לביקורת בדבר העדר גביית עדויות ממתלוננים ועדים נוספים שבפסקה 33 לעיל.

38. המועד למתן החלטתו של הפצ"ר בדבר פתיחה בחקירה אינו מוגדר.<sup>80</sup> זאת ועוד, מהחומר שהונח בפני הוועדה עולה, כי לעתים משתהות ההחלטות בדבר פתיחה בחקירה זמן רב.<sup>81</sup> אחד מן הגורמים שיש בו כדי להשפיע על כך הוא חובת ההיוועצות. כמצוין בפרק ג', כאשר חומר התחקיר מגלה חשד לביצוע עבירה, ובטרם יורה הפצ"ר על פתיחה בחקירה, עליו להיוועץ בקצין האחראי על היחידה המעורבת באירוע, שדרגתו היא, לכל הפחות, אלוף. מטרת חובה זו היא לוודא שהובאו בפני הפצ"ר הנסיבות המבצעיות הרלוונטיות. ויודגש, ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה נתונה לשיקול דעתו של הפצ"ר.<sup>82</sup>

לפיכך ממליצה הוועדה בענין ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה:

#### א. מסגרת זמנים

39. הוועדה ממליצה, כי תיקבע בנהלים מסגרת זמן בת שבועות בודדים שבגדרה יהיה על הפצ"ר להחליט אם לפתוח בחקירה על בסיס החומר שלפניו. יוזכר, כי טופס הדיווח הראשוני מועבר לפצ"ר תוך 48 שעות מן האירוע. במקרים שבהם אין בטופס הדיווח הראשוני תשתית עובדתית מספקת לקבלת החלטה בדבר פתיחה בחקירה, יורה הפצ"ר לצוות ההערכה העובדתית לבדוק את נסיבות האירוע בתוך פרק זמן שיהיה קצר מפרק הזמן שנקבע להחלטה בדבר פתיחה בחקירה (ראו המלצה מס' 5(א)).

40. כמו כן, אין להתלות את סמכות הפצ"ר להורות על פתיחה בחקירה בהיוועצות באלוף האחראי על היחידה המעורבת באירוע, אלא יש לאפשר לפצ"ר להיוועץ במפקד כפי שימצא לנכון. הוועדה הגיעה למסקנה, כי יש בחובת ההיוועצות כדי לתרום להבנת ההיבטים המבצעיים של האירוע, אולם היא עלולה לגרום לעיכובים. על הפצ"ר לשקול, אפוא, את היתרונות של היוועצות במפקד לעומת החסרונות ולכלכל את מהלכיו בהתאם לכך.

80 ראו לענין זה: בג"ץ 9594/03 נצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים נ' הפוקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם, 21.8.2011), בפסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "על הפצ"ר לקבל את החלטתו במהירות סבירה וראויה על בסיס החומר שהועבר אליו, וכי עליו להתייחס לצורך לקבל החלטה בהקדם על מנת שלא להוביל לאיזון היכולת לנהל חקירה פלילית אפקטיבית בחלוף הזמן. יחד עם זאת, שיקול הדעת המקצועי מחייב בדיקה מעמיקה, והגבלת זמן פורמאלית עלולה לפגוע ברמת ההחלטה".

81 כך למשל חוות דעת א-סמוני, לעיל ה"ש 19, עסקה באירוע שהוביל למותם של 21 בני משפחה ביום 5 בינואר 2009. מחוות הדעת עלה שההחלטה בדבר פתיחה בחקירה התקבלה בתאריך 6 ביולי 2010; עוד ראו: הנדיקה המזדגמת בתיק 359/07 שבו ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה התקבלה כשמונה חודשים מיום האירוע; לדוגמאות נוספות ראו: יש דין - נייר עמדה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 34; האגודה לזכויות האזרח - נייר עמדה, לעיל ה"ש 66, בעמ' 22.

82 ראו: פרק ג', בפסקה 93.

## ב. חובת הנמקה

41. על פי הדין הישראלי, חייב הפצ"ר לנמק את החלטותיו, כחלק מן החובות החלות עליו מכוח היותו רשות מנהלית.<sup>83</sup> כמפורט בפרק ג', בודק הפצ"ר את התחקירים המבצעיים בישיבת תחקירים שנועדה לכך, ומחליט אם לפתוח בחקירות לגבי מספר רב של תיקים שנסקרים בכל ישיבה. מהתיקים שנסקרו על ידי הוועדה נראה כי החלטות אלה אינן מנומקות תמיד.<sup>84</sup>

הוועדה ממליצה, כי החלטות הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה תהיינה מנומקות. לנימוקים שביסוד ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה בתיק יש חשיבות מבחינה ציבורית ומשפטית והם מאפשרים השגה וביקורת על ההחלטה.

## ג. העברת חומר לדרג הפיקודי

42. על מנת שיופקו לקחים מבצעיים ויובטח הציות לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (compliance), לעתים יש לשקול צעדים פיקודיים.<sup>85</sup> לפיכך, במקרים כאלה על הפצ"ר להעביר את החומר הרלוונטי לדרגים הפיקודיים בתום הליך הבדיקה ובתום חקירת מצ"ח, בין אם ההחלטה היא לסגור את התיק ובין אם לאו.<sup>86</sup>

83 ראו: בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשנת עורכי הדין, פ"ד כה(1) 325 (1971); בג"ץ 4733/94 נאות נ' מועצת עיוית חיפה, פ"ד מט(5) 111 (1996), בפסקאות 12-14 לפסק דינו של השופט מצא; בג"ץ 7177/95 יורוגם בע"מ נ' מרנב השקעות, פ"ד נ(2) 1 (1996), בפסקאות 1-3, 5-7 לפסק דינו של השופט זמיר; בג"ץ 2159/97 מועצה אוורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, פ"ד נב(1) 76 (1998), בפסקה 18 לפסק דינו של השופט זמיר.

84 ראו לדוגמא: הבדיקה המדגמית, במסגרת תיק 203/10 נכלל סיכום ישיבת תחקירים שעסקה ב-16 תיקים. ב-14 מהתיקים הוחלט ש"אין מקום להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח" מבלי לציין נימוקים להחלטה; במסגרת תיק 375/09 נכלל סיכום ישיבת תחקירים שעסקה ב-40 תיקים מבלי לציין נימוקים להחלטות שלא לפתוח בחקירה. ייתכן, כי הסיבה להעדר הנמקה להחלטות הפצ"ר נעוצה בכך שהחלטותיו בדרך כלל נסמכות על חוות דעת מנומקות של הפרקליטות לענינים מבצעיים. עם זאת, בתיק 359/07 החלטת הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה לא נומקה על אף שהיא הייתה מנוגדת לחוות הדעת של הפרקליטות לענינים מבצעיים.

85 ראו: פרק א', בפסקאות 23, 26 ו-61.

86 לדוגמא להתנהלות כזאת ראו: חוות דעת א-סמוני, לעיל ה"ש 19, בעמ' 2, אשר המליצה על אי נקיטה בצעדים משפטיים בעקבות חקירת מצ"ח: "ממצאי החקירה והתחקיר הוצגו לומטכ"ל, אשר החליט לנקוט בצעד פיקודי כנגד מח"ט גבעתי... והורה כי הוא לא יקודם עוד במסלול הפיקודי-מבצעי".

## עריכת החקירה

43. במסגרת בחינת אופן עריכת החקירה ('איך חוקרים?'), תבדוק הוועדה גם את הגופים החוקרים ('מי חוקר?'). כמפורט בפרק א', על פי המשפט הבינלאומי על חקירה להיות 'חקירה אפקטיבית', העומדת בעקרונות של עצמאות, העדר משוא פנים, אפקטיביות ויסודיות, מהירות ושקיפות.

## הגופים החוקרים

44. בתת חלק זה תבדוק הוועדה אם הגופים בישראל החוקרים הפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי כשירים לקיים 'חקירה אפקטיבית', כהגדרתה במשפט הבינלאומי. כעולה מפרק א', המשפט הבינלאומי, ככלל, אינו עוסק בקביעת מיהות הגוף החוקר, אלא מציב את העקרונות שעל גופים חוקרים למלא. עם זאת, מתוך עקרונות אלה ניתן להסיק מסקנות לגבי הגופים החוקרים.

45. כמפורט בפרק ג', בישראל קיימים מספר גופי חקירה המופקדים גם על חקירות של תלונות וטענות בדבר הפרות של המשפט הבינלאומי ההומניטארי:

- א. הפרקליטות הצבאית ומצ"ח, החוקרים תלונות וטענות המכוונות כלפי חיילי צה"ל;<sup>87</sup>
- ב. משטרת ישראל, החוקרת תלונות העוסקות באירועי ירי של שוטרים באיו"ש;<sup>88</sup>
- ג. הממונה על בדיקת תלונות נחקרים (להלן: המבט"ן), הממונה על המבט"ן והמחלקה לחקירות שוטרים שבמשרד המשפטים (להלן: מח"ש), החוקרים תלונות המכוונות כלפי חוקרי שב"כ;<sup>89</sup>
- ד. היחידה הארצית לחקירות סוהרים (להלן: יאח"ס), החוקרת תלונות בדבר הפרות שאירעו במתקני כליאה, המכוונות כלפי סוהרים;<sup>90</sup>

87 ראו: פרק ג', בפסקאות 15-26 ובפסקאות 31-38.

88 ראו: שם, בפסקאות 44-46.

89 ראו: שם, בפסקאות 48-49.

90 ראו: שם, בפסקה 51.

ה. ועדות חקירה העוסקות, בדרך כלל, בחקירת אירועים בהם מעורבים מקבלי החלטות בכירים;<sup>91</sup>

לפיכך, תבדוק הוועדה את ההתאמה של גופי החקירה השונים ומנגנוניהם לעקרונות 'החקירה האפקטיבית' לפי המשפט הבינלאומי. תחילה תבחן הוועדה את הגופים והמנגנונים החוקרים תלונות נגד חיילי צה"ל ולאחר מכן את הגופים והמנגנונים החוקרים תלונות נגד שוטרים, נגד חוקרי שב"כ, נגד סוהרים ונגד מקבלי החלטות בכירים.

### 1. הגוף החוקר תלונות נגד חיילי צה"ל

46. להלן תבדוק הוועדה את ההתאמה של מנגנונים בגוף החוקר תלונות וטענות נגד חיילי צה"ל לעקרונות החקירה האפקטיבית. ראשית, ייבדקו עצמאות הפרקליטות הצבאית והעומד בראשה. שנית, ייבדק 'כובעו הכפול' של הפצ"ר והתאמתו לעיקרון 'העדר משוא פנים'. שלישית, יידונו האפקטיביות והיסודיות של חקירות מצ"ח. רביעית, יגובשו המלצות הנוגעות לעריכת חקירה מהירה. חמישית, ייבחן אם החקירות בצבא עומדות בחובות השקיפות. בהמשך לבדיקת המנגנונים לפי עקרונות החקירה האפקטיבית, ייבדקו מנגנוני הפיקוח והביקורת על הגופים החוקרים בצה"ל.

#### המלצה מס' 7: עצמאות הפצ"ר

47. כעולה מפרק א', עצם קיומה של מערכת משפט צבאית אינו כשלעצמו סותר את עקרון ה'עצמאות', הקבוע בדין הבינלאומי.<sup>92</sup> עם זאת, על מנת לעמוד בדרישות עקרון העצמאות, על חקירה של חשד סביר ל'הפרה רצינית' של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי על ידי מערכת המשפט הצבאית להתנהל מחוץ לשרשרת הפיקוד.

48. כמפורט בפרק ב', בארבע מדינות המשפט המקובל (שעליהן נמנית, במידה רבה, גם שיטת המשפט בישראל) יש מערכת משפט צבאית.<sup>93</sup> יתירה מכך, בכל שש המדינות שנסקרו, חקירות בצבא נערכות על ידי משטרה צבאית. עם זאת, בעשור

91 ראו: שם, בפסקאות 55-58.

92 ראו: פרק א', בפסקה 73.

93 לפירוט ראו: פרק ב', בפסקה 2.

האחרון ניכרת במדינות אלה מגמה של מעורבות מערכות אזרחיות במערכת המשפט הצבאית.<sup>94</sup>

49. תלונות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, המכוונות כלפי חיילי צה"ל, נחקרות על ידי מערכת המשפט הצבאית שבראשה עומד הפצ"ר. כפי שצוין בפרק ג', הפצ"ר כפוף מבחינה פיקודית לרמטכ"ל, ומבחינה מקצועית להנחיות היועץ המשפטי לממשלה. זאת מאחר והיועץ המשפטי לממשלה עומד בראש מערכת המשפט של הרשות המבצעת בישראל, לרבות מערכת התביעה ואכיפת החוק.<sup>95</sup> בחומר שהגיש לוועדה הבהיר הפצ"ר, כי בהתאם להוראות הצבא, למרות כפיפותו הפיקודית לרמטכ"ל והשתייכותו למטה המקצועי במטכ"ל, "אין עליו אלא מרותו של החוק".<sup>96</sup> הוא אף הדגיש, כי עצמאותו מאפיינת את כלל הגורמים בפרקליטות הצבאית ולא רק את העומד בראשה.<sup>97</sup>

עצמאותה של מערכת משפט צבאית נבחנת, בין היתר, לפי הליך המינוי של העומד בראש המערכת, משך כהונתו – לרבות הסמכות להאריכה – וכן קביעת דרגתו.<sup>98</sup> בישראל, ממונה הפצ"ר על ידי שר הביטחון, לפי המלצתו של הרמטכ"ל.<sup>99</sup> מכאן, שנדרשת הסכמה בין הרמטכ"ל לבין שר הביטחון על מנת למנות פצ"ר. תקופת כהונתו של הפצ"ר אינה מוגדרת בזמן, וכך לדוגמא, כיהן הפצ"ר האחרון במשך כשמונה שנים, וקודמו כיהן במשך כארבע שנים וחצי. יצוין, כי כל אחד משני הפרקליטים הצבאיים הראשיים הועלה לדרגת אלוף בתקופת כהונתו.<sup>100</sup> בענין זה נמסר לוועדה מלשכת הרמטכ"ל, כי בשל החשיבות הנודעת לעצמאותו

94 באוסטרליה נקבע בחוק כי הפצ"ר (JAG), מתמנה על ידי המושל הכללי לתקופה קצובה. על אף שהוא בעל דרגה של שני כוכבים, בעניינים מקצועיים אין לפצ"ר אחריות פיקודית או אדמיניסטרטיבית על הקצינים, הוא איננו חלק משרשרת הפיקוד והוא כפוף לשר ההגנה ומדווח ישירות אליו (וראו: פרק ב', בפסקה 25; נספח ג': הוד"ח האוסטרלי, בפסקה 51). גם בקנדה נקבע בחוק כי בעוד שהפצ"ר (JAG) מספק לשרשרת הפיקוד את השירותים המשפטיים הנחוצים לה, הוא כפוף לשר ההגנה ומדווח ישירות אליו (וראו: פרק ב', בפסקה 23; נספח ג': הוד"ח הקנדי, בפסקה 97). כבריטניה, הוקמה על פי חוק בשנת 2006 רשות תביעה צבאית עצמאית, שהעומד בראשה ממונה על ידי המלכה, בתיאום עם שר ההגנה, והוא יכול להיות אזרח, כפי שהוא אכן כיום. לבסוף, החל משנת 2011 קציני המשטרה הצבאית הראשיים מתמנים על ידי המלכה (וראו: פרק ב', בפסקה 27; נספח ג': הוד"ח הבריטי, בסעיפים 3.32-3.33).

95 ראו: פרק ג', בפסקה 18. ראו גם: בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת ביניש (1997) (להלן: ענין עטייה).

96 ראו: פרק ג', בפסקה 18.

97 שם.

98 כך לדוגמא ביקש הקונגרס האמריקאי לחזק את אי התלות של הפצ"רים במפקדם – נשיא ארה"ב – על ידי שלילת אפשרותו של הנשיא להעלותם בדרגה תוך כדי כהונתו וראו בענין זה: The National Defense Authorization Act – Authorization for Fiscal Year 2008, Sec. 543 (Public Law 110-181, 122 Stat. 3-604) (Jan. 28, 2008).

99 חש"צ, בסעיף 177.

100 ראו גם: פגישה – פצ"ר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 5.

של הפצ"ר, סיכמו הרמטכ"ל ושר הביטחון ביניהם לקצוב את תקופת כהונתו של הפצ"ר הנוכחי לארבע שנים וכן לקבוע מראש את מועד העלאתו לדרגת אלוף.<sup>101</sup>

לפיכך ממליצה הוועדה בענין עצמאותו של הפצ"ר:

#### א. כפיפות מקצועית

50. הוועדה סבורה, כי הכפפתו המקצועית של הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה מתיישבת עם עקרון העצמאות שנקבע במשפט הבינלאומי. כמו כן, עולה היא בקנה אחד עם המגמה של מעורבות המערכות האזרחיות, במדיניות שנסקרו. עם זאת, התרשמה הוועדה כי כפיפות מקצועית זו אינה ממוסדת דיה וכי יש צורך בהליכי חקיקה ובמהלכים ארגוניים על מנת להבטיחה. בהמשך הדברים יובאו מספר המלצות בענין זה.

#### ב. מינוי הפצ"ר

51. הוועדה ממליצה, כי על מנת לחזק את עצמאותו של הפצ"ר הוא ימונה על ידי שר הביטחון, על בסיס המלצותיה של ועדה מקצועית-ציבורית. על הרכב הוועדה המקצועית-ציבורית להיות דומה במהותו להרכב הוועדה המקצועית-ציבורית, הממליצה על מינויו של היועץ המשפטי לממשלה.<sup>102</sup> כמו כן, על מנת למסד את הכפיפות המקצועית של הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה, על האחרון להיות יושב ראש או חבר הוועדה המקצועית-ציבורית.

#### ג. משך כהונתו ודרגתו של הפצ"ר

52. על מנת להבטיח את עצמאות הפצ"ר, הוועדה ממליצה לקבוע את משך כהונתו, בדומה ליועץ המשפטי לממשלה, לתקופה אחת של שש שנים, שאיננה ניתנת להארכה.<sup>103</sup> כמו כן, תיקבע דרגה קבועה לפצ"ר.

101 ראו: מכתב מאל"מ הוד בצר, עוזר הרמטכ"ל, להושע גוטליב, מרכז הוועדה, "מעמד הפרקליט הצבאי הראשי" (10.11.2011). עוד צוין במכתב כי הוחלט: "לעגן את תפקיד הפצ"ר כתפקיד בתקן אלוף".

102 ראו: הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו דין וחשבון (התשנ"ט) (להלן: דו"ח ועדת שמנו); עוד ראו: החלטה 2274 של הממשלה ה-28 "דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה" (20.8.2000); החלטה 1773 של הממשלה ה-31 "קביעת הדרכים והתנאים למינוי היועץ המשפטי לממשלה - תיקון החלטת ממשלה" (10.6.2007).

103 ראו דו"ח ועדת שמנו, לעיל ה"ש 102, בעמ' 69: "כדי שיועץ משפטי יוכל לבצע תפקידו ללא השפעות פסולות, גלויות או סמויות, מן הראוי שתיקבע תקופת כהונה קבועה שתחזק אי-תלותו, כפי שהדבר נהוג לגבי משרות ציבוריות רמות אחרות במדינה (כגון מבקר המדינה ונגיד בנק ישראל)... יש להביא בחשבון שהתפקיד נושא עימו, כמתואר, סמכויות



53. כמפורט בפרק א', העיקרון של העדר משוא פנים נועד להבטיח שהחקירה תתנהל באובייקטיביות וללא הטיה. להבדיל מעקרון העצמאות, העדר משוא פנים ענינו אופן תפקודו של החוקר, לרבות מראית העין של תפקודו. התחולה של עיקרון זה על ניהול חקירה תיבחן בשים לב ל'כובע הכפול' שאותו חובש הפצ"ר כעומד בראש מערך התביעה הצבאית וכיועץ משפטי לשלטונות הצבא, ולחשש לניגוד ענינים המובנה במצב זה.

54. כמפורט בפרק ב', בחלק מהמדינות שנסקרו, העומד בראש מערכת המשפט הצבאית חובש 'כובע כפול' כזה. עם זאת, במדינות אלה ננקטו אמצעים שיש בהם כדי להפחית את הפוטנציאל לניגוד ענינים. אמצעים אלה כוללים החלשת תפקידו התביעתי של הפצ"ר על ידי חיזוק מעמדו של העומד בראש מערך התביעה הצבאית (להלן: תצ"ר), למרות כפיפותו לפצ"ר. כך ננקטו בקנדה, האמצעים הבאים: הפצ"ר (Judge Advocate-General) אינו עומד בראש שרשרת הפיקוד של רשויות החקירה;<sup>104</sup> ההוראות שמקבל התצ"ר (Director of Military Prosecutions) מהפצ"ר, הנוגעות לתביעה מסוימת, מועברות במקביל גם לשר ההגנה והן מפורסמות בפומבי, ככל הניתן; התצ"ר ממונה על ידי שר ההגנה (ולא על ידי הפצ"ר) לתקופה של ארבע שנים (הניתנת להארכה).<sup>105</sup> אף שמבנה מערכת המשפט הצבאית באוסטרליה שונה, ננקטו אמצעים דומים: התצ"ר ממונה על ידי שר ההגנה למשך זמן קבוע של עד חמש שנים (הניתנת להארכה עד לעשר שנים), בדרגת תת אלוף;<sup>106</sup> התצ"ר עומד מחוץ לשרשרת הפיקוד, ומדווח לשר ההגנה; עצמאותו מוגנת על ידי החוק והתערבות בהחלטותיו בנוגע להגשת כתב אישום היא עבירה פלילית.<sup>107</sup>

55. כמפורט בפרק ג', מופקד הפצ"ר על שתי זרועות: מערך התביעה הצבאית ומערך הייעוץ המשפטי. בראש התביעה הצבאית עומד התצ"ר, המסייע לפצ"ר

רחבות מאוד, ואין לקבוע תקופת שירות ארוכה מידי היוצרות ריכוז כוח לתקופה ממושכת, דבר שיש בו, לאור ניסיון החיים וההערכות הסבירות, כדי לגרוע מן האיוון הדרוש בממשל דמוקרטי תקין. הוועדה מציעה לאור שיקולים אלה תקופת כהונה אחת של שש שנים שאינה ניתנת להארכה."

104 ראו בנספח ג': הדו"ח הקנדי, בפסקה 91.

105 שם, בפסקה 92.

106 ראו: פרק ב', בפסקה 25.

