

המרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי

למרות שהמשפט והמקצוע הצבאי הם שתי דיסציפלינות נפרדות, יש דמיון בין העקרונות המשפטיים והמבצעיים המנחים את המפקדים. יישום ההמלצות במאמרי יסייע בהשגת תכליתו הכפולה של הרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי: להבטיח כי יוכל למלא את משימתו בדרך חוקית, ולהבטיח את שלטון החוק בצה"ל ועל ידי כך גם את אמון הציבור בו

לטענתנו, המשפט מכיר במורכבות של תהליך קבלת ההחלטות במצבי לחימה נוכח אי הוודאות, הסיכון לחיי אדם והצורך להחליט לעיתים בתוך שברירי שניות. למורכבות זאת ניתן ביטוי מראש בעקרונות המשפטיים העוסקים בהפעלת הכוח, ואף בבחינה של אירועים מבצעיים בדיעבד. מקרה הבוחן שבמאמר זה נוגע בפעילותו של המפקד הצבאי באיו"ש לנוכח הממשק ההדוק שבין המפקד הצבאי ובין האוכלוסייה האזרחית, וההשפעה של החלטותיו הביטחוניות והאחרות על התושבים הישראלים והפלסטינים המתגוררים באזור.

המשפט מכיר במורכבות של תהליך קבלת ההחלטות במצבי לחימה נוכח אי הוודאות, הסיכון לחיי אדם והצורך להחליט לעיתים בתוך שברירי שניות. למורכבות זאת ניתן ביטוי מראש בעקרונות המשפטיים העוסקים בהפעלת הכוח, ואף בבחינה של אירועים מבצעיים בדיעבד

המשפט הצבאי ומיקומו של הרכיב המשפטי בעשיית המפקדים

ימיו של המשפט הצבאי בישראל קודמים להקמתו של צה"ל. יסודותיו נוצקו עוד בתקופת פעילותו של ארגון "ההגנה", מתוך הכרה בחשיבותה של מערכת משפטית להשלטת החוק והמשמעת בארגון לוחם. עם הקמת צה"ל ב-1948, הותקנו תקנות שעת חירום שאימצו, בשינויים המחויבים, את חוקת השיפוט של ארגון "ההגנה" עד שהוחלפה ב-1955 בחוק השיפוט הצבאי.² עם חקיקת חוק השיפוט הצבאי, הוסדרה באופן מקיף מערכת המשפט הצבאית בנפרד ממערכת המשפט האזרחית של ישראל.³

אלוף ערן ניב, ראש אגף התקשוב וההגנה בסב"ר



אל"ם אייל טולדנו, סגן הפרקליטה הצבאית הראשית



במהלך השנים מושמעת לעיתים הטענה לפיה כל מפקד זקוק למשפטן צמוד. הטענה זאת מבקשים למתוח ביקורת על המעורבות, העמוקה מדי לטעמם, של המשפט בעשייתו של המפקד, ולטעון כי שיקול הדעת המשפטי מחליף ולעיתים מבטל את שיקול דעתם המקצועי, ואף מפריע להם לממש את משימתם.¹ ביקורת נוספת המושמעת לעיתים היא כי עקרונות המשפט מנוסחים ב"תנאי מעבדה", ולכן אינם יכולים להיות רלוונטיים להחלטות מבצעיות המתקבלות בשטח תחת לחץ וסיכון.

במאמר זה נבקש לטעון כי למשפט אכן תפקיד מהותי בתהליך קבלת ההחלטות של המפקד בצה"ל, ובפרט בכל הנוגע לממשק עם אוכלוסייה אזרחית, אולם בשונה מהביקורת המשפט אינו מחליף את שיקול דעתו של המפקד הצבאי, אלא מתווה עקרונות ואיזונים המסייעים למפקד בתהליך קבלת ההחלטות. יתרה מכך, הכללים והעקרונות המשפטיים אינם עומדים בסתירה להיגיון המבצעי ולערכי צה"ל לאורם פועל המפקד הצבאי, אלא תואמים אותם במידה רבה.



הרמטכ"ל רא"ל אביב כוכבי בסיור והערכת מצב בגזרת אוגדת עזה (קורדיט: דובר צה"ל).

עליית משקלו של הרכיב המשפטי בעשיית המפקד

בעשורים האחרונים חלו תהליכים שונים, שהגדילו את עוצמת הפיקוח החיצוני על הצבא ומידת החשיפה שלו לביקורת ציבורית, תקשורתית ומשפטית. בתחום המשפטי ניתן למנות את עליית שיח זכויות האדם במדינה ובצה"ל לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992); תהליכי "המשפטיזציה" בחברה הישראלית; הגידול במספר ההליכים המשפטיים נגד צה"ל; ועליית מעמדו של המשפט הבין-לאומי. תהליכים אלה משפיעים באופן ישיר על מידת המורכבות של תהליך קבלת ההחלטות שמפקדים נדרשים לקבל, ועל היקף השיקולים שעליהם לאזן בתהליך קבלת ההחלטות. בפרט הדברים אמורים כאשר מדובר בהחלטות המשפיעות על זכויותיה של אוכלוסייה אזרחית.

