



MISGAV • מ ש ג ב

המכון לביטחון לאומי ולאסטרטגיה ציונית
THE INSTITUTE FOR NATIONAL SECURITY & ZIONIST STRATEGY

משטר ומשפט – אתחול מחדש לאור ה-7/10 – "ישראל 2.0": פתרונות אפשריים

הכשלים שהביאו למתקפת 7 באוקטובר מחייבים את ישראל שינוי של כמה מהגישות הבסיסיות שלה למשפט

הבינלאומי, וכן ליחסים שבין הדרג הממונה לדרג הנבחר

ד"ר רפאל ביטון

תקציר

- ישראל צריכה לזנוח את הגישה המשפטית שקובעת שאת האבטחה על מרחבי הגבול יש לקיים על פי דיני המלחמה בלבד, וכתוצאה מכך להפעיל כוח רק כאשר יש איום ואדם חמוש בקרבת הגבול. יתרה מכך, עליה להפסיק לאכוף את החוק כלפי לוחמים בלתי חוקיים במרחבי הגבול כאילו היו אלה משתתפים בהפגנות "רגילות".
- צה"ל נדרש להכריז על מרחבי גדרות הגבול כאזורים אסורים לכניסה, לאכוף את החוק ולהנהיג שם משטר משפטי ייחודי. ככלל, הצבא צריך להתייחס למרחבים אלה כאל שטחי עימות פוטנציאליים בכל עת.
- יש לשנות גם את המסגרת המשפטית הפרוצדורלית לפיקוח על פעילות הצבא במרחב הגדר. הטיפול המבצעי בסיכוני הגבול מחייב מקצועיות וידע שאין לבית המשפט. הוא מחייב גם נשיאה באחריות, שבית המשפט לא יישא בה.
- ישראל מחילה על עצמה תפיסות של משפט בינלאומי ושל דיני מלחמה שאינן מחויבות המציאות, ומגבילה את עצמה בשל פרשנות לא הכרחית של דיני המלחמה. מכיוון שהמשפט הבינלאומי אינו חד-משמעי ויש בו מחלוקות רבות, עלינו להיזהר מלראות בו מערכת שמכתיבה בצורה ברורה ומוחלטת את גבולות ההגנה העצמית של מדינת ישראל.
- ההנהגה הביטחונית הישראלית חייבת לאמץ גישה הרואה בדיני המלחמה כמעניקים מעמד ראשי לצורך הצבאי. עלינו לאמץ גישה שמאפשרת לנו לנצח בשדה הקרב, תוך שמירה על עקרונות המשפט הבינלאומי על בסיס פרשנות סבירה ולא מחמירה.

- יש לראות את המאבק בארגוני הפשיעה הגדולים בישראל כחלק מתפיסת הביטחון של ישראל. עלינו לעבור ממודל של אכיפה פלילית (פרסונלית) בדיעבד למודל של מאבק מנהלי (קולקטיבי) לפירוק ומניעה מראש.
- יש לבנות שורת מנגנונים לשיפור האחריות של הדרג המבצעי, וכן שינוי מנגנון ההדחה של ראשי ארגוני מערכת הביטחון. מוצע לחזק את מנגנון השימוע הפרלמנטרי הישראלי, כך שוועדה בכנסת תוכל לזמן כל אדם וכל בעל תפקיד ממונה או נבחר לשימוע, ואי התייצבות עשויה להיענות בענישה פלילית.
- יש לבחון לייצר מנגנון שיוכל לאפשר לראש הממשלה להפעיל את הצבא באופן ההולם את תפיסת הממשלה ולאפשר לראש הממשלה להדיח כל אחד מראשי הארגונים בהחלטה של ראש הממשלה באישור הקבינט המדיני-ביטחוני או ועדת שרים מצומצמת אחרת שתמונה לצורך כך.

פתיח

מסמך זה נכתב במסגרת פרויקט ישראל 2.0, בהובלת פרופ' גבי סיבוני ופרופ' קובי מיכאל, והוא חלק מאשכול "המערכות המדינתיות" במיזם. לפרויקט יש שלושה שלבים עיקריים: בשלב ראשון יופצו מסמכים הממפים את עיקרי האתגרים והבעיות בנוגע לנושאים השונים המטופלים בפרויקט. בשלב השני יופצו מסמכים המציגים את ניתוח המשמעויות, ההמלצות והמענים לאותם נושאים. בשלב השלישי יגובש מסמך אינטגרטיבי לכלל הנושאים.

רקע

במאמר קודם עמדנו על קשר אפשרי בין כשלי ה-7/10 ובין בעיות של משטר ומשפט בישראל. בין הכשלים שאפשר שיש להם קשר לענייני משפט ומשטר, ציינו: יחס שגוי של המדינה ומוסדותיה לעניינים של משפט בינלאומי; הירידה ברמת ההרתעה, בין היתר לאור תוכנית ההגנה שקרסה במרחב החיץ הביטחוני (הפרימטר); רצף החלטות בניין כוח והצטיידות שגויות של צמרת צה"ל; מינויים בצמרת צה"ל המפיקים הומוגניות מחשבתית, ובכללה חשיבה הומוגנית במנגנוני המחקר וההערכה המודיעיניים; התעלמות מאזהרות דרג שדה ותושבים, וכן בעיות של פיקוד ושליטה בהדיפת הפלישה והגנת היישובים.

כאמור, במאמר קודם הצענו הסבר לקשר בין הכשלים המיידיים סביב ה-7/10 ובין בעיות של משטר ומשפט. המייחד את הבעיות שעליהן הצבענו הוא שהן ברורות עוד לפני ביצוע תחקירי עומק. בהתאם, הצבענו על כמה בעיות יסוד של משטר ומשפט שלדעתנו הייתה להן תרומה אפשרית לכשלי ה-7/10. ביניהן, הצבענו על תפיסה בעייתית של דיני המלחמה והמשפט הבינלאומי בישראל ועל אובדן משילות כזרז של אובדן הרתעה. בנוסף, הצענו לבחון את הקשר בין כשלי העומק של מערכת הביטחון ובין חולשת מרכיב ה-accountability (אחריותיות) של ראשי מערכת הביטחון, וכן את העובדה שבשרשרת הפיקוד והמרות הישראלית בנושא ביטחון ישנו פער בעייתי בין אחריות ובין סמכות.

באותו מאמר הבהרנו גם שאפשר שישנן בעיות משטר ומשפט נוספות שיש להן קשר לכשלים של ה-7/10, אלא שהעיסוק בהן עלול לדחוק את הדיון חזרה אל מחלוקות עבר. והיות שאנו סבורים שתיקוני עומק מחייבים הסכמה רחבה, בחרנו להימנע מלהעלות בעיות שעל אף חשיבותן לא יהא בהן כדי לקדם את הדיון על פתרונות בהסכמה הנדרשת. נעבור עתה לסקור שורה של פתרונות שיש לדעתנו לאמץ כדי להקטין את הסיכון למתקפה דומה ולהגביר את הסיכוי להתמודד איתה, אם חלילה תבוא.

שינוי הפרדיגמה המשפטית למרחב החיץ הביטחוני והגדר – נדמה שאין מחלוקת רצינית שמתקפת ה-7/10 התאפשרה בין היתר כתוצאה מן המשטר הביטחוני הישראלי במרחב החיץ הביטחוני והגדר עם רצועת עזה. ברור שאילו היה צה"ל משמר משטר קפדני של איסור התקרבות טרוריסטית ואזרחית אל גדר הגבול, מתקפה מן הסוג של ה-7/10 הייתה כמעט בלתי אפשרית לתכנון, להכנה ולביצוע. ראינו שישנו על פניו קשר בין המשטר הביטחוני שאכפה ישראל בקרבת הגדר ובין התפיסה המשפטית שאימצה ישראל ביחס למרחב זה. התפיסה המשפטית שאומצה, כמפורט בפסיקת בג"ץ ועמדת צה"ל, מבוססת על כמה הנחות יסוד. הראשונה, שנוכחות של אדם בקרבת הגדר, כשלעצמה, אינה עילה להפעלת כוח חמוש נגד אותו אדם. השנייה, שבמרחב הגדר מתקיימות בו-בזמן שתי פרדיגמות משפטיות. הראשונה, פרדיגמת דיני המלחמה. היא משפיעה בפועל רק על מי שברור שהוא מעורב בזמן אמת בטרור. תחולת פרדיגמת דיני המלחמה בנוגע לאדם כזה מאפשרת להפעיל נגדו כוח בדומה להפעלת כוח נגד לוחם בעת סכסוך חמוש. הפעלת כוח כזו אינה כפופה לכללים המגבילים של סכנה ברורה ומיידית לכוח היורה. מרגע שמזוהה לוחם בעת סכסוך חמוש, מותר לפגוע בו מיד ולהורגו. אין חובה לנסות לעצור אותו, כשהדבר אפשרי. אין חובה להפעיל אמצעים לא-קטלניים תחילה. נדגיש, עם זאת, שהמשמעות הנובעת מפסיקת בג"ץ בעניין מדיניות החיסולים מכרסמת בחשיפתם של מחבלים, שהם למעשה לוחמים בלתי חוקיים.¹

