

## משפט, משטר וביטחון לאומי

### אתגרים

ישנה ירידה ביכולתם של נבחרי הציבור לנהל את המדיניות הביטחונית ואת מדיניות אכיפת החוק בישראל.<sup>32</sup> הממשלה נושאת באחריות למדיניות ביטחון החוץ והפנים, אלא שלמערכת המשפט ישנה השפעה גדולה על קביעת המדיניות מבלי שהיא נושאת כלל באחריות. אירועי ה-7 באוקטובר חושפים כשל במימוש הממד האקטיבי של אחריותיות מצד ראשי הצבא ומערכת המודיעין. הם משקפים רמה נמוכה של עירוב הדרג המדיני בהחלטות חשובות של דילמות אסטרטגיות, הגנה, כוננות, בניין הכוח ומינויים בכירים. כתוצאה מזה, מידת הבקרה של הציבור באמצעות נבחרי על צה"ל ומערכת המודיעין נמוכה.

מקור חופש הפעולה של חמאס באזור גדר הגבול, שאפשר לו לאסוף מל"מ ופעולות הכנה, הוא גם משפטי. התפיסה המשפטית שעל פיה פעל צה"ל הייתה כי במרחב הגדר מתקיימים בו בזמן שני עולמות משפטיים: מי שחמוש או שעוסק בלחימה - עליו תופעל דוקטרינת דיני המלחמה וניתן לפגוע בו, לעומת זאת מי שאינו חמוש ואינו עוסק בלחימה - עליו חלה דוקטרינת אכיפת החוק ולא ניתן לפגוע בו, אלא במקומות שהסכנה ממנו ברורה, מוחשית ומיידית, וגם אז הפגיעה בו כפופה למגבלות. התפיסה הזו הובילה לשחיקה מתמשכת ושיטתית של מרחב החיץ, שנוצל על ידי חמאס לאיסוף מודיעין, לימוד שגרת הפעילות של צה"ל, פגיעה במכשול וגם פגיעה בחיילי צה"ל בחסות אזרחים שהתקרבו עד לגדר<sup>33</sup>.



קרדיט: 51 create jobs

32 להרחבה, ראו: רפאל ביטון, משפט, משטר וביטחון לאומי - אתחול מחדש לאור ה-7 באוקטובר, מכון משגב, 8 במאי, 2024.

33 להרחבה בעניין אופן התערבות בית המשפט העליון בסוגיות צבאיות וההשלכות, ראו: יסכה בינה בפודקסט "שומר סף" עם גדי טאוב <https://www.youtube.com/watch?v=7AqrkumJXz8>

בימים אלו צה"ל מקים מרחב חיץ (פרימטר ביטחוני) מוגדל בשטח הרצועה. מרחב זה כבר מאתגר על ידי "אזרחים" עזתים המופעלים ככל הנראה על ידי גורמי חמאס. המנגנונים ששחקו משפטית ומעשית את האכיפה במרחב החיץ הקודם עלולים לשחק גם את מרחב החיץ החדש.

מפקדים בכירים בצבא שפעלו במשך שנים תחת כללים משפטיים שאינם מאפשרים ניצחון ומרחיקים אותם ממגע עלולים להימנע בכל מחיר מן המלחמה. ההימנעות הזו, שהופכת לטבע, עלולה אפילו ליצור הטיות תודעתיות בנוגע להערכה המודיעינית.

האיום בחשיפה לטריבונלים בינלאומיים, כמו בית הדין הבינלאומי הפלילי בהאג, העלה מאוד את השפעתם של אנשי המשפט בצבא ואת המוכנות לקבל מגבלות משפטיות. עם זאת, הסיכוי שהגישה המגבילה שאימץ צה"ל תתקבל כמספקת לטריבונלים כאלה נמוך. בתי הדין האלו דוחים את העמדה הישראלית הצודקת מכיוון שהם מוטים, והסיכוי לצדק בהם לישראל ולישראלים נמוך.

