

המנגנון להערכה עובדתית של טענות להפרות של דיני הלחימה לצד ההסתמכות על התחקיר המבצעי

החובה לבדוק ולחקור טענות בדבר פשעי מלחמה והפרות חמורות של הדין הבינלאומי נובעת בראש ובראשונה מערכי מדינת ישראל וצה"ל, ומן החובה להפעיל את הכוח בהתאם לדין הישראלי ולדין הבינלאומי. הגם שלא כל היבטיה של החובה ברורים ומוגדרים בצורה מספקת, הרי תכליתה לבדוק ולחקור אינה מוטלת בספק. מדובר באמצעי ראשון וחיוני לאכיפת דיני הלחימה, ולביעור הפרותיהם.¹

מנגנוני הבדיקה והחקירה הישראליים של תלונות וטענות בדבר הפרות של כללי הדין הבינלאומי, ובראשם מנגנון הבדיקה והחקירה הקיים בצה"ל, תוארו בהרחבה בדוח ועדת טירקל.² יודגש כי הגם שהדוח עצמו פורסם בפברואר 2013, הרי התיאור בו מבוסס על ממצאים שנאספו עד קיץ 2011.³ משכך הוא מתאר היטב כיצד נבדקו ונחקרו בצה"ל טענות להפרות של הדין הבינלאומי טרם מבצע "עמוד ענן". בהתייחס למנגנונים אלה, קבעה הוועדה, כאמור, ש"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".⁴

לצד זאת מנתה הוועדה 18 המלצות, אשר חלקן נוגע למנגנון החקירות הקיים בצה"ל, ושתכליתן טיוב ושיפור המנגנון הקיים.⁵ המלצות אלה נועדו להביא לכך שמנגנוני הבדיקה והחקירה בתחום דיני הלחימה בישראל יהיו ברמת איכות גבוהה.

טרם מבצע "עמוד ענן", כלי הבדיקה הפיקודי העיקרי אשר שימש את הפצ"ר לצורך השלמת המסד העובדתי הדרוש לשם קבלת החלטה על פתיחה בחקירה, היה התחקיר המבצעי. מאז מבצע "עמוד ענן", הבדיקה העובדתית מתבצעת בעיקר באמצעות מנגנון בירור מטכ"לי, כפי שצוין לעיל ויורחב בהמשך.

אשר לתהליך הבדיקה והחקירה – כל אימת שמתקבלת בצה"ל תלונה או ידיעה בדבר חשד להפרה של דיני הלחימה, נפתח תהליך של בדיקה. עלימנת להבטיח כי האירועים מדווחים בזמן אמת, נקבע נוהל לדיווח מהיר (לרבות לפצ"ר), בנוגע לכל אירוע חריג.⁶ כך עובר כל דיווח, תלונה או פריט מידע תהליך ראשוני של בחינה (עלידי הפרקליטות לעניינים מבצעיים), עלימנת לבחון אם המידע, על פניו, מצדיק בחינה נוספת. אם החשד העולה מן הטענה או התלונה הוא חשד סביר לאירוע אשר לא ניתן להצדיק את התרחשותו כחלק

¹ הדוח השני, לעיל ה"ש 9, עמ' 71.

² שם, עמ' 241 ואילך.

³ ועדת טירקל בדקה באופן פרטני תיקי חקירה שהועברו מאליה מהפרקליטות הצבאית, עלפי בקשתה, בקיץ 2011, ולא קיימה בדיקות נוספות בעניין זה לאחר אותו מועד. דוח הוועדה פורסם כשנה וחצי לאחר מכן, בפברואר 2013.

⁴ הדוח השני, לעיל ה"ש 9, עמ' 46. יובהר, כי ניתוח מעמיק של עצם החובה לבדוק ולחקור בדין הבינלאומי ההסכמי והמנהגי, לצד אופן יישומה של חובה זו, חורג מגדרי מאמר זה.

⁵ שם, 304-352.

⁶ כחלק מיישום המלצות ועדת טירקל, הנוהל עוגן בהוראה מחייבת של אגף המבצעים.