הפרדיגמה השנייה היא פרדיגמת אכיפת החוק. על פיה, מול מי שמצוי במרחב הגדר אבל אינו לוחם בלתי חוקי ניתן להפעיל כוח רק במסגרת הכללים החלים על אכיפת חוק. כלומר, במידתיות ובמגבלות החלות על שימוש בכוח קטלני בעת הפרות חוק בהפגנה אזרחית "רגילה". המגבלות האלו מחייבות להפעיל כוח חמוש כמוצא אחרון בכללים מקבילים לכללי הצורך וההגנה העצמית.²

חלק בסיסי בהסרת הסיכון לאירועי 7/10 נוספים בעתיד טמון בזניחת שתי הגישות המשפטיות האלו. ראשית, יש לראות בנוכחות במרחב החיץ הביטחוני והגדר סכנה ביטחונית-לאומית בפני עצמה. על צה"ל להכריז על מרחב מוגדר בצמוד לגדר הגבול כאזור אסור בכניסה. את האיסור יש לאכוף תוך הנחה שכל המפר ביודעין את האיסור ומתקרב אל הגדר תוך הפרתו הוא אדם חשוד המהווה סיכון מידי בהגדרה. יש לזכור שהסיכון מפני הישנות ה-7/10 אינו מוגבל לגזרת עזה בלבד. בשינויים המחויבים, אירוע מקביל יכול להתרחש גם בגזרות אחרות, דוגמת גבול לבנון, גבול סוריה, גבול ירדן וגזרת איו"ש. למעשה, הסיכון להישנות אירוע כמו ה-7/10 גדל משמעותית מרגע ש"הבלתי אפשרי" התברר לאויבינו כבר-ביצוע. "הצלחת" ה-7/10

¹ חשוב להדגיש שלנוכח פסיקת בית המשפט העליון ב"בג"ץ החיסולים" ("בג"ץ 769/02 הוועד נגד עינויים נ' ממשלת ישראל), חברי ארגוני הטרור בשטחי יו"ש ורצועת עזה אינם סתם לוחמים, אלא הם אזרחים המהווים "לוחמים בלתי חוקיים". למרבה הצער, בג"ץ לא קבע שמדובר בחברי קטגוריה שלישית של מי שאינם לוחמים ואינם אזרחים, אלא הם לוחמים בלתי חוקיים שאינם אזרחים. התוצאה של קביעת בג"ץ היא שעל אף היותם לוחמים בלתי חוקיים, הם עדיין אזרחים במהותם. לכן חלות מגבלות על הריגתם, בשונה מהריגת מי שהוא לוחם רגיל במלחמה. לדוגמה, במקום שניתן לבצע מעצר יש להעדיף מעצר על הריגה, וכן, לאחר הריגה, היות שמדובר בהריגת "אזרח", יש לבצע חקירה של האירוע. יש להצטער על הפסיקה הזו. ראשית, היא מעניקה ללוחם בלתי חוקי מעמד מועדף בהשוואה ללוחם חוקי במלחמה. זוהי אבחנה בלתי נסבלת משהיא קובעת שמי שמקיים את דיני המלחמה חשוף בהרבה מזה שמפר אותם במכוון. שנית, הקביעה שמי שהוא לוחם המאורגן בגוף לוחם ושעוסק בלחימה ובטרור הוא "אזרח", היא פיקציה. היא פוגעת באמון הציבור במשפט, שנדמה כמנותק. ושלישית, הציפייה ממדינה שמכוונת להרוג טרוריסט לחקור את ההרג שתכננה והוציאה אל הפועל, מגחיכה את המשפט. רביעית, התוצאה הרצויה היא כי מדובר בקטגוריה ייחודית של לוחמים בלתי חוקיים, כפי שהכיר בה ביהמ"ש העליון האמריקאי בפרשת Quirin בזמן מלחמת העולם השנייה (Ex parte Quirin, 317 US 1 (1942)). בהיותם לוחמים, הם מטרה לפגיעה בזמן סכסוך חמוש. והיות שהם מנהלים את מלחמתם במכוון וכשיטה תוך הפרת דיני הלחימה, הם צריכים להיות לוחמים בלתי חוקיים. אין הצדקה שתיתנה להם ההגנות המשפטיות של דיני המלחמה שאותם הם מפירים כשיטת לחימה קבועה.

² ראו, לדוגמה, הגנת הצורך בסעיף 34 איא לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

מעמידה בפני ארגוני הטרור ושולחתם, איראן, פיתוי עצום. העובדה שמרכיב משמעותי בפלישה היה ההתנפלות האזרחית בגל שני, מעלה את הסיכון לאירוע מסוג 7/10 שהוא בפועל התפרצות עממית אלימה ובלתי מתוכננת בהכרח.

המסקנה מכל זה היא שיש לשמר מדיניות צבאית ומשפטית אחרת במרחבי הגבול של ישראל. אין לאפשר התקרבות בלתי מורשה אליהם מאף צד. גם במרחבי הגבול האחרים יש להכריז, אם כן, על משטר משפטי ייחודי. המשפט הבינלאומי ותקנות שעת חירום מאפשרים זאת לצה"ל.³ במסגרת האיסורים, ניתן ורצוי לאסור כניסה בלתי מורשה של אזרחים (משני צידי הגבול). ניתן לאסור גישה לאזור הגבול עם כלי רכב מסוימים (דוגמת כלים חקלאיים, הנדסיים וכלי רכב עבירים או מהירים במיוחד), ויש לנהוג בכל אדם בלתי מורשה שמפר את הסיכון כאדם חשוד ביטחוני בחשד מידי.

לקח נוסף שיש לאמץ כפתרון מונע להישנות אירועי פלישה וטבח הוא זניחת דוקטרינת אכיפת החוק. יש להתייחס למרחב החיץ הביטחוני והגדר (בעזה, ובשינויים המחויבים גם בגזרות אחרות), כשטח עימות. במסגרתו, יש להפעיל את דוקטרינת דיני המלחמה בלבד. הפעלת דוקטרינת אכיפת החוק אינה מחויבת. בנוגע לגבול עזה, צה"ל אינו מפעיל פונקציות של אכיפת חוק. הוא אינו שומר הסדר במרחב הגדר, אלא הוא אמון על מניעת הכנות לפלישה, על מניעת חדירה ועל מניעת פלישה או הדיפתה.

חשוב מזה, יש לשנות גם את המסגרת המשפטית הפרוצדורלית לפיקוח על פעילות הצבא במרחב הגדר. לקח חיוני מהתקופה שקדמה ל-7/10 והחלטות בג"ץ בנוגע לנוהלי הפתיחה באש במרחב הגדר הוא שבית המשפט אינו המקום הראוי לפיקוח על פקודותיו המבצעיות של צה"ל. בעולם האנגלו-אמריקאי סיטואציה שכזו של הפעלת כוח צבאי באזור עימות היא דוגמה מובהקת של אירועים שבתי המשפט המערביים רואים אותם כבלתי שפטים.⁴ הטיפול המבצעי בסיכוני הגבול מחייב מקצועיות וידע שאין לבית המשפט. הוא מחייב גם נשיאה באחריות, שבית המשפט לא יישא בה לעולם.

חשוב להבין שעצם הדיון כשלעצמו, יש לו פוטנציאל מרסן. הצבא, המגיע לדיון תוך חשש שמדיניותו הכוללת תיפסל, יעדיף לבצע ויתורים מוסכמים שיגדרו את היקף הסיכון המשפטי. כל זה, מעבר לעובדה שדיון משפטי שכזה מעמיס שלא לצורך על צמרת הצבא והממשל. היקף הפעילות הביטחונית הישראלית עצום. כתוצאה מזה, היקף העתירות גדול, ואיתן, העומס המיותר על צמרת הצבא הנדרשת להשיב לעתירות שוב ושוב. אורך הדיונים בבית המשפט גם הוא בעל אפקט מצנן. כל עוד עתירה תלויה, הצבא ינהג בריסון יתר. הימשכות ההליכים והעובדה שבכל זמן נתון תלוי הליך כלשהו, משמעה ריסון תמידי ובלתי מתחייב על הצבא.

ישנו גם פגם מובנה בשפיטות של אירועים מבצעיים בסביבה משפטית. שופטים ובתי משפט נוטים לעסוק במה שנראה להם שהוא ליבת עיסוקם – עניינים של הגינות וחוקיות. הם בהגדרה מעניקים לסוגיות האלו משקל גבוה במיוחד. יכולתם לבחון היבטים מבצעיים באותו מיקוד, נמוכה. יכולתם לשקול יתרון מבצעי מול חיסרון מוסרי או משפטי, נמוכה במיוחד. ואפשר שאפילו יש להם הטיה מובנית בעניין הזה כתוצאה מן החינוך המקצועי והעיסוק השיפוטי.