107 שם.

ולסגנו להפעיל את סמכויותיהם בתחום הפלילי. עם זאת, הייעוץ המשפטי לגורמי הצבא השונים ניתן רק על ידי מערך הייעוץ המשפטי. הפצ"ר טען בפני הוועדה כי לאור ההפרדה הקיימת בפרקליטות הצבאית בין מערך התביעה למערך הייעוץ, נותר פוטנציאל של ניגוד ענינים רק אצל הפצ"ר וסגנו (שנושאים ב'כובע כפול').<sup>108</sup>

56. בפני הוועדה הועלתה ביקורת לגבי ה'כובע הכפול' של הפצ"ר, המעלה שאלות הנוגעות לעקרון העדר משוא פנים.<sup>109</sup> כך, למשל, נטען במסמך שהוגש לוועדה מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה: "[הפצ"ר] מנהל בפועל את הפרקליטות ומעורב אישית בשורה ארוכה של הכרעות, הן לגבי הייעוץ והן לגבי הפתיחה בחקירה. ניגוד הענינים בין תפקיד הייעוץ לבין תפקיד התביעה מבוטא אפוא באופן מובהק בתפקידו של נושא תפקיד בכיר במערכת המשפטית הצבאית, המצוי בניגוד ענינים פוטנציאלי בחקירות הנוגעות להחלטות שהוא עצמו קיבל".<sup>110</sup>

מנגד, טען הפצ"ר כי "ככל שתופעת 'הכובע הכפול' אכן יוצרת קשיים לכאורה במילוי תפקידו האכיפתי של הפצ"ר", הרי שקשיים אלה מתעוררים רק במקרים ספורים שבהם יש חפיפה בין הייעוץ לבין התלונות, ובמקרים אלה ניתן לעתור לבג"ץ.<sup>111</sup> עוד מצא הפצ"ר חיזוק לעמדתו על ידי השוואה ל'כובעיו' של היועץ המשפטי לממשלה, שאף הוא מייעץ לרשויות המדינה וגם עומד בראש התביעה הכללית.<sup>112</sup>

57. לקשר בין עצה משפטית לבין פתיחה בחקירה יש חשיבות לענינו, שכן לחשוד בעבירה יכול שתעמוד ההגנה שפעל על פי עצה משפטית, בין של הפצ"ר ובין של יועץ משפטי אחר.<sup>113</sup> עם זאת, יש בכפילות תפקידיו של הפצ"ר כדי ליצור חשש של מראית עין של משוא פנים. על מנת למנוע זאת, ממליצה הוועדה לנקוט שני אמצעים: חיזוק מעמדו ועצמאותו של התצ"ר בדומה למעמדו של פרקליט המדינה, והסדרה בחוק של הליך ערר על החלטות הפצ"ר לפני היועץ המשפטי לממשלה (המלצה מס' 13((א)).

108 ראו: הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 72, בעמ' 68; עוד על ההפרדה בפרקליטות הצבאית בין מערך התביעה למערך הייעוץ ראו: פרק ג', בפסקה 21.

109 ראו: האגודה לזכויות האזרח - נייר עמדה, לעיל ה"ש 66, בעמ' 24.

110 ראו: שני, כהן ורוזנצוויג, מסמך תגובה לנייר הפצ"ר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 22; עוד ראו: איל כנבנישתי "חובות הבדיקה והחקירה בדבר הפרות של דיני הלחימה החלות על מדינת ישראל" 23-25 (13.4.2011) (להלן: כנבנישתי, חוות דעת).

111 ראו: הפרקליטות הצבאית - נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 72, בעמ' 69.

112 שם, בעמ' 68.

113 ראו גם: שני, כהן ורוזנצוויג, מסמך תגובה לנייר הפצ"ר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 21.

## לפיכך ממליצה הוועדה לענין תפקידיו של הפצ"ר:

### מינוי התצ"ר

58. היום אין לתצ"ר מעמד מיוחד והוא ממונה ככל תובע צבאי,<sup>114</sup> שלא כפרקליט המדינה הממונה בהחלטת ממשלה לפי המלצתה של ועדת איתור ומשך כהונתו קצוב בזמן.<sup>115</sup> מצב זה גם שונה מהדרך בה מוסדר מעמדם של התובעים הצבאיים הראשיים (DMP) במדינות שפורטו לעיל.

לפיכך, ממליצה הוועדה שהתצ"ר ימונה על ידי שר הביטחון, לפי המלצה של ועדה שבראשה יעמוד הפצ"ר. משך כהונתו ודרגתו של התצ"ר ייקבעו מראש.<sup>116</sup>

### המלצה מס' 9: חקירות מצ"ח

59. כמפורט בפרק א', אחת הדרישות הנובעות מעקרון האפקטיביות והיסודיות היא שחקירה תיערך במקצועיות.<sup>117</sup>

60. כעולה מפרק ב', אחת הדרכים שבאמצעותן מבטיחות מדינות את קיומן של חקירות אפקטיביות ויסודיות היא על ידי הקמתן של יחידות מיוחדות לצורך חקירת אירועים שלגביהם מתעורר חשד להפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. כך, לדוגמא, קיימות בקנדה ובאוסטרליה יחידות חקירות עצמאיות (CFNIS ו-ADFIS בהתאמה), שתפקידן לחקור מקרים מסובכים או חמורים במיוחד, לרבות הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>118</sup> יחידה דומה קיימת גם במטרה הצבאית ההולנדית.<sup>119</sup>

61. כמפורט בפרק ג', הוקמה בישראל, במסגרת מערך התביעה הצבאית, בשנת

114 ראו: חש"צ, בסעיף 181(א), הקובע כי: "הרמטכ"ל, או מי שהוסמך לכך על ידיו, ימנה, בהמלצתו של הפרקליט הצבאי הראשי, קצינים בעלי הכשרה משפטית לתפקיד תובע צבאי; את אחד מהם, שהוא בעל נסיון משפטי של ארבע שנים לפחות, ימנה תובע צבאי ראשי".

115 ראו: החלטה 1585 של הממשלה ה-30 "הליך מינוי למשרת פרקליט המדינה" (29.2.2004); עוד ראו: החלטה 2077 של הממשלה ה-31 "שינוי בהרכב הוועדה לאיתור מועמדים למשרת פרקליט המדינה" (22.7.2007).

116 יודגש, כי ייתכן ולהמלצה זו תהיינה השלכות רחבות יותר. כך למשל, ייתכן שיהיה צורך להסדיר באופן דומה גם את מעמד הסנגור הצבאי הראשי.

117 ראו: פרק א', בפסקאות 80-102.

118 ראו: פרק ב', בפסקאות 42-43, 46-53; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח הקנדי, בפסקה 62.

119 ראו: פרק ב', בפסקאות 67-69; ראו בנספח ג': הדו"ח ההולנדי, בפסקה 2.

2007, הפרקליטות לענינים מבצעיים. חוליה זו מתמחה, בעיקר, בתיקי בדיקה וחקירה של עבירות הכרוכות בפעילות מבצעית של צה"ל ובעבירות של חיילי צה"ל, שנעברו כלפי אוכלוסייה אזרחית בשטח המוחזק על ידי צה"ל או בזמן לחימה. הפרקליטים בחוליה זו עוברים הכשרות מיוחדות, לרבות הכשרה משפטית רלוונטית, ימי עיון מבצעיים, סיורים לימודיים ביחידות מבצעיות והדרכות מטעם גורמי צבא מקצועיים. מטרת הקמתה של חוליה זו היתה ייעול הטיפול בתיקים וחיוק האפקטיביות והיסודיות של החקירות.<sup>120</sup> יצוין כי אין במצ"ח יחידת חקירות המקבילה לפרקליטות לענינים מבצעיים המתמחה בחקירת תלונות כאלה.

לפיכך ממליצה הוועדה בענין חקירות מצ"ח:

#### מצ"ח לענינים מבצעיים

62. הוועדה הגיעה לכלל מסקנה שבצד הפרקליטות לענינים מבצעיים שבתביעה הצבאית, יש מקום להקים מחלקה במצ"ח לענינים מבצעיים. השוטרים הצבאיים שימונו למצ"ח לענינים מבצעיים יעברו הכשרות בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, ובמיוחד בחובות הנוגעות לחקירת הפרות של כללים אלה. כדי להבטיח תקשורת בלתי אמצעית עם עדים, מתלוננים וגורמים רלוונטיים נוספים לחקירה, מומלץ כי יהיו בין החוקרים גם חוקרים הבקיאים בשפה הערבית. על מנת לקדם את הנגישות של מצ"ח למתלוננים, מומלץ כי בסיסי מצ"ח לענינים מבצעיים יתפרסו באזורים שבהם מתרחשים האירועים הנחקרים.

המלצה מס' 10: קביעת מסגרת זמן לחקירה

63. כמפורט בפרק א' וכאמור לעיל בפסקה 37, עקרון המהירות כולל את החובה לפעול במהירות הן בפתחה בחקירה והן בעריכתה. חקירה הנערכת במסגרת זמן סבירה תורמת ליסודיות ולאפקטיביות של החקירה, לאמון הציבור ולתחושה כי נעשה צדק.

120 ראו: עדות הפרקליט הצבאי הראשי - חלק ב, לעיל ה"ש 47, בעמ' 25-27.

64. הדיון בפרק ג' מלמד כי בישראל אין מגבלה לזמן המוקצב לחקירה. מתוך התיקים שסקרה הוועדה עולה, כי יש וחקירות אלה נמשכות שנים רבות.<sup>121</sup>

65. לא מכבר, נכנסה לתוקף הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה, שנועדה להביא לקיצור משך הזמן של הליכים פליליים – עד להגשת כתב אישום – במערכת התביעה האזרחית. על פי ההנחיה:

[ל]הליכים פליליים מהירים הממחישים היטב את הקשר בין העברייני לבין העונש, יש חשיבות רבה כגורם מחנך ומרתיע, כלפי העבריינים ואף כלפי הציבור... ככל שעובר הזמן כך גדל הקושי להביא ראיות מלאות ואמינות...

לשיפור בקצב הטיפול בתיקים נודעת גם חשיבות רבה מבחינת אמון הציבור בתביעה הכללית. השתהות ממושכת בטיפול בתיקים פוגעת באופן משמעותי באמון הציבור במערכת אכיפת החוק.<sup>122</sup>

הטעמים שביסוד הנחיית היועץ המשפטי כוחם יפה גם לחקירות הנוגעות להפרות של כללי המשפט הבינלאומי.

לפיכך ממליצה הוועדה בענין משך החקירה:

#### קביעת מסגרת זמן

66. הוועדה הגיעה למסקנה, כי יש לקבוע משך זמן לחקירה. על הפצ"ר, בתאום עם היועץ המשפטי לממשלה, לקבוע את משך הזמן המרבי שבין החלטה לפתוח בחקירה לבין החלטה לנקוט צעדים משפטיים או משמעותיים או לסגור את התיק. על מנת להבטיח עמידה במשך הזמן שיוסדר, ולאפשר ביקורת נאותה על כך, הפצ"ר יפרסם, אחת לשנה לפחות, נתונים סטטיסטיים בדבר משך זמן הטיפול בתיקים.

121 ראו: חוות דעת א-סמוני, לעיל ה"ש 19, ההחלטה לסגור את התיק התקבלה בתאריך 11 באפריל 2012 כשלוש שנים וחצי אחר האירוע; ראו גם: הבדיקה המזדנמית בתיק 154/09 הפרקליטות ביקשה השלמת חקירה לאחר כשנה וחצי ממועד קבלת תיק החקירה ממצ"ח.

122 ראו: "משך טיפול התביעה עד להגשת כתב אישום" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1202 (התש"ע).

## המלצה מס' 11 : שקיפות ההליכים

67. כעולה מפרק א', לעקרון השקיפות, הנדרש ב'חקירה אפקטיבית', שני היבטים: הראשון הוא ההיבט שנועד להבטיח את זכויות נפגעי העבירה והשני מבטיח ביקורת על מנגנוני החקירה והתביעה.

68. ההיבט הראשון של עקרון השקיפות לא חל בחקירת אירועי 'לחימה של ממש'.<sup>123</sup> יצוין, כי חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 (להלן: חוק זכויות נפגעי עבירה) מסדיר את זכויותיהם של נפגעי עבירה לקבל מידע על ההליך הפלילי.<sup>124</sup> אכן, חוק זכויות נפגעי עבירה חל רק על עבירות הנחקרות על ידי משטרת ישראל או מח"ש ואילו העבירות הנחקרות על ידי מצ"ח הוצאו מתחולת החוק.<sup>125</sup>

לענין ההיבט השני של עקרון השקיפות, מצאה הוועדה, כי בחלק מתיקי הפרקליטות הצבאית, שנבדקו, היה תיעוד הפעולות בתיק תמציתי יתר על המידה, ובמספר מקרים הוא לא שיקף ותיעד כראוי את הפעולות שנעשו.

לפיכך ממליצה הוועדה בענין השקיפות:

### א. זכויות נפגעי עבירה

69. הוועדה ממליצה להחיל את ההסדרים הקבועים בחוק זכויות נפגעי עבירה בדבר קבלת מידע על ההליך הפלילי, בשינויים המחויבים, גם על מי שנפגעו מפעולות אניפת חוק של כוחות הביטחון, הנחקרות על ידי מצ"ח. (יצוין, כי בהמשך תוצג המלצת הוועדה שמצ"ח תחקור גם אירועי ירי של שוטרים באיו"ש, חקירות אשר כבר חל עליהן חוק זכויות נפגעי עבירה (המלצה מס' 14)).

### ב. תיעוד בתיק

70. כאמור לעיל, התיעוד בתיקי הפרקליטות הצבאית מהווה בסיס מידע, המאפשר בדיקות וביקורות פנימיות בפרקליטות הצבאית. בסיס מידע זה יכול לשמש גם את

123 ראו: פרק א', בפסקה 106.

124 חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 1782, בסעיף 8.

125 שם, בסעיף 2, הקובע כי החוק חל רק על עבירות שחקירתן נעשית בידי המשטרה או מח"ש.

מנגנוני הפיקוח והביקורת בעתיד. לתיעוד יש גם היבט מנחה ומדריך לפרקליטים בכל הנוגע לניהול תיקים. הוועדה ממליצה כי הפרקליטות הצבאית תטמיע תהליך תיעוד קפדני, ובמיוחד בתיקים שבהם נערכו חקירות לגבי הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

### פיקוח וביקורת על הפרקליטות הצבאית (OVERSIGHT AND REVIEW)

71. החובה לכוונן מנגנוני פיקוח וביקורת והדרישות שעל מנגנונים אלה למלא נגזרות הן מעקרונות משפטיים ישראלים כלליים והן מעקרונות המשפט הבינלאומי בדבר עצמאות ואפקטיביות החקירה. ניתן ללמוד על תפקידם ותפקודם של מנגנוני פיקוח וביקורת כאלה גם מתוך הסקירה ההשוואתית של המדינות בפרק ב' וגם מתוך מבנה מערכת המשפט בישראל באופן כללי. תחילה, תבדוק הוועדה את המנגנונים (קרי, היועץ המשפטי לממשלה בכובעיו השונים) המוסמכים לפקח על החלטות הפצ"ר בכובעו כיועץ משפטי לשלטונות הצבא ולאחר מכן ייבדקו הגופים המוסמכים לבקר את החלטות הפצ"ר כעומד בראש מערך התביעה הצבאית. יצוין, כי ההמלצות בדבר פיקוח וביקורת הינן בעיקרן מוסדיות, ולפיכך נסמכות בעיקר על הדין והפרקטיקה בישראל.

#### המלצה מס' 12: פיקוח על הייעוץ המשפטי בפרקליטות הצבאית

72. במערכות המשפט האזרחיות של אחדות מן המדינות שנסקרו בפרק ב' קיימים גופים שתפקידם לייעץ בענין תחולת כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. כך, מייעץ משרד המשפטים בארצות הברית בתחומי דיני הלחימה לזרועות אחרות של הרשות המבצעת, ולו הסמכות הסופית להכריע במקרים שבהם מתגלעת מחלוקת לגבי פרשנות משפטית בין משרד ההגנה והמערכת המשפטית הצבאית ובין רשויות אחרות (כגון משרד החוץ).<sup>126</sup>

73. כפי שפורט בפרק ג', היועץ המשפטי לממשלה הוא המנחה המקצועי של הפצ"ר.<sup>127</sup> על פי החלטת בית המשפט העליון, "ככל מערכות הממשל, נתון גם הפצ"ר

126 ראו: פרק ב', בפסקה 21; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח האמריקאי, בפסקה 85.

127 ראו: פרק ג', בפסקה 62.

להנחייתו המקצועית של היועץ המשפטי לממשלה ולחוות דעתו המשפטית".<sup>128</sup> הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.5000 קובעת, כי עצמאותו המקצועית של הפצ"ר היא 'פנימית', הואיל והפצ"ר אינו פועל "במנותק ובנפרד מהמערכת הכללית של אכיפת החוק ושמירת שלטון החוק עליה מופקד היועץ המשפטי לממשלה".<sup>129</sup>

סוגיית הכפיפות המקצועית של הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה הועלתה לפני הוועדה. פרופ' איל בנבנישתי ביקר את תפקוד היועץ המשפטי לממשלה בהפעלת סמכויות הפיקוח על הפצ"ר. בין היתר טען, כי "בפועל מסתפק היועץ המשפטי לממשלה באצילה רחבה ומלאה של סמכותו בתחום החינוכי של דיני הלחימה ובכך הוא מתפרק מחובתו".<sup>130</sup> גם נציגת בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים העידה: "לצער, בכל הניסיונות שלנו לנהל את השיח עם היועץ המשפטי של הממשלה בשאלות של מדיניות, הוא הפנה אותנו לפצ"ר".<sup>131</sup> בענין זה, העיד המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), כי המומחיות בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מצויה בעיקר בצבא.<sup>132</sup>

לפיכך ממליצה הוועדה לגבי הפיקוח על הפרקליטות הצבאית:

יחידת דין בינלאומי במשרד המשפטים – ייעוץ

74. מן החומר שהונח בפני הוועדה והוצג בפרק ג' עולה, כי הייעוץ בתחום המשפט הבינלאומי ההומניטארי מבוזר בין גופים שונים במערכת האזרחית. אין במחלקות הייעוץ במשרד המשפטים גוף המרכז את כלל הטיפול המשפטי, מבחינת המשפט הבינלאומי, בענין פעילות כוחות הביטחון. לעומת זאת קיימת במערך הייעוץ של הפרקליטות הצבאית מחלקת דין בינלאומי (להלן: מחלקת דבל"א).

על מנת לחזק את יכולתו של היועץ המשפטי לממשלה להפעיל את סמכויות הפיקוח שלו על הפצ"ר, ממליצה הוועדה להקים יחידה במחלקת הייעוץ והחקיקה

128 ראו: ענין עטייה, לעיל ה"ש 95, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת ביניש.  
129 "תאונות קטלניות בצה"ל – השגה ליועץ המשפטי לממשלה על החלטת הפצ"ר לסגור תיק חקירה" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.5000 (התשס"ב) (להלן: הנחיית יועמ"ש 4.5000).  
130 ראו: בנבנישתי, חוות דעת לוועדה, לעיל ה"ש 110, בעמ' 25.  
131 ראו: פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 2 "עדות בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים" 16 (11.4.2011).  
132 ראו: פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 11 "עדות היועץ המשפטי לממשלה ועדות המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים)" 87 (10.4.2011) (להלן: עדות היועמ"ש ועדות המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים)).



שבמשרד המשפטים, שתתמחה בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. לצורך זה, יש לערוך עבודת מטה לגיבוש מתווה תקנים ומסלול הכשרה מתאים ליחידה זאת. כמו כן, יש להקים ערוץ תקשורת קבוע בין הגורמים העוסקים בסוגיה זאת – הפרקליטות צבאית, משרד הביטחון, פרקליטות המדינה, משרד החוץ, המטה לביטחון לאומי וכיו"ב – לבין היחידה שתוקם. למען הסר ספק יובהר, כי אין בהמלצה זו כדי לגרוע מתפקידיה של מחלקת דבל"א שבמערך הייעוץ בפרקליטות הצבאית ויש לשמר אותה כמרכז הידע בתחום הדין הבינלאומי בצה"ל.

המלצה מס' 13: ביקורת פרטנית ומערכתית על מערך התביעה בפרקליטות הצבאית

75. כמפורט בפרק ב', קיימים מנגנוני ביקורת באחדות מן המדינות שנסקרו. בקנדה כפופה המשטרה הצבאית לביקורת של הוועדה לתלונות על המשטרה הצבאית (Military Police Complaints Commission – MPCC). ועדה זאת היא גוף אזרחי שיש לו מעמד מעין שיפוטי, ושהוקם על מנת לחזק את האחריות (accountability) והעצמאות של המשטרה הצבאית בנוגע לחקירות המתנהלות על ידיה.<sup>133</sup> באוסטרליה, 'המפקח הכללי של הצבא' (the Inspector-General of the ADF – IGADF) נועד לספק לרמטכ"ל מנגנון לביקורת פנים על מערכת המשפט הצבאית, אשר באמצעותו ניתן לחשוף, לבדוק ולרפא כשלים ופגמים במערכת המשפט הצבאית. המפקח בוחן שימוש לרעה בסמכות וחוסר הגינות פרוצדוראלית, כמו גם מקרים של טיוח או מחדל.<sup>134</sup> בבריטניה, נתונה המשטרה הצבאית לביקורת של מנגנון המכונה Her Majesty's Inspectorate of Constabulary – HMIC. מאז 2011 מדווח גוף זה למזכיר המדינה על מידת העצמאות והאפקטיביות של חקירות המשטרה הצבאית.<sup>135</sup>

76. כפי שתואר בפרק ג', בידי היועץ המשפטי לממשלה סמכויות ביקורת על מערכת המשפט הצבאית.<sup>136</sup> בענין זה קבע בית המשפט העליון בישראל:

היועץ המשפטי לממשלה רשאי להתערב, ואף להורות לפצ"ר כיצד לנהוג בהחלטות אשר לדעתו יש בהן ענין מיוחד לציבור או שמוצא הוא

133 ראו: פרק ב', בפסקה 23; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח הקנדי, בפסקה 104–105.

134 ראו: פרק ב', בפסקה 25; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח האוסטרלי, בפסקה 66.

135 ראו: פרק ב', בפסקה 27; עוד ראו בנספח ג': הדו"ח הבריטי, בפסקה 3.44.

136 ראו: פרק ג', בפסקה 63.