מפעילות לחימה לגיטימית (כגון חשד לביזה או להתעללות בעצורים), נפתחת חקירה פלילית באופן מיידי. לעומת זאת, אירועים שניתן להצדיקם כחלק מפעילות לגיטימית של לחימה נבדקים בכלים שאינם פליליים, ובהתאם לתוצאות הבדיקה קובע הפצ"ר אם נמצא חשד סביר לביצועה של עבירה המצדיקה, בנסיבות העניין, חקירה פלילית.

כאמור, הדין הבינלאומי מטיל חובה לקיים חקירה פלילית במקרים שבהם מתעורר חשד סביר שבוצעה הפרה חמורה של דיני הלחימה המהווה "פשע מלחמה". ואולם מטבע הדברים מרבית האירועים המבצעיים, קל וחומר אירועים המתרחשים במסגרת נסיבתית של לחימה, אשר נטען לגביהם כי הם מעלים חשד לביצוע "פשע מלחמה", אינם מקימים, על פניהם וכשלעצמם, חשד סביר לביצועו של פשע כאמור; זאת משום שמלחמה מטבעה גובה קורבנות, גם מקרב אזרחים שאינם מעורבים בלחימה, והיא זורעת הרס אשר פוגע גם ברכושם של אזרחים. דיני הלחימה מכירים בכך שתקיפה של מטרה צבאית עלולה לגרום נזק אגבי לאזרחים ולרכוש אזרחי, ואותה התקיפה עדיין תהיה חוקית. משכך, גם טענה מבוססת, לפיה במהלך לחימה נהרס ביתו של אזרח ונהרגו בני משפחתו, או טענות מבוססות לפגיעה באזרחים, עשויות להתברר כתוצאה של פעילות לחימתית חוקית, או כתוצאה של טעות טרגית אך בלתי מכוונת, אשר למרבה הצער היא תוצר לוואי בלתי נמנע של כל לחימה.

במקרים אלה אין הצדקה, וודאי שאין חובה, לפתוח באופן מיידי בחקירה פלילית. תחת זאת, ראוי לערוך הערכה עובדתית, בכלים שאינם בהכרח פליליים או אכיפתיים, וזאת על מנת לבחון אם עובדות המקרה מבססות חשד סביר ל"פשע מלחמה", ובהתאם לקבל החלטה בדבר הצורך בקיומה של חקירה פלילית. המשפט הבינלאומי אינו כולל כל הנחיות המורות כיצד יש לבצע בדיקה כזאת, ובלבד שתגשים את תכליתה ותתרום לכיבוד הוראות הדין הבינלאומי.

הכלי העיקרי והמקובל בעולם לביצוע בירור עובדתי הוא "הבדיקה הפיקודית"⁷. במסגרת יישום חובת החקירה, ולצידה, מטיל הדין הבינלאומי חובת בדיקה גם על מפקדים. ככלל, חובה זו מתקיימת כל אימת שקיים חשד להפרה של הדין הבינלאומי, וזאת אף אם החשד אינו להפרה המהווה "הפרה חמורה" (grave breach) או "פשע מלחמה" (war crime). תכליתה המרכזית של חובת הבדיקה עלידי מפקדים היא לימוד הכשלים והפקת לקחים, באופן שימזער את הסיכוי להישנות האירועים החריגים. בכך תורמת הבדיקה לקיום החובה לכבד את דיני הלחימה. נוסף על כך, הבדיקה הפיקודית עשויה לספק, במקרים המתאימים, את התשתית העובדתית החסרה הדרושה לשם קבלת החלטה בדבר הצורך בפתיחה בחקירה פלילית.

⁷ השימוש בכלי הבדיקה הפיקודית מקובל בצבאות העולם. בחינת הנהלים המסדירים את המנגנונים הקיימים בצבאות המערב, בדגש על מדינות ה-Common Law האנגלוסקסיות, מלמדת על קיום מנגנוני בדיקה פיקודיים, הנתונים בדרך כלל בידי המפקדים שהאירוע אירע תחת פיקודם (במסגרת "שרשרת הפיקוד"), לצד מנגנוני החקירה הפליליים, בעוד הבדיקה הפיקודית עשויה, במקרים מתאימים, לשמש בסיס לפתיחתה של חקירה פלילית.

