

# המשפט בתקופת לחימה

מנחם פינקלשטיין\*

על השנויות (דואליות) בפעולתה של הפרקליטות הצבאית

אכיפת הדין בצה"ל

הייעוץ המשפטי

הסנגוריה הצבאית

בתי המשפט הצבאיים באיו"ש ובאזח"ע

הדרג המשפטי והדרג הפיקודי

הדין המשמעתי

הפרקליטות הצבאית בתקופת לחימה

הגדרת המצב המשפטי

מדיניות החקירה וההעמדה לדין

על הסרבנות הסלקטיבית

על "טוהר הנשק"

דברי סיום

---

\* דברים שנישאו ביום הפרקליטות הצבאית, 28.2.2002. הפרק האחרון הוא הרחבה של אחד הנושאים.

\*\* אלוף, הפרקליט הצבאי הראשי. ברצוני להודות לרס"ן יפעת תומר על סיועה הרב בהכנת הדברים ובהעלאתם על הכתב.

נשיא בית המשפט העליון, פרופ' אהרן ברק, פרקליטים צבאיים ראשיים לשעבר, שופטים צבאיים, אנשי הפרקליטות הצבאית, מוריי ורבותיי. אני מתכבד לפתוח כנס זה של יום הפרקליטות הצבאית.

דבריי בפניכם יחולקו לשניים: אפתח בכמה הערות - מהותיות וארגוניות - הנוגעות לתחומי עיסוקה של הפרקליטות הצבאית לאחר סיום תקופה בת שנתיים בתפקיד הפרקליט הצבאי הראשי. בחלק השני של הדברים אתייחס להיבטים בעבודתה של הפרקליטות הצבאית בתקופת הלחימה.

### **על השניות (דואליות) בפעולתה של הפרקליטות הצבאית**

תחומי העיסוק המשפטי המקצועי בצה"ל מסורים כולם לפרקליטות הצבאית, למעט שיפוט חיילים בבתי הדין הצבאיים<sup>2</sup> והיבטים משפטיים בעבודתו של נציב קבילות החיילים<sup>3</sup>.

הפרקליטות הצבאית מופקדת הן על אכיפת הדין והן על הייעוץ המשפטי. הפצ"ר מחליט על העמדה לדין, והחלטתו היא עצמאית. בד בבד, חוות דעתו המשפטית מחייבת את רשויות הצבא. הוא הדין לגבי הפרקליטים הצבאיים בפיקודים ובזרועות.

מצב דברים זה אינו מובן מאליו. אכן, שניות זו קיימת גם בעבודתו של היועץ המשפטי לממשלה, ובעבר הושמעו הצעות המצדדות בהפרדה

---

1 ראו סעיף 178 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: החש"ץ).  
 2 שפעולתם מוסדרת בפרק השני לחלק ד' (סעיפים 183-224) לחש"ץ.  
 3 שפעולתו מוסדרת בחלק י"א (סעיפים 542-558) לחש"ץ.

בין סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה<sup>4</sup>. על מדוכה זו, בין היתר, ישבה ועדת משפטים בראשות נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט מאיר שמגר<sup>5</sup>. ועדה זו דחתה פה אחד את אפשרות הפיצול, ונראה לי כי ניתן להקיש ממסקנתה זו גם ביחס לעבודתם של הפרקליטים הצבאיים. יחד עם זאת, דומני שאצדק אם אומר שקיום שתי הפונקציות יחדיו קשה יותר - עקרונית ומעשית - בגוף הירארכי כמו הצבא. אנו סבורים כי יש להתמודד עם בעיה זו באחת משתי דרכים: האחת - שינוי ארגוני בפרקליטות הצבאית ויצירת הפרדה בין המסלול הייעוצי למסלול אכיפת הדין, למעט לגבי הפצ"ר, אשר ימשיך למלא את שתי הפונקציות, בדומה ליועץ המשפטי לממשלה. דרך אפשרית שנייה היא המשך המצב הקיים תוך חיזוק מעמדם של הפרקליטים הצבאיים.

### אכיפת הדין בצה"ל

האבות המייסדים של המשפט בצבא קבעו בחש"ץ כי ככלל, אכיפת הדין כלפי חיילי צה"ל תהיה פנים צבאית. על כן הופקדו סמכויות החקירה, סמכויות אכיפת הדין וסמכויות השיפוט בידיהן של רשויות צבאיות. אכן, החש"ץ נועד להוות קודקס מקיף אשר יסדיר באופן מלא וממצה את נושא השיפוט הצבאי על כל שלוחותיו<sup>6</sup>. הדבר נובע מהכרתו

4 בהקשר זה יוטעם כי בעוד שבמערכת האזרחית מונח "הכובע הכפול" של אכיפת דין וייעוץ משפטי על ראשו של היועץ המשפטי לממשלה בלבד, הרי שבמערכת המשפט הצבאית כך הדבר גם לגבי הפרקליטים הצבאיים; עובדה זו מוסיפה, מטבע הדברים, על הקושי.