מפקדים, ובפרט בדרגים הבכירים, אינם יכולים לקבל החלטות דרך פריזמה ביטחונית צרה, ועליהם לאזן את השיקולים הביטחוניים עם שיקולים נוספים, בהם: צמצום הפגיעה בזכויות אזרחים; שיקולי לגיטימציה; שיקולים הנוגעים להבטחת אמון הציבור, ובהם גם היבטים תקשורתיים וכדומה. נוסף על כך, עליהם לוודא כי החלטתם מצויה בגבולות המותר על-פי החוק. לכך יש כמה טעמים: ראשית, המפקד כחלק מצה"ל והרשות המבצעת של ישראל מחויב לכבד את חוקי המדינה ואת מחויבויותיה הבין-לאומיות. עקרון שלטון החוק, מעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית, מחייב כי כלל הגורמים השלטוניים יפעלו בהתאם לחוק.

כך, נקבעו עבירות פליליות ייחודיות, סדרי דין, הוקמו בתי דין צבאיים ומוסדה מערכת הדין המשמעתי ונקבעו האוכלוסיות שיוכפפו לשיפוט הצבאי.

כמו כן, החוק הסדיר את פעילותה, את תפקידיה ואת מעמדה של הפרקליטות הצבאית. החוק פירט את תפקידיו של הפצ"ר, ובהם: ייעוץ משפטי לרמטכ"ל ולשאר שלטונות צה"ל בכל ענייני חוק ומשפט; פיקוח על השלטת החוק והמשפט בצבא, ועל הדין המשמעתי. על-מנת להבטיח את עצמאותה המקצועית של הפרקליטות הצבאית קבע החוק, באופן ייחודי, כי הפצ"ר ימונה על-ידי שר הביטחון בהמלצת הרמטכ"ל.⁴ בכך הכיר המחוקק הישראלי, כבר ב-1955, בחשיבותו של המשפט הצבאי כרכיב מרכזי בפעילותו של צה"ל, ובחשיבות תפקידו של הפצ"ר והקצינים הכפופים לו לעשייתם של הרמטכ"ל ושל המפקדים בצה"ל.

תפקידיו של הפצ"ר משלימים זה את זה, ולהם תכלית אחת משותפת - לסייע לצבא ולמפקדיו להגשים את ייעודו הביטחוני של הצבא בהתאם לדין. יפים לעניין זה דברים שנשא דוד בן-גוריון בכנסת ב-1953 בעת חקיקתו של חוק השיפוט הצבאי:

"אין איש, כמדומני, מתנגד שהחוק חייב להגן על ביטחון המדינה, אבל באותה המידה יש גם להגן על הסדר הטוב בצבא, כי בלי משמעת וסדר, אין צבא. משמעת בלבד לא מספיקה. לצבא דרושה נאמנות ומסירות. לצבא דרושה רוח חלוצית. לצבא דרוש רעיון מדריך ומחנך. אבל אין לסמוך על רעיון ורוח בלבד. הכרחית מסגרת של משמעת ברזל [...] בארגון צבאי זהו הכרחי וחוק בל יעבור".⁵

המפקד הצבאי באזור יהודה והשומרון כמקרה בוחן

מ-1967 מנוהל אזור יהודה והשומרון בפועל כשטח הנתון על-ידי כוחות צה"ל בתפיסה לוחמתית. באזור הוקם ממשל צבאי, ומפקד פיקוד המרכז - המשמש כמפקד כוחות צה"ל באזור - משמש למעשה כ"חליף הריבון" וכאחראי הן על שמירת הביטחון באזור והן על שגרת חייהם של התושבים המתגוררים באזור. את תחומי אחריותו ממלא המפקד הצבאי בין היתר באמצעות מאו"ג אי"ש וראש המנהל האזרחי לאזור יהודה והשומרון. תפקידו של המאו"ג מורכב מאוד, ומעורר לא אחת דילמות ערכיות משמעותיות. עליו להבטיח את ביטחון התושבים הישראלים המתגוררים או נעים באזור, לסכל פיגועי טרור באזור או כאלה היוצאים מהאזור לישראל, וכן להבטיח את הסדר הציבורי ואת שלומם של התושבים הפלסטינים. בה בעת, עליו להבטיח את המשך החיים האזרחיים באזור, תוך צמצום ככל הניתן של השפעת הצעדים הביטחוניים על חייהם של תושבים בלתי מעורבים המתגוררים באזור. להלן כמה דוגמאות למקומו של המשפט והממשק עם הייעוץ המשפטי בעשייה המבצעית של המפקד הצבאי באי"ש. הדוגמאות המעשיות נועדו להמחיש את תפקידו הכפול של הייעוץ המשפטי ואת התאימות הכללית והדמיון בין העקרונות המבצעיים והערכיים המנחים את המפקד הצבאי לבין עקרונות המשפט.

