



אליס מבעד למראה: על תחקירים מבצעיים, תיחומי זמן וועדות בדיקה – הארת פסיקה על בג"ץ 6547/11 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי

אסף לובין*

1. הקדמה. 2. על מנגנון התחקיר המבצעי. 3. על החובה לחקור ועל
תיחומי הזמן. 4. על מגבלות כוחן של ועדות הבדיקה. 5. סיכומם של
דברים: על "מטריות הגנה משפטיות".

"When Law comes to take on the form most familiar to us, that of authoritative rules and doctrines expressed in their own queer, technical language, gaining precision from the operations of technical specialists at work in their own peculiar context of technique, the Law becomes a world of its own. It is a world like Alice's Looking-Glass-both difficult to break into, and difficult, once one has become acclaimed to it, to break out of.

Beside the layman who does not know anything about Art, but does know what he likes and is mildly apologetic about insisting on what he likes, there stand a hundred of his brethren who do not know what is right and who insist without any apology at all that they ought to have it. They are baffled, frustrated,

* בוגר תואר ראשון במשפטים וביחסים בינלאומיים (LL.B.) מטעם האוניברסיטה העברית בירושלים; סטודנט לתואר מוסמך במשפטים (LL.M.) באוניברסיטת Yale שבניו הייבן, קונטיקט; לשעבר עוזר מחקר בוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום ה-31 במאי 2010 בראשות השופט בדימוס יעקב טירקל. תודתי הכנה לתומר טרגר על הערותיו המחכימות לטייטות מוקדמות של נייר זה וכן לעו"ד יער פרץ, לפרופ' ארנה בן-נפתלי, ולאור סדן על תמיכתם בפרסום נייר זה ועל התייחסויותיהם המועילות.



אליס מבעד למראה: על חקירים מבצעיים, תיחומי זמן וועדות בדיקה

angry if Law and right persist in being different. But they do not see what to do, nor how to take hold. They cannot break in"¹

1. הקדמה

כאלף מפגינים צעדו בבוקרו של ה-31.12.2010 אל עבר גדר ההפרדה הסמוכה לכפר הפלסטיני בלעין. מהלך זה היה חלק מקמפיין משפטי וציבורי ממושך, שבו לקחו חלק פעילים ישראלים ופלסטינים. אלא שההפגנה הזו לא הייתה כהפגנות קודמות. עם סיומה של השנה האזרחית, בואך 2011, הכריזה הוועדה העממית של בלעין על אותו יום שישי כ"יומה האחרון של הגדר" וראש הממשלה הפלסטיני באותה העת, סלאם פיאד, בחר אף הוא להביע הזדהות עם המאבק ולקחת חלק בצעדה.² למול התארגנות זו, הפגינו כוחות צבא ושיטור ישראליים נוכחות מוגברת אשר תרמה אף היא להעצמת המתיחות. עד מהרה הידרדרו הדברים לכדי ידוי אבנים מצד המפגינים וירי גז מדמיע מצד כוחות הביטחון. על עובדות אלה אין עוררין. המחלוקת נטועה במה שהתרחש לאחר מכן. ג'וואהר אבו רחמה, תושבת הכפר וכת למשפחה של פעילים נגד הגדר,³ פונתה באותו היום לבית החולים ברמאללה. מותה נקבע למחרת. נסיבות המוות עודן נתונות במחלוקת עובדתית, מחלוקת אשר הולידה מצדה מסכת האשמות הדדית בין נציגי הרשות הפלסטינית, בני הכפר ופעילים ישראלים המוחים נגד השליטה בשטחים ותוואי הגדר, לבין רשויות הביטחון בישראל.⁴ במוקד העתירה אפוא עומדת החלטתו של

¹ KARL N. LLEWELLYN & ADAMSON HOEBEL, THE CHEYENNE WAY: ראו *CONFLICT AND CASE LAW IN PRIMITIVE JURISPRUDENCE* 41 (1941).

² ראו יאיר אלטמן "סוף השנה: כאלף מפגינים מחו בלעין נגד הגדר" *Ynet* 31.12.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4007218,00.html

³ אחיה של ג'וואהר, באסם אבו רחמה, נהרג מפגיעת קליע גז במהלך הפגנה בבלעין ב-17.4.2009. אחיה הנוסף, אשרף אבו רחמה, נורה בכדור גומי בעודו כפות וכשעיניו מכוסות אגב הפגנה בנעלין שנערכה ב-7.7.2008. עובדות אלה ראויות לציון במיוחד בהקשרו של בג"ץ זה מפני שכפי שמציין פרופ' אייל גרוס: "שני אחיה כבר נורו בידי צה"ל בנסיבות שנראות כפליליות לכאורה (למעשה במקרה אחד כבר היתה הרשעה, בשני המקרים ההליכים הפליליים מתקיימים רק אחר מעורבות אינטנסיבית של ארגוני זכויות אדם)", וראו אייל גרוס "אילו" *בלוג המשתה* 1.1.2011 aeyalgross.com/blog/?p=65979

⁴ לסקירה מלאה של מלחמת הגרסאות כפי שהשתקפה בתקשורת הישראלית ראו שירי אירם, חנה גרין ועופר ולודבסקי "עלילת בלעין? סיקור פרשת מותה של ג'וואהר אבו-רחמה" *קשב – מרכז להגנת*



הפרקליט הצבאי הראשי שלא לפתוח בחקירה פלילית לבירור נסיבות המוות של ג'וואהר.