מטרתו העיקרית של הבירור, כאמור, היא מימוש האחריות המוטלת על כל מפקד, לבער הפרות של דיני הלחימה. המעורבות של גורמי החקירה המנותקים משרשרת הפיקוד היא רק מקום שבו העובדות הידועות מקימות חשד סביר לביצועו של פשע מלחמה. ואולם ככל שהתלונה אינה מגלה חשד סביר או שהמעשה הנבדק אינו מהווה לכאורה פשע מלחמה, הבדיקה נותרת בידי המפקדים וכלל אינה מועברת לחקירה. הדברים מוצאים ביטוי גם בממצאי ועדת טירקל, אשר מפנה למנגנוני הבדיקה הפיקודיים הקיימים באוסטרליה ובארצות-הברית, כמודל אפשרי לביצוע הערכה עובדתית הדרושה לצורך קבלת החלטה בדבר פתיחה בחקירה פלילית.⁸

השאלה מהו כלי העזר שבו ראוי להשתמש לצורך הבירור העובדתי במקרים המתאימים נדונה בהרחבה עלידי ועדת טירקל, אשר המליצה על קיומה של הערכה עובדתית על-מנת להבהיר את הנסיבות, במטרה לקבוע אם קיים חשד סביר לפעולה אסורה.⁹ ואולם הוועדה לא קבעה שהערכה זו היא חובה עצמאית על-פי הדין הבין-לאומי, אלא שהיא משמשת אמצעי בלבד, במסגרת המימוש הראוי של החובה לחקור באמצעים פליליים חשד סביר לביצוע פשעי מלחמה והפרות חמורות של הדין.

החידוש המרכזי של ועדת טירקל בהקשר זה הוא בכך שהיא ממליצה על מנגנון בירור עובדתי שאינו חקירה פלילית, אך הוא גם אינו תחקיר מבצעי בציר הפיקודי. השינויים שהוכנסו במנגנון הבירור המטכ"לי במהלך מערכת "צוק איתן" הם יישום של פן חשוב ומרכזי זה בהמלצות הוועדה.

הבירור העובדתי הוא כלי עזר ביד הרמטכ"ל והפצ"ר – אמצעי למימוש נכון של החובה לחקור. תכלית זאת של הבירור העובדתי משליכה גם על האופן שבו ראוי ליישמו. במקרים רבים מורכבות הבדיקה, היקפה או עומקה מחייבים שימוש במנגנון ייחודי, בעל כלים המתאימים לבירור העובדות באופן המבטיח גם עצמאות ואיתנות, כנדרש בחקירה פלילית. גם במקרים שבהם הבירור העובדתי הנדרש פשוט או ממוקד יותר, חשוב שלרשות החוקרים יעמדו תמיד האמצעים המיטביים הנדרשים לבדיקה מדוקדקת.

כזכור, טרם מבצע "עמוד ענן", ובדומה לנהוג גם כיום בצבאות אחרים, הכלי המרכזי לביצוע בירור עובדתי ראשוני היה תחקיר המפקדים. במציאות הביטחונית הנוכחית, כלי זה משמש בעיקר לבדיקת אירועים באיו"ש. כפי שנקבע עלידי בית המשפט העליון, התחקיר הוא ככלל הדרך המתאימה לתחקור אירוע שהתרחש במהלך פעילות מבצעית, שכן הוא נערך באופן בלתי אמצעי עלידי גורמים מקצועיים המכירים את הנעשה בשטח, בסמוך להתרחשות, כשהאירוע עדיין טרי בזיכרונם של המעורבים.¹⁰ לפיכך הוא משמש "כלי תומך החלטה", שעם ראיות נוספות, כגון תצלומים, יומני מבצעים, פקודות מבצע והקלטות קשר, מספק מסד עובדתי לצורך קבלת החלטה בדבר פתיחה בחקירה. הכללים לעריכת התחקיר

⁸ הדוח השנני, לעיל ה"ש 9, עמ' 317-321.

⁹ שם, עמ' 129-130.

¹⁰ בג"ץ 6208/96 מור חיים ואח' נ' צה"ל ואח', פ"ד נב(3) 835, 845.