שהשלכותיהן חורגות מעבר לתחומי המסגרת הצבאית. מעורבות היועץ המשפטי לממשלה בעניינים אלו תעשה במסגרת תפקידו כמי שנושא באחריות עליונה לרשויות התביעה השונות ולגורמים המשפטיים ברשות המבצעת.<sup>137</sup>

כך קבע בית המשפט העליון, כי תאונות קטלניות בצה"ל הן בעלות "ענין מיוחד לציבור", שבהן יש מקום למעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה. בית המשפט קבע, כי "מעורבות זו נובעת מהיות הנושא בעל ענין ציבורי מדרגה ראשונה ונוגע לשמירה על חיי אדם שהופקד בידי המערכת הצבאית".<sup>138</sup> מעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה במקרים אלה באה לידי ביטוי בהנחיה ייעודית לפיה ניתן להשיג בפניו על החלטת הפצ"ר שלא לחקור או שלא להעמיד לדין בגין תאונה קטלנית.<sup>139</sup> בלשון ההנחיה:

מקום שלדעת היועץ המשפטי לממשלה, החלטה של התביעה הצבאית שלא לחקור או שלא להעמיד לדין – ובמיוחד בקשר עם אירוע חמור בו קופחו חיי אדם, מחייבת התערבותו, משום שאינה עולה בקנה אחד עם מדיניות ראויה של אכיפת החוק, רשאי הוא, ואולי אף מחויב להתערב בענין. זאת, נוכח מעמדו המיוחד כראש מערכת התביעה הכללית והיעוץ המשפטי, וכפרשן המוסמך של הדין לרשות המבצעת על כל זרועותיה, לרבות הצבא ומערכת הביטחון.<sup>140</sup>

77. המשנה לפרקליט המדינה (עניינים מיוחדים), בעדותו לפני הוועדה, עמד על החשיבות של תיקים שענינם תלונות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, וטען שהענין הציבורי שהם מעוררים מצדיק אפשרות למתן זכות ערר על החלטת הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה. לדבריו:

... אדוני הציע, למה שלא ימוסד הליך ערר? למעשה קיים, אנחנו הודענו את זה בכל מקום. זה כתוב בכל נייר... משפחות [של נפגעים והרוגים] יודעות את זה. אנשים מכירים את זה. בעניינים שיש בהם ענין ציבורי החורג מגבולות הצבא, וככלל טענה של חייל שהרג אדם תוך הפרה של

137 ראו: ענין עטייה, לעיל ה"ש 95, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת ביניש [ההדגשות אינן במקור].

138 שם.

139 הנחית יועמ"ש 4.5000, לעיל ה"ש 129, בעמ' 20.

140 שם, בפסקה 4.

דיני הלחימה זה דבר שיש בו ענין ציבורי מעבר לגבולות הצבא, אפשר להגיש ערר.<sup>141</sup>

עם זאת, הוסיף המשנה לפרקליט המדינה (ענינים מיוחדים) וציין, כי קיום הליך ערר מעולם לא הוסדר באופן פורמאלי.<sup>142</sup> הפצ"ר מצדו התנגד למיסוד הליך הערר. לטענתו, מיסוד הערר בחוק עלול לכרסם בסמכותו ובמעמדו של הפצ"ר.<sup>143</sup>

יצוין, כי לא ידוע לוועדה על החלטה של היועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה בניגוד לעמדת הפצ"ר.<sup>144</sup>

78. במסגרת הדיון בביקורת על מערכת המשפט הצבאית בישראל, יש להידרש לשאלת הביקורת המערכתית. ערר ליועץ המשפטי לממשלה (שנדון לעיל) הוא הליך פרטני לביקורת על מקרים ספציפיים. לעומת זאת, ביקורת מערכתית עוסקת בביקורת כללית על תפקוד המערכת. בשנים האחרונות, מתקיים דיון ציבורי בנוגע להקמתו של מנגנון ביקורת על מערכת האכיפה האזרחית. לאחרונה, העביר היועץ המשפטי לממשלה לוועדה לביקורת המדינה של הכנסת תמצית טיוטת דו"ח מסכם של הצוות לבחינת הקמת נציבות תלונות על הפרקליטות. הצוות המליץ על עיצוב "מנגנון יעודי שיעסוק בבקרה מערכתית יזומה וסדירה על מערך הפרקליטות והתביעה".<sup>145</sup> בין הנימוקים להקמת הנציבות, הודגש קיומו של "חֶסֶר משמעותי דווקא בביקורת המערכתית".<sup>146</sup> על פי הצוות, הגוף המוצע ייתן בידי היועץ המשפטי לממשלה "כלי ניהולי, ביקורתי, להידרש לאופן שבו מתנהל מערך הפרקליטות והתביעה". כלי זה "מיועד לחזק את אמון הציבור" מאחר שביקורת מערכתית, על ידי גורם ממוסד, משפרת את התפקוד של מערכת התביעה.<sup>147</sup> הערות אלה כוחן יפה גם לענינו.

אמנם ראוי לציין, כי החלטות הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה נתונות, כמובן,

141 ראו: עדות המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), לעיל ה"ש 132, בעמ' 25 [ההדגשה אינה במקור].

142 שם, בעמ' 26.

143 ראו: פנישה - פצ"ר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 6.

144 וראו שני, כהן ורוזנצוויג, מסמך תגובה לנייר הפצ"ר, לעיל ה"ש 11, בעמ' 28: "כענין מעשי, אין למיטב ידיעתנו דוגמאות עדכניות למקרים שבהם הורה היועץ המשפטי לממשלה בניגוד לעמדת הפצ"ר, על פתיחה בחקירה צבאית בגין הפרה של דיני הלחימה".

145 ראו: "תמצית טיוטת דו"ח מסכם של הצוות לבחינת אפשרות היישום של הקמת נציבות תלונות על הפרקליטות" (טיוטה נכון ליום 12 בפברואר 2012).

146 פרוטוקול ישיבה מס' 240 של הוועדה לעניני ביקורת המדינה, הכנסת ה-18 (13.2.2012).

147 שם.

לביקורת בית המשפט העליון בגדר עתירות המוגשות אליו.<sup>148</sup> אולם בפועל, כוחו של בית המשפט העליון לבקר החלטות כאלה מצומצם למדי. זאת, בין היתר, מן הטעם שעתירה לבית המשפט העליון מוגשת, בדרך כלל, אחרי שחלף זמן רב מהאירוע הנדון.<sup>149</sup> כדברי בית המשפט העליון:

הבקשה לסעד של חקירה פלילית או פתיחה בהליך פלילי... היא בקשה ו"תאריך תוקף" בצידה. כאשר חולף זמן מהאירוע נשוא בקשה מסוג זה, אין עוד טעם בבקשה.<sup>150</sup>

תפקודו של בית המשפט כמנגנון ביקורת על החלטות הפצ"ר בדבר פתיחה בחקירה, הוא אפוא מוגבל.

לפיכך ממליצה הוועדה בענין הביקורת הפרטנית והמערכתית על הפרקליטות הצבאית:

#### א. ביקורת פרטנית – ערר ליועץ המשפטי לממשלה

79. נמצא, כי לפי הגישה הנורמטיבית המקובלת בישראל, כאשר מדובר בנושאים "בעלי ענין מיוחד לציבור או שהשלכותיהן חורגות מעבר לתחומי המסגרת הצבאית", יש צורך בהסדרה של הביקורת של המערכת האזרחית על המערכת הצבאית.<sup>151</sup> הוועדה ממליצה, אפוא, לקבוע בחוק הליך של ערר לפני היועץ המשפטי לממשלה על החלטות הפצ"ר. בחקיקה זאת ייקבע משך הזמן להגשת הערר ולמתן ההחלטה בו.<sup>152</sup>

148 ראו: עדות היועמ"ש, לעיל ה"ש 132, בעמ' 12-13: "בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק מפקח על החלטותיהם של היועץ המשפטי לממשלה ושל הפרקליטות, כמו גם על החלטותיו של הפרקליט הצבאי הראשי. בית המשפט התערב כבר בעבר בהחלטות בדבר העמדה לדין, לרבות במקרים בהם נטען כי יש להעמיד חיילים לדין בגין מעשה שנעשה במהלך אירוע מבצעי או בקשר אליו. הפיקוח שמפעיל בית המשפט הגבוה לצדק מהווה גם הוא חלק ממנגנון הבדיקה ביחס לתלונות וטענות בדבר הפרות של דיני הלחימה".

149 לדוגמא ראו: בג"ץ 5817/08 עראמין נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 10.7.2011) (להלן: ענין עראמין) שענינו ההחלטה שלא להאשים שוטרי משמר הגבול בגין אירוע באיו"ש שבו קטינה בת 10 נפגעה בראשה ונפטרה. פסק הדין ניתן למעלה מארבע שנים לאחר מועד האירוע. למידת התערבותו של בג"ץ בהחלטות הפצ"ר ראו גם: פרק ג', בפסקה 65.

150 ראו: בג"ץ 3292/07 עדאלה - המרזב המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 8.12.2011), בפסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

151 ראו: ענין עטייה, לעיל ה"ש 95, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת ביניש; עוד ראו: הנחיית יועמ"ש 4.5000, לעיל ה"ש 129, בעמ' 2.

152 ראו: חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 1043, בסעיף 65; הנחיית יועמ"ש 4.5000, לעיל ה"ש 129.

## ב. ביקורת מערכתית – נציבות תלונות על הפרקליטות

80. הוועדה ממליצה כי נציבות התלונות על הפרקליטות, לכשתוקם, תוסמך לבקר גם את התביעה הצבאית על כל זרועותיה, ובכלל זה לעקוב אחרי הגופים בצה"ל המנהלים בדיקות וחקירות על מנת לוודא שהנהלים והמדיניות של הפצ"ר מיושמים הלכה למעשה.

## 2. הגוף החוקר תלונות נגד שוטרים

### המלצה מס' 14: הטיפול בתלונות נגד שוטרים

81. העקרונות הנדרשים מחקירה אפקטיבית, שנסקרו בפרק א', חלים על כל חקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, בין אם החקירה נערכת על ידי הצבא, ובין אם על ידי המשטרה או כל גוף חוקר אחר.

82. בישראל, כפי שתואר בפרק ג', חוקרת המחלקה לחקירת שוטרים (מח"ש) שבמשרד המשפטים תלונות המוגשות כנגד שוטרים, לרבות תלונות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.<sup>153</sup> נמצא, אפוא, שחקירות של תלונות כנגד שוטרים אינן מתנהלות במשטרה. עם זאת, יש חריגים לכלל זה (שפורטו בפרק ג').<sup>154</sup> החריג העיקרי הוא אירועי ירי של שוטרי מג"ב ('שוטרים ירוקים') באיו"ש, הנחקרים על ידי המשטרה. יצוין, כי רוב התלונות נגד שוטרים בגין הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ענינן אירועי ירי כאלה.

חשוב להזכיר, כי עם הקמתה של מח"ש בשנת 1992 אמור היה הטיפול באירועי ירי אלה להיות בידיה, אולם באותה שנה הועבר הטיפול לידי אגף החקירות של מחוז שומרון ויהודה במשטרת ישראל (אח"מ ש"י). בשנת 2007, החליט פרקליט המדינה לבטל זאת ולהחזיר את הטיפול בתלונות על שוטרים, שענינן אירועי ירי, לידי מח"ש, בתהליך הדרגתי שאמור היה להסתיים עד 1 בינואר 2009.<sup>155</sup> החלטת פרקליט המדינה, להחזיר את הטיפול בתלונות על

153 ראו: פרק ג', בפסקאות 43-44.

154 שם, בפסקה 44.

155 שם.

שוטרים לידי מח"ש, לא יושמה במלואה, וכך נותרה האחריות בידי אח"מ ש"ש במשטרת ישראל.<sup>156</sup>

83. לענין זה, יש מקום לשקול אם יש להפקיד חקירות אלה בידי רשויות צה"ל, מן הטעם שעל פי הצו בדבר הוראות ביטחון, פעילות שוטרים בשטחי איו"ש כפופה למפקד כוחות צה"ל באזור וסמכויותיהם מושוות לסמכויות חיילי צה"ל.<sup>157</sup> כמו כן, מאפייני פעילות ה'שוטרים הירוקים' באיו"ש דומים למאפייני פעילות צה"ל.<sup>158</sup> כמפורט בפרק ג', יש מחלוקת בין משרד המשפטים לבין המשטרה בשאלה, מי ראוי לו שיחקור שוטרים שהיו מעורבים באירועים כאלה. חשוב לציין, כי בשנת 2011, הציע מנהל מח"ש להעביר את "סמכות חקירת אירועי ירי באיו"ש לידי הגורם המוסמך בצה"ל".<sup>159</sup> בין הנימוקים שהעלה, עמד מנהל מח"ש על כך שלמח"ש אין את המומחיות הנדרשת: "החקירות מצריכות ידע מצטבר ביחס למציאות הקיימת בשטח תוך הכרת הפקודות והתאמתן - במידת הצורך - לדין הבינלאומי. נושא מורכב זה מצוי בתחום המומחיות המובהקת של רשויות החקירה הצבאיות ומומחי המשפט הצבאי... מדובר בתחום שהינו זר לעשיית המחלקה [לחקירת שוטרים]".

84. בפועל, מנוהלות חקירות בשל אירועי ירי של שוטרים ירוקים באיו"ש על ידי המשטרה (אח"מ ש"י). לפיכך, יש צורך לבדוק אם חקירות אלה מתיישבות עם עקרונות החקירה האפקטיבית כפי ששורטטו בפרק א'. הגישה המקובלת בישראל היא שחקירת שוטרים על ידי שוטרים פוגמת, למצער, במראית פני עצמאות החקירה.<sup>160</sup> לדעת הוועדה, דרך הטיפול בתלונות נגד שוטרים, במתכונת שתוארה בפרק ג', פוגעת לעתים גם במהירות החקירה. הסיבה לכך נעוצה בכך שזהותו של מבצע העבירה (חייל צה"ל או שוטר מג"ב) משפיעה על הקביעה מי יהיה הגוף

156 ש.ם.

157 ש.ם, בפסקה 42; צו בדבר הוראות ביטחון [נוסח משולב] (יהודה והשומרון) (מספר 1651), התש"ע-2009; צו זה החליף את הצו בדבר כוחות המשטרה הפועלים בשיתוף עם צה"ל (מס' 52) תשכ"ז-1967, שהסדיר את פעילות שוטרים באיו"ש ואת סמכויותיהם. ראו בפרט: 1 סעיף 1 לפיו רואים כוחות משטרה הפועלים באיו"ש כ"שוטרים וקצינים במשטרת ישראל, שהועמדו תחת פיקוד מפקד כוחות צה"ל באזור", וסעיף 4 לפיו לכל שוטר מוקנות הסמכויות הנתונות לכל חייל על פי תחיקת הביטחון.

158 ראו: פרק ג', בפסקה 42. חיילי מג"ב מתגייסים כחלק מגיוס החובה במקום גיוס לצה"ל, עוברים מסלול טירונות ח"ר, וקורס הקצינים של מג"ב משותף לצה"ל ולא למשטרה. ראו עוד: "מג"ב (משמר הגבול)" אתר צה"ל [www.aka.idf.il](http://www.aka.idf.il). giyus/general/?catId=23067&docId=31509

159 ראו: מכתב מהרצל שבירו, ראש המחלקה לחקירות שוטרים למשה לדור, פרקליט המדינה, "זהות הגוף הראוי לחקור אירועי ירי של מג"ב באיו"ש והקפאת ההחלטה להעביר למח"ש את סמכות החקירה בענין" (30.1.2011); ראו גם: פרק ג', בפסקאות 44-45.

160 גישה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בעצם הקמתה של מח"ש (ראו: פרק ג', בפסקה 43) ובהחלטת פרקליט המדינה משנת 2007 (ש.ם, בפסקה 44).

החוקר. אי הבהירות – הן אצל המתלוננים והן אצל מי שעוסקים בחקירות – לגבי השאלה מי יחקור, צה"ל או משטרת ישראל – גורמת לא אחת לסרבול של הליך החקירה ולעיכובים משמעותיים.<sup>161</sup> עוד יש מקום להעיר כאן, כי כאשר התלונה היא בגין אירוע שבו השתתפו חיילי צה"ל ושוטרי מג"ב בצוותא, או כאשר לא ברור אלו מכוחות אלה השתתפו באירוע, יש בתהליך החקירה מספר שלבים. בתחילה, בודקת הפרקליטות הצבאית את זהות הגורמים הכרוכים באירוע, ורק אחרי שהגיעה למסקנות לגבי החיילים המעורבים, או אחרי שהתברר לה כי הנילונים הם שוטרים בלבד ולא חיילי צה"ל, מועבר התיק לבדיקת המשטרה.<sup>162</sup> משלב זה ואילך, אין שיטה מסודרת לגבי דרך הטיפול בתלונות: לעתים המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פלייליים) הוא המחליט בדבר פתיחה בחקירה של השוטרים המעורבים, ולעתים מועבר התיק במישורין למשטרה ונפתחת חקירה בלי החלטה מוקדמת של המשנה לפרקליט המדינה.<sup>163</sup> מצב זה גורע ממהירות החקירה וגם מן האפקטיביות והיסודיות שלה. חשוב להדגיש, כי על מנת שחקירות של חשדות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי בשטחי איו"ש תעמודנה בעקרונות האפקטיביות והיסודיות, על החוקרים להיות מקצועיים ובעלי ניסיון בתחומי חקירותיהם וגם להיות מצוידים באמצעים המתאימים והדרושים לביצוע הבדיקות והחקירות.<sup>164</sup>

מלבד הקושי שמציב הפיצול הנזכר של הטיפול בתלונות – ובמיוחד בין צה"ל למשטרה – הוצגו בפני הוועדה חומרים המצביעים על קשיים בהתנהלות החקירות באח"מ ש"י.<sup>165</sup>

161 ראו לדוגמא: הבדיקה המוגממת בתיק 427/07, שעסק באירוע שבו היתה מעורבת יחידת המסתערבים של המשטרה (י"ס). העברת התחקירים המבצעיים למשנה לפרקליט המדינה (ענינים פלייליים) התעכבה במשך שלוש שנים וחצי ממועד האירוע.

162 ראו לדוגמא: "סיכום דיון מתאריך 7.8.11 בנושא העברת תיק מצ"ח 195/07 – פציעתו של מחמוד אבו צלאחה בשכם ביום 18.1.07" (לשכת המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פלייליים), 15.8.2011). הדיון עסק בתיק הנוגע לאירוע שבו היו מעורבים חיילי צה"ל ושוטרי מג"ב. תחילה, נבדק התיק על ידי התביעה הצבאית שהחליטה "כי אין די ראיות להעמיד לדין מי מחיילי צה"ל". משכך, הועבר התיק למשנה לפרקליט המדינה "על מנת לבחון את הצורך בהמשך חקירת כוחות משמר הגבול אשר נטלו חלק במבצע". התיק הגיע למשנה לפרקליט המדינה ביום 29 במרץ 2011 (מעל ארבע שנים לאחר האירוע) והוחלט כי התיק יועבר למשטרה להמשך חקירה. בסיכום הדיון אודות תיק זה קבע המשנה לפרקליט המדינה כי שיטת החקירה ההדרגתית הננקטת במקרים של פעילות משולבת של צה"ל ומג"ב "אינה יעילה וספק אם יש בכוחה להביא לחקר האמת, והדברים ברורים".

163 ראו: פרק ג', בפסקאות 46 ו-102.

164 ראו: פגישה בין הושע גוטליב, מרכז הוועדה, לאורי כרמל, ראש המחלקה לחקירות שוטרים (22.9.2011); עוד ראו: עדות המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), לעיל ה"ש 132, בעמ' 50.

165 ראו לדוגמא: ענין עוראמין, לעיל ה"ש 149, בפסקאות 18-19 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. עוד ראו סיכומי ישיבות שנערכו בלשכת המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פלייליים): "סיכום ישיבה מיום 16.05.07 – העברת תחקירי משטרה באשר לאירועי ירי" (20.5.2007); "אירוע ירי ללא תחקיר" (25.2.2009); "סיכום דיון מתאריך 28.07.09 – תחקירי משטרה" (15.10.2009).

לפיכך ממליצה הוועדה בענין הטיפול בתלונות נגד שוטרים:

### בדיקה וחקירה של פעילות משטרתית תחת פיקוד צה"ל

85. הוועדה סבורה, כי כאשר עולים חשדות להפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, בעקבות פעילות משטרתית שנעשתה תחת פיקודו של צה"ל, ראוי שהחשדות ייבדקו וייחקרו על ידי צה"ל ולא על ידי המשטרה. הוועדה התרשמה, כי בידי הגורמים המופקדים על הבדיקה והחקירה בצה"ל, ובמיוחד בידי הפרקליטות הצבאית, הניסיון והמומחיות הדרושים לעריכת חקירות כאלה, עם בקיאות בדין החל על פעילות זאת (בהקשר זה ראו גם את המלצה מס' 9 בדבר מצ"ח לענינים מבצעיים).

הוועדה ממליצה, אפוא, כי בדיקה וחקירה של טענות נגד שוטרים שפעלו תחת פיקוד צה"ל בדבר הפרות של הדין הבינלאומי ההומניטארי באיו"ש תהיה בידי צה"ל.<sup>166</sup>

### 3. הגוף החוקר תלונות נגד חוקרי שב"כ

#### המלצה מס' 15: הטיפול בתלונות נגד חוקרי שב"כ

86. כאמור בפרק א', על פי הדין הבינלאומי – לאמור, כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי – חקירה אין משמעותה חקירה פלילית דווקא.<sup>167</sup> דהיינו, חקירות של חיילים, שוטרים או של אנשי ביטחון אחרים יכול שילבשו צורות שונות, ובלבד שהחקירה תעמוד בעקרונות של 'חקירה אפקטיבית'.

87. כמתואר בפרק ג', הוקם בישראל בשנת 1992 מנגנון חקירה מיוחד לבדיקת טענותיהם של נחקרים בשב"כ נגד חוקריהם.<sup>168</sup> כפי שנקבע, מועברות תלונות נחקרים אל הממונה על בדיקת תלונות נחקרים בשב"כ (המב"ת), שהוא עובד שב"כ בכיר שלא שירת באגף החקירות, שהוסמך כחוקר משמעת.<sup>169</sup> המב"ת חוקר את התלונה

<sup>166</sup> להמלצה זו יש השלכות רחבות יותר, שכן היא חלה על כל פעילות תחת פיקוד צה"ל ולא רק פעילות משטרה באיו"ש, לדוגמא, פעילות השב"ס תחת פיקוד חיל הים באירוע הימי מיום 31 במאי 2010.