בטרם התיישבתי לכתוב את הארת הפסיקה שלפניכם חזרתי וקראתי את הכרעת הדין בבג"ץ 6547/11 פעמים מספר.⁵ בכל פעם, עם סיום הקריאה, אחזה בי תחושה עזה של אי-נוחות. במידה רבה הרגשתי כלוא, כמו בתיאורם המופלא של לואלין (Llewellyn) והובל (Hoebel) לעיל, בין ההנמקה המשפטית לבין תחושת הצדק. "נורא מרגיז!" אמרה אליס בארץ המראה עת ניסתה לפרוס בסכין שוב ושוב את עוגת השזיפים אך הפרוסות כמו התחברו להן יחדיו כל פעם מחדש;⁶ וכמו אליס גם אני התמלאתי תסכול רב עת ניסיתי לפרוס ולזקק את מקורות הקושי האישי שלי עם פסיקתה של המשנה לנשיא מרים נאור, בתמיכתם של השופטים דפנה ברק-ארז ועוזי פוגלמן. למען הסר ספק, הגם שמצאתי טעם מה בחלק מקביעות ההרכב, לא יכולתי להתעלם מן העובדה כי המילים והשורות שבפסיקתם עטופים ושזורים היו בפורמליזם משכר. בגבולותיה של הארת פסיקה זו אבקש למקד את הדיון בשלוש נקודות קצרות: בתחקירים מבצעיים, בתיחומי זמן ובוועדות בדיקה.

ב. על מנגנון התחקיר המבצעי

"כשיהיה לי עולם משלי הוא יהיה מלא בשטויות. כלום לא יהיה מה שהוא באמת, שכן כל דבר יהיה ההפך. ולעומת זה, מה שהוא כן, יהיה לא. ומה שהוא לא יהיה כן"

(אליס לחתולה דינה. לואיס קרול הרפתקאות אליס בארץ הפלאות)

מה הוביל למותה של ג'וואהר? האם נפטרה מסרטן הדם?⁷ האם נרצחה על רקע חילול כבוד המשפחה?⁸ האם ברשלנות רפואית מדובר, מנת יתר של תרופת אטרופין שהוזרקה

הדמוקרטיה בישראל (ע"ר) (2001) - www.keshev.org.il/images/stories/PDF/abu-rahma-heb.pdf (להלן: מרכז קשב, סיקור פרשת מותה של ג'וואהר אבו רחמה).

5 ראו בג"ץ 6547/11 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 28.8.2014) (להלן: עניין אבו רחמה).

6 ראו לואיס קרול, עליסה בארץ המראה.

7 ראו יונתן פולק "חומר ראיות רב סותר את גרסת הצבא לאירועי מותה של ג'וואהר אבו רחמה מבלעין" שיחה ג'ראח – סולידריות 4.1.2011 www.justjlm.org/837

8 ראו דליה שיינדלין "על סמלי המאבק הפלסטיני" העוקץ (5.1.2011) goo.gl/K4Z1cE



אליס מבעד למראה: על תחקירים מבצעיים, תיחומי זמן וועדות בדיקה

לדמה בעקבות אבחנה רפואית שגויה?⁹ והאם בכלל נכחה ג'וואהר בהפגנה או שלא?¹⁰ ואם כן האם נהרגה מכשל ריאתי אשר נגרם לאחר שאיפת גז מדמיע ואשר הביא להתקף לב?¹¹ כל כך הרבה טיעונים, השערות והאשמות נזרקו לחלל האינטרנט, יורטו על דפי הדפוס, ונישאו על גלי האתר, בשבועות ובחודשים שלאחר ההפגנה. אדם זר שהיה מביט בהתרחשויות מן הצד ודאי היה מרגיש כאילו נקלע לעולמה ההפוך של אליס, עולם שבו כלום הוא מה שהוא באמת. הטחת העלבונות ההדדית הזו אשר סוקרה בהרחבה על ידי התקשורת, תוך אימוץ הנרטיב של צה"ל, מקימה לנו הזדמנות טובה לתהות על קנקנה של העיתונות הישראלית ככלב השמירה של הדמוקרטיה.¹² אולם את עיקר האשמה למלחמת הגרסאות העכורה הזו, אשר נגררה בעל כורחה אל תוך כותלי בית המשפט העליון, יש למצוא לא בתקשורת דווקא כי אם בהיעדר הערכה עובדתית ראויה של הנסיבות על ידי רשויות החקירה הצה"ליות. עובדה זו קשורה בעבותות לשימוש שעושה הפצ"ר בכלי התחקיר המבצעי כבסיס, מרכזי גם אם לא בלבדי, להחלטה בפתיחה בחקירה פלילית.¹³

⁹ ראו ניר דבורי "צה"ל: המפגינה בבילעין מתה ממנת יתר של תרופות כביה"ח" **Mako** 19.1.2011 www.mako.co.il/news-military/security/Article-6066f4b6c6f9d21004.htm

¹⁰ ראו גילי כהן "מות פלסטינית לא ייחקר: כי היא נקברה ללא התלהמות" **הארץ** 18.7.2012 www.haaretz.co.il/news/politics/1.1779141

¹¹ ראו חמש עם ירון וילינסקי "האירוע בבילעין – הפלסטינים מגיבים על הפרסומים מטעם צה"ל, תמלול ראיון עם השר סילבן שלום" **גלי צה"ל** 4.1.2011 www.ifat.com/VT/Trans.aspx?ID=3575644&CID=31230343

¹² ראו מרכז קשב, סיקור פרשת מותה של ג'וואהר אבו רחמה, לעיל ה"ש 4, בעמ' 40, שם נטען כי: "התמונה העולה ממחקר זה מדאיגה. רוב העיתונות הישראלית הוכיחה שוב, כי בכל הקשור למדיניות הפעלת הכוח של צה"ל מול האוכלוסייה הפלסטינית בשטחים, היא נוטה, כמו ברפלקס מותנה, להתייצב לצידו ולקבל את עמדתו, כמעט ללא שאלות, ללא בדיקה עצמאית וללא ביקורת [...] הסיקור התמקד במלחמת הגרסאות בין הצבא הישראלי לבין הפלסטינים, תוך העברת מסר חד-משמעי לקוראים כי הפלסטינים ממצאים בדותות והצבא חף מכל פשע. העיתונים אימצו בקלות יתירה את ענני העשן שפיזר צה"ל תוך הסתמכות על גורמים צבאיים אנונימיים שהפריחו חשדות לא מבוססים לאוריר".

