



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

9 במרץ 2023
ט"ז באדר התשפ"ג

לכבוד

יו"ר ועדת השרים לענייני חקיקה, שר המשפטים ח"כ יריב לוין
השרים החברים בוועדת השרים לענייני חקיקה

הנדון: הצעת חוק חסינות כוחות הביטחון באירועים מבצעיים, התשפ"ג–2023

אמיר אלשטיין

יו"ר הוועד המנהל

הנשיא העשירי ראובן ריבלין

יו"ר של כבוד

יוחנן פלסטר

נשיא

ברנד מרכוס

יו"ר בינלאומי

חברי הוועד המנהל

עוזר ליתא אהרונסון

אלי גרונר

פרופ' ורד וניצקו-טרוס

ד"ר חן ליכטנשטיין

מזל מועלם

שגיר לשעבר סלי מרדור

פרופ' פאדיה נאסר אבו-אלהג'א

עוזר אבי פישר

ד"ר מיכל צור

יוסי קוצניק

המועצה הבינלאומית

פרופ' רונלד דניאלס, יו"ר

השופטת רוזלי סילברמן אבליה, קנדה

אליט אברמס, ארה"ב

שגיר לשעבר מרטין אינדיק, ארה"ב

אן אפלכאוס, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנו, בריטניה

השופט דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן בריד, ארה"ב

השופט סלים ג'ובראן, ישראל

ד"ר ג'וזף גופה, גרמניה

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קוטלר, קנדה

פרופ' גרהרד קספר, ארה"ב

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

סגני נשיא

פרופ' סוזי נבות, מחקר

פרופ' קרית פלוג, מחקר

ד"ר ישי ג'סיין פרט, אסטרטגיה

עמיתים בכירים

פרופ' איסמעיל אבו סעד

פרופ' תמר הרמן

פרופ' נתן זוסמן [אורח]

פרופ' עמית כהן

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' דניאל סטסמן

פרופ' בני פורת

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' מרדכי קרמניצר

פרופ' גדעון דהט

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר

פרופ' יובל שני

מייסדים

ד"ר אריק ברמון

מזכיר המדינה ג'ורג' שולץ [1920-2021]

1. הצעת החוק שבנדון (פ/1784/25, שיזם ח"כ צביקה פוגל), עתידה לעלות ביום א' הקרוב, 12.3.2023, לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה.

2. אנו מבקשים להתנגד בתוקף להצעת החוק. ההצעה מבקשת להעניק לאנשי רשויות הביטחון "רישיון" להפרת חוק ולפגיעה באזרחי ישראל ובבני-אדם אחרים. היא סותרת את שלטון החוק במובנו הבסיסי ביותר, ומנוגדת למושכלות יסוד של המשפט הפלילי. כך למשל, אם תאומץ הצעת החוק, היא תמנע חקירה והעמדה לדין של שוטרים שהפעילו אלימות כלפי אזרחים וגרמו להם פגיעות גוף, או של מפקדים שהתרשלו וגרמו למותם של חיילים באימונים.

כמו כן, החקיקה מנוגדת להתחייבויות של מדינת ישראל במישור הבין-לאומי, ותחשוף את אנשי כוחות הביטחון לסיכונים משפטיים פליליים ואזרחיים בפני ערכאות משפטיות זרות במקרה שיועלו נגדם טענות להפרה של דיני הלחימה. מבחינה מעשית, ניתן להעריך כי הצעת החוק תוביל לעלייה בהיקף העבירות שיבצעו אנשי כוחות הביטחון, ובהתאם, גם לעלייה בפגיעה באזרחים ובבני-אדם אחרים, ולירידה באמון הציבורי בכוחות הביטחון.

עיקרי הצעת החוק

3. לפי הצעת החוק, "איש כוחות הביטחון" – חיילים, עובדי שב"כ, שוטרים, אנשי משמר הכנסת, מתנדבים בשירות לאומי או מתנדבים בגוף בטחוני אחר – "לא יישא באחריות פלילית, לא יחקר כחשוד ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית" (דהיינו – גם מפני תביעות אזרחיות), ביחס ל"כל פעולה שביצע או פקודה שנתן במסגרת מילוי תפקידו", אגב פעילות מבצעית (לרבות אימונים) או פעילות נגד מעשה טרור.