חוק יסוד הצבא מכפיף את הצבא למרות הממשלה, אבל הוא אינו נמצא תחת פיקודה. קביעת יעדים אסטרטגיים מצויה בסמכות הממשלה, אבל הפירוט שלהם לפקודות אופרטיביות של פקודת תנועה ליחידה עם הגדרת מקום, זמן, שיטה ומטרה, שמורה לרמטכ"ל. נקודת הגבול מטושטשת ממה שנראה, היא מזמינה מאבקי טריטוריות ואי-ודאות, ויש בה פוטנציאל לתפיסת אחריות שגויה של הדרג הפיקודי.

שחיקת ההרתעה מאירועי ה-7 באוקטובר עלולה להידרדר גם למאבק של ישראל בארגוני פשע מאורגן. ישראל אינה יכולה להרשות לעצמה את קיומם של כוחות כאלה, שלחלקם פוטנציאל עוין, במקביל לאתגרי פלישה ואירועים בסגנון מבצע "שומר חומות". המאבק בארגוני הפשיעה נתפס כאכיפת חוק, ולא כחלק מתפיסת הביטחון של ישראל. מערכת האכיפה עושה שימוש במודל הקלאסי של אכיפה פלילית, ונמנעת ממודל של מאבק מנהלי לפירוק ומניעה מראש של ארגונים אלה. מדיניות זו מקשה על המאבק, גוזלת זמן ומשאבים, ואינה מאפשרת לטפל בבעיה מהשורש.

## המלצות

**פתרונות לבעיות המשפטיות במרחב הגדר בעזה:** נדמה שאין מחלוקת רצינית על הטענה שמתקפת 7/10 התאפשרה בין היתר כתוצאה מהמשטר הביטחוני הישראלי במרחב הגדר עם רצועת עזה. ברור שאילו היה צה"ל משמר משטר קפדני של איסור התקרבות טרוריסטית ואזרחית אל גדר הגבול, מתקפה מסוג זה הייתה כמעט בלתי אפשרית לתכנון, להכנה ולביצוע. יש לזכור שהסיכון מפני הישנות של ה-7 באוקטובר אינו מוגבל לגזרת עזה בלבד. בשינויים המחויבים, אירוע מקביל יכול להתרחש גם בגזרות אחרות, דוגמת גבול לבנון, גבול סוריה, גבול ירדן וגזרת איו"ש.

חלק בסיסי בהסרת הסיכון לאירועי 7 באוקטובר נוספים בעתיד טמון בזניחת שתי הגישות המשפטיות שלפני הראשונה יש להשתמש בדיני המלחמה במרחב הגדר, ושהפעלת כוח מותרת רק בזמן שיש איום וכשיש אדם חמוש; ולפי השנייה מי שאינו לוחם חוקי יש להשתמש כלפיו על פי כללי אכיפת החוק, ועליו לקבל יחס כאילו הוא משתתף בהפגנה "רגילה". על צה"ל להכריז על מרחב מוגדר בסמוך לגדר כעל אזור אסור בכניסה. את האיסור יש לאכוף תוך הנחה שכל המפר ביודעין את האיסור ומתקרב אל הגדר תוך הפרתו מהווה אדם חשוד. גם במרחבי הגבול האחרים יש להכריז, אם כן, על משטר משפטי ייחודי. תקנות שעת חירום מאפשרות זאת לצה"ל. במסגרת האיסורים, ניתן ורצוי לאסור כניסה בלתי מורשה של אזרחים (משני צידי הגבול). ניתן

לאסור גישה לאזור הגבול עם כלי רכב מסוימים (דוגמת כלי רכב עבירים או מהירים במיוחד). יש לנהוג בכל אדם בלתי מורשה שמפר את הסיכון כאדם חשוד ביטחונית באופן מידי.

לקח נוסף שיש לאמץ כפתרון מונע להישנות אירועי פלישה וטבח הוא זניחת דוקטרינת אכיפת החוק. יש להתייחס למרחב הגדר (בעזה, ובשינויים המחויבים גם בגזרות אחרות) כשטח עימות.