¹³ יפים בהקשר זה דבריה של הגב' ג'סיקה מונטל, בעדותה בפני ועדת טירקל: "הבעיה הראשונה זה הסתמכות על התחקיר המבצעי. בעצם, רוב המקרים - 400 מקרים - נחקרו ע"י התחקיר המבצעי, וזה לא כלי הולם לבדיקת אירועים אלו. תחקיר מבצעי הוא כלי שמשמש את הפרקליטות הצבאית מאז תחילת האינתיפאדה השנייה, כדי להכריע האם לפתוח בחקירות על הריגת אדם בגדה המערבית גם. זה המסנן ב-10 שנים האחרונות, האם בכלל לפתוח בחקירות מצ"ח. זה כלי עבודה פנימי של הצבא, שנועד לצורך לימוד. הוא נועד כדי להסיק מסקנות ולהפיק לקחים, וככזה, הוא צופה פני עתיד. חקירה פלילית, לעומת זאת, נועדה לאתר אחראים לעבירות שארעו בעבר". ראו פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 2 של הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 "עדותה של גב' ג'סיקה מונטל, מנכ"לית ארגון בצלם" (11.4.2011); עוד ראו דבריו של פרופ' יובל שני בעדותו



תילי-תילים של מילים נכתבו בדבר מגבלותיו של כלי זה, והנושא נידון בהרחבה על ידי אנשי אקדמיה וארגוני זכויות האדם אשר העידו בפני ועדת טירקל.¹⁴ רבות דובר על ניגוד האינטרסים המובנה, על גרירת הרגליים האופיינית, על חיסיון התחקיר, וכן על היעדר ההכשרה של הכוחות המבצעים אותו.¹⁵ טענתו המרכזית של הפצ"ר דאז הייתה כי התחקיר המבצעי הוא לא יותר מאשר "כלי תומך החלטה", אשר ממצאיו מעומתים עם מידע נוסף שבידי הפרקליטות הצבאית, ומכל מקום מוסמך הפצ"ר להורות על השלמת התחקיר או הבהרת ממצאיו.¹⁶ ועדת טירקל נתנה דעתה על העניין, לא התרשמה מנימוקיו של הפצ"ר, וקראה בהמלצותיה לבסוף להקים מנגנון נפרד לצורך עריכת ההערכה העובדתית. הוועדה אף הגדילה וכיוונה את קובעי המדיניות אל עבר מודל הבדיקה האוסטרלי, אשר בראייתה יאפשר לקיים הערכה העומדת בתנאי המשפט הבינ-לאומי.¹⁷

בראשית דבריה בבג"ץ אבו רחמה הבהירה המשנה לנשיא כי "השאלה מהו המנגנון הראוי לבחינה ראשונית של חשד לפלילים במהלך פעילות מבצעית לא מונחת לפתחנו בעתירה זו".¹⁸ ייתכן בהחלט כי מענה על שאלה זו לא היה הכרחי בגבולות העתירה שהוגשה, אולם בפועל בחרו שופטי ההרכב, בין אם במודע אם לאו, להכשיר מנגנון חדש, מעין "תחקיר מבצעי פלוס", שאותו הם מכנים "בדיקה דומה במהותה

פני ועדת טירקל: "המדינה צריכה ליצור מכניזמים, שיאזנו כראוי בין האינטרס שלה בכיצוע תחקירים מבצעיים, שיש להם הצדקה צבאית, לבין החובה הבינלאומית שלה לבצע חקירה שמובילה להטלת אחריות משפטית. בין אם זה אחריות פלילית או אם זה אחריות משמעית, וכדומה. ויהיו מצבים שבהם באמת יהיו מקרים שהמדינה תהיה רשאית להעדיף את הכלי המבצעי על פני הכלי הפלילי, ודאי בסיטואציה מהסוג שדיברתם עליו במושב הקודם, סיטואציה של מבצע לחימתי בעת שהמלחמה מתנהלת. הנקודה שאנחנו אבל מבקרים בעמדת הפצ"ר, היא התייחסות לאותו כלי מבצעי, אותו תחקיר מבצעי, ככלי שיש לו תועלת או כשלב למעשה בהליך הפלילי. אנחנו סבורים, כפי שאמר השגריר מרחב, שלא צריך לערב מין בשאינו מינו". ראו פרוטוקול חלק ב', ישיבה מס' 9 של הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 "עדותם של יובל שני ועמיהי כהן" 13 (14.4.2011).

14 ראו ועדת טירקל הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 – דו"ח שני 319 ובמיוחד ה"ש 71–66 (2013) www.turkel-committee.gov.il/files/newDoc3/The%20Turkel%20Report%20for%20website%20-%20te%20-%20hebrew.pdf (להלן: ועדת טירקל – דו"ח שני).

15 ראו לדוגמה יש דין ארגון מתנדבים לזכויות אדם חקירה לכאורה: כישלון חקירת חשדות לעבירות של חיילים נגד פלסטינים 25–28 (2011) www.yesh-din.org/userfiles/file/Reports-Hebrew/Alleged%20Investigation%20%5BHebrew%5D.pdf

16 ראו ועדת טירקל – דו"ח שני, לעיל ה"ש 14, בעמ' 319–320.

17 שם, בעמ' 320.