<sup>167</sup> ראו: פרק א', בפסקאות 62 ו-65; יצוין כי פעילות שב"כ יכולה להתבצע בשטחי ישראל או באיו"ש והתלונות המוגשות הן ככלל בדבר עינויים או התעללות שהינם עבירות גם על פי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי וגם על פי משפט זכויות האדם הבינלאומי.

<sup>168</sup> ראו: פרק ג', בפסקאות 47-49.

<sup>169</sup> שם, בפסקה 48.



ומעביר את ממצאיו לפרקליט מפרקליטות המדינה, המכונה 'הממונה על המבט"ן'. הממונה על המבט"ן מגבש המלצה בדבר הצורך בפתיחה בחקירה פלילית, טיפול משמעתי, השלמת החקירה או גניזת התלונה. ממצאי המבט"ן והמלצת הממונה על המבט"ן מועברים ליועץ המשפטי לממשלה, או למי שהיועץ המשפטי האציל לו את סמכותו, המחליט אם יש לפתוח בחקירה פלילית. אם הוחלט לפתוח בחקירה פלילית, מועבר התיק לחקירת מח"ש.

88. בעדותם בפני הוועדה, טענו נציגי הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, כי מאז הקמתו של המבט"ן, בשנת 1992, הוגשו אליו "למעלה מ-700 תלונות, ואף לא חקירה פלילית אחת נפתחה".<sup>170</sup> ואכן, מהחומר שנמסר לוועדה עולה, כי המבט"ן והממונה על המבט"ן לא המליצו מעולם על פתיחה בחקירה פלילית בגין תלונה, ואף היועץ המשפטי לממשלה לא הורה מעולם לפתוח בחקירה פלילית כזאת.<sup>171</sup> לעומת נתונים אלה, הציג ראש השב"כ בפני הוועדה הסבר לפער שבין מספר התלונות שהוגשו לבין העדר חקירות פליליות. לטענתו, נובע המספר הגדול של התלונות שהוגשו למבט"ן, בין היתר, מכך שנחקרים שהודו או הפלילו אחרים טופלים לפעמים על חוקריהם האשמות שווא, על מנת שלא להיתפש כמי ש'נשברו' בחקירה או כמי שמשתפים פעולה עם ישראל.<sup>172</sup> בעקבות האשמות כאלה לא נפתחת חקירה פלילית.

89. למרות הסבר זה ומתוך התחשבות בביקורת על המבט"ן, נערכה בשנת 2007 בפרקליטות המדינה בדיקה של מנגנון חקירה זה. המסקנות וההמלצות שגובשו על ידי פרקליטות המדינה התבססו על מכלול הניסיון שהצטבר בפרקליטות במהלך עבודתה עם המבט"ן, ועל בדיקה מדגמית של תיקים שנחקרו על ידי המבט"ן.<sup>173</sup> במסקנות הבדיקה נקבע, בין היתר, כי המבט"ן "מוגבל מאד בכישוריו כחוקר" ושאלותיו "לאקונויות". עוד נמצא, כי המבט"ן "אינו יודע לעמת את נחקריו עם ממצאים שונים ועדויות סותרות, לא תמיד הוא חוקר את כל החוקרים הרלוונטיים לתלונה. הבעיה חריפה במיוחד לאור העובדה שעליו לחקור בעיקר חוקרים מוכשרים ומנוסים". כמו כן נאמר שם, כי הליך החקירה על ידי המבט"ן נמשך זמן רב מידי.

170 ראו: פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 11 "עדות הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל" 2 (12.4.2011).

171 יצוין, כי היו תלונות שהובילו לטיפול משמעתי או לשינוי נהלי חקירה מבלי להטיל אחריות על החוקרים. עוד ראו בענין זה: עדות המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), לעיל ה"ש 132, בעמ' 55-56.

172 ראו: פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 12 "עדות ראש שירות הביטחון הכללי" 15 (12.4.2011) (להלן: עדות ראש השב"כ).

173 ראו: מכתב מיהושע למברגר, המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים), לעון שנדר, פרקליט המדינה, "בדיקה מדגמית של תיקי מבט"ן" (9.10.2007).

ליקוי נוסף שהעלתה הבדיקה היה כי חקירות השב"כ אינן מתועדות די הצורך, וכי העדרו של התיעוד מעמיד קושי בפני המבט"ן בחקירותיו, אם כי "חל שיפור ניכר בהקפדה על תיעוד החקירה".<sup>174</sup>

בהמשך למסקנות בדיקה זאת, החליט היועץ המשפטי לממשלה בשנת 2010, כי המבט"ן לא יהיה עוד עובד של השב"כ, אלא עובד של משרד המשפטים. שני הטעמים העיקריים שעמדו בבסיס ההחלטה היו:

הטעם הראשון נוגע לבעיה תפקודית, קרי, הקושי האינהרנטי של המבט"ן למלא את תפקידו, וזאת מעצם היותו עובד שירות הביטחון הכללי, הבודק את פעילות עמיתיו... הטעם השני נוגע בעיקרו לבעיית ה'נראות', קרי הקושי להצדיק מצב בו גורם הנתפס כגורם פנימי בשב"כ בודק תלונות – פליליות על פניהן – נגד עמיתיו לשירות.<sup>175</sup>

החלטתו של היועץ המשפטי לא מומשה עד היום.

90. הליקויים שתוארו לעיל מעוררים ספקות חמורים בדבר יכולתו של המבט"ן לנהל 'חקירה אפקטיבית'. בשל ליקויים אלה שתוארו במסקנות הבדיקה של פרקליטות המדינה, יש פגמים חמורים באפקטיביות וביסודיות של החקירה וכן במהירות החקירה. לכך יש להוסיף, כי החלטתו הנזכרת של היועץ המשפטי לממשלה משנת 2010 אף הדגישה כי חקירת המבט"ן גם לוקה בהעדר עצמאות ובמראית פני עצמאות בהיותו "עובד שירות הביטחון הכללי, הבודק את פעילות עמיתיו". העובדה שלא נפתחו כלל חקירות פליליות, כאמור לעיל, מגבירה את החששות.<sup>176</sup>

לפיכך ממליצה הוועדה בענין הטיפול בתלונות נגד חוקרי שב"כ:

א. העברת תפקיד המבט"ן למח"ש

91. הוועדה ממליצה להעביר את תפקיד המבט"ן למח"ש שבמשרד המשפטים, כך שהמונה על המבט"ן יהיה מנהל מח"ש. גם בעתיד, יהיה היועץ המשפטי

174 ש.ס.

175 "העברת המבט"ן למשרד המשפטים" (סיכום דיון מתאריך 4.10.2010, לשכת היועץ המשפטי לממשלה, 11.11.2010).

176 יצוין, כי בינתיים בית המשפט העליון קיבל החלטה בענין חוקיות מנגנון החקירה המיוחד לבדיקת טענותיהם של נחקרים בשב"כ נגד חוקריהם. ראו: בג"ץ 1265/11 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה) טרם פורסם, (6.8.2012).

לממשלה מי שיחליט אם לפתוח בחקירה פלילית, על בסיס ממצאיו של המבט"ן והמלצתו של הממונה על המבט"ן. העברת תפקיד המבט"ן למח"ש יוצרת אחידות עם יתר תהליכי החקירה שבהם הסמכות בדבר פתיחה בחקירה נתונה ליועץ המשפטי לממשלה.<sup>177</sup>

#### ב. תיעוד חקירות שב"כ

92. בתיעוד החקירות של השב"כ יש כדי לחזק את היסודיות והאפקטיביות של חקירת המבט"ן. בבדיקה הנזכרת של פרקליטות המדינה וכן בעדויות שהושמעו בפני הוועדה עלה ענין התיעוד של החקירות בשב"כ. ראש השב"כ, בעדותו בפני הוועדה, הציע לשקול בחיוב תיעוד חזותי של חקירות שב"כ. לדבריו, "גם אם לא כולם תמיד אוהבים את זה אני חושב שזה יהיה נכון".<sup>178</sup> הוועדה ממליצה, אפוא, כי יהיה תיעוד חזותי מלא של החקירות, לפי כללים שיקבע היועץ המשפטי לממשלה בתאום עם ראש השב"כ.

#### 4. הגוף החוקר תלונות נגד סוהרים

##### המלצה מס' 16 : הטיפול בתלונות נגד סוהרים

93. כמפורט בפרק א', על המופקדים על החקירות לקיים מנגנונים המבטיחים שהחקירות תהיינה אפקטיביות ויסודיות.

94. כמפורט בפרק ג', היחידה הארצית לחקירת סוהרים (יאח"ס) שבמשרת ישראל מופקדת על בדיקתן וחקירתן של טענות בדבר ביצוע עבירות פליליות על ידי אנשי שירות בתי הסוהר. מכאן, שיחידה זאת היא המטפלת בתלונות ובטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. רוב חוקרי היאח"ס ממונים לתפקיד לאחר הכשרה כחוקרים במשטרה ולאחר שירות ביחידה הארצית לחקירות בינלאומיות.<sup>179</sup>

177 ראו: "חקירת אישי ציבור" הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.2200 (התשס"ג).

178 ראו: עדות ראש השב"כ, לעיל ה"ש 172, בעמ' 22-23. עוד ראו: חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, ס"ח 1855, בסעיף 17.

179 ראו: פרק ג', בפסקה 51; יודגש, כי הוועדה לא נפגשה עם גורם כלשהו ביאח"ס ולא העמיקה בה חקר.

## לפיכך ממליצה הוועדה לענין הכשרת החוקרים:

### הכשרה

95. על ראש אגף החקירות והמודיעין במשטרה לוודא שבמסגרת הכשרת החוקרים, יינתן מקום ראוי ללימוד הכללים הרלוונטיים שבמשפט הבינלאומי, ובמיוחד האמנה נגד עינויים,<sup>180</sup> הכללים הסטנדרטים המינימאליים של האו"ם בנוגע ליחס לאסירים (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners),<sup>181</sup> קובץ עקרונות האו"ם להגנה על אנשים הנתונים לכל סוג של מעצר או מאסר (Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment) ופרוטוקול איסטנבול<sup>182</sup> (Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment).<sup>183</sup> יודגש, כי המלצה זו חלה על כלל הגופים העוסקים בחקירת אירועים אשר חל עליהם המשפט הבינלאומי (ראו לעיל המלצה מס' 9).

## 5. הגוף החוקר תלונות נגד הדרג האזרחי

### המלצה מס' 17: הטיפול בתלונות נגד הדרג האזרחי

96. כאמור בפרק א' (ולעיל בפסקה 86 בענין השב"כ), כאשר קיימת על פי הדין הבינלאומי חובה לפתוח בחקירה, אין היא חייבת להיות חקירה פלילית דווקא, אולם עליה לעמוד בעקרונות של 'חקירה אפקטיבית'. דוגמא לחקירה אפקטיבית שאינה פלילית, המוכרת במשפט הבינלאומי, היא ועדת חקירה.<sup>184</sup>

180 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1465 U.N.T.S 85 (1984) (ישראל חתמה על האמנה בתאריך 22 באוקטובר 1986 ואישררה אותה בתאריך 3 באוקטובר 1991).

181 Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, adopted Aug. 30, 1955 by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, U.N. Doc. A/CONF/611, annex I (1957), amended E.S.C. res. 2076, 62 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) at 35, U.N. Doc. E/5988 (1977).

182 U.N. Commission on Human Rights Working Group on Arbitrary Detention, Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment regarding the situation of immigrants and asylum seekers, U.N. Doc. E/CN.4/2000/4/Annex 2 (1999).

183 Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ("Istanbul Protocol"), U.N. Doc. HR/P/PT/8/Rev.1 (Aug. 9, 1999).

184 ראו גם: פרק א', בפסקאות 62-65.

97. כפי שפורט בפרק ב', בשש המדינות שנסקרו מקובל לעשות שימוש בוועדות חקירה כאמצעי לחקירת טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי על ידי בכירים בצבא או בדרג האזרחי. ועדות אלה מוקמות על ידי הפרלמנט או הממשלה.<sup>185</sup> כמו כן, רשאית הממשלה להקים ועדת חקירה לאירועים בעלי חשיבות או ענין ציבורי, לרבות חשש להפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. לדוגמא, בקנדה, מוסמכת הממשלה למנות ועדת חקירה ציבורית (public inquiry) לחקירת אירועים חשובים, כגון הוועדה לחקירת פריסת הכוחות הקנדים בסומליה (The Commission of Inquiry into the Deployment of the Canadian Forces in Somalia), שבחנה, בין היתר, האשמות בדבר עינויים ורצח של שבוי סומלי על ידי חיילים קנדים.<sup>186</sup> בבריטניה, מסמיך חוק החקירות (Inquiries Act 2005) על שר ליזום חקירה ציבורית של אירוע המעורר ענין ציבורי, ולמנות את החברים בוועדת החקירה.<sup>187</sup> שתי דוגמאות הקרובות לעניננו הן 'ועדת החקירה הציבורית לבדיקת מותו במשמורת של אזרח עיראקי' (Baha Mousa Inquiry) ו'ועדת החקירה הציבורית לבחינת הטענות בדבר הריגה והתעללות בשבויים עיראקים על ידי חיילים בריטים' (Al Sweady Inquiry). ועדת Baha Mousa מונתה בשנת 2008 ובראשה עמד שופט בדימוס של בית המשפט לערעורים והיא עסקה בבדיקת מותו של אזרח עיראקי בבצרה שהיה נתון במשמורת בריטית. ועדת Al Sweady מונתה בשנת 2009 ובראשה עומד שופט בדימוס של בית המשפט הגבוה והיא עוסקת בבדיקת טענות בדבר הריגה והתעללות בשבויים עיראקים על ידי חיילים בריטים בבצרה.<sup>188</sup>

98. כאמור בפרק ג', בישראל, מלבד הליך הבדיקה והחקירה הפלילי,<sup>189</sup> מקימה הממשלה לפי הצורך ולפי שיקול דעתה ועדות חקירה ממלכתיות או ועדות בדיקה ממשלתיות לחקירת נושאים בעלי חשיבות מיוחדת.<sup>190</sup> אחדות מהן – כמו ועדת פֶהן, ועדת וינוגרד וועדת טירקל – עסקו בסוגיות הנוגעות להפרות של כללי המשפט

185 ראו: פרק ב', בפסקאות 54, 59 ו-71. עוד ראו בנספח ג': הדו"ח האמריקאי, בפסקאות 15 ו-52; ראו בנספח ג': הדו"ח האוסטרלי, בפסקה 28. עוד ראו בענין זה: Senate Foreign Affairs, Defence and Trade Committees, *Duties of the Australian Personnel in Iraq* (Aug. 18, 2005), available at: [www.aph.gov.au/Senate/committee/fact\\_ctte/completed\\_inquiries/2004-07/iraq/report/index.htm](http://www.aph.gov.au/Senate/committee/fact_ctte/completed_inquiries/2004-07/iraq/report/index.htm).

186 ראו בנספח ג': הדו"ח הקנדי, בפסקה 24.

187 ראו: 4 s. 12, *Inquiries Act* (2005 c. 12).

188 לקריאה נוספת ראו בנספח ג': הדו"ח הבריטי, בפסקאות 1.33-1.37.

189 ראו: פרק ג', בפסקאות 52-54.

190 ראו: פרק ג', בפסקאות 55-58.

הבינלאומי ההומניטארי.<sup>191</sup> יצוין, כי ועדות חקירה מוקמות אד-הוק לחקור אירועים חריגים ומאפשרות למנגנוני החקירה הקבועים להשקיע את משאביהם באירועים שגרתיים ולהימנע מהטיית משאבים בדרך המכונה management by exception.

לפיכך, ממליצה הוועדה לענין הטיפול בתלונות נגד הדרג האזרחי במסגרת ועדות חקירה:

#### ועדות חקירה

99. הוועדה הגיעה למסקנה, כי השיטה של חקירות על ידי ועדות חקירה ובדיקה המקובלת בישראל תואמת את חובותיה על פי המשפט הבינלאומי לחקור מעשים, החלטות או מחדלים,<sup>192</sup> המעלים חשד להפרות חמורות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי (לדוגמא, ועדת פֶּהן).<sup>193</sup> מנגנון ועדות החקירה והבדיקה בישראל מאפשר לעמוד בעקרונות של 'חקירה אפקטיבית'. הוועדה סבורה, כי גם על פי כללי המשפט הבינלאומי והפרקטיקה הנהוגה במדינות שנסקרו, אין בעובדה שהמשלה היא המקימה ועדת חקירה או ועדת בדיקה, כשלעצמה, כדי לפגום בעצמאותה של הוועדה.<sup>194</sup>

על המשלה להקפיד שכתב המינוי של ועדה יבטיח שהיא תפעל באופן עצמאי, וכי חבריה לא יימצאו בניגוד ענינים עם מושאי החקירה. כמו כן, על כתב המינוי להבטיח חקירה אפקטיבית ויסודית, הן על ידי מינוי חברי ועדה מקצועיים בעלי ניסיון וידע בתחומי עיסוקה של הוועדה והן על ידי הגדרת סמכויותיה, לרבות מתן גישה לכל הראיות. רצוי, שלפי הענין, גם ייקבע מועד להגשת מסקנותיה של ועדה החוקרת חשדות להפרות של כללי המשפט הבינלאומי.

#### המלצה מס' 18 : הטמעת המלצות הוועדה

הוועדה הגיעה להמלצות הבאות בנוגע להטמעת דו"ח זה:

191 ראו גם: עדות המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים), לעיל ה"ש 132, בעמ' 37.  
192 יש לקרוא מסקנה זו לאור המלצה מס' 2 בדבר עיגון בחקיקה של אחריות ממונים אזרחיים. עוד ראו: פרק א', בפסקה 26.  
193 ראו גם: פרק א', בפסקה 65.  
194 ראו: פרק א', בפסקה 72.

## א. הנחיות הפצ"ר

100. הוועדה ממליצה, שבדומה להנחיות פרקליט המדינה והנחיות היועץ המשפטי לממשלה, יפרסם גם הפצ"ר קובץ מקיף ומעודכן של הנחיות למנגנוני הבדיקה והחקירה, שיהיה פתוח לציבור.<sup>195</sup> הנחיות הפצ"ר יהיו מדריך לגבי בדיקה וחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי בצה"ל. חלק מההמלצות בדו"ח זה ענינן פרקטיקות ונהלים הנגזרים מחובותיה של ישראל לפי המשפט הבינלאומי. בהנחיות הפצ"ר ישולבו ההוראות והנהלים שיגובשו כתוצאה מהמלצות דו"ח זה. הנחיות אלה של הפצ"ר יוכלו לשמש בעתיד פרק במדריך צבאי מקיף בדבר חובותיה של ישראל והפרקטיקות הנהוגות בה לגבי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

## ב. צוות יישום

101. הוועדה ממליצה כי ראש הממשלה ימנה צוות יישום בלתי תלוי שיעקוב אחרי יישום המלצות הדו"ח וידווח על כך מעת לעת לראש הממשלה.

---

195 יצוין, כי קיימות הוראות פנימיות של הפרקליטות הצבאית. לוועדה נמסר כי נערכת עבודה מטה לעדכון הנחיות התצ"ר, לרבות כתיבת הנחיה בהקשרם של אירועים מבצעיים.





## סיכום מסקנות והמלצות פרק ד'

המסקנות וההמלצות אליהן הגיעה הוועדה בדו"ח זה הן כדלהלן:

### המלצה מס' 1: חקיקת 'פשעי מלחמה'

1. על משרד המשפטים ליזום חקיקה בכל מקרה שבו קיים חסר הנוגע לאיסורים בינלאומיים שאין מקבילה 'רגילה' שלהם בדין הפלילי, ולהשלים אותם על ידי חקיקה פלילית ישראלית.

2. מעבר לאמור, הוועדה רואה חשיבות בקליטה מפורשת של הנורמות הבינלאומיות לגבי פשעי מלחמה למשפטה של מדינת ישראל. הגישה המקובלת במדינות שנסקרו היא לעגן עבירות פליליות בינלאומיות בחקיקה פנימית.

### המלצה מס' 2: אחריותם של מפקדים וממונים אזרחיים

3. תיקבענה הוראות בחוק, המטילות על מפקדים וממונים אזרחיים אחריות פלילית ישירה בשל עבירות שעברו הכפופים להם, כאשר הם לא נקטו בכל האמצעים הסבירים למנוע ביצוע עבירות או לא פעלו להביא את האחראים לדין כאשר נודע להם על העבירות לאחר מעשה.

### המלצה מס' 3: חובות דיווח

4. נוהל הדיווח שקבע הרמטכ"ל בעקבות התחייבות המדינה לבג"ץ בשנת 2005 אינו מיושם. יש לעגן את נהלי הדיווח בהוראות הפיקוד העליון ויש להחילם על כלל האירועים בהם מעורבים כוחות צה"ל או כוחות הפועלים תחת אחריות צה"ל. יש להטמיע את נוהל הדיווח ולהטיל סנקציות על מפקדים שלא מילאו אחרי הוראותיו.

5. במסגרת נוהל הדיווח יש לתעד את זירת האירוע. חובה זאת כוללת תפיסה של כל מוצג וכל תיעוד אפשרי שיש בו לסייע לבדיקה ולחקירה, לרבות שמירת מוצגים (כגון בגדים, תחמושת או כלי נשק שנתפסו), בתנאים שיאפשרו, ככל הניתן, את בדיקתם לאחר מכן.

#### המלצה מס' 4: עילות המקימות חובה לבדוק ולחקור

6. מדיניות החקירות הנוהגת בצה"ל, לפיה לא נפתחת חקירת מצ"ח מידית בעקבות מותו של אדם במסגרת פעילות לחימה אלא אם כן קיים חשד סביר לביצוע עבירה, תואמת את חובותיה של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי. עם זאת, מדיניות זו אינה מעוגנת כראוי בדין הישראלי. יש לעגן אפוא מדיניות זו בהוראות המתאימות.

7. לצורך ניתוב מהיר ככל האפשר של בירור תלונות, יש לסווג עם קבלת הדיווח הראשוני את ההקשר המשפטי של כל אירוע; לאמור, האם מדובר באירוע לחימה, שחלים עליו דיני העימות המזוין, או בכל אירוע אחר, שחלות עליו נורמות של אכיפת חוק.