מפקדים, ובפרט בדרגים הבכירים, אינם יכולים לקבל החלטות דרך פריזמה ביטחונית צרה, ועליהם לאזן את השיקולים הביטחוניים עם שיקולים נוספים, בהם: צמצום הפגיעה בזכויות אזרחים; שיקולי לגיטימציה; שיקולים הנוגעים להבטחת אמון הציבור, ובהם גם היבטים תקשורתיים וכדומה

הרכיב המשפטי במסגרת המערכות נגד הטרור

בשנים האחרונות, רבים ממעשי הטרור באי"ש ובישראל בוצעו בידי יחידים ולא בידי חוליות טרור מאורגנות. מאפיין זה הציב אתגר של ממש למפקד הצבאי, בכל הנוגע לסיכול ומניעה מוקדמת של פיגועים, בשל היעדר התרעה מודיעינית מקדימה.⁷ נוכח זאת, התעורר הצורך למצוא דרכי התמודדות חדשות עם טרור היחידים. תחקור התופעה ולימודה הוליד כמה תובנות בנוגע לגורמים משפיעים, המעודדים את טרור היחידים. בהם: המחיר הזול של כלי נשק מייצור מקומי וזמינותם למפגעים פוטנציאליים; התמריץ הכלכלי (תשלום כספים על-ידי ארגוני טרור למפגעים או לבני משפחותיהם); וההסתה לאליםמות בתחנות רדיו וברשתות החברתיות. בשיח משותף בין המפקד הצבאי וגורמי המודיעין לבין היועץ המשפטי לאזור, שוכללו ופותחו כלים משפטיים לטובת המערכות השונות בטרור: המערכה באמל"ח, המערכה בכספי הטרור, והמערכה בהסתה.

הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר ברשויות הצבא שבידיהם הפקידה המדינה סמכויות רחבות היקף, משאבים רבים וכוח עצום לשם הגנה על ביטחונה.

שנית, בראייה תועלתנית, אי התחשבות בכלל השיקולים עשויה להוביל לכך שלהשגת התכלית הביטחונית יתלוו השלכות בלתי רצויות, שאותן ניתן היה למנוע או לצמצם. לדוגמה, הפעלת כוח רב מדי במשימות הבט"ש באי"ש עשויה להוביל לפגיעה בבלתי מעורבים ולהתססה של האזור שתחריף את המצב הביטחוני. שלישית, הימנעות מביצוע האיוזנים הנדרשים בין כלל השיקולים, עשויה להוביל לכך שהחלטתו של המפקד לא תעמוד בביקורת שיפוטית של הערכאות המשפטיות, ויישומה של ההחלטה יעוכב, ובמקרים מסוימים היא אף עשויה להתבטל.

רביעית, מפקד שמפעיל את סמכותו באופן בלתי חוקי, עשוי להיחשב לאחראיות פלילית ולהעמדה לדין במערכת המשפט הצבאית, לצעדים פיקודיים שיינקו כלפיו, ובמקרים קיצוניים לחשיפה בפני ערכאות זרות.

כפועל יוצא, בעת קבלת החלטות מורכבות נדרש המפקד, ובפרט המפקד הבכיר, להיוועץ בקציני המטה הרלוונטיים ובהם היועץ משפט, נציג דובר צה"ל ועוד - שיציגו בפניו את כלל השיקולים הרלוונטיים ויאפשרו לו לקבל החלטה מושכלת יותר.

לעיתים עשוי היועץ המשפטי לקבוע כי דרך פעולה מסוימת שאותה מבקש המפקד ליישם אינה חוקית, ועל כן אסורה לביצוע. עם זאת, במקרה כזה על היועץ המשפטי לשקף למפקד את המצב המשפטי הקיים, ולסייע לו למצוא דרכי פעולה אפשריות להשגת התכלית הביטחונית, אשר עולות בקנה אחד עם החוק.

יפים לעניין זה דבריו של נשיא בית המשפט בדימוס מאיר שמגר ז"ל: "על המשפטן הצבאי לחפש פתרון משפטי נכון, המשרת את המטרה הצבאית. אם יימצא - יצעד בו הצבא. [ו]אולם עיקרו של דבר, אם הפתרון לא יימצא ייתן המשפטן הצבאי מענה ברור השולל חלופות שאינן חוקיות".⁸

למרות שעל פניו, עקרונות המשפט שייכים לדיסציפלינה שונה ונפרדת מזאת הצבאית, עקרונות המשפט מבוססים במידה רבה על היגיון, שכל ישר וערכים הומניים, ותואמים במידה רבה את ההיגיון המבצעי ואת ערכי צה"ל המנחים את המפקד הצבאי.



ייעוץ משפטי אופרטיבי (קדימ: דובר צה"ל).



סגירת תחנות תקשורת בחברון (קרדיט: דובר צה"ל).

מדיניות הפעלת הכוח

בעת שימוש כמא"ג אי"ש, פרסם אחד מכותבי המאמר, אלוף ערן ניב, מסמך שכותרתו "בגבורה בתבונה ובטהרה - מדיניות הפעלת הכוח באי"ש".⁸ הרקע לפרסום המסמך היה מספר אירועים מבצעיים שחידדו את השאלה: מתי וכיצד יש להפעיל כוח על-ידי חיילים המשרתים באי"ש כלפי אזרחים, המעורבים בהפרות סדר או בפגיעה בביטחון?