5 ראו דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים בכהונתו (התשנ"ט).

6 ראו ד"נ 13/75 מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' נ' פלוני, פ"ד ל(3) 617, בעמ' 622-623.

של המחוקק בהווייה הצבאית המיוחדת, בחובת השמירה על המשמעת, ובריבוי חובות העשה הקיימות במערכת הצבאית לעומת המערכת האזרחית.

הנה כי כן, המערכת המשפטית והשיפוטית **הצבאית** מקבילה למערכת המשפטית הפלילית **האזרחית**, והיא הגוף היחיד במדינה שנתונות לו סמכויות פליליות מקבילות. לעת הזאת נשמר הדבר חרף קולות שונים שקראו לשינוי המצב ביחס לכל אחד ממרכיבי ה"שילוש האכיפתי" - קרי: חקירה, העמדה לדין ושיפוט. אטעים בעניין זה בקליפת אגוז כי במבט-על עדים אנו לשתי תופעות המתרחשות כיום במערכת המשפט הצבאית:

**התופעה האחת** היא הרחבת הזיקה בין גופי אכיפת הדין הצבאיים לבין גופי אכיפת הדין האזרחיים. כך, בשנת 1988 תוקן החש"ץ ולראשונה הוענקה סמכות ערעור, אמנם ברשות, לבית המשפט העליון לגבי פסקי דין של בית הדין הצבאי לערעורים<sup>7</sup>. נקודת מפנה נוספת היא פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין אביבית עטייה<sup>8</sup>, שבו נקבעה זיקתו של הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה על פי אמות המידה שצוינו שם. עוד אוכיר בהקשר זה כי קיימת אפשרות השגה ליועץ המשפטי לממשלה כנגד חוות דעת של הפרקליטות הצבאית בתיקי חקירה העוסקים בנסיבות מותם של חיילים.

7 ראו בעניין זה את דברי הנשיא שמגר בע"א 503/87 שפק נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פ"ד מב(1) 162, 164.

8 סעיף 440 לחש"ץ.

9 בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נא(3) 714.

**התופעה השנייה** היא התמעטות מעורבותם של הדרגים הפיקודיים בהליכים משפטיים לפי החש"ץ. בעניין זה יש לציין את תזכיר הצעת החוק שהוגש לאחרונה, ולפיו תבוטלנה סמכויות רבות הנתונות כיום לראשי המחוזות השיפוטיים, כגון הסמכות להורות לתובע הצבאי הראשי להגיש ערעור, הסמכות לבטל כתב אישום (בהסכמת פרקליט צבאי) והסמכות לאשר גזרי דין. ליוזמה זו ניתנה הסכמתם של הרמטכ"ל ושל האלופים עצמם.

### **הייעוץ המשפטי**

חלק מרכזי מעיסוקה של הפרקליטות הצבאית הוא הייעוץ המשפטי, הניתן לגבי "דיני הצבא" במובנם הרחב. במסגרת זו פועלים גם גופי הייעוץ ביהודה, שומרון ועזה, העוסקים בקשת שלמה של נושאי המשפט האזרחי. עוד מטפלים אנשי הייעוץ והחקיקה ביוזמות חקיקה (הן חקיקת כנסת והן חקיקה פנים צבאית). בנוסף מטפלת הפרקליטות הצבאית בעתירות לבג"ץ המוגשות כנגד רשויות הצבא השונות<sup>10</sup>.

### **הסנגוריה הצבאית**

הסנגוריה הצבאית ממוקמת אף היא בתוך הפרקליטות הצבאית. הדבר אינו מובן מאליו. לאמיתו של דבר, קודמיי בתפקיד היו מוכנים לשקול הפרדה ארגונית כך שהסנגוריה הצבאית תוצא מן הפרקליטות הצבאית; ואולם בסופו של דבר היו אלה הסנגורים הצבאיים הראשיים אשר תמכו בהמשך המצב הקיים. כך גם המליצה ועדה בהרכב תא"ל צבי

---

10 כיום תלויות ועומדות 190 עתירות המטופלות על ידי הפרקליטות הצבאית.

ענבר, הפצ"ר לשעבר, ואל"ם יצחק (איז"ו) אקסל ז"ל, אשר שימש בעבר כסנגור צבאי ראשי. הסנגוריה הצבאית היא עצם מעצמה של הפרקליטות, ואין הדבר סותר את חובתם של הסנגורים הצבאיים לפעול לטובת מרשיהם מתוך עצמאות מקצועית מלאה.