#### המלצה מס' 5: הערכה עובדתית

8. תחקיר מבצעי לא נועד לצרכי ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה. יש להקים מנגנון לצורך עריכת הערכה עובדתית, אשר על בסיס ממצאיו יחליט הפצ"ר אם יש צורך לפתוח בחקירת האירוע. לשם כך יוקם בצה"ל צוות מיוחד שיכלול בעלי מומחיות בתחום המבצעי, בדין הבינלאומי ובתחום החקירות. תפקיד הצוות יהיה לספק לפצ"ר מידע מלא ככל הניתן, בתוך פרק זמן שייקבע בנהלים, שיאפשר לפצ"ר להחליט אם לפתוח בחקירה.

9. במסגרת ההערכה העובדתית יתושאלו, ככל הניתן, גם מתלוננים ועדים נוספים שאינם חיילים.

#### המלצה מס' 6: ההחלטה בדבר פתיחה בחקירה

10. תיקבע בנהלים מסגרת זמן בת שבועות בודדים, שבגדרה יהיה על הפצ"ר להחליט אם לפתוח בחקירה על בסיס החומר שלפניו.

11. אין להתלות את סמכות הפצ"ר להורות על פתיחה בחקירה בהיוועצות באלוף האחראי על היחידה המעורבת באירוע, אלא יש לאפשר לפצ"ר להיוועץ במפקד כפי שימצא לנכון.

12. כל החלטה של הפצ"ר שלא לפתוח בחקירה, תהיה מנומקת.

13. בתום הליך הבדיקה ובתום חקירת מצ"ח, בין אם ההחלטה היא לסגור את התיק ובין אם לאו, על הפצ"ר לשקול העברה של החומר הרלוונטי לדרגים הפיקודיים.

המלצה מס' 7: עצמאות הפצ"ר

14. הכפפתו המקצועית של הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה מתיישבת עם עקרון העצמאות שנקבע במשפט הבינלאומי. עם זאת, יש צורך בהליכי חקיקה ובמהלכים ארגוניים על מנת להבטיח כפיפות זו (ראו להלן).

15. הפצ"ר ימונה על ידי שר הביטחון, על בסיס המלצותיה של ועדה מקצועית-ציבורית. על מנת למסד את הכפיפות המקצועית של הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה, על האחרון להיות יושב ראש או חבר הוועדה המקצועית-ציבורית.

16. יש לקצוב את משך כהונתו של הפצ"ר, בדומה ליועץ המשפטי לממשלה, לתקופה אחת של שש שנים, שאיננה ניתנת להארכה. כמו כן, תיקבע לפצ"ר דרגה קבועה.

המלצה מס' 8: 'הכובע הכפול' של הפצ"ר

17. על מנת למנוע חשש של מראית עין של משוא פנים, בשל 'כובעו הכפול' של הפצ"ר - כראש מערך התביעה הצבאית וכראש מערך הייעוץ המשפטי - יש לחזק את מעמדו ועצמאותו של התובע הצבאי הראשי.

18. התצ"ר ימונה על ידי שר הביטחון, לפי המלצה של ועדה שבראשה יעמוד הפצ"ר. משך כהונתו ודרגתו של התצ"ר ייקבעו מראש.

המלצה מס' 9: חקירות מצ"ח

19. יש להקים מחלקת מצ"ח לעניינים מבצעיים שתפעל לצד הפרקליטות לעניינים מבצעיים שבסיסה יתפרסו באזורים שבהם מתרחשים האירועים הנחקרים. בין החוקרים יהיו גם חוקרים הבקיאיים בשפה הערבית.

### המלצה מס' 10 : קביעת מסגרת זמן לחקירה

20. על הפצ"ר, בתאום עם היועץ המשפטי לממשלה, לקבוע את משך הזמן המרבי שבין ההחלטה לפתוח בחקירה לבין החלטה לנקוט צעדים משפטיים או משמעתיים או לסגור את התיק. הפצ"ר יפרסם, אחת לשנה לפחות, נתונים סטטיסטיים בדבר משך זמן הטיפול בתיקים.

### המלצה מס' 11 : שקיפות ההליכים

21. יש להחיל את ההסדרים הקבועים בחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, בדבר קבלת מידע על ההליך הפלילי, בשינויים המחויבים, גם על מי שנפגעו מפעולות אכיפת חוק של כוחות הביטחון, הנחקרות על ידי מצ"ח.

22. הפרקליטות הצבאית תטמיע תהליך תיעוד קפדני של כל פעולות הבדיקה והחקירה שנעשו בתיק ושל כל ההחלטות בו, ובמיוחד בתיקים שבהם נערכו חקירות של טענות לגבי הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

### המלצה מס' 12 : פיקוח על הייעוץ המשפטי בפרקליטות הצבאית

23. על מנת לחזק את יכולתו של היועץ המשפטי לממשלה להפעיל את סמכויות הפיקוח שלו על הייעוץ המשפטי של הפצ"ר, יש להקים יחידה במחלקת הייעוץ והחקיקה שבמשרד המשפטים, שתתמחה בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

### המלצה מס' 13 : ביקורת פרטנית ומערכתית על מערך התביעה בפרקליטות הצבאית

24. יש לקבוע בחוק הליך של ערר לפני היועץ המשפטי לממשלה על החלטות הפצ"ר. בחקיקה זאת ייקבע משך הזמן להגשת ערר ולמתן החלטה בו.

25. נציבות התלונות על הפרקליטות, לכשתוקם, תוסמך לבקר גם את התביעה הצבאית על כל זרועותיה, ובכלל זה לעקוב אחרי הגופים בצה"ל המנהלים בדיקות וחקירות על מנת לוודא שהנהלים והמדיניות של הפצ"ר מיושמים הלכה למעשה.

המלצה מס' 14 : הטיפול בתלונות נגד שוטרים

26. בדיקה וחקירה של טענות נגד שוטרים שפעלו תחת פיקוד זה"ל בדבר הפרות של הדין הבינלאומי ההומניטארי באיו"ש תהיה בידי זה"ל ולא בידי המשטרה או המחלקה לחקירת שוטרים שבמשרד המשפטים.

המלצה מס' 15 : הטיפול בתלונות נגד חוקרי שירות הביטחון הכללי

27. יש להעביר את תפקידי הממונה על בדיקת תלונות נחקרים בשב"כ למחלקה לחקירת שוטרים שבמשרד המשפטים.

28. יש לערוך תיעוד חזותי מלא של כל חקירות השב"כ, לפי כללים שיקבע היועץ המשפטי לממשלה בתאום עם ראש השב"כ.

המלצה מס' 16 : הטיפול בתלונות נגד סוהרים

29. על ראש אגף החקירות והמודיעין במשטרה לוודא שבמסגרת הכשרת החוקרים יושם דגש על הכללים הרלוונטיים במשפט הבינלאומי.

המלצה מס' 17 : הטיפול בתלונות נגד הדרג האזרחי

30. השיטה של חקירת דרגים בכירים על ידי ועדות חקירה ובדיקה המקובלת בישראל תואמת את חובותיה על פי המשפט הבינלאומי לחקור מעשים, החלטות או מחדלים, המעלים חשד להפרות חמורות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

המלצה מס' 18 : הטמעת המלצות הוועדה

31. על הפצ"ר לפרסם קובץ מקיף ומעודכן של הנחיות למנגנוני הבדיקה והחקירה בצה"ל. על הקובץ להדריך את מנגנוני הבדיקה והחקירה לגבי הטיפול בתלונות ובטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. בהנחיות הפצ"ר ישולבו ההוראות והנהלים שגיובשו כתוצאה מהמלצות דו"ח זה. על הקובץ להיות פתוח לציבור.

32. הוועדה ממליצה כי ראש הממשלה ימנה צוות יישום בלתי תלוי שיעקוב אחרי יישום המלצות הדו"ח וידווח על כך מעת לעת לראש הממשלה.



## פרק ה: בדיקת וחקירת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010

### מבוא

1. בהחלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה מיום 14 ביוני 2010 (להלן: החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה), נתבקשה הוועדה לעסוק גם באופן בו יושם מנגנון הבדיקה והחקירה הנוהג בישראל לגבי תלונות וטענות על הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ביחס לאירוע הימי מיום 31 במאי 2010 – אותו אירוע שהוועדה בדקה בפירוט רב בדו"ח שהגישה לראש הממשלה ביום 23 לינואר 2001 (להלן: דו"ח הוועדה הראשון).<sup>1</sup> פרק זה ענינו בסוגיה זו, דהיינו, תהליכי הבדיקה והחקירה בעקבות ההתרחשויות מיום 31 במאי 2010. בחלקו הראשון של פרק זה תובא, בתמצית ולשם התזכורת בלבד, סקירה קצרה של התרחשויות האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (להלן: האירוע הימי). בחלקו השני של הפרק יסקרו פעולות הבדיקה והחקירה שננקטו במנגנונים השונים בישראל. בחלקו השלישי של הפרק ינותחו מספר סוגיות הקשורות למנגנוני הבדיקה והחקירה ולאופן תפקודם בחקירת האירוע הנ"ל, בהתחשב בכללי המשפט הבינלאומי, כפי שנותחו בדו"ח זה. ניתוח זה אף ימחיש את חשיבות ההמלצות אותן גיבשה הוועדה בפרק ד' וידגים כיצד יש ביישום ההמלצות הלכה למעשה כדי לשפר ולייעל את מנגנוני הבדיקה והחקירה בצה"ל.

1 החלטה 1796 של הממשלה ה-32 "מינוי וועדה ציבורית בלתי תלויה, בראשות שופט בית המשפט העליון בדימוס, יעקב טירקל, לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010" (14.6.2010), בסעיף 5 (להלן: החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה).

## א. האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 – סקירה קצרה<sup>2</sup>

2. ביום 31 במאי 2010 התקרב אל חופי מדינת ישראל משט של שישה כלי שיט שיעדם המוצהר רצועת עזה. שש אוניות המשט יצאו במהלך חודש מאי מממלי אירלנד, טורקיה ויוון, וחברו בנקודת כינוס כ-30 מייל דרומית לקפריסין<sup>3</sup>. הגדולה שבאוניות המשט היתה המרמרה, אשר הפליגה מממל איסטנבול ואספה את מרבית המפליגים בנמל אנטליה. על סיפונה של המרמרה היו כ-590 נוסעים ואנשי צוות, רובם בעלי אזרחות טורקית.

3. כאשר התקרב המשט לחופי ישראל, הועברו מספר אזהרות לכלי השיט. עם הגעתם של כלי השיט למרחק של כ-70 מייל מחופי עתלית ומשלא נענו לקריאות האזהרה, החלה בשעה 04:26 פעולה צבאית במטרה להשתלט על כלי השיט. הוראות הפתיחה באש שניתנו לכוחות שיקפו שימוש בכוח הדומה לזה המופעל במסגרת מבצע לאכיפת חוק<sup>4</sup>.

4. על סיפון המרמרה נתקלו חיילי צה"ל באלימות קשה. שני חיילים נפצעו מירי, שלושה חיילים נלקחו לבטן האוניה כשהם פצועים, ואחרים סבלו פגיעות גופניות קשות. חיילי צה"ל הגיבו בכוח פיזי, ירו מנשק פחות קטלני וכן ירו אש חיה. כתוצאה מאירועים אלה נהרגו תשעה מן המשתתפים במשט ונפצעו כ-55 מהם, וכן נפצעו תשעה מחיילי צה"ל.

על סיפון שאר כלי השיט לא נתקלו חיילי צה"ל בהתנגדות או שנתקלו בהתנגדות פחותה, ולא נרשמו אבדות בנפש.

2 הסקירה מקיפה של ההתרחשויות ואסמכתאות רלוונטיות, ראו: הוועדה הציבורית לבריקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010 (ועדת טירקל) דין וחשבון חלק ראשון, בפסקאות 113-160 (התשע"א) (להלן: דו"ח הוועדה הראשון).

3 כאמור בדו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 2, למעשה יצאו שמונה כלי שיט שמטרתם הייתה לחבור ולהגיע לעזה יחדיו. שני כלי שיט התעכבו בדרך מסיבות שונות והוחלט שלא להמתין להם: אחד מכלי השיט, ה-CHALLENGER 2, לא נטל חלק במשט בשל תקלה טכנית וחלק מנוסעיו עברו לסיפונה של המרמרה, ראו "מענה צה"ל לבקשת השלמה מיום 15.11.2010", בסעיף א (להלן: מענה השלמה צה"ל לשאלות הוועדה, 15.11.2010). כלי השיט השני, ה-Rachel Corrie, ניסה להגיע לרצועת עזה בשלב מאוחר יותר, לאחר אירועי המשט בו עסקינו. אוניה זו הגיעה לחופי ישראל בתאריך 5.6.2010 ולאחר שנתבקשה על ידי צה"ל לעזור, הוצע כי תפרוק את מטענה בנמל אשדוד וכי הסחורות שעל סיפונה תועברנה לאחר בידוק לעזה, דרך המעברים האזרחיים, וכך היה. ראו: החלטה 1759 של הממשלה ה-32 "הטיפול במשט של רייצ'ל קורי לעזה" (6.6.2010); כן ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 4 "עדות ראש המטה הכללי של צבא ההגנה לישראל בדלתיים פתוחות" 15 (11.8.2010) (להלן: עדות הרמטכ"ל בדלתיים פתוחות מיום 11.8.2010).

4 לניתוח מפורט של הוראות הפתיחה באש שניתנו לכוחות שהיו מעורבים במבצע "רוחות שמיים 7" ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 204-211.



5. לאחר שהושלמה ההשתלטות על כלי השיט, החל שלב פינויים המסודר של הפצועים לבתי החולים השונים וכן החל הטיפול בגופות ההרוגים, אשר הועברו לבסוף לטורקיה, על פי דרישתה, אחרי בדיקה חיצונית בלבד במכון הפתולוגי באבו כביר. כלי השיט ועליהם שאר משתתפי המשט נלקחו לנמל אשדוד. באשדוד נקלטו משתתפי המשט בתהליך שכלל בדיקה רפואית, בדיקה ביטחונית, הוצאת צו משמורת (בשפתו של כל אחד ממשתתפי המשט), ולחלק מהם אף בוצעה 'הרכשה ביומטרית' (נטילת טביעות אצבע וצילום). לאחר מכן הועברו משתתפי המשט למספר בתי כלא לצורך משמורת. ביום 2 ביוני 2010, הועברו המשתתפים לנמל התעופה בן-גוריון ומשם הוטסו לארצות מהן יצאו למשט.

6. לאחר האירוע הימי נשמעה בישראל ובעולם הקריאה כי על ישראל לחקור את האירוע במהירות. כבר למחרת הביע מזכ"ל האו"ם את הצורך בקיום חקירה מלאה לבדיקת האירוע.<sup>5</sup> זמן קצר לאחר מכן התקיימה ישיבה דחופה בנושא במועצת הביטחון של האו"ם ובסופה יצאה קריאה לחקירה מהירה, בלתי מוטה, אמינה ושקופה שתעמוד בסטנדרטים בינלאומיים.<sup>6</sup> קריאה זו הובילה, בין היתר, להקמתן של שתי ועדות חקירה בינלאומיות: המועצה לזכויות אדם של האו"ם, שאירועי המשט התרחשו במהלך המושב ה-14 שלה, הכריזה ביום 2 ביוני 2010 על הקמתה של Fact-Finding Mission;<sup>7</sup> ביום 2 באוגוסט 2010 הכריז מזכ"ל האו"ם על הקמתו של Review Panel של האו"ם, בראשות ראש ממשלת ניו זילנד לשעבר, סר ג'פרי פאלמר, ובהשתתפות הנשיא היוצא של קולומביה, מר אלווארו אוריבה (Alvaro Uribe), וכן נציג ישראלי (מר יוסף צ'חנובר) ונציג טורקי (מר אוזדם סאנברק).<sup>8</sup>

5 ראו: Statement by the President of the Security Council, UN Doc. S/PRST/2010/9 (Jun. 1, 2010) (להלן: *UN Security Council, Jun. 1, 2010*).

6 שם; יצוין כי הכרה זו איננה החלטה של מועצת הביטחון לפי סעיפים 25 ו-27 למגילת האו"ם, ועל כן היא אינה מחייבת.

7 ראו: The Human Rights Council, *Report of the International Fact-Finding Mission to Investigate Violations of International Law, Including International Humanitarian and Human Rights Law, Resulting From the Israeli Attacks on the Flotilla of Ships Carrying Humanitarian Assistance, UN The Grave Attack by Israeli Forces Against the Humanitarian Boat*; Doc. A/HRC/15/21 (Sep. 27, 2010). *Convoy*, G.A. Res. 14/1, UN Doc. A/HRC/RES/14/1 (Jun. 23, 2010).

8 ראו: Geoffrey Palmer, *Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident*, delivered to the Secretary-General (Sep. 3, 2010).

## ב. תיאור תהליכי הבדיקה והחקירה שנערכו בישראל

### חקירת משטרת ישראל לגבי עבירות שביצעו משתתפי המשט

7. על פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מיום 31 במאי 2010, פתחה משטרת ישראל בחקירה נגד משתתפי המשט בחשד לביצוע עבירות אלימות כלפי חיילי צה"ל שהשתלטו על הספינות ועבירות נוספות.<sup>9</sup> יודגש, כי משטרת ישראל לא נתבקשה לבדוק תלונות או טענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי על ידי חיילי צה"ל, אלא רק עבירות שבוצעו על ידי משתתפי המשט כלפי חיילי צה"ל.<sup>10</sup>

8. בגדר פעולות החקירה של משטרת ישראל, נעשו ניסיונות לזהות את התוקפים על ידי הצגת תמונותיהם לחיילים הפצועים. כמו כן, נתפסו מוצגים שכללו תחמושת מסוגים שונים, דגימות חומר החשוד כדם, מפתחות כלים, סכינים ומוטות מוכתמים בחומר החשוד כדם, שני קליעים ומכשיר סלולארי של חברת נוקיה.<sup>11</sup>

9. החקירה של משטרת ישראל, ככל שהתייחסה לחשודים הזרים (דהיינו, משתתפי המשט שלהם אזרחות שאינה ישראלית) הופסקה כעבור זמן קצר. כאמור לעיל, ביום 1 ביוני 2010 קראה מועצת הביטחון של האו"ם בהצהרה נשיאותית (Presidential Statement) לשחרר את הספינות והעצורים וכן להחזיר את גופות ההרוגים לטורקיה.<sup>12</sup> בו ביום התכנסה ישיבת ועדת השרים לעניני ביטחון לאומי

9 משרד המשפטים "החלטת היועץ המשפטי לממשלה לסגור את תיק החקירה שנפתח בענין חשד לביצוע עבירות על ידי אזרחים ישראלים שהשתתפו במשט לעזה מיום 31.5.10" (22.12.2011) (להלן: החלטת היועמי"ש בענין טניר תיק החקירה ננגד משתתפי המשט הישראליים).

10 ראו: מכתב מתנ"צ ורדה שחם, ראש חטיבת החקירות, להושע גוטליב, מרכז הוועדה, "בקשת הוועדה הציבורית לקבל חומרים שנאספו במסגרת חקירת המשטרה" (12.9.2010) (להלן: תשובת המשטרה - קבלת חומר החקירה המשטרתית). בתשובת המשטרה צוין כי "החקירה נפתחה על פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה והתנהלה בכפוף להנחיותיו, כפי שהתקבלו מעת לעת [...]". בהתאם להנחיות אלה, פתחה משטרת ישראל בחקירה ביום 31.5.2010 בחשד לביצוע עבירות כלפי החיילים על האונייה 'מאווי מרמה' ובכללן, תקיפה חמורה של חיילים, הפרות סדר, סיכון חיי החיילים חטיפת כלי נשקם ועוד (להלן: 'עבירות האלימות'). ובהמשך: 'המשטרה הונחתה, תחילה, לנהל חקירה רק ביחס לנוסעים ישראלים חורים שתמצא לגביהם תשתית ראייתית קונקרטיה לביצוע עבירות האלימות כלפי החיילים, ולא ביחס לכלל הנוסעים. בנוסף, לגבי הישראלים ניתנה הנחיה שהם ייחקרו גם על כל עבירה נוספת שתתגבש אודותיה תשתית ראייתית, לרבות החשד לניסיון להיכנס לרצועת עזה בניגוד להוראות החוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005. [...] ועוד ניתן אישור שחקורי [זרה] יעלו לספינה לאסוף ממצאים רלבנטיים. בהמשך, המשטרה הונחתה לחקור את כל הישראלים גם בחשד לשותפות לביצוע עבירות האלימות השונות כלפי החיילים ומאוחר יותר ההנחיה הורחבה והוטל על המשטרה לחקור גם את כל הנוסעים הזרים הפצועים בחשד לשותפות לביצוע עבירות האלימות".

11 שם, בסעיף 9; האגף לחקירות ולמודיעין - מרחב לכיש "סיכום תיק המשט הטורקי פל"א 207206/10" (2.8.2010).

12 ראו: 2010, UN Security Council, Jun. 1, 2010, לעיל ה"ש 5: "The Security Council requests the immediate release of the ships as well as the civilians held by Israel. The Council urges Israel to permit full consular access, to allow the countries concerned to retrieve their deceased and wounded immediately"

והמליצה, מטעמים מדיניים, לשחרר את כל משתתפי המשט ולא לנקוט נגדם הליכים משפטיים.<sup>13</sup> היועץ המשפטי לממשלה החליט לאמץ עמדה זו, וביום 2 ביוני 2010 הורה בכתב להרחיק מיד מישראל את "הזרים שהגיעו על המשט החשודים בביצוע עבירות פליליות" בהתחשב בהמלצת הדרג המדיני שהתבססה על אינטרסים ציבוריים, מדיניים וביטחוניים וכן מן הטעם ש"המשך החזקתם של גורמים אלה בארץ יהיה בו כדי להזיק לאינטרסים חיוניים של המדינה יותר מאשר להועיל".<sup>14</sup> שלוש עתירות שהוגשו לבית המשפט העליון נגד החלטה זו של היועץ המשפטי לממשלה נדחו.<sup>15</sup> בית המשפט ציין כי לא מצא מקום להתערב בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, משום שזו מצויה במתחם שיקול דעתו וכי התערבות בשיקול דעתו, בכל הנוגע לחקירה או להעמדה לדין, מצומצמת למקרים חריגים ויוצאי דופן. עוד צוין, כי בשל אופיו המיוחד של האירוע הימי וההיבטים המדיניים הכרוכים בו רשאי היה היועץ המשפטי לממשלה להביא בגדר שיקוליו גם היבטים אלה.<sup>16</sup>

בהמשך להחלטה האמורה של היועץ המשפטי לממשלה "ביצעה המשטרה פעילות מאומצת במטרה לאתר חשודים מקרב הזרים", שהניבה, לדעת חוקרי המשטרה, תשתית ראייתית לחשדות נגד 11 מהם.<sup>17</sup> זמן קצר לפני הרחקתם מישראל, נחקרו חשודים אלה באזהרה,<sup>18</sup> אולם בעקבות דיון שהתקיים ביום 7 ביולי 2010 אצל היועץ המשפטי לממשלה בהשתתפות חוקרי המשטרה, הנחה היועץ המשפטי את המשטרה שלא להמשיך בחקירה לגבי העבירות שיוחסו לחשודים. עם זאת, הנחה אותה לסיים את חקירתם של החשודים הישראליים, שהיו חשודים בעבירה של ניסיון כניסה לשטח עזה שלא כדין, ולהעביר אליו את חומרי החקירה בצירוף המלצותיה.<sup>19</sup> למרות המלצות אגף החקירות והמודיעין במשטרה לפיהן קיימת תשתית ראייתית לביצוע עבירות מצד משתתפי המשט הישראליים וכי קיים ענין ציבורי בהעמדתם לדין, הודיע היועץ המשפטי לממשלה ביום 22 בדצמבר 2011 על סגירת התיק.