³ תפיסת השטח צמוד הגדר מהצד העזתי תאפשר הפעלת סמכות ביטחונית ארוכת טווח בשטח על ידי ישראל (תקנה 43 לתקנות האג) ובשילוב תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, בשני צידי הגדר (דוגמת תקנה 119). בהנחה שהשטח יהיה נקי מתושבים ומבתים כמצב היום, הרי שתפיסת השטח אינה אמורה לעורר בעיות מיוחדות של ניהול השטח כ"מעצמה כובשת".

⁴ ראו לדוגמה את פסיקת בית המשפט העליון האמריקאי בנוגע לאי-שפיטות בעתירות שתכליתן בקשה לבחון חוקיות של פקודות צבאיות, כולל הוראות פתיחה באש, גם כשיש להן השלכה על זכויות אדם בסביבה אזרחית. **Gilligan v. Morgan, 413 U.S. 1 (1973).**

מכל הטעמים שפורטו, יש לעבור למשטר שלפיו בית המשפט אינו מבקר את הוראות הפתיחה באש של צה"ל במרחב הגדר. אין לחשוש מוואקום נורמטיבי. כלומר, אין לחשוש שהתוצאה תהיה עולם צבאי פרוע ללא דין וללא דיין. הפיקוח על פעולות צה"ל המבצעות יישאר בידי מערכת אכיפת החוק במקומות שבהם פעולות של חיילים מהוות עבירות משמעותיות או חלילה, במקרי קיצון של פעולות שלא בתום לב, גם עבירות פליליות. הדין המשמעותי ומגונוני התחקיר הצה"ליים מוסיפים ממד נוסף של פיקוח, מעבר לפיקוח המיניסטריאלי. ונזכור שצבאות המערב, דוגמת הצבא האמריקאי והבריטי, שהיו מעורבים בסכסוכים קשים שעירבו החזקה וכיבוש, פעלו תחת משטר משפטי דומה.

המחשבה שבכל מקום שבו בית המשפט אינו מפקח ומתערב בהוראות הפתיחה באש ישנה קריסה נורמטיבית, מתעלמת מן הפרקטיקה העולמית שישראל היא דווקא חריג ולא מייצג שלה. היא מתעלמת גם מדמותו של צה"ל לאורך ההיסטוריה ומפקודותיו כצבא של מדינה מערבית וליברלית. המחשבה שצה"ל אינו מבצע פשעי מלחמה וחרירות מהמשפט הבינלאומי רק מכיוון שבית המשפט מפקח על פקודותיו, מופרכת. צה"ל אינו עושה כן כי הדבר מנוגד לדמותו כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ולרוח חייליו והעם שממנו הוא קם ופועל.

שינוי תפיסת המשפט הבינ"ל ודיני המלחמה של צה"ל – עד כה עמדנו על קשר בין הצורך למנוע סיכונים מן הסוג של אירועי ה-7/10 ובין צמצום מגבלות השפיטות בבית המשפט העליון. המסקנה המתבקשת הייתה שמוטב לו לבית המשפט העליון שלא ידון בתיקים הקשורים בליבת הפעלת הכוח הישראלית, דוגמת הוראות הפתיחה באש בגבול עזה. בחלק זה אנחנו מבקשים להתייחס למקרים שבהם בית המשפט נדרש בכל זאת לעניינים של הפעלת כוח. לא אחת, המקור הנורמטיבי להכרעה בעניינים שכאלו הוא המשפט הבינלאומי הפומבי. באופן ספציפי, מדובר בחלק של המשפט הבינלאומי החל על מלחמות וסכסוכים חמושים. אנחנו מבקשים לטעון שבהקשר הזה, גם בנוגע לתפיסה הישראלית של הדין עצמו, כלומר של תוכנם של הכללים שישראל מחילה על עצמה, ישנן בעיות במצב טרום ה-7/10, ואפשר שהייתה למצב הזה השפעה ארוכת טווח על הצטברות הנסיבות שהובילה לאירועי ה-7/10.

בפרק הזה, אנחנו מבקשים להתמקד לא רק בתוכן של המשפט הבינלאומי כפי שהוא מאומץ על ידי בית המשפט העליון הישראלי, אלא גם בתפיסת המשפט הבינלאומי כפי שהיא מוכתבת לדרג המדיני והביטחוני-הממונה על ידי היעוץ המשפטי. בנייר מדיניות מוקדם⁵ טענו שישראל מחילה על עצמה תפיסות של משפט בינלאומי ושל דיני מלחמה שאינן מחויבות המציאות. כלומר, ישראל מטילה על עצמה מגבלות שאינן בהכרח מחויבות מפרשנות הכרחית של דיני המלחמה. התוצאה היא שישראל מגבילה, בין היתר בגזרת עזה, את יכולתה להשיג הישגים צבאיים ולהגן על עצמה. להבהרת התמונה, הצגנו בתמצית ארבעה טיעונים עיקריים:

הטענה הראשונה היא שהמשפט הבינלאומי שונה מהמשפט הפנים-מדינתי. הוא למעשה אוסף עקרונות כלליים ולא מערכת משפט ברורה וכוללת כמקובל בכל המדינות. בניגוד למשפט הפנים-מדינתי, שבו יש חקיקה מרכזית, פסיקה קבועה של מערכת שיפוט מרכזית ופרשנות עקבית של הדין, המשפט הבינלאומי מתפתח לאט ואין לו מוסדות מרכזיים בעלי סמכות ריבונית. לכן, קיימות מחלוקות רבות לגבי תוכן הכללים של המשפט הבינלאומי ולגבי פרשנותם ויישומם. המחלוקת חזקה במיוחד בנושאים כמו דיני המלחמה. על כן, יש לנקוט זהירות כאשר מדובר על "חובות משפטיות" של מדינות כמו ישראל, בייחוד כשאין הסכמה רחבה לגבי הכללים המשפטיים שנטען שמנביעים את אותן "חובות".

⁵ רפאל ביטון, משפט, משטר וביטחון לאומי – אתחול מחדש לאור ה-7 באוקטובר, מכון משגב, 8 במאי, 2024.

הטענה השנייה מתייחסת לאחידות הדעה בקרב מומחים למשפט בינלאומי בישראל. נראה שהמומחים בישראל נוטים לאמץ עמדות שנוטות להציב מגבלות חמורות על הפעולות הצבאיות והביטחוניות של ישראל.⁶ חלקן רדיקליות יחסית, למרות קיומן של עמדות חשובות אחרות.⁷ ובעיקר, נראה שבקרב המומחים למשפט בינלאומי בישראל מתקיימת רמה גבוהה יחסית של הומוגניות בנוגע לעמדות מגבילות אלו.

הטענה השלישית קובעת שאימוץ עמדות רדיקליות או מחמירות במשפט הבינלאומי לא יועיל בהגנה על ישראל ועל ישראלים בבתי הדין הבינלאומיים. אנו סבורים שבנסיבות הקיימות, הסיכויים של ישראל ושל ישראלים לזכות בפסיקות אוהדות או חיוביות בבתי הדין הבינלאומיים הם זניחים. הטעם לזה הוא שישנה הטיה פוליטית חזקה נגד ישראל בבתי הדין האלו.⁸ עולה מכך שגם אם ישראל תאמץ את העמדות המחמירות של חלק מהמומחים הישראליים למשפט הבינלאומי, היא לא תצליח להפחית במידה רבה את האיומים המשפטיים בנוגע לפעילות הביטחונית הישראלית.

הטענה הרביעית מדברת על הסכנות האסטרטגיות שעלולות לנבוע מאימוץ עמדות משפטיות מחמירות – שאינן מתחייבות בהכרח מן המשפט הבינלאומי. אנו מזהירים כי לחץ מצד המשפטנים, הן המקומיים והן הבינלאומיים, לאמץ גישות מחמירות במשפט הבינלאומי, עלול לפגוע ביכולתנו להגן על עצמנו בצורה אפקטיבית במלחמות קיומיות. ביחס למלחמות עתידיות מול ארגונים בעלי ארסנל רקטי וטילי מפלצתי כשל חיזבאללה, הסכנה מוכפלת. ישראל עשויה להימצא במצב שבו אימוץ גישה משפטית מגבילה יפגע ביכולתה להגיב במהירות ובנחישות כדי להסיר איומים רחבים, מיידיים ומדויקים. פעילות להסרת האיום שהיא תחת מגבלת-יתר שאינה מתחייבת בהכרח מן הדין הבינלאומי, עלולה לסכן את העורף ואת התשתיות הלאומיות של ישראל ברמה קיומית.

מארבעת הטיעונים עולות כמה המלצות:

הכרה באופיו המיוחד של המשפט הבינלאומי: עלינו להכיר בכך שהמשפט הבינלאומי הוא מערכת משפטית מוגבלת שהתפתחותה איטית, והיא שונה מהמשפט הפנים-מדינתי. מכיוון שהמשפט הבינלאומי אינו חד-משמעי ויש בו מחלוקות רבות, עלינו להיזהר מלראות בו מערכת שמכתיבה בצורה ברורה ומוחלטת את גבולות ההגנה העצמית של מדינת ישראל.