### בתי המשפט הצבאיים באיו"ש ובאזח"ע

מאז שנת 1967 פועלים בשטחים המוחזקים ביהודה ושומרון ובחבל עזה בתי משפט צבאיים, בהתאם לצו בדבר הוראות בטחון, התש"ל-1970. בתי משפט אלה פועלים תחת כנפיה של הפרקליטות הצבאית. לפני כחמש עשרה שנים בעקבות עתירה שהוגשה לבית המשפט הגבוה לצדק בעניין ארג'וב<sup>11</sup>, הונהגה גם זכות ערעור לערכאת ערעור שיפוטית על פסקי הדין של בתי המשפט הצבאיים, והוקם בית המשפט הצבאי לערעורים. יחד עם זאת, מצב ארגוני זה גם הוא אינו פשוט כלל ועיקר, ויש לשקול את שינויו כך שבתי המשפט הצבאיים יהיו כפופים ליחידת בתי הדין הצבאיים. מכל מקום, לאחרונה החלטנו כי מן הראוי שגם שופטי הצד בשטחים יהיו משפטנים. הליך זה נמצא בשלבי ביצוע ועתיד להסתיים בעוד כשנה.

כשנכנסתי לתפקידי לפני שנתיים, הייתה הערכה שעם גיבושו של הסדר מדיני קרוב יפסיקו בתי המשפט לפעול. ואולם בשנה וחצי האחרונות בעקבות פרוץ אירועי הלחימה עדים אנו לתופעה הפוכה - מספר המעצרים ומספר התיקים הנדונים בבתי המשפט בשטחים המוחזקים, עלה מאוד<sup>12</sup>.

11 בג"ץ 87/85 ג' ארג'וב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד מב(ו) 353.

12 הדברים נכונים ביתר שאת לאחר מבצעי "חומת מגן" ו"דרך נחושה", ולכך יש לצרף את המספר הרב של המעצרים המנהליים.

אני מבקש לנצל הזדמנות זו ולומר מלה טובה לאנשי בתי המשפט על עבודתם הקשה וכן לתובעים הצבאיים בשטחים העמלים בתנאים קשים. אזכיר רק כי במספר הזדמנויות פעלו בתי המשפט הצבאיים תחת אש (וגם הנסיעה לבית המשפט ממוגנת היא); אין ספק שזו היא תופעה ייחודית.

בשולי הדברים אזכיר כי עד לפני זמן לא רב פעל גם בית המשפט

הצבאי בלוד מכוחן של תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, והוא דן בעניינם של מי שהואשמו בפעילות נגד ביטחון מדינת ישראל. בניגוד לבתי המשפט הצבאיים בשטחים המוחזקים, היה בית המשפט הצבאי בלוד חלק מיחידת בתי הדין הצבאיים, הנפרדת מיחידת הפרקליטות הצבאית. שאלה היא האם ניתן יהיה להמשיך במדיניות זו של אי הפעלתו של בית המשפט הצבאי בלוד לנוכח התגברות אירועי הטרור.

### הדרג המשפטי והדרג הפיקודי

אבן היסוד שעליה מושתתת פעולתה של הפרקליטות הצבאית, היא

כי מדובר בגוף צבאי הפועל לשם הגשמת יעדיו של הצבא. כך כשאנו עוסקים באכיפת החוק, וכך גם כשאנו נותנים ייעוץ משפטי. הפרקליטות הצבאית איננה משרד עורכי דין חיצוני הנותן שירותי משפט לצבא. יחד עם זאת, מפעילים אנו סמכויות עצמאיות לפי חוק, ובעשותנו זאת איננו כפופים לאיש הגם שאנחנו גוף צבאי. בכך ייחודנו.

מפקדי צה"ל מכירים באופן עמוק בערך של שלטון החוק, החל גם על פעולות הצבא ושיקולי מפקדיו. הם מכירים בחשיבותה של הפרקליטות הצבאית, במעמדה המיוחד ובתרומתה לצבא. צירופו של הפצ"ר למטה הכללי של צה"ל בוודאי מעיד על כך.

דעתי היא כי חייב להישמר כל הזמן הדושיח בינינו לבין המפקדים בכל הרמות. הדבר מסיר אי הבנות ומועיל לשני הצדדים.

### הדין המשמעתי

בין תפקידיו אחראי הפצ"ר לפקח על הדין המשמעתי בצבא<sup>13</sup>. הליך משמעתי הוא הליך משפטי המתנהל בפני מפקד, המשמש כקצין שיפוט ומוסמך להכריע בדבר אשמתו של הנידון, ובמקרה שמצאו אשם - לגזור את דינו בהתאם לסמכויות המוקנות לו בחוק<sup>14</sup>. הדין המשמעתי בצבא הוא חלק מהשיגרה הצבאית. מדי יום ביומו מתקיימים בצבא מאות דיונים כאלה<sup>15</sup>.

בכינוס מיוחד שהתקיים זה לא מכבר בבית הספר למשפט צבאי בנושא הדין המשמעתי, הבעתי את דעתי על הצורך ברפורמה בדין המשמעתי בצבא. אכן, המונחים "דין משמעתי" ו"קצין שיפוט", מעידים על אופיו הכפול של מוסד זה - פיקודי מצד אחד ושיפוטי מצד שני. עמד על כך השופט (כתוארו אז) ברק בפרשת מדו'ינסקי<sup>16</sup>. ואולם האפשרות שקצין השיפוט ישלח חייל, לרבות איש מילואים, לחודש או לחודשיים כליאה בפועל בהליך משמעתי קצר טעונה מחשבה חדשה ובכיוון מצמצם.