- 13 החלטה מס' 39 של ועדת השרים לעניני ביטחון לאומי "מדיניות ישראל מול עזה (צבאי ואזרחי)" (1.6.2010).
- 14 ראו: החלטת היועץ המשפטי לממשלה מתאריך 2.6.2010, שהוגשה במסגרת בג"ץ 4221/10 בן יעקב נ' משרות ישראל (לא פורסם, 2.6.2010) (להלן: החלטת היועמ"ש בענין שחרור משתתפי המשט).
- 15 ראו: בג"ץ 4169/10, 4193/10, 4220/10, 4221/10, 4240/10, 4243/10 נהן נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 2.6.2010), במסגרתו נדחו שלוש העתירות אשר ביקשו למנוע את שחרורם של משתתפי המשט הזרים.
- 16 שם, בפסקה 7.
- 17 תשובת המשטרה - קבלת חומר החקירה המשטרתי, לעיל ה"ש 10, בסעיף 6.
- 18 שם, בסעיף 7.
- 19 ראו: החלטת היועמ"ש בענין שחרור משתתפי המשט, לעיל ה"ש 14; כן ראו: תשובת המשטרה - קבלת חומר החקירה המשטרתי, לעיל ה"ש 10, בסעיף 8.

היועץ המשפטי נימק את החלטתו בקשיים ראייתיים ומשפטיים משמעותיים לגבי הוכחת יסודות העבירה ולגבי תחולת דיני העונשין של ישראל על עבירות חוץ.<sup>20</sup>

יצוין, כי על פי בקשת ועדת טירקל הועברו אליה בחודש ספטמבר 2010 חומרי החקירה שהיו בידי המשטרה.

## הבדיקות שהתקיימו בצה"ל

### 1. תחקיר מומחים מטכ"לי

10. ביום 7 ביוני 2010, כשבוע לאחר האירוע הימי, מינה הרמטכ"ל, בהמלצת הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר), את האלוף (במיל.) גיורא איילנד לעמוד בראש צוות מומחים מטכ"לי לבדיקת האירוע (להלן: צוות איילנד) על ידי תחקיר מומחים.<sup>21</sup> צוות איילנד הונחה לבדוק את ההיערכות למבצע, את שיטת הפעולה שנבחרה ואת החלופות האפשריות, את ההכנות המקדימות ואת אופן הביצוע. בין היתר, נבדקה פעילות שייטת 13 באירוע הימי. בדיקה זאת רוכזה על ידי אל"מ רפי מילוא, שנפגש עם קצינים וחיילים של השייטת שהשתתפו באירוע הימי והרכיב תמונה מפורטת של ההתרחשויות באירוע. צוות איילנד הגיש את מסקנותיו ביום 11 ביולי 2010 (להלן: דו"ח איילנד). צוות איילנד הצביע על ליקויים במספר נושאים והביא בפני הרמטכ"ל את המלצותיו המבצעיות.

מלבד תחקיר המומחים של צוות איילנד, התקיימו בצה"ל תחקירים פנימיים נוספים במסגרת היחידות שלקחו חלק באירוע הימי, ובכלל זה תחקיר חיל הים, תחקיר ראש אגף המודיעין, תחקיר ראש אגף המבצעים ועוד, שסיכומיהם הועברו לידי הוועדה.<sup>22</sup>

### 2. החלטת הפצ"ר

20 החלטת היועץ המשפטי בענין סגירת תיק החקירה נגד משתתפי המשט הישראליים, לעיל ה"ש 9.  
21 לביאור מונח זה ולהבחנה בין סוגי התחקירים המבצעיים – פנימי ומומחים – ראו: פרק ג', בפסקאות 88-91.  
22 ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 2, בפסקה 10.

11. עם תום האירוע החליט הפצ"ר שלא לפתוח מיד בחקירה של המשטרה הצבאית החוקרת (להלן מצ"ח) בגין מותם של תשעת האזרחים שנהרגו במהלך פעולת ההשתלטות על המרמרה ופציעתם של 55 ממשותפי המשט. הפצ"ר ציין בפני הוועדה, כי מותם של תשעה אזרחים ופציעתם של אזרחים נוספים במהלך השתלטות כוח צה"ל על המרמרה "מהווה – במובנים רבים – 'מקרה ביניים' ייחודי לעניין אופן יישומה של מדיניות החקירות".<sup>23</sup> מחד גיסא, הונחו הכוחות שביצעו את פעולת ההשתלטות להימנע, ככל הניתן, משימוש בנשק קטלני, ואף צוידו לצורך זה בכלי נשק פחות קטלניים (נפ"ק). דהיינו, מותו של אזרח, ובוודאי מותם של תשעה אזרחים, לא היה צפוי ונחזה כאירוע חריג. מאידך גיסא, עם תחילת ההשתלטות התברר כי המצב לא היה כצפוי, וכי הכוח שהונחת על סיפון המרמרה לצורך ההשתלטות נתקל במארב מתוכנן של פעילים אלימים, מאורגנים וחמושים, כך שאנשי הכוח עמדו בפני סכנת חיים מוחשית ומיידית.<sup>24</sup> הפצ"ר פירט את השיקולים שהביא בחשבון לצורך קבלת ההחלטה אם לפתוח מיד בחקירת מצ"ח, כמו השיקול שהאירוע נחקר על ידי משטרת ישראל (לגבי עבירות לכאורה שביצעו משותפי המשט), דבר שהבטיח את שימור הממצאים הפיזיים שנמצאו בכלי השיט. כמו כן, הובאה בחשבון העובדה שהאירוע נבדק על ידי צוות מומחים מטכ"לי בראשותו של האלוף (במיל.) גיורא איילנד. עוד ציין הפצ"ר, כי בדיקה על ידי תחקיר מבצעי היא הדרך המהירה ביותר כדי לקבל תמונת מצב עובדתית מלאה וכי אין בתחקיר כזה כדי לחסום את הדרך בפני חקירה פלילית, אם ממצאי התחקיר יעלו חשד שנעשתה פעולה בלתי חוקית.<sup>25</sup>

12. בצד החלטה זו ציין הפצ"ר כי בהתאם למדיניות החקירות נחקרו על ידי מצ"ח תלונות וטענות שהיה בהן מידע קונקרטי בדבר גניבת רכוש שהיה על כלי השיט. בהקשר זה נפתחו חקירות פליליות נגד 18 חיילים שהשתתפו בסריקה של המרמרה אחרי שעגנה בנמל אשדוד.<sup>26</sup> כתבי אישום פליליים הוגשו כנגד שמונה חיילים וננקטו צעדים משמעותיים כנגד חמישה חיילים.<sup>27</sup>

23 "נייר עמדה מטעם הפרקליטות הצבאית" 82 (19.12.2010) (להלן: הפרקליטות הצבאית, נייר עמדה 2010).

24 שם.

25 שם, בעמ' 83.

26 שם, בעמ' 83-84.

27 ראו: מכתב מרס"ן רוני קציר, הפרקליטות הצבאית, להושיע גוטליב, מרכז הוועדה, "נתוני חקירות אודות אירועי המרמרה" (13.8.2012).

## הקמת ועדת חקירה ציבורית (ועדת טירקל)

13. כאמור, ביום 14 ביוני 2010 החליטה ממשלת ישראל להקים ועדה ציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 (ועדת טירקל). נקבע בהחלטה, בין היתר, כי לצורך בדיקת הפעולות הצבאיות שנקטה ישראל לאכיפת הסגר הימי ביום 31 במאי 2010 "תקבל [הוועדה] לעיונה את המסמכים הדרושים לה וכן תוכל לבקש מראש צוות תחקיר המומחים שהוסמך על ידי הרמטכ"ל להעביר לעיונה את סיכומי התחקירים המבצעיים, שבוצעו בעקבות האירוע" (לאמור, דר"ח איילנד).<sup>28</sup>

14. הוועדה שמעה 26 עדויות, וכן קיבלה לידיה חומרים רבים נוספים על ידי רשויות שונות, שנכללו ביותר מ-150 תיקי מוצגים, ובכלל זה סקירות שונות בנושאי עבודתה (חלקן נערכו על פי בקשת הוועדה); פרוטוקולים של ישיבות בדרגים שונים; סיכומי פגישות עבודה של גורמים שונים; תחקירים פנים-ארגוניים; תיעוד של חפצים ותעודות שנתפסו על המרמרה; חומרים שנתפסו ממחשבים על המרמרה; מסמכים רפואיים ותעודות רפואיות (לרבות, מסמכים שהתקבלו ממד"א, מסמכים שהתקבלו מהמכון הפתולוגי באבו-כביר, מסמכים שהתקבלו מבתי החולים שבהם אושפזו וטופלו הפצועים) ועוד.<sup>29</sup>

15. כפי שנאמר בדר"ח הוועדה הראשון, הוסיפה הוועדה לעשות שימוש בסמכות שניתנה לה בכתב המינוי שלה לבקש את העמקת והרחבת התחקירים הצבאיים.<sup>30</sup> לפי דרישתה, פעלה נציגות מטעם הוועדה מול גורמים צבאיים שמונו לשם כך, שערכו תחקירים מחודשים, לפי הנחיות מפורטות של נציגות הוועדה ובליווי שלה. בגדר תחקירים אלה נגבו עדויות שתועדו של 38 לוחמים ושל גורמים צבאיים שהיו מעורבים במישרין באירועים, וכן נתקבלו חומרים נוספים רבים שתיעדו את האירוע הימי על כל היבטיו.<sup>31</sup> כמו כן נערכו השלמות חקירה נוספות, שבגדרן נגבו עדויות בכתב מ-20 לוחמים אחרים, וכן העידו בשנית 23 לוחמים וגורמים צבאיים.<sup>32</sup>

28 החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 6(ג).

29 ראו: דר"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 2, בפסקה 10.

30 החלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה, לעיל ה"ש 1, בסעיף 6(ג); יצוין, כי במסגרת בג"ץ 4641/10 אבני נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 12.7.2010), הוגשה לבית המשפט הודעה מוסכמת מטעם הצדדים, לפיה אם ועדת טירקל תבקש לזמן חיילים להעיד בפניה והממשלה לא תאפשר לה לעשות כן – יידרש בית המשפט לסוגיה. למעשה, הוועדה לא ראתה צורך בזימונם של חיילים, למעט הרמטכ"ל שזומן להעיד בפני הוועדה פעמיים.

31 ראו "העמקה והרחבה של תחקיר מומחים מטכ"לי" (20.9.2010) (להלן: הוחבת תחקירים, 20.9.2010).

32 ראו: דר"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 2, בפסקה 9; בכלל זה פנתה הוועדה לצה"ל שש פעמים, נוסף על הוחבת תחקירים.

תחקירים אלה אפשרו לוועדה לבחון כל הפעלת כוח שעליה דיווחו חיילי צה"ל בעדויותיהם (במגבלות מסוימות, שעליהן נעמוד בהמשך הדברים).<sup>33</sup>

16. הוועדה הוסיפה והעבירה, באמצעות שגרירות טורקיה בישראל, הזמנות למתן עדות לגורמים טורקיים רלוונטיים, וכן הזמינה נתינים בריטיים שהביעו את רצונם להגיש ראיות לוועדה, להמציא לה את תמצית הדברים שהם מבקשים להביא. כמו כן הציעה הוועדה לשמוע את העדויות באמצעות ועידת וידאו. כל הפניות האמורות לא זכו למענה.

17. ביום 23 בינואר 2011 הגישה הוועדה את הדו"ח הראשון שלה. תמצית מסקנות הוועדה הייתה כי הטלתו של הסגר הימי על רצועת עזה – בהתחשב בנסיבות הביטחוניות ובמאמצייה של ישראל למלא את חובותיה ההומניטאריות – הייתה כדין ובהתאם לכללי המשפט הבינלאומי; וכי למרות התוצאות המצערות שנלוו לפעולות שנקטה ישראל ביום 31 במאי 2010 לאכיפת הסגר הימי, הפעולות שנקטו היו כדין ובהתאם לכללי המשפט הבינלאומי. לענין זה נבדקו 133 אירועים שבהם הופעל כוח על ידי חיילי צה"ל (הכוללים, אירועי ירי בנשק חם, אירועי ירי בנשק פחות קטלני, אירועי ירי להרתעה, איום בנשק, הפעלת טייזר והפעלת כוח גופני בנסיבות מסוימות), שתוארו על ידי הלוחמים או שנראו במדיה האלקטרונית, ואשר פורטו בנספח החסוי לדו"ח.<sup>34</sup> לגבי 127 אירועים נמצא, כי הפעלת הכוח תאמה את כללי המשפט הבינלאומי. לגבי שישה אירועים שבהם הופעל כוח, קבעה הוועדה כי אין בידיה מידע מספיק כדי לקבוע ממצא בדבר חוקיות השימוש בכוח. בשלושה מתוך ששת המקרים היה מעורב גם שימוש באש חיה; בשני מקרים נעשה שימוש בכוח גופני (בעיטות); ובמקרה אחד הוכה משתתף באמצעות קת של רובה צבע.<sup>35</sup>

20.9.2010, לעיל ה"ש 31, בבקשות להשלמת המידע המצוי בידיה (ראו: "מענה השלמה צה"לי לשאלות הוועדה מיום 7.11.2010"; מענה השלמה צה"לי לשאלות הוועדה, 15.11.2010, לעיל ה"ש 3; "מענה השלמה צה"לי לשאלות הוועדה מיום 29.11.2010"; "מענה צה"ל לבקשת השלמה מיום 7.12.2010"; "מענה השלמה צה"לי לשאלות הוועדה 8.12.2010" (להלן: מענה השלמה צה"לי לשאלות הוועדה, 8.12.2010); "מענה השלמה צה"לי לשאלות הוועדה 30.12.2010".

33 ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 2, בפסקאות 232–238.

34 שם, בפסקה 239(א).

35 שם, בפסקה 239(ג).

## בדיקות פנימיות ברשויות נוספות

18. תחקירים פנימיים נערכו גם בגופים נוספים שהיו כרוכים באירוע הימי, כמו שירות בתי הסוהר, משרד החוץ ורשם האוכלוסין וההגירה במשרד הפנים. תחקירים פנימיים אלה הועברו לוועדת טירקל.

## בדיקת מבקר המדינה

19. ביום 15 ביוני 2010 הודיע מבקר המדינה לכנסת (באמצעות יו"ר הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת) על החלטתו לבדוק תהליכים מסוימים הנוגעים לדרכי קבלת החלטות בממשלה, לנושאי הסברה ולמודיעין. המבקר ציין, כי הביקורת בנושאים אלה נעשית, בין היתר, "במסגרת עריכת דו"חות מעקב לגבי ביקורות קודמות שבצעו בנושאים אלה, ובעיקר בתקופה שלאחר מלחמת לבנון השנייה", והוא הוסיף וציין כי לא יעסוק "בעצם הפעולה המבצעית של הכוחות הלוחמים הנמצאת בתחקירים פנימיים בצה"ל [בידי צוות איילנד], בנושאים משפטיים שהם בטיפול של הוועדה שהוקמה בהשתתפות בין-לאומית על ידי הממשלה [ועדת טירקל]". ביום 4 ו-5 באוגוסט 2010 מסר מבקר המדינה הודעה זו גם לראש הממשלה ולשרים הרלוונטיים.

20. ביום 16 ביוני 2011 הפיץ מבקר המדינה את ריכוז ממצאי הביקורת (טיוטת הביקורת) לגורמים הנוגעים בדבר. הדו"ח שעסק ביישום חוק המטה לביטחון לאומי, התשס"ח-2008 וההתמודדות עם המשט הטורקי פורסם ביום 12 ביוני 2012. משרד המבקר התמקד בתהליכי קבלת ההחלטות בממשלה בנוגע להתמודדות עם האירוע הימי ולממשק שהתקיים בין הדרג המדיני לצה"ל, בעבודת גופי הסברה ובנושאים מודיעיניים.<sup>36</sup>

21. המבקר מצא כי בתהליך קבלת ההחלטות בנושא האירוע הימי נפלו ליקויים משמעותיים, ובהם כי התהליך נעשה ללא עבודת מטה סדורה, מתועדת ומתואמת, וכן מצא המבקר ליקויים במערך ההסברה הלאומי ובתפקודו בענין האירוע הימי.

36 ראו: מבקר המדינה דוח ביקורת על יישום חוק המ"ל וההתמודדות עם המשט הטורקי (2012).



## בדיקות משלימות שביצע הפצ"ר בעקבות מסקנות דוחות ועדות החקירה השונות

22. לאחר הגשת דו"ח הוועדה הראשון ובעקבות מסקנות הדו"ח – ובמיוחד לגבי ששת המקרים שצוינו לעיל – הורה הפצ"ר לחיל הים להשלים את התחקור המבצעי של אותם אירועים.<sup>37</sup> לנוכח ממצאי השלמת התחקיר החליט הפצ"ר שאין מקום לנקוט צעדים משפטיים.

23. ביום 4 באפריל 2012 העביר הפצ"ר לוועדה חוות דעת לגבי שני אירועים נוספים שבהם, לפי הפצ"ר, "הוצגה בדו"ח פאלמר [Review Panel של האו"ם] תשתית ראייתית קונקרטית, שיש בה משום הרחבה ביחס לניתוח שנעשה בהקשר זה בדו"ח טירקל".<sup>38</sup> הפצ"ר ביקש "להעמיק את הבדיקה ביחס לשני המקרים הללו" ואחרי הבדיקה החליט שאין מקום לנקוט צעדים משפטיים.

37 ראו: הפרקליטות הצבאית לעניינים מבצעיים "בחינת שישה אירועים פרטניים הנוכרים בנספח החסוי של דוח וועדת טירקל לבדיקת אירועי המשט" (29.6.2011) (להלן: בחינת שישה אירועים לאור מסקנות הוועדה, 29.6.2011); ראו במיוחד בעמ' 2: "התבקש מחיל הים תחקיר משלים של כלל הגורמים שהיו עדים לאירועים או שיתכן כי נטלו בהם חלק, זאת בדגש על הסוגיות בהן הוועדה [טירקל] לא מצאה מענה במידע שהועבר לרשותה".

38 הפרקליטות הצבאית לעניינים מבצעיים "המלצה משלימה לפצ"ר בעקבות ממצאי דו"ח ועדת פאלמר לבדיקת אירועי המשט" (16.2.2012).

## ג. הערכת הנדיקות והחקירות שבוצעו

24. כאמור, בהחלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה נתבקשה הוועדה לבחון את האופן בו יושם מנגנון הבדיקה והחקירה הנוהג בישראל לגבי תלונות וטענות על הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי ביחס לאירוע הימי. הוועדה החליטה לעמוד במיוחד על מספר היבטים של האופן שבו נבדקה ונחקרה הפעלת הכוח באירוע הימי על ידי צה"ל.

25. ראשית, תעמוד הוועדה על הסוגיות שנבדקו ונחקרו בעקבות האירוע הימי ('מה חוקרים?'). שנית, תבדוק הוועדה את החלטתו של הפצ"ר שלא לפתוח בחקירת מצ"ח מידית ביחס למותם ופציעתם של הפעילים על המרמרה לאחר האירוע הימי. בנוסף תעמוד הוועדה על התייעוד של זירת האירוע ועל המשמעויות שלה ('מתי חוקרים?'). לבסוף, תעיר הוועדה הערות לגבי השימוש בדו"ח איילנד כ'הערכה עובדתית' לגבי השאלה אם יש צורך בחקירה של השימוש בכוח על ידי חיילי צה"ל באירוע הימי וכן תעמוד על הצעדים שאותם נקט הפצ"ר אחרי הגשת דוחות טירקל ופאלמר ('איך חוקרים?').

### מה חוקרים?

26. כפי שצוין בדו"ח הוועדה הראשון, נחקרו חלק ממשתתפי המשט במשטרת ישראל<sup>39</sup> וכן נחקרו אחדים מהם על ידי המודיעין הצבאי,<sup>40</sup> אולם לא ניתן היה לבדוק את אופני השימוש בכוח על ידי כוחות צה"ל באירועי הימי על פי גרסאות הנחקרים, וזאת, בעיקר משום שהחקירות לא התמקדו בשאלה זו. גם חיילי צה"ל שנחקרו על ידי משטרת ישראל סמוך לאחר האירוע הימי, נשאלו בעיקר על השימוש בכוח כלפיהם ולא על השימוש בכוח מצדם, והדבר מובן לאור החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה לחקור את פעולותיהם של משתתפי המשט דווקא.

39 סה"כ נחקרו במשטרה 42 ממשתתפי המשט. לכולם נמסרה הודעה בדבר זכותם להיוועץ בעורך-דין, לכולם תורגמו השאלות (למעט הנחקרים אזרחי ישראל, שלא נזקקו לתרגום כאמור). הרוב המכריע של המשתתפים סירב לחתום על ההודעות שנגברו, חלק ניכר מהם סירב להשיב לשאלות, וגם מקרב אלו שמסרו גרסה כלשהי, הרי שגרסתם הייתה לאקונית, ולא ניתן היה להרכיב מן הדברים תיאור מסודר של אירוע הפעלת כוח מצד חיילי צה"ל, על נסיבותיו.

40 סה"כ נחקרו במודיעין הצבאי 86 ממשתתפי המשט. עיון בדוחות החקירה מעלה כי רק חלק קטן מהנחקרים התייחס להפעלת הכוח מצד חיילי צה"ל. מרבית נחקרים אלה לא התייחסו לאירועים באופן שמאפשר בחינה משפטית של חוקיות הפעלת הכוח.