גיוון חוות הדעת המשפטיות: יש להכיר בכך שאחידות הדעה של המומחים הישראלים למשפט בינלאומי אינה מייצגת בהכרח את כלל התפיסות החשובות האפשריות. לכן, הדרג הביטחוני צריך לשאוף לשמוע חוות דעת מגוונות. רק כך תוכל ההנהגה המדינית והביטחונית להבטיח שתתקבלנה החלטות תוך מודעות גם לגישות פחות מגבילות במסגרת המשפט הבינלאומי. כך לא תתקבלנה החלטות בהתבסס רק על עמדות רדיקליות שמצמצמות לכדי סכנה את טווח הפעולה הישראלי.

⁶ חובה לספק חשמל ומים לעזה – "מכתב המשפטנים" (21.7.2014), <https://www.haokets.org/2014/07/21/%D7%97%D7%95%D7%91%D7%94-%D7%9C%D7%A1%D7%A4%D7%A7-%D7%97%D7%A9%D7%9E%D7%9C-%D7%95%D7%9E%D7%99%D7%9D-%D7%9C%D7%A2%D7%96%D7%94>.
⁷ ראו מכתבו של פרופ' דניאל פרידמן לוועדת החוץ והביטחון בתגובה למכתב המומחים הישראליים ואמירתו בנוגע לרדיקליות היחסית של הרעיונות שבחוות הדעת: דניאל פרידמן, הערות בעניין אספקת חשמל ומים לרצועת עזה (23.7.2014), <https://danielfriedmann.com/blog/water-electricity-to-gaz>. ואכן, מומחה עולמי אחד למשפט בינלאומי, פרופ' פוזנר, הביע עמדות אחרות לחלוטין שדוחות את ההגבלות שהציעו המומחים הישראליים: Eric Posner, Would it be Lawful for Israel to Shut Off Electricity to Gaza? (24.7.2014), <https://ericposner.com/would-it-be-lawful-for-israel-to-shut-off-electricity-to-gaza>.

⁸ רפאל ביטון, המשפט הבינלאומי בין האג, ירושלים וביירות (נייר מדיניות – מכון משגב לביטחון לאומי) (18.8.2024) <https://www.misgavins.org/bitton-international-law-hague-jerusalem-beirut>.

מתן עדיפות לניצחון צבאי: בניגוד לעמדות הרואות את דיני המלחמה כמקנים מעמד שווה לצורך הצבאי ולצורך ההומניטרי, אנחנו מבקשים לטעון שההנהגה הביטחונית הישראלית חייבת לאמץ גישה הרואה את דיני המלחמה כמעניקים מעמד ראשי לצורך הצבאי. עלינו לאמץ גישה שמאפשרת לנו לנצח בשדה הקרב, תוך שמירה על עקרונות המשפט הבינלאומי על בסיס פרשנות סבירה ולא מחמירה מדי שלהם. אנו סבורים שגישה מאוזנת יותר כלפי המשפט הבינלאומי, תוך הכרה במגבלותיו ובהטיות הקיימות בו, תאפשר לנו לשמור על יכולתנו להגן על עצמנו בצורה יעילה יותר. מקבלי ההחלטות בישראל צריכים להיות מודעים לכך שלא כל טענה משפטית המועלת בשם המשפט הבינלאומי היא טענה מחייבת, ולעיתים קרובות יש לאמץ גישות פחות מגבילות – במסגרת המשפט הבינלאומי והפעולה החוקית – כדי להבטיח את קיומה של ישראל ואת ביטחונה.

אובדן משילות כזרז של אובדן הרתעה – עמדנו על סיבה לא-אינטואיטיבית שאפשר שתרמה להתגבשות אירועי ה-7/10 ותוצאותיהם, והיא אובדן המשילות. הכוונה ביחוד לאובדן המשילות והריבונות בחבלי ארץ פריפריאליים, ובעיקר באזורים סמוכי-גבול. הנחת המוצא היא שאובדן הריבונות והמשילות שבישראל פנימה משפיע מכמה טעמים על ההסתברות שאויבינו ינקטו פלישה דומה לזו של ה-7/10. שחיקת הריבונות הזו משפיעה גם על יכולת ההתמודדות הישראלית עם פלישה שכזו, אם חלילה תבוא. ראשית, ברור שתפיסת אויבי ישראל את מידת הרתעתה היא קרוב לוודאי לא-סלקטיבית או תלויה הקשר. כלומר, כשאויבינו מתבוננים באזורים שלמים שבהם הצבא נראה נרפה וחלש מול כנופיות, כולל בבסיסיו ובשטחי האימונים שלו, תחושת השכנוע שלהם בתיאוריות בסגנון "קורי העכביש" עלולה להתחזק. שנית, העובדה שחלק ניכר מארגוני הפשע שמכרסמים בריבונות הישראלית הם ארגונים של בני-מיעוטים עלולה לחזק את המסקנה של אויבי ישראל שהמדינה היהודית נחלשת מול אלימות מאורגנת, ושניתן יהיה להסתייע בה לצורכי המאבק הלאומי.⁹ שלישית, חלק ניכר מפעילות ארגוני הפשיעה מכרסמי הריבונות נעשית באזורים סמוכי-גבול. פעילותם מערבת פרקטיקה ומומחיות חוצות גבול, כמו הברחת בני אדם, סמים ואמצעי לחימה. הנרפות הישראלית מול חציית גבול פלילית מחזקת את הפיתוי לפעולות חוצות גבול על בסיס טרוריסטי. הטעם הרביעי לקשר בין כרסום הריבונות ובין התגברות הסיכונים לפלישה טרוריסטית ולצמצום יכולת ההתמודדות איתה הוא שהסימביוזה של ארגוני טרור ושל ארגוני פשע בישראל ובגזרות העימות מוכרת ומסוכנת.¹⁰ תקשורת של אויבינו עם ארגונים שמגחכים את עוצמתה של ישראל כמדינה היהודית עלולה להגביר את התיאבון הטרוריסטי לפלישה. הטעם החמישי הוא שהסימביוזה הזו מקלה על ארגוני טרור לבצע לימוד וחקירה של אזור הגבול ואמצעי הביטחון שבו. היא מקלה על ביצוע פעולות של הברחת אמצעי לחימה והפצתם. הטעם השישי לקשר הנטען בין כרסום ריבונות ובין סיכוני פלישה טרוריסטית נעוץ בכך שנוכחות ארגוני פשיעה חזקים באזורים סמוכי-גבול מגבירה את סיכון הפלישה, מרגע שפלישה טרוריסטית יוצאת אל דרכה.

⁹ אין בזה כמובן כדי לטעון שכך רואים זאת ערביי ישראל או שכך יש לראות זאת. יש בזה רק כדי לטעון שכך יכולים אויבי ישראל לראות זאת.

¹⁰ ראו: אריק "האריס" ברבינג, הקו המחבר בין פיגועי הפשיעה לפיגועי הטרור, N12 (15.9.2024) (https://www.mako.co.il/news-columns/2024_q3/Article-9eae26e3084f191026.htm). ברבינג, ראש אגף לשעבר בשב"כ, קובע: "טועה מי שחושב שהטרור הפלילי והטרור הביטחוני מתנהלים בשני קווים מקבילים שאינם פוגשים זה את זה", וכן: "ארגוני הפשיעה המאורגנת מחזיקים באמל"ח רב מכל סוג וגודל, ויכולות מקצועיות – שבחמאס, חיזבאללה ואיראן לוטשים אליהם עיניים". כן ראו: יעקב בורובסקי, קו התפר פרוץ: על הקשר ההדוק בין חיזבאללה למשפחות הפשע, מעריב (15.11.2023) (<https://www.maariv.co.il/journalists/opinions/article-1052398>); יהושע (גיוש) בריינר, ארגוני טרור מנסים להפעיל ארגוני פשיעה בחברה הערבית במטרה לבצע פיגועים בישראל, הארץ (4.8.2024).

(<https://www.haaretz.co.il/news/politics/2024-08-04/ty-article-premium/00000191-129d-dba6-a59d-12dff8350000>)

בבוקר ה-7/10 עמדה ישראל כולה נדהמת מן המאמץ הצבאי ההרואי להדיפת פלישה של אלפי מחבלים ואזרחים מעזה אל אזור העוטף. פעילות ההדיפה נמשכה שעות ארוכות, ולמעשה ימים. היא דרשה מצה"ל וממערכת הביטחון מתיחת איברים קיצונית. ועכשיו, עלינו לדמיין נוכחות מקבילה במרחב של אלפי נושאי נשק המאורגנים במבנה קיים וסדור של פיקוד ושליטה. אם חלק מן הארגונים יחצו את הקו המטושטש שבין פשע ובין טרור ישראל תעמוד בפני קושי משמעותי בפני היכולת להדוף פלישת פתע לשטחה. חשש כזה עמד באוויר בזמן מבצע "שומר חומות". ה-7/10 הבהיר למעלה מכל ספק שישראל אינה יכול להרשות לעצמה סיכון כזה בעת אירוע פלישה מפתיע ורחב.