יש לשנות גם את המסגרת המשפטית הפרוצדורלית לפיקוח על פעילות הצבא במרחב הגדר. לקח חיוני מהתקופה שקדמה ל-7 באוקטובר והחלטות בג"ץ בנוגע לנוהלי הפתיחה באש במרחב הגדר הוא שבית המשפט אינו המקום הראוי לפיקוח על פקודותיו המבצעיות של צה"ל. הטיפול המבצעי בסיכוני הגבול מחייב מקצועיות וידע שאין לבית המשפט. הוא מחייב גם נשיאה באחריות, שבית המשפט לא יישא בה. ישנו גם פגם מובנה בבחינת אירועים מבצעיים בסביבה משפטית. שופטים ובתי משפט נוטים לעסוק במה שנראה להם שהוא ליבת עיסוקם - עניינים של הגינות וחוקיות. יכולתם לבחון היבטים מבצעיים באותו מיקוד נמוכה.

**שינוי תפיסת המשפט הבינ"ל ודיני המלחמה של צה"ל:** לא אחת, המקור המשפטי המשמש את בית המשפט העליון להכרעה בעתירות הבאות בפניו בענייני הצבא הוא המשפט הבינלאומי הפומבי, וספציפית החלק שעוסק במלחמות וסכסוכים חמושים. ישראל מחילה על עצמה תפיסות של משפט בינלאומי ושל דיני מלחמה שאינן מחויבות המציאות, ומגבילה את עצמה בשל פרשנות לא הכרחית של דיני המלחמה.

## ישראל מחילה על עצמה תפיסות של משפט בינ"ל ודיני המלחמה שאינן מחויבות המציאות, ומגבילה את עצמה

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. יש להכיר בכך שאחידות הדעות של המומחים הישראלים למשפט בינלאומי אינה בהכרח מייצגת את כלל התפיסות החשובות האפשריות. לכן, הדרג הביטחוני צריך לשאוף לשמוע חוות דעת מגוונות.

בניגוד לעמדות הרואות את דיוני 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.

**אובדן משילות כוזב של אובדן הרתעה:** אובדן הריבונות והמשילות בישראל פנימה משפיע על ההסתברות שאויבינו ינקטו פלישה דומה לזו של ה-7 באוקטובר. אויבינו מתבוננים באזורים שלמים שבהם הצבא נראה נרפה וחלש מול כנופיות, כולל בבסיסיו ובשטחי האימונים שלו, והשכנוע שלהם בתאוריית "קורי העכביש" מתחזק. 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. חלק ניכר מפעילות ארגוני הפשיעה מכרסמי הריבונות מתרחש באזורים סמוכי-גבול, ופעילותם מערבת פרקטיקה ומומחיות חוצות גבול, כמו הברחת בני אדם, סמים ואמצעי לחימה. אם חלק מן הארגונים יחצו את הקו המטושטש שבין פשע ובין טרור, ישראל תעמוד בפני קושי ניכר להדוף פלישת פתע לשטחה.

חשש כזה עמד באוויר בזמן מבצע "שומר חומות". לפיכך, יש לחדול מייד מראייתו של המאבק בהם כמאבק של אכיפת חוק. הטענה המרכזית היא כי יש לראות את המאבק בארגוני הפשיעה הגדולים בישראל כחלק מתפיסת הביטחון של ישראל. מכאן, שיש לאמץ מדיניות של מיגור טוטלי של ארגוני הפשיעה הגדולים, בדגש על ארגוני פשיעה סמוכי-גבול.

מוצע לכן לעבור ממודל של אכיפה פלילית (פרסונלית) בדיעבד למודל של מאבק מנהלי (קולקטיבי) לפירוק ומניעה מראש. היכולת לפרק את הארגונים על ידי איסוף ראיות אחרי ביצוע עבירות ועד לכדי הרשעה - מוגבלת. 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. הרשות המבצעת תוכל באמצעות צווים מנהליים לשלול מן הארגונים את כלל האמצעים המאפשרים להם לבצע פעולות פשע, בדגש על פעולות פשע סמוכות גבול. השר יוכל לאסור על חברים מוגדרים בארגון לנוע בקבוצה; המודל יאפשר לשר גם לאסור מפגש בין הפעילים. הוא יוכל גם לאסור על חברים מסוימים, שזוהו על ידי המודיעין המדינתי, עיסוק בעיסוקים מסוימים. לדוגמה, השר יוכל לאסור עליהם עיסוק בתחום האבטחה, הבנקאות, הפיננסים או הבניין.

**חיזוק מרכיבי האחריות של ראשי מערכת הביטחון:** יש כמה סימנים לבעיית אחריות של הדרג הביטחוני הממונה. בלט במיוחד אי-השיתוף של הדרג המדיני בדילמה המודיעינית-אסטרטגית שאפפה את התקופה שלפני ה-7 באוקטובר. בעוד הדרג הממונה מתלבט אם לפניו סימנים לתרגיל או למתקפה, כל בכירי המערכת הביטחונית נמנעו מעדכון של הדרג המיניסטרילי הנבחר והממונה עליהם. אינדיקציה שנייה לבעיית אחריות אפשרית של הדרג הביטחוני הממונה ניכרת במה שנראה כמו התעלמות של הדרג הפיקודי מסימני ההתרעה ששידרו בבירור חיילות וחיילים בקו המגע ואזרחים תושבי אזור העוטף. הכשל של ה-7 באוקטובר קשור גם במדיניות מינויים לא מוצלחת בצמרת הארגונים הביטחוניים, וכן בבניין הכוח. בפני הדרג הנבחר אין אמצעים נחוצים לביקורת משמעותית על הפיקוד הבכיר של צה"ל ועל עבודת המטה שלו. לראש הממשלה ולשר הביטחון אין מטה מקביל וחזק דיו לעמוד מול אלו של צמרת צה"ל.

לפיכך יש לבנות שורת מנגנונים לשיפור האחריות של הדרג המבצעי, וכן שינוי מנגנון ההדחה של ראשי ארגוני מערכת הביטחון. כך למשל, מוצע לחזק את מנגנון השימוע הפרלמנטרי הישראלי, ולאמץ מודל הדומה לזה שקיים בארה"ב. ועדה רלוונטית של הכנסת, בדגש על ועדת החוץ והביטחון, תוכל לזמן כל אדם וכל בעל תפקיד ממונה או נבחר לשימוע, ואי התייבבות עשויה להיענות בענישה פלילית. בנוסף לחובת ההתייבבות, מוצע שתהא גם חובת תשובה לוועדה, כלומר, למעט סירוב מטעם מוצדק ומוגדר מראש, אי-תשובה לוועדה תיחשב התנהגות חשופה לסנקציה פלילית.

מוצע לבחון את שינוי 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, אולם יש לבחון ייצור מנגנון שיוכל לאפשר לראש הממשלה להפעיל את הצבא באופן ההולם את תפיסת הממשלה וכן לאפשר לראש הממשלה להדיח כל אחד מראשי הארגונים בהחלטה של ראש הממשלה באישור הקבינט המדיני-ביטחוני או ועדת שרים מצומצמת אחרת שתמונה לצורך כך. ראש הממשלה יוכל, באישור הגוף הממשלתי שייקבע בחוק, 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, ומימוש מדיניות הממשלה יהיה מדויק יותר. מנגד, אחריות הממשלה תהיה מוחלטת גם היא.

**ביטול הפער שבין אחריות וסמכות:** השיח הציבורי מאז 7/10 מתמקד בעיקר במידת האחריות של הדרג המדיני לכשלי אותו יום נורא, אלא שלא ניתן לנהל דיון סביב האחריות מבלי לנהל דיון סביב הסמכות. במדינה העומדת מול אתגרים ביטחוניים כמו אלו של מדינת ישראל, טשטוש גבולות הסמכות הוא בלתי נסבל. אל מול אירועים דחופים וקיומיים, שחלקם מגיע בהפתעה, היררכיית הסמכות הביטחונית בישראל חייבת להיות ברורה באופן מוחלט. יש לגבש מנגנון שיקבע את ראש הממשלה כמפקד העליון של הצבא, כשהחלטותיו מאושרות על ידי ועדת שרים מצומצמת שתמונה לצורך כך. אם הסמכות העליונה תונח על כתפי הדרג המדיני כך גם יהיה עם האחריות העליונה והמלאה, ובעייתות חירום לא תהיינה עוד שאלות בנוגע לגבולות הסמכות והאחריות.