

# מצבא ההגנה לצבא ההגנה המשפטית



ירי תותחנים של צה"ל במבצע "עמוד ענן" | מתעורר חשש מהותי כי אימת המשפט הבין-לאומי וסכנת ההעמדה לדין פלילי או צבאי תשתק את החיילים מפני ביצוע משימותיהם. על הפיקוד הבכיר להבטיח שלוחמים ומפקדים יפעלו מחד גיסא בהתאם לאמות המידה המוסריות המקובלות ומאידך גיסא יפעלו ללא חשש לבצע את משימותיהם המבצעיות

## את ההחלטה על העמדה לדין של חייל ששגה בהפעלת שיקול דעת בשדה הקרב יש להשאיר בידי הדרג הפיקודי ולא בידי הדרג המשפטי. אין לצה"ל ולישראל פריבילגיה לבחון עד כמה ניתן לשנות את הצבא למשהו שאינו צבא

המדינה ועל אזרחיה.

חובה עלינו לזכור שצבא הוא עסק מסוכן: יורים בו, מתאמנים ומתאמצים כדי להפיק אלימות. בפעילות צבאית יש ונפעלים ואפילו נהרגים. סיכון חיי אדם היה ונשאר חלק בלתי נמנע מהמאמץ לשמור על ביטחון ישראל. הדבר נכון אפילו באימונים ובפעילות הביטחון השוטף, לא כל שכן במלחמה. נראה כי ראוי שכוחות לוחמים, בוודאי בכוחות היבשה, יתרכזו בלחימה ולא בהיוועצות עם עורכי דין ועם יועצים משפטיים.<sup>1</sup>

### התחקיר המבצעי והמשפט הצבאי

תחקיר נועד לברר את הנסיבות ואת פרטי הביצוע של פעילות צבאית מסוימת בהתאם למטרה וביחס לתוצאותיה. התחקיר נועד לשם

### מבוא

ישראל חברה במשפחת העמים ומכבדת את כללי המשפט הבין-לאומי. צה"ל מחנך את חייליו לטוהר הנשק מאז היווסדו ומתגאה בכך שהם מכבדים אותו. אולם ישראל מתמודדת זה עשרות שנים, עם קשת איומים שמדינות אירופה וארה"ב רק מתחילות להישף אליהם. מתעורר חשש מהותי כי אימת המשפט הבין-לאומי וסכנת ההעמדה לדין פלילי או צבאי תשתק את החיילים מפני ביצוע משימותיהם. על הפיקוד הבכיר להבטיח שלוחמים ומפקדים יפעלו מחד גיסא בהתאם לאמות המידה המוסריות המקובלות ומאידך גיסא יפעלו ללא חשש לבצע את משימותיהם המבצעיות. לא מדובר במתן היתר לפעול בניגוד לחוק המקומי או למשפט הבין-לאומי, אלא במתן אפשרות ללוחמים ולמפקדים להילחם באיומים הניצבים בפניהם ולהגן על

אל"ם (מיל) רז שניא  
יו"ר הפורום לחוסן צה"ל



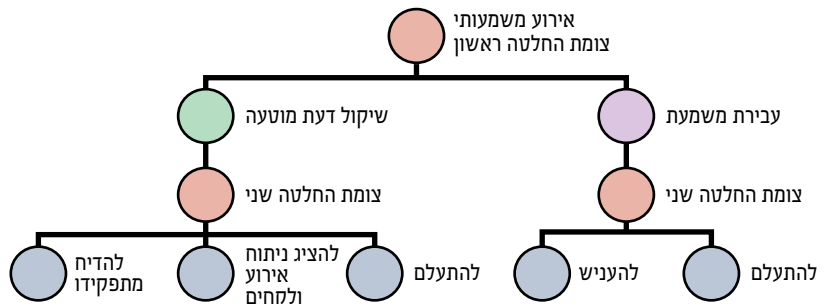
לחזור על העבירה; והשלישית, לפתוח דף חדש, כלומר להחזיר את מי ששילם את חובו לחיק היחידה.