מכל הטעמים האלו מתבקש שינוי עמוק ביחס למאבק בארגוני הפשיעה הגדולים והחמושים. כאמור, אנחנו טוענים שיש לחדול מיד מראייתו של המאבק בהם כמאבק של אכיפת חוק. הטענה המרכזית בחלק זה היא כי יש לראות את המאבק בארגוני הפשיעה הגדולים בישראל כחלק מתפיסת הביטחון של ישראל והאינטרס העליון בהגנת גבולותיה. מכאן שיש לאמץ מדיניות של מיגור טוטלי של ארגוני הפשיעה הגדולים. מיגור הארגונים צריך להיעשות מתוך הבנה שהוא מהווה מימוש של האינטרס הראשון במעלה של ישראל שלא לאפשר מצב שבו היא תתקשה להדוף מתקפת פתע טרוריסטית בעתיד. בשים לב לעוצמת האינטרס העומד על הכף, ובשים לב להיותו מיידי, יש לאפשר אמצעים מיוחדים, חסרי תקדים ומגוונים לסילוק האיום המיידי.

בפרק זה מוצע לכן לעבור ממודל של אכיפה פלילית (פרסונלית) **בדיעבד** למודל של מאבק מנהלי (קולקטיבי) לפירוק ומניעה **מראש**. הדרך "הפלילית הפרסונלית" שנעשה בה שימוש כיום מופעלת כלפי אינדיבידואלים ומבוססת על ענישה פלילית. ענישה מחייבת חקירה פלילית, העמדה לדין, הרשעה וגזירת עונש. כל אלו מופנים כלפי כל פושע באופן אינדיבידואלי. אומנם, בשנים האחרונות, אומץ חוק למאבק בארגוני פשיעה.¹¹ החוק מאפשר להעמיד לדין ראשי ארגונים בגין עבירות שנעשות בקולקטיב הכפוף להם.¹² ועדיין, מנגנון הענישה מבוסס על העמדה לדין שהיא פרסונלית ועל ניהול משפט פלילי דרך הכרעת דין ועד גזירת העונש.

אלא שהיכולת לפרק את הארגונים על ידי איסוף ראיות **אחרי** ביצוע עבירות ועד לכדי הרשעה – מוגבלת. היקף העבירות של ארגונים גדולים הוא יום-יומי ועצום. היקף הכוח הכלכלי הנצבר בידי הארגונים – רחב ממדים, אבל היקף ההרשעות בהשוואה להיקף הפעילות הוא זניח. כל הרשעה תובעת משאבים וזמן ניכרים. כלומר, ההליך הפלילי חסר יעילות בשני מובנים. הראשון, הוא מגיע **בדיעבד**, אחרי שכבר בוצע פשע. השני, אחרי ביצוע הפשע, דרך ההתמודדות של החברה אינה יעילה כשמדובר בארגון שמייצר פשיעה רוויה. דרך ההתמודדות הנוכחית מחייבת מהלך אכיפה ושיפוט שהוא יקר להחריד וארוך באופן בלתי סביר. אפילו כשההליך הזה מצליח, כלומר כשמושגת בסופו הרשעה, הענישה היא בדרך כלל בעלת השפעה מינורית על מיגור הפעילות הארגונית, שמתאימה את עצמה למאסרו של המורשע.

מכל הטעמים האלו מוצע לגבש תפיסת ביטחון ישראלית חדשה שתתבסס על מאבק מנהלי-קולקטיבי שמטרתו פירוק הארגונים **מראש**. כלומר, המטרה תהיה למנוע מהם את היכולת לפשוע ולא תתמצה רק בהעמדה לדין של מיעוט אנשיהם **אחרי** ביצוע העבירה. במסגרת המודל, מוצע שהשר לביטחון פנים יוכל, לאחר קבלת חוות דעת מודיעינית המצביעה על קיומו של ארגון פשע מסוכן וחמוש ועל מנהיגיו, להוציא צווים מגבילים לראשי הארגון ואנשיו. הרעיון הוא שקיומו של ארגון פשע גדול הוא כמעט תמיד עובדה ידועה באופן ודאי. החשש שמא תפעל המדינה מול ארגון שדבר עצם קיומו יסודו בטעות הוא שולי. במסגרת המודל החדש המוצע, הרשות

¹¹ חוק למאבק בארגוני פשיעה, תשס"ג-2003.
¹² ראו: הערה 10 שלעיל, סעי' 2 לחוק.

המבצעת תוכל באמצעות צווים מנהליים לשלול מן הארגונים את כלל האמצעים המאפשרים להם לבצע פעולות פשע. בהתאם, מוצע שהשר יוכל לאסור על חברים מוגדרים בארגון תנועה בקבוצה. צו שכזה יאסור על אנשים מוגדרים לנוע עם יותר מ-X אנשים בחברתם בכל נקודת זמן.

כך, לא יתאפשר לראשי הארגונים ופעיליהם לפעול מול האוכלוסייה בהיקף כוח מאיים. כך תימנע גם תנועה של קבוצות חמושות שהן גדולות ומאורגנות. המודל יאפשר לשר גם לאסור מפגש בין הפעילים. הוא יוכל גם לאסור על חברים מסוימים, שזוהו על ידי המודיעין, עיסוק בעיסוקים מסוימים. לדוגמה, השר יוכל לאסור עליהם עיסוק בתחום האבטחה, הבנקאות, הפיננסים, הבניין או התשתיות. הצווים המנהליים יוכלו גם לאסור על אינדיבידואלים מסוימים תנועה ליד אזורי גבול, תנועה מאובטחת ותנועה בכלי רכב מסוימים, כמו רכבים עם עבירות שטח או מהירות יוצאת דופן, כלי רכב משוריינים או ששוויים עובר מחיר מסוים. מוצע שהשר יוכל גם לתחם מגורים לראשי הארגונים ולפעילים מסוימים. וכך, ראשי ארגונים השואבים כוח משטח מסוים תוך שהם מטילים עליו אימה, ייתלשו ממקור הכוח שלהם רק כדי להיוותר חשופים ומבודדים באזורים אחרים שבהם הם מהווים סיכון מופחת.

במסגרת המודל החדש, מוצע שהשר יוכל לדרוש דרישות רלוונטיות לבצע פעולות או להימנע מלבצע פעולות. לדוגמה, מוצע שהשר יוכל לאסור על אינדיבידואלים מסוימים שימוש במזומן או באמצעי הצפנה. מוצע שהשר יוכל לדרוש דרישות של דיווח ורישום. לדוגמה, מומלץ לאפשר לשר לכפות על אינדיבידואלים שהוכרוזו כתברים בארגון פשיעה גדול ומסוכן לדווח על בסיס תדיר או קבוע את מקומם ומעשיהם. במצבים חריגים, וביחס לארגונים שיש לגביהם חשש מוגבר, יוכל להישקל איזוק אלקטרוני או אפילו מעצר מנהלי, אם ביטחון הציבור והצורך בנטרול הארגון מחייב זאת. מומלץ שהפרת צו מן הצווים שנסקרו כאן תהווה עבירה פלילית חמורה שדינה מאסר ארוך.

המשמעות של המודל החדש היא סיכול פעילות הארגונים **מראש** עד לכדי פירוקם. ניקח כדוגמה ארגון גדול ומסוכן שפעיל באזור הפריפריה הגיאוגרפית וגם בסביבת הגבול, ונניח שיש בו קבוצת פיקוד ומבנה הירארכי. נניח גם שהארגון פעיל באזורי הגבול בהברחות אמל"ח ואנשים, וכל זה מעבר לעבירות הסחיטה והאלימות הרגילות. לאחר הכרזה על קיומו של הארגון ועל זהות החברים המרכזיים בארגון, תיאסר עליהם היכולת להיפגש או להפעיל עסק ביחד. בזה, תישלל מהם יכולת הפעולה הקולקטיבית. האיסור על תנועה בקבוצה ימנע מן הארגון לפעול בצורה מאיימת. האיסור על אבטחה ושריון רכבים יחליש את ראשי הארגון וישלול מהם את מעטה ההגנה שמגביר את מידת התעוזה שלהם. תיחום מגורים של ראשי הארגון יעביר אותם לאזורים שבהם אין להם בסיס כוח ויכולת פעולה. שלילת היכולת להיות מעורב בעסקים מסוימים תשלול מן הארגון את היכולת לספק מעטפת לגיטימית לכאורה לפעילותו העסקית. האיסור להסתובב במרחק מסוים מן הגבול וברכבים מסוגים מסוימים ישלול את יכולת הפעולה המרכזית של הארגון ואת יכולת אנשיו להתחמק מפעולות אכיפה. כל אלו הן דוגמאות בלבד לנטילה מן הארגון של אמצעים לביצוע פשע **מראש**. הם אינם מתבססים על אסטרטגיה של הרשעות מועטות **בדיעבד**; הם שוללים פעילות ענפה ופעילות בכלל, **מראש**.