13 ראו סעיף 178(3) לחש"ץ.

14 ראו חלק ג' לחש"ץ (סעיפים 136-176). העונשים שקציני השיפוט מוסמכים להטיל, הם מחבוס (עד שלושים וחמישה ימים); ריתוק; קנס; נזיפה; אתראה והורדה בדרגה (ראו סעיפים 152-153 לחש"ץ).

15 כך, למשל, בשנת 2000 התקיימו כמאתיים אלף הליכים משמעתיים ביחידות צה"ל השונות.

16 ראו בג"ץ 243/80 מדו'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח', פ"ד לה(1) 67, 72.



גם המערכת הפיקודית הכירה בכך, וכעת יש התקדמות רבה בטיפול לשינוי המצב.

לאחרונה איתרנו בעיה נוספת בדין המשמעתי אגב טיפולנו בנושא ההטרדות המיניות (הגם שהבעיה היא כללית יותר). כוונתי למקרים שבהם מועמדים חיילים לדין משמעתי בהוראת פרקליט צבאי בעקבות חקירה פלילית שמבצעת המשטרה הצבאית החוקרת (להבדיל מן הדין המשמעתי שיוזם המפקד בעקבות הפרת משמעת בתוך היחידה). במקרים אלה קיימת בעייתיות בעובדה כי הבירור המשמעתי נעשה על ידי מפקד שאינו משפטן. אנו מטפלים בקושי זה באמצעות הצעת חוק שיזמנו, שבמסגרתה מבקשים אנו לערוך שינויים מסויימים בסדרי הדין המשמעתי. בנוסף תוקנו לאחרונה פקודות הצבא ונקבע כי הליך משמעתי שעניינו מעשה בעל גוון מיני, ייערך בפני קצין שיפוט שהוא משפטן או עבר הכשרה מיוחדת.

יחד עם זאת, סבורני כי דרך נכונה להתמודדות עם סוגיה זו היא

בקבלת ההשקפה - ובפיתוחה - שבית הדין הצבאי אינו משמש רק כערכאה פלילית, אלא גם כערכאה משמעתי. כך ניתן להגיש לבתי הדין הצבאיים כתב אישום בעברה שאיננה נושאת רישום פלילי, כגון התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ץ; בתי הדין מוסמכים להטיל עונשים משמעתיים באופיים, כגון הורדה בדרגה או ריתוק למחנה. יתרה מכך, בהרכב בתי הדין משולבים מפקדים שאינם שופטים מקצועיים; ואולי גם בכך ייחודו של בית הדין הצבאי.

## הפרקליטות הצבאית בתקופת לחימה

במוקד פעילותם של צה"ל כולו ושל הפרקליטות הצבאית עמדו בשנה וחצי האחרונות אירועי "גאות ושפל". אירועים קשים אלה גבו את חייהם של רבים. עד כה נרשמו כ-11,300 פגיעים, שבהם נהרגו 288 ישראלים, ונפצעו 2900 נוספים. מספר האבדות אצל הפלסטינים גדול יותר (כ-915 - הרוגים וכעשרת אלפים פצועים)<sup>17</sup>. מטבע הדברים הייתה לאירועים אלה השפעה גדולה על פעילותה של הפרקליטות הצבאית.

מספרים על המצביא הרומי מריוס כי בעת שפיקד על לגיונות רומי שלחמו בקימברים (בשנת 101 לפנה"ס), העניק אזרחות רומית לשתי פלוגות של חיילים בני העיר קמארינום, שהצטיינו בגבורתם - הגם שמעשה זה היה בניגוד לחוק. כשנשאל כיצד עשה כן, השיב: "בתוך שאון כלי הנשק, לא יכולתי לשמוע את קול החוק האזרחי".

קיקרו הביע זאת בקיצור באמרה *inter arma silent leges* (בתוך שאון כלי הנשק, שותקים החוקים)<sup>18</sup>.

אלא שבאלפיים השנים האחרונות חלו תמורות, ובין העמים התפתחו ומתפתחים דיני המלחמה. וכך, בדברים שנשא הנשיא ברק לפני כשנה וחצי, הוא הצר על אימרה זו של קיקרו והטעים כי דווקא בזמן מלחמה זקוקים אנו לחוקים:

17 הנתונים נכונים ליום 27.2.2002. מאז, למרבה הצער, גדל מאוד מספר הנפגעים בפעולות האיבה.

18 זהו מקור האמרה, "כשהתותחים רועמים, המוחות שותקות".