יש סיבה נוספת לעיסוק בפקודים שגרמו לתקלות: מראית עין, שכן "הצדק חייב לא רק להיעשות, אלא גם להיראות". ראוי לנהוג כך גם בנוגע להצלחות, כלומר, לנתח אירועים מוצלחים ולהציגם לצורכי לימוד. כך ניתן לאזן את היחס לפקודים, לתרום ללימוד הדרך הנכונה ולהעביר מסר לכולם: "ארגון לומד" לומד מכל אירוע. הצבא, חרף היותו גוף ציבורי הכפוף לממשלה ולשר הביטחון, אינו גוף דמוקרטי. כיוון שכך, הצבא הוא הארגון היחיד בחברה שהוסמך לקיים מערכת שפיטה אוטונומית מלאה, כולל שיפוט פלילי.<sup>6</sup> ההיתר הזה נובע מאופיים הייחודי של שדה הקרב ושל ההלכה הצבאית. חוק השיפוט הצבאי, שפורסם ונכנס לתוקף ב-1955, עומד על קיומם של הבדלים מהותיים בין מערכת המשפט הצבאית לבין זו האזרחית. השוני בא לידי ביטוי בסמכות ההחלטה הייחודית של הדרג הפיקודי העליון בצבא להגיש כתב אישום או למנוע את הגשתו, כאשר אין לכך הצדקה מנקודת הראות של קודקוד הפירמידה המקצועית והפיקודית כאחת.<sup>7</sup>

בעוד מערכת המשפט האזרחית היא עצמאית לחלוטין ומשמשת רשות נפרדת שתפקידה, בין היתר, הוא לבלום ולאזן את הרשויות האחרות, הרי שיעודה הבסיסי של מערכת המשפט הצבאית הוא לחזק את המשמעת ולהעניק לדרג הפיקודי שליטה מלאה ומוחלטת בצבא. בצבא, שלא כמו במוסדות המדינה, לא מתקיימת הפרדת רשויות, והדרג הפיקודי, העומד בראש השרשרת המבצעית, הוא גם הדרג המחוקק ומקור ההלכה הצבאית. בהיותו מקור ההלכה, הדרג הפיקודי הוא גם פרשנה המוסמך ביותר, ומהסיבה הזאת הוא נושא באחריות להפקת הלקחים. במסגרת הזאת נתונה בידי, כאמור, גם האחריות להחלטה להניע באמצעות תהליך הפקת הלקחים את מהלך הדברים לקראת העמדת איש צבא למשפט צבאי.<sup>8</sup>

הדברים האמורים לעיל לא הפריעו למהפכה בנושא השיפוט בצה"ל שהתחוללה בשלושת העשורים האחרונים. הדגש בחקירת תאונות האימונים, שגיאות במהלך פעילות מבצעית ואפילו אירועים במהלך

מיצוי כל הידיעות והנתונים הדרושים ליצירת בסיס להסקת מסקנות ולהפקת לקחים. כל יחידה מחויבת לבקר ולתחקר את ביצועיה כדי ללמוד מטעויות ולהפיק לקחים כדי להשתפר באופן מתמיד. הצלחתו של תהליך הפקת הלקחים מותנית בראש ובראשונה במיצוי מרב הידיעות והנתונים מתוך הפעילות המתוחרת. לפיכך יש לערוך את התחקיר סמוך ככל האפשר להתרחשותה של הפעילות, ויש לנהוג בתרבות של פתיחות ושל אמירת אמת. יש לזכור כי תחקירים שעוסקים בפעילות קרבית ובמלחמה<sup>2</sup> עוסקים בתנאים ייחודיים הנוגעים למשימה הניתנת למפקד וללוחם. במלחמה, במרבית המקרים, משימת הכוח היא להכריע ולנצח את האויב לאור המטרה - גם במחיר של סיכון חיי הלוחמים במהלך הקרב. כיוון שלעולם קרב אינו כליל השלמות, התחקיר עשוי להעלות שגיאות שנעשו במהלך הביצוע או, לחלופין, חריגות משמעותיות ומוסריות. לשוני בין השתיים משמעות כבדה: הראשונה מובילה להחלטת מפקד בסוגיות פיקודיות, השנייה יכולה להוביל לחקירה פלילית ואף למשפט<sup>3</sup> (ראו תרשים).



תרשים: תהליך החשיבה בעת טיפול בפקוד שגרם לתקלה<sup>4</sup>

אין זה דבר פשוט להטיל אחריות אישית על הפעלת שיקול דעת במצב של סכנת חיים, שבו יש לקבל החלטה נכונה בתוך שבריר שנייה. עם זאת, הטלת אחריות כזאת היא בלתי נמנעת. מתן פטור מוחלט מאחריות אישית למעשים הנעשים תוך כדי לחימה כמוהו כמתן היתר לביצוע מעשים אסורים. ההיסטוריה מוכיחה שערפול הקרב הוא כר פורה לפורקן יצרים ולביצוע מעשי זוועה. פטור מאחריות אישית להפרת החוק בלחימה גם אינו מתיישב עם דיני הלחימה של המשפט הבינלאומי.<sup>5</sup> עם זאת, ברור כי בחינת התפקוד חייבת להיעשות בהתאם לתנאים שנוצרו בקרב. כלומר, צריך המפקד המתחקר לשים את עצמו בנעלי המתוחרק בטרם יחליט.

לכאורה, בצבא קל מאוד להעניש. אולם בפועל הענישה דורשת מחשבה ויצירתיות לא פחות מאשר פעולות אחרות. לעונש יש שלוש מטרות, שאת האחרונה שבהן אנחנו נוטים לשכוח. הראשונה היא להכאיב לנענש (על פי מידת החומרה של העבירה) למען יירתע מלעבור אותה שוב; השנייה, למען יראו וייראו, כלומר למנוע מאחרים

## ראוי שכוחות לוחמים, בוודאי בכוחות היבשה, יתרכזו בלחימה ולא בהיוועצות עם עורכי דין ועם יועצים משפטיים

ההוראות הברורות שנתן מלינקי לקציניו (לירות במי שמפר את העוצר) כמעט כולם הפעילו שיקול דעת ולא פעלו בהתאם להנחיותיו. אולם סגן גבריאל דהאן, שפיקד על המחלקה שפעלה בכפר-קאסם, קיים את הפקודה כלשונה. חייליו עצרו את הכפריים שחזרו לכפר מעבודתם ברגל או ברכב, ירו למוות ב־43 מהם, ובהם 9 נשים ו־17 ילדים ונערים, ופצעו 13 נוספים. בינואר 1957 הועמדו לדין 11 חיילים וקצינים שהיו מעורבים בטבח בכפר-קאסם. בפסק דינו טבע השופט בנימין הלוי את המושג "פקודה בלתי חוקית בעליל"<sup>12</sup> שעל החייל לסרב לציית לה כאשר היא ניתנת לו, מפני שמדובר בפקודות שמעליהן מתנוסס דגל שחור.

## ועדות חקירה ומשפטים והשפעתם על כושר הלחימה של צה"ל

בדצמבר 2014 הודיע הפרקליט הצבאי הראשי (פצ"ר) כי הורה על פתיחת חקירה של משטרה צבאית חוקרת (מצ"ח) בנוגע לסדרת אירועים שהתרחשו במהלך מבצע "צוק איתן", אשר במסגרתם נהרגו אזרחים. ההודעה הזאת לא הפתיעה איש במערכת הצבאית נוכח המתקפה חסרת התקדים של גורמים בין-לאומיים שונים על המערכת הצבאית והמשפטית של ישראל, ובהם "ועדת שאבאס", צוות הבדיקה של האו"ם לעימות ישראל-עזה 2014, שעליה הוטל לחקור את פעילות צה"ל במבצע "צוק איתן".<sup>13</sup>

אין מדובר בעניין חדש: בכל פעם שצה"ל מסיים פעולה צבאית, מכריזה מועצת זכויות האדם של האו"ם על הקמתה של ועדה לחקירת פשעי המלחמה שעשתה לכאורה ישראל. כך היה בסיום מבצע "עמוד ענן" ומבצע "עופרת יצוקה". זאת חרף העובדה כי ההפך הוא הנכון: צה"ל פעל בהקפדה יתרה למנוע פגיעה באזרחים, ואף יש האומרים שהוא הפריז בכך. גם במהלך מבצע "צוק איתן" פיזר צה"ל כרוזים הקוראים לתושבים להתפנות מבתיהם ואף שלח אזהרות הן בהודעות מוקלטות והן במסרונים. זאת ועוד, קיימות עדויות על תקיפות צה"ל שנדחו או שבוטלו מחשש לפגיעה באזרחים. ככלל, היו פעולות צה"ל במבצע "צוק איתן" ראויות ותואמות את הדין הבין-לאומי. צה"ל יכול להוכיח באמצעות תיעוד כי המטרות שנגדן פעל ולחם היו בעיקר צבאיות.

הגיע הזמן שצה"ל יתעשת מטרואומת דו"ח גולדסטון, שזכרו נמחה אפילו על פי כותבו (במאמר ב"ושינגטון פוסט" ב־1 באפריל 2011 תחת הכותרת "שקילה מחדש של דוח גולדסטון על ישראל ופשעי מלחמה". גולדסטון הודה במאמר כי אילו "ידע במהלך כתיבת הדו"ח את מה שהוא יודע היום", מסקנות הדו"ח היו שונות, במיוחד ההאשמות נגד צה"ל על ביצוע פשעי מלחמה).<sup>14</sup>

אמנות ז'נווה<sup>15</sup> הוטמעו בפקודות מטכ"ל כבר בתחילת שנות ה־80,<sup>16</sup> ולפיכך הפרה שלהן היא הפרת פקודה על פי חוק השיפוט הצבאי. צה"ל בוחן כל תלונה שמגיעה לידיו בכובד ראש, משני טעמים: הן בגלל הביקורת הבין-לאומית על מדינת ישראל והן בשל הרצון למנוע עבירות משמעת במהלך הלחימה. שוב ושוב אנו שומעים כי

מלחמה עברו לידי הפרקליטות הצבאית. בעבר, כאמור, תחקרו כל האירועים על ידי המפקדים במסגרת ההווייה המקצועית הצבאית שתכליתה לימוד, ניתוח, הסקה ושיפור. על המעבר הקלה הדרישה לפרסם עשרות כרכים של הנחיות, של נהלים ושל פקודות מפורטות (הוראות הבטיחות, נוהלי הבט"ש ועוד) אשר דחקו הצידה את שיקול הדעת. עקב כך נוצרה בצה"ל הווייה משפטית, שמשמעותה חיפוש אשמים. האווירה הזאת מתעלמת מכך שסיכון חיי אדם הוא חלק בלתי נמנע מהמאמץ לשמור על ביטחון המדינה. האווירה הזאת גם משמשת בית גידול לתפיסה שהשתרשה כאן בשנים האחרונות, שלפיה כל אדם שנהרג הוא קורבן שווא. אך כאשר הצבא מפנה את הטיפול בתחום המקצועי לתחום המשפטי (שאינו, כידוע, תחום מקצועי שבלעדי לצבא ואינו נחשב לעיסוק צבאי מובהק) מובנת הדרישה הציבורית להפקיע את הנושא של חקירת תאונות האיוונים מידי הצבא. מכאן קצרה הדרך להגשת כתבי אישום נגד כל חייל ונגד כל מפקד שתחת פיקודם התרחשו אירוע חריג או תקלה.<sup>9</sup>

אין כאן, חלילה, כוונה לומר שחיי אדם (חיילים ואזרחים) הם הפקר. נהפוך הוא. אולם העובדה שבזמן לחימה נפגעים אזרחים אינה בהכרח הוכחה לכך שנעשה פשע מלחמה או לכך שהייתה התנהגות פלילית של לוחמים ושל מפקדים. הדבר נכון במיוחד כאשר הלחימה מתרחשת בתוך שטחים עירוניים המאוכלסים בצפיפות ושבהם מנצלים אויבי ישראל, ובהם החמאס וחזבאללה, את האזרחים כדי שישמשו מגן אנושי. הלוחמים של שני הארגונים האלה נוהגים להיטמע בקרב האוכלוסייה האזרחית וסגלו לעצמם נוהלי תנועה בלבוש אזרחי וירי רקטות ומרגמות מתוך ריכוזי אוכלוסייה אזרחית.<sup>10</sup>

אולם במספרם הגבוה של ההרוגים האזרחים ב"צוק איתן" לא ניתן להאשים רק את החמאס, מפני שהוא נגרם גם כתוצאה משימוש באסטרטגיית התשה שהפכה להיות תחליף לאסטרטגיית ההכרעה המהירה שבה דגל צה"ל בעבר. לזריעת הרס ולפגיעה בתשתיות אזרחיות יש תפקיד מרכזי במלחמת התשה ממושכת שמטרתה להקזי את דמו של האויב ולהוגיעו. יש לציין שאימוצה של אסטרטגיית התשה, שבה לגורם הזמן אין תפקיד מכריע, מעקר את ייחודו של שיקול הדעת המבצעי, אולם זהו נושא למאמר אחר.

צבא מושתת על משמעת, דהיינו על מערכת היררכית שבה מתקיימים רבדים פירמידאליים של מפקדים ושל פקודים. אי-ציית הכפופים להוראות שנותנים להם מפקדיהם יביא לריסוק המערכת הצבאית. עם זאת, ידוע בעולם ובישראל כי לא כל פקודה שחייל מקבל עליו לבצע, ויש פקודות שעל החייל לסרב לבצען. כך, למשל, במשפטי נירנברג לא עמדה למפקדים ולחיילים הגרמנים הטענה שהם היו חייבים לציית לפקודה להרוג יהודים חפים מפשע.<sup>11</sup> כך גם בדוגמה המובהקת לפשע מלחמה של לובשי מדים בישראל, אשר התרחשה בכפר-קאסם ביום הראשון למלחמת סיני. גדוד משמר הגבול בפקודו של רס"ן שמואל מלינקי, שסופח לחטיבה המרחבית, קיבל משימה לאכוף את העוצר בשמונה כפרים ערביים בגזרה הדרומית של "המשולש הקטן". למרות

## את ההחלטה על העמדה לדין של חייל ששגה בהפעלת שיקול דעת בשדה הקרב יש להשאיר בידי הדרג הפיקודי ולא בידי הדרג המשפטי



על מדינת ישראל. הם עושים שימוש בכל קשת האמצעים, ובכלל זה שקרים וסילוף המציאות. בחסות חופש הביטוי מנצלים הארגונים כמו בצלם, עדאללה, שוברים שתיקה ויש דין את הדמוקרטיה הישראלית כדי לתת תחתיה. הארגונים הפוסט-ציוניים מכים את צה"ל במגרש התקשורת-פוליטי, והאסטרטגיה הזאת נושאת פירות. חיילי צה"ל נמנעים כיום מעימותים עם פלסטינים באיו"ש, ואם לא נשים לכך סוף, יחששו הלוחמים בעתיד גם לירות במהלך לחימה בעזה ובלבנון. כאשר לא מציבים גבול ורוגמים את חיילי צה"ל בבלעין ובנעלין, גדל דור חדש של חיילים שמעדיפים להימנע מעימות מאשר להיות נאשמים בבית דין שדה של התקשורת (במקרה הטוב) או בבית משפט צבאי (במקרה הרע). בקרב על המצלמה נוחל צה"ל מפלה ללא תנאי, וחמור עוד יותר, צה"ל עתיד להפסיד את הקרב על התודעה אם לא ישנה את דפוס ההתנהגות. על הצבא לגבות פיקודית וציבורית את חייליו ואת מפקדיו, ואסור לו להקהות את הוראות הפתיחה באש לרמות שבפועל אינן מאפשרות עוד ירי.<sup>19</sup>

יש גם לציין כי במקרים רבים כוחות הצבא מגיעים לאירועים מבצעיים בעוצמה בלתי הולמת. ג'יפ אחד ובו שלושה-ארבעה חיילים צעירים וללא ציוד מתאים לפיזור הפגנות, שמגיע "לטפל" בהפגנה של עשרות רעולי פנים, הפסיד את הקרב עוד בטרם הגיע. על צה"ל לפעול נגד מרכזי כובד, לזיזם ולהכריע התמודדויות בצורה מקצועית ומהירה, או עדיף שלא יגיע כלל. נסיגה מבישה מחזקת למעשה את הצד שמנגד. ככלל, צבא ששולח את חייליו להתמודד עם אתגרים שלא ניתן לצאת מהם בלי להיות מורשע בפשע מלחמה אשם באשמתם. במרבית המקרים, קיימים בחוק הבינלאומי כלים להתמודדות עם מצבים מורכבים, בתנאי שהצבא יפעל בצורה מקצועית ואגרסיבית. זו טעות לחשוב שניתן לפתור בעיות אלימות בעדינות, והכלל הזה נכון לא רק במזרח התיכון.

## סיכום

לא ברור אם צה"ל הוא הצבא המוסרי ביותר בעולם, אבל ברור כי הלוחמים והמפקדים יודעים כי לא הכול מותר בשם הניצחון, ומוטמעת אצלם המחויבות לנהוג באופן מוסרי ועל פי החוק. אחד הכלים החשובים ביותר לשימור יכולתו המבצעית של הצבא הוא שימוש בתחקיר הפיקודי. זהו כלי שנועד לאפשר ללמוד מטעויות ולהפיק לקחים, אבל גם כדי לשמש מכשיר מרכזי לקבלת החלטות בדרג הפוקד מה לעשות בנתונים העולים במהלכו. למסקנות העולות בתחקירים המבצעיים שמתקיימים ביחידות צריכה להיות השפעה מכרעת על החלטת המפקדים בנוגע להמשך הטיפול. גם המלצת הפרקליט הצבאי הראשי (פצ"ר) אם לפתוח בחקירה פלילית נגד חיילים ומפקדים חייבת להתבסס על כך. כל מנגנון אחר לצורך הערכה עובדתית, אשר על בסיס ממצאיו ימליץ הפצ"ר אם יש צורך לפתוח בחקירה, יחטא למציאות המבצעית שאלה אנחנו שולחים את לוחמינו.

את ההחלטה על העמדה לדין של חייל ששגה בהפעלת שיקול דעת בשדה הקרב יש להשאיר בידי הדרג הפיקודי ולא בידי המשפטי. אין לצה"ל ולישראל פריבילגיה לבחון עד כמה ניתן לשנות את הצבא למשהו שאינו צבא.

**ההערות למאמר הזה מתפרסמות באתר הוצאת מערכות.**



מהומות בבלעין | כאשר חיילים נרגמים באבנים ופוחדים להגיב, עולה החשש שבצה"ל גדל דור חדש של חיילים שמעדיפים להימנע מעימות מאשר להיות נאשמים בבית משפט צבאי

בצה"ל קיים חשש כי אם גורמים מסוימים לא ייחקרו בארץ, עלולים לבקש לחקור אותם במוסדות בין-לאומיים ובוועדות חקירה מוטות שעלולות לדרוש להעמיד אותם לדין בבית הדין הבינלאומי בהאג. לכן מרוכזות בצה"ל כל התלונות שמתקבלות על ידי גורמים שונים ומועברות לבירור ראשוני. חלק מהתלונות נגנו משום שלא נמצא להן ביסוס, אולם אם נמצא בסיס מסוים לתלונה, פותחת מצ"ח בחקירה. בין היתר נבחנים - לצורך שלילה או אישור של הבסיס לתלונה - יומני מבצעים, תוכניות מבצעיות ואף מתקיימות שיחות עם מפקדים ועם חיילים ביחידה. החקירה היא פלילית לכל דבר ועניין, והחיילים והמפקדים המעורבים צפויים להיחקר באזהרה.<sup>17</sup> פעילותם של לוחמים שביצעו את משימתם, סיכנו את חייהם ונלחמו צריכה להיבחן במושגים פיקודיים כמו "דבקות במשימה" ו"הפעלת שיקול דעת" ולא במושגים משפטיים כמו "קשר נסיבתי" ו"בעל התפקיד הסביר". העמדה לדין פלילי של לוחמים ושל מפקדים (שלא במקרים של עבריינות כמו ביזה, רצח ואונס) תוביל את צה"ל חזרה למקום שמתאר תא"ל משה (צ'קו) תמיר:

**"העמדה לדין פלילי של קציני שדה והיעדר גיבוי מצד הצבא נתנו את אותותיהם בתפקוד היחידות. מפקדים, שהבינו כי לא יקבלו גיבוי במקרים דומים וכי הם עלולים להיות חשופים לתביעה משפטית, העדיפו להימנע מפעילות יזומה ועיקרו את רוח ההתקפיות של יחידותיהם כדי להימנע מתאונות. במקרים מסוימים הגיעו הדברים לידי כך שמפקדים העדיפו להתמודד עם כישלון מבצעי, שבגיניו לא יועמדו לדין, מאשר עם אירוע בטיחות בפעילות מבצעית וצימצמו את פעולות יחידותיהם למינימום".<sup>18</sup>**

זה המקום להשיב את התחקיר המבצעי למטרות ולשימושים שלהם נועד: לשיפור כושרן המבצעי של היחידות וגם להחלטה האם יש לפעול נגד מפקד או נגד חייל שאחראים לתקלה. כך יש לנהוג גם כאשר יש סתירה בין העולה מתחקירי היחידות לבין התלונות המוגשות לצה"ל. או אז יועלה הדבר להחלטת הפיקוד הבכיר והוא שיקבע אם יש לנקוט הליך פיקודי, או שמא להעביר אירוע מסוים לידי הפרקליטות הצבאית ולחקירת מצ"ח.

יש לזכור כי זה כמה שנים פועלים בישראל ארגוני שמאל קיצוני כדי להעמיד לדין קצינים וחיילים. מטרתם היא לכבול את צה"ל מלהגן