27. הוועדה סבורה כי משנפתחה חקירה פלילית בגין האירוע ונגבו עדויות של משתתפים במשט ושל חיילים שהשתתפו באירוע הימי, ראוי היה לגבות את עדויות החיילים גם לענין השימוש בכוח מצדם. יוזכר כאן, כי החלטתו של הפצ"ר לגבי השימוש בכוח מצד החיילים כפי שניתנה בשלב זה היתה "כי הצורך בקיום חקירה פלילית לעניין זה יישקל לאחר השלמת התחקיר" על בסיס חומרים שיצטברו, בין היתר, מחקירת המשטרה.<sup>41</sup>

28. ראוי לציין כאן כי בכל שלבי הטיפול המשפטי בפרשה ניכר חסרונו של גורם מרכזי שירכז את בחינתן של פעילויות כוחות הביטחון מזווית הראייה של המשפט הבינלאומי. כפי שנאמר בפרק ד', חוזרת הוועדה וממליצה להקים יחידה במשרד המשפטים, שתמחה במשפט הבינלאומי ההומניטארי ותרכז בידיה את הטיפול המשפטי בסוגיות כגון אלה שהתעוררו כאן.

## מתי חוקרים?

### 1. החלטת הפצ"ר שלא לפתוח בחקירת מצ"ח מידית בעקבות האירוע הימי

29. כמתואר לעיל, עם סיום ההשתלטות על המרמרה נמצא כי תשעה ממשתתפי המשט נהרגו ו-55 מהם נפצעו. האם די היה בעובדה זאת, כשלעצמה, כדי לחייב את הפצ"ר לפתוח מיד בחקירת מצ"ח? כפי שציינה הוועדה בדו"ח הראשון, הבסיס המשפטי לאכיפתו של סגר ימי מצוי בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, ומכאן שהכללים שחלו על השימוש בכוח במהלך ההשתלטות על המרמרה היו כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. אכן, הפרדיגמה שהנחתה את כוחות צה"ל – וכך גם התכוננו למבצע – הייתה של פעילות אכיפת חוק, ולפיכך הוראות הפתיחה באש שניתנו להם תאמו פרדיגמה זו ואת עקרונות השימוש בכוח שבמסגרתה, דהיינו, של הגנה עצמית. אולם, כאשר החלה ההשתלטות על האוניה התברר, כי לא היה מדובר בפעולת אכיפה שגרתית אלא במארב מתוכנן של פעילים אלימים, מאורגנים וחומושים, לאמור, אירוע לחימה.

41 הפרקליטות הצבאית, נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 23, בעמ' 83.

30. כמפורט בפרק א' לדו"ח זה, כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מטילים חובה לחקור כאשר מועלית האשמה אמינה (credible accusation) בדבר ביצוע של פשע מלחמה או כאשר עולה חשד סביר (reasonable suspicion) כי בוצע פשע מלחמה. עם זאת, אם המידע שהתקבל אודות האירוע הוא חלקי או נסיבתי ואין בו כדי לבסס חשד סביר המחייב חקירה, יש לערוך הערכה עובדתית (fact-finding assessment) על מנת לברר אם יש צורך בחקירה.<sup>42</sup> קיומו של חשד סביר שבוצע פשע מלחמה תלוי הן בעובדות האירוע והן בהקשר המשפטי, קרי האם מדובר באירוע שחלים עליו הכללים המסדירים לחימה או אכיפת חוק.

בפרשה הנידונה ניתנו לכוחות הוראות פתיחה באש העולות בקנה אחד עם פעילות אכיפת חוק. אירוע אכיפת חוק שבו מת אדם, ובוודאי אירוע שבו מתו תשעה אנשים, מחייב פתיחה בחקירה. עם זאת, התברר, כאמור, כי המצב בפועל היה שונה מזה שנצפה מראש. פעילות הלחימה שינתה את האופי המשפטי של האירוע ואת ההקשר המשפטי כך שחלים עליו הכללים המסדירים לחימה. על פי כללים אלה, כאשר הנסיבות אינן מגלות על פניהן חשד סביר לפלילים, יש לערוך 'הערכה עובדתית' שעל בסיסה תתקבל מאוחר יותר ההחלטה אם לפתוח בחקירה.

לפיכך, מוצאת הוועדה כי הנתונים שהיו לעיני הפצ"ר (ראו לעיל בפסקה 11) הצדיקו את החלטתו שלא לפתוח בחקירת מצ"ח מידית.

31. ראוי לציין, כי לפי הוראות שאומצו באחדות מן המדינות שנסקרו בפרק ב', הרי שכענין של מדיניות יש לפתוח בחקירה בכל מקרה העלול לעורר ביקורת ציבורית רחבה, או לעורר ענין והד תקשורתי או ציבורי, בלי להקדים לכך הערכה עובדתית. כך, למשל, ניתנה בקנדה הוראה שענינה פעילות הכוחות הקנדיים באפגניסטאן (Joint Task Force Afghanistan Standing Order 304) ולפיה, "יש לדווח מידית על כל אירוע משמעותי" (לרבות "פעולות של אנשי צבא קנדה שעשויות לחתור תחת ערכים ציבוריים, או לגרום פגיעה בשמה הטוב של קנדה מבית או מחוץ").<sup>43</sup> כך הורה גם סגן מפקד כוחות ארה"ב בעיראק

42 ראו: פרק א, בפסקה 49.

43 ראו בנספח ג': הדו"ח הקנדי, בפסקה 117.

בשנת 2006, לחקור "כל שימוש בכוח נגד עיראקים שהביא לידי מוות, פציעה או נזק לרכוש של למעלה מ-10,000 דולר".<sup>44</sup>

הוועדה רואה גישות אלה בחיוב והיא ממליצה לפצ"ר לשקול, נענין של מדיניות, להורות על פתיחה בחקירת מצ"ח לגבי אירועים כגון אלה, אפילו בהקשר של פעילות לחימה, ובמיוחד כאשר הנזק לא היו צפוי מראש.

## 2. תיעוד הזירה

32. כאמור בפרקים הקודמים, חובות הדיווח המוטלות על היחידות המעורבות בפעילות כוללות גם את החובה לתעד את זירת האירוע. תיעוד זירה הנערך מיד לאחר האירוע מסייע לגורמי הבדיקה והחקירה להבין את שאירע ולנתח אם התגבשו במקרה הנדון עלילות המחייבות פתיחה בחקירה.

33. כפי שנאמר בדו"ח הוועדה הראשון, חומר הראיות שהיה לעיני הוועדה בשעה שגיבשה את מסקנותיה לגבי האירוע הימי כלל בעיקר עדויות שתועדו של יותר מ-40 לוחמים ומפקדים שנגבו במסגרת תחקירים שהתקיימו בצבא.<sup>45</sup> כאמור, ביקשה הוועדה השלמות של תחקירים אלה, הצליבה ואימתה את העדויות מול עדויות רלוונטיות אחרות, וכן השוותה אותן לחומרים אחרים שנמסרו לוועדה. בסופו של דבר, התרשמה הוועדה שעדויות החיילים היו, בדרך כלל, מהימנות ואותנטיות. עם זאת, סברה הוועדה כי יכולתה להרכיב תמונה שלמה של האירועים הייתה מוגבלת, בין היתר, מן הטעם שזירת האירוע לא נשמרה באופן סטרילי מן האירועים ועד פתיחת החקירה. כך נאמר בדו"ח הוועדה הראשון כי: "חלק מגופות ההרוגים הוזזו מהמקום בו נורו, לא נערך איסוף מסודר של כל הקליעים והתרמילים שנמצאו על המרמרה, וגם כלי התקיפה השונים ששימשו את פעילי ה-IHH (סכינים, אלות, רוגטקות וכו') רוכזו במקום אחד ולא תועדו כפי שנתפסו, ועוד".<sup>46</sup>

34. חשוב לציין כאן, כפי שגם צוין בדו"ח הוועדה הראשון, כי נאספו באירוע חומרי מדיה אלקרונית רבים, ובכלל זה סרטים ותמונות שצולמו במצלמות דיגיטליות

44 ראו בנספח ג': הדו"ח האמריקאי, בפסקה 108.

45 ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 2, בפסקה 236.

46 שם, בפסקה 237.

ובמצלמות וידאו שהיו בשימושם של משתתפי המשט, סרטים ממצלמות אבטחה שהיו על המרמרה, וכן סרטים והקלטות מאמצעי חוזה של צה"ל. זהו, כמובן, חומר ראיות אובייקטיבי, שמידת אמינותו גבוהה, ושיש להקפיד על שימורו ותיעודו באופן מסודר.

35. אף על פי כן, התברר במהלך עבודתה של הוועדה, כי המדיה האלקטרונית לא נשמרה כראוי ולא תועדה באופן מסודר. נוכח החשיבות הגדולה שייחסה הוועדה למדיה האלקטרונית, ביקשה הוועדה לקבל את כל חומרי המדיה האלקטרונית שנאספו באירוע הימי. סך הכל נתקבלו יותר מ-900 שעות של הקלטה ומאמצים רבים הושקעו בצפייה ובהאזנה להקלטות. עם זאת, נראה היה לוועדה כי אירועים שונים שהיו אמורים להיות מתועדים לא תועדו. לפיכך, חזרה ופנתה לצה"ל בבקשה לברר אם כל המדיה שנתפסה הועברה לידיה.<sup>47</sup> בתשובה לפניות אלה נמסרו לוועדה מספר סרטונים נוספים שלא היו ברשותה קודם. עוד יצוין, כי חלק מן הסרטים שנמסרו לוועדה נערכו באופן שסמן מחשב הצביע על פרטים מסוימים בהתרחשות, ועוד. הוועדה עמדה על כך בדו"ח הראשון, וציינה, כאמור, כי הדבר הגביל את יכולתה לעשות שימוש במדיה האלקטרונית.<sup>48</sup>

36. ברי, כי הטמעתם של נהלי דיווח וכן הקפדה יתרה על עריכת הדיווח הראשוני על כל מרכיביו<sup>49</sup> – ובמיוחד שימור ותיעוד הזירה – הייתה מסייעת לתפקודם של גורמי הבדיקה והחקירה, ואף לעבודתה של הוועדה, וכן תורמת להבנה טובה יותר של האירועים. לא למותר לחזור ולעמוד על כך שהקפדה על תיעוד מידי של זירה בתום התרחשות אירוע, על ידי היחידה המבצעת או על ידי גורמים רלוונטיים אחרים, תורמת משמעותית לאפקטיביות של חקירה.<sup>50</sup>

אשר למדיה האלקטרונית, הסרטים שהועברו לוועדה בשלבים מאוחרים יותר תמכו בגרסאות של חיילי צה"ל. עם זאת, ובמיוחד בעידן שבו מתנהל הקרב גם בזירה

47 ראו למשל: מענה השלמה צה"ל לשאלות הוועדה, 8.12.2010, לעיל ה"ש 32, בעמ' 2, סעיף 6. אחד הדברים שהטרידו את הוועדה הייתה העובדה ששלושת החיילים שנחטפו לבטן האוניה סיפרו בעדויותיהם שהתקיימה סביבם 'מסיבת עיתונאים' בבטן האוניה, קרי, שהפעילים ששהו בבטן האוניה ניסו לצלם אותם בכל אמצעי שעמד לרשותם, ובכלל זה טלפונים ניידים, מצלמות רגילות ומצלמות וידאו. עם זאת, במאות שעות ההקלטה שהועברו לידי הוועדה, ואשר כללו גם חומרים שצולמו על ידי משתתפי המשט, לא נמצאה כל עדות לכך.

48 ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 2, בפסקה 237.

49 ראו: פרק ג, בפסקאות 72-73; פרק ד, בפסקה 21.

50 ראו: פרק ד, בפסקה 24.

המשפטית והתקשורתית הכרחי לקבוע שיטה מסודרת של תיעוד, מיון וסיווג של אמצעים אלקטרוניים, כגון מדיה אלקטרונית, שיש בהם כדי לשמש להבנת האירוע וכדי להבטיח שהגופים החוקרים יקבלו את כל המידע הזמין הדרוש להם. יצירתם של נהלים מתאימים, העלאתם על הכתב, הטמעתם ואכיפתם, הם חלק חשוב בהכנתו של צה"ל לאכיפה הולמת של כללי המשפט הבינלאומי.

## איך חוקרים?

### 1. שימוש בדו"ח איילנד כ'הערכה עובדתית' טרם ההחלטה אם לפתוח בחקירה

37. כאמור לעיל, החלטתו של הפצ"ר שלא לפתוח מיד בחקירה נשענה בעיקרה על כך שהאירוע נבדק באותו זמן על ידי צוות מומחים מטכ"לי בראשותו של האלוף (במיל.). גיורא איילנד, שהוא, לדעת הפצ"ר, הדרך המהירה ביותר לקבל תמונת מצב עובדתית מלאה.

38. דו"ח איילנד הוגש, כאמור, ביולי 2010. הדו"ח מחולק לעשרה פרקים, שנערכו על ידי חברים שונים בצוות התחקיר, על פי תחום מומחיותם. חלקו של הדו"ח הנוגע לענייניו כאן הוא הפרק העוסק בפעילות שייטת 13 באירוע הימי. בפרק זה נסקרו ההכנות לקראת האירוע וכן תוארו מהלכי ההשתלטות על המרמרה, דקה אחר דקה. כאן תוארו הנסיגות לטפס אל המרמרה מהמורנות, הגלישה משלושת המסוקים, תיאורי החיילים שגלשו מהמסוק הראשון בדבר האלימות שהופעלה נגדם, פציעותיהם, השימוש בכוח מצדם בתגובה לאלימות, הטיפול מהמורנות, שלב פינוי הפצועים וסריקת האוניה. במסגרת פרק זה נעשה ניסיון מסוים לקבוע את הנסיבות בהן מצאו את מותם תשעה ממשתתפי המשט.<sup>51</sup>

39. אכן, צוות איילנד הורכב ממומחים בתחומם, מפקדים בכירים שלא היו מעורבים בתכנון ובפיקוד על המבצע. בהשוואה לתחקירים אחרים, ערך צוות איילנד תחקיר יסודי בזמן קצר, וניתן להניח כי, לצרכים מבצעיים, היה במידת הפירוט של בדיקת נסיבות המוות של הפעילים כדי להבטיח הפקתם של לקחים מבצעיים חשובים לעתיד.

51 ראו: "רוחות שמיים" 7-106-107 (תחקיר מומחים מטכ"לי של גיורא איילנד, 11.7.2010).

עם זאת, וכאמור בפרק ג', התחקיר המבצעי איננו כלי משפטי, אלא כלי מבצעי המיועד לשימושם של מפקדים ולא של משפטנים. לענין זה יודגש, כי חרף יסודיותו של דו"ח איילנד, אין בו מענה לשאלות המשפטיות המתעוררות ביחס לכלל נסיבות השימוש בכוח על ידי חיילי צה"ל. כך, לדוגמא, לא נבדקו נסיבות פציעתם של 55 ממתתפי המשט.<sup>52</sup> כפי שעולה מדו"ח הוועדה הראשון, בכדי לגבש מסקנות ביחס לחוקיות הפעלת הכוח באירוע הימי, היה על הוועדה לחזור ולגבות עדויות מפורטות מכל החיילים שהשתתפו באירוע. גם הפצ"ר סבר שלא ניתן היה לקבל החלטה בדבר פתיחה בחקירה על בסיס דו"ח איילנד וכי בהעדר דו"ח טירקל היה נדרש גם הוא להשלמות נוספות של התחקיר.<sup>53</sup> דברים אלה מובנים נוכח העובדה שמטרתו העיקרית של תחקיר מבצעי היא הפקת לקחים מבצעיים ולא כדי לשמש כלי לבירור משפטי.

בסופו של דבר, סמך הפצ"ר על הבדיקה שקיימה ועדת טירקל במסגרת ההחלטה על הצורך (או העדרו) בפתיחה בחקירה לגבי השימוש בכוח שעשו חיילי צה"ל באירוע הימי.<sup>54</sup>

40. בפרק ד' עמדה הוועדה על השימוש בתחקיר המבצעי במקרים בהם נדרש לערוך הערכה עובדתית, והצביעה על הקושי בהסתמכות על תחקיר כאמור ככלי תומך החלטה משפטית. ניתוח אפשרות ההסתמכות על דו"ח איילנד – שלכל הדעות הינו דו"ח מקצועי, יסודי ועצמאי משרשרת הפיקוד במבצע – ככלי להערכה עובדתית באירוע הימי מצביע על הקשיים הכרוכים בהסתמכות על תחקיר מבצעי. בנסיבות אלה מתחדדת מאליה החשיבות של המלצת הוועדה, המפורטת בפרק ד', להקים צוות הערכה עובדתית שיתמקד בצורך המשפטי לברר את נסיבות האירוע, באמצעות שאלות ובדיקות שיוכלו לסייע לפצ"ר בהחלטתו אם לפתוח בחקירה, וזאת תוך פרק זמן קצר.

52 שם, בעמ' 108 (שם צוינו כי באירוע נפצעו 31 בני אדם, אך מספר זה אינו עולה בקנה אחד עם הנתונים שהעבירו ליד הוועדה מבתי החולים בישראל); כן ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 2, בפסקה 156.

53 פגישה בין הושע גוטליב, מרכז הוועדה, לאלוף אביחי מנדלבלית, הפרקליט הצבאי הראשי, 4 (10.8.2011).

54 לגישת הפרקליט הצבאי הראשי היה בהחלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה, לעיל ה"ש 1, כדי להוביל לשינוי מסוים בתהליך הבדיקה אותו התכוון לקיים, זאת נוכח הסמכות שהוענקה לוועדה לבקש מראש צוות 'תחקיר המומחים' להעמיק את התחקיר או להרחיבו. לגישת הפרקליט הצבאי הראשי, משמעותה של סמכות זו הייתה 'תחקיר המומחים' נותר תלוי ועומד עד למועד בו תסיים הוועדה את בדיקתה ביחס לנסיבות אירוע ההשתלטות על המשט וכי בהתאם, תעשה השלמת תהליך בדיקתן של הטענות שהועלו ביחס לפעולות כוחות צה"ל במסגרת האירוע לאחר השלמת התחקיר המבצעי המטכ"לי שמתקיים תחת הנחייתה של הוועדה, ולאור מסקנותיה. הפרקליט הצבאי הראשי הדגיש בנייר העמדה השני מטעמו כי שינוי זה מדרך העבודה המקובלת ביחס לבדיקתם של אירועי לחימה הינו ייחודי ונובע מהמנדט המיוחד שניתן לוועדה בהקשר זה. ראו: הפוקליטות הצבאיות, נייר עמדה 2010, לעיל ה"ש 23, בעמ' 83.



41. בשולי הדברים, רואה הוועדה חובה לעמוד על ליקוי חמור שנתגלה לה הנוגע לשימוש בתחקיר המבצעי ככלי תומך החלטה משפטית והנוגע לגביית עדותו של אחד המפקדים שהשתתפו באירוע הימי. כזכור, סעיף 6(ג) להחלטת הממשלה בדבר מינוי הוועדה אפשר לוועדה לבקש מצוות המומחים המטכ"לי שערך את התחקיר המבצעי (צוות איילנד) להעמיק ולהרחיב את התחקירים שביצע. בדרך זאת קיבלה הוועדה את עדויותיהם של כל חיילי צה"ל שהפעילו כוח במהלך האירוע הימי.<sup>55</sup> עדויות אלה, שתועדו בכתב, נגבו במסגרת המוסדית של תחקיר מבצעי. חברי הוועדה לא נפגשו עם החיילים; שמות החיילים ודרגותיהם לא נמסרו לוועדה, והם כונו במספרים שניתנו להם על ידי עורכי התחקיר.

חשיבות מיוחדת ייחסה הוועדה להבנתו של מערך הפיקוד במהלך האירוע, בשל משמעותו המיוחדת לענין שינוי הוראות הפתיחה באש שניתנו לכוחות. ואכן, כפי שהשתמע ממכתבו של אל"מ מילוא לוועדה, נכללו בעדויות שהועברו לוועדה עדויותיהם של כל מפקדי הכוחות שהשתתפו בפעולה, ובכלל זה עדותו של חייל מס' 21, שנפתחה במילים "תפקידי היה להיות מפקד מסוק 2. משימתי, לגלוש עם הנוח שלי על אחת האוניות הנוספות".<sup>56</sup>

באחת מהשלמות התחקיר שנערכו לפי בקשה של הוועדה התקבלה גם עדותו של חייל מס' 42, שלא העיד קודם לכן. העדות נפתחה במילים "חייל מס' 42 שימש כמפקד כוח במסוק 2",<sup>57</sup> נכתבה בגוף שלישי, והיא קצרה ביותר (העדות כולה מכילה שלושה משפטים, כאשר אחד מהם הוא למעשה ציטוט מעדות חייל מס' 17). משנתבקשו – יותר מפעם אחת – פרטים נוספים לגבי עדותו של חייל מס' 42, הודיעו רשויות הצבא כי חייל זה עבר לשרת ביחידה אחרת ומסיבות מבצעיות לא ניתן לגבות ממנו עדות מפורטת יותר. לפיכך, ציינה הוועדה בנספח החסוי שצורף לדו"ח הוועדה הראשון, כי "מסיבות מבצעיות רק מידע מוגבל התקבל" ביחס לחייל מס' 42.

42. ביום 3 בפברואר 2011, סמוך אחרי הגשתו של דו"ח הוועדה הראשון, פנתה העיתונאית ד"ר אילנה דייץ אל מרכז הוועדה ומסרה לו כי תוך עריכת תחקיר הובאו לידיעתה טענות לפיהן נמנע ממפקד הכוח במסוק השני להעביר את עדותו לוועדת

55 ראו לעיל, בפסקאות 13-15.

56 ראו: הוחבת תחקירים, 20.9.2010, לעיל ה"ש 31, עדות חייל מס' 21, בעמ' 1 [ההדגשות אינן במקור].

57 [ההדגשה אינה במקור].