כוחה של חברה לעמוד נגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת על ערכים ראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה.<sup>19</sup>

לחימת צה"ל נעשית במסגרת החוק, "בתוך החוק". דווקא בתקופה זו שבה "רועמים התותחים", רואה אני חשיבות עליונה בפעילותה האינטנסיבית של הפרקליטות הצבאית. כך רואה זאת גם ראש המטה הכללי. בפורום של המטה הכללי שהוקדש לנושא הלחימה והמשפט, סיכם הרמטכ"ל כדלקמן:

לפרקליטות הצבאית ייעוד כפול - מתן ייעוץ משפטי לגורמי הצבא וכן שמירה על שלטון החוק בצה"ל (לרבות ע"י אכיפת הדין). הרמטכ"ל אינו רואה סתירה בין ייעודיה אלו של הפרקליטות הצבאית, לבין ההובלה הפיקודית המתבקשת במקרים מסויימים. הרמטכ"ל מזהה צורך להתייעצות מפקדים עם פרקליטיהם הצבאיים. התשתית המשפטית מאפשרת למפקדים קבלת ייעוץ שיאפשר קבלת החלטות נכונות, וכן יאפשר ליחידות

19 לאחרונה חזר הנשיא ברק על דברים אלה בבג"ץ 3451/02 אלמדני ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נו(3) 30, בעניין כנסיית המולד בבית לחם. באותו מקרה התבקש בית המשפט העליון להורות כי יותר לצוותים רפואיים ולנציגי הצלב האדום להיכנס למתחם כנסיית המולד, שבו התבצרו בין שלושים לארבעים מבוקשים פלסטיניים חמושים. בפסק דינו ציין הנשיא ברק כי אמירתו של קיקרו שבעת מלחמה מחרישים החוקים, אינה משקפת את המציאות המודרנית. וכלשונו: "הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו רק פרגמטי... הוא עמוק הרבה יותר. הוא ביטוי לשוני שבין מדינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה לבין לחימתם של טרוריסטים הקמים עליה. המדינה נלחמת בשם החוק ולשם שמירתו. הטרוריסטים נלחמים כנגד החוק ותוך הפרתו. ... אך מעבר לכך, מדינת ישראל היא מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כך תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם, בפרט והגשמתם. בין שני אלה יש הרמוניה והתאמה, ולא ניגוד וניכור" (בעמ' 34-35).

בשטח לפעול על פי החוק. התשתית המשפטית המוצקה מאפשרת, גם במצב של לחימה, מילוי נכון של המשימות, ומתן ביטחון לאוכלוסייה האזרחית והגנה על חיי החיילים.

כמו כן, לפני כשבועיים נערכה ישיבה של המטה הכללי, שבה נטל חלק גם היועץ המשפטי לממשלה, ובה נידונו היבטים משפטיים של תקופת הלחימה.

**ויודגש:** גם אם לגבי פעולות לחימה מסוימות קבע בית המשפט העליון כי אין הן עניין לבית המשפט לדון בו (וכך נפסק לאחרונה בעניין עתירתו של חבר הכנסת מוחמד ברכה ביחס לסיכול הממוקד<sup>20</sup>) - אין הדבר אומר, חלילה, שהצבא אינו פועל במסגרת החוק. אדרבה, הדבר מוסיף לאחריותם של מפקדי הצבא ולאחריות שבה נושאים אנו בייעוץ המשפטי שאנו מעניקים.

### הגדרת המצב המשפטי

במבט לאחור ניתן לומר כי הפרקליטות הצבאית הייתה חלוצת ההתמודדות המשפטית עם אירועי "גאות ושפל". טבענו את ההגדרה המשפטית של המצב שבו אנו מצויים - "עימות מזוין שאינו עולה כדי מלחמה" (Armed Conflict Short of War). מהגדרה זו נגזרות משמעויות משפטיות רבות. ביניהן ניתן למנות עריכת התאמות ושינויים שנדרשו, בכללי הפתיחה באש; את מדיניות החקירה וההעמדה לדין; את העיגון המשפטי של הפעלת סמכויות ביהודה, שומרון וחבל עזה כלפי אנשים

20 בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נו(3) 1.

וכלפי רכוש (לרבות גיבושו של נוהל חדש שמטרתו הסדרת נקיטת אמצעי ביטחון ופעולות תשתית, ובמסגרתו נכללת חובת היוועצות בגורמי הפרקליטות הצבאית); את גיבוש החקיקה שנועדה לסייע בידי המדינה להתמודד עם תביעות נזיקיות המוגשות ביחס לאירועי הלחימה<sup>21</sup>; את הסוגיה הקשה של שפיטותן של עתירות לבג"ץ הנוגעות לפעולות הלחימה של צה"ל באיו"ש ובאזח"ע; והרשימה היא ארוכה.