4. הצעת החוק מקימה ועדה שמוסמכת להסיר את החסינות, שתורכב מאנשי כוחות הביטחון בדימוס, חלקם משפטנים, שימונו בידי שר הביטחון. הפרקליט הצבאי הראשי רשאי לפנות לוועדה לבקש את הסרת החסינות. לוועדה יש שיקול דעת אם להסיר את החסינות, רק אם נמצא שהפעולה או הפקודה שניתנה נעשתה בזדון או שלא בתום לב. על ההחלטה ניתן לערער בפני ועדת ערר.



5. פגיעה קשה בשלטון החוק ובעקרון השוויון בפני החוק – הצעת החוק פוטרת באופן מלא כל עבירה פלילית או עוולה אזרחית של אנשי כוחות הביטחון במהלך פעילות מבצעית. אף כי דברי ההסבר מתמקדים בפעילות לחימה ובפעילות לוחמה בטרור, יש להדגיש כי ההצעה מנוסחת כך **שכל פעולה של איש כוחות ביטחון במהלך פעילות מבצעית כלשהי תיחנה מחסינות**. כך, למשל, תחול חסינות מפני חקירה והעמדה לדין במקרים הבאים:

א. **אלימות משטרתית** מכל סוג ובכל הקשר, כגון שימוש באמצעי לחימה אסורים לצורך פיזור הפגנות של אזרחים ישראלים ברחבי ישראל או של תושבים פלסטינים באזור יהודה והשומרון (איו"ש), יהיו תוצאותיה אשר יהיו;

ב. **רשלנות באימונים של מפקד או חייל**, לרבות אם גרמה לפגיעה או למוות של חייל אחר או של אזרח ישראלי או של תושב פלסטיני;

ג. פגיעה בחבר כנסת או באזרח המבקר במשכן הכנסת כתוצאה מפליטת **כדור מנשקו של איש משמר הכנסת** במסגרת ביצוע תפקידו;

ד. **חוקר שב"כ שחרג מסמכותו בחקירה של חשוד ישראלי או פלסטיני וגרם לו** פגיעה פיזית;

ה. **חייל שירה למוות על-דעת עצמו ובניגוד לחוק ולכללי הפתיחה באש** במחבל פלסטיני שכבר נוטרל ולא נשקפה ממנו סכנה.

קשה להפריז בחומרת הפגיעה של הצעת החוק בשלטון החוק. ההצעה מעניקה לכל אנשי כוחות הביטחון **"רישיון" לעבור עבירות**, ללא חשש מחקירות או מהעמדה לדין. זוהי **סתירה לעקרון הבסיסי ביותר של שלטון החוק לפיו "הכול כפופים לחוק"**. ההצעה מעמידה את אנשי כוחות הביטחון, האמונים על אכיפת החוק, מעל לחוק. זהו מאפיין של משטרים לא-דמוקרטיים.

6. פגיעה קשה בזכויותיהם של אזרחים ישראלים ושל בני-אדם אחרים, כמו גם באמון הציבורי בכוחות הביטחון – הצעת החוק למעשה **מתירה את דמם ומפקירה את שאר זכויותיהם של מי שעלולים להיפגע מידם של אנשי כוחות הביטחון**, באשר הם. זאת, מכיוון שפגיעה בזכויות – בחיים, בגוף, בקניין, בפרטיות, וכו' – גם כאשר היא מעוררת חשד לביצוע עבירה, תיוותר **ללא ירידה לחקר האמת וללא מתן מענה לקורבנות העבירה ולבני-משפחותיהם**.

בנוסף, הענקת חסינות מפני חקירה והעמדה לדין, תפרוס כליל את האיזון העדין שדיני העונשין ומדיניות החקירות וההעמדה לדין קובעים כיום בין הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים השונים, ותיצור **תמריצים שליליים להפרת הדין ולפגיעה בזכויות**. כך, למשל, ניתן להעריך שהיקף **תאונות האימונים** בצה"ל שירד באופן

משמעותי לאורך השנים, יזנק מעלה. בדומה, אפשר להניח שהיקף הפגיעות בפלסטינים באיו"ש יגדל.

כתוצאה מן האמור, ניתן להעריך כי ככל שתאומץ הצעת החוק, ייפגע קשות האמון של כל מי שבאים בממשק עם כוחות הביטחון – משרתים, אזרחים, קורבנות עבירה, בני-משפחה והציבור הכללי. במיוחד בהקשר הישראלי, פגיעה כזו באמון עלולה להיות מתורגמת ישירות לפגיעה בביטחון האישי והלאומי.