המסמך נוסח על בסיס העקרונות המבצעיים וערכי צה"ל שהנחו את המחבר כמפקד, כאשר יש מידה רבה של התאמה בינם ובין עקרונות דיני הלחימה במשפט הבין-לאומי.

להלן שלושה עקרונות מתוך המסמך, שאותם נשווה לערכי צה"ל במסמך רוח צה"ל ולעקרונות דיני הלחימה:

עקרון הדבקות במשימה. השימוש בכוח על-ידי חיילי צה"ל באי"ש ייעשה אך ורק לצורך השגת המטרה הביטחונית.

עקרון ההבדלה. בעת הפעלת הכוח יש להבחין בין מעורבים בלחימה לבלתי מעורבים. עקרון זה מקפל בתוכו גם את הערך של טוהר הנשק הכלול במסמך רוח צה"ל.

עקרון הדיק. חיילי צה"ל נדרשים להפעיל את הכוח הצבאי באופן מדויק ובמידת העוצמה ההולמת את האיום הביטחוני. על-מנת לעמוד בדרישת הדיק, הכוח נדרש להיות מיומן ומקצועי, וככל שרמת מקצועיותו גבוהה יותר - כך יוכל לדייק יותר בהפעלת הכוח ובעוצמתו.

דרך נוספת להתבונן על עקרונות אלה, היא באמצעות השוואתם לעקרונות דיני הלחימה במשפט הבין-לאומי והומניטרי: עקרון הדבקות במשימה תואם את עקרון הצורך הצבאי, ולפיו הפעלת כוח היא לגיטימית אם היא מיועדת להשגת מטרה צבאית ביטחונית; עקרון ההבדלה חופף לעקרון ההבחנה ולפיו הצדדים לעימות מזוין נדרשים להבחין בכל עת בין אוכלוסייה אזרחית ובין לוחמים, ובין יעדים אזרחיים ליעדים צבאיים, ולכוון את הפעלת הכוח כלפי היעדים הצבאיים בלבד; עקרון הדיק מקביל במידה רבה לעקרון המידתיות ולפיו הכוח והאמצעים שבהם ייעשה שימוש בעימות מזוין, צריכים לקיים יחס סביר בין מידת התועלת הצבאית ובין מידת הנזק הנגרם לגורמים אזרחיים.

שקילת שיקולים אלה והיעוץ המשפטי הניתן למפקד הצבאי, לא זו בלבד שאינם פוגעים בתהליך קבלת ההחלטות ובמימוש המשימה, אלא שהם תואמים את הערכים והאינטרסים הצבאיים ונועדו לאפשר למפקד למלא את משימותיו בצורה חוקית.

כלים משפטיים אלה אפשרו לקיים הליך סדור של הוצאת צווים מנהליים של המפקד הצבאי לסגירת מקומות שימשו לייצור כלי נשק מאולתרים, ולתפיסת המחרטות והציוד באמצעותו יוצרו כלי הנשק ולהחרמתם. כתוצאה מפעילות המפקד הצבאי נגד המחרטות וסוחרי הנשק התייקר מחירם של כלי הנשק המאולתרים, וזמינותם למפגעים פוטנציאליים פחתה בצורה משמעותית.

מכוח כלים אלה הוחרמו כספים שארגוני טרור שילמו באמצעותם למפגעים ולבני משפחותיהם, בהיות העברה זו מנוגדת לדין באזור. כאשר שכללו גורמי הטרור את דפוסי פעילותם והחלו בהעברת רכוש במקום כספים, הותאמו גם הכלים המשפטיים כך שהתאפשר לתפוס רכוש השווה בערכו לכסף או לרכוש שהתקבל מארגון הטרור. באופן דומה, נעשה שימוש בכלים משפטיים על-מנת לסגור מנהלית ולתפוס ציוד של תחנות רדיו ובתי דפוס, אשר שימשו לצורך שידור הסתה או הפקת חומרי הסתה וחומרים הקוראים ל אלימות ולטרור.

הכלים המשפטיים שבהם נעשה שימוש, עוצבו לאחר שיח עם גורמי המודיעין ומא"ג אי"ש. במסגרת השיח, לובנו מצד אחד הצרכים הביטחוניים, ומצד אחר המגבלות החוקיות ביחס לפגיעה בזכויות התושבים (כגון זכות הקניין), וגובשו כלים המשרתים בצורה יעילה את צורכי הביטחון ועומדים במבחן המשפטי והערכי.