### מדיניות החקירה וההעמדה לדין

מדיניות החקירה וההעמדה לדין נגזרת אף היא מהגדרת המצב. על רקע האופי הלחימתי של האירועים נקבעה על ידינו מדיניות שלפיה, הבירור העובדתי של אירועים חריגים ייעשה בעיקרו באמצעות תחקירים מבצעיים, שהמפקדים מחויבים לקיים. חומר התחקיר המבצעי מועבר לעיוננו, ואם סבורים אנו כי חומר זה מעלה חשד המצדיק פתיחה בחקירה פלילית, מונחית מצ"ח לפתוח בחקירה לבירור נסיבות האירוע. דרך זו גם עולה מתיקון שנתקבל לפני מספר שנים בחוק השיפוט הצבאי ביחס לקיומה של חקירה פלילית בעקבות תחקיר מבצעי<sup>22</sup>.

מן הראוי להדגיש: בכל הנוגע לתלונות שעניינן אלימות או פגיעה מכוונת באזרחים או ברכוש - לא חל כל שינוי במדיניות החקירה. הווה

21 מדובר בשתי הצעות חוק שיזמה הפרקליטות הצבאית: הראשונה עניינה תביעות כדוגמת התביעות שהוגשו בגין תקופת האינתיפאדה; הצעה זו התקבלה על ידי הכנסת: חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב 2002. ההצעה השנייה נועדה להתמודד עם תביעות בגין נזקים שאירעו במהלך תקופת "גאות ושפל", ועל פיה, תוענק למדינה הגנה מהותית מפני תביעות נזיקיות; אנו מצויים כיום בשלבי אישורה של ההצעה כהצעת חוק ממשלתית.

22 ראו סעיף 539 לחש"ץ.

אומר: כאשר עולה חשד לעברה פלילית מעין זו, מונחים גורמי החקירה לחקור את נסיבות המקרה.

במסגרת יישום המדיניות האמורה נפתחו עד כה במסגרת אירועי "גאות ושפל" למעלה ממאה חקירות פליליות, והוגשו כתבי אישום לבתי הדין הצבאיים. יצוין כי בשל המצב הביטחוני הקשה נתקלים גורמי המשטרה הצבאית בקשיים לא מבוטלים בכל הנוגע לקיום חקירות בשטחי יהודה, שומרון ועזה. ואולם חרף קשיים אלה מתקיימות, כאמור, חקירות לא מעטות.

אכן, נתקלים אנו בטענות מנוגדות. מצד אחד, מועלות נגדנו טענות בדבר מייעוט החקירות; מצד שני, יש הטוענים כנגד עצם קיומן של חקירות מצ"ח לגבי פעילות מבצעית. ערים אנו לכך שטענות אלה עלולות לפגוע במעמדה של הפרקליטות הצבאית; אולם עלינו למלא חובתנו לפי מיטב שיפוטנו תוך עריכת איזון ראוי בין ערך הביטחון ב"דמוקרטיה מתגוננת" לבין ערך כבוד האדם.

### על הסרבנות הסלקטיבית

לאחרונה התפרסם "מכתב הסרבנים", שעליו חתמו אנשי מילואים אשר הכריזו כי אין בכוונתם לשרת ביהודה, שומרון וחבל עזה. יש לגנות מאוד את התופעה של סרבנות סלקטיבית (קרי: סירוב אידיאולוגי לשרת במקום מסוים או במשימות מסוימות, להבדיל מסרבנות מצפון כללית, כגון סירוב כללי לשאת נשק או ללבוש מדים). כבר בתחילת שנות השמונים פסק בית המשפט העליון בפרשת שינין<sup>23</sup> כי סרבנות סלקטיבית היא בלתי

23 בג"ץ 734/83 שיין ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לח(3) 393.

חוקית, ואין להכיר בה. נפסק כי תופעה זו פוגעת בתקינות ההליך הדמוקרטי של המערכת השלטונית וגורמת לאפליה בתחום הגיוס הצבאי. הדברים אמורים במיוחד לאור צרכיה הביטחוניים המיוחדים של מדינת ישראל. יחד עם זאת ברור כי כל טענה קונקרטית בדבר מעשים בלתי חוקיים צריכה להיבדק לגופה.

לגבי דרך הטיפול בתופעה צריך להבחין בין צעדים משפטיים לבין צעדים פיקודיים. כנגד הסרבנים ננקטו צעדים פיקודיים, כגון הדחתם מתפקידים פיקודיים; אשר לצעדים המשפטיים, יש להפריד בין חלקה של המערכת המשפטית הצבאית לבין חלקה של המערכת המשפטית האזרחית. איש מילואים שאינו מצוי בשירות מילואים פעיל, הקורא לאחרים לסרב לשרת במקום מסוים, מבצע, לכאורה, עברה של הסתה להשתמטות או עברה של הסתה לאי ציות<sup>24</sup>. ואולם עניין זה מצוי "מחוץ למגרשה" של הפרקליטות הצבאית שכן הקריאה לסירוב אינה מתבצעת תוך כדי שירות מילואים, ועל כן החש"ץ אינו חל על מעשים אלה. ההחלטה בעניין זה מסורה למערכת המשפט האזרחית. אשר למערכת המשפט הצבאית, כאשר אדם נקרא לשירות מסוים, והוא מסרב לעשות כן, הוא עובר, לכאורה, עברה צבאית שבגינה יועמד, ככל הנראה, לדין משמעותי.