7. הפרה של החובה של מדינת ישראל מכוח המשפט הבין-לאומי לבדוק ולחקור חשדות להפרה של הדין – המשפט הבין-לאומי המנהיגי מחייב מדינות לבדוק ולחקור הפרה של הדין בנסיבות מסוימות. מקור החובה והיקפה משתנים בהתאם להקשר ולנסיבות. כך למשל, בהקשר של עימות מזוין עליו חלים דיני הלחימה, קבעה הוועדה הציבורית לבדיקת האירוע הימי מיום 31 במאי 2010 ("ועדת טירקל"), כי המשפט הבין-לאומי המנהיגי מחייב את מדינת ישראל לבדוק כל הפרה של דיני הלחימה ולחקור טענות לביצוע פשעי מלחמה.¹ גם בהקשר של אכיפת חוק, שאז דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי הם המסגרת המשפטית השלטת, קבעה ועדת טירקל כי קיימת למדינת ישראל חובה לחקור הפרה של זכויות אדם, ובמיוחד לאחר שימוש בכוח קטלני.²

ועדת טירקל המליצה על שורה של תיקונים במנגנוני הבדיקה והחקירה של מדינת ישראל ביחס לגופי ביטחון שונים, בדגש על צה"ל, אשר "אחרי מימושן תהיה ישראל גם להלכה כמתקנות שבאומות".³ בעקבות פרסום דוח טירקל, מינתה ממשלת ישראל צוות מקצועי, בראשות ד"ר יוסף ציחנובר, עליו הוטל ללמוד את הדוח ביסודיות ולבחון את הצורך בהתאמות ובשיפורים בתחומים שונים, וכן להציע דרכים קונקרטיות לפעול בנושא. בשנת 2016 הוצג דוח צוות היישום לוועדת השרים לענייני ביטחון לאומי, אשר אימץ את האמור בדוח בהחלטה מס' 125/ והורה לגופים הרלוונטיים לדון בהקצאת האמצעים הנדרשים לשם יישום ההמלצות. מבקר המדינה, אשר בחן את אופן היישום של דוח טירקל על-ידי משרדי הממשלה וגופי הביטחון, הדגיש בדוח שפרסם בשנת 2018 את החשיבות לפעול ללא דיחוי ליישום המלצות דוח טירקל ולתיקון הליקויים שעלו, כחלק מן ההיערכות של מדינת ישראל לעמידה בדרישות המשפט הבין-לאומי ולהתמודדות עם המערכה המשפטית במישור הבין-לאומי.⁴

¹ 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, עמ' 74 (2013) (להלן: דוח טירקל השני). ר' גם: עמיחי כהן ויובל שני, צה"ל חוקר את עצמו – חקירת חשדות להפרת דיני מלחמה, מחקר מדיניות 93, עמ' 35-45 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011).

² דוח טירקל השני, שם, עמ' 76-77.

³ שם, עמ' 46, פרק ד'.

⁴ מבקר המדינה, מבצע "צוק איתן" - פעילות צה"ל בהיבטים של המשפט הבין-לאומי בעיקר בנוגע למנגנוני הבדיקה והבקרה של הדרג האזרחי והדרג הצבאי (2018).

הצעת החוק מבקשת למעשה, בהיבטים רבים, להסיג את מדינת ישראל אחורה, ולהוריד לטמיון את המאמצים הרבים שעשו ממשלות ישראל בעשור האחרון כדי להביא לכך שמדינת ישראל תעמוד בחובותיה בהתאם למשפט הבין-לאומי, ותעמוד בשורה אחת עם יתר מדינות העולם עימן היא מבקשת להימנות.

8. חשיפת אנשי כוחות הביטחון לסיכונים משפטיים פליליים ואזרחיים בפני ערכאות משפט זרות – אימוץ הצעת החוק יחשוף את אנשי כוחות הביטחון, בדגש על חיילי צה"ל ומפקדיו, לסיכונים משפטיים בפני ערכאות משפט זרות, הן בפני בית-הדין הפלילי הבין-לאומי בהאג (ה-ICC), שכבר מנהל חקירה פלילית בהקשר של הסכסוך הישראלי-פלסטיני, והן בפני ערכאות משפט במדינות שונות.

בהתאם לחוקת ה-ICC, מקרים של הפרה של עבירות שבסמכות בית-הדין לא יהיו קבילים לשיפוט בבית-הדין, אלא אם המדינה הרלוונטית אינה רוצה או אינה יכולה למצות את הדין עם האחראים (עקרון "המשלימות"). בדומה, גם מדינות זרות ייטו שלא להפעיל את סמכות השיפוט שלהן ביחס למקרה של הפרה של דיני הלחימה אם המדינה שלה זיקה משמעותית יותר למקרה הפעילה את סמכות השיפוט שלה (עקרון "השיוריות").