בשנים האחרונות, רבים ממעשי הטרור באי"ש ובישראל בוצעו בידי יחידים ולא בידי חוליות טרור מאורגנות. מאפיין זה הציב אתגר של ממש למפקד הצבאי, בכל הנוגע לסיכול ומניעה מוקדמת של פיגועים, בשל היעדר התרעה מודיעינית מקדימה

שיח זה התקיים באופן שוטף גם בעת הפעלתם של הכלים השונים. בהקשר של מסגרות המשמשות לייצור נשק בלתי חוקי, עורר השימוש בכלים מתח בין הרצון למנוע ייצור כלי נשק, המשמשים לא אחת לפעילות טרור, ובין הרצון למנוע פגיעה בחופש העיסוק ובזכות הקניין של הפרט. למשל, התעוררה השאלה האם ניתן לתפוס ולהחרים ציוד של בית מלאכה, שקיים מידע כי יוצר בו נשק על-ידי עובד מסוים אך יש סימן שאלה האם הדבר נעשה בידיעתו של בעל בית המלאכה.

כדי לתת מענה לשאלה חודדו במסגרת השיח פרטים שונים שאליהם יש להתייחס בעת איסוף המודיעין, והאופן שבו יישקלו. כל זאת, על-מנת להבטיח כי השימוש בכלים ייעשה באופן מדוד ומדויק על בסיס ראיות מנהליות מספקות, ותוך הבטחת זכות הטעון לפני שתתקבל החלטה סופית בנוגע להחרמת הרכוש. שיח זה כלל גם תחקור בדיעבד של השימוש בכלים, והפקת לקחים לצורך למידה ושיפור. שילוב הזרועות בעניין זה - המבצעית, המודיעינית והמשפטית - הוביל לכך שההחלטות שהתקבלו בסופו של תהליך על-ידי המפקד הצבאי, היו ענייניות והוגנות, ולמעט מספר מצומצם מאוד של מקרים שבהם נפלו תקלות נקודתיות, עמדו בפני ביקורת שיפוטית.



לוחמי גדוד צבר באימון (קרדיט: דובר צה"ל).

שקילת שיקולים אלה והייעוץ המשפטי הניתן למפקד הצבאי, לא זו בלבד שאינם פוגעים בתהליך קבלת ההחלטות ובמימוש המשימה, אלא שהם תואמים את הערכים והאינטרסים הצבאיים ונועדו לאפשר למפקד למלא את משימותיו בצורה חוקית

לכאורה נראה כי מדובר בהבנה טריוויאלית, האין זה ברור שעם חלוף הזמן, הצטברות פרטים ועובדות, לימוד מעמיק של המציאות, ידיעות מ"הצד השני של הגבעה" - התובנות יהיו מזוקקות יותר? התשובה כמובן חיובית, אלא שהיא עומדת במתח מול המציאות המחייבת לקבל החלטות מהירות בזמן אמת, בהיעדר הפריבילגיה להמתין עד שייאספו כלל הפרטים. יתרה מכך, תהליך גיבוש תמונת המצב ער למתח בין הידע לזמן, ואיכות ההחלטה לא נשפטה רק על פי חכמתה אלא גם על-פי העיתוי שבה נתקבלה. לדוגמה, התרעה על פיאגוע הדורשת החלטה על שינוי מצבי הכוננות. המתנה ארוכה מדי לקבלת פרטים על האיום יכולה בסופו של דבר להחמיץ את העיתוי. אמנם נוכל לדייק טוב יותר מרחב או איום, אבל כבר לא יהיה בידינו לממש את ההערכות הרצויה.

במסגרת השיח המתקיים בין המפקד והייעוץ המשפטי, מוצגות למפקד המגבלות הקבועות בדין הבין-לאומי והמקומי, ומוצעות לו דרכי פעולה שיאפשרו להשיג את התכלית הביטחונית באופן מדויק ומידתי, תוך צמצום הפגיעה בזכויות התושבים. עיצובם של כלים אלה נעשה מראש בתהליך חשיבה משותף, שבו נקבעים גם הנהלים להפעלתם של הכלים השונים.

בחינה בדיעבד של אירועים מבצעיים

ממשק נוסף בין המפקד הצבאי ובין גורמי הפרקליטות הצבאית נוגע לבחינה המשפטית של אירועים מבצעיים חריגים, לרוב בעקבות תוצאה קשה הנגרמת במסגרתם, כגון מותו של אדם. בשונה מהייעוץ המשפטי הניתן למפקד הצבאי מראש, ולעיתים אף בזמן אמת, בחינת אירועים אלה נעשית בדיעבד על יסוד הממצאים העובדתיים העולים מתחקיר מפקדים⁹ או מחקירת מצ"ח. ביצוע בחינה בדיעבד של אירוע, בין אם מדובר בבחינה פיקודית ובין אם מדובר בבחינה משפטית, מעורר תדיר את השאלה: האם הדברים נבחנים דרך פריזמה הנותנת ביטוי לנסיבות הייחודיות של המקרה ולתמונת המצב שהייתה קיימת במועד האירוע, או שהבחינה נעשית על בסיס התמונה העדכנית ותוך שימוש ב"חוכמה שבדיעבד"?

הפילוסוף פרידריך הגל, כתב את המשפט "הינשוף של מינרווה עף רק כאשר צללי הלילה יורדים", בכוונה לכוון שהחוכמה, שהאלה מינרווה אחראית עליה, באה לידי ביטוי רק בחלוף הזמן.