18 ראו עניין אבו רחמה, לעיל ה"ש 5, פס' 12.



אליס מבעד למראה: על תחקירים מבצעיים, תיחומי זמן וועדות בדיקה

לחקירה".¹⁹ בית המשפט נשען בהיבט זה על דו"ח מתאמת הבריאות במנהל האזרחי ועל חוות הדעת הרפואית של רע"ן רפואה במרכז לשירותי הרפואה בצה"ל. "ראיות חיצוניות" אלו, כלשון בית המשפט, אשר נאספו במסגרת "חקירה ודרישה", מכשירים אפוא את ההסתמכות על התחקיר המבצעי.²⁰ לא זאת ועוד, הם אף מצדיקים את העברת נטל השכנוע לעותרים, אשר נקראים "לעשות מאמץ" לאתר מסמכים רפואיים נוספים שיאששו את גרסתם.²¹

מהלך זה שגוי בראייתו פעמיים. פעם אחת, כי הוא מציב נטל שכנוע בלתי-ראוי על כתפי משפחות הקורבנות. כשלפנינו מות אזרחית, "אדם מוגן" כהגדרת המונח באמנת ג'נבה הרביעית,²² וכאשר אירוע זה מתרחש אגב פעילות שיטור ואכיפה בשטחים המצויים תחת תפיסה לוחמתית, אין מקום לדרוש מהמשפחה לאתר מסמכים כדי לבסס את חובתו של הפצ"ר לפתוח בחקירה פלילית. חובה כזו צריכה לקום באופן מידי, בשל החשד לכאורה לפלילים הטבוע באופן אינהרנטי במאפייניה של סיטואציה זו.²³

אך יתרה מזאת קביעתה של המשנה לנשיא נאור חוטאת לדידי גם פעם שנייה, וזאת כי היא שומטת את הקרקע מתחת להמלצה מס' 5 של ועדת טירקל. הכרעת דינה של המשנה לנשיא מאותתת אפוא למדינה כי היא רשאית להמשיך ולהישען על התחקיר המבצעי ככלי מרכזי לביסוס הערכות עובדתיות, וזאת תוך איסוף של "ראיות חיצוניות" בהמשך הדרך, על פי צורך, ובלחץ עתירות של ארגוני זכויות אדם.²⁴ קריאתה של ועדת

19 שם, פס' 15.

20 שם, פס' 12–15.

21 שם, פס' 14.

22 Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, (Fourth Geneva Convention) art. 4, Aug. 12, 1949, 75 U.N.T.S 287. ישראל חתמה על האמנה בתאריך 8 בדצמבר 1949 ואשררה אותה בתאריך 6 ביולי 1951; עוד ראו בהקשר של החובה להגן על האוכלוסייה האזרחית בשטח כבוש, עתירה לצו על תנאי, **אבו-רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, בעמ' 16–20, www.yesh-din.org/userfiles/file/Petitions/Jawaher%20Abu%20Rahmah/jhawaer%20aburachme-2-bagatz.pdf.

23 ראו ועדת טירקל – דו"ח שני, לעיל ה"ש 14, בעמ' 99.

24 ראוי בהקשר זה להתייחס לפרשת מותו של השר לענייני המאבק בגדר ההפרדה ובהתנחלויות, זיאד אבו עין, אגב הפגנה נגד המאחז "עדי עד", מצפון לרמאללה ב-10.12.2014. עוד באותו היום בוצע תחקיר מבצעי לשוטר המג"ב שנראה בתמונות לופת את גרונו של אבו עין, ובו נקבע כי אותו שוטר "פעל ללא דופי" (ראו גיא פלג "העימות עם הבכיר הפלסטיני – גרסת הלוחם: פעלנו במתינות" **Mako** 10.12.2014 www.mako.co.il/news-military/security-q4_2014/Article-1e65e5328953a41004.htm). בשים בצד את מסקנות הנתיחה שהתקיימה למחרת במכון הפתולוגי באבו דיס, הרי שפרשה זו שוב ממחישה שוב את הריטואל הקבוע של תחקירים מבצעיים



טירקל להקמת צוות מיוחד בעל מומחיות בתחום המבצעי, בדין הבין-לאומי ובתחום החקירות, אשר יקיים "הערכות מהירות" לשם קבלת החלטה בדבר פתיחה בחקירה ע"י הפצ"ר,²⁵ נקברה למעשה קבורת חמור בפסק דין זה.²⁶

ג. על החובה לחקור ועל תיחומי הזמן

"לו הכרת את הזמן כמוני, אמר הכובען, לא היית מדברת על לבזבו אותו, הוא לא אחד שמתבזבו". "אני לא יודעת למה אתה מתכוון," אמרה אליס. "ודאי שלא!" אמר הכובען, מנער את ראשו בכוז. "אני מתערב שלא דיברת עם הזמן אפילו פעם אחת!" "אולי לא," ענתה אליס בזהירות "אבל אני יודעת איך לנצל אותו." "זהו! זה מסביר הכל," אמר הכובען "הוא לא טובל שמנצלים אותו"

(אליס והכובען המטורף. לואיס קרול הרפתקאות אליס בארץ הפלאות)

באפריל 2011, ערב עדותו של הפצ"ר לוועדת טירקל, שונתה מדיניות החקירות של ישראל באישור היועץ המשפטי לממשלה, זאת בצל שינוי במאפייני הפעילות המבצעית של צה"ל בשטחי יהודה ושומרון. לפי מדיניות החקירות החדשה חויבה מעתה מצ"ח "לפתוח בחקירה מיידית בכל מקרה מוות של תושב פלסטיני כתוצאה מפעילות של

וחילופי האשמות הדדיים, כאילו דבר לא נלמד מפרשת אבו רחמה (לקריאה נוספת ראו יוסי גורביץ "לך זרוע עם קרדום: כמה הערות על יום זכויות האדם, 2014" **החברים של ג'ורג'** 10.12.2014 www.hahem.co.il/friends-of-george/?tag=המכון-לרפואה-משפטית-בישראל: השר אבו עין מת מהתקף לב. הפלסטינים: מת מהכאה ומגז מדמיע" **הארץ** 11.12.2014 www.haaretz.co.il/news/politics/1.2509562; אליאור לוי ירון קלנר וד"ר איתי פלג, "תוצאות נתיחת השר הפלסטיני: מת מהתקף לב שאולי נגרם מלחץ" **ynet** 11.12.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4602208,00.html

ועדת טירקל – דו"ח שני, לעיל ה"ש 14, בעמ' 353.