טירקל, למרות שביקש לעשות כן. כפי שאמרה ד"ר דיין, למיטב ידיעתה היה מפקד המסוק השני קצין בכיר שעבר יחידה. הוועדה פנתה, אפוא, אל עוזר הרמטכ"ל דאז, אל"מ ארז וינר, ביום 7 בפברואר 2011, וביקשה "לקבל פירוט של תהליך איסוף העדויות והחומרים במסגרת הרחבת והעמקת התחקירים ובכלל זה התייחסות מפורטת לעדויות המתוארות לעיל [עדויותיהם של חייל מס' 21 וחייל מס' 42]".<sup>58</sup>

43. ביום 31 במרץ 2011 נתקבל מכתב תשובה מלשכת הרמטכ"ל, שעליו היה חתום עוזר הרמטכ"ל החדש, אל"מ הוד בצר (להלן: מכתב התשובה).<sup>59</sup> על פי האמור במכתב התשובה, הורה הרמטכ"ל לברר את העניין באמצעות קצין בכיר שאינו משרת בחיל הים ולא היה מעורב בתחקור האירוע הימי, שהיה ראש מטה מפקדת זרוע יבשה, תא"ל יואב הר-אבן. עוד נאמר במכתב התשובה, כי בשל העובדה שתא"ל הר-אבן לא היה בקיא בפרטי המבצע, נגבתה מחייל מס' 42, בהסכמתו, עדות נוספת על ידי צוות איילנד. דו"ח הביורור שערך תא"ל הר-אבן, וכן עדותו המלאה של חייל מס' 42, צורפו למכתב התשובה. עוד נאמר שם, כי מסקנותיו של תא"ל הר-אבן הוצגו לרמטכ"ל והן מקובלות עליו.

מדו"ח הביורור עולה כי טרוניותיו של חייל מס' 42, קצין בדרגת רס"ן שפיקד על כוח הגלישה במסוק השני (להבדיל מחייל מס' 21 ששימש מפקדו של אחד משני הנוחות שהיו במסוק השני), מתמקדות בכך שאחרי שמסר את עדותו בפני אל"מ רפי מילוא במסגרת תחקיר המומחים (צוות איילנד), לא הוזמן לחזור ולהתייצב גם בפני הצוות שעסק בהשלמת התחקירים עבור ועדת טירקל, וכי חרף זאת, הועברה עדותו הראשונה לידי הוועדה. חייל מס' 42 סבר כי במתכוון לא זומן להעיד במסגרת השלמת התחקירים וכי לא נעשה מאמץ לזמנו. בביורור שערך, מצא תא"ל הר-אבן אחרי עיון במסמכים הנוגעים לענין, כי טענתו של חייל מס' 42 בדבר "זיוף עדותו/דבריו" בפני ועדת טירקל איננה נכונה, וכי כל דבריו שהועברו לוועדה, למרות שלא היו שלמים, מבוססים על אמירותיו בפני צוות איילנד במסגרת התחקיר המבצעי המקורי וכי "לא היו בעיות עובדתיות מהותיות בחומר שהועבר".<sup>60</sup>

58 מכתב מהושע גוטליב, מרכז הוועדה, לאל"מ ארז וינר, עוזר הרמטכ"ל, "תהליך העמקת והרחבת התחקירים" (7.2.2011).

59 מכתב מאל"מ הוד בצר, עוזר הרמטכ"ל, להושע גוטליב, מרכז הוועדה, "פניית הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31.5.2010 בנושא תהליך העמקת והרחבת התחקירים" (31.3.2011).

60 שם.

עם זאת, בכואו לתאר את הפעולות שננקטו על מנת להשלים את גביית עדותו של חייל מס' 42, קבע תא"ל הר-אבן כי הטיפול בגביית עדותו של הקצין היה לקוי ביותר וכי ניתן היה לזמנו לעדות על ידי פקודה מפורשת.<sup>61</sup> הואיל ומדובר בקצין המשרת בצבא, שגביית עדותו איננה בגדר ענין וולונטרי, הוסיף תא"ל הר-אבן וציין כי: "נכון יהיה ללמוד ולהפיק לקחים על התהליך. איך יכול להיות שבענין כל כך מהותי שבו אמינות התחקיר המבצעי עומדת למבחן ציבורי, לא ממצים את הדרוש על מנת 'לסגור את הפרשה'".

2. החלטות הפצ"ר לאחר הגשתו של הדו"ח הראשון של ועדת טירקל ודו"ח פאלמר

44. ביום 29 ביוני 2011, העביר הפצ"ר לוועדת טירקל חוות דעת של הפרקליטות לענינים מבצעיים שענינה ששת האירועים שלגביהם לא הגיעה הוועדה למסקנה בדבר חוקיות השימוש בכוח. בחוות הדעת צוין, כי "בששת האירועים שלעיל, התבקש מחיל הים תחקיר משלים של כלל הגורמים שהיו עדים לאירועים או שייתכן כי נטלו בהם חלק", וכי סוגיות שעלו מתוך המדיה האלקטרונית נותחו על ידי "מפענח בכיר במודיעין חיל הים... וקמ"ן היחידה [שייטת 13] בעת התרחשות האירוע. ניתוח החומר בוצע באמצעות מערכות ניתוח חוזי מקצועיות, במעבדת צילום וניתוח וידאו במספן המודיעין [...]".<sup>62</sup> לגבי חלק מהאירועים שנבדקו נקבע כי הפעלת הכוח היתה מוצדקת. לגבי שניים מהאירועים (שעל פי חוות הדעת הם, למעשה, אירוע אחד) נקבע, כי "... אין טעם בהמשך בירורה של הסוגיה, מאחר שהדבר לא יוביל לתוצאות במישור הפלילי"; ולגבי אירוע אחר נקבע כי "חרף מאמצים מצד גורמי חיל הים ... מוצו הליכי הבירור וכי יש לסגור את התיק ללא נקיטה בצעדים משפטיים".

ביום 4 באפריל 2012 העביר הפצ"ר לוועדה חוות דעת נוספת שענינה שני אירועים נוספים שנזכרו בדו"ח ועדת פאלמר (Review Panel) ואשר לגביהם הוצגה בדו"ח פאלמר תשתית ראיתית שיש בה משום הרחבה לניתוח שנעשה בהקשר זה

61 תא"ל הר-אבן ציין שם כי: "יתרה מכך, רווקא בגלל הרגישות מול ועדת טירקל, לא סביר בעיני שכאשר נשאלות שאלות ומתבקשות הבהרות לגבי ביצוע ירי חי בספינה, מסתפקים בניסיון טלפוני להשיגו וכאשר לא מצליחים, מעבירים עדות חלקית ביותר".

62 בחינת שישה אירועים לאור מסקנות הוועדה, 29.6.2011, לעיל ה"ש 37.

ברו"ח ועדת טירקל.<sup>63</sup> לאחר שנבדקו האירועים, החליט הפצ"ר שאין מקום לנקוט צעדים משפטיים בגין אירועים אלה מנימוקים שפורטו שם.

45. יוער כאן, כי לא מובנת מטרתו של "תחקיר משלים של כלל הגורמים שהיו עדים לאירועים או שייטכן שנטלו בהם חלק" ביחס לששת האירועים האמורים. זאת, נוכח העובדה שהוועדה פנתה שבע פעמים שונות לצה"ל, מתוכן פעמים רבות ביחס לאותן שש סוגיות שונות פתוחות,<sup>64</sup> ולבסוף ציינה כי "אין באפשרותה, בכלים שבידיה"<sup>65</sup> – קרי תחקירים משלימים של חיל הים וניתוח הסרטים על ידי המודיעין שלו – "כדי לקבוע ממצא בדבר חוקיות השימוש בכוח" באותם אירועים.<sup>66</sup> כמו כן, לא צוין בהחלטת הפצ"ר בענין זה באלו כלים נוספים – למעט קיומו של תחקיר משלים באמצעות חיל הים ושימוש ביכולות הניתוח של מודיעין חיל הים – עשה הפצ"ר שימוש בבואו להחליט לגבי ששת המקרים האמורים. אם אכן נעשה שימוש בכלים נוספים, שלא תוארו, יש מקום לשאלה מדוע לא נעשה בהם שימוש כאשר ביקשה זאת הוועדה, וחזרה וביקשה.

46. בהתאם לאמור בפרקים א' ו-ד', רואה הוועדה צורך לחזור ולהבהיר כי כאשר מועלות תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, על הפצ"ר לבדוק אם קיים חשד סביר לביצוע עבירה. בסופה של הבדיקה עליו להחליט אם לפתוח בחקירה, ורק בתום החקירה ניתן יהיה להחליט אם לנקוט צעדים משפטיים. יש להדגיש, כי ההקפדה על שימוש אחיד ונכון במושגים השונים בהמלצות המוגשות לפצ"ר ובהחלטות הפצ"ר (בדיקה, חשד סביר, חקירה, צעדים משפטיים) היא חשובה הן בהיבט המהותי והן בהיבט הפרוצדוראלי, בין היתר משום שהיא מאפשרת השגה וביקורת על ההחלטה.

63 מכתב מרס"ן רוני קציר, הפרקליטות הצבאית, להושע גוטליב, מרכז הוועדה, "בחינת אירועים המוזכרים ברו"ח פאלמר – החלטה שלא לפתוח בחקירה" (4.4.2012).

64 ראו לעיל, בה"ש 32; כן ראו: דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 2, בפסקה 9.

65 דו"ח הוועדה הראשון, לעיל ה"ש 2, בנספח החסי.

66 שם, בפסקה 239.

47. בפרק זה דנה הוועדה בהיבטים מסוימים של השאלה אם מנגנון הבדיקה והחקירה ביחס לתלונות וטענות המועלות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, כפי שיושם ביחס לאירוע הימי, תואם את חובותיה של מדינת ישראל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי. היה כאן ניתוח של מקרה – שניתן לראות בו מקרה מבחן – שבגדרו נבחנו הבדיקות והחקירות שנערכו לאחר האירוע הימי ביחס להפעלת הכוח באירוע על פי כללי המשפט הבינלאומי וההמלצות שהותוו בדו"ח זה.

אף שבסופו של דבר נחקרו כל פרטי האירוע, מצאה הוועדה לנכון לציין מספר קשיים מבניים הממחישים את חשיבות ההמלצות בפרק ד' ושתיקונם ישפר את האפקטיביות של מנגנוני החקירה בצה"ל. בענין זה עמדה הוועדה על כך שאין גורם אזרחי שירכז את כל ההיבטים של פעילות כוחות הביטחון מזווית הראייה של המשפט הבינלאומי. כמו כן, הציעה הוועדה לשקול אימוץ של מדיניות לפיה תיפתח חקירה גם בגין אירועים שגרמו נזק חמור ובלתי צפוי. הוועדה חזרה והדגישה, כי יש לקבוע שיטה מסודרת של תיעוד זירות אירוע על ידי יצירתם של נהלים, העלאתם על הכתב, הטמעתם ואכיפתם. מניתוח אפשרות ההסתמכות של הפצ"ר על דו"ח איילנד לצורך החלטתו בדבר פתיחה בחקירה בעקבות האירוע הימי, מצאה הוועדה חיזוק להמלצתה בפרק ד' לפיה אין להסתמך על תחקיר מבצעי אלא לכונן צוות הערכה עובדתית שיתמקד בהיבטים המשפטיים של אירוע, במקרים שקיימת אפשרות שיתגלה חשד להפרת כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. בהערכתו של הצוות יהיה כדי לסייע לפצ"ר בהחלטתו אם לפתוח בחקירה. לבסוף, הדגימה הוועדה את חשיבות ההקפדה על שימוש אחיד ונכון במושגים משפטיים, כפי שהותווה בפרקים א' ו-ד' לדו"ח זה, במסגרת החלטות המתקבלות בעקבות הליכי הבדיקה והחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

למרות אופיו הייחודי של האירוע הימי, הרי שרוב הבעיות שזוהו במהלך הבחינה של תהליכי הבדיקה והחקירה שננקטו לאחר האירוע הימי לא היו ייחודיות לאירוע זה. פרק זה, אפוא, הוא הדגמה של יישום העקרונות שהותוו בדו"ח זה על מקרה פרטני והוא מבהיר ומדגיש את חשיבותן של המלצות הוועדה.

## דברי נעילה

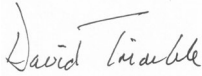
תם הדו"ח השני. בכך נסתיימה מלאכתה של הוועדה בחקירת המנגנונים והדרכים של בדיקה וחקירה של תלונות וטענות בדבר הפרות דיני הלחימה. בכך – ואחרי הגשתו של הדו"ח הראשון בזמנו – תמה גם השליחות שהפקידה ממשלת ישראל בידי הוועדה. הוועדה מביעה את תקוותה כי שני הדוחות שיצאו מתחת ידיה יתרמו את תרומתם לא רק למשפט ולחברה בישראל, אלא לכל קהילת האומות שוחרות זכויות האדם.



פרופ' מיגל דויטש, חבר



השופט (בדימ.) יעקב טירקל, יו"ר




לורד דייוויד טרימבל, משקיף



האלוף (במיל.) עמוס חורב, חבר



פרופ' טימות'י מק'קורמק, משקיף



השגריר ראובן מרחב, חבר



## נספחים

**נספח א: רשימת העדים שהופיעו בפני הוועדה ושנפגשו עם מרכז הוועדה, תפקידם ותאריכי עדותם**

385

**נספח ב: הבדיקה המדגמית**

387

**נספח ג: הסקירה המשווה**

כריכה אחורית

השאלון למדינות

4

הדוחות המדינתיים

הדו"ח האמריקאי

13

הדו"ח הקנדי

91

הדו"ח האוסטרלי

171

הדו"ח הבריטי

245

הדו"ח הגרמני

329

הדו"ח ההולנדי

415

383





## נספח א: רשימת העדים שהופיעו בפני הוועדה ושנפגשו עם מרכז הוועדה, תפקידם ותאריכי עדותם

תאריך	תפקיד העד	שם העד
10.4.2011	היועץ המשפטי לממשלה	מר יהודה וינשטיין
10.4.2011	המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים)	מר שי ניצן
11.4.2011	הפרקליט הצבאי הראשי	אלוף אביחי מגדלבלוט
11.4.2011	מנכ"לית ארגון בצלם	גב' ג'סיקה מונטל
11.4.2011	משפחת א-טמייזי (אביו ואלמנתו של מר יאסר א-טמייזי)	מר סכר א-טמייזי גב' הייפה א-טמייזי
11.4.2011	נציג ארגון "יש דין"	עו"ד מיכאל ספרד
11.4.2011	נציגי האגודה לזכויות אזרח	עו"ד לימור יהודה עו"ד דן יקיר
12.4.2011	ראש השב"כ	מר יובל דיסקין
12.4.2011	היועץ המשפטי לשב"כ	א.
12.4.2011	נציגי ארגון הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל	ד"ר ישי מנוחין עו"ד באנה שגאר בדארנה
13.4.2011	המכת"ן (הממונה על בדיקת תלונות נחקרים בשב"כ)	א.
14.4.2011	הממונה על המכת"ן לשעבר	גב' רחל מטר
14.4.2011	קצין המשטרה הצבאית הראשי	תא"ל מאיר אוחנה
14.4.2011	חוקרים באקדמיה	פרופ' איל בנבנישתי פרופ' יובל שני ד"ר עמיחי כהן

### פגישות עם מרכז הוועדה

10.8.2011	הפרקליט הצבאי הראשי	אלוף אביחי מגדלבלוט
22.9.2011	מנהל המחלקה לחקירת שוטרים	מר אורי כרמל
5.10.2011	1. המשנה לפרקליט המדינה (ענינים פליליים) 2. סגנית היועץ המשפטי למשטרת ישראל 3. היועצת המשפטית למשמר הגבול 4. סגן ראש ענף חקירות במחוז ש"י של משטרת ישראל	1. מר יהושע למברגר 2. נצ"מ אילת אלישר 3. רפ"ק סלביט מיכלס 4. נצ"מ חיים רחמים
29.11.2011	מח"ט לשעבר ומתחקר	אל"מ ארוז כץ



## נספח ב: הבדיקה המדגמית



הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 מאי 2010  
The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010

ט"ז אלול, תשע"א  
15 ספטמבר, 2011

לכבוד  
תא"ל דני עפרוני  
הפרקליט הצבאי הראשי  
שלום רב,

### הנדון: ביקורת מדגמית של תיקים

ראשית אבקש לברכך ולאחל לך הצלחה רבה בתפקידך כפרקליט הצבאי הראשי.  
בהמשך לשיחות עם קודמך בתפקיד, האלוף אביחי מנדלבלויט, בעניין שבנדון, מבוקש להמציא לוועדה את כלל החומרים (תחקירים מבצעיים, חומר החקירה, מסמכים שהוכנו בפרקליטות וכל חומר רלוונטי אחר) הנוגעים לאירועים ולתיקים המפורטים בנספח הרצ"ב למכתב זה.  
כמו כן מבוקש להמציא לוועדה מדגם אקראי של כלל החומרים בכשלושים תיקים העוסקים במותו או בפציעתו של אזרח בלתי מעורב, שייבחרו על ידכם בהתאם למאפיינים הבאים (לכל המוקדם משנת 2000):

(1) כעשרה אירועים בהם הוחלט שלא לפתוח בחקירת מצ"ח לאחר בחינת התחקיר המבצעי.

(2) כעשרה אירועים בהם הוחלט על בסיס חקירת מצ"ח שלא להגיש כתב אישום. מבוקש שביחס לאירועים אלה כמחצית מהתיקים יהיו מקרים שהחלטה לפתוח בחקירת מצ"ח התקבלה לאחר בחינת התחקיר המבצעי וכמחצית בהם ההחלטה לפתוח בחקירת מצ"ח הייתה מיידית.

(3) כעשרה אירועים בהם הוחלט על בסיס חקירת מצ"ח להגיש כתב אישום. מבוקש שביחס לאירועים אלה כמחצית מהתיקים יהיו מקרים שהחלטה לפתוח בחקירת מצ"ח התקבלה לאחר בחינת התחקיר המבצעי וכמחצית בהם ההחלטה לפתוח בחקירת מצ"ח הייתה מיידית.

נבקש שהתיקים בכל קטגוריה יתחלקו בין אירועים בעזה ואירועים באו"ש.

אודה על העברה של לפחות חלק מהתיקים לפני יום 20.09.11.

בברכת שנה טובה,

הושע גוטליב  
מרכז הוועדה

נספח למכתב בנושא "ביקורת מדגמית של תיקים" מיום 15 ספטמבר, 2011

אירועים המוזכרים בדו"ח תומושאט

1. אירוע מותו של מוחמד חאג'י (Hajji Muhammad) והירי בשאהד חאג'י (Shahd Hajji) ואולה מסעוד עראפת (Arafat Masood Ola).
2. אירוע משפחת אבו חלימה (Halima Abu).
3. אירוע עאבד אל דיים (Dayem-al Abd).
4. אירוע תקיפת בית חולים אל קודס (hospital Quds-al).

אירועים המוזכרים בדו"ח דייוס

5. אירוע משפחת סמעוני (Samouni).
6. אירוע הבור באל עטרה (sandpit Atatra-Al).
7. אירוע בית חולים אל וואפה (hospital Wafa-Al).
8. אירוע איברהים ג'וחה (Juha Ibrahim).
9. אירועי מגנים אנושיים (דו"ח דייוס מצביע על קיומן של שלוש תקריות שונות של שימוש במגנים אנושיים).
10. אירוע משפחת אל מטארייה בחברון (Matariye al).
11. אירוע באסם אבו רחמה (Rahma Abu Basam) בכילעין.
12. אירוע יאסר תמיזי (Tmeizi Yasser) בתרקומיה.

מקרים המוזכרים בדו"ח של בצלם - "חוסר אחריות"

13. ראמי סמיר נאיף שנאעה, בן 25, תושב שכם, נהרג ביום 2.6.07.
14. יאסר סאקר איסמאעיל א-טמיזי, בן 30, תושב העיירה אידנא שבמחוז חברון, נהרג ביום 13.1.09 במחסום תרקומיא.
15. פעולת מסתערבים ברמאללה מיום 4.1.07 - 4 הרוגים וכארבעים פצועים.

16. ענאן מוחמד אסעד א-טיבי, בן 52, תושב שכס, נהרג ביום 26.2.07.
17. מוחמד ח'ליל מוחמד סלאח, בן 35, תושב הכפר דיר סלאח שבמחוז בית לחם, נהרג ביום 5.12.07 (לא ברור האם כוחות צבא או משטרה).
18. עבד שאכר מוחמד אל-וזיר, בן 69, תושב שכס, נהרג ביום 16.10.07.
19. והיב מוסלח נאיף א-דיכ, בן 28, תושב הכפר א-דיכ שבמחוז סלפית, נהרג ביום 14.12.06.
20. עבד אל-עזיז חאמד עבד אל-עזיז אל-מטור, בן 28 נהרג ביום 5.4.07.
21. ר'אזי מאהר ר'אזי א-זעאנין, בן 12, תושב בית חאנון שבצפון רצועת עזה, נפגע מירי ביום 4.9.09 ומת מפצעיו למחרת.

#### מקרים המופיעים במסמכים שהוגשו לוועדה על ידי "יש דין"

22. הודעה מס 1237/08 למח"ש באר שבע. יעקוב מומחמד צאלס עלא קצראוי בן 15 מחברון. נורה ונפצע קשה.
23. תיק מצ"ח שרון שומרון 210/09, מוחמד פסיל מוסא סלים בן 16. נפצע מירי בעזון.

#### מקרים המופיעים בדו"ח "חריגים" של יש דין

24. תיק ביד"צ דרום 08/08, 14/08 - הכאתם של עצורים כפותים ומכוסי עיניים.
25. תיק ביד"צ צפון 497/03 הריגתו של ילד בן 7.
26. תיק בידצ צפון 186/04, תיק בידצ לערעורים 59/05 ע - הריגתו של ילד בן 3.
27. תיק בידצ דרום 214/04 - הריגה.

#### מקרים המופיעים במסמכים שהוגשו לוועדה על ידי האגודה לזכויות האזרח

28. המקרה המוזכר בבג"צ 6928/08 זהראן.

#### אחרים

- כל התיקים הפליליים שיש להם נגיעה כלשהי לאירועי המשט מיום 31.5.10.



שופט בית המשפט העליון (בדימוס) יעקב טירקל, יו"ר הוועדה



האלוף (במיל.) עמוס חורב, חבר



השגריר ראובן מרחב, חבר



פרופ' מיגל דויטש, חבר



לורד דייוויד טרימבל, משקיף



תת אלוף (במיל.) קנת ווטקיין Q.C., משקיף (עד ליום 15.4.11)



פרופ' טימות' מק'קורמק, משקיף



עו"ד הושע גוטליב, מרכז הוועדה



פרופ' מייקל שמיט, יועץ מיוחד (עד ליום 25.9.11)



פרופ' קלאוס קרס, יועץ מיוחד



פרופ' גבריאלה בלוס, יועצת מיוחדת