---

24 ראו סעיפים 109-110 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

**על "טוהר הנשק"**

אחד הערכים הבסיסיים שצה"ל מחנך להם, הוא הערך של "טוהר הנשק". ב"רוח צה"ל" (חלק מהקודר האתי החדש) הוגדר לאחרונה ערך זה כך:

החייל ישתמש בנשקו ובכוחו לביצוע המשימה בלבד, אך ורק במידה הנדרשת לכך, וישמור על צלם אנוש אף בלחימה. החייל לא ישתמש בנשקו ובכוחו כדי לפגוע בבני אדם שאינם לוחמים ובשבויים, ויעשה כל שביכולתו למנוע פגיעה בחייהם, בגופם, בכבודם וברכושם.

באחד מפסקי הדין הצבאיים המפורסמים של האינתיפאדה לגבי שימוש באליםמות שלא כדין בשכם בפברואר 1988 הזכיר בית הדין הצבאי לערעורים כי "טוב ארך אפים מגבור, ומשל ברוחו מלכד עיר" (משלי טז, לב)<sup>25</sup>.

25 ע"פ 52/88 רב"ט הרפז נ' התצ"ר וערעור שכנגד, פד"צ 1988, 417, 425:

כל חייל, כשם שהוא מלמד עצמו קשת חייב ללמוד לשלוט ברוחו, לקיים את הפקודות שנתנות לו ולשמור על צלם החייל וצלם האדם מכל משמר. "טוב ארך אפים מגיבור ומושל ברוחו מלכד עיר" (משלי ט"ז 32) זו חכמת חיים, זה ציווי שהחיילים צריכים לחנך עצמם ולהתחנך לאורו. אם לא כן כסדום נהיה.

בית דין זה כבר פסק כי החזית של אזרחות, של חינוך של כיבוד חוק ושמירה על כבודו של אדם היא חזית שאיננה נופלת בחשיבותה מן העימות הישיר עם האויב ...



נראה כי האיסור המעשי החשוב ביותר הנוגע לדיני הלחימה הוא האיסור לפגוע באזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר בלחימה עצמה - איסור שההיסטוריה מראה כי מרביתם שלא לקיימו בין בודון, בין ברשלנות ולעיתים אף בהעדר שניהם<sup>26</sup>.

הרשו לי לחזור כשלושת אלפים ושלוש מאות שנה אחורה לאותה עיר, שכם, ולהזכיר אירוע ידוע שהתרחש שם, וניתן למצוא בו גינוי לפגיעה בחפים מפשע. יעקב אבינו מגנה את בניו, שמעון ולוי, על כך שהרגו כל זכר בעיר שכם בעקבות מעשה שכם ודינה: "בסדם אל תבא נפשי, בקהלם אל תחד כבדי כי באפם הרגו איש..."<sup>27</sup>.

פרשנים רבים ניסו לבאר את המעשה<sup>28</sup>, אך מפורסמת ביותר מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן בנושא זה. הרמב"ן מציין:

ורבים ישאלו: ואיך עשו בני יעקב הצדיקים  
המעשה הזה לשפוך דם נקי.<sup>29</sup>

---

26 וכדברי נתן אלתרמן בשירי מכות מצריים (תשי"ז), 11:

צדיק בדינו השלח  
אך תמיד, בעברו שותת  
הוא משאיר כמו טעם המלח  
את דמעת החפים מחטא

27 בראשית, מט, ב.

28 ראו, למשל, פירושי אור החיים ואברבנאל לבראשית, לד מצד אחד, והעמק דבר ורש"ר הירש מצד שני.

29 רמב"ן לבראשית, לד, יג.

הרמב"ם ביקש להסביר כי הרבים התחייבו בעונש - במסגרת שבע מצוות בני נוח - משום שלא דנו את שכמם<sup>30</sup>, ואולם הרמב"ן שולל הסבר זה לחלוטין ומסביר כי יעקב גינה את בניו על כך שהרגו כאלה ש"לא הרעו להם כלל"<sup>31</sup>:

ועוד חרה לו, שלא יאמרו כי בעצתו נעשה  
הדבר ויהיה חילול השם שיעשה הנביא חמס  
ושוד, וזה טעם בסדם אל תבוא נפשי...<sup>32</sup>

אכן, מאז כישלוננו של מרד בר כוכבא לפני כאלפיים שנה ועד חידוש ההתיישבות היהודית בארץ ישראל לא עסקו היהודים באופן מעשי בשאלות הכרוכות במלחמה, וממילא מיעטו להגות בדילמות המוסריות העומדות בפני מי שחייב להשתמש בכוח כדי להגן על עצמו.