יודגש בהקשר זה כי המנגנון שהוקם על ידי הרמטכ"ל רא"ל בני גנץ, בראשות אלוף נועם תיבון, מפקד הגיס הצפוני, הוא צעד "בכיוון הנכון" בהקשרה של המלצה 5, אך איננו עונה במלואו על הצורך שזיהתה הוועדה. מנגנון זה, אשר החל את פעילותו בשלהי מבצע "עמוד ענן", נשען על ועדה לבירור עובדתי של אירועים רגישים המועברים אליה בהחלטת המטכ"ל. מבחינה זו מדובר במיסוד נוסף של מנגנון "תחקיר המומחים", אך לא בהקמתו של מנגנון עצמאי חלופי לתחקיר המבצעי שירכז את הטיפול במרבית התיקים המועברים להחלטת הפרקליטות הצבאית כנדרש בהמלצה. להרחבה בנושא זה ראו אבי בניהו "מה משרתים התחקירים הפנים-צה"ליים?" **מעריב** 7.9.2014 www.maariv.co.il/news/new.aspx?pn6Vq=EE&0r9VQ=GEMLE; עוד ראו גילי כהן "ההמלצות כיצד לחקור הפרת דיני מלחמה בצה"ל מיושמות חלקית" **הארץ** 8.9.2014 www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.2427466

25

26



אליס מבעד למראה: על חקירים מבצעיים, תיחומי זמן וועדות בדיקה

כוחות צה"ל באיו"ש, למעט במקרים בהם ברור כי הפעילות שבמהלכה נהרג התושב הפלסטיני נשאה אופי לחימתי של ממש".²⁷
לטענת העותרים יש להעניק "משקל משמעותי" לעובדה שמותה של ג'ואהר אירע אך חודשים מספר טרם שינוי המדיניות שלעיל.²⁸ המשנה לנשיא לא השתכנעה מטענה זו ונשענה בדבריה על פסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ גני חוגה, אשר עסקה בהסדרת פיצויים לעסקי תיירות שניזוקו אגב מלחמת לבנון השנייה.²⁹ בפסק דינו של השופט חשין נכתב אז כי:

"לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, באתי למסקנה כי דין העתירה להידחות. זאת, על אף שיכול אני בהחלט להבין את התסכול שנגרם לעותרת. אכן, בכל מקום בו נקבעים גבולות ותחומין – יהיה זה גבול גיאוגרפי, משקל או זמן – תמיד יהיו שימצאו עצמם מחוץ לתחום. זהו קושי אינהרנטי שאנו מחויבים להכיר בו ולהשלים עמו... קביעת גבולות היא בלתי נמנעת, פעמים רבות, לשם קיומה של הוודאות המשפטית – למען ידע כל אדם היכן הוא עומד ומהן זכויותיו וחובותיו. בכך תורמת היא גם ליעילות ההליך. בענייננו, קביעת הגבול הגיאוגרפי מקילה על הליך בירור הזכאות לפיצוי. עם זאת, הוודאות והיעילות אינן חזות הכל, ולפיכך, גבול אינו יכול להיות שרירותי לחלוטין. ביסודו הוא מבוסס על רציונאל כלשהו, שתכליתו קידום ערכי היסוד של שיטתנו. כך, לו היה נקבע כי רק יישובים ששמו מתחיל באות א' יהיו זכאים להיכלל באזור ההגבלה, הרי שהיה הדבר בלתי סביר לחלוטין".³⁰

מקובלת עלי ההבחנה של השופט חשין כי הדין עסוק מטבעו בקביעת תיחומים וגבולות. עם זאת, כפי שמציין השופט, קביעת קו הגבול איננה יכולה שתהיה שרירותית. בהקשרו של שינוי מדיניות הפצ"ר, הרי שקביעת קו הגבול החדש נבעה משינוי בנסיבות בשטח, במאפייני פעילות צה"ל ביהודה ושומרון. ג'ואהר מצאה את מותה אגב פעילות אכיפה של צה"ל כחלק מטיפול בהפרות סדר. זהו בדיוק סוג האירועים אשר הפצ"ר ביקש שיחסו מעתה תחת המדיניות החדשה. הצמדות דווקנית ליום ולשעה שבו שונתה המדיניות כדי להצדיק אי-פתיחה בחקירה פלילית משקפת בראיית פורמליזם צר ומצער.

27 ראו ועדת טירקל – דו"ח שני, לעיל ה"ש 14, בעמ' 274.

28 ראו עניין **אבו רחמה**, לעיל ה"ש 5, פס' 17.

29 ש.ס.

30 ראו בג"ץ 8803/06 **גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר**, פס' 6 לפסק דינו של השופט מישראל חשין (פורסם בנבו, 1.4.2007).