2. כאשר שיקול הדעת של מקבל ההחלטה חורג ממרחב הסבירות, כלומר נוטה באופן קיצוני מהסטנדרט המקצועי וללא הסבר מספק. למשל, הוצאת כוח לפעילות מבצעית עם אנטנות קשר ארוכות, באזור שבו ידוע שעובר קו חשמל בגובה נמוך ולמרות קיומה של סכנה ברורה להתחשמלות.

הדרישה למקצועיות בקבלת ההחלטות היא נחלת המפקדים בצה"ל, ועל כך הם מתאמנים לילות כימים. המציאות אינה דומה להחלטות בחיי היום-יום, וההחלטות נדרשות להתקבל בזמן קצר. המפקדים חייבים לסמוך על המערכת הפיקודית והשיפוטית, שכן גם אם התוצאה אינה רצויה וגם אם יגיעו לתחקיר בפני מפקדים או לחקירה ומשפט, ההחלטות יתקבלו מתוך הבנה עמוקה של המצב הקרבי שבו היו - שהוא שונה בתכלית השינוי ממצבים בשגרה.

ההחלטה הסבירה היא לא זו שיבחר בה אדם מהשורה, אלא זאת שיבחר בה אדם בדרגת המחליט, בעל הכשרה דומה להכשרתו ואשר ביצע הכנות דומות להכנות שביצע המחליט. ברור שאם ירה לוחם בעמדה שלא לפי הנחיות הפתיחה באש, הרי שאלת הסבירות תבחן את כשירותו, ההכנות שעבר, אימונו באמל"ח, ההכנות למשימה ובקיאיותו בהנחיות ההכנות למשימה ובקיאיותו בהנחיות

עליהם לדעת כי הם יכולים לקבל החלטות על-פי ההכשרה המקצועית שלהם, ואם יפעלו בסבירות יזכו להגנת מפקדיהם גם אם התוצאות יהיו קשות. מצד אחר, עליהם לדעת כי הסמכות לשימוש בכוח הופקדה בידיהם וכי שימוש לרעה בכוח זה, משיקולים זרים שאינם מקצועיים, ייתקל בתגובה חמורה יותר מאשר במקרים רגילים, על-מנת לשמר את המערכת תחת סטנדרט מוסרי ומקצועי שאינו יודע פשרות.

בדומה לתחקור הפיקודי, גם הבחינה המשפטית של אירועים מבצעיים בידי הפרקליטות הצבאית נעשית דרך מסנן נוסף על הכללים הרגילים של המשפט הפלילי, שזכה לכינוי "מקדם המבצעים".

הוא מיושם בעת שנבחנת השאלה: האם התנהגות של חייל בתנאי קרב היא רשלנית במידה המהווה עבירה? ככל שהתשובה לכך חיובית, בוחנים האם יש מקום להורות על העמדה לדין פלילי של החייל, או להסתפק בלנקוט צעדים פיקודיים או משמעתיים נגדו. בכל הנוגע לשאלת קיומה של עבירה, סבירות התנהגותו של החייל וסטנדרט ההתנהגות הנדרש מחייל במצבו נבחנים בשם לב למגבלות ולאלוצים של תנאי הקרב; ניתן משקל לתגובות אנושיות הנובעות מאופיו של החייל הספציפי; ומרחב ההתנהגות שתיחשב כסבירה יהיה רחב יותר מהרגיל.¹² הטעם לגישה זאת הוא ש: "ראוי להותיר לחיילים מרווח סביר של טעות היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי המקום, השטח והזמן העומדים ברקע האירוע המבצעי שבמחלוקת והמחייבים החלטה מהירה ולא התייעצות משפטית על המותר והאסור באותו רגע".¹³

המתח הזה חריף יותר בלחימה עצמה, שבה הלוחם או המפקד צריכים לקבל החלטות בזמן קצר מאוד, לעיתים בשבריר שניה, ואין בידם להמתין ולשפר את תמונת המצב. כל מי שעשה מסלול לוחם מכיר את הפזצט"א (פול, זחל, צפה, טווח, אש). תרגולת זו, המחייבת כל לוחם כברירת מחדל, לוקחת בחשבון שייתכן בדיעבד כי הייתה ברירה טובה יותר, אלא שברוב המקרים זה המעשה הנכון ואין זמן לבדוק את החלופות.

עקרונו של ההוגה הפרוסי קלאוזביץ - שדה הקרב הוא ממלכת אי הוודאות - נלמד כתובנה מרכזית בכל קורס מפקדים. המפקד יודע שתוכניות משתבשות, ושגם אם ישקיע מאמץ אדיר בתכנון ובהכנות - המציאות תהיה שונה. מדוע הדבר קורה? מכיוון שהמלחמה היא התנגשות רצונות, וכל צד מנסה להפגיע את יריבו. מדובר במערכת סבוכה עם אלפי גורמים משתנים, שיכולים להשפיע על התוצאה. קשה מאוד ממרחק להבין את המורכבות, הפחד, הלחץ ואת אופן קבלת ההחלטות. על כן ברור כי השיפוט של פעולת הלוחם והמפקד בשדה הקרב צריך להיות בראייה מפוכחת ככל הניתן על מצבו של המחליט, הידיעות שהיו בפניו וההכשרה שניתנה לו. יתרה מכך, על הבחינה לא להתמקד בשאלה האם ההחלטה הייתה טובה או לא, אלא האם הייתה סבירה.