לנוכח הסיכון הביטחוני שמהווים הארגונים הגדולים, ולאחר שעמדנו על קשר פוטנציאלי בין ארגוני פשיעה גדולים בישראל ובין אירועים מסוגם של אירועי ה-7/10, מדובר בצורך חיוני ואולי אפילו קיומי. נדמה שלנוכח עוצמת הסיכון, לנוכח היותו מיידית ולנוכח היקפו, אין לראות כלים אלו כבלתי קונבנציונליים במלחמה בפשע. יש לראותם ככלים מתבקשים ומוצדקים במאבק על עצמאותה של המדינה, קיומה, ביטחונה וריבונותה. מדינה שחשופה לתרחישי "שומר חומות 2", ולאירועים דוגמת ה-7/10, אינה יכולה לקבל נוכחות חמושה ומאורגנת

בלב הארץ. היא בוודאי אינה יכולה להרשות איום שכזה של קבוצות מאורגנות, חמושות בנשק ובאמצעים ומתמחות בפעילות פלילית באזורי הגבול. ונדגיש, אין מקום להבחנה מהותית בין מאבק בארגוני טרור ובין מאבק בארגוני הפשע הגדולים והמסוכנים – ובייחוד אלו שיש להם ממד טריטוריאלי. הטעם לזה הוא שבפועל, ברמת הפשטה גבוהה מספיק, מטרותיהם המעשיות של שני סוגי הארגונים דומות, גם אם המניעים אינם חופפים.

ארגוני הטרור שואפים לחיסול הריבונות הישראלית של ישראל כמדינה יהודית בחלקי ארץ, ובטווח הארוך – בארץ כולה. בפועל, ארגוני הפשע המסוכנים שואפים למטרה דומה – הם שואפים לבטל ולהחליף את מרכיבי הריבונות הישראליים בחבלי ארץ וליטול אותם. גביית דמי חסות – "פרוטקשן" – נוטלת מהמדינה את הסמכות הריבונית המובהקת של גביית מיסים. ביצוע "בוררות" על ידי ארגוני הפשיעה היא נטילה מן המדינה של המונופול על השפיטה הכפויה. בהטלת מורא וב"ניהול השטח", ארגון הפשע מתיימר ליטול את חובתה ואת סמכותה של המדינה הישראלית לספק ביטחון בשטח ולהיות בעלת המונופול העליון על שימוש בכוח. ארגוני הפשיעה הגדולים אינם מתכננים ליטול רק את סממני הריבונות, אלא בטווח הארוך גם את המוסדות הריבוניים עצמם. הם חודרים לשלטון המקומי, ובחלק מהמקומות השתלטו עליו ועל פעילותו הכלכלית לגמרי.¹³ הם שואפים במקביל לחדור גם לארגוני ביטחון פנים, כגון שב"ס ומשטרה. המטרה היא כמובן לתפוס שליטה במימוש הפונקציות הריבוניות באכיפת חוק ובענישה. אם כך, גם אם המניע ההתחלתי של ארגוני הפשיעה מתמקד בהכנסה כלכלית ובמעמד, אין ללכת שבי אחר טיבו וטבעו של המניע שהוא לכאורה "לא-אידאולוגי". במאבק המדינתי בתופעה מאורגנת ומזיקה, מידת הסיכון והשלכותיו חשובים מן המניע. באשר לארגון – כל ארגון – המטרה הרחוקה והאפקט המעשי שלה חשובים לא פחות מן המוטיבציה. בשני המקרים, הן כשמדובר בטרור לאומני והן כשמדובר בטרור פלילי, היעד הוא מיטוט הריבונות הישראלית ושליטת השליטה הישראלית בחבלי ארץ.

למעשה, בארגוני הפשע טמון פוטנציאל נזק גדול יותר בהיבט מסוים. העובדה שאנשיהם מחזיקים באזרחות ישראלית ונוכחים בישראל פנימה, מגבירה את מידת הסיכון. מן הבחינה הזו, הם מהווים ארגון חמוש שכבר "חדר" אל לב ישראל ונהנה ממעטה הגנה משפטי-אזרחי שיש בו פוטנציאל מקביל לכשל של חיסונית יתר. לנוכח ההשלכות הדומות והיעדים הדומים, ולנוכח החשש להתלכדות הכוחות ביום פקודה, יש לאמץ יעד של פירוק מהיר של ארגוני הטרור הפליליים. יש לשים יעד של מניעה מראש של פעילותם. ולדעתנו, באימוץ האמצעים המנהליים – מראש – טמון הפוטנציאל להשגת היעדים.

חיזוק מרכיב ה-accountability (אחריותיות) של ראשי מערכת הביטחון – בחלק שבו סקרנו את שורת ה"בעיות" שנחשפו ב-7/10 עמדנו על המרכזיות של מה שנראה כרמת אחריותיות נמוכה של הדרג הביטחוני הממונה, בדגש על ראשי שירותי הביטחון. מהותה של האחריותיות היא מצב של מתן דין וחשבון בפני גורם אחר (זהו הממד האקטיבי של אחריותיות). בדרך כלל, אותו דין וחשבון של מי שממש אחריותיות בפני דרג גבוה ממנו אמור לאפשר לדרג הגבוה יותר ליטול החלטות בהתאם (זהו הממד הפסיבי של אחריותיות).¹⁴ במקרה

¹³ יהושע (ג'וש) בריינר, שב"כ הזהיר מחדירת ארגוני פשע ל-7 רשויות ערביות והמליץ לדחות בהן את הבחירות, הארץ (26.2.2024) (<https://www.haaretz.co.il/news/law/2024-02-26/ty-article/premium/0000018d-e64c-dc92-af9d-fe5d354c0000>).
רועי שרון, סולימאם מסודה, גילי כהן ותמר אלמוג, שב"כ מתריע: ארגוני פשע מאיימים על נבחרי ציבור ומועמדים ב-20 רשויות, כאן 11 (23.8.2024) (<https://www.kan.org.il/content/kan-news/defense/500133>).

¹⁴ להסבר על משמעותו התאורטית של רעיון האחריותיות, ראו: Bitton, R., 2018. Rethinking the Law and Ethics of Undercover Warfare. *Int'l Comp., Policy & Ethics L. Rev.*, 2, p. 593 (605–603) III(B).

המיניסטרטריאלי להחלטות, אבל קשה להתעלם מן העובדה שהעם, באמצעות נציגיו, סובל מחסר עמוק במנגנוני ביקורת אמיתיים על התפיסות האסטרטגיות של הצבא ומערכת הביטחון. לנבחרי העם בכנסת, לדוגמה, אין באמת אפשרות לזמן את ראשי המערכת לתשאול עמוק ולחקירה עמוקה של הדרך שבה הם בוחרים לממש את תקציבי העתק הביטחוניים ואת האסטרטגיה שהיא משקפת.

אסור להקל ראש בבעיית האחריות. לא מדובר בשם אקדמי לתופעה ערטילאית. מדובר בעיקרון דמוקרטי ומעשי בסיסי ביותר. הרעיון שהדרג הממונה הוא נאמן של הציבור וחייב לו דין וחשבון הוא רעיון בסיס בדמוקרטיה. התקציב, ניהול הסיכונים ומעל לכול – האחריות לביטחון המדינה ולחיי האזרחים והחיילים שניתנים בידו ניתנים לו על ידי העם, והעם הוא שיישא בתוצאות פעולתו. אבל, אחריותיות נאותה חיונית מעבר לרעיון הדמוקרטי הבסיסי שבעל תפקיד חייב בדין וחשבון למי שהם שולחיו, ושהכוח שהם שמים בידו הוא כוחם שלהם. אחריותיות של ראשי מערכת הביטחון חיונית גם כדי למנוע כשלי עומק במערכת הביטחון. מי שאינו חייב דין וחשבון – אינו נבדק ואינו נבחן; מי שאינו צריך להסביר את החלטותיו ופעולותיו – חשוף יותר לכשלים.

לנוכח מהלך הטיעון עד כה, אנחנו מבקשים להציע שורה של מנגנונים לחיזוק מידת האחריותיות של ראשי הצבא ומערכות הביטחון. מנגנונים אלו מכוונים בעיקר לשיפור האחריותיות במטרה למנוע כשלי עומק דוגמת אלו שנחשפו במדיניות הגיוס וניהול הכוח, בבניין הכוח, בהערכת המודיעין הראשית ובעיצוב תפיסת ההגנה. אנחנו מציעים אימוץ מנגנון שימוע תדיר בוועדת החוץ והביטחון לראשי מערכת הביטחון – ובכלל זה בדרג הממונה – בדומה למנגנון המוכר בקונגרס האמריקאי. בנוסף, מוצע לשנות את מנגנון ההדחה של ראשי ארגוני הביטחון כך שדי יהיה בהחלטת ראש הממשלה כדי להדיח את ראש המטה הכללי או כל אחד מראשי ארגוני הביטחון, ולמעשה שתהיה לו היכולת להדיח כל קצין בכיר.