לא זאת בלבד, שכן ראוי עוד להבהיר כי מושא דרישת העותרים, עצם החובה לפתוח בחקירה פלילית, איננה כפופה למגבלות ותיחומים בדין הישראלי. חובה זו, כפי שמתואר בהרחבה בפרק הפותח את הדו"ח השני של ועדת טירקל, מעוגנת במקורות נורמטיביים עמוקים הרבה יותר. החובה צומחת מכוח ערכים אוניברסליים של הומניות וצדק, המעוגנים במשפט האומות, בדיני זכויות האדם הבינ-לאומיים, במשפט הבינ-לאומי ההומניטרי, במשפט הבינ-לאומי הפלילי ובכללי אחריות המדינה.³¹ כפי שמבהירה הוועדה, קיומה האינטרניזי של החובה לחקור נועד "להבטיח שכוחות הצבא יעודדו ויפתחו תרבות פנימית של מחויבות וציות לחוק".³² בפשטות אם כן, החובה לחקור אירועים דוגמת מותה של ג'ואהרה איננה תלויה בהוראות ובנהלים של מערכת משפט מדינתית כזאת או אחרת. חובה זו הייתה קיימת בטרם שינוי מדיניות הפצ"ר ובטרם פרסום דו"ח ועדת טירקל, כשם שהיא קיימת לאחריהם, ועל בית המשפט היה לתת על כך את הדעת.

ד. על מגבלות כוחן של ועדות בדיקה

"If you're presented by critics and hounded by faction
To take some precipitate, positive action
The proper procedure, to take my advice, is
Appoint a Commission and stave off the crisis.
By shelving the matter you daunt opposition
And blunt its impatience by months of attrition,
Replying meanwhile, with a shrug and a smile,
'The matter's referred to a Royal Commission.'
Thus, once a Commission in session commences,
All you have to do is to sit on your fences
No longer in danger of coming a cropper,
For prejudging its findings is highly improper.
When the subject's been held for so long in suspension
That it ceases to call forth debate and dissention,
Announce without fuss "There no more to discuss.

³¹ ראו ועדת טירקל – דו"ח שני, לעיל ה"ש 14, בעמ' 84.
³² שם.



אליס מבעד למראה: על חקירים מבצעיים, תיחומי זמן וועדות בדיקה

The Royal Commission's retired on pension"³³.

הדו"ח השני של ועדת טירקל התפרסם ביום 6.2.2013. ב-5.1.2014, כשנה לאחר פרסום הדו"ח, נתבשרנו סוף-סוף על הקמת צוות יישום בראשות מנכ"ל משרד החוץ לשעבר, יוסף צ'חנובר.³⁴ בפרקליטות הצבאית הדגישו כי "הם מיישמים את המלצות ועדת טירקל ככל הניתן כלשונו, והציגו בפני ועדת צ'חנובר כיצד הם מתכוונים להטמיע את ההמלצות. עם זאת טוענים בצבא כי מדובר בתהליך ממושך".³⁵ ארגוני זכויות האדם לא התרצו מצידוקים אלו ומתחו ביקורת על מערך החקירות הקיים. לטענתם, המנגנון ממשיך לסבול מ"כשלים מבניים חמורים ההופכים אותו לחסר יכולת לקיים חקירות מקצועיות".³⁶ מאז עברנו עוד מערכה צבאית בעזה אשר הולידה מצדה עוד טענות להפרות של דיני המלחמה המחייבות בחקירה.³⁷ בארגון "בצלם" החליטו לאחרונה לדחות את בקשתו של הפרקליט לעניינים מבצעיים, סא"ל רונן הירש, להעביר לצה"ל מידע על אודות אירועים חריגים שהתרחשו אגב מבצע "צוק איתן" וזאת מן הטעם שהם רואים במנגנון החקירה הצבאי במתכונתו הנוכחית "תיאטרון של חקירות לכאורה".³⁸

³³ הקטע נכתב על ידי Geoffrey Parsons למגזין הבריטי PUNCH באוגוסט 1955; פרסום נוסף שלו מופיע במאמר Gregory J. Inwood & Carolyn M. Johns, *Why Study Commissions on Inquiry, in* COMMISSIONS OF INQUIRY AND POLICY CHANGE: A COMPARATIVE ANALYSIS 3 (Gregory J. Inwood & Carolyn M. Johns eds., 2014).

³⁴ ראו אלה לוי-וינריב "יישום המלצות ועדת טירקל ישפר את מעמד ישראל בעולם" **גלובס** 17.2.2014 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000917874

³⁵ ראו כהן, לעיל ה"ש 26.
³⁶ "הודעה לעיתונות: ארגוני זכויות האדם בצלם ויש דין: ישראל לא מעוניינת לחקור פגיעות בפלסטינים" **בצלם** 4.9.2014 www.btselem.org/hebrew/press_releases/20140905_failure_to_investigate

³⁷ ראו בהקשר זה יובל שני ועמיחי כהן "חקירת הטענות על הפרת דיני המלחמה בידי צה"ל במבצע 'צוק איתן': החלופות העומדות בפני ישראל" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 7.8.2014 ספרים-ומאמרים/מאמרים/ www.idi.org.il/international_law_during_protective_edge/

³⁸ עוד הוסיפו בבצלם כי "אם תחליט הממשלה להקים מנגנון חקירה עצמאי, רציני וענייני לבחינת החשדות להפרת המשפט ההומניטארי הבינלאומי במהלך "צוק איתן" – או אם תחליט ועדת צ'חנובר לקבוע נוהל ולפיו יוקם באופן אוטומטי מנגנון כזה לאחר כל מתקפה צבאית נרחבת ברצועת עזה – נהיה הראשונים לברך על כך. דרישות סף בנוגע למנגנון כזה הן מקצועיות, אמיתותו הציבורית ועצמאותו – הן מהמערכת הצבאית והן מהדרגים הפוליטיים המעורבים". ראו הודעה לעיתונות "לא תולים תקוות שהחקירות שנפתחו יובילו לתוצאות מלבד טיוח" **בצלם** 10.9.2014 www.btselem.org/hebrew/press_releases/20140910_response_to_investigatio