ההחלטה הסבירה היא לא זו שיבחר בה אדם מהשורה, אלא זאת שיבחר בה אדם בדרגת המחליט, בעל הכשרה דומה להכשרתו ואשר ביצע הכנות דומות להכנות שביצע המחליט. בהקשר זה ידועה אמרת חז"ל "אל תדון את חברך עד שתגיע למקומו".¹⁰ ברור שאם ירה לוחם בעמדה שלא לפי הנחיות הפתיחה באש, הרי שאלת הסבירות תבחן את כשירותו, ההכנות שעבר, אימונו באמל"ח, ההכנות למשימה ובקיאיותו בהנחיות.

מתי המצב אינו סביר בראיית המפקד המתחקר את האירוע? כאשר היא חורגת מגבול הטעות לתחום התקלה. בשני מצבים תיחשב החלטה לתקלה ולא לטעות:¹¹

1. כאשר מקבל ההחלטה הפר פקודות והוראות, חרג באופן ברור מסמכותו, או מההנחיות ומהציווי המקצועי באופן מודע וללא הסבר מספק. למשל, הוצאת פטרול לשטח בנוי ללא מכשיר קשר תקין, או ביצוע ירי על מי שאינו מהווה סכנה ברורה ומידית.



לוחמי גדוד 13 באימון (קרדיט: דובר צה"ל).

למרות התכלית השונה של התחקור הפיקודי לעומת הבדיקה המשפטית של אירועים מבצעיים, בשניהם המפקד המתחקר והפרקליט המטפל או בית הדין הצבאי מפעילים מסנן, הנותן משקל לתנאים הייחודיים של הפעילות המבצעית

דוגמה ליישום מקדם המבצעים ניתן לראות בעניין אל-נבארי מ-2006. אל-נבארי צעד בשעת לילה בוואדי סמוך לשוב נגוהות, זוהו כמחבל ונורה למוות בידי כוח צה"ל שביצע פעילות מבצעית. לאחר מכן הסתבר כי מדובר באזרח ישראלי שלא היה חמוש. עוד עלה מן החקירה, כי הוואדי שבו צעד נבארי נמצא בסמוך ליישוב נגוהות, ושימש כנתיב לביצוע פיגוע ביישוב כמה ימים קודם לכן, במהלכו נרצחו ילדה ואביה. באותו מועד התקבלה התרעה על כוונה לבצע פיגוע נוסף ביישוב באותו לילה; הכוח הצבאי שזיהה את הדמות קרא בקול רם ובערבית לעברה, ולאחר שלא הגיבה, פתח באש.

הפרקליט הצבאי הראשי דאז שבחן את תיק החקירה, החליט לסגור את התיק, וכנגד החלטתו הוגשה עתירה לבג"ץ. בג"ץ דחה את העתירה והחליט לא להתערב בהחלטה, לאחר שקבע כי מסקנות הפרקליטות ולפיה בעת ההיתקלות החיילים סברו כי הם נתונים בסכנת חיים, וכי פעלו באופן סביר, אינה חורגת ממתחם הסבירות.¹⁷

טעם נוסף נוגע למצב התודעתי הרגיש של חיילים הנתונים בפעילות מבצעית, השונה מזה שבשגרה. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין ג'ילאני, שבו נדונה עתירת קרוביו של מנוח פלסטיני שנהרג במרדף של כוחות הביטחון, להגשת כתבי אישום נגדם: "...שומא עלינו להביא בחשבון את אווירת המתח, שבה היו נתונים בעת מעשה ולא לקבוע את הערכתנו רק על סמך העובדות היבשות, שנודעו לאחר המעשה, כאשר בידנו לשקול אותן באווירה שקטה".¹⁴ הצדקה נוספת לגישה הייחודית ביחס לאירועים מבצעיים נעוצה ברצון למנוע השלכות שליליות על פעילות הצבא, ובפרט למנוע יצירת אפקט מצנן ו"הרתעת יתר" מפני יצירתיות, יוזמה ונטילת סיכונים מקום שבו הם ראויים ורצויים. מקדם המבצעים מקבל משקל גם בעת קבלת ההחלטה האם להעמיד את מי שהתרשל לדין פלילי, או להסתפק בצעדים פיקודיים או משמעתיים.¹⁵ כדברי בית המשפט העליון:

"נדמה אפוא, כי כשמדובר בפעילות צבאית מבצעית יש מקום לשקול, בכפוף לנסיבות המקרה ולחומרת ההתרשלות העולה ממנו, את השימוש בסנקציות פיקודיות גם במקרים מסוימים [ש]בהם היה מועמד המבצע לדין פלילי במידה והעבירה הייתה מבוצעת שלא כחלק מפעילות צבאית מבצעית".¹⁶