מנגנון השימוע – מנגנון השימוע מבוסס על סמכות ועדה של הכנסת לזמן כל אדם – ובעיקר כל בעל תפקיד – לשימוע שהוא חקירתי באופיו. השימוע הוא ביטוי נאמן לחובה לתת דין וחשבון לעם באמצעות נציגיו. בעל תפקיד יכול להיות מזומן לשימוע משני טעמים. הראשון, כדי לאשר את מינויו של בעל התפקיד. השני, כדי לפקח על מדיניותו ופעילותו של אותו בעל תפקיד לאחר מינויו. למנגנון השימוע יכולות להיות דרגות שונות של רוחב ועוצמה. זימון האנשים יכול להיות וולונטרי או כפוי. הוא יכול לכלול בעלי תפקיד ממונה ו/או נבחר, והוא יכול לכלול גם כל אדם רלוונטי באשר הוא. הצורך של עד לענות יכול להיות וולונטרי או מנדטורי; הוא יכול לכלול חובה לענות לשאלות, ויכול לעלות עד לכדי חובה לספק דיווחים ומסמכים. במובן הזה, מנגנון השימוע בכנסת בישראל הוא חלש במיוחד.¹⁶ בתגובה לזימון מטעם הוועדה, שרים יכולים למנוע התייצבות בפני ועדה של הדרג הממונה הכפוף להם.¹⁷ אין לוועדה של הכנסת יכולת ממשית לאכוף התייצבות של עד. אין גם יכולת מעשית לכפות מתן תשובה לוועדה.¹⁸ אי-שיתוף פעולה עם ועדה של הכנסת אינו גורר בעיקרון סנקציות פליליות.

¹⁶ לבחינה השוואתית המדגישה את חולשת מנגנוני השימוע בכנסת הישראלית בהשוואה לפרלמנטים אחרים, ראו סקירה משווה בנושא: הליכי שימוע פרלמנטריים לשרים ולעובדי ציבור בכירים, הכנסת – מחלקת מידע ומחקר (12.6.2006) [https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/e061d2de-9132-e811-80de-00155d0a0235/2_e061d2de-9132-e811-80de-\(00155d0a0235_11_9913.pdf](https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/e061d2de-9132-e811-80de-00155d0a0235/2_e061d2de-9132-e811-80de-(00155d0a0235_11_9913.pdf)

¹⁷ סעיף חוק יסוד: הכנסת, 21(ב)(3).

¹⁸ על היעדר יכולתה של ועדה בכנסת לכפות התייצבות ותשובה של עדים ראו סעי' 106 לתקנון הכנסת שקובע שהוועדה רשאית להודיע לשר הממונה על סירובו של בעל תפקיד. השר ידווח לוועדה על צעדים משמעותיים. כלומר, גם במקרה הנדיר שבו יינקטו אמצעים, הם יהיו משמעותיים ולא פליליים. בפועל, בישראל, לא ננקטים לא אלו ולא אלו.

פרקטית, אם כן, מנגנון השימוע בכנסת הוא חלש במיוחד. אין להתפלא, לכן, שצפה בעיית אחריותיות של הדרג הביטחוני הממונה.

לנוכח האמור, מוצע לחזק מאוד את מנגנון השימוע הפרלמנטרי הישראלי. מומלץ לאמץ מודל דומה למודל השימוע הפרלמנטרי האמריקאי.¹⁹ בהתאם, מוצע שוועדה רלוונטית של הכנסת, בדגש על ועדת החוץ והביטחון, תוכל לזמן כל אדם וכל בעל תפקיד ממונה או נבחר לשימוע. זימון יצא בהחלטת יושב הראש או קבוצת חברים בגודל מינימלי שייקבע. הזימון יגובה באפשרות להטיל סנקציה פלילית בגין אי-התייצבות. שר או ראש ממשלה לא יוכלו למנוע התייצבות של בעל תפקיד בדרג הממונה. הוועדה תוכל לזמן גם אזרחים, אם עדותם רלוונטית להליך הבירור והפיקוח הפרלמנטרי.²⁰

חוץ מחובת התייצבות, מוצע שתהא גם חובת תשובה לוועדה. כלומר, למעט סירוב מטעם מוצדק ומוגדר מראש, אי-תשובה לוועדה תהווה התנהגות חשופה לסנקציה פלילית של עד. חריגים מצומצמים לחובה להשיב לשאלות חברי הוועדה יהיו, לדוגמה, החשש מהפללה עצמית של העד²¹. החובה לומר אמת בלבד תגובה בקביעה שדין העדות בפני ועדה של הכנסת כדין עדות בבית משפט לעניין עבירה של עדות שקר.²² אין לקבוע מגבלות על השאלות שישאל עד במהלך השימוע במסגרת הזמן המוקצבת לכל חבר כנסת בזמן השימוע. יש לאפשר לחברי הכנסת לחקור כרצונם, כולל שאלות המאפיינות חקירה נגדית בבית המשפט. יש לאפשר לחבר הכנסת ה"חוקר" לדבר כרצונו במסגרת הזמן שהוקצתה לו. למעט שימועים המחייבים סודיות, השימועים יהיו פומביים וישודרו בשידור חי.

לשימוע תחת כללים שכאלו יש שתי תוצאות חיוניות. הראשונה, סמלית. מעמד העדות בדומה לעדות בפני בית המשפט מעמיד את בעל התפקיד הממונה או הנבחר בעמדה המעניקה לעם באמצעות נציגיו את הכבוד המקסימלי. אחריותיות ומתן דין וחשבון הם בראש ובראשונה עניין תרבותי. התוצאה השנייה של הנהגת מוסד השימוע היא היכולת המקסימלית של נציגי העם לעמת את מי שניתנה בידם השליטה בביטחון המדינה, בחיי אדם, בשנות אדם ובתקציבי ענק, עם תפיסותיהם, החלטותיהם ומעשיהם. על פי פרסומים, דין ודברים שכזה אפשר לחבר הכנסת בעבר שטייניץ לעמת את מערכת הביטחון הישראלית עם הערכות מוטעות בנוגע ליכולות גרעיניות של מדינות אויב.²³ כלומר, השימוע יכול לחשוף בעיות וכשלים בתפיסות של ראשי מערכת הביטחון, והוא יכול לגרום להם להיות זהירים יותר במילוי תפקידם מתוך ידיעה שבכל נקודת זמן הם עתידים להיות מזומנים לתת דין וחשבון על התנהלותם.

¹⁹ לריכוז עיקר כללי השימוע בוועדות הקונגרס, ראו House Rule XI, 118th Cong., 1st Sess. (2023).
²⁰ דוגמה בולטת מן התקופה האחרונה היא זימון נשיאי אוניברסיטאות עילית בארה"ב לשימוע בקונגרס. השימוע הגיע על רקע מחאות פוליטיות בקמפוסים שכללו ביטויים ואיומים אנטישמיים. תשובות בלתי מתקבלות על הדעת ומתחמקות של חלק מנשיאי האוניברסיטאות בשימוע הביאו ללחץ, ולבסוף להתפטרות. Kathryn Watson and Caitlin Yilek, College presidents face tough questions from Congress over antisemitism on campus, CBS News (5/12/2023) (<https://www.cbsnews.com/news/antisemitism-campus-harvard-pennsylvania-mit-presidents-testify-congress/>)

²¹ בוועדות בית הנבחרים, לדוגמה, עומדות לעד בשימוע ההגנות החוקתיות מפני הפללה עצמית ומפני חיפוש ותפיסה בלתי סבירים. במקרים אחרים, לצורך הגנה על אינטרסים לגיטימיים של עד, הוועדה תוכל לשמוע את הדיון בדלתיים סגורות. לסקירת הפרטים המסדירים את העדות בשימוע בבית הנבחרים, ראו לדוגמה: Carr, T.P., 2006, June. Hearings in the House of Representatives: a guide for preparation and procedure. Congressional Research Service, the Library of Congress., 19–20

²³ עמית סגל, על היהרה: כך התרעו הח"כים מפצצה סורית – ונתקלו בזלזול (6.6.2018) <https://amitsegal.co.il/%D7%A2%D7%9C-%D7%94%D7%99%D7%95%D7%94%D7%A8%D7%94-%D7%9B%D7%9A-%D7%94%D7%AA%D7%A8%D7%99%D7%A2%D7%95-%D7%94%D7%97%D7%B4%D7%9B%D7%99%D7%9D-%D7%9E%D7%A4%D7%A6%D7%A6%D7%94-%D7%A1%D7%95%D7%A8%D7%99%D7%AA>

השימוע גם יכול לשפר את איכות המינויים הבכירים במערכת הביטחון. הממנה והממונה עשויים להיות מוזמנים להסביר את טיב המינוי ואיכותו. בזה, כשלעצמו, יש כדי לצמצם מינויים בעייתיים. עצם החובה להסביר עשויה לדרבן את הממנה לנטוש את חלקם. לדוגמה, הידיעה של הגורם הממנה שסוגיית הגיוון תיבחן בשימוע חקירתי תהווה כשלעצמה תמריץ לגוון מינויים מראש.