לאור האמור, במקרים בהם קיימת חובה לבדוק ולחקור טענות להפרה של כללי המשפט הבין-לאומי על-ידי אנשי כוחות הביטחון בישראל, מימוש כן ואפקטיבי של חובה זו, מעבר לכך שהוא מבטא את המחויבות הערכית של מדינת ישראל לשלטון החוק, הוא גם בפועל המגן הטוב ביותר לאנשי כוחות הביטחון מפני הליכים משפטיים בחו"ל. לעומת זאת, הענקת חסינות לאנשי כוחות הביטחון מפני חקירה והעמדה לדין על עבירות שביצעו במהלך פעילות מבצעית או אגב הלחימה בטרור, עלולה לחשוף אותם לסיכונים משפטיים בפני ערכאות משפט זרות. בכך, הצעת החוק המתימרת לכאורה לתת גיבוי לאנשי כוחות הביטחון, למעשה מותירה אותם "חשופים בצריח" ומסכנת אותם.

9. ה"וועדה לבחינת הסרת חסינות" - מנגנון פסול ובלתי-מעשי, שאינו מרפא את הפגמים הקשים שבהצעת החוק – בהתאם לדברי ההסבר להצעת החוק, החסינות לא נועדה לחול כאשר מתעורר חשד לעבירות, וכאשר מתעורר חשד כאמור, תוכל ה"וועדה להסרת חסינות" להסיר את החסינות. ואולם בפועל, ועדה זו לא תוכל לרפא את הפגמים הקשים שבבסיס הצעת החוק.

ראשית, הוועדה מוסמכת להורות על הסרת חסינות רק במקרים שהפעולה הנבחנת נעשתה בזדון או שלא בתום לב. ואולם במקרים רבים, לא ניתן להסיק את היסוד הנפשי של החשוד בעבירה ללא בדיקה וחקירה.

שנית, הוועדה אינה מוסמכת להסיר את החסינות במקרים של עבירות שהיסוד הנפשי הדרוש לביצוען אינו יסוד נפשי של כוונה או מודעות, כגון עבירות רשלנות, אשר לעתים מאפיינות עבירות אגב פעילות מבצעית, כגון תאונות אימונים.



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

שלישית, פעילותה של הוועדה עלולה לשבש את היכולת לבדוק ולחקור טענות לביצוע עבירות גם באותם מקרים שהוועדה תחליט על הסרת חסינות, הן בשל העיכוב שייגרם בפתיחה בתהליכי הבדיקה והחקירה והן בשל "זיהום" ההליך.

רביעית, הוועדה פוגעת למעשה בעצמאות רשויות האכיפה. רשויות האכיפה צריכות ליהנות משיקול דעת מקצועי עצמאי, וההחלטה בדבר פתיחה בחקירה והעמדה לדין צריכה להתקבל על-ידי רשויות האכיפה על-פי הראיות שלרשותן ובאופן בלתי-תלוי, וללא מעורבות של גורמים חיצוניים.

לאור כל האמור, הסיכונים והקשיים אשר יוצרת הצעת החוק כתוצאה מהענקת חסינות לאנשי כוחות הביטחון, כפי שהצבענו עליהם לעיל, שרירים וקיימים גם בהינתן המנגנון של "הוועדה להסרת חסינות".

10. השלכות חמורות נוספות במישור הבין-לאומי – כבר כיום זוכה ישראל לביקורת מצד מדינות וארגונים בין-לאומיים וארגונים לא-ממשלתיים על כך שמערכת המשפט שלה אינה עומדת, הלכה ולמעשה, בסטנדרטים שקובע המשפט הבין-לאומי. הצעת החוק, המבקשת לאמץ במשפט הישראלי מודל שאינו מוכר לנו במדינות אחרות בעולם, צפויה להגביר את הביקורת הזו, ולגבות ממדינת ישראל מחירים מדיניים בהתאם.