הנה כי כן, למרות התכלית השונה של התחקור הפיקודי לעומת הבדיקה המשפטית של אירועים מבצעיים, בשניהם המפקד המתחקר והפרקליט המטפל או בית הדין הצבאי מפעילים מסנן, הנותן משקל לתנאים הייחודיים של הפעילות המבצעית. זאת, מתוך ההבנה כי בנסיבות קרבות ראו להתיר לחיילים מרווח רחב יותר של טעות היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי המקום השטח והזמן, וכי לא נכון יהיה לבחון את המקרה בבחינת "חוכמה שבדיעבד", על בסיס העובדות היבשות ובמנותק מהקשרו.



הרמטכ"ל רא"ל אביב כוכבי בסיוור בגזרת עזה (קרדיט: דובר צה"ל).



לוחמי גבעתי באימון (קרדיט: דובר צה"ל).

המפקד הבכיר, בעזרת המטה המקצועי לרבות היועץ המשפטי, יפעל להבטיח תאימות ועקביות בין המשימה המבצעית ובין הנורמות המקצועיות, הנורמות המשפטיות, הכשרת המפקדים והחיילים וארגון הכוח. זאת על-מנת ליצור מערכת שתקל על הדרג הזוטר לפעול על-פי מה שלמד.

המפקד הזוטר ייצמד למשימה הצבאית שהוטלה עליו, ויבצע אותה בהתאם לנורמות המקצועיות הצבאיות ובהתאם לערכי צה"ל. כך יובטח כי יפעל במסגרת החוק. על-מנת לחדד את הנורמות גם ביחס למצבים עמומים, מומלץ כי המפקד הזוטר ירבה בסימולציות של מקרי קצה, שבהם מתעוררות דילמות תוך תרגול מה שלמד. היועץ המשפטי יגשר בין כללי המשפט לצרכים המבצעיים, הן כגורם מרסן המבהיר את מגבלות החוק והן כגורם מאפשר המסייע בגיבוש כלים יעילים לביצוע המשימה הצבאית במצבים מורכבים ובהתאם לדין. לשם כך, נדרש היועץ המשפטי להימצא לצד המפקד, להבין את מאפייני הסביבה המבצעית ולסייע למפקד בגיבוש המדיניות והכלים, ובבניית סימולציות שתפקידן לפשט מציאות מורכבת לכללי אצבע מבצעיים.

בכל דרגי הפיקוד, אין להתעלם מאירועים של חריגה מהנורמות. יש לטפל באירועים אלה פיקודית, ובמקרים שבהם קיים חשד לביצוע עבירה פלילית, או שקיימת חובת חקירת מצ"ח - להעבירם לטיפול משפטי.

אנו מאמינים כי יישום ההמלצות האמורות, יסייע בהשגת תכליתו הכפולה של הרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי: להבטיח כי המפקד יוכל למלא את משימתו הביטחונית בדרך חוקית, ולהבטיח את שלטון החוק בצה"ל ועל ידי כך גם את אמון הציבור בצה"ל.

בחוכמה שבדיעבד, ברור כי לא היה מקום לפתוח באש על אזרחי ישראל שאינו חמוש ואשר לא יצר סיכון לחיי אדם אחר. אילו האירוע היה נבחן באופן "סטריילי" ובמנותק מההקשר של הזמן והמקום שבו התרחש, נראה כי המסקנה הייתה שיש לנקוט הליכים פליליים נגד המעורבים בו. ואולם כאשר מתבוננים באירוע דרך הפריזמה של מקדם המבצעיות ובהקשר הביטחוני-מבצעי של האירוע מצטיירת תמונה שונה, שאינה מצדיקה נקיטת הליכים פליליים נגד המעורבים.

סיכום והמלצות

במאמר זה ביקשנו להציג את הרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי הן בשלב התכנון המקדים בו נועץ המפקד ביועץ המשפטי, והן בשלב הבחינה בדיעבד של אירועים מבצעיים חריגים.

למשפט תפקיד חשוב בעשיית המפקד בצה"ל, ותכליתו כפולה: לסייע למפקד הצבאי במימוש יעדיו הביטחוניים בדרך חוקית, ולאכוף את החוק והמשמעת בצה"ל.

למרות שהמשפט והמקצוע הצבאי הם שתי דיסציפלינות שונות ונפרדות, יש דמיון בין העקרונות המשפטיים ובין העקרונות המבצעיים וערכי צה"ל המנחים את המפקדים, ובמרבית המקרים תהיה הלימה ביניהם.

כמו כן, יש דמיון בין המשקל הניתן ל"ערפל הקרב" בתחקור המבצעי שעורכים מפקדים, ובין "מקדם המבצעיות" המיושם בעת הבחינה המשפטית של אירוע מבצעי חריג.

לנוכח התובנות שעלו במאמר נבקש להמליץ למפקדים וליועצים המשפטיים:

