

הייעוץ המשפטי בלחימה¹



בקרב חלק מהמפקדים בצה"ל קיים עדיין חשש מפני מעורבות היועץ המשפטי בתהליכי קבלת ההחלטות בעת לחימה - חשש הנובע ברובו מההערכה שהייעוץ המשפטי שיינתן יגביל את הכוחות ויסכל פעולות נחוצות, ויסודו בתפיסה מוטעית של תפקיד היועץ המשפטי. המאמר שלהלן מנסה לשרש את התפיסה השגויה הזאת ולהבהיר מדוע זהו האינטרס של המפקד לקבל ייעוץ משפטי אף בעת לחימה

הסיבוב הנוכחי של הסכסוך המזוין בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטיניים, שהחל בספטמבר 2000 וטרם הסתיים, הוא העימות המשפטי ביותר מבין כל העימותים המזוינים שהיו למדינת ישראל עד היום. מספר העתירות שהוגשו לבג"ץ בהקשר ללחימה היה ללא תקדים, הדינים החלים על הלחימה בטרור לא היו ברורים מאליהם, וקציני הפרקליטות הצבאית התבקשו לתת ייעוץ משפטי בנוגע לסוגיות רבות ומגוונות הקשורות להיבטים השונים של הלחימה בטרור. הייעוץ המשפטי הזה ניתן בהיבטים רבים - הן



סא"ל נעם נוימן
רע"ן ביטחון וקש"ח במחלקת דין
בין-לאומי - מפקדת פרקליטות
צבאית ראשית

המפקדים הצבאיים.⁵ גם בריטניה צירפה עורכי דין לצוותי התכנון של מבצע התקיפה בעיראק כדי להבטיח שכוחות הצבא שלה פועלים במסגרת המשפט הבין-לאומי.⁶

בישראל נתנו משפטני הפרקליטות הצבאית באירועי "גאות ושפל" ייעוץ משפטי צמוד הן לגורמי המטה - ובראשם הרמטכ"ל, סגן הרמטכ"ל ואגף המבצעים באמצעות הפצ"ר ומחלקת הדין הבין-לאומי (דבל"א) - והן לגורמי הפיקוד והאוגדה - בעיקר בנוגע לזירת הלחימה בחבל עזה. הייעוץ המשפטי שניתן עסק בכל ההיבטים הנוגעים ללחימה, החל מהתייחסות עקרונית להגדרה המשפטית של מצב הלחימה ("עימות מזוין שאינו עולה לכדי מלחמה") ולסמכויות צה"ל הנובעות מכך, דרך התייחסות פרטנית וייעוץ משפטי שוטף הן בנוגע לפעילויות מבצעיות מתוכננות והן בנוגע לתוכניות מגרה אופרטיביות וכלה בהימצאות בחבורת הפיקוד הקדמית (חפ"ק) במהלך מבצעים מסוימים בעלי רגישות מיוחדת כדי לתת ייעוץ משפטי בנוגע לסיטואציות שהתפתחו תוך כדי הלחימה בשטח.

היבטים שונים החיוניים כדי להכיר ולהבין את תפקיד היעוץ המשפטי בלחימה

עצמאות היעוץ המשפטי

אחת מנקודות החוקק העיקריות של היעוץ המשפטי היא עצמאותו המקצועית, הנובעת במידה רבה מהעובדה שאין הוא כפוף פיקודית למפקד הצבאי, אלא לפרקליט הצבאי הראשי. חשיבות הדבר נובעת, בין השאר, מהעובדה שבדרך כלל דרגתו של היעוץ המשפטי נמוכה מדרגתו של המפקד שלו ניתן הייעוץ המשפטי. החשש הטבעי הוא כי לאור פער הדרגות עלול המפקד הצבאי לא להתחשב במידה הראויה בייעוץ המשפטי שניתן לו, להתעלם ממנו או חמור מכך להורות ליעוץ המשפטי למצוא את ההצדקה החוקית לפעילות שהוא רוצה לבצע ("אתה פה לא כדי להגיד לי מה אסור לי לעשות, אלא כדי להגן עלי").

אי-כפיפותו של היעוץ המשפטי למפקד הצבאי מחזקת את מעמדו ומאפשרת לו לתת ייעוץ משפטי מקצועי, אובייקטיבי, בלתי תלוי, המסייע למפקד הצבאי למלא את תפקידו.

הכרת הצבא ומאפייני פעילותו

מעבר למומחיות המשפטית הנדרשת מהיעוץ המשפטי בכל הנוגע להוראות דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי כדי שיוכל לתת ייעוץ משפטי מיטבי בעת לחימה, ישנה חשיבות ראשונה במעלה שהוא יכיר את מאפייני הפעילות הצבאית, קרי את התחום שבו הוא נדרש לתת ייעוץ משפטי. כך,



פעילות צה"ל בעזה | בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי תקיפתו של יעד מסוים היא חוקית, אם היתרון הצבאי שניתן להשיג כתוצאה מהתקיפה הוא מידתי ביחס לנזק האגבי העלול להיגרם לאזרחים כתוצאה מתקיפת המטרה, ובתנאי שאין חלופה אחרת שתביא ליתרון צבאי זהה תוך גרימת נזק קטן יותר לחפים מפשע

האלה עולות בקנה אחד עם דיני הלחימה ועם חוקי ארצות-הברית.³

הנהלים האלה יושמו בפועל במהלך הלחימה של צבאות שונים ברחבי העולם. כך, למשל, בצבא ארצות-הברית ניתן ייעוץ משפטי צמוד ושוטף לכל אוגדה וחטיבה על-ידי כמה קצינים-משפטנים. ראוי לציין כי מעורבות המשפטנים האמריקנים בלחימה היא אינטנסיבית ביותר בכל הדרגים והרמות והיא כוללת, בין השאר, סיוע למפקדים בכתיבת פקודות, נהלים והנחיות, בחינה משפטית של כל משימת תקיפה, השתתפות בדיונים ובהערכות מצב וכדומה.

הסיבוב הנוכחי של הסכסוך המזוין בין מדינת ישראל לבין ארגוני הטרור הפלסטיניים הוא העימות המשפטית ביותר מבין כל העימותים המזוינים שהיו למדינת ישראל עד היום

מטבע הדברים, רמת מעורבות כה עמוקה מחייבת הקצאת מספר רב של משפטנים לכל אוגדה לוחמת. לכן בתהליך הדרגתי שולבו עוד ועוד משפטנים באוגדות לוחמות, וכיום משרתים בכל אוגדה לוחמת בצבא ארצות-הברית יותר מעשרה משפטנים.⁴ בקרבות שניהל צבא ארצות-הברית בשנים האחרונות (בעיקר בעיראק ובאפגניסטן) היו המשפטנים מעורבים כמעט בכל תהליכי קבלת ההחלטות הנוגעות ללחימה - לשביעות רצון

בזירה האסטרטגית-מערכתית והן בזירות המבצעיים, ובמספר רב של מקרים היה בו כדי להשפיע על מקבלי ההחלטות במגוון רחב של תחומים.

במאמר הזה אתייחס לכמה היבטים הנוגעים למתן ייעוץ משפטי בלחימה בכלל וליעוץ המשפטי שניתן באירועי "גאות ושפל" בפרט. במסגרת הזאת אתייחס לפרקטיקה הקיימת בצבאות זרים ובעזה"ל בנוגע למתן ייעוץ משפטי בלחימה; להיבטים החיוניים כדי להכיר ולהבין את תפקיד היעוץ המשפטי בלחימה וליתרונות שהשיג צה"ל כתוצאה מהיעוץ המשפטי שניתן במהלך אירועי הלחימה הנוכחיים. כן יובאו בסיכום כמה המלצות העשויות לסייע לצה"ל בעניין הזה.

הפרקטיקה בצבאות זרים ובעזה"ל בנוגע למתן ייעוץ משפטי בלחימה

בצבאות רבים ברחבי העולם - לרבות צבאות ארה"ב, אוסטרליה, בריטניה, בלגיה, קנדה, צרפת, איטליה, רוסיה, גרמניה, ספרד ושווייץ - מקובל ונקבע מפורשות בנהלים מחייבים כי יש להבטיח מתן ייעוץ משפטי למפקדים בצבא כדי לסייע להם לקבל החלטות בהתאם להוראות הדין הבין-לאומי וכדי להבטיח שההנחיות המתאימות יועברו ללוחמים. כך, למשל, בנהלים של צבא גרמניה נקבע כי בכל אוגדה חייב להיות יועץ משפטי שהוא עורך דין, הכשיר להתמנות לשופט.² דוגמה נוספת: בצבא ארצות-הברית נקבעו כבר ב-1983 נהלים מפורטים שעיינו באופן מפורש את מעמדם של היועצים המשפטיים. הנהלים האלה קבעו כי יועצים משפטיים יבחנו את כל התוכניות המבצעיות, לרבות תוכניות המגרה, כדי להבטיח שהתוכניות

ליבו לכך, עלולה החלטתו להיות בלתי חוקית. כפי שציין המומחה האמריקני הייס פרקס (Hays Parks), שהיה שנים רבות יועץ משפטי בצבא ארצות-הברית:

בעבר הרבה עורכי דין היו אומרים: "אם זה יגיע אליי, אטפל בזאת". אנו הבנו שלא עשינו מספיק בשביל הלקוח. זה כמו בפרקטיקה הפרטית. אם אתה לא נוטל תפקיד פעיל וחוזה מראש את הבעיות העוללות להתעורר ללקוח שלך, אתה לא תיחשב לעורך דין אפקטיבי.⁹

ייעוץ משפטי יצירתי

מאפיין נוסף של תפקיד היועץ המשפטי הוא חובתו לנסות לחפש פתרון משפטי נכון שייתן מענה לצורכי הצבא. כך למשל, לעיתים עשוי להתעורר ספק בנוגע לחוקיותה של פעילות צבאית מסוימת. באותם המקרים מחובתו של היועץ המשפטי להבין את הצורך הצבאי באותה הפעילות ולבחון אם ניתן להגן על חוקיותה בראי המשפט הבין-לאומי.

אם לאחר בחינה מעמיקה של הדברים יסבור היועץ המשפטי כי הפעילות אינה חוקית, מחובתו לקום ולומר את דברו למפקד הצבאי. אולם בזאת לא מסתיים תפקידו, שכן פעמים רבות ניתן להשיג את הצורך הצבאי, העומד בבסיס הפעילות האמורה, באמצעי אחר, שאינו בלתי חוקי. באותם המקרים חייב היועץ המשפטי לבחון את הדברים ולייעץ למפקד הצבאי אילו צעדים הוא יכול לנקוט כדי להשיג את הצורך הצבאי העומד על הפרק.

יפים לעניין הזה דברי נשיא בית המשפט העליון והפצ"ר לשעבר, מאיר שמגר, בראיון שנערך עימו: **על המשפטן הצבאי לחפש פתרון משפטי נכון, המשרת את המטרה הצבאית. אם יימצא - יצעד בו הצבא. אולם עיקרו של דבר, אם הפתרון לא יימצא - ייתן המשפטן הצבאי מענה ברור השולל חלופות שאינן חוקיות. המענה לקושיה חייב לעולם להיות מענה משפטי נכון, אך יש תועלת בכך שהוא ייתן על-ידי נושא תפקיד המכיר את הצבא ומבין את מהות הבעיה על כל היבטיה. כדאי לומר זאת באופן חד: משפטן צבאי אינו בגדר מי שנכפה עליו מתן פתרון חיובי בכל מחיר; עליו להיזהר מהיגררות בלתי מבוססת אל פתרון הניצב על כרעי תרנגולת, שכן בכך הוא עלול להכשיל את השואלים לעצתו. אולם אם ניתן למצוא חלופה חוקית, עליו להביאה לתשומת לב השואלים.**¹⁰

חשש המפקדים הצבאיים מקבלת ייעוץ משפטי

במהלך אירועי הלחימה הנוכחיים, ואף קודם לכן, התעוררו לעיתים חששות בקרב מפקדי הצבא



נשיא בית המשפט העליון והפצ"ר לשעבר, מאיר שמגר | על המשפטן הצבאי לחפש פתרון משפטי נכון המשרת את המטרה הצבאית

מעבר לתומחיות המשפטית הנדרשת היועץ המשפטי בכל הנוגע להוראות דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי, ישנה חשיבות ראשונה במעלה שהוא יכיר את מאפייני הפעילות הצבאית

היועץ המשפטי לגבש עמדה ולתת ייעוץ משפטי במהירות רבה ובזמן אמת, שכן כל עיכוב במתן הייעוץ המשפטי עלול להפכו לבלתי רלוונטי.

מהאמור עולה כי על מנת לבצע את תפקידו כראוי נדרש היועץ המשפטי לתת למפקדים ייעוץ משפטי בהיר, תמציתי ובזמן אמת, שמחד גיסא יהיה ברור ולא יסרבל את הדיון שלא לצורך, ומאידך גיסא יאפשר למפקד לקבל החלטה מושכלת, המביאה בחשבון את כלל ההיבטים המשפטיים הרלוונטיים לקבלת החלטה בעניין.

ייעוץ משפטי אקטיבי

נקודה חשובה נוספת, שהיא קריטית למילוי נאות של תפקיד היועץ המשפטי, נוגעת למידת האקטיביות של הייעוץ המשפטי. לעיתים אל ליועץ המשפטי לחכות שישאלו אותו לעמדתו, ואם הוא סבור כי קיימת בעיה משפטית בסוגיה העומדת על הפרק, מוטלת עליו החובה לקום ולהשמיע את דברו. כך, למשל, לפעמים המפקד כלל אינו מודע לעובדה שישנם היבטים משפטיים לסוגיה העומדת על הפרק, ואם היועץ המשפטי לא יסב את תשומת

למשל, נדרש היועץ המשפטי להכיר את הדילמות שאיתן מתמודד הצבא, את הכלים העומדים לרשות המפקד הצבאי, את המידע המודיעיני העדכני, את המגבלות החלות על הפעילות וכדומה. היועץ המשפטי חייב להיות בקיא בכל אלה, מכיוון שתפקידו ליישם את הוראות המשפט הבין-לאומי על מציאות נתונה, ובלי להכיר את המציאות הזאת כדבעי, עלול היישום להיות חלקי ומטעה.

כך, למשל, בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי תקיפתו של יעד מסוים היא חוקית, אם היתרון הצבאי שניתן להשיג כתוצאה מהתקיפה הוא מידתי ביחס לנזק האגבי העלול להיגרם לאזרחים כתוצאה מתקיפת המטרה, ובתנאי שאין חלופה אחרת שתביא ליתרון צבאי זהה תוך גרימת נזק קטן יותר לחפים מפשע. כדי שניתן יהיה ליישם את העיקרון הזה במקרה קונקרטי, על היועץ המשפטי להכיר את כלל המידע אשר עשוי להיות רלוונטי לצורך בחינה משפטית של חוקיות התקיפה, לרבות היתרון הצבאי שיושג כתוצאה מתקיפת המטרה, מידת האמינות של המידע המודיעיני העומד ביסוד הפעולה, החימוש שבו ייעשה שימוש, אפשרויות התקיפה השונות, הנזק האגבי העלול להיגרם כתוצאה מהתקיפה, החלופות שנסקלו וכיו"ב. ככל שהיועץ המשפטי יכיר בצורה טובה יותר את כלל ההיבטים הנוגעים לחימה ולפעולה הספציפית, כך יהיה ביכולתו לתת ייעוץ משפטי מקצועי יותר ואיכותי יותר.⁷

יפים לעניין זה דבריו של יועץ משפטי בצבא ארצות-הברית, שנתן ייעוץ משפטי לחיל האוויר האמריקני במלחמת המפרץ הראשונה בנוגע לתקיפת מטרת: "בהיותי עורך דין בתחום המבצעי חשתי שזו אחריותי להשיג את כל האינפורמציה שאני יכול. זה כמו להופיע בבית משפט. אם אתה הולך למשפט, אתה מנסה להשיג את כל האינפורמציה שאתה יכול כדי לשפר את מצבו של הלקוח שלך".⁸

ייעוץ משפטי בהיר ותמציתי

אחד הקשיים המרכזיים במתן ייעוץ משפטי למפקדים בשעת לחימה נעוץ בכך שלעיתים על היועץ המשפטי להציג למפקד הצבאי היבטים משפטיים מורכבים ביותר בזמן קצר ובתמציתיות. באותם המקרים על היועץ המשפטי לתת למפקד ייעוץ משפטי בשפה בהירה ותמציתית ולוודא כי ההתייחסות הזאת מבהירה למפקד את הנקודות העיקריות הנוצרות לקבלת החלטה בעניין.

הקושי האמור מתעצם כתוצאה מכך שלפעמים מתעורר הצורך להתייחס בזמן אמת לסוגיות שדיני הלחימה אינם נותנים להן מענה חד-משמעי, בלי שיהיה ליועץ המשפטי די זמן להתייעץ עם אחרים או להתעמק בספרות בנושא. באותם המקרים על



לוחמים אמריקנים באימונים לקראת שיגורם לוויטנאם | במלחמת וייטנאם היו לעיתים קרובות היחסים בין היועצים המשפטיים למפקדים נגועים בחשדנות ובאמונה של המפקדים - כי עורכי הדין, יחד עם הפוליטיקאים, היו מכשול לניצחון במלחמה

לבית המשפט העליון הוגשו מאות עתירות בעניינים הנוגעים לחימה בטרור הפלסטיני, ומדינת ישראל נדרשה להתמודד עם הטענות שהעלו גורמים שונים, ולפיהן מפעילה ישראל בעימות המזוין אמצעים בלתי חוקיים ופועלת בניגוד להוראות החוק הישראלי ולהוראות המשפט הבין-לאומי המנהגי.¹²

הייעוץ המשפטי שניתן לצה"ל בנוגע לחימה בטרור הפלסטיני סייע רבות בהתמודדות עם העתירות שהוגשו לבג"ץ בנושאים האלה. כך, למשל, הודות לשילובם של המשפטנים בתהליך קבלת ההחלטות והודות להיכרותם עם המצב בשטח ניתן היה במקרים רבים להגיש לבית המשפט העליון תגובה מהירה ומפורטת, שהבהירה את התשתית העובדתית והחוקית לביצוע הפעילות שבגינה הוגשה העתירה לבג"ץ. נוסף על כך, לאור הייעוץ המשפטי השוטף שניתן למפקדים ניתן היה להראות לבג"ץ כי מפקדי הצבא היו מודעים היטב להוראות המשפט הבין-לאומי והביאו את ההיבטים המשפטיים האלה בחשבון במסגרת תהליך קבלת ההחלטות.

כתוצאה מכך קיבל בית המשפט העליון ברובן המוחלט של העתירות את העמדה המשפטית שהציגה המדינה בדבר חוקיות הפעולות.

אחת החזיתות העיקריות בערוץ המשפטי באירועי הלחימה הנוכחיים התנהלה בבית המשפט העליון

הערוץ המשפטי - ערכאות שיפוטיות

בין-לאומיות. בשנים האחרונות הוגשו כמה תביעות לבתי משפט בחו"ל נגד קצינים ישראלים בגין פשעי מלחמה שהם ביצעו כביכול במהלך שירותם הצבאי.¹³ חשיבות הייעוץ המשפטי בהקשר לתביעות האלה היא משולשת. ראשית, מעורבותם של משפטני הפרקליטות הצבאית בתהליכי קבלת ההחלטות מאפשרת למפקדי הצבא להיות מודעים להיבטי המשפט הבין-לאומי הנוגעים להחלטות שהם קיבלו. כתוצאה מכך היא מגינה על המפקד מפני ביצוע פעולות בלתי חוקיות, שביגן עלולה להיות מוגשת נגדו תביעה לערכאות שיפוט בין-לאומיות. שנית, אם מוגשת תביעה כזאת, הרי שהייעוץ המשפטי שניתן למפקד בנוגע לפעולה שבגינה הוגשה התביעה יקל משמעותית על ההתגוננות מפניה ויאפשר במקרים רבים - ככל שיעלה הצורך בכך - להציג בשפה משפטית את הנימוקים המבצעיים להחלטה המבצעית שנתקבלה ואת התשתית החוקית לביצועה. שלישית, כתוצאה ממתן ייעוץ משפטי כאמור פוחת משמעותית הסיכון שיגושג תביעות לערכאות שיפוט בין-לאומיות, שכן

הפלסטיני נעשית בהתאם לחוקים המחייבים במדינת ישראל, ובכלל זה עקרונות דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי המנהגי. הייעוץ המשפטי השוטף שנותנים לצבא משפטני הפרקליטות הצבאית בנוגע לחימה מבטיח שהפעולות הצבאיות שנקטות אכן עולות בקנה אחד עם הוראות החוק, לרבות הוראות דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי.

תהליך קבלת החלטות מקצועי ומושכל יותר

כדי לקבל החלטה מקצועית ומושכלת, במיוחד בסוגיות מורכבות בעלות היבטים שונים, נדרש המפקד הצבאי להביא בחשבון את כלל הנתונים המקצועיים הנדרשים לקבלת ההחלטה. קבלת ייעוץ משפטי שוטף - אף בשעת לחימה - מאפשרת למפקד הצבאי להכיר ולהבין את המסגרת המשפטית החלה על המקרה ונותנת לו את הכלים לקבל החלטה לאחר שקילת כלל הנתונים הרלוונטיים, לרבות הוראות המשפט הבין-לאומי.

התגוננות בערוץ הלחימה המשפטי (Lawfare), המדיני והתקשורת

בשנים האחרונות התחזקה ההבנה כי לחימה נגד כוחות אויב אינה מתנהלת אך ורק בערוץ המבצעי, אלא בשלושה ערוצים נוספים: הערוץ התקשורתי, הערוץ המדיני והערוץ המשפטי. הלחימה בשלושת הערוצים האלה חשובה בעיקר בעימות אסימטרי, שכן בעימות כזה עשוי הצד החלש מבחינה צבאית לשים דגש על הפעילות בערוצי הלחימה שאינם מבצעיים כדי לנצל את יתרונם היחסי בהם. בלחימה בשלושת הערוצים האלה - המשפטי, המדיני והתקשורתי - הייעוץ המשפטי הוא גורם מפתח בעל משקל מכריע, כמפורט להלן:

הערוץ המשפטי - בית המשפט העליון.

אחת החזיתות העיקריות בערוץ המשפטי באירועי הלחימה הנוכחיים התנהלה בבית המשפט העליון.

מעירוב יתר של משפטנים בהליכי קבלת ההחלטות. הסיבה לכך הייתה תפיסתם הרואה ביועץ המשפטי גורם חיצוני, שאינו כפוף להם פיקודית, העשוי להתערב בעניינים מבצעיים מובהקים ולסכל באמצעים משפטיים פעילות צבאית מתוכננת.

כך היה גם במלחמת וייטנאם: מפקדים רבים בצבא ארצות-הברית חששו שהייעוץ המשפטי יהיה מכשול לניצחון במלחמה:

במלחמה ההיא [מלחמת וייטנאם - נ"ג] היו לעיתים קרובות היחסים בין היועצים המשפטיים למפקדים נגועים בחשדנות ובאמונה - של המפקדים - כי עורכי הדין, יחד עם הפוליטיקאים, היו מכשול לניצחון במלחמה.¹¹

להבנת, החששות האלה נובעים במידה רבה מתפיסה מוטעית של תפקיד היועץ המשפטי - תפיסה הנובעת מכך שרואים בו מעין "משגיח כשרות", העלול לפגוע בפעילות המבצעית, ואין בידו לתרום לה מאום. ככל שניתן יהיה לעקור את התפיסה הזאת ולהרחיב את ההכרה כי המפקד בלחימה נדרש להכיר את הוראות המשפט הבין-לאומי כדי לקבל החלטות מקצועיות יותר המביאות בחשבון את כלל השיקולים הרלוונטיים, וכי מתפקידו של היועץ המשפטי לייעץ לו בנוגע לכך, כך יקל הדבר על מתן הייעוץ המשפטי ויאפשר למפקדים לקבל החלטות טובות יותר ומאוזנות יותר על בסיס כלל הנתונים הרלוונטיים.

היתרונות שהשיג צה"ל כתוצאה מהייעוץ המשפטי שניתן לו

הייעוץ המשפטי השוטף שנתנו משפטני הפרקליטות הצבאית במהלך הלחימה בטרור הפלסטיני העניק לצה"ל יתרונות רבים, כמפורט להלן:

שלטון החוק

מדינת ישראל, שהיא מדינה דמוקרטית המחויבת לשלטון החוק, הצהירה כי לחימתה נגד הטרור



הערכאות האלה אינן ממהרות להתערב בהחלטות מבצעיות שמקבלות מדינות המחויבות לכללי המשפט הבין-לאומי ושפועלות בהתאם ליעוץ משפטי שניתן להן.

הערופ המשפטי והערופ התקשורתי - דו"חות ופניות מטעם ארגוני זכויות אדם וארגונים בין-לאומיים אחרים. במהלך אירועי הלחימה הנוכחיים פנו ארגוני זכויות אדם וארגונים בין-לאומיים אחרים בצורה רשמית אל גורמים בפרקליטות הצבאית בטענות שונות שעניינן הפרת המשפט הבין-לאומי על-ידי מדינת ישראל. כן הם פירסמו כמה דו"חות שבהם נטען כי מדינת ישראל פועלת בניגוד להוראות המשפט הבין-לאומי. הדו"חות האלה פורסמו ברחבי העולם וזכו לתהודה רבה. שילוב היועץ המשפטי בהליכי קבלת ההחלטות נתן לצה"ל באותם המקרים כלים שסייעו להשיב לחלק מהטענות שהעלו אותם הארגונים.

יש לציין כי הגם שבחלק לא מבוטל מהמקרים לא עלה בידי הפרקליטות הצבאית לשכנע את הגורמים האלה בחוקיותם של פעולה או של צעד ביטחוני קונקרטי - בין אם כתוצאה מהעדר הסכמה בנוגע לעקרונות המשפט הבין-לאומי המחייבים ואופן יישומם ובין אם כתוצאה ממגמתיות וחד-צדדיות של אותם הגורמים - הרי אין כל ספק כי התשובות שהועברו לגורמים האלה סייעו להבהרת עמדתה של ישראל ולהקהיית העוקף מקובלנותיהם.

יתר על כן, המידע שהיה בידי היועצים המשפטיים והחיבור שלהם למפקדים בשטח איפשרו לעיתים לתת תשובות מהירות ומספקות לפעילי זכויות האדם ולגורמים פלסטיניים שונים, וכתוצאה מכך נמנעו עתירות פוטנציאליות רבות לבג"ץ. הדבר בא לידי ביטוי מובהק במבצע "ימי תשובה" (אוקטובר 2004), שבמהלכו הועברו ליועץ המשפטי לאזור חבל עזה עשרות פניות הנוגעות לפעילות צה"ל בצפון רצועת עזה. כתוצאה מהחיבור לכוחות הפועלים בשטח היה בידיו לתת מענה לאותן הפניות, בלי שהפונים יצטרכו להגיש ולו עתירה אחת לבית המשפט העליון.

הערופ המדיני והערופ התקשורתי. הליווי המשפטי שניתן לפעילות המבצעית של צה"ל בלחימה בטרור הפלסטיני סייע רבות ליכולתה של מדינת ישראל לתת מענה לטיעונים שעלו בערוצים המדיניים והתקשורתיים, בין השאר בנוגע לטענות שלפיהן מבצע צה"ל פשעי מלחמה במסגרת לחימתו בטרור הפלסטיני.

חשיבותו של היעוץ המשפטי בהקשר הזה היא עצומה, כיוון שבעולם קיימת מודעות רבה לחובה לפעול בהתאם להוראות דיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי, ולמעשה השפה שבאמצעותה בוחנים לגיטימיות של פעולה היא שפתו של המשפט הבין-

סנק של צה"ל מסייע באכיפת עוצר בשכם | הליווי המשפטי שניתן לפעילות המבצעית של צה"ל בלחימה בטרור הפלסטיני סייע רבות ליכולתה של מדינת ישראל לתת מענה לטיעונים שעלו בערוצים המדיניים והתקשורתיים, בין השאר בנוגע לטענות שלפיהן מבצע צה"ל פשעי מלחמה במסגרת לחימתו בטרור הפלסטיני

הפרקליטות הצבאית ייעוץ משפטי שוטף למפקדי הצבא בנוגע למגוון רחב ביותר של היבטים - החל מהתייחסות עקרונית להגדרה המשפטית של מצב הלחימה ולסמכויות צה"ל כפועל יוצא מכך; דרך התייחסות פרטנית וייעוץ משפטי שוטף בנוגע לפעילויות מבצעיות מתוכננות וכלה בהימצאות בחבורת הפיקוד הקדמית (חפ"ק) בשעת המבצעים עצמם ומתן ייעוץ משפטי בנוגע לסיטואציות שהתפתחו תוך כדי הלחימה בשטח.

במאמר הזה התייחסתי על קצה המזלג לכמה היבטים החיוניים, להבנת, כדי להכיר ולהבין את תפקיד היועץ המשפטי בלחימה. בפרט ציינתי כי כדי שהיועץ המשפטי יוכל למלא את תפקידו כראוי, עליו להכיר את הדילמות ואת המציאות המורכבת שאיתן נדרש הצבא להתמודד. נוסף על כך הוא נדרש, בהתאם לצורך, לתת ייעוץ משפטי אקטיבי ולהתייחס להיבטי המשפט הבין-לאומי הנוגעים לפעילות הצבא גם אם לא נשאל על כך מפורשות. בקרב חלק מהמפקדים בצה"ל קיים עדיין חשש מפני מעורבות היועץ המשפטי בתהליכי קבלת ההחלטות בעת לחימה - חשש הנובע ברובו מההערכה שהייעוץ המשפטי שיינתן יגביל את הכוחות ויסקל פעולות נחוצות. להבנת, החשש הזה נובע מתפיסה מוטעית של תפקיד היועץ המשפטי, ובסופו של דבר האינטרס לקבל ייעוץ משפטי צריך להיות קודם כול של המפקד, שכן הדבר יגן עליו

עם התגברות המודעות לכללי המשפט הבין-לאומי והמחויבות לפעול לפיהם, גבר הצורך של צבאות בעולם לקבל ייעוץ משפטי בעת לחימה כדי להבטיח שהלוחמים פועלים בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי

לאומי. במילים אחרות: השיח הבין-לאומי - הן המדיני והן התקשורתי - הוא במרבית המקרים שיח משפטי. הייעוץ המשפטי מאפשר למדינת ישראל לתת מענה לטענות השונות העולות בערוצים המדיניים והתקשורתיים ולחזק את הלגיטימציה לפעילות צה"ל נגד ארגוני הטרור.

סיכום והמלצות

בשנים האחרונות, עם התגברות המודעות לכללי המשפט הבין-לאומי והמחויבות לפעול לפיהם, גבר הצורך של צבאות בעולם לקבל ייעוץ משפטי בעת לחימה כדי להבטיח שהלוחמים פועלים בהתאם לכללי המשפט הבין-לאומי. אף בצה"ל הוכר הצורך לקבל ייעוץ משפטי בלחימה, והיקפו הלך וגבר עם השנים. כך, באירועי "גאות ושפל" נתנו משפטי

ויאפשר לו לקבל החלטה מושכלת בהתבסס על כלל הנתונים הרלוונטיים, לרבות אלה המשפטיים.

נוסף על כך התייחסתי ליתרונות המשמעותיים שמשגיגים מדינת ישראל וצה"ל מהייעוץ המשפטי שניתן בלחימה - שעיקרם ההבטחה כי צה"ל יפעל על-פי החוק והמשפט הבין-לאומיים המחייבים תהליך קבלת החלטות מקצועי ומושלך יותר המביא בחשבון את כלל ההיבטים הרלוונטיים והתגוננות יעילה יותר בערוצי הלחימה המשפטיים, המדיניים והתקשורתיים.

למרות האמור לעיל דומני כי ההכרה בחיוניותו של הייעוץ המשפטי בלחימה עדיין לא השתרשה דיה בכלל צה"ל. לכן אני סבור כי נכון יהיה לפעול בהקשר הזה בכיוונים הבאים:

- יש להוציא נהלים פנימיים שיקבעו את המקרים שבהם קיימת חובה לקבל ייעוץ משפטי מקדים בנוגע לפעילות צבאית מתוכננת. במקביל יש להמשיך בשילוב המשפטים בצומתי קבלת החלטות רבים ככל האפשר כדי שמפקדי הצבא יהיו מודעים לכלל ההיבטים המשפטיים הנוגעים לפעילות העומדת על הפרק, לפני שיחליטו עליה.

- יש לשלב את המשפטים, המשמשים או עתידים לשמש יועצים משפטיים למפקדי הצבא, בקורסים רבים יותר בצה"ל, לרבות קורס מ"פים, פו"ם ברק, מפנה, המכללה לביטחון לאומי וכיו"ב.

- חשוב לקיים סיורים של היועצים המשפטיים ביחידות הלוחמות - לרבות יחידות מיוחדות העוסקות בלחימה בטרור - ולאפשר להם לשוחח עם מפקדים ביחידות האלה. כך יוכלו להכיר טוב יותר את פעילות צה"ל ואת הדילמות שאיתן מתמודדים מפקדי צה"ל.

- יש לפעול להעמקת הכרתם של הגורמים הרלוונטיים בצה"ל בצורך לתת ייעוץ משפטי צמוד ליחידות הלוחמות, בעיקר ברמת האוגדה, ויש להקצות כוח אדם מתאים לשם כך.

- יש להכשיר חלק מאנשי הפרקליטות הצבאית בסדיר כך שיוכלו לשמש יועצים משפטיים לאוגדות מילואים במלחמה במסגרת מינוי משנה (מנמ"ש). לחלופין יש להכשיר אנשי מילואים בעלי רקע משפטי לשמש יועצים משפטיים כאמור. האנשים האלה יהיו חלק אינטגרלי מאוגדות המילואים הלוחמות, ישתתפו בתרגילים המתקיימים מעת לעת ויאפשרו לפרקליטות הצבאית להיערך כראוי לתת ייעוץ משפטי בעימותים מזוינים שיתרחשו בעתיד.

הערות

1. גרסה מורחבת של המאמר נכתבה במסגרת פו"ם אפק, מחזור י"ב. העובדות והתובנות המוצגות במאמר מבוססות על ניסיוני בפרקליטות הצבאית במתן ייעוץ משפטי בלחימה - ניסיון שצברתי בהיותי סגן היועץ המשפטי לאזור חבל עזה (1999-2003), היועץ המשפטי של אוגדת אזח"ע (2003) ורע"ן ביטחון וקשרי חוץ במחלקת הדין הבין-לאומי (החל מינואר 2005). נוסף על כך מבוססות חלק מהתובנות על לימודי לתואר שני בפרקליטות הצבאית האמריקנית במסגרת "קורס פרקליטים מתקדם" (2003-2004) ועל שיחות שניהלתי עם עמיתים אמריקנים בקורס על ניסיונם במתן ייעוץ משפטי במהלך הלחימה של צבא ארצות-הברית בעיראק ובאפגניסטן. חשוב לי להדגיש: התובנות העולות מהמסמך הזה הן אישיות, ואין בהן בהכרח כדי לשקף את עמדת מחלקת הדין הבין-לאומי או הפרקליטות הצבאית.

2. Dieter Fleck (ed.) *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, 1995 p. 146

3. ראו: CJCSI 5810.01B (הוראות הפיקוד העליון של צבא ארה"ב) מ-25 במרס 2002, נספח א', סעיף 3

4. בעוד שבמלחמת העולם השנייה שירתו בכל אוגדה צבא ארצות-הברית משפטן אחד או שני משפטים לכל היותר, הרי במלחמת וייטנאם שירתו בכל אוגדה בממוצע ארבעה משפטים, ובמלחמת המפרץ הראשונה - 13 משפטים. (צבא היבשה בלבד שירתו בעיראק במהלך מלחמת המפרץ הראשונה וכן במהלך מלחמת המפרץ השנייה יותר מ-200 משפטים. רבים מהקצינים האלה נתנו ייעוץ משפטי שוטף למפקדים תוך כדי לחימה והיו מעורבים בהלכי קבלת ההחלטות בזמן אמת). ראו לדוגמה:

- Steven Keeva, "Lawyers in The War Room", *American Bar Association Journal*, December 1991, p. 52

- Lt. Col. Paul E. Kantwill & Maj. Sean Watts, "Hostile Protected Persons or 'Extra Conventional Persons': How Unlawful Combatants In The War on Terrorism Posed Extraordinary Challenges for Military Attorneys and Commanders", *Fordham International Law Journal*, 28, 2005, no. 3

5. כך, למשל, בראיון שנתן יו"ר המטות המשולבים של צבא ארצות-הברית במלחמת המפרץ הראשונה, גנרל קולין פאוול (Colin Powell), הוא ציין כי להבנתו:

"Decisions were impacted by legal considerations at every level. Lawyers were proven invaluable in the decision-making process".

ראו: *Lawyers in The War Room* בהערה 4 לעיל

6. ראו לעניין הזה כתבה שפורסמה בעיתון הארץ ב-25 במרס 2003 "בריטניה תוקפת רק לאחר אישור עורכי דין"

7. ראו לעניין הזה את מאמרו של הפצ"ר לשעבר, תא"ל (מיל') דב שפי:

Dov Shefi, "The Status of the Legal Adviser to The Armed Forces: His Functions and Powers", *Military Law Review*, vol. 100, pp. 119, 129:

"The legal adviser will have to acquire knowledge not only of international law, but at times also logistic and technical knowledge, so as to contend successfully with the task of preserving the delicate balance between military and humanitarian considerations. For this reason, efforts should be made to give the legal adviser military training, so as to keep the adviser abreast with reality".

8. ראו: *Lawyers in The War Room*, שם

9. שם

10. **ספר שמגר: סיפור חיים**, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"ג - 2003, עמ' 161-162

11. *Lawyers in The War Room*, שם

12. העתירות התייחסו הן לעניינים עקרוניים - בנוגע לחוקיות של צעדים מסוימים שנוקט צה"ל - והן למקרים קונקרטיים שעלו תוך כדי הפעילות המבצעית בשטח. כך, למשל, הוגשו עתירות עקרוניות בנוגע לחוקיות צעדים מבצעיים שונים בהתאם להוראות המשפט הבין-לאומי בנושאים כגון הסיכולים הממוקדים, "נוהל אוהרה מוקדמת", הריסות בתים לצרכים צבאיים, השימוש בפגזי פלאשט ועוד. כן הוגשו עתירות פרטניות בנוגע לפעילות מבצעית בשטח, לעיתים תוך כדי הפעילות עצמה, בנוגע לעניינים רבים, ביניהם פינוי הגופות מגנין, מתן מזון למבוקשים בכניסית המולד, הריסת בתי מחבלים, הריסת בתים לצרכים מבצעיים ועוד.

13. עד כה הוגשו תביעות כאלה בכמה מדינות - בהתאם לחקיקה המקומית בהן, המקנה לבתי המשפט המקומיים במדינה סמכות לדון בעבירות שעניינן פשעי מלחמה או פשעים נגד האנושות, וזאת אף אם העבירה אינה קשורה כלל למדינה המעמידה לדין. אפיק אפשרי נוסף להעמדה לדין הוא בית הדין הפלילי הבין-לאומי שבהאג, אולם נראה כי הסיכון לכך קטן בשלב הזה. זאת, בין השאר, לאור הודעתו של התובע של בית הדין, שלפיה הוא אינו רואה את עצמו מוסמך להגיש כתבי אישום נגד ישראלים בגין מעשים שנעשו במסגרת פעילות צה"ל באיו"ש וברצועת עזה.