כוחן של המלצות בדו"חות של ועדות בדיקה ממשלתיות, בישראל כבעולם, מוגבל מטבען.³⁹ החוק אינו מחייב את הממשלה לאמץ את מסקנות הוועדה וליישם את המלצותיה.⁴⁰ הטלת חובה כזו על הממשלה תעמוד בסתירה לעקרונות המשטר הדמוקרטי, ובראשן עקרון הפרדת הרשויות.⁴¹ שיקול הדעת הרחב של הממשלה באימוץ או דחיית המסקנות, הגם שכפוף לביקורת שיפוטית,⁴² צריך לעמוד בראש ובראשונה במבחן הביקורת הציבורית והפוליטית.⁴³ עם זאת ראוי להיזכר בדברי ההרכב בבג"ץ ועד

ns_launched_by_idf ; והשוו נמרוד קרין "בצלם כבר לא: הפירה ביקורתית עם פסקול" <http://hatraklin.org/2014/10/14/bezelem> 14.10.2014.³⁹
Wayne Mackay & Moira G. Mcqueen, *Public Inquiries and the legality of blaming: truth, justice and the Canadian way*, in COMMISSION OF INQUIRY PRAISE OR REAPPRAISE? 286 (Allan Manson & David J. Mullan eds., 2003) שם מציינים הכותבים כי "Rarely have those members of the public who called for the formation of the commission been entirely satisfied with the results. Recommendations are often ignored by Governments. The public is not certain that the actual causes of events have been uncovered. Those whose conduct was questioned by the inquiry continue in their positions or quietly Robert Centa & Patrick Mecklem, *Securing accountability through commissions of inquiry: a role for the law commission of Canada, commentary by David P. Shugerman*, in COMMISSION OF INQUIRY PRAISE OR REAPPRAISE?, *supra*, at 149 שם מציינים הכותבים כי: "A substantial number of recommendations made by commissions are shelved, applied in part, or modified by the Executive, without inviting interested parties to comment on these changes".⁴⁰
ראו דנה בלאנדר "במבוכי הפוליטיקה: ועדת חקירה ממלכתית וועדת בדיקה – מה ההבדל" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (1.1.2001).⁴¹

ראו דנה בלאנדר "המלצותיה של ועדות חקירה" **פרלמנט** 53 (2007).⁴²
ראו בג"ץ 4585/06 **ועד משפחות הרוגי אוקטובר 2000 נ' השר לבטחון פנים**, פס' 15 לפסק דינה של השופטת אילה פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 24.10.2006) (להלן: **עניין ועדת אור**). בפסקה זו מציינת השופטת כי: "החלטת ממשלה שלא לאמץ המלצות ועדת חקירה, ובכלל זה המלצות אישיות, כפופה לביקורת שיפוטית. אולם כל עוד עומדת החלטת הממשלה שלא לאמץ את המלצות ועדת החקירה באמות מידה של המשפט הציבורי, לא יתערב בית המשפט בהחלטה זו".⁴³

Dennis K. O'Connor, *Some Observations on Public Inquiries, Papers presented to the Canadian Institute for the Administration of Justice Annual Conference, 10 October 2007*, in *THE CONDUCT OF PUBLIC INQUIRIES: LAW, POLICY AND PRACTICE* 412 (2009), שם מוזכר כי: "As a final note I observe that an inquiry commissioner should play no role in the implementation of the recommendations contained in the inquiry report. Implementation of a commission report is a matter for the political process. In my view, once a commissioner delivers a report, that should be the end of his or her involvement. This is particularly the case when a sitting judge has served as



אליס מבעד למראה: על חקירים מבצעיים, תיחומי זמן וועדות בדיקה

משפחות הרוגי אוקטובר 2000, אשר עסק במינויו של תנ"צ סאו לתפקיד המזכיר לביטחון פנים במטה השר בניגוד להמלצות ועדת אור. במיוחד ראויים בעיני דבריו של השופט סלים ג'ובראן שלפיהם:

"יישום מסקנות של דו"ח ועדה ציבורית מסייע בראש ובראשונה לביסוס תרבות שלטונית תקינה של הפקת לקחים ותיקון ליקויים, למיסוד נורמות ראויות של הוגנות שלטונית וטוהר מידות, ואגב כך מחזק את אמון הציבור במוסדות השלטון".⁴⁴

בג"ץ אבו רחמה, הוא מבחינה זאת הזדמנות שהתפספה. במהלך פסק הדין מוזכר חלקו השני של דו"ח ועדת טירקל שש פעמים, אך רק כבסיס פרשני כחלק מהדיון וההכרעה בתיק. בחינה מדוקדקת של הנסיבות תלמד כי מרבית מהכשלים הצפים מפרשיית אבו רחמה יכולים להימנע בעתיד אם רק תיושמנה המלצות הוועדה. בית המשפט יכול היה, ואולי אף היה צריך, לקחת צעד נורמטיבי-ערכי ולהאיר זרקור צופה-פני-עתיד באשר ליישום ההמלצות. דו"ח הוועדה אינו רק סיכום פרשני של הדין אלא ואולי בעיקר קול קורא לשינוי מבני במערך החקירות של ישראל. שינוי זה לדאבוני טרם בא לכדי מימוש, כמעט שנתיים לאחר פרסום הדו"ח, וכל מי שדואג לעתיד שלטון החוק בישראל ראוי שישמיע קולו בקריאה ליישום מהיר ונחרץ הרבה יותר של ההמלצות. מבחינה זו קולו של בית המשפט היה חסר בפסיקה זו.