חידוש ההתיישבות ולאחר מכן תקומתה של מדינת ישראל והקמת כוח יהודי הציבו גם שאלות חדשות של מוסר יהודי. לא אכנס כאן לפירוט היסטורי, ואסתפק בכך שאפנה את שימת הלב לכך ששאלה זו עלתה במלוא עוצה בתקופת "המאורעות" בארץ ישראל בשנות השלושים של

30 רמב"ם, מלכים, ט, י: "ומפני זה נתחייבו כל בעלי שכמ הריגה, שהרי שכמ גול והם ראו וידעו ולא דנוהו".

31 רמב"ן, לעיל, הערה 29.

32 רמב"ן לבראשית, מט, ה. הרב שלמה גורן בספרו, משיב מלחמה (תשמ"ג, כרך א) מטעים כי בלחימה המודרנית חל איסור לפגוע באויב: "אפי' בשעת מלחמה, אלא בזמן שקיים הכרח להגנה עצמית לצורך כיבוש ולנצחון, ולא לפגוע באוכלוסייה בלתי לוחמת ובודאי שאסור לפגוע בנשים וילדים שאינם משתתפים במלחמה" (ע' יד). את המחלוקת הזכרת בין הרמב"ם לבין הרמב"ן לגבי מעשה שכמ מבקש הרב גורן ליישב בדרך מחודשת המבקשת להבחין בין הצדק מבחינה הלכתית (דברי הרמב"ם) לבין הצדק מבחינה מוסרית (דברי הרמב"ן). ההצדק המוסרי הוא בנושא זה בבחינת "הלכת על" ולפיה צריך לנהוג (בע' כה-כט).

המאה העשרים, כאשר היה צריך להחליט כיצד להגיב על מעשי ההתקפה חסרי הרסן של הערבים כנגד היהודים. באותה תקופה גם הוטבע המונח החדש, "טוהר הנשק", שנלקח, כפי הנראה, מדברי ברל כצנלסון כי אין להשתמש בנשק אלא במצבים שהדבר הכרחי ובלתי נמנע: "איננו רוצים שנשקנו יוכתם בדם נקיים".

באותה תקופה נכתב ונאמר הרבה גם על ידי רבנים לביסוסו של עיקרון זה במוסר היהודי. הבולטים שבהם - הרב הרצוג והרב עמיאל - הדגישו לא אחת כי אין להבליג, וחובה להילחם כנגד האויב, אלא שיש בכל תוקף להתנגד לפגיעה בחפים מפשע. הרב עמיאל הטעים כי מבחינת מוסר היהדות הסיבה העיקרית לכך איננה תועלתנית, אלא מהותית, ויסודה, למעשה, הוא כבוד האדם במוסר היהודי:

אנחנו מביטים על נפש האדם לא כעל אמצעי לתכלית ידועה, לא כעל פרט שלא נברא אלא בשביל הכלל, וכפי מידת שימוש לכלל כן ערכו. אלא אנו מביטים על כל יחיד ויחיד כעל עולם מלא בפני עצמו.<sup>33</sup>

וכך, במחקר שיצא לאחרונה, טוען אהוד לוז כי בשנות השלושים עלתה בפעם הראשונה לדיון ציבורי מקיף ונוקב סוגיית הזיקה בין מדיניות למוסר הלחימה היהודי:

"מוסר היהדות" הוא מוטיב החוזר בדבריהם של רוב הדוברים, חילוניים ודתיים כאחד.

33 א' דון יחיא "דת וטרור פוליטי, היהדות הדתית ופעולות הגמול בתקופת "המאורעות" הצינונות יז (1993) 155, 165. וראו גם א' שפירא "בין הבלגה לטרור: הכינוס היישובי באוג' 1938" הצינונות ו (תשמ"א) 411-413.

הפולמוס קבע למעשה את קווי המתאר של העמדות השונות בסוגיה זו בחברה הישראלית עד לזמננו. מתוכו נולד גם עקרון "טוהר הנשק", שהטביע את חותמו על מוסר הלחימה הישראלי. אפשר לומר בפשטות: עקרון "טוהר הנשק" נולד מתוך "מוסר היהדות".<sup>34</sup>

זהו המוסר היהודי שניתן לתמצתו בדברי המדרש המובאים ברש"י על הפסוק, "ויירא יעקב מאד ויצר לו (בראשית לב, ח):

ויירא - שמא יִהָרַג; ויצר לו - אם יִהָרַג הוא את אחרים.

### **דברי סיום**

כל העבודה הקשה שתיארתי, מונחת על כתפיהם של כמאתיים ושלושים קצינים משפטנים בשירות חובה ובשירות קבע, שאליהם מצטרפים קצינים ונגדים שאינם משפטנים ועוד מאות אנשי מילואים. לכולכם תרומה למוניטין של הפרקליטות הצבאית, וברצוני להודות לכולכם על עבודתכם הקשה והמסורה.

---

34 א' לוח מאבק בנחל יבוק: ערצמה, מוסר וזהות יהודית (תשנ"ט) 351.