מנגנון ההדחה – כאמור, אחת המסקנות הראשוניות מאירועי ה-7/10 היא שמתקיימת בעיית אחריות תרבותית ומעשית של ראשי ארגוני הביטחון מול הדרג הנבחר. קשה להשוות את מעמד ראש המטות המשולבים האמריקאי מול הנשיא בארה"ב למעמד הרמטכ"ל הישראלי מול שרי ביטחון וראשי ממשלה בישראל.²⁴ עימות מן הסוג החוזר בישראל בין שרי ביטחון ובין רמטכ"לים אינו יכול להתקיים עקרונית בארה"ב. ריב הטריטוריות הזה שבין הדרג המדיני ובין הדרג הממונה בישראל מזיק ופוגע בתחושת האחריות של הדרג הממונה. הוא מתקשר גם לאי-הבהירות ביחס לגבולות הסמכות של כל דרג, בפער שבין פיקוד על הצבא של הרמטכ"ל לבין מרות הדרג המדיני על הצבא.

לחיזוק מרכיב האחריות, מוצע לשנות את מנגנון ההדחה של ראשי ארגוני הביטחון, מבלי לשנות את מנגנון המינוי. כלומר, ראשי הארגונים ימונו על ידי הממשלה כולה על פי אותם כללים הנהוגים כיום.²⁵ אבל מוצע שכל אחד מראשי הארגונים יוכל להיות מודח על ידי החלטה של ראש הממשלה בלבד. מתחם שיקול הדעת של ראש הממשלה בהחלטה שכזו יהיה מוחלט. כלומר, ראש הממשלה יוכל להדיח רמטכ"ל גם אם הוא מוצא שאין ביניהם עבודה הרמונית, או אפילו אם ראש הממשלה סבור שראוי שאדם מתאים יותר ייכנס לתפקיד. התוצאה היא שמידת האחריות של ראשי מערכת הביטחון מול הדרג המדיני תהיה ברורה ומובהקת. מימוש מדיניות הממשלה יהיה מדויק יותר. מנגד, אחריות הממשלה תהיה מוחלטת גם היא. למעשה, ניתן להעריך שדווקא חיזוק מרכיב המרות ישם סוף למאבקי הכוח הלא-רצויים בין הדרג המדיני והממונה. בזה טמון פוטנציאל ליחסי עבודה תקינים ויעילים יותר.

ביטול הפער שבין אחריות וסמכות – בחלק שבו עסקנו בזיהוי הבעיות שעולות מאירועי ה-7/10, טענו שאירועי ה-7/10 חושפים שהבעיה המשטרית של גבולות הסמכות והאחריות בין הדרג הנבחר והדרג הביטחוני הממונה נותרה בלתי פתורה. השיח הציבורי מאז ה-7/10 מתמקד בעיקר במידת האחריות של הדרג המדיני לכשלי אותו יום נורא. אלא, שכאמור, לא ניתן לנהל דיון סביב אחריות מבלי לנהל דיון סביב הסמכות. טענו שבגישה המודרנית לאחריות מוסרית, תנאי להטלת אחריות הוא בדרך כלל שלמי שנושא באחריות הייתה אופציית פעולה אלטרנטיבית, ומכאן שקשה להטיל על אדם אחריות להחלטה שאין לו סמכות ליטול. עמדנו גם על העובדה שחוק יסוד: הצבא, בניגוד למטרתו, לא פתר את בעיית גבולות הסמכות האמורה. הוא קובע כי הצבא נתון למרות הממשלה.²⁶ וכן כי הרמטכ"ל כפוף לשר הביטחון.²⁷ חוק היסוד קובע בנוסף כי "הדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי".²⁸ אחד משורשי המחלוקת בדבר גבולות הסמכות של הדרג

²⁴ ראוי לדוגמה, את פיטורי הגנרל MacArthur בידי הנשיא Truman (<https://www.trumanlibrary.gov/education/presidential-inquiries/firing-macarthur>).

²⁵ ראו: חוק יסוד: הצבא, ג' ו-חוק שירות הביטחון הכללי, תשס"ב-2002, 3(א).

²⁶ "הצבא נתון למרות הממשלה", חוק יסוד: הצבא, 2(א).

²⁷ "ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון", חוק יסוד: הצבא, 3(ב).

²⁸ שם, 3(א).

המדיני והממונה מתמצית בשאלה: מה נכלל בגדר "מרות" ואינו נכלל בגדר "פיקוד"? טענו שנקודת הגבול מטושטשת, וכי טשטוש חלוקת הסמכות גוזר מצידו טשטוש גם בחלוקת האחריות. אנחנו מבקשים לטעון כי במדינה העומדת מול אתגרים ביטחוניים כמו אלו של מדינת ישראל, טשטוש גבולות הסמכות הוא בלתי נסבל. אל מול אירועים דחופים וקיומיים, שחלקם מגיעים בהפתעה, היררכיית הסמכות הביטחונית בישראל חייבת להיות ברורה באופן מוחלט. אנחנו סבורים שבהירות כזו צריכה להיות מבוססת על מעבר למודל שלפיו המנהיג הנבחר משמש בהגדרה כמפקד העליון של הצבא.²⁹ לצורך העניין, ניתן לקבוע שמי שמחזיק בסמכויות הפיקוד העליון הוא ראש הממשלה. בזה יבוטל קו הגבול שבין סמכויות הדרג המדיני והדרג הצבאי; הסמכות העליונה ביחס לצבא בכל עניין תהא מסורה לדרג הנבחר. אין לחשוש ששינוי שכזה יביא מנהיגים להנחות בשגרה יחידות קצה בדבר מיקומן או משימתן ברמה הטקטית. אין לדרג הנבחר שום אינטרס לעשות כן, למעט במקרי קיצון. מנגד, יש בזה שלושה יתרונות מרכזיים. הראשון, יהיה בזה להביא לשינוי תודעתי, הן של מפקדי הצבא והן של המנהיגים הנבחרים. רמטכ"לים יחדלו ממאבק טריטוריאלי על סמכויות אל מול הדרג המדיני. קבלת סמכותו הפיקודית של הדרג המדיני תהא גם קבלה תודעתית של הצורך באחריות מלאה מול העם באמצעות נבחריו. אירועים של אי-עירוב הדרג המדיני בהכרעות ביטחוניות אסטרטגיות אמורים להימנע. יימנע גם חשש משיתוק בעת מאבק סמכויות. מנגד, היתרון השני הוא שלא יהיה עוד ויכוח בשאלת חלוקת האחריות. עם הסמכות העליונה, תונח על כתפי הדרג המדיני גם האחריות העליונה והמלאה. היתרון השלישי הוא שבעינות חירום לא תהיינה עוד שאלות גבוליות של סמכות שיש להן פוטנציאל לשבש את יכולת הפעולה המהירה של המדינה.

המסקנה הכללית ממאמר זה היא שהתנהגותה של ישראל בשורה ארוכה של היבטים – לאו דווקא בגבולותיה – משפיעה על הסיכוי שאויביה יאמצו כוונת תקיפה מן הסוג של מתקפת 7/10. היא משפיעה גם על היכולת הישראלית להדוף בהצלחה התקפה כזו, אם חלילה תבוא – להדוף ולנצח. אבל, התנהגותה הפרקטית של ישראל מושפעת מאוד מהמסגרת הנורמטיבית שהיא תחיל על עצמה בשורה של תחומים. אחת המסקנות מן המאמר היא שאפשר שהמסגרת הנורמטיבית שישראל אימצה לפני 7/10 לא אפשרה להשיג את התכליות האלו באופן מיטבי. שינוי המסגרת בשורה של נושאים, כפי שמוצע כאן, יכול לשפר את מימוש הריבונות והביטחון, ולכן את ההרתעה. השינוי הנורמטיבי יכול לשפר את מידת האחריות – ולכן את מידת היעילות – של המערכת הביטחונית וסיכוני הכשל, את יעילות ואיכות יחסי הדרג הביטחוני הממונה והנבחר וכן את ההבהרה המוחלטת של תמונת האחריות הביטחונית הכוללת. במילים פשוטות, לא ניתן יהיה לקיים ביטחון בלי פעולה תחת כללים משפטיים שמאפשרים ביטחון. לא ניתן לנצח בלי להחיל כללים שהם על פי הדין הבינלאומי מחד גיסא, אבל מאפשרים לנצח מאידך גיסא. והכללים המוצעים כאן, אם יאומצו, עשויים לשפר את היכולת למנוע מתקפות ולעמוד מולן ולנצח, אם בכל זאת תקרינה.

²⁹ ארה"ב, צרפת, הודו, איטליה הן כולן דוגמאות (מתוך רשימה ארוכה בהרבה) למדינות בהן ההנהגה הפוליטית העליונה היא גם המפקדת העליונה של הצבא.