ה. סיכומם של דברים: על "מטריות הגנה משפטיות"

"כל אותה עת נסה טידלדי בכל כוחו לקפל את המטריה, כשהוא בתוכה. והיה זה מבצע יוצא דופן כל כך, עד שהסיח לגמרי את דעתה של אליס מן האח הזועם. אלא שטידלדי לא הצליח לגמרי במעשהו, שהסתיים בכך שהוא התגלגל והתהפך, כרוך בתוך המטריה, כשרק ראשו מציץ החוצה"

(אליס והאחים טידלדי וטידלדום. לואיס קרול **עליסה בארץ המראה ומה שמצאה שם**)

commissioner. Commissioners should give reasons for their conclusions in the reports and leave it to others to debate questions relating to "implementation".

44 ראו עניין **ועדת אור**, לעיל ה"ש 42, פס' 3 לפסק דינו של השופט סלים ג'ובראן.



לאחר פרסום חלקו השני דו"ח ועדת טירקל היו מי שמיהרו לכנות אותו, ובעיקר את קביעת הוועדה כי "מנגנוני החקירה והבדיקה של ישראל מתיישבים בדרך כלל עם חובותיה על פי המשפט הבינלאומי",⁴⁵ כ"מטריית הגנה משפטית". מאז השתנתה הרטוריקה, ומטריות ההגנה התחלפו בשכפ"צים ובכיפות ברזל,⁴⁶ אבל העיקרון נשאר דומה. ישראל, כמי שחשופה במיוחד להליכים פליליים ואזרחיים בגין חשדות לפשעי מלחמה הן בטריבונלים בין-לאומיים והן במערכות מדיניות מכוח סמכות שיפוט אוניברסלית, חייבת לתת את הדעת למנגנוני החקירה שלה.

"עקרון המשלימות" (complementarity) כעיקרון מסוכם מפני נחת זרועו של בית הדין הבין-לאומי הפלילי בהאג ו"עקרון השוירות" (subsidiarity) כעיקרון מקביל מול תביעות בבתי משפט מדינתיים,⁴⁷ יעמדו לישראל רק אם זו תוכל להמשיך ולטעון כי מנגנוני הבדיקה שלה ממלאים אחר מחויבויותיה הבין-לאומיות. במיוחד בעת הזו, נוכח בקשת ההצטרפות הפלסטינית לחוקת רומא, ודרך כך לבית הדין הבין-לאומי הפלילי, בצד הפרסום על תלונה פלסטינית אפשרית בדבר ביצוע פשעי מלחמה על ידי

45 ראו ועדת טירקל – דו"ח שני, לעיל ה"ש 14, בעמ' 46.

46 ראו דברי שרת המשפטים דאז ציפי לבני בברכתה למשרד לרגל ראש השנה: "המבצע בעזה היה שעתם היפה של אזרחי ישראל וחיילי צה"ל, [מבצע שבו] החברה בישראל הפגינה סולידריות מרגשת, ושגם אנחנו במשרד המשפטים תרמנו את חלקנו: פעלנו בנחישות וכמיטב הבנתנו כדי שחיילי צה"ל יוכלו להגן על אזרחי ישראל כשהם מצויידיים בשכפ"צ משפטי ומעל ראשיהם כיפת ברזל משפטית עתה, ביום שאחרי, עומדות בפנינו שתי משימות עיקריות: הערכות לקראת המתקפה הבינלאומית - הבלתי-מוצדקת אך הצפויה - עלינו, ומאבק בלתי מתפשר בתופעות הגזענות, ההסתה והלאומנות שנחשפנו אליהן ובמיוחד בשבועות האחרונים. מדובר במאבק במתקפה מבחוץ ובמאבק בסכנה שמבפנים. בשתי הזירות הללו אנחנו מתכוונים וצריכים לנצח". מבוק "לבני: עומדות בפנינו שתי משימות עיקריות" **ערוץ שבע** 10.9.2014 www.inn.co.il/News/Flash.aspx/460306

47 לקריאה נוספת בנוגע לעקרונות אלו ראו חוות דעת משפטית שמוענה לוועדת טירקל, 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 ('Turkel Commission) Aug. 16, 2011, available at: www.turkel-Jo Stigen, The Relationship between the Principle of Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes, in COMPLEMENTARITY AND THE EXERCISE OF UNIVERSAL JURISDICTION FOR CORE INTERNATIONAL M. Cherif Bassiouni, ראו לבסוף, CRIMES 133 (Morten Bergsmo ed., 2010) Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice, 42 VIRG. J. INT'L. L. 81 (2001)*



אליס מבעד למראה: על חקירים מבצעיים, תיחומי זמן וועדות בדיקה

ישראל במבצע "צוק איתן", ראוי לשוב ולדרוש את יישום המלצות טירקל.⁴⁸ מבחינה זו בג"ץ אבו רחמה לא משרת את המטרה הכללית, ואולי רק מוסיף עוד תחמושת למי שמבקשים לבקר את ישראל על יכולתה לכונן חקירות עצמאיות ואפקטיביות. ישראל עשויה למצוא את עצמה, ממש כמו טידלדי, מתגלגלת ומתהפכת כרוכה בתוך מטריית ההגנה המשפטית שלה עצמה, כשראשה מציץ החוצה חשוף להליכים בפורומים זרים.

⁴⁸ ראו ברק רביד "הפלסטינים הגישו לאו"ם באופן רשמי את מסמכי ההצטרפות לבית הדין הבינלאומי" **הארץ** 2.1.2015 www.haaretz.co.il/news/politics/1.2528375; עמוס הראל "פרשנות II חקירה פנימית של אירועי צוק איתן עשויה למנוע צעדים נגד צה"ל בחו"ל" **הארץ** 3.1.2015 www.haaretz.co.il/news/politics/.premium-1.2527977