11. הצעת החוק מנוגדת להסכם הקואליציוני עם סיעת "עוצמה יהודית" – בשולי הדברים נעיר, כי הצעת החוק, אשר הוגשה על-ידי חבר כנסת מסיעת "עוצמה יהודית", אינה עולה בקנה אחד אפילו עם הסעיף הרלוונטי בהסכם הקואליציוני בין סיעה זו לבין סיעת הליכוד (שהוא כשלעצמו אינו עולה בקנה אחד עם דרישות הדין):

115. חקיקה בעניין אחריות חיילי צה"ל לפעילות מבצעית: לאור החשיבות שסיעות הליכוד ועוצמה יהודית רואות בחיזוק חיילי צה"ל ואנשי כוחות הביטחון מול פעולות טרור, טרם העברת התקציב לשנת 2023, תושלם על-ידי סיעות הקואליציה, חקיקת חוק אשר יקבע הסדרים באשר לאחריותם המשפטית של חיילי צה"ל ואנשי כוחות הביטחון לפעילות במסגרת מילוי תפקידם בעת פעילות מבצעית או פעילות נגד מעשה טרור, בנסיבות בהם לא פעלו בזדון, והכל בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי הנוגעים לעניין. בין היתר, יקבע, כי במקרים אלה יבוצע תחקיר מבצעי, וכי החלטות גורמי החקירה יתקבלו בשים לב לממצאי התחקיר.

כמוסבר לעיל, בפועל, הצעת החוק אינה תואמת את כללי המשפט הבין-לאומי, והחסינות שהיא מבקשת להעניק לאנשי כוחות הביטחון גורפת באופן רחב הרבה יותר.

לסיכום

12. בהתאם לדברי ההסבר, הצעת החוק באה להתמודד עם מציאות שבה "חיילי צה"ל הופכים להיות משותקים בביצוע משימותיהם מפחד אימת הדין", ומציאות שבה לכאורה אנשי כוחות ביטחון "מובל[ים] באזיקים מזירת האירוע" המבצעי. ניתן בהחלט להתווכח אם התיאור הנ"ל אומנם משקף את המציאות לאשורה (בהקשר זה נציין, כי מדינת ישראל זוכה לא אחת לביקורת על-ידי גורמים מבית ומחוץ על-



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

כך שרשויות האכיפה אינן ממצות את סמכויות הבדיקה, החקירה וההעמדה לדין שלהן גם כשעליהן לעשות כן).

לאורך השנים, פיתחה מדינת ישראל מגוון כלי אכיפה ומדיניות המותאמים לנסיבות בהן פועלים כוחות הביטחון. ככלל, חקירה פלילית של נסיבות אירוע נפתחת רק בהתקיים חשד סביר לביצוע עבירה. השאלה מתי מתעורר חשד כאמור היא נגזרת של נסיבות העניין והמסגרת המשפטית החלה. כך למשל, הנסיבות בהן תיפתח חקירה פלילית בהקשר של פעילות לחימה, מצומצמות הרבה יותר מאשר הנסיבות בהן תיפתח חקירה פלילית בהקשר של פעילות אכיפת חוק.

13. כך או כך, הכלי שמציעה הצעת החוק לאמץ – **חסינות כמעט גורפת** לאנשי כוחות הביטחון מפני חקירה פלילית, אחריות פלילית והליכים אזרחיים – **סותר את שלטון החוק במובנו הבסיסי ביותר, ומנוגד למושכלות יסוד של המשפט הפלילי ולערכיה של מדינת ישראל**, לרבות ערך השוויון בפני החוק.

14. מבחינה מעשית, ניתן להעריך כי הצעת החוק תוביל לעלייה בהיקף העבירות שיבצעו **אנשי כוחות הביטחון**, ובהתאם לעלייה בפגיעה באזרחים ובבני-אדם אחרים, ולירידה באמון הציבורי בכוחות הביטחון.

15. הצעת החקיקה גם מנוגדת להתחייבויות של מדינת ישראל במישור הבין-לאומי, ותחשוף את אנשי כוחות הביטחון לסיכונים משפטיים פליליים ואזרחיים בפני ערכאות משפטיות זרות במקרה שיועלו נגדם טענות להפרה של דיני הלחימה. הצעת החוק באה לכאורה להעניק גיבוי לאנשי כוחות הביטחון, ובפועל מסכנת אותם.

16. לגישתנו, אם תאומץ הצעת החוק, היא תהיה נגועה בחוסר חוקתיות, תעמוד בסתירה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ותסב נזק כבד במישור הבין-לאומי למדינת ישראל ולנציגיה, ועל-כן יש להימנע מלקדמה.

ד"ר ערן שמיר-בורר

מנהל המרכז לביטחון לאומי ודמוקרטיה

ד"ר עמיר פוקס
חוקר בכיר