מוסדרים בחוק השיפוט הצבאי (להלן: חש"ץ) ובפקודות הצבא. העיקרון המרכזי בנוגע לתחקיר הוא שחל עליו חיסיון מוחלט. חריג לחיסיון זה הוא סמכות הפצ"ר לעיין בתחקיר ולקבל על בסיסו החלטה, האם לפתוח בחקירה פלילית.¹¹ החיסיון המוחלט של התחקיר נועד, בראש ובראשונה, להבטיח את האפקטיביות של הבדיקה העובדתית המתבצעת במסגרתו. לצד החיסיון, נתונות למתחקר סמכויות רחבות לאיסוף מסמכים ולגביית עדויות. עורך התחקיר אינו מחויב לפעול לפי דיני הראיות (המחויבים בהליך בעל אופי פלילי, כגון חקירת מצ"ח), והחיילים המתוחקרים אינם זכאים לייצוג על-ידי עורך דין. כלומר, זכות השתיקה והזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית אינן עומדות לחיילים המתושאלים בתחקיר.¹²

התחקיר המבצעי, שתכליתו הפקת לקחים ומניעת כשלים דומים בעתיד, הוא אמצעי היישום הבסיסי של חובת הבדיקה המוטלת על מפקדים מכוח סעיף 87 לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה, והיא, כאמור, פרקטיקה נהוגה ומקובלת בצבאות שונים בעולם. לצד זאת, נגד השימוש בתחקיר המבצעי הושמעו ביקורות רבות. בין היתר, נטען כי התחקיר אינו מביא לחקר האמת בשל הנטייה של החיילים שלא למסור בתחקיר דברים שעלולים להביא להעמדה לדין של חבריהם או להכתים את יחידתם; האופן שבו נערך התחקיר עלול להביא, מבלי משים, לתיאום עדויות או לשיבושה של חקירה עתידית. מאידך גיסא, יצירת הקשר בין התחקיר לחקירה פלילית, עלולה להביא, לפי הנטען, לפגיעה בזכויות היסוד של החיילים, ובראשה הזכות לאי הפללה עצמית.¹³

כאמור, לאחר מבצע "עמוד ענן" יזמה הפרקליטות הצבאית, בהסכמת הרמטכ"ל, את הקמתו של מנגנון מטכ"לי המשמש גם לצורך בירור עובדות הדרושות לפצ"ר לשם קבלת החלטה אם לפתוח בחקירה פלילית. מנגנון זה הוא הכלי המרכזי הקיים היום בצה"ל לביצוע ההערכה העובדתית, במיוחד בעקבות מבצע רחב היקף או מלחמה. מנגנון זה, מחד גיסא, נהנה מיתרונות התחקיר המקנים לו יכולת טובה ביותר לחקר האמת, ומאידך גיסא, מתכונתו מאיינת את מרבית הסיכונים והחששות הטבועים באופן מובנה בכלי התחקיר.

¹¹ ס' 539 לחש"ץ, והפ"ע 2.0702 "תחקיר שחל עליו חיסיון".

¹² יתרה מכך, על-פי סעיף 539 לחש"ץ, חייל, שמסר בתחקיר פרט כוזב או העלים פרט חשוב "בעניין שלפי פקודות הצבא חובה עליו למסור בו הודעה" עובר עבירה שבצידה סנקציה של עד שנת מאסר. כפי שעולה מהוראת הסעיף, הצורך בביעור תופעות של שקר או הסתרת מידע בתחקיר אף גובר על חיסיון התחקיר המבצעי, ודברי שקר שהושמעו בתחקיר, אשר, ככלל, לא יימסרו לידי רשויות החקירה ולא יתקבלו כראויה במשפט, לא ייהנו מחיסיון במסגרת חקירה פלילית והעמדה לדין בגין העבירה הנ"ל. על החשיבות של אמירת אמת בתחקיר עמד גם בית הדין הצבאי לערעורים, ראו ע/154/04 **התצ"ר נ' סמ"ר א.ר.** (פסק דין מיום 29.12.2004), בפסקה 7 לפסק הדין.

¹³ ראו לדוגמה, עמיחי כהן ויובל שני, **צה"ל חוקר את עצמו: חקירת חשדות להפרת דיני מלחמה**, המכון הישראלי לדמוקרטיה – מחקר מדיניות 93, דצמבר 2011, עמ' 69-73.